

Genç Hukukçular  
Hukuk Okumaları

V

Birikimler 1



*Bu çalışma, hukukun yaygınlaştırılması ve özgürlükler için yürütülen süreç ışığında örnek mücadeleleri ile yolumuzu aydınlatan Macide GÖÇ ve Aydın DURMUŞ'un aziz hatıralarına ithaf edilmiştir.*



Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Birikimler 1

Editör: Muharrem Balcı

İstanbul, 17 Ekim 2003

danı man

(0 212) 525 53 18

Kapak Tasarımı: Ferhat Çınar

Teknik Hazırlık: Hüseyin Gül

Baskı: Kurtiş Matbaacılık

# İçindekiler

Önsöz .....	5
Takdim.....	7
Giri : Ki ilik Yarılmasına U ramadan Hukuksal Pratik / M. Balcı .....	9
Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Geli im Süreci / M. Balcı.....	17
Dü ünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin HAS Ba lamında De erlendirilmesi / F. Benli .....	73
Üniversitelerde Uygulanan Ba örtüsü Yasa ının HAS 9. Madde Kapsamında De erlendirilmesi / F. Benli .....	95
Yüksekö retim Kurumlarında Uygulanan Ba örtüsü Yasa ına li kin Hukuk Raporu / M. Balcı - M. Göç - G. Sönmez .....	131
Uluslararası Belgelerde ve ç Hukukta E itim Hakkı / R. Kalender .....	162
YÖK Raporu / C. Tanrıkulu - S. Tunç.....	173
Medeni Kanun ve lgili Mevzuatta Kadın Haklarına li kin De i iklikler / F. Benli .....	193
Türkiye'de Din, Toplum, Siyaset Anketi: Bir De erlendirme / S. Tunç.....	213
1982 Anayasası'nda Siyasi Parti Yasakları / K. Aksoy .....	221
Ba ımsız Üst Kurullar / O. Seyfi Güner .....	231
Kamusal/Özel Alan Tartı maları / Y. Özcan .....	253
Kamu Hizmetleri / L. Demir.....	289
Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birli i ve Türkiye'deki Konumu / L. Demir - R. Kalender .....	313

<b>Sivil taatsizlik / O. Seyfi Güner .....</b>	<b>345</b>
<b>2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Değerlendirilmesi / S. Kar .....</b>	<b>371</b>
<b>Haksız Yakalama ve Tutuklamada Tazminat Talebi / Ö. Faruk Kalaycı .....</b>	<b>393</b>
<b>Kendisinin Tespiti ve İstanbul Protokolü / H. Yılmaz .....</b>	<b>403</b>
<b>Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasası ve Usulsüz Ulaştırılan Delillerin Akıbeti / M. Çınar - H. Ba .....</b>	<b>417</b>
<b>Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları / H. Akıncı .....</b>	<b>435</b>
<b>Hakim ve Savcılarının Hukuki Sorumluluğu / K. Akın .....</b>	<b>461</b>
<b>Avukatın Hak ve Sorumlulukları / N. Aydın .....</b>	<b>477</b>
<b>Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi / O. Seyfi Güner.....</b>	<b>487</b>
<b>Avukatlık Mesleğinin Niteliği / N. Aydın .....</b>	<b>509</b>
<b>İslam Hukuku'nda ve Modern Hukukta Şerh ve Çilik / M. Çınar .....</b>	<b>519</b>
<b>Tüketim Toplumu ve Hukuk Kuralları / M. Polatoğlu .....</b>	<b>531</b>
<b>Gelenekten Koparılan Ahlak ve Modern Hukuk Algısı / E. Kulaklı .....</b>	<b>543</b>
<b>Postmodernizm ve Hukuk / H. Serdar Tabanoğlu .....</b>	<b>563</b>
<b>Hukuk Mantığı / M. Balcı .....</b>	<b>597</b>
<b>Sokrates'in Savunması / T. Öz .....</b>	<b>619</b>
<b>Savaş ve Terör / M. Balcı .....</b>	<b>625</b>
<b>Uluslararası Ceza Mahkemesi / A. Dinkaya .....</b>	<b>657</b>
<b>Avrupa Birliği ve Türkiye / T. Öz .....</b>	<b>677</b>
<b>Avrupa Birliği Temel Hakları ve Türkiye / M. Kalay .....</b>	<b>705</b>
<b>Uyum Yasaları Raporu / M. Ercan.....</b>	<b>723</b>
<b>Dizin.....</b>	<b>751</b>

## Önsöz

**H**ukuk ve hak ihlallerinin sıradanlaştı ı, özgürlüklerin kısıtlandı ı, ekonomiden e itime, kültürel hayattan sosyal hayata, parlamentodan yargı mekanizmalarına kadar yapılan müdahalelerin adiyattan sayıldı ı, bir takım "zinde güçler" in, "darbeler" ve "sürekli darbe politikalarıyla" hukuku kullanarak ülke yönetimini ve halkı baskı altında tutmaya çalıştı ı Türkiye'de, hukuktan, hukuk sisteminden ve hukukun uygulanışından rahatsız olmayan hemen hemen yok gibidir. Fakat bu kadar serzenişe ra men ne toplumun ne de siyasal, toplumsal ve kültürel hayatın en aktif üyeleri olması beklenen hukukçuların üzerlerine düşeni yaptı ını ve özgürlük mücadelesinde bugün kendilerine yüklenen misyonu hakkıyla taşıdı ını söylemek olanaksızdır. Gerek e itim sisteminin yetersizli i, gerekse içinde yaşadıkları toplumla paralel olarak hayata bakışları ve gelecekte beklentilerinin sınırlılı ı, tüm di er insanlar gibi hukukçuların da dar bir görüş alanına hapsolmalarına, kendilerine sunulan hareket alanının dışındaki hukuki ve toplumsal meselelerle ilgilenmemelerine neden olmaktadır.

Oysa bir hukuk toplumu oluşturmak, insani de erlere ve hukuka aykırı inanç ve yorumlarla oluşturulan dayatma düzenlemelere karşı mücadele etmek, ancak, hukuku ve hukuk çalışmalarını yeniden kavramsallaştırmak, yorumlamak ve yaygınlaştırmakla, onu teorik zeminlerden alıp hayatın bir parçası, olmazsa olmazı haline getirmekle mümkün olabilecektir. Bu ideali gerçekleştirmek ise herkesten çok, düşünsel ve eylemsel pratikte var olabilen erdemli hukukçuların üzerine yüklenmiş bir vazifedir.

İşte böyle bir ihtiyaçtan hareketle hamiyetli bir üstad hukukçunun teşvik ve tavsiyeleriyle bir araya gelen bir grup genç hukukçu arkadaş; hukuku yaygınlaştıracak, hukuk toplumunu oluşturacak yarının hukukçuları olmak için birikim kazanmak ve kazanımlarımızı paylaşmak maksadıyla GENÇ HUKUKÇULAR HUKUK OKUMALARI GRUBU'nu oluşturduk.

Grup, hukuk toplumunun oluşmasında kendilerini sorumlu hisseden erdemliler topluluğu azminde, inandıkları ve amaçladıkları hukuk sisteminin ilkelerini ve örneklerini en başta kendi üzerinde gösterme bilinciyle yola çıktı. Çıkılan bu yolda, hayatlarıyla ve ölümleriyle yolumuzu aydınlatan önder hukukçuları örnek almaya çalıştık. Soyut hukukçu kimliğini ne zaman cisimleştirmek istesek hep canlı birer örnek olarak onlar yanımızda ve önümüzde oldular. Adanmışlıklarına, şahitliklerine gıpta edilen Macide'ler, Aydın'lar olma yolunda bizlere ışık tuttular.

İşte bu hedef ve ideallerle yola çıkan bu küçük grup her geçen gün artan bir katılımıyla büyüdü. Geride kalan 3 yıla şöyle bir dönüp bakıldığında gerçekten de büyük mesafe katetti imizi görebilmekteyiz. 3 yıl önce 10 kişi ile çalışmalarına başlayan grup, bugün yaklaşık 70 kişilik katılımcı sayısı ile alternatif bir eğitim merkezi haline gelmiştir. Şu anki birlikteliğimizin geleceğe ışık saçtığını, ileriye dönük çalışma alanlarını oluşturduğunu, hukukun yaygınlaştırılmasında bir "süreç işçiliği" kapsamında önemli bir işlev yüklediğini görmekteyiz.

Grubunun 3 yıl boyunca aralıksız her hafta devam eden çalışmalarını zaman zaman tebliğ sunumu, zaman zaman da de ışık hukuk etkinliklerinin aktarımı şeklinde geliştirmiştir. Elinizdeki kitap, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu katılımcılarının geride kalan üç yıl içerisinde üstad hukukçular nezaretinde hazırlayıp sundukları tebliğleri içermekte olup, bugüne kadarki çalışmalarımızın ilk somut meyvesi olarak hukukun yaygınlaştırılmasını dileyen hukukseverlerin karşısına çıkmıştır.

Birbirine yakın konuları ard arda getirerek yayına hazırladığımız kitap, başlıktan da anlaşılacağı gibi bir BİRİKİM'in somut ifadesidir. Gelecek yıllarda devamını getirmeyi arzuladığımız BİRİKİMLER'imizi, sizlere takdim edecek ve geleceğin hukukçularının hukuk ortamında test edilmelerine zemin hazırlayacağız.

Çalışmalarımıza yön ve destek veren üstad hukukçularımıza, kapılarını genç hukukçulara açan sivil toplum kuruluşlarımıza bu vesile ile teşekkürü borç bilirken, aramızdan ayrılan örnek hukukçularımızın hatıralarını önünde saygıyla anarak ve ilmeyi görev saymaktayız.

Av. Orhan Seyfi GÜNER

## Takdim

Türkiye'nin yirmi birinci yüzyılda ulaşmayı umit ettiği en önemli hedeflerinden biri ve hatta birincisi hukuk devleti hedefi olmalıdır. Hukuk devleti sadece ülkede yaşayanların daha mutlu ve güvenli yaşamalarının vasıtası değil, devletin bekasının da olmazsa olmaz bir şartıdır. Bu beka için elzem bulunan devlet millet beraberliği ve uyumu güç ve otorite ile değil, ancak hukukun üstünlüğü ile sağlanır.

Bu hedefe ulaşmada tek başına hukukçuların gayreti yeterli olmasa da onlara bu vadede önemli roller düşmektedir. Bu rolü hakkıyla oynayabilmeleri ise hukukçuların iki önemli alanda yeterliliklerine bağlıdır; hukuk bilgisi ve hukuka bağlılık. Hukuk üstünlüğü ideali hukuk formasyonu yeterli bulunmayan veya hukuka bağlılığı olmayan yahut konjonktürel olarak var olan kişiler tarafından gerçekleştirilemez.

İstanbul gibi bir kültür muhitinde hukuk öğrenimi görmek, yararlanmasını bilenler için önemli bir ayrıcalıktır. Çünkü en çok burada fakülte dışı etkinliklere katılmak ve örgün eğitim dışındaki kültürel zenginliklerden yararlanmak mümkün olabilir. Değerli hukukçu Av. Muharrem Balcı tarafından oluşturulan GENÇ HUKUKÇULAR HUKUK OKUMALARI GRUBU bunun dikkate değer bir örnektir. Sayın Balcı her zamanki fedakarlığıyla etrafına topladığı ve sayıları her yıl artan, lisans, yüksek lisans, doktora öğrencisi veya avukat hukukçularla hem onların hukuk formasyonlarını geliştirecek çalışmalar yapmakta hem de hukuka bağlılığın gerekliliği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Elinizde tuttuğunuz kitaptaki çalışmalar bu gayretlerin bir ürünüdür.

Bu çalışmalar genç hukukçuların sunumları ve bu sunumlar etrafında yapılan tartışmalardan oluşmakta, böylece katılımcıların hukuk formasyonu ve ideali etrafında yoğunlaşmaları sağlanmaktadır. Konular Türkiye'nin karşı karşıya bulunduğu hukuki, siyasi ve kültürel problemler arasından dikkatle seçilmiştir. Ben inanıyorum ki katılımcıların tartışmaları bu sunumlara ayrı bir zenginlik

kazandırmıştır ve konuların genç hukukçuların zihinlerine yerleşmelerine yardımcı olmuştur.

Aslında bu tür çalışmalar üniversitelerimizin takdir esası üzerine yo unlaşmış bulunan ö retim sisteminin açıklarını kapama açısından son derece yararlıdır. Çünkü takdir sisteminde ö renci pasif durumda oldu u derse karşı zoraki bir alaka içindedir; rolü sadece anlatılanları dinlemek ve ö retilenlerle sınırlı bir biçimde sınavlara hazırlanmaktır. Bu tür seminerlerde ise katılımcılar daha aktiftirler; konuları daha içten bir alaka ile dinlerler, kendi bilgilerini, düşünce ve de erlendirmelerini cesaretle ortaya koyarlar. Medeni cesaretleri ve kendilerini ifade etme güçleri gelişir. Sonunda bu tür çalışmalardan kendine güvenen, ders kitaplarının sınırlı bilgileriyle yetinmeyen, okuyan, araştıran ve düşüncelerini tam bir açıklıkla ortaya koymasını ö renen kimseler çıkar. Bunun hem o kimse hem de içinde yetişti i toplum için büyük bir kazanç oldu u tartışmasızdır.

İşte elinizde tuttu unuz kitap bu tür bir laboratuvar çalışmasının ürünüdür. Çalışmaların hepsini yeterli bulmayabilirsiniz, düşüncelerin hepsine katılmayabilirsiniz. Ancak şurası bir gerçek ki bu çalışmalar hukukçuluk mesle inin ilk basama nda yer alan arkadaşların ilk ürünüdür ve katılımcıların ilerde ortaya koyacakları çalışmaların müjdesini verecek bir kalitededir.

Genç katılımcılara bundan sonraki çalışmalarında başarılar diliyor ve daha fazla meraklandırmadan sizi 35 kadar tebli in yer aldı ı bu güzel eserle başbaşa bırakıyorum.

Prof. Dr. M. Akif AYDIN





# Giriş: Kişilik Yarılmasına U ramadan Hukuksal Pratik

Av. Muharrem BALCI



Gelecekteki hukuk prati imizi hukukun yaygınlaştırılması hedefine yöneltmek için şimdiden bazı hedefler belirlemekte yarar vardır. İnsanlar ve toplumlar hedefledikleri bir dünya ve yaşam biçimi için u raş verirler. Bu hedef onların aynı zamanda gelecek projelerinin de temelini oluşturur.

Bu gün eksikli ini ziyadesiyle hissetti imiz hukuk ve onun yansıması olan evrensel adaleti sadece bir ide veya sadece bir sonuç olarak almak, bizi eksikli ini hissettiklerimize ulaştırmayacaktır. Aynı şekilde hukuku sadece bir pozitif kurallar bütünü ve adaleti de sadece bir duygu yo unlaşması olarak aldı imızda da, bu güne kadar gerçekleşen ne ise bu günden sonra da aynı sonuca ulaşılacaktır.

O halde içinde bulundu umuz ve hukukun yaygınlaştırılmasını ve adaletin eşit olarak da ıtılmasını isteyenlerce açmazlarından kurtulmaya çalışılan hukuksal kriz ve hukuksal krizin aşılması üzerinde durmak gerekir.

Bu krizi aşabilmek için tecrübi bilgiyi konuşturarak ilk elde yapılabilecekleri sıralayabiliriz:

- Hukuku ve hukuk çalışmalarını yeniden kavramsallaştırmak, yorumlamak ve yaygınlaştırmak;

- Bu kilit sözcükleri teorik zeminlerinden alıp hayatımızın birer parçası, olmazsa olmazları ve öncelikle hukukçularımızın, sonra da tüm insanımızın bilgisine ve hayatına sokmak;

- Bu hedefe kariyer kaprislerini tatmin ederek veya hayatı erteleyen bir tembellikle varmak de il, farklı bir tartışma sürecinde, eklenerek, katılarak, bütünleşerek, bütünleştirerek ulaşmaya çalışmak;

- Hukukun yaygınlaştırılmasını, temel hak ve özgürlüklere ilişkin topyekun mücadelenin bir parçası olarak görmeden, bir dönüşüm projesinin prototipi olarak algılamadan yapılabilecek bir işin olmadığı, matematiksel sonuçla ilgili tüm öngörülerin ancak böylesi topyekun bir mücadele sürecinden geçebilece inin farkında olarak başarılabilce i bilinciyle yo rulmak.

Bu belirlemelerimizi bir anlamda hukuk adına yapılabilecek çalışmaların eksenini olarak da alabilirsiniz. Bir başka ifadeyle bu süreç bir sivil toplum mücadelesi olarak da algılanabilir ve adlandırılabilir. Ancak burada

parantez içinde muhtemel bir yanlış algılamayı düzeltmemiz gerekir: Bu algımız ve adlandırmamız liberal-sivil toplumsal arka plana dayanan **pasifist** ve **umutsuz tezlerin** odaından kaynaklanmıyor. Aksine, her bir gerçek sivil toplumsalın, sivil inisiyatif aktivistin ve tabii ki hukukun yaygınlaştırılmasına inanan ve u raş veren hukukçunun di erine söz verdi i gibi **"özgürlüklerin teminatı olmak"**tan kaynaklanıyor.

**Özgürlük**, pasifizm çemberini kırma azmi ve çabasıyla donatılmış, özgür ve onurlu insanların dünyasında, şu an ve gelecek için, her yerde, **düşünsel ve eylemsel pratikte** var olabilmekle mümkün.

Geçti imiz birkaç yıl, kendinden önceki yıllar gibi ve biraz daha a ır olarak bir çok alanda oldu u gibi hukuk açısından da krizli günler olarak hayatımızda yer aldı. Krizden etkilenmeyenimiz yok gibi. Global anlamda, dünya ölçe inde krizin en yo un aşamasını yaşadı imiz şu günlerde, krizden az etkilenenlerin içinde bulundu u genişleme hali krizin devamına davetiye çıkarır gibi.

Bu hali küçük ölçekte, yerel anlamda da gözlemlemek mümkündür. Kutsal devlet mantı ının ötesine geçmeden, AHİS kuralları ve AHİM kararları çerçevesinde palyatif düzenlemelerle hukuksal krizi aşma çabaları.

Geleneksel söylemle, **"bu da geçer yahu"** yöntemleriyle krizin atlatılabilece ini sanmak için vesikalı aptal olmak gerekiyor.

Hukuksal krizden çıkmak için konunun teorik ve pratik çerçevesini anlamak gerekli. Bunun içindir ki, bundan önceki çalışmalarda teorik ve pratik açılımlarda bulunduk. Ancak burada bizi bekleyen bir tehlike olarak, konunun teorik hukuk gelene imizin

olmamasına ya da 28 Şubat veya Şubat pratiklerine indirgenmesine dikkat çekiyoruz. Konuyu sadece karşıtlarının kötü misal pratiklerine endeksleyen yaklaşımın, taşıdı imiz misyona aykırı düşece ini ve omuzlarımızdaki yükü çamura atmak anlamı taşıyaca inı ifade etmek istiyoruz.

Bir bakıma bu metot tercih edildi i için oluşan pasifist salgın, müdahaleci ve etkin yaklaşımlar ortaya koymamıza engel olmuştur. Genellikle kriz dönemlerinin sonrasında teorik atılımlar ve açılımlar yo unlaşır. Bu yo unlaşma politik krizle teorik krizin üst üste binmesine ve bunlar arasında bir gerilim yaşanmasına ve krizin katmerleşmesine sebep olur. Krizin yo unlu unda suspus olmuş **teorisyenler** ve **kaybedecek çok şeyi olanlar**, rehabet ortamı başladı nda polemikçi tavırlarıyla önce söylemi kirletirler. Kürsüler bir bakıma insanların politik dans çeşitlerini sergiledikleri alana dönüşür.

Öte yandan, gerekli teorik donanımı toparlayamamış **acemi pratisyenler** de hayata ve çevresine müdahale edecek özveriyi kendilerinde bulamazlar. Halbuki hayat onların müdahil olmaları için önlerine bir çok fırsat sunmaktadır. Buna ra men donanımsız olmaları yüzünden devasa hale gelmeden yükü sırtlama becerisini gösteremezler. Devasa hale geldi inde de yükün altında ezilirler veya ezilmemek için kenar gezmeyi tercih ederler.

### **Meşhur Marka Olmak veya Bir "Yeni Oluş"**

Sözün burasında kastetti imizi biraz açalım.

- Geleneğin ve gelenekçiliğin kurşun geçirmez şatolarından, tekkelerinden dünyayı seyretmenin veya,
- Korumasız ve korunmasız sokağa fırlatılmış çıplak bireyler olmanın,

her iki prototipin de hukuku anlama ve anlatabilme, yaygınlaştırabilme çalışmalarında işe yaramadığını ifade etmek istiyoruz.

Türk hukukçuları hukukun katledildiği uzun bir dönemde önemli bir pratiği birlikte yaşadılar. Bu uzun süreci dolu dolu yaşayanlar, hakkın ve halkın yanında olduklarında meşhur marka statüsüne geçilebildiğini gördüler. Ve yine gördüler ki, meşhur marka da yetmiyor, bir **"yeni oluş"** gerekli.

Bu yeni oluşun önce ne olmadığını ve olamayacağını belirleyelim.

- Öncelikle, postmodern saplantıları tatmin eden sloganik bir yeni oluşun,
- Mevcudu yok sayan ve yerine ne olduğunu belirsiz örgütlenmeler şeklinde ve gelgitlere açık bir yapılanma olduğunu,
- Geleneksel çizgimizin tamamen dışlanması ve inkarı şeklinde olduğunu.
- Geçmişten bu tarafa yapılan çalışmaların, birikimin ve sonuçlarının inkarı anlamında olduğunu.

Aksi halde yapıp edilenlerin test edilebileceği bir "somut gerçeklik"ten uzaklaşmış, soyut bir belirsizliğe yelken açılmış olunacaktır.

Bunun yanı sıra klasik yenilenme kavramı da pratiğimizi yeteri kadar dokuyamayacaktır. Bunun için reformlar önermek de bir anlam taşımaz. Zira muarızlarımızın mücadelesi bizim

reformlarımızı beklemiyor. Onlar işlerine bakıyor ve bizim de yapacak çok işimiz var. Tren yoluna devam ediyor. Biz yakalamaya çalışırken ara sıra da trenin makinisti de işiyor ve biz geç farkedebiliyoruz.

O halde yaşanan son pratikten de yola çıkarak ve bir çok zeminde gerçekleştirilen hukuk çalışmalarında ortaya konan moral verici bulgulara dayanarak diyebiliriz ki, bu işi bizden yani hukukun yaygınlaştırılmasını dileyenlerden daha iyi yapabilecek kimse yok.

Ülkenin her yanında ve her alanda yapılan diğer sosyal çalışmalarda olduğu gibi; hukukun yaygınlaştırılmasını dileyenler için belki belirlemeler ve sonuçlar söylenebilecektir:

- Artık bu yolda mahcup olarak yola çıkmak ve mahcup olarak devam etmek yok,
- Soyunduğumuz işin ne denli zor ve zahmetli olduğunu biliyoruz. Fakat şunu da biliyoruz ki, dünden bu güne bu çalışmalarımızın temelini atanlar ve bugün bunu devam ettirenler, genç ölenler kervanına katılacaklar.
- Gidişattan memnun olmadığımız kadar, yaptıklarımızdan memnunuz.
- Tarihi çizginin ve misyonun dışına çıkmadık, çıkmayı düşünmüyoruz.
- Akıntıya kapılmıyoruz, sımsıkı dallara tutunmaya çalışıyoruz.
- Gündelik hayatla aramızdaki kısa mesafeyi kabullenmiyoruz, sindirmiyoruz.
- Durumu idare etmiyoruz ve taşıdığımız kimlik bize motivasyon ve özveri sağlıyor.

- Aksine tavır alanların kof ahlaki doyumlarına da itibar etmiyoruz.

Şimdi yeni bir çıkış yolu gerekiyor. On yıllardır hukuk adına sadece mutlu bir azınlığın hukukunu öne çıkarana karşı, hukukun ve adaletin her birey ve toplum için gerekli olduğunu savunanlar teorik ve pratik çalışmalarıyla **anahtar** konumuna gelmiştir. Bu konum kendini bir esaslı marka (meşhur marka) hüviyetine getirdiği için bahsedilmiştir. Örneğin, ÇA RI AVUKATLAR GRUBU İstanbul Barosu için olmazsa olmaz ve kesinlikle yönetim denkleminin bilineni haline gelmiştir. X veya Z de il, ÇA RI AVUKATLAR GRUBU.

## Hukuk ve İktidar Mücadelesi

Şimdi bu gelişmenin daha esaslı bir zemine, kaymayan, kavi ve kararlı, donanımlı, katılımlı bir platforma oturması gerekli. Bunun yolu belki çok boyutlu tartışmalardan geçmeyecek. Fakat bugüne kadar yaptığımızdan daha gerçekçi hesaplar ve çalışmalardan geçecek.

Öncelikle HUKUKUN YAYGINLAŞTIRILMASI bizim için ne anlam taşıyor, bunu de erlendirelim. Toplumumuz, tüm insanımızın kimlik ve kişilikleriyle, özverili yaşamlarıyla oluşturduğu bir yapı ve sahip olduğu kültürel birikim, hukuk alanında da önemli bir deneyime ulaşmış durumdadır. Diğer taraftan içinde yaşadığımızın imkansız hale getirildiği bir cumhuriyetin bireyleri. Ve uzun bir politik sürecin sonucunda yıllardır gerçekleşemeyen tek başına iktidar sonucuna ulaşıyor. Bunun üzerinde durmak gerekir. Bu ise daha çok toplumbilimcilerin görevi.

Fakat dikkat ediniz bu oluşum bir başka sonuç daha doğuruyor. Kendi oy kitlesi dışında potansiyel olarak %35'in dışında bir muhalif kesimi karşısına alıyor. Bunlar içinde Cumhuriyetin bütün imkanlarını tekeline almış bürokrasi ve aristokrat kesim. Yani iktidara ve nimetlerine odaklanmış bir kesim, daha bilinçli ve bilenmiş kitaları istemeden de olsa bünyesinde barındırıyor.

## Kayıtsızlık ve Dert Edinme

Hukukçuları ve hukukun yaygınlaştırılmasını isteyenleri bekleyen bir başka tehlikeden de söz etmeliyim: Kayıtsızlık.

Sayısal etkinlik veya etkisizliği gerekçe sayıp gücün sadece gövdeden veya kafa sayısından ibaret olduğu korkusuna kapılarak duyarsızlaşmak.

İşte bu bir **"gizli inkar"**dır. Önümüze açılan onurlu ve raşin imkanlarını ve müjdelenen sonuçlarını görmeyip, payımıza düşürülen şeytani oyunun parçasına takılmak. Aptalca oyuncaklarla oyalanmak ve sadece kof ideolojik beslenmelerle iktidarı veya muhalefeti sürdürmek. Görece güç illizyonunun vehmettirdiği iktidar oyunu. Veya sol literatürde **"burjuvazinin ahırına girmek"** olarak tabir edilen **hastalıklı muhaliflik** oyununun kimine gına getiren, kimine de geviş getiren bezginliği, oyalanması. Sonuç, arızî muhalefet gösterileri sonunda karşıtının kurumlarını meşrulaştırmak. Veya iktidar imkanlarının dünyayı dizayn edeceği kuruntusunu içselleştirmek. Her iki duyguyu ve olguyu saçılaşmak olarak da tanımlayabilirsiniz.

Hukuku insanlık için evrensel de erler ve fitrata uygunluk olarak kabul edenler, **hastalıklı ve belirsiz muhalefet** oyunu

oynamayı onurlarına yediremezler. Bizim işimiz özgürlüklere yelken açmak. Kimilerine baş döndürücü güzellik gibi gelen isyana benzer **özgürlük savaşı**. Bu sonuç salt iktidar nimetleri ile de gerçekleşmez. Öyle olsaydı tüm gayri insani güç düzenleri adaletin eşit da ıtıldı ı ülkeler olurdu.

Özgürlük, özgürlüklere karşı savaş veren kurulu düzenin kurumlarına **sistemli ve donanımlı muhalefet**. Kimli imizi saklamadan, e ip bükmeden, kimli imizle, bilgimizle, deneyimizle ve hukuk misyonumuzla muhalefet. Biz özgürlü ümüzü gelecekteki belirsiz kazançlarımıza de il, günün konumuna ve konumumuza endeksledik. Makro düzeyde siyasi sistem, mikro düzeyde hukuk kurumları ve yönetimleri bizim üzerimizden politika üreterek kurumlarını ayakta tutmaya çalışıyorlarsa, bu kurumları ayakta tutan şiddeti, haksızlı ı, hukuksuzlu u aç ı a çıkarmak, soluklu tasarımlarımızla özgürlü ü eylemsel boyutuna taşımak da bizim boynumuzun borcu.

Hukukçular, hukukun yaygınlaştırılmasını dileyenler, bu belirlemelerin bilmece olmad ının farkında olmalıdırlar. Yine farkında olmalılar ki, muhatap kitle veya muarızlarımız sürü veya aptal de ildir. Hepsi de her şeyin farkındadır. Eksik olan bir şey varsa, kimileri için duyarsızlık, kimileri için de ahlaki düşüklüktür. İzzeti ve onuru Allah'ın ve zayıf da olsa mazlumların yanında de il güçlünün yanında aramak nasipsizli i veya daha kötü olmamak u runa saf de iştirme ahmaklı ı.

Aslında hukukun yaygınlaştırılması için u raş verenler, sadece bu insanlara bir şeyler ö retmek için yola çıkmamalılar. Onlar kendi onurları için mücadele etmeli ve misyonlarının gere ini yerine

getirmeye çalışmalıdırlar. Her şeyi dert etmeliler. İsrail tankları altında ezilen Filistinli çocukları, ABD jetlerinin bombalarıyla can veren Afgan veya Iraklıları, anaları, kardeşleri, işkence altında inleyenleri, F tipi ma durlarını, AB kapılarına umut ba layanları, özgürlükleri için zincirlerini parçalamaya çalışanları ve daha bir çok olumsuzlukları dert etmeliler. Amaçları küfrederek rahatlamak de il. Ama dövüşmeden insan kalabilmenin mümkün olmad ını da bilmeli ve acizane bunu anlatmaya çalışmalıdırlar.

### Farklı Kesimler ve Amaçları

İşte sözün burasında düşüncelerimizi nasıl anlatabilece imiz üzerinde durmak gerekli. Önce Cumhuriyetin yönetimlerine talip olanları kısaca tahlil edelim:

- Gerek Cumhuriyetçiler gerekse örgütlü sol gruplar yönetim üzerinde etkinlik kurmaya çalışıyor. Birinin amacı, 70 küsur yılı aşkın zamandır elinde tuttu u iktidarın elleri arasından kaymasını önlemek ve iktidardan alaca ı payı yükselterek ötekine hayat hakkı tanımamak;
- Di erlerinin amacı da ırk temeli dışında tabanı oluşmamış ideolojik yapılanmalarla, sadece tarih ve sosyoloji kitaplarının konusu olabilecek bir hayali gerçekleştirmek.

Önemli avantajları ise, mevcut sistemin bu yolda kendilerine yeteri kadar imkan sa lamış bulunması.

Bunun karşısında mevcut sistemin sa cılaştırarak imkan tanıdı ı, korunaklı geleneksel yapılanmaların hukuk ve hukukun idesi adaletin da ıtımı yönündeki

duyarsızlıklarının yanı sıra, bir avuç idealistin 10 yılı aşan kısmi örgütlü hukuk mücadelesi.

Di er yandan sisteme hakim unsurların,

- Yaşlı ve orta kesime Cumhuriyeti koruma ve kollama görevine ilişkin teminatlar vermesi ile bu kesimde oluşturdu u gelecek garantisini;
- Di er sol yapılanmaların genç kesimler üzerinde sistemin kurumlarını kullanarak oluşturdu u palyatif mesleki donanım yapılanmaları,

bizlere daha kurumsal bir bakış açısına sahip olmamız gerekti ini ö retmiştir.

O halde amaçlamamız gereken kurumsal yapılanma, çalışmamızın mi ferini oluşturdu u şekliyle, de işik sivil toplum örgütlenmeleri içinde ve bu kurumların mutfa nda hukuk üretimi için bir araya gelmemize vesile olan hukuk çalışmalarına yönelik olurken, di er yandan da yukarıda genel hatları ile ifade etmeye çalıştı mız nihai sonucu hedeflemiş olacaktır. Belki de sürekli biri di erini tetikleyerek yürüyecektir.

En azından şimdilik sistem karşıtlı ı üzerinde yo unlaştırdı mız toplumsal kimli imizi korurken, bir başka ifadeyle topyekun mücadelenin önemini unutmaz ve gere ini yaparken, di er yandan basamak taşlarını ihmal etmememiz gerekiyor. Taşlardan biri de hukuk ve hukuk kurumları.

### **Kişilik Yarılmasına U ramadan Piyasada Olmak**

Hukuk çalışmaları, bizim sürekli piyasa içinde olmamızı gerektiriyor. Özelde Baro ve

hukukla ilgili di er sivil toplum kuruluşları, genelde de hukuk çalışmaları yani tamamını piyasa olarak adlandırdı mız çalışmaların öznesi olmak.

Yaşadı mız tecrübi süreç, bize;

- Matematiksel kavramların ve rakamların arasında hiçleşme ve aşılmanmayı yaşayamayaca mızı,
- Sadece pratik veya sadece teorik düzlemde de il, hukukun ve hukuksal yapılanmaların her alanında olaca mızı,
- Bozuk, yabancılaşmış gayri insani hukuki ve siyasal sistemin hukukçuların, sivil toplum kuruluşları çalışanlarının ve muhatap insanımız üzerindeki etkilerini ve yaratılan yanılısamaları silmeye çalışaca mızı,
- Literatürde **"kişilik yarılması"** olarak ifade edilen yanılısama ve parçalanma ve bu patolojilerin sonucunda oluşan **yabancılaşmayı** ortadan kaldıracak çalışmalara imza ataca mızı gösteriyor.

Burada bir farklılı a daha dikkat çekmek istiyorum. Kurumlara hakim olma çalışmalarını sadece propaganda veya tanıtım düzeyinde algılamak ve buna ilişkin donanımlar üzerinde yo unlaşmak, konuyu maddi boyutuyla ele alıp, yabancılaşmayı göz ardı etmeye, dolayısıyla bir nevi ikiyüzlülü e imkan vermek sonucuna götürecektir. Tabii ki, sadece düşünsel üretimin biktırıcı gevezeli e yol açaca nı da unutmamalıyız.

Daha net bir ifadeyle, düşünce -ifade- pratik ve yaşamın (konuya ilişkin zeminlerin, dolayısıyla her tür hukuki zeminin ve kurumun) içinde olmak.

Mutlulu umuz, özgürlüklerin teminatı oldu umuza dair sözümüzden geçiyor. Her birimiz ve toplumuz,

- düşünsel ve eylemsel çabalarımızla,
- hukuksal çözümlerimizle,

hukuksal dönüşüme ilişkin sonuca ve nihai amaçlarımıza ilham kaynağı olabiliriz.

### **Düşünsel ve Eylemsel Süreç İşçiliği**

Kariyer, maddi birikim, yetki gibi tasarlardan arınmış bir **süreç işçiliği** öneriyorum. Bu önerim, dikkat ederseniz ve hukuka dair geçmiş bilgileri olanları konuşturursanız tarihi gerçekliği en yüksek derecedeki olgulardan birini işaretliyor.

Tabii ki hemen burada çoğunuzun işaret edeceği ve önemi yadsınamayacak kadar büyük iletişime dair önerileri önemsiyorum. Çağımız iletişim devrimini yaşamaktadır. Sistemin kendini yeniden üretmesinin önemli unsuru olan iletişim, hukukçuların ve hukukun yaygınlaştırılmasını dileyenlerin de gücüne güç katacaktır. Özellikle hukuksal donanım ve her türlü yapılanma için iletişim olmazsa olmazdır.

Teknik anlamdaki tüm önerilerin, konuya ilişkin düşünsel ve eylemsel süreç işçiliğinin kabulüne ve uygulamaya niyetine bağlı olduğu bir gerçektir. Bu gerçekten hareketle, 4. Çalışma Yılına giren GENÇ HUKUKÇULAR HUKUK OKUMALARI GRUBU'nun değerli üyelerine, böylesi onurlu bir çalışma sürecinde başarılar diliyorum.





# Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci

Av. Muharrem BALCI



## Takdim

**K**onu, Yeniden Yapılanma olunca, bunun eski şekli ve uygulaması vardır diye düşünülür. Gerçekten de yapılanma, bir hareketi, kuruluşu, yapıyı veya bunların ruhu sayılan sistemi yeniden organize etmeyi ifade etmektedir. Yeniden yapılanma da, geçmişte yapılan düzenlemelerin ya kafi gelmemesi, ya da dejenere olması yüzünden, yeniden elden geçirme, kurallarını de iştirme, bir başka sisteme adapte etme, köklü veya palyatif de işikliklerle sistemi yeniden organize etme anlamına gelebilmektedir.

Yeniden yapılanmanın yakın tarihle ilişkisi, geçmişten bu yana devam eden bir sistemin yeniden biçimlendirilmesi ba lamında öncelikle ve özellikle mevcut halden başlayarak geriye do ru yakın tarihi incelemeyi de zorunlu kılmaktadır. Zira geçmiş olayların yeniden yaşanmasının, bir başka ifadeyle tarihin tekerrürünün, acı veren şekilde de il mutlulukların yeniden paylaşılması şeklinde olanı tercih edilir. Bu tespit aynı zamanda yakın tarihin bilinmesi ve de erlendirilmesi görevini üstlenmeyi gerektirmektedir.

Tarih okumanın önemli bir yararı, özellikle günümüz Türkiye'si için; Batılılaşmanın sadece ahlaki ve ideolojik boyutu

ile ilgilenen kesimlerle ;"Batılı Yeni Dünya Düzeni" oluşturucularının niyetlerinin, düşünce ve operasyon temelinde günümüzle de örtüşmesi ve bu örtüşmenin Tanzimat Dönemi'ne benzerli ini ortaya çıkarmasıdır.

Günümüzün bu önemli çakışmasını sadece bir tek temele, -örne in sadece ekonomik veya sadece siyasi temele- oturtanlar ise hala şaşkınlıklarından kurtulamamışlar, kendi içlerinde veya toplum nezdinde, de il bir gelecek projesine, musibetleri okuyabilme bilincine dahi ulaşamamışlardır.

Toplumumuzun siyasi, kültürel, ekonomik ve benzeri bir çok alanda gövdesini oluşturan veya öncülü ünü üstlenen yapılanmalardan beklenen "tarihe ve tarihin tekerrürüne ilişkin de erlendirmeler ve bunların ışığı nda günümüz sorunlarına getirilecek çözümler" belki de henüz cenin aşamasında bile de ildir.

Bir kere daha vurgulayalım ki, gelinen noktada en önemli etkenin, tarihi ve tarih perspektifinde günümüzü okuyamamak oldu u şüphesizdir.

Tarihin ve tarih okumanın bize yükledi i ek bir görev de, bizleri, "geçmişten kültür birikimi devralma hakkı" bulunan gençlerimizin, gelece in inşasında yararlanabilecekleri ihtiyaçlarını

karşılama, bilgi birikimine katkıda bulunmaktadır.

Bu görev dahilinde, tarihi birikimimiz içinde önemli yer tutan Tanzimat Dönemi ile bu gün yaşadığımız süreçte oluşan bir benzerlik dikkat çekmek, tarih tekerrür edecekse bu tekerrürün, "gelecek çağlara özgür düşünce ve hukukun üstünlüğü anlayışı içinde ulaşılmasına katkı sağlaması yönünde" küçük bir araştırma sunmak istedik.

Bu küçük çalışmada şahsi kanaatlerimizden ziyade, okuyucuyu konu ile ilgili kaynaklara sevk edici ve ulaştırıcı bilgilere ağırlık verdik. Kaynakların sadece isimlerini aktarmak yerine, bu kaynaklarda geçen tespit ve de erlendirmeleri açıklımlı olarak ve okuyucunun devamını okumak arzusunun uyandıracak şekilde vermeye çalıştık.

Bu çalışmanın ilk halinde, çalışmanın sonuna Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı'nın tam metinlerinin sadeleştirdiğimiz halini, ayrıca, Mecelle'nin giriş bölümündeki 100 maddelik evrensel hukuk kaidelerinin yine sadeleştirdiğimiz şekli, tabii ki Mecelle'ye hayat veren Ahmet Cevdet Paşa'nın portresini ö rencilerimize kazandırmak maksadıyla ek yapmış idik. GENÇ HUKUKÇULAR HUKUK OKUMALARI Programı çerçevesinde yeniden güncelleştirdiğimiz, günün AB için hazırlanarak sunulmuş ULUSAL PROGRAMI'nı da de erlendiren elinizdeki genişletilmiş çalışmanın ekine de "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nın konumuzu ilgilendiren kısmının özeti ile, ileride Avrupa Anayasası olarak ifade edilen "Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi"nin tam metnini ilave etmiştik. Maksadımız, Türkiye'nin yeniden yapılanma sürecinde hangi argümanların hakim olacak ve bu argümanları

uygulayacak iradeyi ortaya koymaya çalışmaktı.

Yeniden yapılanmada siyasi iradenin tarihte benzer argümanlarla iş gördüğüne örnek olarak, bu çalışmanın eski halinin ekinde bir belge sunmuş idik. Bu ibretlik metin, resepsiyon örneği Türk Medeni Kanununun girişine konulan, toplumların tepeden inmece anlayışla ve halka yabancı hukuk kuralları ile yönetilebileceğini savunan "Esbab-ı Mucibe Layihası" idi. Yeniden Yapılanma taahhütleri çerçevesinde bu günlerde yasallaştırılmaya çalışılan ve Komisyonlardan geçip Genel Kurula indirilen "Yeni Türk Medeni Kanunun Tasarısı"nda da bu metin aynen korunmuştur.

Ancak, GENÇ HUKUKÇULAR HUKUK OKUMALARI GURUBU'nun çalışmalarının toplandı ve iş bu kitabın hacmini arttırmamak için bu eklerin bir kısmını çıkarmak zorunda kaldık. Okuyucuyu, çıkarılan Ek Metinleri araştırıp okuma zahmetine soktuğumuz için özür dileriz. Ancak belki de bu durum bir çok okuyucuyu bu belgelere ulaşmaya, dolayısıyla araştırmaya teşvik edecektir. Böylesi bir sonuca vesile olabileceğimiz için de umutluyuz. Fakat yine de okuyucunun ulaşabilse bile, sadeleştirilmiş halini bulabilmesi zor olan TANZİMAT FERMANI ve ISLAHAT FERMANI metinlerinin sadeleştirilmiş hali ile, MECELLE'nin giriş bölümündeki 100 maddelik evrensel hukuk kurallarının sadeleştirilmiş halini ekte sunmayı uygun gördük. Tabii ki başta Mecelle olmak üzere hukuk tarihimize çok büyük katkıları bulunan büyük hukukçu ve devlet adamı Ahmet Cevdet Paşa'nın portresini de ihmal edemedik.

Bir hukukçu olarak görevimizin, konunun en azından hukuka ilişkin yönünü araştırmak, aydınlatmak ve uyarmak olduğunu bilincindeyiz. Üstlendiğimiz görevde mutlak

başarı iddiamız olmamakla birlikte, ileride geçmişin birikimini gelece e taşıyabilecek de erli hukukçular eliyle bu eksik çalışmaların tamamlanabilece ine inanıyoruz.

"Tarihin tekerrürünü insanımıza sunulan hayırlı işlerde görmek" umudunun sürekli taşınması, yaşayaca ımız olaylarda da tekerrür mantı ının tarihi bir gerçeklik veya bir başka anlatımla "yaşayan sünnet" in bir gere i oldu una inanılması kanaatindeyiz. Bu inancımız bize, yaşayan sünnetin/tarihi gerçekli in bir parçası, bir basamak taşı olma görevi de yüklemekteydi.

Bu düşüncelerle elinizdeki çalışmayı, özellikle ve öncelikle genç hukukçu arkadaşlarımızın verdi i bir "tebli görevi", sonra "Türkiye Millî Kültür Vakfı'nın Osmanlı'nın 700. Kuruluş Yılı Kutlamaları için düzenledi i Panelde sunulu bir "tebli metni", daha sonra "Umran Dergisi"nde Avrupa Türkiye İlişkileri Dosyası içinde ve her defasında biraz daha geliştirilmiş olarak "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a" ana başlı ı ve "Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili" alt başlı ıyla sunduktan sonra, Araştırma ve Kültür Vakfı'nın geleneksel yıllık buluşması için güncelleştirerek ve Türkiye'ye gönderilen kayyum eliyle Avrupa Birli ine sunulan Ulusal Programla birlikte de erlendirerek, tarihin hayırlarda tekerrür etmesi, geçmişi ve günümüzü iyi okumak ve Yeniden Yapılanmayı, ilgi alanımıza henüz girmeye başlayan "Hukuki Yönü" ile incelemek suretiyle ve tartışılması dile iyle kaleme aldık.

## **Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın "Hukuki Gelişim Süreci"**

### **Giriş**

2001 yılının Türkiye'sini meşgul eden konu "Yeniden Yapılanma". Esasen Yeniden Yapılanma konusu, 1980'lerin ortalarından itibaren konuşulmak istenen, fakat ço u zaman yeterli donanım ve cesaretin gösterilememesi sonucu ertelenen, ancak kriz yaşanan günlerin zorlamasıyla gündeme getirilebilen bir konudur. İnsanlık için ve bizler için pek de yabancı olmayan yapılanma olgusu, tarihi kökleri ve yansımaları dolayısıyla "Yeniden" ekini de alarak gündeme gelmiş, bu yönüyle yakın tarihteki benzerliklerin de keşfedilmesiyle "Yeniden Yapılanma" olarak konuşulur olmuştur.

Yeniden yapılanmanın siyaset, bürokrasi, ekonomi ve hukuk gibi dört önemli alanda gerçekleşebilece inde bir nevi ittifak vardır. Bu dört olgudan, yapılanmanın kurallarını belirleyen, çerçevesini çizen, yaptırımlarını şekillendiren olgu hukuktur. Hukuk, devrimci kırılmalarla gelse de hiçbir şekilde tarihi köklerinden arındırılması mümkün olamamaktadır. Bu yüzden, yeniden yapılanmanın yakın tarih perspektifinden geçmeden oluşturulamayaca ı, dolayısıyla Osmanlı ve onun hukuk sistemi irdelenmeden yeniden yapılanmanın tanımlanamayaca ı görüşünden hareketle, bu konuda yapılacak hukuki çalışmayı "Geçmişten Günümüze Yeniden Yapılanmanın Hukuk Yönünden Gelişimi" eksenine oturtmaya çalıştık.

Osmanlının son dönemlerindeki hukuki gelişmelerle bu gün yapılmaya çalışılanlar arasındaki aşırı benzerlikler, bizi bir nevi ikinci Tanzimat olgusu fikrine ulaştırdı. Bir başka ifadeyle, Yeniden Yapılanmanın geçmişte Tanzimat'ta, benzeri yansımalarının bugün AB karşısında Ulusal Program'daki taahhütlerle yapılmak istendi ini düşünürsek, irdedeledi imiz konuya Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a Yeniden Yapılanma da diyebiliriz.

Yeniden Yapılanmanın anlatımında kullandığımız, "Yeniden Yapılanma", "Tanzimat", "Avrupa Birliği", "Ulusal Program" gibi argümanların ve olguların izahı gerekmektedir. Ancak biz bu argümanları, Yeniden Yapılanmanın hukuki gelişimi sürecinde ve birbirini takip eden etkileşimler ekseninde, Tanzimat'tan günümüze açıklamaya çalışacağız. Bunun için de öncelikli bazı kavramlar üzerinde duracağız. Çünkü, hukuk tarihinde önemli yer tutan bazı kavramlar sayesinde bu olguları daha etraflıca tartışabiliriz kanaatindeyiz. O halde, yapılanmanın kurallarını ve yaptırımlarını koyan kanunlaştırma hareketlerine ve taşıdıkları anlamlara dikkat çekecek, geçmişten günümüze yeniden bir hukuk serüveni yaşayarak benzerlikleri, ayrılıkları ve gelinen noktayı işaretlemeye çalışacağız.

### Kavram Tahlihi

Kanunlaştırma hareketleri ço u zaman köklü de işiklik/reform veya yeniden yapılanma iddiasını taşımakla birlikte, genelde iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi, var olan hukuk kurallarının yeniden tanzimi ve yeni ihtiyaçları karşılar hale getirilmesi (**İslah/Rehabilitasyon**); ikincisi ise yabancı bir hukuk sisteminin

ülke hukuk sistemi olarak kabul edilmesi ve düzenlenmesi (**Resepsiyon**)dir. Resepsiyon ile aynı anlamda kullanılabilen **expansiyon** arasında fark görmedi imizden expansiyon'u de erlendirme dışı bırakmış bulunuyoruz. Çünkü, literatürde, sömürgeci devletlerin kendi hukuklarını, sömürgelerine, gerekti inde zor kullanarak taşımaları anlamındaki "**expansiyon**" ile, kendi ülkeleri nezdinde yabancı bir hukuk sistemini uygulatan idarecilerin oluşturdu u "**resepsiyon**" arasında fark bulunmamaktadır. Zira her ikisi de, halkın iradesine başvurulmaksızın, bir grup yöneticinin iradesinin tezahürü olarak gerçekleşmektedir. Bir farkla ki biri (ikincisi/expansiyon) dışarıdan yabancıların zorlamasıyla, di eri ise (birincisi/resepsiyon) içeridekilerin dışarıdakilerle birlikte zorlamasıyla oluşturulmaktadır. Esasen literatürde de, zorla benimseme ile bilinçli olarak alma arasında bir fark görülmemektedir.

"Ancak bazı hukukçular, bir ülkenin kendi hukukunu, hakim oldu u ülkeye empoze etmesini resepsiyon saymamakta, bunun resepsiyon elbisesi giydirilmiş zorunlu bir hukuk uygulaması oldu una işaret etmektedirler. Bu görüşe göre, resepsiyon deyimi, sadece bilinçli olarak ve istekle yapılan benimsemeler için kullanılabilir ve sömürgeci devletlerin kendi hukuklarını sömürgelerine taşımalarına "Expansiyon" adı verilir. Buna göre, Kuzey Amerika, Hindistan, Avusturya, Güney Afrika'nın bazı bölgelerinde ve Yeni Zelanda'da İngiliz, Kanada ve Kuzey Afrika'da Fransız, bazı Güney Afrika ülkelerinde ve Seylan'da Hollanda, Orta ve Güney Amerika'da İspanyol hukukunun uygulanmış olması Avrupa hukukunun Avrupa dışındaki bölgelere taşınıp, o topraklarda yaşayan halklara istekleri dışında kabul ettirilmesi ve resepsiyon de il "expansiyon"dur.

Ancak biz bu kurumun, resepsiyonun karakteristik özellikleri göz önüne alındığında, gerçek bir benimseme oldu u kanısındayız. Resepsiyonda iradenin nasıl oluştu u (serbest ya da baskı ile) de il, iki farklı hukuk ortamı ve birinin kendi şartlarına göre, kendi ikliminde oluşmuş bir sistemin başka bir hukuk ortamında yürürlü e girmiş olması önemli, gerekli ve yeterlidir.

Zorla benimseme yanında, bir ülke tarafından istenerek ve bilinçli olarak da resepsiyon yapılabilir. Türkiye Cumhuriyeti'nde gerçekleştirilen resepsiyon buna örnektir.”<sup>1</sup>

Bazen niyet resepsiyon olsa da, içinde bulunulan toplumsal ve siyasal şartlar nedeniyle bu niyetin gerçekleştirilemedi i dönemler olmuştur. Resepsiyonun gerçekleştirilemedi i durumda, yürürlükteki hukuk kurallarında bazı de işiklikler yapılmıştır. Birtakım usulî hükümlerde, temel veya talî kanunlarda yapılan de işiklikleri, iyileştirme, adapte etme, uyumlu hale getirme veya güncelleştirme anlamında **rehabilitasyon** (ıslah veya uyum) olarak adlandırmaktayız.

## Gereklilik

Kanunlaştırma hareketi her ülke ve her ulus için bir gerekliliktir. Ancak üzerinde tartışılan konu, kanunlaştırmanın nasıl, hangi temel unsurlar ve argümanlarla yapılacaktır. Cumhuriyet tarihimizde kanunlaştırma modernleş(tir)menin ve Cumhuriyetin gere i sayılmıştır. Bu gereklilik de resepsiyon şeklinde yansımıştır. Esasen, Cumhuriyet döneminde yapılan hukuki düzenlemelerin bilinçli (halk yönünden) olup olmadığını, zora dayalı olup olmadığını tartışmayan, genel

olarak tümünü bilinçli bir yaklaşımla ve halkın rızası istikametinde yapılmış düzenlemeler olarak kabul eden yukarıdaki anlayışa göre, resepsiyonun zora dayalı olup olmaması önemli de ildir. Önemli olan, yapılmış olanın kabulü noktasında görüş oluşturmak ve bunu modernleş(tir)menin ve Cumhuriyetin gere i saymaktır. Cumhuriyeti bir yönetim şekli olarak de il, ideolojik bir tercih olarak görmek isteyenlerce, resepsiyon gereklidir ve bu gereklilik için her türlü metod mübattır:

“Lozan Muahedesi ile yüklendi imiz işi, elden geldi i kadar çabuk başarmak lazımdı. Birinci Dünya Savaşı içinde İstanbul'da (İzhar-ı Kavanin Komisyonları) adile bir sıra komisyonlar kurulmuş ve işe başlatılmıştı. 1924 yılında bunların çalışma verimi gözden geçirildi. (...)

Burada şu soru karşısındayız: Komisyonlar bu biçim kanun taslaklarını niçin ve neden yaptılar?

İşin bu yanını bilmek, konumuzu kavramak için çok faydalıdır.

Komisyonlar şu kanaatte idiler: “Her milletin kanunu kendi ihtiyaçlarına göre yapılır. Bizim kanunlar da bize göre yapılmalıdır”. Bunun bir batıla oldu unu göstermek zor bir şey de ildir. (...)

Türk ihtilalinin komedyası ile oyalanma a vakti yoktu. Türk Milletinin taliinde gereken kat'i kararı almak zorunda idi ve bu karar şu olacaktı:

Türk Ulusunun, medenî milletler ailesinden bir üye olmasına ve mutlaka olması lazım geldi ine göre, kayıtsız şartsız bu milletlerin hak sistemlerini benimsemesi lazımdı. Tıpkı bir klübe, bir partiye intisap edecek kimsenin, klüp ve parti nizam ve usulünü aynen kabul etmesi, benimsemesi gibi, medenî kamuna girmek davasını güden bir devletin

<sup>1</sup> Gülnihal BOZKURT, “Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi”, s. 16.

de, bu kamunun icaplarını kendine mal etmesi zora ı vardır.”<sup>2</sup>

İhtilalin kararı, bu yolda göründü. Ve bir gün komisyonlar önünde söylenmiş olan bir söylevle bunlara teşekkür edilerek vazifelerine son verildi.

Söylev, aşağı yukarı şu idi:

“Sayın arkadaşlar!

Türk ihtilalinin kararı, batı medeniyetini kayıtsız, şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle, yok edilmeye mahkumdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle, Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre de il, milletimizin dileklerine göre iş başarmaya borçluyuz. Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm. v.s.”<sup>3</sup>

Resepsiyon niyetine rağmen, resepsiyonu rehabilitasyona dönüştüren bir amil de modernizmin ve modernistlerin metotlarıdır. Çoğu zaman baskıcı metotlarla veya ahlak dışı yollarla topluma kabul ettirilmeye çalışılan resepsiyon, zaman zaman karşı hareketler yüzünden amacına ulaşamamış ve devrim yerine evrim haline dönüşmüştür. Bu karşı hareketler, çoğu zaman toplum içinde sorumluluklar üstlendiklerine inanan bazı aydınların eylemleri sonucunda oluşmuştur:

“Sonuçta de işim süreci her zaman bir adaptasyon ve asimilasyon şeklinde olmamış, devletin İslâmî standartlarla olan rabıtası üzerinde düşünmeksizin toptan kavram ithali yapması olarak gözükmiştir. Bu de işimlerin sonucu hakkında derin endişe taşıyan İslâm

alimleri, sık sık kendi kanaatlerine itibar etmeyen otoriteye (devlete) karşı halkı başkaldırmaya çağırmışlardır. İslâmî ayaklanma dediğimiz olay aslında eskinin vahiyçi standartlarının teyidi mahiyetindedir ve de işime yani de işmeye karşı de ildir, modernistlerin de işim için izledikleri yöntemlere karşıdır.”<sup>4</sup>

## Safhalar

İki yüz yıllık süreçte hukuk sistemimizde yapılan değişiklikler incelendiğinde, her iki tür kanunlaştırmanın (resepsiyon ve rehabilitasyon) yapıldığına ve halen de yapılmaya çalışıldığına şahit olmaktayız. Türk Hukuk Sistemindeki köklü değişiklikleri safhalara ayırmak gerekirse:

**Birinci safha** Tanzimat Dönemi'dir. Bu dönemdeki önemli gelişmeler, başta Tanzimat Fermanı (Gülhane Hattı Hümayunu) ve Islahat Fermanı olmak üzere, bu Fermanlarda belirlenen ilkeler uyarınca yapılan düzenlemeler, özellikle Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye ve Kanun-u Esâsî'nin kabulüdür.

**İkinci safha** Lozan'la başlayan ve 1930'lara kadar devam eden – dayanaklarını 1914'de muhalefetin katılmadığı bir seçimle tek başına iktidara gelen İttihat Terakî'nin icraatlarından alan – süreçte Türkiye Cumhuriyeti kanunlaştırma hareketidir ki, başta devrim kanunları olmak üzere bir çok temel kanunun kabul edildiği ve uygulamaya konulduğu safhadır.

**Üçüncü safhayı** ise Avrupa Birliği'ne sokulmak istendiğimiz günlerde yaşamaktayız. Bu safhada yapılmaya çalışılanlar, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, AGİT ve AGİK Konferanslarında alınan kararlarla belirlenmiş hukuk kurallarına

<sup>2</sup> M. Esat BOZKURT, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”, s. 11.

<sup>3</sup> M. Esat BOZKURT, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”, s. 11.

<sup>4</sup> Macid HADDUR, “İslâm'da Adalet Kavramı”, s. 282.



'uyum yasaları' ve bu yasaların hazırlık çalışmalarıdır.

Konuyu sadece Türk Hukuk Sisteminin laikleşme sürecinde yapılan hukuki düzenlemeler yönünden ele almayacağı. Bu sürecin günümüze kadar süren uzunca bir döneminde en önemli dönüşüm aracı olarak kullanılan ulusalcılığın, içinde bulunduğumuz günlerde nasıl yeni dünya düzenine bağlanacağına dönüştürüldüğü, operasyonel gelişmelerle birlikte değerlendirilecektir.

## 1. Tanzimat Dönemi

Bu dönem, Batı'nın siyasi gücünü arttırması, Osmanlı'nın zayıflaması ve hukuk yönünden de zaafa uğraması, Batı kültürü ve hayranlığı ile yetişen, böylece halkına ve kültürüne yabancılaşan bir grup bürokrat ve aydınının, kendi ülkelerinde, yabancıların, kendileri için biçtiği gömleği giymek istemesi ile başlamıştır.

"Tanzimat, devlete yeniden nizam verme demektir. Bu tabir II. Mahmut zamanında ve aynı manada kullanılmıştır. Fakat umumi ve meşhur olarak 1839'dan sonraki devreye isim olmuştur... Bu devre, yuvarlak hesap 35 yıl sürmüştür."<sup>5</sup>

Hukuk yönünden dönemin olumlu gelişmeleri olarak, Padişaha ait yasama yetkisinin bir bölümünü üstlenecek olan meclisler oluşturulması, Dâr-ı Şuray-ı Askerî, Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye ve Dâr-ı Şura-yı Babîâli gibi meclislerin, devlet yönetimiyle ilgili belli başlı kararları almak, özellikle memurları yargılamak ve devlet ile kişi arasındaki anlaşmazlıkları çözmekle görevlendirilmesi, bu meclislerde görüşülmedikçe çıkarılan kanun ve nizamnamelerin yürürlüğe konamayacağına belirlenmesi, had cezası dışında,

"siyaseten katl" olarak ifade edilen ölümle cezalandırmanın kaldırılması, ayrıca en önemlisi "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralının getirilmesi, hakimlerin takdir yetkisinin "haline göre ta'zir ile takdir kılınması" şeklinde ifade edilmekle birlikte, bu takdirin kısmî ve basit suçlara has kılınması, sayılabilir.

Bu dönemde önemli bir gelişme de bir "resmi gazete"nin çıkarılmasıdır. **Takvim-i Vakayi** (Olayların Günlüğü) adlı bu gazetede devletin çıkardığı talimatlar, kararlar, önemli resmi olaylar yayınlanmaya başlandı.

Dönemin yöneticileri, Batı dünyasının ve azınlıkların desteklediği reformları yaparken, ulemadan fetvaler alarak durumlarını meşrulaştırmaya çalışmışlardır. Bir diğer anlatımla bu reformlar, her ne kadar kimilerince kaçınılmaz görülüp, kimilerince de Batı öykünmeciliği içerdiği ifade edilse de; kendi özünde laiklik olarak tanımlanabilecek bir köklü de işiklik de illerdir. Bu reformlar, o güne kadar, yeterli düzenlemelere kavuşturulmadığı için kargaşaya sebebiyet veren örfî kuralların ve bürokratik yapının gözden geçirilmesi ve işleyişi için yeni kurullar ve kurumlar oluşturulması çalışmalarıdır.

## Fermanlar

Bu tespitlerimizin sağlamasını yapabilmek için öncelikle **Tanzimat Fermanı (Gülhane Hattı Hümayunu) (1839)** ve **Islahat Fermanı (1856)** üzerinde durmak gerekmektedir.

**Tanzimat Fermanı**, İslâm esaslarına uymanın dirlik ve düzeni sağlayacağına, bu esaslara uyulduğunu için devletin yüzlerce yıl güçlü bir durumda yaşadığını içtenlikle belirtmektedir. Ancak son 150 yıldan beri "gavaib-i

<sup>5</sup> H. Ali YÜCEL, "Hürriyet Gene Hürriyet", cilt 3, s. 132.

müteakibe" (birbirini izleyen zorluklar), ve "esbab-ı mütenevvia" (çeşitli nedenler) dolayısıyla İslâm esaslarına uyulmadığı da, Fermanında ifade edilmektedir. Ayrıca İslâm ilkelerine uyulmazsa devletin çökeceği belirtildikten sonra, bu kötü durumdan kurtulmak için yeni kanunlar yapılmasının zorunluluğu üzerinde durulmaktadır.<sup>6</sup>

Ferman, yukarıda Padişah Abdülmecid'in a zından özetlenen genel ifadelerle birlikte aşağıdaki hususları içermektedir:

- Can güvenli i,
- Irz ve namus güvenli i,
- Mal güvenli i,
- Vergi toplama yöntemlerinin düzenlenmesi,
- Askerli in belli bir süre ile sınırlandırılması,
- Bütün bunları gerçekleştirilebilmek ve böylece din ve devleti, mülk ve milleti kalkındırmak için Şeriata uygun kanunlar yapılacaktır.

Bu prensiplere aykırı hareket edilemeyeceği yolunda Padişah'ça ant ve misak olunacak ve ayrıca Hırka-ı Şerif odasında bütün ulema ve vükelâ Allah adına yemin edeceklerdir. Bu sebeple ulema ile vüzeradan kim olursa olsun şer'i kanunlara uymayanlar, hatır gönül ve rütbeye bakılmaksızın ceza göreceklerdir.

Giriş bölümündeki ifadelerle bakıldığında Tanzimat Fermanının; "bir yandan 'İslâm ilkelerine dönebilmek için yeni kanunların gerekeceği', diğ er yandan da, 'İslâm'da bulunmayan yeni ilkelerin kabul edileceği' biçiminde anlaşılabilenini, her iki anlayış biçiminde de, yenilikçi reformcu bir nitelik bulunduğunu, bu niteliğ in de yeni kanunların kabul edilmesi

zorunlu olduğu kabul eden görüşe göre, "Tanzimat Fermanını, yenileşme hareketinin ilk esaslı başlangıcı olarak saymak do al"<sup>7</sup> görülebilir. Ancak,

"Tanzimat Fermanı'nda hedeflenen amaç devlet yapısının yenilenmesidir. Tanzimat Fermanı, bir halk hareketi sonucu halkın iradesinden de il, Padişah'tan gelmiştir. Dolayısıyla Tanzimat, halk tarafından benimsenmemiştir."<sup>8</sup>

Tanzimat Fermanı, metninde her ne kadar reformcu bir nitelik taşısa ve yenileşme hareketinin başlangıcı sayılsa da, gerek başlangıcındaki, gerekse metnin tümüne hakim olan ilkeler dikkate alındığında, özünde İslâmî hükümlere uymayı esas aldığı nı belirten bir düzenlemedir. Bu yönüyle, tamamen yabancı ideolojik tercihlerle yapılmış bir resepsiyon hareketi olarak tanımlanamaz.

Tanzimat Fermanı'nın tamamlayıcısı olan **Islahat Fermanı**, Batı'nın tıpkı günümüzde olduğu gibi, kendisiyle bir bütünleşme süreci başlattığını ileri sürdüğü ve bununla azınlıkların haklarını garanti altına almaya çalıştığı, Türkiye'nin de Rusya'ya karşı Fransa ve İngiltere'nin desteğine ihtiyaç duyduğu 1856'da, Paris Konferansı'nın toplanacağı sıralarda (28 Şubat 1856) ilan edildi. Islahat Fermanının ilanı aynı zamanda, Babıâli'nin 1856'da toplanan Paris Konferansı'na iştirak edebilmesinin de şartıdır.<sup>9</sup>

Biçimsel ve hukuksal bakımdan, Tanzimat Fermanı'na benzeyen ve onun devamı niteliğ inde görülen<sup>10</sup>

<sup>6</sup> ÜÇÖK & MUMCU, "Türk Hukuk Tarihi", s. 314.

<sup>7</sup> ÜÇÖK & MUMCU, a.g.e., s. 314.

<sup>8</sup> İhan AKBULUT, s. 55.

<sup>9</sup> Bkz.: (1) Kemal H. KARPAT, s. 34. (2) Mustafa ERDO AN, s. 23.

<sup>10</sup> Mustafa ERDO AN, a.g.e., s. 23.



Islahat Fermanı, Tanzimat Fermanı'ndan farklı ve İslâm Hukukuna aykırı olarak, zimmîleri Müslümanlarla eşit konuma getirmiştir. Ayrıca, zimmîlerle Müslümanları yargılama bakımından da ayırmıştır.

Islahat Fermanının hükümleri genel olarak:

- Tanzimat Fermanındaki ilkeler aynen uygulanacak,

- Zimmîlere eskiden tanınan haklar aynen sürecek,

- Patrikhanelerde oluşan Meclisler, zimmî uyrukların ihtiyaçlarını hükümete bildirecek,

- Patrik seçimleri kurallara ba lanacak,

- Zimmî din görevlileri halktan para toplayamayacaklar, onlara maaş ba lanacak,

- Zimmîler kendi işlerini görebilmek için aralarında kurul oluşturacaklar,

- Zimmîlerin başvuruları acele de erlendirilecek,

- Zimmîlerin dinî işlerine karışılmayacak,

- Zimmîler devlet hizmetine alınacak, askerî veya sivil okullara kabul edilecekler,

- Ticaret ve ceza davalarında e er iki taraf biri Müslüman ve biri zimmî, ya da biri zimmî di eri yabancı ise, yargılamaları karma mahkemelerde ve açıkta yapılacak. Bazı hukuk işlerinde zimmîler isterlerse kendi patrikhanelerine başvurabilecekler,

- Yabancılar, taşınmaz mal edinebileceklerdir.

Taşdı ı hükümler bakımından her ne kadar gayrimüslimlere imtiyazlar tanıyan bir metin olsa da, Islahat Fermanı, uygulaması oldukça güdük kalmış bir düzenlemedir. Başta da belirttiğimiz gibi, Paris

Konferansı öncesinde bir zaruret olarak düşünülmüş ve yapılmıştır. Yönetimin tekçi karakteri gere i de kimseyi memnun etmemiştir. Bu husus, bir Fransız sefir ve yazarı olan Engelhardt'ın kanaatlerine de yansımıştır.

"Birbirine zıt düşünceleri bir araya getirmek maksadıyla yazılan bu Hatt-ı Hümayun'dan anlaşıldı ı üzere Sultan Abdülmecid de ıslahat yolunda hızlı bir şekilde ileriye gidildi ine ve kendi ahdi altında bulunan Gülhane Hattını inkar etmekle bu hızı yavaşlatmanın gerekti ine inanıyordu. Bir süre sonra Meclis-i Ahkam-ı Adliye tarafından alınan bir çok karar, Hatt-ı Hümayun'un yazılış amacına dair bütün şüpheleri yok etti. 1842 Şubatında eyalet gelirlerinin toplanması, eskiden oldu u gibi askerî kumandanlara verildi. Merkez vilayetlerdeki muhassıllar kaldırıldı. Her yerde mahalli ileri gelenlerden oluşan bir meclis verginin toplanmasına memur kılındı; eski usule dönüldü. Haracın ruhanî cemaat vasıtasıyla toplanmasından vazgeçilerek eski tarz uygulamaya konuldu."<sup>11</sup>

Islahat Fermanı'nın, gerçekten de ıslahat düşüncesiyle yapılmadı ı yaygın bir kanaattir. Hatta Tanzimat Fermanı'nın ilan edilmesini sa layan Mustafa Reşid Paşa'nın dahi Islahat Fermanı'na karşı çıktı ı, önyak olanları (ö rencileri Âli ve Fuat Paşalar) ihanetle damgaladı ı da bilinmektedir.<sup>12</sup>

"Uzun yıllar ıslahat düşüncesinin somut örne i sayılan, Hatt-ı Hümayun'un düzenlenmesi görüşmelerine katılmayan Reşid Paşa -şüphesiz ki azlinden dolayı müteessir oldu u ve kalbi incitildi i için- Hatt-ı Hümayun'u tenkitten geri durmadı; bunun 'hainler tarafından Avrupa'ya verilen, memleketi tahrip vasıtası' oldu unu söyledi. Bu hainler kendi

<sup>11</sup> ENGELHARDT, "Tanzimat ve Türkiye", s. 58.

<sup>12</sup> ENGELHARDT, a.g.e., s. 138.

ö rencileri Âli ve Fuad Paşalardı.”<sup>13</sup>

Tanzimat döneminde yapılan di er yenilikleri de aktarmakta, dönemin belirgin özelliklerini tanımak bakımından yarar vardır:

Tanzimat döneminde kara ve deniz ticaret hukuku ve bazı ceza kanunları ile bunlara ilişkin usul kanunları Fransızca’dan tercüme edilerek alınmıştır. Fakat bunların hiç biri **temel kanun** niteli inde düzenleme de ildir. Örne in Medenî Kanun olarak Fransız **Cod Civil**’in ticaret hukukuna ilişkin maddeleri iktibas edilmiş, fakat aile ve borçlar hukukuna ilişkin hükümleri alınmamıştır. Osmanlı devlet adamları bu dönemde bir çok hukuki düzenlemeyi, üzerlerindeki siyasi baskılar sebebiyle yapmak zorunda kalmışlardır.<sup>14</sup>

Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve Islahat Fermanı’nın ilanında da dış baskıların eseri vardır. Ancak bu dönemin en belirgin vasfı, yapılan de işikliklerde, hakim hukuk sistemi olan İslâm hukukuna açıkça ters düşülmemesine özen gösterilmesidir. Aksini düşünen ve gerçekleşmesi için çalışanlar olsa da, hakim özellik, İslâm Hukukuna ters düşülmemesidir.<sup>15</sup>

“Tanzimat Dönemi’nde Devlet, başta Tanzimat Fermanı olmak üzere resmî belgelerde dini ifadelerle a ırlık vermiş, dini meşrulaştırıma başvurmaya devam etmiş, Ulema’nın siyasi düzlemde dinî bir grup olarak ortaya çıkmasını sa layacak

söylemler geliştirmiş ve politikalar izlemiştir. Bunun sonucu olarak din, siyasi düzlemde güç kazanmış veya dinin siyasi yönü öne çıkmaya başlamıştır.”<sup>16</sup>

Mustafa Reşit Paşa, yapılacak hukuki düzenlemelerin şer’i yönü bakımından kendisine yardımcı olmak üzere meşihattan (Şeyhülislâmlık makamından) bir zatın görevlendirilmesini istemiş, Şeyhülislâmlık da Ahmet Cevdet Paşa’yı görevlendirmiştir.

Bu dönemin en parlak şahsiyeti olan Ahmet Cevdet Paşa’nın, yapılan tüm hukuki düzenlemelerde eme i ve imzası vardır. Paşa, Osmanlı hukukunun, tam anlamıyla Batı hukukunun etki alanına girmesine engel olmaya çalışmış Türk aile hukukunun Fransız aile hukuku ile aynılaşmasının 1926’lara kadar ertelenmesine vesile olmuştur. Bu nedenledir ki, Engelhardt gibi yabancı yazarların eserlerinde tek kelime olsun Ahmet Cevdet Paşa’nın adından söz edilmez.

Tanzimat dönemi düzenlemelerinden pek fazla iyimser olanların beklentilerinin hayal kırıklı ına dönüşmesi de, Tanzimat takipçilerinin Islahat Fermanına ve uygulamalarına bakışlarını ortaya koymaktadır:

“Divan-ı Ahkam-ı Adliye, teşkilatına hakim olan ilkeyi, adliyenin ba ımsızlı ını, serbestçe ve samimiyetle tatbik etmeyi başaramamıştı; valilerin vilayet meclislerinde etki yapmaktan geri kalmadıkları düşünülürse bu konuda şüphe edilebilirdi. **Zaten henüz zamanın ihtiyaçları ile zorunlu olmayan bu yenili in** zayıf tarafı, mahkemelerin hatalarını düzeltmek ve mahkeme usullerinin tamamen uygulanmasını denetlemek göreviyle sorumlu olan hakimlerin tam anlamıyla görevlerini yapabilecek kadar bilgili ve tecrübeli olmamalarıydı. Bu hakimler, doktorlar tarafından kendilerine gıdalı yemekler ve nefis içecekler

<sup>13</sup> ENGELHARDT, a.g.e., s. 138.

<sup>14</sup> Bir görü e göre, “Avrupa büyükleri Islahat Fermanı’nı her zaman, kendilerine Osmanlı içi lerine müdahale hakkı veren bir belge olarak yorumladılar.” Bkz.: İBER ORTAYLI, “mparatorlu un En Uzun Yüzyılı”, s. 82.

Bir ba ka görü e göre de, “Paris Antla masının metninde Osmanlı Devleti’nin içi lerine karı ılmayaca ı ifade edilmi olmasına ra men, Islahat Fermanının Paris Antla masının metnine alınması, dolaylı da olsa büyük devletlerin Osmanlı mparatorlu u üzerinde söz sahibi olmasına yol açmı tır.” Bkz.: ÜÇÖK & MUMCU, a.g.e., s. 316.

<sup>15</sup> Ejder OKUMU , s. 370.

<sup>16</sup> Ejder OKUMU , s. 370.

tavsiye edilen fakirler gibiydi. Hazırlanan kanunlar hiçbir yerde ö retilmiyor, yapılanlar ceza kanunu ile ticaret kanunuyla münhasır kalıyordu.”<sup>17</sup>

Ahmet Cevdet Paşa, bu dönemde, İslâm Hukuku esasları dahilinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni hazırlamış ve kanunlaştırmıştır. Paşa'nın Osmanlı Hukuk sistemine yaptığı katkıları derece önemlidir ki, tesirleri savaş sonrasına ve Cumhuriyet dönemine kadar devam etmiştir. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun 7. maddesinde Büyük Millet Meclisi'nin görevleri sayılırken, hazırlanacak kanunlarda hangi esasların göz önünde bulundurulacağı şu şekilde ifade edilmektedir:

“Kavanin ve nizamat tanziminde muamelat-ı nâsa erfak ve ihtiyacât-ı zamana evfak ahkâm-ı fıkhiyye ve hukukiyye ile adap ve muamelat ittihaz kılınır” (Kanunların ve nizamnamelerin düzenlenmesinde, halkın işlerine ve zamanın ihtiyaçlarına uygun fıkhi hükümler ve buna ilişkin hukuk usulü ve işlemleri esas kabul edilir.)

Yine savaş sonrasında yeni Türk Devletinin hukuki yapısını belirlemek ve gerekli kanunları hazırlamak için oluşturulan Komisyonların (Mecelle Vacibât, Mecelle Ahvâl-i Şahsiye, Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye ve Şer'iyeye, Ticaret-i Bahriyye ve Berriye, Usul-i Muhakemât-ı Cezâiye ve Kanun-ı Ceza Komisyonları) çalışmalarını belirlemek için hazırlanan Talimatnamede:

“Muamelât-ı nâsa ve bilhassa memleketin terakkiyat-ı iktisadiyesinin inkişafına hâdim ahkâm vaz'ına sarf-ı mesai edecek ve husul-i maksad için gerek ahkâm-ı fıkhiyye ve gerek mileli sairece kabul edilmiş esasattan istifade edilecektir”. (Halkın işlerine ve memleketin ekonomisinin gelişmesine hizmet edecek hükümler koymaya

mesai harcayacak ve bu maksadı temin için gerek fıkhi hükümlerden, gerekse diğer milletlerce kabul edilmiş esaslardan yararlanılacaktır)

şeklinde bir hüküm konulmuştur.

Bu hüküm devrin yöneticilerinin tümünün kanaatini yansıtmasa da, a ırlıklı görüş ve uygulama bu yöndedir. Nitekim Atatürk sonraları Cumhuriyet Halk Fırkası'nda yaptığı bir konuşmada bu hususa da inecek ve şöyle diyecektir:

“Efendiler, ilk Teşkilat-ı Esasiye Kanununu ihzar edenlere bizzat riyaset ediyordum. Yapmakta oldu umuz kanunlarda 'ahkam-ı şer'iyeye' tabirinin bir münasebetinin olmadığını anlatmaya çalıştık. Fakat bu tabirden başka bir mana tasavvur edenleri ikna mümkün olmadı”<sup>18</sup>

Bütün bu tespitler, Tanzimat Döneminde yapılan hukuki düzenlemelerin, **resepsiyon** anlamında bir reform veya de işiklik olarak adlandırılmayacağını, olsa olsa mevcut hukuk düzeninin bir **rehabilitasyonu** olabileceğini göstermektedir. Tanzimat'tan beklentileri hayal kırıklığına dönüşen yabancılarda da bu kanaat aynen oluşmuştur:

“Gerçekten de Tanzimat, devletin en kötü döneminde düşünüldü ve tatbik edildi, Avrupa'ya göre teminat yerine geçerek padişahı büyük bir karışıklıktan kurtardı; her taraftan tehdit edilen devlet bu sayede biraz nefes alabildi; fakat Türkiye'yi medenî devletler arasına geçirmesi gereken uzun bir tecrübe süresi dışında bir sonuç alınamadı.”<sup>19</sup>

Tanzimat döneminde hukuk sisteminin resepsiyon anlamında dizayn edilememesinin nedenlerinden biri de dönemin aydınlarının gayretleri olmuştur.

<sup>18</sup> M. Akif AYDIN, “slâm ve Osmanlı Hukuku Ara tırmaları”, a.g.e., s. 300.

<sup>19</sup> ENGELHARDT, a.g.e., s. 479.

<sup>17</sup> ENGELHARDT, a.g.e., s. 259.

Dönemin Osmanlı aydınlarının –her ne kadar modernleşme yanlısı olsalar da– kültür düzeyinde de kalsa İslâm'ın ve hükümlerinin korunması taraftarı olmalarının<sup>20</sup> bu sonuçta önemli payı vardır:

"Kurtuluş Savaşı'nın başladığı yıllarda modernleşme yüz yaşını geçmiş ve toplumun hemen bütün sektörlerine yayılmıştı. Askeri ıslahatları idare, maliye, adalet ve hukuk alanındaki düzenlemeler izlemiş, son olarak Ceza (1847) ve Ticaret (1850-1851) kanunları da Batı'dan iktibas edilmişti. Ancak aile hayatı söz konusu oldu unda iş de işiyordu. Bütün diğer kanunlar dışarıdan ithal edildikten sonra bile bu alana el uzatılamamıştı. 1917 Hukuk-u Aile Kanunnamesi, parlamentodan geçmeyeceği düşüncesiyle ola anüstü bir kararname biçiminde yürürlüğe sokulmuş; uygulamanın başarısızlığı üzerine 1919'da kaldırılmıştı. Namık Kemal, Ahmet Mithat, Ali Suavi, Şinasi gibi modernleşme yanlısı düşünürler bile kültürün manevi yönlerinin korunmasına taraftardılar. Batıdan maddi unsurların alınması gerektiğini düşündükleri için, tasarlanan gelişmeleri dinsel hükümlere dayandırmaya çalışıyorlar ve kadın haklarını da aynı temelde ele alıyorlardı."<sup>21</sup>

Dönemin aydınlarının, kanun yapma tekniği, kanunları yapanların düşünceleri ve kanunların muhatabı olan milletlerin konuları hakkında besledikleri kanaatlerini, ayrıca Şeriat'ın bu konulardaki görüşlerini nasıl dikkate aldıklarını, Namık Kemal'in bir hukuk kitabının tercümesine yaptığı eleştirilerden de görebiliriz:

"Pradie Fodere'e atfedilen sözünde, insano lunun daima birbiriyle birlik ve beraberlik halinde

bulunmasını ilahi kanun gereği saydıktan sonra, her kavme, "bu kanuna" itiraz ve kendi inançlarına uygun kanun yapmak selâhiyeti veriyor. Böyle bir durumda, savaşçı bir millet ilâhi kanun hükmünce muhabbet ve birlik ile "davranmaya" memur oldukları diğer kavimler üzerine daima hakim olmalarını do uracak bir kanun vazetseler, hukuk kuralları dahilinde hareket etmiş olacaklar. Bu görüş kabul olununca, insano lunun severken yavrusunu öldüren canavardan ne farkı kalır?

Bu, İslam ulemasının öngördüğü kanun yapma usulüne aykırıdır. Çünkü dinin insana yüklediği vazife, bir yaratıcıya ibadet ve o yaratıcının adalet hükümlerine uymak oldu undan; daima siyaset diyanete tabi ve diyanetin dünya işlerine müteallik olan adaletin aslı hükümleri ise Müslümanların geneline şamildir. Zamanın de işmesi ile de işen ve içinde bulunulan durumun bazı gereklerine göre uyulan meseleler, tamamen tali hükümler ve istisnalardır. Şimdi Avrupa'da oldu u gibi, aralarında bir nehir veya bir da ve bir lisan ile batıl inançlardan oluşan bazı görenekten başka bir fark bulunmayan iki toplumun, yarısından fazla meseleleri birbirine zıt iki ayrı kanuna tabi olmasına; ilâhi birlikten sonra; insano lunun bir do ruluk merkezinde birliğini "isteyen" yüce iradesiyle insanlık aleminin mutluluk verici temiz şeriatı asla cevaz veremez."<sup>22</sup>

## Mecelle

1839 Tanzimat Fermanında Osmanlı Devletine yeni bir hukuki yapı vermenin gereği vurgulanmış, daha sonra bu do rultuda bazı komisyonlar kurulmuştur. Ayrıca bu dönemde Ticaret ve Nizamiye Mahkemeleri de kurulmuştur. Bu mahkemelerde, diğer Avrupa ülkelerinin medenî kanununa benzer ve ortak ihtiyaçları karşılayacak bir medenî kanuna ihtiyaç duyulmuştu. Zira ticaret

<sup>20</sup> Sözü geçen aydınların tavırlarındaki bu farklılıkta, o denemede muhalefette bulunmalarının önemi de dikkate alınmalıdır.

<sup>21</sup> Alev Erkilet BA ER, "Orta Do u'da Modernleşme ve slâmî Hareketler", s. 146.

<sup>22</sup> Fevziye TANSAL, "Türk Hukuk Tarihi Dergisi", s. 62.

mahkemeleri ve nizamiye mahkemelerinin başkanları dışındaki üyeleri hukukçu de illerdi. Yine bu dönemde 1850 yılında ço u hükümleri Fransız Ticaret Kanunundan alınarak hazırlanmış Kanunname-i Ticaret uygulanırken, borçlar hukuku ilkelerinin uygulanmasında zorluklar çekilmekteydi. Bu ilkelerin bizzat fıkıh kuralları içinden çıkarılması oldukça zordu ve ayrıca ticarete taalluk etmeyen konularda da güçlükler yaşanıyordu. Aynı şekilde nizamiye mahkemelerinin üyelerinin de fıkıh kitaplarında her hükmü bulabilmeleri mümkün de ildi. Mecelle'nin Esbab-ı Mûcibe (gerekçe) Mazbatası'ndaki şu ifadeler, Mecelle'ye neden gerek duyuldu u konusunda fikir vermektedir:

"...ihtilâflardan âzâde ve yalnız en uygun görüşleri içerisine almak üzere -fıkıhî muamelelere dair anlaşılması kolay bir kitap yapılsa herkes kolaylıkla okuyarak muamelelerini ona tatbik ve böyle mazbut bir kitap oldu u halde nâib efendi (hakim)lere büyük faydası olaca ı gibi Nizamiye Mahkemeleri azasiyle idarî işlerde bulunan memurlar dahi okumak suretiyle şer'i meseleleri kavrayarak, icabında güçleri yetti i kadar şer'i Şerife tâbi olurlar. Hem şer'i mahkemelerde muteber ve geçerli hem de Nizamiye Mahkemelerinde hukuk davaları için kanun kayna ı lüzumu kalmaz-mütalaasına mebnî öyle bir muhteşem eserin vücuda gelmesi hayli vakitten beri arzu olunan bir hal olup..."<sup>23</sup>

Mecellenin hazırlanmasında bir di er önemli sebebin dış baskılar oldu u da bilinmektedir. Daha önce de ifade etti imiz gibi, Tanzimat ve Islahat Fermanları Batı'nın baskısıyla ve onları memnun etmek kaygısıyla hazırlanmıştı. Birçok alanda Batılılaşmaya gidilirken hukuk alanında da Batı'nın tesirinden kurtulmak imkansızdı.

<sup>23</sup> Ali Himmet BERK , "Açıklamalı MECELLE", s. 9.

Üstelik dönemin en önemli devlet adamları Âli ve Fuat Paşalar da heyecanlı birer Batı taraftarı idiler. Özellikle Âli Paşa, medenî kanun konusunda da, milli bir kanundan ziyade Fransız Medenî Kanununun (Cod Civil) aynen iktibas edilmesine taraftardı.

Mecelle'nin hazırlanması kararı verildikten ve bu iş için Komisyon oluşturulduktan sonra Batılı devletlerin, özellikle de Fransa'nın baskıları o derecede etkili olmuştur ki, Mecelle'nin hazırlanışında görevlendirilen Ahmet Cevdet Paşa, Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nazırlı ından azledilerek Bursa Valili ine atanmıştır. Bu atamada Fransa elçisi Mösyö Bouree'nin aleyhte çalışmaları etkili olmuştur.<sup>24</sup>

Mecelleyi hazırlayacak komisyonun teşkilinden önce Meclis-i Tanzimat bünyesinde oluşturulan cemiyet-i ilmiye, **metn-i metin'i** hazırlamıştır. Bu heyette Rüştü Molla Efendi başkanlı ında İstanbul kadısı Tahir Efendi, Ali Ratib Bey Ahmet Cevdet Paşa bulunuyordu. Cemiyet ilk kitap olarak Kitab-ul Buyû'u kaleme aldı ve da ıldı. Ahmet Cevdet Paşa bu Komisyonun, Tahir Efendi dışında yetersiz hukukçulardan oluştu u için da ıldı nı bildirmektedir.

Bu dönemde Fransız (Cod Civil) Medenî Kanununun tercüme ve iktibas edilmesi fikri a ır basmakla birlikte, özellikle Ahmet Cevdet Paşa, Fuat Paşa ve Şirvanîzâde Rüştü Paşa'nın karşı çıkmasıyla bu teşebbüsten vazgeçilmiş ve Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlı ında bir heyet kurularak Mecelle'nin telifine başlanmıştır.<sup>25</sup>

Mecelle'nin hazırlanmasında görev alan hukukçular şunlardır:

<sup>24</sup> Ebul'ula MARD N, "Medenî Hukuk Cephesinden AHMET CEVDET PA A", s. 88.

<sup>25</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 78.

1. Filibeli Halil Efendi, 2. Seyfeddin İsmail Efendi, 3. Şirvânîzâde Ahmet Hulusi Efendi, 4. Ahmet Hilmi Efendi, 5. Ba datlı Muhammed Emin Efendi, 6. İbn Âbidinzâde Alâaddin Efendi, 7. Gerdankıran Ömer Hulusi Efendi, 8. Kara Halil Efendi, 9. İsa Ruhi Efendi, 10. Yunus Vehbi Efendi, 11. Abdülatif Şükrü Efendi, 12. Ahmed Hâlid Efendi, 13. Karınâbadlı Ömer Hilmi Efendi, 14. Abdüs-settar Efendi.<sup>26</sup>

Mecelle'nin Mukaddimesi (Girişi) iki Makale'den oluşmaktadır. Makaale-i Ūlâ (Birinci Makale) fıkıh ilminin tarifi ve bölümlerini, Makaan-i Sâniye (İkinci Makale), fıkıhın kurallarını anlatır. Evrensel hukuk kurallarının da önemli bir kısmını içine alan bu girişte, fıkıh kurallarının daha iyi anlaşılabilmesi için kavram tarifleri ve fıkıh kurallarına ulaştıracak mantık, edebî bir şekilde verilmektedir.

Mecelle bir bütün olarak de il, 16 ayrı kitap halinde, sekiz senede hazırlanmış ve her bir bölümü Padişah'a sunularak yürürlü e girmiştir. Mecelle'deki hükümler ve Mecelle hakkında ifade edilenler dikkate alındı ında; ayrıca Ahmet Cevdet Paşa'nın gayretleri konusunda hasmane tavırlar takınanların tavırları de erlendirildi inde, Mecelle'nin ve dolayısıyla Ahmet Cevdet Paşa'nın, Türk hukuk sisteminin resepsiyonunu uzun bir süre geciktirdi i belirgindir.

### **Kanun-u Esâsî (1876 Anayasası)**

Tanzimat döneminde hukukla ilgili en önemli olay Mecelle'dir. Tanzimat döneminin hemen akabinde ve bu dönemin tesiri ile yapılan bir di er önemli hukuk olayı da

Kanun-u Esâsî'dir. Osmanlı Devleti'nde Padişahın yetkilerinin kısıtlanmasını da içerebilecek bir anayasanın yapılması fikri aydınlar arasında, bilhassa Şinasî, Namık Kemal, Ziya Paşa gibi önde gelenler arasında tartışılmıştır.

Namık Kemal, Montesquieu'nun 'Kanunların Ruhu' adlı eserini tercüme etmiş ve Montesquieu'nun, özellikle anayasa ve parlamenter yönetim biçimine ilişkin fikirlerinin, şeriata uygun oldu unu savunmuştur.

Namık Kemal'e göre,

"İslâm Devleti modernleşirken Avrupa'yı körü körüne taklit etmemeli, kendi kanunlarını, inanç ve geleneklerini terk etmemelidir. Şeriat'ın adil kuralları, Montesquieu'nun belirtti i 'Tabii Hukuk'tur. Tabii hukukun temel kuralları şahsî hürriyet, eşitlik, toplanma hürriyeti, memurların sorumlulu u gibi unsurlardan oluşur. Halkın hakimiyeti ise hükümetin halktan kaynaklanmasıdır ki, bu, her ferdin do uştan sahip oldu u haktır. Hükümeti adalet içinde tutmanın yolu ise, hükümetin işleyişinde uyaca ı kuralların açıkça belirtilmesi ve yasama erkini hükümetten alacak meşveret ilkesidir... Meşveret usulüne müracaat olunmazsa, dakika dakika çöküşe yaklaşılacak ve devlet pek az zaman içinde mahvolacaktır... Madem ki Avrupa bu hale iki asır içinde gelmiş ve madem ki ilerleme araçlarını onlar bulmuş, biz o vesaiti hazır bulaca ız... Bizim hiç olmazsa iki asır içinde en medenî memleketlerden olaca ımıza bir şüphe var mıdır?"<sup>27</sup>

Namık Kemal gibi düşünürler yanında, anayasa fikrinin hayata geçirilmesinde en önemli rol Mithat Paşa'ya aittir. Mithat Paşa'nın sadrazamlı ı döneminde Büyük Devletler 'Do u Sorunu'na çözüm bulmak gereğiyle İstanbul'da toplanacak bir Konferansın hazırlıklarını yapmakta, di er yandan da

<sup>26</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 80.

<sup>27</sup> Gülnihal BOZKURT, a.g.e., s. 53.



Rusya'nın Panslavist politikaları hem Osmanlı Devleti'ni hem de Avrupa'yı rahatsız etmektedir. Konferansı tertip eden devletler bir yandan da, Konferansın amacına ulaşamaması durumunda yeni bir Türk-Rus Savaşı çıkabileceği veya beş büyük devletin Osmanlı Devleti topraklarını işgal edebileceği gibi senaryolarla tehditkâr bir tavır takınmakta idiler. İşte bu şartlarda Konferansın (İstanbul Konferansı) ilk toplantısının yapıldığı 23 Aralık 1876'da ilk Osmanlı Anayasası (Kanun-u Esâsî) ilan edildi.

Anayasanın ilanı Osmanlı elçilerine şu özet bilgilerle duyurulmuştur:

"Sultan ve Halife, Müslümanların en üstündedir ve Osmanlı tebaasının egemenidir. Devletin sujeleri, aralarında fark olmaksızın "Osmanlı" tabir olunmuştur. Kişisel özgürlüklerine dokunulamaz, kanunlarla garanti altındadırlar. Teokratik devlet sadece anayasa için mevcuttur. Adalet müdahale edilmeyecek, mahkemeler açık yargılama yapacaklardır. Bunlar Batı anayasalarının hükümleridir. Osmanlı Devleti ve halkının daha mutlu olacakları bir ortam yaratılmıştır."<sup>28</sup>

Esas itibarıyla 1830 Belçika Anayasası örneğine dayanan<sup>29</sup> 1876 Anayasası gözden geçirildiğinde, Padişah, parlamenter sistemdeki sembolik devlet başkanı gibi değil, aksine tüm yetkileri elinde bulunduran, kendi rızası ile bazı yetkileri başı koyan konumundadır. Padişah yürütmenin başındadır. Güvenoyu sistemi yoktur. Hükümeti kurma ve feshetme yetkisi Padişah'tadır. Ayrıca **'kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi'**, yasama gücünü de elinde bulundurdu bunun önemli bir işaretiydi.<sup>(\*)</sup>

<sup>28</sup> Gülnihal BOZKURT, a.g.e., s. 67.

<sup>29</sup> Mustafa ERDOĞAN, a.g.e., s. 27.

(\*) 1960 hâtilâ Anayasasında da eskiye dönüşümüne ve hükümete, Kanun Hükmünde Kararname çıkarma

1876 Anayasasında, üyeleri Osmanlı vatandaşları tarafından seçilen Heyet-i Mebusan ile Padişah tarafından belirlenen ve ömür boyu atanan üyelerden oluşan bir üst denetim organı olarak Meclis-i Ayan vardır. Yargı gücü bağımsızdır. Yargıçların işlerine son verilemez. Bakanlar Kurulu ile Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye'nin reis ve üyelerini ve Padişah aleyhine cürüm işleyenleri yargılamak üzere Divân-ı Âli ismi altında bir mahkeme kurulmuştur. Osmanlı vatandaşlarına siyasi parti ve dernek kurma ile toplantı özgürlükleri dışındaki özgürlükler tanınmış olup, can, mal, ırz, konut dokunulmazlıkları güvenceye alınmıştır. Önemli bir istisna, Padişahın polis soruşturmasına dayanarak yurt dışı sürgün cezası verebilmesidir.

Padişah'a sınırsız yetkilerin tanınması, sıkıyönetim ilanı ve yurt dışı sürgün gibi kararların yürütmeye, dolayısıyla Padişah'a ait olması, din ayırımının kaldırılması çabalarına karşılık, devletin dininin İslâm olduğunu belirtmesi, bu dönemden resepsiyon beklentisinde olanları hayal kırıklığına uğratmıştır. Bu yönüyle de erlendirildiğinde 1876 Kanun-u Esâsî'nin ilanı, bir resepsiyon eylemi değil, Osmanlı Saltanatı'nın Tanzimat ve İslahat Fermanlarında olduğu gibi dış baskılara, bu defa İstanbul Konferansı'nın tehdidine karşı bir geçiştirme operasyonudur.

Kanun-u Esâsî ile oluşturulan Meclis-i Umumi 1878 yılının Nisan ayında Padişah tarafından feshedildi. Nihayet 1908'de İttihat Terakki, İngiltere ile Rusya'nın Balkan sorunları için Reval'de görüşme yapmaları ve Makedonya için ıslahat istemeleri sonucu Paris'e katılıp Resne'de Kolaş Niyazi Bey'in ayaklanmasını da bahane ederek harekete geçmiş, 23 Temmuz 1908'de

yetkisi tanınmış ve 1982 hâtilâ Anayasası'nda da bu yetki hükümlere tanınmaktadır.

Meşrutiyeti re'sen ilan etmiştir. Bunun üzerine II. Abdülhamit 24 Temmuz 1908'de Anayasayı tekrar yürürlü e koydu unu ve Meclis'i toplantıya ça ırdı ını, seçimlerin yapılması kararı aldı ını açıkladı. Böylece II. Meşrutiyet dönemi başlamış oldu.

Burada önemli bir anekdotu da aktarmakta yarar vardır: 1906 yılında bir kongre hazırlanması düşünülmüş ve bu Kongre 1907 yılında gerçekleştirilmiştir. Bu kongre de tüm Osmanlı muhalifleri bir araya gelerek "**Osmanlı Muhalifeyin Fırkaları Kongresi Beyannamesi**" neşretmişlerdir. Bu bildiri de II. Abdülhamit'in tahttan feragat etmeye zorlanması ve Meşrutiyetin tekrar ilan edilmesi istenmiştir. Bu Kongreye katılan ve Beyannameye imza atan fırka ve komiteler şunlardır:

Ermeni Taşnaksütyan Cemiyeti,  
Teşebbüsü Şahsi ve Ademi Merkeziyet Cemiyeti,  
Mısır Cemiyet-i İsrailiyesi,  
Armenya Gazetesi,  
Razmik Heyet-i İdaresi,  
Hayrenik Heyet-i İdaresi,  
İttihat ve Terakki Cemiyeti.<sup>30</sup>

İttihat ve Terakki, Kanun-u Esasi'de bazı de işiklikler yapmış ve bu de işiklikler için yabancı uzmanlar getirmiştir. Bunlardan biri de Adalet Bakanlığı ında görevlendirilen Kont Ostrorog'dur. Görevi Osmanlı yasalarını Avrupa yasalarıyla aynı seviyeye getirmek ve tasarıları Bakanlı a sunmaktır. İttihat ve Terakki, Parlamentoyu toplama, süresini uzatma, da itma yetkilerini, her istediklerini yaptırabildikleri Padişah'a dolayısıyla kendisine ba ladı. Böylece 1908 yılında büyük ümitlerle ve Osmanlı tarihinde ilk kez genişçe bir tabandan gelen bir zorlama ve hareketle yürürlü e

giren Anayasayla gerçek anlamda parlamenter bir sisteme geçiş yapılamadı. II. Meşrutiyet döneminde de bir hukuk devleti yaratılamadı.<sup>31</sup>

1876'da yapılan Kanun-u Esâsî gibi, 1908'de yapılan de işiklikler de bir resepsiyon hareketi de ildir. Birincisi dış baskıların, ikincisi de yapanların şahsî ihtiraslarının<sup>32</sup> sonucu olarak gerçekleşmiş ve de il resepsiyon, bir rehabilitasyon yerine dahi geçememiştir.

Tanzimat Döneminde yapılan düzenlemelerin bir resepsiyon hareketi olamamasının dış ve iç siyasi sebeplerinin tespitinde genellikle herkes ortak kanaate sahiptir. Ancak bu sebeplerin dışında daha içsel iki sebep vardır ki, bu da toplumun **İslâm inancı** ile, **İslâm'ın bizatihi kendi gücüdür**. Bu güç ve bu gücün oluşturdu u toplumsal inanç ve yaşayış, Tanzimat döneminde yapılanların şekli olarak kalmasına veya Batı'nın elde etmek istedi i sonucun oluşmamasına sebep olmuştur:

"Batılı güçlerin baskısı altında tamamlanan çok daha radikal bir de işiklik, şartları hususunda Babıâli'ye öneriler yapan Fransa (1740), Rusya (1774) ve di er güçlere "reayayı himaye" hakkı bahsetme ile, Hıristiyan tebaanın konumunun iyileştirilmesi idi. Bu vaatlerin yerine getirilmesi, 3 Kasım 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun yürürlü ü ile başlayan Tanzimat fermanlarında şekillenmiş ve nihayet Sultan II. Abdülhamit tarafından 23 Aralık 1876'da çıkartılan inceden inceye işlenmiş anayasal bir belgeye dahil edilinceye kadar di er kanunlarca takip edilmişti. Bu anayasal aletler birçok hukuki reformu kapsamıştı, ama ne Tanzimat kanunları ne de kısa ömürlü Mithat Paşa'nın 1876 Anayasası, geleneksel İslâm'ın, Batı hukuk ve adalet

<sup>31</sup> Gülnihal BOZKURT, a.g.e., s. 82.

<sup>32</sup> Mustafa ERDO AN, a.g.e., s. 36.



kavramlarına sert direnişi  
sebebiyle  
gerçekleştirilebilmişti.”<sup>33</sup>

## 2. “Lozan” (Dönüm Noktası) Sonrası Dönem

Türkiye Cumhuriyetinin hukuk ve dış siyaset alanında yaşadığı en önemli ilk gelişme, 20 Kasım 1922’de başlayan Lozan Barış Konferansıdır. Konferansa İtilâf Devletleri (İngiltere, Fransa, İtalya ve Yunanistan) ile TBMM Hükümeti katılmışlardır. Türk Heyetinde Konferans görüşmelerine İsmet İnönü başkanlığında Dr. Rıza Nur ve Hasan Saka ile birlikte, müşavir olarak da: Münir (Erteğün), Muhtar (Çilli), Veli (Saltık), Zülfü (Tirel), Zekâi (Apaydın), Celal (Bayar), Şefik (Başman), Seniyyettin (Başak), Şevket (Doğruer), Tevfik (Bıyıklıo lu), Tahir (Taner), Nusret (Metya), Hikmet (Bayur), Zühtü (İnhan), Fuat (Aralı), Mustafa Şeref (Özkan), Şükrü (Kaya), Hamit (Hasancan), Cavit (Maliyeci), Ruşen Eşref (Ünaydın), ve Yahya Kemal (Beyatlı) Beyler katılmışlardır.

Başlangıçta ve görünürde 1. Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı sonrasında sınırların, tazminatların, arazi ve esir mübadelesi gibi konuların ele alınmasının sanıldığı bu Konferansta, hukuk sistemini etkileyecek önemli kararların alınacağı pek akla gelmemiştir. Fakat Konferansın ilerleyen günlerinde tartışmalar, özellikle adli imtiyazlar ve gayrimüslim azınlıkların ahval-i şahsiye alanındaki hukuki statüleri üzerinde yoğunlaşmaya başlamıştır. Aslında bu görünen sebeplerin arkasında, yeni Türk Devletinin İslâmi kimlikten uzaklaştırılması arzusu ve stratejisi, bu

uluslararası konferansın taraflarını, Türkiye’nin iç meselelerine, özellikle de hukuki düzenlemelerine müdahil olma durumuna getirmiştir.<sup>34</sup>

Batılı devletler, kendi vatandaşları olup da Türkiye’de ikamet edenlerin davalarının yerli ve yabancı hakimlerin katılacağı karma mahkemelerde görülmesini ve Türkiye’nin söz verdiği hukuk reformlarını yapmak için yabancı hukukçulardan bir komisyon oluşturulmasını talep etmekteydiler. Türk heyeti şiddetle bu talebe karşı çıkmış, hatta İnönü, 2 Aralık 1922 tarihli konuşmasında, Paris Antlaşmasından bu yana adalet teşkilatının ve kanunların Avrupaî bir şekilde yenilendiğini, imtiyazlara gerek olmadığını, adli kapitülasyonların kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir. Hatta M. Kemal, İzmir İktisat Kongresinde,

“...bir devlet ki ecnebler üzerinde hakk-ı kazasını tatbikten mahrumdur, o devlete müstakil denemez”<sup>35</sup>

demektedir.

Cumhuriyetin kurucusunun bu sözlerinden, hukukun herkese uygulanabilirliğinin bağımsızlık anlamında gerekliliğini inanıldığını anlamaktayız. Fakat milli hukuk anlamında aynı hassasiyetin düşünülmediğini sonraki gelişmelerde görmekteyiz. Bununla birlikte, Türk Heyetinin yukarıda aktardığımız görüşü ve direnişi, Türkiye’nin hukuk sisteminde henüz resepsiyon anlamında köklü bir değişimlik taraftarı olmadığını da göstermektedir.

Türkiye’deki gayrimüslim azınlıkların ahval-i şahsiye alanındaki statülerinin belirlenmesi görüşmelerinde Batılı devletler, gayrimüslimlere

<sup>33</sup> Macid HADDUR, “İslâm Hukukunda Savaş ve Barış”, s. 286.

<sup>34</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 301.

<sup>35</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 303.

yargısal özerklik istemişlerdir. Fakat Türk Heyeti bu talebe karşı çıkmış, hatta İstanbul Hükümeti tarafından yürürlükten kaldırılmış bulunan Hukuku Aile Kararnamesi'ni yürürlüğe koyacağını, Lozan görüşmelerinde delegasyondan Rıza Nur'un ve Mecliste de Şükrü Kaya'nın a zından ifade etme gereği duymuştur. Bu da gösteriyor ki, 1922 sonlarında Ankara Hükümeti, yeni Türk devletinin hukukî yapısı hakkında, henüz kesin bir batılılaşma ve laikleşme taraftarı de ildir.<sup>36</sup>

De erli araştırmacı M. Akif Aydın'ın, tarihe ve Türk hukukunun laikleşme sürecindeki tartışma ve sonuçlara ışık tutacak de erlendirmelerini, de erlendirmelere dayanak olan görüşlerle birlikte buraya almayı, gelecek kuşak hukukçularının resepsiyon sürecini de erlendirebilmeleri için gerekli görmekteyim:

"Gayrimüslim azınlıklara uygulanacak hukuki esaslar konusu Lozan'ı hayli meşgul etmiştir. Bu görüşmeler sırasında Türk delegasyonu İtalya ve İngiliz delegeleri arasında 30 Aralık 1922 tarihli oturumda hem Müslümanlar hem de gayrimüslimler için müşterek bir kanunun yapılmasının mümkün olup olamayacağı konusunda dikkate de er bir tartışma geçmiştir. Sonraki gelişmelere ışık tutması bakımından bu tartışmadan biraz bahsetmek faydalı olacaktır. İngiliz delegesi Ryan, evlenme ya da boşanma bakımından ayırım yapılmaksızın hem Müslümanlara hem de Hıristiyanlara uygulanabilecek herhangi bir ilke bilmediğini, Türk Temsilci Heyetinin başka hiçbir devlette bulunmayan bir durum yaratmaya çalıştığını ifade etmiştir... Ona göre hem Müslüman hem de Müslüman olmayanlara aynı kanunun uygulanmasında bir yarar yoktur. Böyle bir tedbir Müslümanlar kadar Hıristiyanları da kendi özel göreneklerinin uygulanmasından yoksun bırakma

sonucunu do uracaktır. Bu ise azınlıkların göreneklerine saygı gösterilmesini isteyen antlaşmaların özüne aykırıdır. Hindistan'da uygulanan İngiliz politikası bu ilkenin bir örneğidir. İtalyan delegesi Montagna da ayırım yapmaksızın bütün Türk uyruklarına uygulanacak genel bir kanun çıkartmanın mümkün olmadığını düşünmektedir. Batı ülkeleri örneği geçerli de ildir; gerçekten bu ülkeler ulusal özellik bakımından olduğu kadar, din, soy ve dil bakımından da mütecanistirdiler. Azınlıkların büyük kitleler halinde bulunduğu Türkiye'nin durumu böyle de ildir. Herkese aynı ilkeleri uygulamak istemekle, Türk hükümeti ayırım gözetmeksizin herkesi gücendirmek ve herkese haksızlık yapmak tehlikesi ile karşılaşır. Hıristiyanlar arasında yürürlükte olan göreneklerden özü bakımından farklıdır; çünkü bunlar her şeyi ile hatta birtakım fizyolojik başkalıklarla bile ayrı olan halkların yüzyıllardır süregelen alışkanlıklarının ürünüdürler.

Bu konuşmaya verdiği cevapta Rıza Nur Bey, Türk hükümetinin hazırlamak istediği laik yasaların Rum topluluklarının göreneklerini göz önünde tutacağını bildirmektedir.<sup>37</sup>

Heyetlerin karşılıklı olarak kendi inanç ve düşüncelerinden taviz vermeye yanaşmaması yüzünden Konferansın 1. Bölümünde bir netice alınamamış ve Türk Heyeti 7 Şubat 1923'te Türkiye'ye dönmüştür. Dönüş yolculuğunda İsmet İnönü'yü İstanbul'dan Ankara'ya götüren tren, Mustafa Kemal'i İzmir'den Ankara'ya götüren trenle Eskişehir'de karşılaşır. Mustafa Kemal Atatürk ve İsmet İnönü başbaşa görüşerek Konferansın kritiğini yaparlar. Neticede İtilâf Devletlerinin sözcüsü durumundaki Lord Cürzon'un tekliflerini kabule karar verirler.<sup>38</sup> Bu kabul keyfiyeti,

<sup>37</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 307.

<sup>38</sup> Necip Fazıl KISAKÜREK, *Büyük Do u*, 6 Ekim 1950, Sayı: 29.

<sup>36</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 306.

Konferansın ikinci bölümünde Türk Heyeti'nin tavrından anlaşılacaktır. Öyle ki, kabul keyfiyetindeki uzlaşma, heyetin kıyafetlerine de yansımış ve Konferansın birinci bölümüne **kalpaklı** olarak katılan Türk Heyeti, ikinci bölüme **fötr şapkalı** olarak katılmışlardır. Oysa, Şapka Kanunu Lozan Antlaşmasından iki sene sonra 1925'de çıkarılmıştır.<sup>39</sup>

Konferansın 2. Bölümü 21 Nisan 1923'te başladı. Anlaşmaya varılamayan bazı konuların çözümü ileride yapılacak görüşmelere bırakılmıştır. Musul meselesi de bunlardan biridir ve Milletler Cemiyeti'nin çözümüne bırakılmıştır. Milletler Cemiyeti de çözümü, Musul'un Türkiye'den koparılmasında görmüş ve Musul elimizden çıkmıştır.

Türkiye 24 Temmuz 1923 de imzaladı ı Lozan Antlaşması ile birlikte 'Yargı Yönetimine İlişkin Bildiri'yi de imzalamıştır. Bu bildirideki hükümler gereince, Türk Hükümeti 5 yıldan az olmamak üzere gerekli görece i bir süre için I. Dünya Savaşına girmemiş ülkelerin vatandaşları arasından Avrupalı hukukçu danışmanlar almayı kabul etmiştir. Bu hukuk danışmanları Adalet Bakanına ba lı olacaklar, İstanbul ve İzmir'de görev yapacaklar, hukuk reformları yapacak olan komisyonların çalışmalarına katılacaklar, hakimlerin görevlerine karışmadan hukuk, ceza ve ticaret mahkemelerinin işleyişini izleyip Bakanlara bilgi vereceklerdir.<sup>40</sup>

Böylelikle Konferans, Batılı ülkelerin kendi vatandaşlarına ve azınlıklara hukuki garantiler elde etme ısrarlarıyla asıl mecrasına döndürülmüş, Türk Heyeti ise, önceleri Mecelleyi savunan reflekslerini, sonraları

Atatürk'ün talimatları do rultusunda resepsiyon taahhütlerine dönüştürmüştür.

Lozan Antlaşmasının azınlıklar hukuku ile ilgili en önemli yanı, Batılı devletlerin, Türk Heyetinin yeni ve laik karakterde kanunlar yapacağını taahhüt etmesini yeterli bulmayarak, Antlaşmaya gayrimüslim azınlıklarla ilgili olarak, açıkça vesayet ifade eden hükümler koymalarıdır:

"Türk hükümeti gayrimüslim azınlıkların aile hukuku veya ahkâm-ı şahsiyeleri konusunun, azınlıkların örf ve adetlerine göre çözümlenmesine imkan sa layacak düzenlemeler yapmaya muvafakat eder.

İşbu hükümler, Türk hükümetiyle, ilgili azınlıklardan her birinin eşit miktarda temsilcilerinden oluşan özel komisyonlar tarafından düzenlenecektir. İhtilâf vukuunda Türk hükümetiyle Cemiyet-i Akvam Meclisi Avrupa hukukçuları arasından oybirli i ile seçilmiş bir hakem tayin edilecektir."<sup>41</sup>

Konferansın en önemli konularından biri de **Duyun-u Umumiye** yani Osmanlı borçları meselesi idi. Esasen 'Redd-i Miras' yapan Türkiye'nin Osmanlı borçları ile ilgisi olmaması gerekirdi. Fakat İsmet Paşa Konferansta yaptı ı konuşmada bu borçların kabul edildi ini, fakat Yunanistan'ın da işgal nedeniyle verdi i zararların tazminini istedi. Osmanlı borçlarının son taksidi 25 Mayıs 1954'de ödenmiştir.

Konferansın komisyonları çalışmalarını tamamladıktan sonra İsmet İnönü Ankara'dan imza yetkisi istemiş, Rauf Orbay'ın başında bulundu u Türk Hükümeti antlaşma şartlarını kabul edilemez olarak gördü ünden imza yetkisi vermemiştir. Esasen TBMM de antlaşma şartlarına karşıydı. Hükümetten imza yetkisi alamayan

<sup>39</sup> Gayri Resmî Yakın Tarih Ansiklopedisi, c. 4, s. 201 (Büyük Do u Mecmuasının 6 Ekim 1950 tarihli 29. Sayısından iktibas).

<sup>40</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 305.

<sup>41</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 308.

İsmet İnönü çareyi Mustafa Kemal'e başvurmakta bulmuş ve Mustafa Kemal'e telgraf çekerek yetki istemiştir. Mustafa Kemal de hükümeti atlayarak istedi i yetkiyi vermiş ve antlaşmanın imzalanmasını sağlamıştır.<sup>42</sup>

Esasen Mustafa Kemal, Türk Heyetinde bulunanlardan ve kendi kadrosundakilerden çok önce ve onların aksine, hukukta reform de il, bir hukuk devrimi düşüncesine sahipti, bu düşüncesini de 1 Mart 1922'de TBMM'nin Üçüncü Toplantı Yılı nı açarken yaptığı konuşmada ifade etmiştir.<sup>43</sup> Nitekim Mustafa Kemal 1923'ün Ocak ayında çıktığı yurt gezisinde Birinci Meclis'i feshederek yerine Halk Fırkası adıyla kurulacak partinin elemanlarından tayin edilmiş ve içinde muhalefetin bulunmayacağı bir Meclis oluşturmak fikrini test edecektir.<sup>44</sup> Neticede bu fikir hayata geçecek ve Türkiye uzun yıllar muhalefetsiz tek partili bir sistemle yönetilecek bir hukuk reformu gerçekleştirmiş olacaktır.

Mustafa Kemal'in kadroları, Mustafa Kemal'in hukukta devrim düşüncesini tam olarak idrak ettikten sonra onunla aynı düşünceye gelmişlerdir. Bu tespitimizin önemli dayanağı, dönemin Adliye Vekili Seyyit Bey'in, TBMM'nin 3 Mart 1924 tarihli oturumunda Hilafetin Mahiyet-i Şeriyesi" hakkındaki konuşmasında, Medenî Kanunla ilgili olarak sarfettiği sözlere dinleyici sıralarında bulunan Milletvekillerinin alkışlarla destek vermelerinin sonrasında, aynı milletvekillerinden bir çoğunun tam aksine İsviçre Medenî Kanununun iktibas edilerek kanunlaştırılması yönünde fikir beyan etmeleri ve oy

kullanmalarınıdır.<sup>45</sup> Seyyit Bey'in Mecliste yaptığı meşhur konuşmasının konumuzla ilgili bölümünü aktarmakta yarar görmekteyiz:

"Efendiler, bütün doğu ve batının, bütün Avrupa hukukçularının, bütün filozofların birleştikleri bir şey vardır ki, o da; bir memleketin kanunlarının o memleketin örf ve adetlerine uygun olmasıdır. Kanun yapılırken esas budur. Bir kanun memleketin örf ve adetlerine uygun olmazsa o kanun payidar olmaz. Çünkü hukuk demek örf ve adet demektir. Bir memleketin kanuni hükümleri, hukuk kaideleri o memleketin örf ve adetlerinden doğar ve o örf ve adetlerin de işmesiyle de işir. (...)

... Adli ıslahat adı altında alelacele bir kanun yapmak doğru olamaz, zararlıdır. Almanlar son medenî kanunlarını ancak on beş senede meydana getirebildiler. Memlekete, milletin örf ve adetine, milletin içtimai bünyesine uygun kanunlar yapmak kolay bir şey değildir. Çeşitli devletlerin, çeşitli usul ve kanunları var. Batı'nın örf ve adeti hukuku, doğu gibi, doğunun da memleketimizin de örf ve adeti ve hukuki kaideleri vardır. Bunları uzun uzadıya tetkik etmek, etüd etmek, düşünmek, hangi kaidelerin hangi hükümlerin memleketimize, milletimizin içtimai şartlarına, yaşama biçimlerine uygun olduğunu tespit etmek gerekir. Böyle yapılmayıp da alelacele, gelişigüzel bir kanun yapılacak olursa fayda yerine zarar ortaya çıkar. Sonra sık sık iki günde bir tadil etmeye mecbur kalırsınız. Ben size bir ayda büyük bir kanun, devletin kanun-ı medenîsini bile getirebilirim. Ne yaparım? Alman ve İsviçre Kanun-ı Medenîsini tercüme ettirerek heyet-i aliyyenize takdim edebilirim. Lâkin ona Türkiye kanunu denilmez Muhterem Saraçolu Şükrü Bey'in tabiri veçhile Türk'ün

<sup>42</sup> Meydan Larousse, c. 8, s. 103.

<sup>43</sup> Gülnihal BOZKURT, a.g.e., s. 183.

<sup>44</sup> Halk Fırkası'nın kuruluşu ile ilgili gelişmeler için bkz.: Smail GÜLDA, s. 10.

<sup>45</sup> Seyyit Bey'in veciz konuşmasının metni için bkz.: Smail KARA, c. 1, s. 177.

ruhundan do an kanun denilmez. Alman veya İsviçre Kanunu denir."<sup>46</sup>

Dolayısıyla, Cumhuriyet kadroları başlangıçta yeni yapılacak kanunların hazırlıklarında fıkıh kurallarından ve di er milletlerce kabul edilen hukuk kurallarından istifade edecekleri şeklinde bir kanaate sahip iseler de, bu kanaatleri ile birlikte görev aldıkları komisyonların görevlerine, Mustafa Kemal tarafından "**Türk ihtilali'nin mahiyeti**" hatırlatılarak son verilir:

"Sayın arkadaşlar!

Türk ihtilalinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız, kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeye mahkumdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle, Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre de il, milletimizin dileklerine göre iş başarma a borçluyuz. Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm."<sup>47</sup>

Bazı yazarlar<sup>48</sup>, yukarıdaki ifadeleri Atatürk'e yakıştıramadıkları için, konuşmanın, dönemin Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt<sup>(4)</sup> tarafından yapıldı ını yazarlar. Fakat Mahmut Esat Bozkurt'un ifadelerinden, söylevin Atatürk'e ait oldu u anlaşılmaktadır. Hukukta devrim anlamına gelebilecek tüm bu gelişmeler Lozan'la birlikte başlayan sürecin gerçek anlamda

bir **resepsiyon** oldu unu ifade etmektedir.

Ayrıca yine Mustafa Kemal'e ait şu sözler de tam anlamıyla resepsiyonu anlatmaktadır:

"...Bugün Lozan Konferansında ve cihanda Yeni Türkiye'nin bir kredisi varsa o da şekl-i sâbıkı ilgâdan, imhadan neşet etmektedir. Bizim inkılabımız Meşrutiyet inkılabı ve ondan evvel yapılan inkılaplar gibi olsaydı kimse ehemmiyet atfetmezdi."<sup>49</sup>

İşte bu görüşler, Lozan Konferansından sonra oluşturulan Komisyonların çalışmaları için hazırlanan Talimatname'ye,

"Adlî esaslarda asrî bir devlet, memleketin ihtiyacı, bu esas ve ihtiyaçların temini için halihazır mevzuattan ve yüksek medeniyeti temsil eden Garp Milletlerinin eserleri ve kâmil kanunlarından gerekli olanların alınması, ticaret kanunu gibi kanunlarda da uluslar arası örf ve adetin ihmal edilmemesi..."

şeklinde yansımıştır.

Sonuç olarak, Lozan ve sonrasındaki hukuka ilişkin gelişmeler ve bu gelişmelere kaynaklık edecek olan inançlar, bu süreci tam anlamıyla bir resepsiyon süreci haline getirmiştir.<sup>50</sup>

Özellikle 4 Mart 1925'de çıkarılan Takrir-i Sükûn Kanunu, hem lafzı hem de ruhu ile resepsiyona en önemli deste i ve ortamı hazırlamıştır. Takrir-i Sükûn Kanunu ve bu kanun ile ihdas edilen İstiklâl Mahkemeleri ve uygulamaları, aynı zamanda resepsiyonun ne kadar hukuka ve halk iradesine uygun oldu u hakkında kanaat vermektedir.<sup>(4)</sup>

<sup>46</sup> smail KARA, c. 1., s. 218. Ayrıca bkz.: Mete TUNÇAY, s. 69, 177.

<sup>47</sup> Mahmut Esat BOZKURT, a.g.e., s. 11.

<sup>48</sup> Gülnihal BOZKURT, a.g.e., s. 190.

<sup>(4)</sup> Mahmut Esat Bozkurt'un Biyografisi için bkz.: [www.kutav.org.tr/eng/others/mebozkurt02.html](http://www.kutav.org.tr/eng/others/mebozkurt02.html)

<sup>49</sup> M. Akif AYDIN, a.g.e., s. 304.

<sup>50</sup> Resepsiyonun dayana ı olan görü lerin en önemlisi Türk Medenî Kanununun gerekçesini (Esbab-ı Mucibe) olu turmaktadır. Bkz.: Aytakin ATAAY & smet SUNGURBEY, "Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu",

<sup>(4)</sup> "Takrir-i Sükûn Kanunu, a) Kürt silahlı muhalefeti (bu arada legal Kürt organizasyonları dahil), b) tithatçı



Şimdi resepsiyonun dayana 1 olan görüşlerden sadeleştirilmiş şekilde birkaç cümle ile örnekler özetleyebiliriz. Bu özetlerin tam metni ise, Türk Medenî Kanununun gerekçesini (Esbab-ı Mucibe) oluşturmaktadır.<sup>(4)</sup>

"Kanunları dine dayanan devletler kısa bir zaman sonra memleketin ve milletin taleplerini tatmin edemezler. Çünkü dinler, de işmez hükümler ifade ederler. Hayat yürür; ihtiyaçlar süratle de işir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekilden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mana ifade etmezler. De işlemek, dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması, ça daş medeniyetin esaslarından ve eski medeniyetlerle yeni medeniyetin en mühim farklarından birisidir. Esaslarını dinlerden alan kanunlar tatbik edilmekte oldukları toplulukları nazil oldukları iptidai devirlere ba larlar ve ilerlemelere mani belli başlı tesir ve sebepler sırasında bulunurlar."

"Cumhuriyet, Türk adaletinin bu keşmekeşten, yokluktan ve pek iptidai vaziyetten kurtarılmasını inkılâbın ve ça daş medeniyetin gere ine uygun yeni bir Türk Kanunu Medenîsinin sür'atle meydana getirilmesini ve kanun yapmayı zaruri kılmıştır. Bu maksatla hazırlanan Türk Kanunu Medenîsi medenî kanunlar sırasında en yeni, en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanunu Medenîyesinden alınmış ve iktibas olunmuştur."

"Unutmamak lazımdır ki Türk milletinin kararı muasır medeniyeti kayıtsız şartsız tüm prensipleri ile kabul etmektir. Bunun en bariz

ve canlı delili inkılâbımızın kendisidir. Muasır medeniyetin Türk toplulu u ile uygun olmayan noktaları görülüyorsa bu, Türk milletinin kabiliyet ve istidadındaki noksandan de il, onu fuzuli bir suretle kuşatan ortaça teşkilatı ve dini kurallar ve kurumlardır."

"Örf ve adete ve göreneklere mutlak surette ba lı kalmak davası beşeriyeti en iptidai vaziyetinden bir adım ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir nazariyedir. Hiçbir medenî millet böyle bir akide etrafında kalmamış ve hayatın gereklerine uygun hareketle zaman zaman kendini ba layan örf ve adetleri yıkmakta tereddüt etmemiştir. Hakikatler karşısında âbâ ve ecdadından miras kalan itikatlara behemehal ba lı kalmak akıl ve zeka icaplarından de ildir. Esasen ihtilaller bu hususta en müessir bir vasıta olarak kullanılmışlardır."

"Modernleşme tarihimizde kıymeti olan bir hadiseyi şuracıkta zikretmek isteriz. Âli Paşa, Fransız Kanuni Medenîsi'nin Türkiye için aynen kabulünü vaktiyle Sultan Aziz'e teklif etmiş, fakat Cevdet Paşa'nın müdahalesi ile bu büyük teşebbüs neticesiz kalarak yerine Mecelle ikame olunmuştur. Esasen tekml endişesi şahsi menfaatlerden ibaret olan ve ikiyüzlülü ü adet edinen Saltanat idaresi için milletin hakiki menfaatinin gerekleri nazarı dikkate alınarak karar verilemezdi."

"Türk Kanunu Medenî Lâyihası yürürlü e konuldu u gün milletimiz on üç asrın kendisini çeviren hastalıklı inançlarından ve karışıklıklarından kurtulmuş, eski medeniyetin kapılarını kapayarak hayat ve feyiz bahşeden ça daş medeniyetin içine girmiş bulunacaktır."

### 3. İkinci Tanzimat (Avrupa Birli ine Giriş Süreci) Dönemi

Tanzimat'tan bu yana ülkenin mukadderatını belirleyen asker ve sivil bürokratlar ile bunların

muhalafeti, c) Özellikle stanbul basınından gelen basın muhalafetini, ç) Eski millî mücadele önderleri etrafında kümelenmiş Terakki Perver Cumhuriyet Fırkası muhalafetini, d) slâmî unsurların (Halifelik yanlıları da dahil) muhalafetini; ayrıca, Kemalist otoriteye kar ı hangi biçimde olursa olsun 'hak isteme' konumunda bulunan birey/toplum/sınıf/cemaat muhalafetini —örgütsel veya dü ünsel— iddetle ortadan kaldırma yetkisini hükümete tanıyan bir 'yasal metin'dir." (smail GÜLDA , s. 423.

<sup>(4)</sup> Bkz.: Aytekin ATAAY & smet SUNGURBEY, "Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu"; Cevdet YAVUZ, "Medenî Kanun Borçlar Kanunu ve Di er Mevzuat".

sundukları imkanlarla hayatlarını idame ettiren bir kısım aydın, hayran oldukları Batı medeniyetinin sadece ahlâki boyutu ile ilgilenip, ekonomik ve sosyal yanı ile ilgilerini kesince, Osmanlı döneminde hasta adam yaftası takılan devlet, Cumhuriyet döneminde de az gelişmişlik damgası ile yaşamaya alıştırmıştır.

Az gelişmişlik sanıldı ı gibi sadece ülkenin ve devletin az gelişmişli i şeklinde de il, aynı zamanda geniş halk kitlelerinin az gelişmişli i olarak yansımaktadır. Çok semirmiş yönetici ve mutlu azınlık için aynı durum söz konusu edilmeyebilir. Osmanlı bürokrasisi ve mutlu azınlı ı gibi; günümüzdeki devlet erkânı ve mutlu azınlı ı da çok semirmişliklerini, sivil-asker bürokrasi, yazılı ve görsel medya, bir kısım sanayici ve tüccarla birlikte ve birbirlerine destek vererek sürdürmektedirler.

Batı medeniyetinin son yüzyılda geçirdi i aşamaları, -nasılsa bize isabet etmez, Türk halkı henüz Batı medeniyetinden iktibas edilen yamalı hukuk kuralları ile bir kaç asır idare edilebilir- şeklindeki saptamalarla geçiştiren Türk bürokrasisi ve elit kesimi; Batı'nın kendi vatandaşları için düşündü ü ve di er halkları da siyaseten entegre etmek için kullandı ı temel insan hak ve özgürlüklerin sa lanması sürecini gere i gibi de erlendirememiştir.

Batı'nın 'Cumhuriyet Türkiye'sine baskısı daha önce de oldu u gibi ekonomik ve kültürel yönden gelmiş, bu baskı ile oluşan ba ımlılık, kendisini siyasal alanda da hissettirdikten sonra, bu siyasal ba ımlılı ı devam ettirmek için oluşturulan hukuk cenderesinden bunalan halk kitlelerinin arayışlara girmesini takiben de hukuk alanındaki

baskılar kendini göstermeye başlamıştır.

Cumhuriyet tarihi boyunca, dünyadaki bir çok benzerinde (Japonya vb.) görülen olumlu örneklerin aksine, ekonomik ve sosyal alanda bir ilerleme kaydedemeyen, halkını, tüm kişisel beceri ve atılımları engelleyerek yaratıcılıktan uzaklaştıran **kutsal devlete** ba ımlı olmaya mahkum eden bürokrasi, bu tavrını ihtilal tasarrufu anayasalar ve kanunlarla beslemiş, sonra da şaşkın bir vaziyette, dünyada olup bitenleri seyretmekle yetinmiştir.

Cumhuriyet bürokrasisi, halkını idare etme ve dış baskılara karşı koruyabilme bakımından selefi Osmanlı bürokrasisi kadar da basiretli olamamıştır. Osmanlı bürokrasisi tehlikeyi daha önce fark etmiş, yo un bir pragmatist refleksle azınlıklar ve dış ilişkilerle ilgili sorunlarını çözmeye çalışmış, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı, Kanun-u Esâsî ve Mecelle gibi düzenlemelerle dönemini en azından geçiştirebilmişti.

İlk dönem (1923-1946) Cumhuriyet bürokrasisi, selefi Jön Türkler gibi çareyi toplum mühendisli inde görmüş ve hiçbir siyasal katılıma izin vermeden, kendinden menkul temsil yetkisini kullanarak her alanda tam bir Batı taklitçili i sürecini, resepsiyon yoluyla hayata geçirmeye çalışmıştır. Resmi söylemi ön plana alan araştırmalarıyla tanınan yakın dönem tarihçilerinin tespiti dahi, ana hedefin Batılılaşma oldu unu, di er ilkelerin bu hedefe varmak için birer araç olarak kullanıldı ı tezinin haklılı ını teslim etmektedir:

"Cumhuriyet Rejimi, Kurtuluş Savaşı'nda memleket çapında prestij kazanan bir avuç liderin bir kararı sonucunda kurulmuştur. Batılılaşma yolu ile modernleşme cumhuriyetin ana hedefi olmuş, milliyetçilik ve

laiklik de bu hedefe ulaşmak üzere araç olarak kullanılmıştır.”<sup>51</sup>

Mukadder akıbet, her ihtilalin kendi çocuklarını yemesi<sup>52</sup> ve bir zaman sonra ayakta kalabilmek için çelik korseyi biraz daha sıkma zorunluluğu, devrim kadrolarını dünyadan soyutlamıştır. Devrim kadroları, Batı’da oluşan demokrasi ve garson devlet gerçeğinin farkına vardı, artık resepsiyon yapacak gücünün kalmamış oldu, onu görmüş ve bilindiği gibi göstermelik çok partili hayata kerhen geçerek bir tür yasal ve idarî rehabilitasyon sürecine girmiştir.

Ancak ikinci dönemde (1960 sonrası) askeri bürokrasi ve yardımcısı sivil(?) elitler, her rehabilitasyonun sonrasında meydana gelen rehabet sonucu iktidarın ayakları altından kaydığını hissettikleri anda askeri gücü tek parti haline getirecek, bunun için de eskiye dönerek o güne kadar verdiği hakları geri alacak düzenlemeler yapacaktır. 1960 ve 1982 Anayasalarında konuşlanan MGK, YÖK ve RTÜK gibi kuruluşlar, hakların ihlali ve gaspı için önemli örneklerdir.

İkinci dönemde Cumhuriyet bürokrasisi, yine Batı’da oluşan temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin Türk siyasi hayatı ve mutlu azınlığı için meydana getireceği tehlikeyi görmesine rağmen, başlangıçta gösterdiği –tamamen teslimiyetçi– inanç ve tavrı gereği uykudan uyanamamış, uyandıran zamanlarda da uyum sahlamanın imkansızlığını anlamıştır. Gövdesindeki bu atalet–kafasındaki ilkelere de sirayet etmiş olmalı ki– kendi yararını dahi görmesine imkan bırakmamış ve

sonuçta, geleceğinden feragat anlamına gelecek, “iman ettiği ulus devlet anlayışından taviz verme” ve “sadece kendisinin yönetip güdeceği bir toplumu elinden kaçırma” sürecine girmiştir.

Günümüzün etkin siyasileri ile sivil asker bürokratlarından oluşan elit kesim şimdi bir nevi **ikinci Tanzimat Dönemi**’ni yaşamaktadır. Tanzimat döneminde devleti içinde bulunduğumuz çökme döneminden kurtarmak için Batılıların sunduğu çözümleri yapar ve uygular gözükmeye çalışan Osmanlı bürokrasisi gibi, Türkiye Cumhuriyeti bürokrasisi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve benzeri belgelerin hükümleri uyarınca düzenlemeler ve uyum kanunları yapar görünmektedir. Ancak bir farkla ki, Türkiye Cumhuriyeti bürokrasisi, temel hak ve özgürlükleri yok eden düzenleme ve uygulamalarla, samimiyezsiz gayretler ve halkına başka Batı’ya başka şekilde çifte standart sergilemektedir.

Batı uygarlığı içinde yer alabilmesi için Batı’nın çizdiği çerçeveye uygun yapılanması gerektiğine inanan ve bu noktada Batı ile niyet ve düşünceleri çakışan toplum mühendisleri, (AİHS) ve benzeri belgelerdeki temel hak ve özgürlükleri talep etme gücünü yitirecek dereceye getirene kadar toplumu germeye ve sindirmeye devam etmektedirler. Bunların kanaatine göre toplum, temel inançlarından ne kadar soyutlanır ve birtakım baskılarla bu inançlarını talep haline getirmekten ne kadar uzaklaşırsa o kadar Avrupa’ya yaklaştırılabilir. Aksi halde egemenlik hakkının önünde önemli bir engel olan temel hak ve özgürlük talepleri, aynı zamanda Avrupa Birliği çerçevesinde ulus devleti devam ettirme imkanından da mahrum olmayı beraberinde getirecektir. İdam cezasının kaldırılmasına, dolayısıyla Öcalan’ın idamının

<sup>51</sup> Kemal H. KARPAT, s. 347.

<sup>52</sup> İlk dönem Cumhuriyet kadrolarının aralarındaki çelişkiler ve bu çelişkileri izah eden NUTUK ile ilgili de erlendirmeler için bkz.: Erik Jan ZÜRCHER, s. 255-256.



engellenmesine ilişkin dış talepler karşısındaki uyumluluk ile siyasal İslâm'ın bir türlü tüketilememesi sonucunda oluşturulan karalama kampanyaları bu planın önemli göstergeleridir.

Şu hususu da göz ardı etmemek gerekir: Türkiye'nin mutlaka Batı içinde yer alması gerekliliği bizzat Türkiye'nin bir politikası değil, Avrupa'nın ve Amerika'nın politikasıdır. Türkiye ile tarihi bağları bulunan milletlere ulaşabilmenin yolu ve Avrupa'nın kendi içinde Türkiye üzerindeki menfaatlerini çatıştırmamak zorunluluğu Türkiye'yi bu süreçte itmiştir. Aşağıdaki satırlar tarihin tekerrürüne tanıklık edecek kadar açıktır:

"Ondokuzuncu asrın başında, Avrupalı güçler arasında Osmanlı toprakları üzerindeki rekabet Avrupa barışını tehdit ettiği zaman, milletler hukukunun imtiyazlarını ona da sağlayarak Osmanlı Sultanını imparatorluğunun bütünlüğünü muhafaza etme maksadıyla Avrupa milletler topluluğuna katılmaya çağırılmakla birlikte Viyana Kongresi (1814-1815)'nde böyle bir çağrı önderliğinde, Rusya Türkiye'nin barbar olduğu gerekçesiyle buna itiraz etmişti. Castlereagh, Çar Aleksandır'a, '**Barbar olmaya barbar ama Türkiye Avrupa sisteminde gerekli bir beladır**', demişti."<sup>53</sup>

Yukarıdaki satırlardan anlaşılacağı gibi, Avrupa, Türkiye'yi kendi içinde eritecek duruma getirmeden, din ve vicdan özgürlüğü taleplerinin içeriği ve yönünü Avrupa Birliği içindeki ulusları etkileyecek mahiyetten uzaklaştırılmadan -belayı ehlileştirmeden- üyelik konusunu gündeme getirmeyecektir. Fakat bu sürecin çok uzun sürmemesi de gerekir. Mademki Türkiye Avrupa Birliğine alınmak zorundadır, o halde Batılılaşma aleyhine tezahür eden talepleri törpülenmelidir.

<sup>53</sup> Macid HADDUR, "İslâm Hukukunda Savaş ve Barış", s. 280.

İşte yerli toplum mühendisleriyle Batılı ustalarının çekişen bu politikaları 28 Şubat sürecini doğurmuştur. Bu süreçte ne kadar kısa bir zamanda toplumsal taleplerin içeriği değiştirilebilir, yönünü azaltılabilir, sindirilebilir ve uyumlu hale getirilebilirse o derece Avrupa Birliğine yaklaşılabilir.

Bu inancın ve operasyonun Türkiye Cumhuriyeti Bürokrasisi için getireceği çok önemli bir gelişme değil, Avrupa Birliğine aday Türkiye'de ulus devlet/kutsal devlet anlayışının terk edilmesi ve yasalarla koruma altına alınan bir çok ilkedен dahi vazgeçilmek zorunda kalınması ihtimalidir.<sup>54</sup> Kanaatimize göre, 'egemenlik konusunda yerli alternatifler ortaya çıkmadıkça bu sürecin sonucunun problem olması mümkün görünmemektedir.

Ancak, ulusal egemenlik konusu AB'ye giriş süreci içinde en önemli sorun olarak görülmektedir. Yeniden yapılanma sürecinde, ithal kavramlarla yeniden yapılanmanın gerçekleştirilemeyeceği hususunda önemli bir konsensus bulunmakta, AB yönlendirmesi ve şemsiyesi olmaksızın yeniden yapılanmasının gerçekleştirilmesi için siyasi iradenin ortaya konmasının/konamamasının altı çizilmektedir:

"Türkiye kendi iç siyasi, ekonomik ve sosyal yapısı ile ilgili zaten gerçekleştirmek zorunda olduğu yapısal değişiklikleri AB yönlendirmesi ve şemsiyesi olmaksızın da yürütecek bir siyasi irade ortaya koymak zorundadır. Bu siyasi irade bir taraftan AB bünyesindeki dinamik seyri takip etmek, diğer taraftan da şu ana kadar sürdürülegelen önemli çelişik tutum ve tepkileri yeni bir dengeye oturtmak zorundadır. Kabul edilmek

<sup>54</sup> Söz konusu ihtimalin yaınması için, son dönemde, "yeniden yapılanma"nın gereği olarak "ho görülü Atatürkçülük" üzerinde durulmaktadır. Bkz.: Nilüfer GÖLE ile röportaj, [http:// www.ntvmsnbc.com](http://www.ntvmsnbc.com)

istenmese de, AB'ye giriş süreci ulusal egemenlik alanlarının dönüşmesini beraberinde getirmektedir. Tahkim yasası bu dönüşümün en çarpıcı misallerinden biridir. Hem klasik egemenlik kavramını tümüyle savunmak, hem de AB'ye girişi en stratejik hedef olarak göstermek ciddi bir çelişki oluşturmaktadır. Kendisi bizatihi federal yapı oluşturan AB bünyesine katılmak üniter devletin egemenlik kavramını esnetecek sonuçlar doğuracaktır. Bu sonuçlara hazırlıklı olmadan AB'yi ça daşlaşma retori inin bir ön şartı görerek meşrulaştırmak sonra da onun gere ini sürekli tehir etmeye çalışmak, zaman kazanmaya yönelik bir maslahat olarak de erlendirilebilir. Ancak bu tavır Türkiye'nin uzun dönemde stratejik hedefleri konusunda net tercihlerde bulunmasını da sürekli olarak geciktirebilir."<sup>55</sup>

Yukarıdaki tespitlerin sadece bir öngöründen ibaret olarak vasıflandırılması mümkün ise de, egemenlik konusunda farklı alternatiflerin ortaya çıkabilece i, özellikle **"Helsinki Kararları"** ve **"Kopenhag Kriterleri"**nin hatırlanmasıyla anlaşılabilir.

Ayrıca, Avrupa Birli inin bir Hıristiyan Kulübü oldu una ilişkin iddia ve tespitlerin, Türkiye bakımından ne anlam ifade edece i, buna ilişkin olarak ne tür düzenleme yapıldı ı ve hangi hükümleri içerebilece i bakımından **"Temel Haklar Şartı (ATHŞ)"** olarak da adlandırılan Avrupa Birli i Temel Haklar Bildirgesi üzerinde de durmak gerekiyor. Bu Bildirge, haklar ve özgürlükler karnesi pek zayıf olan Türkiye bakımından önemli hükümler içermektedir. Bu Bildirgenin Avrupa Temel Haklar Anayasası olarak hazırlandı na ilişkin görüşler de sürekli ön plana çıkmaktadır.

O halde gayet kısa ve net bir şekilde entegrasyon öneren

kararları ve kriterleri, bazı tespitlerimizle birlikte aktaralım:

### **Helsinki Zirvesi Kararları - Millenium Deklerasyonu - (10-11 Aralık 1999 Helsinki)**

AB zirvesinin Helsinki'de kabul etti i Millenium Deklarasyonu'nun 4, 9 ve 12. Paragrafları Türkiye açısından çok önemlidir. Bu bölümlerde aday ülkelerin AB'nin de erlerini ve hedeflerini paylaşmaları ve sınır ihtilaflarını Birleşmiş Milletler Antlaşması çerçevesinde barışçı yollardan çözmeleri gerekti i vurgulanmaktadır. Bu esasa göre çözülemeyen sınır sorunlarının en geç 2004 yılının sonuna kadar Uluslararası Adalet Divanına getirilmesi zorunludur. Adaylık görüşmelerinin başlayabilmesi için, adayların Kopenhag siyasi kriterlerine uymaları ve adaylı ın kabulü için de Kopenhag kriterlerinin tümüne uymaları istenmektedir.

Bir di er konu da, Kıbrıs'ta politik bir çözüme varılmasa bile, Konseyin, Kıbrıs Rum Kesimi'nin AB üyeli ine karar verme yetkisini elinde bulundurmasıdır.

12. paragrafta, Konseyin, Türkiye'deki olumlu gelişmelerden ve Kopenhag kriterlerini uygulamadaki niyetinden dolayı duydu u memnuniyet dile getirilmekte, insan hakları konularına dikkat çekilmektedir. Beraberinde de, Türkiye'nin AB'nin politik ve ekonomik kriterlerine uyması gereklili inin altı çizilirken, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarının AB düzenlemelerine uygun hale getirilmesi için **milli bir program** oluşturulması istenmektedir.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Ahmet DAVUTO LU, "Stratejik Derinlik", s. 516.

<sup>56</sup> Murat YALÇINTA , "Helsinki Zirvesi Üzerine DÜ ünceler", www.fpist.org/faaliyet.html. (29.01.2000).

### **Kopenhag Kriterleri (Avrupa Birli inde Genişleme, Kopenhag Avrupa Konseyi)**

Avrupa Konseyi, 1993 yılı Haziranında Kopenhag'da şu prensip kararına vardı: "Orta ve Do u Avrupa'nın bilinen ülkeleri Avrupa Birli i'ne üye olmak istemektedirler. Söz konusu üyelik, ancak müracaatçı ülkelerden herhangi birinin istenilen ekonomik ve siyasi şartları yerine getirmeleri halinde gerçekleşebilecektir."

Böylece Kopenhag Avrupa Konseyi, üyelik şartları ile ilgili görüşlerini kesinleştirdi ve ortaya koymuş oldu.

### **Kopenhag Kriterleri**

Kopenhag kriterlerine göre, "adaylık, namzet ülkeden şunları yerine getirmeyi şart koşar;

Demokrasiyi, hukuk düzenini, insan haklarını ve azınlık haklarını sayıp koruyan kurumların istikrarını sa lamak;

İşleyen bir piyasa ekonomisinin ve Birlik içindeki çetin rekabet baskısına karşı koyma kapasitesinin mevcudiyeti ve

Üyeli in yükümlülüklerini yerine getirebilme kabiliyetine; siyasi, ekonomik ve parasal birlik hedeflerine uyum dahil, sahip olmak."

### **Siyasi Kriterler**

Demokrasi, hukuk düzeni, insan hakları ve azınlıklara saygı.

Avrupa Birli i'ne üye olmaya kalkışan ülkelerin demokrasi ve hukuk düzeni prensiplerini göstermelik sahiplenmek yerine onları gündelik hayata geçirmeleri gerekmektedir.

Aynı zamanda hukukta, emniyette ve yerel yönetimlerde kamu otoritesini istikrarlı bir şekilde sa layan kurumların etkin olarak işlemlerini ve demokrasinin kökleşmesini de garantilemelidirler.

Temel haklara saygı üyeli in bir ön şartıdır. Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklere saygı çok önemli bir yer tutar. Protokol, yurttaşların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmalarına imkan sa lar. İfade ve örgütlenme hürriyeti ve basın ba ımsızlı ı da kesin olarak sa lanmalıdır.

Demokratik istikrarın şartlarından birini de azınlıkların topluma entegrasyonu oluşturmaktadır.

Avrupa Konseyi, ulusal azınlıkları koruyup kollamak için pek çok metin kabul etmiştir. Azınlık gruplarına mensup bireylerin haklarını emniyete alan Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Anlaşması bunlardan birisidir.

### **Ekonomik Kriterler**

İşleyen bir piyasa ekonomisinin ve Birlik içindeki rekabetçi baskılara karşı koyabilme kapasitesinin mevcudiyeti.

İşleyen bir piyasa ekonomisinin mevcudiyetinin yerine getirilmesi gereken pek çok şartları vardır:

Arz ve talep arasındaki denge, piyasa aktörlerinin karşılıklı etkileşimi sonucunda ortaya çıkmalıdır; fiyatlar serbest piyasa şartlarında oluşmalı; piyasaya girmek ve çıkmanın önündeki engeller kaldırılmalıdır; hukuk sistemi, mülkiyet haklarını da düzenleyecek şekilde mevcut olmalı; kanun ve kontratlar uygulanabilmeli; makro-ekonomik istikrar, fiyat istikrarı, sürdürülebilir kamu finansı ve dış

borç hesaplarını da içerecek şekilde sa lanmış olmalı; ekonomik politikalar hakkında geniş mutabakat olmalı; finans sektörü, tasarrufları yatırımlara kanalize edebilecek şekilde gelişmiş olmalı.

Birlik içindeki rekabetçi baskıları ve piyasa aktörlerini gö üsleyebilmek için minimum düzeyde yarışmacılık gerekmektedir.

Göz önünde bulundurulması gereken temel faktörler şunlardır:

Ekonomik ajanların kestirilebilir ve istikrarlı bir atmosferde karar vermelerine imkan sağlayacak derecede yeterli bir makro-ekonomik istikrar;

Alt yapıyı (enerji, taşımacılık ve haberleşme), eğitim ve araştırmayı –uygun bir bedelde– da içine alacak şekilde yeterli düzeyde insan ve fiziki kayna ın mevcudiyeti;

Hükümetin ticaret politikası, rekabet politikası, Devlet yardımları, teşvikler, vs. ile rekabete hangi oranda tesir etmesi;

Üye ülkeler arasında halihazırda mübadele edilmekte olan malların yapı ve miktarları;

Küçük firmaların ekonomideki oranları.

## Di er Kriterler

Üyelik yükümlülükleri. Üyelik için başvuran ülkeler, Avrupa Birli i Anlaşmasının, politik, ekonomik ve parasal olanları dahil tüm hedeflerini kabul etmişlerdir.

Aday ülkeler, Ortak dış ve Savunma Politikalarını desteklemeli ve oranlara katkıda bulunmak zorundadırlar.

Her ne kadar aday ülkeler girişle birlikte "euro" ya hemen katılmayacak da olsalar,

EMU (Avrupa Para Birli i) Safha 2 gereksinimlerine kendilerini uydurmak zorunda kalacaklardır. Bu ise, merkez bankası ba ımsızlığını, ekonomik politikaların koordinasyonunu ve istikrar ve büyüme paktının gerektirdi i tedbirlerin alınmasını beraberinde getirir. Yeni Üye Ülkeler, kamu sektörü açıklarını merkez bankası ile finanse etmeliler ve para hareketlerinin liberalizasyonunu tamamlamalıdırlar. Nihayet bir kur oranı mekanizmasına dahil olmalılar ve kur dalgalanmalarını ortadan kaldırmalıdırlar.

Üye Ülkeler, üyeli e kabulleri ile birlikte Para Birli i'nin tüm şartlarını kabul ve uyumlandırmak zorundadırlar.

Avrupa Birli i yasaları ulusal kanunlara basit bir şekilde aktarılmayıp, aynı zamanda uygulamaya konulmalı, hatta zorunlu tutulmalıdır. Bu da yeni yönetim yapılarının oluşturulmasını, mevcut yönetimlerin modernize edilmesini, yöneticilerin uygun şekilde e itilmelerini, hukuk sistemlerinin reforme edilmesini ve hukukçuların Topluluk Hukukunda e itilmelerini gerektirmektedir.

Kopenhag Kriterleri şu dört başlık altında özetlenebilmektedir:

"Demokrasi, hukukun üstünlü ü, insan hakları ve azınlıklara saygı gösterilmesini ve korunmasını garanti eden kurumların istikrarının gerçekleştirilmesi,

İşleyen bir pazar ekonomisinin varlığının yanı sıra Birlik içindeki piyasa güçleri ve rekabet baskısına karşı koyma kapasitesine sahip olunması,

Siyasi, ekonomik ve parasal birli in amaçlarına uyma dahil olmak üzere üyelik yükümlülüklerini üstlenme kabiliyetine sahip olunması,

Avrupa bütünleşmesi hareketi korunurken, Birli in yeni üye

içerme kapasitesi, gerek Birlik gerekse aday ülkelerin genel çıkarına hizmet edilmesi."

Bu kriterlerden özellikle birincisi konumuz açısından incelenmeye de erdir ve Türkiye'nin önemli bir açmazı olarak görülmektedir. Türkiye'nin Avrupa Birli ine giriş (itiliş) sürecinde demokrasi ve insan hakları konularında çok önemli sıkıntıları bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını sayarsak:

1. İnsan Hakları Sorunu

- Faili meçhul cinayetler,
- İşkence,
- Gözaltında kayıplar,
- Düşünce suçluları,
- Devlet çeteleri,
- Adil olmayan yargılamalar...

2. Kürt Sorunu

3. Kıbrıs Sorunu

4. Ege - Yunanistan Sorunu

5. Serbest Dolaşım Sorunu

6. Türkiye'nin AB'ye Maliyeti Sorunu

7. Gümrük Birli i Sorunu

8. Yüksek Enflasyon ve Bütçe Açığı Sorunu

9. Karapara Sorunu

10. Din Farklılığı

11. Refah/Kişi Başına Milli Gelir Sorunu<sup>57</sup>

Türkiye ile AB arasındaki sorunlardan özellikle İnsan Hakları ve Kürt Sorunu Türkiye açısından çok önemlidir. Türkiye bu sorunları çözmek yerine, daha da kangren hale getirecek düzenleme ve uygulamalar içine

girmektedir. Tabii ki bu düzenleme ve uygulamalarda Türkiye, Avrupa'nın kendisine uyguladığı çifte standart ve aldatmaya aynı şekilde karşılık vermekte, böylece karşılıklı olarak Türkiye'deki insan hak ve hürriyetleri konusunda Türkiye halkına karşı birlikte oyun içine girmektedirler. Bir yandan düşünce hürriyeti kısıtlamaları ve cezalandırmalar, di er yandan Avrupa'ya bu düzenlemelerin kaldırılacağı şeklinde göstermelik taahhütler.

İşte Avrupa Birli ine ve İnsan Hakları Sözleşmelerine uyum yasalarının arka planında yatan gerçek şudur ki, bu bir resepsiyon değil, topluma yukarıdan ve dışarıdan bakan oligarşinin, bazı zilletlere katlanması şeklinde bir rehabilitasyondur. Kaldı ki Avrupa da, tarihi köklerine ve inançlarına uygun hukukun üstünlü üne ilişkin talepleri olabilecek bir Türkiye toplumu değil, özellikle din ve vicdan özgürlü ü de dahil olmak üzere, hukukun üstünlü ü talepleri bastırılmış veya talepte bulunacak inancı kalmamış bir toplum beklemektedir. Bu gün yapılmaya çalışılan düzenlemelerde, karşılıklı iki iradenin örtüşmesi yansımaktadır.

Kopenhag Kriterlerinin dördüncüsünün önemini ise 2001 yılının Mart ayında görebilme imkanına sahip olduk. Bu kriter, üç önemli konuya dikkat çekmektedir:

- Birincisi "Avrupa Bütünleşmesi Hareketinin Korunması",
- İkincisi " Birli in Yeni Üye İçerme Kapasitesi",
- Üçüncüsü "Birlik ve Aday Ülkelerin Genel Çıkarına Hizmet Edilmesi.

<sup>57</sup> Halil NEB LER, "Kopenhag Kriterleri, Avrupa Birli i ve Türkiye'nin Durumu", www. superonline. com. tr/ nethaber/19991226/articles/dosya\_26.html (17.12.1999).

Avrupa Bütünleşmesi Hareketinin Korunması, genelde Birli in güçlü üyelerine görev yüklemektedir.

Birli in Yeni Üye İçerme Kapasitesi, tüm üyeleri ve adayları ilgilendiren husustur. Ki, Türkiye 19 Mart 2001 tarihli "ULUSAL PROGRAMI"nda bu konuda yapılacak de işiklikleri sıralarken bir çok taahhütte bulunmaktadır. Bu kapasite sınavı 2002 yılında yapılacaktır.

Üçüncü ve çok önemli husus "Birlik ve Aday Ülkelerin Genel Çıkarına Hizmet Edilmesi"dir.

Henüz AB'ye üye olmamış, bekleme odasında ne kadar bekleyece i belli olmayan Türkiye'ye yüklenen **hizmet** ne olabilir ki? Kopenhag kriterlerinin yayınlanmasında sadece tahminden öteye gitmeyen tespitlerimiz, ULUSAL PROGRAM'ın AB'ye sunulması ve yayınlanması ile kesinlik kazanmıştır. Ulusal Programın, içeride yapılacak de işikliklerle ilgili taahhütlere girilmeden önceki giriş kısmında şu ifade dikkat çekicidir:

"Bir AB üyesi olarak demokratik ve lâik Türkiye modeli, Avrasya'nın ça daşlaşma yolunun genişletilmesinde etkili olacaktır."

Ulusal Program adı altında sunulan taahhütnamede, Türkiye'nin AB'ye üye olmasında veya üye yapılmak avantusuyla bekletilmesinde ve bu bekleme süresinde tanımlanan görevleri içinde öne çıkan husus, Batılılaşmanın, bir di er ifadesiyle modernleşme/globalleşme/küreselleşme ve sonuçta sömürgeleşmenin Avrasya'ya yönelik "Koçbaşı" veya "beşinci kolu"nun Türkiye olacağıdır.

Kendi ülkeleri içindeki ulusal hakimiyetlerinin tehlikeye düşmesi nedeniyle AB'ye giriş (itiliş) sürecine henüz olumlu bakmayan ve AB ile kendi halkını oyalayan

siyaset-bürokrasi ikilisi, Avrasya için çoktan harekete geçmiş bile.

## Avrupa Birli i Temel Haklar Bildirgesi (ATHŞ)<sup>(4)</sup>

Temel Haklar Şartı, 13-14 Ekim 2000'de Fransa'nın Biarritz kentinde gerçekleşen AB zirvesinde devlet ve hükümet başkanlarının bilgisine sunuldu ve kabul gördü. 7-8 Aralık'taki "Nice Zirvesi"nde onaylanarak resmîyet kazandı.<sup>58</sup>

EK-2'de sunulu Avrupa Birli i Temel Haklar Şartı tam metninde de görülece i üzere Avrupa Birli inin, ortak bir inanç temelinde kuruldu u anlaşılmaktadır. Metinde ifadesini bulan ortak inanç, Papa'nın 9 Kasım 1982'de yaptığı bir konuşmada açıkça ortaya konmaktadır:

"(...) Avrupa Birli i, Hıristiyanlık olmadan anlaşılabilir. Avrupa kıtası, medeniyetinin olgunlaşmasını sağlayan ortak köklerini Hıristiyanlıkta bulmaktadır. (...) Hıristiyan inancı, Avrupa kültür kimli inin önemli bir unsurudur.)"<sup>59</sup>

Papa'nın bu yol göstericili ine paralel olarak, Temel Haklar Şartı metninin ilk tasla ının giriş kısmında "Avrupa'nın dini mirası"na atıf vardır. Fakat sonradan özellikle Fransa Başbakanı ve di er bazı üye ülke

<sup>(4)</sup> Bu artın bir evrim süreci sonunda AB'nin anayasal temelini oluşturma bekleniyor. Daha imdiden AB Parlamentosu ve Komisyonu, kendi i levlerini ilgilendirdi i ölçüde artın hükümlerinin tamamını benimsediklerini bildirdiler. Avrupa Komisyonu Başkanı Prodi, zirveden hemen sonra AB Parlamentosu'nda yaptığı konu mada ATH 'nin bir hukuk kuralı te kil etmek amacıyla hazırlandığını teyit etti. Geni bilgi için bkz.: İter TÜRMEEN, [http://www.foreignpolicy.org.tr/tr/-yorum/turkmen\\_180101.html](http://www.foreignpolicy.org.tr/tr/-yorum/turkmen_180101.html)

<sup>58</sup> Bkz.: <http://www.haberline.com/avrupa/temelhaklarbildirgesi.htm>

<sup>59</sup> Mehmet AYDIN, "Avrupa Birli i, Din ve Diyanet", *slâmiyat Dergisi*, c. IV, sayı: 1.



temsilcileri bu atfın metinden çıkarılmasını sa ladılar.<sup>60</sup> Ancak, yinede, şu an için ba layıcılı ı olmayan, fakat ileride Avrupa Anayasası olaca ı öngörülen metnin giriş kısmında:

"Ruhani ve manevi mirasının bilincinde olan Birlik, bölünmez ve evrensel de erler olan insan unsuru, özgürlük, eşitlik ve dayanışma de erleri üzerine inşa edilmiştir.(...)"

ifadeleri yer almaktadır. Ne kadar çaba sarfedilse de, Avrupa'nın ruhani ve manevi mirası ne bilinç olarak ne de hukuki bir metnin hükmü olarak yürürlükten çıkarılamamıştır. Çıkarılmasının da düşünülü ünü beklemek yanlıştır.

İşte Türkiye'deki oligarşik zihniyet, uzun zamandır gönüllü olarak Avrupa Birli i üyeli ine ulaştıracak yolda yerine getirdi i batılılaşma, modernleşme gibi distribütörlüklerin, kendilerini hangi kapının önüne getirdi inin farkına varmış, ekonomik, siyasi ve sosyal tüm güçlerinin bir Hıristiyan kulübüne devredilece ini görmüştür. Şimdiki ayak diremelerin, şark kurnazlıklarının, çifte standartçılı ın temelinde yatan düşünce, ATHŞ ve benzeri metinlerdeki hükümlerdir ve bu hükümlerin AHİM'deki uygulamalarıdır. Bu hükümlerin oligarşinin el de iştirmesinde önemli rol oynayaca ı aşikardır ve şimdi artık gard alma zamanıdır.

## İkinci Tanzimat

Avrupa Birli i sürecinde hukuk alanında yapılan ve yapılması düşünülen de işiklikler ve uyum yasaları, gerçekten de toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya de il, devleti ve yönetimini (iktidarları) içine düştü ü aciz durumdan çıkarmaya yönelik

çabalardır. Burada asıl olan devletin güçlenmesi ve oligarşinin devamıdır. Demokrasi veya ulusal egemenlik, iktidarın devamı için birer araçtırlar.<sup>61</sup> Bu yönüyle yaşad ımız süreç Tanzimat Dönemine ve en fazla da Jön Türkler ve İttihat Terakki dönemine çok benzemektedir: İnanılarak de il, maslahat gere i yapılan düzenlemeler bu tespitimizin kanıtıdır. Bu nedenle yaşad ımız bu döneme **İkinci Tanzimat Dönemi** adını vermekte isabet kaydetti imizi düşünüyöruz.

"İkinci Tanzimat Dönemi" ismine yakışacak yeni hukuki düzenleme örnekleri üzerinde bir nebze durmakta da yarar vardır:

8 Şubat 1329 (1913) tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Muvakkat Kanun nihayet 3.12.1999'da yürürlükten kaldırıldı ve yerine 34.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Di er Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabul edildi. Her konuda Osmanlı'yı reddi miras yapan Türkiye Cumhuriyeti, esasen bir Tanzimat Dönemini yaşad ını ve Tanzimat Paşalarının bürokrasiyi kullandıkları şekilde kullanmaya devam edeceklerini bir defa daha ortaya koydu. Bürokratların yargılanma esaslarını belirleyen ve yargılanmayı yine bürokrat bir grubun emrine tahsis ederek, bu şekilde kimi bürokratı vezir, kimini de rezil etmek için **geçici** olarak Memurin Muhakematı Hakkında Muvakkat Kanunu icad eden Osmanlı Paşaları sanki zamanda yolculukla günümüze gelip, daha da antidemokratik bir yasa ile, yargılanmayı bir tek kişinin, – Yargılanmaya izin vermeye yetkili merciiin (amirin)– tekeline verdiler.

Öncesinde, içinde hukukçunun bulunmadı ı il veya ilçe idare kurullarının yetkisinde olan

<sup>60</sup> Bkz.: Mehmet AYDIN, a.g.m.

<sup>61</sup> Erik Jan ZÜRCHER, s. 252.



yargılanma izni (lüzum-u muhakeme kararı), bu defa sadece yetkili amire verilmiş oldu. Bir taraftan Avrupa Birli i sürecine uygun "uyum yasaları" çıkarmaya çalışan devlet, di er taraftan yargı birli i ve yargı ba ımsızlı ı ilkelerini ortadan kaldırarak eski halin daha kötüsü düzenlemelerle "Şark Kurnazlı ı" yapmaya çalışmaktadır.

Bilindi i gibi Türkiye Cumhuriyeti hiçbir dönemde anayasasını demokratik yollarla yapmamıştır. 1921 Anayasasını yapan Meclis, Osmanlı döneminde seçilen fakat üyelerinin bir kısmının katılmadı ı bir meclisti. 1924 Anayasasını yapan II. Meclis üyeleri ise emirle atanan bir meclis idi. 1961 Anayasası bir ihtilal tasarrufu olup, üyeleri halk tarafından seçilmeyen bir Kurucu Meclisin eseridir. 1982 Anayasası da tehdit ve baskılarla ve Devlet Başkanlı ı seçimi ile birlikte, ölümü gösterip sıtmaya razı eden bir tercih karşısında halk oyuna başvurulmuş Anayasadır. 1982 Anayasası'nı yapan da yine üyeleri **derin vetolar** sonucu oluşturulmuş Danışma Meclisidir. Dolayısıyla hiçbir dönemde halk tarafından seçilmiş temsilciler eliyle yapılan demokratik bir anayasamız olmamıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile ilgili olarak tüm hukuk otoriteleri, anayasanın de iştirilmesi gerekti ini, hatta son dönemlerde Avrupa Birli i sürecinde Avrupa Birli i kriterleri, özellikle de Kopenhag kriterleri çerçevesinde bir Anayasa de işikli i, üstelik tamamen yeni ve sivil anayasa de işikli i yapılması gerekti ini ifade ederken, devlet ve devlet aygıtı olan iktidarlar böyle bir yaklaşımdan oldukça uzaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesine ilişkin yasalar söz konusu oldu unda, Anayasayı

de iştirmeden, eski anayasaya göre yeni kanunlar yapılmakta, Avrupa Birli ine uyum yasaları yanında irtica ile mücadele yasaları çıkarılmaya çalışılmakta, sonra da anayasa de işikli i öngörülmektedir.

Avrupa Birli i, Amerika veya uluslararası şirketlerin politikaları ile yerli ortaklarının politikaları örtüştü ünde ise **-Uluslararası Tahkim örne inde oldu u gibi-** önce anayasa de işikli i sonra da buna uygun kanunlar yapılabilmektedir.

Geçti imiz yıl Cumhurbaşkanlı ı seçimine ilişkin olarak bir tek kişi için anayasa de işikli i yapılmaya kalkılması, buna karşın, kısıp uzamayan şekliyle istikrar ülkesi bir Türkiye dileyen Batı'nın hiçbir yorum yapmaması, idam cezası ve işkencenin dışında temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Avrupa Birli inin, hukuki ve siyasi kuralları ile Birlik iradesinin tezahürü olan "Kriterleri" gündeme getirmemesi, **28 Şubat** ve devamındaki iradenin nerelerde aranması gerekti ine önemli işaretlerdir.

PKK ve Apo'nun yargılanma sürecinde, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde asker üyenin bulunuşunu hukuka aykırılık sayarak yargı sistemimiz üzerinde baskı kuran AB, Danıştay ve İdare Mahkemelerinin hakim üyelerinin hukukçu olmamasını, hukuk e itimi almış olmamalarını, hukuk misyonuna sahip bulunmamalarını bir eksiklik olarak görmemektedir. Hatta tek tek bireylerin hak ihlalleri ile ilgilenen ve tuttu u çeteleleri patronlarına rapor olarak sunan Batılı Sivil Toplum Kuruluşları (Hükümetdışı Kuruluş(NCO)lar), Türk hukuk sisteminde adaletsizli e neden olan kurum ve kurallar yerine; hukuk sisteminin ma duru, genelde devlet memuru veya devlet ma duru vatandaşlarla ilgilenmekte ve sözgelimi, çetele tutmaktadırlar.

## Sonuç

Avrupa Birliği'ne giriş (itiliş) sürecinde hukuk adına yapılanların ve yapılmaya çalışılanların Tanzimat Dönemi'nde yapılanlara benzerliği dikkat çekicidir. Bir farkla ki, günümüzün yöneticileri, halkının yararına olacak düzenlemelerde gönülsüz ve iki yüzlü; bütünleşmeye çalıştıklarına karşı ise, yönetim ve kanunlaştırma konularında yine iki yüzlü olmakla beraber, karşılıklı menfaatlerde - uluslararası tahkim örneğinde görüldüğü gibi- alabildiğine davetkâr ve teşhirci. Buna rağmen, bütün bu düzenlemelerin reform veya yeniden yapılanma adıyla sunulması, ancak Tanzimat Dönemindeki gibi şark kurnazlığı olarak vasıflandırılabilir.

Esasen Tanzimat'ı de erlendirenler, Tanzimat Paşalarının öncekilerden farklı olmadığı, günümüz seçkinlerinin de Tanzimat Paşalarından farklı olmadığı ve bir geleneğe devam ettirdikleri hususunda hem fikirdirler:

"Tanzimat hareketi bir devrimin atmosferini ve dünya görüşünü taşııyordu. Tanzimat yöneticileri kişiliklerinde tutuculuk ve pragmatik reformculuğu birleştirmiş, dünya görüşleri, davranış biçimleri ve politikalarıyla 19. Yüzyıl Osmanlı toplumundaki yeni insanın tipik temsilcileri veya öncüleri olmuşlardır. Ancak bu yeni Osmanlı tipinin büyük ölçüde eski toplumun Efendisinin yaşam tarzını, dünya görüşünü bilinçli biçimde devam ettirdiği de açıktır."<sup>62</sup>

Avrupa Birliğine giriş, bir başka ifadeyle **yeniden yapılanma** sürecinde, yukarıda vasıflandırmaya çalıştığımız tarzda uyum kanunları ve diğer düzenlemeleri yapmaya çalışan elitin reformcu (!) özelliği,

üzerinde konuşulmamış ve sa laması yapılmamış konularda çıkardı ve çıkarmaya çalıştı kanunlarda görülebilmektedir. Bu yönüyle Tanzimat Dönemi'ne bir özenti içinde oldukları da aşıkardır.

Ancak, özenilen Tanzimat Dönemi, bugün Avrupa'nın reddettiği "merkeziyetçi yönetim yapısı"nın ürünüdür. Yerinden yönetimin öneminin vurgulandığı ve bu konuda dünya ile aynı konuma ulaşılmaya çalışıldığı bir dönemde, bilinçli veya bilinçsiz merkeziyetçi yapının savunucusu olmak önemli bir çelişkidir. Bir başka ifadeyle, Ulusal Programda devletin hantal yapısının de iştirileceği, merkezi yapılanmanın yerel yapılanmaya dönüştürüleceği, devletin küçültüleceği taahhütleri verilirken, diğer yandan Bakanlıkların denetimi dışında ve özerk görünümü fakat devletin bizzat kendi kuvvetlerinden oluşan onlarca kurul, çıkarılan kanunlarla pıtırak gibi uygulamaya konmaktadır. RTÜK, BDDK ve benzeri kurullar ve bu kurulların kanunlaştırılan merkeziyetçi yapıları çifte standarda önemli örneklerdir.

Öte yandan, yeniden yapılanma adı altında, özenilen Tanzimat Hareketi'nin örnek alınması, bu gün ne Avrupa, ne de Türkiye halkı tarafından olumlu biçimde de erlendirilmektedir. Bundan dolaydır ki, Tanzimat döneminden örnek alınarak hayata geçirilen Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ve bunun 1999 versiyonu, plebisit usulü anayasalar ve bu anayasalara uygun kanunî düzenlemeler ile bunların bugünkü kötü kopyaları, ve de en önemlisi Amerikan usulü, 1945'lerden mülhem **Milli Güvenlik İdeolojisi** ürünü kararnameleler, hiçbir şekilde, ne bu gün, ne de yarın; ne Avrupa nezdinde ne de Türkiye'de hayatîyetlerini devam ettirecek güçte olacaklardır.

<sup>62</sup> İber ORTAYLI, s. 171.

İşte bu gerçeklerin farkına varan yönetici elit kesim, bir yandan yönetimin ayakları altından kaymaması, di er yandan tüm komşuları ile hasım oldu u gibi, tüm dünya ile de çatışma hali içinde olmamak ve itildi i Avrupa Birli i sürecini en az zararla kapatmak için çabalamaktadır. Bu çabasında, kendisine en büyük deste i verebilecek halk gücünden yoksundur.

O kadar yoksundur ki, anayasal sistemin olmazsa olmaz unsuru muhalefet partilerinin görüşü dahi alınmadan, halkın teveccühü veya tepkisi de erlendirilmeden bir ibadet huşuu içinde **ulusal program** AB'ye takdim edilmiştir. **Türkiye**, kendisine tayin edilen kayyumun, tayini yapan güç adına bu takdimi yapmasına dahi seyirci kalmıştır. Böylece 10-11 Aralık 1999 Helsinki-Millennium Deklarasyonu-Zirvesinde alınan **milli bir program kararına** uygun bir şekilde hazırlanan Ulusal Program, bir ABD'li tarafından Avrupa'ya takdim edilmiştir.

Ayrıca, TBMM'yi bir kanun yapma makinesine dönüştürmenin adını reform koymak da pek akıllıca olmasa gerektir. Belki reform, yeni baştan temel hak ve özgürlükleri kısıtlamayan bir anayasa ve bu anayasa baz alınarak temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmadan kanuni düzenlemeler yapmak olabilirdi.

Neticede Tanzimat sırasındaki ve sonrasındaki oluşumların, ülke yönetiminin ve insanının başına gelmesi arzu edilmeyecekse, yöneticilerin ve aydınların, ortak aklın paydalarında buluşmak, yeterince örselenen ve kendinden beklenen refleksi göstermekten aciz hale getirilen kalabalıkları katılıma dahil etmek; kalabalıkların da bu süreçte, bir zamanlar kendileri için öngördükleri misyona yeniden sahip çıkarak -siyaset zemininin ortadan kaldırılmasıyla yaratılan

kalabalıklaştırılma formatından sıyrılarak- hukuk üretecek mantı a sahip hukukçu aydınları ve siyasileri içinden çıkarmak görevi bulunmaktadır.

Bir kere daha tekrar edersek: Tanzimat kimileri için bir köklü de işimin başlangıcı, veya bir resepsiyon veyahut da bir yeniden yapılanmadır. Kimilerine göre ise bir direniştir. Batı'ya, Batı'nın ekonomik ve siyasi baskılarına karşı bir direniş, bir orta yolu bulma ve zaman kazanma hareketi.

"Bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde özenilen Tanzimat Dönemi'nin yönetici ve aydınlarının en büyük özelli i, Osmanlı İmparatorlu u'nun ayakta kalmasını salamaktı. Onlar Avrupalı büyük güçlü ülkelerin himayesinin ön koşul oldu unu anlamışlar ve bunu elde etmeye koyulmuşlardı. Ama, Avrupalılar tarafından verilen garantiler aynı zamanda onlara müdahale imkanını sunmuş, bu müdahalelerle de Osmanlı'yı reform yapmaya zorlamışlardı. Ancak Osmanlı'da reformlar pek sevilmedi i için Osmanlı devlet adamları aslında bu reform projelerini mümkün oldu unca sınırlamaya çalışmışlardı. Bizde sık sık sık Tanzimatçılı ın 'taklitçilik' oldu u ileri sürülür. Oysa aslında Tanzimatçılık, başka karşı bir direnç ve orta yollar arama iradesidir."<sup>63</sup>

'Osmanlı ve Batılılaşma'nın yazarı Taner Timur'un yukarıdaki ifadelerini de erlendiren Tanzimat ve Ahmet Cevdet Paşa araştırmacısı Neumann, aynı yerde İlber ORTAYLI'nın:

"Tanzimat'ın dış dünyanın zorlamalarına bir cevap oluşturdu u ama yönetilen topluluktan uzaklaşırsa başarılı olunamayaca ının bilincine varıldı ı"<sup>64</sup>

tespitini aktarır.

<sup>63</sup> Taner T MUR'dan aktaran, Christoph K. NEUMANN, "Araç Tarih & Amaç Tanzimat", s. 215.

<sup>64</sup> Christoph K. NEUMANN, a.g.e., s. 215. Ayrıca bkz.: İber ORTAYLI, s. 22.

Batı'nın Türkiye için öngördüğü, tüm İslâmî ve insani değerlerinden arınmış veya bu yönde talepleri bastırılmış bir Türkiye modeli ile, yerli işbirlikçilerinin oligarşik hakimiyetlerinin devamını sağlayacak düzenlemeleri yapmalarına elverişli ortamı hazırlanmış Türkiye modeli çakışmıştır. Bu çakışmanın adına İkinci Tanzimat diyebiliriz. 28 Şubat da, bu çakışmanın gergin tezgahtır.

Birinci Tanzimat ile ikincisi arasında, halkın desteği kriteri bakımından bir fark görünmemektedir. Ulusal Programa ve verilen taahhütlere ne bu taahhüdün altına imza atanlar sahip çıkmakta, ne de halk bu konuda destek olmaktadır.

Sonuçta, dinamik bir süreçten geçen toplumumuzun bireyi olarak birlikte aktığımız nehrin dışına çıkıp "ahlaki kayıtsızlık"; nehrin akıntısına da kapılarak "ne oldu unu anlamaz" konumuna düşmeden<sup>65</sup>, yeniden yaşanabilecek bir resepsiyona hazır olmak (olmamız) gerekmektedir. Resepsiyona ilişkin bu beklenti ve sonuçlarda bizlerin de (irademiz dışında da olsa) olumlu veya olumsuz anlamda katkımız bulunmuş olacaktır.

Temennimiz odur ki, tarihin tekerrürünü, sonucu hepimize yararlı ve insanlığın gelişimine katkı sağlayacak düzenlemelerde görelim. Tarih bizim hayırlı işlerimizle ve adaletimizle tekerrür etsin.

Musibetlerin tekerrüründen korunmak ümit ve duasıyla...

## Ek-1

## Tanzimat Fermanı<sup>(\*)</sup>

Herkese malum oldu üzere, Devlet-i Aliyyemizin kuruluşundan beri, yüce Kur'an'ın hükümlerine ve Şer'i kanunlara kemaliyle uyuldu undan, ulu saltanatımızın kuvvet ve kudreti ve bütün halkının refah ve gelişmişliği istenilen dereceye ulaşmışken, yüz elli sene vardır ki, art arda gelen sıkıntılar ve çok çeşitli sebeplere dayalı olarak, ne Şer'i şerife ve ne yararlı kanunlara bağlı kalınmadı ve uygun hareket edilmedi için, evvelki kuvvet ve gelişmişlik bilakis zayıflık ve fakirliğe dönüşmüştür. Halbuki Şer'i kanunlar altında idare olunmayan memleketlerin payidar (salam, sürekli) olamayacağı açıktır. Tahta çıktığımız kutlu günden beri, hükümdarlığımızın hayırlı eserleri ile ilgili fikirlerimiz, sadece memleket ve çevresinin imarı ve halkın ve fakirlerin refahının artırılmasında yararlı işlerle sınırlı ve Devlet-i Aliyyemizin memleketlerinin corafi mevkiine ve halkın kabiliyet ve yeteneklerine göre lazım olan sebeplere girişildi inde, beş on sene içinde Allah'ın yardımı ile arzu edilen noktaya ulaşılabileceği açıktır. Allah'ın yardım ve inayetine güvenerek ve Cenab-ı Peygamberin ruhaniyetinin yardımını aracı kılıp ve onları balanarak, bundan böyle Devlet-i Aliyye ve Osmanlı ülkesinin iyi idaresinde bazı yeni kanunlar konulması gerekli ve önemli görülmüştür. İşbu gerekli kanunların esas maddeleri, can emniyeti ve ırz ve namus ve malın korunması ve vergi tayini ve askerlerin nasıl çalışılacağı ve askerliğin süresi hükümlerinden ibarettir. Şöyle ki, dünyada candan ve ırz ve namustan daha kıymetli bir şey olmadığından, bir adam onları tehlikede gördükçe,

<sup>65</sup> Ahmet DAVUTO LU, "Stratejik Derinlik", s. VI.

<sup>(\*)</sup> Orijinal Metin için bkz.: Yeni Türk Edebiyatı Antolojisi, 1., 1839-1865, s. 1-3.

yaratılışında ve fitratının özelliklerinde hayinli e e ilimli olmasa bile, can ve namusunun korunması için elbette bazı yollara teşebbüs edece i açıktır. Bu hareketin devlet ve memlekete zarar verdi i açık oldu u gibi, bilakis bu hareket sahibinin, can ve namusundan emin oldu unda do ruluk ve sadakatten ayrılmayaca ı ve işi ve gücü hemen devlet ve milletine iyi hizmet etmek olaca ı dahi açık ve bellidir. Mal emniyeti hükmünün eksikli i halinde ise, herkes ne devlet ve ne de milletine ısınmayıp, ne de mülkün imarına bakmayıp endişe ve ıstıraptan kurtulamaz. Bir di er halde, yani mallarının ve mülklerinin tam bir emniyeti oldu unda, kendi işi ile geçim dairesini genişletmekle u raşıp, kendisinde günden güne devlet ve millet gayreti ve vatan sevgisi artıp, ona göre güzel hareketle çalışaca ı şüpheden azadedir. Ve vergi tayini maddesi de bu aynı şekildedir. Çünkü, bir devlet memleketlerini korumak için elbette asker ve görevliye, vesair gerekli masraflara ihtiyacı vardır. Bu ise parayla yönetilece ine ve para dahi halkının vergisiyle oluşaca ına göre, bir güzel yoluna bakılmak önemli hale gelmiştir. Gerçi daha öncelerde gelir olarak görülmüş olan tek el sıkıntısından elhamdülillah, Osmanlı memleketleri ahali si bundan evvelce kurtulmuş ise de, tahrib edici aletlerden olup, hiçbir zaman yararlı ürünleri görülmeyen "iltizamlar zararlı usulü" bugün yürürlükte dir. Bu ise bir memleketin siyasi sınırlarını ve mali işlerini bir adamın eline ve belki kahredici yıkıcı pençesine teslim etmek anlamına geldi inden, o dahi e er iyice bir adam de il ise hemen kendi çıkarına bakar, hareket ve tavırlarının ço u haksızlık ve zulümden ibaret olur. Bundan sonra memleket ahalisinden her ferdin mülklerine ve gücüne göre bir uygun vergi tayin

olunarak kimseden fazla bir şey alınamaması ve Devlet-i Aliyyemizin deniz ve karada askeri masrafları ve sairesi dahi olumlu kanunlar ile sınırlanmış ve belirlenmiş olup, ona göre icra olunması gereklidir. Asker maddesi dahi, yazıldı ı üzere önemli maddelerdendir. Gerçi vatan muhafazası için asker vermek ahalinin görevlerinden ise de, şimdiye kadar cari oldu u gibi, bir memleketin mevcut nüfusuna bakılmayarak, kiminden tahammül derecesinden fazla ve kiminden noksan asker istenilmesi, hem düzensizli i ve hem tarım ve ticaretin faydalı işlerinin bozulmasını do uran sebeplerden oldu u gibi, askerli e gelenlerin ömürlerinin sonuna kadar kalmaları dahi, usanma ve nesil yetiştirmenin üremenin kesilmesini gerektirmekte olmasıyla, her memlekette lüzumu takdirinde talep olunacak askerler için bazı güzel usuller ve dört veyahut beş sene müddeti içinde dahi bir de işme yolu oluşturulması ve konulması halin gere indendir.

Velhasıl, bu nizami kanunlar hasıl olmadıkça, kuvvet elde edilmesi ve gelişmişlik ve asayiş ve rahatlık mümkün olmayıp, hepsinin esası dahi açıklanmış maddelerden ibarettir. Bundan sonra suçluların davaları şer'i kanunlar gere ince alenen incelenip hüküm verilmedikçe, hiç kimse hakkında gizli ve açık idam ve zehirleme muamelesi caiz de ildir ve hiç kimse tarafından di erinin ırz ve namusuna tasallut vuku bulamaz ve herkes mal ve mülklerine tam bir serbestlikle malik ve tasarrufa ehildir, ona kimse müdahale edemez. Firarda birinin aç ı a çıkmamış suçu ve kabahati oldu unda onun mirasçıları, o suç ve kabahatten uzak olup suçlanamayacaklardır. Onun malı müsadere edilemez, mirasçıları mirastan mahrum edilmezler. Yüce saltanatımız halkından olan Müslüman ahali ve

di er milletlere, bu müsaedelere istisnasız mazhar olmak üzere can ve ırz ve namus ve mal maddelerinden şer'i hüküm gere ince bütün Osmanlı memleketleri ahalisine tarafımdan tam bir emniyet verilmiştir. Di er hususlara dahi oy birli i ile karar vermekle görevli olan Meclis-i Ahkam-ı Adliye (kanun ve nizamname çıkarmak için oluşturulmuş meclis) üyeleri dahi gerekti i kadar artırılarak ve vekiller (bakanlar) ve üst dereceli devlet adamları dahi belli günlerde orada toplanarak ve tamamı fikir ve görüşlerini hiç çekinmeden serbestçe söyleyerek, işbu can ve mal emniyeti ve vergi tayini konularına dair gerekli kanunları yapacaklardır. Askeri düzenlemeler (tanzimat-ı askeriyye; tanzimat kelimesi sadece burada geçmektedir.) konusu dahi Bab-ı Seraskeri (Genel Kurmay Başkanlı ı) şurasında görüşülüp, her bir kanun kararlaştırılmış oldukça hatt-ı hümayunumuz ile tasdik ve teşvik olunmak için tarafımıza arz olunsun. İşbu şer'i kanunlar sadece, din ve devlet ve mülk ve milleti ihya için konulacak oldu undan tarafımızdan, hilafına hareket edilmeyece ine söz verilip, Hırka-i Şerife odasında bütün ulema ve vekiller hazır oldukları halde, yemin dahi olunarak ulema ve vekiller dahi yemin ettirilip, ulema ve vezirlerden kim olursa olsun, şer'i kanunlara muhalif hareket edenlerin kesinleşmiş kabahatlerine göre layık oldukları cezalandırmaya hiç rütbe ve hatır ve gönüle bakılmayarak icrası için, ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin. Bütün memurların şimdiki halde, yeterli maaş alamayanlar var ise, onlar dahi düzenlenece inden, şer'en yasak olup mülkün bozulmasının büyük sebeplerden olan rüşvet kötülü ünün bundan sonra ortadan kaldırılmasının dahi bir güçlü kanun ile sa lanmasına bakılsın.

Ve bu açık durum eski usulü tamamen de ıştırıp yenilemek demek olaca ından, işbu irade-i şahanemiz Dersaadet (Başkent, İstanbul) ve bütün Osmanlı memleketlerimiz ahalisine duyurulaca ı gibi, dost devletlere dahi bu usulün inşaallahu Taala sonsuza kadar var olaca ına şahid olmak üzere İstanbul'da bulunan bütün sefirliklere dahi resmen bildirilsin.

Hemen Rabbimiz Taala Hazretleri cümlemizi muvaffak buyursun ve bu tesis edilen kanunların aksine hareket edenler, Allahu Taala Hazretlerinin lanetine mazhar olsunlar ve ilelebed felah bulmasınlar, Amin.

(3 Kasım 1839)

## Ek-2

### Islahat Fermanı<sup>(\*)</sup>

Bilinsin ki, benim elimde Allah'ın emaneti olan Osmanlı halkının, her yönüyle, mutluluk oluşturan bütünlükleri padişahlı ımın hayırlar saçı fikirlerinin en önemlisi olarak, tahta çıktı ım günden beri, bu konuda açığa çıkan padişahlı ımın özel çabasının, hamd olsun, pek çok faydalı ürünleri görülmüştür. Ülke ve milletimizin imarı ve serveti günden güne artmakta ise de, Devlet-i Aliyye'mizin şanına uygun ve medenileşmiş milletler arasında hakkıyla haiz oldu u mühim ve yüce mevkie layık olan halinin tam bir olgunlu a ulaşması için şimdiye kadar kurmaya muvaffak oldu um hayırlı yeni düzenin yeni baştan sa lamlaştırılması ve genişletilmesi, padişahlı ımın adaletle birlikte iste i oldu u halde; bütün halkımızın hamiyetlerinin güzel işleri ve müttefi imiz olan tanınmış

(\*) Orijinal metin için bkz.: Yeni Türk Edebiyatı Antolojisi, 1, 1839-1865., s. 4-9.



devletlerin himmetleri ve hayırlı yardımları eseri olmak üzere Devletimizin bu defa, Allah'ın yardımı ile, dış politikada yüce hukuku bir kat daha sağlamlaştırmıştır. Bu yönüyle yaşadığımız asır, Devletimiz için bir hayıra yaklaşılan zamanın sonrası (mutlu son) olacaktır, iç politikada dahi, saltanatımızın güç ve kuvvetinin artması ve vatandaşlarının birbirine kalpten bağlılığı ve nezdinde koruyuculuğunun ve adaletimin gereği olarak Osmanlı halkının her yönden mutluluklarının elde edilmesi ve ülkemizin gelişmesini gerektirecek sebeplerin ve vasıtaların günden güne ilerlemesi, hükümdarlığımızın merhametli muradı gereğidir. Bu muradımın gereği olarak aşağıda zikrolunan hususların icrası için Padişahlığımızın adalet ifadesi olan iradesi, şerefle tecelli etmiştir.

Şöyle ki:

Gülhane'de okunan Hatt-ı hümayunum ile ve Tanzimat fermanı gereğince her din ve mezhepte bulunan Osmanlı halkı hakkında istisnasız, can ve mal emniyeti ve namusun korunması için Padişahlığımız tarafından vaat ve ihsan olunmuş olan teminat, bu kere dahi kuvvetlendirilmiş ve sağlamlaştırılmıştır. Bunun tam olarak hayata geçirilmesi için etkili tedbirler kabul olunmuş; ve Padişahlığımızın yüce koruma kanatları altında Osmanlı ülkemizde bulunan Hıristiyan vesair gayri müslim halkın cemaatlerine büyük ecdadım taraflarından tanınmış ve sonraki senelerde de yine başlanmış olan bütün imtiyazlar ve ruhani muafiyetler bu kere tekrar sağlamlaştırılmış ve sürekli kılınmıştır. Fakat Hıristiyan ve diğer gayri müslim halkın her bir cemaatinin, belirli bir süre içinde imtiyazlarının ve var olan muafiyetlerinin görülmesine ve kontrol edilmesine ivedilikle başlanması ile, o konuda zamanın

ve gerek kazanılmış bilgiler ve medeniyet eserlerinin icap ettirdiği ıslahatı iradem ve uygun buluşumla, Hükümetimizin nezareti altında özel olarak patrikhanelerde oluşturulacak meclisler marifetiyle müzakere ile Hükümetimize arz ve ifade etmeye mecbur olarak, Fatih Sultan Mehmet Han hazretleri ve gerek daha sonraki büyükler tarafından patrikler ile Hıristiyan piskoposlarına verilmiş olan ruhsat ve iktidar padişahlığımızın cömertçe niyetlerinden dolayı işbu cemaatlere temin olunmuş olan hal ve yeni mevki ile uygun hale getirilip, patriklerin halen geçerli olan tayin usulleri ıslah olunduktan sonra patriklik yüce beratının hükümlerine uygulanarak hayat boyu tayin edilmeleri ve makama getirilmeleri usulünün tamamen ve eksiksiz icrası...

Hükümetimiz ile çeşitli cemaatlerin ruhani reisleri arasında kararlaştırılacak bir yonteme uygun olarak patrik ve metropolit ve murahhasa ve piskopos ve hahamların tayini sırasında makama atanma usulünün yerine getirilmesi...

Her ne suret ve ad ile olursa olsun rahiplere verilmekte olan bahşişler ve gelirler bütünüyle engellenerek onun yerine patriklere ve cemaat önderlerine belirli gelirler tahsis olunması...

Diğer ruhbanların dahi rütbe ve makamlarının önemine ve bundan sonra verilecek karara göre kendilerine hakkaniyete uygun maaşlar tayin olunacaktır. Bununla birlikte Hıristiyan rahiplerinin menkul ve gayri menkul mallarına hiçbir zarar verilmeyerek, Hıristiyan vesair gayri müslim halkın cemaatlerinin milletçe olan maslahatlarının idaresi her bir cemaatin ruhban ve halkı arasında seçilmiş üyelerden oluşmuş bir meclisin güzel korumasına havale kılınması...



Ahalisi bütünüyle bir mezhepte bulunan şehir ve kasaba ve köylerde ayin yapılmasına mahsus olan binaların ve gerek mektep ve hastahane ve mezarlık gibi diğer yerlerin asli özellikleri üzere tamir ve onarımlarına hiçbir şekilde engeller konulmayıp böyle yerlerin yeniden inşası gerektiği patrik veya milletin reislerinin tasvibi halinde bunların plan ve projeleri bir kere hükümetimize arz olunmak gerekeceğinden, ya arz olunan suretler kabul ile onunla ilgili olacak padişahlı ın iradesi gereği icra veya belirli bir zaman zarfında o konuda olan itirazlar beyan olunması...

Bir mezhebin cemaati başkalarıyla karışık olmayarak bir mahalde bulunur ise, o yerde ayin ile ilgili işleri açık ve gizli olarak icrada hiçbir kayıtla bali olmaması...

Ahalisi çeşitli dinlerde bulunan cemaatlerden oluşan şehir ve kasaba ve köylerde ise her bir cemaatin kendi kendine oturdu u ayrı mahalde yukarıda genişçe açıklanan usule uyarak kendi kilise, hastahane, mektep ve mezarlıklarını tamir ve onarımlarına muktedir olabilmesi...

Yeniden inşa olunması gereken binalara gelince, bunlar için gerekli ruhsatı patrikler veyahut cemaat metropolitleri Hükümetimizden dilekçeyle isteyip Devletimizce bundan hiçbir şekilde idari engeller olmadığı durumlarda yüce ruhsatımın uygun görülmesi ve bu gibi işlerde hükümet tarafından yapılacak işlemlerin bütünüyle samimi olması ve bir mezhebe tabi olanların sayısı ne kadar olursa olsun, o mezhebin tam bir serbestlik ile icra olunmasını temin için gerekli ve salam tedbirlerin alınması...

Mezhep, lisan veyahut cinsiyet bakımından halkımın sınıflarından bir sınıfın diğer sınıftan aşırı tutulmasını çarıştıran bütün

resmi yazışma tabir ve kavramlarının sonsuza kadar ortadan kaldırılıp silinmesi...

Halkın alt tabakaları arasında veyahut memurlarca dahi ayıp sayılacak, utanılacak veya namusa dokunacak her türlü tarif ve tavgifin kullanılmasının kanunen yasaklanması...

Ülkemde bulunan her din ve mezhebin ayinlerini serbestlikle icradan men olunmaması ve bundan dolayı sıkıntı ve eziyet çekmemesi ve din ve mezhep de iştirmek için kimsenin zorlanmaması...

Yüce saltanatımızın memur ve görevlilerinin seçim ve atanması padişahlı ın iradesi ve uygun görmesine bali olarak, halkımın tamamı hangi milletten olursa olsun devletin hizmet ve memuriyetine kabul olunacaklarından, bunların ehliyet ve kabiliyetlerine göre genel düzenlemelere bali olarak memuriyetlerde istihdam olunmaları...

Yüce saltanatım halkından bulunanların, hükümdarlı ın mekteplerinin konulmuş yönetmeliklerinde gerek yaşça ve gerek imtihanca kayıtlı bulunan şartları yerine getirmeleri halinde tamamının ayırım gözetilmeden Devlet-i Aliyye'min askerî ve idarî mekteplerine kabul olunması...

Bundan başka her bir cemaat, maarif meslek ve sanayiye dair mektepler açmaya izinlidir. Fakat bu gibi genel mekteplerin eğitim usulleri ve öğretmenlerinin seçiminin, üyeleri padişahlı ınca atanacak karışık bir maarif meclisinin nezaret ve teftişi altında olması...

Müslümanlar ile Hıristiyan vesair gayri müslim halk arasında veyahut Hıristiyanlar vesair gayri müslim çeşitli mezheplere bali olanların birbirleri aralarında ticaret veyahut cezaya dair davaların tümünün karışık

divanlara (kurullara) havale olunması, davaların dinlenerek kabulü için işbu divanlar tarafından kurulacak meclisler aleni olacağından davalı ile davacı yüz yüze getirilerek bunların getirecekleri şahitlerin anlatacaklarını daima kendi ayin (ibadet) ve mezhepleri üzere yerine getirecekleri birer yemin ile tasdik eylemeleri ve hukuk-ı adiyeye ait olan davalar dahi eyaletler ve sancakların karışık meclislerinde vali ve kadı hazır oldukları halde şer' en veya nizamen bakılıp, işbu mahkemeler ve mecliste olayın muhakemesinin aleni yürütülmesi...

Hıristiyan vesair gayri müslim halktan iki kimse arasında miras hukuku gibi özel davalara, dava sahibi olanlar isterlerse, patrik veya reisler ve meclisler marifetiyle bakılmak üzere havale kılınması...

Ceza ve ticaret kanunlarıyla karışık divanlarda yürütülecek usul ve duruşma nizamlarının mümkün mertebe tamamlanarak, yazılıp düzenlenerek ve ülkemde kullanılan çeşitli dillere tercüme edilerek neşredilmesi ve ilan olunması...

Beşerî hukuku ilahî hukuk ile uygun hale getirmek için, kendisinden kötülük beklenen kimselerin veyahut cezalandırılanların hapsedilmeleri ve tutuklanmalarına tahsis edilmiş bütün hapisanelerde ve diğer yerlerde hapis usullerinin mümkün mertebe en az zamanda ıslahına başlanması ve her durumda hapisanelerde bile yüce saltanatımca konulan disiplin yönetmeliklerine uygun muamelelerden başka hiçbir biçimde bedensel cezalandırma, eziyet ve işkenceye benzer muamelelerin tamamının dahi bütünüyle la v ve iptal edilmesi ve bunun aksine meydana gelecek hareketler çok şiddetli engelleneceğinden ve yasaklanacağından başka, bunun

yapılmasını emreden memurlar ile fiili olarak yapan insanların dahi ceza kanunnamesi gereince cezalandırılması...

Başkent, eyaletler, şehirler ve köylerde emniyet işlerinin tanzimi konusu rahat bir halde olan bütün halkımın kendi mal ve canlarının korunmasının gerçekten ve güçlü olarak emniyet verecek surette düzenlenmesi...

Vergi eşitli inin diğer yükümlülüklerin eşitli ini gerektirdi i gibi, hak eşitli inin dahi görev eşitli ini gerektirdi inden, Hıristiyan vesair gayri müslim halka dahi Müslümanlar gibi askerlik borçlarının ödenmesi hakkında daha sonra verilen karara uyma mecburiyeti getirilmesi...

Bu hususta bedel vermek veya nakit olarak para ödemek yoluyla fiili hizmetten muaf olmak usulünün icra olunması...

Müslümanlardan başka diğer halkın askeri sınıflar içinde görevlendirilmeleri hakkında gerekli yönetmelikler yapılabilmek için mümkün olan en az zaman içinde neşir ve ilan edilmesi...

Eyaletler ve sancaklar meclislerinde Müslüman, Hıristiyan vesair üyelerin seçilme işlerini doğru bir biçime sokmak ve fikirlerin (oyların) doğru olarak ortaya çıkmasını temin etmek için işbu meclislerin tertip ve teşkilleri hakkındaki yönetmeliklerin ıslahına girişilmesi, Devlet-i Aliyye'm fikirlerin (oyların) sonucunu ve verilen hüküm ve kararı doğru olarak bilmek ve buna nezaret edebilmek için, gerekli düzenleme ve etkili vesilelerin elde edilmesinin etraflıca düşünülmesi...

Alış veriş ve emlak mülkiyeti ve gelirler maddelerine ilişkin Osmanlı kanunlarına ve Belediye zabıta yönetmeliklerine uymak ve onlara uygun davranmak ve asıl

yerli halkın verdikleri vergileri vermek üzere Yüce Saltanatım ile yabancı devletler arasında yapılacak anlaşmalardan sonra yabancılara dahi emlak mülkiyeti müsaadesinin verilmesi...

Halkın tamamı üzerine konulacak vergiler sınıf ve mezheplerine bakılmayacak bir surette alındı ndan, işbu vergilerin ve hele âşarın alınmasında meydana gelen suiistimallerin düzeltilmesi için acil tedbirler düşünülüp müzakere edilerek do rudan do ruya (aracılar kullanmadan) vergi alma usulünün aşamalı olarak yerine getirilmesi mümkün oldukça, devlet gelirlerinin iltizam usulü yerine bu yeni yöntem kullanılıp toplanması gerçekleştikçe, devlet memurları ile meclislerdeki üyelerin açık artırmalarda açıktan icra olunacak iltizamlardan birini yerine getirmemeleri veya herhangi bir türlü hisse almalarının çok sert cezalarla yasaklanması...

Mahalli vergilerin dahi mümkün oldu u kadar ürünlere zarar vermeyecek ve iç ticarete engel olmayacak biçimde konulup tayin edilmesi...

Bayındırlık işleri için tayin ve tahsis olunacak uygun bir miktara, karadan ve denizden ve yeni oluşturulacak çeşitli yollardan istifade edecek eyaletler ve sancaklarda oluşturulacak özel vergilerin dahi ilave edilmesi...

Yüce Saltanatımın her sene için gelirler ve masraflar defterinin (bütçesinin) tanzim ve kılavuzlu u hakkında sonradan özel bir düzen kurulmuş oldu undan bunun hükümlerinin yürütülmesine bütünüyle itina olunması...

Her bir memura tahsis kılınmış olan maaşların güzelce ödenmesine başlanması...

Her bir cemaatin reisleriyle tarafımdan (Saltanatça) tayin olunacak birer memurları halkımın geneline ait ve ilgili bulunan

maddelerin (kanun ve yönetmeliklerin) müzakerelerine Meclis-i Vâlâ'da (1837'de kurulan ve günümüzde Danıştay ve Sayıştay'ın görevlerini yerine getiren bir meclis) bulunmak üzere Mutlak Vekilli imin Yüce Makamından özel olarak çağırılırlar. İşbu memurlar birer sene için tayin edilip bunlar memuriyetlerine başladıkları anda yemin ettirilmeleri, ve bunların Meclis-i Vâlâ'nın üyeleri olarak gerek ola an ve gerek ola anüstü yapılan toplantılarında rey ve görüşlerini do ruca açıklamaları ve ifade etmeleri ve bundan dolayı asla rencide olunmamaları...

Bozgunculuk ve hırsızlık ve yolsuzlu a dair olan kanunların hükümlerinin, halkımın tamamı hakkında hangi sınıfta ve ne türlü bir memuriyette bulunurlarsa bulunsunlar, meşru usule uygun olarak yerine getirilmesi...

Devletimin para politikasının düzeltilmesi ve maliye işlerine itibar verecek başka buna benzer şeyler yapılıp ülkemin maddi zenginlik kaynakları olan konulara gerekli olan sermayelerin tayiniyle ve ülkemdeki ürünlerin nakli için gereken yolların ve yöntemlerin açılmasıyla ve tarım ve ticaret işlerinin genişletilmesini engelleyen sebeplerin ortadan kaldırılmasıyla gerçek kolaylıkların icra olunması...

Bunun için bilim, e itim ve Avrupa sermayesinden faydalanılması yollarının etraflıca düşünülmesiyle, parça parça uygulamaya konulması...

Maddelerinden ibaret olmakla, siz ki Sadrazamsınız, işbu fermanımı usulüne göre gerek İstanbul'umda gerek ülkemin her bir tarafında ilan ve haber vererek, meşru hususlarının yukarıda açıklandı ı gibi uygulanmalarına ve bundan böyle yüce hükümlerinin daima ve ısrarlı olarak yürürlükte tutulması için

gerekli yolların ve sa lam yöntemlerin bulunması ve geliştirilmesi konularına bezl-i cell-i himmet eylesiniz. (gücünüzü kuvvetinizi esirgmeden harcayasınız) Şöyle bilesiz, alamet-i şerifeme itaat kılasız.

(28 Şubat 1856)

**EK-3**

**Mecelle-îi Ahkâm-ı Adliyye<sup>(\*)</sup>**

**Sûret-i Hatt-ı Hûmayûn**

**Mucibince amel oluna**

**Mukaddime**

**Makale-i Ūlâ (Birinci Makale)**

**İlm-i fıkhn ta'rif ve taksimi hakkındadır.**

**Madde 1-** İlm-i fıkhn mesâil-i şer'iyye-i ameliyyeyi bilmektir. (Fıkhn ilmi amelle ilgili şer'i meseleleri bilmektir.)

Fıkhn meseleler ya âhirete ilişkindir ki, bunlar ibadet hükümleridir veyahut dünyaya ilişkindir ki, bunlar da nikah, işlemler ve cezalandırmaya ilişkin kısımlara ayrılır. Şöyle ki; Cenab-ı Hak bu alemin nizamını takdir etti i vakte kadar devamını irade etmiş olup, bu da insan türünün devamına ba lıdır. İnsan türünün devamı da onların ço almalarına, kadın ve erkeklerin evlenmelerine ba lıdır. Bir de, insan cinsinin devamı, kişilerin zürriyetlerinin kesilmemesi ile mümkündür. İnsan, ölçülü mizacı sebebiyle hayatı boyunca gıda, elbise ve mesken gibi insan yapısı şeylere ihtiyaç duyar. Bu dahi fertler arasında yardımlaşma ve bir arada yaşamaya ba lıdır. Kısacası, insan yaradılıştan medenî oldu undan, di er canlılar

gibi tek başına yaşamayıp, medeniyetin gelişmesi için di er fertlerle yardımlaşmaya ve birlikte yaşamaya muhtaçtır.

Halbuki, her şahıs kendine uygun olan şeyi talep ve zahmetli şeylere de öfkelenen inden, aralarındaki adalet ve işleyişe hanel gelmemesi için gerek evlilik gerekse medenî olmanın gere i olan yardımlaşma ve birliktelik hususunda sa lam şer'i kanunlara ihtiyacı vardır ki, evvelkisi, fıkhn nikahlanmalar kısmı, ikincisi ise muameleler kısmıdır ve medenileşmenin bu zemin üzerine sa lam ve sürekli kılınabilmesi için ceza hükümleri düzenlemeleri de gerekli olup, bu da fıkhn cezalara ilişkin kısmıdır.

İş bu muamelat kısmının çok karşılaşılan konuları muteber fıkhn kitaplarından toplanarak kitaplara, kitaplar bablara, baplar fasıllara ayrılmak üzere bu Mecellenin yazılmasına başlanmıştır. İşte yargılamalarda, kendisi ile amel olunacak (yürürlükteki) fer'i meseleler aşı da oldu u gibi, bablar ve fasıllarda zikrolunacak meselelerdir. Ancak fâkihlerin meseleleri derinlemesine tahkik ve tetkik edenleri, fıkhn meseleleri genel kurallara ba lamışlardır ki, her bir kural, bir çok meseleyi ihtiva eden fıkhn kitaplarında herkesin bildi i örnek problemler şeklinde, bu meselelerin ispatı için delil kabul edilir.

İlk önce, bu kaidelerin yavaş yavaş anlaşılması, meselelere alışmaya imkan verir ve meselelerin zihinlerde yerleşmesine vesile olur. Bundan dolayı esasa girmeden önce 99 fıkhn kaidesi aşı da ikinci makale başlı ı altında vazedilmiştir. Her ne kadar bunlardan bazıları tek tek alındı nda bazı istisnaları bulunur ise de, bu kaideler bir başka kaideyi tahsis ve takyit ettiklerinden, tamamının

<sup>(\*)</sup> Mecelle'nin orijinal metni için bkz.: Ali Hikmet BERK, "Açıklamalı MECELLE",

bütünlüklerine ve genelliklerine halel gelmez.

### **Makale-i Sâniye (İkinci Makale)**

#### **Fıkıhla ilgili kaidelerin açıklaması**

**Madde 2-** Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir.

Yani bir işten amaç ne ise, gerekli olan hüküm de o amaca yöneliktir.

**Madde 3-** Akitlerde i'tibar makaasıt<sup>66</sup> ve maâniyyedir, elfaz ve mebâniye de ildir. (Akitlerde önemli olan şey, maksat ve anlamdır, kelimeler ve sözün yapısı de ildir.)

Binaen-alâ zalik "bey' bil-vefa"da rehin hükmü cereyan eder. (Bundan dolayı, kararlaştırılan müddet içinde satılanı geri almak şartıyla yapılan "bey' bil-vefa" satış akdinde rehin hükmü cereyan eder.)<sup>(4)</sup>

**Madde 4-** Şek ile yakîn zâil olmaz. (Şüphe ile, kesin (gerçek) bilgi ortadan kalkmaz.)

**Madde 5-** Bir şeyin bulundu u hal üzere kalması asıldır.

**Madde 6-** Kadîm<sup>67</sup>, kıdemi üzere terk olunur. (Öncesi bilinmeyen şey, bulundu u hal üzere bırakılır.)

**Madde 7-** Zarar kadîm olmaz. (Zararın bir başlangıcı olmalıdır.)

**Madde 8-** Berâet-i zimmet asıldır. (Asıl olan, üzerinde bir hak olmamaktır, suçsuzluktur.)

Bundan dolayı bir kimse birinin malını yok eder de zararın miktarında anlaşılmazlarsa, zarar verenin sözü esas alınır, mal sahibi iddia etti i zararı ispat zorundadır.

**Madde 9-** Sıfat-ı ârızada asıl olan ademdir. (Sonradan oluşan vasıflarda, asıl olan o halin yoklu udur.)

Meselâ, mudarebe şirketinde (bir taraftan sermaye di er taraftan emek olmak üzere kurulan şirketlerde) kâr olup olmadı ı ihtilafli ise, kârın yoklu u asıl oldu una binaen, şirkette sermayeyi kullananın sözü asıl olup, sermaye sahibi, kâr oldu unu ispata zorunludur.

**Madde 10-** Bir zamanda sabit olan şey'in hilafına delil olmadıkça bakaasıyla hükmedilir. (Beli bir zamanda kesin olan bir konunun, aksine delil olmadıkça devamlılı na hükmedilir.)

Bundan dolayı, bir zamanda bir şeyin bir kimsenin mülkü oldu u sabit olsa, mülkiyeti gideren bir hal olmadıkça mülkiyetin devamına hükmedilir.

**Madde 11-** Bir emr-i hâdisin akreb-i evkatına izâfeti asıldır. (Yeni meydana gelen bir işin kendisine en yakın zamandaki şeyle ba ı asıldır.)

Yani, yeni meydana gelen bir işin sebebi ve oluş zamanı ihtilafli ise, daha önceki zamana ba lılı ı ispat olunmadıkça, en yakın zamanda meydana geldi i kabul edilir.

**Madde 12-** Kelâmda asıl olan ma'nay-ı hakikîdir. (Sözde asıl olan, akla yakın anlamıdır.)

**Madde 13-** Tasrih mukaabelesinde delâlete itibar yoktur. (Karşılıklı açıklamalarda

<sup>66</sup> Osmanlıca kelime ve kavramların anlamları için bkz.: Mustafa Nihat ÖZÖN, "Osmanlıca Türkçe Sözlük", 8. baskı.

<sup>(4)</sup> Madde hükümlerinden sonra gelen parantez içindeki ifadeler, madde metninin tarafımızdan sadele tirilmi halidir. Açık olan hükümler sadele tirilmemi tir. Madde metinlerinden sonra gelen açıklamalar, orijinal metinden sadele tirilerek yapılmı tir.

<sup>67</sup> Mecelle'de geçen slâm Hukuku kavramları için bkz.: Ömer Nasuhi B LMEN, "Hukukî slâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye KAMUSU".

(Kabullerde) delillere itibar edilmez.)

**Madde 14- Mevrid-i nasda içtihadı mesa yoktur.** (Hakkında ayet ve hadisten kesin delil bulunan hususlarda içtihadı izin yoktur.)

**Madde 15- Alâ-hilâf-il-kıyas sabit olan şey sâire makis-ün-aleyh olmaz.** (Kıyasa konu olamayacağı ve kaideye aykırılığı kesin olan şey, kendisine kıyas yapılabilen olmaz.)

**Madde 16- İctihat ile içtihat nakz olunmaz.**

**Madde-17- Meşakkat teysiri celb eder.** (Güçlükler, kolaylığı getirir.)

Yani herhangi bir güçlük, kolaylaştırma sebebi olur ve dolayısıyla güçlükle karşılaşıldığında genişlik ve fırsat gösterilmek gerekir.

Ödünç verme, havale ve kısıtlama gibi pek çok fıkıh kaidesi bu esasa ilişkindir ve fakihlerin şer'î hükümlerde gösterdikleri ruhsatlar (izinler) ve hafifletmeler, kolaylaştırmalar hep bu kaideden çıkartılmıştır.

**Madde 18- Bir iş zik oldukça müttesi olur.** (Sıkıntılı işin sonucu ferahlatıcı olur.)

Yani bir işte zorluk görülünce ruhsat ve fırsat verilir.

**Madde 19- Zarar ve mukabele-bizzarar yoktur.** (Zarar verme ve zarara zararla karşılık verme kabul edilemez.)

**Madde 20- Zarar izâle olunur.** (Zararın mutlaka giderilmesi gerekir.)

**Madde 21- Zaruretler, memnu olan şeyleri mübah kılar.** (Zaruretler yasaklanan şeyleri mübah kılar.)

**Madde 22- Zaruretler kendi miktarlarında takdir olunur.**

(Zaruretler, kendi derecelerine göre ölçülürler)

**Madde 23- Bir özür için caiz olan şey ol özrün zevâliyle bâtil olur.** (Bir özür nedeniyle izin verilen şey, o özrün kalkmasıyla ile hükümsüz olur.)

**Madde 24- Mâni zail oldukça memnu avdet eder.** (Engel ortadan kalkınca yasak yeniden uygulanmaya başlar.)

**Madde 25- Bir zarar kendi misli ile izale olunamaz.** (Bir zarar, aynı miktardaki karşılığı ile giderilemez.)

**Madde 26- Zarar-ı âmını def için zarar-ı has ihtiyar olunur.** (Genel zararı gidermek için özel bir zarar giderme şekli tercih olunur)

Cahil doktoru men etmek bu gerekçeden doğar.

**Madde 27- Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur.** (Aynı zarar en az zararla giderilir.)

**Madde 28- İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a'zâminin çaresine bakılır.** (İki kötülük çatıştığında daha hafif karşılıkla büyük suçun zararından kurtulmaya çalışılır.)

**Madde 29- Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur.** (İki kötülükten en az zararlı olanı tercih edilir.)

**Madde 30- Def'i mefâsid celb-i menâfi'den evlâdır.** (Fesadı ortadan kaldırmak, yararı gözetmekten daha önceliklidir.)

**Madde 31- Zarar bi-kader-il imkân def' olunur.** (Zarar imkan dahilinde giderilir.)

**Madde 32- Hâcet umumî olsun hususî olsun zaruret menzilesine tenzil olunur.** (İhtiyaç genel olsun, özel olsun zaruret derecesine indirilir.)

Satıcı bedeli geri verdi inde alıcının da malı geri vermesinin caiz görülmesi (bey-bil vefa akdi) bu kabildendir ki, Buhara



ahalisinde borçlanmalar arttı ında, görülen ihtiyaç üzere bu muamele yürürlü e konmuştur.

**Madde 33- İztırar gayrin hakkını iptâl etmez.** (Çaresizlik, başkasının hakkını hükümsüz bırakmaz.)

Bundan dolayı bir adam aç kalıp da birinin ekme ini yese, daha sonra kıymetini vermesi gerekir.

**Madde 34- Alması memnu (yasak) olan şeyin istenmesi dahi memnudur.**

**Madde 35- İşlenmesi memnu olan şeyin istenmesi dahi memnu olur.**

**Madde 36- Âdet muhakkemdir.** (Âdet, hakemdir, -hukuk kayna ıdır-.)

Yani şer'i hükmü ispat için örf ve adet hakem kılınır. Gerek genel gerekse özel olsun.

**Madde 37- Nâs'ın isti'mali bir huccettir ki anınla amel vacib olur.** (İnsanların adetleri kullanması onun delil oldu u anlamınadır ki, bu da adetle amel etmeyi vacip kılar, yani herkesin hareket etti i gibi hareket edilmelidir.)

**Madde 38- Âdeten mümteni olan şey hakikaten mümteni gibidir.** (Kaçınılması adet olan şey, gerçekten kaçınılması gerekli gibidir.)

**Madde 39- Ezmanın tagayyürü ile âhkâmın tagayyürü inkâr olunamaz.** (Zamanın de işmesi ile hükümlerin de de işece i inkar edilemez.)

**Madde 40- Âdetin delâletiyle ma'na-yi hakikî terk olunur.** (Bir şeyden çıkarılan anlam, adetteki hükmüne uyularak terk edilebilir.)

**Madde 41- Âdet ancak muttarid yahut gaalib oldukça mu'teber olur.** (Adet, istikrarlı ve tercihe şayan bir uygulaması var ise geçerli kabul edilir.)

**Madde 42- İ'tibar gaalib-i şâyiadır, nadire de ildir.**

(Yaygınlı ı kabul edilmiş olan adete itibar edilir, ender bulunana de il.)

**Madde 43- Örfen ma'ruf olan şey şart kılınmış gibidir.** (Herkesin örf olarak şeriata uygun gördü ü şey, ba layıcı olarak kabul edilir.)

**Madde 44- Beynet-tüccar ma'ruf olan şey, beyinlerinde meşrut gibidir.** (Tüccarlar arasında geçerli olan örf, onların aralarındaki meselelerde ba layıcı kuraldır.)

**Madde 45- Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir.** (Örfe göre hükmetmek, kesin hukuk kuralı ile hükmetmektir.)

**Madde 46- Mâni ve muktazi tearuz ettikde mâni takdim olunur.** (Engel ve gereklilik çatıştı ında (bir edimin ifasında engel/özür bulundu unda), öncelikle engelin ortadan kaldırılması gerekir.)

Bundan dolayı, bir adam borçlusu elinde zayı olan malını başkasına satamaz.

**Madde 47- Vücuuda bir şeye tabi olan hükümde dahi ona tabidir.** (Bir şeyin ayrılmaz parçası, hükümde de ona ba lıdır.)

Bundan dolayı bir gebe hayvan satıldı ında karnındaki yavrusu dahi onunla birlikte satılmış olur.

**Madde 48- Tâbi olan şeye ayrıca hüküm verilemez.**

Meselâ bir hayvanın karnındaki yavrusu ayrıca satılamaz.

**Madde 49- Bir şeye malik olan kimse ol şeyin zaruriyyatından olan şeye dahi malik olur.**

Meselâ, bir gayrimenkulü satın alan kimse, ona ulaştıran yola dahi malik olur.

**Madde 50- Asıl sâkit oldukça, fer'i dahi sâkit olur.** (Asıl yürürlükten kalktı ında (hükümsüz



kaldı ında) fer'i de hükümsüz olur.)

**Madde 51- Sakıt olan şey avdet etmez.** (Yürürlükten kalkan şey tekrar hüküm ifade etmez.)

Yani giden geri gelmez.

**Madde 52- Bir şey bătıl olduktan anın zımnındaki şey dahi bătıl olur.** (Bir şeyin aslı bătıl sayıldı ında, onun içerdiği anlam de bătıl sayılır.)

**Madde 53- Aslın ifası kabil olmadı ı halde bedeli ifa olunur.**

**Madde 54- Bizzat tecviz olunmayan şey bitteba tecviz olunabilir.** (Kendisi caiz görülmeyen şey, başka bir şeye tabi olmak suretiyle caiz olabilir.)

Meselâ, müşteri satın aldığı şeyi teslim almak için satıcıyı vekil tayin etse caiz olmaz. Ancak, satın aldığı zahireyi ölçüp koymak için satıcıya çuval verip, satıcı da zahireyi çuvala koyarsa, dolaylı olarak ve alıcıya tabi olarak -alıcıyı temsilen- mal teslim alınmış olur.

**Madde 55- İbtidaen tecviz olunmayan şey bakaaen tecviz olunabilir.** (Başlangıçta cevaz verilmeyen şey devamlı caiz hale gelebilir.)

Meselâ, müşterek mülkiyetteki payı hibe etmek geçerli de ildir. Fakat, hibe edilen müşterek mülkiyetteki paya o payı hak etmiş birisi çıkıp da el koysa, hibe bătıl olmayıp, bu hisse üzerinde müşterek mülkiyet hakkından yararlanır.

**Madde 56- Baka ibtidadan esheldir.** (Bulunulan halde kalmak, başlamakta kolaydır.)

**Madde 57- Teberru ancak kabz ile tamam olur.** (Baş iş ancak teslim alma ile tamamlanır.)

Meselâ, bir adam birine bir şey hibe etse, teslim almadan evvel hibe tamam olmaz.

**Madde 58- Raiyye yani tebe'a üzerine tasarruf maslahata menuttur.** (Vatandaş üzerine tasarruf maslahata göredir.)

**Madde 59- Velâyet-i hassa velâyet-i âmmeden akvâdır.** (Özel velayet genel velayetten daha kuvvetlidir.)

Meselâ, bir vakfın idaresi kendisine verilmiş olan kimsenin velayeti bir kadı'nın velayetinden daha kuvvetlidir.

**Madde 60- Kelâmın i'mali ihmalden evlâdır.** (Sözün yorumlanması, terk edilmesinden daha iyidir.)

Yani, bir sözün yorumu mümkün ise, o söz anlamsız sayılmamalıdır.

**Madde 61- Ma'nay-ı hakikî müteazzir olduktan mecaza gidilir.** (Gerçek anlamı bulmak güç olursa mecaza -benzer anlamlarını bulmaya- gidilir.)

**Madde 62- Bir kelâmın i'mali mümkün olmaz ise ihmâl olunur.** (Bir sözün yorumu mümkün olmazsa terk edilir.)

Yani, bir sözün gerçek veya mecazi anlamda bir yorumu mümkün olmaz ise anlamsız sayılarak terk edilir.)

**Madde 63- Mütecezzi olmayan bir şeyin ba'zısını zikretmek küllünü zikr gibidir.** (Parçalara ayrılmamış bir şeyin bir kısmını zikretmek bütünü zikretmek gibidir.)

**Madde 64- Mutlak ıtlaki üzere geçerli olur. E er nassan yahut delâleten takyid delili bulunmaz ise.** (Herhangi bir kayda bali olmayan, bulundu u hal üzere geçerli olur. E er lafzı ile veya delaleti ile kesinlik ifade etmez ise.)

**Madde 65- Hâzırdaki vasıf lâ v ve gaibdeki vasıf mu'teberdir.** (Görünenin vasfını söylemek hüküm ifade etmez, fakat huzurda olmayanın vasfı hüküm ifade eder.)

Meselâ, satıcı, bir alış veriş yerinde hazır olan bir kır atı satacaksa, 'şu ya ız atı şu kadar bin kuruşa sattım' dese bu satış geçerli olup, **ya ız tabiri lüzumsuzdur.** Fakat, meydana olmayan bir atı 'ya ız' diye satarsa, vasıf geçerli olmakla birlikte satış akti kurulmuş olmaz.

**Madde 66- Sual cevapda iâde olunmuş addolunur.**

Yani, kabul edilen bir soru da ne sorulmuş ise, cevap veren ona cevap vermiş sayılır.

**Madde 67- Sâkit'e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hâcette sükût beyanındadır.** (Sessiz kalana bir söz isnad edilmez. Ancak, ihtiyacını söylemesi gereken yerde susması sükût (kabul) etti anlamına gelir.)

Yani, sessiz kalan kimseye şu sözü söylemiş oldu denilemez, ancak söyleyecek yerde susması ikrar ve beyan kabul edilir.

**Madde 68- Bir şeyin umûr-u bâtında delili ol şeyin makamına kâim olur.** (Bir şeyin özündeki gizli-açık delili, o şeyin kendisi yerine geçer.)

Yani, gerçe hakkında bilgi sahibi olunması zor olan şey hakkında karar verirken, o şeyin görünen delilleri ile hükmolunur.

**Madde 69- Mükâtebe muhataba gibidir.** (Yazışma, karşılıklı konuşma gibidir.)

**Madde 70- Dilsizin işaret-i ma'hudesi lisan ile beyan gibidir.** (Dilsizin bilinen işaretlerle ifade etmesi, dil ile ifade etmiş anlamındadır.)

**Madde 71- Tercümanın kavli her hususta kabul olunur.**

**Madde 72- Hatası zâhir olan zanna i'tibar yoktur.** (Hatası belli olan zanna itibar olunmaz.)

**Madde 73- Senede müstenid olan ihtimal ile hüccet yoktur.**

(İhtimalli bir durum senede dayansa bile delil olmaz.)

Meselâ, bir kimse mirasçılardan birine şu kadar kuruş borcu oldu unu ikrar etti i takdirde, e er ölüm hastalıda ise di er mirasçı tasdik etmedikçe bu ikrar delil de ildir. Zira di er mirasçılardan mal kaçırma ihtimali ölüm hastalıda olmasına dayanmaktadır. Fakat sıhhatli iken yaptığı ikrarı geçerli olur ve bu halde olan ihtimal soyut bir vehim oldu undan ikrarın delil olmasına mani de ildir.

**Madde 74- Tevehhüme i'tibar yoktur.** (Evhamlanmaya -yok olanı var zannederek korkuya kapılmaya- itibar edilmez.)

**Madde 75- Bürhan ile sabit olan şey iyânen sâbit gibidir.** (Kat'î delil ile sabit olan şey, açık ve kesin kabul edilir.)

**Madde 76- Beyyine müdda'i için ve yemin münkir üzerinedir.** (Delil göstererek ispat iddia eden üzerine, yemin inkar eden üzerinedir.)

**Madde 77- Beyyine hilâf-ı zâhiri isbat için ve yemin aslı ibka içindir.** (Delil, gözle görünenin zıddını ispat için, yemin için aslını korumak içindir.)

**Madde 78- Beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kaasıradır.** (Delil dava ilgili herkesi, ikrar ise ikrar edenii balar.)

**Madde 79- Kişi ikrarıyla muaheze olunur.** (Kişi ikrarı ile tenkid edilir, sorumlu tutulur.)

**Madde 80- Tenâkuz ile hüccet kalmaz, lâkin mütenâkızın aleyhine olan hükme hâlel gelmez.** (Çelişki delilin delil olma vasfını ortadan kaldırır, ancak ortaya çıkan çelişkiye düşen aleyhine verilmiş hükme hâlel gelmez.)

Meselâ, şahitler şahitliklerini geri alarak çelişkiye düştüklerinde şahitlikleri delil olmaz, ancak kadı, evvelki şahitlikleri üzerine hükmetmiş ise bu hüküm dahi bozulmayıp, hükmedilen şeyi şahitlerin tazmin etmesi gerekir.

**Madde 81- Asıl sabit olmadığı halde fer'in sabit olduğu vardır.**

Meselâ, bir kimse filanın filana şu kadar borcu vardır, ben dahi ona kefilim dese ve asilin inkarı üzerine alacaklı iddia etse, söz konusu borcu kefilin ödemesi gerekir.

**Madde 82- Şartın sübutu indinde ana muallâk olan şeyin, sübutu lazım olur.** (Şartın kesin -kabul edilebilir- olması için şarta bağlı olan konunun sabit/belli olması gerekir.)

**Madde 83- Bi-kaderil-imbân şartı müracat olunmak lâzım gelir.** (Mümkün olduğu kadar şarta riayet etmek gerekir.)

**Madde 84- Va'dler suret-i-tâlik-ı iktisab ile lâzım olur.** (Vaadler, bedelini ödemeyi üzerine alma şeklinde yapılır.)

Meselâ, 'sen bu malı filan adama sat, e er akçesini vermez ise ben veririm' dese ve malı alan akçeyi vermese bu vaadi veren kimsenin akçeyi vermesi lazım gelir.

**Madde 85- Bir şeyin nef'i zamânı mukaabelesindedir.** (Bir şeyin faydası, karşılığının ödenmesindedir.)

Yani bir şey telef olduğu takdirde kim hasar verdi ise hasarı onun ödemesi gerekli olup, o kimsenin hasarı karşılama zorunlu u, hasar gören şeyden yararlanması karşılığında.

Meselâ, aylıklı hayvanı geri verme hakkı bulunan alıcının bu hayvanı kullanmasından dolayı satıcıya ücret ödemesi gerekmez. Zira hayvan iadeden önce telef

olsaydı hasarı müşteriye ait olacaktı.

**Madde 86- Ücret ile zamân müctemi olmaz.** (Ücret ile kefalet birleşmez.)

**Madde 87- Mazarrat menfaat mukaabele-sindedir.** (Zararlar, menfaat karşılığında.)

Yani, bir şeyin menfaatine nail olan o şeyin zararına da katlanır.

**Madde 88- Külfet nimete, nimet külfete göredir.**

**Madde 89- Bir fiilin hükmü fâiline muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz.** (Bir fiilin hükmü, fiili işleyene bağlı kılınır, zorunlu olmadıkça amirine bağlı kılınmaz.)

**Madde 90- Mübâşir ya'ni bizzat fail ile mütesebbib müctemi oldukta hükm ol fâile muzaf kılınır.** (Bir işe başlayan, yani bizzat fail ile fiile sebep olan içtima ettiklerinde hüküm, o faile bağlı kılınır.)

Meselâ, birinin umumi yolda kazmış olduğu kuyuya, di eri, birinin hayvanını atarak telef ederse tazminatı ödemesi gerekli olup, kuyuyu kazın kimse tazminat ödemekle yükümlü değildir.)

**Madde 91- Cevâz-ı şer'i zamâna münafi olur.** (Şeriatın cevaz verdiği hususta tazminat söz konusu olmaz.)

Meselâ, bir adamın mülkünde kazmış olduğu kuyuya birinin hayvanı düşüp telef olsa tazminat ödemesi gerekmez.

**Madde 92- Mübaşir müteammid olmasa da zâmin olur.** (Bir işi yapan kasten yapmasa dahi tazminat yükümlülüğü vardır.)

**Madde 93- Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz.** (Bir işe sebep olanın kastı yoksa, tazminat yükümlülüğü yoktur.)

**Madde 94- Hayvanatın kendili inden olarak cinayet ve mazarratı hederdir.**

**Madde 95- Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır.**

**Madde 96- Bir kimsenin mülkünde anın izni olmaksızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi câiz de ildir.**

**Madde 97- Bilâ-sebeb-i meşru birinin mâlini bir kimsenin ahz eylemesi caiz olmaz.** (Meşru bir sebep olmaksızın birinin malını bir başka kimsenin alması caiz olmaz.)

**Madde 98- Bir şeyde sebep-i temellükün tebeddülü ol şeyin tebeddülü makamına kaimdir.** (Bir şeye malik olma sebebinin de işmesi, o şeyin de işmesi demektir.)

**Madde 99- Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isti'cal eyler ise mahrumiyetle muâteb olur.** (Kim ki bir şeyi acele ile/vaktinden önce isterse, bundan mahrumiyetle azarlanır.)

**Madde 100- Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakz etme e say ederse say'i merduttur.** (Her kim ki kendi yanındaki eseri bozmaya çalışırsa, bu çalışması reddedilir.)

## Portre

### Ahmet Cevdet Paşa

Ahmet Cevdet Paşa, eski bir Türk ailesinden olup, 1822 Bulgaristan-Lofça doğumludur. Babası Bulgaristan Lofça Kasabası İdare Kurulu Üyelerinden İsmail A a'dır. İlk tahsilini Lofça'da, Lofça Müftüsü Hafız Ömer Efendi'nin yanında yapmıştır. 1839'da 17 yaşında İstanbul'a gelerek medrese öğrenimini Fatih Çarşamba'da Papasolu Medresesinde yaptı. Fatih Camiinde devrin tanınmış hocalarından Vidinli Hoca, Antakyalı Said Efendi,

Birgevî Hoca gibi alimlerden dersler aldı. İlâhiyat, hikmet, Arap Edebiyatı, matematik, jeoloji, astronomi okudu. Edebiyata merak sardı. Kendisine Cevdet mahlasını veren Şair Süleyman Fehmi'nin kona ına devam ederek Farsça'yı öğrendi. Eski tarz şiirler yazdı. İcazet aldı. Murad Molla Tekkesinde devrin şair ve bilginleri ile tanıştı. İlk şiirlerini eskileri taklit ederek yazdı.

17 yaşında İstanbul'a gelen Cevdet Efendi daha Lofça'da okurken müftü müsevvidli i yapmaktadır. Müftü müsevvidi fetva müsveddelerini hazırlayan kimsedir. Bilindi i gibi soru cevap şeklinde hazırlanan fetva metinlerinde lüzumsuz kelime kullanmaktan kaçınmak, veciz bir ifade kullanmak zarureti vardır. 16-17 yaşlarında bu zor vazifeyi üstlenen Cevdet Efendi, istikbalde üstlenece i kanunları yazma vazifesine daha Lofça'dan itibaren hazırlanıyor gibidir.

1846'da Mustafa Reşit Paşa'nın, yapacağı yeni düzenlemelerin şer'i-hukukî yönü bakımından kendisine yardımcı olmak üzere Şeyhülislâmlıktan emin bir ilim adamı istemesi üzerine, devrin Şeyhülislâmı tarafından, şeriatı iyi bilen açık fikirli bir alim olarak Mustafa Reşit Paşa'ya takdim edildi. Bu sırada henüz 24 yaşındadır. İşte Tanzimat döneminde Cevdet Paşa'nın imzasını taşıyan bütün büyük eserleri biz bu hadiseye borçluyuz. Batılılaşma hareketinin öncüsü Mustafa Reşit Paşa'ya ve çevresine kısa zamanda kendisini kabul ettiren Cevdet Paşa, bu çevre sayesinde Batı düşünce ve sistemi hakkında bilgi sahibi oldu. Klasik Osmanlı kültürü ve Batı kültürünün kendisinde güzel ve verimli bir sentezini meydana getirdi.<sup>68</sup> Mustafa Reşit Paşa'nın çocuklarına

<sup>68</sup> Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 38.

ders verdi, Paşa'nın müşaviri oldu. Bu tanışma Onun hayatının dönüm noktasıdır. Böylece tekke ve medreseden sonra devlet ricâli muhitine intisab etmiş oluyordu.

Reşit Paşa'nın ölümüne kadar yanında kaldı ve bu arada Âli ve Fuad Paşalarla tanıştı. Bu tanışma O'nun siyasi alandaki görgüsünü arttırdı ı gibi ilmî çalışmalardan idari çalışmalara do ru yönelmesini sa ladı. 1848'de Fuad Paşa ile birlikte Bükreş'e gitti. 1850'de yeni kurulan Dar'ül Muallimîn'e (Ö retmen Okulu) müdür ve Meclis-i Maarif'e aza oldu.

Fuad Paşa ile birlikte Bursa'ya yapmış oldukları bir gezi sırasında beraberce iki eser kaleme aldılar: Biri Bo aziçi Ahalisi için bir vapur şirketi kurulmasına dair (Şirket-i Hayriye) projesi, ikincisi Türkçe'nin daha iyi okunup yazılabilmesi için *Kavaid-i Lisan-i Osmanî* (Osmanlıca Gramer Kaideleri)'dir. (1855'de Almanca'ya tercüme edilmiştir.)

Encümen-i Daniş'in kurulmasına ilişkin gerekçeyi 1851'de yazdı. Meclis-i Maarif'in kararı ile kurulan Encümen'in ilk eseri olarak *Kavaid-i Lisan-i Osmâni*, Sultan Abdülmecid'e takdim edildi.

25 Mart 1852'de Fuad Paşa ile birlikte Mısır'a gitti. Dönüşte Encümen-i Daniş'in teklifi üzerine Küçük Kaynarca Anlaşmasından yeniçerili in ilgasına kadar (1774-1826) geçen zaman zarfındaki Osmanlı Tarihini kaleme almaya başladı. Tamamı 12 cilt tutan ve 30 yılda bitecek olan bu eser (Tarih)'in ilk üç cildini 1855'de Padişaha takdim edince, kendisine "vakanüvistlik" memuriyeti verildi ve Süleymaniye derecesine yükseldi.

Devrinin siyasi ve içtimaî olaylarını kaydederek "Tezâkir"i meydana getirdi.

Kırım Harbi sırasında Şeriat'ın ticaret ile ilgili kısımlarını

toplayan Komisyon'un azası oldu. 1857'de Meclis-i Âli-i Tazminat Azası oldu. Bu dönemde, Ceza Kanunnamesi, Arazi Kanunnamesi, Tapu Nizamnamesi gibi "Kavânin ve Nizâmat Lâyihaları"nı hazırladı. 1861'de Fevkalâde Komiser sıfatıyla İşkodra'ya, 1863'de Bosna-Hersek Müfettişi olarak Bosna'ya gönderildi. Bölgenin işişlerini düzenlemekle büyük başarı gösterdi. 1865'de Kozan'a Fevkalâde Komiser olarak gönderildi ve gerekli ıslahatı yaparak başarılı oldu.

1866'da İlmiye Rütbesi Vezârete çevrildi, vakanüvistlikten ve ilmiye mesle inden ayrıldı. Bu arada Sahip Molla'nın başladı ı "Mukaddime-i İbn-i Haldun"u tamamladı. Bir süre Halep Valili inde bulundu.

1868'de Divan-ı Ahkam-ı Adliyye reisli ine getirildi. Dış ülkeler ile artan ticaret ve muamelat için Şeriye Mahkemelerinin yanı sıra Nizamiye Mahkemelerinin tesisine çalıştı. Mahkemelerin ıslahı ve yeni adlî kurumlar bu dönemde ele alındı. Bu arada Mecelle'yi hazırlayan Heyete başkanlık yaptı.

İslâmi esaslara dayanan Mecelle'nin hazırlanmasında kendisini Rüştü Paşa ve Fuad Paşa desteklemekteydi. Fakat Âli Paşa tam tersine Fransız Medenî Kanunu (Code Civil)'nun aynen iktibas edilmesini istiyordu. Mecelle'nin 4 kitabı bu arada hazırlanıp yayınlandı. Tarih'inin yedi ve sekizinci ciltlerini yazdı. Cevdet Paşa'sız hazırlanan Mecelle'nin altıncı cildi esaslı tenkitlere u radı ından 25 A ustos 1871'de tekrar Mecelle Cemiyeti Başkanlı ına ve aynı zamanda Devlet Şûrası Tanzimat Dairesi Reisli i'ne getirildi. Mecelle'nin altıncı kitabı yeniden yazıldı, di erlerinin de tamamlanmasına çalışıldı. Mecelle böylece 1868'den 1877'ye kadar aralıklarla tamamlanmaya çalışılmış oldu.

Cevdet Paşanın, Nizamiye Mahkemelerinin ve bu günkü Yargıtay'ın temelini teşkil eden Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin kuruluşunda önemli hizmetleri geçmiştir. Batı'nın istekleri doğrultusunda oluşturulan karma Ticaret Mahkemelerinden sonra 1281 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile vilayet, sancak ve kazalarda bidayet ve istinaf mahkemeleri kurulmaya başlanmıştır. Genel olarak "Nizamiye Mahkemeleri" adıyla anılan bu mahkemelerin temyiz mercii olarak 1868'de Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye kurulmuştur ki, bugünkü Yargıtay'ın temelini teşkil etmektedir. Önce Reis, sonra nâzır sıfatıyla bu divânın başında bulunan Cevdet Paşa'nın bugünkü Yargıtay'ın ilk teşekkülünde önemli hizmetleri olmuştur.<sup>69</sup>

Cevdet Paşa, İslâm Hukukunda da var olan yargının yürütmeden bağımsızlığı prensibinin, hâkimlerin azlinin önlenmesinde de uygulanabilmesi için Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnamesinin girişinde yürütme ile yargının ayrılığında açıkça bahsetmiş ve 8. Maddesinde de Divan üyelerinin azledilemeyecekleri esasını getirmiştir. Paşa, daha sonra Sadarete takdim ettiği bir layihada, gerek Şer'iyye, gerekse Nizamiye Mahkemelerindeki hâkimlerin de azledilememeleri gerektiğini ısrarla vurgulamıştır.<sup>70</sup>

Mithat Paşa 6 Austos 1872'de Cevdet Paşa'yı tekrar Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Üyeliğine getirtti. 16 Şubat 1873'te Evrak-ı Hümayun Nezaretine, 24 Nisan 1873'te Maarif-i Umumi Nezaretine tayin olundu. Sıbyan Okullarının düzenlenmesi, Rüşdiye İdâdilerde okutulacak derslerin tanzimi, bu derslere ait kitapların

hazırlanması, Ahmet Cevdet Paşa'nın Nezareti zamanında oldu.

Cevdet Paşa bundan sonra sırasıyla, Devlet Şûrası Başkan Yardımcılığı'nda, Yanya Valiliğinde, Maarif Nazırlığı'nda ve Adliye Nazırlığı'nda bulundu. Abdülaziz'i tahtından indiren Kabinede bulundu gibi, II. Abdülhamit'in ilk Kabinesinde de Adliye Nazırlığı yaptı (16 Ekim 1876). Ethem Paşa Kabinesinde Dahiliye Nazırlığı yaptı.

1877 Rus Savaşına muhalif olmasına rağmen harp kararını O'nun da içinde bulunduğu hükümet vermişti. Fakat duruma muhalefet eden Cevdet Paşa, önce Evkaf Nazırı, sonra da Suriye Valisi tayin edilerek İstanbul'dan uzaklaştırıldı. Bu görevler sırasında O'nun Mecelle Cemiyetinde çalışmaları devam etti.

26 Haziran 1880'de açtığı ilk Hukuk Mektebi'nde, Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye ve Belâğât-ı Osmaniyye ile Hitabet dersleri okuttu. Kanun-i Esasî'de muhalefet ettiği Mithat Paşa'nın yargılanması, O'nun bu devredeki Adliye Nazırlığı zamanına rastlar. Cevdet Paşa, Mithat Paşa'yı yargılanmasında, Mithat Paşa'yı İzmir'den alıp İstanbul'a götürmek üzere gönderilen heyetin başında bulundu (16 Mayıs 1881) ve Mithat Paşa'nın eseri sayılan Meşrutiyet'e taraftar olmadı.

Cevdet Paşa, Ahmet Vefik Paşa Başvekilliğine getirilince 30 Kasım 1882'de Adliye Nazırlığından ayrıldı ve kendisine birkaç sene görev verilmedi. Nihayet 8 Haziran 1886'da beşinci defa Adliye Nazırlığına getirildi. Padişahın hususi encümenlerine, maliye komisyonlarına ve Girit Meselesi ile ilgili siyasî müzakerelere katılmak suretiyle büyük bir faaliyet gösterdi.

Kâmil Paşa'nın Sadrazam olmasıyla, onunla anlaşamadığı

<sup>69</sup> Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 45.

<sup>70</sup> Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 46.



için Adliye Nazırlığı'ndan ayrıldı. 13 Mayıs 1890'da II. Abdülhamit kendisini Meclis-i Âli'ye memur etti. Bundan sonra daha çok ilmi çalışmalarla ve çocuklarını yetiştirmekle vaktini geçirdi. Kısa bir rahatsızlıktan sonra Bebek'teki evinde 1895'de öldü.

Tanzimat Döneminin en büyük devlet adamı ve hukukçularından biri olan ve "Bir milletin temel kanunlarını de iştirmek, o milleti imha etmektir"<sup>71</sup> diyen Ahmet Cevdet Paşa otuz cilde yakın eser vermiştir. Ayrıca yazdığı nizamnameler ve talimatnameler de ciltler dolusudur.<sup>72</sup>

"İpekböce i Nizamnamesi'nden, Askerî Ceza Kanunu'na, Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnamesi'nden Meclis-ı Vala-yı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamesi'ne varıncaya kadar tam sayısını tespit etmemiz mümkün olmayan bir çok nizamname Cevdet Paşa'nın kaleminden çıkmıştır. Bütün bu mevzuatı bir araya toplamak zarureti de hisseden Cevdet Paşa, bunları DÜSTUR adıyla bir kitapta toplamıştır ki, bugün bu eser hala aynı isimle yayınlanmaya devam etmekte ve hukuk mevzuatını bir araya getirmekte büyük bir hizmeti ifa etmektedir."<sup>73</sup>

Günümüz insan hakları ve devlet ilişkisi üzerine Tarih'indeki ifade bugün için de çok önemlidir:

"Devlet-i Âliyye'nin ana vazifelerinden biri, 'İhkak-ı hukuk-u ibad' (Halkın haklarını korumak)tır."<sup>74</sup>

Cevdet Paşa hakkında birkaç alıntı, O'nu daha iyi tanımak için iyi bir vesile olacaktır:

"Cevdet Paşa Osmanlı Devletinin buhranlı bir döneminde yaşamış büyük bir devlet adamıdır. İslâm ve Osmanlı'dır. Ça daşı olan Tanzimat müelliflerine üstünlü ü belki bu

vasfından -yani Avrupalılaşmamış olmasından- ileri gelmektedir."<sup>75</sup>

"Cevdet Paşa Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukuna büyük ölçüde damgasını vuran kişidir. Yukarıda saydığımız eserleri tek başına ortaya koymamıştır. Fakat belirttiği gibi en büyük hisse O'nundur. Bütün bunları yaparken rahat ve huzurlu bir çalışma ortamı buldu u hiçbir zaman söylenemez. Valilik , müfettişlik, nâzırlık, meclis üyelikleri gibi çok çeşitli işler arasında böyle köklü reformları gerçekleştirebilmesi, büyük eserlere imzasını atabilmesi izahı kolay bir hadise de ildir. Tanzimattan sonra Osmanlı hukukuna bu ölçüde yön vermiş ve damga vurmuş bu dahi hukukçunun, bir iki risalesi dışında, hukuk kitabı yoktur. Bu O'nun hukukçu olarak de erini azaltmaz. Denebilir ki Cevdet Paşa, kanun ve nizamname yazmaktan hukuk kitabı yazmaya fırsat bulamamıştır."<sup>76</sup>

"Cevdet Paşa'nın bütün içtimai görüşlerine hâkim olan aynı endişedir: Tarih onun için bir kılavuzdur; asıl hedef tarihin ışığında, Osmanlı Devletini içine düştü ü buhranlardan kurtarmaktır. Yani Paşa, şuurlu bir alim oldu u kadar, yarını düşünen bir devlet adamıdır da...

Onu bir teceddüt düşmanı olarak vasıflandırmak hatadır. Muhafazakârlı ı mazinin tecrübe edilmiş de erlerine hürmetkâr olmaktan ibarettir. İstikbâle de açıktır, Avrupa'nın gerçek de erlerine de."<sup>77</sup>

"Elmalılı A. Hamdi Efendi'den önce Fransızca'yı kendi gayreti ile söken bir medrese alimiydi. Genç alim Cevdet Efendi bu renkli ilimler yelpazesini bir araya getirebilmek için kış mevsimini yaza, ders yılını tatile, geceyi gündüzüne katarak çalışmış, o medreseden öbürüne, bu asırda Mesnevî metnini kavramak ve edebiyat bilgisini geliştirmek için pek de hoşlanmadı ı tekelere devam

<sup>71</sup> TEZÂK R, Yay. Cavid BAYSUN, a.g.e., cilt 1-2, s. 63.

<sup>72</sup> MEYDAN LAROUSSE, Meydan Yayınevi, ( st: 1990)

<sup>73</sup> Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 44.

<sup>74</sup> Ümid MER Ç, "Cevdet Pa a'nın Cemiyet ve Devlet Görü ü", (Ötüken Yayınevi, st: 1975), s. 10.

<sup>75</sup> Ümid MER Ç, a.g.e., s. 90.

<sup>76</sup> Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 57.

<sup>77</sup> Ümid MER Ç, a.g.e., s. 151.



etmiştir. Gelece i inşa edenlerden Cevdet Efendi adeta bir takım de erli unsurları ve azasını bir araya getirip teşkilatlanmamış bir maarifi; kendi gayretiyle, kendi ders programını gerçekleştirmek için teşkilatlandırma gayretindedir. Devrinin ilmiye gurubu içinde parlayan Süleymaniye Müderrisi ve genç Kazasker Cevdet Efendi; Tanzimat asrının kadrolaşma hareketi içinde yatay geçişle mülkî erkana geçer; bu defa imparatorluk co rafyasının her köşesinde çıkartılan yangını söndürenlerin başında Cevdet Paşa gelir; engin hukuk bilgisiyile romanizasyon sürecine giren idarî-hukukî mevzuatımızı düzenlemektedir ve bu işi Cevdet Paşa ve grubunun yönetmesi Türk Devletinin ve toplumunun tarihi için bir talihtir. 1864 ve 1871 Vilayet Nizamnameleri tarih yorumlamamızda hep ihmal edilir; oysa Cevdet Paşa'nın bizim içtimaî, idarî binamıza koydu u taşlar içinde cesamet ve a ırlıkça en azından "Mecelle" kadar önemlidir. Cevdet Paşa'nın yazdı ı Tarih; Avrupa tarihçili inin yöntem ve üslubunu kavrayan, ama şark'ı ve İslâm tarihini herkesten iyi bilen bir mütebahhir münevverin eseridir. Memnuniyetle kaydetmelidir ki, bu gün 20. Asrın şarklı münevverleri Cevdet Paşa'ya layık halefler olduklarını göstermeye başlamışlardır. Bu günkü nesiller Cevdet Paşa'ya karşı daha hürmetkâr ve sıcak duygularla e ilmeye başladılar.<sup>78</sup>

### Eserleri

1. Medhal-i Kavaid, (Kurallara Giriş, Rüştüyeler için),
2. Tarih-i Cevdet, 12 Cilt,
3. Beyan-ül Unvan,
4. Mukaddime-i İbn Haldun (İbn Haldun Önsözü), 1. Cildinin 6. Faslıının çevirisi,
5. Takvim-ül Edvar (Devirlerin Takvimi),
6. Kavaid-i Türkî (Türkçe'nin Kuralları-Sıbyan Mektepleri için),
7. Kısas-ı Enbiyâ Aleyhim-üs-Selâm ve Tevârih-i Hülefa (Peygamberler Kıssaları ve Halifeler Tarihi),
8. Miyar-ı Sedad (Do ruluk Ölçüsü- İlkokullar için),
9. Talikat-i Ahmed Cevdet alâ Netayic-ül-Efkâr Şerh-ül Ezhar (Ezhar Çiçekleri Şerhinin Fikri Neticelerine Ahmed Cevdet'in Eklmeleri),
10. Âdâb-ı Sedad mim ilm-ül Âdâb (Âdab İlminden Do ruluk Âdabı),
11. Belâgat-ı Osmaniye (Osmanlı Belâgatı-Hukuk Mektebi derslerinde takrir olunan derslerin özeti),
12. Süruri Mecmuası (Tarihçi Sururi'nin tarih mısralarını havi mecmua),
13. Kavaid-i Osmanî (Osmanlıca Kaideleri-Keçecizade M. Fuat Paşa ile birlikte), ayrıca tek başına Kavaid-i Osmaniye,
14. Hulâsat-ül Beyan fi Telif-il Kur'an (Kur'anın yazılması Hakkındaki Beyanın Özeti),
15. Kırım ve Kafkas Tarihçesi,
16. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye,
17. Eser-i Ahd-i Hamidî (İlkokullar İçin Dilbilgisi),
18. Malûmat-ı Nafia Risalesi (Faydalı Bilgiler Kitabı),
19. Tezakir (Tezkireler).
20. DÜSTUR, (Tüm kanuni mevzuatın toplandı ı ve seri yayınlanan kitabı)
21. Cerîde-i Mehâkim, Mahkeme ilâmlarının usulüne uygun kaleme alınmasını sa lamak ve

<sup>78</sup> İber ORTAYLI, "Ahmed Cevdet Pa a ve Ebul'ulâ Mardin Hoca Hakkında" ba lıklı takdiminden. Bkz.: "Ebul'ula MARD N, "Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Pa a", (Ankara: 1996, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları).

hâkimlere yardımcı olmak üzere çıkardı 1 mecmua)

### Kaynakça

Ahmet DAVUTO LU, "Stratejik Derinlik", (İstanbul: 2001, Küre Yay)

Alev Erkilet BAŞER, "Orta Do u'da Modernleşme ve İslâmî Hareketler", (İstanbul: 1999, Yöneliş Yay.)

Ali Hikmet BERKİ, "Açıklamalı MECELLE", 3. Baskı, (İstanbul: 1982, Hikmet Yay.)

Aytekin ATAAY & İsmet SUNGURBEY, "Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu", 2. Baskı (İstanbul: 1963, Filiz Kitabevi)

Cevdet YAVUZ, "Medeni Kamu Borçlar Kanunu ve Di er Mevzuat", (İstanbul: 1998, Beta Yay.)

Coşkun ÜÇOK & Ahmet MUMCU, "Türk Hukuk Tarihi", 5. Baskı, (Ankara: 1985, Savaş Yay.)

Christoph K. NEUMANN, "Araç Tarih & Amaç Tanzimat", (İstanbul: 2000, Tarih Vakfı Yurt Yay.)

Ebul'ula MARDİN, "Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa", (Ankara: 1996, Türkiye Diyanet Vakfı Yay.)

Ejder OKUMUŞ, "Türkiye'nin Laikleşme Serüveninde TANZİMAT", (İstanbul: 1999, İnsan Yay.)

ENGELHARDT, "Tanzimat ve Türkiye", (İstanbul: 1999, Kaknüs Yay.)

Erik Jan ZÜRCHER, "Modernleşen Türkiye'nin Tarihi", 5. Baskı, (İstanbul: 1999, İletişim Yay.)

Gayriresmi Yakın Tarih Ansiklopedisi, (İstanbul: 1993, Risale Yay.)

Gülnihal BOZKURT, "Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi", (Ankara: 1996, Türk Tarih Kurumu Yay.)

H. Âli YÜCEL, "Hürriyet Gene Hürriyet", (Ankara: 1998, Kültür Bakanlığı ı Yay.)

Halil NEBİLER, "Kopenhag Kriterleri, Avrupa Birli i ve Türkiye'nin Durumu", [www.superonline.com.tr/nethaber/19991226/articles/dosya\\_26.html](http://www.superonline.com.tr/nethaber/19991226/articles/dosya_26.html) (17.12.1999)

Hikmet ÖZDEMİR, "Türkiye Cumhuriyeti", (İstanbul: 1995, İz Yayıncılık)

İlber ORTAYLI, "İmparatorlu un En Uzun Yüzyılı", (İstanbul: 1983, Hil Yay.)

İlhan AKBULUT, "Osmanlı İmparatorlu u Döneminde Osmanlı ve Kıbrıs Adalet Düzeni", (Girne: 1998)

İsmail GÜLDAŞ, "Takrir-i Sükûn Görüşmeleri", (İstanbul: 1997, Belge Yay.)

İsmail KARA, "Türkiye'de İslâmcılık Düşüncesi", 2. Baskı, (İstanbul: 1987, Risale Yay.)

Kemal H. KARPAT, "Türk Demokrasi Tarihi", (İstanbul: 1996, Afa Yay.)

M. Akif AYDIN, "İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları", (İstanbul: 1996, İz Yay.)

Macid HADDURİ, "İslâm'da Adalet Kavramı", (İstanbul: 1999, Yöneliş Yay.)

—, "İslâm Hukukunda Savaş ve Barış", (İstanbul: 1999, Yöneliş Yay.)

Mahmut Esat BOZKURT, "Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı", (İstanbul: 1944)

Mahmut Esat Bozkurt Biyografisi, [www.kutav.org.tr/eng/others/mebozkurt02.html](http://www.kutav.org.tr/eng/others/mebozkurt02.html)

Meydan Larousse, (İstanbul: 1990, Meydan Yay.)

Mehmet AYDIN, "Avrupa Birli i, Din ve Diyanet", *İslâmiyat Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, Ocak-Mart, (Ankara: 2001)

Muharrem BALCI, "MGK VE DEMOKRASİ, Hukuk Ordu Siyaset", 2. Baskı, (İstanbul: 1998, Yöneliş Yay.)

Murat YALÇINTAŞ, "Helsinki Zirvesi Üzerine Düşünceler", [www.fpist.org/faaliyet.html](http://www.fpist.org/faaliyet.html). (29.01.2000)

Mustafa ERDO AN, "Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset", 2. Baskı, (Ankara: 1999, Liberte Yay.)

Mustafa Nihat ÖZÖN, "Osmanlıca Türkçe Sözlük", 8. Baskı, (İstanbul: 1989, İnkılâp Kitabevi)

- Nazmi AVCI, "Türkiye'de Modernleşme Açısından Din Kültür Siyaset", '1839-1960', (İstanbul: 2000, Pınar Yay.)
- Necip Fazıl KISAKÜREK, "Büyük Do u", 6 Ekim 1950, Sayı: 29, s. 4.
- Nilüfer GÖLE, Röportaj, <http://www.ntvmsnbc.com>
- Ömer Nasuhi BİLMEN, "Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye KAMUSU", (İstanbul: 1969-1970, Bilmen Yay.)
- Taha PARLA, "Türkiye'nin Siyasal Rejimi", 3. Baskı, (İstanbul: 1997, Bibliotek Yay.)
- Türk Hukuk Tarihi Dergisi, Cilt 1, 1941-1942, Hazırlayan: Mehmet Fuad KÖPRÜLÜ, (Ankara: 1944, Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Tarihi Enstitüsü Yay.)
- Yeni Türk Edebiyatı Antolojisi, 1., 1839-1865, Hazırlayanlar: Mehmet KAPLAN-İnci ENGİNÜN-Birol EMİL, (İstanbul: 1974, İ.Ü. Edebiyat Fak. Yay. No: 1874)



# Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Ba lamında De erlendirilmesi

Av. Fatma BENLİ



## 1. Giriş

Özgürlük insan olmanın, "insanlık durumu"nun ayrılmaz bir parçasıdır; özgürlü ü hesaba katmaksızın insanı tanımlamak mümkün de ildir. İnsano lunu di er canlılardan ayırt eden temel özelliklerden biri, yaptıkları ve bunlara imkan veren özgürlü üdür.

Özgürlük, kişinin yapmak veya olmak istedi i bir şey konusunda, insani müdahale ile de iştirilebilir herhangi bir tahdit veya kısıtlama altında olmama durumudur.<sup>1</sup> Sivil özgürlükler, siyasi iktidar karşısında korunmuş güvenceli bir yaşam sa lamak suretiyle bireyin kendi kendini geliştirebilmesine imkan sa lar.. İnsan haklarının nihai amacı, siyasi iktidarın bireyler karşısında zora başvurma olanaklarını azaltmak ve bu yolla kişilerin cebre maruz kalmaksızın tercihte bulunabilme kapasitelerini arttırmaktır.

İnsan, akıyla ö renen, akıyla ve kalbiyle, yüre iyle, vicdaniyla inanan ve etrafını de erlendiren bir mahluktur. Bu noktada sınırlama getirilemeyecek en sert çekirdek, düşünce ve inanç özgürlü üdür. Düşünce bireyin zaten içindedir. Koruma altına alınan, düşünce ve inancın ifadesi

ve ifade şekilleridir.<sup>2</sup> Din ve vicdan özgürlü ü, bir kişinin vicdani bir kanaate sahip olması ve bu kanaatin dışa vurulması ile ilgilidir.

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti; belli bir dine veya felsefi inanma, gereklerini aleni olarak yerine getirme, bir dinin veya felsefi inancın telkin ve propagandasını yapma ve nihayet bu dinin esaslarını ö retme ve e itme serbestisi anlamına gelmektedir. Çocukların dini inanç ve vicdani kanaatlerinin belirlenmesinde ve buna göre e itilmelerinde esas yetki velilerine aittir. Bu e itim ve ö retim çocu un sa lı ını menfi yönde etkilemedikçe her hangi bir şekilde önlenemez, sınırlandırılmaz.

Din ve vicdan özgürlü ü, yaşam hakkı, kişi dokunulmazlı ı ve güvenli i savunma ve adil yargılanma hakkı, düşünce özgürlü ü, basın özgürlü ü, toplanma ve dernek kurma özgürlü ü gibi, temel hakların yanında sivil özgürlükler arasında yer alır. Bu hakların güvence altına alınması bir yerde ne hukuk devletinin varlı ından, ne de demokratik bir siyasal sistemden bahsetmek mümkündür.<sup>3</sup>

Fertlere düşüncelerini rahatça açıklama, yayma ve bu

<sup>1</sup> ERDO AN, Mustafa; *Demokratik Hukuk Devletinde Din Ve Vicdan Hürriyeti*, Türkiye Gönüllü Te ekküller Vakfı 8. sti ari Toplantısı, stanbul, 2000, s. 63

<sup>2</sup> ÖKTEM, Niyazi; *nsan Hakları Sempozyumu*, stanbul, 1995, s. 138.

<sup>3</sup> ERDO AN, Mustafa; a.g.e., s. 65.

düşüncelerine uygun olarak yaşama hakkının, insan haklarının gereği olarak ciddi bir engelle karşılaşmadan tanınması gerekir. Demokrasinin ve laiklik prensibinin gereği olan bu durum bireylere bir lütuf, ihsan olarak değil, hak olarak<sup>4</sup> salınmalıdır.

Çalışma konusu raporda, düşünce, vicdan ve din hürriyeti, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile bağlantılı olarak incelenecektir. Öncelikle uluslararası sözleşmelerde din ve vicdan hürriyetine ilişkin hükümler ve sözleşmelerin Türk hukukundaki yeri açıklanmıştır.

Akabinde sırasıyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 9. maddesi ve düşünce, vicdan ve din hürriyetinin kapsamı inceleme konusu yapılmıştır. Bu hürriyete getirilen sınırlamalar irdelenmiş ve gerçekleştirilen müdahalenin hangi hallerde meşru olarak kabul edilebileceği ortaya konmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 9. Maddeyi uygulaması ve düşünce, vicdan ve din hürriyetinin diğer haklarla bağlantısı açıklanmıştır.

Çalışmada Mahkemenin düşünce, vicdan ve din hürriyetine bakış açısı ve olası kararları ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu nedenle rapor hazırlanırken, olabildiği içtihatlardan yararlanılmış ve yorum ve genelleme yapılmamaya özen gösterilmiştir.

Başörtülü bayanlara karşı gerçekleştirilen uygulama, bu uygulamanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. Maddede öngörülen düşünce, vicdan ve din hürriyetine müdahale teşkil edip etmediği, sözleşme hükümlerine göre müdahalenin meşru olarak kabul edilip edilemeyeceği, 'Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasaının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. madde kapsamında değerlendirilmesi'

başlı başına ayrı bir rapor kapsamında değerlendirilecektir. Bu çalışmanın devamı olan ve Karaduman v. Türkiye ile Dahlab v. İsviçre kararlarının da irdelendiği bu rapor bilahare bilgilerinize sunulacaktır.

## 2. Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetine İlişkin Uluslararası Sözleşme Hükümleri

İnsan hakları ve bilgi çağı olarak nitelendirilen günümüzde, temel haklar, milli devletlerin sınırları içinde olduğu kadar, bölgesel ve evrensel düzeyde de korunmaktadır. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı gibi kuruluşlar, bu amaçla bir dizi uluslararası sözleşme hazırlamış ve tavsiye kararları kabul etmişlerdir.

Din ve vicdan hürriyeti, doğuştan var olan temel bir insan hakkıdır. Demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsuru olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi başta olmak üzere tüm uluslararası sözleşmelerde yer almıştır.

Bu uluslararası sözleşmeleri, aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür.

**Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi;** Madde. 18: "Herkes, Düşünce, Vicdan ve Din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğüne ve herkesin ister tek tek, isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını, tapınma, uyma, uygulama ya da öğretme bakımından açık ya da kapalı biçimde ortaya koyma özgürlüğüne de içerir."<sup>5</sup>

<sup>4</sup> KUZU, Burhan; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, s. 110.

<sup>5</sup> ÜNAL, Eref; *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Ankara, 1997, s. 7.



**Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi;** 18/1 Maddesi "Herkesin, din ve vicdan özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak inancın tek başına ya da topluca, açık ya da özel olarak ibadet, gözetme, uygulama ve öğretme yoluyla açıklama özgürlüğüne içerir.

18/2 Maddesi "Hiç kimseye bir din ya da inanca sahip olma ya da seçtiği bir din ya da inancı benimseme özgürlüğüne zedeleyici baskıda bulunulmaz.

Ayrıca, 1966 tarihli "**Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Antlaşma**" (md. 18); 1948 tarihli Amerikan Bildirisi (md. III); 1969 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (md.12); 1981 tarihli Dine ya da İnanca Dayalı Müsamahasızlığın ve Ayrımcılığın Bütün Şekilleriyle Ortadan Kaldırılması Hakkında Bildiri'de din ve vicdan hürriyetine ilişkin açık düzenlemeler mevcuttur.

(25.11.1981 tarihli) **BM Din ya da İnanca Dayalı her türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi;**

**Madde 1.** Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme ve din ya da inancını tek başına ya da topluca, açık ya da özel olarak ibadet, gözetme, uygulama ve öğretme biçiminde açıklama özgürlüğüne de içerir.

Hiç kimseye, bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme özgürlüğüne zedeleyecek baskıda bulunamaz.

Bir kimsenin din ya da inançlarını açığa vurma özgürlüğü, ancak yasayla öngörülen ve kamu güvenliğini, düzenini ve ya da genel ahlakı ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gereken sınırlamalara bağlı olabilir.

**Madde 2.** "Hiç kimse, din ya da başka inançları gerekçesiyle herhangi bir devlet, kurum, grup ya da bir kimse tarafından ayrımcılık konusu yapılamaz."

**Madde 5.** 1. Ana-babalar ya da duruma göre çocuğun yasal vasileri, aile yaşamını, din ya da inancına göre ve çocuğa verilmesi gerektiğine inandıranı manevi eğitimini göz önünde bulundurarak düzenleme hakkına sahiptir.

Çocuk, ana-babasının ya da duruma göre yasal vasisinin istekleri uyarınca din ya da inanç konusunda eğitim görme hakkından yararlanır ve kendi çıkarları başta olmak üzere ana-babasının ya da yasal vasisinin isteklerine karşı din ve inanç öğretimi almaya zorlanamaz.

Çocuk, din ya da inanç gerekçesiyle yapılan her türlü ayrımcılıktan korunur. Halklar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluk, barış ve evrensel kardeşlik, başkalarının din ya da inanç özgürlüğüne saygı ruhuyla tüm gücü ve yeteneklerini insanlığın hizmetine adanması gerektiğinin tam bilinciyle yetiştirilir.

Ana-babasının ya da yasal vasisinin bakımı altında bulunmayan bir çocuk söz konusu oldu unda, yine çocuğun çıkarları önde olmak üzere ana-babası ya da vasisinin din ya da inanç konularında dile getirdiği istekler ya da isteklerinin belirtileri gereğince göz önüne alınır.

Çocuğun içine yetiştirildiği din ya da inanç uygulamaları, bu Bildirgenin 1. Maddesinin 3. Fıkrası göz önüne alınır."<sup>6</sup>

**Madde-6.** Bu Bildirgenin 1. Maddesi uyarınca ve 1. Maddesinin 3. Fıkrası hükümleri saklı kalmak

<sup>6</sup> BALCI, Muharrem/SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerle İnsan Hakları*, İstanbul 2001, s. 155-156.

üzere, düşünce, vicdan, din ya da inanç özgürlüğü hakkı din erlerinin yanı sıra,

- Bir din ya da inancın gerekleri uyarınca ibadet ya da toplanma ve bu amaçla ibadet yerleri kurma ve koruma,
- Uygun yardım ve insancıl amaçlı kurumlar kurma ve koruma,
- Bir din ya da inancın tören ya da törenlerine ilişkin araç ya da gereçleri yeterli ölçüde yapma, edinme ya da kullanma,
- Bu alanlarda ilgili metinleri yazma, yayınlama ve yayma,
- Bir din ya da inancı bu amaçlara uygun yerlerde özetleme,
- Bireylerden ve kurumlardan gönüllü maddi ya da başka yardımlar isteme ya da alma,
- Herhangi bir din ya da inancın gereklilikleri ve standartlarının öngördüğü uygun liderleri yetiştirme, atama, seçme ya da yerini alacak olanı belirleme,
- Dinin ya da inancın kuralları uyarınca tatil günlerine uyma ve bayram ve törenleri kutlama,

Din ve inanç konularında ulusal ve uluslararası düzeylerde bireylerle ve topluluklarla iletişim kurma ve sürdürme, özgürlüklerini içerir.<sup>7</sup>

- Son yıllara ait uluslararası belgelerde de benzer hükümlere rastlamak mümkündür. 1973 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) (md. 7); 1975 Helsinki Sonuç Belgesi; 1990 Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı; 1990 Kopenhag Toplantı Belgesi (md.9/4) düşünce, vicdan ve din hürriyeti ile ilgili hükümlere yer vermiştir.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> BALCI, Muharrem/SÖNMEZ Gülden; a.g.e., s. 156.

<sup>8</sup> KUZU, Burhan; a.g.e., s. 83.

- 29 Haziran 1990 tarihli **AGİK İNSANİ BOYUT KONFERANSI KOPENHAG TOPLANTISI BELGESİ**'nin konuyla ilgili olan bölümleri ise aşağıdaki şekildedir.

(5/7) - İnsan hakları ve temel özgürlükler yasa tarafından ve devletler hukukundan doğan vecibelerine uygun olarak garanti edilmelidir

(9/4) - Her kişi düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkına sahip olacaktır. Bu hak, din ve inançla iliştiirme özgürlüğü ve din ve inancın birey olarak veya başkalarıyla birlikte topluluk halinde, kamuya açık veya özel şekilde ibadet, özetleme, uygulama ve vecibelerini yerine getirilmesi suretiyle dışarı vurulması özgürlüğüne de kapsar. Bu hakların kullanılması ancak yasa tarafından öngörülen ve uluslararası normlarla tutarlı sınırlamalara tabi olabilir."

- 1 A ustos 1975'te Helsinki'de imzalanan **'HELSİNKİ NİHAİ SENEDİ**'nin VII. Bölümünde yer alan "Düşünce, Vicdan, Din veya İnanç Özgürlüğü de Dahil İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklere Saygı" başlıklı madde, aşağıdaki şekildedir.

'Katılan Devletler, düşünce, vicdan, din veya inanç özgürlüğü de dahil, ırk, cinsiyet, dil veya din ayrımı yapmaksızın, herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı göstereceklerdir. Bütünüyle insanın doğuştan onurundan kaynaklanan ve insanın serbestçe ve eksiksiz bir şekilde gelişmesi için elzem olan medeni, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer hakların ve özgürlüklerin etkin bir şekilde kullanımını iyileştirecek ve teşvik edeceklerdir. Bu çerçevede, katılan devletler, bireyin tek başına veya başkaları ile birlikte, kendi vicdanının emirlerine göre hareket etmek suretiyle dinini ya da inancını açıklama ve uygulamaya (gerekliliklerini yerine getirme) özgürlüğüne tanıtacak ve saygı gösterecektir

Bireyin bu alandaki haklarını ve yükümlülüklerini bilmesi ve buna göre hareket etmesi hakkını teyit

ederler. Katılan devletler, insan hakları ve temel özgürlükler alanında Birleşmiş Milletler Şartı'nın ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin amaçlarına ve ilkelerine uygun şekilde hareket edeceklerdir. Di erleri yanında, ba lı bulunabilecekleri Milletlerarası İnsan Hakları Sözleşmeleri de dahil olmak üzere bu alandaki milletlerarası bildiriler ve anlaşmalarda belirtilmiş yükümlülüklerini de yerine getireceklerdir.

Helsinki Nihai Senedi'nin X. Bölümü 'Milletlerarası Hukuktan Do an Yükümlülükleri İyi Niyetle Yerine Getirme' başlı nı taşımakta ve aşağıdaki ifadeleri içermektedir.

"Katılan devletler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini, yani hem milletlerarası hukukun genel olarak kabul edilen ilke ve kurallarından do an yükümlülüklerini, hem de milletlerarası hukuka uygun olarak taraf oldukları antlaşma ve di er antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getireceklerdir. Kanunlarını ve düzenlemelerini tayin etme hakkı da dahil olmak üzere, egemenlik haklarını kullanırken milletlerarası hukuktan do an hukuki yükümlülüklerine uygun davranacaklardır. Bunun dışında Avrupa Güvenlik ve İşbirli i Konferansı'nın Nihai Senedi'ndeki hükümlere gereken önemi verecekler ve onları uygulayacaklardır. Katılan Devletler, yukarıdaki ilkelere, özellikle onuncu ilkenin ilk cümlesi olan "milletlerarası hukuktan do an yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirilmesi" ifadesine gereken önemi vererek bu Bildirinin (onların) haklarını ve yükümlülüklerini etkilemedi i gibi bu hak ve yükümlülüklerle tekabül eden antlaşmaları ve di er antlaşmaları ve düzenlemeleri de etkilemedi ini not ederler."

- AVRUPA BİRLİ İ TEMEL HAKLAR BİLDİRGESİ'nin 10. Maddesi, "Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlü ü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını de iştirme

özgürlü ünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, ö retme uygulama ve gereklerine uyma şeklinde aç ı a vurma özgürlü ünü içerir" hükmünü içermektedir. .

- İSLAM'DA İNSAN HAK VE HÜRRİYETLERİ BEYANNAMESİ'nin 13. Maddesi; "Her şahıs, inanç hürriyetine ve itikadına uygun olarak da ibadet hürriyetine sahiptir" ifadesini taşımaktadır.

### 3. Uluslararası Sözleşmelerin Türk Hukukundaki Yeri ve De eri

1982 Anayasasının 90. Maddesi usulüne göre yürürlü ü konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde oldu unu hüküm altına almıştır. Anayasa Mahkemesi'nde Uluslararası Sözleşmelerin iptali için dava açılmasına imkan yoktur. Sözleşme maddeleri, normatif açıdan kanunların da üstünde yer almaktadır.

Başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere Türkiye'nin taraf oldu u di er uluslararası antlaşmaların Türk hukukunda do urdu u sonuçları ile yerlerini, aşağıdaki şekilde ifade etmek mümkündür.

- Uluslararası Sözleşmeler, iç hukukun bir parçasıdır, ayrıcalıklı bir yere sahiptirler.

- Uluslararası Sözleşmeler, iç hukukta kendili inden uygulanır. Ayrıca yeni bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur.

- Sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılı ı ileri sürülemez. Sözleşmeler Anayasa'ya aykırı olsa bile uygulanmak zorundadır.

- Uluslararası sözleşmeleri yorumlama görevi ve yetkisi, ulusal yargıya verilmiştir. Hakimler bu görevi sözleşme

organlarının içtihatlarına uygun olarak yapmalıdır.

- Uluslararası sözleşmeler ile ulusal hukuk kuralları arasında bir çatışma olması durumunda, yargıcın uluslararası kurallara üstünlük tanınması, ulusal kuralların uluslararası antlaşmalara uygun bir biçimde yorumlanması gerekmektedir.

- Türk hukuk sistemine göre, bireylerin doğrudan insan hakları alanındaki uluslararası sözleşme hükümlerine dayanarak, idari makamlar ve yargı erki önünde hak aramaları mümkündür.<sup>9</sup>

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, özel bir öneme sahiptir. Zira sözleşmede öngörülen hakların ihlali halinde bireyler İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine müracaatla, müdahalenin tespitini ve tazminat talep edebilmektedirler. Sözleşme, karşılıklı ve iki taraflı yükümlülükler ilişkisi dışında, objektif yükümlülükler de içeren ortak bir garanti sistemi oluşturmaktadır. Uygulanabilir kurallar içeren (normativ) bir metindir. Kendine has yapısı ile yardımcı bir hukuk düzenidir. Bu nedenle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurmadan önce iç hukuku tüketme şartı öngörülmüştür. Sözleşme, İnsan haklarının etkili korunmasına hizmet ederken, daha geniş bir düzeyde de üye devletler arasında birlik amacının gelişmesine katkıda bulunur ve kavramları bağımsız yorumlanır. Sözleşmede öngörülen hakların bu kapsamda de erlendirilmesi gerekir.<sup>10</sup>

#### 4. Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin Yer Aldığı

#### İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. Madde de, düşünce, vicdan ve din hürriyeti aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır;

"Her Şahıs Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetine Sahiptir. Bu Hak, Din ve Kanaat Değiştirme Hürriyetini ve Alenen veya Hususi Tarzda İbadet ve Ayin veya Öretimini Yapmak Suretiyle Tek Başına veya Toplu Olarak Dinini veya Kanaatini Açıklamak Hürriyetini de İçerir.

Din veya Kanaatlerini Açıklama Hürriyeti Demokratik Bir Toplumda Ancak Kamu Güvenliğinin, Kamu Düzeninin, Genel Sa l ının veya Umumi Ahlakın, Yahut Başkalarının Hak ve Hürriyetlerinin Korunması İçin Zaruri Olan Tedbirlerle ve Kanunla Sınırlanabilir".

#### 5. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin Kapsamı

Düşünce, vicdan ve din hürriyetini, aşağıdaki şekilde de sınıflandırmak mümkündür.

- a) Bir dine inanma ve inanmamaya özgürlüğü
- b) Dinin gereklerini yerine getirme özgürlüğü
- c) Dini tebliğ ve telkin etme özgürlüğü
- d) Dini öretim ve eğitim özgürlüğü

#### a) Bir Dine İnanma ve İnanmama Özgürlüğü

Bu özgürlük din ve vicdan özgürlüğünün birinci boyutunu ifade etmektedir. Bireyler insan haklarına sahip kişiler olarak, bir dine inanıp inanmamakta

<sup>9</sup> ÜNAL, referans; *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Ankara, 1997, s. 7.

<sup>10</sup> YILDIZ, Mustafa; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, İstanbul, 1998, s. 26-27.

serbesttirler; gerek inanma gerekse, inanmama tutumu din ve vicdan özgürlü ünün koruması altındadır. Din ve vicdan özgürlü ü sadece dindarları (herhangi bir dinin "mü'min"lerini) de il, aynı zamanda dine ilgisiz veya kayıtsız olanlarla, herhangi bir dine inanmayanları ve tanrıtanımazları da korur. Dini inancı olanlar arasında din veya mezheplerine göre veya mensup oldukları dinin cemaate, kiliseye veya bu türden bir mensubiyetleri bulunmayan ba ımsız dindarlar olmalarına göre ayırım yapılması din ve vicdan özgürlü üne aykırıdır. Bu özgürlük ayrıca dinini de iştirmeyi (bu hak Evrensel Bildirininin 18. Maddesinde özel olarak belirtilmiştir) ve dinden çıkmayı da bir insan hakkı olarak tanıır ve güvence altına alır.

Din ve vicdan özgürlü ünün sa ladı ı somut güvence, devletin dini-vicdani inançları veya kanaatleri nedeniyle bireyleri herhangi bir şekilde kınamaması, hak mahrumiyetine ve ayrımcı muameleye maruz bırakmaması ve inancını de iştirmek için baskı yapmamasıdır.

### **b) Dinin Gereklerini Yerine Getirme Özgürlü ü**

Din ve vicdan özgürlü ü sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına almakla gerçekleşmiş olmaz, ayrıca mü'minlerin gerek bireysel-mahrem hayatlarında gerekse toplumsal ilişkilerinde dini inançlarının gerektirdi i şekilde davranma özgürlüklerini de içerir.

Dinin gerekleri bireysel ya da toplu ibadetler ve dini ayinlerden oluşur. Ayrıca, dinin inanan kişiyle yükledi i toplum hayatıyla ilgili ödevler de bu çerçevede düşünölmelidir. Din ve vicdan özgürlü ünün inananlara sa ladı ı koruma, ibadet ve ayinlerin aleni

–yani kamu önünde– yapabilmesini de kapsar. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi 1970 yılında verdi i bir kararda (Welsh v. United States, dini olmayan (ahlaki) gerekçelerle savaşa karşı çıkan kişilerin de din ve vicdan özgürlü üne benzer bir korumaya hakları oldu una hükmetmiştir. (O'Brien 1995: 750). Yine aynı Mahkeme 1943 yılında kişilerin dini inançlarına aykırı resmi törenlere (bayrak selamlamaya) katılmaya zorlanamayaca ına karar vermiştir. (Barnum 1993: 116-17)<sup>11</sup>

### **c) Dini Tebli ve Telkin Etme Özgürlü ü**

Kişinin dini inancını yaymak üzere başkalarına tebli ve telkinde bulunabilmesi inancın izharı çerçevesinde düşünce, vicdan ve din özgürlü ü kapsamına girer.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yunanistan aleyhine verdi i bir kararında dini telkinin ikna etme hakkını da kapsadı ını ifade etmiştir . (Kokkinakis v. Yunanistan) herhangi bir dini inancın yayılması amacıyla yürütölen propaganda faaliyetlerinin yasaklanması veya cezai müeyyideye ba lanması düşünce, vicdan ve din hürriyetine aykırıdır. Bu güvence Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesine göre geleneksel semavi dinler dışındaki Yehova Şahitli i gibi inanç sistemleri içinde geçerlidir. Çünkü Laik bir devlet neyin "din" neyin din olmadığı konusunda karar vermeye yetkili de ildir. Mahkeme ba ış toplama kampanyası yürüten Varım (I am) dininin mensuplarının kovuşturulması ile ilgili olarak 1944 yılında verdi i bir kararında (United States v. Ballard) jürinin sanıkların inancının sahici mi sahte mi oldu una karar

<sup>11</sup> ERDO AN, Mustafa; a.g.e., s. 66-67.

veremeyece ini belirtmiş ve şöyle demiştir; "İnsanlar kanıtlayamayacakları şeylere inanabilirler, (dolayısıyla) dini doktrin ve inançlarını kanıtlamak zorunda de ildirler. (O'brien 1995, s. 748.749)

#### d) Dini Ö retim ve E itim Özgürlü ü

Evrensel Bildiri başta olmak üzere bütün uluslararası hukuk belgelerinde düşünce, vicdan ve din hürriyetinin "ö retim hakkını da içerdi i hüküm altına alınmıştır. (Bu konudaki açıklama, "düşünce, vicdan ve din hürriyetinin sözleşmenin di er maddelerinde yer alan haklarla beraber incelenmesi" başlıklı bölümde yapılacaktır.)

#### e) Genel De erlendirme

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki anlamıyla din ve vicdan hürriyeti, kimsenin dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması; dini inanç ve kanaatlerinden ve dini inancın gereklerini yerine getirip getirmemesinden dolayı kınanamayıp suçlanamamasıdır. Düşünce, vicdan ve din hürriyetini önce inanç özürü ü, akabinde ise dini inancını töre, ö retim, uygulamalar ve ayinlere katılma yolu ile açıklama özgürlü ü olarak tanımlamak mümkündür.

Maddenin 1. Fıkrası, düşünce, din ve vicdan hürriyetinin kapsamını belirlemekte ve herkese düşünce, din ve vicdan hürriyetine sahip olma hakkını tanımaktadır. Birinci cümledeki bu hak mutlaktır. Herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz. Devletler bu hakka mutlak şekilde saygılı olmakla yükümlüdürler.

Bu noktada din ve vicdan hürriyeti, kişiye ba lı dokunulmaz

bir haktır. Nasıl düşünce hürriyeti, aynı zamanda düşünceyi ifade etme özgürlü ünü beraberinde getirdi inden bir bireye "düşünebilirsin ama özgürce ifade edemezsin" denemiyorsa, din ve vicdan hürriyeti de, inanma ve inandı ını, kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla uygulama hakkını da beraberinde getirir. İnanç, zaten insanın içinde oldu u için müdahale edilmesine fiilen imkan bulunmamaktadır. Bu durumda inandı ı gibi yaşama yani ibadet özgürlü ünün din ve vicdan hürriyetinin kapsamında oldu unda şüphe olmaması gerekmektedir.

Cümlenin ikinci bölümü, tanınan bu hakkın içeri ini belirlemektedir. **Tek başına toplu olarak, aleni ve özel olarak ibadet, ayin ve ö retim suretiyle açı a vurma hakkı bu ba lamda belirtilmiştir.** Bunlar sırasıyla "worship-iba-det, "teaching-ö retim", practice-uygula-ma" ve observance-dini tören, mezhep, tarikat, ayinlere katılma"dır. 9. Maddenin birinci fıkrasında yer alan kavramlar din ve vicdanın açı a vurma, açıklama şekillerini, bu arada başkalarını da kendi inancı yönünde ikna etme hakkını içermektedir.

9. Madde de, her bireyin alenen veya hususi tarzda, tek başına veya toplu olarak, ibadet, ayin, dini ö retme ve pratikleri açık olarak korunmaktadır. Düşünce vicdan ve din hürriyetinin tezahür şekilleri, tek başına veya toplu olarak aleni ve özel bir şekilde ibadet ayin ö retim ile inancını açı a vurmaktır.

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti dine inanma hürriyetinin yanında kişinin sosyal ve kamusal alanda yaşama hürriyeti ile de ilgilidir. Bireyin dinini ortaya koyabilmesi, kendi dini inancını yayma çabası bu madde kapsamında de erlendirilmelidir.



Mahkeme inancın dış dünyaya aktarılması, her zaman için düşünce, vicdan ve din hürriyeti kapsamında de erlendirilmedi ini, bazı kararlarında ortaya koymaktadır. İnancın bir tezahürü olmayıp inancın telkin etti i davranışlar 9. Madde dışında tutulabilmektedir. (Arrowsmith v.UK. (7050/75). DR.19)

Bu ayırım do rultusunda sözleşmeciler devletler, "dini inanç ve ibadet özgürlü ü"ne ilişkin tutum ve yükümlülüklerini belirlerken, aş a idaki yükümlülüklerini göz önünde bulundurmaları zorundadırlar;

a) Devletler, bireylerin "düşünce ve dini inanç özgürlü ünü" sa layacak önlemleri almakla yükümlüdürler.

b) Devletler, bireyleri, belli bir dini inanca yöneltme e, belli bir dini faaliyete katılmaya, belli bir dini inançtan veya faaliyetten uzaklaştırmaya yönelik etkinliklerden (örne in belli dini inanç sahiplerine yarar sa layan di erlerine güçlük çıkaran tutumlardan) kaçınmalıdırlar.

c) Devletler, bireyleri, ilke olarak, dini inançları ile ba daşmayan işler yapmaya zorlamamalıdırlar. Aksine bir zorlama sözleşmenin 9. Maddesine aykırı olacaktır.<sup>12</sup>

## 6. Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin Sınıflandırılması

9. Maddede güvence altına alınan hakları, düşünce, vicdan ve din olarak ayrı başlıklar halinde incelemek mümkündür.

### a) Düşünce Özgürlü ü

Mutlak bir hak olup, herhangi bir sınırlamaya tabi de ildir. Burada korunan özgürlük düşünce özgürlü ü olup, endoktrine etme (beyin yıkama) yasaklanmıştır. Düşünce, vicdan, din özgürlü ünün ilk kısmı olan inanma ve açıklamaya zorlanamama, herhangi bir sınırlama kabul etmez. Düşünce özgürlü ünün ana temasının iletme ve ifade etme oldu u açıktır. Buradaki ifade ve açıklama kavramı, düşünceyi savunma, başkalarına anlatma, yayımlatma, telkin etme ve önerme olarak tanımlanabilir.

Din özgürlü ü, inançsızlıkla bir dine katılma arasında tercih serbestli inin ötesinde, dinin gereklerini bireysel veya toplu olarak uygulama serbestli ini içermektedir.

### b) Vicdan Özgürlü ü

Bireyin inançlar konusunda herhangi bir baskıya u ramadan dine inanıp inanmama konusunda özgür olmasıdır. Devletin vicdana bir zorlama yapmama yükümlülü ünü garanti altına almaktır. Vicdan özgürlü ü, devletin, bireyin vicdani kanaatlerini etkilemesini veya vicdani bir karara avantaj veya dezavantajlar getirmesini de yasaklamaktır.

9. Madde de öngörülen vicdan özgürlü ü, bazı yükümlülükleri reddetme hakkı vermektedir. Komisyona göre kişiyi ahlaki ve dini inançlarına aykırı işi kabule zorlamak 9. Maddenin ihlali oluşturur.<sup>13</sup> Örne in Yehova Şahitleri'nin askerlik yapmaları dini inançlarına aykırıdır. Bu nedenle bazı ülkeler "vicdani ret" sistemini kabul etmiştir. Bu sistemde askerlik yerine farklı kamu hizmeti yapılmasına karar vermektedir. Mahkeme, askerlik konusunda vicdani ret sistemi

<sup>12</sup> RE SO LU, Safa; Uluslararası Boyutları le nsa n Hakları, s. 60.

<sup>13</sup> GÖLCÜKLÜ, S./GÖZÜBÜYÜK ; A HS ve Uygulaması, s. 312.

kabul edilmişse, kişinin askerlik hizmeti yerine örneğin daha uzun süre farklı bir hizmet yapmasını 9. Maddenin ihlali olarak de erlendirmemiştir. Buna göre, zorunlu olmamakla beraber vicdani ret tanınabilir ve zorunlu askerlik yükümlülüğü yerine gelebilecek alternatif yükümlülükler getirilebilir.

### c) Din özgürlüğü

Bireylerin dine katılması ve dinin gereklerini toplu ya da bireysel olarak yerine getirme serbestisidir. Birey tarafından tanımlanabilen dinin ortaya konması, bu madde kapsamında de erlendirilmelidir.

## 7. Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin Kısıtlamaları ve Sözleşmenin 9. Maddesinde Tanınan Hakka Aykırılık İddiasının İncelenmesi

Sözleşme'nin 9. Maddesinde bir din ve inanca sahip olmakla beraber, bali olunan dinin gereklerinin yerine getirilmesi ve uygulanması da korunmaktadır. Bu kısmı oluşturan fiili uygulamalar maddenin 1. Fıkrasının 2. Cümlesinde yer alan **din veya inancı açığa vurma özgürlüğü, mutlak ve sınırsız de ildir.** Sözleşmede öngörülen sınırlamalara tabidir.

9. Maddenin 2. Fıkrası, din ve inançları açıklama özgürlüğüne, ancak demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin gerekleri, kamu düzeninin, genel sağlığın, ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ve yasayla konulan sınırlamalar ile kısıtlanabileceğini ifade etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne düşünce, vicdan ve din hürriyetinin ihlali iddiasıyla başvuruldu unda, yanıtlanması gereken sorular şunlardır:

a) Başvurucunun din özgürlüğüne bir müdahale var mıdır?

b) Varsa, din özgürlüğüne müdahale haklı gösterilebilir mi?

1) "Hukuken öngörülmüş" müdür?

2) "Meşru bir amacı izlemekte" midir?

3) "Demokratik bir toplumda gerekli" midir?

### a) Din özgürlüğüne bir müdahale var mı?

Din özgürlüğüne müdahalenin var olup olmadığının tespit edilebilmesi için, öncelikle bu özgürlüğün kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

Madde, din ya da inanç de ıştırme özgürlüğüne, herkese açık ya da özel yerde, toplu ya da bireysel biçimde dinini ya da inancını öğrenim, tapınma, tören vb. yollarla sergileme özgürlüğüne vermektedir.

**Bu özgürlük sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini, güvence altına alarak gerçekleştiremez.** Bireysel yaşamda ve toplumsal yaşamda inancını gereği gibi yerine getirme ve açıklama, dışarı vurma özgürlüğüne de kapsar.

Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, içsel alanı da korumakla beraber din veya inancın, genel olarak tanınmış bir biçim altındaki pratik yanları olan tapınma ile sıkı sıkıya bali olan eylemleri de korumaktadır. **İnançların dış dünyada ortaya konması sözleşme ile koruma altındadır.**

Bazı durumlarda bir dinin mensubu olduğunu göstermek, belli bir inanç ve ibadetin dinin bir

ö esi oldu unu belirlemek açısından önem taşır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. Maddede din tanımlaması yapılmamıştır. Bu bağlamda "Dinden anlaşılması gereken nedir" sorusunu cevaplandırmak gerekmektedir. **Prensip olarak, bir inancın din olup olmadığına Strasbourg otoriteleri karar vereceklerdir.** (Türk mahkemelerinin uygulaması da aynı yöndedir).<sup>14</sup> Mahkeme ihlalin mevcut olduğu ifade etmek için mutlaka, dört büyük dinlerden birine mensubiyeti aramamaktadır. Sadece başvuruçunun dayandığı inancın basit kanaat ve fikirlerden ayrılması ve belli derecede gücü, ciddiyeti, önemi ve uyumu yansıtan görüşleri ifade etmesi<sup>15</sup> gerektiği beyan edilmiştir.

Fakat Komisyon X v. Birleşik Krallık davası ile D v. Fransa davasında başvuruçunun hareketinin dinin bir sonucu olup olmadığını tartışmıştır. (Arrowsmieth v. Birleşik Krallık davası. Van Dijk v. Van Hoof davası, Harris, O'Boyle, Warbrick davaları).<sup>16</sup> Arrowsmith v. UK davasında Komisyon<sup>17</sup> "pasifizm" in bir felsefe olmasından dolayı 9. Madde çerçevesinde yer aldığı belirtilmektedir. Bu noktada felsefe ve siyasi programın sınırlarını belirlemek oldukça zordur. Van Dijk and Van Hoof davasında ise, Mahkeme bunun hiç çizilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Harris, Boyle ve Warbrick davasında 9. Maddenin ne olursa olsun herhangi

bir görüş ve fikrin korunmasını üstlendiği görüşündedir.

X. ve Church of Scientology v. Sweden davasında Komisyon, kilise tarafından verilen reklamın zorunlu olarak dini veya ticari amaçlı olması gerekip gerekmediğini tartışmıştır. Sonuçta bu faaliyetin ticari amaç içerdiği ve 9. Madde ile korunmadığı kararını vermiştir. Komisyon bu başvuruda, Scientology'in din olup olmadığını tartışmamıştır. Komisyon, Druidizm ve Divine Light Zentrum'un<sup>18</sup> da din olup olmadıklarını tartışma gereği duymamıştır.

İfade edilmeye çalışıldığı üzere Strasbourg otoriteleri, bazı kararlarında bir inancın din olup olmadığını tartışarak karar vermiş, fakat bazı kararlarında din olup olmadığını incelemeye gerek görmemiştir. Örneğin Hoffmann v. Avusturya kararında Yehova Şahitlerinin inançları gereği çocuklarının kan alıp vermelerinin yasaklanmasının dini bir inanç gereği olup olmadığını tartışmamıştır.

- Ayrıca Mahkeme bir din ya da inanç tarafından motive edilen veya etkilenen her türlü hareketi 9. Madde kapsamında de erlendirmemektedir. (Arrowsmith v. UK. (7050/75). DR. 19, s. 5) Örneğin pasifizmi inanç olarak kabul etmiş, fakat askerleri itaatsizliğe teşvik eden broşür yayımlanmasını inancın açıklanması olarak de erlendirmiştir.

Zaten 9. Maddenin kapsamının askerlerde daraltıldığı tespitini yapmak mümkündür. Gerekçe olarak da askeriyede özel kuralların ve katı bir disiplin sisteminin mevcut olduğu ifade edilmektedir. (Yanaşık v. Türkiye ve Kalaç v. Türkiye kararı) Mahkeme askeri disiplinin kendisine özgü doğası, haklar ve özgürlükler konusunda

<sup>14</sup> Danıştay, 10. Dairesi E.1990/3929, K.1992/491 sayılı kararında, nüfus kütüğünün dini hanesine "bahai" yazılmaması yönündeki idari işlemi "bir kişinin dini inancını din olarak sayıp saymama yetkisinin devlete tanınmadığı gerekçesi ile iptal eden idare mahkemesi kararını bozarken, "idarenin bir inancın din olup olmadığını ara tırabileceğini ve Bahai inancının bir din olmadığını" gerekçesi kullanılmıştır.

<sup>15</sup> UZELTÜRK, Sultan; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9 Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti*.

<sup>16</sup> Muharrem BALCI/Güliden SÖNMEZ; a.g.e., s. 274

<sup>17</sup> Arrowsmith v. UK. (7050/75). DR. 19, s. 5.

<sup>18</sup> Omarkanda and the Divine Light Zentrum v. Switzerland, (8118/77). DR. 25, s. 105.

sivillere uygulanamayacak sınırlamaların var oldu unu kabul etmektedir. (Engel davası) "Kişi askeri kariyeri seçiyorsa bazı sınırlamaları baştan kabul etmek zorundadır" şeklindeki bir düşünce tarzı ile, kararlar tesis edilmektedir. (Yanaşık v. Türkiye kararı, Kalaç v. Türkiye kararı)

Türk vatandaşı olan Yanaşık, Ankara Askeri Akademisinde Harp Okulu öğrencisi iken kökten dinci hareketlere katıldı ı gerekçesi ile okuldan atılmıştır. Mahkeme bu kararda 9. Maddenin ihlalinin bulunmadı ı kanaatine varmıştır. Askeri ortamın bir takım özgün kuralları ve bazı özel sınırlamaların söz konusu olabilece i belirtilmiştir. Ayrıca çalışma saatleri dışında dua edip ibadet edebilen başvurunun, askeri okulu kendi iradesi ile seçmiş olması göz önünde bulunduruldu unda din ve vicdan özgürlü üne yönelik bir ihlalin söz konusu olmadı ına ilişkin bir karar vermiştir. Komisyon, disiplin otoritelerinin başvurunun birçok disiplin suçu işledi i ve subay olamayaca ı bulgularını da dikkate almıştır.

Askeri disipline ilişkin di er bir karar ise Kalaç kararıdır. Türk vatandaşı olan Kalaç Hava Kuvvetlerinde hakim olup Yüksek Askeri Şura kararı ile hukuka aykırı köktenci fikirleri benimsedi ini gösteren hal ve tavırları bulundu u gerekçesi ile zorunlu olarak emeklili e sevk edilmiştir. Başvurunun talebi, 9. Maddenin bir din ve inancın gerektirdi i ve esinlendirdi i her hareketini korumadı ı ve bireyin dinini ortaya koyma özgürlü ünü kullanırken kendi özel durumunu da dikkate alması gerekti i gerekçesi ile reddedilmiştir. Kalaç'ın askerlik mesle ini özgür iradesi ile seçti i sivillere uygulanması mümkün olmayan, fakat silahlı kuvvetler üyelerinin hak ve özgürlüklerinin kısıtlaması imkanını veren askeri disiplin

sistemini kabul etti i ifade edilmiştir.

Ayrıca aşı ıdaki ifadelere yer vermiştir; "Devletler orduları için şu veya bu şekilde davranmayı gerektiren özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan yerleşik bir düzene karşı bir davranışı yasaklayan disiplin nitelikte düzenlemeler yapabilir. Başvurucunun askeri hayatın icaplarının sınırları içinde bir Müslüman'ın dini ibadetlerinin normal şeklini oluşturan görevlerini yerine getirebildi i itiraz konusu de ildir. Yüksek Askeri Şura kararı Kalaç'ın dini fikir ve inançlarını veya dini görevlerini yerine getirmesine de il, hal ve tavırlarına dayandırılmıştır. Türk makamlarına göre bu davranış askeri disiplini bozmuş laiklik ilkesini ihlal etmiştir. Buna göre emeklili e sevk kararına yol açan şey başvurunun dinini aç ı vurma şekli olmadı ından, bu kararın 9. Madde ile güvence altına alınan hakka müdahale oluşturmamaktadır."

Vergi hukuku ile ilgili davalar için de, aynı durum geçerlidir. 9. Maddenin vergi hususunda da dar yorumlandı ını gözlemek mümkündür. Mahkeme, vergi yükümlülü ünün vicdani konular için özel bir konu oluşturmadı ına ve vergi gelirlerinin dağıtımının bireyin etkisi ötesinde siyasi bir konu oldu una karar vermektedir. Uaker v. Birleşik Krallık davasında, başvurunun vergisinin askeri konularda harcanmaması talebinin reddinin düşünce, vicdan ve din hürriyetini ihlal etmedi ini ifade etmiştir.

## **b) Din özgürlü üne yapılan müdahale haklı görülebilir mi?**

Sözleşmenin 9. Maddesinin 1. Fıkrasının 2. Cümlesinde yer alan "din ve kanaat de işirme

hürriyeti, alenen veya hususi tarzda ibadet ve ayin veya ö retimini yapmak ve tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini açıklamak hürriyeti" kamu yararı amacı ile sınırlanabilir. Bu şartları taşıyan müdahale Mahkemece haklı görülebilir.

Düşünce ve kanaat, mutlak bir hak olarak sınırlamaya tabi tutulamazken, amel yada uygulama hareketlerine müdahale edilebilmektedir. Din hürriyeti, ibadet hürriyetini, yani inançların dış dünyada ortaya konmasını da kapsamaktadır. Ancak, inançların dış dünyada ortaya konulması açısından dikkat edilmesi gereken husus, bireylerin düşünce, vicdan ve din hürriyeti kullanırken toplumda diğer fertlerin haklarını ihlal etmemesi ve onları rahatsız etmemesidir.

Bu noktada din özgürlüğüne yapılacak müdahale, 9. Maddenin 2. Fıkrasına göre "hukuken öngörölmüş olması", "meşru bir amacı izlemiş olması" ve "demokratik toplumda gerekli" olması şartlarını taşıması halinde, haklı görülecektir.

### 1) "Hukuken öngörölmüş" müdür?

Düşünce, vicdan ve din hürriyetini sınırlayabilecek müdahale, hukuk tarafından öngörülebilir. Mahkeme hukukun öngördüğü ifadesi ile iki koşulu kastetmektedir; İlk olarak **uygulanacak kanun hükmü, kolay anlaşılabilir olmalıdır.** Bireyler belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki kanun normu varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkinci olarak normun vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmelidir. Bu şartları taşıyan bir norm, kanun

olarak telakki edilebilmektedir. (Sunday Times ve Kurslin kararı)

Mahkeme hukukun üstünlüğü kavramına büyük önem vermektedir. Sözleşmenin 9. Maddesi 2. Paragrafı anlamında "Kanun tarafından öngörölmüş"lük koşulunun bir başka ifadesi olan "Hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşırılık"tır. Buna göre, iç hukukun 1. Fıkra ile korunan hakların resmi makamların keyfi suiistimal ve keyfili önleyecek derecede uygun ve yeterli güvenceleri de mevzuat ve uygulamada öngörmelidir. Sözleşme taraf devlete yalnızca müdahale etmeme gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle kalmamış, bu hakkın gerçekten ve fiilen kullanılmasına imkan verecek tedbir ve güvenceleri getirme görevini de yüklemiştir.

Mahkeme, 9. Maddenin 2. Paragrafındaki manada kanun tarafından öngörölmüş kelimeleri ile her şeyden önce suç sayılan önlemin dahili hukukta bir dayanağı olması ve söz konusu mevzuat hükmünün ilgili kişi için erişilebilir olmasını aramaktadır. **Birey bu normun kendisi için hangi sonuçları ortaya çıkarabileceğini bilmelidir.** Ayrıca düzenleme hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyum içinde olmalıdır. Bu takdirde bireyin davanın şartları dahilinde yeterli ölçüde bilgi sahibi olabileceği şekilde sarih olarak ortaya konmuş bir norm, kanun olarak telakki edilebilmektedir. Başvurucu belirli bir eylem dolayısıyla ortaya çıkacak sonuçları makul bir derecede önceden görebilmelidir. İlgili hükümler başvurucunun davranışlarını ayarlayabilmesine olanak verecek ölçüde açık bir şekilde kaleme alınmalıdır. Keyfi kullanıma karşı koruma sistemine sahip olmalıdır.

**Mahkeme hukuken öngörölmüş müdahalenin, mutlaka teknik anlamda bir yasa maddesi olmasını**

**aramamaktadır.** Aslında 9. Maddenin 2. Paragrafı Din veya kanaatlerini açıklama hürriyetinin sadece kanunla sınırlanabileceğini ifade etmiştir. Türk iç mevzuatında da temel haklar alanında yapılan sınırlamanın ancak kanunla yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin uygulamasına baktığımızda, bazı gerekçelerle her konuda kanun yapılamayacağı ve mahkeme içtihatlarının da yeterli bir hukuki düzenleme olarak kabul edildiğini görmek mümkündür.

Bu noktada örnek olarak verebileceğimiz Kokkinakis v. Greece davası, bir Yehova şahidinin komşusuna dini telkinlerde bulunması nedeniyle müdahale ile karşılaşmasının 9. Maddenin ihlali olarak değerlendirilmesine ilişkindir. Bu konuda Yunan yasası muhtemelen açık bir yasaklama getirmemektedir. Başvurucu da "kendi dinine çevirme"nin anlamının yasa ile düzenlenmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise, yasalardaki ifadesinin mutlak kesinlikte olmadığını kabul etmiştir. Fakat yasalarda çok katı ifadeler yer verilmesinin, zamanla ortaya çıkan sorunları çözümlenememesi tehlikesinden kaynaklandığını ifade etmiştir. **Ve yerleşik bir jürisprüdanın (mahkeme içtihatlarının) varlığını, başvurusunun ulaşılabiliyor ve davranışını yasaya göre ayarlayabilir hale getirmesi için yeterli bulmuştur.**

Bu noktada Mahkemenin 9. Maddede yer alan yasa ile düzenleme şartının, muhtemelen da olsa onu açıklayan içtihatlardan çıkartılması halinde var olduğunu kabul ettiğini söylemek mümkündür.

## 2) Meşru bir amacı izlemekte midir?

Kamu güvenliğini, kamu düzeninin korunması ve başkalarının hak ve yükümlülükleri, 9. Maddede öngörülen hakka gerçekleştirilecek bir müdahalenin meşru amacını oluşturabilir.

Mahkeme din özgürlüğü ile kamu yararının dengelenip dengelenmediğini ayrıca incelemektedir. Kötüye kullanıma yasa dışı bütün hak ve özgürlükler için geçerlidir. Din özgürlüğünün dinsel vecibeleri yerine getirme biçiminde ortaya konmasında, toplu ibadet ve bu amaca yönelik araçlar, öncelikle kamu düzeni ve dinginliğini ihlal etmemelidir.

Dini amaçla yürütülen özgürlüğün kullanılmasına getirilen bazı kısıtlamalar, meşru bir amaç izleyebilir. Örneğin, caddeye taşınan toplu bir ibadet, trafiğin düzenini bozabilir; taşınması için tedbir alınabilir. Mahkeme de meşru bir amaca sahip olduğunu gerekçesiyle, vaki müdahaleyi 9. Maddenin ihlali olarak devalendirmeyebilir.

Mahkeme Yüksek kast mensubu kişilerin yerleri süpürme yükümlülüğünü, genel sağlık gerekçesi ile müdahale olarak kabul etmemiştir. (X v. UK. (8231/78). D.R. 28. s. 5. (1982)

Aynı şekilde Mahkeme, motosiklet kullanırken kask takma yükümlülüğünü de, kamu güvenliğini nedeniyle ihlal olarak kabul etmemiştir. (X. v. UK: (7992/77), DR: 14. s. 234, (1978)

Mahkeme bu surette dinsel inanç özgürlüğüne müdahale olduğunu kabul etse dahi, İdarenin kamu düzenini kurumlarında çoğunluğu, hoşgörüyü ve başkalarının haklarını koruma görevi gibi nedenleri dikkate alınarak söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olduğunu sonucuna varabilmektedir.



### 3) Demokratik toplumda gerekli midir?

Hukukun öngördüğü ve meşru bir amaç taşıyan müdahalenin haklı görülebilmesi için, demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi baktığı davalarda muhtelif vesilelerle demokrasi anlayışını ortaya koymuştur. Mahkeme, etkin bir demokrasinin sahip olması gereken nitelik ve özellikleri aşağıdaki şekilde açıklamaktadır.

"Kamu yararı ve bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurup muhafaza etmeye muktedir olmalıdır. Hukuk sistemi, insan haklarına saygı konusunda mümkün olduğu ölçüde Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunun anlayışına uygun olmalı ve **hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmalıdır.** Medeni ve siyasi hakları teminat altına alarak, vatandaşların ekonomik, sosyal ve kültürel alanlardaki temel haklardan tam anlamıyla yararlanabilmelerini sağlamalıdır. Kriz durumlarıyla ve fevkalade hallerle karşılaştığında özel tedbirler almadan önce yürürlükteki hukukun sunduğu bütün imkanları tüketmelidir.

Aşırı tedbirler alınması söz konusu oldu takdirde, bunlar ancak asgari düzeyde ve durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. **Temel insan haklarının özü hiçbir şekilde zedelenmemelidir.** Bu öz, mümkün olduğu takdirde 15. Madde ile korunan hakların ötesindeki temel haklar açısından da göz önüne alınmalıdır. İç düzeni tehdit eden tehlikelere karşı demokratik kurumları zedelemeksizin etkin bir şekilde mücadele edebilmek için gerekli önlemleri almaya muktedir olmalıdır. Hak ve özgürlüklerin kanunla kısıtlanmayan hükümlerini makul ve objektif olarak uygulamalıdır. Çeşitli sınıflara mensup vatandaşlar arasında hoşgörü ve anlayışı hakim kılmalıdır. **Vatandaşların haklarına ancak sosyal bir ihtiyacı karşılamak için müdahale etmeli ve sınırı aşmamalıdır.** İnsan haklarını

güçlendiren yeni düzenlemelere karşı açık fikirli olmalıdır. Özellikle haber alma konusunda çoğunluğu uşalamalıdır. Aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna şikayette bulunuldu takdirde, anlayışlı ve adil olmalı ve Komisyon kararları ile Mahkeme hükümlerini iyi niyetle karşılamalıdır. Devletler bu bala layıcı mekanizma konusunda, vatandaşlarını, haklarını bilinçli bir şekilde kullanmaları için daha iyi aydınlatmalıdır.<sup>19</sup>

Mahkeme bu şartlar altında gerçekleştirilen müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceleme konusu yapmaktadır. Dini açıdan vurma özgürlüğünü kullanmasına karşı yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli sayılabilmesi için, başvurusunun davranışının ayrılmaz bir parçası olduğunu, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumanın gereklilikleri karşısında ölçmek gerekmektedir. Mahkeme önüne gelen her olayın özelliğine göre ayrı değerlendirme yapmaktadır. Genelde başvurucuya karşı uygulanan müdahale ve korunan yarar arasında bir oran gözetmektedir.

Mahkeme, demokratik toplumun Devletin veya nüfusun bir bölümünün hoşuna gitmeyen dini açıdan vurma özgürlüğünü kullanmalarını de koruma altına aldığı beyan etmektedir. Demokratik toplum hoşgörü ve çoğunluk içinde yaşamayı gerektirir. Bunlar olmadan demokratik toplum olmaz.

Nitekim demokratik bir toplumda bilinç ve müsamaha olmalı ve devlet düzeni sağlamalıdır. **Gerginliği kaldırmak için gerginliğin taraflarını ortadan kaldırmamalıdır.** Aksine taraflara ibadet özgürlüğü için gerekli imkanı tanınmalıdır.

Bu noktada Mahkeme toplumsal meşruiyeti bulunan farklılıkları yok etme de il, aksine korunması

<sup>19</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 100-101

gerekti ini belirtmektedir. Bir kararında;

"Dini veya her hangi bir toplumun bölündü ü yerlerde gerginli in yaratılması mümkündür. Fakat bu ço ulculu un kaçınılmaz bir sonucudur. Böylesi durumlarda yetkililerin görevi ço ulculu u tasfiye ederek ço ulculu u ortadan kaldırmak de ildir. Aksine birbiriyle yarışan rakip grupların birbirlerine müsamaha etmelerini sa lama görevi vardır."

ifadelerini kullanmıştır. (Case Of Şerif 19 aralık 1999 Paragraf 53)

## **8. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 9. Maddeyi Uygulaması ve Örnek Kararlar Işı ında Mahkemenin Bakış Açısının De erlendirilmesi**

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi sadece somut olaylara ilişkin kararlar veren bir kurum de ildir, "Avrupa Standardı" oluşturma istemiyle kendisine başvuruda bulunulan bir kurumdur. Bunun için Mahkeme, içtihatlarının devamlılı nı sa lamaya yönelik olarak kararlarında, bir önceki kararlarını gerekçe olarak kullanmaktadır. Bu suretle Mahkeme bazen kendi kararlarının iç hukuka olan etkisini, özellikle yasalara etkisini karar gerekçesinde belirterek, yönlendiricili ini göstermiş olmaktadır.<sup>20</sup>

Strasbourg organları henüz düşünce, vicdan ve din özgürlü ünün kabul edilebilir sınırlarını çizememişlerdir. Sözleşmenin 9. maddesinin her türlü inanç sahipleri ile ateistlere düşünce ve kanaatlerinin korunması için, oldukça diplomatik bir dille ifade edildi i ve ancak kararlarla

uygulamanın netleşti i söylenebilir.

Mahkemenin bazı kararlarında 9. Maddeye özel bir önem atfetti i ve kapsamını geniş tuttu unu ifade etmek mümkündür.

Kokkinakis v. Greece kararında, Mahkeme 9. Maddenin demokratik toplumun temelini oluşturdu una karar vermiştir. Bu kararda "9. Madde, dini açıdan inanç sahibinin kimli ini, yaşam anlayışını oluşturan en önemli ö elerden birisidir. Bu durum aynı zamanda ateistler, agnotistikler, septikler ve ilgisizler için de önemli bir de erdir" ifadelerine yer vermiştir.

Mahkeme ilgi davada, 9. Maddenin di er hükümlerden farklı oldu unu ve sadece inancı açıklama özgürlü üne sınırlama getirildi ini vurgulamaktadır. Maddenin inanç özgürlü üne ilişkin kısmı "mutlak" hak kategorisi içinde de erlendirilmesi gerekti ini de beyan etmiştir.

Harris, Boyle, Wabrick kararında ise "9. Madde ne olursa olsun her görüş ve fikrin korunmasını üstlenmektedir" ifadelerinde bulunmuştur.<sup>21</sup>

Prais v. EC Council davasında ise Musevi olan başvurunun, Cumartesi günü sınav yapılmasının dini yükümlülüklerine aykırı oldu u iddiasını haklı bulmuştur. Komisyon bu kararında, devletin kamusal alan düzenlemelerinin, başvurunun dini inançlarının gereklerini yerine getirmesine bir başka ifadeyle din ve vicdan özgürlü ünün sınırlandırılmasına olanak verilmedi i beyan edilmiştir.

Fakat Komisyon X v. U.K davasında başvurunun hareketinin dinin sonucu olup olmadı nı tartışmamıştır. Okul saatlerinde namaz kılmak için camiye giden bir

<sup>20</sup> YILDIZ, Mustafa, a.g.e., s. 23

<sup>21</sup> Harris, O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londra 1995.

ö retmen hakkında, camide namaz kılmanın ba layıcı bir yükümlülük olmadığını beyan etmiştir. E itim otoritelerinin okul için önemli olmayan zaman diliminde başvurucaya izin verdi ini dikkate almış ve işveren izin vermeme olayını 9. Maddenin ihlali olarak de erlendirmemiştir.

Komisyonun bu şekilde benzer konularda farklı içtihatlarına rastlamak mümkündür. Gay News davasında başvurucaanın Hıristiyanlı a hakaret nedeni ile mahkumiyetini sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Fakat İslam dinine hakaret eden Salman Rüşdü herhangi bir işlem yapılmamasını 9. Maddedeki haklarının ihlali olarak de erlendirmemiştir. Gerekçe olarak, müdahalenin gerçekleşti i İngiltere’de Hıristiyanlık dışındaki dinlere hakaretinin cezai müeyyidesinin bulunmadı ını ileri sürmüştür.

- Mahkeme kilise mensubu olmayan kişiden vergi alınmasını 9. Maddenin ihlali olarak de erlendirirken (Darby v. Sweden. (11581/86). DR.56. s. 166. A.187. (1991), bir ateistin dini bilgiler içeren bir kursa katılma zorunlulu unu, zaten büyük ölçüde derslerden muaf tutuldu una ve dini bir zorlamama olmamasına dayanarak ihlal olarak de erlendirmemiştir. (Angelini v. Sweden. (10491/83). DR. 51. s. 41)

- Yine Mahkeme kişinin bir cemaatten ayrılabilmesi mümkünse, cemaate karşı 9. Maddeden kaynaklanan hakkı olmadığını ifade etmiştir. Devletin dini bir uygulamaya gitmesi durumunda bundan muaf tutulma düzenlenmişse, düşünce, vicdan ve din hürriyetinin ihlal edilmedi ini kabul etmektedir.

Bu surette Komisyonun önce, dinin öngördü ü uygulama hareketlerini daha geniş de erlendirmekteyken bilahare 9. Maddenin din ya da inancın emir ya da telkin etti i tüm davranışları

içermedi ine dair kararlar vermeye başladı ını gözlemlemek mümkündür. Mahkeme içtihatlarına göre, din ve vicdan özgürlü ü dinsel inanca ba lı her hareketi koruma altına almamaktadır. De ışık inançlara ba lı bireylerin yaşad ı demokratik bir toplumda, bir bireyin inancının emretti i bir uygulama di er bireylerin inanç özgürlü ünü korumak ve dinsel ço ulculuk ve hoşgörüyü sa lamak amacıyla sınırlamaya tabi tutulabilir. (Kokkinakis v. Yunanistan).

Mahkeme din ve vicdan özgürlü ünün demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birisi oldu unu belirtmekle beraber, özgürlü ün sınırsız olmadığını ve bu hakkın tarafsız koruyucusu Devletin, toplumsal barışı, hoşgörüyü ve ço ulculuk ilkesini sa lamak amacıyla sınırlama yetkisi oldu unu ifade etmektedir. (Cha’are Shalom ve Tsedek v. Fransa, no 27417/95, § 84; Kokkinakis v. Yunanistan, 25 Mayıs 1993, § 33; Refah Partisi v. Türkiye, no 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 50).

Ayrıca, dinsel özgürlü ün ö retim alanında kullanılması ve ibadet biçimleri kamu ö reniminde tarafsızlı ın sa lanması, bu çerçevede başkalarının haklarının ve kamu düzenin korunması amacıyla, Demokratik bir toplumda sınırlamalara tabi tutulabilece ini beyan etmiştir. (Dahlab v. İsviçre (karar), no 42393/98, 15 Şubat 2001).

Hatta Türkiye’ye ilişkin bir davada, diplomalara başörtülü foto raf yapıştırılması ile ilgili olarak, laik üniversitelerde, kökten dinci akımların kamu düzenini bozmalarının engellenmesi ve başkalarının haklarının korunması amacıyla Devletin düzenleyici tedbirlere başvurmasının Sözleşme’ye aykırı olmayabilece ini de söylemiştir. (Karaduman v. Türkiye, başvuru no

16278/90, Komisyon Kararı, 3 Mayıs 1993, DR 74, s. 93).<sup>22</sup>

Bu noktada Mahkemenin her davayı kendi özellikleri içerisinde de erlendirdi ini ve ayrı sonuçlara ba ladı ını ifade etmek mümkündür.

### **9. Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin Sözleşmenin Di er Maddelerinde Yer Alan Haklarla Beraber İncelenmesi**

Dü ünçe, vicdan ve din hürriyeti, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin di er maddelerinde öngörülen bazı haklarla da ba lantılıdır. 9. Maddeyi, sözleşmenin ifade özgürlü ünü içeren 10. Maddesi, özel yaşama saygı hakkını içeren 8. Maddesi ve e itim esnasında ana babanın inançlarına saygı gösterilme prensibini öngören Ek 1 nolu protokolün 2. Maddesi ve ayrımcılık yasa ını düzenleyen 14. Maddesinde öngörülen haklarla da beraber de erlendirmek mümkündür.

### **a) 12. Madde "evlenme hakkı"**

Mahkeme kişinin dini inancı erken yaşta evlili e izin vermesine ra men iç hukukun bunu engelledi ine ilişkin bir müracaatta konuyu düşünce, vicdan ve din hürriyeti açısından de il, evlenme hakkını öngören 12. Madde kapsamında de erlendirmiştir. (Khan v. UK. (11579/85). (DR.48. s. 253.1986)

<sup>22</sup> Ba larını örttükleri gerekçesi ile e itim ve çalı ma hakları kısıtlanan bayanların Avrupa nsan Hakları Mahkemesine müracaat gerekçeleri ve 9. Madde de öngörülen haklarının ihlal edildi i iddiası ayrı bir çalı ma konusu yapılmı tır. Dahlab v. sviçre ve Karaduman v. Türkiye kararları bu rapor kapsamında irdelenecektir.

### **b) 10. Madde "ifade özgürlü ü"**

Mahkeme sözleşmede güvence altına alınan hakların çatışması durumunu, olayın özelliklerine göre farklı de erlendirmiştir. Ço unluk dininin, inançlarını tahkir etme ihtimali olan bir filme el konulmasını düşünce, vicdan ve din hürriyeti kapsamında de erlendirmiştir. Bu olayda 9. Maddeyi ifade özgürlü ünden üstün görmüştür. (Otto Preminger Instýtute v. Avusturya)

### **c) Ek 1. Nolu Protokolün 2. Maddesi "e itim hakkı"**

Kişilerin inançlarına aykırı bir e itime tabi tutulmama hakkı mevcuttur. Düşünce, vicdan ve din hürriyeti ile amaçlanan ana babanın inanç özgürlü ünü korumak ve ona saygıyı sa lamaktır. **9. maddede ana babanın çocuklarının din e itimini sa lama hakkı düzenlenmemiştir. Fakat protokole ek olarak getirmiştir.** Ek 1. Nolu protokolün, 2. Maddesinin ikinci cümlesindeki "anne ve babaların çocuklarına, kendi dini ve felsefi inançlarına uygun olan bir e itim ve ö retim verilmesini isteme hakkı"nı öngörmektedir. Bu madde de anne babanın e itim programını de iştirme hakkı mevcut olmamakla beraber, Devlete, var olan ve gelişen e itim sistemi içindeki bu inançlara saygı duyma mükellefiyeti getirmektedir. Devletin e itim hakkı önce gelmekte olup, anne babanın inançları ek hüküm konumundadır. Onlara sadece seçme hakkı verilmektedir. Yalnız fikir aşılamaı amaçlamayan e itim sistemine anne babanın müdahale etme imkanı mevcut de ildir. Fakat sözleşme hükümlerine göre kamusal e itim imkanı mevcut de ilse, seçim yapabilece i alternatif imkanlar sa lanmalı, örne in özel okul kurma hakkı sa lanmalı, kendilerini e itebilmelerine izin

verilmelidir. Bu noktada alternatif e itim imkanı vermek 9. Madde kapsamında de erlendirilmelidir.

Konunun önemi ve güncelli i açısından, e itim hakkının di er uluslararası sözleşmeler ve Türk hukuk mevzuatı açısından kısa bir de erlendirilmesinin yapılması gerekmektedir. Nitekim Evrensel Bildiri başta olmak üzere bütün uluslararası hukuk belgelerinde din ve vicdan özgürlü ünün "ö retim" hakkını da içerdi i hüküm altına almıştır. Ö retim özgürlü ü, kamu okulları yanında, dini a ırlıklı olanları da dahil olmak üzere her türlü özel e itim kurumunun kurulup işletilmesinin serbest olmasını gerektirir. Nitekim, İktisadi, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 13. Maddesinin 3. fıkrası devletlere "ebeveynin veya kanuni temsilcilerin, Devletçe kurulanlar dışında okullar seçme özgürlüklerine saygı göster"meleri yükümlülü ü getirmiştir.

Türkiye'de ise Medeni Kanun, aileye çocuklarının din e itim ve ö retimini sa lamak üzere bir hak tanımamıştır. Devlet, bu hakkı tanımak bir yana, e itimin içeri ine ilişkin bir söz hakkını da sa lamamıştır.<sup>23</sup>

Anayasa ile ilgili madde gerekçesinde şu satırlara yer verilmiştir: "İstismar ve suiistimali önlemek amacıyla, din ve ahlak e itim ve ö retimi devlet denetimi ve gözetimi altına alınmıştır. Keza bu e itim, orta e itimde zorunludur. Gayri müslimler, bu zorunlu e itimin dışında bırakılmışlardır.

Öte yandan, Medeni Kanunun 266. Maddesi "Çocu un dini terbiyesini tayin ana ve babaya aittir. Ana-babanın bu husustaki hürriyetini tahdit edecek her türlü mukavele

muteber de ildir" hükmünü öngörmüştür.

Bu hükümler do rultusunda Milli E itim Temel Kanunu 1983'de, 2842 sayılı Kanunla de iştirilerek şu hükme yer verilmiştir: "Türk milli e itiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak ö retimi ilk ö retim okulları ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır."

Bu surette Türkiye İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin aksine, ana ve babanın çocuklarını kendi dini veya felsefi görüşleri do rultusunda yetiştirme hakkını okul içinde sa lamadı ı gibi, zorunlu ilkö retimin 4. sınıfına kadar din e itimi görmesini de yasaklamıştır. Bunun yanında, okul dışında da, lise ça ına kadar özel ya da resmi olarak din ö renimi görmelerinin yasaklandı ını gözlemlemek mümkündür.

Nitekim, din ve ahlak kültürü özellikle ilkokul çocukları için zaten ancak 4. Sınıftan sonra okutulan bir ders olmaktadır. İlk üç yıl boyunca yani on yaşına kadar çocuk herhangi din ya da ahlak bilgisi, ana ve baba arzu etse bile alamamaktadır. On yaşından 15 yaşına kadar da okul dışında din e itimi almaları yasaklanmıştır. Bu durum gerek Medeni Kanun gerekse Avrupa sisteminde ana ve babaya tanınan çocukları kendi din ya da inancına göre yetiştirme hakkının açık bir ihlalini oluşturmaktadır.<sup>24</sup> Zira 6 Mart 1340 tarihli Tevhidi Tedrisat Kanunu ile e itimde birlik öngörülmektedir. 08/06/1965 tarihli ve 625 sayılı Özel Ö retim Kurumları Kanunu, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine özel ö retim kurumları açma imkanı tanımıştır (md. 1). Kanunun 2. Maddesine göre "Özel ö retim kurumları Milli E itim Bakanlı ının denetim ve gözetimi altındadır." Fakat Kanunun,

<sup>23</sup> YA AR, Serap; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, s. 213.

<sup>24</sup> YA AR, Serap; a.g.e., s. 214.

11.07.1984 tarihli ve 3035 sayılı kanunla de iştirilen 3. Maddesinin 3. Fıkrası şu hükmü içermektedir: "Askeri okullar, din e itimi ve ö retimi yapan özel ö retim kurumları ile emniyet teşkilatına ba lı okulların aynı veya benzeri özel ö retim kurumu açılmaz."

Bu noktada Türkiye'de ö rencilerin alternatif e itim alabilece i okulların açılmasına izin verilmemektedir. Bu durum sözleşme açısından önem arz etmektedir. Ana babanın dini ve felsefi inançlarına uygun e itim görebilece i özel okullar mevcut olsaydı, bu konuda bir ihlalin varlığından söz etmek mümkün olamayacaktı.

Mahkeme, özel okullarda e itim görme durumunun mevcut olması halinde, devletin bu dini ö retimi yapmaya mecbur tutulamayacağını, ancak isterse yaptırabilece ini ve ebeveynin buna itiraz edemeyece ini söylemektedir. **Çünkü, Mahkeme bir şeyin zorunlu olup olmamasından daha çok, ana babanın çocuklarını kendi dini ya da felsefi inançları do rultusunda yetiştirme hakkına saygı gösterilip gösterilmedi ini araştırmaktadır.** Yani bir beyin yıkama (doktrinleşme) faaliyetinin var olup olmadığı ile ilgilenmektedir. Dolayısıyla, demokratik bir toplumda, okulların insanlık tarihinin bir birikimi olan inanç ve düşünce sistemlerini taraf tutmadan objektif ve eşit koşullar altında sunmak ve tartışmak yükümlülü ü ortaya çıkılmaktadır.

Bu maddedeki din ve inanç e itimi, hem kendi çocuklarına hem de başkalarına yani herkese din veya inancını ö retme hakkını kapsamaktadır. Özgürlükçü bir düzenleme aynı zamanda "ö retme" ve "bilgi edinme" hakkını içeren bir anlama sahiptir.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> YA AR, Serap; a.g.e., s. 230.

Zira Mahkemeye göre, devlet okullarında din e itim-ö retimi ancak iste e ba lı olarak yapılması halinde bu özgürlükle uyusabilir; kimse kendi adına dini inancına veya vicdani kanaatine aykırı olarak din e itimi almaya zorlanamaz. Ancak, belli din ve/veya mezhebin e itimi şeklinde olmamak kaydıyla, dinler ve ahlaki ö retiler hakkındaki genel kültür bilgisi veren derslerin müfredatta yer alması (Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ifadesiyle [School District of Abington Township v. Schempp/1963]: "laik bir e itim-ö retim programının kapsamı içinde objektif olarak yer alması durumunda", O'Brien 1995: 681) din ve vicdan özgürlü üne aykırı de ildir.

## 10) Genel De erlendirme ve Sonuç

Başlarını ö rttüklere gerekçesi ile e itim ve çalışma hakları kısıtlanan bayanların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine müracaat gerekçeleri ve 9. Madde de ö ngörülen haklarının ihlal edildi i iddiası, ayrı bir çalışma konusu yapılmıştır. Düşünce, vicdan ve din hürriyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında genel de erlendirmesi ve kanaatlerimiz, Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasa nının "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. Madde kapsamında de erlendirilmesi" isimli raporda yapılacaktır.

## Kaynakça

BALCI Muharrem/SÖNMEZ Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yayınları, İstanbul 2001,

Demokratik Hukuk Devletinde Din Ve Vicdan Hürriyeti, Türkiye Gönüllü Teşekküller Vakfı 8. İstişari Toplantısı, Erkam Matbaası, İstanbul 2002.



- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 3, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2000.
- ERDO AN Mustafa; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, Türkiye Günlü ü Dergisi, Sayı 56, Yaz Gündemi, 1999.
- EROL Muhammed Akif; *A.İ.H.S. Uygulamasında Din ve Vicdan Özgürlü ü Kavramı*, Hukuk Dünyası Dergisi, Kasım 1997.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi, Ankara 1998.
- İBRAHİMO LU Hasan; *Başörtüsü Raporu*.
- İnsan Hakları Sempozyumu*; İstanbul Büyükşehir. Bel. Hukuk Müşavirli i Yayınları, İstanbul 1995.
- KABO LU İbrahim; *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Af Yayınları, İstanbul 1993.
- KUZU, Burhan; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*.
- ÖKTEM, Niyazi; *İnsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul 1995.
- ÜNAL Şeref; *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınlar, Ankara 1997.
- ÜZELTÜRK Sultan; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti*, (İstanbul Barosu İHM 1999 İç E itim Seminerleri Notlarından).
- YAŞAR Nuri; *İnsan Hakları Avrupa Sisteminde Ve Türk Hukukunda E itim Hakkı Ve Özgürlü ü*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000.
- YAŞAR, Serap; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, s. 213.
- YILDIZ Mustafa; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Yayınları, İstanbul 1998.



# Üniversitelerde Uygulanan Başörtüsü Yasa ının İHAS 9. Madde Kapsamında De erlendirilmesi<sup>(\*)</sup>

Av. Fatma BENLİ



## 1. Giriş

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesinde güvence altına alınmıştır. Din ve vicdan özgürlü ü, yaşam hakkı, kişi dokunulmazlığı ve güvenli i savunma ve adil yargılanma hakkı, düşünce özgürlü ü, basın özgürlü ü, toplanma ve dernek kurma özgürlü ü gibi, temel hakların yanında sivil özgürlükler arasında yer alır. Bu hakların güvence altına alınmadığı bir yerde ne hukuk devletinin varlığından, ne de demokratik bir siyasal sistemden bahsetmek mümkündür.<sup>1</sup>

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti; belli bir dine veya felsefi inanca inanma, gereklerini aleni olarak yerine getirme, bir dinin veya felsefi inancın telkin ve propagandasını yapma ve nihayet bu dinin esaslarını öğretme ve e itme serbestisi anlamına gelmektedir.

Dinin gerekleri, bireysel ve toplu ibadetler ve dini ayinlerden oluşur. Dinin inanan kişiye yükledi i toplum hayatıyla ilgili ödevler de, bu çerçevede düşünülmelidir. Din ve vicdan özgürlü ünün inananlara sağladığı koruma, ibadet ve ayinlerin aleni –kamu önünde– yapılabilmesini de kapsar. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi 1970 yılında verdi i bir kararda (Welsh v. United States), dini olmayan (ahlaki) gerekçelerle savaşa karşı çıkan kişilerin de din ve vicdan özgürlü üne benzer bir korumaya hakları oldu una hükmetmiştir. (O'Brien 1995: 750). Yine aynı mahkeme 1943 yılında kişilerin dini inançlarına aykırı resmi törenlere (bayrak selamlamaya) katılmaya zorlanamayacağına karar vermiştir. (Barnum 1993: 116-17)<sup>2</sup>

Bu noktada din ve vicdan özgürlü ü sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına almakla gerçekleşmiş olmaz. Bireysel hayatlarında ve toplumsal ilişkilerinde dini inançlarının gerektirdi i şekilde davranma özgürlüklerini de içerir.

Nitekim gerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları

<sup>(\*)</sup> Bu çalışmada "Düşünce, Vicdan ve Din hürriyetinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında De erlendirilmesi" başlıklı Tebliğin tamamlayıcı unsuru olarak gerçekleştirilmiştir.

<sup>1</sup> ERDO AN, Mustafa; "Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti", *Türkiye Günlü ü* 56, Yaz Gündemi 1999, s. 65.

<sup>2</sup> ERDO AN, Mustafa; a.g.e., s. 66-67.

Beyanname ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi gibi TBMM'ce onanan antlaşma ve sözleşmeler, gerekse Helsinki Nihai Senedi, AGİK İnsani Boyut Konferansı Kopenhag Toplantısı Belgesi gibi Türkiye'nin imzaladığı için taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, din ve inanç özgürlüğüne sadece fikir özgürlüğü olarak değil, aynı zamanda uygulama (dinin gereklerini yerine getirme) yı da içerdiği kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde hükme bağlanmıştır.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü demokratik toplumun temel taşlarından birisidir. Bu bağlamda ABD ve Avrupa ülkeleri farklı medeniyet kimliklerini ve yapılarını sistem içine çekebilmek için sembolik açıdan son derece önemli adımlar atmaktadır. Bu ülkelerin liderleri gittikçe Hıristiyanlık dışındaki dini sembollere de önem veren, onları ciddiye aldıklarını vurgulayan konuşmalar yapmaya, özel merasimlerde ve bazı kurumsal yapılarda bu dini geleneklerin temsil edilmesine özel itina göstermektedirler. ABD başkanının göreve başlama seremonisine Müslüman bir din adamının davet edilmesi, İngiltere'de Lordlar Kamarasına Müslüman, Hindu ve Sihleri temsilen atamaların yapılması gibi. Böylesi uygulamalar hem uluslararası düzenin hem de ulusal düzenlerin meşruiyeti ve bu düzenlere katılım açısından özel bir önem taşımaktadır.

Türkiye'de ise 1998 yılından itibaren din ve vicdan hürriyetinin kullanımı açısından idarenin teamülleri değişmiştir. Kadınlar din ve vicdan hürriyetlerinin tezahürü olan başörtüsünü taktıklarında kamusal alanda pek çok sınırlama ile karşı karşıya kalmaya başlamışlardır. Aslında başörtüsü yasası, sadece ülkede de işen tutum değil işikli

sonrası oluşan siyasi bir uygulama olarak gerçekleşmiştir. Yasal mevzuatta hiç bir de işiklik olmadı ı halde oluşan uygulama de işikli i sonrası başörtüsü takan bayanlar önce üniversitelerden, sonra çalışma hayatından, nihayet İmam Hatip Liselerinden ve hayatın diğer alanlarından dışlanmaya, temel haklarını kullanabilmeleri başlarını açma şartına bağlı tutulmaya başlamışlardır.

Bu raporda da başörtülü bayanlara karşı gerçekleştirilen uygulama, bu uygulamanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. Maddede öngörülen düşünce, vicdan ve din hürriyetine müdahale teşkil edip etmediği, sözleşme hükümlerine göre müdahalenin meşru olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenecektir. Bunun için öncelikle başörtülü ö rencilere karşı gerçekleştirilen müdahale ortaya konmuştur. Bilahare başörtülmesinin dini inanç gereği olup olmadığı incelenmiştir. Bu surette düşünce, vicdan ve din hürriyetine ihlalin varlığı ortaya konduğunda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki müdahaleyi haklı hale getirebilecek istisnaların mevcut olup olmadığı incelenmiştir. Mahkemenin başörtülü başvuruçulara ilişkin kararları ve genel olarak 9. Maddeye ilişkin kararlar ifade edildikten sonra, başörtülü ö rencilere karşı gerçekleştirilen müdahalenin farklılıkları ortaya konmaya çalışılmıştır. Rapor düzenlenirken, mahkeme kararlarından ve somut vakılardan yararlanılmış, yorum ve genelleme yapılmamaya özen gösterilmiştir. Bu çalışma "Düşünce, vicdan ve din hürriyetinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bağlamında değerlendirilmesi" başlıklı raporun tamamlayıcı unsuru olarak gerçekleştirilmiştir.

## 2. Başını Örtten Üniversite Örencilerine Karşı Gerçekleştirilen Uygulama

1998 yılında başlayan süreçte 2002 yılı itibarı ile gerçekleştirilen uygulamalarda;

- Yüksekö retim Kurumlarında e itim gören ö renciler, başörtülü foto raf vererek kayıt yaptıramamakta ve kimlik alamamaktadır.
- Ö rencilerin okul bahçesine girişleri özel güvenlik görevlilerin mukavemeti ile engellenmektedir. Başörtülü ö renciler bizzat din e itimi veren ilahiyat fakülteleri dahil olmak üzere tüm fakültelerde, kampüslere alınmamaktadır.
- Başörtülü ö rencilerin kampüs dışındaki kütüphane, spor merkezi ve sa lık merkezlerine girme imkanı bulunmamaktadır.
- Ö renci ya da sade vatandaş hangi statüde olursa olsun, saçları açık olmayan bir bayanın, Yüksekö retim Kurumlarına ait kapalı veya açık herhangi bir birimine girmesine izin verilmemektedir. Araştırmacı statüsü ile çalışma yapmak isteyen başörtülü vatandaşların, kampüs dışında yer alan kütüphaneye girmesine izin verilmemektedir.
- Kişinin evi konumundaki üniversite lojmanlarına, başörtülü ziyaretçiler alınmamaktadır.
- Derslere girme mecburiyeti bulunmayıp televizyon yoluyla e itim verilen, "açık ö retim" sisteminde; ö rencilerin başı örtülü sınavlara girmelerine müsaade edilmemektedir. Başörtülü bir ö renci sınava girmişse sınavı geçersiz sayılmaktadır.

- Yasak, 2001 yılı ÖSS Kılavuzunda yapılan de ışiklik ile, yüksek ö retim sınavını kazanıp kazanmayaca ı belli olmayan adayların katıldığı Ö renci Seçme Sınavında yürürlü e konmuştur. (ÖSS sınavına giremeyen ve başarı puanını belgeleyemeyen ö rencilerin yurtdışında da ö retim görmelerine imkan yoktur.)
- Yüksekö retim Kurumu 2002 tarihinde aldığı kararlarla başörtüsü yasa ını saklayıcı nitelikte oldu unu ifade ederek peruk, bere ve şapkanın yasak oldu unu ifade etmiştir. Uygulama ise, görevlilerin ö rencilerin gerçek saç ını yoksa peruk mu oldu unu kontrol etmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir.

## 3. İHAS'ın Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetini Öngören 9. Maddesi

- Her şahıs düşünce, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak, din ve kanaat de iştirme hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve ayin veya ö retimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini açıklamak hürriyetini de içerir.
- Din veya kanaatlerini açıklama hürriyeti demokratik bir toplumda ancak kamu güvenli inin, kamu düzeninin, genel sa lı ın veya umumi ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir.

## 4. Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti ve Başörtüsü Yasa ının

## İHAS 9. Madde Kapsamında De erlendirilmesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki anlamıyla din ve vicdan hürriyeti, kimsenin dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmaması; dini inanç ve kanaatlerinden ve dini inancın gereklerini yerine getirip getirmemesinden dolayı kınanamayıp suçlanmamasıdır. Düşünce, vicdan ve din hürriyetini önce inanç özgürlüğü, akabinde ise dini inancını töre, ö retim uygulamalar ve ayinlere katılma yolu ile açıklama özgürlüğü olarak tanımlamak mümkündür.

Maddenin 1. Fıkrası, düşünce, din ve vicdan hürriyetinin kapsamını belirlemekte ve herkese düşünce, din ve vicdan hürriyetine sahip olma hakkını tanımaktadır. Birinci cümledeki bu hak, mutlaktır. Herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz. Devletler bu hakka mutlak şekilde saygılı olmakla yükümlüdürler.

Bu noktada din ve vicdan hürriyeti, kişiye ba lı dokunulmaz bir haktır. Nasıl düşünce hürriyeti, aynı zamanda düşünceyi ifade etme özgürlüğü beraberinde getirdi inden bir bireye "düşünebilirsin ama özgürce ifade edemezsin" denemiyorsa, din ve vicdan hürriyeti de, inanma ve inandı ını, kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla uygulama hakkını da beraberinde getirir. İnanç, zaten insanın içinde oldu u için fiilen müdahale edilemez. Bu durumda inandı ı gibi yaşama yani ibadet özgürlüğü, din ve vicdan hürriyetinin kapsamında oldu unda şüphe yoktur.

Cümlenin ikinci bölümü, tanınan bu hakkın içeri ini belirlemektedir. Tek başına toplu olarak, aleni ve özel olarak ibadet, ayin ve ö retim suretiyle aç ı a vurma hakkı bu ba lamda belirtilmiştir. Bunlar sırasıyla

"worship-ibadet," "teaching-ö retim", "practice-uygulama" ve "observance-dini tören, mezhep, tarikat, ayinlere katılma"dır.

Din ve vicdan özgürlüğü ünün sa ladı ı somut güvence, devletin dini-vicdani inançları veya kanaatleri nedeniyle bireyleri herhangi bir şekilde kınamaması, hak mahrumiyetine ve ayrımcı muameleye maruz bırakmaması ve inancını de ıştirmek için baskı yapmamasıdır.

Bireyler bir dine inanıp inanmamakta serbesttirler. İnanma ve inanmama durumu din ve vicdan özgürlüğü ünün koruması altındadırlar. Kanaat özgürlüğü ünün, din alanında dışa vurumu da ibadet özgürlüğü üdür.

Din ve vicdan hürriyetinin varlı ı için sadece inanma, inancın gereklerini yerine getirme, propagandasını yapma, e itim ö retim serbestisinin var olması yeterli de ildir. Bir dini benimsemek ve onun gereklerini yerine getirmek e itim ve ö retim, çalışma hakkı gibi bir di er temel hak ve hürriyetten mahrumiyet sonucunu do uruyorsa, bu durumda din ve vicdan hürriyetinin özünün zedelendi i kabul edilir. Sözleşmeciler Devletler inançlara saygıyı yani bu özgürlüğü ün fiilen ve gerçekten kullanılmasını sa lamak için gerekli tedbir ve güvenceleri getirmekle yükümlüdür.

Türkiye din ve vicdan özgürlüğü ünü sadece düşünce anlamında de erlendirmekte ve "inanabilirsiniz ama inandı ınız gibi davranamazsınız" anlamında bir söylem geliştirmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni kanun haline getiren 8662 sayılı Yasanın 9. Maddesi, orijinal Fransızca metninden Türkçe'ye tercüme edilirken dini inancının tatbikatını sınırlandırmak için amel uygulama hareketleri cümlesi çıkartılmıştır. Bu surette inanmak serbest ve fakat tatbikat idarenin takdirine bırakılmak istenmiştir.



Amel uygulama hareketleri bir kimsenin dinin buyruklarını yerine getirmek suretiyle yaptıklarıdır. Türkçe metinde yer almayıp asıl İngilizce ve Fransızca metinde uygulama hareketleri özgürlük kapsamındadır. Türkçe metnin farklı olması, düşünce, vicdan ve din hürriyetinin, dinin gereklerini yerine getirme özgürlüğüne içermediği anlamına gelmemektedir.

9. Maddede öngörülen din özgürlüğü, bireyin dinini ortaya koyması anlamına da gelir. Düşünce ve din özgürlüğü sadece düşünme ve inanma alanında kalması halinde, kişinin iç dünyasında kalan bir inanca zaten karışılma imkanı mevcut değildir. İnanç hakkı, insanın içinde kaldığı için mutlak değildir. İstense de bu hak ihlal edilemez. Önemli olan inancın yerine getirilmesine engel olunmamasıdır. Düşüncelerinin dışarı vurulması halinde temel haklarının kısıtlanmamasıdır.

Başörtülü bayanlar dini inançları gereği başlarını örttüklerinden okula girmelerine izin verilmemektedir. Bir birey olarak sahip oldukları hakları kullanmaları başlarını açma şartına bağlı tutulmaktadır. Kendilerine başka bir alternatif bırakılmamaktadır. Bu noktada başını örten öğrencilerin eğitim haklarını kullanılmalarının başlarını açma şartına tabi tutulması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesine müdahale oluşturmaktadır.

#### a) Başın Örtülü Olması Dinin Bir Gereği midir?

Başörtülü bulunmanın dini bir inanç gereği olduğu unda ihtilaf bulunmamaktadır. Esasen, başörtüsü konusunun, "Dinle ilgili olup olmadığı" ortaya koyması gereken yegane kaynak, İslâm'ın temel

kaynaklarıdır. Bu kaynaklarda, başörtüsünün İslâm'ın bir emri olduğu açık ve net biçimde ortaya konulmaktadır.<sup>3</sup>

Başbakanlık a b a l ı bir Devlet Kurumu olan Diyanet İşleri Başkanlığı da, "Başörtüsünün, dini bir vecibe (zorunluluk) olduğu"nu teyit etmektedir. Dini konularda devlet adına görüş bildiren tek kuruluş, 633 sayılı "Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasanın" 1. ve 5. Maddesindeki "c" bendi gereği Diyanet İşleri Başkanlığıdır. Bu kurum da müteaddit defalar kendisine müracaatla başörtüsünün İslâm dininin bir emri olup olmadığını soran kişilere karşı verdiği cevabi yazılarda, başörtüsünün dinin bir gereği olduğunu açıklamıştır.

Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulunun 30/12/1980 tarih ve 77 no'lu kararında da, Müslüman hanımların başlarını örtmelerinin, belli bir zümrenin sonradan ortaya çıkardığı bir adet veya işaret değil, İslâm dininin bir hükmü olduğu, bu emirlerin bir gereği olarak kadınların örtünmesinin Türk milletinin bir örfü haline geldiği, Türkiye'deki hanımların çoğunluğunun başlarını örtmesinin de bunun bir delili olduğu vurgulanmıştır.

İlgi görüş, Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı tarafından 03/02/1993 tarihinde tekrarlanmıştır. Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı bu fetvasında "kadınların başörtülerini,

<sup>3</sup> İslâm'ın başörtüsü emri konusunda, a a l ı temel kaynaklara bakılabilir. (Hak Dini Kuran Dili -Kuran Tefsiri- Elmalı Muhammet Hamdi Yazır, Diyanet İşleri Başkanlığı, İstanbul, 1968, cilt 5, s. 3503), (Tefhimü'l-Kuran -Kuran Tefsiri-, Ebul Ala Mevdudi, Yeni Afak Yay., İstanbul, 1996, cilt 3, s. 522 ve devamı), (Sahih-i Buhari, Tefsir-ü Suretün Nur, Çarşı Yay., İstanbul, 1981), (Sahih-i Müslim) (Siret Ansiklopedisi, nkılap Yay.), (Bütün Yönleriyle Asrı Saadet'te İslâm, -Giyim-Kuşam maddesi- İstanbul, 1994, Beyan Yayınları, cilt 4, s. 351).

saçlarını, başlarını, boyun ve gerdanlarını iyice örtecek şekilde yakalarının üzerine salmaları, Dinimizin, Kitap, Sünnet ve İslâm Alimlerinin ittifakı ile sabit olan kesin emridir. Müslümanların bu emirlere uymaları dini bir vecibedir" ifadelerini kullanarak konuya açıklık getirmiştir.

Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı'nın, "Tesettür" konulu, B.02.1.DİB.0.10/212 sayılı, 6 karar no'lu ve 03.02.1993 tarihli kararında, Kuran-ı Kerim'in Nur Suresi'nin 31. ayetinde geçen,

"Mü'min kadınlara da söyle, başörtülerini yakalarının üzerine salsınlar"

ifadesi dayanak olarak alınmış, "örtünme" konusu geniş bir şekilde ele alınarak, sonuç kısmında şu fetva verilmiştir:

"Kadınların, başörtülerini, saçlarını, başlarını, boyun ve gerdanlarını iyice örtecek şekilde yakalarının üzerine salmaları, dinimizin; Kitap, sünnet ve İslâm alimlerinin ittifakı ile sabit olan kesin emridir. Müslümanların bu emirlere uymaları, dini bir vecibedir. "

Bu ayet dışında, Ahzab suresinin 60., Nur suresinin 60. vs. ayetlerinde de, başörtüsü ve örtünmeyle ilgili emirler yer almaktadır.

2002 yılında da, 17/03/2002 tarihli gazetelerde ifade edildi üzere fetva **de işmemiştir**. Din İşleri Yüksek Kurulu, görüşlerini aynen muhafaza ettiklerini ifade etmiştir. Bu surette Devletin dini konularda görüş açıklamaya yetkili tek Resmi Organı, bayanların başlarının örtülmesinin sadece dini inanç gereği olduğu ortaya koymaktadır.

Diyanet İşleri Başkanlığı, Anayasa gereği Din hizmetlerini yürütmeye çalışan, bir kamu kurumudur. Özerkli olmayan bu kurumun, Devlet Bakanlığına bağlı olduğu göz önünde tutulduğunda,

etki altında kalmadan yanıt vermesi oldukça zordur. Buna rağmen, dinle ilgili Devletin en yüksek kurumu, başörtüsünün dinin emirleri gereği takıldığını ortaya koymaktadır. Bu noktada başörtüsünün din ve vicdan hürriyeti bakımında de erlendirilmesi gerektiği açıklık kazanmaktadır.

Aslında İslâm dininin kadınlar için başörtüsünü gerçekten emredip emretmediği tartışması olsaydı dahi, bu konu din özgürlüğü önün korunması bakımından önemli olmayacaktı. Esasen, laik bir devlet dinin gereklerinin neler olduğu konusunda bala yıcı söz söyleme hakkına sahip de değildir. Bu nedenle, kamu makamları başörtüsünün dini bir zorunluluk olmadığını yönündeki kanaatlerini gerekçe olarak sunamazlar. Din özgürlüğü önün korunması bakımından önemli olan, bu spesifik (mahsus) giyim biçiminin onu tercih edenlerce dinlerinin bir gereği olduğu inandırıcıdır. Burada korunan ne dinin kendisi, ne genel olarak dini buyruklar, ne de özel olarak başörtüsüdür, korunan sadece inancın kendisidir.<sup>4</sup>

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi "...sözleşmenin garanti ettiği din özgürlüğü, devletin dini inançların ne olduğu veya bu inançları açıklamak için gerekli araçların ne olduğu belirlemek hususunda her hangi bir takdir hakkını ihraç eder(kabul etmez)" mütalaasıyla verdiği bir kararında devletin dini tanımlama yetkisini kabul etmemektedir. (Case of Manu Ussahis and others v. Prif.... davası)

Çünkü, laik bir devleti neyin "din" olup neyin olmadığı konusunda karar vermeye yetkili değildir. Mahkeme bala iş toplama kampanyası yürüten "Varım" (I am) dinin mensuplarının kovuşturulmasıyla ilgili olarak

<sup>4</sup> ERDOĞAN, Mustafa; a.g.e., s. 9.

1944 yılında verdi i bir kararda (United States v. Ballard), jürinin, sanıkların inancının sahici mi sahte mi oldu una karar veremeyece ini belirtmiş ve şöyle demiştir: "İnsanlar kanıtlayamayacakları şeylere inanabilirler, (dolayısıyla) dini doktrin ve inançlarını kanıtlamak zorunda de ildirler." (O'Brien 1995: 748-49)

Sorun, bazı ülkelerde uygulanan, yüksek öretim kurumlarında forma (Tek tip elbise) veya "bayanların pantolon, erkeklerin parka giyemeyecekleri..." gibi **sınırlamalar...** veya "erkeklerin kravat takma, belirli renk ayakkabı giyme... bayanların etek giyme..." gibi **düzenlemeler/zorunluluklar** olsa idi, bu konuların tartışılacağı zemin, "kılık kıyafet" zeminini (platformu) olabildi. **Ancak** konu, "**başörtüsü**" olunca, Kurumların/İdarenin, "Kılık-Kıyafet" konusunda düzenleme yapma hakkı ve yetkisinden söz etmek mümkün de ildir.

Başörtüsünün, kılık kıyafetle ilgili bir sorun olmayıp, dini bir yükümlülük olması, idarenin düzenleme yapma yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Bu durum bizzat dine müdahaledir. "Din ve vicdan özgürlüğü", diğer hak ve özgürlüklerden (özellikle düşünce özgürlüğünden), önemli bir noktada ayrılmaktadır. Diğer hak ve özgürlüklerin içeriği, belli bir konsensüse göre, tespit edilebilir, de iştirilebilirken..., din ve vicdan özgürlüğüyle ilgili bir konu, kural olarak ön kabullere-inançlara dayandı ndan, bu hak ve özgürlüklerden yararlanacak olanların "sayısı ne kadar az" ya da "inanılan şeyler bilimsel metotlara" ve "mantık kurallarına ne kadar aykırı" olursa olsun, inanç sahipleri, etkin bir koruma altına alınmakta, "temel hak ve Özgürlüklerle ilgili" evrensel nitelikteki metinler ile güvence

altına alınmaktadır. Dini; insanların fikir ve düşünce eseri olan bir sistem, bir ideoloji olarak algılamak ve yorumlamak mümkün de ildir. Bir dine mensup olmanın temelinde, zorunlu olarak o dinin önerdiği emirlere kişisel bir katılım söz konusu olmalıdır. Bu noktada idarenin dinin emirlerini sorgulama, başını örten örencilere yasak getirme hakkı mevcut de ildir.

Üniversitelerde ise sadece başını örten bireylerle ilgili olarak müdahale gerçekleştirilmektedir. Zira hiç bir şekilde herhangi bir kıyafete sınırlama getirmemekte, sadece dini inançlarla başını örtenlere karşı çıkılmaktadır. Nitekim yükseköretim öğrencileri her türlü renk ve biçimde etim görmektedirler. Hiç kimseye eteğinin boyu, kıyafetinin rengi, saçının uzunluğu, kısalığı ya da sakalı hakkında herhangi bir sorun çıkartılmamaktadır. Sadece başörtülülerin okul bahçesine dahi girmesine izin verilmemektedir. Bu noktada başın açık bulunması, istediği biçim ve modelde saçlarının kestirilmesine karışılmadığı halde, saçlar sadece dini inanç gereği örtüldüğü için müdahale gerçekleştirilmektedir. Bu surette, etim hakkının kısıtlanması başörtülü öğrencilerin hal ve tavırlarına ve somut davranışa göre de il, bizatihi dini fikir ve inançlarına dayandırılmaktadır. Öğrenciler salt dini inançları gereği cezalandırılmaktadırlar.

Kesici, delici, yaralayıcı, bereleyici... bir özelliği bulunmayan başörtüsünün, ceza yasaları nezdinde, yasak kapsamında bir materyal olmadığı bilinmektedir. Boyuna takıldığına herhangi bir sorun olmadığına göre, meselenin, başörtüsünün üzerindeki desenler olmadığına da açıktır. Başörtüsünün, boyun hizasından yukarıya doğru çıkıp, başı örtmesi halinde sorun teşkil

etti ine göre, sorunun dinle ilgili oldu u açıktır.

Halbuki 9. madde devleti bireyin dini ödevlerini yerine getirmelerini kolaylaştırma yükümlülü ünü getirilmektedir. Bu madde gere i Yüksek Sözleşmeci Taraf inançlara saygıyı ve bu özgürlü ü gerçekte ve fiilen kullanılmasını sa lamak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Türkiye de kişinin dini inançlarına saygı göstermek ve bunun için tedbir almak bir yana, hiç kimse ve hiç bir kıyafet için mevcut olmayan bir yasak sadece başörtülülere uygulanmaktadır. Bu durum dinin gereklerine müdahale oluşturmaktadır.

Ö rencilerin taktı ı başörtüsünün, dinini aç ı a vurma şekillerinden bir ibadet ve uygulama niteli inde oldu u açıktır. Bir bayan için başını örtmek dini ibadetin normal bir şeklidir. Din özgürlü ü ço ulcu ve demokratik bir toplumun temellerinden biri oldu undan, dinini aç ı a vurma hakkını da içermektedir. Buna ra men ö renciler uygulamada e itim hakları yada dini inançları arasında bir tercih yapmak zorunda bırakılmaktadır. Birinden birini tercih etmesi istenmektedir. Di er bir deyişle, e itimli meslek sahibi olma hakkı için kişiliklerinden vazgeçmeye zorlanmaktadır. Bu iki hakkın kullanımının birbirine engel teşkil etmesi, vicdan özgürlü üne bir müdahale teşkil etmektedir. Bu durum kişiyi ahlak ve inançlarına aykırı bir işi yapmaya zorlamadır.

Ö renciler başını açmamaktadır. Zira inançları gere i başın örtülü bulunması gerekti ini düşünmektedirler. Salt İslâm dininin gereklerini yerine getirmek için başını örtmekte, buna inanmaktadırlar. Sokula giderken başını örtmekte, bütün

yaşantılarında baş ı örtülü bir yaşam tarzını benimsemektedirler.

"Başörtüsünün ister geleneksel nedenlerle isterse dini inanç nedeniyle olsun başörtüsü takmayı tasvip etmeyen, yanlış bulan kişilerin başını örten kadınların tercihine saygı göstermekle ödevli oldukları Devletin ve kamu makamlarının ise isteyen kadının başını örtmesini engellemek ve bu tercihinden dolayı onu hiçbir biçimde ma dur etmemek-başka haklarından ve meşru çıkarlarından yoksun bırakmamak yükümlülü ü altında" oldu u<sup>5</sup> Türk doktrinde ifade edilmiştir.

"Başörtüsü takan kadınların tercihlerini kendi özgün iradeleri ile yapmadıkları" gibi bir yorum yapılamayaca ı bu nedenle "İnsan hakları konusunda herkesin tercihini oldu u gibi kabul edip ona göre saygı göstermekten başka çıkar yol olmadı ı" belirtilmektedir.

Bu noktada dinin bir gere i oldu u Diyanet İşleri Başkanlı ınca ifade edilmiş şekilde başını örten bir ö renciyi dini inançları ve bireysel ahlak anlayışına göre bir kıyafet yasa ına uymaya zorlamak, uymadı ı takdirde başta e itim ve ö retim hakkı olmak üzere temel haklarını kullanmasına izin vermek, e itim yada dini inançları arasında tercih yapmak zorunda bırakmak 9. Maddede güvence altına alınan Din ve vicdan özgürlü üne müdahale oluşturmaktadır.

## b) Müdahaleyi Haklı Hale Getirebilecek Sebepler Mevcut De ildir

Sözleşme'nin 9. Maddesinde bir din ve inanca sahip olmakla beraber, ba lı olunan dinin gereklerinin yerine getirilmesi ve uygulanması da korunmaktadır.

<sup>5</sup> ERDO AN, Mustafa; a.g.e., s. 6.

Bu kısmı oluşturan fiili uygulamalar yani, maddenin 1. Fıkrasının 2. cümlesinde yer alan din veya inancı açığa vurma özgürlüğü, mutlak ve sınırsızdır. Sözleşmede öngörülen sınırlamalara tabidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. Maddesinin 2. Fıkrası, "Din veya kanaatlerini açıklama hürriyeti demokratik bir toplumda ancak kamu güvenliğini, kamu düzeninin, genel sağlığın veya umumi ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir." hükmünü içermektedir.

Bu noktada Sözleşmeci Devletin din özgürlüğüne getirebileceği kısıtlamaların, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bağlamında müdahale olarak nitelendirilmemesi için, üç kesin koşula sahip olması zorunludur. Bunlar;

- Yasalar tarafından öngörülmesi
- Meşru bir amaç gütmesi
- Demokratik bir toplum için gerekli olması'dır.

#### Müdahale Hukuken Öngörülmemiştir

Düşünce, vicdan ve din hürriyetini sınırlayabilecek müdahalenin ancak hukukun öngördüğü bir müdahale olması gerekmektedir. Mahkeme hukukun öngördüğü ifadesinden iki koşulu çıkarmaktadır: İlk olarak uygulanacak kanun hükmü, kolay anlaşılabilir olmalıdır. Bireyler belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki kanun normu varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkinci olarak normun vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmesidir. Bu şartları taşıyan bir norm, kanun

olarak telakki edilebilmektedir. (Sunday Times ve Kurslin kararı)

Bu bağlamda başörtülü yasaın hukuken öngörülüp öngörülemeyeceğini, anayasa ve yasalar bağlamında de erlendirmek gerekmektedir.

#### 1) Anayasa

Başörtüsü, gerek kıyafet, gerek dini inancın yaşanması, gerekse eğitim yönü itibarıyla, temel hak ve özgürlüklerin kapsamı içerisinde bulunduğundan, bu hak ve özgürlüğün sınırlandırılması da anayasaya uygun olmak zorundadır. **Salt yorum yoluyla** Anayasa'nın herhangi bir maddesinin, başörtülü öğrencilerin okula alınmamasının gerekçesi olmasına imkan yoktur. Temel hak ve özgürlüklerin, hangi koşullarda sınırlandırılabilmesi, bu sınırlamanın hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı bizzat Anayasa'da belirlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında, kıyafet sınırlaması getiren herhangi bir madde bulunmamaktadır. Anayasa'da kılık kıyafet düzenlenmediğinden, başörtüsü de yasaklanmamıştır. Zaten hakların güvencelerinin sağlanması ve erklerin ayrıldığı toplumlar Anayasaya sahiptir. Liberal demokrasi anayasalarının hepsi, en azından kurumsal olarak insan kişiliğine saygı ve temel hakların güvencesi olarak ifade edilebilecek de erler bütününe dayanmaktadır. Anayasalar hakları yaratmamakta, sadece tanımaktadırlar. Demokratik bir toplum Anayasasında, kişilerin başlarının açık yada kapalı bulunmasını gerektirecek herhangi bir maddenin bulunması düşünülemez. Bu nedenle Türkiye Anayasasında kıyafete ilişkin herhangi bir sınırlamanın varlığına rastlamak söz konusu değildir.

Aslında üniversitelerde öğrencilerin başlarını örtmesinin

engellenmesi, anayasayla güvence altına alınan, "Din ve Vicdan özgürlüğü", "E itim Özgürlüğü", "Düşünce Özgürlüğü"nin ihlali nedeniyle, Anayasanın ihlali niteliindedir. Anayasanın 42. Maddesinde, kimsenin e itim ö retim hakkından yoksun bırakılmayacağı ö retim kapsamının kanunla tespit edileceği ve düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 24. Maddesi de "Herkes vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Kimse ibadet, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz." ifadelerini içermektedir.

## 2) Kanunlar

Yürürlükte bulunan 1982 Anayasasının 13. Maddesi, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlama sebeplerini öngörmektedir. Madde; "Temel Hak ve Özgürlüklerin, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığının korunması amacı ile ve ayrıca anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir." hükmünü içermektedir.

Bu bağlamda Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan "e itim ve ö retim" hakkının kıyafet gibi sonuçta biçimsel bir nedenle kullanılamaz hale gelmesi için yasaklamanın ancak bir kanun hükmü ile olması gerekmektedir. Yasa hükmü ile yapılabilecek sınırlamanın hukuka uygun olabilmesi, üçüncü kişilerin somut hak ve menfaatlerinin koruma amaçlı gerçekleştirilmesine bağlıdır.

Devlet e itim hakkını bir kamu hizmeti olarak tüm bireylere sunmak zorundadır. Üniversite öğrencileri kamu hizmeti almaktadır. Lisans düzeyinde e itim hizmeti sadece Yükseköğretim Kurumuna bağlı üniversiteler tarafından verilmektedir. E itim hakkı da temel bir haktır. Bu noktada bir üniversite öğrencisinin başını örttüğü için okula girmesinin başını açma şartına bağlı tutulması, açık bir yasa hükmünün varlığına bağlıdır.

Türkiye Cumhuriyeti yasalarından sadece iki tanesi kılık kıyafetle ilgili hükümler içermektedir.

Bunlardan birincisi 28.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisasi Hakkındaki Kanundur. Yasa TBMM üyelerine ve memurlara şapka mecburiyeti getirmektedir. Bu kanun erkeklerin şapka dışındaki bir başlığı kullanmasını engellemektedir. Yasa erkekleri ilgilendirmekte olup, kadınların başlarını örtmesini engellemeye yönelik herhangi bir ifadesi mevcut değildir. Kaldı ki öğrenciler şapka ile başlarını örttüklerinde de, Yükseköğretim Kurumlarına alınmamaktadırlar.

Kılık kıyafete ilişkin yegane ikinci yasa, 3.12.1934 tarihli, 2596 sayılı, "Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun"dur. Yasa metni altı maddeden oluşmaktadır. Kanunun kimlere uygulanacağı açıkça belirlendiği için metinde belirtilen kişilere haricinde kimselere uygulanmasına hukuken imkan yoktur. Yasa, açıkça ruhanilerin kıyafetlerine, izcilik, sporculuk gibi toplulukların, yabancı memleketlerin siyaset, askerlik ve milis teşekküllerin ve ecnebi teşekkül mensuplarının kıyafetlerine ilişkindir. Ayrıca, hangi din veya mezhepten olursa olsun, mabet veya ayinler (dini törenler) dışında, dini kisvelerin



giyilemeyece i"ni düzenlemektedir. Kanunda, öngörülen bu yasak din adamlarınca giyilmesi söz konusu olan sarık, cübbe ve ruhanilerin giydikleri kıyafetleri içine almakta ve erkekleri ilgilendirmektedir. Ruhani kıyafetin ne oldu u Nizamnamenin 2. maddesinde din adamlarının kıyafeti olarak açıklanmıştır.

Bu ifadeyi başörtülü ö renciler açısından dini kıyafet olarak de erlendirmek mümkün de ildir. Başını örten bayanların ruhani olmadığı ı açıktır. Metni gayet açık ve sarih olan kanun maddelerinde bayanların kıyafetine ilişkin en ufak bir kısıtlama ya da yasaklama yada herhangi bir atıf mevcut de ildir. Nitekim yasa bayanların kıyafetine ilişkin yasaklamalar içerseydi, kanunun uygulanmasını sa lamak üzere çıkartılan nizamnamede bu durum açıkça belirtilirdir. Nizamnamede kadınlara ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

Hak ve hürriyetleri ilgilendiren bir konuda, mevzuatta açıklık ve kesinli in bulunması ve sınırlamaların dar yorumlanması esastır. Kıyafet nedeniyle çalışma yada e itim hakkı gibi Anayasa'da güvence altına alınmış temel bir hakkın kullanılamaz hale getirilmesi için, somut hukuki bir normun bulunması zorunludur. Hukuk devleti ilkesi gere i yasaklayıcı hükümler getiren kuralların yoruma açık olmaması, şüpheyeye yer vermeyecek açıklıkta konuyu ifade etmesi gerekmektedir. Bu noktada 1934 tarihli Yasada yer almayan ifadelerin, başörtülü ö rencilere atfen uygulanmasına imkan yoktur.

### 3) Yüksekö retim Kurumu Mevzuatı

Yüksekö retim Kurumları, üniversite ö rencilerinin temel kanunu olan 2547 sayılı Yüksekö retim Kanununa tabidir.

Yüksekö retim Kanununda, yine başörtüsüne yönelik fiili

uygulamalara engel olmak için de işik zamanlarda farklı düzenlemeler yapılmıştır. En son olarak (28 Ekim 1990 tarih ve 20679 sayılı) Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlü e giren 2547 sayılı Yüksekö retim Kanununa eklenen Ek. 17. Madde ile; "YÜRÜRLÜKTEKİ KANUNLARA AYKIRI OLMAMAK KAYDI İLE YÜKSEK Ö RETİM KURUMLARINDA KILIK KİYAFET SERBESTTİR." hükmü getirilmiştir.

Bu do rultuda Yüksekö retim Kanununda kılık kıyafete ilişkin herhangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmamakta, aksine serbesti ö ngörülmektedir.

Bu yasa de işikli i, Sosyal Demokrat Parti iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Mahkeme, iptal talebini reddetmiş ve yasa yürürlükte bırakılmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde başörtüsünün kılık kıyafet serbestisi içinde olmadığını ifade etmiştir. Gerekçe olarak başörtüsünün ayırım aracı oldu u beyan edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararları gere i başın örtülmesinin yasaklandı ı beyan edilmektedir. Yasal mevzuatımız gere i mahkeme kararlarının yasal mevzuatı oluşturmalarına imkan bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kanunu iptal etme yada yürürlükte bırakma yetkisi mevcuttur. Yasanın nasıl uygulanaca ı hususunda ise direktif verme yetkisi bulunmamaktadır.

1982 Anayasasının, 153. Maddesinin 2. Fıkrası; "Anayasa Mahkemesi, bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." hükmünü içermektedir. İlgili maddede, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verirken dahi kanun koyucu gibi hareket edemeyece i, yeni bir

düzenleme getiremeyece i vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yasama organı olmayıp bir mahkemedir. Kural koyma hakkına sahip de ildir. Yargı Organları, mevcut kuralları uygulayan kurumlardır. Bizatihi Anayasa gere i idari eylem ve işlem niteli inde karar veremezler.

Anayasa Mahkemesi, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı yorum yapamaz: Özgürlük söz konusu oldu unda, idarenin takdir yetkisi bulunmadı ı gibi idarenin takdir yetkisi kaldırılacak şekilde yargı karar verilmesine de imkan yoktur. Anayasa Mahkemesinin işlevi, Anayasa ve uluslar arası sözleşmelere aykırı hükümleri hukuk düzeninden iptal yoluyla ayıklamaktır. Bunu yaparken özgürlüklere ilişkin normları yaratır, fakat hak ve özgürlükleri sınırlandırmaz. Hak ve özgürlükleri koruma yoluna gitmesi gerekirken engelleyemez. Yargıcın hukuk yaratma erki ancak hak ve özgürlüklerin arttırılmasında söz konusu olabilir. Yasa ile açık hüküm bulunmayan hallerde bu hakların kısıtlanması şeklinde içtihatlarla bulunulamaz. Bu noktada Türk Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi yasamayla ilgili kararlar alamayacağına göre, türban takmayla ilgili yaptı ı yorum yürürlükteki «yasa»yı belirsiz ve tahmin edilemez kılmıştır.

Ek 17. Madde de serbestiyi öngören de işiklik, halen yürürlükte dir. Yasa maddelerin de yazıldı ı şekliyle uygulanma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bizatihi Anayasa Mahkemesi bir kararında "Yasalar her şeyden önce sözü ile uygulanır. Yasa metinlerinde kullanılan sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılması gerekir. Yasa kuralının, günün

sosyal, ekonomik gerekleriyle çelişti i sanılsa bile yürürlükte kaldı ı sürece uygulanması hukukun gere idir." mütalaasında bulunmuştur. (12.03.1992 tarih, 21169 sayılı R.G., 28.01.1992 tarih, 1992/7E., 1992/2 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı)

Kararda ifade edildi i üzere önemli olan **yasa metnidir**. Yürürlükteki yasaların herhangi birinde bayan kıyafetini içerir bir kanun hükmüne rastlamak mümkün de ildir. Bu durumda, "başörtülü olarak e itim görmenin Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla yasaklandı ı" şeklindeki bir görüşün müdahaleyi hukuken öngörür hale getirebilmesine imkan bulunmamaktadır. Serbesttir ifadesi, hiç bir şekilde "yasaktır" anlamında de erlendirilemez. Yasa koyucunun artık başörtüsünü serbest bırakmak için yapabilece i bir şey kalmamıştır. Bu noktada üniversite ö rencilerinin başını örtmesine sınırlandırma getiren açık bir yasa hükmü bulunmadı ından, yorum yoluyla yasak ihdas edilemez.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarının A.İ.H.M tarafından belirlendi i gibi « yasa » dahilinde oldu u kabul edilse bile, yasama ölçütü (kıyafet özgürlü ü) ve mahkeme yorumu (türban yasa ı) arasındaki zıtlık bu «yasa»yı Türk vatandaşları için belirsiz ve tahmin dilemez kılar.

Bireylerin nasıl bir uygulama ile karşılaşacaklarını bilmeleri hukukun üstünlü ünün bir gere idir. Ö renciler ilgi Anayasa Mahkemesi kararından sonra üniversiteye başörtülü olarak kayıt olmuşlardır. Ö renciler 1998 yılına kadar senelerce aynı şekilde e itim görmüşlerdir. Buna ra men önce sadece bir Rektörlük genelgesi ile bütün uygulama de iştirilmiştir. Mahkemeler de bu uygulamayı idarenin takdir yetkisinde bir konu olarak

de erlendirmişlerdir. İdarenin, ö rencileri kıyafetleri nedeni ile okula almama şeklinde bir karar alma yetkisinin olmadığı, Yüksekö retim Kurumu mevzuatında bu yönde bir hükmün mevcut olmadığını dikkate almamışlardır. Bu nedenle vaki müdahale, ö rencilerin din özgürlüğüne hukukun ö ngörmediği bir müdahaledir. İç mevzuat ve yürürlükteki yasalar başörtüsü takmayı engellemediğinden, ö rencilerin e itimlerine devam ederken başlarının açık olması gerektiğine dair hiçbir ö ngörde bulunmaları beklenemez.

Mevzuat hükümlerine dayanmaksızın soyut genellemelerde bulunan yargı kararlarının aksine ö rencilerin başlarının örtülü olmasına engel olacak bir mevzuatın varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira Türkiye Anayasa'da yer aldığı üzere demokratik bir Hukuk Devletidir. Hukuk teknikleri yönünden, özgürlükler hukukunda aslolan, bireyin iradesi doğrultusunda hareket edip etmeme konusunda serbest olmasıdır. İnsanlar doğrudan doğruya herhangi bir kişi yada makamın izni yada müdahalesi olmaksızın özgürlüklerini kullanırlar. Bireyin özgürlük alanı, diğer bireylerin özgürlük alanları ve önceden belirlenmiş olan yazılı hukuk kuralları ile çevrelenmiştir.

Ana ilkenin serbestlik olduğu unu ve fakat üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma amacı ile hukuk kuralları ile sınırların çizildiğini söylemek mümkündür. Bireylerin özgürlüklerinin sınırlarını, diğer bireylerin haklarının başladığı yer belirler. Üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin etkilenmediği bir hususta sınırlama yapılabilmesine imkan bulunmamaktadır. Bir bayanın başını örtmesinin yada açmasının, üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerini

kısıtlayabilmesine imkan bulunmamaktadır. Kıyafet tarzının kamu düzenini bozmadığı müddetçe diğer vatandaşları olumsuz etkileyebilmesi olası değildir. Bu noktada demokratik bir toplumda bayanların başlarının örtülmesinin yasa ile dahi kısıtlanabilmesine imkan olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Zira bir bireyin özgürlüğü ancak, diğer bireylerin özgürlüğüne engel olmadığı anda kısıtlanabilir. Somut olarak üçüncü kişilerin hak ve yükümlülüklerini etkilemeyen bir hususta, yasa hükmü ile dahi temel bir hakkın kısıtlanmasına imkan yoktur. Bir öğrencinin saçının açık olmamasının, diğer öğrenci ve öğrenci üyelerinin özgürlüklerini etkilemesi mümkün değildir. Kıyafet biçimi mahiyeti gereği üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerini etkileyebilecek bir niteliğe sahip değildir.

Demokratik bir ülkede bayanların saçlarının açık olması yada olmaması gerektiğine dair kanuni bir düzenleme yapılamaz. Kadınların başlarını örtmeleri yasa hükmü ile yasaklansaydı, sokakta yürüyen insanların dahi başlarının açık olması gerekecek ve kadınların evde başlarının örtülü olması halinde kolluk kuvvetlerinin müdahale etmesi gerekecekti. Bu durumun 21. yüzyılda kabul görmeyeceği açıktır.

Yasa hükmüne dayanmayan üniversitelerin genel yönetmelikleri ve genelgeler, başörtülü öğrenciler açısından hukuki ö ngörü şartını oluşturmamaktadır. Yönetmelikler, ancak bir yasanın uygulanmasını göstermek amacıyla çıkarılabilir ve kaynağını yasadan almayan bir yönetmelik çıkarılamaz. Temel hak ve özgürlükler, yönetmelikle sınırlandırılmaz.

### **Müdahale Meşru Bir Amacı İzlenmektedir**

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 9. Maddesinin 2. Fıkrası, kamu Güvenli i, kamu düzeni, genel sa lık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarını, müdahaleyi meşru hale getirebilecek amaçlar olarak de erlendirmektedir.

#### **1) Kamu Güvenli i**

Başörtüsü yasa ının, kamu güvenli iyle bir ba lantısı mevcut de ildir. Ö renciler 1998 yılında peyderpey uygulamaya konan yasak başlayana kadar senelerce e itim görmüşler ve kıyafet biçimleri hiç bir şekilde kamu güvenli ini olumsuz etkilememiştir. Sadece saçlarını örttükleri ve kimlikleri belirlenebilir nitelikte oldu undan, başörtülü foto rafları ile kimlikler almışlar ve diplomalarına başörtülü foto raflar yapıştırmışlardır. Güvenlikle ilgili herhangi bir sorun mevcut olmamıştır.

#### **2) Kamu Düzeni**

Saçların açık yada kapalı olması, model veya biçiminin kamu düzeniyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Düzen soyut olarak bozulmaz. Bunun için maddi bir vakıanın varlığı, örne in e itimin aksaması somut bir huzursuzlu un vaki olması gerekir. Başörtüsü yasa ına neden olabilecek en ufak huzursuzluk verici bir olaya rastlamak mümkün de ildir. Ö rencilerin daha önce başlarının örtülü bulunması kamu düzenini bozmamıştır. Aksine yasa ın uygulanmaya başlaması ve ö rencilerin kayıt oldukları kendi okullarına alınmalarını, di er ö rencilerin ve toplumun huzurunu bozmuş, huzursuzlu a neden olmuş, toplumsal barış zedelenmiştir.

Ö rencilerin başörtüsü kullanmasının engellenmesi toplumsal ihtiyaç baskısından kaynaklanmamaktadır. Bilindi i üzere başın örtülmesi, Türk toplumunda yaygın bir giyim tarzıdır. Sokakta, çarşıda, kapalı ya da açık mekanlarda başını örten bir giyim tarzını tercih eden pek çok bayan görmek mümkündür. Toplumun dikkate de er bir ço unlu unun başörtülü oldu u bir ülkede, Yüksekö retim Kurumlarında başını örtmesinin, kamu düzenini bozucu cinsel ayrımcılı a neden olan kuvvetli, çarpıcı, dinsel bir simge, dine ba lılı ın kuvvetli bir sembolü olarak kabul edilmesine imkan yoktur.

#### **Anketler**

Sivil toplum kuruluşları tarafından yapılan istatistiklerde, Sözleşmeci devletin sınırları içinde, başörtüsünün bir ayırım veya baskı aracı olarak de erlendirilmedi i, farklı giyimdeki bireylerin kamu düzeni bozulmadan aynı ortamlarda bulunup bulunmadıkları incelenmiştir.

Bunlardan en önemlilerinden birisi Şubat 1999 tarihinde Türkiye'de din ile toplumsal ve siyasal tutum ve davranışlar arasındaki ilişkiyi irdelemek üzere yapılan ve Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı'nın (TESEV) mali deste iyle gerçekleştirilen TÜRKİYE'DE DİN, TOPLUM VE SİYASET isimli bir anket çalışmasıdır.

Bo aziçi Üniversitesi ö retim üyeleri tarafından hazırlanan araştırmadaki başörtülü ö rencilerin okula alınması ile ilgili bir soruya katılanlar, %76 olup, karşı fikirde olanlar sadece %16'da kalmaktadır. Konuya ilişkin hükümler ve de erlendirilmeler yorum yapılmaksızın aşaya aktarılmıştır.

Araştırma Türkiye’de din ve siyaset ilişkileri üzerine ilginç ipuçları vermektedir. Bu sonuçlara göre, Türk halkının büyük bir çoğunluğu dine bağlı ve ibadetlerini yerine getiren inançlı Müslümanlardan oluşmaktadır. İbadet alışkanlıklarına ilişkin sorulara verilen cevaplar halkın büyük çoğununun sadece inançlı olmayıp ibadetlerini de yerine getirdiğini göstermektedir. (s.13)

“İnanç farklılıklarının hoşgörü ve barış ortamında” korunması büyük bir çoğunluk için toplumsal huzurun ayrılmaz bir parçası olarak algılanmaktadır. Araştırmada halkın dini konularda hoşgörüsünü ölçen bir dizi soruya alınan yanıtlar gerçekten de Türk halkının Müslümanlık anlayışının fevkalade hoşgörülü olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin, başka dinlere inananlar arasında iyi insanlar olabileceğini düşünenlerin oranı %89,2’dir. Bu görüşe katılmayanlar ise %4,7’dir. Müslüman olmayanların günah işlemelerine cennete gidebileceğini inananlar %41,9, tersini düşünenler ise %28,7’dir. Araştırma halkın birbirine karşı hoşgörülü olduğunu aralarında problem olmadığını ortaya koymaktadır. (s.17)

Benzer şekilde, bir kişi Allah’a ve Hz. Muhammed’e inanıyorsa namaz kılmaya bile Müslüman’dır diyenlerin oranı %85,4, oruç tutmaya bile Müslüman’dır diyenlerin oranı %82 ve içki içse bile Müslüman’dır diyenlerin oranı %66,3’tür. Her Müslüman kadının başını örtmesi gerektiğini düşünenler %58,9 iken, bir kadının başını örtmemesi halkın önemli bir kesimi için Müslüman sayılmasına engel değildir. Bir kadın Allah’a ve Peygamber’e inanıyorsa başını örtmeye bile Müslüman sayılacağını söyleyenlerin oranı %84,8’dir. Tersini düşünenler sadece %8,3’dür. (s. 8)

Araştırma, Türkiye nüfusunun çoğunlukla Müslümanlardan oluşmasının, ne İslâmi kesimin varsaydığı gibi dinin siyasal yaşamda rol almasına destek, ne de laik kesimin korktuğu gibi şeriat devleti kurulması için taban oluşturduğunu göstermiştir.

Araştırma, Siyasal İslâm’ın güçlenmesi sonucunda Türk halkının “İslâmcı-Laik” diye ikiye bölündüğünü ve bu bölünmenin ayrı kutuplarda odaklanmış ve birbirine tahammül edemeyen kamplara yarattığı iddiasının geçersizliğini de ortaya koymuştur. “Aşırı İslâmcı-Aşırı Laik” gibi siyah-beyaz kategoriler halkın küçük bir kesimini kapsamaktadır. Kendini hiç dindar görmeyenler ile çok dindar görenlerin oranı sırasıyla %2,8 ve %6,1’dir. Buna karşın %54,9 gibi önemli bir çoğunluk kendini “dindar sayılırım” kategorisine dahil etmiştir. Kamplaşmanın boyutlarını ölçmek için sorulara verilen yanıtlar bu tür bir kamplaşmanın çoğunluk için anlamlı olmadığını ortaya koymuştur. Örneğin, kent ve kasabalarda oturanlara sorulan “oturduğun mahallede tesettürlü kadın ve genç kızlar çoğunlukta olsa bu durum sizi rahatsız eder mi?” sorusuna %83,5’i “hayır” cevabını vermiştir. Rahatsız olacağını söyleyenlerin oranı %12,8’dir. Aynı şekilde, “bir lokantada tesettürlü kadın ve genç kızların çoğunlukta olsa bu lokanta da yemek yer misiniz?” sorusuna %86 “evet” yanıtını vermiştir. Tersini söyleyenler %11,2’dir. (s.19)

Kadına ilişkin sorular da örtünme araştırmalarının ifadesi ile siyasal sonuçları açısından en önemliler arasındadır. Bu soruya verilen yanıtlar Türk kadınlarının çoğunun örtünü olduğunu göstermektedir. Sokağa çıktıklarında başını örtmediğini söyleyen kadınların oranı sadece %27,3’tür. Buna karşılık %53,4

başörtüsü ve %15,7 türban taktığını söylemektedir. Ankete cevap veren erkeklerden eşinin başını örtmediğini söyleyenlerin oranı sadece %16,4'tür. Erkeklerin %65,2'si eşlerinin başörtüsü, %13,5'i ise türban taktığını söylemektedir. Herkese sorulan annelerinin ve varsa 15 yaşından büyük kız çocuklarının örtünüp örtünmedikleri sorusuna verilen yanıtlarda benzer oranlardadır. (s. 22)

Toplumda kadının yeri, dini politikayla etkileşiminde en önemli çatışma noktalarından biridir. Çalışmada, kadının toplum içindeki yeri ve kadınların kamu yaşamına katılımına yönelik devlet politikaları konularında güncel birkaç konu sorgulanmıştır. Bu sorular bağlamında, üniversite öğrencisi kızların isterlerse başlarını örtmelerine izin verilmesi gerektiğini, görüşülenlerin %76,1'i destek vermiştir. Devlet memuru kadınların isterlerse başlarını örtmelidir" ifadesine katılanların yüzdesi %74,2 olup, katılmayanların yüzdesi %16,0'dır.

Türk halkının yarısı (%50,2) dindar insanlara baskı yapıldığını düşünmekte, baskı yapıldığını düşünenlerin %42'nin yaklaşık %65'i türban yasağını örnek olarak vermektedir.

Araştırmanın bir diğer önemli bulgusu, dinin kamu ve siyaset yaşamı üzerinde etkili olmaması gerektiğini düşünenlerin çoğunlukta olmasının yanı sıra devletin de dini yaşamı müdahale etmemesi gerektiğini düşünenlerin çoğunlukta olmasıdır. (s. 16)

Aynı durum Liberal Düşünce Topluluğu Tarafından 3 Aralık 2002 tarihli Basın Açıklaması ile kamuoyuna duyurulan bir kamu oyu araştırması ile ortaya konmuştur. İlgili araştırma Avrupa Komisyonu'nun katkılarıyla yürütülen "Yasal ve Sosyal

**Yönleriyle Türkiye'de İfade Özgürlüğü** başlıklı proje çerçevesinde üç doçentten oluşan bir araştırma ekibi ile gerçekleştirilmiştir.

İlgi raporun "Temel Hak ve Özgürlükler ve İfade Özgürlüğü: Mevcut Durum ve Beklentiler" kısmında ifade edildiği üzere toplumun %73'ü Türkiye'de insan hakları ihlallerinin yaygın olduğunu kanaatindeydi.

Toplumun yarısından fazlası, başörtülüler, kadınlar, dindarlar, eşcinseller ve Kürtlerin baskı gördüğünü kanısladığıdır. (s. 2)

Toplumun %70'i üniversitelerde başörtüsünün serbest olması gerektiğini düşünmektedir. (s. 3)

Konuya ilişkin tablolar aşağıda verilmiştir.

#### — Size göre Türkiye'de aşağıdaki gruplar üzerinde baskı var mı yok mu?

	Baskı var diyen %	Baskı yok diyen %	Fikir belirtmeyen %	Toplam
Başörtülüler	78,2	17,8	4,0	100,0
Kadınlar	77,3	20,2	2,5	100,0
Dindarlar	63,3	29,4	7,3	100,0
Eşcinseller/ Travestiler	53,3	28,7	17,9	100,0
Kürtler	50,7	36,7	12,6	100,0
Solcular	40,7	42,1	17,2	100,0
Aleviler	38,5	41,2	20,3	100,0
Çingeneler	24,4	54,1	21,5	100,0
Gayrimüslimler/ Azınlıklar	21,3	60,1	18,6	100,0

#### — Üniversitelerde başörtüsü serbest olmalı mı?

	%
Serbest olmalı diyen	70,0
Serbest olmamalı diyen	22,9
Fikir belirtmeyen	7,1
<b>TOPLAM</b>	<b>100,0</b>

Aynı şekilde İstanbul Mülkiyeliler Vakfı Sosyal Araştırmalar Merkezi (İMV-SAM) Siyasal ve Toplumsal Etkinlikler



Araştırması'nın Aralık 1997 Raporuna göre, Türk Halkı "Kız öğrencilerin üniversiteye başları örtülü girmesini do ru bulanların oldukça yüksek bir oranla, en çok dile getirdikleri nedenin 'özgürlük ve demokrasiyle ilişkili oldu u (%67,3) görülmektedir." (s. 18)

Yine 17. sayfada 'Bazı kız öğrencilerin üniversiteye başları örtülü girmek istemesini do ru mu yanlış mı buluyorsunuz?' şeklinde formüle edilen soruya seçmenlerin %63'ü 'do ru buluyorum' cevabını vermiştir. %27,3'lük bir kesim bunu 'yanlış' buldu unu söylerken, geri kalan %9,7'lik kesim fikir belirtememiştir.

(TESEV) Araştırması, (İMV-SAM) Siyasal ve Toplumsal E ilimler Araştırması'nın Aralık 1997 Raporu, başörtüsünün Türkiye sınırları içinde yaşayan insanlar tarafından ayrımcılık ve baskı aracı şeklinde algılanmadı ını, halkın kıyafet problemi yaşamadı ını göstermektedir. Bu araştırmalar yasa ın toplumda karşılı ının olmadı ını göstermektedir. Bireylerin dini ve şahsi düşünceleri ne olursa olsun başını örten öğrenci somut olarak di erlerini etkilememektedir. Öğrencilerin isterlerse başlarının örtmesi gerekti ine inanların sayısı olan %74, oldukça yüksek bir istatistiktir. Nitekim bu durum bazı anketlerde %95'lere kadar çıkmaktadır. "http://212.252.113.97/ast/gst/CDA/View Questionnaire/1.1360.79.00.html" adresinde 2002 yılı mart ayında yapılan ve bilimsel niteli i bulunmamasına ra men, rakamların dikkat çekici olması nedeni ile ifade etmek istedi imiz bir ankette katılanların %95'i, başörtülü öğrencilerinin okula girebilmesi gerekti i şeklinde oy kullanmışlardır.

Türk toplumunda zaten aksi düşünülemez. Üniversite

ö rencileri arasında da, başı örtülü-başı açık tartışması bulunmamaktadır. İsteyen istedi i kıyafeti giyerken di erleri üzerinde herhangi bir etki yada baskı oluşturmamaktadır. Bireyler arasında bir sorun mevcut de ildir. Hiç kimse sınıftaki di er bir öğrencinin başını örtmesini kendi hakkına müdahale edildi i şeklinde de erlendirmemektedir. Boyunu örten öğrenci okula alınırken, başını örten öğrencilerin okula alınmaması kamu düzenini koruma amacına hizmet etmeyecektir. Bu noktada kamu düzeni açıklaması, müdahalenin meşru nedenini oluşturmamaktadır.

### 3) Genel Sa lık

Başörtüsü yasa ının, "Genel Sa lık"la da bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu yönde bir iddia da mevcut de ildir. Bayanların başlarını örtmesi do al olarak sa lıklarını etkilememektedir.

### 4) Genel Ahlak

Üniversite öğrencilerine başlarını açma zorunlulu u getirilmesinin, genel ahlak kuralları ile bir ba lantısı mevcut de ildir.

### 5) Başkalarının Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Ö rencilerin başlarını örtmesinin engellenmesinin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ile açıklanabilmesi imkan dahilinde de ildir. Öğrencilerin okula alınmaması di erlerinin hak ve özgürlüklerinin artmasını sa lamayacaktır. Üniversite öğrencileri kıyafet biçimlerinden etkilenme ihtimalinin bulundu u herhangi bir insan toplulu u içinde de ildirler. Üniversite e itimi gören on sekiz ila yirmi beş yaşları arasında öğrencilerin birbirlerinin kıyafetlerinden

olumsuz etkilenebilmelerine ve sadece kıyafetleri ile birbirlerinin hak ve özgürlüklerini kısıtlayabilmelerine fiilen imkan yoktur.

Bütün öğrenciler için başörtüsü takma zorunluluğu söz konusu olmadığı için, bu durumun diğer öğrencilerin özgürlükleriyle de bir ilgisi yoktur. Kıyafet üçüncü kişileri somut olarak ilgilendirmemektedir. Zaten 18 yaşını geçmiş öğrencilerin birbirlerinin kıyafetlerinden etkilenebilmeleri düşünülemez. Başını örten öğrencilere müdahale edilmemesi üçüncü kişilerin haklarına saygı unsurunu tehlikeye sokmayacaktır. Çünkü öğrencilerin insanların dinlerini de iştirmek gibi bir amacı yoktur.

Yükseköğretim görme seviyesine gelen, yaşları itibarıyla kişilikleri oluşmuş öğrencilerin birbirlerinin kıyafetlerinden yada saç biçimlerinden hakları etkilenebilir. Bu durum, saçlarını kısa kestiren ya da kıza boyayan bir bayan öğrencinin, saçlarını uzatan yada farklı renk saçına sahip olan öğrencilerin haklarına müdahale ettiği için, bu nedenle diğerlerinin özgürlüğünü koruma adına hepsinin aynı doğal saç rengine sahip olması gerektiği, aksine hareket edenlerin okula alınmamasının doğru olduğunu iddia edilmesi kadar kabul edilemez niteliktedir.

Bu noktada, müdahaleyi meşru hale getirebilecek, din hürriyeti açısından mevcut sınırlama sebeplerinin hiç biri, bayanların boyun ve saçlarını örten bir kıyafet biçimini belirlemelerine müdahale hakkı vermemektedir.

Zaten Yükseköğretim Kurumu başörtülü öğrencilere karşı gerçekleştirdiği uygulamayı, öğrencilerin kamu düzenine, genel ahlaka aykırı ya da başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldıran herhangi bir hareketine

de il, sadece dini inancını yerine getirmesine ve kendini ifade etme şekline dayandırmaktadır. Öğrencilerin üniversite disiplinini bozan herhangi bir hareketleri olmadıkça, idare yasa ile neden olabilecek somut bir neden ileri sürmemektedir.

### 3) Müdahale Demokratik Bir Toplumda Gerekli Değildir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de erlendireceği konulardan bir tanesi de, mevcut müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır. Demokratik toplum, 9. Maddenin 2. Fıkrasının sınırları içinde, Devletin veya nüfusun bir bölümünün hoşuna gitmeyen dini açılara vurma özgürlüğünü kullanma hallerini de koruma altına alır. Demokratik toplum hoşgörü ve çoğulculuk içinde yaşamayı gerektirir. Bunlar olmadan demokratik toplum olmaz.

Demokratik hukuk devleti anlayışı vatandaşlara karşı eşit davranmayı zorunlu kılar. Vergi, askerlik, kanun ve kurallara saygı gibi devlete karşı borçlarını ve yükümlülüklerini yerine getiren vatandaşlar, her türlü haklardan ve devletin vatandaşına sağladığı imkanlardan da adalet ve hakkaniyet esasları çerçevesinde eşit şekilde yararlanırlar. Herhangi bir inanca veya vicdani kanaate sahip olmak bu hak ve imkanlardan mahrumiyet sebebi olamaz.

Demokratik bir toplumda bilinç ve müsamaha olmalı ve devlet düzeni sağlamalıdır. Gerginliği kaldırmak için gerginliği ortadan kaldırmamalıdır. Aksine taraflara ibadet özgürlüğü için gerekli imkanı tanımalıdır.

Mahkeme bir kararında (Case Of Şerif, 19 Aralık 1999) ;

"Dini veya herhangi bir nedenle toplumun bölündüğü yerlerde

gerginli in yaratılması mümkündür. Fakat bu ço ulculu un kaçınılmaz bir sonucudur. Böylesi durumlarda yetkililerin görevi ço ulculu u tasfiye ederek ço ulculu u ortadan kaldırmak de ildir. Aksine bir biriyle yarışan rakip grupların biri birlerine müsamaha etmelerini sa lama görevi vardır.”

diyerek toplumsal meşruiyeti bulunan farklılıkları yok etme de il aksine korunması gerekti ini belirtmektedir.

Başını örten ö rencilerin dini açı a vurma özgürlü ünü kullanmasına karşı yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli sayılabilmesi için, ö rencilerin davranışının a ırlı ını, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumanın gereklilikleri karşısında ölçmek gerekir.

Ö renciler sadece başlarını örttü ü için Türkiye'deki e itiminin tamamen sona erdirilmesi, din özgürlü üne orantısız bir müdahaledir. Bu müdahale ile ö renciler, din özgürlü ünü kullanma hakkı ile e itim hakkı, mezun olarak meslek sahibi olma hakkı arasında seçim yapmak zorunda bırakılmıştır. Söz konusu müdahalenin amacı, Sözleşme'nin 9. Maddesinin 2. Fıkrasındaki meşru amaçlardan birini yerine getirmek olsaydı dahi, bu amaç Sözleşme'de tanınan e itim hakkının kullanılması engellenerek gerçekleştirildi inden, müdahale amaçla orantısız ve çok a ır bir müdahale niteli i kazanmıştır.

Demokratik bir toplumda ö rencilerin mutlaka saçlarını göstermelerini gerektirecek herhangi bir neden bulunmamaktadır. Salt saçlarının açık olmaması, ö rencilerin okuluna alınmamasını ve tüm e itim imkanlarının elinden alınması için yeterli bir sebep de ildir.

Ö rencilere zaten hakları olan okullarına devam edebilmeleri

karşılı ında, kendileri için çok önemli olan ve üçüncü kişilere herhangi bir zararı yada etkisi bulunmayan kıyafet biçimini de iştirmeleri ve kendi kendileri ile çelişmeleri istenmektedir. Sadece dini inançları gere i başının örtülü olması gerekti ine inandıklarından başlarını açmadıklarında e itim hakları kullanılamaz hale getirilmiştir.

Alınan önlemler **hedeflenen amaçlarla uygunluk** arz etmemektedir. Yüzlerce ö renci e itimin niteli i ile ilgili olmayan bir sebepten ötürü sadece başını örttükleri için- Türkiye'deki e itimini bırakmak zorunda kalmışlardır. Gerçekleştirilen müdahale son derece a ırdır.

Türkiye dışındaki di er ülke üniversitelerinde, do al olarak kıyafet yasa ı bulunmamaktadır. De ışik Avrupa ülkelerinde ve Amerika Birleşik Devletlerinde başı örtülü oldu u için e itim hakkını kullanmasına izin verilmeyen bir üniversite ö rencisine rastlamak mümkün de ildir. Ö rencilerin kültür itibarı ile başörtüsüne alışık olmayan uluslararası üniversitelere serbestçe e itim görebilmeleri, bu surette başı örtülü foto raflarla diploma alabilmeleri, gerçekleştirilen müdahalenin demokratik bir toplumda kabul edilemeyece ini, göstermektedir.

## 5. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Komisyonunun Başörtüsü İle İlgili Kararları

### a) Karaduman v. Türkiye Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin henüz başörtülü ö renciler hakkında verdi i bir karar mevcut de ildir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun diplomalara yapıştırılan başörtülü

foto raf konusunda iki adet kabul edilemezlik kararı bulunmaktadır. Karaduman v. Türkiye (03.05.1993 tarih, başvuru no. 16278/90) ve Akbulut v. Türkiye. (Karaduman v. Türkiye kararında dosya incelenerek başvuru esastan kabul edilemez bulunmuş, Akbulut v. Türkiye kararında ise, aynı nitelikte olması hasebiyle başvuru incelenmeksizin reddedilmiştir)

Söz konusu kararlar, başörtülü olarak serbestçe e itimini tamamlamış, diploma yerine geçen çıkış belgesini almış ve fakat başörtülü foto rafları nedeniyle diplomalarını alamayan iki Türk vatandaşının başvuruları ile "kabul edilmezlik" kararıdır.

Karaduman v. Türkiye kararında Komisyon "diploma ve üzerindeki foto raf kişinin kimliğini belirlemeye yarayan bir belge olur, dini inançları açıkça göstermeyi amaçlayan bir belge değildir" ifadeleri ile başı açık foto raf vermediği için diploma alamayan başvurucunun, düşünce, vicdan ve din hürriyetinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Kararda

"Diplomalara yapıştırılacak foto raflara ilişkin kurallar, her ne kadar üniversitelerde günlük yaşamı etkileyen disiplin kuralları içinde yer almasalar da, üniversitenin laik ve cumhuriyetçi niteliğini korumaya yönelik üniversite kurallarının bir parçasını oluşturur. Laik bir üniversitede yükseköğretim yapmayı kabul ederken bir öğrenci bu üniversitenin bütün kurallarına uymayı kabul etmiştir. Bu kurallarla, öğrencilerin dini inançlarını yerine getirmeleri gerek yer, gerekse şekil açısından bazı sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu sınırlamanın amacı, de işık inançtaki öğrencilerin bir arada bulunmasını sağlamaya yöneliktir. Özellikle, nüfusunun büyük çoğunluğu dine mensup olduğu ülkelerde, bu dinin, hiçbir yer ve şekil sınırlaması olmaksızın, tam aydın ve gösterilerin yerine getirilmesi, bu

dine mensup olmayan, başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturabilir. Laik üniversiteler, öğrencilerin kılık kıyafetlerine ilişkin disiplin kuralları koydunda bazı dini akımların öğrencilerde kamu düzenini bozmamaları ve başkalarının inançlarını ihlal etmemeleri için kurallara sınırlamalar getirilebilir."

ifadeleri yer almaktadır. Komisyon;

"Laik bir üniversitedeki öğrencilik statüsünün, doğası gereği, başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik bazı davranış kurallarıyla barındırıldığı içerdiği; Laik bir üniversite yönetmeliğinin, öğrencilere verilen diplomanın, hiçbir şekilde öğrencilerinde katılabileceği dinsel kaynaklı bir hareket kimliğini yansıtmaması gerektiğini öngörebileceği; Laik üniversite düzeninin gerekleri dikkate alındığında da, öğrencilerin kılık kıyafetlerinin düzenlenmesinin ve bu düzenlemeye uymadıkça kendilerine diploma verilmesi gibi bazı idari hizmetlerinden yararlandırılmamalarının, din ve vicdan özgürlüğüne müdahale oluşturmadığı"

görüşlerinde de bulunmuştur.

#### **Karaduman v. Türkiye Kararının Başörtülü Öğrencilere Gerçekleştirilen Müdahaleden Farklılıkları**

Oy çokluğu ile verilen Karaduman v. Türkiye kararı, e itim-öğretim görme özgürlüğü ile doğrudan doğruya ilgili değildir. Komisyon kabul edilmezlik kararı verirken konuyu öğrenciler hakkı çerçevesinde ele almamıştır. Söz konusu kişilerin yükseköğretim kurumlarında başörtülü olarak öğretim görmeye ilgili bir iddiaları olmamış ve Komisyon da kararında öğrenciler görme hakkıyla ilgili bir şikayet bulunmadığı hususunu özellikle vurgulamıştır.

İlgi kararlar başörtülü olarak mezun olmuş öğrencilere verilen diploma ya da çıkış evraklarında yapıştırılacak olan foto rafın "açık olması"na ilişkindir. Yani kimlikle alakalı bir husustur.

Bu noktada ilgi kararların, başörtüsü yasaına gerekçe yapılabilmesi mümkün değildir.

Komisyon kararındaki vakıa, başörtülü öğrencilerin kampus kapısından alınmayarak e itim hakkının tamamen sona erdirilmesi değildir. Kararın özü, diplomalara yapıştırılan foto rafla ilgilidir. Başvurucunun zaten aynı işlevi görece çıkış belgesinin olması hasebiyle, hak kaybı oluşturmayan kararlar, rapor konumuzdan farklıdır. Başörtüsü takan öğrenciler okulun kapısından dahi içeri girememektedir, idari hizmetten yararlanmanın aksine temel haklarını kullanamamaktadır.

Bütün üniversitelerin Yüksekö retim Kurumuna tabi olduğu, hiçbir okula başörtülü girme imkanı bulunmadığı düşünüldüğünde konunun e itim hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi ve yeniden incelenmesi gerekmektedir.

Komisyonun başvuruçuyu "yüksek öğrenimini laik bir üniversitede yapmayı 'tercih eden' bir öğrenci" olarak nitelendirmesi, Türkiye'deki üniversitelerin niteliği hakkında eksik bir bilgilenmeden kaynaklanmaktadır. Başörtülü başvuruçuların Türkiye'deki herhangi bir üniversitede ya başı açık olarak öğrenim görme ya da üniversitede öğrenim görmeme seçeneklerinden başka bir alternatif bulunmadığı belirtilmelidir.

Komisyon öğrenci laik bir okulu tercih ettiğine göre, bu okulun kurallarına uymak zorundadır..." şeklinde bir sonuca varılmış ve bu sonuca binaen verilmiştir. Bu ifadeden, Komisyon üyelerinin Türkiye'de diğer Avrupa Ülkelerinde

görüldüğü gibi dinsel cemaatlere ait ve onlarca yönetilen özerk üniversitelerin (okulların) bulunmadığı ve bulunmasının hukuken mümkün olmadığı ve tüm üniversitelerin (Liselerin) zorunlu olarak laik olduğu konusunda aydınlatılmamış olduğu izlenimi çıkmaktadır.

Öncelikle not edilmelidir ki, Türkiye'de laik olan veya laik olmayan üniversite ayrımı yoktur. Türkiye'deki bütün üniversiteler laiktir. Başörtülü öğrencilerin laik olmayan bir Türk üniversitede öğrenim görme imkanı yoktur; kaldığı ki böyle bir talepleri de yoktur. Üniversite e itimi almak isteyenlerin farklı bir tercih imkanı mevcut değildir. Yüksekö retim görmek isteyen bir kişi her halükarda Yüksekö retim Kurumuna tabi bir okulda e itim görmek zorundadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1. Protokolünün 2. Maddesi ile e itim görme ve e itim tarzını serbestçe seçme hakkı düzenlenmiştir. Fakat Türkiye 18 Mayıs 1954'de protokolü onaylarken e itimle ilgili 2. Maddesinde (6 Mart 1340 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanununu saklı tutarak) ihtirazi kayıt koymuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti alternatif e itim kurumlarına izin vermeyeceğini en baştan e itim özgürlüğüne ihtirazi kayıt koyarak bildirmiştir. Bu kayıtla, e itim hakkı herkes için kabul edilmekte, fakat Türkiye'de ana okulundan üniversiteye kadar e itim laik ve devletin tekelinde olduğu, hiçbir şekilde alternatif e itim kurumu açmaya izin verilmeyeceği belirtilmektedir.

Türkiye'de yüksek öğrenim, devlet tekeli altındadır. Bireylerin yüksekö retimden yararlanabilmeleri için mutlaka Öğrenci Seçme Sınavına girmeleri ve bu sınavı kazananların, özel, vakıf ya da Devlete ait mutlaka Yüksekö retim Kurumuna tabi

üniversitelerden birisini seçme zorunluluğu vardır. Bütün üniversiteler Yükseköğretim Kurumuna tabi oldu undan, hiç birinde başörtülü olarak eğitim görme imkanı yoktur. Bu noktada başörtülü öğrencilerin tercihlerinin sonuçlarına katlanmaları gerektiğinden bahsedilemez.

İlgi karar "Yükseköğretim Kurumlarında kanunlara aykırı olmamak kaydıyla kıyafet serbestisi" getiren Yükseköğretim Kanunu Ek 17. Madde yürürlüğe girilmeden, kıyafete cezalandırıcı hükümler getiren 7/h bendi yürürlükten kaldırılmadan önceki mevzuatın varlığındaki bir işlem nedeniyle tesis edilmiştir. Bu tarihten sonra bizzat yasa ile kıyafet serbestisi getirildiğinden Komisyon kararından sonra da öğrenciler başörtülü olarak kayıt olarak, kimlik almışlardır. 1998 yılına kadar senelerce başörtülü olarak eğitim görmüşlerdir.

Zira Türkiye'deki laik üniversitelerin herhangi bir mevzuatında başörtüsü takan öğrencinin bahçe dahil, kampus kapısından içeri alınmasını engelleyecek hiç bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada laik üniversitede okumayı tercih eden öğrencinin kuralları bilmesi gerektiğinden bahsedilemez. Yasak başlayana dek hiç kimsenin, başörtülü öğrencilerin okul kütüphanesine dahi alınmayacağını hukuken öngörebilmesine imkan yoktur.

Üzerinde durulması gereken başka bir husus da, Komisyon kararında geçen "kamusal alan" ifadesidir. Komisyona göre, "İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kamusal alanda, bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını mutlak olarak güvence altına almaz. Bir dinin uygulanması ifadesi, o dinin veya inancın zorunlu olduğu ya da esinlendiği her türlü hareketin yapılabileceği anlamına gelmez."

Bu yaklaşımda, kamusal alan-özel alan ayrımının zorluğu karşımıza çıkmaktadır. Mevcut düzenlemelerde kişinin hak ve hürriyetini kullanmasına imkan veren yorum kabul edilmelidir. Yani kamusal alan mümkün olduğu kadar dar tutulmaktadır.<sup>6</sup> Yükseköğretim Kurumu okul bahçesini, kampüs dışındaki kütüphane ya da salkı merkezini dahi kamusal alan olarak de erlendirmekte, öğrenci olmayan vatandaşları dahi almamaktadır. Bu durum hayatlarının tüm kesiminde başını örten bayanlar açısından kabul edilemez.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu yukarıda sözü edilen Penay Karaduman kararında, "... halkın büyük çoğunluğunun aynı dine bağlı olduğu ülkelerde, bu dinin şartlarının ve sembollerinin açığa vurulmasına yer ve şekil bakımından bir sınırlama bulunmaması halinde, bu dinin gereklerini yerine getirmeyen öğrenciler ile bu dine bağlı olmayan öğrenciler üzerinde baskı meydana getirebilir" kaygısını dile getirmiştir. Bu kaygının ardında iki ön kabul olduğunu düşünmek mümkündür. Birincisi, başörtüsünün gerçekten "güçlü" bir dinsel simge olduğu kabulüdür; ikincisi bu dinsel simgeyi gören herkesin ve bu arada üniversite öğrencilerinin bire bir baskı altına gireceği ön kabulüdür.

İlkin başörtüsü, Türkiye'de yaşayan nüfus içinde "güçlü" bir dinsel simge olarak görülmez. Başörtüsü Türkiye'de özellikle kırsal kesimde yaşayan genç ve yaşlı bayanların büyük bir çoğunluğu, kentlerde yaşayanların da belki yarısından fazlası tarafından kullanılmaktadır. Başörtüsü kullanıp kullanmamak tamamen kişinin dinsel inancını yerine getirme alışkanlığı ile ilgili bir durumdur; kendisiyle Allah arasında bireysel bir

<sup>6</sup> KUZU, Burhan; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, s. 139.



ilişkidir. Başörtüsü kullanan, kendisinin günden güne korunduğunu düşünür, ama başörtüsü kullanmayanın günahkar olduğunu iddia edemez; çünkü sevap da günah da sadece ve sadece kişi ile Allah arasındaki bir ilişki olarak kabul edilir. Türkiye’de başörtü kullanan bir kimse, kullanmayanla “sen neden başörtüsü kullanmıyorsun” diye sormaya cesaret edemeyeceği gibi, kullanmayan da diğeri “sen neden başörtüsü kullanıyorsun” diye soramaz. Yine Türkiye’de her gün beş kez camilerden, üstelik Devletin maaşlı din görevlileri tarafından herkesin duyabileceği şekilde dinsel bir emri yerine getirmeye davet eden “ezan” okunur; ezan okunduğunda da hiç kimse diğeri “sen neden camiye gidip namaz kıılıyorsun, veya neden camiye gitmiyorsun” diye sormaya cesaret edemez; diğeri baskı altında tutamaz. Çünkü herkesin dini inancını uygulayıp uygulamama özgürlüğü, laik Türkiye Cumhuriyetinin güvencesi altında olmalıdır. Nüfusu Müslümanlardan oluşan başka ülkelerdeki uygulamalar ise Türkiye’yi bilmez. O halde “Türkiye’de” başörtüsü, bir kimseyi belirli bir davranışa zorlama ve hatta davet etme anlamında “güçlü” bir dinsel simge olarak görülemez.

Komisyon kararında “...Türk Üniversitelerinde İslâmi Başörtüsü giyilmesi halinde, bunun giymeyen öğrenciler üzerinde baskı oluşturacağı...” şeklinde ifade de yer almaktadır. Başörtülü öğrencilerin üniversite öğrenimi görmek üzere üniversiteye girmeleri, üniversite öğrencilerinin veya diğeri öğrencilerin inançları üzerinde bir baskı oluşturamaz. Kuşkusuz burada teorik bir baskı ihtimali de il, somut bir baskı riski bulunması gerekir. İkincisi, baskı vasıtası olarak düşünülen başörtüsünün, inançlar

üzerinde gerçekten elverişli bir vasıta olup olmadığını ele almak gerekir.

Türkiye’de bir üniversite öğrencisi üyesinin bilimsel çalışmalarının veya kişisel inançlarının, öğrencisinin başörtüsünden etkilenebileceği ve baskı altında kalabileceği iddiası, yürütme organına karşı özerkliği bulunan ve öğrencisine baskı olmayan üniversite öğrencisi üyelerine karşı bir haksız ve yersiz bir iddiadır. Başörtülü bir öğrencinin, dinin gereklerini yerine getirmeyen veya bu dine baskı olmayan diğeri öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceği iddiası biraz daha yakından incelemeyi gerektirmektedir.

Komisyonun bu yorumu sadece varsayıma dayalıdır. Bu görüşe ilişkin somut bir örnek mevcut değildir. Bu ifade Türkiye gerçekleri ile çelişmektedir. Bu ifade herhangi bir araştırmaya, sosyolojik ya da hukuki bir delile dayanmamaktadır. Öğrenciler yasak başlayana değin senelerce beraber eğitim görmüşler ve birbirlerine baskı oluşturduklarına ilişkin hiçbir olay meydana gelmemiştir. Zira başı açık öğrencilerin başörtülü öğrencilerden olumsuz etkilenmesine de imkan yoktur. Bu güne kadar Türk Üniversitelerinde başörtüsü kullanan öğrencilerin başları açık öğrencilere baskı yaptığı iddiasını destekleyecek tarzda bir tek olay vuku bulmamıştır. Zaten genel olarak üniversite öğrencilerinin çok azı başörtüsü kullanmaktadırlar. Sayıca az olan öğrencilerin sadece görünüşleri ile diğeri öğrencilere baskıda bulunmalarına imkan bulunmamaktadır. Azınlığın çoğunluğa baskı yapması hayatın olağan akışı içerisinde mümkün değildir.

Ayrıca fiilen mevcut olmayan bir başka kişinin hakkının ihlal edilebileceği ihtimalinden bahisle başörtülü öğrencilerin mevcut

hakkının ihlaline göz yumulması hukuken kabul edilemez. 1998 yılına kadar ö renciler senelerce başı örtülü e itim görmüşlerdir. Ö rencilerin kıyafet biçimleri ile üniversitelerin laik ve cumhuriyetçi niteli i bozulmamış, de ışık inançtaki ö rencilerin bir arada bulunması amacı zarara görmemiştir. Ö rencilerin başörtüsü takması fikir, inanç ve din konusunda bir ayrımaya yol açmamıştır. Nitekim başörtülü ö rencilerin her türlü görüş ve fikirden arkadaşları bulunmaktadır. Kıyafet ö renciler arasındaki diyalogu bozabilecek bir unsur de ildir.

En ufak bir düzen bozucu olaya karışmamış ö rencileri başörtüsü kullandı ı gerekçesiyle, fundamentalist dinci hareketin bir militanı olarak görmek, gerçekten çok a ır ve haksız bir suçlama olacaktır. Başörtüsü takan ö renciler hiç bir zaman ideolojik amaç yada amaçlar peşinde olmamıştır. Herhangi bir ideolojik harekete bu yöndeki bir fikre, yazılı veya sözlü olarak katılmamışlardır. Başörtülü ö renciler üniversitelerde yıkıcı yada bölücü hiç bir olaya karışmamışlardır. Bu konuda somut tek bir örnek dahi bulunmamaktadır. Zaten Yüksekö retim Kurumu yasa ı uygularken başörtülü ö rencilerin somut olarak e itimi aksattıkları, di er ö rencileri engelledikleri iddiasında da bulunmamaktadır.

Komisyon karar verirken, "başvurucunun üniversite e itimi sırasında, iradesine aykırı olarak kıyafet yönetmeli ine uymaya zorlanmadı ını"not etmiş, fakat mezuniyet belgesi verilmemesinin şarta ba lı oldu unu hak kaybı oluşturmadı ını ifade etmiştir. Başvurucunun e itimi sırasında başörtülü olarak okula devam etmesi, bu konuda yapılacak herhangi bir sınırlamanın meşru bir sebebi olmadı ını göstermektedir. Aynı şekilde

diplomanın ret kararının kesin olmayıp şarta ba lı olması, e itimin niteli i ile ilgili olmayan bir şart yüzünden başvurucunun hak kaybına u radı ı gerçe ini de iştirmemektedir.

Başörtülü olan ö renciler "dini inançlarını açı a vurmak için" diplomasında başı örtülü foto raf yapıştırmak istiyor de ildir. Tüm yaşantılarında başlarını örtmektedirler. Diplomasında da normal bulundu u şekliyle almak istemektedirler. Bu durum da komisyon kararında yer aldı ının aksine "do ası gere i dolaylı da olsa sınırlamalara maruz bırakılabilecek" bir husus de ildir. Laiklik ilkesine saygı yükümlülü ü, başlarını açmalarını gerektirmemektedir. Foto raf kimli inin tanınması için gerekli bir araçtır. Sürekli başı örtülü buldukları düşünöldü ünde, diplomalarında yer alması gereken foto rafının da aynı şekli yansıtması gerekti i açıktır.

Aslında ö rencilerin bir bölümünün, şahsi ve dini inançları gere i saçlarını örttükleri için Yüksek Ö retim kurumları tarafından ö renim haklarının engellenmesi, iç hukukta da düzenlenen ayrımcılık yasa ına aykırılık teşkil etmektedir. Başörtülü ö rencilerin, kıyafetleri nedeniyle, ö renciler arasında farklılık oluşturdu u da yasak için gerekçe yapılamaz. EŞİTLİK FARKLI OLANA SAYGIYI BERABERİNDE GETİRİR. Farklılık bir varlı ı di erinden ayıran özelliştir. Üniversite ö rencilerinin bin türlü de ışık kıyafet içinde istedikleri gibi kıyafetlerini biçimlendirirken sadece baş ve boyun örtülmesine imkan tanınmaması farklı görünenler arasında ayrımcılık yapıldı ını göstermektedir.

Devletin başörtülü ö rencilerin başörtülü olarak ö renim görmeye devam etmek istemesini kabul etmesi halinde, ö retimde din veya

inanca dayanan bir ayrıcalık tanımak olmaz. Eğer başörtülü öğrenciler diğer üniversite öğrencilerine uygulanmakta olan bir kuralın kendisine uygulanmamasını veya diğer öğrencilere verilmeyen bir avantajın kendisine verilmesini istemiş olsalardı, o zaman ayrıcalık talebinde bulunmuş olurlardı. Başörtüsünün, üniversite öğrencilerinin giymesi zorunlu üniformayla çelişir yönü yoktur; çünkü üniversite öğrencilerinin üniforma giyme zorunluluğu yoktur. Başörtülü öğrencilerin başörtüsüyle öğretime devam etmesinin kendilerine öğretimle ilgili herhangi bir avantaj sağlaması da söz konusu değildir; diğer öğrencilerle aynı değerlendirilme esaslarına tabidirler. Başörtülü öğrencilerin tek istediği başörtüsünün, tıpkı dışarıda olduğu gibi, üniversite sınırları içinde de Devlet tarafından sadece görülmemesidir; kelimenin taşıdığı anlamda Devletin nötr davranmasıdır.

#### **b) Dahlab v. İsviçre Kararı**

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin başörtülü başvurulara ilişkin tek kararı, Dahlab v. Switzerland (İsviçre) kararında verilen kabul edilemezlik kararıdır. Dahlab kararında, başörtüsü taktığı için görevinden alınan başvurunun düşünce, vicdan ve din hürriyetine bir müdahalenin var olduğu kabul edilmiştir. Fakat bu müdahaleyi haklı hale getirebilecek nedenlerin varlığı beyan edilmiştir. Burada mahkeme başörtülmesinin cinsiyet ayrımcılığı oldu una, başvurunun öğretmen olması ve 4-8 yaş grubu arasında yaş itibarıyla öğretmenlerinden etkilenme ihtimali olduğu var sayılan bir topluluğa ders vermesi hasebiyle müdahalenin demokratik bir toplumda kabul edilebileceğine karar vermiştir.

Mahkeme dava konusu olayda, Federal Mahkemenin söz konusu başörtüsü yasasının tedbirinin sadece öğretim faaliyeti çerçevesinde haklı gördüğü, bunun da öğrencilerin dinsel duygularına verebileceği zararlar ve diğer yandan da dinsel tarafsızlık ilkesinin ihlalinin dolaylı haklı görülebileceğini belirtmiştir. Bu bakımdan mahkeme, öğretmenlik mesleğinin niteliğinden yandan etnik otorite olarak diğer yandan da devlet temsilcisi olarak göz önüne almakta böylece kamusal etkinin tarafsızlığının oluşturduğu meşru amacın korunması ile din özgürlüğü teraziye koymaktadır. Ayrıca şunu not etmektedir ki her ne kadar mezkur karar davacıyı güç bir alternatifle karşı karşıya bıraksa da kamusal okul öğretmenlerinin din özgürlüklerine orantılı kısıtlamaları tolere etmeleri gerekmektedir. Kanaate göre, ilgilinin din özgürlüğüne getirilen sınırlama demokratik toplumda öngörülen dinsel tarafsızlık çerçevesinde sağlanan bir formasyon olma hakkının zorunlu korunmasıyla haklı görülebilir.

Ayrıca mahkeme kabul edilemezlik kararını aşağıdaki gerekçelere bağlamıştır. "Mahkeme 1991'de İslâm'a girmek için Katolik dinini terk eden davacının 3 yıl boyunca başörtüsünü ne okul yönetiminden ne müfettişten herhangi bir müdahale olmaksızın ve ne de velilerin herhangi bir uyarısı olmaksızın taşıdığını saptamaktadır. Bu durum bu süreç boyunca ilgilinin verdiği etkinin kalitesi veya içeriği hakkında söylenecek hiçbir şey olmadığını zannetmeye yönelmektedir. Mahkeme başörtüsü gibi dışsal bir simgenin küçük yaşta çocukların din ve vicdan özgürlüğü üzerinde oluşturabileceği etkiyi değerlendirilmesinin güç olduğunu kabul etmektedir. Gerçekten de başvuru yaşları 4-8 arasında

olan bir sınıfta ö retmenlik yapmaktadır. O zaman nasıl bir Kur'an tarafından kadınlara empoze edilen başörtüsünün her türlü etkisini yadsımak mümkün olabilir? Kaldı ki bu Kur'an'ın emri cinsiyetlerin eşitli i prensibiyle de çok zor uzlaştırılabilir bir ilkedir. Bundan dolayı başörtüsü takılmasını hoşgörü mesajıyla başkalarına saygıyla ve özellikle de eşitlik ve ayrımcılık yasa ıyla ba daştırmak zor görünmektedir. Buradan hareket ederek ve teraziye ö retmenin dinini açığı vurma özgürlü ünü ve ö rencinin dinsel barışın korunması yoluyla korunmasını koyarak mahkeme bu koşullarda ve özellikle de çocukların küçük yaşlarını göz önüne alarak Cenevre otoritelerinin takdir haklarını ihlal etmediklerini ve aldıkları tedbirin makul oldu unu düşünmektedir. Mahkeme, Federal Mahkemenin geliştirdi i görüşlerin (12/11/97 tarih) söz konusu tedbirin prensip olarak haklı görebilecek bir tedbir oldu unu ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzenini ve güvenli inin korunması amacıyla orantılı bir tedbir oldu unu kabul etmektedir."

**Dahlab V. İsviçre Kararının Başörtülü Ö rencilere Gerçekleştirilen Müdahaleden Farklılıkları**

Dahlab davasına konu olan 12 Kasım 1997 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararında, bir ö retmen tarafından dinsel giysi giyilmesi ile ö rencilerin giysinin ö renciler tarafından giyilmesi arasında temel bir ayırım yapılmış, İslâmi başörtüsü kullanma yasa ının sadece bir devlet okulunda ö retmen olması sıfatıyla başvuru cüya uygulandı ını, bu yasa ın başörtüsü kullanan ö rencilere genişletilemeyece ini belirtmiştir.

Dahlab davasındaki olaylar ile, başörtülü oldukları için okula

alınmayan ö rencilerin mevcut şartları arasında esaslı farklar bulunmaktadır.

Dahlab ile ilgili olarak şu tespitler yapılabilir:

- Düşünce, vicdan ve din hürriyetine müdahalenin var oldu u kabul edilen Dahlab'ın, kamu hizmeti verdi i kabul edilmektedir. Devletin temsilcisi konumunda oldu u ifade edilmiştir ve yaptı ı iş karşılı ında ücret almaktadır.
- Laik olmayan özel bir okulda de il ama laik Devlet okulunda başörtülü olarak ö retmenli e devam etmeyi istemektedir.
- 4-8 yaş grubunda yaşları itibariyle ö retmenlerinin kıyafetinden etkilenme ihtimali oldu u ifade edilen bir toplulu a ders vermektedir.
- Göreve kabul edildikten bir müddet sonra, başını örten bir kıyafet biçimini tercih etmeye başlamıştır. Ö retmenli e kabul edildi i sırada başörtüsü kullanmayan, Katolik mezhebine ba lı bir Hıristiyan'dı. Daha sonra Müslümanlı a dönüp başörtüsü kullanmaya başlamıştır.
- Başvuru konusundan farklı özellikleri bulunan bir ülkede e itim vermektedir. Görev yaptı ı ülkede başını örten kişilerin çok azınlıkta bulunması nedeniyle, kıyafetinin kuvvetli dini simge, dikkat çekici bir unsur olarak de erlendirildi i belirtilmiştir.
- Yasaklama başladı ında, başka bir özel kurumda aynı çalışmayı devam ettirme, sahip oldu u bilgi ve mesle i kullanma imkanına sahiptir.

Türkiye'deki başörtülü ö renciler için yapılabilecek tespitler farklıdır:

- Ö renciler devletin temsilcisi olarak görev yapmamaktadır. Dahlab gibi ilk veya orta ö retimde ö rencilere ders veren bir ö retmen de ildirler. E itsel bir otorite olarak kabul edilemezler. Başvurucu başörtülü ö rencilerin, din ve inançlar karşısından nötr olması beklenen Devleti temsil eden bir ö retmen de il, ama farklı din veya inanca sahip olma hakkı bulunan 20'li yaşlarda bir üniversite ö rencisi oldu u hatırlanmalıdır.
- Kendileri bir ö renci olarak henüz kamu hizmeti alıcısı konumundadır. Bir milyonu aşkın adayın katıldığı genel bir sınavda başarılı olarak üniversite e itimi görmeye hak kazanmışlardır. Ö renim gördükleri kurumlar bir Devlet üniversitesidir. Buna ra men bütün üniversitelerin ba lı oldu u Yüksek Ö retim Kurulu, üniversitelerde ö renim gören ö renciler arasında başörtülü olanlar ile olmayanlar arasında bir farklılaştırmada bulunmuş, başörtülü olanları ö retimden dışlamış, üniversitede ö retim görme haklarını kısıtlanmıştır.
- Ö renciler yaptıkları iş karşılı nda ücret almamaktadır. Aksine okula alınmadıkları dönem dahil olmak üzere senelerce yüksek ö renim ücretleri yatırmışlardır.
- Kıyafet biçiminden etkilenme ihtimalinin bulundu u herhangi bir insan toplulu u içinde de ildirler. Ö rencilerin üniversitedeki arkadaşları, Dahlab kararına konu olan olaydaki gibi 4-8 yaşları arasındaki çocuklar olmayıp, 20'li yaşlarda yetişkin bireylerdir; başörtülü ö rencileri model alacak ça da de ildirler. Ö renciler üniversitelerde 17-25 yaş grubun arasındaki ö renciler e itim görmekte-dirler. Başörtüsü kullanılması, üniversite ö rencilerinin bazılarında çok dolaylı olarak ve çok uzaktan dini inancı uygulamaya özendirici bir duygu uyandırabilir; ancak bu etki, gençlerin birbirlerinin giysilerine gösterdikleri ilgiyi aşmaz. Başörtüsünün yukarıda açıklanmış gibi "güçlü olmayan bir dinsel simge" oluşu, di er ö renciler üzerindeki etkisini ihmal edilebilir düzeyde tutar. Aksi düşünce, üniversite ça ndaki ö rencilerin irade özerklili inin bulunmadı nı kabul etmeye götürür.
- Mahkeme Dahlab kararında mevcut müdahalenin "ilkö retimin tarafsızlığı na saygı gibi" meşru bir amaç izledi ini düşünmektedir. Üniversite ö rencileri açısından böyle bir meşru amacı bulunmamaktadır. Ö rencilerin ö retim faaliyetinden yararlanan birey konumunda oldukları düşünülde "başörtüsü taşımasının demokratik bir toplumda "zorunlu bir tedbir oldu u" ifade edilemez.
- Kamusal e itiminin tarafsızlığı nın oluşturdu u meşru amaç söz konusu müdahale ile korunmamaktadır. Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzeni ve güvenli i ö rencilerin karşılaştı ı güç alternatifini gerektirmemektedir. Başörtülü ö rencilerin taşıdıkları kıyafetleri nedeniyle, birlikte e itim gördü ü ö renci arkadaşlarının haklarına müdahale etmesi de söz konusu de ildir.
- Türkiye şartları Dahlab kararına konu olan İsviçre'den çok farklıdır. Genel olarak başın örtülmesi Türk toplumunda yaygın bir giyim tarzıdır. Bu noktada toplumun dikkate de er

bir ço unlu unun başörtülü oldu u bir ülkede, kız ö rencilerin Yüksekö retim Kurumlarında başlarını örtmesinin, cinsel ayrımcılı a neden olan kuvvetli, çarpıcı dinsel bir simge, dine ba lılı ın kuvvetli bir sembolü olarak kabul edilmesine imkan yoktur.

- Karşı karşıya kalınan müdahale, ö rencilerin sadece belirli bir okulda çalışmasına izin verilmemesi de ildir. E itimlerini tamamlama, özel bir üniversiteden dahi mezunu olarak meslek sahibi olma imkanları tamamen ortadan kalkmıştır. Bu durum Dahlab kararının aksine müdahale ile amaç arasında kabul edilemez bir oran oldu unu göstermektedir.
- Dahlab kararında başın örtülü olmasının cinsiyet ayrımcılı ı oldu u beyan edilmektedir. Halbuki Türkiye'de gerçekleştirilen müdahale başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma veya cinsiyet eşitli ini sa lama amacıyla yapılmamıştır. Bu konuda da en ufak bir iddia yoktur. Yüksekö retim Kurumu ve mahkeme kararlarında söz konusu müdahalenin başkalarının hak ve özgürlüklerin koruma veya cinsiyet eşitli ini sa lama amacıyla yapıldı ını ima eden tek bir ibare bulunmamaktadır.

Toplumda erkek ve bayanlar bakımından farklı uygulama gerektiren dinsel kaynaklı gelenekler vardır. Örne in erkek sünneti, dinsel kökenli bir gelenek olarak sadece erkekleri ilgilendiren bir uygulamadır. Küçük yaştaki erkek çocukların bedenlerine yapılan bu müdahale, Devlet tarafından engellenmemektedir. Başörtüsü ise, yine dinsel kökenli ama dileyen bayanın uyguladı ı bir giyim tarzıdır. Bir dinsel uygulamanın

her iki cinsi de kapsayacak biçimde olması zorunlu de ildir. Bu anlamda ö rencilerin başörtüsü kullanması, cinsiyet eşitli ine dinsel kaynaklı bir aykırılık sayılmaz. Aksine başvuru konusu müdahale üniversite ö rencileri açısından cinsiyet ayrımcılı ı oluşturmaktadır. Bayan olmasalardı müdahale ile karşılaşmayacaklardı. Nitekim kız ö rencilerin e itimleri engellenirken kendileri ile aynı görüşte olan erkekler açısından herhangi müdahale söz konusu olmamaktadır. Aynı şekilde bütün ö renciler de ışık kıyafetlerle okula gelirken sadece başın örtülmesi engellenerek ayrımcılık oluşturulmaktadır.

Türkiye'de başörtülü ö rencilere karşı gerçekleştirilen müdahalenin kendisine özgü koşulları, Dahlab v. İsviçre kararının aksine müdahalenin vaki oldu unu göstermektedir.

#### **c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetine İlişkin Di er Kararları Ve Başörtülü Ö rencilere Karşı Gerçekleştirilen Müdahalenin Farklı Yönleri**

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti ile ilgili kararlar incelendi inde, Komisyonun önce, dinin öngördü ü uygulama hareketlerini daha geniş de erlendirdi ini, sonra ise 9. Maddenin din yada inancın emir yada telkin etti i tüm davranışları içermedi ine dair kararlar vermeye başladı ını gözlemlemek mümkündür. Nitekim Mahkeme içtihatlarına göre, din ve vicdan özgürlü ü dinsel inanca ba lı her hareketi koruma altına almamaktadır. De ışık inançlara ba lı bireylerin yaşad ı demokratik bir toplumda, bir bireyin inancının emretti i bir uygulama di er bireylerin inanç özgürlü ünü korumak ve dinsel ço ulculuk ve hoşgörüyü sa lamak amacıyla sınırlamaya tabi



tutulabilir. (Kokkinakis / Yunanistan).

Mahkeme, din ve vicdan özgürlü ünün demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birisi oldu unu belirtmekte fakat özgürlü ün sınırsız olmadı ını ve bu hakkın tarafsız koruyucusu Devletin, toplumsal barışı, hoşgörüyü ve ço ulculuk ilkesini sa lamak amacıyla sınırlama yetkisi oldu unu ifade etmektedir. (Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Fransa, no 27417/95, § 84; Kokkinakis v. Yunanistan, 25 Mayıs 1993, § 33; Refah Partisi v. Türkiye, no 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 50).

Bu noktada mahkemenin her davayı kendi özellikleri içerisinde de erlendirdi i ve ayrı sonuçlara ba ladı ı ifade edilebilir.

Rapor konusu müdahalenin mahiyeti, 9. Maddeye ilişkin daha önce verilen kararlardan farklılık arz etmektedir. Demokratik bir toplumda, ziyaretçi olarak dahi okulunun bahçesine alınmayan başörtülü ö rencilere yapılan müdahalenin, haklı kabul edilmesine imkan yoktur. Kendine özgü koşulları içinde dikkate alınması gereken başvurularda ö renciler, sınırsız bir özgürlük, toplumdaki dinsel ço ulculu un yapısını bozmaya yönelik bir ayrımcılık yada başkalarının haklarına kısıtlama getirebilecek herhangi bir önlem talep etmemektedir.

Ö renciler dinsel inançtan kaynaklanan her hareketin koruma altına alınmadı ını ve bu özgürlü ün sınırsız olmadı ını bilmektedir. Başörtülü ö renciler de ışık inançlara sahip bireylerin yaşad ı demokratik bir toplumda, inançların emretti i evrensel hukuk normlarına aykırı bir uygulamanın, di erlerinin inanç özgürlü ünü koruma ve toplumdaki dinsel ço ulculu u sa lama amacına

yönelik sınırlamaya tabi tutulabilecek inin farkındadırlar.

Kendilerine özel bir muamele gerçekleştirilmesini, kayıtlı buldukları üniversitenin ö retim programında kendi inançlarına göre bir de ışıklık yapılmasını veya dini inanç özgürlü ünden kaynaklanan herhangi bir farklı muameleye tabi tutulmasını istememektedirler.

Aksine başörtülü ö renciler de, bütün ö rencilerle aynı uygulamaya tabi tutulmayı talep etmektedir. Üniversiteler, kampüs içinde ve ö retimin yapıld ı yerlerde, ö renimin gere i tek tip özel bir kıyafet, bir üniformanın giyilmesini zorunlu kılmamaktadır. Yüksekö retim Kurumlarındaki ö rencilerin kıyafet biçimine, rengine, desenine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut de ildir. Aynı şekilde herkesin saçını istedi i gibi kestirme, uzatma, istedi i renge boyatma, biçim verme özgürlü ü vardır. Bu noktada bütün ö rencilere tanınan ve bizzat yasada ifadesini bulan serbestinin (Yüksekö retim Kanunu 17. Madde) başörtülü ö rencilere de sa lanması halinde sözleşmedeki haklar ihlal edilmeyecektir.

İdarenin ö retim kurumlarında ço ulculu u sa lama görevi başörtülü ö rencilerin Yüksekö retim Kurumlarına ait kapalı yada açık mekanlara alınmamasını gerektirmektedir. Başını örten ö rencilerin e itim haklarının tamamen kullanılamaz hale getirilmesi özel bir üniversitede dahi e itimine engel olunması toplumsal dinsel ço ulculu un sa lanmasına bir katkıda bulunmayacaktır. Ço ulculu u sa lama, herkesin kıyafetine müsaade edilirken sadece başın örtülmesine yasak getirilmesini gerektirmez. Her renk ve biçimde kıyafetin giyildi i üniversitelerde sadece boyun yada saçın örtülmesinin düzen bozmasına ve ço ulculu u

engellemesine imkan yoktur. Aksine, başvuru konusu uygulamaya ile ço ulculuk ortadan kaldırılmaktadır. Ö rencilerin kayıtlı oldukları okullarına alınmamasının, toplumsal hoşgörü ve barışı sa lama amacına da hizmet etmedi i ayrı bir açıklamayı gerektirmemektedir.

Mahkemenin daha önceki düşünce, din ve vicdan hürriyeti ile ilgili kararlarında, sınırlama sebepleri olarak öngörülen toplumsal barış, hoşgörü, dinsel ço ulculuk, tarafsızlık, başkalarının haklarının ve kamu düzeninin sa lanması amaçlarının hiç biri, başörtülü ö rencilere karşı gerçekleştirilen müdahalede mevcut de ildir. Ö rencilerin durumu, şartları, e itim gördü ü kurum, bulundu u ortamda kıyafetlerinden etkilenebilecek yaştaki kişilerin olmaması, daha önce senelerce aynı şekilde e itim görmelerini müdahaleyi haklı gösterebilecek en ufak somut hiç bir vakıanın mevcut olmaması ayrıca de erlendirilmesi gereken hususlardır. Bu surette Türkiye'deki müdahale konusu Mahkeme'nin daha önceki kararlarından farklılaşmaktadır.

Örme in Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.05.1993 tarihli Kokkinakis-Yunanistan kararında, Hıristiyan mü'minli i (*bearing Christian witness*) ile uygunsuz proselytism (*improper proselytism*) arasında yapılan ayrımı not etmiştir. İkincisi, birincisinin bozulmuş bir halidir. Uygunsuz proselytism bir Kiliseye yeni üyeler kazandırmak amacıyla maddi veya sosyal menfaatler teklif etme, veya acz içinde veya ihtiyaç halinde bulunan kimselere uygunsuz baskılarda bulunma şeklini alabilir; şiddet uygulama veya beyin yıkama şeklinde olabilir. Uygunsuz proselytism, daha genel olarak, başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlü üne saygıyla uyuşmayan hareketlerdir. Avrupa Mahkemesi, Yunan mevzuatında benimsenen kriterlerin sadece

uygunsuz proselytismi cezalandırmak amacıyla kullanılması halinde din ve vicdan özgürlü üne saygıyla ba daşabilir olabilece ini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, olayda Yunan Mahkemelerinin karar gerekçelerinde sanı ın hangi uygunsuz araçlarla ikna etme girişiminde bulundu unu yeterince belirtmediklerini ve sadece kanuni terimleri tekrarlayarak başvuruçunun sorumlulu una gittiklerini vurgulamış; din özgürlü üne bu müdahaleyi haklı kılan bir toplumsal ihtiyaç baskısı bulunmadı ı ve dolayısıyla izlenen meşru amaçla orantılı olmayan ve sonuç olarak demokratik bir toplumda gerekli bulunmayan bir müdahale oldu u sonucuna varmıştır (*parag. 48, 49*)

Avrupa Mahkemesi'nin Kokkinakis kararındaki unsurların hiçbiri, başörtülü ö renciler bakımından yerine getirilmiş de ildir. Üniversite ö rencisi olan başörtülü ö rencilerin başörtü kullanması, dinin gereklerini yerine getirmeyen veya bu dine ba lı olmayan di er ö rencilere maddi veya sosyal menfaat teklif etme veya acz içinde veya ihtiyaç halinde bulunan ö rencilere uygunsuz baskılarda bulunması anlamına gelmez; başörtüsü kullanmak suretiyle kimseye şiddet uygulanmaz veya beyni yıkanamaz; kısacası üniversitede başörtü kullanmak di er ö rencilerin düşünce, vicdan ve din özgürlü üne tecavüz etmez. Kaldı ki ulusal mahkemeler, Avrupa Mahkemesi'nin aradı ı şekilde somut gerekçe göstermemişler, başvuruçunun veya di er başörtü kullanan di er üniversite ö rencilerini hangi uygunsuz araçlarla kendi inançlarına çekmek için baskı yaptıklarını belirtmemişlerdir. Türk Anayasa Mahkemesi laiklik prensibini tekrarlamış, üniversite ö rencileri tarafından başörtü kullanılmasının ço ulculu a zarar verebilece i ve ö renciler

arasında fikir, inanç veya din konusunda bir ayrıma yol açabileceği varsayımını vurgulamıştır. Danıştay, başörtüsü kullanmanın zararsız görünüşüne ve bir gelenek olmasına rağmen, laiklik ve cumhuriyet karşıtı akımların bir simgesi ve kadın özgürlüklerine karşı bir karşı çıkış haline geldiğini belirtmiştir. Ulusal mahkemeler, zararsız başörtüsünün nasıl olup da laikli ve cumhuriyete karşı zararlı bir silah haline geldiğini açıklamak gereğini duymamışlardır.

Yüksekö retim Kurumu, üniversite öğrencilerinin başörtüsüyle öğrenim görmeleri halinde, ülkedeki genel olarak kamu düzeninin bozulmasına dair bir iddiada bulunmamış veya bu konuda her hangi bir kanıt göstermemiştir. Kuşkusuz her kurumun olduğu gibi üniversitenin de bir düzeni vardır. Üniversite öğrencilerinden yararlanmak isteyen kişiler bu kurumun düzenine uymak zorundadırlar. Üniversitenin işlevi bilimsel bilginin üretilmesi ve bu bilginin toplumsal yaşama aktarılmasıdır. Üniversiteler, bu ilke çerçevesinde iç düzenlerini oluşturmak durumundadırlar. Başörtülü öğrencilerin bilimsel bilgiyi edinmekte başarılı olmayacakları ve bilimsel bilgiyi topluma aktaramayacakları görüşü, üniversitelerin niteliğiyle ilgili haksız bir önyargıdır.

Üniversite öğrencilerinin başörtü kullanması, üniversitedeki düzeni de ihlal etmiş de ildir. Komisyon'un 12.03.1981 tarihli (başvuru no. 8160/78) kabul edilebilirlik kararına konu olayda başvuru öğrencisi dini inancına uygun çalışma saatlerinde öğrencilerle çalışmak istemiş ve iş saatlerinin de ihlal edilmesini talep etmiştir; oysa başörtülü öğrenciler kendi inancına uygun saatlerde veya içerikte veya şekilde öğrenim görmek amacıyla öğrencilerle ilgili

bir kuralın de ihlal edilmesini talep etmiş de ildir. Komisyon'un 12.07.1978 tarihli (başvuru no. 7992/77) tarihli kararına konu olayda motosiklet sürücüsü olan başvuru, dini inancına aykırı olduğu gerekçesiyle kask kullanmak istememiş, kendisi için de yaşamsal önemde olan trafik kurallarının kendisine uygulanmamasını talep etmiştir; oysa öğrenciler dini inancına ters düştüğü gerekçesiyle öğrencilerin gerektirdiği her hangi kuralın kendisine uygulanmamasını talep etmiş de ildir. Başörtülü öğrenciler üniversitenin öğrencilerle ilgili tüm kurallarına uymuş ve bir çoğu son sınıfa kadar öğrenim görmüştür. Başörtülü öğrencilerin üniversite içindeki kamu düzenini ihlal ettiğine dair tek bir somut olay bulunmamaktadır; bu konuda kimseden kamu makamlarına bir şikayette bulunulmamıştır.

Bu noktada İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğu için başörtüsü takan öğrenci açısından konunun tekrar incelenerek değerlendirilmesi ve sorunun sadece bir foto raf değil, 20 yaşlarındaki bir bayandan her gün zorla başını açma ya da eğitim hakkını kullanma yönünde tercih yapmasının istendiği hatırlanmalıdır.

## 6. Genel Değerlendirme ve Sonuç

Demokratik bir hukuk devletinde din özgürlüğü'nün kamu hayatında ifade bulması ve bu hayata ilişkin yansımaların bulunması normal olup, buna kategorik olarak karşı çıkılmaz. Dinin gereklerinin serbestçe yerine getirilmesi, kamuya somut ve belirlenebilir bir zarar vermediği müddetçe kamu alanında da korunmalıdır. Başörtüsü dini bir pratik olup, inancını yaşamanın bir çeşit

vasıtasıdır. Başörtülü bayanlar dini inançları gereği başlarını örttüklerinden okula girmelerine izin verilmemektedir. Üniversite öğrencilerinin e itim haklarını kullanabilmeleri başlarını açma şartına tabi tutulmaktadır. Öğrenciler başlarını açmadıkları müddetçe okula girememektedirler. Kendilerine başka bir alternatif bırakılmaması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. Madde kapsamında müdahale teşkil etmektedir.

Kişileri dini inançları ve bireysel ahlak anlayışına göre bir kıyafet yasaına uymaya zorlamak, uymadığı takdirde başta e itim ve ö retim hakkı olmak üzere yasal haklarını elinden almak düşünce, vicdan ve din hürriyetinin ayrı bir ihlalini teşkil etmektedir.

Öğrencilerin taktığı başörtüsünün, dinini açığa vurma şekillerinden bir ibadet ve uygulama niteliinde olduğu açıktır. Bir bayan için başını örtmek dini ibadetin normal bir şeklidir. Din özgürlüğü çoğulcu ve demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğundan, dinini açığa vurma hakkını da içermektedir.

Bir dinin kurallarının yerine getirilmesine dair hareketler, Sözleşmenin 9. Maddesi ile güvence altına alınmıştır. Öğrenciler; İslâm dininin dışında, başka bir dinin, örneğin, Hıristiyanlığın, Museviliğin gereklerinden birinin yerine getirmek için başını örtseydi ya da başka bir kıyafet ya da aksesuar taşıyalardı da aynı özgürlüğe sahip olması gerekirdi. Bu durumda kişinin inancının gereklerine saygı duyulması, sadece bu nedenle haklarından mahrum edilmemesi insan haklarının temel gereğidir. Türkiye’de örneğin Hıristiyan dininin sembolü olarak kabul edilecek ve dini açıdan takma zorunluluğu bulunmayan haç takmak yasak

de ildir. Düşünce, vicdan ve din hürriyeti açısından olması gereken de budur.

Din ve vicdan özgürlüğü düzenleyen metinlerde ifade edildiği üzere, bu özgürlük sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına alarak gerçekleşemez. Bireysel yaşamda ve toplumsal yaşamda inancını gereği gibi yerine getirme ve açıklama, dışavurma özgürlüğü de kapsar. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğüün uzantıları içinde, tezahür şekilleri de bulunmaktadır. Bu tezahür şekillerinden bir tanesi de giyim kuşamdır. Bu mutlak haklar, insan olma özgürlüğüün uzantısıdır. Buna hiç bir şekilde idari makamların müdahale etme hak ve yetkisi yoktur.<sup>7</sup>

Din ve vicdan hürriyetinin varlığı için sadece inanma, inancın gereklerini yerine getirme, propagandasını yapma, e itim ö retim serbestisinin var olması yeterli de ildir. Bir dini benimsemek ve onun gereklerini yerine getirmek e itim ve ö retim, çalışma hakkı gibi bir diğer temel hak ve hürriyetten mahrumiyet sonucunu doğuruyorsa, bu durumda din ve vicdan hürriyetinin özünün zedelendiği kabul edilir. Sözleşmeciler Devletler inançlara saygıyı yani bu özgürlüğüün fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbir ve güvenceleri getirmekle yükümlüdür.

Danıştay 8. Dairesinin, 13.12.1984 tarih ve 1984/636 E. 1984/1574 K. Sayılı kararında "...köylü kadınlarının örtülmelerinin normal, okumuş kızların örtülmelerinin ideolojik olduğu...", şeklindeki de erlendirmesi, dinin alanına girerek, dini tarif etme/tanımlama sonucunu doğurduğundan, ne devletin, ne de Danıştay’ın böyle

<sup>7</sup> ÖKTEM, Niyazi; *nsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul 1995.

bir yetkisi bulunmamaktadır. Bir konunun din kapsamına girip girmeyeceğini idari makamlar belirleyemez. Devlet bu konuda beyanda bulunulamaz.

Danıştay kararında ifade edildiği üzere, sokakta başını örten bayanın kıyafetini masum olarak değerlendirip, üniversite gören aşamasına gelen bir öğrencinin kıyafetini ise sırf laik cumhuriyet ilkelerine karşı çıkarak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttüklerini ifade etmek ve bu nedenle okula alınmalarının doğru olduğunu beyan etmek haksızlık olacaktır. Zaten bu açıklama sadece okula geldikleri zaman değil, tüm yaşamlarında başlarını örten bayanların aslında kafalarının içlerindeki düşünceleri ile yargılandıkları ve okula alınmayarak cezalandırıldıklarını göstermektedir. Bir ABD Yüksek Mahkeme kararında ifade edildiği üzere "Şeytan bile insanın kafasından geçenleri bilemezken", başını örtmeyi tercih eden öğrencilere bu derece ağır bir misyon yüklenmesi hukuken kabul edilemez. Peruk, bere ve sakalın dahi "ideolojik olarak tanımlanabileceğinin" beyan edilmesi önyargının sonucudur.

İbadet, bireyin kendisinden kaynaklanan bir durum değildir. Oruç insanlara Müslüman olduğunu göstermek için değil, bizatihi orucun İslâm'ın emirlerinden birisi olması nedeniyle tutulmaktadır. Öğrenciler de farklı olmak, insanlara Müslüman olduğunu ispatlanmak için değil, bizzat İslâm'ın bir emri olduğunu inandıran için başını örtmektedir. Sadece Kuran'da başının örtmesi emredildiği için bu kıyafet tarzını benimsemektedir.

Her bir bayan herhangi bir dinin esasları gereğince değil de felsefi bir inanç, bir ekolün

içeriğine göre kendisini başını örtmeye mecbur hissetse, vicdanen böyle bir emre inanmış olsa dahi bu özgürlükten yararlanması gerekmektedir. Hatta kişi, sebepsiz yere başını örtse dahi bunu yasaklamaya kimsenin hakkı bulunmamaktadır. Kıyafet biçimi tamamıyla kişinin kendisini ilgilendiren bir durumdur. Üçüncü kişilerin hak iddia edebileceği, söz sahibi olduğu bir husus değildir. Reşit bir insana başının açık yada kapalı olacağı, saç biçimi, boyu, rengi hakkında kimse emir veremeyeceği gibi, belli bir şekilde olmasından yada olmamasından ötürü diğer haklarını kullandırmama yoluna gidemez. Bu noktada başını örten öğrencilerin eğitim haklarını kullanılmalarının başlarını açma şartına tabi tutulması, düşünce, vicdan ve din hürriyetine müdahale oluşturmaktadır.

Müdahaleyi haklı hale getirebilecek meşru bir sebep mevcut değildir. Hukuki öngörü şartını yerine getiren bir mevzuat hükmü bulunmadığı gibi, aksine serbestiyi öngören yasa maddesi mevcuttur. Bireylerin nasıl bir uygulama ile karşılaşacaklarını bilmeleri hukukun üstünlüğüdür. Öğrenciler senelerce başörtülü olarak kayıt olmuşlar, başörtülü foto rafları ile kimlikler almışlar, 1998 yılına kadar aynı şekilde eğitim görmüşlerdir. Buna rağmen önce sadece bir Rektörlük genelgesi ile bütün uygulama değiştirilmiştir. Mahkemeler de bu uygulamayı idarenin takdir yetkisinde bir konu olarak değerlendirmişlerdir. İdarenin öğrencileri kıyafetleri nedeniyle okula almama şeklinde bir karar alma yetkisinin olmadığını, Yükseköğretim Kurumu mevzuatında bu yönde bir hükmün mevcut olmadığını dikkate almamışlardır. Bu nedenle vaki müdahale, öğrencilerin din özgürlüğüne hukukun öngörmediği bir müdahaledir. İç mevzuat ve

yürürlükteki yasalar başörtüsü takmayı engellemedi inden, ö rencilerin e itimlerine devam ederken başlarının açık olması gerekti ine dair hiçbir ö ngörüde bulunmaları beklenemez.

Müdahaleyi meşru hale getirebilecek din hürriyeti açısından mevcut sınırlama sebeplerinin hiç biri, bayanların boyun ve saçlarını örten bir kıyafet biçimini belirlemelerine müdahale hakkı vermemektedir.

Başkalarının hak ve özgürlü ü, kamu düzeni, kamu ahlakı, genel sa lık sebepleri de müdahaleyi meşru hale getirmeden, ö rencilere gerçekleştirilen müdahale mahkemenin daha önce bu yönde verdi i kararlardan farklılaşmaktadır.

Demokratik bir toplumda müdahalenin kabul edilmesini sa layacak zaruri bir tedbir mevcut de ildir. Demokratik toplum hoşgörü ve ço ulculuk içinde yaşamayı gerektirir. Bunlar olmadan demokratik toplum olmaz. Demokratik bir toplumda bilinç ve müsamaha olmalı ve devlet düzeni sa lamalıdır. Gerginli i kaldırmak için gerginli i taraflarını ortadan kaldırmamalıdır. Türkiye'de ise ö rencilerin başı örtülü e itim görmelerine ilişkin bir gerginlik mevcut de ildir.

Başörtüsü takan ö renciler sadece, kendileri ile aynı konumda olan aynı sınavı kazanan serbestçe e itimini tamamlayan arkadaşları gibi e itim hakkını kullanmak, mezun olmak ve uzun zaman maddi, manevi çaba göstererek kazandı ı ve senelerce okudu u okullarından diplomalarını almak istemektedirler. Ço u son sınıf ö rencisi olan başörtülü ö rencilerin lisans e itimlerini tamamlamak için başka bir imkanları bulunmamaktadır. Binlerce ö renci okulu bırakmak zorunda kalmıştır. Bazı ö renciler ise e itimlerini tamamlamak üzere yurt dışına gitmişlerdir.

Türkiye'den başka herhangi bir ülkenin üniversitelerinde başı örtülü e itim görme engellenmemektedir. Fakat yurtdışında e itim görmenin maliyetleri çok yüksektir. Ö rencilerin masraflarını karşılayabilecek maddi imkanları bulunmamaktadır. Ayrıca ö rencilerin yurt dışında e itimi tamamladıktan sonra aldıkları diplomanın Türkiye'de geçerli olması için yine Yüksekö retim Kurumu'nun denklik vermesi gerekmektedir. Yüksekö retim Kurumu başörtülü ö rencilerin Türkiye'de e itimlerini tamamlamalarına izin vermedi i gibi, başka üniversitelerden aldıkları diplomalara denklik vermemesi söz konusu olabilecektir.

Bir üniversite ö rencisi için e itimini tamamlamak ve mezun olmak hayati derecede önemli bir olaydır. Üniversitede alınan e itim bireyin bundan sonraki hayatını şekillendirecektir. Alınan e itim sonrası meslek sahibi olunabilecektir. Üniversitede kayıtlı olmak, ÖSS sınavında pek çok adaydan daha yüksek not almaya ba lıdır. Türkiye şartlarında üniversite e itimi görmeye hak kazanabilmek oldukça büyük bir başarıdır. Başörtüsü takan ö renciler de meslek sahibi olabilmek için oldukça fazla çalışmışlar ve büyük hayallerle üniversiteyi kazanmışlardır. Okul bir ö rencinin hayatında çok önemli bir yer oluşturmaktadır. Mevcut müdahale ile ileri sürülen sebepler arasında kabul edilemez bir orantısızlık bulunmaktadır.

Mevcut uygulamanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygun hale getirilmesi için, Yüksek sözleşmecisi tarafın yapması gereken şey basit bir yükümlülüktür. Ö renciler açısından dini düşünce ve kanaatleri nedeniyle kendisine özel muamelede bulunmasına, ayrıca bir lütuf gösterilmesine, Yüksek



Sözleşmeci Tarafın bu yönde bir müsamaha göstermesine gerek yoktur. Örneğin 9. Madde gereği herkesin forma giyme mecburiyetinde bulunduğu bir ortamda formanın üzerine başörtüsü takılmasına izin verilmesine dahi gerek bulunmamaktadır. İfade edildiği üzere Türkiye zaten üniversitelerde kıyafet birli i mevcut olmayıp bu konuda kıyafeti serbest bırakan özel bir yasa dahi mevcuttur. Tek yapılması gereken, bütün kıyafetler gibi başörtüsünün de kıyafet serbestisi içinde tanınmasıdır. Sadece saygı duyulması özel olarak engellenmemesi yeterli olacaktır.

### Kaynakça

- BALCI Muharrem/SÖNMEZ Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yayınları, İstanbul 2001.
- Demokratik Hukuk Devletinde Din Ve Vicdan Hürriyeti, Türkiye Gönüllü Teşekküller Vakfı 8. İstişari Toplantısı, Erkam Matbaası, İstanbul 2002.
- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 3, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2000.
- ERDO AN Mustafa; *Demokratik Hukuk Devletinde Din Ve Vicdan Hürriyeti* Türkiye Günlü ü Dergisi, Sayı 56, Yaz Gündemi 1999.
- EROL Muhammed Akif; *A.İ.H.S. Uygulamasında Din ve Vicdan Özgürlü ü Kavramı*, Hukuk Dünyası Dergisi, Kasım 1997.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi, Ankara 1998.
- İBRAHİMO LU Hasan; *Başörtüsü Raporu*.

İnsan Hakları Sempozyumu; İstanbul Büyükşehir. Bel. Hukuk Müşavirli i Yayınları, İstanbul 1995.

KABO LU İbrahim; *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayınları, İstanbul 1993.

KUZU, Burhan; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*.

ÖKTEM, Niyazi; *İnsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul: 1995.

ÜNAL Şeref; *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

ÜZELTÜRK Sultan; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti*, (İstanbul Barosu İHM 1999 İç E itim Seminerleri Notlarından).

YAŞAR Nuri; *İnsan Hakları Avrupa Sisteminde Ve Türk Hukukunda E itim Hakkı Ve Özgürlü ü*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000.

YILDIZ Mustafa; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Yayınları, İstanbul 1998.



# **Yüksekö retim Kurumlarında Uygulanan Başörtüsü Yasa ına İlişkin Hukuk Raporu<sup>(\*)</sup>**

Av. Muharrem BALCI - Av. Macide GÖÇ - Av. Gülden  
SÖNMEZ



## **Yasa ın Fiili ve Hukuki Boyutu**

gerekli şartları hazırlamaya  
çalışmaktadır.

### **1. Fiili Boyut**

uluslararası standartlar  
**U**"Hukukun Üstünlü üne Dayalı"  
devlet modeli öngörüyor ve  
uygulamaya koyuyor ise de,  
Türkiye Cumhuriyeti Devleti  
kendisini, Anayasasının 2.  
Maddesinde "**sosyal hukuk devleti**"  
olarak tanımlamaktadır. Türkiye  
Cumhuriyeti, halkının sosyal yaşam  
ve refahı ile özgürlüklerin  
yaşanabilmesini temin edebilmek  
maksadıyla belirledi i sosyal  
hukuk devleti anlayışını  
Anayasasının "Devletin Temel Amaç  
ve Görevleri" başlı ı altında 5.  
Maddesinde şekillendirmiştir:

#### **Devletin Temel Amaç ve Görevleri**

Madde-5. Devletin temel amaç ve  
görevleri, Türk Milletinin  
ba ımsızlı ını ve bütünlü ünü,  
ülkenin bölünmezli ini, Cumhuriyeti  
ve demokrasiyi korumak, kişilerin  
ve toplumun refah, huzur ve  
mutlulu unu sa lamak; kişinin temel  
hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk  
devleti ve adalet ilkeleriyle  
ba daşmayacak surette sınırlayan  
siyasal, ekonomik ve sosyal  
engelleri kaldırmaya, insanın maddî  
ve manevî varlı ının gelişmesi için

Anayasanın sosyal hukuk devleti  
belirlemesi, kanunun  
gerekçesinden de anlaşılaca ı  
gibi devlete bir takım görevler  
yüklemektedir:

Gerekçe: Devletin nüfus unsurunu  
teşkil eden Türk Milleti bir  
bütündür, parçalanamaz.  
Parçalanamaz bir bütün olan Türk  
Milleti ba ımsız bir devlet  
oluşturmuştur. Bu devletin ülkesi  
hiç bir şekilde bölünemez ve siyasî  
rejimler içerisinde fert hak ve  
hürriyetlerini en iyi  
gerçekleştirip, teminat altına alan  
demokrasiyi ve Cumhuriyeti korumak  
devletin varlık sebebidir; fakat  
devlet aynı zamanda milletin  
huzurunu sa lamak ve fertlerini  
mutlu kılmak görevi ile de  
yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat  
mücadelesini kolaylaştıracaktır.  
Ferdin insan haysiyetine uygun bir  
ortam içinde yaşamasını  
gerçekleştirecektir. Bu sosyal  
devletin görevidir. Sosyal devlet  
bazılarının yanlış sandıkları veya  
kasten tahrif ettikleri gibi  
sosyalist devletle ilişkisi olmayan  
bir devlet anlayışdır. Sosyal  
devlet her şeyden önce insana ve  
insanın düşünce hakkına saygılıdır  
ve bu sınırlar içerisinde ferdin  
hak ve hürriyetlerinin  
kullanılmasını sınırlayan engelleri  
ortadan kaldırmak, onun başlıca  
görevleri arasındadır.

Ferdin hayatında, onun temel hak ve özgürlüklerden oldu u gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.

Anayasa Mahkemesinin 18 Şubat 1985 tarihli kararında da Sosyal Hukuk Devletin tanımı yapılmakta, sınırları tespit edilmektedir:

"Sosyal Hukuk Devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşamasını ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak, çalışanları koruyan, işsizli i önleyici ve millî gelirin adaletle uygun biçimde dağılmasını sağlayan tedbirleri alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir."

Sosyal Hukuk Devletin işleyebilmesi ancak, hukukun üstünlü ünün sağlanmasına, Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildi i üzere, devlete yüklenen görevlerin yerine getirilmesine, vatandaşların da hak ve sorumluluklarını bilmelerine bağlıdır. Bunun için de her hukuk devletinde vatandaşların kendi aralarındaki ilişkileri ile, kamu kurum ve kuruluşlarıyla ve devletle olan ilişkileri kanunla düzenlenir. Sözü edilen ilişkilerin önceden belirlenmiş, tarafsız, açık ve anlaşılabilir normlarla düzenlenmiş olmasıyla vatandaşların hukuki açıdan güvenli i sağlanır. Aksi halde toplumda gerek tüzel kişi, gerekse gerçek kişiler bazen da gücü elinde bulunduranların keyfi eylem

ve işlemleri, toplumsal kargaşa ve çatışmaya yol açar.

Türkiye'de Sosyal Hukuk Devletin görevleri içine giren bir çok alanda, yukarıda de indi imiz Anayasal düzenleme ve Anayasa Mahkemesinin kararına rağmen, hukuka ve yasalara aykırı idari işlem ve eylemler söz konusu olmaktadır.

Yüksek Ö retim Kurumlarında "kılık kıyafet" konusundaki idari düzenleme ve uygulamalar Sosyal Hukuk Devleti ilkelerinin adeta yok sayıldı ı tipik bir örne i oluşturmaktadır.

Yüksek Ö retim Kurumlarında "kılık kıyafet düzenlemesi" olarak karşımıza çıkan ve yüksek ö renim görme hakkının engellenmesine yol açan "başörtüsü kullanma yasa ı", öncelikle hukuka ve kanunlara aykırı fiili uygulamalarla başlamıştır. Yasalara aykırı bu uygulamalar bazen de ö renci ve avukatlarının tutanakları ile tespit edilmiştir. (Ek-1)

Başörtüsü yasa ı, hukuka ya da yürürlükteki yasalara aykırı da olsa herhangi bir düzenlemeye bile ihtiyaç duyulmadan, üniversite rektörü ya da fakülte dekanlarının, giriş kapısındaki görevli hizmetliye verdi i sözlü talimatlarla ya da kapıya asılan imzasız yazılarla ö rencilerin içeri girişleri engellenmek sureti ile uygulanmıştır. (Ek-2)

Önce az sayıdaki üniversitede, hatta bu üniversitelerin sadece bazı fakültelerinde uygulanan yasak, zamanla Türkiye genelindeki üniversitelerin tamamında uygulanmaya başlamıştır. Fiili durumun ardından, yasa ın hukuki dayana nı oluşturma gayretleriyle bazı idari düzenlemeler yapılmış, yönetmelikler ve genelgeler oluşturulmuştur.

## 2. Hukuki Boyut

Üniversite Rektörlüklerinden yapılan açıklamalarda Yüksek Ö retim Kurumlarında fiili olarak uygulanan başörtüsü yasa ının gerekçesi olarak, herhangi bir yasa maddesi yerine, yoruma açık ifadelerle, "Devrim Kanunları, Anayasa Mahkemesi kararları, Danıştay, İdare Mahkemelerinin kararları ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararları" gösterilmektedir. (Ek-3) Yasa a ilişkin olarak kullanılan bu argümanları Anayasa Mahkemesi kararlarından başlayarak inceleyeceğiz.

Anayasanın 153. Maddesinde,

"a) Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

b) Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez."

denmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yasal düzenleme yapması imkansız oldu u açıkça bilinen bir gerçek oldu u gibi, bu madde ile de tartışmaya yer bırakmayacak şekilde yasaklanmıştır.

Başörtüsünün yasak oldu unu ileri süren idare, Anayasa Mahkemesinin bir kararının gerekçesinde yapılan de erlendirmelere dayanmaktadır. Atıf yapılan bu karar Anayasa Mahkemesinin 9.4.1991 tarih ve 1991/8 sayılı kararıdır. Bu karar 3670 sayılı Kanunun 12. Maddesiyle 2547 sayılı Yüksekö retim Kanunu'na ilave edilen Ek Madde 17'nin iptali için açılan davanın sonucunda verilmiş bir karardır. Anayasa Mahkemesi iptal talebi ile açılan bu davayı reddetmiş, Ek Madde 17 ile yapılan yasal düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Ek 17. Madde:

"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile, yüksekö retim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."

hükmünü getirmektedir. Ek 17. Maddenin iptali istemini reddeden Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde:

"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla- tabirinin anayasaya da aykırı olmamak anlamına geldi i, Anayasa Mahkemesinin daha önceki bir kararında da başörtüsü ile ilgili bir kanun düzenlemesinin anayasaya aykırı bulundu u, o halde ek madde 17 ile getirilen serbestlik hükmünün başörtüsünü kapsamayaca ı"

ifade edilmektedir. Bu gerekçeye 11 üyeden 5'i katılmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu kararın gerekçesinde, Anayasada başörtüsünü yasaklayan bir hüküm varmış gibi algıya neden olurken, gerek önceki kararında, gerekse sonraki kararında Ek-17. Maddeyi iptal etmemiştir. O halde Yüksekö retim Kanununun Ek 17. Maddesinde düzenlenen "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla üniversitelerde kılık kıyafet serbesttir" hükmü halen yürürlüktedir ve kılık kıyafet serbesttir.

## 3. Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçeleri Ba layıcı De ildir

Anayasa Mahkemesinin kanun metniyle ilgili yorumu hukuki açıdan ba layıcı de ildir. Çünkü;

1- Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin ba layıcı oldu una dair yasal bir düzenleme yoktur.

2- Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında gerekçelerinin ba layıcı olmadı ını hüküm altına almıştır. (E. 1989/11, Resmi

Gazete, 21.1.1990; E. 1989/14 R.G 2.3.1990)

3- Uygulama da di er yüksek mahkemelerin karar gerekçelerini ba layıcı olarak görmedikleri yönündedir.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 1988/192 sayılı kararında gerekçenin ba layıcı olmadığı açık olarak belirtilmiştir. Karara göre:

"Anayasanın 153. Maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yasama, yürütme ve yargı yerlerini ba layıcı kuşkusuzdur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin yasa koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesince iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesinin yorumuyla ba lı olmadığı... duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır... Bu maddedeki kuralların Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerle ba lı olmaksızın dairemizce yorumlanması gerekmektedir." (Danıştay Dergisi Sayı 72-73, s. 516)

Aynı görüşü, dönemin Yargıtay Başkanı yeni adli yılın açılış töreninde ifade etmiştir.

"Bir yasa Anayasa'ya hepsi de uygun olmak kaydıyla birden fazla şekilde yorumlanabiliyorsa, bunlardan hangisinin daha isabetli olacağını tayin yetkisi Anayasa Mahkemesine de il yerel mahkemelere ve nihai safhada di er yüksek mahkemelere aittir. Anayasa ve yasalar maddi olayları inceleyip de erlendirecek olan dava mahkemelerinin yorumlarıyla memleket ihtiyaçlarına uygun anlam kazanacaklardır."

4- Yukarıda Danıştay kararında ve Yargıtay Başkanının görüşünde dayanak alınan kural Anayasanın 153. Maddesinin ikinci fıkrasındaki yasaklamadır. Bu fıkrada Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu gibi hareket ederek yeni

bir uygulamaya yol açacak biçiminde karar vermesi yasaklanmaktadır. Buna göre üniversitelerde kılık ve kıyafet serbestli ini kayıt altına alan "yürürlükteki kanunlara aykırılık" ibaresi sadece mevcut yürürlükteki kanunları anlatır ve Anayasa Mahkemesinin bu kanunların getirdi i sınırlamaları genişletmesi yasa koyucu yerine geçmek olur.

Özellikle sınırlayıcı hükümler alanında, mevzuatta açıklığın ve kesinli in bulunması ve sınırlamaların dar yorumlanması esastır. Dolayısıyla sınırların genişletilebilmesi ve bunun "kanunun iptali" için de il de "yorumu" için yapılması yanlıştır. Anayasanın 153/2. Maddesindeki yasaklama varken, ve Anayasa mahkemesi karar gerekçelerinin de ba layıcı olduğu konusunda açık bir kanun hükmü de olmadığı na göre Anayasa Mahkemesi kararındaki de erlendirmenin ba layıcı olması mümkün de ildir.

Anayasa Mahkemesinin görevi Anayasayı yorumlamaktır. Kanunları yorumlamak davaya bakan mahkemelerin yetkisindedir. E er kanun anayasaya aykırı ise onu iptal etmek Anayasa Mahkemesinin elindedir, fakat kanunların belli bir şekilde anlaşılması konusunda bir yönlendirmede bulunma yetkisi yoktur. Anayasa Mahkemesi bir üst mahkeme konumunda de ildir ve temyiz incelemesi de yapmadığı na göre, iptal edilmeyen kanunların belli bir biçimde anlaşılması yolundaki de erlendirmeler, Anayasanın 138. Maddesinin ikinci fıkrasında yasaklanan "mahkemelere ve hakimlere... tavsiye ve telkinde bulunma" çerçevesinde de düşünülebilir. "Hiç bir organ, makam, merci" mahkemelere ve hakimlere yargı yetkisinin kullanılmasında tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Nitekim BM Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı Üzerine



Yedinci BM Konferansının 26 A ustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da kabul ettiği "YARGI BA IMSIZLI INA DAİR TEMEL PRENSİPLER" in ilk yedi maddesi, böylesi bir müdahaleyi kınamakta ve BM ilkelerine aykırı bulunmaktadır.

İptal edilmeyen mevcut yasa hükmüne rağmen ve yukarıda sıralanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin mezkur kararının gerekçesindeki de erlendirmeler Başörtüsü Yasasına mesnet yapılamaz.

Devrim Kanunlarına ilişkin de erlendirmelerimizi aşağıda "Yasal Düzenlemeler" başlığı altında inceleyeceğiz.

## Ulusal Hukuk ve Başörtüsü

### 1. Anayasal Düzenleme

İdare, başörtüsü yasaının gerekçesi olarak Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararlarını gerekçe göstermektedir. Anayasa Mahkemesi kararları ve karar gerekçelerinin herhangi bir kısıtlamaya veya yasaklamaya dayanak yapılamayacağı özellikle Anayasanın 153. Maddesinin açıklaması ile birlikte yukarıda yapılmış ve di er yüksek mahkeme kararlarından örnek verilmiştir. Dolayısıyla İdarenin Anayasa ve Anayasa Mahkemesi karar ve karar gerekçelerine ilişkin dayanağı hukuki temelden yoksundur.

Esasen kılık kıyafete ilişkin sınırlama ve yasaklamalar, Anayasada öngörülen temel haklar ve özgürlükler ile bu hak ve özgürlüklerin korunması bakımından devlete düşen görevler yönünden incelenmelidir. Yasalarda yapılacak kılık kıyafet sınırlamaları da aynı şekilde Anayasa kuralları içinde de erlendirilmesi gereken bir olgudur. Anayasada kılık kıyafete

dolayısıyla başörtüsüne ilişkin bir yasaklama yoktur.

Aksine Anayasa 24. Maddesi ile "Din ve Vicdan Hürriyeti"ni, 42. Maddesi ile de "E itim ve Ö renim Hakkı" nı hiçbir ayırım yapmadan tüm vatandaşlarına tanımış ve teminat altına almıştır. Anayasada ö renim hakkı sosyal bir hak olarak nitelendirilmiş ve hiç kimsenin bu haktan yoksun bırakılmayacağı hüküm altına alınmıştır:

#### Din ve Vicdan Hürriyeti

Madde-24. Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak e itim ve ö retimi devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak e itimi ilk ve orta ö retim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki dini e itim ve ö retimi ancak, kişilerin kendi iste ine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine ba lıdır.

Kimse, devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz salama amacıyla her ne surette olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

Gerekçe: Bu maddedeki anlamıyla din ve vicdan hürriyeti, kimsenin dini ayin törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması; dini inanç ve kanaatlerinden ve dini inancının gereklerini yerine getirip getirmemesinden dolayı kınanamayıp suçlanamamasıdır. Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan bu husus, birinci fıkranın tabii bir sonucudur.

Keza, birinci fıkranın tabii sonuçlarından bir di eri de, kamu

düzenine, genel ahlaka ve bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest oluşudur.

Üçüncü fıkra hükmüne göre, istismar ve suiistimali önlemek amacıyla, din ve ahlak e itim ve ö retimi devlet denetimi ve gözetimi altına alınmıştır. Keza bu e itim, ilk ve orta ö retimde zorunludur. Gayrimüslimler bu zorunlu e itim dışında bırakılmışlardır.

Nihayet maddenin son fıkrası ile de dinin ve dini duyguların siyasî amaçlara alet edilmesi yasaklanmıştır.

İlave etmek gerekir ki, bu anlamda dini inanç ve kanaat hürriyeti, niteli i gere i hiçbir sınırlamaya tabi tutulmayacaktır. Bu husus 15. Maddede açıkça belirtilmiştir.

#### **E itim ve Ö renim Hakkı ve Ödevi**

Madde-42. Kimse, e itim ve ö renim hakkından yoksun bırakılamaz.

Ö renim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

E itim ve ö retim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları do rultusunda, ça daş bilim ve e itim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı e itim ve ö retim yerleri açılmaz.

E itim ve ö retim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlkö retim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır.

Özel ilk ve orta dereceli okulların ba lı oldu u esaslar, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.

Devlet, maddî imkanlardan yoksun başarılı ö rencilerin, ö renimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel e itime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.

E itim ve ö retim kurumlarında sadece e itim, ö retim, araştırma

ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.

Türkçe'den başka hiçbir dil, e itim ve ö retim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve ö retilemez. E itim ve ö retim kurumlarında okutulacak yabancı dille e itim ve ö retim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır.

Gereke: Ö renim hakkı, genel bir sosyal hak olarak nitelendirilmiştir.

Bu hakkın temel gerçekleşme yeri ilkö retimdir. Bu sebeple maddenin 6. Fıkrasında ilkö retim mecburi kılınmıştır. Anayasa ile yüklenen ilkö retim mecburiyetinin gere i olarak devlet okullarında parasız ö retim ilkesi kabul edilmiştir. Kız ve erkek vatandaşlar arasında fark gözetilmemesi gere ine özellikle işaret edilmiştir.

Ö retim ve ö renim fert bakımından hak olarak tanınırken, devlet bakımından "başta gelen ödevlerden" sayılmıştır.

Maddenin 1, 2, 6. Fıkraları demokrasinin en iyi gelişebilece i bir toplumun meydana gelebilmesi için gerekli şartların asgarisini göstermektedir.

İlkö retim mecburiyetinin temel hedeflerinden biri, şahsın manevî ve ekonomik şahsiyetini elverişli şartlarla gelişmesine yardımcı olmaktır.

İlkö retim mecburiyeti, küçüklerin okula devamlarının sa lanmasını, bu amaçla küçüklerin kanunî temsilcilerinin zorlanabilmesini ifade eder.

Devlet, ilkö retim mecburiyetinin hangi yaştan hangi yaşa kadar devam edeceğini tespit edebilir.

İlkö retim ça ı denebilecek olan bu dönemin dışında bulunan kişilerden okur-yazar olmayanların çeşitli kurslara veya okullara devama özendirmeleri, hatta zorlanmaları şüphesiz kanunî bir düzenlemeyi gerektirir. Maddenin 5. Fıkrası, kanun koyucuya bu yolda direktif mahiyetindedir.

Bir taraftan ö renim hakkı, di er taraftan ilkö retim mecburiyeti ve okur-yazarlı ı yaygınlaştırmak yükümü, devlete bu ça da bulunanların, özellikleri olanlar dahil ö renimini sa layacak ö retim kurumları kurmak ödevini yükler. sakatlar için, sa ırlar, körler, dilsizler vb. gibi şahıslar için okullar, merkezler kurmak 42. Maddenin amacına ulaşması için gerekli görülmektedir.

E itim ve ö retim, devletin gözetim ve denetimi altındadır.

Devletin gözetim ve denetimi, e itim ve ö retimin sa lanmasının, güvenlik altında gerçekleşmesinin temel şartıdır.

Devlet e itim ve ö retimin yapılmasını sa layacak ve muhtevasını da denetleyecektir. Bu denetimin çerçevesi, e itim ve ö retime katılanların tümünün Anayasa sadakatini temin etmektedir. E itim ve ö retimin özgürlü ü, hiç bir şekilde Anayasanın temel felsefesine ve ilkelerine aykırı davranmanın bahanesi olamaz. Devlet, bu özgürlü ün kullanılmasında, Atatürk ilkelerine ça daş bilim ve e itim esaslarına uyulmasını gözeteyecektir.

Özel okulların kurulması da Anayasada kabul edilmiştir. Özel okulların kurulması serbesttir. Özel okullar, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olmak zorundadırlar. Devlet bu amacı sa layacak tedbirleri almakla yükümlüdür.

Özel yüksekokulların kurulması da serbesttir. Çünkü Üniversiteler ile ilgili 165. Maddede sadece üniversitelerin kurulması devlet tekelinde bırakılmıştır.

Maddenin 8. Fıkrası devlete, maddî imkandan yoksun olan başarılı ö rencilere burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapma ödevini yüklemektedir. Bu ödevin, ö renimlerin başarı ve kabiliyetleri ölçüsünde devam edece i de fıkrada hükme ba lanmıştır. Bu fıkra hükmünün bir amacı da, devlet dışında burs vermeyi meslek edinmiş olan çeşitli hukukî yapıdaki kuruluşun, gençler üzerindeki olumsuz

etkilerinin önlenmesi ödevini devlete yüklemektedir.

Maddenin son fıkrası meslekî e itimin milli ekonomiye, sanayi ve tarım ile hizmet ihtiyaçlarına uygun olması sa lama ödevini devlete yüklemektedir.

Anayasanın 24. Maddesi Din ve Vicdan Özgürlü ü konusunda güvenceler verirken, bir taraftan BM Evrensel Bildirisinin 10. Maddesine, di er taraftan da BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 18. Maddesine uygun bir düzenleme getirmiştir. Kişisel Haklar Sözleşmesinin 18. Maddesi:

Madde-18. 1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlü üne sahiptir. Bu hak, herkesin istedi i dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlü ünü ve herkesin ister tek tek, isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını, tapınma, uyma, uygulama ya da ö retme bakımından, açık ya da kapalı biçimde ortaya koyma özgürlü ünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi seçti i bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu kabul etme özgürlü ünü zedeleyecek bir baskıyla karşı karşıya bırakılamaz.

3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlü üne ancak yasalarda gösterilen ve kamu güvenli ini, düzenini, sa lı ını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

4. Bu Sözleşmeye taraf olan devletler, ana-babaların ve -bazı durumlarda- yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ahlaksal e itim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdür.

hükümleriyle kılık kıyafete ilişkin kısıtlama ve yasaklamaların hukuka ve uluslararası sözleşmelere aykırılı ını ortaya koymaktadır.

## 2. Yasal Düzenlemeler

### a) Türk Ceza Kanunu

Ceza Hukukunun kaynakları bakımından en başta gelen ve aynı zamanda Ceza Hukukunu di er hukuk dallarından ayıran bir özelli i, bu hukuk dalının taşıdığı hükümler itibarı ile **kesin, açık ve belirli** olmasıdır.

Ceza hukukunda kanunilik ilkesi olarak ifadelendirilen yasak eylemlerin (suç) ve bu eylemlere verilecek cezaların kanunla belirlenmesi ilkesi ça daş ceza hukukunun temel ilkelerindedir.

Bu ilke sayesinde kişiler hangi eylemlerin suç oldu unu önceden bilebilir ve kendi eylemlerini düzenleme olana ına sahip olurlar. Suç sayılan fiillerin yasalarda kesin, açık ve belirlenmiş olması da bu filleri işleyen kişilere yaptırım uygulanmasının yasal dayana ını oluşturur.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ça daş hukukta, ceza hukukuna özgü bir kural olmaktan çıkarak ça daş kamu hukukunun bir prensibi haline almıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Anayasa Hukukunun vazgeçilmez bir kuralı olmasının yanında hukuk devleti rejiminin de en temel belirleyici niteli i haline almıştır.

Bu anlamda bütün ceza hukuk sistemlerine hakim olan kanunilik ilkesi Türk Ceza Hukukunda da egemen bir ilkedir ve Anayasanın 38. Maddesinde ifadesini bulmuştur.

Anayasa'da "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlı ı altında düzenlenen 38. Maddenin 1. Fıkrası şöyledir:

"Kimse, işlendi i zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadı ı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işledi i zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha a ır bir ceza verilemez:"

Aynı şekilde Türk Ceza Hukuk Sistemi de evrensel bir hukuk kuralı olan "suç ve cezaların kanunili i" ilkesini esas alarak oluşturulmuştur. Türk Ceza Kanununun 1. Maddesinde:

"Kanunun açıkça suç saymadı ı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz."

hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 38. Maddesinin gerekçesinde yasakoyucu şu belirlemeleri yapmaktadır:

"Birinci fıkra 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesini koymuştur. Günümüzde, ceza yerine bazen, failin kişisel durumuna daha uygun düşecek bir "güvenlik tedbiri" uygulandı ı için bunlar da "ceza" hükmünden sayılmaktadır. Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak "yasama tasarrufuyla" konulabilecektir. Keza gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmedi i ve ceza koymadı ı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hükmün kanun koyucunun "açık suç hükmü" koymasına; yani "fiili" bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel de ildir."

Ceza hukuku bakımından da durum farklı de ildir. Suçun ve cezanın kanun tarafından gösterilmemiş olması halinde, konuya ilişkin düzenleyici işlem yargı denetimine tabi ve iptali gerekli oldu u gibi, suç işledi i varsayılan fail de, idarenin yetkisi olmadan suç ve ceza ihdas etmiş olması nedeniyle söz konusu fiilinden dolayı cezalandırılmayacaktır.

"... düzenleyici işlemlerle suç yaratılmış ise hakim bunları uygulayarak faili cezalandıramaz. Böyle bir durumda ceza hakimi, do rudan do ruya yetki veren kanunu uygular ve düzenleyici işlemi uygulamaz" (Sulhi DÖNMEZER - Sahir ERMAN, "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku", (İstanbul: Filiz Kitabevi), Cilt1, s. 140)

Aynı şekilde AHİS'in 7/1. Maddesi de üstün norm niteliği itibarıyla "Cezada Kanunilik" ilkesini kabul etmiş ve güvence altına almıştır:

**Madde-7. 1.** Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman uygulanabilecek cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmaz.

Evrensel hukukun olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının da işmez bir ilkesi olan "suçlarda kanunilik" ilkesi gereğince hiç kimse, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil nedeniyle cezalandırılmayacaktır.

Türkiye'de, hakların özünü uygun yasal düzenlemelere rağmen, bazı alanlarda bu ilkeyi yok sayan, ilke ile çelişki oluşturmaktan öte bir hak ihlali olarak ortaya çıkan uygulamalara tanık olunmaktadır.

Bunun en tipik örneği Türkiye'de uygulanan **başörtüsü yasağı** oluşturmaktadır.

Toplum biliminin kurallarına aykırı bir şekilde "Kamusal Alan" olarak tanımlanan devletin çeşitli kurumlarında ve Yüksek Öretim Kurumlarında kanunsuz suç olarak **başörtüsü yasağını** ve kanunsuz ceza olarak da bu yasağı uygulanan çeşitli **yaptırımları** görmekteyiz.

Kamusal alanın "devlet daireleri" olarak algılandığı herhangi bir bilimsel ve yasal kural olmadığı gibi, kamunun (halkın/vatandaşın) oluşturduğu her türlü gerçek kamusal alanda kılık kıyafetin sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm anayasal ve yasal olarak mevcut olmadığı gibi ve mümkün değildir. Dolayısıyla Türkiye'de başörtüsü kullanmayı sınırlandıran, açık, kesin ve belirli bir şekilde suç olarak tarif eden ve suç olarak düzenleyen herhangi

bir kanun metni veya kamusal örf ve gelenek yoktur. Tam aksine Yükseköretim Kanununun EK 17. Maddesi kılık kıyafet ve dolayısıyla başörtüsü serbestisi tanınmakta olup, bu hüküm halen yürürlüktedir.

Geleneksel olarak da yurttaşların büyük bir kısmı yüzyıllardır başörtüsü kullanmaktadır. Bu insanların en doğrudan hali olarak yüzyıllardan günümüze taşınmış dini ve geleneksel bir giyim tarzıdır.

Türkiye'de **sadece bazı görevlilerin** kılık kıyafet esaslarını düzenleyen ve devrim kanunları arasında yer alan iki yasal düzenleme vardır. Aşağıda incelediğimizde görece ki bu kanunlar asla başörtüsünü suç olarak öngörmemişlerdir.

Sonuç olarak Suçları tanımlayan ve karşılığında verilecek cezaları düzenleyen Türk Ceza Kanununda kılık kıyafete ilişkin herhangi bir yasaklama yoktur. Diğer bir deyişle Türk Ceza Kanununda suç olarak tanımlanan herhangi bir kılık kıyafet şekli yoktur.

## b) Yüksek Öretim Kanunu

Türkiye'de yüksek öretim kurumları 2547 sayılı Yüksek Öretim Kanununa tabidir. Yüksek Öretim Kanununda herhangi bir kıyafeti suç sayan bir hüküm bulunmamakta, bu konuda herhangi bir yasaklama getirilmemekte, aksine serbestlik tanınmaktadır.

Üniversitelerde başörtüsü konusundaki hukuka ve kanunlara aykırı keyfi uygulamaların önüne geçmek için TBMM 3670 sayılı Kanunun 12. Maddesi ile 2547 sayılı Yüksek Öretim Kanununa bir madde eklemiştir. Şu anda Yüksek Öretim Kurumlarında kılık kıyafetle ilgili tek düzenleme Yüksek Öretim Kanununun EK 17. Maddesidir.

Ek 17. Madde metni şöyledir:

"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla yüksek ö retim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir."

Bu madde ile kanun koyucu Üniversitelerde hukuksuz ve keyfi bir şekilde uygulanan başörtüsü yasa ını ortadan kaldırmış, kılık kıyafet konusunda serbestlik getirmiştir. Yürürlükteki kanunlarda da başörtüsünü suç sayan herhangi bir kanun maddesi de bulunmamaktadır.

Yüksek Ö retim Kanununa eklenen Ek 17. Maddenin iptali için Sosyal Demokrat Halkçı Parti tarafından Anayasa Mahkemesinde dava açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi 09.04.1991 tarih ve 991/8 sayılı kararı ile iptal talebi ile açılan bu davayı reddetmiş, EK 17. Maddeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bu kanun hükmü halen yürürlükte dir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye Hükümeti başörtüsünün yasaklanmasına ilişkin herhangi bir yasa maddesini gerekçe gösterememektedir.

### c) Bazı Görevlilerin Kılık Kıyafetini Düzenleyen Devrim Kanunları

#### 1925 Tarihli Şapka İktizas ı Hakkında Kanun

**Madde-1.** Türkiye Büyük Millet Meclisi ve azaları ile idarei umumiye ve hususiye ve mahalliye ve bilumum müessesata mensup memurin ve müstahdemin Türk Milletinin iktiza etmiş oldu u şapkayı giymek mecburiyetindedir. Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet men eder.

TBMM üyeleri ile tüm devlet memurlarına şapka takma zorunlulu u getiren, halkın da şapka dışındaki başlıkları giymesini adet haline getirmesini engellemeyi amaç edinen bu kanun sadece erkek memurları ve TBMM üyelerini ilgilendirmektedir. Kadınların kılık kıyafet düzenlemelerine gerekçe yapılamaz. Halkı belli bir başlık giymeye do ru yönlendirmekle hukuka aykırılı ı açıkça görülen bu kanunun toplum nezdinde bir meşruiyeti olmamış ve bu nedenledir ki hükümleri uygulamada yer bulamamıştır.

Devrim Kanunları arasında yer alan "Şapka Kanunu" 1982 Anayasasının 174. Maddesi ile koruma altına alındı ı, Anayasaya aykırı oldu u şeklinde anlaşılması ve yorumlanmasının yasaklandı ı halde bu "Devrim Kanunu" nun bugün uygulanma imkanı kalmamıştır.

Bu nedenle de, kısaca " Şapka Kanunu" olarak anılan bu kanun hakkında hiç kimse Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapmadı ı halde, hayatın ola an akışı içinde kanun kendili inden, kendi kendini ilga etmiştir. Kaldı ki bu kanunun kadınlara ilişkin bir yönü yoktur. Herhangi bir şekilde başörtüsü yasa ının hukuki dayana ı olamaz.

#### Bazı Kisvelerin Giyilemeyece ine Dair Kanun

**Madde 1-** Herhangi din ve mezhebe mensup olurlarsa olsunlar, ruhanilerin mabet ve ayinler haricinde ruhani kisve taşımaları yasaktır.

Hükümet her din ve mezhepten münasip görece i yalnız bir ruhaniye mabet ve ayin haricinde dahi ruhani kıyafetini taşıyabilmek için muvakkat müsaadeler verebilir. Bu müsaade müddetinin hitamında onun aynı ruhani hakkında yenilenmesi veya bir başka ruhaniye verilmesi caizdir.



**Madde 2-** Türkiye de kanuna tevfikan teşekkül etmiş ve edecek olan izcilik ve sporculuk gibi topluluklar ve cemiyet ve kulüp gibi heyetler ve mektepler mahsus kıyafet, alamet ve levazım taşımak istedikleri zaman yalnız nizamname veya talimatname ile muayyen tiplere uygun kıyafet, alamet ve levazım taşıyabilir.

**Madde 3-** Türkiye de bulunan Türklerin ve yabancıların, yabancı memleketlerin siyaset, askerlik ve milis teşekkülleri ile münasebetli kıyafet ve alametlerini ve levazımını taşımaları yasaktır.

Bu kanun da Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasasınının 174. Maddesinde sayılan ve anayasal korumaya alınmış devrim kanunlarındanıdır.

1934 tarihli bu kanun, ruhanilerin ruhani kisvelerini dini mekanlar dışında giymelerini yasaklıyor. İzciler ve sporcuların kendilerine özel olarak belirlenmiş kıyafetleri giyebileceklerini düzenliyor. Ayrıca yabancı ülkelerin siyaset, askerlik ve milis teşekkülleri ile ilgili kıyafet ve işaretlerinin ve bunlar için gerekli eşyanın giyilemeyeceğini hüküm altına alıyor.

Kanun metni bu hükümlerin kimlere uygulanacağını açıkça belirlemiştir. Bu nedenle metinde belirtilen kişiler dışındaki kimselere uygulanması hukuken mümkün de ildir. Bu kanun da başörtüsü yasağına gerekçe yapılamaz.

## **Kılık Kıyafetle İlgili İdari Düzenlemeler**

### **1. Kılık Kıyafetle İlgili Yönetmelikler**

Evrensel bir hukuk ilkesi olan ve T.C. Anayasası ile de kabul edilen "**cezalarda kanunilik**" ilkesine aykırı olarak iki

yönetmelikte, kılık kıyafetle ilgili düzenleme yapılmıştır.

#### **a) 25 Ekim 1982 tarihli resmi gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik**

Bu Yönetmelik sadece devlet memurlarınının kılık kıyafetine ilişkin düzenleme getirmektedir. Yönetmeli in ikinci maddesi yönetmeli in uygulama alanını "memurlar sözleşmeli ve geçici personel ve kamuda çalışan işçiler"le sınırlandırmıştır.

#### **b) 22 Temmuz 1981 tarihli 8/3349 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlü e konulan "Milli Eğitim Bakanlığı ile Diğer Bakanlıklara Bağlı Okullardaki Görevlilerle Öğrencilerin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelik"**

Bu yönetmeli in de uygulama alanı orta öğretim kurumlarında çalışan personel ve öğrencim gören öğrencilerle sınırlandırılmıştır. Her ne kadar üniversite öğrencilerini ilgilendirmese de her iki yönetmelik de Anayasasının 38. Maddesine aykırıdır. Bu iki yönetmelik "**Kanunsuz suç ve ceza**" öngörmektir. Çünkü Anayasasının 38. Maddesine göre her türlü suç ve ceza ve ceza yerine geçebilecek güvenlik tedbiri ancak kanunla konulabilir.

Evrensel bir hukuk ilkesine ve yürürlükteki mevzuata aykırı bu düzenlemenin, Yüksek Öğretim Kurumlarında uygulanması yönetmeli in sınırları açısından zaten mümkün de ildir.

#### **c) "Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeli inin Bir Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik"**

Yüksek Öğretim Kurumlarında kılık kıyafetle ilgili birtakım düzenlemeler çeşitli dönemlerde yönetmelik düzeyinde yapılmıştır.

Yüksek Ö retim Kurulu, Yüksek Ö retim Kurumları Ö renci Disiplin Yönetmeli inin bir maddesine bir fırka eklenmesine dair Yönetmelik çıkartarak 08.01.1987 tarihli Resmi Gazetede yayınlamıştır. Yönetmeli e eklenen "h" fıkrasına göre "Yüksek Ö retim Kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında **ça daş kıyafet ve görünüm** dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak" kınama cezasını gerektiren bir suç olmaktadır. Burada açıkça başörtüsü yasaklanmış de ildir. "Ça daş kıyafet dışındakiler" yasaklanmıştır. Yönetmelikte "ça daş kıyafet" tanımı da yapılmış de ildir. Üniversite rektörleri yetkilerini aşarak "ça daş kıyafeti" "başı açık oturma ve dolaşma" şeklinde yorumlayıp yüksek ö retimdeki kız ö renciler için **yeni bir suç** ihdas etmişlerdir.

4.12.1988 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikte YÖK, "h" fıkrasına parantez içinde bir istisna getirmiştir:

"Dini inanç sebebiyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir"

denilerek başörtüsünü yasaklamak ve cezalandırmak amacı ile çıkarılmış olan "h" maddesinin uygulanma imkanı kalmamıştır. Ancak yine de birçok üniversite başörtüsü yasa nı uygulamayı sürdürmüştür.

Bunun üzerine 28.12.1989 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan bir yönetmelikte, Yüksek Ö retim Kurumları Ö renci Disiplin Yönetmeli inin kınama cezası gerektiren 7. Maddesinin "h" fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu gün Yüksek Ö retim Kurumları Ö renci Disiplin Yönetmeli inde kılık kıyafeti sınırlayan başkaca herhangi bir hüküm mevcut

de ildir. Bu yönetmeli in 1. Maddesinde

"Bu yönetmelik, kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergelerin ö rencilere yükledi i görevleri yüksek ö retim kurumu içinde ve dışında yerine getirmeyen, uyulması gerekli hususlara uymayan, yasaklanan işleri yapan veya ö rencilik sıfat, şeref ve haysiyeti ile ba daşmayan hal ve harekette bulunan ö rencilere verilecek disiplin cezalarını, usul ve teşkilatla ilgili hükümleri belirtmek amacıyla düzenlenmiştir."

denmektedir. Yönetmeli in 6, 7, 8, 9 ve 10. Maddelerinde çeşitli cezaları gerektiren disiplin suçları ayrı ayrı sayılmıştır. Bu maddelerde de başörtüsü kullanmak bir disiplin suçu olarak sayılmamıştır.

Bunun dışında da başörtüsünü yasaklayan, suç sayan başka bir düzenleme de yoktur.

Kaldı ki bu konunun yönetmelikle düzenlenmesi mümkün de ildir. Yönetmeli in Türk Hukuk Sistemi içindeki yeri ve niteli i bakımından bu mümkün olmadı ı gibi Türk Ceza Hukukuna ait Anayasal ilkeler açısından da mümkün de ildir.

## 2. İdari Düzenlemelerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Suç ve Ceza Yaratma Fonksiyonları

İdarenin, Anayasa Maddelerini dayanak göstererek temel hak ve özgürlükleri sınırlayan düzenleyici işlem (Tüzük, Yönetmelik, Genelge vs.) yapması hukuken imkansızdır. Bu imkansızlık, hem temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasındaki kriterler, hem de idari düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri bakımındandır.

Anayasanın, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasını düzenleyen 13. Maddesi:

"Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesiyle bölünmez bütünlü ünün, Millî Egemenli in, Cumhuriyetin, Millî Güvenli in, Kamu Düzeninin, Genel Asayişin, Kamu Yararının, Genel Ahlakın ve Genel Sa lı ın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."

hükümlerini amirdir.

13. Maddenin gerekçesinde kanun koyucunun getirdi i gerekçede de:

"Maddenin 1. Fıkrasında **"ancak kanunla"** denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu oldu u; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayaca ı belirtilmiştir. Hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında mümkün tek amaç olarak kanun, yani yasama tasarruflarının seçildi ini gösteren bu hüküm dahi 'genel' niteliktedir. Di er bir deyişle hak ve hürriyetlere ait bütün maddelere sari bir genel hükümdür. Bu nedenle herhangi bir hak ve hürriyete ait maddede, o hak ve hürriyetin 'kanunla' sınırlanabilece ini ayrıca belirtmeye ihtiyaç yoktur.(...)"

Fıkırada ayrıca söz konusu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması zorunlulu u da gösterilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında daima gözetilmesi gereken ölçü (yani sınırlamaların sınırı)

olarak demokratik rejim anlayışı öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olamayaca ı gibi, demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmak zorundadır.

Maddenin ikinci kısmı son satırı, hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulundu unu ve ancak bu amaçları gerçekleştirmek için öngörüldüklerini vurgulamaktadır. Şu halde öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak; yahut meşru amaç güdülererek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu, yahut gerekli kıldı ından fazla olmayacaktır. Di er bir deyişle, amaç ve sınırlama orantısı her halde korunacaktır.

Nitekim maddenin son fıkrası, bu madde hükmünün "genel niteli ini" açıkça vurgulamaktadır.

Yukarıda 13. Maddenin gerekçesinde ve maddenin metninde açıkça sıralanan sınırlama sebeplerinin, ne şekilde ve hangi amaçlarla ö rencilere uygulanabilece inin açıklanması gerekmektedir. 13. Maddede sayılan gerekçeler gayet açıktır:

"Millî Egemenli in, Cumhuriyetin, Millî Güvenli in, Kamu Düzeninin, Genel Asayişin, Kamu Yararının, Genel Ahlakın ve Genel Sa lı ın korunması"

amacı. Üstelik bu amaçlardan herhangi birine veya birkaçına dayandırılrsa dahi, ancak Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplerle ve de ancak Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak sadece kanunla sınırlama mümkündür.

Aynı şekilde gerek Kişisel Haklar Sözleşmesinin 4. Maddesi, gerekse Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 4. Maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında genel geçer evrensel ölçüleri koymuş; alınacak önlemlerin, ayırım gözetmeyerek ve ancak durumu gerektirdiği ölçüde, en önemlisi de ulusun yaşamını tehdit eden ola anüstü durumlarda, hakların özülle ba daşır olmak ve demokratik toplumda genel gönenci yükseltmek üzere yasayla belirlenen sınırlamalarla mümkün olabileceğini belirlemiştir.

### **BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme**

**Madde-4.** 1. Ulusun yaşamını tehdit eden ve varlığını resmen ilan edilen ola anüstü durumlarda, bu Sözleşmeye Taraf Devletler, uluslararası hukuka göre üstlendikleri öteki yükümlülükleri ile ba daşmak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal köken ayırımı gözetmemek koşuluyla ancak durumu gerektirdiği ölçüde bu Sözleşmeye göre üstlendikleri yükümlülüklerle aykırı önlemler alabilir.

2. Bu hükme dayanılarak 6, 7, 8 (1. ve 2. Fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelere aykırı davranılamaz.

### **BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme**

**Madde-4.** Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşme uyarınca devlet tarafından sağlanan haklardan yararlanma konusunda devletin bu haklara ancak özülle ba daşır olmak ve demokratik bir toplumda genel gönenci yükseltmek üzere yasayla belirlenen sınırlamalar getirebileceğini kabul eder.

Kanunlarımız içerisinde kılık kıyafeti düzenleyen veya sınırlayan herhangi bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Aksine herhangi bir kanuna dayanmadan hatta kanunlara aykırı olarak Yönetmelik ve Genelgelerle sınırlandırmalar ve cezalandırma hükümleri getirilmektedir ki, bu düzenleyici işlemler yoklukla malüldür.

Türk Hukuk Mevzuatı içerisinde Kanunlar Anayasaya; Tüzükler ve Kararnameler, düzenlenmek istenen alana ilişkin tasarrufları ve hükümleri içeren Kanunlara; Yönetmelikler ba lı oldukları kanun ve tüzüklere dayandırılarak ve onlarla uyumlu olarak çıkarılabilirler.

"Türk Hukuk Sisteminde yönetmelikler normlar hiyerarşisinde yasa ve tüzükten sonra gelmekte oldukları gibi, yönetmeliklerle yasalara aykırı veya yasa hükümlerini de iştirici nitelikte hükümler sevk edilmesi de olanak dışıdır" (Danıştay 5.D. 25.5.1988, E.987/1245, 988/1659, (Danıştay Dergisi, Sayı. 72-73, s. 302)

Genelgeler de, kanun ve tüzüklerin uygulanmasını gösteren Yönetmelikleri dayanak olarak yapılabilecek tasarrufları içeren talimatlardır. Nitekim Anayasanın 124. Maddesindeki:

"Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler"

hükmü Genelgeler için de geçerlidir.

Esasen Yüksekö retim Kanununun Yönetmelik düzenlenmesine ilişkin 65. Maddesi YÖK'ün hangi konularda Yönetmelik düzenleyebileceğini sınırlı olarak saymıştır. Bu hükme göre Yönetmelikler ancak Kanunda sayılan konulara has olmak üzere yapılabilirler:

## Yönetmelikler

**Madde-65.** a) Aşa ıdaki hususlar Yüksekö retim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir:

Yüksekö retim Kurulunun teşkilatı, çalışma usulleri, üyeliklerinin seçimi ve yetkisinde olan seçim ve atamalarla ilgili hususlar,

Yüksekö retim Denetleme Kurulunun kuruluş ve işleyişi, denetleme usul ve esasları ile ilgili hususlar,

ÖSYM'nin kuruluşu, işleyişi, görevleri, ö renci seçme ve yerleştirme esasları ve ö renci adaylarından alınacak kayıt ve sınav ücretleri ve bu ücretlerle oluşacak fonun kullanılması ile ilgili esaslar,

Bu kanun kapsamındaki yüksekö retim kurumlarında yardımcı doçentlik, doçentlik ve profesörlü e yükseltme ve atanma işlemleri,

Ö retim elemanlarının yetiştirilme esasları,

Haftalık ders yükü çalışma esasları,

Yabancı uyruklu ö rencilerin harçları ile harçlar konusuna ilişkin uygulama esasları,

Ders kitaplarının ve teksirlerinin bastırılmasında uygulanacak esaslar ve ödenecek telif hakları ile ilgili hususlar,

Ö retim elemanları, memur ve di er personel ile ö rencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar,

Yüksekö retim kurumları ve bunlara ba lı kuruluş ve birimler tarafından yapılacak bilimsel, teknik inceleme ve araştırma ile yayımların gerektirece i her türlü giderlere ve üniversitelerin inşaat, makine ve teçhizatı ile ilgili işlerle bunların bakım ve onarımlarına uygulanacak esaslar,

Ö retim elemanları, memur ve di er personel ile ö rencilerin sicilleri ile ilgili hususlar,

Vakıflarca kurulacak yüksekö retim kurumlarının e itim ve ö retim alanları göz önünde tutularak gerekli yapı ve tesisler, araç-gereç, ö retim, yönetim kadrosu ve di er akademik konular,

Görevlendirme ve nakil ile ilgili esaslar ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili di er hususlar,

Aşa ıdaki hususlar Üniversitelerarası Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir:

Lisansüstü ö retim esasları,

Bu kanunun uygulanması ile ilgili di er akademik hususlar.

Kanunun, Yönetmeliklerle ilgili bu maddesinin tamamını alıntılamanızın sebebi şudur: Kanunun Yönetmelikler maddesinde Yüksekö retim Kurulu'nun hangi konularda Yönetmelikler çıkarabilece i bu maddede **sınırlı olarak sayılmıştır**. Bu demektir ki, yasa koyucu Yüksekö retim Kurulu'nun Yönetmelik yapma yetkisini bu maddelerde öngörülen konularla sınırlamıştır. Dikkatle okundu unda, sayılan konular içinde **kılık kıyafete ilişkin herhangi bir düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır**. Maddenin 9. Bendinde geçen "ö rencilerin disiplin işlemleri" ibaresi, disiplin soruşturmasının yapılmasına ve neticelerine ilişkin usul işlemleridir. Bu ibare herhangi bir şekilde Kanunda belirlenmemiş bir konuda düzenleme yetkisi tanımamaktadır.

Aynı şekilde 2547 sayılı Yüksekö retim Kanununun 14. Maddesinde Üniversite Senatosunun görevi sayılmış olup, disiplin işleri konusunda yönetmelik veya yönerge ile düzenleme yapma görevi bu görevler arasında sayılmamıştır. Di er bir anlatımla üniversite senatosunun ö renci disiplin işlerini yönerge ile düzenleme ve disiplin suçu ihdas etme yetkisi yoktur.

Ayrıca Anayasanın 130. Maddesinde Yüksekö retim

Kurumlarının disiplin ve ceza işlerinin Kanunla düzenlenece i emredilmiştir:

"Yüksekö retim kurumlarının kuruluş ve organları ile (...) disiplin ve ceza işleri (...) kanunla düzenlenir.

2547 sayılı Yüksekö retim Kanununun Ek-17. Maddesinde; "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, yüksekö retim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir" hükmü yer almaktadır.

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandı ı gibi, derslere ve sınavlara başı kapalı olarak giren bir ö rencinin bu davranışının, yetkisiz bir organ tarafından çıkarılan bir genelge ile disiplin suçu ihdas edilerek disiplin suçu sayılamayaca ı ve cezalandırılmayaca ı açıktır.

Dolayısıyla söz konusu YÖK Genelgeleri de, **idarenin kendi görev alanını ilgilendiren konuda**, kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sa lamak üzere, ö rne in kılık kıyafet konusunda -yukarıda zikretti imiz Yüksekö retim Kanununun EK-17. Maddesinde düzenlenen "kılık kıyafetin serbestli inin uygulanması" do rultusunda- düzenlemeler getirebilecektir. Bu amaçlar dışında, Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kriterlerini koyan 13. Maddesi ile idarenin tasarruflarının hukuki düzenlemeler hiyerarşisinde belirlenen dayanaklara ba lılı nı emreden 124. Madde hükümlerine aykırı düzenlemeyi içeren YÖK Yönetmelikleri ve Genelgeleri hukuka ve Kanuna aykırıdır, keyfi bir düzenlemedir ve hukuken yok (keenlemyekün) hükmündedir, idari yargıya başvurulması halinde iptali gereklidir.

### 3. Bir İdari İşlem Olarak Kanunsuz Emir ve Ceza Yerine Geçen Güvenlik Tedbirleri

Ö rencinin Kanunda ve Yönetmelikte belirlenen görevlerini yerine getirebilmesi, aynı zamanda idarenin de kanuna ve hukuka uygun davranması ile mümkün olabilmektedir. Hukuka ve kanuni düzenlemelere uymak, karşılıklı olabildi i oranda mümkün olabilecektir.

Bu noktada, her türlü disiplin soruşturması ve yargılamasında soruşturmacının ve yargıcın dikkate alması gereken önemli bir kavram ve düzenleme önümüze gelmektedir. Bu da Anayasanın 137. Maddesinde ve di er bir çok kanunda düzenlenen '**kanunsuz emir**'dir. Anayasanın 137. Maddesi kanunsuz emri:

"Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldı ı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılı ı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emirlerinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiç bir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz."

şeklinde düzenlemektedir.

Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 11. Maddesinin 2, 3 ve 4. Fıkralarında kanunsuz emir düzenlenmiştir:

"Devlet Memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerini iyi ve do ru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.

Devlet memuru amirinden aldı ı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılı ı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmaya mecburdur. Ancak, emrin yerine getirilmesinden



do acak sorumluluk emri verene aittir.

Konusu suç teşkil eden emir, hiç bir suretle yerine getirilemez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır."

Yönetmeliklerde suç ve ceza ihdas edilmesinin hukuka aykırılığı ve bu tür düzenlemelerin idari yargıya müracaatla iptal edilmesi gerekliliği bir yana; Yükseköğretim Kurumları Önceli Disiplin Yönetmeliğinde başörtülü öğrenciye verilecek bir ceza bulunmadığı gibi, Yönetmeliğin 5. Maddesinde disiplin suçlarına verilecek cezalar da sayılmıştır. Yönetmelikte disiplin suçlarına verilecek cezalar: Uyarı, kınama, bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma, bir veya iki yıl için uzaklaştırma ve yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarıdır. Dikkat edilirse bu cezalar içerisinde, "Üniversite binalarına almama", "önceli kimliği vermemeye", "derse almama" veya "dersten çıkarma" gibi "güvenlik tedbirleri" olarak adlandırılacak tedbirler de bulunmamaktadır.

Öğrencilerin zor kullanılarak okula ve derslere alınmaması, dersten çıkarılmaları, önceli kimliği verilmemesi ve benzeri yukarıda sayılan işlem ve eylemler **ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri** koymaktır. Anayasanın 38. Maddesine göre idarenin **ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri koymaya yetkisi yoktur.**

Dolayısıyla YÖK de böyle bir yetkiyi kullanamaz. YÖK'ün uyguladığı, öğrenciyi okula veya kampüse veya eklentilerine almamak şeklindeki ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri öğrenciyi önceli hakkından yoksun bırakmaktadır. YÖK'ün böyle bir

ceza koyma ve uygulama yetkisi yoktur. Anayasa ve kanunlara dayanmayan hiç bir yetki meşru sayılamaz.

Anayasanın 38. Maddesinin 3. Fıkrası, "**ceza veya ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur**" hükmü böyle bir işlem ve uygulamaya engeldir. YÖK veya güvenlik güçleri veyahut başka bir makam kendisini yasakoyucu (TBMM) yerine koyarak **ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri** koyamaz ve uygulayamaz.

"Anayasanın 38. Maddesinin 3. Fıkrasının son cümlesi şöyle demektedir: "Hiç bir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz". Suç yaratmanın bir "devlet yetkisi" olduğu şüphesiz olduğuna göre, yürütme organının bu yetkiyi kullanabilmesi için, herhangi bir kanunun değil, fakat bizzat Anayasanın bu organa açık bir yetki vermiş olması gerekir. Anayasamız ise 38. Maddesi ile suç yaratmak yetkisini parlamentoya tanıdığı gibi, 91. Maddesiyle yürütme organına tanıdığı Kanun Kuvvetinde Kararname çıkarma yetkisini suç yaratma açısından kısıtlamıştır. Bu itibarla yürütme organı, suç yaratıcı düzenlemelerde bulunurken, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanmaktadır." (Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN, a.g.e., c.1, s. 140)

Uygulamada sıkça görüldüğü gibi, özellikle öğrencilerin üniversite kampüsüne alınmaması, dershanelere sokulmaması, kampüsten dışarı çıkarılması, öğrenci kimliği verilmemesi, tamamen kanunsuz emir uyarınca yapılan işlem ve eylemlerdir, bir diğer ifadeyle kanuna aykırı güvenlik tedbirleridir. Anayasaya ve Türk Ceza Kanunu ile Devlet Memurları Kanununa aykırı bu tip eylemler birer hak ihlalidir.

## Uluslararası Hukuk ve Başörtüsü

## 1. Türk Hukukunda Uluslararası Sözleşmelerin Yeri

1982 Anayasasınının 90. Maddesi uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yerini düzenlemiştir.

"Usulüne göre yürürlü e konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

İmzalanmış ve TBMM tarafından onaylanmış olan uluslararası sözleşmeler artık Türk hukuku için ba layıcı bir konuma sahip olmaktadır. Türk Hukuk sistemine göre Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde ve üstün norm niteli indedir. Kanunların uluslararası sözleşmelerde tanınan temel hak ve özgürlüklere aykırı olamayaca ı keyfiyeti, tüm idarî tasarruflar için de geçerlidir.

Ayrıca Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine "Kişisel Başvuru Hakkını" kabul etmiş, daha sonra da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini tanımıştır. Bütün bu gelişmeler, Türk Hukuk Sistemi içinde yer alan her türlü kanunî düzenlemelerle, bu düzenlemelere göre yapılması gereken idarî tasarrufların, uluslararası belgelerde yer alan hükümlere ve bu hükümlerin uygulanması için kurulmuş denetim mekanizmalarının kararlarına (özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına) uygun olması zorunlulu unu getirmektedir.

Türk Hukuk Yargı Sistemi hiyerarşisinde yer alan mahkemelerin verdi i kararlar, AİH Mahkemesi kararlarıyla ortadan kaldırılamaz ise de, bu kararların Sözleşmeye aykırılı ının tespiti halinde sonuçlarının ortadan kaldırılması ve gere inin yapılması Türkiye için bir **Ahdî Yükümlülüktür**.

## 2. Uluslararası Sözleşmeler ve Din ve Vicdan Özgürlü ü

Din ve vicdan özgürlü ü bir dine inanıp inanmama ve bu inancı dışa vurma şeklinde iki boyuta sahiptir. Başörtüsü örtmek öncelikle bir din ve vicdan özgürlü ünün kullanımıdır. Başörtüsü örtmeyi tercih eden Türk kadınları, örtünmenin İslam Dininin bir emri oldu una ve Kur'an'ın, kadına kamusal alana çıktığı nda böyle bir zorunluluk getirdi ine inandıkları için başörtüsü taktıklarını açıklamaktadırlar. Bu nedenledir ki başörtüsü örtmek, dini inançlarını yaşamak, gerekti inde bu inancını dışa vurma şeklindeki din ve vicdan özgürlü ünün bir yansımasıdır. Din ve vicdan özgürlü ünün bir ifadesi şeklinde ortaya çıkan başörtüsü kullanmaya saygı gösterilmesi de, insan temel hak ve özgürlüklerine saygının bir gere i olmaktadır. Nitekim tüm dünya ülkelerinde dini veya geleneksel olsun, tüm giyim tarzları ve şekilleri, herhangi bir dinin simgesi sayılsalar bile hürmete layık görülmekte ve saygı duyulmaktadır.

Hukuki düzenlemeler de bu çerçevede din ve vicdan özgürlü ünü teminat altına almaktadır.

Din ve Vicdan özgürlü ünün Türkiye'nin taraf oldu u uluslararası sözleşmelerde nasıl yer aldı ını hatırlatmakta yarar görmekteyiz .

### a) Birleşmiş Milletler Belgelerinde Din ve Vicdan Özgürlü ü

#### Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

Madde- 18. Herkes düşün, vicdan ve din özgürlü üne sahiptir; Bu hak

din ya da inanç de iştirmek özgürlü ünü ya da inancın tek başına ya da topluca, açık olarak ya da özel biçimde, ö retim, uygulama, tapınma ve ayinlerle göstermek özgürlü ünü de kapsamı içine alır.

Madde-19. Herkes düşün ve anlatım özgürlü üne sahiptir. Bu hak, düşünlerinden ötürü tedirgin edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünleri her yoldan aramak, elde etmek ve yaymak haklarını da birlikte getirir.

### **Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**

Madde-18. 1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlü üne sahiptir. Bu hak, herkesin istedi i dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlü ünü ve herkesin ister tek tek, isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını, tapınma, uyma, uygulama ya da ö retme bakımından, açık ya da kapalı biçimde ortaya koyma özgürlü ünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi seçti i bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu kabul etme özgürlü ünü zedeleyecek bir baskıyla karşı karşıya bırakılamaz.

3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlü üne ancak yasalarda gösterilen ve kamu güvenli ini, düzenini, sa lı nı, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

### **b) Avrupa Sisteminde Din ve Vicdan Özgürlü ü**

#### **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**

Madde 9) 1. Her şahıs düşünce, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak din veya kanaat de iştirmek hürriyetini ve alenen veya hususi

tarzda ibadet ve ayin veya ö retimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini açıklamak hürriyetini de içerir.

2. Din veya kanaatleri açıklama hürriyeti demokratik bir toplumda ancak kamu güvenli inin, kamu düzeninin, genel sa lı n veya genel ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir.

### **Helsinki Nihai Senedi**

Katılan Devletler, ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetmeksizin, herkes için, düşünce, vicdan, din yada inanç özgürlüklerini de kapsamak üzere, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterirler.

Katılan Devletler, insan kişili inin özündeki onurdan do an ve kişinin özgür ve tam gelişmesi için zorunlu bulunan, yurttaşlık hak ve özgürlükleriyle, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel ve başkaca hakların ve özgürlüklerin etkin biçimde kullanılmasını geliştirir ve desteklerler.

Bu çerçeve içinde, Katılan Devletler kişiye, kendi vicdanının buyru una göre. Tek başına ya da başkalarıyla birlikte, topluca bir din ya da inanca ba lanmak ve onun gereklerini yerine getirmek özgürlü ünü tanırlar.

Din ve vicdan özgürlü ünü düzenleyen tüm bu metinlerde açıkça görüldü ü üzere bu özgürlük sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına almakla gerçekleşmiş olmaz. Ayrıca gerek bireysel yaşamda gerekse toplumsal yaşamda inancının gere ini yerine getirme ve açıklama, dışa vurma özgürlü ünü de kapsar.

Ülkemizde başını örten kadın için yüksek ö renim görmek, bilim ve sanat alanında araştırma ve çalışmalar yapmak, kamu hizmetlerinde çalışan olarak yer almak gibi bazı temel hak ve

özgürlüklerden yararlanmak fiilen yasaktır. Bu uygulama birçok noktada kolluk kuvveti marifeti ile gerçekleşmektedir. Başörtüsü örten kadınların bir kısmı geleneksel bir kısmı ise inandıkları İslam dininin gereği olarak bu tercihi kullandıklarını beyan etmektedirler. İnançlarının gereği olarak başörtüsü örten kadınlar İslam dininin Kur'an da yer alan bir emri olduğunu belirtmekte ve gerek İslam alimlerinin gerekse Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Hükümetine bağlı Anayasal bir kurumu olan Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yapılan tüm açıklamalar da başörtüsünün dini bir gereklilik olduğunu yönündedir.

Gerçekten de bireyin tercih ettiği inancın neyi ne şekilde gerektirdiği laik bir ülkede devlet için sorun teşkil etmemelidir. Çünkü devlet, inancı ne olursa olsun tüm insanların temel hak ve özgürlüklerini teminat altına almak ve korumak ve devamını sağlamak için gereğini yerine getirmek zorundadır.

Din ve Vicdan özgürlüğü ile ilgili birçok AİH Komisyonu kararında bu özgürlüğün kullanımı ile ilgili yorumlar yapılmış, sınırları tartışılmış, kararlar alınmıştır. Bunlardan önem arzeden bazılarını hatırlatmakta yarar görmekteyiz.

Prais v. EC Council davasında Yahudi olan başvurunun, Cumartesi günü sınav yapılmasının dini yükümlülüklerine aykırı olduğunu iddiasını haklı bulmuştur. Komisyon bu kararında, devletin kamusal alan düzenlemelerinin, başvurunun dini inancının gereklerini yerine getirmesine, bir başka ifadeyle din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılmasına olanak vermemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun başörtüsü ile ilgili kararlarından biri olan Karaduman-Türkiye kararında ise Komisyon, 9.

Maddenin kamusal alanda her zaman inançlarla yönlendirilen şekilde davranma hakkını garanti etmediğini, "uygulama" kelimesinin ise dinsel ve inanç ile motive edilen ve etkilenilen her hareketi kapsamadığını belirterek bir önceki karara göre çifte standart getirmiştir.

Komisyon, Karaduman-Türkiye kararında, başvurunun laik bir üniversitede ö retimi seçmekle bu üniversitenin kurallarına uyma yükümlülüğünü kabul ettiğini, özellikle bir dinin baskın olduğu ülkelerde belli bir dinin sembollerini ve törenini yer ve davranış anlamında sınırsız olarak ortaya koymanın bu dini uygulamayan öğrenciler veya farklı dine mensup kişiler üzerinde baskı oluşturacağını belirtmiştir. Komisyon ayrıca, laik üniversite sisteminin gerekleri göz önüne alındığında öğrencilerin giyimlerini kurala bakanın, bazı idari hizmetleri sunmamanın din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale oluşturmadığını ve başvurunun okul döneminde arzusuna aykırı olarak giyim şartlarını yerine getirmek zorunda bırakılmadığını nedenleriyle 9. Maddede tanınan hakkın ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Komisyonun bu kararında bir bilgilendirme eksikliği söz konusudur. Türkiye'de laik olmayan üniversite yoktur. Olması da mümkün değildir. Çünkü Tevhid-i Tedrisat Kanunu uyarınca tek tip eğitim tarzı vardır ve bu tarz her hal ve şartta laik eğitim tarzıdır. Batıdaki dini kurumlara (örneğin kiliselere) tanınan eğitim-ö retim kurumları açma imkanı, Türkiye'deki dini kurumlar için mümkün değildir. Öğrencinin ve ailesinin laik eğitim ve laik okul imkanından başka bir seçeneği yoktur.

Karaduman-Türkiye davasında Komisyonun, "aynı dini uygulamayan farklı dine mensup öğrenciler

üzerinde baskı oluşturacağı" yorumu ise, sadece varsayıma dayalıdır. Bu görüşe ilişkin bir örnek veya bilimsel araştırma sonucu gösterilememiş, karar herhangi bir sosyolojik ve hukuki delile dayandırılmamıştır. Bu nedenle gerek Türkiye Mahkemeleri, gerekse AHİM'in Karaduman - Türkiye davasına ilişkin kararı başörtüsü yasaının ulusal ve uluslararası hukuka ilişkin bir delili olamamakta, bir başka ifadeyle bu karar ve kararın gerekçesi Türkiye'deki başörtüsü yasaının hukuki zeminini oluşturamamaktadır.

Yehova Şahitlerine ilişkin olarak verilen Kokkinakis-Greece kararında Mahkeme, 9. Maddenin de erlerinin demokratik toplumun temelini oluşturduğunu yer vermiştir:

"Dini açıdan (9. Madde) inanç sahibinin kimliği, yaşam anlayışını oluşturan en önemli öğelerden biridir, ancak, bu aynı zamanda ateistler, agnostikler, scepticler ve ilgisizler için de önemli bir değerdir."

Yine bu kararda Mahkeme 9/2. Madde ile diğer hükümlerden farklı olarak sadece inancı açıklama özgürlüğüne sınırlama getirildiğini vurgulamaktadır. Maddenin inanç özgürlüğüne ilişkin kısmı "mutlak hak" kategorisinde yer almakta ve Mahkemenin kararı ise Sözleşmenin 9. Maddesinde korunan diğerlerindeki hoşgörü ve çoğulculuktan farklı bir açıklamayı, demokratik toplum zorunluluğunu içermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 07.12.1976 tarihli Handyside kararında "Demokratik Toplum'un kurucu öğelerini "plüralizm", "tolerans" ve "açıklık düşüncesi" olarak belirlemiş, çoğulculuk ve hoşgörünün, açık bir toplumun kurucu unsurları olduğunu kanaatine varmıştır.

Sunday Times kararında da çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık

ilkelerinin demokratik topluma özgü ilkeler olduğunu karar vererek demokratik toplum kavramının öğelerini geliştirmiştir.

Mahkemenin başka birçok kararında da, plüralizmin daha çok fikir (fikirlerin çoğulculuğu), toleransın ise davranışlar (davranışların hoş görülmesi) anlamına geldiği şeklinde vurgu yapıldığı gözlenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Handyside-Birleşik Krallık (7.12.1976) kararı ve Lingens-Avusturya (8.7.1984) kararlarındaki:

"Demokrasinin işleyişini sağlayan serbest fikri tartışma ve öne sürülen düşüncelerin gerçeklik de erlendirmesinin dışında kaldığı, çünkü, siyasal toplum ve sivil toplumun, kanaatlerin serbest de işimiyle beslendiği; dolayısıyla farklı görüş ve açıklamaların, fertlerin ilerleme ve gelişmesine katkı sağladığı kadar demokratik bir toplumun zorunlu dayanağını oluşturduğunu"

yorumu, başka birçok kararına da yansıtmıştır.

Bir yandan Türk Ceza Kanununda düşünce ve ifade özgürlüğüne kısıtlama hükmü olarak uygulanan 312. Madde ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri kararları ve uygulamaları AHİM'in içtihatlarına bu yönden aykırılık oluşturur ve AHİM tarafından kınanırken; diğer yandan Türkiye'de hukuka ve kanuna aykırı düzenlemelerin uygulayıcılarının AHİM içtihatlarından Karaduman-Türkiye davasındaki hukuka aykırı çelişkileri esas almaya çalışmaları AHİM ve Türk yargı sistemi açısından önemli bir açmaz olarak görülmektedir.

### 3. Uluslararası Sözleşmeler ve Eitim Hakkı

E itim hakkı, uluslararası hukukta yer alan temel hak ve özgürlükleri düzenleyen tüm metinlerde mutlak bir hak olarak düzenlenmiştir. Uluslararası hukuk metinlerindeki hükümlere göre: Hiç kimse e itim hakkından mahrum bırakılamaz. Devletin bireylere her ne olursa olsun e itim imkanı sa lama zorunlulu u vardır. Bunun için devlet gerekli düzenlemeleri yapacak ve imkanları sa layacaktır. Devletin, yüksek ö renim görme hakkının da bireye ulaşması için gereken imkanları sa lama zarureti vardır. Ancak burada bazı özel koşullar belirlenebilir. Ancak bu koşullar objektif olmak zorundadır. Bireyler arasında ayrımcılı a ve eşitsizli e yol açacak düzenleme yapılamaz.

### **Birleşmiş Milletler Belgelerinde E itim Hakkı**

#### **a) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)**

**Madde- 26.** Herkes, e itim hakkına sahiptir. E itim hiç olmazsa ilk ve temel e itim safhalarında böyle olmalıdır. İlkö retim zorunludur. Teknik ve meslekî ö retimden herkes istifade edebilmelidir. Yüksek ö retim liyakatlerine göre herkese tam ve eşitlikle açık olmalıdır.

E itim insan kişili inin tam gelişmesini ve insan haklarıyla temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeyi hedef almalıdır. E itim, bütün milletler, ırklar ve dini gruplar arasında anlayış, hoşgörülük ve dostlu u özendirmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.

Ana baba, çocuklarına verilecek e itimi seçmede öncelikle hak sahibidir.

#### **b) Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türli Ayrımcılı ın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme**

#### **Madde- 10. E itim Hakkı**

Taraf Devletler e itim alanında kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olmalarını sa lamak için kadınlara karşı ayrımcılı ı tasfiye etmek üzere gerekli her türlü tedbiri ve kadınlarla özellikle erkeklerin eşitli ine dayanan aş a daki tedbirleri alır:

a) Meslek ve sanat rehberli i verilmesinde, kentsel alanlarda oldu u gibi kırsal alanlarda da e itim kuruluşlarına girme ve bu kuruluşlardan diploma almada eşit şartların sa lanması; bu eşitlik okul öncesi e itim ile genel, teknik, mesleki ve yüksek teknik e itimde ve her çeşit mesleki ö retimde sa lanır.

b) Aynı ö retim programına katılmaları, aynı sınavlara girmeleri nitelik bakımından aynı düzeydeki e itimcilerden e itim almaları, aynı nitelikteki bina ve e itim araçlarına sahip olmaları sa lanır;

c) Erkeklerin ve kadınların kalıplaşmış rolleriyle ilgili kavramların e itimin her düzeyinden ve biçiminden tasfiye edilmesi için karma e itim ve bu amaca ulaşılmasına yardımcı olacak di er e itim türleri teşvik edilir ve özellikle okul kitapları ve ders programları gözden geçirilir ve bu ö retim metoduna göre uyarlanır;

d) Burs ve di er e itim yardımlarından yararlanmada aynı imkanlar sa lanır;

e) Erkekler ile kadınlar arasında varolan e itim aç ını mümkün olan en kısa sürede kapatmayı amaçlayan yetişkinler için programlar ile okuma yazma programları da dahil, sürekli e itim programlarına katılmaları konusunda aynı imkanlar sa lanır;

f) Kız ö rencilerin okuldan ayrılma oranlarının düşürülmesi ve okuldan erken ayrılan kızlar ve kadınlar için e itim programları düzenlenir;

#### **c) Birleşmiş Milletler E itimde Ayrımcılı a Karşı Sözleşme**

**Madde- 1. 1.** Bu sözleşmenin amacı bakımından ayrımcılık terimi; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal



ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, ekonomik koşul ya da do uş temeli üzerinde e itimde davranış eşitli ini kaldırmak ya da bozmak amacı ya da sonucuyla ve özellikle,

a. Herhangi bir kişi ya da grubu herhangi bir tür ya da düzeyde e itim görmekten yoksun bırakmak;

b. Herhangi bir kişi ya da grubu, düşük standartlı bir e itimle sınırlamak;

c. Bu sözleşmenin 2. maddesinin hükümleri saklı kalmak üzere kişiler ya da gruplar için ayrı e itim sistemleri ya da kurumları kurmak ya da sürdürmek; ya da

d. Herhangi bir kişi ya da gruba, insan onuruyla bağdaşmaz koşullar uygulamak; üzere yapılan herhangi bir ayırım, dışlama, sınırlama ya da yemeyi içerir.

**Madde- 2.** Bir devlette izin verildi inde;

a. E itimden eşit yararlanma olana ı, aynı düzeyde ö retim elemanı ve aynı nitelikte okul bina ve donanımı sağlamak ve aynı ya da eşde erde ders görme fırsatı sunmak koşuluyla, iki ayrı cinsten ö renciler için ayrı e itim sistem ve kurumlarının kurulması ya da sürdürülmesi;

b. Katılma ya da yazılmanın iste e ba lı olması ve sa lanan e itimin yetkili makamlar tarafından aynı düzeydeki e itim için konulabilecek ya da onaylanacak standartlara uyması koşuluyla ö rencilerin ana babaları ya da yasal vasilerinin isteklerine uygun bir e itim vermek üzere din ve dil gerekçeleriyle ayrı e itim sistem ve kurumlarının kurulması ya da sürdürülmesi;

c. Herhangi bir grubun dışlanmasını de il, kamu makamlarınca sa lananlara ek e itim kolaylıkları sa lamayı amaçlaması ve bu amaç uyarınca çalışması ve sa lanan e itimin yetkili makamlar tarafından aynı düzeydeki e itim için konulabilecek ya da onaylanacak standartlara uyması koşuluyla özel e itim kurumlarının kurulması ya da sürdürülmesi;

bu sözleşmenin 1. Maddesinin anlamı bakımından bir ayrımcılık uygulaması sayılmaz.

**Madde- 3.** Bu sözleşmenin anlamı çerçevesinde ayrımcılı ı kaldırmak ya da önlemek için, Sözleşmeci Taraflar;

a. E itimde ayrımcılık içeren her türlü yasa hükmünü ve yönetsel yönergeyi kaldırmayı ve her türlü yönetsel uygulamaya son vermeyi;

b. Ö rencilerin e itim kurumlarına alınmasında hiç bir ayırım yapılmamasını, gere inde yasa yoluyla güvenceye ba lamayı,

## **Avrupa Sisteminde E itim Hakkı**

### **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No'lu Protokol**

**Madde-2.** Kimse e itim hakkından mahrum edilemez. Devlet, e itim ve ö retim sahasında deruhte edece i vazifelerin ifasında, anne-babanın (çocukları için) bu e itim ve ö retimi kendi dini ve felsefi inançlarına uygun temin etmek hakkına riayet edecektir.

## **Helsinki Nihai Senedi**

### **E itim Alanında İşbirli i ve De işimler**

#### **Katılan Devletler**

E itim ve bilim alanlarında uluslararası ilişkileri geliştirmenin, karşılıklı daha iyi anlayışla katkıda bulunaca ı gibi, bunun bütün halkların da yararına olaca ının ve gelecek kuşaklara da çıkar sa layaca ının bilinci içinde,

E itim ve bilimle u raşan örgütler, kurumlar ve kişiler arasında, bilgi ve deneyim alışverişi ve temasların, gerekli durumlarda özel

düzenlemelere dayalı biçimde geliştirilmesini kolaylaştırmaya hazır olarak,

Bilim ve eğitim kuruluşları arasında baları güçlendirmek ve özellikle bilgi ve maddesel kaynak düzeylerinin uluslararası danışmalar içinde çaba gösterilmesini gerektiren durumlarda, ortak çıkarları bulunan kesimlerde işbirliğini özendirme isteği ile ve, Bu alanlarda ilerlemenin daha geniş yabancı dil bilgisi sayesinde yürütülmesi ve desteklenmesi gerektiği inancı ile, Bu amaçlarla, özellikle şu konularda niyetlerini açıklarlar:

#### **İlişkilerin Geliştirilmesi**

Eğitim ve bilim alanlarında eşit düzeylerde işbirliğini ve baları, özellikle aşağıdaki yollardan genişletmek ve iyileştirmek, Hem esneklik, hem de yürürlükteki anlaşmaların ve düzenlemelerin daha tam kullanılması gereğini göz önünde tutarak, eğitim ve bilimle uğraşan devlet kurumları, hükümetler dışı kuruluşlar ve kişiler arasında, uygun düşen durumlarda, işbirliğini ve de işimler öngören ikili ve çok taraflı anlaşmalar yapmak,

Uygun düşen durumlarda, hükümetler arasında anlaşmalar çerçevesinde, üniversiteler ve başkaca eğitim ve araştırma kurumları arasında, do rudan do ruya düzenlemeler yaparak kolaylaştırmak,

Uygun düşen durumlarda, özel anlaşma ya da düzenlemelere dayalı olanları da kapsamak üzere, eğitim ve bilimle uğraşan kişiler arasında do rudan do ruya temasları ve haberleşmeyi özendirme.

Eğitim hakkı mutlak bir hak olarak düzenlenmiş olmasına rağmen başörtüsü örten öğrencinin yüksek öğrenim hakkından mahrum edilmesi yukarıda açıklanan tüm maddelere aykırılık teşkil etmektedir. Devlet eğitim hakkını bir kamu hizmeti olarak tüm bireylerine sunmak zorundadır. Kılık kıyafetinden veya inancından dolayı bir kısım insanlara eğitim hakkının verilmemesi gibi bir

uygulama mümkün olmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1. Protokol ve diğer uluslararası sözleşmelerde de eğitim hakkı mutlak bir hak olarak tanımlanmış ve bunun için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

"Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Sözleşme"de özellikle kadınlara yönelik cinsiyet yönünden bir ayırım yapılmayacağına dair hüküm kabul edilmiştir. Özellikle Eğitim Hakkı sunumunda ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu hükümler Türk hukuku için yasa gücündedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Avrupa Sistemi eğitim hakkının düzenlenmesi ve uygulaması noktasında bazı içtihatlar geliştirmiştir. Bunlardan özellikle konumuz ile ilgili olarak yukarıda da bahsedilen Karaduman Kararı dikkat çekicidir. Komisyon bu kararda başvurusunun laik üniversite tercihinden bahsetmiştir. Türkiye'de laik olmayan üniversite yoktur. Olması da mümkün değildir. Çünkü Tevhid-i Tedrisat Kanunu uyarınca tek tip eğitim tarzı vardır ve bu tarz her hal ve şartta laik eğitim tarzıdır. Batıdaki dini kurumların eğitim öğretim kurumları açma imkanı Türkiye'de mevcut değildir. Öğrencinin ve ailesinin laik öğretim imkanından başka bir seçeneği yoktur.

Türkiye 'de yüksek öğrenim Devlet tekelindedir. Bireylerin yüksek öğrenimden faydalanabilmeleri için mutlaka öğrenci seçme ve yerleştirme sınavlarına girmeleri bu sınavı kazananların paralı veya parasız ama mutlaka laik üniversitelerden birini seçmesi gerekmektedir. Burada son yıllarda yüksek öğrenim görme talebinde bulunurken ve bu sınavlara girmek için dahi başörtülü adayların başvuruları reddedilmiştir.

Radyo, televizyon ve sair araçlarla verilen Açıkö retim Fakülteleri dersleri gibi farklı eğitim biçimlerinde dahi öğrencilerin başvuruları kabul edilmemiş, sınav salonlarına alınmamış veya sınava girenlerin sınavları da geçersiz sayılmıştır. Yukarıda bazı maddelerini hatırlattığımız uluslararası sözleşmeler ile ters düşen bu uygulamalar halen de tüm yönüyle devam etmektedir.

Konunun diğer bir yönü de insanların iki temel hakta tercih yapmaya zorlanmasıdır. Kişi inancını yaşama ile eğitim hakkı arasında tercih yapmak zorunda bırakılmaktadır. Oysa her iki hak da mutlak haklardır ve bireyler din veya cinsiyet ve özellikle kıyafet ve sair hiçbir ayrıma tabi olmaksızın bu haklardan yararlanırlar.

### **Bilim ve Sanat Öğrenme- Öğretme ve Yararlanma Hakkı**

#### **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi**

**Madde- 27.** Herkes, toplumun kültürel yaşamına özgürce katılma ve güzel sanatlardan yararlanma ve bilimsel gelişmeye katılarak yararlarını paylaşma hakkına sahiptir.

Üniversitelerde gerçekleştirilen başörtüsü yasası kişinin üniversite kampüsüne dahi alınmaması şeklinde gerçekleşmekte ve bu tüm başörtüsü örtünen bireyleri kapsamaktadır. Biraz daha açık izah edecek olursak, başörtülü bir kadın üniversitede yapılan bir panel, sergi ve sair bilim ve sanat ile ilgili bir çalışmaya katılamamaktadır. Bilimsel bir araştırma yapan bir kişinin veya bir avukatın hukuk fakültelerine ve bir doktorun tıp fakültelerine ve herhangi bir üniversite binasına ya da kütüphanesine başörtülü olarak

girmesi yasaktır. Hatta çocuğu üniversitede okuyan başörtülü anne veya bir arkadaşını ziyaret etmek isteyen başörtülü kadının bu binalara girmesi yasaktır.

Bilim ve sanat alanının bu şekilde kapatılması ve engellenmesi aslında insanlığı karşı işlenmiş bir suçtur. Öncelikle söz konusu bireylerin temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmekle beraber araştırma ve çalışma alanlarının kapatılması ile toplum vicdanı zedelenmekte, adaletin tesisi mümkün olmamakta ve tüm insanlık zarar görmektedir.

### **4. Uluslararası Sözleşmelerde Yer Alan Diğer Bazı Temel Hakların Başörtüsü Yönünden Değerlendirilmesi**

Başörtüsü yasası uygulaması ile kuşkusuz temelde din ve vicdan özgürlüğü ihlal edilmektedir. Bu hak ile birlikte en yolumun olarak bireyler eğitim hakkından da mahrum bırakılmaktadır. Ancak bununla beraber mülkiyet hakkı, çalışma hakkı, adil yargılanma hakkı, bilim ve sanat öğrenme - öğretme ve araştırma hakkı gibi bazı hakların da ihlali söz konusudur.

#### **a) Mülkiyet Hakkının İhlali**

##### **4.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No'lu Protokol**

**Madde-1.** Her gerçek veya tüzel kişi, mallarının dokunulmazlığına riayet edilmesi hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça hiç kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi mülkiyet kavramını

geniş yorumlamış ve ekonomik bir de er taşıması o şeyin mülk olarak de erlendirilmesi için yeterli sayılmıştır.

Başörtüsü örten kadınlara yüksek ö renim görme hakkının yasaklanması da mülkiyet hakkının ihlalidir. Zira gerek bilimsel gerekse mesleki açıdan birçok kazanımlar elde eden bireylere ayırım yapılarak "siz artık bu olanaklardan faydalanamazsınız" denmiş ve bu kazanımlardan yoksun bırakılmışlardır. Ayrıca bu uygulama ile söz konusu kişilerin gelecekte elde edebilecekleri kazanımlarının da önüne geçilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yaptığı yorumlarda bu maddenin üç ayrı kural getirdi ini söylemektedir. Bunlar:

- Mülkiyetin barışçıl bir biçimde kullanımı,
- Mülkiyetten yoksun bırakma,
- Mülkiyetin kullanımının denetimi.

Başörtüsü nedeniyle insanlara yapılan böyle bir ayrımla kazanımlarının ellerinden alınması ve gelece e yönelik edinecekleri kazanımların ipotek altına alınmasıyla kamu yararı gözetilmiş sayılamaz. Olsa olsa bu uygulama bir kısım vatandaşa ayrımcılık uygulanması ve kamu yararını tehdit eden bir olay olarak de erlendirilebilir.

## b) Çalışma Hakkının ihlali

### **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi**

**Madde-23.** Herkesin çalışma a, işini serbestçe seçmeye, hakça ve

elverişli çalışma koşullarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır.

Yüksekö renimden mahrum bırakılan başörtülü kadınların çalışma hakkı da engellenmektedir. Son yıllarda, 10 - 20 yıl başörtülü olarak çalışmış olan tüm başörtülü memurlar hiçbir sosyal güvenlik hakları kendilerine verilmeden başörtülü oldukları gerekçesi ile mesleklerinden ihraç edilmiştir. Anayasaya ve yasalara ra men sadece yönetmeliklere dayanılarak kamu hizmetlerinde çalışan olarak yer alamayan kadınlar üniversitelerde ö renime alınmamakla da bazı alanlarda ve bazı mesleklerde çalışma hakları fiilen ortadan kaldırılmaktadır. Bu da açıkça bir ayrımcılık yasa ı ihlalidir.

### **Birleşmiş Milletler Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme Hükümleri**

**Madde-3.** Kadınlar eşit koşullar içinde, ulusal yasalar uyarınca kurulmuş tüm kamu servislerinde çalışmak ve tüm kamu görevlerini yapmak bakımından erkeklerle, hiç bir ayırım gözetilmeksizin, eşit hakka sahip olacaklardır.

### **Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Hükümleri**

**Madde-6.** 1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin özgürce seçti i ya da benimsedi i bir işte çalışarak yaşamını kazanma fırsatına sahip olma hakkını içeren çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için uygun girişimlerde bulunur.

2. Bu Sözleşmeye taraf bir devletin bu hakkın tam olarak gerçekleşmesi amacıyla yapacağı girişimler; bireye temel siyasal ve ekonomik

özürlükleri sa layacak koşullar altında kararlı ekonomik, toplumsal ve kültürel gelişmeyi ve tam ve verimli bir çalışmayı gerçekleştirmek üzere politikalar ve tekniklerle mesleksi ve teknik yönlendirme ve yetiştirme programları uygulamasını da içerir.

### c) Adil Yargılanma Hakkının ihlali

#### Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

**Madde-10.** Herkes hakları, yükümlülükleri üzerinde ya da kendisine karşı ceza niteli inde herhangi bir suçlamanın saptanmasında tam bir eşitlikle, davasının ba ımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hak gözetirce ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.

#### Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

**Madde- 6. 1.** Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözülmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara ba lanması konusunda, kanunla kurulmuş ba ımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.

2. Bir suç ile itham edilen bir şahsın suçlulu u kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Her sanık başlıca:

a) Şahsına yöneltilen suçlamanın niteli i ve sebebinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının veya e er bir avukat tutmak için mali imkanlardan mahrum bulunuyor

ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından istifade etmek,

d) İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, savunma şahitlerinin de iddia şahitleri ile aynı şartlar altında davet edilmesinin ve dinlenmesinin sa lanmasını istemek,

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz faydalanmak haklarına sahiptir.

#### Cezada Kanunilik

**Madde- 7. 1.** Hiç kimse işlendi i zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendi i zaman uygulanabilecek cezadan daha a ır bir cezaya da çarptırılmaz.

2. Bu madde işlendi i zaman medeni milletler tarafından tanınan genel hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlu bir şahsın yargılanmasına ve cezalandırılmasına mani de ildir.

Türkiye'de başörtüsü yasa nı düzenleyen hüküm olmamasına ve Türk halkının büyük bir ço unlu unun yasak karşısındaki tepkisine ra men yapılan başörtüsü yasa ı uygulamasının iç hukuk sisteminde çözülememesinin en önemli nedeni yargı üzerindeki baskıların adil bir yargı ortamını yok etmesidir. Zira başörtüsü ile ilgili açılan davalarda olumlu karar veren hakimler hakkında soruşturma açılmış ve bu hakimler idari çeşitli cezalar almışlar veya tayin edilmişlerdir. Bu durumun, zaten büyük bir ço unlu u hukukçu olmayan idare mahkemeleri yargıçlarının üzerinde önemli boyutta olumsuz etkisi olmuştur.

Çok uzun süren dava süreçleri, devlet memuru olan yasak

uygulayıcıları hakkında savcıların harekete geçmemesi, en üst yargı organlarında görev alan hukukçuların (özellikle Danıştay başkanı ve üyelerinin) hukuka aykırı beyanları ve siyasi baskılar tüm bu hukuksuzlukların yargıda çözülmesine engel olmuştur. Birçok ortamda bu yasak uygulamalarının son bulması için u raşan ma dur ö renciler kendi okullarına dilekçe vermekten dahi kolluk kuvveti marifeti ile alıkonulmuşlardır. Bu konuda sıkıntılarına dile getirmeye çalıştıklarında ise ço unlukla haksız gözaltı ve soruşturmalar ile karşılaştıkları herkesin malumudur. Halen de çok sayıda dava yıllardır sonuçlanmayı beklemektedir.

#### d) Ayrımcılık Yasasının İhlali

##### Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Sözleşme

###### Hukuk Önünde Eşitlik Hakkı

**Madde-15.** 1. Taraf Devletler kadınların erkeklerle hukuk önünde eşitliğini kabul eder.

###### Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

**Madde-7.** Yasa önünde herkes eşittir ve ayırım yapılmaksızın, yasanın eşit korumasından yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin işbu Bildirgeye aykırı her türlü ayrımcı işleme karşı ve böyle bir ayrımcı işlem için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşitlikle korunma hakkı vardır.

###### Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

**Madde- 14.** Bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden yararlanma keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasî ve diğer kanaatler veya ulusal sosyal köken, ulusal bir azınlık mensupluk, servet, do um veya herhangi bir

durum üzerine kurulmuş hiç bir ayırım gözetmeksizin sa lanmalıdır.

**Madde- 17.** Bu sözleşme hükümlerinden hiç biri bir devlete, topluluğa veya ferde, bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya bu sözleşmede öngörüldü ünden daha geniş ölçüde sınırlamalara tabi tutulmasını hedef alan bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya yönelik bir hak sa ladı ı şekilde yorumlanamaz.

**Madde-18.** Bu sözleşmenin hükümleri gere ince, mezkur hak ve hürriyetlere yapılan sınırlamalar ancak öngörüldükleri gaye için tatbik edilebilirler.

Ayrımcılık yasası başörtüsü konusunda yukarıda saydığımız temel haklarla birlikte ihlal edilmiştir. Başörtülü kadınlar inançlarından dolayı ayrımcılığa uğramaktadırlar. Ayrıca eğitim hakkı, mülkiyet hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı yönlerinden de açıkça ayrımcılığa tabi tutulmaktadır. Türkiye Birleşmiş Milletler bünyesinde de Avrupa Sisteminde de imzaladığı ve onayladığı bir çok sözleşme hükümlerini bu konuda özellikle uygulamamaktadır. Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanmış olan Kadınlara Karşı ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Sözleşmenin yaptırımlar getiren Ek Protokolünü de onaylamaktan kaçınmaktadır.

#### Sonuç

Üniversite öğrencilerinin dini inançları gereği başlarını örtmeleri T.C. Anayasasının onlara tanıdığı din ve vicdan hürriyetinin bir gereğidir. Tanınan bu özgürlüğün sadece Anayasanın 13. Maddesinde getirilen kriterlerle kısıtlanması ve bu kısıtlamaların ancak kanunla yapılabilir olması, uygulamanın aksine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun EK-17. Maddesindeki "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla yükseköğretim



kurumlarında kılık kıyafet serbesttir" hükmü, ve bu hüküm dışında öğrenciler için başörtüsü veya bir başka kılık kıyafete ilişkin bir kanun olmaması, fiilen uygulanan başörtüsü yasağının herhangi bir kanuni dayanağının bulunmadığını, aksine uygulamanın keyfi olduğunu göstermektedir.

Uygulamaya dayanak yapılan Yönetmelik ve Genelgelerin, baskılayıcı hukuk normları hiyerarşisinde ancak kanunla yapılabilecek sınırlamaları düzenlemeleri, dolayısıyla bu yönüyle de hukuka ve kanunlara aykırı olmaları nedeniyle baskılayıcılıklarının bulunmaması da keyfiliğin ayrı bir göstergesi olmaktadır. Aynı şekilde öğrencilerin okul kampüsüne alınmaması, derslere sokulmaması, öğrenci kimliği verilmemesi gibi ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri de evrensel hukuk kuralı olan "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği" kuralına, T.C. Anayasasının 38. Maddesine ve AHİM'in 7. Maddesine aykırı ve keyfi bir uygulamadır.

Türkiye'nin altına imza koyduğu ve kendisini baskılayıcı Uluslararası Sözleşmeler ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin hükümleri ve AHİM içtihatları, Türkiye'de uygulanan başörtüsü yasağının uluslararası hukuk yönünden de baskılayıcı bir hukuk kuralına dayandırılmadığını, aksine uygulamanın bu Sözleşme ve içtihatlara aykırılığını ortaya koymaktadır.

Türkiye'de idarenin, uygulamaya dayandığı Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin de bizzat Anayasa tarafından baskılayıcı hukuk kuralı sayılamayacağı Anayasasının 153. Maddesi ile hüküm altına alınmıştır.

Türk kamuoyunun başörtüsü ile ilgili bir problemi olmaması, gerek

başörtüsü takmayan vatandaşlar, gerekse azınlıklar yönünden de bu güne kadar başörtüsünün kullanıldığı kamu alanı da dahil tüm alanlarda herhangi bir baskı unsuruna rastlanılmamış ve bu konuda herhangi bir araştırma sonucu dahi bulunmamış olması, eksik bilgilendirilen AHİM'in Türkiye - Karaduman kararındaki gerekçesinin yerinde bulunmadığını sonucunu doğrulamaktadır.

Türkiye'de tek tip öğretim modelinin uygulanıyor olması, Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümleri uyarınca vatandaşların herhangi bir dini öğretim kurumunda öğretim görevi yaparak yararlanamayacağı ve esasen hiçbir dini kurumun eğitim öğretim kurumu açamayacağı, işletemeyeceği, mevcut tüm eğitim öğretim kurumlarında dini kuralları gözetilen bir uygulamaya imkan tanınamayacağı gerçeği; yine Türkiye-Karaduman davasında gösterilen "dini kurum seçme özgürlüğü" veya "laik öğretim kurumunu tercih etmiş olma" keyfiyetinin Türkiye gerçeklerinden uzak bir nitelendirme olduğunu, dolayısıyla sözü edilen kararın gerekçesinin Türkiye'de kullanılabilecek bir hukuki dayanak olmaktan uzak olduğunu bir göstergesidir.

Tüm bu belirlemelerimiz, gerek Türkiye idari ve hukuki mekanizmasının hukuka ve kanuna aykırı uygulamalarının herhangi bir hukuk kuralına dayandırılmadan uygulandığını, gerekse AHİM'in Türkiye ile ilgili kararlarının (Karaduman ve Bulut davaları) gerekçelerinde kullanılan argümanların Türkiye gerçeği ile uyum sağlamadığını göstermektedir.

O halde ulusal yargı sisteminin kanunlara ve uluslararası hukuk kurallarına ve Sözleşmelere aykırı karar ve uygulamalarından zarar görmekte olan, eğitim öğretim hakları ellerinden alınan ve gelecekte elde edecekleri kesinlikle mümkün olabilecek

haklarını kaybetmekte olan ö rencilerin son başvuru mercii olan AHİM'e başvuru yaptıktan başka seçenekleri kalmamıştır.

Türkiye'de hak aramanın ve hakka ulaşmanın yolları, adil yargılanma imkanının tanınmaması, yıllarca süren yargılamalar ve hukuk misyonu olmayan idare mahkemesi hakimlerinin hukuka aykırı istikrarlı kararları sayesinde artık tıkanmıştır. Hükümetin ve Yüksekö retim Kurumlarının yargı üzerinde - hakimleri tayin ve azil korkusu ile sindirerek ve ço u kez tayin ederek- siyasi baskı oluşturması sonucunda, bu güne kadar yapılan tüm yargısal başvurular ö rencilerin aleyhine sonuçlanmıştır. Yıllarca süren davalar sonucunda hukuki netice elde edilemeden ö rencilerin tüm ö retim imkanları ellerinden alınmıştır. Dolayısıyla Türkiye'de yasal yollardan özgürlüklere ulaşmanın, yargısal kararlar ile hak ve özgürlüklerin tanınmasının imkanı kalmamıştır. Bir başka ifadeyle, başörtüsü kullanma başta olmak üzere tüm özgürlükler Hükümetin ve Yargının istikrarlı karar ve uygulamaları ile kısıtlanmış, bu kısıtlama ve sonucunda oluşan yargı kararları hukuka ve kanuna ve uluslararası sözleşme hükümlerine aykırı bir şekilde istikrar kazanmış durumdadır.

AHİM'in, hükümetlerin ve yargı organlarının hukuka ve kanunlara aykırı karar ve uygulamalarının istikrar kazandı ı durumlarda tüm kanun yollarını tüketme zorunlulu unu ortadan kaldıran içtihatları bilinmektedir. AHİM artık, Türkiye'de Güneydo u Anadolu Bölgesinde ola anüstü hal koşullarında aramadı ı kanun yollarının tümünü tüketme işlemini, kanunlara ve uluslararası sözleşmelerin hükümlerine aykırı bir şekilde istikrar kazanan başörtüsüne

ilişkin karar ve uygulamalarında da aramamalıdır.

AHİM, Uluslararası hukuk kurallarını, iç hukuk normlarında ve uygulamalarında ciddiyetle uygulamayan Türk idari ve yargı sisteminin karar ve uygulamalarını tekrar gündemine almak ve yeni bir enformasyon ile Türkiye gerçe ini, AB ile bütünleştirilmeye aday gösterilen ülke hukukunu yakından tanımak zorundadır.

Elbette ki bu gereksinimi yerine getirirken eksik bilgilendirme ile oluşturdu u içtihatlarını da yeniden gözden geçirmesi gerekecektir.

### Kaynakça

- BALCI Muharrem/SÖNMEZ Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yayınları, İstanbul 2001.
- Demokratik Hukuk Devletinde Din Ve Vicdan Hürriyeti, Türkiye Gönüllü Teşekküller Vakfı 8. İştişari Toplantısı, Erkam Matbaası, İstanbul 2002.
- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- DO RU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 3, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2000.
- ERDO AN Mustafa; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, Türkiye Günlü ü Dergisi, Sayı 56, Yaz Gündemi 1999.
- EROL Muhammed Akif; *A.İ.H.S. Uygulamasında Din ve Vicdan Özgürlü ü Kavramı*, Hukuk Dünyası Dergisi, Kasım 1997.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi, Ankara 1998.
- İBRAHİMO LU Hasan; *Başörtüsü Raporu*. İnsan Hakları Sempozyumu; İstanbul Büyükşehir. Belediyesi Hukuk

- Müşavirli i Yayınları, İstanbul  
1995.
- KABO LU İbrahim; *Özgürlükler Hukuku  
İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*,  
Afa Yayınları, İstanbul 1993.
- KUZU, Burhan; *Demokratik Hukuk  
Devletinde Din ve Vicdan  
Hürriyeti*.
- ÖKTEM, Niyazi; *İnsan Hakları  
Sempozyumu, İstanbul: 1995*.
- ÜNAL Şeref; *Temel Hak ve Özgürlükler  
ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin  
Yayınları, Ankara 1997*.
- ÜZELTÜRK Sultan; *İnsan Hakları Avrupa  
Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce,  
Vicdan ve Din Hürriyeti*, (İstanbul  
Barosu İHM 1999 İç E itim  
Seminerleri Notlarından).
- YAŞAR Nuri; *İnsan Hakları Avrupa  
Sisteminde Ve Türk Hukukunda  
E itim Hakkı Ve Özgürlü ü*, Filiz  
Kitapevi, İstanbul 2000.
- YILDIZ Mustafa; *Avrupa İnsan Hakları  
Mahkemesi Yargısı*, Alfa Yayınları,  
İstanbul 1998.

# Uluslararası Belgelerde ve İç Hukukta E itim Hakkı

Rabia KALENDER<sup>(\*)</sup>



*Beşikten mezara ö reniniz.*

İnsan, var oldu undan beri bilim ve ahlak üzerine söz söyleyenlerin odak noktası haline gelmiştir. Bu; insan yapı ve özelliklerinden teşekkül eden toplumda evrensel boyutun gereğidir.<sup>1</sup>

İnsan yaratıcının ona bahşettiği hareket serbestisini kazanabildiği, düşünme yetisini kullanabildiği ancak metafiziksel ya da fiziksel bir takım sınırlandırmalara tabi tutuldu u gezegende toplumsal gerçeğini dışlamayarak sosyal ilişkilerde bulunmak zorunda kalır. İnsanın bu ilişkiler sonucunda bir takım hak ve hukuk kavramları ile karşı karşıya gelmesi kaçınılmaz, bunun da ötesinde bir realitedir.

İnsanın bu realite karşısında ezilmesine, istek ve arzularından soyutlanmasına engel olacak, mevcut iktidarların bile müdahale edemeyeceği bireysel bir alanı oluşturmak yani insan haklarını kurumsallaştırmak, ulusaldan uluslararasına kayan zeminde doru orantılı olarak bireysel alan ve hak-hürriyet-eşitlik birliğinden oluşan grafikte artan bir de er gösterecektir. Bu ba lamda insanlık tarihinde ilk defa insan hakları istisnai toplumları da aşarak dünya kamuoyunun ortak amacı haline gelmiş ve ortak bir ideal de erini kazanmıştır. Bu

nedenle çalışmamın ilk bölümünde hak, hürriyet, eşitlik kavramlarının tanımlamasını yapma gereğini duydum. Bunun neticesinde e itim hakkı ve hürriyetini de erlendirme olanağının daha da ivme kazanacağı kanaatindeyim.

Ünlü Fransız Hukukçusu M. Virraly'e göre uluslararası hukukun geleneksel tanımı olan "iç düzen kuran" ve yine iç hukuka (devletin hukuku) dayanan "devlet içi" ilişkiler ile uluslararası düzeni kuran ve uluslararası hukuka dayanan devletler arası ilişkileri kapsayan "çift alan teorisi" bütünüyle de işmiştir. Bu teoriye göre bireyler uluslararası düzenle ilişki kurmak için gerekli araçlardan yoksundurlar. Bugün artık, insan haklarını koruma amaçlı uluslararası ve bölgesel mekanizmaların kurulması ile "çift alan teorisi" içinde bireyin uluslararası hukukun dorudan doruya bir öznesi oldu u ve insan haklarının insanlığın ortak de eri olarak görüldü ü "tek alan teorisi" lehine de er kaybetmiştir. Yani çift alan teorisinin içerdiği iki alanın birleştiği noktadan doru an yeni ve tek alan, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının artık sadece bir iç hukuk sorunu olarak algılanmasının ebediyen önüne geçmiştir. Bunun sonucu olarak tarihte ilk defa, bireyler kendilerini sadece kendi uluslarının ya da sadece vatandaşları buldukları devletin de il, insanlığın bir parçası ve onurlu bir üyesi, dolayısıyla ulusal üstü

<sup>(\*)</sup> İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> Kavramlar Dr. Ethem Levent'e aittir.

hukukun bir aktörü olarak görmek imkanına kavuşmuşlardır.<sup>2</sup>

### Hak-Hürriyet-Eşitlik

İnsan hakları kavramının merkezi-odak noktası- olan "insan" hak sahibi olan kişidir.

Hak ve hukuk etimolojik olarak aynı kökenden geldi i (Arapça köken) gibi Roma Hukukunda da aynı anlamı ifade etmektedir. Roma geleneğinde "ius" (Latince kanun) "iustum" (Latince haklı) terimiyle çok sıkı bağları olan bir terimdir. Zamanla eski kanun terimi İngilizce'de (İtalyanca ve Fransızca'da da) justice (adalet) oldu. Kısaca ius hem kanundur, hem de hak(lı).

Hak kavramı yazarlar tarafından farklı şekillerde tanımlanmıştır. Haklar, yazılı hukuk belgeleri ile kanunlarla özgürlüğü sağlamak için kişiye tanınan yetkililerdir. Hak; hukuk düzenince tanınmış, sınırı, konusu, kullanma şekil ve koşulları gösterilmiş, yararlanılması toplumca sağlanmış özgürlüktür. Bu tanımlara rağmen sözlükte, yasal ya da ahlaki temelde bir şeye sahip olma ya da elde etme, yahut belli bir biçimde hareket etmeye ilişkin haklılaştırılabilen bir istem olarak tanımlanır.<sup>3</sup>

Hürriyet ise ne kendisine ne başkasına zarar vermemek tarzında bir anlayışla kabul edilmiştir. 1789 Fransız "İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi" 4. Maddesine göre "hürriyet başkalarına zarar vermeyen her şeyi" yapmaktır.<sup>4</sup> Montesquieu'nun fikirlerinden

mülhem olan bu anlayış, şark hukuk sistemleri ile farklılık arz etmektedir. Şark hukuk sistemlerinde hürriyet ilahi sınırlar içinde bir hürriyettir. Şahsa bağlı vazgeçilmez, devredilmez bir özellik gösterir. Asil bir karakterdir. İnsan hakları piramidini meşrulaştıran, zemini sağlam kılan bir üçüncü köşegeni oluşturan eşitlik ise "bir hak ve hürriyet olmanın ötesinde, hak ve hürriyetlerin de üstünde de er ifade eden ve fertlere mutlaka sağlanması icap eden bir imkan ve nimettir".

### Ulusal ve Uluslararası Belgelerde Eşitlik Tanımları

Tüm insanlar özgür, saygınlık ve haklar bakımından eşit do arlar, akıl ve vicdana sahiptirler. Birbirlerine karşı kardeşlik özü ile davranmalıdırlar.

Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başkaca herhangi bir düşün, ulusal ya da sosyal köken, servet, doğuş ya da herhangi bir durum gözetilmeksizin iş bu bildirgede açıklanan haklardan ve tüm özgürlüklerden yararlanabilir.

Bundan başka bir kişinin uyru bulund u ülke ya da toprakların siyasal, hukuksal ya da uluslararası statü bakımından, bu ülke ya da topraklar ister ba ımsız ister vesayet altında olsun, ister özerklikten yoksun ya da egemenli i herhangi bir kısıtlamaya u ramış olsun, hiçbir ayrılık gözetilmeyecektir.

Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır."<sup>5</sup>

<sup>2</sup> YA AR, Nuri; *nsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 48.

<sup>3</sup> GEMALMAZ, Semih; *Uluslararası İnsan Haklarına Giriş*, 3. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 243.

<sup>4</sup> ARMA AN, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 3. bası, Diyanet İleri Ba kanlı ı Yayınları, Ankara, 1996, s. 7.

<sup>5</sup> 1948 HEB, md. 1, 2, 7.

"İnsanlar haklar bakımından özgür ve eşit doğurlar ve yaşarlar. Toplumsal farklılaşma sadece kamusal yarara dayandırılabilir."<sup>6</sup>

"Sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin 1. Bölümünde tanınan hak ve hürriyetleri tanırlar."<sup>7</sup>

"Herkes din, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."<sup>8</sup>

"İnsanlar tek bir ümmetten başka (birşey) de ildi. Sonra ayrılığa düştüler."<sup>9</sup>

Eşitlik ilkesi; kanun önünde eşitlik, hakim önünde eşitlik, kamu hizmetine girmede eşitlik, sorumlulukta eşitlik ve fırsat eşitliği olarak farklı kategorilerde ele alınmaktadır. Biz burada eşitlik hakkı ve özgürlük ile yakından ilintili olması sebebiyle fırsat eşitliği ile kamu hizmetine girmede eşitlik kavramlarını açıklamakla yetineceğiz:

### **1- Kamu Hizmetine Girmede Eşitlik**

"Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."<sup>10</sup>

### **2- Fırsat Eşitliği**

Hiçbir kimseye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmadan ve öncelik hakkı verilmeden toplumda devletin sunduğu imkanlara halkın eşit olarak kavuşabilmesidir.

### **E İtim Hakkı ve Özgürlük**

E İtim hakkı ve özgürlük ifadesi kullanıldığında ne anlatılmak istendiği, yönetici etkileşiminde idrak edilemediği için hedefin tam on ikiden vurulması mümkün olmamaktadır. Hedefi on ikiden vurmak mutlak surette idealdir. İdeal ile kesişmek ise olanaksızdır. Bununla beraber aradaki mesafeyi yakın kılmak, aklını amaç-araç ilişkisi içinde amaca ulaşmak için araç olarak kullanabilen insanın düşünsel ve fiziksel niteliklerini aşan bir faaliyet de ildir. Bu durumda ise öncelikle eşitlik, eşitlik hakkı ve eşitlik özgürlüğünün sözlük anlamından başlayıp nelerin bu kapsam dahilinde olduğunu tespit etmek yararımıza olacaktır.

E İtim, Arap dilinde "terbiye" olarak karşımıza çıkmaktadır. Terbiye kelimesi üç kökten gelerek üç anlamı ifade eder:

1- Artmak, çoğalmak.

2- Olmak meydana gelmek, çocuğu yetiştirmek, büyütüp beslemek.

3- İslah etmek, düzeltmek, idare etmek.<sup>11</sup>

Bununla birlikte eşitlik genel manada "bir insanın kabiliyet ve davranışlarını geliştirmek, toplumun iyi değerlerini benimsetmek için yapılan işler" anlamına gelmektedir.<sup>12</sup>

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1950 tarihli Brown V Board of Education davasında, "E İtim iyi bir

<sup>6</sup> 1789 İnsan ve Yurtta Hakları Bildirgesi, md. 1.

<sup>7</sup> 1950 AHS md. 1.

<sup>8</sup> 1982 TC Anayasası md. 10.

<sup>9</sup> Yunus Suresi, 19. ayet.

<sup>10</sup> 1982 TC Anayasası md. 10.

<sup>11</sup> BAYRAKTAR, Faruk, *İslam E İtiminde Öğretmen-Öğrenci Münasebetleri*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1996, s. 1.

<sup>12</sup> Rehber Ansiklopedisi, c. 4.



vatandaş olmanın temelidir. E itim çocukları kültürel de erlerle uyandırmak, ilerisi için mesleki yetişmelerine hazırlamak ve çevrelerine uygun ve yararlı kılmakta esas araçtır. Bugün kendisine e itim fırsatı tanınmayan çocuğun hayatta başarı kazanması umulamaz artık" demektedir.<sup>13</sup>

Durkheim ise e itimi; geçmiş nesillerin ortak tecrübelerini geliştirerek yeni nesillere devretmesi biçiminde tanımlar.

E itim hakkı öncelikle:

Belli bir düzeyde bilgi veren parasız ve herkese açık okul ve kursların var olması,

Devletin ya da yerel yönetimlerin e itime finansman bakımından müdahale edebilmeleri,

Devletin okul programlarına müdahalede bulunması, durumlarını kapsamaktadır.<sup>14</sup>

E itim özgürlüğü ise daha çok bu imkanların sağlanmasından sonra ortaya çıkan ve e itimin içeriğine, örenci özgürlüğüne ve ana-babanın çocuklarını kendi istedikleri din veya felsefi inanç doğrultusunda yetiştirme özgürlüğüne ilişkindir.<sup>15</sup>

Bu tanımlamalardan yola çıkıldığında, e itimin uygulanma alanının temel unsurunu oluşturan insan, yani örenci için e itim bir "hak", e itimin sağlanması ise niteliği gereği devlet için bir "ödev"dir.

E itim sosyal bir kurumdur. Ancak grup içinde mümkündür. Diğer sosyal kurumları da etkilemektedir. Ayrıca diğer sosyal kurumlardan etkilenmektedir. Bu nedenledir ki kalkınmak, çağdaşlaşmak, gelişmek

ve en önemlisi de insan haklarına saygılı bir devlet olmak isteyen her ülkenin yöneticileri ve halkı e itime gereken desteği vermek zorundadır. Toplumun refahı ferdi refahına bağlıdır. Fert ise sahip olduğu hak ve özgürlükleri iyi niyet dairesi içinde kullanabildiği, kullanmasına müsaade edildiği ölçüde huzurludur. Aksi halde toplumun genelinin psikolojik açıdan zedelenmesi bir takım eşitsizliklerin zuhur etmesi ve en önemlisi de adaletten uzaklaşılması kaçınılmaz olacaktır.

İslam anlayışına göre e itimin amacı iyi ve mükemmel insanlar yetiştirmektir. Bireyin ham, kaba ve sistemsiz davranışlarında iyiyi doğrudan bir de işme meydana getirmektedir.

Gençleri şuurlu ve sistematik bir e itim ve öretimle yetiştirmeyi eski Yunanlılarda görmekteyiz. Onlara göre faziletli insanlar ancak dengeli e itim görenlerdi.

Eski Roma'da ise e itimin amacı fazilet ve uygarlıktı. Rönesans devrinde ise insanlıktı. Aydınlanma döneminde de bilim adamı yetiştirmektir.<sup>16</sup>

E itimin gayeleri noktasında düşünürler görüş ayrılıklarına düşmüşlerdir. E itimin sonucunda davranışların de işip de işmeyeceği tartışması üç farklı görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur:

#### 1- İyimser Görüş (Optimistler):

Genç neslin yetiştirilmesinde e itimin güçlü olduğu görüşünü savunmuşlardır. Bu görüşün ünlü temsilcisi J. Locke'a göre insanlar arasındaki büyük farklılıkları meydana getiren e itimdir. Tanınmış İslam bilgini Farabi de insanın e itilebileceğini savunarak:

<sup>13</sup> YA AR, Nuri; a.g.e., s. 43

<sup>14</sup> A.g.e., s. 71.

<sup>15</sup> A.g.e., s. 72 (A HS'den alıntıdır).

<sup>16</sup> BAYRAKTAR, Faruk, a.g.e., s. 15.

"yaratılış yönünden eksik olanlar bir işte e itildikleri zaman üstün yaratılışta olup da o konuda e itilmeyenlerden daha üstün olurlar" der. Helvatius'a göre de, insan aldı ı e itime göre şekillenir; iyi veya kötü olur.

**2- Kötümser Görüş (Pesimistler):** Bunlar verasetin kati oldu una inanırlar. E itimin insana bir şey kazandırmadı ını ileri sürerler. Bir insana ne kadar terbiye verilirse verilsin kötü bir yaratılışla dünyaya gelmişse onun şahsiyetini de iştirmek mümkün olmaz.

**3- İzafiyeci Görüş (Relativistler):** Bunlar yukarıdaki her iki görüşü birleştirmişler, e itimin ve yaratılışın insan üzerinde etkili oldu una inanmışlardır.<sup>17</sup>

Ayrıca sosyolojik verilerden yararlanan e itimciler fertleri ve grupları sosyal normlara, ülkü ve isteklere göre e itmeye çalışırlar. Ferdi kendinden ziyade içinde do up büyüdü ü grup için geliştirmek isterler. Bu tip e itime "idealist e itim" adı verilir. Öte yandan psikolojik verilerden yararlananlar ferdi farklara göre e itim yapmayı; ferdi özel yetenekleri içinde başarılı ve verimli kılmak isterler. Bunlara da "naturalistler" denir.<sup>18</sup>

E itimin gayesi ve üzerine söylenenler önem arz etmekle birlikte e itim hakkı ve özgürlü ünün haksız sınırlandırılmasını bertaraf edebilmek, bu iki kavramın nitelikleri gere i ihtiva ettikleri temel unsurlarını belirleyip, bu çerçevede hareket etmeye ba lıdır.

### E itim Hakkının Mutlaklığı

Kimse e itim hakkından mahrum edilemez. Bir hakkın mutlak bir manada düzenlenmiş olması onu dokunulmaz, düzenlenemez kılmaz.

E itim hakkı insan hakları listesinin hak kuşakları ba lamında sınıflandırılmasında ikinci kuşak haklar içerisinde yer alır. Bu sınıflandırma hakların tarihsel gelişimi içinde, genel olarak konularından ve niteliklerinden hareketle yapılmıştır.<sup>19</sup> Ayrıca haklar belgelerde sınırlandırılan ve sınırlandırılmayan haklar olarak da ayrılmıştır. Sınırlamalar ola an rejim içinde geçerli olan, süreklilik arz eden kayıtlamalardır. Sınırlamanın sınırı ölçütlerini geçemezler. Bireysel yarar ile toplumsal yarar arasında bir denge unsuru olan bu ölçütler, hakların sınırlandığındaki keyfiyeti önler, hakkın kullanımının başkasının haklarına zarar vermesini engeller.

#### Sınırlama:

Demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz.

Hakların ve özgürlüklerin özüne dokunamaz.

- Ölçülü olmalıdır.
- Yasa ile yapılmalıdır.
- Zorunlu olmalıdır.
- Meşru bir amaca yönelmelidir.

E itim hakkı da sınırlandırılabilir haklar içindedir. Ancak yukarıdaki ölçütlere tabi olarak sınırlandırılabilir. Devletin düzenleme yapmasını haklı kılan bir haktır. Müdahalenin haklı kılınabilmesi için öncelikle, müdahalenin iç hukukta yapılan bir düzenlemeye dayandırılması

<sup>17</sup> A.g.e., s. 28-31.

<sup>18</sup> ARVAS, S. Ahmet; *E itim Sosyolojisi*, s. 24.

<sup>19</sup> GEMALMAZ, M. Semih; *Ulusalüstü nsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giri*, Beta Yay., stanbul, 2001, s. 536.

gerekir. Bu müdahale hakkın özünü zedelememelidir.

E itim hakkının mutlaklığı kapsamına;

- Belirli bir zamanda varolan bir e itim kurumuna girebilme hakkı,

- Etkili bir e itim alabilme hakkı,

- Öğrencinin başarı ile tamamladığı e itimini resmen tamamlaması hakkı dahildir.

"Öte yandan e itimin bilim ve politika olmak üzere iki boyutu vardır. E itimin bilimsel boyutu e itimcilerin işidir. Politik boyutu bütün vatandaşları yakından ilgilendiren bir konudur. Demokratik işleyişte toplumun her kesiminin katılımı ile belirlenen e itim politikaları e itimciler tarafından uygulamaya geçirilir. E itimciler e itim politikalarının belirlenmesinde diğer kesimlerden farklı bir konuma sahip de ildirler."<sup>20</sup>

Bu bilgiler ışığında de erlendirildi inde e itim hakkı ve özgürlüğünün ikinci dereceden kapsamına dahil olan toplumun e itim politikasını belirleme hakkı birkaç bürokrat ve siyasi yetkililerce kullanıldı nda açıkça ihlal edilmektedir.

"Dünyada birçok ülkenin ekonomik, politik, sosyolojik ve teknolojik alanda işbirliğine gitmesi ülkeler arasındaki işbirliğini güçlendirmiştir. Böyle bir işbirliği ülkelerin birçok alanda ortak hareket etme zorunluluğunu gündeme getirmiştir. Küreselleşme süreci sadece ekonomik amaçlı örgütleri de il, aynı zamanda hizmet üreten e itim örgütlerini de etkilemiştir."<sup>21</sup>

Küreselleşme sonucunda e itimde de ortak bir örgütlenmenin kurulması uluslararası belgelerin taraf devletlerce uygulanabilirliğini artırmıştır. Türkiye'de ise zaten böyle bir endişe mevcut de ildir. 1982 Anayasası md. 90'a göre Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar aleyhine anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Bu hükümlerle birlikte Türkiye'nin taraf olduğu belgelerdeki e itim hakkı ve özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler iç hukukta yasal bir uygulama alanı bulur. Bu durum bireylerin kendilerini sadece vatandaşı oldukları devletin de il, toplumun bir üyesi olarak görmelerini sağlar.

## Ulusalüstü Belgelerde E itim Hakkı ve Özgürlüğü

### Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

E itim hakkı, sözleşmenin ilk protokolünde ele alınmıştır.<sup>22</sup>

"Hiç kimse e itim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet e itim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde ana-babanın bu e itimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını salama haklarına saygı gösterir."<sup>23</sup>

Bu madde ile e itim görme ve e itim tarzını serbestçe seçme hakkı düzenlenmiştir. Türkiye ise protokolün 2. Maddesini Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümlerine aykırı olmamak çkincesi ile kabul etmiştir. Bu suretle Türkiye Cumhuriyeti devleti alternatif e itim kurumlarına izin vermeyeceğini en baştan e itim

<sup>20</sup> EK NC, Yusuf; *E itim Reformu için İlk Adım*, Yeni Türkiye Dergisi, sayı 7, E itim Özel Sayısı, s. 74.

<sup>21</sup> ÇELİK, Vehbi; *Örgütsel De ğerişim ve Gelece ğin Okulu*, Yeni Türkiye Dergisi, sayı 7, E itim Özel Sayısı, s. 38.

<sup>22</sup> Tamamı için bkz.: A HS.

<sup>23</sup> A HS, Protokol No: 1, md. 2.

özgürlü üne ihtirazi kayıt koyarak bildirmiştir.

E itim hak ve özgürlü ünün devlet açısından bir ödev oldu una yukarıda de indik. Bu açıdan bakıldı ında, bu protokol ile devlet iki ödev ile yükümlü kılınır:

1. Her ne olursa olsun çocuklara e itim imkanı sa lama ödevi

2. Ana ve babanın çocuklarını kendi dini ve felsefi inançlarına uygun olarak e itme hakkına saygı gösterme ödevi

E itim hakkı ve özgürlü ü Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 2. Maddesinde oldukça kısa ve hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeksizin düzenlenmiştir. Bu düzenleme biçimi en azından sınırlama nedenlerine yer verilmemesi açısından sözleşmede düzenlenmiş di er hak ve özgürlüklerden farklıdır. Bunun nedeni bu özgürlükten yararlananlarla hak ve özgürlük arasındaki özel ilişki ve ayrıca "özel yaşama saygı" (Sözleşme md. 8) ile "dini ya da felsefi inancın korunması" prensipleri arasında kurulan dengede saklıdır. Ancak bu durum bu hakkı sınırlandırılmaz kılmaz.

Devletin e itimi düzenleme hakkının varlı ı aşıkardır. Devlet e itimi düzenlerken e itim hakkının mutlaklı ı ilkesine dayanarak "zorunlu e itimi" getirebilecektir. Bu da beraberinde parasız e itimi gerekli kılacaktır. Aksi halde zorunluluk ile ekonomik şartların örtüşmesi mümkün olmayacaktır.

E itimin genellik ilkesi gere ince devlet; e itimi, toplumu oluşturan kişilerin yaş, cinsiyet, vatandaşlık ve içinde buldukları hukuki statüler gere i topluma yaygın hale getirmelidir. Ancak bunu yaparken de eşitlik ilkesini bertaraf

edecek düzenleme getirmez, toplumu farklı sınıflara ayıramaz.

## **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi**

**Madde 26.** Herkesin e itim hakkı vardır. E itim hiç de ilse ilk ve temel ö retimde parasız olmalıdır. İlkö retim zorunludur. Teknik ve meslek ö reniminden herkes yararlanabilmelidir. Yüksek ö retim yeteneklerine göre herkese tam eşitlikte açık olmalıdır.

E itim insan kişili inin gelişmesini ve insan hakları ve temel özgürlüklerine saygının güçlendirilmesi amacını gütmelidir. Ayrıca tüm uluslar ve tüm ırk ve din grupları arasında anlayış, hoşgörü ve dostlu u özendirmeli ve BM'nin barışı koruma yolundaki çalışmalarını özendirmelidir.

Ana-baba, çocuklarına verilecek e itimi, öncelikle seçme hakkına sahiptir.

## **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>24</sup>**

**Madde 13** ile bu sözleşmeye taraf olan devletler, herkesin e itim görme hakkına sahip oldu unu kabul ederler.

Bu madde<sup>25</sup> ile sadece çocukların dini ve ahlaki e itimi hedeflenmiştir. AİHS protokolün 2. Maddesi hem felsefi inançları kapsamakta hem de bizzat e itim ve ö retimin kendisini hedeflemektedir.

<sup>24</sup> Türkiye 15 A ustos 2000 tarihinde imzalamı tır.

<sup>25</sup> Tam metin buraya alınmamı tır. Tam metin için bkz.: BALCI, Muharrem/SÖNMEZ, Gülden, a.g.e., s. 115.

**Kadınlara Karşı Her Türü  
Ayrımcılığın Tasfiye  
Edilmesine  
Dair Sözleşme<sup>26</sup>**

**Madde 10**

Taraf devletler eğitim alanında kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olmalarını sağlamak için kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek üzere gerekli her türlü tedbir ve özellikle kadınlarla erkeklerin eşitliğine dayanan aşağıdaki tedbirleri alır.

a) Meslek ve sanat rehberliği verilmesinde kentsel alanlarda olduğu gibi kırsal alanlarda da eğitim kuruluşlarına girme ve bu kuruluşlardan diploma almada eşit şartların sağlanması. Bu eşitlik okul öncesi eğitim ile genel teknik mesleki ve yüksek teknik eğitimde ve her çeşit mesleki eğitimde uygulanır.

b) Kız öğrencilerin okuldan ayrılma oranlarının düşürülmesi ve okuldan ayrılan kızlar ve kadınlar için eğitim programları düzenlenir.

**Avrupa Birliği Temel  
Haklar  
Bildirgesi**

**Madde 14**

1) Herkes eğitim görme ve mesleki sürekli eğitimden yararlanma hakkına sahiptir.

2) Bu hak serbest zorunlu eğitim görme olasılığını da içerir.

3) Demokratik ilkelere ve ailelerin çocuklarının kendi dini, felsefi ve eğitim konusundaki inançlarına uygun olarak eğitim ve öğretim görmelerini sağlamak hakkına saygı gösterilerek eğitim

kurumları tesis etme özgürlüğüne bu özgürlük ve hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak saygı gösterilmelidir.

**İslam Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü**

"Allah içinizden iman etmiş olanlarla kendilerine ilim verilmiş bulunanların derecelerini arttırır." (Mücadele suresi, 11. Ayet.)

"De ki: Bilenlerle bilmeyenler bir olur mu?" (Zümer suresi 9. Ayet )

"Allah'tan, kullarını içinde, ancak alimler korkar." (Fatır suresi 28. Ayet )<sup>27</sup>

**Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü**

**1982 Anayasası**

**Madde 42. Eğitim Ve Öğrenim Hakkı<sup>28</sup>**

"Kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz.

Eğitim ve öğretim hürriyeti Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlk öğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır.

<sup>26</sup> Tam metin için bkz.: A.g.e. Türkiye 15 ve 16. Maddelere çekince koymu tur. 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>27</sup> ARMA AN, Servet; a.g.e., s. 143-144.

<sup>28</sup> Sosyal ve Ekonomik Haklar içinde düzenlenmiştir.

Özel ilk ve orta dereceli okulların ba lı oldu u esaslar devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenir.

Devletin maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımlar yapar. Devlet, durumları sebebi ile özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.

Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.

Türkçe'den başka hiçbir dil eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabii olarak esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır."

Özellikle TC Anayasası'nın 42. Maddesinde ele alınan eğitim hak ve özgürlüğü için temel ilkeleri:

1. Genellik ve zorunluluk ilkesi
2. Parasızlık ilkesi
3. Kadın erkek eşitliği
4. İmkan ve fırsat eşitliği
5. Eğitim ve öğretimin engellenemezliği
6. Eğitim hakkının mutlaklığı
7. Anayasaya karşı olan sadakat yükümlülüğü.

## Milli Eğitim Temel Kanunu

### Genel Amaçlar<sup>29</sup>

Bu kanunda belirtilmekle birlikte milli eğitimin temel amacı Mustafa Kemal Atatürk tarafından açıklanmıştır: "Fikri hür, irfanı hür, vicdanı hür nesiller yetiştirmek.

Türk milli eğitiminin temel ilkeleri:

1. Eğitimde millilik
2. Eğitimde çağdaşlık
3. Eğitimde demokratiklik
4. Eğitimde laiklik

## Tevhid-i Tedrisat Kanunu

Eski tarihli olmasına rağmen yürürlükteki hukukun en önemli, en temel enstrümanlarından biridir. Eğitim ve öğretim alanında Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalan dağınıklığı ortadan kaldıran eğitim birliği ilkesini getiren çok önemli ve temel bir kanundur. Bu kanunla resmi ya da özel derecede bütün eğitim kurumları Milli Eğitim Bakanlığına bağlanmıştır.

## Sonuç: Adı Konamayan "Çekince" Nedir?

Eğitim hakkı ve özgürlüğü kişilerin sahip olduğu, demokratik toplum düzeni gerekleri ve hakkın özüne dokunulmazlık ilkeleri doğrultusunda sınırlandırılabilen haklardandır.

İç hukukumuzdaki düzenlemenin (eğitim hakkı ve özgürlüğü kavramları tam anlamıyla sindirilebilmiş olsa gerek) bu hak ve özgürlüğü bireylere tanınmasını yasalaştırması gerekirken 1982 Anayasası da dahil olmak üzere diğer yasal düzenlemelerde hakkın niteliğine, çerçevesine telet geçilip, hakka ve özgürlüğe bir takım ilkeler bağlanarak sınırlandırmaya gidilmesi tercih edilmiştir.

<sup>29</sup> Bkz.: M.E.T.K., md. 2.



Anayasanın 90. Maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Belgelerinde eğitim özgürlüğü alanında üç temel unsur oluşturulmuştur.

**1. Kurumsal Çoçulculuk:** Girişim özgürlüğünün tanınmasına bağlı olarak eğitim kurumları arasında ebeveynlere tanınmış okul seçme özgürlüğüdür.

**2. Resmi Eğitimin Çoçulculu u:** Resmi okulları ilgilendirmektedir. Gerçek anlamıyla çoçulculuk ancak resmi eğitim kurumlarında söz konusu olabilmekte ve ana-babanın çocuklarını kendi dini ve felsefi görüşlerine göre yetiştirme haklarına saygı gösterilmesi anlamına gelmektedir. Çoçulculuk, farklı düşüncelerin karşılıklı saygı ve hoşgörü içinde birlikte var oldukları ve içinde ailelerin dini ya da felsefi inançlarına saygılı olunarak çocuklarının eğitildiği bir kurum olmayı gerektirmektedir.

### 3. Ö renci-Ö retmen Özgürlüğü

Bu unsurlar nazara alındığında iç hukukumuzdaki düzenlemelerin tam olarak uluslararası belgelerle paralellik göstermediği aşikardır.

Buradan da anlaşılacağı gibi 1982 Anayasasının 90. Maddesi gereği uygulama alanı bulan uluslararası belgeler iç hukukla çelişmektedir.

1982 Anayasasının 42. Maddesinde "Kimse eğitim hakkından mahrum edilemez" hükmü ile eğitim hakkının mutlaklığı ifade edilmektedir.

Ancak buradaki problem ana-babanın hakları ile eğitim hakkının çatışması halinde önceliğin çocuğun okul hakkına mı yoksa ebeveynin tercihine mi verileceğidir. Çocuğunu kendi dini ya da felsefi inançlarına göre yetiştirme hakkına saygı

gösterilmediğini düşünen veliye karşı Avrupa İnsan Hakları Divanı çocuğun okul hakkının üstün tutulacağını söylemektedir. Demek ki eğitim hakkının ortadan kaldırılması yasal bir başka hakkın varlığı halinde bile mümkün olmamaktadır.

Bu durumda acaba iç hukukumuzda adı konamayan bir çekince, bireye sahip olduğu hakların uygulanabilir kılınması halinde, bilgi toplumuna doğru yol alan dünyada etkin bir yer almak korkusu mu yoksa doğuştan var olan sahip olunan haklar uluslararası belgelerde düzenlendiği diye uygulamaya geçerse egemenimizden oluruz korkusu mu?

### Kaynakça

- ARVASI, S. Ahmet; *Eğitim Sosyolojisi*, İstanbul, 1995, Burak Yay.
- ARMA AN, Servet; *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 3. Bası, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1996.
- BALCI, Muharrem-SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yay., İstanbul, 2000.
- BAYRAKTAR, Faruk; *İslam Eğitimi Ö retmen-Ö renci Münasebetleri*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1996.
- ÇELİK, Vehbi; *Örgütsel De işme ve Geleceğin Okulu*, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı 7, Eğitim Özel Sayısı.
- EKİNCİ, Yusuf; *Eğitim Reformu İçin İlk Adım*, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı 7, Eğitim Özel Sayısı.
- GEMALMAZ; Semih, *Ulusalüstü İnsan Haklarına Giriş*, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- , *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yay., İstanbul, 2001..
- YAŞAR, Nuri; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

Rehber Ansiklopedisi; c. 4. İstanbul,  
1984. Türkiye Gazetesi Kültür Yay.



# YÖK Raporu

Cafer TANRIKULU<sup>(\*)</sup>-Sezgin TUNÇ<sup>(\*)</sup>



## 1. Giriş

**Y**üksekö retim Kurulu, İhsan Do ramacı başkanlığına, 2547 sayılı Kanun ile kuruldu ve 6 Kasım 1981 tarihinden bu yana sürekli tartışılan ve gündemde olan bir kurumdur. YÖK'ün, kuruluşuna kaynaklık eden 2547 sayılı Kanunun hukuki niteliği ve uygulamaları bu tartışmaların ana zeminini oluşturmaktadır.

Bir ülkenin eğitim ve öğretim sistemi, siyasi iktidar için her zaman önemli olagelmıştır. Sistemin işleyişinde rol alacak insan kaynağının şekillendiği yerler olarak eğitim kurumları iktidarın düzenlemekten, kontrolü altında tutmaktan vazgeçemediği alanlardır. İktidara müdahalede, beraberinde eğitim ve öğretim kurumlarına müdahaleyi getirmektedir. Nitekim 12 Eylül askeri darbesinin ardından, 1982 Anayasası yürürlüğe konmadan önce, herhangi bir (temel ilke anlamında) anayasal kurala bağlı olmaksızın Yüksekö retim Kanunu çıkarılmıştır.

Yüksekö retim Kanunu, Milli Güvenlik Konseyi tarafından, Danışma Meclisi devre dışı bırakılarak çıkarılmıştır. Kurulun oluşumunda askeri irade önemli rol oynamakta, yine kurulun bir üyesi de Genelkurmay Başkanlığı kontenjanından seçilmektedir. **20 Nisan 1982 tarih ve 2653 sayılı Kanun** ile yetkileri genişletilmiş

olan YÖK'e, 1982 Anayasasının 131. Maddesiyle "**Anayasal Kurum**" sıfatı kazandırılmıştır. Uygulamaları itibarıyla de bir darbe düzeni kurumu olarak YÖK, darbe düzeninin yüksekö retimdeki devamlılığını temsil etmektedir. Bu rolünü bugüne kadar iyi oynamış da açıktır.

YÖK'ün tarihsel, politik misyonunun analiz ve değerlendirilmesi suretiyle konunun gündeme taşınması, hazırlanan bu raporun temel amacını oluşturmaktadır. YÖK'ün kurumsal yapısının, YÖK mevzuat ve uygulamalarının ışığında yapılacak bu analizde, "**bir sorun odağı olarak Yüksekö retim Kurulu**" ele alınacaktır. Öğrenci ve öğretim elemanları disiplin yönetmeliklerine, YÖK genelgelerine dayanılarak ve hatta Anayasa Mahkemesi kararlarına atıfta bulunularak yapılan hukuk dışı uygulamalara de inilecek, öğretim üyeleri ve öğrencilere uygulanan yaptırımlar aktarılacaktır. Aynı uygulamaların sonucu olarak üniversitelerin bilimsel ve akademik çalışmalarından uzak kurumlar haline getirilişi gözler önüne serilmeye çalışılacaktır. Devletin en fonksiyonel kurumlarından biri olan YÖK ele alınırken, kurumun sistem içindeki rolüne de de inilecektir. Çünkü, bir "**Anayasal Kurum**" olarak YÖK, sistemin zihniyetini ve işleyiş

(\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

biçimini do rudan yansıtan kurumlardan biridir. Bu ilişkiyi, 12 Eylül Askeri Darbesinden sonra çıkarılan **2547 sayılı Kanun** ile görebilmekteyiz. YÖK karar ve uygulamaları ile di er devlet erklerinin kararları arasındaki paralellik ve konsensüs, sözünü etti imiz ilişkinin ve kurumun, genel mekanizmanın işleyişinde ne kadar önemli bir pozisyonda oldu unun göstergesidir.

Yine bu konsensüsü, 12 Eylül'den sonra iktidara gelen hükümetlerin (tümünün programlarında bu konuda daha demokratik düzenlemeler yapılacağına ilişkin vaatler oldu u halde) YÖK hakkında ıslah edici düzenleme yapmakta bile oldukça isteksiz davrandıkları, durumu kabullendikleri şeklinde görebilmekteyiz.

12 Eylül askeri darbesinin Yüksekö retim sistemimize mirası olan YÖK'ün meşruiyeti, darbeden sonra kurulan düzenin meşruiyetine ba lıdır. Darbe ürünü olan mevcut Anayasanın meşruiyetinin sürekli olarak tartışıldı ı ölkemizde YÖK'ün de bu meşruiyet sorununu taşıyıp taşımadı ı raporun genelinde cevabı aranan bir soru olacaktır.

YÖK, başta hukuk çevreleri ve konunun muhatabı olan e itim ve ö retim camiası olmak üzere, toplumun tüm kesimlerince yo un eleştiriler almakta, her kuruluş yıldönümünde protestolarla anılmaktadır. Söz konusu genel memnuniyetsizlik hali, bu raporun hazırlanmasını gerekli kılmıştır. Bu sorunsalın hukuk dilindeki ifadesi; genelde temel hak ve özgürlüklere, özelde e itim-ö retim alanındaki özgürlüklere hukuk dışı müdahalelerdir. Demokratik olma iddiası taşıyan hukuk sistemimizde bu iddia ile çelişen düzenleme ve uygulamalara sıkça rastlamaktayız. YÖK de bu olgunun dışında de ildir.

"**Sistem sorununun bir parçası olarak YÖK sorunu**" şeklinde ifade

edebilece imiz bu husus, bir sorun yuma ı halinde önümüzde durmaktadır ve hazırlanan bu rapor, sorunu tekrar gündeme taşımakla birlikte, bu bakış açısıyla ve buradan hareketle yapılacak tespitlerle, köklü bir çözüme katkı için ilgililere sunulmuştur.

## 2. Tarihçe

Türkiye'de, **31.5.1933 tarih ve 2252 sayılı Kanun** ile yüksekö retim hayatında yeni bir dönem başladı. Bu kanun ile, İstanbul Darülfünunu ve ona ba lı tüm kuruluşlar kaldırılarak "İstanbul Üniversitesi" kuruldu. Bu önemli yenili i, Mühendis Mektebi'nin **10 Mart 1944 tarih ve 4916 sayılı Kanun** ile "İstanbul Teknik Üniversitesi"ne çevrilmesi takip etti.

**1946 tarih ve 4936 sayılı Üniversiteler Kanunu** ile üniversiteler yeni bir statüye kavuşturuldu; bilimsel ve idari özerklik tanındı, üniversitelerde demokratik bir yapının oluşması ve daha çok kurulların yetkili kılınması öngörüldü, üniversitelerin görevleri ayrıntılı olarak belirlendi. Bu yıllarda üniversitelerin önemsendi i ve yaygınlaştırılmaya çalışıldı ı gözlenmektedir. 4936 sayılı Kanun 1971 yılına kadar yürürlükte kaldı.

27 Mayıs 1960 Darbesi ve çıkarılan 115 ve 119 sayılı Kanunlar ile, 1946'da sa lanan özerklik durumu kesintiye u ratıldıktan sonra, 1961 Anayasası ile ilk defa üniversiteler Anayasal düzeyde düzenlendi. Buna göre; üniversiteler, kendilerince seçilen yetkili ö retim üyelerinden kurulan organların yönetti i ve denetledi i kamu tüzel kişileridir, Devlet eliyle ve yasayla kurulan üniversitelerin bilimsel ve yönetsel özerkli i vardır (**md. 120**). Anayasa, ö retim üyelerinin üniversite haricindeki makamlarca görevlerinden

uzaklaştırılmayacaklarını öngörerek, ö retim üyelerine Anayasal güvence sa ladı. Yine üniversite organlarına ve ö retim üyelerine serbestçe yayın ve araştırma yapma hakkı tanındı, ö retim üyeleri ve yardımcılarının siyasi partilere üye olabilecekleri belirtildi.

Üniversiteler ile ilgili bu ayrıntılı düzenleme ve Devletin yakın denetim ve gözetimi altında olmak kaydıyla sa lanan özerklik düzeni uzun ömürlü olamadı. Ülke genelinde siyasi hareketlili in doru a çıkması ve üniversitelerin, özellikle 1968'den itibaren gençlik hareketlerinin en önemli merkezi haline gelmesi üzerine mevcut yapıda önemli de işiklik ve düzenlemelere gidildi. 12 Mart 1971 askeri müdahalesinin temel gerekçesi olarak da üniversitelerdeki ö renci olayları gösterildi. Anayasanın 120. Maddesinde yapılan de işiklikle Bakanlar Kuruluna, gerekti inde üniversite veya buna ba lı fakülte, kurum ve kuruluşların idaresine el koyma yetkisi tanındı, özerklik ile ilgili istisnalar getirildi, ö retim üyeleri ve yardımcılarının siyasi partilere üye olabileceklerini belirten hüküm maddeden çıkarıldı. Ayrıca yeni bir üniversite kanunu çıkarılması öngörüldü.

**20.6.1973 tarihinde 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu çıkarıldı.** Bu kanun çerçevesinde yapılan düzenlemelere bakıldı nda, merkezi ve tek elden bir yönetim sa lanarak, daha etkin bir denetim ve gözetim sisteminin oluşturulmasına yönelik yeniliklerin yapıldı ı görülür:

Yüksekö retimde bütünlü ün sa lanması, Yüksekö retim Kurulu'nun kurulması, üniversiteler üzerinde Devletin denetim ve gözetiminin sa lanması amacıyla Üniversite Denetleme Kurulu'nun oluşturulması, ö retim

ve ö renim özgürlüklerinin güvenlik altında bulundurulması...

Üniversiteler Kanunu, 1981 yılına kadar mevzuattaki yerini korudu ancak yüksekö retimde öngörülen "bütünlük" tam anlamıyla sa lanamadı. Bazı üniversite ve akademiler kendi özel kanunlarına ba lı olarak görev yaparken, Milli E itim Bakanlığı na ve di er bakanlıklara ba lı olarak görev yapan yüksekokullar da bulunmaktaydı. Daha da önemlisi, ö renci olaylarına karşı alınan önlemler de yetersiz görülüyordu. Yaşanan siyasi hareketlilik ve toplumsal olayların üniversitelere yansması hatta en güçlü toplumsal muhalefetin üniversite kampüslerinden yükseltilmesi ve toplumun di er kesimlerine yayılması, sistemi öncekilerden çok daha sıkı ve etkin önlemler almaya itti.

İşte, Yüksekö retim Kurulu'nun kurulmasındaki temel sebep, denetim ve gözetimin istenen düzeyde sa lanması amacıdır. 12 Eylül askeri darbesi de selefleri gibi bir an önce yüksekö retim sistemini elden geçirmeye koyuldu. Yeni Anayasanın yapılması beklenmeden Milli Güvenlik Konseyi tarafından, sadece beşli Konseyin öngörülerine dayalı Yüksekö retim Kanunu çıkarıldı. Askeri yönetim tarafından, **04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Kanun** ile Yüksekö retim Kurulu kuruldu.

YÖK uygulamaları, İhsan Do ramacı, Mehmet Sa lam ve Kemal Gürüz dönemleri olarak adlandırılmışsa da sözkonusu uygulamaların şahıslardan öte, bir yapısal zorunluluk arzetti ini vurgulamak gerekir. Nitekim, her iktidar, kendi e ilimlerine uygun bir yönetici tayin etmeyi bilmiştir. Dolayısıyla, bizce, "Do ramacı ve YÖK ya da Gürüz ve YÖK özdeşli i" do ru bir algı biçimi de ildir.

12 Eylül Askeri Konseyi'nin YÖK'ün başına getirdi i İhsan

Do ramacı, iktidarın iradesinden herhangi bir sapma gösteremedi, dönemin baskıcı ve otoriter tavrı ile bütünlük içinde hareket etti. Do ramacı'nın, ba ımsız yargı kararı olmaksızın, **1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa** dayanılarak görevlerine son verilen ö retim görevlileri ve kılık-kıyafet yasakları konusunda hiçbir olumlu inisiyatif kullanamayışı, sözkonusu tavrın yapısal bir zorunluluktan kaynaklandığını göstermektedir.

1992 yılı Temmuz ayına kadar süren Do ramacı döneminin ardından, YÖK başkanlığına Mehmet Salam (1992-1996) getirildi. 12 Eylül ve 28 Şubat darbeleri arasında rastlayan Mehmet Salam döneminde YÖK'ün baskı ve dayatmaları görece bir azalma gösterdi. Bunun sebebini, iki darbe arası dönemin yine görece müsamahakar havasında bulmak mümkündür.

28 Şubat 1997'de başlatılan darbe süreci ile Kemal Gürüz başkanlığındaki YÖK, hukuk dışı uygulamalarını kuruluşturdu. İlk günlerdeki gibi yoğunlaştırdı. Bu dönemde yüksekö retim kurumlarında akademik yaşam ciddi anlamda geriledi, yoğun hak ihlallerinin yanı sıra, yolsuzluklar ve usulsüz idari işlemler sık sık gündeme geldi.

### 3. Kurumsal Yapı

Türkiye'de "e itim ve ö retimin yapısı ve kanuni düzenlemelerin niteliği" bakımından yapılacak bir araştırmada, Kanun-i Esasiden 1982 Anayasasına ve bugüne e itim sisteminde giderek merkezileşme eğiliminin arttığı, tek elden yönetimin sağlandı ve "**devletin denetim ve gözetimi**"nin artırılmasına yönelik düzenlemelerin yapıldığı görülür. Bu bakımdan, söz konusu düzenlemeleri özetle hatırlatmak gerekmektedir.

Kanun-i Esasinin 15. Maddesine göre, yasaya uygun olmak şartıyla her Osmanlı vatandaşının kamusal ve özel e itim yapması serbesttir. Bu düzenlemeden, ö retimin yalnızca devletin tekelinde olmadığı anlaşılmalıdır. Fakat tüm e itim ve ö retim kurumları devletin gözetimi altındadır. Bunun yanında Devlet, çeşitli milletlerin kendi inançlarına ilişkin konularda e itim ve ö retim yapma biçimlerine karışmayacaktır. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda, ö retimin tüm düzeylerde devletin denetim ve gözetimine ba lı oldu ve çerçevesini devletin belirleyeceği yasaya uygun olarak yapılacağı belirtilmiştir (md. 80). 1961 Anayasasına gelindiğinde yine e itim ve ö retimin, devletin gözetimi ve denetimi altında güvence altına alındığını görmekteyiz. 1961 Anayasasına göre ö renim ve e itim, devletin olumlu edimlerle gerçekleştireceği sosyal ödev niteliindedir.

İlk kez 1961 Anayasasında yüksekö retim kurumları hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre üniversiteler, kendilerince seçilen yetkili ö retim üyelerinden kurulan organları yönettiği ve denetlediği kamu tüzel kişisidir. Devlet eliyle ve yasayla kurulan üniversitelerin bilimsel ve yönetsel özerkliği vardır (md. 120). Anayasa, ö retim üyelerinin üniversite haricindeki makamlarca görevlerinden uzaklaştırılmayacaklarını öngörerek, ö retim üyelerine Anayasal güvence sağlamıştır. Yine üniversite organlarına ve ö retim üyelerine serbestçe yayın ve araştırma yapma hakkı tanıdığı, siyasi partilere üye olabileceklerini belirtmiştir.

Türkiye'de yüksekö retim kurumları için "**aşırı özgürlük**" sağlandı düşünülen 120. Madde, 1971 yılında önemli değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklere göre; üniversitelerin özerkliği, üniversitelerde suçları ve



suçluları kovuşturmayaya engel olmayacaktır. Üniversitelerin, seçtikleri organlarca yönetilmesi, devletin denetim ve gözetimi altında olacaktır. Yine kimi durumlarda Bakanlar Kurulunun yönetime el koyma yetkisi de söz konusu olabilecektir. Bu düzenlemelerle üniversitelerin özerkliği büyük ölçüde zedelenmiştir.

Haklar ve özgürlükler bakımından **sınırlamayı kural, özgürlükleri istisna** olarak düzenleyen 1982 Anayasası da devletin "gözetim ve denetim" rolünü pekiştiren düzenlemeler getirmiştir. Askeri darbeden sonra ülke sorunlarına duyarlı ve politik hareketliliğin önemli bir merkezi olan üniversiteler konusunda 1971 de ışıklıkları yeterli görülmemiş ve daha özel düzenlemeler yapılmıştır.

En önemli düzenleme Yüksekö retim Kurulu'nun kurulmasının öngörülmesi olmuştur. Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası, yüksekö retim kurumları ve yüksekö retim üst kuruluşlarını ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Üniversitelerin yönetsel özerkliğinin kaldırılması, bilimsel araştırma ve yayında bulunma özgürlüğü ve yetkisinin, "**Devletin varlığı ve özgürlüğü, milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde etkinlik yapma serbestliğinin vermemesi**" kriteri/sınırlaması, rektörlerin Cumhurbaşkanı tarafından, dekanların ise Yüksekö retim Kurulu'nca seçilmesi ve atanması gibi yenilikler 1982 Anayasası ile getirilmiştir.

12 Eylül askeri darbesinden sonra, askeri yönetimin 2547 sayılı Kanun ile 6 Kasım 1981'de kurduğu Yüksekö retim Kurulu'na, 1982 Anayasasınının 131. Maddesi ile "**Anayasal Kurum**" niteliği kazandırılmıştır.

"Yüksekö retim kurumlarının ö retimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yüksekö retim kurumlarındaki eğitim-ö retim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek, bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirilmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve ö retim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yüksekö retim Kurulu kurulur." (Anayasa md.131)

Bu tarihten itibaren YÖK, devletin merkezîyetçi, tek tipleştirici ve baskıcı karakterinin yüksekö retim kurumlarına yansıtılmasının **aracı kurumu** olmuştur.

Yüksekö retim Kurulu, yüksekö retim sistemini düzenleyen, denetleyen ve faaliyetlerine yön veren bir kamu tüzel kişiliğidir. **2547 sayılı Yüksekö retim Kanunu'nun 6. Maddesinde Yüksekö retim Kurulu'nun tanımı, yapısı ve organları sıralanmaktadır. Kanunun ifadesiyle YÖK,**

"...tüm yüksekö retimi düzenleyen ve yüksekö retim kurumlarının faaliyetlerine yön veren, bu kanunla kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde özerkliği ve kamu tüzel kişiliğine sahip bir kuruluştur..."

Yine bu maddeye göre, Yüksekö retim Kurulu kendi içinde, Genel Kurul, Başkan ve Yürütme Kurulundan oluşur. Yüksekö retim Denetleme Kurulu, Üniversitelerarası Kurul ve Ö renci Seçme ve Yerleştirme Merkezi alt birimler olarak Yüksekö retim Kurulu'na bağlıdır.

Yüksekö retim Kurulunun organ ve birimlerinin izahından sonra "atanmış üye" sorununa ilişkin birkaç hususa değ inilecektir.

#### a) Başkan

Yükseköretim Kurulu ve uygulamaları konusunda yapılan tartışmaların özellikle odaklandığı nokta, YÖK Başkanlığının uygulamalarına meşruiyet kazandıran geniş yetkililerdir. Yükseköretim Kurulu organlarından biri olarak başkanın görev ve yetkileri, Yükseköretim Kurulu Teşkilatı ve Çalışma Usulleri Yönetmeliğinde sayılmıştır:

"Başkan, Yükseköretim Kurulunu temsil eder; kanun ve yönetmelik hükümleri ile kurulların kararlarının uygulanmasından sorumludur. Başkan, seçimi kurullara verilen akademik personelin ve diğer kişilerin atamalarını yapar, kurul üyelerine uygun gördüğü görevleri verebilir.

Başkan, kurulların gündemini hazırlar ve toplantılarını idare eder. Disiplin yönetmeliğine göre kurul üyeleri hakkında disiplinle ilgili tedbir almak gerektiğinde, Genel Kurulun salt çoğunluğu ile vereceği karara dayanarak gerekli işlemi yürütür; YDK üyeleri ve bazı birimler görevlileri için disiplin yönetmeliğine göre işlem yapar; ÖSYM Başkanını, Genel Sekreteri, daire başkanlarını, müdürleri, hukuk müşavirlerini ve uzmanları Yürütme Kurulunun görüşünü alarak atar. Genel Sekreterin üniversite diplomasına sahip olması şarttır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi diğer görevliler, Başkan tarafından, Genel Sekreterin önerisi ile ve kadro durumu esas alınarak atanırlar. YDK emrine yapılacak görevlendirmelerde, bu kurul başkanının görüşü alınır.

Başkan, yükseköretim üst kuruluşları ile üniversitelerde görevli memur ve diğer görevlileri, üst kuruluşlarda genel sekreterlerin, üniversitelerde rektörlerin istek ve önerisi üzerine yükseköretim üst kuruluşları veya yükseköretim kurumları arasından atayabilir. Başkan, yükseköretim üst kuruluşlarında kendisi, üniversitelerde ise rektör tarafından tespit edilen aylıklı veya sözleşmeli her çeşit

yükseköretim personel kadrosunu ilgili makama önerir.

Başkan, Yükseköretim Kurulu'nun ita amiridir. Gerektiğinde bu yetkiyi kısmen veya tamamen Genel Sekretere veya bazı birim başkanlarına devredebilir." (md 9)

Yönetmelik maddesinde görüldüğü gibi YÖK başkanı, başta atamalar konusunda olmak üzere, kurulun tüm faaliyetlerinde tek başına söz ve yetki sahibi olabilmektedir. Yönetmeliğe dayanan bu düzenlemeler, tartışmaların neden YÖK başkanı üzerinde odaklandığını açıklığa kavuşturmaktadır.

## b) Yükseköretim Genel Kurulu

Yükseköretim Genel Kurulu yirmi iki üyeden oluşur. Yedi üye Cumhurbaşkanı tarafından, rektörlük ve diğer yükseköretim üyeleri arasında başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek suretiyle; yedi üye Bakanlar Kurulunca üst düzey devlet görevlileri ya da emeklileri arasından; yedi üye Üniversitelerarası Kurul tarafından belirlenmiş, kurul üyesi olmayan profesörler arasından ve bir üye de Genelkurmay Başkanlığı tarafından seçilir. Kurul üyelerinin süresi dört yıl olup, bu üyelikler Cumhurbaşkanının onayı ile kesinleşir (Yükseköretim Kanunu md. 6/b). Genel Kurul, Başkan ve Yürütme Kurulundan oluşan Yükseköretim Genel Kuruluna, 6. Maddenin (c) Fıkrasına göre; Cumhurbaşkanı, kurul üyeleri arasından dört yıllık süre için bir başkan seçer.

Yükseköretim Kurulu Teşkilatı ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği'nin 8. Maddesine göre:

"Genel Kurul, 2547 sayılı Yükseköretim Kanununun 7. Maddesinde sayılmış olan görevler ile diğer kanunlarda Yükseköretim Kuruluna verilmiş olan görevleri yapar."

Aynı maddenin 3. Fıkrasında Genel Kurulun, bazı görevlerini

Yürütme Kuruluna devredebilece i belirtilmiştir.

Yüksekö retim Kanununun, 7. Maddesinde, Kurulun görevleri düzenlenmiştir. Sıralanan fıkralarda Kurulun rolü ve işleyişine dair çarpıcı ifadeler bulmak mümkündür. Denetleyicilik ve gözetleyicilikten öte tekelci ve dayatmacı bir karakter, sayılan yetki ve görevlerden anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, maddenin son fıkrasındaki,

"Bu kanunla kendisine verilen di er görevleri yapmak..."

gibi oldukça mu lak ve istismara açık ifadeler, Kurulun kanunda sayılmayan alanlara da müdahale etmesine imkan vermektedir.

Yüksekö retim Kanununda sayılan yetkilerden bazıları şunlardır:

Yüksekö retim kurumlarının bu Kanunda belirlenen amaç, hedef ve ilkeler do rultusunda kurulması, geliştirilmesi, e itim-ö retim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve yüksekö retim alanlarının ihtiyaç duydu u ö retim elemanlarının yurt içinde ve yurt dışında yetiştirilmesi için kısa ve uzun vadeli planlar hazırlamak, üniversitelere tahsis edilen kaynakların, bu plan ve programlar çerçevesinde etkili bir biçimde kullanılmasını gözetim ve denetim altında bulundurmak,

Yüksekö retim kurumları arasında bu Kanunda belirlenen amaç, ilke ve hedefler do rultusunda birleştirici, bütünleştirici, sürekli, ahenkli ve geliştirici işbirli i ve koordinasyonu sa lamak,

... (2) Bir üniversite içinde fakülte, enstitü ve yüksekokul açılması, birleştirilmesi veya kapatılması ile ilgili olarak do rudan veya üniversitelerden gelecek önerilere dayalı kararlar almak ve gere i için Milli E itim Bakanlığı na sunmak,

g) Her yıl üniversitelerin verecekleri faaliyet raporlarını inceleyerek de erlendirmek; üstün başarı gösterenlerle, yeterli

görölmeyenleri tespit etmek ve gerekli önlemleri almak,

l) Rektörlerin disiplin işlemlerini kovuşturmak ve karara ba lamak, ö retim elemanlarından bu Kanunda öngörülen görevleri yerine getirmekte yetersizli i görülenler ile bu Kanunla belirlenen yüksekö retimin amaç, ana ilkeleri ve öngördü ü düzene aykırı harekette bulunanları rektörün önerisi üzerine veya do rudan, normal usulüne göre, yüksekö retim kurumları ile ilişkilerini kesmek veya denenmek üzere başka bir yüksekö retim kurumuna atamak,

o) Vakıflar tarafından kurulacak yüksekö retim kurumlarının bu Kanun hükümlerine göre açılması hususundaki görüş ve önerilerini Milli E itim Bakanlığı na sunmak, bu kurumlara ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmak ve bunları gözetmek, denetlemek,

p) Yurt dışındaki yüksekö retim kurumlarından alınmış ön lisans, lisans ve lisansüstü diplomaların denkli ini tespit etmek,

r) Bu Kanunla kendisine verilen di er görevleri yapmak... (Yüksekö retim Kanunu md.7)

### c) Yüksekö retim Yürütme Kurulu

Yüksekö retim Yürütme Kurulu, Yüksekö retim Kurulunun yürütme organıdır. **Yüksekö retim Kanununun 6. Maddesinin c/5 bendine** göre, Yüksekö retim Kurulu Başkanı dahil, Yüksekö retim Genel Kurulu'na seçilmiş kişiler arasından belirlenen dokuz kişiden oluşur. Başkan, Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Başkan bir vekil seçer, di er vekil ise Yüksekö retim Genel Kurulu tarafından seçilir. Üyelerden biri Genelkurmay Başkanlı nca, bir di eri ise Bakanlar Kurulu'nca seçilen ve Cumhurbaşkanınca atanan üyeler arasından Genel Kurul tarafından belirlenir. Bu üyelerin ö retim üyesi olması dahi gerekmemektedir. Di er dört üyeden ikisi Cumhurbaşkanınca, ikisi de

Üniversitelerarası Kurulca seçilen ve Cumhurbaşkanınca atanan üyeler arasından Genel Kurul tarafından belirlenir, bunlar ö retim üyeleridir. Hakim ve savcı sınıfından gelenlerin Yürütme Kurulu üyesi olması yasaklanmıştır (**Yüksekö retim Kanunu md 6, Ek: 23.12.1988 351 KHK**).

Dolayısıyla Yürütme Kurulu üyelerinin hiçbiri yargıç olamaz, hatta hukukçu dahi olmak zorunda değildir, memur statüsündedirler. Yüksekö retim Kurumları Yönetici, Ö retim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeli i'ne göre Yüksek Disiplin Kurulu görevini Yüksekö retim Yürütme kurulu yapar (**md. 3/10**). Yürütme kurulunun Disiplin Kurulu olarak da çalıştı ı düşünöldü ünde bu durumun tam bir facia oldu u ortaya çıkmaktadır.

Oysa, Disiplin Kurulu açıkça bir mahkeme olarak düzenlenmemiş olsa da yargısal bir rol üstlenmektedir. Disiplin kurulu, Disiplin Yönetmeli inde öngörölen belli, özel bir usul izlemekte ve hukuk kurallarına dayanarak karar vermektedir. Disiplin Kurulunda verilen kararlar ba layıcıdır, bu kurulun kararlarına karşı itiraz edecek bir merci yoktur, karar do rudan uygulanmaktadır. Bu karara karşı ancak uygulama başladıktan sonra, iptal edilmesi amacıyla Danıştay'da dava açılabilir. Bu nedenlerle, Disiplin Kurulunun ba ımsız ve tarafsız mahkeme ilkesine uygun olarak kurulmuş olması gereklidir.

Bunun yanı sıra, Yüksek Disiplin Kurulu raportörünün bilimsel alanda ihtisas sahibi olması beklenirken, bu görev bir emekli generale verilebilmektedir. Hatırlanaca ı üzere, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri yargıçların görevlendirilmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve ba lı Protokollerine, di er uluslararası sözleşme ve

belgelere aykırılı ı ve adil yargılama hakkının ihlali nedenleriyle Anayasa de işikli i yapılmış, hukuk formasyonu oldu u halde asker kişilerin Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki yargıçlık görevlerine son verilmiştir. Fakat, bir mahkeme gibi çalışan Disiplin Kurulunun raportörü hukuk formasyonundan yoksun oldu u halde yargılama faaliyetine katılabilmektedir.

#### d) Yüksekö retim Denetleme Kurulu

YÖK'e ba lı bir alt birim olarak Yüksekö retim Denetleme Kurulu, Yüksekö retim Kurulu tarafından önerilecek beş profesör üyeden, Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay'ın önerece i üçer aday arasından birer üyeden, Genelkurmay Başkanlı ı ve Milli E itim Bakanlı ınca seçilecek birer üyeden oluşur. Denetleme Kurulunun başkanı, Yüksekö retim Kurulu Başkanı tarafından atanır.

"Yüksekö retim Denetleme Kurulu, Yüksekö retim Kurulu adına üniversiteleri, ba lı birimlerini, ö retim elemanlarını ve bunların faaliyetlerini gözetim ve denetim altında bulunduran, Yüksekö retim Kuruluna ba lı bir kuruluştur." (Yüksekö retim Kanunu md. 8/a)

Yüksekö retim Denetleme Kurulunun, Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeli inde sayılan görevlerinden bazıları şunlardır:

Yüksekö retim Kurulu tarafından istenecek disiplin konularını araştırmak, soruşturma yapmak, adli soruşturma veya disiplin soruşturması açılmasını gerektiren olayların tespit edilmesi halinde gerekli onay için durumu Yüksekö retim Kurulu Başkanlı ına iletme ve tahkikat yapmak. (Yüksekö retim Denetleme Kurulu Yönetmeli i md. 7).

Yönetmeli in "Gözetim ve Denetim Alanı" başlıklı 15. ve

devamı maddelerinde Kurulun denetim alanı şaşırtıcı bir biçimde genişletilmiştir. Yüksekö retim kurumlarının yayım işlerinden, üniversite dışındaki ilişkilerine kadar, hatta kantin işleri dahil olmak üzere her tür faaliyet denetim ve gözetim altındadır. Bu düzenlemeler, üniversitelerin özerklikten ne kadar uzak oldu unu ortaya koymaktadır. Ayrıca, böyle bir denetim mekanizmasının altında üniversitelerin kurumsal hantallıklarından sıyrılmaları da pek mümkün görünmemektedir.

#### e) Ö renci Seçme ve Yerleştirme Merkezi

Yüksekö retim kanunu 10. Maddesinde ÖSYM,

"Yüksekö retim Kurulu'nun tespit ettiği esaslar çerçevesinde yüksekö retim kurumlarına ö renci alınması amacıyla sınavları hazırlayan ve yapan, ö renci isteklerini de göz önünde tutarak Yüksekö retim Kurulunun tespit ettiği esaslara göre de erlendiren, ö renci adaylarının yüksekö retim kurumlarına yerleştirilmesini sağlayan ve bu faaliyetlerle ilgili araştırmaları ve di er hizmetleri yapan Yüksekö retim Kuruluna ba lı bir kuruluştur."

şeklinde açıklanmaktadır.

Dikkat çekici olan bir önemli husus, her yıl politik tercih ve çıkar ilişkilerine dayalı bir anlayışla yaptığı sınav sistemi de işiklikleri ile binlerce üniversite adayını ma dur eden ÖSYM'nin kuruluş maddesinde "...ö renci isteklerini de göz önünde tutarak..." ifadesinin yer almasıdır. ÖSYM'nin herhangi bir düzenlemesi esnasında ö rencilerin, istişari bir organ veya birey olarak bulundu una ilişkin bir bilgi veya belge bulunmamaktadır. Bu yönüyle ö renci isteklerinin göz önünde tutulacağı şeklindeki ifade

iddiadan ibarettir, hiçbir gerçekli i yoktur.

Yüksekö retim ö rencilerinin belirlenmesinde ÖSYM'nin rol ve pozisyonu ilerleyen bölümlerde açıklanacaktır. Son sınav sistemi de işiklikleri ile, devletin yüksekö retim politikasının en açık biçimde yansıtıldığı önemli bir kurum olarak ÖSYM'nin faaliyetleri, bu çalışmada önemle vurgulanmaya çalışılacaktır.

#### f) Üniversitelerarası Kurul

11. Madde, Üniversitelerarası Kurulun yapısı, işleyişi ve görevleri hakkındadır. Bu kurulun, YÖK kararlarının yurt sathında uygulanması için koordinasyon ve uyumun sağlanması amacıyla oluşturulduğu, yasa metni ve sayılan görevlerden anlaşılmaktadır. Kanunun ifadesinin aksine, bu kurulun akademik bir organ olduğu şüphelidir.

Buna göre;

"Üniversitelerarası Kurul, üniversite rektörleri, Genelkurmay Başkanlığı'nın Silahlı Kuvvetlerden dört yıl için seçeceği bir profesör ile her üniversite senatosunun o üniversiteden dört yıl için seçeceği bir profesörden oluşur.

Rektörler, Üniversitelerarası Kurula, bir yıl süre ile, üniversitelerin Cumhuriyet dönemindeki kuruluş tarihlerine göre, sıra ile, başkanlık yaparlar. Kurul çalışmalarını kolaylaştırmak ve üniversitelerarasında ve uluslararası yüksekö retim kurumları ile işbirliğini düzenlemek amacıyla sürekli ve geçici birimler ve komisyonlar kurabilir. Bu birim ve komisyonların teşkil ve çalışma esasları Üniversitelerarası Kurulca belirlenir." (Yüksekö retim Kanunu md. 11)

Yine 11. Maddede, akademik bir kurul olarak "Üniversitelerarası Kurul"un görevleri sayılmıştır:

a) Yüksekö retim planlaması çerçevesinde, üniversitelerin e itim ö retim, bilimsel araştırma ve yayım faaliyetlerini koordine etmek, uygulamaları de erlendirmek, Yüksekö retim Kuruluna ve üniversitelere önerilerde bulunmak,

b) Teşkilat ve kadro yönünden ve Yüksekö retim Kurulu kararları do rultusunda üniversitelerin ö retim üyesi ihtiyacını karşılayacak önlemleri teklif etmek,

c) Üniversitelerin tümünü ilgilendiren e itim-ö retim, bilimsel araştırma ve yayım faaliyetleri ile ilgili yönetmelikleri hazırlamak veya görüş bildirmek,

d) Aynı veya benzer nitelikteki fakültelerin yada üniversitelere veya fakültelere ba lı di er yüksekö retim kurumlarının e itim-ö retimine ilişkin ilkeler ve süreler arasında uyum sa lamak,

e) Doktora ile ilgili esasları tespit etmek ve yurt dışında yapılan doktoraları, doçentlik ve profesörlük unvanlarını de erlendirmek,

f) Doçentlik sınavlarını düzenlemek ve ilgili yönetmelik gere ince doçent adaylarının yayın ve araştırmalarının de erlendirilmesi ve doçentlik sınavı ile ilgili esasları tespit etmek ve jürileri seçmek,

g) Bu kanunla kendisine verilen di er görevleri yapmak... (Yüksekö retim Kanunu md. 11)

#### g) Atanmış Üye Sorunu

Bu açıklamaların ardından, "atanmış üye" hususuna da de inmek gerekir. Atanmış üyelerin, özerkli in önündeki temel engellerden biri oldu u sık işlenen bir temadır. Ancak yaşanan tecrübeler üst yönetimlerin seçimle ya da atamayla işbaşına

gelmelerinin iktidarla ilişkiler bakımından pek önem taşımadı ını göstermektedir.

Akademik üst çevreler sık sık siyasi iktidara koşulsuz boyun e ebilmektedirler. Bu noktada yaşanan tasfiye olaylarında (147'ler, 1402 olayı) siyasi nedenlerle kadro çekişmelerinin iç içe geçti i belirtilmelidir. Bir kesim, di erinin tasfiyesi u runa siyasi iktidarla işbirli ine gidebilmektedir. Yönetim organları ile siyasi iktidar ilişkilerinin paralel politikalar biçiminde üniversite yaşamına yansması yaygın ve ola an bir hal almıştır. Sorun, göreve gelme usulü de iştirilerek çözülemeyecek kadar derindir (Bu duruma istisna teşkil eden, çeşitli uygulamalara direnmeye çalışan yöneticiler ise görevden uzaklaştırılmakta veya istifaya zorlanmaktadırlar).

Üniversite üst yönetimleri konusundaki bu olgu YÖK hakkında da geçerlidir. YÖK üyelerinin mevcut sisteme göre atamayla işbaşına gelmelerinin, üstelik bir üyenin de Genelkurmay Başkanlı ınca atanmasının özerklik önünde çok büyük bir engel oluşturdu u açık olmakla birlikte, üyelerin atama yerine seçimle işbaşına gelmelerinin de **tek başına sorunu çözmeye yetmeyece i** vurgulanmalıdır. Seçim ile işbaşına gelme ancak, yüksekö retimin daha özgür ve akademik verimlili i gözeten bir yönetim anlayışına kavuşmasını da içeren köklü bir çözüm planında sunulacak önerilerden biri oldu u zaman gerçekçi ve amaca ulaştırıran bir usul olabilecektir.

#### 4. Hukuki Mevzuat ve Uygulamalar

Kurumsal yapı başlı ı altında, Yüksekö retim Kurulu, özellikle tartışmalara konu olan yönleriyle incelenmiş oldu. Bu bölümde, zaman zaman önceki kısımlarda verilen bilgilerin tekrarı niteli inde olsa da, YÖK mevzuatı bu başlı ın



gere i olarak bütün bir biçimde kısaca aktarılacak ve Kurulun bu kaynaklara dayanarak verdi i kararlara, yaptı ı uygulamalara de inilecektir. Önceki bölümlerde oldu u gibi temel yöntemimiz, özet bilgilerden sonra esas olarak, problem oluşturan alanlar üzerinde durmaktır. Bu ba lamda Yüksekö retim Kurulu'nun, Anayasa Mahkemesi kararlarına bakışı ve kararlarında bunlara yaptı ı atıflar ile yine Yüksekö retim Kurulunun Kanunilik İlkesinin ihlali niteli indeki, idari düzenlemelerle suç ve ceza yaratması hususlarına da de inilecektir.

#### a) Anayasal ve Yasal Düzenlemeler

1982 Anayasasında bir yüksekö retim kurulu kurulması öngörülmüştür. YÖK'ün Anayasal kurum niteli i buradan gelmektedir:

"Yüksekö retim kurumlarının ö retimini planlamak, yönetmek, denetlemek, yüksekö retim kurumlarındaki e itim-ö retim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek, bu kurumun kanunda belirtilen amaç ve ilkeler do rultusunda kurulmasını, geliştirilmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sa lamak ve ö retim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yüksekö retim Kurulu kurulur.

Yüksekö retim Kurulu, üniversiteler, Bakanlar Kurulu Genelkurmay Başkanlı ınca seçilen ve sayıları, nitelikleri ve seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve ö retim üyeli inde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve cumhurbaşkanınca do rudan do ruya seçilen üyelerden kurulur. Kurulun teşkilatı, görev, yetki, sorumlulu u ve çalışma esasları kanunla düzenlenir." (AY md. 131)

Yasal düzenleme olarak, 6 Kasım 1981 tarihli 2547 sayılı Yüksekö retim Kanunu, yüksekö retimi ve yüksekö retim üst kuruluşlarını ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Bu kanun yüksekö retim sisteminin temel yasal dayana ını oluşturmaktadır. YÖK, bu kanun ile kurulmuştur. Yüksekö retim Kanununda, yüksekö retimin işleyişi Yüksekö retim Kurulunun denetim ve gözetimi altına alınmış, sıkı kayıtlamalar ve denetim organları öngörülmüştür. Yüksekö retim Kanunu Genel Gereğesi'nde şu ifadelere yer verilmiştir:

"Yüksekö retim kurumlarının yüklendikleri görevleri yerine getirmelerinde her bakımdan devletin gözetim ve denetim fonksiyonunun devamlı ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini", " Yüksekö retimin bütünlü ü ilkesi ış ında, yüksekö retim alanının bütün yönleri ile plana ba lanmasını, yönlendirilmesini, uygulamaların yakından izlenerek de erlendirilmesini, kurumlar arasında işbirli i ve koordinasyonun sa lanmasını ve korunmasını... sa lamak amacıyla bu kanunun hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur."

Kanuna göre, Yüksekö retim Kurulu kendi içinde, Genel Kurul, Başkan ve Yürütme Kurulundan oluşur. Ayrıca, Yüksekö retim Denetleme Kurulu, Üniversitelerarası Kurul ve Ö renci Seçme ve Yerleştirme Merkezi alt birimler olarak öngörülmüştür. Söz konusu kurul ve birimler "Kurumsal Yapı" başlı ı altında incelenmişti.

#### b) İdari Düzenlemeler ve Uygulamalar

Yüksekö retim Kanununun uygulanmasını göstermek üzere bir dizi idari düzenleme mevzuata eklenmiştir. Kurul ve birimlerin çalışma ve uygulamalarının gösterildi i yönetmeliklerin yanı

sıra öğrenci ve öğretim elemanları ile ilgili yönetmelikler de çıkarılmıştır. Bu yönetmeliklerde kanunda öngörülen hususlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler görülmektedir. Öğrenci ve öğretim elemanları hakkındaki idari düzenlemelerden en tartışmalı olanları hiç şüphesiz disiplin yönetmelikleridir. Öğrenci uzaklaştırmaları, öğretim üyeleri ve memurlara ilişkin soruşturmalar, görev süresinin uzatılmasına ilişkin kararlara etki eden disiplin cezaları, söz konusu disiplin yönetmeliklerine dayanılarak yürütülmektedir.

### Öğretim elemanları hakkında

Yükseköğretim Kurumları Yönetimi, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği, Kasım 1998 de işiklikleri ile, üniversite öğretim mesleği ve kamu görevinden çıkarma cezası yeniden düzenlendi ve üniversite öğretim üyelerinden veya kamu görevinden çıkarma kolaylaştırıldı.

"Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma: Devlet veya vakıf yükseköğretim kurumunda öğretim elemanı veya yardımcısı olarak akademik bir kadroya bir daha alınmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarmadır.

Kamu görevinden çıkarma: Genel ve katma bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ile belediyelerin kurdukları birlikler, döner sermayeli kuruluşlar, fonlar, kefalet sandıkları, kamu kurum ve kuruluşlarına memur olarak bir daha alınmamak üzere görevden çıkarmadır." (Madde 4/g, 7.11.1998/23516 RG. ile de işik ve ek)

Yine aynı tarihli 11. Madde de işikliği ile, üniversite öğretim mesleğinden veya kamu görevinden çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller düzenlendi. Bu hususlardaki hak

ihlalleri ve hukuk dışı uygulamalar, süreklilik arz ettiği için gündemden düşmedi. Bu hak ihlalleri kimi zaman açılan soruşturmalar kimi zaman da baskılar sonucu gerçekleştirildi.

28 Şubat süreci ile hız kazanan bu uygulamalara de inmekte yarar olacaktır. 1998 yılı içinde, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Abdurrahman Güzel ile Pamukkale Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Mehmet Akşit hakkında soruşturma açıldı. Pamukkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Dekanı ile Harran Üniversitesi Rektörü görevlerinden alındılar. Van 100. Yıl Üniversitesi Tıp Fakültesi Dekanı Prof. Dursun Odabaş, meslekten ihraç edildi, Kasım 1998 de işikliğine dayanılarak akademik unvanları elinden alındı. Odabaş'a destek verdikleri iddiasıyla on öğretim görevlisinin görevlerine de son verildi. Sakarya Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü öğretim üyesi Prof. Dr. Sami Şener'in görevine son verildi. 1999 yılı içinde, İÜ Edebiyat Fakültesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. Ahmet Atrakça, Harran Üniversitesinde araştırma görevlisi olan, Sosyoloji bölümünden Erol Aksoy ile Tarih ve Edebiyat Bölümünden Nazan Poyraz ve Tuba Aksoy, Konya Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Arap Dili Ve Belagatı Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. İbrahim Sarmış ve Selçuk Üniversitesi Eğitim Fakültesi Coğrafya Bölümü öğretim görevlisi Nadir Çomak'ın görevlerine son verildi. Yine 2000 yılı içinde, Gaziosmanpaşa Üniversitesinden Doç. Dr. Necmettin Sallam, başörtüsü taktıkları gerekçesiyle, Celal Bayar Üniversitesinden Araştırma Görevlisi Dr. Fatma Nur Şengil, Harran Üniversitesinden Ayşe Dilek Çapanolu, Atatürk Üniversitesinden Yrd. Doç. Dr. Nuray Nişancı, Nuray Ceylan, Arzu

İnan, Van 100. Yıl Üniversitesi'nden Sevim Aslan, Seval Demir, Gönül Taşdemir, Döndü Tanır, Necife Kafes görevlerinden ihraç edildi. Aynı yıl, Yüksek Disiplin Kurulu, Kırıkkale Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü ö retim üyelerinden Yrd. Doç. Dr. Alev Erkilet Başer'e, 4 yıl önce bilim jürisi önünde savunularak kazanılmış doktora tezini kitap haline getirilmesi üzerine, "Cumhuriyetin temel ilkelerine aykırı davrandı ı" gerekçesiyle kamu görevinden çıkarma cezası verdi. 1998 ve 2001 tarihleri arasında birçok ö retim görevlisi ve personel hakkında soruşturma açıldı, birço una uzaklaştırma ve maaştan kesme cezaları verildi.

YÖK'ün baskıcı politikaları ile uyum halinde olan İstanbul Üniversitesi Rektörü Kemal Alemdaro lu'nun uygulamalarından dolayı Türkiye'nin en köklü e itim kurumu olan İstanbul Üniversitesinde akademik yaşama büyük bir darbe sayılacak toplu istifalar yaşandı: Kasım 1998'de Hukuk Fakültesinden, Prof. Dr. Ömer Yörüko lu, Prof. Dr. Erdo an Teziç, Prof. Dr. Belgin Erdo muş, Siyasal Bilgiler fakültesi Dekanı Prof. Dr. Ali Ülkü Azrak istifa ettiler. Yine aynı uygulamalar sebebiyle Haziran 1999'da, İstanbul Üniversitesinde, Hukuk Fakültesi Kamu Bölümü Başkanı Prof. Dr. Çetin Özek, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Bülent Tanör, Genel Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ile Türk Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalları Başkanı Prof. Dr. Cemal Bali Akal, Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü Prof. Dr. Ünal Tekinalp istifa ettiler. Yine aynı ay içinde İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yönetim Kurulu toplu olarak istifa etti.

Aynı şekilde Temmuz 1999'da Marmara Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Ömer Faruk Batırel, "Görülen

lüzum üzerine" diyerek, YÖK uygulamalarından dolayı görevinden istifa etti.

Üniversitelerde akademik ve idari personelin, sözkonusu uygulamaları eleştirmesi halinde idarecilerin dayatmaları uygulamakta ısrarlı tutumları sonucu soruşturma ve cezalandırma yollarına gidilmekte, bu arada, hukukdışı ve keyfi yöntemlere başvurulmaktadır. Bu uygulamalarla üniversiteler, iktidarın hegemonya kurma gayretlerine zemin olmakta, temel hak ve özgürlükleri her fırsatta kısıtlamaya çalışan YÖK ve üniversite yöneticileri, tek tipleştirici, dayatmacı ve yasakçı bir resmi ideolojinin adeta jandarmalı ını üstlenmektedir. Üniversitelerdeki baskıcı ve yasakçı uygulamaların yayımlanan yönetmelikler üzerinden gerçekleştirildi i, üniversite rektörleri ve dekanlarının belirlenmesinde, ö retim üyeli ine geçişte YÖK'ün merkezi kurumları eliyle spekülatif müdahalelerin yaşandı ı bu süreçte, özgür ve özerk üniversite talepleri bo ulmakta ve sindirilmektedir.

### Ö renciler hakkında

YÖK'ün uygulamalarından bugüne kadar çok sayıda ö renci de ma dur oldu. Disiplin yönetmeliklerine dayanılarak açılan soruşturmaların, okuldan uzaklaştırmaların sayısı tam olarak bilinmemektedir. Ancak, uygulamaların yüksekö retim sisteminin kalitesini düşürdü ü, üniversiteleri e itim birimleri olmaktan çıkardı ı çok iyi bilinmektedir. Halbuki, üniversiteler bir ülkenin entelektüel hareketlili inin merkezidir. Düşünce hayatındaki canlılık ve verimlilik üniversitelerin sa lıklı işleyişine ba lıdır. YÖK uygulamaları, düzenin baskıcı ve dayatmacı karakterinin

yüksekö retim hayatındaki temsilcisi olarak üniversitelerin bu rolüne ket vurmaktadır. Bu şekilde yetiştirilmiş bir insan kitlesi ile ne ulusal ne de uluslararası düzlemde açılım sa layabilmek mümkün olabilecektir. Disiplin yönetmeliklerine ve YÖK genelgelerine dayanarak yapılan uygulamalar en son de işiklikler ile birlikte daha sert dayatmaları beraberinde getirdi.

Yüksekö retim Kurumları Ö renci Disiplin Yönetmeli inde, yönetmeli in düzenleniş amacı şu şekilde ifade edilmiştir:

"Bu yönetmelik; kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergelerin ö rencilere yükledi i görevleri yüksekö retim kurumu içinde ve dışında yerine getirmeyen, uyulması gerekli hususlara uymayan, yasaklanan işleri yapan veya ö rencilik sıfat, şeref ve haysiyeti ile ba daşmayan hal ve harekette bulunan ö rencilere verilecek disiplin cezalarını, usul ve teşkilatla ilgili hükümleri belirtmek amacıyla düzenlenmiştir." (md. 1)

5. Maddede disiplin cezaları sayılmış, ilerleyen maddelerde hangi suçların bu cezaları gerektirdi i tek tek belirtilmiştir. Devletin her türlü ideolojik ve siyasi davranış ve tavır karşısında gösterdi i mahkum edici tavrını, bu disiplin yönetmeli inin, kurumdan çıkarma cezası gerektiren disiplin suçlarının sayıldı ı bölümünde görebilmekteyiz. 10. Maddenin düzenleniş biçimi, ö rencinin kurumdan uzaklaştırma cezasına çarptırılması noktasında kurum yöneticilerine çok geniş bir takdir yetkisi vermektedir. 10. Maddenin (b) ve (c) Fıkraları şu şekildedir:

"b- Yüksekö retim kurumlarının ideolojik ve siyasi amaçlarla huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak veya boykot, işgal, engelleme, personelin işini yavaşlatma gibi eylemlere katılmak,

bu amaçlara yönelik eylemleri tahrik etmek,

c- Yüksekö retim kurumlarında siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant veya benzerlerini bulundurmamak, ço altmak, da ıtmak veya bunları kurum binalarına veya binalardaki eşyalar üzerine yazmak, resimlemek, teşhir etmek, sözlü veya yazılı ideolojik propaganda yapmak,"

Sayılan sebeplere dayanarak her ö renciye okuldan uzaklaştırma cezası verilebilmesi mümkün görünmektedir. "Siyasi ve ideolojik amaçlı" olan her türlü eylemi mahkum eden tavır, hiç şüphesiz darbe hukukuna dayalı e itim sisteminin, politik tercih ve taleplere yönelik reflekslerini ortaya koymaktadır.

Bunun yanısıra, 31.5.1998 tarihinde yapılan de işikliklerle birlikte kurum yöneticilerine 13. Maddede daha geniş yetkiler tanınmıştır:

"Madde 13- (Ek ve de işiklikler 31.5.1998/23358 RG ile yapılmıştır)

(Ek: - Toplu, süreklilik arzeden ve/veya müşterek alan veya mekanlarda ö renci olayları ile ilgili olarak Üniversite Rektörleri,-)

a) Fakülte ö rencilerinin işlemiş oldukları disiplin suçlarından dolayı dekan,

b) Enstitü ö rencilerinin işlemiş oldukları disiplin suçlarından dolayı enstitü müdürü,

c) Yüksekö retim ö rencilerinin işlemiş oldukları disiplin suçlarından dolayı yüksekö retim müdürü,

d) Konservatuar ö rencilerinin işlemiş oldukları disiplin suçlarından dolayı konservatuar müdürü, "

disiplin soruşturması yaptırmaya yetkili kılınmıştır.

"(Ek: ) Toplu veya süreklilik arzeden ö renci eylemleri ile ilgili olarak rektör veya görevlendirece i rektör yardımcısının başkanlı nda;

fakülte, enstitü, yüksekokul ve varsa konservatuar ö retim elemanlarından oluşan ve niteli inin gerektirdi i sayıda üyeden incele ve soruşturma kurulu teşkil edilir. Bu Kurul meydana gelen ö renci olaylarının sebeplerini ve tekerrürün önlenmesi için alınması gereken tedbirleri bir rapor halinde rektöre sunar.

(Ek: ) Ayrıca, yapaca ı soruşturma sonucunda suçlu oldukları tespit edilen ö renciler hakkında verilecek uyarma, kınama ve yüksekö retim kurumlarından bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezaları için yetkili disiplin amirlerine, yüksekö retim kurumundan bir veya iki yarıyıl için uzaklaştırma cezası ile yüksekö retim kurumundan çıkarma cezaları için üniversite Disiplin Kuruluna teklifte bulunur."

### **Başörtüsü sorunu**

Üniversitelerde özellikle 28 Şubat Sürecinde yo un olarak yaşanan başörtüsü sorunu, üniversite yaşamını derinden etkilemektedir. Sözkonusu sorun, yasal düzenlemelerden kaynaklanmamaktadır. Nitekim halen kılık kıyafet konusunda yasaklayıcı bir yasal düzenleme mevcut de ildir. Kılık kıyafet konusundaki yasaklar hukuka aykırı bir biçimde YÖK genelgeleri yoluyla uygulanmaktadır.

İlk kez 20.12.1982 tarihli genelge ile başörtülü ö rencilerin derslere girmesi yasaklandı. Bu konudaki yasal boşluk göz önünde bulundurulurken, 8.1.1987 tarihinde Yüksekö retim Kurumları Ö renci Disiplin Yönetmeli inin 7. Maddesine eklenen (h) bendi ile "Yüksekö retim Kurumlarının derslane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında ça daş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak," kınama cezası

gerektiren fiil ve haller arasında sayıldı. Bu hükme, 4.12.1988 tarihinde yapılan ek ile, "Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir" istisnası getirilmiştir. Ancak, bu (h) bendi, 28.12.1989 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Halen Kılık-kıyafet konusunda yürürlükte olan tek yasal düzenleme Yüksekö retim Kanununa 25.10.1990 tarih ve 3670 sayılı yasa ile eklenen Ek 17. Maddedir:

"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; yüksekö retim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."

Yasa metninde açıkça ifade edilen kılık-kıyafet serbestli i, yine yasa metninden yola çıkılarak "söz konusu hükmün saç ve boynun türban ve örtü ile kapatılmasına imkan salamayaca ı" şeklinde yorumlanmıştır. Açık hüküm bulunmamasına ra men, bu yoruma dayanılarak, başörtüsü yasa ı yüksekö retim kurumlarında uygulanmaktadır. Bu uygulamalardan bugüne kadar kaç ö rencinin ma dur edildi i tam olarak bilinmemektedir.

### **Üniversiteye Giriş Sınavı Sistemleri ve Yüksekö retim Tekeli**

Yüksekö retim Kanununa göre, yüksekö retim kurumlarına giriş amacıyla yapılan sınavları Yüksekö retim Kuruluna ba lı bir birim olan Ö renci Seçme ve Yerleştirme Merkezi hazırlar ve yapar. Bununla beraber ÖSYM, ö renci adaylarının yüksekö retim kurumlarına yerleştirilmesinde aranan şartları, yerleştirme usulü ve şeklini belirler, yerleştirme işlemlerini yapar.

Sistemin işleyişinde rol ve pozisyon alacak insan profilinin şekillendirilmesi bakımından büyük önem taşıyan yüksekö retim kurumlarına giriş sınavları ÖSYM

eliyle Yüksekö retim Kurulu tarafından, kendi politik ve konjonktürel tercihleri do rultusunda düzenlenmektedir. Sınav sistemlerinde yapılan de işikliklerde aşık ar olan bu tercihlerde, keyfi uygulamalara zemin sa layan yetkilerle "taşralıların önünü kesme" projesi yürütölmektedir.

Son sınav sistemi de işikliklerini bu ba lamda de erlendirmek gerekir. Yapılan de işiklikle, mezun olunan lise ve alanın, bir yüksekö retim kurumunda e itim görme tercihlerini belirlemesi konusunda de işiklikler yapıldı. Bu uygulama ile, meslek lisesi mezunlarının tercih edebildikleri, tercih ettiklerinde girmeye hak kazanabildikleri fakölte ve bölümlerde sınırlamaya gidildi. Böylece, örne in, bir meslek lisesi mezununun, bir hukuk faköltesinde okuma şansı fiilen ortadan kaldırıldı. Ortaö retim başarı puanının bir yüksekö retim kurumuna giriş puanındaki etkisi de yine adil olmayan bir biçimde yeniden düzenlendi. Bu düzenleme ile, aday ö rencinin ortaö retim başarı puanı, mezun oldu u okulun genel başarı ortalaması ile ilişkilendirildi. Böylece, taşra bölgelerinde genel başarı ortalaması -zorunlu ve do al olarak- düşük okullardan mezun ö rencilerin bir yüksekö retim kurumunda e itim görme şansları azaltıldı. Buna karşın, e itim ve ö retimi kaliteli, başarı ortalamaları yüksek olan kolej ve benzeri özel nitelikli okullardan mezun ö rencilerin de üniversiteye girme şansları arttırıldı.

Bu durum, hiç şüphesiz e itimde fırsat eşitli ine apaçık aykırılık teşkil etmektedir. Ancak burada asıl vurgulanması gereken husus, sistemin, devlet kurumları ve bürokrasisinde rol alacak insan profilini, darbeci zihniyet ve dönemsel politikalar do rultusunda şekillendirmesidir. Alan sınırlaması ve yeni puan

hesaplamaları, uygulanmaya başlandı ı 1999 yılından beri, e itim hakkını politik amaçlarla engelledi i gerekçesiyle eleştirilmiş ve fırsat eşitli ine aykırı oldu u vurgulanmaya çalışılmıştır. Yüksekö retim tekeli ve yeni sınav sistemleri ile, henüz yüksekö retim kurumuna girmeye hak kazanmamış ö renciler bile YÖK ma duru olabilmektedir. Daha önce ifade etti imiz gibi, Yüksekö retim Kurulunun üniversitelerde insan profilini şekillendirmeye çalışması yönündeki gayretleri şaşkınlık yaratacak düzeydedir.

### c) Kanunilik İlkesinin İhlali Yönetmelik ve Genelgeler İle Suç ve Ceza Tesisi

Daha önce de belirtildi i gibi, ö renci disiplin işleriyle ilgili karar mercii olan disiplin kurullarının ceza kararları, gerek veriliş usulü gerekse uygulama ve ba layıcılık bakımından yargı kararı niteli indedir. Şu halde, kanunilik ilkesi gere ince burada yargılamaya konu olan suçların kanunda sayılmış ve tanımlanmış, verilecek ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin de kanunda öngörölmüş olması gerekir. Oysa disiplin suçları ve cezaları, ilgili disiplin yönetmeliklerinde öngörölmüşdür. Ve yine ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri de YÖK genelgeleri tarafından belirlenmektedir. Bu durum suç ve cezaların kanunili i ilkesinin açık bir ihlalidir:

"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" (AY md. 38/3).

İdari işlemler ile -ancak kanunun çizdi i çerçeve içinde olmak üzere- uygulama biçimleri düzenlenebilir ve yeni bir suç ve ceza öngörölemezken, yüksekö retim sistemimizde yönetmelik ve genelgeler yoluyla yeni suçlar ve cezalar tesis edilmiş olmaktadır. Bu durum, idareye (Yüksekö retim



Kurulu ve üniversite üst yönetimlerine) siyasi otoriteye bağımlı/uyumlu iş görme yolunu açmakta ve hızlı siyasi/konjonktürel de işmelere ayak uydurabilme imkanı sağlamaktadır.

#### d) YÖK ve Yargı Kararları

Devlet kurumlarının, özellikle siyasi hareketlilik ve çekişmelerin yoğun olduğu, geniş tasfiyelerin yaşandığı dönemlerde işlem ve eylemlerinde ortak bir politika izlemesi ve belirli bir amaca yönelik olarak her kurumun kendi alanında üzerine düşeni yapması alışılmış bir durumdur. Bu yapılırken işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığı kolaylıkla göz ardı edilebilmektedir. Bu anlamda Yükseköğretim Kurulu kararları ile yargı kararları arasında bir paralellik, hatta konsensüsün varlığı gözlemlenmektedir.

#### YÖK'ün Anayasa Mahkemesini "yasa koyucu" gibi algılaması sorunu

YÖK, siyasi erkeğe ait konjonktürel politikaların her iki kurumun kararlarına yansımalarının mevcut kurallar çerçevesinde sağlanmasıyla yetinmemektedir. Anayasanın 153. Maddesindeki açık hükme rağmen, YÖK, işlem tesis ederken Anayasa Mahkemesini kanun koyucu gibi algılamakta, Anayasa Mahkemesi kararlarına, yasal dayanakmış gibi atıflarda bulunmaktadır.

"Anayasa Mahkemesi, bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." (AY, md. 153/2)

Anayasanın bu hükmünü pekiştiren Danıştay 8. Dairesinin

E.1986/402, K.1988/192 sayılı kararındaki şu ifadeler önem taşımaktadır:

"Anayasanın 153. Maddesine göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yasama, yürütme ve yargı yerlerini bağlayıcı ve kuşkusuzdur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesince iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralının görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesinin yorumuyla bağlayıcı olmadığı, başka bir anlatımla, yürürlükteki bir yasanın yorumunun ancak o yasaı uygulayan yargı yerinin yetkisinde bulunduğu ve birbirinden ayrı yargı yerlerinin aynı yasaı birbirinden ayrı yorumlayabileceği duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır.

Bu nedenle 442 sayılı Yasanın 33. Maddesi yürürlükte bulunduğu ve görülmekte olan bu davada uygulanması gerektiğine göre bu maddedeki kuralların Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan gerekçelerle bağlayıcı olmaksızın Dairemizce yorumlanması gerekmektedir."

Yukarıdaki Danıştay kararından da anlaşılacağı üzere, herhangi bir eylemin "Anayasa Mahkemesinin herhangi bir kararıyla yasaklandı" şeklindeki görüş Anayasaya aykırıdır. Aynı şekilde, Anayasanın 13. Maddesi, tüm yasaklamaların ve düzenlemelerin "kanunla" yapılacağını emretmektedir.

#### Üniversite Üst Yönetimleri ve YÖK Kararları ile Yargı Kararları Arasındaki Konsensüs

Özellikle 28 Şubat ve devam eden süreçte idari yargı da, idarenin ajanı YÖK ve

uygulayıcıları gibi, siyasi otoritenin konjonktürel dayatmalarından nasibini almış ve almaktadır. Esasen hukukçu olmayan, hukuk misyonu ve e itimi almamış olan idare mahkemelerinin üyeleri, siyasi otoritenin tayin baskısı sonucu birbirine uymayan, yargı kararlarında içtihat dışı istikrarsızlık anlamı taşıyan kararlara imza atmaktadırlar.

İdare mahkemelerinin YÖK uygulamalarının iptali istemli taleplere ço u zaman birbirine zıt kararlar verdiğine çarpıcı bir örnek olarak Kırıkale İdare Mahkemesinin E2000/143 ve K2000/377 sayılı ilamı ile E2000/304 ve K2000/566 sayılı ilamı arasındaki zıtlık gösterilebilir. Kırıkale İdare Mahkemesinin birkaç ay arayla verdiği bu iki karar birlikte de erlendirildi inde, çifte standardın ne kadar yaygın ve göz göre göre uygulandığını göstermektedir:

"...davacı hakkında yasada böyle bir zorunluluk bulunmamasına karşın tekrar oluşturulan jüri de erlendirmesine dayanılarak ve ilgili mevzuatta öngörülen aksine bölüm başkanının görüşü dikkate alınmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlılık görülmemiştir.

Davalı idarece davacının hizmetine ihtiyaç duyulmaması da dava konusu işlemin sebepleri arasında ileri sürülmekteyse de ilgili birimin yöneticisi olan dolayısıyla davacının hizmetine ihtiyaç duyulup duyulmadığını belirleyebilecek yetkili kişilerden biri olan bölüm başkanının aksi yöndeki görüşü dikkate alındığında hukuken ciddiye alınabilecek nitelikte bulunmayan bu iddiaya itibar edilmemiştir..." (E2000/143 K2000/377)

Çelişik: "...davalı idarece davacının hizmetine ihtiyaç duyulmadığı yönündeki savunma da dikkate alındığında, yeniden atanmasına ilişkin olarak oluşturulan jüri görüşü olumsuz olan davacının görev süresinin uzatılmayarak görevine son

verilmesi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmemiştir..." (E2000/304 K2000/566)

Kırıkale İdare Mahkemesi ilk kararında, görev süresinin uzatılmasına ilişkin olarak jüri oluşturulmasının mevzuatta yeri olmadığını vurgularken, kısa bir süre sonra verdiği ikinci kararda aynı şekilde oluşturulan jürinin olumsuz görüşüne dayanarak dava konusu işlemi hukuka uygun bulmuştur. Üstelik her iki karardaki imzalardan ikisi aynı üyelere aittir. Görüldüğü gibi Kırıkale İdare Mahkemesi başvurusunun kimliğine göre kararlarında farklı hükümler tesis etmiş, ikinci kararında YÖK ve üniversite üst yönetimlerinin uygulamalarını sorgulamaksızın hukuka aykırı içerikle onaylamıştır.

## 5- Sonuç

6 Kasım 2001 itibari ile 20. Yılıni dolduran Yüksekö retim Kurulu, toplumun tüm kesimlerini ilgilendiren bir sorun oda ı olarak hala güncelli ini korumaktadır. Özellikle, 28 Şubat sürecinde, etkinli i ve darbe düzeni bakımından önemi artan YÖK'ün analiz ve de erlendirmesi büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmada dünden bugüne Yüksekö retim Kurulu, kurumsal yapısı, mevzuatı ve uygulamaları ışığında özellikle sorun olan boyutları ile ele alındı.

Yine bu çalışmada, YÖK'ün teşhisi ve durum tespiti, tarihsel ve politik misyonu bakımından sistem içerisinde tekabül ettiği yer ve konjonktürel misyonunu da göz önüne alarak söz konusu kurumu tanımlama ve bir tür sistem eleştirisi; bir sivil toplum kuruluşu olarak MAZLUMDER'in genelde temel hak ve hürriyetler, özelde de e itim-ö renim hakkına

bakışı ve savunmaları yönünde yapılmaya çalışılmıştır.

Vurgulamaya çalıştığımız önemli husus ise şüphesiz, bir sorun oda 1 olarak Yüksekö retim Kurulu'nun, sistemin diğer kurumlarının genel karakteri ve işleyişinden farklı olmadığıdır. Nitekim, YÖK karar ve uygulamaları ile diğer devlet erkleri ve özellikle yargı kararları arasındaki konsensüs ve paralellikler bizi haklı çıkarmaktadır. Şu halde, bütüncül bir bakış açısı ile konuya yaklaşmak, sorunu doğru teşhis edebilmek bakımından oldukça önemlidir. Buradan hareketle, sorunun, sistemin geneli ile ilgili olmasından dolayı genel ve köklü bir çözümün gerekli olduğunu belirtmelidir. Ancak bu çalışma YÖK'e özgülenmiş olduğundan raporda bu çerçevede görüş ve öneriler sunmakla yetinildi.

Yüksekö retim Kurulu bu şekilde varlığını sürdürdükçe Türkiye'de yüksekö retimin akademik ve bilimsel özergiliye kavuşması, politik hesaplaşmaların arenası olmaktan çıkması mümkün görünmemektedir. Yapısal bir zorunluluk olarak, Yüksekö retim Kurulu'nun "denetim ve gözetimi" altında üniversiteler, eğitim kurumları olmaktan çıkmıştır. Çünkü, esas olarak gözetilen amaç, bu "denetim ve gözetim" in istenilen ölçüde sağlanmasıdır ve politik/konjonktürel tercihler her şeyden önce gelmektedir. Anayasal ve yasal düzenlemeler de dahil olmak üzere tüm hukuki mevzuat bu hedef ve tercihlere göre düzenlenmekte ve yorumlanmaktadır.

Özetle sistem, mevzuatı, kuruluşları ve yönetici kişileri ile deyim yerindeyse topyekun bir mücadeleye seferber edilmektedir. Böyle bir ortamda yüksekö retimde eğitim kalitesi, akademik verimlilik, özergilik gibi mevzular üzerine eğilmeye doğ al olarak sıra gelmemektedir.

"Üniversiteler" başlıklı daha ayrıntılı bir çalışmada, üniversitelerin yönetimi, ö retim sistemi ve öğrenciler hakkındaki problemler alanlar daha ayrıntılı bir biçimde işlenebilir, fakat bu çalışmada daha çok YÖK üzerine yoğunlaşmak gereği duyuldu.

Denklik sorunu, vakıf üniversiteleri, öğrenci konsey ve dernekleri, istihdam sorunu ve beyin göçü gibi konular başka bir çalışmada işlenebilir.

Burada tespit edilecek vakıfa şudur: YÖK uygulamalarına bağlı olarak, üniversitelerde idareciler, YÖK'ün taşeronu durumundadırlar. YÖK'ün dayatmacı politikalarının temsilcisi olarak üniversite yönetimlerinin büyük bir içtenlik ve bağlılıkla kendilerine biçilen rolü oynadıklarında şüphe yoktur. Bu role aykırı davranışların ise tasfiye edildiklerini görülmektedir.

Genel ve köklü bir çözümün gerekliliğine yaptığımız vurgu, içinde bulunduğumuz şartlarda hareketsiz kalmamız gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Bilakis, herkes bu konuda üzerine düşeni layıkıyla yapmalı ve elindeki imkanları seferber ederek, yapabileceklerini toplumdan esirgememelidir. Yerleşik sistemden duyulan hoşnutsuzluğun dile getirilmesine, sahip olduğumuz hakların sonuna kadar kullanılması ve uygulamalardaki çifte standartların yoğun bir şekilde eleştirilmesi eşlik ettiğinde ciddi de işimlere kapı aralanabilecektir. Şüphesiz bu de işimin öncülüğünü cesaretle üstlenmesi gereken kesimler, başta yüksekö retim camiası olmak üzere, hukukçular ve sivil toplum kuruluşları gibi, konu ile doğrudan ilgili çevrelerdir.



# Medeni Kanun ve İlgili Mevzuatta Kadın Haklarına İlişkin De işiklikler

Av. Fatma BENLİ



## I. Giriş

İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi meslek içi eğitim seminerlerinden yararlanılarak hazırlanan bu çalışmada; 1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla yürürlü e giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu de işikli inden önceki kadın haklarına ilişkin hukuki yapıyı de iştiren düzenlemeler, Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Tanıma ve Tenfiz Davaları inceleme konusu yapılmış, sonuç kısmında Medeni Kanun de işikli ine ilişkin kanaatlerimize yer verilmiştir.

## 2. Medeni Kanunda Yapılan De işikliklerden Başlıcaları

### a) Evlenme Şartları

Evlenme yaşı, anne babanın iznine ba lı olarak kadın ve erkek için "17" olarak düzenlenmiştir. Haklı sebep olmadı ı halde, veli yada vasinin evlili e rıza göstermekten kaçınması halinde, hakim kararı ile evlilik gerçekleştirilebilir.

Ayırt etme gücü, evlilik şartıdır. Daha önce akıl hastalarını evlenmesine imkan tanınmazken Medeni Kanun de işikli i ile aksi sa lık kurulu raporu ile ispatlanmadı ı müddetçe

akıl hastalarının evlenmesi mümkün hale getirilmiştir.

### b) Evlat Edinme

Evlat edinme şartları de iştirilmiştir. Medeni Kanunun 305 vd. maddelerinde evlat edinme şartları düzenlenmektedir. Medeni Kanun de işikli i sonrası, evlat edinme sadece Asliye hukuk mahkemesi kanalı ile gerçekleşmektedir. Daha önce noter önünde resmi senet ile evlat edinme işlemi gerçekleştiriliyordu.

Evlat edinme yaşı 35'ten otuza indirildi. De işiklikten önceki gibi evlat edinen ile evlatlık arasındaki yaş farkı yine en az 18 olmak zorundadır.

Çocu u olan kişilerin evlat edinmesine izin verilmezken buna imkan tanınmıştır. Evli olmayan kişiler de evlat edinebilir. Evli olan çiftlerin beraber evlat edinmesi ve en az 5 yıllık evli olmaları gerekmektedir. Bir yıllık evli olmaları halinde eşlerden birisi, di er eşin çocu unu evlat edebilir.

Evlat edinen ayırt etme gücüne sahip ise, evlat edinme işlemi için rızası şarttır. Anne ve babanın rıza gösterdi inde evlat edinme işlemi gerçekleşmektedir. Küçü ün ailesinin rızası halinde evlatlık işlemi gerçekleşir Yalnız çocuk do duktan altı hafta

geçtikten sonra rıza verilebilir ve yine 6 hafta içinde daha önce verilen rıza geri alınabilir.

En önemli de işiklik olarak, ergin olan çocukların beş yıl, ergin olmayan çocukların bir yıl evlat edinecek kişi yada kişilerin yanında kalma şartı getirilmiştir. Bu bir yılın sonucunda kişi halen evlat edinmek isterse çocuğu alabilir.

Sahih nesep, sahii olmayan nesep ayrımı kalktı ndan, evlatlık ilişkisi do al bir nesep kabul ediliyor. Evlatlık ile evlat edinenin evliliği tamamiyle engellendi. Daha önce evlenme vuku buldu unda evlilik de il, evlatlık ilişkisi sona eriyordu. Evlat edinilenin daha önceki ailesi ile olan ilişkileri kopartılmıyor. Bu nedenle onlardan da miras alınması, di er ailesinin yanına gitmesi mümkün. Fakat evlat edinen miras alamıyor. Yeni yasa evlatlı ı sahii nesep haline getiriyor. Çocuk yararının önceliği ilkesi mevcut oldu undan daha önce verilen haklardan daha sonra vazgeçmek mümkün de il.

Artık cana kast gibi haklı sebeplerin varlığı halinde dahi, (evlat edinmede usuli şartların mevcut olmadığı ispatlanmadığı müddetçe) evlatlık ilişkisini ortadan kaldırmak mümkün de il. Sadece mirastan ıskat şartlarının oluşması halinde evlat edinilen, mirastan yoksun bırakılabilir.

### c) Evlilik Giderleri

Erkek artık evin reisi de il, bu noktada evle ilgili sorumluluklar da artık paylaşılıyor. Taraflar ailenin geçindirilmesinde eve bakmak eşit yükümlülüğü altındalar. Eşler evin giderlerine artık müteselsilen katılmak zorundalar. Karı koca imkanları do rultusunda evlilik giderlerine katıldı ndan, kadın ve erkek, yiyecek giderleri,

çocukların e itimi kıyafet gibi sürekli gerçekleştirilen ola an masraflardan eşit derecede sorumlu. Dolayısıyla eşlerden birisi alışverişi yapsa dahi, alacağını di erinden icra kanalı ile tahsil etmesi mümkün.

Eşlerden birisi sadece kendi ihtiyacı, kendi şahsi zevki için bir şey satın aldığı nda, sadece kendisi sorumlu olacaktır. Ev, araba, kredi almak gibi her zaman yapılmayan ola andışı masrafları ise eşler beraber yapmak zorunda. Aksi durumda di eri sorumlu tutulmuyor. Bu nedenle eşler tek başına evlilik ile ilgili ola anüstü masraf yapamıyorlar. Ancak di er tarafın açıkça bilgilendirildiği ve olayların akışından di erinin rızasının oldu u varsayılan durumlarda zımni rıza oldu u kabul edilir. Eşlerden birinin eve bakıp be nemesi, akabinde di erinin evi tutması örneğinde, sadece sözleşmeyi yapan de il, her iki eşte sorumlu. Dolayısıyla hukuki ihtilaf her ikisine de yöneltilebilir. Fakat birliğin yararı bakımından gecikmesinde zarar olan bulunan durumlarda, zımni rızanın varlığı halinde, yada eşlerden birinin hakim kararı ile bilgilendirildiği hususlarda, eşlerden birisi tek başına ola anüstü bir masraf gerçekleştirebilir.

Eşlerden her biri aileyi temsil edebilir. Bu temsil yetkisi mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir ve koşulların değişmesi halinde iade edilebilir. Eşlerden birinin evlilik giderlerini ödememesi halinde hakim, bu eşin borçlularına örneğin kiracılarına borçlarını di er eşe ödemelerini emredebilir. Eşlerden birisinin ekonomik varlığını tehlikeye atması halinde, talep halinde hakim malları üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ve tapu kütüğüne şerh verilmesine karar verebilir.



Medeni Kanunda mal rejimi de işse de, ölüm yada boşanma gerçekleşene kadar herkes kendi malını istediği gibi tasarruf edebilir. Aile konutu ise bunun istisnasını oluşturuyor. Aile konutu, ailenin içinde günlük yaşantısını sürdürdüğü konut olup, boşanma davası neticelenene kadar bu vasfı devam eder. Kime ait olursa olsun, ister kişisel mal, ister edinilmiş mal olsun, gayrimenkulün maliki olan eş, diğerinin rızası olmaksızın aile konutunu satamıyor, ipotek koyduramaz, intifa hakkını devredemez. Diğer eş, rızası olmadan yapılan bu tarz işlemleri iptal ettirme hakkına sahiptir. 3. kişilerin iyi niyetinin korunmasını engellemek için isterse, tapuya şerh koydurabilir. Fakat bu hüküm gayrimenkul maliki eşten alacaklı olanların eve kaydı haciz yapmasını önlemez. Zaten bilindiği üzere İcra İflas Yasası gereği kişilerin ikamet ettiği ev üzerine haciz konursa, kişi belli bir süre içinde İcra Tetkik Merciiine müracaat ederek haczi kaldırma imkanına sahiptir. Yalnızca oturlan ev o kişinin sosyo-ekonomik durumuna göre daha değerli bir ev olduğu da satılabilir. Bu tarz bir ev satıldığında, kişinin kendi durumuna uygun bir ev alması için gerekli para borçluya teslim edilip kalan para alacaklıya teslim edilir.

### c) Boşanma Nafaka ve Tazminat Hükümleri

Evliliğin sona ermesi; ölüm, gaiplik, cinsiyet değişikliği, evliliğin yokluğu, irade bozukluğu sonucu evliliğin iptali ve boşanma yollarından birisi ile gerçekleşir.

Boşanma kamu düzeni ile ilgili olduğu için, daha az kusurlu olan tarafa boşanmaya itiraz hakkı tanınmaktadır. Bu hüküm eski

Medeni Kanunda da mevcut olup, aynı şekliyle muhafaza edilmesi doğrudur. Sonuçta hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz. Kişi hem boşanma nedenini oluşturup, hem de boşanma davası açamamalıdır.

Yetki, taraflar daha önce en son altı aydır oturdukları yerde yada davalının ikametgahında boşanma davası açabilmekteydiler. Eski Medeni Kanuna göre Kadının ikametgahı, erkeğin ikametgahı oldu undan davanın açılması aşamasında kadının bulunduğu yer ifade etmek mümkündür. Yeni Medeni Kanun hükümleri gereğince kadının ve erkeğin ayrı ikametgahları bulunabilir. Boşanma davası eşlerden birinin ikametgahında ya da tarafların son altı ay beraber ikamet ettikleri yer mahkemesinde açılabilir. Bu durumda örneğin eş tarafından kovulduğunu için ailesinin yanına Kars'a giden bir bayanın burada dava açabilmesi mümkün olacaktır. Bu hüküm kadın hakları savunucuları tarafından olumlu bulunmaktadır. Evinden ayrıldığı anda ailesinden başkasının oturacağı yeri olmayan ve bulunduğu yerde yeni ev tutmaya imkanı bulunmayan kadın açısından bu durumun savunulması doğaldır. Fakat bu hükmün, genel Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine aykırı olduğu, dava açanın davalının ayağına gitmesi gerektiğini ifade etmem gerekmektedir. Zira tersi durumun varlığı ile erkeğin sadece kadının duruşmaya gelememesi için il dışına çıkarak orada geçici bir ikametgahın olması ve kadına dava açması da mümkün olabilecektir. Tabii karşı taraf fiili imkansızlık nedeni ile mahkemeye gelmediğinde ve dava açanın daha fazla kusurlu olduğu ileri sürmediğinde savunma haklarını kısıtlanacağını ifade etmek mümkündür.

Kanaatimce davanın eşlerin son ikametgah mahkemesinde açılması en doğrusuydu. Sonuçta boşanma davası

tanıklarla ispat edilen bir dava türüdür. Özellikle tarafların komşuları, daha objektif olmaları nedeni ile tanıklıklarına en fazla itibar edilen kişi grubudur. Davanın yeni yerleşim yerinde açılması durumunda, evliliğin gerçekleştiği yerden başka bir yerdeki tanıkların evlilik konusunda sıhhatli bilgi vermesine fiilen imkan yoktur. Üstelik boşanma davası ile mal paylaşımı talep edilmişse, malvarlığının de erinin do ru tespiti için davanın evliliğin gerçekleştiği yer ile aynı yerde açılmasının usul ekonomisi açısından daha do ru olacağı aşikardır.

#### d) Boşanma Nedenleri

Medeni Kanununun 161. Maddesi ve devamındaki maddeler boşanmayı düzenlemiştir. Daha önceki boşanma nedenleri korunmuştur. Bunlar; zina, hayata kast pek kötü yada onur kırıcı muamele, suç işleme ve haysiyetsiz yaşam sürme, terk, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin sarsılmasıdır. Anlaşılmalı boşanma ve herhangi bir nedenle açılan boşanma davasının reddi üzerine üç yıl boyunca müşterek hayatın tesis edilmemesi hallerinde de boşanma gerçekleşecektir.

Eski Medeni Kanunda sadece pek fena muamele ve cana kast boşanma nedeni olarak kabul edilmekteydi. Şu an a ır derecede onur kırıcı davranış da, boşanma nedenleri içinde de erlendirilmektedir. Sürekli psikolojik saldırı, üçüncü kişilerin önünde şahsiyetini tahkir etme gibi davranışlar onur kırıcı muamele içine girebilmektedir. Mahkemeler ancak somut vakıaların varlığı halinde boşanmaya hükmetmektedirler. Bu noktada eşlerden birisinin, toplum önünde sürekli küçük düşürülmesi ve "sen yapamazsın, bir işe yaramazsın" şeklinde aşılannasının tanıklarla ispatı

halinde boşanma nedeni olarak kabul edilebilecektir.

Bir eşin haysiyetsiz yaşam sürmesi ya da küçük düşürücü suç işlemesi, di er eşi evliliğin devamını beklenemeyecek duruma sokuyorsa, Medeni Kanununun 163. Maddesine göre dava açmak mümkün olabilecektir. Bu eş zina ve cana kast boşanma nedeninden farklı olarak her zaman dava açabilir.

Terkin şartları hususunda ise de ışıklık mevcut. Uygulamada terk nedeni ile boşanma davası açılmadığını gözlemlemek mümkün. Terk nedeni ile boşanma, belli prosedürlerinin yerine getirilmesine bağlı. Terkten sonra dört ay geçmesi, terk ihtarinin yapılması ve eve dönme için iki aylık süre tanınması gerekir. Evi terk eden eşin ihtar üzerine geri gelmesi ve dava düştüünde sorunlar aynı şekilde devam etti inden tekrar evi terk etmesi mümkün oldu undan, uygulanması tercih edilmiyor.

Terkin şartlarının oluşması için, terk eden eş müşterek eve geri çağ rıldı nda BA IMSİZ sosyal statülerin uygun, oturabileceği bir evi dayayıp döşeyerek hazırlamak gerekmektedir. Terk eden eş, daha önce anne babası ile oturmayı kabul etse dahi, terke karar verilmesi için ba ımsız bir eve davet edilmesi zorunludur. Yargıtay kararlarında ifade edildiği üzere, eş ailenin anne babası ile oturmak zorunda değildir.

Terk ile ilgili olarak yasanın gerektiğinde ilan tebligat yapılabileceğini hükme bağlaması, kötüye kullanımlara açık. Zira bu durumda davacı koca yanlış adres vermek akabinde zabıta araştırması ve ilan tebligat yaptırmak suretiyle daha az kusurlu olan eşini onun haberi olmaksızın boşayabilir.

Boşanma sebeplerinden birisi olan akıl hastalığının varlığı

halinde, de işiklik vuku bulmuştur. Daha önce akıl hastaları evlenemezken, şimdi evlenebilmeleri mümkündür. Ancak belli şartların varlığına ilişkin kurulu raporu ile belgelendiği durumlarda evlenemeyecekleri, evlilerse bu nedenle boşanmanın gerçekleşebileceği hüküm altına alınmıştır. Akıl hastalığının diğer eş için çekilmez hale gelmesi ve kişinin tedavi edilemeyeceğinin resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi durumunda, sadece diğer eşin boşanma davası açma hakkı mevcuttur.

Evlilik birliğinin temelden sarsılması genel boşanma nedenidir. Evlilik birliği ve ortak hayatı sürdürmek beklenmeyecek derecede temelden sarsılırsa, eşlerden herhangi biri boşanma talep edebilecektir. Davacının daha fazla kusuru olması halinde diğer eşin itiraz hakkı bulunmaktadır. Fakat bu itiraz hakkının hakkın kötüye kullanılması şeklinde uygulanması ya da evlilik birliğinin devamında çocuklar ve bizzat itirazda bulunan davalı açısından korunmaya değer yarar kalmaması halinde boşanmaya karar verilecektir. Bu hüküm daha önce de mevcuttu. Tabii ki bu tartışmaya açık bir durum. Bazı hakimler eşin üçüncü kişiyle yaşaması halinde, eşini aldatan taraf dava açtıysa bu evliliğin devam etmeyeceği kanaati ile boşanma davasını kabul etmektedirler. Bu surette kişi kendi kusurundan yararlanmaktadır.

Evlilik birliğinin sarsılmasında, kusur aranmamaktadır. Sadece daha az kusurlu olan tarafın dava açması ve somut vakıalarla ispatlanması yeterli. Yargıtay'ın bazen boşanma davaları oldukça fazla olduğu undan somut ayrıntı bulunmayan davalarda boşanmaya hükmedilmemesi gerektiğine ilişkin kararlarına rastlamak mümkün.

Anlaşmalı boşanma ve boşanma davasının reddinin kesinleşmesinden itibaren üç yıl içinde ortak hayatın kurulamaması durumunda gerçekleştirilecek boşanma da, herhangi bir de işiklik yapılmamıştır.

Bilindiği üzere bir yılı geçen evliliklerde anlaşmalı boşanma, tarafların, evliliğin tüm sonuçlarını kapsayan bir protokol yapması sonucu gerçekleşir. Mahkeme ilamında protokol karara geçirilir. Hakimin özellikle çocukların velayeti hususunda protokole müdahale etme hakkı bulunmaktadır. Hakim gerekli gördüğünde tarafların anlaşılması kısmı de iştirebilir. Anlaşmalı boşanma davalarında, uygulamada bazı kararlarda "protokolün aynen kabulüne" ifadesinin yer alması hukuken yeterli değildir. Protokol maddeleri madde madde boşanma hükmüne geçirilmelidir.

Mahkeme ilamı herhangi bir şekilde icraya konabilecek nitelikte olmalıdır. Bu nedenle "davacı davalıya ... vermesini taahhüt eder" şeklinde bir ifade yanlıştır olacaktır. "Davalıdan alınarak davacıya verilmesi" şeklinde protokolün en ince ayrıntısıyla yazılmasında fayda var.

Medeni Kanun de işikliği ile boşanma davası devam ederken, davacının ölümü halinde mirasçılara davaya devam etme imkanı tanındı. Medeni Kanunun mantığına aykırı bu hüküm sonuçları açısından da eleştirilmeli. Davada sadece kalan eşin kusurlu olduğu ispatlanırsa, evlilik boşanma ile son bulur ve kişi miras alamaz. Bu de işikliğinin hakkaniyete daha uygun olduğu mevcut bir davaya dayanarak kabul etsem de, genel hukuk yapısına zarar verdiğini, sırf kalan eşin miras hakkından yoksun bırakmak için komplo kurulabileceğini, üçüncü kişilerin boşanma gibi bir

davaya karıştırılmaması gerektiğini beyan etmek mümkün. Sonuçta boşanma taraflar arasında aile mahremiyeti ile ilgilidir. Boşanma davasında üçüncü kişilerin özellikle mirasçıların araya girmesi, aile kavramını zedeleyecektir.

Yoksulluk nafakası; Nafaka talep edenin daha fazla kusurlu olması ve boşanma halinde yoksulluğa düşmesi halinde süresiz olarak nafaka talep edebiliyor. Nafakanın bir tarafın geçinmesini sağlayacak şekilde tespit edilmesi gerekir. Yoksulluk nafakasında önemli olan kişilerin sosyal ekonomik düzeyleridir. Bu nedenle evlilik esnasındaki yaşam düzeyleri dikkate alınması, sadece yiyecek ve giyim değil, entelektüel ihtiyaçları düşünülerek nafaka istenmesi gerekmektedir. Uygulamada ise çok çüzi rakamlara hükmedilmektedir. Yargıtay kişinin çalışmaması halinde dahi, para kazama kapasitesinin bulunduğu durumlarda bu oranda nafaka ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Nafaka borçlusunun ölümü halinde üstsoy, altsoy ve kardeşler aleyhine mirastaki sıraya gözetmek suretiyle nafaka davası açılmasına imkan tanınmıştır. Bu surette baba ölse dahi kişinin örneğin dededen nafaka talep etmesi mümkün olacaktır. Nafaka, eşin eve bakmaması durumunda istenmişse, **talepten önceki bir sene** ve talepten sonraki seneler için nafaka talep edilebilir.

Medeni Kanunda bireylerin sürekli **nafaka artırım davası** açmasını engelleyecek bir hükme de yer verilmiştir. Hakim talep halinde ileriki yıllarda ne kadar nafaka ödeneceğine karar verebileceğini ifade edilmiş. Daha önce hakim karar verdiğinde dava açma tarihinden itibaren faiz istenebiliyordu, fakat nafaka sabitti. Şu an talep halinde **Hakimin nafakayı endeksleme hakkı**

mevcuttur. Hakim nafakanın her sene tüketici endeksine, altın döviz artışına göre arttırılabileceğine ilişkin hüküm koyabilir. (Bu surette artık sürekli olarak nafaka bedelinin artırım davası açılmasına gerek kalmayacaktır.)

Taraflar anlaşmalı boşanma davalarında **döviz üzerinden** nafakanın verilmesini kararlaştırabilirler. Yargıtay, bir iki yıl sonra şartların değiştiğini, taraflardan birisinin diğerini boşanmaya zorlamak için bu derece yüksek nafaka talep ettiğini, nafakanın Türk lirasına çevrilmesi gerektiğini şeklindeki davaları haklı bulmamaktadır.

Boşanma ile ilgili tüm alacaklarının bir yıl içinde talep edilmesi gerekir. İştirak nafakası boşanmaya bağlı olmadığından, bir yıl geçtikten sonra dahi istenebilir.

Yeni Medeni Kanun gereği çocuğa bakmak, eşlerden her ikisinin de yükümlülüğü altında bulunduğundan, taraflardan birisi çocuk ile ilgili nafaka talebinden vazgeçemez.

**Tazminata** ilişkin hükümlerde bir değişiklik bulunmamaktadır. Yeni Medeni Kanunumuz edinilmiş mal ortaklığı sistemini kabul etse dahi tazminat ile hükümler varlığını korumaktadır. Kusurlu olan taraf, daha az kusurlu olan tarafa boşanma sonucu zararı, mevcut yada beklenen menfaatlerini tazmin ile mükelleftir. Yoksun kalınan maddi menfaatler arasında **sa lık sigortası** bulunmaktadır. Kadının boşanma sonucu sa lık güvencesinden yoksun kalacağı unutulmamalıdır. Fakat hakim, hakkaniyet kuralları içerisinde, tazminat talep eden tarafa edinilmiş mallarının yarısını aldı dikkate alınmalıdır.

Bilindiği üzere 1 Ocak 2002 tarihinden önce edinilmiş mallar

için mal ayrılığı mevcut. E er kusur mevcutsa, di er eşin boşanma ile zarara u radı ı beyan edilerek, bu kısmı maddi tazminat olarak talep etmesi mümkündür. Kamun düzeni ve genel ahlaka ilişkin herhangi bir durumun varlığı halinde Medeni Kanunun genel hükümleri uygulanacaktır.

Boşanma davası ile beraber tazminat talebinde bulunuldu u takdirde harç alınmazken, boşanmadan sonra bir yıl içinde tazminat davası açıldı ında nispi harcın ödenmesi gerekmektedir.

**Manevi tazminata** boşanmaya neden olan olayların kişilik haklarını zedelemesi halinde hükmedilebiliyor. Eşin aldatılması veya şiddet kullanılması karşı tarafın kişilik haklarını zedeleyecektir. Şiddet aslında güçlü olan tarafın hakimiyetini devam ettirmek için kullandı ı her türlü baskıdır. Fiziksel olabildi i gibi, ekonomik ya da manevi olabilir. Kadını izole edip, evden dışarıya çıkarmamak, ekonomik özgürlü ünü kazanmasını engellemek, kendi iktidar alanı içinde kalmaya zorlamak da şiddettir. Yargıtay genel olarak tazminata hükmedilmesi için, fiziksel şiddetin varlığını aramaktadır. Fakat toplum içinde eşe hakaret ve küfrün tazminat için yeterli oldu una ilişkin kararları mevcuttur.

#### e) Medeni Kanunda Mal Rejimleri

Medeni Kanunun 202. Maddesi uyarınca, **eşler arasında edinilmiş mal sistemi** asıldır. Taraflar aksi bir anlaşma yapmadığı müddetçe 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren evlilik içinde edinilen mallar için yeni Medeni Kanun geçerlidir. Türkiye'de 17 milyon evli çift mevcuttur. 1 ocak 2002 den sonra edinilen mallar istisnalar baki olmak üzere paylaşımına girdi ve bu tarihten önceki mallar kimin

üzerine kayıtlı ise onun üzerinde kaldı. Bu mallar artık kişisel mal, 1 ocak 2002'den sonra evlilik içinde sahip olunan mallar genel olarak edinilmiş mal olacaktır.

Medeni Kanun yürürlü e girmeden önce açılan davalarda dava bitene kadar mal ayrımı sistemi uygulanır. Dava reddedilir ve eşler bir sene içinde yeni bir mal rejimi seçmezler ise yeni Medeni Kanun yürürlü e girdi i andan itibaren uygulanır.

Taraflar evlenirken oldu u gibi, evlendikten sonra da Noterde düzenleme yada sadece onaylama şeklinde bir sözleşme ile farklı bir mal rejimini kabul edebilirler. Taraflar sadece yasada öngörülen mal rejimlerinden bir tanesini öngörebilirler. Bunlar da mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı, edinilmiş mallara katılım ortaklığıdır. Kişiyi ba lı bir hak ile ilgili olan bu sözleşmenin avukatlar arasında gerçekleşmesine imkan yoktur.

Medeni Kanun 206. Maddede yer alan haklı nedenlerin varlığı halinde, hakim eşlerden birisinin istemi üzerine mal ayrımına karar verebilir. Bir eşin mallarının borca batık olması, di erinin menfaatlerini tehlikeye düşürmesi, ortaklık malları hakkında di er eşe bilgi vermekten kaçınması, ayırt etme gücünden yoksun olması gibi yasada öngörülen sebeplerle hakim mal varlığı rejimini de iştirebilir. Bunlar sınırlı olarak sayılamadı ından, hakim takdirine ba lı haklı bir sebebin varlığı halinde farklı bir mal rejimine hükmedilebilecektir.

Bu durum edinilmiş mal ortaklığının sakıncalarını ortadan kaldırmak üzere düzenlenmiş bir hükümdür. İki eşin iste i halinde mal ayrımı sistemine geçilebilecektir. Ayrıca, eşlerden birisinin ortaklık malını tehlikeye atıcı davranışları halinde de mahkeme kanalı ile bu sorun düzeltilebilecektir. Yalnız

bu durum mahkemenin aileye fazlasıyla karışması sorununu da beraberinde getirecektir.

### **Eşlerin Mallar Üzerindeki Yönetim ve Tasarruf Yetkisi**

Edinilmiş mallara katılma rejiminin en temel özelliği evlilik devam ettiği müddetçe mal ayrımı uygulanmaktadır. Evlilik, boşanma veya ölüm ile bittiğinde mallar ayrılmaktadır. Bu noktada evlilik devam ederken diğer eşin borçları nedeni ile haciz gelmez. Boşanma ya da ölüm halinde, eşlerin edinilmiş malları ve müşterek mülkiyetteki edinilmiş mallar tasfiyeye tabi tutulur.

Her eş kendi kişisel malını ve edinilmiş mallarını yasal sınırlar içinde yönetme, bunlardan yararlanma ve tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Bunun istisnası aile konutudur. Mal rejimi ve kimin üzerinde kayıtlı olursa olsun aile konutunun devri, rehin, intifa hakkının verilmesi ve hatta kira kontratının feshi diğer eşin muvafakatine bağlıdır.

Eşlerden birisi diğerinin rızası olmaksızın müşterek mülkiyetteki mal üzerinde tasarruf edemez. Daha önce müşterek malı istediği gibi tasarruf edebiliyordu, fakat şimdi tasfiye anında diğer eşin müşterek mülkiyetteki malı alma hakkı mevcut olduğu ortak kullanımdadır. Bu nedenle eşler beraber tasarruf etmek zorundadır.

Edinilmiş mal rejiminde her eş kendi malını yönetir. Malların ayrımı, boşanma ya da ölüm halinde gerçekleşir. Eşlerden birisi mallarının yönetimini açık yada zımnen diğer eşe bırakmamışsa, vekaletsiz iş göre hükümleri uygulanır.

Her eş kendi borcundan kişisel mal varlığı ile sorumlu, diğerinin mal varlığından sorumlu değildir. Edinilmiş mallarda da bir eşin diğerinin borcundan sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Medeni Kanun değişikliğinden önce eşler arasında icra yasağı mevcuttu. Şu an ise icraya konabiliyor, sadece eş ödeme güçsüzlüğünü gerekçe göstererek erteleme talebinde bulunabilir.

Medeni Kanun envanter düzenlenmesini öngörmüştür. Eşlerden her biri diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebilir. Bu envanterin, malların getirilmesinden itibaren bir yıl içinde yapılmışsa, aksi ispatlanmadığı müddetçe doğru olduğu kabul edilir. Boşanma ya da ölüm halinde bir envanter edinilmiş malların paylaşımında oldukça faydalı olacaktır. Envanterin verilmemesi eşlerin hakime başvurarak mal ayrımı sistemi istemesi için yeterli bir nedendir. Fakat sonuçta insanlar, boşanmak için evlenemezler. Amaçlanan, ölüme kadar beraber olmaktır. Bu noktada henüz evlilik devam ederken eşlerden birisinin diğerinden envanter istemesi, evlilik için eşler arasında bulunması gereken güveni sarsacaktır.

Medeni Kanun 218. Maddeye göre, edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile her eşin kişisel mallarından oluşur.

Edinilmiş mallar, her eşin evlilik esnasında karşılığını vererek elde ettiği malvarlığıdır. Bunlar özellikle;

1) Çalışma karşılığı olan edimler.

2) Sosyal yardım kuruluşlarından alınan ödemelerdir.

(Yalnız burada yaşam standardı alınıyor ve evlilik vuku bulduğunda kişinin yaşına ve genel



standartlarda ölüm yaşına göre aradaki fark ile bu yaşam standardı çarpılıyor ve bu rakam bu toplu tazminattan çıkartıldıktan sonra bakiye edinilmiş mal olarak kalıyor. Örneğin kişi 50 yaşında emekli olarak emeklilik tazminatı aldı, 55 yaşında boşandı, bu tazminatın hepsi edinilmiş mallar olarak de erlendirilmez. Türkiye'de erkekler için tespit edilen ortalama ölüm yaşından 55 çıkartılır ve bu rakam yaşam standardı ile çarpıldı, bu çıkacak rakam toplam tazminattan çıkartılır. Bu surette kalan miktar edinilmiş mallar olacaktır. Tabii bu hesaplamaları bilirkişi gerçekleştirecektir. Avukatların bilmesi gereken husus, toplu tazminatın tamamının edinilmiş mallar olarak de erlendirilmeyeceğidir. Bunun da hakkaniyetli bir yaklaşım olduğunu söyleyebiliriz.)

3) Çalışma gücünün kaybı nedeni ile ödenen tazminatlar. Kanaatimce bunların edinilmiş mallara eklenmesi, ayrılık halinde bu eşin malvarlığı ile sonuçlanacaktır. Sonuçta kişinin çalışma kaybı devam ediyor, ama boşanma anında bu tazminat ikiye bölünüyor.

4) Kişisel malların gelirleri, örneğin bankada duran kişisel para veya kıymetli evrakın faizi edinilmiş mallardır. Bu sonucun hakkaniyete aykırı olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira faiz günümüzün enflasyon ortamında parada oluşan değer kaybını karşılamaya ancak yetmektedir. Bu durumda, örneğin on sene sonra bankada ilk yatan para bir eşe verilip, kalan faiz edinilmiş mallar olarak tespit edildiğinde, bankada kişisel mal varlığı olan eş bundan malvarlığı olacaktır.

5) Edinilmiş malların yerine geçen değerler, edinilmiş mallardır.

Kişisel mallar ise, mal rejiminin başlangıcında eşlerden

birisine ait bulunan mallar, miras yoluyla ya da karşılıksız kazanma yoluyla edinilen mallardır. Evlilik öncesi ya da evlilik sonrası oldu, bakılmaksızın manevi tazminat alacakları, İcra Yasasında da öngörülen kişinin zatına mahsus eşyalar yine kişisel maldır.

İşletme geliri, edinilmiş maldır. Fakat 221. Madde eşlerin anlaşması halinde işletme gelirinin kişisel mal olabileceğini öngörmektedir.

Üç adet ispat karinesi mevcuttur. Bunlar:

Bir eşin bütün malları aksi ispat edilene kadar edinilmiş mallar olarak kabul edilir.

Kişi belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia ediyorsa ispatlamalıdır.

Eşlerden hangisine ait olduğunu ispatlanamayan mallar, paylı mülkiyette sayılır. Müşterek mülkiyet gibi dikkat alınır.

Kişi herhangi bir malın kişisel mal olduğunu, manevi tazminat ya da miras sonucu geldiğini tanık vs. diğ. er delillerle ispatlayabilir.

### Eklenecek Değerler

Ölüm ya da boşanma anında kişisel ve edinilmiş mallar ayrılır. Yalnız Medeni Kanunun 229. Maddesinde yer alan değerler edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Bunlar;

Evlilik sona ermeden bir yıl önce, diğ. eşin rızası olmaksızın yapılan olağan hediye dışındaki karşılıksız kazandırmalar.

Bir eşin kasten diğ. eşin malvarlığını azaltmak için evlilik boyunca yaptığı devirlerdir.

Burada evlilik süresince yapılan her türlü muvazaalı satış söz konusu edilmektedir. Medeni Kanun gereğince diğ. eş muvazaalı

işlemi geçersiz saydırabilece i gibi, bu de erin edinilmiş mallara katılımlarını sa layabilir.

### **Kişisel De er İle Edinilmiş De erler Arasındaki Denkleştirme**

Kişi evlilik içinde kendi kişisel malını satarak edinilmiş malın oluşuma sebebiyet vermiş ya da borçları ödemişse, evlili in bitiminde daha önce yaptı ı bu ödemeleri geri alır. Her borç ilişkin oldu u malı borç altına sokarken, hangi kesime ait oldu u bilinmiyorsa edinilmiş mallara ilişkin sayılır.

Kişisel de er, edinilmiş malda de er artışına neden olmuşsa mevcut de er artışına göre yapılır. Medeni Kanun 227. Madde uyarınca eşlerden biri di erinin malına katkıda bulunarak de er artışı sa lamışsa, kattı ı de eri de il, malın artış de erini talep eder. Bu da evlili in uzun sürdü ü durumlarda daha hakkaniyetli bir sonuca varılmasına yol açacaktır. Örne in kişi kendi evini sattı, edinilmiş mal olan başka bir evin daha büyü ünün alınmasını sa ladı. Bu durumda edinilmiş maldaki de er artışı kişiye verilecek, geriye kalan bakiye edinilmiş mallar olarak ikiye bölünecektir.

### **Mal Rejiminin Sona Ermesi**

Mal rejimi eşlerden birisinin ölümü, boşanma yada başka bir mal rejiminin kabulü ile sonaerer.

Evlili in boşanma ile sona ermesi, mahkeme kararı ile sona ermedir. Boşanma kararı verilip karar kesinleşirse, mal rejimi davanın açıldı ı tarihte sona erer. Bu surette dava esnasında edinilen mallar boşanma davası ile istenemez. Dava reddedilirse, mal rejimi hiç sekteye u ramamışçasına devam eder.

Tasfiyenin başlaması halinde Katılma Alaca ı Davasının görülmesi söz konusudur. Katılma alaca ı davası boşanma ile istenebilece i gibi, boşanma kesinleştikten sonra bir sene içinde istenebilir. Yalnız tasfiye ferri bir sonuç de ildir, hakim boşanmaya karar vermeden malın tasfiyesine karar veremez. Önce boşanmaya hükmetmelidir.

Tasfiye her eş için ayrı ayrı yapılır. Ölüm halinde tasfiye de, sadece ölen eşin de il, sa kalan eşin de mallarının tespiti ile gerçekleşir.

Ölüm anından itibaren dava açılabilir. Eşlerden birinin ölümü halinde di er eş dava açabilece i gibi, mirasçılardan birisi bu davayı açacaktır. Önce mallar tasfiye edilip ayrılacak, bakiye mirasçılar arasında bölünürken, eş mirasçı olarak yine bu kalan maldan da payını alacaktır. Bu surette iki tasfiye mevcuttur. İlk olarak kalan eş edinilmiş mallardan kendisine düşen payı alır, akabinde kendi miras payını alır.

Tasfiyeden sonra her eş di erinde bulunan kendi menkul malını geri alır. Paylı mülkiyete konu olan mallarda di er eş istemese dahi daha üstün yararı bulunan tarafa hakim malı verir. Di erine de er olarak ödetir. Örne in bir dişçilik muayenehanesi edinilmiş mallar ise, dişçi olarak eşe bu muayenehane verilir, di eri maddi karşılı ını alır.

Aile konutunda bir istisna mevcuttur. Sa kalan eş aile konutunu talep edebilir. Kural intifa hakkı olmakla beraber, haklı sebeplerin varlı ı halinde alaca ı da varsa üzerini tamamlayıp ekleme imkanı bulunmaktadır. Eşlerin genel olarak sadece bir gayrimenkule sahip oldu u düşünöldü ünde, di er mirasçılarının miras payları küçük dahi olsa, bu gayrimenkülü sattırmaları mümkün oldu undan

eşin ma dur olması söz konusu olabiliyordu.

228/1 gere ince tasfiye esnasında elden çıkartılan mallar hesaba katılmaz. Tasfiye esnasındaki mallar mevcut durumuna göre de erlendirilir.

230. Madde kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme yapılmasını öngörmektedir. Kişi kendi kişisel malı ile edinilmiş mal elde etmişse, önce denkleştirme yapılır. Örne in kredi ile ev alınmış ve fakat borcun halen devam ettiği bir durumda, evin de eri tespit edilip borç düşülür ve kalan mebla edinilmiş mallar olarak de erlendirilir.

Tasfiye, evlilik bitiminde mevcut mallar üzerinde yapılır. Önce kişisel mallar ile edinilmiş mallar ayrılır, eklenecek de er olup olmadığına bakılır. Akabinde evlilik içinde kişinin kişisel malları ile gerçekleştirdi i edinilmiş mallar da de er artışı olup olmadığına bakılır. Tekrarında ise malların de eri birbirinden çıkartılır, ve kalan miktar ikiye bölünür, mallar iki eş arasında eşitlenir.

Artık de er, yasa gere i denkleştirme işleminden sonra oluşan miktarda her eşin edinilmiş mallarına toplam de erinden borçlar çıkartıldıktan sonra kalan miktardır. Yasa koyucu bu durumu Medeni Kanunun 231. Maddesinde "artık de er eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlarda dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam de erinden bu mallara ilişkin borçlar çıkartıldıktan sonra kalan miktar" olarak tanımlıyor.

Artık de er hesabında aktiflerden pasifler çıkartılır.

Aktifler; Edinilmiş mal + eklenecek de er (muvazaa ve 1 yıl içinde yapılan ola an dışı ba işlardan oluşur ve Medeni Kanun

230. Madde uyarınca denkleştirme de eri bulunur.)

Pasifler ise, Borçlar, de er artış payının di er eşin kişisel malına yaptığı katkı (Medeni Kanun 227. Madde) ve Kişisel maldan edinilmiş mala giden de erden oluşur.

Aktiflerden pasifler çıkartıldı ında geri kalan ikiye bölünür ve kalan katılma alacağıdır. Örne in kadının 15 milyar edinilmiş malı oldu unu erke in 45 milyar edinilmiş malı oldu unu varsayalım. Eşlerin edinilmiş malları birbirlerinden çıkartıldı ında kalan miktar 30 milyar oldu undan erke in kadına 15 milyarlık mal vermesi durumunda denkleştirme sa lanacaktır. Artık de er 15 milyardır.

Ayşe bu parayı sadece nakdi olarak talep edebilir, ama Ali isterse bu parayı 239. Madde gere i ayın olarak ödeyebilir. Seçim hakkı borçluya aittir. Aynı ödemelerde malın sürüm de eri dikkate alınacaktır. Bu durum uygulamalarda zorluklara sebebiyet verecek olsa da sa kalan eşin güvence altına alınması açısından oldukça hakkaniyetli bir çözüm yoludur.

Yalnız Medeni Kanun 236. Maddenin 2. Fıkrasında, zina ya da cana kast durumunda hakim in eşler arasında edinilmiş malları ikiye bölmeyip, artık de erdeki oranı kaldırabilece i ya da azaltabilece i hüküm altına alınmıştır. Bu madde doktrinde tartışılmaktadır. Edinilmiş mal sisteminin dayana ı, emekle elde edilen de erlerdir. Boşanma halinde taraflardan birisinin kusurlu olması, kendi malına sahip olma hakkını ortadan kaldırmaz. Edinilmiş mal sisteminde kişi edinilmiş mallardan payına düşen kısım kendisine verilmeyerek cezalandırılması do ru de ildir. Kusur, sadece boşanma davası ile talep edilebilecek tazminatın gerekçesi olabilir. Aslında kadın

hakları kuruluşları bu maddenin kötü niyetli hakimler tarafından kadınlar aleyhine kullanabilece ini düşünmekle beraber, boşanma nedenlerinde zina ve cana kasıt suçlarını işleyenlerin çok büyük bir kısmının erkek olması bu kanunun kadınlar aleyhine kullanılamayacağını sonucuna neden oluyor. Fakat mal rejiminin temel mantığına zarar verdiğinden kaldırılmasının daha doğru olacağını beyan etmek gerekmektedir.

Artık de ere katılımında, eşler yarı yarıya yerine farklı bir katılımı kendi aralarında kabul etme imkanına sahiptirler. Yalnız bu durum eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını etkilemez. Bu madde de oldukça isabetli olarak öngörülmüştür. Bu surette eşlerin aralarında anlaşarak miras kaçırmaları engellenmiştir. Eşlerin ortak çocukları açısından böyle bir ma duriyet zaten söz konusu olmayacağından onların zikredilmesine gerek görülmemiştir.

Anlaşmalı boşanma davalarında, taraflar protokole mal rejimine ilişkin hükümler koyabilir. Katılma alacağından feragat ediyorum şeklinde genel bir maddenin geçerli olmadığı, tek tek mal dökümü yapılmasını daha doğru oldu u beyan edilebilir. Zira eşlerin birbirlerinden malları saklamaları mümkün. "Şu kadar alacak miktarını ... miktarını alarak katılma alacağından feragat ediyorum" şeklindeki ifadeler daha doğru olacaktır.

Tasfiyede davanın açıldığı tarihteki sürüm de eri dikkate alınır. Bu durum davaların uzun sürmesi halinde çeşitli ma duriyetlere yol açacaktır. Verilen bilgilere göre bu konuda henüz Yargıtay'a giden bir dava yok, fakat sistemin karmaşıklığı dikkate alındığında, özellikle

uzun süren evliliklerde katılma alacağı davalarının oldukça komplike olacağı ve kanunen yürürlüğe konmuş olan Aile Mahkemelerinin yapıları oturana kadar davaların uzun sürece ini tahmin etmek zor de il. Bu durumda davanın başlangıç tarihinde de erlerinin dikkate alınması, de er tespitinde de güçlük çıkartacaktır.

Yasa ayrı yaşayan çiftler konusunda bir açıklık getirmemiştir. Bu noktada senelerdir ayrı yaşayan çiftler için de, 1 Ocak 2002 tarihinden sonra edinilmiş malların paylaşımının söz konusu olacağını söylemek mümkündür

**Katılma alacağı davası nispi harca** tabidir. Bilindiği üzere boşanma ile açılan maddi manevi tazminat davaları harca tabi de ildir. Fakat katılma alacağı davaları farklıdır. Yalnız davanın başlangıcında malların tam de erini tespit etmek mümkün olamadığından **fazlaya ait haklar saklı tutarak** tahmini bir de er üzerinden nispi harç ödenir.

Zamanaşımı ile ilgili bir hüküm mevcut olmadığından genel hükümler kapsamında de erlendirilmelidir. Kişi herhangi bir maldan daha sonra haberdar olup dava açabilir.

### **Soy Ba ının Kurulması, Velayet Tanıma ve Babalık Davaları**

Medeni Kanunda evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımı kaldırıldı. Önceden sadece tanıma ve tüm şahsi sonuçları içeren babalık davası açmak mümkün iken, şu an bu tarz bir ayırım bulunmamaktadır. Babalık davası olumlu sonuçlandı nda, tüm sonuçları ile soy ba ı kurulur.

Tek tür bir soy ba ı vardır ve dört türlü kurulur. Bunlar;

- 1) Anne ile evlilik
- 2) Tanıma
- 3) Evlat edinme
- 4) Mahkeme hükmüyle ( babalık davası)

Bu dört yoldan hangi şekliyle olursa olsun evlilik halinde çocuklar aynı statüde kalır.

Medeni Kanununun 295. Maddesi hükmü gereince sadece Nüfus Müdürlü üne yapılacak olan **tanıma** ile çocuk nüfusa geçirilebilir. Daha önce bu durum Noter önünde yapılan resmi senet ile sa lanabilmekteydi. Bu konuda kolaylık sa lanması iyi bir gelişmedir. Medeni Kanun de işikli i ile çocu un kimli inin belirlenmesi hakkı her şeyin ötesinde sayılmıştır.

**Soy ba ı ilişkilerinde** çocu un çıkarının ön planda tutulması gerekir. Kişi gerçek babasına soy ba ı ile ba lanma hakkına sahiptir. Önceden evli erkek yada kadının zinasından do an çocuk tanınmazken, yapılan de işiklikle bu yasak kaldırılmıştır. Yalnız bunun için önce dava açılarak çocu unun nüfustaki babası ile ba ının kalkması sonra ayrı bir dava ile gerçek babasına soy ba ı ile ba lanması gerekmektedir.

Daha önce birbirleri ile **evlenmeleri yasak** olan kişilerin çocukları tanınmazken, Medeni Kanun de işikli i sonucu, ensest ilişkinin sonucu olan çocuklar tanınabilir. Bu anne babanın günahı ne olursa olsun bedelinin çocuklara çektirilmemesi anlamında olumlanabilecek bir de işimdir.

**Kan ba ı**, evlilik yada evlatlık işlemi nedeni ile hısımlık ilişkisi do ar. Bu konuda 3 dava açma imkanı mevcut.

**Nesebin reddi**, bu çocuk benden de ildir.

**Babalık**, bu çocuk ondandır.

**Tanımanın iptali**, bu çocuk ondan de ildir.

Bu davalarda tanıyanın yanılması yada iradesinin sakatlanması halinde de söz konusu olabilir. Anne ve çocu a karşı dava açılır.

Özellikle çocuklar hakkında soy ba ı hukukun en temel ilkesi, **kamusallık ve istikrardır**. Bu davalarda şekilcilik önemli oldu undan da farklı istemli davalar açmak mümkün de ildir. Açılan davalar üç tip dava türünden birisinde girmek zorundadır.

Anne çocu u do urandır. **Taşıyıcı annelik** sözleşmesi geçersiz olup, **biyolojik anne** do umdan sonra yapılan sözleşmeden vazgeçerse çocu u vermesi için zorlanamaz.

**Babalık** için ise yasa koyucu belli karineler öngörmüştür. Evlili in ertesi günü do an çocuk evlilik içinde sayılır. Aynı şekilde evlili in sona ermesinden itibaren 300 gün içinde do an çocuklar yine evlilik içinde kabul edilir. Bu süre geçtikten sonra do an çocu un eşe ba lanması ancak dava açılması halinde mümkün.

Daha önce farklı sonuçları mevcut olan babalık davaları de iştirildi ve tek şekle dönüştürüldü. Babalık davası olumlu sonuçlandı ında hısımlık ilişkisi kuruldu undan, nesebin tüm sonuçları gerçekleşmektedir.

Nesebin reddine ilişkin davalar açıldı ında, anne hafif meşrep birden fazla erkekle görüşmüştür denmesi hukuken yeterli de ildir. İddianın ispatı için somut kanıtlar sunulması gerekmektedir. Davacı çocu un babası olmasının olanaksızlı ını ispatlanmalı, yada başka bir erke in kendisinin baba olmasından daha a ır bastı ını beyan etmeli.

Babalık karinesinin çökertilmesi kolay değildir. Döllenmenin gerçekleştiği karinesi ve çocuğun bu döllenme ürünü olduğu karinesinden birisinin çökertilmesi gerekir. Tabii evlilikler içinde birinci karine oldukça zor, yalnız yurtdışı yada hapiste olunması gibi durumlarda geçerli, tek başına kan tahlili yeterli olmayıp DNA testi yapılmasında fayda vardır, fakat ilgi test oldukça pahalıdır.

Evlilik sona erdikten sonra hemen evlenilmesi durumunda yeni eşe öncelik tanınır. Gaipli karar verilmesi halinde bu 300 günlük süre, gaiplik kararının alındığı tarihten itibaren de il, son haber alma tarihinden itibaren başlar.

Evlât edinilen çocuk, hem kendi öz ailesinin hem de evlât edinenin çocuğu olabiliyor. Yalnız çocuk kendi öz ailesi ile balarını koparmadığı ve istediğinde onlara da döndüğü için, evlatlıktan miras alamayan ve fakat ailesine döndüğü halde halen mirasçısı bulunan evlatlıktan kurtulamama söz konusudur. Evlatlık kendi öz ailesinden de miras alabilir ve onun mirası kendi öz ailesine geçebilir ve fakat evlatlıktan mirası evlât edinene geçmez.

Evlât edinmede ise, soy bânının kurulmasının temel sonucu olarak, evlât edinen evlatlığı reddedemez, sadece ıskat şartları oluştuğunda mirastan ıskat edebilir. Bu da uygulamada bazı güçlükler doğurur bir durumdur. Örneğin evlatlığı tarafından dövuken bir annenin, evlatlıktan çıkartması gibi bir durum söz konusu değildir.

Çocuk evlilik içinde doğmuşsa önce soy bânının reddi davası açıp bunu tespit ettirdikten sonra gerçek babasına bânlanması için dava açılabilir. Soy bânı davası devam ederken babalık davası açılmaz. Soy bânının reddi halinde, koca dava açıp kendinin olmadığını ortaya çıkan bu çocuk

için yaptığı masrafları haksız zenginleşme kuralları içerisinde isteyebilir.

Yalnız dava açmak hakkı oldukça geniş kapsamlı tutulmuştur. Kocanın dava açma imkanı bulunmadığı durumlarda, alt soy yada anne babası ile gerçek baba olduğu iddia eden şahıs dava açabilir, annenin de dava açma imkanı mevcuttur. Ancak bu durum ailenin devamlılığı ilkesi açısından sıkıntı oluşturabilecektir.

Soy bânı ile ilgili davalar, diğer davalardaki genel kurallardan farklılık arz etmektedir. Örneğin bu tür davalarda hakimin resen delil toplama yetkisi mevcut olup, tarafların delilleri ile bânı değildir. Bu nedenle ikrar hakimi bânı yapamaz. Tarafların sâlik yönünden tehlike yaratmayacak araştırmaları yapmakla yükümlüdür. Kişinin rıza göstermediği durumlarda tetkik yapmak mümkün değilse de, hakim, davanın koşullarına göre bunu kişinin aleyhine kullanabilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre yetkide kural, davacının davalının ayağına gitmesidir. Soy bânı ilişkili davalarda ise, yetkili mahkeme taraflardan birinin yada doğum yeri yerleşim mahkemesidir.

Dava süresi, öğrenmeden itibaren 1, doğumdan itibaren 5 yıldır. Çocuk reşit olduğu bir yıl içinde dava açma hakkına sahiptir. Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım dava açabileceği gibi çocuk on sekiz yaşına geldiğinde bir yıl içinde bu davaları açabilir. Daha önce bu hüküm olmamasına rağmen Yargıtay içtihatlarıyla çocuğun reşit olma anından itibaren dava hakkını kazandığı beyan ediliyordu. Zira çocuğun yasal kayyımı dava açmayabilir ve çocuğun kendi gerçek babasına bânı olma hakkı mevcuttur. Reşit olduğu kendi kararını kendisi verecektir.



### 3. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki Değişiklikler

Aile Mahkemelerinin kurulması hakkındaki kanun yasalaştıktan sonra ve Aile Mahkemeleri kurulmaya başlandıktan sonra konu ile ilgili davalar Aile Mahkemelerinde görülecektir. Daha önce açılan ve de işik mahkemelerde derdest olan davaların dosyaları bu mahkemelere gönderilmeye başlanmıştır.

Medeni Kanun de işikli inden sonra usul hukukunda da bazı de işiklikler vuku bulmuştur. Örne in evlat edinmeye ilişkin davalar da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre sulh hukuk mahkemesi yetkili kılınmasına rağmen, yeni Medeni Kanun gereince yetkili mahkeme, asliye hukuku mahkemesidir.

Boşanmada yetkili mahkeme daha önce tarafların son 6 ay beraber oturdukları yer ya da davacının ikametgahı mahkemesiydi. Medeni Kanun de işikli i ile şu an eşlerden birisinin, ikametgahı mahkemesi yada yine son 6 ay oturdukları yer mahkemesidir.

Tapu kütüüne Aile konutu şerhi konabilir. Bu surette konut kime ait olursa olsun di er eşin rızası olmadan satıp rehnedemeyecektir ve iyi niyetli üçüncü kişilere karşı dahi yapılan işlemin iptali mümkün olacaktır. Ayrıca boşanma ve ferî sonuçları kesinleşmeden icraya konamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde davaların kazanılması, artık iade-i muhakeme sebebidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir durumu ihlal olarak de erlendirdi inde sadece tazminata hükmediyordu. Bu iç hukuk kuralı sayesinde tekrar Türkiye'de mahkemeye başvurup tazminatın ötesinde eski işlemin iadesi mümkün olabilecektir.

Dava de eri dahil olmak üzere, davanın karşı tarafın rızası aranmaksızın bir kere ıslah edilmesi mümkündür. Fakat mahkemeler kötü niyetli ıslahı kabul etmiyorlar. Bu noktada faize ilişkin hakların saklı tutulmasına gerek yoktur, fakat riske atmamak gerekti i söylenebilir.

### 4. Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması

14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Medeni Kanun de işikli i ile ilgili olmasa da aile içi şiddetin önlenmesi için çok önemli bir kanun oldu undan, her avukatın bilmesi gerekti i düşüncesiyle ilgi kanun ve uygulaması da çalışmamıza dahil edilmiştir.

Şiddetin aile yaşamı içerisinde, aileyi oluşturan bireyler arasında gerçekleşen, "aile içinde bir bireyin di er bir bireye yönelik fiziki sözel ve duygusal kötü davranış" şeklinde tanımlanan görüntüsü, toplum için çok büyük tehlike oluşturmaktadır. Toplumun en küçük birimi olan aile içerisinde gerçekleşen şiddetin yol açtığı ve açacağı zararlarla toplum bünyesinde derin ve kalıcı izler bırakmaktadır.

Anayasanın 41. Maddesi devlete ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri alma yükümlülü ünü getirmiştir. Aile toplumun vazgeçilemez temel birimidir. Ailenin güçlenmesi, gelişmesinin sa lanabilmesi ve fonksiyonlarının yerine getirilmesi için sosyal yönden oldu u gibi hukuki yönden de korunması gerekmektedir.

Aile içi şiddet olaylarına daha çok anne ve çocukların maruz kaldığı yapılan araştırmalar sonunda ortaya çıkmaktadır. Aile içi şiddetin zararı sadece toplum açısından de il, birey açısından da tehlikeli sonuçlar

yaratmaktadır. Aile içi şiddet, sevgi, şefkat ve merhamet göstermesi gereken bir kişi tarafından uygulandı ndan, şiddete maruz kalan aile bireyinin ruhi yapısında hayatı boyunca silinmesi zor izler bırakmaktadır.

Aile içi şiddetin, toplumun en küçük birimi olan ailede yol açacağı zararların önlenmesi için, Ailenin Korunmasına Dair Kanun yürürlüğe konmuştur. Yasada, aile içi şiddet, fiziki, sözel ve duygusal kötü davranış olarak tanımlanmaktadır. 14 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren kanun, şiddetin tekrarlanması ile ilgili tedbirleri sağlamayı amaçlamaktadır.

- Eşlerden biri ya da çocuklar, aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri tarafında aile içi şiddete maruz kaldığında, ihbar üzerine daha önce sulh hukuk hakimi şu an Aile Mahkemesi Hakimi koruma kararı alır. Hakim;

Kusurlu eşin;

Diğer eşe veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması,

Müşterek evden uzaklaştırarak bu evin davalı idare, diğer eşe ve varsa çocuklara tahsisi ile diğer eş ve çocukların oturmakta olduğu eve veya iş yerine yaklaşmaması, (bu surette müşterek evin diğer eş ve çocuklara tahsis edilmesi),

Diğer eşin, çocukların veya aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi,

Diğer eşi, çocukları veya aynı çatı altında yaşayan aile bireylerini iletişim vasıtalarıyla rahatsız etmemesi,

Varsa silah ve benzeri araçlarını zabıtaya teslim etmesi,

Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış

olarak ortak konuta gelmemesi veya ortak konutta bu maddeleri kullanmaması

Tedbirlerinin herhangi birinin yada tamamının uygulanmasına karar verilebilir.

- Yasanın uygulanması için şiddete uğrayan kişinin şikayetine gerek yoktur. Komşuların ihbarı yada herhangi bir surette mahkemenin haberdar olması yeterlidir. Hatta bu yasanın uygulanmasını yaygınlaştırmak üzere, Adalet Bakanı Aysel Çelikel döneminde Cumhuriyet Savcılarına genelge gönderilmiştir.

- Yetki konusu da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle herhangi bir yer sulh hukuk mahkemesinden yasanın uygulanması talep edilebilir.

Aile Mahkemelerinde görülen boşanma davalarında, koruma kararı da talep edilebilecektir.

Mahkeme kadının tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alacaktır. Başvurunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. 4320 sayılı yasa gereği hakim duruşma yapmak zorunda değildir, şiddete uğrama ihtimalini sezinlemesi dahi yeterlidir.

Yargıtay kararlarında, şiddete uğrayanların tekrar şiddete uğrama ihtimalini kanıtlamak zorunda olmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme, kadının tekrar şiddete uğrama ihtimaline binaen tanık olmaksızın bu kararı verecektir.

Hakim, kadın ve çocukların yoksulluğa düşmelerini önlemek amacıyla nafakaya hükmedecek, kadın ve çocuklarını kadın koruma evlerinden birine yerleştirilmesine karar verebilecektir. Bu tür adli işlemlerin kadına mali külfet getirmemesi için Mahkemeye yapılacak başvuruların harca tabii olmayacağı hükme bağlanmıştır.

Tedbir talep edildi inden, dilekçenin verildi i tarihte karar verilebilir. Kimi hakimler duruşma açarak ve hatta di er tarafı dinleyerek karar veriyorlar. Yasanın konma amacı hatırlatılarak, tekrar şiddete u rama ihtimaline binaen karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan karar verilmesinde ısrar edilmelidir. Doktor raporu yada daha önce yapılmış şikayetler hakimi ikna etmede yararlı olacaktır.

Bu tedbir altı ay sürelidir. 6 aylık uzaklaştırma süresi hakimin takdiriyle daha da kısaltılabilir. Süreli oldu undan tekrar verilebilir. Koruma süresi bitti inde yeni olayların varlı ından bahsederek yeniden koruma talep edilebilir.

Bu karara karşı yine kararı veren aynı mahkemeye itiraz edilebilir. Fakat karar kesin oldu undan Yargıtay'a temyiz edilemez.

Mahkeme kararında, 6 ayı geçmemek üzere tedbirin uygulanma süresi belirtilecek ve tedbire aykırı davranışta bulunması halinde kusurlu eşin tutuklanaca ı ve hürriyeti ba layıcı cezaya mahkum edilece i ihtar olunacaktır.

Koruma kararının bir örme i İnfaz Savcılı ı'na tevdi olunur, zabıta vasıtasıyla izlenir. Karara uyulmazsa, eşin şikayetine gerek kalmaksızın savcı tarafından sulh ceza mahkemesinde dava açılır.

Bu davada Meşhut Suçların Muhakeme Usulüne göre yargılama yapılır. Bu surette yargılamanın süratle sonuçlandırılması amaçlandırılmıştır. Mahkeme kararını yerine getirmemenin cezai müeyyidesi 3 aydan 6 aya kadar haptir.

Uygulamada zorlayıcı bir yorumla aile içi di er bireylere karşı da koruma kararı alınabilece i beyan ediliyor.

Eşlerin evli olması arandı ı için mahkeme karar vermeden önce nüfus kayıt örne ini istemektedir.

Yorum yolu ile imam nikahlı eş hakkında koruma kararı verilebilece i sonucuna varılabilir. Yalnız hukukumuzun tanımadı ı dini evlilikler de, aile tanımına uydu undan, aynı muhtarlı a kayıtlı olmaları gibi bazı deliller varlı ı halinde bu yasanın uygulanmasında ısrar edilebilir.

## 5. Tanıma ve Tenfiz Davaları

Yabancı ülkede alınan bir kararın Türkiye'de uygulanabilmesi ancak tanıma ya da tenfiz davaları ile sa lanabilecektir. Tanıma ve tenfiz arasındaki fark sonuçlar açısından geçerlidir. Tenfiz kararları icraya konabilir, şartları da farklıdır.

Boşanma kararları sadece nüfusa geçmesi gereken kararlardır. İcraya konmaz. Bu nedenle boşanma davalarının sadece tanınması hukuken yeterlidir. Tanıma mahkemeye başvurulduktan ve karar taraflara tebli edildikten sonra, yabancı mahkeme ilamının onaylı tercümesinin altına kaşe vurulmak suretiyle gerçekleşir. Uygulamada bu davalarda daha önce tenfiz de isteniyordu, günümüzde Yargıtay boşanmalar için tanıma davalarını yeterli görmektedir.

Tanıma davalarında müttekabiliyet aranmaz ve karar yabancı mahkeme tarafından verildi i andan itibaren hüküm do urur.

Tanıma için, verilen ülke kanuna göre kararın kesinleşmesi gerekir. Tanıma yenilik do uran bir karar de ildir. Yabancı mahkemece verildi inde gerçekleşir. Türk mahkemeler kararı sadece tanır, yoksa inşai bir hal oluşturmaz. Bu nedenle örne in kişi yabancı ülkede

boşanıp yeni birisi ile evlendikten sonra öldü ünde, sadece boşanma kararını Türkiye’de tanıtmadı ı için daha önceki eşi de mirasçı olamaz.

İdari ve ceza davalarını, kamu yönlü iş davalarını, nihai olmadı ından ihtiyati tedbir kararlarını tanımak ya da tenfiz etmek mümkün de ildir. Sadece özel hukuk konusu olan davalar tanınabilir.

Sadece mahkemeler tarafından verilen kararlar tanındı ından, idari nitelikte kararlarının da tanınması mümkün de ildir. Bu durumda sıkıntılarla yol açmaktadır. Örne in İskandinavya’da sadece belediye kararı ile boşanma gerçekleşebiliyor ya da bazı ülkelerde kadılık makamı mevcuttur. Yargıtay bu kararların tanınmayaca ına dair karar vermiştir. Bu görüş doktrinde eleştirilmektedir, zira her ülkenin kendisine göre bir hukuk sistemi mevcuttur. Bizim gibi mahkemelerinin bulunması aranmamalıdır. Kaldı ki böyle bir makamın verdi i karar Türk tarafının ma duriyeti ile sonuçlanıyorsa, zaten kamu düzeni ilkesi gere ince tanımanın reddi mümkün olabilecektir. Yabancı unsurlu davalarda kamu düzeni çok büyük bir önem arz etmektedir. Uygulanan hukukun kamu düzenine aykırı olması halinde kararın tanınmaması mümkün olabilir. Fakat ne olursa hiç birisinin tanınmaması Türk tarafını da ma dur edecektir.

Fakat icraya konması gereken velayet veya nafaka gibi durumların varlı ı halinde tenfiz davasının açılması gerekir.

Tenfiz hakimi, davayı yeniden görmez, sadece Milletlerarası Özel Hukuk ve Hukuk Usulü Kanununda yer alan tenfiz şartlarının yerine gelip gelmedi ine bakar. İcraya konulacak kararların tenfiz edilmesi gerekir. Tenfiz,

kendisine karşı karar tenfiz edilenin ikametgah mahkemesinde açılır ve asliye, iş hukuku ile ilgili ise iş mahkemesinde görülür. İkametgah yoksa, sakın oldu u yer mahkemesi yoksa, İstanbul, Ankara, İzmir mahkemelerinden birisinde açılır.

Tenfiz hakimi hükmü inceleyerek verilen kararın Türk kamu düzenine aykırı olup olmadı ını inceler. Akabinde tenfiz için hükmü veren ülke ile mütekabiliyetimiz olup olmadı ını araştırır. Adli, kanuni ya da fiili bir mütekabiliyetin mevcut olması bu şartı gerçekleştirdi ini gösterir.

Tanım ve tenfiz şartlarının here iki ülkede aynı olması kanuni mütekabiliyeti sa lar. Ayrıca konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konu olup olmadı ına bakılır. Gayrimenkul aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerin münhasır yetkisi bulundu undan bu konuda ne olursa olsun farklı bir ülke kararının tenfiz edilmesi mümkün de ildir.

Kişi hallerine ilişkin davalarda Türk hukuk kurallarının uygulanmaması tenfize engeldir . Bu şart tartışılıyor, zira her ülkenin kendi MÖHUK kuralları mevcut oldu u için kişi hallerine ilişkin davalarda kendi hukuk kurallarını uygulamaları muhtemeldir. Hiçbir ülkeden, kendi kanunlarını uygularken bizim MÖHUK kurallarımızı da dikkate almalarını bekleyemeyiz.

Nafaka alacaklarında, Nafaka Alacaklarının Tahsili Hakkında Uluslararası Sözleşme mevcuttur. Bu uluslararası sözleşme pek çok kolaylık sa lamaktadır. Nafakaya ilişkin ilamın yerine gelmesi için Cumhuriyet Savcılı ına yetki verilmektedir. Cumhuriyet Savcılı ı kendisine verilen konularda tebligat yapabilir, tenfiz davası açabilir, yurtdışında dahi dava açma yetkisi vardır. Uygulamada Noter kanalı

ile Cumhuriyet Savcılığı'na yetki verilmektedir. Yargıtay verilen yetkinin içeriğinin ayrıntılı olarak açıklanmasını koşul olarak ileri sürmektedir.

## 6. Sonuç ve Kanaatimiz

Yeni Medeni Kanun, İsviçre Medeni Kanun de işliklerinin tercüme edilmesinden ibarettir. Eski yasaya göre daha hakkaniyetli çözümler içermesine rağmen, uygulaması oldukça zor bir sistem getiriyor. Özellikle mal rejimi uygulamada oldukça büyük zorluklara neden olacağı benziyor. Bizden çok daha fazla sistematik bir yapısı bulunan İsviçreli bile mal rejimlerini de iştirme hazırlıkları içersinde iken, bizim onlar tarafından dahi uygulanamayan bir sistemi almamızın hatalı olduğunu ifade edilebilir.

Türkiye'de bu sistemin sağlıklı olarak yürütmesine imkan yoktur. Zira kayıt dışı ekonomi çok fazla, evlilik içinde eşlerin mallarının envanter ile tespit edilmesi ve boşanmanın vuku bulması halinde bunların paylaşılması fiilen çok zordur. Üstelik bu durum evlilik içindeki eşlerin birbirine olan güveninin kaldıracağından ayrıca huzursuzluklara sebebiyet verecektir.

Uygulamanın çok zor olması ve evliliği boşanma ya da ölüm sonucu sona erdinde bir limited şirketin mallarını paylaşırıcısına mal paylaşımı yapılmasının aile kurumuna verdiği zararlar inkar edilemez. Üstelik bu durum mali sıkıntılar nedeni ile eşlerin evlilikten kaçınmaları ve nikahsız beraberliklerin artmasına neden olacaktır.

Medeni Kanununun uygulanmasında en büyük sorunlardan birisi ispat sorunudur. Evlilikler, şirketler gibi ortakların her an mal kaçırma şüphesi ile birbirlerine

baktıkları, mal varlıklarının envanterini tuttuğu, kendi malını evlilik içinde kullandığı diğer mallardan ayırdığı kurumlar da ildir, genel olarak da uzun sürer. Bu noktada, örneğin, eşlerden birinin kendi kişisel malını satmak suretiyle aldığı bir malın ne olacağını tespit edebilmek hiç de kolay olmayacaktır. Eşlerin ayrılarken maddi konularda büyük ihtilaflar yaşaması, özellikle çocuklu ailelerde oldukça büyük sorunlara sebebiyet verecektir.

Nitekim edinilmiş mallara katılma sistemi 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren geçerli, bunu evliliğin başlangıcından itibaren yapmak isteyenler 1 Ocak 2003'e kadar birlikte notere giderek farklı bir mal sistemini seçebilirlerdi. Bir yıl içinde yapılan sözleşmeler 1000'in altında kalmıştır. Üstelik bunlardan azımsanamayacak bir çoğunluğu bundan sonra da mal ayrımı sistemi yapılmasını isteyenler oluşturmuştur. Bu da toplumun büyük kısmının bu mal rejimine sıcak bakmadığını ortaya koymaktadır.

Fakat olumsuzlukları ne kadar çok olursa olsun boşanma esnasında sürekli mağdur taraf olan bayanların haklarının korunması açısından Medeni Kanunun büyük bir adım olduğunu yadsımaya ise imkan bulunmamaktadır. Daha önce evlilik sona erdinde mallar kimin üzerinde ise, onun üzerinde kalıyordu.

Türkiye'de evlilik içi gayri menkullerin sadece %8.3'ü bayanlar üzerine kayıtlıdır. Bu rakamlar sadece evlilik içinde de il, miras sonucu kadınların haklarını alamadıklarını göstermektedir. Önceki mal ayrılığı sisteminde ailede paranın hakimiyeti genel olarak erkekte bulunduğundan, kadın ücret mukabili çalışsın çalışmasın boşanma vuku bulduğunda evlilik esnasında ne kadar çok mal

edinilmiş olursa olsun kadınlar ma dur olmaktadır. Sadece cüzi bir nafaka ve eşlerinin kusurları ispatlandı ı takdirde, yine genelde çok cüzi olan tazminatlar alabilmekteydiler. Ço u zaman maddi imkansızlık nedeni ile a ır boşanma sebepleri gerçekleşse dahi gelecek korkusu ile boşanma yolunu tercih edememekteydiler. Bu noktada edinilmiş mal ortaklı ı sistemi, eşlere boşanma ve ölüm halinde eşit hak tanımakta ve ma duriyet azamiye inmektedir. Evde yada tarlada bahçede ücretsiz olarak aile için çalışmaya katılan kadının eme i de de erlendirilmesi ve eşit mal sahibi olmaları sa lanabilmesi amaçlanmaktadır. Yeni Medeni Kanunda benim gözlemleyebildi im kadarıyla, okullarda ö retilen hukuk mantı ını zedelemek pahasına, pek çok istisna getirilerek aile hukukunda bu hakkaniyet sa lamaya çalışılmış.

Edinilmiş mal sistemi kadın ev hanımı olsun olmasın, evlilik içi edinilen mallarda hakkı oldu u düşüncesine dayanır. Yasa sonucu, kadının içeride çalışması ücretlendirilmiş olup, kadının evdeki eme i de erlendirilecektir. Erke in eşi bulunmasaydı eve temizlikçi getirece i yeme ini yaptırmak, çamaşırlarını temizletmek, çocuklarını baktırmak için ayrı insanlara ihtiyaç duyaca ı gerçe i karşısında bu ev içi hizmetin de hesaba katılmasının, Medeni Kanun uygulamasının neden olaca ı zorluklara de ece ini düşünüyorum. Örne in ölüm halinde kadına aile konutu üzerinde intifa hakkı sa lanması, miras hukuku açısından uygulanma zorlukları getirirse dahi hakkaniyet açısından oldukça büyük bir ihtiyacı karşılayacaktır.





# Türkiye’de Din, Toplum, Siyaset Anketi: Bir De erlendirme

Sezgin TUNÇ<sup>(\*)</sup>



Bu çalışmada, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı’nın (TESEV) Şubat 1999 tarihinde Ali Çarko lu ve Binnaz Toprak yönetiminde hazırladığı “Türkiye’de Din, Toplum, Siyaset” konulu anket araştırması ele alınacaktır. Araştırmada, Türkiye’de din ile toplumsal ve siyasal tutum ve davranışlar arasındaki ilişkinin irdelenip de erlendirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. “Araştırmanın Amaçları” başlıklı bölümde, araştırmacıların bir anket çalışmasıyla bu konuya e ilmelerinin sebepleri konusunda bir takım gerekçeler ifade edilmektedir; Siyasal İslam’ın yükselişi, Refah Partisi iktidarı, 28 Şubat darbesi gelişmeleri ile birlikte, Türkiye’de en ciddi siyasal krizlerinden birinin yaşanmış olması dolayısıyla, siyasal düzlemde yaşananların toplum nezdinde buldu u yankı ve toplum bakımından siyasal çatışma ve muhaliflik olgularının ne anlama geldi i, bu anlamda bir çatışma ve farklılaşmanın toplumsal yaşamdaki izleri ve siyasal e ilimlerin analizi, çalışmanın amaçları olarak ifade edilmektedir. Yine, “İnanç, Davranış ve Tutumlar” başlıklı 6. Bölümde araştırmanın ana amacı “Türkiye’de seçmenlerin dini inanç, tutum ve davranışları ile siyasal davranış ve tutumları

arasındaki ilişkileri saptamak, böylelikle ülkedeki Siyasal İslam’ın kapsamlı bir çözümlemesini olanaklı kılmak” şeklinde açıklanmıştır.

İfade edilen şekliyle çalışmada, “%99’unun Müslüman farz edildi i bir ülkede şeriat devleti imkanı” tartışmasında İslamcı ve Laik kesimin savları de erlendirilmektedir. Bu tartışmada, halkın büyük bir ço unlu u Müslüman olan bir ülkede, kamusal ve özel alanda İslami esasların daha etkin ve görünürde bir rol oynaması talebi, söz konusu ço unluk için haklı bir talep olabilece i savının yanı sıra, Laik kesim açısından da bu talep sonucunda “bir şeriat devleti imkanı” ciddi bir olasılık ve tehlike olarak gözükmektedir. İki sav bakımından da, “İslami bir devlet” talebinin olabirli i ihtimali üzerine yaklaşımlar görülmektedir. Burada, Laik kesimin, İslami devlet imkanının söz konusu olmadı ı yönünde de il, bilakis İslamcı kesim gibi şeriata dayalı bir devletin mümkün olabilece i yönünde endişe ve korkularının söz konusu olması önemli bir husustur. Araştırmada, bu iddiaların Cumhuriyetin medeniyet projesinin Türk halkı tarafından ne ölçüde içselleştirildi i sorusu ile birlikte toplumsal düzlemde

(\*) stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ö rencisi.

karşılıklı ve gerçekliğin saptanmaya çalışılmaktadır. Araştırma hakkında verdiğimiz bu kısa bilgilerden sonra, araştırmada ele alınan konu bakımından bir kaç hususu zikretmek gerekecektir.

Türkiye’de din, toplum ve siyaset ilişkisi ele alındığında, Türk toplum yapısı, siyaset tarzı ve bununla birlikte dini kurum ve algıları tarihsel gelişimleri ile birlikte ele alınmalı ve ciddi anlamda değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Bu değerlendirme, toplumsal, siyasal ve dinsel kurumların yapılanma ve karakteristikleri Osmanlı’dan Cumhuriyet dönemi Türkiye’sine kadar geçen zaman süreci göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Bu bakımdan Osmanlı’nın Batılılaşma süreci, Tanzimat’tan önce başlayıp Cumhuriyete ve bu güne uzanan bir dönemi kapsayacak şekilde ele alınmalıdır. Her ne kadar Kemalist devrimle birlikte, Osmanlı batılılaşma hareketlerinin ıslahatçı yani radikal olmayan hatta gönülsüz oluşuna tepki olarak, söz konusu düzlemlerde ciddi anlamda radikal de işmeler gerçekleştirilmişse dahi, şu an taşıdıkları özellikler itibarıyla siyasi, dinsel ve toplumsal kurumların geçmişten devralınan nitelikleri hala canlıdır. Bu anlamda, Osmanlı’da doğul olarak din, toplum, siyaset birlikteliği gibi, Cumhuriyet döneminde de aynı biraradallığın veya devletin din ve toplum ile üst konumdaki ilişkisinin sürdürülmek istenmesi olgusu örnek olarak verilebilir.

Batılılaşma süreci ile birlikte devletin halk karşısında yabancılaşması ve kopuşu giderek derinleşmiştir. Bu kopuş, laik ideolojinin jakoben politika ve pratiklerle halkın tarihsel ve yapısal realitesini göz ardı ederek radikal tercihlerde bulunması ile gerçekleştirilmiştir. Bu tercihler doğultusunda, Cumhuriyet

döneminde radikal de işimler ile ortaya konan pratikte “laiklik” temel kavram ve amaç olmuştur. Bunun sonucunda, devletin İslam’ın toplumsal ve siyasal düzlemde etkinliğini kırmaya yönelik laikleştirme eksenli faaliyetleri, halka yabancılaşma şeklinde algılanmaya neden olmuştur. Türkiye’de, Batılılaşma ideolojisinin bir türlü içselleştirilememesinin ve içselleştirilemeyecek oluşunun sebebi toplumsal realite ile birlikte, derin maziden devralınan siyasal ve toplumsal geleneklerdir. Yine, Cumhuriyetin ilk yıllarından beri, toplumsal ve siyasal anlamda gerçek bir istikrarın yakalanamayışının sebepleri de devletin halkı ile yabancılaşmaya başladı bu noktada aranmalıdır. Toplumsal ve tarihsel gerçekler toplumun laik ideolojiyi içselleştirmesi önünde en büyük engel olmuştur. Bu sorun bu gün bile canlılığını korumaktadır. 1970’lere gelindiğinde, Siyasal İslam’ın ilk kez partileşmesi ile birlikte Cumhuriyet dönemi ve ardından tek parti dönemi boyunca bastırılmış olan İslamcı muhalefet, siyasal ve toplumsal alanda diğer siyasal akımlardan bağımsız olarak söz söyleyebilme imkanı bulmuştur. 1970’lerden 2000’lere gelene kadar, Türk siyasi hayatında başat iki akımdan bağımsız ve farklı olarak inisiyatif kullanıp kurumsallaşmaya başlayan MNP, MSP, RP, FP çizgisinin/geleneğinin parti pratiği, bu gün “Türkiye’de Siyasal İslam” konusunda yapılan tartışmaları anlamak için iyi okunmalı ve bilinmelidir.<sup>1</sup>

Bu gerçekler, başta ifade edilen “halkın çoğunluğunun Müslüman olduğu bir ülkede bir şeriat devleti imkanı” savı bakımından önem taşımaktadır. Bu

<sup>1</sup> 1970 öncesi Türk politikası hakkında farklı bir bakı açıları için bkz.: Dris Küçükömer, *Düzenin Yabancılaşması*, Ba lam Yay., İstanbul, 2001.

kısa açıklamadan sonra, elimizdeki araştırma ve içeri i konusunda bir kaç hususun de erlendirmesine geçebiliriz. Hacimli bir çalışma olmasından dolayı burada özellikle araştırmanın bir resmini verebilecek önemli birkaç hususu de erlendirmeye çalışaca ım.

1- Öncelikle şunu belirtmek gerekir; Araştırmacı her ne kadar objektif, bilimsel ve tarafsız bir şekilde araştırma yaptı ını belirtse dahi, araştırmanın bizzat amacının ve içeri inin bu anlamda bir objektifli e sahip olmayaca ı bilinmelidir. Bir anket çalışmasında, soru formları dahil olmak üzere araştırmanın yapıldı ı dönem, örneklem çevresi ve seçimi, verilerin de erlendirilip yorumlanması, arzu edilen görüşlerin öne çıkması için araştırmacının ideolojik tercih ve algılarından ciddi anlamda etkilenir. Zaten anket yolu ile yapılan kamuoyu araştırması, bir kamuoyu yoklamasından ziyade, bir iddianın do rulu unu ya da yanlışlı ını ispata yönelmiş bir amaç taşır. Bu hususu ifade etmemin sebebi, ortaya çıkan tablonun ve bunun üzerine yapılan de erlendirmelerin ifade edildi i anlamıyla mutlak do ru ya da hakikat olarak anlaşılması gerekti i noktasındadır.

2- Araştırma, "Türkiye nüfusunu temsil yetene ine sahip" 3053 kişilik bir örneklem çerçevesinde Şubat 1999 tarihinde 105 sorudan oluşan bir anket çalışmasına dayanmaktadır. Örneklem seçimi iller bazında oluşturulan kümelendirmelerden seçilmiş şehirler belirlenerek yapılmıştır. Kars, Erzurum, Aksaray, Giresun, Nevşehir, Trabzon, İstanbul, Ankara, İzmir, Eskişehir, Denizli, Antalya ve Bursa örneklem çevresi olarak belirlenmiştir. Örneklem %51,7'si erkek, %48,3'ü kadınlardan oluşmaktadır. Yine %63,3'ü il ve ilçe merkezlerinde, %36,7'si il ve ilçelere ba lı köylerde yapılan görüşmelerden

oluşmaktadır. Ankette örneklem seçimi, "hane sistemi" do rultusunda hane halkını kapsayacak bir biçimde yapılmıştır. Soru formu, halkın dindarlık düzeyleri, dindarlık ve siyasi tercihler arasındaki ilişki, dinin siyasette rol alması, devletin din ile ilgili politikaları, Cumhuriyet reformları, İslamcı-laik bölünmesi, hoşgörü, dindarlık-muhafazakarlık ilişkisi, Refah Partisi, Fazilet Partisi, din ile e itim, din e itimi, din ve toplumsal cinsiyet gibi konular hakkında sorulmuş 105 sorudan oluşmaktadır. Sorular, parti seçmenlerinin verdikleri cevaplar bakımından da ayrıca de erlendirilip, parti tabanlarının genel e ilimleri ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. (Örneklemelerin yaş grupları ve e itim durumları için bkz.: Tablo 5.2, 5.3)

3- Araştırmanın temel olarak, ülke nüfusunun büyük ço unlu unun Müslüman olmasının İslami harekete meşruiyet kazandırıp kazandırmadı ı konusuna dayandı ını belirtmiştik. Burada araştırmacılar, sorulan sorularla bu konuyu irdelemeye çalışmaktadırlar. Sorulardan elde edilen cevaplarla, halkın genelinin dinine ba lı ve inançlı Müslümanlardan oluştu u tezi do rulanmaktadır. "Hangi dine mensupsunuz?" sorusuna, %96,6 oranında "Müslümanım" cevabı verilmiştir. İbadet alışkanlıkları konusunda sorulan sorularda bir kaç kategori şeklinde bir ayırım gözetilmiştir; toplumsal (namaz, oruç), ekonomik (fitre, zekat) ve Halk İslam'ı (mevlit, adak, türbe ziyareti) kaynaklı üç ayrı kategori sonuçları bakımından ayrı ayrı yorumlanmıştır. Araştırmacı, burada "yaşanan İslam'ı" yakalamayı hedefledi ini belirtmektedir. Aynı zamanda toplumsal karakteri baskın olan oruç ibadeti konusunda, Ramazanda

her gün oruç tuttuunu söyleyenlerin oranı %91 gibi bir orandadır. %60,2 zekat verdi ini, %67,8 ise her Kurban Bayramı'nda kurban kesti ini söylemiştir. Her gün namaz kılanların oranı %45,8, kılmadığını söyleyenlerin ise %53,1 oranındadır. Araştırmanın bu sorulardan sonra vardığı sonuç şu şekilde özetlenmiştir; "İbadet alışkanlıklarını sordu umuz sorulara verilen cevaplar halkın büyük çoğunluğunun sadece inançlı olmayıp ibadetlerini de yerine getirdiğini göstermektedir." Parti seçmenleri bakımından ibadet alışkanlıkları konusundaki yanıtlarda farklılaşmalar beklendiği gibi çıkmıştır. CHP'nin birinci kategori ibadetler bakımından en düşük ibadet alışkanlığına sahip grup olarak ortaya çıktı görülmektedir. CHP seçmeninin ardından sırasıyla DSP, ANAP, MHP, DYP ve FP seçmeni gelmektedir. DYP seçmeni maddi güce dayalı fitre ve zekat gibi ibadetleri yerine getiren en büyük çoğunluğunun oluşturmasına karşın, namaz ve oruç gibi ibadetlerde en yüksek çoğunluğunun oluşturduğu FP seçmeninin maddi güce dayalı ibadetleri yerine getirmek bakımından daha düşük orana sahip olması, partilerin tabanları hakkında maddi durum/imkanlar açısından gösterge sayılabileceği ifade edilmektedir.

Yukarıda, ibadet konusundaki soruların de erlendirilip yorumlandığı gibi diğer konularda da benzer yöntem izlenmiştir. Burada her konuyu araştırmacı gibi ele alıp de erlendirmek gereksiz olacaktır yukarıdaki de erlendirmeyi örnek olarak buraya aktardım. Ayrıntılar için bizzat anket metninden faydalanılabilir.

4- 28 Şubat darbesi ardından dinsel tutum, davranış ve ilimlerin bilgi ve haber kaynakları ile birlikte müdahale edilip şekillendirildiği bir dönemde soruların muhataplarının

do ru bir zihin algısı ile cevap verip veremeyecekleri şüphelidir. Sorular bakımından spekülatif, belli bir algı biçimini dayatmış halde, belli cevapların alınması yönünde izlenimler edinmek mümkündür. Dinin devlet ve siyaset düzenini yönlendirmesi konusunda sorulan soru örnek olarak gösterilebilir (Şekil 6.2.1). Burada sorunun bizzat kendisi duruma olumsuz bir yaklaşım arz etmektedir. Bunun yanı sıra, şeriat ve laiklik konusundaki sorulara verilen cevaplar, kavramlar konusundaki kargaşa hali bilinmesine rağmen araştırmacı tarafından kesin tespitler şeklinde de erlendirmelere girişilip yorumlanmıştır. Şeriat istemi ile ilgili sorudan çıkan %21,1 olumlu cevap hakkında araştırmacının "şeriat devletinden ne anlaşıldığını mu laktır" de erlendirmesi de aynı do rultuda örnek olarak verilebilir (Tablo 4.1., de erlendirme için; s. 17). Yine şeriat istemi ile ilgili tablo 4.1'de Haziran 1995, Mart 1996 ve Mayıs 1998 tarihleri itibari ile ortaya çıkan tablo dikkat çekicidir (kaynak; TÜSES anketi).

5- Kimlik tanımlanması sorusunda ortaya çıkan tabloda; %35,4 Müslüman, %33,9 Türk vatandaşı ve %20,2 Türk oranı ortaya çıkmıştır. Kürt ve Alevi kimliği tanımlamaları oldukça düşük orandadır. Araştırmacının yorumu "Araştırmamızın halkın %97'sinin Müslüman olduğu bir ülkede Müslüman kimliğin a ırlıklı bir şekilde ön plana çıkmadığını, her ne kadar kendini öncelikle Müslüman olarak tanımlayanlar %35,4 ile en büyük kategori ise de, kendini Türk veya vatandaşlık kimliği etrafında tanımlayanların halkın çoğunluğunu oluşturduğunu göstermektedir" şeklinde ise de, ortaya çıkan oranların daha farklı korelasyonlarla daha farklı yorumlanması da mümkündür.

Örne in; kendini Müslüman olarak tanımlayanlar ile kendini Türk olarak tanımlayanların oluşturdu u kategori daha büyük olabilmektedir. Araştırmacının aksine, "Türk" ve "Müslüman" kimlik tanımlamalarının, "Türk" ve "Türk vatandaşı" kimliklerinden daha fazla ilişkili ve yakın olduklarını düşünüyorum.

6- İslami esasların toplum hayatında etkinli i ve görünürlük üzerine tartışma ve sorunlarda oldu u gibi, anketteki sorularda ve araştırmacının yorumlarında "Kadın Sorunsalı" oldukça merkezde bir rol almaktadır. Araştırmacı, hem laik hem de İslamcı kesimde kadınların siyasi mücadelenin baş aktörleri oldu unu ifade etmektedir. Bu durumda, faaliyetler ve söylemlerle birlikte görünürlük meselesi çerçevesinde ilk planda ayrışılan konular yine kadının kamusal ve özel alanlardaki rollerine ilişkindir. Ancak araştırmacının bulguları (örne in başörtülü, türbanlı ve çarşafly kadınlar toplamda %72,5 gibi bir orandadır) konu hakkında yapılan tartışmalarda realitenin ne kadar göz ardı edildi ini ispat etmektedir. Di er konular gibi, gerek devlet politikaları gerekse yapılan tartışmalar anlamında sorunun tek taraflı ve kasıtlı bir biçimde oluşturulan imajlar ile nasıl çarpıtıldı ı ortaya çıkmaktadır. Araştırmacı, laik kesimin bu konudaki endişelerinin haklı oldu u sonucuna varmıştır. Çünkü, ortaya çıkan manzaraya göre halkın ço unlu u örtünme konusunda oldukça muhafazakardır (%58,4 her Müslüman kadının başını örtmesi gerekti ini düşünmektedir. Bu fikre katılmayanlar %32,6 oranındadır). İslamcı partilerin seçmenleri arasında örtünmenin gereklili i do rultusunda cevap verenlerin oranının yükseldi i de belirtilmektedir. Bunun dışında aynı verilerin de erlendirilmesi noktasında, "e itim düzeyi

arttıkça aşırı dindarlık ve muhafazakarlık e ilimleri azalmakta, buna karşın ça daş de erler daha önem kazanmaktadır" yorumu önemli bir iddia olarak karşımıza çıkmaktadır.

7- Araştırmacı, soruların bütünsellik içinde de erlendirilebilmesi için çok de işkenli dört endeks aracılı ıyla yorumlamaya gitti ini belirtmektedir. Bu boyutlardan birincisi "din temelli muhafazakarlık" olarak belirlenmiştir. Burada ilgi çekici olabilecek sonuç, dinsel muhafazakarlık e iliminin en yüksek FP seçmenlerinde de il, sırasıyla MHP ve DYP seçmenlerinde çıkmasıdır. İkinci boyutta, "RP'ye destek ve şeriat istemi" konusunda FP seçmeni açık farkla ön sıradadır. Üçüncü ve dördüncü boyutlar "dinsel tolerans" ve "marjinalite" olarak belirlenmiştir. Burada seçmenler arasında ciddi bir farklılaşmanın olmadığı belirtilmekte ancak marjinalite boyutunda ANAP seçmeni görece daha düşük çıkmaktadır.

8- "Dinin siyasetteki rolü" başlıklı bölümde de dikkat çekici hususlar mevcuttur. Bu bölümde iki grup soru ile dinin siyasetteki yeri konusunda kişilerin ne yöne e ilimli oldukları ve çok partili düzen içinde din temelli politika yapan partilere yönelik görüşler ö renilmeye çalışılmıştır. Din temelli olup olmadığı tartışmalı olmasına ra men Refah ve Fazilet partileri hakkında bu kategori içinde sorular sorulmuştur. İlk kategoride, "Türk parti sistemi içinde din temelli politika yapan partiler olmalı mı?" sorusuna %60,6 oranında olumsuz, %24,6 oranında olumlu cevap verilmiştir (Şekil 6.2.1). Bu sonuç, araştırmacı bakımından "inanç farklılıklarının hoşgörü ve barış ortamında korunması büyük bir ço unluk için toplumsal huzurun ayrılmaz bir parçası olarak algılanmakta..." oldu unu ifade

etmektedir. Bu durumda araştırmacının, din temelli politika yapan partilerin, "inanç farklılıklarının hoşgörü ve barış ortamında korunması"na aykırı oldu u ön kabulü dikkat çekicidir (Bu konuda bak. Tablo 6.2.1) Aynı kategoride başörtüsü konusunda, gerek devlet memuru kadınların gerekse üniversite öğrencilerinin kızların isterlerse başlarını örtmelerine izin verilmesi gerektiğine görüşülenlerin %75'i destek verirken bu görüşe katılmayanların oranı %16 düzeyindedir.

9- "İslamcı-Laik bölünmesi var mı?" tartışması, araştırmada din-siyaset ilişkisi ve Cumhuriyet devrimleri bağlamında irdelenen bir başka konudur. Bundan önce "Türkiye'de seçmenlerin siyasi tercihleri sol-sa yelpazesi üzerinde ayrıntılı olarak merkezde yer almaktadır" şeklinde bir tespit yapılmıştır. 1970'lerden 1999'a merkezin sağındaki seçmen kitlesinin arttığı ancak seçmen kitlesinin dörtte üçünün kendini merkeze yerleştirdiği belirtilmektedir. Araştırmacı, İslamcı-Laik bölünmesine parti tercihleri açısından bakmaktadır (İslamcı-Laik bölünmesi dışında farklı inançta olanlara karşı hoşgörü ortamı için bkz.: Tablo 6.6.1., 6.6.2., 6.6.3).

10- Kanaat, tutum ve değerlere yansıyan dindarlık boyutları (Bölüm 6.8), daha önce ifade edilen din temelli muhafazakarlık, İslamcı-Laik karşıtlığı, dinsel tolerans ve marjinalite boyutları ile değerlendirilmiştir. (ayrıntılar için bkz.: Tablo 6.8.1, Tablo 6.8.2, ve Tablo 6.8.3) Seçmenleri bakımından en muhafazakar parti DYP, ardından MHP ve FP gelmektedir. En RP ve şeriat karşıtı parti seçmeni DSP'de, ardından CHP ve ANAP'ta bulunmaktadır. Dinsel tolerans boyutunda, tüm parti seçmenleri aşağı yukarı aynı dinsel tolerans

faktör de eri almaktadır. (Bu konu dışında seçmen tercihlerini etkileyen etmenler anlamında bkz.: Tablo 6.9.1)

## Sonuç

Araştırmanın sonuç bölümünde en çarpıcı bulgu olarak, Türkiye seçmeninin merkezden sağa doğru kaymakta oluşu sunulmuştur. Bu kayma, merkez sağ ve merkez sol partilerin oy kaybını açıklamaktadır. Araştırmanın konusu olan Siyasal İslam açısından bu noktanın önemi, sağ seçmenin, ayırt edici bir özellik olarak, Siyasal İslam'a verdiği desteğidir. Yine bu bağlamda daha önce ifade edilen din temelli muhafazakarlık eğilimi bakımından MHP seçmeninin de, FP seçmenine benzer özellikler taşıması önemlidir. Bu anlamda araştırmacının, Milli Görüş geleneğinin temsilcisi olan FP'nin, artık Siyasal İslam temelinde destek bulan yegane parti olmadığını şeklindeki yorumu da önem taşımaktadır.

Sonuç bölümünde, ayrıca, din temelli kutuplaşmanın siyasi düzlemde varolmasına karşın, toplumsal anlamda ciddi bir karşılığının olmadığını belirtmektedir. Dinsel tolerans bakımından homojenlik, bu durumu ispat eder mahiyette bir veri olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, araştırmacının, 28 Şubat sonrası kamu alanını ilgilendiren bir takım düzenlemelerin halk tarafından ciddi bir tepki ile karşılanmadığını (kadının kamusal alandaki rolüne ilişkin düzenlemeler hariç) iddiasının, araştırma sonucu elde edilen veriler göz önünde bulundurulduğunda, tutarsız ve hatta kendi ile çelişir bir hal aldığı görülmektedir. Bu durumu, başta da ifade ettiğim gibi, anketin yapıldığı amacı ve bir iddiayı ispatlama amacına



yönelmesi dolayısıyla zorunlu olarak sübjektif nitelik taşıması ile açıklamak mümkündür.<sup>2</sup>

Son olarak denilebilir ki, bu araştırmada elde edilen veriler büyük ölçüde realiteyi yansıtmaktadır. Ancak, araştırmacının yorumu açısından, bulguların de erlendirilmesi noktasında bir takım sorunlar ortaya çıkmaktadır. Burada bilinmesi gereken husus, tartışmalı oldu unu belirtti im söz konusu yorumların oldukça sübjektif olup, belli bir takım savları ispata yöneldi idir.

Şubat 1999'da yapılmış bu araştırmada, ele alınan konular bakımından elde edilen verilerin 2002 itibariyle nasıl bir hal aldı ı önem taşımaktadır. Bu bakımdan araştırmacının da yaptı ı gibi, daha önce yapılmış olan anketlerdeki sonuçlar ile karşılaştırmada önemli bulgular elde edilebilir. Bu hususta benim düşüncem, devlet politikaları, uygulamaları ve gelişmeler sonucunda toplamda, halkın devlete olan yakınlı ı ve güveni, yerini daha fazla yabancılaşmaya ve kopuşa bırakacaktır. Buna sebep olarak süregelen baskıcı uygulamalar ile halkın bo uşt u ekonomik krizler gibi önemli hususlar gösterilebilir. Nitekim, son ekonomik kriz ile halkın tahammül sınırları o kadar zorlanmıştı ki, bir sosyal patlamanın yaşanması ihtimali söz konusu olabilmışti. Başörtüsü konusunda, İmam Hatiplerdeki uygulamalar ile devlet, adeta halkı kendisine düşman ilan etmeyi göze almıştı. Filistin'de yaşanan İsrail vahşetine ra men devlet, tüm karşı çıkışlara ra men İsrail ile işbirli i antlaşmaları imzalamak gibi kamuoyunu hiçe sayan uygulamalar di er sebepler olarak sayılabilir. Tüm bu

gelişmeler sonucunda, bu gün yapılacak benzer bir araştırmada ortaya çıkacak bulguların pek şaşırtıcı olmayaca ı kanaatindeyim.

<sup>2</sup> Darell Huff, *statistik ve Yalan: statistik le Nasıl Yalan Söylenir*, çev.: Ergin Koparan, Sarmal Yay., stanbul, 2002.



# 1982 Anayasası'nda Siyasi Parti Yasakları

Kasım AKSOY(\*)



## Genel Olarak

1982 Anayasası, ifade özgürlüğünün kolektif biçimde dışı vuruşu olarak nitelendirilen siyasi parti örgütlerini önceden izin almaksızın, serbestçe kurma hakkı getirmektedir. Demokratik bir ülkede halkın yönetimde dolaylı da olsa söz sahibi olmasını sağlayan bu hak, 1982 Anayasal düzenlemelerinde, diğer batı ülkeleri ile mukayese edildiğinde görülmesi çok zor sınırlamalarla bozulmuştur. Gerek 1982 Anayasası, gerekse 1982 Anayasasını somutlaştırmak için düzenlenen 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası bu hakkı demokratik ülke düzeni ile hiç de bağdaşmayacak derecede sınırlamalarla daraltmıştır. 1995 Anayasa değişiklikleri 1982 Anayasası'nın belirsizliklerini gidermesi ve de yasaklayıcı hükümlerini daraltması nedeniyle reform olarak değerlendirilebilir. Ancak yine de siyasi partilerin örgütlenmelerine ve programlarına ilişkin düzenlemelerde hakim olan sınırlamacı yaklaşım, Türk siyasi partilerinin (uluslararası alandaki diğer ülke partileriyle karşılaştırdığımızda) gayelerini gerçekleştirilmeleri noktasında engel olmaktadır. Türk siyasi partilerini cendereye sokarcasına daraltan sınırlayıcı yaklaşım, çoğulcu toplum anlayışıyla bağdaşmadığı gibi gerçekçi de değildir.

Giriş paragrafından da anlaşılacağı üzere bu çalışmadaki amaç, şu anda yürürlükte olan 1982 Anayasası'ndaki siyasi partilerle ilgili yasakları gündeme getirmektir. Ancak araştırma konusu, 1982 Anayasasıyla sınırlı kalmamakta, 1982 Anayasasının mukayeseli hukuktaki yerini görmek amacıyla bazı Avrupa ülkelerinin düzenlemelerini ve 1961 Anayasasını da kapsamaktadır. İçeriklerine fazla girilmeyecek, ancak bize yardımcı olacak kadarıyla, 1961 Anayasasını somutlaştırmak için düzenlenen 1965 tarihli Siyasi Partiler Kanunundan ve 1982 Anayasasının akabinde düzenlenen 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunundan da yararlanılacaktır. Bütün bu incelemelere girmeden önce konumuzdaki temel sorunların daha iyi anlaşılması amacıyla, demokrasinin temel unsuru olan düşünce özgürlüğü üzerinde durmak gerekecektir.

Bu yazıda herhangi bir ülke rejiminin savunusu ya da yadsınması yapılmayacaktır. Fakat şunu belirtmeliyim ki; bir ülkede herhangi bir rejim uygulanacaksa, bütün özellikleri dikkate alınarak uygulanmalıdır. Ülke şartlarına ya da kişisel özelliklere göre farklı niteliklere büründürülmemelidir. Her rejimin bütünüyle uygulanmasına toplumsal yapı engel oluyorsa, yasaklamalarla rejimde değişiklik yapmak yerine, toplumsal sorunların çözülmesine gidilmelidir.

## Demokrasi ve Düşünce Özgürlüğü

Anayasa yapıcıların, kurmuş oldukları düzenin bozulmasını engelleyici kuralları da koymak istemeleri normal karşılanması gereken bir durumdur. Çünkü, kendi düşüncelerine göre kurdukları ve yaşamasını istedikleri düzen en ideal olanıdır. Ancak bu kurallar konulurken unutulmamalıdır ki; demokrasilerde temel ilke olan düşünce özgürlüğüne halel getirecek sınırlamalar, aslında demokrasinin kendisini zedeleyecektir. O zaman bu ikisi arasındaki dengeyi kuracak düzenlemelere gidilmelidir. Düzeni korumak adına evrensel ilke olan "özgürlük" göz ardı edilmemelidir.

Burada düşünce özgürlüğünün sınırlarının ne olması gerektiği üzerinde durmak gerekir. Acaba buradaki özgürlük, demokratik bir ülkede demokrasiyi yıkmayı hedefleyen fikirleri meşru hale getirecek kadar sınırları geniş olan bir özgürlük müdür? Düşünce, uluslararası hukukta geçerli olan, temelini örf-adet hukukundan alan self-determinasyon ilkesine dayanıyorsa sorunun cevabını olumlu yanıtlamak gerekecektir. UYGUN'a göre "demokrasilerde düşünce özgürlüğünün içerik yönünden hiçbir şekilde sınırlanmaması ve her siyasi partinin serbestçe örgütlenerek, yeterli halk desteğini elde etmek koşuluyla, iktidara gelme olanağının bulunması gerekir."<sup>1</sup> Bu durumun, demokrasiyle yönetilen ülkelerde rejime zarar verebileceği akla gelebilir. Ancak demokratik düzeni benimseyen, bu düzeni kendine hedef almayan toplumlarda demokrasi adına var olması gereken düşüncelerden bir tanesidir. Madem ki insanlar toplum sözleşmesiyle devleti kurmuşlardır, öyleyse bu

sözleşmenin tarafı olarak devletin yapısı-şekli üzerinde söz sahibidirler.

Yukarıda da belirtildiği gibi anayasa yapıcıların, düzenlerini koruyucu yaptırımlara anayasalarında yer vermeleri normal karşılanmalıdır. Aslında bu durum, anayasa koyucuların kendi düşüncelerinin diğer düşüncelerden üstün olduğunu kanıtlayıcı kompleksleriyle de alakalıdır. Nitekim aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi birçok batı ülkeleri siyasi partilere kurumsal güvence getirmekle birlikte onu daraltan hükümlere de yer vermişlerdir.

### Bazı Batı Avrupa Ülkelerinin Anayasal Düzenlemeleri

Mukayeseli hukuk araştırmalarından yararlandığımızda, anayasalarında siyasal partilerle ilgili düzenlemelere giden ilk iki ülkeden birinin Almanya (diğeri İtalya'dır) olduğunu görmekteyiz. Alman hukukçu HESSE'ye göre Alman Anayasasının parti yasasına ilişkin hükmü iki boyutlu bir özellik göstermektedir. Bir yönüyle parti özgürlüğünü sınırlamakta, ancak diğeri yönüyle de siyasal partilere bir ayrıcalık tanımaktadır. Alman Anayasası siyasal partilerle ilgili genel hükümleri belirledikten sonra, somutlaştırıcı düzenlemeleri yasa koyucuya bırakmıştır. Yasa koyucu, 18 yıl sonra 24.7.1967 tarihli Siyasi Partiler Yasasını çıkararak somutlaştırma işlemini gerçekleştirmiştir. Bu görev Alman yasama organı tarafından titizlikle yerine getirilmiştir. Anayasal çerçeveyi aşmak söz konusu olmadığında, Anayasaya aykırı partilerin yasaklanması konusunda sözü anayasa mahkemesine bırakmıştır. Almanya'da siyasal partilerin yasaklanmasına

<sup>1</sup> UYGUN, Oktay; *Refah Partisi ve Çok ulculu un Sınırları*.

müteallik hüküm Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iki kez uygulama alanı bulmuştur. 23 Ekim 1952 tarihinde Sosyalist Devlet Partisi ve 17 A ustos 1956 tarihinde Alman Komünist Partisi'nin kapatılmasına karar verilmiştir. 1956 tarihinden bu yana Almanya'da parti kapatma ile ilgili herhangi bir konu gündeme gelmemiştir. Bu, demokratik düzenin yerleşmesi, toplumun demokrasi aleyhinde tutum ve davranışlara girmemesi ve de Anayasanın somutlaştırılması için yürürlüğe giren siyasi partiler yasasının anayasal çerçeveyi aşmaması ve bununla birlikte fazla müdahaleci olmamasından kaynaklanmaktadır.

Alman Anayasası, anayasaların siyasi partilere ilişkin düzenlemelerinde, birçok ülkeye oldu u gibi Türk Anayasalarına da ilham kaynağı olmuştur.

Buraya kadar Alman Anayasasının siyasi partilere ilişkin yönleri kabaca anlatılmaya çalışıldı. (a) Türk anayasa düzenlemeleri ile Alman anayasa düzenlemelerinin birbirine paralel olması, (b) Türk Anayasasının karşılaştırmalı hukukta yerini görebilmek için, (c) ve de Alman Anayasasının siyasi partilere ilişkin düzenlemelere uluslararası alanda ilk yer veren iki ilkedен birisi olması hasebiyle, Alman Anayasasının belirgin yönlerini açıklamayı uygun bulduk.

Siyasi partilerle ilgili ilk düzenlemelerde bulunan bir başka ülke İtalya'dır. Ancak İtalya Anayasasının somut uygulaması olması ya da siyasi partilerle ilgili başka düzenlemeleri hüküm altına alan bir siyasi partiler yasası bulunmamaktadır. SA LAM'ın da belirttiği üzere, İtalyan hukuk öretisinde buna cevaz verilmemektedir. Bu sebeptendir ki İtalyan Anayasası ile Türk Anayasasını karşılaştırmak, düzenlemelerin şekil ve içerikleri

noktasında bize yardımcı olamayacaktır. Ancak yapılacak karşılaştırma, 1982 Anayasasının İtalyan Anayasasına oranla ne kadar kompleks ve yasaklayıcı oldu u noktasında gerçekleri görmemizi sağlayacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi Almanya ile İtalya, siyasi partilerin anayasal bir kurum olarak düzenlemesini ilk olarak yapan iki ülkedir. Bunu izleyen ülkeler sırasıyla Fransa, Türkiye, Avusturya, Yunanistan, Portekiz ve İspanya'dır. Bu anlayış, yakın bir zamanda do u Avrupa ülkelerinde de görülmektedir. Sıralanan ülkelerin düzenlemelerine bakıldığında, İspanya ve Yunanistan haricindeki ülke anayasalarının dolaylı da olsa parti yasaklarını düzenlemek yönünde hareket ettikleri görülmektedir.

**İtalyan** Anayasasının Geçici 12. Maddesi, kapatılmış Faşist Partisinin herhangi bir şekilde yeniden açılmasını yasaklamıştır. Anayasanın diğer maddelerinde parti yasakları ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

**Fransız** Anayasasının 4. Maddesi, "Partiler, ulusal egemenlik ve demokrasi hükümlerine uymakla yükümlüdür" hükmünü getirmiştir. Bu hüküm bizi, siyasi partilerin dolaylı da olsa yasaklanabileceği fikrine götürmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin 24.6.1959 tarih ve 59-2 DC sayılı kararında, düzenlemenin antidemokratik partileri yasaklama imkanı vermeyeceği belirtilmiştir.

**Avusturya'da** "Nasyonal Sosyalist Partisinin Yasaklanmasına İlişkin Yasa" anayasa düzeyinde bir kural olup, bu Yasanın 3/a Maddesi, kanunen yasaklanmış bulunan bir nasyonal sosyalist örgütü ayakta tutmaya ya da kurmaya yönelik girişimleri yasaklamıştır. Ayrıca aynı madde, bunun da ötesinde üyelerinin

nasyonal sosyalist anlamda faaliyetleri ile Avusturya Cumhuriyetinin baımsızlıını yok etme veya kamu düzenini ve cumhuriyetin yeniden inşasını bozma amacı güden birliklerin kurulmasını da yasaklamıştır.

**Yunanistan** Anayasası'nın 29/1 Maddesi "Partilerin örgütleri ve faaliyetleri, demokratik düzenin serbestçe işlemesine hizmet etmelidir" hükmünü içermektedir. Anayasa koyucu, partilerin hangi amaca yönelik faaliyette bulunacakları noktasında düzenleme yapmakla yetinip, siyasal partilerin yasaklanması ile ilgili herhangi bir maddeye bünyesinde yer vermemiştir.

**Portekiz'de** siyasal partilerin tüzükleri ya da programlarının anayasaya aykırılı ı parti kurulmadan önce saptansa bile, Anayasa Mahkemesi o partiyi tescil etmekle yükümlüdür. Partilerin kapatılması ancak kuruluş gerçekleştikten sonra söz konusu olabilmektedir. Anayasada parti kapatmaya neden olan durumlar şu şekilde belirtilmiştir:

*Parti amaçlarının samimi olmaması veya kamu ahlakı veya düzenine ters düşmesi,*

(Ulusal baımsızlık ve Portekiz Devletinin birli i alanlarında anayasada öngörülen engellerin aşılması da dahil olmak üzere) parti amaçlarının sistemli olarak kamu ahlak ve düzenine ters düşecek veya silahlı kuvvetlerin disiplinini bozacak biçimde haksız araçlarla izlenmesi,

*Faşist ideolojinin benimsenmesi.*

Portekiz Anayasası yukarıda da belirtildi i gibi, parti yasa ına ilişkin bir düzenleme içermemektedir.

Görüldü ü gibi bu devletler anayasalarında (Yunanistan ve İspanya hariç) parti yasaklarına ilişkin düzenlemelere do rudan ya

da dolaylı olarak yer vermişlerdir. Bu durum militan demokrasi anlayışının bir sonucudur. Ancak şunu da hemen belirtiyim ki, bu yasaklar demokrasinin temel ilkeleriyle uyumlu olup, 1982 Anayasasında oldu u gibi siyasal partilerin bütün çalışma alanlarına müdahale etmemektedir.

## 1961 Anayasası ve Siyasal Partiler

Türk Siyasal Partilerinin özel güvence altına alınması, 1961 Anayasası ile başlamıştır. 1961 Anayasasının 59/1 Maddesi, vatandaşların siyasi partileri kurma, partilere girme ve çıkma haklarını bireysel temel hak olarak güvence altına almıştır. 2. Fıkrası "siyasi partiler önceden izin almadan kurulurlar ve serbestçe faaliyette bulunurlar" hükmünü düzenleyerek siyasi partilere kurumsal güvence getirmiştir. En önemlisi de 1961 Anayasası, "siyasi partiler, ister iktidarda ister muhalefette olsunlar, demokratik hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" diyerek siyasal partileri, demokrasinin olmazsa olmaz temel unsurları arasına almıştır.

1961 Anayasasında parti yasakları ile ilgili düzenlemeler tek fıkrada toplanmıştır. Madde 57/1'e göre "siyasi partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezli i temel hükmüne uygun olmak zorundadır. Bunlara uymayan partiler temelli olarak kapatılır." 1961 Anayasası yasakları tek bir fıkrada toplamasından ve de yasakların anlaşılır olmasından dolayı, parti kapatma ile ilgili davalarda Anayasa Mahkemesinin işini kolaylaştırmıştır. Ayrıca 1961



Anayasası, demokrasinin temel unsuru olan özgürlüğe fazla müdahale etmemiş, özgürlük ve yasak arasındaki dengeyi korumaya çalışmıştır.

Ancak 1961 Anayasasının uygulaması olarak çıkarılan 1965 tarihli Siyasi Partiler Kanunu, anayasanın getirdiği güvenceyi bertaraf etmiş, anayasal çerçeveyi aşarak 1961 Anayasasında olmayan sınırlamalar getirmiştir. Burada 1965 tarihli Siyasi Partiler Kanunu ile ilgili yalnızca bu hususu belirtmekle yetinip, kanunun içeriğine girmeyi, güncel sorunlarla ilgili olmadığını gerekli görmüyorum.

### 1982 Anayasasında Siyasal Parti Yasakları

1982 Anayasası, siyasi partilerle ilgili düzenlemeleri 1961 Anayasasında olduğu gibi iki maddede düzenlemiştir. Ancak bu hükümler 1961 Anayasasına oranla daha düzensiz ve belirsizdir. Yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler 68 ve 69. Maddelerin çeşitli fıkralarına da atılmış, sistematik bütünlük sağlanamamıştır. Ayrıca siyasi partilerin kurumsal güvencesini bertaraf eden hükümler 1961 Anayasasına oranla 1982 Anayasasında çok daha fazladır.

1982 Anayasasının işaret ettiği olumsuzlukları 1995'de yapılan Anayasa değişikliği ile önemli ölçüde giderilmiştir. Bu durum "demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları" olarak addedilen siyasi partiler için sevindirici bir gelişmedir. Diğer sevindirici bir gelişme de Anayanın Geçici 15. Maddesinin kaldırılmış olmasıdır. 2820 sayılı Siyasal Partiler Yasasının bu maddenin kapsamında olması ve bu maddenin de iptisilemeyecek maddeler arasında yer alması, Siyasal Partiler Kanunu'nda yer alan Anayasaya aykırı maddelerin

geçerliliğinin devam etmesine neden oluyordu. Ancak artık Geçici 15. Maddenin kaldırılmış olması, Anayasaya aykırı olan Siyasi Partiler Kanunundaki düzenlemelerin kaldırılmasının yolunu açmıştır.

Anayasanın 149. Maddesi "siyasi partilerin temelli kapatılması ve kapatılmasına ilişkin davalarda ..." diyerek "temelli kapatılma" ve "kapatılma" olmak üzere iki ayrı kapatma türü öngörmektedir. Temelli kapatılmada parti tüzel kişiliği hukuken sona ermektedir. Ancak basit kapatılma söz konusu oldu unda, partinin geçici bir süre için faaliyetinin askıya alınması düşünülebilir. Bu durumda partinin tüzel kişiliği devam edecektir. Örneğin, ticari faaliyet yasasına aykırı davranan bir siyasi partiye önce para cezası, tekrarı halinde belli bir süre için faaliyetinin durdurulması yaptırımını uygulanabilir.

Fazıl Salam'a göre ise "temelli kapatma" ve "basit kapatma" gibi bir ayrımın yapılmasının bilimsel bir temeli yoktur. Çünkü temelli kapatmanın sonucu, o partinin başka bir ad altında yeniden kurulamamasıdır. Basit kapatma ile bu yaptırımdan kurtulmak Anayasaya karşı hile oluşturacaktır. Ayrıca basit kapatma ile "geçici olarak faaliyetten menetme" yaptırımını da kastedilmiş olamaz. Çünkü kapatılmada tüzel kişilik sona erer. Geçici olarak faaliyetten menetmede ise tüzel kişilik sona ermeyecektir.

149. Madde dışında ne Anayasanın 69. Maddesinde ve ne de Siyasi Partiler Kanununda partilerin geçici olarak (basit kapatma) kapatılmasına müteallik bir hüküm yoktur. Eğer kanun koyucu tarafından bu konuda bir düzenleme yapılamazsa soruna gelecekte Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla çözüm bulunacaktır.

Anayasa Siyasal Partileri düzenlerken "siyasal partilerin tüzük ve programlarıyla eylemlerinin demokratik. Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamayacağını" belirtmiştir. Bu aykırılığın yaptırımını temelli kapatma olarak belirlenmiştir. Anayasa "demokratik devlet" içeriğinin doldurulmasını Siyasal Partiler Kanununa bırakmıştır. Ancak Siyasal Partiler Kanunu, devletin demokratik niteliğiyle ilişkili olmayan bir çok yasa da kapsamına almış ve böylece Anayasada Siyasal Partilerin temelli kapatılmasına yol açabilecek, belirlenen sınırlı yasakların kapsamını genişletmiştir. Örneğin Anayasanın başlangıcında yer alan ilkeler bile bu kapsamda yer almaktadır.

Anayasanın 68/4. Maddesine göre Siyasal Partiler "sınıf veya zümre diktatörlüünü veya herhangi bir diktatörlüü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamazlar." Burada 82 Anayasasının ilk halinden farklı olarak "sınıf veya zümre egemenliği" yerine "sınıf veya zümre diktatörlüü" getirilerek yasak biraz daraltılmıştır. Siyasal Partilerin bu yasa aykırı davranışları kapatma nedenidir.

Siyasi Partiler Kanunu 78/3'de bu yönde bir hüküm vardır. Buna göre Siyasal Partiler "sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini veya zümre egemenliğini veya herhangi bir diktatörlüü savunmayı veya yerleştirmeyi amaçlayamazlar. Ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar." Anayasanın yukarıdaki açık hükmü karşısında Siyasal Partiler Kanununun bu maddesinin "sınıf veya zümre diktatörlüü" dışında kalan hükümlerinin zımnen ilga edildiği kabul edilmelidir.

Bu hüküm sosyolojik açıdan sınıfların inkar edildiği ya da belli sınıfların menfaatlerini

temsil eden siyasal partilerin yasaklandığı anlamına gelmez. Burada yasaklanan, iktidarın bir sınıf egemenliğini kurmak yolunda kullanılması ve bir tek sınıfın yetkili organları eliyle kullanılacak olan egemenliği ele geçirerek öbür sınıfları egemenliğini kullanılmasına şu yada bu biçimde katılmaktan alıkoyması, kendi durumunu sürekli ve de işmez kılmasıdır.

Anayasa Mahkemesi Birinci Sosyalist Parti davasında "sınıf egemenliğini amaçlamayan, demokratik bir düzen içerisinde seçim yoluyla iktidara gelmeyi benimseyen bir sosyalist partinin kurulmasına Anayasal ve yasal bir engel olmadığı" belirtmiştir.

1982 Anayasasınının 68/4. Fıkrası "siyasal partilerin tüzük ve programlarıyla eylemleri... Millet egemenliğine aykırı olamaz." diyerek bu yasa aykırılığını parti kapatma nedeni olarak belirlemiştir.

Millet egemenliğini 1921 Anayasasında "hakimiyet bilâ kaydu şart milletindir." 1924'te yine aynı şekilde, 1961'de "egemenlik kayıksız şartsız Türk milletininindir" 1982'de "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" biçiminde yer almıştır. Bu hükme paralel bir düzenlemede siyasal partiler yasasında da vardır.

68/4. Madde "siyasal partilerin tüzük ve programları ile eylemleri... insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olamaz." Hükmünü getirmiş ve yasa aykırılığını kapatma yaptırımını baltalamıştır.

Siyasi Partiler Kanunu 101/a Maddesi Anayasanın bu maddesinin tekrarı niteliindedir.

İnsan hakları, eşitlik ve hukuk devleti kavramlarının evrensel kavramlar olduğu, bu kavramlara kişisel içerik kazandırmanın mümkün olmadığını belirtmektedir.

Anayasa mahkemesi bir kararında hukuk devletinin en önemli niteliğinden birinin "güvenilir" olmasına işaret ederken bir başka kararında ise çok hukuklu sistemi hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla tüzük ve programında çok hukuklu bir devlet sistemini amaçlayan siyasi partileri kapatılmasını işaret etmiş olmaktadır.

Siyasi Partilerin kapatılma sebeplerinden bir tanesi de Siyasi partilerin tüzük ve programlarının "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne" aykırı olmasıdır.

Devletin ülkesiyle bölünmezliği, devletin dış bağımsızlığı ve ülke bütünlüğünün kurulması unsurlarını içerir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti'nin dışı karşı bağımsızlığının ortadan kaldırılmasını veya ülkenin bir bölümünün Türkiye cumhuriyetinden ayrılmasını savunan bir parti, temelli olarak kapatılır.

Devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin devletin tekliğinin korunmasını da içine aldığı kabul edilmektedir. Siyasi Partiler Kanununa göre "siyasi partiler devletin tekliğini ilkesini de iştirme amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar." Siyasi Partiler Kanununun bu hükmüne göre üniter bir devlet olan Türkiye Cumhuriyeti'ni federal bir devlet haline getirmeyi amaçlayan siyasi partiler temelli olarak kapatılacaktır.

Yüksek Mahkeme "anayasa bölgeler için özerklik ve öz yönetim adı altında ayrılık getiren yönlemlere, biçimlere kapalıdır" diyerek üniter devlet yapısı içerisinde kalınmak koşulu ile de olsa bölgesel özerklik modelini ülkesel bütünlük ilkesine aykırı bulmuştur. Nitekim Federal Almanya'da da Federal yapıyı üniter yapıya çevirmek bir kapatma

nedenidir. Devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi de azınlık yaratılmasının önlenmesi, bölgesellik ve ırkçılık yasağı ve eşitlik ilkesinin korunması hususlarını kapsamaktadır.

Siyasal partilerin kapatılmasına sebep olan yasaklardan bir diğeri de bağımsızlığın korunmasıdır. Bu yasak Anayasaya 1995 de işikli iyle girmiştir.

Siyasi Partiler Kanunu 79/a ya göre siyasi partiler, "Türkiye Cumhuriyeti'nin, milletlerarası hukuk alanında bağımsızlık ve eşitlik ilkesine dayanan hukuki ve siyasi varlığını ortadan kaldırmak ya da milletlerarası hukuk gereğince münhasıran Türkiye Cumhuriyeti'nin yetkili olduğu hususlara diğer devletlerin, milletler arası kuruluşların ve yabancı ve gerçek tüzel kişilerin karışmasını sağlamak amacıyla güdemezler ve bu amaçlara yönelik faaliyette bulunamazlar."

Devletin bağımsızlığı kapsamı içinde düzenlenen başka bir yasaklama nedeni siyasi partilerin uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyuunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım almaları durumudur. Bu yasağa aykırılık da partinin temelli kapatılmasına sebep olacaktır.

Siyasi Partiler Kanunu 79/c Anayasadaki "maddi yardım almazlar" ifadesine karşılık "...doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yardım kabul demezler" ifadesine yer vererek, "herhangi bir yardım" alındığında partinin kapatılmasına karar verileceği düşüncesi uyandırmaktadır. Ancak Anayasanın açık hükmü karşısında kapatma yaptırımını "maddi yardım" dışında uygulanamayacaktır.

Anayasada parti yasağı olarak düzenlenen "milletin bölünmez bütünlüğü" ilkesi Siyasi Partiler Kanununda "azınlık yaratılmasının

önlenmesi" başlı ı adı altında uzunca bir maddede düzenlenmiştir. Ancak Anayasanın "kanunla yasaklanmış dil" yasa ına müteallik hükümleri ve Anayasanın geçici 15/3. Maddesi yürürlükten kaldırılmış oldu una göre Anayasaya aykırı hale gelen Siyasi Partiler Kanununun söz konusu 81. Maddesinin Anayasa mahkemesince kaldırılmasına bir engel kalmamıştır.

Anayasaya göre "kimse ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Kimse devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfus sa lamak amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. (md. 24)

Anayasa Mahkemesi 1983 yılında Huzur Partisinin kapatılması davasında ilginç bir karar vermiştir. Partinin, "alfabenin geliştirilmesinde zaruret görmesi", "Türk alfabesine 9. sesli harf koyma düşüncesi" ve "eski Türk alfabelerinin neden 35 harfli oldu unu yeni baştan ve Atatürkçü ruh ve anlayışla araştırmayı önermesini" Anayasaya aykırı bularak parti hakkında kapatma kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi Diyanet İşleri Başkanlığı'nın devlet teşkilatı içerisinde yer almasına ilişkin anayasa düzenlemesine aykırı amaç güden partileri sa parti, sol parti ayrımı yapmaksızın kapatma yoluna gitmiştir. Örne in Özgürlük ve Demokrasi Partisi bu gerekçeyle kapatılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi sonraki içtihatlarında bu görüşlerini de iştirmiştir.

1995 de işiklikleriyle Anayasaya "suç işlemesini teşvik

yasa ı" kavramı girmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nce bu yasak ile ilgili henüz bir karar verilmemiştir.

Anayasaya 95 de işiklikleriyle 68. Maddesinin 4. Fıkrasında saydı ımız eylemlerin oda ı haline gelmesi durumunda partilerin kapatılaca ı hükmü getirilmiştir. Ancak odak olmakla ilgili herhangi bir tanımlama vermemiştir. "yasadışı eylemlerin oda ı olma"nın kriterlerini Siyasi Partiler Kanunu 103. Maddede düzenlemiştir. Siyasi Partiler Kanunu bu eylemleri gerçekleştirenleri baz alarak ikili bir ayrıma gitmiştir.

Eylemlerin siyasal partilerin üyelerince yo un bir biçimde işlenmesi halinde bu durumun, o partinin, a) büyük kongresinin, b) merkez karar ve yürütme kurulunun, c) TBMM'deki grup veya d)yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsemesini aramıştır. Ya da eylemler bu organlarca do rudan do ruya işlenmelidir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, Fazilet Partisinin kapatılması davasında 103/2'yi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin gerekçesi, sayılan parti organları arasında genel başkanın sayılmamasıdır. Bu durumda AYM'ye göre genel başkan sıradan parti organlarıyla aynı kefeye konmuş olmaktadır. Yani yasak fiiller do rudan do ruya genel başkan tarafından Siyasi Partiler Kanununun tabiriyle kararlılık içerisinde işlendi inde parti kapatılamayacak.

Ayrıca üyelerin yasadışı eylemlerinden dolayı partinin kapatılması için bu eylemleri genel başkanın açık ya da zımnı kabulü yetmeyecektir.

Yüksek Mahkemenin bu kararı hukuki gerekçeden çok tahmin ve varsayım dayanması sebebiyle eleştirilmektedir. Buradaki varsayım siyasal partinin

üyelerince işlenen yasak fiilleri zımnen ya da açık olarak kabul etmeyecektir. Yani burada bir niyet yargılaması yapılmıştır.

Sorun bir anayasa de işikli iyle giderilmeye çalışılmış, iptal edilen maddeye genel başkan da eklenmiş ve Siyasi Partiler Kanununun 101. Maddesinde Anayasa hükmü aynen tekrar edilmiştir.

Anayasa 69/1 parti içi çalışmaların demokrasiye uygun olacağını belirtmiştir. Ancak buna aykırılığı parti kapatma yaptırımına bağlamamıştır. Siyasi Partiler Kanununun 90. Maddesinde buna benzer bir hüküm vardır. Ancak buna aykırılığı parti kapatma yaptırımına bağlamıştır. Bu yüzden Siyasi Partiler Kanunu 93. Madde Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

Temelli kapatılan bir parti başka bir ad altında kurulamaz. Anayasa bu hükümde kapatılan bir partinin yerini almayı hedefleyen "yedek partileri" önleyici niteliktedir. Buna göre yeni kurulan partinin, temelli kapatılan partiyle aynı programı, faaliyeti ve onun kapatılmasına yol açan koşulların varlığını sürdürmesi halindedir ki, kapatılması yoluna gidilebilir. Buna karşılık yeni partinin üyelerinin çoğunluğunun, kapatılan parti üyelerinden oluşması başlı başına bir kapatma sebebi oluşturmamalıdır.

Siyasi partilerin temelli kapatılmasına beyan ve faaliyetleriyle sebep olan kurucu dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatma kararının yayınlanmasından başlayarak 5 yıl süreyle başka bir partinin kurucusu, üyesi, yönetici ve deneticisi olamazlar. Siyasi Partiler Kanununa göre de siyasi partiler bu kişileri hiçbir suretle seçimlerde aday gösteremezler.

Buradaki sorunlardan birisi bu kişilerin milletvekili adayı olup olamayacaklarıdır.

Anayasa maddesine bakıldığında milletvekilliğinden söz edilmemektedir. Ancak Siyasi Partiler Kanunu milletvekilliğini de yasaklamaktadır. Acaba Anayasada sayılanlar sınırlı ve bunun neticesinde Siyasi Partiler Kanunu Anayasaya aykırılık mı oluşturmaktadır?

TEZİÇ'e göre siyasal partiler milli iradenin oluşması için kurulduklarına göre, getirilen yasaklama yalnızca kuruculuk, üyelik, yöneticilik ve denetçilikle sınırlı olamaz. Bu sınırlamanın milletvekili adaylığını da kapsamına alması kabul etmek gerekir. Anayasa koyucunun, partinin kapatılmasına sebep olanların sonradan milletvekili olarak siyasi hayatta aktif rol almalarına izin verdiğini düşünmek 68. Maddenin sevk ediliş amacına uygun düşmez.

İkinci bir sorunda bu kişilerin bağımsız aday olup olamayacaklarıdır. Siyasi Partiler Kanunu, "siyasi partiler bu kişileri hiçbir surette seçimlerde aday gösteremezler" cümlesine yer vermiştir. Bu cümle Anayasanın amacını karşılamak bakımından eksik ve yetersiz bir cümledir. Çünkü bu hükme göre söz konusu kişiler bağımsız milletvekili olabileceklerdir. Ancak Anayasadaki yaptırım daha çok kişisel bir yaptırımdır. Yani aslında yaptırım partinin kapatılmasına sebep olan kişileri hedef almaktadır. Anayasanın parti üyesi olmasını yasakladığı bir üyenin hem partiyle bağlantılı hem de bağımsız bir milletvekili adayı olması anayasanın bu maddesine uygun düşmemektedir.

Ancak bu görüşün aksine de mevcuttur. Söz konusu görüşe göre anayasa ve Siyasi Partiler Kanununun böyle bir hüküm yoktur.

Dolayısıyla bu kişiler ba ımsız milletvekili olabilirler.

Kapatılan siyasi partinin bütün malları hazineye geçer.

1995 Anayasa de işiklikleri 1982 Anayasası'nın ço ulcu toplum anlayışıyla ba daşmayan hükümlerini de iştirerek ya da madde metninden tamamen çıkartarak demokratik ülke rejimiyle örtüşen düzenlemeler getirmiştir. Ancak 1995 Anayasa de işiklikleri Türk siyasi partilerinin sorunlarını tamamen gidermiş de ildir. 1995 Anayasa de işiklikleri ile, 1982 Anayasasının yasaklayıcı anlayışı ne kadar de iştirilmeye çalışılmışsa da yukarıda incelemeye çalıştığımız Avrupa ülkelerinin anayasal düzenlemeleri ile karşılaştırıldı ında, bu anlayışın yine de devam etti i rahatlıkla görülmektedir.

Türk siyasi partilerinin bir başka sorunu da, yukarıda da de inildi i gibi 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunudur. Bu kanun 1995 de işikliklerine ra men, 1982 Anayasası'na paralel hükümler ihtiva etmeye devam etmektedir. Bu yüzden bünyesinde Anayasaya aykırı bir çok madde barındırmaktadır. Ancak Geçici 15. Maddenin kaldırılmasından dolayı, bu aykırı maddelerin kaldırılmasının önünde herhangi bir engel kalmamıştır. Bu durumda, aykırı maddelerin Anayasadan biran önce çıkartılması, uzun yıllardır süre gelen hukuka aykırılı ın giderilmesi noktasında yerinde bir adım olacaktır.

## Kaynaklar

AKARTÜRK, Ali; *Avrupa Hukukuna Uyum Süreci Açısından 1982 Anayasası'nda Siyasal Parti Yasakları*, İ.Ü.S.B.E, İstanbul, 2002.

DURMUŞ, Arzu; *Siyasal Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak*,

Beta Yay, 1. Bası, İstanbul, Şubat, 2001.

—; *Demokrasi ve Düşünce Özgürlü ü*, Radikal Gazetesi, 30.09.1997.

KOÇAK, Mustafa; *Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları*, Ankara, Turhan Kitapevi: 2002.

ÖZBUDUN, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay. Ankara, 1998.

SA LAM, Fazıl; *Anayasa Hukukumuz Açısından Siyasal Parti Kurumunun Güncel Sorunları*, Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mah. Yay. Ankara: 1997.

—; *Siyasal Partiler ve Güncel Sorunları*, Beta Yay. İstanbul: 1999.

SOYSAL, Mümtaz; *100 Soruda Anayasasının Anlamı*, Gerçek Yay., İstanbul, 1968.

TEZİÇ, Erdoğan; *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Yay. 5. Bası, 1998.

UYGUN, Oktay, *Refah Partisi ve Ço ulculu un Sınırları*, Açık Sayfa Dergisi, Haziran, 1997.





# Ba ımsız Üst Kurullar

Av. Orhan Seyfi GÜNER



## Giriş

**B**a ımsız Üst Kurullar, özellikle son 10 yılda Türkiye'nin, hem siyasal gündemini hem de ekonomik gündemini meşgul eden bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

1980'li yıllarda Küreselleşme olgusunun do al bir sonucu olarak, milli pazarların bütünleşmesi, üretim ve piyasaların globalleşmesi, uluslararası ticaret ile milli regülasyon politikaları arasında ba lantıların arttırılması çabaları ile birlikte, klasik devlet mekanizmasına yabancı ve yeni olan, bir kısım kamusal yetkileri ba ımsız olarak kullanabilen "üst kurullar" kavramı gündeme girmiştir. İşte bu tarihten itibaren hukukçular bu kurulların ne oldu u ya da olmadı ı konusunda kafa yormakta ve bu kurulların İdare Teşkilatı içindeki yerini aramaya çalışmaktadırlar.

Bu çalışma da böyle bir ihtiyaçtan do muştur. Özellikle Türkiye'de son yıllarda yaşanan çarpıcı bazı olaylar kurulları ilgi oda ı haline getirmişlerdir. Öyle ki; üst kurullara atanacak üyeler konusunda çıkan tartışmalarda Bakanlar istifa etmek zorunda bırakılmış, siyasetin ekonomiden el çektilmesi, sistemli ve programlı bir şekilde bazı uluslararası kuruluşlarca ekonomik programlar aracılı ıyla Türk

Hükümetlerine dikte edilmeye başlanmıştır.

Bu durumda yapılacak iş, öncelikle bu kurulların ne oldu unu do ru bir şekilde tanımlamak, idari yapı içerisindeki yerini tespit ederek, olması gerekeni önermek olacaktır. Biz de bu çalışmada, bu niyet ile yola çıkarak öncelikle kurulları bir kavram olarak mercek altına aldık. Daha sonra da Türkiye'deki kurulların yapısını incelemeye çalıştık. Bunu yaparken konu ile ilgili eleştirel bakışları da okuyucuya aktarmak istedik. Özellikle, kurullarla güdülen hedefin ne oldu u konusunu geniş bir şekilde inceleyerek okuyucunun dikkatini bu yöne çekmek istedik. Son olarak da bu konuda yapılması gerekenleri irdelleyerek, çözüm ve önerilerimizi ortaya koymaya çalıştık.

## Kavram

### 1. Tanım

Yasa koyucunun inisiyatifi ile kurulmuş, kamu tüzel kişileri adına işlem tesis eden, hukuk düzeni ve kişi hakları üzerinde etkili (icrai) işlemler yapma yetkisine sahip, kamu tüzel kişili ine sahip, kamu fonlarından beslenen, belirli bir alanı düzenleme, bu alanda faaliyette bulunacaklar açısından kuralları belirleme ve bu kurullara uyulup uyulmadı ını denetleme, aykırı davrananlara yaptırım uygulama

etkinliklerini elinde bulunduran, hem organları hem de işlevleri üzerinde siyasi iktidarın ve di er idari mercilerin denetiminin söz konusu olmadığı, ne yürütme ne yasama nede yargı erklerinin uzantılarına ba lı olan kamusal kuruluşlar doktrinde Ba ımsız İdari Otoriteler olarak adlandırılmaktadır.

Bu tanımdan ba ımsız idari otoritelerin:

- Genel yönetim şeması içinde yer alan,
- Kamu tüzel kişiliğine sahip
- Kurumsal oluşum ve işleyişi yasa ile belirlenmiş,
- Özerk ve ba ımsız statülü,
- Merkezi yönetimin, hiyerarşik ve vesayet denetimine ba lı olmayan,
- Kamusal yaşamın duyarlı alanlarında denetim ve düzenleme esasına dayalı güçlü kamusal yetkileri olan,
- Bir hizmeti sunmaktan çok bir faaliyetin organizasyonunu, düzenlemesini ve denetimini yapan kuruluşlar oldukları sonucu çıkmaktadır.<sup>1</sup>

Ba ımsız İdari Otoriteler, merkezi idarenin hiyerarşik yapısından ayrılmış olmalarına karşın merkezi idarenin ve genel deyişle, devletin gözetimi dışında olmayan kuruluşlardır.<sup>2</sup>

Fransız hukuk sisteminde tüzel kişilikleri olmamasına rağmen merkezi idarenin içinde kurulmuş, zorunlu olarak üniter (tekçi) devlet yapısının bir parçasını oluşturan<sup>3</sup> ve eylem ve işlemleri yargısal denetime açık olan

kamusal kuruluşlar olarak tanımlanmışlardır.

## 2. Terminoloji

Ba ımsız idari otoritelere model teşkil eden Amerikan hukuku, bu kurulları adlandırmak için genel olarak "Independent Regulatory Agencies" terimini tercih ederken, bankacılık alanında faaliyet gösterenler için de "Supervisory Authority" terimini kullanmaktadır. İngiliz hukuku, bu kurullara "Quasi Autonomous Non Governmental Organizations" ya da kısaca "Quangos", Fransız hukuku ise "Autorites Administratives Independentes" demektedir.

Türk hukukunda, bu kurulları adlandırmak için kullanılacak ortak bir terim bulunamamıştır. Doktrinde de ortak bir terim üzerinde ittifak edilememiştir. Ancak genellikle "Ba ımsız İdari Otoriteler" terimi kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, "Ba ımsız İdari Kurullar", "Özerk Kurullar", "Ba ımsız Üst Kurullar", "Süper Kurullar", "Regülatörler", "Düzenleyici Kurullar" hatta sahalarında uzman kişilerden müteşekkil olmaları sebebiyle "Bilge Kurullar" gibi tanımlamalara rastlanmaktadır.

Doktrinde bir kısım yazarlar, bu kurullar için ortak bir terim üzerinde ittifak edilememiş olmasının bir karmaşa yarattığını, özellikle "kurul" ibaresinin, başbakanlık, bakanlık, müsteşarlık ve genel müdürlüklere ba lı denetim ve teftiş birimleri için de kullanıldığını, ayrıca kurul kelimesinin, çeşitli kamu birimlerinin temsilcilerinden oluşan ve sürekli bir örgüt yaratmadan sırf belli konuları görüşmek ve/veya karara bağlamak için oluşturulan ve teknik bakımdan "komite" olarak adlandırılabilen kişi toplulukları için de

<sup>1</sup> Mehmet Sava ÖZDA ; *Özerk Kurullar*, s. 7.

<sup>2</sup> Müslüm AKINCI; *Ekonomik Kamu Düzeni Ve Rekabet Kurumu*, s. 11-12.

<sup>3</sup> E. Ethem ATAY; *Fransız dare Hukukunda Ba ımsız İdari Otoriteler* (B O'lar), s. 59.

kullanıldı nı, Yüksek Planlama Kurulu, Özelleştirme Yüksek Kurulu, Şeker Kurulu gibi birimlerin bu türden oldu nu, İngilizce'de bu türden kurulların "commission", üyelerinin de "commissioner" terimi ile karşılandı nı, Türkçe'de anlamı komisyon olan bu kelimenin kullanımının da problem yarataca nı, zira komisyon teriminin, yaygın ve de ışık kişilerin bir araya geldi i çalışma grupları için kullanıldı nı söylemektedir. Ali İhsan Karacan, bu kurulların "Özerk Kurullar" olarak adlandırılması gerekti ini belirtmektedir.<sup>4</sup>

Bir kısım yazar da yabancı dillerden çeviri ile terim aktarımını sakıncalı bulmakta, yapılması gerekenin, ilgili hukuk sisteminin yapısına ve aktarılan organın mahiyetine uygun karşılık bulmak oldu nu söylemektedir. İlhan Özay, Türk İdare Hukuku ve Sistemi'nde "otorite" isimli bir yapının bulunmadı nı, fevkalade mu lak ve tehlikeli bu terim yerine pekala müessese tabirinin kullanılabilece ini, benzer şekilde "ba ımsız" kelimesinin de hatalı bir tercih oldu nu, "İdarenin ba lılı ı" ilkesini benimsemiş Türk Devlet Teşkilatında, böyle bir ba ımsız yapının bulunamayaca nı belirtmektedir.<sup>5</sup>

Anayasada kurullar ile ilgili bir düzenleme ve ilgili yasalarda da, genel bir tarif ve adlandırma bulunmadı ı için terminoloji konusunda pozitif dayanak bulmak güçleşmektedir. Mamafih her kurul ile ilgili yasal düzenlemede, "idari ve mali özerkli e sahip olma"dan söz edildi i için kanun koyucunun, bu kurulları ba ımsız olmaktan ziyade özerk görmeyi

tercih etti i sonucuna varılabilir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu:

"Madde 17- (De ışık: 15/12/1999-4487/6 md.) Bu Kanunla verilen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişili ini haiz, idari ve mali özerkli e sahip Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuştur."

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun:

"Madde 20- Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sa lıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdi i görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişili ini haiz idarî ve malî özerkli e sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.

Kurumun ilişkili oldu u Bakanlık, Sanayi ve Ticaret Bakanlı ıdır.

Kurum görevini yaparken ba ımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez. Kurumun merkezi Ankara'dadır."

4389 sayılı Bankalar Kanunu:

"MADDE 3- 1. Bu Kanun ve ilgili di er mevzuatın, Kanunda gösterilen yetkiler çerçevesinde düzenlemeler de yapmak suretiyle uygulanmasını sa lamak, uygulamayı denetlemek ve sonuçlandırmak, tasarrufların güvence altına alınmasını temin etmek ve Kanunla verilen di er görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişili ini haiz, idarî ve malî özerkli e sahip "Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu" kurulmuştur. Kurum, tasarruf sahiplerinin haklarını ve bankaların düzenli ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokabilecek ve ekonomide önemli

<sup>4</sup> Ali hsan KARACAN; "Özerk Kurumların Özerkli i", s. 30.

<sup>5</sup> İhan ÖZAY; "2000 Yılında İdari Yargı".

zararlar do urabilecek her türlü işlem ve uygulamaları önlemek, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sa lamak üzere gerekli karar ve tedbirleri almak ve uygulamakla yükümlü ve yetkilidir.”

Yine ayrıca 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 1981 tarihli orijinal metninde, kanun koyucu, Sermaye Piyasası Kurulunu tanımlamada “ba ımsız” terimini kullanırken, 1999 yılında çıkarılan 4487 sayılı Yasa da “özerk” kelimesini kullanarak bu tür kurulları özerk kurullar olarak tanımlama gayreti içerisinde oldu u anlaşılmaktadır.<sup>6</sup>

**Özerklik**, Yönetim Hukuku’nda katı bir merkezîyetçi anlayışı yumuşatmak ve giderek aşmak için geliştirilen formüllerden biridir. Bir hizmetin görülmesindeki kamu yararını, hem siyasi iktidar, hem de özel çıkarlar ve bunların iktisadi iktidarı karşısında koruyan bir araçtır. Ancak özerklik, idarenin bütünlü ünü yadsıyan, mutlak bir ba ımsızlık anlamı da taşımamaktadır.<sup>7</sup> Özerklik, merkezi bir gücün yönetti i daha geniş bir kuruluşun içinde kendi kendini serbestçe idare etme yetkisi, kanunla belirli sınırlar dahilinde az ya da çok hareket serbestisi anlamına geldi i için, anılan kuruluşların son tahlilde bir devlet erki kullanan ba ımsız bir organ de il, “idarenin ba lılı ı” ilkesi içinde hareket eden ve yürütme erki ile idari fonksiyonun uzantısı olan kamusal birimler olduklarını kabul etmek gerekecektir.<sup>8</sup>

Bu nedenle, bu kurullara verilen yetkilerin özerklik sınırını aşıp aşmadı ı konusundaki çekincelerimizle beraber, bu

kurulları adlandırırken genel olarak “özerk kurullar” ifadesini yer yer de “ba ımsız üst kurullar” veya “ba ımsız idari kurumlar” ifadelerini kullanacağız.

### 3. Ortaya Çıkış Sebepleri

“Bilgeler Kurulları” da denilen Ba ımsız idari kurumlar ilk olarak ABD’de ortaya çıkmıştır. Genel olarak Independent Regulatory Agencies olarak adlandırılan bu kurumların bu ülkedeki ortaya çıkarılma nedeni aslında, yasamanın (Kongre) yürütmeye (Başkan) olan güvensizli idir. Kongre bunların üyelerini atar ve organizasyonunu belirler. Üyeleri ise ilgili sektörlerde deneyimi olanlardan ve siyasi bir formasyonla ilişkili olanlardan seçilir.<sup>9</sup>

Başkan ile Kongre arasındaki güç ve yetki çekişmesi nedeniyle Kongre, özellikle ekonomik alanda özerk kurumlar yaratarak Başkanın görev ve yetkilerini daraltmak yoluna gitmiştir. Bu tür kurullar oluşturulmasının di er bir nedeni de; ABD’nin federal yapısı nedeni ile tüm ülkeyi ilgilendiren ekonomik konularda federal bir örgüt yaratma çabası olarak belirtilebilir. Üçüncü bir neden, 1929 Bunalımı’nda dünyanın yaşadığı ekonomik krize Avrupa, devletleştirme yoluyla çözüm ararken, ABD’nin krizin içinden düzenleyici kurullar ile çıkmayı seçmesinde yatıyor.<sup>10</sup>

Ba ımsız idari otoritelerin ilk örne i, Amerikan hukukunda 1887 yılında kurulan Interstate Commerce Commission’dır. Demiryolları, kara taşımacılı ı, su yolu taşımacılı ı, telefon, petrol, boru hatları ile ilgili konularda düzenleme ve denetleme

<sup>6</sup> Ali hsan KARACAN; a.g.e., s. 34.

<sup>7</sup> Müslüm AKINCI; a.g.e., s. 108-109.

<sup>8</sup> Mehmet Sava ÖZDA ; a.g.e., s. 9.

<sup>9</sup> Ali ULUSOY, “Ba ımsız dari Kurumlar”, *Danı tay Dergisi*, s. 3.

<sup>10</sup> Ali hsan KARACAN; a.g.e., s. 24.

yapmaya yetkili bu kuruluşu, 1914'de rekabeti düzenleyen Federal Trade Commission, 1929 bunalımının ardından New Deal politikası çerçevesinde oluşturulan 1934 tarihli Federal Communications Commission (Telefon, Televizyon) ve Security Exchange Commission (Menkul Kıymetler Ve Borsalar) ile 1935 tarihli Federal Power Commission (Toptan Elektrik Satılı ile Do al Gaz) ve National Labor Relations Board izler. İkinci Dünya Savaşı yıllarında önemini kaybeder gözüken bu kurullar, SEC'in (Securities Exchange Commission) ilk Başkanı Joseph Kennedy'in o lu J.F. Kennedy'nin Başkan olması ile yeniden önem kazanır ve sayıları giderek artar. Bu gün için Amerikan Federal Sistemi'nde 100 civarında özerk ya da ba ımsız kuruluş bulundu u bilinmektedir.<sup>11</sup>

Bu ba ımsız kurumlar, Amerikan federal sisteminde yer yönünden federalizmi temsil eden ve bu anlamda bir hizmet alanıyla sınırlı olarak düzenleme ve organizasyon yapma, denetleme ve yaptırım uygulama işlerini tek başına yapan, yani bir anlamda, o alanla sınırlı olarak yasama, yürütme ve yargı işlevini bünyelerinde toplayan, siyasal ve yargısal bazı denetime maruz olsalar da, "devlet içinde devletçikler" niteli inde kurumlardır.

Sistemin Kıta Avrupa'sına taşınması, 80 sonrası neo-liberal politikaların etkisiyle olmuştur. Federal bir sistemde normal karşılanabilecek bir ba ımsızlık modeli ve mantı ı, do al olarak üniter sistemlerde geçerlik kazanamayaca ı için Fransa bu kurulları, idari rejimin bünyesine adapte edebilecek model geliştirmiş ve Amerikan Federal Sistemi'nde üç erkten ba ımsız düşünülen bu kurulları, Fransız

üniter Sistemi'nde yürütme erkine dahil birimler olarak benimsemiştir. Gerçekten Fransız hukukunda bu kurullar, devlet tüzel kişili inin bir parçası sayılmakta ve ayrı bir tüzel kişilikleri bulunmamaktadır. Özerk bütçeleri de olmayıp, bütçeleri ilgili bakanlı ın ya da başbakanlı ın bütçesi içinde de erlendirilmekte ve verdikleri zararlardan dolayı da kendileri de il, devlet tüzel kişili i sorumlu tutulmaktadır.<sup>12</sup> Böylece Amerikan hukukunda "Forth Branch of Government – Devletin Dördüncü Erki" olarak görülen kurullar, Fransız hukukunda idarenin türevlerinden sayılmaktadır.<sup>13</sup>

Ba ımsız idari kurumlara ihtiyaç duyulmasının nedeni, bir yandan, hızla gelişen teknolojik alanlar yüzünden bazı alanların klasik idari ve yargısal yöntemlerle etkin bir şekilde organize edilmesi ve denetlenmesinin zorlaşması; di er yandan ise, politikacılara olan güvensizlik sonucunda iletişim ve finans sektörleri gibi bazı hassas alanlarda siyasi iktidarın söz sahibi olmasının tarafsızlık ve objektiflik açılarından sorunlar yaratmasıdır.<sup>14</sup>

Bu anlamda bu ba ımsız kurumların ortaya çıkışında, neoliberalizm'in "her şeyi bizzat üstlenen ve yapan" de il, "her şeyi rasyonel ölçüler içinde denetleyen ve bazı istisnai şeyleri bizzat üstlenen ve yapan devlet" anlayışının etkisi oldu u söylenebilir. Bu durumda, bu tip kurumların gündeme gelmesi aslında klasik idari yapılanmanın başarısızlı ının bir göstergesidir. Sosyal Devlet ve Kamu Hizmetini ön planda tutan

<sup>11</sup> Ali hsan KARACAN; a.g.e., s. 23.

<sup>12</sup> Mehmet Sava ÖZDA ; a.g.e., s. 11.

<sup>13</sup> Ali hsan KARACAN; a.g.e., s. 26.

<sup>14</sup> Ali ULUSOY; a.g.m., s. 4.

klasik devlet yönetim sisteminin krize girmesinin bir sonucudur.<sup>15</sup>

Bütün bunlardan başka bu tip kurumların ortaya çıkış nedenlerine, yargı işlevinin sosyal regülasyondaki (organizasyon ve denetim) yetersizliği de eklenebilir. Zira yargı makamlarının idarenin işleyişine doğrudan müdahale edememesi ve sadece a posteriori ve somut bir olayla sınırlı bir denetim yapabilmeleri ve ayrıca, verdikleri kararların idarece uygulanmamasında doğrudan müdahale yetkisinden yoksun oluşları, yargıdan beklenen özellikle etkili denetim işlevini önemli ölçüde aksatmaktadır.

Diğer bir yandan, yargının, teknik açıdan özel bir uzmanlaşma gerektiren medya, finans ve rekabet gibi bazı alanlarda etkin bir yargılama yapmasının zorlaşması da bu tür uzmanlaşmış kurumları ortaya çıkaran önemli etkenlerdendir.<sup>16</sup>

Ancak bu kurumların gündeme gelmesinin ve ortaya çıkışının en önemli nedeni, bu hassas alanların politikanın ve politikacıların etkisinden kurtarılması isteğidir. Bu anlamda Baımsız İdari Kurumlar, Max Weber'in klasik teorisine, yani idarenin siyasi iktidara tabi olması kuralına son vererek, siyasi otoriteyle idarenin birbirinden baımsızlaşmasına öncülük eden kurumlar olarak ortaya çıkmışlardır.

#### 4. Baımsız İdari Kurumlar'ın Özellikleri

Yukarıda vermiş olduğum tanımdan yola çıkarak Baımsız İdari Kurumların özelliklerini

sıralayacak olursak en belirgin özelliklerinin başında idari açıdan baımsız sayılmaları ve regülasyon işlevi görmeleri gelmektedir. Bu başlık altında Baımsız İdari Kurumlar'ın bu özelliklerini inceleyeceğiz.

##### a) İdari Baımsızlık

Baımsız İdari Kurumların "baımsızlık" statüleri, gerek yapısal, gerekse hukuksal açıdan oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Baımsızlık, yapısal açıdan idari teşkilat içerisinde hiyerarşik ve vesayet denetimine konu olmamak gibi bir ayrıcalık sağlarken; hukuksal açıdan da araştırma, inceleme ve soruşturmalarını kamusal yetkilere dayalı olarak yapmalarına, geleneksel yapıların ulaşamadığı derinliğe ulaşmalarına olanak vermektedir.<sup>17</sup>

Baımsızlığın organik ve fonksiyonel olmak üzere iki boyutu vardır. Organik baımsızlık dendiğinde bu kurullarda görev alanların, gerek atanma usullerinde gerek görevde kalış ve görevden ayrılmalarında, diğer devlet organlarında çalışan kamu görevlilerine göre çok daha güvenceli bir statüye sahip oluşları; işlevsel ya da fonksiyonel baımsızlık dendiğinde ise, bu kurulların işlem ve eylemlerinin, yürütme organının hiyerarşi veya vesayet denetimi biçimindeki bir denetimine tabi olmaması kastedilir.

##### b) Organik Baımsızlık

Öncelikle baımsızlık, yönetsel organizmanın üyelerinin atanması sürecinde ön plana geçmektedir. Organik baımsızlık, bu kurumlardaki karar mercilerinde bulunan çalışanların (genellikle

<sup>15</sup> Ali ULUSOY; a.g.m., s. 4.

<sup>16</sup> Ali ULUSOY; a.g.m., s. 4.

<sup>17</sup> Müslüm AKINCI; a.g.e., s. 103.



kurul şeklinde yapılandıkları için kurul üyelerinin) bazı statü güvenceleriyle donatılmaları anlamına gelmektedir.

Buna göre, bu üyeler belirli ve çok kısa olmayan bir süre için seçilirler ve bu süre bitinceye kadar görevden alınamazlar ve görevleri de bu sürenin bitiminde yenilenemez. Buna karşın, siyasi iktidarın bunları görev sürelerinin bitiminde "cezalandırması" ihtimaline karşı, bunların üyelikten önceki veya dengi görevlerine dönebilmeleri güvence altına alınır. Belirlenen görev süresinin bitiminde bu sürenin yenilenmemesi ise, kendilerine sa lanan güvencelerin bir karşılı ı veya bedeli ve tekrar seçilme beklentisinin tarafsızlıklarını siyasi iktidar lehinde bozmamasına karşı bir önlem olarak düşünülmektedir.

Sonuçta bu kurumların üyelerine yargıçlarinkine yakın bazı güvenceler tanınmaktadır. Aslında bu kurumları di er kurumlardan en ayırt edici özellik, görev süresi dolmadan görevden alınamama güvencesidir.<sup>18</sup>

Ba ımsız İdari Kurumların karar organlarına atama yapma konusunda bir takım tartışmalar mevcuttur. Ancak derhal belirtmek gerekir ki; bu tartışmalar Türkiye'den başka bir ülkede yoktur. Bu kurumlarda, tayin, atama, seçim, siyasi irade tarafından yerine getirilir. Bunun aksini savunmak parlamenter demokrasiyi yıpratmak anlamına gelecektir.

Kurul üyelerinin göreve getirilişi hususunda iki sistem mevcuttur.

Bunlardan ilki, kuvvetler ayrılı ı ilkesinin uygulanış biçiminden kaynaklanan modelin etkiledi i ABD modelidir. Burada, atama konusunda yetki, Başkan

(yürütme) ile Kongre (yasama) arasında paylaştırılmış ve Başkanın gösterdi i adayın, Kongre tarafından alınacak bir kararla seçilmesi kabul edilmiştir. Amerikan sistemi, Türk hukukunda yalnızca Radyo Televizyon Üst Kurulu üyelerinin seçiminde kabul görmüş, 3984 sayılı Kanun, RTÜK üyelerinin, hükümet ve muhalefet tarafından gösterilen adaylar arasından TBMM tarafından seçilmesini öngörmüştür.<sup>19</sup>

Atama konusunda ikinci bir yaklaşım ise Avrupa, Japonya ve birçok gelişen ekonomide oldu u gibi, hükümet tarafından ya da ilgili bakan tarafından atamanın yapılmasıdır. Kıta Avrupa'sında benimsenen bu usulde de üç ayrı yaklaşım mevcuttur. Birincisi, ataması yapılacak kişileri hükümet serbestçe belirler. BDDK ve EPK'nda yapılan atamalarda bu durum geçerlidir. İkincisi, de işik kamu kurumları ya da meslek örgütlerinden gösterilecek adaylar arasından hükümetin tasarrufuyla atama yapılır. Örne in, 2499 sayılı Kanuna göre Sermaye Piyasası Kurulunun, 4054 sayılı Kanuna göre Rekabet Kurulunun üyeleri, çeşitli bakanlıklar ve meslek kuruluşları tarafından gösterilecek adaylar arasından Bakanlar Kurulunca seçilmektedir. Üçüncüsü ise Rekabet Kurulu örne inde oldu u gibi, Üst Kurulların bazı üyelerinin o kurumun mensupları arasından seçilmesidir.<sup>20</sup>

Görevden alma konusuna gelince; görev sürelerini, yasama ve yürütme organının görev sürelerinden uzun tutmak suretiyle kurul üyelerinin, de işik siyasal iradeler ile çalışması ve böylece ba ımlılık yaratan bir ilişkinin do ması önlenmek istenmiştir. Bu düzenlemenin bir di er sebebi de, belirli bir uzmanlık alanından

<sup>19</sup> Ali hsan KARACAN; a.g.e., s. 43.

<sup>20</sup> Ali hsan KARACAN; a.g.e., s. 43.

gelen üyelerin kurulu düzenlerini, böyle bir görev için bozmalarının, ancak hizmet süresinin yeterince uzun tutulması ile sa lanabilece i düşüncesidir. Ayrıca, görev süreleri sona erdi inde bir kez daha seçilmelerine izin vermemek suretiyle kurul üyelerinin, siyasal iradenin tesirinde kalmamasını engellemek hedeflenmiştir.<sup>21</sup>

Türk hukukunda kurullara seçilecek üyeler için genel olarak altı yıllık bir görev süresinin benimsendi i<sup>22</sup>, böylece görev dönemlerinde yasama ve yürütme organının temsilcilerinin en az bir kere de işmiş olmasının hedeflendi i görülmektedir. Ancak Sermaye Piyasası Kurulu üyelerinin görev süresi, 1988 ve 1999'da iki kez de iştirilmiş, 1988'de altı yıllık görev süresi, üç yıla indirilirken, 1999'da yeniden altı yıla çıkartılmıştır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyeleri de, henüz görevlerinde bir yılı doldurmadan 2001 yılında kanuna eklenen geçici bir madde ile görevden alınmışlardır.<sup>23</sup> Bu istisnai duruma, Türk hukukunda kurullarda görev alan üyelerin, görev sürelerinin bitiminde yeniden seçilebilmelerine imkan veren düzenlemeyi eklemek gerekir.

Kurul üyelerinin görevden alınabilmelerinin zorlaştırılmasının, kurulların devletin di er organları karşısında ba ımsızlı nı sa lamada, en önemli mekanizmalardan biri oldu u kabul edilmektedir. Örne in, 4389 sayılı Bankalar Kanununun 3/4b maddesi, görev süreleri dolmadan, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyelerinin görevlerine son verilemeyece ini; ancak atanmaları için gerekli şartlan kaybettikleri

veya kanuna göre görevle ba daşmayan işlerle iştigal ettikleri tespit edilenlerin, keza görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkumiyet kararı kesinleşen üyelerin görevden alınabileceklerini belirlemektedir. Ancak, İdare hukukunda "yetkilerde paralellik" ilkesi uyarınca atamada izlenen usulün, görevden alınmada korunması gere ine bu yasada riayet edilmemiş, Bakanlar Kurulu tarafından atanan BDDK üyelerinin görevden alınmasında, başbakan yetkili kılınmıştır. İdare hukuku tekni i açısından hatalı olan bu usul, Sermaye Piyasası Kanunu'nda da aynı şekilde yer almıştır.<sup>24</sup>

### c) İşlevsel Ba ımsızlık

İşlevsel (Fonksiyonel) ba ımsızlık; bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde yürütme organına dahil birimlerin bu eylem ve işlemlerin geçersizli i sonucunu do uran hiçbir do rudan yetkiye sahip olmaması anlamına gelmektedir.

İdari rejim, devlet teşkilatı içinde idari fonksiyon gören birimler arasında bütünlü ün sa lanması ve korunabilmesi için ya hiyerarşik bir ba ın bulunmasını ya da bir vesayet denetiminin tesisini zorunlu kılar. **Hiyerarşik ba**, tüm hizmetlerin tek bir merkezde toplanıp düzenleme ve planlamasının bir elden yapıldı ı merkezden yönetim sisteminde, plan yapan başkent teşkilatı ile hizmetleri ülke sathında yürüten taşra teşkilatı arasında bir görev ve yetki kademeleşmesi ve her kademenin bir üsttekinine tabi olması şeklinde tezahür ederken, **vesayet denetimi**, merkezi idare ile teknik bilgi ve uzmanlık isteyen belli bir hizmetin

<sup>21</sup> Mehmet Sava ÖZDA ; a.g.e., s. 13.

<sup>22</sup> 4502 sayılı Kanuna göre Telekomünikasyon Üst Kurulu üyelerinin görev süresi 5 yıldır.

<sup>23</sup> Ali hsan KARACAN; a.g.e., s. 44.

<sup>24</sup> Mehmet Sava ÖZDA ; a.g.e., s. 14.

yürütülmesi için merkezi idare dışında örgütlenmiş hizmet yerinden, yönetim kuruluşları arasında bütünlü ü sağlayan bir hukuki araç olarak merkezi idareye, bu kuruluşların gerek organları gerek işlemleri üzerinde denetimde bulunma, bu cümleden olarak organların seçimi ve görevden alınmaları dışında, işlemleri üzerinde de, ya onama ya da itiraz biçiminde müdahale imkanı sa lar.<sup>25</sup>

İdare hukuku doktrininde "ba ımsız idari otoriteler" olarak adlandırılan kurullar, yukarıda sözü edilen denetimlerden ba ışı k görülmekte, kendi yaptıkları düzenlemeler ile bir "faaliyet alanına" sahip kabul edilmektedirler. A ırlıklı olarak teknik nitelikli iş, görev, yetki ve prosedürler den oluşan bu alanın, kurulun dokunulamaz, karışılmaz, müdahale edilemez, girilemez alanı oldu u belirtilmektedir.<sup>26</sup>

### Regülasyon İşlevi

Regülasyon kavramı Türkiye'de pek tanınmamakla birlikte, Anglo-Amerikan Hukukunda, özellikle 80'li yılların başından itibaren Thatcher ve Reagan'cı liberal politikaların etkisiyle, oldukça gündeme gelmiş ve Kara Avrupa'sı hukukunu da etkilemiştir.

Teknik anlamda Regülasyon, klasik hukuksal kalıpları aşan, işletme, yönetim bilimi, sosyoloji, politika bilimi ve hukuk disiplinlerini ortak olarak ilgilendiren bir kavramdır. Esas olarak, belirli bir alanda ya da belli bir faaliyete ilişkin olarak "oyunun kurallarının" belirlenmesi, yani o alanın organize edilmesi (düzenleme işlevi) ve bunun kontrol

edilmesini (denetim işlevi) içerir. Bu düzenleme ve denetim işlevi yerine getirilirken sadece hukuk kurallarıyla ba lı kalınmayıp, sosyal psikolojiye, deontolojiye ve yönetim bilimine ilişkin yöntemlere de başvurulur.

Regülasyon işlevinde faaliyetin organizasyonu ve kontrolü için hukuksal düzenleme yapmak ve yaptırım uygulamak bir amaç olmayıp, sadece gerekti inde kullanılacak araçlardır.<sup>27</sup>

Regülasyon kavramı, devletin işlevindeki bir dönüşümü de ifade etmektedir. Devletin idare aracılı ıyla gerçekleştirdi i, "topluma kamu hizmetleri sunma" biçimindeki faaliyeti, yaygın özelleştirme ile birlikte yerini, özelleştirilen (ya da özel kesimin öteden beri faaliyette bulundu u) alanlarda, piyasa mekanizmasının kurallarının tam anlamıyla gerçekleşmesini sa lamaya yönelik bir tür hakemli e terk etmektedir.<sup>28</sup>

Ba ımsız İdari Kurullar; regülasyon yetkileri sayesinde, sektörlerinde faaliyette bulunacak kuruluş ve kişilere izin, lisans, onay verebilmekte; yönetmelik, tebli , genelge gibi sektörde faaliyet şartlarını içeren temel metinleri hazırlamakta; görev alanı içerisinde kalan işlerde denetim yapmakta ve bunun sonucu olarak gerekti inde suç duyurusunda bulunmaktadır. Yine bunun yanında, idari yaptırım uygulayabilmekte, para cezası, faaliyetten geçici veya sürekli men kararı verilmesi, görev alanı içinde bir müdahale/denetim aracı olarak yönetime iştirak edilmesi gibi kimi yasama, kimi yürütme kimi de yargı fonksiyonuna benzer bir dizi faaliyette

<sup>27</sup> Ali ULUSOY; a.g.m., s. 6.

<sup>28</sup> www.cankaya.gov.tr/DDK/DDK1/HTML, Rekabet Kurumunun 1999-2000-2001 Yılları ve lemlerinin Devlet Denetleme Kurulunca Ara tırma ve Denetlenmesine ili kin rapor özeti, s. 4.

<sup>25</sup> Metin GÜNDAY; "dare Hukuku", s. 70 vd.

<sup>26</sup> Mehmet Sava ÖZDA ; a.g.e., s. 14.

bulunmaktadırlar. Amerikan hukukunda, devletin dördüncü erki olarak görülmelerini sağlayan da, devletin bu üç temel alanında fonksiyon icra etmeleridir.<sup>29</sup>

#### 4. Baımsız İdari Kurumların Yargısal Denetimi

Fransız hukukunda baımsız idari kurumların, baımsız kurumlar olarak yasama, yürütme ve yargı dışında dördüncü bir erk olarak düşünülebileceği ve Fransız Anayasasının sadece kuvvetler ayrılığında bahsetmesi ve bu kuvvetlerin sayısını belirtmemesi nedeniyle bunun kanunla bile yapılabileceği savunulmuş, fakat denetime ve özellikle yargısal kontrole tabi olmayan bir kurumlar kategorisinin varlığı, bireyler için güvencesiz bir durum yaratacağı için sırf bu kurumları yargısal denetime tabi tutmak amacının, bunların yürütme erkine dahil edilmelerini zorunlu kıldığı da kabul edilmiştir. Zira yürütme erki dışında kaldığı halde yargısal denetime tabi olan bir kurumsal kurum hem Fransız idari rejim sistemi ile bağdaşmayacak, hem de kuvvetler ayrılığına ters düşebilecektir.<sup>30</sup>

Baımsız idari kurumların yargı denetimine dahil olup olmadığı Fransa'da uzun süren tartışmalara neden olduktan sonra, bunların kararlarının yargısal denetime tabi olduğu kabul edilerek, Rekabet Kurulu kararları adli yargının, diğerlerinin kararları da idari yargının kontrolüne tabi tutuldu.<sup>31</sup>

Fransız yargısının baımsız idari kurumların kararları üzerinde esasla ilişkili olarak

prensipte sınırlı bir denetim yaptığı ve bu kurumların belli teknik alanlarda uzmanlaşmış olmaları nedeniyle kararlarında sadece bariz de erlendirme hatası söz konusuysa esasa girdiği ve sadece temel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren durumlarda tam bir esas incelemesi yaptığı söylenebilir. Baımsız idari kurumların Türkiye'de benimsenmesinde de bu modelin idari rejim sistemine adapte edildiği şekliyle Fransız Modelinden esinlenilmesi sonucunda, bu kurumlar Türkiye'de de idare cihazının bir parçası olarak ortaya çıkmakta ve bunun sonucu olarak idari yargı denetimine tabi tutulmaktadır.<sup>32</sup>

Türkiye'de baımsız idari kurumların oldukça yeni olmaları nedeniyle, bunların kararlarının yargısal denetimi konusunda henüz yerleşmiş içtihat düzeyinde yeterli miktarda kararın bulunduğunu söylemek güçtür. Yine de bu konudaki mevcut yargı kararlarından bazı yorumlar ve belirtiler çıkarmak mümkündür.

Her şeyden önce Türk Danıştay'ı baımsız idari kurumların kararlarını denetlerken bu kurumların diğer idari mercilere göre farklı ve özelliği olan kurumlar oldukları yönünde ne kararların lafzından ne de içeriğinden her hangi bir kanıt elde etmek zordur. Diğer bir anlatımla, Danıştay yargısal denetim yaparken bu kurumları sıradan bir idari merci olarak görmekte ve inceleme yöntemi ve yargısal denetimin yoğunluk derecesinde bu kurumlara herhangi bir ayrıcalık tanımamaktadır. Örneğin; Danıştay, bu kurumların işlemlerine ilişkin kararlarında diğer idari kuruluşlar için olduğu gibi, "davalı idare" deyimini kullanmakta ve kararların hazırlık aşamasında de inilmeye

<sup>29</sup> Mehmet Sava ÖZDA ; a.g.e., s. 15.

<sup>30</sup> Ali ULUSOY; a.g.m., s. 7.

<sup>31</sup> E. Ethem ATAY; a.g.m., s. 77.

<sup>32</sup> Ali ULUSOY; a.g.m., s. 8

başlanmasına rağmen kararlarda bağımsız idari kurum veya bu anlama gelen bir deyim kullanmıştır. Yine Danıştay'ın bazı kararlarında, bu kurumların kararlarının esas denetiminin derecesini oldukça yüksek tuttu ve hatta ilgili bağımsız kurum kararının yerindedir her yönüyle denetlediği bile söylenebilir.<sup>33</sup>

Anayasanın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu durumda, kurulların eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna gidilebileceği her hangi bir tereddüt yoktur. Ancak, burada asıl sorun, bu kurumların bağımsız adlandırılması ve regülasyon ile ilgili yukarıda yapılan tarifin ortaya koyduğu şekilde faaliyet alanlarının klasik hukuki kalıpları aşması nedeniyle idari yargı mercilerinin yargısal denetiminin bir özellik taşıyıp taşımayacağı sorunudur.

Doktrinde bir kısım müellifler, bağımsız idari otoritelere (kurullara) verilen görevlerin bilgi ve uzmanlık gerektirmesi ve idari yargı yerlerinin de bu alanlarda yeterli bilgi ve uzmanlığa sahip olmamaları nedeniyle bu kurumların yapmış olduğu işlemler üzerinde yargısal denetim yapılmasının güç olduğunu; ancak bu durumun, kuruluşların işlemleri üzerinde sınırlı bir yargısal denetimini haklı çıkarmayacağını zira bu kuruluşların işlemleri üzerinde idari denetim (hijerarşi-vesayet) bulunmaması nedeniyle işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve idarenin bütünlüğü ilkesinin hayata geçirilebilmesi için tek denetim yolunun yargısal denetim olduğunu, eğer bu denetim de sınırlı tutulursa bu kuruluşların, kendilerine yöneltilen eleştiriler doğrultusunda kendi başlarına

buyruk ve devlet içinde devlet haline geleceklerini belirtmektedir.<sup>34</sup>

Bu konu, Radyo Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK), 3984 sayılı Yasa uyarınca uyguladığı yaptırım sonucu aynı yasa uyarınca (madde 35) TRT Genel Müdürü ile yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin düşmesi üzerine TRT Genel Müdürü tarafından açılan davada idare mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı vermesi üzerine gündeme gelmiş, bu karar itiraz üzerine Bölge İdare Mahkemesi (05.01.1996 Tarih, Y.D. itiraz no:1996/2 sayılı karar) "TRT kurumu, Anayasanın 113. maddesinde ifadesini bulan özerk, tarafsız bir anayasa kurumu, RTÜK Başkanlığı ise kendi özel kanunu ile kurulmuş, anayasal kurum mahiyeti taşımayan bir müessesedir. Anayasal bir kurum olmayan ve bu anlamda özerkliği de bulunmayan RTÜK'ü, anayasada özel bir yeri olan TRT Kurumu Genel Müdürünün görevine son verilmesi anlamına gelen bir işlem tesisinde yetkili kılmak, normlar hiyerarşisi açısından da tartışmasız kabul edilmemesi gereken bir husustur." demiştir.

Bölge İdare Mahkemesinin, kurulları, kamu kurumları ile eş tutan, kamu kurumları içinde özel bir yer tanımayan görüşüne Danıştay da iştirak etmiştir.<sup>35</sup>

## Türk Hukukunda Bağımsız İdari Kurumlar

### a) Genel Olarak

Türkiye'de görülen ilk ekonomik yüksek kurul, 1961 Anayasasına göre kurulan ve uzun bir müddet

<sup>33</sup> Ali ULUSOY; a.g.m., s. 8.

<sup>34</sup> Metin GÜNDAY; a.g.e., s. 500.

<sup>35</sup> Turgut TAN; "Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu", s. 6.

Türk ekonomisinde merkezi bir "Gosplan"<sup>36</sup> gibi hareket eden "Yüksek Planlama Kurulu" dur.<sup>37</sup> Ancak bu kurulun bugünkü anlamıyla bir baımsız idari kurum oldu u doktrinde tartışmalıdır.

Bugünkü anlamıyla Baımsız İdari Kurumlar Türkiye'nin gündemine ilk kez YÖK ile girdi.<sup>38</sup> Ekonomik anlamda ise ilk kez 1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile girmiştir. 1970'li yıllarda Türkiye'de yaşanan hiper-enflasyon, mevduat ve tahvil faizlerini negatif gelir haline getirince, tasarruf sahiplerinin girdi i arayışları de erlendiren bankerler, tahvil ve mevduat sertifikasının el de iş tirdi i bir ikinci piyasa yaratmış ve yasa boş lu undan istifade ederek ihraççı bankadan aldıkları tahvilleri, tasarruf sahiplerine daha ucuza satma ve aradaki farkı, kendi komisyonları ile beraber ihraççı şirketten finansman masrafı altında tahsil etme imkanı bulmuşlardır. Bu durum, Merkez Bankasının sıkı kontrolü sebebiyle belirli faiz oranlarının üstüne çıkamayan ihraççı bankalar aleyhine haksız rekabet yaratmış ve bankerler eliyle ikinci piyasada patlayan sertifika satışı, küçük bankaları altından kalkamayacakları bir mevduat yüküne sokmuştur. Di er yandan toplanan mevduatın uygun yerlere plase edilemeyişi ve büyük kısmının bata k haline gelişi, saadet zincirinin sonu olmuş, bankerlerin girdikleri hızla piyasayı terk etmeye başlamaları ile patlayan kriz, kısa zamanda küçük tasarruf sahiplerinin birikimlerinin buhar oldu u bir

faciaya dönüşmüştür. İşte Sermaye Piyasası Kanunu, böyle bir ortamda hazırlanarak yürürlü e sokulmuş, başıboş lu a son verilerek piyasalara bir düzen ve denetim getirilmesi amaçlanmış; Sermaye Piyasa Kurulu da, bu misyonla yasa içinde yerini almıştır.<sup>39</sup> Sermaye Piyasası Kurulunun (SPK) kuruluşunu izleyen 13 yıl boyunca Türk hukukunda benzeri bir kurul görölmez.

1993 yılında Anayasanın 133. maddesinde yapılan de ışiklik sonucu radyo-televizyon yayıncılı nda devlet tekeli kaldırılarak kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek serbest bırakılmış, müteakiben de 13.04.1994 tarihli ve 3984 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun" çerçevesinde bu alanı düzenleyici Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) kurulmuştur. Bunları, 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun ile Rekabet Kurulu, 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK), 29.01.2001 tarihli ve 4502 sayılı Kanun ile Telekomünikasyon Üst Kurulu, 04.04.2001 tarihli ve 4634 sayılı Kanun ile Şeker Kurulu, 18.04.2001 tarihli ve 4646 sayılı Kanun ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu takip etmiştir. Bu gün için Türk Hukukunda çalışmamıza konu türden 14 adet kurul bulunmaktadır. Bunlar:

- Sermaye Piyasası Kurulu (1981),
- Radyo Televizyon Üst Kurulu (1994),
- Rekabet Kurulu (1994),
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (1999),
- Telekomünikasyon Kurulu (2001),

<sup>36</sup> Gosplan: Sovyet Rusya'sında Tüm ekonomik kararlar ve bu arada bankacılık ve mali kurumlara ilgili kararların alındı ı merkezi Moskova'da bulunan Devlet Plan Komitesi.

<sup>37</sup> Hasan Celal Güzel; "Kurullar Demokrasisi", Umran Dergisi, s. 44.

<sup>38</sup> YÖK ile ilgili ayrı bir çalış ma yapaca ımızdan bu çalış ma da bu konuya hiç de inmedik.

<sup>39</sup> Mehmet Sava ÖZDA ; a.g.e., s. 16.



- Şeker Piyasası Kurulu (2001),
- Enerji Piyasası Kurulu (2001),
- Sigorta Kurulu,
- Tütün Piyasası Kurulu (2001),
- Kamu İhale Kurulu (2001),
- Transit Boru Hatları Kurulu,
- Do al Gaz ve Petrol Piyasası Kurulu,
- Endüstri Bölgeleri Kurulu (2001),
- Para Piyasası Kuruludur.

**Ba ımsız İdari Kurumların Anayasal Konumları ve İdari Teşkilat İçinde Yerleri**

Ba ımsız İdari Kurumların anayasal konumları incelenirken özellikle çözümlenmesi gereken sorun, bu kurumların Anayasanın belirledi i idari organizasyon içerisinde nasıl konumlandırılacaklarıdır. Bu ba lamda şu soruların yanıtlarının aranması gerekmektedir:

- Ba ımsız idari kurumlar, Fransa'da oldu u gibi, merkezi idare ve yerinden yönetim kuruluşları yanında üçüncü bir idari yapılanma türü müdür? E er böyle ise Merkezi idare ve yerinden yönetim dışında bir yapılanma öngörmeyen Anayasaya aykırılık teşkil etmeyecek midir?
- E er bu üçüncü tür idari yapılanma düşüncesi kabul edilmezse, bu kurumlar Anayasanın 123. maddesi anlamında yerinden yönetim kuruluşları niteli inde sayılabilirler mi? Bu ba lamda, bu kurumların yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında üçüncü bir yerinden yönetim kuruluşları grubu oluşturdukları savunulabilir mi?
- Bu kurumlar üzerinde tipik vesayet denetim yetkileri bulunmaması, bunların yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirilebilmesini engeller mi? Merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde vesayet denetimi veya herhangi bir idari denetim yetkisine sahip olması anayasal bir zorunluluk mudur? Di er yerinden yönetim kuruluşlarına uygulanan idari denetim yetkilerinin dışında, bunlara göre daha hafif ve daha farklı idari denetim çeşitlerinin öngörülmesi mümkün müdür?
- Ba ımsız idari kurumların idari ba ımsızlı ı, Anayasadaki idarenin bütünlü ü ilkesiyle (m.123/1) çelişmekte midir? Bu anlamda, RTÜK ve Rekabet Kurulunu düzenleyen kanunlar Anayasaya aykırı mıdır?

**T.C. Anayasasının 123'üncü maddesine göre** "İdare, kuruluş ve görevleri ile bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişili i ancak kanunla veya kanunun açıkça verdi i yetkiye dayanılarak kurulur." Bu hükümden, Türkiye'de idari birimlerin, devlet idaresi (merkezi idare), mahalli idareler (yerel yerinden yönetim) ve kamu kurumları (hizmet yerinden yönetim kuruluşları) olmak üzere üç tür teşkilatlanabilecekleri sonucu çıkarılmakta ve anayasa koyucunun başka bir teşkilatlanma modeline izin vermedi i (numerus clausus) belirtilmektedir.

Lütfü DURAN'a göre, idari sistemin verileri ve genel ilkeleri karşısında Türkiye yönetiminde ba ımsız idari otoritelerin varlı ından söz etmek, fantezist bir girişimdir. DURAN; Türk devlet yapısının, katı merkezîyetçi bir bütünlükte oldu unu, özerk yapılı yerel

yönetimler (mahalli idareler) ve üniversitelerin dahi merkezi otoritenin denetimine alınmış oldu unu, hal böyle iken siyasal organlar ile hiçbir ba ı olmaksızın temel hak ve özgürlükler ve ekonomik etkinlikler ilgili duyarlı alanlarda kendilerine ait etkili ve önemli yetkiler kullanan ba ımsız idari otoritelerin (BİO) Türk idaresinde bulunmasının olmadığı nı savunur.<sup>40</sup>

Metin GÜNDAY ise, Anayasanın 126. maddesinde merkezi idarenin, 127. maddesinde de mahalli idarelerin tanımlandığını, ba ımsız idari kurumların, bu iki kategoriye de girmediğini, ilk bakışta bu kurumlara benzer gözükken hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının ise belli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulduklarını ve üzerlerinde merkezi idarenin sahip olduğu vesayet yetkileri bulunduğunu, bu yetki çerçevesinde organların iş başına getirildiğini ya da görevden alınabildiklerini oysa ba ımsız idari kurumların belli bir kamu hizmetini yürütmedikleri gibi üzerlerinde merkezi idarenin tipik vesayet denetimi yetkilerinin de bulunmadığını, ayrıca hizmet yerinden yönetim kuruluşlarında rastlanmayan bir mâli özerkliğin bu ba ımsız kurumlara tanındığını, bu durumda ba ımsız idarî kurumların mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında, bir üçüncü kategori, yerinden yönetim kuruluşu olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. GÜNDAY'a göre böyle bir kabul, anayasal sorun da yaratmayacaktır. Zira, Anayasada mahalli idarelerin aksine hizmet yerinden yönetim kuruluşları öngörülmediği halde, kanunla hizmet yerinden yönetim kuruluşları oluşturulmuş ve bu bir problem yaratmamıştır. O halde

yerinden yönetim ilkesinin, yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları ile sınırlandırıldığı ı söylenemez. Anayasanın 123. maddesi, ba ımsız idari kurumların kurulmasına da cevaz vermektedir.<sup>41</sup>

Turan YILDIRIM, mahalli idareler dışında kamu hizmetlerini yürütmek üzere kurulan kamu tüzel kişilerinin, "kamu kurumları" olarak adlandırıldıklarını ve doktrinde belli ölçütlere göre sınıflandırıldıklarını; ancak bu ayrımın güç olduğu kadar idari teşkilatın incelenmesinde fazla bir önem de taşımadığını, kamu kurumlarının kurulmasında uyulması gereken belli bir ölçüt bulunmadığını için yürütülecek hizmetin özelliğine göre de işen niteliklere sahip kamu kurumlarının kurulduğunu, tüzel kişiliğe sahip olma dışında ortak bir ölçütlerinin bulunmadığını, merkezi idare ile ilişkilerinin de farklılık gösterdiğini, bu nedenle bir kısım kamu kurumlarının merkezi idareden ba ımsız olmasının, onları bir başka kategoriye sokmayı gerektirmediğini söylemekte ve ba ımsız idari kurumların, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak, YILDIRIM'a göre Türkiye'nin yönetim yapısında Fransa ve Anglo-Sakson modelindeki türden ba ımsız idari otoritelerin varlığından söz edilemez.<sup>42</sup>

Şahin ARDIYOK ve Ali ULUSOY, Fransa'dan farklı olarak ba ımsız kurumların, Türk hukukunda devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliğe ve özerk bütçeye sahip olduklarını, verdikleri zarardan bizzat kurum olarak sorumlu tutulduklarını, davacı ve davalı olabildiklerini, bu çerçevede

<sup>41</sup> Metin GÜNDAY; a.g.e., s. 496-497.

<sup>42</sup> Turan YILDIRIM; "Ba ımsız dari Otoritelerin Yargısal Denetimi", 2000 yılında dari Yargı Sempozyumu, s. 204-206.

<sup>40</sup> Lütfü DURAN; "Türkiye'de Ba ımsız dari Otoriteler", Amme dairesi Dergisi, s. 8.

ba ımsız idari otoritelerin, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının tipik özelliklerini taşıdıklarını ancak bu otoritelerin kararlarına, merkezi idarenin hiçbir müdahale olanağının bulunmamasının, bunları hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına göre daha ba ımsız kıldığını, bu durumda ba ımsız idari otoritelerin, yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında üçüncü bir yerinden yönetim kuruluşu olarak kabul edilebileceğini söylemektedir.<sup>43</sup>

Görüldüğü üzere ba ımsız idari otoritelerin, Türk idare teşkilatındaki yerinin tayininde birbirinden farklı üç görüş mevcuttur. Görüşlerden birincisi, Türk hukukunda ba ımsız olan otoritelerin bulunmamasını ileri sürerken, diğeri iki görüş, bu otoritelerin yerel yönetimler kategorisinde de erlendirilmesi gerektiğini hususunda ittifak etmekte; biri bunları hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından sayarken diğeri, yeni bir yerinden yönetim kuruluşu olarak görülmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; kurulların idari teşkilât içindeki yerlerinin belirlenmesinde ya da belirlenmemesinde yabancı hukuklardan aynen çeviri yapılarak, anayasal sistemi ve buna göre şekillenmiş Türk Devlet teşkilatını de ıştırmeden, sırf yabancı hukuklarda ba ımsız idari otoriteler (Independent Regulatory Agencies) olarak adlandırılmaları sebebiyle bu kurullara, idari teşkilat içinde uygun yer aramak, bizi hatalı sonuçlara götürür.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; Türk Esas Teşkilat Hukukunda ve anayasal sisteminde yürütme

fonksiyonu dahi ba ımsız kabul edilmez iken, yürütmenin bir uzantısı olan idarenin ve bunun türevleri olan kurulların ba ımsızlığından bahsetmek yanlış olacaktır.

Türk hukukunda yalnızca yargı fonksiyonu ve yetkisinin kullanılmasında, bu fonksiyonu icra edecek mahkemelerin ba ımsız olduğu belirlenmiştir. (Anayasa, madde 9 ve 138) Dolayısıyla yapılması gereken şey bu kurulları önce ayrı bir erk kabul etmeye götüreceği şekilde "ba ımsız" olarak nitelemekten kaçınmak ve daha sonra mevcut teşkilatlanma modelleri içinde yerini aramaktır.

#### **Ba ımsız Üst Kurulların Hukuksal Statüleri**

Türk kanun koyucusu, kurulları, merkezi idarenin dışında kamu tüzel kişiliğine sahip idari ve mali açıdan özerk kuruluşlar olarak görmektedir. Nitekim 2499 sayılı Kanunda Sermaye Piyasası Kurulunun, 4388 sayılı Kanunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun, 4054 sayılı Kanunda Rekabet Kurulunun, 4502 sayılı Kanunla de işik 2813 sayılı Telsiz Kanununda Telekomünikasyon Kurulunun, 4646 sayılı Kanunla de işik 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda, Enerji Piyasası Kurulu'nun idari ve mali özerkliğine sahip oldukları açıkça belirtilmiştir.

İlgili yasal düzenlemelerde kurul yanında genellikle bir kurumunda oluşturulmuş ve kurulun, bu kurumsal yapının karar organı olarak düzenlendiği, göreve yürütme organınının (Bakan/Bankalar Kurulu) iradesiyle getirildikten sonra kendi teşkilatını kurma, personelini atama, bütçesini hazırlama, faaliyet alanı ile ilgili düzenleyici işlemler yapma (tebliğ, genelge vs.), denetimde bulunma; yasaklanan faaliyet ve hukuki işlemler ile ilgili olarak

<sup>43</sup> ahin ARDIYOK; "Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli", 2000 yılında dari Yargı Sempozyumu, s. 84, aynı görüşte Ali ULUSOY; a.g.m., s. 11.

inceleme, araştırma, soruşturma ve yargılama yapma, tespit edilen ihlaller ile ilgili olarak idari para cezaları uygulama gibi yetkilerle donatıldıkları görülmektedir.<sup>44</sup>

Kanun koyucu özerk kabul edip geniş yetkileri ile donattığı bu kurul/kurumları, yasalarında bir bakanlık ile ilişkilendirmeyi de ihmal etmemiştir. Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 20. maddesine göre Rekabet Kurumunun ilişkili olduğu bakanlık, Sanayi ve Ticaret Bakanlığıdır. 2499 sayılı Kanuna göre Sermaye Piyasası Kurulunun ilişkili olduğu bakanlık, Başbakanlık tarafından görevlendirilecek Devlet Bakanlığıdır. 4628 sayılı Kanuna göre Enerji Piyasası Kurumunun ilişkili olduğu bakanlık, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığıdır. 4502 sayılı Kanunla de işık 2813 sayılı Kanuna göre Telekomünikasyon Kurumunun ilişkili olduğu bakanlık, Ulaştırma Bakanlığı olarak gösterilmiştir.

Kurullarla ilgili yasal düzenlemeler tetkik olunduğunda, bu kurul/kurumlar ile ilişkilendirilen bakanlıkların, genellikle bunların bütçelerinin hazırlanmasında yetkili kılındıkları görülmektedir. Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda, Sanayi ve Ticaret Bakanlığına, Rekabet Kurumunun yıllık bütçesini hazırlamada, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Başbakan tarafından görevlendirilen devlet bakanlığına, Sermaye Piyasası Kurulunun yıllık hesapları ile harcamalarına ilişkin işlemleri denetleme ve denetleme sonuçları ile ilgili tedbirleri almada, 4389 sayılı Bankalar Kanununda ilgili bakana, BDDK'nın yıllık hesapları ile harcamalarına ilişkin

işlemleri, Sayıştay denetçisi, Başbakanlık müfettişi ve maliye müfettişlerinden oluşan bir komisyona denetleme ve denetleme sonuçları ile ilgili tedbirleri almada yetki tanınmıştır.<sup>45</sup>

İlişkili ya da ilgili bakanlıkların, yukarıda sözü edilen ve bütçeye taalluk eden yetkiler dışında, kurullar üzerinde bir denetim yetkilerine yasal metinlerde tesadüf olunmamaktadır. Mamafih, doktrinde "ilişkili" terimine getirilen orijinal bir yorumdan da söz etmek gerekir. Bu yoruma göre, "ilişkili bakanlık" terimi, hiyerarşi denetimi ve vesayet denetimi dışında kalan idari denetim yolu kategorisi içinde bakanlık, menfaat koşulu aranmaksızın hukuka aykırı gördüğü işlemin iptali için idari yargıya başvurma yetkisi vermektedir.<sup>46</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre idarenin eylem ve işlemleri hakkında idari yargı yerlerinde dava açabilmenin ön koşullarından birisi, davaya konu eylem ve/veya işlemin iptalinde, davacının menfaatinin bulunması gerektiğidir. İşte bakanlığın, yasal düzenlemelerde, kurum/kurulla ilişkilendirilmiş olması dolayısıyla idari yargı yeri, bakanlığın dava açmakta menfaatinin bulunup bulunmadığını araştırmayacak, menfaat koşulunun otomatik olarak gerçekleştiğini kabul edecektir. Doktrinde yapılan bu yorumun, -henüz idare mahkemeleri ve Danıştay'dan bu yorum ile ilgili bir karar gelmemiş olması sebebiyle- uygulamada kabul görüp görmeyeceği belirsizdir.<sup>47</sup>

#### Kurullar ile GÜdülen Hedef

<sup>45</sup> Mehmet Sava ÖZDA ;a.g.e., s. 23.

<sup>46</sup> Ali ULUSOY; "Türk dare Sistemi çerisinde Rekabet Kurumunun Yeri", Rekabet Kurumu, Perembe Konferansları, s. 4.

<sup>47</sup> Mehmet Sava ÖZDA ;a.g.e., s. 24.

<sup>44</sup> Mehmet Sava ÖZDA ;a.g.e., s. 21.

Üst kurulların ilk defa ve yaygın bir biçimde her şeyin özel sektörün kontrolünde olduğu ABD’de daha sonraları İngiltere’de kurulmaya başladı. 1970’li yıllarda Kıtaya Avrupa’ya girdi. Kuruluş gerekçelerinde; a r ve verimsiz işleyen, ehliyet ve liyakate fazla önem vermeyen merkezi idarelere karşı işi hızlandırıcı, verimi arttırıcı, kişiyi devlete karşı koruyucu tedbirler almak gibi amaçlarla kuruldu. Çalışanlarının dışsal bir müdahaleye u ramaması, görevleri boyunca görevden alınamamaları, işleri yürütürken kısmen de yasama ve yargı fonksiyonlarına benzer görevler üstlendi ini yukarıda belirtmiştik.

Kuşkusuz bu yapılanlarla, siyasetin oy avcılığı için popülist politikalarla ekonomiye müdahalesi engellenmek istenmiştir. Ancak ekonomideki tüm bu kötü gidişatın sorumluluğunu siyasete ve siyasetçiye yüklemek, sorunu dar bir çerçeve içine hapsetmek olacaktır.

Olayın daha farklı bir boyutu vardır ki; gözlerden kaçırılmamalıdır. 2000 yılında CNN’ye verdiği bir demecinde Eski Amerikan Başkanı Bill Clinton, “Küreselleşme gevşek sınırlar ister. Üniter Devlet yapıları küreselleşmeye uygun değildir.” demiştir. Bu konuşmadaki gerçek özne aslında küreselleşme değil, sermayedir. Zira sermaye 10 yıldan uzun bir süredir, ürünlerini dünyanın her yerine yaygınlaştırmayı büyük ölçüde başarmış, ancak hizmet ticareti ve finans sermayesi ile üretim birimleri, ulus devlet yapıları ve onlara egemen sermayenin sınırlama ve korumalarından dolayı yeterince yaygınlaştıramamıştır. İşte bu yüzden, sermaye, hizmet ticareti ve finans üzerinden yeni kâr alanları yaratarak kâr oranlarını arttırmak ve meta üretimindeki kâr oranlarını düşüşünü tersine çevirmek

için engel oluşturan tüm sınırlama ve korumaları “küreselleşme” adını verdiği i, bilinen sömürü düzeni ile ortadan kaldırmak ve bunu tüm dünyaya yaygınlaştırmak çabasıdır. Amaç tüm metallerin üretimi, sermayenin ve finans kapitalinin dolaşımı önünde engel oluşturabilecek tüm sosyal düzenlemelerin ve sınırlamaların ortadan kaldırılmasıdır.<sup>48</sup>

İşte bu noktada karşısına çıkan engellerin kaldırılması zımında yapılan işlerden birisi “Bağımsız Üst Kurullar” oluşturulmasıdır. İşte bu bağımsız kurullar, siyasi otoriteden bağımsız, ancak sermayeye bağımlı, onun egemen olduğu yapılar olarak tasarlanmış ve uygulamaya geçirilmiştir. Bu yapılanların ne kadar güçlü olduğu, dönemin Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanı Kemal Derviş’in, Haziran 2002’de Başbakan Bülent Ecevit’in sa lı ve genel seçim konusunda yaptığı açıklama durumu izah etmektedir. “Oluşturdu umuz kurullar, özellikle ekonomi ile ilgili kurullar, üyeleri dürüst çalışırsa yapılacak bir genel seçimin ekonomi üzerine etkisi olmaz ya da çok az olur.”

Derviş, bu ifadesi ile halkın oylarının, seçmen iradesinin, seçimin, halkın iradesi ile seçilenlerin, partilerin ve hükümetlerin temsil ettiği sınıf için artık önemsiz hale geldi ini açıkça ortaya koymuştur.

Bu noktada Dünya Bankası (World Bank) Eski Baş Ekonomisti Joseph Stiglitz’in açıklamaları da konuyu daha iyi kavramamıza yardımcı olacaktır. Stiglitz, Dünya Bankasının dikkatli bir ülke içi araştırmasından sonra, her yoksul ülke için bir destek stratejisi oluşturdu unu ve sonra ilgili ülke

<sup>48</sup> Selim YILMAZ; “Bölgeselle me: Küreselle me Kar ısında Bir Alternatif mi? Yoksa Küreselle meyi Besleyen Bir Geli me mi?”, 4. Temmuz. 2002, ODTÜ Uluslararası İlişkiler bölümünde sunulan tebliğ, [www.antimai.org/gr/syodtu/htm](http://www.antimai.org/gr/syodtu/htm).

maliye bakanının önüne "yeniden yapılanma anlaşması" kondu unu, bu anlaşmanın dört aşaması bir program içerdi ini anlatmaktadır.

- "Birinci aşama, devletin kontrolündeki do al tekellerin özelleştirilmesi, devletin bu sektörlerden tasfiyesi sürecidir.
- İkinci aşama, sermaye piyasalarının liberalleştirilmesidir. Bu teorik olarak yatırım sermayesinin içeriye ve dışarıya akışkanlığını sağlamaktadır. Ama, uygulamada Endonezya ve Brezilya örneğinde olduğu gibi para sadece dışarıya akmaktadır. Stiglitz buna "sıcak para döngüsü" adını vermektedir. Sıcak yani nakit para, emlak ve döviz spekülasyonu için ülkeye girmekte ve en küçük bir tehlike anında da yurt dışına kaçmaktadır. Bu durumda ülkenin rezervleri birkaç gün içinde eriyebilmektedir. O zaman spekülatörleri, bir ülkenin öz sermaye fonuna yeniden yönelmeye ikna etmek için IMF söz konusu ülkelerden, faiz oranlarını %30, %50, %80 düzeyinde artırımlarını talep etmektedir. Yüksek faiz oranları, emlak değerlerini yerle bir etmekte, endüstriyel üretime saldırmakta, ulusal hazineyi yok etmektedir.
- Bu noktada IMF nefesi kesilmiş olan ülkeyi, üçüncü aşamaya sürüklemektedir. Yiyecek, su, tüp gaz gibi maddelerin fiyatını yükseltmek için piyasa temelli fiyatlandırma talep etmektedir. Bu talep, IMF ayaklanması denilen üç buçukuncu aşamayı doğurmaktadır. Toplumsal huzursuzluk had safhaya ulaşmış ve ayaklanmalar başlamıştır. Bu durum, yeni sermaye kaçışlarına, devlet iflaslarına ve siyasi krizleri yol açmaktadır.

- IMF, artık serbest ticaret adı verilen dördüncü aşamayı başlatabilecek duruma gelmiştir. Bu aşama, 19'uncu yüzyılda İngiltere'nin ülke içindeki uyuşturucu olarak afyon üretim, satış ve kullanımını önlemek amacıyla bu yöndeki İngiliz baskılarına direnen Çin yönetimine karşı başlattığı 'Afyon Savaşları'na benzemektedir. IMF, mali ablukayı uygulamakta, uluslararası sermayenin mallarını pazarlayabilmesi için bütün engeller yıkılırken, kendi piyasalarını, üçüncü dünyanın tarımına karşı barikatlarla donatmaktadırlar.<sup>49</sup>

Stiglitz'in bu yapmış olduğu bu çarpıcı açıklamalardan IMF'nin ve Dünya Bankasının Türkiye'deki Baımsız Üst Kurulların yönetim kurullarına atanacak kimseler için neden baskıda bulunduğunu anlaşılmaktadır. Üst Kurullara yapılan atamalar, uzun süreli olup bu süre içerisinde üyeler de iştirilememektedirler. Yönetim Kurullarının oluşumuna bizzat IMF müdahale etmekte ve çoğunluğunu kendi istediği şahıslardan oluşmasını istemektedir. Hatırlanacağı gibi Telekomünikasyon Üst Kuruluna atanacaklar IMF düzeyinde sorun haline gelmişti. Sorun Bakan Enis Öksüz'ün istifası ve IMF'nin istediği isimlerin atanmasıyla çözülmüştü.

Dünya Bankası uzmanı Lorenz Pohlmeier, Yeniden Yapılandırma Kurulunun, yönetim kurulu üyesi için Prof. Dr. Özgür Oyan'a bir teklifte bulunduğunda; Özgür Oyan bu teklifi hangi hukuki statü ile yaptığın sormuş ve şu ilginç cevabı almıştır:<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Gregory PALAST; "Dört A amalı IMF Lanetlemesi" Mülkiye Dergisi, s. 258-262.

<sup>50</sup> Özgür OYAN; "Üst Kurullar Kimin için Önemli", www.inadina.com/inadeski/sayi1/oguzoyan.htm.



"Yedi kişilik kurul üyelerinden dördü bizim tarafımızdan atanıyor. Parayı biz veriyorsak, kararları da biz veririz!"

Di er taraftan Saadet Partisinin iddiasına göre de "Tütün Yasasını hazırlayan yedi kişilik komisyonun dört üyesi Phillip Morris ve Reynolds gibi tütün tekellerinin Türkiye temsilcileridir.<sup>51</sup>

Kurullarla güdülen hedefin ne oldu u konusunda Prof. Dr. O uz Oyan şu tespitleri yapmaktadır.

- Başta ABD olmak üzere dünyanın egemen ülkeleri ve bunların emrindeki finans kurumları, egemenliklerini kalıcı bir biçimde sürdürebilmek için ulus devletleri içten denetlemeye ihtiyaç duymaktadırlar. Bunun için, ulus devletin da ınık müdahale araçlarının ve kamu karar birimlerinin tek bir üst kurul bünyesinde operasyonel bir etkinli e kavuşturulması gerekmektedir. Böylece, Bakanlıklar ve çeşitli ba lı/özerk kuruluşlar arasında paylaşılmış yetkiler tek bir elde toplanarak, müdahale/etkileme süreci kısaltılmaktadır.
- Üst Kurul yapısının dayatılmasının bir di er nedeni de, uluslararası finans kuruluşlarının buralara mutemet temsilcilerini sokma konusunda daha fazla olana a sahip olmasıdır. Bakanlar Kurulu gibi siyasal seçim yoluyla göreve gelenlerden oluşan kurullarda bu olanak daha kısıtlıdır. Hükümetler ve Bakanlar, siyasal iklime göre dış kontrolden görece ba ımsız bir biçimde de işebilmektedir. Oysa, üst kurullara atamalar uzun süreli yapılmakta, görev süreleri çeşitli güvencelere ba lanmakta, üstelik "teknik"

etiketli bu kurullara "liyakat" temeline dayandırılmış önerilerde bulunmak, toplum gözünde daha fazla kabul edilebilir bulunmaktadır.

- Üst kurulları meşrulaştırmak için "siyaset ile ekonomiye birbirinden ayırmak" gibi özünde anlamsız olan ancak kitlelerin kolay benimsedi i gerekçeler öne sürülmektedir. Aslında hedeflenen, ulus devletin ulusal ekonomi üzerindeki söz ve kararı hakkının sınırlandırılmasıdır. Ulusal siyasal iradenin ekonomiye müdahalesi sınırlandırırken, uluslar arası müdahale araçlarını ellerinde tutan egemen devletlerin dünya ekonomisine müdahale imkanları artmaktadır. İşte bu nedenle, Türkiye örne inde çok açık görüldü ü gibi, sadece dolaysız kamu girişimlerini de il, tüm iktisat politikası araçlarını bir bir ellerinden kaçıran ulus devletler, giderek daha fazla ekonomik ba ımlılık sürecine girmektedirler.
- Üst kurulların önemli bir işlevi de, tahkim kurulları gibi çalışacak yapıda oluşturulmalarıdır. Kamu ve özel sektörden gelen temsilcileri buluşturacak bir biçimde şekillendirilen ve çok geniş yetkilerle donatılan bu kurullar, yabancı sermayenin sektördeki penetrasyon oranına da ba lı olarak giderek ulus- aşırı şirketlerin çıkarlarına dönük (veya onlara zarar vermeyecek) kararlar almaya yönlendirilmektedir.

Böylece üst kurullar, bilerek veya bilmeyerek, isteyerek veya istemeyerek, çatışma veya uyum içinde, bir ülkenin karar mekanizmalarını parçalamaya katkıda bulunmakta ve ulusal çıkarların önceli i giderek aşınmaktadır. İşte bu nedenlerle, Türk Telekom'un üst

<sup>51</sup> Yeniden Büyük Türkiye Web Sitesi.

kurulunun niteliği, bu kuruluşun özelleştirilmesinden dahi daha önemlidir. Çünkü özelleştirmenin boyutları 10 milyar dolar mertebelerinde kalırken, Türkiye’de Telekom Pazarının boyutları bunun 10 katına çıkabilmektedir.<sup>52</sup>

### **Siyaset Neden Dışlanmak İsteniyor?**

Son yıllarda dünyada, uluslar arası sermayenin aç gözlülüğüne karşı gittikçe artan bir tepki oluşmaktadır. Başta İslam ülkeleri olmak üzere, Afrika ve Asya’da ABD şahsında bu doyumsuz sermayeye karşı büyük bir düşmanlık gelişmektedir. Halk bazında yaygınlaşan bu düşmanlık, ister istemez siyasete ve o ülkenin yönetimine yansımaktadır. Dolayısıyla siyasetçiler, ABD ve çok uluslu şirketlerin isteklerine karşı direnmekte ya da direnmek zorunda kalmaktadır.

Doyumsuz uluslararası sermaye, devletlerin elindeki imkanlardan özelleştirme adı altında yabancı ortaklara pay verilmesi için ülke yönetimlerine yoğun baskı uygulamaktadır. Kamusal imkanların özelleştirme adı altında yabancılara sunulması, kolay bir süreç olmayıp siyasetin hemen benimseyebileceği bir şey değildir. İster istemez siyaset kurumu, bu ve buna benzer konularda uluslararası güçlere direnmek zorundadır. İsteklerini frenleyemeyen bu doyumsuz sermaye, kendisine “hayır” denmesine tahammül edememektedir. Parlamento ve halktan çekinen hükümetler, ister istemez bunların isteklerine direnmekte, işleri sürüncemede bırakabilmektedirler.<sup>53</sup>

İşte tam da bu noktada kendileri de bürokratik kurum mahiyetindeki Dünya Bankası, IMF gibi uluslararası kuruluşlar söz konusu programlarını tatbik ederken karşılarında siyasal bir iradeden ziyade yerel bürokratik mekanizmayı görmeyi arzu etmekte ve bu sebeple de ilgili hükümetlere özerk kurulları oluşturmayı şart koşmaktadırlar. Üst Kurulları direnç ile karşılaşmaksızın çabuk sonuç alabilmenin vasıtaları olarak görmektedirler.<sup>54</sup>

### **Sonuç**

Tüm bu anlatılanlar, “Baımsız Üst Kurullar” olarak adlandırılan kurulların, ulusal iradeden baımsız kılınarak uluslararası mekanizmalara baımlılaştırma çabası içinde olduğunu ortaya koymuştur. Nitekim, Fransız Hukuku, federal bir yapıdan doğan bu modelin, üniter yapıyı tehdit edebileceğini öngörmüş, bu sebeple de bu tür kurulların ayrı bir tüzel kişilik olarak kurulmasına müsaade etmemiş, bunları devlet tüzel kişiliğinin bir parçası sayma yoluna gitmiştir.

Ancak Türk kanun koyucusunun önüne gelen ve hatta IMF ve Dünya Bankası gibi bürokratik kurumlarca zorla dikte ettirilen ve süratle yasalaşmaları istenilen bu idari yapı modelini, yeterince inceleme, değerlendirme ve bünyeye adapte edecek tedbirleri alma fırsatı bulduğunu söyleyemez.

Bu çerçevede kanun koyucunun anılan kurum/kurulları, idarenin bütünlüğünü ve toplumun menfaatlerini tehdit etmeyecek bir biçimde yeniden dizayn etmesi, ortak standartlara bağlanması ve bir denetim mekanizması yaratma tasarrufu ortaya koyması gerekmektedir.

<sup>52</sup> Ouz OYAN; a.g.m., www.inadina.com.

<sup>53</sup> Yıldırım CANO LU; “Sürekli Bürokratik Postmodern Darbeler Dönemi”, s. 36.

<sup>54</sup> Mehmet Sava ÖZDA; a.g.e., s.39.

Burada bizim ilk olarak önerdi imiz şey, öncelikle bürokrasinin yeniden bir tanımının yapılması ve siyasetle bürokrasi arasında mutlaka bir uyumun oluşturulmasının gerektiği idir. Zira, siyasal bir rejim olan demokrasi ile bir yönetim kurumu olan bürokrasi arasında, uyumsuzluk oldu u zaman gerilimler yaşanmaktadır. İdeal bir idari sistemde, bürokrasi birincil amaç olarak siyasal kararları uygulamayı benimser. Siyasal normları veri olarak alır ve onlar üzerinde herhangi bir tartışmaya girmez. Özellikle siyasal istikrarı yakalamış gelişmiş ülkelerde yasama organının kabul ettiği i bir yasa, kamuoyunda taşıdı ı meşruiyetten dolayı, bürokratik mekanizma içinde rahat bir şekilde ba layıcılık taşımaktadır. Böyle ülkelerde, siyasal sistem, uygulanmasını istedi i politikayı tayin eder. Buna karşılık bürokrasinin görevi, tayin edilen politikaların siyasetin istedi i şekilde uygulanmasıdır.

Kamu yönetiminde üst kurullara dayalı bir yapı oluşturulması, şüphesiz siyasetin alanını daraltmaya ve bu alanları teknoloji bürokratlara bırakmaya yönelik bir yaklaşımın sonucudur. Bu durum bu üst kurulları, yeni iktidar odakları haline getirmektedir. Yürütmenin daha önce do rudan karar verdikleri, yürüttükleri veya denetledikleri alanlar, yürütmeden alınarak özerk organlara geçmektedir. Dolayısıyla, önemli kamu politikası alanları "kurul" biçiminde örgütlenen bürokrasilere transfer olmaktadır. Bu üst kurul bürokrasileri, yetkilerini kendi sorumlulukları altında ba ımsız olarak kullanacaklarından dolayı, hükümetten ba ımsız ayrı birer kamu otoritesi olarak, kendilerince kamu politikası oluşturma ve yürütme yetkisine sahip olacaklar demektir. Şu halde

üst kurullar hem kamu gücünü kullanmak istemekte hem de kamu gücüne tabi olmak istememektedirler.<sup>55</sup> Nitekim kurulların denetimine Anayasal açıdan bakıldı ında, bunların bir komisyon marifetiyle denetlenmesi ve bu denetimler sonunda, yılda bir kez TBMM'nin bilgilendirilmesi, parlamento denetiminin açıkça devre dışı bırakılmasının anlamı bu olsa gerekir.

Bu tarz bir yapılanma ise, bürokrat endeksli politikaların hakimiyetinin güçlendirilmesi olaca ından dolayı seçilmişlerin etkinli inden ziyade, atanmışların (bürokratların) hakimiyeti demektir. Bürokratların, sistem içerisinde güçlendirilmesi, siyasetin denetiminin dışına çıkarılması anlamına da gelmektedir. Böylece bürokraside "seçkinci" bakış çerçevesinde bir siyasallaşma yaşanmaktadır. Ancak buradaki siyasallaşma, aynı zamanda siyasal partiler dışı ve tabandan uzak bir siyasallaşma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu nedenle kanun koyucunun öncelikle bürokrasinin yerini yeniden tanımlaması gerektiğini belirtmekteyiz. Bürokrasinin, tahakküm eden veya dejenere eden de il, halka hizmet eden bir yapı oldu unun tam anlamıyla açıklık a kavuşturulması gerekmektedir.

Bunun için bu noktada yapılması gereken şey bu kurulların Parlatmentonun denetimine süratle açılmasıdır. Bu durum milletin menfaatine olaca ı gibi ba ımsız kurulların da menfaatine olacaktır. Çünkü siyasetin dolayısıyla halkın desteğini alan bu kurullar uluslararası sermaye ve hegemonik güçler karşısında zayıf ve müdafaasız kalmaktan kurtulmuş olacaklardır.

<sup>55</sup> Zühal DÖNMEZ, "Üst Kurullar", s. 8.

## Kaynakça

- AKINCI, Müslüm; Ekonomik Kamu Düzeni Ve Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, Sayı 5, Ocak-Şubat-Mart 2001
- ATAY, E. Ethem; Fransız İdare Hukukunda Ba ımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi, Perşembe Konferansları, www.rekabet.- gov.tr/persembekonf.html
- ARDIYOK, Şahin; "Dogal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli", 2000 yılında İdari Yargı Sempozyumu, s. 84, Ankara, 11-12 Mayıs 2000
- CANO LU, Yıldırım; "Sürekli Bürokratik Postmodern Darbeler Dönemi", Umrans Dergisi, Şubat 2003, Sayı:102.
- DÖNMEZ, Zühal; "Üst Kurullar" Kamu Yönetimi Dünyası, Yıl: 3, Sayı: 10, Mayıs-Haziran 2002
- DURAN, Lütfü; "Türkiye'de Ba ımsız İdari Otoriteler", Amme İdaresi Dergisi, Sayı 30, 1 Mart 1997
- GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, Ankara,1996, İmaj Yayınları
- GÜZEL, Hasan Celal; "Kurullar Demokrasisi", Umrans Dergisi, Şubat 2003, Sayı:102
- KARACAN, Ali İhsan; Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler, Creative Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2002
- OYAN, O uz; "Üst Kurullar Kimin İçin Önemli", www.inadina.com/inadeski/sayil/oguzoyan. Htm
- ÖZAY, İlhan; "2000 YILINDA İdari Yargı Sempozyumu", Ankara, 11-12 Mayıs 2000
- ÖZDA , Mehmet Savaş; Özerk Kurullar, Avrasya-Bir Vakfı, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi Ankara Çalışmaları Dizisi, No:13, Ankara, Kasım 2002
- PALAST, Gregory; "Dört Aşamalı IMF Lanetlemesi", Çev:Ali Tartanlı, Mülkiye Dergisi, Mayıs-Haziran 2001, C.XXV
- TAN, Turgut; "Ba ımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu, Prof.Dr.İsmail Türk'e Arma an, SPK Yayınları, No:54, Aralık 1996,
- ULUSOY, Ali; "Ba ımsız İdari Kurumlar", Danıştay Dergisi, 1999, Yıl. 29, Sayı. 100,
- ULUSOY, Ali; "Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri", Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, www.rekabet.gov.tr/- persembekonf.html
- YILDIRIM, Turan; "Ba ımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", 2000 yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 11-12 Mayıs 2000
- YILMAZ, Selim; "Bölgeselleşme: Küreselleşme Kar-şısında bir alternatif mi? Yoksa Küreselleşmeyi Besleyen Bir Gelişme mi?", 4 Temmuz 2002, ODTÜ Uluslararası ilişkiler bölümünde sunulan tebli , www.antimai.org/gr/syodtu/-htm

Yeniden Büyük Türkiye Web Sitesi.

www.cankaya.gov.tr./DDK/DDK1/HTML, Rekabet Kurumunun 1999-2000-2001 yılları İş ve İşlemlerinin Devlet Denetleme Kurulunca Araştırma ve Denetlenmesine İlişkin Rapor Özeti.

www.tbmm.gov.tr/kanunlar



# Kamusal/Özel Alan Tartışmaları

Yetkin ÖZCAN<sup>(\*)</sup>



## Kamusal Alan Sözcü ünün Tanımları

**K**amusal alan sözcü ünün tanımları şeklinde bir başlık altında kullanılması daha başlangıçta bu kavramın genel-geçer bir tanımının yapılamaması anlamına gelebilir. Bundan dolayı da bu konuyla ilgilenen, araştırma yapan her düşünür bu sıkıntıyı dile getirir. Konuyla ilgili aklara gelen ne kadar çok kaynağa bakarsak bakalım, karşımıza her zaman farklı kavramlar, tanımlar, görüşler çıkacaktır. Biz bu çalışmada kamusal alanın bir tanımını bulmaya ya da herkes için geçerli bir tanım yapmaya çalışmayacağız. Çünkü bu konuyla ilgili tanımlamalar yapılırken, diğer birçok konuda olduğu gibi görüş ayrılıkları, farklı üsluplar ve özellikle farklı perspektifler devreye girmekte, bu tanımların çeşitliliği, her fikrin kendine özel bir kamusal alan algısına yol açmaktadır. Bazıları kendi çizdiği çerçeveyi, yaptığı tanımlamayı deklare etmekle kalmaz, ayrıca bunun bütün diğer kesimler/ötekiler tarafından kabul edilmesini ister, bazen de dayatır. Bazıları doğrudan ya da dolaylı olarak taklit yoluna başvurur ya da başkasının ağızıyla konuşur. Bu yazıda genel olarak kamusal alan ve özel alan ile ilgili ne gibi de erlendirmeler yapıldığını, batıdaki ve bizdeki tartışmaları, tarihi süreci de

içine alarak anlatmaya çalışacağız.

Kamusal alanın tanımlarının hepsine birden yer vermek anlamsız ve zaman kaybına neden olacaktır biz bu başlık altında bir sıra takip edilmesinin doğru olduğunu düşünüyoruz. Farklı kaynaklardan aldığımız kamusal ve özel kavramlarının tanımlarını kısaca aktaracak, daha sonra aralarındaki karşıtlıkla ilgili olarak yapılan de erlendirmeleri, yine konuya ilişkin araştırmaları olan düşünürlerin yazılarından aktaracağız.

YELKEN, kamu kavramıyla herkes anlamını karşılaştırdığı yazısında, ortaya nasıl bir zıtlık ve anlam kargaşası çıktığını örneklerle açıklamıştır. Sözlük anlamı itibarıyla kamu (public) herkes, genel, umum, halka ait, umumi, açık, aleni gibi anlamlara gelmektedir. Genel gözleme açık, ortada olan ve herkesin denetimine açık anlamlarını da taşımaktadır. Denetime açık olma kısmını pratik olarak tartışmalı bulduğumuz için "herkes" anlamını öne çıkararak bazı kavramları, başlarındaki "kamu" kelimesinin yerine herkes kelimesini koyarak yeniden okuduğumuzda durum daha da farklılaşacaktır. Bu durumda "kamu bankaları", "herkesin bankaları", "kamu borçları" "herkesin borçları" vb. olacaktır. Burada kullanılan "kamu", "devlet" ve herkes sözcükleri böylece paralel bir kullanıma kavuşmuş olacaktır. Teorik olarak bunun böyle

olmadı inı bilsek de pratikte böyle kullandı ımız açıktır. Sözü edilen kavramların literatürde kendilerine has anlam alanlarının mevcut oldu u da aşıkardır. Buradaki yöntemi kamusal alan kavramında uyguladı ımızda, özneye göre "devletin alanı" ve "herkesin alanı" gibi ilk bakışta birbirine zıt oldu u anlaşılan iki anlama vurgu yapmış oluruz.<sup>1</sup>

"Kamusal, kendi kendisine verilen şahsi bir sivil görev ya da işle u raşan bir kişiyi niteleyen özelin karşıtıdır. Kamusal sözcü ü en genel anlamda özel, kişisel ya da mahrem alana karşıt olarak kamuyla, meslekler ve siyasi alanla ilgili olan için kullanılan bir niteleme olarak düşünölmüştür.<sup>2</sup>

Kamusal alan kavramına gelince; kamusal alan, liberal politik düzenin, feodal düzenin yerini aldı ı sırada oluşmuş olan, yurttaş ya da bireylerin toplulukla ilgili sorunları ve konular üzerinde tartışma, fikir beyan etme imkanı buldukları, sosyo-politik sorunların çözümlenmesinde kişilerin de erler, erek ve normlar üzerinde mutabakata varma ve katkı yapma şansına sahip oldukları estetik/ebedi eleştiri veya politik muhalefet alanının adı olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde kamusal, burjuva toplumunun ihtiyaçları devlete ileten "ilerici eleştirel ve kültür tartışan" bir alan olarak inşa olunmuştur."<sup>3</sup>

"Batı'da Antikça Yunan topluluklarından beri kullanılan kamusal alan (Grekçesi politikos, Latincesi republicus, Osmanlıca'sı amme)

genelde, özel ve siyasal alan dışında kalan ve herkes için ortak alan demektir. Kamusal, biraz da tarihsel gelişime ba lı olarak farklı anlamlarda kullanılagelmiştir. Sözlük anlamı bakımından kamu, herkes; kamusal ise herkes için ortak olan demektir ve bu haliyle de özel ve siyasal alan dışılı ı ifade etmektedir."<sup>4</sup>

Gordon Marshall'a göre kamusal alan, "evin alanı olarak beliren özel alanın karşısında konumlanan iş dünyasının alanıdır."<sup>5</sup>

Danna R. Villa'ya göre, kamusal alan söylemsel etkileşimin kurumsal alanıdır ve kamusal alan düşüncesi demokratik kuram ve prati in merkezinde yer alır.<sup>6</sup>

Kamusal alan kavramının feminist literatürdeki anlamı da şudur; Toplumsal cinsiyeti merkeze alarak yapılan çalışmalarda kamusal alan, kadınların içerisine hapsolunup, özgürlüklerinin tahdit edildi i sı ınaklar olarak kavranan evden (özel alan) farklı olarak, özgürleştiren ve iktidar (erk) kullanımına olanak sa layan bir mekan olarak düşünölmüştür. Feministler arasında akılcılı ın salt kamusal alanla, akıldışı lı ın ve ahlâkın özel alanla, kadınla özdeşleştirilmesine yönelik aydınlanmaz düşünceye ortak bir tepki söz konusu olmakla birlikte, süreç içerisinde kamusal alana katılım tartışmalarına paralel olarak, kamusal alan olumlanmıştır.<sup>7</sup>

Kamusal alana ilişkin bir di er yaklaşıma da P. Berger, B. Berger ve H. Kellner'in Modernleşme ve Bilinç isimli çalışmalarında

4 AYDIN, Mustafa; *Bir Siyasal Mahremiyet Alanı Olarak "Kamusal" ve Kılık Kıyafet Sorunu*, Umran, sayı: 77, A ustos, 2002.

5 MARSHALL; a.g.e., s. 380.

6 DANNA R. Villa; *Postmodernizm and the Puplic Sphere*, American Political Science Review, cilt 86, sayı 3, 1992, s. 712).

7 JOSEPH NE, Donovan; *Feminist Teori*, çev.: A. Bora, M. Gevrek, F. Sayılan, leti im Yay., stanbul, 1997, s. 19.

(\*) stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ö rencisi.

1 YELKEN, Ramazan; *Kamusal Alan Kim(ler)in Alanı?* Sivil Toplum, (1) 2, s. 45-51.

2 CEV ZC , Ahmet; *Paradigma Felsefe Sözlü ü*, Özel Yayınları, stanbul, 1999, s. 486.

3 CEV ZC ; a.g.e., s. 486.



rastlayabiliriz. Bunlara göre, modern toplumdaki bireylerin kendi varlıklarını anlamlandırmaktan süreç içerisinde yoksunlaşmaları çok çeşitli "çelişik anlam ve deneyim dünyaları ile" karşılaşarak "kendilerini evlerinde hissedememeleri" sonucunda modern toplum, özel yaşamları ve kamusal alanların karşısına güçlendirilmiş bir özel yaşam alanı çıkartmak istemiştir. Bu yaklaşım içerisinde kamusal alan, özel alan karşısında konumlanan ve varlığı sürekli bir gerilime kaynaklık eden bir biçimde sunulur. Modern toplumda kamusal ve özel alanlar arasında bir gerilim oluşur ve toplumsal hareketler Aslında bu gerilimi çözme vaadine yaslanarak varlık bulur.<sup>8</sup>

Kamusal alanla ilgili hukuki bir bakış açısına göre; Bir kere, "kamusal alan" bir hukuk terimi değildir. Hukuk terminolojisinde "kamu hukuku", "kamu hizmeti", "kamu görevlisi" gibi terimler vardır, ama "kamusal alan" diye bir terim yoktur. Kaldı ki, en azından kamu hukukçularının çok iyi biliyor olmaları gerektiği gibi, hukukun bu yerleşik terimleri bile hukuki kesinlikten yoksundur. Bugün daha Hukuka Giriş dersleri düzeyinde bile "kamu hukuku-özel hukuk" ayrımının belirsizliğine işaret etmekten kaçınmıyor ve ilgili problemlere işaret ediyoruz; aynı durum İdare Hukuku'nun problemleri olan "kamu hizmeti" ve "kamu görevlisi" söz konusu oldu unda da karşımıza çıkmaktadır. Özellikle "kamu hizmeti" söz konusu oldu unda problem o kadar ciddidir ki, İdare Hukuku'nun alanının

tespitinde bitmez-tükenmez teorik tartışmalara yol açmaktadır.<sup>9</sup>

Erdoğan, hukuk terminolojisinde kamu kavramının tam olarak açıklanmadığından bahsetmektedir. Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı hukuk literatüründe problemlidir ve belirsizdir. Kamusal alan kavramını hukuki açıdan bu anlamda tartışamayız. Sözlükler içinde hukukçular için önemli bir yeri olan Prof. Dr. Ejder Yılmaz'ın Hukuk Sözlüğüne baktığımızda kamu sözcüğü ile ilgili verilen anlamlarda bazı problemler olduğunu görürüz. Hukuk terminolojisinde sıkça kullandığımız kamu kavramı sözlükte amme, halk şeklinde, kamusalın anlamı ise resmi kavramıyla ifade edilmiştir. Kamu hizmeti kavramı devletin, kamu tüzel kişilerinin kamunun ihtiyaçlarını karşılaması olarak tanımlanmış ancak kamu hizmetinin geniş ve de işken içerikli bir kavram olduğu vurgulanmıştır. Kamu hukukunu tanımlarken de bu kavramın özel hukukun karşılığı olarak kullanıldığını fakat günümüzde devletin yetki ve görevlerinin de işmesi yüzünden yeterli ve belirli bir terim olmaktan yavaş yavaş çıkmaya başladığını belirtmiştir.<sup>10</sup>

Kamusal ve özel arasında inşa edilen karşıtlık, klasik (modern) sosyolojik analizlere dayanarak oluşturmuş, Yunan Felsefesinde siyasetin dünyasını niteleyen "kamusal" ile aile ve ekonomik ilişkilere atıf yapan "özel", modern bir toplumsal örgütlenmenin gereklerine uygun olarak yeniden tasarlanmıştır. Kamusal alan-özel alan ayrımı "toplumun doğuşu ile yani modern bir toplumsal kurgunun hayata geçirilmesi ile birlikte "burjuva bir geçekleşme" dönüşmüş,

<sup>8</sup> BERGER, P. L.; BERGER, B. ve KELLNER, H.; *Modernleşme ve Bilişim*, çev.: C. Cerit, Pınar Yay., İstanbul, 1985.

<sup>9</sup> ERDOĞAN, Mustafa; *Kamusal Alan ve Hukuk*. [www.liberal\\_dt.org.tr/guncel](http://www.liberal_dt.org.tr/guncel).

<sup>10</sup> YILMAZ, Ejder Prof. Dr., *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.

sosyal bilimlerin toplumsal alana ilişkin analizlerinde araç olmaya başlamıştır.<sup>11</sup>

### Kamusal Alanın Temelleri

Hem bir süreç hem de bir kavramsal inşa olarak "kamusal alan" nasıl ortaya çıktı, hangi koşullara bağlı olarak varlık kazandı. Öncelikle kısaca bu sorulara cevap arayan yaklaşımları aktarmaya çalışacağız.

Antik Yunan düşüncesinde en temelde kadın emeği ve köle üzerine kurulan bir sistemin sürecine bağlı olarak bir evsel alan ve kamusal alan karşıtlığının gündeme geldiğini görüyoruz. Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü'nde bu karşıtlıktan bahsetmekle birlikte, Yunanlılarda kamusal alanın mekan olarak önemine değinir. Ona göre kamusal alan özel alandan kesin sınırlarla ayrılmıştır ve sadece eşitler arasındaki ortak yaşam burada oluşmaktadır.

"Olgun Yunan şehir devletinde, özgür vatandaşların ortak kullandığı (koine) polis'in alanı, tek tek şahıslara ait olan (idia) oikos'un alanından kesin olarak ayrılmıştır. Kamusal hayat mekansal olarak belanmış olmamakla birlikte Pazar meydanında cereyan eder. Kamu, mahkeme ve meclis görüşmeleri biçimine de bürünebilen müzakerede oluşabileceği gibi savaşta veya savaş oyunlarındaki gibi ortak eylemde de oluşur. Özel alan, (Yunanca) adı itibarıyla da evsel alandır; dolaşım halindeki bir servete veya emek gücüne sahip olmak, ekonomik ve aile üzerindeki egemenliğin ikamesi olamaz, yoksulluk veya köleden yoksunluk

başlı başına polise kabul edinmenin önünde engeldir.

Yunanlıların bilincinde kamu, özel alanın karşısında bir özgürlük ve istikrar alemi olarak yükselir. Her şey ancak kamunun ışığında açığa çıkar, herkesin gözüne orada görünür. Meseleler vatandaşlar arasındaki konuşmalarda dile gelir ve şekillenir; eşitler arasındaki çatışmada en iyi olan ortaya çıkar ve gerçek özüne bürünür. Hayat kavgası ve hayati ihtiyaçların karşılanması zorunluluğu, oikos'un sınırları içinde utançla saklanırken, polis onur kazanabilen serbest bir alan sunar; elbette vatandaşlar eşitler olarak ilişki kurarlar, ama hiç kimse temayüz etmeye çalışmaktan geri kalmaz. Aristoteles'in bir katalog halinde derlediği erdemler yalnızca kamu alanı içinde geçerlidir. Orada takdir edilir."<sup>12</sup>

Kamusal, Antikça Yunan toplumunda şehir hayatıyla bağlantılı olarak doğmuştu. Başlangıçlarda özel alan daha çok aileseldi, şehir hayatıyla birlikte düzeni sağlamak üzere siyasal alan doğdu. Dar anlamda, bir topluluğun düzenini sağlamakla sınırlı olmayan ve topluluklar arası bir nitelik taşıyan bu siyasallık daha sonra sivil nitelikli kamusalın çekirdeğini oluşturur.<sup>13</sup>

Kamusal alan anlayışı dünden bugüne önemli değişimler geçirdi; Batının Roma, Hıristiyan ve yakın çağlarında yeni anlayışlar kazandı. Ancak 19. Yüzyıl sonları itibarıyla bakıldığında temel vasfı sivil olmasıydı. Yani burada "herkesin" adresi toplumda, sivil halktı. Ne var ki 20. Yüzyılda

<sup>11</sup> GORDON, Marshall; *Sosyoloji Sözlüğü*, çev.: O. AKINHAY, D. KÖMÜRCÜ, Bilim ve Sanat Yay., Ankara 1999, s. 380.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen; *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, çev.: Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 61.

<sup>13</sup> AYDIN, Mustafa; *Bir Siyasal Mahremiyet Alanı Olarak "Kamusal" ve Kılık Kıyafet Sorunu*, Umran, sayı 77, A ustos, 2002.

modern ulus yapılarının pekişmesiyle kamusal alan da siyasallaştı, bir başka deyişle kamusal alan siyaset tarafından işgal edildi. Böylece de nice özel ve toplumsal olgu siyasalın etkinlik alanı içinde kaldı. Her şeyi siyasallaştıran özne, inisiyatifinde görmedi i oluşumları siyasallıkla itham etme hakkını kendinde bulabildi.<sup>14</sup>

Feodal döneme ba lı olarak Batı bu iki alan arasındaki ayrımı uzunca bir süre yitirmektedir. Modern ulus devletlerin tarih sahnesinde görünmeye başladıkları 17. yüzyılla birlikte, Yunan felsefesinde siyasetin dünyasını niteleyen "kamusal" ile aile ve ekonomik ilişkilere atıf yapan "özel" modern bir toplumsal örgütlenmenin gereklerine uygun olarak yeniden tasarlanmıştır. Co rafi keşifler, sömürgecilik ve Batı yayılcılı ı sonucunda bunlara ba lı olarak toplum do muş, bu süreçte de burjuva kamusu çerçeve kazanmıştır. Daha sonrasında da özel alanın çizgilerinden, kamusal alanın boyutlarından ve devletin sınırlarından bahsedilmeye başlanmıştır.<sup>15</sup>

"Kamusal sözcü ünün modern dilin alanında yer yurt edinmesi, aydınlanmacı aklın dünya tasavvuru ile do rudan ba lantılıdır. Kamusal alan; feodal beylerin, kralların, kilisenin ve soyluların herhangi bir ayrım gözetmeksizin her alanda varlıklarıyla gezindikleri bir zaman dönümünde - ki bu zaman tarih olarak Fransız Devriminin biraz öncesidir- ortaya çıkmış olan, burjuvazinin sınırlandırılmış alanlar fikriyatını gerçekleştirmeye çalışmaya başladı ı bir dönemde, tartışmaların daha çok asillerle burjuvalar arasında cereyan etti i ve özel olanla özel olanın dışında

kalanı ve dolayısıyla özel olanın dışında kalan alanda herkesin temsilini, aleniyetini imleyen bir toplumsal varlık alanıdır. Asillerin pâyelerini burjuvalara sattıkları bir zaman diliminde, burjuvaların yalnız unvanlarla de il bu unvanların siyasi temsil gücüyle de ilgilendikleri düşünülürse, kamu ile kastedilenin ne anlama geldi i yavaş yavaş ortaya çıkmaya başlar. Burjuvaların çeşitli toplantıları "organize" ettikleri yerlerde, -ki bunlar genellikle daha sonra edebi kamu olarak adlandırılacak şiir, hikâye, siyasî tartışma ve ideolojik hegemonya mekânları şeklinde tezahür edecektir- ortaya, ayrıcalıkları olanlar dışındaki insanların da katılacakları bir tartışma zemini çıkacaktır. İletişimsel eylem teorisinin idealize edilen formlarında açıkça belirtilen bir özellik olarak bu kamusalın tarifini etkileyecektir. Temsil ve aleniyet verilen haklar veya tanınan ayrıcalıklar olarak de il, bizâtihi yaşanan bir gerçek olarak karşımıza çıktı nda kamusal alan da aslında karşımıza çıkmış demektir. Bu anlamıyla kamu, devletle organik olarak ba lantılandırılmayacak, özerkleşmiş olanı ve kişilerle birlikte, bu kişilerin kendileri gibi ba ımsız bireylerle veya farklı şekillerde bir araya gelen topluluklarla kurdukları ilişkilerde bütünü asla umursamazlık etmeyen ancak kendi isteklerini ve haklarını ısrarla savundukları bir agoradır. Ancak ilk dönemlerinde mülkiyet ve do uştan gelen ayrıcalıkların kaldırılması talebi ile do ru orantılı olarak ve di er yandan da reformasyon sonrası kilisenin aldı ı şekil itibarıyla, özel alan ile kamusal alan arasında ortaya çıkan bu kasıtlı ayıksılık burjuva hegemonyasının kurulması ile statik bir hâl almaya başlamadan evvel son bir döngüden daha geçecek ve Fransız

<sup>14</sup> AYDIN, Mustafa; a.g.m.

<sup>15</sup> AYDIN, Mustafa; a.g.m.

Devriminin insana, akla, somut olana ve burjuva hukukunun yerleşmeye başlaması ile de modernitenin sorgulanamaz kerâmetine havâle edilecektir. Bu aynı feodal dönemin sorgulanamaz özel/kamusal ayrımının yokluğuna dayanan bütünselliği gibi özel/kamusal ayrımına dayanan parçalı bir bütüne indirgenecektir. Feodal bey veya kralın haklarının sorgulanmazlığı ya da kilisenin sorgulanamazlığı 18. Yüzyıldan itibaren yerini dinsel, etnik, ekonomik veya ideolojik yeni sorgulanamazlara bırakırken açık olanı simgeler hâle geliyordu: Özel ve kamusal alanların kesin olarak ayrılması: adeta bıçakla ikiye bölünen bütünsel ve homojen bir nesne gibidir."<sup>16</sup>

### Kamusal Alan Kuramları

Kamusal alan ile ilgili olarak ortaya konulan teorileri, Seyla Benhabib'in tasnifi ile üçe ayırabiliriz. Benhabib burada; Cumhuriyeti ve sivil yaşamı erdeme dayandıran geleneklerde ortak olan kamu alanı anlayışını "agonistik" görüş olarak nitelendirmektedir. Liberal geleneğin, özellikle de Kant'tan başlayarak "adil ve istikrarlı kamu düzeni"ni politik düşüncelerinin merkezine yerleştiren liberallerin görüşüne "lagalistik" kamu alanı modeli adını vermektedir. Jürgen Habermas'ın yapıtlarında içkin olarak bulunan, geç dönem kapitalist toplumların demokratik-sosyalist bir yeniden yapılaşını öngören anlayışı da "söylemsel kamu alanı modeli" olarak nitelendirmektedir.<sup>17</sup>

Arendt'in tarif ettiği şekliyle "agonistik" modele göre kamu

alanı, ahlakî ve politik büyüklük, kahramanlık ve seçkinlik ve açığı ve sergilendiği ve başkalarıyla paylaşıldığı görünüm alanıdır. İnsanların tanınmak, üstün olmak ve itibar görmek için güvence aradığı yerdir. Bunun tersine, birleşimsel modele göre böyle bir alan, Arendt'in sözleriyle "insanların uyum içinde birlikte hareket ettikleri" her yerde ve her zaman ortaya çıkar. Bu modelde kamu alanı "özgürlük kendini gösterebildiği" yerdir.<sup>18</sup>

Liberal kamu alanı modeline göre ise; özgür kamu aklı ilkesi etrafında örülen ve bu özgür kamu aklı ilkesinin, liberal-demokratik bir toplumda başlıca kurumların kamuya karşı sorumlularıyla ilgili normatif bir yönetim kuralını ifade ettiğine hiç kuşku bırakmadan bir eksikliği belli eder. Kamu söyleminin, bütün aşırılıkları ve erdemleriyle, rekabete ilişkin, retorik, duygusal, tutkusal yönlerinin hiçbiri yoktur bu görüşte. Özgür kamu aklı, insanların her türlü ideolojik ve retorik aracı seferber ederek özgürce kullanabileceği bir şey de ildir. "Nötr diyalog" ilkesine dayanan liberal kamu alanı modeli, bugün demokrasilerin karşılaştığı sorunları aşmada "legalistik" tıkanmanın ötesine geçen bir perspektif sunabilmekten yoksundur.<sup>19</sup>

Habermas'ın "iletişimsel" kamu alanı modeli ise; kamu alanını agonistik bir şekilde politik seçkinler arasındaki itibar kazanma ve adını sonraki nesillere bırakma mücadelesinin alanı olarak değil; demokratik bir şekilde, genel toplumsal normlardan ve kolektif politik kararlardan etkilenenlere bu norm ve kararların oluşturulmasında,

<sup>16</sup> ÜNÜVAR, Kerem; *Osmanlı'da Bir Kamusal Mekan: Kahvehaneler*, Doğu Batı, sayı 5, İstanbul, 1998.

<sup>17</sup> BENHAB B, Seyla; *Kamu Alanı Modelleri*, s. 238-258, Cogito, sayı 8, YKY, İstanbul, Yaz 1996.

<sup>18</sup> BENHAB B, Seyla; a.g.m., s. 241.

<sup>19</sup> A.g.m., s. 249.

de iştirilmesinde ve benimsenmesinde söz hakkı tanıyacak prosedürlerin yaratılması olarak anlaşılır.<sup>20</sup>

Kamusallık, bu ilke kamusal alanın tarihsel, kültürel, iktisadi boyutlarından çok, siyasal - ahlaki boyutlarına ilişkindir. Hannah Arendt'e bakılırsa kamusallık, modern toplumlarda siyaset-ahlak birlikteli ini sağlayacak tek ilkedir. Çünkü kamusallık, siyasal muhakemeyi olanaklı kılan yargının (muhakeme) ilkesi olarak anlaşılır. Siyasal olguları do ru, yanlış, haklı, haksız olarak de erlendirirken ya da yargılarken de uymak zorunda oldu umuz ilkedir.<sup>21</sup>

Pozitivizmin kapsayıcılığı, özel alanın bütünüyle kamusal alana taşınmasını öngörmektedir. Zira pozitivizm, yok etmeye çalıştı ı yapıların yerine kendisini koymaktadır. Problem de burada ortaya çıkmaktadır. Pozitivizm ikame görevini yerine getirememekle, doldurmaya çalıştı ı alanı dolduramamaktadır.<sup>22</sup>

Pozitivizmin sa ve sol kanatları arasındaki kavgayı geride bıraktıracak tek güç özgürlüklerin belirleyici oldu u bir toplumsal düzendir.<sup>23</sup>

Kamusal alan Aydınlanma döneminde ortaya çıkmıştır. Kamusal alan kuramlarının ortaya çıkışı, kamusal alanın yitirmeye başlandı ı, modernli in tehlike altında oldu unun düşünöldü ü bir döneme rastlamaktadır. Kamusal alan kuramları özellikle Arendt ve Habermas'ın çalışmalarında temin

edilmiştir. Bu kuramlarda, yapısal müdahaleden ve manüplasyondan ba ımsız bir söylemsel alan için gerekli olan asgari şartların neler oldu u üzerine kafa yormuşlardır.<sup>24</sup>

İki düşünür kamusal alanı, devletin ve ekonominin alanlarından farklı bir siyasal alan olarak kavramlar ve onun kamusal tartışmanın, müzakerenin, mutabakatın ve eylemin yurdu olarak görürler. Bu alanın siyasal güçlerce baskı altına alındı ını ifade ederler. İki düşünürün derdi yeni bir kamusal alanda yer almak, normatif bir kamusal alan tasavvuru ortaya koymak oldu u için, hem Arendt hem de Habermas, kamusal alanın ve bu alanda ortaya çıkan karşılıklı etkileşim tarzının biricikli i üzerinde ısrarla dururlar. Her ikisi de, serbest müzakerenin sa lanabilmesi için gerekli şartları kuramlaştırırken bir kamusal alan ideali ortaya koyarlar. Söz konusu kamusal alan ideali, "günümüz" kamusal alanını niteleyen asimetrinin, baskının, şiddetin ve iletişimsel tahsifin (kopuklu un) biçimlerini ortaya koymayı amaçlamaktadır.<sup>25</sup>

Arendt ve Habermas'ın normatif bir kamusal alan düşüncesine, Foucault, Lyotard ve Baudrillard gibi düşünürler itiraz etmişler ve çeşitli eleştirilerde bulunmuşlardır. Foucault; iktidar kavramını merkeze almış, en temel iktidardan ba ımsız bir özgür alanın olamayacağını söylemiştir. Lyotard, söylemsel alanın homojen olmayan dil oyunlarına do ru giderek parçalı hale geldi i bir dönemde kamusal alanın uzlaşım temelinde ve tek vücut olamayacağını savunur, dolayısıyla Lyotard'ın itirazı, Habermas'ın

<sup>20</sup> A.g.m., s. 251.

<sup>21</sup> DEVEC, Cem; *Siyasetin Sınırı Olarak Kamusallık: Arendt'in Kant'tan Çıkarsadıkları*, Do u Batı, sayı 5, stanbul, 1998, s. 103.

<sup>22</sup> TÜRKÖNE, Mümtazer; *Cumhuriyet'in Kamusal Alanı*, Do u Batı, sayı 5, stanbul, 1998, s. 125.

<sup>23</sup> TÜRKÖNE, Mümtazer; a.g.m.

<sup>24</sup> CANTEK, Levent; *Teorinin Cangılında Habermas'ın Yediveren Bereketi*, www.ilet.gazi.edu.tr/cantek/habermas.html.

<sup>25</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

kamusal alanı, "karşılıklı eylemin özel bir formu ve bu ilişkiyi kavrayan akılçılık" olarak görme çabasını da hedef almıştır. Kamusal alan düşüncesine yöneltilen üçüncü itirazın merkezinde ise Baudrillard yer alır. Baudrillard'ın kuramı, "dünyanın yitimi"nin nasıl göstergenin metafiziksel mantığı içerisinde bir tuzak halini aldı inı bize göstermektedir.<sup>26</sup>

### Richard Sennett ve Jürgen Habermas

Sennett, on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllardaki kamusal alandaki dönüşümleri kapitalizm ve o dönemdeki yeni sekülerizm anlayışı etrafında açıklamıştır. Yazara göre, "Sanayi kapitalizmin kamusal yaşama etkisi onu ahlaki anlamda meşru bir alan sayan anlayışı zayıflatmak olurken, yeni sekülerizmin etkisi bu alanı ters yönde zayıflatmak, yani insanların karşısına duygu, şaşkınlık ya da basitçe ilgi yaratan hiçbir şeyin kişinin özel yaşam alanından a priori dışlanamayacağı ve keşfedilmeye değer belli bir psikolojik niteliği hep taşıyacağı hükmünü koymak olmuştur. Gelgelelim, kapitalizm ve sekülerizm bir arada incelediklerinde bile, de işim faktörlerinin kamusal alandaki etkisinin ne olduğu ilişkili olarak eksik bir bakış açısı, daha doğrusu, çarpıtılmış bir resim sunmaktadır. Zira bu iki gücün toplamı toplumsal ve bilişsel felaketin tamamlanması demek olurdu. Yabancılaşma, çözülme gibi bilinen bütün mahşeri klişelerin sıralanması gerekecekti o zaman. Gerçekten de kamusal boyutunun çatırdayışının öyküsü bu kadarla bitseydi, burjuvazi içinde kitlesel ayaklanmalar, politik fırtınalar ve özü farklı da olsa

sosyalistlerin 19. Yüzyıl kent proletaryasında ortaya çıkacağı umut ettiklerine eş düzeyde bir öfke patlaması yükselmiş olurdu."<sup>27</sup>

"On dokuzuncu yüzyılda kamusal yaşam krizinin mirasından söz etmek, bir yanda kapitalizm ve sekülerlik gibi yaygın etkenlerden, öte yanda da şu dört psikolojik koşuldan söz etmektedir: karakterin iradedışı açığına vurulması, kamusal ve özel imgelemin üst üste oturtulması, geri çekilerek savunma ve sessizlik. Benlik takıntısı, geçen yüzyılın bu bilimcelerini yadsıma yoluyla çözme çabasındır. Mahremiyet, kamu sorununu kamusal olanın varlığını yadsıyarak çözme çabasındır. Her yadsıma gibi bu da geçmişin yıkıcı özelliklerinin yıkıcılıkları oranında solumca yerleşmesine hizmet etti."<sup>28</sup>

Ramazan Yelken'in makalesinde, Sennett'in on sekizinci yüzyıldaki toplumsal olayların sonucu olarak on dokuzuncu yüzyılda ortaya çıkan kamusal kriz, Kamusal İnsanın Çöküşü kitabındaki alıntılarla özetlenmiştir. "Kamusal alan Rönesans döneminde yaygın olarak ortaya çıkar ve politik topluluğu ifade etmiş ve giderek sosyallik in özel bir bölgesi haline gelmiştir(Sennett, 1996). Sennett'e göre "kamusal alan"ın modern tanımı; özel alan olarak işaret edilen aile ve yakın arkadaş kesimlerinden farklı konumu olan, görece çok çeşitli inançları içine alan, tanıdıklar ve yabancıların oluşturduğu bir toplumsal yaşam bölgesidir. Her yere girip çıkabilen, her yerde rahat hareket eden "kozmpolit" Sennett'e göre "kamusal insan"dır. Kamu bölgesinde çok çeşitli, karmaşık toplumsal gruplar kaçınılmaz olarak bir araya

<sup>26</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

<sup>27</sup> SENNETT, Richard; *Kamusal İnsanın Çöküşü*, çev.: Serpil Durak-Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 40.

<sup>28</sup> SENNETT, Richard; a.g.e., s. 46.



geleceklerdir. Bu anlamda kamusal yaşamın odak noktası kentlerdir. Bu noktada kamusal alan somut bir mekanlar ba lamına gönderme yapıyor olsa da elbette sadece bununla sınırlandırılmaz. Kavramı problemlili hale getiren asıl anlamı, onun çıkarlar, ilişkiler, fikirler, istemler, yararlar gibi politik, ekonomik, toplumsal taleplerin soyut çatışma ve uzlaşma evrenine gönderme yapan yanındır. O halde "kamusal" ve "özel", nitelikleri farklı olsa da toplumsal ilişkiler evreni adını verebileceğimiz şeyi birlikte oluşturmaktadır. Ancak Sennett'e (1996) göre kamusal alanın Aydınlanma ça ındaki anlamı, 18. Yüzyılın sonunda patlayan büyük devrimler ve modern zamanlardaki sanayi kapitalizminin yükselişinin ardından de işime u rar, kamudan aileye çekilme süreci başlar ve kamusal yaşamın canlılığı sönmeye do ru gider. Bu aynı zamanda yeni bir siyasal örgütlenme biçimi olarak ulus devletlerin de do uş zamanıdır. Yazar 19. Yüzyılı bu nedenle kamusal yaşam krizi olarak niteler. Elbette bu analizler genelde Batı eksenli olup farklı toplumlardaki süreçler için de ışık analizler yapılabilir. Şerif Mardin Osmanlı toplumunda bu tartışmaları cemaat devlet eksenli bir düzlemde yapmakta ve "kamuya açık" alanın (public sphere) Tanzimat reformlarının bir ürünü olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir. Günümüzde ise kamusal yaşam resmi bir yükümlülü e dönüştü ünden, ço u yurttaş devletle ilişkilerine teslimiyetçi ve kanıksayıcı bir ruh haliyle bakmaktadır. Yani "Res publica"nın kurallarına boyun e mişlerdir. Bunun anlamı; toplumsal ilişkiler evreni olan kamusal alanın öznelere ve onların eylemlerinde temel de ışiklikler olmuştur ve bu nedenle kamusal alan yeni bir nitelik kazanmıştır.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> YELKEN, Ramazan, a.g.m.

Ömer Turan'a göre, disiplinler arası okumalarıyla Sennett bir bakıma "sosyal bilimleri açan" bir yazar olarak görülebilir. Sennett tarih ile teori arasında etkileşim kurarak kamusal ifade üzerine bir teori oluşturmaya çalışır ve farklı disiplinlerden referansları, aralarında bir hiyerarşi olmaksızın kullanır. Bu onun yerleşik, sınırları sabit, güvenlik vadeden, mu laklı ve heterojenli i yadsıyan, farklılıkları dışlamaya ya da nötrleştirmeye yönelen yaşam biçimlerine karşı ısrarla "Düzensizli in Yararları"nın savunmasıyla ve anarşist kökenli olmasıyla ve post-yapısalcı düşünceden etkilenmişli iyle de tutarlıdır. Bu kitapta Sennett vaka çözümlerini esas olarak modernli in başlangıcını kapsayan bir dönemden seçmişse de, şu andaki durumun çok farklı oldu u iddia edilemeyece inden Sennett'in ulaştığı yargılar geçerlili ini korumaktadır.<sup>30</sup>

### Kamusallı ın Yapısal Dönüşümü ve Habermas

Kamu (public), hukuki bir kavramdır. Herkese açık anlamını içerir. Habermas konuyla ilgili olarak şöyle der:" Kamu kendisini özel alandan ayrı bir alan olarak ortaya koyar. Bazen de kendisini çok basit düzeyde, kamu gücünün karşıtı bir alan olarak, kamu oyu alanı görünümünde sunar. Duruma göre, kimi kez devlet organları, kimi kez de halkın iletişimine hizmet eden basın gibi medya unsurları" kamusal organlar arasında sayılır.<sup>31</sup>

Habermas'a göre kamusal alan yapısal dönüşümü, aslında homojen ve soyut bireyi merkez alan "burjuva" kamu kurgusundan reel sosyal yaşamda sivil toplumun

<sup>30</sup> TURAN, Ömer; a.g.m.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen; a.g.e.

yarattığı "farklılaşmış" kamuya geçişin bir ifadesidir. Habermas'ın "burjuva kamusu" kavramı 17 ve 18. Yüzyıl Avrupa'sındaki kamusal yaşamdır. Bu şimdikinden çok farklıdır. Habermas'a göre kamusal alan, demokratik topluma ulaşmada etkili olan, kısıtlamalardan uzak, farklı fikirlerin tartışılabilirdiği ve kamu görüşünün netlik kazandığı söylem pratikleri ve medya yapılanmalarıydı.<sup>32</sup>

Habermas bu kitabında herkese açık olan toplantıları kamusal olarak adlandırıyor. Kamusal binalar kavramı devletin kurumlarını barındırması niteliğinden dolayı kamusaldırlar. Devlet 'kamu erki'dir. Bu sıfatını, kendi hukukuna tabi olanların kamusal selametini sağlama görevine borçludur.

Habermasın kendisi de kamusal alanı özel şahısların 'kamusal meseleleri' ve 'ortak çıkarı' tartışmak üzere bir araya gelmeleri şeklinde görmektedir. O kadar ki, Habermas'a göre, kamusal alan konuşma aracılığıyla politik katılımın canlandırıldığı bir tiyatrodur. Böyle bir alanda yurttaşlar, müşterek meselelerine dair düşüncelerini açıklarlar ve böylece söylemsel bir etkileşimde bulunurlar. Bu alan kavramsal olarak devletten ayrıdır. Hatta, devletin kritik edildiği söylemlerin üretildiği ve dolaştığı bir alandır.<sup>33</sup>

Habermas edebi alan, edebi kültür kavramlarını kullanarak kamusal alanın önemli bir yönüne işaret etmiştir. Ona göre yurttaşlar, eşit bir biçimde kamusal alanda kendilerini ilgilendiren özel konularda eleştirel ve rasyonel bir biçimde

tartışabilmelidirler. Bu da Habermas'a göre demokrasinin temelidir. Batı toplumlarında 18. Yüzyılın sonunda şekillenen kamusal alan kamusal iletişimin kanallarının artmasıyla, edebi kültürün oluşmasıyla daha da gelişmiştir. Başlangıçta kamusal alan, burjuvanın ve liberal siyasi görüşün etkisinde yapılanmıştır. Zaten Habermas'ın burjuva kamusal alan ifadesi de buradan gelmektedir. Daha sonra Habermas, Batı toplumlarında kamusal alanın tarihsel olarak yeniden ortaya çıkışını ve yapısal dönüşümünü konu alan kitabında belirttiği gibi kamusal alan artık yapısal olarak kapitalizmin ilerlemiş aşamasında de işime girmiştir. Kamusal iletişim kanalları ticarileşmiş ve bunun sonucunda medya iktidarı doğmuştur. Bundan dolayı özgür düşünce, özgürce tartışma ve haber alma önünde engel oluşuyor. Ve böylelikle kamusal alan manüplasyonlara maruz kalarak saflığını kaybediyor.<sup>34</sup>

Habermas Düşüncesinde kamusal alan, ideal-tip (model) olarak yurttaşlar arasında eleştirel ve rasyonel tartışmalar yoluyla iletişim sağlayan, homojen ve tekçi bir alan olarak kavramsallaştırılmıştır. Bugünkü farklılık ve çoğulculuk talepleriyle sorgulanan da işte özellikle bu tekçi tanım ve homojen yapıdır.<sup>35</sup>

Cantek, yazısında Habermas'ın "Kamusallığın Yapısal Dönüşümü" kitabının asıl önemini tartışmacı ve tartışma yaratıcı kimliğinden kaynaklandığını Tanıl Bora'ya atıfla belirtmektedir. Habermas'ın 1990 baskısına yazdığı önsöz, kitabın tümüyle ilgili o döneme ilişkin karşılaştırmalar ve tespitler kadar kendisine

<sup>32</sup> ÇAHA, Ömer; *Sivil Çiçekler ya da deolojik Kamunun Çözümü*, Doğu-Batı, sayı 5, İstanbul, 1998.

<sup>33</sup> SARIBAY, Ali Yağar; *Kamusal Alan-Diyalojik Demokrasi-Sivil*, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s. 4.

<sup>34</sup> GÖLE, Nilüfer; *slam'ın Yeni Kamusal Yüzleri*, Metis Yayınları, 2000, s. 24.

<sup>35</sup> GÖLE, Nilüfer; a.g.e.

yöneltilen eleştiri ve sorulara da cevap vermektedir. Habermas'ın kitabı bundan dolayı güçlü ve en sert eleştiricilerin bile vazgeçemedikleri bir kitaptır. Canteck, yazısında, Habermasla ilgili eleştirileri gereksiz ayrıntılara yer vermeden aktarmıştır. Dünyada bu konuyla ilgili yapılan çalışmalara etkisinin de olumlu ve ufuk açıcı oldu undan bahsetmektedir.

"Habermas, olumsuz özellikler atfederek anlattığı bugünün kamusalına karşı, olumluluğu bir başlangıç noktasına sahiptir. Onun idealize ettiği, eşit ve hür yurttaşların/burjuvaların, ortak mekânlarda yüz yüze karşılaşmalarla fikir alışverişinde bulunarak tartıştıkları, ortak edim ve eylemlerle kendini gösteren katılımcı bir kamusalıktır. Bu kamusalının aktif, üretken ve katılımcı aktörü burjuvazidir. Avrupa kentlerinde burjuvazinin ekonomik kazanç ve ayrıcalıklarını koruyabilme amacıyla aristokrasi ile önce ittifaka, sonra iktidar yarışına girmesiyle 18. yüzyıl ortalarından itibaren "devleti/siyasal alanı temsil edenlerden ayrı bir (sivil) kamusal alan" ortaya çıkar. Habermas bunu "bir kamu oluşturmak üzere bir araya gelen özel kişiler alanı" olarak tarif ediyor. Burjuvazi, kendi kamusalını oluştururken hakim zihniyeti de deştirmektedir. Bu de ışıklı in temeli eleştirel-rasyonellik ilkesinin kamusal alan/kamusalıktaki tartışmalar içinde öne çıkmasıyla oluşacaktır. Böylelikle yönetenler, kamusal alanda biçimlenen kamuoyunun yani halkın yargılayıcı ve eleştirel kanaatlerinin huzuruna çıkarılacaklardır. Hemen herkes onun önünde kendilerini meşrulaştırmaya ve alenileştirmeye çalışacaktır. Bunu en çok burjuvazi istemektedir. Çünkü yetenekleri, kültürleri ve

paraları vardır ama bütün bu şeylerin onlara toplumda sağlaması gereken yasal konuma bir türlü gelememektedirler. Devlete borç para vermişler, geri istemektedirler. Kamu parasının aptalca ve mirasyedice harcanmasının iflasa varacağını görebilecek kadar hükümet işlerinden anlamaktadırlar. Burjuvazi, politik gücünün iktisadi gücüyle orantılı olmasını istemektedir. İstedik ayrıcalık da yöneticilerin kamu önünde eşitlik kabulüyle başlamaktadır; böylelikle onlar da burjuvalar gibi yargılanabilecek, eleştirilecek ve cezalandırılabilirlerdir (Huberman, 1995).<sup>36</sup>

Habermas, Eski Roma'nın "Forum"unda bulduğu aracısız katılım özelliklerinin bir benzerini salonlarda bulmuş, hem gazetelerin iktidar tarafından tahrif edilmesine hem de yine gazeteler aracılığıyla salonlarda yapılan tartışmaların dönüştürülmesine dikkat çekmiştir. Ona göre kamusal alan, yapısal bir de işimle temsili bir kamusal alan dönüşmüştür. Oysa salonlar -ve forum-, eleştirel akılcı söyleme dayalı kamusal aklın üretildiği dolaylı iletişim mekânlarıdır. Katılımcılar, özel alanda kazandıkları elitim ve kentli olmak gibi bir kimlikle, ideal bir kamusal örnek olan salonlarda, herhangi bir çıkarı öncelikli hale getirmeyen, genel çıkarlar üzerinde yoğunlaşan tartışmalara katılmaktadırlar. Tartışmanın ilke düzeyindeki koordinatları bellidir: Statüler dikkate alınmamaktadır. Bu, bir görüşün diğerinden üstün olduğu varsayımını ortadan kaldırmaktadır. Aslolan herkesin fikrini aracısız söylemesi, kimsenin kimse adına konuşmamasıdır. Habermas'ın idealize ettiği kamusal alanın

<sup>36</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

temelinde bu dolaylı iletişim yatmaktadır ki bu, toplumsal bütünleşmenin esas aracıdır. Kamuoyunu oluşturan bireylerin dolaylı iletişim sürecinde yaptığı tartışmalar, toplumsal akıllaşmayı oluşturacaktır. Bunun yoksunluğu ise bugünün mevcut koşullarını, medya dolayısıyla kurulan iletişimi ve kamusal iletişimi tanımlamaktadır. Dikkat edilirse, Habermas, tahrif edilmiş iletişimi anlatırken ideoloji tanımını da yapmaktadır. Ona göre ideoloji, iktidar tarafından sistemli bir biçimde çarpıtılan, tahakkümün bir aracı haline gelen ve örgütlenmiş güç ilişkilerini meşrulaştırmaya hizmet eden bir söylem ve iletişim biçimidir. (Eagleton, 1996, 185).<sup>37</sup>

Habermas için modern toplumlarda özgürlük kaynağı özel alanda sahip olunanlar ve siyasal alan karşısında korunması gerekenlerdir. Kamusal alan, siyasal ile özel alan arasında, özel alanda kazanılan kimliklerle siyasal olana karşı toplumsal özgürleşme mücadelesinin yeridir. Kamular, karşı kamular, medya, sendikalar, siyasal partiler ve çeşitli sivil dayanışma örgütleri bu alanın içinde tanımlanabilir. Siyasal alan ise hükümete, ekonomik örgütlere, güvenlik güçlerine kısaca iktidara aittir. Buna karşın özel alan, aile içinde siyasal-ekonomik özgürleşmeye eşdeğerde psikolojik özgürleşme alanının oluşturulduğu, ideal konuşma durumunun ilk nüvelerinin gösterildiği yer olarak tanımlanabilir. Özel alan; ev alanı, ekonomik faaliyetler, boş zamanı ve yakın ve kişisel ilişkilerle sınırlandırılabilir.<sup>38</sup>

Habermas'ın Frankfurt Okulu etkileri taşıyan Yaşam Dünyası-Sistem Dünyası ayrımı, Kamusal

Alan hakkındaki görüşleriyle koşturur. Temel insanî değerlere dayalı kişisel ilişkilerin ve toplumsal akıllaşmanın mihenk taşı olarak gördüğü iletişimsel edimin oluşturduğu Yaşam Dünyasının, para ve gücün kurallarının biçimlendirdiği sistem dünyasına üstün olmasını bir mücadele eksenini olarak görür (Alankuş-Kural, 1995:48). Günümüz insanının özgürleşme potansiyelini kişiler arası/yüz yüze iletişim sürecinde ideal konuşma durumunun yeniden tesis edilmesinde bulur. İdeal konuşma durumu, Agora, Forum veya salonlarda olduğu gibi, bütün katılımcıların, konuşma edimlerinin seçimi ve icrasında simetrik olarak eşit şanslara sahip olduğu, tahakkümden tümüyle kurtulmuş bir durumdur. İnkıpa gücüne, retorik, otoriteye veya zora dayalı yaptırımlara değil, yalnızca daha iyi olan argümanın gücüne bağlıdır."<sup>39</sup>

Habermas, kamusal alanın yapısal dönüşümünü ile ilgili asıl ifadeleri kitabın ikinci yarısında belirtmiştir. Burada devletle toplum arasındaki ilişkiler farklı bir hale gelmiştir. Medyanın gücünün artması, kitap tüketiminin farklı tabakalara ulaşacak şekilde yükselişi, kamusal alanın yapısında değişime sebep olmuştur. Elektronik kitle iletişim araçlarının gelişmesi, internet ve bilginin birbirine etkileşimi ve reklamların etkisi kamusal alanın temelinde ciddi sarsılmalar meydana getirmiştir. Kamusal alanda bu dönüşümler yaşanırken başka bir iktidar da ortaya çıkmaktaydı. Bu iktidar medya iktidarıydı ve kamusal alanın dönüşümünde önemli bir etkisi vardı. Kitle iletişim araçlarının ekonomikleşmesi ona göre kamusal alanın aleniyeti için bir tehlikeydi.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

<sup>38</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

<sup>39</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen; a.g.e.

## Habermas'ın Katkıları ve Yöneltilen Eleştiriler

Cantek'in makalesinde yer verdi i, Kamusalın Yapısal Dönüşümü ile ilgili katkılar ve eleştirileri do rudan aktarmayı uygun gördük. Böylece kamusal alan ile ilgili tartışmalar hakkında genel bir bilgiye sahip olabiliriz.

"Kamusalın Yapısal Dönüşümü'nü tartışmaya açmak, katılmamak, yeni varsayımlar üretmek anlamında bir çok sorunun konuşulmasını sa ladı ı ortada. Katkılarını özetlersek; ilki, medya ile demokratik siyasetin kurumları arasındaki ilişki üzerine odaklanmayı sa ladı. İkincisi, medyanın temsil sorunu- aracılık etmesi (medium) üzerine ilgi çekerek, gündem koyma -oy verme- kamuoyu araştırmaları vd ile ilgili araştırmalara yeni bakış açıları getirdi. Üçüncüsü, sonraki çalışmalarında geliştirdi i yüz yüze iletişim ve dolayimli iletişim kavramlarını başka bir form içinde ele alarak anlamlarını irdeledi (Wagner, 1991). Dördüncüsü, liberallerin serbest pazar-devlet karşıtlı ının dışında bir yerden bakma imkânını sa ladı. Beşincisi, medyanın mesajlarının -Kültürel Çalışmalar Okulunda oldu u gibi- nihaî okunma yerinin kişiler arası ilişkiler alanı oldu unu hatırlattı. Bunu "medya'ya ra men- yeniden nasıl tesis edebiliriz gibi do ru bir soru etrafında, bize, yüz yüze iletişimle kurulan mekânların medya'yla birlikte/ona ra men önemli oldu unu görmeye ça ırdı (Garnham, 1992).<sup>41</sup>

Kamusalın Yapısal Dönüşümü, bu katkılarına karşın önemli eleştiriler-tartışmalar da yarattı. Bu geniş eleştiri ve tartışmaları özetlemeye çalışırsak; ilk olarak

Habermas'ın burjuva kamusalının dışında, aynı dönem içerisinde önemli isyan ve ayaklanmalara neden olan köylü ve işçi hareketlerinin oluşturdu u muhalif ve alt kamusal alanları gözardı etti i eleştirisi yapıldı (Eley, 1992). Gerçi Habermas, 1990 baskısına yazdı ı önsözde bu eksikli i kabullenerek, E.P. Thompson'un "Making of English Working Class" (1963) ve Bakhtin'in "Rabelais and His World" (1987) çalışmalarından bahsederek kendisine yeni ufuklar kazandırdı ını belirtir. İkinci eleştiri, Habermas'ın burjuva kamusalını idealize etmesiyle ilgilidir. İdealize edilen o günkü kamuoyunun kimlerin ortak kanaatlerini temsil etti inin yeterince tartışılmadı ı düşünülmektedir. Curran, Habermas'ın 19. Yüzyıl basını hakkındaki olumlayıcı yaklaşımlarının geleneksel ve liberal yorumlardan kaynaklandı ı için ahrazlar taşıdı ını belirtmektedir. Ona göre, Habermas tarafından övgü ile söz edilen gazeteler, tarafsız akılcılı ın gerçekleştiricisi olmaktan çok burjuvaya hizmet eden propaganda makineleridir (1993:229). Burjuva gazetelerinin aristokrasinin yayınlarına karşı takındıkları tutum yanıltıcıdır. Basının arz-talep dengesindeki ticarî yapısı ve hepsinden önemlisi iktidarla yakınlı ı onu idealize edebilecek bir konuma hiçbir zaman getirmemiştir. İngiliz işçi sınıfının Çartist (Chart= temel kural) hareketinde öncü gazetesi olan Northern Star'ın -ilk eleştiriyle birlikte düşünülebilecek olan- kapanışı, farklı oluşumların basındaki mevcut örnekler kadar yaşayamadı ını göstermektedir (Beer, 1989: 483-4).<sup>42</sup>

Habermas, bu eleştiriye karşı, idealize etmekten çok homojenlik

<sup>41</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

<sup>42</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

üzerinde durdu u ve bu homojenli in farklı görüşlerin oluştu rdu u bir mutabakattan çıktı nı vurgulayarak şunları söyler: "Burjuva kamusal toplulu unun belirli ölçüde homojen oldu ndan yola çıkabiliriz; böyle bir kamu -ne kadar fraksiyonlaşmış olsa da- müşterek sınıf çıkarı güden partilerin kavgasında en azından ilke olarak ulaşılabilir bir mutabakatın temeli sayılabilecektir. Yine de, kamusal topluluktan tekil halde sözetmek yanlıştır. Burjuva kamusal toplulu u içinde, başlangıçtan itibaren birbirine rakip kamusalılıklar oldu unu hesaba kattı ımızda ve baskın kamusalılıktan dışlanmış iletişim süreçlerinin dinami ini gözönüne aldı ımızda, ortaya başka bir resim çıkacaktır.<sup>43</sup>

Kamusallı ın Yapısal Dönüşümü hakkındaki üçüncü eleştiri, daha çok çalışmanın üzerindeki Frankfurt Okulu etkileriyle ilgilidir. Buna göre, Kamusalı ın Yapısal Dönüşümü, kültürel yaşamı kontrol edenlerin manipülatif gücünü abartmaktadır. Alımlama çalışmaları için de bir çıkış noktası oluşturan bu eleştiri, medya karşısında alımlayıcılarına edilgen bir biçimde mesajlar almadı nı savunmaktadır. Bir metnin sabit, herkesin üzerinde uzlaşaca ı tek bir anlamlandırma biçimi oldu unu kabul etmek olanaksızdır. İki ayrı kişinin aynı metinden aynı anlamları çıkaracaklarını hiçbir garanti edemeyecektir. Bu yaklaşım, kitle kültürü eleştirilerinin edilgen izleyicisini, mesajların tüketicisi olmaktan anlamların üreticisi olmaya kaydırmaktadır.<sup>44</sup>

Kamusallı ın Yapısal Dönüşümü'ne yöneltilen dördüncü eleştiri, burjuvazinin dönüştürdü ü ve

siyasal olanın müdahalesi sonucu yeniden tahrip edilen kamusalı ın aslında tıpkı öncekiler gibi temsili nitelikler taşıdı ı ve bunun Habermas tarafından gözardı edildi idir. Beşinci eleştiriye göre Habermas, ev-yaşam alanını ve ekonomiyi kamusal alanın/kamusallı ın dışında sayarak hem cinsiyet hem de üretim ilişkileri içinde sorunları gözardı etmektedir (Fraser, 1992; Mclaughlin, 1993). Altıncı eleştiri, burjuva kamusalı ının herkese açık olma iddiasına yöneliktir. Buna göre, tartışmalara yalnızca e itimli kimseler, konuşulan "dil"den haberdar olanlar dahil olabilmektedir. Tahsilli olmayanların bu tartışmalara katılma imkânı yoktur. Verstraeten'e göre katılımcıların kamusal alana girerken kişisel çıkarlarını özel alanlarında bırakacakları görüşü de yanlıştır. Böylelikle alanın tarafsız, homojen ve karşılıklı mutabakata açık olarak tanımlanması kolaylıkla yanlıştır bir idealizasyondur."<sup>45</sup>

Habermas postmodernistleri, kendisinin mutlak merkezi addetti i gündelik hayatı ve onun pratiklerini bilmemekle suçlar. Bu ilgisizlik sonucu postmodernistler normatif standartların önemli bir gelişim kayna ını izleyemezler. Ayrıca gündelik hayat dünyası sosyal bilimler için bir nevi nihai hedefi oluşturur, çünkü teorik fikirlerin praksisteki etkilerinin gözükebilece i yer gündelik hayattır. Gündelik hayata önem vermesi, Habermas'ın kamusal alanla ilgili söylediklerini daha da ilginç kılar.<sup>46</sup>

Ömer Turan da makalesinde, genel olarak özgürleşmenin

<sup>43</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

<sup>44</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

<sup>45</sup> CANTEK, Levent; a.g.m.

<sup>46</sup> TURAN, Ömer; *Özgürle me ve Kamusal Alan*, www.araf.net/dergi/sapo/sp2\_o\_turan.shtml



elverişli bir kamusal alanın içerisinde gerçekleşecek hareketle mevcut kamusal alanın buna ne derece olanaklar sağladığını tartışmıştır. Biz burada özgürleşme üzerinde durmayacağız. Özellikle yazarın bu makalede yer verdiği kamusal alanla ilgili tezleri aktaracağız. Turan'ın makalesinde yer verdiği, bu konunun önemli teorisyenleri Habermas, Sennett ve Arendt'in önerdiği tezlerle ilgili olarak vardığı sonuç önemlidir. Ona göre bu düşünürlerin tartışmalarının ve çalışmalarının sonucunda ortaya çıkan genel resim şudur: 17. ve 18. hatta 19. yüzyılın ilk yarısında Batı'da oluşan canlı kamusal alan, modernitenin hakimiyetiyle güç kaybetmiş, insanlar özel alandaki kimliklerini daha çok önemser olmuşlardır.<sup>47</sup>

"Habermas kamusal alan kavramıyla kendi içinde bir anlamda kamuoyuna benzer bir alanın oluşabileceği, toplumsal yaşamın bir parçasını tanımlar. Medya, gazeteler, dergiler, radyo ve televizyon büyük bir kamusal alanın iletişim ihtiyacını karşılayan önemli özel araçlardır. Kamusal alandan bahsedildiğinde, kamuoyunda tartışılan konunun bir şekilde devletle ilgili olduğu düşünülebilir. Habermas'a göre devlet, otoritesini siyasal kamu alanında icra etmekten sorumlu olsa da, bu alanın bir parçası değildir.<sup>48</sup>

Habermas Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü'nde "burjuva kamusunu" belli bir çağa özgü, tarihsel bir kategori olarak ele alır. Bu kategoriyi Avrupa ortaçağının sonunda doğmuş olan burjuva toplumu içerisinde anlamak ve kullanmak gerekir. Weber'ci manada ideal-tipleştirici bir genellemeyle kullanılamaz. Bu

kategori, Habermas'a göre sahipsiz anlamıyla ancak 17. yüzyılın sonlarına doğru İngiltere ve 18. yüzyıl Fransa balmalarında kullanılabilir."<sup>49</sup>

Dana R. Villa'ya göre, "Kamusal alanın layık olduğu gibi yeterli bir biçimde iyileştirilmesi düsturu, Hannah Arendt'in politik felsefesi ile Jürgen Habermas'ın kritik kuramının temel amacını teşkil etmektedir. Hem Arendt hem de Habermas kamu küresini, devletten ve ekonomiden uzak, özel bir politik uzam; vatandaş tartışmalarına, istişare, anlaşmaya ve eyleme teşkil eden, kurumsal olarak sınırlandırılmış bir karşılıklı konuşma alanı olarak görmektedir. Söz konusu kürenin, aynı zamanda, modernlik sayesinde başıboş kalmış olan politika karşıtı (antipolitik) güçlerin baskısına altın girdi ini de varsaymaktadırlar. Arendt için sosyal alanın modern uyanışı, bir zamanlar kamusal olan ile özel alanın arasında bulunan belirgin ayrımı ortadan kaldırmakta ve gereklilik alanı ile özgürlük alanı arasındaki sınırları paramparça etmektedir. Sonuç şudur ki, kamu küresi, evcil kaygılar (yaşamın idame ettirilmesi ve ekonomik reproduksiyon) tarafından yutulmakta ve politika, devlet tarafından ifa edilen bir işlev fonksiyon olan ev içi yönetiminin işlevi haline indirgenmektedir."<sup>50</sup>

Yaklaşık bir yüzyıldan beri yaşanan kamunun toplumsal temellerinin sarsılmasıdır. Kamunun çözülmesi ilimlerini görmemek mümkün değildir ve belki kamunun alan olarak genişlemesinden söz edilebilirse de, işlev olarak güçsüzleştiği de Habermas'a göre aşikardır. Habermas kamusal alanın temellerinin sarsılmasında

<sup>47</sup> TURAN, Ömer; a.g.m.

<sup>48</sup> TURAN, Ömer; a.g.m.

<sup>49</sup> TURAN, Ömer; a.g.m.

<sup>50</sup> VILLA, Dana R.; a.g.m.

iletişim endüstrisinin de rolünü vurgular. İletişim alanının ticarileşmesiyle, gereken sermayenin büyümesiyle ve yayın kuruluşlarının örgütlenme derecesinin artmasıyla, iletişim yollarının yönlendirilme düzeyi artmıştır. Kamusal iletişime erişme fırsatları gittikçe daha fazla ayıklama ve baskıya tabi hale gelmiştir. Sonuçta medya iktidarı, yönlendirilme bir şekilde kullanıldığında, aleniyet ilkesinin masumiyetini yok eden yeni bir güç odağı olarak ortaya çıkmıştır. Kitle iletişim araçlarınınca hem önceden yapılandırılan hem de egemen olunan kamusal alan; sadece güç elde etmek üzere değil, insanların davranışlarını etkileyen iletişim akışlarına, iktidarla donanmış bir halde, dönüşmüştür.<sup>51</sup>

Habermas'ın ulaştığı sonuç siyasal açıdan etkin olandan öznelci olana, "kültürel akıl üretenden kültür tüketen" kamusal topluluğuna doğru düz çizgisel bir gelişme oldu. Kamusal ve özel alanların iç içe geçmesiyle birlikte, siyasal otoriteler yalnızca mal ve toplumsal emeğin de iş-tokuşunun yapıldığı serbest pazarda siyasal otorite sahibi olmakla kalmazlar, aynı zamanda toplumsal erkler de yeni siyasal işlevlere sahip olurlar. Büyük örgütler giderek kamusal alanı dışlayarak hem kendi işlerinde hem de devletle olan ilişkilerinde siyasal ödün savaşına girişirler. Bu durum bir bakıma kamusal alanın burjuva toplumu öncesine dönmesidir ve Habermas bunu kamusal alanın "yeniden feodalleştirilmesi" olarak adlandırır.<sup>52</sup>

## Arendt

Kamusal alanın "herkese açık" anlamı en çok Arendt'in kavramlaştırılmasında görülür. Arendt'e göre, kamusal alanın bir özelliği zuhur olunan ortam ise, diğer özelliği bizi bir arada tutan dünya oluşudur. Zuhur ortamı oluşu ile kamusal alan her şeyin herkes tarafından mümkün olan en açık şekilde görülebilmesi ve duyulabilmesidir. Ancak bu sayede deneyimler paylaşılır, eylemler yorumlanabilir ve kimlikler açıklanabilir. Esasen gerçekliğin inşa eden de budur. İkinci özellik ise, hepimize müşterek bir dünya sunduğu gibi, o dünya içinde özellik olarak temellük etmiş oldu. Umuz yerimizden de farklılaştırma yapar: Bizi bir araya getirir, ama birbirimiz üzerine yıkılmamızı da önler. Dolayısıyla, Arendt'in kavramlaştırmasında kamusal alan bizi hem birleştirir, hem de ayırır. Bu anlamda da kamusal alan topografik ve kurumsal olmayan mahiyette özgürlüğün kendini gösterebildiği yerdir. Ama Arendt'e göre, çeşitli topografik yerler, eğer o yerler konuşmalar ve ikna yoluyla ortak eylem ve iktidar yerleri haline geliyorsa kamu alanı sayılabilir. Örneğin bir kent meydanı; kamusal alan sayılmayabilir; ama insanların bir sunuş dinlemek için bir araya geldikleri bir yemek salonu sayılabilir.<sup>53</sup>

Seyla Benhabib'e göre, "Arendt'te kamusal alan kavramı ikili bir anlama sahiptir. Kamusal alan, bir yanda, içinde çalışma ya da emeğe karşıt olarak eylem gibi belli bir etkinlik tipinin gerçekleştirildiği yerdir; öbür yanda, kamusal diyalogun tözel içeriğiyle ilişkili olarak diğer toplumsal alanlardan farklılaşmadır. Bu farklılaşma, dar bir politik alan ile aile arasındaki bölünmeye dayanan toplumsal alanın yükselişine

<sup>51</sup> TURAN, Ömer; a.g.m.

<sup>52</sup> TURAN, Ömer; a.g.m.

<sup>53</sup> SARIBAY, Ali Yağar; a.g.e., s. 5

tekabül eder. Bu bağlamda modern toplumda kendini ev işlerinin ortamı aile ile devlet arasına (politik alan) yerleştiren toplumsal alan, Arendt'e göre, son tahlilde politik olanı bastırarak; politikaya tekabül eden kamu alanını bireylerin artık "eylemde bulunmayıp", ekonomik üreticiler, tüketiciler ve kent sakinleri olarak "davrandıkları" sahteli ebüründürür."<sup>54</sup>

Postklasik bir siyaset kuramcısı olan Arendt'in görüşleri kamusal alanın gerilediği yönündedir. Arendt'e göre modern çağın ortaya çıkışına kamu alanının batışı eşlik etmiştir. Arendt, modern dünyanın "küçük şeyler" karşısında mutlu olmasının en iyi yansımasının, Fransızların "küçük mutluluk" anlayışında görüldüğünü öne sürer. Arendt'in anlatımıyla, "Yüce" kamu alanlarının çöküşüyle birlikte Fransızlar, dolap ve yatak, masa ve sandalye, kedi, köpek ve saksılar ortasında kendi dört duvarları arasında "küçük şeyler"den mutlu olma sanatının ustası kesilmişlerdir. Arendt'in yaklaşımına göre özelin bu genişlemesi ya da bütün bir insan topluluğunun kapıldığı bu büyülenmişlik hali onu (özel alanı) bir kamu haline getirmez, bir kamu alanı oluşturmaz, olsa olsa büyüklüğün her alanda yerini cezbe bırakmasına sebep olacak şekilde kamu alanının neredeyse tümüyle söndüğünü anlamına gelir.

Arendt kamusal alan üzerine yazdıklarında ortak dünyanın sonunun geldiğini iddia eder. Arendt'in düşüncesinde ortak bir dünyanın koşulları altında gerçekliği oluşturan, herkesteki mevcut "ortak dünya" değil, konum farklılıklarına ve buradan kaynaklanan perspektif çeşitliliğine rağmen her bir kişinin aynı nesneyle ilgilenmekte

olmasıdır. Eğer bir nesnenin aynı şekilde artık fark edilebilir olmaktan çıkmışsa, insanların ortak doğasının da ortak dünyanın uyarısı bu tahribatı önlemesi mümkün olamaz. Arendt hiç kimsenin artık bir başkasıyla hemfikir olmadığını bu durumu, tiranlık durumlarında yaşanan soyutlanmalara benzetir. İnsanlar artık bütünüyle özel hale gelmişlerdir, bu başkalarını görmek ve duymak ve onlar tarafından görülüp duyulmak olanağını yitirdikleri anlamına gelir. Arendt insanların yeni hapisanelerini, hepsinin kendi tekil deneyimlerinin özneliği olarak tanımlar; aynı deneyim sayısız kere yinelenmiş bile olsa yine de tekil olmaktan kurtulamayacaktır. Sadece tek bir yanıyla görülmeye başlandı ve kendisini sadece bir tek perspektiften sunmasına izin verildiğinde, ortak dünyanın sonu gelmiş demektir.<sup>55</sup>

### Özel/Kamusal Alan Ayrışması<sup>56</sup>

Özel alan-kamusal alan ayrımı başlığını taşıyan bu konuda daha çok Ömer Çaha'nın Doğu Batı dergisinde yer almış olan makalesine başvuracağız.

Eleştirilecek yanları mahfuz kalması şartıyla bu yazı, özel alan-kamusal alan arasındaki ayrışmayı, gereksiz ayrıntılara yer vermeden özetlemiştir. Ömer Çaha makalesinde kamusal-özel alan ayrışmasını tarihi bir süreç içerisinde, bugüne kadar geçirdiği aşamalarıyla birlikte anlatmaktadır.

Yazara göre, özel alandan ayrı bir kamusal alanın ortaya çıkmasının temelinde sanayileşmenin etkileri

<sup>54</sup> BENHAB B, Seyla; a.g.m., s. 239

<sup>55</sup> TURAN, Ömer; a.g.m.

<sup>56</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

yatmaktadır. On yedi ve on sekizinci yüzyıllarda sanayileşmeye ba lı olarak gelişen kapitalist toplum yapısının etkisiyle, geleneksel toplumun merkezi konumundaki aile modern toplumda işlevini ailenin dışındaki sosyal alana bırakmıştır. Toplumun merkezindeki aileye ait geleneksel işlevler, gelişen kapitalist toplum yapısıyla özel yaşamın dışına çıkmıştır. Aile, modern toplumda siyasal, kültürel, ekonomik yaşamın merkezindeki konumunu yitirmiştir. Aile dışındaki kamusal yaşamın renklili i arttıkça, ortak alanın sınırları genişledikçe sadece aile de il ayrıca kapalı cemaatler içindeki duygusal niteli i öncelikli olan özel yaşam alanı giderek daralmaktaydı.<sup>57</sup>

Çaha' ya göre, aileyi de içine alan kamusal alan dışında bir yaşam alanı kavramı on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda kullanılmaya başlanmış ve kamusal yaşamın dışındaki bu alan düşünürlerin tartışmalarıyla teorik bir çerçeveye kavuşmuştu. Ona göre, özel alanla kamusal alan arasındaki sınırları net bir şekilde çizen üç düşünür Locke, Rousseau ve Hegel'dir. Locke'e göre, sosyal sözleşmenin oluştu u, devletin ortaya çıktığı alan kamusal alandır. Bu alan onun tasavvur etti i şekliyle erkeklerle sınırlıdır. Özel alan da kadının alanıdır. Locke'un; bu konuyla ilgili tanımlamasında "özel alan" kadınların alanı, "kamusal alan" hür erkeklerin alanı şeklindedir. Ayrıca bu alanlara "siyasal alanı" da eklemiştir. Siyasal alan topluma hizmet eden polis, savcı ve asker alanıdır.<sup>58</sup>

Yazar, Rousseau ve Hegel'den bahsederken "aşkın devlet"

anlayışından yola çıkarak, kamusal hayatı oluşturan erkeklerin aile yaşamının katı duvarlarını aşmasını anlatır. Aşkın devletin taşıyıcısı durumundaki sivil toplumun objesini oluşturan erkekler kamusal alanı oluşturmaktadır. Devlet, kamusal yaşamın üstünde Hegel'in tabiriyle şemsiye gibi yayılmakta, bir gölge oluşturmaktadır. Bu iki düşünürün tartışmalarında iki yaşam alanı bulunmaktadır. Erkeklerin dünyası olarak nitelendirilen kamusal alanda devlet kutsaldır ve ona tanrısal aşk ve muhabbetle ba lanılır. Di er yaşam alanı özel ise kadınların, çocukların, özürülülerin dünyasıdır. Yazara göre, kamusallıkla ilgili tartışmaları eşitlik ve özgürlük boyutunda sürdüren düşünür Kant'tır. Kant'a göre, bireyler özgürlük için devlete tabi olurlar ve bunu görev duygusuyla yaparlar. Bireyin devlet düzenine tabi oluşu ahlaki ve ödevsel bir zorunluluktur. Kanta göre bu bireyin karşılık olmaksızın devlet düzenine uyum sa laması "kamusal ilkesi" ne göre olacaktır. Ona göre toplumsal özgürlük sa landı ı zaman bireysel özgürlük de sa lanmış olacaktır. Kant'a göre kamusal alan, gönüllü itaatkar olan bireylerin özgürlü ünü devletin çatısı altında garantiye alır. Ona göre yöneticiler, bireylerin ve grupların çıkarlarını de il, genel iradenin çıkarını düşünür ve ona göre kararlar alır. Kamusallıkla, toplumun çıkarıyla uyuşmayan hiçbir hak ve eylem hukuki de ildir.<sup>59</sup>

### Kamusallı ın Farklılaşma Süreci<sup>60</sup>

Çaha'ya göre, on sekiz ve on dokuzuncu yüzyılda homojen bir

<sup>57</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>58</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>59</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>60</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

kamu ön plana çıkmaktadır. Buradaki homojenlik, bireylerin her türlü farklılıklarını bırakıp, eşit bir hukuksal statüde vatandaş olmasından kaynaklanmaktaydı. Aslında bu, yazara göre ideal bir kamusal alan talebidir. Toplumsal realite bundan farklı oldu undan dolayı, kamusal yaşam toplumsal realiteden dışlanmakta ve soyut bir içerik kazanmaktadır. Kamusalın in sacayaklarını oluşturdu unu söyledi i; devlet, millet, egemenlik, birey, akıl, ilerleme, gelişme, medeniyet gibi kavramlar bu soyutlamayı en güzel ifade eden kavramlardır.

Demokrasinin gelişmesiyle demokratik yönetimler meşruiyetini artık halktan, umumdan almaya başlamışlar ve bununla birlikte bütün bireysel talepler hep özgürlük meselesi olarak kabul edilmiştir. Liberallerin de katkılarıyla kamusalın anlayışının önemli bir dönüşüm geçirdi ini belirten Çaha, kamunun somutluk, aleniyet ve çeşitlilik açısından de işimini ifade eder.

"On dokuzuncu yüzyılın kamusalı artık sadece, Habermas'ın altını çizdi i, burjuvazi kamusu olmaktan çıkmıştır. Kilisenin etrafında gelişen komünlerin, sendikaların, medyanın orta sınıfın, farklı sosyal grupların sanatçıların alternatif yaşamaların, kadınların, emekçi sınıfların özel istek, anlayış ve estetik de erleriyle kamusal yaşam, reel toplumun zenginliklerine sınırsız biçimde açılan bir alan olmuştur. Demokrasi bir yandan aktif katılımı getirirken, bir yandan da toplumsalın üzerindeki perdeyi kaldırmış, toplumsal görüntüleri tarihsel birikimleriyle birlikte kamuya kazandırmıştır."<sup>61</sup>

"Kamusalın in farklılaşma sürecinde burjuva ve proletarya şeklinde iki sınıf ortaya

çıkıyordu. Bu kapitalist toplumun bir ürünüydü. İkinci Dünya Savaşından sonra gelen refahla birlikte, refah devletinin getirdi i "maddi doyum" ve "boş zaman" imkanı bireyleri maddiyattan farklı saiklerle hareket etmeye yöneltti. Alternatif yaşam, feminizm, çevrecilik, anti-nükleercilik, manevi cemaatçilik, üçüncü dünyacılık aktif katılımcılık gibi güdülerle hareket eden bireyler bu saikler do rultusunda çok sayıda örgütlenmelere gitmiş ve kamusal yaşamı, farklılaşan bir yaşam alanına çevirmişlerdi."<sup>62</sup>

Kamusal alanın on yedi ve on sekizinci yüzyıllardaki farklılaşması ve de işimi kamusalın anlayışında tartışmalara sebep oldu. Kadınların kamusal alandaki yeri ve özel alandan kurtulmaları gerekti i feministler tarafından sürekli vurgulandı. Feminizm kamusal alanın bu görünümü eleştiren bir sosyal akım olarak karşımıza çıkmaktadır. Onlara göre kamusal alan özel alan arasındaki ayrışma erke in kadını ezmesinden öte bir anlam ifade etmemektedir. Bu ayırım onlara göre kamusal yaşamı erkekle özdeşleştirirken, özel alanı da kadınlıkla özdeşleştirmiştir. Onlar özel alanla kamu arasındaki sınırları ortadan kaldırmak istemektedirler. Feministlere göre kamusal alanın bütün meyvelerini erkekler yemektedir. Kamusal alandaki erkek egemenli i, onları her türlü gücün merkezine yerleştirmiş, kamusal yaşamda kadına yer vermek istememiştir. Bundan dolayı, feminist literatürde kamusal ve özel alan ayrımı şiddetle eleştirilmiştir.

Çaha, "uluslararası platform"un özel/ka-musal alan ayrışmasına olan etkisinden yola çıkarak, özellikle gelecekte bu tür

<sup>61</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>62</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

kuruluşların belirleyici olacağını anlatmaktadır. Gerçekten de son dönemlerde kurulan uluslararası kuruluşlar kamusal alan algısında farklı bir durumu ortaya çıkarmıştır. Devletlerin mutlak otorite olması bu şekilde engellenmekte ve kamusal alandaki belirleyiciliği, tahakkümü kalmaktadır. İnsan hakları sözleşmeleri, uluslararası mahkemeler, anlaşmalar, kamusal alandaki engelleri, yasakları bazı yönleriyle ortadan kaldıracak gibi görünmektedir. Özellikle son yıllarda uluslararası platformlara ek olarak, küreselleşme süreciyle birlikte "-global kamusal alan-dünya kamusal alanı" gibi kavramlar da tartışılmaya başlanmıştır.

"Özel/kamusal alan ayrışmasını gevşeten önemli bir faktör de devletleri mutlak hükümler otoriteler olmaktan çıkararak "uluslararası platform"dur. Uluslararası anlaşmalar, evrensel hukuk, uluslararası paktlar, birleşmiş milletlerin çatısı altında yürütülen konferanslarla, çevre, demokrasi, kadın hakları, dini haklar, insan hakları gibi alanlarda gelişen uluslararası NGO'lar (Hükümet Dışı Kuruluşlar), bilimsel gelişmeler, bilgi toplumunun önünü açan bilgi araçları artık devletleri hükümler buldukları teritoryal alanda nihai güç olmaktan çıkarmışlardır. Uluslararası platformun genişlemesiyle, devletin kamusal alan üzerindeki etkisinin sınırları giderek daralmakta ve bundan dolayı da ulusal devlet abluka altına alınmaktadır. Uluslararası platform aynı zamanda sosyal ve sivil kimliklerin uyanmasını da sağlayarak özellikle de otoriter veya totaliter kamusal tahakkümlere son verebilmektedir. Sosyalist Blok'un çözülmesinde bu Bloka mensup ülkelerdeki sivil toplum unsurlarının uluslararası platformla tanışmasının önemli

bir etkisi bulunmaktadır. Do u Avrupa'daki tahakkümcü ve ideolojik kamusal-siyasal alanları demokratik kamuya dönüştürmede dini cemaatler, sendikalar, aydınlar, feminist ve çevreci gruplarda oluşan sivil toplum unsurları rol oynamışlardır."<sup>63</sup>

### Osmanlının Son Zamanları ve Türkiye'de Kamusal Alan

Kamusal alanın farklılaşmasıyla ilgili olarak Mustafa Aydın'ın de erlendirmeleri, özellikle dinin bu alandaki fonksiyonunun nasıl ortadan kaldırılmak istendi ine ilişkin ifadeleri, bize bazı fikirler verebilir. Aydın'a göre Türkiye'de kamusal alan küçük bir kesim tarafından işgal edilmiştir. Kamusal alanda toplumu yönlendirmenin, tahakküm altına almanın yolu dinin kamusal alandan çıkarılması sayesinde olacaktır.

"Kamusal ile ilgili de işikliklerden birisi önceden özel sayılan ekonomi ve e itimin kamusal; kamusal olan dinin ise özel alana aktarılma çabasıdır. Dinin kamusal sürülüp çıkarılması onu işgal etmiş olan siyasal için işlevseldi, çünkü toplumu gönlünce kurgulamasının önündeki en önemli engellerden birisi dindir. Bir başka deyişle dinden soyutlanmış bir toplum daha bir edildir. Bunun içindir ki sekülerlik kamusalın bir temel niteliği olarak ilan edilmiştir. Bu söz konusu dönüşümde ailesel işlerin ve özelliklerin bir kısmı kamusal taşınmış ve mesela özelin en belirgin niteliklerinden birisi olan "mahrem" kamusalın bir gerçekleştirim biçimi haline gelmiştir. Siyasalın gücüne dayandırılmasıyla da sivil herkes

<sup>63</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.



ile ba daştırılması kolay olmayan bir kamusal ortaya çıkmıştır.<sup>64</sup>

Laiklik kavramının kamusal alanda kullanılması kamusal için önemliydi. Kendilerine göre bir laiklik tanımı yapan ve devletin en tepesinde yer alan laik kesim, toplumu istedikleri şekilde tasarlayabilmeleri için dini de erleri, İslami yaşam tarzını kamusal alandan çıkarmaları gerekiyordu. Laik kesim için sekülerlik kavramı, İslami söylemlerin kamusal alandan tümüyle uzaklaştırılması için kullanılıyordu.

Aydın, kamusal alandaki herkes kimli inin öneminden yola çıkarak herkes sözcü ünün nasıl kullanıldı nı, bazen herkesin kamusal alandan nasıl dışlanabilece ini anlatmaktadır. "Belirtildi i üzere kamusalın en temel özelliklerinden birisi "herkes" ile nitelenen toplumsallı ıdır. Toplumun genelini kapsamadı ı zamanlarda bile kamusal, bir toplum kesiminin konsensüsünü ifade etti i kabul edilir ve toplumsal yüklemeye göre biçim kazanır, hatta onunla adlandırılır. Kamusal alan türleri de buradan çıkar. Konunun günümüzdeki teorisyenlerinden olan J. Habermas'a göre öznesine ba lı olarak kamusalın, burjuva kamusal alanı, demokratik kamusal alan gibi türlerinden söz edebiliriz. Vaki 16. yüzyıl sonrasında Batı'da oldu u gibi Türkiye'de de ilk tipik kamusal örne i, edebiyatçı çevrelerin sa ladı ı konsensüs olarak ortaya çıkan "edebi kamusal alan" dır. Esasen Habermas'ın tanımına göre genel anlamda kamusal alan, sonuçlarından etkilenebilecek herkesin pratik tartışmaya girip, anlaşmaya vardı ı alandır. Ne var ki kamusalın siyaset tarafından işgal edilmesinden sonra, siyasetin temsil etti i, herkes

adına ama gerekti inde herkesi dışlayabilen, dolaylı olsa bile do rudan toplumsal nitelikli olmayan bir kamusal alan ortaya çıkmıştır. Belki bu (edebi kamusal alan örne inde oldu u gibi) bir alt kamusal alan tipi sayılabilir. Ne var ki burada özne (genel ve özel türevleriyle) herkes de ildir. Burada herkes, modern ça larda gerçeklerin üstünü örtmede kullanılan kavramlardan birisi haline gelmiştir. Burada herkes, deyim yerindeyse muhatabı ortadan kaldırmaya yarayan bir şeydir. Modern dünyada kimliksizleştirilmiş dev kitlelerin toplumsal / sanal bir kimli idir. Heidegger' in dedi i gibi burada herkes kimli i, ne bu ne de şu kimse, ne insanın kendisi, ne de bazı kimseler ve ne de hepsinin toplamıdır. Sözelimi başörtüsüne karşı takınılan tavırda bu icraatı onaylamayan yüzde 85, herkes de ilse (ki de ildir), herkes ya hiçbir şey de ildir, yada kendini herkesin yerine koyan bir hiç kimse vardır."<sup>65</sup>

"Şüphesiz görel i de olsa herkesi temsil eden toplumsal nitelikli bir kamusal alan vardır. Bu kamusal alan genelde, sonuçlarından etkilenebilecek herkesin pratik tartışmaya girip, üzerinde anlaşmaya vardı ı bir ortaklık alanıdır. Ne var ki günümüzde kamusal, özel ve toplumsal alanların önemli bir kısmı siyasal tarafından işgal edilmiş bulunmaktadır. Bu dönüşümde sınırları bozulmuş, bazı alanlara ait nitelikler çarpıtılmış biçimleriyle yerlerini almışlardır. Mesela özelin mahremiyeti kamusala taşınmış, siyasallaşan kamusalda mahremiyet garip bir şekil almıştır. Do asını gücün oluşturdu u siyasetin özel kökenli erkeksili i ön plana çıkmış, kamusal da erkeksi siyasetin

<sup>64</sup> AYDIN, Mustafa; a.g.m.

<sup>65</sup> AYDIN, Mustafa; a.g.m.

harem alanına, herkes adına ortaya koydu u kurallar da bir mahremiyet kuralına dönüşmüştür. Bu kuralların en belirginini de geleneksel toplumsal yapılardaki cinsel kökenli olan kılık - kıyafet kuralları oluşturmaktadır. Ancak siyasal iktidar bunu bir kamusal alan kuralı gibi göstermekte ve konuyu üzerinden sıyrarak kendi dışında tartışılmasını sağlamaktadır. Cumhuriyet döneminde siyasetin, üzerinde odaklandı ı konulardan birisi kılık-kıyafet olmuş, son zamanlarda kadınlar üzerinde daha da yo unlaşmıştır. Cumhuriyet dönemindeki kadınlarla ilgili uygulamaların önemli bir kısmının gerekçesi onu kamusal alana çıkarmak olarak ileri sürülmüştü. Ancak bu iddia her haliyle do ru de ildi. Son gelişmelerde kadını kamusal alanı sürüp çıkarma anlamına gelebilecek uygulamalar. Hedefin salt bu olmadı ını, iktidarın kendine özgü bir alanı korumak oldu unu göstermiştir. Kamusallaşmada bir sosyal süreç oluşturma yerine, işi emir ve yasaklarla götürme çabası da bu yargıyı do rulamaktadır. Tabi bu gidiş hem sa lıklı bir kamusal alanın oluşmasını engellemekte hem de siyasetin rahat hareket etme imkanlarını ortadan kaldırmaktadır. Her halde buradaki yanlış, gerçek anlamda bir kamusalın yerine siyasal nihai erkin bir çözümleyici olarak konulabilece i yanlışlığıdır. Yine de bilmemiz gerekli şey, şimdilik sonuna kadar sırtımızı dayayabilece imiz naiv bir kamusalın olmadı ıdır. Sorunun çözümü ise, siyasal nitelikli bir mahremiyet alanının gerçek anlamda kamusala dönüştürülmesine ba lıdır.<sup>66</sup>

### **Türkiye'de Modernlik ve Kamusal Alan**

<sup>66</sup> AYDIN, Mustafa; a.g.m.

Etyen Mahçupyan'a göre Türkiye'de kamusal sözcü ü iki anlayışa göre şekillenmiştir. Birinci anlayışa göre modern olanın yaşandı ı yer kamusal alandır. Ortak yaşam alanına girmeyen, insanlar için mahrem olan her şey aynı zamanda modernli in zarar görmemesi için kamusal alanın dışında tutulmalıdır. Birinci anlayışa tepki olarak da ortaya çıktı ını söyleyebilece imiz ikinci anlayışta kamusal alan dolaylı bir sonuçtur. Söz konusu anlayış, Mahçupyan'ın ifadesiyle "kamusal alanı ötekinin farkındalı ı" üzerine bina etmeye çalışmaktadır. İkinci anlayışta insanlar ve gruplar arasındaki ilişkiler önemlidir.

"Türkiye gibi modernlik anlayışını neredeyse tamamen otoriter zihniyete dayandırmış ülkelerde; bizzat kamusal alanın kendisi bir filtre cihazı bir tanımlama ve yasaklama aracı olarak görülüyor. Kamusal alanın Türkiye'deki tanımı hangi talep ve tercihlerin kamusal alana çıkamayaca ını da belirlemiş oluyor. Otoriter bir zihniyete ba lı olarak, devlet moderniteyi sahiplendi i ölçüde, kamusal alanı o tanımlıyor ve bu bir yönetim aracı olarak kullanıyor. Dolayısıyla da bizim gibi ülkelerde kamusal alanın toplumsal taleplerle felsefi ba ı kopuyor. Toplumsal talepleri esas kabul edip, kamusal alan düzenlemesi sayesinde bunları birarada yaşatmaya çalışan Batı modernitesine karşıt olarak; Tür modernitesi devlet tarafından sınırları çizilmiş kamusal alanı esas kabul ediyor ve toplumsal taleplerin bu çerçeveye uyum göstermesini emrediyor.<sup>67</sup>

Türkiye'de devletin kamusal alanın çerçevesinin belirlenmesi sonucu, bazı toplumsal talepler

<sup>67</sup> MAHÇUPYAN, Etyen; a.g.m.

kamusal alanın dışında bırakılırken, aynı talepler vatandaşlık tanımının dışına da itilmiştir. Devletin vatandaşlık tanımını paylaşan kesimler kendiliğinden ayrı bir cemaat oluşturmuş ve iktidar alanını devletle ortak kullanır hale getirmişlerdir. Dolayısıyla Türkiye’de kamusal alan nötr bir düzlem değil, doğrudan siyasetin çatışma alanıdır ve üstelik bu cemaatsal bir çatışmadır. Türkiye’de kamusal alan, vatandaş olanla olmayanı talep ve tercihlerine dayanarak cemaatsal bazda birbirinden ayıran otoriter bir filtre mekanizmasıdır.”<sup>68</sup>

Yukarıda bahsedilen birinci anlayışa tepki olacak bir biçimde, temeli Osmanlıya dayanan farklı bir anlayış türünden bahseden yazar, Batı modernitesiyle bizdeki kamusal alan anlayışı arasındaki farka alışık olmadığımız bir şekilde yaklaşmaktadır. “Gerçek kamusal alan batıda değil bizdedir; çünkü Batı modernitesi kendisine yeten bir birey tanımıyla ve bireyi kendi kendisinin ölçütü haline getirmekle kamusal alanı dışlamakta, onu süflü bir Pazar veya meşire yerine çevirmektedir. Oysa bizim geçmişimiz bireyi toplumun önüne geçirmeyen bir kültüre dayanmakta; toplumsal ilişkiler sadakat, yardımseverlik gibi hasletler etrafında bütünleşmekte; böylece gerçek bir kamusal alanın önü açılmaktadır. Batıda aralarında hiçbir ilişkinin zorunlu kılınmadığı, kopuk bireyler arası bir düzenleme ihtiyacı söz konusuysen; geçmişten miras aldığımız bizim dünyamızda neredeyse organik bir bütünsellik mevcuttur ve tek tek insanların bu bütünsellik dışında zaten bir kamusal alan tercihleri olamaz. Diğer bir deyişle Osmanlı dünyasında ve günümüzdeki uzantılarda kamusal alan bir inşa

konusu değil, cemaatsallığın getirdiği bir veridir.”<sup>69</sup>

“Modernist yaklaşım otoriter zihniyet içinde sözde cemaatsal alanı reddederek işe koyulmakta, onun bu reddiye kendi cemaatini yaratmakla sonuçlanmaktadır. Gelenekçi tepki ise bizzat cemaatten hareket etmekte ve sorunu cemaati toplum düzlemine taşıyarak çözmeye çalışmaktadır. Her iki yaklaşımda da kamusal alan toplumun tümünü bütün çeşitliliği içinde sarmalaması gereken bir çerçeve olmaktan çıkmakta; ya güç kullanımıyla ya da gelenekselliğinin hapsedilerek daraltılmaktadır.”<sup>70</sup>

Türkiye’de kamusal alan düzenlemesi toplumun önünde duran toplum olarak yaşayabilmek için yanıtlanması gereken bir sorunsal niteliğine sahip değildir. Bir yanda modernleşme çabası ve iddialarına öte yanda tüm modernliği mahkum ederek “aşma” tezlerine karşın; zihinsel dünyamız hala otoriter ve ataerkil zihniyetler arasında yalpalanmakta ve buradan türeyen siyasi mücadelenin malzemesi olmakla malüldür. Batı dünyası ile olan farklılaşma da temelde bir zihniyet farklılaşmasıdır. Ve tüm kavramsal algılamamızı, tanımlarımızı ve olması gereken ilişkin referanslarımızı egemenliği altında tutmaktadır.”<sup>71</sup>

### Osmanlı Toplumunu ve Cemaatler

Mahçupyan, Osmanlı’da yüzyıllar boyunca bir arada yaşayan ve cemaatler olarak aynı ortak alanları paylaşan birçok yapı arasındaki ilişkilerin özelliğinden bahsettiği yazısında, bize devletle toplum arasındaki

<sup>69</sup> MAHÇUPYAN, Etyen; a.g.m.

<sup>70</sup> MAHÇUPYAN, Etyen; a.g.m.

<sup>71</sup> MAHÇUPYAN, Etyen; a.g.m

<sup>68</sup> MAHÇUPYAN, Etyen; a.g.m.

ilişkiler hakkında da bilgi vermektedir. Burada dikkatimizi çeken Batı modernitesinde hiçbir zaman gerçekleşmeyen hatta özellikle engellenen Osmanlı bireysel ve toplumsal yaşamı arasındaki uyumdur. Bu uyum kendili inden gerçekleşmiştir. Ona göre Batı modernitesinin ortaya çıkardığı kamusal alan/özel alan kavramsallaştırılması zihinleri, kökleri farklı olan toplumlar için aynı olmamaktadır. Her toplumun kendine has bir modernite anlayışı mevcut olmuştur. Toplumlar, Batılı olduklarını iddia etseler de, batıya benzediklerini söylediler de, Batılılar kendi kavramlarıyla toplumları inceleseler de Batıyla bu toplumlar arasındaki zihniyet farklılaşması kolayca aşılacaktır. Bizde olduğu gibi zihinleri farklı işleyen toplumların da Batılı kavramlarla kendilerini analiz etmeleri hiçbir şeyi de iştirmeyecektir.

"Cemaatler halinde sistemleşen bir toplum, kültürel ortak alanın mümkün olduğu yayılmasını ve kişisel yaşamların tümünü kapsayıcı hale gelmesini ifade eden özel alanlar daraltılmakla kalmamakta, cemaatin bu alanlara nüfuz etmesi, onları "açarak" kendi içine çekmesine yol açmaktadır. Belki de bu nedenle mahremiyet Osmanlı toplumunda özel alanın içinde daha da dar mekan ve zamanlara sıkışmak zorunda kalmıştır. Öte yandan kamusal alanın önemli bir bölümü de kültürel ortak alanın içine yedirilmiş durumdadır. Böylece doğul bir geçişlilik içinde, neredeyse farkına bile varılmadan bireysel yaşamla toplumsal yaşamın uyumlu bir bütünlüğü söz konusudur. Ancak aynı yapının sonucu olarak kamusal alanın bir başka bölümü, kişilerin kendi eylem alanına ilişkin tasavvurlarının tamamen dışında kalmıştır. Diğer bir deyişle batılı anlamıyla kamusal alan net bir şekilde ikiye bölünmüş ve

sadece bir bölümü kişilerin eylemlerine açık tutulmuş; kalan kısmı ise devletin nüfuz alanının doğul parçası addedilmiştir. Bu model Osmanlı'daki gayrimüslim cemaatlerin yapısını ve toplumun bütünüyle eklemleşmesini birebir tanımlamaktadır. Müslüman cemaat ise kamusal alanın devlete bırakılmış kısmına ulaşabilen farklı kanallara sahip olmuştur.

Toparlarsak, farklı cemaatlerin eklemleşmesine dayanan bir toplumsal yapının varlığı, birbirinden bağımsız birçok kültürel ortak alan yaratarak kamusal alanın potansiyel bütünlüğü parçalı hale getirmiştir. Kamusal alanın sonuçta "kişinin herkesi ilgilendiren bir konuda bireysel tasarrufunu mümkün kılan alan" olarak tanımlanabilirliği düşünülürde, siyasetin de paralel bir parçalanmaya konu olacağı tahmin edilebilir."<sup>72</sup>

### **Türkiye'deki Özel/Kamusal Alan Ayrışmasının Tarihi Süreci ve Sivil Toplum**

Ömer Çaha "Sivil çiçekler ya da ideolojik kamunun çözülüşü" adlı yazısında Türkiye'deki özel / kamusal alan ayrışmasını tarihi bir süreç içerisinde üç döneme ayırarak incelemiştir. Birinci dönemi on yedinci yüzyıla kadar uzatarak "kamusal açılma evresi" olarak tanımlamıştır. Yazara göre bu dönemin en belirgin özelliği, dünyada kapitalizmin gelişmesi ve Osmanlı'nın batı ekonomisiyle bütünleşme çabaları sonucu batı kamusal yaşamındaki özelliklerin Osmanlı'da tüketici kitlede görünür olmaya başlamasıdır. Yazara göre, Osmanlı kamusal yaşamındaki ilk farklılaşma kadınlarda ortaya çıkmaktadır. Kadınlar batı tarzı farklı

<sup>72</sup> MAHÇUPYAN, Etyen, a.g.m.

giyimleriyle farklı bir kamusal alan ortaya çıkarmışlardır.

On dokuzuncu Yüzyıla do ru gelindikçe kamusal alan medyada kendini göstermişti. Matbaanın gelişmesi dergiler, kitaplar ve gelişen yayın hayatı kamusal yaşamı daha da paylaşılan bir alan haline getirmişti. Yine bu yüzyılda yapılan kanuni iktibaslar, yasal düzenlemeler, idari reformlar ve di er bir çok alandaki de işimler Osmanlı tebaasını kamusal bir obje haline getirmişti.

"Osmanlı'nın aşı yukarı on yedinci ve on sekizinci Yüzyıllarında başlayan mahrem alanının toplumsal alana tahvili süreci, ikinci Meşrutiyet döneminin yarattı ı sınırsız özgürlük ortamında daha fazla hissedilir olmuştur. İkinci Meşrutiyet döneminde farklı saiklerle hareket eden sosyal unsurların yo unlaştı ı farklılaşmış bir kamusal ı net biçimde görmek mümkündür. Bir yandan yeni ekonomik ve kültürel arayışlar, bir yandan da artan entelektüel faaliyetler siyasal ve düşünsel ayrışmaya kadar uzanan zengin bir toplumsal topografyanın ortaya çıkmasına yol açmıştı. Milliyetçilik, batıcılık, İslamcılık, sosyalizm, liberalizm yönündeki düşünsel farklılaşmaların yanında etnik, ekonomik ve siyasal alanda da ciddi bir farklılaşma görünür olmuştur. Osmanlı'nın son yirmi yılı kıran kırana siyasal rekabete, dünya ekonomisiyle entegrasyon çabasına, düşünsel ve entelektüel açılımlara, sosyal ve sendikal hareketlere sahne olmuştur. İkinci Meşrutiyet döneminde yakalanan özgürlük ortamı daha sonraki yetmiş-seksen yılda (1980'li yıllara kadar) bile bir daha yakalanamamıştır. Zira bu dönemde Osmanlı tebaası ve aydını "düşünce suçu" gibi bir kavramla henüz tanışmadı ı için toplumun düşünce ufku oldukça geniştir. Bu

ortam içinde her tür düşünce rahatlıkla benimsenebiliyor, yaşanabiliyor ve savunulabiliyordu. Her tür düşüncenin mubah bir şekilde tartışılıyor olması Osmanlı aydınının farklı düşünsel tahayyülleri canlandırmasını sa lamış ve düşünceler birer sosyal hareket ve siyasal partide canlılık bularak fiziksel bir varlı ı dönüştürmüştü."<sup>73</sup>

Yazar, kamusal yaşamın daralma evresi olarak nitelendirdi i 1925-1980 yıllarını kamusal alanın mutlak anlamda devlet tarafından tahakküm altına alındı ı dönem olarak incelemiştir. Bu dönemde Osmanlıdan kalan kurumların önemli bir kısmı yaratılmak istenen toplum şablonuna uymadı ı için ortadan kaldırılmış, siyasi güç herhangi bir sivil oluşuma izin vermemiş ve toplum üzerinde bir kontrol mekanizması kurmuştur. Bunlarla ilgili olarak verilebilecek en iyi örnek de 1925 Takrir-i Sükun Kanunu'dur. Bu şekilde, yapılanlar hukuki bir kılıfa da uydurulmuş olacaktır. Bu dönemde ortaya çıkan birkaç dernek ancak çok kısa süre yaşayabilmiştir. Artık kamusal alan tamamen ideolojik bir alan haline getirilmiştir.

"Kısaca, devlet için beşeri kaynak olmanın ötesinde bir anlam ifade etmeyen toplum "vatani, milleti ve devletiyle tek bir yürek" haline getirilmek istenmiştir. Kuşkusuz bu söylem sosyal dayanışma, birlik ve beraberlik coşkusu ifade etmektedir. Ancak modern siyasal düşüncede siyasal erkin yanında bir açık platform, bir forum, bir aleniyet mekanı olarak da kabul edilen kamusal alan Türkiye'de bu anlayıştan dolayı sadece ve sadece siyasal erkin boy gösterebildi i monist bir mekan haline gelmiştir. Niceli i farklı olmakla birlikte,

<sup>73</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

Tek Parti Dönemi Türkiye'sinde cari olan siyaset anlayışı do rultusunda şekillenen kamusal yaşamın en bariz özelli i siyasal iktidarın tekelindeki kamusal özel alanı kuşatacak kadar genişlemesi, devleti bir yer yüzü tanrısı haline getirmesi, toplumun en ince ayrıntısına kadar tüm toplumsalı tek bir sesin hükümranlı na sınırsız biçimde açmasıydı. Gerçekte çok partili demokrasiyi fiiliyata geçirdi imiz, 1950 öncesi dönemde cari olan Türk kamusal yaşamı sosyalist ülkelerdeki kamusal alanlardan co ipso (söz konusu nedenlerden ötürü) ciddi bir ayrışma gösterememekteydi."<sup>74</sup>

"Sosyal ve siyasal yaşamda yer alan özellikle kamusal tüm etkinlerin öncelikli vazifesi resmi ideoloji ve idealleri taşımak olmuştur. İlk okuldan üniversiteye kadar tüm e itim kurumları, dernekler, siyasal partiler, radyo, televizyon, sinema, tiyatro, opera ve bale gibi tüm sosyal etkinlik alanlarına öncelikli görev, hatta varlık nedeni olarak resmi ideolojinin taşıyıcılığı misyonu yüklenmiştir. Gelişmiş ülkelerin hiç birinde e itim, vatandaş resmi ideallerle donatan bir "siyasal ve ideolojik" faaliyet olarak kurgulanmamıştır. Demokratik ülkelerde seküler anlayışla şekillenen e itim kurumları bireye sorumluluk, yaratıcılık ve meslek kazandırmanın ötesinde bir amaç daha gütmektedir. Oysa Türk e itim sisteminde cari olan anlayışa göre e itim kurumlarında demokratik ülkelerdeki formasyon ikinci palanda gelmektedir. Türk e itim sisteminin birinci amacı resmi ideoloji için sadık neferler yetiştirmektir. E itim kurumlarında, türbanla gelen görüntü farklılaşmasının bunca

fırtınalar koparması buradan kaynaklanmaktadır."<sup>75</sup>

Türköne, özel ve kamusal alanın barıştırılmasından bahsetti i yazısında, Cumhuriyet pozitivizminin bu barışa izin vermedi ini, kişilerin de bundan etkilendi ini anlatmaktadır. Yazara göre, pozitivizm, özel alanı tümüyle kamusal alana taşımak istemektedir. Türkiye'de pozitivizm kendine has özelliklerinden dolayı bunu başaramamış, çeşitli sıkıntılar ortaya çıkmıştır. Bu sıkıntıların aşılması için de özgürlüklerin belirleyici oldu u toplumsal bir düzene ihtiyaç vardır.

"Özel alan, sevginin, dostlu un, fedakarlı ın, çıkar kelimesi ile ifade edilemeyen ilişkilerin alanıdır. kamusal alan, özel alandan tamamıyla ba ımsız de ildir. Kamusal alandaki ilişkiler, edinilen, kazanılan tecrübeler özel alana taşınacak, burada ilişkilere yansıtılacaktır. Özel alanla kamusal alan arasında sa lam köprüler kurulacak ve iki alan barıştırılacaktır. Cumhuriyet pozitivizmi kamusal alan üzerindeki tahakkümü ve özel alan üzerindeki tasallutu ile bu barışa izin vermemektedir."<sup>76</sup>

Aktüel olarak içinde bo uşt u umuz bir çok sorunun altında bu çelişki yatmaktadır. Modernleşmenin sancılıları ile malul insanlar, ilk aşamada özel alanlarını cemaat yapıları içinde sürdürmeye, oradan kamusal alana taşımaya çalışmaktadır. Kamusal bu tanıma işlemine izin vermemektedir. Laik - antilaik gibi kutuplaşmaların, başörtüsü gibi hassas konuların arkasında bu engel vardır."<sup>77</sup>

<sup>74</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>75</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>76</sup> TÜRKÖNE, Mümtaz'er; a.g.m.

<sup>77</sup> TÜRKÖNE, Mümtaz'er; a.g.m.



"1950'de çok partili hayata geçişle birlikte sosyal yaşam alanında küçümsenmeyecek ölçüde bir görüntü farklılaşması yaşandı. Osmanlı son döneminin, Tek Parti döneminde yer altına inen tüm kazanımları 1950'den sonra yeniden kamusal alanda boy göstermeye başladı. Siyasal partiler, dernekler, dini cemaat ve tarikatlar, yazılı basın, işçi sendikaları, mezhebi farklılaşmalar gibi Osmanlı'nın son dönemindeki zengin siyasal düşünceler de yeniden gün yüzüne çıkmaya başladı. Hukuksal bir meşruiyete kavuşmakla birlikte kiminin derin tarihsel kökeni bulunan, kimi de nispeten daha yeni olan sivil topluma dayanak oluşturan sosyal unsurlar, kamusal yaşamın daralan nefesini hayli açmış oldu. 1950-1980 arası dönem ideolojik kamusalın dönüşmesinde önemli ve hazırlayıcı bir basamak oluşturdu. Ancak kamusal alandaki görüntülerin otonom, dolayısıyla sivil bir ruha kavuştuunu gözlemek, kamusal alanın semalarında dolayan kasvetli ideolojik havadan dolayı bu tarihlerde henüz mümkün de ildi."<sup>78</sup>

Çaha'ya göre, özel/kamusal alan ayrışmasıyla ilgili en önemli dönüşüm 1980 sonrasında olmuştur. İdeolojik kamusal ciddi bir krize girmiş ve sivil toplum unsurları ortaya çıkmıştır. Liberalizm karşısında siyasal erk tartışılmakla birlikte, devletin kamusal alandaki işlevi sorgulanmaya başlanmıştır. Tek Parti döneminin homojenleştirici politikaları ve baskıcı yönetimi altında nefes alma imkanı bulamayan sivil unsurlar 1980 sonrasında ortaya çıkmaya başlayacaklardır.

"1980 yılına kadar Türkiye'de hakim olan tek paradigma devletçi zihniyetti. Mülkiyet ve ekonomik üretimin büyük bir kısmını elinde

tutan devlet, ekonomik gücünü di er alanlarda da kullanmaktaydı. Oysa 1980 sonrası Türkiye'sinde devletçi zihniyet "liberal paradigma"yla karşı karşıya geldi. Siyasal elite ilave olarak aydınlar ve sıradan vatandaşlar da liberalizmle tanışmaya başladı. Hatta liberalizmi her alanda savunan sivil gruplar ve partiler kamusal alanda ilgi uyandırmaya başlayacak tarzda varlık gösterdiler. Bir yandan iç dinamiklerle, bir yandan da artan küreselleşmeyle oluşan dış dinamiklerin etkisi altında liberal temalar geniş bir yaygınlık alanı buldu. Özgürlük, insan hakları, adalet, minimal devlet, sınırlı devlet gibi temalar kamusal alanda farklı kesimlerin farklı zaviyelerden tartıştı ı kavramlar oluşmuştur."<sup>79</sup>

Denli, yazısında 1980 ve 1990'lı yıllardaki baş örtüsü tartışmalarına yer vermiştir. Ona göre, Cumhuriyet'in laiklikçi politikaları dini özel alana hapsetmiş ve kamusal alanda ifade edilmesine engel olmuştur.<sup>80</sup> Ço unlu u Müslüman bir yapıya sahip olan toplumumuz, din ve kamusal alan arasındaki zoraki ayrılı ın etkisinde kalmış, gereksiz tartışmalarla boşa vakit harcamıştır. Resmi ideolojinin yıllardır sürdürdü ü laiklik politikaları Müslümanların dinlerini yaşamalarını engellemiş, sekülerleşme süreci dini özgürlü ü derinden sarsmıştır.

"Cumhuriyetin ilk dönemleriyle, 1980 sonrası karşılaştırıldı nda giyim kuşam alışkanlıkları ve özellikle başörtüsü ile ilgili olarak yapılan girişimler önemli farklılıklar arz etmektedir. 1980 sonrası dönemde bürokratlar ve siyasi elitin soruna ilişkin

<sup>78</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>79</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>80</sup> DENL , Özlem; *Din ve Vicdan Özgürlü ünün Kamusal ifadeleri ve Türkiye'de Ba örtüsü Tartı maları*, Sivil Toplum (2003) (1) 2, s. 69-77.

duyarlılığı beklenmedik bir düzeye ulaştı. Kadının giyim kuşam alışkanlıklarını de iştirmeye yönelik önceki girişimler, hiçbir zaman yasal olarak müeyyidelendirilmiş müdahaleler biçimini almamıştı. 1925 Şapka yasası ve 1934 yılında kabul edilen, Dini Törenler dışında Kisve giyilmesini Yasaklayan Yasa münhasıran erkekleri hedef alıyordu. Atatürk'ün bizzat kendisi tarafından kadınların modern giyim biçimlerine adapte olmaya teşvik ettiği yo un propaganda kampanyasına ve karşı propaganda yapanların yargılanarak kısa süreli hapis cezalarına çarptırılmasına rağmen, örtünme hiçbir zaman yasaklanmamıştı. Kadınların giysilerine ilişkin mevzuatın ve do rudan resmi düzenlemelerin bulunmaması, Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş döneminde uygulanan keskin politikalar ba lamında bir istisna oluşturmaktadır. Başörtüsü meselesi 1980 askeri darbesini izleyen yıllarda İslam'ın artan siyasal önemi ve kamusal alana çıkışının yeni biçimleriyle ba lantılı olarak, yasal ve idari müeyyidelerle desteklenen kapsamlı ve belirleyici bir çatışma alanına dönüştü."<sup>81</sup>

"Müslüman kadınlar ö renme ve e itim almayı İslam'ın öngördü ü bir dini görev olarak görmektedirler. Bu ba lamda baş örtüsü yasa ı, bir dini görevi di erine tercih etmeye zorlanarak travmatik bir çatışmaya neden olmaktadır. Üstelik bu yasak, örtülü kadınların dini kanaatleriyle, e itim ve çalışma yoluyla toplumun üretici üyeleri olma arzuları arasında da bir uyumsuzluk yaratmaktadır. Baş örtüsü takma hakkının korunması, köklü kurumsal düzenlemeler yapılmasını ya da ilave kaynaklar tahsis edilmesini gerektirmez. Toplumun her bireyine eşit bir

özgürlükler seti sa lanması gere iyle de do rudan çatışmaz. (E er baş örtüsü, baş örtüsü giymeyen kadınların kötü muamele ve ayrımcılı a maruz bırakıldı ı bir ayırım çizgisi işlevi kazanırsa, kaygı duyulacak bir sorun haline gelebilir.) Bu nedenledir ki; bu özgürlü e sınırlamalar getirilmesi için çok kuvvetli gerekçelerin mevcut olması gerekir."<sup>82</sup>

Baş örtüsü yasa ı, bu gerekçelendirme şartına saygı göstermekten son derece uzak olarak, dini bir ifadeyi sisteme topyekün muhalefetin simgesine ve siyasal meşruiyet için alternatif bir dayanak arayışının göstergesine dönüştürmekten ibarettir. Bu politikanın savunucuları, örtünmenin herhangi bir siyasal gündemin müdahalesi olmaksızın, Kur'an'ın emirlerinin tamamen makul bir yorumu olabilece i görüşünü tümüyle dışlamaktadırlar. Üstelik hiçbir zaman baş örtüsü kullanımı ile yasa dışı ya da devleti yıkmaya yönelik faaliyetler arasında bir örgütsel ba lantıyı kanıtlama yükünü de üstlenmemişlerdir. Kemalist askeri ve sivil bürokrasi ile siyasal elitin bir kısmı, baş örtüsü konusundaki duruşu; demokratik karar alma mekanizmasının neredeyse tamamen kapsama alanı dışında kalan kutsal bir sınır.olarak benimsemektedir. Resmi muamele, bu giysinin kullanımını, bireysel dindarlı a özgü boyutunun tamamen dışlandı ı bir noktaya kadar ideolojikleştirmektedir."<sup>83</sup>

Kamusal alanda laiklikle ilgili Nilüfer Göle'nin söyledikleri Türkiye'de dayatılmak istenen laiklik anlayışının ne oldu una bir yönüyle ışık tutmaktadır.

Yazara göre; Türkiye'nin laiklik projesi modernist yaşam

<sup>81</sup> DENL , Özlem; a.g.m

<sup>82</sup> DENL , Özlem; a.g.m.

<sup>83</sup> DENL , Özlem; a.g.m.

biçimlerini yerleştirmek için tek parti döneminden itibaren bir çok dini simge ve pratikleri kamusal alandan dışlamıştır: türbelerin, tekke ve zaviyelerin kapatılması (1925); sarık ve fesin yasaklanarak yerine fötr şapkanın getirilmesi (1925); Miladi takvimin kabulü (1926); Arap harflerinin Latin alfabesiyle de ıştırılması (1928); radyolarda devlet tarafından belirlenen müzi in empoze edilmesi - İslami dünyaya ait ba lardan kopmanın ve batı medeniyetine yönelme arzusunun işaretleri olarak görülebilir. Kamusal alan cumhuriyet seçkinleri için yeni bir mekan işlevi görürken bu alana uyum sa layamayanlar dışarıda bırakılır, bunlar batılılaşmamış Müslüman kesimdir. Kamusal alan eşitlikçi katılımla bütün vatandaşların kamuya ait meselelerde akılcı-eleştirel bir tartışmaya girmesini sa layan bir demokrasi biçimi olarak ortaya çıkmaz bunun yerine modernist pratiklerin ve yaşam biçimlerinin uygulandı ı bir model olarak ortaya çıkar.<sup>84</sup>

"Türk modernleşme projesi boyunca, kamusal alan devletin yakın ve sıkı gözetimi altındaydı. Bu gözetim Cumhuriyetin ilk yıllarında, özellikle 1923'den 1946' ya kadar süren tek parti döneminde, katı bir şekilde, ço ulcu demokrasiye geçiş süreci olan 1950'lerden itibaren de dereceli olarak yumuşayarak (bu süreç 1960, 1971 ve 1980 askeri müdahaleleri ile kesintiye u ramıştır ) sürmüştür. 1983 sonrası dönemde kamusal alan devletten ba ımsızlaşarak cumhuriyetçi kamusal alan projesinin milli, laik ve homojen do asına başkaldıran sivil toplum hareketlerinin (İslamcı, Alevi, Kürt, liberal) birbirleriyle yarıştıkları bir alan haline gelmiştir. Müslüman kız

ö rencilerin üniversitedeki derslere İslami kıyafetle katılma talepleri bu projeye yapılan en görsel meydan okuma sayılabilir. Bu talep laik seçkinler tarafından da "kendilerine ait olan" kamusal alanın (üniversite sınıfları, meclis, televizyon, konser salonları, sokaklar) ihlali olarak algılanmıştır."<sup>85</sup>

Çaha, 1980 sonrasında Türkiye'de sivil toplum unsurları arasındaki uzlaşmaya dikkat çekmektedir. Bir çok alanda hak taleplerinde bulunan sivil toplum unsurları bunu medeni ve sakin bir şekilde yapmaktadır. Sivil toplum unsurları sistemi eleştirmekten farklı olarak hak taleplerinde bulunmaya başladılar. Devletin tepkisi şiddet ve baskı anlamında arttı fakat sivil toplum unsurları karşılık olarak şiddet içeren eylemlerde bulunmadı. Devletin bir organı gibi hareket eden medyanın, devletin sözcüsü gibi hareket etmesi, yasakları ve baskıları desteklemesi sivil toplum unsurlarının uzlaşmacı tavırlarını engellemedi. Bu kadar engellemelere karşı sivil toplum kuruluşları artmaya, yazarın tabiriyle çiçekler gibi açmaya devam etti.

"1980 sonrası Türkiye'sinde "ideolojik saik "hak" saikiyle karşı karşıya gelmeye başladı. Etnik, mezhebi, cinsiyet, siyasi, kültürel, dini ve estetik alanlarda hak talebini vurgulayan gruplar kamusal alanı adeta inletmeye başlamıştır. 1970'li yıllarda sistem üzerinden hesaplarla soka a dökülen kalabalıkların en yo un kullandıkları slogan "kahrolsun"la başlayan sloganlardı. Halbuki 1980 sonrası dönemde erken emeklilik hakkı, kadın hakları, işçi hakları, dini haklar, e itim hakkı, temiz çevre hakkı, mezhebi haklar gibi alanlarda hak

<sup>84</sup> GÖLE, Nilüfer; a.g.e.

<sup>85</sup> GÖLE, Nilüfer; a.g.e.

talepleri yükselmeye başladı. Bu gruplar sistemle hesaplaşmayı ifade eden söylemler yerine sistemden talepte bulunan söylemleri kullanır oldular. Bu yönde kullanılan en sert sloganlardan biri "hakkımızı söke söke alırız" tarzındaki ifadede somutlaşmaktadır. Mitinglerde, sokak gösterilerinde veya eylemlerde yükselen bu slogan aslında sistemin kabulü temelinden hareketle bir takım talepleri vurgulamaktadır. Bu bakımdan 1980'li yılların, Türkiye için, aslında ideolojilerin inişe geçtiği yıllar oldu unu söylemek hiç de yanlış olmayacaktır. Sisteme meydan okuyan ideolojiler inişe geçtiği gibi sistemin dayandığı ideoloji ve ciddi biçimde sorgulanmaya başlamıştır.<sup>86</sup>

Cumhuriyet dönemi boyunca tek bir ideoloji ve öretinin taşıyıcı alanı olarak kurgulanan kamusal yaşam, 1980 sonrasında önemli bir farklılaşmaya sahne olmaya başladı. Etnik, dinsel, siyasal, cinsel, kültürel ve ekonomik alanda farklı güdülerden ve referanslardan beslenen sosyal gruplar kamusal alanı adeta bir renk cümbüşüne boydular. İşçi ve memurların "alaylı", "halaylı", gösterilerine türbanlı örencilerin "güllü", "karanfilli", "alkışlı" eylemleri ilave edilince gerçekte ideolojik hincin sopalara, coplara, silahlara taşınan öfkesi yerine; şenlikli, neşeli, ehlenceli bir kamusal görüntü ortaya çıktı. Devletin sivil unsurların masum hak arayışlarına karşı zaman zaman gösterdiği sert tepkiye rağmen kamusal alandaki "sivil" görüntü birkaç istisnanın dışında pek bozulmadı. Susurluk Olayı ile patlak veren devlet-mafya sürdürdüğü "Sürekli Aydınlık İçin Bir Dakikalık Karanlık" eylemi; Refah Partisi'nin sıradan gerekçelerle kapatılmasına karşı

bu parti tabanının sergilediği yumuşak tavır; Recep Tayyip Erdoğan'ın aynı gerekçelerden dolayı siyasetten men edilmesine karşı güller, karanfiller da itarak verdiği karşılık: genç kızların eğitim kurumlarında türbana özgürlük için yurt çapında düzenledikleri "İnanca Saygı, Düşünceye Özgürlük" için el ele zincirini balonlarla, bayraklarla, çiçeklerle, kurdelelerle süslemeleri gibi eylemler Türkiye'de sivil toplum unsurlarının uzlaşmacı görüntülerinin bir göstergesini oluşturmaktadır. Başka bir ifade ile sivil toplum unsurları vurarak, kırarak değil; uzlaşmayı çarıştıran yumuşak tepkilerle kendilerini ortaya koymaktadırlar. Amiyane bir ifadeyle bu örnekler sivil toplumun "medenileşimini" ortaya koyan örneklerdir."<sup>87</sup>

"Bazı mahrumiyetlere maruz kalmış olmalarına rağmen sivil grupların şiddete yönelmeden haklarını yumuşak bir zeminde aramaları ideolojik kutuplaşma yerine sivil unsurlar arasında bir yatay ilişki zemini ortaya çıkardı. Sol görüşlü, uzun saçlı, başörtüsüz örencilerin türban eylemlerine destek vermeleri; farklı kesimden insanların "Cumartesi Anneleri"ne çiçek uzatmaları; bazı Sünni grupların Alevi Cem evlerine bulaşlar yapmaları; sivil alandaki yardımlaşmanın birer göstergesini oluşturmaktadır. 1990'lı yılların sonlarına geldiğimiz bugünlerde 28 Şubat kararlarıyla kamusal yaşama biçilen yeni kılıfa ve devletçi elitin karşı atalarına rağmen Türkiye'de sivil alan giderek genişlemekte ve sivil unsurların direnci daha da artmaktadır. Bazı medya organlarının kışkırtıcı yayınlarına ve bazı devri bitmiş siyasetçilerin özgürlükten anlamaz tepkisine rağmen sivil toplum

<sup>86</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>87</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

unsurları arasında imrenilecek tarzda bir diyalog ve karşılıklı saygı gözlenmektedir.”<sup>88</sup>

Son dönemlerde sivil toplum ile devlet arasındaki karşıtlık daha da ortaya çıkmaktadır. Türköne de yazısında bu karşıtlıktan bahsetmektedir. Yazara göre bu karşıtlık düşmanlık, çatışma şeklinde de ildir fakat ortada söz konusu olan derin bir karşıtlıktır. Devletin tabiatı gereği sivil topluma karşı olması yadırganmamalıdır. Türkiye gibi kamusal alanın tahakküm altına alındığı bir ülkede sivil toplum gibi bir gücün devlete karşı olması önemsenerek, dikkate alınacak bir durumdur. Asıl ilginç olanı kamusal alanda iki karşıt güç gibi duran devlet ve sivil toplumun yine bu alanda iletişim ve uzlaşım çabaları içinde olmasıdır. Sivil toplum geliştikçe kamusal alandaki devlet iktidarının alanı da daralmaktadır. Sivil toplumun kamusal alandaki hak talepleri ve kendi yerini ilan etmesi aynı zaman da devletin de bu taleplere saygı göstermesini gerektiriyor. Ayrıca devlet kendi çıkarlarını korumak için sivil topluma ihtiyaç duyuyor. Yazara göre, özellikle uluslararası arenada devletin çıkarlarını sivil toplum koruyacaktır. Türkiye’de sivil toplumun gelişmemesinin sebebi ekonominin büyük oranının devlete ait olmasıdır. “Sivil topluma karşı siyasal toplumu küçültmek, ancak onun elindeki ekonomik iktidarın küçülmesi ile mümkündür.” Türkiye’deki başlıca sorunların temelinde sivil toplumun anlaşılabilmesi ve yaygınlaşmaması yatmaktadır.<sup>89</sup>

“1980’li yılların açılımlarıyla birlikte toplum bir yandan devletin dışında farklı

referanslara ve rotalara yönelebilecek duruma gelirken; bir yandan da devletin metafiziksel ve aşkınlığı konusunu ulu orta bir platformda tartışabilecek duruma gelmiştir. Rousseau, Hegel ve Kant’ın Genel İradenin temsilcisi, üstünlüğü kendinden menkul, sorgulanamayan, pak, temiz, yüce ve kutsal devlet anlayışı Türk siyasal kültürüne fazla uzak olmayan bir içeriğe sahiptir. Cumhuriyet dönemi boyunca her derdin devası olarak algılanan devletin, özelleştirme politikalarıyla birlikte kendinden menkul bir üstünlüğe sahip olmasından kuşku duyulur oldu. Hatta devlet içinde dönen usulsüz ilişkilerin topluma fatura edildiğinin bariz biçimde farkına varıldı. Üzerinde sır perdesi kalkan ve kamu oyununda tartışma konusu edilen kurumlar, yapılan araştırmalara göre topluma fazla güven verememektedir.<sup>90</sup>

Kısaca, 1980 sonrası dönemde kamusal yaşam alanında ciddi bir dönüşüme zemin hazırlayan yeni bir sayfa açılmış durumundadır. 28 Şubat Kararları ile birlikte kamusal alanda varlık gösteren sivil toplum unsurlarından birine karşı başlatılan manevrayla bu sayfanın hacmi biraz daraltılmaya çalışılmaktadır. Aslında bir kesim üzerinde sürdürülen operasyonlar kaçınılmaz olarak diğer kesimlerin de özgürlük alanını sıkıntıya ve tehlikeye sokmaktadır. Bunun farkında olanlar “diğer” kesimlerin temel haklarına karşı daha hassas davranmaktadırlar. Kamusal alanın bir bütün olarak sivil bir kamuya dönüşmesinde sivil unsurlar arasındaki dolaylı veya dolaysız mutabakat çok önemlidir. Kamusal yaşamı dengeli ve istikrarlı bir özgürlük alanı haline getirmek ancak siyasal erkin, başka bir deyişle devletin kamusal yaşamdaki etkinliğinin

<sup>88</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>89</sup> TÜRKÖNE, Mümtaz’er, *Devletli Sivil Toplum, Sivil Toplum*, sayı 2, s. 53-58, 2003.

<sup>90</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

sınırlandırılmasıyla mümkündür. Bu da kamusal alana açılan sivil toplum unsurları arasındaki karşılıklı saygı ve hoşgörüyü esas alan bir sivil alanın genişlemesiyle mümkün olabilir.<sup>91</sup>

Çiçekler bir kez tomurcuklanmış ve açmaya karar vermişse kökleri en sert kayaları bile deler. Etrafımızda granit sertli indeki koca taşları çatlatarak başını dışarı çıkaran envai çeşit çiçek görürüz. Aslında sivil toplum unsurlarının toplumsal yaşamdaki var olma biçimleri, hantal kayalara rağmen toprağın karanlık dünyasından gün yüzünün aydınlığına çıkan çiçeklere benzer. 1980'li yılların diktatoryel sosyalist dünyasındaki gelişmeler katı siyasal rejimlerin sosyal iradelerin öznel dünyasını kolay kolay bastırıp yok edemediğini açık biçimde göstermiştir. Homojen bir kamusal alanı zorunlu hale getiren bu ve benzeri rejimler kamusal yaşamda serpilmiş çiçekler gibi açan öznel iradeler karşısında çözümlenip gitmek zorunda kalmışlardır. Bugüne kadar dünyanın de ışık bölgelerinde gözlediğimiz veya yaşadığımız tarihi deneyimler bunu bizlere fazlasıyla göstermiştir. Türkiye ideolojik bir kamusal alanı kılma çabasında olan diğer ülkelerden biridir. Ancak dünyada adeta global bir şekilde açılmakta olan bilgi çağında ne Türkiye'nin ne de Küba ve Çin gibi ülkelerin totaliter-ideolojik kamusal alanını fazla sürdürme şansı vardır. Bir yandan bilgi araçlarıyla sınırlarımızı aşarak bizlere ulaşan dünyadaki özgürlükçü hava, bir yandan da neredeyse her gün sokaklara dökülen "sivil çiçekler" in hak talepleri karşısında Türkiye'deki mevcut total ve ideolojik kamusal anlayışı adeta sabun gibi eriyip gitmektedir. Demokratik ülkelerin

kamusal yaşamında açan sivil çiçeklerin Türkiye'de açması kaçınılmazdır. Zira Türkiye'de tarihin kalbi bu dünyadaki tarihsel gelişmelerle hep birlikte ata gelmiştir."<sup>92</sup>

## Sonuç

Buraya kadar aktardıklarımızdan kamusal alan ile ilgili olarak kesin tanımlamaların yapılamadığını anlamı çıkabilir. Kamusal alan, sivil toplum gibi kavramların anlaşılmasının altında yatan en önemli sebeplerinden biri, herkesin aynı bakış açısıyla bu konuyu de erlendir(e)memesidir. Kamusal alan ve benzeri kavramların tanımlanmasında özellikle ideolojik bakış açısı, herkesin kendine göre bir tanımlama yapmasına ve her yapının dünya görüşü çerçevesinde bu kavramın içeriğini doldurmasına neden olmaktadır.

Kamusal alan/özel alan ayrımında "herkes", "herkese açık" sözcükleri önemli bir yer tutmaktadır. Mesela Habermas, kamusal alan için "herkes" in özgürce tartışabildiği bir alan olarak tanımlama yapmaktadır, fakat buradaki herkesin kimler olduğunu, hangi konuların özgürce tartışılabilirliği ya da böyle bir alan varsa nerede olduğunu sorularına cevap bulamamaktayız. Sonuçta Habermas da kamusal alanını kendi penceresinden anlatmaya çalışmıştır. Habermas'ın, daha katılımcı, özgür bir kamusal alanın, demokrasinin gerçekleşmesi için verdiği çabalar bizde yanlış anlaşılabilir, neredeyse bazı yazarlarımız, durdukları yeri bilmeden Habermas'ın sözcükleri haline gelmiştir. Arendt'ın da açıklamaya çalıştığı kamusal alanın alanı, herkese açık olma özelliği bizde farklı gelişmiştir. Devlet, "herkese açık" bir

<sup>91</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.

<sup>92</sup> ÇAHA, Ömer; a.g.m.



toplumsal alanının sınırlarını çizdi i için buradaki herkesin belirleyicisi yine devletin kendisi olmuştur.

Bu yazıda yer verdi imiz kamusal alanla ilgili yorumlar ve de erlendirmelerle ilgili olarak ayrıca fikir beyan etmenin faydalı olmayacağını düşündük. Çünkü bu tekrardan öteye geçmeyecektir. Asıl mesele kamusal alanı anlatırken nereden başlanması ve nereden bakılması gerektiği meselesidir. Batıdan ithal edilen ve taklit edilen bir çok kavram gibi kamusal alan da bir bakış açısının veya ideolojinin ürünüdür. Öncelikle bu bakış açısı tanınmadan kamusal alan tanımlanamayacaktır. Özellikle son dönemlerde kamusal alanla ilgili olarak yapılan tartışmalar ve bu kavrama Müslümanların bakışı bir çok sıkıntıyı da beraberinde getirmektedir. Kamusal alan tanımı genişletilmek ve birçok kavram bu tanımın içine sokulmak istenmektedir. Bir yandan Batı yaşam tarzını hakim kılınmak isteyenlerin, özgür olmak adına ahlaki de erleri hiçe sayanların, özgür ortamlar yaratmak istemesi; di er yandan gerçekten ayrımcılığı a u ramış bir kesim olarak hakları ihlal edilenlerin hak arama amacıyla kamusal alandaki taleplerinin yadırganmaması gerekir. Tabii ki bu özgür ortamları kapsayacak kavramlardan biri kamusal alandır. İçi doldurulabilecek, her yöne çekilebilecek bu kavram, kargaşa ve sonu gelmez tartışmalardan başka bir fonksiyonu şimdiye kadar icra edememiştir.

Peki biz bu kavramla neden bu kadar ilgiliyiz? Özellikle son dönemlerde kamusal alan niçin gündemimizi bu kadar teşkil ediyor? Kamusal alanda birilerinin bizim için yer araması, yer bulması ya da yer bulamaması neden bizi bu kadar ilgilendiriyor? Batının tartıştı ı, tanımlamaya, içini doldurmaya çalıştı ı veya

bize sundu u argümanlarla bizim tartışabildi imiz bu ve bunun gibi kavramlar, bir ço umuzun acizli ini, tanıyamadı ı, sahiplenemedi i kimli ini oluşturmaktadır.

Hakim otoritenin, sınırlarını, çerçevesini belirledi i bir kamusal alan tanımı, hem terim hem mekansal olarak muhafazakar, Müslüman, muhalif bir yapının yer yurt edinmeyece i bir tanımıdır. Ayrıca, ülkemizdeki kamusal alan tanımı konjonktüre göre de işebilmektedir. Fakat siyasi ideolojinin tavrı de işlemektedir. İktidar olmanın ve şiddet tekelini elinde tutmanın sa ladı ı güç, kamusal alanda da ortaya çıkmakta ve her dönemde kamusal alanın çerçevesi farklı çizilmektedir. Bu çizimde görünen; Batının ve taklitlerinin, kafaları bulanıklaştıran, kendi köklerini unutturan ve özellikle de Müslüman co rafya üzerinde oynanan "kendini ve nereden geldi ini unut" projeleridir. En önemli destekçileri de kamusal alanı tahakküm altına alan, kendi istedi i tek tip bireyi oluşturmayı amaçlayan ve karşı geleni cezalandıran yani bu alana dahil etmeyen siyasi ideolojiler.

Kamusal alan ile ilgili yapılan araştırmaların ve tartışmaların en önemli amaçlarından biri, herkesin ve her yapının özgürce görüşlerini ifade edebilece i, ortak platformların kurulabilece i bir toplumsal alanın inşasıydı. Kamusal alanla ilgili olarak fikir üretmiş teorisyenlerin eserlerinde bu amaç belirtilmiştir. Kamusal alanın devlet dışı özelli i ya da devletin bu alana müdahale etmemesi özellikle vurgulanmış, hatta kişilerin siyasi otoriteyi özgürce tartışabilmesi amaçlanmıştır. Kamusal alanla ilgili bu gelişmeler bizde farklı oluşmuştur. Kamusal alanın tanımını bizzat devletin kendisi yapmış ve kamusal alan

haksızlı ın, yasaklamaların yeni mekanı haline gelmiştir. Devletin belirledi i tek tip, itaatkar vatandaş tipi kamusal alanda kendine düşen rolü oynayabilecektir. Standartlara uymayanlar dışlanacaklardır.

Kamusal alan ve özel alanla ilgili tanımların çoklu u ve de işkenli i ile ilgili olarak Mustafa Erdo an'ın de erlendirmesi bize bu konuda bilgi vermesi açısından anlatılmaya de erdir. Ayrıca bu kavramın devlet seçkinleri tarafından nasıl kullanıldı ı ve nasıl genişletildi i ayrıca hukuk uygulaması açısından ne kadar işlerli i oldu u hakkında da önemli ifadeler vardır.

"Kamusal alan konusu problemlidir. Bilindi i gibi, "kamusal alan" aslında siyaset felsefesinin bir terimi ve güncel tartışma konularından biridir. Bu konudaki sorunlar, büyük ölçüde, terimin anlam ve kapsamının önemli ölçüde kişinin dünya görüşüne ba lı olarak de işkenlik göstermesinin kaçınılmaz olmasından kaynaklanmaktadır. Neye "kamusal" dedi iniz insani varoluşun mahiyetini nasıl kavradı nıza, nasıl bir devlet-toplum ilişkisi tasarladı nıza ba lı olarak de işmektedir. Keza, "kamusal-özel" karşıtlı ının bazen ahlaki bir hiyerarşi içinde görülmesi, terimin anlamı ve işlevi konusunda vuzuh arayanlar için problemi daha da içinde çıkılmaz hale getirebilmektedir. Kimileri "kadim" anlayışa ba lı kalarak "kamusal"ı üstün, "özel"i ikincil, hatta aş a ı görürken; kimi düşünürler de "modern" anlayışa uygun olarak "özel"i "kamusal"a göre öncelikli sayar. Bundan başka, literatürde geleneksel kamusal-özel ayrımına sadık kalanlar oldu u gibi; "özel-sivil-kamusal" veya "özel-kamusal-siyasal" gibi üçlü, hatta "özel-sivil-kamusal-siyasal" şeklindeki dörtlü bir şema içinde

özetlenebilecek birçok farklı perspektifin var oldu u görülmektedir. Bütün bu farklı yaklaşımlardan hukuk uygulaması için elle tutulur, açık-seçik ve objektif bir "kamusal alan" tanımı çıkarılamayaca ı açıktır."<sup>93</sup>

Mustafa Erdo an, kamusal alan kavramının siyaset felsefesinin tartışmalı konularından biri oldu undan bahseder. Kamusal sözcü ünün bu kadar farklı kullanılmasının altında yatan sebeplerden en önemlisi tabi ki zihinlerin farklı kaynaklardan beslenmesidir. Kamusal-özel kavramlarının genel tanımlarının yapılamaması hukuk açısından da içinden çıkılamayacak sorunlara sebep olmaktadır. Kamusal alan gibi belirsiz, bakış açılarına göre de işen kavramları kullanarak sorunlara hukuki çözümler ve cevaplar bulamayız. Mustafa Erdo an'ın başörtüsü ile ilgili verdi i örnekte oldu u gibi başörtüsünün hukukili i gibi sorunlar bu kavramlarla çözülemeyecektir. Türkiye'de durum daha da vahimdir. Devletin kamusal alandaki tahakkümüne yürekten inanan ve bunu topluma dayatan devlet seçkinleri kamusal alanı kendilerine göre yorumlamışlar, kamusal alanın bir süzgeç vazifesi görmesini sa lamışlardır.

"Buna ra men, Türkiye'de devlet seçkinlerinin kılık-kıyafet meselesiyle ilgili olarak kamusal alan kavramını yardıma ça ırmak istemelerinin bir nedeni siyaset felsefesine aşına olmamaları olabilir. "Kamusal"ı ısrarla ve münhasıran fiziki mekanı ça rıştıran bir tarzda kullanmaları da bunun göstergelerinden biridir. Yeri gelmişken belirtmek isterim ki, bizdeki hukuk e itiminin ba işlanmaz kusurlarından biri pozitif hukuk a ırlıklı olması ve devlet, toplum, özgürlük, hak,

<sup>93</sup> ERDO AN, Mustafa; a.g.m.

adalet gibi insanlık durumunun en temel kavramları hakkında felsefi düşünme yeteneği ve bilgisel donanımı kazandırmaktan uzak olmasıdır.

Ama bana öyle geliyor ki, devlet seçkinlerinin başörtüsü sorununu "kamusal alan" kavramı yardımıyla sözde çözmeye yönelmelerinin asıl nedeni, bir şeyi "kamusal" olarak nitelemenin devletin alanını keyfi olarak genişletmenin meşru bir gerekçesi olabileceğini düşünmeleridir. Böyle düşünenler, "kamusal"ı, bir el çabukluğuyla, "devlete ait olan" anlamında kullanmakta ve böylece devletin elinin uzanamayacağı hiçbir özel, sivil veya gerçekten kamusal alanın ve etkinliğin kalmamasını sağlamaya çalışıyorlar. Yoksa onların, kullandıkları kavrama bakarak dışardan bir gözlemcinin zannedebileceği gibi, yurttaşların özgürce kamu işlerini tartışmalarını ve kamu hayatına katılmalarını istemedikleri çok açık. Bu yaklaşımın yanlışlığı şuradan da bellidir ki, literatürde "kamusal alan"la ilgili tartışmalar demokrasinin alanını genişletmek amacıyla yönelirken, bizimkiler bunu tam tersi amaçla kullanıyorlar."<sup>94</sup>

### Kaynakça

- AYDIN, Mustafa; *Bir Siyasal Mahremiyet Alanı Olarak "Kamusal" ve Kılık Kıyafet Sorunu*, Umran Dergisi, Sayı. 77, A ustos 2002.
- BENHABİ; Seyla, *Kamu Alanı Modelleri*, Cogito, Sayı. 8, YKY, İstanbul, Yaz-1996.
- CANTEK, Levent; *Teorinin Cangılında Habermasın Yediveren Bereketi*,
- CEVİZCİ, Ahmet; *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, Özel yayınları, İstanbul: 1999.
- ÇAHA, Ömer; *Sivil Çiçekler ya da İdeolojik Kamunun Çözülüşü*, Do u-Batı, Sayı.5, İstanbul: 1998.
- DANNA R. Villa; *Postmodernism and the Puplic Sphere*, American Political Science Review, Cilt: 86, Sayı. 3 1992.
- DENLİ, Ö; (2003), *Din ve Vicdan Özgürlüğü Kamusal İfadeleri ve Türkiye'de Başörtüsü Tartışmaları*, Sivil Toplum Dergisi, (1) 2.
- DEVECİ, Cem; *Siyasetin Sınırı Olarak Kamusalılık: Arendt'in Kant'tan Çıkarımları*, Do u Batı Sayı. 5, İstanbul: 1998.
- ERDO AN, Mustafa; *Kamusal Alan ve Hukuk*, [www.liberal\\_dt.org.tr/guncel](http://www.liberal_dt.org.tr/guncel).
- GORDON, Marshall; *Sosyoloji Sözlüğü*, çev.: O. AKINHAY, D. KÖMÜRCÜ, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara: 1999.
- GÖLE, Nilüfer; *İslam'ın Yeni Kamusal Yüzleri*, Metis Yayınları, İstanbul: 2000.
- HABERMAS, Jürgen; *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, çev.: Tanıl BORA-Mithat SANCAR, İletişim Yayınları, İstanbul: 2000.
- JOSEPHİNE Donovan, *Feminist Teori*, Çev.: A. BORA, M. GEVREK, F. SAYILAN, İletişim Yayınları, İstanbul: 1997.
- MAHÇUPYAN, Etyen; *Osmanlıdan Günümüze Parçalı Kamusal Alan ve Siyaset*, Do u Batı, Sayı 5, İstanbul: 1998.
- BERGER P.L., B. BERGER ve H. KELLNER; *Modernleşme ve Bilinç*, çev.: C. Cerit, Pınar Yayınları, İstanbul, 1985.
- SARIBAY, Ali Yaşar; *Kamusal Alan-Diyalojik Demokrasi-Sivil İtiraz*, Alfa Yayınları, İstanbul: 2000.
- SENNETT, Richard, *Kamusal İnsanın Çöküşü*, çev.: Serpil DURAK-Abdullah YILMAZ, Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 1996.
- TURAN, Ömer; *Özgürleşme ve Kamusal Alanın İçeriksizleşmesi*, [www.araf.net/dergi/sapo-sp2\\_o\\_turan.shtml](http://www.araf.net/dergi/sapo-sp2_o_turan.shtml)

<sup>94</sup> ERDO AN, Mustafa; a.g.m.

TÜRKÖNE, Mümtaz'eri; *Cumhuriyet'in Kamusal Alanı*, Do u Batı, Sayı: 5, İstanbul: 1998.

—, *Devletli Sivil Toplum*, Sivil Toplum, Sayı 2.

ÜNÜVAR, Kerem; *Osmanlı'da Bir Kamusal Mekan: Kahvehaneler*, Do u Batı, Sayı 5, İstanbul: 1998.

YELKEN, R; (2003). *Kamusal Alan Kim(ler)in Alanı?*, Sivil Toplum (1) 2.

YILMAZ, Ejder; *Hukuk Sözlü ü*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara: 1996.

[www.ilet.gazi.edu.tr/cantek/haber\\_mas.h\\_tml](http://www.ilet.gazi.edu.tr/cantek/haber_mas.h_tml)



# Kamu Hizmetleri

Av. Leyla DEMİR



## Giriş

Yakın tarihe baktığımızda görmekteyiz ki; kamu hizmeti 20. yüzyılın ilk çeyreinde oldu u gibi son çeyreinde de temel sorun alanlarından birini oluşturmuştur. İlk çeyrekte oldu u gibi son çeyrekte de kamu hizmeti kriz kavramı ile birlikte anılmıştır. Krizin etki alanı içerisine, toplumsal yaşamı konu edinen disiplinler ile birlikte hukuk da dahil edilmiştir. Zaten, kamu hizmeti ile ilgili olarak yaşanmış olan bu krizlerin doğrudan görünümü de her şeyden önce hukuksal olmuştur.

Modern devlet, genişlemiş toplumsal işlevleri ile ortaya çıkmıştır. Bu esnada, devlet faaliyetlerinin hukuksal yapısını inceleyen hukuk dalları da kavram ve kategorilerinde de işlem yaşamıştır. Devletin işlevleri ile birlikte devletin hukukunda da genişleme yaşanmıştır. Yüzyılın başında hukukçuların çok zamanını alan gelişmeleri açıklama ve bu yaşanan gelişmelere uyum sağlama hususundaki sorunlar, "genişleme krizi"ne neden olurken, son çeyrekte ise "daralma krizi" kendisini hissettirmiştir.<sup>1</sup>

Devletin işlerinde meydana gelen bu yeni dönüşümlerden ilki, hangi amaçla ya da hangi etkenle meydana geldiğine bakılmaksızın toplumsal nitelikli bir gelişmeyi ifade

ederken, ikinci dönüşüm ise, toplumsallık kaygısından daha uzak, sadece düzen sağlama amacıyla odaklaşan bir etkinlik arayışını ifade etmektedir.<sup>2</sup>

Bu kriz dönemlerinin ardından baktığımızda, kamu hizmetlerinin, toplum içindeki fertlerin yaşamlarını sürdürürebilmeleri için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin, devlet eli ile görülmesini ifade ettiğini görürüz. Ancak, devlet üretim ilişkilerinin yer aldığı alanın kurallarından belirli oranda bağımsız olarak bu hizmetleri üstlenmektedir. Devlet tarafından üretilen bu hizmetlerin konuları, anayasa hukukunda, kamu maliyesinde, ekonomide ve siyaset biliminde önemli yer tutmaktadır.<sup>3</sup>

Kamu hizmeti konusunun sınırlarını saptamak oldukça güç olmaktadır. Somutlaştırılmış anayasa hukuku olarak da tanımlanmakta olan idare hukuku için devlet faaliyetlerinin hukuku demek de mümkündür. Kamu hizmeti, idarenin ve idare hukukunun varlık nedeni olarak kabul edildiğinde, kamu hizmeti ile ilgili bir çalışmanın tüm idari örgütlenmeyi, personeli ve malları dahil olmak üzere, tüm idareyi ve idare hukukuna ilişkin tüm konuların incelenmesini gerekli kılar. Bu şekilde bakıldığında, kamu hizmetini ele

<sup>1</sup> KARAHANO ULLARI, Onur; "Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)", s. 1.

<sup>2</sup> KARAHANO ULLARI, Onur, a.g.e., s. 1.

<sup>3</sup> KARAHANO ULLARI, Onur, a.g.e., s. 5.

almanın tüm idare hukukunu da ele almayı beraberinde getirdi ini söylemek mümkündür.<sup>4</sup>

## 1. Bölüm

### Kamu Hizmeti Kavramı

#### 1. Kamu Hizmetine İlişkin Yaklaşımlar

Kamu hizmeti, farklı ad ve tanımlamalarla olsa da yukarıda da belirtildi i üzere birçok disiplinin inceleme alanına girmektedir. Bu da, di er disiplinlerde nasıl ve ne şekilde anlaşıldı ını sorgulamayı beraberinde getirmekte ve böylece bu konu ile ilgili olarak birçok disiplinden faydalanılması söz konusu olmaktadır. Ancak, unutmamak gerekir ki, kamu hizmeti konusunu hukuk açısından ele almak bir zorunluluk olmaktadır.

Kamu hizmeti, devletin işlevleri konusu ile ilgili olarak siyaset bilimi tarafından incelenmekte iken; kamu kesimi, kamu malı konuları ile ilgili olarak da kamu ekonomisini ve kamu maliyesinin inceleme alanına girmektedir. İdare hukuku bu disiplinlerden ayrık bir biçimde gelişimini sürdürmektedir. Kamu hizmeti ile ilgili olarak, ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamış olup, siyaset bilimi ise yüzyılın başında az da olsa etkin olmuştur.

Kamu hizmeti ile ilgili olarak, üç yaklaşımın mevcut oldu unu söylemek mümkündür. Bunlar;

- İktisadi Nedensellik Olarak Kamu Hizmeti,
- Devletin İşlevleri Olarak Kamu Hizmeti,
- Devletin Yarattı ı İşlevler Olarak Kamu Hizmeti.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> KARAHANO ULLARI, Onur, a.g.e., s. 5-6.

#### a) İktisadi Nedensellik Olarak Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti kavramı, kamu maliyesi için iktisadi bir anlam ifade etmektedir. Zira, kamu maliyesinin konusunu da kamu kesiminin iktisadi nitelikteki faaliyetleri oluşturmaktadır. Maliye disiplini, kamu hizmetini, bütünü ile iktisadi açıdan ele almakta olup, iktisadi faaliyet dışında bir kamu kesimi görmemektedir. Bunu yaparken kamu kesimini özel kesimden ayırmaktadır. Bütünü ile iktisadi bakış açısına sahip bu anlayışın en uç şekli; alınan tüm siyasi kararların, tüm bürokrat kararlarının iktisadi karar alma mantı ı ile açıklanmaya çalışılması şeklinde ifadesini bulmaktadır.<sup>6</sup>

Piyasa mekanizması, kamusal malların karşılanmasında etkili bir biçimde kaynak ayırımını yapamamakta ve bu malları en etkili bir biçimde temin edememektedir. Bu da kamu kesiminin varlık sebebini oluşturmaktadır.

Özel ve kamu kesimleri birbirlerine rakip de ildir. Biri toplumsal, di eri bireysel ihtiyaçları gidermektedir. Yani bunların üretim alanları farklılık arz etmektedir. Ancak özel üniversiteler de görüldü ü gibi bazı hallerde aynı işi yaptıkları da olmaktadır. Bu tarz örneklerde belki, kıt kaynaklar açısından rekabet yapıldı ından söz etmek mümkün olabilmektedir.

Özcü bir iktisadilik anlayışı, kamu maliyesi disiplininin kamu malları anlayışına hakimdir. Burada, malların niteli ine bakılmak sureti ile kamusal mal ve özel mal ayırımı yapılmakta ve bu

<sup>5</sup> KARAHANO ULLARI, Onur, a.g.e., s. 9.

<sup>6</sup> KARAHANO ULLARI, Onur, a.g.e., s. 10.



şekilde de kamu kesimi belirlenme yoluna gidilmektedir.

Mal ve hizmetleri; kamusal mal ve hizmetler, yarı kamusal mal ve hizmetler ile özel mal ve hizmetler şeklinde ayırmak mümkündür.

Kamusal mallar veya hizmetler devlet tarafından yerine getirilen ihtiyaçlardır.

**Tam kamusal mal ve hizmetler;** tamamen kamu kuruluşları tarafından karşılanan kamu hizmetleri olup, bunların bedelleri genel bütçeden karşılanır. Bu mal ve hizmetleri diğer mal ve hizmetlerden ayıran temel özellik, faydaların bölünememesidir. Bu mal ve hizmetler toplumun tümüne sunulan ve toplumun tümü tarafından tüketilen mal ve hizmetlerdir. En tipik örneğini savunma hizmetinde gördüğümüz gibi, bu hizmetten elde edilen fayda bölünemediğinden tek tek bireylerin değil toplumun istifadesine sunulmaktadır.

Bu mal ve hizmetler pazarlanamazlar ve talebin tek tek bireyler tarafından gelmemesi nedeni ile de piyasa fiyatlarının oluşması söz konusu olamamaktadır. Fiyatı ve faydası bölünemediğinden bu mal ve hizmetlerin özel kesimce üretimi söz konusu olamamaktadır.

Bu mal ve hizmetlerin tüketimlerinde rekabet söz konusu olmayıp, bu hizmetler herkese eşit oranda sunulmak durumundadır. Bu mal ve hizmetlerin tüketimlerinden birilerinin mahrum bırakılması söz konusu dahi değildir, herkesin faydalanmasına açıktır.

Üretim hacimleri çok geniş olan bu mal ve hizmetlerin kullanılması elitimin zorunlu olması halinde olduğu gibi bazen zorunlu tutulabilmektedir. Marjinal sosyal faydaları, marjinal özel faydalarından daha büyük olup, arzı siyasal süreçte belirlenmektedir.

Tam kamusal ihtiyaçlar, kamu kesimini oluşturan temel unsur olup, günümüzde devletin bu tür görevleri, ülkede mevcut olan devlet anlayışı ne şekilde olursa olsun kabul görmektedir.<sup>7</sup>

Tam kamusal malların devlet tarafından yerine getirilmesi zorunluluk arz etmektedir.

**Yarı kamusal mal ve hizmetlerin;** tüketimini parçalamak mümkün olup, bu mal ve hizmetlerin faydaları bireylere bölünerek dağıtılabilir ve satışları da bu nedenle söz konusu olabilmektedir. Satışı yapılabilirliği için de pazarlaması söz konusudur. Dolayısıyla fiyatları da oluşmaktadır.

Yukarıda belirtilen özelliklerin tümü özel mal ve hizmetler için de geçerlidir. Elitizm, salk gibi örneklerin verilmesi mümkün olan bu mal ve hizmetleri özel mal ve hizmetlerden ayıran temel kriter kişiye salkı özel faydanın yanında sosyal faydalarının da mevcut oluşudur. Burada dikkat edilmesi gereken husus sosyal faydanın pazarlanamamasıdır. Özel sektör arzı göre hareket eder. Yani kişilerin talebi arzın oluşumunda en büyük etken olur. Ancak, sosyal faydanın varlığından bahsedilen bu yarı kamusal mal ve hizmetlerde sosyal faydanın özel sektörün ihtiyarına bırakılması söz konusu olamaz.

**Özel mal ve hizmetlerde;** hizmeti üretenlerin asıl amacı kar elde etmektir. Bu malların faydaları bölünebilmekte olup, pazarlanabilirler, fiyatları vardır ve talep do rultusunda üretilirler

Devlet; özel kesime öncülük etmek için ya da sosyal faydayı dağıtıran mal ve hizmetlerin belli fiyatlarla sunumunu sağlamak amacıyla özel mal ve hizmetlerin

<sup>7</sup> KARAHAN O ULLARI, Onur; a.g.e., s. 12.

üretimine dahil olabilmektedir. Ancak, devlet bu mal ve hizmetleri üretirken de özel kesimden farklı olarak kar gayesi gütmaz.

Kısaca, kamu kesimi ile özel kesimin ayrımında; amaç, kamu gücü ve siyasal karar süreci şeklinde temel kriterlerin etkili oldu unu söylemek mümkündür.

- Özel kesimde kararların alınmasında piyasa etkili olmakta iken, kamu kesiminde siyasal sürecin etkin oldu u gözlenmektedir.
- Özel kesim sermaye, işgücü ve mal piyasalarında eşit ve serbest de işimi esas alırken, kamu kesiminde gerekli hallerde devletin zor kullanma yetkisi kendisini hissettirmektedir.
- Özel kesimin amacı, azami kar iken kamu kesiminde temel amaç kar de ildir.<sup>8</sup>

Özetle bakılacak olursa, malların iktisadi tahliline dayanan bu kuramsal çerçeve içinde devlet, belirli ekonomik özellikleri yönünden piyasa tarafından üretilemeyen veya üretildikleri hallerde de karşılaştırmalı maliyetleri yüksek olan mal ve hizmetleri üretmekle yükümlü arızı bir organ haline getirilmektedir. Bu görüş, ne piyasa ekonomisine, ne de dünyadaki ekonomik yapılanmalar hakkındaki son de işikliklere cevap verebilecek nitelikte de ildir.<sup>9</sup>

## **b) Devletin İşlevleri Olarak Kamu Hizmeti**

Bu görüş taraftarlarına göre, kamu hizmetleri esas itibari ile devletin işlevlerine denk düşmektedir. Kamu hizmetleri ile

devletin işlevlerinin eşitli inin kabul edildi ini görmekteyiz. Bu eşitlik mutlak nitelik arz etmektedir. Yani yasama, yürütme ve yargı da dahil olmak üzere tüm faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi gerekti i, devletin kamu hizmeti niteli ini taşımayan bir faaliyetinin söz konusu olamayacağını ifade eder niteliktedir.<sup>10</sup>

Kamu hizmeti okuluna göre, tüm kamu hizmetleri organik olarak devletle ba lantılıdır. Bu mutlak ba lantılılık görüşü bu okulun eleştirilere maruz kalmasına sebep olmuştur. Gelişmeler karşısında, bu mutlak ba lantının zayıfladı ı ve beraberinde de geçerlili ini yitirdi i ifade edilmiştir. Burada unutulmaması gereken bir husus bulunmaktadır. Bu da, ba lantıdan, kamu hizmetlerinin bizzat ve bilfiil devlet tarafından yerine getirilmesi sonucunun çıkarılmaması gerekti idir. Hizmet, özel kesim tarafından üretilse de devletin içsel denetim yükümlülü ü ve uygulanan kamusal usuller nedeni ile hizmetle devlet arasındaki ba lantı devam edecektir. Kamu hizmetleri okuluna göre idare hukuku, kamu hizmetleri hukukudur. Devletin işleyişi idare hukuku tarafından kapsamakta olup, devletin işlevleri de kamu hizmetlerine indirgenmiş olmaktadır. Yani, bu okula göre idare hukuku eşittir kamu hizmeti şeklindedir.<sup>11</sup>

Kamu hizmetleri ile devletin işlevleri arasında ba lantı kurulması yalnız kamu hizmetleri ekolünde mevcut de ildir. İdare hukukunu açıklayıcı kavramın tek başına kamu hizmeti olmadığını düşünönlere göre de kamu hizmeti idare hukuku içerisinde yer alan önemli kavramlardandır.

Bütün hukuksal kavramlarda oldu u gibi kamu hizmeti de,

<sup>8</sup> KARAHANO ULLARI, Onur; a.g.e., s. 11.

<sup>9</sup> KARAHANO ULLARI, Onur; a.g.e., s. 17.

<sup>10</sup> KARAHANO ULLARI, Onur; a.g.e., s. 17.

<sup>11</sup> KARAHANO ULLARI, Onur; a.g.e., s. 17-18.

toplumsal gerçeklikteki bir olgunun hukukileştirilmesi şeklinde algılanmalıdır. Pek çok toplumsal olgu hukuk tarafından düzenlenmiş bulunmaktadır. Hukuki düzenlemeler çok tabii olarak egemen gücün iradesi olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, unutmamakta fayda vardır ki, düzenlemenin içeriği kanun koyucunun keyfi seçimlerinden değil toplumsal olgulardan gelmektedir.

Bu görüş taraftarlarına göre, bürünüldüğü somut biçim ne olursa olsun devlet; üretici güçleri korumak, egemen üretim ilişkilerini korumak ve bu iki işlevi yerine getirirken de toplumsal karşıtlıkların üzerinde yer alarak güçlü olmak şeklinde beliren üç işlevi yerine getirecektir. Kamu hizmetini, toplumsal yapıdan kaynaklanan devletin işlevleri arasında aramakta olan bu görüş çeşitli şekillerde eleştirilere maruz kalmıştır.<sup>12</sup>

### c) Devletin Yarattığı İşlevler Olarak Kamu Hizmeti

Gerek iktisadi nedensellik olarak ve gerekse de devletin işlevleri olarak kamu hizmetini algılayan her iki görüş, kamu hizmetini esas olarak, devletin iradesinin dışında algılamaktadır. Ancak, bu üçüncü görüşe göre, esas olan yönetenlerin iradesini almaktır ve yönetenler tarafından kendisine kamu hizmeti niteliği verilen faaliyetler kamu hizmeti niteliği kazanmış olacaktır. Bir başka ifadeyle, yöneticiler iradeleri ile ortak ihtiyaç niteliğindeki faaliyetlere kamu hizmeti niteliği verebilecektir. Bu durumun istisnası olarak da, uygulayıcılar ve hakimler hukuki metinlerde kamu hizmetine ilişkin açık saptama olmadıkça zamanlarda

yorum yapmak suretiyle kamu hizmetini belirleme yetkisine sahip olabilecektir.<sup>13</sup>

Bu görüşe göre, kamu hizmeti hukuki bir yöntem olup, ayrıca ihtiyaçların giderilmesi hususunda kullanılan tek yöntem de budur. Yöntemlerden sadece biridir. Böylece, kamu hizmeti ortak ihtiyaçların görülmesi hususunun üzerine kurulmaktadır. Bu ihtiyaçlar idarece karşılanabileceği gibi özel kişilerce de karşılanabilir. Özel kişilerce ihtiyaçların giderilmesi hali özel hukuku ilgilendirmekte olup, kamu hizmeti kavramı kamu hukuku kavramına bağlıdır.<sup>14</sup>

Bu görüşte kamu hizmeti kavramı, ortak ihtiyaçların karşılanması ve bunun için izlenen yöntemlerin üzerine inşa edilmiş bulunmaktadır.

## 2. Tanımı, Ölçüleri

Kamu hizmetleri ile ilgili olarak ülkemizde, günümüzde de geçerliliğini sürdürmeye devam eden ve köklerini cumhuriyetin ilk yıllarında bulan iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlar, kamu hizmetlerinin mutlak olarak yasa koyucunun iradesine dayanması ile piyasa yetersizliği idir. Yasa koyucunun mutlak belirleyici olduğu görüşü örnekte istisnasız kabul görmüştür. Piyasa yetersizliği anlayışı, devletçi kalkınma modelinin varlık nedenini teşkil etmektedir. Devletin, belirli toplumsal ihtiyaçları üstlenerek kamu hizmeti alanları yaratması istisnai ve aynı zamanda geçici nitelik arz etmektedir. Devletin bu çalışması, kapitalist üretim biçimini aşma yönünde olmayıp, daha ziyade kapitalist sistemi geliştirmeye ve kalıcılaştırmaya yöneliktir.

<sup>13</sup> KARAHAN OULLARI, Onur; a.g.e., s. 39.

<sup>14</sup> KARAHAN OULLARI, Onur; a.g.e., s. 41.

<sup>12</sup> KARAHAN OULLARI, Onur; a.g.e., s. 20.

Piyasanın eksiklikleri giderildikçe, kamu hizmetleri alanları özelleştirme yoluna gidilecektir.<sup>15</sup>

Kamu hizmeti İdare Hukukunda en çok kullanılan kavramlardan biridir. Kavram, çeşitli anayasalarda ve 1982 T.C. Anayasasının çeşitli maddelerinde de yer almıştır. Ancak, bu kavramın anayasal ve yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Ayrıca, yargı içtihatlarında da bir tanımı yapılmış de ildir. Kamu hizmeti kavramına ait tanımlamalar kendini ö retide hissettirmiş olup, ö retide bu kavram çeşitli açılardan tanımlanmıştır.

**Organik açıdan kamu hizmeti;** belli bir görevin yürütülmesi için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünü olarak tanımlanmıştır. Anayasanın 70. Maddesinde yer alan "Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir" hükmündeki kamu hizmeti deyiminin organik açıdan kullanıldığını görmekteyiz.<sup>16</sup>

**Maddi açıdan kamu hizmetinden** bahsedildi inde, bu faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden tamamen ba ımsız olarak ve yalnızca faaliyetin niteli ine bakılarak yapılan tanımlamadır. Buna göre; kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Anayasanın 47. Maddesinde yer alan "Kamu hizmeti niteli i taşıyan özel teşebbüsler [...] devletleştirilebilir." hükmünün kamu hizmeti deyiminin faaliyet anlamında kullanıldığını görmekteyiz. Burada, yapılan iş önem arz etmektedir.<sup>17</sup>

**Nihayet şekli açıdan kamu hizmetine baktığımızda ise;** belli

bir usulü, belli bir hukuki rejimi ifade etti ini görmekteyiz. Buna göre bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukuki rejimine, yani kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olması gerekir. Kamusal yönetim usullerine tabi olmayan hizmetler kamu hizmeti olarak addedilmemektedir.<sup>18</sup>

Liberal dönemde devletin(İdarenin) faaliyet alanı, milli savunma ve kolluk faaliyetleri yanında, bireylerin ve toplulukların ekonomik olarak güçlerinin yetmedi i ya da bir çıkar göremedikleri için yürütmedikleri veya yürütemedikleri faaliyetlerle sınırlı idi. Bu nedenle, bu dönemde devlet (idare) toplumsal ihtiyaçları karşılamak maksadı ile do rudan kendi buyru u ve sorumlulu u altında olmak kaydı ile üstün ve ayrıcalıklı usuller kullanarak söz konusu faaliyetleri yürütmekteydi. Buna göre, kamu hizmetleri idarenin kamu yararını sa lamak amacı ile kamusal yönetim usulleri ile yürüttü ü faaliyetleri idi. Bu tanım da göstermektedir ki; liberal dönemde kamu hizmetleri tanımı, organik, maddi ve şekli ölçüleri bünyesinde barındırmaktaydı.<sup>19</sup>

Liberal anlayış terk edilip sosyal devlet anlayışının benimsenmesi, devletin ekonomik ve sosyal yaşama alabildi ine müdahale etmesini beraberinde getirdi. Devlet önceden beri özel kişilerce yürütülen faaliyetleri de yükümlenmeye başladı. Böylece idarenin faaliyet alanı alabildi ine genişleme gösterdi. Bu gelişme paralelinde, organik, maddi ve şekli ölçüler arasındaki ba lantının çözülmeye başlamasına ve zamanla da tamamen ortadan kalkmasına neden oldu. Artık bu üç ölçütün kamu hizmetinin tanımında

<sup>15</sup> KARAHAN O ULLARI; Onur; a.g.e., s. 96.

<sup>16</sup> GÜNDAY, Metin; " dare Hukuku", s. 222.

<sup>17</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 222.

<sup>18</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 222.

<sup>19</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 223.

kullanılmasının mümkün olamamasını beraberinde getirmiştir.

İlk olarak, organik ölçütün çözüldü ünü görmekteyiz. Yani, böylece bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için onun mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartı aranmamaya başlandı. Artık, kamu hizmetlerinin sadece klasik idari kuruluşlar dışında kamu kuruluşları, kamusal-özel karma kuruluşlar ve hatta özel kuruluşlar aracılığı ile de yürütülebilece i kabul olunmaktadır. Bugün için tüm kamu hizmetlerinin imtiyaz usulü ile özel kişilere gördürülebilece i kabul edilir olmuştur. Ancak, bu hizmetler hangi elle ve usulle yürütülürse yürütülsün, bunlar üzerinde sürekli denetim ve gözetim yetkisinin kamu yararının sa lanmasından birinci derecede sorumlu olan Devlete veya ilgili kamu idaresine ait olması gerekti i hususu tartışmasız kabul edilmektedir.<sup>20</sup>

Maddi ölçüt bugün artık kamu hizmeti kavramını açıklamaya tek başına yeterli gelmemektedir. Ülkemizde hakim olan "yasa koyucunun iradesine dayanma" görüşü çerçevesinde, niteli i gere i kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur. İnsan faaliyetleri niteliklerine göre de il de belli bir dönemde ve belli bir yerde topluma egemen olan sosyal, siyasal ve ekonomik sisteme göre kamusal ve özel faaliyetler olarak ayrılmaktadırlar. Bu nedenle, her insani faaliyet, niteli ine bakılmaksızın kamu hizmeti olmaya elverişlidir. Bunun tek şartı siyasal organların o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmesidir. Demokratik toplumlarda, bir toplumun genel ihtiyaçlarını belirlemek ve kamu yararını de erlendirmek o

toplumun seçimle iş başına getirdi i temsilcilerinin serbest yetkilerindedir. Bu nedenle; bir faaliyetin toplumsal ihtiyaçları karşılamaya ve böylece kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığını takdir etmek başta yasama organı olmak üzere siyasal organlarının yetkisi dahilindedir. Bu nedenle, ancak toplumsal bir ihtiyacı karşılamaya ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet, siyasal organlarca kamu hizmeti olarak kabul edilmiş ise, kamu hizmeti olarak kabul edilebilir. Aksi taktirde, bir faaliyetin kamu hizmeti oldu undan söz edilemez.<sup>21</sup>

Organik ve maddi ölçütlerin çözülmeye başlaması, beraberinde şekli ölçütün de gevşemesine ve çözümlenmesine yol açmıştır. Devletin benimsedi i sosyal devlet ilkesi, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesine ve o zamana kadar özel kesim tarafından yürütülen bazı iktisadi, sınai ve ticari faaliyetlerin kamu hizmeti haline getirilmesine neden olmuştur. Bu hizmetler, ayrı bir hukuki rejime de il özel kesim ile rekabet içinde yürütülebilmeleri için özel hukuki rejime tabi tutulmak yoluna gidilmiştir.<sup>22</sup>

Bu sürecin ardından kamu hizmeti nedir diye baktı ımızda; "Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir."<sup>23</sup> demek çok tabi mümkün olabilmektedir.

Bu açıklamalardan sonra bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, her şeyden önce siyasal organların iradesine

<sup>20</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 223.

<sup>21</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 223-224.

<sup>22</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 224.

<sup>23</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 224.

bakılması gerektiği sonucuna bakmak gerekmektedir. Yani, kanunda bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu belirtilmiş ise sorun bulunmamaktadır. Kanunda her hangi bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu yönünde bir açıklık yoksa ne yapılması gerekir? Bu halde de farklı bir takım ölçülere başvurmak sureti ile kanun koyucunun iradesini belirlemek gerekli hale gelecektir. Bunlar, söz konusu faaliyetin yürütülmesi için kamulaştırma, ceza kesme veya tekel kurma gibi kamusal yetki ve usullerin yanı sıra, bu faaliyetin görülmesine ilişkin olarak yapılacak sözleşmelerde özel hukuku aşan kayıt ve şartların bulunmasıdır. Bu ölçütlerden bir veya birkaçının bir arada bulunması halinde, söz konusu faaliyetin özel kesim faaliyetlerinden farklı bir faaliyet olarak görülmesi sağlanacak ve bu faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesine yeterli olacaktır.

### 3. Kamu Hizmetlerinin Kurulması ve Kaldırılması

#### a. Kurulması

Genel ve ortak olan ihtiyaçların giderilmesine yönelik faaliyetler, özel girişimciler için kar sızlama gayesi ile yapılmakta iken aynı faaliyet kamu tarafından yapıldığında burada kamunun kar sızlaması halinden söz edilemez. İdare burada görev saiki ile hareket etmek durumundadır. İdare hukukunda, görev ve yetki kavramlarını birbirinden ayırmak güçtür. Kamu hukuku kurallarına göre ise yetki ancak kanunlar ile verilebilecek nitelikte olup, bir kamu hizmetinin kurulabilmesi de ancak kanunlarla olmak durumundadır.<sup>24</sup>

Bu kuralı belirttikten sonra kamu iktidarını kullanma yetkisine sahip birimler arasında yetki paylaşımı hususu üzerinde durmak gerekecektir. Sorun daha ziyade yasama ve yürütme erkleri arasındaki yetki paylaşımı olarak ortaya çıkmaktadır. Virtüel kamu hizmetleri ve anayasal kamu hizmetleri tartışmaları ve son dönemlerde yaşanan özelleştirmeler neticesinde ortaya çıkan içtihatlar çerçevesinde bakan görüşler, "yargı da kamu hizmeti kuruculuğunda belirleyici hale gelmektedir" şeklinde saptamalar yapmaktadır. Bu görüşe göre, devletin herhangi bir faaliyeti kamu hizmeti olarak üstlenmesi saf ve yalın bir biçimde ortaya çıkmamaktadır. İdeal olan bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının kanun tarafından belirlenmesi olup, yalnız bu tek olasılık değildir. Örneğin, uyuşmazlık konusu herhangi bir hususta idari yargının bu faaliyetin kamu hizmeti niteliğine taşıdığına karar vermesi halinde faaliyetin özel hukuktan çıkarılarak devletin görevleri arasına sokulması söz konusu olmaktadır. Buna benzer bir biçimde Anayasa Mahkemesinin de bazı faaliyet alanlarını kamu hizmeti olarak nitelendirerek bunların hukuki rejimini kamusalılaştırdığı görülmektedir.<sup>25</sup>

Tartışmalara neden olan bu husus bir kenara bırakılacak olursa; bir faaliyet, yasa koyucu tarafından ya ilk kez ve doğrudan doğruya kanun ile kamu tüzel kişisine yükletilir. Bu halde, kanun koyucu bu hizmeti direkt bir tüzel kişiliğe yükleyebileceği gibi; bir kanun ile kurduğu kamu tüzel kişisine aynı veya başka bir yasal düzenleme ile doğrudan doğruya belli bir kamu hizmeti yüklemek yerine, bir kamu tüzel kişisine açıkça bir yetki verebilir. Böylece bir kanuna

<sup>24</sup> ÖZAY, İ. Han; "Devlet dari Rejim ve Yargısal Korunma", s. 38.

<sup>25</sup> KARAHANOULLARI, Onur; a.g.e., s. 254 vd.



dayanılarak bir idare, idari işlemle kurulmuş olur. Ya da özel kesim alanından kamu kesimine aktarılmak suretiyle kamu hizmeti haline getirilmiş olur. Birinci halde, tekel biçiminde yürütülen bir kamu hizmeti söz konusudur. Bir başka anlatımla, kamu hizmeti haline getirilmiş olan faaliyet bireyler ve topluluklarına kapatılmış ve yasaklanmıştır. Bu durumun bireylerin ve toplulukların temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğüne kısıtlayıcı olduğu açıktır. İkinci halde ise, kamu hizmeti haline getirilmiş bulunan faaliyet birey ve topluluklarına yasaklanmamış olup, birey ve toplulukları tarafından da yürütülebilir. Ancak bu durumda da, idare gibi güçlü bir rakibin ortaya çıkmış olması nedeni ile, birey ve topluluklara yasaklanmamış olup, birey ve toplulukların çalışma özgürlüğü yine de belli ölçüde sınırlandırılmış olur. Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler kanun ile sınırlandırılabilir, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracak olan kamu hizmetlerinin kurulması da kanunla olmak gerekir.

Bir hizmetin kurulması belli bir örgütün kurulmasını ve bu örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete tahsis etmesini gerekli kılar. Anayasanın 123. Maddesinin 1. Fıkrası, "idare, kuruluş ve görevleriyle .... kanunla düzenlenir" demektedir. Bundan da idarenin kuruluş ve örgütlenmesinde asli yetkinin yasama organına ait olduğu sonucunu çıkarılmaktadır. Nitekim devletin kamu hizmeti örgütlerinin temel birimleri olan bakanlıkların kanunla kurulması gerekmektedir. Bu durum anayasanın 113. maddesinin 1. fıkrasında "bakanlıkların, kurulması,

kaldırılması, görevleri ve yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir" ibaresi ile açıkça ifadesini bulmuştur. Ayrıca, e er bir kamu hizmeti devlet tüzelkişisi dışında ayrı bir tüzel kişili olarak örgütlenecek ise, böyle bir kamu tüzel kişisinin de kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanılarak bir idari işlem ile kurulması gerektiği de öngörülmüştür.

Kamu hizmetlerinin kurulması bahsini bitirmeden önce virtüel kamu hizmetleri hususuna de inmekte fayda olacaktır.

**Virtüel kamu hizmetleri:** Bu hizmet türü, kamu hizmetinin kurucu iradenin dışında bağımsız ve nesnel bir doğasının olduğu görüşüne dayanmaktadır. Bir faaliyeti yasa koyucu veya idare tarafından yetkileri dahilinde kamu hizmeti olarak tanımlanmamış olmasına rağmen, idari yargı tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanabilmektedir. İdari yargı, bu faaliyeti ile görev alanını genişletmektedir. İdari yargının bu eylemi ile faaliyet idari yargı düzenine aktarılmakta ve kamu hukukuna tabi tutulmaktadır. İdari yargının, yetkilerini aşmak sureti ile de olsa kamu hizmetlerinin kurulmasına bu şekilde katkıları söylenebilir.<sup>26</sup>

Özel teşebbüsün, halkın günlük, kolektif ihtiyaçlarını karşılamak üzere gösterdiği bir takım faaliyetler vardır ki, bunların bir yandan idare ile ve bir yandan da kamu emlakı ile özel ilişkisi bulunması nedeni ile bu tür faaliyetlerin uygulamada kamu hizmetine dönüştürülebilecekleri kabul edilmektedir. Bu kavram, ilk başta bu isimle kullanılsa da ilk olarak Fransız öretisinde yer bulmuştur. Kavram, bazı faaliyetlerin idare veya yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilmemelerine

<sup>26</sup> KARAHAN OULLARI, Onur; a.g.e., s. 267.

ra men, nitelikleri gere i potansiyel kamu hizmeti olarak de erlendirilmesinin söz konusu olabilece i görüşüne dayanmaktadır. E er bir hizmet, özel teşebbüs tarafından görülmesine ra men bünyesinde kamu yararı taşıyor ise bu idari yargı kararı ile kamu hizmeti olarak addedilebilir.

Bu kamu hizmeti kavramı, idarenin özel girişimler üzerindeki kolluk denetimi ve buna dayanan ruhsat rejiminin, özel faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenmesi için yeterli saymanın idareye kamu hizmeti kurma yetkisi verdi inden özellikle bu durumun girişim özgürlü ü aleyhinde<sup>27</sup> sınırsız genişleme gösterece i yönünde eleştirilere maruz kalmaktadır.

Bunun en güzel örne ini ülkemizde, ilk ve orta düzeyindeki okullar oluşturmaktadır. Özel okul ö retmenlerinin atanmasından, okulun ders müfredatına, ders saat ve programlarına kadar her husus idari yargı denetimine tabidir.

İdare kamu hizmetini yürütürken, kendi özel çıkarlarını önceleyen bir kimse gibi de il toplumun menfaatlerini üstün tutan bir tavır sergilemek durumundadır. İdarenin, ister organik anlamda ve isterse de işlevsel anlamda virtüel kamu hizmetleri olsun, özel teşebbüsten üstün durumda olması gerekir. Buna da kamu gücü denilmektedir. İdarenin kamu gücü ayrıcalığından yararlanmasının gerekçesi kamu yararı olup, özel çıkarı söz konusu de ildir. Virtüel kamu hizmetleri, bu hususun dolaylı yollardan yargısal kararlara yansması şeklindedir.<sup>28</sup>

#### b. Kaldırılması

<sup>27</sup> KARAHAN O ULLARI, Onur; a.g.e., s. 269.

<sup>28</sup> ÖZAY, İhan; "Günü ı ında Yönetim", s. 234.

Bir kamu hizmetinin, kurulmasına yol açan toplumsal gereksinimin ortadan kalkması nedeni ile, kuruluşundaki usullere uygun olarak kaldırılması söz konusudur. Dolayısıyla bir kamu hizmetinin kurulmasında oldu u gibi kaldırılmasında da asli yetki yasama organına aittir. Ancak kamu hukukuna egemen olan temel ilkelerden olan **de işiklik ilkesi** uyarınca bir kamu hizmetinin kaldırılmasına pek rastlanmamakta olup, daha ziyade kamu hizmetleri yeni koşullara uyarlanmak sureti ile sürdürülmektedirler.

#### 4. Kamu Hizmetine Egemen Olan Temel İlkeler

Her kamu hizmetinin ortaya çıkış nedenlerine ba lı olarak bir takım özellikleri vardır. Her bir kamu hizmeti kendi özel kurallarına tabi ise de, hepsinde ortak olan bazı özellikler ve hepsine egemen olan temel bazı ilkeler vardır. Bunlar;

##### a. Süreklilik (Kesintisizlik) ve Düzenlilik

Kamu hizmetleri, tatmininde kamu yararı bulunan bir gereksinimi karşılayan faaliyetler olarak kabul edildiklerinden, bunların sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi gerekir. Aksi takdirde kamu gereksinimi karşılanamaz ve kamu yararı gerçekleşmez.

Kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak yürütülmesi demek, onların mutlaka her an, günün ve gecenin her saatinde yürütülmesi gerekti i anlamına gelemez. Her hizmet niteli ine ve özelliklerine göre farklılık arz etmektedir. Bu özellikler göz önünde bulundurulmak sureti ile her durum için ayrı ayrı süreklilik ilkesinin de erlendirilmesi

gerekir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin sa lık, elektrik, ulaşım gibi kendisini her an hissettirdi i hallerde, kamu hizmetinin kesintisiz olma özelli i daha belirgindir. Buna karşılık e itim ve ö retimde oldu u gibi belli zamanlarda karşılanması söz konusu olan gereksinimler kendisine ayrılan zamanlarda yürütülen hizmetlerle karşılanır.

Süreklilik ilkesinin bir yönünü, zaman bakımından devamlılık oluştururken, di er yönünü ise istikrar oluşturmaktadır.<sup>29</sup>

Süreklilik ve düzenlilik ilkesinin zedelenmemesi açısından kanun koyucu bazı sınırlamalar yapma yoluna gitmeyi uygun bulmuştur. Örne in, istifa eden bir memurun yerine bir ay içinde yeni bir memur veya vekil gelene kadar beklemesi, imtiyaz sözleşmelerinde geçerli olan imprivizyon(öngörmezlik) kuramı, idari sözleşmelerde akide yüklenen a ır yükümlülükler ve idareye tanınan üstün yetkiler ve de kamu mallarının devir ve fera yasa ı gibi pek çok idare hukuku ilke ve kuralının da varlık nedenidir.

Kamu Hizmetlerinin sürekli ve düzenli olma ilkesine ters düşen bir idari işlem hukuka aykırı oldu undan idari yargı yerlerince iptal edilebilecektir. E er bu niteli e ters düşen bir idari işlem veya eylem nedeni ile bir zarar oluşmuş ise idarenin mali sorumlulu una gidilebilmesi çok tabi olarak mümkündür.

Türk idare hukuku ö retisinde süreklilik ilkesi hep kronolojik yani zaman bakımından devamlılık yönü ile fazla önemsenmiştir. İçerik ve yo unluk özelli i daha ziyade göz ardı edilmiştir ve bunun paralelinde de kamu

personelinin grev hakkı bu süreklilik ilkesine feda edilir hale gelmiştir. Ço unlukta olan fikre göre, kamu hizmetinin zaman bakımından kesintiye u ramaması için grev yasa ı yerindedir. Yürütmenin durdurulması kararlarına bakıldı nda yargının da bu şekilde düşündü ü görülmektedir. İtalya'da kamu personeli, grev hakkını kötüye kullanma seviyesine vardırılabacak derecede kullanmakta olmasına ra men, burada kamu hizmetleri kronolojik bakımdan kesintiye u rasa bile içerik ve yo unlu bakımından düzeylerinin bizden üstün oldu u görülmektedir.

## b. De işkenlik (Uyarlama)

Süreklilik kavramının tek başına bir anlam taşımadı ı, buna karşılık içerik ve yo unluk bakımından da aynı düzeyde devamı sa layacak istikrarın söz konusu olması gerekti inden ister istemez de işkenlik ve uyarlama kavramlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi, o konudaki kamusal ihtiyacın en iyi en uygun bir biçimde karşılanması amacına yönelik oldu undan, kamu hizmeti de işken olmak zorundadır.

De işkenlik ve uyarlama ilkesi ile ça ın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanakları olabildi ince göz önünde tutulmakta ve buna göre de sunulan hizmetin içerik ve yöntemi ile araç-gereçlerinde sürekli de işiklik yapılabilmesi mümkün olmaktadır. Kamu hizmetlerinin de işkenli i nedeni ile hizmetten yararlananların, hizmetin örgütleniş ve işleyişinde yapılacak de işiklikler karşısında, hizmetten yararlanmaya başladıkları zamana göre herhangi bir kazanılmış hak iddiasında bulunmaları söz konusu de ildir.

De işkenlik ilkesi de, idarenin takdir yetkisinde oldu u gibi pek

<sup>29</sup> ÖZAY, I Han; "Devlet dari Rejim ve Yargısal Korunma", s. 42.

çok İdare Hukuku ilke ve kuralının ve de idareye tanınan yetkilerin varlık nedenidir. İdareye tanınan taktir yetkisi de bunlardan biridir. İdarenin taktir yetkisinin tek nedeni olamamakla birlikte nedenlerinden biridir. İdarenin taktir yetkisinin olmaması halinde yasama organı, kamu hizmetlerini de işen ve gelişen koşullara uydurabilmek için sık yasaları de iştirmek zorunda kalacaktı. Bu da beraberinde yasama organının a ır işleyen faaliyet yapısına sahip olması ile belli bir gecikmeye yol açacaktı. Bu durumun önüne geçebilmek açısından idareye tanınan taktir yetkisi önemli bir etkiye sahiptir. Böylece idare tek yanlı olarak kamu hizmetlerinin düzenini de iştirme yetkisi ile donatılmış olur.<sup>30</sup>

De işkenlik ve uyarılmanın sınırı olarak Devletin ekonomik durumu kabul edilebilirse de sosyal düzeyini düşünmek sureti ile ortalama ölçülere göre ayak uydurmak gerekti i ifade edilebilir. Ancak, ortalama ölçünün sakıncalı sonuçları göz ardı edilmemelidir.<sup>31</sup>

### c. Nesnellik ve Eşitlik

İdare hukuku statüler hukukudur. Yani, idare hukuku ilişkisinde idare ile ilişkiye girilmeden önce her şey kurallar halinde belirlenmiştir. Bu nedenle, idaredaki eşitlik aynı statüdeki insanlar arasındaki eşitliktir.

İdare, ortak ve genel ihtiyacı duyan herkese hizmeti eşit bir biçimde sunmak ve bunların bu hizmetlerden eşit bir biçimde yararlanmalarını temin etmek zorundadır. Yani, hizmetin

sunumunda oldu u kadar yararlandırılmasında da eşit olmak zorundadır. Bu ilke Anayasanın "Kanun Önündeki Eşitlik" kenar başlı ını taşıyan 10. maddesinde ifadesini bulmaktadır.

Kamu hizmetleri bireysel de ildir. Toplumsal gereksinimlerin giderilmesi için yürütüldüklerinden, İdare bu hizmetleri yürütürken nesnel(objektif) davranmak ve taraf tutmamak yani tarafsız olmak zorundadır. Bu nedenle, bireyler de kamu hizmetleri yönünden gerek yararlanma ve gerekse katılma yönünden eşit durumdadırlar. Ayrıca kamu hizmetinin getirdi i yükümlülükler açısından da fark gözetilemez. Bu do rultuda bakıldı ında, kanun önünde eşitlik kavramının soyut bir kavram de il, aynı koşulları taşıyanlara aynı hak, yetki, olanak ve ayrıcalıklardan yararlanması ve yararlandırılma imkanının tanınması anlamını taşıyan somut ve nesnel bir kural oldu u görülmektedir.<sup>32</sup>

### d. Bedelsizlik (Meccanilik)

Bu unsurun olguda artık hiçbir anlam taşımadı ını ve buna uygulamada hiçbir şekilde uyulmadı ını savunan birçok görüş mevcuttur. Ancak kamu hizmetlerinden alınan paranın niteli i ne olursa olsun aslında hemen vurgulanması gereken bunun bir "fiyat" olmadığı ı, olmaması gerekti i dir. Fiyat "maliyet + kar" unsurlarını bünyesinde barındıran bir kavramdır. Bunların olabildi ince düşük tutulması için çaba sarf edilebilir ama bu iki unsurdan oluşan fiyattan vazgeçen hiçbir ekonomik girişim olamaz. Özel girişim tanım olarak gelir getirici yani karın esas alındı ı

<sup>30</sup> GÜNDAY, Metin, a.g.e, s. 226-227.

<sup>31</sup> ÖZAY, I Han; "Devlet dari Rejim ve Yargısal Korunma", s. 44.

<sup>32</sup> ÖZAY, I Han; a.g.e., s. 49.

bir etkinliktir. Kardan vazgeçen bir özel girişim düşünülemez.<sup>33</sup>

Kamu hizmetinde kar söz konusu olmadı ı gibi amacı da kamu yararı şeklinde belirir. İdarenin bir faaliyete gelir elde etmek amacı ile girişmesi hallerinde bu hiçbir şekilde kamu hizmeti olarak düşünülemez. Devlet ile di er kamu tüzel kişilerinin bu tür etkinlikleri de medeni haklardan yararlanma ve onları kullanmanın bir sonucudur. Aslında ilke olarak hiç ödenmemesi gereken buna karşılık yararlanma için ço u kez ödenen para, ne bir fiyat ne de bedel sayılamayacağına göre eski dilde bedava, parasız anlamına gelen "meccani" teriminden yararlanılabilir. Bu nedenle kamu hizmetleri karşılı ı yararlananlardan hiç para alınmaması İdare Hukukunun kamu yararı ile birlikte anılan temel ilkelerinden biridir. Kural bu olmakla birlikte, bunun istisnasının, yani belli bir para almanın da yine kamu yararı ile birlikte düşünülmesi ve bu temel ilkeye uygun düşmesi gerekmektedir. Bu nedenle kamu hizmeti karşılı ı alınan paranın genel niteli i bakımından, ancak vergi türünden bir şey, bir edim, hizmet, faaliyetten ötürü bundan faydalanan yüklenen resim veya harçtan başka bir şey olmadığı söylenebilir. Bu durumda sadece yararlandıran alanan bir çeşit dolaylı vergiden söz edilebilir. Bunu bir vergi olarak düşündü ümüzde Anayasanın vergi ödevi kenar başlı ını taşıyan 73. maddesinde "herkesin ...vergi ödemekle yükümlü" oldu unu öngörmekle beraber, bunun "mali gücüne göre" olmasının istendi ini görmekteyiz. Vergide kamu giderlerinin eşit biçimde karşılanması dolayısıyla hizmetin maliyetinin bölünmesi de il, buna ekonomik güç oranında bir katılım

ilke ve kuralı temel alınmıştır. Bunu kamu hizmetlerine uyarladı ımız zaman veya do rudan vergilerle zaten bu katılım gerçekleşece i için hiçbir parasal karşılık söz konusu olmayacak ya da bunun için ödenen, en az gelir düzeyindeki kimselerin bile kolaylıkla verebilecekleri bir miktarı aşamayacaktır.<sup>34</sup>

## 2. Bölüm

### Kamu Hizmetlerinin Türleri ve Kamu Hizmetinin Görülme Usulleri

#### 1. Kamu Hizmetlerinin Türleri<sup>35</sup>

##### Tekelli - Tekelsiz Kamu Hizmetleri

Kamu Hizmetleri, konularını oluşturan faaliyetin özel kesime de bırakılmasına veya özel kesime tamamen yasaklamasına göre bir ayrıma tabi tutulabilir. Buna göre, demiryollarında oldu u gibi kamu hizmetinin konusunu oluşturan faaliyetin özel kesime tamamen yasaklaması halinde tekelli kamu hizmetleri söz konusu olurken, e itim hizmetinde oldu u gibi kamu hizmetinin konusunu oluşturan faaliyetin özel kesime de bırakılması hallerinde tekelsiz kamu hizmetlerinden söz edilir.

##### Yürütüldükleri Alana Göre

Kamu Hizmetlerini yürütüldükleri alana göre, milli kamu hizmetleri ve mahalli kamu hizmetleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Yine demiryolu örne inde görüldü ü üzere milli kamu hizmetleri, tüm ülke düzeyinde yürütülen kamu hizmetleridir ve dolayısıyla tüm

<sup>33</sup> ÖZAY, I Han; "Devlet dari Rejim ve Yargısal Korunma", s. 45.

<sup>34</sup> ÖZAY, I Han; a.g.e., s. 46, s. 228 v.d.

<sup>35</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e, s. 223.

yurttaşların yararlanmalarına da sunulmaktadır. Belli bir yörede yürütülen ve sadece o yöre halkının yararlanmasına sunulmuş kamu hizmetleri ise mahalli kamu hizmetleri olarak kabul edilmektedir.

### **Bireylerin Yararlanma Biçimlerine Göre**

Kamu hizmetlerinin bireylerin yararlanma biçimlerine göre; doğrudan doğruya ve bireysel yararlanma sağlayan kamu hizmetleri ve dolaylı ve birlikte yararlanma sağlayan kamu hizmetleri şeklinde ayırma tabi tutulabilir.

### **Konularına Göre**

Kamu hizmetleri konularına göre, idari, iktisadi, sosyal ve bilimsel-teknik-kültürel kamu hizmetleri olmak üzere dört grup altında toplanabilir. Kamu hizmetlerinin konularına göre yapılan ayrımı, kamu hizmetlerinin tabi oldukları hukuki rejimi belirleme açısından da önem taşımaktadır. Gerçekten bu ayrım her bir tür kamu hizmeti içinde kamusal ve özel yönetim usullerinin yerini ve yerini de ortaya koymaktadır.

- *İdari kamu hizmetleri;* Devletin öteden beri yürüttüğü geleneksel kamu hizmetleridir. Bunlar; bayındırlık, sağlık, eğitim, nüfus işleri, tapu ve kadastro hizmetleri gibi iktisadi, sosyal ve bilimsel teknik-kültürel nitelikli olmayan tüm kamu hizmetleridir. Bu hizmet türleri, esas itibarıyla kamu hukuku kurallarına tabidir. Bu hizmetlere ait yetkiler, usuller, personel ve sair hususlar kamu hukuki rejimine tabidir. Bu hizmetlere ilişkin işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir. Ancak ayrık hallerde bu hizmetler için özel hukuk sözleşmeleri yapılabilir.

- *İktisadi kamu hizmetleri;* Hizmetlerin bir kısmı 19. yüzyılın

ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan demiryolları, gaz, elektrik, telefon gibi bireylerin ve toplulukların mali güçlerinin yetersizliği nedeniyle yürütemedikleri iktisadi ve sınai nitelikteki faaliyetlerinden oluşmaktaydı. Bu hizmetler devlet ve öteki kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmüştür. Ancak 20. yüzyılın başından ve özellikle I. Dünya Savaşı'ndan sonra devletin ekonomik yaşama müdahalesi sonucu, özel kişilerin sanayi, ticaret, maliye ve tarım alanlarında yürüttükleri faaliyetler de kamu hizmetleri haline getirildi ve özel kişilerle yan yana yürütülmeye başlandı. Gerçi daha eskiden beri yürütülen iktisadi kamu hizmetlerini özel teşebbüs faaliyetlerinden ayırt etmek kolaydır. Ama daha yeni tarihlerde üstlenilen iktisadi kamu hizmetlerinin özel teşebbüs faaliyetlerinden ayırt edilmesi son derece güçtür.

- *Sosyal Kamu Hizmetleri;* Devlet ve öteki kamu tüzel kişileri tarafından öteden beri yürütülen emeklilik ve fakirlere yardım gibi faaliyetlerin yanı sıra, özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra gelişmeye başlayan çalışma düzenine ve sosyal güvenliğe ilişkin faaliyetlerdir. Sosyal kamu hizmetlerinden bir kısmı Devletin tekeli altındadır. Örneğin iş ve işçi bulma hizmetleri. Buna karşılık, sosyal kamu hizmetlerinin bir kısmı ise özel teşebbüs ile beraber yürütülmektedir. Örneğin işçilerin sosyal güvenlik işleri ile özel sigorta şirketlerinin yaptıkları hastalık, kaza ya da hayat sigortaları arasında büyük benzerlik vardır.

- *Bilimsel-teknik-kültürel kamu hizmetleri;* idarenin yakın zamanlarda genellikle özel faaliyete konu olan bilimsel ve teknik araştırmalara, müzik, resim, tiyatro, bale vs. gibi



sanat ve kültür hareketlerine el atması sonucu ortaya çıkmış olan kamu hizmetleridir. Toplum yaşamında oynadıkları önemli rol nedeniyle kamu hizmeti haline getirilmiş bulunan bu faaliyetler, nitelikleri gereği, idari kamu hizmetlerinin örgüt biçimleri, görev ve yetki kuralları, usulleri ve işleyişleri ile bağımsızdır. Bu kamu hizmetleri, kamu hukukunun katı kalıpları içinde yürütülemezler. Bu nedenle bu kamu hizmetleri için özel kuruluşlar, bağımsız personel ve daha serbest usuller ile geniş maddi olanakların kabulü zorunlu olmuştur.

## 2. Kamu Hizmetlerinin Görülme Usulleri

Yukarıda da belirtildiği gibi, kamu hizmetlerinin bugün mutlaka idare tarafından görülmesi bir zorunluluk değildir. Kamu hizmetlerinin idare tarafından görülmesi mümkün olduğu gibi özel kişiler tarafından görülebilmesi de mümkündür.

Kamu hizmetlerinin kamu kesiminde yer alan tüzel kişiler tarafından görülme usulü emanet usulüdür. Buna karşılık kamu hizmetlerinin özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince görülme usullerinin de ruhsat, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ve yapı-şlet-devret usulleri olduğunu görmekteyiz.

### Emanet Usulü

Emanet usulü, kamu hizmetlerinin kamu kesiminde yer alan tüzel kişilere, kendi aracı, kendi personeli ve kendi parası ile gördürülme usulüdür. Diğer ifade ile emanet, bir kamu hizmetinin devlet veya öteki kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan doğruya ve kendi örgütleriyle ve hizmete tahsis ettikleri aynı ve

şahsi vasıtalarla gördürülme usulüdür.<sup>36</sup>

Emanet usulü, devlet örgütlenmesinin klasik biçimini ifade temekte olup, bunun ayrı bir yöntem olarak ele alınmasına gerek yoktur.<sup>37</sup> Emanet usulü için belirleyici nitelik, bir kamu hizmetinin doğrudan doğruya devlet veya öteki kamu tüzel kişilerince görülmesidir. Buna karşılık bir hizmetin mutlaka kamusal yönetim usulleri ile görülmesi emanet usulünün belirleyici bir niteliğidir. Bu nedenle; bazı bulunacak rejimin kamusal yönetim usullerine tabi kamu hizmetleri ya da özel yönetim usullerine tabi kamu hizmetleri olması önemli değildir.<sup>38</sup>

Fakülte Fon olarak anılan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş olmakla birlikte, yetkilileri kamu ajanlarıdır ve kaynaklarını kamusal yardımlardan temin etmektedir. Bunlar emanet usulüne örnek kuruluşlardır.

### Müşterek Emanet Usulü

Bu usul, bir kamu hizmetinin masrafları, hasar ve zararı idareye ait olmak üzere, gelir üzerinden belli bir pay veya götürü bir ücret karşılığında özel bir kişiye gördürülme usulüdür.<sup>39</sup>

Müşterek emanet usulünde, idare ile özel hukuk kişisi arasında karma nitelikli bir idari sözleşme yapılmaktadır. Müşterek emanet usulü bu yönü ile imtiyaz usulüne benzemektedir. Ancak, sözleşmenin içeriğine bakılarak bu sözleşmenin müşterek emanet mi yoksa imtiyaz mı olduğunu anlaşılabilir. Özel hukuk tüzel kişisine gördürülen

<sup>36</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e, s. 233.

<sup>37</sup> KARAHAN OULLARI; Onur, a.g.e., s. 284.

<sup>38</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e, s. 233.

<sup>39</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 234.

hizmetin hasar ve zararı idareye ait ise müşterek emanet usulü, buna karşılık hizmeti gören kişiye ait ise, imtiyaz usulü söz konusu olmaktadır. Yani fark, hasarın kime ait oldu u noktasındadır. Müşterek emanet usulünde sermaye tamamen idareye ait olup, hizmeti gören özel kişi kendi emek, bilgi ve becerisi ile hizmeti yürütmektedir. Hizmetin masrafları hizmetten yararlananlardan alınan belli bir bedel ile karşılanmakta, masraflar çıktıktan sonra kalan fazlalık idare ile özel kişi arasında paylaşılmakta veya özel kişi götürü bir ücret almaktadır. Oysa imtiyaz usulünde hizmeti yürüten özel kişi tam bir girişimci olarak hareket etmekte, sermayeyi kendi getirmekte, hizmetten yararlananlardan kendi namına belli bir bedel almakta ve hizmetin tüm masrafları, kar ve zararı kendisine ait olmaktadır.<sup>40</sup>

Müşterek emanet usulü bugün için terk edilmiş olup, Osmanlı İmparatorluğu Döneminde sahil fenerlerinin yakılma olayı bu usul ile özel kişilerce işletilmiştir.

#### Ruhsat Usulü

Ortak ve genel ihtiyaçlara cevap verici nitelikteki kamu hizmeti olarak kabul edilen faaliyetlerin, yasa ile idare lehine tekel konusu yapılmamış veya belli bir özel hukuk kişisine imtiyaz verilmemiş olması hallerinde bu faaliyetin idarenin verece i bir izin ile özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından da gördürülebilmeleri mümkündür. Belediyelerin toplu taşımacılık hizmetleri, eğitim ve sa lık hizmetleri bu nevidendir.

Ruhsat usulünde, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz yada yapışlet-devret usullerinin aksine, idare ile bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi arasında herhangi bir sözleşme yapılmaz.

<sup>40</sup> ÖZAY, İhan, *Günü İ nda Yönetim*, s. 253.

Hükümleri belirlenmiş faaliyet alanında çalışmak isteyen özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi idareye başvuruda bulunur. Bunun üzerine, idarenin tek yanlı olarak verece i bir izin ile belli bir kamu hizmetinin özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine gördürülmesi söz konusu olur. İzin verilip verilemeyece i hususu idarenin taktir yetkisi dahilindedir.<sup>41</sup>

Ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu idare oldu undan, idarenin hizmeti gören özel kişi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi vardır. Eğitim hizmeti, ruhsat usulü ile özel kişilere gördürülse dahi, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır (AY. Md. 42/6). Bu kurumların öğretmenleri, kamu görevlisi olabilme koşullarını taşıyanlar arasından Milli Eğitim Bakanının onayı ile atanırlar.<sup>42</sup>

Özel teşebbüsün etkinli i sonucu kar elde etmek maksadında olması do al olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin bedelsizli i ilkesi uyarınca, yararlananlardan yani müşterilerinden alabilece i ücret de idare tarafından tespit edilir.<sup>43</sup> Kamu hizmetlerinin de işkenli i ilkesi, bu usulde gördürülen kamu hizmetlerini etkiler. İdare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olarak gerekli de işiklikleri yapmaya yetkili olup hizmeti gören kişinin bu de işikliklere katlanması zorunludur.<sup>44</sup>

#### İltizam Usulü

Kamu hizmetinin, önceden kararlaştırılan belli bir bedel karşılı lında, özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi olarak

<sup>41</sup> GÜNDAY, Metin, a.g.e., s. 233.

<sup>42</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 233.

<sup>43</sup> ÖZAY, İhan; *Günü İ nda Yönetim*, s. 255.

<sup>44</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., 233-234

ortaya çıkmıştır.<sup>45</sup> Müşterek emanet usulünün mali konularda uygulanma biçimi olan iltizam usulü, mültezim adı verilen bir özel kişiye götürü veya orantılı bir kazanç ya da ücret karşılığında bir kamu hizmetinin gördürülmesidir.<sup>46</sup> İltizam usulü ile Osmanlı İmparatorluğunda tarım ürünlerinin vergilerinin toplanması yoluna gidilmiştir. İltizam usulü bugün terk edilmiştir.

### İmtiyaz Usulü

İmtiyaz, idarenin Türk hukuk sistemine göre kurulmuş Anonim Şirket statüsündeki bir tüzel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere işletilmesi usulüdür. Bu usulde idareye imtiyaz veren, hizmeti gören özel hukuk tüzel kişisine ise imtiyaz sahibi denilmektedir.<sup>47</sup>

İmtiyaz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan idari bir sözleşme ile verilmekte ve bu sözleşme ya belli bir kamu hizmetinin kurulması ve belli bir süre işletmesi veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin sadece işletmesi ya da her ikisi için birlikte yapılmaktadır. Belli bir kamu hizmetinin sadece kurulması için yapılan sözleşmelerin yargı içtihatlarında idari sözleşme olarak değil özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir.<sup>48</sup>

Devlet adına kamu hizmeti imtiyazı tesis etme yetkisi, 10 Haziran 1326 (1910) tarihli olup, bugünkü ihtiyaçları karşılamaktan uzak olan Menafii Umumiyyeye Ait İmtiyaz Hakkında Kanun ile

düzenlenmiştir. Bu kanuna göre, devlet adına imtiyaz verme yetkisi bakanlar kuruluna aittir. 1580 Sayılı Belediye Kanunu (md. 19/4-A), belediye idarelerinin su, havagazı ve tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, vapur nakliyatı yapmak haklarını devletçe saptanan kurallara uygun olmak üzere ve 40 yılı aşmamak kaydı ile imtiyaza verebileceklerini öngörmüştür. Yine Belediye Kanununun 19. maddesine 07.02.1990 tarih ve 3612 sayılı kanun ile eklenen ek bent, belediye idarelerinin belde içinde yolcu taşıma işlerini de imtiyaz usulü ile yaptırabileceklerini öngörmüştür. Belediye idareleri adına imtiyaz verme yetkisi belediye meclisine ait olup (Belediye Kanunu md. 70/14), belediye meclisinin bu yöndeki kararı İçişleri Bakanlığının onamasına tabi tutulmuştur.<sup>49</sup>

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de, öteki idari sözleşmeler gibi yazılı şekle tabidir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için önceden hazırlanmış şartnameler mevcuttur. Sözleşmelere ilişkin genel ve nesnel kuralları koyan şartnameler sözleşmelerin tamamlayıcısı niteliindedir ve kural işlemler niteliindedirler. Şartnameye dayanan sözleşme beyannameleri ile, bir yandan sözleşmeci şartnamede belirlenen genel ve nesnel bir statüye sokulur. Öte yandan mali hükümler düzenlenir. Bu nedenle sözleşme beyannameleri bir yönü ile şart işlem, öteki yönü ile ise subjektif işlem niteliindedir.<sup>50</sup>

Sözleşmecinin, ne şartnameye ve ne de sözleşme belgelerine etki etmesi söz konusu değildir. Bunlar, idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. Sözleşmecinin,

<sup>45</sup> ÖZAY, İhan; *Günü İnda Yönetim*, s. 254.

<sup>46</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 234.

<sup>47</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 234.

<sup>48</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e. ve KARAHAN O ULLARI, Onur; a.g.e., s. 248.

<sup>49</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 234.

<sup>50</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 235.

idarece hazırlanmış bulunan hüküm ve şartları ya bütünü ile kabul etmesi ya da yine bütünü ile reddetme imkanı bulunmaktadır. Bu nedenle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri iltihaki (katılmalı) sözleşmeler statüsündedir.<sup>51</sup>

Gerek şartname ve gerek sözleşme belgelerinin tüzük tasarılarının usulüne tabi olmak üzere Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeleri şarttır.

1326 tarihli Kanuna göre, imtiyaz alacak kişinin Türk anonim şirketi statüsünde bir tüzel kişi olması gerekir. Bunun dışındakilere imtiyaz verilmesi söz konusu değildir.

İmtiyazın belli bir kişiye devri ile imtiyaz sahibinin tekel yetkisi oluşmaktadır. Bu yönü ile ruhsat usulünden ayrılır. Ayrıca, hizmetin bünyesinde barındırdığı tüm ayrıcalıklar da özel hukuk tüzel kişinin üzerine geçmektedir.

İmtiyaz usulünün, müşterek emanetten ayrıldığı en önemli nokta, sermaye ve riskin imtiyaz sahibine ait olmasıdır. Belli istisnai hallerde zararın idare üzerinde bırakılması söz konusu olabilmektedir.

#### **İmtiyaz Sözleşmesinde İdarenin Yetkileri**

- *Denetim ve yaptırım uygulama yetkisi:* İdarenin bu yetkileri onun kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanmaktadır. İdare, üstün yetkilerle donatılmış imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmesini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Bu yetkilerin idarece kullanılabilmesi için sözleşme ve şartnamede açıkça

belirtilmiş olmasına gerek yoktur. Bu yetkiler var kabul edilir.<sup>52</sup>

İdarenin uygulayacağı yaptırımların başında, belli bir miktar paranın ödenmesini isteme, işletmeye geçici olarak el koyma ve sözleşmeyi geçici olarak feshetme (imtiyazı düşürme) yer almaktadır. İdare işin belli bir süre içinde bitirilmemesi halinde, sözleşmede cezai şart olarak öngörülmüş bulunan belli bir miktar parayı sözleşmecinin teminatından do rudan irad kaydetmek suretiyle alır. Ayrıca, imtiyaz sahibinin a ır kusuru halinde, herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshedebilir.<sup>53</sup>

- *Tek yanlı de işiklik yapma yetkisi:* Kamu hizmetlerinin de işken olma özelliğinin bir sonucudur. İdare, bu yetkisi ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ve şartnamesinin hüküm ve şartlarını tek yanlı idaresi ile de iştirme yetkisine sahiptir. İdarenin bu yetkisini kullanabilmesi, yeni durum ve şartların ortaya çıkmasına bağlıdır. Bu şartların oluşması halinde, idarenin tek yanlı iradesi ile yapacağı de işiklikler ile imtiyaz sahibinin yükümlülükleri artmakta ise, imtiyaz sahibine belli bir karşılık verilmesi gerekir.<sup>54</sup>

- *Tek yanlı fesih yetkisi:* İdare, imtiyaz sahibinin a ır kusuru halinde bir yaptırım olarak sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilme yetkisinin yanı sıra, imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi, hizmet ve kamu yararının gerektirdiği hallerde, sözleşmeyi tek yanlı feshetme yetkisine sahiptir. Eğer, imtiyaz sözleşmesi, imtiyaz sahibinin a ır kusuru üzerine

<sup>51</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 235.

<sup>52</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236.

<sup>53</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236.

<sup>54</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236-237.

feshedilirse imtiyaz sahibine herhangi bir tazminat ödemesi gerekmemektedir. Ancak, di er halde idare, imtiyaz sahibinin zararını tamamen gidermek zorundadır. Bu ikinci hal **rachat** olarak adlandırılmakta olup, rachat, imtiyaz sözleşmesinin süresi içinde imtiyazın tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılı ında idarece satın alınarak imtiyaz sözleşmesine son verilmesidir. Rachat, idarenin kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanan bir olanak olup, sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi kullanılabilir olan bir yetkidir. Ancak idare rachat yoluna başvurup da imtiyaz sözleşmesini tek yanlı olarak feshetti inde, imtiyaz sahibinin işletmeden bekledi i normal kazanç ve karları da tamamen tazmin etmek zorundadır.<sup>55</sup>

#### **İmtiyaz Sahibinin Hakları, Ayrıcalıkları ve Yükümlülükleri**

İmtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sahibine bir takım mali haklar ve özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmayan türden bazı ayrıcalıklar ve olanaklar da sa lanmaktadır.

İmtiyaz sahibinin, söz konusu kamu hizmetini yükümlenirken amacı, belli bir kar ve kazanç elde etmektir. Bu kar ve kazanç ise, hizmetten yararlananlardan alınacak belli bir ücretten sa lanmaktadır. Hizmetten alınacak bu ücret idarece belirlenir. İdare bu ücreti belirlerken, imtiyaz sahibi kadar hizmetten yararlananları da göz önünde tutmak durumundadır. Bu nedenle, hizmetten yararlananlardan alınacak ücret bir fiyat olmaktan çok, bir harç yada resim niteli indedir. İmtiyaz sahibi, sözleşmenin mali dengesinin

korunmasını isteme hakkına sahiptir.<sup>56</sup>

Sözleşmenin uygulanması sırasında tarafların iradelerinin dışında ortaya çıkan, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ve kamu hizmetini yürüten özel hukuk tüzel kişinin artık bu faaliyeti yürütemez hale gelmesine neden olacak ola anüstü olayların ortaya çıkması halinde, imtiyaz sahibi **imprevisión (öngörülmezlik)** kuramı uyarınca sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını ve zararlarının paylaşılmasını idareden isteme hakkına sahiptir.<sup>57</sup>

Kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile görülüyor olsa da, kesintiye u ramadan devam etmesi gerekir. Bu hem idarenin ve hem de özel hukuk tüzel kişinin görevidir. Ancak, yukarıda şartları belirtilen bir takım sebeplerle o hizmetin devamı imkansızlaşmış ise, süreklili i sa lama görevi idareye ait olmaktadır. Özel hukuk tüzel kişisi bu talebi ile, hizmetin kesintiye u ramaması açısından yardım istemektedir. Bu koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde idare imtiyaz sahibi için ortaya çıkan yükünü paylaşmak zorundadır. Tarafların bu konuda anlaşmaları halinde, görevli idari yargı yeri öngörülme yen olaylar nedeniyle ortaya çıkan ek yükümü hesaplar ve bunun idare ile imtiyaz sahibi arasında nasıl paylaşılacağı nı belirler. Kabul edilen görüş, söz konusu yardımın geçici oldu u öngörülemeyen olayın sona ermesinden sonra da kesilmesi gerekti idir.<sup>58</sup>

İmtiyaz sahibine bazı kamusal olanakların da sa lanmış olması mümkündür. İdare imtiyaz sahibine hizmet ile ilgili taşınır veya taşınmaz malları, araç-gereçleri temin etmiş olabilece i gibi

<sup>56</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236.

<sup>57</sup> GÜNDAY, Metin, a.g.e., s. 237.

<sup>58</sup> ÖZAY, I Han; *Günü ında Yönetim*.

<sup>55</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236.

imtiyaz sahibine kamu malları üzerinde veya altında tesisler yapma olanağı tanınmış olabilir ya da imtiyaz sahibi lehine kamulaştırma yapmak öngörülmüş de olabilir.<sup>59</sup>

İmtiyaz sahibi hizmeti, kamu hizmetine egemen olan ilkelere ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yürütmekle mükelleftir. İmtiyaz sahibi, eşitlik ilkesi uyarınca, hizmetten yararlanacakları ve bunlardan alınacak ücretleri serbestçe belirleme olanağına sahip olmayıp, hizmetten yararlanma şartları ve ücret, şartname ve sözleşmede belirlenmiş bulunduğundan imtiyaz sahibi bu hükümlere uymak zorundadır. De işkenlik ilkesi uyarınca, idarenin yapacağı tek yanlı de işlikleri kabul etmek zorunda olup, süreklilik ve düzenlilik ilkesi uyarınca da idarenin gözetim ve denetimine katlanmak zorundadır. İmtiyaz sahibi, sözleşme ile elde ettiği kazancın bir kısmını "yıllık aidat" olarak idareye vermekle yükümlü kılınabileceği gibi, ürettiği mal ve hizmetlerin bir kısmını da karşılıksız olarak idareye vermeyi kabul etmiş olabilir. Ayrıca, imtiyaz sahibi yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek zorundadır. İmtiyaz sahibi, yüklediği hizmeti bir başkasına gördüremez ve yükümlülüklerini devredemez. Çünkü imtiyaz sahibi teknik bilgi, yetenek, deneyim ve mali gücü nedeniyle seçilmiş olup, kamu hizmetlerinin idarenin iradesi dışında başkalarına gördürülmesi düşünülemez.<sup>60</sup>

#### **Kamu Hizmet İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi**

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, ya sürelerinin dolması, ya idarece tek yanlı olarak feshedilmeleri, ya da

mahkeme kararı ile feshedilmeleri ile sona ererler.

- Kamu hizmetleri imtiyaz sözleşmeleri belli bir süre için yapılırlar. Dolayısıyla, bu sürenin dolması ile kendiliklerinden sona ererler. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde sürenin dolması ile birlikte işletme bedelsiz olarak idareye geçer.

- Mahkeme kararı ile fesih, ya imtiyaz sahibinin idarenin a r kusuru nedeniyle mahkemeye başvurması sonucu ile olur. Bu halde, imtiyaz sahibi sözleşmenin feshini talep etmesinin yanı sıra, tazminata da hak kazanır. Veya idarenin tek yanlı fesih yetkisini kullanmayarak mahkemeden sözleşmenin feshini istemesi ya da öngörülmeyen hallerin süreklilik kazanması üzerine her iki tarafın mahkemeye başvurması sonucu mahkeme kararı ile olur.

#### **Yap - İşlet - Devret Usulü**

Özellikle 1980'li yıllarda adından sıkça söz ettiren Yap-İşlet-Devret usulü, bir kamu hizmetine ilişkin tesisin; özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanmak suretiyle kurulmasını, yatırılan sermayenin amortismanı ve belli bir kar sa lanması amacı ile belli bir süre işletilmesini ve daha sonra bedelsiz olarak ilgili idareye devir ve teslimini sa layan bir usuldür.<sup>61</sup>

Yap-İşlet-Devret usulü, ilk kez 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Da ıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan bir yönetmelikle yasal bir çerçeveye kavuşturulmak istenmiştir. Ancak bu usulün uygulanması, sadece elektrik

<sup>59</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 262.

<sup>60</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 238.

<sup>61</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 239.



üretimi, iletimi ve dağıtımını kanunları ile sınırlı kalmamıştır. Şöyle ki; bu usul, herhangi yasal bir çerçeve mevcut olmamasına rağmen, uzunca bir süre otogar, metro, doğalgaz şebekesi, turistik otel ve motel inşaatı gibi son derece de ışık alanlarda ve konularda uygulanmıştır. Nihayet 13 Haziran 1994 tarih ve 21959 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren bazı yatırım ve hizmetlerin Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yaptırılması hakkında 3996 sayılı Kanun ile bu usule ilişkin yasal çerçeve daha da genişletilerek, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet ve görev alanı içinde olup da ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren pek çok yatırım ve hizmetin bu usulle yaptırılması ve işletilmesi amaçlanmıştır.<sup>62</sup>

Sermaye, özel hukuk kişisi tarafından konulacak olup tüm risk de kendisine ait olacaktır. İdare ile özel hukuk kişisi arasında en çok 99 yıl süreli bir idari sözleşme imzalanacaktır. Sözleşme süresinin sonunda tüm tesisler ile taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerinden sıyrılmış bir biçimde ve bedelsiz olarak devlete geçecektir.

İlgili idarenin hizmet konusunda denetim, yaptırım uygulama, yararlananlardan alınacak bedeli belirleme gibi yetkileri yanında özel hukuk kişisinin hizmete ilişkin ihtiyacı dışında lehine kamulaştırma da yapılabilecektir.

Yasal düzenlemelerin içerdiği bu hükümlerin tümü, eğer ortada bir kamu hizmeti varsa "Yap-İşlet-Devret" modeli diye alınan bu usulün "imtiyaz" dan başka bir şey olmadığını kanıtlamaktadır.

İmtiyazdan farklı bir isim tercih edilmesinin nedenlerinden ilki imtiyazların, kapitülasyonları çağırması

iken, diğeri de başta anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerle belirtilen sistemde öngörülmüş bulunan usul kurallarını bertaraf etmektir. Örneğin, yap-işlet-devlet sözleşmeleri Danıştay denetiminden geçirilmemektedir.<sup>63</sup>

Günümüzde Anayasa ve Danıştay Kanunu öngördüğü sistem uyarınca izlenmesi gereken usul Danıştay'ın incelemesi üzerine Bakanlar Kurulu kararını içermektedir. Öte yandan belediyeler de, kendi kanunlarına göre, yerel kamu hizmetleri için, devletin koyduğu ve uyguladığı esas ve usullere uygun olarak, fakat Meclislerinin "imtiyaz" konusundaki kararı ile bu usulü izleyebilirler, bu halde de yine Danıştay incelemesi ve Bakanlar Kurulunun vesayet denetimine bağlı bir karar söz konusudur.

Bununla beraber 25.06.1932 tarih ve 2025 sayılı Kanunun 1. maddesine göre, "Muvazenei Umumiyye ve mülhak bütçelerle dahil ve mukavelenin akdi tarihinde mevcut veya atıyen ihdas edilecek olan herhangi bir vergi ve ya resim muafiyetini tazammum ve atıyen bütçelerden tediye edilmesini istilzam ederek verilmesine Hükümetçe lüzum görülen imtiyaz mukaveleleri Büyük Millet Meclisinin tasdikine arz olunur." Bu durumda, bazı sözleşmeler Bakanlar Kurulunun kararı ile tamamlanamamakta, Yasama organının onayı da zorunlu bulunmaktadır.

"Bu durumda ister merkezden yönetim isterse mahalli idareler tarafından olsun, hiçbir yönden sınırlı olmayan bir biçimde, çoğu kez tek bir yetkilinin kararı ile uygulamaya konulan Yap-İşlet-Devret modeli, kamu yararından başka bir amaca yönelik olarak yetki ve usul saptırılması, yani "maksat" unsuru sakat bir "imtiyaz"

<sup>62</sup> GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 239.

<sup>63</sup> ÖZAY, İhan; *Günü İnceleyen Yönetim*.

usulü olmaktan öte hiçbir anlam taşımamaktadır."<sup>64</sup>

Bu yorum ve de erlendirmeler karşısında Danıştay'ın "AKTAŞ" olayında işletme devir hakkı sözleşmesini imtiyaz olarak niteleyip iptal etmesinden de tedirgin olan Bakanlar Kurulunun girişimi ile 08.06.1994 tarihinde ve 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" çıkarıldı. 3996 sayılı Kanunun 2. Maddesinde, bu Kanunun amacının, "köprü, tünel, baraj, sulama içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yer altı ve yer üstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları vb. yatırım ve hizmetlerinin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin gönderilmesine ilişkin usul ve esasları" belirlemek oldu u vurgulanmaktadır.

Kanunun 4. maddesinin son fıkrasında "öngörülen yatırım ve hizmetleri yap - işlet - devret modeline göre yaptırmak isteyen idarenin, Yüksek Planlama Kuruluna müracaat ederek ve bu Kurulun izninden sonra sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalayabileceği" hükmü yer almaktadır.

Bununla beraber yasa koyucunun asıl amacı "sözleşme" kenar başlığını taşıyan 5. maddeden anlaşılmaktadır. Nitekim, burada "Yüksek Planlama Kurulunca belirtilen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır ve

bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." denilmektedir.

Bu Kanun Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş, Mahkeme, "... bir sözleşmenin idari ... sayılabilmesi için ... taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu yada kuruluşu olması; ... kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuku aşan yetkiler tanınması gerektiğini" vurgulayarak Kanunu iptal etmiştir.

"Anayasa Mahkemesinin kararı bir yana, gözden kaçan bir husus Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi ve usulü belli bir yasal düzenlemeden kaynaklanmamaktadır. Bunu Anayasa da öngörmüş bulundu u için Danıştay kendini yetkili saymaktadır. O halde "Aktaş" olayında oldu u gibi, sözleşmenin adı de ışik bile olsa, e er içerik, anlam ve kapsam bakımından Danıştay'ca "imtiyaz" olarak nitelenirse Anayasanın öngördü ü usule uyulmamış olması her zaman bir iptal yaptırımının uygulanması tehlikesini beraberinde getirir."<sup>65</sup>

### Kaynakça

KARAHAN OLLARI, Onur; "Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)", Turhan Kitabevi, Ankara: 2002.

GÜNDAY, Metin; "İdare Hukuku", İmaj Yayıncılık, Ankara: 1999.

ÖZAY, İl Han; "Günışığı nda Yönetim", Alfa Yayınları, İstanbul: 1996.

ÖZAY, İl Han; "Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma", Filiz Kitabevi, İstanbul: 1990

<sup>64</sup> ÖZAY, İl Han; *Günışığı nda Yönetim*.

<sup>65</sup> ÖZAY, İl Han; *Günışığı nda Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref: "Türkiye'nin  
İdari Yapısı", Sevinç  
Matbaası, Ankara: 1969.

YILDIRIM, Turan; Türkiye'nin İdari  
Teşkilatı, Alkım Yayınevi.





# Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye'deki Konumu

Av. Leyla DEMİR - Rabia KALENDER<sup>(\*)</sup>



## Önsöz

“Yönetim ile yurttaş arasındaki sorunların çözümünde işlev üstlenmiş olan ombudsman, geleneksel kurumların veya görevli kurumların tıkanıp noktalarında bir çözüm yolu olarak, hem denetim kurumları ile yargının yükünü hafifletmekte ve hem de sonuçta yurttaşın hoşnut olacağı ama yönetimin de olumsuz etkilenmeyeceği çözüm önerileri getirmektedir.”<sup>1</sup> Ombudsman kurumları anlamını, amacı olan adaletin gerçekleştirilmesine katkı sağlamakta bulunmaktadır. Her hukuk bilimi ve pratiğinin, bir sistemin tam uygulanması ve onun mükemmel yapısı ile alakalı olduğu ve hatta bunun hukuk bilimi ve pratiğinin bir görevi olduğu düşünüldüğünde; ombudsman'ın, hukuksal yaptırımın anlam ve amacı olduğu da söylenebilir.<sup>2</sup>

## BÖLÜM I

### Yurttaşların Hak ve Özgürlüklerinin Yönetime Karşı Korunmasında

(\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> AV AR, Zakir; *Ombudsman (Kamu Hakemi) Türkiye için Bir Model Önerisi*, HAK- E itim Yayınları.

<sup>2</sup> PCKL, Victor; *“Mukayeseli Hukuk Bakışı Açısından Avrupa Ombudsman Kurulları”*, çev.: Saim Üstünda, Anayasa, Daire Hukuku, cilt: I. Kamu Denetçisi Halkın Avukatı.

## Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman

### 1. Giriş

İnsanın tabiatında mevcut olan ve en önemli ihtiyaçları arasında yer alan; hak, adalet, özgürlük ve eşitlik gibi konular insanlık tarihi ile beraber insanlığın gündemini oluşturan en önemli meseleler arasında yer almıştır. İnsanlar sürekli olarak haklarını aramışlar ve bu konuda gerekli her türlü çabayı göstermekten geri durmamışlardır. Ayrıca, kendilerini yönetenlerin tasvip etmedikleri davranışlarına karşı tepkilerini göstermeleri, yöneticiler hakkında şikayetçi olmaları ve bu şikayetlerin bağımsızlığına sahip bir denetim organınca araştırılmak sureti ile incelenmesi ve vatandaşların isteklerinin yerine getirilmesi de bu paralelde seyir takip etmiştir.<sup>3</sup>

İnsanların bir araya gelerek şehirler ve devletler kurmalarının altında yatan temel nedenlerin başında hak ve adalet kurumlarını temin edebilmek duygusu ve düşüncesi yer almıştır. Tarih boyunca devletin temel erklerinden olan yargı erki, günümüzde de yasama ve yürütme erkleri ile birlikte devletin ayrılmaz mekanizmalarını oluşturmaktadırlar.

<sup>3</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

Ombudsmanlık, yargı erkinin tarih içindeki gelişiminin bir çeşit yansıması olup, hak ve adalet arayışı neticesinde ortaya çıkmıştır. Ombudsmanlar, her geçen gün daha fazla karmaşıklaşan ve bürokratik yapıya sahip olmaya başlayan modern devletlerde ortaya çıkan sorunları çözmede oldukça etkin olmaktadır. Kamu hizmeti görmekle olan birimlerin, kendi çalışmalarını neticesinde ortaya çıkan şikayetleri her hangi bir ihtilafa mahal vermeden ele almaları ve de erlendirmeleri söz konusu olamamaktadır. Ayrıca ombudsmanlık, di er denetim yollarının eksiklikleri ve yavaşlıkları nedeni ile sa lanamayan sosyal tatmini temin gücü nedeni ile de adalet mekanizmasının bir parçası olarak günümüzde birçok ülkede uygulanan ve uluslararası kuruluşların deste i ile birlikte yayılmaya başlayan bir kurumdur.

## 2. Ombudsmanın Tanımlanması

"Concise Oxford sözlü ünde ombudsman; "kamu kurumlarının haksız uygulamalarına karşı vatandaşları korumak, onların haklarını aramak için atanan memur" şeklinde tanımlanmaktadır."<sup>4</sup>

Her ülkenin kendine özgü farklı yapılanmasý bulunmakta olup, her ülke bu kurumu kendi sistemine uyarlayarak adapte etmiştir. Bu nedenle de; ombudsmanlıđý birçok de işik şekilde tanımlamak mümkün olabilmektedir.

"İsveççe olan ombudsman kelimesi; vekalet verilen (Bevollmachtigter) olarak tercüme edilebilir. Ombudsman için Türkçe'de **kamu denetçili i**

sözcüklerini kullanmak mümkündür. Bununla beraber ombudsman'ın fonksiyonu kavramsal olarak çok daha başka öneme sahiptir. Bu muhtelif fonksiyonları, muhtelif tanımlamalar ile, muhtelif memleketlerin ombudsman kurumunda bulmak mümkündür."<sup>5</sup>

"Her şeyden önce, bu kurum için kavramsal olarak "vekalet verilen", "Avukat", Avustralya'da Halkın Avukatı (Volksanwaltschaft) sözcükleri kullanılıyor veya savunmacı (Ver-teidiger), tıpkı İtalya'da "Difensore civico" ve İspanya'da "Defensor del Pueblo" sözcüklerinde oldu u gibi. Vekalet verilmiş olan ile bir yakın ilişkiye tıpkı İsviçre'de kullanıldı ı gibi şikayet konusu işlerde vekalet verilmiş olan tanımlamasına (işareti) dahi sahiptir. Polonya'da yurttaş hakkı için (Bürgerrechts-beauftragter) sözü ve hatta Almanya'da kullanılan Alman Federal Meclisinin savunma vekili "Wehrbeauftragte"; Fransa'da kullanılan "Mediateur" kelimesi vekalet yanında ombudsman'ın bir önemli arabulucu (komisyoncu) oldu unu ifade eder. Bazı düşünürler de onu "göz-kula ı halkın üzerinde olan insan" olarak anlatmışlardır."<sup>6</sup>

"Büyük Britanya'da; bu kurumlar "Com-missioner" sözcü ü ile tanımlanır. Büyük Britanya'da; yönetim için Parlamento "Com-missioner"i; bölgesel (lokal) "Commissi-oner'ler" ve sa lık "Commissioner'i" vardır. Durum Avustralya ve Yeni Zellanda'da da benzer durumdadır. Buna karşılık; Kanada'nın eyaletlerinde bu kurum ombudsman olarak işaretlenerek yer alır. Anglikan hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelere mesela; İsrail ve Afrika'daki önceki sömürge devletleri, aynı şekilde "Commissioner" veya "Commission'

<sup>4</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDO AN, Ertu rul; "Ombudsmanlık Sistemi: Tanımı, Tarihi Gelişimi, Dünyadaki Uygulamalar ve Türkiye'deki Uygulanabilirlik Tartı maları" *Türkiye Günlü ü*, sayı: 62, Ekim 2000.

<sup>5</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

<sup>6</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.



kavramını kullanıyor. Commission sözcüğü, eğer bir kolligal organ söz konusu oluyorsa kullanılıyor. Tıpkı Tanzanya'daki Parmanent Commision of İnquiry" gibi. Bu araştırma ile araştırma ve kontrol prensibi kuvvetle birleştirilmiş oluyor."<sup>7</sup>

"Uluslararası Baro ise ombudsmanı; Anayasaya göre veya yasama organının veya parlamentonun aldığı bir karar uyarınca oluşturulan, yasama organına karşı sorumlu olan, hükümet birimleri, memurları ve çalışanları hakkındaki şikayetleri alan, şikayetler üzerine yada kendi isteği doğrultusunda harekete geçen ve araştırma yapan, aksaklıkları gidermek için izlenecek yollar hakkında tavsiyede bulunma ve rapor hazırlama yetkisine sahip, bağımsız, üst düzey devlet memuru olarak tanımlanmaktadır."<sup>8</sup>

Yukarıdaki tanımlar ve farklı kullanışlardan da anlaşılacağı üzere ombudsman, avukat, vekalet verilen, hakem, arabulucu, aracı anlamlarına gelmekte ve vatandaş ile devlet kurumları arasında arabuluculuk, hakemlik yapan kişi manasına kullanılmaktadır.

### 3. Ombudsmanlık Kurumunun Ortaya Çıkması ve Tarihi Gelişimi

Hak ve özgürlüklerin korunması, özgürlüklerin doğuşundan beri toplumları meşgul etmiştir. Toplumlar hak ve özgürlüklerini koruyabilmek için esnekliğe sahip, hızlı ve maliyetsiz kurumlar yaratmaya çalışmıştır.

Bugün 90'ın üstünde<sup>9</sup> çeşitli şekillerde uygulanmakta olan ombudsmanlık sistemi ilk olarak 1809'da İsveç'te ortaya çıkmıştır.<sup>10</sup> İsveç'teki istisna edilirse; Ombudsman Kurumu, çok genç bir kurumdur. İsveç, 1809 yılında mevcut olan anayasasını de iştirmek sureti ile, parlamentoyu denetleme organını kuran dünya üzerindeki tek ülke oldu ve bu organ ombudsman olarak adlandırıldı. Bu sistem, yasama organı tarafından sivil bir örgüt olarak kurulmuştur. İsveç'te bu ilk ombudsman, yürütme ve yargının denetiminden bağımsız çalışma ve idarenin faaliyetlerini tam olarak, teftiş edebilme haklarına sahipti. Aynı zamanda, şikayet geldiğinde, kısmen de olsa yargıyı teftiş edebiliyordu.

Ombudsmanlığın kaynağını, Çin'deki Han Hanedanlığı sırasında var olan "Yuan Control Kurumuna", Roma'daki "Halk Tribünlerine", 17. yüzyıl Amerikan Kolonilerindeki "Censosrs" kurumlarına baktığımızda kuranlar olduğu gibi Hz. Muhammed'in vefatından sonra ikinci halife olan Hz. Ömer'in döneminde tüm vatandaşların başvurabileceği, şikayetlerini iletebileceği idari denetim kurumu olan "Muhtesip" kurumuna dayandırılanlar da bulunmaktadır.<sup>11</sup>

Ombudsmanlığın ortaya çıkışıyla ilgili ilginç bir iddia daha bulunmaktadır. Buna göre, İsveç Kralı XII. Şarl 1709 yılında Ruslarla yaptığı savaşta yenilmesinde sonra 1709-1714 yılları arasında sınırdışı Osmanlı topraklarında yaşamak durumunda kalmıştır.<sup>12</sup> İsveç Kralı XII. Şarl (Demirbaş Şarl), bu sistemi Osmanlı devlet idaresinde, Kazasker kurumunda görmüştür. Şarl, ülkesinden uzakken, ülke

<sup>7</sup> PCKLY, Wictor; a.g.m.

<sup>8</sup> İKAY, Mahir; "Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye'deki Konumu", <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MIsikay.html>

<sup>9</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>10</sup> İKAY, Mahir; a.g.m.

<sup>11</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>12</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

idaresini ve yargısının kanunlara uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini, kendi adına denetleyecek bir kişiyi kendi gözü ve kulağı (Högste Ombudsman) olması için "yüksek vali"<sup>13</sup> olarak atamıştır.<sup>14</sup>

Kral XII. Şarl, ülkesine dönünce, atadığı yüksek vali halkının kendi yokluğundaki şikayetleri ve istekleri konusunda neler yapıldığını içerir bir faaliyet raporu verir. Bu durumu bilen kral, bu kişinin faaliyet göstermesi ile ülkeyi daha adil yönetebileceğini ve halkın da bu durumdan memnun kalacağını düşündüğü için uygulamayı kurumsallaştırma yönünde karar verir ve bu yönde girişimlere başlar.<sup>15</sup>

Osmanlı idari sisteminde yer alan "Baş-kadı'nın (kazasker) görevi, tüm hükümet görevlileri tarafından, insanların gerek birbirleri ile olan ilişkilerinde ve gerekse de devlet ile olan ilişkilerinde İslam Hukukunun uygulanabilmesini sağlamaktı. Başkadı, bu şekilde, insanların haklarının adaletsizlikle ve ramasını ve kamu görevlilerinin güçlerini kötüye kullanmalarını önleyici bir fonksiyona sahipti. 1709-1714 yılları arasında Edirne yakınlarında yaşamak zorunda kalan ve ülkemizde Demirbaş Şarl olarak bilinen İsveç Kralı XII. Şarl'ın, bu kurumu bu tarihler arasında faaliyete geçirmesi bu şekilde yorumların oluşmasına neden olmuştur.

İsveç Ombudsman kurumunun adı (Högste Ombudsman), 1719 yılında "Justutiekanser-JK" olarak değiştirilmiş ve 1766 yılından sonra da ombudsmanı atama yetkisi, kraldan parlamentoya (Riksdag) geçmiştir. Bu tarihten

sonra da meclis adına hareket eden "Justiteombudsmannen-JO" ihdas edilmiştir.<sup>16</sup>

Ombudsman yöneticilerin ve yargıçların görevlerinde hata yapmalarının ve suiistimalde bulunmalarının önüne geçmek ve gerekli hallerde soruşturma yapmak üzere 1809'da İsveç'te Anayasa tarafından kurulmuş bir denetim sistemidir. Bu nedenle, pek çok kimse tarafından ombudsmanın başlangıç tarihi olarak, anayasada ifadesini bulduğu tarih olan 1809 yılı esas alınmaktadır. Ancak çok uzun bir süre dikkat çekmemiş ve İsveç sınırları içinde kalmıştır. Bu kurum öncelikle İskandinav ülkelerinde uygulanmaya başlanmış ve ardından da tüm dünyaya yayılmıştır. 20. yüzyılın başında ilk olarak Finlandiya'da uygulanmıştır. Hukuk devletinin güçlendirilmesi ve demokratikleşmenin bir elemanı olarak görülen bu kurum 20. Yüzyılın ikinci yarısında, gelişmiş ülkelerde olduğu kadar gelişmekte olan ülkelerde de büyük bir hızla yayılmıştır. 1954'te Danimarka'da, 1957'de Batı Almanya'da, 1959'da Norveç'te ombudsmanlık sistemi işlemeye başlamıştır.<sup>17</sup> 1962'de Yeni Zelanda, 1967'de Birleşik Krallık, 1971'de İsrail, 1976'da Portekiz, 1981'de Hollanda ve İspanya bu sistemi ülkelerinde kendi bünyelerine uyarlamak suretiyle çeşitli şekillerde ve farklı isimlerle uygulamaya başlamışlardır.<sup>18</sup> Etkili bir denetim mekanizmasının olduğu ülkelerde ombudsmana ihtiyaç bulunmadığı fikrinin hakim olduğu Fransa'da 1973 yılında ombudsmanlık müessesesi kuruldu.<sup>19</sup> Avusturya, ABD ve Kanada'da bu sistem ülke çapında veya eyalet-

<sup>13</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>14</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDOĞAN, Ertuğrul; a.g.m.

<sup>15</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>16</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>17</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>18</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDOĞAN, Ertuğrul; a.g.m.

<sup>19</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

vilayet çapında uygulanmaktadır. 1980'lerden itibaren banka, sigorta, emlak ve yatırım şirketleri dahil birçok özel sektör kuruluşlarında ve üniversitelerde de kullanılan bir kurumdur.

Avrupa Konseyi İstişari Asamblesi tarafından 1957 yılında 457 sayılı Tavsiye Kararı ile üye ülkelerde ombudsmanın kurulması tavsiye edilmiş, bunun üzerine Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde mevcut hak arama yollarına ek olarak ombudsmanlar kurulmuştur.<sup>20</sup>

1992'de Maastricht'te imzalanan Avrupa Anlaşması ile de bir "Avrupa Ombudsmanı" oluşturulmuştur. Avrupa Parlamentosu, ilk ombudsmanını 1995 yılında seçmiştir. Avrupa Ombudsmanı, Avrupa Parlamentosu tarafından atanmakta ve Avrupa Adalet Mahkemesi ile aynı statüde bulunmaktadır. Avrupa Ombudsman'ı, Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu gibi Avrupa kurum ve kuruluşlarında yönetim bozukluklarını araştırır ve rapor eder. Herhangi bir birey, memur veya üye devletlerin herhangi bir birimi, doğrudan veya bir Avrupa Parlamentosu üyesi aracılığı ile şikayette bulunabilmektedir. Haklarında araştırma yapılan birimler veya bireyler ombudsmanların istediği her türlü bilgiyi sağlamakla yükümlüdürler ve gizlilik gerektiren konular da buna dahildir.

Yukarıda da belirtildiği gibi ombudsmanların işlevleri, benimsedikleri ülkelerin yönetsel sistemlerine göre de değişmektedir, tanımlamalara bir düzen getirmek amacıyla ombudsmanları parlamenter ombudsman ve yerel yönetim ombudsmanı olarak sınıflandırmak tarihi gelişim süreci eşli inde uygun olur.<sup>21</sup>

**Parlamenter Ombudsmanı**, en tipik örneği İsveç'tedir. Parlamenter Ombudsmanı diğer ombudsmanlardan, seçim şekli, yetkileri ve görev alanları ile ayırmak mümkündür. Bu ombudsman, parlamento tarafından seçilmiş ve parlamentoya dayanan, hiçbir kurum ya da kişinin talimatları ile çalışmayan, yurttaş başvurularını aracısız (direkt) olarak kabul eden, kamu yönetimlerine karşı yurttaşların hak ve özgürlüklerini korumakla görevli, kamunun gerçekten güvenini kazanmış ve herkesçe tanınan ombudsmanlardır.<sup>22</sup>

Bunun yanında **Yerel Yönetim Ombudsmanları** ise, belli bir bölgede ya da kentte, yerel yönetimlerin kötü işleyişinden kaynaklanan sorunları çözmek, yurttaşlar ile kamu birimlerinin ilişkilerini iyileştirmek ve kötü yönetime karşı yurttaşların korunması amacıyla yönetim tarafından atanmış ombudsmanlardır.<sup>23</sup>

Yerel yönetimler için ayrı bir ombudsmanın gerekli olup olmadığı, ombudsmanlık kurumunun benimsendiği tüm ülkelerde tartışılmıştır. Bazı ülkelerde yerel yönetimler ombudsmanı yetki alanının dışında tutarken, bazı ülkeler yerel ve merkezi tüm kamu yönetimi için bir ombudsman belirlenmesi yöntemini benimsemişlerdir.

Yerel yönetimlerin üstlendiği görevlerin gittikçe artması ve çeşitlilikler arzemesi nedeniyle, merkezi yönetimler için oluşturulan ombudsmanların yanında yerel yönetim ombudsmanlarının oluşturulması artık benimsenen bir konu olup, merkezi yönetim ombudsmanlarının iş yükü de bunu zorunlu hale getirmektedir.

Bu ombudsmanlar, müdahale alanlarının ölçüsü, otorite ve

<sup>20</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>21</sup> I IKAY, Mahir; a.g.m.

<sup>22</sup> I IKAY, Mahir; a.g.m.

<sup>23</sup> I IKAY, Mahir; a.g.m.

etkileri açısından sınırlandırılan ombudsmanlardır. Yerel yönetim ombudsmanlarının yerel meclis kararlarının niteliği üzerinde bir denetim yetkisi yoktur. Bu nedenle de; yerel yönetim ombudsmanları daha ziyade alınmış kararların uygulanması sırasında haksızlık yapıp yapılmadığını denetleyen basit gözlemciler durumunda olmaktadır.

Yerel yönetim ombudsmanları kötü yönetimden kaynaklanan adaletsizliklerle ilgili şikayetleri incelemekle yetkilidir. Ancak yerel yönetimlerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların esasını tartışmazlar.

Yerel ombudsman kötü yönetim nedeniyle şikayetçiye haksızlık yapıldığını saptayacak olursa, yerel yönetim raporu dikkate almak ve alınan ve alınması düşünülen önlemleri ombudsmana bildirmek zorundadır.

Yerel yönetimlerin ombudsmanın önerisi üzerine yönetim iki şekilde davranabilmektedir. Ya şikayetçinin hakkının yerine getirilmesi söz konusu olur ya da yönetimin tekrarlınması amacıyla uygulama usullerini gözden geçireceğini belirtir.

Yönetimin makul bir süre içerisinde bildirimde bulunmaması veya ombudsmanın önerilen önlemleri uygun bulmaması ya da yönetimin hiçbir önlem almaması halinde ombudsman başka bir rapor hazırlamak suretiyle duruma müdahale etmektedir.

Çalışmanın devamında, parlamenter ombudsmanlık kurumu üzerinde açıklamalar yapılmaya devam edilecek olup, yerel yönetim ombudsmanlığına daha fazla değinilmeyecektir.

#### 4. Ombudsman'ın Yetkileri ve Çalışma Alanı

##### Ombudsmanlık Kurumunun Özellikleri

"Bu kuruma Avrupa'dan mukayeseli bir bakış açısından bakılacak olursa; kurumun tesisine esaslı bünyesel ortak noktanın; hukuksal ve toplumsal politik nedenlerin olduğu görülmektedir. Bunun dışında; yeni kurumsal yapılar bakımından aydınlatıcı olan tarihi ve aktüel örnekler de etkili olmaktadır. Ve ayrıca; "Ombudsman Kurumu" için tipik organizasyon unsurlarında da bir ortaklık bulunuyor: Ancak, bu ortaklık için bazı olgular sınırlayıcı oluyor. Halihazırda Politik uzlaşmalar, gerçek olan yapıya bir yenisini eklemekteki baskı; ideal tipten ayrılmayı da beraberinde getiriyor. Ombudsmanların farklı ülkelerde farklı yetkileri ve çalışma alanları bulunmaktadır. Ancak bütün bu farklı uygulamalardan yola çıkarak ortak bazı noktalar tespit edilebilir."<sup>24</sup>

Ombudsman, hükümetten bağımsız olarak çalışan bir arabulucu kurumdur. Ombudsman, vatandaş ile devlet (kamu kurumları) arasında hakemlik görevi yapar. Çalışmaları esnasında daha ziyade kamu kurumlarının icraatlarının doğru, haklı ve vatandaş yararına uygun olup olmadığını araştırır.

Bazı ülkelerde Ombudsmana yapılacak başvuru hiçbir şekilde değilken, diğer bazı ülkelerde ise ombudsmana başvurmadan önce bir vatandaşın, bütün yönetsel ve yargısal yollara başvurmuş olması ve yasaların kendisine tanıdığı bütün imkanları kullanmış olması gerekmektedir. Fakat, bu durum ombudsmanlık

<sup>24</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

sisteminden beklenen yararı kısıtlamaktadır. Yine bazı ülkelerde ombuds-mana götürülen şikayet konusunun zaman aşımına u ramamış olması gerekmektedir. di er bazı ülkelerde herhangi bir zaman kısıtlaması bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde ise; zaman kısıtlaması olmakla birlikte kamu yararının söz konusu oldu u hallerde bu zaman sınırlaması engel teşkil etmeyebiliyor.

Ombudsmanlık sistemini zora sokan bazı uygulamalar da vardır. Ortaya çıkışından beri gerek gelişmiş ülkelerde ve gerekse de gelişmekte olan ülkelerde hukuk devletinin güçlendirilmesi ve demokratikleşmenin bir elemanı olarak görülmeye başlanan ombudsmanlık kurumunun yo un ra bet görmesi nedeni ile neredeyse yargı dışında oluşturulan her şikayet mercii ombudsman olarak anılmaya başlanmıştır. Böylece bu kurum ile ilgili olarak bir çeşit kavram kargaşası da oluşmaya başlamıştır. Bu kuruma; hem kamu alanında - Vergi Ombudsmanı, Hastane Ombudsmanı, Eşit İşlem Ombudsmanı gibi- ve hem de özel kurumlarda ve özellikle de iletişim alanında rastlamak mümkün. Bu ombudsmanlar, Parlamento Ombudsman'ına eşit durumda bulunmayan bir yapıya sahip olup, buralarda bir ombudsman benzeri kurumların varlı ndan söz etmek uygun olur. Bunlar arasındaki fark; seçim şekillerinde, görevlerinde, yetkilerinde ve özellikle de ba ımsızlıklarında bulunur. "Ombudsman'ın çok çeşidinin bulundu u İsveç'te, İsveç Parlamentosunun Ombuds-man'ı "Justitie Ombudsman" ve "JO" olarak ifade edilir ve her İsveç'li gerçek Ombuds-man'ı bu suretle tanımsız olur."<sup>25</sup>

Ombudsmanın yargı veya idare üzerinde denetim yetkisi bulunmamaktadır. Bunlar üzerindeki

yetkisi sadece araştırma ile sınırlıdır. Ayrıca, hukuka aykırılık, adaletsizlik ve haksızlı ı araştırıp tespit etme ve çözüm önerme yetkisine sahiptir. Ombudsmanın, araştırma yapma ve buna ilişkin tüm olanakları kullanma inisiyatifi bulunmamaktadır. Başvuru üzerine harekete geçmesi mümkün oldu u gibi bir gazete haberi üzerine hiçbir başvuru olmaksızın kendili inden de harekete geçmesi mümkündür.

Parlamentar Ombudsmanlarda, Parlamentonun hakimiyeti, Ombudsman'ın Parlamento tarafından atanması ve azledilmesi şeklinde etkisini göstermektedir. Parlamento ya ba lılı ın en kuvvetli oldu u yer Danimarka ve Norveç'tir. Zira; bu ülkelerde ombuds-manın seçimi; her parlamento seçiminden sonra yapılmaktadır. Finlandiya'da da Ombudsman gizli oy sistemi ile dört yıllık yasama dönemi için seçilir. Bir erken seçimden Ombudsman'ın süresi etkilenmez.

İngiltere'de ombudsman, hükümetin önerisi ile kraliçe tarafından atanır. 65 yaşında emekli olana kadar süresiz olarak görevde kalır. Fransa'da ombudsman, bakanlar kurulu kararı ile 6 yıllı ına atanır ve ikinci kez atanması mümkün de ildir. İsrail Ombudsmanı, Meclis Komisyonunu önerisi ile, devlet başkanı tarafından atanır.

Avustralya'daki halkın avukatlı ının üyeleri; parlamento seçimlerinden ba ımsız olarak altı yıl için seçilir. Tekrar bir defa daha seçilebilmeleri mümkündür. Her halkın avukatı için yeni görev periyodu her altı yılda bir 1 Temmuz itibari ile başlar. E er; halkın avukatı, görev periyodu esnasında seçilmiş olursa; ombudsman, ancak bakiye süre için görevde bulunabilir daha sonra yeni seçim yapılır.

<sup>25</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

Parlamento tarafından azil de ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Danimarka ve İsveç'te bu basit ço unluk ile her zaman mümkündür. Norveç'te 2/3 ço unluk gereklidir. Ombudsman'a Finlandiya ve Danimarka'da güven tamdır. Zira, buralarda anayasalar memuriyetten azli asla öngörmezler. İngiltere'de 65 yaşında emekli olana kadar süresiz seçilen ombudsmanların her iki kamaranın önerisi ile yine kraliçe tarafından görevden alınması söz konusudur. Fransa'da ombudsmanın azli ancak Danıştay genelgesi ile tanımlanan koşullarda belirtilmiş sürekli engelli olma durumu, yetersizlik veya görevi ihmal etme söz konusu oldu u zaman mümkündür. İsrail Ombudsmanı ise, parlamentonun en az 2/3'ünün onayı ile görevden alınabilir.

Ombudsman'ın parlamento karşısında rapor verme mükellefiyeti genel olarak öngörülmüştür. İngiltere Parlamento Ombudsman'ı e er ona parlamentonun üyelerinden biri tarafından bir dilekçe havale edilirse, ancak faaliyette bulunabilir.<sup>26</sup> Burada böylece bir parlamento filtresi söz konusu oluyor. "İngiltere, tarihten beri halkın parlamenterlere yapageldi i şikayetlerin do rudan ombudsmana yapılabildiğini parlamenterlerin haklarının gasbı olarak adetmiştir."<sup>27</sup> Aynı filtre Fransa'daki "Mediateur" için de mevcuttur. Fransız Ombudsman'ı, bir milletvekili veya senatör hakkında ferdi şikayetler kendisine havale edilirse, faaliyet gösterir. Avustralya'da da Ombudsman'ın dilekçe komisyonu ile ilişkisi inkar edilemez.

Ombudsman kurumlarının esas fonksiyonlarından hareket etmek sureti ile bazı esaslı fonksiyonlarını açıklamak ve belki

de genel hatları ile fonksiyon mukayesesi yapmak uygun olur. Her ülkenin ombudsmanlığı a bakış açısı, kurumun ülkedeki fonksiyonuna göre farklılık arz etmektedir. Ancak, bazen ülkelerde kuruma bakış açısının fonksiyona uygun düşmedi i görülmektedir. Avustralya'daki halkın avukatlığı, avukat kavramına verilen anlamdan daha ziyade fonksiyon ifade etmektedir.

Ço u ombudsman kurumlarının, zamanla şikayeti inceleme şeklindeki klasik fonksiyonu yanında, ülkeden ülkeye de işen farklı ilave fonksiyonları geliştirilmiştir. Bunları şöyle sıralamak mümkündür:<sup>28</sup>

- Kontrol Fonksiyonu,
- İhtilafları Çözme Fonksiyonu,
- Ombudsman'ın reformcu ve demokrat politik temsil fonksiyonu,

### Kontrol Fonksiyonu

Ombudsman'ın idareyi kontrol etme fonksiyonu, ombudsmanlığı n kayna ı olan İsveç örne ine dayanır. İsveç Ombudsmanının kontrol fonksiyonu di er ülkelerdeki ombudsman kurumlarındaki ombudsman kontrol fonksiyonundan çok farklıdır. İsveç Ombudsman'ının özel mükellefiyeti, mahkeme ve idare mercilerinin kanun hükümlerini objektif ve tarafsız olarak uygulamasını garanti etmek, yönetimin yurttaşlarla ilişkilerindeki eksik ve yanlışlıklarını ortaya koymak ve vatandaşın temel haklarının kamu idaresi tarafından ihlal edilmesine engel olmaktır. Ombudsman kamu idaresini gözetler ve bu amaçla gerekli gördü ü

<sup>26</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

<sup>27</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>28</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.



hallerde teftişler dahi yapabilir.<sup>29</sup>

Ombudsmanlar, gerek yürütmeye karşı, gerek kendisini seçen parlamentoya karşı ve gerekse de di er organlara karşı, görevlerini ifa ederken ba ımsızdırlar. Bu nedenle de, ombudsmanın kontrol fonksiyonun ifası kolaylaşmaktadır.

İslam Hukuk çevresinde kontrol, şikayet ve ihtilaf çözme kurumları yedinci asırdaki halifelik kurumuna dayanmaktadır. O zaman tesis edilmiş olan "muhtasip" kurumu bugün hala ço u Arap ülkelerinde geçmişteki uygulamasına benzer fonksiyonları ile kullanılmaktadır. Pakistan'da birkaç sene önce tesis edilmiş olan yeni şikayet makamının resmi tanımını da "Mohtasib Ombudsmann" olarak görülür. Kuzey Arap Berberi etkisi İspanya'da dahi kendini gösterir.<sup>30</sup>

Bir ombudsman'ın kontrol fonksiyonu tarihi paralelliklere de sahiptir. Devlet egemenli inin kullanılması esnasında bu egemenli in kontrol problemi her zaman söz konusu olmuştur. Tarihte her zaman ombudsman kurumuna bazı yönleri ile benzeyen kontrol organları mevcut olmuştur.

Ombudsmanın kontrol fonksiyonunu ifa ederken en büyük yardımcısı resen araştırma yetkisi olmaktadır. Resen araştırma yapabilme yetkisine Avustralya'daki halk avukatı sahip olmasına karşın İtalya gibi birçok ülkede ombudsmanların böyle yetkisi bulunmamaktadır.

Şikayette bulunabilme yetkisine kimlerin sahip oldu una bakacak olursak; İskandinav ülkeleri ile Hollanda'da her yurttaş prensip olarak herhangi bir merciin davranışı hakkında şikayette bulunabilir. Başvurucunun bu işlem

ve davranış ile ilgili olması şart de ilken, Avusturya'da ilgili olma koşulu aranır. Böyle bir daralmayı ancak resmi yoldan araştırma yetkisi ile aşmak mümkün olabilir.

Bir ombudsman'ın kontrol yetkisi esas itibari ile yönetsel alandadır. İsveç'te; ayrıca yargı da buna dahildir. Kontrol yetkisinin tahditleri de vardır. Polonya'da polis ve asker güvenlik güçleri alanı istisna edilmiştir. Bakanlar Kurulu, İsveç Ombudsmanı'nın denetim alanı dışında bulunmaktadır. Ancak gerekli gördü ü hallerde bakanlar kurulunun işlemleri ile ilgili olarak görüş bildirebilir. E er, hükümetçe alınan karar adaletsizli e neden oluyor ise bu kararın düzeltilmesini ve adaletsizli e neden olmayacak yeni bir kararın oluşturulmasını önerebilir.<sup>31</sup>

Avusturya halk avukatlı ı; kontrol yetkisine tam olarak sahiptir. Hatta böylece; adli idare ve özel ekonomi idaresi hakkında da kontrol yetkisine sahiptir. Tavsiye yetkisi 1988 Anayasa Kanunu ile kendi kendini idare eden kuruluşları ve emre ba lı olmayan idare organları üzerine de genişletilmiştir.<sup>32</sup>

### İhtilafı Çözme Fonksiyonu

Modern hayat her geçen gün daha fazla karmaşıklaşmakta ve bu paralelde kamu idareleri ile yapılan işlerin sayısı da artmaktadır. Bu da beraberinde idare edilenlerin kamu idareleri ile çözmek zorunda kaldı ı çok sayıda ihtilafı getirmektedir. Bu ihtilafların çözümü için de aynı ölçüde mahkemelere ve devletin di er mercilerine başvurmak zorunlu hale gelmektedir. Bu ihtilafların en hızlı bir biçimde,

<sup>29</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

<sup>30</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

<sup>31</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

<sup>32</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

ucuz ve adil olarak çözümü gerekmekte iken, uygulama genelde bu şekilde olmamakta, hukuk bilgisi az olan, yoksul insanlar için süreç uzamaktadır.

Mahkemelere gittikçe artan görevler verilerek bunların çözülmesi bekleniyor. Ancak; Mahkemeler aşırı derece yavaş oldu undan ihtilafları gerektiği gibi çözememektedirler. Aşırı masraflar dışında uzun süren adli yargılama ve özellikle de adli sistemin prensip niteliğinde kararlar vermesine önem verilerek hükümlerde sadece kanunilik unsuruna dikkat edilmesi; asıl önemli olan tatmin görevinin yerine getirilememesine neden olmaktadır.

Bütün bunlar, hakkını arayan halkın bir hayal kırıklığına uğramasına ve adalet karşısında önemli bir güven kaybına neden oluyor. Bu nedenle; 'halkın avukatı'nın önüne getirilen şikayetlerin büyük oranı adalet alanına ilişkin bulunuyor. Halk; bağımsız mahkemeler önünde elde edemeyeceğini inandığı hak ve adalet için ihtilafları çözecek daha farklı alternatif yollar aramaktadır. Bu nedenle de ombudsmandan büyük bir yardım ve çaba beklemektedir. Beklentilere tam olarak cevap verilebilmesi için de tıpkı İsveç'teki gibi bir halk avukatlığının, adli alanda hukuk tatbikatının bağımsızlığını çok tabii olarak ihlal etmesine izin vermeden bir inceleme yetkisi ile donatılması gerektiği düşünülmektedir.

Ombudsman'ın adli ve idari yargılamadan kaçınma bakışı istikametinde uzlaşıcı rolü özel bir öneme sahiptir. Fransa'daki Ombudsman için yapılmış "Mediateur" tanımlaması, fonksiyonunu çok açık gösteriyor. Fransız Ombudsmanının büyük öneme sahip arabulucu faaliyeti mevcuttur. Fransa'daki "Mediateur"lar ihtilaf halindeki

tarafları, kanunu onlara etkili kılmak için de il; aksine onlara yardım etmek için tekrar araya getirmek ve böylece onların düşüncelerini olumluya çevirmek bakımından bir ilişki tesis etmek imkanına sahip bulunuyorlar. Böylece; Mediateur'ların yardımı ile ve tamamı ile belirli bir alandaki arabuluculuk fonksiyonu sonucunda, muhtemel davalardan kaçınma olanağı bulunabilmektedir.

Ancak burada şunu gözden kaçırmamak uygun olacaktır ki, ombudsmana verilen roller bir açıdan birbirini tamamlamakta iken bir yandan da bir biri ile çatışmaktadır. Zira, bir şikayet üzerine inceleme yapan ombudsman her hem şikayetçinin ve hem de idarenin üzerinde uzlaşma sağlayacağı bir sonuca varacak olur ise, şikayet konusu üzerinde daha fazla durmayı gerek görmeyebilir. Bu da beraberinde, şikayetçinin tatmin olmasını ancak, şikayete neden olan yönetimin uygulaması hakkında daha kapsamlı inceleme yapılmamasını beraberinde getirmektedir.

### **Ombudsmanın reformculuk ve Demokrat-politik temsil fonksiyonu**

Bir reformcu olarak ombudsman'ın fonksiyonu, ombudsmanlık kurumunun temel işlevlerinden olmak durumundadır. Onun reformcu fonksiyonu, hukuk ve idarede yapılacak reformları ateşlemesi ve bunun gerçekleşmesini tavsiye etmesi şeklindedir. Ombudsman'ın bu fonksiyonu, bazı hukuk düzenlerinde ve özellikle İsveç Ombudsman'ında açıkça ifadesini bulmaktadır.

İsveç'te Ombudsmanlar, her faaliyetleri esnasında mevzuattaki noksanların varlığını gidermek isterlerse veya kanuni

de işiklikler için sebep görürlerse, bunlar için faaliyette bulunmak durumundadırlar.

Birlikte yaşamın sağlıklı devamı için gerekli olan düzenlemeyi yapan hukuk, bütün norm sistemleri içerisinde çok daha önemli ve özel bir yer tutmaktadır. Hukuk, kişiler arasındaki ilişkilerin en sağlıklı şekilde yürütülmesi, mülkiyetin korunması ve yükümlülüklerin tespiti ile normlar düzeninin korunması açısından bir temel olmaktadır. Hukukun etki alanı ve onun kurumlarının icra gücü, onun arkasındaki güç ile paraleldir. Ombudsman, devlete ait bir kurum olmakla birlikte onun arkasında her hangi bir cebri güç bulunmamaktadır. Bu hususu, ilgili kurumların ombudsmana yardım etmesi gerektiği kuralı ile karıştırmamak gerekir. Bu sadece, yapılan incelemeler neticesi elde edilen sonuçların cebir ile uygulamaya konulamayacağı anlamına gelir.

Halkın avukatı, idari işlemlerde emir yetkisi veya cebir yetkisi kullanmaksızın, tamamen şahsi otoritesi ve ikna yolu ile de işiklikler yapılmasını ve sonuçta da daha ihtiyaçlara uygun cevaplar verir bir hukuk uygulamasının oluşturulmasında etkili olabilmektedir. Bu şekilde, idare organlarının motive olmasında etkin olmakta ve bu organların görevlerini, sosyal hukuk devleti ve demokrasiden vatandaşların beklentilerini önceleyerek yapmalarını temin etmektedir.<sup>33</sup>

Geleneksel bir kamu idaresi, vatandaşından akıl yolunda yürümesini ve kanunlara bağlı kalınmasını ister. Bu mevcut zihniyete karşın; bugün yurttaşlar kör bir itaat yerine, kendilerini ilgilendiren kararların

sebeplerini sorgulamak sureti ile işlemlerin yapılmasına iştirak etmek isterler.

Geleneksel bir kamu idaresi anlayışı zamanla azalmakta olup, bunda da tüketim ideolojisinin yansımalarının oldu unu söylemek mümkün olabilir.<sup>34</sup>

Devlet ve vatandaş, devleti temsil eden idare organları yoluyla karşı karşıya gelmektedirler. İşte ombudsman bu noktada önem ifade etmektedir. Eğer, devlet ile vatandaş arasında her hangi bir ihtilaf söz konusu olursa, ombudsman buna müdahale eder ve bu şekilde vatandaşın devlete olan güveninin sarsılmasının önüne geçer. Ombudsman, hem idarenin eksiklerini göstermek ve hem de doğru işlemin ne oldu unu vatandaşa açıklamak ile yükümlüdür.

Bu suretle ombudsman; idari alanda vatandaş için devleti temsil etmiş olur. Ço u kez vatandaş tarafından şikayet konusu olan demokrasiden hoşnutsuzluğun önüne de bu şekilde geçilmiş olur.<sup>35</sup>

Bazı devletlerde ombudsmanlık kurumu hakkında önemli tereddütlerin mevcut oldu u görülmektedir.

Federal Almanya'da; Federal Meclisin savunma avukatlığı dışında ombudsman yoktur. Federal Meclis veya Eyalet Meclisinin dilekçe komisyonu kısmen az ve kısmen çok ombudsman'ın yetkilerine benzer bazı yetkilere sahiptirler. Tabi burada her şey bir parlamento komisyonunda konuşuluyor.

<sup>33</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

<sup>34</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

<sup>35</sup> P CKLY, Wictor; a.g.m.

## 5. Ombudsman Üzerine Görüşler ve Temel Tartışma Konuları

Ombudsman kurumu, her ülkenin kendine özgü yönetim gelenekleri, siyasal sistemleri açısından alacağı konum, kurumun etkili ve yararlı olabilmesi için gerekli olan toplumsal koşullar, kurumun yaptırım gücüne sahip olup olmayacağı, yargı, yasama ve yürütme organları karşısındaki durumu gibi konular zaman zaman tartışmalara neden olmaktadır ve her ülke kendi yapısal durumu ile uyum sağlayacak çözümler bulma yoluna gitmektedir. Temel tartışma konuları muhtelif olup, her ülkede farklı cevaplar bulmaktadır. Bunlara kısaca göz atılacak olursa;<sup>36</sup>

a- Ombudsman kurumunun ya da onu temsil eden en yüksek kişinin devlet sistemi içindeki yeri ne olmalıdır? Bağımsız ve anayasal bir kurum olarak kurulabilecek ombudsmanlık, gücünü halk nezdindeki saygınlığından ve Anayasadan alarak görevini başarıyla yerine getirebilir. Kurumun yapısı göz önünde bulundurulduğunda, öncelikle, devletle vatandaş arasında hakemlik görevi ifa edecek kişinin maaş ve özlük hakları bakımından bağımsızlığı olan, üst-üst ilişkisinin hakim olduğu bir devlet memuru olmaması gerekir. Ombudsman, devlet sistemi içerisinde hiyerarşik yapılanmanın içinde yer almamalıdır. Böylece, re'sen harekete geçebilmesi ve taraf tutmadan objektif bir biçimde de erlendirmelerde bulunabilmesi sağlanmıştır.<sup>37</sup>

b- Ombudsmanın yargı organlarının yerine geçerek yargı fonksiyonunu ifa edebilir mi? Ombudsmanlık kurumu, yargısal bir

kurum olmadığı gibi yaptırım işlevi niteliği de yargısal nitelik taşımamaktadır. Ombudsman bir soruşturma ve hakemlik kurumu olup yargının, özellikle de idari yargının yükünü hafifletebilir ve belki yargının bir nevi tamamlayıcı kurumu olabilir. Kendisi, yargılama yapamayan ombudsmanlar, araştırma ve soruşturmaları sonucu ortaya çıkabilecek kusurlar hakkında idareye karşı, uyarı, öneri, eleştiri getirebileceği gibi, sorumlular hakkında dava açılmasını da isteyebilmektedir.<sup>38</sup>

c- Ombudsman, yasama ve yürütme karşısında hangi konumda olmalıdır? Yetkileri neler olmalı? Ombudsmanlık kurumunu benimseyen her ülkede ombudsmanın seçim şekli kendi sisteminin yapısal durumuna göre farklılıklar arz etmektedir. Şöyle ki, İsveç gibi birtakım ülkelerde ombudsman parlamento tarafından seçilirken, Fransa gibi birtakım ülkelerde hükümet tarafından ve İngiltere gibi birtakım başka ülkelerde ise devlet başkanı tarafından her ülkede birbirinden farklı süreler için atanmaktadır. Ombudsman, ilk uygulama şeklini bulduğu İsveç'te en geniş yetkilerle donatılmış olup, yargı, yürütme ve hatta askeri konularla ilgili araştırma ve soruşturma yapma yetkisine dahi sahiptir. İsveç örneği, şu an için en ideal örnek olup, İsveç'te ombudsman herhangi bir kurumun yerine ikame edilmemektedir. Tüm kurumların dışında, rahat araştırma ve soruşturma yapma yetkisine sahip ve vatandaşın korunması için gerekli girişimlerde bulunan, teklifler sunan, hatta bazı durumlarda yasa tasarıları hazırlayan bir kurum olarak görev yapmaktadır.<sup>39</sup> Sonuç olarak; Ombudsmanın sahip olduğu geniş araştırma ve sorgulama yetkilerine rağmen kamusal

<sup>36</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDOĞAN, Ertuğrul; a.g.m.

<sup>37</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDOĞAN, Ertuğrul; a.g.m.

<sup>38</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDOĞAN, Ertuğrul; a.g.m.

<sup>39</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDOĞAN, Ertuğrul; a.g.m.

eleştiri ve ikna dışında zorlama yetkisine sahip de ildir.<sup>40</sup>

d- Ombudsman belli niteliklere sahip olmalı mı? Olmalı ise; bunlar ne tür nitelikler olmalıdır? Ombudsman için aranan özelliklerin başında "saygınlık" gelmektedir. Hem yönetim katmanlarında, hem yasama ve yargı kesimi üzerinde, en önemlisi de kamuoyu önünde çok saygın bir kişilik olmalıdır. Ombudsman seçilebilmek için, özel vasıflara sahip olmak gerekli de ildir. Önemli olan bu kimselerin, tarafsızlıklarını koruyabilmeleri, kariyer endişesi taşımamaları, dürüst, olgun ve hukuka tam anlamı ile hakim ve bali kişiler olmalarıdır. Her vatandaş, erkek veya kadın olmasına bakılmaksızın bu işle ilgili aday gösterilebilirler. Ombudsman yaptırım araçlarına sahip olmayacağından, sözleri, teklifleri, eleştirileri kamuoyunu harekete geçirebilmeli, yönetim organlarında etkili olmalıdır. Anayasayı, yasaları ve diğer mevzuatı iyi bilmeli, çok başarılı bir geçmişe sahip olmalı, özellikle mali konularda güvenilir ve ahlaken de saygın bir konumda olmalıdır. Siyasi tarafsızlığı bilinmeli ve bunu her koşul altında sürdürebilmelidir.<sup>41</sup>

e- Ombudsmanın hakları nelerdir ve hangi tür araçlardan yararlanır? Buna soruya cevap vermeden önce ombudsmanın görev alanına giren konular ve görev alanına giren kurumlar ayırımını yapmak gerekir. İsveç Ombudsmanının görevi, insan hak ve özgürlüklerini korumak iken, İngiltere'de vatandaşın kötü yönetime karşı korunması, Fransa'da vatandaş ile idarenin eylem ve işlemlerinde hakkaniyetin temini olarak tespit edilmiştir. Ombudsmanın görev alanına giren

kuruluşlar ise, devlet, yerel yönetimler, kamu yönetim müesseseleri ve kamu görevi gören kuruluşlardır. Uygulandı ı ülkeye göre bu kurumların biri veya birkaçı hariç olabilmektedir.<sup>42</sup> Görevi ve görev alanları bu şekilde olan Ombudsmanın, şikayetleri de erlendirirken veya denetimlerini yaparken anayasal koruma altında olmalı, istedi i her türlü bilgi ve dokümana rahatlıkla ulaşabilmeli, göreviyle ilgili söz, eylem ve girişimlerinden dolayı kovuşturmay a ramamalı, faaliyetleri ve faaliyetlerini neticelendirirken seçti i çalışma yöntemlerinin önüne geçilmemeli, her hangi bir engellenme ile karşılaşmamalı ve hatta bir nevi dokunulmazlığına sahip olmalıdır. Aksi takdirde kendisinden beklenen faydayı yerine getirmesi söz konusu olamayacaktır.<sup>43</sup>

Ombudsman görevini ifa ederken, tamamen ba ımsız olmalı, kullanacağı faaliyet bütçesini denetime açık olmak kaydı ile kendi belirlemeli, her hangi bir sınırlamaya tabi olmamalıdır. Ayrıca, kendisinden beklenen faydanın en yüksek düzeyde olabilmesi için halkın bilinçlendirilmesi, ombudsmanın nasıl ve ne şekilde çalıştığı nın net bir biçimde anlatılması da gerekmektedir.

## BÖLÜM II

### İsveç Ombudsmanı

#### 1. Genel Bakış

İsveç Parlamentosu (Riksdag), tüm yargıçlarının, devlet bürokratlarının ve askeri görevlilerinin kanunlara ve kurallara uyup uymadıklarını atadıkları ombudsmanları eliyle

<sup>40</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>41</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDO AN, Ertu rul; a.g.m.

<sup>42</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>43</sup> ÖZDEN, Kemal-GÜNDO AN, Ertu rul; a.g.m.

denetler. İsveç'te ombudsmanların, denetim mekanizmasında bir çeşit vazgeçilmezli e sahip oldu unu söylemek mümkündür. Ombudsmanlık ilk ortaya çıktı ndan beri sürekli bir de işim arz etmiştir. Bu de işimin temel sebebi olarak ise, İsveç'te yaşanan yolsuzlukları, yönetimde meydana gelen usulsüzlükleri, kişi haklarının yeterince ve gere ince korunmuyor olmasını göstermek mümkündür.

Ombudsmanın sayısı, yaşanan de işimlerle beraber günün gereklerine uygun bir biçimde zamanla artış göstermiştir.

- İlk uygulanmaya başladı ı tarihten 1915 yılına kadar tüm ombudsmanlık işleri tek bir ombudsman tarafından yürütülmekte iken,

- 1915-1968 tarihleri arasında bu sayı ikiye yükseltilmiştir. Bu ombudsmanlardan biri askeri işleri yürütürken di eri de sivil işlerin yürütülmesini üstlenmiştir.

- 1972-1976 tarihleri arasında kısa bir dönem için bu sayı üçe yükseltilmiş olup,

- Şu an ise, parlamento tarafından atanan dört ombudsman bulunmaktadır.

Bununla beraber, ayrıca hükümet tarafından atanan Tüketici Ombudsmanı, Eşit Fırsatlar Ombudsmanı, Erkek-Kadın Ombudsmanı, Cinsel Azınlıklar Ombudsmanı, Çocukların Korunması Ombudsmanı adları altında daha bir çok yerel ombudsman da bulunmaktadır. Bunlar parlamento ombudsmanının denetimi altında olmakla birlikte, parlamento ombudsmanlarından farklı görev ifa ederler.<sup>44</sup>

## 2. Kurumun Yasal Dayanakları

<sup>44</sup> I IKAY, Mahir; a.g.m.

Ombudsmanlık müessesesi, 1809 yılında İsveç Anayasasında yapılan de işiklik ile ilk kez anayasal bir kurum haline getirilmiştir. 1975 yılında çıkarılan ancak muhtelif defalar de işikli e u rayan Parlamento Ombudsmanı Talimatı Yasası ile de ombudsmanlık hakkında çeşitli düzenlemelere gidilmiştir. 1974 yılında yayınlanan ve halkın egemenli i ilkesinin hakim oldu u Hükümet Bildirgesi bugün için ombudsmanlık müessesinin en önemli dayana ı olup, bu şekilde parlamentonun hükümet üzerindeki denetimi de sa lanmış olmaktadır.

Temel işlevinin, parlamento adına ancak hükümetten tamamen ba ımsız olarak, kişi hak ve hürriyetlerini, kamu yönetimi ve yargı organları önünde savunmak oldu unu söylemek mümkündür.

Bakanlık sisteminin olmadığı ve bakanlıkların daha çok politika üretti i İsveç'te, bakanlar yasa, yönetmelik, tüzük ve hükümet kararlarını hazırlayan 100-200 kişilik görevliler grubu ile çalışmaktadırlar.

İsveç'te, yargı organlarınıninkine benzer bir özerkli e sahip olan kamu birimleri, parlamentonun onayladı ı yasaların uygulanmasında yürütme görevini, özel ve tüzel kişilerin hak ve sorumluluklarına ilişkin iş ve işlevleri yerine getirir. Kamu yönetiminde yer alan görevliler her türlü işlemlerin yasalara uygun ve do ru olmasını sa lama yükümü altındadır. Yani parlamento, hükümetin eylem ve işlemlerinin anayasal kontrolünü, bakanları denetleyen Anayasa Komisyonu aracılı ıyla yapmakta iken, kamu yöneticileri ile yargı organlarının kontrolü ise Parlamento om-budsmanları aracılı ıyla yapılmaktadır.

Ombudsmanlar, çalışırlarken tamamen ba ımsızdırlar. Tüm işlemlerini, daha önceden



kendileri için çıkarılmış olan yasa ile ba lı kalmak sureti ile gerçekleştirirler. Ekonomik olarak herhangi bir kısıtlama söz konusu dahi de ildir. Bütçelerini, kendileri belirlerler ve bu belirledikleri bütçe sınırları içinde gerek parlamentoya ve gerekse de başka kurumlara ba lı olmaksızın tamamen ba ımsız olarak çalışırlar.

Çalışma programları, her hangi bir yönlendirmeye tabi olmaksızın kendilerince belirlenir. Buna yapacakları denetimlerin şekli ve zamanı, hangi kurum ve kuruluşları denetleyecekleri, inceleyecekleri konular ve daha teferruatlı inceleme gerektiren şikayetler varsa bunların tespitleri de dahildir.

### 3. Kurum Olarak Ombudsmanlık

#### a) Ombudsmanlık Örgütü, Ombudsmanların Seçimi ve Aranan Vasıflar

İsveç'te, dört ombudsman da parlamento tarafından, parlamento genel kurulunda seçilir. Seçim işlemleri, parlamentonun Anayasa Komisyonunca düzenlenir.

İsveç'te ombudsmanların bir görev dönemi dört yıldır. Tekrar seçilebilmek mümkün oldu u gibi dönem sayısına bir sınırlama getirilmiş de ildir.

Ombudsmanlar yaptı ı işlemlerden dolayı sadece Parlamenta karşı sorumludur. Ombudsmanlardan biri (baş ombudsman olarak adlandırılır.), ofisin yönetiminden, personelin atanmasından, kurumun çalışması için genel yönelimlerin belirlenmesinden sorumludur. Yalnızca idari boşlu un yaşanmaması ve iş koordinasyonun sa lanması açısından bu tarz bir

görevlendirilmeye gidilmekte olup, baş ombudsman da dahil olmak üzere hiç bir ombudsmanın di er bir ombudsman üzerinde denetim ya da inceleme yapma yetkisi yoktur. Hiç bir ombudsman bir di erinin incelemesine ve de erlendirme işlerine karışamaz.

Tüm ombudsmanlar, Parlamento Om-budsmanları Ofisi adı altında tek bir ofiste çalışmaktadır. Parlamento ombudsmanları tarafından oluşturulan ofisin aldığı kararları yalnız ombudsmanlar imzalayabilmekte olup, başka hiç bir personelin imza yetkisi yoktur. Bu sistemde, ombudsmanların vekilleri, muavinleri veya asistanları yoktur. Kurumda, iş yo unlu u ile paralel olarak de işmek kaydı ile yaklaşık 50 kişi çalışmaktadır. Bu kadronun yarısından fazlası hukuk e itimi almış kimselerden oluşmakta olup, bunlar genelde adalet bakanlı ı mahkemelerinde ve bakanlı ın di er departmanlarında tecrübe kazanmış, kurumun yüksek standartlarına uyum sa layabilecek yetenek ve verimlilikte olan kişilerden oluşur. Hukuk e itimi almış bu personel genellikle kamu yönetiminden seçilmekte olup, ço unlukla genç yargıçlardır ve ofiste dört ile altı yıl arasında görev yapmaktadırlar.

Ombudsman adayları, parti guruplarından seçilmiş üyelerden oluşan bir kurul tarafından belirlenir. Kesinlikle politika dışı (İsveç'te 20. Yüzyıl içinde hiçbir ombudsman, Parlamento üyesi veya politikacı de ildir) olan Ombudsmanlar, geleneksel olarak bütün partilerin üzerinde görüş birli ine vardıkları kişiler arasından seçilir. Parlamenta'nın da ılması, Ombudsmanları etkilemez. Görevi, kendi iste i ile veya dönem sonunda tekrar seçilmeyerek sona erer. E er, ombudsmana duyulan güven sarsılmışsa, çok tabi olarak parlamento tarafından görevden alınması mümkündür. Bunun için,

Ombudsmanın yıllık raporlarını inceleyen komitenin talebi gereklidir(Riksdag yasası md. 10). Yani, ombudsmanın yıllık raporlarını inceleyen komite, incelemeleri neticesinde, çalışmaları olumlu karşılamazsa bu komitenin talebi halinde, parlamento tarafından görevden alınabilir. Ombudsmanların yeniden seçilmeleri mümkün olup, İsveç'te bu durum sıklıkla görülmektedir.

Parlamentonun, atama ve azil etme hususlarındaki yetkilerine rağmen, ombudsmanın işlerine müdahale etmesi söz konusu dahi olamaz.

Ombudsman seçilebilmek için, özel vasıflara sahip olmak gerekli olmayıp kanun tarafından öngörülmüş herhangi bir özel vasıf bulunmamaktadır. Önemli olan bu kimselerin, tarafsızlıklarını koruyabilmeleri, kariyer endişesi taşımamaları, dürüst, olgun ve hukuka tam anlamı ile hakim ve bali kişiler olmalarıdır. Her vatandaş, erkek veya kadın olmasına bakılmaksızın bu işle ilgili aday gösterilebilirler. Ombudsmanlar genelde, yargı veya devlet idaresinde üst düzey görevlerde bulunmuş kimseler arasından seçilmişlerdir. Mesela, Anayasa Mahkemesi ve yüksek mahkemelerin yargıçları, daha alt mahkemelerin kıdemli yargıçları gibi.

1974 yılına kadar, ombudsmanların hukuk e itimi almış olmaları gerekiyordu. 1974 yılından beri artık, böyle bir şart aranmamakla beraber, İsveç Ombudsmanlarının ço u adli makamlardan gelmektedir. Parlamento üyelerinin, ombudsman olamayacağı yönünde herhangi bir hüküm bulunmamakta olup, buna rağmen İsveç'te seçilen ombudsmanlar arasında parlamento üyesi olmamıştır.

## b) Ombudsmanın Denetim ve Faaliyet Alanları Yapısı

Ombudsmanlar, bütün devlet ve belediye kuruluşlarını, mercilerini ve personelini adliye ve idari mahkemeler de dahil olmak üzere denetleme yetkisine sahiptir. Ombudsmanlara tanınan denetim yetkisi, İsveç'te bir kuruluşa verilen en geniş denetim alanıdır.

Ombudsman, yönetsel işlem ve yargıyı denetlemekle yükümlüdür. Bu nedenle, eylem ve işlemin maddi içeriğine ilişkin sorunları ele almasına gerek bulunmamaktadır. Kişiler, bir yönetim organının işlem ve işlemlerine karşı, isterlerse ombudsmana başvurma yanında, işlem ve eylemi bir bütün olarak daha geniş bir biçimde inceleme yetkisine sahip idari yargıya da başvurma imkanına da sahiptirler.

Ayrıca, ombudsmanların mahkemeleri denetimi, kesinlikle yerindelik denetimi şeklinde olmayıp, amaç sadece ve sadece davaların, görülmesinin ve karara bağlanmasının makul bir zaman içerisinde her hangi bir biçimde suistimale meydan verilmeden ve yetkilerin kötüye kullanılmasının önüne geçilerek çözülmesini sağlamaktır.

Her ombudsmanın kendine ait bir denetim alanı bulunmakta olup, kural olarak ombudsmanlar birbirlerinin işlerini denetleyemezler. Ancak, bu noktada esneklik mevcut olup, sınırları kesin çizgilerle ayrılmış değildir. Şöyle ki, işin gerekli kıldığı hallerde bir ombudsman, diğerinin denetimi altında olan bazı vakıaları incelemek durumunda kalabilir.

Bununla beraber ombudsmanlar ayrıca,

- İsveç Kilisesi, Piskoposları, Rahipleri ve diğer kilise personeli,

- Devletin sahip olduğu kamu otoritesini kullanan şirketleri,
- Kamu otoritesinin kullanılması esnasında gerekli olan randevuları alan ve gerekli atamaları yapan kimseleri,
- Silahlı Kuvvetlerin sadece emretme pozisyonunda olan görevlileri, buna askeri alaylar ve denizcilik kuruluşları da dahil olmak üzere denetlerler.

Ombudsmanın denetim alanının dışında tutulanlar ise,

- Parlamento üyeleri,
- Parlamantonun idari ve temyiz mercii üyeleri,
- Seçim İnceleme Komitesi
- Parlamento Genel Sekreterleri üyeleri,
- Yöneticisi ve yönetici yardımcısı da dahil olmak üzere İsveç Merkez Bankası Yönetim Kurulu,
- Milli Borç Ofisi Yönetim Kurulu ve komisyon üyeleri ile baş kontrolör,
- Kabine bakanları (görevlerinin politik nitelikli olmasından kaynaklanmaktadır),
- Belediye Konseyleri Üyeleri,
- Başsavcı,
- Bağımsız yetkilerle donatılmamış olan, Ombudsman kurumunda görev yapan alt bürokratlardır.

Ombudsmanlar birbirlerini denetleyemezler.<sup>45</sup>

Ombudsmanlar, halkın avukatlığını yaparak devletteki yanlış bürokratik uygulamalara karşı halkın haklarını korumak ve gerekli iyileştirmelerin yapılmasını sağlamakla görevlidirler. Bu nedenle de,

<sup>45</sup> I IKAY, Mahir a.g.m.

çalışırken hiç bir kurum ya da kişi tarafından engellemeye tabi tutulmaksızın tamamen serbest çalışmaktadırlar. Kendisine tanınan haklar ve yetkiler dahilinde inceleme ya da araştırmasını sürdürürken kimseden izin almaksızın incelemelerini yapmakta ve bu şekilde çalışmalarını neticelendirmektedirler. Ombudsmanlar, resmi kayıtlar üzerinde dahi inceleme yapabilme yetkisine sahiptirler.

Ombudsmanlar; ya şikayetlerden yola çıkarak ya da tespit ettikleri hususlarda resen inceleme yoluna giderek çalışmaya başlamaktadırlar. Bu şekilde, çalışmaya başladıkları vakıialarla ilgili incelemesini yaparken, denetim ya da araştırmalar şeklinde çalışma yollarını seçmektedirler. Üzerlerinde çalıştıkları bu vakıialardan da dava açma ya da yıllık raporda yer vermek sureti ile ellerini çekmektedirler.

## Başlama Yolları

### a) Şikayetler

Ombudsmanı diğer kurumlardan ayıran en önemli özellik; insanların tarafsız ve bağımsız olan ombudsmana kolay ve aracısız<sup>46</sup> olarak ulaşabilmeleridir. Böylece, kurumu güvenilirli ve işlerli i temin edilmektedir. Ombudsmanlar, kendisine gelen şikayetlerle mutlaka istisnasız bir biçimde ilgilenmektedir.<sup>47</sup>

Ombudsmana olaylar en çok şikayet yolu ile ulaşmaktadır. Şikayetler bugün için ombudsmanların işlerinin en yüklü kesimini oluşturur. Parlamento

<sup>46</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

<sup>47</sup> BALCI, Muharrem/SÖNMEZ, Gülten; "Temel Belgelerde İnsan Hakları", Danışman Yayınları, İstanbul, 2001.

şikayetlerin incelenmesinin onların en önemli görevleri oldu u kanısındadır. Bunun altında yatan neden ise, hukukun üstünlü ünün asıl oldu u demokratik bir toplumda vatandaşların, kamu yönetiminin faaliyetlerini, hukuk açısından tamamen ba ımsız bir kuruluşa inceleyebilme hakkına sahip olmaları gerekti i kanaatidir.<sup>48</sup>

Şikayetlerin kayna ı açısından herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Ombudsman, kendisine yapılan bütün şikayetleri, kayna ına ve önem derecesine bakmaksızın ele alır. Fakat, asılsız olan, fazla önemi olmayan veya denetim alanına girmeyen hususlarla ilgili vakıaları incelememektedir. Şikayet sahibinin, İsveç vatandaşı olması veya İsveç'te yaşıyor olması şart olmayıp, başkaca ülkelerin vatandaşları da ombudsmana başvurabilir. Ayrıca, kurumsal merciler veya tüzel kişiler, şikayete konu durumdan do rudan etkilenmemiş olanlar, hapisane veya benzeri kurumlarda bulunan kişiler de şikayette bulunabilir. Şikayet sahibi olan kişinin, olayla do rudan ilgisinin bulunması şart de ildir.

Şikayette bulunanlardan her hangi bir ad altında ücret talep edilmedi i gibi şikayet açısından formaliteler de yoktur. Şikayetlerin yazılı olması gerekmektedir. Ancak, gerekli hallerde ombudsman ofisinde yer alan kimseler de şikayetçilerin şikayetlerinin yazıya dönüştürülmesine yardımcı olmaktadır. Ombudsmanların daha sonra resen inceleme başlatmasına neden olması mümkün olmakla birlikte, isim ve imza bulunmayan şikayetler kabul edilmezler.

Şikayete konu olan hallerde, her hangi bir zaman aşımı süresi olmamakla birlikte, genellikle

şikayet tarihinden iki sene öncesine dayanan vakıalarla ilgili şikayetler incelenmemektedir. Ancak, kamu yararının söz konusu oldu u hallerde bu süre dikkate alınmayabilmektedir. Genellikle, oturumlar ve araştırmalar ofiste çalışan kimselerce yapılmakta olup, ancak önemli vakıalarda araştırmalar yanında oturumlar dahi bizzat ombudsman tarafından yürütülmektedir.

Şikayet yapılmadan önce, her türlü kanun veya itiraz yollarının tüketilmesi gerekti i yönünde bir kural bulunmamakla birlikte, ombudsmanlar genellikle, idari makamlarca incelenen ya da yargı mercileri tarafından incelenmekte olup, temyizi mümkün olan hallerde inceleme yapmama yolunu tercih etmektedirler. Ancak, şikayet davanın ilerlememesi ya da karardan sonra kararın makul bir biçimde tebli edilmemiş olması hallerinde oldu u gibi usul sorunlarına ilişkin olarak yapılmış ise, bu halde şikayet ele alınabilmektedir.

İsveç Ombudsmanına gelen şikayetler daha ziyade, sosyal yardım ve polis makamları, cezaevi yönetimi, sosyal sigorta, hukuk ve ceza mahkemeleri ile ilgili olmaktadır.<sup>49</sup> Ancak, bu şikayetlerle ilgili olarak şikayetçinin ispat yükü hiçbir şekilde bulunmamaktadır.<sup>50</sup> 1968 yılından beri ombudsmanlar, di er makamlara (Savcılık v.s.) başvurma hakkına sahip olan şikayet sahiplerinin şikayetlerini do rudan reddetmedi i gibi kişisel olarak inceleme yoluna da gitmemektedirler.

Ombudsmana gelen şikayetler, çok önemli işlerden de ilse, ombudsmanlık ofisinde bulunan kadro tarafından incelenir. Önemli işler, bizzat ombudsman tarafından incelenir.

<sup>48</sup> I IKAY, Mahir a.g.m.

<sup>49</sup> I IKAY, Mahir a.g.m.

<sup>50</sup> AV AR, Zakir; a.g.e.

Gelen şikayet üzerine, öncelikle işlemi şikayete konu olan kişi veya makama ulaşılır. Konu ile ilgili her türlü dokümanın temin edilmesi gerektiğini bildirilir. Bazı hallerde, sadece bu dokümanlar incelenmek sureti ile şikayetin asılsız olup olmadığına karar verilebilmektedir.

- Yapılan inceleme neticesinde, ombudsman şikayetin asılsız olduğunu karar verirse, şikayeti reddetme kararını ve reddetme sebeplerini bildirmek sureti ile bildirimde bulunur ve böylece şikayeti reddetmiş olur.

- Dokümanlar üzerinde yapılan inceleme neticesinde, şikayetin doğruluğu ispat edilirse, ombudsman araştırmasını sürdürür. Araştırmaya devam etmeye karar veren ombudsman, bunun üzerine ilgili otorite veya bürokrata yazarak, durum hakkında yazılı bir açıklama ister. Bu yazı, ilgili makamın olay hakkındaki bilgi toplayıp, bulgularını ve şahsi görüşlerini de ekleyip ombudsmana iletmekle yükümlü yöneticisine yapılır. Bu ombudsmanın çalışmasını kolaylaştırır bir yöntem olup, böylece ombudsmanlar daha küçük kadrolarla daha fazla iş yapabilmeye olanağına sahip olmaktadır. Gerek duyulan hallerde bilirkişilere, danışmanlara ve eksperlere başvurabilme ve yardım alabilme imkanı vardır. Eğer, incelemenin seyri açısından, gerekli görülüyorsa ve yardımcı olacağına da inanılıyorsa, tarafların katılabileceği sözlü oturum da yapabilirler.

Ombudsman, yaptıkları incelemeler neticesinde, bir kamu görevlisinin suçlu olduğunu kanaat getirirse (görevi kötüye kullanma v.s.) bir savcı gibi ceza soruşturması yapmaya yetkilidir. Ombudsman, usul hukuku hükümlerine göre yaptıkları inceleme de savcılardan yardım isteyebilir. Bir savcı veya

bürosundan bir eleman tarafından temsil edilen ombudsman, kovuşturma tamamlandığında kamuya açık olarak kararını bildirir. İfade vermekle yükümlü olmayan sanık kamu görevlisi, kendisini savunabileceği gibi, susma hakkını da kullanabilir. Verilen kararlar genelde çok ayrıntılı gerekçelendirilmekte olup bir yargı kararı gibi yazılır. Bu kararlar, zaman zaman basında da yer almakta olup, kamu görevlileri için önem arz etmektedir. Bunlar, yıllık ombudsman raporlarında da yer almakta olup, ilgili üst makamlarca altlarına bildirilir.

## **b) Ombudsmanın Re'sen Başlattığı İncelemeler**

Ombudsmanlar, zaman ve personel kaynaklarının en iyi şekilde kullanılmasını sağlayabilmek maksadıyla hangi şikayetleri ele alacaklarına veya hangilerini reddedeceklerine bizzat karar vermektedir. Bunun yanında, gerekli buldukları hallerde bizzat da soruşturma başlatabilirler. Bu gibi haller genellikle denetlemeler esnasında saptanan olaylarla ilgilidir.

Ombudsmanın kendi inisiyatifi ile yaptıkları araştırmalar ve denetimlerin başlatılmasında meydana çıkan haberler ve yapılan programlar genellikle büyük rol oynarlar.

Ombudsmanlar, şikayet sebepleri ile bağlantılıdır. Şikayetleri incelerken, şikayetlerde yer almayan hatalar ve usulsüzlükler bulurlarsa, kendi takdirinde rultusunda yeni bir soruşturmaya da girişebilir.

Re'sen yapılan soruşturmalarda da şikayetlere uygulanan usul uygulanmakta olup, ombudsmanların yeterli neden olmadan soruşturma açmaması nedeni ile soruşturmanın çoğu eleştiri ile sonuçlanır. Re'sen soruşturmalarda

eleştiri niteliindeki kararlar toplam kararların %70 ilâ 80'ini, şikayetlerde ise %12 ilâ 14'ünü oluşturur.<sup>51</sup>

## Çalışma Yolları

Ombudsmanlar çalışırken araştırma veya denetim şeklindeki yöntemleri kullanmaktadırlar. Bunlara kısaca bir bakılacak olursa;

### a) Araştırmalar

Bu araştırmaların çoğu, denetimler neticesinde elde edilen gözlemlere dayanmaktadır.

Yukarıda, ombudsmanların işe başlama yollarından olan, kendilerince resen başlatılan incelemeler bahsinde de beyan edildiği gibi, basın ve özellikle de mahkemeler ve idari organlar hakkında çıkan haberler, bazen de televizyon ile radyo programları ve haberleri bu araştırmaların başlatılmasında önemli etkiye sahiptir. Gerek güncel sorunlardan haberdar olma ve gerekse de ombudsmanların çalışmalarının daha sonra toplum tarafından öğrenilebilmesi ve gerekli etkiyi oluşturabilmesi açısından basın ile aralarında her zaman yakın ilişkiler olmuştur. Basın mensuplarının, dokümanlara ve gelen-giden vakıalar ile ilgili geçerliliğe sahip her türlü bilgiye ulaşabilmesini sağlayan asistan bulunmaktadır.

Ombudsman, parlamento tarafından kabul edilerek yürürlüğe konan kanunların uygulanışlarını izlemek suretiyle, kanunların olumlu ve olumsuz

taraflarının tespitini yapmak maksadı ile uzun süreye yaydıkları araştırmalar da yapmaktadır. Böylece, kanunların toplum ile uyum sağlayamadığı, ne gibi aksaklıkların oluştuğu saptanabilmekte ve ileriye yönelik olarak etkili olabilecek çalışmalara da öncülük etmektedir.

Bazı hallerde, ombudsmanların bir şikayetten yola çıkarak da inceleme başlatabilmesi mümkündür.

### b) Denetim

Kurulduğu günden beri ombudsmanlar zaman zaman kamu birimlerinde denetimler yaparak merkezi yönetimi ve beraberinde bölgesel ve yerel makamları, kurulları ve daireleri de denetlemektedirler.

Denetim zamanları ve yerlerinin yıllık veya uzun dönemli önceden belirlenmiş takvimleri yoktur. Belli bir kurum ya da kuruluşun denetlenmesi yönünde karar verilmesi halinde bu durum kurum veya kuruluşa denetimden yaklaşık bir veya iki hafta önce haber verilir.

Genel olarak denetimler ombudsman tarafından bizzat yapılır. Ombudsmanlar, bu denetimleri her yıl düzenli olarak her hangi bir takvimle başlatılmaksızın yapmaktadır. Bazı hallerde, özellikle denetimin büyüklüğü ve denetim yapılacak yerle ilgili özel durumlar göz önünde bulundurulmak suretiyle ofiste çalışan kıdemli ve deneyimli kadro da bu denetimi kendi başına yapabilmektedir.

Anayasa ve kanunlar, Ombudsman'a resmi dokümanlara girme izni ve yetkisi vermektedir. Resmi kayıtlar ve dokümanlar ne kadar gizli olurlarsa olsunlar, ombudsmanın bunları elde etme yetkisi bulunmaktadır. Bütün bürokratlar, Ombudsmana elindeki

<sup>51</sup> I IKAY, Mahir a.g.m.



vakıalarla ilgili olarak ihtiyacı olan bilgileri temin etmek ve gerekli yardımı vermekle yükümlüdür. Hiçbir bürokratin, görevini yerine getirirken ombudsmana yardım etmeyi veya bilgi vermeyi reddetmesi söz konusu değildir. Eğer, yardımı veya bilgi vermeyi reddeden bürokrat bulunursa, bu halde ombudsman tarafından bu bürokrat şartlı olarak cezalandırılır. Vakıanın ciddiyeti ile paralel olarak disiplin uygulamasına dahi gidilebilir.

Denetlemeler, ombudsmanlara ve dairelerinin personeline, hizmet sorumluluğu taşıyan görevlilerin çalıştıkları ortamı ve çalışma koşullarını tanıma ile bireylerle yüz yüze görüşme olanağı vermeleri nedeniyle büyük öneme sahip olmaktadır. Bir kamu kuruluşunun kusurlarının denetleme sırasında saptanması şikayet incelemesinden daha kolay sonuç vermektedir. Ayrıca, her hangi bir kamu kuruluşunun herhangi bir anda bir Ombudsman tarafından denetlenebileceğini bilmesi onu çalışmalarında daha titiz davranmaya sevk etmektedir. Bu nedenle, idareden beklenen verim de çok tabii olarak artmaktadır.

Denetlemeler, ombudsmana re'sen incelemeye girişmesini gerektirecek yanlışları saptama olanağı vermesi açısından da önem arz etmektedir. Çoğu zaman denetimler sonucunda ortaya çıkan hatalar, suiistimaller ve diğer yetersizliklerin giderilmesi ile ilgili olarak koşulların ve uygulamaların geliştirilmesi için ombudsman bürokratlar hakkında bazı tedbirler alınmasını gerekli görebilir. Ayrıca, oldukça sık olarak da ombudsman denetim bulguları sonucu ile ilgili olarak, kuralların yorumlanması ile otoriteler tarafından uygun bir şekilde uygulanması konularında tavsiyelerde ve bildirimlerde bulunur. Saptanan kusurlara dayanarak ombudsmanların

yürürlükteki mevzuat üzerinde de işiklikler ve düzeltmeler yapılmasını önerdikleri durumlar da vardır. Denetimler özellikle, işlemlerde hatanın tespiti, beraberinde hukukta reform açısından da önem arz etmektedir. Bununla beraber ombudsmanlar, yeni kanunlar veya düzenlemeler kabul edildi inde bunların uygulanmasını da uzun vadeli araştırmaları ile denetler.

Denetlemeler, ombudsmanların oldukça çok zamanlarını almaktadır. Özellikle dosyalar ve diğer tüm belgeler üzerinde uzun zaman çalışmak durumunda kalmaktadırlar.

Denetime başlamadan önce, denetim yapılacak olan kurumun başı ve birkaç bürokrati ile görüşülmektedir. Ardından bina ve eklentileri teftiş edilmektedir. Eğer denetlenen yer, hastane, hapisane veya benzer başka bir kurum ise buralarda bulunan alt bürokratlarla, sakinlerle veya hastalarla görüşülür ve şikayet ve sair dileklerini iletmelerine fırsat verilir. Bunun akabinde de ombudsman ve kadrosu tüm dokümanları incelemeye başlar.

Denetimin bitmesi üzerine de bu denetlenen kurumun başı ile son olarak bir görüşme daha yapar ve denetimin ana bulguları hakkında bilgi verir. Derhal ilgilenilmesi mümkün olabilecek nitelikteki konular ve problemler üzerinde tartışma açar. Ombudsmanın bulguları, bazı düzensizlikleri ve ciddi hataları içine alıyorsa, ombudsman bunlar için daha sonra inceleme yapmak ve karara bağlamak üzere ayrı vakıalandırma yapar.

Birçok ülkede farklı yaklaşımlar benimsenmiş olmakla birlikte, İsveç'te ombudsmanlar yargı organlarını da denetleyebilmektedirler. İsveç'teki genel kaniya göre yargıçlar kusursuz değildir ve görevleri nedeniyle de yargılanabilmelidirler. İsveç'teki

tarihi sürece bakılacak olursa, 1809 yılında parlamento ombudsmanlığı oluşturuldu u zaman yargı erki ile yürütme erki birbirlerinden ayrı de illerdi. Kral, çok uzun süreler hem baş yönetici ve hem de baş yargıç olarak bulunmuştur. Yönetim, bireylerin hak ve görevleri ile ilgili olan hususlarda daima mahkemeler gibi hareket etmiştir. Mahkemeler, yargılama görevi beraberinde yönetme görevini de yürüten makamlar olup, eylemleri ile ilgili olarak di er kamu görevlileri gibi ceza hukuku hükümlerine tabi tutulmuşlardır. Bu koşullarda, parlamento ombudsmanlarının kusurlu kamu görevlileri ile beraber yargıçları da denetlemesi çok tabi olarak söz konusu olmuştur. İsveç tarihinde mahkemelerin, ombudsman-ların denetimine tabi olmadıkları bir dönem olmamıştır.<sup>52</sup>

Mahkemelerin denetimleri, ifa ettikleri görevleri göz önünde bulunduruldu unda tartışmasız olarak özel bir titizlik içerisinde yürütülmek durumundadır. Ombudsman, alaca ı kararlarda her hangi bir hataya mahal vermemek açısından kazaî konularda uzmanlı a sahip bulunmalı ve faaliyetleri ile de Anayasanın mahkemelere tanıdı ı ba ımsızlı a zarar vermemelidir. Bir yargıca karşı, disiplin önlemlerinin uygulanması veya bu yargıcın görevden uzaklaştırılması, ancak ve ancak bu yargıcın işini yapamayaca ı anlaşıldı ı zaman mümkündür ki, bu konudaki önlemler yargı organları veya bizzat adalet bakanı tarafından alınmaktadır.

İsveç Ombudsmanının yargı alanındaki faaliyetleri, mahkemelerin yasalara göre ba ımsız olmakla birlikte, yargı organlarının kendilerini yasaların

üzerinde tutamayacakları ilkesine dayanmaktadır.<sup>53</sup>

Mahkemeler ve di er hukuki organlar ile ombudsmanlar arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Ombudsmanların mahkemeler ve hakimler üzerindeki denetim hakkı, onların yargı kuvvetinin ba ımsızlı na tecavüz olarak algılanmamalıdır.

Ombudsmanların, mahkemeler ile ilgili çalışmalarını usuli sorunlar üzerinde yo unlaşmaktadır. Ombudsman, yargıcın yanlı davrandı ını, hatalı işlem yaptı ını, kararını yeterince gerekçelendirilmedi ini tespit etmesi hallerinde gerekli müdahalelerde bulunur. Ombudsman, mahkemelerin bir davanın çıkmaza girmemesi için gerekli önlemleri alıp almadı ını denetlemek için uzun süredir devam etmekte olan davaları inceler ve davanın seyrini yavaşlatan etkenlerin var olup olmadı ını araştırır ve tespit etti i aksaklıklar olursa bunların giderilebilmesi hususunda çaba sarfeder. Karara çıkan dosyaların kararlarının, uygulanabilecek şekilde kaleme alınıp alınmadı ını, davacı iddiaları ile davalı savunmalarının do ru bir biçimde açıklanıp açıklanmadı ını, kararın gerekçesinin usulüne uygun olup olmadı ı hususlarını denetler.

Ombudsmanlar, mahkemelerce verilen kararların içeri i ile ilgilenmez ve verilen kararların de iştirilmesi yönünde de her hangi bir etkide bulunamazlar. Ombudsman, mahkemelerin bir davadaki delilleri de erlendirmesine ya da kanunu yorumlama şekline, yoruma kabil türden ise müdahale edemez. Sadece, mahkemelerin önlerine gelen davalar karşısındaki tavırlarını ve davaları ele alış şekillerinin kanuni olup olmadı ını de erlendirir.

<sup>52</sup> I IKAY, Mahir a.g.m.

<sup>53</sup> I IKAY, Mahir a.g.m.

Verilecek cezanın üst sınırının aşılması halinde oldu u gibi kanuna açıkça aykırı hareket edilmesi hallerinde çok tabi olarak müdahalede bulunmaktadırlar.

Mahkemelerin, ombudsmanlarca denetlenmesinin birçok yararı bulunmaktadır. İsveçli Ombudsmanlar usul kanunlarının yorumlanmasına ve yargı organlarında disiplin kurallarının geliştirilmesine önemli katkılarda bulunmaktadırlar. Görüşleri, ço u zaman hukuk kitaplarında ve hukuki metinlerde yer almaktadır. Kendisine yanlış işlem uygulandı na kanaat getiren bireylerin, yapılacak inceleme neticesinde, işlemin do rulu na kanaat getirilmesi halinde mahkemelere duyulan güven pekişmekte, işlemin yanlış oldu na kanaat getirilmesi halinde ise işleme ilgili u radı ı haksızlık giderilmekte ve yargıya karşı oluşabilecek güvensizliklerin önüne geçilmektedir. Bu da beraberinde, demokratik devlet modelini akla getirmektedir.

### Sonuçlandırma Araçları

İnceledikleri hususlarla ilgili olarak ombudsmanlar, iki şekilde vakıadan elini çekmektedir. Bunlar;

#### a) Dava Açma

Ombudsmanlar, kamu görevleri esnasında yasalara aykırı hareket eden görevlilere karşı ceza soruşturması açabilirler. Ombudsmanlar, bu yetkiyi günümüzde çok fazla kullanmamakla birlikte işini savsaklayan bir kamu görevlisine karşı ceza soruşturması açabilme yetkisine sahip olmaları çalışmalarını büyük oranda kolaylaştırmaktadır. Ayrıca, ombudsmanların ceza soruşturması

haricinde, disiplin soruşturması açabilme yetkisi de bulunmaktadır. Günümüzde, ombudsmanın elindeki asıl önemli güç görevini savsaklayan personeli uyarma ve eleştirme yetkisi olmaktadır.

Ombudsman kurumu bulunan bir çok ülkede ombudsmanın İsveç'te oldu u gibi bir kanuni takip yani dava açma yetkisi yoktur. Kanuni takip, düzenli mahkemelerde, usul kurallarına uygun olarak yürütülmektedir. 20. Yüzyıl başlarında İsveç'te bürokratlar aleyhine dava açma durumları çok fazla iken giderek azalma yaşanmaya başlamıştır. Günümüzde sadece, zimmet, rüşvet, gizli belgeleri afişe etme gibi daha ciddi hallerde bürokratlar aleyhine davalar açılmaya başlanmıştır. Artık, küçük vakıalara ilgili olarak daha ziyade ihtar verme yolu tercih edilmektedir. Bu tarz kısıtlamalara rağmen, İsveç Ombudsmanının gücü diğer ülke ombudsmanlarından daha fazladır.<sup>54</sup>

Ombudsman bir kamu görevlisinin işleminin suç oluşturması halinde bu kamu görevlisine karşı dava açabilir. Eğer, araştırmaları sırasında uygunsuz, yetersiz veya haksız buldu u bir durumla karşılaşır, fakat olayın yeteri kadar ciddi olmadığını veya a ır ihmal niteli i taşımadı na karar verirse, sadece olayla nasıl ilgilenilmesi gerekti ine dair önerilerde bulunur, olaya dikkat çeker. Kendi kanaatine göre sorunun nasıl çözümlenece ini belirtir. Ayrıca ombudsman yetkili otoritelerden bürokratlarına daha iyi talimatlar vermeleri veya daha iyi çizelgeler ve formlar hazırlamalarını da isteyebilir. Kısaca, kanunun eşit şekilde ve do ru uygulanmasını sa lamak için görüşlerini bildirir, ilgili otoritelere talimatlar, hatırlatmalar, beyanlar,

<sup>54</sup> I IKAY, Mahir a.g.m.

bildirgeler gönderir ve teklifler yayınlar.

Ombudsmanların gönderdikleri hatırlatmalar, kanunun ve yasanın nasıl uygulanması gerektiği hakkında önemli bilgiler ve tarifler içerir. Hazırladığı beyanlarda kanunun daha düzenli ve doğru uygulanmasını arttırmayı hedeflemektedir. Ayrıca, ombudsman yaşamadaki aksaklıkları düzeltmek için gerekli önlemleri almaya da yetkilidir. Her, kanunların ve yasaların net olmadığını, muhakemelerinin tespiti ve haklarının insan haklarına tecavüz niteliği taşıyan hükümleri olduğunu fark ederse, Parlamento veya hükümete bunların değiştirilmesi gerektiğini bildirir. Yasaların uygulanması esnasında tespit ettiği hususları da içerir bir biçimde yapılmasını önerdiği de işlemlerle ilgili istek veya önerilerini de sunabilir.

Disiplin cezaları verilmesi ile ilgili yukarıda belirtilen hususlar saklı kalmak kaydı ile, ombudsmanlar, devlet idaresinde görevli bürokratlarda olduğu gibi davaları, yanlış, uygunsuz veya doğru olmayan bir şekilde ele alan hakimleri eleştirme, hatırlatmalar veya uyarılar yayınlama, hatta onların aleyhine düzenli mahkemelerde dava açma hakkına sahiptir. Bir üyenin görevden alınması, ihraç edilmesi ile ilgili olarak kanuni takipte bulunma ve muameleleri başlatmaya yetkilidir. Bu denetim görevi, genellikle daha alt derece mahkemeleri için geçerli olup, sadece ciddi meselelerle ilgili olarak üst derece mahkemelerini denetleyebilmektedir.

Hukuk mahkemelerinin ombudsmanı denetlemek gibi bir yetkisi bulunmamakta olup, ombudsmanı ve kararlarını mahkeme denetimi altına koyan hiçbir kanun bulunmamaktadır. Görevini yaparken cezai müeyyide gerektirecek nitelikteki bir harekette

bulunması halinde çok tabii olarak hakkında işlem yapılması gerekecektir. Böylesi durumlarda, hakkındaki suçlama Parlamentonun Daimi Encümeni tarafından yapılır ve davası Anayasa Mahkemesi önünde Ceza Kanunu hükümleri uyarınca görülür.

### Yıllık Rapor

Parlamento Ombudsmanları her yıl en geç 15 Kasım tarihine kadar geçmiş yılın 1 Temmuz ile 30 Haziran arasındaki dönemini kapsayan yıllık raporlar vermekle yükümlüdürler. Ombudsmanlar, bu raporları ile bir yıllık faaliyet dönemleri içerisinde ele aldıkları ve sonuçlandırdıkları tüm hususlarla ilgili olarak tam bir döküm çıkarırlar. Bu raporlar, idare ve bireyler arasındaki ilişki ile ilgili olarak çok faydalı değerlendirilmekte olup, çok kapsamlı raporlardır.

Bu raporlar, ülkedeki hukuk sisteminin yenilenmesi ve en güzelin yürürlükte olabilmesini temin etmesi açısından çok önemli olup, bu raporlar, yargıçlar, üniversite profesörleri ve kamu görevlileri tarafından da okunmaktadır.

Ombudsmanın raporu, öncelikle Parlamentonun Anayasa Komisyonu tarafından incelenir. Bu incelemeyi takiben ise rapor komisyon tarafından Parlamento'ya sunulur ve gerekli görülmesi halinde de Parlamento Genel Kurulunda tartışılır. Anayasa Komisyon, ombudsmanın çalışmasını incelerken, başarısızlık, yetersizlik, görev ihmalkarlığı veya iletişimsiz olup olmadığını inceler kanaatine göre durumu parlamento'ya iletir. Olumsuz kanaat bildirmesi halinde ombudsmanın parlamento tarafından görevden alınması durumu söz konusu olmaktadır.

## Ombudsmanlı ın Etkileri

Parlamento ombudsmanları, vatandaşlara kamu yönetimi ile ilişkilerinde güven vermek suretiyle İsveç toplumunda bir denge unsuru olmaktadır.

Ombudsmanlık, kamunun idari sisteme karşı güveninin devam etmesi açısından önemlidir. Vatandaşlar, kamu yönetiminde yaşanan kusurların öylece kalmayacağını ve kişilerin cezalandırılacağını bilmekte olup, böylece sisteme karşı kendilerini güvende hissetmektedirler. Bir kamu görevlisine yapılan eleştiriler, çoğu zaman basında yer almakta olup bu nedenle bu eleştiriler, kamu görevlileri için daha ziyade disiplin cezası işlevi görmektedirler.

Ombudsmanlar, idari makamlara hukuki mütalaa vermek ve idari ve kazaî usulle ilgili mevzuatın içeriğini bakımından kanunları yorumlamak suretiyle de yardımcı olmaktadır. Böylece, idare ve usul kanunlarının geliştirilmesine katkıda bulunmaktadır. Bazen ombudsmanlar, idari makamların yöntem ve metotlarında veya mevzuatta önemli değişikliklere yol açacak girişimlerde de bulunabilir. İdare makamları, herhangi bir yasal yükümlülük olmamasına rağmen uygulamada ombudsmanların görüşlerine uymaya büyük bir çaba göstermektedirler. Böylece yanlışların önlenmesi açısından etkili olabilmektedir.

Ombudsmanlara, belli konularda yardım etmeleri için başvurular yapılmaktadır. Ombudsmanların yetki dereceleri oldukça sınırlı olup, resmi bir makama kararını de ıstirme ya da belli bir yönde hareket etme talimatı veremezler. Bu durum ombudsmanların etkinliklerinin belli olaylarda şikayetçiler için önemsiz olduğunu anlamına gelmez. Bir idari davanın yeterince hızlı yürümediğini ya da idareye gönderilen bir yazıya

cevap verilmediğini iddia eden bireyler için ombudsmanın o makam ile görüşmesi bile işin hızlanmasına yetebilmektedir. Ayrıca, parlamento ombudsmanları şikayet sahibi ile idari makamı arasında arabuluculuk görevi ifa etmediğini de unutmamak gerekir.<sup>55</sup>

Bir şikayet ile ilgili olarak, ombudsman tarafından ilgili makamın eyleminde bir yanlışlık olmadığına belirtilmesi kendisine hatalı işlem uygulandığını düşünen şikayet sahibini dahi çoğu zaman rahatlatmaktadır.

Bankalar ve sigorta şirketleri gibi özel sektör kurumlarına karşı şikayetler ombudsmanların yetki alanı dışında kaldığı gibi bir mahkeme kararının de ıstirilmesi ya da iptali veya tazminat ödenmesi gibi istekler de reddedilmektedir. Bu gibi durumlarda şikayetçiye nereye başvuracağını bildirilebilir.

Hukukun üstünlüğü ve bireylerin temel hakları ilkelerine bağlı bir yönetim sistemi içinde ombudsman, bireylerin haklarının korunmasında önemli rol oynayabilmektedir. Ancak, şunu da unutmamakta fayda bulunmaktadır ki, ombudsmanlık kurumu hiçbir zaman mahkemelerin veya savcılarının yerine geçemez. Ancak, onların yanında tamamlayıcısı nitelikte varlığını sürdürmesi gereklidir.

## BÖLÜM III

### Ombudsman Konusundaki Ülkemizdeki Tartışmalar

#### I. Genel Bilgi

Anayasamızın 2. Maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, insan

<sup>55</sup> I. KAY, Mahir a.g.m.

haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

5. Maddesinde de devletin temel amaç ve görevleri belirtilmiştir. Hükme göre

"Devletin temel amacı ve görevleri Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaştırmak suretiyle sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

Devlet söz konusu görevlerini kamu tüzel kişileri eliyle görür. Bu görevleri "kamu hizmeti" olarak tanımlar. Bu görevler yerine getirilirken amaçlardan sapmamak için ve her şeyden önce hukuk devletinin gereği olarak hukukun sınırları içinde kalmalıdır. Bu yükümlülüğün kamu görevlileri ve hizmetler açısından denetlenmesi söz konusudur. Bu denetim yargısal denetim (ki konumuz dışıdır.) ve yargı dışı denetim olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>56</sup>

### Yargı Dışı Denetim

Konumuzla bağlantısı açısından Türkiye'deki yargı dışı denetime bir göz atmak yerinde olacaktır.

İdarenin yargı dışı denetiminden ne anlamamız gerekir;

1) İdarenin yargı organı niteliği taşımayan kurumlarca denetlenmesi,

2) İdarenin yargısal usullere bağlı olmadan denetlenmesi,

3) İdari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluktan başka ölçülerle

de erlendirilmesi. (Örneğin, idari işlemlerin yerinde inin incelenmesi)

Söz konusu yargı dışı denetim yollarını anayasal ve anayasa kaynaklı olmayanlar olmak üzere iki grupta inceleyebiliriz.

### a) Anayasada olan yargı dışı denetim yolları<sup>57</sup>

1) **Devlet Denetleme Kurulu:** Anayasa m. 108 hükmüyle, "İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla" kurulmuştur.

Bu kurum yargı ve silahlı kuvvetler dışında tüm kamu kurum ve kuruluşlarında hatta kamuya yararlı dernek ve vakıflarda ve her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında inceleme araştırma ve denetleme yapabilir.

Bu kuruluşun başlangıçta "ombudsman" kurulu olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır, fakat gelişimi bu yönde olamamıştır. Sadece Cumhurbaşkanının isteği üzerine harekete geçmekte ve denetleme sonuçları kamuoyuna açıklanmamaktadır.

Halbuki ileride de üzerinde durduğumuz gibi, herhangi bir vatandaşın başvurusu üzerine de araştırma ve soruşturma başlatılabilir. Sonuçlar da kamuoyuna açık tutulabilir.

2) **Sayıştay Denetimi:** Anayasa m. 160 hükmüyle, "Bütün genel ve katma bütçeli dairelerin gelir ve giderleri ile malları TBMM adına Sayıştay tarafından denetlenmelidir." Ancak Sayıştay da yüksek yargı organları arasında yer almaktadır, bu yüzden bir hesap yargısı olduğu söylenebilir. Sorumluların hesap ve işlemleri hakkında karar vermesi söz konusu

<sup>56</sup> I. KAY, Mahir; a.g.m

<sup>57</sup> I. KAY, Mahir; a.g.m, ÖZDEN Kemal-GÜRDOĞAN Ertuğrul, a.g.m.



oldu unda bu yönü ile bir yargı denetimi olarak da nitelendirilebilir. Sonuç olarak yargı benzeri bir denetim niteli i vardır.

**3) TBMM'nin Kamu İktisadi Teşebbüslerini Denetimi:** Anayasa m. 165 hükmüyle, "KİT'lerin denetimi TBMM tarafından yapılır."Uygulamada bu denetim Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu incelemeleri sonucu oluşturulan rapora dayanır ve daha çok verimlilik denetimi niteliindedir.

**4) TBMM Dilekçe Komisyonu:** En eski anayasalarımızdan beri süregelen bir hak: Dilekçe hakkı Anayasa m. 74'e göre, "Vatandaşlar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında yetkili makamlara ve TBMM'ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir."

Bu komisyonun faaliyetlerinden ombudsman fonksiyonlarını belirli ölçüde yerine getirdi i anlaşılmaktadır. Burada vatandaşların kendi sorunları veya kamu yönetimi ile ilgili dilek ve şikayetlerinin, ba ımsız bir komisyon tarafından, meclisin bir organı tarafından incelendi i görülür. TBMM Dilekçe Komisyonu sonuçları milletvekillerine da ıtılan periyodik yayınlarla açıklar bu da Meclis bünyesinde ombudsman fonksiyonlarından bazılarının yerine getirildi ini gösterir.

**b) Do rudan Do ruya  
Anayasada  
Öngörülme yen Denetim  
Yolları**

**1) Milletlerarası Antlaşmalar:** Türkiye'nin milletlerarası antlaşmalar ile üzerine aldığı yükümlülüklerden do an bazı denetim mekanizmaları vardır.

Örne in; İşkence ve Di er Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile İşkencenin ve Gayri İnsani veya Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi. Bu sözleşmeler çerçevesinde milletlerarası denetimler yapılmaktadır. Söz konusu komiteler, düzenli olarak veya zaman zaman Türkiye'ye gelir ve karakollarda, hapisanelerde incelemeler yaparlar ve raporlarla sonuçları ifade ederler.

**2) Yönetimin kendi bünyesinde yaptığı iç denetimler**

Örne in; Başbakanlık ve bakanlıkların teftiş kurullarınca yürütülen denetimler

**3) TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu (1990)**

Komisyon insan hakları ihlallerinin üzerine gider ve görevleri arasında uygulama ile insan hakları standartları, milletlerarası antlaşmalar anayasa ve yasalar arasında uyum sa lamak üzere yasal düzenlemeler önerme de vardır ve bu yönüyle ombudsmanın bazı fonksiyonlarını yerine getirmiş olur.

**4) İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu**

Belli ölçüde insan hakları ihlalleri ile ilgili şikayetleri ilgili makamlar nezdinde takip etti i, inceletti i, soruşturdu u ve sonuçlandırdı ı ve gerekli yasal düzenlemeleri önerdi i ölçüde yine ombudsmanın bazı fonksiyonlarını yerine getirmiş olur.

Tüm bu benzerliklere ra men "O halde Türkiye'de ombudsman kurumu vardır " demek yanlış olur. Tam anlamıyla yeterli bir ombudsman kurumu üzerinde durulmalıdır.

## 2. Ombudsman Kurumu Türkiye'de Olabilir mi?

Öncelikle ombudsman kurumundan ne anlamamız gerektiğini belirlemeliyiz. Ombudsman, seçilen ve bağımsız çalışan gezgin bir kuruldur. Gittikleri yerlerde insanların haklarının uygulanmasını denetler.

İdarenin tüm eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi olsa da bu denetim hukuka uygunluk denetimi niteliindedir. Oysa bir ombudsman eliyle yürütülecek olan denetim bundan farklıdır. Onun dışındaki alanı kapsar. İdarenin hukuka uygunluk denetimi açısından denetimi olayın sadece bu yönüyle ilgilidir. İdari hizmetlerin kalite yönünden, verimlilik yönünden de erlendirilmesi de söz konusu olabilmelidir.

Denetimin daha süratli ve yargısal denetim usullerine tabi olmaksızın kısa zamanda sonuç verebilecek ve vatandaşa herhangi bir mali yük getirmeyecek biçimde yürütülmesi ombudsmanın temel amacıdır.

Ancak tüm iyimser beklentileri gölgeleyen gerçekleri de görmezden gelmeyiz. Bu noktada olabirliliği tartışmamız gerekir.

Nedir bu gerçekler? Kısaca özetleyelim:

- Devleti ve memurlarını şikayet etmek, onlar karşısında hak aramak toplumsal kültürümüzde yerleşik bir davranış değildir. Bu nedenle toplumda hak aramanın bir görev ve sorumluluk olduğu bilinci yaygınlaştırılmalıdır.
- Türkiye'de ombudsman kurumu kurulacaksa DDK ve Danıştay'ın durumları yeniden gözden geçirilmelidir. İdari denetimin hem aşırı iş yükü, hem sürecin uzunluğu ve maliyetin fazlalığı, genellikle de kamu

çıkarları adına vatandaş aleyhine sonuçlar çıkması, vatandaş açısından ümit kırıcı olmaktadır. Oysa ombudsman her türlü yolla başvuru yapma olanağı sağlar ve vatandaşın ek bir maliyet getirmedikçe için daha etkili olabilecektir.

- Aşırı kuralcı bürokrasinin aynı zamanda vatandaş aleyhine sonuç çıkarmaya yönelik çabaları,
- Devlet yönetiminde görev alanların yetki ve olanakları sonuna kadar kullanma, görev ve sorumlulukları ise zorunlu oldukça hatırlama alışkanlıkları,
- Kuvvetler ayrılığının henüz yeterince işlerlik kazanmamış olması ve bu durumun ombudsmanın bağımsızlığını olumsuz etkileyecek olması,
- Aşırı politikleşmiş toplumsal ve kurumsal yapının, adaletin sağlanmasında ve hak arama mücadelesinde önemli engeller olarak yerleşmesi ve bazı toplumsal kesimlerin güven duymadığı ve hakkında spekülasyon yapıldığı bir ombudsmanın yeterince verimli çalışamayacağı olması,
- Medyanın ülkemizdeki konumu ombudsmanın en önemli aracı olması gerekirken bazı çıkar gruplarının aracı olması.

## 3. Türkiye'de Ombudsmanlık Kurumunun Kurulması ile İlgili Çalışmalar

Kurumun kurulması ile ilgili çalışmalara başlanmıştır. Yedinci beş yıllık kalkınma planında **Kamu Denetçisi** kurumunun kurulması öngörülmüştür. Elli beşinci hükümet zamanında da İnsan Hakları Koordinasyon Üst Kurulu, ombudsmanlık kurumu ile ilgili bir düzenleme yapılmasına karar vermiştir ve teorik ve pratik

araştırmalar yapılmıştır. Bu araştırmalar çerçevesinde:

- Ombudsmanlık parlamento ile ilişki içerisinde olacaktır, onun tarafından seçilecektir. (Hatta yerel yönetimler düzeyinde örneği vardır: Bayburt Valiliği bir yönetmelikle yönetim danışmanlığı adıyla il düzeyinde bir çeşit ombudsman kurumu oluşturmuştur.)
- Maliye Bakanlığı vatandaşlara özellikle vergi sorunlarında yardımcı olmak üzere bir çeşit ombudsman kurumu oluşturmayı düşünmektedir.
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği de böyle bir uygulamayı başlatmıştır.

Yukarıda aktarılanlardan, ombudsmanlığın ne kadar fonksiyoner olduğunu görüyoruz. Öyle ki İsveç'teki basın ombudsmanı benzeri olarak gazetelerimizdeki tüketici sorunlarını çözen köşeleri gösterebiliriz.

Fakat esas olan parlamento ombudsmanıdır. Bu ilişki onun parlamento tarafından seçilmesinde ve onun adına görev yapmasında görülmektedir. Dolayısıyla gücü de parlamento tarafından seçilmiş olmasından ve yaptığı çalışmaların sonuçlarını ona sunacak olmasından gelmektedir. Ancak kurum parlamentoya karşı da bağımsız olmalıdır. Bağımsızlığı, özellikle görevden alınması konusunda belli güvencelerin sağlanmasını zorunlu kılar.

Ombudsmanlık çalışmalarını sürecinde halen kamu denetçisi veya kamu hakemi kurumunun mevzuata yerleştirilmesine çalışılmaktadır.

## a) Kamu Denetçiliği Yasa

### Taslak 1<sup>58</sup>

Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planında ilk defa Ombudsman kurumunu karşılamak üzere KAMU DENETÇİLİĞİ kurumu oluşturulması öngörülmüş ve kurumun isim olarak, -Türk halkı tarafından benimsenmesi amacıyla- kamu denetçisi deyimini kullanılmıştır.

Tanımda sadece idareyi esas almakla, yasama faaliyetlerinin TBMM'nin anayasa dışındaki yapma, kanun yapma, iç tüzük yapma yetkilerinin ombudsmanın yetkisinde olmayacağı belirtilmek isteniyor. Bu sayılanlarla ilgili denetimi Anayasa Mahkemesi yapmaktadır.

Silahlı Kuvvetler de ombudsmanın görev alanı dışına kalacaktır. Fakat bu kurumun denetimi için ayrıca bir ombudsmanlık düşünülebilir.

Kurulun seçimi, ombudsman sayısı, görev süresi ile ilgili öneriler de taslakta yer almıştır. Kamu Denetçiliği Yasa Taslağının 'Genel Gerekçe' kısmında bu kuruma duyulan gereksinim ana hatlarıyla şöyle belirtiliyor:

"Yönetim-birey ilişkilerinde karşılaşılan uyumsuzlukların etkin ve hızlı şekilde çözümü amacıyla yargının katı işleyişi kurallarına bağlı oluşu ve zaman alıcı işlemesi gerçeği karşısında yönetimi yargı dışında denetleyen ama yönetime de bağlı olmayan bir denetim sistemi ihtiyacı sonucunda ortaya çıkmış olan ... halkın şikayetleri ile ilgilenen bir kamu denetçisi sisteminin Türkiye'de de kurulması öngörülmüştür."<sup>59</sup>

Bu açıklama gösteriyor ki ülkemizde kamu denetçiliği yönetim-birey ilişkilerinde yönetime karşı halkın şikayetleri ile ilgilenen ve yargısal

<sup>58</sup> I IKAY, Mahir, a.g.m

<sup>59</sup> I IKAY, Mahir, a.g.m

nitelikte olmayan bir denetim sistemi olarak tasarlanmaktadır.

Ombudsman görevini yaparken idari makamlar, kendisine her türlü destek ve yardımı sağlamak zorunda kalacaktır. Ombudsman tüm idari bilgilere ulaşabilecektir.

Danıştay ile bir görev çatışması olabilir mi?

Biri yargısal di eri yargı dışı denetim kurumudur. Ombudsman kararları bir mahkeme kararı de ildir. Dolayısıyla bir yargı kararı gibi idareyi ba laması söz konusu de ildir. Aynı konu hem yargı önüne hem ombudsmana götürülecekse durum ombudsmana bildirilmelidir. Yargı ba ımsızlı ı için ombudsman önüne götürülecek olan konular yargı önüne götürülemez konular olmalıdır. Fakat ombudsmana başvurma hakkı anayasal bir hak olan hak arama özgürlü ü kısıtlanmamalıdır.

Tartışılan bir di er konu da Ombudsmana başvurunun idari dava açma süresini durdurup durdurmayacağıdır. Bu konuda bir hüküm getirilmemiştir. Fakat, harç ödeme vs yükümlülükleri olmadı ından vatandaş her halde önce ombudsmana başvuracaktır.

Ombudsman insan hakları denetimi bakımından da önemli bir görevi üstlenmiş olacaktır.

### **b) Kamu Denetçili i Kurumunun Sa layacağı Faydalar**

- Türk toplumunun idareye güvenikli i söz konusu olmayacak,
- İdare de verimlilik artacak,
- Güncel deyimlerle idarede toplam kalite anlayışı düzeyi yükselecek,
- İdari yargının yükü azalacak,

- Parlamentoya başvuru yolu ile yapılan denetimde parlamentonun sınırlı yetkisi yüzünden tatminkar bir sonuca varmayan dilekçelerin, ombudsman tarafından incelenmesi vatandaşa daha çok güven verecek, dilekçe komisyonunun yükü hafifleyecek,

- Ombudsman idarenin eylem ve işlemlerini haklı bulursa bu defa idareyi şikayet edene karşı savunacaktır.

### **c) Kamu Denetçili i Kurumunun Özellikleri<sup>60</sup>**

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki ombudsman nitelikleri itibariyle ba ımsız çalışan genellikle parlamentolar adına görev yapan ve yine genellikle parlamento tarafından seçilmiş tarafsız kişilerdir. Kişili in önemi çok büyüktür.

Ombudsmanın önüne gelen şikayet konusu olay hukuka aykırı da olabilir. Dolayısıyla ombudsman bu yönüyle işin üstüne gidebilir. Fakat görevi idari işlemi iptal de il hukuka uygun olanın yapılmasını sağlamak olmalıdır.

- Verdiği kararlar yargı kararı niteli inde de ildir. İdarenin yerini almaz. Sadece ona daha iyi, daha uygun çözümler için tavsiyelerde bulunur ve yaptırımını kamuoyuna açıklama olur. Dolayısıyla kurum aydın, gelişmiş bir kamu oyuna sahip ülkede çok etkili olacaktır.

- Görevlerinden biri de insan haklarının korunması ile ilgilidir.

- Önemli koşullardan biri de ba ımsızlı ını sa layacak dokunulmazlı ının olması gere idir.

<sup>60</sup> I IKAY, Mahir, a.g.m

- Ombudsman görevinin ifası sırasında bir suç tespit ederse, onu ilgili mercilere bildirecektir. Fakat memurları yargılaması söz konusu olmayacaktır.

#### 4. Sonuç

Türkiye'de idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı halkın zarar görmesini önlemeye çalışacak bir kuruma şiddetle ihtiyaç vardır. Fakat ombudsman kurulmadan önce atılması gereken adımlar vardır.

Yargı ve yasama bağımsızlığı tam olarak sağlanmalı kuvvetler ayrılığı sisteminin tam işlemesi gerçekleştirilmelidir.

Mevzuat; açık, net ve sorun çözücü olmalıdır.

Anayasal haklar tam koruma altına alınmalı, vatandaş-birey öncelikli bir anayasa hazırlanmalıdır.

Bir geçiş uygulaması olarak yerel bazda ombudsman oluşturularak genel uygulamaya bir hazırlık yapılabilir. Bu merkezi kurumların yükünü hafifletecektir.

Bu çerçeve içinde ombudsman kurumu Türkiye'nin geleceğinde önemli bir rol oynayacak, gerek demokrasimizin sağlam temellere oturmasında, gerek insan haklarının güvencesini sağlamakta başarılı hizmetler yapacaktır.

Ombudsman kurumunun yanı sıra, hükümet dışı kuruluşlar, sivil toplum örgütleri, basın-yayın kurumlarına da büyük görevler düşmektedir.

#### Kaynakça

- ALTU , Yılmaz; "Vatandaş İdarenin Yetki Tecavüzlerine Karşı Koruyan Ombudsman Müessesesi", Yargıtay 100. Yıl Arma anı, İstanbul 1968.
- AVŞAR, Zakir; "Ombudsman (Kamu Hakemi) Türkiye İçin Bir Model Önerisi", HAK-İŞ E itim Yayınları.
- BALCI, Muharrem-SÖNMEZ, Gülden; "Temel Belgelerde İnsan Hakları", Danışman Yayınları, İstanbul: 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: "Yönetsel Yargı", "S" Yayınları, Ankara: 1991.
- İŞİKAY, Mahir; "Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye'deki Konumu", <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MIsikay.html>
- KENEŞ, Bülent; "Bir Denetim Mekanizması Olarak Ombudsman, Türkiye'deki İhtiyaçlara Ne Kadar Cevap Verebilir?", Yeni Türkiye, Mart-Nisan(Sayı:14).
- ÖZDEN, Kemal-GÜNDO AN, Ertu rul; "Ombudsmanlık Sistemi: Tanımı, Tarihi Gelişimi, Dünyadaki Uygulamalar ve Türkiye'deki Uygulanabilirlik Tartışmaları", Türkiye Günlü ü Sayı: 62, Ekim 2000.
- PİCKL Wictor; "Mukayeseli Hukuk Bakışı Açısından Avrupa Ombudsman Kuruluşları", çeviren Saim ÜTÜNDA ., Anayasa, İdare Hukuku, Cilt: I. Kamu Denetçisi Halkın Avukatı.







# Sivil İtaatsizlik

Av. Orhan Seyfi GÜNER



"Waldo, why are you not here"<sup>1</sup>

ve hukuki açıdan olması gereken yere oturtma çabamıza baidir.

## 1. Giriş

Gücünün temeli, otoriteye olan direncin pasifist bir ısrarla bütünlüğünden kaynaklandı. İçin, kimilerine göre "çatışmanın en etkili siyasi süreçlerini üreten bir yaklaşım" olarak tanımlanır sivil itaatsizlik.<sup>2</sup>

Kimileri de, toplumun yükselen nabzının indirilmesi amacını taşıyan bir emniyet sübabı, düzen dışı düşüncelerin düzen içine alınması işlevi gören ya da en azından böyle bir tehlikeyi içinde barındıran bir kavram olarak tanımlarlar.<sup>3</sup>

Türkiye'nin 1980 sonrası yıllarda da tanıştığı bir kavram olarak Sivil Toplum, 1848'te ilk kez ortaya çıktıktan sonra, özellikle 1960'lı yıllarda dünyanın gündemine yoğun bir şekilde girmiş ve bu kavramı, tanımlamak ve belli bir çerçevenin içerisine oturtmak gerekliliği kaçınılmaz hale gelmiştir.

Bu bağlamda sözkonusu kavramın zihinlerde muhtemelen kalmaması, herkesten önce biz hukukçuların bu kavram üzerine eğilip, onu siyasi

Bu nedenle, bu çalışmamızda kavramın unsurlarını inceleyerek bir tanım oluşturmaya, sivil itaatsizlik kuramının öncülerinin düşünce ve eylemlerini inceleyip Türkiye ve dünyadan örnekler vermeye çalıştık. Daha sonra kavramın meşruiyeti sorununu ele alarak son tahlilde sivil itaatsizlik kavramının Türk Ceza Yargılaması alanında ele alınış biçimini özellikle yeni hazırlanan Ceza Yasa Tasarısını da gözönünde bulundurarak çözümlenmeye çalıştık.

## 2. Tanım

Sivil İtaatsizlik konusunda yayınlanmış eserlerde "Sivil İtaatsizlik" kavramının birçok tanımına rastlamak mümkündür. Kavramın genel olarak dar tanım, geniş tanım, baskın tanım olmak üzere üç ayrı kümede toplandığını görüyoruz.<sup>4</sup>

Dar tanımda, tanımın öneleri hususunda sınır konulmamıştır. Bu nedenle Sivil İtaatsizlik edimlerinin pek azı "sivil" olarak anılır. Fleisch'ın tanımı böyle bir tanımdır.

Fleisch'a göre; "Sivil İtaatsizlik devlet gücünün, üçüncü kişilerce de açıkça görülebilir ve anlaşılabilir derecede, haksızlık

<sup>1</sup> "Waldo, sen neden burada de ilsin."

<sup>2</sup> Etyen MAHÇUPYAN, Sivil taatsizliğin ronisi, Zaman Gazetesi, 23/06/2003.

<sup>3</sup> Yılmaz AL EFENDİ O LU, "Sivil taatsizlik" Disiplinlerarası Kolokyum, Demokrasi Kitaplığı, s. 132.

<sup>4</sup> Bu bölümde yer alan açıklamalar ve kavram öneleri için bkz.: Hayrettin Ökçesiz, Sivil taatsizlik, 2. baskı, AFA Yayınları, İstanbul 1996, s. 104-131.

olarak duyumsanan bir edimine karşı, kaba güç kullanılmadan ve kamuya açık olarak gerçekleştirilen bir protesto eylemidir. Bu eylem dikkate de er bir siyasi ahlaki motivasyondan kaynaklanır. En azından bir adet suç kalıbına uygun bir hukuk ihlalinin içerir ve norm ihlalinin hukuki sonuçlarına katlanmaya hazır bulunmak tutumunu taşır.”<sup>5</sup>

Geniş tanımda ise tanımın ö eleri sınırlandırılmıştır. Örne in “belirli bir hukuk normunun bilinçli bir şekilde çi nenmesi, eylemin kamuya açık olması (alenilik), eylemin sistemin geneline de il, tekil haksızlıklara yönelik ortak bir eylem olması yani devrimsel bir nitelik taşımayıp sisteme içkin olması” gibi tanım ö eleri sınırlı tutularak yapılan edimlerin bir ço unun bu kategori içinde anılması sa lanmak istenmiştir.

Baskın tanımda ise kavrama “şiddetsizlik” unsuru eklenmiştir. Hugo Adam Bedau ve John Rawls gibi hukuk felsefecileri bu tanım tarzının başlıca temsilcileridir.

Bedau’ya göre; yasaya aykırı, kamuya açık, şiddetsiz ve vicdani olarak bir yasayı ya da bir hükümet politikasını veya kararını engellemek isteyen kimse sivil itaatsizlik işlemiş olur.<sup>6</sup>

Rawls’a göre; “Sivil itaatsizlik, yasaların ya da hükümet politikalarının de iştirilmesini amaçlayan ve kamuya açık tarzda gerçekleştirilen şiddetsiz, vicdani ve aynı zamanda siyasi

nitelikli, yasaya aykırı bir edimdir.”<sup>7</sup>

Doktrinde en geniş katılım gören tanım, John Rawls’a ait tanım olmuştur. Dreirer bu tanımdan hareketle sivil itaatsizli i, kamuya açık, şiddet içermeyen, siyasi-ahlâki bir motivasyona dayalı bir itaatsizlik edimi olarak niteleyerek, sivil itaatsizli in daima gösterisel bir düşünce açıklaması oldu u vurgusunu yapıyor. Dreirer’e göre bir sivil itaatsizlikten söz edebilmek için, a ır bir haksızlı a maruz kalınmış olmalı ve yapılan edim de amaca uygun olmalıdır. Yani protestonun hedefine yasal yollarla ulaşılabilmelidir. Araç ile ulaşılmak istenen hedef arasında makul bir ilişki bulunmalıdır.<sup>8</sup>

Habermas’da aynı tanımdan yola çıkar ve sivil itaatsizli i yalnızca kişiye özgü inançların ve çıkarların temel alınamayaca ı, kural olarak önceden bildirilmiş ve polisçe akışının hesaplanabilir oldu u, kamuya açık, hukuk düzeninin bütününe olan itaati etkilemeksizin, tekil normların kasıtlı olarak çi nenmesini içeren, normun çi nenmesinin hukuki sonuçlarından sorumlu olmaya hazır bulunmak tutumunu gerektiren, norm ihlalinin sembolik bir karaktere sahip oldu u, bu nedenle de şiddetten uzak bulunmasını gerektiren ahlâki bir protesto olarak tanımlar.<sup>9</sup>

Tüm bu yukarıda sıraladı ımız tanımlardan da anlaşılaca ı üzere sivil itaatsizlik, yasanın özüne itaat çerçevesinde, yasaya

<sup>5</sup> Nicolaus H. FLEISCH, Ziviler Ungehorsam oder gibt es ein Recht auf Widerstand im schweizerischen Rechtsstaat (Doktora Tezi), zikreden; Hayrettin Ökçesiz, “Sivil taatsizlik Hakkı”, Sivil taatsizlik-Disiplinler arası Kolokyum’da sunulan bildiri, Demokrasi Kitaplı ı, stanbul, 1999, s. 51.

<sup>6</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.b., s. 50.

<sup>7</sup> John RAWLS, A Theory of Justice.zikreden Hayrettin Ökçesiz a.g.e., s. 109.

<sup>8</sup> Ralf DRE RER, Widerstandsrecht im Rechtsstaat ? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, zikreden Hayrettin Ökçesiz, “Sivil taatsizlik Hakkı”, Sivil taatsizlik-Disiplinler arası Kolokyum’da sunulan bildiri, Demokrasi Kitaplı ı, stanbul, 1999, s. 52.

<sup>9</sup> Jurgen HABERMAS, *Sivil taatsizlik*, AFA Yayınları, stanbul, 1991, s. 42.

itaatsizlik şeklinde bir paradoksu içermektedir.<sup>10</sup>

Sivil İtaatsizlik her şeyden önce bir "siyasi ifade" biçimidir.<sup>11</sup> Kişi bireysel ya da kitlesel bir davranışla, kural dışı bir protesto yürüyüşü veya açlık grevi yapabilir, vergi ödemekten kaçınabilir, rayların üstünde durarak deniz üssüne giden bir trenin gidişatını engelleyebilir, bir askeri havaalanının uçuş kulesini işgal eylemine katılabilir, ya da gecekondu yıkımına gelen dozerlerin önüne çıkarak pasif direniş gösterebilir.

Maddileşen anlamı ile demokratik hukuk devletinde, siyasi ifadeler ya sistemle bütünleşir, korunur, kurumsallaşır, ya da sistem dışında bırakılır, yasaklanır. Bu kritik çizgiyi belirleyen faktör, her şeyden önce siyasi ifadeye yüklenen "şiddet" unsurudur. Sivil İtaatsizlik, şiddet unsurunu taşımayan bir muhalefet tipi, ya da siyasi ifade biçimi oldu u ölçüde sistemin marjında kalan, ama yeni hukuk devleti anlayışında, fert olma mesle inin icrasında etkili bir teknik olarak düşünülmüştür.<sup>12</sup>

### 3. Sivil İtaatsizli in Unsurları

Yukarıda vermiş oldu umuz tanımlardan yola çıkarak sivil itaatsizlik kavramının unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

- Yasaya aykırılık (İllegalite),
- Şiddetsizlik,

<sup>10</sup> Muhip eyda I İKTAÇ, *Sivil taatsizlik*, stanbul Barosu Dergisi, 1995, s. 619.

<sup>11</sup> Walter HARD NG, "Giri " b.y.: H. D. Thoreau, *Sivil taatsizlik*, (Çev:Hakan Arslan) Vadi Yayınları, stanbul, 1999, 2. baskı, s. 31.

<sup>12</sup> Bakır ÇA LAR, "Açılı ", *Argumentum Dergisi*, yıl 3-4, sayı 36-41, Temmuz-Aralık, 1993, s. 651.

- Alenilik (Kamuya açık oluş),
- Hukuk devleti düşüncesi ile çelişmeyen siyasi ahlaki yönelim, (Ortak adalet anlayışına, kamu vicdanına yönelik bir ç a r ı.)
- Çi nenen hukuk normunun yaptırımına katılma ve katlanma tutumu.(Politik ve hukuki sorumlulu un üstlenilmesi)
- Sistemin geneline de il tekil haksızlıklara karşı olması.
- Ciddi haksızlıklara karşı yapılması ve haksızlıkla makûl bir ilişki içinde olması.
- Haksızlıklarla ilgili çifte standart kullanılmaması.

Bu unsurlardan bazıları sivil itaatsizlik kavramının "sine gua non", olmazsa olmaz unsurlarından olup bu grubun dışındakiler sivil itaatsizlik düşüncesine getirilen yukarıda doktrinden alıntılada ımız görüşlerden yola çıkılarak oluşturulmuş unsurlardır.

#### a. Yasaya Aykırılık (İllegalite)

Yasaya aykırılık (illegalite) ile bir pozitif hukuk normuna aykırılık dile getirilmektedir.<sup>13</sup> Ancak burada kastedilen şey geniş anlamıyla bir "hukuka aykırılık" de ildir. Sivil itaatsizlik eylemcisinin kurulu düzenin bütünü ile bir sorunu yoktur. Söz konusu olan esasen Do al Hukuk idesinin sınırları içinde kalan ve statükoyu yargılayan bir düşüncenin temel alınması ile meydana getirilen bir pozitif hukuk kuralına aykırılıktır. Yasaya uygun olan bir eylem sivil itaatsizlik eylemi olamayaca ndan illegalite sivil itaatsizlik kavramının olmazsa olmaz

<sup>13</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 114.

unsurlarındandır. Arendt'e göre haksız bir uygulamaya karşı bütün yasal yollar denedikten sonra girişilen yasadışı bir eylemdir.<sup>14</sup>

Sivil İtaatsizlik **do rudan** veya **dolaylı** eylem biçiminde gerçekleşebilir. Do rudan (defensive, direct) sivil itaatsizlikte karşı çıkılan pozitif hukuk normuna, bu kuralın getirdi i düzenlemeyi çi neyerek yapılan bir protesto eylemiyle karşı çıkış söz konusudur. Vergi ödemekten kaçınma, yayın yasa nın özel radyolarca korsan olarak delinmesi bu türden sivil itaatsizlik eylemleridir.<sup>15</sup>

Dolaylı sivil itaatsizlik eyleminde ise, karşı çıkılan hukuk kuralı ile protesto eylemi aynı de ildir. İlgili pozitif hukuk metnine aykırı davranmaksızın protesto eylemi söz konusudur.<sup>16</sup> Burada ihlal edilen normla protesto eylemi farklılık gösterir. Çünkü aynı olmaları ço u kez olanak dışıdır. Örne in bir uluslararası askeri antlaşma gere i yerleştirilen uzun menzilli füzelerin kaldırılması için girişilen bir protesto eyleminde, bu antlaşma metninin çi nenmesi mümkün olamayaca ndan konuya kamuoyunun dikkatini çekecek, başka bir protesto yapılabilir. Gandhi'nin pasif direniş tarzındaki bir çok eylemi de bu gruba giren eylemlerdendir.

Ceza hukuku açısından bakacak olursak söz konusu yasaya aykırılık; **icrai** bir hareketle olabilece i gibi **ihmali** bir hareketle de olabilir. İcrai harekete örnek vermek gerekirse; bir denizaltı tersanesine girerek denizaltının füze fırlatma yuvalarını tahrip etmeyi gösterebiliriz. İhmali harekete

örnek vermemiz gerekirse vergi borcunu ödememe, askere gitmemeyi örnek olarak zikredebiliriz. Nitekim Thoreau'nun sivil itaatsizlik hareketi "poll tax" isimli vergi borcunu ödememe şeklinde cereyan etmişti.

## b. Şiddetsizlik

Şiddeti reddetme sivil itaatsizli in asli unsurlarındandır. Sivil itaatsizlikle di er protesto biçimlerini, özellikle anarşizmi birbirinden ayıran en önemli unsur eylemin şiddet içermemesidir.

Sivil itaatsizlik eyleminde ifadesini bulan ihlal sembolik özelliktedir. Yapılan protesto barışçı araçlarla sınırlandırılmak zorundadır. Eylemin şiddet içerip içermedi i konusunda uygulanacak kriter, üçüncü şahısların daha üstün bir hakkının çi nenmemesidir.

Sivil itaatsiz, kendisine karşı şiddeti haklı kılacak ve ço altacak bir şiddet kullanımına giremez. Hukuk Devletinde sivil itaatsizli in, sadece temel hakların ve özgürlüklerin korunması ve gerçekleştirilmesi için yapılabilece ini ileri sürdü ümüzde; kullanılan fiziki güç ile üçüncü kişilerin u runa sivil itaatsizli e girişilenden daha üstün bir temel hakkının ve özgürlü ünün çi nenmesine izin verilemeyece i mantıkî bir zorunluluk olarak görünür. Örne in basın özgürlü ünü savunmak için bir hastanenin acil servisine giden tek ya da en kısa yola oturma eylemi ile kesmek sivil itaatsizlik olamaz. Yaşamak hakkı bu hiyerarşide elbette daha üstte yer alacaktır. Devletin şiddeti nasıl ki; özgürlük ve yasa ile ba lı ise, sivil itaatsizin şiddeti de üçüncü kişilerin özgürlükleri ve temel hakları ile ba lıdır. Savunulan temel hakkın ve özgürlü ün çi nenen haktan daha

<sup>14</sup> Hannah ARENDT, *Kamu Vicdanına Ça rı Sivil taatsizlik*, çev.: Yakup CO AR, stanbul, Ayrıntı Yayınları, 1997, s. 10-15.

<sup>15</sup> Muhip eyda l İKTAÇ, a.g.m., s. 618.

<sup>16</sup> Muhip eyda l İKTAÇ, a.g.m., s. 618.

üstün olması zorunluluğu bu dengenin korunması gereğinin de bir sonucu olarak görünebilir.<sup>17</sup>

Ayrıca haksız bir fiziki güç kullanımı olarak şiddetin sivil itaatsizlik edimlerinden dışlanması önemli bir nedeni de şiddetin asla sisteme içkin bir ifade tarzı olamayışıdır.<sup>18</sup>

Bundan başka; bir haksızlığı karşı çıkma araçlarının inandırıcı olabilmesi için amaçla çelişmemesi zorunludur. Bunun için şiddetten uzak olunması şart oldu gibi, şiddetten arınmışlığın bir düşmanlığı giderme yöntemi olması keyfiyeti bu eylemlerin şiddetten uzak olmasını gerekli kılar.

Şiddetsizlik kendini en iyi şekilde Gandhi'de bulur. O "acıya katlanmak ve buna rağmen acı vermemek niyetini taşır." Gandhi için böyle bir tutumun kaynağının onun felsefesinin biricik kaynağı olan AHİMSA'dır. (Şiddetsizlik, kaba güç kullanmama)

Buradaki en önemli sorun şiddetin içeriğinin ne olduğuudur. Hangi hareketleri şiddet kapsamına alacağız, hangilerini şiddet kapsamı dışına taşıyacağız sorusunu bu noktada sormak önemlidir. Örneğin psikolojik baskı şiddet midir? Bu konuda genel kabul gören anlayış, eylemin, karşıtlarının ya da olayın dışındaki üçüncü kişilerin fiziki ve psikolojik bütünlüklerine zarar vermemesidir. Sivil itaatsizlik genel kabul gören biçimiyle düşmanlıkları derinleştirmeyi de il ortadan kaldırmayı amaçlayan, karşıtını yok etmeyi de il ikna etmeyi amaçlayan bir yöntem izler.

SATYAGRAHİ (Gandhi'nin Sivil itaatsize verdiği isimdir.) ikna edilmeye de kendini sürekli açık tutmak zorundadır. "SATYAGRAHA" (Gandhinin sivil itaatsizliği

verdiği Hintçe bir tabir.) özellikle inançlı insanların silahıdır. Satyaghari; zorballı kaçmamaya karar vermiş kimsedir. "Yınlara, Satyagraha'yı ancak bir koşulla salık verebilirim. O koşul da, şiddete başvurmamayı aklımızla kabul etmek, söz vermek ve bunu davranışlarıyla kanıtlamaktır" demektedir.<sup>19</sup>

### c. Kamuya Açıklık (Alenilik)

Sivil itaatsizlik kavramının üzerinde en az tartışılan ögesi, kamuya açıklıktır. Sivil itaatsizlik bir çarşı işlevini üstlenmektedir. Mesajını etkili olabileceğini hesapladığı araçlarla uygun bir iletişim kurarak muhatabına ulaştırmayı amaçlamaktadır. Habermas, sivil itaatsizliğin ilke olarak önceden duyurulmuş ve böylece gelişiminin polis tarafından hesaplanabilir olması gerektiğini söylüyor.<sup>20</sup>

Doktrinde bazı yazarlar yalnızca haber vermenin yetmeyeceğini, ayrıca eylemcilerin kendilerini hiçbir saklanma ve gizlenme olmaksızın kamuya açmalarını ve açıklamalarını yapmalarını gerekli olduğunu savunmuşlardır. Böylelikle kişisel çıkarlara hizmet eden, adi suç niteliğindeki eylemlerden uzaklaşmış olunacaktır. Çünkü sivil itaatsizliğin hedefi nihayet anlaşmazlık konusundaki tartışmayı, düşünce oluşturma sürecini yaygınlaştırıp yo unlaştırmaktır. Örneğin askerliğe karşı bir kişinin askerlikten kaçması sivil itaatsizlik eylemi oluşturmayacaktır. Ancak bu eylemini kamunun önünde açıklarsa o zaman bu eylem bir sivil

<sup>17</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 122.

<sup>18</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 122.

<sup>19</sup> Muhandas K. GANDHİ, *Satyagraha Nedir, Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş* . s. 75.

<sup>20</sup> Jürgen HABERMAS, a.g.e., s. 31.

itaatsizlik eylemi haline gelecektir.

Ayrıca, sivil itaatsizlik vicdanlarda yatan adalet ve hakkaniyet duygusuna karşı niteli taşıdığından, kamuya açıklık vasfı taşıması niteli gerektirir. Sadece olaydan ma dur olanın değil, her insanın böyle bir olguya tepki duyması gerektiği öngörüsünden hareketle alenilik eylemin asli unsurları arasında sayılır.<sup>21</sup>

Aleniliğin bir başka nedeni de, sivil itaatsizliğin, kişisel çıkar arayışlarının ötesinde, aynı durumdaki herkes için adalete yönelik bir çözüm arayışı olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında da kavramın kamusalının niteli gerektirdiği oldu u anlaşılacaktır.<sup>22</sup>

Ancak eylemin önceden duyurulması eylemin yapılması ile istenen sonucun do masını engelleyecek nitelikte ise alenilik eylem esnasında gerekmez. Ronald Dworkin, böyle bir duruma örnek olarak sahibinden kaçan köleyi saklayan bireyin tavrını vermektedir.<sup>23</sup> Buradaki aleniliği sadece eylemciler açısından değil eylem açısından da düşünmek gerekir.

Eylemin de baştan itibaren aleni olması bu ilke ile beraber başka bir unsur da beraberinde getirmektedir. Bu da 'hesaplanabilirlik'tir. Eylem aleni olur ve aynı zamanda hesaplanabilir bir nitelik de taşırsa eylemin amacından saptırılması, terörist nitelik kazanması önlenmiş olur. Eylemin safhalarının bilinmesi, hesaplanabilir olması eylemcinin samimiyetinin ve

inandırıcılığının, söyledikleriyle yaptıklarının uyum içerisinde olmasının ifadesidir. Bu da eylemin başarıya ulaşması için çok önemlidir.

#### **d. Hukuk Devleti Düşüncesine Dayalı Bir Siyasal-Ahlaki Yönelim**

Hukuk Devletinde sivil itaatsizliğin sisteme ilişkin, insanın temel haklarına ve özgürlüklerine dayalı protesto edimlerini içerdiği ve bu çerçevede bir siyasi-ahlaki güdülenme gösterdiği gözlemleniyoruz.

Kişisel çıkar arayışlarının ötesinde kamusal yarara yönelik ve aleni bir protesto tarzı olmasıyla sivil itaatsizlik siyasi bir özellik taşır. Ahlaki olmasının nedeni ise içerisinde gerçekleştiği toplumun değer tasarımlarına dayanarak kamuya ve siyasi karar organlarına karşı bulunmasıdır.<sup>24</sup>

Sivil itaatsizlik, demokratik hukuk devletinin temelinde yatan ortak yararlar ve üstün değerlere yönelmelidir. Bireylerin veya grupların siyasi karar organlarına ve kamuya yönelik çabası olarak sivil itaatsizlik, içerisinde gerçekleştiği toplumun temel kanılarına ve dünya görüşüne dayanmaktadır.<sup>25</sup>

Sivil itaatsizlik, "hukuk sisteminin içinde aksayan bir kurala" karşı çıkıştır. Ancak, sistemin bütününe yönelik genel bir kabul söz konusudur. Hatta bu o kadar açıktır ki, eylemde bulunan bu aksayan kural için

<sup>21</sup> Hannah ARENDT, a.g.e., s. 11, Muhip Eyda I IKTAÇ, a.g.m., s. 618.

<sup>22</sup> Muhip Eyda I IKTAÇ, a.g.m., s. 618.

<sup>23</sup> Yakup CO AR, Kamu Vicdanına Karşı Sivil itaatsizlik, s. 11.

<sup>24</sup> Thomas LAKER, zikreden: Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 125.

<sup>25</sup> Günther FRANKENBERG, zikreden: Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 124.



öngörülen yaptırımını bile kabul etmektedir.<sup>26</sup>

**e. Çi nenen Pozitif Hukuk Normunun Politik ve Hukuki Yaptırımına Katılma ve Katlanma Tutumu**

Politik sorumlulukta sivil itaatsizlik eyleminin başından itibaren kamuoyu önünde olmak esastır. Başından itibaren eylemin akışının tespit edilmiş ve açıklanmış olması da öngörüldü ünden eylemin sonunda politik sorumluluktan kaçınmak eylemi inkar etmek olacaktır.

Hukuki (Cezai) sorumluluğu a gelince; burada ihtilaf çıkmaktadır. Bazı müellifler meşru düzeyde girilen bir eylemden dolayı cezalandırmanın doğru olmadığını savunurlar. Her ne kadar kanunen suç olan bir fiil işlenmiş olsa da bu fiil bir üst norm olan doğal hukuk ve vicdani meşrudur.

Sisteme ve hukukuna bağlılık, itaatsizlik ediminin bu sistem içerisinde tabii olması gereken yaptırımına katılma ve bu nedenle somut yaptırım tarzını gözlemleme ve ona katlanma ile kanıtlanmaktadır. Sivil itaatsiz önce "hukuk normu"nun sistem içerisindeki mantığını onaylamaktadır. Yaptırıma hareketin, mevcut kanunlara göre suç olduğunu bile bile böyle bir eyleme girişir. Çünkü sistemin bütününe değil tekil bir haksızlığa karşı çıkmaktadır. Dolayısıyla yaptırıma hareketin inandırıcılığı, ihlalin somut yaptırımına katlanması ile gerçekleşecektir. Böylesine bir özveri, muhataplarından beklenen ilgiyi ve desteği sağlayacaktır. Bu unsur daha çok sivil itaatsizliğin psikolojik bir taktik olarak ortaya çıkmaktadır.

Gandhi, Thoreau ve Sokrates uygulamaları ile yaptırıma katlanma görüşüne destek vermişlerdir. Gandhi yasaya saygılıdır. Yasanın belirli davranış kalıplarına karşı gelirken, öngörülen cezaya hep uymuştur. Sokrates benzeri bir tutumu Gandhi'de görüyoruz.

"... Satyagrahi, toplum yasalarına aklını kullanarak kendi özgür istemiyle boyun eğdi. Çünkü bunu kutsal bir görev bilir. Ancak toplum yasalarına bu biçimde titizce uyduktan sonradır ki, insan, hangi kuralın iyi ve adaletli, hangisinin haksız ve adaletsiz olduğunu karar verebilir. Ancak o zaman insan, çok iyi belirlenmiş durumlarda bazı yasalara karşı boyun eğmez ve başvurmak hakkını kazanabilir. Şuna inanırım; bir halk, yasalara uymamak yoluna başvurmak yeterli ini kazanmadan önce onun bütün gereklerini tümüyle öğrenmelidir."<sup>27</sup>

Sokrates de, elinde fırsat olmasına rağmen hapis hanesinden kaçmayı reddetmiştir. Platon eserinde bunu canlandırmıştır.

"(...)Tut ki; tam kaçacağımız sırada yasalar ve devlet karşımıza dikilip şu soruyu soruyorlar: Söyle bize Sokrates, ne yapmak istiyorsun? Dedim ki elinde olduğu kadarıyla, bizi yasaları ve bütün devleti yok etmekten başka bir hedefi var mı? Verilen hükümlerin hiçbir gücü olmaz, kişiler onlara uymaz ve onları yok ederse bir devletin devrilmeyip yaşamaya devam edeceğini mi sanırsın? Bu ve buna benzer sorulara ne cevap verebiliriz, Kreton? Çünkü verilen hükümlerin yerine getirilmesini isteyen o yıkacağımız yasa lehine özellikle bir hatip, söyleyecek neler bulmaz ki? Devlet bize bir haksızlık yaptı, davamızda yanlış hüküm verdi, diye mi cevap vereceğiz? (...)

Peki, ya yasalar bize, seninle anlaşmamız bu muydu, Sokrates?

<sup>26</sup> Muhip eydal İKTAÇ, a.g.m., s. 620.

<sup>27</sup> Mahatma GANDHİ, Bir Özyaşam Öyküsü, çev.: Vedat Günyol, Cem Yayınevi, İstanbul: 1984, s. 434.

Sitenin verdi i hükümlere uymak zorunda de il miydin derlerse?...<sup>28</sup>

**a) Sistemin Geneline  
De il, Tekil  
Haksızlıklara Yönelik  
Ortak Eylem**

Sivil itaatsizlik eylemi az ya da çok adil oldu u varsayılan bir toplumda meydana gelir. Bu tanımın içerisine diktatörlükler, aslında demokrasi ile idare edildi i halde demokrasinin darbelerle kesintiye u radı ı dönemleri olan yönetimleri bu tanımın dışında bırakıyoruz. Ortak bir kamu vicdanının varlı ı gereklidir. Sistemin belirli bir oranda adil oldu u varsayılarak hareket edildi inden, sistemin tamamına karşı bir eyleme girişmek sivil itaatsizlik olarak telakki edilmemektedir.

Bu unsurun başka bir özelli i de de ışık gruplardan insanları bir araya getirmesidir. Öyle ki; sivil itaatsizlik için bir araya gelen insanlarda ideolojik birliktelik aranmaz. Amaç tek tek haksızlıklara karşı çıkmaktır. Bunun içinde o haksızlık karşısında ortak bir kanının, kamu vicdanında oluşması yeterli ve gereklidir.

Bu noktada aklımıza şöyle bir soru gelebilir:

**Bir partinin sivil itaatsizlik çarısı amacına ulaşabilir mi?**

**Partiler Sivil İtaatsizlik eylemlerinde öncülük edebilirler mi?**

Tam olarak amacına ulaşacağını söylemek ancak fazla iyi niyetlilik olur. Çünkü en azından o parti taraftarı olmayanlar açısından bu çarıya olumlu cevap vermek psikolojik bir barikat oluşturur. Bu noktada asıl olan,

karşı çıkılan ya da olması istenen şeylerde ortak düşünce ve hareket birli i dir. Farklı bir söyleyişle düşünsel düzeyde genel bir örtüşmenin de il kısmi bir çatışmanın varlı ı yeterlidir. Çünkü çok farklı ideolojilerden yola çıkarak somut bazı sorunlarla ilgili aynı sonuçlara varmak mümkündür. Sivil itaatsizli in temel mantı ı da budur. Örne in; nükleer silahların konuşlandırılmalarına karşı Avrupa'da yapılan eylemlerde, sosyalistlerin, yeşillerin ve bazı dini grupların ortak hareketi gibi. Böyle bir toplumsal genel kabulü, halkın sadece bir kısmından destek almış bir partinin meydana getirmesi imkansız de ilse bile çok zordur.

**b) Eylem Ciddi  
Haksızlıklara Karşı  
Yapılır ve Haksızlıkla  
Makûl Bir İlişki İçindedir**

Yasal yolla sonuç alınmayan tüm hallerde sivil itaatsizli e başvurulabilir mi? Yoksa maruz kalınan haksızlıkta belli bir ırlık aranmalı mıdır?

Tabii ki; her haksız hareket sonucu sivil itaatsizli e başvurulamaz. Böyle bir harekete girişmek ancak ciddi haksızlıklar sonucu olabilir. Aksi takdirde yasal yollarda sonuç alınamayan her durumda yasadışı yola başvurmak sivil itaatsizli i işlevsiz duruma getirir. Bu da katılanların inandırıcılı nı azaltır.

Ciddi haksızlı ın ne oldu u ise tartışmalıdır. Her ülkenin kendi şartları altında ve olayın kendi özelliklerine göre de erlendirilir. Fakat genel bir kural koyacak olursak, Rawls'ın kurdu u adalet teorisinden yola çıkarak ciddi haksızlı ı, eşit özgürlükler ve eşit şans

<sup>28</sup> Eflatun, Sokrates'in Savunması, çev.: Numan ÖZCAN, İle Yayınları, İstanbul, 1999, s. 58.

ilkelerinin ihlal edilmiş olması ve beraberinde haksızlı ın politik muhalefete ra men uzun süre devam etmesi ile tanımlayabiliriz.<sup>29</sup>

#### 4. Sivil İtaatsizlik Örnekleri İle Öncülerinin Düşünce ve Eylemleri

##### a. Antigone Olayı

Sophokles'in "Antigone" isimli eseri konumuza örneklik vermesi ve açıklık getirmesi bakımından ilgi çekicidir.<sup>30</sup>

Antigone'nin Thebai'de krallığı paylaşamayan erkek kardeşleri Eteokles ile Polyneikes birbirlerine karşı amansız bir savaş açmışlardır. Bu savaşta, iki düşman kardeş birbirleriyle dövüşürken can verirler. Bu sırada Antigone'nin dayısı Kreon, tahtı ele geçirir. Kreon, tahta geçer geçmez ölen kardeşlerden Eteokles'in yurdunu savunurken öldü ü için kahraman ilan edilip defnedilmesini, vatanına yabancıların yardımını alarak saldıran Polyneikes'in ise cesedinin açıkta bırakılmasını, böylelikle ibret-i alem için kurdun kuşun yemi olmasını emretmiştir. Öyle ki onu gömmeye yeltenecek kimseye ölüm cezası verece ini de duyurur.

Antigone, Kreon'un bu buyru una karşı gelir. Kardeşini gömer. Eyleminin suç olmadığını, aksine kardeşine karşı bir borç oldu unu ileri sürer. Kralın karşısında da bu davranışıyla ö ünür. Vicdanının yazılı olmayan sarsılmaz kanunlarını, devletin yüksek menfaatine ve siyasi kanunlarına karşı savunur. Kreon, Antigone'yi ölüme mahkum eder. Ancak;

Antigone, bu karar infaz edilmeden önce intihar ederek hayatına son verir.

Antigone, Kreon'un temsil ettiği i hukukun üstünde, başka bir hukuku üstün görüyordu. İşte Antigone'nin vicdanında yaşattığı bu hukuk, Kreon'un buyru una itaatsizli inin kayna ını teşkil etmekteydi.

Kreon'un emirlerinin çinenmesini haklı gösteren ve hatta zorunlu kılan karşıt bir meşruluk açıklaması ile itaatsizli e yönelmiştir. Kralın emrinin çinenmesine verilecek ceza da onun bu buyru a karşı gelmesini engelleyememiştir. Bununla birlikte yaptıklarını savunarak kralı ikna etme yolunu seçmiştir.<sup>31</sup>

Antigone'nin davranışında hiçbir şiddet unsuru da yoktur. Cezayı da göze almıştır. Antigone'nin bu davranışındaki temel yaklaşım, iki farklı açıdan de erlendirilebilir. Bireyci veya anarşist nitelikte bir başkaldırma veya evrensel bir ahlak esasının açık ve etkin bir yansıması olan ahlak bilincinin, vicdanın bir ifadesi.

Antigone'nin bu davranışı basit bir başkaldırma de ildir. Onun sahip oldu u bilinç devleti ve otoriteyi sorgulayabilen ve denetleyebilen bir bilinçtir. E er site (Devlet veya siyasi otorite) kendi ülküsünden ayrılır ve/veya halkına zulmederse; bilinçli bireyin görevi; buna karşı durmak ve bu zulmü giderene kadar mücadele etmektir. Bu nedenle Antigo'nin bu davranışının haklı bir başkaldırısı olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Yakup CO AR, a.g.e., s. 15.

<sup>30</sup> Antigone'nin gerçek bir ki i oldu u sanılmakta olup, esas alınan bilgiler, Sophokles'in Antigone isimli epik tiyatro eserinde yer alır.

<sup>31</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 14-15.

<sup>32</sup> Muhip eyda I İKTAÇ, a.g.m., s. 624.

## 2. Sivil İtaatsizli in Bir Öncüsü: Sokrates<sup>33</sup>

Sivil itaatsizlik bir kavramı olarak her ne kadar ilk kez H.D. Thoreau tarafından kullanılmış ise de pratik anlamda ilk çıkışı Sokrates'te görülmektedir.<sup>34</sup>

Sokrates, (MÖ 469-399) felsefi konuşmalarının etkisinde kalan büyük bir kalabalığı çevresine toplamıştı. Ancak bu durum Atina yönetimini rahatsız etmişti. Gençliği i do ru yoldan çıkardı ve yeni tanrılar getirdi i gerekçesiyle mahkemeye verildi. Yapılan muhakemede Sokrates o meşhur savunmasını yapmıştır. Savunmasında, kendisinin insanlara konuşmama ve filozofluk etmemesi şartıyla salıverilmesini kabul etmeyece ini söylemiş, kendisine sunulan baldıran zehrini içmiştir.

Sokrates yargılamasında ortaya çıkan yasaya aykırılık, gençleri baştan çıkarma suçudur. Atina sitesinde esas olan düşünce sisteminin korunması oldu u için gençlerle ilgili düzenlemelere a ır cezalar verilmekteydi.

Sokrates savunmasında kendisine yöneltilen suçun söz konusu olmadığını, asıl amacının düşünce özgürlü ünün önemini vurgulamak oldu unu söylüyordu. Hatta, bunun üstüne o kadar hassasiyetle durmaktaydı ki, sitenin varlığını koruyabilmesi için en temel ilke olarak özgür düşünceyi esas alması gerekti ini savunuyordu.<sup>35</sup> Bu suça ba lı olarak başlangıçtan itibaren Sokrates hiçbir itirazda bulunmaksızın yargılamaya razı olmuştur. Hatta ilk aşamada lehine gelişmiş olan durumu tamamen göz ardı ederek savunmasını, düşünce

özgürlü üne ilişkin bir söyleve dönüştürmüştür. Yönetim tarafından böyle bir suçun varlığı kabul edilecekse, kendisine verilen ölüm cezasını da hiç itirazsız benimseyece ini söyleyerek siteye olan ba lılı ını da göstermiştir.<sup>36</sup>

## 3. Henry David Thoreau (1817-1862)

Amerikalı düşünür ve şair Ralph Waldo Emerson'un öğrencisidir. 1845 yılında bir insanın ne kadar az çalışırsa, kendisi ve içinde yaşadığı cemiyet için o kadar yararlı olacağına inanarak meşhur temel hayat tecrübesine başladı. Kendi inşa ettiği bir kulübede, Walden Gölü'nün kıyısında iki yıl boyunca yalnız yaşadı. 1854 yılında basılan "Walden" adlı eseri büyük ölçüde bu inziva sırasında oluşmuştur.

İnzivaya çekildi i ilk yıl olan 1846 yılı Temmuz ayının son günlerinden birinde, vergi memuru Sam Staples'e rastlar. Vergi memuru, onun dört yıldan beri kafa vergisini (poll tax) ödemedi ini, artık ödemesi gerekti ini, bu küçük meblağı hatta kendisinin onun adına ödeyebilece ini söyler. Thoreau, bu dostane teklifi geri çevirerek ilkesel nedenlerle bu vergiyi ödemeyece ini bildirir. Bunun üzerine Staples, Thoreau'yu kasabanın hapisanesine götürür. O günü ve geceyi orada geçirirken ziyarete gelen arkadaşı Walled Emerson'un "Henry, why are you here? (Neden buradasın?) sorusuna , "Waldo, why are you not here?" (Waldo, sen neden burada de ilsin?) şeklindeki o meşhur sözünü söylemiştir.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Bu ba lık Hayrettin Ökçesiz'in Argumentum adlı dergide yayınlanan bir makalesinin ba lıdır. (Hayrettin ÖKÇES Z, "Sivil taatsizli in Bir Öncüsü: Sokrates", Argumentum Dergisi, Sayı 36-41, Temmuz-Aralık, 1993).

<sup>34</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.m., s. 657.

<sup>35</sup> Muhip eyda l İKTAÇ, a.g.m., s. 624.

<sup>36</sup> Ya ar ahin ANIL, Sokrates Davası, ARA Yayıncılık, İstanbul, 1990, s. 12.

<sup>37</sup> Walter HARDING, "Sivil taatsizli e Giri ", Sivil taatsizlik ve Pasif Direni , Vadi yayınları, çev.: C. Hakan ARSLAN-Fatma Ünsal BOSTAN, İstanbul, 2. baskı, 1999, s. 29.

Bu olay Thoreau'nun sivil itaatsizlik üzerine tek eylemsel deneyiminin ilkesel nedenlerini içerisinde barındırmaktadır.<sup>38</sup>

Thoreau'nun sivil itaatsizlik anlayışı dört temel ilkeye dayanır.

[a] Bir kimsenin ülkesinin yasasından "daha yüce bir yasa" vardır. Bu vicdanın yasasıdır. "İçten gelen ses'in, kosmos'u kuşatan, birleştirici ruhun yasası."

[b] Kimileyin bu yüce yasa ile ülkenin yasası birbiriyle çatışır duruma geldi inde kişinin ödevi "yüce yasa"ya uymak, ülkenin yasasına bile bile karşı gelmektir.

[c] Kişi ülkenin yasasına bile bile karşı geliyorsa, bu eylemin bütün sonuçlarını göze almayı istiyor olmalıdır, hapisaneyeye kapatılmayı bile...

[d] Oysa hapisaneyeye girmek sanıldığı kadar olumsuz bir edim de ildir; bu durum, iyi niyetli kişilerin dikkatini, kötü yasaya çekmeye yarayacak, bu yasanın kaldırılması sonucuna katkıda bulunacaktır. Ya da yeterince kişi hapisaneyeye kapatılırsa, edimleri devlet mekanizmasını işlemez kılmayı, dolayısıyla kötü yasayı uygulanamaz duruma getirmeyi sa layacaktır.<sup>39</sup>

Thoreau, sivil itaatsizlik kavramını ilk kullanan kişidir. 1848 yılında verdiği bir konferansta bu kavramı ilk kez kullanmıştır. Üstte anlattığımız bu olay, "Sivil İtaatsizlik Görevine Dair" isimli eserini yazmasına sebep oldu. Ölümünden sonra "A Yankee in Canada, With Anti Slavery And Reform Papers"<sup>40</sup> (1866) isimli külliyatında, sözünü

etti imiz konferans ve metni "Civil Disobedience" başlı ı ile yayımlanır ve bu isimle de ünlenir. Yaşarken sadece "Concord ve Merrimack Irmakları Üzerinde Bir Hafta" ve "Walden" adlı eserleri basılan Thoreau, ancak ölümünden sonra anlaşılabilmiştir. Eserleri, 20. yy'da, modern hayatın insanları tümüyle kuşattı ı devirde medeniyete keskin bir eleştiri içerdi i için ilgi uyandırmıştır.

Thoreau, Amerika'daki köleli e karşı mücadele etmiş, ayrıca Meksika Savaşına da karşı çıkmıştır. Bu karşı oluş sadece ilke olarak bir karşı çıkma olmamış, bu savaşı verenlere destek olmuştur. Köleli e karşı verdi i mücadele söyledi i şu sözlerle daha iyi anlaşılacaktır:

"Ben şunu bilir şunu söylerim; adlarını verebilece im bin kişi, yüz kişi, on kişi, evet, yalnızca on namuslu kişi, bırakın canım, tek bir namuslu kişi, Massachusetts Eyaleti'nde köle kullanmayı bırakarak bu ortaklıktan çekilse, bu nedenle de il hapisanesine kapatılsa, Amerika'da köleli in kaldırılmasıyla sonuçlanır bu. Çünkü ilk girişimin pek belirsiz olup olmamasının önemi yoktur: Bir kez iyi yapılan bir iş sonsuza dek öyle kalacak demektir."<sup>41</sup>

Thoreau'nun düşünceleri, vicdanı, dolayısıyla insan onurunu ve bunlardan daha önce insan bireyinin özgürlü ünü, dünyayı kavrayış için esas almaktadır. İktidarın ve hukukun meşruluk kayna ı, onun vicdanının yargılama ölçütlerine uygunluktur.<sup>42</sup> Bu günün temel hakları ve hukuk devleti, felsefelerinin özü bulunan koşulsuz insan onuru de eri

<sup>38</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 26.

<sup>39</sup> Walter HARDING, a.g.m., s. 31

<sup>40</sup> Eserin ismi "Bir Yanki, Kölelik Kar ıtı ve Reform Yazılıyla Birlikte" dir.

<sup>41</sup> H.David THOREAU, "Sivil taatsizlik", Sivil taatsizlik ve Pasif Direni , cev.: C.Hakan Arslan-F.Ünsal BOSTAN, Vadi Yayınları, 1999, stanbul, 2. baskı, s. 55

<sup>42</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 32

Thoreau'nun düşüncelerinin çıkış noktasıdır.

#### 4. Mahatma Gandhi (1869-1948)

Mohandas Karamçan Gandhi, tüm dünyada kendisine Tagore tarafından verilen unvanla tanındı: "Mahatma; Büyük Ruh". O yalnızca ardından milyonlarca insanın yürüdü ü bir siyasi lider de il, aynı zamanda ruhani bir önder olmuştur. Hiçbir siyasi ve dini sıfatı olmadan, yalnızca kendi hayatında sa ladı ı düşünce-inanç-eylem birlikteli i ile Britanya İmparatorlu u'na karşı büyük kitle hareketlerini ateşleyen, Modern Ça a ve Batı Medeniyetine karşı ciddi ve kapsamlı mücadeleler veren bir lider olmuştur.

Gandhi, Batıyı daha iyi tanıma fırsatı buldu u Londra'da hukuk e itimi görmüştür. Düşünce ve duygu dünyasını etkileyen etkenler; içinde do up büyüdü ü dini atmosfer ile Tolstoy, Ruskin, Thoreau gibi bazı yazarların eserleri olmuştur.

Gandhi'nin direniş eylemleri ilk olarak Eylül 1906'da Güney Afrika'da ırk ayrımcılığı na u rayan Hintli toplulu un haklarını savunma esnasında gerçekleşmiştir. Transval'de 1906 yılında bütün Hintlilerin kaydedilmesini, parmak izlerinin alınmasını emreden ve polise Hintlilerin evlerine kayıtlarını yaptırıp yaptırmadıklarını araştırmak amacıyla izinsiz girme yetkisini veren bir yasa yürürlü e girer. Bunun üzerine Gandhi, 11 Eylül 1906 günü Johannesburg'da Empre Theatre'da Hintlileri bu kayıt işlemlerine karşı görüşmeler yapmak ve gerekli kararları alma üzere toplantıya ça ırır; bunun ardından da Satyagraha kampanyalarını başlatır. İlk tutuklanması bu esnada olur. 1908 Ocak ayında 2 ay hapis cezasına

çarptırılır. Hindistan'daki ilk direnişini 1917'de Bihar'ın kuzeyinde Çamparan eyaletindeki İndigo üreticilerini desteklemek amacıyla düzenler. Bu onun siyasal alanda tanınmasını sa layan ilk Satyagraha'sıdır.

1919 yılında İngiliz Valisi Rowlat; Hindistan'da konuşma, ifade ve toplanma özgürlüklerini kısıtlayan bir kanuna onay verince Gandhi tüm Hindistan'ı Hartal Günü'ne ça ırır. Hartal Günü, bir boyunca dua edip oruç tutmak için iş bırakma anlamına geliyordu. O gün milyonlarca insanın işlerine gitmemesi ulaştırma, haberleşme ve her türlü ekonomik faaliyetin durmasına neden olmuştur.

Eylül 1921'de, Müslüman liderler, Hint Müslümanlarını İngiliz Ordusuna katılmamaya ça ırdıkları için tutuklanmaları üzerine Gandhi'nin başını çekti i bir grup Hintli lider de, aynı suçu meydan okuma tavrı ile açıkça işlediler. Hintli liderlerle birlikte yaklaşık Otuz Bin kişi tutuklandı. Gandhi, olayların büyümemesi için tutuklanmamıştı. Ancak, hemen akabinde Bombay'ı ülke çapında yeni bir sivil itaatsizlik eylemi için pilot bölge olarak seçince tutuklandı. Altı yıl hapis cezasına çarptırıldı. Hapishanedeyken günün dört saatini çıkırı n başında iplik e irerek geçirdi. Gandhi'ye göre çıkırıkla ip e irme, yoksul Hindistan'ın ekonomik ba ımsızlı ını sembolize ediyordu.

1924 yılında sa lık durumu kötüleşince, hapishanede ölmesinden korkularak serbest bırakıldı. Hapishaneden çıktı nda Hindularla Müslümanların bir bölünme yaşadıklarını ve birbirlerine karşı şiddet kullandıklarını görünce Muhammed Ali Cinnah'ın evinde ölüm orucuna başladı. Yirmibirinci günün sonunda Müslüman ve Hindu liderlerin barıştıklarına söz



vermesi üzerine ölüm orucuna son vermiştir.

1925 yılında, tüm üyelerinin İngiliz kıyafetlerini çıkarıp geleneksel kıyafetleri giymeleri şartıyla Kongre Partisinin başına geçmeyi kabul etti.

1928 Şubatında Bardoli'de Yüzbin'e yakın köylünün vergi ödememe eylemini ve 12 Haziranda ülke çapında düzenlenen Hartal Gününü organize etti. 1930 yılında "Hindistan Baımsızlık Bildirgesi"ni bizzat kaleme alarak yayınlattı.

O dönemlerde Hintlilerin Tuz üretmesi ve satması yasaktı. Tuz üretimi ve satımında tek yetki İngilizlerindi. Gandhi'nin yeni hedefi İngiltere'nin ekonomik hegemonyasını temsil eden bu tuz yasalarına karşı bir boykot başlatmaktı. 12 Mart 1931'de 78 arkadaşıyla Ahmedabat'dan Dandi'ye do ru yürüyüşe çıktı. Tarihe "Tuz Yürüyüşü" olarak geçen bu yürüyüş 24 gün sürdü. Her köyde, kasabada, şehirde eklenenlerle çı gibi büyüyen kalabalık 6 Nisan günü deniz kıyısına vardı. Gandhi, suya girerek bir avuç tuz alır. Bunu bir işaret olarak kabul eden Hintliler, tuz yapma işine girişmeye başladılar. Bütün ülkede herkes, tuz alıyor, yapıyor ve satıyordu. Yirmi gün içinde Altmış Bin insanın hapse atılmasına ra men yasanın ihlaline engel olunamamış, sonuç olarak Hindistan'da tuz üretimi serbest bırakılmıştı.

Tüm bu saydıklarımız Gandhi'nin sivil itaatsizlik ve pasif direniş eylemlerinden sadece bir kaçıdır. Gandhi, sivil itaatsizlik kavramını prati e geçiren en önemli şahsiyetlerdendir. Onun prati inde sivil itaatsizlik, bireysel bir tavır olmaktan çıkıp toplumsal bir mücadele yöntemine dönüşmüştür.

Gandhi, Thoreau'nun görüşlerini eski Hint düşüncesi "Ahimsa"

(Şiddetsizlik, tüm sevgi) ile ba daştırmıştır. Ona göre "Ahimsa" gerçe in bulunmasında önemli bir strateji olan "Satyagraha"nın gerçekleşebilme koşuludur. Gandhi'ye göre şiddetsizlik; hem onu kullananı, hem de kendisine karşı kullanılanı kapsar. Yaşamı olabildi ince yalınlaştırarak, kaba gücün gereksiz hale gelmesini sa lamak ve buna ba lı olarak ta şiddetsizli i uygulamak yöntemini, kendi hayatında kullanan Gandhi'nin eylemleri de bu karakteri taşımaktadır.

Hakikat (Sat) ve Sebat (Agraha) sözcüklerinden oluşturdu u "Satyagraha" kavramı ile, insanın inandı ı hakikati ilan etmesi gerekti ini ve hiç kimseye şiddet göstermeden bunun u runda ölmeye hazır olmasını savunan Gandhi'ye göre insan, kendi benli ini; oruç, riyazet, nefis terbiyesi ile arındırırken, dış dünya alanında da pasif direniş, sivil itaatsizlik gibi yöntemlerle mücadele etmelidir.<sup>43</sup>

Gandhi determinist bir tarih anlayışını reddeder. Ona göre "insan, özgür bir iradeye sahiptir. Hiçbir şey onu istemedi i bir şeyi yapmaya yazgılı kılamaz." O, insanları, bütünsel bir devrime ça ırır. Ancak bir toplum, üyelerinden daha iyi olamayaca ı için öncelikle işe bireyden başlamak gerekti ini düşünüyordu. Dünyanın her yerinde uygulanabilir bir siyasal yöntem arayan Gandhi, karşıtlarıyla ve kendilerine karşı savaşım verdikleriyle diyalog arıyor ve bunu hiç kesmemeye çalışıyordu.<sup>44</sup>

Ülkesinde süregelen, İngiliz sömürgecili ini yıkmayı başaran Gandhi, insanlık tarihi için "şiddetsiz, siyasal sistem" in bir anıtı olmuştur. Hayatı sivil itaatsizlik örnekleriyle dolu olan

<sup>43</sup> Y. Iker JANDAR, "Gandhi ve Sivil taatsizlik", Ayrıntı Dergisi, Sayı 10, Aralık 1998, s. 27.

<sup>44</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 39

Gandhi'nin başarılarını Woodcock, üç noktada özetlemektedir:

[a] Kolonileşmiş toplumların kurtuluşunun acilen ve kaba güç kullanmaksızın gerçekleştirilebileceğini göstermiş olması; kaba güç, onu kullanan toplumu da yıkmaktadır.

[b] Şiddetsiz eylemin, direnmenin yalnızca etkili bir araç olmayıp, tersine toplumun iyileşmesinde, felsefi temelini oluşturduğunu bugüne kadar hiç görülmemiş bir biçimde kesin bir kanıtını ortaya koymuş olması.

[c] Bireyin diğerleriyle birlikte hatta tek başına da genel tinsel iklimin ve buna dayalı olarak dünyanın toplumsal ve siyasal yapısının de işimine yol açabilecek moral güçler yetiştirebileceğini kanıtlamış olması.<sup>45</sup>

## 5. Lev Tolstoy (1852-1910)

Eserlerinde, çevresindeki uygarlığı eleştiren, kent hayatını ve insanonun yapay bir icadı olan sanatı ve baskıyı reddeden, Kiliseyi tenkit edip Hıristiyanlığın tek buyruğunun sevgi olduğunu savunan, Hıristiyanlığın kötülüğüne karşı şiddet ve sevgisizlikle değil şefkat ve sevgiyle yaklaşması anlayışını kabul eden, iktisadi koşulların iyileştirilmesinden ve yerel öz yönetimden yana olan yaşamın anlamını doğada ve ataerkin yaşamda bulan büyük Rus edebiyatçısı Tolstoy'dan başkası değildir.

Hayatı sivil itaatsizlik eylemleriyle doludur. Thoreau'nun fikirlerinden yola çıkarak, askere gitmeyi ve vergi vermeyi reddeden Dukhoborlar'ın şiddetli cezalara ve Sibiryaya sürgüne gönderilmelerine karşı çıkarak "Anna Karenina" isimli

romanının tüm gelirlerini başıyla çalışarak, kiraladığı gemilerle 10.000 Dukhobor'un Kanada'ya göç etmesini sağlamıştır.<sup>46</sup>

Tolstoy, "North American Review" adlı gazeteğe gönderdiği mektupta; Amerikan halkına, niçin parası bol sanayici milyonerlerle onların zafere gömülü generalleri yerine Thoreau'nun sesine kulak vermediklerini sormuştur.

Gandhi ile de mektuplaşan Tolstoy, bir mektubunda Gandhi'ye şu satırları yazmıştır:

"Do you Hint Şirketi marifetiyle İngilizlerin Hindistan'ı köleleştirmesinden bahseden Hintlilere şaşıyoruz. Nasıl oluyor da birkaç bin İngiliz, 300 milyonluk bir kıtayı köle haline getirebiliyor? Eğer, Hintliler, köleleri gönüllü olarak boyun eğememiş olsalardı; böyle bir şey asla mümkün olamazdı.

Hiçbir şekilde şiddete başvurmamak ve sadece vergi ödemeyip, askere gitmeyi reddetmek şeklinde Thoreau'dan alınmış prensipler ile bir pasif direniş organize edilebilir ve bu halde İngiliz yönetimi çökebilir."<sup>47</sup>

## 6. Martin Luther King (1929-1968)

Amerika Birleşik Devletleri'nde ırk ve inanç ayrımına karşı büyük bir hareketin başlamasının öncülerindendir. Ölümünden sonra dahi yaptığı mücadelelerin etkileri sürmüş ve ırkçılığa karşı mücadelede önemli yankıları olmuştur. 1964 yılında Nobel Barış Ödülü almıştır.

Vaazlarında ve konuşmalarında şiddetsizliği savunuyordu. Şiddetsizliğin tam merkezinde sevgi ilkesinin bulunduğunu, yapılacak mücadelede sevgiyi önceleyerek "nefret

<sup>45</sup> George WOODCOCK, Mahatma Gandhi,

<sup>46</sup> Y. İker JANDAR, a.g.m., s. 27

<sup>47</sup> Y. İker JANDAR, a.g.m., s. 27

kampanyalarına" kalkışılmasını engellemek istedi ini belirtmiştir.

## 7. Muhammed Ali Clay (1942-)

1960'ların sonuna do ru Amerikan Hükümeti, Dünya A ırsiklet Boks Şampiyonu Muhammed Ali'yi Vietnam'a savaşa göndermek isteyince efsanevi boksör şu sözleri söyledi:

"Hiçbir Vietkong'lu bana zenci demedi. Bu yüzden onlarla benim alıp veremedi im bir şey yok"

Aslında uzak do u için söylenmiş görünse de Amerika'nın sosyal ve siyasal yapısına yönelik çok büyük mesajlar içeren bu sözler Amerika'da Vietnam Savaşına karşı sivil itaatsizlik eylemlerini başlatmıştır.

Montesquieu'nun "Herkesin suskun oldu u bir cumhuriyette, özgürlü ün varlı ı tartışılır." söylemi do rultusunda hareket eden Muhammed Ali, bu çıkışıyla birlikte yalnızca sportif performansıyla de il toplumsal öncülü ü ile de tanınır hale gelmişti.<sup>48</sup>

Hız. İsa resimleri yaparak para kazanan babasının kendisine verdi i "Cassius Marcius Clay" ismini, bu ismin atalarına ait bir isim olmadığı, kendisine ve atalarına bu türlü amerikan isimlerinin köle tüccarlarınca verildi ini bu nedenle bu ismi kullanmayacağını söyleyerek 25 Şubat 1964 yılında Müslüman oldu unu ve bundan böyle ismini Muhammed Ali olarak de işirdi ini dünyaya duyurmuş, köleli i ve ırk ayrımcılı ını protesto etmiştir.

Muhammed Ali, tarihe, bir sporcu olarak, şiddete başvurmadan hem kendi halkının sorunlarını hem

de inançlarının gerektirdiklerini kendi tarzı ile dile getirmeyi başaran ve topluma yön veren bir sivil itaatsiz olarak mal olmuştur.

Vietnam Savaşına katılmayı reddetmesi ile kazanmış oldu u Dünya A ırsiklet Boks Şampiyonu unvanı elinden alınmış olmasına rağmen o buna aldırış etmemiş, maddi ve manevi ihtişamı bir kenara bırakarak ırksal ve insan hakları sorunlarını çözememiş Amerikan sistemine karşı ciddi eleştiriler getirmeyi sürdürmüştür.

## 5. Dünyada Sivil İtaatsizlik Örnekleri

### Almanya

Atom enerjisi santrali kurulması amacıyla yapılan, ormanda yer açma çalışmalarının engellenmesi ve Whyl'da ilk alan işgali. (1975)

Ölümcül kazaların sıklıkla meydana geldi i geçit üzerinde tren raylarının 30 saat süreyle abluka altına alınması. (1973)

Bayer ve Leverkusen firmalarının basamaklarına hasta balıklarla dolu torbalar boşaltılması. (1980)

Askere Alma Dairesi önünde celp belgelerinin yakılması ve oturma eylemi. (1982)

Yeni atom silahlarının yerleştirilmesini protesto etmek amacıyla metro istasyonlarındaki imdat frenlerinin aynı anda çekilmesi. (1977)

### Amerika Birleşik Devletleri

Rayların üstünde durarak deniz üssüne giden bir trenin engellenmesi. (Concort, 1987)

Vietnam savaşını protesto etmek amacıyla askerlik dairesinin önünde oturma eylemi. (1967)

<sup>48</sup> Rasih YILMAZ, "Ali ve Sivil taatsizlik", Zaman Gazetesi, 14/03/2002

Belediyenin otobüslere koydu u ırklara göre oturma düzeninin çi nenmesi. (1955)

#### Fransa

Askerlik hizmetinden kaçınanların bir askeri tören geçidinde pasifist parolalar söyleyerek birlikte yürümleri. (Paris, 1972)

Atom bombası testini protesto etmek amacıyla vergi ödemekten kaçınma. (Mururoa, 1966)

#### Hollanda

Atom enerjisini boykot için elektrik hesabının bir kısmının bloke edilmiş bir hesaba yatırılması. (1980-1982)

Askeri hava alanının uçuş kulesinin ve bombalama bölgesinin kuşatmaya alınması. (1971)

#### İtalya

İşsizli i protesto amacıyla yasadışı ve kendili inden yol yapımına başlanması. "Ter-sine Grev" olarak adlandırılmaktadır. (Sicilya, 1956)

Silahlanma harcamalarını protesto amacıyla vergi boykotu. (1986)

#### Japonya

Askeri bütçenin genel bütçe içindeki oranı nispetinde vergilerin ödenmemesi (1974)

Greenpeace'in 15 metrelik lastik balinasıyla, Japon balina avlama gemilerinin okyanusa açılmalarının engellenmesi. (1987)

#### İngiltere

"Operation Gandhi" adlı grubun Savunma Bakanlığı'nın girişinde yaptıkları oturma eylemi. (1952)

Muhabirlerin parlamento konuşmalarını yayınlama yasa ını delmeleri. (1968)

Greenpeace'in eylem gemisi "sirius" tarafından İngiliz nükleer atıklarının Atlantik Okyanusunda suya boşaltılmasının engellenmesi. (1978)

#### Danimarka

Otopark yerine halk parkı yapılması talebiyle bir arsanın işgali. (Kopenhag, 1979)

Irak Savaşını protesto etmek amacıyla bir vatandaşın Devlet Başkanının üzerine kırmızı boya serpmesi. (2003)

## 6. Türkiye'de Sivil İtaatsizlik Örnekleri

### Düşünceye Özgürlük Kitabına İmza Kampanyası

Düşünce Suçuna Karşı Girişim Grubu sözcüsü Şanar Yurdatapan'ın başlattı ı "Düşünceye Özgürlük" adlı kitabın 1080 kişinin imzasıyla yayınlanması örne i, sivil itaatsizlik formuna en fazla uyan örnektir.<sup>49</sup> İstanbul DGM Başsavcılı ınca düzenlenen iddianamede sanıkların 2 ila 6 yıl hapsi istenerek yargılanmaları talep edilmiştir. Dava halen devam etmektedir.

### Cumartesi Anneleri

Hasan Ocak adlı kişinin do um günü partisine gelmeyişi ve 2 ay sonra cesedinin bir ormanda bulunması sonucu ilk kez 27 Mayıs 1995'te İstanbul Galatasaray Lisesi önünde kayıp yakınları tarafından oturma eylemi şeklinde düzenlendi. O tarihten bu yana düzenli olarak, devam eden bu eylem zaman zaman resmi mercilerin şiddet kullanması ile devam ettiyse de eylemcilerin ısrarla şiddeti dışlaması sonucu remi mercileri de yumuşama e ilimine itmiştir.

<sup>49</sup> Halime KARAKA , "Sivil taatsizlik, Ne Kadar taatsiz", Do u-Batı Dü ünce Dergisi, 1998-1999, Sayı 5, kinci Baskı, s. 178

Cumartesi Annelerinin eyleminde amaç; somut bir problem olan kayıpların bulunması için de işik sınıf, kültür ve politik görüşten insanlarla ortak bir inisiyatif ve hareket oluşturabilmek, bu sayede de kaybolan kişilerin akıbetini örenebilmektir.<sup>50</sup>

#### **Sürekli Aydınlik İçin Bir Dakika Karanlık**

Susurluk kazasının ardından ortaya çıkan devlet-mafya ilişkisini protesto amacıyla "Aydinlik İçin Yurttaş Girişimi" adı altında bir araya gelen bir grubun çarısıyla her gece saat 21'de elektriklerin söndürülmesi şeklinde ortaya çıktı. Daha sonra tencere, tava sesleriyle soka a taşan eylem, arabaların klaksonlarını çalması, sokaklarda halay çekme gibi şekillerle devam etti. Ancak eylem devletin kurumlarının (Ordu, MİT vs...) destek vermesi ve görsel ve yazılı medyada eylemin şeklinin çokça konuşulur olması insanlarda bir bıkkınlık ve kanıksama oluşturdu. Dolayısıyla konunun ciddiyeti kalmadı. Bir süre sonra bu eylem işlevsiz hale geldi.

#### **c. Başörtüsü Eylemleri**

##### **İnanca Saygı-Düşünceye Özgürlük İçin Bütün Türkiye El Ele Eylem**

Üniversitelerde uygulanan Başörtüsü yasa nı protesto etmek amacıyla, Mayıs 1998'de el ele tutuşmak suretiyle zincir oluşturma eylemi, eyleme katılan kişi sayısı, kapsadı ı co rafi alan itibariyle dünyanın en büyük sivil itaatsizlik eylemidir. Türkiye'nin bütün il ve ilçelerinde Avrupa'da ve hatta ABD ve Avustralya'da ve bazı Türki Cumhuriyetlerde aynı anda el ele tutuşarak yapılan bir protestodur. Bu eylemde güvenlik güçlerinin somut bir müdahalesi olmamış ancak

sonradan bir kısım insanlar tutuklanarak göz altına alınmış ve yargılanmaları 2003 yılına gelindi inde halen devam etmektedir.

#### **Sekiz Yıllık Kesintisiz E itimi Protesto Eylemleri**

Pazar günleri Eyüp Sultan Camiinde Sabah namazı sonrası toplu şekilde dua etmek, Cuma günleri Beyazıt Camiinde namaz sonrası dua ve protesto düzenlemek gibi eylemlerde kimi zaman güvenlik güçlerinin engelleme ve şiddet kullanımı ile sonuçlanmış eylemlerdir.

#### **Beyaz Yürüyüş**

Tıp Fakültelerindeki başörtüsü yasa nı protesto için İstanbul'dan Ankara'ya Tıp Fakültesi ö rencilerinin beyaz önlükleri ile yürümeleri eylemidir. Bu eyleme İstanbul Barosunun bir kısım avukatları da cüppelerini giyerek katılmışlardır. Bu eylem de yurt çapında çok büyük ilgi görmüştür. Ö renciler gittikleri her yerde gül ve karanfillerle karşılanmışlardır.

Tüm bu yukarıda saymış oldu umuz eylemler, hukuki yollarla denenmesi, geniş katılımı olması, şiddetsiz ve sembolik olmaları gibi özelliklerinden dolayı sivil itaatsizlik kapsamına giren olaylardır.

## **7. Sivil İtaatsizlik**

### **Kavramının Meşruiyeti Sorunu**

Sivil itaatsizlik kavramının hukuk içinde meşruiyeti meselesi doktrinde oldukça tartışmalı bir meseledir. Meşruluk izleri, Sokrates'e kadar uzanan sivil itaatsizlik kavramının meşruiyetini doktrinde müellifler farklı alanlarda aramışlardır.

<sup>50</sup> Halime KARAKA , a.g.m., s. 178

Kavramın meşruluk alanları Do al Hukuk, Sözleşme Kuramı, Yararcılık Teorisi ve Pozitif Hukuk düşüncesi içinde aranmıştır.

### a. Do al Hukuk Kuramı Açısından Kavramın Meşruiyeti

Sivil itaatsizlik kavramının meşrulu unu, direnme hakkının meşrulu u sorununun çözerek açıklı a kavuşturabiliriz. Hukuk filozofu Arthur Kaufman, "Hukukun özü direnme hakkıdır. Direnme hakkını kabul etmeden insana di er haklarını tanımak çok zordur."<sup>51</sup> demektedir.

Direnme, Do al Hukuk Düşüncesinde kayna ını bulan bir haktır. Burada önemli olan sivil itaatsizli in, pozitif hukukça tanınabilir bir hak olup olamayaca ı sorundur.

Dreirer'e göre de; "Direnme bir haktır."Herkes e er a ır bir haksızlı ı protesto ediyorsa ve bu protestosu ölçülüyse, tek başına ya da başkalarıyla birlikte kamuya açık bir biçimde şiddete başvurmadan ve siyasi-ahlaki nedenlerle bir yasaklayıcı hukuk normunun, hukuksal kalıbını ihlal etmek hakkına sahiptir.<sup>52</sup>

Bu hakkın hukuksal meşrulu u, anayasal düzlemde temel hakların, özellikle düşünce ve toplantı özgürlüklerine ilişkin temel hakların koruma alanında yer alan eylemleri kapsama durumunda olanaklıdır.

### b. Sözleşme Kuramına Göre Kavramın Meşruiyeti

Sivil itaatsizli in meşruluk alanlarından biri de "sözleşme

kuramı" olarak doktrinde tartışılmaktadır. Sözleşme Kuramına göre, toplum, kendi istenciyle ve özgür iradesiyle bir araya gelerek belirli hakların ve görevlerin yönetenlere devrini gerçekleştirmiş ve bu konuda bir konsensüs oluşturmuştur.<sup>53</sup>

Buna göre; yönetenler, insanların tabii haklarını ihlal ettikleri, tâbi olma anlaşması (sözleşme) şartlarını çi nedikleri zaman başkaldırma hukuki bir hak olmanın yanısıra ahlaki bir ödev halini de alır.

### c. Yararcılık Kuramı Açısından Kavramın Meşruiyeti

İnsan edimlerinin kalitesini, yarar ölçütüne göre ve sonuçta sa ladıkları yarar bakımından de erlendiren ö retilere yararcılık denmektedir. Bu düşünceye göre amaç, 'en çok sayıda insanın, en büyük mutlulu u'dur.<sup>54</sup>

Sivil itaatsizli in etik açıdan meşrulu u sorunu özellikle Anglo-Amerikan tartışma alanında bu yararcılık felsefesi çerçevesinde toplanmıştır. Bu tartışmalarda genellikle sivil itaatsizli in gerek bireysel, gerekse kümesel eylem olarak, ancak en fazla yararı sa layaca ı durumlarda meşru olaca ı savı irdelenmektedir.

Yararcılık, sivil itaatsizlik edimlerini bir sosyal olgu olarak de il, daha çok tekil olgu olarak algılamakta ve her birini kendi bakış açısından ayrı ayrı de erlendirerek haklı ya da haksız saymak e ilimini taşımaktadır. "Sivil itaatsizlik olgusu, en çok sayıda insanın, en büyük mutlulu unu sa lamada yararlı

<sup>51</sup> Arthur KAUFMAN, "Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Dogmati i", çev.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA/1, Haz.: H. Ökçesiz, stanbul, 1993, s. 7 vd.

<sup>52</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.b., s. 46.

<sup>53</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 145.

<sup>54</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 150.



mıdır?" sorusunu, yararcılık; " her bir olayın kendine özgü koşullarının bu açıdan ele alınmasına bağlıdır." diye yanıtlamaya yönelmektedir.<sup>55</sup>

#### d. Pozitif Hukuk Açısından Kavramın Meşruluğu ve Sorunu

Pozitif Hukuk'un üstün normları adına alt hukuk normlarının çiğnenmesi olan sivil itaatsizlik, temel hakların geniş yorumlamalı koruma alanında yer aldığı anda da hukuksal meşruluk kazanacağı, hukuk felsefesi alanında tartışılmaktadır. Ayrıca düşünce özgürlüğüne ilişkin temel hakların, özel hukuktaki yayılma etkisi ya da ölçülülük ilkesine dayalı bir değerlendirilme meşruluk dayanağı olabilir.

Sivil itaatsizlik eylemlerine meşruluk kazandırabilecek bir başka husus da, ceza ve haksız fiil hukukunda alışık olunan haklı savunma (meşru müdafaa) ve ıstırap hali gibi pozitif hukuk alanları olarak düşünülebilir.

#### e. Kavramın Meşruluğu Kazanması Gerekli mi?

Doktrinde, özellikle Habermas, sivil itaatsizlik kavramının hukuksal meşruluk kazanmaması gerektiğini savunmuştur. Zira hukuksal meşruluk ile sivil itaatsizliğin bir normalleşme etkisine uğrayacağını, ahlaki temelini sorgulanır hale geleceğini, bu nedenle yasallık ile meşruluk arasında askıda kalması gerektiğini ileri sürer. Hukuksal meşruluğun, itaatsizliğin olağanlaştırdığını, kendisinden beklenen demokratik fonksiyonu yerine getiremeyeceğini, dolayısıyla, yasaya aykırı olması gerektiğini, yasayı çiğnemenin de

buna katlanması gerektiğini, moral bir gücün kazanılması için bunun gerekli olduğunu ifade etmektedir.<sup>56</sup>

#### 8. Ceza Yargılaması Alanında Sivil İtaatsizlik

Sivil itaatsizlik eylemlerinin amacının etik olması, mevcut yasalara aykırı olan eylemi hukuka uygun hale getirir mi? Yapılan eylemlere, ceza verilmesi sonucu, ceza yargılaması açısından saptanabilir mi? Yargı organlarının bu tür eylemler karşısında daha anlayışlı davranmaları eylemlerin, mazur ve meşru görülebilir nitelikleri gözetilerek, yasal yaptırımları azaltıcı veya askıya alıcı bir tavır içinde olmaları beklenebilir mi?

**TCK md.29/1**, "Kanunda sarahaten yazılmış olmadıkça cezalar ne arttırılabilir, ne eksiltilebilir ve ne de değiştirilebilir."<sup>57</sup> hükmünü içermekte olup aynı maddenin son fıkrasında da, hakime bu genel prensibe ilişkili olarak vermiş olduğu takdir yetkisinin sınırlarını çizmektedir.

**TCK md.29/son**, "Hakim iki sınır arasındaki temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve derecesi, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddi tayini halinde dahi, takdirin

<sup>55</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.e., s. 153

<sup>56</sup> Jürgen HABERMAS, a.g.e., s. 47

<sup>57</sup> Zekeriya YILMAZ, "Anayasa, TCK, C K, CMUK, TMK", Seçkin Yayınevi, Ankara, 6. baskı, s. 105

sebepleri kararda mutlaka gösterilir."<sup>58</sup>

demekle, bir sivil itaatsizlik eyleminde, yargıca, bu madde mucibince cezanın alt sınırından verilmesi yönünde takdir hakkı kullanmasını sa lama imkanı tanımıştır. Ayrıca Türk Ceza Yasasının 59. maddesi de yargıca aynı hakkı tanımıştır.

TCK md.59:

"Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine müebbet a ır hapis ve müebbet a ır hapis yerine otuz sene a ır hapis cezası hükmolunur.

Di er cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir."<sup>59</sup>

denilmektedir. Sami Selçuk, hakimin önüne gelen sivil itaatsizlik eyleminde suç işlenmiş olması durumunda hakimin beraat kararı veremeyece ini savunur. Ona göre "Yargıç, amacın soylu oldu unu, etik oldu unu belirterek takdir hakkını kullanabilir. Amacın iyi olması suçu hukuka uygun kılmaz. Sözgelimi açları doyurmak için zenginleri soyan birinin eylemi, hırsızlıktır ya da şartları oluşmuşsa ya madır."<sup>60</sup>

Selçuk'a göre "TCK'nın 59. maddesi yargıca takdir yetkisi tanımıştır. Yargıç ancak önüne gelen olayda takdir hakkını kullanabilir. Ceza hukuku amacı gözetmez ama yargıç gözetebilir. Bu durum İtalyan Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde daha açık bir şekilde işlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde "e er suç soylu bir amaç için işlenmişse yargıç cezada indirim hakkını kullanabilir." denilmektedir.

<sup>58</sup> Zekeriya YILMAZ, a.g.e., s. 106

<sup>59</sup> Zekeriya YILMAZ, a.g.e., s. 114

<sup>60</sup> Sami SELÇUK, "Sivil taatsizlik Disiplinler Arası Kolokyum", s. 216

Ancak bizim burada irdelemek istedi imiz asıl nokta, sivil itaatsizlik eyleminin bu şekilde yargıcın takdirini olumlu yönde etkilemesi de il bu eylemin başlı başına hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılamayaca ıdır.

Bu konuda ülkemizde 1969 yılında yaşanan büyük çaplı bir sivil itaatsizlik eylemi üzerine ülkemizin bir çok yerindeki mahkemelerin aynı eylem için vermiş oldu u farklı kararları zikretmek yerinde ve uygun olacaktır.

1969 yılında yüz bini aşkın ö retmen, lehlerine verilen Danıştay kararlarının uygulanmaması, anayasadaki ilkelere aykırı olarak insan haklarına yaraşır yaşama koşullarından yoksun bırakıldıkları, fikir özgürlü ünün reddedildi i, kamu görevlilerinin güvenliklerinin baltalandı ı gerekçeleriyle dört gün süren bir boykot eyleminde bulunmuşlardır. Ö retmen boykotuna katılanların fiilleri grev olarak nitelendirilerek haklarında, memurların birlikte görevlerini bırakmalarına ilişkin TCK.'nun 236. maddesi gere ince davalar açılmıştır. Her ne kadar mahkumiyet kararları verilmiş ise de bazı savcı ve yargıçlar mahkumiyete ilişkin görüşleri paylaşmamışlardır. Örne in Nevşehir Asliye Ceza Mahkemesi verdi i kararda ö retmen boykotunun grev olmadı ını, haksızlıklara karşı protesto niteli i taşıdı ını belirtmiştir.

Kararda "657 Sayılı Kanunun 27. maddesi, devlet memurlarının greve karar vermelerini, grev tertiplemelerini, grev ilan etmelerini ve bu yolda propaganda yapmalarını, greve veya grev teşebbüsüne katılmalarını, grevi desteklemelerini ve teşvik etmelerini yasaklamaktadır. Buna göre sanı ın boykot süresince görevini yapmamasının grev sayılıp

sayılmayacağına inceleme gerekir. 275 sayılı Kanunun 17. maddesine göre; grev, "işçilerin, işverenle olan münasebetlerinde iktisadi, sosyal durumlarını korumak veya düzenlemek amacıyla işyerinde veya iş kolunda faaliyeti durdurmak veya önemli derecede azaltmak için aralarında anlaşarak veya bir teşekkülün aynı amaçla verdiği bir karara uyarak iş bırakmalarıdır. Görülüyor ki; grev dolayısıyla işi bırakmaktaki amacın, işverenle olan münasebetlerde iktisadi ve sosyal durumu korumak ve düzenlemek olması şarttır.

(...) Nevşehir Asliye Ceza Mahkemesi, protesto boykotu olarak nitelendirdiği özetmen boykotunda, sanığın cezalandırılmaması gerektiği sonucuna şu gerekçe ile varmaktadır.

"Dört günlük boykota katıldığı sabit olan sanık, boykot çağrısına bir aydından beklenen medeni cesaretle uymuştur. Bu çağrıya uymayı, çağrının yukarıda belirtilen nedenleri itibarıyla, ulusal bir görev saymıştır...Sanığın ve onun gibi hareket eden özetmenlerin bu cesaret dolu direnişleri hukuka aykırı değildir. Tüm anlamı ile demokratiktir.

Anayasanın, düşünce özgürlüğünü nizamlayan 20. maddesine uygundur. Sanık, maaşının arttırılmaması gibi kişisel bir nedenle değil, bir kısım ulusal davalar için bu demokratik davranışta bulunmuştur. Onun, bu demokratik davranış nedeniyle cezalandırmak, demokrasimizi ve anayasamızı inkar etmek demektir. Esasen bugün Türkiye'de sanığın fiilini suç sayan kanun yoktur."<sup>61</sup>

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28/12/1970 tarihinde vermiş olduğu kararda, suçun unsurlarının oluştuğunu belirtmiş ve sanıkların TCK'nın ilgili maddelerince

cezalandırılmaları gerektiği kanısına varmıştır.<sup>62</sup>

Görüldüğü gibi aynı eylem karşısında çok farklı iki karar verilebilmektedir. Fakat yine de konunun böylesi bir tartışma alanına çekilmesi bakımından verilen çok önemli kararlardır.

Kanaatimizce, yapılan sivil itaatsizlik eyleminde şiddet kesinlikle söz konusu değil ve karşı çıkılan durumdan sivil itaatsiz doğrudan etkilenmiş ise ve mevcut tüm hukuki zeminlerde itirazlarını yapmış ve fakat bu şekilde bir sonuç elde edememişse ve yine ayrıca bir başkasının daha üstün bir hakkı ihlal edilmemişse eylem hukuka uygun addedilmeli ve eylemciye eyleminden ötürü ceza verilmemelidir.<sup>63</sup>

Ancak yeri gelmişken Türk Ceza Yasası Tasarısına da göz atmakta yarar vardır. Zira hukuk felsefesi alanında yapılan tartışmalarda kavramın pozitif hukuk alanında nasıl tanımlanabileceği ve ceza verilemez hale getirileceği tartışılırken Türk Ceza Yasası Tasarısı ile kavramın alanının daha da daraltılmaya çalışıldığına şahit oluyoruz.

Tasarınının 421. Maddesi

"Kanun ve nizam hükümlerinden birinin yerine getirilmesine karşı koymak için nüfuz veya etkili kuvvet sarfeden kimseye bir aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir"<sup>64</sup>

demektedir.

Tasarınının 421. Maddesinin Gerekçesi

"Madde, uygulamada "menfi mukavemet" olarak adlandırılan

<sup>62</sup> Emin ARTUK, akt: Yargıtay C.G.K.28/12/1970, Esas: 4/313, Karar: 429

<sup>63</sup> Aynı görüş için bkz.: M. Bülent DENİZ, "Sivil itaatsizlik", 2000 yılı Hukukçular Derneği Seminerleri, Yayınlanmamış Tebliğ metni.

<sup>64</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd-onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=24110](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd-onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110)

<sup>61</sup> Nevşehir Asliye Ticaret Mahkemesinin 02/03/1970 gün ve 1970/50 E. Sayılı kararı

kanun ve nizam hükümlerinin icrasına karşı gelmek maksadıyla nüfuz ve etkili kuvvet sarfını cezalandırmaktadır. Maddede söz konusu nüfuz ve etkili kuvvet sarfından, kişilere karşı kullanılacak cebir ve şiddet veya tehdidi anlamamak gerekir. Suçun oluşması için nüfuz ve kuvvetin, memur tarafından yerine getirilmesine girişilen işleme tâbi olmamak için kullanılmış olması gerekmektedir.”<sup>65</sup>

denilmektedir.

Tasarıda bu madde ile, pasif tutumun yani “sivil itaatsizliğin” suç olarak tanımlandığı ilk bakışta göze çarpmaktadır. Maddenin gerekçesi de, pasif direniş suçunun ne kadar keyfi bir şekilde tanımlandığını ve keyfi uygulamaya elverişli olduğunu ortaya koymaktadır. Bu düzenleme ile en küçük bir fiil de il, “tavır koyma” dahi cezalandırılabilir.

Bu çerçevede tasarınının 306 ve 307. maddeleri de konumuza açıklık getirmesi bakımından manidardır.

TCK. Tasarı Madde 306,

“Belediyeler, köy ihtiyar kurulları veya yetkili makamlarca önceden ayrılmış veya oturulan yerler dışında o yerin en büyük mülkî amirine yapılacak bir başvuru üzerine ayrılan yerlere, izin almaksızın veya verilen izne aykırı biçimde basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü resim, yazı ve işaretler veya bunları içeren kağıt, pano, pankart, bant veya benzerlerini siyasal veya ideolojik maksatla asan veya yapıştıran veya izne dayalı olsa bile bu yerleri aynı maksatla boyayan veya bu yerlere yazı yazan, resim veya işaret yapan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Fiil, yukarıdaki fıkra dışında kalan veya kamuya ayrılmış veya kamuya açık veya herkes tarafından görülebilecek yerlerde veya her türlü taşıt araçları veya kamu hizmetlerine ait araçlar veya eşya,

özel kişi ve kuruluşlara ait işaret veya levhalar üzerinde işlenirse bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası hükmedilir.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen fiiller derneklerin, vakıfların veya benzeri kuruluşların veya kanun dışı meydana getirilen veya kanuna aykırı faaliyetleri nedeniyle kapatılan dernek, vakıf veya di er kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle veya mensup olmasalar bile bu kuruluşların adına veya adları kullanılarak yapıldığı takdirde, sözü edilen fıkralardaki cezalar bir katı oranında artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiilleri, çocuklara veya küçüklere veya ceza ehliyeti olmayan kişilere işletenlere verilecek cezalar üçte birinden yarıya kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yer alan fiiller siyasal veya ideolojik maksatlar dışında işlendiğinde faile birinci fıkrada yazılı hâllerde bir aydan üç aya, ikinci fıkrada yazılı hâllerde üç aydan altı aya, üçüncü fıkrada yazılı hâllerde dört aydan sekiz aya kadar hapis cezası verilir.

Görenek ve geleneklere göre asılacak kağıt, pano, pankart, bant veya benzerleri bu madde hükümleri dışındadır.”<sup>66</sup>

TCK TASARI madde 307:

“Kamu hizmeti gören daire veya kurumlar veya her türlü eğitim ve öğretim kuruluşlarının yetkilileri tarafından duvarlara yapıştırılmış veya özel yerlerine konulmuş basılı olan veya olmayan her türlü belge, resim, el yazısı, kağıt veya levhaları siyasal ve ideolojik maksatla buldukları yerden çıkaran veya yırtan veya tahrip eden veya bunları her ne biçimde olursa olsun okunamayacak veya içeriğinin başka biçimde anlaşılmasına neden olacak şekillere veya işe yaramayacak hâle sokan kimseye üç aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Kamu hizmetine tahsis edilmiş binaların veya mabetlerin veya anıt, büst ve

<sup>65</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.-onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=24110](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.-onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110)

<sup>66</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.-onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=24110](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.-onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110)

heykellerin veya kanunlarda eski eser niteli inde sayılan taşınır veya taşınmazların, her türlü e itim ve ö retim kurumlarının veya ö rencilerin toplu hâlde oturdukları yurt ve benzeri yerlerin veya bunların eklentilerinin herhangi bir yerine siyasal ve ideolojik maksatla basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü yazı, resim ve işaretlerin veya bunları içeren, ka it, pano, pankart, bant veya benzerlerini, yetkili memur ve mercilerin önceden verilmiş yazılı izni olmaksızın asanlar veya koyanlar veya bunlardan suç konusu oluşturanların asılmasına veya konulmasına izin verenlere bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

İkinci fıkrada belirtilen yer ve şeyleri, siyasal ve ideolojik maksatla her ne suretle olursa olsun, boyayanlar veya bunlara yazı yazanlar veya resim yapanlar veya işaret koyanlar, yapıştırılan hakkında bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen fiiller, derneklerin, vakıfların veya benzeri kuruluşların veya kanun dışı meydana getirilen veya kanuna aykırı faaliyetleri nedeniyle kapatılan dernek veya di er kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle veya mensup olmasalar bile bu kuruluşların adına veya adları kullanılarak yapıldı ı takdirde verilecek ceza bir katı oranında artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiilleri, çocuklara, küçüklere veya ceza ehliyeti olmayan kişilere işletenlere verilecek cezalar üçte biri oranında artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yer alan fiiller, siyasal veya ideolojik maksatlar dışında işlendi inde faile, birinci fıkrada yazılı hâllerde bir aydan üç aya kadar, ikinci fıkrada yazılı hâllerde iki aydan dört aya kadar, üçüncü fıkrada yazılı hâllerde altı aydan bir yıla kadar, dördüncü fıkrada yazılı hâllerde sekiz aydan onaltı aya kadar hapis cezası verilir.

Bu maddede ve 306 ncı maddede gösterilen fiillerin eserlerini derhal ortadan kaldırmayan ve bunların yok edilmesi için gerekli işlemlere girişmeyen görevliler hakkında 491 inci maddede yazılı cezalar uygulanır.<sup>67</sup>

Görüldü ü gibi tasarının 306. maddesi, "izinsiz ilan ve benzerlerinin asılması"nı suç haline getirmektedir. Bu düzenleme, Anayasada sayılan, devletin demokratik niteli iyle ba daşmamaktadır. Tasarıdaki bu madde ile, afiş ve ilanlar zorunlu denetime tabi tutulmakta, aksine hareket edenler ceza tehdidinde maruz bırakılmaktadır. Basit bir "duyuru" eylemi, bu tasarıyla, ceza yargılamasının konusu olabilmekte ve cezai müeyyide ile sonuçlanabilmektedir. Mesela özel otomobile, şahsi de erlendirmesine göre, önemli gördü ü bir sözü çıkartma tabir edilen bir şekilde yapıştırılan bir kişiye ceza verilebilecektir. Aynı şekilde be enmedi i bir uygulamaya yönelik tepkisini göstermek için, aracına veya evinin camına bir yazı yapıştırılan insan tasarının bu maddesine göre cezalandırılabilir.<sup>68</sup>

Tasarının bu maddesinde, önemli bir düzenleme daha yer almaktadır. Müsned suç, dernek ve vakıf veya benzeri kuruluşların eklentilerinde işlendi i veya bu dernek veya vakıf mensupları tarafından yapıldı ı takdirde, mevcut ceza bir misli artırılmaktadır. Demokratik bir devlet, illegaliteyi cezalandırdı ı halde, tasarı legal vakıf ve dernek faaliyetlerini cezanın artırım nedeni kabul etmektedir.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd-onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=24110](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd-onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110)

<sup>68</sup> Yasin AMLI, "TCK Tasarısı Hakkında Rapor", [http://www.hukukcularder.org/raporlar/TCK\\_Rapor.doc](http://www.hukukcularder.org/raporlar/TCK_Rapor.doc)

<sup>69</sup> Yasin AMLI, a.g.m., s. 21

Görüldü ü üzere Türk Ceza Yasası Tasarısı, demokratik sistemlerde hak arama yollarından biri olan "sivil itaatsizlik" kavramını ve kavramın en fazla uygulama alanı buldu u "ifade özgürlü ü"nü suç olarak görme e ilimi içerisindedir.

## 9. Sonuç

Sivil itaatsizlik, Hukuk Devleti konsepti içinde gelişen bir eylem veya edimdir. Hukuk devleti, özünü, kişi özgürlü ünün korunmasında, devlet gücünün hukuka ba lanmasında ve ölçülü kılınmasında bulan bir devlet türüdür. Günümüzde insan onuru kavramından yola çıkan Hukuk Devleti temel aldı ı öğelerle insanı esas alan, ve onun güvenlik, özgürlük ve eşitlik ihtiyacını karşılamayı amaçlayan, anayasal devletten, bireyin devlete karşı korunmasına; güçler ayrılı ı ilkesinden, yasallık ilkesine; bütün yurttaşların eşit muameleye tabi tutulmasından, hak arama yollarının açık tutulmasına kadar, bir dizi ö e ile birlikte anılmaktadır.

Konuyu bu kapsam içinde de erlendirdi imizde, siyasetin tıkanı ı dönemlerde, toplumun pasif olarak ve şiddet içermeyen bir şekilde siyasi hayata fiili müdahalesi şeklinde ortaya çıkan bu eylemin, hukuk devletinin oluşmasında dönüştürücü ve yönlendirici bir etkiyi ve devletin halka hükmeden de il, hizmet eden bir işlev kazanması için halkın gerekti inde başvurabilece i, kendinden menkul meşru bir hak ve araç olma işlevini bünyesinde taşıdı ını görme imkanına kavuşaca ız.

Ancak şunu da belirtmekte yarar vardır. Sivil itaatsizlik eylemleri, gerekti inde başvurulacak bir araçtır. Ve fakat bu eylemler niteli i gere i sempatik eylemler oldu undan resmi

otoritelerce hoşgörü ile karşılanmaması, sert ve acımasız tepkilerle yanıtlanması toplumda çatışma ve kaos ortamı yaratabilece inden, idarece toplumsal gerilimin azaltılması yönünde doldur-boşalt işlevi gören eylemlere dönüştürülme tehlikesi ile de karşı karşıya olan eylemlerdir.

Sonuç olarak şunu bilmek gerekir: Sivil itaatsizlik eylemleri, eylem biçimi olarak, siyaset ve hukuk arasındaki do al etkileşim de gözönünde bulundurularak, siyasetin tıkanı ı günlük hayata kamunun alternatif politik müdahalesidir. Ancak başvurulabilecek tek eylem tarzı de ildir. Esasen isyan, tek tek bireylerin özünde olması gereken ahlaki bir tavidir. Bu nedenle ortak eylemselli in yanı sıra insanların bireysel olarak isyanı gerçekleştirebilmeleri gerekmektedir. (Burada kastetti imiz şey Mark Stirner'in bireysel anarşizmi de ildir. Kastetti imiz şey, insanın insan olarak zaman, mekan ve eşyayı algılaması ve yorumlaması ile ilgilidir. Yani, ben kimim? sorusuna verilecek cevaptır. Bu isyan, birey olarak insanın kendi içinde bir iç hesaplaşma gerektirecek ve insan kendisiyle yüzleşmek zorunda kalacaktır.) Çünkü isyan, hem ahlaki bir şey, hem de bilinçlilik taşıması gereken bir şeydir. İtaatsiz ya da asi, düzene karşı çıktı ının, haksızlıkları önlemeye çalıştı ının, zulmü ortadan kaldırmaya çalıştı ının farkında olmalıdır. Yoksa bilinç-dışı bir biçimde yapılan isyan düzeni pekiştirebilir.

İşte böylesine bir bilinç ve kararlılıkla hareket eden ve isyanı bireysel olarak yüre inde taşıyan kimselerin oluşturdu u örgütlü bir mücadele sistemi, daha olumlu sonuçların ortaya çıkmasını sa layacaktır.



## Kaynakça

- ALİEFENDİO LU, Yılmaz; "Sivil İtaatsizlik" Disiplin-lerarası Kolokyum, Demokrasi Kitaplı 1, İstanbul: 1999.
- ANIL, Yaşar Şahin; "Sokrates Davası", ARA Yayıncılık, İstanbul, 1990.
- ARENDR, Hannah; "Kamu Vicdanına Ça rı Sivil İtaatsizlik", çev. Yakup COŞAR, Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 1997.
- COŞAR, Yakup; "Kamu Vicdanına Ça rı Sivil İtaatsizlik", Ayrıntı Yay, İstanbul: 2001.
- ÇA LAR, Bakır; "Açılış", Argumentum Dergisi, yıl 3-4, sayı 36-41, Temmuz - Aralık, 1993.
- DENİZ M. Bülent; "Sivil İtaatsizlik", 2000 yılı Hukukçular Derne i Seminerleri, Yayınlanmamış Tebli metni.
- EFLATUN; "Sokratesin Savunması", çev. Numan ÖZCAN, Şule Yayınları, İstanbul: 1999.
- GANDHİ, Mahatma; "Bir Özyaşam Öyküsü", çev. Vedat Günyol, Cem yayınevi, İstanbul: 1984.
- GANDHİ, Muhandas K; "Satyagraha Nedir, Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş", Vadi Yay. Ankara: 1999.
- HABERMAS, Jurgen; "Sivil İtaatsizlik", AFA Yayınları, İstanbul: 1991.
- WALTER, Harding; "Giriş" b.y. : H.D. Thoreau, Sivil İtaatsizlik, 2.baskı (Çev:Hakan Arslan) Vadi Yayınları, İstanbul: 1999.
- WALTER, Harding; "Sivil İtaatsizli e Giriş", Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş, Vadi yayınları, çev. C.Hakan ARSLAN - Fatma Ünsal BOSTAN, Ankara: 2. Baskı, 1999.
- IŞIKTAÇ, Muhip Şeyda; "Sivil İtaatsizlik", İstanbul Barosu Dergisi, 1995.
- JANDAR, Y.İlker; "Gandhi ve Sivil İtaatsizlik", Ayrıntı Dergisi, Sayı:10, Aralık 1998.
- KARAKAŞ, Halime; "Sivil İtaatsizlik, Ne Kadar İtaatsiz", Do u-Batı Düşünce Dergisi, 1998-1999, Sayı:5, 2. baskı.
- KAUFMAN, Arthur; "Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Dogmatik i", çev.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA/1., Haz: H. Ökçesiz, İstanbul: 1993.
- MAHÇUPYAN, Etyen; "Sivil İtaatsizli in İronisi", Zaman Gazetesi, 23/06/2003.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin; Sivil İtaatsizlik", 2. baskı, AFA Yayınları, İstanbul: 1996.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin; "Sivil İtaatsizlik Hakkı", Sivil İtaatsizlik-Disiplinlerarası Kolokyum'da sunulan bildiri, Demokrasi Kitaplı 1, İstanbul: 1999
- ÖKÇESİZ Hayrettin,"Sivil İtaatsizli in Bir Öncüsü: Sokrates", Argumentum Dergisi, Sayı. 36-41, Temmuz-Aralık, 1993.
- SELÇUK, Sami; "Sivil İtaatsizlik Disiplinler Arası Kolokyum", Demokrasi Kitaplı 1, İstanbul: 1999.
- ŞAMLI Yasin, "TCK Tasarısı Hakkında Rapor", [http://www.hukukcularder.org/raporlar/TCK\\_Rapor.doc](http://www.hukukcularder.org/raporlar/TCK_Rapor.doc)
- THOREAU H.David, "Sivil İtaatsizlik, Sivil İtaatsizlik Ve Pasif Direniş", 2. Baskı, Çev. C.Hakan Arslan - F.Ünsal BOSTAN, Vadi Yayınları: Ankara: 1999.
- WOODCOCK, George, "Mahatma Gandhi, ANARŞİZM", (Bir Düşünce ve Hareketin Tarihi), Çev: Alev TÜRKER, Kaps Yayınları, İstanbul: 1998.
- YILMAZ, Rasih "Ali ve Sivil İtaatsizlik", Zaman Gazetesi, 14/03/2002
- YILMAZ, Zekeriya, "Anayasa,TCK,CİK,CMUK,TMK", Seçkin Yayınevi, Ankara, Altıncı Baskı.
- [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=24110](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110)
- [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=24110](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110)
- [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=24110](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110)

[http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgi/leri?kanunlar\\_sira\\_no=24110](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgi/leri?kanunlar_sira_no=24110)

# 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun De erlendirilmesi

Av. Selçuk KAR



## Tarihçe

İnsano lu yaradılışından bugüne kadar varoldu u tüm evrelerde özgürlük arayışı içerisinde olmuş, bu amaçla savaşlar ve göçler yapmış, bu mücadelelerinden ço unlukla yenik ayrılmıştır. Ancak özgürlük arayışları hiçbir zaman ivme kaybetmemiştir. Özellikle de mutlakiyetçi iktidarların sorgulanmaya başlanıp yerlerini meşruti ve demokratik yönetimlere bırakmaya başlaması ile birlikte bireyin ve toplumun özgürlük arayışları artarak devam etmiştir. Avrupa'da sanayi devriminin ardından artan işçi toplulukları iş ve sosyal güvenlik haklarının yasal güvencelerle tanınması amacıyla kitleler halinde örgütlenerek haklarını toplantı ve yürüyüşlerle elde etme yoluna gitmişlerdir. Bu anlamda kitlelerin hak arama mücadeleleri devrin uluslar arası metinlerine da yansımıştır. Nitekim 1789 tarihli İnsan Hakları Beyannamesinde ve 14 Aralık 1789 tarihli Yasada, İngiltere'de 1908 sayılı Yasada, Amerika'da 1769 Anayasasında ve İtalya'nın 1848 Anayasasında "Silahsız ve sulh içinde toplanma hakkı" tanınmaya başlanmıştır.

Toplumumuzda da Osmanlı döneminde ilk defa 1293 Kanun-u Esasi'nin 120. Maddesiyle "Kanunu mahsusu tebaiyet şartıyla Osmanlılar hakkı içtimaa

maliktir." Denilmek suretiyle toplanma hürriyeti tanınmıştır.<sup>1</sup>

1325 (1909) tarihli İçtimatı Umumiye Kanununun 1. Maddesinde

"Osmanlılar gayri müsellaah (Silahsız) olarak umumi içtimalar akdinde hürdür. Mevaddı atiyede münderiç ahkama riayet edilmek şartıyla ruhsat istihsaline hacet yoktur."<sup>2</sup>

hükmü getirilmiştir. Bu kanunun zamanla ihtiyacı karşılamaması üzerine 1912 tarihinde 12 maddelik Tecemmüat hakkındaki kanun çıkarılmış, bu kanunla da toplantı ve yürüyüşlerin silahsız ve saldırısız olması koşuluyla izinsiz olarak yapılabilece i belirtilmiştir.

Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından sonra kabul edilen 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasi'nin 2. Maddesi toplanma hürriyetine temas etmekte ve 70. Maddesinde **"İçtima hak ve hürriyetleri, Türklerin tabii hukukundandır."** Ve 79. Maddesinde **"...içtimatın hudutu hürriyeti kanunlar ile musarrahtır."** şeklinde ifade edilmiştir.

1946 yılından sonra 6178 Sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetinin Korunması Kanunu (R.G. 29.7.1953) kabul edilmiş, bu Kanununun 4. Maddesiyle de

<sup>1</sup> OKANDAN, R.; *Umumi Amme Hukuku*, s. 339.

<sup>2</sup> AYGÜN, Cemal; *Toplantı Hürriyeti*, 100. Yıl Arma anı, S.B.F.M, s. 296.

"Muayyen maksatlı açık ve kapalı yer toplantılarında her ne suretle olursa olsun kavlen veya fiilen hakaret ve tecavüzde bulunulması veya toplantının huzur ve sükunetinin ihlal edilmesi hallerinde"

bu fiil ve hareketlerin önlenmesi için toplantıyı idare etmekle vazifeli heyete, zabıtaca yapılan ihtarla men bu eylem devam ederse, failer hakkında ceza kovuşturması yapılacaktır hükmü yer almış bulunmaktadır.<sup>3</sup>

Daha sonradan 30.6.1956'da R.G. Neşredilen (6761 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu) yürürlüğe girmiştir. 1961 Anayasasının kabulünden sonra ve bu yasanın 11, 13, 20 ve 28. Maddeleri hükümleri gereği ve bu hükümler çerçevesi içinde 10.2.1963 tarihinde 171 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kabul edilerek konu yeniden düzenlenmiştir. 171 Sayılı Kanunun on yıl kadar uygulandıktan sonra ülkede cereyan eden siyasi akımların etkisi ile otorite boşluğuna meydan tanıdı ve iddialarıyla 1973 yılında 1742 sayılı Kanunla yapılan de işikliklerinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden sonra 1976 yılında 1932 sayılı Kanunla bazı maddeleri yeniden de değiştirilmiş, bu de işikliklerinin bir kısmının A.Y. Mahkemesi tarafından iptal edilmesini müteakip, 2248 ve 2261 sayılı Kanunlarla sadece müeyyidelerinin arttırılması ile yetinilmiş bulunmaktadır.

171 Sayılı Kanun, 2709 Sayılı 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden 1 yıl sonra 6.10.1983 yılında kabul edilen bugünkü 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa yerini bırakmıştır.

<sup>3</sup> GERAY, Cevat; Türkiye'de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi, s. 13.

## Ulusalüstü Belgelerde Toplanma ve Yürüyüş Hakkı

### 1. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

10.12.1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 18, 19, 20. Maddeleri toplanma ve örgütlenme haklarını düzenlemiştir.

Md 18: Herkes düşün, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din ya da inanç de iştirmek özgürlüğüne ya da inancını tek başına ya da topluca, açık olarak ya da özel biçimde özetim, uygulama, tapınma ve ayinlerle göstermek özgürlüğüne de kapsamı içine alır.

Md 19: Herkes düşün ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak düşünlerinden ötürü tedirgin edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünleri her yoldan aramak, elde etmek ve yaymak haklarını da birlikte getirir.

Md 20: Herkes barışçı biçimde toplanma, dernek kurma ve derneğe katılma özgürlüğüne sahiptir.

### 2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 10 ve 11. Maddelerinde ifade ve toplanma özgürlüklerini düzenlemiştir.

Md 10/1: Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım hakkına sahiptir. Bu kanaat özgürlüğüne ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzu bahis olmaksızın, ve haber veya fikir almak veya vermek serbestisini de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini bir izin rejimine tabi kılmalarına mani değildir.

Md 11/1 :Herkes barışçı amaçlarla toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkaları ile birlikte sendikalar kurmak ve bunlara katılmak haklarına sahiptir.<sup>4</sup>

### 3. Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Bu sözleşme BM Genel Kurulunun 16.12.1966 tarihli ve 220 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 23.3.1976'da yürürlüğe konulmuş olup, Türkiye tarafından 15.8.2000 tarihinde imzalanmasına rağmen henüz onaylanmamıştır.

Md 19/2: Herkesin, düşündüklerini anlatım özgürlüğü vardır. Bu hak herkesin hiçbir sınır tanımaksızın her çeşit bilgi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğüne de içine alır.

Md 21: Herkese, barışçı toplanma hakkı tanınır. Bu hakkın kullanılmasına, demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ya da kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı ve genel ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan ve yasayla belirlenenler dışında hiçbir kısıtlama konamaz.<sup>5</sup>

Yukarıda belirttiğimiz imzalı hükümler de ruhsatında toplanma, örgütlenme ve görüşlerini yayma hakkı uluslararası metinlerde güvence altına alınmış haklardandır.

### Anayasa'da Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü düzenleme hakkı 1982 Anayasası'nın

<sup>4</sup> BALCI, Muharrem/SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, s. 274-275.

<sup>5</sup> BALCI, M./SÖNMEZ, G.; a.g.e., s. 107.

34. Maddesinde düzenlenmiştir. 3.10.2001 tarih ve 4709 Sayılı Kanunun 13. Maddesi ile getirilen de işliklikten önce madde metni şöyle idi:

A.Y Md 34: Herkes önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idari merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergahı tespit edebilir.

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

Kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir. Kanunun, aynı sebeplere dayalı olarak bir ilçe ya da ilçelerde bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasının öngördüğü hallerde bu süre üç ayı geçemez.

Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler.

Anayasanın bu hükmü aşağıda alıntılanımız genel gerekçede de belirtildiği gibi AB'ne tam üyelik sürecinde yasal düzenleme ile de değiştirilmiştir.

### 4709 Sayılı Kanunun Genel Gereği

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasî gelişmeler de ruhsatında yenilenmesi gereği doğmuştur.

Ayrıca Avrupa Birli ine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasî kriterlerin karşılanması, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı de işikliklerin yapılması da kaçınılmazdır. Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek ça daş - demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlü ünü ön plana çıkaran bir Anayasa de işikli ini hedeflemektedir.

### **Madde Gerekçesi**

Madde- 13. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve sınırları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olarak yeniden düzenlenmektedir.

### **De işiklikten Sonraki 34. Madde**

Madde- 34. (De işik: 4709 - 3.10.2001 / m.13) Herkes, önceden izin almadan, silahlı ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sa lı ın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

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

### **Anayasa De işikli inin Getirdikleri**

1- 4709 Sayılı de işiklikle; önceki metinde yer alan ve şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla idari merciin yürüyüşü

yapılaca ı yer ve güzergahı belirleme yetkisi kaldırılmıştır.

2- Önceki metinde yer alan ve yetkili merciin toplantı ve yürüyüşü erteleme gerekçeleri olarak belirtilen **milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması** şartı kaldırılmış, bunun yerine milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sa lı ın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlama yapılabilece i ilkesi getirilmiştir.

3- Önceki metinde yer alan bir ilde ve ilçelerinde toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin 3 ay süre ile yasaklanması cümlesi de kaldırılmıştır.

4- Son olarak önceki metinde dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteli indeki meslek kuruluşlarının kendi konu amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme yasa ı ortadan kaldırılmıştır.

### **De işikli in Tahlili**

A.Y.'nın 34. Maddesinde yapılan de işiklikler ilk bakışta eski maddede köklü de işikliklerin yapıldı ı intibainı uyandırsa da dikkatlice incelendi inde yeni metnin eskisinden pek farklılık taşımadı ı görülecektir. Şöyle ki; eski metinde yer alan kısıtlama nedenleri olarak sayılan kamu düzeni, milli güvenlik gerekçeleri kelime farklılıkları ile korundu u gibi bir de bunlara suç işlenmesinin önlenmesi, genel sa lı ın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi kısıtlayıcı nedenler eklenmiştir. Sanırız de işikli in elle tutulur tek yanı dernek, vakıf, sendikalar ve kamu kurumu niteli indeki



meslek kuruluşlarının konu ve amaçlarının dışında da toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlemelerine imkan tanınmasıdır. Mevcut olumsuz tabloya bir de idari mercilerin de ışıklı i algılama ve uygulamadaki isteksizli i eklendi inde de ışıklı in pratikte pek bir şey getirmedi i görülecektir. Bu da mevcut de ışıklıkların ülke insanın refahı ve huzuru için de il, sırf AB yolundaki tıkanıkların giderilmesi amacıyla içi boş, sözde de ışıklıklar yapma gayretkeşli inin tezahürüdür.

## **2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve Bu Kanunda Yapılan Son De ışıklıklar**

### **BİRİNCİ BÖLÜM**

#### **Genel Hükümler**

#### **Amaç Ve Kapsam**

**Madde- 1.** Bu Kanun; toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller ile gerçek ve tüzelkişilerin düzenleyecekleri toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yerini, zamanını, usul ve şartlarını, düzenleme kurulunun görev ve sorumluluklarını, yetkili merciiin yasaklama ve erteleme hallerini, güvenlik kuvvetlerinin görev ve yetkileri ile yasakları ve ceza hükümlerini düzenler.

#### **Tanımlar**

**Madde- 2.** Bu Kanunda geçen deyimlerden;

a) Toplantı; belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantılarını,

b) Gösteri yürüyüşü; belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak

ve bir kamuoyu yaratmak ve o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşleri,

c) Mahallin en büyük mülki amiri; illerde vali, ilçelerde kaymakamı,

d) Mahallin güvenlik amirleri; illerde il emniyet müdürü ve il jandarma alay komutanını, ilçelerde ilçe emniyet amiri veya komiseri ve ilçe jandarma bölük komutanını, ifade eder

Bir il'de ba lı ilçelerin, o ilin belediye sınırları içindeki kısımlarına ilişkin olarak bu Kanunun uygulanması yönünden mahallin en büyük mülki amiri, ilin valisidir.

### **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**

**Madde- 3.** Herkes, önceden izin almaksızın, bu kanun hükümlerine göre silahsız ve saldırısız olarak kanunların suç saymadı ı belirli amaçlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

**(De ışık 2. fıkra: 4771 - 3.8.2002 / m.5 a)** Yabancıların bu Kanun hükümlerine göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeleri, İçişleri Bakanlı ının iznine ba lıdır. Yabancıların bu Kanuna göre düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde toplulu a hitap etmeleri, afiş, pankart, resim, flama, levha, araç ve gereçler taşımaları, toplantının yapılaca ı mahallin en büyük mülki idare amirli ine toplantıdan en az kırksekiz saat önce yapılacak bildirimle mümkündür.

**Eski Madde (3/2):** Yabancıların 4ncü madde hükmü saklı kalmak üzere, bu kanun hükümlerine göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeleri ve Türk vatandaşları tarafından düzenlenecek toplantı ve toplulu a hitap etmeleri, afiş, pankart, döviz, resim, flama,

levha, araç ve gereçler taşımaları işleri hakkında toplantı ve konuşmaları ile Türkiye büyük Millet Meclisi üyelerinin halk ile yapacakları sohbet niteliindeki görüşmeler.

**Getirdikleri:** Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 3. Maddesinde yapılan de işiklikle yabancıların Türkiye'de toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılmaları ve etkinliklerde yer almaları konusunda mevcut izin usulü muhafaza edilmekte, ancak yabancıların bu Kanuna göre düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde toplulu a hitap etmeleri, afiş, pankart, resim, flama, levha, araç ve gereçler taşımaları konularında "bildirim" esasına geçilmektedir. Bildirim de en az 48 saat önceden yapılması şartına ba lanmıştır. Başka bir anlatımla yabancıların düzenleyece i toplantı ve yürüyüşler için izin şartı devam etmekte olup, Türk vatandaşlarca düzenlenen toplantı ve yürüyüşlerde toplulu a hitap etme ve sair ikincil önemdeki etkinlikler içinse bildirim şartı getirilmektedir.

#### **İstisnalar**

**Madde- 4.** Aşa ıda belirtilen toplantı ve faaliyetler bu Kanun hükümlerine tabi de ildir.

a) Siyasi partilerin, kamu kurumu niteli indeki meslek kuruluşlarının, sendikaların, vakıfların, derneklerin, ticari ortaklıkların ve di er tüzelkişilerin özel kanunlarına ve kendi tüzüklerine göre yapacakları kapalı yer toplantıları,

b) Kanunlara uymak, kendi kural ve sınırları içinde kalmak şartıyla kanun veya gelenek ve göreneklere göre yapılacak toplantı, tören, şenlik, karşılama ve u urlamalar.

c) Spor faaliyetleri ile bilimsel, ticari ve ekonomik amaçlarla yapılan toplantılar,

d) Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanların Devlet ve Hükümet

işleri hakkındaki toplantı ve konuşmaları ile Türkiye büyük Millet Meclisi üyelerinin halk ile yapacakları sohbet niteli indeki görüşmeler.

#### **Seçim Zamanına İlişkin Hükümler**

**Madde- 5.** Seçim zamanlarında yapılacak propaganda toplantıları ile ilgili kanun hükümleri saklıdır.

#### **İKİNCİ BÖLÜM**

#### **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yerleri**

#### **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yer ve Güzergahı**

**Madde. 6.** Toplantı ve gösteri yürüyüşleri, tüm il veya ilçe sınırları içerisinde aş a ıdaki hükümlere uyulmak şartıyla her yerde yapılabilir.

Şehir ve kasabalarda ve gerekli görülen di er yerlerde hangi meydan ve açık yerlerde veya yollarda toplantı veya yürüyüş yapılabilce i ve bu toplantı ve yürüyüş için toplanma ve da ılma yerleri ile izlenecek yol ve yönler vali ve kaymakamlarca kararlaştırılarak alışılmış araçlarla önceden duyurulur. Bu yerler hakkında sonradan yapılacak de işiklikler duyurudan onbeş gün sonra geçerli olur. Toplantı yerlerinin tespitinde gidiş gelişi, güvenli i bozmayacak ve pazarların kurulmasına engel olmayacak biçimde, toplantıların genel olarak yapıldı ı elektrik tesisatı olan yerler tercih edilir.

#### **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Zamanı**

**Madde- 7.** Toplantı ve yürüyüşlere ve bu amaçla toplanmalara güneş do madan başlanamaz.

Açık yerlerdeki toplantılar ile yürüyüşler güneşin batışından bir saat önceye, kapalı yerlerdeki toplantılar saat 23.00'e kadar sürebilir.

#### Umuma Açık Yer Sayılma

**Madde- 8.** Toplantının yapıldığı yer, toplantı süresince umuma açık yer sayılır.

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### Toplantı Şekil Ve Şartları

##### Düzenleme Kurulu

**Madde- 9.** (De işik: 4748 - 26.3.2002 / m.6 a) Bu Kanuna göre yapılacak toplantılar, fiil ehliyetine sahip ve onsekiz yaşını doldurmuş, en az yedi kişiden oluşan bir düzenleme kurulu tarafından düzenlenir. Bu kurul, kendi aralarından birini başkan seçer. Diplomatik dokunulmazlıkları bulunan kişiler, düzenleme kurulu başkan veya üyesi olamazlar.

Tüzel kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeleri, yetkili organlarının kararına bağlıdır.

**Eski Madde:** Bu Kanuna göre yapılacak toplantılar, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip ve 21 yaşını doldurmuş en az yedi kişiden oluşan bir düzenleme kurulu tarafından düzenlenir. Bu kurul kendi aralarından birini başkan seçer.

Düzenleme kurulu başkan ve üyelerinin toplantının yapılacağı yerde sürekli ikametgahlarının bulunması ve bunların belgelendirilmesi zorunludur. Ayrıca bu

kişilerin, haklarında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi izne bağlı kimselerden olmaması veya yasama veya diplomatik dokunulmazlıklarının bulunmaması gereklidir.

**Getirdikleri:** Yapılan de işiklikle, düzenleme kurulu üyelerinin yaşları 21'den 18'e indirilmiş ve bunun yanında fiil ehliyeti şartı korunmuştur. Eski maddedeki düzenleme kurulu üyelerinin toplantının yapılacağı yerde daimi ikamet şartı kaldırılmış olmakla o yerde oturmeyen kişilere de kurul üyesi olabilme hakkı tanınmıştır. Ayrıca de işiklikle, kurul üyelerinin soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi izne bağlı kimselerden (memur), yasama dokunulmazlığı bulunanlardan (milletvekili) olmama şartı da kaldırılmıştır. Ancak diplomatik dokunulmazlık şartı aynen muhafaza edilmiştir. Bu kanunda göze çarpan en önemli de işiklik memurların düzenleme kurulu üyesi olabilmelerine izin verilmesidir ki, bu da memurlara sendika hakkının tanınması ile birlikte artık verilmesi kaçınılmaz bir yan hak olmasının sonucudur.

##### Bildirim Verilmesi

**Madde- 10.** (De işik 1. fıkra: 4771 - 3.8.2002 / m.5 b) Toplantı yapılabilmesi için, düzenleme kurulu üyelerinin tamamının imzalayacakları bir bildirim, toplantının yapılmasından en az kırksekiz saat önce ve çalışma saatleri içinde, toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu valilik veya kaymakamlığa verilir.

Bu bildirimde;

- Toplantının amacı,
- Toplantının yapılacağı yer, gün, başlangıç ve bitiş saatleri,
- Düzenleme kurulunun başkan ile üyelerinin açık kimlikleri, meslekleri ikametgahları ve varsa çalışma yerleri,

Belirtilir ve bildirimde yönetmelikte gösterilecek belgeler eklenir.

Bu bildirim karşılığında gün ve saati gösteren alındı belgesi verilmesi zorunludur.

Bu bildirim, valilik veya kaymakamlıkça kabul edilmez veya karşılıklı alınıldı belgesi verilmez ise keyfiyet bir tutanakla tespit edilir. Bu halde noter vasıtasıyla ihbar yapılır. İhbar saati bildirim verilme saati sayılır.

Aynı yerde, aynı gün toplantı yapmak üzere ayrı ayrı düzenleme kurullarınca bildirim verilmişse ilk verilen bildirim geçerlidir. Diğerlerine durum hemen yazılı olarak bildirilir.

**Eski Madde:** Toplantı yapılabilmesi için, toplantının yapılmasından en az yetmişiki saat önce ve çalışma saatleri içinde, düzenleme kurulunun tamamının imzalayacakları bir bildirim, toplantının yapılacağı yerin bulunduğu valilik veya kaymakamlığa verilir.

**Getirdikleri:** 10. Maddede yapılan değişikliklerle toplantı düzenleme bildirim süresi yetmişiki saatten kırksekiz saate indirilerek toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ani gelişen gündemlere aynı hızla reaksiyon gösterilebilmesi amaçlanmışsa da bu sürenin de uzun oldu u görüşündeyiz.

#### **Toplantının Yapılması**

**Madde. 11.** Toplantı, 6. Madde hükümlerine uymak suretiyle bildirimde belirtilen yerde yapılır. Düzenleme kurulu, kendi üyelerinden başkan dahil en az yedi kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulundurmakla yükümlüdür. Bu husus, katılanların kimlikleri belirtmek suretiyle hükümet komiserince bir tutanakla tespit edilir.

#### **Düzenleme Kurulunun Görev ve Sorumlulukları**

**Madde- 12.** Düzenleme kurulu, toplantının sükûn ve düzenini, bildirimde yazılı amaç dışına çıkılmamasını sağlamakla yükümlü ve sorumludur. Kurul,

bunun için gereken önlemleri alır ve gerektiğinde güvenlik kuvvetlerinin yardımını ister. Alınan önlemlere rağmen sükun ve düzenin sağlanmaması halinde, kurul başkanı toplantının sona erdirilmesini hükümet komiserinden isteyebilir.

Düzenleme kurulunun sorumluluğu, topluluk toplantı yerinden tamamen da lıncaya kadar sürer.

#### **Hükümet Komiser ve Yetkileri**

**Madde- 13.** Valilik ve kaymakamlıkça hakim ve savcılar ve bu sınıftan sayılanlar ile Silahlı Kuvvetler, adalet, genel ve özel kolluk kuvvetleri mensupları hariç olmak üzere, il veya ilçelerdeki mülki idare amirli hizmetleri sınıfına dahil memurları ile diğer kamu görevlilerinden müdür, amir veya bunların yardımcılarını arasında bir kişi hükümet komiseri olarak ve gerektiğinde 2 kişi de hükümet komiseri yardımcısı olarak görevlendirilir.

Hükümet komiseri, toplantı yerinde uygun göreceği bir yerde bulunur ve toplantıyı teknik ses alma cihazları, fotoğraf ve film makineleri gibi araçlarla tespit ettirebilir.

Hükümet komiseri; 12. Maddede öngörülen durumlarda düzenleme kurulu başkanının isteği veya toplantının sürmesini imkansız kılabileceği derecede genel sükun ve düzeni bozacak ve suç teşkil edecek nitelikte sözle veya eylemle saldırgan bir biçimde toplantıyı sona erdirmeye yetkilidir.

#### **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

#### **Toplantının Ertelenmesi veya Yasaklanması**

#### **Düzenleme Kurulunun Toplantıyı Geri Bırakması**

**Madde- 14.** Toplantı, toplantının yapılacağı saatten en az yirmidört

saat önce düzenleme kurulunun çoğunluğu tarafından, bildirim verilmediği valilik veya kaymakamlığa yazı ile bildirilmek şartıyla kırksekiz saati geçmemek üzere yalnız bir kez geri bırakılabilir.

#### **Birden Fazla Toplantıları Erteleme**

**Madde- 15.** Bir il sınırı içinde aynı günde birden çok toplantı yapılmak istenmesi halinde vali, emrindeki güvenlik kuvvetlerinin ve gerektiğinde yararlanabileceği diğer güçlerin bu toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlamak için yeterli olmadığını kanısına varırsa, toplantılardan bir kısmını otuz günü aşmamak üzere bir kez erteleyebilir. Bu ertelemeye müracaat öncelikli göz önünde bulundurulur.

#### **Toplantının Bölge Valiliği ve İçişleri Bakanlığı İnce Ertelenmesi**

**Madde- 16/a)** Bir bölge valiliğine bağlı illerden; birden çok ilde aynı günde toplantı yapmak için bildirim verilmesi üzerine, toplantı güvenliğini sağlamak amacıyla ilgili valilerce bölge valiliğinden takviye istenmesi halinde, bölge valisi bu isteklerin karşılanamayacağı kanısına varırsa, takviye gönderilemeyen illerdeki toplantılar otuz günü aşmamak üzere bölge valiliği ince bir kez ertelenebilir.

**b)** Aynı günde birden çok bölge valiliğine bağlı illerde toplantı yapmak için bildirim verilmesi üzerine, toplantı güvenliğini sağlamak amacıyla ilgili bölge valilerince İçişleri Bakanlığı'ndan takviye istenmesi halinde, İçişleri Bakanlığı bu isteklerin karşılanamayacağı kanısına varırsa, takviye gönderilemeyen bölge valiliğine bağlı illerdeki toplantılar otuz günü aşmamak üzere İçişleri Bakanlığı'na bir kez ertelenebilir.

Ertelemeye müracaat öncelikli göz önünde bulundurulur.

#### **Toplantının Yasaklanması veya Ertelenmesi**

**Madde- 17. (Değişiklik: 4748 - 26.3.2002 / m.6 b)** Bölge valisi, vali veya kaymakam, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir.

**Eski Madde:** Bölge valisi, vali veya kaymakam, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etmek amacıyla güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde veya Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla belirli bir toplantıyı yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir.

**Getirdikleri:** A.Y. 34. Maddede yapılan değişikliklere paralel olarak bu maddede de aynı düzenlemeler yapılmış olup, mahallin mülti amirine milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yasaklama getirebileceği esasları getirilmiş olup, eski maddeden farklı olarak Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacıyla güden fiillerin işlenmesi ihtimali (kuvvetle muhtemel) bulunması ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması ilkeleri ortadan kaldırılmıştır. Esasından kaldırılan bu sınırlamalarla muhtemelin kaldırılması iddia edilmekte ise de, her iki kısıtlamayı da içine alabilecek milli güvenlik ve kamu

düzeni gibi başı ve sonu olmayan kısıtlamalara dokunulmaması de işikli in sırf görüntüden ibaret oldu u ve istenildi i zaman bu ilkelerin ihlal edilebilece i ihtimaline binaen mülki amire yasaklama kapıları ardına kadar açık tutulmuştur.

#### **Yasaklama veya Erteleme Kararının Tebliği**

**Madde- 18.** Bölge valisi, Vali veya kaymakamlarca yasaklanan veya ertelenen veya İçişleri Bakanlığı tarafından ertelenen toplantılara ilişkin gerekçeli yasaklama veya erteleme kararı toplantının başlama saatinden en az yirmidört saat önce bir yazı ile düzenleme kurulu başkanına veya bulunmadığı takdirde üyelerden birine tebliğ edilir. Vali veya kaymakamlarca yasaklanan veya ertelenen toplantılar hakkında bölge valisine ve İçişleri Bakanlığınca, bölge valilerince yasaklanan veya ertelenen toplantılar için de İçişleri Bakanlığınca bilgi verilir.

17. Maddede belirtilen durumlarda; toplantının en az yirmidört saat önce tebliğ şartı aranmaksızın bölge valisi, valilik veya kaymakamlıklarca yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller yönetmelikte gösterilir.

Toplantının ertelenen günden sonraki bir günde yapılabilmesi, düzenleme kurulunun 10 uncu maddeye göre yeni bildirimde bulunmasına bağlıdır.

#### **İl veya İlçelerde Bütün Toplantıların Yasaklanması**

**Madde- 19. (De işik 1. cümle: 4748 - 26.3.2002 / m.6 c)** Bölge valisi, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bölgeye dahil illerin birinde veya birkaçında ya da bir ilin bir veya birkaç ilçesinde bütün

toplantıları üç ayı geçmemek üzere erteleyebilir. Valiler de aynı sebeplere dayalı olarak il ve ilçelerin birinde veya bir kaçından bütün toplantıları üç ayı geçmemek üzere yasaklayabilir.

Yasaklama kararı gerekçeli olarak verilir. Kararın özeti yasaklamanın uygulanacağı yerlerde mutlak vasıtalarla ilan edilir. Ayrıca, İçişleri Bakanlığınca bilgi verilir.

**Eski Madde:** Bölge valisi, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya Milli Güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etmek amacıyla güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde veya Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, genel ahlakın ve genel sağlığının korunması amacıyla bölgeye dahil illerin birinde veya bir kaçında veya bir ilin bir veya bir kaç ilçesinde bütün toplantıları üç ayı geçmemek üzere yasaklayabilir. Valiler de aynı sebeplere dayalı olarak il ve ilçelerin birinde veya bir kaçında bütün toplantıları üç ayı geçmemek üzere yasaklayabilir.

**Getirdikleri:** 17. Madde için yapılan de erlendirme bu madde ile aynıdır.

#### **BEŞİNCİ BÖLÜM**

#### **Gösteri Yürüyüşlerinin Şekil ve Şartları ile Ertelenmesi veya Yasaklanması**

#### **Gösteri Yürüyüşlerinde Uygulanacak Hükümler**

**Madde- 20.** Gösteri yürüyüşlerinin şekil ve şartları ile ertelenmesi veya yasaklanması hakkında da bu Kanunun 3. ve 4. Bölümlerindeki hükümler uygulanır.

Şehir ve kasaba içindeki genel yollar üzerinde yapılacak yürüyüşlere ait bildirimlerde, 6. Madde gereğince ilan olunan yol ve



yönlere uyulmak şartıyla, yürüyüşe geçmek için seçilecek toplanma yeri ile izlenecek yol ve da ilma yerinin belirtilmesi zorunludur.

#### ALTINCI BÖLÜM

#### Yasaklar ve Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri

#### Amaç Dışı Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü

(Madde 21, 26.3.2002 tarih ve 4748 sayılı Kanunun 7. Maddesinin (e) bendi hükmü gere ince yürürlükten kaldırılmıştır.)

**Eski Madde:** Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteli indeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler.

**Getirdikleri:** Bu maddenin yürürlükten kaldırılması ile dernek, vakıf ve kamu kurumu niteli indeki meslek kuruluşları kendi amaçları ile ilgili olsun ya da olmasın toplantı ve yürüyüş düzenleme hakkını elde etmişlerdir. Eski madde, özgürlüklerin savunucusu konumundaki bu STÖ'lerin kendi alanlarına hapsolunması sonucunu do uruyor, sivil inisiyatifin sesini kendi amacını taşıyor gerekçesiyle bo uyordu. Yapılan de işiklik bize, en azından sindirilmiş ve asli vazifeleri kendilerine unutturulmuş bu STÖ'lerin silkinmelerine ve sivil inisiyatifin sesinin duyulmasına hizmet edebilece i umudunu aşlamaktadır. Tabi her kaydu şartta cesaretle sesini duyuran sivil inisiyatifleri tenzih etmek kaydıyla.

#### Yasak Yerler

**Madde- 22.** Genel yollar ile parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplantı yapılamaz ve

şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez.

Genel meydanlardaki toplantılarda, halkın ve ulaşım araçlarının gelip geçmesini sa lamak üzere valilik ve kaymakamlıklarca yapılacak düzenlemelere uyulması zorunludur.

#### Kanuna Aykırı Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşleri

**Madde- 23/a)** 9 ve 10. Madde hükümlerine uygun biçimde bildirim verilmeden veya toplantı veya yürüyüş için belirtilen gün ve saatten önce veya sonra;

b) (De ışık: 4378 - 30.7.1998) Ateşli silahlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, bo ma teli veya zincir gibi bereleyici ve bo ucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya di er her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler ile yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşınarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyilerek veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örtterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma ve kanunların suç saydı ı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenerek veya ses cihazları ile yayınlanarak,

c) 7. Madde hükümleri gözetilmeksizin,

d) 6 ve 10. Maddeler gere ince belirtilen yerler dışında,

e) 20. Maddedeki yöntem ve şartlara ve 22. Maddedeki yasak ve önlemlere uyulmaksızın,

f) 4. Madde ile Kanun kapsamı dışında bırakılan konularda kendi amaç, kural ve sınırları dışına çıkılarak,

g) Kanunların suç saydıkları maksatlar için,

h) Bildirimde belirtilen amaç dışına çıkılarak,

i) Toplantı ve yürüyüşün 14, 15, 16, 17, ve 19. Maddelere dayanılarak yasaklanması veya ertelenmesi halinde tespit edilen erteleme veya yasaklama süresi sona ermeden,

j) 13. Maddenin 3. Fıkrasına göre hükümet komiserince toplantının sona erdirildiği halde,

k) 21. Madde hükmüne aykırı olarak,

l) 3. Maddenin 2. Fıkrası hükmüne uyulmadan,

Yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri kanuna aykırı sayılır.

#### **Toplantı Veya Gösteri Yürüyüşünün Daıtılması**

**Madde- 24.** Kanuna uygun olarak başlayan bir toplantı veya gösteri yürüyüşü, daha sonra 23. Maddede belirtilen Kanuna aykırı durumlardan bir veya birkaçının vukubulması sebebiyle, Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü haline dönüşürse;

a) Hükümet komiseri toplantı veya gösteri yürüyüşünün sona erdirmesi için bizzat veya düzenleme kurulu aracılığı ile topluluğa ilan eder ve durumu en seri vasıta ile mahallin en büyük mülki amirine bildirir.

b) Mahallin en büyük mülki amiri, yazılı veya acele hallerde sonradan yazılı ile teyit edilmek kaydıyla sözlü emirle, mahallin güvenlik amirlerini veya bunlardan birini görevlendirerek olay yerine gönderir.

Bu amir, topluluğa Kanuna uyularak daılmalarını, daılmazlarsa zor kullanılacağını ihtar eder. Topluluk daılmazsa zor kullanılarak daıtılır. Bu

gelişmeler hükümet komiserince tutanaklarla tespit edilerek en kısa zamanda mahallin en büyük mülki amirine tevdi edilir.

(a) ve (b) Bentlerindeki durumlarda güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı veya mukavemet veya korudukları yerlere ve kişilere karşı fiili saldırı hali mevcutsa, ihtar gerek olmaksızın zor kullanılır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne 23. Madde (b) Bendinde yazılı silah, araç, alet veya maddeler veya sloganlarla katılanların bulunması halinde bunlar güvenlik kuvvetlerince uzaklaştırılarak toplantı ve gösteri yürüyüşüne devam edilir. Ancak, bunların sayıları ve davranışları toplantı veya gösteri yürüyüşünü Kanuna aykırı addedilerek daıtılmasını gerektirecek derecede ise yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne silah, araç, alet veya maddeler veya sloganlarla katılanların tanınması ve uzaklaştırılmasında düzenleme kurulu güvenlik kuvvetlerine yardım etmekle yükümlüdür.

Toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin Kanuna aykırı olarak başlaması hallerinde; güvenlik kuvvetleri mensupları, olayı en seri şekilde mahallin en büyük mülki amirine haber vermekle beraber, mevcut imkanlarla gerekli tedbirleri alır ve olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri amiri, topluluğa daılmaları, aksi halde zor kullanılarak daıtılmaları ihtarında bulunur ve topluluk daılmazsa zor kullanılarak daıtılır.

#### **Suç İşleyenlerin Yakalanması**

**Madde- 25.** Topluluk içinde suç işleyenleri ve suçluları yakalamak için 24. Maddede belirtilen emir ve ihtarların yapılmasına gerek yoktur.

**Ça rı ve Propaganda Araçları**

**Madde- 26.** Toplantı veya yürüyüşlere ilişkin çağrı veya propaganda amacıyla kullanılan basılı veya ço altılmış veya el ile yazılmış davetiye, levha ve ilanlarda düzenleme kurulu başkanı ile en az altı üyesinin adları, soyadları ve imzalarının bulunması; bunlardan asılması gerekenlerin, Kanunun 6. Maddesinde belirtilen yöntemle duyulmak şartıyla valilik veya kaymakamlıklarca önceden tespit edilmiş yerlere asılması zorunludur.

Bu propaganda ve çağrı alet ve araçlarında, halkı suç işlemeye özendiren veya kışkırtan yazı veya resim bulunması yasaktır. Toplantı veya gösteri yürüyüşünün yapılacağı tarihten bir önceki günden toplantı veya gösteri yürüyüşünün başlayacağı saate kadar, güneşin doğuşundan batışına kadarki zaman içinde olmak kaydıyla, ses yükselten veya ileten herhangi bir alet veya araç ile çağrı yapılabilir. Bu süre dışında çağrı için sözü geçen alet veya araçlar kullanılamaz.

Kapalı yer toplantılarında, ses yükseltici alet veya araçlarla dışarıya yayın yapılamaz.

**Kışkırtma Yasası**

**Madde- 27.** Halka karşı, doğrudan doğruya veya ses yükselten veya ileten herhangi bir alet veya araç ile söz söyleyerek veya seslenerek veya basılmış veya ço altılmış veya elle yazılmış veya çizilmiş kağıtları duvarlara veya diğer yerlere yapıştırarak veya dağıtarak veya benzeri araç ve yollarla halkı Kanuna aykırı toplantı veya yürüyüşe özendirmek veya kışkırtmak yasaktır.

Bu hareketler güvenlik kuvvetlerince derhal men edilir.

**YEDİNCİ BÖLÜM****Ceza Hükümleri****Yasaklara Aykırı Hareket**

**Madde- 28.** Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin liradan yirmibeşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

10 uncu madde gereğince verilecek bildirimde düzenleme kurulu üyesi olarak gösterilenlerden 9 uncu maddede belli edilen nitelikleri taşımayanlar toplantı veya yürüyüşün yapılması halinde, bir aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan onbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

11 ve 12. Maddelerde yazılı görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında dokuz aydan bir yıl altı aya kadar hapis ve onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

Güvenlik kuvvetlerine veya hükümet komiserine veya yardımcılara veya hükümet komiseri tarafından toplantı veya yürüyüş safahatının teknik araç ve gereçlerle tespiti için görevlendirilenlere bu görevlerini yaptıkları sırada cebir ve şiddet veya tehdit veya nüfuz ve müessir kuvvet sarfetmek suretiyle mani olanlar hakkında, fiileri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıl altı aydan beş yıla kadar hapis ve onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

**Toplantı veya Yürüyüşü Engelleyenler**

**Madde- 29.** Toplantı veya yürüyüş yapılmasına engel olan veya devamına imkan vermeyecek tertipler ile toplantı veya yürüyüşü ihlal eden kimse, fiil

daha a ır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmedi i takdirde, dokuz aydan bir yıl altı aya kadar hapis ve beşbin liradan onbin liraya kadar a ır para cezası ile cezalandırılır.

#### Huzur ve Sükunu Bozanlar

**Madde- 30.** Yapılmakta olan toplantı veya yürüyüşte huzur ve sükunu bozmak maksadıyla tehdit veya hakaret veya saldırı veya mukavemette bulunanlar veya başka bir suretle huzur ve sükunun bozulmasına sebebiyet verenler, fiil daha a ır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmedi i takdirde, bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin liradan yirmibin liraya kadar a ır para cezası ile cezalandırılır.

#### Kanuna Aykırı Propaganda Vasıtaları ve Suç İşlemeye Teşvik

**Madde- 31.** Düzenleme kurulu başkanı ve en az altı üyesinin ad ve soyadları ile imzalarını taşımayan 26. Maddede yazılı propaganda vasıtalarını hazırlayanlar, yazdıranlar, bastıranlar, propaganda maksadıyla kullananlar veya sair surette 26. Maddedeki yasak ve şartlara uymayanlar altı aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan otuzbin liraya kadar a ır para cezası ile cezalandırılır.

Bu propaganda vasıtalarında halkı suç işlemeye teşvik ve tahrik eder mahiyette yazı veya resim veya işaret bulunursa veya bu maksatla başka araçlar kullanılmış olursa, fiil daha a ır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmedi i takdirde failleri bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin liradan ellibin liraya kadar a ır para cezası ile cezalandırılır.

Teşvik ve tahrik neticesi olarak suç işlenir veya suçun icrasına teşebbüs edilirse, fiil daha a ır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmedi i

takdirde teşvik veya tahrikte bulunanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmibin liradan yüzbin liraya kadar a ır para cezası ile cezalandırılır.

#### Hükümet Emrine Karşı Gelenler

**Madde- 32.** Kanuna aykırı toplantı veya yürüyüşlere silahsız olarak katılanlar emir ve ihtardan sonra kendili inden da ılmazlar ve hükümet kuvvetleri tarafından zorla da ıtılırsa, bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin liradan otuzbin liraya kadar a ır para cezası ile cezalandırılır.

Güvenlik amirinin 24. Maddenin 1. Fıkrası uyarınca yaptı ı da ılma iste ini yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında da yukarıda belirtilen cezalar uygulanır.

Da ıtma sırasında cebir veya şiddet veya tehdit veya saldırı veya mukavemette bulunanlar fiil daha a ır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmedi i takdirde, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

23. Maddede yazılı hallerden biri gerçekleşmeden veya 24. Madde hükmü yerine getirilmeden, yetki sınırı aşılarak, toplantı veya yürüyüşlerin da ıtılması halinde, yukarıdaki fıkrada yazılı fiilleri işleyenlere verilecek cezalar dörtte bire kadar indirilerek uygulanabilece i gibi, icabına göre büsbütün de kaldırılabilir.

#### Toplantı ve Yürüyüşe Silahlı Katılanlar

**Madde- 33/a)** Toplantı ve yürüyüşlere, 23. Maddenin (b) Bendinde sayılan silah veya araçları (bunlar ruhsatlı taşınsa bile) taşıyarak katılanlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

b) (a) Bendinde yazılı olanlardan 24. Maddedeki emir ve

ihtarı müteakip kendili inden da ilmayanların, da itilmaları için zor kullanıldı ı takdirde, bunlar üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

c) Da ilma sırasında 23. Maddenin (b) Bendinde yazılı silah veya araçlarla mukavemet edenler beş yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

#### **Tahrikçiler ve Suç Ortakları**

**Madde- 34. 27.** Maddedeki yasa a aykırı hareket edenler toplantı veya yürüyüş vukubulmamış veya vukubulmuş olup da ilk emir ve ihtar üzerine da itilmiş ise, fiil a ır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmedi i takdirde bir yıl altı aydan dört yıla, toplantı ve yürüyüş zorla da itilmiş ise üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

#### **SEKİZİNCİ BÖLÜM**

#### **Çeşitli Hükümler**

#### **Suçüstü Hükümlerinin Uygulanması**

**Madde- 35.** Bu Kanunda belirtilen suçları işleyenler hakkında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar, yer ve zaman kayıtlarına bakılmaksızın, 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanununa göre yapılır.

#### **Hükümet Komiserine Verilecek Ücret**

**Madde- 36.** Hükümet komiserine ve yardımcılara verilecek ücret miktarı İçişleri ve Maliye Bakanlıklarınca her yıl ortaklaşa tespit edilir ve bu ücret İçişleri Bakanlı ı bütçesine konacak ödenekten karşılanır.

#### **Yönetmelik Düzenlenmesi**

**Madde- 37.** Düzenleme kurulunun, hükümet komiseri ve yardımcılarının, güvenlik kuvvetlerinin ve görevli askeri birliklerin görev, yetki ve

sorumluluklarının uygulanış biçimi ile bu Kanunun 10 ve 18. Maddelerinde belirtilen hususlar ve Kanunun uygulanmasına ilişkin di er hususlar Adalet, Milli Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde çıkarılacak ve Resmi Gazetede yayımlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.

#### **Saklı Hükümler**

**Madde- 38.** İl İdaresi Kanunu ile di er kanunlardaki bu Kanun kapsamına giren konularla ilgili yetkiler saklıdır.

#### **Kaldırılan Hükümler**

**Madde- 39.** 10.2.1963 tarih ve 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

**Geçici Madde- 1.** Kanunun 6 ve 26. Maddelerine göre yapılacak tespit ve ilan bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde yapılır.

**Geçici Madde 2 -** Bölge valilikleri kuruluncaya kadar geçecek süre içinde bu Kanun gere ince bölge valilerine tanınmış bulunan erteleme yetkisi İçişleri Bakanlı ı tarafından kullanılır.

### **2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Hukuki Tahlili**

#### **1- Genel Gerekçe**

"Belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak, etkilemek ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için toplantılar ve yürüyüşler düzenlemek hakkı insanların temel hak ve hürriyetleri arasında yer almaktadır. Bu hak ve hürriyet BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınmış ve hemen hemen

bütün demokratik anayasalarda benimsenmiştir. Gene bütün anayasalar toplantı ve yürüyüşün silahsız, saldırısız yapılması şartını bu hakkın ayrılmaz bir ilkesi olarak vurgulamışlardır.

Bu bakımdan toplantı ve gösteri yürüyüşü hak ve hürriyetinin kamu düzenini sarsmadan kullanılmasını sağlamak için bu hakkın ancak kanunla düzenleneceği ve sınırlanabileceği yine modern anayasalarca benimsenmiş temel ilkelerden birisi olmuştur.”<sup>6</sup>

Yukarıda alıntılanımız şekliyle 2911 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği gibi halkı aydınlatmak ve kamuoyu oluşturmak amacıyla toplantı ve yürüyüş düzenlemenin insanların en temel haklarından biri olduğu belirtilmiş ve bu, anayasal haklardan birisi olarak sayılmıştır.

Anayasanın 34. Maddesinde ifade bulunan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı; en genel anlamda düşünce ve düşüncenin fiile dönüşmesi olan ifade özgürlüğüne bir alt kolu olarak değerlendirilebilir. Nitekim, özellikle Alman anayasasında ve doktrininde bu görüş baskındır. Ülkemizde de bu görüşü benimseyen hukukçular çoğunluktadır.<sup>7</sup>

1982 Anayasasında herkesin önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle, bir toplantı ve yürüyüş yapılması için izin verilmesi, bildirim esasının geçerli olduğu zikredilmektedir. Ancak kanunun uygulanmasında bir tür “ön izin” ilkesinin benimsendiği görülmektedir.

Yine anayasada bu temel hakkın hangi koşullarda sınırlanabileceği

belirtilmiş, 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 34. Maddesinde yapılan değişikliklerle Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 21. Maddesinde de benimsenen kısıtlama sebepleri zikredilmiştir.

## 2- Toplantı Özgürlüğüne Sınırlandırılması

### A) Anayasa'dan Kaynaklanan Sınırlamalar

Silahsızlık ve Saldırısızlık : Toplantı ve yürüyüş hakkının kullanılabilmesinin birincil derecede şartı, bu toplantı ve yürüyüşün silahsız kişilerce başlatılıp, devamı süresince de topluluk içerisinde kişi veya gruplara karşı “kuvvet kullanma” olmaksızın sonuçlandırılması gerekmektedir. Silahsızlık şartı 2991 sayılı Kanunun 23/b Maddesinde sayılan silahların bulunmamasına bağlanmıştır. Ancak kanunda sayılan bu silahların örnekseme (tadadi) yolu ile zikredildiği açıkça ortadadır. Bu silahlar şunlardır: “Ateşli silahlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, bomba teli veya zincir gibi bereleyici ve bombacı araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler.”

Özel Sınırlamalar: Bu sınırlamalar Anayasada tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlar;

Milli Güvenlik

Kamu Düzeni

Suç İşlenmesinin Önlenmesi

Genel Sırlama ve Genel Ahlakın Korunması

Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması'dır.

Uyum yasaları doğrultusunda 4709 sayılı Kanunla 34. Maddede yapılan değişikliklerle özel

<sup>6</sup> GÜNGÖR, .-KAVALALI, A. Mümin; *Uygulamada Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, s. 24.

<sup>7</sup> ATALAY, Esra; *Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü*, s. 15.



sınırlandırmalarda de işiklikler yapılmıştır. Bu bahis yukarıda Anayasa de işikli inin tahlili kısmında işlenmişti. Tekrar kabilinden de olsa eski 34. Maddede bulunan Milli Güvenlik ve kamu düzeni sınırları genişletilerek yeni maddeye ithal edilmiştir. Nitekim eski maddede "kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması ve milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi" şartı aranırken yeni maddede Milli Güvenli in ve Kamu Düzeninin sınırları çizilmemiştir. Yine eski maddede yer alan "Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde" yerine bu kısıtlamayı da içine alacak "Suç işlenmesinin Önlenmesi" şartı eklenmiş, ayrıca eski maddedeki kısıtlama hallerine ek olarak "Genel Sa lı in ve Genel Ahlakın Korunması" ve "Başkaların Hak ve Özgürlüklerinin Korunması" halleri de eklenmiştir.

4709 sayılı Kanunla 34. Maddede yapılan de işikli in genel gerekçesinin aksine "ça daş - demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlü ünü ön plana çıkaran bir Anayasa" de işikli ini içermemektedir. Toplantı ve Gösteri yürüyüşü hakkının "ancak kamu düzenini korumak için kanunla" sınırlanabilece ini (md. 26, f: 2) söyleyen 1961 Anayasası göz önüne alındı ında aradan geçen onca yılın özgürlüklerin genişletilmesi de il tam aksine daraltılması sonucunu do urdu u görülmektedir.

Yukarıda zikretti imiz sakıncalara, bu sınırlandırma şartlarının tanımlanması ve açıklanması güç, yoruma elverişli, net olmayan kavramları de erlendirme konumunda olan idari mercilerin takdir yetkilerini özgürlüklerin kısıtlanmasında kullanma e ilimleri de ilave edildi inde işin içinden

çıkılmasının ne denli zor olaca ı ortadadır. Nitekim bu gerçek; toplantı ve yürüyüşleri erteleme yetkisinin ilk defa getirildi i 1973 tarihli kanun de işikli inin şekli olarak iptal edilmesi üzerine aynı içerikli 1976 tarihli kanun de işikli inin Anayasa'ya aykırılı ı iddiasıyla A.Y. Mahkemesi önüne gelmesi üzerine bu defa esastan iptal edilerek ortaya konmuştur. İptal gerekçesinde;

"Bunlardan yararlanacakların istedikleri zamanda de il, idarenin arzulanı zamanda yapılmasına olanak sa lamakta, üstelik erteleme süresi sonunda da bunları örtülü biçimde yapılamaz hale koymakta (...), zamanında yapılmasını engelledi i için toplantı ve gösteri yürüyüşünün amacına ulaşmasını güçleştirici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelik taşımakta (...), uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre öznel yoruma elverişli, keyfili e dek varabilecek uygulamalara neden olabilmekte ve Anayasa koyucunun erek ve amacına uygun düşen bir yasal düzenleme işini görebilecek nitelikte bulunmamakta, bu nedenlerle de söz konusu özgürlü ün özüne dokunmaktadır."<sup>8</sup>

Ancak Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasının ardından yürürlü e giren 2911 Sayılı Kanunun sınırlamalarını Anayasaya aykırı bulmayarak eski içtihadından ayrılmıştır.

#### B) Kanundan Kaynaklanan Sınırlamalar

A.Y 34. Maddesinde; "Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir." Fıkrası ile kanunda bu hakkın kullanılmasında bazı sınırlamaların yapıldı ı belirtilmiştir. Bu sınırlamalar şunlardır;

a) İzin Alma Zorunlulu u: 2911 sayılı Kanunun 3/2. Maddesinde

<sup>8</sup> E.1976/27, K.1976/51, Kt.18-22.11.1976 (AYMKD S:14), S:344 vd.

yabancıların toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemelerinin İçişleri Bakanlığı'ndan alınacak izinle mümkün oldu u hükme bağlanmakla yabancılar hakkında "bildirim" sisteminden ayrılarak "izin" sisteminin cari oldu u zikredilmiştir. Ancak yabancılar için bildirim sistemi kendilerinin tertip etmedi i toplantılarda bir topluluğa hitap etmeleri veya afiş, pankart vs. taşımalarında söz konusu olabilecektir.

**b) Bildirimde Bulunma Zorunluluğu:** Yabancıların izin sistemine dahil oldukları sonucundan hareketle, herkesin önceden izin almaksızın toplantı yapabilece i hükmünde "herkes"in Türk vatandaşları oldu u sonucu ortaya çıkmaktadır. 2911 md 10'a göre toplantının yapılmasından en az 48 saat önce düzenleme kurulu tarafından imzalanan bildirim valilik veya kaymakamlığına verilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bildirim yapılmaması halinde 23/a Maddesine göre yapılan toplantı kanunsuz bir toplantıdır.

**c) Kişi Bakımından Sınırlamalar:** 2911 S.K'nun 9/1. Maddesine göre toplantı veya yürüyüşü tertipleyecek düzenleme kurulu üyelerinin 18 yaşını doldurmuş ve fiil ehliyetine sahip olmaları şartı aranmaktadır. De işiklikten önce yaş sınırı 21 idi. Yeni de işiklik ile bu yanlışlık düzeltilmiş, fiil ehliyeti 18 yaşın ikmali oldu undan Medeni Kanun ile çelişki giderilmiştir. Ayrıca diplomatik dokunulmazlığı bulunan kişilerin düzenleme kurulunda yer alamayacakları hükme bağlanmıştır. Eski maddedeki soruşturma ve kovuşturma yapılması izne bağlı kişilerin ve yasama dokunulmazlığı bulunan kişiler ise yasak kapsamından çıkarılmışlardır.

Maddede yapılan bu de işiklik yerindedir. Nitekim memurlara sendikal hakların tanınması ile birlikte bu hakkın kapsam dışı

tutulması düşünülemezdi. Böylelikle memurlar da gerek sendikal haklarının takibi gerekse sair hususlarda toplum içerisinde var oldu unu sesiyle ortaya koyabilecektir. Ancak bundan da önemlisi, de işiklikten önce 21. Maddede yer alan dernek, vakıf, sendika, kamu kuruluşu niteliğindeki meslek kuruluşlarının amaçları dışında toplantı ve yürüyüş yapamayacakları yasaklamasının kaldırılmasıdır. Bu madde ile sivil toplum örgütlerinin bel kemiğini oluşturan bu kuruluşların kamuoyu oluşturmada hiçbir işlevleri bulunmuyordu. En azından de işiklikle kendi amacı dışında da olsa toplantı ve yürüyüş hakkının tanınmasını olumlumaktayız.

**d) Yer Bakımından Sınırlamalar:** 2911 S.K'nun 6/2 Maddesi hangi meydana ve açık yerlerde veya yollarda toplantı veya yürüyüş yapılabilece i ve bu toplantı ve yürüyüş için toplanma ve dağılma yerleri ile izlenecek yol ve yönler valilik ve kaymakamlarca kararlaştırılacağını belirterek yer bakımından da sınırlama getirmiştir. Bu madde ile de toplantının yapılacağı yer ve güzergahı belirleme yetkisinin mülki amire bırakılmasının doğru olmadığını kanaatindeyiz. Nitekim, A.Y. eski 34/2. Maddesinde yer alan idari merciin yer belirleme yetkisi yeni madde ile ortadan kaldırılmıştır. Bu sorunun çözümünde düzenleme heyetine sunulacak seçenekler arasında tercih yaptırılmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

**e) Süre Bakımından Sınırlamalar:** Toplantı ve gösteri yürüyüşleri için süre bakımından da sınırlamalar mevcuttur. Buna göre, bir toplantı veya yürüyüş güneş doğmadan başlayamaz, açık havada yapılan toplantı ve yürüyüşler güneşin batmasından 1 saat önceye kadar sürebilir.

Kapalı yer toplantıları ise saat 23.00'e kadar sürebilir.

### 3- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerinin Ertelenmesi ve Yasaklanması

#### A) Erteleme

2911 Sayılı yasanın 15, 16, ve 17. Maddeleri toplantı ve yürüyüşlerin hangi hallerde ertelenebileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre; 15. Maddede bir ilde birden çok toplantı yapılmasının talebi halinde bu talebi karşılayacak güvenlik kuvvetlerinin yetersiz olduğu kanaatine varılırsa bu il sınırları içerisinde 30 günü aşmamak kaydıyla bir defaya mahsus olmak üzere ertelenebileceği belirtilmiştir. 16. Madde ise birden çok ilin bağlı bulunduğu bölge valiliğine ve İçişleri Bakanına aynı gerekçelerle erteleme yetkisi tanınmıştır. 17. Madde ise; bölge valiliği, valilik veya kaymakamlığın kamu düzeni, milli güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı yasaklama veya 2 ayı aşmamak üzere erteleyebilme yetkisi tanınmıştır. A.Y. 34. Maddenin birer tekrarı olan kısıtlayıcı nedenler gayet bulanık, soyut kavramlar olup, yetkinin kötüye kullanılmasına son derece elverişlidir. Yukarıda da izah ettiğimiz gibi bu kavramların sınırları belirli olmadığından kanun uygulayıcısının keyfiliğine ve takdir hakkını kötüye kullanılmasına yol açacak niteliktedir. Bu nedenle 17. Maddedeki sınırlama hallerinin 34. Maddeyi de açacak şekilde sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

#### B) Yasaklama

Kanunun 19. Maddesi bölge valisinin 17. Maddede belirtilen gerekçelerin varlığı halinde bölge

valiliğine bağlı illerin birinde veya birkaçında bütün toplantıları 3 ayı geçmemek üzere erteleyebilir. Değişiklikten önceki madde metninde erteleme yerine yasaklama yetkisi bulunmaktaydı. Ancak yeni maddenin devamında valilerin de aynı sebeplere dayalı olarak bir ilçe veya bir kaçında 3 ayı geçmemek üzere "yasaklama" yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. 19. Maddede tenakuz bulunmaktadır. Şöyle ki; bölge valiliğine erteleme yetkisi tanınırken aynı sebeplerle valiye yasaklama yetkisinin tanınması maddenin amacına aykırıdır.

Ayrıca "3 ayı geçmemek üzere yasaklayabilir" ifadesinden açıkça anlaşıldığı üzere toplantıların belli bir süre gösterilerek sınırlandırılması ancak erteleme için geçerlidir. Kanunda belli bir süre ile sınırlandırılarak yasaklama getirilemez. Böylece şu sonuç ortaya çıkmaktadır ki; madde metninde valiler için tanınan yetki yasaklama yetkisi değil ancak erteleme yetkisi olmalıdır.

Maddede yapılan değişiklik özgürlükleri genişletmediği gibi sınırlayıcı nedenlerin artırılması ile birlikte dar yorumlamaya daha da elverişli hale getirilmiştir. Ayrıca 3 ay gibi uzun bir sürenin idari mercilere tanınması takdir hakkı kavramının da fevkinde adeta dikta rejiminin yetkileri ile donatma anlamına gelmektedir ki, bu durum anayasada belirtilen bildirim sisteminin temelini dinamitlemektedir. Her ne kadar idari mercilerin kararına karşı yargı yolu açıksa da erteleme ve yasaklama kararını mahkeme kararı ile iptal ettirmek, reelpolitik açıdan gündemin de erini yitirmesine yol açmaktadır. Bu da idari mercilerin keyfiliği karşısında "silahlarda eşitsizlik" anlamına gelmektedir.

2911 sayılı Kanunun 18/2. Maddesinde; "... toplantının en az

24 saat önce tebli şartı aranmaksızın bölge valili i, valilik veya kaymakamlıklarla yasaklanabilece i veya ertelenebilece i haller yönetmelikte gösterilir." Hükmü "kanunilik ilkesi"ne aykırı bir düzenlemedir. Nitekim, erteleme veya yasaklamaya ilişkin hallerin düzenleyici işlem niteli indeki yönetmelikte gösterilmesi bu ilkenin açıkça bir ihlalidir.

#### 4- Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri

Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri 2911 sayılı Kanunun 23. Maddesinde sayılmıştır. Maddede belirtilen haller toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaya aykırı bulundu u hallerdir. Kanunda sayılan kısıtlama halleri o kadar fazladır ki, neredeyse kanunun aradı ı şartlarda usulüne uygun toplantı ve yürüyüşün yapılması pek mümkün görünmemektedir. Oysa bu gibi temel haklardan olan toplanma ve yürüyüş haklarında asıl olan özgürlüklerin geniş yorumlanması ve hakkın kullanımında takdir yetkisinin mümkün mertebe asgariye indirilmesi olmalıdır.

#### 5- Yargı Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin Yargıtay kararları çerçevesinde yargı mercilerince nasıl algılandı ına ilişkin birkaç önemli kararı zikretmek gerekir. Bu hususta uygulamaya ışık tutan en önemli karar Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 1988 tarihli kararıdır. Bu karar ve oluşumu şöyledir; Konya ilinde 15-17 ve 19 Ocak 1987 tarihlerinde başörtüsü yasa nı protesto amacıyla yürüyüşler yapılmış, en son tarihli yürüyüşte bazı insanlar yakalanarak haklarında dava açılmıştır. Yerel mahkemece verilen mahkumiyet kararının Yargıtay 8. C.D tarafından

bozulması üzerine yerel mahkemece direnme kararı verildi inden dosya YCGK'na intikal etmiştir. Bunun üzerine YCGK'u 13.06.1988 tarih ve 1988/8-168/270 sayılı kararını vermiştir. Karara göre suçun maddi unsurlarının oluşabilmesi için 3 şartın bulunması gerekmektedir.

1) Toplantı ve gösteri yürüyüşünün kanuna aykırı olması (md: 23)

2) Kolluk güçleri amirinin toplulu a, da ılmaları, aksi halde zor kullanarak da ıtılacakları ihtarında bulunması (Bu ihtarın toplulukça rahatça duyulabilecek araçlarla yapılması)

3) Da ılma ihtarının yapılmasını müteakip toplulu un yo unlu u da gözönünde bulundurularak da ılmaları için makul süre tanınması gerekmektedir.

Yukarıda sayılan 3 unsurun da bulunması hallerinde suçun maddi unsurları oluşmuş sayılmaktadır. Suçun manevi unsurunun oluşması için de kişinin bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katıldı ını bilmesi gerekmektedir.

Yine Yargıtay 8. C.D. E. 1997/18214, K. 1998/1806 16.2.1998 tarihli kararında da ılma ihtarının yapılmaması nedeniyle suçun yasal unsurlarının bulunmadı ına karar vermiştir.

Yargıtay 8. C.D. E. 1998/26 K. 1998/4491 T. 27.03.1998 tarihli kararında TBMM kulisinde bir takım üniversiteli ö rencinin "Harçlara hayır" ve "E itim özgürlü ü engellenemez" şeklinde eylemlerini 2911 Sayılı Kanuna aykırı bulmadı ını şu gerekçelerle ortaya koymuştur.

"10.12.1948 tarihinde Türkiye tarafından da kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 26. Maddesinde; Her kişinin e itime hakkı oldu u, e itimin parasız olması gere i ve yüksek ö renimin herkese liyakatlerine göre açık olaca ı ö ngörölmüş, Türkiye'nin de

taraf oldu u İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesine Ek 20.3.1952 tarihli Paris Protokolünün 2. Maddesinde "Kimsenin ö renim hakkından yoksun bırakılmayaca ı" kuralı benimsenmiştir.

Bu ulusal ve evrensel kriterlerin ışığı nda sanıkların bir kısım arkadaşlarının sırf maddi güçlükleri nedeniyle üniversite kayıtlarının silinmesi kuşkusıyla, işlev ve potansiyeli yasama olan bir platformda masumane bir davranış biçim ve demokratik bir tepki olarak sergiledikleri eylemin 2911 sayılı Yasa kapsamında de erlendirilmesi olanaklı bulunmadığı gibi, kalkışma aşamasında kalan kabahat türündeki TCK.nun 537. Maddesindeki pankart asma suçunu da oluşturmayacağı, esasen kendilerine Meclis İç Tüzü ünün 145. Maddesi uyarınca disiplin işlemi uygulandı ı belirlenmiştir.

Açıklanan nedenlerle sanıklar vekillerinin temyiz itirazları yerinde görülmele hükmün (BOZULMASINA ), 27.3.1998 gününde oybirli i ile karar verildi."

Aynı Ceza Dairesi (8. CD), yukarıdaki kararın verildi i aynı yıl 8 yıllık zorunlu e itim yasa tasarısını protesto eden bir kısım insanların fiillerini ise 2911 Sayılı Kanuna göre Kanunsuz oldu u gerekçesiyle yerel mahkemenin verdi i beraat kararını bozmuştur.<sup>9</sup> Nedense TBMM'de yapılan eylemleri demokratik bir tepki olarak yorumlayan 8. Daire bu kararında eylemin demokratik tepki olup olmadı ına vurgu yapmamıştır.

## Genel De erlendirme ve Sonuç

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleme hakkı, insanın en temel haklarından birisi olan düşünce ve düşüncesini ifade etme hakkının

bir tezahürüdür. Bu hak, insana tabi hukuktan gelen ve sosyal bir varlık olmasının do al bir sonucudur. Ancak her hakkın kullanımında bazı sınırlamaların olması hak kavramına aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim hak kavramı aynı zamanda bünyesinde sınırlamaları da ihtiva etmektedir. Bu çerçevede toplantı ve yürüyüş hakkının da yasa koyucu tarafından sınırlandırılması "hakların paylaşımı" ilkesinin gere idir. Ancak sanırız burada en can alıcı nokta "sınırlamaların sınırının ne olacağı?" sorusudur. E er sınırlandırmalar bu hakkın kullanımını zorlaştıran ve hatta kullanımını ortadan kaldıran niteliklere sahip ise burada sınırlandırmadan de il ancak "haklandırılmasının gaspı"ndan bahsedilebilir. Temel bir hakkın kullanılmasını düzenleyen yasama mantı ının yasaklayıcılı ına bir de bu hakkın kullanılmasını denetleyen idari mercilerin keyfiyetlerini kötüye kullanmaları eklendi inde artık ortada ne temel bir hak vardır ne de temel bir hakkın kullanılması hakkı...

Özelde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerini düzenleyen 2911 Sayılı Kanunun sınırlayıcı yönlerinin hukuk devleti ve hukukun üstünlü ü ilkesi ile çelişkili oldu u görülmektedir. Nitekim, her ne kadar Anayasa 34. Maddede ve yasanın 3. Maddesinde belirtildi i gibi "izin şartı" bulunmamakta ise de, aynı yasanın 15, 16, 17, 18, 19 ve 20. Maddelerinde sayılan "Erteleme ve Yasaklama" hallerinin kanunilik ilkesine aykırı olması nedeniyle izinsizlik ilkesi bir ütopya olarak metinde kalmıştır. Yasada AB uyum süreci do rultusunda yapılan de ışiklikler de bu de ışikli in yapıldı ı 4709 sayılı Yasanın genel gerekçesinde belirtilen nedenlerin tam aksi istikametinde özgürlükleri daraltıcı rol oynamıştır.

<sup>9</sup> Y. 8. CD E. 1998/8555 K. 1998/10918 T. 13.07.1998.

Tüm olumsuz tablo karşısında özgürlüklerin kullanılmasının denetim mercii olan yargı organları da maalesef toplum önünü açacak ufka sahip olamamıştır. Özellikle son yıllarda AB'ye uyum sürecinde özgürlüklerin genişletilmesi kanunlara yansıdı ı oranda yargı kararlarına yansımamıştır. Bu da yargının statükocu zihniyetten ve konjonktüre uygun davranma zafiyetinden henüz kurtulamadığını göstergesidir. Yargı makamı ne zaman kendini devletin memuru olma düşüncesinden sıyrır ve gerektiğinde devleti hukuka aykırı uygulamalarından dolayı mahkum edebileceğini kavrayabilirse o zaman özgürlüklerin önündeki bir çok engel kaldırılmış olacaktır.

Özgürlüklerin genişletilmesinde yargının karar mercileri kadar savunma makamını temsil eden Avukatlara da çok büyük görevler düşmektedir. "Savunmanın Kutsallığı" kavramında bulunan dinamizmi harekete geçirerek ve karar mercisindeki meslektaşlarına yardımcı olarak bu görevi ifa edebilir. Bu sorumluluğu yerine getirmek için hepimiz çok çalışmalıyız.

### Kaynaklar

- ATALAY, Esra; Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü,  
AYGÜN, Cemal; Toplantı Hürriyeti, 100. Yıl Armağanı, S.B.F.M,  
M. BALCI - G. SÖNMEZ; Temel Belgelerde İnsan Hakları, İstanbul, 2001, Danışman Yayınları.  
GERAY, Cevat; Türkiye'de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi,  
GÜNGÖR, Ş. - A. MÜMİN KAVALALI; Uygulamada Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri,  
OKANDAN, Recai; Umumi Hukuk,



# Haksız Yakalama ve Tutuklamada Tazminat Talebi

Ömer Faruk KALAYCI<sup>(\*)</sup>



## Bir Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Tutuklama

### 1. Koruma Tedbiri

#### a. Genel

Birer ceza muhakemesi kurumu olarak yakalama ve tutuklama, ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli bir rol oynar. Ceza muhakemesi, yargılama esnasında hakikatin ortaya çıkmasına engel olabilecek veya verilecek hükmü anlamsız kılacak birtakım tehlikelere karşı kendi içinde bir koruma mekanizması öngörmüştür. Bu mekanizma salkılıklı bir muhakemenin temini için şüpheli veya sanığın mahkemede huzurunu öngörebileceği gibi delillerin karartılmasını engelleme ve hükmün yerine getirilmesini temin maksatlarına da matuf olabilir.

Koruma tedbirleri olarak adlandırılan bu mekanizma, gerek uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile ve gerekse anayasa ile güvence altına alınmış bulunan ve yine bireyin en temel haklarından kabul edilen kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramı ile de yakından ilgilidir.

Ceza muhakemesi de bu anlamda, toplumun suçun kovuşturulması ve suçlunun cezalandırılmasındaki kamusal menfaati ile bireyin

anayasal koruma altında bulunan özgürlük ve güvenlik hakkı arasındaki dengeyi korumaya ve adil bir çözüme ulaşmaya çalışan bir hukuk dalıdır. İşte bu denge toplumsal yararın aır bastığı hallerde üstelik kesin bir mahkeme hükmü olmaksızın kişi özgürlüğü aleyhine bozulabilmekte ve bu sayede bireylerin birtakım temel hakları kısıtlanabilmektedir.

Bu tedbirlerin zorlayıcılık unsuru içerdiği tartışmasızdır. Bu sebeple mehz Alman hukukunda "zorlayıcı tedbirler" tanımı da kullanılmakla beraber, Türk doktrininde bu konuda çeşitli kavramlar kimi müelliflerce kullanılmıştır. Bunlar arasında "ihtiyati tedbir, ceza muhakemesi önlemi" gibi terimler kullanılmış olsa da hukukumuzda yer etmiş olan kavram "koruma tedbiri"dir. Ancak koruma tedbirleri sadece yakalama ve tutuklamadan ibaret değildir. Çeşitli açılardan sınıflandırılmakla beraber, bu tedbirlerin içerisinde yakalama ve tutuklama ile beraber arama, el koyma, yurt dışına çıkış yasağı vs. zikredilebilir.

#### b. Koruma Tedbirlerinin Hukuki Nitelikleri

Bu tür tedbirler, nitelikleri itibariyle geçici olup belli bir

(\*) Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans öğrencisi.

süre ile sınırlıdır. Örne in yakalama kural olarak 24 saat ile sınırlıdır. Tutuklama ise haklı bir neden kalmadı ında veya hüküm verildi inde sona erecektir. Çünkü bu tür tedbirler ile, hedeflenen gayeye ulaşılmıştır. Koruma tedbirlerinin bir di er özelli i de ceza yargılamasında maddi gerçe in ortaya çıkarılmasında kullanılan birer araç, yani hukuk terminolojisindeki karşılı ı ile "vasıta" olmalarıdır. Tutuklama adil bir yargılamanın temini için sanı ın hazır bulunmasını ve hürriyeti ba layıcı cezanın infazını güvenceye alırken yakalama da tutuklama için bir vasıta olmaktadır.

Hukukumuzda koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için kabul edilen kimi önşartlar da şöyle sıralanabilir: Öncelikle bu tür tedbirlerin uygulanmasında zaruret olmalı ve anayasal tabiriyle "tehirinde mazarrat umulmalı"dır. Yine bir ceza yargılamasında yakalama veya tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için ortada mutlak olmasa dahi en azından görünüşte haklı sebepler bulunmalıdır. Bununla beraber "orantılılık" ilkesi gere i uygulanan tedbirle işin önemi ve muhtemel ceza arasında bir orantı ve denge bulunması gereklidir. Tutuklama yerine bir başka önlem ile amaca ulaşılabilecekse tutuklama kararı verilmemelidir. Sanı ın ve toplumun menfaati arasındaki denge gözetilmeli ve tehlikenin bedeli az ise a ır koruma tedbirinden kaçınılmalıdır. Ceza yargılama hukumuza son de işiklikler ile yerleşen orantılılık ilkesi, bu tür tedbirlerin uygulanmasında son derece önemli olup, adil bir yargılama açısından da olmazsa olmaz şartlardan bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 2. Yakalama ve Tutuklama

### a. Genel

Kişi özgürlü ü ve güvenli i hakkının en temel insani haklardan oldu u ve bu hakka saygı gösterilmeksizin kişinin di er haklarından faydalanmasının hiçbir anlamı olmayaca ı, hukukun genel kabul görmüş ilkelerindedir.

Ceza yargılamasında kişi özgürlü ü ve güvenli inin kısıtlanması ve bu haktan yoksun bırakılma genelde yakalama ve tutuklama şeklinde kendini gösterir.

### b. Yakalama

Ceza muhakemesinin yapılabilmesi amacıyla, henüz hakim tarafından verilmiş bir tutuklama kararı bulunmaksızın, yazılı hukuktaki koşullarla suç işledi i şüphesi altında bulunan kişinin özgürlü ünün belli bir süre için kaldırılmasıdır. Yakalama niteli i itibariyle geçici bir tedbirdir, aksi takdirde hukukun en temel ilkelerinden "masumluk karinesi" ihlal edilmiş olur.

Yakalama tedbirine başvurulabilmesi için öncelikle bir yakalama müzekkeresi mevcut olmalıdır. Ancak bu müzekkere olmaksızın da şüphelilerin yakalanabilece i haller vardır. Bunlar da suçüstü hali ile gecikmesinde mazarrat umulan hallerdir. Bu durumda şüpheliler suçüstü halinde herkes tarafından ve di er hallerde kolluk kuvvetleri tarafından yakalanabileceklerdir.

Bir yakalama müzekkeresine dayanılarak yakalanacak sanıklar ise, haklarında devam eden bir muhakemede veya kesin hüküm neticesinde tutuklama kararı verilen, ama buna ra men zamanında teslim olmayıp kaçan, kaçma şüphesi altında bulunan veya saklanan kişilerdir. Bu

müzekkereyi savcı veya zaruret halinde hakim düzenler.

Bunun dışında, hapisten ye da kollu un elinden firar eden sanıklar hakkında bizzat kolluk tarafından haklarında bir tutuklama kararı olmasa dahi yakalama müzekkeresi düzenlenebilir ve buna ba lı olarak sanıklar aranıp yakalanabilir.

Uygulamada pek sık rastlanmamakla beraber hukukumuzda kimi hallerde yargılamadan ziyade ıslah ve te'dip amaçlı yakalama ve gözaltına alma kurumuna da yer verilmiştir. Mesela bulaşıcı hastalık taşıyanların hastalığın yayılmasını önlemek gayesiyle tutulması ile yine alkol ve uyuşturucu ba ımlılarının ve akıl zayıflığı olanların göz altında tutulması hukuka uygun kabul edilmiştir.

Yakalanan kişinin içinde bulundu u hukuki duruma "gözaltına alma veya nezaret altında bulundurma" denir. Bu kişiler ceza ve tutukevlerine konulamayacağı gibi kendilerine tutuklu ve hükümlü muamelesi de yapılamaz. Yakalanan kişilerin gözaltı süreleri içinde, her türlü yeme içme ihtiyaçları ile nakil masrafları Emniyet Genel Müdürlü ü tarafından karşılanır.

### c. Tutuklama

Suçlu oldu u konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan ama suç işledi i şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlü ünün ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi veya muhtemel bir mahkumiyetin ileride infazını güvence altına almak için yazılı hukuktaki şartlara uygun olarak ve bir hakim kararıyla kaldırılmasıdır.

Tutuklama, kişi özgürlü ünün toplum menfaati lehine kısıtlanabildi i en a ır koruma

tedbiri olması itibariyle, gerek uluslararası insan hakları belgeleri ve gerekse Anayasamız konuyu ayrıntılı olarak ele alma gere i duymuş ve bu anlamda ceza muhakemesi usul hukukuna müdahale etmekten kaçınmamıştır.

Konu ile ilgili düzenlemenin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5/1.c' de ve anayasamızın 19. Maddesinde birbirine oldukça benzer şekilde gerçekleştirildi ini söylemek mümkündür. Sözleşmeye göre "suç işledi inden makul bir kuşku duyulması üzerine veya bir suç işlenmesini veya suç işlendikten sonra kaçmasını önlemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulundu u kanısıyla kanunen yetkili makamlar önüne çıkarmak amacıyla kişinin hukuka uygun olarak gözaltına alınması veya tutuklanması" haricinde hiç kimse özgürlü ünden yoksun bırakılamayacaktır.

Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu'nun tutuklama ile ilgili hükmü ise 104. Madde ile ayrıntılı bir şekilde va'z edilmiştir. Buna göre kişinin, işledi i suç hakkında kuvvetli belirtiler bulunmak kaydıyla kimi hallerde tutuklanmasına karar verilebilir. Bu hallerde kanunda belirtildi i üzere; sanığın kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması ile delillerin karartılması tehlikesinin sözkonusu olmasıdır. Yine kanuna göre sözkonusu suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı 7 yıldan fazla ise veya sanığın ikametgah-meskeni belli de ilse veya sanık kim oldu unu ispat edemiyorsa bu hallerde kaçma ve delilleri karartma tehlikesinin varlığı kanuni karine olarak kabul edilir. Suçun a ır cezalı olması hali de bu kategoriye girmekte iken yapılan de işiklik ile kaldırılarak metinden çıkartılması, demokrasi ve hukukun üstünlü üne do ru atılmış olumlu bir adım olarak de erlendirilebilir.

Kanunda tutuklamanın ilk şartı olarak kabul edilen "kuvvetli şüphe" kavramının mukayeseli hukuk açısından ele alındığında sözleşmede yer alan "makul şüphe" kavramına oranla sanık lehine olduğu ortadadır. Kuvvetli şüphe, yapılan inceleme ve soruşturma sonucu elde edilen bilgiler ışığında kişinin atılı suçu işlediği konusunda büyük bir olasılık görülmesi halinde, var kabul edilir. Kişinin suç işlediği konusundaki kuvvetli şüphenin mevcudiyeti dahi onun tutuklanması için yeterli olmayacaktır. Kanunun ilgili maddesi bunun yanında, kişinin tutuklanmasını gerektirecek kanunda yazılı tutuklama sebeplerinin de gerçekleşmiş olmasını şart koşmuştur. Yine son yıllarda kanuna getirilen yenilik ile son derece önemli bir ilke de tutuklamanın şartları arasına dahil edilmiştir. Bu ilke "orantılılık ilkesi"dir. Buna göre, gerek soruşturma konusu fiilin önemi ve gerekse uygulanacak ceza veya emniyet tedbiri göz önüne alındığında, tutuklama haksızlığına sebep olabileceksenin tutuklama yerine bir başka tedbir ile hedeflenen amaca ulaşılması imkanı varsa tutuklamaya karar verilemeyecektir.

Bununla beraber yukarıda sayılan tutuklama şartlarından herhangi biri veya birkaçının herhangi bir olayda mevcut olması, mutlak anlamda tutuklama kararı verilmesini gerektirmez. Yani tutuklama; hukukumuzda mecburi değil ihtiyari bir koruma tedbiri olup, büyük ölçüde hakim takdirine bırakılmıştır.

### 3. Haksız Yakalama ve Tutuklamada Tazminat

#### a. Genel

Haksız yakalama ve tutuklamaya maruz kalan kişilerin u ramış oldukları zararların maddi ve manevi açıdan tazmini ilkesi, günümüzde hukuk devleti olmanın gereği kabul edilmekle beraber bu aşamaya oldukça uzun ve zahmetli yollardan gelindiği de tarihi bir gerçektir. Avrupa'da hukukçuların ve kamuoyunun çabası 1800'lü yılların sonlarında meyvesini vermiş olsa da ülkemizde konu ile ilgili ilk düzenleme 61 anayasası ile getirilmiş ve hemen akabinde ilgili anayasa hükmü gereği 466 sayılı ve 1964 tarihli Kanunla değiştirilmiştir. Anglo-Saxon hukukunda ise bu tarihleri **Habeas Corpus Act** ile çok daha gerilere 1600'lü yıllara götürmek mümkündür.

#### b. Hukuki Niteliği

Günümüz modern hukuk anlayışında haksız olarak yakalanan veya tutuklanan kimselere karşı tazminat verilmesi düşüncesi hukukun üstünlüğü anlayışının doğal bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Hatta devletlerin, bu açıdan kendi vatandaşlarına karşı olan hukuki sorumlulukları onların medeniyet ölçüleri noktasında önemli bir gösterge kabul edilmektedir.

Bu anlayışa göre demokratik bir toplum düzeninde egemenlik halkın kendisi olmakla beraber, bu egemenlik yine halk adına devlet ve onun kurumları tarafından kullanılır. Devlet halk için vardır ve halka hizmet gayesiyle teşkilatlanmıştır. İşte devlet bu hizmetleri yürüttüğü esnada topluma ve bireylere vermiş olduğu her türlü zarardan sorumlu olup, yapmış olduğu her türlü eylem ve işlem yargı denetimi altındadır. Hatta modern hukuk anlayışı devlete karşı bireyi korurken yargısal korunma mekanizması ile yetinmemiş, yargı organlarının haksız eylem ve işlemlerine karşı

da yine bireyi koruma gereği duymuştur. Bu amaçla örneğin bir yargı organı tarafından verilmiş olan haksız yakalama veya tutuklama kararına karşı bireye, yine bir yargısal makama başvurma ve uğranılan zararı tazmin imkanı tanınmıştır.

Hukukumuzda tutuklamanın haksızlığını gidermek amacıyla tesis edilen bu kurum ile ilgili olarak kanunun çıktığı 60'lı yıllarda çok çeşitli görüşler serdedilmiştir. Kimi hukukçular, böyle bir tazminat sisteminin uygulamada yargıçların tutuklama kararı vermekten kaçınmalarına sebep olacaktır ve yine bu kurumun adli ve idari açıdan bir takım sakıncaları beraberinde getireceği gerekçesiyle bu düzenlemeye karşı çıkabilmişlerdir. Bir kısım hukukçular ise yargı haksızlığını zedelenenini ve devlet otoritesinin sarsılacağını iddia ederek bireyin tazminat hakkını doğurmuşlardır. Ancak gelinen süreçte zaman göstermiştir ki bireylere tanınan tazminat hakkı ile ne yargı haksızlığı zedelenmiş ve ne de devletin otoritesi sarsılmıştır.

Haksız yakalama ve tutuklamada tazminat müessesesi, uluslararası hukuk açısından da tanınmış ve bu itibarla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de ilgili maddesinde yer almıştır. Sözleşmenin 5. Maddesinin son fıkrasına göre "sözleşme hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutuklanmaktan mahrum olan herkes, gerçekçi bir tazminat alma hakkına sahiptir."Konu ile ilgili ulusal düzenleme ise ilk kez 1961 Anayasasının 30. ve sonrasında benzer ifadelerle 1982 Anayasasının 19. Maddesi ile açıklığa kavuşturulmuştur. Mevcut anayasamızın 19. Maddesine göre "kanuni esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zarar devletçe ödenecektir."

1961 Anayasasının ilgili maddesine dayanılarak çıkarılan 466 sayılı Yasa ile de tazminat hakkının kanuni altyapısı hazırlanmıştır. Hatta sözkonusu yasanın 1. Maddesinin 6. Fıkrası ile getirilen düzenleme sonucu bireylere tanınan hak ve yetkinin anayasadaki düzenlemeden çok daha geniş ve kapsamlı olduğu söylenebilir. Şöyle ki anayasa "bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacağı zarar"dan bahsederken, kanunun 1. Maddesinin 6. Fıkrası daha da ileri giderek "kanuni şartlar dairesinde yakalanmış olmakla beraber daha sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına veyahut beraatlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen" kişileri de tazminatın kapsamına dahil etmiştir. Böylece yakalama ve tutuklama hukuka uygun olsa dahi kimi hallerde kanun bireylere dava açma ve tazminat talep etme hakkı tanımıştır. Dolayısıyla sözkonusu kanun maddesinin, anayasanın ruhuna ve hukuk devleti ilkesi ile adalet duygusuna daha uygun düşüyor söylenebilir. Zaten uygulamada da davaların büyük kısmı 1. Maddenin 6. Fıkrasına dayandırılmak suretiyle açılmaktadır.

466 sayılı Yasanın metninden, ilgili düzenlemenin sadece adli mahkemelerde geçerli olduğu ve idare mahkemeleri, askeri ve sıkıyönetim mahkemeleri ve özellikle devlet güvenlik mahkemelerinde uygulanmayacağı çıkarılmak mümkün değildir gibi böyle bir düşünce, ülkenin hukuk sisteminin bütünlüğü açısından da kabul edilemez olacaktır. Ancak kanunun kapsamına 6. madde gereği, teknik anlamda tutuklama sayılmayacak özgürlüğü kısıtlayıcı türde disiplin cezaları ve tedbirleri dahil edilmemiştir.

Kanunda koruma tedbirlerinden sadece yakalama ve tutuklamada

keyfili e yer verilmiş olması, bunun yanında di er koruma tedbirlerine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmaması kanunun eksik yönlerinden birini oluşturmaktadır. Örne in hukukumuzda haksız olarak gerçekleştirilen arama, el koyma vs. gibi di er tedbirlere ilişkin tazminat hakkına yönelik özel bir düzenleme yoktur. Oysa me'haz Alman Ceza Kovuşturmasına İlişkin Tazminat Kanunu'nda çok çeşitli tedbirlere ve bunların yasadışı uygulanması halinde geçerli olacak tazminat esaslarına de inilmiştir.

Yakalama ve tutuklamanın haksızlığını giderici bir müessese olan tazminat sisteminin hukuki niteli i tartışmalıdır. Bir kısım müellifler, devletin borcunu haksız fiil sorumlulu u çerçevesinde ele almışlar ve bu sayede hakimlerin dikkatli davranacağı ve haksız tevkif ve yakalamaların azalacağı düşünmüştür. Kimi hukukçular ise böyle bir müessesenin hukuk devletinin tabii bir sonucu oldu unu savunmuş ve bunun neticesinde devletin sorumlulu unu öngörmüşlerdir.

Günümüzde de büyük ölçüde kabul gören ve kanunun gerekçesinde de kendine yer bulan bir di er anlayışa göre ise, böyle bir durumda devletin sorumlulu u "kusursuz sorumluluk" ilkesine dayanır. Gerekçe metnine göre; hukuk devleti ilkesi ve adalet duygusu bunu gerektirdi i gibi, hakimlerin organik anlamda devlete ba lı olmaları ve yargı faaliyetinin bir devlet hizmeti olması nedeniyle bu faaliyet sonucu bireylerin u radı ı zararlardan devletin sorumlu tutulması tabii olacaktır. Ancak devletin haksız yakalama ve tutuklamaya neden olan hakimlere rücu hakkı yoktur.

Kanunun 1991 tarihinde yürürlükten kaldırılan 4. Maddesindeki düzenleme davacının

da haksız yakalama ve tutuklamada müterafik kusuru olması halini düzenliyordu. Buna göre davacının da yakalama ve tutuklamada ihmali ve kusuru varsa bu durum tazminatın tespitinde dikkate alınıyor ve genelde davalar buna dayanılarak reddediliyordu. Ancak yapılan de işiklik ile buna bir son verildi ve bu madde metinden çıkarıldı.

### c. Tazminatın şartları

466 sayılı Kanunda öngörülen tazminat, yargıçların yargısal faaliyetlerini ifa ederken kasıtlı olmayan ve ancak hizmet kusuru olarak nitelendirilebilecek hatalı tutum ve kararları, hükümleri ve ihmali davranışları sonucu haksız yakalama ve tutuklamaya neden olduklarının anlaşılması halinde devletin objektif sorumlulu unun kabul edilmesinden kaynaklanan bir tazminattır. Böylesi bir tazminat hakkının kabul edilebilmesi birtakım maddi ve şekli şartlara ba lanmıştır. Ancak bu şartlar gerçekleşti i takdirde kişinin tazminat talep etme hakkından söz edilebilir. Kanunun 1. Maddesinde zikredilen maddi şartlar ve bunlara ilişkin esaslar şöyle açıklanabilir:

#### Yakalama ve tutuklama sebeplerinin şüpheli veya sanı a hemen bildirilmemesi

AİH Sözleşmesi'nin 5. Maddesi 2. Fıkrasında, kişiye tutuklanmayı gerekli kılan nedenler ve yöneltilen suçlamalar ile ilgili derhal bilgi verilmesi gereklili i üzerinde durulmuştur. Anayasa ise ilgili maddesiyle herhalde yazılı mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal ve toplu suçlarda en geç hakim önüne çıkarılincaya kadar bilgilendirme hakkını tanımıştır. 466 sayılı yasada ise bilgilendirilme hakkının yazılı olarak ve hemen yapılması şart koşulmuştur. CMUK'ta ise



tutuklamada isnadın yazılı olarak hemen bildirilmesi öngörülmekle beraber yakalama hakkında herhangi bir düzenleme yoktur. Oysa yakalama için de anayasa gereği bilgilendirilme hakkı söz konusu olup usul kanununda da bu yönde de işikliğe gidilmesi yararlı olacaktır.

#### **Kanuni süre içinde hakim önüne çıkarılmama**

Anayasa ve kanunda gösterilen belirli süreler içinde hakim önüne çıkarılmayan yakalanan veya tutuklanan kişiler de tazminat hakkı kazanırlar. Süre geçtikten sonra hakim önüne çıkarılma hali gerçekleşse dahi kişinin tazminat hakkı saklıdır.

#### **Hakim kararı olmaksızın özgürlükten yoksun bırakılma**

Burada da herhangi bir tutuklama kararı olmaksızın keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakılan kişinin hali düzenlenmekte ve ilgiliye tazminat hakkı tanınmaktadır.

#### **Yakınlara hemen bildirmeme**

Anayasa da tanınan bu hak mutlak olmayıp kimi gerekçelerle kısıtlanabilmektedir. Yine usul kanunu konuyla ilgili düzenlemesinde tutuklama açısından bu hakkı kimi istisnalarıyla beraber tanımış ancak yakalama hali için böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Bu eksiklik de kanunda yapılacak de işiklik ile giderilmesi gerekmektedir.

#### **Haksız tutuklama hali**

Kimi hallerde de kişinin maruz kaldığı yakalama veya tutuklamanın haksız ve yasadışı olduğu sonradan ortaya çıkabilir. Bu takdirde kişiye belirli şartlarda tazminat hakkı tanınmıştır. Yakalama ve tutuklamanın haksızlığı şu dört halde ortaya çıkar:

**a) Beraat kararı:** Üzerine atılı herhangi bir suçtan yargılanan kişi bu yargılama esnasında tutuklanır ve dava sonucunda beraat ederse, tazminata hak kazanır. Beraat kararından sonra mahkemenin tekrar ayrıca önceki tutuklamanın haksız olup olmadığını inceleme yetkisi yoktur.

**b) Ceza verilmesine mahal olmadığı kararı:** Ceza usul hukukumuzda böyle bir müessese olmadığı için bu hallerde verilecek karar da beraat kararı olacaktır.

**c) Kovuşturmaya mahal olmadığı kararı:** Uygulama da takipsizlik kararı olarak da geçen bu kurum sıkça başvurulmuş tazminat türlerindedir. Buna göre yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra hakkında yürütülen soruşturma neticesinde takipsizlik kararı verilen şahıs tazminata hak kazanır.

**d) Son soruşturmanın açılmasına mahal olmadığı kararı:** Hukukumuzda ilk soruşturma müessesesi kaldırıldığı için buna dayanarak tazminat istemi artık söz konusu olmayacaktır.

Takipsizlik ve beraat kararlarından dolayı tazminata hak kazanılabilmesi için bu kararların ilgili hukuki süreçten geçerek kesinleşmiş olmaları gerekir. Ancak buradaki kararlar kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Belirtilen kararlar haricinde örneğin kamu davasının reddine veya düşürülmesine ilişkin kararlar tazminat hakkına esas olamazlar.

Kanunun 5. Maddesine göre takipsizlik ya da beraate ilişkin kararlar sonradan ortadan kalkarsa, ödenen tazminat kadar kişinin mallarına haciz konur ve yargılama neticesinde kişi tekrar beraat ederse haciz kalkar, mahkum olursa ödenen tazminat geri alınır. Yine kanunda yer almamakla

beraber uygulamada karşılaşılan ve Yargıtay kararlarına konu olan kimi hallerde, örneğin sanığın ölmesi nedeniyle davanın düşmesi durumunda tazminat istenemez. Çünkü sanığın suçsuzluğu ispat edilmiş de ildir. Bunun yanında davayı düşüren genel affa dayanılarak da tazminat talep edilemez. Ancak örnekte sanığın affı kabul etmeme hakkı tanınmış ve sanık da affı kabul etmeyerek yargılanmak talebinde bulunmuş ve dava sonucunda beraat etmiş ise tazminata hak kazanır denilmektedir.

#### **Tutukluluk süresinin hükümlülükten fazla olması**

Kişinin yargılandığı davada tutuklu kaldığı süre dava sonucunda mahkum olduğu süreden fazla ise ortada tazminatı mücbir bir haksızlık var demektir. Ancak sanık başka bir suçtan da mahkum olmuş ve beraat ettiği davada tutuklu kaldığı sürede diğer suçtan mahkumiyetiyle mahsup edilmiş ise, tazminat istenemez. Ancak artan kısım varsa bunun için belirli bir tazminata hükümlenilebilir. Para cezasına çarptırılma hallerinde ise, ceza doğrudan doğruya para cezası olabileceği gibi hürriyeti tahdid suçundan da para cezasına çevrilmiş olabilir. İkinci halde de tazminata hükmedilmesi gerekip gerekmediği örnekte tartışmalıdır. Ancak hürriyeti tahdid cezası tutuklu kalınan süreden mahsup edilmek suretiyle, artan kısım varsa bu kısım için tazminata hükmetmek yerinde olacaktır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız bu maddi şartların yanı sıra muhik bir tazminata hak kazanabilmek için bir takım usuli yükümlülükleri ve şekil şartlarını da yerine getirmek gerekir. Öncelikle kanuna göre tazminat talebinde bulunma hakkı ve yetkisi yalnızca haksız yakalama ve tutuklamaya maruz kalan kişinin kendisine aittir. Ancak vasi de

vesayeti altında bulunan adına böyle bir dava açabilir. Bunun dışında tutuklu yakınları vs. nin dava açma hakları kabul edilmemiştir.

Tazminat talebinde bulunan kişi, hakkında asıl dava ile ilgili verilen kararın kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay içinde ikametgahının bulunduğu mahaldeki a rır ceza mahkemesinde dava açmalıdır. Bu mahkemenin kabul veya ret kararına karşı da 1 hafta içinde ilgililere temyiz hakkı tanınmıştır.

#### **d. Kapsamı**

Böylesi bir tazminat davasında, varlığı iddia olunan zarar kavramının içine neler girer veya girmelidir? Maddi ve manevi zararın yanı sıra gelecekte elde edilmesi muhtemel kardan mahrumiyet de bu kapsama dahil olacak mıdır?

Maddi zarar ile kastedilen, haksız yakalama ve tutuklamaya maruz kalan kimsenin bu süre içinde uğradığı gelir kaybıdır. Avukat giderleri ve aldığı ücret tutarındaki gelir kaybı vs dikkate alınmak suretiyle uğranılan maddi zarar hesaplanır. Herhangi bir işi olmayanlara asgari ücret üzerinden tazminat ödenir. Kişi serbest meslek erbabından ise, uğranılan gelir kaybının tespitinde meslek odaları ve hatta bilirkişilerden yararlanmak suretiyle belirlenecek tazminata hükmetmek gerekir. Haksız yakalama ve tutuklamaya maruz kalan kişi örneği ise herhangi bir gelir kaybı sözkonusu olmayacağından maddi tazminata hükmetmek mümkün olmayacaktır.

Kanuna göre uğranılan maddi zararlar, kişinin yakalandığı yere da tutuklandığı tarihten serbest bırakıldığı güne kadar olan gelir kayıplarıdır. Ancak bu tarihler itibarıyla hesaplanan gelir kayıplarına enflasyon tutarı ve

faiz ilave edilemez. Bu ise tazminat tutarlarının günümüz ekonomik şartlarında oldukça az hatta komik rakamlarda kalmasına yol açmıştır. Maalesef bu şekilde toplumun adalete ve hukukun üstünlüüne olan inancı zayıflamakta ve buna tazminat sistemindeki bu çarpıklık neden olmaktadır. Dolayısıyla davacıların büyük çoğunluğu, tazminatı kısa zamanda alabilmek ve davayı kısa tutmak amacıyla manevi zarar iddiasıyla dava açma yolunu tercih etmektedir.

Manevi zarar ise haksız yakalanan ve tutuklanan kişinin onur kırıcı durum, toplum içindeki itibarının sarsılması, dıçar oldu ruhi sıkıntı, duydu u acı ve ızdırab ile yakınları için çekti i hasretin bir nebze olsun giderilmesini amaç edinir. Manevi tazminat bir zenginleşme aracı olmamakla birlikte adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun muhik bir tazminata hükmetmek icap eder. Manevi tazminatın takdirinde her somut olayda bir takım kıstaslara riayet edilmelidir. Kişinin cezaevinde kaldı ı süre, suçun niteli i, failin sosyal konumu ve haksız uygulamanın kişi üzerinde bıraktı ı olumsuz etkinin a ırlı ı dikkate alınmalıdır.

466 sayılı Kanuna dayanan tazminat davalarında, maddi ve manevi tazminat tutarlarına faiz uygulanmaz. Dava harcı ve vekalet ücretine de hükmolunmaz. Sadece davacının vekiline yazmış oldu u dava dilekçesi dolayısıyla hak kazandı ı dilekçe yazım ücreti takdir olunur.

## e. Sonuç

Tazminat sistemi, ma durlar açısından adil ve gerçekçi bir karşılık olma, kamu görevlileri için ise gereksiz ve haksız bir takım önlemlere başvurmaya engelleme ve caydırma özelli i taşıması bakımından oldukça

önemlidir. Haksız olarak yakalanan ve tutuklanan şahıslara böyle bir tazminat hakkının geç de olsa tanınması, hukuk devleti olma ideali olma açısından da azımsanmayacak bir gelişme kabul edilmelidir. Yaklaşık 40 yıllık bir geçmişi olan mevcut kanunun bu kendine özgü tazminat anlayışı, uygulamadaki bir çok eksiklik ve soruna ra men ma durlar açısından tercih edilen bir yöntem olmuştur. 466 sayılı Kanunun bu anlamda teorik olarak ihtiyaçlara cevap verdi i söylenebilir. Ancak uygulamada ne yazık ki haksız ve keyfi davranışlar yeteri kadar önlenememekte ve kanunun caydırıcı niteli i bu noktada eksik kalmaktadır. Her şeye ra men hukuk ve adalet adına ve yine hukuk ve adalet için bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak ve bunlara karşı yapılacak her türlü keyfi ve haksız müdahaleleri önlemek her hukukçunun ve özelde savunma makamı olan avukatların en temel ve en kutsal vazifesi olmalıdır. Ancak bu çabayı sadece avukatlardan beklemek haksızlık olaca ı gibi asıl ve önemli olan bu gayreti uygulamada bizzat hakim ve savcılarının da göstermesidir. Çünkü toplumun hukuka olan güveni ve adaletin temini ancak bu şekilde sa lanabilir.

Bir hukukçu olmanın sorumluluğunu hissederek toplumdan ve toplum adına karar verip yargılama yetkisini haiz makamlardan talebimiz ancak şu olabilir: Daha fazla özgürlük, daha fazla duyarlılık, daha az keyfilik ve daha çok hukuk....





# İşkencenin Tespiti ve İstanbul Protokolü

Av. Halim YILMAZ



## Giriş

İşkence, bütün insan hakları belgelerinde, hiçbir ola anüstü şart veya mazeret kabul edilmeksizin, "istisnasız", "koşulsuz", yasaklanmıştır. Bu belgelerin hemen hepsinde, korunması önem atfedilen insan haklarının ola anüstü durumlarda (savaş, sıkıyönetim gibi "ulusun varlığını tehlikeye düşüren" bütün hallerde) sınırlandırılabilen genel kabul görürken, bazı hakların "özüne dokunulamayacak" genel kabul görmüştür. İşkence savaş durumu da dahil olmak üzere hiçbir şekilde hukuka uygun olarak görülmemiştir. (AİHS md.15; Cenevre Sözleşmeleri ortak madde: 3; TC AY'sı md. 15)

Buna karşın, işkence ve benzeri kötü muamele uygulamalarının, bütün dünyada yaygın olarak uygulandığı bilinen bir gerçektir. Ulusal ve uluslar arası insan hakları kuruluşlarının raporları bu iddiayı destekleyecek binlerce örnekle doludur. İşkencenin, hem ulusal kanunlarda hem de uluslararası hukukta kesin ve ısrarlı bir dille yasaklanmasına karşın, uygulamayla arasındaki bu paradoks, kişileri işkence ve kötü muameleden korumak için, devletlerin etkin önlemleri tanımlayıp, uygulamaya koymaları gerektiğini açıkça göstermektedir. İşkencenin soruşturulması ve belgelenmesi, işkence iddialarının araştırılması, izlenmesi gereken

hukuki ve tıbbi prosedür konusunda yardımcı olması için hazırlanan "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşırı İlayıcı Muamele veya Cezanın Etkili bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi İçin El Kılavuzu - İstanbul Protokolü" (*Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment-The Istanbul Protocol*) -kısaca İstanbul Protokolü' işkence izlerini kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde teşhis edilmesini sağlayacak uluslararası bir kılavuz belge niteliğine sahiptir.

Protokole geçmeden önce konu ile ilgili ulusal ve uluslar arası standartlara bir göz atalım:

## BÖLÜM I

### Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta İşkence Suçu ile İlgili Hükümler

#### Ulusal Mevzuat

#### 1. Anayasa

(Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı)

<sup>1</sup> İstanbul Protokolü metni için bkz.: [www.tihv.org.tr/belgeler/istprot/istprot.html](http://www.tihv.org.tr/belgeler/istprot/istprot.html) (Türkiye İnsan Hakları Vakfı); [www.atud.org.tr](http://www.atud.org.tr) (Adli Tıp Uzmanları Derneği); [www.ttb.org.tr](http://www.ttb.org.tr) (Türk Tabipler Birliği).

**Madde 17/1, 2.** Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

**Madde 38/5.** Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

**Madde 129.** Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarını, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.

## 2. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

(Yasak sorgu yöntemleri)

**Madde 135/A.** İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz.

Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak de erlendirilemez.

**Madde 254/2.** Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.

## 3. Türk Ceza Kanunu

**Madde 188.** Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için di er bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak bir konuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar a ır para cezasıyla cezalandırılır.

Bu kimse tasarladığı sonucu elde etmişse hapis cezası bir yıldan iki yıla ve a ır para cezası ikibin liradan beşbin liraya kadardır.

**Madde 228.** Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.

Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.

**Madde 230.** Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beşbin liraya kadar a ır para cezası ile cezalandırılır.

Bu savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış



olmaktan Devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükmolunur.

Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyru u yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara u ramışsa bu zarar ayrıca ödettirilir.

**Madde 232.** Görülmekte olan bir davanın tarafeyninden biri hakkında sahabet veya garaz ve menfaata müsteniden hakimlere emir ve tahakküm veya nüfuz veya iltimas eden kimse birinci ve ikinci surette iki seneden ve üçüncü takdirde altı aydan az olmamak üzere hapis olunur. Fail memur ise başkaca müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezasıyla cezalandırılır.

Bu müdahale üzerine dava haksız şekilde hüküm olunmuş ise ceza üçte biri kadar artırılır.

**Madde 240.** Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar haps olunur. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan onbin liraya kadar a ır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.

**Madde 243.** Bir kimseye cürümlerini söyletmek, ma durun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanı ın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya di er herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya di er kamu görevlilerine sekiz yıla kadar a ır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.

Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

**Madde 245.** Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin etti i ahvalde başka surette bir kimse hakkında suumuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylerse üç aydan beş seneye (De : 26/08/1999) kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. E er işledi i cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

**Madde 282.** Her kim adliye makamları tarafından şahid, ehli vukuf, veyahut tercüman sıfatile davet olunup da asılsız bir sebebi ileri sürmek suretile icabet mecburiyetinden vareste tutulmuş veya icabet etmekle beraber şahadet etmekten veya ehli vukuf veya tercümanlık vazifesini ifadan istinkaf eylemiş bulunursa altı aya kadar hapse veya on liradan yüz liraya kadar a ır para cezasına mahkum olur.

Fail ehli vukuftan ise mahkumiyet neticesi olarak hapis müddetine müsavi bir zaman için meslek ve sanatın tatili cezasına dahi mahkum olur.

**Madde 354.** Hekim, eczacı, sa lık memuru veya di er bir sa lık mesle i mensubu, Hükümetçe emniyet ve itimat olunacak bir belgeyi hatır için gerçe e aykırı olarak verir ise, altı aydan iki yıla kadar hapis ve yüzmilyon liradan üçyüzmilyon liraya kadar a ır para cezası ile cezalandırılır. Gerçe e aykırı olarak düzenlenmiş böyle bir belgeyi bilerek kullanan kimse hakkında dahi aynı ceza tertip olunur.

E er bu gibi gerçe e aykırı bir belgeye dayanılarak, sinir ve akıl hastalıkları kurumlarına kabul ve orada ikamete mecbur edilmesi gerekmeyen bir kimse bu kurumlara kabul ve orada ikamete mecbur edilir veya başkaca fahiş bir zarar meydana gelir ise, failin görece i ceza iki yıldan dört yıla kadar hapistir.

E er birinci fıkrada yazılı fiil, failin kendisine yahut başkasına verilmiş veya vaat ve temin olunmuş para ve sair menfaat karşılığında işlenmiş ise, failin görece i ceza üç yıldan beş yıla kadar hapidir. E er düzenlenen belgeden ikinci fıkrada yazılı olan fahiş zarar meydana gelmiş ise faile verilecek ceza dört yıldan altı yıla kadar hapidir.

E er gerçe e aykırı belge, işlenmiş bir suç yahut işkence, zalimane veya gayriinsani di er fiillerin delillerini gizlemek veya bu delilleri yok etmek için düzenlenmiş ise faile verilecek ceza, dört yıldan sekiz yıla kadar hapidir.

Her halde bu cezalar ile birlikte birinci fıkradaki a ır para cezası, ikinci ve üçüncü fıkradaki hallerde iki kat, dördüncü fıkradaki halde üç kat olarak hükmolunur.

Gerçe e aykırı belge düzenlemesi için para veren veya vaat eden yahut menfaat temin veya vaat eden kimse hakkında dahi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur ve verilip alınan para ve sair eşya da müsadere edilir.

**Madde 530.** Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabetti i yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar.

#### 4. Devlet Memurları Kanunu

**Madde 13.** Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak u radıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine de il, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki de erli ka ıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi

halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili di er hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.

#### 5. Borçlar Kanunu

**Madde 41.** Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette di er kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlaka muğayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara u rmasına bilerek sebebiyet veren şahıs, keza lik o zararı tazmine mecburdur.

#### Uluslararası Mevzuat

##### 1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi<sup>2</sup>

**Madde-3.** Herkesin yaşama, özgürlük ve kişisel güvenlik hakkı vardır.

**Madde-5.** Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayrı insanî, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.

##### 2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>3</sup>

###### İşkence Yasa ı

<sup>2</sup> 10.12.1948 (Türkiye, 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Beyannameyi onaylamı ve 27 Mayıs 1949 günü Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlü e girmi tir).

<sup>3</sup> 4 Kasım 1950 (Türkiye bu Sözle meyi 18 Mayıs 1954 tarihinde imzalamı ve 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanunla onaylamı tır. Sözle me, 19.3.1954 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlü e girmi tir).

**Madde-3.** Hiç kimse işkenceye, gayrı insanî yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz.

### 3. BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>4</sup>

**Madde-7.** Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz. Özellikle, hiç kimse, kendi özgür oluru olmadan tıbbî ya da bilimsel deney konusu olamaz.

**Madde-10.** 1. Özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan herkese insanca ve insan kişiliğinin niteliğinden gelen onuruna saygı gösterilerek davranılır.

### 4. Çocuk Hakları Bildirgesi

**İlke-9.** Çocuk, her türlü ihmal, zulüm ve sömürüye karşı korunur.

### 5. Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü

**Madde-1.** İnsani Tarzda Muamele Yükümlülüğü

Her hangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen bir kimse, insaniyetin ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygının gerektirdiği bir biçimde muamele görür.

**Madde-6.** İşkence Yasası

Her hangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen bir kimse, işkenceye ve zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.

"Zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza" deyimini, tutulmuş veya hapsedilmiş bir

kimseyi geçici veya sürekli olarak her hangi bir do al duyumunu kullanılmaktan veya bulundu u yer ve zamanın farkında olmaktan yoksun bırakma da bulundu u yer ve zamanın farkında olmaktan yoksun bırakma da dahil, fiziksel veya ruhsal bütün istismar edilme hallerine karşı mümkün olan en geniş ölçüde koruyacak bir biçimde yorumlanır.

Hiçbir durum, işkenceyi veya diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezayı haklı göstermek için ileri sürülemez.

**Madde-21.** İtirafa zorlama yasa ı ve yasak sorgulama yöntemi

Tutulan veya hapsedilen bir kimseyi suçunu itiraf etmeye, kendini suçlandırmaya veya başka bir kimse aleyhinde ifade vermeye zorlamak amacıyla bulundu u durumundan haksız olarak yararlanmak yasaktır.

Tutulan hiç kimse sorgulanması sırasında şiddete, tehdide veya şahsi kararlarını veya yargılarını zayıflatabilecek sorgulama yöntemlerine maruz bırakılamaz.

**Madde-22.** Tutulana karşı zararlı tıbbi ve bilimsel deney yasa ı

Tutulan veya hapsedilen bir kimse, kendi rızası bile olsa, zarar verebilecek tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.

**Madde-27.** Delil toplarken prensiplere uyulmaması

Delillerin toplanması sırasında bu prensiplere uyulmaması, tutulan veya hapsedilen kimsenin aleyhine olarak bu tür delillerin kabul edilmesine karar verilirken dikkate alınır.

**Madde-33.** Kötü muameleyi şikayet hakkı

Tutulan veya hapsedilen bir kimse veya avukatı, kendisine yapılan muamele hakkında ve özellikle maruz kaldığı işkence veya diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleler konusunda, tutma yeri veya hapis hanesinden sorumlu makama ve daha yüksek bir makama ve gerekirse denetleme ve hukuki çözüm getirme yetkisine sahip makama

<sup>4</sup> BM Genel Kurulunca, 1967'de kabul edilerek imza ve onaya açılmış, 1976'da yürürlüğe konmuştur. Türkiye Sözleşmeyi 2000 yılı Austos'unda imzalamış fakat henüz onaylamamıştır.

şikayette ve talepte bulunma hakkına sahiptir.

Tutulan veya hapsedilen kimsenin veya avukatın bu prensibin birinci fıkrasında belirtilen hakları kullanma imkanı bulunmuyorsa, tutulan veya hapsedilen kimsenin ailesinin bir üyesi veya bu durum hakkında bilgisi olan her hangi bir kimse yukarıda belirtilen hakları kullanabilir.

Şikayet edenin talebi halinde, yapılan şikayet veya taleple ilgili gizlilik korunur.

Her bir talep veya şikayet hemen ele alınıp incelenir ve gereksiz gecikmeye meydan vermeksizin cevaplanır. Eğer talep veya şikayet reddedilirse veya aşırı bir gecikme varsa, şikayetçi durumu yargısal veya diğer bir makam önüne getirebilir. Tutulan ve hapsedilen kimse veya bu prensibin birinci fıkrasında belirtilen şikayetçiler bir talepte veya şikayette bulunmaktan ötürü zarara maruz bırakılamazlar.

## BÖLÜM II

### **İstanbul Protokolü: İşkence ve Kötü Muamelenin Etkin Bir Şekilde Tespiti, Soruşturulması ve Dokümantasyonu İçin Uluslararası Standartlar**

#### **1. Protokolün Önemi ve Genel Bilgiler**

İşkencenin koşulsuz (şartsız ve istisnasız) yasaklanmış olmasına karşın, bütün dünyada yaygın olarak uygulandığı bir gerçektir. Ulusal ve uluslar arası insan hakları kuruluşlarının raporları bu iddiayı destekleyecek sayısız örneklerle doludur. İşkencenin, hem ulusal kanunlarda hem de uluslararası hukukta kesin ve ısrarlı bir dille yasaklanmasına karşın, uygulamayla arasındaki bu

paradoks, kişileri işkence ve kötü muameleden korumak için, devletlerin etkin önlemleri tanımlayıp, uygulamaya koymaları gerektiğini açıkça göstermektedir.

İşkencenin soruşturulması ve belgelenmesi, işkence iddialarının araştırılması, izlenmesi gereken hukuki ve tıbbi prosedür konusunda yardımcı olması için hazırlanan "**İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşırı İlayıcı Muamele veya Cezanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi İçin El Kılavuzu - İstanbul Protokolü**" (*Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment-The İstanbul Protocol*) -kısaca İstanbul Protokolü- işkence izlerini kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde teşhis edilmesini sağlayacak uluslararası bir kılavuz belge niteliğine sahiptir.

Protokol bu nedenle başta doktor, avukat, yargıç, savcı ve polisler (soruşturma yapmaya yetkili kolluk güçlerine) yardımcı olacak, işkence iddiası oldu unda bunu soruşturmak isteyen herkese hizmet edecek, yol gösterici bir el kılavuzudur. Hakkı çenenmiş, işkence görmüş bireyin avukatının, doktorlarının, aynı zamanda işkenceyi soruşturan devletlerin kullanacağı temel kaynak özelliğine sahiptir.

BM'nin, yasadışı infaz ve işkence sonucu ölüm vakaları için referans olarak kabul ettiği "Minnesota Otopsi Protokolü" gibi "İstanbul Protokolü" de canlı olgularda yapılacak muayenelerde uluslararası bir standart sağlayarak, referans oluşturacaktır. Bu protokolün uygulanmasıyla birlikte, hem işkence iddiası bulunan olgularda çok daha etkili, ayrıntılı bir muayene sonucu en doğru sonuçlara ulaşılması; hem de yapılacak eksik araştırma ve muayeneler sonucu

zaman zaman uluslararası mahkemelerde yaşanan sorunlar, büyük ölçüde ortadan kalkması umulmaktadır.

İstanbul Protokolü, dünyanın 15 ülkesinden (ABD, Almanya, Danimarka, Fransa, Filistin, Güney Afrika, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İsrail, İsviçre, Sili, Kosta Rika, Sri Lanka ve Türkiye), 40 sivil toplum örgütü mensubu ile 75 hukukçu, felsefeci, hekim, sosyal çalışana, psikolog, insan hakları savunucusunun 3.5 yıllık ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır. Protokol hazırlanması çalışmalarına 1996 yılında başlamış, 5-7 Mart tarihlerinde 50 bilim adamının katılımı ile İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'nda yapılan toplantılarda son şeklini verilmiş, kılavuzun hazırlanmasında görev yapan çalışma grubunda, BM İşkence Raportörü Sir Nigel Rodley'in de aralarında bulunduğu çok sayıda BM danışmanı yer almıştır. İstanbul Protokolü'nün 9 A ustos 1999 tarihinde BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'ne (Mary Robinson'a) sunulduğu anda resmen BM Belgesi niteliği kazanmış,<sup>5</sup> ayrıca, Rodley tarafından BM Genel Kurulu'na sunulan yıllık raporun içinde de yer almıştır. BM İnsan Hakları Komisyonu, 19 Nisan 2000 tarihinde İstanbul Protokolü ilkelerini kabul etmiş, 2001 yılı Eylül-Ekim aylarında BM Genel Kurulu'nda ele alınması gerekirken ABD'deki 11 Eylül olayı nedeni ile ileri bir tarihte ertelenmiştir.

Bu protokolde amaçlanan; işkence ve kötü muamelenin yasal ve tıbbi olarak araştırılması ve dokümanite edilmesi için dünyadaki bilimsel birikim ve deneyimleri biraraya getirerek, uluslararası geçerliliğe sahip belirli

standartların belirlenmesi, kullanıma geçmesi ve yaygınlaştırılmasını sağlamaktır. Ayrıca bu çalışma içinde "İşkencenin ve diğer zalimane, insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezalandırmanın etkin araştırması ve dokümantasyonu için prensipler" de geliştirilerek, Protokole eklenmiştir. Prensiplerin amacı; devletlerin, işkence ve kötü muamelenin araştırma ve dokümantasyonunda uyması gereken minimum standartların belirlenmesidir.

Protokolün, herhangi bir işkence iddiası olduğunda izlenmesi gereken hukuki ve tıbbi prosedürleri anlatan bir kılavuzu olup, hedef kitlesinin hukukçular, hekimler, insan hakları savunucuları, işkence mağdurları, işkencecileri hukuksal olarak mahkum ettirmek isteyen herkeştir.

Protokolün devletleri bağlayıcı olup olmadığını yönünden;

İstanbul Protokolü "tavsiye niteliğinde" bir belgedir. Devletlere "mutlak yükümlülük" getirmemektedir. İstanbul Protokolünün, BM Genel Kurulu'nda kabul edilmesi durumunda fiili süreçte tüm devletleri bağlayıcı nitelik kazanacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) işkence iddialarıyla ilgili açılan bazı davalarda, hazırlanan raporların "Minnesota Otopsi Protokolü"ne uyulmadığı için reddedildiğini hatırlarsak, İstanbul Protokolü için de aynı sürecin işleyerek hukuki bağlayıcılığın gerçekleştirileceğini sonucunu çıkarabiliriz.

İşkence iddialarının araştırılması, izlenmesi gereken hukuki ve tıbbi prosedür konusunda yardımcı olması için hazırlanan protokol, BM belgesi olması nedeniyle Türkiye'nin sanık olduğu uluslararası mahkemelerde geçerli olacak; doktorlar, hukukçular ve adli tıp uzmanları tarafından benimsenmesi ile birlikte kısa bir

<sup>5</sup> İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Ayrımcı Muamele veya Cezanın Etkili Bir şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi için El Kılavuzu, İstanbul Protokolü", THV Yay., İstanbul 2001, s. VII.

süre sonra, Türk mahkemelerinde de delil olarak kullanılabilir.

İstanbul Protokolü öncelikle uluslararası mahkemelerin referans kabul edeceği bir kılavuz olacak; protokolün en önemli yeniliği ise işkencenin bağımsız komisyonlar tarafından araştırılmasının önünü açmasıdır. Bunun içinde bağımsız komisyonların oluşmasını sağlamak için devletleri yükümlülük altına sokmaktadır. Hem hukuk alanında, hem tıp alanında çok geniş standartlar getirmesi ile bağımsız komisyonlar tarafından işkencenin hukuki ve tıbbi olarak soruşturulması sağlanmıştır.

Protokol özellikle hazırlık soruşturmasında, uyulması gereken kuralları belirtmektedir. Protokol, sanık ve müdahil avukatlarının da hazır bulunduğu yargı heyetinin keşifte bulunması gerektiği kuralını getiriyor. Hazırlık soruşturmasının yanında otopsi ile ilgili kurallar da yer alıyor.

Ayrıca sadece hakimlerin değil, soruşturmayı yürüten hakim ve savcılarının, işkence gören kişinin ve avukatlarının, ailesinin zarar görmemesinin sağlanması, bu kişilerin güvenliğini sağlanması ve korunması da İstanbul Protokolü'nün gerekliliklerinden biridir. Ayrıca İstanbul Protokolü'nün 1 No'lu ekinde verilen ve devletlerin imzasına açılan "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ve Aşırı İyileştirici Muamele ve Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Kılavuzluk Eden İlkeler", BM İnsan Hakları Komisyonu Üyesi 52 ülke tarafından 2000 yılı Nisan ayında imzalanarak kabul edildi. Muhtemelen bu sonbaharda BM Genel Kurulu'nda tüm devletler tarafından kabul edilecek.

## 2. İşkencenin Raporlanmasında Yaşanan Sorunlar (Türkiye Pratiği)<sup>6</sup>

"İşkenceci, kalıcı bir belirti bırakmadan işkence uygulamaya her türlü özeni gösterir. Bazen kullandığı yöntemle bunları. Nefes borusunu sıkacak şekilde başına naylon torba geçirerek havasız bırakır. Darbe vuracak yerde testisleri eliyle artan dozda sıkarak v.s. Bu ve benzeri durumlarda gözle muayenede (inspeksiyon) hiçbir belirti saptanamaz. İşkenceci, belirtileri gözükmeyecek hale getirmek üzere tedavi de yapar. Elektrik uygulamasını ıslak zeminde yaparak yüzeyi genişletir. Ve noktasal yanık (pikür) oluşmasını önler. Mağdurun muayenesi esnasında çok uzunlukla polis, muayene odasındadır veya işitme mesafesindedir. Mağdurun olayı anlatmasını engeller. Muayeneden sonra işkenceyi sürdürme olanağına sahiptir. Doktor baskı altındadır. Doktor, adli tıp raporları için yeterli ve itimli değildir, daha sonra bahsedilecek olan "ileri tanımsal araştırmaları" yapmak olanağına sahip değildir. Seyrek olarak doktor işkenceciyi koruyacak şekilde yanlıdır.

Negatif raporların %70-80'i bulduğu tahmin edilmektedir. Manisa'lı çocuklar davasında bu oran %100'e çıkmıştır. Çok az raporda bazı işkence bulgularının kaydedilmesine rağmen işkencenin varlığı belirtilmemiştir.

Yalnız fiziksel muayene ve Röntgen filmi, işkencenin tanısında çok zaman yeterli değildir. Olayın ayrıntılı anlatımı (öykü) alınmalı,

<sup>6</sup> Bu bölüm Prof. Dr. Veli Lök'ün "İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 11. Oturum"daki konuşmasından alınmıştır. (www.izmirbarosu.org.tr/-yargi\_reformu\_2000/veli\_lok.ht)



fiziksel muayene öyküye göre yapılmalıdır. Örnek olarak, copla tecavüzde, o bölgenin uzmanı tarafından vaginal veya anal muayene yapılmalıdır. Günümüzde bu muayeneler çok nadir yapılır. Adli raporlarda psikiatrik muayeneye yer verilmeyişi en büyük hata kaynaklarından. Bazen, yalnızca psikiatrik muayene bile işkencenin tanısında yeterli olabilir. İşkenceden en çok etkilenen ruhsal yapıdır. İşkencenin temel amacı budur. Psikiatrik muayenenin, hemen hemen çok istisnalar dışında yapılmayışı, hatalı negatif raporların çoğalmasındaki çok önemli etmenlerdendir.

Burada üzerinde duracağımız ve işkence tanısına çok yardımcı olan yöntemler "ileri tanısal araştırmalar"dır. Uygulamada, röntgen filmi dışında tanısal teknikler nadiren kullanılmaktadır. Röntgen filmi ile yalnız kırık görmek mümkündür. Kırık meydana getirmeyecek şiddetteki darbeleri röntgen filmi ile görmek mümkün değildir. İşte bu tipteki, kırık oluşturmayan darbeleri göstermede "sintigrafi yöntemi" çok etkilidir. Damar yoluyla verilen "radyoizotop madde" travmanın olduğu bölgeye giderek yerleşir. "Gama kamera" ile yapılan film üzerinde görüntü elde edilir. Sintigrafi pozitifliği, travmanın verdiği zarar vücut tarafından giderilinceye kadar devam eder.

Haya sıkma ve burmalarda "dinamik sintigrafi" etkili olarak tanıda kullanılmaktadır. Gerektiğinde bilgisayarlı tomografi (BT), ultrasonografi (USG), manyetik rezonans görüntüleme (MRI), EMG, odometri, diğer "ileri tanısal araştırma yöntemleri"dir. Bütün bu muayeneler kişiye önceden anlatılmalı, etik kurallara titizlikle uyulmalıdır. İşkence görenlerde, öykü, fizik muayene, psikiatrik muayene ileri tanısal

araştırmaların bulguları karşılaştırılarak yorumlanmakta ve "Alternatif Adli Rapor" verilmektedir. Bu raporlar, sadece fizik muayene (çoğunlukla yalnız gözle muayene) sonucu verilen adli raporlara göre, bilimsel dayanakları daha güçlü olan raporlardır.

"Alternatif Yorum Rapor" ise kişinin önceki rapor ve diğer belgelerinin incelenmesi ile verilen rapor türüdür. Bu rapor türü, kişinin muayene olanağının bulunmadığı durumda verilmektedir. Çoğunlukla, verilmiş olan raporların bilimsel içeriklerinin yeterli olup olmadığı ve diğer belgelerle uyumu yönünden yapılan yorumlardır. Manisa davasında verilen raporlar, 16 kişinin her biri için önceden verilen 3-4 raporun (toplam 57 rapor) yorumlanması sonucu verilmiştir. Ayrıca, doktorların muayene süreçlerini anlatmalarını istenmiş, halen mevcut işkence yakınmalarını da anlatmalarını istenmiş, verilen raporların yeterlilikleri tartışılmıştır.

Alternatif tıbbi raporlar; alternatif adli raporları ve alternatif yorum raporları tarzında verilmektedir. Bu raporlar sık kullanılmayan rapor türleridir. İş ve trafik kazalarından doğan sakatlıkların belirlenmesinde kişilerin veya kurumların isteği üzerine verilmesine daha sıkça rastlanmaktadır. İşkence görenlerde alternatif rapor düzenlenmesi dünya pratiğinde vardır, ancak seyrek. İzmir Tabip Odası "Muayene ve Rapor Komisyonu" 80'in üzerinde alternatif tıbbi rapor vermiştir. Bu raporlar uluslararası ve ulusal mahkemelerde gittikçe artarak kabul görmektedir."

### 3. Protokolün İçeriği

İstanbul Protokolü, sırasıyla ve özetle aşağıdaki başlıklar ve konuları içermektedir:

### 1-İlgili Uluslararası Hukuksal Standartlar

BM ve Bölgesel İnsan Hakları Mevzuatı (Bildirme, Sözleşme vs.) ile İnsan Hakları Mekanizmalarını işleyişini anlatır. Uluslararası insancıl hukuk, BM Mekanizmaları, Bölgesel Mekanizmalar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM / ICC) çerçevesinde işkence yasa 1, devletlerin yasal yükümlülüklerini ve diğer uluslararası hukuki standartları içerir.

### 2-İlgili Etik Değer ve Kurallar

İşkence ile ilgili hukuki ve tıbbi etik ilkeleri içerir. BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen hukukçular (yargıçlar, savcılar avukatlar vs.) ve sağlıkçıların (hekimler, psikologlar, hemşireler vs.) işkence yasa 1 çerçevesinde meslek etik kurallarını içerir.

### 3-İşkencenin Hukuksal Araştırılması

İşkencenin etkin bir şekilde araştırılması, soruşturulması belgelendirilmesi usul ve ilkelerini içerir. Etkin soruşturma ve belgelendirme için ilkeler, usuller (ma durun ve tanıkların korunması, tıbbi ve fiziksel delillerin toplanması ve korunması, foto raflama gibi) ve baskısız soruşturma komisyonunu ele alır.

### 4- Görüşmelerde Dikkat Edilmesi Gerekenler

İşkence görmüş olma ihtimali olan kişilerle, ister hukuki soruşturma için, ister tıbbi (ruhsal veya fiziksel) değerlendirme için yapılan görüşmelerde, aşağıdaki hususlarda özen gösterilmesi son derece ciddi bir önem arz etmektedir.

**Prosedür Açısından Önlemler:**  
Baskısız, güvenli, hekim-hasta ilişkisinin gizliliği ilkesine uygun ve tutuklu ya da hükümlü olan kişiyi güvenlik güçlerinin baskısından koruyabilecek koşulların sağlanmasına ilişkin standartlar yer almaktadır. Örnekleri;

- "Her tutuklu tek başına muayene edilmelidir. Polis veya başka güvenlik gücü odada yer almamalıdır."

- "Muayene sırasında askerin, güvenlik gücünün odada bulunması durumunda mutlaka rapora yazılmalıdır, bu durum "negatif" raporların geçerliliğini kuşkuluya hale getirebilir."

- "Tutuklunun adli tıp değerlendirilmesi standardize medikal rapor formu kullanılarak yapılmalıdır."

- "Orijinal rapor savcıya direkt olarak iletilmelidir."

**Görüşmenin Tekniği:** Kişinin olası travmatik yaşantı deneyimi göz önüne alınarak; kişide ek travmatizasyonlar yaratmamak, eksik, hatalı bilgi almamak için görüşmede özenlilik önem taşımaktadır. Kişinin halen baskı altında olabilmesi, kendini güvende hissetmeyebilmesi, yaşadığı travmatik süreç nedeniyle gözaltı istememesi, bazı soruların veya tutumların travmatik süreci anımsatmayacak bir biçimde düzenlenmesi; konuşması ve anlatmasının teşvik edilmesi; otoriter tutumlardan kaçınılması önem taşımaktadır.

**Öykü Alma:** Yönlendirici sorulardan kaçınılmalı, ancak mümkün olduğunca gözaltına alınma anından başlayarak tüm travmatik süreç hakkında ayrıntılı bilgi almaya çalışılmalıdır. Gözaltına alınma biçimi (nereden, nasıl, ne zaman, tehdit, şiddet boyutu); gözaltında örselenmeler, yaşadıkları (işkence yöntemleri, uygulanış biçimi ve

lokalizasyonları, uygulanma süreleri, kaldığı yer koşulları (tek başına, ışık, havalandırma, ısı, parazit ve redontisitler), yemek, su, tuvalet, uyku koşulları, tehditler, hakaretler vs) ilişkin bilgilere ulaşılması önem taşımaktadır.

**Bulguların ve Sonuçların Yorumlanması:** Raporda; muayene edenin açık kimlik bilgileri, görevi ve imzası, muayene edildiği yer ve tarih bulunmalıdır. Her muayene sırasında odada başka bir kişi varsa mutlaka raporda belirtilmelidir. Kişinin öyküsü, yakınmaları, tüm bulgular aktarılmalıdır. Ayrıca, yakınma ve bulguların birbirleriyle ve kişinin işkence öyküsü ile uyum düzeylerine ve bu yakınma ve bulguların olası nedenlerine ilişkin de erlendirme ve yorumun da yer alması gerekmektedir. Ayrıca bu bölümde ek-yeniden travmatize etme riskleri, gerekirse çevirmen kullanımı, kişiye medikal ve/veya ruhsal bakım sağlanması için referans etmek, gibi konulara da yer verilmiştir.

#### **5- İşkencenin Fiziksel Bulguları/Tıbbi Delilleri**

Fiziksel delillerin yokluğu işkencenin olmadığını bir delili olarak kullanılamaz. İşkence yapanlar genellikle iz bırakmadan ruhsal ve fiziksel acı vermeyi hedeflerler ve işkence pek çok durumda ya hiç iz bırakmaz ya da çabuk kaybolan izler bırakabilir. Bu yüzden son derece titiz bir muayene yapılması, gerekli durumlarda uzman konsültasyonları ve ileri tetkikler yapılması sağlanmalıdır.

İşkence iddiası veya kuşku olan durumlarda muayene eden hekimin; işkence yöntemleri ve işkence sonrası ortaya çıkan kısa ve uzun dönemli fiziksel ve ruhsal bulgular, işkence gören kişiyle görüşmede önemli noktalar ve o

bölgedeki gözaltı, cezaevi koşulları ve işkence yöntemleri konusunda bilgi ve donanım sahibi olması gereklidir. Öykü ve yakınmalar alındıktan sonra sistem muayenesi yapılmalıdır. Kişinin tüm vücudunun tam muayenesi önem taşımaktadır. Mümkün olduğu unca kişiyi soyarak muayene etmek gerekli. Gereğinde ileri inceleme yöntemleri kullanılmalıdır (sintigrafi, biyopsi, MR.).

#### **6- İşkencenin Psikolojik Delilleri/Ruhsal Bulguları**

İşkence sıklıkla beden kullanılarak ruhsal ve sosyal yıkım yaratmaya yöneliktir ve çoğu zaman fiziksel izler kısa sürede kaybolursa ya da hiç fiziksel iz bırakılmazsa bile ruhsal olarak etkisi uzun süre devam edebilmektedir. Bu yüzden; işkence bulgularının araştırılmasında mutlaka psikolojik, tam ve uygun bir de erlendirme yapılması gereklidir.

#### **7- İşkencenin ve Diğer Zalimane, İnsanlık-dışı veya Onurkırıcı Muamele veya Cezalandırmanın Etkin Araştırılması ve Dokümantasyonu İçin Prensipler:**

En yüksek etik standartlara uygun olarak tıbbi de erlendirme sağlanması, bu de erlendirme tıbbi uzman kontrolü altında ve özel olması; tıbbi raporların kesin bir hekim-hasta ilişkisinin gizliliği ilkesine uygun de erlendirmeyle düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca tıbbi raporların geçerli olabilmesi için; raporun, en azından görüşmenin koşulları, kişinin detaylı öyküsü, klinik muayenedeki tüm fiziksel ve psikolojik bulguların kaydı, fiziksel ve ruhsal bulguların, işkence ve kötü muamele ile ilişkisi ve uyumuna ilişkin yorum; muayene eden

kişinin kimlik bilgilerini içermesi gerekmektedir.

#### 4. Protokolün Önemi ve Ba layıcı Niteli i

İstanbul Protokolü 2000 yılında BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilerek bir BM belgesi haline gelmiştir. 11 Eylül olayı nedeniyle BM Genel Kurulunda ele alınması ve hakkında bir karar verilmesi ertelenmişse de BM'ye sunulmuş olması ile 20 Nisan 2000 tarihinde BM İnsan Hakları Komisyonu 52 devlet tarafından de işiklik yapılmadan onaylanmış olmasından dolayı İstanbul Protokolü resmen bir BM belgesi olma niteli ini kazanmıştır. BM belgesi olması nedeniyle de uluslar arası merciler önünde geçerlili e sahiptir. Kaldı ki protokol, BM tarafından kabul edilen, insan hakları sözleşmelerinin en önemli parçası oldu u uluslararası insan hakları hukuku kapsamında yer alan, işkence ve kötü muameleyle ilgili ilke ve kuralların yürütülebilmesi amacıyla bu ilke ve kurallar do rultusunda hazırlanmıştır. Kısacası uluslararası belgelerde yer alan işkence yasa ı ile ilgili kuralların etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacına hizmet etmektedir.

Daha önce belirtti imiz gibi, İstanbul Protokolü, işkence ve kötü muamelenin soruşturması ve dokümantasyonu amacıyla oluşturulmuş ilk uluslararası kılavuz olma özelli ine sahiptir. Protokol, işkence yakınmaları için etkin ve tarafsız bir soruşturma ile bilgi ve bulguların en iyi şekilde de erlendirilmesi için başta hukukçular ve hekimler olmak üzere herkes için bir el kitapçı ıdır.

Bu el kılavuzu sa lık çalışanlarının, hukukçuların, karar verme konumunda olanların, işkence ve kötü muamelenin etkin

bir biçimde soruşturulması ve dokümantasyonu konusunda e itilmelerine yarayacaktır. Asıl önemlisi ise, protokolde yer alan kılavuz kurallar ve minimum standartlar baskılara maruz kalan sa lık çalışanları, hukukçular ve karar verme konumunda olan kişileri desteklemek için objektif bir destek noktası olacaktır.

### BÖLÜM III

#### İşkencenin Etkin Bir Şekilde Soruşturulması İçin İç Hukuk Mekanizmaları

##### 1. Adli Mekanizma:

###### a) Ceza Kovuşturması:

TCK md. 243, 245

TCK md.228-240, 282, 354, 530

CMUK md. 135/a, 254

###### b) Tazminat:

BK Md.41

##### 2. İdari Mekanizma:

###### a) Disiplin Soruşturması

Emniyet Örgütü Disiplin tüzü ü

TTB Soruşturma ve Yargılama Yönetmeli i

###### b) Tazminat Yükümlülü ü

AY md. 129/5

657 sayılı DMK md. 13

##### 3. Hükümsel Mekanizmalar:

a) TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu

b) İnsan Hakları İl ve İlçe Kurulları

c) Cezaevleri İzleme Kurulları

##### 4. Hükümetdışı Mekanizmalar

a) Barolar (Özellikle İnsan Hakları Merkezleri ve İşkence ile ilgili komisyonlar / çalışma

grupları; İstanbul Barosu İşkence  
Ma durlarına Adli Yardım Projesi)

b) Tabip Odaları

c) İnsan hakları alanında  
faaliyet gösteren Sivil Toplum  
Kuruluşları (MAZLUMDER, İHD, TİHV,  
ATUD, TOHAV VS.)





# Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delilleri De erlendirme Yasa ı ve Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti

Av. Muammer ÇINAR - Av. Halime BAŞ



## Genel De erlendirme

### Deliller

Sanık Beyanı

Tanık beyanı

Bilirkişi mütalaası

Keşif

Belgeler

Bant Kayıtları (başkaca delillerle desteklenmek şartıyla)

**H**ukuk sistemlerinde adaletin tecellisi için en önemli unsur, toplanan delillerin hukuka uygunlu udur. Eski hukuk sistemimizin ifadesiyle "Beraat-ı zimmet asıldır" şeklinde ifadesini bulan ve yürürlükteki Anayasanın 38. Maddesine göre "suçlulu u hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.", "Hiç kimse kendisi ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." Bu ve di er düzenlemelere ra men hukuka aykırı delillerin, cezalarda hüküm kurulmasına esas alındı ı gerçe i ile karşı karşıyayız.

Delillerin toplanmasında her şeyden önce Anayasanın ve Uluslararası Sözleşmelerin<sup>1</sup>

korudu u temel haklar gözardı edilmemelidir. Herkes kişi hürriyeti ve güvenli ine, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir (AY M: 19). Özel hayatın ve aile hayatının gizlili ine dokunulamaz (AY M: 20). Kimsenin konutuna dokunulamaz (AY M: 21).

Sanı ın anayasal hakları ihlal edilerek elde edilen deliller, hukuka aykırı delillerdir.

Ceza Muhakemesinde hukuka aykırı deliller dedi imizde temelde iki şey anlaşılır. Bunlardan birincisi; yasal delillerin, yasaya aykırı yöntemlerle ulaşılmış olması nedeniyle hukuka aykırı bir neticeye ulaşılmış olmasıdır. İkincisi ise delilin kendisinin yasak olmasıdır.

Bu çalışmanın konusu bu iki hususu, delillerin yasak yöntemlerle toplanması bu yöntemlerle toplanan delillerin uluslararası ve milli mevzuattaki uygulamasını de erlendirmektir.

Delil yasakları kollu un ya da zabıtanın sahip bulundu u devlet gücünü hukuka aykırı bir şekilde kullanılmasını önlemek için kabul edilmiştir.<sup>2</sup>

Milletler Sözleşmesi, Medine ve Siyasal Haklar Sözleşmesi.

<sup>1</sup> HAS, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, kenceye ve Di er Zalimane; Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birle mi

<sup>2</sup> YEN SEY, Feridun; *Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul Barosu Dergisi, 1995.

Günümüzde genel kabul gören anlayış; her türlü yönetime baş vurarak suçlunun suçunu ispat etmek de ildir. Bunu yaparken hukukun genel ilkeleri, insan şeref ve onuru ve yasaların koydu u sınırlamalara uyulması gerekmektedir.

Maddi gerçe i arayan ceza muhakemesinde her şey delil olabilir, yani "delil serbestli i ilkesi" geçerlidir. Ancak bu yapılırken yukarıdaki genel ilkeye uyulması gerekir. Aksi bir anlayışın toplumsal ve kişisel de erleri yok edece i kabul edilmektedir.

Kısaca şunu söylememiz mümkündür: Bir hukuk devletinde bir delilin ceza yargılamasında kullanılabilmesi için, bu delilin hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekir.

Delil Yasakları, Hukuk devletinde ceza yargılamasında kullanılacak delillere ulaşmaya ve bu delilleri de erlendirmeye getirilen sınırlamaları ifade etmektedir.

Delil yasakları, sanı ın ceza muhakemesinin bir objesi de il, aksine süjesi oldu unu garanti eden, sanık haklarını koruyan ve muhakemenin dürüst bir şekilde yapılmasını sa layan bir niteli e sahiptirler. Ceza muhakemesinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinde, delil yasakları önemli bir fonksiyon görmektedirler.

Konuyu 3842 sayılı yasayla CMUK'a dahil edilen hükümlerle paralellik kurarak, delil yasaklarını Yrd. Doç. Dr. Mahmut Koca'nın tasnifini esas alarak 5 grupta incelemek mümkündür:<sup>3</sup>

**1. Bilgilendirme Görevinin Yerine Getirilmemesi:** CMUK'nun 3842 sayılı yasa ile yeniden

<sup>3</sup> KOCA, Mahmut; "Hazırlık Soru turmasında Sanı ın Savunma Hakkı".

düzenlenen 135. Maddesine göre, ifadesi alınan ya da sorguya çekilen sanı ı isnat edilen suç, susma, müdafiden yararlanma, yakalandı ını yakınlarına haber verme ve savunma hakları konusunda aydınlatmak, ifade alan veya sorguya çeken makamlar bakımından bir yükümlülüktür. Bu işlemlerin yapılmaması ulaşılan delilin hukukili ini zedeleyecek ve delili yasaklanmış delil durumuna sokacaktır.

**2. İfade Alma ve Sorgu Sırasındaki ihlaller:** CMUK'a 3842 sayılı yasa ile eklenen 135a maddesi, sanı ın özgür iradesini ve dolayısıyla insan haysiyetini koruyan ve sanı ın savunma hakkının güvencesini oluşturan bir hükümdür. İnsan haysiyetinin korunmasına ilişkin anayasal düzenleme, bu madde ile ceza muhakemesinde somutlaştırılmıştır. Sanı ın özgür iradesini etkileyen işkence, kötü muamele, yorma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, aldatma tehdit gibi hukuka aykırı yöntemlerin kullanılması yasaktır.<sup>4</sup> Bu yasa a uyulmamasının muhakeme hukuku bakımından müeyyidesi yine aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir: Yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifadeler, sanı ın rızası olsa dahi, delil olarak de erlendirilemez.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Bu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: DEM RBA , s. 282 vd.; KOCA, s. 309 vd.

<sup>5</sup> Madde 135 Zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet Savcısı tarafından ifade almada ve hakim tarafından sorguya çekilmede a a ıdaki hususlara uyulur:

[1] fade verenin veya sorguya çekilenin kimli i tespit edilir. fade veren veya sorguya çekilen, kimli e ili kin soruları do ru olarak cevaplandırmak zorundadır.

[2] Kendisine isnat edilen suç anlatılır.

[3] Müdafı tayin hakkının bulundu u, müdafı tayin edebilecek durumda de ilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafı talep edebilece i ve onun hukuki yardımından yararlanabilece i, isterse müdafiiin soru turmayı geciktirmemek kaydı ile ve vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunaca ı bildirilir; yakınlarından istedi ine yakalandı ını duyurabilece i söylenir.

**3. İfade ve Sorgu Dışında Söz Konusu Olan Delil Yasakları:** Ceza muhakemesinde yapılan işlemler, yalnızca ifade alma ve sorgudan ibaret de ildir. Bunun dışında da delil elde etmeye yönelik, çeşitli işlemler vardır ve bu işlemler yapılırken hukuka aykırı hareket edilmesi de elde edilen delili hukuka aykırı hale getirebilir. Sözelimi, hukuka aykırı olarak yapılan vücudun muayenesi (CMUK m.74, 66/son), ölü muayenesi ve otopsi (CMUK m. 79 vd.), elkoyma, arama (CMUK m. 86 vd.), telefonların dinlenmesi, özel hayatın gizliliği ihlal edilerek yapılan ses kayıtları gibi işlemlerle elde edilen deliller de hukuka aykırı olmaktadır.

**4) Delil Aracı Yasakları:** Sözelimi, tanıklıktan veya yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların hukuka aykırı bir şekilde tanık olarak dinlenmesi

(CMUK m. 47 vd., 245); kışkırtıcı ajanın delil elde etmede kullanılması yasaktır; bu yasaklara aykırı olarak elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.

**5) Delil Konusu Yasakları:** Bunlar, konuları itibariyle delil olmaya elverişli olmayan hususlardır. Örneğin devlet memurları, sır olarak saklamak mecburiyetinde oldukları olaylar hakkında izin verilmeden tanıklık yapamazlar (CMUK m.49).

Delillerin toplanmasında ilk akla gelen ve sıkça kullanılan arama ve yakalama üzerinde genel bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

### **Aramada Anayasanın Koruduğu Alanlar ve Menfaatler**

#### **a) Mülkiyet Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği**

Günümüzde özel hayatın gizliliği mülkiyet hakkının önüne geçmiştir. Kişinin gizli tutmadığı ve kendi isteğiyle alenileştirdiği şeyler koruma kapsamında değildir. Bazı hususlar arama sayılmaz. Zabıta memurlarının gözle görebildiği, koklayarak, duyarak algıladığı şeylere müdahale etmesi, alması arama sayılmaz. Örneğin; otomobilin arka koltuğunda duran tabancanın alınması arama değildir. Girişlerdeki arama cihazlarından geçmek, uyuşturucu madde olup olmadığını tespit için çantanın köpene koklatılması arama sayılmaz. Terk edilmiş eve veya apartmanın ortak kullanılan yerlerine girmek arama sayılmaz. Şahsın terk ettiği şeyler üzerinde yapılan arama da teknik anlamda arama sayılmaz. Polisin şüphelendiği kişileri takip etmesi, şüphelinin telefonundan hangi numaraların arandığının

[4] snad edilen suç hakkında açıklama bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.

[5] üpheden kurtulması için somut delillerinin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan üphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkanı verilir.

[6] ifade verenin veya sorguya çekilenin ahsı halleri hakkında bilgi alınır.

[7] ifade veya sorgu bir tutanakla tespit edilir. Bu tutanakta;

a) ifade verme veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih,

b) ifade verme veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği,

c) ifade vermenin veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemesi sebepleri,

d) tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı,

e) müzadan imtina halinde bunun nedenleri yer alır.

**Madde 135/A** - ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve iddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz.

Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.

tespiti arama sayılmamaktadır. Zira şahıs telefonu kullanırken bunun telefon idaresi tarafından bilindiğinin farkındadır. Ancak telefon dinlenmesi için hakim iznine ihtiyaç vardır.

Arama ve yakalamada kural hakim kararı olmasıdır. Kişinin rızası hakim kararı gereğini ortadan kaldırır. Ancak bu rızanın geçerli olabilmesi için bazı hususlara uyulması gerekir.

Kişi rızasını açıklamadan önce polisin arama isteğini reddedebileceğini biliyor olması gerekir. Bu rıza yakalanmadan sonra karakolda alınmış ise bu durum müdafiiinden sorulması gerekir. Kişinin ehitim ve zeka durumu, akıl hastalığı, sarhoşluk durumu, yakalama sırasında kullanılmış olup olmadığı, aramada üstünde bulunan anahtarların evin kapısının açılmasında kullanılıp kullanılmadığı, arama rızasında tereddüt edip etmediği hususları araştırılarak aramanın hukuka uygun olup olmadığına karar verilecektir. Bu unsurlar olumsuz ise aramadaki deliller hukuka aykırıdır.

Aramada iki şart vardır. 1- Aranacak şeylerin suç ile bağlantılı olması, 2- Bu şeylerin aranacak olan yerlerde bulunduğu şüphelenilmesi.

Türk Hukukunda aramada hukuka aykırı davranan memur hakkında TCK 194 ve 272. Maddelerin uygulanması söz konusudur.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> **Madde 194** - Bir memur vazifesini suiistimal ederek veya kanunda muayyen olan usul ve şartlar haricinde olarak aharın mesken veya müteminatına girerse üç aydan üç seneye kadar ve eğer bu işin evin içini ara tırmak gibi başka keyfi bir muamele de yapacak olursa altı aydan üç seneye kadar hapis olunur.

Eğer bu fiili hususi bir maksat uğrunda irtikap etmişse ceza müddeti altıda birden üçte bir kadar artırılır.

Efradın ticaretgahları veya idarehaneleri gibi hususi mahaller usulsüz olarak arattırırsa fail iki aydan iki seneye kadar hapis olunur.

**Madde 272** - Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet

Aramayı ikiye ayırmak mümkündür.

### 1- Önleme araması

İdari kontroller (Safalık ve güvenlik tedbirlerine uyulup uyulmadığının tespiti, sınırda yapılan aramalar, ehliyet ve ruhsat kontrolleri, maçlarda ve toplantı yerlerinde yapılan arama gibi). Bu arama için hakim kararına gerek yoktur.

### 2- Adli arama

Arama kararını hakim verir. Arama kararı zamanla sınırlıdır.

Arama kararında yer, kişi ve zaman belirtilmek zorundadır.

Aranan eşya tam olarak tanımlanmalıdır.

Özel hayatın gizli alanına girilerek yapılan bilgi toplama delil olarak kullanılamaz.

Müdafinin yardımından yararlandırılmayan kişinin ifadesi, aleyhine hususlar içeriyorsa delil olarak kullanılamaz

Şüphelinin teşhis ve yer göstermede müdafilikten yararlandırılmaması hukuka aykırıdır.

CMUK 135. Maddeye uyulmaması ifadeyi ve delili hukuka aykırı hale getirir.

Bant kayıtlarının delil olarak kabul edilebilmesi için, özel hayatın gizliliğini ihlal ederek kayıt edilmemiş olmaları gerekir. Eğer kayıt, fertlerin Anayasa teminatı altında bulunan hakları ihlal edilerek yapılmışsa, hukuka aykırı bir delil sözkonusu olduğundan hükme esas alınamazlar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sistematiğinde hukuka aykırı deliller konusu, kamu otoritelerinin aşırı muamelesini önlemek amacıyla

vermişse ceza dörtte bir kadar indirileceği gibi icabına göre bütünü de kaldırılabilir.

kabul edilmiş kurallardır. Bu nedenle özel kişilerin yaptığı hukuka aykırılıklar açısından delilin geçersiz olması her zaman mümkün değildir. Ancak bunun da kolluk tarafından kötüye kullanılması ihtimali vardır. Bu nedenle çok sakınlı bir yöntem değildir. Örneğin kolluk, hukuka aykırı yollardan elde ettiği delili sırf yargılamayı etkilemek için özel kişiler aracılığıyla ortaya çıkartmaya tevessül edebilir. Bu nedenle delilin özel kişilerce elde edilmiş olması tek başına geçerliliğini sağlamaz. Hukuki kriterler burada da uygulanmalıdır.<sup>7</sup>

#### b) Delillerin Hukukili İni Sakatlayan Hususlar

**İrade serbestliği kuralının ihlali:** Tehdit, cebir, işkence, fena muamele, menfaat vaadiyle yapılan ifade almalar geçerli değildir. Zabıtaadaki ikrar delil kabul edilmemektedir. Ancak, hakim önünde yapılan ifade ve ikrarlar delil kabul edilmektedir. (CMUK 247/1) Her ne pahasına olursa olsun, gerçek ortaya çıksın anlayışı kabul edilemez. Özgür iradeye dayanmayan ifadeler, başka delillerle desteklense dahi hükme esas alınamazlar.

**Arama kurallarının ihlali:** Kişilerin evleri, özel evrakları ve eşyaları hukuka aykırı arama ve elkoymaya karşı korunmuştur. Polis delilleri toplarken hukuka aykırı davranırsa bu delillerin dosyadan çıkartılması gerekir. (CMUK 254/2) Polisin hakim izni olmadan kişinin üzerini arayabilmesi için makul şüphenin olması gerekir.

<sup>7</sup> **HAS Md: 3,5;** İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi Md:5. kenceye ve Diğer Zalimane; Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşik Milletler Sözleşmesi.

**Elkoyma kurallarının ihlali:** Elkoyma ferden mülkiyet hakkına veya mal üzerindeki zilyetliğin müdahale eden işlemlerden olduğu için, prensip olarak, önceden verilmiş hakim kararı gerekir. Bunun da bazı istisnaları vardır. Birinci istisnası "çıplak gözle görülebilme" kuralı gereği açıkta olan suç aletleri. Örneğin, arabanın arka koltuğunda açıkta duran silaha elkonulması gibi. Evin içine girmeden dışarıdan evin içeriğini izlemek ve umumi aramalarda valizin köpeklere koklatılması da istisna olarak görülmektedir. Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde de hakim kararı olmadan arama yapılabilir. Polisin kendisini koruması, meşhurların korunması, delillerin yok edilmesi tehlikesi, durumun toplum için büyük tehlike arz etmesi hallerinde gecikmede tehlike bulunduğundan kabul edilmektedir. Hakim kararına ihtiyaç duyulmasının bir istisnası ise kişinin rızasıdır.<sup>8</sup>

**Teşhis ile ilgili kuralların ihlali:** Suç faillerinin mağdur tarafından teşhis edilmesi de önemli bir aşamadır. Teşhisin mahkeme önünde yapılması esastır. Teşhiste ön önemli husus müdafinin hazır bulunmasıdır. Müdafinin olmadan yapılan teşhis geçersizdir ve dosyadan çıkartılması gerekir.

#### Yakalama ile ilgili kuralların ihlali

<sup>8</sup> İlgiliye yapılacak işlem konusunda rızası sorulurken, reddetme hakkı bulunduğundan da hatırlatılmalıdır. Polisin kapıya dayanıp içeri girdikten sonra rızasının kerhen sorulması yeterli değildir. Bu hakkı ve neticelerini ilgiliye izah etmesi, rıza göstermemesi halinde işlemi devam ettirmeyeceğini izah etmesi gerekir. Aksi takdirde yapılan işlem 135 a kapsamında değerlendirilmelidir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, uyuşturucu trafiğinin yoğun olduğu ana otoyol üzerinde rutin aramalara yapan polisin, otomatik kapıları kapatıp yolculara kimlik sorması ve arkasında bir yolculardan birinin çantasını arama konusunda rızasını sormalarını ve çantadan uyuşturucu çıkmasını manevi baskıyla yaptı ve rızanın geçersiz olduğu ekinde değerlendirilmiştir.

- a) Yakalanan kişinin haklarını ö renme hakkının ihlali,  
b) Yakalanan kişinin susma hakkının ihlali,  
c) Yakalanan kişinin isnadı ö renme hakkının ihlali,  
d) Yakalanan kişinin yakınlarına haber verme hakkının ihlali,  
e) Yakalanan kişinin Hakim önüne çıkarılma ve sorguya çekilme hakkının ihlali,  
f) Yakalanan kişinin müdafii hukuki yardımından istifade etme hakkının ihlali,

### **Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin De erlendirilmesi Sorunu**

Suç teşkil eden yöntemlerle elde edilen deliller kullanılamayacağı gibi, bu delillerden yola çıkılarak ulaşılan deliller de hükme esas alınmaması gerekir.

Konusu veya elde ediliş metodu nedeniyle yasaklanmış deliller kapsamına giren ve duruşmada de erlendirilmesi kabul edilmeyen bir delilden yola çıkılarak suçun başka bir delilinin ele geçirilmesine sebep olmuşsa bu yeni delilin durumu tartışmalıdır. Mesela: işkenceyle konuşturulan sanık, suç aleti olan tabancayı sakladığı yeri göstermiştir. Tabancanın sanık tarafından kullanıldığı şüpheye mahal vermeyecek şekilde anlaşılmıştır. Bu delil hükme esas alınacak mıdır? Anglo-Amerikan hukukunda bu delil kabul edilmezken, Kara Avrupa'sında tartışmalıdır.

Suçtan zarar gören kişi bizzat yasa dışı yollardan harekete geçerek, fail aleyhinde delil toplayıp devlete teslim ederse, bu delilin devlet tarafından kullanılıp kullanılamayacağı da tartışmalıdır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alan ve konusu bakımından elde edilmesi yasaklanan deliller, devletin kovuşturma makamlarını sınırlayan hükümlerdir. Bu nedenle, özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hüküm vermede kullanılması genellikle kabul edilmektedir. Ancak bu delil toplama esnasında, özel hayatın gizliliği temel hukuk kuralları ihlal edilmemiş olmalıdır.<sup>9</sup>

Arama ve elkoyma konusunda mevcut yasal kurallara aykırılık halinde, elde edilen delil kullanılamaz. Ancak her türlü aykırılık delili kullanılmaz hale getirmeyecektir.

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin de erlendirilip de erlendirilemeyeceği sorunu, ceza muhakemesinin en tartışmalı konularından birisidir. Ülkemizde, özellikle 1992 yılında 3842 sayılı Yasa ile CMUK'nun 254. Maddesine son fıkra olarak eklenen "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz"<sup>10</sup> şeklindeki anlatımından sonra yonun bir şekilde tartışılmaya başlanan bu konu, Amerika Birleşik Devletlerinde bir asırdan ve Kıta Avrupa'sında ise yarım asırdan fazla bir süredir tartışılmaktadır.

Ceza muhakemesinde delillerin nasıl elde edileceği kurallara bağlanmıştır. Uygulamada hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerle ilgili problemi çözmek çok kolay olmamaktadır. Bu hususta ciddi tartışmalar yapılmaktadır. Bunun tek istisnası Savaş suçlularını yargılamak üzere oluşturulan 1998 Roma Statüsü

<sup>9</sup> YEN SEY, Feridun; a.g.m., s. 158.

<sup>10</sup> **Madde 254** - Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri duru madan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder. Soru turma ve kovu turma organlarının hukuka aykırı ekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.



(Uluslararası Ceza Mahkemeleri) 69. Maddesiyle hukuka aykırı delilleri ilke olarak kabul etmiş ve istisnalarını saymıştır. Bu konudaki görüş farklılıkları bir çok teorinin de ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

## Teoriler

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin de erlendirilip de erlendirilemeyece i konusunda belli başlı üç yaklaşım biçiminin bulundu u belirtilmektedir. Bunlardan ilki ve geleneksel olanı, nasıl elde edildi ine bakılmaksızın elde edilen delillerin mutlak olarak de erlendirilmesini öngören **kesin kabul yaklaşımıdır**. İkincisi, ilk görüşün zıddı olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin **mutlak de erlendirme yasa ına** tabi olmasıdır. Üçüncüsü ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin bazı durumlarda de erlendirilmesini, bazı durumlarda de erlendirilmemesini öngören **esnek yaklaşımıdır**.

### 1. Mutlak Kabul Teorisi

Bu görüş, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin akibeti konusunda kabul edilen en eski görüştür. Bu görüş tüm delilleri kabul etmekte ve önemli olan sonuçtur yaklaşımına dayanmaktadır. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için de ışık gerekçeler ileri sürülmüştür.

**İlk gerekçe**, ceza muhakemesinin yegane amacının maddi gerçe e ulaşmak oldu u ve yargılama makamının isnat edilen suçun işlenip işlenmedi ini tam ve do ru olarak tespit edebilmesi için, nasıl elde edildi ine bakılmaksızın bütün ilgili ve faydalı delillerin kabul edilmesi gerekti idir.

**İkinci olarak**, ceza muhakemesinin konusunun isnat edilen suçun işlenip işlenmedi ini araştırmakla sınırlı oldu u ve delillerin nasıl elde edildi inin ceza muhakemesi bakımından ikincil bir uyumsuzluk teşkil etti i ve mahkemenin bu sorunla u raştırılmasının asıl sorunun çözümünü geciktirece i belirtilmektedir.

Kesin kabul yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülen **üçüncü tez de**, suçluların cezalandırılmasında kamu menfaatinin bulunması ve bu yaklaşımın toplumdaki suç olgusunu azaltaca ı düşüncesidir.

Modern hukukun geldi i bu günkü aşamada, bu anlayışı haklı çıkarmak için ileri sürülen gerekçeleri bir hukuk devletinde kabul etmek mümkün de ildir. Şüphesiz ceza muhakemesinde maddi gerçe e ulaşmak önemlidir. Ancak maddi gerçek her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir amaç de ildir ve maddi gerçe e, hukuka, insan haysiyetine saygılı olarak ulaşmak zorunludur. Ceza muhakemesi sadece maddi boyutu olan bir hukuk sistemi de il, moral boyutu da çok önemli olan bir sistemdir. Bu teori bir çok bakımdan eleştirilmiştir. Mahkemeleri hukuka aykırılı a ortak edece i, hukuka aykırılı ı meşrulaştıraca ı, halkın hukuka olan saygısını azaltaca ı ve kollu u tembelli e itece i belirtilmektedir.

### 2. Mutlak De erlendirme

#### Yasa ı Teorisi

Mutlak de erlendirme yasa ı, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmamasını ifade eder. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için de bir çok gerekçe ifade edilmiştir. Vatandaşların hukuka aykırı

eylemlere karşı güvende olamayacağı, sanığın haklarının ihlal edileceği, kollu ve gerçekçi delil aramaya zorlayacağı, hukuka saygının artacağı savunulmuştur. Buna karşılık mutlak de erlendirme yasasını öngören yaklaşıma da çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir.

**İlk olarak,** mutlak de erlendirme yasasının, sanığın mahkumiyetine yol açabilecek delillerin reddedilmesini gerektireceğinden, mahkumiyetle sonuçlanabilecek bazı davaların beraat ile sonuçlanmasına yol açacağı belirtilmiştir.

Ancak Amerika'da yapılan bir araştırmada, toplam davalar içinde sadece %1'inin de erlendirme yasasının işlemesi neticesi kaybedildiği ve bunların da çok ciddi suçlar olmadığı tespit edilmiştir. Bir çok davada hukuka aykırı deliller reddedildiği halde yine de mahkumiyet kararlarına ulaşılmıştır.

**İkinci eleştiri,** mutlak dışta tutma kuralının, delil ortaya çıktıktan, kimin suç işlediği belli olduktan sonra işleyen, sadece suçlunun lehine bir mekanizma öngördüğü şeklindedir. Hukuka aykırı bir davranışa muhatap olan masum kişiler, aleyhlerine delil ele geçirilemediği için, bu kuraldan hiçbir şekilde yararlanamamaktadırlar. Ayrıca, bu kural, suçluluğu arttıracak, halkın hukuk ve yargı sistemine olan saygı ve güvenini azaltacağı yönünde eleştirilere de uğramaktadır.<sup>11</sup>

### 3. Esnek Yaklaşım Teorisi

Bu görüşü savunanlara göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kabul edilebilirliğine

karar vermede, kabul etme ya da dışarıda tutma şeklinde sabit bir kural kabul etmek yerine, mahkemenin her davada yarışan menfaatleri gözönünde tutmak suretiyle bu iki alternatif arasında karar vermesi gerekir. Bu yaklaşım, mahkemelere açıkça takdir hakkı tanımaktadır. Ancak bu takdirin sınırlarını da kurallara bağlamak gerekir.

### Mukayeseli Hukukta Soruna Yaklaşım

#### 1- Amerikan Hukukunda (Exclusionary Rule)

Amerikan hukukunda, yukarıdaki yaklaşımlardan, genel olarak mutlak de erlendirme yasasının benimsendiği ve hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak de erlendirme dışında tutulduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu da çok katı olarak uygulanmamaktadır. Uygulamada bir çok yumuşatmalar yapılmaktadır.

Önemli bir gelişme olarak belirtmemiz gereken bir husus ise şudur: 11 Eylül süreci ile başlayan ve yukarıdaki ilkeleri hiçe sayan uygulamaları görmekteyiz. Hukukun en temel ilkelerini dahi ihlal eden uygulamaların istisnai mi yoksa, genel kabul görmüş bir yaklaşım mı olduğunu önümüzdeki dönemde daha net olarak göreceğiz. İnsanlık adına bu yeni dönem uygulamalarının geçici olmasını temenni etmek durumundayız.

#### 2- İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin de erlendirilip de erlendirilemeyeceği konusunda esnek yaklaşım benimsenmektedir.

#### 3- Alman Hukukunda

Alman hukukunda prensip olarak mutlak de erlendirme yasasının benimsendiğini söylemek mümkündür.

<sup>11</sup> Bu eleştiriler için bkz.: BIÇAK, s. 57 vd.; AFAK-BIÇAK, s. 263-264.

#### 4- İslam Hukukunda

İslam hukukunda delillerin takdiri hususunda çok farklı bir yol izlenmektedir. Hadd cezalarında şüpheli olarak karar vermek mümkün değildir. Delillerin yasal yollardan elde edilmediği konusunda gelmeden ve buna ihtiyaç olmadan önce ve sanık lehine çok ileri bir uygulama söz konusudur. Bu uygulama yukarıdaki tartışmanın önemini azaltmaktadır. Şöyle ki; hadd cezaları öncelikli olmak üzere sanığın hür irade ve rızasıyla yaptığı ikrardan dahi yargılamanın her aşamasında ve her zaman vazgeçme, dönme imkanı kabul edilmektedir. Bu durumda, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmeye alınmayacağı ortaya çıkmaktadır. Hadd cezalarındaki bu esneklik diğer cezalarda (ta'zir cezalarında) tartışmalıdır.<sup>12</sup> Bu kuralın dayanağı; Hz. Peygamberin "şüpheli mevcutken hadd cezasını tatbik etmeyiniz" hasidir.<sup>13</sup> Hatta Hz. Peygamber ve Hz. Ali önlerine gelen yargılamada suçluyu ikrarından vazgeçirmeye çalışmışlardır.<sup>14</sup>

Şüpheli, İslam hukukçuları tarafından ayrıntılı olarak ele alınmış, her türlü olasılık değerlendirilmiştir. İmam Şafii şüpheyi üçe ayırmıştır. 1- Konuda şüpheli, 2- Failde şüpheli, 3- Cihette şüpheli. Hanefi hukukçuları ise şüpheyi **Fiilde ve Konuda şüpheli** olarak iki kısımda değerlendirilmişlerdir.

İslam hukukunun temel ilkelerinde birisi de; hata yapmanın cezada hata yapmaktan daha iyi olduğuudur. Bu ilke her türlü cezalandırmada geçerlidir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi

İslam hukukunda tam olarak uygulanmaktadır.

Hz. Ömer'e atfedilen bir olay İslam hukukçularının konumuza bakışını yansıtmaktadır. Hz. Ömer tebdili kıyafetle yerleşim yerlerini dolaşırken bir evden çalgı sesleri duyar. Bunun üzerine kapıyı çalmak yerine duvarı aşarak suçüstü yapar. Adam içki alemi yapmaktadır. Hz. Ömer kendisinin cezalandırılacağını söyler. Adam da Hz. Ömer'in yaptığına daha büyük bir suç olduğunu, kendisinin de şikayetçi olacağını söyler. Bunun üzerine her iki tarafta şikayetçi olmaktan vazgeçer. Burada Hz. Ömer'in hukuka aykırı olarak elde ettiği delili kullanmadığını görüyoruz.

#### **Türk Hukukunda Yasak Sorgu Metotları (CMUK Mad-135/a)**

Delil yasakları konusunda 3842 sayılı kanunla getirilen yeniliklerden biri ifade alma ve sorgu sırasında delil elde etme yasaklarına ilişkindir.

**CMUK 135/a:** "İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz; kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez; bu suretle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez."

Buradaki kural, ifade alma ve sorguda, sanığın beyanının özgür iradesine dayanmış olmasıdır. CMUK 135/a da bu sonuç gayet açık bir şekilde ifade edilmiştir. Maddede önce kural konmuş, daha sonra da bu kurala aykırılığın sonucu açıkça gösterilmiştir. O halde burada CMUK 254/2'ye ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay bazı kararlarında CMUK 254/2

<sup>12</sup> UDEH, Abdülkadir; *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, c. 1, s. 198.

<sup>13</sup> *El-Camiu's Sa'ir*, c. 1/14.

<sup>14</sup> Buhari, Hudud 28. Müsnedü Ahmet 1/238, 255. Nesei, Sarık 5. Ebu Davut, Hudud 15.

hükmünü CMUK 135/a hükmü ile sınırlama gayreti içine girmiştir.<sup>15</sup> Daha sonra bu görüşünü de iştirmiş CMUK 254/2 hükmünü 135/a dışındaki aykırılıkların sonucu olarak görmeye başlamıştır.<sup>16</sup>

CMUK 135/a hükmü sadece işkenceyi önlemek için kabul edilen bir düzenleme değildir. Burada korunmak istenen, başta işkence olmak üzere maddede örnek olarak sayılan bazı insanlık dışı davranışlardan sanığın haysiyetini korumak, onun ceza muhakemesinde maddi gerçek aranırken bir obje haline getirilmesine engel olmaktır. Maddede örnek olarak gösterilen ve hür iradenin oluşmasına engel olduğu için yasaklanan eylem ve işlemlerin anlamını saptamak oldukça zordur. **Bedensel cebir, yakalama, zorla getirme;** muhatabından bir beyan elde etmek amacıyla vücuda yapılan acı ve ızdırap veren fiziki müdahalelerdir.

**İşkence;** bedensel cebirden farklı olarak sadece bedene değil ruhi bütünlüğe de yönelen ve sistematik bir şekilde yapılan acı ve ızdırap veren müdahalelerdir. Sanığa sövmek ve hakaret etmek de böyledir.

**Zorla ilaç vermek** suretiyle beyan elde edilmesi de yasaklanmıştır. Buna göre, ilaç vermek serbest, ancak bunu zorla yapmak yasaklanmıştır. İlaç vermenin zorla olup olmadığının ispatı son derece zordur. Bu nedenle uygulamada ağır insan hakları ihlallerine yol açabilir. Mevzuat Alman CMUK'ta zorla ibaresine yer verilmemiştir.

**Yormak veya aldatmak** suretiyle sanıktan bir beyan elde edilmesi de yasaklanmıştır. Mevzuat Alman CMUK'ta bitap düşürmek, sakatlıkla düşünemeyecek kadar yormak

anlamı kullanılmıştır. Örnek olarak; iki polis memurunun dönüşümlü olarak sanığı günlerce sorguya çekmesi gösterilebilir.

**Aldatma;** gerçekte olmayan vakaları var gibi göstererek, sanığın iradesinin hür bir şekilde oluşmasına engel olmaktır. İki şerikten birine, diğer şerikin ikrar ettiğinin söylenmesi suretiyle ikrar temin edilmesi hali buna örnek teşkil eder. Ancak bazı mevcut vakaya ve delillerin mübalaalı bir şekilde yorumlanması ve sanıktan bu şekilde beyan elde edilmesi aldatma sayılmaz.

**Bazı araçlar uygulayarak sanıktan bir beyan elde edilmesi,** de CMUK 135/a da zikredilen yasak sorgu yöntemlerindedir. Yalan makinesi, hipnotik telkinler burada ele alınmalıdır.

**Kanuna aykırı menfaat vad ederek** sanıktan beyan elde edilmesi de yasaktır. İkrar halinde cezalandırılmayacağı veya cezasının yarısından fazlasının indirileceğinin söylenmesi örnek gösterilebilir.

Burada açıklanan yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez. Kanun koyucu CMUK 254/2'ye gerek olmadan, yasak yöntemlerle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmayacağını açık bir şekilde bu maddede düzenlemiştir.

### De erlendirme Yasakları (CMUK 254/2 Mad.)

3842 sayılı Kanunla delil yasakları konusunda getirilen diğer yenilik de erlendirme yasaklarına ilişkin olup CMUK 254/2 Maddesinde düzenlenmiştir. CMUK 254/2: "Kovuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükmüne esas alınamaz."

<sup>15</sup> Yar. 4. CD. 26.9.1994, 7114 E. / 7264 K.)

<sup>16</sup> Yar. 4. CD. 23.12.1994, 8661E. / 10682 K.)

Bu düzenlemeyle takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir delil de erlendirme yetkisi yaratılmıştır. İnsan haklarını korumak amacıyla kabul edilen bu de işiklik, insan haklarını korumada yeterli olmayacaktır. Zira, dosyada muhafaza edilen sözkonusu deliller bir şekilde hükmü etkileyecektir. Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması gerekir.

Hükme esas alınamaz ifadesi kesin ve mutlaktır. Yani delil elde edilirken, bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir hukuka aykırılık yapıldığı saptandığında, bu yolla elde edilen deliller ceza muhakemesinde kesinlikle kullanılamaz, hükme esas alınamaz, alınırsa kurulan hüküm Yargıtay tarafından mutlaka bozulacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu konu ile ilgili 4.10.1993 günlü ilk karar olması nedeniyle de oldukça önemli bir kararında CMUK 254/2'yi CMUK m.135/a hükmü ile sınırlamaya çalışmıştır. 18.10.1993 tarihli ikinci kararında da aynı düşüncesini devam ettirmiştir.<sup>17</sup> Yargıtay'ın bu tutumu hukuka uygun değildir. Çünkü, CMUK 135/a ile CMUK 254/2 birbirinden müstakildir. CMUK 135/a ifade alma ve sorgu ile sınırlı bir düzenleme getirmiş, buna aykırılığın sonucu yine aynı maddede gösterilmiştir. O halde CMUK 254/2 deki mutlak delil yasa ı CMUK 135/a'nın dışında kalan durumlar içindir.

CMUK 254/2 yi incelerken kusur, suç, deliller, iddia ve savunma makamları olmak üzere dört açıdan inceleme yapılmalıdır.

### **Kusur**

<sup>17</sup> YKD Mart 1994, s.450vd.; Yar.CGK.18.10.1993, 6-236-255, YKD Mayıs1994, s.804 vd.

Tasarıda delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılık kasden yapılan hukuka aykırılıklarla sınırlandırılmışken, 3842 sayılı Kanunla delil elde edilirken yapılacak her türlü hukuka aykırılık delil yasakları ile karşılanmıştır.

### **Suç**

3842 sayılı Kanun mutlak de erlendirme yasakları bakımından suçlar açısından bir sınırlama getirmemiştir. Kabahatlerden cürümlere, para cezasını gerektirenlerden ölüm cezasını gerektirenlere, bireysel olanlardan örgütlü olanlara kadar her suç açısından de erlendirme yasakları geçerlidir. Örne in; siyasi iktidara yakınlığı ile bilinen bir iş adamının terör örgütü ile işbirliği içinde olduğu, örgüte para desteği sağladığı ileri sürülse polis bu iddiayı ciddi bulmasa da sırf dedikodulara engel olmak amacıyla işadamının evinde arama yapsa, bu sırada da söz konusu iddiayı kanıtlayan çok önemli deliller ele geçirilse fakat daha sonra hakim veya savcı hazırlmaksızın kapalı bir yerde polis tarafından yapılan bu aramada, o yer ihtiyar meclisinden iki kişinin bulundurulmadığı (CMUK97/2) anlaşılrsa bu basit hukuka aykırılık yüzünden işadamını mahkum etmek mümkün olmayacaktır.

### **Deliller**

Delil çeşitleri ve delillerin dolaylı ve doğrudan doğruya elde edilmesi bakımından inceleme yapmak gerekir.

### **Delillerin Çeşitleri Bakımından**

3842 sayılı Kanun hukuka aykırı olarak elde edilen deliller

bakımından hiçbir sınırlama getirmemiş, yalnızca ikrar, tanık beyanı gibi delillerden söz etmemiş, "deliller" ibaresine yer vermiştir. O halde, hukuka aykırı elde edilen belirtiler dahi ceza muhakemesinde kullanılmayacak, hükme esas alınmayacaktır.

#### **Delil Yasaklarının Uzak Etkisi Bakımından**

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'na göre hukuka aykırı delillerin elde edilmişlerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olmasının hiçbir önemi yoktur. Önemli olan delil elde edilirken herhangi bir şekilde hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır. Örneğin; işkence ile bir ikrar elde edilmiş; bu ikrar sayesinde de suç aleti veya başkaca deliller ele geçirilmiş ise bu deliller hukuka aykırı bir yöntemle elde edildiklerinden ceza muhakemelerinde kullanılabilmeleleri mümkün olamayacaktır.

İfadeler dışında kalan delillerin, yani maddi delillerin, ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, burada delil yasaklarının dolaylı etkisinin bulunmadığı ileri sürülebilir. Örneğin sanık işkence edilerek bir ikrar elde edilse ve bu sırada sanık suç aletinin yerini gösterse, bu delil uzak etkiyi kabul etmeyenlere göre ceza muhakemesinde kullanılabilir. Bunun kabul edilmesi bir hukuk devletinde mümkün değildir. Zehirli meyveler de zehirli olur ibaresi bunu en güzel şekilde açıklamaktadır. Bunun aksini ileri sürmek insan hakları ihlallerine yol açabilecek muamelelerin dolaylı olarak kabul edilmesi anlamına gelir, böyle bir sonucu da kimse kabul edemez.

Acaba CMUK 135/a hükmü ihlal edilerek elde edilen bir delil başlangıç şüphesine konu teşkil edebilir mi? Örneğin; sanık işkence yapıldığı sırada başka bir suç daha işlemiş oldu u

ö renilirse, ortaya çıkan başlangıç şüphesine göre hazırlık soruşturması yapılabilir mi? Burada sorun delil yasaklarının uzak etkisi ile ilgilidir. İşkence, mutlak delil yasaına yol açan sorgu yöntemlerinden biridir bu yolla elde edilen deliller hiçbir muhakemede kullanılmaz.<sup>18</sup>

Bizim de imzalayıp onaylayarak yürürlüğe soktuğumuz işkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muameleye Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin<sup>19</sup> 15. Maddesine göre;

*İşkence ile elde edilen delil, işkenceci aleyhinde yapılan hariç, hiçbir muhakemede kullanılmaz. CMUK 135/a hükmü de gayet açıktır. Maddede hükme esas alınamaz veya ceza muhakemesinde kullanılamaz ibareleri ile yetinilmeyip delil olarak kullanılamaz denilmektedir. O halde bu gibi deliller başlangıç şüphesine de temel olamazlar.*

#### **İddia ve Savunma Makamları Bakımından**

CMUK 254/2 hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin iddia ve savunma makamlarının lehlerine veya aleyhlerine olup olmadığına da bakılmış değildir.

#### **Hukuka Aykırılık Kavramı**

<sup>18</sup> **TCK Madde 243** - (Değişik fıkra: 26/08/1999-4449/1 md.) (\*\*) Bir kimseye cürümlerini söyletmek, ma durun, ahsı davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanının olayları bildirmesini engellemek, ikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut ikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir. Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddede göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

<sup>19</sup> Bu sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1984 tarihinde 39/46 no'lu kararı ile kabul edilmiştir. Türkiye bu sözleşmeye 1988 yılında katılmıştır (RG. 10.08.1988, s.19895).



Hukuka aykırılık; Hukuk devleti ilkesine uygun olarak hazırlanmış anayasa, milletlerarası anlaşmalar ve bunlara uygun olarak çıkarılmış olan kanunlarla düzenlenen haklara aykırılıktır. Hukuka aykırılık kavramı ile kanuna aykırılık kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Çünkü hukuka aykırılıkta hak ihlali söz konusudur. Haklar mutlak ve nispi haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Delil yasakları bakımından da mutlak ve nispi delil yasakları söz konusu olur. Mutlak delil yasakları şunlardır:

a) İşkence, yani sanı ın kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması insan haysiyetine aykırıdır. (AY m.38/5, İHEB m.5, 7, 10, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.14/3g, CMUK m.135/a, TCK m.243) İşkencenin derecesinin hiçbir önemi yoktur. İşkencenin tatbiki yeterlidir.

b) Bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması da insan haysiyetine aykırıdır. Anayasamıza göre, hiç kimse kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolla delil göstermeye zorlanamaz. (AY m.38/5, MvSHS m.14/3g).

c) Sanı a, kendisi ile ilk temasa geçen yetkili polis, savcı, jandarma vs. tarafından bazı haklarının özellikle de susma hakkının oldu unun hiç bildirilmemesi suretiyle konuşmasının sa lanması da insan haysiyetine aykırıdır.

d) Hayatın gizli alanına yapılan müdahaleler de insan haysiyetinin do rudan ihlalidir.<sup>20</sup>

e) Bunların dışında kalan durumlarda kamu yararı bakımından bir de erlendirme yapılır. Kamu yararı da iki temel kriter esas alınarak de erlendirilir. Bunlar hakkın niteliksel üstünlü ü ve

sayısal üstünlük. Bunların bulunması halinde hak ihlali olmasına ra men elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılacaktır.

Yargıtay'a göre bir delilin hukuka aykırı elde edilmiş olması, onun her zaman kullanılmasına engel teşkil etmez. Hakim burada bakacaktır. Böyle bir delil hüküm kurulurken kullanılmamış ise sırf böyle bir delil elde diye o hükmün tesisine kadar yapılan ceza muhakemesi işlemleri yok sayılamayacaktır. Veya böyle bir delil hükme esas alınmış olup da hükmü etkileme gücünden yoksun ise hukuka aykırı olarak elde edilen delil hükmün kurulmasına engel olmayacaktır. Mutlak delil yasakları söz konusu ise, örne in sanı a işkence edilerek bir delil elde edilmişse bu delil sonucu ister etkilesin ister etkilemesin hükmün bozulması için yeterlidir. Nispi delil yasakları söz konusu ise o takdirde bir de erlendirme yapılmalıdır. Hakim somut olayın özellikleri, eldeki delilleri ve hayat tecrübelerini dikkate alarak sonuca ulaşmaya çalışacak, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin akıbetini delil yasaklarının esaslarını göz önünde bulundurarak belirleyecektir.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Y:CGK, 10.12.1990, 6-257/335 "Savcılık veya kolluktaki ikrarı içeren tutanaklar duru mada kanıt olarak okunamaz. Dolayısıyla kanıt olarak hükme esas alınmaz. Kaldı ki duru ma sırasındaki ikrarın bile tek ba ına kesin kanıt oldu u kabul edilemez...duru madaki ikrarın da ba kaca yan kanıtlarla desteklenmesi gerekir" (YKD, Mart 1991, C:XVII, sy.3, s.420 vd.);

Y.CGK, 17.4.1989, 1-90/144 "...baskıya dayalı oldu u konusunda ku ku bulunmayan ve devamlılık arzetmeyen ikrar ve bu nitelikteki ehadete dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır (oybirli i ile)" (nak. ahin, s.256);

Y.CGK, 16.2.1987, 6-271/50 "Bir ikrarın sanık aleyhine delil olabilmesi için bunun serbest irade mahsulü olması, hakim huzurunda yapılması, soru turma a amasında geri alınmaması ve yan delillerle de do rulanması gerekir" (nak. ahin, s.262).

Y.CGK, 5.12.1988, 6-424/506 "Hiçbir yan delille desteklenip do rulanmayan ve baskıya dayalı oldu u bildirilerek sonradan geri alınan polis a amasındaki ikrarından ba ka kesin ve inandırıcı deliller

<sup>20</sup> Karlsruhe Kommentar, s.136 a no.42

## Delil Yasakları Davası

Hakim bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilip edilmedi ini resen inceleyecektir. Hakim hukuka aykırılı ın farkına varırsa delili ya hukuka uygun sayar ya da saymaz. Bu durumlarda iddia ve savunma makamları delil yasakları davası açabilirler. Dava asıl uyumsuzlu ı yargılayan mahkemede açılır. Tali bir davadır.

### Hukuka Aykırı Delilin Dosyadan Çıkarılması

Delil yasakları davasının sonucunda delilin hukuka aykırı yollardan elde edildi i ve hak ihlallerine de yol açtı ı tespit edildi inde bu delilin dosyadan çıkarılıp çıkarılmayaca ına karar verilmesi tartışmalı bir konudur.

Birinci görüşe göre; hukuka aykırı yollardan elde edildi i tespit edilen delil dosyadan çıkarılmalıdır, çıkarılmazsa hakimi etkileyebilir. Çünkü hakim

bunu bilinç altında muhafaza edebilir, hüküm verirken de bunun etkisinde kalabilir.

İkinci fikre göre ise; delilin dosyadan çıkarılması kesinlikle mümkün de ildir. Delil yasakları davası üzerine hukuka aykırı oldu una karar verilen delilin gerçekten hukuka aykırı olup olmadı ının denetimi şarttır. Delil dosyadan çıkarılacak olursa denetim sa lanamaz. Denetimin yapılamaması keyfili e yol açar. Hukuk devletinde ise keyfili e yer yoktur. Delilin bir müddet sonra adli hata nedeniyle bu şekilde nitelendi i ortaya çıkabilir. Maddi gerçe i, insan haklarını ihlal etmeden arayan bir ceza muhakemesinde hiçbir delil dosyadan çıkarılamaz. Bu delilin dosyada kalması hakimi etkilememelidir. Bu kadar kolay etkilenen bir hakimin genel olarak tarafsız ve ba ımsız davranabilmesi imkansız olur. Hakimi etkiler iddiasının engellenebilmesi için delil dava dosyasında fakat ayrı bir zarfın içinde muhafaza edilebilir.

### Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Deliller

Özel kişilerin hukuka aykırı yollardan delil elde etmeleri, mesela bir belge çalıp bunu yetkili makamlara vermeleri halinde bu deliller kural olarak de erlendirilecektir. Çünkü kanun delil yasaklarını kovuşturma makamları için öngörmüştür. Demokratik toplumlarda vatandaş hürdür, kanunla yasaklanmayan her türlü davranış onun için serbesttir. Ancak, insan haklarına yapılan a ır müdahaleler bunun istisnasını teşkil eder. Ceza kovuşturma organlarının delil yasaklarını bertaraf etmek için amaçlı olarak özel kişileri kullanmaları durumunda bunlar tarafından elde edilen deliller de erlendirilecektir. Alman Yargıtay'ı, özel kişinin, sanı ın sözlerini gizlice banda alması

bulunmadı ı halde...mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır" (nak. ahin, s.257).

Örne in Erzincan 2 No'lu Sıkıyönetim Mahkemesinin 4.9.1984 tarih ve E.1984/107, K.1984/375 sayılı kararında u ifadeler yer almaktadır: "Bir an için i kence yapıldı ı kabul edilse bile, i kence sanıktan (do ru cevap almak) için yapılmaktadır. E er do ru olmayan, uydurma cevaplar verilirse, i kencenin gayesi (do ru cevap almak) oldu una göre, i kence daha da arttırılacaktır. O halde bu durumun sanıklarca da bilinmesi tabii oldu una göre, bu önermenin mantıki sonucu, i kenceye maruz kalanın do ru cevap vermesidir. Aksi takdirde i kenceye arttırılarak devam edilecektir. Öyleyse, ifadelerin i kence altında alındı ı sabit bile görölse, ifadenin gerçek dı ı oldu unu, itibar edilemeyece ini ortaya koymaz. u halde i kence ayrı, i kence sonucu verilen ifadelerin do rulu u ayrı eylerdir (Bülent TANÖR, *Türkiye'nin nsan Hakları Sorunu*, 3. baskı, stanbul, 1994, s. 27-28).

Askeri Yargıtay'da vermi oldu u kararlarda; "E er baskı ile temin edilen itiraflar ve ifadeler hakikat ise, bu ifadelerin baskı neticesi temin edilmi olması hükümsüzlü ünü gerektirmeyecektir", "...ikrarın elde edili inde i kence yapıldı ı (do rulansa bile), bu tür davranı lar görevlilerin sorumlulu unu gerektiren ayrı bir husus olaca ndan, e er ikrar ba ka yan deliller ve maddi olaylarla teyid ediliyorsa, bunun de erlendirilip hükme dayanak yapılmasında hukuki bir sakınca bulunmamaktadır" (bkz.: TANÖR, s. 28).

halinde bu tür delillerin de erlendirilmesini insan haklarının ihlali olarak görmüştür.

İnsan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yönü vardır. Özel yönün de hayatın gizli alanı ve özel hayat olmak üzere iki şekli vardır. Hayatın gizli alanı mutlak surette korunurken, özel hayat nispi olarak korunur. Hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendiren alandır. Din ve vicdan hürriyeti, düşünce hürriyeti gibi. Özel hayat, yakınlarımızla olan ilişkilerimizdir. Bu da nispi olarak korunur. Özel hayat ihlal edilerek bir delil elde edilmişse ve hüküm kurmak için de bu delilin mutlaka kullanılması gerekiyorsa kamu yararı açısından bir de erlendirme yapılır. Kamu yararı varsa kullanılır, yoksa kullanılmaz. Bu de erlendirmede iki kriterden yararlanır. Hakkın niteliksel üstünlüğü ve sayısal üstünlük kriterleridir. Örneğin; kavşaktaki trafik lambası gideceğiniz istikamet için yeşil yansa dahi, gelen ambulansa yol vermeniz sebebi, ambulansın içindeki hastanın hakkının yani yaşama hakkının yolu kullanma hakkınızdan niteliksel olarak üstün olmasıdır.

#### **Bilirkişilik ve Delil Yasakları**

Bilirkişi, delilleri de erlendirme vasıtasıdır. Ancak bu durum bazı hallerde bilirkişinin delil elde etme aracı olmasına engel değildir. Örneğin, otopsi yapan bilirkişi delil aracı durumundadır. Bu gibi hallerde delil yasakları burada da geçerli olacaktır.

#### **Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Delil Yasakları**

Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununda hüküm bulunmayan hallerde CMUK uygulanır; mahkeme CMUK

hükümlerine göre yapılır. O halde bu mahkemenin yetkisine giren işlerde de başta işkence olmak üzere hukuka aykırı şekilde delil toplamak yasaklanmıştır.

#### **Türk Yargılamasından Bazı Karar Örnekleri**

##### **1- CGK 1993/6-50 E ve 5.4.1993 Tarihli kararı:**

Polisteki ikrarları başka bir delille de rulanmayan ve karakolda işkence gördüklerini iddia edip ve vücutlarında cebir izlerine rastlanmayan sanıkların, geçen olayların tutanakları ile de rulan deliller yasa dışı örgüt üyesi olduklarını ispat eder.

##### **2- CGK 1994/9-184 E ve 3.10.1994 Tarihli kararı**

Baskıya dayalı olmadığı tıbbi raporlarla anlaşılan, kolluktaki suçu işlediğine ilişkin ifadeleri ve el konulan PKK'nın da kadrosu için hazırlanmış kamuflej elbiseleri ve dosya kapsamına göre suç sübuta ermiştir. Beraat kararı verilmesi isabetsizdir.

##### **3- CGK 1993/6-192 E, 4.10.1993 Tarihli kararı**

CMUK 135 a maddeye göre beyan özgür iradeye dayanmalıdır. Yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler ceza olsa dahi de erlendirilemez. Sanıklar ikrarlarının baskıya dayalı olduğunu ileri sürmekte ve bu savunmaları adli tıp raporu ile de rulanmaktadır. Suçu işlediklerine dair başka yeni delil yoktur. Suç sübuta ermemiştir.

##### **4- CGK 1991/1-301 E ve 2.12.1992 tarihli kararı.**

##### **5- CGK 1990-1-139 E ve 4.6.1990 Tarihli kararı.**

##### **6- 8.CD 1994/8991 E ve 12.10.1994 Tarihli kararı.**

Yukarıdaki kararlar aynı mahiyette

#### 7- Askeri Yar. Daireler Kurulu

CMUK 135/a maddesindeki aldatma unsuru, mevzuat hakkında hiçbir bilgisi olmayan bir kişinin durumdan endişe ederek telkinlerini kabul edebileceği düşünülerek ifadenin delil olarak kabul edilmemesi gerekir.

#### 8- CGK 1990/6-257 E ve 10.12.1990 tarihli kararı

Duruşmadaki ikrarın başka yan delillerle desteklenmesi gerekir. Hazırlık soruşturması sırasında alınan ve suçu işlediğine ilişkin beyanın 15 yaşından küçük olan sanığın polis korkusuna dayalı olduğu kabul edilmelidir.

Bu kararlardan şu sonuca varabiliriz:

Türk Yargıtay'ı işkence iddialarını dolayısıyla hukuka aykırı delil iddialarını çok inandırıcı bir şekilde, örneğin doktor raporu ile, ispatını aramaktadır. Aksi halde sanık beyanlarını kabul etmemektedir.

Bir başka husus ise Yargıtay'ın bazı siyasi içerikli davalarda, hukuka aykırı delil iddialarını görmezlikten gelerek uygulanmasına ve hüküm verilmesine rıza gösterdiği görülmektedir. Yargıtay'ın siyasetin baskısı altında kaldığı iddialarını gündeme getiren bu uygulamaların istisnalarla sınırlı kalmasını temenni ediyoruz. (Sincan Davası)

#### Çözüm Önerileri

İşkence ile delil elde edilmesi hukuka aykırı bir yöntemdir. Bu yolla elde edilen deliller mahkemede hüküm verirken kullanılamayacaktır. Hukuka aykırı yöntemlere suçluluğu ispat edilen bir kişinin serbest kalması, toplumda yaşayan milyonlarca

ferdin polisin aşırı muamelesine maruz kalmasından daha iyidir.

- İşkence dışında kalan hallerde, ilk delil hukuka aykırı olsa bile, bu hukuka aykırı delil vasıtasıyla elde edilen diğer delillere, devlet kendi araç ve imkanları ile ulaşabilecekse bu de erlendirme dışı tutulmamalıdır.

- Hukuka aykırı delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı daha hazırlık aşamasında iken ve esas mahkemede dava görülürken tespit edilmeli ve dosyadan çıkarılması istenebilmelidir. Temyiz aşamasına kalmamalıdır.

- Kolluk delil toplanması konusunda eleştirilmelidir.

- Hukuka aykırı deliller aynı zamanda bir suçun unsurlarını da oluşturmaktadır. Müessir fiil, görevin kötüye kullanılması vb. Kolluk kuvvetlerinin suç oluşturan eylemlerinin cezalandırılmasında ihmal gösterilmemesi gerekir.

- Hukuka aykırı olan delillerin dosyadan çıkarılması hususunda tali bir ceza davası açılması için yasal düzenleme yapılmalıdır.

- Delil dosyadan çıkarıldıktan sonra dosya yeni bir hakime verilmelidir.

- Telefon dinleme, video ve ses kayıtlarının delil niteliği kanunla ve istismara geçit vermeyecek şekilde açıkça düzenlenmelidir. Bu mutlaka hakim kararına bağlanmalıdır. Hakim kararı süresiz olmamalı, yer tarih ve kişi bakımından belirlemeler yapılmalıdır. Dinlemeye katılacak görevliler belirlenmeli, bant alınacak konuşmalar için başı ve sonu belirlenmiş kasetler görevlilere teslim edilmeli ve kasetler montajlara karşı bilirkişilerce incelenmelidir. Özel hayatın gizliliği ve temel hak ve özgürlükler konusundaki standartlara uyulmalıdır.

- Mevcut kanunları hukukun genel ilkelerine ve idesine uygun yorumlamanın ve uygulamanın peşinde olmak gerekir. Hukuka aykırı delilleri hiçbir şekilde kabul etmemek gerekir.

- Sanığın avukata başvurması zorunlu hale getirilmelidir.

- Kolluk kuvvetlerinin topladıkları delillerin mahkemenin yargılama aşamasında ne oranda hükme esas alındığı, hangi eksiklikler nedeniyle işleme tabii tutulmadığı, yargılama sonunda Cumhuriyet Savcılarının tarafından ilgili kolluk kuvvetlerine bildirilmeli, suç unsuru taşıyanlar hakkında ise kovuşturma yapılmalıdır.

- Devletin tazminat ödemek zorunda kaldığı ve kolluk açısından suç teşkil eden hususlarda memura rücu edilmeli, bu konuda yasal düzenleme yapılmalıdır.

- Savcının kamu davası açabilmesi için, toplanan delillerin kamu davasının açılması için yeterli olması gerekir (CMUK m.163). Savcı önüne gelen her olayı Mahkemeye sevk yerine yetki ve inisiyatifini kullanarak delillerin dava açmaya yeterli olup olmadığını incelemelidir.

- Yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller, ne ceza muhakemesinde ne de başka bir muhakemede kullanılamamalı, kullanılması halinde bu mutlak bir temyiz sebebi teşkil etmesi ve hüküm mutlak surette bozulması hususunda Mahkemelerin titiz davranması gerekir.

Değerlendirme yasası konusunda ceza muhakemesi hukukumuzda mevcut olan bu düzenlemeler uygulamaya taşındığı ölçüde, ceza muhakemesinin hukuka aykırılıklardan büyük ölçüde arındırılabilmesini belirtmeliyiz.

## Kaynaklar

BIÇAK, Vahit, *İnsan Hakları İhlallerinde Yönelimler: Baskıdan Hileye*, Liberal Düşünce Dergisi, C. 4, s.15, Yaz 1999.

—; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: 1999

DEMİRBAŞ, Timur; *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İzmir: 1996.

HUKUKA AYKIRI DELİLLER, Sempozyum, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Barosu Başkanlığı ve Marmara Üniversitesi Rektörlüğü 1995 İstanbul, İstanbul: 1996.

KAYMAZ, Seydi; *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Seçkin Yayınevi, Ankara: 1997.

KOCA, Mahmut; *Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul: 1998.

ÖZTÜRK, Bahri; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: 2000.

UDEH Abdulkadir; *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, Rehber Yayınları, İstanbul, C. 1, 2, 3, 4.

YENİSEY, Feridun; *Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller*, yayımlandığı yer; Savaş-Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C. I, Ankara 1995.







# Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları

Hatice AKINCI<sup>(\*)</sup>



## Giriş

Türk Ceza Hukuku çerçevesinde sosyal düzeni korumak adına geliştirilen yaptırımların pek çok yönden eksiklik taşıdığı aşikardır. Karamsar bir nitelik taşısa da bu tespiti, hukukun adaleti gerçekleştirici objektif perspektifi doğrulamaktadır. Bu bağlamda sözkonusu eksiklikleri giderme imkanından kısmen yoksun olsak da en azından bu eksikliklerin konularını ve niteliklerini belirlemek önem taşımaktadır. Özellikle, hayatımızı kontrol altına almasına izin verdi imiz teknolojinin kötüye kullanılmasını ve sosyal düzeni bozucu etkilerini bertaraf etmek için geliştirilen yaptırımların bu duruşla analiz edilmesi gereklidir. İfade etti imiz gerekliliği elimizden geldi ince yerine getirmek üzere Türk Ceza Kanunu dahilinde düzenlenmiş olan bilişim suçlarını inceleme konusu yapmış bulunuyoruz.

Bilişim suçları TCK'da "cürümler" başlığıyla anılan İkinci Kitabın, 11. ve son Babında "Bilişim Alanında Suçlar" adı altında dört maddeden oluşan bir düzenlemeyle ele alınmıştır. Bu dört maddenin içeriği özetle şu şekildedir:

- Sistemde yer alan veriyi hukuka aykırı olarak elde etmek, örenmek (TCK 525a/1).

- Başkasına zarar vermek için sistemde bulunan verileri kullanmak, nakletmek, ço altmak (TCK 525a/2).

- Başkasına zarar vermek veya kendisine ya da başkasına yarar sa lamak maksadıyla sistemi veya unsurlarını tahrip etmek, de iştirmek, silmek, sistemin işlemesine engel olmak ve yanlış biçimde işlemesini sa lamak (TCK 525b/1).

- Sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sa lamak, dolandırıcılık (TCK 525b/2).

- Sistemi kullanarak sahtecilik (TCK 525c).

- Fer'i cezalar (TCK 525d).<sup>1</sup>

Çalışmamızda sözkonusu hükümleri kolaylık sa laması açısından fıkralar halinde analiz edece iz. Her suç tipinin maddi unsurunu, tipiklik unsurunu, suç tipiyle korunan hukuki yararı ve suç tipinin manevi unsurunu sırasıyla inceledikten sonra suç sayılan fiilin müeyyidesini açıklama konusu yapaca ız.

## TCK 525a Maddesi

TCK 525a (Bilgisayar programını vs. ele geçirme, ço altma):

<sup>(\*)</sup> Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> ÖZEL, Cevat; *Bilişim Suçları ile İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, İstanbul Barosu Dergisi, c. 75, sayı 7-8-8, s. 859-860.

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya di er herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bir milyon liradan on beş milyon liraya kadar a ır para cezası verilir.

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemde yer alan bir programı, verileri veya di er herhangi bir unsuru, başkasına zarar vermek üzere kullanan, nakleden veya ço altan kimseye de yukarıdaki fıkrada yazılı ceza verilir.

TCK 525a Maddesinin 1. ve 2. Fıkralarında yapılan düzenlemeyle, iki ayrı suç tipi oluşturulmuştur. 1. Fıkroda, "verileri otomatik işleme tabi tutmuş sistemde yer alan program, veri veya di er herhangi bir unsurun hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi", 2. Fıkroda ise "sistemde yer alan bir program, veri veya di er herhangi bir unsur"un başkasına zarar vermek üzere kullanılması, nakledilmesi veya ço altılması yaptırımı tabi tutulmuştur.<sup>2</sup>

## 1. Fail ve Ma dur

TCK 525a Maddesinde, "sistemdeki program, veri veya di er herhangi bir unsuru ele geçiren kişi" ya da bunları başkası zararına "kullanan, nakleden, ço altan" kişi faildir. Hükümde failin herhangi bir sıfat veya niteli e sahip olması şartı öngörülmemiştir.<sup>3</sup> Ancak, özellikle "ele geçirme" fiilini gerçekleştirmek için failin bazı teknik bilgilere gereksinim duyacağı muhakkaktır.

<sup>2</sup> DÖNMEZER, Sulhi; *Ki ilere ve Mala Kar ı Cürümler*, Beta Basım, 15. bası, stanbul 1994, s. 526-527.

<sup>3</sup> TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; *Uygulamada ve Ö retide Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Bili im Alanında Suçlar*, Adil yayıncılık, Ankara, 1999, s. 1112.

Di er taraftan bu maddede suç sayılan fiiller, bir mesle in icrası sırasında veya icra dolayısıyla işlendi i takdirde TCK 525d Maddesinde öngörülen a ırılaştırıcı sebep gerçekleşecek ve failin cezası artırılabilecektir. Bu ba lamda, TCK 525d Maddesinin 525a Maddesi içerisinde uygulanabilmesi açısından failin sıfatı ve niteli i önem kazanacaktır.<sup>4</sup>

TCK 525a Maddesinin 1. Fıkrası açısından ma dur "ele geçirilen program, veri veya di er unsurlar"ın sahibidir. Madde metninden açıkça bu sonuç elde edilmektedir. 2. Fıkradaki suç açısından ise "program, veri veya di er unsurlar"ın başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması, ço altılması veya nakledilmesi söz konusu oldu undan bu fiilden kim zarar gördüyse o kişi ma dur olarak belirlenecektir.<sup>5</sup>

## 2. TCK 525a/1

Madde hakkında yapılacak açıklamaların anlaşılır olmasını sa lamak açısından tipiklik unsuru ve korunan hukuki yarardan bahsetmeden önce, suçun maddi unsuru hakkında açıklama yapmak kanaatimizce isabetli olacaktır.

### a. Suçun Maddi Unsurları

#### Suçun Maddi Konusu

Bu hükümde suç olarak düzenlenen fiilin maddi konusunu programlar, veriler veya di er unsurlar oluşturmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, TCK 525a Maddesi açısından "di er unsurlar" terimi kanaatimizce yerinde de ildir. Çünkü "veri" terimi, hükmün maddi konusu bakımından tüm unsurları kapsayıcıdır. Bu hükümde, program veya di er unsurlardan bahsetmek yerine sadece "veri" kelimesinin

<sup>4</sup> YAZICIO LU, R. Y.; *Bilgisayar Suçları*, Alfa Yayınevi, 1. bası, stanbul 1997, s. 230-231.

<sup>5</sup> YAZICIO LU, R. Y.; a.g.e., s. 232.

kullanılması yeterli olacaktır. TCK 525a/1'de program, veri veya diğer unsurların, verileri otomatik işleme tabi tutan sistemden ele geçirilmesinden bahsedilmektedir. O halde sistem içinde yer alan verilerin ele geçirilmesi bakımından kanun hükmü açıktır. Ancak, söz konusu veriler, sistem aracılığıyla sistemin başka bir unsuruna (disket, CD vs.) aktarılmışsa, bu unsur, suçun maddi konusunu teşkil edebilecek midir? Bir başka deyişle, fail bir veriye ulaşmak amacıyla bu verinin bulunduğu disketi ele geçirdi inde, bu fiil TCK 525a/1 hükmü kapsamına girecek midir?

Bazı yazarlara göre verilerin özellikle disket veya CD gibi bilgisayara ait elemanların elde edilmesi sonucu ele geçirilmesi durumunda, disket veya CD sistemden ayrı bir parça oldu u için, durum TCK 525a/1'e göre de erlendirilmeyecek, bunun yanında disket veya CD'de yer alan program veya veri elektromanyetik bir ortamda bulundu u ve soyut bir olgu oldu u için taşınabilir bir mal teşkil etmedi inden, mal aleyhine işlenen suçlardan herhangi biri de oluşmayacaktır. Ancak, amaca uygun yorum yapılmak suretiyle kanunkoyucunun sistemin diğer elemanlarını da korumak istedi i düşünülerek durum TCK 525a/1 Maddesi içerisinde de erlendirilecektir. Disket veya CD'nin içerisindeki bilgilerden yararlanmak kastıyla disket veya CD'nin ele geçirilmesi durumunda mal aleyhine işlenen bir suç oluşmayacağı görüşüne katılmaktayız. Veriler bilişim ortamında duyu organıyla algılanabildikleri ve kaydedildikleri diskte fiziki bir alan kapladıkları için soyut olmasalar bile, elektromanyetik ortamda buldukları için taşınabilir mal olarak sınıflandırılmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun ilgili

maddelerde özel düzenlemeler yapması gerekti i kanaatindeyiz. Diğer taraftan, disket, CD gibi unsurların sistemin bir uzantısı, bilişim sisteminin bir parçası oldu unu kabul etmekte ve sisteme ait bu elemanlarda yer alan bilgilerin ele geçirilmesi durumunda şüphesiz failin TCK 525a/1 hükmüne göre sorumlu olacağı düşüncesindeyiz.<sup>6</sup>

#### Hareket

TCK 525a/1 Maddesinde suçun icra hareketi "ele geçirme"dir. Ancak, ele geçirmenin niteli i hakkında bazı tereddütler söz konusudur.<sup>7</sup>

Verileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistem içerisindeki verilerin lafzi anlamda ele geçirilmesi yani bunlara sahip olunması için failin fiili hakimiyeti altına girmesi gereklidir.<sup>8</sup> Bu durumda, yukarıda bahsedildi i gibi sistemde yer alan verilerin aktarılmış oldu u elemanların elde edilmesi sonucu bunlar ele geçirilmiş olacaktır. Ancak, sisteme erişim sağlayıp verilere ulaşan failin, ele geçirmiş sayılması için nakletmek veya kopyalamak suretiyle bunlara sahip olması şartı aranacak mıdır? Bu konuda genel görüş, veriye ulaşıldı ı, kavuşuldu u zaman suçun oluşacağı yönündedir<sup>9</sup> Veriye ulaşılması veya verinin ö renilmesi durumunda fail TCK 525a/1'den sorumlu olacaktır. Ayrıca, suçun oluşumu bakımından da veriyi somut olarak ele geçirmiş olma şartı

<sup>6</sup> YAZICIO LU, R. Yılmaz; a.g.e., s. 237.

<sup>7</sup> YÜCEL, M. T.; *Bilişim Suçları*, Ankara Barosu Dergisi, yıl 49, sayı 4, s. 510.

<sup>8</sup> YAZICIO LU, R. Yılmaz; a.g.e., s. 236.

<sup>9</sup> ÖNDER, A.; *Ahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 507; MALKOÇ, .; *Uygulamada Türk Ceza Kanun Özel Hükümler*, c. 4, Adil Yayınevi, 1. bası, Ankara, s. 4753; MALKOÇ, .; GÜLER, M.; *Açıklamalı Çıttatlı Türk Ceza Kanunu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 1257.

aranmayacaktır. Diğer taraftan, ulaşılmış olan verinin ele geçirme kastıyla nakledilmesi veya kopyalanması durumunda da TCK 525a/1 hükmündeki suç gerçekleşmiş olacaktır. Failin böyle bir hareket sonucunda TCK 525a/2 hükmünden sorumlu tutulacağı yönünde fikirler bulunsa da, bu görüşe katılmamaktayız.<sup>10</sup> Çünkü failin bu hükümden sorumlu tutulabilmesi için ele geçirdiği veya örendiği bilgileri "başkasına zarar verme" özel kastıyla kullanması, çoaltması veya nakletmesi gereklidir. Kasıtlı olarak yapılan bu ayırım suçun oluşumu ve suç sayısı bakımından önem taşımaktadır.

Konuyla ilgili başka bir nokta ise sistemdeki bir verinin uzaktan ele geçirilmesiyle ilgilidir. Yukarıda da izah ettiğimiz gibi, teknolojinin hızla gelişmesi sonucu sisteme veya sistem aına girişler kolaylaşmış, sistemde bulunan verilerin uzaktan izlenebilme ve algılanabilmesi imkânı doğmuştur. Örnekte genel görüş, isabetli biçimde, bu durumlarda TCK 525a/1 hükmünün uygulanacağı yönündedir.<sup>11</sup> "Ele geçirme" hareketiyle ilgili olarak, açıklık kavuşmamış önemli bir nokta ise kişinin sadece sisteme veya sistem aına erişim sağlaması durumunda TCK 525a/1 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konusudur.<sup>12</sup> Doktrinde bazı yazarlar, sisteme yetkisiz girişin suç olarak kesinlik kazanmadığı görüşündedirler. Kanaatimizce, bu noktada kişinin kastına göre bir ayırım yapılması gereklidir. Diğer kişinin kastı sistemde bulunan bir veriyi ele geçirmekse, ancak elinde olmayan sebeplerle sisteme erişim sağlamak için başladığı icra hareketleri yarıda kaldıysa,

<sup>10</sup> YAZICIO LU, R. Yılmaz; s. 236.

<sup>11</sup> ÖNDER, Ayhan; s. 50; MALKOÇ, .; s. 1257; aksi görüş için bkz.: MALKOÇ, . /GÜLER, M.; c. 4, s. 4753.

<sup>12</sup> YAZICIO LU, R. Yılmaz; a.g.e., s. 237-238.

eksik teşebbüs söz konusu olacaktır.<sup>13</sup> Fakat, kişinin kastı sadece sisteme erişim sağlamaksa, verileri ele geçirme kastıyla hareket etmiyorsa, bu durumda sisteme erişim sağlaması durumunda tipik hareket oluşmuş sayılmayacaktır. Çünkü, kanun açıkça program, veri veya diğer unsurların ele geçirilmesinden bahsetmektedir. Şu durumda, sadece sisteme erişim sağlamak kişi hakkında herhangi bir kanuni işlem yapılması mümkün değildir.<sup>14</sup>

### Netice

Suçun oluşması için verilerin ele geçirilmesi veya örenilmesi yeterli görülmekte, suçun oluşması için ayrıca zararın meydana gelmesi şartı aranmamaktadır.<sup>15</sup> Madde gerekçesinde de bu durum açıkça belirtilmiştir: "1. ve 2. Fıkra da yer alan suçların teşekkülü için failin başka bir yarar elde etmesi veya başkası için fiilen bir zararın meydana gelmesi şartı yoktur."<sup>16</sup>

Verileri ele geçirme veya örenme fiilinin tamamlanmasıyla suç tamamlandı için neticesi hareketine bitişik suç (şekli suç) söz konusudur. Yani kişi, ele geçirme hareketini tamamladı yani örenmeyi amaçladı ve verilere ulaştığı an suç meydana gelir.<sup>17</sup> Failin, verileri ele geçirme, örenme hareketini tamamladıktan sonra bunları kullanması, nakletmesi veya çoaltması

<sup>13</sup> MALKOÇ, . GÜLER; a.g.e. s. 475.

<sup>14</sup> YAZICIO LU, R. Yılmaz; a.g.e., s. 237.

<sup>15</sup> TA DEMİR, K./ÖZKEPİR, R.; s. 1111; MALKOÇ, . GÜLER, M.; s. 4752; MALKOÇ, .; s. 1257; YAZICIO LU, R. Y.; s. 238.

<sup>16</sup> ÇELİK, K./YENİSEY, F.; *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, c. 4, Beta Basım, 4. baskı, İstanbul 1994, s. 892.

<sup>17</sup> MALKOÇ, . GÜLER, M.; s. 4752; DÖNMEZER, S./ERMAN, S.; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c. 1, Beta Basım, 14. baskı, İstanbul 1997, s. 384; YAZICIO LU, R. Y.; s. 239.

bakımından<sup>18</sup> kanaatimizce failin kastı önem taşımaktadır. Kişi ele bir veriyi ele geçirme kastıyla hareket etmiş ve daha sonra ele geçirdiği bu verileri başkasına zarar vermek kastıyla kullanmışsa, bu durumda "her netice bir suç teşkil eder"<sup>19</sup> kuralı gereği, fail önce ele geçirme fiilinden, daha sonra kullanma, nakletme veya çoğaltma fiillerinden ortaya çıkan iki neticeden de sorumlu olacaktır. Diğer taraftan, kişi veriye ulaşmış ve bu veriyi kendi yararına kullanmışsa sakladığı yarardan dolayı ayrıca cezalandırılmayacaktır. Çünkü kanun yararlanma fiilini ayrıca suç saymamıştır.<sup>20</sup>

## b. Tipiklik Unsuru

Yaptığımız açıklamalar göz önüne alınır, kanunkoyucu bu hükümle bir bilişim sistemindeki verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi veya özenilmesini suç olarak düzenlemiştir.

Dönmezer'e göre bu suça, batı hukukunda "yetkisiz, izinsiz olarak bilgisayar içeriklerinden yararlanmak" denilmektedir.<sup>21</sup> Ancak, TCK 525a Maddesinin 1. Fıkrasında düzenlenen bu suçun oluşumu için bir yararın elde edilmesi şartı getirilmediği ifade edilmektedir.<sup>22</sup>

Önder'e göre ise sır aleyhine işlenen bir suç söz konusudur. Ancak, yazar sır kavramını de işik şekilde kabul etmektedir. Buna göre, bilişim sistemindeki sırrın veya bu veriyle olan ilginin sır

olarak saklanması şartı yoktur. Verinin bilişim sistemi içerisinde bulunması, ilgilinin bu verinin biçimsel bakımdan gizli kalması konusundaki herhangi bir yararı yeterlidir.<sup>23</sup> Kanaatimizce, "bilişim sistemi içerisinde bulunmak", "verinin biçimsel bakımdan gizli kalması" ifadelerinin geniş anlaşılması gereklidir. Suçun maddi konusu kapsamında açıkladığımız üzere bilişim sisteminin uzantısı olan bağımsız parçalardaki (disket, CD vs.) veriler de kanun tarafından korunmaktadır. Verinin biçimsel bakımdan gizli kalması ifadesi de, ele geçirilmesinde ilgilinin rızası bulunmadığı her türlü veriyi kapsamalıdır.

Öte yandan, Önder'in bu suç tipinin "konut dokunulmazlığının elektronik ihlali" şeklinde de adlandırıldığını ifade eden görüşe<sup>24</sup> katılmamaktayız. Çünkü, daha önceki açıklamalarımız göz önüne alınır, kanun sisteme veya sistem ağına giriş saklama kastıyla hareket eden kişiyi cezalandırmamaktadır. "Bilişim cihazının delinmesi ve sisteme girilmesi" ile "verinin özenilmiş olması" bu yönüyle farklılık arz etmektedir. Veriyi özenmek kastıyla hareket eden kişi, sisteme giriş de saklamış olur. Sisteme girme kastıyla hareket eden kişi, veriyi özenmiş, veriye ulaşmış kabul edilemez.

## c. Korunan Hukuki Yarar

Öncelikle belirtmek gerekir ki, verilerin otomatik işleme tabi tutulduğu bir sistemde yer alan unsurlar, insan emeğinin ürünleridir. Bunları üreten insanlara ait -bir mülkiyet- hak konusu oluşmaktadır. Türkiye'nin de onaylamış olduğu İnsan Hakları Ana Hürriyetleri Korumaya Dair

<sup>18</sup> YAZICIO LU, R. Y.; a.g.e., s. 238.

<sup>19</sup> ÖZTÜRK, B./ERDEM, M. R./ÖZBEK, V. Ö.; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 144.

<sup>20</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 239.

<sup>21</sup> DÖNMEZER, S.; s. 526.

<sup>22</sup> SAVA, V./MOLLAMAHMUTO LU, S.; *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, Seçkin Yayınevi, c. 4, 1. baskı, Ankara 1995, s.5510.

<sup>23</sup> ÖNDER, A.; a.g.e., s. 507.

<sup>24</sup> ÖNDER, A.; a.g.e., s. 507.

Sözleşme'ye Ek 1 Sayılı Protokol'ün 1. Maddesinde yer alan, "her gerçek ya da hukuksal kişi mülkiyetinden (mallarından) yararlanmaya yetkilidir..." hükmündeki mülkiyet (mallar) deyiminin, sözleşme organlarının liberal yorum (constructive interpretation) kullanılarak, taşınabilir veya taşınmaz mallarla birlikte "intangible property" (soyut mülkiyet)<sup>25</sup> ve bunun dahilinde "rights in personam"ı (şahsi haklar) kapsadığı kabul edilmiştir.<sup>26</sup> Bu meyanda, TCK 525a/1 hükmü öncelikle kişinin veri üzerindeki mülkiyet hakkını korumaktadır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi fail sisteme giriş kastıyla hareket ettiği durumlarda cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle, korunan ilk hukuki yararın verileri otomatik işleme tabi tutan sistemin güvenli ve müdahale edilmezliği olduğu görüşüne<sup>27</sup> katılmamaktayız. TCK 525a/1 hükmüyle doğrudan doğruya veriler koruma altına alınmaktadır. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere failin cezalandırılması için ele geçirdiği verilerden yararlanma koşulu aranmamaktadır. O halde, TCK 525a/1 hükmüyle kanunkoyucu veriyi korumayı amaçlamaktadır.<sup>28</sup>

#### d. Manevi Unsur

##### Kast

TCK 525a/1 hükmünde suç sayılan fiilde kastın niteliği, suçun hareket ve neticelerine yönelmiş genel kasttır.<sup>29</sup> Kişinin tipe uygun hareketi bilmesi ve istemesi

yeterlidir.<sup>30</sup> Bu durumda, kişinin verileri otomatik işleme tabi tutan bir sistemdeki verileri ele geçirmek ya da örenmek kastı bulunması gereklidir.

Suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Çünkü kanunda, bu suçun taksirle işlenebileceğine dair herhangi bir hüküm yoktur. O halde, fail bir kişiye ait verilere ulaşmayı amaçlarken başka bir kişinin verilerine ulaşırsa, fiilinden sorumlu olmayacaktır. Aynı şekilde, kastı sisteme erişim sağlamak olan kişi, yanlışlıkla verilere de ulaşırsa ceza görmeyecektir. Çünkü sadece sisteme erişim sağlamakla kastıyla hareket etmek, daha önce belirttiğimiz gibi TCK 525a/1 hükmündeki suçun oluşmasına imkan vermez. Kişi ayrıca verilere yanlışlıkla ulaştığı için bu taksirli fiilden de sorumlu olmayacaktır.<sup>31</sup>

##### Hukuka Aykırılık

TCK 525a/1 Maddesinde suç sayılan ele geçirme eyleminin haksız bir şekilde gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Bu durumda, fail sisteme girerek haksız şekilde verilere ulaşır, bunları örenir veya ele geçirirse suç oluşacaktır.<sup>32</sup> Kanaatimizce, mevcut düzenlemeye göre hukuka aykırılığın hem sisteme giriş yönünden hem de verileri örenmek, ele geçirmek yönünden incelenmesine gerek yoktur. Çünkü, hukuka aykırı şekilde de olsa sisteme giriş yapmak, TCK 525a/1 hükmüne göre suç sayılmamaktadır. Ancak, hukuk dışı yollarla, yani sahibinin rızası dışında verilerin ele geçirilmesi durumunda suç

<sup>25</sup> Common Law'da kullanılan bir terimdir. Soyut mülkiyet ekinde anlamlandırılabilir.

<sup>26</sup> YÜCEL, M. T.; a.g.e., s. 507.

<sup>27</sup> DÖNMEZER, S.; s. a.g.e., 526.

<sup>28</sup> TADEM R, K./ÖZKEP R, R.; a.g.e., s. 1112.

<sup>29</sup> DÖNMEZER, S.; a.g.e., s. 527.

<sup>30</sup> ÖZTÜRK, B./ERDEM, M. R. / ÖZBEK, V. Ö.; a.g.e., s. 254; DÖNMEZER, S./ERMAN, S.; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c. 2, Beta Basım, 12. baskı, İstanbul 1999, s. 231.

<sup>31</sup> TADEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1112.

<sup>32</sup> TADEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1111.



oluşacaktır. Kaldı ki, kişinin hukuka uygun olarak girişi yaptı ı bir sistemden de verileri hukuka aykırı biçimde ele geçirmesi imkânı mevcuttur.

Verilerin güvenlik sistemiyle korunuyor olması veya herhangi bir güvenlik sistemi bulunmaması, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi şeklinde bir etki yapmayacaktır şöyle ki verilerin sahibi olan kişiye, sistemde bulunan bütün verileri normal güvenlik tedbirleri dışında ayrıca özel koruma altına alma yükümlülüğü getirilemez.<sup>33</sup>

#### Müeyyide

TCK 525a/1 hükmünde düzenlenen suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bir milyon liradan on beş milyon liraya kadar a ır para cezasıdır.<sup>34</sup> Yargıtay kararlarına göre (6. CD. 26.12.1994, 12998/13210), "525a Maddesi yürürlük tarihi itibarıyla 3506 sayılı yasanın Ek 1. Maddesi kapsamında kaldı ından, maddede öngörülen para cezasının Ek 2. Madde uyarınca artırılması" mümkün de ildir.<sup>35</sup> Fer'i cezaları düzenleyen 525d Maddesine göre, 525a Maddesini ihlal eden kişi suç sayılan fiili meslek icrası sırasında veya icra dolayısıyla işlemişse, o meslek, sanat veya ticaretten ya da kamu hizmetinden altı aydan üç yıla kadar yasaklanma cezası da verilir.

### 3. 525a/2

#### a. Tipiklik Unsuru

TCK 525a/2 hükmü, verileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemde yer alan verilerin

başkasına zarar vermek kastıyla kullanılmasını, nakledilmesini veya ço altılmasını yaptırma tabi tutmuştur. Maddenin 1. Fıkrasında verilerin ele geçirilmesi veya ö renilmesi, 2. Fıkrasında ise bunların başkası zararına kullanılması, nakledilmesi veya ço altılması suç olarak düzenlenmiştir.<sup>36</sup>

#### b. Korunan Hukuki Yarar

Maddede, kullanmak, nakletmek veya ço altmak şeklinde ifade edilen üç icra hareketi de anlamlarına göre farklı hukukî yararları koruma altına almaktadır. Verilerin kullanılması veya nakledilmesi fiillerinin suç sayılması, bunlar üzerindeki mülkiyet hakkını koruma altına almaktadır. Aynı zamanda, özellikle "kullanma" fiili açısından verilerin güvenli i, dokunulmazlı ı korunmaktadır. Kanımızca, "nakletme" fiilinin kanunda ifade edilmesiyle başlı başına korunan hukuki bir yarar söz konusu de ildir. Çünkü bu fiil, kullanma fiili içerisinde de düşünülebilir. Ancak, kullanımı önemli ölçüde mümkün kılan bir icra hareketi oldu u için ve hızlı teknolojik gelişmeler karşısında veri üzerinde başkalarına zarar vermek amacıyla çok farklı metotlar uygulanabilece i düşünüldü ünden, "nak-letme" fiilinin de maddede ifade edilmiş olması muhtemeldir.

Ço altmak fiili ise Dönmezer'in görüşünün<sup>37</sup> aksine, veriler üzerindeki fikri mülkiyeti de il bunlar üzerindeki di er hukuki menfaatleri korumaktadır. Kanunda açıklık bulunmamakla beraber fikri mülkiyetle ilgili olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki

<sup>33</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4752.

<sup>34</sup> DÖNMEZER, S.; s. 527.

<sup>35</sup> TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1112; YAZICIO LU, R. Y.; s. 243.

<sup>36</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 247.

<sup>37</sup> DÖNMEZER, S.; s. 527.

düzenlemelerin saklı olması gereklidir.<sup>38</sup>

### c. Suçun Maddi Unsurları

#### Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusunu TCK 525a/1'de olduğu gibi veriler oluşturmaktadır.<sup>39</sup> Bunların nitelikleriyle ilgili olarak daha önceden yapılan açıklamalar, bu bölüm için de geçerlidir.

TCK 525a/2 bakımından suçun maddi konusu irdelenmesi gereken bir özellik göstermemektedir.

#### Hareket

TCK 525a/2 Maddesinde üç farklı icra hareketinden bahsedilmektedir.

Kullanmak, bilişim sistemlerinin, verilerinin nitelik ve nicelik açısından kapsamları düşünüldüğünde genel bir ifadedir. Dönmezer'in görüşüne göre, yabancı kanunlarda konuyla ilgili olarak belirtilen "veri yerleştirme, de işleme, silme, yok etme" ve "verilerin işlenmesi sürecini karıştırma" şeklindeki icra hareketlerinin yerine kanunumuzda bütün bu ibareleri kapsayacak şekilde, "kullanma" teriminin tercih edilmesi yerindedir.<sup>40</sup>

Nakletmek, verilerin bilişim alanında (veya alanında) bir yerden diğer bir yere gönderilmesi veya bir sistemden başka bir sisteme aktarılmasıdır.<sup>41</sup>

Çoaltmak, verilerin kopyalanması, örneklerinin çıkartılmasıdır.<sup>42</sup>

İcra hareketlerinin sayısı bakımından, seçimlik hareketli bir

suç söz konusudur. Fıkroda ifade edilen hareketlerden birinin yapılması sonucu netice gerçekleşecektir. Failin bir icra hareketini yapması suçun meydana gelmesi için yeterli oldu una göre, hükümde belirtilen bütün icra hareketlerinin yapılmış olması da yine bir suçun oluşumuna neden olacaktır.<sup>43</sup>

#### Netice

TCK 525a/2'de düzenlenen suç için belirtilen icra hareketlerinin, kendilerine özgü sona erişim anlarına göre, suçun tamamlanmış olduğu an belirlenecektir. Bu fıkra için de, neticesi harekete bitişik suç söz konusudur. Kullanma, nakletme veya çoaltma hareketleri sona erdiği zaman netice de meydana gelmiş olacaktır.<sup>44</sup>

Netice konusuyla ilgili olarak, TCK 525a/2 hükmünde suçların içtimaı bakımından doktrinde ifade edilen iki konuya değinmek istiyoruz:

Öncelikle, verilerin nakledilmesi veya çoaltılması için bunların ele geçirilmesi gerektiği noktasından hareketle, TCK 525a/2 hükmünün ihlal edilmesi sonucu geçitli suçun oluşacağı ihtimalini de erlendiren görüşün,<sup>45</sup> bu de erlendirme çerçevesinde bazı eksikleri bulunduğuna kanaatindeyiz. Şöyle ki, TCK 525a/2 hükmünün ihlali için TCK 525a/1 hükmünün de ihlal edilmesi gerektiği tartışmasızdır. Ancak, bu durumda, geçitli bir suç oluşabilmesi için:

- Failin aynı olması,
- Maddelerin aynı olması,
- Failin hareketinin hafiften ağıra giden bir süreç izlemesi,

<sup>38</sup> ÖZEL, C.; s. 860.

<sup>39</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 248.

<sup>40</sup> DÖNMEZER, S.; s. 525.

<sup>41</sup> DÖNMEZER, S.; s. 527.

<sup>42</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 249.

<sup>43</sup> ÖZTÜRK, B./ERDEM, M. R./ÖZBEK, V. Ö.; s. 142; DÖNMEZER, S./ERMAN, S.; c. 1, s. 374; DÖNMEZER, S.; s. 527.

<sup>44</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 251.

<sup>45</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 239, 250.

- Bu hareketin daima aynı hukuki yararı zedelemesi,
- Failin kastının hafiften a ıra giden neticelere yönelik olması,
- Failin hareketi ile neticeler arasında tek bir nedensellik ba ının bulunması gerekir.<sup>46</sup>

Özellikle, failin ve ma durun aynı olması şartlarının irdelenmesi gereklidir. Çünkü, kanundaki ifadeden çıkarılan sonuç, verileri ele geçiren kişi ile bunları kullanan kişinin aynı şahıs olabilece i gibi farklı kişiler de olabilecekleridir. Ayrıca, verilerin ele geçirilmesi fiilinin ma duru ile bunların kullanılması, nakledilmesi veya ço altılması fiillerinin ma duru da farklı olabilir. Bu ba lamda, hareketin her zaman aynı hukuki yararı zedelemesi şartı da gerçekleşmemektedir. Karma bir suçun varlı ından da bahsedilemez. Çünkü karma suçta kanuni tarifte yer alan fiil zorunlu olarak daha hafif bir suçta da içerisine alır.<sup>47</sup> Ancak, TCK 525a/1'deki suç, TCK 525a/2'deki suçtan hafif de ildir. Kanunda verileri kullanan, nakleden veya ço altan kişinin ayrıca ele geçirmeden dolayı sorumlu tutulup tutulmayaca ı konusunda açıklık yoktur. Başkasının zararına kullanılan veri fail tarafından ele geçirilmiş olabilece i gibi başkası tarafından da ele geçirilmiş olabilir. Bazı yazarlara göre, TCK 525a Maddesinde veriyi ele geçiren kişi ile bunları kullanan kişi farklıdır. Fakat, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 26.12.1994 tarihli kararında ise olayda bilgisayar programını ele geçiren ve ço altıp satan kişi aynı oldu u halde TCK 525a/1'deki suçun oluşup oluşmadı ı tartışılmamış ve faile

sadece TCK 525a/2'deki suçtan ötürü ceza verilmiştir.<sup>48</sup>

Kanaatimizce, TCK 525a Maddesinde düzenlenen suçların oluşumu bakımından kişinin kastı ve saiki önem taşımaktadır. E er kişi, başkasına zarar verme saiki taşımaksızın, örne in haksız bir menfaat sa lamak üzere, bir veriyi ele geçirmiş, ancak daha sonra bu verileri başkası zararına kullanmışsa, her iki neticeden de sorumlu tutulacaktır. Kişi, başkası zararına kullanmak, nakletmek veya ço altmak kastıyla veriyi ele geçirmişse (bu durumda, verinin ele geçirilmeden kullanılması mümkün olmayaca ından), TCK 525a/2 hükmündeki suçtan sorumlu olacaktır. Bu durumda do rudan başkasına zarar verme saikiyle hareket eden kişi adil olmayan bir şekilde hukuk tarafından korunmuş olmaktadır. En azından, kanunkoyucunun bu sonucu engellemek üzere TCK 525a/2'deki suçun müeyyidesini a ırlaştırması gerekirdi.

Suçları içtimayla ilgili olarak bahsetmek istedi imiz ikinci husus ise, özellikle bilgisayar programlarının kullanılması ve ço altılması açısından TCK 525a/2 hükmüyle, konuyla ilgili Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) hükümlerinden hangisinin uygulama alanı bulaca ı konusudur.

5846 sayılı FSEK'de de ışıklık yapan 4110 sayılı Kanunla beraber bilgisayar programları "fikri eser" kategorisine alınmıştır. FSEK Madde 72 bunların genel kastla, haksız olarak kullanılmasını, ço altılmasını mali haklara tecavüz olarak ifade etmekte ve yaptırım altına almaktadır.

Taşdemir ve Özkepir'e göre, bilgisayar programını haksız

<sup>46</sup> ÖZTÜRK, B./ERDEM, M. R./ÖZBEK, V. Ö.; s. 154; DÖNMEZER, S./ERMAN, .S.; c. 1, s. 404.

<sup>47</sup> ÖZTÜRK, B./ERDEM, M. R./ÖZBEK, V. Ö.; s. 153.

<sup>48</sup> MALKOÇ, .; s. 1257; MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4754, 4755.

olarak ço altan kimse aynı anda TCK Madde 525a ve FSEK Madde 72'ye aykırı davrandı ı için fikri içtima hükümlerine göre daha a ır cezayı içeren TCK 525a hükmüne göre cezalandırılmalıdır.<sup>49</sup>

MALKOÇ ise, Taşdemir ve Özkepir'in bu görüşüne atıf yaptıktan sonra, başka bir görüşü -benimsemedi ini ifade etmekle beraber- ileri sürmektedir. Buna göre tasarının 346. Maddesinde getirilen sistem yani başkasının zararına, kendisinin veya başkasının yararına haksız amaçla yarar elde etmek için bilşim sistemlerine girilmesini cezalandırılan düzenleme, kanunda açık bir hüküm var olmasa da uygulanması gereken genel bir ilkedir. Ancak, TCK 525a/2'de zarar ve yararlar ayrıca ve açıkça gösterildi i için bunların başka suçların unsurlarını oluşturması kabul edilemez.<sup>50</sup>

Yazıcıo lu da bu durumda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanaca ını savunmaktadır. Buna göre, iki hükümden hangisi özelse o hüküm olaya uygulanacaktır. Ancak, hem TCK hem de FSEK özel kanun oldukları için, daha sonra yürürlü e giren FSEK'in ilgili hükümleri olaya uygulanacaktır.<sup>51</sup>

Ö retide yer alan bu farklı görüşlerin yanında, kanunda açıklık bulunmaması da konu hakkında isabetli bir sonuca varmayı zorlaştırmaktadır. Fakat özellikle ifade etmek gerekir ki olayda kanunların ihtilafı kuralları uygulanamaz, çünkü bu kuralların uygulanabilmesi için ihtilaf halindeki hükümlerle ilgili olarak ortada tek bir tipe uygunlu un bulunması, suç sayılan eyleme ait bütün unsurların her iki hüküm bakımından aynı olması

gerekir halbuki TCK 525a/2 ile FSEK'in ilgili maddelerinin korudukları hukuki yararlar yani hukuki konular farklılık göstermektedir.<sup>52</sup> TCK 525a/2 fikri hakları de il, sistem içindeki verileri ve dolayısıyla veri sahiplerinin hukuki menfaatlerini korumaya yöneliktir.<sup>53</sup>

2000 tasarısının 345. Maddesinin gerekçesinde ise bu sorunun çözümü için "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan ve sistem içindeki programlara ilişkin hükümler saklıdır" denilmek suretiyle tasarıda yer alan düzenlemenin, fikri hakların ihlalinde uygulanamayaca ı açıkça belirtilmiştir.<sup>54</sup> Kanaatimizce, hali hazırda kanunlarda yer alan düzenlemeler göz önüne alındı ında en uygun çözüm Taşdemir ve Özkepir'in ifade etti i gibi olaya fikri içtima kurallarının uygulanması olacaktır. Böylece fail, bir bilgisayar programını başkası zararına hukuka aykırı olarak ço alttı ında 525a/2 ve FSEK'in ilgili hükümlerinden hangisi daha a ır cezayı içeriyorsa o hüküm uyarınca cezalandırılacaktır. Ancak yukarıda belirtti imiz gibi tasarı gerekçesinde yer alan "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan ve sistem içindeki programlara ilişkin hükümler saklıdır" ibaresinin kanun koyucu tarafından TCK525 vd. için de belirtilmesi yerinde olurdu.

#### d. Suçun Manevi Unsuru

TCK 525a/2 hükmünde öngörülen kast özel kasttır. Fail, başkasına zarar verme saikiyle hareket etmelidir.<sup>55</sup> Yani, kullanma

<sup>49</sup> TA DEM R, K/ÖZKEP R, R.; s. 1112.

<sup>50</sup> MALKOÇ, .; s. 1258; MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4755, 4756.

<sup>51</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 254.

<sup>52</sup> DÖNMEZER, S./ERMAN, S.; c. 2, s. 384.

<sup>53</sup> ÖZEL, C.; s. 860.

<sup>54</sup> ÖZEL, Cevat; a.g.m. s. 860.

<sup>55</sup> DÖNMEZER, S.; s. 527; YAZICIO LU, R. Y.; s. 251; MALKOÇ, .; s. 1259; MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4754; TA DEM R, K/ÖZKEP R, R.; s. 1113.

nakletme veya ço altma fillerini işleyecek olan fail, tipe uygun ve hukuka aykırı olan bu filleri bilerek ve isteyerek işleyecek ancak bunun yanında ayrıca başkasına zarar verme saikiyle hareket edecektir.<sup>56</sup>

Başkasına zarar verme saikinde yer alan "zarar"ın, suç olan eylemle nedensellik ba ı içinde meydana gelebilecek her türlü maddi veya manevi zararı kapsad ını söylemekte sakınca yoktur. Çünkü gerek hukuki, gerek maddi konuları bakımından, bilişim suçları, ceza kanunumuzda di er suç türlerinden farklı yönlere sahiptir.<sup>57</sup>

Suçun oluşumunda özellikle başkasına zarar verme saikinin aranmasının sebebi, zarar verme saikiyle kullanmanın dışında kalan kullanmaların, özel hukuk açısından haksız eylem oluşturacağını kabul edilmesidir. Haksız eylem oluşturan kullanımların ise sistem sahibinin herhangi bir de er, varlık ya da yargısını zarara u ratmayacağını söyleyebilmenin güç oldu u ifade edilmektedir.<sup>58</sup> Şüphesiz, failin bir program veya veriyi hukuka aykırı olarak kullanması, bir zarara sebep olacaktır. Fakat, kanaatimizce önemli olan nokta, failde başkasına zarar verme saikinin var olup olmadığıdır. Örne in, kendisine yarar sa lamak kastıyla bir programı ço altan kişi, bu programın mülkiyetine sahip olan kişinin mülkiyet hakkına da zarar vermiş olacaktır. Ancak önemli olan nokta kişinin kendisine yarar sa lamak kastıyla hareketleri icra etti i sırada başkasına zarar verme saikini de içinde barındırıp barındırmad ıdır. Kişi e er bu saikle de hareket ediyorsa TCK

525a/2 hükmüne göre cezalandırılacaktır. Aksi halde konunun niteli ine göre özel hukuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu konu dışında ayrıca TCK 525a/1 de oldu u gibi TCK 525a/2'deki suçun da taksirle işlenmesi mümkün de ildir.<sup>59</sup>

#### e. Müeyyide

TCK 525a/2'de düzenlenen suçun müeyyideleri bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bir milyon liradan on beş milyon liraya kadar para cezasıdır. Görüldü ü gibi TCK 525a/1 ve TCK 525a/2 hükümleri gerek müeyyide, gerek fer'i cezalar bakımından aynı düzenlemeleri içermektedirler.<sup>60</sup> (TCK 525a/1 hükmünün incelendi i bölümde müeyyide konusu altında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.)

Ancak, her iki fıkrada yer alan suçların aynı yaptırıma tabi tutulması suç politikası bakımından çelişkilidir. Çünkü bu şekilde, verileri ele geçirmiş olan fail, bunları başkası zararına kullanmak, nakletmek veya ço altmak hususunda cesaretlendirilmektedir.<sup>61</sup>

#### TCK 525b Maddesi

TCK 525b (Sistemi, Verileri Tahrip Etme)

Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sa lamak maksadıyla, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya di er herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya de iştiren veya silen veya sistemin işlemesine

<sup>56</sup> DÖNMEZER, S./ERMAN, S.; c. 2, s. 231; YAZICIO LU, R. Y.; s. 251.

<sup>57</sup> MALKOÇ, .; s. 1258; MALKOÇ, ./GÜLER, M.; s. 4753.

<sup>58</sup> MALKOÇ, .; s. 1258; MALKOÇ, ./GÜLER, M.; s. 4754.

<sup>59</sup> MALKOÇ, .; s. 1258; MALKOÇ, ./GÜLER, M.; s. 4756.

<sup>60</sup> DÖNMEZER, S.; s. 528; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1112; YAZICIO LU, R. Y.; s. 254.

<sup>61</sup> MALKOÇ, .; s. 1258; MALKOÇ, ./GÜLER, M.; s. 4756; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1113.

engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye iki yıldan altı aya kadar hapis ve beş milyon liradan elli milyon liraya kadar a ır para cezası verilir.

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve iki milyon liradan yirmi milyon liraya kadar a ır para cezası verilir.

TCK 525b Maddesinin 1. ve 2. Fıkralarında iki ayrı suç düzenlenmiştir. İlk fıkrada, sistem, veri veya diğer unsurlara yönelik tecavüzlerin önleyici bir hüküm, 2. Fıkroda ise sistem aracılığıyla haksız menfaat sağlamayı engelleyici bir hüküm yer almaktadır.<sup>62</sup>

## 1. Fail ve Ma dur

TCK 525b Maddesinde düzenlenen suçların fail ve ma duru bakımından herhangi bir sıfat veya nitelik şartı bulunmamaktadır.<sup>63</sup>

Fail, 1. Fıkradaki suç açısından başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla sistemi, verileri veya diğer unsurları tahrip eden, de iştiren, silen, sistemin işlemesine engel olan, yanlış biçimde işlemesini sağlayan kişidir. 2. Fıkradaki suçun faili ise sistemi kullanarak kendisi veya başkası yararına menfaat sağlayan kişidir. Ayrıca şartları varsa faile TCK 525a hükmündeki fer'i ceza da verilecektir.

Ma dur ise 1. Fıkradaki suç için sistemin, verilerin veya diğer unsurların sahibi, fıkradaki suç için ise sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlayan kişinin fiillerinden zarar gören kişidir.

<sup>62</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 255, 256.

<sup>63</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 256.

## 2. 525b/1

### a. Tipiklik Unsuru

TCK 525b/1 hükmü, bilişim sisteminin, verilerin veya diğer unsurların tahribinden bahsetti için, ö retide bu suça "sistem ve unsurlarına yönelik nâsı ızrar suçu" denilmektedir.<sup>64</sup> Ancak, sistemin verilerin veya diğer unsurların tahribi dışında fıkrada ayrıca bunların de iştirilmesi, silinmesi, sistemin işlemesine engel olunması veya yanlış biçimde işlemesinin sağlanması gibi fiillerden bahsedilmiştir. göre nâsı ızrar suçunun özel bir biçiminden söz etmek mümkündür.<sup>65</sup> Çünkü mal aleyhine cürümler bölümünde düzenlenen nâsı ızrar suçunun konusunu taşınır ve taşınmaz malların yıkılması, yok edilmesi, bozulması veya bunlara zarar verilmesi oluşturur.<sup>66</sup> Madde gerekçesinde de sistemlere yöneltilen ızrar fiillerinin müeyyideye bağlandı ifade edilmektedir.<sup>67</sup>

### b. Korunan Hukuki Yarar

TCK 525b/1 hükmüyle koruma altına alınan ilk hukuki yarar, sistemin, verinin veya diğer unsurların mülkiyetidir. Sistemin dokunulmazlığı ve müdahale edilmezliği, fonksiyonlarının eksiksiz olarak çalışmasının güvenlik altında olması da diğer korunan hukuki yararlardır.<sup>68</sup>

Fakat Önder'e göre, suçun korudu u hukuki yarar tartışmalıdır, çünkü bazı yazarlar bu hükümlerle sistemdeki mevcut verilerle ilgili olan kişilerin

<sup>64</sup> DÖNMEZER, S.; s. 528; YAZICIO LU, R. Y.; s. 258.

<sup>65</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 258.

<sup>66</sup> DÖNMEZER, S.; s. 470.

<sup>67</sup> SAVA , V./MOLLAMAHMUTO LU, S.; c. 4, s. 5511.

<sup>68</sup> DÖNMEZER, S.; s. 528; YAZICIO LU, R. Y.; s. 260.



yararlarının korundu u kanısındadırlar, bazı yazarlar ise, sistemde mevcut verilerin ülke ekonomisinde ve idarede gerçekleştirdi i fonksiyon gere i ekonomik yaşamın koruma altına alındı ı düşüncesindedirler.<sup>69</sup>

Dönmezer'in de ifade etti i gibi, günümüzde birçok işletme ve devlet organları bilişim sistemlerini kullanarak çalıştıkları için, TCK 525b/1 anlamında ızrar hareketlerinin ekonomik ve siyasi hayatta büyük zararlara neden olması mümkündür.<sup>70</sup> Bunun yanında bilişim sistemlerinin hayatın her alanında artık önemli bir yere sahip oldu u tartışmasız bir konu oldu una göre korunan hukuki yarar da bu ölçüde genişleyecektir.

### c. Suçun Maddi Unsuru

#### Suçun Maddi Konusu

TCK 525b/1'de suçun maddi konusunu, verileri otomatik işleme tabi tutmuş sistem, veriler veya di er unsurlar oluşturur.<sup>71</sup>

Burada belirtmekte yarar gördü ümüz husus TCK 525b/1 Fıkrasında düzenlenen suçun sistemden ba ımsız olan veri içeren elemanlarına özellikle disket, CD gibi parçalarına karşı işlenebilecek olmasıdır. Çünkü daha önce de ifade etti imiz gibi kanımızca bu ba ımsız elemanlar da sistemin bir uzantısıdır.

Hükümle ifade edilen "di er unsurlar" ise sistem veya veriler dışında suçun maddi konusunu oluşturabilecek di er parçalardır. Sisteme ba lı olmadığı zaman fonksiyon göstermeyen, sadece sisteme ba lı olarak çalışan cihazlar da (yazıcı, modem, vs.) di er unsurlar dahilindedir.

Ancak, failin TCK 525b/1 uyarınca bu parçaların tahribinden sorumlu tutulabilmesi için, parçaların sistemle ba lantılı olarak fonksiyon gördü ü sırada tahrip edilmiş olması gereklidir. Aksi halde bu parçaların ba ımsız haldeyken tahrip edilmesi sonucu, mal aleyhine cürüm işlenmiş olacaktır. Çünkü bu parçalar sisteme ba lı olmadıkları durumda verilerin otomatik işleme tabi tutulmasında işlev göstermemektedirler.

#### Hareket

Hükümde maddi konulara yönelik beş icra hareketi söz konusudur.

Sistemi, veri veya di er unsurları kısmen veya tamamen,

- Tahrip etmek,
- Silmek,
- De iştirmek.
- Sistemin,
- İşlemesine engel olmak.
- Yanlış biçimde işlemesini sa lamak.<sup>72</sup>

Gerekçede de belirtildi i üzere, hareketlerin sayısı bakımından seçimlik hareketli suç söz konusudur. Tek kast dahilinde, ifade edilen hareketlerden birinin, birkaçının veya tamamının yapılması sonucu tek suç işlenmiş olur.<sup>73</sup>

Şimdi sırayla icra hareketlerini inceleyelim;

**Tahrip etmek:** Sistemin tümünün veya bir bölümünün zarar görmesinin sa lanması amacıyla yapılan icra hareketleridir. Tahrip etmek fiili gerek sistem ve donanım gibi fiziksel bölümlere, gerek bilişim ortamına yönelik gerçekleşebilir.

<sup>69</sup> ÖNDER, A.; s. 508.

<sup>70</sup> DÖNMEZER, S.; s. 528.

<sup>71</sup> DÖNMEZER, S.; s. 528; YAZICIO LU, R. Y.; s. 260.

<sup>72</sup> DÖNMEZER, S.; s. 528.

<sup>73</sup> çel, K./Yenisey, F.; s. 892.

Genelde, fiziksel olarak sisteme zarar verilmesi sonucu bilişim ortamına da zarar verilmiş olacağından, bu hareket sisteme karşı işlenen yıkma, kırma, bozma vb. şekillerde anlaşılmaktadır.<sup>74</sup>

**De iştirme:** Sistemde yer alan bilgilerin sistem dahilinde bulunması gereken yer dışında başka bir yere aktarılması olarak ifade edilmektedir.<sup>75</sup> Ancak bunun dışında de iştirme hareketi verilerin başka bir biçime sokulması şeklinde de meydana gelebilir.<sup>76</sup> Yazıcıo lu'na göre bu hareket veri ve unsurlara karşı işlenebilir.<sup>77</sup> Fakat, de iştirme hareketi -donanım da dahil olmak üzere- sisteme karşı da işlenebilecek bir suçtur. Örneğin bilişim ortamında, a a ba lı bilgisayarlardan birinin bağlantısı de iştirilebileceği gibi bir cep telefonunun fonksiyon biçiminin de tamamen veya kısmen de iştirilmesi mümkündür.

**Silmek:** Bu icra hareketi veri veya programlara karşı işlenebilir. Bilişim ortamındaki verilerin veya programların üzerine başka veri veya programlar yerleştirilmesi suretiyle bunların kullanılmaz hale getirilmesidir. Verilerin veya programların bilişim ortamında normal olarak kullanımını sağlayan komutların veya bunların kaldırılması, verilerin veya programların işlevlerinin ortadan kaldırılması, şeklindeki icra hareketleri silme kapsamı içinde yer almaktadır.<sup>78</sup> Birinci şekildeki icra hareketi, fiziki / maddi anlamda silmek, ikinci şekildeki ise mecazi

anlamda silmektir.<sup>79</sup> Mecazi anlamda silinen veri veya programlara basit veya teknik metotlarla tekrar işlevlik kazandırılması mümkün olabilmektedir. O halde "silme" icra hareketinin, bilişim ortamında gerçekleştirilebileceği çok farklı şekillerin olaylar incelenirken göz önüne alınması gerekecektir.<sup>80</sup>

**Sistemin işlenmesine engel olmak:** Bu icra hareketi hem bilişim ortamına karşı hem de sistemi oluşturan maddi bölümlere karşı işlenebilir. Sistemde yer alan verilere ekleme veya çıkartma yapmak suretiyle sistemin işlev görmesini önlemek, bilişim ortamına kullanıcıların veya belli kullanıcıların erişimini engelleyecek faaliyetlerde bulunmak, sistemin maddi bölümlerine müdahalelerde bulunmak muhtemel icra hareketleridir.<sup>81</sup>

Sistemin yanlış biçimde işlenmesini sağlamak: Sistem fonksiyonlarına müdahale edilerek suretiyle, sistemin beklenen veya normal işlevlerini yerine getirmesini engellemek şeklindeki icra hareketleridir.<sup>82</sup>

Bazı yazarlara göre bu icra hareketi, daha önce sayılan icra hareketlerinden birinin yerine getirilmesi suretiyle de işlenebilecektir. Bu nedenle ayrı bir icra hareketi sayılmayacaktır.<sup>83</sup>

#### Netice

TCK 525b/1'de düzenlenen suç, saydığımız icra hareketleri tamamlandığında oluşacaktır. Neticesi harekete bitişik bir suç

<sup>74</sup> MALKOÇ, .; s. 1261; MALKOÇ, . /GÜLER, M.; s. 4761.

<sup>75</sup> MALKOÇ, .; s. 1261; MALKOÇ, . /GÜLER, M.; s. 4762.

<sup>76</sup> ÖNDER, A.; s. 509.

<sup>77</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 262.

<sup>78</sup> MALKOÇ, .; s. 1261; MALKOÇ, . /GÜLER, M.; s. 4762.

<sup>79</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 262.

<sup>80</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 263; ÖNDER, A.; s. 509.

<sup>81</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 263; ÖNDER, A.; s. 509; MALKOÇ, .; s. 1261; MALKOÇ, . /GÜLER, M.; s. 4762; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1115.

<sup>82</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 263.

<sup>83</sup> ÖNDER, A.; s. 509; MALKOÇ, .; s. 1262; MALKOÇ, . /GÜLER, M.; s. 4753.

söz konusudur. Bu nedenle, ayrıca suçun oluşumu için fiilden dolayı bir zarar meydana gelmediği araştırılmayacaktır.<sup>84</sup>

#### d. Suçun Manevi Unsuru

TCK 525b/1 hükmünde ifade edilen suçun oluşumu için failin "başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak" şeklinde özel kastı aranmaktadır.<sup>85</sup>

Daha önce TCK 525a/2 hükmünün ilgili bölümünde ifade edildiği gibi buradaki suçtan yararlanarak zarar ve suçun neden olduğu zarar hem maddi hem de manevi nitelikte olabilir.<sup>86</sup> Örnekte, ayrıntılı olarak üzerinde durulan konu kanunkoyucunun bu suçta özel kast aramasının hangi amaca yönelik olduğudır.

Önder'e göre, Fıkra sistem sahibinin, sistemden herhangi bir kişinin müdahalesi olmadan yararlanabilmesi imkanının ortadan kaldırılması için özel kastın varlığına gerek yoktur. Yazar, failin özel kastı olmaksızın verileri tahrip etme durumunda suçun oluşup oluşmayacağı sorusunu yöneltmektedir.<sup>87</sup>

Güler ve MALKOÇ, Önder'in bu ifadelerine gönderme yapmakla yetinmektedir.<sup>88</sup>

Yazıcıoğlu'na göre özel kastın vurgulanmasının nedeni kanunkoyucunun bu suçun taksirle işlenemeyeceğini ifade etmek istemesidir. Diğer bir deyişle diğer fail, icra hareketlerini özel

kastın etkisiyle yapmamışsa TCK 525b/1 hükmündeki suç oluşmayacaktır.<sup>89</sup> Kanımızca, kanunda suçun taksirli şekilde işlenebileceğine dair bir hüküm olmaması suçun taksirli halinin var olmadığını açık ifadesidir. Bu nedenle özel kastın varlığı nedeniyle ilgili olarak yazarın görüşüne katılmamaktayız.

Konuyla ilgili olarak Taşdemir ve Özkeper ise şöyle bir ayrım yapmak yoluna gitmektedirler. Eğer fail sistemin sahibine zarar vermek kastıyla bilgisayarı kırıp kullanılmaz hale getirmişse TCK 516'dan sorumlu olacaktır. Fakat fail sistemdeki verileri veya diğer unsuru kısmen veya tamamen tahrip etmek amacıyla bilgisayarı kırmışsa TCK 525b/1 Maddesinden sorumlu olacaktır.<sup>90</sup> Kanaatimizce sistemin sahibine zarar verme kastıyla bilgisayarın fiziksel olarak tahrip edilmesi de TCK 525b/1 hükmü dahilinde değerlendirilmelidir. Çünkü fail kanuni tarife uygun olarak başkasına zarar vermek amacıyla sistemi tahrip etmiştir. Sistemdeki verileri veya diğer unsuru kısmen veya tamamen tahrip etmek amacıyla bilgisayarı kırmak ise diğer hükümde belirtilen özel kastı da içeriyorsa TCK 525b/1 dahilinde değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, kanunilik ilkesi gereği özel kastın varlığının suçun oluşumunda aranması gerektiği düşüncesindeyiz. Maddede ve gerekçede açıklık bulunmamakla beraber, suçun oluşumunda faildeki özel kastın aranması sebebi belki, failin sistemin maddi birimlerine karşı nâsı ızzarar suçu işlemek kastıyla hareket etmediği durumların TCK 525b/1 kapsamı dışında tutulmasını istemesi olabilir. Fakat halihazırdaki hükümle bilişim ortamında genel kastla verileri veya diğer

<sup>84</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 264; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1115.

<sup>85</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 265; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1115; MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4769; MALKOÇ, .; s. 1262; DÖNMEZER, S.; s. 529.

<sup>86</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 265.

<sup>87</sup> ÖNDER, A.; s. 508.

<sup>88</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4763; MALKOÇ, .; s. 1262.

<sup>89</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 265.

<sup>90</sup> TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1115.

unsurları de iştiren veya silen failin fiili cezasız kalmaktadır.

### e. Müeyyide

TCK 525b/1 Maddesinde düzenlenen suçun işlenmesi halinde fail iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş milyon liradan elli milyon liraya kadar para cezası şeklindeki yaptırıma tabi tutulacaktır. TCK 525d Maddesinde yer alan fer' i cezalar, şartları bulundu u takdirde maddeye uygulanacaktır.<sup>91</sup> Ayrıca TCK 525a hükmünde oldu u gibi para cezalarının Ek 2. Maddeye göre arttırılmaları mümkün de ildir.

### 3. 525b/2

Hüküm, verileri otomatik işleme tabi tutan bir sistemin fail tarafından kullanılması yoluyla, failin kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sa lamasını yaptırıma tabi tutmaktadır.

### a. Tipiklik Unsuru

Madde gerekçesine göre, sistemi kullanarak failin kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sa laması yani sistem marifetiyle dolandırıcılık suç olarak düzenlenmektedir.<sup>92</sup>

Önder ise suç tipleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın, sistemin kullanılması yoluyla malvarlı na karşı işlenecek bütün suçların bu kapsamda de erlendirilece ini ifade etmektedir.<sup>93</sup>

Dönmezer, konuya daha farklı bir yorum getirmiş ve bu maddenin sistem aracılı ıyla işlenen

hırsızlık, dolandırıcılık ve inancı kötüye kullanma suçlarını yaptırıma tabi tuttu unu ifade etmiştir.<sup>94</sup>

Güler ve MALKOÇ ise bu maddenin düzenledi i suç tipini belirlemek için kesin bir ifade kullanmamakta, maddi çıkar sa lamayı amaçlayan suçların düzenlendi i hükümlerle, bunların sistem aracılı ıyla işlenmesi halini düzenleyen TCK 525b/2 hükmü arasında fikri içtima kurallarını uygulamaktadır.<sup>95</sup> Bu görüşü daha sonra tekrar de erlendirece iz.

Ö retide ayrıca, bu suçun düzenlenmesi sırasında Fransız ve Alman Kanunları'nda düzenlenen hükümlerden esinlenildi i de ifade edilmektedir. Fransız Projesi'nin 307/4 hükmü "Otomatik bilgi toplayan bir sistemi tahrip eden, kısmen veya tamamen bozan veya sisteme hile karıştıran" kişiyi cezalandırmaktadır.<sup>96</sup> Önder'e göre kanunumuz bu hükümde yer alan "hile" terimini kullanmadan genel bir düzenlemeye gitmiş ve malvarlı ı aleyhinde işlenebilecek suçlarda sistemin kullanılmasıyla yarar sa lamayı suç haline getirmiştir.<sup>97</sup> Fakat bu konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken husus, Fransız projesinin belirtilen hükmünde düzenlenen bilgisayar dolandırıcılı nın, bilgisayar marifetiyle dolandırıcılıktan farklı oldu udur. Bilgisayar dolandırıcılı ı teknik hilelerin kullanılması örne in sisteme yanlış veri girilmesi yoluyla, sistemin istenen do rultuda çalıştırılmasını sa lamaktadır, bu suçu işlemekle failin amacı, sistemin kendi istedi i do rultuda çalışmasını sa lamaktır ve suçun

<sup>94</sup> DÖNMEZER, S.; s. 524.

<sup>95</sup> MALKOÇ, ./GÜLER, M.; s. 4766, 4767.

<sup>96</sup> EREM, F.; Türk Ceza Kanunu erhi, Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993, s. 2558; ÖNDER, A.; s. 509.

<sup>97</sup> ÖNDER, A.; s. 510.

<sup>91</sup> DÖNMEZER, S.; s. 529; YAZICIO LU, R. Y.; s. 266, 267.

<sup>92</sup> SAVA , V./MOLLAMAHMUTO LU, S.; c. 4, s. 5511.

<sup>93</sup> ÖNDER, A.; s. 509.

konusunu sistem oluşturmaktadır. Bu nedenle bilgisayar dolandırıcılığı TCK 525b/1 Fıkrası dahilinde bir suçtur. Bilgisayar marifetiyle dolandırıcılık ise sistemin kullanılmasıyla hukuka aykırı yarar sağlanmasıdır. Failin buradaki amacı, özel olarak sistemi istediği doğrultuda çalıştırmak değil, sistem aracılığıyla, bir kişiyi hataya düşürerek, hukuka aykırı yarar sağlamaktır ve suçun konusunu sistem oluşturmaz; sistem hukuka aykırı yarar sağlanması için araçtır.<sup>98</sup> Bu nedenle bilgisayar marifetiyle dolandırıcılık TCK 525b/2 Fıkrası dahilindedir ve bilgisayar dolandırıcılığının daha geniş bir düzenlemesi de ildir.

Örnetide konunun henüz açıklığı kavuşmadığı görülmektedir. Kanuni tarif açısından şöyle bir sorun söz konusudur. Eğer TCK 525b/2 Fıkrasındaki düzenlemenin, Ceza Kanunu'nda yer alan malvarlığına ilişkin bütün suçların, sistemin kullanılması marifetiyle işlenmesini cezalandırıldığı kabul edilirse, bu durum Ceza Kanunu'nun açıklık ilkesine ters düşecektir çünkü malvarlığına karşı işlenen suçların her biri farklı unsurlara sahiptir. Bunun yanında uygulamada TCK 525b/2 Maddesi ve sistemin kullanılmasıyla ihlal edilmiş kanun maddeleri arasında suçların içtimaı bakımından çözümlenmesi gereken pek çok sorun ortaya çıkacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımızda ifade ettiğimiz gibi TCK 525b/2'de sistemin suçun işlenmesinde vasıta olduğu düşünülür ve TCK 525b/1 ve TCK 525b/2 arasında yaptığımız ayırım göz önüne alınırsa; Klasik Ceza Hukuku anlamında dolandırıcılığın, sistem kullanılarak işlenmesi açısından uygulamada tartışmasız TCK 525b/2 uygulama alanı bulacaktır. Ancak, Klasik Ceza Hukuku anlamında

hırsızlık ve inancı kötüye kullanma suçlarının sistem aracılığıyla işlenmesi ihtimal dışı gözükmemektedir, bu nedenle örnekte, sistem aracılığıyla işlenen hırsızlık ve inancı kötüye kullanma suçları için, suçun maddi konusunu "verinin" veya "sistemin" teşkil ettiği örnekler verilmektedir. Bu durumda TCK 525b/1 ve TCK 525b/2 arasında, 1. Fıkrada sistemin suçun konusu, 2. Fıkrada ise sistemin vasıta olduğu yönündeki tespitle yaptığımız ayırımın anlamı kalmamaktadır. Kaldı ki, verinin ele geçirilmesi ve bundan yararlanmanın TCK 525b/2 çerçevesinde de erlendirilmesi için bu fıkrada ayrıca ele geçirilmenin de belirtilmesi uygun olurdu. Çünkü, daha önce incelediğimiz gibi TCK 525a Maddesinde "ele geçirme" ayrı bir suç "kullanma" ise ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca "kullanma" fiili genel ve niteliği belirsiz bir icra hareketi olduğu için, eğer TCK 525b/2 Fıkrasındaki düzenlemede, sistemin suçun işlenmesinde vasıta olduğu kabul edilmezse, TCK 525a-b/1-c hükümlerinin de hemen hemen hiçbir anlamı kalmayacaktır. Ayrıca, sistem kullanılarak malvarlığına karşı işlenen suçların, TCK 525b/2 kapsamında de erlendirileceği kabul edildiğinde, malvarlığına karşı işlenen suçların düzenlendiği Ceza Kanunu'nun ilgili bölümlerinde, verilerin veya sistemin suçun konusu olabileceği ifade edilmediğine göre (özellikle konusu taşınır mal olan hırsızlık ve emniyeti suistimal suçlarında) TCK 525b/2 Maddesinde, sistemin veya verilerin suçun konusu olarak kabul edilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacaktır düşüncesindeyiz.

Fakat, yapılan yorum çerçevesinde, veri hırsızlığı yani verilerin ele geçirilmesi veya bunlardan yararlanılması suçunu yaptırım dışı kalmaktadır. Yargıtay'ın ise veri hırsızlığını

<sup>98</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4766, 4767.

TCK 525b/2 kapsamında de erlendirdi i kararları bulunmaktadır. Uygulama da bu kararlar çerçevesinde şekillenecektir.

## b. Korunan Hukuki Yarar

TCK 525b/2 Fıkrası, genel bir ifadeyle, sistemin kullanılması vasıtasıyla malvarlığına karşı işlenen suçları cezalandırdığı için korunan ilk yarar da mülkiyet olmaktadır. Ayrıca sistemin kullanılmasıyla ihlal edilen suç tipine yönelik olarak kanunkoyucunun korudu u hukuki menfaatlerinde ihlali önlenmektedir.<sup>99</sup>

## c. Suçun Maddi Unsurları

### Suçun Maddi Konusu

Yazıcıo lu'na göre suçun maddi konusunu "hukuka aykırı yarar" oluşturur.<sup>100</sup> Kanaatimizce, maddi konunun, suçtan elde edilmesi amaçlanan hukuka aykırı yararın sa lanacağı kaynak olarak ifade edilmesi daha yerindedir. Çünkü, hukuka aykırı yararın ayrıca manevi unsur içinde de yer alması ve tek başına maddi konu olarak içeri inin açıklanması zordur.

Ayrıca, suçun oluşumu bakımından sistemin kullanılması gerekti i için "kullanım" fiili açısından sistemin maddi konu oldu u kanaatindeyiz. Sistem teriminin bu fıkrada verileri de kapsar şekilde anlaşılmalıdır.

### Hareket

Fıkra da düzenlenen suçun hareketi, verileri otomatik işleme tabi tutan sistemi kullanarak, hukuka aykırı yarar sa lamaya yönelik gerçekleştirilen

faaliyetlerdir.<sup>101</sup> Hükümde ne hukuka aykırı yarar sa lamaya yönelik faaliyetlerin ne de suçun oluşumunu sa layan sistemi "kullanma" hareketinin niteli i hakkında belirleyici bir ifade bulunmaktadır. Bu yönüyle serbest hareketli bir suçun varlığından söz edilebilir.<sup>102</sup> Ancak, özellikle TCK 525b/1 ve TCK 525b/2 Fıkraları arasındaki farka işaret edebilmek açısından "kullanma" fiilinin neleri kapsayabilece ini belirtmekte fayda oldu u kanaatindeyiz.

İlk olarak kullanma fiili, TCK 525b/1'de geçen sistemi veya verileri tahrip etme, de işirme, silme, sistemin işlemesine engel olma, yanlış biçimde işlemesini sa lama şeklindeki icra hareketlerini kapsamadığını ifade etmeliyiz. Sistemin kullanılması bu icra hareketleri dışında kalan faaliyetler örne in yeni veri yerleştirilmesi,<sup>103</sup> verilerin nakledilmesi<sup>104</sup> olarak kabul edilebilir. Verilerin ele geçirilmeden kullanılmasının söz konusu olmadığını ifade edilerek, verilerden sahibinin rızası olmaksızın alınması veya bunlardan yararlanılması da (veri hırsızlığı, kullanma hırsızlığı) kullanma fiilinin içinde düşünülebilir.<sup>105</sup> Ancak bu durumda daha önce belirttiğimiz gibi, sistem veya verinin kullanımı haksız yararın sa lanmasında vasıta olarak kalmayacak suçun konusu haline gelecektir.

### Netice

Suçun kapsamıyla ilgili sorun netice bakımından da önem taşımaktadır. Şöyle ki e er suçun hukuka aykırı yararın elde

<sup>99</sup> DÖNMEZER, S.; s. 524; YAZICIO LU, R. Y.; s. 268.

<sup>100</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 269.

<sup>101</sup> DÖNMEZER, S.; s. 524; YAZICIO LU, R. Y.; s. 271.

<sup>102</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 271.

<sup>103</sup> DÖNMEZER, S.; s. 525.

<sup>104</sup> MALKOÇ, .; s. 1263.

<sup>105</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4766; ÖNDER, A.; s. 508.



edilmesiyle meydana gelece i kabul edilirse veri hırsızlığı açısından Ceza Kanunu'nda hırsızlık için kabul edilmeyen yeni bir düzenleme ortaya çıkacaktır. Hırsızlık suçu yararlanmak amacıyla, taşınır malın, sahibinin rızası dışında alınması anında oluştu u halde TCK 525b/2'de suç, verilerin yararlanmak amacıyla ele geçirildi i veya kullanıldı ı anda de il, yararın elde edildi i anda oluşacaktır. İcra hareketinin "kullanma" gibi oldukça genel bir ifadeyle belirlenmiş olması bu yönden de sakıncalıdır.

Yararın niteli i açısından ise, ö retideki genel görüş, yararın ekonomik nitelikte oldu u yönündedir.<sup>106</sup> Gereğede de "bilgisayar marifetiyle dolandırıcılı ın" yaptırımı tabi tutuldu u ifade edildi ine göre yararın maddi nitelikte oldu u kabul edilmelidir. Ancak yararın malvarlı ını konu aldı ının açıkça belirtilmesi anlaşılabilirli ın sa lanması açısından yerinde olurdu.<sup>107</sup>

Madde hükmü, suçların içtimalı yönünden ise henüz birçok noktada kesinlik kazanmamıştır. MALKOÇ ve Güler'e göre sistemde toplanan veri, program ya da bilgilerin, ücret karşılı ı müşterilere sunuldu u özel veya tüzel kişili e ait bir kuruluşt a çalışan hizmetlilerin veya kuruluş dışından kimselerin bu veri, program veya bilgileri sahibinin rızası olmadan kullanarak kişisel yarar sa laması durumunda bu fiilin kullanma hırsızlığı (TCK 494), dolandırıcılık (TCK 503), inancı kötüye kullanma (TCK 508) suçlarına ait unsurları içerebilece i halde, TCK 525b/2 hükmü konuyla ilgili özel düzenleme oldu undan, TCK 494, TCK 503 veya TCK 508'den hüküm

kurulması mümkün olmayacaktır. Di er taraftan, memur faillerin görevi kötüye kullanma, zimmet gibi suçları sistem aracılı ıyla işlemeleri halinde fikri içtima kurallarına göre olayda TCK 525a-b-c suçlarının uygulanması mümkün de ildir. Görevi kötüye kullanma veya zimmet suçlarının düzenlendi i maddeler uygulama alanı bulacaktır.<sup>108</sup> Kanaatimizce memur faillerin durumuyla ilgili olarak varılan sonuç kısmen yerindedir. Çünkü bu noktada yazarların ifade etti i şekilde görevi kötüye kullanma veya zimmet suçu, TCK 525a-b-c'ye göre özel hüküm oldu u ve bu nedenle fikri içtima kurallarının uygulanaca ı kabul edilemez. Çünkü ilk olarak fikri içtima hali özel hüküm genel hüküm ilişkisi dahilinde uygulanmaz.<sup>109</sup> İkinci olarak bir hükmün özel hüküm olması için genel hükmün bütün unsurlarını ve bunun dışında ek bir unsuru da içermesi gerekir.<sup>110</sup> Halbuki 525a-b-c hükümleri ile görevi kötüye kullanma veya zimmet suçunun korudu u hukuki yararlar farklıdır. O halde memur failler sistem aracılı ıyla dolandırıcılık suçu işlediklerinde, iki ayrı kanun hükmünü ihlal ettiklerinden fikri içtima kuralları gere ince ,yaptırımı a ır olan suçtan sorumlu olacaklardır.

Ayrıca, TCK 525a/2 ve TCK 525b/2 suçlarının bazı hallerde geçitli suç oluşturaca ını ifade eden görüşler söz konusudur.<sup>111</sup> TCK 525a/2'de aranan özel kast "başkasına zarar verme", TCK 525b/2'de de aranan özel kast ise "kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sa lama" oldu undan,kanaatimizce bu özel kastların örtüşmesi ihtimali oldukça azdır. Bunun yanında TCK

<sup>108</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4766, 4767.

<sup>109</sup> DÖNMEZER, S./ERMAN, S.; c. 2, s. 384.

<sup>110</sup> ÖZTÜRK, B./ERDEM, M. R. / ÖZBEK, V. Ö.; s. 157.

<sup>111</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 273, 274.

<sup>106</sup> DÖNMEZER, S.; s. 524; YAZICIO LU, R. Y.; s. 269; ÖNDER, A.; s. 509.

<sup>107</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4767.

525a/2 Fıkrasını incelerken netice bölümünde geçitli suçun oluşumu için gerekli şartların bir araya geldi i durumlara rastlamak da her zaman mümkün olmayacaktır.

#### d. Suçun Manevi Unsuru

##### Kast

Suçun oluşumu için failin kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sa lama yönünde özel kastı bulunması gereklidir.<sup>112</sup>

Suçun taksirle işlenmesi ise mümkün de ildir.<sup>113</sup>

##### Hukuka Aykırılık

Sa lanan yararın hukuka aykırı, haksız olması şartı aranmaktadır.<sup>114</sup> Dönmezer'e göre yararın hukuka aykırı olmasının sebebi kişinin böyle bir yarar sa lamak için sistemi kullanma hakkına sahip olmamasıdır. Bu nedenle elde edilen yarar da haksız olmaktadır.<sup>115</sup>

#### e. Müeyyide

Kanun bu suçun müeyyidesini bir yıldan beş yıla kadar hapis ve iki milyon liradan yirmi milyon liraya kadar a ır para cezası olarak belirtmiştir. TCK 525d Maddesinde yer alan fer'i cezalar da şartların bulundu u takdirde maddeye uygulanacaktır.<sup>116</sup>

Ayrıca daha önce belirtti imiz gibi Yargıtay kararları gere i TCK 525a ve TCK 525b Maddelerinde yer alan para cezalarının bu maddelerin yürürlük tarihi itibariyle Ek 1. Madde kapsamına

girmede i için Ek 2. Maddeye göre arttırılması mümkün de ildir. Ancak Ek 1. Maddenin 6. Bendi 8. Maddesindeki hüküm şu şekildedir:

*1.1.1988 tarihinden 31.12.1993 tarihine kadar yürürlü e girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları 12 misline çıkarılmıştır.*

Bilişim alanındaki suçların yürürlük tarihinin 1991 yılına denk geldi i düşünülürse, TCK 525a-b Maddelerinin Ek 1. Madde kapsamına girmede ini belirten kararların gerekçesi kabul edilemez.

MALKOÇ ve Güler'in TCK 525b/1 ve TCK 525b/2 Maddelerinde öngörülen yaptırımlarla ilgili eleştirilerine ise katılmaktayız. Şöyle ki 1. Fıkroda ve 2. Fıkroda düzenlenen suçlar birbirinden oldukça farklıdır ve 2. Fıkroda suç sayılan fiillerin sonuçları 1. Fıkroya göre her zaman daha a ır olma ihtimaline sahiptir. Bu halde 1. Fıkradaki suçlar için daha a ır bir ceza öngörölmüş olması hukuk mantı ina aykırıdır.<sup>117</sup>

#### TCK 525c Maddesi

##### TCK 525c (Delil Tahrifi)

*Hukuk alanında delil olarak kullanılmak maksadıyla sahte bir belgeyi oluşturmak için bilgileri otomatik işleme tabi tutan bir sisteme, verileri veya di er unsurları yerleştiren veya var olan verileri, di er unsurları tahrif eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar, tahrif edilmiş olanları bilerek kullananlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.*

TCK 525c Maddesinde hukuk alanında delil olarak kullanılmak amacıyla sahte belgenin oluşturulması için sisteme veri veya di er unsurları yerleştirmek

<sup>112</sup> DÖNMEZER, S.; s. 524; YAZICIO LU, R. Y.; s. 272; MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4769; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1116.

<sup>113</sup> TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1116.

<sup>114</sup> DÖNMEZER, S.; s. 524; YAZICIO LU, R. Y.; s. 272.

<sup>115</sup> DÖNMEZER, S.; s. 524.

<sup>116</sup> DÖNMEZER, S.; s. 525; YAZICIO LU, R. Y.; s. 269.

<sup>117</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4769.

ya da var olan unsurları tahrif etmek fiili ile tahrif edilen unsurları bilerek kullanmak fiilleri ayrı ayrı yaptırımı ba lanmıştır.<sup>118</sup>

## Fail ve Ma dur

Maddede sayılan fiilleri icra edenler suçun failidir.<sup>119</sup> Sahte belge oluşturma fiilini icra eden kişi ile bunu kullanan kişi aynı olabilece i gibi farklı da olabilir. Failin suçun oluşması açısından özel bir sıfat veya nitelik taşıması gerekmez.<sup>120</sup>

Ma dur açısından ise şöyle düşünülebilir. Klasik Ceza Hukuku açısından sahtekarlık suçu kamunun güveni aleyhine işlenen suçlardandır ve ma duru devlettir.<sup>121</sup> TCK 525c Maddesinde de ma dur devlet olarak kabul edilebilir. Ancak, sahte evrakının kullanılması açısında ise ma dur devletin yanında, sahte evrakın hukuk alanında delil olarak kullanılması sonucu zarar gören menfaatin sahibidir.<sup>122</sup>

## 1. Korunan Hukuki Yarar

Maddeyle korunan hukuki yarar, kamu güvenidir.<sup>123</sup> Kamu güveni, hukuk düzeninin delil olarak de er verdi i her türlü belgeye toplumun duydu u güvendir.<sup>124</sup> Böylece TCK 525c Maddesi sahte evrakın düzenlenmesi bakımından hukuk düzenince yani devlet tarafından topluma delil de eri taşıyan belgelerin geçerlili i konusunda aşılınmış güven, sahte evrakın

kullanılması açısından da ayrıca, delil de eri taşıyan belgelerin geçerlili iyle garanti altına alınmış olan menfaatler de koruma altına alınmaktadır.<sup>125</sup>

## 2. Suçun Maddi Unsurları

### a. Suçun Maddi Konusu

TCK 525c Maddesinde suçun maddi unsuru hukuk alanında delil de eri taşıyan sahte belgeyi oluşturmak amacıyla kullanılan veri veya di er unsurlardır. Yazıcı lu'na göre, suçun maddi konusunu sistemde yer alan hukuk alanında delil niteli i taşıyan veri veya di er unsurlar oluşturmakta<sup>126</sup> ise de daha önce konuyla ilgili olarak yaptığımız açıklamalara dayanarak suçun maddi konusunu sadece verinin oluşturacağını ve bunların hukuk alanında delil niteli i taşıması şartına gerek olmadığını düşüncesindeyiz. Önemli olan verilerin hukuki de er taşıyan sahte belgenin oluşturulması için tahrif edilmesi ya da sisteme yerleştirilmesidir.

Maddede düzenlenen ikinci suç açısından ise, suçun maddi konusu TCK 525c Maddesinde tarif edilen şekilde oluşturulmuş delil niteli i taşıyan sahte belge oluşturmaktadır. Bu belge olaya göre sistemde yer alan bir program veya veri olabilece i gibi, verinin tahrif edilmesi veya sisteme yerleştirilmesi ile elde edilip ka ıda aktarılmış bir şekilde de olabilir.<sup>127</sup> Böylece kanunkoyucu geçerlili i hukuk tarafından korunan yeni bir hukuki belge kavramı oluşturmaktadır. Çünkü hukuk alanında bir belgenin delil niteli i taşıması için öncelikle maddi varlığı a sahip olarak devamlılık göstermesi

<sup>118</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 275.

<sup>119</sup> DÖNMEZER, S.; s. 526.

<sup>120</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 278, 280.

<sup>121</sup> EREM, F./Toroslu, N.; Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Sava yayınevi, 8. bası, Ankara 2000, s. 239.

<sup>122</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 281.

<sup>123</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 280.

<sup>124</sup> EREM, F./Toroslu, N.; s. 239, 340.

<sup>125</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 279, 280.

<sup>126</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 281.

<sup>127</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 282.

gereklidir. Fakat TCK 525c Maddesi ile bilişim ortamında hazırlanmış sahte hukuki belgenin hazırlanma aşaması ve kullanılması yaptırımı tabi tutularak manyetik ortamdaki bilgilerin de delil niteli i taşıyabilece i kanunkoyucu tarafından kabul edilmektedir.<sup>128</sup>

## b. Hareket

TCK 525c Maddesinde düzenlenen birinci suç açısından öngörülen icra hareketleri şunlardır:

-Sisteme verileri veya di er unsurları yerleştirmek,

-Var olan verileri veya di er unsurları tahrif etmek.

Birinci icra hareketi sahte belgenin oluşturulması amacıyla verilerin yerleştirilmesi, ikinci icra hareketi ise gerçe e uygun belgenin sahteleştirilmesi için sistemde var olan verilerin tahrif edilmesiyle meydana gelecektir.<sup>129</sup> Önder'e göre ise suçun icra hareketleri sahte belgenin oluşturulması için bilgilerin sisteme verilmesi veya sistemde toplanması veyahut bu bilgilerin tahrif edilmesiyle sahte veya sahteleştirilmiş bir belgenin elde edilebilmesi imkanını oluşturmaktadır.<sup>130</sup>

Düzenlenen suç seçimlik hareketlidir. Failin icra hareketlerinden birini veya ikisini de aynı kast altında işlemesi sonucu tek suç oluşacaktır.<sup>131</sup>

Maddede düzenlenen ikinci suçun icra hareketi ise "kullanma"dır. Bazı yazarlara göre kullanma şeklindeki icra hareketlerinin TCK 345 ve TCK 346'da düzenlenen

sahte belgeyi kullanma şeklinde anlaşılması gereklidir.<sup>132</sup> Yani failin, TCK 525c Maddesi hükmüne göre oluşturulmuş sahte belgeyi bilerek kullanması gereklidir.<sup>133</sup> Ayrıca, TCK 525c Maddesinin niteli i gere i failin sahte belgeyi bir olayın do rulu unu kanıtlamak maksadıyla kullanması gereklidir.<sup>134</sup> Madde metninde bu hususta açıklık yoktur. Fakat, maddenin başlangıcında, hukuk alanında delil olarak kullanma amacıyla oluşturulan belgeden bahsedildi i için TCK 525c'de düzenlenen bu ikinci suçun icra hareketi olan "kullanma" nın bu do rultuda gerçekleşmesi gereklidir.<sup>135</sup>

## c. Netice

Maddede suç sayılan fiillerin neticeleri, icra hareketleri tamamlandı ı anda gerçekleşir. Yani, sisteme verilerin yerleştirilmesi, verilerin tahrif edilmesi veya sahte belgenin kullanılması anında suç oluşturur. Bu nedenle TCK 525c neticesi harekete bitişik suç özelli i gösterir.<sup>136</sup> Suçun oluşumu bakımından birinci suç için failin sahte belgeyi oluşturması, ikinci suç içinse kullanmadan dolayı bir zarar meydana gelmesi veya yarar sa lanması şartı aranmayacaktır.<sup>137</sup>

Maddeyle ilgili önemli noktalardan biri maddede belirtilen suçların failinin aynı olması durumunda uygulanacak içtima kurallarıdır: TCK 525c Maddesinde suçları oluşturan

<sup>128</sup> ÖNDER, A.; s. 507, 508.

<sup>129</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4771, 4772; DÖNMEZER, S.; s. 526.

<sup>130</sup> ÖNDER, A.; s. 508.

<sup>131</sup> MALKOÇ, .; s. 1264; YAZICIO LU, R. Y.; s. 283.

<sup>132</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 284; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1133.

<sup>133</sup> EREM, F./Toroslu, N.; s. 273.

<sup>134</sup> TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1133.

<sup>135</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 284.

<sup>136</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 284, 285; MALKOÇ, .; s. 1264.

<sup>137</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 285.

hareketler birbirinden farklı oldu u için bu hareketlerin tamamı tek fail tarafından gerçekleştirildi inde ortaya iki ayrı netice çıkacaktır. Birinci netice, failin hukuk alanında delil olarak kullanma maksadıyla belgeyi oluşturmak için verileri tahrif etmesi veya sisteme yerleştirmesi; ikinci netice ise bu sahte belgeyi bilerek kullanmasıdır. Bu durumda fail iki neticeden de sorumlu olacaktır.<sup>138</sup>

Ayrıca TCK 525c Maddesi TCK 346'ya göre özel hüküm teşkil etti i için TCK 525c Maddesinde suç sayılan fiillerin failleri ayrı oldu unda da TCK 525c Maddesi uygulama alanı bulacaktır.<sup>139</sup>

#### 4. Suçun Manevi Unsuru

##### Kast

Birinci suç açısından failin sahte belge oluşturmak veya gerçe e uygun belgeyi tahrif etmek özel kastı taşıması gereklidir. E er fail bu özel kastı taşımadan hareket ediyorsa olaya göre TCK 525a, b hükümleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>140</sup> Ancak failin özel kastının belirlenmesi bazı durumlarda sorun teşkil edecektir. Çünkü failin hukuk alanında delil olarak kullanma maksadıyla oluşturmaya başladı ı belgenin hukuk alanında herhangi bir de eri bulunmayabilir. Bu durumda fail yine özel kastında dolayı hareketlerinden sorumlu olacaktır mıdır? Öncelikle belirtmek gerekir ki failin özel kastı açısından, failin oluşturmak istedi i belgenin hukuk alanında delil niteli i taşıyıp taşımayacak nitelikte olaca ı hakim in takdirine ba lıdır. E er failin

oluşturmak istedi i belge bu nitelikleri taşıyamıyorsa durum, işlenemez suç niteli ini gösterebilecektir.<sup>141</sup>

İkinci suç açısından ise failin sahte belgeyi bilerek kullanması gerekir. Bilme, failin hukuk alanında delil niteli i taşıyan belgenin sahte oldu unu bilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bu suçun oluşumunda özel kastın varlı na gerek yoktur, failin genel kastı yeterlidir.<sup>142</sup>

#### 5. Müeyyide

TCK 525c Maddesinde düzenlenen birinci suçun müeyyidesi bir yıldan üç yıla kadar hapis, ikinci suçun müeyyidesi de altı aydan iki yıla kadar hapistir.

TCK 525c Maddesine TCK 525d Maddesinde öngörülen fer'i cezalar uygulanamayacaktır.<sup>143</sup>

##### TCK 525d Maddesi

##### TCK 525d (Fer'i Cezalar)

*TCK 525a ve TCK 525b Maddeleri hükümlerini ihlal eden kişiler hakkında, maddelerde yazılı cezalara ek olarak, meslek icrası sırasında veya icra dolayısıyla suçun işlendi i bir kamu hizmetinden veya meslek veya sanat veya ticaretten altı aydan üç yıla kadar yasaklanma cezası verilir.*

TCK 525d Maddesi TCK'nın meslek ve sanatın tatili ve kamu hizmetinden yasaklılık cezalarının sürelerini belirleyen 25. ve 35. Maddelerine aykırıdır. Belirtilen maddelerdeki süreler üç günden iki seneye kadardır. Ancak TCK 525d

<sup>138</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 286.

<sup>139</sup> YAZICIO LU, R. Y.; s. 287; aksi görü için bkz.: MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4773; MALKOÇ, .; s. 1265.

<sup>140</sup> DÖNMEZER, S.; s. 526; YAZICIO LU, R. Y.; s. 285; MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4772; MALKOÇ, .; s. 1264; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1133.

<sup>141</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4772; MALKOÇ, .; s. 1264; TA DEM R, K./ÖZKEP R, R.; s. 1133.

<sup>142</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4772; MALKOÇ, .; s. 1264; YAZICIO LU, R. Y.; s. 286.

<sup>143</sup> DÖNMEZER, S.; s. 526, 529; YAZICIO LU, R. Y.; s. 287, 288.

Maddesinde altı aydan üç yıla kadar meslek veya sanatın tatili ya da kamu hizmetinden yasaklık cezası verilebilir.<sup>144</sup>

## Sonuç

Bilişimle ilgili kanuna aykırı fiilleri yaptırıma tabi tutmak özellikle kontrol edilmesi güç olan bilişim ortamı için bir zorunluluktur. Fakat TCK, konuyla ilgili olarak yürürlüğe koyduğu yaptırımlarda bu zorunluluğu yerine getirememiştir. Gerek suç tiplerinin maddi unsurları ve tipiklik unsurlarındaki yetersiz düzenlemeler gerekse müeyyidelerde yer alan hatalar öğretide pek çok tartışmaya sebep olmaktadır. Bilişim alanıyla bağlantılı olarak gerçekleştirilen mal aleyhine cürümler ile zimmet ve irtikap suçlarıyla ilgili tartışmalar henüz bir sonuca ulaşmamıştır. Yargılama sürecinde de bu sebeple pek çok karışıklıklar yaşanmaktadır. Bu durumun düzeltilmesi için kanaatimizce TCK'nın bilişim suçlarıyla ilgili hükümleri kanunkoyucu tarafından tekrar gözden geçirilmeli ve köklü değişikliklere gidilmelidir. Bu değişiklikler dahilinde bilişim suçları ayrı bir babta değil TCK'da bilişim alanı ile bağlantılı olabilecek her suç tipinin farklı özellikleri göz önüne alınarak düzenlenmelidir. Fakat TCK tasarısında yine TCK'da yer alan metot benimsenerek hareket edilmiştir. Buna rağmen hükümlerdeki eksiklikler ve hatalar nispeten giderilmiştir. Teknolojinin hızına yetişebilecek yeni bir TCK tasarısının Türk hukukuna kazandırılması ise en samimi dileğimizdir.

<sup>144</sup> MALKOÇ, /GÜLER, M.; s. 4775; MALKOÇ, .; s. 1265; TA DEMİR, K./ÖZKEPİR, R.; s. 1133; YAZICIOĞLU, R. Y.; s. 288, 289; ÖNDER, A.; s. 510, 511.

## Kaynakça

- DÖNMEZER, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Basım, 15. bası, İstanbul 1994.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. 1, Beta Basım, 14. bası, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. 2, Beta Basım, 12. bası, İstanbul 1999.
- EREM, Faruk; Türk Ceza Kanunu Şerhi - Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993.
- EREM, Faruk / Toroslu; N; Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, 8. Bası, Ankara 2000.
- İÇEL, Kayıhan / YENİSEY, Feridun; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, Beta Basım, c. 4, 4. bası, İstanbul 1994.
- MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- MALKOÇ, İsmail/Güler, Mahmut; Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, c. 4, Adil Yayınevi, 1. bası, Ankara.
- ÖNDER, Ayhan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- ÖZEL, Cevat; Bilişim Suçları ile İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı, İstanbul Barosu Dergisi, c. 75, sayı 7-8-9.
- ÖZTÜRK, Bahri / Erdem, Mustafa R./Özbek, Veli Özer; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998.
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık; Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Seçkin Yayınevi, c. 4, 1. bası, Ankara 1995.



TAŞDEMİR, Kubilay / ÖZKEPİR, Ramazan;  
Uygulamada ve Ö retide Belgelerde  
Sahtecilik Suçlar ve Bilişim  
Alanında Suçlar, Adil Yayıncılık,  
Ankara 1999.

YAZICIO LU, R. Yılmaz; Bilgisayar  
Suçları, Alfa Yayınevi, 1. bası,  
İstanbul 1997.

YÜCEL, Mustafa T. ; Bilişim Suçları,  
Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 49,  
sayı: 4.





# Hakim ve Savcılarının Hukuki Sorumluluğu

Av. Kazım AKIN



## Giriş

Sorum, insan denilen varlığa değer verilmesi, ona saygı duyulması sorunudur. Hangi sorunu ele alsak karşımıza insana ve haklarına saygı duyulmamasının yanıtlanması ön plana çıkmaktadır. İnsana ve insan haklarına saygı duyulması gereği günümüzde tartışılmamalıdır diye düşünmemize rağmen, insan haklarına aykırı eylem ve işlemler günümüzde de varlığını artırarak devam etmektedir. Bu ihlaller, özellikle insan haklarını ön planda tuttuğunu iddia eden ülkeler tarafından yapılmaktadır. Hemen ifade etmeliyiz ki, insana ve insan haklarına değer vermek bu hakların "kullanılabilirliği" ile de doğrudan ilgilidir. Haklar kağıt üzerinde mevcut, fakat uygulamada kullanılamıyorsa o toplumda artık haktan ve hukuktan söz edilemeyecektir.

Adalete, evrensel hukuk ilkelerine uygun bir düzeni gerçekten istiyorsak, bunun bütün "altyapıları" ile kurulması gerektiğine inanmalıyız. Bu altyapı, hakları ihlal edilen kişilerin, haklarını alabilecekleri bağımsız bir yargı mercii bulabilmeleri, bu yargı mercisinin kararlarına yönetimin de uyması ve yapılan kanunların evrensel hukuk ilkelerine uygun olması halinde var demektir. Hakların korunması ve işlerliğini sürdürebilmesi bağımsız bir yargı sisteminin oluşturulması ile büyük

ölçüde mümkün olabilir. Ancak, bağımsız yargı tek başına bu işlevi yerine getiremeyeceği için, yapılacak kanuni düzenlemelerin evrensel hukuk ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Yönetenlerin kendilerini "hukuk"la bağli hissedip hissetmemeleri, o toplumun evrensel hukuk ilkelerini ne kadar benimsediği ve hukuka ne kadar bağli olduğu ile doğrudan orantılıdır.

Dışarıdan yapılan müdahalelerden uzak bir yargılama sistemi, sadece toplumun bireyleri için vazgeçilmez bir ilke olmayıp; zamanı geldiğinde bizzat yönetenlerin de şiddetle ihtiyaç duyabilecekleri, evrensel bir hukuk ilkesi olma niteliğini taşımaktadır.

Sadece "yargı bağımsızdır" demekle, yargının bağımsız olmayacağı aşikardır. Yargının bağımsızlığı ilkesi "hâkim güvencesi" ile de doğrudan alakalıdır. Hâkim güvencesi yoksa ya da bu güvence sınırlı tutulmuşsa artık yargının bağımsızlığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Bir hâkimin (ister sivil, ister asker olsun) mesleki yönünden yükselmesi "idarenin takdirine" bırakılmışsa, o hâkimin "idare karşısında bağımsız" olduğunu savunmak ve başkalarını buna inandırmak çok zordur.

Hakim teminatı, hâkimler için olmakla birlikte, toplumun tüm bireyleri için gereklidir. Kişiler haksızlığı u radıklarında

haklarının varlığını kanıtlayabilecekleri ve bu haklarını elde edebilecekleri baımsız mahkemelerin bulunduğunu ve bu mahkemelerde güvenceli hâkimlerin görev yaptığını önceden bilmelidirler ve buna yüreктen inanmalıdır. Aksi takdirde yargı baımsız olsa bile bu inanç toplum bünyesinde oluşturulamadığı takdirde fazla bir şey ifade etmeyecektir.

Bir ülkede adalet mekanizmasının bozulmasının ne demek olduğunu Fahrettin Karacaoğlu şu sözlerle ifade etmektedir: "Bir milletin ordusu bozuk olabilir. Harbe girmedikçe bu hal meydana çıkmaz. Maarifi bozuk olabilir. Bunun acısı da ancak aradan bir nesillik bir zaman geçince kendisini gösterir. İktisadiyatı bozulursa millet uzun seneler süren bir sefalet içinde sürüklenir, gider. Amma bir memlekette adalet bozulursa, halk adalete inanmamaya başlarsa, anarşi kendini gösterir. Herkes hakkını kendi aramaya kalkar ve cemiyet derhal da ılmaya, batmaya mahkum olur."<sup>1</sup>

Yargı yetkisinin Türk Milleti adına baımsız mahkemelerce kullanılacağı (Ay.m.9); hâkimlerin görevlerinde baımsız oldukları; kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri; hiçbir organ, makam, merci ve kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı (Ay.m.138), hâkimlerin mahkemelerin baımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri (Ay.m.140/II) anayasal güvenceye bağlanmıştır. Bununla beraber, hâkimlerin baımsızlığının olmazsa olmazlığının yanında, tamamen

sorumsuz olmaları da asla düşünülmemelidir. Fakat karşılaşılan engeller ve bu konuda ki Yargıtay uygulaması, konuyu öyle bir noktaya getirmiştir ki, fiilen sorumsuzluk denebilecek bir durum ortaya çıkmıştır. Çünkü bugüne kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki hükümlere istinaden bir hakimi tazminata mahkum eden herhangi bir karara biz bu araştırma esnasında rastlayamadık. Bu konudaki düşüncelerimizi teyit eden bir araştırma, emekli bir Yargıtay daire başkanınca yapılmıştır.<sup>2</sup>

Kişilerin haklarını arayabilecekleri baımsız yargı mercileri oluşturulurken, hâkimlerin de verdikleri kararlardan dolayı ne şekilde ve hangi şartlar altında sorumlu olacakları, kasten ya da a ır kusurlarıyla neden oldukları zararları tazmin etmelerinin ve suç teşkil eden yahut meslek disiplinine aykırı eylemlerinden dolayı cezalandırılmalarının sağlanması gerekir.

Mahkemelerin saygınlığının sağlanması ve bu saygınlığın devamı, sorumluluk ilkesinin adalete uygun bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. Ancak bu sorumluluk ilkesinin uygulanmasında, diğer memurların yargılama usullerinin dışında ve yargılama faaliyetini olumsuz yönde etkilemeyecek düzenleme yapılmasında yarar vardır. Çünkü, hakimlik mesleğinin diğer kamu görevlerini yerine getirenlerden çok farklı bir yanı vardır. Hakimin yaptığı her yargılama işlemi sonunda taraflardan birinin husumeti yönlendirdiği davalı olma riski vardır. Her an davalı olma riskinden dolayı bunun farklı şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

<sup>1</sup> YILMAZ, Ejder, *Aksak Adaletten İyeyen Adalete*, s. 471.

<sup>2</sup> DO ANAY, smail, *Hirsch'e Arma an*, Ankara, 1986, s. 678. "40 yıllık hakimlik hayatımızda HMUK'un 573-576. maddeleri hükümlerine göre hukuki sorumluluğu cihetine gidilip tazminatla mahkum olmu bir hakimi — ben ahsen— hatırlamıyorum" demektedir.

Kanun koyucu da zaten böyle bir yolu benimsemiştir. Ancak buna uygun olmayan düzenlemeler de vardır.

Kanun koyucu, kötü niyetli şikayet ve taleplerin önüne geçebilmek için, hâkimlerin sorumluluğu kurallarını düzenlemede dar yorum kurallarına uygulamaya koymaya çalışmıştır. Buna rağmen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12 ve 13. Maddelerine göre bir devlet memurunun göreviyle ilgili olarak neden olduğu zararlardan dolayı memur aleyhine değil, devlet aleyhine tam yargı davası açılabilen iken, hâkimin görevi sırasında kasten yahut ağır bir kusuruyla verdiği bir karar sonucunda oluşan zararın tazmini için herhangi bir merciden izin almaksızın doğrudan o hâkim aleyhine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.573 ve devamı maddelerine göre tazminat davası açılabilir. Bu durum, hakimleri diğer devlet görevlilerinden daha korunmasız hale getirmektedir. Bu da hem hakimleri ekonomik olarak çok zor durumda bırakmakta, hem de zarara uğramış olan tarafın zararının giderilmesini hakimin ekonomik durumu ile sınırlı tutmaktadır. Buna karşın diğer devlet görevlileri aleyhine açılacak bir sorumluluk davasında devletin garantörlüğü vardır.

Hâkimlerin yargılama görevi yaparken kastı dışında ağır ya da hafif ihmalle hatalı, tarafların bir kısım haklarını ihlal eden kararlar vermeleri riski daima vardır. Hâkimlerin kararlarında sorumsuzca davranmamaları, karar verirken azami derecede özen göstermeleri gerekir. Ancak özellikle Türkiye'de yoğun iş hacmi altında çalışmalarını ve yargı güvencelerinin de tam olarak sağlanamaması sebebiyle, hâkimlerin verdikleri her karardan dolayı bir başka mahkemede açılacak tazminat davasının

"davalısı" olma riski taşımaları, hâkimlik mesleğinin yapılmasında bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Zira hâkimin, verdiği her karardan sonra davanın taraflarından birinin talebiyle bir başka yargı mercii önünde yargılanma tehdidinin artması halinde, hâkim bulmak güçleşir, adalet hizmeti görülemez hale gelir. Her karar eleştirilebilir. Ne var ki verdiği kararın o hâkim aleyhine tazminat davası açılmasına neden olabilecek bir yönünün olup olmadığı, bunun saptanmasının yöntem ve koşullarının neler olacağı önem taşımaktadır. Burada bir taraftan hâkimlerin sorumsuzluğu ve keyfiliği yönelmelerini önleyebilecek, sorumluluk duygusu altında hareket etmelerini sağlayacak yöntem ve koşullar belirlenirken; diğer taraftan da hâkimlerin verdikleri kararlardan dolayı daima "davalı" sıfatıyla yargılanmalarını önleyecek yöntem ve ilkelerin doğu saptanması gerekli olup, bu hassas dengenin iyi kurulması zorunluluğu vardır.

Savcılarının tek başlarına yaptıkları işlemlerin yargısal olmayıp idari nitelikte olduğu, bu nedenle savcılara karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.573-576. Maddeleri uyarınca tazminat davası açılmayacağı, "hizmet kusurları" halinde ise Borçlar Kanununu m.41 vd. hükümler dikkate alınarak adli yargıda tazminat davası açılabilir görüşü uygulamada hâkim görüşüdür.

Savcılarının faaliyetlerinin (görevlerinin) yargısal nitelikte olmayıp idari nitelikte olduğu kabul edildiğinden, hâkimlerin hukuki sorumluluğunun esas ve yöntemini belirleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.573 vd. Maddelerinin savcılara uygulanamayacağı sonucuna varılmaktadır.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 4 HD 18.05.1965, 2459/2689

Bilindi i üzere, hâkimler a ırlıklı olarak "yargısal" görev yapmaktadırlar. Bununla beraber hâkimlerin "yargısal" görevleri yanında ayrıca "idari" görevleri de bulunmaktadır. Örne in, hâkimlerin mahkeme kalem teşkilatında görevli memurların sicillerini düzenlemeleri, adalet komisyonu görevleri gibi görevlerinin idari nitelikte görevler oldukları açıktır. Hakimlerin idari görevlerinden dolayı verdikleri zararlar sebebiyle açılacak olan dava, idareye karşı açılacak olan tam yargı davasıdır.

Savcıların ise idari görevleri "a ırlıklı" olmakla beraber acaba hiç yargısal faaliyetleri yok mudur? Örne in savcıların düzenledikleri iddianameler, duruşma esnasında sarf ettikleri sözler ve talepleri, esas hakkındaki mütalaaları, temyiz ve itiraz dilekçeleri vermeleri tek başlarına yapılan işlem de il, savunma ve yargı makamı ile yapıldı ndan burada savcının bir yargılama faaliyeti söz konusudur. Ancak açılacak tazminat davasında dayanılacak hükümler HUMK 573-576 hükümleri de il, haksız fiil hükümleridir. Bununla birlikte, savcıların şartlı salıverme süresini yanlış hesap etmesi, hükümlünün geç salıverilmesi gibi tek başına yaptıkları faaliyetler yargısal nitelikte de il, idari nitelikte faaliyetlerdir; bundan dolayı açılacak olan dava, idareye karşı bir tam yargı davası olmalıdır. Ancak yukarıda belirtti imiz gibi uygulama farklı yödedir.

Savcılar, teknik anlamdaki idari görevleri açısından Adalet Bakanlığı na b alırlar (HSK m.5/III, IV). Savcıların di er görevleri ise yargılamaya ilişkin görevleridir. Bu görevlere "adli görev" demek de mümkündür. Savcılar, bu görevlerini yerine getirirken Adalet Bakanına b alı de ildirler(HSK m. 5/III).

Savcıların yargılamaya ilişkin adli görevlerinden dolayı hakimler gibi özel sorumluluk rejimine tabi olmaları daha isabetli olurdu, ancak savcılar bu anlamda kanun koyucu tarafından hakimler gibi düşünülmemiştir.

Hakimlerin ve savcılarının ceza ve disiplin sorumlulu u aynı şekilde düzenlenmiştir. (HSK m.62, 82). Hakimlerin ve savcılarının ceza ve disiplin sorumlulu unu aynı kurallarla düzenleyip, hukuki sorumluluk söz konusu oldu unda iki mesle i birbirinden farklı kurallara tabi tutmak, kanun koyucu tarafından savcılarının hakimlerden ayrı düşünöldü ünü ortaya koymaktadır. Hakimlerin yargısal faaliyetlerinden do an sorumlulukları söz konusu oldu unda özel sorumluluk rejiminden yararlanıyorlar diye, savcılarının da yargılamaya ilişkin faaliyetlerinden yani adli görevlerinden do an sorumlulukları söz konusu oldu unda aynı şekilde özel sorumluluk rejiminden yararlandırılmaları do ru bir düzenleme olmazdı. Hakimler ve savcılar gerek idari gerekse cezai yönden aynı hükümlere tabi olsalar da, bu benzerlikler hukuki sorumluluk açısından da yapılan düzenlemelerin aynı olmasını gerektirmez. Çünkü yargılama aşamasında bu iki meslek arasındaki fark çok net bir şekilde görülüyor. Savcılar yargılama aşamasında tarafsız bir karar merciinden ziyade bir taraftır. Bundan dolayı, hakimler ve savcılar hakkındaki ceza ve disiplin sorumlulu unda paralellik oldu u halde hukuki sorumluluklarında bir ayırıma gidilmesi isabetli olmuştur.<sup>4</sup>

Şu hususu hemen belirtmeliyiz ki, "yargısal faaliyet" kavramını "hüküm tesis etmeye yönelik faaliyet" kavramıyla sınırlı düşünmemiz gerekiyor. Aksi

<sup>4</sup> TERCAN, Erdal, *Hakimlerin Sorumlulu u*, 1988, s. 20.



taktirde hakimler yanında "kamu adına" faaliyette bulunan savcılarının neredeyse tüm faaliyetlerinin "yargısal" nitelikte oldu unun kabulü zarureti do ar ki, bu durum savcılarının hukuki statülerinin, kimi işlemlerinde yargı erkini tek başlarına kullanabilecek kadar genişlemesi anlamına gelir. Bu durum da, yargının üç işlevden oluşabilece i keyfiyetinin dışına çıkmak anlamına gelebilir.

Savcılarının faaliyetlerinin "yargısal" ve "idari" nitelikte olmak üzere iki grupta toplandı kabul edildi inde ise, bu alanlardaki sorumlulu un yasal dayana nın ne olaca ı sorusuyla karşılaşmamız do al olacaktır. O nedenle savcılarının idari görevleri nedeniyle oluşan hukuki sorumluluklarıyla, yargısal görevleri nedeniyle oluşan hukuki sorumluluklarının ayrı ayrı incelenmesinde yarar bulunmaktadır.<sup>5</sup>

### **Savcılarının İdari Görevlerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları**

Savcılarının görevlerinin ayrırlıklı surette "idari" nitelikte oldu unu, ancak "yargısal" nitelikte de görevlerinin bulundu unu belirtmiştik. Savcılarının idari görevlerine, Adalet Bakanlı ının mahkemelere ulaştıraca ı tebli lere aracılık etmek, mahkemelerin idari ve mali işlerinde âmirlik ve sorumluluk üstlenmek gibi görevler örnek olarak gösterilebilir.

Savcılarının idari nitelikte olan görevlerinden dolayı sorumlulukları di er kamu görevlilerinin tabi oldu u yöntem

ve ilkelerle aynıdır. Zira savcılar, hakimlerden farklı olarak kendi aralarında hiyerarşiye tabidirler: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Savcıları üzerinde; Danıştay Başsavcısı, Danıştay Savcıları üzerinde; A ır Ceza Cumhuriyet Başsavcıları, merkezdeki Cumhuriyet Savcıları ile ilçe Cumhuriyet Başsavcıları üzerinde gözetim ve denetim yetkisine sahiptir"(HSK m.5/I). "Hakim ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlı ına ba lıdırlar"(HSK m.5/IV).

Savcılarının idari görevleri sebebiyle neden oldukları zararlardan dolayı kendileri hakkında do rudan do ruya tam yargı (tazminat) davası açılmaz. Savcılarının kamu hizmetlerini görürken vukuuna neden oldukları zararların tazmini, Anayasanın 40/II; 125/VIII; 128/V maddeleri uyarınca, Adalet Bakanlı ından istenir; Adalet Bakanlı ının, kusurlu olması halinde, ilgili savcıya rücu etme hakkı bulunmaktadır. Örne in, savcı kamu davasını açmadı ı sanı ı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.126'ya göre salıverme zorunlulu u bulundu u halde keyfi surette tutmuşsa, do an zararı devlet (Adalet Bakanlı ı) karşılamakla yükümlüdür. Keza, tahliyesine karar verilen tutuklu ya da hükümlünün, hiçbir haklı neden olmadan, mümkün olan en kısa sürede cezaevinden çıkmasını sa lamayan savcı idari görevinde "hizmet kusuru" işlemiş oldu undan dolayı Adalet Bakanlı ı aleyhine tam yargı davası açılacaktır. Keza sanı ın, mevzuatın öngördü ü süre (Any m.19/VI; CMUK m.128 vd.) dışında gözaltında tutulması konusunda savcı tarafından zabıtaya emir verilmesi hali de savcının idari nitelikteki göreviyle ilgilidir. Bunun gibi savcılarının idari nitelikteki görevlerini ifa ederken yaptıkları hukuka aykırı işlemlerinden dolayı

<sup>5</sup> AYDINALP, Sezai, *Hakimlerin Hukuki Sorumlulu u*, s. 72.

Adalet Bakanlığı na karşı tam yargı davası açılabilir.<sup>6</sup>

Savcı tarafından haksız surette gözüaltına alınanlar, tutukluluk durumu yakınlarına bildirilmeyen ve süresi içinde hakim huzuruna çıkarılmayanlar, u radıkları zararların 466 sayılı Kanun hükümlerine göre devletçe tazmin edilmesini isteyebilirler. Anılan kanun hükümlerine göre savcının hizmet kusuru olmasa dahi, kişinin zararı devletçe objektif sorumluluk esasına göre karşılanır. Burada savcının "yargısal faaliyeti" de il, "idari faaliyeti" söz konusudur.<sup>7</sup>

Savcının idari faaliyetlerinden do an zarar, savcının "kişisel kusuruna" dayanmaktaysa B.K. m. 41 vd. uyarınca "haksız fiil" hükümlerine göre adli yargıda tazminat davası açılabilene ilişkin görüş uygulamada baskın görüştür.<sup>8</sup> Ancak bu yola gitmekten ziyade Adalet Bakanlığı na karşı bir tam yargı davası açmak her zaman daha kolay sonuca ulaştırır. Çünkü burada zararı ispatlamak yeterlidir. Savcı kusursuz da olsa tazminata hükmedilecektir. Ancak, haksız fiilden dolayı açılacak bir tazminat davasında savcı kusursuzlu unu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.

### Savcıların Yargısal(Adli) Faaliyetlerinden Dolayı

#### Hukuki Sorumlulu u

Yerel adli yargı savcılarının başlıca yargısal görevleri olan suç delillerini toplamak, kamu davası açmak, duruşmalara katılmak, sanı a hakimın izniyle soru sormak, esas hakkında görüş

bildirmek, verilen hükme karşı kanun yollarına başvurmak; Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcı ve savcılarının "tebli name ve düşünce yazmaları, itiraz etme, görüş açıklama" gibi görevlerini yaparlarken kasten ya da a ır kusurlarıyla bir zarar vermeleri halinde, hakimler gibi HUMK m.573 ve müteakip maddeler uyarınca haklarında zarara u rayan kişilerce do rudan adli yargıda tazminat davasının mı açılaca ı, yoksa bu görevlerinin de idari oldu u sonucuna varılarak Adalet Bakanlığı ı (askeri savcı ise milli savunma bakanlı ı) aleyhine tam yargı davası mı açılaca ı hususunda ki görüşlerimizi yukarıda belirtmiştik.<sup>9</sup>

Yargıtay, savcıların görevlerinin idari nitelikte oldu unu, az da olsa olan yargısal görevlerinden dolayı açılacak tazminat davalarının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenen hükümlere göre de il, haksız fiil hükümlerine dayandırılması gerekti ini savunmakta ve 1959 tarihinde vermiş oldu u bir kararından bu yana kökleşmiş bir şekilde uygulamaktadır.<sup>10</sup>

### Hakimler ve Savcılar Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma

#### Soruşturma

Hakim ve savcıların görevden do an veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri

<sup>9</sup> Savcılar hakim de ildir. Savcıların gördükleri i ler tamamen idari oldu una , talep idari bir karar ve fiilin sonucunda meydana gelmi bir zararın tazmini iste inden ibaret bulundu una, davacı bu sebeple hazineyi hasım gösterdi ine göre, gerçekten bir hizmet kusuru bulunup bulunmadı ını incelemek görevi Danı tay'a aittir. Bu olayda ki isel kusura dayanmadıkça umumi mahkemeler görevli de ildirler... 4 HD 18.05.1965, 2459/2689.

<sup>10</sup> 4 HD 29.01.1959, 1386/963

<sup>6</sup> AYDINALP, Sezai, a.g.e., s. 74.

<sup>7</sup> KÖRO LU, Hasan, *Haksız Tutuklama Tazminatı*, s. 27.

<sup>8</sup> KÖRO LU, Hasan, a.g.e., s. 73.

gere ine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlı nın iznine ba lıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmaya, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırabilir. Soruşturma ile görevlendirilen hakim ve savcılar, adalet müfettişlerinin HSYK Kanununun 101. maddesindeki yetkilerini haizdir.

Hakim ve savcılar hakkında tamamlanan soruşturma evrakı Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlü üne gönderilir. Bu genel müdürlük tarafından yapılacak inceleme sonucunda düzenlenecek düşünce yazısı üzerine, kovuşturma yapılmasına veya disiplin cezası uygulanmasına gerek olup olmadığı Bakanlıkça taktir edilerek evrak ilgili mercilere tevdi olunur veya işlem den kaldırılır.

### Kovuşturma

Hakim ve savcılar hakkında görevleri dolayısıyla veya görevleri sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldü ü taktirde evrak, Adalet Bakanlı nca ilgilinin yargı çevresinde bulundu u a ır ceza mahkemesine en yakın a ır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılı na; Adalet Bakanlı ı merkez kuruluşunda görevli hakim ve savcılar hakkında evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılı na gönderilir.

Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, son soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığı na karar verilmek üzere a ır ceza mahkemesine verir.

İddianamenin bir örne i Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gere ince, hakkında kovuşturma

yapılana tebli olunur. Bu tebli üzerine ilgili, kanunda yazılı süre içinde delil toplanmasını ister veya kabul edilebilir istekte bulunursa bu husus göz önünde tutulur ve gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir.<sup>11</sup>

### Hakimlerin Hukuki Sorumlulu u

#### Sorumlulu un Kayna ı

Hakimler yargısal görevlerinde herhangi bir hiyerarşik ba lantı içinde bulunmadıklarından "amir", "emir" ya da "emrin yerine getirilmesi" ya da "hizmet kusuru" gibi kavramlara yabancıdırlar. Hakim şayet kasten ya da a ır ihmalle davanın tarafına bir zarar vermişse bu halde "haksız fiil"de bulunmuş demektir ve sorumlulu un kayna ı da Borçlar Kanununun 41 vd. hükümleridir. Ancak bize göre, hakimlerin sorumlulu unu düzenleyen HUMK'taki düzenleme dolayısıyla, hakimler aleyhine artık haksız fiil hükümlerine gidilememelidir.

Hakimlerin hukuki sorumlulu unun söz konusu olabilmesi için kanunun (HUMK m. 573) öngördü ü hallerden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir olup, hakimlerin hukuki sorumlulu una ilişkin kanuni düzenlemeye (m.573-576) göre, hakimin neden oldu u zarardan dolayı devlet aleyhine de il ve fakat bizzat hakim aleyhine tazminat davası açılması öngörülmektedir.

Hakimlerin idari faaliyetlerinden do an zarar için hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlı na karşı İdare Mahkemesinde tam yargı davası açılabilir. İdari faaliyetten do an zararın kişisel kusura

<sup>11</sup> GÜNAY, Erhan, *Hakim, Savcı, Avukatlar ile Di er Adli Personelin İledikleri Suçlar ve Soru turmalar*, s. 24-30.

dayanması durumunda ise hakime karşı haksız fiil hükümlerine göre adliye mahkemelerinde tazminat davası açılabilir.<sup>12</sup>

Disiplin soruşturması yapılması, kişilerin ulusal hukuka göre temyiz hakları ve devletten tazminat isteme hakları saklı kalmak kaydıyla, yargıçlar yargısal yetkilerini kullanırken yanlış tasarrufları veya ihmalleri nedeniyle kendilerine karşı maddi tazminat istenen hukuk davalarından muafırlar.

Bütün disiplin, görevden alma ve göreve son verme işlemleri yargısal faaliyetin yerleşik standartlarına göre karara bağlanır.<sup>13</sup>

### **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Sayılan Hukuki Sorumluluk Halleri**

#### **Genel Olarak**

Kişinin canını, malını, şeref ve haysiyetini kasten ya da a ır meslek hatalarıyla ihlal eden hakimlerin ceza hukukuna göre "cezai", idare hukukuna göre de "disiplin" açısından sorumlu olduklarını kabul ettikten sonra aynı eylemlerinin do urdu u maddi ve manevi zararlardan dolayı sorumlu tutmamak bir çelişki oluştururdu. Birer "kamu görevlisi" olduklarından kuşku duyulmayan hakimlerin hukuki (mali) sorumlulu unu kabul etmemek "hukukun üstünlü ü", "kendini hukukla ba lı hisseden devlet" kavramlarıyla da ba daşmazdı.

Hakimlerin hukuki sorumlulu unu kabul etmekle beraber "adalet da ıtmak"la görevli bu meslek görevlileri tarafından verilen her karardan sonra, kararı be enmeyen tarafça tazminat davası açılmasını özendirecek derecede bir yöntemin kabulü hakimlik mesle ine zarar verir. Böyle bir davayı açacak kişilerin iyi düşünmelerini sa layacak, gereksiz yere hakimleri bir başka hakim karşıısına çıkarmalarını önleyecek düzenlemelerin mevzuatta yer alması zorunludur. Bir taraftan hakimlerin sorumluluk bilinci ile yargısal görevlerini titizlikle yapmaları sa lanmalı, di er taraftan haksız davalarla görevlerini hakkıyla yapmalarını önleyecek davalarla muhatap edilmemelidirler.

Bununla beraber, hakimın kasten ya da a ır ihmalle hukuka ve mevzuata aykırı karar vermesi halinde, aleyhine tazminat davası açılabilen i gibi verilen kararın "yargılamanın yenilenmesi" sebebi sayılıp, kararın ortadan kaldırılmasına da yol açabilir. Örne in hakimın sanı ın imzasını taşımayan bir evrakı sanki imzası varmış gibi kabul ederek -sanı ın da evrakı görmemesiyle- mahkum etmesi yahut rüşvet alarak kanuna ve adalete aykırı karar verdi inin ceza mahkumiyetiyle sabit olması gibi.

Yargıtay kararlarında da hakim olan görüşün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun m.573'de sayılan sorumluluk hallerinin kanunda sayılanlardan ibaret oldu u, ço altılamayaca ı yönündedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573. Maddesinde 7 bent halinde sayılan sorumluluk halleri ayrı başlıklar altında incelenecektir. Bu maddede öngörülen sorumluluk halleri, özde ceza kanunlarına göre de suç teşkil eden hallerdir. Anılan maddenin 1, 3, 4, 7. bentlerinde

<sup>12</sup> GÜNAY, Erhan, *Yargısal Görevlerinden Dolay Hakimlerin Tazminat Sorumlulu u*, s. 55.

<sup>13</sup> BALCI, Muharrem/SÖNMEZ, Gülden, *Temel Belgelerde nsan Hakları*, s. 234, (Yargı Ba ımsızlı ına Dair Temel Prensipler, Suçların Önlenmesi ve Suçluların İslahı Üzerine Birle mi Milletler Genel Kurulunun 29.11.1985 tarihli ve 40/32 sayılı ile 13.12.1985 tarihli ve 40/146 sayılı kararlarıyla onaylanmı tır.)

sayılan halleri sırasıyla Türk Ceza Kanununun 244, 339, 349, 214, 215, 217, 231. maddelerinde öngörülen suçları da oluşturur.<sup>14</sup>

## Hukuki Sorumluluk Halleri

### 1. İki Taraftan Birini Tesahüp ve İltizam veya Garez ve Nefsaniyet Dolayısıyla Di eri Aleyhine Kanuna ve Adalete Mugayir Bir Hüküm Verilmiş Olması

Hakimin hukuki sorumluluğunun doabilmesi için hüküm veya kararda öncelikle taraflardan birini kayırma, dostluk (tesahüp ve iltizam) yahut bir taraf için kin ve düşmanlık (garez ve nefsanîyet) duyguları altında karar verildiğinin kanıtlanması gerekmektedir.

Hukukun soyut ve genel kurallarına göre yapılan uygulama adaletin gereklerine uygundur. Bu soyut ve genel kurallar ancak adaletli ve objektif bir de erlendirme ile somut hale gelerek gerçeklik kazanabilir. Çünkü hukukun özü yasa maddeleri de il, hukukun özü hak duygusudur ve adalet bilincidir. Bu duygu ve bilinçte formel kurallar, mekanik aletler işlenemez ve kullanılamaz. Adalet idesi, hak duygusu ancak do ru de erlendirme ve taktir ile uygulanabilir.<sup>15</sup>

Bir tarafı kayırmak veya di er tarafı zarara u ratmak kastının ispatı maddi olayın oluşum şekline göre belirlenir. Hakimin kararının soyut surette kanuna aykırı olması, bir tarafı kayırdığını ya da di er tarafa düşmanlığını göstermez.

İki taraftan birini kayırmak yahut düşmanlık duygularıyla kanun ve adalete aykırı karar verilmesi durumunda hakimin bu yönde özel

surette beliren kastının varlığının kanıtlanması, sorumluluğuna gidilebilmesinin ön koşuludur. Esasen bu kasıt altında karar ve hüküm verildiği kabul edildiğinde, eylem aynı zamanda Türk Ceza Kanununun 244. Maddesi kapsamındaki "hakimin kayırma veya düşmanlık duygusu ile kanuna aykırı işlem yapması" suçunu oluşturacaktır.<sup>16</sup>

### 2. Kabili Tevil ve İzah Olmayacak Surette Vazih ve Sarahatı Katiye-i Kanuniyeye Mugayir Karar Verilmiş Olması

Burada geçen "kanun" sözcüğü ünü lafzi ve teknik anlamda "kanun" olarak algılamamak gerekir. Hakim, bir uyumsuzluğu, sadece "kanun"a göre çözmekte, normlar hiyerarşisine göre sırasıyla anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik hükümlerine göre karar vermektedir. Keza, içtihadı birleştirme kurul kararları da uyumsuzlukların çözümünde hakimi, "kanun" gibi ba layıcı niteliğindeki bulunan metinlerdir.<sup>17</sup>

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.573,b2'deki bu hükme göre hakimin hukuki sorumluluğuna için taraflardan birini zarara u ratmak kastının olup olmadığının araştırılmasına ve kastının kanıtlanmasına gerek ve zorunluluk bulunmamaktadır. Tevil ve tefsire ihtiyaç göstermeyecek (başka anlam verilmeyecek ve başka şekilde yorumlanamayacak) derecede açık olan bir kanun hükmüne aykırı karar vermiş olan bir hakim, bunda kasıt veya garezi olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur. Örneğin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.417 hükmü yargılama giderlerine davanın "taraf"larının mahkum edilebildiğini açıkça hükme ba lamış olduğu halde davanın taraflarından birinin vekilini

<sup>14</sup> ÜSTÜNDA , Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 1992, s. 110.

<sup>15</sup> ÇOBANO LU, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, 1964, s. 38.

<sup>16</sup> AYDINALP, Sezai, a.g.e., s. 106.

<sup>17</sup> G R TL ; AKGÜNER, *dare Hukuku Dersleri*, 2, s. 156.

(avukatını) şahsen mahkum eden hakim tazminat ödemeye mahkum olmuştur.<sup>18</sup>

Esas itibarıyla, hakimın hukuki sorumluluğunu do uran dar ve teknik anlamda karar alınmasıyla ilgili faaliyetler, kanun maddelerinin kasten yanlış uygulanması ile sınırlıdır.

Ayrıca bu fıkra hükmü TCK 240 ta düzenlenen memuriyetin kötüye kullanılması suçunu da oluşturmaktadır.

### **3. Muhakeme Zabıtnamesinde Mevcut Olmayan Sebebe Binaen Hükmedilmiş Olması**

"Muhakeme zabıtnamesi" terimi duruşma ve tensip tutanaklarını, ara kararlarını, ekleriyle birlikte dava dilekçesi ve cevap layihalarını, replik ve düpliki, bilirkişi ve tanık beyan dilekçelerini, keşif tutanakları vesair delil niteli i bulunan belgelerin tümünü kapsar. Zabıtname (tutanak) mahkemenin ve hakimlerin adlarını, soruşturma ve yargılamanın cereyan ettiği yeri, duruşmanın açıldığı gün ve saati, iki tarafın ve vekillerinin adlarını, cereyan eden yargılama ve işlem ile iki tarafın ne gibi evrak ibraz ettiklerini, yargılamanın açık yapıldığını veya gizli yapılmışsa bunun nedenini, ikrarı veya sulhu veya davaya kısmen veya tamamen son veren feragati, iddia ve savunmaların özetini, tanık ve bilirkişi beyanlarını, uyuşmazlık konusu şeyin keşif ve muayenesi halinde rapor özetlerini ve alınan karar ile tefhim şeklini içerir. (HUMK m.151/III)

Duruşma tutanağında yazılı olan ve taraflardan alındığı belirtilen belgelerin içeriği de duruşma tutanağı hükmündedir. (HUMK. m. 151/III)

<sup>18</sup> KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 4. bası, s. 3943.

"Sözlü yargılama"nın cereyan tarzı ancak tutanakla ispat olunabileceğinden, (HMUK m. 153) hakimın bu hususa azami surette dikkat etmesi, dosyada bulunmayan bilgi ve belgeler dışında bir nedene dayalı olarak karar vermemesi gerekir. Örneğin somut olayı kişisel olarak görmüş olsa dahi, olayda "tanık" sıfatıyla dinlenmediği sürece, sırf bunu gerekçe olarak kararına esas alıp hüküm tesis edemez. Tabiiyle hakim, olayda "tanık" olarak dinlendiğinde de bu sefer kendisi o davada "hakim" olarak görev yapamayacaktır. Çünkü tanıklık eden hakim için "red" nedeni doğmuş demektir. (HMUK m. 29/3)

Hakim, tutanağa geçirilmeyen bir olaya dayanarak karar verirse, bu olayın aslında duruşma sırasında beyan edilmiş olduğunu ispat etse dahi sorumlu tutulur.

### **4. Muhakeme Zabıtnemeleriyle Kararların Ta'yir ve Tahrif Edilmiş ve Söylenmeyen Bir Sözün Hüküm ve Karara Müessir Olacak Surette Söylenmiş Gibi Gösterilmiş Olması**

Bu bende göre, hakimın sorumluluğuna gidilebilmesi için, tutanağı ya da kararı kasten de iştirmiş olması veyahut da sahte duruşma tutanağı ve karar düzenlemesi gerekmektedir.

Duruşma ve keşiflerde; davanın taraf, tanık ve bilirkişilerinin beyanları, hakim tarafından esas anlamı de işmeyecek şekilde tutanağa geçirilmelidir. Hakim beyanları tutanağa yazdırırken söylenmeyen bir sözü, karar ve hükmü etkileyecek şekilde, söylenmiş gibi yazdırması durumunda (geçerli aykırı surette ikrar, sulh, kabul, feragat gibi sonucu etkileyen beyanları tutanağa dikte ettirmesi) "sahte tutanak, sahte resmi evrak" düzenleme suçu (TCK.339 vd.) oluşturduğu gibi, hukuki yönden de sorumluluğuna gidilir.



### 5. İta veya Temin veya Vaad'olunan Menfaat Dolayısıyla Muğayiri Kanun Hüküm Verilmiş Olması

Bu bent hükmü birinci bent hükmüne benzemekte ise de aralarındaki fark, bu bentte "adalet"e aykırılık ö esinin aranmamış olmasıdır.

Hakimin hukuki sorumlulu u için kendisine sa lanan menfaatin, kararın ya da hükmün verildi i anda sa lanması zorunlu de ildir. Zira bu bent hükmüne göre "menfaat vaadi" dahi sorumluluk için yeterlidir.

Menfaat sözcü üne her türlü menfaat (maddi ve manevi) girer. Örne in, bedava bir seyahat ve konaklama, ziyafet, karşılıksız iş gördürülmesi, borcun kurtarılması gibi haller girebilir.

Çıkar karşılı ı hüküm tesis eden hakimin eylemi aynı zamanda TCK.214. Maddesinde ifadesini bulan rüşvet suçunun a ırlaştırıcı sebebini de oluşturur.

### 6. İhkakı Haktan İstinkaf Olunması

Yargısal faaliyetten kaçınmayı düzenleyen altıncı bent hükmü, yargısal görevlerini gere i gibi yapmayan, yersiz nedenlerle karar (hüküm ve ara kararı) vermekten kaçınan hakimlerin tazminata mahkum edilebilece ini düzenlemektedir.

Görüldü ü üzere, bu bentte "ihkak-ı haktan istinkaf olunması" denilmesine ra men gerçekte bir hakkın ilgisine verilmesinden kaçınma, "hüküm vermek"ten, "görev yapmak"tan kaçınma hali söz konusudur.

Hakim yargı işlerini yerine getirirken, önce usulüne uygun olan dava dilekçesini dava ile ilgili sair dilekçe ve layihaları kabul edip mahkeme kalemine havale etmek, harcı yatırıldı nda esas deftere kaydını yaptırtmak ve

ondan sonra dilekçe hakkında bir işlem yapmak ve bir karar vermek durumundadır.

Hakimin bir davada görevsizlik ya da yetkisizlik kararları vermesi yargılamadan kaçınma anlamına gelmez.

Her şeyden önce bir "kamu görevlisi" olan hakimin, görevini yapmakta azami gayret göstermesi beklenir ise de bu görevini yapmakta ihmalkar davranması halinde, hakkı zarara u rayan taraf ya da ilgili, hakime bu davranışını açıklayan bir bildirim noter aracılı ıyla duyurmasına karşın (HMUK m.574/II) tutumunu sürdürmesi halinde, m. 573, b.6 hükmüne göre hakkında hukuki sorumluluk (tazminat) davası açılacaktır.<sup>19</sup>

Noter aracılı ıyla görevini yapmaya davet, tabiri caiz ise hakimi temerrüde düşürmek (BK m.101) gibidir; hakimin kastının, varlı ının bir nevi tespiti işlemini görür. Zira hakim ilgilinin noter aracılı ıyla çekti i ihtarnameye karşın hala görev yapmamakta, karar vermemekte "ısrar" etmekte ise, bu durum onun kastını iyice açı a çıkarır.

Noter aracılı ıyla ihtarname çekilmesi zorunlulu u "esas hakkında verilecek kararlar" için olup her olayda kesin şekli ön koşul olarak aramamak gerekir. Genelde bir delilin derhal tespiti veya ihtiyati haciz kararının bazen bir gün geciktirilmesi telafi edilemeyecek zararlara neden olabilir. Bu durumlarda hakimin noter aracılı ıyla göreve davet edilmiş olmasını aramak amaca uygun düşmez. Esasen bu örnekte hakimin olayına göre ikinci veya birinci bent hükümleri uyarınca sorumlulu u söz konusu olabilir.

Anayasa (m. 138) ve hakimler ve savcılar kanununa göre (m. 4)

<sup>19</sup> AYDINALP, Sezai, a.g.e., s. 139.

hakimler görevlerinde ba imsızdırlar; hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere, emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Ancak bu ba imsızlık hakimin yargısal görevini yaparken kanun ve hukuka aykırı davranmasına yol açmamalıdır. Örne in hakimin davanın görüm ve çözümünde keşif yapılmasına karar verdi i halde, keşif günü geldi inde yersiz bahanelerle keşfe gitmemesi, bu tutumunu, belirledi i di er keşif günlerinde de yinelemesi, dosyayı "tetkike alma" kararlarıyla davayı bir türlü karara lamaması gibi haller "hüküm vermekten kaçınma" sayılabilecektir.

Bu fıkra hükmü aynı zamanda TCK 240 memuriyet görevini kötüye kullanma, TCK 230 memuriyet görevini ihmal suçları ile paralellik arz etmektedir.

#### **7. Memuriyet Vazifesini Yapmakta İhmal ve Terahi Gösterilmesi veya Kanuna Göre Verilen Emirlerin Makbul Bir Sebep Olmaksızın Yapılmaması**

##### **a) Hakimin Memuriyet Görevini Yapmakta İhmal ve Terahi Göstermesi**

Kanımızca olaya hakimin "memuriyet görevi"nin ne oldu unun belirlenmesiyle girilmelidir.

Yedinci bent hükmü, daha önce altı bent halinde tek tek belirtilen hallere girmeyen ve fakat hakimin yine de görevleri cümlesinden olan sair görevlerin bent kapsama alınması amacına yöneliktir. Altı bentte sayılan görevlerin dışında kalan bir görev, hakim tarafından yapılmamış olabilir. Örne in hakimin, tarafların hiçbirleriyle düşmanlı ı yoktur; verdi i kararları da kanuna ve adalete uygundur; kimseyi kayırmamaktadır; ancak yargısal faaliyeti içinde

gevşeklik ve belirli bir umursamazlık içerisindedir.

Bu bent kapsamına girebilecek görevlere şu örnekler verilebilir: Temyiz dilekçesi süresinde kendisine geldi i halde dilekçeyi o gün kaleme havale etmeyerek, gerekli harç ve giderlerin alınmaması suretiyle temyiz süresinin geçirilmesine neden olmak, kıymetli evrak yahut harici senedin "Mahkeme Yazı İşleri Müdürü"nü n sorumlulu undaki kasada saklanması gerekirken, (hukuk ve ticaret mahkemelerinin yazı işleri yönetmeli i m.40) bu kurala devamlı surette uyulmaması ve hakimin buna göz yumması sonucu senedin dosyadan kaybolması (aynı yön. m.59); komşu arsada hiçbir önlem alınmadan başlanılan derin temel kazısıyla mevcut binanın temelinin oynaması ve bina duvarlarının çatlaması riski karşısında, bina sahibinin mahkemeye ihtiyati tedbir istemiyle başvurması üzerine hakimin durumu yerinde görüp inceleyerek gerekli tedbir kararını vakit geçirmeden vermesi gerekirken, gecikmeli olarak (temel kazısının iyice ilerlemesinden sonra) vermesi, ancak geç verilen ihtiyati tedbir kararı nedeniyle, binanın duvarlarının çatlaması ve oturulamaz hale gelmesi gibi.

Sabah mesaisine saat 09:00'da geldi i ve hiçbir özrü olmadı ı halde, duruşmaları tensip edildi i ya da talik edildi i saatte yapmayan, bu durumu alışkanlık haline getiren; sabah 09'da yapılacak duruşmayı 11'de ya da akşama do ru yapan, keşif kararı alındı ı halde keşfe bir takım sudan bahanelerle gitmeyen yahut daha önce usulüne uygun gerekli keşif yapıldı ı halde yeniden keşif kararı alan ve gereksiz yere birden fazla keşif yapan bir hakimin, hakimlik görevini "iyi yapmadı ı", "ihmal ve terahi" içerisinde oldu u açıktır.

**b) Kanuna Göre Verilen Emirlerin Makbul Bir Sebep Olmaksızın Yapılmaması**

Hakimlerin "hakimlik görevleri"ni yapmamaları, örneğin duruşmaların ve keşiflerin zamanında yapılmaması, gerekçeli kararların süresi içinde yazılmaması, hükmün süresinde tefhim edilmemesi, temyiz dilekçesinin kaleme hemen havale edilmeyerek, gün farkıyla harç ve sair giderlerin yatırılmaması suretiyle temyiz süresinin kaçırılmasına sebebiyet verilmesi, mahkeme yazı işlerinden aldıkları dosyaları inceledikten sonra hemen iade etmemeleri ve böylece dosyayı inceleyecek taraflara inceleme olanağı tanıtmamaları, bu nedenle taraf veya vekilinin "iddia" ve "savunma" yapma haklarının kısıtlanmasına sebebiyet verilmesi gibi halleri önlemeye yönelik "adalet hizmetleri" diye nitelendirebileceğimiz "tavsiye" ve "emir"lere riayetsizlik sonucu doğan zararlardan dolayı hakim aleyhine 7. bent hükmüne göre sorumluluk davası açılabilir.

**Kusur**

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.573'te düzenlenmiş bulunan sorumluluk halleri "kusura dayanan" sorumluluk halleridir. Hakimin sorumluluğunun kabul edildiği tüm hallerde "kusur" mevcuttur. Davanın veya yargılamanın cereyanı sırasında hakimin, kasti olmayan pek hafif ihmalden sorumluluğunun kabulü kanunun amacı ve lafzıyla bağdaştırılmaz.

Hakimin sorumluluğunu düzenleyen sorumluluk hallerinin her birinde hakimin kastının yahut ağırlık bir ihmalinin söz konusu olduğu, bu eylemlerin Ceza Kanununa göre hemen hemen hepsinin suç sayıldıkları, bu bent hükümlerinin incelenmesinden anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi,

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.573'teki 1-6 bent hükümlerinde "kasıt" yahut "ağırlık ihmal" arandığı halde, sadece 7. bendde "ihmal" kastı hukuki sorumluluk için yeterli görülmektedir.

Kanunun bu düzenlemesi "görevin mahiyetine" uygun bir düzenlemedir. Zira bir "kamu görevlisi" olan hakim aleyhine, verdiği her karar bahane edilerek, yerli yersiz, sudan nedenlerle tazminat davası açılabilmesini olanaklı kılan bir düzenleme hakimin asli görevini yapmasını, hüküm tesis etmesini engeller nitelik taşıyacağı gibi onu her an tedirgin de edecektir. Gerek maddi olay, gerekse "hukuki tavsif" yönünde uyumsuzluk olduğu için yargılama yapıldığına göre hakimin de bazen, tüm bilgisine ve deneyimine karşın, "yanlış karar" verebileceği, bu yanlış kararın temyiz edilerek veya edilmeyerek kesinleşebileceği, bunun ise arzu edilmemekle beraber, her meslek gibi "yargı mesleği"nin de doğabileceği düşüncesinden hareketle, hakimlerin hukuki (ve cezai) sorumluluk halleri kanunda belirtilen hallerle sınırlandırılmıştır.<sup>20</sup>

**Zarar**

Hakimin hukuki sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle bir "zarar"ın doğmuş olması gerekir. Sorumluluk hukukunda "zarar" yoksa "tazminat" da olmayacağına göre, bu durum hakimin ceza veya disiplin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

Zararın kapsamını belirlemek için öncelikle kanun maddesinin kaleme alınış şekline bakmamız gerekmektedir.

Zararın kapsamını belirleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

<sup>20</sup> AYDINALP, Sezai, a.g.e., s. 150.

m. 576,I'in ilk bölümü, açılmış olan ikinci davanın (hakimin hukuki sorumluluğu davasının) neden olduğu yargılama giderlerinin tamamının mahkumiyetine karar verilen davalı hakimden alınacağını hükme bağlamaktadır ki, bu hüküm olması idi dahi, zaten genel hükümlerden hareketle hakim, yargılama masraflarının davada "haksız olan davalı hakimden alınıp davacıya verilmesine" ilişkin hüküm tesis edecektir.

"Kaffei zarar" ve "tevellüt eden" sözcükleri bizi davacının uğradığı tüm zararları, uygun illiyet bulunmak koşuluyla, doğrudan doğruya ya da dolayısıyla zarar yapılmaksızın, tazmini gerektiği sonucuna götürmektedir.

Zarar, "manevi zarar" şeklinde de olabilir. Örneğin hakimin açıkça yasa hükümlerine aykırı olarak bir tarafı kayırma yahut bir düşmanlık sonucu ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz kararı vermesi sonucu, ödeme yapmakta imkansızlık içine düşüp iflas eden, ticari itibarını yitiren kimsenin daha sonra haklılığı anlaşılıp anılan kararlar kaldırılrsa dahi, uğradığı maddi zararları yanında, manevi zararlarını da isteme hakkı olacaktır. Keza, "...zina sebebine dayanılarak kadın aleyhine boşanma davasında, ortada bir zina fiilinin mevcut olmamasına rağmen boşanma kararı verilmesinde kadının yeniden evlenme şansını kaybetmesinden dolayı uğradığı manevi çöküntü, manevi zarara örnek gösterilebilir."

### Uygun İlliyet Bağı

"Sebebi" ve onun neden olduğu "sonuç" arasındaki "bağın" varlığı sorumluğun koşuludur. Böyle bir bağ kurulamıyorsa, sorumluluk da doğmayacaktır.

Bunun yanında, sanık sorgusu yapılmadan tutuklanıp, cezaevine kapatılacak olursa, burada meydana gelen zarar ile hakimin kararı arasında uygun illiyet bağı bulunmakta olup karar kanunun açık hükmüne (CMUK m.108) çok açık bir şekilde muhalefet (HMUK m.573/2) teşkil ettiği için "Vicahi tutuklama kararı"ni veren hakim tazminat davasına muhatap olabilecektir.

### Zamanaşımı

Anılan maddeye göre, hakimin kararından yahut karar vermemesinden ya da görevini yapmamasından dolayı zarara uğrayan kimse, zarara uğradığı ve failin bu hakim olduğu örendiği tarihten itibaren bir yıl ve en geç on yıl içinde hakim aleyhine sorumluluk (tazminat) davasını açmak durumundadır. Örneğin, hakimin rüşvet aldığı için kendisi aleyhine karar vermiş olduğu örendiği tarafın, bu rüşvet verme olayını örendiği andan itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde davayı açması gerekir. Zamanaşımı süresinin başlangıcının esas hükmün verildiği ya da kesinleştiği tarihe götürülmesi bizce mümkün değildir. Zira zarara uğrayan, zararın nedeni olarak hakime verilen rüşvet olayını örendikten sonra kanuni yola, yani tazminat davası açması yoluna başvurabilir. Borçlar Kanunu m.60'daki zarar ve faile ittila, ancak rüşvet olayının örenilmesiyle başlar. Doğaldır ki, genel zamanaşımı yine beş yıldır ve bu sürenin, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren başlaması gerekir. Zira haksız fiil hükmün kesinleşmesiyle tamamlanmış sayılır.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> AYDINALP, Sezai, a.g.e., s. 157.

**Hakimler Aleyhine Açılan  
Tazminat Davasının  
Tarafı**

**Dava Dilekçesi, Davacı Ve  
Davalı**

**a) Genel Olarak**

Hakimler aleyhine açılan tazminat davalarının, di er tazminat davalarından özde herhangi bir nitelik farkı bulunmamakla beraber, bazı yönlerden farklılıklar taşıdığı görülmektedir. Hakimler aleyhine her haksız fiilleri üzerine tazminat davası açılmaz, sadece (573 vd) sayılan hallerdeki haksız fiilleri tazminat davasına konu edilebilir.

Madde 573'te sayılan haksız fiil hallerinde, dava açmak için herhangi bir merciden önceden izin almak koşulu getirilmemiş ve bu yönüyle di er tazminat davalarından bir farkı yok ise de 6. bent kapsamında bir tazminat davası açılacaksa noter aracılığıyla bir kez ihtarname gönderilmesi kanuni zorunluluktur. ( HUMK m. 574/II)

Kararın sonuçları yönünden özel hükümler getirilmiştir. Özellikle davanın reddi halinde, di er tazminat davalarında görülmeyen ayrık hükümler getirilmiştir.

Hakimler aleyhine açılacak tazminat davalarının di er tazminat davalarından farklı usul ve esaslara bağlanması nedeniyle, onların her gün yaptıkları yargısal faaliyetleri nedeniyle devamlı surette aleyhlerine dava açılması riskinin varlığıdır. O nedenle ki hakimler aleyhine gelişigüzel dava açılmasını ve dolayısıyla hakimlerin yıpratılmasını önleyecek yasal düzenlemeler getirilmiştir.

Hakimler aleyhine yapılacak ceza ve disiplin soruşturmaları,

Adalet Bakanlığı'nın ön incelemesine ve iznine tabi iken ( HSK m 62 vd, 89 vd), hukuki sorumluluk davasında böyle bir izin koşulu getirilmemiş olmakla beraber, gerek davanın açılması usulü, gerekse davanın reddi halinde davalı hakim lehine getirilen maddi ve manevi tazminata ve nihayet para cezasına mahkumiyete ilişkin hükümler, bu davanın açılmasında davacıları bir hayli temkinli davranmaya sevkedecek niteliktedir.

**b) Dava Dilekçesine  
İlişkin Özel Koşullar**

Hakimin yargısal faaliyeti ya da adli görevi sırasında ve bu görevden dolayı davanın taraflarından birine zarar vermesi durumunda, ilgili tarafça aleyhine açılacak tazminat davasına ilişkin dava dilekçesinin, genel hükümlerin öngördüğü dilekçe koşullarına ( HUMK m.179) aynen uymak zorunluluğu bulunmakta olup, sadece bunlara uymamanın müeyyidesi artırılmıştır.

A) Zarara uğranıldığı iddia edilen davanın özeti,

B) Zarara uğranıldığı iddia olunan davanın, yapılan yargılama ve işlemlerin, ayrıca bunun sonucunda verilen karar ve hükmün neden ibaret olduğu özet olarak açıklanması,

C) Dava, ihkak-ı haktan istinkaf nedeniyle açılmışsa, hakime noter aracılığıyla tebli edilen ihtarname (HUMK 574/II). Bu ihtarnamenin bulunmaması, davanın esastan görülmesine engel teşkil edeceğinden ihtarname özel dava şartıdır.

Tanık listesi ve delillerin dilekçeye eklenmesine ilişkin m. 575 hükmü kamu düzeninden sayılmış olup, bu husus yargılamanın her safhasında mahkemece re'sen göz önünde tutulur. Maddenin saydığı

belgeler tamam ise, dava dilekçesi esasa kaydolunur.<sup>22</sup>

### c) Davacı

Hukuki sorumluluk davasının davacısı, hakimın hukuk usulü kanununun 573. Maddesinde belirtilen eylemlerinden dolayı zarara uğradığını iddia eden kişi veya kişilerdir. Davacı, tazminat davasını vekil aracılığıyla açtı ve taktirde, vekaletnamesinde vekilini özel yetkili kılmak zorundadır. Yasa koyucu hakimın reddi, sulh, ibra, feragat, kabul gibi hallerde dahi özel yetki aramakta olduğu göre hakim aleyhine açılacak tazminat davasında bu özel yetki öncelikle zorunludur(YİBK). Tazminat davası reddedilen davacı hem para cezasına, hem de davalı hakim lehine maddi ve manevi tazminata mahkum edilebilecektir.

### d) Davalı

Davalı, kanuna aykırı karar veren hakimdir. Ne var ki, davalı hakim dava sırasında ölürse, dava hakimın yasal mirasçılara karşı sürdürülür.

### e) Görevli Mahkeme

a) Sulh yargıcına karşı açılacak tazminat davası asliye mahkemesinde açılır.

b) İlçe asliye yargıcına karşı açılacak tazminat davası il asliye mahkemesinde açılır.

c) İl asliye yargıcına karşı açılacak dava, esas davanın temyiz mercii olan Yargıtay dairesinde açılır.

d) Ceza yargıçları için de aynı kurallar geçerlidir.<sup>23</sup>

### Kaynakça

- AYDINALP, Sezai; *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Dayınlarlı Yay.*, Ankara: 1997.
- BALCI, Muharrem - SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yay., İstanbul: 2001.
- ÇOBANO LU, Rahmi; *Hukukta Gaye Problemi*, İÜHF Yayınları, 1964.
- GİRİTLİ; AKGÜNER; *İdare Hukuku Dersleri 2.*, Der Yay. İstanbul: 1998.
- GÜNAY, Erhan; *Hakim, Savcı, Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, Seçkin Yay. Ankara: 2001.
- KÖRO LU, Hasan; *Haksız Tutuklama Tazminatı*, Adil Yay. Ankara: 1996.
- KURU, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 4. Bası. Yetkin Yay., Ankara: 1996.
- TERCAN, Erdal; *Hakimlerin Sorumluluğu*, Ankara: 1992.
- ÜSTÜNDA , Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul: 1992.
- YILMAZ, Ejder; *Aksak Adaletten İşleyen Adalet*, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı: 10.

<sup>22</sup> AYDINALP, Sezai, a.g.e., s. 162.

<sup>23</sup> GÜNAY, Erhan, a.g.e., s. 30.





# Avukatın Hak ve Sorumlulukları

Av. Necmettin AYDIN



## Giriş

Avukatlık, hukukun olmazsa olmaz bir unsuru olan savunma makamının tecelligahıdır. Savunma yönü eksik veya yeterince etkin olmayan bir adalet ise adalet de ildir. Öyle ki artık şunu rahatlıkla söylemek mümkündür: Savunmanın olmadığı bir yargılama batıldır.

Adalet mekanizmasında bu kadar önemli yeri olan 'avukat', kimdir ve ne iş yapar? Avukatlık Kanunu'nun deyişimiyle avukat, "hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sa la"yan kişidir.<sup>1</sup> Avukatlı ın bu tanımından elde edilen sonuçları birkaç başlık altında incelemek mümkündür. Ancak bu tanıma göre avukatın temel bir fonksiyonu bulunmaktadır. Avukatlı ın bu fonksiyonu, avukatın hukukun uygulanmasını sa lamak ya da - baskın olan anlayışa göre- bunun sa lanmasına yardım etmektir.

Avukatlı ın amacı başlı ını taşıyan bu madde, avukatın amacını belirlerken ciddi bir dil yanlışına imza atmıştır: Madde; avukat, kanunun deyişimiyle her

türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ...sa lamaktır derken, aslında bunların çözümlenmesini kastetmektedir. Kanun metninin yazıldığı şekilde okunması, gereksiz ve kanun koyucunun istemedi i sonuçlara yol açacaktır: zira; çözümlenme; analiz etme, tahlil etme anlamına gelmekte ve bunun ötesine geçmemektedir. Avukatın fonksiyonunun bununla açıklanması ise oldukça yetersiz ve mesle in özüne aykırı olacaktır. Avukatlık, bir çözüm mesle idir. Avukatlı ın teorilere açık, özellikle hukuk felsefesi ba lamında mevzu olanla yetinmeyip insana ve topluma yönelik çözümlenme ve teşhis etme anlamında çaba ve gayretleri var ise de avukatlık, bir tedavi ve pratik çözümler mesle idir; avukat, klasik sosyal bilimciler gibi sadece tahlil yapmakla yetinemez.

Avukatlık mesle inin; yukarıya alınan kanun metninden belki ilk bakışta anlaşılabilen ikinci bir temel fonksiyonu daha vardır ki o da avukatın, işini üstlendi i tarafın temsilcisi olmasıdır. Avukat, müvekkilinden aldığı işi, vekalet sözleşmesi çerçevesinde yasaların çizdiği dairede hukuka uygun olarak yürütüp müvekkilinin haklarını korumaya çalışır. Buna göre avukat, müvekkilinin menfaatlerini koruyup kollamakla yükümlüdür. Ancak avukat, bu işlevini yerine getirirken, di er temel fonksiyonu olarak yukarıda

<sup>1</sup> 4667 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle de i ik 1136 sayılı Av. K. m. 2

anlatılan fonksiyonunu, hayati önemi haiz görevini unutmamalıdır. Zira avukat, hukukun uygulanmasını sağlamak için, hukuk devleti amacına uygun hareket etmekle (de) yükümlüdür. Avukat, üstlendiği vekalet işi çerçevesinde gerçeğin bulunmasını faaliyetine ortaktır, adaletin yardımcısıdır.<sup>2</sup> Aslında ilk bakışta anlaşılabilirliğini belirttiği imiz bu fonksiyonun diğer temel fonksiyonla beraber düşünülmesi gerektiği ve avukatın işini üstlendiği müvekkilinin menfaatlerini yürütürken, hukukla kayıtlı olduğu, yukarıya alınan kanun metninden rahatlıkla anlaşılmalıdır: "Avukatın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, sağlamaktır."

Bu bakımdan bir serbest meslek<sup>3</sup> olan avukatlık mesleği, alelade bir serbest meslek değildir. Bunun böyle olması da çok tabii bir sonuçtur. Zira avukat, adaletin tesisine, hakkın yerini bulmasına çalışan bir kişidir. Bu bakımdan başka serbest mesleklerle kıyaslanmayacak kimi özellikler gösterir ve çalışmasının özelliğinden kaynaklanan kimi imtiyazlardan yararlanır. Avukat, mesleğini yürütürken, her güce ve her kişiye karşı bağımsızdır. Ancak bu durum, keyfilik anlamına gelmemekte; avukat, hizmet verdiği özelde kendi müvekkili genelde de topluma karşı kimi sorumluluklarla da kayıtlı bulunmaktadır. Avukat, hukuk alanında sahip olduğu bu yere göre bazı haklara sahip

olduğu gibi mesleğinin gereği olan sorumluluklarını gözetmekle de yükümlüdür.

Bu çalışmada, avukatın hak ve sorumlulukları birkaç bakımdan incelenmiştir.

## a. Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri

Konu ile ilgili en temel kaynak, BM Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (AVROT)'dir.<sup>4</sup> Bu Belge'nin Başlangıç kısmında<sup>5</sup> özel nitelikteki çeşitli Uluslararası Sözleşmelere atıflar yapılarak belirtildiği gibi insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının geliştirilmesi; hukuk önünde eşitlik ile masumluk karinesi, adil yargılanma hakkı; tutulan kişilerin avukat yardımından yararlanma ve avukatla görüşme hakkı; tutuklulara avukatın hukuki yardımı; suç mağdurlarının adalete ulaşmaları ve onların zararlarının karşılanması gibi hayati önemi haiz insanlık hedeflerine ulaşmak, kısaca bütün insanların sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel veya kişisel ve siyasal nitelikteki insan hakları ve temel özgürlüklerin yeterli biçimde korunması, herkesin bağımsız hukukçuların sağladığı adli hizmetlere etkili bir biçimde ulaşma hakkına sahip olmasını gerektirir. Örnekleme yöntemiyle yukarıda sayılan hususlar, yine Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler'in deyimleriyle 'adaletin ve kamu yararının daha fazla gerçekleştirilmesinde hayati bir rol'e sahip olan avukatlar

<sup>2</sup> SUNGURTEK N, Meral; *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Geneltilmi 2. baskı, zmir, 1999, s. 105. Burada yapılan 'adaletin yardımcısı' nitelmesi ve konunun avukatın bağımsızlığı ile ilgili için alıntıda atıfta bulunulan dipnottaki yere müracaat edilmelidir.

<sup>3</sup> Avukatlık mesleğinin niteliği hakkında bkz.: Av. Necmettin Aydın, *Avukatlık Mesleğinin Niteliği*, yayınlanmamış çalışması, istanbul, 2002.

<sup>4</sup> 27.08-07.09.1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı Üzerine Sekizinci BM Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

<sup>5</sup> BALCI, Muharrem/SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları, Örneklendirilmiş Karşılaştırmalı*, Danışman Yay., istanbul, 2001, s. 224. Orijinal metin ve çevirisi için anılan eserde yer alan dipnottaki yayını (Osman DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Çıktıları*, Beta Yay., istanbul, 1997).

sayesinde vücut bulacaktır. İlk bakışta Temel Prensipler'in gerek Başlangıç kısmı, gerekse sonraki bazı konu başlıkları ve içerikleri, genel olarak insanların insanlık aleminin de ışık tarihlerde biraraya gelip ortaklaşa düzenledikleri Sözleşmelerdeki hakları betimler görünmekle beraber bunu, Avukatların rolünü belirleyen bir Belgede yapması ve dahası açıkça çok uzun kurulmuş cümleyi avukatın hayati rolüne atıf yaparak balaması ve bunu vurgulaması, avukatın yukarıda sayılan başlıca insan haklarının yani hukukun olmazsa olmaz koşulu oldu unu göstermektedir. Buna göre avukat, bütün bu hayati konularda merkezi bir yere ve role sahip bulunmaktadır.

Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler, avukatın görev ve sorumluluklarını 12-15. Maddelerde sayarken, yetkilerini ise de ışık başlıklar altında 16. Maddeden son madde olan 29. Maddeye kadar on dört maddede belirlemiştir. İnceleme konumuzun ele alınışı bakımından ilk önce avukatın haklarını, sonra da görev ve sorumluluklarını işleyeceğiz.

## 1. Avukatın Hakları

a) Hükümetler, avukatların hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahale ile karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyetlerini yerine getirmeleri, yurtiçi ve yurtdışında serbestçe seyahat etmeleri ve müvekkilleri ile görüşebilmeleri, meslek kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette buldukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka tür yaptırımla sıkıntı çekmemeleri veya tehditle karşılaşmalarını sa lamakla yükümlüdür.

b) Avukatlar, görevlerini icra etmeleri nedeni ile güvenlikleri tehdit edildi i taktirde yetkili

makamlar tarafından gerekli bir biçimde korunurlar.

c) Avukatlar, görevlerini icra etmeleri nedeniyle müvekkilleri veya müvekkillerinin davaları ile özdeşleştirilemezler.

d) Avukatlar, müvekkilleri tarafından azledilmedikçe huzurunda avukatlık yapma hakkına sahip oldukları mahkeme ve idari makam tarafından bu makamların önüne çıkma hakkından mahrum edilemez.

d) Avukatlar, bir mahkeme, yargı yeri veya hukuki veya idari bir makam önünde mesleki nedenlerle buldukları sırada veya konuyla ilgili yazılı veya sözlü taleplerinde yaptıkları beyanlardan dolayı hukuki ve cezai muafiyetten yararlanırlar.

e) Avukatların yetkili makamların ellerinde veya denetimleri altında bulunan gerekli bilgi, dosya ve belgelere müvekkillerine etkili bir hukuki yardım verebilmesini sa layacak yeterli ve en kısa bir sürede ulaşmalarını temin etmek, kamu makamlarının görevidir.

f) Hükümetler, avukatlar ile müvekkilleri arasında mesleki ilişkiler kapsamındaki bütün haberleşme ve görüşmelerin gizli oldu unu kabul eder ve buna saygı gösterir.

g) Avukatlar, di er vatandaşlar gibi ifade, inanç, örgütlenme ve toplanma özgürlü üne sahiptir. Avukatlar, özellikle, hukuk, adalet sistemi, insan haklarının geliştirilmesi ve ilgili konularda kamusal tartışmalara katılma ve yasal faaliyetleri veya yasal bir örgüte mensup olmaları nedeni ile mesleki kısıtlamalara maruz kalmaksızın, yerel, ulusal veya uluslararası örgütler kurma veya bunlara mensup olma ve bunların toplantılarına katılma hakkına sahiptir.

h) Avukatlar, kendi menfaatlerini temsil etmek, süreklilik taşıyan mesleki eğitim ve ö retimlerini geliştirmek ve meslek haysiyetlerini korumak için ba ımsız meslek örgütleri kurma ve bunlara katılma hakkına sahiptir.

j) Avukatlar hakkında mesleki sıfatları nedeni ile yapılan suçlama ve şikayetler, usulüne uygun olarak hızla ve adil bir biçimde takip edilir. Avukatlar, kendi seçtikleri bir avukattan yardım görme hakları dahil, adil yargılanma hakkına sahiptir.

## 2. Avukatların Görev ve Sorumlulukları

a) Avukatlar, adaletin da ıtımında temel bir unsur olarak, her zaman mesleklerinin şeref ve itibarını korurlar.

b) Avukatlar, müvekkillerine onların sahip oldukları hak ve yükümlülükler ile müvekkillerinin hak ve yükümlülüklerini ilgilendirdi i ölçüde hukuk sisteminin işleyişi konusunda bilgi vermek; müvekkillerine uygun yoldan her türlü yardımda bulunmak ve onların haklarını korumak için hukuki muamelede bulunmak; müvekkillerine mahkemeler, yargı yerleri ve e er uygun ise idari makamlar önünde yardım etmekte yükümlüdürler.

c) Avukatlar, müvekkillerinin haklarını korurken ve adaletin gerçekleşmesine çalışırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdı ı insan haklarını ve temel özgürlükleri yüceltmeye çalışırlar ve hukuka ve hukukçuluk mesle inin kabul görmüş standartlarına ve ahlak kurallarına uygun biçimde, serbestçe ve özenle hareket ederler.

d) Avukatlar, her zaman müvekkillerinin menfaatlerine saygı gösterirler.

## b. Avukatlık Kanunu Hükümleri

Türkiye'de konuyu düzenleyen mevzuat, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'dur. Çalışma konumuzu oluşturan avukatların hak ve sorumlulukları bu Kanunun 6. Kısmında 34 ile 65. Maddeler arasında düzenlenmiştir. Avukatın 'hak ve ödevleri' üst başlı ını taşıyan bu hükümlerden öncelikle avukatın haklarını ele alacağız.

### 1. Avukatın Hakları

#### a. Mesle in Niteli inden Kaynaklanan Hak ve Yetkiler

a) Avukatlar, mesleklerini ilgilendiren konularda inhisari yetkilere sahiptir. Bu konu, kanunun 35. Maddesinde 'yalnız avukatın yapabilece i işler' başlı ı altında düzenlenmiştir. Buna göre; Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan di er organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Avukatlar, bunların dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler. (m.35)

b) Avukatlık mesle inin niteli ini serbest bir meslek olmasını sonuçlayan önemli bir düzenleme, 37. Maddede hüküm altına alınmıştır. Buna göre; avukat, kendisine teklif edilen bir işi sebep göstermeksizin reddedebilir.<sup>6</sup> (m.37)

c) Avukat, yüklendi i vekalet görevini, her hal ve şartta

<sup>6</sup> Avukatın teklif edilen bir i reddetmek zorunda oldu u haller, a a ıda 2 a bölümünde; avukatın i almak zorunda oldu u haller ise 2 d bölümünde i lenmi tir.

yürütmek zorunda de ildir; işten çekilmede serbest'tir.<sup>8</sup> (m. 41)

d) Avukat, Baro Genel Kurulu'na katılıp, seçmek ve seçilmek haklarına da sahiptir.<sup>9</sup> (m. 80)

#### **b. Avukatın 'Ücret' ile İlgili Hakları**

a) Avukata yaptığı iş için verilecek ücret, 'Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin altında olamaz. (m.164/4)

b) Avukatın müvekkili adına gördü ü işin sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti, avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu sebebiyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez. (m.164 son f.)

c) Avukat, müvekkili tarafından -avukatın kusur veya ihmali durumu hariç- azledilmesi halinde kararlaştırılan ücretinin tamamını alır.(m.174/2)

d) Anlaşmaya göre avukata peşin verilmesi gereken ücret ödenmezse, avukat, işe başlamak zorunda de ildir. (m.174/3)

e) Avukat, ücreti ve yapmış oldu u giderler, kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı sahibine vermemek hakkına sahiptir. (m.39)

f) Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve di er her türlü kıymetleri, avukatlık ücretinin ve giderlerin kendisine ödenmesine kadar kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir. (m.166/1)

<sup>7</sup> Avukatın çekilme serbestisinin istisnasının düzenlendi i maddenin ikinci fıkrası hükmü, makalenin 2 di ii bölümünde i lenmi tir.

<sup>8</sup> Üzerine aldığı i i, haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat, hiçbir ücret isteyemez ve pe in aldığı ücreti geri vermek zorundadır (m. 174).

<sup>9</sup> Avukatın mesle ine ili kin görevlere seçilmek için de i ik süreli kıdem artı aranmaktadır. (Baro Ba kanlı -m. 96/2- ve TBB delegeli i -m. 114/2- için on, Yönetim ve Disiplin Kurulu üyelikleri -m. 90 ve 104- için be yıl).

g) Avukat, sözleşme ile kararlaştırılan ve hakim tarafından taktir olunan ücreti için, -kendi çalışması sonunda tahsil etti i veya kazandı ı ve davadaki di er taraftan ilam gere ince- tahsil edilecek para veya alınacak mallar üzerinde di er alacaklılara göre rüçhan hakkını haizdir.(m.166/2f.1.c)

h) İş sahibinin iflası halinde avukatın ücret alacağı rüçhan hakkına sahiptir.<sup>10</sup> (m. 166/2f. 3. c.)

#### **c. Avukatın Çalışma Yöntemine İlişkin Hakları**

a) Avukat, işlerini kendi sorumlulu u altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreteri eliyle takip ettirebilir ve fotokopi ve benzeri yollarla örnek aldırabilir.(m.46)

b) Avukat, vekaletname olmaksızın, dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. (m.46)

c) Avukat, -kayıtlı oldu u Baro bölgesi dışında sürekli olmamak şartıyla- ülkenin her yerinde avukatlık yapmaya yetkilidir. (m.66)

#### **d. Avukatın Yargısal Makam Olarak Hak ve Yetkileri**

a) 02.05.2001 tarihli 4677 sayılı Kanun'un 23. Maddesiyle Avukatlık Kanunu'na eklenen 35/A Maddesi hükmüyle, avukatların kendilerine intikal eden bir uyuşmazlı ı çözmek üzere, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleri ile birlikte

<sup>10</sup> Fıkranın son cümlesiyle saklı tutulan 2004 sayılı cra iflas Kanunu'nun 'Adi ve Rehinli Alacaklıların Sırası' üst ba lıklı 206. maddesinin 1. fıkrası öyledir: "Alacakları rehinli olan alacaklıların satı tutarı üzerinde, gümrük resmi ve akar vergisi gibi Devlet tekliflerinden muayyen e ya ve akardan alınması lazım gelen resim ve vergi o akar veya e ya bedelinden istifa olunduktan sonra rüçhan hakları vardır."

uyuşmazlı ın karşı tarafını uzlaşmaya davet etme hakkı<sup>11</sup> getirilmiştir. Bu ç a r ı üzerine uzlaşma sa lanması halinde, avukatlar ve müvekkillerinin düzenleyece i uzlaşma konusuna ilişkin tutanak, ilam hükmünde olacaktır. (m. 35/A son c.)

b) Her adalet dairesinde, mahkeme salonunda ve icra dairesinde avukatlar için ihtiyaca yetecek nitelikte yer ayrılması zorunludur. Ayrıca her cezaevinde ve kolluk biriminde avukatlar için mesle in onuruna ve önemine uygun bir görüşme yeri ayrılır. (m.50)

c) Avukatın, çıkarıp aslına uygunlu unu imzası ile onayladı ı vekaletname örnekleri, bütün yargı mercileri resmi daire ve kurumlar ile gerçek ve tüzel kişiler için resmi örnek hükmündedir (m.56/1)

d) Avukatlar; asıllarının verilmesi kanunda açıkça gösterilmeyen hallerde, takip ettikleri işlerde aslı kendilerinde bulunan her türlü ka it ve belgelerin örneklerini, kendileri onaylayarak yargı mercileri ile di er adalet dairelerine verebilirler. (m.56/2)

e) Avukatlar, vekalet aldıkları işlerde ilgili yargı mercii aracılı ıyla ve bu yargı mercilerinin tebligat konusunda bir kararı olmaksızın, di er tarafa adli ka it ve belge tebli edebilirler. (m.56/4)

f) Avukatlık Kanunu'nun 56. Maddesine, 4667 sayılı Kanun'un 36. Maddesiyle eklenen 5. Fıkrası hükmüne göre, Avukatın veya avukatlık ortaklı ının, başkasını tevkil etme yetkisini haiz

bulundu u bütün vekaletnameleri kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklı na verdi i yetki belgesi, vekaletname niteli indedir.<sup>12</sup> Bu yeni düzenleme, ÷lkede Avukatlık Hukuku'nun, avukatların haklarının gelişimi bakımından önemli olmakla birlikte yeterli de ildir. Avukatlar, hala Noterler'in vesayeti altında ve onların, kendileriyle müvekkilleri arasındaki vekalet ilişkisini onamasına, uygun görmesine muhtaç bulunmaktadır.

#### **e. Avukatın Hukuki Ayrıcalık ve Cezai Muafiyetlerine İlişkin Hakları**

a) **Savunma dokunulmazlı ı**<sup>13</sup>: Avukatların bu başlık altında incelenebilecek hakları, meslek mensuplarına birer ayrıcalık sa lar niteliktedir. Fakat ş u hususun gözden kaçırılmaması gerekir ki avukat, yukarıda ilgili kısmında da belirtildi i gibi bütün insan haklarının teminatıdır. Adil yargılanma hakkı başlı ının altında kişilerin meslekten bir avukatın hukuki yardımından yararlanabilmesi çok önemli bir zorunluluktur. Avukatların, ilk olarak ba imsızlı ını kazanıp korumasının en önemli muhatabı olan Hükümete ve onun görevlilerine karşı güçlü bir teminata sahip kılınması zorunludur. Avukatların, mesleklerinin özünü oluşturan, 'insana; hem de insanların en önemli varlıkları olan can ve mal güvenlikleri konularında yardım ederek adaletin gerçekleşmesine

<sup>11</sup> Kanunda bu yetki ve imkanın yalnızca dava açılmadan veya dava ba lamı olup da henüz duru manın ba lamadı ı zaman süreciyle sınırlı tutuldu u önemle belirtilmelidir. Mahkemelerin dava yükünü azaltmak ve çabuk ve tarafların kabulüne dayalı adil çözümlere ula lması açısından ç a da hukuk sistemlerinin de kabul etti i bu imkan ve yetkiler, daha geni olarak tanınmalı idi. Nitekim özellikle Amerikan hukuk sisteminde uygulama, uyu mazlıkların mahkeme önüne getirilmeden çözülmesi yönünde geli mektedir.

<sup>12</sup> Ancak uygulamada bu açık düzenlemeye aykırı ve keyfi olarak; bazı cra müdürlerinin, dayanak vekaletnamede bulunup da yetki belgesi ile yetkilendirilen avukata da tanınan bazı (özellikle haciz fıkki, ahzu kabz gibi) i lemleri yaptırmadı ı gör÷lmektedir.

<sup>13</sup> Bu konu için u kaynaklara bakılabilir: (1) ÖZKENT, Ali Haydar; *Avukatın Kitabı*, stanbul Barosu tarafından kitabın 1940'taki yayımın tıpkı basımı, 2002, 505 ve devamı bahisler. (2) SUNGURTEK N, Meral; a.g.e., s. 93-101. (3) CENTEL, Nur; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafı*, s. 63-70



çalışma' fonksiyonunun tam olarak işleyebilmesi için haksız ve kasıtlı olabilecek ithamlardan korunmaya gereksinimi vardır. Bir muhakemeye, temsil ettiği taraf adına hazır bulunduğunda bu muhakeme bakımından taraf teşkilini sağlayan Avukat, her halükarda muhakemenin sağlıklı yürütülmesi için hazır bulunmaya devam etmelidir. Avukatın herhangi bir sebeple bu fonksiyonundan uzaklaştırılması, her şeyden önce avukatın kendisini temsil ettiği tarafa 'kendini ifade edememe, haklarını gereği gibi koruyamama' gibi handikaplar yükleyecektir.

Konu ile ilgili Anayasanın 36. Maddesi, "Herkes, **meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle** yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmünü amirke/+n; avukatın savunma dokunulmazlığını düzenleyen TCK'nın "Müdafa hakkı; Dokunulmazlığı" üst başlıklı 486. Maddesi ise, " Tarafların veya vekil, müdafi, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammın yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılamaz."<sup>14</sup> hükmü ile bu hakkı formüle etmektedir.

b) Avukat, yaptığı görev dolayısıyla vakıf olduğu sırları, ilgisinin yani müvekkilinin muvafakati olsa bile açıklamaktan

ve bu konuyla ilgili tanıklık etmekten kaçınabilir ve bu hakkını kullanmasından dolayı hiç bir hukuki ve cezai sorumluluk altına girmez. (m.36/2)

c) Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır. (m.57)

d) Avukatların, görevlerinden kaynaklanan veya görevleri dolayısıyla işledikleri suçlardan dolayı haklarında yürütülecek soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın izniyle ve Savcı eliyle yapılabilir. (m.58/1.f, 1.cümle)

e) Ayrı cezayı gerektiren suçüstü halinde hazırlık soruşturması, bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır. (m.61)

f) Ayrı cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatların üzeri aranmaz. (m. 58/1. f.son cümle)

g) Avukatların büroları ve konutları, ancak bu yönde bir mahkeme kararı üzerine ve Savcı denetiminde, baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. (m.58/1.f.3.c.)

h) Avukatlar, duruşmadan çıkarılamaz, tutuklanamaz, hakkında hapis veya para cezası verilemez. (m.58/2.f)

## 2. Avukatın Görev ve Sorumlulukları

Bu bölümde avukatın hakları gibi görev/sorumluluklarını, birkaç başlık altında tasnif edip incelemekteyiz. Burada yapılmak istenen, bir sınıflandırma denemesiyle dağınık ve bir hayli yekün tutan mevzuat hükümlerinin daha iyi okunmasının sağlanmasıdır. Tabiidir ki bu sınıflandırma kesin değildir ve geliştirilmesi gerekmektedir.

<sup>14</sup> Önemle ve esefle belirtilmelidir ki; Türk Hukuk Sisteminin "ancak"lı geleneğinin bir örneği olarak, bu maddenin ikinci fıkrası, mutlak olması gereken savunma dokunulmazlığını belirsizleştiren ve keyfi uygulamalara karşı savunmasız bırakan hükmü (ki, bu hüküm ve genel olarak "savunma dokunulmazlığı" ile ilgili ayrı bir çalışma yapılmak gerekir) taıtmaktadır: "Dava ile ilgili olmayan veya ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarıki fıkra hükmünden harihtir." Yine bu konu ile ilgili olarak 1086 sayılı HUMK'nun 70 ve 78. maddelerine bakılabilir.

Başka başlıkların eklenmesi, belki bazılarının de iştirilmesi ve bazı konuların başka başlıklar altında incelenmesi de mümkündür.

Şurası da önemle vurgulanmalıdır ki tasnif yapılırken, her bir konunun ayrı ayrı açıklanması yerine di erlerine nispetle önemli oldu u düşünölen konularda bazı açıklamalar getirilmiştir. Buna ra men önemli ve avukatlık mesle ine niteli ini kazandıran bazı konularda, örnek vermek gerekirse, "savunma dokunulmazlı ı" konusunda ayrı çalışmaları yapılmalıdır.

### a. Avukatın Özen Sorumlulu u

a) Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; avukatlar, yükledikleri görevlerini bu görevlerin kutsallı na yakışır bir şekilde özen, do ruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdi i saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birli i'nce belirlenen meslek kuralları<sup>15</sup>na uymakla yükümlüdürler. (m. 34)

b) Avukatlar, mahkemelere, Barolar Birli i'nin belirtece i resmi kılıkla çıkmak zorundadırlar. (m. 49)

c) Avukat, kendisine yolsuz veya haksız gördü ü veya mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun olmayan bir teklif yapıldı ında veya aynı işte menfaati zıt bir tarafa vekalet etmiş ise veya aynı işte başka (hakim, savcı, bilirkişi, veya memur) sıfatla görev almış olursa veyahut da kendisinin düzenledi i bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlü ünü ileri sürmek durumu

ortaya çıkmışsa bu teklifi reddetmek zorundadır. (m38)

d) Avukat, kendisine yapılan işi sebep göstermeksizin reddetti inde bunu, iş sahibine gecikmeksizin bildirmek zorundadır. (m37/1.f.2.c.)

e) Avukat, üzerine aldı ı işi, kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür. (m.171)

### b. Avukatın Çalışma Düzenine İlişkin Sorumlulukları

a) Avukat, kendisine tevdi olunan evrakı, vekaletin sona ermesinden itibaren üç yıl süre<sup>16</sup> ile saklamakla yükümlüdür. (m39)

b) Avukat, üzerine aldı ı her iş yahut mütalaasına başvuru her hususta düzenli dosya tutmak zorundadır. Avukat, kendisi tarafından yazılan veya tasla ı yapılan her belgeyi imzalamakla yükümlüdür. (m.52)

c) Avukat, iş için yaptı ı görüşmelerden gerekli saydıklarını bir tutanakla tespit eder. (m.53)

### c. Avukatın Baro Levhasına İlişkin Yükümlülükleri

a) Avukatlar, sürekli olarak avukatlık yapaca ı bir yerin Barosuna yazılmakla yükümlüdür. (m.66)

b) Avukatlar, levhaya yazıldı ı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro tutmak zorundadır(m.43). Avukat, kayıtlı oldu u baro bölgesinden başka bir

<sup>15</sup> Avukatlık Meslek Kuralları, hacimli ve önemli bir konudur, ayrı bir çalış ma konusu yapılmalıdır.

<sup>16</sup> ayet avukat, müvekkiline evrakı geri alması için yazılı olarak bildirimde bulunmu sa, bu yükümlülü ün süresi, bildirim tarihinden itibaren üç aydır (m. 39/1, 2. c.).

yerde sürekli olarak faaliyette bulunamaz. (m. 67)<sup>17</sup>

#### d. Avukatın Baroya Karşı Görev ve Yükümlülükleri

a) İşinin görülmesi için ayrı avukat tarafından reddedilen kişinin başvurusu üzerine Baro Başkanı tarafından bu iş kendisine tevdi olunan avukat, yine Başkan tarafından belirlenen ücret mukabilinde işi takip etmekle yükümlüdür. (m. 37 son f.)

b) Adli müzaheret bürosu veya Baro Başkanı tarafından bir işe tayin edilen avukat, kaçınılmaz bir sebep veya haklı bir özrü olmadıkça bu işi görmekten kaçınmaz.<sup>18</sup> (m. 41/2)

c) Avukat; bir meslektaşının ölümü, meslekten veya işten çıkarılması, yahut geçici olarak iş yapamaz duruma gelmesi hallerinde Baro Başkanı'nın ilgililerinin yazılı istemi veya yazılı muvafakati üzerine kendisini görevlendirmesi halinde ücretini, vekalet olunan avukattan almak suretiyle geçici olarak işleri takip etmek ve yürütmekle yükümlüdür.<sup>19</sup> (m. 42)

d) Avukatlar, denetleme ve şikayetle ilgili meselelerde, meslek sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı düşmedikçe, Baro Başkanına veya Yönetim Kuruluna veya bunlar tarafından

görevlendirilen üyelerden birine bilgi vermek ve istek üzerine dosyaları göndermek, bunlar tarafından dinlenmek üzere çağrıldığı hallerde bu davete uymak zorundadırlar. (m.64)

e) Avukatlar, kayıtlı oldukları Baro Genel Kurulunun belirlediği yıllık aidatı ödemekle yükümlüdür. (m. 65)<sup>20</sup>

f) Baro levhasında kayıtlı her avukat; gerek olan, gerekse olanüstü genel kurul toplantılarına katılmak ve oy kullanmakla yükümlüdür.<sup>21</sup> (m. 86)

g) Avukatlar, Topluluk Sigortasına yazılmak zorundadırlar.<sup>22</sup> (m. 186)

#### e. Avukatın Mesleki Yasakları

**Sır Saklama:** Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya görevleri dolayısıyla örendikleri hususları, açılacak davaların vurmaları yasaktır.<sup>23</sup> (m. 36/1)

<sup>17</sup> Üç ay içinde baro bölgesinde büro açılmaması olması veya büronun kapatılması yahut baro bölgesi dışında nakledilmesi bulunması, uyarıya rağmen kayıtlı olduğu baro dışında sürekli olarak avukatlık yapan avukatın çalışmasını sürdürdüğü baroya kaydını yaptırmaması, baro levhasından avukatın isminin silinme nedenidir (m. 72/c).

<sup>18</sup> Görevlendirilen avukat, bu işi yapmaktan imtina etmez isterse, görevin kendisine bildirildiği tarihten itibaren on beş gün içinde o işin tarifede belirtilen ücretini Baroya ödemek zorundadır (m. 179/3).

<sup>19</sup> Kendisine görev verilen avukat, haklı sebepler göstererek bunu reddedebilir. Ret sebeplerinin yerinde olup olmadığına Baro Yönetim Kurulu karar verir (m. 42/4, 5).

<sup>20</sup> Yıllık kesenek borcu ödenmedikçe avukat, baro genel kuruluna katılamaz, seçme ve seçilme haklarını kullanamaz (m. 65/2). Ayrıca tebligata rağmen kabul edilmediği bir sebep olmaksızın aidatını ödememekte direnen avukatların ve avukat ortaklıklarının adları, Baro Yönetim Kurulu kararıyla borçlarını gecikme zammıyla ödeyinceye kadar levha ve sicilinden silinir (m. 65/3).

<sup>21</sup> Bu toplantılara haklı bir neden olmaksızın gelmeyenlere veya oy kullanmayanlara ilçe seçim kurulu başkanları tarafından, o baroya kayıtlı avukatların yıllık kesenek borcunun üçte biri miktarında para cezası verilir.

<sup>22</sup> Topluluk sigortası primlerinin topluluk sözleşmesinde gösterilen zamanlarda ödenmemesi de avukatın isminin baro levhasından silinme nedenidir (m. 72/f). Topluluk sigortası primlerinin topluluk sözleşmesinde gösterilen zamanda ödemeyen avukatın adı, baro yönetim kurulu kararıyla birikmiş prim borcunun sözleşmedeki artları dairesinde ödeyinceye kadar silinir (m. 190/1).

<sup>23</sup> Avukatın burada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almamasına bağlıdır. Ancak bu halde dahi avukat, tanıklık etmekten kaçınabilir ve avukatın bu hakkını kullanması dolayısıyla hukuki ve cezai sorumluluğu doğurur (m. 36/2).

**Çekişmeli hakları edinme yasa 1:** Avukatın, el koydu u işlere ait çekişmeli hakları edinmesi veya bunların edinilmesine aracılık etmesi yasaktır.<sup>24</sup> (m. 47)

**Avukata çıkar karşılı ı iş getirme:** Avukatın, -vaat etti i veya verdi i bir ücret veya herhangi bir çıkar karşılı ında kendisine iş getirmesi için başkalarını aracı kılması yasaktır. (m.48)

**Avukat bürosunda çalışabilecek kişiler:** Avukat, hakimli e ve avukatlı a engel suçlardan biri ile hükümlü olanlar veya avukatlıktan yasaklananlarla her ne şekilde olursa olsun işbirli i edemez veya bu gibi kişileri büroda çalıştıramaz.<sup>25</sup> (m.45/2)

**Danışma yapılması uygun olmayan yerler:** Avukatlar, baroda yazılı olan bürolarından başka yerlerde, mahkeme salonlarında veya adalet binasının başka bir yerinde iş sahipleri ile hukuki danışmada bulunmaktan ve iş kabul etmekten yasaklıdırlar.<sup>26</sup> (m. 51)

**Reklam Yasa 1:** Avukatların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı ka ıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. (m. 55)

Baro genel kurul toplantılarında bir üye, kendini

ilgilendiren özel işinde oy veremez.<sup>27</sup> (m. 87/5)

## Kaynakça

BALCI, Muharrem / Gül den SÖNMEZ; *Temel Belgelerde İnsan Hakları, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı*, Danışman Yay, İstanbul-2001.

ÖZKENT, Ali Haydar; *Avukatın Kitabı*, İstanbul Barosu, 1940 (Tıpkı Basım - 2002)

SUNGURTEKİN, Meral; *Avukatlık Mesle i, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Genişletilmiş 2. Baskı İzmir, 1999.

CENTEL, Nur; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul, 1984.

<sup>24</sup> Bu yasak, i in sona ermesinden itibaren bir yıl sürer (m. 47/1 son cümle). Maddenin son fıkrasının saklı tuttu u 'avukatlık ücreti' konulu 164. Maddeye bakılabilir. Bu maddenin 3. Fıkrası hükmüne göre, "Yüzde yirmi be i a mamak üzere,dava veya hükmolunan eyin de eri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararla tırılabilir."

<sup>25</sup> Bu yasa ın müeyyidesi, avukatın veya avukatlık ortaklı ının, ilk defasında i ten, tekrarında ise meslekten çıkarılmasıdır (m. 45/3).

<sup>26</sup> Yukarıdaki fıkra hükmü, avukatın özel olarak ça rıldı ı hallerde uygulanmaz (m. 51/2).

<sup>27</sup> Seçimlerde bu esas uygulanmaz (m. 87/f.5 son cümle).



# Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi

Av. Orhan Seyfi GÜNER



## 1. Avukatlık Mesleğinin Avrupa'daki Gelişimi

### Eski Yunan ve Roma'da Avukatlık Mesleği

Avrupa'da bugünkü anlamıyla 13. yüzyılın sonlarında doğmaya başlayan ve uzunca içinde örgütlenen avukatlık mesleği yaklaşık 800 yıllık bir süreçte "modern" anlamını bulan bir meslektir.<sup>1</sup>

Savunma mesleğinin (Avukatlık) tarihini gerilere Eski Yunan ve Roma'ya kadar götürmek mümkündür. Avukat sözcüğü de zaten eski Yunanca'da, üstün, ayrıcalıklı ve güzel konuşan anlamına gelen "Advo-Catus" sözcüğünden dilimize ve diğer dillere yerleşmiştir.<sup>2</sup>

Nitekim tarihçiler, savunmanın Sokrates ile başladığını yazarlar. Sokrates'in yargılandığı halk mahkemesinde yaptığı diğer dillere destan savunma, savunma tarihinin yazılı belgelerdeki başlangıç tarihidir.<sup>3</sup>

Eski Yunan'da savunmanlar, sanıkların hür ve erkek olan dost ve akrabalarından seçiliyordu. Bunlar, sanığın yanında sanığa yardım eden, sanığın izahlarını tamamlayan kimselerdi. Bunlara "synagore" deniyordu. Bir süre

sonra taraflara evvelden savunma hazırlayan ve "legographes" adını alan yardımcılara rastlandı. Bunlar, mahkemede söylenecek sözleri, bir nutuk halinde yazıyor, ilgililere ücret mukabili veriyorlardı. İlgililer de bunları ezberleyerek hakim önünde tekrarlıyorlardı. İlgililerin iyi ezberleyememeleri, şaşkınlıkları, unutmaları karşısında bu kimseler mahkemelerde onların yanında bulunmaya başladılar. Bunların yazdığı dilekçeler davaya giriş niteliğinde taşıyordu ve tartışmalar bunların yazdıkları üzerinde yapılıyordu.<sup>4</sup>

İlk baro Atina'da kurulmuştur. Atina şehir devleti yöneticilerinden Draca ve Salon Atina barosuna çok sert bir disiplin getirmişlerdir. Ancak hür kişiler avukatlık yapabiliyorlardı. Esirlere bu hak tanınmamıştı. O dönemin koşullarına göre böyle bir görevi esirler yapamazdı. Ayrıca ana-babalarına saygısızlıktan cezalandırılanlar, vatan savunmasına veya bazı kanuni görevlere katılmayı reddedenler, ahlaka aykırı işlerle uğraşanlar, sefahat yerlerinde görülenler, miras yolu ile kendilerine geçen serveti lüks içinde yiyip bitirenler avukatlık yapamazlardı.<sup>5</sup>

Roma'da da sadece erkekler avukat olabiliyordu. Roma'da

<sup>1</sup> Haluk NANICI, "Türkiye'de Avukatlık deolojisi".

<sup>2</sup> Ener BATTAL, "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi".

<sup>3</sup> Adil Giray ÇELİK, "Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları", s. 8

<sup>4</sup> Faruk EREM, "Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi".

<sup>5</sup> Faruk EREM, a.g.e., s. 207

avukat davaya başlarken do ruluk yemini ediyordu. Bu yemin adaletin zaferini sa lamak, müvekkilin haklarını eksiksiz savunmak, dürüstlük yolundan ayrılmamak unsurlarını kapsıyordu.

Avukat davanın haksızlı ını anlayınca davadan çekilmek zorunda idi. "Davadan çekilme hakkının" do uşu bu dönemde başlar.

Roma'da avukatlık onur mesle iydi ve bu yüzden avukatlar hizmetleri karşılı ında bir ücret almıyorlardı. Romanın tanınmış avukatlarından ve şairlerinden. Ovidus,

"Güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç vericidir."<sup>6</sup>

diyerek Eski Roma döneminde avukatların ücret almasının onur kırıcı bir davranış oldu unu ifade etmiştir.

Ancak ücret almasalar bile, Avukatlık Roma'da Cumhuriyet Döneminde yüksek görevlere giden yolu açıyordu. Çiçeron Consul oldu u zaman avukattı. Cesar da Roma Barosu'nda avukattı.

Roma hukukunda "guato litis" yani ücret sözleşmesi yasa ı vardı. Bu da avukatın ba ımsızlı ı fikrinden çıkmıştı. Çünkü böylesine bir ücret sözleşmesi Avukata ba ımsızlı ını kaybettirir, onu müvekkilinin orta ı haline getirirdi.

359 yılından itibaren, İmparatorluk döneminde avukatlar topluluklar halinde örgütlenmeye başladı. Daha sonraları barolar ortaya çıkmaya başladı. En kıdemli avukat başkan oluyordu. Avukatlar bir sayı ile ba lı idiler ve adetleri sınırlı olarak resmen tayin olunurlardı.

Bu eski dönem; avukatın ba ımsızlı ı, mesle in niteli i, ücret alıp almaması, örgütlenmenin

gereklili i vs. konularda sonraki yüzyıllardaki tartışmaların ilk çıkış noktası olarak kabul edilebilece inden yukarıdaki kısa tarihçe, mesle in gelişmesini göstermek bakımından ilginçtir.

Eski Yunan ve Roma Döneminden sonra Ortaça da avukatlık mesle i önemsiz bir meslek haline gelmişti. Bu ça da sadece hukuk davalarında avukata ihtiyaç duyuluyordu. Ceza davalarında avukatlık yapılamıyordu. Çünkü Avrupa'da Ortaça "Savunma hakkının olmadığı" bir ça dı. Davalar, "İşkence"ve "İtiraf" ile sonuçlandırılıyordu. Bu nedenle "Savunma" lüzumsuz sayılıyordu.

## Avukatlık Mesle inin Lonca Dönemi

## Fransa ve İngiltere'de Avukatlık

Yazımızın başında Avukatlık mesle inin bugünkü anlamıyla 13. yüzyılın sonlarına do ru do maya başladı ını söylemiştik. Bu Rönesans ile başlayan bir gelişme idi. Bu dönemde avukat; "yumuşak, sakın, Tanrı'dan korkan, hakikati ve adaleti seven kimse" olarak tanımlanıyordu.

14. yüzyıl Fransa'sında Avukatların başka başka şehirlere giderek savunma yapmaları bu dönemde onların "adaletin gezici şövalyeleri" olarak adlandırılmalarına yol açtı.<sup>7</sup>

Fransa'da 1327 yılında bir "Avukatlık levhası" yapıldı. 1344 yılında Staj Müessesesi kuruldu ve avukatlar üç gruba ayrıldı.

"Cansiliari/Müşavirler. Bunlara mahkemelerde hukuki konularda danışılıyordu.

"Advucati/ Mahkemede iddia ve savunma yapanlar

<sup>6</sup> Adil Giray ÇEL K, a.g.e., s. 15

<sup>7</sup> F. PAYEN, Baro (çev.) A. Haydar ÖZKENT, s. 27



"Novi/Stajyerler

Avukatlık bu dönemlerde Şövalyelik gibi bir düzene ba landı. "Kamu Şövalyeleri" olarak da adlandırılan avukatlar şövalyelik onuru ile ba lı idiler. Onurlarını, olayların üstünde tutmak zorunda idiler.

Avukatlar bu dönemde lonca halinde örgütlenmişlerdir. 1574-1715 yılları arasında loncaların güçleri arttırılmış, bir loncaya kabul edilmeden meslek icra etmek yasaklanmıştır. Loncalar, elde ettikleri bu ayrıcalıklara karşı yüksek vergi ödemişlerdir. Lonca ustaları bu vergi yükünü çıraklık dönemini uzatarak ve ustalı a geçiş bedelini yükselterek karşılamaya çalışmışlardır.<sup>8</sup>

Loncaların ayrıcalıklı kurumlar oldu unu, Avukat loncasının bayra nını taşıyan asanın ismi baro başkanı ismine bile kaynaklık etmesinden anlayabiliriz. (le baton, le batonnier). Mesle e kabul yemini, baroya takdim gibi ritüeller ve peruk, cübbe gibi simgeler hep lonca döneminde ortaya çıkmış kurum ve ayrıcalık işaretleridir.<sup>9</sup>

İngiltere'de ise 11. yüzyıldan sonra avukatlıktan bahsedilmeye başlanmış, ilk lonca örgütlenmesi 13. yüzyılda kendini göstermiş, 15. yüzyıla gelindi inde 3 avukat loncası kurulmuş bulunuyordu.<sup>10</sup>

Loncalar hiyerarşik toplumsal örgütlenmenin en ince düzenlendi i, mesle e girişten ayrılışa kadar her aşamanın ayrıntılı bir biçimde kurallara ba landı ı cemaat veya dinsel

kurum benzeri toplumsal örgütlerdir.

Loncada haklar yerine, görevlerden bahsedilirdi. Görevini iyi yapanlar, kurallara uyanlar çırak/usta hiyerarşisine yükselirlerdi. Lonca mensupları yaptıkları işi bir toplumsal faaliyet olarak de il, bir ayrıcalık olarak algılardı.

"Geleneksel Toplumlar", yani kapitalizm öncesi toplumlar içinde tüm mesleki örgütlenmeler "lonca" dolayımından geçerek gerçekleşmiştir. Bu mesleki örgütler; mensuplarının, faaliyetlerini, belli bir düzen içinde yapabilmelerini sa lamasının yanısıra vatandaşlarla ve henüz vatandaş olmamış kişilerle devlet arasındaki ilişkiyi de sa lıyorlardı. Parlamentoda da bizzat temsil edilen Avukat Loncaları, Parlamenteoya yasa konusunda yardımcılık görevinde bulunuyorlardı.

### Avukatlık Mesle inin Klasik Dönemi

Avukatlık mesle inin Lonca tipi örgütlenmeyle ba larını koparması Fransız İhtilali ile olmuştur. Özgürlük, kardeşlik, eşitlik temelinden yola çıkan Fransız İhtilali tüm geleneksel kurumları da itti ı gibi Lonca Kurumunu da yıkmıştı. Çünkü lonca tipi kurumlar ayrıcalıklı üst sınıfların oluşmasına sebep oluyordu.

Fransa'da 1791 yılında La Chapelier kanunu ile her türlü mesleki eylem birlikteli i yasaklanmıştır. Ancak birlikte eyleme girişme koşulu ile dernek şeklindeki örgütlenmelere pek dokunulmamıştır.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Ahmet NSEL, "ktisat deolojisinin Ele tirisi,Fransız Devriminde Bireysel Hak ve Toplu Çıkarlar "La Chapelier Kanunu", s. 267

<sup>9</sup> Haluk NANICI, "Demokratikle me nshan Hakları ve Hukuk Devleti Ba lamında Avukatlık Mesle i Sempozyumu", Sorunlar Çözümler-perspektifleri", s. 357

<sup>10</sup> A. Haydar ÖZKENT, Avukatın Kitabı, s. 231

<sup>11</sup> Faruk EREM, Meslek Kuralları , s. 4

Loncalar ve feodal ayrıcalıklar kaldırıldıktan sonra, "Özgür İnsan" temelinde ortaya çıkan yeni toplumsal düzende, aynı meslekteki kişilerin örgütlenme hakkı yönünden yeni bir tartışma konusu ortaya çıkar. 1848 Şubat Devriminden sonra La Chapelier Kanunu'nun ortadan kaldırılması ile meslek örgütlenmeleri açısından yeni bir aşamaya gelinir. Bundan böyle mesleki ayrıcalıklar etrafında örgütlenmelerin yerini mesleki çıkarlar etrafında örgütlenmeler alır.

Diğer loncalarla birlikte ortadan kaldırılan avukat loncaları, avukatlardan nefret eden Napolyon tarafından, 1810 yılında bu defa mesleki örgütler olarak tekrar canlandırılmışlardır.<sup>12</sup> Bu tarihten sonra "Asri Baro"lar kurulmaya başlanmıştır. 1852-1870 yılları arasında yapılan düzenlemelerle avukatlar, baro başkanlarını seçme özgürlüğüne kavuşurlar. 1920 ve 1930 Kararnameleri ile baroların bugünkü klasik biçimi ortaya çıkar.

Loncadan kopuşla avukatların ideolojik dünyasında çok ciddi bir dönüşüm yaşandı. Lonca dönemi avukatlığı "İmtiyaz" sistemine dayanıyordu. 1850'lerden sonra, Modern düşüncenin etkisiyle tüm imtiyazlar dünyevileşmiş ve avukatlara bu dönemde toplumsal bir fonksiyonu yerine getirmesi karşılığında mesleki tekel imtiyazı tanınmıştır.<sup>13</sup>

Avukatlık ideolojisinin belirlenmesi açısından bu önemli bir sonuçtur. Avukatlar; birden bire ortaya çıkan yeni toplumun kurucu unsurları arasına katılmışlardır. Bu dönemde avukat; bir yandan mesleğini yapıp para kazanırken, bir yandan da toplumsal bir faaliyet içinde yer

aldığını düşünmeye başlamıştır. Bu esasen, modern dönemin bireye anlam yüklemesi ile ilgili bir durumdur. Modernliğin özünde bireyin (öznenin) kolektif yapı karşısında bağımsızlığını kazanması vardır. Bu bağımsızlık, insanın, kendi kendinin ürünü olduğu, ölçütlerini ve yasalarını sadece kendinin belirleyebileceği düşüncesiyle ortaya çıkmış bir durumdur. İnsanı merkeze koyan öznellik anlayışının düşünce dünyasına hakim olması bu dönemin temel belirleyici özelliğidir. Bu dönemde birey gelenek ve kutsallıklardan bağımsızlaşma mücadelesi içine girmiştir. İşte bu dönem avukatı da bu düşünce ile mesleki faaliyetini yürütmüş ve yaptığı işle toplumsal adaletin gerçekleşmesine katkıda bulunduğunu ve bunun en önemli toplumsal faaliyet olduğunu düşünmüş ve bu doğrultuda çalışmaya başlamıştır.

Bu anlayışın egemen olduğu klasik dönemde an'anevi kaide şu idi: Avukat mahkemede bile müşterisini temsil etmez, müşterisinin vekili değildir. Onun yerine ispatı vücud eder, ona yardımcı bulunur. Avukatın rolü, ne olursa olsun müşterisinin bütün iddialarını, hakimlere serdetmek değildir. Mahkemeye getirmesi icap eden şey yapmış olduğu incelemenin ve kontrolün doğurduğu şeydir. Yani şahsi düşüncesidir.<sup>14</sup>

Hukuk davalarında ve ticaret mahkemelerinde iş almayan ve bunu onursuzluk olarak niteleyen klasik dönem avukatları hak takibi, resmi dairelerde iş takibi gibi işlere hiçbir zaman önem vermemişlerdir. Bu dönem avukatı açısından mesleğin temel belirleyeni "Savunma görevini ifa" idi.

Bu dönemin temel ilkeleri şunlardı:

<sup>12</sup> A. Haydar ÖZKENT, a.g.e., s. 182

<sup>13</sup> Haluk NANICI, "Türkiye'de Avukatlık deolojisi",

<sup>14</sup> F. PAYEN, a.g.e., s. 55

Avukatlık mesleğinin bağımsızlığı,

Mesleğin onuru, namusu ve dürüstlüğü mesleğin temelidir.

Kamunun güveni,

Meslek itibarı,

Savunma görevinin ifasında objektiflik,

Avukatın savunma ve iddianın sadece hukuki yönüyle ilgili olması,

Reklam yasağı,

Mesleğin ticari olmaması,

Müvekkilin talimatları ile "hukuka saygı" temelinde bağımsızlık,

Mesleğe yakışır kıyafet giyme,

Savunma için zorunlu olmadıkça davanın sonuçlanmasını uzatacak isteklerden kaçınma gereği vb...

### **Klasik Dönem Sonrası (Modern Dönem Sonrası) Avukatlık Mesleği**

Modernlik bir varlık olarak insanı tanı karşısında temellendirirken, insan, eyleyen-yapan özne olarak insana; toplumdaki akılla kavrama, dönüştürme imkanına sahip bir varlık; iktisadi bir özne olarak "çıkarını arayan insan'a; hukuki bir özne olarak ise hakkını arayan kişiye dönüşmüştür.

Ancak bu görünür de ışıklık daha sonraları da ışık bir temele bürünmüştür: İktisadi aklın bant sistemini bulup üretim faaliyetini parçalara ayırması, modern dönemin mal, ürün, üreten ve do al kaynaklara dayanan yapısı yerine hem üretimde bilginin artan kullanımına hem de enerji, demir, kömür gibi tükenen kaynaklara dayalı üretim yerine bilgisayar ve elektronik teknolojilerde olduğu gibi bitmez kaynaklara, yani bilgi

ve yaratıcılığı dayalı yeni üretim yapısına geçilmesi, üretim toplumundan tüketim toplumuna doğru bir dönüşümün zemin hazırlanmış ve bu dönüşüm tüm toplumsal faaliyetleri etkilemiştir. Üretim alanında profesyoneller ve teknik işçiler önem kazanmıştır. Yapılan faaliyetin şekli de değişmiştir. Yapılan faaliyet iş olarak görülmeye başlanmış ve ortaya çıkan bu ayrışmaya da "uzmanlaşma" denilmiştir.

Bu durum bireyin yaptığı faaliyet ile, yapılan faaliyetin toplumsal anlamı arasında bir uçurum oluşturmuştur. İktisadi verimlilik adına, birey yapılan faaliyete yabancılaşmış, faaliyet teknik bir işe indirgenmiştir.

Bireysel çıkarın, iktisadi çıkara dönüşmesi ve kar güdüsünün belirleyici toplumsal motivasyon olmaya başlaması ile mesleki dönüşüm bir ileri aşamaya geçmiştir. Mesleki faaliyet ve toplumsal faaliyetlerde iktisadi akıl belirleyici bir rol oynamaya başlamıştır. Bu dönemin en belirgin özelliklerinden birisi serbest meslek, salt para kazanılan bir iş olarak algılanmaya başlanmıştır.

Serbest piyasa ekonomisi, kar, verimlilik, borsa, globalleşen dünya, Küreselleşme, Yeni Dünya Düzeni, Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Hukuku gibi kavram ve kurumlar meslek anlayışının düşünce yörüngesini de değiştirmiştir.

Modern sonrası dönem olarak adlandırılacak bu dönemde iktisadi aklın, toplumsal tahayyül dünyasını belirlemesi hukuku ve hukukçu kimliğini de etkilemiştir.

Klasik Dönem ya da Modern Dönem Avukatıyla, Modern Sonrası Dönem Avukatını Karşılaştıracak olursak;

**Modern dönemde avukat**, kamunun tarih sahnesine çıkışına, oluşumuna toplumsal aktör olarak

katılır. Bilindiği gibi modern dönem ulus devletlerin ortaya çıktığı dönemdir. Ve bu dönem kamunun oluşum dönemidir. İşte modern dönem avukatı, bu oluşumun önde gelen aktörüdür.

**Modern sonrası dönem ise,** kamunun çözülüş dönemidir. Modern toplumun çözülüş dönemidir. Ulus devlet aşamasından, global dünya aşamasına gelinek dönemdir. Toplumda asıl kimliklerin de er kaybedip, bir takım alt kimliklerin de er kazandığı dönemdir. (Çevrecilik, Hayvan severlik vs. derneklerde faaliyet göstermek gibi). İşte bu dönem avukatı, tüm bu kamunun çözülüş sürecine tanık olur. Hatta bu çözülüşte onun da payının olmadığı söylenemez.

**Modern dönemde,** mesleğin niteliği bir yönden serbest meslek iken, diğeryönden kamusal nitelik taşıyan (amme hizmeti) bir meslektir. Ancak kamu hizmeti olması, yanlış bir anlayışla devlet hizmeti anlamına da gelebilir. Avukatlık mesleğinin amacı, avukatların hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine bağlamak, tarafların hukuki ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların, hakka uygun olarak uygulanması konusunda yardımda bulunmaktır (A.K.m.d.l.). Bu anlamda kamusal nitelik taşıyan bir meslek olmasının yanı sıra, serbest meslektir de. Avukatın mesleki faaliyette bulunmak veya bulunmamakta ya da bu faaliyetin yoğunluğunu düzenlemekte, türünü seçmekte herhangi bir denetim altında bulunmaması; kendisine teklif edilen herhangi bir davayı almaya veya kendisinden istenilen bir hukuki mütalaayı vermeye zorlanmaması, avukatlığının serbest meslek olmasının sonucu olarak görülmektedir.

**Modern Avukat,** kamunun sözcüsü olduğu oranda, kamusal kurumlarda mesleki kimliği ile boy gösterir.

**Modern Sonrası dönemde Avukatlık mesleği,** pazarın konusu haline gelmiş, ticarileşmiştir. İktisat İdeolojisi, avukatlık alanını kontrol altına almıştır.

Ayrıca **Modern Sonrası Dönemde,** avukatların mesleki kimlikle siyasi hayatta boy göstermesi önemsiz hale gelmiştir. Bu dönemde müvekkilin çıkarının adaletle ilişkisi de avukatı ilgilendirmez olmuştur.

Burada aklımıza gelen ilk soru, "Türkiye'de de avukatlık mesleğindeki de işçilik bu anlamda mı yaşanmıştır?" olacaktır. Belki yapılacak farklı bir okuma ile mesleğin Türkiye'de de Lonca dönemi, Klasik dönemi, Modern sonrası dönemi gibi dönemler geçirdiği gözlemlenebilir. Ancak Türkiye'nin farklı bir durumu vardır. Bu farklılık aslında batılı olmayan toplumların tümü için geçerlidir.

Bu tür de işçiler Batı'da, iç dinamiklerin etkisiyle ve tedrici olarak meydana gelirken bizde tamamen dış dinamiklerin etkisi sonucu içteki elitlerin, iktidar seçkinlerinin ve siyasilerin ortak çabası ve icrası sonucu ve birdenbire vücuda gelmiştir. İthal bir süreçtir. Batılı olmayan toplumlar dayatılmışlık, ithal edilmişlik ve mecbur bırakılmışlık tahtında modernleşme serüvenini yaşamışlardır. Ali Şeriatî'nin deyişiyle bu; "empoze edilmiş modernizm"dir.

Bu nedenle bizdeki bu de işçiliği biz "batılılaştırma" kavramı etrafında inceleyeceğiz. Bu bağlamda batılılaştırma zihniyetinin, mesleği ve avukata nasıl bir misyon yüklediğine dikkati çekeceğiz.

## 2. Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihi

Avukatlık mesleğinin ve diğer serbest mesleklerin seyri

izlenmesi, bir anlamda Türkiye'nin modernleşme serüvenine de işik açıdan bakma imkanı verir.<sup>15</sup>

Mesle i Türkiye açısından inceleyecek oldu umuzda, bunu Tanzimat'tan önce ve sonraki dönemler ile, Meşrutiyet, Cumhuriyet dönemleri ve 1960 ile 1980'den sonraki dönem ve en son olarak ta 10.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanunla, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda yapılan de işikliklerden sonraki dönem olmak üzere 7 başlık altında toplayabiliriz.

### Tanzimat'tan Önceki Dönem

Osmanlı tarihinde 1800'lü yıllara kadar "Dava Vekili" adıyla meslek yapan bir sınıf yoktu. Fakat bu tarihlerde ve bundan çok önceleri, "Arzuhalciler" sınıfı diye bir sınıf vardı.

Evliya Çelebi bunlardan şöyle bahseder: "Esnaf-ı Yazıcıyan-Dükkan 400, Nefer 500. Bu tayfa ordu ve pazarda, Sadrazam kapısında arzuhal ve mekatip tahrir ederler. Pirleri Kasım İbni Abdulkufi'dir. Selman-ı Farisi belini ba ladı. Kabri Cidde kurbinde, ceddemiz Hz. Havva yanındadır.<sup>16</sup>

Bunlar bugünkü anlama göre avukatın iki esaslı vazifesi olan "yazı ile müdafaa ve sözle müdafaa"dan birincisini yaptıklarına göre, Türk avukatlık mesle inin çekirde i sayılabilirler.<sup>17</sup>

Osmanlı İmparatorlu unda, her mesle in bir ocak kurdu u ve mensuplarının belli bir nizamla ba landı ı devirlerde, halkın, devlet kapısında ve çeşitli özel durumlarda, halini arz edebilmek için dilekçe ve mektup yazma

ihtiyacı, "arzuhalcilik" mesle ini ortaya çıkarmıştır. Evliya Çelebinin, esnaf-ı yazıcıyan diye bahsetti i bu mesle e herkes giremezdi. Çünkü Şeriat kapısına müracaat etmek bir usüle tabiydi ve arzuhalci olmak için "ocaktan yetişmek" gerekiyordu. Elllerinde "izn-i müş'ir teskere" (Ruhsatname) olmayanlar icrayı san'attan memnu idiler.<sup>18</sup>

İlk dönemlerde bu meslek mensupları, kişilikleri üzerinde titizlikle durulan, çalışmalarını ruus almalarına ba lı ve örgüte mensup kimselerdi. Ancak sonraları gelişi güzel bazı okur-yazarların aralarına girmeleri ve işlere karışmaları mesle i yozlaştırmaya başlamıştır.

Tanzimat öncesi, davalar ve anlaşmazlıklar Şer'i hükümlere göre çözümleniyordu. Bir anlaşmazlık hakkında savunma yapmak, o anlaşmazlıkla ilgili hüküm vermek, fıkıh kitaplarını ve fetvaları inceleme neticesi, olası olabiliyordu. Kadılar her iki tarafı dinler ve olayın oluş şekline şer'i hükümleri uygulayarak karar verirdi.<sup>19</sup>

İşte bu ihtiyaçtan dolayı, karmaşık bir hukuk sistemi olan fıkıh içinde bazı hükümlerin seçilmesi gerekti inden taraflara bu anlamda dışarıdan yardımcı olmak için kadı yanında çalıştıktan sonra ayrılmış, davaları ayrıntılı bilen "muhzir"ler ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu kişiler giderek mahkemeye de başvurmaya başlamışlardır.<sup>20</sup>

Bunlardan başka bir de mahkemelerde iş yapan, Karamanlı, İncesulu, Ni deli mahalle bakkalları vardı. Bunlar İstanbul'un lüks yazlık semtlerinde oturur, alış-veriş

<sup>15</sup> Haluk NANICI, *Türkiye'de Avukatlık deolojisi*.

<sup>16</sup> Evliya ÇELEBİ, *Seyahatname*, Cilt 1 s. 524

<sup>17</sup> A. Haydar ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 40

<sup>18</sup> Ali Galip TA , *Bizim Tarih*, s. 161

<sup>19</sup> Adil Giray ÇELİK, a.g.e., s. 44

<sup>20</sup> A. Haydar ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 50

nedeniyle kadı ve mahkeme çalışanları ile tanış olmaları nedeniyle vatandaşlar tarafından dava vekili olarak görevlendirilirlerdi. Asıl işleri bakkallık olan bu kimseler bakkal dükkanlarını çıraklarına bırakıp, mahkeme koridorlarında dolaşırlardı. Bu kişiler genellikle cepleri zarf ve ka itlarla dolu oldu u için "Ka it Kavafı", ya da büroları olmayıp ayakta dolaşmaları nedeniyle "ayak kavafı" olarak adlandırılmışlardır.<sup>21</sup>

Ço unlukla okuma yazması bile olmayan kavafılar, insanları kandırarak para alırlar ve ciddi zararlara yol açarlardı. Halk bu kimselere bu nedenle "yalancı, müzevir" isimlerini takmıştı. Bu mesleklerin avukatlıkla do rudan ilgisi olmamakla beraber, toplum tarafından avukatlar için kullanılan birçok sıfat ilk defa bu meslekler için kullanılmıştır.<sup>22</sup>

## Tanzimat ve Sonrası Dönemi

### Osmanlı'da Adli Modernizasyon

Tanzimat dönemi diye adlandırılan Osmanlının son 100 yıllık döneminde; Batının siyasi gücünü arttırması, Osmanlı'nın zayıflaması ve hukuk yönünden de zaafa u raması, Batı kültürü ve hayranlı ı ile yetişen bir grup bürokrat ve aydınının batı hukukunun ithal edilmesiyle ça daş medeniyet seviyesine ulaşılabilce ini düşünmesi v.s. sebeplerle bir takım kanunlaştırma hareketlerine gidilmiştir.

Batı dünyasının ve azınlıkların desteklemesi temelinde ortaya çıkan bu kanunlaştırma hareketleri her ne kadar kimilerince kaçınılmaz görülüp kimilerince de

Batı öykünmecili i içerdi i ifade edilse de<sup>23</sup>, gerçekte şer'i hukuk merkezde olmak üzere, örfi hukuk, dini gruplar hukuku, katılan ülkeler hukuku v.b. bileşenleriyle kompleks bir yapıdan oluşan Osmanlı Hukuk Sistemini ve bürokratik yapıyı yeniden gözden geçiren ve işleyişi için yeni kurallar ve kurumlar oluşturan kanunlaştırma hareketleri olarak göze çarpar.

1839 Tanzimat Fermanı ve 1856 Islahat Fermanı ile ortaya çıkan bu dönemde hedeflenen amaç devlet yapısının yenilenmesi amacını taşır.

Ancak reformcu bir nitelik taşıdı ı Batılılaşma hareketinin başlangıcı sayıldı ı ve gerek kanunlar düzeyinde ve gerekse hukuk e itimi ve adliye teşkilatına ilişkin düzenlemelerle İslam'ın hukuk alanındaki mutlak otoritesine son veren bir dönem olması bu dönemi oldukça önemli kılmıştır.

Bu dönemle birlikte yabancılar ile Osmanlı tebaası arasındaki ihtilafların çözümünde rol oynamak üzere bir yandan bazı özel mahkemeler kurulmaya di er yandan da başta Ticaret Kanunu olmak üzere birçok kanun batıdan aynen alınıp uygulanmaya başlandı. Bazı ceza kanunları ve buna ilişkin usul kanunları da tercüme edilerek alınmıştır.

Fakat belirtmek gerekir ki bunların hiçbiri temel kanun niteli inde düzenlemeler de ildir. Örne in, Medeni Kanun olarak Fransız Cod Civil'in ticaret hukukuna ilişkin maddeleri iktibas edilmiş, fakat Aile ve Borçlar Hukukuna ilişkin hükümleri alınmamıştır. Bu nedenledir ki, Tanzimat sürecinde "iktibas" edilen hukuklarla "ana hukuk"arasında çok kısa süre

<sup>21</sup> Adil Giray ÇELİK, a.g.e., s. 44

<sup>22</sup> Haluk NANICI, *Türkiye'de Avukatlık deolojisi*.

<sup>23</sup> Detaylı bilgi için bkz.: Av. Muharrem BALCI, *Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Geli im Süreci*, 23.06.2001.



içinde boy gösteren uyuşma sorunlarının akabinde "medeni kanun" tartışmalarının ortaya çıkması da çok gecikmemiştir.

Ticaret ve Nizamiye Mahkemelerinin kurulmasıyla (1864) diğer Avrupa ülkelerinin Medeni Kanunlarına benzer bir medeni kanuna ihtiyaç duyulmuştur.

Dönemin en önemli devlet adamlarından Ali Paşa medeni kanun konusunda, milli bir kanun yapmaktan ziyade Fransız Medeni Kanunu (Cod Civil)'nun aynen iktibas edilmesini savunuyordu. Buna karşın başta Ahmet Cevdet Paşa olmak üzere hamiyetli bazı devlet ve ilim adamlarının karşı çıkmasıyla Osmanlı Hukukunun, tam anlamıyla Batı Hukukunun etki alanına girmesine uzunca bir süre engel olunmuş ve Türk Aile Hukukunun Fransız Aile Hukuku ile aynılaştırılması 1926'lara kadar engellenmiştir.

İşte bu dönemde Ahmet Cevdet Paşa Başkanlığında Mecelle hazırlanmış ve 8 yılda 16 ayrı kitap halinde yayınlanmıştır.

Mecelle, Türk Hukuk sisteminin Resepsiyonunu uzun süre geciktirmesi bakımından çok önemli bir eserdir. Bir kanun olmaktan çok, fıkıhın (İslam Hukukunun) da inik kitapları içinde bulunan hükümlerden ihtiyaca uygun olanların ve evrensel nitelikte olanların derlenmesiyle ortaya çıkan mecelle 1926 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

### **Tanzimat ve Sonrası Avukatlık Mesleği**

Gerek dünya görüşü gerekse mesleki formasyon açısından sistem içerisinde "Batı'yı temsil eden avukatlık mesleği Tanzimat kanunlaştırma hareketleri kapsamında Batıdan Osmanlı hukuk sistemine ithal edilen "yeni bir

meslek"tir.<sup>24</sup> Bu dönemden başlamak üzere bu meslekle ilgili birçok düzenleme yapılmıştır.

1864 tarihli, "**Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret Nizamnamesi'nin** 28. Maddesinde " *tarafların mahkemeye bizzat gelmeleri veya vekil tayin etmeleri mecburiyeti konmuş*", vekalet akdinin şekli hakkında da açıklayıcı hükümler yer almıştır.

1885 tarihinde "**Mehakim-i Nizamiye Dava Vekillerinin Usul-ü İntihap ve İmtihanlarına Dair Kararname**" gereince; *dava vekilliği mesleğine girecekler için imtihan usulü konmuş ve şartları açıklanmıştır.* Bu tüzük 1901'de neşredilmiştir.

13.01.1876 tarihinde yürürlüğe giren **Dava Vekilleri Nizamnamesi** Türkiye'de avukatlık mesleğini düzenleyen ilk metin olarak kabul edilir. Zira ilk defa bu nizamname ile, vekalet işlerini üzerlerine alanlara resmen "dava vekilliği" unvanı verilmiştir. Nizamnameye göre dava vekili olacakların Hukuk Mektebi mezunu olmaları şartı konmuş ve rasgele şahısların mesleğe girmeleri önlenmiştir. Yine aynı tarihlerde Mektebi Sultaniye'de yeni bir sınıf açılarak hukuk dersleri okutulmaya başlanmıştır. Buradan mezun olanların Adalet Bakanlığı'na bağlı bir komisyonda sınav vererek başarı gösterdikleri takdirde dava vekilliği yapabilecekleri esaslı kabul edilmiştir.

Bu nizamnamenin 30. Maddesinde,

"Dava vekillerinin umur ve hususatına bakmak ve Nezaret-ı Ahkam-ı Adliye tarafından icra olunacak tebligatı resmîyeye vasıta ittihaz kılınmak üzere bir cemiyet-i daimî tesis olunacaktır."

demek suretiyle yeni kurulan bu cemiyete bazı görevler yüklenmiş

<sup>24</sup> Aylin ÖZMAN, "Erken Cumhuriyet Döneminde Hukukçu Kimliği".

ve baro işlevi kazanması amaçlanmıştır.

Tanzimat döneminde filizlenmeye başlayan avukatlık mesleği hem "mesleki" yönünden hem de "meslek kuruluşu" yönünden doğrudan adliye nezaretine bağlıydı. Bu nedenle dava vekillerinin mesleklerini bağımsız olarak ifa etmeleri mümkün değildi. Üstelik müvekkilleri de dava vekillerini özgürce seçme hakkına sahip değildi.

Mithat Paşa ve arkadaşlarının meşhur Yıldız mahkemelerinde yargılanmaları ve 3. günde cezanın kesinleşmesi düşünüldüğünde savunmanın bir kurum olarak henüz teşekkül etmediği söylenebilir.

Ayrıca bu nizamname tüm avukatları kapsamıyordu. Çünkü yabancı avukatların konsolos mahkemelerinde ve ticaret mahkemelerinde görev yapmaları mümkündü. Hatta bu avukatlar kendi barolarını "Dava vekilleri Cemiyetinden" çok önce "Bureau de Constantinople" adıyla kurmuşlardı.

Dava vekilleri nizamnamesinin önemi, savunma mesleğinin ilk yazılı metni olması ise de asıl önemi gerek Tanzimat sürecinde gerekse Cumhuriyet Türkiye'sinde avukatlık mesleğine bakışı belirleyecek temel ilkeyi 1876 yılında koymasındır. **"Avukatlar ya da doğrudan Adliye Nezaretine bağlı çalışacaklardı ya da nezaret altında"**<sup>25</sup>

1876 tarihli dava vekilleri nizamnamesi gereğince, dava vekilleri ilk toplantılarını 5 Nisan 1878 tarihinde yaptılar. Bu ilk toplantıya 63 kişi katılmıştır. Bu üyelerden on biri Müslüman otuz sekizi Ermeni'dir. Geri kalanlar Rum, İngiliz, Fransız ve İtalyan'dır.

İlk genel kurulu en yaşlı üye olması hasebiyle Kostaki Sardenski açmıştır. Yapılan seçimlerde ise Meryem Kuli Efendi, Reis-i Evvel; Mehmet Şehri Efendi, Reis-i Sani; Karabet Gürcü Efendi, Katiplik ve Saymanlık görevlerine getirilmiştir. Bedros Şaşıyan, Kostaki Sardenski, Agop Mırcıkıyan yönetim kurulu üyeliklerine seçilmişlerdir.

O tarihlerde Müslümanlar, Kafkaslarda, Balkanlarda, Yemen Çöllerinde savaştan savaşa koşmaktaydılar. Bu nedenle hizmet sektörü azınlıkların ve Müslüman olmayan halkın elindeydi. Müslüman ve Türk Osmanlı vatandaşı devleti adına askerlik, memurluk, kadılık yapmaktaydılar. Dava Vekilliği gibi ayak kavafı, müzevir olarak aşılınan bir mesleğe ilgi göstermiyorlardı.<sup>26</sup> İlk Baro Levhası 1879 yılında düzenlendiğinde levhada bulunan 105 avukattan birçoğu azınlıklardandı.

**17 Haziran 1880** tarihinde ise hukuk derslerini programına alan bir hukuk mektebi öğrenime başlamıştır. Okul yönetmeliğinin 35. Md.'si gereğince okuldan mezun olanlar dava vekilliği yapma hakkını kazanıyorlardı. 17 Haziran 1880 tarihi aynı zamanda İstanbul Hukuk Fakültesinin kuruluş tarihidir.<sup>27</sup> Bu mektebin ilk mezunlarının tamamı azınlıklardır. Bunlar; Artin Mustiçyan, Diran Bedrosyan, Vartan Muradyan, Vasidis, Yanko Mamopulos, Artin Toptaş'tır.

**1884 tarihinde** Padişahın iradesi ile "Rumeli-i Şarki Vilayetine Mahsus Avukatlık Kanunu" çıkmış ve Türkiye'de ilk defa bir kanun metninde "avukat" tabiri kullanılmıştır.

1886 yılında çıkan 2. Abdülhamit'e ait bir irade-i

<sup>25</sup> Haluk NANICI, "Cumhuriyet Türkiye'sinde Bir Meslek: Avukatlık".

<sup>26</sup> Adil Çelik G RAY, a.g.e., s. 54.

<sup>27</sup> Bkz.: Mehmet Ali AYN BEY, *Dar'ul-Fünun Tarihi*.

seniye ile, dava vekilliğinin; çok yeni bir meslek olması, halkın fakir olması gibi gerekçelerle, ceza davaları dışında, diplomalı dava vekilleri bulunmayan yerlerde başkaları tarafından da yapılabileceği emir buyurulmuştur. Böyle bir fermanın çıkmasında Hukuk Mektebi mezunu olmayan fakat 1876 tarihli Dava Vekilleri Nizamnamesine kadar bu yoldan para kazanan, ayak kavafı ya da müzavirlerin de etkisinin olduğu söylenebilir.

### Meşrutiyet Dönemi

Meşrutiyetin ilanından sonra Dava Vekilleri, 31 Temmuz 1908 'de Divan yolunda Arif'in Kiraathanesinde toplanıp birtakım kararlar almışlardır. Bu kararlar:

- Toplum içinde dava vekilleri hakkında oluşan kötü düşünceleri ortadan kaldırmak, en kutsal haklardan olan savunma hakkını halka anlatmak
- Kanuni ve ahlaki yönden niteliksiz insanların mahkemelere kabullerine engel olmak ve bu konuda resmi makamları uyarmak.
- Hukuk Mektebi mezunlarına basit bir sınav neticesi ruhsatname vermek.
- Dava Vekilleri ile ilgili bir levha düzenlemek "

şeklinde olmuştur.<sup>28</sup>

İstanbul Barosunun bugün yürürlükte olan levhası 21 A ustos 1908'de alınan kararlarla hazırlanan levhanın devamıdır.

**1908** Birinci Meşrutiyetin ilanından sonra, Meşrutiyet idaresince vekalet görevi ile ilgili çeşitli kanun ve nizamnameler çıkarılmış ve bu tarihten sonraki nizamnameler tüzük mahiyetinde sayılmıştır.

**1911 tarihinde** yabancı hukuk mekteplerinden mezun olan ve 3 yıl Türk Mahkemelerinde vekalet görevi yaptı nı belgeleyen ve verecekleri imtihanla bunu ispat eden dava vekillerinin "Dava Vekilleri Cemiyeti"nden ruhsat alabilecekleri kabul edilmiştir.

**1916 tarihli** "Memalik-i Osmaniye'de bulunan ecnebilere Hukuk ve Zeaifi" Hakkındaki Geçici Kanunda da avukatlık mesleğinin yalnızca Türklere ait olacağı belirtilmiştir.

### Cumhuriyet Dönemi

Bu başlık altında önce Lozan Antlaşması ve sonrası dönemi inceleyerek Türk Hukukunun tam anlamıyla batılılaşma sürecine girişini, Resepsiyon hareketlerini, Cumhuriyet Dönemindeki hukukçu kimliğine yüklenen Kemalist Rejimi koruma misyonu ile "eski" hukukçu kimliğinin yeniden inşasını, Kemalist Modernleşme Projesi çerçevesinde Hukukun Laikleştirilmesi sürecini inceleyeceğiz.

Bununla beraber İstanbul Darülfünun'un tasfiyesini, buranın İstanbul Hukuk Fakültesi olarak yeniden yapılandırılmasını, Ankara Hukuk Mektebinin kurulmasını ve yüklendiği misyonu, bu arada eski zihniyeti taşıyan hukukçu kimliğinin yok edilmesi<sup>29</sup> gerektiğini, tüm bu balmalarda yapılan 1924 tarihli Muhammat Yasasını, 1938 tarihli 3994 sayılı Avukatlık Kanununu, 1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Yasasını inceleyeceğiz. 2001 tarihli Avukatlık Yasasını ayrı bir

<sup>29</sup> Eski hukukçu kimliğinin yok edilmesi gerektiği ifadesi bizzat Atatürk'e ait bir ifadedir. Bkz.: M. Esat BOZKURT, *Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı*, s. 11

<sup>28</sup> ener BATTAL, a.g.e., s. 678

çalışma konusu yapaca ımızdan şimdilik bu yasaya özetle de inece iz.

### Lozan Sonrası Dönem

Hukukun laikleştirilmesi süreci hukuk alanında İslam/Batı hukuku karşılıklı ında gelişen tartışma ve uygulamalar çerçevesinde belirginlik kazanmıştır. Bu tartışmalar sonucu gelinen nokta Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Hareketleri kapsamında Batı hukukunun kısmi olarak benimsenmesidir.

Ancak bu dönemde başlamış oldu u kabul edilse de hukukun laikleşmesi yani dini unsurlardan ve İslam Hukukundan tamamen uzaklaşması, Kıta Avrupa Hukukunun toptan benimsenmesi yolu ile gerçekleştirilen Erken Cumhuriyet Dönemi hukuk reformları ile olmuştur.

Burada akla gelen ilk soru şudur:

"Cumhuriyetin ilk yıllarında, yabancı hukukun toptan benimsenmesi yoluyla hukuk düzeninin yeniden yapılandırılması (Resepsiyon)nın amacı hukuki yapıdaki birli i sa lamaktan ziyade Cumhuriyet Projesi kapsamında planlanan kültürel ve siyasal dönüşümlerin meşruluk zeminini hazırlamak mıdır?"

Bir başka soru da şudur:

"Yapılan bu düzenlemelerle hukuk, yeni bir toplumsal yapının inşa edilmesi için bir araç rolü mü oynamıştır?."

Kemalist Modernleşme Projesinin temel referans noktası "medeniyet" kavramıdır. Çünkü hedeflenen yapı ile hedefin gerçekleştirilmesine ilişkin politikalar açısından "medeniyet" kavramı hep temel belirleyen olmuştur.

"Unutmamak lazımdır ki, Türk Milletinin kararı muasır medeniyeti, kayıtsız şartsız tüm prensipleri ile kabul etmektedir.

Bunun en bariz ve canlı delili inkılabımızın kendisidir. Muasır medeniyetin Türk toplulu u ile uygun olmayan noktaları görülüyorsa bu, Türk Milletinin kabiliyet ve istidadındaki noksandan de il, onu fuzuli bir suretle kuşatan ortaça teşkilatı ve dini kurallar ve kurumlardır."<sup>30</sup>

Ancak kastedilen medeniyet, Batı Medeniyetidir. Geri kalmışlı ın kayna ı, medeni dünyadan kopukluk ya da uzaklıkla açıklanırken Türk halkının ça daş medeniyetler seviyesine ulaştırılması Kemalist Modernizasyon sürecinin ana hedefi olmuştur. Bu hedefe ulaşmak için yapılması gereken şey de, geçmiş ba lı zihniyetin yok edilmesidir.

"Sayın Arkadaşlar!

Türk İhtilalinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız, kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki; önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeye mahkumlardır. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle, Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre de il, milletimizin dileklerine göre iş başarma a borçluyuz."<sup>31</sup>

Lozan Konferansından sonra başlayan dönemde devrim kanunları başta olmak üzere birçok alanda kanunlaştırma hareketine girişilmiştir. Bu anlamda Lozan Konferansı, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk ve dış siyaset alanında yaşad ı en önemli gelişmedir.<sup>32</sup>

Başlangıçta 1. Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı sonrasında sınırların, tazminatların, arazi ve esir mübadelesi gibi konuların ele alınca ının sanıldı ı bu konferansta, Türk Hukuk Sistemini

<sup>30</sup> Türk Kanun U Medenisi Esbabı Mucibe Lahiyası, bkz.: Aytekin ATAAY & smet SUNGURBEY Medeni Kanun Borçlar Kanunu,

<sup>31</sup> M. Esat BOZKURT, a.g.e., s.11.

<sup>32</sup> Muharrem BALCI, a.g.t.

etkileyecek önemli kararlar alınmıştır .Batılı devletlerin müdahaleleriyle yeni Türk Devletinin İslami kimlikten uzaklaşması amacına yönelik, Türk devletinin iç işlerini ilgilendiren meseleler ele alınmış ve bu doğrultuda hukuki düzenlemelere gidilmesi öngörülmüştür.

Antlaşmaya "Türk Hükümeti, gayrimüslim azınlıkların aile hukuku veya ahkam-ı şahsiyeleri konusunun, azınlıkların örf ve adetlerine göre çözümlenmesine imkan sa layacak düzenlemeler yapmaya muvafakat eder. İşbu hükümler, Türk Hükümetiyle, ilgili azınlıklardan her birinin eşit miktarda temsilcilerinden oluşan Özel Komisyonlar tarafından düzenlenecektir. İhtilaf vukuunda Türk hükümetiyle Cemiyet-i Akvam Meclisi Avrupa hukukçuları arasından oybirliği ile seçilmiş bir hakem tayin edilecektir."<sup>33</sup> gibi bir hüküm konulması Batılı devletlerin Türkiye'nin iç işlerini ilgilendiren bir meselede nasılda açıkça vesayet etti ini gözler önüne sermektedir.

24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşması ile birlikte "Yargı Yönetimine ilişkin Bildiri" ile de Türk Hukuk Sistemine açıkça müdahale edilmiştir. Bu bildiriye göre Türk Hükümeti, hukuk reformları yapacak olan komisyonların çalışmalarına katılmaları için Avrupalı hukukçu danışmanlar alma mecburiyeti altında bırakılmıştır.

Bu tarihten başlamak üzere batı hukukunu toptan benimseme anlamına gelen resepsiyon hareketine girişilmiş ve 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu iktibas edilerek Türk Kanun-u Medenisi olarak yürürlü e konmuştur. Daha sonra da sırasıyla İsviçre Borçlar Kanunu,

Alman, Fransız ve İtalyan Ticaret Kanunlarından hükümler içeren Türk Ticaret Kanunu, İtalyan Ceza Kanunu'nun iktibas edilmesiyle Türk Ceza Kanunu yürürlü e konmuştur. Adliye teşkilatında Fransız Sistemi örnek alınarak yapılan düzenlemelerle, 1930'lu yıllara gelindi inde hukuk reformunun (resepsiyon) ana hatlarıyla tamamlandı ı görülmektedir.<sup>34</sup>

Hukuk tarihi alanında en radikal hareketlerden biri olarak nitelendirilebilecek bu durumun hukuk mesle i açısından oldukça önemli sorunları olmuştur. Bunlar:

a) Ortaya çıkan bu yeni hukuki sistemin, genç Cumhuriyet Türkiye'sinde gelişiminin sa lanması için yeni bir hukukçu neslinin yetiştirilmesi

b) "Eski" zihniyetin ve "eski" hukukun temsilcisi olarak nitelendirilen hukukçunun Cumhuriyet ilkeleri ve yeni hukuk sistemi do rultusunda sosyalleştirilip kimliklendirilmesi.

Her hukuk sistemi, kendisinin temel de erlerini benimsemiş hukukçulara gereksinim duyar. Çünkü hukuk, merkezi iktidarın en önemli araçlarından biridir. Hatta egemen ideolojinin ta kendisidir. Merkezi iktidarın, etkinli ini gerçekleştirdi i toplumsal çevreye karşı bir tehdit veya kuvvet kullanma unsurudur.<sup>35</sup>

Bu açıdan bakıldı nda hukukçu kimli inin, rejimle ya da iktidarla bir ba lantı ya da özdeşleşme içinde olması egemen ideolojinin istikrarı anlamına gelir.

Bu düşünceden hareketle hukuk e itiminin yeni rejimin esaslarına

<sup>33</sup> M. Akif AYDIN, *İslam ve Osmanlı Hukuku Ara tırmaları*, s.308

<sup>34</sup> Detaylı bilgi için bkz.: Siddık Sami ONAR, *Adli nklabın Ana Hatları*

<sup>35</sup> M. Tevfik ÖZCAN, *Hukuk deolojisi Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım, Ça da Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı ncelemeleri*.

göre düzenlenmesi yoluna gidilmiş ve 1920'lerin başından beri Ankara gündeminde yer alan, devrimci bir hukuk ö retim kurumunun kurulması fikri, Kıta Avrupa'sı kanunlarının toptan benimsenmesinin kesinleşmesi ile hız kazanmış ve 5 Kasım 1925 tarihinde Cumhuriyetin ilk yüksek ö retim kurumu olarak Ankara Adliye Hukuk Mektebi kurulmuştur.

Bu tarihe kadar İstanbul Darülfünunu Hukuk Mektebinde hukuk e itimi verilmekteydi. Ancak yılda kırk mezun kapasitesiyle hukukçu aç ını kapatmak da yetersizdi. Ayrıca müfredat ba lamında gelenekçi bir çizgiye sahipti.

Bunun yanı sıra yeni rejimin felsefi ve siyasal temellerine de kayıtsızlık olarak nitelendirilebilecek bir duruşa sahipti.

İşte bu itibarla, tercüme edilen/edilecek kanunları uygulayabilecek bir kadro yetiştirilmesinin yanı sıra gerek "ilmi"ve gerekse "ideolojik" anlamda eski zihniyeti yansıttı ı düşünülen İstanbul gelene ine bir alternatif yaratılması amacıyla Ankara Adliye Hukuk Mektebi kurulmuştur.<sup>36</sup>

5 Kasım 1925 yılında Ankara Hukuk Mektebinin açılışı münasebetiyle yaptı ı konuşmasında M. Kemal:

"Bugünkü hukuki faaliyetlerimizin esbabını izah etmiş oluyorum ümidindeyim. Bütün yeni kanunlar vücüda getirerek eski esasatı hukukiyeyi temelinden kal'etmek teşebbüsündeyiz. Ve yeni esasat-ı hukukiye ile elifbasından tahsile başlayacak bir **yeni hukuk neslini yetiştirmek için** bu müessesatı açıyoruz. Bütün bu icraatta mesnedimiz milletin istidat ve kaabiliyeti ve irade-i kat'iyesidir.

Bu teşebbüslerde arkadaşlarımız, yeni hukuku, bizimle beraber, bahsetti im mahiyette anlamış olan güzide erbabı hukukumuzdur. Hayatı umumiyemizin yeni esasatı hukukiyesi nazari ve tatbiki sahada tecelli ve tahakkuk edinceye kadar geçecek zamanı temin eden bizzat milletimiz ve onun inkılabındaki yorulmaz ve yıpranmaz kuvvet olacaktır.

Talebe Efendiler!

Yeni Türk hayat-ı içtimaiyesinin bani ve müeyyidi olmak iddiası ile tahsile başlayan sizler; Cumhuriyet devrinin hakiki ulema-i hukuku olacaksınız; bir an evvel yetişmenizi ve arzuyu milleti fiilen tatmine başlamanızı millet sabırsızlıkla beklemektedir. Sizi yetiştirecek olan profesörlere terettüp eden vazifeyi hakkıyla ifa edeceklerine eminim.

Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu büyük müessesinin küşadında hissetti im saadeti hiçbir teşebbüste duymadım; ve bunu izhar ve ifade etmekle memnunum"<sup>37</sup>

diyerek bu yeni e itim kurumundan ne çok şey bekledi ini açıkça ifade etmiştir.

Ankara Hukuk Mektebi kuruluşundan itibaren 10 yıl Adliye Vekaletine ba lı kalmıştır. Müfredat, laik hukuk kültürünün ve resmi ideolojinin yeni hukukçu nesline aktarılması amacıyla yapılandırılmış olup akademik kadro da başta Adliye Vekili M. Esat Bozkurt olmak üzere ço unlu u yurtdışında e itim görmüş hukukçu milletvekillerinden oluşturulmuştur.<sup>38</sup>

Hukukçu kimli inin şekillendirilmesine yönelik temel araçlardan birini oluşturan yeniden yapılanma projesi kapsamında yapılan bir di er yenilik de, İstanbul

<sup>37</sup> Ender T FT KÇ /Mehmet T FT KÇ , *Atatürk ve Hukuk*, s. 147

<sup>38</sup> Akademik kadro ve dersler için bkz.: Ahmet MUMCU, *Ankara Adliye Hukuk Mektebinden Ankara Üniversitesi. Hukuk Fakültesine.*

<sup>36</sup> Aylin ÖZMAN, a.g.e., s. 171



Darülfünunun tasfiyesi ve İstanbul Üniversitesi bünyesinde İstanbul Hukuk Fakültesi olarak yeniden yapılandırılmasıdır.

Tasfiyenin temellendiği ana eksen, Darülfünunun kadro ve müfredat açısından Kemalist İdeoloji karşıtı olarak nitelendirilen e ilimidir.<sup>39</sup> Dönemin Milli Eğitim Bakanı Reşit Galip Bey:

"Memlekette siyasal, sosyal büyük devrimler oldu. Darülfünun bunlara tarafsız bir gözlemci kaldı. Ekonomik alanda köklü hareketler oldu. Darülfünun bunlardan habersiz göründü. Hukukta radikal de işiklikler oldu. Darülfünun yeni kanunları öretim programına almakla yetindi. Harf devrimi oldu, öz dil hareketi başladı Darülfünun hiç tınmadı"<sup>40</sup>

diyerek hükümetin Kemalist ideoloji do rultusunda verilecek olan hukuk e itimine ne kadar önem atfetti ini göstermektedir.

Gerek kadro olarak, gerekse müfredat olarak gelene i temsil eden İstanbul Darülfünunu 31 Temmuz 1933 yılında tasfiye edilmiş ve akabinde yeni bir çehre ile İstanbul Üniversitesinin kurulmasına temel hazırlanmıştır. Bu tasfiye hareketi neticesinde bazı akademik personel işten çıkartılmış, müfredat yukarıda çizilen çerçeve do rultusunda yenilenmiş ve ders kitapları Türkçeleştirilmiştir.

Hukuk e itimi alanında yapılan bu de işiklikler, hukuk alanına ilişkin taşıdığı anlamın ötesinde, rejimin amaç ve ihtiyaçları ile uyumlu olarak şekillendirilen yüksek öğrenim politikasının yapısına ilişkin olarak da çok önemli ipuçları vermektedir.<sup>41</sup>

## Muhamat Yasası (Cumhuriyet Avukatı/Muhami)

Hukukun tam anlamıyla laikleştirilmesi ve resepsiyon hareketi sonucu yapılan kanun reformunun önemli sonuçlarından birinin de "eski" zihniyetin ve "eski" hukukun temsilcisi olarak nitelendirilen hukukçunun Cumhuriyet ilkeleri ve yeni hukuk sistemi do rultusunda sosyalleştirilip kimliklendirilmesi oldu unu yukarıda belirtmiştik.

Bu eksende yapılan en büyük yeniliklerden birisi de 1924 tarihli "Muhamat Kanunu"dur. 17 maddeden oluşan Muhamat Kanunu Türk avukatlık mesle ini düzenleyen ilk ciddi yasadır. Bu yasa bir tatbik talimatnamesi ve İstanbul Barosu İç Nizamnamesi ile birlikte bir bütün teşkil etmektedir. Bu yasanın önemi "baro" ve "avukat" kavramlarını ilk defa hukuk sistemimize sokmasından gelmektedir. Öte yandan yasa ikili sisteme son vermiş ve savunma mesle ini ulusal düzeyde düzenlemeyi hedeflemiştir. Kanunun Geçici Maddesine göre 1876 tarihli nizamname uyarınca dava vekilleri dernekleri teşkil etmiş mahallerde, dava vekillerinin bu kanuna göre gerekli vasıf ve şartları taşıyıp taşımadı na karar verilmek üzere "Adliye Vekilince" tayin edilecek kişilerden oluşacak "Tefrik Meclisi" kurulacaktır. Bu meclis gerekli incelemeyi yaparak gerekli şartları taşımayanları "levha"dan silecektir. Nitekim İstanbul Dava Vekilleri Çerçevesinde kurulan komisyon 960 dava vekilinden 473'ünü "levha"dan silmiştir. Bu tasfiye hareketi, savunma mesle i

<sup>39</sup> Aylin ÖZMAN, a.g.e.s. 171

<sup>40</sup> Hakimiyet-i Milliye 1 A ustos 1933 Zikreden Aylin ÖZMAN, a.g.e., s. 172.

<sup>41</sup> Aylin ÖZMAN, a.g.e., s. 170.

tarihinde eşi görülmemiş bir tasfiye hareketidir.<sup>42</sup>

Modernleşme deneyimi çerçevesinde avukatlık mesleğinin yeniden yapılandırılması süreci rejim ile hukukçu arasındaki ilişkinin niteliğine ve yönüne dair açılımları barındırması ve bu paralelde hukuk, siyaset, ideoloji arasındaki kesişmeyi görece bir açıklıkla yansıtır bir görüntü sergilemesi açısından dikkat çekici bir kesit teşkil etmektedir.<sup>43</sup>

Yeni Rejimin, avukatlık mesleğindeki bu düzenlemeleri yapmasının iki sebebi vardır. Birincisi, mesleğin icrasına yönelik Osmanlıdan miras kalan hukuki belirsizliklerin ortadan kaldırılarak avukatlığın adli mekanizmanın bir parçası haline getirilmesiydi. İkincisi ise "eski" hukukçuya ve dönemin kurumsallaşma açısından en gelişmiş meslek örgütlerinden birini oluşturan İstanbul Barosuna ve avukatlık camiasına karşı duyulan güvensizliktir.

Bu açıdan bakıldığında yeni yasayı ve yapılan yeni düzenlemeleri, rejimin ilkelerine sadık ve bu doğrultuda çalışan baroların oluşturulması ve toplumun modernleşme örgüsü içerisinde yeniden inşasına doğrudan katılım sağlayacak avukatlar oluşturma çabası olarak görebiliriz.

Kanununun 2. maddesindeki "Cinayet veya muhilli namus veya haysiyet bir cünha ile mahkum veya sui şöhretle maruf ve müştehir olmamış bulunmak" şartı, özellikle yeni rejimin karşısında yer aldığı düşünülen avukatların meslekten men edilmeleri yönünde etkili olmuştur. Zira söz konusu şart yetkili kurullar tarafından mesleğe hıyanetin yanı sıra Türk

Milletine ve vatana hıyanet olarak yorumlanmıştır.

### Baro Reisi Lütfi Fikri Bey

Bu çerçevede gerçekleştirilen tasfiye işlemleri, günümüzde de halen varolan Baro/Devlet çatışmasının ve Adliye Bakanlığının baroların iç işleyişine müdahalesi meselesinin Cumhuriyet tarihindeki başlangıç noktasını oluşturması bakımından ilgi çekicidir.

Ancak ilgi çekici başka bir nokta vardır ki; Kemalist Rejimin tüm baskılarına ve yıldırımlarına karşın avukatların sistemle bir uyuma ve sözcülüğünü yapma durumu içerisine girmediğini göstermektedir.

Baroda yapılan büyük tasfiye işleminden hemen sonra yapılan genel kurulda Kemalist Rejim karşısında muhalif tutumuyla dikkat çeken Lütfi Fikri Bey 264 oya ile Baro Reisi seçilmiştir.

Lütfi Fikri Bey Meşrutiyetçi/hilafetçidir. Meşrutiyetçi-Cumhuriyetçi zıtlaşması çerçevesinde Ankara ile sert bir muhalefet içerisindeydi. Halife Abdülmecit Efendinin istifası söylentileri üzerine hilafetin kaldırılmasını millet için bir intihar olarak değerlendirdi. "Huzur-u Hilafetpenahiye Açık Arıza" başlıklı mektubunun 10 Kasım 1923'te Tanin gazetesinde yayınlanması, daha sonra 15 Kasım günü Akşam Gazetesinde açık bir dille meşrutiyet idaresini Cumhuriyete tercih ettiğini belirten yazısının yayınlanması üzerine 19 Aralık İstiklal Mahkemesinde yargılanmak üzere Hıyanet-i Vataniye Kanununun 1. maddesi uyarınca tutuklanmış ve 5 yıl kürele mahkum olmuştur. Ancak daha sonra TBMM tarafından

<sup>42</sup> Haluk NANICI, *Cumhuriyet Türkiye'sinde Bir Meslek Avukatlığı*.

<sup>43</sup> Aylin ÖZMAN, a.g.e., s. 172.

çıkarılan özel yasa ile affedilmiştir.<sup>44</sup>

Tüm bu baskıya rağmen Lütfi Fikri Bey'in tekrar baro başkanlığına seçilmesi Ankara'yı fena halde kızdırmıştır. Bizzat M. Kemal Ankara Hukuk Fakültesinin açılış konuşmasında;

"Muhterem Efendiler!

Hatta cumhuriyet ilan olunduktan sonra vukua gelen feci bir hadiseyi de nazarı intihabınız önünde canlandırmak isterim. En büyük mamuremizin bu memlekette belki Avrupa'da tahsil etmiş yüksek mütehassıslardan mürekkep baro heyeti alenen hilafetçi oldu unu ilan eden ve ilan etmekle iftihar duyan birisini seçip kendisine reis intihab eylemiştir. Bu hadise köhne hukuk erbabının cumhuriyet zihniyetine karşı deruni ve hakiki olan vaziyet ve temayülünü ifadeye kafi de il midir? Bütün bu hadisat erbabı inkılabın en büyük fakat en sinsi hasmı canı, çürümüş hukuk ve onun bi derman müntesipleri oldu unu gösterir. Millet in hummalı inkılab hamleleri esnasında sinmeye mecbur kalan eski ahkamı kanuniye, eski erbab-ı hukuk; erbab-ı himmetin nüfuz ve ateşi yavaşlama a başlar başlamaz derhal canlanarak inkılap esaslarını ve onun samimi muakiplerini ve onların aziz mefkurelerini mahkum etmek için fırsat beklerler.

Bu fırsat eski kanunların mevcudiyeti ve eski esasatı hukukiyenin mer'iyeti ile ve eski zihniyetini deruni ve kalbi olarak muhafazadan mütemerrit hakimlerin ve avukatların mevcudiyeti ile müemmendir"<sup>45</sup>

diyecek ve Lütfi Fikri Bey'in yeniden baro başkanlığına seçilmesini acıklı bir olay olarak niteleyecektir. Bu konuşma Cumhuriyeti ilan edenlerin "eski" hukukçuya nasıl güvensiz bir bakış açısına sahip olduklarını açıkça gözler önüne sermektedir.

<sup>44</sup> Murat ÇULCU, *Hilafetin Kaldırılması Sürecinde Cumhuriyetin İlanı ve Lütfi Fikri Davası*, Cilt 3. s. 187.

<sup>45</sup> T FT KÇ & T FT KÇ , a.g.e, s. 146.

## 27 Haziran 1938 Tarih ve 3499 Sayılı Avukatlık Kanunu

Lütfi Fikri Bey'in baro başkanlığına seçilmesinin bir başka önemli sonucu da; bundan sonra yapılacak düzenlemelerin bu olay ışığında daha sıkı tertibatlar alınmasını ve avukatlık mesleği üzerindeki kontrolün sıkılaştırılmasını sağlamasıdır.

Bu bağlamda 27 Haziran 1938 tarihinde yeni bir avukatlık kanunu hazırlanmıştır. Bu kanunun hazırlanma gerekçesi 1924 tarihli Muhamat Yasasının yetersizliği idi. Ancak bu yetersizlik, Devleti yönetenlerin, meslek üzerindeki devlet kontrolünün yetersizliğini düşünmesi ve sıkı düzenlemeler yapılmasını düşünmeleri anlamında bir yetersizliktir.

İlkinde göre daha kapsamlı sayılabilecek bu kanunda yer alan bazı düzenlemeler aslında avukatlık bakımında "devletçi zihniyetin" derinleştiğini göstermektedir.

Özellikle bu yasadaki yer alan bir hüküm avukatların Cumhuriyetin ilk döneminde hangi koşullar içinde çalıştığını çok net bir biçimde gözler önüne sermektedir. Kanunun 117. Maddesine göre:

"Mevzuu irtica olan yahut milli vahdet ve şuurla telifi mümkün olmayan fiillere müteallik davaları deruhte etmeyi itiyat edenler, disiplin takibatına lüzum kalmaksızın baro idare meclisinin talebi üzerine Haysiyet Divanı kararıyla meslekten çıkartılabilirler. Muhitindeki temas ve faaliyetleri itibarıyla muayyen bir baro muntakası dahilinde avukatlık yapmaları milli, mesleki, ahlak veya menfaat bakımından tecviz edilmeyenlerin isimleri baro idare meclislerinin talebi üzerine haysiyet divanı kararıyla mensup oldukları baro levhasından silinir. (...)

Haysiyet Divanı lüzum gördü ü

hallerde alakalı avukatı da dinleyebilir. Bu maddeye göre haysiyet divanı tarafından verilecek kararlar kat'î olup aleyhine hiçbir mercie müracaat edilemez."<sup>46</sup>

Bu madde bir kaç yönden önemlidir. Öncelikle bu maddeye göre "suç isnadı altında" tutulan avukatın savunmasının alınmasına gerek yoktur. Yani savunma mesle ini ifa eden avukatın bizzat kendisi çok a ır bir iddia ve müeyyideye karşı savunmadan mahrum bırakılmaktadır. Ayrıca bazı davaları almakta alışkanlık gösterdi i düşünülen avukatların meslekten men edilmesinin önü açılmıştır. Bu ise söz konusu avukatın müvekkillerinin avukatsız, savunmasız bırakılması anlamına gelmektedir. Kanun yine avukatsız kalmasını istedi i insanları tanımlamakta; irtica, milli şuur ve vahdet'e aykırı davranan kişilere savunma hakkını uygun görmemektedir. Biraz dikkatli düşünöldü ünde engizisyon kaynaklı, dehşetli bir madde ile karşı karşıya kalındı ı görülecektir.

Hüküm özellikle "siyasi suç" sınırları içinde kalan bazı suçlarda sanıkların savunmasız kalmasını arzulamakta ve bu arzuya uymayan avukatları meslekten men tehdidi altında tutmaktadır.<sup>47</sup>

Kanunu hazırlayan komisyonun, Cumhuri Reisli i'ne sundu u kanunun gerekçeleri ile ilgili layihasında;

"Teşkilat-ı Esasiye Kanunumuzun İkinci Maddesi ile Türkiye Cumhuriyetinin ana vasıfları tespit edilmiş olmasına göre bu esaslara aykırı fiillere müteallik davaları deruhte etme i bir avukatın itiyat etmesi sathi bir görüşle mesleki vazifenin ifası sayılabılırsa de maddede tasrih edilen irtica, milli vahdet ve şuurla telifi mümkün

olmayan komünizm ve buna benzer Türkiye'nin rejimine aykırı ef'ale ait davaların itiyatla kabulü, bu davalarda müdafaa bahanesiyle beyanatta bulunmak ve **müdafaanın mukaddes tanınması ve serbest olması** gibi yüksek adalet prensiplerini siper ittihaz ederek muhakemelerin aleni olmasından ve sözlerin gazetelerde de intişar edebilmesinden istifade eyleyerek failinin bu yollarla muzır propagandalar yaptı ına açık bir delil teşkil etmekte oldu undan Cumhuriyet Rejimine karşı çok hassas olan bütün devlet kuvvetleri memlekete mazarrat iras edece i kat'iyete yakın denecek tarzda meczum olan bu hal karşısında nazari **düşüncelere bu kadar zararlı bir işde seyirci kalma ı tercihe tahammül edemeyece inden** bu gibi işleri itiyatla kabul eden avukatı kendi mensup oldu u baronun idare meclisinin talebile haysiyet divanı tarafından meslekten çıkarılmasına karar verilebilmesinin kabulü **memleketin yüksek menfaatleri namına milli bir vazife telakkisile lüzumlu görölmüş bir hükümdür.**"<sup>48</sup>

denilmek suretiyle kanunun çıkarılma gerekçesinin, rejimin korunması amacına yönelik oldu u açıkça ifade edilmiştir.

Nitekim Adliye Vekili Şükrü Saraçolu TBMM'de yaptı ı bir konuşmada yeni kanunun rejimin ilkeleri do rultusunda şekillendirildi ini açıkça ifade etmiştir.

"İnkılap yapmış, yeni bir rejim kurmuş olan her yerde avukatlık mesle ini o inkılabın esaslarına göre tanzim zarureti belirmiştir. Nitekim İtalya Avukatlar Kanunu süratle faşizmin icaplarına uygun bir hale geldi i gibi Alman Avukatlar kanunu da bugün nasyonel sosyalizmin damgalarını taşımaktadır. Biz de layihamızı cumhuriyetçi, milliyetçi, laik, devletçi, realist rejimimizin bir kelime ile Kemalizm'in derin izleri ile takviyeye çalıştık."<sup>49</sup>

<sup>46</sup> 5. Tertip, Düstur Cilt 1, s. 1175.

<sup>47</sup> Haluk NANICI, "Cumhuriyet Türkiye'sinde Bir Meslek: Avukatlık.

<sup>48</sup> Türkiye'de Savunma Mesle inin Geli imi "Metinler", s. 165.

<sup>49</sup> TBMM Zabıt Ceridesi 1938:348.

Kanununun 22. Maddesinde "Avukatlık, am-me hizmeti mahiyetinde bir meslektir." denilmek suretiyle avukatlık mesleğinin mahkeme ve makamlar nezdinde yardımcı bir kuvvet olduğu bu nedenle amme hizmeti niteliğinde bir meslek olduğu vurgulanmıştır.

"Avukatlığın tam bir serbest meslek sayılmayıp adli otoritenin devamlı murakabesi altında bulundurulduğundan avukatın vazifesi hakkında layihaya konan bu esaslı hükümlerin isabeti encümenimizce de izahtan müsta ni bir hakikat olarak kabul edilmiştir."<sup>50</sup>

Gerek kanununun hazırlanma aşamasında gerekse kanun yayımlandıktan sonraki tartışmaların odak noktasında mesleğin bir amme hizmeti mi yoksa serbest meslek mi sayılacağıdır.

Zira süreç, bir avukatlık mesleğinin icrasında birincil dürtünün adaletin sağlanmasından ziyade girişimci ruh olduğunu iddia eden ve bu bağlamda avukatlığın tamamen serbest meslek olarak örgütlenmesini savunan görüş ile, mesleğin tamamen devletin kontrolünde icra edilmesini ve devlet memuriyetinin bir parçası haline dönüştürülmesi olmak üzere iki görüşün çatışması etrafında yapılmıştır.

Sonuçta meslek "serbest" ancak "amme hizmeti" niteliğine sahip bir meslek olarak tanımlanmıştır. Bu tartışmanın önemi; Rejimin genelde hukukçuya, özelde avukata yüklediği misyon ile sıkı sıkıya irtibatlı olduğundan gelir. Bu nedenle 117. Maddedeki gibi ayrı sonuçlar doğuracak düzenlemelere gidilmiştir. Savunma hakkının dokunulmazlığı ve avukatlığın bir "meslek" olarak varoluşu nedeniyle tam bir zıtlık teşkil eden bu düzenlemelerle avukatın adli

rolünden ziyade siyasal rolü ön planda tutulmak istenmiş ve avukata "rejimin bekasını koruma misyonu" uygun görülmüştür.

### 19 Mart 1969 Gün ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu

1961 Anayasasının anayasal anlamda getirdiği birtakım değişiklikler avukatlık mesleğinde yansımış ve bu doğrultuda 1969 yılında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu yürürlüğe sokulmuştur.

Yeni yasa avukatların mesleki çıkarları etrafında örgütlenmesinin kurallarını düzenlemiş ve Türkiye Barolar Birliği adı altında yeni bir üst örgüt getirmiştir. Mesleğin bağımsızlığı ve modern bir vecheye bürünmesi anlamında önemli bir adım olarak görülmesine rağmen devletin meslek örgütü üzerindeki denetimini zayıflatmayı düşünmediğini 1136 sayılı Yasa Tasarısının hükümet gerekçesinden anlıyoruz. Tasarı gerekçesinde,

"Ancak bunun da hemen ilave edilmesinde zaruret vardır ki; Barolar birliğinin kurulmuş olması dahi, Adalet Bakanlığının barolar ve avukatlar üzerindeki yetkilerinin tamamen ortadan kalkmasını gerektirmeyecektir. Çünkü Adalet Bakanlığı, Barolar Birliğinin faaliyetini de içine alan geniş bir sahanın, yani adli hayatın genel siyasetini yürüten ve bu itibarla adalet uzvunda doğrudan doğruya veya dolayısıyla faaliyette bulunan bütün elemanlar ile az veya çok irtibatlı olan bir bakanlıktır. Yargı yetkisinin kullanılması bakımından idareden tamamen bağımsız olan hakimlerin dahi hiç olmazsa mahkemenin idari işlemleri yönünden Adalet Bakanlığı ile bir ilgileri bulunduğunu düşünülürse Anayasanın 122. maddesi muvacehesinde idari hiyerarşiye tabi olmaları tabii ve hatta zaruri bulunan Türkiye Barolar Birliği ve baroların Adalet Bakanlığı ile

<sup>50</sup> Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişimi "Metinler".

hiçbir ilgileri olmamasını düşünmek caiz de ildir.”<sup>51</sup>

denilmek suretiyle devletçi zihniyetin, mesle in denetimini asla bırakmak istemedi i vurgulanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasasında avukatlık mesle inin “kamu hizmeti” oldu una ısrarla vurgu yapılmıştır. Bununla beraber mesle in bir serbest meslek oldu u da kanunda belirtilmiştir. Bundan başka avukatın hak ve sorumlulukları bakımından devlet memurlarına, daha do rusu C. Savcılarının mertebesine yakın bir statüye sokuldu unu görüyoruz. Vekaletname olmaksızın dosya tetkiki, evraktan suret çıkarma, tebligat icrası gibi yetkilerin üzerinde önemle durulmuştur. Avukatlık ruhsatının Adalet Bakanlığı ndan de il meslek örgütünden Barolar Birli inden alınması esası getirilmiştir. Avukatlık mesle inin kapsamı genişletilerek “savunma mesle i” olmasının yanı sıra “hak arama mesle i” oldu u da kanunda vurgulanmıştır. Böylelikle avukat çekişmesiz işlerin de takibini yapabilecektir. Gerçi “hak arama faaliyetine” ilk zamanlar hoş bakılmamış, mesle in bozulma nedeni olarak algılanmışsa da zaman içinde avukatlık mesle inin ikinci ve önemli bir faaliyeti konusu haline gelmiştir.

Bir önceki avukatlık yasasındaki 117. Madde 1136 sayılı Kanunda yer almamıştır. Ancak maddenin arkasındaki zihniyet; “devlet katındaki” hakimiyetini sürekli muhafaza etmiştir. Siyasi davalarda yargılanan sanıkların avukatlı nı üstlenen avukatlar üzerine maliye gönderilmiş, avukatların defterleri incelenmiş, ciddi para cezaları verilmiş, siyasi dava alma itiyadını gösteren avukatlara devlet ve

hatta yargı organları da “iyi gözle” bakmamıştır.

## Sonuç

Mesle in tarihi sürecine bakıldı nda görülecektir ki; Modern toplumun kurucu aktörleri arasında yer alması, rejimle uyum içinde ve rejimin bekasını korumaya yönelik davranışlar sergilemesi karşılı ında bu meslek örgütüne bir takım mesleki haklar verilmiştir. Bu haklar; avukatın mesle ini ba ımsız olarak sürdürülebilmesi, mesleki örgütün başkanını ba ımsız olarak seçebilmesi, meslektaşlar arası disiplin suçlarına ba ımsız bir mesleki örgüt olarak müdahale edebilmek, muhakeme esnasında ba ımsızlık, duruşmayı terk, davayı bırakmak gibi birtakım haklardır. Ve mesle in bu modernleşme süreci içinde, mesle in ticari olmaması, reklam yasa ı, mesle in şahsen, do rudan, ba ımsız, özenle ifa edilmesi, müvekkilin talimatları ile hukuka saygı temelinde ba lılık, müvekkile karşı sır sorumlulu u, güven ilkesi, sadakat yükümlülü ü gibi klasik ilkeler oluşmuştur. Ve bu klasik ilkeler avukatın düşünce dünyasını belirleyen temel ö eler haline gelmişlerdir.

Ancak burada bir noktaya daha temas etmek zarureti vardır. Mesle in tarihçesine baktı ınızda de işimin zaruri oldu unu görebiliriz. Peki bizler bu de işime karşı nasıl bir tavır takınacağız;

De işimin kendilerini ilerici, ça daş yapacını düşünenler gibi, avukatlık mesle inde meydana gelen de işimleri, zamanın getirdi i zorunluluklar olara görüp karşı çıkmayı anlamsızlık olarak mı niteleyeceğiz. Yoksa klasik muhafazakarlar gibi, de işimin güzel bir şey oldu unu ve güzel şeyleri almanın gerekli oldu unu mu düşünece iz. Yoksa katı bir

<sup>51</sup> Türkiye’de Savunma Mesle inin Geli imi “Metinler”, Cilt II.



tavır takınıp, de işimin mesle i kötüyeye götürece ini, olumsuzlaştıraca ını, bu nedenle de işime karşı direnmenin gerekli oldu unu mu savunaca ız.

Ya da farklı düşünce ile; de işimi görüp, karşımıza çıkan kavramlarla hesaplaşma içerisine girece iz. Önümüze çıkan kavramlardan korkmadan, karşımıza çıkan engellerden yılmadan. Fakat bunu yapmak; ancak birikim ile yani deontolojimizin zenginli i ile olabilir. Bunu yapmak; de işimi de erlendirebilecek eleştirel bir perspektif yakalamakla ve bu yönde çalışmakla olabilir. Bunu yapmak; yapt ımız mesle in toplumsal faaliyetini düşünüp di er toplumsal alanlardaki ilişkilerle ba lantısını kurmakla olabilir.

Neticede yasaları yapanlar ve uygulayanlar bu toplumun kendisidir, başkaları de il. (Başkalaşmış olmaları ayrı bir konu.) Özellikle biz hukukçular yapılan ve uygulanan normların toplumsal anlamını her aşamada düşünmek zorundayız. Bu anlamda bunu düşünmek faaliyetimizi politikleştirmek demektir. Politikaya müdahale etmek, gidip bir yerlerde politik nutuklar atmak demek de ildir.

Faaliyetin toplumsal anlamını düşündü ümüz anda bu memlekette hangi politik güçler neler yapmaya çalışıyor, bunu düşünmeye başlayabiliriz. İşte bu noktada belki de yeni bir şeyler önerme şansımız olabilir.

İşte ancak böyle bir düşünce, birikim ve düşünce dünyasının zenginli i ile; mesle imizi nasıl kuraca ımızı, ya da rüzgara karşı nasıl bir tavır takınaca ımızı belirleyebiliriz.

Mesle imizi yeniden inşa etmek şansını yakalayabiliriz.

Bu bizim hukukçu olarak ve insan olarak hem topluma, hem

kendimize, hem de Allah'a karşı görevimizdir.

## Kaynakça

### Tebli ve Makaleler

BALCI, Muharrem; Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci. 23.06.2001 (Tebli )

BATTAL, Şener; Avukatlık Mesle inin Tarihçesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1985/5-6

Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Ba lamında Avukatlık Mesle i Sempozyumu; (Sorunlar-Çözümler-Perspektifleri) Antalya 1995

EREM, Faruk; Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1985/5-6

Hakimiyet-i Milliye Gazetesi; 1 A ustos 1933

İNANICI, Haluk; Türkiye'de Avukatlık İdeolojisi, Toplum Ve Bilim Dergisi, Sayı: 87

—, Cumhuriyet Türkiye'sinde Bir Meslek: Avukatlık, İstanbul Barosu Dergisi. Sayı: 2000/3.

ÖZCAN, Mehmet Tefvik; Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım, Ça daş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Alkım Yayınları, 1997

ÖZMAN, Aylin; Erken Cumhuriyet Döneminde Hukukçu Kimli i, Toplum Ve Bilim Dergisi. Sayı: 87.

TAŞ, Ali Galip; Bizim Tarih, İstanbul Barosu Dergisi. 1931.

### Kitaplar

ATAAY, Aytekin & SUNGURBEY, İsmet; Medeni Kanun - Borçlar Kanunu. Filiz Kitabevi. İst. 1963

AYDIN, Mehmet Akif; İslâm Ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İz Yayıncılık. İst. 1996

AYNİ BEY, Mehmet Ali; Darülfünun Tarihi, Pınar Yayınları. İst. 1935

BOZKURT, Mahmut Esat; Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı, İst. 1944

ÇELEBİ, Evliya; Seyahatname

ÇELİK, Adil Giray; Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları, Basım Ajans Matbaası Denizli 1999

ÇULCU, Murat; Hilafetin Kaldırılması Sürecinde Cumhuriyetin İlanı ve Lütfi Fikri Davası, Kastaş Yayınları, İstanbul. 1992

EREM, Faruk; Meslek Kuralları, TBB Yayınları. Ankara 1977

—, Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi “Metinler”, (2 Cilt) TBB Yayınları. Yörük Matbaası. İst. 1972

İNSEL, Ahmet; İktisat İdeolojisinin Eleştirisi, Fransız Devriminde Bireysel Hak ve Toplu Çıkarlar “La Chapelier Kanunu” Birikim Yayınları. İst. 1993

MUMCU, Ahmet; Ankara Adliye Hukuk Mektebinden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine, Sevinç Matbaası, Ankara. 1977

ONAR, Sıddık Sami; Adli İnkılabın Anahatları. İst. 1933

ÖZKENT, Ali Haydar; Avukatın Kitabı. Arkadaş Basımevi 1940.

PAYEN, F; Baro (Çev.) A. Haydar ÖZKENT, Arkadaş Basımevi. İstanbul 1935.

TİFTİKÇİ, Ender & TİFTİKÇİ, Mehmet; Atatürk ve Hukuk, Yargıtay Yayınları. No: 27, Ankara 1999



# Avukatlık Mesleğinin Niteliği

Av. Necmettin AYDIN



## Giriş

"Avukatlık nedir?" veya "Avukatlık nedir?" soruyu Faruk Erem'in sorduğu gibi soracak olursak, "Bir avukat olarak benim işim nedir?" Bu sorunun cevabını Türkiye'de avukatlık mesleğine damgasını vuran<sup>1</sup> Ali Haydar Özkent, şu şekilde vermektedir: "Avukatlık, kamu hizmetlerinden en mühimmi olan adaleti dağıtmak vazifesine yardım için teşkil edilmiştir."<sup>2</sup> Gerçekten de gerek 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun kabulü sırasında yapılan müzakerelerde gerekse daha sonraki kanunlaştırma çalışmalarında kanuna ve doktrine hakim olan görüş bu şekildedir. Bu tanıma göre avukatlık, kamu hizmetidir ve yardımcı nitelikte bir meslektir.

Öte yandan avukatın bağımsızlığı ve mesleğinin serbest niteliği de başından beri kabul edilen ve kanuna da yansıyan olgulardır.

Acaba bu nitelikleme ve tanımlamalar avukatlık mesleği için yeterli değil midir? Bu niteliklerin aynı meslekte bir arada bulunması çelişki midir de il midir?

Bu çalışmada; avukatlık mesleğinin kamu hizmeti ve serbest meslek olma nitelikleri, bu niteliklerin ilk olarak belirlendiği 3499 sayılı yasanın gerekçeleri ve uygulama veya doktrin çalışmalarında ileri sürülen dayanakları incelenerek değerlendirilecektir.

## a. Pozitif Hukuk Düzenlemeleri ve Uygulama

### 1. Mevzuat Hükümleri

1938 tarih ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu, 22. Maddesinde,

"Avukatlık, kamu hizmeti mahiyetinde bir meslektir. Avukatlığın gayesi, avukatların hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis, tarafların hukuki münasebetlerinden veya karşılıklı menfaatlerinden doğan ihtilafların hakka uygun olarak halline tavassut ve umumiyetle mahkemelerle diğer resmi mercilere kanunun tam olarak tatbiki hususunda yardım etmektir."

şeklinde avukatın tanımını ve avukatlık mesleğinin amaçlarını belirlemiştir.

<sup>1</sup> Deyim, üstad Galip Yaşar'a aittir. Yaşar bu durumu şöyle açıklamaktadır: "Zira 1938 tarihli ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu doğrudan, 1969 t. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu dolaylı olarak A. H. Özkent'in eseri olan İstanbul Barosu Çözümlemeli'nin Yasaya Aktarılmasından oluşmaktadır." Av.Galip Yaşar, *Demokrasi Amacı ve Avukatın Olması Gereken Hukuku*, "Avukatlık Mesleğinin Sorunları" konulu sempozyuma sunulan tebliğ, İstanbul: 21.06.1996, s. 12.

<sup>2</sup> Özkent, Ali Haydar; *Avukatın Kitabı*, Arkada Basımevi, İstanbul, 1940 (tıpkı basımı, 2002 İstanbul Barosu yayını), s. 10.

1969 tarihli 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, konuyu;

"Avukatlı ın Mahiyeti" kenar başlıklı 1. Maddesinde "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest meslektir(f.1). Avukat, görevini yerine getirmede ba ımsızdır(f.2). ve "Avukatlı ın amacı" başlıklı 2. Maddesinde ise, "Avukatlı ın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesine, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organları ve hakemlerle resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir(f.1)." şeklinde düzenlemiştir.

Ancak "Avukatlı ın amacı" başlıklı madde, 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 2. Maddesiyle şu şekilde de işikli e u ramıştır:

"Avukatlı ın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sa lamaktır. Avukat, bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder."

Yukarıya alınan yasa de işikliklerinde en çok göze çarpan de işiklikler, ilk düzenlemede "amme hizmeti mahiyetinde olan avukatlık mesle i niteli inin do rudan "kamu hizmeti" şeklinde nitelendirilmiş ve avukatlı ın amacının. "...mahkemelere ... kanunun tam olarak tatbiki hususunda yardım etmek" ten zamanla "... hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını ... yargı organları ... nezdinde sa lamak"a evrilmiş olmasıdır.

Ancak kanımızca özellikle son düzenleme, çelişkilidir. Kanun koyucu, 1136 sayılı Kanunda

yaptı ı de işiklikle bir yandan avukatlı ı, "Yargının kurucu unsuru olan ba ımsız savunmanın serbestçe temsili"(4667 s. K .m-1 ile de işik 1/1) ile niteleyip, 2. Maddesinde amacını, "yardım etmek"ten "sa lama"ya dönüştürmüşken, avukatlı ın kamu hizmeti oldu unu belirten 1. Maddenin 1. Fıkrasına dokunmamıştır. Kanun, şu haliyle tutarlılıktan uzak bulunmaktadır.

Bu konuda en tutarlı düzenleme, 1136 sayılı Kanunun ilk halindeki düzenleme olmuştur. Bu kanunun yukarıya alınan iki maddesinde geçen "kamu hizmeti" niteli i ve "hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasına hizmet etmek" amacına yönelik hükümleri, kanunun ruhuna daha uygundur. Zira bütün bu düzenlemelerin hepsinin dayana ı olan 3499 sayılı Kanunda avukatlık mesle inin "amme hizmeti mahiyetinde" bir meslek olarak kabulünün sebebi, avukatlı ın hakimlerin ve yargı organlarının yardımcısı oldukları düşüncesi idi. Buna göre avukatlık, adaletin da ıtılmasına yardım etmek için teşkil edilmiştir ve avukatlar, mahkemelerin yardımcısıdır.

Hakimler dururken başkalarına neden ihtiyaç duyuldu unu A. H. Özkent, şu şekilde açıklamaktadır: "Hakimlerle iş sahipleri arasında adalet yardımcılarının bulunması, her şeyden önce bir ihtiyat tedbiridir."<sup>3</sup> Bu ihtiyat tedbirine ve tedbir mahiyetindeki avukatlara neden gereksinim duyuldu unu ise şu şekilde açıklamıştır: "Davacıların kin ve ihtiraslarına kapılmamalarını sa lamak, onların kin ve garezlerini hakimin önüne getirerek adaleti işgal etmemek için ve ikinci sebep olarak da hakimler her şeyi bilmediklerinden ve onların mümkün oldu u kadar az

<sup>3</sup> ÖZKENT, a.g.k. No:9 s.5 (A.H.Özkent -Baro- F. Payen'den tercüme s. 15. P. Lepaulle: La Justice, s. 95-105.

hataya düşmelerini sağlamak için avukatların adaleti dağıtma işine ortak edilmelerinden başka çare kalmamıştır.”<sup>4</sup> Yürürlükteki yasa hükümleri de dahil olmak üzere, kanunlarda avukatlık mesleğinin nitelikleri ve amaçlarının belirlenmesinde bu görüşlere dayanılmıştır. Nitekim eski 3499 sayılı Avukatlık Kanununun Esbab-ı Mucibe Layihası'nın “avukatlı in amme hizmeti mahiyetinde bir hizmet oldu u”nu düzenleyen 21. Maddesinin müzakereleri sırasında, bu hükümden maksadın ne oldu unu soran bir üyeye cevaben şu açıklama yapılmıştır:

“Avukatlık, serbest ve istenildi i gibi icra edilebilir bir meslek de ildir. Yaptı ı iş itibarıyla cemiyetin menfaatini korumak bakımından, devletin murakabesi altında bulundurulur. Binaenaleyh bu meslek mensuplarının hizmetini amme hizmeti mahiyetinde saymak yerindedir. Bu maddenin gayesine göre, avukatlar hakkın ve adlin meydana çıkmasında tamamen yardımcı bir kuvvettir ve sırf hasis ve maddi menfaat peşinde koşar bir sınıf de ildir. Avukatlar ne deruhte ettikleri işte müvekkillerinin oyunca ı olan ne de bir takım hileli yollardan giderek işi uzatmak suretiyle hakkın tehirine veya ihlaline çalışan kimselerdir. Hizmetlerinin gayesinden içtimai menfaat beklenen bir mesle in amme hizmeti mesabesinde sayılması tabiidir.”

Bu açıklamadan tatmin olmayan üyenin, “Bugün pekala biliyoruz ki kimin herhangi bir davası varsa herhangi bir avukata gider ve avukat, kendisine verilen parayı muvafık bulursa o paraya mukabil bu işi görmeyi üstüne alır. Başka işler gibi tamamen bir hizmet mukavelesi yapılmaktadır. Burada amme hizmetinin ne kendisini ne de kokusunu görmüyorum.” şeklindeki itirazı üzerine Adliye Vekili, avukatların di er memurlar gibi devlet mekanizmasına dahil olmadıklarını söyledikten sonra,

“Avukatlık müessesesi, do rudan do ruya adliye cihazının iyi işlemesi için zaruri görülmüş bir müessesedir. Davanın neticesiyle alakası olmayan ve sadece adaleti meydana getirmek için çalışan bir müessese halini almıştır. Cumhuriyet Adliyesi avukatları da devletten maaş alan memurlar gibi murakabeye tabi bir hale getirmeye çalışmaktadır.” savunmasını yapmıştır. Adalet Bakanı'nın bu sundu u bu gerekçeyle ilaveten ilk açıklamayı yapan üye, avukatlar içinde bugün yüzkarası olanlar varsa da bunlarla mücadele edildi ini, meslek tarihinde avukatlı ın lüzumsuzlu undan dolayı ilgası bile teklif edildi i halde bunun çıkmaz yol oldu unun görüldü ünü, layihanın bütün ihtiyaçları ve tecrübeleri göz önünde tutarak yapıldı ını, bu itibarla avukatlı ın en muvafık sıfatı olan amme hizmeti vasfını çıkarmanın do ru olamayaca ını söylerken, bir başka üye de “amme hizmeti olan adaleti dağıtmak işinde yardımcı olarak kullanılan avukatlık müessesesi de amme hizmeti olmaz mı? Bu, kanuna yazılmasa bile müessesensin ruhunda mündemiçtir.” diyerek düzenlemeyi savunmuştur.<sup>5</sup>

Hukuk alanındaki her düzenlemenin bir sebebi bir de amacı vardır diyerek, “avukatlık, ‘neden’ ve ‘niçin’ bu şekilde nitelendirilerek tanımlanmıştır?” diye sordu umuzda Avukatlık Kanunun mezkur hükümleri için verilen cevap basittir: “Karamanlı tip<sup>6</sup> (Osmanlı dava vekili ) lere duyulan tepkiden dolayı ve avukatlı ı yüceltmek amacıyla.”<sup>7</sup> Kanun koyucu, mesle i belirli ve sıkı sıkıya kayıt altına alarak

<sup>4</sup> YA Cl, a.g.t. s. 13.

<sup>5</sup> ÖZKENT, a.g.e., s. 128 no'lu bahis, s. 110-111.

<sup>6</sup> Bu konuda Özkent'in anılan kitabına bkz.: 43'ten 49 nolu bahse kadar, s. 33-37.

<sup>7</sup> YA Cl, a.g.t., s. 14.

olumsuz örnekleri<sup>8</sup> bertaraf etmek ve avukatları devlete ba layarak kendince onore etmek amacıyla bu düzenlemelere gitmiştir. Bu yönüyle, hükümlerin oluşumunda özellikle bu düzenlemelerin altında bulunan mantı nın bir yönüyle olumsuz örneklere duyulan tepkisellikten kaynaklandı ı anlaşılmakta ise de asıl sorun, avukatların zaptu rapt altına alınmak istenmesidir.

Kanun koyucu avukatı, hakimlerin yardımcısı olarak nitelerken, 3499 sayılı eski Avukatlık Kanununun "staj tertibi" konulu maddesinin müzakereleri esnasında Şükrü Saraço lu, hakimlik ve avukatlık mesleklerinin birbirlerini tamamladı ını şu sözlerle açıklamaktadır: "Adliye Vekaleti, ne hakimler lehine avukatların zayıflamasını ne de mahkemeler aleyhine avukatların kuvvet bulmasını düşünmüştür. Adliye Vekaleti, her iki kuvveti de adaletin meydana çıkması için birbirine yardım eden iki kuvvet telakki eder ve arzu eder ki bunlar arasında adet itibariyle birinin di eri üzerinde artması veya eksilmesi de il, işlerin icabı bir tevazün bulunsun."<sup>9</sup>

Acaba gerçekten burada öngörüldü ü gibi avukat ile adaletin di er unsurları arasında bir denge sa lanmış mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün de ildir. Gerçekten avukatlık, ancak külfet yönünden kamu hizmeti

ve barolar da külfet yönünden kamu niteli inde kabul edilmekte, mesle e ve mesleki kuruluşa güç sa lama yönünden ise, üvey evlat muamelesine tabi tutulmaktadır.<sup>10</sup>

Acaba avukatın yargı içindeki görevi ve kamusal yükümlülükleri ile serbest meslek erbabı sayılması gibi birbiri ile çatışma halinde olan iki özelli in söz konusu kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde görev alan avukatlar üzerinde etkisi ne olacaktır? Barolar, kamu kurumu niteli inden hareketle kamu hizmeti sayılan görevlerini yerine getirirken, acaba ne ölçüde ba ımsız olabileceklerdir?<sup>11</sup> Anayasanın "İdare" başlıklı bölümü içerisinde ve "kamu kurumu niteli indeki meslek kuruluşları" başlı ı altında yer verilip, devletin mali denetimi bir yana idari denetimi<sup>12</sup> altında bulunması öngörülen meslek kuruluşları vasıtasıyla, devlete göbekten ba lı avukatların kendi yasalarının ve evrensel kabullerin onsuz olmaz saydıkları ba ımsızlıklarının nasıl sa lanaca ı önemli ama di er bir bahis konusudur.

Konu ile ilgili yüksek mahkemelerin karar ve görüşlerine gelince;

Anayasa Mahkemesi, meslek kuruluşlarının hukuki niteli ini ve tüzel kişilik türünü belirleyen herhangi bir açıklamada bulunmamış, sadece yasalardaki tanımlamalara dayanmıştır.

Danıştay 8. Dairesi de meslek kuruluşlarının özel yasalarında yer alan tanımlamaları tekrarlamakla yetinmiştir.

<sup>8</sup> Olumsuz örneklerden kastımız sadece Karamanlı tipler de ildir. Yeni cumhuriyete, cumhuriyetin yeni kurulu larına kar ı çıkan ve hukuk'un yeni bir toplumsal yapının in asında harç olarak kullanılmasına engel te kil eden manileri ortadan kaldırmak için yeni ve baskıcı düzenlemelerin yapıldı ı konusunda bkz.: Av. Orhan Seyfi Güner, *Avukatlık Mesle inin Tarihçesi ve Avukatlık deolojisi*, Hukuk Okumaları Programı'na sunulan tebli , stanbul, 22.01.2002, s. 14-23 ve orada atıf yapılan di er eserler.

<sup>9</sup> Konu manın geçti i yer: *Türkiye'de Avukatlık Mesle inin, stanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurdu u Baro*, Av. Osman KUTMAN, BD cilt 62, sayı 4-5-6, s. 270.

<sup>10</sup> NAL, Nabi; *Avukatlık Mesle i ve Baro*, *Avukatlık Mesle i (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri)*, stanbul Barosu Yayını-2000, s. 225.

<sup>11</sup> YET MO LU, U ur; *Baroların Artan ve Çe itlenen Görevleri ile İlgili Sorunlar*, BD, cilt 62, s. 282.

<sup>12</sup> Anayasa m. 135/5.



Yargıtay'ın uygulaması, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay ile aynıdır.<sup>13</sup> Avukatlık mesleinin niteliği konusunda Yargıtay'ın bir kararı şöyledir:

"Avukat, müvekkilinin her isteğini sınırsız biçimde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusundaki bilgi ve deneyimlerini yasalar ve adalet yararına kullanmak ödeviyle bağlı ve yükümlüdür ve avukatlık ödevi, bir kamu hizmetidir."<sup>14</sup>

## 2. Mukayeseli Hukuktaki Durum

Kara Avrupa'sı hukukunda (özellikle Almanya ve Fransa gibi ülkelerde) avukatlık, adalet mekanizmasının bir organı olarak telakki edilmektedir. Buradan hareketle avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu belirtilmekte ve buna bazı hüküm ve sonuçlar bağlanmaktadır. Buna karşılık ABD'de avukatlık (değişik yerindeyse) bir 'ticari iş/ticari işletme' olarak değerlendirilmektedir.<sup>15</sup>

İsviçre Hukuku'nda ise, avukatın çifte görevi (dopplaufgabe-doppelte funktion)'nden söz edilmektedir. Bunlardan ilki; avukatın, temsilcisi ve mutemedi (vertrauensmann-güvenilir adam) olduğu müvekkiline danışmanlıkta bulunmak, onu mahkemelerde ve resmi makamlar önünde savunmaktır. Bu yönüyle özel hukuk karakteri taşıyan basan mesleki kamusal niteliğini kazandıran ikinci görev ise, avukatın hukukun uygulanmasında hakime yardımcı olması gerektirir. Avukatın bu

ikili fonksiyonu, Alman Hukuku'ndaki ifadesini, "avukatın, yargının bağımsız bir organı olması" biçiminde bulmuştur.<sup>16</sup> Nitekim Alman Avukatlık Kanunu, bu konuyu düzenlediği 1. Maddesinde, "Avukat, yargının bağımsız bir organıdır. Avukat, serbest meslek icra eder." hükmünü taşıırken; İsviçre Avukatlık Kanunu'nun inceleme konumuza değin 8. Maddesinin 1. Fıkrası şöyledir: "Avukat, vekalet görevi çerçevesinde, hukukun uygulanmasında hakim'in yardımcısıdır."

Uluslararası ilişkilerin hızla gelişmesi ve bir anlamda "dünyanın küçülmesi" sonucunda ve Amerikan Hukukunun Avrupa ülkelerinde ve özellikle AB Hukuku üzerindeki etkilerinin artması sonucunda; bugün Almanya'da avukatlık mesleinin bir de işim sürecine girmekte olduğu, en azından bunun (avukatlık mesleinin niteliğinin) tartışma konusu haline geldiği görülmektedir. Almanya'daki tartışmaların başında, avukatlık mesleinin, 'adalet (yargı)ın bir organı' mı yoksa bir 'hizmet mesleği' mi olduğu konusu gelmektedir. Tartışmalar, henüz kesinlik kazanmamış olmakla birlikte, avukatlığın, 'adalet mekanizmasının bir organı' olduğu yolundaki klasik görüşün gerilediğini söylemek mümkündür.

Avukatlık mesleği, AB Hukuku çerçevesinde 'serbest meslek' olarak kabul edilmektedir.<sup>17</sup>

## b. Kamu Hizmeti-Serbest Meslek

### Avukatlık Mesleğinin Niteliği

<sup>13</sup> dare Hukuku ve dari Yargı ile ilgili incelemeler III, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayını, Ankara, 1986, s. 236.

<sup>14</sup> Yargıtay 4 HD 23.11.1970, 2497/8629 (Faruk EREM, Meslek Kuralları - 1977, Ankara, 1977, s. 35.

<sup>15</sup> YILMAZ, Ejder; *AB ile Bütünleşme Avukatlık Mesleği*, BD cilt 62, s. 337 Aynı tebliğ, Avukatlık Mesleği (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri), İstanbul Barosu-2000, s.235'te de yayımlanmıştır.

<sup>16</sup> ADAY, Nejat; *Avukatlık Hukuku'nun Genel Esasları*, Beta Yay. İstanbul, 1994, s. 33-34.

<sup>17</sup> YILMAZ; a.g.e., s. 341

Konuya yine bir soruyla başlarsak; "Avukatlık, yargının baımsız ve temel bir unsuru olan savunmanın temsilcisi niteli inde midir, halkın hak arama hakkının temsilcisi midir yoksa sıradan teknik bir meslek midir?"<sup>18</sup>

Yukarıda alıntılanı ı gibi kanun maddelerinin müzakereleri sırasında avukatlı ın serbest ve istenildi i gibi icra edilebilir bir meslek olmadı ı; hakkın ve adaletin meydana çıkmasında tamamen yardımcı bir kuvvet oldu u ve sırf hasis ve maddi menfaat peşinde koşar bir sınıf olmadı ı; avukatların ne deruhte ettikleri işte müvekkillerinin oyunca ı olan ne de bir takım hileli yollardan giderek işi uzatmak suretiyle hakkın tehirine veya ihlaline çalışan kimseler olmadı ı; hizmetlerinin gayesinden içtimai menfaat beklenen bir meslek olarak, avukatlı ın amme hizmeti mesabesinde sayılmasının tabii oldu u ileri sürülmüştür.

Bu gerekçelerle birlikte doktrinde, yaptı ı iş itibariyle avukatlı ın kamu hizmetinden de öte kamu görevi oldu u; avukatın muhakeme ilişkisi içerisinde "kamusal müdafaa makamı" nı teşkil etti i ve devlet adına bu görevi yürüttü ü; zira avukatın sanı ı müdafaa ederken aslında suçtan sorumlu olan devleti müdafaa etti i; müdafii devlet memuru olmasının da mantı a aykırı olmadı ı çünkü devletin (sanı ı), bir memuru -savcı- ile cezalandırmaya çalışırken di eri ile nasıl yargılıyorsa -herhalde hakim olarak anlaşılmalıdır- bir üçüncüsü ile de müdafaa edebilece i iddia edilmiştir.<sup>19</sup>

## Avukatlık mesle i, kamu hizmeti de ildir

'Kamu'nun devlet veya idare anlamında de il de toplum anlamında anlaşılması halinde, avukatlı ın kamu hizmeti niteli ine itiraz etmeyece imizi belirtmek isteriz. Ancak kamu hizmetinin, devletin gördü ü veya devletin görmesi gerekti i halde kendi (idari) vesayeti altında başkalarına gördürdü ü hizmeti niteledi i konusunda da bir şüphe bulunmamaktadır. Bu konuda bütün idare hukuku literatürü birlik halindedir.

Avukatlık Kanunu'nda avukatlık mesle ine ilk olarak "kamu hizmeti" niteli inin tanınması sırasında serdedilen gerekçeler, gerçekçi ve haklı ve de ildir. Bu nitelik, yukarıda belirtildi i gibi eski zamanların olumsuz örnekleri göz önünde tutularak ve zamanın Adalet Bakanı'nın deyimiyle, "avukatlı ı, devlet eliyle mümkün oldu u kadar sıkı bir kontrole tabi tutmak" amacıyla yasaya alınmıştır.

1) Avukatlı ın en bariz vasfının serbest meslek oldu u açıktır. Öyle ki avukat, istedi i bir işi alıp istemedi ini hiç bir sebep göstermeksizin almayı reddedebilir<sup>20</sup> (Av. K. m. 37). Hatta avukat, kendi özgür iradesiyle üzerine almış oldu u işi bile sonuna kadar götürmek zorunda olmayıp vekaletten veya savunmadan çekilebilir (m. 41). Bu yönüyle avukatlık, tamamen serbest meslektir ve bir idare hukuku kavramı olarak kamu hizmeti niteli i ile ilgisi bulunmamaktadır. Ancak bununla birlikte bir avukatın kendisinden önce iki meslektaş ı tarafından işi reddedilen bir kişinin Baro Başkanı tarafından kendisine tevdi

<sup>18</sup> SAYMAN, Yücel; BD, cilt 62.

<sup>19</sup> KUNTER, Nurullah-YEN SEY, Feridun; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay. stanbul, 1998, 10. baskı, No:124-130, s. 223-229.

<sup>20</sup> Avukatların sahip oldu u hak ve yetkiler konusunda bkz.: Necmettin AYDIN, *Avukatın Hak ve Sorumlulukları*, stanbul, 26.07.2003.

edilen işini görmek zorunda olması(m37/3) veya bazı durumlarda işi almaktan yasaklı olması(m.38) mesleğin hayatîyetine, saygınlığına ve meslektaşların dayanışması ilkelerine dayanmaktadır. Meslek, hayati önemi haizdir zira herkesin savunulma hakkı ve ihtiyacı vardır. Ancak avukat, işi zorla değil, geçim vasıtası olarak ama şerefli bir iş yaptığını ve insan haklarının teminatı olduğunu bilincinde olarak ve profesyonel-bilimsel yöntemlerle yerine getirmektedir. Bununla birlikte adli yardım ve CMUK'ta müdafilik veya m.37/3'teki durum gibi spesifik durumlarda baro tarafından atanmada görevin kamusal nitelik taşıdığı ileri sürülebilirse de hem bu sayılan durumlar, mesleki işleyişte istisna teşkil etmekte hem de CMUK veya adli yardım bürolarında yapılan görevler de gönüllülük esaslı olarak yürütülmektedir.

2) Avukatın teklif edilen işi, sebep göstermek zorunda olmaksızın reddedebileceği ilkesi, (Av. K. m.37), avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği taşıdığına en büyük delildir. Zira kamu hizmetinin niteliklerinden birisi de hizmetin umuma arz edilmiş olmasıdır.<sup>21</sup> Bir çok kamu hizmetinden bütün fertler kayıtsız şartsız istifade edebilirler. Bazı hallerde ise hizmetten ancak muayyen şartları haiz olan kimseler faydalanabilirler. Fakat kamu hizmetini gören müteşebbis, alelade bir müteşebbis gibi faaliyetini yalnız istediklerine arz edemez; hizmetini umuma arz etmek ve hizmetten istifade

etmek salahiyetini haiz olan her ferdin müsavî şartlar altında ondan istifadesini temin eylemek mecburiyetindedir.<sup>22</sup> Ayrıca hizmetin umuma arz edilmesinin bir neticesi de meccani olmasıdır; ancak bazı hizmetlerden sözgelimi (ilkö retim parasız olduğu halde) üniversitelerde okuma karşılığında harç alınmasında, kamu hizmetinin umumiliği prensibine bir aykırılık yoktur. Zira esasen fertler, amme hizmetlerinin masraflarına dolayısıyla (vergi, harç v.s. yoluyla) iştirak etmektedir. Kamu hizmeti karşılığı fertlerden alınan karşılıklar da bu kabildendir. Kamu hizmetinin imtiyaz halinde özel teşebbüslere gördürülmesi durumunda bu hizmeti gören müteşebbis, verdiği hizmet karşılığında yararlananlardan her ne kadar kazanç sağlamakta ise de bu hizmetlerden istifade edeceklerden alınacak parayı bu imtiyazlı şirket veya kişi, serbestçe tayin ve tespit edemez ve "karşılık ne olursa olsun, imtiyaz sahibi çalışmak zorundadır."<sup>23</sup> Fakat avukatlık, sadece umumi ve müşterek ihtiyaçlara cevap veren bir faaliyet değildir. Avukat, mesleğini yürütürken; herhangi bir meslek erbabı gibi, bir hekim, bir mühendis, bir tüccar, bir müellif, bir gazeteci gibi şahsi ve maddi menfaatini düşünür. Bir mesleğin kayıt altına alınması, onun kamu hizmeti sayılmasını gerektirmez. Bir avukat, kendisine müracaat eden bir kimseden vekalet almaya, o kimsenin işini yürütmeye, kimsenin davasını almaya mecbur değildir. Aksi taktirde memleketin iktisadiyatının ve hatta milli müdafaasının ihtiyaçlarına cevap veren bir müteahhidi, memleketin sıhhi ihtiyaçlarını karşılayan bir hekimi veya eczacıyı, münakale hizmetini gören bir taksi veya kamyon şoförünü, hülâsa herkesi

<sup>21</sup> ONAR, S. Sami; *dare Hukuku'nun Esasları*, 1. cilt, 2. baskı, İstanbul, 1960, s. 13 v.d. Onar'a göre amme hizmeti şu karakterleri haizdir: "Hizmetin; (1) Devlet veya diğer amme hükmi ahisleri tarafından veya bunların murakabeleri altında kurulan veya letilen bir teşebbüs olması, (2) Umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek ve amme menfaatlerini sağlamak için kurulmuş bulunması, (3) Umuma arz edilmiş olması, (4) Devamlı ve muntazam bir şekilde yapılması.

<sup>22</sup> ONAR; a.g.e., s. 163.

<sup>23</sup> ONAR; a.g.e., s. 19.

amme hizmeti gören kimse gibi telakki etmek icap edecektir.<sup>24</sup>

3) Avukat, katıldığı muhakeme içerisinde elbette ki karar organı değildir. Bu yönüyle yardımcı niteliği yakıştırılması ilk anda makul görülebilirse de muhakeme sürecine giren her unsurun, hakkın meydana gelmesinde yardımcı olduğu görüşü yersizdir. İddia ve savunmalarını yargı organları önüne getiren ve avukatların yaptığı işin esasını oluşturan kişilerin istedikleri kendileri var oldu unu düşündükleri haklarının yerine getirilmesidir. Yoksa tek tek mahkemelere her başvuran kişinin -kendi aleyhine de olsa- adaletin sağlanması gibi bir uşağı yoktur. Avukat da vekaletini veya işini üstlendiği kişilerin hak ve menfaatlerini dile getirmek ve savunmakla yükümlüdür. Bu demek değildir ki avukat, işini aldığı kişinin kölesi veya oyuncasıdır. Avukat, objektif adaletin ortaya çıkmasına veya ceza muhakemesi anlamında maddi gerçeğin anlaşılmasına yardım etmek zorunda değildir. Aksi halde avukatın sır saklama yükümlülüğü (m. 61) yerine, müvekkilinden öğrendiği ve hakikatin ortaya çıkmasını sağlayacak bilgileri açıklama yükümlülüğü olmalıydı. Yine avukat, kendisine yolsuz veya haksız gördüğü bir teklif yapıldığında bunu mahkemelere açıklayarak hakkın sağlanmasına yardım etmekle değil, o teklifi reddetmekle yükümlüdür. (m. 38)

4) Avukat, yaptığı işlerle ilgili olarak tekel hakkına sahipse de bunu sınırsız ve hiç bir kuralla bağlı olmayan bir despot değil, yasa hükümleri ile birlikte meslek kuralları ile bağlıdır. Sadece kurullarla bağlanmış olması avukatlığının kamu hizmeti olduğunu göstermeye

yetmemektedir. Zira kuralsız bir iş ve meslek olması düşünülemez. Hele ki avukatlık gibi insanların hak ve hukuklarını korumaya matuf bir mesleğin kurallardan azade olması muhaldir. Bütün meslekler gibi avukatlığının da uymakla yükümlü olduğu kurallar bulunmaktadır.

5) Yasanın müzakereleri esnasında avukatlığının serbest meslek olduğu ve kamu hizmeti niteliği taşımadığına delil olarak gösterilen "avukatın kendisine başvuran herhangi bir kişinin kendisine verdiği parayı muvafık buldu unda o paraya mukabil o işi görmeyi üstüne aldı ve bu işin de başka işler gibi tamamen bir hizmet mukavelesi ile yapıldığı" savunması, yukarıda anılan sorumluluklar çerçevesinde doğru ve gerçekçi bir görüştür. Gerçekten de avukat, üzerine aldığı bir işi sözleşmeye bağlamakta ve bu işten kazanç sağlamaktadır. Yapılan bu anlaşmanın tarafları da iş sahibi ile avukattır. Başka hiç kimsenin bu ilişkide ne yeri ne de dahli bulunmamaktadır. Esasen avukatın işi budur; avukat, bütün geçimini işinden sağlamak durumundadır. Öyle ki avukatın her işi yapamayacağı kanunda düzenlenmiştir (m.5/d ve 12). Dolayısıyla avukat, aldığı işi kamuya hizmet olarak değil, profesyonelce ve geçimini sağlamak amacıyla yerine getirmektedir.

6) Avukatın istemediği işi reddedebileceği ilkesinin istisnalarının bulunması, onun (avukatlık mesleğinin-N.A.) kamu hizmeti niteliğine bağlı bir sonuç<sup>25</sup> değildir. Gerek bu durum gerekse avukatların ceza tatbikatında hakimlere uygulanan hükümlere tabi olması ve ayrıca asgari ücret tarifelerinin özel kanun hükümlerine göre

<sup>24</sup> KUNTER, Nurullah, *Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu*, HFM, 1974/II, s. 768.

<sup>25</sup> SUNGURTEK N, Meral; *Avukatlık Mesleği ve Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Barın Yayınları Fakülteler Kitabevi, zmir, 1999, genişletilmiş 2. baskı, s. 14.

belirlenmesi, avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olduğu yolundaki görüşe salsam temeller kazandırmamaktadır. Kamu hizmetinin en önemli özelliklerinden olan 'hizmetin iç yapısına doğrudan müdahale' unsurunun avukatlık mesleğinde çok belirgin olduğu söylenemez.<sup>26</sup> Avukatın işi reddetme serbestisine getirilen sınırlamalara, asgari ücret tarifesi gibi uygulamalara kamu hizmeti niteliği taşımayan başka bir çok meslekte de rastlanabilir. Şayet avukatlık mesleği, kamu hizmeti olsaydı, görevin ifası bakımından serbestlik asıl olmazdı ve dolayısıyla bunun sınırlandırılması da söz konusu olamazdı. Avukatlığın kamusal niteliğine delil olarak gösterilen asgari ücret tarifesinin varlığı ise, işin kabulü için bir alt sınır getirmesi ve bu sınırın altında iş görmenin baronun iznine bağlı olması hasebiyle asıl avukatları korumaya matuftur.

7) Avukatlık, bir serbest meslektir ve pek çok serbest meslek gibi akademik eitime dayanır ve bilimsel esaslar çerçevesinde yürütülür.<sup>27</sup> Avukatlık mesleği, alelde (ticari) bir serbest meslek değildir. Avukatlık, hukuk bilimselliği nedeniyle ticari serbest mesleklerden ayrılmaktadır. Avukat, hem hukuka hem de iş sahibinin çıkarlarına hizmet etmektedir. Avukat, kendisine başvuran bireyler ve toplumsal birimlere adalet anlayışını aktararak adaletle uygunluk sağlamakta veya onları devlet organları önünde temsil etmeyi üstlenerek, devlet organlarını da adaletle uymaya zorlamaktadır. Bu adaletle uygunluk denetimidir. İşin aracı, işin biçimini belirlediğinden avukat, adaletin gerçekleştirilmesinde bireysel

istemle eyleme geçen bağımsız bir organ işlevi görmektedir. Dolayısıyla yasa organı, avukatlığı sadece çok genel bir düzeyde düzenlemelidir. Mali yönden denetlemesi ise devletin yetkili mercileri tarafından yapılmalı, ancak iç işleyişi, hukuk bilim ve uygulamasının gereklerine göre toplulukça düzenlenip denetlenmeli ve gerektiğinde de iştirebilmelidir.

8) Avukatlara salsanan bazı hukuki ayrıcalıklar ve cezai muafiyetler de mesleğin kamu hizmeti niteliğini taşımasında de il, bizatihi mesleğinin kendisinden kaynaklanmaktadır. Avukatın bağımsızlığı ve sahip olduğu hak ve yetkiler, insan hak ve özgürlüklerinin salsanmasının çok önemli bir gereğidir; icra ettiği görevin icap ettirdiği hak ve yetkilerdir. Avukat, işini üstlendiği kişilerin haklarını tam olarak savunabilmek için bu yetkilerle donatılmak zorundadır. Ayrıca bu hak ve yetkiler veya ayrıcalık ve muafiyetler avukat için birer lütuf da değildir. Aksine devlet, bunları avukatlara salsamakla yükümlüdür. Zira "Hükümetler, avukatların hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahale ile karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyetlerini yerine getirmeleri, yurtiçi ve yurtdışında serbestçe seyahat etmeleri ve müvekkilleri ile görüşebilmeleri, meslek kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette buldukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka tür yaptırımla sıkıntı çekmemeleri veya tehditle karşılaşmalarını salsamakla yükümlüdür."<sup>28</sup>

<sup>26</sup> ADAY; a.g.e. s. 37.

<sup>27</sup> SUNGURTEK N; a.g.e. s. 23.

<sup>28</sup> Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (AVROT) m. 16. Bu belge, 27.08-07.09.1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı Üzerine Sekizinci BM Konferansı tarafından kabul edilmiştir. Tam metni için bkz.: BALCI, Muharrem/SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı*, Danışman Yay. İstanbul, 2001, s. 224.

9) Tümöyle başkalarına ait olan ve avukata emanet olarak - vekaleten- verilmiş bulunan işlerin gerekti i şekilde yürütülebilmesi

10) Kamu hizmeti sayılan mesleklerin, bu niteliklerini kanun koyucunun bu yöndeki iradesinden aldığı bir gerçektir. Fakat bu, tek başına yeterli bir ölçü de ildir. Bu nitelemenin içinin doldurulması, o hizmetin gerçekten bütün yönleriyle tipik bir kamu hizmetinin niteliklerini taşıması gerekir. Avukatlıkta bu niteliklerin bulunmadığı yukarıda açıklanmıştır. Avukatlık mesleğinin yapılmasında devletin - yine devlet tarafından birer kamu kuruluşu sayılan Barolar ve Barolar Birliği ile ilgili durumlar dışında- bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Avukat, en başta devlete karşı bağımsızdır. Avukatlık mesleğini devletin ihdas ettiği, kabul edilemez bir düşüncedir. Çünkü bu kabul, her şeyden bağımsız olması gereken avukatı kendisine karşı bağımsız olunacak ilk kurum olan Devlete borçlu kılacaktır.

### Kaynakça

- ÖZKENT, Ali Haydar; *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, İstanbul: 1940(Tıpkı basımı-2002 İstanbul Barosu yayını)
- EREM, Faruk; *Meslek Kuralları-Şerh*, Ankara: 1977
- ADAY, Nejat; *Avukatlık Hukuku'nun Genel Esasları*, Beta Yay. İstanbul: 1994,
- SUNGURTEKİN, Meral; *Avukatlık Mesleği ve Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi. İzmir: 1999, Genişletilmiş 2. Baskı
- AVUKATLIK MESLEĞİ (SORUNLAR-ÇÖZÜM PERSPEKTİFLERİ), İstanbul Barosu: 2000
- BALCI, Muharrem & SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları, Örnekli-Açıklamalı-*

*Karşılaştırmalı*, Danışman Yay. İstanbul: 2001

İDARE HUKUKU VE İDARİ YARGI İLE İLGİLİ İNCELEMELER III, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayını, Ankara: 1986

KUNTER, Nurullah & YENİSEY, Feridun; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay. İstanbul: 1998, 10. Baskı

KUNTER, Nurullah; *Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu*, İHFM, 1974/II

ONAR, S. Sami; *İdare Hukuku'nun Esasları*, 1. Cilt 2. Baskı, İstanbul: 1960

YAĞCI, Galip; *Demokrasi Amacı ve Avukatın Olması Gereken Hukuku*, "Avukatlık Mesleğinin Sorunları" konulu sempozyuma sunulan tebliğ, İstanbul: 21.06.1996

YILMAZ, Ejder; *AB ile Bütünleşmede Avukatlık Mesleği*, İBD Cilt 62 içinde

GÜNER, Orhan Seyfi; *Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi ve Avukatlık İdeolojisi*, Hukuk Okumaları Programı'na sunulan tebliğ, İstanbul: 22.01.2002

AYDIN, Necmettin; *Avukatın Hak ve Sorumlulukları*, İstanbul: 26.07.2003

OSMAN, Kutman; *Türkiye'de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurdukları Barolar*, İBD Cilt 62 Sayı 4-5-6 içinde

YETİMOĞLU, Uğur; *Baroların Artan ve Çeşitlenen Görevleri ile ilgili Sorunlar*, İBD, Cilt 62 içinde

İNAL, Nabi; *Avukatlık Mesleği ve Barolar, Avukatlık Mesleği (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri)*, İstanbul Barosu-2000 içinde.



# İslam Hukuku'nda ve Modern Hukukta İş ve İşçilik

Av. Muammer ÇINAR



## Konunun Takdimi

Bu çalışma da işçilik kavramını ilke ve kavram düzeyinde inceleyeceğiz. İşçilik hukukuna ve mevzuata da mümkün oldu unca az de inece iz.

**İşçili i** en genel tanımı ile, bir hizmet akdine dayanarak her hangi bir ücret karşılı ı çalışma şeklinde tarif edebiliriz. Bu tanımı izah ederken işçi ve işveren tanımlarına da kısaca de inelim.

**İşçi**, iş görmekle yükümlü olan kişidir. Bir işin yapılması söz konusudur. Yapılan işin iş sözleşmesine dayanması gerekir. Taraflar arasındaki borç ilişkisinin, tarafların serbest iradelerine dayanması gerekir. Örne in ceza evlerindekiilerin, askerlik görevini yapanların çalışmaları iş hukuku hükümlerine tabi de ildir. İşçi, bir ücret karşılı ında çalışan kimsedir.

Başkasının hizmetinde işin yapılması esastır. Bu yönüyle işçi ba ımsız de ildir. Başkasından talimat alır. Bu nedenle tüzel kişiler işçi olamazlar, aynı şekilde kendi üretti i malları piyasaya süren kişi de işçi sayılmaz.

İşveren ve işyeri de işçilik kavramının temel unsurlarındandır.

## a. İş ve İşçilik Hukukunun Türk

## Hukukundaki Temel Kaynakları

Günümüz iş hukuku uygulamasında, temel referanslara göre farklılık arz eden de erler sistemi vardır. İş hukuku büyük ölçüde, yürürlükteki ekonomik düzene ba lıdır.<sup>1</sup> Örne in Avrupa ülkelerinde sosyal piyasa ekonomisi esas alındı ından, işçi hakları ilgili sorunlar hakkında kendi kişi ve kuruluşlarınca karar verilir ve sözleşme özgürlü ü ön planda tutularak taraflar arasındaki dengenin aşırı derecede bozulması halinde devletçe müdahale edilirken; sosyalist ekonomilerde ise tamamen devletin belirlemesi esastır. İş hukuku Anayasa, yasalar ve Uluslararası belgelerle her geçen gün genişleyen bir mevzuata sahiptir.

Anayasanın Temel Haklar Bölümünde Kişi Hak ve Özgürlükleri, Sosyal Haklar bölümünde Çalışma Hakkı ve en temelde sosyal devlet ilkesi, İşçi Hakları ile ilgilidir.

İş yaşamını düzenleyen 22.5.2003 tarihli 4857 Sayılı yeni İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu, 2822 Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, bu kanunlarda de işçilik yapan kanunlar, bir çok tüzük ve yönetmelikler, Bakanlar Kurulu

<sup>1</sup> CENTEL, Tangut; *Hukuku*, s. 9.

kararları, Mahkeme İçtihatları ulusal kaynakları oluşturmaktadır.

karşılık ücret ödemeyi yüklediği bir özel hukuk sözleşmesidir.<sup>2</sup>

## b. İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları

1) **Birleşmiş Milletler Belgeleri:** İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Medeni ve Sosyal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi.

2) **Uluslararası İş Kodu:** Uluslararası İş Kodu, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşme ve tavsiye kararlarından oluşur.

3) **Avrupa Sözleşmeleri:** Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Topluluğu Sosyal Şartı, AET Antlaşması, Göçmen İşçinin Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi

4) İkili ve Çoklu uluslararası sözleşmeler, olarak özetlemek mümkündür.

## c. Türk İş Hukukunda İş Sözleşmesi

1475 Sayılı eski İş Kanununda bir tanımlama olmamasına rağmen, 22.5.2003 tarih ve 4877 Sayılı İş Kanununun 8. Maddesi: İş Sözleşmesini

"İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir."

şeklinde tanımlamıştır.

BK M.313/1'de " Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermesi taahhüt eder." İş sözleşmesi; işçinin belirli ya da belirsiz bir süre için bağımlı bir şekilde iş görmeyi ve işverenin de buna

## İş Sözleşmesinin Unsurları

### İş

Pek tabiidir ki iş sözleşmesi, bir işin, hizmetin yerine getirilmesine dayanır. İş yapmada, makine ve hayvan gücünden yararlanmak mümkün ise de esas olan insan emektir. İş edimi aktif bir hareketi gerekli kılar. Salt kaçınma tek başına işin konusu değildir. Örneğin, rekabet etmeme iş sayılmazken, poz vermesi gerektiğinde iş yapmak üzere hazır beklemeye iş kapsamında kabul edilmektedir. İşçinin bizzat kendi emektir ile yapması da gerekli değildir. Buna rağmen iş sözleşmesinin temelini, insanın kendi emektirini taahhüt etmesi oluşturmaktadır.

### Ücret

İş, bir ücret ya da başkaca bir karşılık için yapılmaktadır. İşin karşılığı bir ücret (para) olabileceği gibi aynı bir karşılık ya da kazanç fırsatının tanınması şeklinde de olabilir.

İşin bir ücret/karşılık için yapıldığı karinesi kabul edilmektedir. Aksi açıkça belirtilmek zorundadır. İş edimi için bir ücret ödenmeyecekse bu takdirde sözleşmenin hukuki mahiyeti de işmekte ve vekalet sözleşmesi niteliği kazanmaktadır.

### Bağımlılık

İş, işverene bağımlı biçimde, onun talimatlarına dayalı, denetim ve gözetimi altında yapılır. Bunun da işçiyi işverenin otoritesi altına soktuğu bir gerçektir.

<sup>2</sup> CENTEL, Tangut; a.g.e., s. 80.

## **İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**

İş sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesidir. Sözleşme tarafların serbest iradelerine dayanır. İş sözleşmesinin niteliği gereği kamu müdahalesi ve sözleşme serbestisinin oldukça daraldığını söylememiz mümkündür.

İş Sözleşmesi taraflar arasında **borç** ilişkisi kuran **karşılıklı** bir sözleşmedir.

İş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi bir biri yerine kullanılan, başka ülkelerde farklı anlamlara gelmesine rağmen, bizde aynı anlamda kullanılan iki ayrı terimdir.

## **İş Sözleşmesinin Türleri**

### **Sürekli/Süreksiz İş Ayarımı**

İş Kanunu (m:10) nitelikleri bakımından en çok 30 işgünü süren işleri süreksiz iş, 30 işgünü geçen işleri de sürekli iş olarak nitelendirmiştir.

Bunun uygulamadaki anlamı şudur: Süreksiz işlere İş Kanunu yerine BK hükümleri uygulanabilecektir.<sup>3</sup>

Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. (m. 8)

### **Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri**

Taraflar iş sözleşmesi yaparken bir süre koyup koymadıkları açısından yapılan bir ayırımdır. Açıkça ya da zımnen bir süre var ise belirli süreli, yoksa belirsiz

süreli iş akdinden bahsetmek mümkündür. (m.11)

İş sözleşmesinde sürenin belirlenmesinde taraflar arasında bir serbestiden bahsetmek mümkün ise de bu mutlak bir serbesti değildir. Özellikle belirli süreli sözleşmede, işverenin fesih hükümlerini kötüye kullanması mümkündür.

Belirli iş sözleşmesi, belirsiz iş sözleşmesine oranla işçiyi daha az korumaktadır. Belirli iş sözleşmelerinde ortaya çıkan aksaklıkları; yasaya karşı hile, işçiyi gözetme borcuna aykırılık, hakkın kötüye kullanılması kavramları ile özetlemek mümkündür. Bu nedenle 4857 Sayılı İş Kanununun 11. ve 12. Maddelerinde bu hususta bir takım kısıtlamalar getirilmiştir;

**Madde 11** - İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında **yazılı şekilde yapılan** iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.

Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, **birden fazla** üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.

**Madde 12** - Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan **emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.**

İş sözleşmesinde kural olarak süre kararlaştırma serbestisi geçerli olmakla birlikte Özel Öretim Kurumları Kanununun 32. Maddesinde olduğu gibi **süre belirleme zorunluluğu** da vardır.

<sup>3</sup> Söz konusu hükümler: K. M. 3, 9, 22, 24, 25, 27, 49, 59, 71, 76 ve 93'dür.

Yine sürenin uzunlu u hususunda da serbestlik ilkesine bazı istisnaların getirilmesi kabul edilmektedir. Örne in: Özel Ö.K.K müdür, yönetici ve ö retmenlerle ilgili olarak en az bir yıllık bir süre kararlaştırılması kuralını getirmiştir. Yine BK sürenin uzunlu unu 10 yıla sınırlamış ve daha uzun süreli sözleşmelerde 10. Yılın sonundan itibaren işçiye sözleşmeden tek taraflı cayma hakkı tanımıştır.

### 3. Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri

İşçinin normal çalışma saatlerinden tam olarak çalışması ya da bu sürelerden daha az çalışmasını düzenleyen iş sözleşmesidir. Kural olarak tam çalışma esas alındı ı için bazı ülke (örne in: İsviçre) hukuklarında kısmı süreli iş akitleri de düzenlendi i halde Türk hukuk mevzuatımızda 1475 Sayılı yasada bu husus düzenlenmemiştir. Yeni 4857 sayılı Yasada buna ilişkin hükümler mevcuttur.(m.13)

### 4. Deneme Süreli ya da Deneme Süresiz İş Sözleşmeleri

İşveren için, işçiyi yetenek ve bilgi bakımından tanımak, işe yararlı olup olamayaca ı ölçmek, işçi için ise; iş koşularının kendisine uygun olup olmadığını de erlendirmek üzere belli bir süre için her iki tarafa sözleşmeden kolayca cayma hakkını veren bir uygulamadır.

Kural olarak işe girişte deneme süresiz iş sözleşmesinin oldu u kabul edilir. Aksi açıkça kararlaştırılmalıdır. Ancak, bu hususa BK 342/II istisna getirmiştir. Buna göre; çırak ve hizmetçi akitlerinde hilafına bir

mukavele yoksa ilk iki hafta deneme süresi sayılır.

**Deneme süresi** sununda taraflardan her hangi biri bildirimsiz ve tazminatsız sözleşmeyi feshedebilir. Bu sürenin uzunlu u mülga 1475 Sayılı İş Kanununda (m.12/I) bir ay olarak belirlenmiştir. 4857 Sayılı kanunda bu süre en çok 2 aydır. Toplu iş sözleşmeleriyle bu süre 4 aya kadar uzatılabilir. BK m.342 de 2 ay olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin uzatmak geçersizdir. Kısaltmak işçi lehine oldu u içi geçerlidir.

### 5. Takım Sözleşmeleriyle Oluşturulan İş Sözleşmeleri

Takım sözleşmesi bir gruba ait işçiler ile işveren arasında yapılan sözleşmelerdir. İş Kanunu m.16 gere ince yazılı yapılmalı zorunludur. Bu sözleşme kuruldu u anda takım kılavuzu ile işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş olur. Takım kılavuzunun sorumlulu u işçilerin tek tek iş başı yapmasıdır. İş başı yapan işçiler açısından işçi ile işveren arasında bir sözleşme kurulmuş olur. İşçinin ücretini bizzat işveren öder.

### İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Sınırları

Kural olarak iş sözleşmesinde "sözleşme serbestisi" esastır. Ancak bazı istisnai durumlarda bu serbestinin kısıtlandını görmekteyiz. Bu sınırlamalar ço u zaman yasalardan bazen de toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanır. Bunları çalıştırma yasaları, çalıştırma yükümlü ü ve ayırım yapma yasa ı olarak belirlemek mümkündür. Bunların içeriklerine de kısaca de inelim.

## 1. Çalıştırma Yasakları

**Küçük işçi çalıştırma yasa 1:** İş Kanununun uygulandı ı yerlerde kural olarak 15 yaşın altında işçi çalıştırılmaz. (m.71). Başkaca kanunlarda getirilen yasaklar da vardır.

**Kadın işçi çalıştırma Yasa 1:** Kadınların su ve yer altı işleri, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi a ır işlerde çalıştırılmaları yasaktır. (İş K.m.72)

**Yabancı işçi çalıştırma Yasa 1:** 2007 Sayılı Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmet Hakkındaki Kanun, sadece tür vatandaşlarının yapabilece i işleri tek tek saymış ve bu işlerin yabancılar tarafında yapılmasını yasaklamıştır. Başka kanunlarda da bir takım yasaklar düzenlenmiştir.

## 2. Çalışma Yükümlülükleri

**Sakat çalıştırma Yükümü:** İş Kanunu (m.30), Deniz İş Kanunu (m.13) 50 ya da daha çok işçi çalıştıran işvereni, %2 oranında kimseyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun bir işte çalıştırmakla yükümlü kılmıştır. Genellikle işçi bulma kurumu aracılı ıyla bulunan bu işçilerden kimlerin sakat sayılaca ı Sakatların İstihdamı Hakkındaki Tüzükle gösterilmiştir. Çalışma güçlerini en az %40 ve en çok da %70 in üzerinde sakat olmasına ra men bir işte verimli çalışabileceklerine dair sa lık kurulu raporu alanlar bu kontenjandan faydalanırlar.

**Sakatlı ı sona eren işçiyi çalıştırma yükümü:** İşveren; sakatlı ı yüzünden işyerinden ayrılmak zorunda kalan işçinin sakatlı ı sona ermesinden sonra, boş ver var ise hemen, yoksa

boşalacak ilk yere işçiyi almak zorundadır.

**Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümü:** 50 ve daha fazla işçi çalıştıran işveren %2 oranında eski hükümlü çalıştırmak zorundadır. (İş K. m. 30 - Deniz İş K. m. 13) Altı aydan fazla hürriyeti ba layıcı ceza alanlar bu kapsama girmektedir.

**Askeri veya Yasal Bir Görevden Dönen İşçiyi Çalıştırma Yükümü:** Bu durumda olan bir işçinin 2 ay içersinde işverene müracaat etmesi halinde boş yere öncelikle alınma zorunlulu u vardır.

**Görevi Biten İşçi Kuruluş Yöneticisini Çalıştırma Yükümü:** Bu durumda olanların 3 ay içersinde müracaatıyla öncelikle işe alınmaları gerekir.

**İyileşen Gazeteciyi Çalıştırma Yükümü:** Hastalı ı altı aydan uzun süren gazetecinin işine son verilebilir. Ancak bu gazeteci bir yıl içersinde iyileşirse eski işine öncelikle alınır (Basın İş K. m.12)

### Sözleşmesinin İçeri ini Belirleme

İş sözleşmesinin içeri ni belirlemede taraflar kural olarak serbesttirler. Ancak bazı istisnalardan ve sınırlamalardan bahsedebilir. Bunlar;

1) Toplu iş sözleşmesi ve Tip İş sözleşmesinden kaynaklanan sınırlamalar olabilir.

2) Sözleşmesinin içeri i gerçekleşmesi imkansız konular üzerine olamaz (BK. m.20)

3) Hukuka aykırı olamaz.

4) Ahlaka aykırı olamaz.

### İş Sözleşmesinin Şekli ni/Biçimini Belirleme

İş sözleşmeleri bir biçime ba lı de ildir. Sözlü ya da yazılı olabilir. Bu kuralın istisnaları vardır. Örne in, bir yıl ya da daha uzun belirli süreli iş sözleşmesi ve takım sözleşmelerinin yazılı yapılması kanun gere idir. (İş. K. m.8). Yine taraflar bu sözleşmenin yazılı olmasını şart koşabilirler.

#### d. İş ve İşverenin Yükümlülükleri

**İşçinin borçları:** İşin yapılması, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdi i talimatlara uyma, işverenin ve işyerinin haklı çıkarlarını korumak ve bunlara zarar verebilecek davranışlardan uzak durmak, sır saklamak, rekabet etmemek olarak genellemek mümkündür.

**İşverenin borçları:** Ücret ödemek, işçinin yaptı ı iş yüzünden u rayabilece i zararlara karşı önlem almak, işçinin çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, eşitlik ilkelerine uygun davranmak, araç ve gereç sa lamak.

#### e. İslam Hukuku'nda İş ve İşçilik

İslam hukukunda, özellikle de Kur'an ve Hadislerde iş ve işçilik kavramlarının en genel anlamlarıyla kullanıldı ını görüyoruz. Kişinin eylemleri, ibadetleri, her türlü ameli iş anlamında kullanıldı ı gibi, teknik anlamdaki işçilik için de aynı kavramlar kullanılmıştır. Geçmişteki İslam hukuku uygulamalarında bu günkü kadar teknik ve ayrıntılı iş hukuk düzenlemesi/mevzuatı bulunmamakla birlikte genel hükümlerde bu günkü hukukun ilerisinde düzenlemelere şahit oluyoruz. Zira, işçi hakları bu günkü hukuk düzenlemelerinden

farklı olarak "bir insan ve kul hakkı" içensinde telakki edilmiş ve dini argümanlarla desteklenmiştir.

**İslam hukukunda işçi,** eme ini bir başkasına/işverene kiralayan kişi olarak görülmüş ve bu nedenle de işçilik kira akdi (icâre) içersinde de erlendirilmiştir.<sup>4</sup> İslam Hukuku'nda, memurlar, askerler ve tüm çalışanlar işçi olarak kabul edilmiştir. Sadece emek ve ücret üzerinde ayrıca durulmuştur.

İslam Hukuku'nda işçilikte özel (has) ve ortak (müşterek) olmak üzere iki temel ayırımdan bahsetmek mümkündür.

#### 1. Özel işçi (el ecîru'l hâs)

Yalnızca bir gerçek ya da tüzel kişiye ücret karşılı ında çalışan kimsedir. Bu günkü işçilerin ço unun çalışmasına karşılık gelir. İş verenin birden çok olması, tüzel kişi olması bu niteli i de iştirmez. Bir köyün bir ö retmen ya da imam çalıştırması bu kapsamdadır.

Özel işçi, sözleşmedeki şartlar veya örflerdeki kurallar çerçevesinde çalışmak ve eme ini belirlenen süreler içersinde işverene has etmesi gerekir. Aksi davranışla işi aksatırsa ücretinden kesinti yapılabilir.

#### 2. Ortak (el-ecîru'l müşterek) işçi

Belirli gerçek ve tüzel kişiye de il de herkese iş yapan boyacı, terzi, doktor, avukat vb serbest meslek sahiplerinin yaptı ı iş bu kapsama girer. Bu gruptakiler ancak, yaptıkları iş kadar ücret alabilirler. Bir şirkette avukat

<sup>4</sup> Haydar, Ali; *Dürerü'ül-Hukkâm erhu Mecellet'il-Ahkam*, 1, 682, Mecelle, Mad. 413; Mevsili, el hyar, II, 35.



olarak çalışan kişi özel işçidir. Ama bu kişi herkesten iş alabiliyorsa ortak işçidir.

Ücretle işçi çalıştırmanın meşrulu u hususunda her hangi tereddüt yoktur. Kur'anı Kerim geçmiş kavimlerden örnek işçilik örnekleri anlatmaktadır. (el Kasas: 28/25-27)

### Kur'an-ı Kerim'de İş ve İşçilik

Kur'an'da başkasının işini yapmak, âhiret için hazırlanmak gibi geniş alanda iş ve işçilik 670 ayette geçmektedir. Bunların bir kısmı teknik anlamda iş/amel, bir kısmı da genel anlamda kişinin işi/ameli anlamındadır.<sup>5</sup>

"...Onun meyvesinden ve kendi ellerinin yaptıklarından yesinler diye..." (Yâsin: 36/35),

"İnsan için ancak çalıştığını karşılıklı vardır." (en-Necm: 53/39),

"İnanıp iyi işler yapanlara Allah ücretlerini (mükâfatlarını) tam olarak verecektir." (Ali İmran:3/57),

"Elbette biz, iman edip işini iyi yapanların ücretlerini zayi etmeyiz." (el-Kehf:18/30),

Hızır (as) bulduğunda Medyen yöresine gider orada Hz Şuayb'e çoban olarak çalışır "O iki kızdan biri dedi ki: Babacı m onu ücretle çoban tut. Şüphesiz çalıştırdığın işçilerin en hayırlısı bu güçlü ve güvenilir adamdır." (Kasas 28/25-278)

"İnsanlara mal ve ücretlerini eksik vermeyin" (el Araf 7/85),

"E er boşadığınız kadınlar, sizden olan çocuklarınızı

emzirirlerse, onlara ücretlerini veriniz." (et-Talak:65/6).

Musa (a.s) ile yolculuk yapan Hızır (a.s) bir köyden geçerken yıkılmakta olan duvarı onarır. Musa (a.s) ona şöyle der: "E er sen isteseydin, bu işe karşılık ücret alırdın." (el Kehf:18/77)

### Hadislerde İş ve İşçilik

Hızır Peygamber Şöyle buyurmuştur.

"İşçinin ücretini teri kurumadan veriniz."<sup>6</sup>

"İşçi çalıştıran kimse, işçisine ne kadar ücret vereceğini bildirsün."<sup>7</sup>

"Üç kimse, kıyamet günü gününde beni karşılarında bulacaktır. Benin adımı verip haksızlık eden; hür bir insanı satıp parasını yiyen; bir kimseyi çalıştırıp da ona ücretini vermeyen."<sup>8</sup>

Yukarıdaki ayet ve hadisler ve bunlardan kaynaklanan İslam Hukuk uygulamaları ücretle işçi çalıştırmanın meşru oldu unu göstermektedir.

Avrupa ilkelerinde işçi haklarını koruyucu tedbirler 18. Yüz yıldan itibaren başlamıştır. Örneğin İngiltere de işçi hakları ile ilgili düzenlemeler 1802 tarihinde, dokuma sanayinde çalışan çocukların çalışma şartlarını düzenleyen kanunla başlamıştır.

İslam hukukunda iş hakları 6. Yüz yıldan itibaren oturmaya başlamıştır.

Osmanlı döneminde işçilerin hak aramaları Avrupa'dan çok önceye rastlar. Resmi kayıtlardaki ilk

<sup>6</sup> bn Mace, Rehi, 4.

<sup>7</sup> Nesai, Eymân ve'n-Nuzür, 44; Zeyd b. Ali, Müsnet, H. 6549.

<sup>8</sup> Buhari Büyü, 106, care, 12, 15, bn Mace Rehi, 4; Ahmet b. Hambel, II, 292, 358, III, 143.

<sup>5</sup> Abdulkaki, M. Fuat; *El- Mu'cemu'l Müfehres Li Elfâzi'l Kur'an-ı Kerim*, Kahire, 1378/1958).

"Toplu İş Sözleşmesi" 13. Temmuz 1766 yılında yapıldı 1 bilinmektedir.<sup>9</sup>

## İşçi Hakları

**Ücret:** İşçi ücretleri ile ilgili kesin kurallar olmamakla birlikte hayat standartlarına uygun bir ücret ödenmesi genel olarak kabul edilmiştir. Hakkanîyet esas alınmıştır. İşçinin becerisi, çalışma şartları, bakmakla yükümlü olduğu kişiler ve günün şartları dikkate alınarak işçiye ücret ödenecektir. "ölçü ve tartıyı tam yapın, insanlara mal ve ücretlerini eksik vermeyin" (Araf: 7/85)

Hız. Peygamber bir hadisinde "Bir kimse bizim işimize tayin olunursa, evi yoksa ev edinsin; bekarsa evlensin; hizmetçisi yoksa hizmetçi ve binitini yoksa, binit edinsin. Kim, bunlardan fazlasını

isterse o, ya emanete hıyanet eder veya hırsızlık düşebilir."<sup>10</sup> Burada belirtilen kriterle, işçinin/çalışanın aldığı ücretle normal hayat standartlarında yaşayabilmesinin mümkün olmasıdır.

Beşinci Raşit Halife Ömer b: Abdülaziz'in (ö. 101/720) işçi/çalışan kesimine şöyle seslendiği rivayet edilmiştir. "Herkesin barınacağı bir evi, hizmetçisi, düşmana karşı yararlanacağı bir atı ve ev için gerekli eşyası olmalıdır. Bu imkânlarla sahip olmayan kimse borçlu (gârim) sayılır ve zekât fonundan desteklenir"<sup>11</sup>

Ücret işin başında kararlaştırılmamışsa emsal ücretler dikkate alınarak bilirkişice hesaplanır.

İşçilerin ucuza gelmesi için çocukların ucuza çalıştırılması caiz değildir.

İslam, işçinin ücretinin tam verilmesini tavsiye etmiş aksini yasaklamıştır. "Üç kimse, kıyamet gününde beni karşılarında bulacaktır. Benin adımı verip haksızlık eden; hür bir insanı satın parasını yiyen; bir kimseyi çalıştırıp da ona ücretini vermeyen."<sup>12</sup>

İşçiye gücünü aşan iş yüklememek gerekir. "Allah hiç kimseye gücünün yeteceğinden başkasını yükleme" (Bakara; 2/286).

## Diğer Haklar

İşçi ibadetlerini yerine getirme hakkına sahiptir.

<sup>9</sup> Kütahya çevresinde çinicilik yapan işçilerin Mahkemeye başvurularıyla Kütahya Eyalet Divanı'nda 13 Temmuz 1766 tarihinde aldığı idaki "Toplu İş Sözleşmesi" hükmü altına alınmıştır.

1) Kütahya da 24 işçisi (çini ve fincan atölyesi)nden başlıca atölye açılmayacaktır.

2) Bu iş yerinde kalfalar: Bu iş yerlerinde kalfalar 100; has (değerli) fincan işçileri de 40 akçe alacaktır.

3) Çıraklara, 100 âdi fincan ve 250 normal fincan imal ederlerse, günde 60 akçe verilecektir.

4) Hatifeler (yaldızcı) 150 has fincan işlerse kendilerine 60 akçe ödenecektir.

5) Çıraklar usta oldukları zaman ücretleri orantılı olarak artacaktır.

6) Fincanın tanesi 4 kuru olarak perdelanacaktır.

7) Günde azami 160 fincan işlenecektir.

8) Bu sözleşme medeni iş ve işveren hükümlerine tabidir.

9) Bu sözleşme üstat ve zennîler önünde yapılmıştır.

10) Bu sözleşmeye aykırı hareket edenler işçiye Mahkemesi tarafından cezalandırılacaktır.

11) Taraflar bir zarara uğrarsa bu ortalama olarak ödenecektir.

12) Bu sözleşme işçiye Mahkemesi'nin himayesindedir.

13) Kalfa ve ustalar bir hastalığa yakalanırsa, yardım olunacaktır.

14) Çıraklar, belirli bir süre sonunda usta olabilirler

15) Bu sözleşme, işçiye Mahkemesi sicilinin 57. sayfasındadır.

<sup>10</sup> Ebu Davut, mâre, 10; Ahmet b. Hambel, Müsnet IV, 299.

<sup>11</sup> Ebû Ubeyd, el-Emvâl, n. r.: M. Halil Hurras, Kahire, 1388/1968, s. 556).

<sup>12</sup> Buhari Büyü, 106, care, 12, 15, bn Mace Rehi, 4; Ahmet b. Hambel, II, 292, 358, III, 143.

İşçiye akitte belirlenen ücretin dışında yeme içme, giyim vb sosyal yardımlar yapmak zorunlu de ildir.

İşçi, belli bir ücret karşılığında emeğini satmaktadır. Dolayısıyla işin meşru olması ilk şarttır. İslam'ın haram kıldığı şeyleri yapma hususunda akit geçersizdir. Aynı şekilde ibadetler hususunda da icare/ iş sözleşmesi yapılamaz.

İşçiye teslim edilen aletler ve diğer mallar emanet hükmündedir. Zayi olması durumunda kusuru yoksa işçiye tazmin ettirilmez.

İşçi işini sağlam ve itinalı yapmak zorundadır. İş akdinde belirtilen hususlara uymak durumundadır.

İslam hukukunda anlaşmazlıkların mahkemeler aracılığıyla çözülmesi esas kabul edildiğinden **grev ve lokavt hakkı tartışılmamıştır**. Zira bu kurumlar 19. yüzyıl sanayi toplumunda gelişme göstermiştir.

İşçi hak ettiği ücreti ödeninceye kadar elindeki işverene ait mallara karşı **hapis hakkına** sahiptir.

### Emeklilik

Emeklilik çalışma hayatından sonra alınan ücreti kapsamaması nedeniyle tartışma ve tereddütlere sebep olmuştur. İslam hukukunda çalışanların kendilerinin oluşturacakları yardım sandıklarından yardım almaları uygulanmıştır. Osmanlı döneminde sadece üst dereceli görevlilere emekli maaşı bağlanmıştır. Belirli şartlarda askerlere de bu hak tanınmıştır. Emekli maaşı konusunda de işik gerekçelerle farklı görüşler vardır. Hayrettin Kahraman'ın görüşü şöyledir:

İşçi; karşılıklı rıza ve anlaşmaya göre belirlenen ücretinden kesilen ve işverenin

de katkısıyla biriken parasını alır. Bu birikmiş hakkının tamamını aldıktan sonra maaş almada geçimini sağlayabiliyorsa bu maaşı alamaz.<sup>13</sup> İhtiyacı olanlara öncelikle yakın akrabaların nafaka borcu vardır. Sonra zekat müessesesinden yararlanır. Bu da yeterli olmaz ise devletin o kişiye bakma mükellefiyeti vardır. Diyanet Din İşleri Yüksek Kurulu emekli maaşı alınmasını, vatandaşların yaşamlarının devlet güvencesinde olması gerekçesiyle, meşru oldu una ilişkin fetva vermiştir.<sup>14</sup>

**Kıdem tazminatı;** İslam hukukunda kişinin kendi kazancı ve işverenle yaptığı ücret anlaşması önemlidir. Kimse hak ettiği fazlasını almamalıdır. Emeklilikte belirttiğimiz hususlar burada da geçerlidir. İslam hukukunun yaklaşımına uygun olan çözümün işveren ya da devlet nezdinde oluşturulacak fonlar ve bu fonların işletilmesi ile doğacak karlardan işçilere kıdem tazminatı ödenmesi oldu unu düşünüyorum. Bu fona katkı, yine iş sözleşmesinde belirlenen esaslara göre işçi ve işveren tarafından yapılacaktır.

### İşverenin Sorumlulukları

**Ücret ödeme borcu;** işçinin ücret hakkını içerir.

**Tazmin sorumluluğu;** işçi, işverenin kusurlu davranışlarıyla zarara uğramışsa bunun tazmini genel prensiplere dahildir. İşçinin fiilinden işverenin sorumlu olup olmayacağı önemli bir konudur. Zira İslam hukuku hem cezai ve hem de hukuki sorumlulukta şahsi sorumluluğu esas kabul etmiştir.<sup>15</sup> İşçi aldığı bir işi üçüncü bir kişiye haklı

<sup>13</sup> İslam'da Emek ve işveren Münasebetleri, İlimi Tartımlar dizisi, s. 63.

<sup>14</sup> Standart Fetvalar N:35.

<sup>15</sup> Enam suresi, 164

olarak devrederse, onun zararlarından asıl iş verene karşı sorumlu olur. İşverenin üçüncü şahıslara karşı işçinin fiilinden sorumlu tutulabilmesi için; 1- İşverenin, bir başkasına ifayı üstlenmesi, 2- İşverenin bu görevi bir başkasına devretmesi, 3- Devrin haklı olması, 4- İşçinin zararlı fiilinin işverenin sorumlu tutulabileceği fiillerden olması gerekir.<sup>16</sup> Bunun anlamı şudur: Günümüz hukuk sistemlerinde kabul edilen kusursuz sorumluluk halleri İslam hukukunda daha dardır. İslam hukukunda nezaret, ihtimam da a ır kusur hallerinde sorumluluk kabul edilmiştir. İslam hukuk anlayışının Türk Borçlar Kanunda 100. Maddeye yakın, BK 55. Maddeye uzak bir anlayış oldu unu söyleyebiliriz.

**İşi ehil olana verme borcu;** hem ayetlerde ve hem de hadislerde işin ehline verilmesi emredilmiştir. Hizmet kamu alanında ise iş talip olana de il ehil olana verilmelidir. Bir hadiste Hz. Peygamber "biz işi ona talip olana, ona düşkün olana vermeyiz" buyurmuştur.<sup>17</sup> Nisa süresi 58. Ayette ise; "Allah size emanetleri ehline vermenizi emreder." buyuruluyor. Bir başka hadiste "Daha ehil ve liyakatlısi varken yakınlık sebebiyle, bir başkasını tercih ve istihdam eden kimse, Allah'a, Rasûlüne ve bütün Müslümanlara karşı hainlik etmiş olur. Bunun hukuki neticesi ise böyle bir görevlendirmeden do acak zarardan işverenin (ço u zaman devletin) sorumlu olmasıdır.

### Son De erlendirme

İslam hukukunda, işçi ve işçi haklarını güvence altına alan argümanların daha güçlü oldu unu, hukukun en temel kaynaklarında bu

<sup>16</sup> BARDAKO LU, Ali; *slam'da Emek ve ç i veren Münasebetleri*, s. 219

<sup>17</sup> el-Buhari, care 1, III/48, Ahkam VIII/107.

güvencelerin getirildi ini, haksızlı a u radı inı düşünen herkesin mahkemelere müracaat imkanı bulundu unu, dinin, ahlakın ve örfün de hukukun temel kaynakları içerisinde kabul edilmesinin işçi haklarına bir kat daha güvence sa ladı inı, İslam hukukunda işçi haklarının bir "insan/kul hakkı" niteli i taşıdı inı görmekteyiz.

Günümüz hukuk anlayışından çok farklı bir de erlendirmeye şahit oluyoruz. O da; işçinin ücreti belirlenirken yaptı ı iş ve bu işin bedelinin yanında ayrıca bakmakla yükümlü oldu u kişiler, işçinin sosyal sınıf içersindeki yerine göre, aldı ı ücretle mutat yaşamını sürdürebilmesi de esas alınmaktadır.

Bu gün "zenginlik" kayramı içersinde kalan, ev, araba ve rahat bir yaşam; İslam Hukukunda mutat kabul edilerek işçinin aldı ı ücretle bu imkanlara ulaşabilmesi sa lanmak istenmiştir.

Bu karşılık; günümüz hukuk sitemlerinde işçi hakları daha detaylı düzenlenmiştir. Bunun sebebi sadece işçi haklarını korumak de ildir. Kanunlaşma hareketleri ve sanayileşmenin gere i olarak bu zorunlu hale gelmiştir.

19. yüzyıldan itibaren özellikle Batıda başlayan kanunlaştırma ve işçi hakları İslam hukukunun geldi i seviyeden devam etmiş olsaydı; bu gün geldi i noktadan daha ileride ve farklı bir yerde olaca ı kanaatini taşıyorum. E er böyle olsaydı, örne in asgari ücret rakamları bu günkü rakamların on kat üzerinde olması gerekirdi.

İşçi hakları ile ilgili ilk hukuki düzenlemelere 6. Yüzyılda İslam hukukunda rastlıyoruz. Batıda bu konudaki düzenlemeler 19. Yüzyıldan itibaren başlamıştır.

İş ve işçilik alanında iş ve eşyadan çok insanın öncelendi i hukuk sistemleri temennisi ile...

### **Kaynaklar**

Ali Haydar, Dürerü'ül -Hukkâm Şerhu mecellet'il-Ahkam,

Hayrettin KAHRAMAN, Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 1999

Kur'an-ı Kerim Türkçe Mealleri, ( Süleyman ATEŞ, Diyanet Yayınları)

M. Fuat Abdulbaki, el- Mu'cemu'l Müfehres Li Elfâzi'l Kur'an-ı Kerim, Kahire 1378/1958)

Recep AYKAN, Konularına Göre Alfabetik Kuran Fihristi Pınar Yayınları, İstanbul, 2000

Tangut CENTEL İş Hukuku Beta Yayınları, İstanbul, 1994

Hadis Kitapları:

İbn Mace

Nesai, Eymân ve'n- Nuzür

Buhari Büyü,

İbn Mace

Ahmet b.Hambel

Ebu Davut,

Ebû Ubeyd, el-Emvâl, Nşr. M. Halil Hurras, Kahire 1388/1968.







# Tüketim Toplumu ve Hukuk İlişkileri

Muhammed POLATO LU<sup>(\*)</sup>



Ben de tarihin bir aralı ında köyünden büyük bir şehre inen safdil adam gibiyim . Ne büyük binalar! Ne büyük yollar! Ne kadar çok söz, ne çok düşünce ! Hepsi hem sayıca çok, hem hepsinin hem mahiyetleri de ışık, hem de her birinin dereceleri farklı. Ben de günümü tıpkı safdil adam gibi geçiriyorum: Ço u zaman şaşkın, bazen hayranlık içinde ve kavrayabildi im oranda hakim. Bunca çeşitli nesne arasında, bu telaşlı insan kalabalı ında, böylesine karmaşık ilişkiler içinde insan kendini kaybedebilir diye düşünüyorum. Sıkıca tutuyorum kendimi şehre karışmaktan alıkoymaya...

İ .Özel, Ve'l-Asr, s. 21

## Giriş

**E**er insanlık tarihini, sahip oldu u de erler ve tüketim kalıpları itibariyle kompartımanlara bölmek mümkünse bu ayrım hiç şüphesiz geleneksel toplum-modern toplum şeklinde olacaktır. Geleneksel olandan modern zamanlara geçiş salt teknik bir farklılaşma tarzında olmamıştır. Sanayi devrimini gerçekleştirmeden önce zihni paradigmasını yineleyerek yenileyen modern batı medeniyeti bu kapsayıcı paradigmanın oluşumundan sonra sanayi ve teknoloji alanında da büyük gelişmeler kat etmiştir. (Batı dünyasında 16-17. yüzyıllarda gerçekleşen epistemolojik ayrışma/netleşmeden söz

ediyoruz.)<sup>1</sup> Gittikçe nesnel alanda meydana gelen parlak gelişmeler insanlı ın sahip oldu u de erleri de tersyüz etmiştir. Hobsbown ve Gustfield gibi yazarlar modern toplumda geleneksel unsurların 'modern toplumun lehine' yaşamaya devam etti ini savunmaktadırlar. (Barbaroso lu, 1995:19) Bu ça daş yazarların ifadeleri Batı medeniyetinin tahayyülat süreklili ini-bütünlü ünü göstermesi bakımından ilginçtir. Ancak bu süreklilik zihinsel temellerle ilgilidir. Örne in bugün mevcut teknik yapıyla eski Yunan düşüncesi arasında bir ba ın varlı ını yadsıyabilen düşünür yok gibidir. Mevcut hukuki yapının teşekkülünde ise Roma hukukunun azımsanamayacak

(\*) stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ö rencisi.

<sup>1</sup> Heidegger modernizmi, Platon'un metafizi iyle ba layan bir dönü üm olarak tanımlar. Ona göre, nesnelere kendi hallerine bırakmak yerine, onları zamandan ba ımsız, ezeli kalıplara sokma devri Platon'un 'gerçek olan' olarak niteledi i 'idea'larıyla ba lamı tır. Zamanla nesnelere, yalnızca, üretime bir hammadde olan ve i i bitince çöpe atılan eyler olarak görülmeye ba lamı , buna ba lı olarak, modern bilim de, teknik olarak i e yarayan bilgiyi üretmeyi amaç edinmi tir. Bilgi, üretim ve tüketimi körüklemekten ba ka amaç ta ımsız olmu , do rudan veya dolaylı olarak üretim ve tüketime katkı sa lamayan bilgi ise anlamsız sayılmaya ba lanmı tır.

Kant'ın yalnızca fenomenler alemini alan kıldı ı bilimsel faaliyet anlayı ı, bilimin metafizikle olan ba lantısını koparan en belirgin görü tür. Bilim artık rasyonel bilgiyi arayacak, rasyonel bilgi bilimi ve teknolojiyi besleyecektir. Bilim üzerinde eti in etkisi kalmayınca bilimsel çalı maların normatif boyutu ortadan kalkmı , yalnızca, normlarının da kendisi üreten pozitif bilgi hakim kılınmı , bunu takiben de metafizik bilgi tümüyle reddedilebilir olmu tur. (Gökgöz, B. "Bilgi ve Bilimsel Çalı ma Üzerine", Divan, 1997, sayı 3, s. 173).

bir etkisi kabul edilmektedir. Ancak bu tarihi süreklilikle birlikte nesnel dünyamız da büyük ölçüde de iştirilmiştir. Üstelik bu de işim önceleri ilerlemeci tarih anlayışından ötürü olumlu bir gelişme süreci olarak görülmüş, kutsanmıştır. Ne var ki bu süreçte ortaya çıkan devasa sorunlar sistemi sorgulamaya götürmüştür. Sivil akımlarla da yapılan bu sorgulama çekilmez hal alan sistemi reddetme türünden bir çıkışı imlemiyor. Geçmişten günümüze sivil akımların sorgulamalarına paralel olarak siyasi ve hukuki alanda yapılmaya çalışılan de işliklerle modern kapitalist dünya sistemi çekilir hale getirilmeye çalışılıyor sadece. Yani söz konusu çabalar 'sorunların sürekliliği' anlayışı üzerinde temel-lendirilmiş bir çözümler/çözüksüzlükler dizisinden ibarettir de diyebiliriz.

Bu araştırmada, kapitalizmi çekilir hale getirme yollarından biri olarak kabul edilebilecek 'tüketicinin korunması' hareketini irdelemeye çalışacağız. Ancak ondan önce 'tüketim toplumu' ideolojisi ve Türkiye'deki 'tüketim kültürü serüveni' üzerinde duracağız.

### Tüketim Toplumu Söylemi

1980'li yıllardan bu yana global ölçekte insanlığın yaşadığı durum "tüketim kültürü/tüketim toplumu/tüketim kapitalizmi" gibi kavramsallaştırmalarla analiz edilmeye çalışılmaktadır. Bu tür kavramsallaştırmaları yaşanılan gelen süreci anlama çabasının ötesinde Batı dünyasının Batı-dışı toplumları yönlendirme çabalarının bir parçası olarak da okuyabilmek gerekir.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Sosyal nitelikli çalışmaların be boyutluluğu; betimleme, açıklama, anlama, anlamlandırma, yönlendirme... dönensel etkilerde bulunmuş teorisyenlerin çoğu nihai noktada resmetmeden açıklamaya, açıklamadan anlamaya, anlamadan

E er tüketimi, başka toplumlarla kıyaslandığında, bir toplumda fazla olduğu anlamında kullanıyorsak bu durum iki oluşum biçiminde ortaya çıkar. Birincisi, toplum hem çok üretiyor, hem de çok tüketiyordur. Sanayileşmiş kapitalist ekonomilere sahip toplumlarda olduğu gibi. Başta ABD, Almanya, Fransa gibi ülkeler örnek olarak gösterilebilir ve bunlara "tüketim kapitalizmi"nin ya da "tüketici kapitalizmi"nin egemen olduğu toplumlar denilebilir. İkinci durum ise, ürettiğinden daha fazlasını tüketen ya da tüketmeye çalışan toplumları açıklar. Endüstrileşmesini tam olarak gerçekleştirememiş, ülkemizin de içinde yer aldığı ülkelerin durumunu yansıtır. (Odabaşı, 1999:18)

Tüketim olgusunun bireyleri tüketen tarafını vurgulayan araştırmacılar, Tüketim Kapitalizmini, tüketmek isteyen insanların tüketmek için kendilerini hâ bire satın almak zorunda hissettiği, satın almanın paraya sahip olmayı gerektirdiği, bunun için de sürekli çalışmanın gerekli olduğu şeklindeki dönüşü olmayan bir döner dolaba benzetirler.

Bu düzene in ortaya çıkış tarihini gözden geçirelim: Makinelerin keşfi ve sanayi devrimiyle birlikte hızla artan üretime rağmen önceleri Protestan ahlakı ve Merkantilist politikaların<sup>3</sup> hesaba kattığı tutumluluk olgusu nedeniyle

anlamlandırmaya ve bütün bu zeminlerden hareketle de yönlendirmeye dönük fikirler üretmişlerdir. Davuto lu, A., Stratejik Derinlik, s. 1-6.

<sup>3</sup> Merkantilist kurama göre kıt döviz kaynaklarını kurutmamak açısından insan gereksinimleri en aza indirilmeli, lüks ithalat talebi kısılmalıydı. Özellikle yiyecek, ilaç ve keyif verici madde tüketimine ilişkin tasarruf yasaları çıkarılmalıydı. Tutumluluk, tasarruf hatta cimrilik, erdem kabul ediliyordu. Çünkü sermaye birikiminin ancak bu yolla sağlanabileceği öngörülmektedir. *Ana Britannica*, c. 15, s. 590, İstanbul, 1989. Ayrıca bkz.: Ali Özgüven, *ktisat Bilimine Giri*, s. 41-50, İstanbul, 1997.

tüketim faaliyetleri asgariye indirilmişti, ancak hızla artan kitlesel üretim, kitlesel tüketimi sistem için zorunlu kılıyor ve bu durum yeni bir insan ve ahlak anlayışını ortaya çıkarıyordu. Görüldü ü gibi tüketim kültürünün egemen oldu u bir topluma geçiş kapitalist sistemde bir süreç içerisinde gerçekleşmektedir. Tüketim toplumunun oluşması açısından, endüstriyellemenin kapitalizm ile gerçekleşmesi sürecinde en kritik nokta "verimlilik" ve "kitle üretimi"nin gerçekleşti i tarihi dönemdir. Verimlilik ve kitle üretimi kavramları Max Weber, F. Taylor ile H. Ford'un düşünce ve uygulamalarıyla simgelenmektedir.

Bu üç isim içerisinde seri üretim ve kitle üretim düşüncesini gerçekleştiren bir sanayici olarak yaşad ı döneme damgasını vuran H. Ford üzerinde ayrıca durmakta fayda var: Verimlilik ve kitle üretiminin hakim olmaya başladı ı bu dönemin çalışanlara ve tüketenlere yönelik vaadi, "daha çok boş zaman, daha çok tüketim" idi. Bu vaadin gerçekleşip gerçekleşmedi i hala tartışılan bir konudur. İki dünya savaşı arasında ve onları takip eden so uk savaş yıllarında başta silah üretimi olmak üzere sınırsız bir üretim, iş büyümesi ve tüketime tanık olunmuştur. Aynı dönemde boş zamanın arttı ını söylemek ise oldukça güçtür. (İkinci iş yapma, daha az çocuk yapma, aile yaşantısının birlikte reddedilmesi gibi önlemlerin daha çok tüketme şansına sahip olma güdüsünden kaynaklandı ını söylemek abartı olmasa gerek.) Ford'un, yüksek ücret ve iki günlük hafta sonu tatili önerisiyle amaçlanan tüketici taleplerini artırarak stokları eritmeye yardımcı olmak ve artan bu taleplerle çalışanların işlerine daha sıkı sarılmalarını sa lamaktı. 1920'lerde yeterli düzeyde

seyretmeyen tüketici talebinin sonucu olarak ortaya çıkan "fazla üretim" yaşanan aşırı durgunlu un ana nedeni olarak kabul edilir. Üretici ile tüketici arasında yaşanan çatışma, kitle üretimini zorunlu görüp bunu dayatan üreticiler lehine sonuçlanmıştır. Bundan böyle talep yetersizli i türünden bir nedenle durgunluk yaşamak istemeyen sistem, tüketimi gerekli bir yaşam biçimi haline getirmeye çalışacak ve bunu sa lamak için de tüketicinin satın alma kararında etkili olan duygusal, sosyal faktörleri keşfedecekti. (Odabaşı, 1997: 23-24) Üretilen yı ınlarca ürünü halka tükettirmek için reklamcılık, pazarlama stratejileri, yeni paketleme ve tasarım biçimleri geliştirilir. Özellikle reklam ve moda endüstrileri, oluşturulmak istenen bu yeni topluma bireylerin entegre edilmesinde önemli rol oynar. Zaten "Tüketim Toplumu" olgusu tam anlamıyla "katılma" olgusuyla şekillenmiş toplum demektir. Sistem tarafından sürekli yeniden üretilen tüketime, kültürel yaşama katılım temel bir anlayış haline gelmiştir. (Böhürler, 1992: 32)

Tüketim olgusunun yırtıcı bir hal alması, ilkin yine sistem içinden eleştiriler alır. 1930'larda Almanya'dan Amerika'ya göç eden Frankfurt okulu üyeleri varılan noktayı hararetle eleştirirler. Okulun ilk dönem öncüleri arasında Max Horkheimer, Eric Fromm, Teodor Adorno ve Herbert Marcuse'yi sayabiliriz.

Marcuse farklı tiplere göre üretilen farklı ürünler imajına eleştiri getirerek "tüketim kültürünün, tüketime dayalı yaşam biçimlerini satın almaya zorlayan yanlış ihtiyaçlar üretti ini" söyler. Marcuse ayrıca tüketim kültürü ile biçimlenen bireyselli in sömürü ve toplumsal kontrolü sa lamak amacıyla geliştirilen "yarı bireysellik" oldu unu savunan ilk

düşünürlerdendir. "yarı bireysellik" adlandırması günümüz bireyciliğinin özgürleştirici ve kişiliği geliştirici olmaktan uzak kontrol ve manipüle edilmeye elverişli bir bireycilik olduğunu ortaya koymasından bakımından fevkalade bir adlandırmadır.

Eric Fromm ise insanlığın eski tarihlerden beri sürdürdüğü "olmak" ile "sahip olmak" arasındaki mücadelenin tüketim kültürüyle "sahip olmak" a dönüştüğünü söyler. Tüketim, günümüz aşırı üreten toplumlarının en önemli sahip olma biçimidir. Bu çarkın tatminsiz bir koşuşturmaca içindeki modern tüketicisi kendisini şu formülle özdeşleştirmiştir: "Ben sahip olduklarımız ve tükettiklerimiz dışında bir hiçim."

### **Tüketim Kültürünün Türkiye'deki Gelişiminin Serüveni**

Tüketim kültürünün ülkemizdeki gelişimi üç dönemde incelenebilir. 1950'lerde başlayan ve "Küçük Amerika" olma vaadini taşıyan ilk dönemde tüketim kültürünün alt yapısı oluşturulmaya başlanmıştır. II. Dünya savaşı yıllarında iyice yoksullaşan toplum dilinde revaç bulan ifadeler "bir lokma bir hırka", "açlıkla tokluk arasında yarım yufka", "ayaklarını yorganına göre uzat" türündendi. Anadolu insanının "yoksulluk ve kıtlık yılları" diye tanımladığı bu yıllarda, fazla para altına çevrilerek "kötü günler" için saklanırdı. Savaş sonrasında Türkiye, ABD şemsiyesi altındaki NATO'ya dahil olarak, hamileri tarafından farklı bir mecraya sürükleniyordu.

İkinci dönem 1960'ların ikinci yarısında başlayan ve artık günlük yaşantımızda tüketim kültürünün izlerini daha açık gözlemlediğimiz dönem içerir. "Borç yidi

kamçısıdır." sözü ile simgeleşen ve daha fazla tüketmek için kredili satışların yaygınlaştırılmaya çalışıldığı bir döneme gelinmiştir artık. Her şey miktar ile ölçülmeye, daha önceleri hiç tatmin edilmemiş ya da ertelenmiş ihtiyaçlar kısmen de olsa giderilmeye başlanmıştır. 1950'li yılların sonlarında başlayan ve 1960'larda yaygınlaşan ve sunduğu ürünler gittikçe zenginleşen "Amerikan Pazarı" bu konuda büyük katkılarda bulunmuştur. Ankara'da İzmir caddesinde, İstanbul'da Tophane'de ve Adana ve İzmir'de bulunan maazalar, Hollywood filmlerinde ve yabancı dergilerde görülen ürünlerin gerçeklerinin bulunduğulan mekanlar haline gelmektedir. Bu maazalara doğu ve güneydoğudaki kaçak eşya satan maazalar da eşlik etmiştir. Biraz daha ucuz ve çokunu Japon ve Kore malı olan bu ürünlerin alıcıları orta ve alt gelir grubundan oluşmaktadır.

Tüketim kültürünün ülkemizde artık erginleştiği dönem ise 1980'lerde başlayan dönemdir ve bu dönem "çatalayan Türkiye" olarak simgeleşmiştir. Bu dönemde Marlboro artık kaçak satılmamaktadır, Nescafe yaygın biçimde bulunmaktadır ve Türkiye istenilen, bilinen markalı-marksız tüketim ürünlerinin bulunduğulan bir ülkedir.

Ana hatlarıyla yapılan bu üçlü dönemselleştirme daha da genişletilebilir, ancak bütün bu dönemlendirme analizlerinde göz ardı etmememiz lazım gelen şey, ülkemizdeki söz konusu gelişmelerin kendine özgülüğünü yanı sıra küresel basınçlarla şekillendiği gerçektir. (Gürbilek, 2001: 9)

### **Tüketicinin Korunmasının Anlamı-Nedenleri-Amacı-Tarihsel Gelişimi**

## a. Anlamı

Önceki bölümlerde de indi imiz gibi sanayi devrimi sonrası teknolojik merkezli gelişmelerin ardından sistemin bir çok alandaki zaafı da gün yüzüne çıkmıştır. Tüketicinin korunması, özellikle ekonomik sahada tüketici aleyhine gelişen dengesizlikler karşısında ortaya çıkan geçiştirici (sargı göreviyle yetinen) bir hareket olarak belirir.

Günümüz toplumlarında ekonomik etkinliklerle amaçlanan/anlaşılan "mal ve hizmetlerin ihtiyaçlara uyan bir şekilde üretilmesi, en akılcı bir şekilde tüketicilere ulaştırılması"dır. Bu etkinliklerde genellikle "üretici-satıcı-tüketici"den oluşan üçlü bir sacaya ı sözkonusu olur. Ancak bu üçlü birbirini eşit bir şekilde tamamlamamaktadır. Tüketici ço unlukla üretici ve da itıcı karşısında zayıf durumdadır. İşte bu yüzden tüketicinin korunması tüketicilerin pazardaki güçlerini artırmayı amaçlayan bir "sosyal hareket veya akım" olarak görülür.

Bu konudaki en kapsayıcı tanımlardan biri şudur: "tüketici haklarına zarar veren uygulamalara karşı bu hakları korumak için hükümetin, işletmelerin ve ba ımsız örgütlerin giderek genişleyen faaliyetleri dizisidir." Bu tanımlı kapsayıcı kılan salt tüketici üzerinde durmaksızın onunla ilgili örgütlenmeleri ve özellikle ona nasıl yardım edilece ini de içermesidir. (Mucuk, 2001: 359)

## b. Tüketicinin korunmasını bir problem/gereklilik olarak ortaya çıkaran etkenler

Aşa ıda üç başlık altında sıraladı ımız etkenler kapitalizmin do asında yatan,

korunma sorununu ortaya çıkaran genel faktörlerdir. 20.yy.'ın ikinci yarısında insanların hayatlarına giren tüketim maddelerinin baş döndürücü bir hızla artması, Pazarlama'nın, döneminin en gelişmiş bilimi olması, reklamcılık ve iletişim araçlarındaki gelişmeler bir arada düşünüldü ünde tüketicinin korunması kavramının popüler hale gelmesi kaçınılmaz olacaktı.

## 1. Ürünlerin çeşitlenmesi

İlk etapta tüketim ideolojisinin sloganı olan "hayatı kolaylaştırmak" ifadesini hatırlayarak rehavete kapılabiliriz. Ancak tanıştı ımız her yeni ürünün beraberinde sayısızca sorunlar ortaya çıkardı ını farkedince duraksarız. Sahip oldu umuz her yeni ürünün avantajlar yanında bize getirece i sorunlar neler olabilir, birkaç tanesini sayalım.

Öncelikle her ürün, ödenen paraya karşılık alınıp alınamayaca ı tehlikesi ile karşı karşıyadır. Yani ödeyece iniz paranın boşa gidebilece i ihtimali ço u zaman mevcuttur. Sonra ürün için satıcının vadetti i fonksiyonların en az birinin gerçekte bulunmaması ihtimali yüksektir. Üçüncü sorun, sözkonusu ürün bir gıda maddesi ise ortaya çıkarabilece i sa lık, e er bir cihaz ise güvenlik sorunları açısından tahmin edemeyece imiz tehlikeler taşıdı ıdır. Bir sorun daha...Ürün satış sonrası hizmet gerektiriyorsa ortaya çıkan servis sorunları, ricalar, ba ırmalar nihayet yalvarmalar.. Tanıştı ımız her yeni ürün sizi başka başka şeyleri almaya yönltecektir. Sözgelimi hayatınıza ilk defa bulaşık makinesi giriyorsa beraberinde özel bulaşık makinesi deterjanı, parlatma tozu ve makineyi

koruyucu toz gibi yeni ürünler satın almaya, mutfağı yeniden dizayn etmeye mecbur edileceksinizdir. Sizi hayata taşıyacak tek şey ise artık bulaşık yıkamak için yorulmayacaksınız gerçektir. Kısaca tüketim toplumlarının paradoksu "rahat yaşamak için sıkıntı çekmek"tir.

## 2. Pazarlama stratejileri

Ürünlerin çeşitlendirilmesi, ürünlerin tüketici ihtiyaçlarına göre şekillenip pazara süratle ulaştırılmasını gerektirecekti. Bunun için de modern anlamdaki pazarlama stratejilerine ihtiyaç vardı. Örneğin müşteriye saygı ve onu kral ilan etme anlayışı pazarlamanın yeni stratejilerinden biridir. "Müşteri kraldır" vb. deyimler tüketici örgütlerinin de il, üreticilerin buluşudur. Bununla tüketicinin yetki ve sorumluluğu "daha fazla tüketmek" olarak belirlenmeye çalışılır.

Tüketicinin bütün olarak pazarlama sistemlerine karşı yapabileceği bir şey yok gibidir. Piyasada deneyim sahibi her firma, istediği her ürüne rahatlıkla pazar bulabilir ve ürününü tutundurabilir. Pazarlama kavramı gücünü ve etkinliğini "satış"tan alır. Firma ürünü henüz pazara sürmeden önce "sat!" emrini tekrar etmekte. Mal, bir kez firmadan çıkıp toptancılara, bayilere ulaşmaya başladı anda slogan de işir. "Bu malı satmaktan başka yol yok." Son olarak bilinçaltına kadar fethedilmiş tüketici malı görünce: "bu malı satın almalıyım." tepkisini verir.

## 3. Reklam ve medyadaki gelişmeler

Kitle iletişim araçlarının gelişmesiyle (özellikle televizyonun yaygınlaşması)

reklam, hem ekonomik hem de sosyal hayatı daha derinden etkileyen bir güç aracı haline gelmiştir. "Daha çok üretim-daha çok tüketim" anlayışına sahip işletmeler ürettiklerini tükettirmek için kendi malları ve hizmetleri hakkında bilgi verici olmaktan çok duygusal nitelikli, yanıltıcı reklamlara yönelebilmektedirler.

Tüketicilerin zaaflarından yararlanarak sınırsız kazanç elde etme amacına yönelik reklamcılık faaliyetleri çoğu zaman insaf sınırlarını, dürüstlük kurallarının gereklerini, genel ahlakın ilkelerini hiçe sayacak derecede acımasız olabilmektedir. Bu noktada reklamcılığa karşı gerek ulusal düzlemdeki kurullarla gerek uluslararası reklam ilkeleri gibi<sup>4</sup> bulaşıcı kurullarla tedbirler alınmaktadır.

### c. Tüketici nasıl korunacak ya da tüketicinin temel hakları -tarihsel gelişimi izleyerek-

Eski zamanlarda da bugünkü anlamdan farklı olarak tüketicinin korunmasına yönelik bir takım faaliyetler söz konusuydu. Önceleri dini ve ahlaki kurullarla sağlanan bu koruma, sonraları mesleki kuruluşlarla -loncalar, ahilik teşkilatı vs.- güçlendirilmişti. Ancak o zamanlar söz konusu olan tüketici tipinin(müşteri) modern zamanlardaki tüketiciyle pek bir alakası yoktur. Önceki bölümde yer aldığı gibi günümüzdeki tüketiciyi koruma olgusunu ortaya çıkaran etkenlerin hemen hemen hiçbiri eski zamanlarda mevcut de ildi. Sonraları bazı tarihçilerin Batı tarihini tasnifini esas alarak ifade edecek olursak devrimler ve sermaye çağına geçiliyordu.

<sup>4</sup> Bu ilkeler, International Chamber of Commerce (ICC) tarafından düzenlenen Uluslararası Reklam İlkeleri (International Code of Advertising Practice)dir.



Dışlayıcı bir medeniyet olarak Batı, oluşturmaya çalıştığı yeni dünya sistemini ben ve di erleri (West/Rest) karşıtlığı içinde düşünmekteydi. Bu batılı kabul, beraberinde Batı dünyasının; kendi tüketim kalıplarını, davranış modellerini evrenselleştirme çabasını doğurmuş ve bugün Batı, bu çabayı sahip olduğu enstrümanlarla büyük ölçüde gerçekleştirmiştir. Tüketim kalıplarının evrenselleştirilmesi çabası sorunları da evrenselleştirme anlamına geliyordu.

Tekrar başa dönersek 18. ve 19. yüzyılda yeniden şekillenen Batı dünyasının siyaset, hukuk ve iktisat anlayışı liberal ö retiler üzerine bina edilmeye çalışılıyordu. Liberal hukuk ve iktisat görüşleriyle tüketicinin tam rekabet koşulları içinde arz-talep kanunları çerçevesinde kendili inden korunabileceği ileri sürülüyordu. Özellikle Liberal hukuk felsefesinin "sözleşme özgürlüğü" ilkesi pratikte bazı sorunlara yol açıyordu. Akdi ilişkilerde akit taraflar arasında sosyal veya ekonomik bakımlardan dengesizlik bulundu u durumlarda saf liberal anlayışla sözleşme özgürlüğü söz konusu oldu unda zayıf olan taraf, güçlü durumda bulunan di er akit tarafça dikte ettirilebilecek, akit içeri ini kendisi için daha uygun olan pozitif düzenlemelerden vaz geçerek kabul edebilecektir. (Do an, 1996: 153)

İşte liberal hukuk anlayışının da sorunlu olduğu görülmeye başlanmıştı. Bu fark edişin neticesi olarak 19. yüzyıldan itibaren bir kısım akdi ilişkilerde akdin zayıf tarafını korumaya yönelik sözleşme özgürlüğü esasına emredici hükümler yoluyla sınırlamalar getirme gereği hissedildi.

Siyasi iktidar katında düzenleyici tedbirlerin alındığı

bu sıralarda, tüketiciler de çeşitli ülkelerde kooperatifler kurarak kendi kendilerini korumaya yönelik örgütlenmelere yönelmişlerdir. Zaman zaman devletin deste ini de yanına alarak tüketicilerin örgütlenmesini sağlayan bu kooperatif türünden yapılaşmalar üyelerine kısmi yararlar sağlamasına rağmen gittikçe büyüyerek devleşen işletmeler karşısında yetersiz kalmıştır.

Tüketicinin korunması hareketi bu alanda öncü durumunda olan ABD'de 1900'lü yılların başı, 1930'lar, 1960'lar olmak üzere üç ayrı dönem halinde aşamalı bir süreç göstermiştir.<sup>5</sup> Sürekli bir gelişim içinde bulunan "İnsan Hakları"na, 60'lı yıllardan itibaren, "Tüketici Hakları" da katılmıştı. Sosyal ve ekonomik nitelik taşıyan tüketici hakları ilk olarak ABD Başkanı Kennedy tarafından 15 Mart 1962 tarihinde Amerikan Kongresine sunulan özel bir mesajda ortaya konulmuştur. Kennedy bu mesajı ile tüketicinin korunması hareketinin öncülüğünü yapan kişi olmuştur. 15 Mart gününün tüm dünyada "Tüketici Hakları Günü" olarak kutlanması da bundan kaynaklanmaktadır. Kennedy o ünlü konuşmasında dört tüketici hakkından bahsediyordu: 1. Güvenlik hakkı; 2. Bilgi edinme hakkı; 3. Seçme hakkı ve 4. Temsil edilme (sesini duyurma) hakkı.

Avrupa kıtasında bu alanda öncü ve en gelişmiş ülke olarak İsveç ortaya çıkmıştır. İsveç'teki gelişmeler tarihsel olarak ABD'yi biraz geriden takip etmekle birlikte, 1970'lerde ABD'dekine benzerlik göstermiştir. Ayrıca, İsveç 1971'de özel bağımsız "hakemlik büroları" ile di er İskandinav ülkelerince hatta birçok di er Avrupa ülkesinde örnek alınan "pazar mahkemeleri"

<sup>5</sup> Bu dönemlendirmelere ilişkin geniş bilgi için bkz.: Mucuk, 2001, s. 364 vd).

gibi kendine özgü kurumları da geliştirmiştir.

İngiltere tüketicinin korunmasında önde gelen ülkelerden olmasına rağmen, yukarıda belirtilen her iki ülkeden daha geridedir. Nispi olarak biraz daha az gelişmenin kaydedildiği Fransa ve Almanya ise, geniş ölçüde ABD ve İsveç'teki gelişmelerden etkilenmiştir.

Tüketici hakları ayrıca Avrupa Birliği'nin (o zamanlar AT) 1975 tarihli 1. Tüketiciyi Koruma Programı'nda ele alınmıştır. 1981 tarihinde yürürlüğe giren 2. Tüketiciyi Koruma Programı da, Birinci Program'ın ortaya koyduğu temel tüketici haklarını, bunlarla ilgili ilke ve amaçları benimsemiş ve bunları gerçekleştirmeyi hedef almıştır. 1986 yılında yürürlüğe giren Üçüncü Program'la tüketici hakları yeniden gözden geçirilerek *Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü* tarafından ilan edilen 8 temel tüketici hakkı benimsenmiştir. Bunları şöyle sıralayabiliriz.

1-Temel ihtiyaçların giderilmesi hakkı, 2-Güvenlik ve güven duyma hakkı, 3-Mal ve hizmetlerin serbestçe seçilmesi hakkı, 4-Bilgi edinme hakkı, 5- Etilme hakkı, 6-Zararın karşılanması (tazmin edilme) hakkı, 7-Sesini duyurma (temsil edilme-örgütlenme) hakkı, 8-Salıklı bir çevreye sahip olma hakkı

Pratik bir tarzda beş kategoriye indirgenen bu haklara kısaca göz atalım:

### 1. Tüketicinin salık ve güvenli inin korunması

Daha önce belirttiğimiz gibi tüketici hareketlerinin ve kabul edilmiş hakların amacı, modern dünya düzeninin getirdiği yenilik ve hayatı kolaylaştırıcı ürünleri taşıdıkları zararlar yüzünden yok

etmek de ildir. Bu zararlara karşı tüketiciiyi donanımlı hale getirmektir. Örneğin salık a zararları kesin olan hormon ve katkı maddeleri başta Batılı ülkelerde düzenli olarak tüketilmektedir. Ancak firmaların insan salıkını çok daha aır şekilde tehdit eden ürünleri karşısında hukuki müeyyidelerin devreye girmesi bu hakkın korunması için zorunlu olmaktadır. Aslında bu müeyyidelerden önce rekabetin do uraca ı kontrol, otokontrol, test sürecinin işler kılınması daha önemlidir.

### 2. Tüketicinin ekonomik çıkarlarının korunması

Kapitalist düzenin basit çıkar çatışmasının formülü arz-talep'tir. Üretici ve tüketici, alım ve satım güçlerini piyasaya sürerek bir denge noktası oluştururlar. Bu nokta "fiyat"tır. Çıkarı, bir yanda çok mal satabilmek, di er yanda ise ucuz ve kaliteli mal satın alabilmekte olan iki tarafın mücadelesi, sonuçta iki tarafı da memnun edecek bir düzeyde uzlaşmalıdır.

Ekonomik çıkarlarının korunması, tüketicinin alışveriş ve sonrasında karşılaşılabilece i sorunlar konusunda öncelikleri bulundu unu kabul eden bir ilkedir. Ancak pratikte genel olarak tüketici aleyhine işleyen bir sistem devam etmektedir.

### 3. Tüketicinin u radı ı zararların tazmin edilmesi

Satın aldığı bir mal ya da hizmetten dolayı herhangi bir zarara u rayan tüketicinin zararının süratle tazmin edilmediği hallerde, tüketicilerin korundu undan söz etmek de mümkün olmayacaktır. Üretici ve satıcılar, tüketicilerden gelecek

şikayetleri sür'atle de erlendirmeli, sattıkları malın satış sonrası bakımını en iyi şekilde yapmalıdırlar. Ayrıca satıcı, hatalı ya da bozuk bir malı, tüketicinin arzusuna uygun olarak derhal de iştirmeli veya tüketicie parasını iade etmeli ya da tüketicinin tercihine göre ücretsiz tamir veya bedel indirimine gidebilmelidir.

#### 4. Tüketicinin e itilmesi ve bilgilendirilmesi

Günümüzde hızla gelişen teknolojinin sa ladı ı imkanlar, her alanda mal ve hizmet üretimini artırmış, tüketicie sayısız seçenekler sunulmasını sa lamış ve bu yüzden üretim ve tüketim faaliyetlerini farklılaştırmış oldu undan, tüketici e itimini de zorunlu kılmıştır.

Tüketiciler, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetlerin özellikleri ile ilgili her türlü bilgiyi, alım-satım işleminden önce ö renmek hakkına sahip olmalılar. Tüketicilerin bilgi edinme hakkının kullanılmasını sa layan başlıca araçlar malın etiketi, tanıtma ve kullanma kılavuzu, hizmetlere ilişkin fiyat tarifeleri, reklamlar, vb. dir.

#### 5. Temsil edilme hakkı

Tüketicilerin, kendileri ile ilgili olarak alınan kararlarda ve yasa hazırlıklarında temsil edilmeleri gerekir. Bunun için aralarında örgütlenmeleri bir zorunluluktur. Örgütlü bir tüketici grubu, daha güçlü ve daha etkili olacaktır.

Türkiye'ye gelince, bizde tüketici hakları/korunması tartışmaları Batı'daki gelişmelerden çok sonraları (1970'lerde) başlamıştır. Nihayet

cılız kuramsal tartışmaların ardından temel tüketici haklarını esas alarak hazırlanan, 8 Eylül 1995 tarihinde yürürlü e giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla bu mesele kuralsal/hukuksal zemine taşınmıştır.

Bizdeki yasal düzenlemelerin ço unda oldu u gibi tüketicinin korunmasına dair düzenlemelerde de dışsal faktörlerin payı büyüktür. Avrupa Birli i'ne giriş sürecinde Birli in Türkiye için çıkarılmasını şart koştu u "olmazsa olmaz" nitelikteki yasalardan biri de tüketicinin korunmasına ilişkindi. Görüldü ü gibi Türkiye'deki tüketim kültürünün serüvenine de inirken bahsi geçen "küresel basınç" benzeri dışsal faktörler tüketicinin korunmasına ilişkin olan hukukumuzun şekillenmesinde de birinci dereceden rol sahibidir. Yürürlükteki tüketici yasası, kanunun amaç ve kapsamını zikrettikten sonra m.4 - m.20 arasında tüketicie tanınan hakları/kuralsal blo u ihtiva etmektedir. Kanunun m.21 ve sonrasında ise bu kanunla getirilen kurumsal alandaki yenilikler ve kurulan organların işleyişi düzenlenmiştir. Ülkemizdeki söz konusu düzenlemeler içerik itibariyle Batılı mevzuata yaklaşık şeyler içerse de Batı dünyasıyla aynı ölçüde bir korunmadan yararlandı ımızı savunmak oldukça güçtür. O halde hukukun/hakların mevzuatla sınırlandırılmaması mevzusu üzerinde düşünmemiz gerekiyor. Demek mevzuat şampiyonu olmakla korunmanın etkinli i arasında olumlu bir ba ıntı kurmak her zaman mümkün de ildir diyebiliriz.

#### Sonuç

Mevcut sistemde hukuk, ister bir üst yapı kurumu olarak

belirsin ister sistemin işleyişini sürdürmesi için dönüştürücü bir güç olarak kullanılsın. Nihayetinde sistemin ana karakterini belirleyen renklere paralel bir hukuk anlayışı söz konusu olacaktır. Hukuk, tüketicilere çılgın tüketim endüstrisinin sınırlandırılmasını de il en fazla tüketicinin donanımlı hale getirilmesini sa layacaktır. Hukuk sözgelimi insanların zaaflarının keşfiyle ihtiyaçmış gibi piyasaya sürülen bir ürünün piyasaya sürümünü engellemekle de il, o malın ayıplı olması durumunda yenisiyle de iştirme vs. tercihlerle tüketiciyi korudu unu iddia edecektir. Burada hukukun ideallerden (adalet, hakkaniyet vs..) yoksun oldu unu ileri sürmüyoruz. Ancak bugünkü küresel kapitalist sistemin bütünlü ü açısından sistemin parçası olan hukuk mekanizmasının ideallerden arıtılmaya çalışıldı ını görüyoruz. Bu noktada postmodernizm ve bunun ahlak ve hukuk anlayışı üzerinde durmak lazım.

Postmodernizm başta bir fısıltı olarak ortaya çıkmış olsa da zamanla anahtar bir terim olmuş, hukuk ve siyasete yön vermeye başlamıştır. Öyle ki gelece imize bizzat kalıplar çizmeye başlamıştır. Postmodernizm tüm genel ilke ve ölçütleri yadsıdı ndan post-modern ahlak diye bir şeyin varlı ı dahi tartışılmıştır. Çünkü ahlak, davranışların de erlendirilmesini gerektirdi inden daima belirli de er ölçütlerinin önceden kabulünü şart koşar. Üst ilkeleri 'gereksiz davranış zincirleri' olarak niteleyen bu anlayışın yine de bir takım ahlak göstergeleri var. Öncelikle bu ahlak rölatiftir ve kişiler arasıdır. Kişi her durumda somut olayda ötekine karşı sorumludur. Dolayısıyla postmodern ahlak 'ben' ve 'öteki' arasındaki ilişki üzerine temellenmiştir.

Ötekini ihmal eden her davranış ahlak dışıdır. (Türkba , 2000)

'Ötekini ihmal etmeme'nin pratikte neyi temsil etti ine baktı ımızda karşımıza bu teorik izahla çelişen durumlar görürüz. Postmodernizmin 'çok kültürlülük' söylemi ise bu çelişkiyi daha belirgin kılıyor. "Vaclav Havel 'postmodern bir dünyada yaşıyoruz. Jeans pantolonun üzerine geleneksel cübbe giymiş, elinde transistörlü radyosu ve devesinin arkasında Coca Cola reklamı ile seyahat eden bir bedevi çok kültürlü dönemimizin bir ifadesidir' diyor." Bu satırları aktaran Ziyauddin Serdar "Saçma!" diyerek şöyle sürdürüyor yazısını: 'Tüketim bedeviyi özgür de il köle kılıyor. Gerçek çok kültürlülük tüketimde de il güç ve fırsatın eşitçe paylaşımındadır. Postmodernizm farklılı ı kendisi için kutsuyor. Ama gerçekten varolabilecek hiçbir farklılı a imkan tanımıyor. Her şeyin görece oldu u şeklindeki tezleri her şeyin kendi tarihi içinde kendine özgü oldu unu ifade edemiyor. Farklılı ın kültürel özneleri farklılıkları dolayısıyla sadece ululanıyor fakat bunların kendi yaşamlarını kontrol etme hakları ve postmodernizmin mütehakkim e ilimlerine karşı bir direniş olarak kendi kültürlerini yaşamaları reddediliyor.' (Serdar: s.104)

Aslında postmodern ahlak teorisi, modern ahlaki pratiklerin yansıması olarak da görülebilir. Şöyle ki modern yaşama biçimi bireylerine dayattı ı anlayış sonucu her bir modern bireyine pratikte ahlakili i inkar ettirmektedir. Dolayısıyla bir zaman sonra postmodernist olarak nitelendirilen kimi teorisyenler var olan pratik durumdan hareketle "üst-ilkeler" gibi kabulleri saçma, yersiz bulmaya başlamışlardır. Postmodern ahlak ve hukuk anlayışının modernitenin zaafalarını dizginlemek yerine bu

zaafaların üzerinde yükselmesi süregelen krizi daha da alevlendirmektedir.

Çekilmez bir hal alan tüketim çılgınlığına farklı alternatifler öne sürülmüştür. Bu önerilerden biri şudur: bir yaşam biçimi olarak 'gönüllü sadelik' önerisi. Gönüllü sadelik kısaca, zorunlu sadelikten farklı, bireyin dış dünyasında oldu unca sade ve basit, iç dünyasında ise zengin ve derinli i olan bir yaşam sürdürmeye çalışması olarak tarif edilir. Bu konuda öncü ve örnek olacak kimselere ihtiyaç vardır. Ancak örneklik teşkil edecek kimselerin sade yaşamlarıyla sözkonusu sürecin dizginlenmesinde fazla bir katkı sağlayacağını sanmıyoruz. Şöyle ki, modern kapitalizmin şimdiye de in devam edebilmesinde en önemli bütünleyici unsur tüketim unsurudur. İlk bölümde belirttiğimiz gibi sistemin basitçe işleyişi üretilen malların satılarak 'kâr' elde edilmesi üzerine kuruluydu. Bir mal tüketilip onun üzerinden kâr elde edilmedikçe, o malın üretimine devam edilmesinin anlamı olmayacaktır. (Bocock, 1997: 43) İşte bir tarafta kârlarının devamlılığını için bütün araçları kullanan devasa yapılar karşısında, gönüllü sadelik öncüsü olarak gösterilen tiplerin etkileyici, sürükleyici olması oldukça güçtür. Bu önerinin bir garip tarafı da, sadelik çarısında bulunanların öncü/örnek kabul ettiği kişilerin kârlarına halel gelmesini istemeyen kişilerden oluşmasıdır. (Odabaşı, 1999: 151) Bu yüzden müteveffa işadamız Vehbi Koç'un sade yaşamıyla ne kadar örnek olabildiği tartışılır. Hiç şüphesiz "Koç" damgalı ürünler reklam vs. kışkırtıcı araçlarla Vehbi Koç'un sade yaşamından daha cazip gelmiştir ço umuza.

Tüketim eyleminin çılgınlık boyutuna varışını 'virüs

etkisi'nin yol açtığı kışkırtmayla açıklayanlar, tüketicinin kendi adına alacağı her radikal kararı ve böylece geliştireceği önsezileri tüketim virüsünün etkisini azaltacak lokal metod olarak görmektedirler.

(Karaalio lu, 1995: 81) Lokal düzeydeki karşı çıkışlar/radikal kararlar mevcut duruma düşünsel anlamda karşı çıkışı sürekli kılabilir. Örneğin bir kısım insanın cola tüketmemekle Amerikan iktisadını çökerteceğini düşünmek safdillik olur, ancak her ortamda karşılaşabileceğimiz tüketim kapitalizmini simgeleyen herhangi bir ürüne karşı menfi bir karar almamızın **düştü ümüz** durumu **düşünmeye** devam etmemize yardımcı olacaktır muhakkaktır.

### Kaynakça

- Ana Britannica Ansiklopedisi.
- Barbaroso lu, Fatma K., Moda ve Zihniyet, İz Yay., İstanbul: 1995.
- Bocock, Robert. "Tüketim", Ankara, Dost Kita-bevi, 1997
- Böhürler, Ayşe. "Tüketizm", İzlenim Dergisi, Aralık, 1992.
- Davudo lu, Ahmet. "Stratejik Derinlik", İstanbul, Küre Yay., İstanbul: 2001.
- Do an, Vahit. "Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti", Selçuk Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 5, sayı:1-2.
- Gökgöz, B. "Bilgi ve Bilimsel Çalışma Üzerine", Divan, 1997, sayı:3.
- Gürbilek, Nurdan, Vitrinde Yaşamak, İstanbul, Metis Yay., 2001.
- Mucuk, İsmet. "Pazarlama İlkeleri", İstanbul, Türk-men Kitabevi, 2001.
- Mustafa Karaalio lu, "Tüketim Virüsü", İstanbul, 1995.
- Odabaşı, Yavuz. "Tüketim Toplumu", Sistem Yay., İstanbul: 1999.
- Ali Özgüven, İktisat Bilimine Giriş, İstanbul, 1997.

Serdar, Ziyaüddin. "Allah  
Postmodernizmi Bildi i Gibi  
Yapsın!", İstanbullu Dergisi,  
sayı: 1.

Türkba , Ahmet Ulvi: "Postmodernite ve  
Hukuk İdealleri", Adalet, Hukuk  
Devleti, Do u-Batı sayı:13.



# Gelenekten Kop/arılan Ahlak ve Modern Hukuk Algısı

Emrah KULAKLI<sup>(\*)</sup>



Modernlik, 17. yüzyılda Avrupa'da başlayan (ve daha sonraları neredeyse tüm dünya coğrafyasını etkisi altına alan) zihinsel dönüşüm ve toplumsal yaşam ve örgütlenme biçimine işaret eder. Moderniteyi, tüm yaşam düzeylerini açıklamaya çabalayan kuşatıcı bir çerçevede anlamaya çalışmak, daha sağlıklı bir bakış açısı yakalamamıza yardımcı olacaktır. Zihinsel/bilimsel, siyasal, kültürel, teknolojik ve endüstriyel devrimler, moderniteye geçişi belirleyen faktörlerdir. Makalemizin birinci bölümünde, tüm anlayış biçimini oluşturan temel yapıtaşlarını içinde barındırdığına inandığımız zihinsel/bilimsel teşekkül üzerinde çalışacağız.

## Zihinsel/Bilimsel Devrim

Modernizm, yeni bir dünya görüşünün mantığıdır. Modern olmak, geleneğe ait olmayan ve başka yöntemlerle ele alınması gereken bir dünyada yaşamak demektir. (Geleneksel düşünme yapısından) kopuştan önce insan, Tanrı'nın düzenli ve ölçülü bir şekilde yarattığı bir dünyada, doğalla Tanrısal arasında bir araçtır. İnsan bilgisine sunulan bu dünya düzeni, her şeyden önce Tanrı'nın insana seslendiği simgesel bir düzlemdir. Premodern çağın zihinsel evreni, insan ve

dünyanın iki yönünün (maddî ve manevî) organik bir bütün oluşturduğunu ifade etmek olanağı sağlamaktadır. Doğanın tümü, başka bir gerçeklik düzenine bağlı bir veri/gerçeklik olarak yorumlanmaktadır.

Modern zihin algısı, geleneğin insan-doğa-Tanrı arasındaki harmonik ilişkiyi insanın öznel yönünde dönüştürmüştür. Kendine "tek etken" bir güç atfederek "her şeyin ölçüsü ve ölçütü" haline gelmiştir (Heidegger). Descartes'in insanın bağımsızlığını ilanı -bilgiyi yalnızca insan aklı temelinde inşa etmek masanın üstünü temizlememiz gerektiğinde ısrar edişi- da bize bunu anlatır. Bir yandan doğaya antropocentric bir anlam kazandırırken, diğeryandan da Tanrı, insan tarafından konumlandırılmaya başlanmıştır. Böylece; modern bir söylemce, "geleneğe ait olan bir dünyanın büyüsunün bozulması"nın ya da Nietzsche'nin dediği gibi, "Tanrı'nın ölümü"nü hazırlayan bir tahakküm zıtlığı doğurmuştur.

O zamana kadar felsefe, bir hakikatler bütünü olarak anlaşılmuştur. Şimdiyse bu anlayış çökmüş, metafizik mantık, bilgi teorisi ve hatta felsefenin her branşında bir yıkıp yeniden yapılandırılma faaliyeti başlamıştır. Tanrı, her şeyden önce, her alanda insan gücünün bir sınırı demektir. İnsan ne yapmak isterin üzerindeki insan ne

<sup>(\*)</sup> İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üsü.

yapabilir ve ne yapmaya kalkışır zorlamalarıyla kısıtlama. Tanrı, her şeye gücü yetti i varsayılan insanın yapması ya da yapmaya kalkışmasına izin verilecek şeylerin bir sınırını çizmiştir. Emirler(!) insanların bireyler olarak özgürlüklerini sınırlamasının yanı sıra, insanların birlikte, bir toplum olarak koyabilecekleri kurallara da sınır koyar; bu da insanların, dünyanın kurallarını belirleme ve bunları güdüleme konusunda, esasen sınırlı kapasitelerine işaret eder.

Tanrı'yı yerinden kovan ve onun yerini alan modern zihniyet bu engeli kaldırmıştır. Bir de kendine yer açmıştır: Dünya düzeninin yüce yasama ve yürütme sorumlusunun, planlayıcısının ve yöneticisinin işinden kovulmasından do an boşluk... Bu taht, artık insan tarafından doldurulmalıdır. Tüm alan kendi lehine boşaltılmıştır ve her şeyi kapsayan bir düzen ve uyum sa lama her zamanki gibi canlı kalmıştır, ve artık bu makam, insanlık için her zamankinden daha yakın, daha erişilir gözükmektedir. Onu gerçekleştirmek ve geçerli kılmak artık fanilere kalmıştır. Buna ba lı olarak da egemenli in yeni yapısında artık din, toplumun temelinde yer alamayacaktır.

Bunun sonucunda, oluşan akl(etme) tipinin Tanrıyla olan ba lı koparılmıştır; gücün temerküzünde akıl tek başına kalmıştır. Metafizik bireysel-toplumsal yaşam düzene ini kurgulayan dinin metaforları da yapıbo-zumuna u ratılmıştır: Modern öncesi dönemde dinin çıkış noktası Tanrı kaynaklıdır. Modernitenin Tanrılaştırdı ı şey ise akıldır. Öyleyse modernitede din, beşerin tasavvuru haline gelmiştir.

Ortaça felsefesi (aşkın otorite)nin yerine düşünen özne (içkin otorite) hayatın her

alanının merkezine yerleştirilmiş ve her şey bu "sıfır noktası"ndan kurgulanmaya başlanmıştır. (Düşünce ile olgunun birebir mütakabiliyet içinde olması gerekti i yönündeki modern önyargının temeli de buradan gelmektedir.) Toplumsal düzene ilişkin bilginin düzenlenmesi, korunması (ve tekamül ettirilmesi) görevlerini devralan beşer, eski de erlerin yerine koyacak kesinlikler aramasına karşın, dinin güven tesis edici yapısını ortaya koyamamıştır. Metafizik demir atma sahalarının imha edilmesi, modernli in varoluşu ile koşut kuşkunun kurumsallaşmasını sonuçlamıştır. *Ontolojik güvenlik*, varlıkla ya da fenomenoloji terimiyle "dünyada olmak"la ilgilidir. Ancak, bilişsel olmaktan çok, sezgisel köklere sahip bir olgudur. Modern kurumlar/bilgilerin do ası gere i, soyut sistemlerdeki güven düzeneklerine has olan sabit/kesin bir paradigmaya ba lanmazlar ve bunu oluşturmaktan da uzaktırlar. Bilginin (ve düzenin) düşünümsel temellükü, toplumsal yaşama ilişkin sistematik bilgi üretimi, toplumsal yaşamı gelene in de işmezliklerinden uzaklaştırarak sistemin yeniden üretiminin bir parçası haline gelirler. Di er bir deyişle bu, modernli in sürekli olarak sistematik öz-bilgi üretimine do rudan katılmasından başka bir şey de ildir.

Modernli i belirleyen, büyük çapta bir düşünümsellik beklentisidir. Bu da kuşkusuz, bizzat düşünümün do ası üzerine düşünüm geliştirmeyi içerir/gerektirir. Aklın sistemi ve talepleri, gelene inkilerin yerine geçti i zaman, önceki dogmaların sa ladı ından çok daha fazla bir kesinlik duygusu sunuyormuş gibi göründüler. Fakat bu düşünce, ancak modern düşünümselli inin, aklın kesin bilginin kazanılması olarak anlaşıldı ı her durumda, aslında

onu altüst etti ini görmedi imiz sürece inandırıcı olur. Modernlik, bütünüyle düşünümsel olarak uygulanmış bilgidir oluşur; fakat, bilginin kesinlik ile eşitlenmesinin yanlış anlaşıldı ı ortaya çıkmış bulunmaktadır. Baştan başa düşünümsel olarak uygulanmış bilgiyle kurulu bir dünya, o bilginin herhangi bir unsurunun de işmeyece inden hiçbir zaman emin olamayaca ımız bir yerdir. Karl Popper'in deyiimiyle, "bütün bilimler kayan kum üzerinde durur." Bilimde hiçbir şey kesin de ildir ve hiçbir bilimsel çalışma, bize dünyayla ilgili isteyebilece imiz en güvenilir bilgiyi sa lasa bile, kanıtlanamaz. Bu koşullardaki hiçbir bilgi, "bilme"nin emin olmak demek oldu u "geleneksel" anlamdaki bilgi de ildir.

Düşüncenin referans noktası ile ulaşmayı amaçladı ı töze dair gelenekten kopuk olan yeni bilgi türü üzerinde durmak istiyoruz. Felsefe adını alan bu özel düşünce şekli, üzerinde durmamızı gerektirecek kadar önemli bir yeri işgal eder.

Felsefe sözcü ü haddizatında etimolojik olarak "hikmet aşkı"ndan başka bir anlam ifade etmez. Başka bir deyişle, hikmete ulaşmak için öncelikle çözülmesi gereken bir durumu belirtir. O halde felsefe, giriş ve hazırlık niteli inde bir aşamadır; hikmete do ru bir ilerlemedir. Yani hikmetten daha aşı bir duruma tekabül eder. İşte burada zihinde meydana gelen sapma, bu geçiş düzeyini amaç olarak almış ve felsefeyi hikmet yerine koymuştur. Bu da hikmetin anlam olarak içinin boşaltılmasına, dönüştürülmesine ve gerçek niteli inin unutulmasına neden olmuştur. Böylece profan bir felsefe, yani tamamen akli, sözümona saf insancıl bir bilgelik do muş oldu; gerçek geleneksel, akıl üstü ve insani olmayan bilgelinin yerini almış oldu. Modern bilimsel akıl, çehreleri

bilimin metotları tarafından aç ı çıkarılan bir dünyaya tekabüliyet olarak hakikat kavramından mesuldür. Din ve ahlak hakikatın bölgesinden sürgün edilmişlerdir (ve kendilerine yeni bir statü bulmak zorundadırlar).

Modern dünyada yaşamak de erlerin ve anlamların ancak biz onları yaratt ımız sürece var oldu unu kabul etmek demektir. E er bilim bilişsel rasyonelite dünyasını tanımlıyorsa o vakit de er soruları bu dünyanın dışında kalır. Araçsal akıl de erlere hizmet eder, de erlerin ne olmaları gerekti ini söylemez.

Aristo için fizik, metafizi e göre "tali"dir. Yani fizik metafizi e ba lıdır. Bu ba lamda akli da, daha sezgisel bir yaklaşımla tamamlamak gerekir. Fakat modern anlayış ise aksine bilimleri aşan her şeyi inkar ederek veya onları en azından bilinemez ilan ederek ve tabi onları hesaba katmayarak -ki bu pratikte onları inkar anlamına gelir-, bilimleri ba ımsız kıldı ını iddia eder. Aslında bu inkar, olguculuk/pozitivizm ve bilinemezcilik gibi isimler altında sistemli bir kuram haline getirilmesi düşünülmeden önce de vardı. Bütün modern bilimlerin hareket noktasının gerçekten bu inkar oldu u söylenebilir.

Modernli in kaybetti i şey de tam olarak budur: geleneksel anlam tarifleri. Rönesans ve reform, bilim-sanat-din- alanlarında geleneksel ruhla kesinkes ba larını koparmışlardır. Rönesans'la birlikte ün kazanan ve modern uygarlı ın tüm programını özetleyebilen hümanizm de, her şeyi insancıl boyutlara indirgemeyi, üst düzey ilkeleri hesaba katmamayı, simgesel olarak ifade edilirse; yeryüzünü fethetmek bahanesiyle gökyüzünden yüz çevirmeyi içerir. Artık geriye sadece felsefe ve profan bilim, yani gerçek entelektüalitenin

inkarı, bilginin en alt düzeyde sınırlandırılması, hiçbir ilkeye bağlı olmayan olayların ampirik ve analitik incelenmesi bir yılın anlamsız ve belirsiz ayrıntılar içinde da ılma, durmadan birbirlerini çürüten -asılsız- varsayımların, eksik görüşlerin birikimi kalmıştır.

Modern anlayış bilimleri çaresi olmayan dar bir alan içine sıkıştırmıştır. Kendi çerçevesi dahilinde gerçekleşen gelişme derinleşme de ildir; aksine yüzeysel kalmaktadır. Bu anlamda modern tarzda gelişen bilim aynı zamanda ciddiyetini de yitirmiştir. Çünkü ilkelere bağlılık bilime, konusunun elverdiği ölçüde, bu ilkelerin de işmezli ine benzer bir nitelik kazandırmaktadır. Oysa bilim salt de işim dünyasına kapansa, orada salam, kararlı hiçbir şey, dayanabileceği hiçbir sabit nokta bulamaz. Hiçbir mutlak do rudan hareket etmediği için bilim, ihtimallere ve güne/koşula bağlı olarak de işen kaypak bir zemin üzerinde kurgulanmış bir yapıya sahiptir.

Hakikat şu ki; her hangi bir tarzda kutsal sahayla gerçekte çatışan bir profan saha yoktur; sadece bilgisizlik perspektifinden başka bir şey olmayan bir profan görüş açısı olarak bilgi vardır. Bu tip baş aş a bilgi, realitenin en alt düzeyinde bulunan bilgidir. Ne kadar mütevazî olursa olsun bu bilgi, kendini aşan her şeyden, kendisinden üstün olan her gayeden ve bütünsel bilginin çeşitli düzeyleri arasında kendisine meşru bir yer saptayabilecek her ilkedен habersiz bir bilgidir. Çaresiz olarak nisbî bir alan içine sıkışmış ve ba ımsız oldu unu ilân etmek istediği yerde sınırlı kalmış, böylece aşkın hakikatle, yüce bilgiyle her türlü iletişimi gene bizzat kendisi kesmiş oldu undan dolayı bu bilim, hiçbir şeyden gelmeyen ve hiçbir yere götürmeyen bir yapıdadır.

Bu açıklamalar, bilim bakımından modern dünyada nelerin eksik oldu unu kutsal/geleneksel bilim adını verdi imiz bilimle tamamen özdeşleştirdi imiz gerçek bilimi araçsallı ından nasıl bir sapmayı temsil etti ini anlama olana ı verecektir. Belli bir - özel- düzeydeki bilginin sınırlandırılmasından do an modern bilim bu sınırlandırmadan ve sınırlandırmanın ister istemez ortaya çıkardığı sonuçlardan ötürü, bütün entelektüel de erini yitirmiştir. İnsanî tasarımların aksine, entelektüaliteye gerçek anlamdaki bütünlü ü yüklersek; entelektüel sezgiyi inkar etmekten kaçınırsak durum böyledir.

### Bireycilik

Modern yanılığların büyük bir kısmında oldu u gibi, gerçek anlamdaki entelektüalitenin bütünlü ünün yitirilmesinin altında yatan unsur, bireyciliktir. Bireycilik yapısı gereği gelenek karşıtı anlayışa çok benzemektedir.

Kastetti imiz bireycilik, uygarlı ın her alanda tamamen sadece insani de erlere indirgenmesidir. Ayrıca bu sezginin öz alanı olan bilgi düzeyinin, yani en gerçek anlamıyla metafizik in inkarı anlamına gelir. Her şeyden önce birey üstü bir meleke olan entelektüel sezginin inkarı anlamına gelir.

Rölativizmin temellerine de burada rastlamak mümkündür. Bizzat akıl tamamen nisbî oldu u ve haklı olarak ancak nisbî bir alana uygulanabildiği için rasyonalizmin rölativizme evrilmesi, mantıksal bir zorunluluk haline gelmektedir. Üstün bilgi/büyük anlatı kaybolunca gerçek durumuna tekabül eden inkarı/nihilizmi bir kuram haline getirmiştir.

Bireycilik, zorunlu olarak bireyden üstün bir otoriteyi ve bireysel akıldan üstün bir anlama yetene ini reddeder. Bu ikisi birbirinden ayrılamaz. Modern düşünce kayna nını insanüstü düzeyden alan, kelimenin gerçek anlamıyla her türlü manevi otoriteyi ve büründü ü şekli ne olursa olsun özü itibariyle böyle bir otorite üzerine inşa edilmiş her türlü geleneksel teşkilatı dışlayacaktır.

Tartışılmayacak de erlerin de bulundu unu modern bireye anlatmak oldukça güçtür. Modern insan kendi kendisini hakikat seviyesine yükseltmeye çalışaca ı yerde, hakikati kendi seviyesine indirmek istemektedir.

Burada bir kriz hali vardır. İnsanın Tanrı rolüne soyunarak mutlak do ru arayışına girmesi, paradoksal bir biçimde güven merkezinden kendisini sıyırması ile koşuttur: Güvensizlik ve bireysel özgürlü ün genişlemesi paradoksu. Güvensizlik-belirsizlik, insan için her zaman en büyük korku kayna ı olmuştur.

Kendinden hiçbir zaman yeterince emin olmayan insan aklının, kendi dışında temeller arama ve bu temelleri kendi meşru hedefleri listesinden çıkarma yönündeki do al e ilimine karşı çıkan özerk düşünce, kararlılı nını, kendi açık ya da örtük varsayımları da dahil olmak üzere her hangi bir düşünce kurgusunu eleştirel tasarısının dışında bırakmayı reddederek kazanır. Hiçbir sorunun önceden çözüme kavuşturulmamış olması özerkli in olmazsa olmaz koşuludur.

Özerk aklın vermeyi inatla reddetti i (ve özerk kaldıkça da veremeyece i) bir şey varsa, o da, mutlu bir son (iyi bir çözüm) garantisidir. Belirsizlik, ve daha beteri sınırsız bir belirsizlik, hem projelerin hem de hareket zeminlerinin belirsizli i, özerk

aklın içinden sıyrılamadı ı bir durumdur.

Sigmund Freud, Uygarlı ın Huzursuzlu u (metis:1999) adlı kitabında, (modern) uygarlı ın bir de iş-tokuş oldu unu ileri sürüyordu: ba ra basılan bir de er, aynı ölçüde zorlayıcı ve yüre e yakın bir başka de er u runa feda ediliyordu. Do adan, insanın kendi bedeninden ve başka insanlardan gelen birçok tehlikeye karşı güvenlik. Başka bir deyişle, modern uygarlık korkudan kurtulmayı sunar, en azından korkuları olabileceklerinden daha az ürkütücü ve yo un kılar. Gelgelelim uygarlık, bireysel özgürlük üzerine -bazen sert, istisnasız baskıcı, her zaman sıkıcı- kısıtlamalar koyar. İnsanların gönüllerinin arzulanı her şeyin peşine düşmelerine izin verilmez; hemen hemen hiçbir şeyin peşine, kişinin gönlündeki arzuları tamamen tüketecek ölçüde düşülemez. İçgüdüler, sınırlar içinde tutulur ya da bütün bütüne bastırılır ki bu da ruhsal rahatsızlıklara, nevrozlara ve isyana gebe, mutsuz edici bir durumdur. Freud'a göre en yaygın huzursuzluklar ve düzeni tehdit eden davranış tipleri, bireysel güvenlik adına hep birlikte ve ayrı ayrı kazandı ımız şeyler karşılı lında bireysel özgürlü ün çok fazla feda edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Ça ımızın yetkin sosyal kuramcılarının biri olan Zygmunt Bauman buna karşılık, Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları (Ayrıntı: 2000) adlı kitabında, "Freud bugünde yaşasaydı tespitlerini ters çevirmesi gerekirdi" diye iddia eder. Bugün insanların en yaygın dertleri ve huzursuzlukları, yeni bir de iş-tokuşun ürünüdür, ama bu kez sürekli genişleyen bireysel özgürlük suna ında günbegün kurban edilen şey güvenliktir. Bireysel seçim ve kendini ifade etme özgürlü ünün artmasından artık ne

anlıyorsak ona giden yolda, modern uygarlığın sağlaması güvenli in önemli bir kısmını, sağlamayı taahhüt ettiği güvenli inse daha da büyük bir kısmını yitirdik.

Bauman, Siyaset Arayışı (Metis: 2000) isimli eserinde *sicherheit* terimini kullanır. Bu kavram, kesinlik-güvenlik-emniyetin birardalı-ına işaret eder. *Sicherheit*'ın üç bileşeni, rasyonel olarak düşünme ve hareket etme yetisinin bağı oldu özgüvenin koşullarıdır. Bu üç bileşenden herhangi birinin yokluğu ya da zayıflığı büyük ölçüde aynı sonuca yol açar: kendine güvenin daılması, kişinin kendi yeteneklerine ve başka insanların niyetlerine olan güvenini yitirmesi, beceriksizliğin, endişenin, ihtiyatlılığın artması ve ilimi. Bu tür bütün ve ilimler *ezici ontolojik güvensizliğin in semptomlarıdır*: Bilinçsizce izlendiğinde kişiyi sürekli seçim yapma ıstırabından kurtaran, ama artık bozulmuş ve güvenilmezleşmiş olan rutin, vesveseli sorgulamalar karşısında zorlanır ve içinde barındırdığı riskleri açığa çıkarır; daha da beteri, öğrenilmiş tepkilerle yo unlaşıp alışkanlık haline gelemecek ve rutin davranış şeklinde katılaşamayacak ölçüde çabuk kaybederler geçerliliklerini. Yapılan her seçimin istenmeyen sonuçlara yol açabilme olasılığı ve bu sonuçların tam olarak hesap edilemeyeceğinin farkında olunması, kişinin eylemlerinin sonuçlarını daha iyi denetlemesi itkisine de il (bu gerçekçi bir ihtimal olma olasılığını yitmiştir), kendini her türlü eylemin getirdiği risklere karşı sigortalama ve bu sonuçların sorumluluğunu üzerinden atma arzusuna meydan verir.

*Sicherheit*'ın üç bileşeni de içsel (ve dışsal) sürekli ve yo un darbeler almakta; ve hayatın yol işaretlerindeki sallantının ve

varoluşsal yönlendirme noktalarının kaypaklığının, artık daha fazla bilgi edinildiğinde ve daha etkili araçlar icat edildiğinde iyileştirilmesi mümkün olacak geçici bir bela olarak görülemeyeceği bilincini desteklemekte.

## Modern Devlet ve Tahakküm Politikası

Bireyin aşkın değer kiplerinden kurtulması, kendini ontolojik güvensizlik ve dayanaksızlığa sürükler. Fakat bu, modernliğin kesin bilgi ve mükemmel yaşam örgüsü vaadiyle birebir çatışan bir durumdur. Modern söylemin geleneğe itirazı anlatının çıkış noktasıdır; aynı değerleri kendi iç mekanizmaları ile oluşturma çabası, bireyin güdüleniminde ve evrenin tahakküm merkezlerinin başkalaşmasında rol oynamaktadır.

Modern devlet yapısı, yeni bir kutsal iktidar yapısı arayışına karşılık yapılanmış bir niteliğe sahiptir. İnsanların inançlarını, yaşadığı belirsizlikleri ve bu durumun yol açtığı potansiyel kötü etkileri savma iddiasındadır.

Aydınlanma devleti, kendisine birbiri ile yakından ilgili olan iki kuşatıcı alanda işlevselleştirici nitelik yükleyen bir uygulamadır: İlki, devletin gücünü ve iddialarını genişletmek, daha önce din/metafiziğin yerine getirdiği pastoral işlevi devlete aktarmak, devleti toplumsal düzenin yeniden üretimini planlama, tasarlama ve idare etme işlevi çerçevesinde yeniden örgütlemek; ikincisi ise, öreten ve idare eden devletin yönetimi altında olanların toplumsal yaşamını düzenlemeyi ve kurallı hale getirmeyi amaçlayan, terbiye edici eylemin bütünüyle yeni ve bilinçli olarak tasarlanmış toplumsal mekanizmasını yaratmak.



İnsan yaşamının ve insanlı ın birlikteliklerinin biçimlendirilmesi artık yeryüzüne ait insani güçlerin görevi ve sorumlulu u haline gelmiştir. Yeni kesinlik, iktidar ile bilginin ittifakına dayanacaktır. İttifak bozulmadı ı sürece, kuşkuyu gerektirecek herhangi bir neden yoktur.

Burada, Foucault'un yaptı ı birtakım tespit/eleştirilere kulak verelim. Foucault, aydınlanmanın ilerlemeci tarih anlayışını bir tarafa fırlatarak Nietzsche'ci konumun izinden gider: " İnsanlık bir çatışmadan öbür çatışmaya geçerek (gelenek ve gelenek sonrası modern dönemi kastederek) hukukun üstünlü ünün savaşın yerine geçti i bir evrensel karşılıklı a varıncaya dek adım adım ilerlemez; insanlık uyguladı ı her şiddeti bir kurallar sistemine yerleştirir ve bir tahakkümden öbürüne geçer. Buradaki ilerlemenin -ironik bir şekilde-, tahakküm tekniklerinin yayılması ve inceltilmesinde kaydedilen bir ilerleme oldu unu düşünür.

Foucault, modern rasyonelli in cebri bir güç oldu una inanır. Toplumsal ve psişik varoluşun baskı ve (pratikler yoluyla) bireyin tahakküm altına alınması, modern baskıcı teorinin rasyonellik kipiyle ortaya çıkan bir olgudur.

Akla yapılmış en büyük haksızlık, geleneksel ça daki konumunun üzerinde bir statüye taşınmış olmasıdır. Kişi, Tanrıyı öldürdü ü andan itibaren akli kutsal addetmiştir. Üst anlatısını yitiren akıl, kendi üst anlatısını yaratma çabasıdadır ve bu arayış, tüm yaşantı biçimlerini bilgi ve söylemin sistematik bir şekilde inşa edilmesi yoluyla kurallara ba lamaya girişir.

18. yüzyıldan beri söylem patlaması olmuş ve tüm insan davranışları modern söylemin ve

iktidar-bilgi rejimlerinin "emperyalizmi"ne maruz kalmışlardır. Foucault, aydınlanmanın görevinin "aklın politik iktidarı" nı katmerle-mek ve sonunda gündelik hayat uzamlarını fethedecek şekilde bu iktidarı tüm toplumsal alana yaymak oldu unu savunur.

Bundan dolayı Foucault, modernlik karşısında düşmanca bir tutum benimser ve modern rasyonellik biçimlerini indirgeyici ve baskıcı oldukları gerekçesiyle sorunsallaştırır. Modern teorilerin bilgi ve hakikati nötr, nesnel, evrensel kabul etme ya da ilerleme ve özgürleşimin vasıtaları olmak e iliminde oldu u noktada Foucault bunları iktidar ve tahakkümün bütünlüyci bileşikleri olarak analiz eder.

Bilginin nötr ve nesnel (pozitif) ya da özgürleşimci oldu unu düşünen modern teorilere karşı Foucault, bilginin iktidar rejimlerinden kopartılamaz oldu unu vurgulamıştır.

Foucault'a göre modern birey bilginin hem öznesi hem de nesnesi haline gelmiş, "bastırılmayıp" "bilimsel-disipliner mekanizmalar"ın yatakları içerisinde şekillendirilmiş ve(ya) oluşturulmuş, "bütün bir güç ve beden tekni ine göre... özenle imal edilmiş" bir ahlaki -hukuksal-... varlık haline gelmiştir. Foucault'un anladı ı haliyle "özne" terimi çifte anlama sahiptir: Bir kimse hem "birilerine denetim ve ba ımlılık yoluyla tabidir, hem de... (özneler) kendi kimliklerine bir vicdan ya da öz bilgi tarafından ba lanmışlardır. Foucault bu yönüyle, ahlakî bilinç biçimi altındaki öz bilginin, bir kimsenin toplumsal denetimi içselleştirdi i bir strateji ve iktidar etkisinin sonucu oldu u iddiasının izinde yürür.

Foucault aktif özneyi reddeder ve bu nosyonu, öznelerin iktidar ilişkisi içerisinde üretildikleri çeşitli kurumsal bölgelerin eleştirel bir incelemeden geçirilmesini engelleyen hümanist bir gizemleştirme olarak tanımlar.

Foucault'un yaptığı ı betimlemede iktidar, bireysel öznellikleri ve onların bilgileri ile hazlarını oluşturarak, itaatkârlık ve uyumluluk do ururken toplumsal alan boyunca da ılmıştır. Tam da bu, *panopticon* iktidarın uzamlarıdır. *Panopticon*, özel alana açılmış yıpratma savaşına, özel alanı kamusal içinde çözümdürme halidir. Tüm söylemler iktidar tarafından üretilir.

Foucault, genel olarak modernli i giderek artan bir rasyonelleşme, "normalleştirme" ve tahakküm olarak sunarken, Deleuze, modernli i arzusunun herşeye ra men *köksapsal/rhizmatic* kaçış çizgilerini sa layan daraltıcı toplumsal yapılar ve bastırılmış kişilikler halinde bir yere-yurda baskıcı şekilde sahip kılınması olarak karakterize eder. Baudrillard'a göre ise modernlik, garptan saçılarak, kendisini tüm dünyaya homojen bir birlik olarak dayatır.

Ötesinde hiçbir başlangıç olmayan insan, bir sonun (öbür dünya melekesi kaybolmuşsa, uhrevi hayatın sonsuzlu u anlayışı yavandır.) tehdidi altındadır. Ölüm, bu tip bir sonun prototipidir. İnsan olmak demek, hem zaman ba layıcı, hem de zaman ba ımlı olmak demektir. Zaman ba layıcı zihin kendisini ebedileştirmenin bütün gerekçelerine sahiptir, fakat kesin ve tedavi edilemez biçimde geçici bir mahfazada yaşamaktadır. İçinde yaşad ı mahfazanın geçicili i, zaman ba layıcı zihnin ebedili ine ket vurmaktadır. İnsanın kaçınılmaz korkusu, bu konuda hiçbir şey yapamamak ve acziyetini aşamamaktadır. Bundan

dolayı da insan olmak demek aynı zamanda da korkmak ve korkuyu tatmak demektir.

Yaşamı korkularıyla yaşanabilir kılma stratejilerinin tamamının de işmez ilkesi, kişinin dikkatinin, hakkında hiçbir şey yapamayaca ı şeylerden, iyileştirilmesi için u raşabilece i şeylere kandırılmasıdır. Ve u raşmanın işe yaramayaca ı şeyler hakkında duyulacak endişeye mümkün oldu unca daha az yer bırakmak.

Kesinlik ve saydamlık olarak sunulan modernli in projesi, bu ba lamda kendi mutlulu unu sunmaya çalışmıştır. Düzen projesinin -son- ürünü, *kolektif mutluluk* adıyla piyasaya sürülmüştür.

Bu bütünlü ü sa layan da ınık ve karşılıklı gözetim, tek taraflı ve modern *panopticon*un merkezî kulesinde yo unlaşacak biçimde yaratılacaktır. Düzen fabrikalarının yapmak istedi i şey, kesinli in restorasyonu, rast gelenin ortadan kaldırılması ve kendi sakinlerinin davranışlarının yeniden düzenli-kurallı ve öngörülebilir (belirlenmiş) kılınmasıdır.

*Panopticon*'un görüşü, kötülük, kin ya da nefretten örülmez; bilerek zulmeden bir şey de de ildir. İnsanî ilerlemenin muhteşem vizyonu ve bu ilerlemeyi hızlandırma güdüsü daha fazla insanın mutlulu una hizmet anlamına gelir. Behtham'a göre *panoptic* düzen fabrikasının yan ürünü fabrika sakinlerinin mutlulu u olacaktır: "Bunlara ister asker, ister keşiş, ister makine deyin; bunların mutlu olmalarından başka hiçbir şey beni ilgilendirmiyor. Öyle görünüyor ki, sakinler mutlu olmaya yazgılıdır. Çünkü mutsuzlu un en derin kayna ı olan belirsizlik kuşatma altındadır. Belirsizli i varoluşun dışına itin ve onun yerine de, ne kadar keder ve ıstırap verici olursa olsun,

zorunlulu un kesinli ini koyun; bunu yaptı ınız takdirde yeniden do an düzenin mutlu dünyası sizi de saracaktır."

Son kertede modernli in belirsizlik hastalı na yazdı ı ilaç, seçme alanının kapatılmasıdır. Böylece belirsizlik hayaleti sıkıyönetim yoluyla kovulmuş, bunun yerine bireyin dışındaki güçler tarafından kesinlik inşa edilmiştir. Sıkıyönetim gücüyle düzenin yeniden inşasının kuşatıcılı ının mümkün kılınabilmesi için, panoptic kurumların, insanın temas halinde oldu u her platforma taşınması gerekir. Ve modern yaşamamın da yapmaya çalıştı ı şey budur.

### Şiddet Tekeli Olgusu

Max Weber, modern devletin özü diyebilece imiz bir vasfı teşhis ederken, şiddet tekeli için şunları ifade eder: " Modern devlet, bütün siyasal birlikler gibi, sosyolojik olarak ancak kendine özgü somut araçları açısından tanımlanabilir: O da fiziksel güç ve şiddet kullanımınıdır. Buna göre modern devlet, "belli bir arazi içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımı tekelinde bulunan insan toplulu u/iktidar yapısı"nın ifade eder.

Giddens'in da aynı yöndeki açıklaması, "şiddet araçlarının, kesinleşmiş sınırlar içinde başarılı biçimde tekel altına alınması, modern devlete özgüdür" şeklindedir.

Modernli in yaptırımsız yaşaması, balı ın susuz yaşaması gibi bir şeydir. Tarihçi Krzysztow Pomian Avrupa'yı, "bariyer, engel ve yasaklara olan saygının azaldı ı" bir ihlal uygarlı ı, "sınırlar yalnızca ihlal edilmek için vardır"a inanan bir uygarlık ve "marjinal kaldıkları sürece

ihlalleri yalnızca hoş görmekle kalmayıp aynı zamanda da teşvik eden" bir uygarlık olarak niteliyordu. Sınırın ötesindeki şeylere daha iyi oldu una inanılan şekiller vermek için onları e ip bükme ve do ru şekillerdeki şeylerin bulundu u toprakları daha da genişletmek amacıyla sınırı itelemek için büyük bir güç gerekir. Bu güç olmazsa hiçbir düzenleme faaliyeti olmayacaktır. Yine bu olmadı ında; toplumsal yaşamın yeniden üretmenin otomatik mekanizmaları iflas edince, çözülmüş ya da da ılınca da modernlik yaşayamayacaktır.

Modernlik, do ası itibariyle sürekli fethedilecek yeni topraklar ve her daim yeni ihlal işmarları ya da bahaneleri yoluyla kendi kendisini yeniden yaratan ve gençleşen bir sınır uygarlı ıdır. Düzenleme faaliyeti asla tek ve sınırlı bir düzen ı ve temizli in yanında çöplük, güzelli in yanında çirkinlik, kesinli in yanında müphemlik ve düzenli bölgelerin yanında karmaşa üremesine engel olamadı ı için gençleştirici meydan okumaların bitme olasılı ı yoktur (ya da çok azdır).

Weber "zor [kullanımı] devlete has bir araçtır" der. Geçmişte çok çeşitli kurumlar fiziksel zor kullanımını yapıyordu. Ancak bugün devlet kendi başına belli bir toprak parçası üzerinde fiziksel zorun meşru kullanımı tekelini elinde bulunduran bir insan toplulu u/iktidar yapısıdır. Bu devlet tekelinden dolayı yaptırım birbirinden tamamen farklı iki biçime ayrıldı: Meşru-gayrimeşru, zorunlu-gereksiz, istenen-istenmeyen; faydalı-zararlı ayrımları. Birine "yasa ve düzenin infazı" denirken, di erine "şiddet" adı verilir. Fakat bu ayrımın manipüle etti i bir şey var: Kınanan şiddet aynı zamanda düzenleme ve infaz edilecek yasalar için de geçerlidir; ancak

bu ayrımı yapanların kafasında düzen ve yasalar böyle de ildir.

E er düzen yaratımı, şeyleri zorla düzenlili e/kurallılı a sokmak demekse, "şiddetin" anlamı düzensiz/kuralsız zorlama, düzenin eşanlamlısı olan kurallılı ın temelini sarsan bir zorlamadır. İşte bu zorlama şiddettir.

### **Uygar(lık)ın Barbarlı ı: (Modern(ite)**

Modern devletin oluşum sürecinde belirleyici gelişmelere tanıklık etmiş olan 17. ve 18. y.y.'larda uygarlık şiddetten arınma, ondan kurtulma ve şiddeti yaşamın önemli alanlarından tasfiye etme konusundaki daimî sorunu çözmekle yükümlü bir proje olarak tanımlanıyordu.

N. Elias, fiziksel şiddetin devlet tekeline alınmasını, uygarlaşma sürecinin muharrik gücü olarak görür. Şiddet tekelinin oluşumuyla insandan insana yönelen tehdidin sıkı kurallara ba landı ını, hesaplanabilir/öngörülebilir hale geldi ini ve böylece günlük yaşamın sürekli güvensizlik ortamından kurtuldu unu belirten Elias, bunun genel olarak uygar davranış biçimlerinin oluşumu açısından yaşamsal önem taşıdı ını savunur. Acaba bu tespit gerçe i ne kadar yansıtmaktadır.

### **Karşıtlı ın ve İçiçeli in Uyumu**

Uygarlaşma modern toplumların asli ilkesi, barbarlık ise karşıt ilkesi olarak algılanır. Uygarlaşmış modernlik ile modernlik öncesi "barbar" dönem arasında bir ayrım çizgisinin yer aldı ı şeklindeki düşünüşün, bizzat modern toplumların kendileri ile ilgili algılarında

da derin etkileri vardır. Bu keskin ayrımın do urdu u kendine dair iyimserli in temelinde, akla ve akılcılı a duyulan güven yatar: Akıl ve akılcılık yerleştikçe akıldışılı a hasredilen şiddet de toplumsal ilişkilerdeki konumunu yitirecek, aklın verdi i ilhamla yapılanan toplumlar, şiddetle barbarlıktan sıyrılıp, ilerleme sürecini toplumsal düzene yansıtacak.

N. Elias'ın uygarlaşmanın bir yönünü de, fiziksel şiddetin devletin güdümüne alınması şeklindeki de erlendirmesini belirtmiştik. Elias, modernli in uygarlaşma alanındaki kazanımını olumlu bir parametre ile de il, yıkıcı bir potansiyelin kontrol altına alınması şeklindeki olumsuz bir unsurla açıklar. Modernlik buradaki uygarlaştırıcı etkisini, şiddetin ve saldırganlı ın denetlenmesi ve giderek toplumsal ilişkiler a ının dışına itilmesi gibi bir alanda gösterir.

Modernlik/uygarlaşma- barbarlık/şiddet karşıtlıklarını çözümlenmeye ilişkin di er bir yaklaşım, "modernlik ile barbarlı ın ve uygarlaşma ile şiddetin birbirini dışlayan olgular de il, iç içe geçmiş görünümler oldu u şeklindeki yaklaşımdır. Horkheimer ve Adorno'nun "Aydınlanmanın Diyalekti i" adlı eserlerinde barbarlı ı, uygarlaştırıcı modernli in çekirde i veya en azından gizli temel ilkesi olarak görürler.

Modernlik ile barbarlı ın birbirine tezat de il aksine yan yana durdu unu düşünen Z. Bauman da Modernite ve Holocaust adlı eserinde, "uygar toplumun insanların do uştan gelen barbarlık ve şiddet e ilimlerinin büyük oranda yok edildi i ya da en azından baskı altına alındı ı bir durum olarak" çizilen portresini, batı uygarlı ının hegemonyasını

meşrulaştırmaya yönelik üretti i ideolojik bir söylemi olarak sunar. Buna göre, "modern uygarlı ın şiddet içermeyen karakteri tam bir yanılısamadır. Daha do rusu, onun kendini kandırma ve kendini ilahlaştırmasının; kısacası, onun meşrulaştırıcı mitinin ayrılmaz bir parçasıdır. Uygarlaşma sürecinde gerçekte olan şey, şiddetin daha etkili biçimde yeniden düzenlenmesi ve şiddete yeni alanlar açılmasıdır. Şiddetin varlı ına son verilmemiş, yalnızca gözden uzaklaştırılmıştır... Şiddet artık bireylerin erişebilece i alanın kesinlikle dışındaki güçlerin denetiminde oldu u için bireysel ilişkilerde yoktur. "

Modernlik ta başından beri barbarların statüsünü tarihselleştirmiş ve içselleştirmiştir. Buna göre artık barbarlık yalnızca farklı bir yaşam biçimi de il, aynı zamanda geride kalmış/bırakılmış ve yok olmaya mahkum bir yaşam biçimidir. Modern tarih anlayışında barbarlar, "korcu montajı"nın başlıca araçlarından biri olarak görülür. Aynı zamanda kendilerinden kurtulunamayan, aksi, azgın ve inatçı bütün öteki sınıfların üzerine de barbarlık serpilir. Bu şekilde, eskiyi tanımlayan yeni bir patoloji haline getirilir.

Bireye yakıştırılan bir durum da şudur: Daima her uygar insanın içinde pusuya yatmış bir yabancı vardır. Hayvansal ve yabanî içgüdülerle yaşayan akıllı ve modern insan tasarımı... Barbar semptomatı inin böyle her yerde sinmiş olması, devlet yönetimindeki büyük hapisaneleri kendi kendini dizginlemeye çalışan tek tek her bir modern "beden hapisanesi" ile destekler. Ve modernli in verdi i "barbarlıkla olan savaşım"a büyük destek verir.

Uygarlık, kendi oyununun kurallarını kendisi belirlemiştir ve kimin barbar oldu unu belirleme hakkını da tekeline almıştır. Uygar ile barbar arasındaki sınır asla tek boyutlu de ildir ve daima satha yayılır.

Uygarlık ile şiddet arasındaki sınırın artık egemen toprak alanının sınırlarında bulunmadı ı da gerçekten uzaktır. Bauman, bunu şu cümleleri ile açıklı a kavuşturmuştur: "Bizler ile onlar arasındaki" geleneksel ve bildik savaşlar, uygarlı ın barbarlı a karşı ve barışın da şiddete karşı verdi i *kutsal* (vurgu bana ait) savaşlardır ve bir süre daha da böyle olacak. Körfez'e (ya da daha yakın tarihten örnek vermek gerekirse 11 Eylül sonrası uygar(!) tarafından "öteki"ne) yapılan cezaî çıkarma, sadece bunların en yakın ve şaşaalı örneklerinden biridir.

Yukarıdaki uygarlaştırma(!) örneklerinin gerekçesi/söylemi ile yaşamsal olgu ve uygarlık-barbarlık karşıtlı ı içerisinde bize ça rıştırdı ı şeyler hakkında şunlar söylenebilir: (Barbarlıkla koşut) modern öncesi düşmanlıkla en gelişmiş modern silahların ve katliam araçlarının birleşmesi demokrasi vaaz etmenin ve insan hakları promosyonunun muhtemel uygarlaştırıcı etkisini boşa çıkarıyor. Bunlara dayanarak diyoruz ki: İnsanlık aleminden ilelebet kovulaca ı vaad edilen ve hatta zaman zaman kovuldu u iddia/ilân edilen "şiddet potansiyeli olanca hızıyla merkeze geri dönüyor.

### Zıtlıkları Ayıklama Teorisi ve Habermas

Modernli in yıkıcı etkilerine yöneltile eleştirilere bir takım noktalarda farklı perspektifler sunan Habermas, Frankfurt Okulu eleştirel teorisiyle ba daştırılan

di er teorisyenler arasında saygın bir yere sahiptir.

Modernli e içkin barbarlık potansiyelinin nasıl bastırılacağı ve şiddetin tekelleşmesiyle doğan büyük tehdidin önüne nasıl geçile(bile)ceği konusunda eleştirel teorinin savunduğu tez; modernliğin, kendisine eşlik eden uygarlaşma sürecinde kendi içinden ve kendine dönük eleştirel ölçütleri üretmekte olduğu ve ürettiğidir. Bu tezin ayırıcı temel vasfı, "tamamlanmamış bir proje olarak modernliğin, modernlik/uygarlık-barbarlık/şiddet (tekeli) ilişkisi açısından değerlendirildiğinde göze çarpan kendi içindeki yıkıcı potansiyelini teşhis etme ve buna uygun hareket tarzları geliştirme imkanlarını içinde taşıdığıdır. Kendi içindeki barbarlığın izlerini sürme ve teşhis etme yeteneğine sahip olan bir toplum modeli bunu tedavi etme becerisini de bir potansiyel olarak içinde barındırır. Bu açıdan, modernlik bir mütemadi gerilim/zıtlıklar tarihi ve uygarlaşma da bu gerilim/zıtlıklarla başarılı bir şekilde baş etme çabalarının yoğunlaştığı bir süreç olarak anlaşılabilir.

J. Habermas, modernliğin baskıcı ve yıkıcı boyutlarını eleştirirken modernliğin ve onun ilerici bulduğunu övdüğünü güçlü bir şekilde savunmaktadır. Aydınlanmacı rasyonellik projesinin gözden geçirilmesi, akıl kavramının yeniden inşa edilmesi ve özne merkezli rasyonalizm geleneğini eleştirir. Öbür yandan da, karşı aydınlanmacı tüm teorilerin politik/teorik potansiyel tehlike barındırdıkları için eleştirir.

Habermas'a göre, aydınlanma ve rasyonellik, hem ilerici hem de gerici görünüm kazandıran bir çifte miras sunar: Demokrasi, kültürel farklılaşma ve eleştirel akıl ilericiyken, araçsal aklın

hayatın tüm alanlarına uzanması yıkıcıdır. Bu bağlamda düşünür, modernliğin demokratik mirasını savunur ve kendi iletişimsel eylem teorisini savunmak ve tahakküm ile hiyerarşiyi eleştirmek için felsefi bir konum saladığını ileri sürer.

Habermas'ın bir çözüm (önerisi) olarak sunduğu "iletişimsel eylem teorisi", modern felsefe ve toplum teorisinin eleştirisini sunarken, aynı zamanda alternatif bir rasyonellik anlayışı geliştirir. Buna göre, teorisinin "yaşam alanı"nın patolojilerinin (sözgelimi, yaşam alanının para/iktidar sistemi tarafından sömürgeleştirilmesi) teşhis edilmesine ve çareler salanmasına elveren bir kavramsal şema sunduğuna inanmaktadır. İletişimsel eylemin toplumsal rasyonellik, konsensüs, özgürleşim ve dayanışma gibi modern değerlerin muhafaza edilmesine elverişli olduğunu ve böylelikle hem toplum eleştirisi, hem de yeniden inşa için bir temel saladığını ileri sürer.

Son olarak, Frankfurt okulu ve eleştirel düşüncenin, siyaset felsefesi alanında ancak teorik düzlemde kaldığını belirtmekle yetiniyoruz.

### Ahlakın -Modern- Sapmaları

Modern toplum modelinin sunduğu "tasarımsal insan düşüncesi" yapısı, ahlaki davranışın ve yaşayışın kodlarını belirlemede referans noktasının yine kendisi olduğunu anlatır. Bireyler, aklın ve yalnızca aklın hakim olduğu rasyonel olarak örgütlenmiş "şeffaf" bir toplumda hayatlarını sürdürmenin dayanılmaz çekiciliği ile hareket etmektedirler.

Modernlik, tüm göreliliği bir baş belası ve bir tehdit her şeyden önce, kısa süre içinde düzeltilmesi gereken geçici, can



sıkıcı bir durum olarak telakki etmiştir.

Modernli in müphemlikten kesin kurtuluş, evrenselleş(tir)me ve yeryüzü cenneti vaadleri bireysel gereksinimlerin toplumsal gereksinimlere ya da ister bireysel ister grupsal olsun öbür gereksinimlerin üzerinde öncelik verilen bir yüce gereksinime kaymasını sonuçlamıştır: *Toplumsal bütünlük gereksinimini*. Bütünün üyeleri, toplumsal bütünlük gereksinimiyle çelişmeyecek bir tarzda davranmaya zorlanır.

Bu yaklaşıma göre toplum, aslında etkin bir ahlaklaştırıcı güç içerir. Tüm ahlak toplumdan gelir: toplum dışında ahlaklı bir yaşam yoktur: toplum en iyi ahlak üreten fabrika olarak anlaşılır; toplum ahlaksal yönden düzgün kabul etti i davranışı yüceltir, ahlaksızlı ı ise marjinalize eder, baskı altına alır ya da engeller.

Fabrika sistemi, modern toplumun kuramsal modelinin oluşturulmasında metaforik bir öneme sahiptir ve *ahlakın toplumsal üretimi* görüşü onun etkisinin en belirgin örne ini oluşturur. Ahlak dışı davranışın gerçekleşmesi ya yeterince ahlaksal norm olmaması ya da varolan normların hatalı olması şeklinde yorumlanmıştır; hatalı normlar sırası geldikçe, "toplumsal ahlak fabrikasının" teknik ve yönetimsel hatalarına ya da üretim sistemine yabancı faktörlerin karışmasına ba lanmıştır. Ahlak dışı davranış böylece, "toplumsallaştırıcı baskıların" yoklu undan ya da zayıflı ından ve son tahlilde, bu baskıları uygulamak için tasarlanmış toplumsal mekanizmaların kusurlu ya da eksik olmasından kaynaklanan bir normlardan sapma olarak kuramsallaştırılmıştır.

Bu ahlak kuramı, toplumun kendi temel ahlaksal davranış biçimini dayatma hakkını kabul eder ve

toplumsal otoritenin ahlaksal hükümde (de) tekel olmasını onaylar.

Yasa, düzen ile kaos arasında, insan varoluşu ile her şeyde özgür olan hayvan arasında, yaşanabilir ve yaşanmayan dünya arasında anlam ile anlamsızlık arasında durmaktadır. İnsanlara iyi olanı yapma yükümlülükleri söylenmelidir.

Çünkü ideal bir enfüsi ve afaki düzenin nasıl olması gerekti i, tüm insanlık için geçerli olan -tanrıtanımaz- bir kurallar manzumesini gerekli kılmaktaydı.

Bu kurallar katı, tercihen yoruma açık olmayan, icrası mümkün ve etkin olmalıdır. Bunların da eti e ihtiyacı vardır; yani herkes ve yaşamın her anı için olan kurallardan hakimiyet altındaki alanın en ücra köşelerine kadar işleyen, her yerde hazır ve nazır olan bir koda. Kendi tahakkümlerinde olan ve başka türlü de olmayan bir düzeni kendi biriciklikleri ba lamında de il de egemenleri egemen ve yönetilenleri de yönetilen kılan ve bunları daima oldukları gibi kalmaya zorlayan bir ilklerin evrenselli i ba lamında sunacak hukuk biçimine ihtiyaçları vardır. Yani bunlar iyi ve gerçek bir temele dayanan, evrensel ya da evrenselleştirilebilir ve aklın otoritesine -başka hiçbir melekeye benzemeyen herhangi bir konuda bir defalı ına nihai kararı veren ve bunun ardından da hiçbir temyiz hakkı tanımayan bir melekenin otoritesine- dayanan bir eti e muhtaçlardır.

Modernlik etik ça ıdır ve böyle olmak zorundadır. Tıpkı yasanın düzen(ler)i öncellemesi gibi etik de ahlakı öncellemelidir. Ahlak eti in bir ürünüdür. Etik ilkeler üretim araçlarıdır. Etik felsefesi teknoloji ve etik ö retide ahlaki endüstrinin edimbilgisidir. Bu endüstrinin planlanan ürünü, iyilik, ıskarta

ya da standart altı ise kötülüktür. Bu düşünce tarzı, ahlaki etik endüstrisinin ana ürünü olarak görmeye alışık olan herkes için etik ça ının (yani ahlak yasaması ça ının) sonu ahlakın da sonudur.

Bireysel özgürlü ün ahlaki açıdan olumlu sonuçlar vermesinin tek yolu, bu özgürlü ün dış erke dayalı fakat insani yasalarca oluşturulmuş standartlara teslim edilmesidir; bu ise, ahlakın yerine yasayı koymak ve eti i yasanın modeline göre biçimlendirmekten başka bir şey de ildir. O zaman bireysel sorumluluk, toplumsal olarak onaylanmış etik-yasal kurallara uymak ya da bu kuralları ihlal etmek sorumlulu u olarak tercüme edilir.

Bu tür bir ahlak-yasa diyalekti i, inanç sistemlerinden soyutlanarak özerk benlikleri ahlaki duygu, sezgi ve itkilerinin yerine kural ve konvansiyonlardan oluşan yasa(vari) bir kod olan eti in ikamesi, ahlaki sorumlulukları ahlaki benli in kendisinden alarak ya toplumsal olarak inşa ve idare edilen birey-üstü ajanlara kaydırması ya da bu sorumlulu u "hiç kimsenin tek başına sorumlu olmadığı" bir bürokraside eritmesini sonuçlar. Bununla birlikte, di er yandan da "adiaforizasyon" -yani, insani hareketlerin önemli bir kısmının ahlaki yargı ve hatta ahlaki anlamda muaf tutulması- e ilimini ortaya çıkarır. Bu kavramın üzerinde ileride duracağız.

Modern düşüncenin temellerini atan kuramcılardan do al hukukçu Thomas Hobbes, 17. yüzyılın ortalarında, daha sonra modern yasamacı ve vaizlerinin düşünce ve eylemlerine yön verecek bir yargıda bulunuyordu: "... Şurası çok açıktır : İnsanlar, kendilerini korkutarak engelleyecek ortak bir güç olmadığı zaman warre dedi imiz

durumda bulunuyor demektir; ... Böyle bir durum, herkesin herkese karşı oldu u bir durumdur." Bir başka ifadeyle insanlar birbirlerinden korkmamak için hepsinin üstünde bir güçten korkmalıdır. Modern dönemin böyle bir güç merkezi "sadece" aklın sesinin duyuldu u bir-ahlaki-dünya olacaktır.

Burada, modern hayatın alamet-i farikası olacak bir büyük ayrım ortaya çıkmıştır: Akıl ile duygu arasındaki ayrım. Tıpkı düzen ile kaos, uygar yaşam ile herkesin herkesi hedef aldığı bir savaş arasındaki ayrım gibi. Ve özellikle de düzenli öngörülebilir ve denetlenebilir ile olumsal, de işken, öngörülemez ve denetlenemez arasındaki ayrım.

Ahlaki dünya ancak düzenli, muntazam bir dünya olabilir. Ahlaki kişiler de işken itkilerden etkilenmezler. Bunlar sadece - belli bir durumda kişinin ne yapması ve ne yapmaması gerekti ini açıkça belirten - yasa, kural, norm ve ilkeler tarafından sürekli olarak ve sistematik şekilde yönlendirirler. Tıpkı toplumsal yaşamın öteki alanları gibi ahlak da yasa üzerine bina edilmelidir ve ahlakın ötesinde emir ve yasaklardan oluşan (ve yasayı yönlendiren) bir etik kod olmalıdır. Dolayısıyla , insanlara ahlaki olmayı ö retmek ya da onları buna zorlamak demek bu etik koda uymalarını sa lamak demektir. Bu uslamlama ile, "ahlaki olmak" demek toplumsal iktidarın koydu u kuralları ö renmek, ezberlemek ve izlemek demektir.

Akıl ortak bir insan özelli idir; ama bu tikel eşitlik durumunda di er durumlarda oldu u gibi, bazı insanlar öbürlerinden daha eşittir. Felsefeciler saf akla, dar çıkarlarla bulutlanmamış akla daha dolaysız erişim imkanına sahip insanlardır; bu nedenle mantıklı insana hangi tür

davranışın dikte edilece ini araştırmak onların görevidir. Bunu bulduklarında, bulgularını, kendi başlarına bulamayanlara aktarmalı ve bunu, bilen insanların otoritesi ile yapmalıdırlar. Ne var ki, mesajın iletildi i öbür insanlara bulgular yasa biçiminde gelir: kendi seçimlerine içkin bir kural de il, dışarıdan seçimi teşvik eden bir kural. Akıl her insanın özelli i oldu u halde, akıl adına ilan edilen kurallara, ezici bir dış güce itaat edildi i gibi itaat edilmelidir. Akıl adına ilan edilen kuralları, talimatlarını uygulamak için zor araçlarıyla donanmış otoritelerin koydukları yasalar gibi düşünmeliyiz. Ahlaklı olmanın gerekçesi kesinlikle bireysel ve özerk olmakla birlikte ahlaki davranışın gerçekli i ancak yasanın dış erke dayalı gücüyle sa lanabilir.

Modern dönemin, bu amaç için- yani, kuralların izlenmesi yoluyla ahlakın egemen olmasını sa lamak- var kıldı ı en büyük kurum bürokrasidir. Bu kurumun yapısı, duyguların öldürülmesine ya da en azından sınırlandırılmasına dayanır.

Bürokratik iş yapma biçimi, sıkı bir emirler zincirine ve zincirdeki her halkaya biçilen rolün sıkıca tanımlanmasına ba lıdır. Ancak kuşbakışı bakıldı ında görülebilen genel iş, hiyerarşinin tepesinden aşı ya do ru indikçe emirler bölünür. Ve performansın tabanına ulaşıldı ında bu performansı ortaya koyanlar açık ve öngörülebilir seçimlerle karşı karşıya kalırlar. Ancak bu ideal kalıbın do ru biçimde işlemesi için bu iş örgütlenmesindeki bütün insanların aldıkları emirleri izlemeleri ve yalnızca bu emirleri dinlemeleri gerekir. Yani, buradaki insanların hareketleri "kural-güdümlü" dür. Bunun anlamı şudur: Buradaki insanlar, kişisel inançları ve

kanaatleri ya da iş arkadaşlarına, müşterilerine ya da hareketlerini yönelttikleri nesnelere karşı duydukları duygulardan etkilenmeyecektir. Herkes, kişilerin de il, yordamı tamamlayan kuralların yörüngesinde hareket etmelidir.

Kodlanmış bir kurallar mantı ı ile yönetilen bu tür ilişkiler/hareketler yordamsal rasyonalite olarak tanımlanıyor. Önemli olan, yordamı harfiyen izlemektir. Emredilenden başkasını yapmak, bireysel tercih ya da duygular do rultusunda yordamdan sapmaktır.

Örgütlerin, etkin işlemek için faaliyet alanından sürdükleri duyguların en önemlisi ahlaki duygulardır. Ahlaki duyguların, örgütte yürütülen ortak hareketin önüne geçmesi, iki direnç merkezi ile engellenmeye çalışılmıştır:

Birincisi, yüzer-gezer sorumluluk olarak tanımlanan bir fenomendir. E er örgütün üyesi kuralları tam olarak uygular ve üstlerinin kendisine emrettiklerini yaparsa, kendi hareketinin, hareketin hedefledi i nesnelere üzerindeki sonuçlarından kendisi sorumlu olmayacaktır. Öyleyse sorumlulu un sahibi kimdir? Görünen o ki diyor Hannah Arendt, örgütü hiç kimse yönetmiyor; yani örgüt, sadece kendi kendisini yürüten ilkeleri gayri şahsi mantı ı tarafından yönetiliyor. Sorumluluk, örgüt içinde sindirilip ruhu bedeninden ayrıştırılıyor. Dolayısıyla örgüt üyeleri, en i renç/korkunç gaddarlıkların işlenmesinden sonra dahi kendilerini ahlaki ve temiz olarak görmeye devam edebiliyorlar.

İkincisi ise *adiaforizasyon*, - örgüt üyelerinin görevleri sırasında yapılması beklenen ço u şeyin ahlaki de erlendirmeden muaf, deyim yerindeyse, etik olarak nötr, ne iyi ne de kötü

sadece do ru ya da yanlış oldu unun ilanı- e ilimidir.

Örgütsel yükümlülüklerin icrası ba lamında "iyi" ya da "kötü" kategorileri geçerli de ildir. Bu standartların de erlendirilebilece i tek standart, yordamsal do ruluk standartlarıdır.

Ahlaki meselelerin bu şekilde manipüle edilmesi, öznenin ahlaki özerkli inin baltalanması, ne denli uzak ve dolaylı olursa olsun kişinin eylemlerinin sonuçlarından ahlaki sorumluluk duygusunun zayıflatılmasını do urur. Modern örgütlenme insanların hareketlerini bunların kişisel inanç ve duygularından muaf kılmak için tasarlanan bir aygıttır. Burada disiplin, tüm öteki sorumlulukları rafa kaldıran tek sorumluluktur ve kişinin örgüte karşı ödevlerini düzenleyen etik kod, üyelerin davranışlarını etkileyebilecek ahlaki sorunların önüne geçer. Bir di er deyişle modern örgütlenme, ahlaki kısıtlamalardan ba ımsız iş yapma biçimidir. Ayrıca başka bir yönden de, modern örgüt yapısı ısrarla ahlaki olmayı hedefleyen insanın yaşamını güçleştirmektedir. Toplumsal örgüt tarafından kınanan bir bireysel davranış ahlaki olabilir; Toplumun ö ütledi i bir eylem ise ahlak dışı olabilir.

Ahlaki olan ile ahlaki olmayan arasındaki ayrım, otorite ve ba layıcı gücün (örgüt, iktidar v.s.) onu onaylaması ve uygulamasına dayanarak meşru kılınmaz. Bu durumda ahlaki itkiler/kurallar ba lamından koparılmış bir pozisyondadır. Böyle bir etik-kod yaratma çabası, ahlaki baskı altına almaya, kendi amaçlarının önüne koşmaya ya da onu yararlı yahut yararsız olarak gördü ü bir do rultuya yöneltmeye çalışma işlemidir. Yani bu tip bir ahlak toplumun ürünü de il, onun kötüye kullandı ı, akış yönünü de iştirdi i bir şeydir.

Sonuç, ahlakın politikaya boyun e mesi olmuştur. Kolektif vicdan, ahlaki duyguların ve ahlakın yol gösterdi i davranışın tek kayna ı ve garantisi, yo unlaştırıldı, kurumsallaştırıldı ve politik devletin yasal güçleriyle birleştirildi. Ahlaki kapasiteye ve referans noktalarına tamamen el konuldu ve devletleşmeye direnen her şey yasanın gücüyle ahlaksızlaştırıldı.

### **Sonuç Yerine : Toplumsal İktidarın İçsel Dinamikleri ve Hukuk**

İnsan, kendi yetersizli ini Tanrı'nın Kadir-i Mutlaklı ı, kendi kavra(ya)mazlı ını Tanrı'nın Alim-i Mutlaklı ı, kendi ölümlülü ünü, Tanrı'nın bakili i ve kendi dargörüşlülü ünü, Tanrı'nın her yerde hazır ve nazır olmasıyla güvendedir. Dostoyevski'nin "e er Tanrı yoksa her şey mübahtır" deyişi, Tanrı'sız düzenin modern banilerinin en derin korkularının haykırışlarıdır. "Tanrı yoktur"un anlamı şudur: İnsan iradesinden ve insan direnişinden daha güçlü ve insani benlikleri ahlaki olmaya zorlayabilme yetisi olan hiçbir güç yoktur; Aynı şekilde, insanların kendi arzuları ve önsezilerinden daha soylu ve güvenilir olan, insanların görgülü, adil ve do ru -ahlaki-gördükleri eylemlerin gerçekten de öyle oldu unu onaylayacak ve bunları saptıkları zaman yanlış yoldan kurtaracak hiçbir otorite yoktur. Demek ki Tanrı'nın varlı ı insanı hayat tarzı olarak ahlaki olmaya sevkedecektir.

Modern anlayış aslında ahlaki erdemlerin ilahi bilgiye dayanan kutsal kitapların iddia ettikleri gibi dinin alanına girmeden, dine başvurmadan sırf insan aklına dayanarak bir ahlak sistemi kurmanın çabasıdır. Bu, bir yaşam

tarzı olarak, dinin ilahi/metafiziksel temellerden soyutlanması, bir başka deyişle insanın ilahlaştırılması demektir. Lacan'ın ifadesi ile kişi Tanrı'yı öldürdü ü anda bir başka Tanrı bulmak zorundadır. Modern anlatıda yeni Tanrı, geleneksel de erlerin yerine atanan akıl ve(ya) insanın bizzat kendisidir ve aşkın ile irtibat temelinde olmayan bir akıl da, her şeyi kendi (cüzi) iradesiyle yapılandırma ve yorumlamaya çalışmasıyla zavallıdır.

Güven sa layıcı, hayatın hem şahsi hem de toplumsal de erlerini ikame edici yaşam düzenleri olarak dinler araçsaldır. İnsan, hayatını ve kendisini anlamlandırabilmesi için muhtaç oldu u anlam haritası yönünden; Braudel'in ifadesiyle "dinler ölür, fakat din duygusu ölmez."

Din, inanç temeline dayanan bir yapıya sahiptir. İçsel olanla, iman boyutuyla temas halindedir. Modern uygarlıkta bu içsellik tahrip edilmiş fakat yok edilmemiştir. "Logos", de er olarak hiyerarşinin en tepesinde yer alırken, "mitos" da aklın anlamlandıramadı ı hayatı manaya bürüyen bir tamamlayıcı olarak kullanılmıştır. Bunun en tipik örne i, yasako-yucunun, yeryüzü cennetini idealize eden dünya tasavvurudur.

Etik, içkin bir kural de il, tamamen aklın oluşturdu u bir kurallar/de erler bütünüdür. Fakat ahlak felsefesi, bir "iç çaba" olmak zorundadır.

Modern uygarlık için ahlak, hiçbir zaman var olamamıştır. Onun yerini alan şey yasalardır. Böyle bir dünyada ahlak, uyumluluk ve (yasaya) uygun davranış olarak tanımlanmıştır. Bu, Nietzsche'nin sürü ahlakı dedi i konformizminden başka bir şey de ildir. Modern akıl, ahlaki (aşkın) bilgiyi dışlayan bir bilgi anlayışı inşa etmesiyle, ahlaki bir inanç konusu

de il, öznel bir kanaat veya iktidarın güdümünde yapılandırılan yasa temelli bir şekle sokar. İnanca karşıt bir dünyada, ahlak ancak kişisel bir inanç ya da dogmatik bir kanaat meselesi olarak varlı ını sürdürebilir. Her iki durumda da ahlak yapısı, toplumsal/bireysel varlı ı için gereksindi i (üst) otoriteyi kuramaz. Çünkü ahlaki yargılar ancak mutlak do ru ve nesnel temelde, fakat daha da önemlisi evrensel olarak var olabilir. Ahlaki kurallar da ba layıcılıklarını bu evrensel do ruluklarından alırlar.

Fakat aklın özneleştirilmesi izafili i do uracaktır. Mutlak do runun/hakikatin ön kabulü ise akılı araçsal kılar. Kutsala yönelen bir akıl, inanç ile referans noktasına ba lanır. Bu ba lamda aklın merkezi kafa de il kalptir ve imanı de erlerle koşut çalışır. Yani hem sezgi/inanç hem kabul. Dolayısıyla mantık-bilgi-ezgi birbirinden ayrılamaz; paraleldir. Felsefe de ancak böyle bir temele oturtulursa gerçek amacına hizmet edebilir: Vahy/iman amaç, akıl/düşünce ise araçtır. Böyle bir düşünme sisteminde akilla varılan sonuçlarım tamamı, kendi entelektüel sezgimizi destekler nitelikte olacaktır.

Efes'li Herakleitos'un tam da bu konuda söyledi i şudur: "Tanrının kehaneti ne açıklar ne de müphem kılar: O, bir işarettir. İşte, Tanrı kehanetini, yani tebli ini anlayıp bunu kişinin 'ben'ine anlatmakla akıl yükümlüdür. Sa lıklı düşünme (aklıselim) en yüce fazilet ile bilgeliktir. Böyle olan, do ru davranıp konuşur, şeyleri tabiatlarına uygun algılar. "

Sa lıklı düşünme nasıl olur? Birinci şartı nedir? Cevabı yine Herakleitos'dan alalım: "İnsanın gözü ile kula ı ne işe yarar, mühürlenmişse gönül!"

Ahlak, belli bir toplumsal hayat biçiminin isterlerini ifade eder; bu ahlak toplumun üyelerine seslenir. İşlevi, söz konusu toplumsal hayat biçimi ile uyumlu olacak davranışlara rehberlik etmektir. Yani, kamusal olanla özel/içsel ahlakın bütünlük sa laması anlamında, birey ile bireyin toplumsal yaşam ilişkileri arasındaki kompozisyonu oluşturma görevini haizdir.

Ahlak ile hukuk arasında, toplumsal hayat düzenini inşa etme yükümlülükleri yönüyle örtüşme vardır. O zaman, hukuk ile ahlak arasındaki ilişki nedir ve(ya) nasıl olmalıdır şeklinde bir soruyla karşı karşıya kalırız.

Bu soruyu özümleyebilmek için, ahlak ile hukukun ayrıldığı birkaç noktayı kullanmamız gerekecektir. Geçti imiz bölümlerde açıklamaya çalıştığımız hukukun bireye göre dışsal bir karaktere sahip olması, içsel bir nitelik taşıyan ahlakla bu yönüyle ayrılır. Ayrıca, inancın akılla olan ilişkisi de ahlak ile hukuku ayırd edici bir vasıflandırmadır.

Toplumsal ile bireysel yaşam gayelerinin belirlenmesinde referans noktasının inanç/içsel olması gerektiğini belirtmiştik. Bunun tersi bir durum, modern devletin "etik yasa"sı ile ahlakı güdümüne alma çabasında görülür. Bu ise, dışsal bir odak taşıması anlamında, yasakoyucunun iradesinden başka bir şey de ildir. Yasakoyucu, içerisinde sorgulama ve tefekkür mekanizmalarını barındıran ahlakı, yasaları yoluyla manipüle etmesi ile kendisini ve geniş yorumlarsak politikayı ahlaki yargıdan ve meşruiyet sorgusundan azade hale getirir.

Demek ki ahlak, yasayı yargılanabilir kılar. Bu yönüyle hiyerarşik olarak üst bir norm, hukukun beslenmesi gereken temel bir yasadır. Böylelikle ahlak, insan ve toplumun yanı sıra hayata

etki eden tüm faaliyetleri ve kurumlar(ın)ı kuşatan bir kimli in adıdır. Hem bireyselli in, hem de bir tahakküm aracı olarak iktidarın kendi çıkarları, hazları ve arzuları do rultusunda hareket etmesi de bu şekilde denetlenebilir.

Hobbes'in dedi i gibi "insanın birbirinin kurdu olması"nın önleyebilmek için güçlü hukuk sistemleri kurmaktan başka çaremiz yoktur. Hukuk, bu yönü ile hayati bir noktadadır. Fakat, hukukun halledemedi i bir şey de var: İnsanlar hukukla bir yere kadar terbiye edilebilir. Aslolan, insanların kendi kendilerini kontrol edebilmeleridir. Bu da ahlaki bir duyarlılıktan başka bir şey de ildir.

Ahlak zeminine basıp ona uygun ba lamlarda yaşayan kişilerin "dokudukları" "biçimselleştirilmiş insanlar arası ilişkiler a ı", hukuku olması gereken/ideal noktaya taşıyacaktır. Ahlak esaslı hukuk, inanç de erlerine yaptı ı atıfla, kamusal ve bireyselli i aşkın ile irtibat temelinde birleştirmiş olacaktır.

İnsanın özünde serbestiden daha üstün olan bir de er vardır ve bu, serbestiyi denetlemektedir. Bu üstün de er, sorumlulu un, kamu vicdanının ve buna benzer tüm de erlerin temelidir. Ahlakın içselleştirilmesi, kural ve kaidelerin davranışa dönüştürülmesi, böylece şahsiyetli bir kişili in oluşturulması bu iç dinami in harekete geçirilmesiyle mümkün olacaktır. İnsanın iç dünyasında bu nizamı kurmadan toplumsal ahlakı, adaleti ve toplumsal barışı gerçekleştirmek boş bir hayaldir.

### Kaynakça

ARMA AN, Mustafa; *Bilgi ve Hikmet Dergisi*, sayı 9; "Gelenek-Modernlik-Postmodernlik", İst. 1995.



- ARSLAN, Abdurrahman; *Modern Dünyada Müslümanlar*, İletişim Yay., İst. 2000.
- BAUMAN, Zygmunt; *Postmodern Etik*, çev: Alev Türker, Ayrıntı Yay., İst. 1998.
- ; *Parçalanmış Hayat-Postmodern Ahlak Denemeleri*, çev: İsmail Türkmen, Ayrıntı Yay., İst. 2001.
- ; *Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları*, çev: İsmail Türkmen, Ayrıntı Yay., İst. 1997.
- ; *Yasakoyucular ve Yorumcuları-Modernite Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine*, çev: Kemal Atakay, Metis Yay., İst. 1996.
- ; *Siyaset Arayışı*, çev: Tuncay Birkan, Metis Yay., İst. 2000.
- ; *Modernite ve Holocaust*, çev: Suha Sertabibolu, Sarmal Yay., İst. 1997.
- BEST, Steven-KELLNER, Douglas; *Postmodern Teori: Eleştirel Soruşturmalar*, çev: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., İst. 1998.
- DEMİRA, Dilaver; *Umran Dergisi*, sayı 89, "Şimdi Ahlak Zamanı: Batı'nın Etik Krizi", İst. 2002.
- ; *Umran Dergisi*, sayı 92, "Yaban Atı Evcilleştirmek: Modernlik (mi)?" , İst. 2002.
- DURALI, Ş. Teoman; *Kutadgu Bilig*, sayı 1, "Ödev Esaslı Ahlak: Başkaldıran İnsan", İst. 2002.
- GİDDENS, Anthony; *Modernli in Sonuçları*, çev: Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yay., İst. 1998.
- GÖKBERK, Macit; *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, İst. 1993.
- GUENON, René; *Modern Dünyanın Bunalımı*, çev: Mahmut Kanık; Verka Yay., İst. 1999.
- KUÇURADI; İonna, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., İst. 1996.
- (der:) KÜÇÜK, Mehmet; *Modernite Versus Postmodernite*, Vadi Yay., Ankara 2000.
- MACINTYRE; Alasdair; *Erdem Peşinde- Ahlak Teorisi Üzerine Bir Çalışma*, çev: Alev Türker, Ayrıntı Yay., İst. 2000.
- NPRTHBOURNE; Lord; *Modern Dünyada Din*, çev: Şehabedin Yalçın, İnsan Yay., İst. 1998.
- NUTTALL, John; *Ahlak Üzerine Tartışmalar-Eti e Giriş*, çev: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay., İst. 1997.
- PİEPER, Annemarie; *Eti e Giriş*, çev: Veysel Ataman-Gönül Sezer, Ayrıntı Yay., İst. 1999.
- POOLE, Ross; *Ahlak ve Modernlik*, çev: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., İst. 1994.
- SANCAR, Mithat; *Do u-Batı Dergisi*, Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı, "Şiddet- Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", İst. 2000.
- SARIBAY, Ali Yaşar; *Do u-Batı Dergisi*, Etik sayısı, "Politik Teori-Modernite ve Etik", İst. 1999.
- (der:) TEPE, Harun; *Etik ve Meslek Etikleri*, Türk Felsefe Kurumu Yay., İst. 2001.
- TÜRKBA, A. Ulvi; *Do u-Batı Dergisi*, Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı, "Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti", İst. 2000.
- WALTERS, J. Donald; *Moderli in Düşünce Krizi: Anlamsızlık Sorununa Çözümler*, çev: Şehabeddin Yalçın, İnsan Yay., İst. 1995.





# **Postmodernizm ve Hukuk**

## *"Boyutlar Arası Bir Geçiş Yaklaşım Denemesi"*

H. Serdar TABANO LU<sup>(\*)</sup>



Filmi bir açılış yaparsak; atılı bulunan yukarıdaki başlık, yani konumuz, Meeting Joe Black'de uhrevi alemden gelen Azrail'in dünyadaki hayatında muhatap olduğu "ölüm ve vergiler" biçimindeki eşleşmeye dayanamayarak: "Bu ne saçma bir eşleşme böyle!" dediği gibi tuhaf ve garip bir ikili olarak görülebilir ki, sadece tanışma düzeyinde kalan yakınlıkla derlendirdiğimizde farklı gerçeklikleri olan ve birbirini ne masseden ne meczeden ne de celbeden bir ikili olması dolayısıyla yapılan itham do rulaşır. Bu metnin ilk amacı ise tanışıklığı arttırıp olası ithamları geri aldırmasıdır.

Postmodern bir hukuk hakkında konuşmak, kanımızca teorik kırıntılarla yetinmek ve postmodernin üst dilini hukuksal balama dolaylama yoluyla oturtmaktan ibarettir. Ama bu, konunun "zorlama" olduğu anlamına gelmez. Sadece, postmodernizmin klasik düşünsel stratejilerden büyük farklılık göstermesi dolayısıyla teorik sahası ve manevra alanı olarak hukuku etkileyerek, dönüştürebilme potansiyelinin karakteri üzerine "zorlayıcı" bir karşılaştırma ve derlendirme gerektiği anlamına gelir.

Metin, doğrudan doğruya hukuki araştırmalar yapan bir dergiye doğrudan ve amacının hukukun pek de "pozitif ve salt" olmadığını

gösterip inadına hukuku dışarı taşımak istediği ve hukuku çok da müphem bir kavramla andığı için çıkış olarak, postmodern anlatısı ağırlı basan, yer yer hukuka dalan, her biri bir kitap konusu olan başlıkları özetleyen bir yapıda olacaktır. Yine aynı sebeple; sadece ve sadece postmodernin hukukla olan bağlantısı irdelenmeyecek, bunun irdelenebilmesi için asgari şart olan postmodern formasyon ve ana hat da oturtulmaya çalışılacaktır. Postmodernin mahiyetini "oturmuşça" bilindiğini bir veri olarak alamadığımız için, hukuksal yönden daha derin karşılaştırma ve ilişki saptama asıl görevini ise okuyucuların kendisine bırakıp, biz giriş düzeyinde kalacağız.

Postmodernin, modernitenin bir sonucu mu, devamı mı, gelişmiş bir hali mi, inkarı mı, yoksa tamamen reddi mi olduğu, yine ne olduğu da moderniteden postmoderne geçildiği gibi alışılmış soru(n)lar, şimdilik burada sorulmayacak, bunun yanında süregelen tartışmalardan olan postmodernin teorileşip, teorileşmediği tartışmaları ve aradaki bölünmenin mahiyetinin niteliği, postmodern bir kavramsallaştırmanın olanaklılığı gibi teorik alevlere de girilmeyecektir. Zira bu tartışmalar, kendi tanımının yapılmasını bile sorunsallaştıran postmoderne özgü kafa karışıklıklarıdır ki postmodernin "ne o ne de bu" (ve "hem o hem

bu) şeklindeki do asının sirayetidir. Garip bir şekilde postmodernizmin tanımsız olması, sadece postmodern okuması yapılarak anlaşılabilir. Bu nedenle biz, sonuç bölümünde postmodernin paradoksu olarak adlandırdığımız kavramı açıklayınca kadar postmodernin tanımını, anlamını, modernlikle arasındaki farkları, benzerlikleri, teorisyenlerin birbiriyle alakasız postmodernlik anlayışlarını ve terimin tam mahiyetini sonuç bölümünde tartışmak üzere, ama şu an metnimizi bir ayırımı varlığı üzerine temellereyerek, şimdilik tehir etmeyi uygun bulduk.<sup>1</sup>

Postmodern mantığın bizatihi kendisi bize birtakım hukuki ipuçları verir ki ileride tartışacağımız gibi biricik, orijinal bir postmodern hukuk teorisi bulunamaz. Bulunan (belki) postmodernite ve ayrı olarak hukuktur.

Biz, postmoderni bölüp, parça parça analiz edecek ve her bölümün sonunda gelinen noktayı hukuksal çerçevede de erlendireceğiz. Postmodern bir hukuk okumasını sıklıklaştırmak için de felsefik ve hukuksal bazda postmodernin kökü olan modern döneme ilk başta girecek, daha sonra sırayla modern dönemden tepkisel bir kopuş olarak postmodern perspektif yapıtaşlarının ayrıştırılacağı postmodern anatomi, postmodernin çeşitli teknolojik düzlemlerde ortaya çıkan ideolojik yapısının irdeleneceği postmodern arkeolojiye elip nihayet sonuçta geldiğimiz noktayı özetleyeceğiz.

## Postmodernizmin Kökleri

(\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> Böylesi bir analiz için bkz.: Steven Best, Douglas Kellner, *Postmodern Teori*, çev.: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay, 1991. Kitap modernlik ve postmodernlik arasındaki kavramsal ilişkilerle ilgilidir.

Postmodernizm tepkisel, yani "olumsuzla-yıcı aklın" ürünüdür. Olumsuzlayıcı akıl ise oluşturucu akıl tarafından oluşturulmuş olan oluşturulmuş aklı olumsuzlayarak oluşan akıldır.<sup>2</sup> Postmodernite, bu anlamda meşru gerçeklik ile onu oluşturan zihniyet arasına girerek meşruiyetleri deşifre ettiği için postmodernizmin olumsuzladığı moderniteyi ve de modernitenin olumsuzladıklarını anlamlandırmak ve konumlandırmak postmodern bir perspektif için zorunludur. Bunun için bizatihi modernitenin temel aygıtları ve dinamikleri; yani kendisi de il, modernitenin hukukla olan ilişkisini ortaya koyabilmek için ilk başta modern hukuka yön veren modern felsefe irdelenecek, de er üst yapılar bunun üzerine bina edilecektir.

Ayrıntılı bir analiz vereceğimiz beklenmemelidir, zira basitçe yapacağımız, süreçlerin temel donelerini ortaya koymak ve geçişin mahiyetini anlamaktır. Yoksa etraflıca bir kavramsallaştırma yapamayacağız.

Modernite, bazı sorunlara rağmen aydınlanma, hümanizm, kartezyen felsefe ve rasyonalizasyon gibi kavramlarla bire bir akraba oldu için terimler arasındaki farklılıktan çok benzerlik ve mantıki yer de işbirlikli ini kâle alırsak, postmodernin modern eleştirisinin kaynağına geçebiliriz.

## Modern Felsefe

"Aklını kullanabilme cesaretini göster" sloganıyla yola çıkan aydınlanma -kendi tanımlamasıyla- insanın kendi suçu ile düşmüş oldu u bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Sözünü ettiği bu ergin olma durumu ise; insanın kendi aklını başkasının kılavuzlu una başvurmaksızın

<sup>2</sup> Yusuf Kaplan, *AKV İletim Felsefesi Dersi*, basılmamış ders notları.

kullanmasıdır.<sup>3</sup> Kant' a göre aydınlanma ça ı aklın önündeki perdelerin kaldırılacağı insanın ergenlik dönemine ulaşmasıydı.

Kilise geleneğinden çok şey öğrenen ve protestan tecrübelerinden ilham alan modern felsefenin başat dinamiği Rönesans hümanistlerinin yaptığı şey; yani, Tanrı'nın yerine insanı koymaya, insanı evrenin merkezine yerleştirme çabalarıdır.<sup>4</sup> Heidegger'in, Protagoras'tan ödünç alarak dediği gibi; artık her şeyin ölçüsü ve ölçütü, (Tanrı değil) insandır. indirgemeci değil, diyebiliriz ki, tüm modern, aydınlanma ve hümanizm felsefesinin özü, sözü edilen bu "antropocentric" yani insan merkezli, insanın her şeyin referansı, anlam kaynağı yani gösterileni olduğu bir dünya tasavvuruydu. Habermas'ın'da dediği gibi, modernite insanı tüm yaratıkların merkezi ve ölçütü haline gelmesi olgusuyla tanımlanır. İnsan subjektumdur. Tüm varlıkların altında yatandır. Yani modern terimlerle, tüm nesneleştirme ve temsilin en dibindeki şifredir.<sup>5</sup> Bu bağlamda modern dünyanın idesi, insanın doğuşu ve tanrının ölümüdür.<sup>6</sup> Modernite sadece tanrının insan tarafından öldürüldüğü değil, son kertede tanrı rolünün insan tarafından oynanmasını semboller ve insanın tanrısallaştığı bir döneme tanıklık eder. İlk olarak felsefik planda tanrının olmasıyla kazanılan aşkın ile içkin arasındaki sevgiye dayalı dinsel gerilim, moderniteyle aşkın ve içkin arasında nefrete

dayalı ateistik bir çatışmaya dönmüştür.<sup>7</sup> Görünömlere ve üretilen aygıtlara akseden, oluşturulan tüm tasarımların ve dizayn girişimlerinin esası buradan hareket eder. İleride aktaracağımız ötekinin bastırılma sürecinin arka planında da benzer olarak Derrida'nın belirttiği gibi modernitenin metafiziksel yapısı gereği bir dizi ikili karşıtlık yaratması süreci vardır. İlk başta ikili karşıtlık yaratılır, sonra da ikinci terimler birinciye tabi kılınır: Akıl-delilik, batı-doğu, erkek-kadın, uygar-ilkel, birey-toplum, insan-doğa ve nihayet belki de en başta saymamız gereken insan-tanrı.<sup>8</sup> Yani Modern dönemle birlikte tanrı-insan eşleşmesinde görünürde skor, insan "lehine" bozulmuştur.

Modernin kaynağında olan bu tanrı-insan çatışması ise pratiğini göstermekte gecikmemiş, bilimsel devrimlerle de kendini yönlendirerek en birincil özelliğini; kategorik, ayrıma dayalı, sistematik ve mekanik bir tecrübeyi üretmiş, tüm eşleşmeleri savaş meydanına çevirerek, aklın duygulara karşı, bilimin dine ve büyüye karşı, hakikatin önyargıya karşı, bilginin itikada karşı, aklın kalbe karşı, düşünmenin eleştirel olmayan varoluşa karşı, rasyonelliğin duygusalıya karşı, egemenliğin göreneğin yasasına karşı zorlu bir savaşa salık verilmiştir. Sınıflandırmalar burada bitmemiş, kutsalla profanı, ruhla bedeni, fikirlerle şeyleri, zihinle eylemi, özel alanla kamusal alanı birbirine çatışmacı olarak tasarlamıştır. Bu düalizm ise beraberinde ahlak, bilim, sanat gibi nosyonları özerkleştirmiştir. Sonuçta doğa olarak saf bir bürokratikleşme,

<sup>3</sup> Buhm Schrodeer, *Aydınlanma Hareketi ve Felsefesi*, çev.: V. Atayman, Birikim Yayınları, İstanbul, 1984, s. 213.

<sup>4</sup> Zygmunt Bauman, *Postmodern Etik*, çev.: Alev Türker, Ayrıntı Yay., 1993, s. 35.

<sup>5</sup> Kumar Krishan, *Sanayi Sonrası Toplumdan Postmodern Topluma: Çağdaş Dünyanın Yeni Kurumları*, s. 145.

<sup>6</sup> Ernest Wolf Gazo, "Postmodernizmin Aydınlanmayı Ele İtirisi" *slami Araştırmalar dergisi*, no. 1, 1992, s. 9.

<sup>7</sup> Veli Urhan, *Ki İli in Doğası*, Vadi Yay., Ankara, 1998, s. 28.

<sup>8</sup> F. Jameson; F. Lyotard; J. Habermas; *Postmodernizm*, der.: Necmi Zeka, Kıyı Yay., s. 24.

özerkleşme ve uzmanlaşma türemiştir.

Düşünmenin ontolojik yeterlilik olarak ortaya konup insan ve doanın birbirinden ayrıştırılması sonucu, ilk başta bir kod ve format bozulması çalışması yapılarak eski dünyanın büyüğü bozuldu. İnsan ve doayeniden keşfedilerek kozmik alemin "yırtilması", Newton mantığının dizginlediği, tabiatın sosyalleştirilmesi ve yasalarının keşfedilerek "görüntünün kavramsallaştırılması" çalışmalarına insanı yöneltti. Modern bilimde bu aşamada süratle keşif yaparak kuralları çözecek ve arzulanan dünya cennetine kavuşulacaktı. Buradan doanın sürekli iyiye ilerleme fikri sayesinde de, zaman mekanikleştirildi ve kategorileşti. Modernliğin zaman anlayışı çatışmacı idi.<sup>9</sup> Bu tasarlama ve örgütlenme algısı da sosyal hayata yansımış, toplumsal örgütlenme biçimi ve yaşam tarzı de işmiştir. Disipline edici olan bu mantık sonucu merkezî otoritelere yol açılmış, toplumu uygun biçimde kurma görevi sosyolojiye verilmiş ve yeni bir organizasyon biçimi tasarlanmıştır.

Her varlık tasavvurunun dayandığı ve arzuladığı yaşam biçimi oldu gibi, modernlikte kendine has bir yaşantı, yani kendi dünyasını üretti. Modern proje bireyleri devraldıkları geleneksel kimlikten kurtarmayı, dinin yerini toplumsal örgütlenme olarak aklın ve ürettiklerinin almasıyla, toplumun sil baştan, akıl öncülüünde kurgulandığı farklı bir yaşama biçimi vaat ediyordu. Öngörülen ise insanların görmeleri için öbür dünyayı beklemelerinin gerekmediği, cennetin yeryüzüne taşınacağı, kuralların, düzenlerin, asayişin,

standartların, simetrisinin olacağı merkezi bir yapı önderli içinde dizilmiş yeni ismiyle bir "toplum ve vatandaş"tı

.Aydınlanma birbirleriyle yakından ilişkili olmakla birlikte farklı iki alanda gerçekleştirilecek bir uygulamaydı. Bu alanlardan ilkinin devletin gücünü ve iddialarını genişletmek, daha önce kilisenin yerine getirdiği pastoral (düzenleyici, örgütleyici) işlevi devlete aktarmak, devleti toplumsal düzenin yeniden üretiminin planlama, tasarlama ve idare etme işlevi çerçevesinde yeniden örgütlemek, ikincisini ise öreten ve idare eden devletin yönetimi altında olanların toplumsal yaşamını düzenlemeyi ve kurallı hale getirmeyi amaçlayan terbiye edici eylemin bütünüyle yeni ve bilinçli olarak tasarlanmış toplumsal mekanizmasını yaratmak oluşturunuyordu.<sup>10</sup>

Fransız devriminin, hararetle savunduğu yönetilen toplum, merkezî iktidar tarafından bilinçli olarak tasarlanmış toplum varsayımı, sonuçta akıl çağının ürettiği ve aydınlanma çağının sürdürdüğü bir söylemin ürününden başka bir şey de ildi.<sup>11</sup> Modernlikte, düzen kurma ise kaçınılmaz olarak sınıflandırma, tanımlama ve ayrıştırma ve biçimlendirme işiydi. Bu anlamda Zygmunt Bauman'ın dediği gibi modernitenin ortaya çıkışı, vahşi kültürden daha ehil ve sistemli olan bahçe kültürüne geçişti. Gerçekten de biz moderniteyi düzen yaratmanın tevarüs edilen ve alınan geleneksel düzenin bozulmasından ibaret oldu unu ve "varlık"ın daimi bir yeniden başlatma anlamına geldiği zaman ya da yaşam biçimi olarak tanımlayabiliriz. Heidegger'in

<sup>10</sup> Terimler, Zygmunt Bauman'a aittir.

<sup>11</sup> Zygmunt Bauman, *Yasakoyucular ve Yorumcular*, Çev. Kemal Atakay, Metis Yay., 1996, s. 87.



dedi i gibi modernite yerkürenin tamamına (yeni bir) düzen verme istencidir.

Akıl merkezli kurguyla, özne ve nesne, düşünce ve varlık arasında yaratılan ikilem sonucu gerçekli in insanın dışına yerleştirilmesi, gerçekli in tertemiz haliyle ortaya çıkabilece i düşüncesi, yani insanın bütün eylemini kendi dışındaki nesnel bir dünya ile uyumlulaştırma çabası, insano lunu pozitivist bir mühendisli e, bürokratizasyona ve "bilinçli biçimcili e" gebe bırakmıştır. Modern dönem, sürekli bir yazma, yani "makinelere" sürekli çalışması haliydi. Artık Marx'ın ifadesiyle felsefeciler yorumlarla u raşmayacak, dünyayı de iştirecekti. Bu halde bilimin faydasına yönelik şaşmaz inanç, formel mantı in aklın mükemmel örne i oldu u görüşü ve kurumların tam rasyonalizasyonu genellikle moderniteyle birlikte ele alınır.

Sürekli olarak sorgulama ve ba ımsız bir özne yaratma iste iyle, modernite bilgi alanındaki sorunlara yönelir ve evrensel bir bilgi tanımı yoluyla bilginin sınırlarını bulmayı ve ona uygun rasyonel yöntemler üretmeyi amaçlar. Sonuç olarak da evrensel ve genel do rular ve yanlışlar, yani ahlak ve adalete ilişkin yeni yasamalar üretir ve bu anlamda belli çerçevelerde üretilen bilgiler do rultusunda aslında topluma yeni sınırlar ve hatlar çizer. Böylece modernizm bilginin üretilmesi ve aktarılmasına ilişkin yeni norm ve kurallar koyar.<sup>12</sup> Sonuçta ise aydınlanmanın kökeninde bilgiyi yaymak oldu u kadar, yasalılaştırmak, örgütlemek ve düzenlemek oldu u açı a çıkar.

Modernlik projesi, nesnel bilimi, evrensel ahlak ve yasayı

<sup>12</sup> Dilek Dolta , "Postmodernizm, Aporie ve Logos" *Toplum ve Bilim Dergisi*, sayı 41, s. 190.

kendi mantı ı çerçevesinde sanatın özerkli ini geliştirme çabalarından oluşuyordu.<sup>13</sup> Modernlik, amacı nesnel bilimin, evrensel hukuk ve eti in, estetik deneyiminin özerkliklerini geliştirmek ve bunları gündelik yaşamı sömürgeleştiren tek yönlü modernleşme süreci içinde edindikleri biçimden kurtararak yaşam dünyasını zenginleştirmek olan bir projedir.<sup>14</sup> Aydınlanma hareketiyle birlikte özgürlük, akıl, birey, insan hakları, toplum sözleşmesi, laiklik, demokrasi, eşitlik, bilimsel düşünce gibi kavramlar ön plana çıkmıştır. Bunlara ilaveten ahlak, bilim ve sanatın sınırları da aydınlanma hareketiyle ayrılmıştır ki; tüm bunlar Habermas'ın deyişle modernlik projesinin esasını oluşturur.

Netice itibariyle modernleşme; metafizik yaklaşımları ve varlık tasavvurları açısından benzer oldukları için sosyalizm, liberalizm, kapitalizm, gibi ideolojiler üreten, hepsi bir arada bireyselleşme, sanayileşme, sekülerleşme, endüstrileşme, ticarileşme, ilişkilerin metalaşması, kentleşme, bürokratikleşme, rasyonelleşme, bilimsel düşüncenin yükselişi, iletişim tarzlarının dönüşümü ve demokratikleşme süreçlerini anlatan bir terimdir.<sup>15</sup>

## Modern Devlet ve Hukuk

Modern ulus devlet kabataslak modernite-nin felsefik karakteristiklerinden olan rasyonelite, kartezyen mantık, akılcılık ve ilerleme fikirlerinde, yeryüzü cenneti

<sup>13</sup> Ali Ya ar Sarıbay, *Postmodernite, Sivil Toplum ve slam*, leti im Yay., 1994, s. 12.

<sup>14</sup> Tuncay Birkan, *Modernlik Olarak Sosyalizm ve Postmodernizm*, s. 58.

<sup>15</sup> Steven Best, Douglas Kellner, *Postmodern Teori*, çev.: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., 1991, s. 15.

ideallerinde, mekanik zamansal ve mekansal algıda, sosyolojide, Newtonsal belirlenebilirlikte ve teknolojik, bilimsel gelişmelerde hayat bulur.

Modernlik öncesi ça daki güvenlik sa lama ve denetim aracı olan insanlar arası yo un ve karmaşık sosyallik, küçük ve istikrarlı dünyalar, cemaat, aile, dostluk, komşuluk, modern dönemle birlikte tepetaklak olmuştur. Karşılık olarak tüm bunları kapsayan; insanların "do a" durumlarındaki kargaşayı (entropi) önleyecek merkezi üstün bir örgüt -ki bu da ulus devlettir- selamlanır. Toplumsal düzenin temel baremleri olarak cemaatlerin parçalanmasının etkisi uzun vadede toplumun yeniden üretiminde devletin rolünü tamamen de iştiren bir dizi hukuksal girişimi harekete geçirmiş olmasındı. Basitçe cemaatler, yeni sorunlarla başa çıkamıyorlardı. Yeterli ekonomik kaynakları yoktu. Cemaatsel denetim yetmiyordu. Bunun sonunda toplumsal iktidar yeniden düzenlenmeliydi.<sup>16</sup> Modern toplumlarda artık farklı cemaatlerin ya da küçük grupların koydu u ve uydu u normlar ortadan kalkmakta; bunların yerini bilginin, yani akla dayalı gerçe in temeli olarak görülen egemen ve özgür birey ve bu bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen rasyonel adalet almaktadır.

Toplumsal düzen yasalarının keşfine çıkış esasen modernitenin rahmi olan aydınlanma felsefesinin bir yansımasıydı. Bu halde ulus devletten neşet eden modern hukuk, karmaşık, özerk ve aynı zamanda kendi içinde tutarlı bir normlar ve kurallar dizisidir. Modern hukukun meşruiyeti basitçe tanrısal do aüstü hakikatler ya da ahlaki ve etik mutlaklıklardan

<sup>16</sup> Zygmunt Bauman, *Yasakoyucular ve Yorumcular*, çev.: Kemal Atakay, Metis Yay., 1996, s. 87.

gelmez. Bu hukuk, kendi meşruiyetini kendi ilkelerinden ve tutarlılı ından almakta ve kendi yarattı ı kurumların işletilmesiyle yani uygulanmasıyla yaratılmakta ve güvenli i sa lamaktadır.

Devlet, kendini düzenle yaşamın kayna ı, gardiyanı ve tek garantörü olarak gören devletti: Düzeni kaostan koruyan baraj, düzenin nasıl oluşması gere ini bilen ve sadece tüm di er durumları düzensizlik ve kaos olarak ilan etmekle kalmayıp aynı zamanda bunları böyle bir vaziyete düşürmek için gereken güç ve öfkeye sahip olan şey; devletti. Başka bir deyişle düzeni yasamaya ba layan ve ba layıcı bölümler, sınıflandırmalar, tahsisatlar ve sınırların keskinli i olarak tanımlayan bundan böyle modern devletti.<sup>17</sup> Yerel farklılıkları ezerek ve tüm ülkeye ba layıcı evrensel standartlar koyarak son derece büyük bir toprak adına yasama yetkisi olan bakir siyaset topraklarında en azından kral tanrı öldü rolünü oynayan bir modern devlet.<sup>18</sup> Modern ulus devlet yeni bir kuşatma ve görme biçimi dayatmış bir gözlem devletiydi. Savaşlardaki başarısı, ekonomik gücü ve kendi vatandaşlarının gücünde kendini meşrulaştıracak söylem ve aygıtlara sahip olması (örne in hukuk) modern ulus devletini yüceltmiştir.

Modern hukuksal stratejiyi en iyi sergileyen benzetmelerden biri de Zygmunt Bauman'ın "yasakoyucu" tiplemesidir. Bu rol, görüş ayrılıklarını hükme ba layan, amirane ifadeler kullanmayı ve bir kez seçildi inde do ru ve ba layıcı hale gelen görüşleri seçmeyi içerir.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Zygmunt Bauman, *Postmodernlik ve Ho nutsuzlukları*, çev.: smail Türkmen, Ayrıntı Yay., 1997. s. 54.

<sup>18</sup> Zygmunt Bauman, 1997, a.g.e., s. 90.

<sup>19</sup> Zygmunt Bauman, 1997, a.g.e., s. 98.

Yasakoyucu rolünü oynayan ise erken modern ça da olan gözetim gücünün geleneksel faillerinin iflas etmesi sonucu oluşan yeni fail, Modern Hukuk Devletiydi. Yeni hukuki kavramlar tanımlıyor, devlete ait yeni meşru çıkar ve yükümlülük alanı belirliyor, ceza ve ıslah önlemleri icat ediliyordu. Bu ba lamda ola an olarak egemen toplumsal normlardan sapan kişi olan suçlu yani öteki oluşturuldu. Modern suçlu modernitenin görmek istemedi i ama varlı ının devamı için üretmek zorunda oldu u bir vizyon tipi ydi. Bauman'a göre her paradigmanın kendi meşru tipini yaratması gibi düşman oldu u tiplmeyi de yaratması meşruiyet şartıydı. Modern devlette insanları suç işlemeye sevk eden bu konuda duyulan de ersel bir anlam de il, suç işleyenlerin karşılaştıkları kötü durumdur. Kısaca aslında suçsuz suçlu ya muhtaçtır.

Modern dönemde toplumsal alan yeniden şekillenmiş, hukuk da bu yeni tip toplumsallıkta toplumsallı a meşruiyet ve de dayatma üreten yerini almıştı. Heyecanlı yasakoyucu etkinli inin ardında yeni toplumsal tehlikelere uyanık olmak vardı. Yasakoyucular, dikkatlerini efendisiz insanların görünürlü ünü artırma, böylece onları gözetlenebilir hale getirme araçlarına çevirdiler. Kurallar, normlar ve disiplin sayesinde yeniden şekillenen insan, davranışsal olarak yeniden tasarlandı. Örne in Hapishane, Foucault'un iktidar simetrisi ba lamında, karanlık olanı şeffaflaştırmaya, gözetim yoluyla denetimin geleneksel kullanım koşullarının giderek daha etkisiz kaldı ndan bu denetim yöntemini yeniden düzenlemek için koşulları tasarlamaya yönelik aynı güçlü iste in yan ürünüydü. Devlet, geliştirdi i, politik, siyasal aygıtları hukukla tamamlıyor/meşruiyet kazandırıyor, her yerde denetimin görünmeyen

tahakkümün ve baskı rejimlerinin yeni hamili oluyordu. Bu aşamada modern devlet, modern pastorallık ve yönlendiricilik sıfatlarını konuşturarak, modern felsefeden de yardım alarak kendi kodlamış oldu u toplumsallı ın devamı ve insanların itaati için uzmanlaşmış ve özerkleşmiş spesifik "know how" becerilerle donatılmış yeni bir insan mühendisi, e itmen tiplmesi ortaya çıkardı. Bu ideolojik e itmenin hukuk alanındaki ismi; yeni, "biçimlendirici bir bahçıvan" olarak "modern hukukçu" ydu.

Şiddet olgusuna gelirsek; devlet, şiddet tekelinin meşrulu unu devlet tekelinin toplumsal barışı ve güvenli i gerçekleştirme hedef ve işlerinden aldı ı; bir başka deyişle modern devlete bu tekelin, şiddeti toplumsal ilişkilerden tasfiye etme veya toplumsal ilişkilerde şiddet kullanımını en aza indirme karşılı ında verildi i kabul edilir. Sivilleşme ya da uygarlık denen sürecin ancak bunun üzerine harekete geçebildi i de geleneksel açıklama modelinin bir di er kabulüdür. Esasen Hobbes'un da modern devletle bize vadetti i en büyük hediye budur.<sup>20</sup> Ama şiddetin toplumsal barış için kullanılması düşüncesi sözde kaldı. Pratik ve teorik olarak modernite bunu mümkün kılmadı, bilakis "holocaust" gibi şiddet biçimlerini ortaya çıkardı. Yukarıda de indi imiz gibi fizik ve metafizik arası çatışmadan do an kategorileştirme ve düalize etme (bölme, ayırma) gelene i, insanın ipleri kendi üzerine almasına neden oldu. Şiddeti üretecek, yani şiddeti önleyecek merci, kendi koduna ve öngörülerine dayanmayan kendi "dışılarını" tekeline almak için şiddeti kullandı. Sonuçta geleneklerdeki barbarlık,

<sup>20</sup> Mithat Sancar, " İddet, Devlet Tekeli ve Hukuk", *Do u Batı* dergisi, sayı 13, s. 30.

modernli in toplumsal yaşam ve örgütlenme biçimine uygun ve uygar bir dönüşümle varlı ını sürdürdü.<sup>21</sup>

Uygar toplumun barbarlı ı yok etti ini söylemek, batı ideolojisinin meşruluk söylemidir: Modern devlet yan etki olarak şiddet üretmedi. Varlı ını sürdürürebilmek için şiddet üretti. Devlet ve onun elindeki şiddet tekeli salt varolmaları dolayısıyla meşrudurlar. Çünkü toplumun varlı ını sürdürmesi devletin ve şiddet tekelinin varlı ına ve devamına ba lıdır. Bu açıdan şiddet tekeli aslında toplumun özünü oluşturur.<sup>22</sup> Bu tekeli kullanma hakkına erişen devlet; rakip ve tehdit gördü ü her türlü farklıyı, birli i bozdu u ve farklı oldu u için yani denetimden kaçtı ı için ezer. Tekrar Bauman'a dönersek modern devletin makineleri (araçları) bu aşamada iki tür stratejiyi çalıştırır: Biri "yutma"dır. Yabancıları yutarak ve ardından da bunları ayırt edilemez doku haline dönüştürmek Yani basitçe farklıyı benzer kılma, veya ayrımları yumuşatma (asimilasyon). Bir di eri; "kusmak"tır: Düzenli dünyanın sınırları dışına sürmek ve bunların içeridekilerle olan iletişimini kesmek<sup>23</sup> (eleminasyon).<sup>24</sup> Bu meyanda arzulan sosyo-meşru prototip ulus devletin vatandaşı olarak belirir. Yurttaşlık modern dönemin bir buluşu de ildir ama haklar, evrensellik ve demokrasi başlı ı altında ayırt edici bir şekilde, modern şekli, yenidir.<sup>25</sup> Neticede çalışan bu "makineler" (hukuk, bilim, sanat) yurttaşlık bilinci sonucu azınlık söylemleri ve yerel

kadrolar bölücülük bahanesiyle baltalanır, hukukun meşruiyeti tartışmalarının önü kesilir.

Modern dönem özgürlük anlayışı, modern dönem hukuksal projenin iz sürümünü yapabilmek için önemli bir kıstastır. Birey temeline oturan modern toplumda "oluşan" özgürlük; dinin insan üzerine karışamaması ve müdahale etmemesi, kendi gelece ini, insanın kendisinin belirleme hakkı ve siyasal olarak bireyin yönetimde söz sahibi olabilmesiyle ilgilidir. Özgürlük her ne kadar büyük oranda evrensel ve standart olsa da tüm toplumsal yaşamın niteli i, örgütlenme biçimi ve dünyayı algılayış biçimleri özgürlük üzerine birebir etkilidir. Toplumsal düzen belirli bir tip insan anlayışı öngördü ü için neyin özgürlük olup neyin olmadığı ı her sosyal düzene göre de işir. Do al olarak bir toplumda özgürlük olan di er toplumda ahlaksızlık olarak algılanabilir. Bu çerçevede özgürlük büyük oranda olmasa da kısmen ideolojik özellikler taşır. Hukuk ise bu özgürlük anlayışı çerçevesinde sınırlar ve kısıtlamalar koyabilir. Şu halde, modern hukuk normal ve do al olarak modern özgürlük anlayışından, etkilenir. Modern özgürlük anlayışı ise; akıl temelli, rasyonel, seküler ve eşitlikçidir.

Hukuk ve ahlak ilişkisine de kısaca e ildi imizde görürüz ki modern devlet ahlak ve hukuku birbirinden ayırtmıştır. Ahlakı iç mesele haline getirip, bazı kurumlara devreden ulus devlet, sosyal yaşamda ahlaklı olmayı istemeyerek/önermeyerek, yani hukuku ahlakın üzerine yükseltmeyerek, rasyonel ve seküler bir adalet anlayışı çerçevesinde, kanun ve hükümler vazetmiştir. Sonuçta vazdedilen bu hukuk, kilisenin kulluk anlayışından kurtarılan ve tabiata karşı mülkiyet dolayısıyla istedi i biçimde

<sup>21</sup> Mithat Sancar, *a.g.m.*, s. 34.

<sup>22</sup> Mithat Sancar, *a.g.m.*, s. 40.

<sup>23</sup> Zygmunt Bauman. *a.g.e.*, 1997, s. 123.

<sup>24</sup> Terimler Yusuf Kaplan'a aittir.

<sup>25</sup> Christopher Pierson, *Modern Devlet*, çev.: Dilek Hattato lu, Çiviyazısı Yay., 2000, s. 45.

davranabilen kodlanmış bir insan olarak "birey"e yöneliktir. Merkezi ulusalüstü hükümler ise insanın, ahlak, adalet ve özgürlük anlayışlarının evrensel, kapsayıcı ve ortak olduğu düşünülür. Bu düşüncesinden yola çıkılarak yapılmıştır ki; bu düşünce biraz sonra gireceğimiz postmoderniteyle birlikte kırılmıştır.

### Postmodernin Perspektifi

Postmodernizmle birlikte, aydınlanmanın ergenlik dönemine ulaşma çabası ters tepmiş, insanlık çocukluk dönemine gerilemiştir. Geleneksel, kutsal, tikel ve akıldışı olan geri gelmiş aydınlanmanın başladığı yere dönüp dolaşıp başka bir balamda gelinmiştir.<sup>26</sup>

Bauman'ın dediği gibi modernliğin yıkılmaya çalıştığı şeyler, postmodernde öç alıyor: Cemaat, gelenek, kendisine ait olanları sevmek, kendi türüne bağlılık, tutkun olmaların gururu, kökler, kan, toprak, milliyet, bütün bunlar artık kınanan sesler değil, tam tersine bugün kendi iddialarını ispatlamak durumunda olanlar ve ispatlayabileceklerinden şüphe duyulanlar bunların, aleyhine olanlar. Bunları eleştirenler, evrensel insanlığı in peygamberleridir.

Tüm büyük öyküleri(ideoloji/anlatı) içeren açıklama biçimlerine karşı olan tavır, homojen bir toplumun ancak baskı içinde olabileceği düşüncesi, hiç kimsenin elinde olup bitenleri yorumlayacak bir teori ve bilginin bulunamayacağı, bu anlamda insanın ne olup bittiğini bilmediği kapalı ve çıkışı olmayan bir fanusta yaşadığı düşüncesi, dilin toplum için bir üretim olduğu ve bu

yönüyle de soyut bir toplum algısının kurulmayacağı inancı, meta-dillerin yok sayılıp, daha küçük dillerin(anlatıların) hoşnutlukla karşılanması, doğru/yanlış ayrımının küçük/büyük biçimine çevrilmesi, aydınlanmanın cazibelerine kapılarak oluşturulan dünya cenneti, tarih ve devlet felsefelerinin pratik, teorik çıkmazları, tümelci ve organizatör akıl yerine farklılığı vurgu yapan, bilimsel iddiaların ve modern sosyal bilimlerin ideolojik ve masum olmadığı yönündeki inançlar postmodern bir tasavvurun temel bileşikleridir.<sup>27</sup>

Tüm insanlığı kapsayacak, derin soluklu, geniş söylemlerin saçma ve totaliter olduğu düşünülür. Boyutta ayrıklık kazanması, teori ve kuramların, yapısı gereği terörize edici ve çatışmacı olduğu aydınlanmanın altında yatan şiddetin açığı çıkarılması suretiyle ortaya konması, "reçete" veya "proje" dönemlerini sona erdirmiştir. Postmodernitede, kuşkuculuğun ötesi olarak, kuşkunun bizzat kendisi ontoloji, yani hakikat alanına geçmiş, tüm söylemler meşruluğunu yitirme aşamasına gelmiştir.<sup>28</sup> Tümeller içerisinde ifade edilen büyük anlatıların bilimsel olarak desteklenmesi demode, farklı olarak küçük anlatılar cazip hale gelmiştir.

Bilim felsefesi alanında da Wittgenstein'in ikinci dönem çalışmaları, kuantum fiziğinin, newtoncu fiziği alt etmesi ve sonraları birçok gelişme sonucu bilimsel nesnelite duyulan modern güvenin yıkılması, Althusser ve sonrası düşünürlerin (Rotry, Bell, Derrida, Jameson vs.) ortaya çıkması, süyün belleği ve karmaşa teoremleri gibi tüm kozmos düzenlemelerinin yerini kaos

<sup>27</sup> Ömer Demir, *Bilim Felsefesi*, Vadi Yay., 1997, s. 120.

<sup>28</sup> F. Jameson; F. Lyotard; J. Habermas; *Postmodernizm*, der.: Necmi Zeka, s. 56.

<sup>26</sup> Pauline Morie, a.g.e., s. 45.

teoremlerinin alması, rölativizmin bilime sokulması ve bizatihi bilimsel kuşkuculuğun, bilimin kendi üzerine uygulaması postmodern "perspektif"le beraber anılırlar. Modern dönemdeki bilimin yapısındaki tahakküm ve denetim, otorite, şiddet açığı çıkmış, mit haline gelen, fetişleşen pozitivist bilime duyulan güven kesilmiştir. Bilimin oynadığı "oyun" öbür oyunlarla eşdeğer hale gelmiştir. Bilimin kendi oyunundan sorumlu olduğu ve diğer dil alanlarına müdahale etmemesi gerektiği, bilimin üstünlüğüün yerini almaya başlamış, ve nihayetinde bilimin meşruiyetine gölge düşmüştür.<sup>29</sup>

Modernitenin üzerine titrediği sosyoloji de, "şifre bozma" operasyonundan nasibini almıştır. Sosyolojinin modern devlet ve modern toplum koşullarında anlam bulduğu, belirli bir tip yaşam ve örgütlenme biçimini insana giydirdiği ve yapısal olarak söylemsel algılayış, temsil edilmiş ve yapılaşmış biçimleriyle beraber modern dönemin kamu teorisini ve kurallarını oluşturduğu için sinsi bir "ajan" olması dolayısıyla, kendi üzerine düşünsel çabalar başlamış, sosyolojinin anlatısı ve masumiyeti sorunsallaşmıştır. Meta sosyoloji ya da sosyal teori denilen bir düzlemde geleneksel sosyolojinin dayandığı modern "yön veremeye" kopmaz bağı ortaya çıkarılmıştır.

Modernizmin ve ulus devletini gözetleyici ve denetleyiciliği yönündeki eleştirel perspektiflere geri dönersek; postmodern bir "perspektifte", "demir kafes" denen modern toplum, dinami içindeki kolonyal ve sömürücü felsefe sonucu sürekli hegemonya, otorite, tahakküm ve gözetim üretmiş, tüm baskı ve sindirme operasyonlarını toplum üzerine salmıştır. Postmodernite ise "modern" olan

her şeye lanet ve beddua okuyan, ne ileri sürdüğünden ziyade neyi yadsıdığıyla karakterize edilebilen bir umutsuzluk halinin ideolojik formülasyonudur. Postmodern; modern çağında da aydınlanma hareketinin de erleri açısından bir yıkıntı, modern Avrupa'nın üzerinde dolaşan ikinci bir hayalet olarak nitelenmektedir.<sup>30</sup> Modernizm, bu anlamda kırılan ümitler ve gerçekleş(e)meyen vaatler karşısında bir protesto, aynı zamanda bu vaat ve ümitlerin ne derece ciddiye alındığı konusunda bir tanıklıktır.<sup>31</sup> Postmodern bir mantıkla; modern devletteki aklın emirlerine uygun olarak toplumu dönüştürme özlemi ilerleme ve uygarlık demek de ildir. Sadece de işme ve "uygar barbarlık" demektir. Kilise ve insan merkezli dünya görüşlerinden sonra postmodernite, merkezsiz ve kararsız bir düşünce biçimini temsil ediyordu. Belirlenimciliği de il belirlenemezliği, birliği de il çeşitliliği, sentezi de il farklılığı, birleştirmeyi de il bölmeyi, basitleşmeyi de il karmaşıklığı önemseyen, hiçbir kıstas ve referansın olmadığı, dolayısıyla pergelin ucunun dokunduğu yerlerin sürekli de iştiği, müphem ve belirsiz, yön yitirici bir pratik üreten postmodernite, politik anlamda eski temsil biçimlerinin yadsındığı, anlamın ve "netin" aranmadığı bir tecrübedir.

Modern dönemdeki, akla dolayısıyla insana indirgenemeyen tüm bilgi ve değerlerin hayattan kovma idealinin uzun yıllar kendini muhafaza etmesine rağmen, hedef olarak konulan kalkınma, ilerleme, demokrasi insan hakları gibi bütün insanlığı kucaklaması öngörülen projelerin, hukuksal örgütlemelerin hayata

<sup>30</sup> Gencay Aylan, *Postmodernizm*, mge Yay., 1999, s. 34.

<sup>31</sup> Zygmunt Bauman, *a.g.e.*, 1997, s. 133.

<sup>29</sup> Kumar Krishan, *a.g.e.*, s. 148.



geçirilememesi, evrensel ilkelerin hayata geçirmeyi de il, egemenlik ilişkilerini sürdürmeyi amaçladığının ortaya çıkması, yine demokrasi ve insan hakları söylemlerinin taşıdıkları çifte standartların da ortaya çıkması, insan merkezli batı düşüncesinin tüm versiyonlarının sorgulanmalarına yol açmakta, onların tüm insanlığın da il, belirli insanların yahut toplumların çıkar ve mutluluğunu amaçladığı inancının yaygın olarak kabul görmesini kolaylaştırmaktadır. Postmodernizm, egemenlik kültürünün artık aklanamaz olduunu düşünen bir çıkışıdır. Postmodernlik bireyin kaderine yapılan her türlü müdahalenin kaldırılması suretiyle, bireyin düzensizleşmesini sağlamaya yönelik olarak yaşamaktadır.<sup>32</sup>

Postmodern bir perspektife göre, emprisizm ve rasyonalizmin yaptığı gibi gerçekliğin bilgisi nihai özlere veya temellere indirgenemez. "Bu yüzden indirgemeciliğe, özcülüğe ve temelciliğe karşı direnmek gerekir. Doğular ulaşılan değil, üretilen bilgilerdir. Yani bilgiler hakikatten doğmaz. Bu nedenle hiçbir anlayış, yahut yaklaşım, doğru-yanlış, iyi-kötü, güzel-çirkin gibi kategorileri kendi tekeline alamaz." Postmodernizm otomatik olarak dünyanın ayrıcalıklı olmadıkları bir gerilim alanında artık ilerleme karşısında gerileme, sol karşısında sağ, şimdi karşısında gelecek gibi kategoriler içinde kavranamayacak bir gerilim alanında işlemekte olduğunu iddia eder.<sup>33</sup> Yine benzer olarak insan doğası kavramının içeriğinin büyük oranda kültür bağımlı olduğunu gösterilmesi tüm insanları içine

alan genellemelerin, aslında belirli bir kültürün içinde anlamlı olan davranış biçimlerinin ve o davranış biçimlerini sembolize eden kavramların ırk temelli (etnocentrik) bir şekilde diğer kültürlerle de dayatılmasından başka bir şey olmadığını sonucunu getirmiştir.

Bu bağlamda hukuka dönüp Bauman'ın modern devletteki söylediklerine kaldığı yerden devam edersek; postmodern stratejiyi en iyi sergileyen şey, "yorumcu rolü" benzetmesidir. Bu rol bir topluluğa özgü gelenek içinde dile getirilmiş ifadeleri bir başka geleneğe dayanan bilgi sistemine anlaşılabilir şekle tercüme etmeyi içerir.<sup>34</sup> Temizleme faaliyetleri toplumsallaştırma ve merkezsizleştirme işlemi asla ölmemiş olsa da günümüzde yerini daha fazla düzensizleştirmeye bırakmıştır.

Her düzenin kendine karşı direnişi suç sayma ve var sayılan ya da gerçek düşmanları yasadışı ilan etme işlemi iliminde oldukça açıktır. Postmodern bir hukuk perspektifi, hukukun bizatihi kendisi üzerine stratejiler geliştirmesidir. Sosyal düzen, özgürlük, hukuk ve adalet arasındaki bağ ortaya çıkarılmıştır. Bu anlamda her hukuk düzeninin kendi paradigmasını besleyecek hukuksal yapıyı tesis ettiği ve modern hukukun şiddet tekeli üzerine alarak ve bizatihi bunu kullanarak bu şiddet tekeli unutturduğunu ve kendi hukukunu uygulayarak hukuka meşruiyet kazandırdığını anlamışlardır. Modern dönemde hukuk yaptığı işi yapıyordu çünkü bu işi yapıyordu. Sözleşme ve katılım ise hiçbir zaman hukukun bizatihi kendisi üzerine yönelebilecek bir aygıt değildi. Hukukun yaptığı işlemlerin ise bizim adalet duygumuzu yarattığını

<sup>32</sup> Zygmunt Bauman, a.g.e., 1997, s. 136.

<sup>33</sup> Sezgin Kızılcık, Postmodernizm: "Modernlik Projesine Bir Bağ Kaldır", *Türkiye Günlüğü* dergisi, 30 Ekim 1994.

<sup>34</sup> Zygmunt Bauman, a.g.e., 1996, s. 55.

aşıkardı. Bu anlamda ceza, yasa demekti veya tersten okursak tüm kanunlar cezaydı. Çünkü dini veya ilahi bir referansı olmayan yasama, aşkın gerçeklikler üzerine de il, akılcı bir düzenleme ve denetim ürünü kodları pompalıyordu, ki bu şiddetin ta kendisiydi. Bu anlamda kanunun yasakları ve ceza, sistemin sınırlarına muhalefetti. Suç işlenmemesi gerekiyordu, çünkü cezası vardı. Arınma ve temizleme gibi de erlerin, rasyonelle yer de iştirilmesi sonucu sistem kendi hukuksal mekanizmalarını örgütledi ve postmodern bir çıkışa neden olacak iktidarı yaydı.

Modern hukuk, postmodern perspektifte ilk elde, şiddet hakkını üzerine alarak ve bizatihi bu şiddeti kullanarak meşrulaştırmıştır. Çok basit ki yasama faaliyeti, şiddet faaliyettir.

Bauman'ın yerinde tespitiyle; insan hakkı bugün bizim yeni görmeye başladığımız fakat daha da önemlisi görebildiğimiz ve görmemiz gerektiği gibi yasama ürünü de ildir ve doğru olan tam tersidir. Bu, gücün, yürürlükteki yasaların, siyasi söylemlerin ve oturmuş hakların sınırını çizen şeydir.

Modern dönemin vazgeçilmezleri; bilimin, sosyolojinin ve toplumsal düzenin sorunsallaşmasıyla hukuk da sorunsallaşmıştır. Bu aşamada postmodernizm batılı hukuklara karşı bir tepki, bir direniş, bir karşı söylemdi. Modern hukukun nasıl da iktidarın bir aleti oldu ve gizli bir itaati yansıttığını anlaşıldı. Yasanın din dışı kutsallığına itirazlar yükseldi. Postmodernite hukukun retoriğini ve analitiğini meşru olmaktan çıkaracak yani bir dil ve anlayış üretti. Hukukun üzerine bir basamak sorgulayıcı hukuk mantığını yükseltti.

Bu gelinen nokta ise yeni bir düzen oluşturmadan önceki son ruh

psikolojisidir. Aşağıda anatomi kısmında duracağımız gibi bu olumsuzlayıcı, tepkisel ve aslında radikal akıl, yeni bir kimlik rejimine, yeni bir tür toplumsal algı, yeni bir tür kamusal alan, neticede yeni bir insan tipine geçit oluşturmuştur.

### Postmodernin Anatomisi

Burada postmodernin temel gövdesi irdelenecek ve "biyolojisi" oluşturulacaktır. Bölüm sonuna doğru ise oluşan bu postmodern yapıdaki kriterlerle, hukukun alakasına ve sonuçta çıkan hukuki duyarlılığın mantığına değineceğiz.

### Ontolojik Yapı ve Gerçeklik Algısı<sup>35</sup>

2000 yıldan beri Avrupa'nın yanlış yolda olduğunu, zira onun varlık problemiyle uğraştığını söyleyen Heidegger'in<sup>36</sup>, Avrupa metafiziğinin yıkıldığını ilan ederek, varlığı bir "mutlak olay" olarak değil de, "mutlak oluş" olarak görmesi<sup>37</sup> (hakikatin durmadığı, sürekli aktığı, yani deştiği düşüncesi) postmodern bir ontoloji için gereken tüm kapıları açar. Bu, özsel ve nihai bir hakikatin bulunamayacağı anlamına, hakikatin ve ondan türeyen bilginin akışkanlaşıp saydamlaşıp, billurlaşması anlamına geliyordu. Modern dönemden devralınan bilginin güvenilirliğine yönelik (epistemolojik) kuşku ontolojik alana kaymış, hakikat alanının (ontolojinin) tüm her şeyin de işebileceği inancıyla

<sup>35</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bir bilgi için John Murphy'ye başvurunuz. Zira burada bu teorisyenden dipnotları sayı mayacak kadar çok yararlandık.

<sup>36</sup> Ernest Wolf Gazo, a.g.m., s. 6.

<sup>37</sup> John W. Murphy, *Postmodern Sosyal Analiz ve Ele tiri*, çev.: Hüsamettin Arslan, Paradigma Yay., s. 20.

de iştirilmiş, durdurulmuş olması prati e ve tüm kavramlara tesirini gösterir.<sup>38</sup>

Temel, öznenin ve şartlardan ba ımsız, saf bir hakikatin olmayacağını radikalce söylemeyen ama bunun bulunamayacağını kesin gözüyle bakan ve Derrida'nın deyişle hakikati bir iz, köksüz bir şey olarak tanımlayan postmodernizm; gerçek, doğru, yanlış, bilgi gibi kavramları sorunsallaştırarak, nesnellik, objektiflik, tarafsızlık gibi pozitivist, modernist ve bilimsel geleneğin öelerini ise çöpe gönderir. Bu kertede, artık en gereksiz soru hakikatin özü ve netli i sorusudur<sup>39</sup>, ki zira bu soruda retori e, yani sıradan bir laf seviyesine indirgenmiştir.

Gerçeklik, insanlar dışında bir yerde de ildir. Bizatihi onların yorumları üzerine inşa edilmiştir. Bu anlamda realite ve hakikat insani bir "metin" niteliindedir.<sup>40</sup>

Postmodernite gerçekli i bölümlere ayırır ve katmanlaştırır. Farklı gerçeklik kategorilerinin bulundu u ve bunların birbiriyle örtüşmedi i düşüncesiyle çok katlı gerçekler birbirinden ayrı yollardan sınıflandırılır. Gerçeklik mensupları, yalnızca kendilerine eşit sayıda olan dolaysız muhalifleriyle karşılaşmış olan politik hücre a ları gibi örgütlenirler. Bizzat postmodern kavramı bu "hücreli gerçekli i" yansıtır.<sup>41</sup> Metin ise okuma yoluyla yorumlandı nda hemen hemen sonsuz sayıda ihtimallere maruz kalır. Dolayısıyla hakikat ve düzen yapısal veya de işmez standartlara sahip olmayıp, insanlar arasında yapılan sözleşmeye dayanır.

Ontoloji, şahıslar arası gerçeklik düzeyine indirgenerek, yeni bir tür pragmatizm selamlanır. Bu pragmatizm, normun belirli bir durumda öznenin etkileşimi sonucu ortaya çıkan ve tekrarlanması mümkün olmayan gerçeklerle tanımlanabileceğini öne sürer. Her durumda özne yani insan kendi de er ölçütünü kendisi getirir.<sup>42</sup> Olgular eşsiz ve yenilenmezlerdir. Hakikat devamlı de işir, bir yerde yaşatılırken başka bir yerde öldürülür.

Logos, der Delueze, bir hiçtir. Olan ise sadece hiyerogliflerdir. Olgulara; der, Guattari, inanma yanlışlı ı içine düştük, yalnızca göstergeler vardır. Do ruya inanma yanlışına düştük, yalnızca yorumlar vardır.

Sabit, otantik ve ba ımsız olanları salınım haline sokarak, tüm metafizik demir atma yerlerini yok etmeye, yemeye çalışan post-modernite, geliştirdi i düşünsel aygıt ve sofistike kavramlarla dünyayı algılamanın konvensiyonel yollarına meydan okuyarak ve de nesnelere bunların imgesi olarak kabul edilmesi gereken seyri arasında(gösteren gösterilen dengesi) yeni ba lantılar kurarak miras alınan kural ve simgeleri yerle bir ederler. Bu anlamda postmodernizm kodları açar ama yeni kod yüklemeyiz.<sup>43</sup> Put kırıcı özellikler gösterir. Onun için mutlak olarak bir varoluş felsefesi veya hakikat iddiası düzeyine gelemeyiz, zira varolmayla, hakikatlerle, peşinden gidilecek ideallerle ilgilenmeyiz. Sadece varolma biçimlerini açarak çözer ve onları bozar. Postmodern stratejiler tarihte eşi görülmemiş bir yapıbozum canavarı olmaya aday saldırılardır. Bu stratejiler hep geleneksel ve miras kalan "ontoloji"de yürür. Sı bir

<sup>38</sup> Dilek Dolta , a.g.m., s. 40.

<sup>39</sup> Zygmunt Bauman, a.g.e., 1996, s. 78.

<sup>40</sup> Ali Ya ar Sarıbay, a.g.e., s. 128.

<sup>41</sup> Kumar, Krishan, a.g.e., s. 217.

<sup>42</sup> Ali Ya ar Sarıbay, "Postmodernite ve Kültür Olarak slam", *Türkiye Günlü ü* dergisi, 25/ Kı /1993, s. 48.

<sup>43</sup> Sezgin Kızılcık, a.g.m.

şekilde ontolojik alana (dolayısıyla fenomenoloji ve epistemolojiye) kazanımları kaldırılır, bilincin ve tasarımların köklerine sinmiş de erlerin, soketlerin çıkartılmasıyla ulaşılır. Bu aşamada ben bilincinin, do ruların ve hakikatlerin kırılması için tüm düşünsel stratejiler dizginlenir ve radikalenden daha radikalce bir aşırılığa ulaşarak, içinde olmayan biri için tümü yalan ve oyun düzeyine indirgenmiş, küçük yeni hakikat şebekeleri tasarlanır.

Mekanizmin ve sabitli in geçerli oldu u anlayış yerine kaosun ve tesadüfün geçerli oldu u anlayış sonucu, hakikatin ontolojisi ile insani güdü ve iradenin ontolojisinin birbirlerine göz kırptığı, birbirlerini kucakladığı bir evreye geçilir.<sup>44</sup> Bu aşamada post-modern genel çerçevenin; genel geçer ve evrensel bir öz anlayışının karşısında yer almaları ve "arke", "logos" gibi mantıkları menzile dışına itmeleri sonucu ibre varoluşsal alandan dil felsefesine kayar ve dehşetengiz bir şekilde tüm dil külliyatı ontolojik alana balçıklanır. Bu tabiki de hakikatlerin hikaye olarak kabul edilmesi anlamına gelir. Dünyanın temsil edilemezliği, yalnızca dil vasıtasıyla var olması gerçekleştirilmesi sonucu hakikat gerçeklikten veya 'arke'den de il, dilden çıkarılır, ve böylece "öz" dilleşir veya dillenenek praksis (amel)e müdahaleyle konuşmaya başlar. Bu balamda paradoksal ve tutarlı olarak Lyotard'ın dedi i durum gerçekleşir: Hakikat artık konuşmaz, ve sadece işler.<sup>45</sup> Bu ise ister istemez postmodernistlerin köklerin yeniden kazanılması için yeni bir olanak sunmaları biçiminde tezahür eder: İnsan varlığının köklerinin yöresel oldu u, bir başka deyişle evrensel

ve soyut bir şekilde kavranılamaz oldu u düşünülür. Nesnelere dilbilimsel olarak kaydedilen kimlikleri dışında bir özlerinin bulunmadığı ve varlığının yalnızca yaklaşık olarak ve genellikle ortalama gündelikli i içinde yani praksiste keşfedilebilir oldu u bir semptomdur bu. Do ru olan pratikte olan her şeydir. Postmodern bir perspektif, gerçekli i sterilize etmek yerine şiirselleştirir. Bu aşamadan sonra ise hakikat tecrübeden ibaret kalır ve hakikatin yeni yeri özneli i nesnellikten ayıran mesafeyi dolduran, Derrida'nın tabiriyle bir "arada" sırayet eder.

Bauman'ın dedi i gibi; anlamın çok sesliliğine gönderme yaparak bütün yorumların mu laklı na karşı uyanık olmak ve herhangi bir noktada bulunan bulgunun imkanlar ırma ının akışını kesen buzlu bir kural haline gelmesini önleyen bir entellektüel ve duygusal antifiriz görevi yapmak postmodern bir "duyarlılıktır". "Hiçbir şey kesin olarak bilinemez ve bilinen her şey farklı bir biçimde bilinebilir. Bir bilme biçimi ancak di er bilme biçimleri kadar iyi ya da kötüdür."<sup>46</sup> Sonuçta, tipik post-modern dünya görüşü ilke olarak her biri görece özerk pratikler dizisi tarafından sınırsız sayıda düzen modeli oldu unu ileri sürer. Düzen, bu pratiklerden önce gelmez. Postmodern bakışa göre bilginin göreceli i, dünyanın sürüp giden bir gelene i ve gelece idir. Birden fazla ses ya da şeklin mümkün olabilece ini göstermesi dolayısıyla da postmodernite, aynı zamanda anlam yaratma süreci olan sonsuz dilsel yorumlama sürecine katılmak için yapılan ebedi bir davettir. Tekrar pahasında olsa bile belirtmek gerek ki, postmodern bir şablonda; gerçeklik icat

<sup>44</sup> Zygmunt Bauman. *a.g.e.*, 1996, s. 68.

<sup>45</sup> Ernest Wolf Gazo, *a.g.m.*, s. 7.

<sup>46</sup> Zygmunt Bauman, *a.g.e.*, 1996, s. 78.

edilmelidir. "Hiçbir yorum asla nihai yorum de ildir, her şey icattır" şeklindeki dil felsefesi mantı ı, insanı, gerçekli in kişinin ikamet etti i yorumlayıcı ortamın dışıyla hiçbir ilgisi yoktur sonucuna götürür. Şu halde; gerçeklik belirlenebilir belirlenemezliktir. Gerçeklik do ru ve yanlış konusunda dilsel tarzda oluşan varsayımlardan do ar. Barthes'in dedi i gibi dilin artık "mitos" işlevi görmesi sonucu "anlatılaşan dil", hem toplumların ideolojik yapılarını, saplantılarını, sorunlarını, kendi yapısında yansıtmakta hem de onların oluşmasında, yayılmasında ve kuşaktan kuşa a aktarılmasında etkin bir rol oynamaktadır.

Tüm bu olup bitenler, yapısal olarak yeni bir ço ulculuk anlayışını da beraberinde getirir. Ama gözden kaçmayaca ı gibi post-modern ço ulculu un oluşumuyla modern bir ço unlu un oluşumu arka plan olarak birbirinden farklıdır. Şimdi bu kendine has ço ulculuk biçimine giriyoruz.

### Dil Oyunları<sup>47</sup>

Perspektifte ve yukarıda betimlendi i gibi üst anlatıların veya meta söylemlerin hakikat iddialarının altını oyan ve onları masal olarak kabul edip bunları küçük birer fıkra haline getiren postmodernite, ufaltılmış bu anlatıları kabul etmekle birlikte bunlara do al olarak yalan bir oyun statüsü verir. Dilsel çıkarımlar sonucu ciddi, önemsenir ve güçlü anlatılar ironik, e lencelik ve çılgın hale gelir ki bu ironi tüm postmodern teoride kendini gösterir. İnsanlı a sunulacak evrensel bir reçetenin olmaması, bölgesel reçeteleri dilselleştirmesi, hikayeleştirmesi ve saf bilincin

kaybolması sonucu dilin bilinçten farkı kalmaz.

Yukarıdaki gerçeklik algısında vurgulandı ı gibi dilin yalnızca bir araç de il, insanların dünyayı anlamalarını sa layacak biricik çerçeve olarak konumlandırılması ve gerçekli in dilsel bir alışkanlı a indirgenmesi, iktisadi, sanatsal, ekonomik, siyasi ve hukuki örgütlenmeler de dahil tüm aygıtların dile indirgenmesi sonucunu do urur. Bundan böyle her anlatı mensuplarının, yani insanların geleneksel olarak hukuk, ekonomi, sanat gibi tasarımlarla yaşamına yön verdikleri de il de, bu aygıtlarla inşa edildi i ortaya çıkarılır. Özne(fert) denen varlık da postmodernistlere göre dil ürünüdür. Benin ben demenin bir örne inden başka bir şey olmadı ını yazar Barthes ve ekler: Ben Barthes, dilsel özne olarak ben. Dil bir hapisanedir ve post-modern mantıkla bundan kurtuluş yoktur. Wittgenstain'in dedi i gibi özel dil oyunları(inanç/metafizik) da imkansızdır.<sup>48</sup> Postmodern politika burada bir adım daha atar: Dilin di er bir yorum kadar geçici bir şeyden başka hiçbir şey tarafından stabilize edilememesi düşüncesi ve Lyotard'ın dedi i gibi; hiçbir benli in "ada" olmaması da bundan böyle kollektif bilinçten çok "kollektif praksis"e dayalı esnek dil oyunları şebekelerine selam durulmasına neden olur. İnsanlar kendi iç dünyalarında kendi orijinal dilsel yapılarında yaşar. Bir dil tasarımının di erine üstünlük sa layabilmesi artık kabul edilmez. Postmodernizm yüz binlerce çiçe in birden açtı ını görmek ister. Farklılık politikası ve Postmodern "yamalı bohça" benzetmesi, ikili iletişimin yalnızca dostane olabilece i, bu dostane ikili ilişkilerin ise her

<sup>47</sup> Terim orijinal olarak Lyotard' a aittir.

<sup>48</sup> Ahmet Ulvi Türkba , "Postmodernite ve Hukuk dealleri", *Do u-Batı* dergisi, sayı 13, s. 210.

dil oyununun oyuncularının ciddiye aldı ı kurallar bulundu unu kabul ederek, gerçekli in dilsel olarak temsil edildi i düşüncesini kişilerin benimseme isteklili ine ba lıdır. Konsensüsün modası geçmiş bir kavram oldu u ve toplumsal yasaları bilmenin imkansız oldu u şeklinde bir doktrin do ar. Postmodern dilsel epistemolojiye göre her düzen tipi tecrübeden do malıdır.<sup>49</sup> İnkansızlaşan ittifak politikası sayesinde bir münakaşa ve oyunlar teorisi oluşur. Her yerdeki geçici sözleşmeler, postmodern yaşayış tarzının temel göstergesidir.<sup>50</sup> Bu sözleşmeler sonucu, insan farklı oyunlar arası giriş çıkışla terminalleşir. Bu ba lamda post-modern kamusal alan Habermas ve Arendt' ın ortaya koydukları tecrübenin tam ters istikameti bir yolda konuşlanır. İletişimsel bir rasyonelleşme anlayışının yanılısama oldu u, uzlaşmanın do ası gere i zorlama ve dayatma olaca ı, ontolojik bazda da tüm dil tasarımlarının farklı ontolojilerde bulunması ve tüm söylemlere bunu boyatması, yani benzer algılamaların bile farklı kaynaklardan neşet etmesi, ortak bir şebekenin varlı ını hükümsüz kılar. Artık sensüs cominis, akliselim ve sa duyu gibi kavramlara postmodern bir kamusalılıkta itibar edilmez. Konuşmak, oyun anlamında çarpışmaktır ve konuşma genel bir açık tartışma alanının sınırları içinde çöküşü temsil eder. Aristo'nun adil olan ve adil olmayan hakkında hiçbir ölçütü olmaksızın yargıya varan basiretli bireyin konumunda oldu umuz

gerçe inden kaçmanın olana ı yoktur.<sup>51</sup>

Özetle postmodern stratejiler, anlatılara (bütüncül hakikat iddialarına) karşı dilsel (linguistik) oyunlar oynar.

Burada dil oyunlarını fazla uzatmayaca ız, zira şimdi düşüncelerini aktaraca ımız teorisi-yeniler bölümünde fazlasıyla yeni bir toplumsallık olarak dil oyunları tartışılacaktır.

## Postmodern Teorisyenler<sup>52</sup>

### Foucault

Herhangi bir tekil analitik çerçeveyi teoriyi terörize edici buldu u için reddeden Foucault, ben bilinci üzerine, bilgi üzerine ve iktidar üzerine çalışmalar yaparak postmodern düşüncenin zengin bir kayna ı haline gelir. Geç dönem çalışmaları her ne kadar geçmişini yalanlar gözükse de erken dönem çalışmaları kolay kolay yadsınıp silinecek neticede olmamış, bilgi-iktidar-özne-tahakküm üzerine yaptı ı çalışmalar ve kendine özgü araştırma yöntemleri müthiş derecede ses getirmiştir.

Nietzsche'yi yeniden okuyan Foucault; iktidar, hakikat ve bilgi arasındaki ba ları masaya yatırır ve liberal hümanist de erlerin nasıl da tahakküm biçimleriyle iç içe geçti ini betimler.

Modern rasyonalitenin cebri bir güç oldu una inanır. Modern teorilerin bilgi ve hakikati nötr, evrensel ve nesnel kabul etme ya da ilerleme ve özgürleşmenin vasıfları olarak görme e iliminde oldu u noktada Foucault, bunları

<sup>49</sup> Ziyaüddin Serdar, *Postmodernizm ve Öteki*, çev.: Gökçe Kaçmaz, Söylem Yay., 2001, s. 67.

<sup>50</sup> J. F. Lyotard, *Postmodern Durum*, çev.: Ahmet Çi dem, Vadi Yay., 1994, s. 76.

<sup>51</sup> Dana R. Villa, "Postmodernlik ve Kamusal Alan", *Cogito* dergisi, Yaz 96.

<sup>52</sup> Bu bölümdeki teorisyenler; genel olarak teorisyenleri okuyan Kellner vasıtasıyla olu turdu umuz ikincil bir okuma ürünüdür.



iktidar ve tahakkümün bütünleyici stratejik bileşikleri olarak analiz eder. Foucault, burjuva devriminin toplumsal pratik dünyada kralın boynuna vurulmuş olmasına karşın, iktidara ilişkin hukuksal hükümler modelinin birçok kavram ve varsayımlarının modern düşünceyi donatmayı sürdürdüğünü savunur. İnsanlık der, Foucault, bir çatışmadan öbür çatışmaya geçerek, hukukun üstünlüğünün savaşın yerine geçtiği bir evrensel karışımına varıncaya dek adım adım ilerlemez. İnsanlık uyguladığı her şiddeti bir kurallar sistemine yerleştirir ve yalnızca bir tahakkümden öbürüne geçer.

Foucault, eleştirisinin öncelikli hedefi olan hukuksal modeli; hukuk iktidarı, yasal ve politik hükümler çerçevesi içinde analiz eder. "Epistemelerin kriterleri neyi, kimi dışarıda bıraktıkları ya da diskalifiye ettikleri ile tanımlanabilir. Modernite örneğinde deli, hasta ve suçlu gibi."<sup>53</sup> Ona göre her paradigma kendi "ideolojik meşru tip" (paradigmatik ben) ini yarattığı gibi kendisinin hoşlanmadığı benleri de yaratır ve onları gözetler; özneyi, tarihi ve bilgiyi söylemlerin belirlediğini söyler.

Foucault'a göre düşkün evi, hastane, hapisane gibi kurumlar bireylerin gözlemlenmesi, ıslah tekniklerinin denenmesi ve toplumsal denetim için bilginin edinilmesi doğrultusunda birer laboratuvar işleri görmüştür. Delilik, tıp, ceza ve cinsellik söylemlerinin modern devlet ya da ekonomi gibi makro fenomenlere indirgenebilir olmayan bağımsız tarihlere ve kurumsal tabanlara sahip olduğunu düşünmektedir. İktidar yalnızca fiziksel güç ya da yasal temsil yoluyla değil; normların hegemonyası ve beden ile

ruhun şekillendirilmesi yoluyla işler. Yani iktidar her yerdedir.

Tüm yaşamı boyunca yaptığı çalışmalarla Foucault, artık çoğu teorisyenlerin üzerinde ittifak ettiği bir şeyi, bilginin hakim düşüncelerden (iktidar rejimlerinden) koparılabilir olduğunu kanıtladı. Foucault, bir merkez, öz ya da "telos" tarafından yönetilen birleşik bütünler olarak tarihin ve toplumun birlik ve beraberliğini bozmaya ve öznenin kurucu bir bilinç olmaktan ziyade kurulduğunu göstererek özneyi (fertleri) merkezsizleştirmeye girişir. Ona göre özne, kuma çizilmiş bir yüzdür ve modern birey de bilginin hem nesnesi hem de öznesi haline gelmiş, bilimsel disiplinler mekanizmalarının yatakları içerisinde şekillendirilmiş ve oluşturulmuş bütün bir güç ve beden tekniğine göre özenle imal edilmiş bir ahlaki, hukuksal ve psikolojik varlık haline gelmiştir. Bu anlamda özne, inşa ve bir yaratıktı ki; bu nedenle öldürmeye de erdi. Bu yüzden, modern teorilere karşı öznenin tahrip edilmesini salık verir ve bu anlamda iktidara bağımlı (modern) insanı öldürür. Öldürülen insanın yerine ise farklı bir insanı diriltmeye ve inşa çalıştığını betimler: "Kendimizi bir sanat eseri olarak yeniden yaratmalıyız." Bu anlamda Foucault, yeni bedenlerin ve hazların yaratılmasının normalleştirilmiş özne kimliklerini ve ben bilincini altüst etme potansiyeli olduğunu inanır. Merkezsiz ve kuralsız olarak direnişin evrenselleşmesini ve çoğalmasını isterken, direnişin de bir tür iktidar ilişkisi türettiğini söyleyerek bir direniş kütüğüne (felsefesine) girişmez.

Öznenin kurmaca bir inşa olduğunu göstermeye giriştiği noktada soy kütüğü kavramsalı ise, özne inşasının maddi bağılamasını ön plana çıkarmaya çalışır. Disiplin

<sup>53</sup> Richard Eppignanesi, *Postmodernizm*, Milliyet Yay., s. 67.

der Foucault, bireyleri disiplinize etmez, bireyleri "yapar". Bireyler, hem kendi nesnelere hem de kendi uygulanışının araçları olarak gören bir iktidarın özgül tekniği idir disiplinin. Kendim duygusu, dışarıdan, bir yansımadan, yani imgesel olandan gelir. Kimlik ise yanlış tanımadan, kendime sahte bir ikna oluşturan gelir.<sup>54</sup> Bu çerçevede Foucault, aktif özneyi reddeder ve eylemliliğin çırılçıplak edildiği yeni düşünce biçimlerinin ortaya çıkabildiği yeni boy vaat etmekte olan bu anlamdaki bir postmodern çağı olumlu bir olay olarak hoşnutlukla karşılar. Tahakkümden kurtuluş, kuralsız ve her şeyci olan bir post stratejiyle mümkündür. Zira, ebedî ve aşıkâr gibi duran her şeyi sorunsallaştırarak oluşturdu ve metodolojisinin politik görevi ise bütünsel anlatılar içinde bastırılmış olan özerk söylemleri, bilgileri ve sesleri geriye kazanmaktır.

Foucault, sonuçta öznenin nasıl da kapsamlı bir söylemler, pratikler silsilesinde bir iktidar, bilgi ve hakikat alanı içerisinde oluşturulduğunu, bilginin, nasıl da iktidara koşmak istediğini gösterdi. Dünyanın bir de il sayısız anlamlardan oluşmasından ötürü, dünyanın yorumlama tarzlarının sonu olmadığını ve benliğin bir "abide" de il, "doküman" oldu unda ısrar etti.

## Deleuze

Teori, politika ve gündelik hayatta, karşı ilkeler olarak farklılık ve çokkatlılığı selamlarken birlik, hiyerarşi, özdeşlik, temeller, öznellik ve temsile duyulan modern inançları parçalama yönünde esaslı çabaları

açısından post-modernin örnek oluşturucu temsilcisidir. Birlikte çalıştı ve Guattari'yle birlikte politik birer militandırlar. Foucault gibi merkezsizleşmiş öznelerin ortaya çıkmasını olanaklı kılmaya giriştiler ve bu aşamada Foucault'un manyaklarla duygudaşlık kurdu gibi Deleuze de aynı mantıkla dünyayı, anahtar kavramı olan şizofrenler, göçebeler ve "köksap"lar kavramları aracılığıyla betimledi. Çoğullu alkışlar ve indirgeyici bir düşünce tarzı olarak diyalektik saldırı. Helgelcilikle, diyalektikten nefret eden, Platon ve Kant'ı devirip altüst etmeye çalışan Deleuze, nötr ve nesnel bir dünyanın ayna tutularak pasif bir alıcı öznenin zihninde yansıtıldığı modern epistemolojideki özne-nesne ayırımına da hücum eder.

Çalışmaları, modernliğin kodlarını düzene sokan ve yeniden oluşturan postmodern tipler yaratabilmek için arzuların ve başına buyrukluğun önündeki tüm teorik ve kurumsal engelleri altüst etmeye çalışır. Şizoanalitik çoğulluk, çok katlı bilgi, merkezsizlik gibi kavramlar etrafında örgütlenmiş yeni post-modern konumları dile getirir ve yeni postmodern düşünce politika ve öznellik biçimlerinin yaratılmasına yardımcı olmaya girişir. Modernliğin, her şeye rağmen, kaçış çizgileri salayan, daraltıcı toplumsal yapılar ve bastırılmış kişilikler halinde bir yere yurda baskıcı şekilde sahip olunması olarak karakterize eder.

Moderniteyi bir ağı gibi düşünür. Köklerin sistematik ve hiyerarşik ilkeler uyarınca örgütlediğini savunur. Bu kökler ağı biçimli olan kültürün, merkezileşmiş, hiyerarşik büyük kavramsal sistemler bina etmesine izin verir. Bu tip ağlardan düşen yaprakların biçim, öz, yasa, hakikat, adalet, hak ve cogito

<sup>54</sup> Richard Eppignanesi, a.g.e., s. 67.

gibi adları vardır. Kant, Descartes, Platon evrenselleştirici ve özneleştirici şemalar içerisinde zamansallı ve farklılıklar yok etmeye çalışan aç biçimli düşünürlerdir ve Deleuze onlara lanet okur. Köksap, aç metaforu bakımından Deleuze'ün yersiz yurtsuzlaşmış hareket için kullandığı yeni terimdir. Köksap bilgisi, köklerin ve temellerin kökünü kazımaya ve ikilikleri alaşağı etmeye ve kökleri, dalları da itmaya, farklılıklar ve katmanlar üreterek yeni bantlar kurarak çoğalttırmaya ve sirayet ettirmeye çalışır. Köksaplar hiyerarşik olmayan yersiz yurtsuzlaşmış çizgilerin öbür çizgilerle tesadüfî düzensiz ilişkiler kurduğu sistemlerdir. Bu ilişkiler kapalı sınırlar içerisinde oyuklu uzamdan ziyade açık uçlu bir pürüzsüz uzamdan oluşur. Deleuze, aydınlanma öznesini her türde öldürmeye ve köksapsal, (dağınık, merkezsiz) şizofren bir cins yaratmaya koyulur. Göçebe düşünce biçimini açımlayan Deleuze; şizofren, köksap ve göçebe açısından baskıcı temsilî özdeşliklerden kopma ve bölük pörçük bedeni üretme yönündeki postmodern süreç üzerinde durur.

### Lyotard<sup>55</sup>

Bazı ayrıntılar saklı, Deleuze ve Foucault'a paralel bir söylev üreten Lyotard "teröristik" dediği türden teorilere karşı çıkan söylemlerin çoğullunu kararlı bir şekilde savunur ve birleştirici teoriye karşı kendisini konumlandırır. Keza, düş gücünü, çokanlamlı şiirsel mecazları ve yazıdaki muhlaklılığı alkışlamasından sonra kaleme aldığı postmodern durum adlı

raporunda, bilginin meşruiyetini ve bilgi biçimlerini ve anlatısal bilgi epistemelerini tartışır ve büyük anlatılara karşı kuşkuculuğun galibiyetini, bir adım sonra da meta söylemlerin sonunun geldiğini ilan eder.

Soyut, teorik söylemleri taciz etmek ve ihlal edici edebî stratejiler kullanmak için şiirsel bir tarz tutturur ve postmodernin klasikleri olan çoğulluğa, tekilliğe ve sürüklenişe de er verir. "Sürüklenmek" kavramı etrafında bir metafor (benzetme silsilesi) oluşturur ve anlamsız "parçacık"ların havada uçuşuunu betimler. Hakikat ve kesinliğe yönelik modern ilgiyle başını kopararak, söylem kiplerinin anlatısalına (ideolojikliğine) dem vurur.

Lyotard, arzusunun aile, işyeri, ekonomi ve devlet yoluyla baskıcı biçimler altında sınırlandırılıp sabitlendiğini iddia ettikten sonra önceki ahlak dışı perspektiften kararlı bir şekilde uzaklaşır ve politikasını sınırlayabilen için adalet dünyasına girer. Adalet ve yargı felsefesi geliştirmek için bir konum arayışına koyulur ve bir dil teorisi ortaya koyarak dil felsefesi alanında da çalışır. Sonuçta ulaştığı sonuç; fikri küçük çarpışmalar ve akınlar şeklindeki yeni gerilla stratejilerinin icat edilmesini, yeni teori kurmacalarının icat edilmesinin öngörülmesi gerektiğidir. Artık mesele ona göre adil oyun zamandır. Çünkü "adalet kurallara göre oynamayı ve farklı bir dil oyunlarında kuralları muhafaza etmeyi içerir. Adalet der, Lyotard; "her dil oyununun saflığını korumaktan ibarettir." Adalet yalnızca yerel ve geçici olabilir. Tartışılmaya ve dönüşüme maruzdur.

Lyotard, betimleyici ifadeler ile kural koyucu ifadeler arasındaki ayrım üzerinde durur.

<sup>55</sup> Bu bölüm, Lyotard'ın "Postmodern Durum" adlı kitabı ve "Just Gaming" başlıklı makaleleri derlenerek oluşturulmuştur.

ile malı/meli'nin kıyaslanmazlığı üzerinde ısrar eder, kural koyucu ifadelerin özgül ve tek olduklarını basitçe evrenselleştirilebilirliğe elvermediğini savunur. Bizler, der Lyotard, kural koyucu ifadeler oluşturmaya mahkumuz. "İnsan reçeteler olmaksızın yaşayamaz. Ama bu ifadeleri tek tek ve ontolojiye başvurmaksızın ya da evrensellik iddiasında bulunmaksızın oluşturmamızdır. Dünyayı kendi imgesine dönüştürme yolundaki her rasyonalist girişim, bir boşluğu kucakladığını göremeyen bir yorumdan ibarettir."

Nitekim diyalog; adaletin çoğulluğu ve bir çokkatlılıklar adaleti fikriyle sonuçlanırken Lyotard, şunu savunur: "İlkin her biri ayrı bir oyuna özgü kurallarla bağıntılı olarak tanımlanan bir adalet çokluğu vardır. Adalet, yeni hamleler icat edebilmek için yeni kurallar ve bundan dolayı yeni oyunlar icat edebilmek için kuralların verildiğinin sınırlarında iş görmekten oluşur." Böylece Lyotard, politikayı retorik indirger.

Neticede genel bir adalet teorisine dayalı olarak makro yapıların dönüştürülmesi yoluyla adil bir toplumun yaratılmasını amaçlayan modern adalet anlayışlarına karşı Lyotard, mikropolitikada kök salan çokluklar adaletini önerir. Farklı dil oyunları arasındaki mücadeleyi hükme bağlayabilecek genel bir adalet teorisi bulunmadığı konusunda ısrar eder. Adalet her bir vakıada kuralların ya da ilkelerin genelleştirilerek evrensel kılınmasına izin verilmeyen bir koşullu yargı meselesi olacaktır.

Lyotard, modern söylemlerin kendi konularını meşrulaştırmak için ilerleme ve özgürleşme anlatısı, tarihin ya da tinin (ruhun) diyalektikliği gibi öte

söylemlere başvurduklarını iddia eder. Lyotard konsensüs karşısında anlaşmazlığı, uzlaşmacılık karşısında çeşitliliği, homojenlik karşısında kısıtlanmazlığı alkışlar. Zira, Lyotard'a göre konsensüs dil oyunlarının çeşitliliğini çirkinleştirir.

Lyotard, yargının evrensel kuralkoyucu deyimlere başvurulmaksızın yapılması gerekmesine karşılık farklılıkların peşine düşülmesi ve farklılara delalet eden sessizliklere kulak verilmesinin gerektiğini; bunun ardından, seslerin konuşmasına izin vermek, çoğulluğa muhalefet eden ilkelerin ya da konuların dillendirilmesine çaba göstermek gerektiğini savunur. Böylelikle farklılıklar vurgulanmaya, tahammülle karşılanmaya başlanacaktır. Tek bir akıldan ziyade bir akıllar çoğulluğunun peşine düşülür.

Toplumsal bağın dil olması, konuşmanın savaşmak olması, bir kişinin daima kapalı iletişim devrelerinde konumlanması sonucu adalet, zorunlu olarak yerel, koşullara bağlı ve özgül olan çokkatlılar adaletine indirgenir.

Burada sadece üç tane teorisyenden aktarımlar verilmesi kasıtlıdır. Postmodern ve hukuk arasındaki teorik bir köprü, felsefik olarak yukarıdaki teorisyenlerin görüşleri vasıtasıyla kurulabilir. Bu üç farklı teorisyenden çıkan sonuçlar bize hukuksal bazda ipuçları verebilir. Foucault'un analizlerinde iktidarın gözetim adacıkları ve "panoptic" bir denetim kavramsalı, genelde modern ulus devletinin hukuk sistemini özelde de ceza sistemini sorunsallaştırır. Her dil oyununun kendi delileri ve kendi suçluları olduunu söyleyen Foucault, modern devletin suç politikasının da kaçınılmaz olarak ideolojik ve yapılandırılmış olduunu söyleyerek, masumiyetini çürütür.

Kitaplarında hapisanesinin derin bir arkeolojik kazısına (sosyolojik araştırmasına) girişir ve neticede bu tür yapıları iktidar icra etme tarzı olarak okur. İktidarı çok katlı olarak gören ve sözünü ettiği kısmi hukuksal sistem içi ehlileştirilmelerin önemsiz oldu undan emin olan Foucault, iktidarın hukuksal politik uygulamalar sayesinde meşruiyet krizini aştığını düşünür. Hukuk bu işi yapmaya başladı ndan beri sisteme içten meşruiyet sağlayıcı olarak konumlanmış, hukuksal aygıtların hegomonik olarak meşruiyet sorunsalını çaktırmadan aştığını kritik etmiştir. Bu anlamda Foucault'a göre hukuk, politik iktidarın pekişmesi ve politik, siyasal erklerin meşruiyet üretme aracıydı. Yani tahakküm ve hegemonyanın meşrulaştırılmasıydı. Bu anlamda ceza ve suç olarak adlandırılan şey, sorgulama, özgürleşme, hak arama kavramlarıyla yakından alakalıydı. Mikropolitik postmodern mücadeleyi salık veren Foucault'tan sonra, Deleuze ve Lyotard'da kendi terminolojileriyle tahakküm ürettiğini söyleyen üst anlatılara karşı sorgulayıcı bir tutum takınmış, bizatihi tarihsel bir mücadelenin getirisi olan hukuksal duruma değil, hukukun referans kaynağına, bir başka deyişle de erlere ve tümelleştirici standartlara, hukuk ideallerine ve bu ideallerin hedefi olan hukuksal amaca cephe almışlardır.<sup>56</sup> Gerçekliğin kaybolduğunu, algı ve tasarımlarımızın tutarlı olmaktan çıktıığını, düşünce zincirlerimizin koptuğunu, mantıksal tutarlılığın yanılısamadan başka bir şey olmadığını bir dönemde, postmodern çağda herhangi bir konudaki idealin de erleri kesinlikle

de ersizdir.<sup>57</sup> Bu anlamda tüm klasik hukukçular ve hatta Dworkin bile sessiz sakin tiplerdi. Varoluşcular veya eski radikaller kesinlikle sistem içinde kalmış uslu çocuklardı<sup>58</sup> ki, aynı frekansta, aynı zeminde (pek az istisna hariç) yayın yapıyorlardı. Locke, Hobbes gibi modern hukukun babaları ise tarihteki yerlerini çoktan almışlardı bile.

Postmodern hukuk, hukukçu prototipi olmayan, dahası böyle bir şeyi kasıtlı olarak öngörmeyen, hukuku "hikayeletiren", hukukun onsuz yapamayacağı de erlere, kutsallara savaş açan bir anlayıştadır ki hukukun konuşlandığı paradigmanın (de erlerin) sorunsallaşması dolaylı olarak da hukuk alanının da de işmesine neden olur.

Lyotard'ın adalet çalışmalarında gördüğü ümüz kadarıyla hukukun içinde verilen kararlar ister istemez ideolojik, toplumsal ve siyasal izler taşıyacağından kişilerin sanki farklı bir dünyadan gönderilmişçesine hukuki kararların yansızlığı ile kendilerini güvencede hissetmeleri ve bununla avunmaları anlamsızlaşır. Adaletin, her zaman ve yerde bulunan salt de er oldu u yadsınır. Bauman'ın deyişleriyle postmodern dönem artık kapı dışarısından gelip ortama müdahale eden bir ahlak yerine Sokrates'i de ters yüz ederek pratik hayatta pratikler sonucu gelişen bir görece pragmatik özerk ahlakı selamlar. Zira postmoderniteyle birlikte adalet denilen şey dil dünyasında anlam bulan bir "oyun" haline gelir.

Tüm düalizmlerin (ikili ayrımların) yıkılışıyla birlikte direniş sahasında legal/illegal

<sup>56</sup> Kamuran Kaya, *Postmodernizm ve Hukuk*, Yayınlanmamış Makale, İstanbul Hukuk Kulübü Makale Yarışması.

<sup>57</sup> Ahmet Ulvi Türkba, *a.g.m.*

<sup>58</sup> Ahmet Ulvi Türkba, *a.g.m.*

ayrımının kökeni ortadan kalkmış, uyumsal cemaat şebekelerinde ise yine hukuk ve ahlak şeklindeki militansal ayırmada bu yıkım operasyonlarında derinleşmiş, aradaki ayrımların erimesi sonucu her otantik (sahih) hukukun, genel bir ahlak üzerine yükselmesi gereği yeniden keşfedilmiştir. Başkasına verilemez, başkasıyla karşılaştırılmaz, mantığı sorgulanamaz biricik ahlak üzerine, kuralları cemaat içinde kabul edilen, dışarıyı balamayan biricik bir hukukçuk gelecek ve toplumsal yaşayış maksimize edilecektir. Bu aşamaya gelinmesinin sebebi ise, pratikte modern hukukun -aynı ve eşit-sandı bir ahlak üzerine yükselmenin ferah getireceği yanılsaması ve ahlaka gönderme yapmanın gereksizliği düşüncesiydi. Bu çerçevede ahlak felsefesine kısmen girmemiz gerekecek ki zira hukukun onsuz yapamayacağı ahlak rölatifleşerek, postmodern dönemde farklılaşmıştır.

Tüm anlatıların, ideolojilerin, Bauman'ın deyimiyle inşaatın temeli, ahlak üzerine kuruludur. Ahlak ise, kesinlikle bizatihi iyi ama ıslah edilmesi gereken bir çamurlu arazidir ki, kendisi üzerine yükselecek, kendi temeline uygun bir yapı, hukuk sistemi arar. Temel ve inşaatın bir kez bir biçimde bina olarak ortaya çıkması, hukukun insan davranışlarına müdahil olup yön vermesi ve ahlakın tarifini birebir saptaması yani hukukun ahlakla etkileşimi sonucu ahlak ve hukuk birbiri içinde yapılaşır. Eğer bu yapılaşma güçlü ise bir "kök paradigma" (kurucu unsur) oluşur. Artık bina yıkılsa bile; temel, inşaatı, inşaat da temeli; yani ahlak hukuku, hukuk da ahlakı buluncaya kadar arar. Modern devlet, oluşturulan bu kökü; ahlak-hukuk birlikteliğini yıkmış, ayrışan bu değerlerle, insanların

eski geleneksel (paradigmatik) ahlakını sömüren, temelleri olmayan, "ahlaksız" yeni bir hukuk üretmiştir. Yani iyi niyet vurguları sanılanın aksine evrensel, sabit ve genel geçer bir ahlaka vurgu yapmaz. Zira postmodern ahlaka göre ahlak rölatiftir. Postmodernizm, bu noktada olayı tersine çevirmek ister ve ahlakların kendi mütevazı hukukunun altında olmasını, eski yıkılan yapının yenibaştan yapımını onaylar.<sup>59</sup> Bu anlamda modern hukukun artık ahlaki bir ilkeye başvurarak yaptığı meşrulaştırmalar postmoderniteyle birlikte anlamını yitirir.

Tarafsızlığın çöpe atılması, meşru olmayan bir aklın, meşru olan bir hukuk yaratamayacağı düşüncesi, evrensel ve müphem olmayan standart bir ahlakın olmadığı düşüncesi ve yasa koymanın masumluğunun aşıklaşması, iptal olan öznenin (de işen modern insanın) geleneksel hukukunu da iptal eder. Modern dönemle birlikte gelen insan hakları, özgürlük, kamusal güvenceler gibi nosyonlar radikalce reddedilir. Evrensel norm gibi standartların evrensel bir ahlak ve evrensel bir akıl dayattığı için reddini vacip gören postmodernizm; nesnel, nötr, genel ve temelci, öze dayalı hukuksal normların karşısındadır. Ahlakın müphem, tutarsız ve evrensel olmaması çözümlenmeleri tekeli bir hukuksal yapıyı eleştirir. Postmodernite akıl, ahlak ve adaletin karmaşık ve yerel oldukları gerekçesiyle bir hukuku yüklenemeyeceği ve herkesin hukukunun kendine mal edilebileceği bir sistemi görünüşte alkışlar.

Postmodern mantık da Baudrillard'ın yeni tarihli bir röportajında dediği gibi bir çizgidedir: Ben insan haklarının

<sup>59</sup> Ahlak balamında postmodern ahlak, Levinas'ı tekrar diriltip, ahlaki müphemle tirmiştir.



çoktan küreselleşme sürecine entegre edildi ini ve artık sadece bir meşrulaştırma aracına dönüştürüldü ünü düşünüyorum. Bunlar hukukî ve ahlakî üstyapının parçaları artık; kısacası bunlar işin reklam (masal) kısmı.<sup>60</sup>

Biz, burada anatomi kısmında parçalanmış, temelsiz ve yönsüz bir bedeninin metabolizmasına kısmen eilmeye çalıştık ve postmodern bir hukuk görünüşünün onun temel retoriklerinden teorik olarak baımsız olmadığını düşündü ümüz için felsefi arka planına eilmeyi ihmal etmedik ki farklı bir araştırmanın (postmodern yapıya dokunmayan) görünüşleri, yani ortaya çıkan söylemleri analiz etmekte kısır kalacağını düşündük. Bu çerçevede de postmodern dil ve adalet felsefesinin sonucu oluşan ço unluk, ço ulculuk, yerelleşme, mikrolaşma gibi kavramların bu üst dilden, mantıktan baımsız olmadığını düşünüyoruz.

Arkeoloji kısmında da yöntemimizi devam ettirip hukuka sonlara do ru yaklaşmayı ve burada pratikteki postmodern hukuksal durumları tartışmayı düşünüyoruz.

### Postmodernin Arkeolojisi<sup>61</sup>

Postmodernin geldi i noktada geliştirmek zorunda kaldı ı merkezsizlik, yönsüzlük ve daha sonraları türeyen "her şey mübah" anlayışı insanların belirsiz bir hayata adapte olabileme potansiyellerini arttırmıştır. Her ne kadar politik ve siyasal alanda postmodernin konuşulması zor olsa da, postmodernizmi Jameson gibi tüketim kültürü olarak aldı ımızda, yol almamız rahatlayacaktır. Burada, belki de postmodernin "gerçekten" olmasını sağlayan siberetik

teknolojilerindeki post-modern ö elerle kısaca ilgilenecek, sonra da ortaya çıkan postmodern kimlik biçimleri, bilinç haritalarıyla u raşacak, daha sonra oluşan yeni kabilelere geçece iz. Bölüm sonlarına do ru "çarpıcı" bir hukuka gelece iz.<sup>62</sup>

McLuhan'ın kahinlerinden başlarsak, artık postmodern bir toplumda insanların sinir sistemini bilgisayarlar ve simülatif networklar oluşturur. Medya klasik yargı, yürütme ve yasama erklerinden daha üst bir yerde erkleşmiştir. Medyanın; gerçe i çarpıttı ı, yönlendirdi i ve kitleleri dönüştürdü ü de il, teorik ve felsefik olarak medyaların yaratıldı ı ve postmodern dönemde medyanın, gerçek yaratıp öldürmesi, yeni ve farklı bir örgütlenişe neden olmuştur.<sup>63</sup> Gerçeklik düzleminde; nasıl ki Lacan'ın deyimiyle bilinçdışı dil gibi yapılaşmışsa, medya da konuşma gibi yapılaşır ve Orwell'in "egemenler gerçeklik yaratır" sözünü do rular derecede medya kendine münhasır yeni bir dil üretir. Baudrillard'ın analizleriyle, medya, yani oluşturulan simülasyon (medyadaki sanal dünya) gerçe i saklamaz, gerçe in yerine geçer. Üçlü benzeti formülüne göre, temsil, baımsızlaşarak tüm göstergeler, temsiller ve tüm simülasyon, gerçe in yerini alarak bir "hipergerçeklik" (sanal gerçekli in esas gerçe in yerini alması) üretilir. Gösteren gösterilene ulaşmadan yolda kaybolur. Esas gerçek, bu içe geçerek birbiri üzerine yı ılır ve gömülü kalarak enkaz yı ını haline gelir. Dramatik metaforlar günlük hayatımıza sızır ve hayatı ele geçirirler.

<sup>60</sup> Jean Baudrillard, "Çılgınlı ı Globalizm Üretiyor", *Umrans Dergisi*, sayı 90, s. 6.

<sup>61</sup> Arkeoloji kavramını Foucault tekni inde kullan(a)mayacağı iz.

<sup>62</sup> Biz burada ikincil kaynaklarda standart bulunan eserleri taradık.

<sup>63</sup> Yusuf Kaplan, "Medya Uygardı ı: 'Post slam' ve Postmodernizm(in) Konumlandırılması", *Dergah Dergisi*, Mart 1993.

Görünebilir, temas edilebilir, hissedilebilir, yüzleşilebilir analog gerçeklik yerini alternatif bir dünya idealiyle, co rafyanın olmadığı, duyuların kazaya uğradığı, dijital bir sanal ortama bırakmıştır. Toplumsallığın önemli özellikleri olan organik dayanışma, sembolik iletişim, mantıklı olmayan kategoriler ve karşılıklı ilgiler uzamsal sınırların elektronik medya tarafından çöktürülmesiyle problematikleşmiştir.

Postmodern toplum, metaforların, imge ve imajların gündelik hayatı bombaladığı, boyutları sekteye uğratıp hayatın simülasyonlarca ele geçirildiği bir gerçeklikte mevzilenir.

Öz, öze ve tarih; gösterinin sadece kendisine hizmet edeceği ölçüde simülasyonların içinde gömülür.

Gösteren özgürleştirilirken, imaj, anlatının önceliğini ve üstünlüğünü elinden alır, bu aşamada neyin orijinal neyin sahte, neyin doğru neyin yanlış olduğu, kısaca "neyin ne olduğu" sorunsallaşır. Tüm medya, yine Baudrillard'ın deyişiyle; tam bir şamata tam bir içe patlama, anlamın yok edildiği, imajların birbiri üstüne yayılıp karıştığı, imajın gösterme vasfını kaybetmesi olan postmodern, hayal perdesi üretir ve sonunda anlamsız imajların muhatabı, izleyicinin kendisini yitirdiği bir kayıtsızlık, ilgisizlik ve doygunluk ürettiği bir hal almakta, tüm anlamların kara delik tarafından kapsandığı göstergeler, gerçeğin yerini almamakta, farklı bir gerçeklik düzleminde yeniden hayata dönmektedir. Artık ekran gerçeğin ta kendisidir ve insan da ara formlarda oksijen bulmaya başlar.

Gerçekliğin yerini imajların alması, altyapının yerine şimdiki zamanın koyulması, zamanın engellerinin aşılması çalışmaları,

küresel zamanın olanaklarını açmış, Virillio'nun deyişiyle zamanını hacmini daraltmıştır. Teknik olarak sanal alan ve medya, geleceği şimdiki zamanın sonsuz sürekliliğine haline getirmiş, çokulu zamanlar tek bir küresel zaman içinde "şizofrenik" olarak parçalanarak fasılasız anlara dönüşmesiyle her şey 'şimdi' ve 'burada'ya (hız ve hızla) indirgenmiştir. Sonuçta geleneksel toplumsal hafıza biçimleri olarak tarih silinir ve zaman kolonize edilir ve üst üste birikme suretiyle bir geçmiş anlamında hafıza oluşturulamaz.

Sonuçta, oluşan teknolojik benlik de postmodern bir toplumda fikslenmemiş, sürekli bir istikrarsızlık içinde merkezsizleşmiştir. Dağınık ve çözülmüştür. Benin teknolojileşmesi sonucu "değişken ve kırılabilir" kimlik sabit ve kararlı bir kimlik yerine geçer. (Dil oyunlarındaki gibi.) Yani kimlik bir tür parşömen kağıdı haline alır. Zemine ve zamana göre değişen standart ve genel geçer kuralların olmadığı, sıkı ve muhkem olmayan, kaygan, sürekli üzerine yazı yazılan bir kimlik. Bu ise maske kültürünün gelişimiyle sonuçlanmıştır. "Her şey uyar" mantığının sonucu olarak, belirli bir formatta, sürekli insan kural yaratır, kural iptal eder; yani bir maske yırtılır, diğer maske çıkarılır. Her türlü ortam koşullarına adapte olabilen bu "bukalemun özne" türü kendi tabiriyle dil oyununa girip çıkabilme elastikiyeti kazanarak terminalleşir. Eski tarzdaki kararlı benlik yani gerçek kimlik, bazen tatil edilir bazen de mesaiye başlar.

Zygmunt Bauman'dan yardım alırsak; kimlikler kostüm de iştirir gibi de işebilir. Çünkü oyunun kuralları sürekli de işiyor. Mantıklı olarak her oyun kısadır. Her günü ayrı ayrı yaşama kararlılığı ve günlük

yaşamı küçük vakıaların oluşturdu u bir dizi olarak tanımlama bütünüyle akılcı yaşam stratejisinin kılavuz ilkeleri oluyor. Sabitlenmeyi reddeden do asiyla postmodern yaşam stratejisinin özü, kimli i kararlı hale getirmek de il, sabitlikten kaçınmaktır.<sup>64</sup> Çok az sayıda hikaye tekrar tekrar ve yeniden anlatılır.

Zamansal hep şimdili in ve uçucu benli inde, sibernetik kablolarla modernitenin bireyselleşme temayülleri içinde kendi sanal a ları ve medyalarında yaşayan özne; şimdilik ve yeni uçucu benli in dizginlenmesi sonucu, hiper gerçekli e adım atar. Bu hız ve haz arayışı sonucunda gerçek estetikleştirilerek dönüştürülür. Bu uzamda farklı ikonlar ve kendi düzleminde anlam bulan hakikatler, yerinden edilmek suretiyle birbiri içine kaynaştırılarak sürekli peyzaj ve kolajlama altında; keserek, yan koyarak, alt alta koyarak melez, karmaşık, çifte kavrulmuş bir eklektizm alkışlanır. Dünya yamyamların yaptı ı gibi (üslupsal olarak) ya malanır.<sup>65</sup>

Biraz Budizm, bir parça eko-faşizm, bir damla Althusserci kuşkuculuk vb. yarı hazmedilmiş kaynaklardan toplayıp derme çatma bir araya getirilir.<sup>66</sup> Melez eklektizm, hayata egemen olmuş durumdadır. Sanatsal pas tiş, (farklı üslupları birbiri içine eklemleme tekni i) kendini aynen kültürel alanda da göstermiştir. Sanat, edebiyat, müzik, mutfak öreti ve ritüeller aracılı ıyla ötekinin egzotik kültürüyle karşılaşan postmodern benlik, tarihten ve balamdan, yerlerinden yurtlarından soyutlayıp sürekli yeni anlamlar,

kimlikler ve aidiyetler peşinde koşan tüketici kültürü için yeniden paketlenen bu ürünleri alır ve farklılı ı metalaştırıp yüceltir.<sup>67</sup> Egzotik mallara artan ra bet sonucu<sup>68</sup> dünyanın yerellik ve etnik köken yoluyla üretti i çeşitli ürünlerin tümü inceden inceye ayrıştırılıp pazara gönderilir. Benjamin'in de dedi i gibi mekanik kopyalama ça ında sanat ibadetsel ve ritüel konumundan sistematik olarak koparılarak halk pazarında bir mal haline getirilmektedir. Geçmiş i taklit etmeyen ama onu şimdiki zamanın içine katan başka bir gelenek tasarımı do ar. Şimdiki zamanda tüm üslup biçimleri, de iştirmece oyununda hazır bulundurulur.<sup>69</sup> Günümüzde ötekilerin temsilcisi geçmiş in kurcalanan sentetik ürünleridir. Postmodern politika, ötekini küçük düşürüp tarihi kimli ini ve gelece ini yoksun bırakır. Sadece de erlerini de il, onlarla beraber kimliklerini, istikrarlı ilişkilerini, yerlerini, ailelerini, varolma ve yapıp etmelerini hayatlarından sökülüp alır.

Modern dönemdeki eleminasyon ve asimilasyon veya kusma ya da yutma; post-modernde biraz de işmiştir. Artık kalıntı bırakan bir silme, hadım etme stratejisi vardır. Yani programlar (farklı insanlar ve bilgiler) artık geri dönüşüm kutusuna atılmaz. söylem ve yerel otantik hakikatler (ekonomik, kültürel, siyasal, hukuki politikalar) ortadan kaldırılır ama "bug" denilen işe yaramaz sistem dosyaları (yerel hakikat iddialarının kalıntıları) türer. Bunlar belki otantik hakikatleri gösterir ama içi boşaltılarak, geleneksel gösteren-

<sup>64</sup> Zygmunt Bauman, *a.g.e.*, 1993, s. 167.

<sup>65</sup> Ziyaüddin Serdar, *a.g.e.*, s. 287.

<sup>66</sup> Ziyaüddin Serdar, *a.g.e.*, s. 208.

<sup>67</sup> Arus Yumul, "Modernizm, Postmodernizm ve Öteki", *Karizma dergisi*, Yaz 1993, s. 102.

<sup>68</sup> Arus Yumul, *a.g.m.*, s. 110.

<sup>69</sup> Ahmet Akbar, *Postmodernizm ve slam*, Cep Kitapları, s. 45.

gösterilen ikili i bozulmuştur. Yaşam biçimleri ve varlık tasavvurlarının ana materyali bulunur, fakat kendini gerçekleştiremez Yani postmodern endüstri ötekilerle savaşa tutulmak veya onları de işmeyi zorlamak yerine, onların kavramlarını farklı ba lam ve anlamlarda kullanarak kendi tatminini sa larken, geleneksel ritüellerin ise içinini boşaltır. Ritüellerin zaman ve mekan ba lamı birbirinden kopartılarak varoluşlar işgal edilir. Belli bir alt yapının kuvvetlenmemesi için o yapıda anlamlı olan semboller, bu sefer yeni bir haz ve deneyim heyecanı için başka alanlarda karşımıza çıkar.

Ötekiyi tüm de erlerinden boşaltmanın, ötekinin iflasının modası geçmiş gelene in ve apartılmış tarihin algılanmış imajlarını realite olarak geriye fırlatmanın ve onu müşevves imajlar ve anlamsızlıklar denizinde bo manın daha baştan çıkarıcı daha güçlü yoludur postmodernizm.<sup>70</sup> Postmodern ö eler ötekinin ontoloji alanına müdahaledir ve onları yerlerinden ederek, yok etmeye çalışır. Burada anlam kayna ı, varoluşsal de er ya da ontolojik yapı olan şey tatmin edici, klinize edici hale dönüşür. Yerel bölgeler için anlam ve kök olan metafiziksel tecrübeler (örne in yoga) di er tarafta, bu dil şebekesine girme suretiyle sömürülen ve şeyleştirilen meta haline gelir. Postmodernite, dinsel i ve cinselli i icat eder. Bunlardan dinsel i e yani dilselli e gelirsek;<sup>71</sup> din postmodern dönemde kültür gibi çalışır. Ontolojik sorun teistik sorun haline gelir. Postmodernitede din modernitenin do urdu u anlam krizini giderir. İnsanın tanrı rolünü gerekti i

gibi oynayamaması, yeryüzüne istedi i anlamda güvenle bir hayat sunamaması sonucu oluşan korku ve endişelerin özerkleşmiş olması ve hayatta meydana gelen anlam krizi ve tatminsizlik insanları güçlü bir otorite arayışına istenç duymaya yöneltti.

Görüldü ü gibi zaman/me kan kolonizasyonu ve tarihin apartılmasından sonra kalan tek şey; metafizi in sömürülmesi tamamlandı. Postmodernitede din, yeniden anlamlandırma operasyonlarına konu yapıldı. Din, yeni bir anlam üreticisi olarak insanlara yeni duygu yo unlukları ve yeni tatmin seçenekleri sunuyordu. Dinlerin geri gelmesi dinsel ritüellerin ve adetlerin ontolojisiz olarak episteme (görüntü) düzeylerinde ortaya çıkmasına neden oldu undan, varlık tasavvurları sade birer yaşam biçimine indirgenerek dinsel sembolizm yenilendi.

Sonuç olarak; postmodernizm, modernitenin vaat etti i hedeflerin gerçekleş(e)me-mesi üzerine, tarihsel u rak olarak modernitenin başladı ı yere dönmesinden ibarettir. Yalnız bir farkla: Bu geri dönüş, farklı bir boyut ve frekanstaki bir geçmişe, geçmişin kırılmasıyla oluşan bir geçmişe olur. Artık gidilen yerde Baudrillard'ın deyişiyile objelerin kendileri de il, üretilmiş gerçekli in gerçekten daha gerçek oldu u bir 'Simularka Cenneti' ya da 'gerçe in çölü' vardır.

Hukuka döndü ümüz de tüm "makine"lerin birbirini etkilemesi kuralından hareketle, hukuk yukarda özetledi imiz şartlardan karmaşıkça etkilenir.

Postmodern marjinal tecrübeler ve dinsel i e yönelim beraberinde toplum hukukunun daha önce hiç karşılaşmadı ı yeni sorunlar üretir. Modern devletteki kolektif ahlakın yerini postmodernizmde; hemen hemen hiçbir hukuk sisteminin üzerine

<sup>70</sup> Ziyaüddin Serdar, "Postmodern Dü üncede Yabancı", çev.: N. Öztürk, *Yeni Dergi*, sayı 4, 1994, s. 125.

<sup>71</sup> Deyimler, Sarıbay'a aittir.

basamak istemeyece i bireysel ahlak almış, bu aşırı bireysel ahlak da hukuksal sorun, ahlaksal sorun, insanî sorun üretmiştir. Rölatif ahlakın hiç bu kadar aşırılaşmaması sonucu bugüne kadar muhatap oldu undan çok farklı meseleler, postmodern bir ça da gündeme oturmuştur. Eşcinseller arası çocuk meseleleri, iki baba, veya iki anne olayları, her türde eşcinselli in hukuki boyutları, internet ve bilişimde aşırı kozmik ve matematiksel çetrefil suçlar sonucu suçun elektronikleşmesi, şimdiye kadar hepsi birlikte, somut, muhtemel yaşantıları tahmin edebilici bir hukuk zihnini sorunsallaştırmıştır. Ahlak üzerine yapılan stratejik uygulamalar, özgürlük adı altında dünya tarihinde görülmemiş bir farklılık arayışına ve en ekstrem tecrübelerin do masına, hukukun da bunlarla, yani sınırlanmayan bir ahlakın meydana getirdi i meselelerle u raşmasına neden olmuştur.

Postmodernin yapısını oluşturan "her şey uyar" anlayışı, her "makine"ye oldu u gibi hukuksal uygulamalara da ses çıkarmayan bir zihniyet do urmuştur. Postmodern yapı perspektifte gördü ümüz sorgulayıcı hukuk akli yerine, son aşamada hiçbir şeye karışmayan, kendi zevk ve sürüklenişinde anlam bulan hukuku "takmayan" bir özne biçimi üretmiştir.

Benli in dönüşümü, hukukun müdahil olamadı ı yeni ahlaksal bir siber-alan oluştur. Bu yeni ahlaksal mekan ve zaman stratejileri hukukun aygıt ve iç mantı ının erişemeyece i ve hukuk dilinin yetmedi i bir ortam oluşturur. Hukuk, oluşan yeni kimlik mekanları karşısında bocalar. Postmodernitedeki merkezlessiz insan, inşa edilmemiş insandır. Saf ve ba ımsız, hiçbir bina yapımına konu olmayacak ahlaka sahip ve de erlerden arındırılmış özne, adeta hukukun üst hakikatlerini sorgular

gibidir. Bir hukuktan öbür hukuka geçilir. Hukuk durulacak ve uyulacak bir hakikat de il, geçici olarak katlanılacak, içinde bulunulan oyunun kurallarını çizen bir hakemdir. Hukuk inanılaca ı için uyulacak bir de er de il, çıkartıp takılacak bir maskedir artık.

Medya ve imaj teknolojileri, oluşturdu u simülasyonlar, suça veya insanları kötülü e teşvik edip, hukuku bozamaz, artık postmodern medyalar ve imaj teknolojileri, yeni yeni hukuklar yaratır. Medya; ceza vererek ve suçlayarak, sonra çıkıp teşhir ederek, insanları yargılayacak ve semiyotik (göstergesel) bazda insanları kendi oluşturdu u hukuka göre seyirciye açık bir arenada cezasını verecektir. Yukarıda da ifade etti imiz gibi, medya dördüncü ve öldürücü erkirtir ve aynen hukukun yaptı ı zorlayıcı ve güç kullanıcı aygıtlar üreterek, hukukun yerini alır. Medya entelektüel kurgusu ve montajıyla bu olayı ustaca yapar.

Postmodernite etrafında dolaşıp kendini rahatsız eden bir hukuk görmek istemez. Düzendenden sorumlu birileri etrafta yoktur. Paradigmaların(ideoloji) tüm tasarımlarını boyamak, arzularını ve oluşan oluşumların oluşturulma sebeplerinden ba ımsız düşünemeyece imiz için nasıl ki olayı basitçe postmodernin dini geri getirip getirmedi i şeklinde formüle edemezsek, postmodern bir hukuku da basitçe ço ulculuk, tikelleşme ve yerelleşme veya kabilesel hukuka dönüş olarak formüle edemeyiz ki tüm bunlar benlik ve kimlik stratejilerinden ba ımsız düşünülemez.

Son olarak; yapıbozum ve hukuk esaslı ve postmoderniteden ayrı olmayan bir konudur ve biz bunu burada irdelemeyece iz. Sadece yapıbozum; "hukuki bir metnin her okumasının zorunlu olarak yanlış bir okuma oldu unu, bütün hukuki

metinlerin aynı zamanda hakkında karar verilmez nitelikte ve tutarsız oldu unu ön kabul alarak, hüküm vermenin keyfi ve ödün verici siyasi, ekonomik toplumsal faktörlerden bir biçimde ba ımsız, kendine yeterli kodlanmış bir kurallar sistemi oluşturdu u varsayımını tersine çevirir." demekle yetinece iz.

### Postmodern Hukuk Teorileri

Kuramları teröristçe buldu u için onları terörize etmede üstüne olmayan postmodernite, beklenildi i ve üstte de anlatıldı ı gibi hukuk alanında da stratejik kavramsallara ve doktrine yapısı gere i girmez. Postmodern bir hukuk modern hukukun yadsınması ve şiddetle eleştirilmesidir.

Burada, bazı teoride yer alan ve post-modernist ço ulcu yapı etrafında de inilmiş görüşleri özetleyece iz. Ama geride de söz etti imiz gibi bu teoriler tek başına anlamsızdır, ve aslında, postmodern bir hukuk yoktur. Olan sadece postmodernizm ve hukuktur. Postmodernin ikircikli ve ne idü ü belirsiz bünyesi saklı tutulursa, hukukun yeniden kavramsallaştırılması, yani kaybolan büyü nün yeniden yüklenmesi postmodernitede yapılmaz. Ama bizim burada yapaca ımız, kendi çapında direk ve do rudan postmodern bir hukuk yapan ikincil bazı kaynakları taramak ve de erlendirmek olacak.

Postmodernin yönsüz yönü dolayısıyla kaynaklarda birçok farklı ve birbirine zıt uygulamalar postmodern adı altında anlatılmış, kiminde "olumlu" postmodern hukuktan, kiminde "radikal" postmodern hukuktan, kiminde "nihilist" bir postmodern hukuktan, kiminde de "yorumsamacı ve hermönetik" bir postmodern hukuktan söz edilmiştir. Görülece i gibi postmodern temel

özelli ini burada da muhafaza edip "ne o ne bu" do asını hukuk alanında da göstermiştir. Modernden hiçbir farkı olmayan görüşler postmodern diye takdim edilmiş, bazen de nihilizmle postmodernizm özdeşleştirilmiştir. Bu durum, postmodern kafa karışıklı na özgü bir durumdur, ki postmodern teriminin etrafında dönüp durmak beraberinde birçok sorunsalı da getirir.

Tekrar pahasına söylemek gerekirse; post-modern hukuk bilimi, modern felsefe ve hukuk biliminin akılları, eti i ve hukukları tek bir biçim, ilkeye ve de anlatıya dayandırmak için yaptı ı bütün stratejik hamleler başarısızlı a u radıktan sonra do muştur. Nitekim modern paradigmanın iflası, zorunlu olarak da modern hukukun iflasıydı. Tarihsel olarak, hukukun tarafsız ve adil oldu u, ihtilafları; gayri şahsi, öngörülebilir ve tartışmaya yol açmayacak biçimde çözümenin bir yolu olmuş, dolayısıyla hukuk sistemi yasaların uygulanma tarzlarını rasyonelleştirmek için kanunların asıl maksadını araştıran hukukçuları ve di er uzmanlarıyla birlikte bir kapalı sisteme dönüşmüştü. Modern hukuk ise bu aşamada belli bir grup ve toplulukların de ersel inançlarından ayrılıp kendine yeterli ve etik bakımından tarafsız bir mekanizma olarak yeniden kuruldu u bir özerkleşme sürecine girdi.<sup>72</sup> (Aynı bilim veya sanat örne inde oldu u gibi.) Yani modern hukuk, moderniteyle uyumlu ve tutarlı alarak düalist ve objektivist bir tarzda de erlerden ayrıldı. Hukukun soyut normu de erlendirirken ba ımsız olmaması ve modern hukukun zulüm aracı haline gelmesi ve hukuk sisteminin bürokratikleşti i, postmodern bir anlayışla vurgulanır

<sup>72</sup> Steven Connor, *Postmodernist Kültür*, çev.: Do an ahiner, Yapı Kredi Yay., 2001, s. 100.



Hukukun ahlaki düşünce yapısı olmayıp birbirine bağı ve mantıksal tutarlılığına sahip normların bir sistemi olarak kapalı ve kendine gönderme yapan bir bütünlük oluşturdu. Bu duyulan düşünceyle birlikte, hedefi; iyiliği teşvik etmek değil, kendi tutarlılığını korumak ve artırmak olan bir hukuksallıkta bazı kaynaklarda görebildiğimiz kadarıyla gündeme oturur.<sup>73</sup> Postmodern radikal bir zihne göre; hukuk biliminin görevi hukuka saflık kazandırmak ve düzen yasasını açık seçik sınırlarını ve denetim altında tutulan kontrol noktalarını dayatmaktır. Postmodernler hukukta tayin edici bir anlam olmadığını ileri sürer ve bu alanda akla dayalı hakikat iddialarının olabirliğini sorgularlar. Postmodern hukuk etiği, aynı zamanda hukukun kendi içinde estetiğini, dil, retorik, hayal gücü ve duyuların kurucu güçlerinin işlemlerinin de yer aldığı konusunda ısrarlıdır.

"Olumlayıcı" (kavrama takılıp kalmayın) postmodernistler içinse, hukuk, siyasi, öznel, tartışmaya açık bir şeydir. Kişisel yorumlardan ibarettir. Herhangi bir yorumun gerçekten de meşru sayılmayacağını belirtirler.

Hukuki metinlerin "özündergeli" (kendi kendisine giden) olduğu söylenir ve tıpkı edebî metinler gibi bu metinlerin de anlamı belirlenmemiştir. Hukuksal metinler dilsel olarak görelidir ve hiçbir ayrıcalıklı sayılmayacak olan sayısız yoruma tabidir. Çünkü tüm diğer postmodern diller gibi hukuk dilinin de bir anlamı yoktur. Yazarın otoritesini ve yorumun otoritesini sorgulayıp hukuki kararların keyfî olduğunu ileri süren postmodernistler, hukukî yorumların otoritelerini yorumlayıcı cemaatten aldığı bir

kurallar sistemini öngörürler ve bir hukuk cemaati kavramı türetirler. Bu hukuk cemaati kollektif eylem içinde üretilir.<sup>74</sup> Modern rasyonelite fikri yerini çok sayıda denetlenemeyen mini irrasyonelitelere bırakmaktadır<sup>75</sup> ve bu cemaat/irraasyonelite içinde ise kararlar mahalli toplumsal uygunluk kurallarına, verildikleri cemaat içindeki toplumsal hayatın niteliğine, işlerindeki etkisine ve politik ikileme göre anlam kazanır. Hukuk; birleştirici, düzenleyici ve sınırlayıcı olarak çözümlenmez, zira modern tecrübenin öğrettiği gibi artık toplumsal ahengin soyut yasalarla teminat altına alınması düşünülmez.

Postmodernite koşulları hukukun birliğini sağlamanın ve farklılıkları uzlaştırmanın olanağını bir daha geri getirmemek üzere ortadan kaldırmıştır.<sup>76</sup> Hukukun etik ilişkileri, hukukun kendi pratiklerinin biçim ve yerlerinde ortaya çıkmalıdır.

Eleştirel yaklaşım ve pragmatik yaklaşım, (Stanley Fish ve Rotry'yi unutmayalım) yukarıdaki görüşlerle paralel olan; merkezinde hukukun kendisini ve işlemlerini evrenselleştirme yönündeki modernist eleminin bir reddi ve toplumsal eleştirinin bu evrenselleştirmeyi taklit etme elemindeki biçimlerinden sakınma çabası içindedir. Buna göre, hukuk sosyal realiteye yakınlaşacak ve sosyal realite de hukuka yakınlaşacak.

Bazı radikal görüşler, yorumlama tekelinin kimsede olmadığını, hukukî kararların sürekli akış süreci içinde bulunduğunu hukukun sosyal bir

<sup>73</sup> Steven Connor, *a.g.e.*, s. 107.

<sup>74</sup> John Murpy, *a.g.e.*, s. 202.

<sup>75</sup> Madan, Sarup, *Postyapısıcılık ve Postmodernizm*, Ark Yay., 1997, s. 123.

<sup>76</sup> Steven Connor, *a.g.e.*, s. 107.

talimat de il, yapıbozum faaliyetleri çerçevesinde anlamlandırılacak bir dil oldu u şeklindedir. Postmodern insan, felsefeci konumundadır. Daha önceden belirlenmiş kurallar tarafından yönetilemez, benzer kategorilerin metne ya da çalışmaya uygulanmasıyla belirleyici bir yargıya göre yargılanamazlar.<sup>77</sup> Artık olgular, bilinen kategoriler uygulanarak kesin bir yargılamaya tâbi tutulmaz. Her şey bulundu u ortam için geçerli bir kendinde şeydir. Hukuk dahil.<sup>78</sup>

### Sonuç

Görüldü ü üzere postmodernizm, bizatihi bir sistem olmayıp, üzerine düşünsel, genel geçer olarak tam mutabık olunamayan, teoriyi ve kavramsallaştırmayı reddeden, yapısında oldu u gibi varlı ı da belirsiz, yönsüz bir kavramdır. Belki anlamaya de il, anlamlandırmaya müsaittir. Bazen bir kültürel mantık, bazen bilginin bir durumu, bazen yeni bir toplumsallık aşaması, bazen modernli in kendi üzerine düşünmesi, kendini irdelemesi hali, bazen modernizmin radikalleşmesi, bazen yeni bir tür tutuculuktur. Zira Habermas-Lyotard tartışması, Derrida'nın post radikal refleksleri, Kellner'in radikal eylemciler kuşa ı için yaptı ı analizleri, Neo marksist Jameson'un post-modern kültür perspektifi, bir başka sol Eagleton'ın tamamen ters anti postmodern tutumları, Frankfurt Okulu vs.lerin karşıt tutumları, bunun yanında modernlikle de arasında fark olup olmadı ı, bu farkın uygunca farklılaşp farklılaşmadı ı, ya da postmodernin kendisinin bu farklılaştırmaya gelmeyerek veya

kendi teorisini bile reddederek varlı ını ispatladı ı iddiaları, sonuç olarak bize bir tek ve basit bir postmodernitenin olmadı ını gösterir. Postmodernin yapısında bulunan kavram ve ifadelerin yetersiz ve oynak oldu unu gösterip, teoriyi reddeden ilk post-modern, postmodernin kendisidir. Postmo-dernite Roma'daki çok başlı canavar olan Lanus'u andırır tarzda bazen birbirinden çok farklı olabilecek şekilde farklı ba lam ve anlamlarda kullanılır. Bazı postmodernler tamamen yeni oldu u halde bazılarının ise moderniteden farkı yoktur.

Her postmodern okuması veya yazması hatta her postmodernite kelimesi zorunlu olarak yeni bir postmodern okuması ya da yazmasıdır. Hatta postmoderne göre her postmodern okuması, yazması yanlış bir okumu veya yazmadır. (Tepki postmodernizmi, direniş postmodernizmi, pleo modernizm, neo modernizm, anti modernizm, radikal modernizm, muhafazakar modernizm)

Birçok tartışma ve ayrıntısı olmakla birlikte, genel olarak postmodernite, modernitenin içinden rahatça sıyrılıp başka bir ça başlatmış de ildir. Ama bunun yanında tamamen modern içinde sıkışıp kalmış bir kuram da de ildir. Postmodernizmle modernizm arasındaki ilişki bir, "konversalizm" ilişkisidir. Postmodern, modernden beslenir ama ona zarar verir. Postmodernizm Heller ve Feher'in vurguladı ı gibi her bakımdan modernite üzerinde bir asalak konumundadır. Modernli in aşırılı ve açmazlarıyla yaşar ve beslenir.<sup>79</sup> Tüm bu tartışmaları ve kafa karışıklı ını biz postmodern paradoksu olarak adlandırıyoruz ki; do ru, tutarlı ve anlamlı bir cümle olarak; postmodernizm; ne

<sup>77</sup> Sezgin Kızılcılık, a.g.m., s. 88.

<sup>78</sup> Zygmunt Bauman, a.g.e., 1993, s. 190.

<sup>79</sup> Bryan S. Turner, *Oryantalizm, Postmodernizm ve Globalizm*, çev.: brahim Kapaklıkaya, Anka Yay., s. 67.

vardır/modernizmdir, ne yoktur/modern olmayandır, veya hem post-modern, hem de modern de ne post-modern/modern olmayan ne de postmodern olmayan/modern'dir

Tüm tahlillerin tek başına do ru olması saklı, postmodernite ve modernite ilk tespitite birbirinden çok farklı, sondan bir önceki tespitite birbirine benzer, son tespitite de birbirinden farksızdır. Kendini tanıştırma ve tanımlama konusunda müthiş bir direngenlik gösterip, son kertede her şey mübah deyip, Habermas'ın muhafazakar ithamlarını haklılaştırarak derecede, çıkışındaki tepkisellik yerine yapısında bulunan "metabolik bozukluk" dolayısıyla geldi i nokta olarak umursamazlı a neden olan postmoderniteyi, batının yaşadığı kaçınılmaz bir ruh durumu, batılı zihnin bilinçaltının mutlak sorun çıkarması olarak görüyoruz. Modernite Bauman'ın deyimiyle sınır boyu uygarlıydı. Yani ilk baştaki hedeften uzaklaşması, yıkılması için yetiyordu. Ama postmodernite ise yani belirsizlikler ça ı, açık uçlu do ası dolayısıyla tarihte gezinmek suretiyle ontolojik güvensizli in sonsuz tehir edildi i kılıktan kılı a girmenin di er adıdır. Kabaca postmodern denen "hikaye", moderniteyle arasında, Terminatör 2 deki civa adamla (T1000) daha zayıf modeli "T 800" arasındaki fark kadar bir fark bulunan, Baudrillard'ın deyişle temeli lanet ve moral bozuklu u olan batının içindeki tanrı tanımaz virüsün metamorfoz geçirerek bir tür aforizmatik salınımından sonra başka bir DNA düzleminde metastas yapmasıdır.

Ahlaki idealize etme ideali olmayan hukuk tarafından başı boş bırakılan insan fitratı boşluk kaldırmayaca ı için arzuya sevk olunur. Ama arzunun tatmini de il, arzunun arzuyu sonuçladı ını modern mantık bize göstermiştir.

Postmodernitede ise hukuk, arzulara yeni arzular üretmekle meşgul olur.

Postmodernitenin ötekilere yaptı ı, çözümlene gücünü ellerinden alıp, bunu olanaksızlaştırmak<sup>80</sup>, tarihsel olarak kendilerini konumlandırma yetilerinin kazanılmasını, yani kendilerini gerçekleştirmelerini ve otantikli in muhafazasını sofistikece engellemektir.<sup>81</sup> Tersinden okursak da postmodernite, ötekilere yönelik süpürülmüş benli i geri kazanmak için kendi kavrayış, algılayış, temsil edilmiş, yorumlayış ve tanımlayış biçimlerini tekrar kazanma yönünde bir davettir aynı zamanda.

Postmodernizm 90'lı yılların başında çok tartışıldı. Birikim dergisinde, varlık dergisinde, bilgi ve hikmet dergisinde, toplum ve bilimde, defter ve dergah gibi dergilerde tabloid mantıkla gündeme alınmıştır. Postmodernizm gizemli, ve hafif mistik bir şey olarak karşılanmıştır. Bilinmeyen, ama bunun yanında bilinmeyen şeylere yapıştırılan bir kavram olmuştur. "Ben bilmem ama çok postmodern bir durum"ların oldu u dönemlerde batılı üretimi olan tüm postlar, sadece tüketilmiş, ithal ve ucuz "dışarı" malzemelerle tartışıla-gelmiş ve sadece kavramın üretildi i yer kodlarıyla bir eleştiri getirilebilmiş, sonuçta da tarihsel bir furya olarak dergilerde istirahata çekilmiştir

Bilgi ve hikmet dergisinde çıkan; Medine Vesikası çerçevesinde yeni bir ço ulcu toplum kurma ve çok hukukluluk arayışları belli bir dönem ses getirmiş, daha sonra yapılan tartışmaların postmodernist bir ço ulculuk anlayışı do rultusunda

<sup>80</sup> Ziyaüddin Serdar, a.g.m., 07.08.1995

<sup>81</sup> John Zerzan, *Gelecekteki İkel*, çev.: Cemal Atilla, Kaos Yay., 2000, s. 69.

oldu u görüşüyle bu tür ortak yaşam ve çok hukuk tartışmaları postmodern olarak yaftalanmıştır. Biz burada o yıllarda yapılan bu tür tartışmalara girmedik, ve bir olay de erlendirmesi yapmadık.<sup>82</sup>

Nasıl ki postmodernizm, bir anlamda arabayla geçip gidilen modernlikten sonra dikiz aynasından arkaya bakmaksa, postmodern bir hukuk da geniş perspektifte; yaşanan, tatbik edilen, tecrübe edilen, muhatap olunan hukuk hakkında yüksek soyutlama ve jargonda düşünmek ve tartışmaktır. Özetle ve saf bakışla söylersek; modern devletin uzamına dahil olup modern paradigmadan beslenen modern hukuk, postmoderniteyle birlikte beslenme kaynağını de iştirmiş, postmo-derne uygun olarak küçülme, yerelleşme, tikelleşme, merkezlesizleşme tirendine girmiştir. Analitik olarak da modern zihnin de işimi ve yeni imaj bombardımanları sonucu kendi gerçekli ini gözden geçirerek, deyim yerindeyse "allak bullak" olmuş, ahlak-hukuk ayrılığının son kertesi olarak da sorunları çözme kapasitesi baltalanarak postmodern ironi karşısında ciddiyetini muhafaza edemeyerek kendini ifade edecek bir zemin ve mekan arayışına koyulmuştur.

Her şeyi kendine alıp yamamakta üzerine olmayan postmodernite, hukuksal bir sistem için tüm özneler arası halim-selim ilişkileri eski otantik hukuksal kaynağından kopararak hukuksal sisteme adapte edebilme arayışı içindedir.

Her ne kadar günümüz Türkiye'si hukuk sistemi, ahlak ve hukuku ayırıştırırsa ve sözüm ona içsel ve dışsal yaftalamasıyla birbirindeki gerilmesi gereken bağı koparsa da fiili olarak muhatap oldu umuz

hukukun toplumsal geleneklerden gelen ve kök paradigmalardan beslenen bir ahlak üzerine temellendi ini görmekteyiz.

Postmodern perspektifin bize bir kez daha gösterdi i belki tek şey; hukukun üstünlü ünü tartışmak faydalı ve verimli de ildir ki bu tartışma kapalı devredir. Hukuk ise yapısından gelen işleviyle, basitçe, olumlayarak ya da olumsuzlayarak, olumlayıcı veya olumsuzlayıcı "akıl" oluşturur. Yaşanan gerçekli i meşrulaştıran en önemli şey gerçekli in önerdi i hukuktur. Fakat ilk tartışma ı, bir şeyin tartışılıp tartışılmayacağına karar verip, gündeme alınacakları seçmek olan hukuk, gerçekli i sorgulamak ve meşruiyetini tartışmak durumundadır. Zira hukuku dönüştürebilme yetisi hukukun meşrulu unu sorgulamayla olabilir.

Sosyal teoride meydana gelen krizi ve fertler arası kafa karışıklılığını giderecek ve sosyal bilimleri yeniden anlamlandırarak, kodları yeniden sabitleyip, anlam haritalarına göre paradigmatik (ideolojik/de ersel) bir sosyal bilim dilinin sınırlarını zorlamak sosyal teorisyenler kadar hukukçuların da görevidir. Bu meyanda hukukçu olarak sosyal bilimlerdeki gelişmeler sonucu etkilenen bir hukukla etkilenme ya da etkin bir hukukla sosyal bilimleri etkileme iki farklı sonuç olarak gözüküyor.

Paradigma içi bir hukukun paradigmanın tüm söylem ve stratejilerine yansımaları gereğini düşünüyor, söylemlere karşı direniş fikrinin, söylemlere karşı çatışma fikrinin, kısacası tüm dış söylemlere karşı stratejik hamle fikirlerinin yöntemini, usulünü, tüm kurallarını, kodlarını, kısaca hukukunu; kendi otantik metinlerimizden keşfedip yeniden icat etmenin gerekliliğine inanıp, bu konuda kafa yorma gerekliliğini duyuyor, tüm sosyalitemizi ve

<sup>82</sup> Bu tartışmaların analizi için bkz.: Dursun Çiçek, *Postmodernizmin slamcılar Üzerinde Etkisi, Türkiye Örneği*, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1997.

siyasalımızı hukukileştirmenin gereğine inanıyoruz. Bu bağlamda demokrasi tartışmalarının, sivil toplum, kamusal alan tartışmalarının, öncü kadro veya yeni bir sosyal bilim tartışmalarının, modernite ve postmodernite tartışmalarının cemaat ve cemiyet tartışmalarının, geleneğin ihyası tartışmalarının diğer ortamlar yanında, hukuki perspektiflerin de konuşturulacağı ve muhabbetin canlı tutulacağı hukuki platformlarda da, yerleşik basamakta bir vasat üzerindeki tartışılması gereğini düşünüyor, çağımıza göre mevzilenip, hamle geliştirmiş kendi hukuk mantığımızın<sup>83</sup> tekraren sahici ve sahipsiz olarak tarih sahnesine çıkmasıyla da talihimizin tarih sahnesine çıkacağına yürekle inanıyoruz

İşbu metnin bu çabalara vesile olması dile ile...

## Kaynakça

### Dergiler

- Ahmet Ulvi Türkba, "Postmodernite ve Hukuk İdealleri" *Do u-Batı dergisi*, Sayı. 13.
- Ali Yaşar Sarıbay, "Postmodernite ve Kültür Olarak İslam" *Türkiye Günlü ü Dergisi*, 25/ kış /1993
- Arus Yumul, "Modernizm, Postmodernizm ve Öteki", *Karizma dergisi*, 1993, Yaz.
- Dana R. Villa, "Postmodernlik ve Kamusal Alan" *Cogito dergisi*, 1996, Yaz.
- Dilek Doltaş, "Postmodernizm, Aporie ve Logos" *Toplum ve Bilim Dergisi*, sayı. 41.
- Ernest Wolf Gazo, "Postmodernizmin Aydınlanmayı Eleştirisi" *İslami Araştırmalar dergisi*, no. 1, 1992

Jean Baudrillard, "Çılgınlığı Globalizm Üretiyor", *Umran dergisi*, sayı: 90.

Mithat Sancar, "Şiddet, Devlet Tekeli ve Hukuk", *Do u Batı dergisi*, Sayı: 13.

Sezgin Kızılcıkel, "Postmodernizm: Modernlik Projesine Bir Başkaldırı", *Türkiye Günlü ü dergisi*, 30 Ekim 1994.

Yusuf Kaplan, "Medya Uygarlığı: 'Post İslam' ve Postmodernizm(in) Konumlandırılması", *Dergah dergisi*, 1993, Mart.

Ziyaüddin Serdar, "Postmodern düşüncede yabancı", Çev. N. Öztürk, *Yeni Dergi*, sayı: 4, 1994.

## Kitaplar

- Ahmet Akbar, *Postmodernizm ve İslam*, Cep Kitapları Yay, İstanbul.
- Ali Yaşar Sarıbay, *Postmodernite, Sivil Toplum ve İslam*, İletişim Yay, İstanbul, 1994.
- Bryan S. Turner, *Oryantalizm, Postmodernizm ve Globalizm*, Çev. İbrahim Kapaklıkaya, Anka Yay, İstanbul.
- Buhr M Schrodeer, *Aydınlanma Hareketi ve Felsefesi*, Çev. V. Atayman, Birikim Yayınları, İstanbul, 1984.
- Christopher Pierson, *Modern Devlet*, Çev. Dilek Hattatolu, Çiviyazısı Yay, İstanbul, 2000.
- Dursun Çiçek, *Postmodernizmin İslamcılar Üzerinde Etkisi*, Türkiye Örneği, Rey Yayıncılık, Kayseri.
- F. Jameson; F. Lyotard; J. Habermas; *Postmodernizm*, Der. Necmi Zeka, Kıyı Yay, İstanbul.
- Gencay Şaylan, *Postmodernizm*, İmge Yay. İstanbul, 1999.
- J. F. Lyotard *Postmodern Durum*. Çev. Ahmet Çidem, Vadi Yay, Ankara, 1994.
- John Zerzan, *Gelecekteki İlkel*, Çev. Cemal Atila, Kaos Yay, İstanbul.
- John W. Murphy, *Postmodern Sosyal Analiz ve Eleştiri*, Çev. Hüsamettin Arslan, Paradigma Yay. İstanbul.

<sup>83</sup> Böylesi bir hukuk mantığı için bkz.: Muharrem Balcı, *Hukuk Mantığı*, Özgür-Der Eğitim Dersleri, Kasım 2001.

Madan, Sarup, *Postyapısıcılık ve Postmodernizm*, Ark Yay, İstanbul, 1997.

Muharrem Balcı, *Hukuk Mantı 1, Özgür-der E itim Dersleri*, İstanbul.

Ömer Demir, *Bilim Felsefesi*, Vadi Yay. Ankara, 1997.

Pauline Morie, *Postmodernizm ve Toplum Bilimleri*, Ark Yay, İstanbul.

Richard Eppignanesi, *Postmodernizm*, Milliyet Yay. İstanbul.

Steven Cannor, *Postmodernist Kültür*, Çev. Do an Şahiner, Yapı Kredi Yay, İstanbul, 2001.

Steven Best, Douglis Kellner, *Postmodern Teori*, Çev. Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay, İstanbul, 1991.

Veli Urhan, *Kişili in Do ası*, Vadi Yay, Ankara, 1998.

Zygmunt Bauman, *Postmodern Etik*, Çev. Alev Türker, Ayrıntı Yay, 1993.

Zygmunt Bauman, *Yasakoyucular ve Yorumcular*, Çev. Kemal Atakay, Metis Yay. 1996.

Ziyaüddin Serdar, *Postmodernizm ve Öteki*, Çev. Gökçe Kaçmaz, Söylem Yay. 2001.





# Hukuk Mantı 1

Av. Muharrem BALCI



## Giriş

Hukuki düzenlemelere uyarlı uygulamalarla şiddetin meşrulaştırılmaya çalışıldı ı toplumun üyeleriyiz. Sadece biz mi? 'Biri'nin 'öteki'ne karşı bakış açısının hep dışlama olarak yansıdı ı uluslararası düzlemde de şiddetin meşrulaştırıldı ını gözlemleyebiliyoruz. İnsanlar bazen kendi toplumlarının üyelerine, bazen de öteki toplumlara, ulusal ve uluslararası eylem ve düzenlemelerle gizli ve açık şiddet uygulayabiliyorlar.

Bir yandan modern devlet, yasal yollarla oluşturdu u kurumları aracılı ıyla gücünü paylaştırıp yayarken, otoriterizmi ve askeri rejimi hukuki forma kavuşturmaya; di er yandan uluslararası sisteme hakim güçler de uluslararası sözleşmeler ve dayatma çözümlerle, ulusları, küreselleşme girdabında eritmenin meşruiyetini oluşturmaya çalışmaktadır. Tüm bu gelişmeleri okuyamamanın yanı sıra siyasal ve hukuksal kültürün yetersizli i ve çaresizli i de temel hak ve özgürlüklerin engellenmesinin bir bakıma nedeni olmaktadır.

Dünya ailesinin genel olarak benzer yetersizliklerle malul oldu unu kabul etmek bir yana, birey ve toplum olarak konumumuzu, insanlara ve topluma karşı "birey" ve "kişi" olarak ne tür 'hak'lılıklarla donatıldı ımızı bilme arzusu, hukuksal akıl yürütmeyi veya bir başka deyişle

hukuk mantı ını gündemimize getirmektedir.

Sevindirici bir gelişme olarak ifade edebiliriz ki, siyasetin, ekonominin, toplumsal yaşamının, kültürel birikimin şekillenmiş hali olan hukuk ve onun anlaşılmasında ve uygulanmasında en önemli unsur olan hukuksal akıl yürütme artık sadece felsefecilerin veya sosyologların, özellikle de politikacıların u raşı alanı olmaktan çıkmıştır. Di er yandan bu gelişme, sivil toplum kuruluşlarımızın ortaya çıkmasıyla bütünleşerek onların kendi varlık nedenleri olan 'hukuk'u aramaya başlamalarına, muhatap olunan hukuka rengini/ideolojisini veren mantı ın sorgulanmasına da kapı aralamıştır. Şimdi bu kapıdan girmek, evrensel ve ahlaki normlara kavuşmuş bir hukuk mantı ına ulaşmak gere i üzerinde konuşulacaktır.

Bu tespitimizin bir taraftan hukukun kaynaklarını araştırmayı gerektirdi i kadar, di er yandan yürürlükteki hukuku bilmeyi ve ondan yararlanmayı ifade etti i açıktır. Zira, hukukun kaynakları, 'evrensel ve yerel' yürürlükteki hukuk kuralları bize aynı zamanda hukuk misyonunu bahşeden hukuksal akıl yürütmeyi/hukuk mantı ını kazandırmaktadır.

Hukuk mantı ını etraflıca incelemeye, "neden hukuk mantı ı" sorusunu sorarak başlamamız

gerekiyor. Konuyu işlerken özellikle hukuk tarihi ve onunla özdeş olan insanlık tarihi içinde bir seyir; hukuk mantı ının oluşmasında önemli katkıları olan hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi hakkında da etraflıca inceleme ve aktarma yapmak gerekebilirdi. Fakat asıl konudan uzaklaşmamak ve iki derste konuyu tamamlamak kaygısıyla, bu disiplinlerle ilgili az bir bilgiye yer verilmiş, önemli bir uzmanlık sahası olan felsefe ve sosyoloji alanına müdahale pek az düşünülmüştür.

### Neden Hukuk Mantı ı

Hukuk mantı ının gere i üzerinde durulurken, onu meydana getirecek veya gereklili ini, olmazsa olmazlı ını ortaya koyacak unsurlarını, sıhhat şartlarını belirlemek gerekir. Zira, hukuk mantı ına ilişkin tüm de erlendirmelerde ve bu çalışmada verilecek örneklerde, aş a da de erlendirilecek unsurlar dikkate alınmaktadır. Hukuk üretme veya anlamaya ilişkin işlem ve eylemlerimizde birer veri olarak önümüze gelen bu unsurlar, hukukun üretilmesinde, özellikle evrensel kurallarla birlikte yürürlükteki kuralların veri olarak alınması ve uygulanmasını da beraberinde getirecektir.

Tüm insanlı ın sürekli bir de işim içinde bulundu u, içinde yaşad ımız toplumun da bu de işimden etkilendi i ve de işti i, de işebilece i düşünöldü ünde, bu de işimi okuyabilecek hukuk mantı ının önemi ortaya çıkmaktadır. Zaten konunun seçiminde de bu espri yatmaktadır. Bir yanda de işmeyen, körelmiş mantıklar, de işimi okuyamayan donuk kafalar, di er yandan evrensel hukuk kuralları,

beşeri ideolojiler ve yerel gerçeklikler karşısında bir çıkış yolu bulmaya çalışan iyi niyetli düşünürler, aydınlar, mazlumlar, çaresizler...

Bir an için Türk hukuk sisteminin yapısına dönelim: Anayasanın başlangıç bölümü de dahil, tamamına hakim bakış açısında ve metninde, Medeni Kanunun bir kaç maddesi hariç tamamında, Ceza Kanununun ilk iki maddesi hariç tamamında evrensel hukuk kuralları veya bunlara atıf aramak boşuna bir gayret olacaktır. Bir hukukçu olarak evrensel hukuk kurallarının yansımalarını yüzlerce madde arasından pertavsızla aramak zorundasınız. Bulabilirsiniz aşk olsun.

Di er taraftan terk etti imiz hukuk sisteminin kurallarını içinde barındıran MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'nin ilk yüz maddesi evrensel hukuk kurallarını ihtiva etmektedir. Bir başka ifadeyle Mecelle, başlangıçta ideal bir hukuk mantalitesi ile sizi öngördü ü hukuka, hukuk ideolojisine ve sistemine, (kuralları belirlenmiş bir esneklikle) de işimi kabullenerek hazırlamaktadır.

Siyasi mantıkla donuklu una hükmedilmiş bir hukuk sisteminin ilk yüz maddesi içinde yer alan de işime ilişkin şu kural, hukuk mantı ının evrensel boyutuna önemle kaynaklık etmektedir:

"Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz" (Zamanın de işmesi ile hükümlerin de işe i inkar edilemez.)<sup>1</sup>

Burada de işime u rayacak olan hükümlerin, özellikle örf üzerine bina edilmiş hükümler oldu u, külli/genel/evrensel hükümlerin her durumda baki oldu u, zamana ba lı ihtilaf ile delile ba lı

<sup>1</sup> Mecelle, Madde: 39. Bkz.: Ali Himmet BERK, *Açıklamalı Mecelle*.

ihtilafı dikkatlice ayırmak gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>2</sup>

İslâm Hukukunun bir gereği olarak İslâm hukukçuları, insan hakları ve özgürlükleri ile dinin emredici hükümlerinin/ahkam ayetlerinin de işmeyeceğini, bunların Allah'ın tasarrufunda olduğunu, zamana ve zemine bağlı olarak de işime tabi tutulamayacaklarını kabul ederler. İşte burada İslâm hukukuna rengini veren hukuk mantığının yaklaşımı ortaya çıkmaktadır:

- Nas ile sabit olan hüküm de işmez,
- Külli/genel/evrensel hükümler de işmez,
- Kesin delile dayanmayan, örf ve adete dayalı hükümler de işebilir,
- De işebilenler cüz'î hükümlerdir,
- De işime etkili olan nedenler zaman, zemin, örf ve adettir.<sup>3</sup>

Yine de işimin en önemli yönlendirici hükümlerinden biri İslâm Hukukundaki,

"Bir vacibin varlığı için, zaruri olan şeyler de vacibdir."

kuralıdır. Bu tümce evrensel bir mantık kuralıdır. Örneklemek gerekirse: Siyasi partiler demokrasinin vazgeçilmez, olmazsa olmaz unsurlarıdır. Demokrasinin siyasi partilere olan ihtiyacı, bu oluşumların sıhhatli işlemesi, sistemi ayakta tutacak, geliştirecek, iktidar ve muhalefet görevlerini yapabilecek donanıma sahip olmalarını da zorunlu kılar. Bu zorunluluk demokratik ülkelerdeki gelişmelerin bazen ortak zeminlerde bazen de kendi iç hukuklarında yaptıkları de işikliklerle yerine getirilir. Birinin ulaştığı insani ve

evrensel değerler, diğerlerince de takdire şayan bulunur ve tatbik edilir, gerekli hukuki düzenlemeler yapılır. Aksi halde ulaşılmak istenen muasır medeniyet hülyası kadük kalır. Türkiye Cumhuriyeti için demokrasi vazgeçilmez, yani vacib ise, demokrasi için mutlaka gerekli olan şeyler (siyasi partiler) de vacibdir. Bir başka deyişle, siyasi partilerin orjin örneklerine uygun düzenlemelerin yapılması da vacibdir.

Şimdi bu kuralın uygulaması için yürürlükteki hukuka ve uygulamasına bir an için dönelim:

Türkiye'de siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru siyasi partilerin hukuk sistemi içindeki konumlarını belirleyen Anayasanın siyasi haklar ve ödevlere ilişkin hükümleri ve Siyasi Partiler Kanunu vardır. Dünya üzerindeki düzenleme ve uygulamaların oldukça gerisinde ve faşizan görüntüler sergileyen bu düzenlemelerin de değiştirilmesi ve ça dışı hale getirilmesi için Avrupa Birliği'ne verilen sözler (Ulusal Program) çerçevesinde Anayasa ve Siyasi Partiler Kanununda yapılacak değişiklikler sırasında Anayasa Mahkemesi, TBMM Anayasa Komisyonu'nda yapılan çalışmalara müdahale etti. Anayasa Mahkemesi Başkanı, bizzat Başbakan'ı ziyaret ederek, bu teşebbüsün 'yaratacağı tehlikeye' dikkat çekti. Sonra da bu girişimini hukuka ve teamüllere aykırı bir şekilde basın toplantısı ile kamuoyuna açıkladı. Hükümet, siyasi partilere uygulanan ça dışı yaptırımların kaldırılmasına ilişkin yasa hazırlanması çalışmasını askıya aldı. Anayasa Mahkemesinin bu eylemi, Anayasa Mahkemesi'nin parlamentoya verdiği bir muhtıra olarak de erlendirildi.<sup>4</sup>

Ortada çok belirgin olarak vahim bir hukuk mantığı zafiyeti

<sup>2</sup> Mehmet ERDO AN, *İslam Hukuku'nda Ahkâmın Değişmesi*, s. 2.

<sup>3</sup> Mehmet ERDO AN, a.g.e., s. 4.

<sup>4</sup> Bkz.: Mustafa ERDO AN, *Dersimiz Özgürlük*, s. 251.

vardır. "Bir vacibin varlığı için, zaruri olan şeyler de vacibdir" kuralı ihlal edilmiş, demokratikleşme için gerekli olan siyasi partilere ilişkin düzenlemeler rafa kaldırılmıştır.

Eski hukukta, içinden çıkılması zor bir mesele hakkında, meselenin özündeki gizli manayı çıkarmak veya işin özü hakkında gerçeğe yakın bilgiye ve yoruma ulaşmak için kullanılan "istinbat" faaliyetinin ancak ehil kişilerce başarılabileceği<sup>5</sup>, bir başka ifadeyle hukuk mantığına güvenilen kişilerin yorum ve uygulamalarına güvenilebileceği kabul edilirdi.

O halde hep tekrar edilen hukuk cinayetlerine tanık ve muhatap olmamak için, hukuk mantığını esaslı bir incelemeye tabi tutmalı ve öncelikle oluşmasında gerekli unsurlarını belirlemeliyiz.

## Hukuk Mantığının Unsurları

### 1. Amaç/Yaklaşım

"Kelâmda asıl olan ma'nay-ı hakikidir." (Mecelle, 12)

"Kelâmın i'mali ihmalden evladır" (Mecelle, 60)

"Bir kelâmın i'mali mümkün olmaz ise ihmal olunur" (Mecelle, 62)<sup>6</sup>

Kanunlar, konularına ilişkin genel hükümlerle genel kuralları ihtiva ederler. Kanun koyucu, teferruatla u rlaşmayı ve

kanunların uygulanmasının esaslarını idareye bırakarak, esasa ilişkin hükümleri belirler. Yasa yapma veya hukuki bir metin üzerinde anlaşma sağlanırken, kullanılan hukuki terimlerin o güne kadar ilgililerinde ve toplumda bir anlamı bulunmaktadır. Bu söz ve kavramlarda bazen farklılık veya farklı anlamlarda kullanılabilme özelliği de bulunabilir. Bu tür kavramların kastettiği anlamın da bulunup açığa çıkarılması ve amacına (kastedilen anlama) uygun kullanılması gerekir.

Menfaatleri yönlendirmekle görevli kişiler, kanunu kendi yararlarına yorumlamaya, uydurmaya çalışırlar. Halbuki cümleler, sözün öncesi ve sonrası (siyaksibak), hükümlerin nedenleri ve bağlantıları ve lisan kuralları çerçevesinde maksada uygun olarak yorumlanması gerekir. Tefsir ilmi de bu zaruretten doğmuştur. İslâm hukukçuları başlangıçta bu ihtiyacı karşılamak üzere "Usulü Fıkıh" veya bir başka tabirle "Hikmeti Teşri" adını verdikleri bir ilim meydana getirmişlerdir.<sup>7</sup>

Hukuksal veya bir başka disiplinle ilgili olarak ilk unsurun amaç/yaklaşım olduğu açıktır. Adaletin da tımında, hakkın tesliminde, tüm sosyal ve siyasi hayatın şekillenmesinde belirleyici olan hukukun, ihtiyacı karşılar ve insani olarak yapılanmasında doğal davranış ve iyi niyet esas olacaktır. Sergilenen davranışın komşunun eşini aramak<sup>8</sup> sadedinde

<sup>5</sup> istinbat: Nebt, kuyu kazılırken ilk çıkan su demektir. istinbat da, çözümü istenen bir olay, bir konu karısında elde bulunan prensipler ve bilgileri inceleme ve etraflı bilgi edinme, araştırma ve düzeltme ve karılaştırarak yeni bir bilgi ortaya çıkarmaya denir. Bu bir meleke ve özel kudrettir. Hukuk mantığının varlığı ve gelişmesinde önemli bir kavram olarak literatüre geçmiştir. Geni bilgi için bkz.: Elmalılı Hamdi YAZIR, *Hak Dini Kur'an Dili*, c. 3, s. 36.

<sup>6</sup> Bkz.: 1. Ali Himmet BERK, *Açıklamalı Mecelle*, 3. Baskı, (İstanbul, 1982, Hikmet Yay.). 2. Muharrem BALCI, "Tanzimat'tan Günümüze, İslah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili".

<sup>7</sup> Ali Himmet BERK, *Hukuk Mantığı ve Tefsir, Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar*, s. 3.

<sup>8</sup> "Siz yan gelip yatacaksanız, komşunun hatırı veya etrafın ayıplamasıyla kalkıp, komşunun eşini aramak zorunda kalıyorsunuz. te o andan itibaren yaptıklarınız, ki ilinizizi ele verir. Ba rıyanık komşu, her yeri didik-didik eder. Bütün ihtimalleri dikkate alır. Buna karşılık siz, herkesin baktığı yerleri ara tırmakla yetiniyorsanız, en azından duyarsız davranmı olursunuz bkz.: 1. Emcet OLCAYTU, *Aydınlık*,

olmaması gerektiği de bu ifadelerin kapsamı içindedir. Hukuk mantığının oluşumunda ve sergilenmesinde 'amaç/yaklaşım'ın önemi büyüktür.

Bu gerekçeler, her türlü hukuk üretme ve uygulama eyleminin ve hükümlerin, genel-geçer (evrensel) hukuk kurallarına, hukukun uygulanacağı toplumun ve bireylerinin de erlerine; bir başka ifadeyle, konulan veya kullanılacak olan kuralın kastedilen anlamına uygun olması zorunluluğunu karşımıza çıkarmaktadır.

Bunun içindir ki, örneğin Mecelle'de, yukarıda alıntılanan üç evrensel kural, hukukun üretilmesinde önem kazanmıştır. "Bir sözün anlamının/maksadının bulunarak kullanılması mümkün oldu unda onun terk edilemeyeceği, aksi halde terk edilebileceği" şeklinde formüle edilen bu üç kuralın bileşimi; genelde bir sözün, özelden de hukuk kurallarının herkese göre farklı anlaşılabilmesi/yorumlanabilmesi - ini de il, sadece toplumlara göre farklılıklar gösterebileceğini, asıl amacın, sözün (kuralın) bilinen maksadına uygun yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.

## 2. Kurallar

"En kötü kuralcılık, en iyi kuralsızlıktan iyidir" sözü hukuk literatüründe, hukukun mutlaka yazılı veya teamüli kurallarla uygulanabilirliğini anlatmak için kullanılır. Bununla birlikte kuralları keyfice uygulanabilen bir normatif sistem kendi içinde tutarsızdır ve hiçbir anlamda bir hukuksal düzeni temsil edemez.<sup>9</sup> Hukuk kuralları, evrensel kurallar başta olmak üzere kendi

arasında bir hiyerarşiye de tabidir. Maddi hukuk kuralı anlamında olmamakla birlikte evrensel kurallardan sonra uluslararası sözleşmeler ve bunlarla çelişki arz etmeyecek anayasa ve kanunlar ile kanunların uygulanmasında yardımcı düzenleyici idari işlemler şeklinde yapılan sıralama, insanlığın ulaştığı genel-geçer bir sıralama olmuştur.

Hukuk mantığının oluşumunda amaç ve kural unsurlarının birbirini bütünlemek suretiyle de erlendirilmesi özellikle uluslararası ticaret hukukunda ve anlaşmalarında kendini göstermektedir. Uluslararası ticarete taraflar evrensel hukuk kaidelerinin gereği olarak, hukuki güven, istikrar, kesinlik ve ticari ilişkiler hakkında kesine yakın bir öngörü beklerler. Bu onlar için bir 'amaç'tır. Bunun içindir ki, uluslararası ticaret hukuku, ülkelerin maddi hukuk kuralları yerine milletlerarası örf ve adet ile hak ve nesafet kurallarını uygulamaya yatkındır. Ülkelerin, yerli veya yabancı hakem kararlarının tenfizinde ülke menfaatleri açısından koydukları kamu düzenli kuralları, uluslararası ticari tahkimin ülkelerdeki uygulamalarına sekte vuracak düzeyde olsa da; çok taraflı anlaşmalarla sağlanan gelişmeler, uluslararası ticari tahkimi ülkelerin iç hukuklarından bağımsızlaştırmaya doğru götürmektedir.<sup>10</sup>

Artık bu gelişmenin önüne geçmeye çalışmak hukuk mantığının gereği de ildir. Hukuk mantığının gereği belki de uluslararası hukuk kurallarını iyi bilmek, evrensel hukuk kuralları çerçevesinde ve ulusal çıkarları zedelemeyen uygulamaya katkıda bulunmak olacaktır.

22.04.1995. 2. Muharrem BALCI, "Pençedeki Demokrasi".

<sup>9</sup> Roberto Mangabeira UNGER, "Zonemi ve Adalet".

<sup>10</sup> Muharrem BALCI, "Uluslararası Ticari Tahkim Yasası Üzerine".

Bu örnekten de anlaşılacağı gibi kurallar, ulaşılmak istenen amaca uygun ve onu zedelemeyen, hukukun varmak istediği sonucu baştan öngören yapıda olmalıdır. Aksi halde farklı çıkar ilişkilerinde taraflardan biri, belki de biz, çıkarımızı elde etmeye çalışırken, hukuk mantığının işletilememesi sonucunda çıkarlarımızı kaybedebiliriz.

### 3. Disiplinler

Hukuk mantığı sadece yazılı hukuk kurallarının bilinmesi ile oluşmamaktadır. Din, tarih, felsefe, sosyoloji ve benzeri disiplinlerin araştırılması, öğrenilmesi ve evrensel örneklikler başta olmak üzere dönemseller ve bölgeseller uygulamaların bilinmesi de zorunludur. Özellikle hukuk felsefesinin; hukuk kavramının tanımı, hukuksal düşünme ve anlama yöntemlerinin çözümlenmesi ve hukukun derlendirilmesini kapsadığı<sup>11</sup> düşünüldüğünde, bu disiplinin önemi ortaya çıkmaktadır.

Hukuk felsefesi, hukukun mimarlık sanatı olarak nitelendirilmesine ve ülkemizde beş milyon kişiye bir hukuk felsefecisinin düştüğü bilinmesine, bilimin ve felsefenin önemli oranda üniversitelerde yapılabileceğinin anlaşılmasına rağmen; bilimin ve bilimcinin özerkliğini tanımayan siyasi kararların ayrılıklarının bu olumsuz koşullara katılmasıyla<sup>12</sup>, hukukun kaçınılmaz olarak diğer tüm disiplinlerle olması gereken yakın ilişkisi ortadan kaldırılmaktadır.

O halde toplumuna yabancı yönetime ve yöneticilere rağmen,

<sup>11</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, "Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Kuramı Üzerine".

<sup>12</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.m.

hukukun uygulama alanı olan toplulukların üstün değerlerini ihtiva eden, başta din olmak üzere, tüm sosyal hayatı inceleyen ve kurallarını belirleyen tarih, coğrafya, sosyoloji, psikoloji ve benzeri tüm disiplinlerin hukuk mantığının oluşmasında önemli unsurlar oldu ve kabul edilmelidir.

Kendisinde hukuk misyonu olduğunu vehmeden veya kendisine bu misyon atfedilenlerin, başta din ve hukuk felsefesi olmak üzere sosyal disiplinlerle yakından ilişki içinde olmaları ve belki de ihtiyacı do umundan önce hissedip, do abilecek boşluğu doldurmaları gerekmektedir.

Yüreklice düşün!

Gir bu yola seve seve! İyi yaşamayı sonraya bırakan kimse

Yolunda bir ırmakla karşılaşıp da akıp geçmesini bekleyen

/ köylüye benzer

Oysa ırmak hiç durmadan akıp geçecektir.

(Romalı düşünür ve şair Horatius)<sup>13</sup>

### 4. İdeoloji

İdeoloji, hayatı ve kainatı izah eden (yargı koyan) ve bu izahla/yargıyla birlikte davranış metotları ve şekilleri belirleyen düşünce sistemidir. Düşünce sistemi olması nedeniyle ki, balarının düşüncelerini, hayatlarını, ulaşma alanlarını etkiler ve belirler. Tekelcidir.

İdeolojilerin kapsayıcılığı, hem amaçları, hem de ait oldukları toplumsal grup bakımından farklıdır. İdeolojiler, muhtelif düşünürler tarafından dinsel, siyasal, hukuki ve benzeri isimlerle çeşitlendirilmektedir.

Ancak, ideolojilere inanan ve davranışlarını bunlara göre

<sup>13</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, a.g.m.



düzenleyen insan unsuru, ideolojiyi bir hayat ve kainat görüşü/sistemi olarak algıladı ında, artık ideoloji onun için bir iman ve davranış bileşkesi sistemidir. İdeolojiyi bir din algısı içinde kabullenen insanın, başta hukuk sistemi olmak üzere tüm düzenlemeleri, sosyal disiplinleri ve çıkar ilişkilerini dini kurallar çerçevesinde de erlendirmesi ve düzenlemesinden daha tabii bir şey olamaz. İdeolojinin din anlamında kabulü şeklinde, ulusal bir ideoloji dahi bu derecede algılanabilir ve uygulamaya konu olabilir.

İnsanlar ideolojilerinin temel unsurları (din, milliyetçilik, sosyalizm, liberalizm v.s.) ile, bir başka ifadeyle, içinde yaşadıkları toplumu algılama şekilleri ile toplumsal yaşamlarını belirlerler. Bu şekilde insanlar, di er kişilerle ve özellikle yakın oldukları gruplarla bir "toplum haritası" paylaşırlar, böyle bir temel "harita"dan hareket ettikleri için anlaşabilirler ve içinde yaşadıkları toplumun gereklerini yerine getirirler.<sup>14</sup>

İdeoloji, sistematik hale getirmek istedi i toplumda 'olması gerekenleri' formüle ederek bir düzen tasarımı kurar. Bu düzen tasarımı, devlet düzleminde kabul gördü ünde toplumsal yaşamın şemasını oluşturur. Toplumsal şema içinde aynı zamanda pozitif hukuk sistemi de yer alır. İdeoloji, pozitif hukuk sistemi ile, bireyin, yasama organı da dahil devletin, politikacının, toplumsal planlamacının ve hukukçunun bakış açılarının kesişebildi i alanı oluşturur. Birey bunu kabul etti i ölçüde hukuka kendili inden uyar. Bu aynı zamanda toplumda adalete verilen anlamın maddi ayrıntılarını içinde taşır. Bunu **hukuk ideolojisi** olarak

adlandırmak mümkündür.<sup>15</sup> Bu çerçevede ele alınan hukuk ideolojisi, egemen ideolojinin kendisidir. Aynı ölçüde katılımcılarının keyfiliklerinden ba ımsız bir maddi varlı a sahiptir ve hem hukuku iktidarıyla destekleyen devletin hem de hukuka kendili inden uyan bireylerin de erlendirici davranışının ölçülerini temin eder.<sup>16</sup>

Genellikle hukuk ideolojisi hakkında tanımlamalar veya yorumlar yapılırken, yukarıdaki satırlarda da görülebilece i gibi, hukuk ideolojisinin, egemen ideolojiye inananlar açısından tabii olunabilecek bir hukuk sistemi oldu u öngörülmektedir.

Halbuki ideolojinin tüm toplumu kuşa-tamayabilece i veya aynı ideolojik sisteme ba lı olmakla birlikte çıkarlar do rultusunda farklı hukuk ideolojilerinin benimsenebilece i kabul edilebilir.

Bu halde hukuk ideolojisinin başlı başına bir ideoloji olmadığı, asıl ideolojinin (hayat ve kainat hakkında kesin çözüm ve emirleri olan ideolojinin) hukuk sistemi hakkındaki öngörüsü ile ortaya koydu u bakış açısı, hukuk felsefesi ve prati i oldu u anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle bu pratik, hukuk sistemine rengini veren hukuk ideolojisinin üretti i 'hukuk sistemi/düzeni'ni ifade etmektedir. Mevcut hukuk ideolojisinin oluşturdu u siyasal sistemin **iktidar gücü** (yanlış ifadesiyle **kamu gücü**) ile destekledi i hukuk düzeni de, en derininde materyal kültür ve altyapının yer tuttu u **statükonun/kamu düzeninin** korunmasına yöneliktir. Statüko, toplumda altyapının korunmasını sa ladı ı kadar, iktidar

<sup>14</sup> erif MARD N, *deoloji*, s. 18.

<sup>15</sup> Mehmet Tefik ÖZCAN, "Hukuk deolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yakla ım".

<sup>16</sup> Mehmet Tefik ÖZCAN, a.g.m.

paylaşımının belli denge koşullarını yansıtır.<sup>17</sup>

Buradan, ideoloji ve ideolojik bakış açısının, özellikle kamu hukuku alanında daha belirgin olarak kendini hissettirdi ini söyleyebiliriz. Bu görüntü, devlet yapısına, temel hak ve hürriyetlere, siyaset ve iktidarın meşruiyetine ilişkin düzenlemelerdeki ideolojik bakış ve bu bakışın üretti i hukuk ideolojisi şeklinde kendini hissettirir.

Türkiye'de üretilen ulusal ideoloji de, hayatı ve kainatı izah etme gayretinde bulundu u ilk yıllarından farklı olarak, Kemalizm ve ırk temelinde bir toplum yapısı özlemine dönük hukuki düzenlemeleri içinde barındırmaktadır. Olası boşluklar veya hukuk mantı nın gere i olarak yorumlanması gereken hükümler, dogmatik olarak şartlandırılan hukukçular tarafından, kendi ideolojilerinin emirlerine uygun olarak doldurulmakta ve yorumlanmaktadır.

Tüm bu tespitlerimizin sonucunda hukuk ideolojisinin tanımı ve hayat haline getirilmesine ilişkin ifade edilebilecek sonuç, hukukçunun sadece statükoyu (iktidarın belirledi i ve şekillendirdi i kamu düzenini) de il, gerek kendi inanç sistemi gerekse gelişen modern dünya sistemi içindeki amaç-de erleri gerçekleştirme ve toplumsal dönüşümü başarabilme yönünde gayret göstermesi gerekti i dir.

## 5. Adalet Duygusu/Arayışı

Adalet, teorik anlamda sadece belirli içerikli ilkelerin etkili kılınması de il, fakat, belirli bir istemedir: de işik ve de işken, ama belirli nitelikte

olan düzenleri oluşturan bir koşullar zincirini sürekli gerçekleştirmeyi isteme. Bu belirli nitelikteki düzenler, insan haklarına dayanılarak ve insan haklarından türetilen ilkelerin belirledi i toplumsal-siyasi ilişki bütünlerinden oluşan düzenlerdir.<sup>18</sup>

Hukuk mantı nın adalet ile ilişkisi, bir bakıma, talep edilen normların toplumda belirleyici konuma nasıl gelece ini araştırma ve sonuçlandırma eylemidir. Bir başka di er deyişle, adaleti aramada, gerekli hukuk felsefesi ve dolayısıyla hukuk mantı nın önce bilgisine, sonra da eylemine sahip olunması gerekmektedir. Adaletin bir özlemi aşım, gerçekleşen bir olgu olabilmesi için, bu duygunun sadece duyguda kalmasının önüne geçmek, bir olguya dönüşmesinin mücadelesini vermek erdemine sahip olunmalıdır.

Her ne kadar içinde yaşanan toplumda adaletin gerçekten aranması erdemine ulaşılmadı ı varsayılsa da, hiçbir erdemün ulaşılabilir olmadığı ı inkar edilemez bir gerçektir.

Adalet nesnel (objektif) ve öznel (subjektif) olarak iki de işik anlamda kullanılır. Adalet, bir yandan erdem anlamında kişisel bir özelli i ve duyguyu (relativist/görececilik anlamında de il, M. Balcı) ifade ederken; di er yandan -hukukun tanımladı ı varlık anlamında- 'kişi'lerin ilişki biçiminin bir özelli ini de ifade etmektedir. Hukukun insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca yönelik normlar bütünü oldu u kabul edildi inde, hukuki de er olarak söz konusu adalet de, bu nesnel (objektif) anlamda adalet olmaktadır.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Mehmet Tevfik ÖZCAN, a.g.m.

<sup>18</sup> Ioanna KUÇURAD, "Adalet Kavramı".

<sup>19</sup> Vecdi ARAL, "Hukuki De er Olarak Adalet".

Adaletin göreceli olarak algılandığı da bir gerçektir.<sup>20</sup> Öyle ki, kimileri için mevcut hukuk düzenini savunmak adalettir, kimileri için onu de iştirmek adalettir. Özellikle de kurulu düzenin karmaşaya düşmesi ve eşitlik ilkesinin uygulamada başkalarının lehine sonuç vereceği kaygısı, bir başka ifadeyle kurulu düzenden esas payı alanların miras yoluyla sahip oldukları veya oluşturdukları statükoyu/kamu düzenini kaybetme endişesi, toplumun varlığının (birlik-beraberliğin) ve sürekliliğinin (bölünmez bütünlüğünün) koşulları olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte adalet bu hallerde mevcut düzeni korumak (ya sev ya terk et) anlamında bir hukuk mantığının ürünü olmaktadır.

Esasen hukuka aykırılığın insanlık dışı uygulamalarla ayakta durduğunu veri olarak alındığında, insanların kurulu düzenlerle her zaman barışık olamayacağı bilinir. Bu barışsızlık, adalet arayışı içindeki insanları, savunmaya, yetkin bir toplum düzenini aramaya sevk eder. İnsanlardaki bu arayış ve arzu, "ide" denilen zihni bir çaba ürününe dönüşür. Bu ide niteliğindedir ki adalet, mevcut hukuk düzenlerinin kendisine uygun olup olmadığı açısından bir de er

ve de erlendirme ölçüsü olur.<sup>21</sup> Bu ide sayesinde,

"hukukun insanlar için varolduğunu, insanların hukuk için yaratılmadığını"<sup>22</sup> anlarız.

Burada 'temsili çoğunluk sistemi' uygulamasının adalete ulaşmada ve adaletin paylaştırılmasında ne derece adil olabileceği konusu da de erlendirilmelidir. Dipnota alınan Kur'an ayeti, çoğunluk iradesi de olsa Allah'ın ayetlerinin (hükümlerinin) de iştirilemeyeceğini gerçeğini, dolayısıyla çoğunluğun her zaman adil olamayabileceğini,<sup>23</sup> gerçek adaletin, de işmezli yönüyle evrensel hale gelmiş hukuk kurallarının uygulanmasında bulunduğunu ifade etmektedir. Çoğunluk sisteminin evrenseliği de henüz tartışmalıdır. Yeterli hukuk mantığına sahip olmayan çoğunluğun dünyayı nasıl yaşanmaz hale getirdiğine de tanık olmaktadır.

O halde Chaim PARELMAN'ın vardığı sonucu, kuralları ölçüsüzce de iştirmenin yararsızlığı yönüyle ihtiyatla kabul etmek gerekir:

"Eğer hukukçular, tutucu olmakla itham ediliyorlarsa, bu, hukukta meşru olmadıkça, bir de işikliği kabul etmeyi reddetmelerindedir; kuralların ve onlardan kaynaklanan kararların yerleşikliği hakikaten, hukuk güvenliğini, hukukun bilinmesi ve güvenilirliği gibi önemli de erlere katkıda bulunur. Ne var ki onlar, hukuktaki her keyfi ve meşruluk kazanmamış de işikli adaletsiz ve taraflı görmelerine rağmen, mevcut bir kuralı de iştirmek için geçerli nedenler

<sup>20</sup> Adaletin göreceli olduğu inanamamakla birlikte, toplumda göreceli algılandığı algılatılmaya çalışıldığı bir gerçektir ve ileride bu konuya ayrıca değinilecektir. M. Balcı.

"Rabbinin kelimeleri hem siddik (doğru) hem adil (adalet) ile tamamlandı. O'nun sözlerini (koydu) müspet ilim kanunlarını, fıtrata uygun olarak bina etti (normları) de i terebilecek kimse yoktur." (En'am suresi, 6/115)

"Yani Kur'an, ihbarî (haberle ilgili), in'ânî (dilek kipine ait) iki yönüne alan bir Allah kelamıdır ki, birinde istenen doğru, birinde istenen de adalettir. Kur'an haberleri ve vaatleri yönüyle tamamen doğrudur, gerçeğin ta kendisidir; yalandan, üpheden uzaktır. Kanunları ve hükümleri yönüyle de tamamen adalettir, doğrudur ve ta kendisidir, zulümden, e ri bürülükten uzaktır." Elmalılı Hamdi YAZIR, *Hak Dini, Kur'an Dili*, cilt 3, s. 503.

<sup>21</sup> Vecdi ARAL, a.g.m.

<sup>22</sup> "Limandaki gemi güven içindedir; fakat gemiler limanlar için yapılmamışlardır." John A. SHEDD, bkz.: Vecdi ARAL, a.g.m.

<sup>23</sup> "Asra andolsun ki insan ziyandadır. Ancak iyiler yapanlar, birbirlerine hakkı tavsiye edenler ve birbirlerine sabrı tavsiye edenler ziyanda de illerdir." Asr suresi, 103.

olabilece ini; ne var ki, bu sebeplerin çok nadir olarak herkesçe tam bir ba layıcılıkla de erlendirilece ini de kabul ederler. Bu neden, hukuken belirlenmiş durumlarda, ço unluk oyu gibi ba layıcı bir yöntemin, gelecekte kendisine uymanın adil olaca ı de ışikli in hukukilik karakterinin belirlenmesi açısından kaçınılmaz oldu unu açıklar.<sup>24</sup>

İhtiyat, özellikle ço unlu un yine adaletsiz şekilde yönlendirildi i ve belirlendi i noktasındadır.

## 6. Sorgulama Yetisi

Sorgulama yetisini hukuk mantı ının unsurları içinde saymak pek alışılmış de ildir. Hukuk mantı ının, geleneksel form içinde şekillenişinde, özellikle varolandan, şeriattan/kanunların belirledi i hukuk düzeninden yola çıkılır. Kurulu düzen ve bu düzen içinde kişisel ve toplumsal çıkarların yönlendirilmesinde kendilerini görevli sayanlar, di erlerinin, yürürlükteki hukuk kurallarını sorgulamalarına pek tahammül edemezler. Bu nedenle antik ça da "kudretliler" herhangi bir yönelimden yoksun olarak halk kitlelerinin sadece uyum içinde olmasını arzu etmişlerdir.

Hatta sorgulamazlı ın formüle edilmiş ifadesi, "sorgulamanın, düşüncenin softalı ı" oldu u<sup>25</sup> şeklindedir. Yazarın "antik gelenek" in bir do al formu olarak ifade etti i ve yaşamın her safhasında "özdeşlik" ilkesinin hakim oldu unu vurguladı ı bu toplumda "kuvvet" sahipleri ancak "erdemli" olmanın gere ini yerine getirenlerdendi.<sup>26</sup>

Bugün de "kadim düşünce" nin oluşturdu u çelişkisiz toplum

özlemi, toplum mühendislerinin eseri anayasalarda "kutsal metin", "kutsal devlet" özelemleri olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Bu nedenledir ki sorgulama yetisi, hukuk mantı ı unsurları içinde belki de en son akla geleni sayılabilir. Toplumumuz, di er toplumlardan daha fazla sorgulama yetene inin kaybolmasına yönelik bir kültür/kültürsüzlük bombardımanına tutulmuş; bu bombardıman içinde, özellikle ıslah, uyum veya resepsiyon anlamındaki de ışikliklerin nedenleri üzerinde düşünmeye sevkedilmemiş, aksine aynen kabulü yönünde zorlanmıştır.

Oysa modernizmin öncüleri, henüz kendilerinin de intibak edemedi i hukuk sisteminin kurallarını toplumun be enisine/tartışmasına açmış olabilselerdi, çok eleştirdikleri ortaça skolastik düşüncesini biraz aşmış, hatta **tekdüze toplum anlayışının hakim oldu u antik gelenekten** daha iyi bir konuma gelmiş olabilselerdi. Tartışmaya açma gereklili i yerine getirilmedi i ve halka da bu yeti kazandırılmadı ı içindir ki, evrensel hukuk kurallarına aykırı bir çok düzenleme ve davranış modu toplumumuzda fazlaca tepki do urmamaktadır. Ancak, özellikle uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunun tüm dünyayı etkilemesi karşısında<sup>27</sup> son yıllarda bir gelişme gözlenmekte; uluslararası güçlerin kendi yararlarına da olabilecek şekilde sürdürdükleri baskılar, bir nebze de olsa birtakım anayasal de ışiklikleri gündeme getirebilmektedir. Bunun yanı sıra sorgulama yetisini geliştirerek hukuk mantı ını evrensel normlara ulaştırmayı gaye edinmiş az

<sup>24</sup> Chaim PERELMAN, "Yeniden Soru turulan Adalet".

<sup>25</sup> Ta kın TAKI , "Yurtta lardan Bir Müzakere".

<sup>26</sup> Ta kın TAKI , a.g.m.

<sup>27</sup> nsan haklarının uluslararası politikada kimi algılanı ve kullanılı biçimlerini (özellikle 'geli me hakkı' eksen alınarak) ayrıkt tutmaktayız. nsan haklarının uluslararası politikada kullanılı ı hakkında bkz.: 1. Yasemin ÖZDEK, "Uluslararası Politika ve nsan Hakları", 2. M. BALCI, "Uluslararası nsan Hakları Hukukunun Önemi".

sayıdaki insanımız da artık de işimde rol oynayabilmektedir.

Sonuçta, sorgulama yetisini kullananların, bu yetiyi di er unsurlarla bir bileşen yaparak oluşturdukları hukuk mantı nın test edilebilece i ortam da do uyor denebilir.

## 7. Tanımlama

Hukuk mantı nın son unsuru olarak ele alacağımız "tanımlama" unsuru, sadece "ben/biz ve öteki/ler" ba lamında incelenecektir. "Ben/biz", bir yönüyle biyolojik bir varlı ı, "kişi" ise hukuka muhatap olabilen varlı ı ifade eder. "öteki" de aynı şekilde "ben/biz" gibi, hukuka muhatap olan bir di er varlıktır.

Bir bakıma 'ben/biz'i (kendimizi) tanımlarken, aynı anda di erini 'ötekini' de tanımlamış olmaktadır. Esasen yasakoyuculuk görevi olan seçilmiş, atanmış veya kerameti kendili inden menkul tek seçicilerin yasa yaparken (hukuk kuralı belirlerken), "ben'e karşı 'öteki' veya öteki'ne karşı ben'i tanımladıkları" varsayılır.

'Ben' ile 'kendi' arasındaki ilişki 'başkasıyla (öteki) 'kendi' arasındaki ilişkiyle varolmuştur.<sup>28</sup> Burada 'kendi' terimini hukukun tanıdı ı, hak ve yükümlülükler muhatap kıldı ı 'kişi' olarak almaktayız. İnsan/yasa koyucu, kendini tanımladı ında ötekini, ötekini tanımladı ında kendini tanımlamıştır. Burada önemli olan bu tanımlamanın aynılık de il, farklılık üzerine inşa edilmiş, ayıt edici bir tanımlama olmasıdır. Bu ayırt edici tanımlama bir bakıma insanın kendi ile öteki arasındaki sınırı çizirken, di er yandan insanın

kendi türü içinde kendine önemli bir yer edinmesini sa lamıştır.<sup>29</sup>

Özellikle kamu alanı/kamusal alan söz konusu oldu unda işte 'ben' ile 'öteki' ve bunlar arasındaki sınır ve farklılıklar (ırk, din, dil, cinsiyet, zenginlik, v.s.) kendini gösterir. Her kişinin/toplulu un<sup>30</sup> özel alanı önemlidir ve do aldır. Bu alanı kişi/topluluk kendi inanç de erleri etrafında oluşturur. Kamu alanı ise sonradan ortak olarak oluşturulan/oluşturulması gereken, yapma bir alandır. Bu özelli i ile kamusal alan bir yandan ortaklı a (müşterek paylaşım) bir yandan da farklı bireylerin karşılıklı etkileşim ve dayanışmalarına ihtiyaç duyar. Bu do rultuda kamu alanına çıkma; kamu alanına çıkma hakkını elde etme ve kullanma açısından farklılı ı inkara sebebiyet vermeyen, aksine farklılı ın zenginli ine imkan tanıyan bir çaba olmalıdır.<sup>31</sup> Ancak çok açık bir şekilde görülmektedir ki, insanlı ın varoluşundan bu yana ayrımcılı a sebebiyet veren çizili sınırlar, modernite ça ında, hatta insanlı ın küresel bir topluluk/medeniyet haline getirilmeye çalışıldı ı ça da bile devam etmektedir. Bu yönüyle insanlı ın henüz, "antik gelenek" veya "ortaça " saplantılarından kurtulamadı ı, dolayısıyla hukuk mantı nın ilkel yapısını henüz aşamadı ı görülmektedir.

## Hukuk Mantı nın Oluşumunda Hak ve Adalet Kavramları

### Hak/Hukuk

<sup>29</sup> Songül DEM R, a.g.m.

<sup>30</sup> 'Topuluk' burada, toplum içinde yer alan/almaya çalış an, aynı zamanda toplumu meydana getiren mozaik topluluklar olarak alınmı tır. M. Balcı

<sup>31</sup> Songül DEM R, a.g.m.

<sup>28</sup> Songül DEM R, "Kamusal Alanın Belirlenmesinde Ben le Öteki'nin Yeri".

Hak, lügat itibariyle asıl olan, sabit olan, do ru olan, adalet, herkesin meşru iktidarı, bir şey üzerinde malikiyet, emek, pay ve din gibi anlamlara sahiptir ve bütün bu anlamlar insanla ilişkilidir. Dikkat edilirse, hakkın yukarıda verdi imiz anlamları kesinlik, do ruluk ve genellik içerir. Hakların ve yükümlülüklerin, veriliş gayesine uygun olup olmamasının de erlendirilmesi yapılmaksızın, belli bir sistem içinde insanlara sunulması ve yaptırımlarla korunmaya alınması, bir hukuk sistemini ortaya koymaktadır ki buna bazen **hukuk**, bazen de **hukuk sistemi** denilir. Bu anlamda hak "Bireye (kişiye) çıkarlarını karşılama amacıyla hukuk düzeninin tanıdığı irade gücü ya da hukuksal güç" olarak da tanımlanmaktadır.<sup>32</sup>

Yukarıdaki anlamıyla hukuku basitçe, "**toplumun tümünü ilgilendiren kurallar bütünü**" olarak tanımlamak da mümkündür. Bu basit tanımlamada, hukukun, insan topluluklarının ve ilişkilerinin tümünü kuşattığı için genel ve toplumsal bir yanı; bireylerin haklarını da belirlediği için bireysel bir yanı vardır. Tarih içinde oluşturulan hukuk sistemleri, bireysel ve toplumsal anlamda hakların elde edilmesi çabasının ürünüdür.

İnsan, do uştan belirlenmiş hak ve özgürlüklere sahip olan bir varlıktır. Kişilik ise, hukuk sisteminin insana verdiği i de erdir. İnsanı 'kişi' olarak ele aldı mızda ortaya önemli bir sorun/tartışma çıkmaktadır: "Haklar, yasa koyucunun korumayı uygun gördü ü çıkarlarla ilgili olup, bunlara ilaveten, gelenek ve göreneklerin belirlediği moral haklar mı eklenecektir, yoksa insanın do asından gelen özelliklerin, korunmasını zorunlu

<sup>32</sup> smet SUNGURBEY, *Hak Nedir*, s. 152.

kıldı ı bir takım haklar da var mıdır?"<sup>33</sup>

Bu sorunun cevabı aranırken incelenmesi gereken önemli nokta, insanın hangi yönden ele alınacağı konusudur. İnsanı birey veya kişi olarak iki ayrı şekilde de erlendirmek, Batılı Hukuk Ö retilerinde iki farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. Birincisi, insanı (bireyi) temele alan "Tabiî Hukuk" görüşü, ikincisi insanı, toplumun bir parçası ve toplum tarafından belirlenen bir de er (kişi) olarak kabul eden "Kişisel Haklar" görüşü.

Batıda ifadesini bulan "Tabiî Hukuk Ö retisi"ne göre; birey hak sahibidir ve özgürdür. Özgürlüğü hak sahipli inden de önce gelir ve do uşandır. O halde bireyin hak sahipliği tanınmalı, özgürlük durumu hukuksal forma kavuşturulmalıdır.<sup>34</sup> Bu görüş, tarih boyunca var olagelmiş, fakat uygulama alanını çok zor bulabilmiştir. Fransız Devrimi ile, "Tabiî Hukuk Ö retisi"nin toplumlara olanca gücüyle yayıldığı ve etkili oldu u<sup>35</sup> ileri sürülse de, topluma hakim olan burjuva sınıfının haklarının teminat altına alınmasıyla bu etki ortadan kaldırılmış, Fransız Devrimi'nin göz boyayıcılığı, insanı bir "kişi" olarak tanımlamakla son bulmuştur.

Günümüz Pozitivist Hukukunu do uran ve geliştiren Kişisel Haklar Ö retisine göre ise, insan sadece birey de il, toplumun da bir parçası, üyesidir. Hakları ve yükümlülükleri, ilişkide oldu u toplum içinde ve toplum tarafından belirlenir. Bir başka ifadeyle insanların hakları, ödevlerinin

<sup>33</sup> Vehbi HACIKAD RO LU, "Haklar ve Ödevler". Ayrıca Bkz.: (Der.) Hayrettin ÖKÇES Z, "Ça da Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı ncelemeleri", s. 160.

<sup>34</sup> M. Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü nsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 315.

<sup>35</sup> İhan F. AKIN, *Temel Hak ve Özgürlükler*, s.109.



karşılı ı olarak tanımlanır. Ancak bu görüş de eleştirilmektedir:

"Kişisel" bakış açısına göre, hak ancak toplum içinde de olabilir. İnsanı birey olarak de il de, hukukun tanımladı ı bir de er olan "kişi" olarak ele aldık mı, artık insana do uştan bir takım haklar tanımanın da hiç bir anlamı kalmaz.(...) Kişinin insan hakları adına ileri sürece i her istek, devletin imkanlarıyla sınırlanmıştır. Bir hakkın do al olarak ileri sürülebilmesi, o hakkı karşılayacak imkanlara ba landı mı, geleneksel anlamda bir haktan söz edilemez."<sup>36</sup>

Tarihi seyir içerisinde, hakların toplum/devlet imkanları ile sınırlı olabilece i yaklaşımını ihtiva eden kişisel bakış açısı, zamanla daha ileri gitmiş, birbirine zıt düzenlemeler ve birbiriyle çelişkili uygulamalarla, hak ve hürriyetlerin çok kolay kısıtlanabilece i hukuk dışı düzenlemelere meşruiyet kazandırmaya yaramıştır.

Pozitivist bir öreti olan "Kişisel Haklar" görüşü, tabii haklar kavramını yıkmış, ancak onun yerini alacak yapıcı bir düşünce ortaya atamamış, özgürlü ün kökünü sadece iktidarda görmekle, aslında özgürlükler bakımından tehlikeli olabilecek bir yola sapmıştır.<sup>37</sup> Buna karşılık insanların fıtratında yaşayan "Tabii Hukuk", devletlerce yeterince benimsenmemiş, fakat insanın düşünmeye başlamasından bu yana kişili inde saklanmış ve geliştirilmiştir.<sup>38</sup>

Başlangıçta, "insanların birey olarak yaşayabilmeleri veya toplumdışı kalabilmeleri mümkün olamayaca ından, toplumun kurallarına uymak zorunda

oldukları" görüşünden yola çıkılarak günümüzde, "Toplumun kurallarını, temsilcisi olan devlet düzenler ve dolayısıyla insanların temel hak ve hürriyetleri, devletin kendilerine yükledi i yükümlülüklerin karşılı ı olarak tanıdı ı kadardır" anlayışına gelinmiştir.

"Halbuki, hakları ödevlerin karşılı ı olarak tanımlama e ilimi yerleşik inançların etkisi altında ortaya çıkan yanlış bir görüştür. İnsanın hiçbir ödev karşılı ı olmadan, yalnızca insan oluşundan gelen hakları bulundu u gibi, karşılı ında hiçbir hak beklemeden, yalnızca insan oldu u için yerine getirmek zorunda oldu u ödevleri de vardır. Bu hak ve ödevlerin neler oldu unu ve uygulamanın nasıl olması gerekti ini belirlemek de insanın özgürlük alanı içindedir."<sup>39</sup>

Hakların birtakım ödevler karşılı ında tanınabilece i/tanımlanabilece i anlayışında, özgürlüklerin gerçek anlamda varlı ından bahsetmek mümkün de ildir. Bu yaklaşım sonucunda kılık-kıyafetten özel hayata, siyasî haklardan medenî hayata kadar tüm alanlar devletin düzenleme sahasına girmiştir:

"Kişisel Haklar Öretisi, bireye yer vermemekle devleti yeniden putlaştırmış ve hukuku yalnız sosyal kuvvetlerin nüfuz bölgeleri arasındaki sınırları gösteren kanunların toplamı olarak kabul etmiştir. Bu sınırları belirten denge bozulur bozulmaz, hukuk da yok olur ve yerine yeni bir hukuk sistemi kurulmak gerekir"<sup>40</sup>

Eski Yunan'dan günümüze, insanın tüm hak ve yükümlülüklerinin toplum/devlet tarafından belirlenece i anlayışının varaca ı yer ancak bu sonuç olabilirdi. Devlet ve toplum

<sup>36</sup> İhan F. AKIN, a.g.e., s. 111

<sup>37</sup> İhan AKIN, a.g.e., s.113

<sup>38</sup> Ahmet MUMCU, *nsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*, s. 7.

<sup>39</sup> Vehbi HACIKAD RO LU, a.g.m.

<sup>40</sup> Co kun ÜÇÖK-Ahmet MUMCU, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 288.

arasındaki ba bir kez sarsılınca, toplum, kendi de erlerini tamamen hiç bir zaman bırakmayacağı için, bu de erlerini sürdürebileceği başka siyasî çatılar aramak durumunda kalmıştır.

### Hukukun Kaynağı

Hukukun kaynağı, insanın doğuştan getirdiği temel hak ve özgürlükler ile yükümlülüklerdir. "Ben" ve "öteki"ni tanımlarken ortaya çıkan haklar, bir bakıma yükümlülükler, aynı zamanda toplumların kendi içindeki tutarlılıklarını ve ilişkilerini de düzenler. Hukuk kurallarının hayat bulması, bu kuralların, uygulanacağı toplumun de erlerini yansıması ve bu de erlerin toplum ve yöneticilerce benimsenmesine bağlıdır. Bu da, bu yönde oluşturulacak hukuka uygun kanuni düzenlemeler yapılması ile mümkündür.

Pozitif hukukta hukukun kaynağı olarak, halk iradesini yansıttığı varsayılan Anayasa, Kanunlar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzük ve Yönetmelikler ve İdari Düzenlemeler sayılmaktadır. Bunun yanı sıra, BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ve bölgesel anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ülkelerin anayasaları da dahil, tüm kanuni düzenlemelerinin üzerinde, hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Nitekim Türkiye de Anayasasının 90/son maddesi ile Uluslararası Sözleşmelerin üstün norm niteliğini kabul etmiştir.

Hukuk sadece yazılı ve yaptırıma bağlanmış kurallardan oluşmamaktadır. Batılı anlamda "Ulus Devlet" statüsündeki ülkelerdeki anlayış, ne yazık ki, sadece yazılı kuralları uygulama şeklindedir ve örfî olarak gelen de erler ve bu de erlerin hukuk sistemine yansımaları veri olarak alınmaz.

Doğulu totaliter sistemlerde veya ulus devletlerde de, yazılı olmamakla birlikte, istenildiğinde herhangi bir esasa dayanmaksızın ve spesifik olaylarda uygulanan şahsi kanaatler de hukukun kaynaklarını oluşturabilmektedir.

Tüm bu anlatılanlar, hukukun, realitenin gözlemlenmesinden çıkardığımız belirli sebep-sonuç ilişkisi, bir de er deyişle müspet ilimler anlamında bir ilim olmadığını, bir hukuk felsefesi anlamında hukukun, hukuk normlarının dayandıkları de erleri; hukuk sosyolojisi anlamında da toplum bilimin esaslarını ve toplumsal gerçeklerin arka planını ve geleceğe yönelik bazı kuralları ifade ettiğini göstermektedir.<sup>41</sup>

"Özellikle pozitif hukuk olarak adlandırdığımız yürürlükteki hukuk, toplumdaki güç dengelerinin karşılıklı ve de işken ilişkilerinin koyduğu kurallardır. Yönetilen bir toplumun bireyleri hakkın ve insanlık onurunun bilincinde olamayacak kadar ezilmiş, sömürülmüş, "mustaz'af" kılınmış ise, o topluma ya bir tek zorba mütegalibe, müstebkir bir güç odağı hakim olur, yahut da birden fazla güç odağı (mihrak) aralarında bir "mütareke"ye, "consensus"a varmış iseler, "demokrasi" görünümü bir oligarşi tarafından yönetilir."<sup>42</sup>

İşte pozitif hukukun kaynağı, yukarıda tanımlanan şekliyle çıkar ilişkileri anlamında siyaset, yani güç odakları olabilmektedir. Pozitif hukuk sistemleri yukarıda ifade edilen şekilde de işken ve göreceli kaynaklara sahip olmakla birlikte; insanlığın var oluşuyla birlikte var olan ve görece 'relatif' olmayan evrensel hukuk kuralları/temel hak ve hürriyetler teorik olarak ve insanlığın varmak istediği sonuç olarak hakkın,

<sup>41</sup> Hüseyin HATEM, "Adalet Kavramının Mutlaklığı ve Rölativizmin Kabul Edilmezliği".

<sup>42</sup> Hüseyin HATEM, a.g.t.

dolayısıyla hukukun kaynağı olmaya devam etmektedir ve edecektir. Temel normlara ilişkin görecelilik ve de işkenlik iddiası batıl bir iddiadır.

## Adalet

Adalet lügatte, doğrudan ayrılma, haktan yana olma, hakkı yerine getirme ve hakkı gözetme anlamındadır. Bu anlamda yaratıcının tüm insanlara bir emri ve yaradılışın bir gayesi olması nedeniyle vazgeçilemez ve de işmezdir. Adaletin iki önemli boyutu/unsuru olduğu kabul edilir.

Birincisi eşitlik adaleti/isonomi/hak eşitliği'dir. İnsanlık tarihinde, insanlık onurunda, insan haklarında, hukuk sisteminin gereklerinin yerine getirilmesinde mutlak eşitlik anlamındadır. Bir bakıma herkesi eşit görmek, birini diğerine üstün saymamak, yaradılışlarına eşit ve tarafsız kalmak ve öylece davranmak. Adaletin bu önemli hak eşitliği unsuru, insan haklarında hiçbir şekilde dil, din, cins, ırk farkı gözetilmeksizin, eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesini içerir.

İkincisi oran/kıst/equity adaletidir. İnsanlara emeklerinin karşılıkları (ücret/ödül) veya eylemlerinin karşılıklarının (beraet/ceza) verilmesinde, kamu görevlerinin dağıtımında ehliyet ve liyakatlerine göre eşit davranmayı içerir. Adaletin bu iki unsurunun bir arada, biri olmazsa diğeri olmaz şekilde tatbik edilmesi gereklidir. Aksi halde adalete uyulmak yerine zulmedilmiş olur. Bu yönüyle, yani eşitlik ve oranlılık ilkeleri doğrultusunda bakıldığında adaletin; temelde göreceli ve de işken ve anayasalarda belirlenmeye ve kısıtlanmaya çalışıldığı gibi sadece sosyal haklara indirgenebilecek bir yönü

olmadığı, aksine tüm insanlığın birlikte sahiplenmesi gereken ve mutlak hak eşitliği ve oranlılığı bakımında karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma ile gerçekleştirilebilen yönü olduğu açıkça görülür:

"Maddi isonomi (hak eşitliği/hukuk karşısında eşitlik) öretisi, belli bir biçimde, şu soruya yanıt vermeye çalışır: Hukuk sistemi içinde farklılaşma ve genelliği bir arada bulunması nasıl mümkündür? Diğer bir deyişle, bir diğeri ve hukuk düşüncesinde içkin olan bu kavramlar, nasıl varoluşlarıyla karşılıklı bir bağlantı içinde olabilirler? Buna öretide, yönetilen davranışlardaki farklılıklara dayandırılan bu ayrımları, hukukun buradaki hedefleriyle ahlaksal bir ilişki içinde görerek meşrulaştırmak suretiyle yanıt verilir."<sup>43</sup>

## Hukuk Mantığının Engelleri

### 1. Zedelenmiş Akıl

Yaradılışı gereği insan, gerek kendi özelinde 'ben' olarak, gerekse hukukun tanıdığı 'kişi' olarak 'öteki' ile nasıl ilişki kuracağını ve ne tür yaptırımlara tabi olacağını merak eder. Adalet duygusu/beklentisi de bu merakla birlikte ilişki kurmada, kurulu düzene uyma/uymamada önemli bir etkidir. Hukukun üstünlüğü de elbette ki, pozitif nitelikte, ancak evrensel ve tabii hukuk kurallarının süzgecinden/salamasından geçmiş, kendine güven rahatlığı içinde ve sıhhatli bir bünyenin güçlü elleriyle belirlenen kuralların uygulanmasıyla salanacaktır.

Şayet birçok ulusdevlet yapısı yasalara rengini veren canavar rüyalarıyla yönlendirilmiş bir hukuk mantığı ile hareket edilmişse, sürekli tedirginlik, teyakkuz, hastanın çevresine

<sup>43</sup> Roberto Mangabeira UNGER, a.g.m.

besledi i semptomatik bir kuşku, canavarlara karşı birlik-beraberlik retori i, dost-düşman ayırımı, iç ve dış tehditler gibi **zedelenmiş bir aklın belirtileri**<sup>44</sup> yasalarla yönetmek/yönetilmek kaçınılmazdır.

Zedelenmiş aklın bir başka özelli i de güce tapınma, ondan medet ummadır. Sa lam bir hukuk mantı ı ise, güçten de il, haktan ve haklıdan medet umabilir. Ne yazık ki toplumumuz geçmişten bu yana "devlet baba" anlayışı içinde her şeyi devletten beklemiş, kendi varlı nı devletin varlı ı içinde mündemiç görmüştür. Sonuçta bu anlayıştan, sa lam hukuk mantı ı bulunması gereken hukukçuların da nasibini alması kaçınılmaz olmuştur. Aşa ıdaki örnek bu konuda oldukça çarpıcıdır.

Eski Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özden, 12 Eylül Komutanı Evren'e yazdı ı mektubu daha sonra Hukukun Üstünlü üne Saygı isimli kendi kitabında açıkladı. Söz konusu mektupta Özden, ihtilalin kudretli Komutanına, 1960 İhtilalinde Üniversite ö retim üyelerinin ihtilale arka çıktıkları ve destekledikleri gibi yazıyor:

"Yo un ve çok önemli işleriniz arasında sizi rahatsız etti im için hoş görülüp ba ışlanmamı dilerim.

Çabalarınızı, iyi niyetinizi ve başardıklarınızı gözeterek, yansız ve içtenlikli uyarıları de erlendirece inize inanarak sonucu engin takdirlerinize sunuyorum.

Büyük bir be eni ile karşıladı mız kimi yasalarla sonradan yapılan düzeltmeleriniz ve bu konudaki demeçleriniz bana bu cesareti verdi.

Sizin zamanınızda daha ileriye gidilmesini beklerken geriye gidilmesine gönlüm katlanmadı.

Lütfen konuyu yeniden inceleyerek, yeni kurulu da güç durumda

<sup>44</sup> Ta kın TAKI , "... De i tirilmesi Teflik Dahi Edilemez".

bırakacak yasanın de iştirilmesini emir buyurumuz. Yargı yine ba ımsız olsun, yönetim düzenlenmeden çıkarılsın, yargı gerçek niteli ini taşınsın.

Dile imi uygun karşılayıp kabul buyurursanız sözlü olarak ayrıntılı önerilerimi sunmaya amadeyim.

Soysuzlaşan demokrasiyi kurtarmak çabası demokrasiden de de erlidir. (...) Başında bulundu unuz yönetimin iyi niyetinden kimsenin kuşkusu yoktur. Atatürkçü bir Türk yurttaşı olarak size yardımın ulusal bir görev oldu u bilincini taşıyarak, durumu özetle sundum. Zamanınızı aldı m için yine özür dilerim..."<sup>45</sup>

## 2. Hikmet-i Hükümet

Lügatte, hükümet idaresi şartları veya mecazi anlamda hükümetin akıl almaz işleri anlamındadır. Kullanışta ise, siyasetin devlet merkezli kavranması, siyasette devletçilik, devlet aklı veya devletçi siyasi felsefe olarak tanımlanabilir. Türkçe'ye Fransızca'dan geçmiş bir kavramdır. Esasen Fransız devlet gelene inde kök salmış bir fikirdir. Kavramın Türkçe'de kolayca karşılı ını bulmuş olması da, onun ifade etti i temel fikrin bizim devlet gelene imize hiç de yabancı olmamasından kaynaklanmaktadır. Devleti bizatihi 'amaç' ve 'kendinde varlık' olarak görür. Buna göre iktidar, ahlak, adalet ve hukuktan ba ımsızdır ve bunlardan önce gelir.<sup>46</sup>

"İyi amaçlar araçları meşru kılar". Hikmet-i hükümetin anlamı bu ifadededir. Terimi daha önce başka İtalyan yazarlar kullanmış olsa da Machiavelli'nin *Prens'i* ile birlikte Batı'da anılmaya başlanmıştır.

<sup>45</sup> Hayrettin ÖKÇES Z, "Hukuk Devleti ve Yargıcı".

<sup>46</sup> Mustafa ERDO AN, "Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?" Ayrıca bkz.: Mustafa ERDO AN, *Dersimiz Özgürlük*, s. 23-40.

Hikmet-i hükümet anlayışında toplum ve millet devletindir, devlet istediği gibi tasarruf edebilir. Devlet 'kutsal'dır, 'yüce'dir. Siyasi sistemin, dolayısıyla onun şekillenmiş hali olan hukuk sisteminin amacı bu yüce devleti korumak ve devam ettirmektir. Devletin hukuku üstündür, isterse keyfili e, isterse otoriteye dayalı olarak yürütülür. Halkın hukuku ise aşı hukuktur, mutlaka devletin hukuk dediği şeye (yasalara) bağlı, keyfilikten uzak, sınırlamalardan oluşmuş bir hukuktur. Bir diğer deyişle hukuk, devletin toplumu tanzim aracıdır. Bunu da toplum mühendisleri kimi zaman yasalar, kimi zaman da idari düzenlemeler yoluyla yaparlar.

### 3. Niyet/Düşünce Yargılaması

İnsan her halükarda insandır. Yukarıda da bahsedildiği gibi sadece insan olmakla hakları vardır ve bu haklar hak eşitliği ve oranlılık esasları dahilinde adilce tanınmalıdır. Yükümlülükleri ise sadece somut fiilleri ele alınarak değerlendirilebilir. Herhangi bir fiilin, belirli bir inanca dayanıyor olması onu ne daha değerli kılar, ne de bu fiil bir suça tekabül ettiğinde onu suç olmaktan çıkarır. Ayrıca kendi içinde suç teşkil etmeyen bir fiilin, yine bir inanç ya da düşünce doğrultusunda gerçekleştirilmiş olması da bu fiili suç haline getirmemelidir. Bununla birlikte en kutsal bir inanç adına dahi olsa insan yakmak kesinlikle bir suçtur; en ilkelinden ve vahşisinden bir ırkçılık adına dahi olsa, insanın diyelim ki saçını kazıtması ya da şalvar giymesi kesinlikle suç addedilemez, yasaklanamaz, bunu yaptı diye de kimse

cezalandırılmaz; kısacası niyetler yargılanamaz.<sup>47</sup>

"İnsanın özne olarak varolabilmesi için her şeyden önce ve de mutlaka ve mutlaka bir şey olarak, yani kadın, erkek, zenci veya beyaz, solak ya da sağlak, Türk, Kürt ya da Eskimo, Katolik, Sünni ya da Alevi vb... olarak varolması gerekir."<sup>48</sup>

### 4. Ulus-Devlet Sendromu

Ulus-devlet'in her ne kadar kavim, kültür ve ırkî bahlardan arınmış olduğu ifade edilse de, bunun mümkün olmadığı yakın tarih içinde görüldü. İnsanlığın tümü bir tek ulustan ibaret değil. Artık tüm vatandaşlarını eşit düzeyde kucaklayabilecek ulus-devlet'in varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira ulus-devlet ne kadar dikkatli davranıldığını iddia etse de çekirdek yapı olarak bir kökene (ırkî veya dini) bağılanmaktadır. İnsanlar da artık eskisi gibi tek bir coğrafyaya çakılıp kalmamakta, her türlü iletişim ve dolaşım imkanları sayesinde bizzat kendisi olmasa da eseri ve düşüncesi ile birlikte her coğrafyaya ve kültüre girebilmektedir.

Ulus-devlet, bu kadar hareketli, çeşitli, zengin kimliklerden oluşan mozaiği kaldırarak yapıda üretilmiş bir kavram/olgu olmadığından Batı'da da terk edilmiş, yerine daha evrensel iddialarla modern devlet modellerine geçilmiştir. O halde içinde mevcut tüm kimlikleri eşit derecede kucaklama yeteneğinden yoksun olan ulus-devlet modelinde takılıp kalınması, bir bakıma 'ulus'u bölücü bir kategori niteliğine taşıyacaktır.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Kadir CANGIZBAY, "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları".

<sup>48</sup> Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

<sup>49</sup> Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

Burada yeri gelmişken ulus-devlet modeli içinde vatandaş/yurttaş'ın hangi konumda de erlendirildi ine örnek olarak bir alıntı yapmak zarureti do du:

"Hele insanın 'vatandaş/yurttaş' olarak kendisine uygun devlet modelini oluşturma yolundaki çabalarından hiç mi hiç beslenmeksizin, do rudan do ruya ve de genellikle komprador nitelikli ya da kendi görelili ba ımsızlıklarının bedelini, ilkelerini kendi elleriyle kolonileştirerek yine kendi halklarına ödeten egemen seçkinlerin bir dayatması olarak vücut bulmuş ulus devletlerde "vatandaş/yurttaş", insanı sırf insan oldu u için belirli haklarla donatan bir statü olmamak bir yana, devletin, aslında sahip olmadığı ulusun yerine geçirmek üzere inşasına girişti i ısmarlama devlet kavmine "ortak payda"lık etsin, ortak payda oluştursun diye, mevcut egemenlik ilişkilerinin yeniden üretilip devam etmesini sa layacak biçimde kotarılmış ve büyük ölçüde siyasal nitelikte bir üst/üstün kimlik konumuna oturtulacaktır ki, burada "vatandaş/yurttaş" artık mevcut siyasal yapının bir molekülü, yani kendi başına ve kendi oldu u biçimde var olan, var olma imkan ve hakkına sahip bir zatiyet de il, "vatandaş/yurttaş"ı bir kimlik olarak kendisi tanımladı i ölçüde molekül'lü ü de kendi tekeline almış olacak devletin basit bir atomudur. Ulus-devlet olma iddiasındaki bir devletin "yaratma"ya soyundu u ulusun birli i-bütünlü ü açısından birden fazla "vatandaş/yurttaş" modeli çizmesi söz konusu olamayaca ina göre, buradaki molekül de tek elementli ve tek atomlu bir molekül olacaktır ki, bu durumda "vatandaş/yurttaş" ya do rudan do ruya devletin birey bazında bir röprodüksiyonu olacaktır, ya da molekülü çatlatan, dolayısıyla ulusun birli ini-bütünlü ünü dinamitlerken, onun da varlı ina kasteden "yıkıcı, bölücü, terörist, iç-düşman, iç-tehdit v.b..." ki burada, devletin bir örgütlenme ve yönetim ilkesi olan laik'li i, kişilerin de

taşıyabilece i bir nitelik olarak gören, "ben laik de ilim" demeyi devletin bütünlü ü için bir tehdit olarak de erlendiren "kilise-devlet" rahiplerini hatırlayabiliriz."<sup>50</sup>

## 5. Kopyalama/Üretememe

Toplumumuzun ve aydınımızın hukukla ilgisinin oldukça zayıf oldu u bir gerçek. Önceki bölümde beş milyon insana bir hukuk felsefecisinin veya sosyologunun düştü ü tespitini anımsayalım. Bu halin nedenlerini irdelemenin, hukuk mantı ının oluşumu ve gelişimine katkısı olaca ı şüphesizdir. Osmanlı'nın hukuk mirasını birçok kurumu gibi reddettikten sonra, henüz hakkında pek fazla bilgimiz olmayan Batı hukuk sistemini kabulümüz bir kopyalama sistemi ekseninde yürütülmüştür. Bu nedenledir ki kopyalama ameliyesi günün bazı hukukçuları tarafından da tepkiyle karşılanmış, Darülfünun'da bile sadece tedrisata konmakla yetinilerek iktidara açık bir destek verilmemiştir. Fakat, kimi günün şartlarından kimi de günün hukukçularının yeteneklerinden kaynaklanan nedenlerle eski hukukun atılıp yerine resepsiyon yoluyla yenisinin raptedilmesiyle artık "kale yarılmıştı".<sup>51</sup> Ancak hiçbir şeyin kopyası/taklidi aslı gibi sonuç veremeyecek, ulus da hastalıklı inançlarından ve karışıklıklarından kurtulamayacaktır:

"Yeni Medeni Kanun Lâyihası yürürlü e konuldu u gün milletimiz son üç asrın kendisini çeviren hastalıklı inançlarından ve karışıklıklarından kurtulmuş, eski medeniyetin kapılarını kapayarak hayat ve feyiz bahşeden ça daş

<sup>50</sup> Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

<sup>51</sup> Bernard LEV S, *Modern Türkiye'nin Do u u*, s. 272.



medeniyetin içine girmiş bulunacaktır.”<sup>52</sup>

Nitekim aradan geçen 75 yıllık süreç, “ça daş medeniyetin içine” ne kadar girdi imize ilişkin somut örneklerini yeni Anayasa ve Medeni Kanun de ışıklıkları ile göstermiştir.

### Sonuç

Ülkemizde insan haklarının, temiz toplum özlmlerinin, uluslararası literatüre yatkın anayasa vurgularının çok yeni oldu unu biliyoruz. “Komünizm gelecekse onu da biz getiririz” söylemi geçmişte nasıl kuvveden fiile çıkmışsa, insan hakları söyleminin ve “dostlar alışverişte görsün çalışmalarının” da devlet tarafından İnsan Hakları Bakanlı ı gibi oluşum ve argümanlarla yeniden önümüze sürüldü ü bir gerçek. Kutsal devlet karşısında oldukça güçsüz, donanımsız, yeterli akademik destekten ve ulaşamadı ı halk deste inden yoksun aydınların ve hukukçuların, bir yandan yerel baskın güçlerle, di er yandan uluslararası hegemonyanın oluşturdu u atmosferle bo uşması mümkün görünmemektedir. Geçmişte çareyi ‘resepsiyon’da görenlere karşı imkanları dahilinde sadece ders programları ile yasak savma kabilinden görev yapmaya çalışan ulemanın, bugün bu direnci bile göstermekte zorlanaca ı aşıkâr. Tarihin tekrerrür etti i de aşıkâr. Üstelik kendine özgü somut araçları bakımından modern devleti ve özellikle henüz ulus devletten modern devlet statüsüne çıkamamış Türkiye’yi tanımlayan fiziksel güç ve şiddet kullanımı<sup>53</sup> bu zorlu u daha da artırmaktadır.

Aydınlarımızın taklitten yana tercihlerinin yanı sıra farklı argümanları üretebilmesi de mümkündür. Bu tespitimize ilişkin özgün bir yazıyı aşaya alıntılanmış bulunuyoruz:

“Türkiye’deki entelektüelin sadece evrensel normların de il, yerel zihniyetin kırılmasına yönelik çabaların da taşıyıcısı olması gerekir. Ne var ki bu çok hassas bir denge ve bizlerden pek de alışık olmadı ımız bir gayret talep ediyor. Birincisi, söz konusu iki mücadele çizgisini bütünleştiren bir ideolojik yapının üretilmesi gerekiyor. Üstelik bu noktada gözümüzü Batı’ya çevirmenin de yararı yok, çünkü sorunlarımız benzeşmiyor. İkincisi ise, mücadelenin entelektüel boyutun dışına çıkarak siyasallaşması; daha do rusu siyasete taşan bir entelektüelli in yaratılması gerekiyor. Bunun anlamı, felsefi bir temelden hareketle yürütülecek ve sivil itaatsizli i de kapsayacak eylemlerle; varolan hukuk anlayışının deşifre edilmesidir.

Devletin ve onun sözcülerinin karşısında, entelektüel çabayı liberalizmin içine sıkıştırmak; sistemin ba ışıklık kazanmasını ifade edecektir. Kabu unu kıramayan bir entelektüellik, otoriter zihniyetin kendisine meşru bir zemin yaratacak adımlarla yetinmesine neden olacaktır. Türkiye’nin aydınlarının hukuk sistemi ve devlet üzerinde etkili olmaları ise her şeyden önce kendi zihniyetlerini ne denli de iştirebildikleri ile ba lantılıdır...

Zihniyet açısından Türkiye’nin yerel meselesi evrensel temalara feda edilemeyecek kadar önemlidir. Ve zaman esas meselenin “hukuk devleti”nden ziyade, hukuk zihniyeti oldu unu; hukuk içinde tanımlanan meşruiyet bir yana, esas “hukukun meşruiyeti”nin irdelenmesi gerekti ini fazla uzak olmayan bir gelecekte önümüze koyacaktır.”<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Bkz.: Cevdet YAVUZ, Türk Medeni Kanunu Esbab-ı Mucibe Layihası, *Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı*.

<sup>53</sup> Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, s. 84.

<sup>54</sup> Etyen MAHÇUPYAN, “Hukuk Devleti ve Entellektüel”.

## Okuma Parçası

### Gemi (\*)

Kıyıda kalmışlardı. Kimi yere çömelmiş, kimi rıhtıma oturmuş, kimi bir a aca dayanmış umutsuz gözlerle ufuklara bakıyorlardı. Ne bir kayık, ne bir mavna, ne bir gemi alıyordu onları... Onlar ki, hepsini elleriyle yaparlardı bunların ve hepsine kumanya, mazot, kömür taşırlardı. Ama hiçbirine binemezler, bu kıyıdan kurtulup hiçbir ufka gidemezlerdi. Ne bir kayık, ne bir mavna, ne bir gemi alıyordu onları...

Bir gün bir rüzgar esti. Bir fısıltı büyüyerek dolaştı. Bir yangınlı umut dalgalandı ufuklara özlemle saplı kalmış sönük gözlerde.

- Kendi gemimizi kendimiz yapmalıyız.

- Kendi gemimizi kendimiz yapmalıyız.

Nasıl da kocaman olacaktı gemi. Nasıl da güçlü olacaktı. Bütün tayfunlara karşı erişilmez da lar haşmetinde. Bütün fırtınalara karşı vakur ve sa lam. Okyanusları en yürekte gelen şarkılarla aşacaklar ve gideceklerdi özledikleri ufuklara...

Bir kıpırtı, bir telaş, bir hareket başladı:

- Kendi gemimizi kendimiz yapmalıyız.

- Kendi gemimizi kendimiz yapmalıyız.

Kol kol, dizi dizi, bölük bölük kuytu bir körfeze do ru yollandılar. Usul usul koyuldular çalışmaya...

Mühendisler çiziyorlardı planları.

Blok saçlar taşınıyordu sırtlarda.

Planlar projektörlerin ışığı ında büyüteçlerden süzülüp dev izdüşümleriyle vuruyordu saçlara. Ve usta bir terzi gibi biçiyorlardı saçları...

Bir yanda iskeleti çatılıyordu geminin.

Binlerce, binlerce, binlerce insan, arılar gibi çalışıyordu. Gece demeden gündüz demeden çalışıyorlardı kendi gemilerini yapmaya...

Bir pruva dire iyle bir grandi dire i dikilmişti gemiye hey... Bir güverte döşendi uçsuz bucaksız alanlar gibi. Ve hafif arkaya çarpık bir gururla görkemli baca kondu sonunda. Tezgâhta artık gövdesiyle uskurlarıyla, dümeniyle ortaya iyice çıkmıştı gemi...

Bir neşe kaynıyordu gemiyi yapanlarda... Binecekler ve gideceklerdi diledikleri ufuklara...

Eşyasını toplayan, çocuklarını kucaklayan başlamıştı geminin yanında toplanmaya...

Naralar atılıyor, şapkalar fırlatılıyor, türküler çalınıyordu.

Bir sabah bir şişe parçalandı geminin dik burnunda. Şampanya şişesi de ildi. Yoktu şampanyaları. Şişenin içinde sadece umutları, düşleri vardı, gözyaşlarına yazılmış. Sonra bir el çekti, gemiyi tezgâhtan ayıracak lövyeyi. Gemi baş döndüren zaferli bir gürültüyle indi sulara...

Makinistler çevirdiler vanaları. Şarteller indi kalktı. Yakıldı mazot kazanları. Başladı uskurlar dönmeye, köpürterek suları.

(\*) Çetin ALTAN, Sabah, 20.09.2000. Bu yazı ilk defa 18 yıl önce Milliyet Gazetesinde yayımlanmıştı.

Ve yıllar ve yıllar boyu kıyıda kalmış olanlar, akın akın, oluk oluk bindiler yaptıkları gemiye...

Rastlanmamış şenlikle açıldı gemi karadan. Çizildi tarihsel rota. Ve artık gideceklerdi özledikleri ufuklara...

Ama yazık ki gidemediler.

Gemiye yapmak için kuytu bir yer ararken düştükleri kargaşada bir yön yanılması olmuştu. Ve gemiyi deniz diye bir gölün kıyısında yapmışlar ve gemiyi deniz diye bir göle indirmişlerdi...

### Kaynakça

- AKIN, İlhan F; *Temel Hak ve Özgürlükler*, 3. Baskı, (İstanbul: 1971, Fakülteler Matbaası ),
- ARAL, Vecdi; "Hukuki De er Olarak Adalet", Derleyen: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Ça daş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- BALCI, Muharrem; "Tanzimat'tan Günümüze, Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili", (İst: 20 Mayıs 2000, Türkiye Milli Kültür Vakfı, Osmanlı'nın 700. Kuruluş Kutlamalarında sunulu Tebli )
- ; "Pençedeki Demokrasi", Yeni Türkiye Dergisi, 1997, Sayı: 17.
- ; "Uluslararası Ticari Tahkim Yasası Üzerine", (İst: Senabil Vakfı'nda 21.07.1999'da sunulu tebli )
- ; "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Önemi", (İst: 04.05.2001, Mazlumder'de sunulu tebli )
- BERKİ, Ali Himmet; *Açıklamalı MECELLE*, 3. Baskı, (İst. 1982, Hikmet Yay.)
- ; *Hukuk Mantı ı ve Tefsir, Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar*, (Ankara: 1948, Güney Matbaacılık)
- Kadir CANGIZBAY; "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları", Do u Batı Düşünce Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01.
- DEMİR, Songül; "Kamusal Alanın Belirlenmesinde Ben İle Öteki'nin Yeri", Do u Batı Düşünce Dergisi, Kasım, Aralık, Ocak 1998-99, Sayı: 5.
- ERDO AN, Mehmet; *İslam Hukukunda Ahkâmın De işmesi*, (İst: 1990, İfav Yay)
- ERDO AN, Mustafa; *Dersimiz Özgürlük*, (İst: 2001, Pınar Yay.)
- ; "Hikmet-İ Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?", Do u Batı Düşünce Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01
- GEMALMAZ, M. Semih; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, (İstanbul, Beta Basım Yay)
- HACIKADİRO LU, Vehbi; "Haklar ve Ödevler", Argumentum Aylık Hukuk Dergisi, y. 1996, Sayı 50.
- HATEMİ, Hüseyin; "Adalet Kavramının Mutlaklı ı ve Rölativizmin Kabul Edilmezli i", (Didim: 1996, Dünya Müslüman Hukukçular Konferansı'nda sunulu tebli )
- KUÇURADİ, Ioanna; "Adalet Kavramı", Derleme: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Ça daş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- LEVİS, Bernard, *Modern Türkiyenin Do uşu*, Çev: Metin KIRATLI, 8. Basım, (Ankara: 2000, Türk Tarih Kurumu Yay)
- MAHÇUPYAN, Etyen; "Hukuk Devleti ve Entelektüel", Do u Batı Düşünce Dergisi, Yıl: 4, Sayı 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01.
- MARDİN, Şerif; *İdeoloji*, (Ankara, 1995, 3. Baskı, İletişim Yay.)
- MUMCU, Ahmet; *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*, (Ankara: 1994, Savaş Yay)
- ÖKÇESİZ, Hayrettin; *Ça daş Hukuk Felsefesi Ve Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- ; "Hukuk Devleti ve Yargıcı", Yeni Türkiye Dergisi, Sayı: 17.
- ÖZCAN, Mehmet Tefik; "Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım", Derleme, Hayrettin ÖKÇESİZ, *Ça daş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı*

- İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- PERELMAN, Chaim; "Yeniden Soruşturulan Adalet", Derleyen: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Ça daş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- SUNGURBEY, İsmet; "Hak Nedir", Derleyen: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Ça daş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- TAKIŞ, Taşkın; "Yurttaşlardan Bir Müzakere", *Do u Batı Dergisi*, Kasım, Aralık, Ocak 1998-99, Sayı: 5.
- ; "...De istirilmesi Teklif Dahı Edilemez", *Do u Batı Düşünce Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01, s. 13.
- UNGER, Roberto Mangabeira; "İzonomi ve Adalet", Derleme: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Ça daş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay.)
- ÜÇOK, Coşkun-Ahmet MUMCU; *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Baskı, (Ankara: Savaş Yayınları, 1985)
- Weber, Max; *Sosyoloji Yazıları*, Çev. Taha PARLA, 3. Baskı, (İst: 1993, Hürriyet Vakfı Yay)
- YAVUZ, Cevdet; *Medeni Kanun Borçlar Kanunu Ve Di er Mevzuat*, 6. Basım, (İst: 1998, Beta Yay)
- YAZIR, Elmalılı Hamdi;, *Hak Dini Kur'an Dili*, (İst: Azim Da .)



# Sokrates'in Savunması

Av. Tu bay ÖZ



## 1. Giriş

Sokrates, hepimizin bildiği gibi Eski Yunan'da yaşamış olan bir filozoftur. Bugünkü modern Batı düşüncesinin atıf yaptığı en eski ve önemli düşünürlerdendir. Temel düşünce karakteri itibarıyla tektanrıcılığa yakındır. Hatta kimi geçmiş Müslüman aydınlar tarafından Eski Yunan toplumuna gönderilmiş bir nebi olabileceği söylenmiştir. Bunun sebebi, içinde yaşadığı Yunan toplumunun çoktanrılı bir dine inanıp, toplumsal ve ahlaki bakımdan ciddi derecede yozlaşmış bulunuşu ve Sokrates'in de bir nebiyi andıran tavırla bu yozlaşmaya karşı duruşu ve insanlarla münasebetler kurarak dönüştürme amacı içinde olduğu gözlenebilir oluşudur. Zaten bu yüzden de hakim otorite ile başı derde girmiş, toplumu bilhassa da gençleri ifsad ettiği iddiasıyla kendisine kamu davası açılmıştır.

İşte bu kitap<sup>1</sup>, en ünlü öğrencisi olan Platon(Eflatun)'un a zından, Sokrates'in bu davanın duruşmaları esnasında mahkemede yapmış olduğu savunmaları ve yakın dostları ile arasında geçen bir kısım diyalogları içermektedir.

## 2. Sokrates'in Savunma Karakteri

<sup>1</sup> EFLATUN, *Sokrates'in Savunması*, Editör: Ali URAL, İle Yayınları, İstanbul, 1998.

Sokrates'in önemli bir filozof olduğunu biliyoruz. Hayatının her anını hakikati aramakla geçirmiş, sorgulamacı, eleştirci bir karaktere sahip olan Sokrates'in savunma tarzı da çok nettir. Bu bakımdan, savunmayı bugünkü hukuk teknikleri ve metotları açısından ele almak gereksiz diye düşünüyorum. Kaldı ki, binlerce yıl öncesinin bir toplumundan, savunmasından bahsedeceksek bu makul da olmayacaktır.

Şu halde, Sokrates'in savunmasını, mensubu olduğu Yunan toplumunun yapısı, tarihsellik ve buna dair ögeler çerçevesinde müstakil bir şekilde ele almayı uygun buldum.

Konuyu, kitabı çok takip eder tarzda incelemeyeceğim. Yapacağım çalışma, Sokrates'in nasıl bir savunma ortaya koyduğunu tespite yarayacak belli bir takım doneleri öne çıkararak anlaşılmasını sağlamaya çalışacağım.

## 3. Savunma

Sokrates'i dava eden Meletus, Anytus ve Lycon adındaki üç Atinalı'dır. Bu üç kişinin de aslında, Sokrates'in dediklerini anlayabilecek kapasitede olmadıkları kitaptan anlaşılıyor. Sokrates'in yaptığı savunmada da zaman zaman ifade ettiği gibi bu kişiler, Sokrates'in kendilerine karşı bir tehlike olduğunu gerçekten idrak edebilen kimselerin öne ittiği kişilerdir.

Yani işin perde arkası bulunmaktadır. Dolayısıyla dava aslında bu üç kişinin davası de ildir.

### Savunmaya Dair Tespitler

**a-** Öncelikle şu noktayı hep gözönünde tutmalıyız: Sokrates, sahip oldu u düşünceleri ve bunun sonucu olan amellerini kendinde varoldu unu kabul etti i ilahi bir misyona dayandırmaktadır. Dolayısıyla kalkış noktasının, çokbilmişlik, kişisel hesaplar ve politik mülahazalar olmadı ı açıktır. Bu da tabii ki söylediklerini ilginç kılıyor, insanları bir nevi dinlemeye mecbur ediyor.

Bu durum, aslında kitabın ve savunmanın çeşitli yerlerinden de kimi zaman daha açık anlaşılaca ı gibi, Sokrates'in her türlü batakl içinde yüzen kavmini, peygamberlere özgü bir kalkış ile ortaya çıkararak eleştirip, uyarıp, dönüştürmeye çalıştı ını gösteriyor bize. Bu bakımdan Sokrates'in kutsal kitaplarda adı açıkça geçmese de, özellikle bilgi ve hikmet ö retti i hiçbir kimseden hiçbir surette para almıyor oluşu, bir nebi olabilece i tezinin güçlenmesine neden olabilmıştır.

**b-** Savunmada, i neleyici bir tevazu görüyoruz. Tevazu cümlelerinde saklı bir ironi göze çarpıyor. Belki buna bir nevi metodik tevazu diyebiliriz. Bu anlamlı elbette. Hiç kimse sanık sandalyesindeyken antipatik olmak istemez. Bu açıdan Sokrates'in yaptı ını bir kurnazlık olarak görebiliriz. Ama işe yaramadı ı biliniyor.

**c-** Sokrates, savunmasında, toplumda sahte bilgi ve bilginlerin oldu unu söylüyor. Bu sahte bilginlerin, aslında hakikatten hiç nasibi olmayan kimseler oldu unu ifade ediyor.

Onları kıyasıya eleştiriyor, yerin dibine vuruyor. Bu manada, "ben bilge de ilim ama sizin bilge sandıklarınız ise hiç de il. O halde ben ne yapayım, söylüyorum işte" biçiminde biraz uzunca bir isimlendirme ile ifade etmeye çalıştı ım bir yöntem kullanıyor. Dikkat edilirse, bu yöntem metodik tevazu ile paralellik de oluşturuyor.

**d-** Kendi zamanına kadar olagelmiş ve bugün de halen geçerlili ini koruyan tarihsel bir tespitte bulunuyor Sokrates. "Halkın bilmedi ine düşman oluşu yada alışılmışın dışında olana karşı reaksiyonerlik." Kendisini suçlayanların bu durumda olduklarını, anlamaya çalışmaktan ziyade düşmanlık ederek, bir surette tepki vermiş olmak mecburiyetlerini, bir şartlanma refleksi şeklinde ortaya koyduklarını söylüyor. Bunu yaparken ustaca bir ironi kullandı ını gözlüyoruz.

Muhataplardaki kafa yapısı bu olunca, gelmiş geçmiş tüm bilgiler için ortak bir kaderin ortaya çıktığı ını söylüyor:

"İnsanların onlara karşı çıkmaları, anlamasalar bile karşı çıkmaları. Bu yüzden de tümüne, aslında aynı cümlelerle karşı çıkıldı ı. Ve onları sapmış kişiler olarak gördükleri."

**e-** Davacıları, sorular sorup cevap vermeye zorlayarak deşifre etmeye çalışıyor. Özellikle Meletus'a yapıyor bunu. Sonra onların cevaplarındaki çelişkileri ortaya seriyor. Örne in Meletus'a, önce kendisi hakkında tanrıtanımaz oldu unu iddia ettiriyor sonra zincirleme mantıksal çıkarsamalarla aslında tam bir tanrıtanımaz olmadı ını, aslında bazı tanrılara inanıp bazılarına ise inanmadı ını söyleterek onun kendisi hakkındaki iddiasını de iştirtip onu zor durumda bırakıyor.



**f-** Zaman zaman Meletus'a çok yükleniyor. Hakarete varan ifadeler dahi kullanıyor.

**g-** Kendisini asıl dava edenin Meletus de il, iftira ve kıskançlık oldu unu söylüyor. Sokrates'e duyulan öfkenin sebebi gerçekten de onun bilgeliğinin kiskanılmasıdır. Bu yüzden iftira yoluna başvurulmuştur. Sokrates, bu sebebin birçok masum insanı ölüme gönderdiğini bildiğini, kendisinin de bu kişilerden sadece biri olduğunu, fakat sonuncu olmayacağından emin olduğunu söylüyor.

**h-** Zaman zaman savunmasını saldırtıyor Sokrates. Örneğin, kendini gençlerin zihinlerini bulandırmakla suçlayanların gençlerin halleriyle aslında hiç ilgilenmediklerini, böyle bir dertlerinin bile bulunmadığını, her birinin kendi hesabınca yaşadığını ama kendisinin gerçek nedenlerle suçlanmadığını için suçlayanların, ihtiras ve kaprislerine gençleri alet ettiklerini söylüyor.

**i-** Bir insan için aslolan şeyin onun onuru olduğunu söylüyor. Ayıplanmak, öldürülmek ya da cezalandırılmak yahut başka herhangi bir korkunun bunun yerine geçemeyeceğini ifade ediyor. "Ölüm pahasına bile olsa insan onurunu korumalı" diyor. Burada anlatmak istediği şey kanımca, "benim düşüncelerim, inandıklarım ve amellerim onurumdur. Bunlara her ne pahasına olursa olsun sahip çıkıyorum. Sırf ölümden korktuğum için inandıklarımı şimdi inkar edemem, etmem. Bunu yapmaktansa ölümü yeğlerim"dir. Sokrates, kendisinin bir dava adamı olduğunu, davasından kendini ölüm tehdidinin bile döndüremeyeceğini ilan ediyor. Bu açık bir meydan okumadır. Savunmasının sonlarına doğru bu meydan okumalar daha belirginleşiyor. Sanırım davanın seyirinden kararın lehine olmayacağını anlamıştı.

**j-** Savunmadaki bir başka meydan okuyuş örneği de şöyle: (jüriye seslenerek) "siz beni bir daha felsefe ile uğraşmamak, insanlara hakikatleri anlatmamak şartıyla bıraksanız dahi ben daha çok Tanrı'ya itaat ettiğim için bu şartı kabul etmeyeceğim. Yani rüşvet bana işlemez. Yaşadığım müddetçe bu ilahi vazifeyi edeceğim." Sanık sandalyesinde ölüm cezası tehdidi ile yargılanan Sokrates'in muhtemel pazarlıkları önleyerek inandıklarına ne denli bağlı olduğunu görüyoruz. Tavizi reddeden tavrı, nebilerin örneklerini hatırlatan bir niteliğe sahip.

**k-** Asıl kötülüğün kendinin öldürülmesi yada cezalandırılması değil masum bir insanın cezalandırılması olduğunu söylüyor. Yani savunma yapıp masum olduğunu ispat etmeye çalışmasındaki sakin kendini yani nefisini kurtarmak olmadığını, kendisinin bir suç işlemediği için masum olduğunu bu nedenle ceza verilirse masum bir insanın cezalandırılmış olacağını burada önemli olanın da bu olduğunu söylüyor. Yani derdinin kendisi değil bir olgu olarak adaletin gerçekleşmesi olduğunu söylüyor. Bu haliyle mahkeme salonunda bulunanlara vermeye çalıştığı mesaj şu kanaatimce; "Sokrates'i cezalandırmanız ondan ziyade adalete zarar verir. Çünkü masum bir insanı cezalandırmak adalete aykırıdır. Sokrates de masumdur. O halde Sokrates cezalandırılmamalıdır. Cezalandırılırsa adalete zarar gelir, bu da aslında herkese zarar vermek demektir."

**l-** "Tanrı'nın Atinalılara gönderdiği bir hediyeyim" diyor. Sanki nübüvvetin ilanı gibi. "Alternatifimi de zor bulursunuz, yani benim öldürülmem en çok da kendinize yapacağınız bir kötülük olacaktır." şeklinde bir beyanda bulunuyor.

**m-** Tanrı tarafından gönderilişinin delili olarak fakirli ini gösteriyor. "Sıradan biri olsaydım ailemle, işimle, parayla u raşırdım, zengin olurum ama ben böyle yapmayıp insanları iyili e ve erdeme ça ırarak yaşadım. Bu yüzden ben de ailem de fakiriz. Kendi nefsi için çalışan biri olsaydım fakir mi olurum?" diyerek delili açıklıyor. Arkasından hodri meydan diyor ve; "İşte size ispat. Varsa içinizde yürekli biri bıraksın ailesini, işini de benim yaptım gibi yapsın bakalım."

**n-** "Beni kötü iş yapmaktan alıkoyan gizli bir ses var. Bu çocuklu umda başladı." diyor. Bu da bir çok kimse tarafından nübüvvet alameti olarak görülebilmektedir. Öyle de ilse bu durumda büyük kurnazlık bu. Birçok soruyu bu şekilde savuşturmak mümkün. Çünkü ispatı da karşı ispatı da mümkün olmayan bir şey.

**o-** Savunmanın bazı yerlerinde hiç kimseye haksızlık yapmayan biri oldu una dair geçmişinden hatırlatmalar yapıyor.

**p-** "Ben insanlara bazı şeyler ö retirim ama o insan bir yanlış yaparsa ben ona kefil olamam, sorumlu tutulamam. Çünkü benim söylediklerim açık şeyler. Gizli bir işim olmadı ı gibi bazılarına ayrıca başka birtakım bilgiler ö retmiş de ilim." diyor. Onun ö rencilerinden bazılarının yapmış oldukları işlerden dolayı kendisini de suçlamak azminde olan hasımlarına bu şekilde karşı çıkıyor.

**r-** "Başkalarının yaptı ı gibi yapıp çocuklarımı mahkemeye getirip beraat edilmem için yalvartmadım. Bu bana yakışmaz. Çünkü bu alçalmak olur şerefsizlik olur" diyor. Devam ediyor "benim bunu yapmam devletimizi küçük düşürmek olur. Ben böyle yapmayarak devletin şerefini koruyorum" şeklinde ilginç bir tez

ortaya atıyor. Belki de jüriyi etkileyebilmek içindir.

**s-** "Sizi söyleyiş güzelli imle, ikna kabiliyetimle etkileyerek beraatimi kazanmak istemiyorum. Bu do ru olmaz. Masum oldu uma gerçekten inanıyorsanız ancak öyle beraat ettirin. Adil olun. Başka etkenlerle vicdanınızı yanıltmayın" diyor.

**t-** "Ben, beni dinsizlikle suçlayanlardan bile daha dindarım. Hakkımdaki kararı jüriye bırakıyorum" diyerek savunmayı bitiriyor. Hakkındaki karar ne olursa olsun kabulü oldu unu söylüyor. İfade tonundan lehe karar çıkaca ından ümitli oldu unu anlıyoruz.

### **Davanın Sonuçlanma Süreci ve Hücrede İnfazı Beklerken**

O zamanın Atina kanunlarına göre davacı e er jüri oylarının 5'te 1'ini alamazsa 1000 drahme para cezasına çarptırılıyordu. Ayrıca davacı bir ceza türü isteyebilirdi i gibi sanık da alternatif bir ceza önerebiliyordu. Sokrates'in önerdi i ceza dostlarının ısrarıyla 30 mina para cezasıydı. Ancak jüri bunu kabul etmeyip ölüm cezasına karar verdi.

Sokrates, verilen ölüm cezasının açıklanmasından sonra hücrede infazı beklerken konuştu u dostlarına jüriye olan kırgınlı ını ifade ediyor. Do al olarak, ölüm, o kadar istenmeyen bir şey ki Sokrates gibi kamil ve yaşlı bir insana bile hoş gelmiyor. Bu duyguyla jüriye sitem etti ini görüyoruz.

Ancak yine de onurlu bir tavır, bir karşı koyuş var. Jürinin bekledi i alçalmayı, yüzüzlü ü, sızlanmayı, yalvarmayı yapmadı ı için pişman olmadı ını, hem zaten

bunlarla beraat etmektense ölümü tercih edece ini söylüyor.

Jürinin bekledi i şeyin, Sokrates'i ölüm korkusu ile karşılarında küçülmüş halde görüp bundan haz almak oldu unu anlıyoruz. Böyle bir beklentinin sebebi ne olabilir? Daha önce de de indi imiz gibi jürideki insanlar Sokrates'i bilgeli inden dolayı kıskanıyorlardı. Dahası Sokrates, onların yapamadı ını yapıyordu. Onurlu yaşıyordu, haksızlı a göz yumuyordu, hiç kimseden yardım dilemiyordu. Kendilerinin ulaşamadı ı bu yüksek fazilet derecesini Sokrates'te görmeye tahammül edemiyorlar, ondan kurtularak bu ezikli e son vermek istiyorlardı. Bu davranış tüm insanlık tarihince görülen tipik bir insan refleksidir. Sokrates aslında buna kurban edilmiştir. Yoksa onun, iddia ettikleri suçları işlemedi ini kendileri de çok iyi bilmekteydiler.

Üstün ahlak ve hikmet örne i karşısında insano lunun geliştirece i iki refleks var. Birincisi ve do ru olan, ona yakınlaşıp onu örnek almak, ikincisi ve yanlış olan da onu kıskanıp, çekememek ve ondan kurtulmaya çalışmak. Atinalılar ikincisini seçtiler. Zalim oldular, yanışta ısrar ederek kaybedenlerin arasına girdiler.

Sokrates; "BENİM GİBİLER NE SAVAŞTA NE DE HUKUKTA ÖLÜMDEN KURTULMAK İÇİN HER YOLU DENEMEMELİDİR." diyor, öyle de yapıyordu. İşte Atina'lıları çıldırtan şey de buydu.

### 3. Sonuç

Sokrates gerçek bir bilgeydi. Fiziki ve düşünsel yaşam serüveninde oportünizm yada popülizmi kabul etmedi. Onu ancak anlayanlar sevebildi. Ne yazık ki, insanların ço u onu anlamaktan

uzaktı. Dolayısıyla düşmanı dostundan daha fazla oldu. Ona olan düşmanlık öyle kör bir noktaya vardı ki, ölümü bile bu sebepten oldu. Ama öbür yandan, onun gibi birinin şanına yakışan bir son ile beşeri alemde ayrıldı.

Anlatılanlara göre, Sokrates, hayatının hiçbir döneminde ilimden, hikmetten uzak durmadı. Savunması da bunun şahididir. Sadece deliller ya da karşı delillerle veyahut ona birkaç şey daha ekleyerek teknik bir savunma yapmayı seçmedi. A lanmadı, sızlanmadı, yalvarmadı. Az ceza verirler ümidiyle ne jüriye ne de mahkemeye yaltaklanmadı. Pişman olmadı, pişmanım demedi. Cezadan korkup kendini inkar etmedi. Sorunu kendinde aramadı. Çünkü sorun kendi de ildi. Başkalarıydı. Başkalarının bilgisiz, hikmetsiz, de ersiz yaşam biçimleriydi. İşte meselenin özü buydu. Buradan başladı taarruza Sokrates. Kendisini mahkum etmek isteyenleri o sorguladı. Utanç verici gerçeklerini yüzlerine vurdu, saldırdı kokuşmuşluklarına ve o mahkum etti kendisini yargılayanları.

Savunması, kendisini özetleyen bir nitelikteydi. Düşündüklerini, inandıklarını bir özet halinde tekrar sunmuş, savunmasını böyle yapmıştı.

Savunma, sıradan bir ceza savunması de il mükemmel bir manifestodur. Her nevi kokuşmuşlu a bir başkaldırıdır. Her türlü yalanı reddedmiştir. Hakikat tarafında inadına bir duruştur. Bu bakımdan tarihe mal olmuş, içinde sayısız ibretler olan bir savunmadır.





# Savaş ve Terör

Av. Muharrem BALCI



## Giriş

İnsanlar teorik konular üzerinde her zaman durmazlar. Genellikle konjonktürün acıttığı günlerde, o sırada yaptıkları veya kendilerine yapılanlar üzerinde kafa yormaya çalışırlar. Günümüzde de ABD'nin bir çok üçüncü dünya ülkesine, yakınlarda da Afganistan'a yaptığı çirkin saldırılarla birlikte, savaş ve terör kavramları üzerinde durulmaya başlanmıştır. Özellikle de 11 Eylül sonrasında bir çok araştırmacı, "Bizden Neden Nefret Ediyorlar" başlıklı araştırmalarla kendilerinin başlattığı savaşın terörle karşılık bulmasının nedenlerini araştırmakla meşgul. ABD kendisine yapılan saldırıları terör, kendisinin başkalarına yaptığı saldırıyı da teröre karşı savaş, hatta özgürlüğü kavuşturma mücadelesi olarak algılatmaya çalışmaktadır. Hatırlanacağı gibi 11 Eylül saldırısı ABD Başkanınca, önce ABD'ye karşı başlatılmış bir savaş, daha sonra terör olarak ifade edildi. Karşılığında da bu teröre karşı çok uzun sürecek bir savaşın başladığı duyuruldu.

Şimdi, bu topyekün savaşa, bu kirli savaşların beslediği medyanın kitleleri yönlendirdiği gibi mi bakmalı, yoksa tarih ve hukuk ilminin bize kazandırdığı formasyonu kullanarak ve yanılsamalara neden olmayacak şekilde, bu kavramların içini mi doldurmalıyız? Bu çalışmada misyonumuzun gereği oldu una

inandığımız ikinci yol tercih edilmiştir.

Savaş ve terör: Bu iki kavramdan birincisinin insanlığın tarihi kadar eski olduğu bilinmektedir; "terör" kavramının ise, "savaşın güçlüler tarafından güçsüzlere izafe edilmiş şekli" olduğu yeni kavranmaya başlandı. Bunun için de, çalışmanın mihrini teşkil edecek bu iddialı belirlemeyi açmak için savaş ve terör ayırımını konu edindik.

Önce hepimizin az veya çok, hakkında bilgi sahibi olduğu savaş kavramı ve olgusu üzerinde durulacak, sonra da dima larımıza kazınan terör kavramı ve olgusu hakkında teorik bilgiler verilecek, daha sonra her ikisi arasındaki ilişki, benzerlik ve ayrılıklar tartışılacaktır. Sunumun son bölümünde de terörün ortadan kaldırılmasının önündeki engeller, özellikle de düşünce ve ifade özgürlüğü, terörist devletlerin veya yöneticilerin Uluslararası Suçlar Mahkemesinde yargılanmasının önündeki engeller üzerinde durulacaktır.

Bu çalışmada önemli bir husus da, savaş, topyekün anlamda kullanılan 'mücadele (savaş)'nin bir parçası/silahlı eylem olarak aldığıımızın altını çizmektir. Savaş her ne kadar topyekün mücadele anlamında da kullanılıyor ve biz de genelde savaş topyekün bir mücadele olarak alıyor olsak da; burada yapılmaya çalışılan, topyekün mücadelenin bir parçası olduğu halde savaş dışında bir

olgu olarak gösterilen silahlı mücadele/savaş'ın terörle ilişkisi, benzerlik ve ayrılıkları üzerinde bir incelemedir.

## Savaş Üzerine

Clausewitz, Batı'nın en önemli savaş teorisyenlerinden biri. 1970'li yıllarda elimizden düşürmedi imiz kitabı SAVAŞ ÜZERİNE'de, savaşı, bir düelloya benzetmektedir. Bir farkla ki ona göre savaş, düellonun büyük çaplısı, ya da güreşçinin yakın hasmını alt etmesi, yıkması, böylece tüm direnişini yok etmesinde oldu u gibi safhaları olan bir mücadele türü.

"Demek oluyor ki savaş, hasmı, irademize boyun eyme zorlayan bir şiddet hareketidir"<sup>1</sup>

der ve devam eder:

"Şiddet, şiddeti gö üslemek için, bilim ve sanatların buluşları ile silahlanır. Gerçi kaydedilmeye de mez bazı ufak tefek sınırlamaları devletler hukuku yasaları adı altında kabul eder ama, bunlar uygulamada savaşın gücünü zayıflatmaz. Şiddet, yani fizik kuvvet (çünkü Devlet ve Kanun kavramlarının dışında manevi kuvvet diye bir şey yoktur), böylece savaşın aracı olmaktadır; ere i ise düşmana irademizi zorla kabul ettirmektir. Bu ere i tam bir güven içinde geçekleştirebilmek için, düşmanı silahtan arındırmak gerekir, ve işte bu silahsızlandırma, tanımlama gere i, savaş operasyonlarının gerçek anlamda ilk amacıdır. Bu amaç son ere in yerini almakta, onu bir bakıma, savaşın kendisine ait bir şey de ilmişçesine, bir kenara itmektir."<sup>2</sup>

Batı'nın savaş anlayışını formüle eden ve bir yandan 19. Yüzyıl'a kadar yapılan savaşların eleştirilerini yaparken, di er yandan "savaşın politik bir amacın aracı oldu u" meşhur görüşü ile savaş teorisini 19. Yüzyıla taşıyan Clausewitz, kötü kopya ö rencileri Batı'lı komutanlar eliyle 20. Yüzyıla taşıdı. İşte bize terörün ne kadar acımasız bir tedhiş örne i oldu unu ö retmeye kalkan Batı'nın savaş teorisyeninden, bazı belirlemeler. Bu belirlemelere geçmeden önce bir önemli hususu ifade etmek gerekiyor: Clausewitz, sonraki meslektaşları tarafından savunmaya fazla önem veren biri ve ayrıca da fazla insancıl bulunmuştur.

İşte bu ünlü savaş teorisini, savaşta fizik gücü acımadan kullanan ve kan dökmekten kaçınmayan tarafın avantajlı duruma geçece ini, "bize i reñ geliyor diye vahşet unsurunu ihmal edemeyece imizi", aksi anlayışın insanın "kendi çıkarına aykırı düşece ini" belirtmektedir. Fakat belki de kendini görevli saymasının gere i olarak bir yanıltıcı saptamayı da not etmeden geçemez; "uygar milletlerin savaşları uygar olmayan milletlerin savaşlarına göre çok daha az zalim ve yıkıcıdır". Sanırsınız ki Batı'daki Otuz yıl Savaşlarını, Yüzyıl Savaşlarını, din savaşlarını ve benzerlerini okumamıştır. Tabii ki, kendinden sonra vuku bulan ve milyonlarca insanın ölümüne ve bir o kadar insanın da birkaç kuşak ötelere kadar etkilenecek sakatlıklara maruz kalmasına neden olan dünya savaşları da Clausewitz'i haksız çıkarmıştır.

## Savaşta Karşılıklı Eylem ve Aşırılıklar

Clausewitz, savaşı kutsallı ından arındırıp bir bilim

<sup>1</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, *Sava Üzerine*, (stanbul: 1975, May Yay), s. 44.

Not: CLAUSEW TZ bir Alman Generali olup, "Sava Üzerine/Vom Kriege" adlı eseri ilk defa 1832'de yayımlanmıştır.

<sup>2</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 44.



haline getirirken<sup>3</sup> savaşın de işik safhalarında, yine savaşın niteliğine uygun karşılıklı eylemleri, bir diğer deyişle aşırılıkları tespit etmektedir:

**Sınırsız Kuvvet Kullanma (Birinci Karşılıklı Eylem)**

Clausewitz'e göre, fizik gücün sonuna kadar kullanılması hiçbir zaman zekanın kullanılmaması anlamına gelmez. Fizik gücü acımadan kullanan ve kan dökmekten çekinmeyen taraf, aynı şekilde hareket etmeyen diğer tarafla daha avantajlı bir durumda olur. Neticede iradesini hasmına kabul ettirir. Her iki taraf da aynı şeyi düşündüğünden birbirlerini aşırı hareketlere iterler ve bu aşırılıklar karşı tarafın güç ve direncinden başka sınır tanımaz.<sup>4</sup>

Savaşta sınırsız kuvvet kullanmayı da şöylece özetler: Savaş bir şiddet hareketidir ve şiddetin sınırı yoktur.<sup>5</sup> Düşman taraflardan her biri diğerine iradesini kabul ettirmek ister, bundan da karşılıklı bir eylem doğar ki, kavram olarak ve mantıken sonuna kadar gitmeyi gerektirir. Bu birinci karşılıklı eylem ve karşılaştığımız birinci aşırılıktır.<sup>6</sup>

**Düşmanı Etkisiz Hale Getirme (İkinci Karşılıklı Eylem)**

Düşmanı etkisiz hale getirmek savaşın ana amacıdır. Savaş halinde bulunan kimse için en kötü durum, tamamen etkisiz hale geldiği durumdur. Öyleyse düşmanı etkisiz hale getirmek istiyorsak ya onu silahtan tecrit etmek, ya da kendisini böyle bir tehdit

altında hissedeceği hale getirmek gerekir. Formül şudur: Ben düşmanı yenmedikçe onun beni yenmesinden korkmalıyım. Bu ikinci karşılıklı eylemdir ve ikinci bir aşırılığa yol açar.<sup>7</sup>

**Güçlerin son haddine kadar kullanılması (Üçüncü Karşılıklı Eylem)**

Her düşmanı alt etmek istiyorsak, çabalarımızı onun direnme gücüne uydurmamız gerekir. Bu direnme gücü birbirinden ayrılmasına imkan bulunmayan iki faktöre bağlıdır. **Elindeki olanakların genişliği ve iradesinin kuvveti.** Düşmanın direnme gücünü aşağı yukarı tahmin edebiliyorsak kendi imkanlarımızı da ona göre ayarlayabiliriz. Bu yüzden de yarışma başlayacak ve tarafları bir kez daha aşırı hareketlere itecektir. Burada üçüncü karşılıklı eylem ve üçüncü aşırılıkla karşılaşmış oluyoruz.<sup>8</sup>

**Savaşta Kurallar**

Clausewitz, bir yandan yukarıdaki karşılıklı eylemleri/aşırılıkları belirlerken, diğer yandan da bu aşırılıkları sınırlayan, dolayısıyla taraflar açısından bazen olumsuzlukla sonuçlanacak durumu belirleyen kuralları ortaya çıkarmaktadır. Savaşı daha iyi de erlendirmemize yarayacak sınırlayıcı kurallar şunlardır:

**Savaş tek ve ani bir darbeden ibaret de ildir**

Savaşta hareket halindeki tüm askeri güçleri hep birden seferber etmek mümkündür, fakat tüm kaleleri, akarsuları, dağları, insanları, kısaca tüm ülkeyi aynı şekilde bir anda harekete geçirmeye imkan yoktur. Tüm

<sup>3</sup> Mehmet Ali KILIÇBAY, "Von Clausewitz'in Bilimsel Savaş", *Cogito*, 3 Aylık Düşünce Dergisi, 1995, Sayı 3.

<sup>4</sup> Carl Von CLAUSEWITZ, a.g.e., s. 45.

<sup>5</sup> Karşı bir argüman olarak, "Size karşı savaş açanlara, siz de Allah yolunda savaşın için. Sakın avarı gitmeyin, çünkü Allah avarı sevmez." (Bakara, 190).

<sup>6</sup> Carl Von CLAUSEWITZ, a.g.e., s. 45.

<sup>7</sup> Carl Von CLAUSEWITZ, a.g.e., s. 47.

<sup>8</sup> Carl Von CLAUSEWITZ, a.g.e., s. 48.

güçlerin aynı anda mükemmel bir şekilde bir araya getirilmesi savaşın niteliğine aykırıdır. Gerçek ve gerekli tedbirler farazi aşırılıkları telafi eder. Sadece bu nedenle bile taraflardan her biri, karşılıklı eylem sırasında şiddetin en son derecesine varmadan durmak zorunda kalabilir. Dolayısıyla tüm güçlerini aynı zamanda seferber edemeyecektir. Bu durum, taraflardan birinin zaaf göstererek fırsatı kaçırmamasına neden olur ki, onu kendi çabalarını gevşetmeye iten objektif neden budur. Böylece karşılıklı eylem sonucunda aşırı eylemler sınırlandırılmış olabilir.<sup>9</sup>

**Savaş hiçbir zaman mutlak bir sonuç do urmaz**

Yenilen taraf, sonucu geçici bir talihsizlik sayar; yenilgiyi mutlak ve kesin saymaz. Gelecekteki politik koşulların durumu telafi edebileceği umulur. İşte bu da gerilimin şiddetini/aşırılıkları ve harcanan çabaların yoğunluğunu geniş ölçüde yumuşatan bir etkidir.<sup>10</sup>

**Savaşta temel faktör 'Politik Amaç'tır.**

Savaşın politik amacı, savaşın hareketli olduğu anlarda pek akla gelmez. Savaş şiddetini yitirince ve genellikle düşmanı net bir şekilde yenemeyince savaşın politik amacı yeniden gündemimize gelir. Ve politik amaç temel bir faktör haline alır. Politik amacımıza ne kadar de er verirsek ondan vazgeçmek o kadar zordur ve bu oranda çabalarımızı canlı tutarız. İşte gerek askeri hareketin hedefi gerekse çabalarımızın ölçüsü bu **politik amaçtır**. Askeri hareketin hedefi politik amacın yerine geçmiş, onunla özdeşleşmişse, bu hareket genellikle politik amacın öneminin azalması ölçüsünde

şiddetini/aşırılığını yitirecektir.<sup>11</sup>

**Savaşı durduracak tek bir neden vardır ve bu taraflardan sadece biri için geçerlidir.**

Taraflardan biri ancak tek bir nedenle düşmanlığın etkisinden sıyrılabilir; o da harekete geçmek için daha uygun bir anı kollamaktır. Görülüyor ki bu neden sadece bir taraf için söz konusudur. Birinin çıkarı harekete geçmek ise, diğerinin çıkarı da beklemek olacaktır. Taraflar arasında bir dengenin bulunması ve bu denge nedeniyle barış yapılmış olması, tarafların gücünde bir de işiklik olasılığında taraflardan birinin harekete geçmesinin mutlak olduğu anlamına da gelir. Bu yönüyle savaş sürekli teyakuz halidir. Bir başka deyişle barışa, "**savaşta verilen ara**" denilebilir. Bu durumda da aşırılıkların geçici de olsa önüne geçilmiş olacaktır.<sup>12</sup>

## Savaşın Nitelikleri

### Maddi Unsurlar

Clausewitz, 'tekniksiz ve kutsal kahramanlar savaşı'ndan, 'teknolojiye dayalı ve kutsal olmayan mühendisler savaşı'na geçişin teorik çerçevesini oluştururken, bir yönüyle savaşın dünyevileşmesinin bir tür manifestosunu yazmaktadır.<sup>13</sup> Bu manifestoda öne çıkan niteliklere gelince:

**Savaş her zaman için ciddi amaca yönelen ciddi bir araçtır.**

Savaş, gemi aزیya almış bir coşkunun ürünü veya bir defada gerilimi boşalan aşırı bir şey de ildir. Savaş bir bakıma şiddetin düzenli kalp atışlarına benzer, kısa veya uzun sürede

<sup>9</sup> Carl Von CLAUSEWITZ, a.g.e., s. 50.

<sup>10</sup> Carl Von CLAUSEWITZ, a.g.e., s. 51.

<sup>11</sup> Carl Von CLAUSEWITZ, a.g.e., s. 54.

<sup>12</sup> Carl Von CLAUSEWITZ, a.g.e., s. 55.

<sup>13</sup> Mehmet Ali KILIÇBAY, a.g.m.

gevşeyip gücünü yitirir, amacına er geç ulaşır. Savaş mutlaka politik bir durumdan do ar ve politik bir etkenden çıkar. İşte bunun içindir ki savaş politik bir eylemdir. Mutlak bir şiddet gösterisi de de ildir. Savaş politik bir amaçtan do ar ve bu amacın sonuna kadar ona yön verir. Fakat bununla birlikte politik amaç zorba bir kanun koyucu de ildir; elindeki araçların niteli ine uymak zorundadır. Bunun içindir ki zaman zaman de işikliklere u rar, fakat ön plandaki yerini muhafaza eder.<sup>14</sup>

### **Savaş politikanın başka araçlarla devamıdır**

Clausewitz, politikayı "şahıslaşmış devletin zekası" olarak görmektedir.<sup>15</sup> Ona göre, politik amaç bir gaye, savaş ise bir araçtır ve araç hiçbir zaman amaçtan ayrı olarak düşünülemez. Böylece savaşın sadece politik bir eylem olmadığını, bununla birlikte gerçek bir politik araç, politik ilişkilerin bir devamı ve bu amaç ve ilişkilerin başka araçlarla gerçekleştirilmesi oldu unu anlarız. Dolayısıyla tüm savaşlara politik eylemler gözü ile bakılabilir.<sup>16</sup>

Savaşa ba ımsız bir şey de il de politik bir araç olarak bakıldı ında, tüm savaş tarihi ile çelişkiye düşmemiş oluruz. Ayrıca bu bakış açısı bize, savaşların birbirine benzemediklerini, tersine kendilerini do uran etkenlerin ve şartların niteli ine göre çok de işik biçimlere büründüklerini göstermektedir. Bu itibarla bir devlet adamının ilk ve en önemli ve kader tayin edici yargısı, "girişti i savaşın türünü do ru olarak de erlendirmek ve böylece onu olmadı ı bir şey

yerine koymamak ve olamayaca ı bir şey olmasını istememek"tir.<sup>17</sup>

### **Manevi Unsurlar**

Her ne kadar Clausewitz bu şekilde bir ayırım yapmamış olsa da, konunun daha kolay anlaşılmasını sa lamak açısından savaşta matematik ölçülere sı mayan bazı unsurları "manevi unsurlar" başlı ı altında de erlendirece iz.

### **Savaşta eksiklikler her zaman olasıdır**

Savaş hiçbir zaman soyutlanmış bir hareket de ildir. Savaş birden bire patlak vermez; yayılması ve genişlemesi bir anlık iş de ildir. Bu itibarla taraflar birbirleri hakkında iyi veya kötü bir fikir edinebilir. Ancak yine de savaş, dört başı mamur yaratık olmayan insan unsuru ile yapıldı ından eksiklikler her zaman olasıdır. Bu eksiklikler iki taraf için de de iştirici, düzeltici bir faktör rolü oynar.<sup>18</sup>

### **Savaş objektif niteli i kadar sübjektif niteli i ile de bir kumara benzer.**

Tehlike, savaş faaliyetinin başlıca unsurudur ve savaş tehlike içinde cereyan eder. Tehlike ile karşı karşıya bulunan insanda aranacak en üstün moral nitelik cesarettir. Yi itlik, başarıya güven, cüret ve gözüpeklik cesaretin çeşitli görüntüleridir. Ve ruhun bütün bu e ilimleri do al ortamları olan tesadüf unsurunu ararlar. O halde savaşta aranan mutlak matematik unsur, savaş ortamının ihtimal hesaplarına dayanak olabilecek sa lam temelden yoksundur. Bu nedenledir ki savaş oyunu, bütün insani faaliyetlerden daha çok bir ka ıt oyununu andırır.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 64.

<sup>15</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 65.

<sup>16</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 64.

<sup>17</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 66.

<sup>18</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 49.

<sup>19</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 61.

### "Savaş Sanatı" canlı ve moral güçlerle u raşır

İdrakimiz genellikle berraklı a ve kesinli e yönelmiş olmakla birlikte, zihin ço u zaman kararsızlı ı da sever. Matematik hesapların a ır bir zorunluluk ve çaresizlik oluşturdu u anlarda zihin, hayal gücü sayesinde tesadüfler aleminde kalmayı da tercih edebilir. Zorunlulu a ve çaresizli e boyun e mek yerine olanaklar evreninde kanat çırpmayı ye ler. Clausewitz, bunu, korkusuz bir yüzücünün kendisini dalgaların kuca ına atmasındaki cesaret ve kahramanlı ına, tehlikelere karşı gö üs germesine benzetmektedir.

Bu yüzdendir ki teori, insan unsurunu hesaba katar ve cesarete, yi itli e, hatta cürete yer verir. Savaş sanatı canlı ve moral güçlerle u raşır; bu itibarla hiçbir zaman mutlak ve kesin olana ulaşamaz. En küçük işlerde oldu u gibi, en büyük işlerde de arızî ve tesadüfi olana bir pay bırakılır.<sup>20</sup>

### Savaşa ilişkin De erlendirme

Buraya kadar belirlenenlerden çıkan sonuçları üç hale indirgemek mümkün olabilmektedir:

**Birincisi**, niteli i itibariyle savaş şiddet, kin ve nefret e ilimlerinden kaynaklanmaktadır;

**İkincisi**, insan ruhunun özgür bir faaliyeti olarak ihtimal hesapları ve tesadüfler savaşta önemli rol oynamaktadır;

**Üçüncüsü**, savaşın, salt akla ba ımlı politik araç olma kimli i vardır.

Her somut savaşta bu üç nitelikten biri ön plana çıkabildi i veya bir nitelikten di erine geçilebildi i gibi; savaş, her üç niteli i de bir

bütün olarak içinde barındırabilmektedir. Bunlardan birini hesaba katmak istemeyen, ya da aralarında keyfi bir ilişki kurmaya yönelen teori derhal gerçekle öyle bir çelişkiye düşer ki sırf bu yüzden tüm de erini yitirir. Bu itibarla bütün mesele, teoriyi bu üç e ilim arasında dengede tutabilmektir.<sup>21</sup>

İlk ça da tanrının işi olarak algılanan savaş, orta ça da da insanların tanrı adına yaptıkları mücadelenin adı olmuştur. Batı, XII ve XIII. Yüzyıllardan itibaren kendi kıtasının dışına taşarak, di er kültürlerle karşı yine kutsallıkla donanmış bir silahlı mücadeleye girişmiştir. Batının ulus devlet modelini kurarken ve Rönesans'ı yaşarken verdi i savaşlarda da bireyleri ve ulusu kutsallaştırması, kutsallı ın, kutsal savaşın, dünyevi boyutta yaşanılmayı beraberinde getirece inin işareti olmuştur.<sup>22</sup>

Batı'nın savaşla ilgili öngörüsünü dokuyan Clausewitz, savaşı siyasetin fonksiyonu olarak kabullendirdikten sonra, savaş bir makine, bir fabrika, bir endüstri, bir sistem gibi görmekte ve iktisatçılara özgü, verimlilik, tasarruf, en yüksek fayda gibi kavramları bu alana dahil etmektedir.<sup>23</sup>

Savaşa bir başka yönden, insanların savaşa mecbur edildi i yönünden baktı ımızda da, savaşın bu derece bir endüstri olarak görülmesi, onun vazgeçilemez/reddedilemez konuma getirilmesi sonucunu da do urmuştur. Bu gün bir çok devletin yasalarında, özellikle ulus devletlerin yasalarında mecburi askerlik hizmeti vardır ve yaptırımını a ır cezalara ba lanmıştır. Örne in 1960 yılına

<sup>21</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 67

<sup>22</sup> Mehmet Ali KILIÇBAY, a.g.m.

<sup>23</sup> Mehmet Ali KILIÇBAY, a.g.m.

<sup>20</sup> Carl Von CLAUSEW TZ, a.g.e., s. 62.

kadar İngiltere'de mecburi askerlik ve savaşı reddedememe esası vardı. Savaşı reddetmenin cezasını konuya ilişkin yönetmelik şu şekilde tanımlamaktadır: Yere haç biçiminde bir kazık çakılarak, savaşı reddeden kişi haçın önünde ayakta durur. Elleri arkasında, kazı n iki kanadına, ayakları da kazı n dibine birbirine balar. Haçın, cephe hattına yakın ve düşman ateşine 'epeyce açık' bir yere çakılması gerek. Hükümlü, günde iki saat haça ba lı durur. Cezanın süresi ise genellikle üç aydır.<sup>24</sup>

Ulus devlet mantı nın savaşı bu denli mecburiyet içinde tutması, üstelik kıtalararası savaşlarda, pek de zaruri olmayan konumlarda zorunluluk esasına ba laması, ileride terör konusunu işlerken dikkatimizi çekece i gibi, bir alışkanlık, bir intikam duygusu ve olgusu için önemli bir zemin oluşturmaktadır. Belki de terör için incelenecek bir çok unsur ve kural, savaş için belirlenenlerden esinlenmenin sonucu olabilecektir.

Özellikle de kıtalararası savaşlarda mecburi askerlik hizmeti ve üçüncü dünya ülkelerine yapılan saldırılar, ço u zaman kendi içinden bazen de ötekinden, aynıyla veya daha aşırı insanlık dışı yöntemlerle karşılık bulmaktadır.

## Terör ve Terörizm Üzerine

Giriş kısmında savaş kavramı ve olgusu üzerinde duraca mızı, sonra da dima larımıza kazınan terör kavramı ve olgusu hakkında teorik bilgiler verece imizi, daha sonra da her ikisi arasındaki ilişki, benzerlik ve ayrılıkları tartışaca mızı ifade etmiştik. Bir hususun daha altını çizmiştik ki, o da, savaşın, topyekün

mücadelenin silahlı mücadele kısmı; topyekün mücadelenin, (bir başka ifadeyle Clausewitz'de de gördü ümüz gibi) politikanın, silahlı araçlarla devamı ve nihai hedefe varmada olmazsa olmaz olarak algılanan bölümü, oldu u idi.

Savaşla ilgili bölümde de belirtti imiz ve son bölümde de üzerinde duraca mız gibi, terör olarak adlandırılan eylem türünün de; savaştan terör çıkaran ve terörü savaş kuralları içinde görenlerin topyekün mücadele anlayışının bir parçası oldu u anlaşılmaktadır. Ayrıca, terör olarak adlandırılan silahlı mücadeleyi de kapsayan topyekün mücadeleyi (politik amacı) bazen bizzat silahlı eylemi yapanlar belirlerken, ço u zaman da terörün nedeni saydı mız ve terör örgütlerinin bir bakıma do urucusu olan daha organize güçler belirlemektedir. O halde öncelikle terörün tanımı, unsurları, aşamaları ve sonrasında da terörü besleyen, destekleyen organize güçlerin konumu ve terörle ba lantıları üzerinde durabiliriz.

Bu bölümde genellikle terör ve terörizm konusunda doktrinde ortaklaşa kullanılan argümanları, kısmen kanuni düzenlemeleri, siyasi iktidar (kurulu düzen) gözüyle teröre ve terörizme bakışı, terörü do uran etkenleri ve ortadan kaldırılmasındaki engelleri aktarmaya çalışaca ız.

## Terör

Terör, genel bir karşılıkla "korkutma, yıldırma, tedhiş" anlamındadır. Aynı zamanda terörün unsurları olarak da kabul edilen bu korkutma, yıldırma ve tedhiş, insanların ruhsal yapılarını aniden ve güçlü bir şekilde etkileyen korku ve şiddet şeklinde tezahür etmektedir.

<sup>24</sup> Edip Emil ÖYMEN, "Sava mayı Reddeden Askerler".

Terörün birbirine benzer tanımları bulunsa da, bu güne kadar üzerinde konsensüs sağlanmış bir tanıma ulaşılamamıştır. Bunun herkes tarafından kabul edilen nedeni, kendi politik amaçları gereği bir tarafın terörist ilan ettiğini, diğer tarafın özgürlük savaşçısı olarak nitelenmesidir.<sup>25</sup>

12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu terörü şöyle tanımlamaktadır:

"Terör, baskı, cebir, şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni de iştirmek, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zayıflatmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığını bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylemlerdir."

Bu çerçevede terör ve terörizme ilişkin birbirinden farklı olmayan, fakat birbirini tamamlayan deyim tanımları yapılmaktadır:

"Şiddetin sosyal, ulusal, ırksal, dinsel, fesat çıkarıcı ve benzer diğer amaçlarla ve diğer sosyal sınıflar arasında çatışma, savaşa tahrik etmek üzere planlı ve hukuk dışı olarak kullanılması"<sup>26</sup>

"Terör, bir gücü, bir iktidarı zorla kabul ettirmek amacıyla sistemli bir biçimde şiddet kullanma, yıldırma, tedhiş"; terörizm ise; "bireylerin ya da azınlıkların şiddete dayanan ve kişilere mallara ya da kurumlara yönelik siyasal eylem, bu şiddet eylemlerinin tümü"<sup>27</sup>

İngiltere Terörle Mücadele mevzuatına göre terör; "siyasi kurumlara karşı şiddet kullanımı veya toplumun çeşitli kesimlerinin korku içinde bırakılması amacıyla şiddet kullanılmasıdır."<sup>28</sup>

Fransa Terörle Mücadele Kanunu ise terörü; "baskı veya tehdit yoluyla, mevcut kamu düzeninin ciddi olarak bozulması amacıyla bireysel veya toplu olarak bulunulan herhangi bir faaliyettir." şeklinde tanımlamaktadır.<sup>29</sup>

Terörü, mücadelenin silahlı şekli olarak kabul eden örgütler ise terörü, tarafların resmi ve gayri resmi silahlı güçleri arasında geçen, temel mücadele hedefi olarak düşman silahlı güçlerini azaltmayı öngören, temel mücadele biçimi olarak da suikastlara, siyasal cinayetlere başvuran mücadele biçimi olarak tanımlamaktadırlar.<sup>30</sup>

Latince'de 'terror' veya 'terrorist' sözcüğünden kaynaklanan terör, 'alt üst edici ve felce uğratan aşırı korku' olarak tanımlanır.<sup>31</sup>

Terör kavramının kökeni Fransız Devrimine dayanmaktadır. 5 Eylül 1793 ile 27 Temmuz 1794 arasındaki döneme ve rejime "terör dönemi" veya "terör rejimi" adı verilmiştir:

"Bu dönemde devrim hükümeti çıkardığı bir kararname ile soylular, din adamları, stokçular gibi devrim düşmanı saydığı çevreleri sindirmeye yönelik sert önlemler alarak terör uygulamasını başlatmıştır. Bu dönemde Robespierre'in önderliğindeki kamu güvenliği komitesi bütün yetkileri elinde toplayarak, kuşku edilen kişileri yargılanma ve savunma

<sup>25</sup> Osman Metin ÖZTÜRK, www.teror.gen.tr.

<sup>26</sup> İhan AKBULUT, "Gerekçeli Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması", s. 38.

<sup>27</sup> Büyük Larousse.

<sup>28</sup> Osman Metin ÖZTÜRK, www.teror.gen.tr.

<sup>29</sup> Osman Metin ÖZTÜRK, www.teror.gen.tr.

<sup>30</sup> Osman Metin ÖZTÜRK, www.teror.gen.tr.

<sup>31</sup> Temel DEMİRER, "Terörist mi Dediniz?", Küreselleşme ve Terör, Terör Kavramı ve Gerçeği, 1. Kitap, s. 28.



hakkını askıya alarak jüriye yalnızca aklanma ya da ölüm cezası verme seçeneklerini bırakmıştır. Bu dönemde yaklaşık 300 bin kişi tutuklanmış, bunlardan 17 bin kadar insan mahkeme kararı ile idam edilmiş, birçok insan da yargılanmadan, ya da hapisanelerde ölmüştür.<sup>32</sup>

Teröre ilişkin tanımlar terörü tam olarak açıklamaya kafi gelmemektedir. Terör örgütleri yapısal olarak birbirine benzemekle birlikte, amaçları açısından farklılıklar göstermektedir. Örgütlerin bir kısmı ulusal kurtuluş mücadelesini, bir kısmı geçmişteki olayların intikamını, bir kısmı da belirli ırk veya dini, siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik yapıları egemen kılmayı amaç edinmektedirler. Örgütlerin amaçlarına ilişkin beyanları, terörü ve terör örgütlerini tanımlamakta birinci zorlu u ortaya çıkarmaktadır. İkinci zorluk ise, terörizm diye tanımlanan eylemlere, yine amaç unsuruna dışarıdan bakışın getirdi i farklılık sonucu oluşan ayrımcılık unsurudur.

"Birisi için terörist olan di eri için kurtuluş savaşçısıdır."<sup>33</sup>

Terör eylemlerine bakışın meydana getirdi i bu ayrımcılık, terör, terörist ve terörizm kavramlarının ortak bir tanımının yapılmasını zorlaştırmaktadır. Fakat, yukarıdaki tanımlamalardan, kavramın ilk defa bir devlet yönetimi için kullanılmış olmasından ve ayrıca her türlü gücün -pek tabii ki şiddetin de-meşru kullanıcısının devlet oldu u gerçe ini de esas alarak, aşadaki bilgilere katılmamak mümkün gözükmemektedir:

"Kısaca, 'siyasal düşmanlarını fiziksel olarak yok etmeye karar veren korkutma politikası' olarak

tanımlanan terörün kayna ı, bir şiddet örgütlenmesi olan devlettir... Terör, kökeni devlet gerçe ine yaslanan bir şiddet politikası ve eylemidir. Siyasal şiddetin özel ve yo unlaşmış bir biçimi olarak terör, nihai kertede açıkça veya örtük 'zor'a dayanır... Terörün amacı siyasal hasımlarını fiziksel olarak ortadan kaldırmak ya da korkuyla sindirmektir. Böyle bir amaç şiddetin bir biçimiyle yetinemez. Örne in şiddet, 'Koydu um sınırı aşan, sınırsız şiddetimin de hedefi olur', tehdidi biçiminde de kendini gösterebilir... Terörün kayna ı, bazı kişilerin veya grupların sapkınlıkları ya da vb.leri de il, toplumun yöneten-yönetilenler ikilemi ile antagonistik sınıflara bölünmesinin ürünü olan devlettir."<sup>34</sup>

### Terörizm

Bir taraftan terör ve terörizmin, insanlık için çok tehlikeli bir sorun oldu u ifade edilirken, di er taraftan terör ve terör eylemcilerine farklı bakış açılarıyla farklı de erler atfedilmesi, terörizm kavramının tarifinde zorluk çıkarmaktadır. Genel anlamıyla ifade etmeye çalıştığımızda yine terör kavramının tarifinden yola çıkarak terörizmi,

"cebiri, şiddet, korkutma, yıldırma ve sindirme yöntemleriyle halk kitlelerinin iradesini zaafa u ratarak kamu düzenini bozmaya yönelik bir savaş biçimi"

olarak tarif edebiliriz.

Bu genel tariftan de anlaşılaca ı gibi kamu düzenini bozmaya yönelik terör eylemlerinin ana amacı siyasidir. Zira kamu düzenini belirleyen ve devamını sa layan siyasi iktidardır, terör eylemleri de bu iradeyi zaafa u ratmak için yapılır. Esasen tüm örgütlenmelerin hedefi siyasidir. Zira herhangi bir toplum ve toprak parçası üzerinde düşünülebilecek

<sup>32</sup> ahin KURT, "Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat", s. 14. Ayrıca bkz.: Meydan Laruesse.

<sup>33</sup> Osman Metin ÖZTÜRK, www.teror.gen.tr.

<sup>34</sup> Temel DEM RER, a.g.e., s. 28.

her türlü amaç, iktidar ile mümkün olabilmektedir. Bu iktidara yönelme de hedefin siyasi olmasını gerekli kılmaktadır. Dikkat edilirse burada ana hedef halk kitleleri de il, siyasi iktidardır. Halk kitleleri üzerinde şiddetin uygulanması, bu yolla siyasi iktidarın zaafa u radı nı göstermek ve bundan yararlanarak zayıf düşen iktidara taleplerini kabul ettirmek, mümkün olabildi inde de iktidarı ele geçirebilmek içindir. Çünkü her türlü güç kullanmanın meşruiyeti ile donatılmış tek bir güç vardır, o da siyasi iktidardır.

Terörizmin bu kısa tarifinden yola çıkarak terör eylemlerini de,

"Teknolojinin geliştirdi i silahlarla donanmış örgütlerin, siyasi hedeflerine ulaşmak için, örgütlü, sistemli, öldürme, kaçırma, korkutma ve tahrip gibi ahlaki yönden kural tanımayan savaş taktikleriyle insan hayatını da önemsemeden yürütülen eylemler"

olarak tarif edebiliriz.

Bu tariflerden ortak bir sonuç çıkmaktadır ki bu da, terörizmin, halk ve iktidar üzerinde uzun süreli (amaca ulaşana kadar) korku ve dehşet durumunu sa layan bir strateji olmasıdır. Pek tabiidir ki bu strateji siyasal bir amacın gere i olmaktadır. Korku ve şiddet içerdi i için psikolojik yanı a ır basmaktadır.

Bir di er ifadesiyle psikolojik savaşın sürekli korku ve şiddet unsurları kullanılarak silahla yürütülmesi yöntemine terörizm demekteyiz. Bu belirleme aynı zamanda terörizmin iki ana unsurunu ortaya çıkarmaktadır: Birincisi siyasal amaç, ikincisi şiddet eylemleri.

### **Terörist Faaliyetlerin Amacı**

Yukarıda genelde örgütlerin amacının siyasi oldu unu,

örgütlenme mantı ının altında, amaca ulaşabilmek için güce sahip olma arzusunun yattı nı, güce sahip olmanın da, her türlü gücü kullanmada meşruiyet zırhı ile donatılmış siyasi iktidarı ele geçirmekle mümkün olabilece ini ifade etmiştik.

Siyasi iktidarların co rafi, siyasi ve ideolojik konumlarına izafeten, buldukları yerlerdeki örgütlerin amaçları da farklılık arz etmek-tedir.

Örgütler ortak bir ifadeyle, savundukları ideolojiye ba lı olarak, gerek propaganda araçlarında gerekse yargılanmalar sırasında yaptıkları savunmalarda amaçlarını, haksızlı a ve zulme karşı direnmek, adil bir yaşam tarzı için kurulu düzeni ve ajanlarını bertaraf etmek olarak açıklamaktadırlar.

Bu açıklamalardan, örgütlerin, dolayısıyla terörizmin amaçlarını, muhalefet edilen kurulu düzeni (statükoyu), sistemi, şiddet yolu ile zaafa u ratarak, gerekirse yıkararak, yerine kendi ideolojileri do rultusunda bir yönetim tesis etmek olarak belirtebiliriz. Hatta bazıları için biraz daha ileri giderek ve nihai olarak, evrensel bir ideolojinin tüm dünyaya hakim kılınması olarak ifade edebiliriz.

Örgüt mensupları, amaçları u runa kendilerini toplum için feda eden gönüllüler olarak görür ve tanımlarlar. Muhatap halk kitleleri de, örgütün amaçları do rultusunda mücadeleye kazandırılacak unsurlardır.

Terör mutlak anlamda siyasi amacı olanlar tarafından kullanılan bir yöntem de ildir. Bizzat kendileri veya başkaları adına birtakım ekonomik çıkarlar sa lamak için terörü araç olarak kullananlar da çıkabilmektedir. Bu halde terörizmin amacı, ekonomik bir kazanç elde etmek için, toplumda tespit edilmiş zafiyetlerin oluşmasını sa lamak olmaktadır. Ancak, gerek siyasi,

gerek ekonomik olsun, her iki amaç için de, asıl hedef siyasi otorite olmaktadır. Zira siyasi otoritenin meşruiyetini elinde bulundurdu u güç kullanma imkanı, her türlü örgütlenmenin nihai amacıdır.

O halde örgütlerin silahlı mücadeleyi tercih etme nedenleri ve amaçları üzerinde durabiliriz:

Terörizm konusunda uzman olanlar, örgütlerin şiddete başvurmasının nedenini, mücadele ettikleri düşmanları ile aralarındaki güç dengesizliğinde görürler ve hedef alınan sistemin normal yollardan deştirilmesinin imkansızlığının silahlı mücadeleyi tek çare olarak gösterdiğini ve güç dengesizliğinin ancak terör eylemlerine başvurarak giderilebileceğini varsayarlar.<sup>35</sup> Buna terör örgütlerinin kamuoyuna seslerini duyurabilmek için propaganda (reklam) yapma ihtiyaçlarını da eklemek gerekir. Çünkü silahlı mücadele belirli bazı hedeflerin vurulması, terör örgütünün isminin duyulmasının dolayısıyla örgütün, korkutma ve yıldırma taktiklerinin neticeye ulaştığının göstergesi sayılmaktadır.

Terörizmin ana hedefi olan siyasi iktidarı ele geçirmek için bazı ara (taktik) hedefler belirledikleri de bilinmektedir:

- Öncelikle hedef alınan rejimi ve siyasi iktidarı yıpratmak, mevcut otoriteyi sarsmak.
- İç ve dış kamuoyunda davalarının duyurulmasını sağlamak ve dikkatleri savundukları davanın üzerine çekmek.
- Oluşturdukları tedhişle, toplumun direnme gücünü kırarak kendi davalarına karşı olumsuz duyarlılıkları ortadan kaldırmak ve kitleleri itaate zorlamak.

- Kısmi güç ve otorite sahipleri topluma kendilerine taraftar katılımı ve kitle desteği sağlamak.<sup>36</sup>

Terörizmin bu aşamalardan geçirerek uyguladığı şiddet eylemlerinde toplumun güven duygusu ortadan kaldırılır, halkın can derdine düşmesi sağlanır. Şiddet eylemlerinin yoğunluğu, terörizme karşı duyarlılığın yitirilmesine, devlet ile toplum arasında büyük bir uçurumun meydana getirilmesine yol açar. Duyarlılığın yitirilmesi sonucunda ya gerçekten terör örgütünün amacı olan yığınlık ortamı oluşur, ya da halk kitleleri içinden bu şiddet eylemlerine karşı örgütlü bir tepki oluşur.

Bazen de bu tepki veya tepkisizlik, kargaşa ortamından beslenen fakat terör örgütü olarak tanımlanamayan çevrelerce oluşturulur. Özellikle ülkedeki etnik yapının istismar edilerek teröre kaynaklık etmesinin sağlandığı durumlarda, bu tepkisellik, insanlar arasında ayrım gözetmeksizin bilinçsiz bir şekilde doruğa çıkartılır. Bu faaliyet, toplumda bir iç çatışma gerekliliğini kendi çıkarları için önceleyen çıkar gruplarının eylemi olarak de erlendirilebilir.

### **Terör Eylemlerinin Aşamaları**

İdeolojileri ve hedefleri farklı olsa bile örgütlerin terör stratejisinin dört aşamada gerçekleştirildiği kabul görmektedir.

#### **Birinci Aşama (Hazırlık)**

Terörün birinci safhası planlama faaliyetleridir. Örgütler birinci aşamada "hazırlık" adı altında faaliyet sürdürürler.

<sup>35</sup> Osman Metin ÖZTÜRK, www.teror.gen.tr.

<sup>36</sup> Osman Metin ÖZTÜRK, www.teror.gen.tr.

Birinci aşamada örgütler öncelikle içinde yaşadıkları ve muhatap oldukları toplumu her yönüyle tanımayı ve incelemeyi benimserler. Böylelikle ideolojik faaliyet sonucunda muhatap kitle tam olarak tanımlanır ve örgüte katılacak insanlar, örgütün dayanacağı sempaticiler ve üye profili belirlenir.

### **İkinci Aşama (Örgütlenme)**

Örgütlenme aşamasında, hazırlık aşamasında elde edilen sonuçlara uygun faaliyetler yapılır. Hareketi başlatan ve ilk planda katılan kişilerle sonradan katılacak kişiler arasında eğitim ve irtibat sağlama faaliyetleri yürütülür. Bu eğitim, örgüt amaçlarına uygun eleman yetiştirmeyi hedefler. Her örgütün stratejisi için gerekli ve temel amaca uygun ise, örgütlenendirilen kişilerin ve örgüt içinde oluşturulan bazı örgütlenmelerin, diğer iç ve dış örgütlenmelerle irtibatları sağlanır. Böylelikle, yeterli güç birliği ve gerekli mücadele zemininin oluşturulmuş oldu inandırılır.

### **Üçüncü Aşama (Eylem)**

Bu safhanın hedefi, eğitimilmiş örgütlerin öncülüğünde silahlı eylemler yoluyla halkı korkutmak, sindirmek; devlet güçlerini zaafı kullanarak toplumla devlet arasında güvensizlik yaratmak ve iktidarı ele geçirmek için uygun bir ortam hazırlamaktır. Terör örgütleri bu aşamada terör eylemleri olarak vasıflandırılan silahlı ve bombalı saldırılar, suikastlar, sabotajlar, silahlı soygunlar, yerleşim yerlerine silahlı baskınlar düzenlerler.

### **Dördüncü Aşama (İç Savaş)**

Bu safhanın hedefi siyasi iktidarı ele geçirmektir. Bu safhada, devlet güçleri ile silahlı mücadeleye girilir, bazı bölgeler ve yerleşim yerleri ve kurumlar ele geçirilerek kurtarılmış bölgeler oluşturulur. Elde edilen nispi halk desteği ile bir iç savaş politikası yürütülür ve kitlelerin tamamının bu savaşa katılması yönünde çalışmalar yapılır. Bu aşamada terör örgütünün artık kendine güveni tamdır ve bir iç savaş başlatmak ve sürdürmek kararlılığını militanlarına ve desteğini alan kitlelere propaganda yoluyla benimsetmeye çalışır.

### **Terörün Şekil Değiştirmesi ve Hakkın Özüne Zarar Verme Olgusu**

Konuya giriş kısmında terör ve terörizmle ilgili olarak, doktrinde ve kurulu düzen bakış açısında terör ve terörizm kavramlarını inceleyeceğimizi ifade etmiştik. Bu bağlamda, bilimsel ve teknolojik gelişmeye bağlı olarak, terörizm kavramının da değişim süreci, dolayısıyla terörizmin sadece şiddet kalıbı içinde düşünülmesinin doğru olmadığı ifade edilmektedir. Gerekçe olarak da, terör eylemleri aniden ortaya çıkmaması, önce çeşitli yasal ve meşru protesto şeklinde görünmesi, toplantılar ve gösteriler şeklinde kendisini hissettirmesi, daha sonra yasaların sınırlarını zorlayan ve toplumun hoşgörüsünü istismar eden hafif şiddet eylemlerine dönüşmesi ve en nihayet, genelde masum insanların hayatlarını hedef alan yoğun ve yaygın sabotaj ve suikast gibi eylemler şeklini alması gösterilmektedir.<sup>37</sup> Dolayısıyla güncel kavramsal tanımlamanın terörün günümüzdeki oluşum çizgisi

<sup>37</sup> Osman Metin ÖZTÜRK, www.teror.gen.tr.

içinde ortaya konulması gerekliliği vurgulanmaktadır.

Terörizm kavramının ve terör olgusunun teknolojik ve bilimsel gelişmelerden yararlanarak, şekil de iştirerek, kitlelere daha cazip halde sivil toplum örgütlenmeleri şeklinde önümüze getirilmesine dikkat çeken bu tanımlama ve kavramlaştırmaya dayanak yorumlar, terör olgusunun vahametine dikkat çekmek anlamında önemlidir. Fakat bu dikkat çekmenin tartışılacak önemli bir yanı da vardır: Dikkatli kullanılmadığında, özellikle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, kısıtlanması, askıya alınması bağlamında toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün önüne konulan engeller şeklinde tezahür ettiği sivil toplum gereksinimini ve gelişimini baltalayacak gelişme olarak karşımıza çıkabilir.

Özellikle, statükonun (kamu düzeninin) korunması gerekçesiyle temel hak ve hürriyetleri kısıtlama iradesinin tezahür ettiği ülkelerde, terörün teknolojik ve bilimsel gelişmelerden yararlanarak cazip hale gelmesi olgusunun, kamu ajanlarının, sivil toplum örgütlenmelerinin önüne set çeken yorum ve davranışlarına yol açabildiği de görülmektedir.

Bir hakkın kötüye kullanılmış olması, o hakkın özüne zarar verecek yorum ve düzenlemeleri gerekli kılmaz. Bu genel geçer (evrensel) bir kuraldır. Aksi düşünce, sivil toplum örgütlenmelerini terörizme kaydırma politikalarının yeşertilmesine ve olgunlaştırılmasına hizmet etmektedir. Kurul düzen (statüko) taraftarlarının, düzenlerini salama noktasındaki önemli bir argümanı, sivil toplum örgütlenmelerinin terörle beslendikleri şeklindedir. Bu oldukça yanlış ve tehlikeli bir

gelişme olarak özellikle ihtilallerin hazırlık ve sonrası dönemlerinde kullanılan bildik bir argümandır.

## Teröre İlişkin De erlendirme

### Önce Tanım

Gerek doktrinde, gerekse toplumdaki kullanımında terör ve terörizm kavram ve olgusunun müşterek anlamı olmadığını, anlamın kişilere ve kurumlara göre farklılaştığını ifade etmiştik. Ayrıca yine, terör ve terörizm kavramlarının "öteki"ni vurmak için oluşturulmuş ve tarihi kökeni olan kavramlar olduğunu, özellikle de kısa süren bir devlet yönetimi (Fransa'da) olgusundan hareketle bu isimleri aldığını belirtmiştik. Şimdi bu çerçevede terör, terörist, terörizm kavramlarını doktrin ve kurulu düzen (statüko) bakış açısı dışında ve pratikte nasıl algılandı üzerinde durmaya çalışacağız.

Ancak çalışmanın tamamında algılamaya etki eden önemli faktörün yine tanımlama olduğunu dikkat çekmeye çalışıyoruz. Gerçekten de ileride de üzerinde durulacak gibi, tüm insanlığı yakından ilgilendiren bu terör kavramının tanımının yapılması, bizler için bir beklenti, kavramı ortaya atanlar ve itham edici bir şekilde kullananlar için tutarlı bir davranış olacaktır. Teröristler de işiyor, dünyanın teröristleri bugünün kahramanları olabiliyor. Nedeni de basit: Tutarsızlık ve tanım yoksunluğu:<sup>38</sup>

"Eğer tutarlı davranmaya niyetiniz yoksa tanım da yapmazsınız. Terörizm konusunda incelediğim yirmiye yakın resmi belgenin hiçbirisinde belirgin, tutarlı bir tanıma rastlamadım. Aklımızı de il,

<sup>38</sup> kbal AHMED, "TERÖR ZM: Bizimki ve Onlarınki".

duygularımızı harekete geçiren bol bol örnek, polemik, ithama rastlamak mümkün ama tek bir tanım bile yok.(...) Çünkü tanımlamak kendini de ba layan bir tutarlılık gerektirecektir. İşte resmi söylemin terörizme yaklaşımındaki ilk özellik."<sup>39</sup>

"ABD'nin resmi terörizm politikası, ABD'nin bir terörist devlet oldu unu ortaya koyuyor. Di er ülkeler de en güçlü devletin en terörist devlet olması gerçe i karşısında, terörizmin tanımını yapamıyorlar."<sup>40</sup>

### Terörist Kim?

St. Augustine Büyük İskender'in esir aldı ı bir korsanın hikayesini anlatır. İskender, korsana, **"Hangi cesaretle denizlerde saldırganlık yapabildin?"** diye sorar.

Korsan, **"Sen hangi cesaretle tüm dünyaya saldırılabildin?"** diye cevaplar ve konuşmasını şöyle sürdürür:

**"Ben sadece çok küçük bir gemiye sahip oldu um için hırsız diye adlandırılıyorum, sense aynı şeyi çok büyük bir donanmayla yaptın için imparator olarak adlandırılıyorsun?"**<sup>41</sup>

"St. Augustine'in bu hikayesi ça daş Batılı kullanımdaki uluslararası terörizm kavramını aydınlatmakta, ola anüstü bir ikiyüzlülükle Batı'nın şiddet kullanımını örtbas etmek için terör olaylarına yönelik çifte standartlı tavrının temellerine işaret etmektedir.

<sup>39</sup> kbal AHMED, a.g.k.

<sup>40</sup> 11 ubat 2001'de Türkiye'ye gelen CHOMSKY, Türkiye'de yayınlanıp DGM tarafından toplatılan "Amerikan Müdahalecili i" adlı kitabının DGM'de yapılan yargılanmasına katıldı. Bu arada Bahçe ehir Üniversitesinde "Medya, Sava ve Demokrasi" konulu bir konferans verdi. ABD'nin ve di er ülkelerin terörizm tanımlarına ili kin görü leri sorulan Chomsky, konuya ili kin yukarıdaki açıklamayı yaptı r.

<sup>41</sup> Noam CHOMSKY, "Korsanlar ve mparatorlar", s. 7.

"Terörizm" terimi 18. Asrın sonlarında özellikle hükümetlerin halkın kendisine itaat etmesini sa lamak için şiddete başvurmasıyla ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Fakat bu ifade bütün düşünce ve onu ifade etme sistemini elinde bulunduran devleti yönetenlerin işine gelmiyordu. Bu yüzden orijinal anlamı terk edildi ve terörizm terimi birey veya gruplar tarafından yapılan "küçük çaplı terörizm" anlamını kazandı. **Terim önce kendi uyruklarına karşı şiddete başvuran imparatorları ifade ederken, şimdi güçlülere rahatsız eden hırsızlarla sınırlandırıldı.**"<sup>42</sup>

Chomsky, terörizmi,

"kendimizi tüm telkinlerden kurtararak, ister imparatorların büyük çaplı, ister hırsızların küçük çaplı eylemlerinde olsun genellikle politik amaçlı olarak korkutmak veya bir şey yapmaya zorlamak için şiddet kullanma veya kullanma tehdidinde bulunma"

anlamında kullanır. Chomsky, korsanın yukarıda söylenen özlü sözünün, yeni gelişen "uluslararası terörizm" in sadece bir yönünü açıkladı ını belirtirken, bir yandan da terör hareketinin terör sayılması için "bizim tarafımızdan de il onların tarafından yapılmış olması gereklili i" mantı ını sorgular.<sup>43</sup>

Bu olgu, Öztürk'ün, "birisi için terörist olan, di eri için kurtuluş savaçısıdır" tanımlamasında da oldu u gibi, teröre neden olanların ve besleyenlerin mantı na göre, berikinin yaptı ı de il, ötekinin yaptı ının terör oldu unu; dolayısıyla terörün asıl beslenme kayna ının "öteki" argümanını sıkça kullananlar oldu unu açıklamaktadır.

### Terörist Kültür

<sup>42</sup> Noam CHOMSKY, "Korsanlar ve mparatorlar", s. 7.

<sup>43</sup> Noam CHOMSKY, "Korsanlar ve mparatorlar", s. 8.



Terör ve terörizm ile ilgili mufassal bilgi birikimi sunan Chomsky, terörist kültürün hakkıyla de erlendirilmesi için dışişlerinin ve basının tutumuna bakılmasını, yapılan zulmün nasıl hoşgörü ile karşılandı nını, devlet terörü için nasıl bahaneler üretildi ini vurguladıktan sonra devam eder:

"Terörizm ve özellikle uluslararası terörizm kavramlarını de erlendirirken, kaynaklarımızda sıkça kullanıldı ı ve örneklendi i ve özellikle ulusal ve uluslararası terörü tüm dünyaya yaydı ına inandı ımız için ABD ve müttefiklerini ve bunların politikalarını (savaş politikalarını) esas almaya çalıştık.

Hükümetler ve basın, örne in, çiftliklerinde öldürülen köylülerin saldırı amacıyla silahlanmış olduklarını ileri sürmekte, kendilerini savunmak için bu yola başvurmuş olabileceklerinden bir ihtimal olarak bile söz etmemektedir. İsrail söz konusu oldu unda yorumların rengi de işmektedir. İşgalcilerin ve yerleşimcilerin savunma için silah kuşandıkları ileri sürülmekte, her seferinde haklı olduklarını kanıtlamanın bir yolu bulunmaktadır.

Kinsley,<sup>44</sup> **"davaya inanılmış olunması halinde sonuca ulaşılması için gizlenen yolların meşruiyetine de inanılmasının gerekece ine"** işaret etmekte, bu arada binlerce sivilin canının yanmasının hoşgörü ile karşılanmasının gerekece ini belirtmektedir. Duyarlı bir politika maliyet-kazanç analizini ihmal edemez. Analiz, ama ne analiz...

Bir yanda maliyet hanesine yazılan oluk oluk akan kan ve sefilli in her türlü, öte yanda ise kazanç

hanesine yazılacak do ması beklenen demokratik bir düzen. El Salvador ve Guatemala'da yapılan maliyet-kazanç analizinin bilançosuna bir göz atalım dilerseviz. Maliyet hanesinde 150.000 adet ceset, bir milyondan ziyade göçmen, açlıktan kırılan milyonlar, ırzına geçilmiş sayısız kadın ve işkence görmüş sayısız insan. Kazanç hanesinde ise liberal Amerikan kanaatine göre demokratik olarak nitelendirilen bir politik düzen."<sup>45</sup>

Yakın geçmişte, yurttaşlarını ideolojik amaçları do rultusunda şekillendirmeyi esas alan ulus/kutsal devlet anlayışına sahip siyasi rejimlerin ve bu siyasi rejimlerin hukuk sistemlerinin, ideolojik yapılanmayı koruyacak tedbirlerin alınmasında faşizmi esas alan yöntemleri kullandı ına tüm dünya şahit olmuştur. Anayasalarda ve ceza kanunlarında, kutsal devlete yönelik her türlü eleştirinin dahi terör eylemlerini aratacak bir savaş mantı ı ile nasıl bertaraf edilmek istendi i de hafızalara geçmek bir yana, hala önümüzde, anayasalarımızda, ceza kanunlarımızda boy göstermektedir.

Kutsal devleti korumanın yöntemlerini, karşı atak olarak adlandırılan terör yöntemlerinden ayıran kriterin sadece **"meşruiyet"** oldu unu, bir başka ifadeyle **meşruiyeti kendinden menkul** siyasi ve hukuk sistemlerinin bu meşruiyeti kullanarak uygulamalarını terör eylemlerinden soyutlamaya çalıştı ını da tespit etmekteyiz. Bu meşruiyetin getirdi i uygulamanın bir başka sonucu da, devletin kendi ajanlarına ötekini vurmak için kazandırdı ı terörist kültürdür.

"Türkiye'ye Komünizm gelecekse onu da biz getiririz" veya bir yeni versiyonla, "insan hakları gelecekse onu da biz getiririz, bunun için sivil toplumun

<sup>44</sup> Liberal bir güvercin olarak vasıflandırılan ve New Republic'in editörü olan yazar.

<sup>45</sup> Noam CHOMSKY, "Terörizm Kültürü, ABD Terörü", s. 86.

mücadelesi gereksizdir, aksi halde sivil toplum terörize edilerek mevcut statüko korunabilir" anlayışı, terörist bir kültür olmaktan öteye gitmemektedir. Bunun sonucu olarak denilebilir ki, terörist kültürün bir sonucu, devlet terörünü beslemektir. Bu bir kısır döngü halinde yürür ve devlet terörü terörizmi, terörizm de devleti besler durur.

İkbal Ahmed, beş tür terörizmden bahsetmektedir. Devlet terörizm, dini terörizm, mafya terörizm, müstakil grupların siyasi terörizmi ve patolojik vakıalar. Bunlar içinde en çok devlet terörizmine dikkat çeker:

"Ne ilginçtir ki saydığım bu beş gruptan daima tek bir tanesinin üzerinde yo unlaşılır, insan hayatına ve malına en az zararı olanın üzerinde. Sesini duyurmak isteyenlerin siyasi terörünün üzerinde... Oysa ki bedeli en a ır olan devlet terörüdür."<sup>46</sup>

### Çifte Standart

"İmparator ve taraftarlarının standartları birbirine ba lı olan iki nedenle eşsizdir. Birincisi, onların terör eylemleri terör tanımından hariç tutulur. İkincisi, kendilerine yönelik terörist eylemler ola anüstü bir ciddiyetle ele alınır ve daha sonra görece imiz gibi şiddete başvuruyu gerekli kılan, çok daha şiddetli ve ciddi terörist eylemlere girişmek için "gelecekteki saldırılara karşı kendini savunmak, saldırıları önlemek için hareket etmek" olarak algılanırken di erlerinin böyle bir makule ve "önleyici" eylemlere kalkışma hakkı yoktur."<sup>47</sup>

Yukarıdaki ifadeler, özellikle 11 Eylül 2001'de ABD'ye yönelik eylem sonrasında ABD'nin bizzat terör eylemlerine girişmesinin, aynı zamanda destekledi i bir

takım örgütlerin eylemlerinin terör eylemi sayılmamasının nedenini açıklamaktadır. Yakın tarihte ve hepimizin hafızalarında halen de canlı bir şekilde yer tutan kontra eylemlerinin, suikastların, saldırı ve ihtilallerin izahı da bu sözlerde saklıdır.

ABD ve onun taraftarlarınca yapılan bu ve benzeri sayısız eylemin haber ajanslarına ve uluslararası konferanslara konu olmamasına bu çifte standart nedeniyle şaşkırmamak gerekir.

Eylemlerle ilgili yanından başka, kişilerle ilgili çifte standardın da örnekleri hayli çoktur. "Benim teröristim" nitelemesiyle ifade edilebilecek bu çifte standardın çarpıcı ve herkesin bildi i kayda de er örne i Yaser Arafat'a biçilen konumdur. Bir dönem El Fetih örgütünün terör örgütü ve başındakinin de terörist oldu u vurgulanırken; Ortado u'da bir özerk Filistin yapılanmasına ihtiyaç duyuldu unda barışçıl lider, İsrail'in yayılma hedefleri için gerekli oldu unda da yeniden terörist listesine alınma konumu, çifte standart için çarpıcı bir örnektir.

Bir başka canlı örnek de, Usame Bin Ladin'in dün Afganistan Direnişi'nde özgürlük savaşçısı, bu gün ABD operasyonlarında terörist olarak vasıflandırılması olgusudur. Kanımızca bu çifte standartlar, İrlanda özgürlük savaşçısı ve aynı zamanda ilk terörist olarak da vasıflanan Michael COLLINS'e yönelik nitelemeden mülhemdir. Hem terörist olarak nitelenip, hem de barış masasında karşı karşıya oturulabilen canlı bir özgürlük savaşçısı ve aynı zamanda bir terörist örne i.

Çifte standardın, hukuk yollarını kullanmadaki bir örne i olarak, ABD'nin kendine yönelmiş eylemleri tanımlamada ve önlem

<sup>46</sup> İKbal AHMED, a.g.k.

<sup>47</sup> Noam CHOMSKY, "Korsanlar ve İmparatorlar", s. 9.

almadaki farklılıklarıdır. ABD Başkanı, 11 Eylül saldırısının ardından hemen yaptığı açıklama, bu saldırının "kendilerine yönelik bir savaş oldu" şeklinde idi. Terör olgusu ise daha sonra cılız bir şekilde gündeme getirilmiştir.

ABD'nin, saldırıyı savaş ve terör olarak iki farklı şekilde nitelemesinin nedenini araştırırken, savaş ve terör kavramlarının yine savaş ve terörü meşrulaştıranların tanımlamalarını hatırlamak gerekmektedir.

Savaşı, "tanımlanmış ve önceden kararlaştırılmış, karşılıklı da kime yönelmişse bizzat onun tarafından karşı topluma veya devlete karşı verilen silahlı mücadele türü" olarak tanımlayan anlayışta savaş, tüm insanlığı karşı de il, bir toplum veya devlete karşı verilen silahlı mücadele olarak belirlemektedir.

Aynı anlayışa göre terör, "insanlığı karşı işlenmiş şiddet" olarak tanımlandığında bu bir insanlık suçu olarak ifade edilmektedir.

Dolayısıyla teröre karşı verilecek mücadele, tüm insanlık olarak ve insanlık adına olabilir. İnsanlık adına ve tüm insanlar olarak verilecek karşılık, olgunun bir gereği olarak insanların oluşturduğu ve hepsini temsil edebilecek kurumlar aracılığı ile olabilecektir. Yani karşılıklı kurumsaldır. Son yıllarda, teröre, özellikle uluslararası teröre karşı verilecek karşılık ve caydırmaya yönelik cezalar için devletler, kurumsal bir çözüme doğru gitmektedirler. Düşünülen çözüm, insanlığı karşı işlenen suçlarda, tek tek devletlerin başaramayacağı yargı ve adalet sürecini, onların adına yapabilecek kurumların oluşturulmasıdır.

İşte bu kurumsal gelişme, insanlığı karşı suç işleyen herkesi, tabii ki aynı zamanda her

kurumu ve devleti yargı önüne çıkaracak bir mekanizmadır. İşte ABD ve onun gibi dünyaya istediği nizamı vermek isteyen bir kaç devlet bu mekanizmadan kaçmaktadır. Her türlü terörü önlemek ve gerektiğinde cezalandırmak için kurulacak bir mekanizmaya yakalanmamak için en kestirme yol, bu mekanizmaya dahil olmamak, ondan kaçmak ve onu engellemek olacaktır. Bunun içindir ki ABD, kendisine karşı girişilen eylemi terör olarak de il, savaş olarak nitelermekte, savaş mantığı içinde, hatta savaş kurallarını da aşan bir mantıkla (esirlere kötü muamele gibi), cezasını da kendisi vermek istemektedir. Afganistan'da yakalanan ve bir adaya hapsedilenlere de "esir" denilmektedir.

İşte bu çifte standart, ABD karşıtlarını insanlığı karşı işlenen (terör) suçlar kapsamından çıkardıktan, ileride kendisinin de insanlığı karşı işlediği suçlarda uluslararası bir mahkemede terörist olarak yargılanmasını önlemeye yöneliktir. Bir başka ifadeyle ABD, kendi gelecekte de bu tür suçları işleme hakkını elinde tutmak istiyor. Bunun içindir ki, -detaylarını bu çalışmanın sonuç bölümünde aktardığımız- "Uluslararası Suçlar Mahkemesi" oluşmasını engellemek için elinden geleni ardına koymuyor.<sup>48</sup>

## Ça daş Terörün Kaynağı

Ça daş terörün kaynağını buraya kadar aldığımız bazı örneklerden ve bu örneklerin çok açık ve belgeleriyle işlendiği kaynaklardan çıkarabilmek mümkündür.

Özellikle yine Chomsky, ça daş terörün kaynağı olarak ABD

<sup>48</sup> Sean HEALY, "mparatorluk Adalet De il Sava şter".

yönetimini, özellikle de Reagan dönemini işaret etmektedir:

"Uluslararası terörizm (kelimenin özel Batılı anlamıyla) 1981'de Reagan Hükümeti kurulur kurulmaz hükümetin ilgi odağı haline gelmiştir. Bunun sebeplerini doktriner sistemde açıklanamaz olsa -ki hala bu durum devam ediyor- bile farketmek güç de ildir.

Reagan Hükümeti birbirine bağı ve oldukça başarılı olan üç politikaya hasredildi:

1. Yoksullardan zenginlere kaynak transferi,

2. Geleneksel olarak Pentagon yoluyla ekonomiye etki eden devlet sektöründe muazzam bir artış. (Bu ileri teknoloji süprütülerinin üretimlerini devlet-garantili Pazar sa lamakla ileri teknoloji üretimini finanse etmek ve "hür teşebbüs" denilen özel kâra ödenek ayrılması işlemine iştirak etmektir).

3. ABD'nin müdahalesi ve uluslararası terörizmin (kelimenin gerçek anlamıyla uluslararası terörizm) artışı. Bu tür politikalar halka açıkça anlatılamazdı ve bunlar sadece halkın canavardan çok korktu u ve kendisini savunmak gerekti ini hissetti i şartlarda uygulanabilirdi...

Bu şartlarda "uluslararası terörizm" 1980'lerde "dış politikanın özü" olarak insan haklarının yerine geçti. Zaten insan hakları da 1960'lı "Vietnam sendromu" yıllarında düşünsel ve moral iklimdeki önemli gelişmeyi tersine çevirmek ve nüfusun büyük bölümünün örgütlenerek politik eylemlere kalkışıp karar alma mekanizmasını etkileme tehdidi anlamındaki "demokrasi krizi"nin üstesinden gelmek için başlattı ı kampanyalarının bir sonucu olarak bu yüksek konuma çıkarılmıştı."<sup>49</sup>

Chomsky'nin "Şeytan İmparatorlu u" olarak adlandırdı ı ABD'nin uluslararası terörizm tehdidi, müttefiklerinde "düzen ve istikrarı sa lamak" için oldukça

<sup>49</sup> Noam CHOMSKY, "Korsanlar ve mparatorlar", s. 14.

rantabl kullanılmıştır. Özellikle müttefik devletlerin anayasalarındaki kamu düzeni, kamusal alan, milli güvenlik, ülkenin bölünmez bütünlü ü gibi kavramlar ve bu kavramlar u runa verilen savaş, insan hakları yerine ulusal ve uluslararası terörizmi ikame etmiştir. Bu gün bu politikaların yansımalarının da ötesinde, (Komünizmle Mücadele, Kürt Sorunu, İrtica İle Mücadele, 28 Şubat v.s.) somut sonuçlarını gözlemlemekteyiz.<sup>50</sup>

İnsan hakları yerine uluslararası terörizmi ikame eden ABD'de uzmanlar yo un bir şekilde ve özellikle 11 Eylül saldırısı ile ilgili olarak "bizden neden nefret ediyorlar?" veya bir başka ifadeyle "Bize Neden Kıydılar" sorusuna cevap aramaktadırlar. Bulunan cevaplar içinde çarpıcı olanlardan birinin, ABD'nin "küreselleşme politikası" ve bu politikanın do urdu u **fundamentalizm** oldu u görülmektedir. Cevap arayanlardan Amerikalı Fareed Zakaria, ABD karşıtı nefretin kaynaklarından biri olarak "küreselleşme"yi görürken, alternatifinin de "fundamentalizm" oldu unu belirlemektedir:

"Küreselleşmenin beraberinde getirdi i yenilikler ve geleneksel yapıdan tevarüs edilen eski dünya algısı arasında yaşanan gerilim, özellikle genç insanları uyumsuz toplumsal tipler haline sokmaktadır. Yeni ve eski dünya arasında uyum sa layamayan gençler ulaşılması imkansız görülen bir modernlik karşısında yeni ve daha ulaşılabilir alternatifler aramaktadırlar. Fundamentalizm söz konusu uyumsuz insanları her yerde

<sup>50</sup> Gerçekten de, Türkiye'deki iç politika ve milli güvenlik politikaları, uluslararası politik güçlerin, özellikle de ABD'nin 3. Dünya ülkelerine uyguladı ı politikalarla dikkat çekici bir benzerlik arz etmektedir. Kürt Sorunu ve rtica konusunun bu gözle bir kere daha de erlendirilmesi gereklidir.

aramakta ve fundamentalizm küreselleşmektedir."<sup>51</sup>

Konunun Türkiye açısından görünümü de bir farkla benzerdir. Bu fark da küreselleşme karşısında fundamentalizmin henüz uluslararası örneklerine ve boyutlarına ulaşmamış bulunması. Fakat insan hakları ve küreselleşme ilişkisinin uluslararası boyutuyla Türkiye boyutu arasında tam bir benzerlik vardır. Özellikle 28 Şubat süreci, üç çeyrek asırdır yaşanan süreçte oldu u gibi, uluslararası politikaların simetrik görüntüsünü vermektedir.

Bu simetrik görüntüde, insan haklarının, küreselleştirmeciler eliyle uluslararası politikada demokrasilere feda edilerek, bir nevi "boş arazide sahibini beklemeye koyulan sahipsiz kundak"<sup>52</sup> haline dönüştürülmesi ile, uluslararası küreselleşme politikalarından da etkilenen yerel yöneticilerin kurulu düzenlerini/statükolarını "kamu düzeni" veya "kamusal alan" adı altında korumaya alma çabalarının 28 Şubat ikliminde çakışır vaziyet alarak eşgüdümlü ve eşzamanlı olarak Türkiye'de de uygulamaya konuldu u çok açıktır.

Pek dikkat çekicidir ki, Türkiye'de, ulusal ve uluslararası politikaların çakışması sonucu oluşan yolsuzluk, hırsızlık ve sonucunda meydana gelen a ır ekonomik kriz, ulusal politikaların gözden geçirilmesini gerekli kılmış ve MGK, politikanın devam etmesi halinde pek yakın gelecekte "sosyal patlama" olasılı na dikkat çekmiştir.

Tüm bu gelişmeler ça daş terörün kayna ının sadece terör

örgütlerine hasredilmesinin do ru olmadığı nı, uluslararası terörizmin kayna ını ararken, dünyaya şekil vermeye çalışan ulusal (Susurluk örne i) ve uluslararası (ABD) güçlerin göz ardı edilmemesi gerekti ini ortaya koymaktadır.

## El Altından Yürütülen Terörün Problemleri

Yukarıda, terörün özellikle ulusal ve uluslararası resmi güçler (devlet veya organları) tarafından açık veya kapalı bir şekilde beslendi ini vurgulamaya çalıştık. Bunda ülkelerdeki siyasi sistemlerin yönetim şekillerinin rolüne de dikkat çektik. Bu rol, ülkelerin halklarının yönetime siyasal katılımıyla yakından ilgilidir ve dünya ülkeleri arasında genelde birbirine benzer bir konum mevcuttur. Bu nedenle, Chomsky'nin ABD halkı için tanımladı ı rolü, Türkiye için de düşünmek mümkündür:

"ABD halkının bizim burada ele aldı ımız meselelerle ilgili olmak üzere şu dört önemli özelli i vardır.

1. Halkın büyük bir kısmı politik sistem içerisinde aktif olarak yer almamaktadır, dışlanmış vaziyettedir;

2. Entelektüel kurumlar devlet ile özel sektörün birlikte oluşturdukları güç sisteminin yanında ikinci plana itilmiştir; (...). Kasım 1986 seçimlerinde katılım oranının %37'ye kadar düşmesinin sebeplerinden biri budur...

Reagan yönetimi beynelmilel bir terör şebekesi oluşturmayı başarmıştı. Bu şebeke son derece sofistikeydi ve bir o kadar da etkiliydi. Bildi im kadarıyla tarihte bir benzeri mevcut de ildir. Reagan doktrini ile uyum içinde olmak kaydıyla çeşitli amaçlar için bu şebeke kullanılmaktaydı. (...)

<sup>51</sup> Fareed ZAKARIA, "Bizden Neden Nefret Ediyorlar", 15 Ekim 2001 tarihli Newsweek Dergisinden Aktaran Fahrettin ALTUN, "11 Eylül ve 'Bizden Neden Nefret Ediyorlar' sorusunun Cevabı Üzerine" adlı Yayınlanmamı makalesi.

<sup>52</sup> Deyim Ahmet MERCAN'a aittir.

Reagan Doktrini çerçevesinde beynelmilel bir terör şebekesinin el altından inşa olunmasının sebebi yine ülke halkından gelecek tepkilerden do an korkudur. Terörist kültürün birinci prensibi en hayati gerçeklerin saklanmasıdır. Bu işte günümüze kadar yeterince başarılı olmuşlardır da.”<sup>53</sup>

Şimdi akli selim de erlendirmelidir. 1980 öncesinde ve sonrasında yaşananlarla yukarıda aktarılanlar arasında fark görülmemektedir. Gerek teröre karşı etkin ve sosyal önlemler alınmaması, gerek statükonun devamı için terörist kültürün yaygınlaştırılması, tüm bunların yapılabilmesine ortam oluşması için halkın siyasal katılımının engellenmesi ve bu engellemeler için ülkede siyasi parti mezarlıklarının oluşturulması; devlet ve özel sektörün meydana getirdi i güç sisteminin ortaya çıkardığı haksızlık ve zulüm ortamını, dolayısıyla nihai tahlilde, terörün el altından beslenmesini beraberinde getirmektedir.

### Halkla İlişkiler

“Ö rendiklerimizi kim saptırıyor?” Sorusuna verilecek yanıtı, e itim araçlarına bakarak çıkarabiliriz. E itimcilere sormaya gerek yoktur. E itimcilerimiz de bizim gibi, aynı yöntemle ve aynı bilgilerle “imal edilmişlerdir.”<sup>54</sup>

Kuveyt savaşı esnasında bir Kuveyt hastanesini basan Iraklı askerler, erken do muş Kuveyt’li bebekleri kuvözlerinden fırlatıp atmış, ihtiyaçları oldu u gerekçesiyle kuvözlere el koymuşlardır. Bu hikayede kamuoyunu ikna etmek için eksik

olan tanık da bir süre sonra yaratılır. Neyyire adlı kız bütün dünyanın yüre ine işleyen açıklamalarda bulunur. Savaş binlerce ölüyle sona erip “zafer”e ulaşıldı ında Neyyire’nin, Kuveyt ABD Büyük Elçisinin kızı oldu u gerçe inin artık hiçbir önemi kalmamıştır.<sup>55</sup>

Kendi süfli amaçları u runa, medya gücünü kullanarak Iraklı askerlerin bu kadar vahşi bir eylemi yapabileceklerine kitleleri inandırmak için halkla ilişkiler önem kazanmaktadır. Halkla ilişkilerin önemine işaret eden örnek bir açıklama aşı da alıntılanmıştır:

Amerika Dışişleri Bakanlı ı eski Halkla İlişkiler uzmanı Melton Davis:

“Halkla ilişkiler, ülkemizde yönetimin istedi i sonuçları elde etmesinde üzerine düşeni yapmıştır, yapmaya da devam edecektir. Bu yolda harcanan paraların karşılı ını fazlasıyla vermiştir. Halkın sa da toplanmasını, içtimai ve iktisadi de işikliklere karşı cephe almasını, eme i geri plana itmesini sa lamıştır.”<sup>56</sup>

Yönetimin halkla ilişkilerinin sa ladı ı sonuç, oluşan “**demokrasi krizini**” aşmaya yönelik mücadele olmaktadır.

“Savaşlar ve di er karışıklıklar halkı düşünmeye, sosyal ve politik oluşumlarda aktif olarak yer almaya zorlamaktadır. Sonuç, bir “**demokrasi krizi**” şeklinde, bir başka deyişle gerçek demokrasiye do ru atılması olası adımlar şeklinde tezahür etmektedir. Topluma hakim olan güçler kendi imtiyazlarına ve güçlerine yönelik bu tehdidi giderebilmek için ellerinden geleni yapmaktadır.”<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Noam CHOMSKY, “Terörizm Kültürü, ABD Terörü”, s. 45 vd. Ayrıca bkz.: M. BALCI, *MGK ve Demokrasi, Hukuk-Ordu-Siyaset*, s. 109 ve devamı, Milli Güvenlik Akademisi ve Kamu Diplomasisi Kursları.

<sup>54</sup> E. A. RUTER, *Düzene Uygun Kafalar Nasıl Yeti tirilir*, s. 54.

<sup>55</sup> Bkz.: [www.savaskarsitlari.org](http://www.savaskarsitlari.org)

<sup>56</sup> Alex Carey'den aktaran Noam CHOMSKY, “Terörizm Kültürü, ABD Terörü”, s. 44.

<sup>57</sup> Noam CHOMSKY, “Terörizm Kültürü, ABD Terörü”, s. 44.



Tabii ki bu mücadelede oluşmuş bir başka tehlikeyi de görmezden gelemez. Bu tehlike yukarıda da ifade edildi i gibi, **sa da toplanma/sa cılaşma** tehlikesidir.

Siyasetin önünün tıkanması, ülkede partiler mezarlı ı oluşturulması, sonrasında da muhalefetin, statükoya aykırı düşünce ve oluşumların kimi de işmez ilkeler u runa katline cevaz verilmesi, hep halkla ilişkilerde özellikle medyanın yönlendirmesiyle başarılabilen bir süreçtir. Halk kitlelerinin statükonun arzuladı ı şekilde yönlendirilememesi durumunda yarınlarının karanlık olaca ını varsayanların ortak hareket noktası, halkla ilişkileri düzene koyacak kimi tedbirleri almak olmaktadır. Sonuçta, bu faaliyet karşılı ında ödenen bedellerin yolsuzluklar şeklinde tezahürünün faturası da yine halka çıkarılmakta, halkla ilişkilerde başarısız olundu u dönemlerde terörün beslenmesi için gerekli zeminin oluşması sa lanmaktadır. Bu kısır döngünün hem devamının engellenmesi, hem de terörü beslememesinin yolunun halk kitlelerinin katılımının önünü açmaktan geçti i de izahtan varestedir.

### Beyin yıkama

İhtimaller bilgilerle ö renilir. Bizim hangi bilgilerle yapılaca ımıza karar verenler, hangi ihtimalleri ö renece imize de karar verirler. Böylece neleri kendi çıkarımıza sanaca ımıza da karar verirler.<sup>58</sup>

Terörün çarpıtılarak sadece zayıflara izafe edildi i, hakim güç terörünün göz ardı edilerek kimi çelimsiz siyasi grupların terörist guruplar şeklinde tanımlandı ı ülkelerde, demokrasiyi savunma, özgürlükleri

koruma hususunda dile getirilen vaatlerin, verilen sözlerin gerçekleşece ine inanılması herkesten istenmektedir. Bu inandırıcılık içinde tarihteki örneklerine ve rasyonelli e yer yoktur. Bunların yerine, soyut ve de işmez/de iştirilemez ilkeler ön plana çıkmaktadır. Şimdi de tıpatıp benzer bir duruma göz atalım:

"Doktriner gerçeklere olan bu ba lılık ve her gün defalarca tekrarlanması neticesinde arzulanan hedefe varılmış, devlet doktrini kutsiyet kazanmıştır. Bu doktrinleri dillerinden düşürmeyenler sonunda söylediklerine kendileri de inanır olmuşlar, haklarında soru sorma yeteneklerini bütünüyle kaybetmişlerdir. Tartışma ortamının yok edilmesi bireylerin kendilerine sunulan fikirleri inaç mertebesinde benimsemelerine, düşün dünyalarını bu fikirlerin üzerine inşa etmelerine sebebiyet vermiştir.

**Seçkinlerin temel ö eler üzerinde mutabakatı** sa landıktan sonra politik ve enformasyon sistemlerinin kontrolü **özel güçle iç içe bulunan devletin** emin ellerine teslim edilmiştir. Alternatif düşüncelere yaşama hakkı tanınmamış, geniş halk kitlelerine ulaşmasına fırsat verilmemiştir. Bir yanlışlık neticesi bir aykırı fikir filiz verir gibi olduysa, sempatanları hemen ispata davet edilmiştir.

Oysa doktriner gerçekleri benimsemiş bulunanların bu tür mecburiyetleri mevcut de ildir. Sistem, ba ımsız düşünceleri sınırlı bir ortam içinde tutma ve gelişmesini kontrol altında bulundurma işini başarıyla ifa etmektedir. Zararlı fikirlerin halkı zehirlemesine fırsat verilmemekte, bu tür fikirler entellerin oyunca ı olmanın ötesine geçmemektedir.<sup>59</sup>

Sistem eleştiriler ile farklı ideolojilerin yeşermesine yol

<sup>58</sup> E. A. RUTER, a.g.e., s. 48.

<sup>59</sup> Noam CHOMSKY, "Terörizm Kültürü, ABD Terörü", s. 133.

açmamak için yapılan bu tür beyin yıkama faaliyeti ile esasen, muhalefet oluşmasının veya muhtemel bir statüko kaymasının önüne geçmekle birlikte; beyni yıkanamayanlar tarafından gerçekleştirilen ve kendisini içinden vuran bir terör olgusuyla karşılaşılması sa lanmış olmaktadır.<sup>60</sup>

### Düzene Sadık Olmak/Kılınmak

Beynini kendi yapmadı diye spikerin tepesine binmek anlamsızdır. O çıkarlarını bilmiyor; Belki de Kraliçeye nöbetçi askerden daha yakın oldu unu düşünüyor.<sup>61</sup>

"Hakim doktrine sadık olmak, cari düzenin ipine sarılmak bireye bir takım avantajlar sa lar. Mevcut güç sistemine kolayca dahil olur, imtiyazlılar sınıfına do ru giden yol üzerindeki yerini alıverir, üstelik düşünmenin, olur olmaz işleri kurcalamanın zahmetinden de kurtulmuş olur. **Düzenle düz** olursanız gerçekler sizi artık tedirgin etmez olur. Rasyonel argümanlar önemini yitirir. Herkesten alkış alan bir tören alayı içerisindeki mümtaz yerinizi alırsınız.

Oysa düzene karşı gelerseniz, son derece güçlü deliller ve argümanlarla ortaya çıkmanız gerekir. Tecrit edilirsiniz. Kaynaklarınız kurutulur. Özgür

beyinlerden yansıyanlar hariçten okunan gazeller gibi ses verirler. Dışlanılırlar, yanlış yorumlanılırlar. Söyledikleri sıradan şeyler de ildirler, alışılmışı ters düşmektedirler. (...)

Gücün hizmetinde olan deliller ve argümanlar yapaydır, gerçekleri yansıtıyor olmak gibi bir mecburiyetleri yoktur. Nikaragua örne inde "Sandinista yanlısı" olmak, güvenilir olmamak-objektif olmamak için yeterli bir sebeptir. Anti-Sandinista olanlar ise ABD'nin standartlarına uyan, makbul, güvenilir kimselerdir, objektiftirler ve sonuç itibariyle itibar görmeye layıktırlar."<sup>62</sup>

Düzene sadık olmak veya sadık kılınmak için kurulu düzenlerin bazı faaliyetleri bulunmaktadır. Bu faaliyetlerde kamu kesiminde yer alan üst bürokrasinin düzene sadık kılınması ve onların da di er insanları sadık hale getirmesi temel amaçtır. Bu çerçevede özellikle üst bürokrasinin e itimi için Milli Güvenlik Akademisi kurulmuştur. Bu Akademi üst bürokrasiye ve özel kuruluşların üst düzey yöneticilerine ülkenin milli güvenli ini ilgilendiren (statükonun gerektirdi i) bilgiler verilir ve bu bilgiler ışığı nda icraatları talep edilir. Öyle ki 28 Şubat'tan sonra bu gereklilik daha da önem kazanmış ve 5 aylık bir e itim programından yeteri kadar bürokratin yararlandırılmayaca 1 anlaşılacak Ekim 1997 MGK toplantısında **Kamu Diplomasisi Kursu** adıyla bir nevi hızlandırılmış e itim programları düzenlenmiştir.

Başbakanlı ın bürokratlara gönderdi i bir yazıda:

"MGK Genel Sekreterli ince 19 Ocak - 20 Şubat 1998 tarihleri arasında (saat 09.30-12.30 arası) 5 hafta süreyle kamu diplomasisi kursunun açılaca 1, kamu kurum ve

<sup>60</sup> "Zenginler ve iktidar sahipleri her zaman, fakir ve sömürülenlere devletlerin adil oldu unu söylemi lerdir. Devletin tarihi boyunca ezilenler, bir önceki toplumun ezilenleri üzerinde açıkça konu abilmi lerdir. Kendi toplumlarının ele tirişi ise her zaman (ço unlukla ölümle) cezalandırılmı tır. Topluma yapılan ele tiri ister istemez yöneticilere yönelen ele tiri dir. Yöneticiler, beyinleri de yönetmeselerdi, yönetici olamazlardı. (...) Gördü ümüz e itimin sonucu olan bu sorunun tartılması nda dü ülen çaresizlikten, yasaların sonuçlarını, e itimin sonuçlarını, kitle haberle me araçlarının ilettili i bilgilerin sonuçlarını incelemekle kurtulabiliriz. Resmi belgeleri anlamamız gerekmez, bunların neyi etkiledi ini ö renmemiz yeterlidir, böylece neyi etkilemeye zorunlu olduklarını anlarız. u büyük sözün anlamı budur: *Bir eyi meyvesinden tanıyacaksınız.*" Bkz.: E. A. RUTER, a.g.e., s. 34-36.

<sup>61</sup> E. A. RAUTER, a.g.e., s. 44.

<sup>62</sup> Noam CHOMSKY, "Terörizm Kültürü, ABD Terörü", s. 31.

kuruluşlarında görev alan üst düzey planlayıcı ve yönlendiricilerini, millî güvenli imizi yakından ilgilendiren tehditler konusunda aydınlatmak ve bu konularda sorumluluk ve görev alabilecek personele yürütülen veya yürütülebilecek faaliyetler hakkında temel bilgilerin verileceği ilgi yazı ile bildirilmektedir.<sup>63</sup>

Edilen elemanlar, görev yaptıkları mevkilerde, Millî Güvenlik Kurulunun istekleri doğrultusunda çalışmalar yapmak ve Millî Güvenlik Kurulu'na bağlı Hukuk Müşavirliği ve Ana Hizmet Birimleri gibi kuruluşlara bilgi ve belge vermek, politikalarını desteklemek, kendi uzmanlık alanlarına giren konularda yardımcı olmakla görevlidirler. Akademide ve Kurslarda verilen eğitimlerin yanı sıra gerçekleştirilen yakınlık, bu görevin yerine getirilmesinde en büyük etkidir. Bu kanaate varmak için 28 Şubat'tan bu tarafa yaşanan gelişmelere bakmak kafidir.<sup>64</sup>

### Savaş Terör İlişkisi

Bu bize 19. Yüzyılda, ölüm döşeğindeki bir hükümdarın görüntüsünü hatırlatır. Hükümdarın ruhani danışmanı sorar: 'Düşmanını affediyor musun?', hükümdar hiçbir suçluluk duygusu hissetmeden (tertemiz bir vicdanla) cevap verir: 'Düşmanım yok, hepsini öldürdüm'.<sup>65</sup> (Carl SCHMİTT)

### 20. Yüzyıl ve Terör

Eric HOBSBAWM, bazı önemli şahsiyetlerin 20. Yüzyıla bakışını kısaca özetlemiştir:<sup>66</sup>

**Isaiah Berlin** (Felsefeci, Britanya): "Yirminci Yüzyılın büyük bir bölümünü yaşadım. (...) Onu sadece Batı tarihinin en dehşet verici yüzyılı olarak hatırlıyorum."

**Julio Caro Baroja** (Antropolog, İspanya): "Kişinin kendi hayat deneyimi -sakin ve büyük maceralar olmaksızın geçen çocukluk, gençlik ve yaşlılık- ile Yirminci Yüzyılın olguları... İnsanlığın yaşadığı dehşet verici olaylar arasında bariz bir çelişki vardır."

**Rene Dumont** (Agronomist, ekolojist, Fransa): "Bu Yüzyılın sadece bir katliamlar ve savaşlar yüzyılı oldu unu düşünmekten kendimi alamıyorum."

**Yehudi Menuhin** (Müzisyen, Britanya): "Yirminci Yüzyılı özetlemek gerekirse, insanlığın o zamana kadar idrak ettiği en büyük umutları canlandırdığını ve bütün de erleri ve hayalleri yıktığını söyleyebiliriz."

**Raymond Firth** (Antropolog, Britanya): "Teknoloji alanında Yirminci Yüzyılın en anlamlı gelişmeleri arasında, elektronikteki gelişmeyi; fikirler bakımından görece-akılcı ve bilimsel bir dünya görüşünden akılcı olmayan ve daha az bilimsel bir görüşe doğru yaşanan değişimi, seçiyoruz."

**Leo Valiani** (Tarihçi, İtalya): "Yüzyılımız, adalet ve eşitlik fikirlerinin kazandığı zaferin daima kısa ömürlü oldu unu ama özgürlüğü korumayı başarırsak her şeye her zaman yeniden başlayabileceğimizi de kanıtlıyor. En umutsuz durumlarda bile umutsuzluğa yer yoktur."

<sup>63</sup> Sabah gazetesi, 7.11.1997.

<sup>64</sup> Geni bilgi için bkz.: M. BALCI, *MGK ve Demokrasi, Hukuk-Ordu-Siyaset*, s. 110.

<sup>65</sup> Cemalettin HAMİDİ, "İnsanlık ve Terör, *Liberal Hürufeler Dünyası*", Tezkire Dergisi, yıl 11, sayı 23, Kasım-Aralık 2001.

<sup>66</sup> Erich HOBSBAWM, "Kısa 20. Yüzyıl, 1914-1991 *A İrlikler Çağı*", s. 13.

Terör olgusu, 20. Yüzyıl öncesinde telaffuz edilmeyen, fakat şekli ve mahiyeti itibariyle insanlı ın var oldu u gündən bu yana savaşın bir versiyonu olarak savaşla birlikte var olan bir olgudur. 20. yüzyılla birlikte konuşulması ve tanımlanmaya çalışılmasından ve 20. yüzyıla ilişkin yukarıdaki ifadelerden de görülebilece i gibi tamamen Batı kaynaklıdır. Kavram olarak da Batı'nın üretti i bir kavramdır. Sıcak veya so uk, savaşı bir yaşam felsefesi haline getiren Batı, onu en acımasız ve somut şekliyle insanlı ın gündemine taşımış, her türlü güç kullanma meşruiyetini (ahlaki sınırlarını da kendisi tayin edece i şekilde) devletin elinde toplayarak, savaşın en çirkinine (kendisinin terör olarak tanımladı ı şekline) dahi cevaz vermiştir. O kadar ki, dönemi de erlendiren bazı düşünürler tarafından Birinci Dünya Savaşı'nın patlamasından İkinci Dünya Savaşının sonuna kadar geçen yılların, Batı toplumunun **Felaket Ça ı** oldu u, toplumun 40 yıl kadar bir beladan bir di erine do ru sendeledi i, hatta toplumun yaşayıp yaşayamayaca ı konusunda bile bahse girildi i hatırlatılır.<sup>67</sup>

### Meşruiyet Tekeli

Batı'nın modern devleti tanımlamasındaki, devletin "belli bir arazi içinde, fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde (başarıyla) bulunduran insan toplulu u" olması argümanı<sup>68</sup>, iddiasını kabul ettirme şeklinin de, -yakın tarihte ulus devlet, şimdilerde yeni dünya düzencisi mantı ıyla- şiddete dayalı olarak gelişmesi, elbette ki kendisine (devlete) karşı bu meşruiyet

iddiasını zayıflatacak, hatta geçersiz kılacak bir takım eylemleri mukadder kılmıştır.

Gerçekten de, güç kullanımını sadece kendi topraklarındaki yurttaşları için de il, dünya ülkelerinin halklarına karşı herhangi bir ahlaki sınır tanımadan kullanma meşruiyeti de kendinden menkul süper güçlerin, bu ahlak dışı tepedencili i, kendi mantıkları gibi bir başka mantı ı da beraberinde getirecekti. Bu da, güce karşı güç kullanma mantı ıdır. Bu mantı ın, her ne kadar güçler arasında eşitsizlik olsa da teorik olarak aynı esaslardan beslenen, çalışmamızın başında savaş teorisi bölümünde alıntılanan şekliyle, her türlü güç kullanımını, hiçbir ahlaki sınır tanımadan kullanabilen münferit güç kullanabilme iddialarını yaratması kaçınılmazdı.

### İnsanlık Adına Savaş/Terör

Konunun bir başka boyutu da, savaşın veya terörün muhatabının kimler oldu u yönünden ele alınması gereklili i dir. Her ne kadar savaş ve terör farklı veya aynı anlamda kullanılsa veya sonuç olarak her ikisinden de etkilenenin "insan" unsuru oldu u do ru olsa da, her ikisinin hedefinin de do rudan insan olmadı ı açıktır. Güç kullanımının meşruiyetini devlete tanıyan anlayış, devlet olma iddiasındaki veya güç kullanmayı tekeline alma iddiasındaki yapılanmayı muhatap almak zorundadır. Bu zorunluluk muhatabına karşı bir savaşı da başlatmış oldu u anlamına gelmektedir. Böylece karşılıklı olarak ve aynı mantıkla birbirine karşı güç kullanan yapılanmalardan birinin muhatabını halk (insanlar), di erinin muhatabının sadece örgütler oldu unu ileri sürmek, yıkanmış bir beyinin ürünü

<sup>67</sup> Erich HOBBSAWM, a.g.e., s. 19.

<sup>68</sup> Max WEBER, *Sosyoloji Yazıları*, s. 80.

de ilse, çifte standart örne inden öteye geçemeyecektir.

Meşru güç kullanımını elinde bulunduran devletin de, kendisine karşı güç kullanma e ilimi ve eyleminde bulunan veya bulunması muhtemel örgütlenmeler aleyhine, -ki bu bazen yine güç kullanma meşruiyetini elinde bulunduran bir başka devlet de olabilmektedir-savaşı genelde "insanlık adına" olmaktadır. Bu argüman, sadece terörün "insanlık suçu" olarak ilan edilmesinin bir sonucudur. Terör elbette ki bir insanlık suçudur. Ancak, ahlaki ve insani sınır tanımadan insanların katledilmesine neden olan, özellikle de kitlesel imha yollarını kullanabilen ve aynı zamanda insanların temel hak ve özgürlüklerine yaradılışa aykırı kısıtlamalar getiren her türlü savaş da insanlık suçudur ve bu anlamda terördür. Ansızın korkutmak, yıldırım, sindirmek ve bu yolla (iradesini tüketerek) iktidarı ele geçirmek maksadıyla yapılan her türlü aşırılık, farklı kavramlarla ifade edilse bile, sonuçta insanlı a karşı işlenmiş bir suçtur. E er bir savaş mantı ı içinde yapılıyorsa -ki hep böyle ifade edilir- bunun adına, devlete izafe edilmeyen şekliyle terör denmesinin, propagandist söylemle "ötekini karalamak"tan başka bir anlamı yoktur.

Burada çok yerinde ve bazı do ru sorular sorularak konu açıklabilir:

"Terör nedir? Amerikan siyasi belgelerinde geçti i biçimiyle herhangi bir dini, siyasi, ekonomik ya da ideolojik maksat güdülerek ifa edilen gayrimeşru şiddet kullanımı mı? Bu tanıma sadık kalarak savaşı da bu maksatları gerçekleştirmeye yönelik "meşru" şiddet kullanımı olarak mı nitelermeliyiz? Terör ile savaşı birbirinden nasıl ayırt edebiliriz? Öteden beri alışık oldu umuz nizami/gayrinizami harp ayırımını,

bu durumda nereye sokuşturaca ız?"<sup>69</sup>

Gerek savaş, gerekse terör, şiddet kullanımının meşruiyeti açısından oldukça göreceli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Hangi devletin kendinden menkul meşruiyet sınırları içinde kullandı ı şiddet, tarihin her döneminde meşru olarak algılanmıştır? Bunun içindir ki, devletin güç kullanma meşruiyeti her zaman için "kırılğan bir meşruiyet"tir. Bu kırılğanlı ı nedeniyledir ki, ezelden ebede sürmez ve her zaman da tehdit edilebilirdir.<sup>70</sup> Terörün siyasal bir şiddet oldu u da göz önüne alınırsa, terör için yapılan tanımlama savaş için de geçerlidir. Hatırlanaca ı gibi, gerek içte gerek dışta siyasilere ve siyasi gücü silahlı güçleri sayesinde perdeli olarak kullananlar, kendi iktidarlarına ve ideolojilerine karşı her hareketi bir savaş olarak niteler ve savaş kurallarını aşan ve kendilerinin terör olarak nitelendirdikleri vasıflar içinde savaşı sürdürürler.<sup>71</sup>

"Kötülü ü kazımak? Kötülük olmadan iyilik ne işe yarar ki? Kendi çılgınlarını meşrulaştırmak için düşmana ihtiyaç duyanlar, sadece dinsel fanatikler de ildir. Silah endüstrisi ve Birleşik Devletlerin devasa savaş makinesi de varlı nı meşrulaştırmak için düşmana ihtiyaç duymaktadır. İyi ve kötü, kötü ve iyi: Yazarlarının arzularına göre aktörler maske de ıştırir,

<sup>69</sup> Murat GÜZEL, *Terörün Adaleti*, Tezkire Dergisi, Yıl 11, Sayı 23, Kasım/Aralık 2001.

<sup>70</sup> Cemalettin HA M, a.g.m.

<sup>71</sup> 11 Eylül'ün hemen bir-iki saat sonrasında ABD Ba kanının, saldırının kendilerine kar ı açılan bir sava oldu u ve Haçlı Seferleri mantı ıyla cevap verilece ine ili kin ifadeleri ve yapılan harekatta Afganistan özelinde fakat dünya Müslümanları genelinde insanlı a kar ı bir sava ı ba lattıkları ve uyguladıkları hatırlanmalıdır.

kahramanlar canavar, canavarlar ise bir kahraman haline gelebilir.”<sup>72</sup>

### **Meşruiyeti Devşirme veya Başarılı Terörist Olma**

Şiddet kullanma tekelini elinde bulunduran ve kullanan devletler bu bakımdan meşruiyeti sa lamakta zorluk çekmezler. Siyasi iradenin meşruiyetinin sa lanmasını müteakip, yasal meşruiyet için de gerekli yasalar yapılabilir. Bu işlemi iç içe bir süreç olarak algılatmak da devletin işidir. İşte bu işlem, meşruiyeti kazanma noktasında şiddet tekelini eline geçirmek isteyenler açısından önem ve örneklik kazanır.

Devletin meşruiyet kazanma işlemini hedefleyen “teröristler”, uluslararası zeminlerde meşru temsilci sıfatı kazanmak için, gerekli “meşruiyeti devşirmeye” çalışırlar. Bir başka ifadeyle birileri için “başarılı bir terörist” olmaya çalışırlar.<sup>73</sup> Bu yönüyle bakıld ında masanın bir tarafına -galip veya ma lup fark etmez- kurulu düzeni/statükoyu temsil eden bir komutan olarak oturan kimse ile, ulusal veya uluslararası meşruiyet kazanmış/kazandırılmış başarılı bir terörist arasında fark olmamaktadır. Bu farksızlık, bir bakıma savaş ile terör arasındaki farkı da ortadan kaldırmaktadır.

Tüm bu belirlemeler şunu açık göstermektedir: Terörle savaş ayırımı sadece kuvvet kullanma tekelindeki meşruiyete endekslenir, di er bir ifadeyle savaş veya terör olgusu sadece yasallık sınırları içinde mütalaa edilirse, aynı meşruiyeti kendi meşru zemininde kazanan veya kazandı nı iddia eden taraf da meşruiyetten yararlanır. İşte o

zaman terörle savaş arasında fark, görecelilik gere i ortadan kalkar. Nitekim bir gün, geçmişte terörist ilan edilen liderlerle aynı masanın bir di er ucunda oturmak kaçınılmaz hale gelir.

### **Sonuç**

Terörün, “savaşın bir çeşidi” olması, savaş olgusunun genellikle organize güçler tarafından yürütülebilece i ve organize güçler arasında en fazla organize olabilenin de devletler olabilece i dikkate alınd ında; terörün asgariye indirilmesi, önlenmesi ve ortadan kaldırılması için gerekli önlemler yine devletler üzerine düşen yükümlülükleri ortaya koymayı gerektirmektedir. Bu yükümlülükler, özellikle çifte standardın kaldırılması, düşük yo unluklu savaşa ve gizli operasyonlara son verilmesi, terörün sebeplerinin dikkate alınması şeklinde gündeme getirilebilir ve getirilmektedir. Bunlar her yerde geniş açıklamalarla bulabilece imiz bilgilerdir.

Yukarıda sıralanan birkaç önlemin yanı sıra, aşa ıda izah edilen iki hususun üzerinde durmak, meşruiyeti elinde bulunduranların buralara pek yanaşmaması ve konunun hukuki yönünün işlenebilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Birincisi terörü hazırlayan nedenlerden birinin **düşünce özgürlü ünün kısıtlanması**; ikincisi terörü oluşturan ve besleyen güçlerin teröre karşı işbirli inden, sadece kendilerine karşı yönelmiş terörü kastetmeleri ve başkalarına karşı yapılan terörü dikkate almamaları. Bir başka ifadeyle **Uluslararası Suçlar Mahkemesi** oluşumuna sekte vurmaları.

<sup>72</sup> Eduardo GALEANO, “ *eytan ve Mele in Dansı*”, La Jornada, 25 Eylül 2001'den çeviri.

<sup>73</sup> Cemalettin HA M, a.g.m.



## Teröre Karşı Düşünce Özgürlüğü

"Halkın iradesi ve bu iradeye dayalı olarak kurulmuş meşru yönetimleri hedef alarak yıkmayı amaçlayan ve hiçbir sınır tanımadan her türlü insani de erlerden uzak başvurulmuş şiddet olayları şeklinde cereyan eden terörizm illetinin son yıllarda özellikle demokratik hür dünya ülkelerinde yarattığı tahribat her geçen gün artmaktadır. Bu da özgür ve hürriyeti seçmiş toplumları tedirgin etmektedir. (...)

Bir yandan anayasanın tanıdığı temel hak ve hürriyetlere saygısı olmayan, şiddeti vasıta edinmiş terörizmle mücadele ederken, di er taraftan çağdaş demokratik toplum düzenine ulaşmak için şiddeti vasıta kılmayan düşünceleri ifade etme hürriyeti ile şiddeti benimseyen düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı hükümlerde de iyileştirici düzenlemeler yapmak gerekmektedir." (...)

"...başlangıçta liberal ve hürriyetçi karakteri olan hükümler yapılan de işikliklerle bu niteliğini kaybetmişlerdir. Milli bünyeyi sarsacak yıkıcı cemiyetlerin şiddet kullanmak suretiyle vaki olacak fiili hareketlerinin men edilmesi şüphe yok ki bir zarurettir. Ancak bu yapılırken düşünceyi ifade hürriyeti ile bu düşünce etrafında örgütlenme hürriyetinin de zedelenmemesi gerekir. Nitekim Ceza Kanununun 141, 142 ve 163. Maddeleri, mevcut şekilleriyle, düşünceyi ifade hürriyeti ile düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı mahiyet iktisap etmişlerdir. Bu sebeplerle hem devletin maddi düzenini korumak ve hem de düşünceyi ifade ve örgütlenme hürriyetini sağlamak ve böylece bu iki hukuki menfaati dengeli ve çağdaş demokratik hukuk düzenine uygun hale getirmek için bu maddeleri yürürlükten kaldırarak, bunların yerine yeni bir hüküm getirmek zorunlu u ortaya

çıkmıştır.<sup>74</sup> Bu şekilde bir düzenleme yapılırsa dahi bu kez a ir cezai müeyyideleri<sup>75</sup> muhtevi 2 sayılı Hıyaneti Vataniye Kanunu, 6187 sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetlerinin Korunması Hakkında Kanun ile 2908 sayılı Dernekler Kanununda düşünceyi ifade ve örgütlenme hürriyetini kısıtlayıcı hükümler devreye gireceğinden, zikredilen kanunlardan ilk ikisinin ve 2908 sayılı Kanundaki bazı hükümlerin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir." (Terörle Mücadele Kanunu Genel Gereğesinden)

Yukarıdaki ifadeler, terörün esasen gelişmiş ülkelerde de olabileceğini ve bu ülkeleri tedirgin ettiğini, bizim gibi gelişmekte oldu u varsayılan ülkelerde ise, düşünce ve ifade özgürlüğünün tanınmaması halinde terörün devam etmesinin kaçınılmaz oldu unu yasakoyucunun ifadeleriyle ortaya konurken, yine aynı a ızdan düşünce ve ifade özgürlüğünün bulunmayışı veya kısıtlanmış olması terörün kaynaklarından birini oluşturmaktadır, denilmektedir.

Burada şu soru akla gelmiyor mu?

Düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlayan devlet, özellikle bazı milli, etnik, sosyal veya dini de erlere ortalama insandan daha fazla yer veren ve bu yönde özgürlükler için mücadele eden sivil toplum kuruluşlarını terörize ederek ortadan kaldırmak mı istiyor?

veya,

Yukarıda formüle edilmeye çalışılan politika, halkla veya halkın bir kesimi ile savaşma politikaları olarak algılanırsa fazla alınganlık mı olur?

<sup>74</sup> Nitekim bu gerekçelerden hareketle TCK'nun 141, 142 ve 163. maddeleri yürürlükten kaldırılmış, yerine 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kabul edilerek düşünce ve ifade özgürlüğünde önemli adımlar (!) atılmış, 2908 sayılı Kanunda ise 2001 yılının sonu beklenmiş ve Mini Demokrasi Paketi isimli kandırmaca ile da fare do urmu tur.

<sup>75</sup> Kürek ve sürgün cezası gibi.

Tüm bu soruların cevaplarını **ulusal devlet terörizmi** kavramı içinde de erlendirmek mümkündür. Aksi halde ihtilal gününe kadar kan gölü içinde yüzen bir ülkenin, bir gün hiçbir insanın burnunun kanamadığı ülke haline çevrilmesini; yine aynı şekilde anayasasında bir yandan temel hak ve hürriyetleri bir satırda tanıyarak, arkasından di er satırlarda "ancak"larla bunları tırpanlamasını; toplanma ve gösteri yapma özgürlü ünü anayasasında izne ba lı kılmaksızın düzenlemesinin ardından bizzat Kanununda ve uygulamasında izne tabi tutmasını ve engellemesini izah etmek mümkün olamazdı.

Bunun gibi, **uluslararası terörizmi** de aynı argümanlarla de erlendirmek mümkündür. Uluslararası gücü elinde bulunduran ve patronluk yapan devlet ve bu güce yanaşma olmak suretiyle katılan şahsiyet fukarası devletler, medyanın da yardımı ile uluslararası terörizmi, "demokrasi krizinin çözümü" veya "adalet ve barış operasyonu" gibi safsatalarla yansıtmakta ve yıkamaya çalışmaktadırlar.

### Uluslararası Suçlar Yargılaması Karşıtlı 1

1998 Temmuz ayında Roma'da 140 ülke temsilcisinin katıldığı Konferansta kabul edilen hükümler uyarınca bir Uluslararası Suçlar Mahkemesi kurulacaktır. Daha önce Lahey'de devletler arasındaki ihtilafları çözmek için kurulmuş Uluslararası Adalet Divanının dışında, bireysel olarak soykırım, savaş suçları ve insanlı a karşı işlenen suçların failleri ve fiilleri bu mahkemenin kapsamına dahil edilmiştir. Mahkeme, ulusal ve uluslararası mahkemelerin yargılayamadığı davalara bakmak

için kurulmuştur. Di er mahkemeler gibi özel ve süreli sınırlı de il, genel kapsamlı ve sürekli olarak düşünülmüştür.

Fakat bu Mahkeme önemli bir engele takılmıştır. ABD yönetimleri kendi egemenliklerini, kendi üstünlüklerini ve uygun gördükleri durumlarda tek başlarına hareket etme kapasitelerini tehdit edece i düşüncesiyle<sup>76</sup> uluslararası adalet sisteminin her türlü formuna kesin bir şekilde karşı çıktıkları<sup>77</sup> gibi, Uluslararası Suçlar Mahkemesinin kuruluşuna da karşı çıkmışlardır. ABD 120 ülkenin lehte oy kullandı ı Roma Anlaşması'nı kendisi gibi 7 ülke ile birlikte aleyhte oy kullanarak engellemeye çalışmıştır. Bilahare Başkan Clinton Anlaşmayı yine "son kararları etkileme şansını kaybetmemek" düşüncesiyle<sup>78</sup> imzalamıştır.

Sonraki Başkan Bush, imzayı geri çekmeye u raşmış fakat başarılı olamayınca, 11 Eylül'den bir gün önce, ABD'nin USM ile

<sup>76</sup> Sean HEALY, a.g.m.

<sup>77</sup> BM Genel Kurulunun 4.12.1986 tarih 41/128 sayılı Kararıyla ilan edilen Geli me Hakkına Dair Bildiri'nin ba langıç metninde yer alan,

"Halkların ve bireylerin insan haklarının, **sömürgecilik, yeni sömürgecilik, apartheid**, her türlü **ırkçılık** ve **ırk ayrımcılığı**, **yabancı bir ülkenin hakimiyeti** ve i gali, ulusal egemenli e, ulusal birli e ve ülke bütünlü üne yönelik **saldırılar** ve **tehditler** ile **sava tehditleri** gibi durumların sebep oldu u "**kitlesele ve hayasız ihaller**"den arındırılması"

"Silahsızlanma ve geli me arasında **yakın bir ili ki** oldu u ve **silahsızlanma alanındaki ilerlemenin**, geli me alanında önemli çapta ilerleme sa layaca ını ve silahsızlanma tedbirleri yoluyla tasarruf edilecek kaynakların bütün halkların ve bu arada özellikle geli mekte olan ülkelerin ekonomik ve sosyal geli mesine ve iyili ine ayrılması gerekti i" kabulleri, ba ta ABD olmak üzere, insan temel hak ve özgürlüklerinin savunuculu unu üstlendi ini iddia eden Batılı devletlerin tepkisini çekmi ve "**geli me hakkı**" bu ülkeler tarafından insan hakkı olarak kabul edilmemi tir.

Bildiriye, ABD kar ı oy kullanırken, Almanya, Danimarka, Finlandiya, ngiltere, zlanda, srail, Japonya ve sveç çekimser oy kullanmı lardır. Bkz.: M. BALCI, "**Uluslararası nsan Hakları Hukukunun Önemi**", 04.05.2001, Mazlumder'de sunulu Tebli .

<sup>78</sup> Sean HEALY, a.g.m

işbirli ini ve Mahkemeye mali destek sa lamayı yasaklayan bir tasarı hazırlamıştır. ABD Görevlilerini Koruma Kanununun sözü edilen bu tasarısı uyarınca Başkan USM ile işbirli ini do rudan reddetme, USM tarafından alıkonulan Amerikalı asker ve yetkililerin serbest bırakılmaları için Lahey'e Deniz Kuvvetleri'ni gönderme, bir başka ifadeyle "Lahey'i işgal yetkisi"ne sahip olmaktadır. Bir başka ifadeyle:

"İmparatorluk kendi gelece inde bu suçları işleme hakkını elinde tutmak istiyor. (Afganistan'a karşı kesinlikle bunu yapacak, gelecekte belki de Hollanda'ya karşı). ABD dışından gelecek hiçbir müdahaleye de tahammül edemeyecektir."<sup>79</sup>

Meşrulaştırılmış şiddetten görece meşruiyete/savaştan teröre<sup>80</sup>

Savaşın, dolayısıyla terörün kayna inı oluşturan tüm devletler -legal veya illegal yöntemlerle- savaşın veya terörün zeminini hazırlamak zorundadır. Yukarıda verdi imiz Kuveyt'te Neyyire örne inde oldu u gibi, tüm savaşlar buna benzer yöntemlerle devletler tarafından meşrulaştırılır. Bu meşruiyetin içine her türlü şiddeti, hatta savaş kurallarını aşan şiddeti de koymayı ihmal etmezler. Devlet başkanları savaş çı ırtkanlı ı yapar ve medya ile birlikte uydurma hikayelerle halkı da yönlendirirler. Yapılmak istenen asıl şey, edilgen toplumdan her şeye evet diyen bir kamuoyu yaratmaktır. Bugün de gerek kendilerine karşı yönelen eylemleri savaş olarak nitelesinler, gerekse terör olarak nitelesinler, kendilerine veya insanlı a karşı savaş bahanesiyle yola çıkanlar, kendi terörlerini dünya halklarından gizlemeye çalışmaktadırlar.

<sup>79</sup> Sean HEALY, a.g.m

<sup>80</sup> www.savaskarsitlari.com

Savaş veya terör, neticede her ikisinin de resmi söylemde aynı özellikleri öne çıkmaktadır:<sup>81</sup>

**Birincisi**, olguyu eksik tanımlamak. Çünkü tanımlamak bir yandan da kendini bala yan bir tutarlılık gerektirmektedir. Gerçekten de devletler terörü genel geçer bir tanımla ortaya koymamaktadırlar. Genellikle şiddet, cebir, korkutma, yıldırma, sindirme, tehdit gibi kavramları kullanarak terörü izah etmeye çalışmaktadırlar. Oysa ki bu argümanlar aynı zamanda **savaş** için de kullanılmaktadır. Bu eksik tanımlama, savaş gibi nadir olabilen bir olgunun halk kitlelerine anlatılmasını gerektirmedi inden, daha güncel olan **terör** için işe yarayabilmektedir.

**İkincisi**, Küreselcilik. Aslında meşrulaştırılmış modern devlet şiddetine/savaşa yönelmiş bir tehdit olan eylemlerin, tüm insanlı a yöneltilmiş bir tehdit olarak algılatılması. Bu algı yanılması beraberinde, Batı'nın dayattı ı küreselleşmenin de hedef alındı inı, dolayısıyla terör karşıtı politikaların da küresel olması gerekti ini vurgulamaktadır. Batı için gerekli bir argüman olarak ortaya konulan küreselleşme, özellikle teröre karşı küresel bir mücadeleyi beraberinde getirdi inde, aynı zamanda karşısında küreselleşen bir fikri ve eylemli muhalefeti oluşturmaktadır.

"(Zakaria'ya göre) ...Küreselleşmenin beraberinde getirdi i yenilikler ve geleneksel yapıdan tevarüs edilen eski dünya algısı arasında yaşanan gerilim özellikle genç insanları uyumsuz toplumsal tipler haline sokmaktadır. Yeni ve eski dünya arasında uyum sa layamayan gençler ulaşılması imkansız görülen bu modernlik karşısında yeni ve daha ulaşılabilir alternatifler

<sup>81</sup> kbal AHMED, a.g.k.

aramaktadırlar. Fundamentalizm işte böylesi genç insanları her yerde aramakta ve Fundamentalizm de küreselleşmektedir. Söz konusu uyumsuzluk, ekonomik, siyasi v.s. nedenler dolayısıyla geleneksel yerleşim birimlerinden kentlere do ru yaşanan göç olgusu ile daha da pekişmekte... Zakaria'ya göre bu şartlar altında toplumlar devrimci çözüm arayışına girerler. Fransız Devrimi ya da İran Devrimi öncesinde de benzer şartlar söz konusu olmuştur. Zakaria'ya göre, Arap dünyası örne inde söz konusu devrimci arayış İslâmi canlanma formunda kendisini aç ı a vuracaktır."<sup>82</sup>

**Üçüncüsü**, gerekli her türlü enformasyonu ve dolayısıyla nitelime özgürlü ünü ellerinde tutmaları. Bu inisiyatif, kimin terörist, kimin özgürlük savaşçısı oldu una karar vermeyi ifade etmektedir. Bu nedenledir ki terörist ile özgürlük savaşçıları zaman zaman zaman yer de iştirmektedirler.

**Dördüncüsü**, Terörizme yol açan sebepleri dikkate almamak. "Bizden teröristleri anlamaya çalışmamızı mı bekliyorsunuz" veya "asmayalım da besleyelim mi?" tarzında kendini ifade eden bir yaklaşım. Esasen bu yaklaşımın nedeni yine devletlerin politik ihtiyaçları için gerek ihmal gerek kasıtlı bir şekilde terörü ço u zaman kendilerinin beslemiş olmalarıdır. Terör artık topyekun bir mücadele ile karşı konulması gerekli bir hal aldı nda da, terörün herhangi bir meşru nedeni olamayaca ını ileri sürerler.

**Beşinci** özellik, Terörü tanımlamada veya lanetlemede seçici davranmak. "Senin teröristin" veya "benim özgürlük savaşçım" gibi.<sup>83</sup> Bu da yine

devletlerin ulusal veya uluslararası politik ihtiyaçlarından kaynaklanan seçiciliktir.

Yukarıdan itibaren ifade etmeye çalışt ı ımızın özeti: Savaş veya terör, her ikisinde de şiddetin - kanun dış ı de il-, hukuk dış ı/hukuka aykırı bir şekilde kullanıldı ını, ister savaş ister terör olsun, en tehlikeli olanının devlete izafe edileni oldu u gerçe ini vurgulamaktır. Bir başka ifadeyle, farklı (devlet, mafya, din, siyasi) terör olguları içinde en tehlikelisinin devlet terörü oldu u ve önüne geçilemez terörün devletlere, özellikle de güçlü devletlere ait oldu udur. Bedeli en a ır olan terör **devlet terörüdür**.<sup>84</sup>

Netice olarak, terörü engellemenin yolu, savaşı engelleme yollarından farklı de ildir. Aksi halde, **meşrulaştırılma yetisi kuvvetli savaş mantalitesi, görece meşruiyete sahip terör yaratacak veya karşıtları bundan terör çıkarabilecektir**.

## Kaynakça

AHMED, İkbali; "Terörizm: Bizimki ve Onlarınki", Çev: Halil TUNALI, Haksöz Dergisi, Aralık 2001, Sayı 29)

AKBULUT, İlhan; "Gerekçeli Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması", (İstanbul: 1993, Kazancı Yay)

BALCI, Muharrem; *MGK ve Demokrasi, Hukuk - Ordu - Siyaset*, 3. Baskı, (İstanbul, 2000, Yöneliş Yay)

Amerikalı ve Kanadalı Kızılderiiler, hepsi yok edildi, sesleri tamamen kesildi. Ara sıra egemen güçler acı çekti inde, bir bedel ödedi inde onların sesini duyuyoruz. Ancak o zaman eylem yapanların ve ölenlerin Arap ya da Kızılderiiler oldu unu ö reniyoruz, seslerini ancak böyle duyurabiliyorlar. Sakın onları masum göstermeye çalı t ımı falan dü ünmeyin. Fakat adil olmalı ve kendimize u soruyu sormalıyız: Nedir terörizm?" kbal AHMED, a.g.k.

<sup>84</sup> kbal AHMED, a.g.k.

<sup>82</sup> Fahrettin ALTUN, a.g.m.

<sup>83</sup> "Ne yazık ki tarih güçlülerden yanadır ve hep onların sesi duyulur. Kolomb'un ke fiyle ba layan bizim tarihimiz ise daha önce e ine rastlanmayan çok büyük kıyımların vuku buldu u ve büyük medeniyetlerin yok edildi i bir tarihtir. Maya, nka, Aztek uygarlıkları,

- ; "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Önemi", 04.05.2001, Mazlumder'de sunulu Tebli .
- CHOMSKY, Noam; "Korsanlar ve İmparatorlar", Çev: Fatma ÜNSAL, (İst: 1991, Akademi Yay)
- ; "Terörizm Kültürü, A.B.D. Terörü", Çev: Taha CEVDET, (İst: 2000, Pınar Yay)
- CLAUSEWITZ, Carl Von; *Savaş Üzerine*, (İstanbul: 175, May Yay)
- DEMİRER, Temel; "Terörist Mi Dediniz?", *Küreselleşme ve Terör, Terör Kavramı ve Gerçeği*, 1. Kitap, Derleyen: Mehmet Ali Civelek, (Ankara: 2001, Ütopya Yay)
- GALEANO, Eduardo; "Şeytan Ve Mele in Dansı", *Küreselleşme ve Terör, Terör Kavramı ve Gerçeği*, 1. Kitap, Der: M Ali Civelek, (Ankara: 2001, Ütopya Yay)
- GÜZEL, Murat; "Terörün Adaleti", *Tezkire Dergisi*, Yıl 11, Sayı 23, Kasım/Aralık 2001
- HAŞİMİ, Cemalettin; "İnsanlık ve Terör, Liberal Hurafeler Dünyası", *Tezkire Dergisi*, Yıl 11, Sayı 23, Kasım/Aralık 2001.
- Sean HEALY, "İmparatorluk Adalet De il Savaş İster". Çev: Murat YÖRÜKO ULLARI, *Haksöz Dergisi*, Aralık 2001, Sayı 29.
- Erich HOBSEBAWM, *Kısa 20. Yüzyıl, 1914-1991 Aşırılıklar Ça ı*, Çev: Yavuz ALOGAN, (İst: 1996, Sarmal Yay)
- KILIÇBAY, Mehmet Ali; "Von Clausewitz'in Bilimsel Savaşı", *Cogito*, 3 Aylık Düşünce Dergisi, 1995, Sayı. 3.
- KURT, Şahin; "Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat", (Ankara: 1998, Seçkin Yay)
- ÖYMEN, Edip Emil; "Savaşmayı Reddeden Askerler", *Cogito*, 3 Aylık Düşünce Dergisi, 1995, Sayı. 3.
- ÖZTÜRK, Osman Metin; [www.teror.gen.tr](http://www.teror.gen.tr).
- RUTER, E.A; *Düzene Uygun Kafalar Nasıl Yetiştirilir*, Çev: M. KÜRKCÜGİL, (İst: 1999, Bakış Kitaplı ı)
- WEBER, MAX; *Sosyoloji Yazıları*, 3. Baskı, Çev: Taha PARLA, (İst: 1993, Hürriyet Vakfı Yay)
- ZAKARİA, Fareed; "Bizden Neden Nefret Ediyorlar", *Newsweek Dergisinden Çeviren Fahrettin ALTUN*, "11 Eylül ve 'Bizden Neden Nefret Ediyorlar' sorusunun Cevabı Üzerine" adlı Yayınlanmamış makalesi.
- [www.savaskarsitlari.org](http://www.savaskarsitlari.org)







# Uluslararası Ceza Mahkemesi

Abuzer DİŞKAYA<sup>(\*)</sup>



## 1. BÖLÜM

### Giriş

İnsanın düşünmenin öznesi olarak kendini seçmesi İÖ (ö. 399) yaşayan Sokrates'e kadar geri gider. Çok uzun bir süre kısaca kendini bilmek olarak formüle edilen insanın kendi gerçeğine ulaşabilme çabası ilahi olandan besleniyordu. Bir üst otorite olan ilahi olandan hareketle insanın kendini bilmesi aydınlanmayla birlikte başlayan süreçte kendi kendini inşa etmeye dönüştü. Akli olanın insan için mutlak iyi olduğu kabulünden hareket eden aydınlanma düşüncesi, insanın ilahi olandan babaını koparmış ve onu entellektine indirgemek suretiyle adeta evrende tek başına bırakmıştır. Bundan sonraki hikaye oldukça acıklıdır. İnsanın hem sınırsız yükselmesine hem de sınırsız düşüşüne sahne olan bir kendi kendine karşı mücadele dönemi...

Bu çalışma genel olarak insan hakları hukuku ve onun uluslararası alandaki yansıması olan uluslararası hukuk ve bu ikincisinin ete kemiğe bürünmüş hali olan uluslararası kurumsallaşmayla sorunlu bir karşılaşmayı hedeflemektedir. Bu karşılaşma daha sonra bir hesaplasmaya dönüşebilmeyi ummaktadır.

Her ne kadar insan hakları savunucuları insan hakları hukuku tarihinin insanlığın tarihi kadar eski olduğunu söyleseler de, bu iddia aslında kendisinden daha önemli olan bir geçişin perdelenmesi için kasıtlı olarak ileri sürülür. Böylece daha kolay benimsenebilecek bir insan hakları hukukuna meşruluk zemini kurgulanmaya çalışılır. Gerçek şudur ki insan hakları hukuku bu tanımlamayı meydana getiren üç konu öznesinin felsefi olarak yeniden tanımlanmasının hukuk alanında aldığı suretten ibarettir. Yani söz konusu olan yeniden inşa edilecek bir dünya görüşü ve bu planı gerçekleştirecek hukukun oluşturulmasıdır. Daha açık bir şekilde söylemek gerekirse; insan hakları hukuku: ontolojik olarak yeniden konumlandırılmış -ki ehli olan bu yeni konumun insanlaşmış tanrıya karşı tanrılaşmak isteyen bireyin zaferi olduğu bilir- bir insan tanımını, içeriğini yeniden doldurulmuş, bireyin yaşam alanı ve entellektine indirgenmiş bir hak anlayışını ve son olarak da bu ikisinin içerisinde bir araya geldiği, dini ve ahlaki olandan tamamen soyutlanmış -kaynak almama açısından- bir hukuk anlayışından meydana gelir. İyi yada kötü bunun yeni bir dünya görüşü olduğu ve sadece bu yüzden ideolojik bir duruş ve içeriğe sahip olduğu açıktır.

<sup>(\*)</sup> İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üsü.

İnsan hakları hukukunun evrenseli i iddialarının bilinç altına dahi kazandı ı günümüzde insan hakları söyleminin ideolojik bir karakteri oldu unu ve ister istemez toplumsal ve bireysel bir dönüşümü öngördü ünü, dahası bunu dayattı ını ileri sürmek ve muhataplarımızı buna inandırmak şimdilik zor görünüyor. Bunun da başlıca iki sebebi oldu u söylenebilir. Bir kısım muhataplarımız ideolojik karakterine ra men bilinçli olmasa da -çünkü bilinçli olmak kendini bilmeyi gerektirir- bir tercihle saf de iştirmiş durumdalar. Di er muhataplarımız ise şu köprü kıssasını fazla ciddiye aldıkları için ve köprünün de bir türlü sonu gelmedi i için bizi dinlemek istemeyeceklerdir. Onlar için yapılabilecek tek şey dua etmek ki üzerinde durdukları şeyin köprü de il de bir yol oldu unu görebilsinler.

Tamamıyla batı medeniyetinin tarihi ve felsefi arka planına sahip oldu u için de il, bizzat bir dönüşümü öngördü ü için de kadim geleneklere sahip medeniyetlerle sorunlar ve yer yer de çatışmalar yaşanmasına sebep oluyor bu söylem. Şu gerçek artık hemen herkes tarafından görülmüştür ki insan hakları söylemi kendine özgü toplum yapısı, siyasal, sosyal ve iktisadi örgütlenme biçimiyle yeni bir dünya görüşünün dışı vurumudur. Ancak totaliter rejimlerin baskısı altında inleyen üçüncü dünya ülkelerinin halkları adeta üçüncü halin imkansızlığı ndan hareketle insan hakları söylemine dört elle sarılıyorlar. Düz bir mantık yürütmeyle varılan sonuç çok açık bir dayatmayı öngörüyor. Totaliter ve baskıcı rejimler mi yoksa insan hakları söylemi ya da kendilik hakkından vazgeçme mi? Zaten bunalmış bu insanlar tarafından verilecek cevabı tahmin etmek hiç de zor de il.

## 1. Uluslararası Hukuk ve Niteli i Hakkındaki Tartışmalar veya Kırk Katır mı Kırk Satır mı?

Uluslararası hukuk; uluslararası toplumun hukukudur. Bir hukuk düzeni zorunlu olarak şu temel özelliklere sahip olmalıdır. Bunlar:

i. Uyulması zorunlu olan kurallar bütünü oluşturmak,

ii. Örgütlenmiş bir toplumsal yapı aracılığıyla bu kurallara uyulmasını yaptırım yoluyla sa lamak.<sup>1</sup>

Uluslararası hukuk bu iki zorunlu unsur açısından incelendi inde şu sonuçlarla karşılaşılır.' En başta uluslararası hukuk da iç hukuklar gibi uyulması zorunlu bir kurallar bütünü oluşturmaktadır. Zira uluslararası hukuk kendisine bu niteli i sa layan iki koşula sahiptir. Bu koşullardan birincisi; Hukuk kurallarını oluşturmak için gerekli olan yetkilerle donatılmış bir toplumsal otoritenin varlığıdır. Maddi koşul.

İkinci koşul ise, bir düzenin hukuk düzeni olabilmesi için bunlara uyulmasının zorunlulu una inanılmasıdır.<sup>2</sup> Literatürde manevi koşulda denilen bu şartın açıkça ne kadar romantik bir özellik taşıdığı ortadadır. Zira inançlar koşullara ba lı olarak çok çabuk de işebilmektedir. Özellikle günümüzde uluslararası alana kendi rengini vermeye çalışan aktörlerin azlığı ve bunların elinin uzunluğu düşünülünce bu durum daha da vahimleşmektedir. Birinci koşulu meydana getirecek olanlar yani kuralları oluşturacak başta devletler ve sınırlı sayıda olmak

<sup>1</sup> PAZARCI, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk Dersleri*, s. 6.

<sup>2</sup> PAZARCI. a.g.e.

koşuluyla uluslararası örgütlerdir. Böylece uluslararası toplumdaki ne anlamamız gerektiği anlaşılacaktır. Bu çoklukla devletlerden ve az sayıda uluslararası örgütün oluşturduğu gerçek olmayan bir toplumdur yani bu ikisinin kendine özgü örgütlenme biçiminden meydana gelir. Örgütlenme biçimi -yoksa konumda ıstırma mı desek- ile kuralların ba layıcılı ı arasındaki kader birli ine dikkat edilmelidir. Dolayısıyla bu gerçek olmayan toplumun yine kendisi gibi gerçek olmayan kuralları - uluslararası hukuk normları- olması kaçınılmazdır. Gerçek olmayan ba layıcı olmayan şekilde okunmalıdır.

Zira bu kaypaklı ından dolayı uluslararası hukukun niteli i tartışma konusu olmuştur. Bazıları bu tartışmayı oldukça ileriye götürerek uluslararası hukuk normlarından bahsedilemeyece ini dahi söylemişlerdir. Örnek, hukuku 'bir egemenin yaptırımlarla desteklenmiş buyruklarının toplamı' olarak tanımlayan John Austin'e göre(1790-1890) uluslararası hukuk denen kurallar bütünü aslında uluslararası pozitif ahlak kurallarından ibarettir. Austin yaptırımdan yoksun kanunları eksik kanunlar, gerçek olmayan kanunlar olarak kabul etti i için bir pozitivist olarak uluslararası hukukun varlı ını reddetti. Yaptırımdan yoksun olmaları nedeniyle o onları pozitif ahlak kuralları olarak isimlendirdi. Pozitif olan ahlak kurallarının yaptırımdan yoksun olmalarının sebebini bizzat onların pozitif olan karakterlerinde aramak gerekir. Çünkü bu isimlendirme kendisi de bir pozitivist olan Austin tarafından boşuna yapılmamıştır. Bize kalırsa o bu sıfatı bu kuralların tercihe/güce ba lı de işken karakterlerini açıklayabilmek için kullanmıştır. Zira pozitif olanın de işmesi için

yine pozitif olan hemcinsiyle karşılaşması yeterlidir. Önemli olan sebep-sonuç zincirinin mantıklı olarak yeniden kurulabilmesidir.

İster uluslararası hukuk normları densin isterse de uluslararası pozitif ahlak kuralları densin -ki bu sadece teorik bir tartışmadır- pratikte her iki kabulün de sonucu aynı olmaktadır. Çünkü istendi inde bu kurallar gerçekten de daha gerçek olabilmekte ve tanrının eli vazifesi görerek dokundu u yere hayat bahşedilmektedir. Öldürerek tabii ki. Uluslararası hukukun niteli iyle ilgili tartışmalar devam ederken bu alandaki kurumsallaşma, modern dönemin en büyük siyasal yapılanması olan ulus devletin hakimiyet alanını tehdit edebilecek bir hacme ulaştı. Korunması gereken yeni bir dünya düzeni olanlar uluslararası kurumsallaşmayı büyük bir heyecanla sürdürürken, ulus ve egemenlik kavramının dar tanımlamalarında bocalayanlar marjinalleşme yolunda hızla ilerliyorlar. Bu sonuncular yeni dünya düzeni havarileri tarafından çeşitli yol ve yöntemlerle tasfiye ediliyorlar. İşte bu kaçınılmaz durum bunlara ister istemez yeni bir tavır ve duruş belirleme zorunlulu unu dayatıyor. Tamda bu noktada uluslararası kurumsallaşmanın ideolojik karakteri kendisini açığa vuruyor.

## 2. Uluslararası

### Kurumsallaşma ya da Ulusal Egemenli in Evrimleşmesi

Eflatun eşyanın hakikatini ideaların içine yerleştirip, onları da gö e kaldırdı. Onun öğrencisi ve rakibi olan Aristo idealdaki hakikati gökten indirip eşyanın içine yerleştirdi. Böylece bilim yapabilmeyin de olana ını salamış oldu. Bilim adeta felsefenin

kurumsallaştırılması anlamını taşır. İşte bir dünya görüşü, ideoloji veya bir fikir içinde kurumsallaşma bunların gökten indirilip somut hale gelmesini sağlar. Böylece yeni dünya düzeni için kurumsallaşmanın ne anlama geldiği anlaşılmış olur. Kurumsallaşma aydınlanmayla düşünsel düzlemde kurulan yeni dünyanın görünür hale gelip tavana yayılmasının ve daha kolay kabul edilebilirlik vasıflarına bürünmesinin diğer adıdır.

Genel olarak ulusal egemenlik zorunlu olarak şu üç unsuru içinde barındırır. Bunlar yasama, yürütme ve yargı erkleridir. İşte genel anlamıyla ulusal egemenlik dendiğinde bir devletin kendi ülkesi sınırları içinde bu üç erki rakipsiz ve hiçbir sınırlama olmadan kullanabilmesini ifade eder. Ancak uluslararası ilişkiler devletlerin karşılıklı akdî yükümlülüklerine dayanır. Bu şekilde devletler karşılıklı ödümler verirler, fakat bunlar sözleşmeyle sınırlı olmaları ve geçici olmalarından dolayı ulusal egemenlik açısından bir sorun oluşturmazlar. Ancak insan hakları söyleminin uluslararası çok taraflı sözleşmelerde formüle edilmesi ve en azından hemen her devletin kendini bu sözleşmeleri imzalama zorunluluğu altında hissetmesi ulusal egemenliğin kapsamı ve sınırları açısından yeni bir dönemin başlamasına sebep oldu. Böylece devletler görünüşte gönüllü olarak, geçerlilikleri bir süre ile sınırlı olmayan taahhütlerin altına girmiş oldular. İnsanlık adına atılmış dev adımlar olarak takdim edildiği için devletlerin kendi kendilerini bu kayıtlaması başta ulusal egemenlik adına bir sorun/tehlike yaratmıyordu. Ancak daha sonra sıra bu sözleşmelerde soyut halde bulunan hakların kurumsallaşma yoluna giderek korunmasına gelince, ulusal egemenlik için tehlike çanları çalmaya başladı.

Birden devletler tek ve rakipsiz oldukları egemenlik alanında yeni ortaklarının zuhur ettiğine tanık oldular. Bundan sonra direnmek pek bir anlam taşımıyordu. Ve ister istemez egemenlik anlayışı evrim aşamasına girdi. Belki de egemenliğin bir bölümü uluslararası kurumlara devredilebilirdi. Bu düşünce artık kimseye garip gelmiyor. Bu kabul bir başka sürecin başlamasına sebep oldu ki bu da ulus devlet için en az birincisi kadar tehlikelidir. O da kendi devletin adalet dağıtmasından memnun olmayan vatandaşlar ile devletleri arasında yaşamaya başlayan yabancılaştırma sürecidir. Bu süreç bazı temel hak ve özgürlüklerde bir uluslararası hassasiyetin oluşmasına sebep oldu. Böylece kendi devletleriyle sorunlu olan kişiler ve gruplar yeni bir topluluk meydana getirmeye başladılar. Uluslararası toplumu aslında uluslararası kurumlara besledikleri sarsılmaz inançla bunlar meydana getiriyor. Bu da uluslararası alanda yeni bir devletin kurulduğunu anlamına geliyor olabilir. Zira iyi işleyen kurumları ve yeterince başarılı olan yeni bir örgütlenme bu. Zaten örgütlü olmanın en üst seviyedeki adı devlet değil mi?

Şüphesiz ki tek başına dünya egemenliği hayali görenlerin hoşuna gitmeyecektir bu. Bu gelişme karşısında ulus devletlerin tutumu ve kararsızlığı daha fazladır. Çünkü egemenlik ulus devletin vazgeçemeyeceği tek unsurdur. Zira onu asıl sahibinden alması oldukça uzun sürmüştür. Tam zaferi kazanmışken onu kendi eliyle devretmesi beklenemezdi. Ancak bu süreç onlara rağmen işliyor. Çünkü bu sürecin dinamik gücünü uluslaşma sürecini tam olarak tamamlamış batılı ülkeler oluşturuyor. Yani sorun henüz tam olarak uluslaşamayan ülkelerde yaşanıyor. Aslında dolaylı olarak artık uluslaşmanıza gerek yok

deniliyor. Böylece uluslararası alanda oluşmaya başlayan ve uluslararası kurumlar eliyle kullanılacak egemenli in kimden alındı ı anlaşılmiş olmaktadır. Egemenli i elinden alınan üçüncü dünya ülkeleridir ki bunu onlara kendileri bir lütuf olarak vermişlerdi. Şimdi olansa verilen bu lütfun uluslararası kurumlar kullanılarak geri alınmasıdır. İşte hepsi bu...

## 2. BÖLÜM

### Uluslararası Ceza Mahkemesi

#### 1. Tarihi Arka Plan

a. "Geçmiş yüzyıl insanlık tarihindeki en kötü şiddet hareketlerine şahit olmuştur. Son elli yılda dünya çapında 250'den fazla çatışma çıktı ve ço u çocuk ve kadınlardan oluşan seksen altı milyon sivil öldü. 170 milyonun üzerinde kişinin elinden hakları, mülkiyetleri ve haysiyetleri alındı".<sup>3</sup> "Bu ma durların ço u unutulup gitti ve pek az suçlu adalet önüne çıkarılabildi. Savaş suçlarını, insanlı a karşı işlenen suçları ve soykırımı yasaklayan birçok kural ile anlaşma, uluslararası sözleşme, protokol vb.lerine ra men şu ana kadar eksikli i duyulan husus bu normları uygulamaya geçirecek ve ihlalcileri yargılayacak bir sistem oldu. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu uluslararası bir mahkeme kurulma ihtiyacını elli yıl önce belirtmişti."<sup>4</sup> Ancak uzun süre yapılan çalışmalar bir sonuç vermedi. Çünkü devletler egemenliklerinin en açık göstergesi olan yargılama haklarından, kısmen de olsa sınırlı uluslararası niteli e

sahip suçlarla ilgili olsa da vazgeçmek istemiyorlardı. Yani bu gecikmenin sebebi devletlerin hükümlerlik hakları konusundaki hassasiyetleridir.

UCM kurma fikrinin do uşunu Birinci Dünya Savaşı sonrasında görmek mümkündür. İngiltere, ABD, Fransa, İtalya ve Japonya Versay Andlaşmasının 227. Maddesine dayanarak Alman İmparatoru 2. Kayzer Wilhelm'i savaş suçlusu olarak yargılamak istemişlerdi. Fakat imparatorun Hollanda'ya kaçması ve Hollanda'nın da iade talebini reddetmesiyle bu ilk ve tek örnek başarısızlıkla sonuçlandı.<sup>5</sup> Aslında bu dönemde bu düşünceyi gerçekleştirmek neredeyse imkansızdı. Çünkü bireyleri savaş suçu işlemekten sorumlu tutan herhangi bir kural olmadı ı gibi zaten bireyler uluslararası hukukun konusunu oluşturmuyorlardı. "Daha sonra 1934 yılında Fransa'nın çabaları sonucunda Milletler Cemiyeti uluslararası bir ceza mahkemesi kurulması için bir andlaşma hazırlı na girmişse de yeterli destek alınamadı ı için bu andlaşma yürürlü e girememiştir."<sup>6</sup>

b. 2. Dünya Savaşı Sonrasındaki Gelişmeler: 2. Dünya Savaşı pek çok de eri yerle bir etmişti. Avrupa tamamen yıkılmıştı. Bu tamamıyla yeniden yapılanma ve kuralları konmuş yeni bir dünya kurmak için bulunmaz bir fırsattı. Ama önce bu yeni dünyanın suçluları cezalandırılmıyandı. Böylece ad hoc mahkemeler dönemi başladı.

2. Dünya Savaşının a ır suçlularını yargılamak üzere şartlara uygun olarak (ad hoc) 8 A ustos 1945 tarihli Londra Andlaşmasıyla kurulan Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesiyle 19 Ocak 1946 tarihinde kurulan

<sup>3</sup> Bu istatistikler için bkz.: [www.igc.org/icc/htm/u.n...htm](http://www.igc.org/icc/htm/u.n...htm)

<sup>4</sup> Jenosid Sözle me, md. 6.

<sup>5</sup> AL BABA, Arzu; UCM'nin Kurulu u, AÜHF Dergisi., 2000 sayı 1-4

<sup>6</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.

Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesinden uzunca bir süre sonra eski Yugoslavya topraklarında 1991 yılından itibaren yaşanan etnik temizlik hareketine dönüşen soykırım ve savaş esirlerine kötü ve insanlık dışı muameleler gibi uluslararası insancıl hukukun a ır ihlallerinin sanı ı olan kişilerin kovuşturulması amacıyla eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasına karar verildi.

Uluslararası cezalandırma fikrinin ilk somut örne i olan Nürnberg mahkemesi kendisiyle birlikte yeni tanımlamaların yapılmasına olanak sa lamıştır. "Öncelikle şunu söylemek gerekir ki Nürnberg mahkemesi bugün savaş suçlarında bireysel sorumlulu un en önemli kayna ı olarak kabul edilmektedir ve bu sebepledir ki yalnız devletlerin de il aynı zamanda bireylerin de uluslararası hukuka uygun davranması gerekti i bu mahkemenin kurulmasıyla ortaya çıkmıştır. Öte yandan devlet başkanı ayrıcalığı nın savaş suçları sözkonusu oldu unda artık bir yargı ba ışıklı ına yol açmayaca ı kabul edilmiştir. Bunların yanısıra mahkemenin getirmiş oldu u bir di er yenilik ise iki kategori suçun daha ortaya çıkmış olmasıdır: barış aleyhine suçlar ve insanlık aleyhine suçlar adlarını alan bu iki kategori suçla amaçlanan başka türlü sorumlu tutulmaları mümkün olmayan Alman resmi yetkililerinin yargılanmalarını sa lamaktı."<sup>7</sup> "Nürnberg Mahkemesi birden fazla devlet tarafından kurulmuş olması ve uluslararası hukuku uygulamış olması hasebiyle uluslararası nitelikte bir mahkemedir. Fakat yenik düşen, hatta ve hatta tarafsız devletlerden dahi herhangi bir yargıcın mahkemede yer almaması ve dolayısıyla mahkemenin tarafsız olmayışı

<sup>7</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.

Nürnberg Mahkemesinin en çok eleştirilen, zayıf yanını oluşturmaktadır."<sup>8</sup> Bu eleştiri Nürnberg esas alınarak kurulan daha sonraki uluslararası ceza mahkemeleri için de aynen geçerlidir. Dolayısıyla bu mahkemelerin kazananın adaletini temsil ettikleri çok açıktır.

Bütün bu çalışmalar ileride sürekli olarak faaliyet gösterecek bir Uluslararası Ceza Dönüm Noktası Mahkemesinin kurulabilmesinin altyapısını oluşturmuştur.

## 2. 1998 Roma Statüsü ve Önemi

"Roma Statüsü 15 Haziran - 17 Temmuz 1998 tarihleri arasında Roma'da gerçekleştirilen ve yüz altmış ülkenin katıldığı bir konferanslar dizisi sonucu kabul edilmiştir. 160 ülkenin yanısıra 33 uluslararası kuruluş ve 236 Hükümet Dışı Kuruluşun temsilcileri de Roma toplantısına katılmıştır."<sup>9</sup> Konferansın başlangıcında birçok mesele henüz tam anlamıyla çözümlenmemişti. Bu pek çok meselenin hukuki olmaktan çok siyasi bir karakter göstermesinden kaynaklanıyordu. Bunu daha iyi anlayabilmek için farklı devlet ve grupların konferans sırasındaki tutumlarına bakmak gerekir.

### Farklı Devlet ve Grupların Konferans Sırasındaki Tutumları

"Konferans sırasında bir takım gruplaşmaların oldu unu siyasi ve bölgesel grupların oluşturuldu unu söylemek mümkündür. Bu gruplar arasında GK'nin beş daimi üyesinin oluşturdu u grup, AB üyesi ülkelerin oluşturdu u grup, Arap ülkelerinin oluşturdu u grup, Latin Amerika ve Karayipler grubu ve en önemlisi de benzer

<sup>8</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.

<sup>9</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.



görüştükiler (like-minded) grubu yer almaktaydı.<sup>10</sup> Bu son grup güçlü, etkili ve baımsız bir mahkeme kurmak için etkin bir çaba sarfetmişti. Bu grup çeşitliliğine rağmen asıl tartışma ABD'nin başını çektiği grupla, Kanada ve Norveç'in başını çektiği benzer görüştekiler grubu arasında yaşanıyordu. ABD ve yandaşları sınırlı yetkilere sahip bulunacak ve GK'nin etkisi altında olacak bir mahkeme isterken, benzer görüştekiler ise etkili, güçlü ve baımsız bir mahkeme istiyorlardı.

#### ABD'nin muhalefeti ve sebepleri

"ABD tıpkı eski Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin kuruluşunu desteklediği gibi UCM'nin kuruluşunu da başlangıçta desteklemiştir. Hatta ABD Başkanı Clinton tüm devletleri UCM'yi kurmaya çaırmıştır. Ancak son aşamada bir çok yandaş kabul oyu vermesine rağmen ABD red oyu vermiştir. ABD her zaman BM Güvenlik Konseyi'nin kontrolü altında bir mahkeme istemiştir. Böylelikle 5 daimi üyeden biri olan ABD gerektiğinde mahkemenin yargı yetkisini veto edebilecekti. Dolayısıyla da ABD kendi vatandaşları, özellikle de askeri personeli ile ilgili davalara UCM'nin bakmasına engel olmayı amaçlamıştır. Bunun içindir ki savcılık makamına re'sen dava açabilme yetkisi verilmesine karşı çıkmış ve yine bu sebeple mahkemenin otomatik yargı yetkisini sadece soykırım suçuyla ilgili olarak kullanabilmesini, insanlık aleyhine suçlar ve savaş suçları sözkonusu oldu unda ise sanığın vatandaşı oldu u devletin onayının alınması gerektiğini savunmuştur. Aslında ABD'nin istediği pek çok husus Roma Statüsü'ne dahil edilmiştir. Örneğin; milli mahkemelere öncelik verilmesi yani tamamlayıcılık ilkesinin kabulü, milli güvenlikle

ilgili sebeplerin mahkemeyle işbirliği yapma zorunluluğunu ortadan kaldırması ve savcılık makamının yetkilerinin sınırlandırılması gibi hususlar bunlardan bazılarıdır."<sup>11</sup> Bunlara rağmen ABD muhalefetini sürdürmektedir.

"ABD'nin en önemli endişesi vatandaşlarının özellikle de barış operasyonlarına katılan personelinin UCM tarafından yargılanma olasılığıdır. Halbuki daha sonra da açıklanacağı gibi mahkemenin yetkisi dahilinde olan suçların gerçekleştirilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Örneğin soykırım suçunun işlenmiş sayılabilmesi için bunun bir grubu tamamen ya da kısmen ortadan kaldırmak amacıyla yapılmış olması gerekir. Haliyle barış operasyonlarına katılan askerlerin böyle bir niyetlerinin olduğunu kanıtlanması imkansızdır. Kaldı ki BM barış gücüne asker sağlayan devletler ve yine BM ile ev sahibi devletler arasında anlaşmalar yapılmakta ve genellikle barış operasyonlarına katılan askerlerle ilgili yargı yetkisi askeri sağlayan devlete bırakılmaktadır. Bu durumda UCM'nin bir ABD askerini yargılayabilmesi için ABD'nin kendi askerini yargılayamayacak durumda olması veya yargılamamak istememesi gerekmektedir ki bu da mümkün olabilecek bir husus değildir."<sup>12</sup> "ABD, Balkan ve Ruanda savaş suçları mahkemelerinin kuruluşunu destekledi fakat sürekliliği olan bir yapının kurulması tamamen farklı bir durumdur. ABD yönetimleri kendi egemenliklerini, kendi üstünlüklerini ve uygun gördükleri durumlarda tek başlarına hareket etme kapasitelerini tehdit edici düşüncesiyle uluslararası adalet sisteminin her türlü formuna kesin bir şekilde karşı çıkmışlardır.

<sup>10</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.

<sup>11</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.

<sup>12</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.

Sürekli olarak faaliyet gösterecek olan UCM GK'nin kurdu u mahkemeler gibi galibin adaletini sa lamaya çalışmayacaktır. UCM belki de dünyanın son süper gücünü endişeye sevkedecek uygulamalar yapacaktır. Sözelimi Batı yanlısı savaş suçlularının yargılanması (Pinochet), savaş suçu işleyen ABD askerlerinin yargılanması (Calley'in My Lai'deki durumu), hatta ABD'li yetkililerin yargılanması (Kissinger). Clinton görevinin son günlerinde fikrini de iştirdi ve Roma Statüsünü imzaladı. Şayet ABD imza koyan bir ülke olursa son kararları etkileme şansına sahip olabilirdi. Andlaşmadan ayrılmak için çeşitli mekanizmalar mevcut fakat bu mekanizmalar anlaşmayı onaylayan ülkeler için geçerli. ABD yönetimi ayrıca andlaşmanın onaylanmaması için evrensel düzeyde bir kampanya yürütüyor. ABD her ne olursa olsun egemenli ine karşı potansiyel bir tehdit olarak gördü ü için uluslararası andlaşmaları onaylamıyor, bu andlaşmaları imzalamakla yetiniyor.”<sup>13</sup>

Sonuç olarak ABD'nin muhalefetine karşılı konferans sonunda UCM Roma Statüsü 120 kabul, 7 red ve 21 Çekimser oyla 17 Temmuz 1998'de kabul edildi. Bu çok önemli bir adımdır. Böylece bu devletler egemenli in gere i olan yargılama hakkının bir kısmını kurulacak olan bu mahkemeye gönüllü olarak devretmiş oluyordu. Bundan sonra sıra statüde öngörülen 60 onay ve UCM'nin kurulmasındaydı.

### 3. Yürürlük Şartı: 60 Onay Sorunu

Roma Konferansında ABD ve yandaşlarını etkin muhalefetine ra men büyük bir ço unlukla kabul edilen Roma Statüsü daimi bir

<sup>13</sup> HEALY, Sean; Haksöz Dergisi, Aralık 2001, sayı 129

uluslararası cezalandırma sisteminin oluşturulabilmesi için atılmış önemli bir adımdı. Ancak bu yeterli de ildi. Çünkü UCM'nin kurulabilmesi ve faaliyete geçebilmesi için ikinci bir şartın da gerçekleşmesi gerekiyordu. “Sözkonusu statü ancak 60 ülkenin sözleşmeyi onaylamasından ve 60. onay belgesinin BM Genel Sekreterli ine iletilmesinden 60 gün geçmesini izleyen ayın ilk günü yürürlü e girmiş olacaktır. (Statü m.126). 60 onay belgesi toplandıktan sonra onay belgelerini ileten devletler için ise 60 günlük süre kendi belgelerini ilettikleri tarihten başlayacak ve statü onlar açısından bu sürenin geçmesini izleyen ayın ilk günü yürürlü e girecektir.”<sup>14</sup> Yürürlük için öngörülen bu 60 onay sorunu uzun süre aşılıamadı. Statüyü imzalamakta tereddüt göstermeyen devletler bile onay konusunda işi oldukça a ırdan alıyorlardı. Bunun bir sebebi de iç hukuk mevzuatlarının Roma Statüsüne uygun hale getirilmesinin oldukça zahmetli ve uzun süren bir süreç olması oluşturuyordu. Nihayet UCM'yi kuran Roma Statüsüne 60. onay 1 Nisan 2002'de gerçekleşti. Böylece Roma Statüsü 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlü e girecek ve Mahkeme 2003 başlarında çalışmaya başlayabilecek.”<sup>15</sup> Şimdi Mahkemenin yapısı, kapsamındaki suçlar ve işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi vermeye geçebiliriz. Ama ondan önce Roma Statüsünde öngörülen ceza hukukunun genel ilkelerine kısaca bir göz atalım.

### 4. Roma Statüsünde Öngörülen Ceza Hukukunun Genel İlkeleri

<sup>14</sup> SÖZÜER, Adem-ERMAN, Barı ; UCM, Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Arma anı, 2000.

<sup>15</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: [www.amnesty-turkiye.org](http://www.amnesty-turkiye.org)

Ceza hukukunun bu temel ilkelerine geçmeden önce UCM'nin kuruluş amacını başlıklar halinde tespit etmek istiyoruz: En temel amaç uluslararası barış ve adaletin sağlanması, herkese adalet dağıtmak, cezasızlığı sona erdirmek, çatışmalara son vermek, ad hoc mahkemelerin eksiklerini kapatmak, milli mercilerin harekete geçmeye istekli ya da yetenekli olmadıkları halde devreye girmek ve son olarak da gelecekteki potansiyel suçları caydırmak UCM'nin başlıca varlık sebebi olacaktır.<sup>16</sup> Ve ceza hukukunun genel ilkelerine gelince: Bilindiği gibi bir ceza yargılamasının sıhhatli olabilmesi için olmazsa olmaz şartlar vardır. Roma Statüsü bu açıdan incelendiğinde ise: "Roma Statüsünün 3. Bölümü ceza hukukunun genel ilkeleri başlığını taşımaktadır. Buna karşılık burada bulunan genel ilkeler her türlü durumu kapsayacak nitelikte değildir. Özellikle iştirak dışındaki suçun oluşum biçimleri yani içtima ve teşebbüs konuları statüde ayrıntılı olarak işlenmediği gibi hukuka uygunluk nedenleri de sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Buna karşılık herhangi bir konuda statüde hüküm bulunmadığı durumlarda 21. Madde göz önünde bulundurularak, uygulanacak hukuk hükümleri çerçevesinde uluslararası hukuk ve ulusal hukukların genel ilkelerine gidilebilecektir.<sup>17</sup>

**a. İlkelerin incelenmesi: Suçta ve Cezada Kanunilik:** Statünün 3. bölümünde yer alan 22-25. Maddeler UCM yargılamasının suçta ve cezada yasallık, geriye yürümezlik ve ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkelerine uygunluğunu düzenlemektedir. Nullum Crimen Sine Lege -Kanunsuz suç olmaz-

başlığını taşıyan 22. Madde kanunsuz suç olmaz ilkesini evrensel kabul görmüş şekliyle tanımlamıştır. 22. Maddeden açıkça anlaşılabilen gibi kanunsuz suç olmaz ilkesinin sonuçları olan dar yorum, failin lehine yorum ve aleyhe kıyas yasaları ilkelerinin de açıkça kabul edilmiş olduğu durumdur. Ceza normunun geriye yürümezliği ve failin lehine olan kanunun uygulanacağı kuralları ise 24. Maddede düzenlenmiştir. Statünün 25. Maddesi ise ceza sorumluluğunun kişiselliği başlığını taşımaktadır. Burada söz konusu olan gerçek kişilerdir.

**b. Hukuka Uygunluk Nedenleri:** Daha önce hukuka uygunluk nedenlerinin statüde sınırlı şekilde sayılmadığını ve bunun somut olaylarla birlikte mahkemenin içtihatlarıyla açıklık kazanacağını belirtmiştik. "Roma Statüsünde hukuka uygunluk nedenleri isnat yeteneğini kaldıran hallerle birlikte 31. Maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin 1(a) ve (b) Bendleri akıl hastalığı ve arızı sebep nedeniyle kişinin eyleminden sorumlu tutulamayacağı halleri ve sebebinde serbest hareketli suçlara ayrılmışken, 1 (c) ve (d) Bendlerinde haklı savunma ve ıztırar hali düzenlenmiştir. Bunlardan haklı savunmaya ilişkin olarak saptanabilecek önemli bir nokta, sadece savaş suçları açısından malı korumanın da haklı savunma çerçevesinde düzenlenmiş olmasıdır."<sup>18</sup> Son olarak statü, kusurluluğu etkileyen ve kaldıran nedenlerden sadece yanılğı halini düzenlemiştir. Statünün 32/1. Maddesinde düzenlenen yanılğı halinde hukuksal yanılğı-fiili yanılğı ayrımı yapılmış ve her iki yanılğı türünün esaslı-esaslı

<sup>16</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Rifat Murat ÖNOK, *UC Divanı*, zmir Barosu Dergisi, 2001, sayı 1.

<sup>17</sup> SÖZÜER, Adem-ERMAN, Barı ; a.g.m.

<sup>18</sup> SÖZÜER, Adem-ERMAN, Barı ; a.g.m.

olmayan yanılığın olmasına farklı sonuçlar eklenmiştir.<sup>19</sup>

## 5. UCM Statüsü ve Ulusal Mahkemelerle İlişkisi

Roma Statüsü ile kurulan UCM'nin başlıca özelliklerini şöylece sıralayabiliriz:

- Öncelikle UCM, kuruluşu bakımından sürekli bir mahkeme olup uluslararası nitelikteki en ağır cürümlerden sanık kişileri kovuşturmakla görevlidir.

- UCM, ulusal mahkemelerin üzerinde yer almayıp bunların tamamlayıcısıdır. Kısaca tamamlayıcılık ilkesi denen bu ilke yüzünden mahkeme evrensellik prensibi doğrultusunda yargılama yapamayacaktır. Evrensellik prensibi gereği bazı suçlar herhangi bir ülke mahkemesi tarafından kovuşturulabiliyordu. Böylece evrensel nitelikteki suçları işleyenlerin cezasız kalmasının önüne geçilmek isteniyor. Ancak yukarıda belirtildiği gibi tamamlayıcılık ilkesinin statüye konulmuş olmasıyla UCM'nin elinden bu yetki alınmış oldu.

- UCM'nin uluslararası hukuki kişiliği mevcuttur. Her üye devletin toprağı üzerinde görev ve yetkilerini kullanabilir.

- UCM'nin merkezi Lahey olacaktır (Statü md.3). Ancak gerekli gördüğü hallerde örnek delillerin kolayca toplanabilmesi, tanıkların dinlenmesi, suç yerine yakınlık vb. durumlarda mahkeme başka bir yerde toplanabilecektir.

- UCM'nin BM ile bağlantısını üye devletler meclisince onaylanacak bir antlaşma tespit edecektir.

- Görev alanı soykırım suçuyla insanlığı karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve barışa karşı suçlardır. Saldırı suçu olarak da adlandırılan son suçun tanımında anlaşılmalıdır için 7 yıl sonra yapılacak bir toplantıda tanımı üzerinde mutabakat sağlanıncaya kadar Mahkemenin görev alanından çıkarılmıştır.

- Üye devletler UCM'nin çalışmasını denetler. Mahkemenin işleyişi hakkında da mahkeme başkanına, savcıya ve mahkeme kalemine bilgi verirler. Mahkeme bütçesini belirlerler. Hakim sayısında yapılacak değişikliklere karar verirler. İşbirliğini reddeden devletlere uygulanacak yaptırımları belirlerler. Taraf devletler mahkemenin yargısal işlevlerine karışamazlar. Bu işlemlere ilişkin çıkacak uyuşmazlıklar hakkındaki kararı yine mahkemenin kendisi verecektir.

- UCM'nin en önemli organı belki de Üye Devletler Meclisi'dir. Üye devletler temsilcilerinden oluşan bu organ UCM ile ilgili konularda üye devletleri biraraya toplayıp önemli kararların alınmasını sağlayacaktır. Böylece statüye işlerlik kazandırılacaktır.<sup>20</sup> Şimdi önemleri dolayısıyla yargıçlar ve savcılar hakkında genel bazı bilgiler verelim. (Statü 4. Kısım)

**a. Yargıçlar:** "UCM'de görev yapacak hakimlerin en üst düzeyde mesleki yeteneklere ve en üst düzeyde ahlaki yapıya sahip olmaları ve de kendi ülkelerinde en üst düzey yargı mercilerinde görev yapabilmek için aranan tüm kriterlere sahip olmalıdırlar. Mahkemenin 18 hakimi olacaktır. Bunlar ceza ve ceza usul hukukunda uzman olmalıdırlar. Ayrıca ceza yargılaması konusunda tecrübeli olmaları gerekmektedir. Mahkeme kompozisyonunun adil ve

<sup>19</sup> UCM Roma Statüsü 32/1. Madde vd.

<sup>20</sup> ÖNOK, Rifat Murat; *UC Divanı*.

uluslararası olmasını sağlamak için hakimleri seçerken şu kriterleri gözönünde bulunduracaktır: Dünyanın ana hukuk sistemlerinin temsili, eşit co rafi temsil, erkek ve kadın hakim sayısında adil bir oran, çocuk ve kadınlara işlenen suçlar bakımından uzmanlık. Aynı vatandaşlıkta iki hakim olamaz. Ve her hakim sadece bir dönem için seçilir, süre 9 yıldır. Statü, hakimlerin seçimi için de nitelikli bir oy çoklu unu aramıştır. Bu nisap üye devletler meclisinde hazır bulunup oy kullananların oy çoklu u olacaktır. Fakat aranan ço unluk 2/3'tür. Oylama gizlidir. Hakim görevinin ifasında ciddi bir ihlalde bulunmuşsa veya uygunsuz davranışlar göstermişse görevden alınabilir."<sup>21</sup>

**b. Savcı:** Statünün 42. Maddesinde düzenlenmiştir. Genel olarak: "görev yapacak savcılar Üye Devletler Meclisi tarafından üye tam sayısının bir fazlasının gizli oyu ile seçilirler. Görev süresi ilke olarak 9 yıldır. Fakat daha kısa bir görev süresi belirlenebilir. İkinci defa seçilmek mümkündür. Savcıya yardımcı olmak üzere atanacak savcı yardımcıları ise savcının gösterece i adaylar arasından üye devletler meclisince belirlenir. Bu şekilde teşkil edilen savcılık örgütü UCM bünyesindeki hiçbir organ ve kişiden talimat alamaz. Görevinde tümüyle ba ımsız ve tarafsız olmak zorundadır.

**c. BM ile ilişkiler:** UCM'nin BM ile ilişkisi üye devletler meclisince onaylanacak bir anlaşma ile belirlenecektir. Bunun dışında Roma Statüsüyle BM Güvenlik Konseyine UCM'nin işleyişi konusunda önemli görevler verilmiştir. Güvenlik Konseyi ve UCM'nin faaliyetleri birbirini tamamlayacaktır. Buna göre GK'nin

BM Şartı 7. Paragrafına göre sahip oldu u uluslararası barış ve güvenli i koruma görevi kabul edilip UCM'nin yetki alanına girebilecek fiillerin işlenmesi halinde bunların GK tarafından UCM'ye bildirilmesi ve savcının buna dayanarak soruşturmaya girişmesine ve dava açmasına statüde yer verilmiştir. Bu çok önemli bir ayrıntıdır. Zira böyle durumlarda UCM'nin yargı yetkisi BM'ye üye tüm devletler bakımından geçerli olacaktır. Yani böyle durumlarda statüye taraf olup olmama önemini kaybedecektir."<sup>22</sup>

Mahkemenin statüsü ile ilgili bu genel bilgilerden sonra şimdi de UCM'nin yetkilerini kısa başlıklar halinde belirtmekte yarar görüyoruz. Belirtmek gerekir ki bu yetkiler statüde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. (Statü md. 4)

#### d. UCM'nin Yetkileri:

**a. Yargı Yetkisi:** "UCM'nin yargı yetkisi sadece statüsünün yürürlü e girmesinden sonra işlenecek fiiller bakımından vardır. (Zaman bakımından uygulama). Hatırlanaca ı gibi bu yürürlük şartı 1 Nisan 2002 tarihinde gerçekleşmiştir. Bir devlet statüyü yürürlü e girdikten sonraki bir tarihte onaylayacak olursa bu devlet bakımından yargı yetkisi onay tarihinden sonraki fiiller açısından geçerlidir. (statü md.11).

- UCM'nin yargı yetkisinin kabulü 3 şekilde olabilir:

Statüye taraf olan devletler UCM'nin zorunlu yargı yetkisini zaten kabul etmişlerdir.

Taraf olmayan devletler Mahkemenin yargı yetkisine giren fiiller içinden, sözkonusu olacak fiil için mahkemenin yargı yetkisini tanıdı ını UCM'nin kalemine bildirebilirler.

<sup>21</sup> ÖNOK, Rifat Murat; a.g.m.

<sup>22</sup> ÖNOK, Rifat Murat; a.g.m.

Fiil taraf devletın ülkesinde işlenmiş veya bir taraf devletın uyru u tarafından işlenmişse yine UCM yetkilidir.

- UCM'nin yetkili ve görevli oldu u bir fiil itibariyle harekete geçip soruşturmaya başlaması üç ayrı şekilde olabilir.

Taraf devletlerden birinin görev alanına giren bir fiilin işlendi inin mahkemeye bildirilmesi.

BM Şartı 7. Bölümdeki yetkileri çerçevesinde görev alanına giren bir fiilin işlendi inin BM Güvenlik Konseyi tarafından mahkemeye bildirilmesi.

Savcının kendi inisiyatifi ile soruşturmaya başlaması. Savcı eldeki tüm delilleri göz önünde bulundurarak kovuşturmaya gerek olup olmadığını takdir edecektir.<sup>23</sup>

- Bu sayılanların yanısıra mahkemenin yargı yetkisinin kabul edilemeyece i haller de vardır. Bunlar kısaca:

1) Fiil bakımından yetkili bir devlet soruşturmaya ya da kovuşturmaya başlamışsa "tamamlayıcılık ilkesi gere i" UCM yetkisini kullanamaz.. Ancak bu durumun bazı istisnaları vardır. Örne in sözkonusu devletın isteksiz olması ya da imkanların elverişsiz olması durumunda UCM devreye girecektir.

2) Fiil bakımından yetkili olan devlette yapılan bir kovuşturma takipsizlikle sonuçlanmışsa. Burada da yukarıdaki istisnalar aynen geçerlidir.

3) Sanık aynı fiilden ötürü zaten milli mahkemede yargılanmışsa. Fakat bu durumda statünün 20. Maddesinin üçüncü bendi önemli istisnalar getirmiştir. Buna göre yargılama sadece sözkonusu kişiyi UCM'nin

yetkisinden kaçırmak amacıyla yapılmışsa, adil yargılama ilkesi ihlal edilmişse ya da yargılamanın gerçekten adaleti sa lama amacına yönelik olarak yapılmadı ı anlaşılmişsa UCM yine yetkili olacaktır.

4) İşlenen fiilin ehemmiyeti UCM'de yargılanmayı haklı çıkaracak önemde de ilse. İstisnalar mahfuz kalmak kaydıyla UCM bu durumlarda yetkisizlik kararı verecektir.<sup>24</sup>

#### **b. Muhakemeye İlişkin**

**Yetkileri:** "Burada sözkonusu olan yetkiler UCM'nin üye devletler üzerindeki yargılamaya ilişkin yetkileridir. Genel olarak devletler madde 86 uyarınca UCM ile en geniş şekilde işbirli i yapma yükümlülü ü altındadırlar. Mahkeme üye devletlerden her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilecektir. Hatta üye olmayan devletlerden de aynı şeyler istenebilir. Özellikle BM Güvenlik Konseyinin başvurusuyla açılacak davalarda bu durum geçerli olacaktır. Tanık ve ma durların korunması için gerekli önlemleri UCM bizzat alacaktır. Bu önlemler taraf devletlerin ülkelerinde do rudan uygulanabilecektir. Savcı bir devletten şüpheli gördü ü birinin yakalanıp teslim edilmesini isteyebilir. Bu karara uymak zorunludur. Hatta vatandaşları da teslim etme yükümlülü ü vardır. Son olarak bir devletın iade istemiyle UCM'nin teslim istemi çatıştı nda UCM'nin teslim istemine öncelik verilecektir.

#### **e. UCM'nin Görev Alanı:**

"UCM'nin görev alanı uluslararası toplumu ilgilendiren en a ır cürümlerdir. Bunlar soykırım, insanlı a karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarıdır. Fakat saldırı kavramının tanımında görüş birli ine varılamadı ndan statünün 110 ve 111. Maddeleri

<sup>23</sup> ÖNOK, Rifat Murat; a.g.m.

<sup>24</sup> ÖNOK, Rifat Murat; a.g.m.



gere ince üye devletler meclisi tarafından ortak bir tanım kabul edilinceye kadar saldırı suçu UCM'nin görev alanı dışında kalacaktır.<sup>25</sup> Bundan sonraki başlık altında mahkemenin görev alanını oluşturan bu suçlar tek tek ele alınacaktır.

**UCM'nin Yargı Yetkisinde Bulunan Suçlar:** "UCM'nin yargılayabileceği eylemler statünün 5. Maddesinde dört ana başlık altında toplanmıştır. Bunlar: soykırım, insanlık karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarıdır. Mahkemenin bu yetkisi bir bütün olarak uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçlar için geçerli olacaktır. Ve yine bu yetki Roma Statüsünün hükümleri ile uyumlu olarak kullanılacaktır."<sup>26</sup>

**Soykırım suçu:** "Soykırım suçunun tanımı 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Andlaşma'dan alınmıştır. Buna göre: milli, etnik, ırka dayalı veya dini bir grubun bireyleri o grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla öldürülür, maddi ve manevi vücut bütünlüğüne zarar verilir, grubun çoğalması engellenir, grubun yaşam şartlarına o grubun ortadan kalkmasına yol açacak şekilde müdahale edilir veya o grubun çocukları zorla başka gruba aktarılırsa, bu hareketler soykırım suçunu oluşturur. Statünün 6. Maddesine göre UCM bu suçun faillerini yargılama yetkisine sahiptir."<sup>27</sup>

**İnsanlık aleyhine suçlar:** Roma Statüsünün 7. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: adam öldürme, yok etme, köleleştirme, işkence yapma ve ırza tecavüz gibi fiiller bilinçli olarak geniş

çaplı ve sistematik bir şekilde herhangi bir sivil topluluğa yöneltilirse insanlık aleyhine suç teşkil eder. Yine aynı maddeye göre UCM bu suçu işleyenleri yargılama yetkisine sahiptir.<sup>28</sup>

**a) Savaş suçları:** Bu suç tipi ayrıntılı bir şekilde Statünün 8. Maddesinde düzenlenmiştir. 8. Madde savaş suçlarını dört grup altında toplamıştır. Birinci grup 12 A ustos 1949 tarihli Cenevre Andlaşmalarına dahil edilmiş suçlardan oluşmaktadır. Buna göre kasten adam öldürme, işkence etme, insanlık dışı davranışlar ve kasten büyük acılar çektirme gibi fiiller savaş suçu olarak kabul edilecektir. İkinci grup savaş hukuku ve buna ilişkin örf adet kurallarının ihlalini savaş suçu olarak düzenlemektedir. Bu bağlamda kasten sivil topluluklara saldırmak veya savaşa ilgisi olmayan kimselere saldırmak savaş suçu sayılacaktır. Bunun yanı sıra ırza tecavüz, zorla kısırlaştırma da bu gruba dahil edilmiştir. Üçüncü grup savaş suçlarına ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda işlenmiş fiiller dahil edilmiştir. Örneğin çatışmada yer almayan kimselerin öldürülmesi, esir alınması ve işkence görmesi. Dördüncü grup suçları ise uluslararası nitelikte olmayan çatışmalarda meydana gelen savaş hukuku ve örf adet hukuku ihlallerini içermektedir. Örnek; kasaba ve köylerin yağma edilmesi. Savaş suçları ile ilgili olarak en fazla eleştirilen husus statü yürürlüğe girdikten sonra 7 yıl süreyle taraf devletlere kendi topraklarında işlenmiş veya kendi vatandaşları tarafından işlenmiş savaş suçları üzerinde UCM'nin yargı yetkisini kabul etmeme tanınmasıdır.

## 6. UCM'de Yargılama ve Savunma

<sup>25</sup> ÖNOK, Rifat Murat; a.g.m.

<sup>26</sup> SÖZÜER Adem-ERMAN Barı ; a.g.m

<sup>27</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.

<sup>28</sup> AL BABA, Arzu; a.g.m.

Bu bölümde önce UCM'de genel olarak yargılama anlatılacak ve daha sonra UCM'de savunma ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

**a. UCM'de Yargılama:** Adil Yargılama, UCM'den önce ayrıntılı olarak ilk defa AHİS'in 6. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu nedenle önce AHİS'in 6. Maddesi kapsamında kısaca Adil Yargılama Hakkı hakkında bilgi verelim.

AİHS'nin 6. Maddesi adil yargılama hakkını düzenlemekte olup bu hak gerek ceza gerekse hukuk yargılamasında geçerlidir. 6. Maddenin içeriğinde adil yargılama hakkının kapsamı şöylece belirlenebilir.

- 1) Kanuni bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılama
- 2) Makul süre içinde yargılama
- 3) Adil yargılama

Hakkaniyete uygun olarak yargılama. Bu son ilkenin ceza hukukundaki karşılığı silahların eşitliği ilkesidir.

**aa. UCM'de adil yargılama güvencesi:** Yargılama sürecine monte edilmiş dengeler ve frenler sistemi vardır. Savcı önsoruşturma dairesinin izni olmadan soruşturma bile yapamaz. Şüphelinin ve ilgili devletin savcının incelemesine karşı çıkma hakları vardır. Ayrıca şüpheli kişi ve devletler UCM'nin yargı yetkisine ya da davanın kabul edilebilirliğine de itiraz edebilirler. Devletlerin yetki alanına giren konularda UCM savcısı soruşturma yapamaz. Yetkiyi milli mahkemeye bırakmak zorundadır. Ancak daha önce belirtilen istisnalar burada da geçerlidir. BM Güvenlik Konseyi belirli hallerde soruşturmanın 12 aylık süre boyunca durdurulmasını isteyebilir. UCM statüsü gerçek anlamda bir uluslararası ceza adaleti sistemi yaratıyor. Sanık hakları çok kapsamlı biçimde ele alınıp en önemli uluslararası

insan hakları belgelerinde ve çeşitli yetkin uluslararası organlarda tanınan hakların da ötesinde imkanlar içeriyor. Statüdeki bazı mekanizmalar özellikler önemli. Önsoruşturma dairesi mekanizması ile savcı ve mahkemenin birbirini tamamlayan yetkileri masum kişilerin keyfi, temelsiz veya politik amaçlı kovuşturmalardan korunmasını sa layacak düzeyde.

Statü ceza hukuku prensiplerine; soruşturma, kovuşturma, duruşma usulüne, adli yardımlaşma ve tenfize ilişkin 60'ın üzerinde detaylı hüküm içermektedir. Birbirine çözümlenmez zaman zıt çok farklı hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması ve Üye Devletler Meclisince kabul edilen delil ve usul kuralları metniyle farklı hukuk sistemlerinin dengelenmesinde ifadesini bulan bu hükümler çok teknik konularda ulaşılan uluslararası mutabakatın bir göstergesidir.

**bb. Cezayı Takibat ve Muhakeme Aşamaları:** "Statünün 15. Maddesine göre savcılık makamı re'sen toplamış olduğu bilgilerden veya devletlerin veya uluslararası kuruluşların kendisine ulaştırdığı delillerden hareketle cezayı takibat başlatabilir. Savcı cezayı takibata başlamadan önce elindeki bilgi ve delilleri inceler. Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun var olup olmadığını ve de bu takibatın adaletin sağlanmasına faydası olup olmayacağını araştırır. Eğer tüm bu incelemelerin sonucu olumluysa takibata başlar. Fakat davanın açılabilmesi önce muhakeme öncesi heyetinin davayı açılabilir nitelikte bulması gerekmektedir. Bu hükmün amacı daha önce de belirtilen savcının yetkisini kötüye kullanması tehlikesinin bertaraf edilmesidir. Kurbanların ve tanıkların korunması, delillerin muhafaza edilmesi ve milli güvenlikle ilgili bilgilerin saklanmasını sağlamak muhakeme

öncesi heyetinin görevleri arasındadır.

Muhakeme istisnai durumlar hariç mahkemenin bulunduğu yerde yapılır. Prensip olarak sanık muhakeme sırasında hazır bulunur. Bu aşama muhakeme heyeti tarafından yürütülür. Muhakeme sırasında neyle suçlandırını, suçlamanın sebep ve içeriğini bilme sanığın haklarındandır. Bunların anlayacağı dilde kendisine anlatılması ve savunma için yeterli sürenin sağlanması gerekmektedir. Statünün 69. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre mahkeme muhakemenin yürütülmesi için gerekli olan her türlü delili talep etme hakkına sahiptir. Öte yandan 72. Maddeye göre devletler bazı bilgilerin açıklanması milli güvenliklerini tehlikeye sokuyorsa muhakemeye müdahale etme hakkına sahip bulunmaktadırlar. Ancak statüde tüm bu konuların işbirliği çerçevesinde çözülmesi öngörülmektedir. Eğer ilgili devlet ısrar eder ve mahkeme ile işbirliği yapmayı reddederse mahkeme durumu Taraf Devletler Genel Kuruluna bildirecektir.

Karar sadece mahkemeye sunulan ve incelenen delillere dayanılarak verilebilir. Kararın verilebilmesi için hakimlerin basit çoğunluğunun fikir birliğine varması yeterlidir. Karar eski halin iadesi, memnu hakların iadesi veya tazminata hükmedilmesi gibi hususları da içerebilir. Son olarak özellikle delillerin toplanması açısından oldukça önemli olan bir hususu da açıklayalım. Roma Statüsünün 86. Maddesine göre taraf devletler UCM ile işbirliği yapma yükümlülüğü altındadırlar. Taraf olmayan devletlerin işbirliği ise ad hoc düzenlemelerle sağlanabilecektir. İşbirliği, delil toplanması, kişilerin sorgulanması veya tutuklanması gibi konuları içermektedir. Aynı zamanda hapis cezaları söz konusu olduğunda mahkeme gönüllü olarak ev

sahipliği yapmak isteyen devletlerin oluşturacağı listeden herhangi birini seçebilecektir. UCM'nin geliri oluşturulacak olan fondan karşılanacaktır. Bu fon taraf devletlerin sağlayacağı kaynaklardan ve BM Güvenlik Konseyi tarafından açılacak olan davalar için sağlayacağı kaynaklardan oluşturulacaktır.

#### cc. Yargılamanın Neticeleri:

"Mahkeme failin fiili işlediği kanaatine varırsa suçun ağırlığı, failin kişisel hali gibi gerekçeleri de dikkate alarak cezayı tespit eder. Hükmedilebilecek cezalar şunlardır: 30 yıla kadar hapis, fiilin vehameti ve failin kişisel durumu haklı gösterirse ömür boyu hapis, gerekirse para cezası ve iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarına saygı göstermek kaydıyla cürümden do rudan ve dolaylı olarak sağlanan menfaat ve malın müsaderesi. Suçla ilgili tutuklu veya gözaltında geçirilen tüm süreler mahkumiyetten indirilecektir.(statü md.78). Burada ilginç bir nokta statünün 79. Maddesine göre kurulacak olan özel bir fondur. Mahkumlardan toplanacak para cezaları ve diğer kaynaklar sayesinde bu fonlama durullara ve yakınlarına nakdi tazminat ödemek mümkün olabilecektir. Son olarak ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf kanun yolu öngörülmüştür. (Statü md.81). Temyiz sebepleri şunlardır: Yargılamada usulsüzlük, maddi olayı tayinde hata, hukukun uygulanmasında hata. Bu üç sebebe dayanarak savcı da mahkum da kanun yoluna başvurabilir.

**b. UCM'de Savunma:** Bu başlık altında sanığın hakları genel olarak anlatılacaktır. Sanığın hakları; 1. yargılama öncesi haklar ve 2. yargılama esnasındaki hakları olmak üzere iki alt başlık altında Roma Statüsündeki ilgili maddelere atıflar yapmak suretiyle incelenecektir.

**Sanı ın Yargılama Öncesi Hakları**

**a) Genel Olarak:** Roma Statüsünün nihai hükümleri sanı ın hakları açısından ilk taslak düzenlemelere göre önemli bir aşama göstermektedir. Mevcut uluslararası hukuk tarafından tanınan bir çok hak ve özellikle duruşma öncesi aşama için bir çok sanık hakkı statüde yer almaktadır. (bkz. Statü 5. Kısım md.53 vd.). Buna karşılık bazı konulardaki ifadeler ise yetersiz ve özellikle 55. Madde vd. yer alan soruşturma esnasındaki hakların kapsamını açıklamada soyut kalınmış yine bu kapsama giren kişilerin tanımı yapılmamıştır. Yargılamanın adil olabilmesi için bu tür eksikliklerin giderilmesi gerekmektedir. Bu konuda çıkarılan delil ve usul kuralları metni sayesinde bazı önemli adımlar atılmıştır.<sup>29</sup> Aşa ıda öncelikle statüde yer alan somut haklar incelenecek, daha sonra da bu hakların uygulamada ne şekilde tanımlanması gerekti i konusunda bazı mülahazalar yapılacaktır.

**b) Soruşturma Esnasındaki Haklar:** Bu başlık altında bizim ceza usul sistemimizde hazırlık soruşturmasında savunma ve sanık hakları konusuna tekabül eden aşamaya ilişkin konular incelenecektir.

UCM Statüsü md 55'de yer alan soruşturma esnasında kişinin hakları hükmü uluslararası alanda tanınmış bir takım haklar getirmektedir. Bunlar arasında bir kimsenin kendisini suçlamaya zorlanamayaca ı ve itirafa zorlanamayaca ı, hiçbir tür baskı, şiddet, tehdit, işkence veya di er zalimane insanlıkdışı, onur kırıcı muamele veya cezaya tabi tutulamayaca ı yetkin bir tercümanın meccani yardımından faydalanabilece i ve belgeleri

tercüme ettirebilece i, keyfi şekilde göz altına alınıp tutuklanamayaca ı ve UCM statüsünde öngörülen temeller dışında hürriyetinin tahdit edilemeyece i yer alır. Bir şüpheli UCM savcısı veya yerel otoriterle tarafından sorgulanacaksa bu işlemde önce şu hakları kendisine hatırlatılacaktır: UCM'nin yetki alanına giren bir suçu işledi ine dair yeterli şüphe ve emareler oldu u, susma hakkının oldu u ve bunun masumiyetini ya da suçlulu unu belirlemede bir ölçüt olamayaca ı, kendisinin seçece i bir hukukçunun yardımından faydalanabilece i ve kendi hukukçusu yoksa ve adalet gerektiriyorsa kendisine bir hukukçu atanaca ı ve bu halde kendisinin ödeme gücü olmasa da masrafların karşılanaca ı, kendisi bu haktan iradesiyle vaz geçmedikçe bir vekil huzurunda sorgulanaca ı.(statü md.55). Statüde sayılan bu hakların milli ceza usul kanunları üzerinde önemli etkisi olması beklenmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus soruşturma altındaki kişilerin tanımlanmamış olmasıdır. Bu tanım şüpheliler kategorisine girecek herkesi kapsmalıdır. Gerek ihtiyati tedbir olarak tutuklananlar, gerekse UCM'nin teslim istemi üzerine tutuklananlar bu kategoriye girer. Sanıklar da do al olarak bu kapsam içindedir. Buradaki amaç mümkün olan en geniş sayıda kategoriye kapsayacak bir tanıma ulaşmaktır. Böylece öngörülen bu haklardan daha çok kişi yararlanabilecektir. Yine göze çarpan di er bir eksiklik ise md.55/2'de görülür. Genel olarak susma hakkının düzenlendi i bu bende bir takım güvenceler getirilmeliydi. Örne in susma hakkı konusunda söylenebilecek her şeyin aleyhe delil olarak kullanılabilce i hususu belirtilmemiştir. Bu hususun da maddeye eklenmesi

<sup>29</sup> ÖNOK, Rifat Murat; a.g.m.

yararlı olurdu. 55. Maddenin 4. Bendinde yer alan ve sanı n serbest iradesiyle vazgeçmesi hali dışında sorgulamanın vekil önünde yapılacağı na dair hayati önem taşıyan hükümde önemli bir boşluk bulunmaktadır. Zira vekil olmazsa ne yapılacağı belirtilmemiştir. İşte bu durumda vekil olmadan sorgulama işlemine geçilemeyeceği yer almamalıydı. Eski Yugoslavya ceza mahkemesinde yer aldığı gibi. Başta vekil hakkından feragat eden sanı nın daha sonra hukuki yardım talep etmesi halinde sorgulama işleminin derhal durdurulacağı ve vekil gelince devam edileceği açıkça belirtilmeliydi.<sup>30</sup> Avustralya'nın sunduğu bir öneriyeye dayanarak delil ve usul kuralları metnine sorgulamanın sesli ve görsel kayda alınması dahil edilmiştir. Fakat burada her nedense sadece UCM savcısı tarafından yapılan sorgulama için bu imkan tanınmıştır. Halbuki md 55'e bakarsak sorgulamanın UCM savcısı veya milli otoriteler tarafından yapılmasında hiçbir fark olmamalıydı. Eşitli i bozan bu durum giderilmelidir.<sup>31</sup> UCM Statüsü sadece 6. Bölümünde yani UCM önündeki duruşmalar itibariyle masumiyet karinesine yer vermiştir. Halbuki bu evrensel ilke md 55'in kapsamına giren herkes için geçerli olmalıdır. Bunun için bu ilkenin md 55'e eklenmesi daha uygun olurdu. Bu örnekler çoğaltılabilir. Ancak statünün genel yapısını yansıtmaması açısından bu kadarla yetiniyoruz.

#### **Sanı nın yargılama esnasındaki hakları**

Bu başlık altında sözkonusu edilecek haklar duruşma aşamasından itibaren devreye giren haklardır. Amaç adil bir yargılama sonucu suçlu olanların hak ettikleri cezaya çarptırılmasıdır. Adaleti temin

etmek her yargılamanın nihai hedefidir. Bunun için de hukuk kurallarının her iki tarafa da eşit şekilde uygulanması gerekir. UCM statüsü md 55 ve 67'de genel olarak şüphelilere tanınan haklar İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi çerçevesinde ele alınmıştır. Sözkonusu 67. Maddenin retio legis savunma ve iddia makamları arasında tam bir eşitli i salamaya yönelik önlemler getirmektedir. UCM Statüsü md. 54'de savcıya da bazı ödevler yüklenmiştir. Bu yükümlülük savcı adına görev yapacak milli otoriteler açısından da geçerlidir. Bu aşamada özellikle sanı nın hem lehine hem de aleyhine olan delillerin toplaması vurgulanmıştır. UCM statüsü md. 48'de müdafiyeye bazı haklar tanınmıştır. Her şeyden önce müdafiyeye görevini icra ederken görev yaptığı yerlerde göreviyle bağlantılı olarak UCM'nin sahip olduğu ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanacaktır. 57. Maddeye göre ön soruşturma dairesi hangi ülkede görev yapıyorsa o ülke yetkilileri şüphelinin en kısa sürede bir müdafiyeye tayin etmesini mümkün kılmalıdır.

UCM statüsü md 65 failin iddianamede yer alan suçlamayı kabul etmesi halinde mahkemenin duruşma yapmadan karar verebileceğini öngörmektedir. Fakat itirafın geçerli olabilmesi için sanı nın itirafının do uracağı sonuçlar hakkında bilgilendirilmiş olması gerekir.

Bu konuya son vermeden önce bu konuyla ilgili statüde yer alan diğer hakları başlıklar halinde vermekte yarar görüyoruz. Örneğin md 68'deki sanık haklarını gözetken düzenleme. Buna göre tanıklık yapmak kendisini ciddi bir tehlikeye maruz bırakacaksa savcı bu kişiyi mazur görebilir ya da o

<sup>30</sup> ÖNOK, Rifat Murat; a.g.m.

<sup>31</sup> ÖNOK, Rifat Murat; a.g.m.

kişinin ifadesini önceden alıp mahkemede özetleyebilir.

Yine md 64'de yer alan mahkemede hazır bulunma hakkı. Gıyabi yargılama ilke olarak kabul edilmemiştir. Yine md 66'da masumluk karinesi düzenlenmiştir. 66. Maddenin 2. Bendine göre ispat yükümlülüğü savcıdadır. Ve md 67/3'e göre de bu külfet hiçbir şekilde tersine çevrilemez.

Ve son olarak da md 69'da düzenlenen ilginç ayrıntıyı aktaralım. Bu, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada haiz olacağı de ere ilişkin hayati bir hükümdür. Kısaca belirtmek gerekirse hukuka aykırı yollarla edinilen deliller ilke olarak geçerli olacaktır. Sadece 69. Maddede belirtilen hallerde yargılamada kullanılmayacaklardır. Bunun ne kadar sorunlu bir hüküm olduğu ortadadır. Bu uygulamada çok ilginç sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Bekleyip görmek gerekiyor.

Sonuç: Böylece 1998 Roma Statüsüyle ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan UCM hakkında bilinmesi gerekenler açıklandı. Böylece 1945 Nürnberg'le başlayan uluslararası cezalandırma mekanizması uzun süre ad hoc mahkemelerle devam ettikten sonra nihai duruma varmış oldu. 1998 Roma'da çekişmeli konferanslar sonunda üstelik ABD'nin muhalefetine rağmen büyük bir çoğunlukla statü kabul edildi. Bu statü uluslararası cezalandırmada önemli bir dönüm noktası oluşturur. Çünkü daimi bir UCM kurulmasını öngörmekle birlikte içeriği bakımından milli hukuk sistemlerini etkileme konunu ve ayrıcalığına sahiptir. Bundan böyle uluslararası hukukun niteliği hakkındaki tartışmalar farklı bir boyut kazanacaktır. Yaptırımla desteklenmiş uluslararası hukuk normları yeni bir imkan ve umut alanı

oluşturacaktır. Kimilerince endişeli bir gidiş olsa da uluslararası hukuk ve kurumları etkinlik alanını genişletmektedir. İşte tam bu yüzden bu hukuk sisteminin niteliği ve nasıl bir dünya örgütlenme biçimini gerektirdiği önem kazanmaktadır. Üzerinde asıl durulması gereken nokta burasıdır.

### 3. BÖLÜM

#### Sonuç veya Yeni Bir Başlangıç

#### 1. Amaç ve Uygulama Arasındaki Derin Uçurum ve İnandırıcılık Sorunu

İnsan hakları tarihi mücadeleler tarihidir. Bu mücadele örgütlü olan devlete karşı örgütlü olmayan halk tarafından verilmiştir ve önemli kazanımlar elde edilmiştir. Ancak derin bir görüş daha işin başında bir ötekileştirmeyle karşı karşıya oldu umuzu fark edecektir. Hakları için devleti tehlike olarak gören halk ve varlığı için halkı tehlike olarak gören devlet ikilemi. Dünya çözümlerinde belli bir alanda yaşanmış tarihi bir süreçten bahsediyoruz. Bu kazanımların sağlama alınması istenmesi ve uluslararası sözleşmelere geçirilmesi elbette olumlu bir adımdır.

Ancak uygulamada hemen hiçbir vadin yerine getirilmediğini tanık oluyoruz. Bizleri koruması gereken mekanizmalar tersinden cezalandırma görevi görüyor. Bu şaşırtıcı olduğu kadar da şüpheli uyandırıcı bir durum. Bütün bunlar acaba bu mekanizmalarla gerçekte neyin korunduğu sorusunu sormamızı zorunlu kılıyor. Sadece yanlış kararlar ve yanlış söylemlerden bahsetmiyoruz. Asıl sorun bu sistemin kendisinde



yaşanıyor. Zira belirli bir insan modeli için vaaz edilmiş olan kurallar ve mekanizmalar evrensellik iddiasıyla genele teşmil edilince ortaya böyle garipliklerin çıkması zaten kaçınılmazdı.

Yanlı tutum ve uygulamalar yeni dünya düzeninin sorgulanmasının da önünü açtı. Sistemin bünyesinden kaynaklanan bozukluklar her ne kadar bilimci açıklamalarla giderilmeye çalışılsa da, inandırıcılık sorunu artık aşlamayacak kadar büyüktür. Sadece bu bile yeni dünya düzenicileri rahatsız etmeye yetiyor. Bu yüzden aşırı bilimci söylemlere hazırlıklı olmak gerekiyor.

## 2. UCM'nin Garantörlük Vazifesi

Evet UCM ile insanlı a karşı ciddi boyutlara varan suç işleyenler cezalandırılacaktır. Bu zaten sistemin sıhhati açısından gerekliydi ve zaten sistemin böyle bir garantöre ihtiyacı vardı. Nitekim 1945 Nurmberg'le başlayan süreç 1998 de UCM Roma statüsüyle sona erdi. Bilindi i gibi Nurmberg 2. Dünya Savaşından sonra galiplerin adaletinin bir tecessümüydü. Peki UCM kimin adaletini temsil ediyor? Ortada yeni bitmiş bir savaş olmadı na göre. Yoksa çok hayati noktalarından yara almaya başlayan aydınlanmanın yeni dünya düzeni kendisine yeni bir koruyucu mu buldu? UCM kapsamına giren suçları işleyenleri cezalandırmak suretiyle acaba sistemi virüslerden temizlemeyi mi amaç ediniyor? Yoksa tek amacı insanlı ın maslahatına uygun olarak adaleti gerçekleştirmeye mi çalışacak? Belki de bütün bunların hepsi.

Dahası insanlı ın ortak gelece i daimi bir uluslararası cezalandırma mekanizmasını zorunlu

kılabilir. Sistemin kendisine karşı olursa dahi sistem içi bir adalet mekanizması oluşturulmasına olumlu bakılabilir. Bütün bu artı ve eksiler toplandı ında UCM'nin sistem için atılmış önemli bir adım oldu u ortaya çıkar. O kadar önemli ki sistemin en büyük sac aya ını oluşturmanı bile tedirgin edebiliyor. UCM'nin ne kadar büyük bir adım oldu u ABD'nin çetin oldu u kadarda anlamsız olan muhalefetine bakılarak anlaşılabilir.

## 3. De erlendirme

İnsanlık kendisine ve çevresine zarar vermeye devam ediyor. Bir başkası tarafından engellenmedi i taktirde bunun boyutları ürkütücü sınırlara varabiliyor. Asıl korkunç olan ise bu kendini yok etmenin ırki, akli ve bazen de dini sebeplerle yapılabiliyor olmasıdır. İşte bütün bu sebeplerden dolayı insano lu çeşitli mekanizmalar oluşturmak suretiyle kendi kendini durdurmanın yollarını aramıştır. Sonuç her zaman istenildi i gibi olmasa da yönelim do dur ve bu yönde atılacak her adım herkesçe mümkün oldu unca desteklenmelidir. Çünkü hiç kimse suçluların cezalandırılması gerekti i fikrine karşı çıkmıyor....

## Kaynakça

- ALİBABA, Arzu; *UCM'nin Kuruluşu*, AÜHF Dergisi 2000, sayı: 1-4.
- HEALY, Sean; *Haksöz Dergisi*, Aralık 2001, sayı:129
- ÖNOK, Rifat Murat; *UC Divanı*, İzmir Barosu Dergisi, 2001, sayı: 1.
- PAZARCI, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- SÖZÜER, Adem-ERMAN, Barış; *UCM, Adalet Yüksek Okulu* 20. Yıl Arma anı, 2000



# Avrupa Birli i ve Türkiye

## Kronoloji - Andlaşmalar - Kanaatler

Av. Tu bay ÖZ



### 1. Avrupa Birli i (AB)'nin Organik Oluşumu ve Tarihçe

1946 yılında; Zürih'te bir konuşma yapan İngiliz Devlet adamı Winston Churchill Avrupa Konseyi'nin oluşturulmasını önerdi.

1949'da; Avrupa Konseyi Strasbourg'da kuruldu.

1951'de; 2. Dünya savaşının bitmesinin ardından, o dönem Avrupa için hayati öneme sahip olan kömür ve çelik üretimi ve dağıtımının ortak uluslar üstü bir organın yönetimine verilmesi fikri ortaya çıktı. Bu öneri ilk defa Fransa tarafından ortaya atıldı. Öneriye olumlu yanıt veren Almanya, Belçika, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda ile Fransa arasında 1951 yılının Nisan ayında Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu anlaşması imzalandı. (Paris Antlaşması)

Bu topluluğun kurulmasındaki amaç, savaş sanayinin çokça gereksinim duyduğu bu iki maddenin üretimi üzerinde üst bir kurul kontrolü sağlayarak Avrupa ülkeleri arasındaki askeri rekabetin aşırı kızışmasına mani olmak ve bu yüzden ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları önlemeye çalışmaktır.

Bu 6 Avrupa devleti AKÇT ile yakaladıkları işbirliği çerçevesini genişletmeye yöneldi. Bunun sonucunda 1955 yılında Atom Enerjisi kullanımının ve

üretiminin kontrolü konusu ile ortak ekonomi politikalarının üretilip uygulanması konularını da içeren işbirliğinin kurulması konusunda anlaşıldılar.

1957 yılında; AET (Avrupa Ekonomik Topluluğu) ve EURATOM (Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu) kuruldu. (Roma Anlaşması) Roma Anlaşması; sermaye, mal, hizmet ve işçilerin üye ülkeler arasında serbest dolaşımını öngörmektedir.

1958 yılında; İngiltere başta olmak üzere diğer ülkeler Yunanistan, Türkiye, Portekiz ve İrlanda katılım konusu ile ilgilenmeye ve katılım müzakerelerine başladılar.

1959'da; Yunanistan AET'ye üye olmak için başvuruda bulundu. Bundan 1.5 ay sonra bu kez Türkiye AET'ye üyelik için başvurdu.

1961'de; İngiltere, İrlanda ve Danimarka AET'ye tam üye olmak için başvurular. Aynı yıl diğer üç Avrupa ülkesi olan Avusturya, İsveç ve İsviçre AET ile anlaşma yapmak istediklerini açıkladılar.

1962'de; AET içinde Ortak Tarım Politikası oluşturuldu.

1963'de; Fransa, İngiltere'nin katılma isteğini veto etti. Aynı yıl AET ile Türkiye arasında Türkiye'yi gümrük birliği ve sonrasında tam üyeliğe götüreceği olan Ankara Anlaşması imzalandı.

1967'de; AKÇT, EURATOM ve AET birleştirilerek tek çatı altına alındı. (Füzyon Antlaşması) Avrupa toplulukları terimi kullanılmaya

başlandı. Yine 1967'de İngiltere, İrlanda ve Danimarka yeniden tam üyelik için müracaat etti. Ancak Fransa (De Gaulle), İngiltere'nin bu müracaatını "kendini ABD'den tamamen soyutlamadığı için" bir kez daha veto etti. İrlanda ve Danimarka da İngiltere ile birlikte hareket ettiler.

1968'de; AET üyeleri arasındaki gümrükler kaldırıldı.

1970'de; İngiltere, İrlanda ve Danimarka bir de Norveç üyelik müzakerelerine yeniden başladı. Aynı yıl AET'nin 12 yıllık geçiş dönemi sona ererek Ortak Dış Ticaret Politikası yürürlüğe kondu. AET ile Türkiye arasında Katma Protokol imzalandı.

1972'de; İngiltere, İrlanda ve Danimarka tam üyelik sözleşmeleri imzalandı. Norveç'te yapılan halk oylamasında ise sonuç olumsuz çıkınca Norveç adaylıktan çekildi.

1976'da; Albaylar Cuntası nedeni ile dondurulan AET-Yunanistan ilişkileri yeniden canlandırıldı. Tam üyelik müzakereleri başladı. Türkiye, tek yanlı bir kararla Katma Protokoldeki korunma maddesini işletip, gümrük vergisi indirimleri, liberasyon ve Ortak Gümrük Tarifesi'ne uyum taahhütlerini durdurdu.

1977'de Portekiz tam üyelik başvurusunda bulundu.

1978'de; İspanya ile katılma müzakereleri başlatıldı. AET ülkelerinin para birimlerinin ABD doları karşısındaki dalgalanmalarının belli bir marjda kalabilmesi için Avrupa Para Sistemi oluşturuldu. Türkiye, AET'ye 5 yıllık plan süresince taahhütlerinin dondurulması ve aynı dönem için 8 milyar dolarlık yardım yapılması talebinde bulundu. AET bu taleplerden muafiyet dönemini kabul, para yardımını reddetti.

1979'da; Yunanistan ile tam üyelik anlaşması imzalandı. Ayrıca ekonomik ve parasal birlik kurma yolunda ikinci deneme olan Avrupa Para Sistemi işlemeye başladı, ECU, AET'nin kaydı para birimi olarak kullanılmaya başlandı.

1980'de; Türkiye'deki darbeden sonra, AT Konseyi tarafından, Türkiye'deki askeri yönetime zaman kredisi verildi ve bu süre içinde ortaklık anlaşmasının dondurulmayacağı açıklandı.

1982'de; Avrupa Parlamentosu, siyasal partilerin kapatılması, bazı ceza ve tutuklamalar nedeniyle Türkiye ile ortaklık anlaşmasının askıya alınmasını istedi. Bunun üzerine ilişkiler fiilen donduruldu.

1985'de; İspanya ve Portekiz'in AET üyelik anlaşmaları imzalandı. Aynı yıl, Fransa, Almanya, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg kendi aralarında, AET çerçevesi dışında, kendi ülkelerinde ikamet eden veya seyahat eden kendi vatandaşları veya 3. ülke vatandaşlarının serbest dolaşımı ilkesini öngören bir anlaşmayı Lüksemburg'un Schengen kasabasında imzaladılar. (Schengen Antlaşması) Ayrıca, Tek Avrupa Senedi aynı yıl kabul edildi.

1986'da; Türkiye'nin, Ankara Antlaşması ve Katma Protokol'den do an işçilerin serbest dolaşımı hakkının kullanımını kayden başladı. Ancak AT uygulamaya başlamayı reddetti.

1987'de; Türkiye tam üyelik başvurusunda bulundu. Bu başvuruya verilen cevapta, Türkiye'nin, topluluğa katılmaya ehil bulundu u ancak ekonomik, siyasal ve sosyal nedenlerle katılıma henüz hazır olmadığı belirtildi.

1989'da Avusturya tam üyelik başvurusunda bulundu.

1990'da; Güney Kıbrıs Rum tarafı ve Malta tam üyeliğe başvurdu. Ayrıca Avrupa Güvenlik

ve İşbirli i Konferansı (AGİK) Nihai Senedi üye ülkelerce Paris'te imzalandı.

1992'de; İsveç tam üyelik başvurusu yaptı. 1992 yılının önemli di er bir gelişmesi ise Maastricht doru unda toplulu un kapsamının genişletilmesi ve adının "Avrupa Birli i" olarak değiştirilmesinin kabul edilmesidir. Bu genişleme parasal, ekonomik ve siyasi birli i de içermektedir. Bu haliyle antlaşma, AET ve EURATOM'u kuran Roma anlaşmasına geniş ekler yapan, onu genişleten bir anlaşmadır. Yine, Finlandiya ve İsviçre tam üyelik için başvurdu. Norveç ise 1972'deki halk oylamasında ret kararı çıkmış olmasına ra men tekrar üyelik başvurusu yaptı.

1993'de; 10 adet orta ve do u Avrupa ülkesinin tam üyelik başvurusunun incelenmesi ve kabul şartlarının ortaya konulması için Danimarka'nın başkenti Kopenhag'da doruk yapıldı. Bu doruktan meşhur Kopenhag Kriterleri denen belge çıktı.

1994'te; Finlandiya, Avusturya ve İsveç'in tam üyelik antlaşmaları imzalandı. Norveç'te yapılan referandumda ise bir kere daha hayır sonucu çıktı. Türkiye AT'nin rekabet politikasına uyum için Rekabet Kanunu'nu kabul etti. Bu kanunla Rekabet Kurulu oluşturuldu. AT Ortaklık Konseyi'nde AT tarafı, Türkiye'nin Güneydo u, Kıbrıs ve DEP davasındaki politikaları nedeniyle Gümrük Birli i Çerçeve Antlaşması'nın imzasını ileri bir tarihe erteledi.

1995'de; Avrupa Birli i ile Türkiye arasında Gümrük Birli i anlaşması imzalandı. Türkiye uyum yönünde, Sınai ve Fikri Mülkiyet Hakları ile Marka ve Patent Koruma Kanunlarını ve Tüketiciyi Koruma Kanunlarını çıkarıp yürürlü e koydu. Güney Kıbrıs ile tam üyelik müzakerelerinin başlatılması kararı alındı. Ayrıca Avusturya,

Finlandiya ve İsveç resmen AB'ye girdi.

1997'de Hıristiyan Demokrat Parti liderleri Brüksel'de yaptıkları bir toplantıda, Türkiye'nin Müslüman bir ülke olmasından dolayı AB'ye tam üye olamayacağı yönünde açıklama yaptılar. Ancak bundan hemen 10 gün sonra AB devlet başkanları, yaptıkları toplantıda Hıristiyan Demokrat liderlerin Türkiye ile ilgili açıklamalarını tekzip eden ve bütün adaylara eşit davranılacağını beyan eden bir açıklama yaptılar. Yine 1997 12-13 Aralıkta yapılan Lüksemburg Zirvesi'nde Türkiye'nin yeterli koşulları taşımadığı gerekçesi ile tam üye adaylığı kabul edilmedi. Bunun üzerine Türkiye, Avrupa Konferansı'nı reddetti. AB ile siyasi diyalogu dondurdu. "Bugünden sonra Türkiye AB ile siyasi hiçbir konuyu konuşmayacaktır" dendi.

1998'de; AB Komisyonu tarafından hazırlanan ve AB'ye üyelik için belirlenmiş olan Kopenhag Kriterleri ışığı nda kaydedilen gelişmelere ilişkin komisyon görüşlerini içeren "Birinci İlerleme Raporu" yayınlandı.

1999'da; toplanan Helsinki Zirvesi'nde Almanya'nın tutum de iştirmesi ile Türkiye'nin de adaylığı tanındı. AB Komisyonu Türkiye için "ikinci ilerleme raporunu" yayınladı. Ayrıca Helsinki Zirvesi Sonuçlar Bildirgesi'nde, Kıbrıs'ta Türk ve Rum taraflarının aralarında bir antlaşmaya varamamalarının Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Birlik'e kabul edilişi için bir şart olarak kabul edilmeyeceği açıklandı. Bu, Türkiye'ye adaylık statüsü verilmesi karşılığında ondan koparılan önemli taviz olarak ortaya çıktı. 1999 yılının di er bir önemli gelişmesi, Maastricht ve Amsterdam Antlaşmaları'nda öngörülen "Avrupa Güvenlik ve

Savunma Politikası'nın (AGSP) hayata geçirilmesi hususunda üye ülkelerin, 2003 yılı ortasına kadar 60.000 kişilik bir Avrupa Ordusu'nun kurulmasını kabul etmeleridir.

2000'de; AB'nin Anayasası olarak anılan "Temel Haklar Şartı" kabul edilip onaylandı. Fransa'nın Nice şehrinde yapılan AB liderler zirvesi sonucunda, 15 aday ülkenin (Türkiye hariç) Avrupa Parlamentosu ve Komisyonu'ndaki üye sayıları da ilımı ile AB Konseyi'nde karar almadaki oyların belirleyen kapsamlı bir antlaşma kabul edildi. (Nice Antlaşması) AB Komisyonu Türkiye için "üçüncü ilerleme raporu"nu yayımladı. Ayrıca Komisyon, Türkiye için, Kopenhag Kriterlerini nasıl gerçekleştireceğini gösteren yol haritası niteliindeki "Katılım Ortaklığı Belgesi"ni hazırladı.

2001'de; T.C. Hükümeti, AB müktesebatına uyum ve AB'nin sunduğu Katılım Ortaklığı Belgesi'ndeki beklentilerin karşılanması ile Kopenhag Kriterlerinin yerine getirilmesi hususlarında gerekli olan mevzuat de işikliklerinin gerçekleştirilmesi yönünde "Ulusal Programı" kabul etti ve AB komisyonu yetkililerine sundu. AB Komisyonu Türkiye için "dördüncü ilerleme raporunu" yayımladı. Ayrıca, Laeken Zirvesi'nde, katıldığı mesafe ışığında Türkiye ile tam üyelik müzakerelerini açma zamanının yaklaştığını belirtildi. Avrupa Konvansiyonu çalışmalarına veto hakkı olmaksızın 3 temsilci verme hakkı tanındı.

2002'de; Avrupa Ortak Para Birimi Euro, 12 üye ülkede resmen tedavüle girdi (1 Ocak). Türkiye, yaklaşan AB Komisyonu inceleme raporu ve Kopenhag'daki AB Zirve Toplantısı öncesinde, Kopenhag kriterlerine uyum için 12 maddeden oluşan kapsamlı bir Anayasal De işiklik Uyum Paketini kabul

etti (3 A ustos). Pakette kısaca, idam cezasının kaldırılması, düşünce ve ifade özgürlüğünün genişletilmesi, dernekler kanununda de işiklik yapılması, cemaat vakıflarına taşınmaz mal edinme kolaylığı sağlanması, anadilde öğrenim ve yayın imkanı tanınması gibi hususlar bulunuyordu. AB Komisyonu'nun Türkiye ile ilgili "beşinci ilerleme raporu"nda tam üyelik müzakerelerini başlatmak için tarih verilmedi. Türkiye'nin gerçekleştirdiği anayasa de işikliklerinin olumlu bulundu ancak siyasi kriterleri halen yerine getirmediği belirtildi. Bu yönde, temel hak ve özgürlükler önündeki kısıtlamaların, MGK ve ordunun siyaset üzerindeki baskısının devam ettiği, fikir mahkumlarının hala hapisanelerde olduğu ve yolsuzlukların önlenemediği vurgulandı. (11 Ekim) Kopenhag Zirve Toplantısı'nda, Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Malta, Slovenya, Estonya, Litvanya, Letonya ve Kıbrıs Rum Yönetimi olmak üzere 10 aday ülkenin tam üyelik antlaşmaları imzalandı. (12-13 Aralık) Bulgaristan ve Romanya için 2007 tarihi kondu. Zirvede ayrıca, Kıbrıs'ta 28 Şubat 2003 tarihine kadar Türk ve Rum tarafları arasında bir anlaşmaya varılması halinde, Türk tarafının da aynı şartlarla AB üyesi olma dahil edilmesi kararlaştırıldı. Zirvenin diğer bir sonucu da, tam üyelik yönünde müzakerelere başlanması için Türkiye'ye tam bir tarih verilmemesi ancak reformlara devam etmesi durumunda AB Komisyonu raporları doğrultusunda Aralık 2004'te toplanacak olan AB Liderler Zirvesi'nde Türkiye'nin Kopenhag Kriterlerini karşıladığına karar verilirse Türkiye ile tam üyelik müzakerelerine geciktirilmeksizin başlanacağı açıklamasının yapıldığı oldu uduur.



2003 yılında ise, tam üyelikleri kabul edilen 10 yeni adayın katılım antlaşmaları imzalandı. Ve yine AB Komisyonu tarafından hazırlanmakta olan ve Türkiye'nin adaylığı ile ilgili olarak AB'nin yeni yaklaşımını ve beklentilerini ortaya koyan yeni "Katılım Ortaklığı Belgesi" açıklandı.

Sonuçta 6 asıl üye ile temeli atılmış bulunan AB, üç safhali genişleme ile bugün 25 üyesi bulunan bir birlik haline gelmiştir.

Bu üyeler;

Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, Lüksemburg, Belçika, İngiltere, Danimarka, İrlanda, Yunanistan, İspanya, Portekiz, Avusturya, Finlandiya, İsveç, Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Malta, Slovenya, Estonya, Litvanya, Letonya ve Kıbrıs Rum Yönetimi'dir.

## 2. AB'nin Oluşum Nedenlerine Bir Bakış

1. Avrupa'nın önceki dönemlere göre Dünya üzerindeki etkisini oldukça yitirmiş olması. Hele de 2. Dünya savaşı gibi bir büyük savaş yaşamış ve milyonlarca insanını bu savaşa kurban vermiş, ekonomisi ve sanayisi harap olmuş bir Avrupa'nın Dünya üzerindeki belirleyiciliği neredeyse hiç kalmamış bulunmaktaydı. Bu durum ancak Avrupa'nın kendi içinde bir birlik oluşturup güçlerini birleştirerek tersine çevirebilecekleri bir durumdu.

2. 2. Dünya savaşı ile birbirini çok yıpratmış olan Avrupa devletlerinin kendi dertleri ile uğraşmaktan dolayı meydanın boş kalmasını iyi de erlendiren Sovyetler Birliği'nin komünizmi bir devlet politikası olarak uygulaması sonucunda neredeyse bütün do u ve

orta Avrupa'da kontrolü sağlamış bulunması.

3. Her ne kadar savaş sonrası Marshall yardımları ile Avrupa'nın yanında görünse de ABD'nin tutumunun yarın ne olacağını kestirilememesinden dolayı Avrupa'nın kendini güvende hissetmek istemesi ve bunda birlik fikrini ortaya çıkarması.

AB'nin Kurulması Konusunda Sözler;

Winston Churchill (İngiltere Başbakanı -1945) "Bir çeşit Avrupa birleşik devletleri kurmalıyız."

AB'nin mimarlarından Jean Monnet (Fransa Planlama Örgütü Başkanı) "Böyle bir entegrasyondan amaç, Avrupa'nın dünyada ki yerini korumak, etkinliğini ve saygınlığını tesis etmek ve halkının hayat düzeyinin sürekli bir biçimde yükseltilmesini sağlamaktır."

## 3. AB'nin Kurumları

### a. Avrupa Parlamentosu

1979'dan bu yana tek dereceli genel seçimle iş başına gelen 626 parlamenterden oluşan kurum. Parlamentoya Almanya 99, Fransa, İtalya ve İngiltere 87'şer, İspanya 64, Hollanda 31, Belçika, Yunanistan ve Portekiz 25'şer, İsveç 22, Avusturya 21, Danimarka ve Finlandiya 16'şar, İrlanda 15 ve Lüksemburg 6 üye vermektedir. Karar organıdır.

Parlamento Genel Kurulu Strazburg'da toplanır.

Parlamentosunun başlıca görevi ve işlevi, 370 milyon nüfusu temsil ederek birliğin temel siyasi politikalarını belirlemek, komisyonca önerilen teklifleri de erlendirmek, onlar hakkında karar vermektir.

Diğer yetkileri;

Denetim Yetkisi: Komisyonu denetler, bütçeyi oylar, harcamaları denetler.

Sekreteryası komisyonca yapılmış bulunan tüm önemli konularda karar mekanizmasıdır.

## b. Avrupa Zirvesi

Devlet ve hükümet başkanları ile komisyon başkanından oluşur. Yılda iki kez toplanır. Gelecekle ilgili faaliyetlerin alt yapısını hazırlar.

## c. Avrupa Konseyi

Her üye devletin bakan düzeyindeki temsilcisinden oluşur. Konseyin merkezi Brüksel'dedir.

Görevleri; üyelerin genel ekonomik politikalarını koordine etmek, komisyonun sundu u teklifleri de erlendirip AP (Avrupa Parlamentosu) ile koordinasyon kurup anlaşmaların uygulanır lı ını sa lamak ayrıca ortak dış politika ve güvenlik politikası konularında bir takım kararlar almak, önlemleri uygulamak, bir de üye devletlerin imzalayaca ı sözleşmeleri hazırlamak ve önermek.

## d. Avrupa Komisyonu

Toplam 20 üyeden oluşur. Fransa, Almanya, İtalya, İspanya ve İngiltere'den 2'şer, di er topluluk üyelerinden ise 1'er üye bulunur.

Komisyon üyeleri görevlerini yaparken kendi ulusal hükümetlerinden tamamen ba imsız hareket etmek ve yalnızca AB'nin çıkarlarını gözetmekle yükümlüdürler. Her üyenin özel sorumlu oldu u bir siyasi alan vardır. Ancak kararlarda kolektif sorumluluk esası geçerlidir.

Komisyon, AB'nin yürütme organıdır. En öncelikli görevi anlaşmaların korunması ve uygulanır lı ının sa lanmasıdır. Anlaşmaların gere i gibi uygulanıp uygulanmadı ını da denetler. Üye devletlerden herhangi birinin bir anlaşma hükümlerine uymaması yada gerekti i gibi uymaması hallerinde konu ile ilgili soruşturma açma yetkisi vardır. Gerekti inde konuyu Adalet Divanı'na götürebilir.

Ayrıca birli in rekabet mevzuatının ihlali halinde ilgili kurumlara yada şirketlere para cezası verebilir. Komisyonun di er bir fonksiyonu, birli i harekete geçirebilme kabiliyetinin bulunmasıdır. Yasama sürecinin başlamasında nerede ise tek yetkilidir. Yasama süreci boyunca etkide bulunma ve de teklif verme yetkisi bulunmaktadır. Son olarak da yürütme fonksiyonu icabı birlik içindeki bir takım fonların yönetilmesi ile di er bir takım idari işlerin görülmesi komisyonun di er görevleri ve yetkilerindedir.

## e. Adalet Divanı ve Bidayet Mahkemesi

15 yargıç ve onlara yardımcı olan 9 kanun sözcüsünden oluşmaktadır. Yargıçların ba imsızlıkları güvence altındadır. Avrupa anlaşmalarının hukuka uygun biçimde yorumlanması ve uygulanmasını sa lar. Üye devletlerin anlaşmaları gere i gibi yerine getirip getirmediğine karar verip kararın ifasını ister. Buna ra men uygulanmaz ise para cezasına hükmeder. Ulusal mahkemelerin başvurusu üzerine topluluk hukukunun çeşitli hususlarının yorumlanması yada geçerlili i hakkında ön kararlar alır.

Bidayet (İlk, başlangıç) Mahkemesi ise 1989 yılında kurulmuş olup yine 15 yargıçtan

müteşekkildir. Kişiler yada şirketler tarafından açılan davalara bakar. Sınırlı yetkisi vardır. Önemli konularda karar verme yetkisi Adalet Divanına geçer.

#### f. Sayıştay

AP'nin görüşü ile atanan 15 üyeden oluşur. Görevi; AB'nin tüm gelir ve harcamalarının hukuka uygun ve düzenli biçimde yapılıp yapılmadığını ve mali yönetimin tutarlı olup olmadığını denetlenmesidir.

#### g. Ekonomik ve Sosyal Komite ve AKÇT Danışma Komitesi

ESK'nın 222 üyesi vardır. Bu üyeler; işçiler, işverenler ve diğer ekonomik grupları (çiftçi, esnaf, zanaatkar, kobiler, emgitemciler vs.) temsil ederler. Belli konularda karar alınması için komiteye danışılması zorunludur.

AKÇT danışma komitesi ise kömür ve çelik ile ilgili konularda danışılan bir komitedir. Kömür ve çelik üreticilerine, işçileri, tüketicileri ve tüccarları temsilen 108 üyeden oluşur.

#### h. Bölgeler Komitesi

Bölgesel ve yerel mercileri temsilen 222 asil ve 222 yedek üyeden oluşur. AB'nin bölgesel çıkarlarının söz konusu olduğu emgitem, gençlik, kültür, sağlık vs. gibi konularda karar alınırken danışılması zaruri olan bir kurumdur.

#### ı. Avrupa Yatırım Bankası

AB'nin bankasıdır. Birlik için amaçlanan projelerin kredilendirilmesi işlerini görür. Tüzel kişiliğe ve mali özerkliğe

sahiptir. Üye devletlerin tümü bankanın da üyesidir.

AYB birlik içindeki projeler ile birlikte dışındaki projeler içinde kredi sağlayabilir.

AYB kaynaklarının büyük bir bölümünü sermaye piyasalarından ödünç alır. Piyasalarda AYB hisseleri yüksek trende sahiptir. Ancak banka kar amacı gütmaz.

#### 4. Türkiye'nin AB Macerası

##### a. İlk Temas Nasıl ve Neden Başladı?

Türkiye'nin başlarda o zamanki AET şimdiki AB ile ilişki kurmaya başlamasındaki en belirleyici faktör Yunanistan zıtlamasıdır. Yunanistan'ın 1959'da Avrupa Birliğine ileride sonucu tam üyeliğe varacak olan ortaklık anlaşması yapmak istediği ile başvuruda bulunması haberinin Ankara'ya ulaşması ile burada tam bir panik havası oluşmuştur. Çünkü Türkiye bu gelişmeye hazırlıksız yakalanmıştır. Haberin ulaştığı Türk Dışişleri Bakanlığında atmosferde tam olarak böyledir. Dönemin Dışişleri Bakanı F. Rüstü Zorlu, bakanlıktaki tüm bürokratlarına böyle bir gelişmenin olacağını nasıl tahmin edemeyip vaktinde kendine haber vermemiş olmalarının hesabını sormaktadır.

Yunanistan ile ilgili bu haberin Ankara'da böylesine bir yankı bulmasının kuşkusuz mühim sebepleri vardır. Bunların başta geleni Yunanistan'ın batı dünyasında içinde tek başına bırakılmaması gerektiği fikri idi. Aksi halde Yunanistan, Türkiye aleyhine boş meydana türlü türlü film çevirebilirdi. Bu da hiç işimize gelmezdi. Dahası Yunanistan ile aynı tarım ürünlerini ihraç ediyorduk. Sadece onlar girip biz girmesek Yunanistan Avrupa

piyasasını tek başına ele geçirebilirdi. Ve tabii AET'den daha çok kredi alabilirdi. Tüm bunlar tamamı ile Türkiye'nin aleyhine şeylerdi.

Gelişme üzerine Ankara sadece iki haftada AET başvuru metnini hazırladı. ABD elçisinin olumlu görüşü alındıktan sonra Bakanlar Kurulunda birkaç itiraza karşı kabul edilmesi ile başvuru AET üyesi devlet başkentlerine ulaştırıldı. Bu ülkelerin ilk tepkisi şaşkınlıkla karışık diplomatik bir memnuniyet oldu. Siyasi bakımdan Türkiye ile Yunanistan arasında denge gözetilmesi gerektiği böylelikle dünyaya bu mesajın verilebileceği fikri galip geldi. Zaten Türkiye'nin talebi de "Yunan ne alıyorsa bizde onu istiyoruz"du. Böylece Türkiye ilk planda istediği yanıtı almış oldu.

Bu başvuru üzerine birkaç tespit yapmamız zaruridir. Bir kere Türkiye'nin bu hamlesi tamamen siyasidir, tamamen Yunan merkezlidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi salanmak istenen asıl amaç Batı dünyası ile ilişkilerde Yunan gerisine düşmemek, Yunan batı dünyası içinde bir başına bırakmayıp Türkiye aleyhine kamuoyu yapmasını engellemektir. İşin sosyal, ekonomik, iç siyasal düzen boyutları tamamen atlanmıştır. Oysa ki AET, sadece siyasi değil aynı zamanda iktisadi, sosyal, hukuki boyutları ile bütünleşmeyi öngören bir yapı idi. Tabii ki bu bütünleşmenin salanabilmesi için üye olacak devletlerin riayet etmesi gereken iktisadi, sosyal ve hukuki ilkeler olacaktı. Yapı, devletten bunu isteyecekti. Söz konusu devlet bu ilkeleri uygular ise yapıya kabul edilecek aksi halde edilmeyecekti. Yani AET'ye girmeyi düşünen ve isteyen bir devlet mevcut ve gelişmekte olan müktesebat çerçevesinde belli iktisadi, sosyal ve hukuki yükümlülükleri yerine getirmeyi

kabul ediyordu. Türkiye ise bu başvuruda işin bu tarafları üzerinde hiç durmamıştı. Kendinden beklenecek olan kriterleri bildiği söylenemezdi. "Hele bir girelim sonra bakarız" mantığı egemendi. Burada dönemin Başbakanı İnönü ile bakanlar heyetinin diyalogunu hatırlayacak olursak şöyle bir konuşma cereyan etmiştir. "İnönü: Benim başımı derde sokuyormuşsunuz gibi bir hissim var. Bana ilerdeki yükümlülüklerimin ne olacağını söyleyin. Dışişleri: Paşam, bu ilk dönemde hiçbir yükümlülükümüz yok. 5 yıl sonra koşullar müsait olursa hazırlık döneminin koşullarını saptayacağız. Bizim şimdi yaptığımız Avrupa'ya kanca atmak, o kadar". İnönü: "Bu iyi. Batı Avrupa'ya kanca atmanın zararı yoktur. Ancak ilerde yükümlülükleri taşıyamayacak duruma girersek elim ayağımız balanacak mı?" Dışişleri: "Hayır Paşam, istediğimiz zaman bu anlaşmayı durdurabiliriz. İnönü: "Öyleyse oldu. Kabul ediyorum. Getirin parafı edeyim."

Bu konudaki üzerinde durulması gereken bir diğer husus da şudur. AET dünya kamuoyunda içine kapanık bir zenginler kulübü görüntüsü vermek istemiyor ya da mevcut bu görünümü de iştirmeyi arzuluyordu. İşte Yunanistan ve Türkiye gibi iktisadi bakımdan zayıf ülkelerin başvurularını ret etmemesinin sebeplerinden biri de budur.

İşte bu hal içinde Ankara anlaşması sürecine girildi. Anlaşmanın imzalanmasından önceki müzakerelerde Türkiye hazırlıksız oldu undan beklentilerini kendi durumuna uygun ve tutarlı olarak ifade edebilmekten uzaktı. Birbiri ile çelişik şeyler istiyordu. AET'den çok ödün isterken kendi vereceği ödünlere nekes davranıyor, bu da AET'yi şaşırtıyor ve zora sokuyordu. Gümrüklerin yavaş yavaş azaltılıp nihayet sıfırlanacağı dönemi Türkiye uzun tutmak istiyor, bu

ise AET'nin işine gelmiyordu. Bütün bu konularda uzun tartışmalar yaşandı. Sonunda biraz Türkiye'nin biraz da AET'nin dedi i olarak Ankara anlaşması imzalandı.

## **b. Ankara Anlaşmasının (1963) Önemli Noktaları**

### **1. Antlaşmanın Amacı**

m.2/1: Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının çalıştırılma seviyesinin ve yaşama şartlarının yükseltilmesini s lama gere ini tümü ile göz önünde bulundurarak taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektedir.

### **2. Dönemler**

m.2/2: Anlaşmanın amaçlarını gerçekleştirmek için aşı daki maddelerde gösterilen şartlara ve usullere göre bir gümrük birli inin gittikçe gelişen şekilde kurulması öngörülmüştür. Ortaklı ın a- bir hazırlık dönemi, b- bir geçiş dönemi, c- bir son dönemi vardır.

### **3. AET'nin Türkiye'ye Mali Yardımları**

m.3/1: Hazırlık döneminde Türkiye geçiş dönemi ve son dönem boyunca kendisine düşecek yükümlülükleri üstlenebilmek için toplulu un yardımı ile ekonomisini güçlendirir. Bu hazırlık dönemine ve özellikle toplu un yardımına ilişkin uygulama usulleri anlaşmaya ekli geçici protokol ile mali protokolde belirtilmiştir.

### **4. Hazırlık Dönemi Süresi**

m.3/2: ... 5 yıldır.

### **5. Geçiş dönemi süresi,**

m.4: 12 yıldır.

### **6. Gümrük Birli i,**

m.10 : Gümrük Birli i mal alışverişlerinin tümünü kapsar. Gümrük Birli i topluluk üyesi devletler ile Türkiye arasında ithalatta oldu u gibi ihracatta da gümrük vergileri ve eşit etkili resimlerin ve miktar kısıtlamalarının milli üretime, anlaşmanın hedeflerine aykırı bir koruma s lamayı gözeten eşit etkili başka her türlü tedbirin yasaklanmasını ve Türkiye'nin 3. Ülkeler ile ilişkilerinde toplulu un ortak gümrük tarifesinin kabulünü ve toplulukça dış ticaret konusunda uygulanan sair mevzuata yaklaşmayı kapsar.

### **7. Son Maddeler**

M. 22 vd.: Antlaşma ile belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için anlaşmanın öngördü ü hallerde ortaklık konseyinin karar yetkisi vardır. İki taraftan her biri verilmiş kararların yerine getirilmesinin gerektirdi i tedbirleri almakla yükümlüdür. Ortaklık Konseyi yararlı tavsiyelerde de bulunabilir.

- Ortaklık Konseyi anlaşmanın hedeflerini göz önünde tutarak ortaklık rejimi sonuçlarını belli aralıklarla inceler. Bununla birlikte hazırlık dönemi boyunca bu incelemeler bir görüş teatisi sınırları içinde kalır.

- Geçiş döneminin başlaması ile, ortaklık rejiminin gerçekleşmesi yolunda, anlaşmanın amaçlarından birine ulaşmak için,

akit tarafların bir ortak davranışı gerekli görüldü ü taktirde anlaşma bunun için gerekli davranış yetkisini öngörmese bile, Ortaklık Konseyi uygun kararları alır.

- Ortaklık Konseyi kararlarını oybirli i ile alır.

-- Her akit taraf anlaşmanın uygulama ve yorumu ile ilgili ve Türkiye'yi veya toplulu u, topluluk üyesi bir devleti ilgilendiren her anlaşmazlı ı ortaklık konseyine getirebilir. Ortaklık Konseyi anlaşmazlı ı karar yolu ile çözebilir; keza anlaşmazlı ı Avrupa Toplulukları Adalet Divanına veya mevcut herhangi bir yargı merciine götürmeyi kararlaştırabilir. Taraflardan her biri kararın veya hükmün yerine getirilmesinin gerektirdi i tedbirleri almakla yükümlüdür. Anlaşmazlık iş bu maddenin ikinci fıkrasına göre çözülememiş ise akit tarafların geçiş dönemi ve son dönemde başvurabilecekleri tahkim ve sair yargı usulü yollarının anlaşmanın 8. Maddesi uyarınca Ortaklık Konseyi düzenler.

- Ortaklık Konseyi bir yandan Avrupa Parlamenter Asamblesi toplulu un ekonomik ve sosyal komitesi ve öteki organları ile öte yandan TBMM ve Türkiye'nin yukarıdaki maddeleri karşılayan organları arasında işbirli ini ve temasları kolaylaştırmak için her türlü yararlı tedbiri alır. Bununla beraber hazırlık dönemi süresince bu temaslar yalnız Avrupa Parlamenter Asamblesi ile TBMM arasındaki ilişkiler ile sınırlıdır.

- Anlaşmanın işleyişi toplulu u kuran anlaşmadan do an yükümlerin tümünün Türkiye'ce üstlenebilece ini gösterdi inde akit taraflar Türkiye'nin toplulu a katılması olana ını inceler.

- Akit taraflarca anlaşmaya eklenmesi uygun bulunan protokoller anlaşmanın ayrılmaz parçalarıdır.

- Antlaşma imza eden devletlerin kendi anayasa usullerine uygun olarak onaylanır, topluluk yönünden konseyce toplulu u kuran anlaşma hükümleri uyarınca bir karar alınması ve bunun akit taraflara tebli i ile geçerli olarak akdedilmiş olur. Yukarıdaki fıkroda anılan akdin tasdik ve tebli belgeleri Brüksel'de karşılıklı olarak verilir.

- Anlaşma 31. Madde de sözü geçen tasdik belgelerinin karşılıklı olarak verilmesi tarihini kovalayan 2. ayın ilk günü yürürlü e girer.

Ayrıca Ankara Anlaşmasına çeşitli tarihlerde anlaşmayı açıklayıcı ve ona eklemeler yapan protokoller imza edilmiştir.

### c. Katma Protokol (1970)

Geçiş dönemi yaşanırken taraflar sanayi ürünlerini konu alan gümrük birli inin tedricen gerçekleştirilmesi, işçilerin karşılıklı olarak serbest dolaşımının sa lanması, tarım ürünlerinde giderek genişleyecek bir tercihli ticaret rejiminin uygulanması, belirlenen alanlarda Türkiye ile AET arasında mevzuat ve politikaların yakınlaştırılması sürecinin başlatılmasını öngörmüşler bunu da Katma Protokolün imzası ile belgelemişlerdir.

Bu protokolün metni oldukça uzundur. Bizim yerimiz sınırlı oldu u için buraya alıntıl原因amıyoruz. Protokolün tam metnine ulaşmak için; [www.belgenet.com](http://www.belgenet.com) adresine müracaat edilebilir.



#### d. Gümrük Birli i Antlaşması (1995)

Ankara Anlaşmasındaki mevcut maddelere göre belirli hazırlık devrelerinden sonra AB ile Türkiye arasında gümrüklerin sifira indirilece i bir rejimin ortaya çıkışı öngörülmekte idi. Ankara anlaşması ile kabul edilen bu rejim, 1995 yılında imzalanıp yürürlü e giren Gümrük Birli i Anlaşması ile hayata geçmektedir.

Bu anlaşma tahmin edilece i üzere son derece teknik konular içeren, ayrıntılı ve uzun bir anlaşmadır. Bizim burada tüm bu ayrıntılara girmemiz imkan dahilinde de ildir. Ancak GB'nin Türkiye'ye getirileri-götürüleri noktasında birkaç tespit yapabileme olana ımız da var:

#### Gümrük Birli inin Olumlu Yönleri Kısmen Şunlar:

Bu anlaşma öncesi de dış ticaretinin büyük kısmını AB ülkeleri ile yapmakta olan Türkiye anlaşma ile gümrüklerin sifirlanması sayesinde AB'ye ihracatını önemli ölçüde arttıracaktır.

AB'nin üçüncü ülkeler ile yaptığı 1 anlaşmalardan Türkiye de yararlanacaktır.

Gümrük Birli i ile Türkiye AB içinden ve dışından daha çok yatırım alacaktır.

AB üretimli malların da piyasaya girmesi ile önceden yerli firmalarca üretilip rekabet olmaması nedeniyle yüksek fiyattan satılan malların fiyatları düşerek kimi üreticilerin haksız kazanç sa lamaları önlenecektir.

GB ile rekabet zorunlulu u ortaya çıkaca ından önceleri rekabetsizlik nedeniyle kalitesiz üretilip satılan mallar artık şans bulamayacak firmalara AB kalitesinde mal üretilmesi yönünde tüketicilerce baskı uygulanacaktır.

AB menşeli kaliteli mallara alışan iç piyasa yerli firmalardan da aynı kalitede mal üretimi talep edecektir.

Yeni rejim Türkiye'nin gerek kamu sektörün gerekse özel sektörünün yeniden yapılandırılmasını şart koşmaktadır. Zira bu mali sektörlerin mali yapılarında gerekli reformlar yapılmaz ise durum bunlar adına kötü olacaktır.

GB ayrıca Türkiye'ye 3.2 milyar dolarlık bir kredi imkanı da yaratmaktadır.

#### Gümrük Birli inin Olumsuz Yönleri De Kısmen Şunlardır

Yabancı menşeli malların iç piyasaya rahatça girmesi ile yerli firmalar ekonomik darlı a düşecekler ve bu da istihdamı olumsuz etkileyecektir. Ancak bu kısa vadeli bir handikaptır.

Yine iç piyasaya giren ucuz ve kaliteli AB kaynaklı mallar ile yerli firmaların ürettikleri mallar rekabet edemeyece inden piyasada yabancı menşeli mal hakimiyeti söz konusu olabilecektir. Bu dezavantaj da yerli firmaların tutumlarına ba lı olarak ortaya çıkıp çıkmayaca ı gözlenebilecek bir dezavantajdır.

Yabancı firmalar ile rekabet edemeyen yerli firmaların kapanması ile yerli üretim azalabilecektir.

İthalatın artıp bu oranda ihracatın arttırılamaması sonucunda AB ile yapılan dış ticarete açık büyüyebilecek, bu da Türkiye'nin döviz zararına u ramasına neden olacaktır.

GB Türkiye'nin 3. ülkeler ile yapaca ı dış ticareti olumsuz etkileyebilecektir.

Türk tarımı olumsuz etkilenebilecektir.

Gümrük Birli i ile ilgili birkaç not:

AB'ye üye veya üye adayları olmaksızın GB anlaşmasını imzalamış tek ülke Türkiye'dir.

GB ile Türkiye karar mekanizmalarında yer almadan AB'nin üst kuruluşlarının belirlenen kural ve kararlara uymayı peşinen kabul etmiştir.

## 5. Avrupa Birliği

### Muhtelif

### Tarihlerde Belirlenen Kriterler

### Maastricht Kriterleri (1991)

1.1. Kamu açığı GSYİH'nin %3'ünden az olmalıdır.

1.2. Üye ülke devlet borçlarının GSYİH'sına oranı %60'ı geçmemelidir.

1.3. Enflasyon oranı son 12 ay içerisinde en düşük enflasyon oranına sahip 3 üye ülkenin enflasyon oranları ortalamasının en fazla 1.5 puan üstünde olmalıdır.

1.4. Üye ülkedeki uzun vadeli faiz oranları son oniki ay itibarı ile en düşük ortalamaya sahip 3 ülkenin faiz oranları ortalamasından en çok 3 puan fazla olmalıdır.

1.5. Son iki yıl içinde ülke parası topluluk parası karşısında devalüe edilmiş olmalıdır.

### Amsterdam Kriterleri

2.1. Ekonomik ilkelere tüketicinin korunması prensiplerini de eklemiştir.

2.2. Tüm topluluk politikalarında çevre faktörü konusunda hassasiyet gösterilmesi kuralı geliştirilmiştir.

### Kopenhag Kriterleri (1993)

Bu kriterlerin belirlendiği zirvede AB konseyi birlik genişlemesinin merkezi Doğu Avrupa ülkelerini kapsayacağını ve adaylık için başvuracak bu ülkelerin tam üyelik öncesi bir takım kriterleri karşılamaları gerektiğini belirlemiştir.

Bu kriterler;

#### a. Siyasi Kriterler

Demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlıklara saygı gösterilmesini ve korunmasını garanti eden kurumların varlığı bulunmalıdır.

#### b. Ekonomik Kriterler

İşleyen ve aynı zamanda birlik içindeki rekabetçi baskılara ve diğer serbest piyasa güçlerine dayanabilecek bir serbest piyasa ekonomisinin varlığı olmalıdır.

#### c. Topluluk Mevzuatının Benimsenmesi

Siyasi, ekonomik ve parasal birliğin hedeflerine bağlı kalmak üzere üyelik için gerekli yükümlülükleri yerine getirebilmek kapasitesine sahip olmak.

Siyasi kriterlerin açılımı ise aşağıdaki gibidir.

Ülkenin çok partili bir sistemle yönetiliyor olması, hukukun üstünlüğüne saygı, idam cezasının yasalarda bulunmaması, azınlıklara ilişkin herhangi bir ayrımcılığın olmaması, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın yasaklanmış bulunması, İHAS'ın tüm maddeleri ile çekincesiz kabul edilmiş olması, Avrupa Konseyi Çocuk Hakları Sözleşmesinin kabul edilmiş olması.

Bütün bu şartlar gerekli ama yeterli değildir. Bir de bu ilkelerin aday ülke tarafından kesintisiz uygulanıyor olması şartı vardır.

## **Ekonomik Kriterlerin Açılımı**

### **A. Etkin Bir Piyasa Ekonomisinin Varlığı İçin;**

Arz-talep dengesinin piyasa güçlerinin bağımsız bir şekilde karşılıklı etkileşimi ile kurulmuş olması,

Ticaret kadar fiyatların da liberal olması, piyasaya giriş ve çıkışların önünde engel bulunmaması (yani yeni firma açılması ve de iflaslar)

Mülkiyet haklarını (fikri ve sınai) içeren düzenlemeleri kapsayan yasal bir sistemin olması ve bu yasalar ile düzenlemelerin icra edilebilmesi,

Fiyat istikrarını içeren bir ekonomik istikrara ulaşılmış olması ve sürdürülebilir bir dış ticaret dengesinin varlığı,

Ekonomik politikaların gerekleri hakkında geniş bir fikir birliğinin olması,

Mali sektörün tasarrufları üretim yatırımlarına yönlendirebilecek kadar iyi gelişmiş olması gerekmektedir.

### **B. Birlik İçinde Rekabet Edebilme Kapasitesinin Sağlanabilmesi İçin;**

Öngörülebilir ve istikrarlı bir ortamda karar alabilen ekonomik kurumların makro ekonomik istikrarının olması ve bununla birlikte işlevsel bir piyasa ekonomisinin varlığı,

Alt yapı, eğitim ve araştırmayı içeren yeterli miktarda fiziki ve beşeri sermayenin olması,

Firmaların teknolojiye uyum sağlama kapasitesinin bulunması gereklidir.

### **C. Topluluk Mevzuatına Uyum İçin Gerekenler;**

### **a. Birliğin siyasi ile ekonomik ve parasal birlik hedeflerini kabul edebilmek için;**

1. Birliğin ortak dış politika ve güvenlik politikasına etkili bir katılım için aday ülkelerin buna hazır olması,

2. Ekonomik ve parasal birlik konusunda ise merkez bankasının bağımsızlığı, ekonomik politikaların koordinasyonu, istikrar ve büyüme paktına katılım, merkez bankasının kamu sektörü açıklarını finanse etmesinin yasaklanması gibi konularda üye ülkelerin aldıkları kararlara katılmak gerekmektedir.

### **b. Birliğin aldığı kararlara ve uyguladığı yasalara uyum sağlamak için;**

1. GB, malların serbest dolaşımı, sermayenin serbest dolaşımı gibi ortaklık anlaşmalarında belirtilen şartlara uyum sağlanması,

2. Tek pazara geçişi gerektiren topluluk müktesabatına uyum sağlanması,

3. Toplumun tarım, iletişim ve bilgi teknolojileri, çevre, ulaşım, enerji, taşımacılık, tüketici hakları, adalet ve iç işleri, iş gücü ve sosyal haklar, eğitim ve gençlik, vergilendirme, istatistik, bölgesel politikalar, genel dış ve güvenlik politikası gibi alanlardaki her türlü düzenlemesine uyum sağlanması gerekmektedir.

## **6. Katılım Ortaklığı Belgesi (2000)**

AB Konseyi Helsinki Zirvesinde Türkiye'nin adaylık statüsünü tanıdıktan sonra Kopenhag kriterlerinin yerine getirilmesi yönündeki reformlar ve diğer olumlu gelişmeler konusundaki Türkiye'nin niyetini ve gayretini memnuniyetle karşıladıktan sonra daha önceki AB Konseyi sonuçları

do rultusunda bir katılım ortaklığı belgesi hazırlanması kararı almıştır. Belge, siyasi ve ekonomik kriterler ile üye ülke yükümlülükleri ışığında katılım hazırlıklarının uygulanması gereken öncelikleri içerecek ve müktesebatın benimsenmesi için ulusal programa eşlik edecektir.

### Amaçlar

KOB'un amacı AB üyeliği yolunda Türkiye'nin kaydettiği gelişmeler hakkında komisyonun 2000 ilerleme raporunda saptanan ileriye yönelik çalışmaların öncelikli alanlarını, bu önceliklerin uygulanmasında Türkiye'ye sağlanacak mali imkanları ve bu yardıma ilişkin koşulları tek bir çerçeve altında toplamaktır. Türkiye'nin katılım ortaklığı temelinde AB mevzuatına uyuma ilişkin ulusal programını bu yıl içinde benimsemesi beklenmektedir. Ulusal program KOB'un ayrılmaz bir parçası olmakla birlikte belgenin kapsamındaki öncelikler katılım ortaklığına uymalıdır.

### İlkeler

Her aday devlet için saptanmış olan temel öncelik alanları, üyelik için aşağıdaki koşulların zorunlu olduğu kaydeden Kopenhag kriterlerini yerine getirme yeteneği ile bağlantılıdır.

- Aday devlet demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları, azınlıklara saygı ve onların korunmasını güvence altına alan kurumların istikrarını sağlar. İşler bir Pazar ekonomisinin varlığı ve ayrıca, birlik içindeki rekabet baskısı Pazar güçleri ile baş edebilme yeteneği, siyasi, ekonomik ve parasal birliğin amaçlarına bağlılık dahil, üyelik yükümlülüklerini üstlenme yeteneğine sahip olmalıdır.

- Aday devletler AB anlaşmalarında belirlenen hedefleri ve amaçları paylaşmalıdır. Bu bağlamda, BM yasasına uygun olarak uyumsuzlukların barışçı çözümü ilkesi benimsenmeli, adaylar aralarındaki mevcut tüm sınır sorunlarını ve diğer tüm sorunları çözmek için her türlü gayreti göstermelidir. Makul bir sürede çözüm gerçekleşmez ise uyuşmazlıklar uluslararası adalet divanına götürülmelidir.

Bu ilke yönünde AB konseyi, Türkiye'yi tüm taraflarla birlikte Kıbrıs sorununun kapsamlı çözümünü amaçlayan sürecin başarı ile sonuçlanması yönünde BM Genel Sekreterinin çabalarına destek olunmasına devam edilmesi yönünde teşvik etmektedir.

### Öncelikler ve Orta Vadeli Hedefler

Katılım ortaklığının öncelikleri ve orta vadeli hedefleri iki gruba bölünmüştür. Kısa vadede sıralananlar, Türkiye'nin 2001 yılına kadar bunları tamamlaması veya somut olarak ileriye götüreceği adımları atması beklentisi esas alınarak seçilmiştir. Orta vadede sıralananlar ise, tamamlanması bir yıldan fazla sürmesi mümkün ancak imkanlar ölçüsünde çalışmalarını 2001 yılı içinde başlatılması beklenenlerdir.

Ayrıca AB mevzuatının yasalara geçirilmesinin tek başına yeterli olmadığı, ancak AB'nin uyguladığı standartlarda uygulanmasının güvence altına alınması ile yükümlülüklerinin yerine getirilebileceğinin altı çizilmiştir.

#### 1. Kısa Vadeli Öncelikler;

A. Güçlendirilmiş siyasi diyalog ve siyasi ölçütler;

a. Helsinki Sonuçlar Bildirgesinin 9.a. Maddesinde atıf yapıldığı gibi, BM Genel Sekreterinin Kıbrıs sorununa kapsamlı bir çözüm bulunması sürecini başarılı bir sonuca ulaşmaya yönelik çabalarını güçlü bir biçimde desteklemek,

b. İHAS'nin 10. Maddesinde de rultusunda, ifade özgürlüğü hakkı için anayasal ve yasal güvenceleri güçlendirmek ve bu hususta mevcut mahkumiyetler için bir çözüm üretmek,

c. İşkence uygulamalarına karşı mücadeleyi güçlendirmek için yasal hükümleri buna uygun hale getirmek ve gerekli her türlü tedbiri almak. Konuyu Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesine uyumlulaştırmak,

d. Duruşma öncesi gözaltı süreleri ve bu süreçteki prosedür ve uygulamaları, İHAS ve İşkenceyi Önleme Komitesi tavsiyeleri de rultusunda daha uyumlu hale getirmek,

e. Her türlü insan hakları ihlaline karşı yeniden yargılanma hakkı tanınmasını sağlamak,

f. Diğer ülkeler ve örgütlerle işbirliği içinde kanun uygulayıcılarının insan hakları konusunda eğitimini yolum olarak sağlamak,

g. Yargının işleyiş ve etkinliğini uluslararası standartlara uygun olarak iyileştirmek. Özellikle hakim ve savcılarının AB mevzuatı çerçevesinde eğitimlerini güçlendirmek,

h. Ölüm cezası ile ilgili fiili uygulamazlığın devam ettirilmesi,

i. Türkiye içindeki vatandaşların kendi anadillerinde televizyon ve radyo yayını yapmalarını yasaklayan her türlü yasal hükmün kaldırılması,

k. Özellikle güneydoğuda durumun iyileştirilmesine yönelik

olarak bölgelerarası dengesizliklerin azaltılmasına çalışılarak bütün vatandaşların ekonomik, sosyal ve kültürel olanaklarının artırılmasına dair kapsamlı bir yaklaşım geliştirmek.

#### B. Ekonomik Ölçütler

a. Özellikle kamu harcamalarının denetim altına alınmasına ilişkin olarak İMF ve Dünya Bankası ile üzerinde mutabık kalınan halihazırdaki enflasyonla mücadele ve yapısal reform programının uygulanmasını sağlamak,

b. Saydamlığın sağlanmasını gerçekleştirmek amacıyla mali sektör reformunun uygulanmasına süratle başlanması,

c. Yıllık mali durum bildirimini içeren bir katılım öncesi mali izleme yönteminin hazırlanması,

d. Tarımsal reformların sürdürülmesi,

e. Sosyal unsur dikkate alınarak devlet işletmelerinin özelleştirilmesine devam edilmesi,

#### C. İç Pazar

a. Fikri haklar mevzuatı uyumuna devam edilmesi ve korsanlıkla mücadelenin güçlendirilmesi,

b. Malların serbest dolaşımı hususunda Avrupa standartları, belgelendirme ve uygunluk de erlendirmesi ve markalama konularında uyumun hızlandırılması,

c. Ticaretin önündeki teknik engellerin kaldırılması,

d. Rekabet konusunda devlet yardımlarının AB mevzuatı ve uygulamasına uyumlulaştırılması,

e. Kamu alımlarında daha saydam ve hesap verilebilir bir sistem oluşturulmak suretiyle Topluluk müktesebatına uygunluk sağlanması,

KOB'nde, Türkiye için konan kısa vadeli hedefler; tarım, balıkçılık, taşımacılık, istatistik, istihdam ve sosyal konular, enerji, telekomünikasyon, bölgesel politika ve yapısal araçların eşgüdümü, kültürel, görsel ve işitsel sektör politikası, çevre, adalet ve işleri, gümrükler ve idari ve adli kapasitenin pekiştirilmesi alt başlıklarında devam etmektedir. Ancak bu başlıklar altındaki hedefler çok teknik oldukları ve bizim daraltılmış asıl konumuzu teşkil etmediklerinden ayrıntılı alıntılanmamıştır. İlgilenenler KOB'nin ilgili bölümlerine bakabilir.

## 2. Orta Vadeli Öncelikler

### A. Güçlendirilmiş Siyasi Diyalog ve Siyasi Ölçütler

a. Helsinki sonuçlar bildirgesine uygun olarak, siyasi diyalog ilkesi dahilinde devam eden sınır anlaşmazlıklarını ve di er ilgili konuları bildirgenin 4. Maddesi paralelinde çözüme kavuşturmaya yönelik her türlü çabayı sarfetmek,

b. Hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın ve dil, renk, cinsiyet, politik düşünce, felsefi inanç veya dinlerine bakılmaksızın tüm bireylerin tüm insan hakları ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanmalarının güvence altına alınması. Bu ba lamda düşünce, vicdan ve din özgürlüklerinden yararlanma koşullarının daha da geliştirilmesi,

c. Türk anayasasının ve di er ilgili mevzuatın, bütün Türk vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini Avrupa İnsan Haklarının Korunması Sözleşmesinde belirtildi i gibi güvence altına alan bir bakış açısıyla tekrar gözden geçirilmesi ve bu tür yasal reformların uygulanmasının Birlik uygulamasıyla uyumlulaştırılması,

d. Ölüm cezasının kaldırılması, İHAS'nin 6 No'lu protokolünün imzalanıp onaylanması,

e. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve tercihli protokolünün ve Uluslar arası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin onaylanması,

f. Nezarethanelerdeki gözaltı koşullarının BM'ce belirlenen kurallar dahilinde ve uluslar arası normlara uygun hale gelecek şekilde düzeltilmesi,

g. MGK'nın danışma organı niteliindeki anayasal rolünün Birlik üyesi ülkelerin uygulamalarına uygun hale getirilmesi,

h. Güneydo u'da halen devam etmekte olan ola anüstü hali kaldırılması,

i. Kültürel çeşitlili in sa lanması ve kökenlerine bakılmaksızın tüm vatandaşların kültürel haklarının güvence altına alınması ile bu hakların kullanılmasını engelleyen her türlü yasal hükmün kaldırılması.

### B. Ekonomik Ölçütler

a. Özelleştirme sürecinin tamamlanması,

b. Tarım ve mali sektör reformlarının tamamlanması,

c. Emeklilik ve sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirli inin güvenceye alınması,

d. Genç kuşa a ve dezavantajlı bölgelere özel önem verilerek genel e itim ve sa lık düzeyinin yükseltilmesi,

### C. İç Pazar

a. AB müktesebatı ile uyumun tamamlanması. Birlik üyesi devletlerin her türlü ticari standardının yakalanması. Piyasa ve uygunluk denetimi yapılarının güçlendirilmesi.



b. Yabancı yatırımcılar için kısıtlamaları kaldırılması,

c. Devlet yardımlarının AB uygulamasına uygun hale getirilerek rekabet konusunun Birlik uygulamaları düzeyine yükseltilmesi,

d. Tekeller ve özel haklardan yararlanan şirketler ile ilgili mevzuatın uyumu,

e. Kamu ihalelerinin, AB müktesebatı paralelinde gerekli rejime oturtulması için tüm zorunlu tedbirlerin alınması,

f. Vergilendirme konusunda ulusal mevzuatın AB müktesebatı ile tam uyumunun sağlanması,

g. Tarımsal politikaların AB müktesebatı ile uyumunun tamamlanması,

h. Gıda işleme kuruluşlarındaki hijyen ve halk sağlığı standartlarının AB standartlarına uyum sağlayacak şekilde modernizasyonunun sağlanması,

KOB'nde, kısa vadeli hedefler başlı altında sayılan tüm altb aşlıklar içeriindeki teknik özellik taşıyan ve tamamen spesifik alanları ilgilendiren konular, orta vadeli öncelikler kapsamında da ele alınmıştır. Ancak biz bunları, daha önce yaptığımız izah dairesinde buraya yine taşımıyoruz. Fakat Adalet ve İçişleri başlı altında belirlenen öncelikler, bizim bu çalışmamızı yakından ilgilendirdiği için bunlara yer vereceğiz.

#### D. Adalet ve İçişleri

Topluluk hukuku ile adalet ve içişleri alanında AB müktesebatı uygulamaları konularında etkin programları geliştirilmesi. Özellikle polisin hesap verme sorumluluğunun güvenceye alınmasına yönelik olarak adalet ve içişleri kurumlarının daha da

güçlendirilmesi ve geliştirilmesi beklenmektedir.

Yine iltica konusundaki 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne konulan co rafi çekincenin kaldırılması ve mülteciler için konaklama tesisleri ve sosyal destek mekanizmalarının geliştirilmesi,

Yolsuzluk, uyuşturucu ile mücadele, organize suçlar, kara para aklanması, ceza hukuk ve medeni hukuk alanlarında ve adli işbirliği konularında AB müktesebatının kabulü ve uygulanması, bu alanlardaki uluslar arası işbirliğinin daha da yo unlaştırılması,

İdari ve adli kapasitenin güçlendirilmesi,

AB politikalarının verimli yönetiminin güçlendirilmesi ve Schengen Sözleşmesi'nin tam olarak uygulanmasına hazırlık dahil olmak üzere kamu idaresinin modernizasyonuna yönelik reformun tamamlanması,

İç ve ba ımsız kontrol için yasal çerçevenin tamamlanması,

Bölgesel reformların tamamlanarak bölge ve belediye yönetimi kavramlarının geliştirilmesi gibi adımlar beklenmektedir.

#### 4. Programlama

Türkiye 96-99 döneminde yıllık ortalama 90 milyon Euro'nun biraz üzerinde olmak üzere 376 milyon Euro hibe yardımı almıştır. Ayrıca gümrük birliği uygulaması için 3 yıl boyunca 5 milyon Euro ve ekonomik ve sosyal kalkınmayı teşvik edecek tedbirlerin alınması için 3 yıl boyunca 45 milyon Euro finansman desteği alacaktır.

Türkiye'ye bu aşadaki şekilde tahsis edilecektir:

- %50'si Türk mevzuatı ve uygulamalarının AB müktesebatına

uyumunu sağlayacak yapısal ve sektörel reformlarına,

- %50'si de bütünleşmeyi hedefleyen diğer önlemlerin alınması için ayrılmıştır.

## 5. Koşullar

Türkiye'ye katılım öncesi toplulukça sağlanacak finansman yardımı, Türkiye'nin ortaklık antlaşması, gümrük birliği ve diğer hususlardaki yükümlülüklerini yerine getirme iradesine bağlıdır. Bu noktada Kopenhag kriterlerinin karşılanması yönündeki adımlar gözlenebilecektir. Katılım dahilinde üstlenilen yükümlülüklere uymamazlık, konsey tarafından mali yardımların askıya alınmasını sonuçlayabilecektir.

## 6. İzleme

Katılım ortaklığının uygulanması ortaklık antlaşması çerçevesinde izlenecektir. Ortaklık komitesi tüm gelişmeleri izleme ve öncelikler ile orta vadeli amaçların yerine getirilmesinde karşılaşılan sorunları ve alt komiteler tarafından kendisine gönderilen diğer konuları tartışır.

Üyeli e giden süreçte birli in Türkiye'de olan beklentilerini KOB ile açıklamasına karşılık Türkiye de bu beklentileri hazırlayaca ı bir ulusal program ile cevaplayacaktır. İşte bu konseptte hazırlanarak Toplulu a açıklanan Ulusal Program, Katma Protokol ve KOB'ndeki tam üyeli e ilişkin süreçte düzenlenmesi gerekli olan tüm alanları kapsayıcı mahiyette oldukça geniş ve ayrıntılı bir belgedir. Fakat biz yine daraltılmış konumuzun da ılmaması için ve daha ziyade teknik ve spesifik olan düzenlemeleri burada konu etmek istemedi imizden bu

ulusal programın da saha çok siyasi bölümü üzerinde duraca ız.

## 7. Ulusal Program (2001) (Siyasi Bölüm)

### 1. Giriş

Modern Türkiye Cumhuriyeti'nin özünde barışçı bir dış politika ile laiklik, hukukun üstünlü ü, ço ulcu ve katılımcı demokrasi, insan hak ve özgürlükleri bulunur.

Cumhuriyetin kurulması ile birlikte hukuk ve soysal düzenini batı normlarına göre kuran Türkiye, 1946 yılında çok partili siyasi hayata geçmiş, başta basın özgürlü ü sendikal haklarda olmak üzere açık ve katılımcı bir toplum düzeni yolunda çok önemli mesafeler kaydetmiştir. Türkiye'nin demokratik gelişimi ve hukuk düzeni, dinamik bir evrim sürecine girmiştir.

Türkiye, barışçı dış politikası çerçevesine komşularıyla ilişkilerinin geliştirilmesine özen gösterecek, bu ba lamda Yunanistan ile sorunlarına diyalog yoluyla çözümler getirilmesi için girişim ve çabalarını sürdürecektir. Türkiye, Kıbrıs'ta tarafların egemen eşitli ine ve ada gerçeklerine dayalı karşılıklı olarak kabul edilebilir bir çözüm kapsamında yeni bir ortaklık kurulması için BM Genel Sekreterinin iyi niyet misyonu çerçevesindeki çabalarına destek vermeye devam edecektir. Bir AB üyesi olarak demokratik ve laik bir Türkiye modeli, Türk Dünyası ile İslam aleminin evrensel de erler temelinde ilerlemelerinde, Balkanlar, Kafkaslar, Orta Asya ve Orta Do u co rafyalarında istikrar sa layacak yeni bir mayalanma sürecinin başlamasında, Avrupa ile Asya'nın yakınlaştırılmasında, kısacası Avrasya'nın ça daşlaşma

yolunun genişletilmesinde etkili olacaktır.

Türk halkı, ça daş de erlere uyumu vazgeçilmez bir yaşam tarzı ve daimi bir hedef olarak benimsemiştir. Halkımız, tarihsel birikim ve deneyimi ile yüzyılların şekillendirdi i uygarlık bilinci sayesinde Avrupa'nın birleşmesi ideali ba lamında önemli görev ve sorumluluklar üstlenmeye hazır ve muktedirdir. Bu çerçevede Türkiye'nin AB müktesebatını özümseme iradesi tamdır.

AB'ne üyelik hem ulusal kimli imizin bileşiminde yer alan ülkülerle örtüşmekte hem de Türkiye için bilinçli bir tercihin ve ça daşlaşmada yeni ufuklar açmanın bir vasıtası haline gelmektedir.

Türkiye, başta insan hakları ve demokrasi alanlarında olmak üzere; AB müktesebatı niteli indeki evrensel normlar ile AB ülkelerinin uygulamalarına daha fazla uyum sa lamak amacıyla gerekli tüm uluslararası sözleşmelere taraf olacak ve bunların etkin şekilde uygulanmasını sa layacak tedbirleri alacaktır.

Türkiye'nin AB üyesi i farklı kültürler arasında uyum kurma özlemi taşıyan dinamiklerin tarihin akışı ile buluştu unu simgeleyecek ve Avrupa'nın manevi dokusunu zenginleştirecekti.

## 2. Siyasi Kriterler

### a. Siyasi Kriterler

Türk hükümeti siyasi, idari ve yargı reformlarına ilişkin çalışmalarını 2001 yılında hızlandıracak ve önerilerini mümkün olan en kısa zamanda TBMM ye sunacaktır. Bu ba lamda amaç, özgürlükçü katılımcı, güvenceli devlet organları arasında görev ve yetkileri dengeleyen hukuk devleti

ilkesini üstün kılan anayasa ve yasa hükümlerinin Türkiye'nin uluslar arası taahhütleri ile Ab standartları temelinde daha da geliştirilmesidir. Demokrasi ve insan hakları alanlarındaki reform sürecinde öncelikle anayasa gözden geçirilecektir. Anayasa de işiklikleri yasal düzenlemelerin de çerçevesini belirleyecektir.

Türkiye insan hakları demokrasi ve hukukun üstünlü ü alanlarında kaydedilecek gelişmeleri sürekli olarak izleyecek, AB müktesebatına uyum çalışmalarının düzenli şekilde de erlendirecek ve bu çalışmaların hızlandırılması için gerekli tüm önlemleri alacaktır.

### b. Düşünce ve İfade Özgürlü ü

Türk hükümeti ifade özgürlü ünün AB müktesebatı ile AB üyesi ülkelerin uygulaması ış ında geliştirilmesine önem ve öncelik vermektedir. Anayasa ve di er mevzuattaki ilgili hükümlerin İHAS'nin 10. Maddesindeki toprak bütünlü ü ve ulusal güvenli in korunmasını öngören ölçütleri ile laik ve demokratik cumhuriyeti, üniter devlet yapısını ve milli birli i koruma kriterleri temelinde gözden geçirilmesi öngörülmektedir.

Bu anlayış do rultusunda kısa vadede;

1. Anayasanın temel hak ve hürriyetlerle ilgili bölümlerinin başta düşünceydi açıklama ve yayma, bilim ve sanat ilke basın özgürlükleri ile ilgili hükümler olmak üzere gözden geçirilmesi,

2. TCK'nın 312. Maddesinin korudu u de erler zedelenmeden gözden geçirilmesi,

3. TMK.'nın 7 ve 8. Maddelerinin gözden geçirilmesi,

4. RTÜK Kanununun gözden geçirilmesi,

5. Basın suçlarının kapsamı ve öngörülen cezalarla ilgili olarak

basın kanununun gözden geçirilmesi planlanmaktadır.

Orta vadede, ise;

1. Siyasi Partiler Kanunu'nun,

2. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ve Tüzü ü, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeli i ile Sahil Güvenlik Komutanlı ı Kanunu ve Tüzü ünün,

3. 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nu ile ilgili di er mevzuatın gözden geçirilmesi

4. Yeni TC.'nin yasalaşması,

5. AİHM kararları uyarınca ödenen tazminatların kusurlu kamu görevlilerinden tahsili için çalışmalar yapılması planlanmaktadır.

#### **c. Dernek Kurma Özgürlü ü, Barışçı Toplantı Hakkı ve Sivil Toplum**

Türk Hükümeti sivil toplum gelişmesini önemsemekte bunun için gerekli katkıyı sa lamayı görev addetmektedir.

Bu açıdan kısa vadede;

1. Ekonomik ve sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri hakkında kanun tasarısının yasalaşması,

2. Sivil toplum örgütleri ile ekonomik ve sosyal demokrasini uzantısı niteli indeki kurumsal yapılanmanın anayasal güvenceye kavuşturulması,

3. İş Güvencesi Yasa Tasarısının yasalaşması öngörülmektedir.

Orta vadede ise;

1. Sendikal haklarla ilgili, mevcut sınırlamaların gözden geçirilmesi, hak grevi yapılmasına olanak tanınması için anayasanın ilgili maddelerinin yeniden düzenlenmesi,

2. Sendikal hakların 87 ve 98 sayılı İLO sözleşmeleri uyarınca ve Avrupa Sosyal Şartı do rultusunda yeniden düzenlenmesi,

3. Dernek kurma özgürlü ü ile toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili mevzuatın gözden geçirilmesi öngörülmektedir.

#### **d. İşkence ile Mücadele**

Türk Hükümeti, işkenceyle mücadele konusunda karardır. Bunun için, e itimden başlayarak işkence olaylarının aydınlatılması ve sorumluların cezalandırılmasına kadar uzanan yasal ve idari önlemleri güçlendirmiştir. Bu çerçevede yakın dönemde bazı önlemler alınmıştır. Bunlar; Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeli i'nin etkin şekilde uygulanması amacını teminen 99 Haziranında başbakanlık genelgesi yayınlanması, 99 A ustosunda TCK.'nin işkence ve kötü muamele ile ilgili maddeleri de iştirilerek, işkence ve kötü muamelenin tanımı uluslararası sözleşmelere uygun şekilde yeniden yapılmış, cezalar artırılmış ve ayrıca gerçe e aykırı rapor düzenleyerek işkenceyi gizleyen sa lık personeline cezalar getirilmesi, 99 Aralıkta yapılan düzenleme ile Memurların Yargılanması Hakkında Kanun'da yapılan de işiklik ile kamu görevlileri hakkındaki soruşturma ve takibatın süratlendirilmesi sa lanmıştır.

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi konusunda bir dizi mevzuat de işikli i yapılması planlanmıştır. Kısa vadede;

1. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ve Tüzü ü, Jandarma Teşkilat Görev Yetkileri Kanunu ve Yönetmeli i, Sahil Güvenlik Komutanlı ı Kanunu ve Tüzü ünün gözden geçirilmesi,

2. Adli Tıp Kurumunun modernizasyonunun

gerçekleştirilmesi  
öngörülmektedir.

Orta vadede ise;

1. Yeni Türk Ceza Kanununun,
2. Yeni CMUK'un yasalaşmasının sa lanması,
3. Güvenlik güçlerinin e itilmesi,
4. İşkenceye u radı ı kanıtlanan kişiye karşı bu fiili işleyenlerin müşterek ve müteselsil hukuki sorumlulu unun yasa hükmüne ba lanması hedeflenmektedir.

#### **e. Duruşma Öncesi Gözaltı**

Bu kanunun, Topluluk mevzuatı ve uygulamasına uyumlulaştırılması amacıyla;

1. Anayasanın 19/6. Maddesinin gözden geçirilmesi,
2. Yeni CMUK'un yasalaştırılması,
3. DGM Kanununun de iştirilmesi planlanmaktadır.

#### **f. İnsan Hakları İhlalleri Sonuçlarının Düzeltilmesi İmkanlarının Güçlendirilmesi**

Türk Hükümeti bu amaca yönelik olarak;

1. Yeni CMUK'un,
2. Terör ve Terörle Mücadeleden Do an Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Tasarısının yasalaşmasını öngörmektedir.

#### **g. Devlet Memurları İle Kamu Görevlilerinin İnsan Hakları Konusunda E itimleri**

Bu çerçevede;

1. Polis okullarındaki ö retim sürelerinin 9 aydan 2 yıla çıkarılması amacıyla yasal düzenlemeler yapılması,
2. BM İnsan Hakları E itimi On Yıllı Programı çerçevesinde hazırlanmış olan İçişleri

Bakanlı ı ve Ba lı Kuruluşlarının İnsan Hakları E itimi Projesinin (2000-2007) yürürlü e konması,

3. İlgili proje uyarınca 7 yıllık süre içerisinde tüm güvenlik güçleri mensuplarının insan hakları alanında e itilmesi öngörülmektedir.

#### **h. DGM Dahil Yargının İşlevselli i ve Verimlili i**

Bu konuda kısa vadede;

1. Anayasanın DGM'ne ilişkin hükümleri ile DGM Kanununun gözden geçirilmesi,

2. Savunmanın temel unsurlarından biri oldu unun anayasa hükmü olarak tesciliyle savunmanın güçlendirilmesi ve Avukatlık Kanununun çıkartılması,

3. Yargı ba ımsızlı ını sınırlayan hükümlerin gözden geçirilmesiyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeniden yapılandırılması,

4. Adli Tıp Kurumunun yeniden modernize edilmesi,

5. İnsan Hakları E itimi On Yıllı faaliyetlerinin yo unlaştırılması ve hakim ve savcılar Birlik üyesi ülkelerde e itim imkanlarının artırılması,

6. Hakim ve savcılar için AİHM kararları hakkında periyodik meslek içi e itim programları düzenlenmesi öngörülmektedir.

Orta vadede ise;

1. 4483 Sayılı Memurlar ve Di er Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun uygulamada edinilen tecrübeler ışığı nda gözden geçirilmesi,

2. Askeri Ceza Kanunu ile 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ve 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun gözden geçirilmesi,

3. OHAL yasasının genel anayasa ve mevzuat de işikleri ışığında gözden geçirilmesi hedeflenmektedir.

**i. Ölüm Cezasının Kaldırılması**

TCK'ndan ölüm cezasının kaldırılması hususu, şekil ve kapsamı itibarıyla TBMM tarafından orta vadede ele alınacaktır.

**j. Kültürel Yaşam ve Bireysel Özgürlükler**

Ayrılcı ve bölücü amaçlarla olmamak kaydıyla vatandaşların günlük yaşamlarında farklı dil ve lehçe kullanmaları serbesttir.

**k. Tüm bireylerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve dil, ırk, renk, cinsiyet, görüş, felsefi inanç ve dinine bakılmaksızın tüm insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam olarak yararlandırılması**

Düşünce, vicdan ve din özgürlükleri anayasamızın yürürlükteki 10. Maddesi ile ayrılcılığı çok kapsamlı bir şekilde yasaklamış olup anayasa ve kanunlar önünde herkesin eşit olduğu ilkesini benimsemiştir. Bu konuda kısa vadede;

1. BM Her Türlü Irk Ayrımının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin sonuçlandırılması,

2. Kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları ilkesine anayasada yer verilmesi

3. Yeni medeni kanunun yasalaşması,

4. Çocuk işçiliğinin önlenmesine yönelik ilgili antlaşmalara taraf olunması programlanmaktadır.

Orta vadede ise;

1. BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrılcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokolün sonuçlandırılması,

2. AİHS'ne ilişkin bu sözleşmede ve bu sözleşmeye ek birinci protokolde yer alanlardan başka bazı hak ve özgürlükleri tanıyan 4 No'lu protokolün sonuçlandırılması,

3. Aynı sözleşmesinin Ek 7 No'lu protokolünün sonuçlandırılması,

4. Avrupa Sosyal Şartı'nın gözden geçirilmiş haliyle sonuçlandırılması,

5. AİHS'nin ayrılcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesinin kapsamını genişleten Ek 12 No'lu protokolün sonuçlandırılması,

6. Ülkemizde yaşayan gayrimüslimlerin dini vecibelerini ve diğer kendileriyle ilgili uygulamalarını kamu düzeni hassasiyeti çerçevesinde kolaylaştıracak tedbirlerin alınması,

1. Anayasanın ve ilgili diğer yasaların Avrupa müktesebatına uyumu

1. Türk hükümeti kısa vadede anayasasının AİHS ışığında gözden geçirilmesi,

2. Orta vadede ise yasalarda gerekli değişikliklerin yapılmasını öngörmektedir.

m. BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ek İhtiyati Protokolü ve BM Uluslararası Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmelerinin imzası,

Olabilecek çekincelerle birlikte TBMM'ne sunacaktır.

n. Cezaevlerindeki Tutukluluk Koşulları

Türk Hükümeti bu konudaki sorunların giderilmesi hususunda karardır.



Tüm Avrupa'da terk edilmiş olan ko uş sistemi ÷lkemizde de terk edilmektedir.

Bu konudaki standartlar Birlik standartları seviyesine çıkartılacaktır. Bu alanda kısa vadede; 1. Adalet Bankalı ı ve savcılarının cezaevlerindeki denetimlerinin daha etkin hale getirilmesi sa lanacak, 2. Terör suçlularının da açık görüş yapma ve iş yurdu çalışmalarına katılmaları yönünde ilgili yasa tasarısında ger ekli özen gösterilecektir.

#### **o. Milli Güvenlik Kurulu**

Anaysa ve yasaların ilgili maddeleri b u kurulun yapısı ve işlevini daha açık bir biçimde tanımlayacak bir şekilde orta vadede gözden geçirilecektir.

#### **p. Ola anüstü Hal**

OHAL'in tamamen kaldırılması bu bölgelerdeki gelişmeler ve güvenlik de erlendirmesi ışığı nda ele alınacaktır.

Ulusal Programın siyasi bölümü burada sona ermektedir. AB'nin Katma Protokol ve Katılım Ortaklığı Belgesi ile müktesebatına uyum dairesinde Türkiye'den bekledi i teknik ve spesifik daha bir çok alana Türkiye, Ulusal Programının bu yöndeki bölümleri ile karşılık vermiştir. Tarım, balıkçılık v.s. gibi çok teknik özellik gösteren bölümler yine yukarıda de inilen gerekçeler ile buraya taşınmayıp asıl konuyu teşkil eden siyasi bölüm ile yetinilmiştir. İlgili olanların KOB ve UP'daki bu bölümlere bakmaları mümkündür.

### **8. Katılım Ortaklığı Belgesi ve Ulusal Program Üzerine Bir Kısa De erlendirme**

Türkiye'nin hikmeti kendinden menkul rejiminde demokrasi ve insan hakları konu ve uygulamaları her zaman sıkıntı yaratan konular olmuştur. Öyle ki, 1920'lerde yönünü net bir şekilde Batı'ya çevirmiş olan Türkiye Cumhuriyeti, teorik olarak kutsadı ı Batı tipi yaşam tarzının kimi olguları karşısında ne orada ne burada denilebilecek bir konumda kalmıştır. Öyle böyle bir şekilde bugünler kadar gelinmiş olması bundan sonra da bu garabetin aynen devam ettirilebilece i anlamına gelmemekte hele ki AB ile tamam mı devam mı kararının verilece i bu yakın günlerde Türkiye'nin böylesi bir lüksü de bulunmamaktadır.

Türkiye, şimdiye kadar bol "ama"lı cümlelerle başlayan ve her şeye kadir "kendi özel durumları" gerekçeleriyle çekinik kaldı ı demokrasi ve insan hakları konularında artık esaslı bir karar vermek zorundadır. 1959'da Ankara Antlaşması ile başını ba ladı ı AB ile e er izdivaç istiyorsa onun geliştirmiş oldu u standartlara uymak mecburiyetindedir. Zira yamalı bohçaya benzeyen demokrasisi ve mevzuatındaki zebil miktar "ama"ları sayesinde hilkat garibesine döndürülmüş olan insan hakları foto rafı ile bırakın AB'ne dahil olmayı yakınından bile geçebilir halde de ildir.

KOB'ne bakıldı ında AB'nin ortaya net standartlar koydu u ortadadır. Sivil siyaset üzerinde militer etki istememekte, demokrasinin en olgun haliyle tatbikinin gereklili ini ortaya koymakta, insan hak ve hürriyetleri konusunda devletin baştan aşaya hassasiyet göstermesini şart koştunu ilan etmektedir. Hatta bunların sadece mevzuatlarda yapılacak sihirli de işikliklerde kalmaması gerekti inin, tatbik edilmedikten sonra bu tür hinlikleri yutmayacağını altını çizmektedir.

Türkiye'deki yönetici elit, kendi halkından gelen demokrasi ve özgürlük taleplerine bugüne de in sopa göstererek karşı koymuş halen de öyle yapmaktadır. Ancak bu kez içeriden gelen talepler ile AB'nin beklentileri kesişmektedir. Bu durum ise Türkiye'nin demokrasi konusundaki arızalı halinden memnun olan yönetici eliti tarihinde belki de ilk defa bu kadar kötü bir şekilde köşeye sıkıştırmış bulunmaktadır.

Şu dönem, ülke içindeki demokrasi taraftarları ve özgürlükçüler için tarihi bir fırsat vermektedir. Türkiye'nin demokrasisiyle, adaletiyle, vatandaşlarına tanıdığı geniş hak ve özgürlükleriyle özlenen bir ülke haline gelebilmesi hiç bu kadar yakın olmamıştır. Kuşkusuz ki bu herkesin yararınadır.

Ancak burada can sıkıcı bir nokta vardır. O da rejimin, kendi ülkesi insanları için de il de dışsal bir baskı sonucunda kendini yenilemek zorunda kaldığıdır. Aslında bunları net bir şekilde birbirinden ayırabilmek pek de mümkün de ildir. Ancak Türkiye'nin demokratikleşme yöneliminde AB beklentilerinin galip etken oldu u ortadadır. Bu hal ülke insanları için -yani bizler- etik bir sorun ortaya koyar mı? Soru budur.

Bizim bu konudaki görüşümüz şudur; dünyanın geldiği 21. Yüzyılda, iletişim olanakları bu denli gelişmiş iken insanlığın ortak kazanımlarının dünya üzerine yayılması çok do aldır. Kol kırılır yen içinde kalır önermesinin çok da geçerliliğinin kalmadığı bir dünya var artık. Toplumlar birbirlerinden kolayca haberdar olup birbirlerini kolayca etkileyebilmekteler. Pek tabii bu etkileme müspet yada menfi olabilir. Artık her toplum bunun ayrımını kendisi yapmalıdır. Bizim şu an üzerinde durduğumuz konu bakımından müspet bir etkileşim oldu u kanaatindeyiz biz. Çünkü

demokrasinin, özgürlüklerin geniş oldu u, adil bir sistemin iyi olmadığını herhalde hiç kimse söyleyemez. O halde bu konulardaki bir etkileşimin kabul edilebilir, olumlu bir etkileşim oldu unu söylememiz gerekir. Kaldı ki AB'nin şu anki geldiği noktanın Avrupa toplumlarının tarihsel kazanımlarının bir sonucu oldu unu atlayamayız. Yoksa AB'nin de erleri şu an görevde bulunan bir grup teknokratın marifeti de ildir.

Hasılı biz durumu toplumlara do al bir etkileşim olarak görüyor, bunun bir sorun içermediğini düşünüyoruz.

Türkiye'nin AB'ne girip girmemesi gerektiğinin başlıca gündem konularından biri oldu u şu günlerde, farklı çevreler farklı noktalardan bakarak farklı sonuçlara ulaşmakta bunu da ifade etmektedirler. Biz de son olarak kendi görüşümüzü söyleyip bitireceğiz.

## 9. Kanaatimiz

1- AB, eski ve mevcut olanla tüm balarını koparmış hilkat garibesi yeni bir insan tipi amacıyla ve hevesinde de ildir. Belli ilkeler dahilinde farklı toplumların bir arada yaşayabilmesini olanaklı kılmaya çalışan bir projedir. Bu bakımdan AB, sistemi içine almayı düşündüğü toplumlardan mevcut kimliklerini tamamen atıp öyle gelmelerini beklememektedir. Dolayısıyla AB'nin Müslüman Türkiye'yi kimliksizleştireceği kaygısı kanımca yersizdir.

2- Dünyayı do ru okuyabilen hiç kimse, hiçbir devlet ya da toplumun içe kapanarak, dış dünya dengelerine sözümona duyarsız kalarak başarılı ve devamında mutlu olabileceğini söyleyemez. Buradaki mutluluk lafını en geniş manasıyla anlamalıdır. İktisadi

gelişmişlik, dünya politikasında etkinlik, güvenlik hissi, kültürel ve bilimsel düzey ve her türlü gelişmişlik bunun içine girer. Ülkesi için içe kapanmayı bir siyaset olarak toplumuna teklif eden bir kimse bunun her türlü sonucundan da mesul tutulur. Bizler ki; ülkenin geleceğine talip insanlar olarak, o ya da bu gerekçeyle ama neticede böyle bir durumu sonuçlayacak tezler öne sürersek, geleceğe ilişkin şansımızın ne kadar olacağını düşünüyoruz? Bu konuda güncel iki örnek vermek istiyoruz; birincisi Kuzey Kore'dir ki, o ülke insanları açlıktan ölecek kadar fakir düşmüştür. İkincisi ise Küba'dır. Küba'da da fakirlik sebebiyle fuhuş korkunç boyutlara çıkmıştır.

Dolayısıyla reel planda aslında çok da alternatifi olmayan bir Türkiye'nin AB konusunda isteksiz davranması yukarıdaki olumsuz sonuca yol açacağından ülke intelejansiyası tarafından savunulabilir bir tez olmasa gerektir. Yoksa bir generalin teklif ettiği gibi Türkiye, Rusya ve İran'ı da içine alan ayrı bir blok mu oluşturmalıdır!!!?

3- Dünyayı iyi okuyabilmek bize bir önemli noktayı daha gösterecektir. Dünya güç dengesi artık Avrupa-ABD ekseninde oluşmaktadır. Baştan söyleyelim ki; bunlardan hiçbirinin asıl biz olmadığımız farkındayız. Ancak bu meseleye dair bir stratejimizin olmayacağı anlamına da gelmez. Bize göre bu eksen, ülke olarak, Avrupa'ya yakın durma stratejisi izlenmelidir. Bunun sebepleri vardır. En başta coğrafî yakınlıktır. İkincisi, halihazırdaki ticaret ve diğer insani ilişkiler hacmi gerçektir. 'Niçin Avrupa'ya diğer cevap; son bir iki yıldır kendini gösteren ABD merkezli yeni konsepttir ki çok çok önemli bir husustur. ABD'nin, dış politika itibarıyla geldiği nokta ortadadır. Hele de

11 Eylül olayından sonra ABD dış politikası terörle mücadele adı altında İslam karşıtı zeminine oturmuştur. Hal bu iken ABD tarafında olmak zaten olası değildir. Neticede Türkiye Müslüman bir ülkedir. Kaldı ki; ABD'nin Türkiye üzerindeki belirleyiciliği tartışmasızdır. AB ile mesafelilik Türkiye'yi düpedüz ABD eksenine sokmak sonucuna götürür. Bu işe, bizim gibi kimseler için son derece zararlı olup ayrıca bir devlet için de onur kırıcı bir durumdur. Bir gün ABD'ye bir konuda hayır diyebilmek için Türkiye AB'yi şimdiden arkalamalıdır.

AB alternatifi konusunda da birkaç nokta üzerinde durulmalı diye düşünüyoruz; elbette ki, AB toplulukları da bizim için mutlak birer yoldaş sayılmazlar. Ne var ki, çeşitlilik, farklı olana hoşgörü, bölge ve Ortadoğu politikaları, kendi içinde istikrar arama gibi daha bir çok nedenden ötürü tercih edilebilir görünmektedir. Mesela Filistin ve daha genelde Ortadoğu konusunda ABD politikaları ile AB destekli Fransız politikaları her zaman çatışır durumdadır. Ve Fransa'nın tezleri Müslümanların hukuku bakımından her zaman daha kabul edilebilir seviyededir. Fransa bu politikaları, tabii ki Müslümanlara olan aşkından dolayı sergilememektedir. Ama nihayetinde bir donedir, atlayamayız. Yine örneğin ABD'nin tüm ambargo gayretlerine rağmen Almanya, İran ile yüksek bir ticaret hacmine sahiptir. Bu giderek de artmaktadır. Bu da önemli bir donedir.

Sonuç itibarıyla, ABD'nin tasarladığı yeni dünya düzeni projesine karşı alternatif bir projesinin bulunduğunu işaretlerini veren AB, yukarıdaki gerçekler de göz önünde tutularak projesinde desteklenmeli hatta bu proje çalışmasına kendi

önergelerimiz de ortaya konularak dahil olunmalı diye düşünüyorum.

4- AB konusu bir din-iman konusu de il bir strateji konusudur, diye düşünüyorum. Konuya, uluslararası politik gerçekli e uygun, rasyonel, hissiyatı öne çıkarmayan bir bakış açısıyla bakmak gerekti i kanaatindeyiz.

5- AB'nin Türkiye konusundaki çekingenli ini de iyi okumalıyız. Bize kalırsa bunu, sadece Avrupa'nın çifte standartçılı ıyla açıklamaya çalışmak kolaycılık olacaktır. Türkiye'nin nüfus hacmi, iktisadi düzeyi, demokratik de erler konusundaki samimiyeti, halkın AB mevzuatına ve medeni yaşam standardına uyum sa layabilme yetene i ve bu yöndeki iste i ve daha bir çok neden AB'yi düşündürmektedir. Pek tabi ki bunlar çok ciddi handikaplardır. Kendimizi bir an AB yerine koyalım. Türkiye gibi bir ülkeyi birli e alacak olsak biz ne yapardık, kılı kırk yarmaz mıydık?

Hasılı, AB, Türkiye konusunda sırf halkının Müslüman oluşundan dolayı mı tereddüt etmektedir? Buna evet demek ne kadar mümkündür? Belki bu vakıa da çok etkilidir, lakin kolaycılık yapmadan bu soru evet diye cevaplanamaz.

6- Bir di er husus, AB'ni oluşturan toplum yada kişilerin kendi içinde ne kadar homojen olup olmadı ıdır. Bildi imiz gibi, Avrupa'da iki temel siyaset vardır. Bunlardan biri muhafazakar sa di eri de soldur. Türkiye'nin AB üyeli i konusunda muhafazakar sa in din saikli bir direnci malumdur. Ancak buna karşılık, sol politikacılar Türkiye'yi AB üyeli ine istemektedirler. Çünkü, onlara göre Avrupa toplumu, yaşad ı tüm tarihsel tecrübeler ra men, zamanla din eksenli ve dolayısıyla tehlikeli bir yönelime kayabilecektir. İşte tam da bu

noktada, Türkiye gibi dinsel realitesi farklı bir toplum Birli e dahil olursa, Müslümanlar ile Hıristiyan Avrupa arasında etkileşimler olacak bu da Avrupa için kültürel bir zenginleşmeye yol açacaktır. Bu zenginleşme dinsel taassubu önleyecek dolayısıyla Avrupa için, yakalanan modern yaşam tarzı korunacaktır. Yani Türkiye, farklı dini ile istenmemenin aksine Avrupa için emniyet sübabı rolü oynayabilecektir.

İşte bu da AB içinde cereyan eden bir durumdur. Demek ki, AB içinde, bizim gördü ümüzün ötesinde farklı ve karmaşık denge teorileri vardır. Yani ortada tam bir homojen yapı yoktur. Tüm bu farklı doneleri ayrı ayrı ele almak zorundayız. Yoksa üzerinde pek bir tahkik, tespit ve tefsir çalışması yapılmamış "küfr tek millettir" önermesi ve bunun üzerine bina edilen bir yaklaşım tarzının bizi çok da do ruya götürmedi i önceki birçok örnekten bilinmektedir.

7- AB süreci içinde ortaya çıkacak de işimler somuttur. Hemen yarın etkileri görülecektir. Örne in, AB'ye katılım paralelinde çıkartılan 1-2-3-4-5-6-7. Uyum Yasaları, ülkede yaşayan insanların özgürlük alanlarının genişlemesi, hukuk devleti ilkesi yönünde atılan adımlar, devletin vatandaşlar üzerindeki legal (?) yıldırıcılı ının mevzuat de işiklikleri ile kırılma e ilimine girmesi v.b. gibi bizi de birinci dereceden etkileyen pozitif gelişmelerin faydalarını bir taraftan teneffüs edip, bunların temelde, AB katılım sürecinde ve bir bakıma da onun sayesinde ortaya çıkan şeyler oldu unu öbür yandan görmezlikten gelmek bize göre etik bakımdan biraz sorunludur.

AB katılım konusu olmasa bizim yönetici elitin asla yapmayaca ı, yapmak isteyenlere müsaade

etmeyece i, bizlerin de bu elite ra men o de işimleri gerçekleştirebilme gücümüzün olmadı ı ya da o eliti bu yönde de işime zorlayabilme gücümüzün bulunmadı ı bireysel özgürlüklerin genişletilmesi gibi müspet gelişmelerin somut faydalarını günlük hayatlarımızda yaşarken öbür taraftan bu olumluluklara esas sebep olan etkene karşı çıkmak mutlak manada olmasa da en azından etik açıdan problemlı bir durum oluşturmamakta mıdır?

8- AB projesinin seküler bir proje oldu unu herhalde kimse tartışmayacaktır. Bu, projenin hayata geçirilişinin metafizik bir ilhamla olmadı ı anlamına gelmektedir. Tarihsel arkaplan itibariyle Hıristiyanlık teolojisine müntesip olmanın AB projesi için fonksiyonel bir tarafı olmamakla birlikte do al olarak Birli i oluşturan toplumlar bu teolojiye hürmet duymaktadırlar. Ancak bu, dedi imiz gibi, hürmet düzeyinde kalmaktadır. Kaldı ki, Avrupa toplumlarının ders çıkardıkları kocaman bir ortaça gerçe i vardır. Dolayısıyla Avrupa toplumları beşer hayatı tanzim ederken Hıristiyanlık teolojisini çok belirleyici yapmamaktadırlar. Yani eski Avrupa'nın üstünden çok sular akıp geçmiştir. AB de din temelli bir yapılanma de ildir.

Bu noktada Hıristiyan din adamlarının, Birlik'e dair muhtelif zamanlarda sarfetmiş oldukları sözler yukarıdaki gerçe i de iştirecek de ildir. En azından şu itibarla, Avrupa'lıların, Endülüs'ü ya malayan "batılılar" ile aynı olduklarını söyleyebilmek mümkün müdür? Tüm AB müktesebatı ve projelerinde dinsel argümanların temel belirleyen oldu unu kim söyleyebilir? Tarihin akışı içinde tüm toplumlar gibi Avrupa'lıların da ne denli de işimler yaşadıklarını ve bugün geldikleri noktanın eskiden ne kadar farklı

oldu unu görmemek mümkün müdür? Peki dünyanın geldi i bu noktada her şeyi geçmişteki konseptlerle açıklamaya girişmek ne kadar do ru bir şey olur?

9- Türkiye'nin AB üyesi i konusunda ülke içinde bir gerilimin yaşandı ı bir gerçek. Bir tarafta kendince birçok gerekçesi ile AB taraftarı olanlar öbür tarafta yine benzer şekilde karşı olanlar. Karşı olanlar cephesinde en kayda de er grup olarak, cumhuriyetin kuruluşundan bu tarafa devletin yönetme aygıtlarının başında olup da halinden memnun olanlar yani statüko taraftarları görülmektedir. Bunlar zaman zaman "1. Cumhuriyetçiler" ya da "yönetici elit" olarak da adlandırılmaktadır. Bu grubu militer ve sivil kurumsal bazı yapılar, onlarla aynı zihniyetteki bazı politikacılar, medya mensupları ve akademisyenler oluşturmaktadır. Hepimizin bildi i gibi bu grubun AB konusundaki karşıtlıkları onlar başka şeyler iddia etseler de statükonun devamına dayanmaktadır. Onlar için tek de er, cumhuriyetin kuruluşu ile oluşturulan rejim içinde olmak kaydıyla her devirde işbaşında olan aynı zihniyetin devamcısı belli bir sınıfın sürekli yönetme pozisyonunda olmasıdır. Bu iki ana ö ede herhangi bir sebeple önemli bir de işiklik gerçekleşecek olması bu grup için o de işim sebebine cephe almak için yeterlidir. Dolayısıyla de işime kapalı, ülke insanının de işen şartlar neticesinde ortaya koydu u de işim taleplerine yüz vermeyen, jakoben, katı ve köhne bir yapıdır. Bu grubun toplumun ihtiyaçlarını ve taleplerini dikkate alma gibi bir derdi yoktur. Onların kutsadı ı statüko ve onun devamıdır.

Bu grubun Türkiye'nin AB üyesi i konusundaki karşıtlı ı, daha önce de dedi imiz gibi üyelik içeri inin Türkiye'nin mevcut statükosunda ciddi de işiklikleri

zorluyor ve zorlayacak olmasına dayanmaktadır. Bu zorlamaların, aslında kendilerinin de yönünün dönük oldu u Batı'dan geliyor olmasının bir önemi yoktur. Yani işlerine geldi i kadar Batıcıdırlar. Felsefi bir tutarlılık dertlerinin olmadığı ortadadır. İşte AB konusunda karşıt cephede olanların en organize, en güçlü grubu budur.

Öbür yanda, ne zihniyet ne de mevki itibariyle bu grupla herhangi bir benzerli i olmamasına rağmen tamamen kendi ve bize göre de kısmen do ru gerekçelerle Birlik fikrine karşı olanlar vardır. Bu grup asıl itibarla ilk grubun her ne pahasına olursa olsun savundukları statükodan dünya görüşleri sebebiyle zarar gören insanların oluşturdu u bir gruptur. Ama gariptir ki, gerekçeler yönünden olmasa da sonuç itibariyle ilk gruptakilerle paralel kulvara düşmektedirler. Bu durumun bu grup için bir sendrom oldu u kanısındayız. Çünkü kendilerini ne kadar ifade etmek isteseler de vardıkları sonuç ve bu sonucun gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak olan toplumsal neticeler itibariyle ilk grupla bu konuda çakışmış olmalarını camialarına anlatamayacaklarını ve daha da kötüsü kendilerinin bu karşı çıkışıyla statükonun korunmasına istemeyerek de olsa yardımcı olmuş olmalarından ötürü camialarına statüko tarafından verilecek zararlardan mesul olacaklarını düşünüyoruz.

### Kaynakça

- AKTAR, Cengiz; Avrupa Yol Ayrımında Türkiye, İletişim Yay.
- BALCI, Muharrem; Avrupa Birli i Politikamız, Tebli
- BOLAT, Ömer; AB ve Türkiye- AB İlişkilerinin Kronolojisi, Müsiad Cep Kitapları, 13,

BİRAND, M. Ali; Türkiye'nin Avrupa Macerası , 1959-1999, İstanbul: Do an Kitap Yay.

BORCHARDT, Klaus-Dieter; Avrupa Bütünleşmesi, Tez

BULAÇ, Ali; Avrupa Birli i ve Türkiye, Eylül Yayınları, İstanbul.

Erol MANİSALI, Avrupa Çıkamaz, Otopsi Yay.

Sadi SOMUNCUO LU, Avrupa Birli i, Ötüken Yay.

www.abhaber.com

www.belgenet.com





# Avrupa Birli i Temel Haklar Şartı ve Türkiye

Av. Mehmet KALAY



**A**vrupa Birli i Temel Haklar Şartı 7 Aralık 2000 tarihinde Fransa'da imzalanarak kabul edilmiştir. AB Temel Haklar Şartı genel anlamda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde kabul edilmiş olan hak ve özgürlükleri düzenlemiştir. AHİS' ten fazla bir farkı olmasa da AB metni olarak kabul edilen bir metnin (ya da anayasanın) eksikli ini gidermiş oldu. Zaten bu belgenin Avrupa anayasası olarak da kabul edilece i aşıkardır. Bu belgenin kabul edilmesi ile birlikte, daha çok ekonomik nedenlerle kurulmuş olan Avrupa Birli inin, ekonomik alandan siyasal alana geçişinin de bir örne ini oluşturuyor. Bu belge gelecekte siyasi açıdan da a ırlı ını koyma gere inde olan Avrupa Birli inin anayasası olarak da kabul edilebilir.

AB Temel Haklar Şartına geçmeden evvel genel olarak hak ve özgürlüklerin ve bunları ilgilendiren belgelerin tarihine kısaca de inmek gerekir.

İnsan hakları ilk insandan itibaren her insanın do uştan elde etmiş oldu u en tabii haklarıdır. Tarih boyunca bu haklar ihlal edilmiş, dolayısıyla bir yasal korunma gereksinimi söz konusu olmuştur. Batıda İnsan hakları ile ilgili olarak kabul edilen ilk belge 1215 tarihli Magna Carta Libertatum (Büyük Hürriyet Fermanı)'dur. Bu belgede insan haklarının korunması ve sanıklara

ceza kovuşturması sırasında sınırlı da olsa bazı hak ve güvenceler sa lanmıştır. Buna göre özgür kişilerin can ve mal güvenli i sa lanmış, mahkemelerin bir kararı olmaksızın bunlara dokunulmaması, hapis, sürgün ve müsaderehin olmaması yasal güvenceye alınmıştır.

Bunun haricinde Amerikan haklar bildirileri, insanların do uştan bazı tabii haklara sahip olduklarını, bunların devlet yapılanmasından önce mevcut oldu unu, dolayısıyla egemenli in bu haklarla sınırlanması gerekti ini ifade etmişlerdir.

Bu bildirilerden kısa bir süre sonra Fransız İhtilali ile birlikte 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ilan edilmiştir. Di er belgelere nazaran bildirinin üslubu daha açık olmuştur. Ayrıca o zamanda Fransızca'nın yaygın olmasından dolayı büyük bir etki yaratmıştır.

Bu bildirilerden en önemlisi olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilmiştir. Bu belge ile düzenlenen haklar ba layıcı de ildir. Bu bildiriye tanıyan ülkelere hiçbir yükümlülük getirmez. İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi bu bakımdan bu bildiriden ayrı bir özellik arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı onay yasası ile iç hukukumuzda kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin tanınmasını müteakip 1987 yılında bireysel başvuru hakkı, 1989 tarihinde de İnsan Hakları Divanının zorunlu yargı yetkisinin tanınması kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasasının 90. Maddesinde "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." denilerek sözleşmelerin iç hukukumuzdaki hiyerarşisi kanunla eşit belirlenmiş, hatta bunlar karşısında aykırılığın ileri sürülemeyeceği belirtilerek kanundan daha üstün ama anayasanın da altında bir mertebede kabul etmiştir.

Avrupa Konseyi 1949 yılında Fransa, Federal Almanya, Belçika, İtalya, Hollanda ve Lüksemburg'un 2. Dünya Savaşı sonrası ortamında daha çok iktisadi sebeplerle kurulmuştur. Çeşitli sebeplerle bu girişime başından itibaren katılmayan diğer ülkelerin hükümetlerinin ileride katılmak üzere başvurma hakkına sahip olması öngörüldü. Bu birliğin amacı "Ekonomik bir topluluk kurmak yoluyla, uzun süredir kanlı çatışmalarla bölünmüş halklar arasında daha geniş bir ortaklığı oluşturmak; ve bundan böyle paylaşılacak bir kaderi yönlendirecek kurumların temellerini atmak"tı. Dolayısıyla ekonomik birliğin hedeflerinin gerçekleşmesi tabii olarak bir siyasi birliğin kurulması hedefini zorunlu kılmaktaydı.

Kopenhag AB Konseyi 1993 haziranında, birliğe katılım için bazı siyasi kriterler kabul etmiştir. Buna göre üyelik için, aday ülke, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını ve azınlıkların sayılmasını ve korunmasını garanti eden

kurumların istikrarını sağlamış olmalıdır." İnsan Haklarına saygı, demokrasi ve hukukun üstünlüğü Avrupa Birliğinin temel öeleridir. Avrupa Birliğine adaylık başvurusunda bulunmuş Türkiye'nin birliğe hala kabul edilmeme gerekçesi olarak Kopenhag Kriterleri gösterilmektedir. Son iki senede uyum yasaları adı altında çıkarılan yasalarla bu yolda önemli ilerlemeler sağlanmıştır.

## Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

### Giriş

Avrupa halkları, aralarında daha yakın bir birlik oluşturmak için ortak değerlere dayalı barışçı bir geleceği paylaşmaya kararlıdır.

Ruhani ve manevi mirasının bilincinde olan Birlik, bölünmez ve evrensel değerler olan insan onuru, özgürlük, eşitlik ve dayanışma değerleri üzerine inşa edilmiştir. Demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanmaktadır. Birlik vatandaşlığını tesis ederek ve bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturarak bireyi, faaliyetlerinin merkezine yerleştirir.

Birlik bu değerlerin korunması ve geliştirilmesine katkıda bulunurken Avrupa halklarının kültürleri ve geleneklerinin çeşitliliğini yanı sıra Üye Devletlerin ulusal kimlikleri ve bunların ulusal, bölgesel ve yerel düzeylerdeki kendi kamu makamlarının düzenlenmesine saygı gösterir. Dengeli ve sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmeye çalışır ve insanların, eşyaların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını ve yerleşme özgürlüğünü sağlar.

Bu amaçla, toplum, sosyal ilerleme, bilimsel ve teknolojik gelişmeler ışığında temel hak ve özgürlüklerin bir Bildirge' de daha açık bir şekilde ortaya konulması yoluyla bu hak ve özgürlüklerin korunmasının güçlendirilmesi gerekmektedir.

Bu Bildirge, Topluluk ve Birliğin yetkileri ve görevlerini ve yetki ikamesi ilkelerini dikkate alarak özellikle Üye Devletlerin ortak uluslar arası yükümlülükleri ve anayasal gelenekleri, Avrupa Birliği Antlaşması, Topluluk Antlaşmaları, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, Topluluk ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Sosyal Bildirgeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukundan kaynaklanan hakları yeniden teyit etmektedir.

Bu haklardan yararlanılması, öteki kişiler, insanlık ve gelecekteki kuşaklar konusunda sorumluluklar ve görevleri beraberinde getirmektedir.

Birlik bu nedenle, aşağıda belirtilen hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanımaktadır.

Giriş bölümünde geçen "Ruhani ve manevi mirasının bilincinde olan Birlik" ifadesi dikkat çekicidir. Sadece manevi mirastan bahsetmiş olsa biz reform ve Rönesans hareketlerini ve Avrupa'daki diğer tarihi gelişimleri anlayacaktık. Ancak ruhani mirastan bahsetmiş olması ister istemez bizi bu Birliğin ruhani mirasının Hıristiyanlık olduğu düşüncesine sevk edecektir.

8 Şubat 2003 tarihinde Radikal gazetesinde çıkan "AB anayasasını tartışıyor" başlıklı haberde, genişleme yolundaki AB'nin anayasasını yazmakla görevli Avrupa Konvansiyonu, başkan Valerie Giscard'in taslak metnin ilk 16 Maddesini katılımcılara

sunmasıyla kıran kırana bir tartışma sürecine girdi. Taslakta federalizme yapılan vurgu AB'nin şüpheli üyesi Britanya'yı rahatsız ederken, katılımcılar Avrupa de erlerinin sayıldığı maddede dine atıf yapılması konusunda bölündü. AB'nin de erlerine dair 2. Maddede, Hıristiyan de erlere atıf yapılmaması ise bu yönde öneride bulunan Polonya, İtalya, Almanya ve Slovakya'yı rahatsız etti. Bu ülkeler, ikinci maddede "Birlik de erleri, hakikatin, adaletin, iyiliğin ve güzelliğin kaynağı olarak Tanrıya inananlarla, bu inancı paylaşmayıp başka kaynaklar itibarıyla bu evrensel de erlere saygı gösterenlerin de erlerini kapsar" denmesini istemişti.

Maddede bunun yerine "Birlik, insanlık onuru, özgürlük, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı de erleri üzerine kurulmuştur" ifadeleri yer aldı.

Yine 13 Ocak 2003 tarihinde Yeniden Özgür Gündem gazetesinde Avrupa Parlamentosu Türkiye Raportörü Arie Oostlander ile yapılmış olan mülakat dikkat çekicidir. Röportajın bir bölümünde Oostlander şöyle konuşuyor: "Sayın Erdoğan, bana Avrupa Birliği Hıristiyan kulübü olmamalı derse, ben de Batı Avrupa'nın kültürü Hıristiyanlık etkisi altındadır derim. Bu durumda İslâmi bir topluluk için de en uygunu Hıristiyanlık etkisi altındaki kültürü sahiplenmektir. Bu nedenle Türkiye'ye tam üyeli e kadar özel bir ortaklığın verilmesinden yanayım."

Ayrıca daha önce de Fransa eski Cumhurbaşkanı Avrupa Konvansiyonu Başkanı Giscard, Avrupa'nın dininin Hıristiyanlık olduğu, Türkiye'nin ise Müslüman olduğu, ayrıca topraklarının %90'ının Asya kıtasında yer aldığı söyleyerek Türkiye'nin Avrupa Birliğine

alınmaması gerektiği mealinde bir açıklaması olmuştur.

## BÖLÜM I

### Onur

#### Madde- 1. İnsanlık Onuru

İnsan onuru, ihlal edilemez. Saygı gösterilmeli ve korunmalıdır.

İnsan haklarının temeli olan insanlık onurunun ihlal edilememesi en önemli güvencedir. Tüm haklar temelini bu ilkedен almaktadır. Temel Haklar Şartındaki "Onur" ifadesi daha önce İHAS ve eklerinde bulunmayan bir ifadedir. İnsanlık onuruna saygı gösterilmesi kişinin manevi bütünlü ünü ön plana ve her türlü kötü muamele, hakaret, işkence ve benzeri davranışların engellenmesi için devletlerin tüm uygulamalarında bireyin ön plana çıkarıldığı bir anlayışı ifade eder.

#### Madde- 2. Yaşama Hakkı

- Herkes, yaşama hakkına sahiptir.
- Hiç kimse, ölüm cezasına çarptırılmamalı veya idam edilmemelidir.

Yaşama hakkı kamu makamlarının emri ya da izni ile öldürülemez insan hayatına yönelik tehlikelere karşı kamusal otoriteler tarafından korunma hakkıdır. AHİS 'in 2. Maddesinde "Her ferдин yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasden öldürülemez" demek suretiyle yaşama hakkı güvence altına alınmıştır. Daha sonra yürürlüğe giren ek 6 Nolu Protokol, savaş hali gibi ola anüstü durumlar dışında ölüm cezasını yürürlükten kaldırmıştır. 1982 anayasasının

17. Maddesinde "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir..." denilerek yaşama hakkı güvence altına alınmıştır. 15. Maddede de "Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında" denilerek istisnalar belirtilmiştir. Bir süre önce yapılan anayasa değişikliğiyle ülkemizde de ölüm cezası kaldırılmıştır.

#### Madde-3. Kişinin Bedensel ve Ruhsal Dokunulmazlık Hakkı

1. Herkes, kendi bedensel ve ruhsal dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Tıp ve biyoloji alanlarında, özellikle aşağıda belirtilenlere saygı gösterilmelidir:

- Yasada belirtilen usullere uygun olarak ilgili kişinin özgürce ve bilinçli olarak vereceği muvafakat,
- Özellikle kişilerin seçilmesini amaçlayan insan soyunun soyaçekim yoluyla ıslahına yönelik çalışmaların yasaklanması,
- İnsan bedeninin ve bölümlerinin ticari bir kazanç kaynağı haline getirilmesinin yasaklanması,
- İnsanların kopyalama yoluyla üretilmesinin yasaklanması.

İnsan bedeninin korunması hukuksal söylemle dokunulmaz haklar kategorisinde yer almaktadır. 1982 Anayasası "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 17. Maddesinde, tıbbi zorunlulukla kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz" denilerek maddi ve manevi bütünlük hakkını düzenlemiştir.

İnsan vücudunun korunması, rıza ilkesine ve yasal korumaya dayanır. Örneğin Nüfus Planlaması Kanununun 5. Maddesindeki "Gebelik

ananın yaşamını tehdit ediyorsa ya da ceninin normal gelişimi olanaksızlaşmışsa yahut da do umla, gelecek soylara geçecek, giderilmesi olanaksız hastalık ve sakatlıklar söz konusu ise, gebelik giderilebilir" ifadesi yasal koruma sayılabilir. Kişinin kendi rızası ile organ ba ışı yapması da rıza ilkesine örnek olarak gösterilebilir. Avrupa'da biyolojik ve tıbbi uygulamalar karşısında İnsan Hakları ve Beşeri Onurun Korunması için İnsan Kopyalama Yasa ına İlişkin Sözleşme kabul edilmiştir. Bu sözleşme ile İnsan kopyalama yasaklanmıştır.

#### **Madde- 4. İşkence veya insanlık dışı veya Alçaltıcı Muamele veya Ceza Yasa ı**

Hiç kimse, işkenceye veya insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya cezaya tabi tutulmamalıdır.

İşkence insan hakları ile ilgili bütün belgelerde, hiçbir ola anüstü durum ya da istisna kabul edilmeksizin yasaklanmıştır. Bu temel belgelerde, savaş ve benzeri durumlarda bazı hak ve özgürlüklerin sınırlanabilece ini, bazı hakların özüne ise dokunulmayaca ı belirtilmiştir. İşkence her şart ve koşulda yasaktır.

İstanbul Protokolü, işkence izlerini kuşkuya yer bırakmayacak şekilde teşhis edilmesini sa layacak uluslararası bir kılavuz belge niteli ine sahiptir. İstanbul Protokolü, dünyanın 15 ülkesinden (ABD, Almanya, Danimarka, Fransa, Filistin, Güney Afrika, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İsrail, İsviçre, Sili, Kosta Rika, Sri Lanka ve Türkiye), 40 sivil toplum örgütü mensubu ile 75 hukukçu, felsefeci, hekim, sa lık çalışanı, psikolog, insan hakları savunucusunun 3.5 yıllık ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır. Protokol hazırlanması çalışmalarına 1996 yılında

başlanılmış, 5-7 Mart tarihlerinde 50 bilim adamının katılımı ile İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'nda yapılan toplantılarda son şekli verilmiş, kılavuzun hazırlanmasında görev yapan çalışma grubunda, BM İşkence Raportörü Sir Nigel Rodley'in de aralarında bulundu u çok sayıda BM danışmanı yer almıştır. İstanbul Protokolü, 9 A ustos 1999 tarihinde BM İnsan Hakları Yüksek Komiserli i'ne (Mary Robinson'a) sunuldu u anda resmen BM Belgesi niteli i kazanmış, ayrıca, Rodley tarafından BM Genel Kurulu'na sunulan yıllık raporun içinde de yer almıştır.

BM İnsan Hakları Komisyonu, 19 Nisan 2000 tarihinde İstanbul Protokolü ilkelerini kabul etmiş, 2001 yılı Eylül-Ekim aylarında BM Genel Kurulu'nda ele alınması gerekirken ABD'deki 11 Eylül olayı nedeni ile ileri bir tarihe ertelenmiştir

Ülkemizde hukuki açıdan işkence yasa ı kati suretle kabul edilmiş olmasına ra men, Türk Ceza Kanununda yeterli ceza ile karşılanmamış olması, uygulamalarda işkence yapanların yargılamasının hukuka uygun yapılmaması ve yetkili mercilerin bu konuda çaba göstermemesi, işkencenin devam etmesine sebep olmaktadır. Burada en çok savcılara iş düşmektedir. Çünkü yapılan işkenceler genelde hazırlık soruşturması safhasında yapılmakta, hukuk fakültesinde bir hocamızın "Hazırlık soruşturmasının kralı savcıdır" ifadesi savcının bu aşamada önemini gözler önüne sermektedir. Hatta Mardin Kızıltepeli bir başvurusunun dilekçesi ile, savcının görevini savsakladı ı sonucuna varılarak AİHM Türkiye'yi mahkum etmiştir. Son bir iki senedir sistematik işkence azalsa da işkence ülkemizde hala en önemli delil toplama yöntemidir. Avrupa Birli inin son düzenli

raporlarında da Türkiye’de işkencenin önlenmesi konusunda adımlar atıldığı söylenmiş, ama bunların yeterli olmadığını belirtmiştir.

#### **Madde- 5. Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasası**

1. Hiç kimse, kul ya da köle olarak tutulamaz.

2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. İnsan kaçakçılığı yasaklanmıştır.

İHAS 4. Maddesinde “Askeri mahiyette bir hizmet yahut inançları gereince askerlik vazifesini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru telakki eden memleketlerde, bu inanca sahip kimselere mecburi askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet zorla çalıştırma sayılmaz” denilerek askerlik yerine gördürülen bir kamu hizmeti zorla çalıştırma sayılmamıştır.

6 Haziran 1930 yılında kabul edilen “Cebri veya Mecburi Çalışmaya İlişkin Sözleşme” başlıklı 29 Nolu Sözleşme’nin 1. Maddesinde “Uluslararası Çalışma Örgütü’nün bu Sözleşmeyi onaylayan her üyesi mümkün olduğu kadar kısa bir sürede her ne şekilde olursa olsun cebri veya mecburi çalıştırmanın kaldırılmasını taahhüt eder” denilerek zorla çalışma yasasını getirmiştir.

## **BÖLÜM 2**

### **Özgürlükler**

#### **Madde- 6. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**

Herkes kişi özgürlüğü ve güvenli hakkına sahiptir.

Bu maddenin amacı keyfi yakalama ve gözaltına alınmanın engellenmesidir. İHAS 5.

Maddesinde de “Herkes kişi özgürlüğü ve güvenli hakkına sahiptir.” denilerek kişi özgürlüğünün sınırlı da olsa kısıtlanamayacağı belirtilmiştir.

#### **Madde-7. Özel ve Aile Yaşamına Saygı**

Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

İHAS 8. Maddesi bunu düzenlemiş, aradaki tek fark burada istisnalar da belirtilmiştir. Anayasamızın 20. Maddesinde “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır” denilmek suretiyle özel hayatın gizliliği düzenlenmiştir. Ayrıca 21. Maddede konut dokunulmazlığı, 22. Maddede ise haberleşme hürriyetini güvence altına almıştır.

#### **Madde- 8. Kişisel Bilgilerin Korunması**

1. Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.

2. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasa da öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir.

3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenenektir.

Buradaki asıl amaç bireylerin bilgiye ulaşabilmeleri, kendileri hakkında yanlış olan bilgileri düzeltme veya silinmesini isteme hakkını sağlamaktır. Birey hakkındaki kişisel bilgiler ancak bireyin rızası ile ve yasa ile



öngörülen meşru sebepler için alınabilir. Emniyet müdürlüklerinde GBT (Genel Bilgi Tarama) adı altında kişi hakkında çeşitli bilgiler tutulmaktadır. Adli sicil kaydında sabıka kaydına rastlanmamasına rağmen emniyetteki dosyalarda şahıs hakkında bilgiler saklanmaktadır. Hatta karakollarda gözaltına alma durumlarında saatler boyu GBT' nin beklenmesi bahane edilerek işlemler geciktirilmekte, dolayısıyla kişinin karakoldan savcılığa sevki de uzun zaman almaktadır. 1990 yılında kabul edilen Adli Sicil Kanunu'nun 4. Maddesinde adli sicil kaydına geçirilecek bilgiler tek tek sayılmıştır. Buna rağmen kanunda zikredilmeyen bilgiler GBT adı altında güvenlik birimlerinde tutulmaya devam edilmektedir. Ayrıca GBT'deki bilgilere dayanılarak hazırlık soruşturması ve yargılama safhasında kişi hakkında bir önyargı oluşturulmaktadır. Bu da yargılanmanın selameti ve adilliği açısından sakınca teşkil etmektedir.

#### **Madde- 9. Evlenme Aile Kurma Hakkı**

Evlenme hakkı ve aile kurma hakkı, bu hakların kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak teminat altına alınacaktır.

İHAS 12. Maddede "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara göre evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir." denilerek ulusal yasalarda bu hakkın sağlanması gerektiğini öngörmüştür. Anayasamızda evlenme hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak 41. Maddede "Aile Türk toplumunun temelidir." denilerek ailenin korunmasını ön plana çıkarmıştır.

#### **Madde- 10. Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü**

1. Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne hakkına sahiptir.

Bu hak, din veya inancını de ıstirme özgürlüğü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açılabilir. Bu hakta sınırlama özgürlüğüne içerir.

2. Bu hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak dini nedenlerle askerlik görevini yapmayı reddetme hakkı tanınmaktadır.

İHAS 9. Madde de düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne düzenlemiştir. Bu iki metinde de inancını tek başına ve toplu olarak yaşama, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açılabilir. Özellikle başörtünün "gereklerine uyma" kapsamına girdiğini söylemek mümkündür. Bu konudaki kesin yorumu başörtü nedeniyle AİHM'de açılmış olan davaların sonuçlanmasından sonra öğrenmek mümkün olacaktır. Ülkemizde ise, 1982 anayasasının 24. Maddesi din ve vicdan hürriyetini düzenlemiştir. Burada yer alan "Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz" ifadesi her ne kadar inancından dolayı kimsenin kınanamayacağı ve suçlanamayacağını belirtmişse de ülkemizde inancından ve inancını uygulamaktan dolayı insanların başına gelmedik hal kalmamıştır.

İkinci fıkrada vicdani retçilerin askerlik yapmama hakkından bahsedilmiş, ama bunun için de ulusal mevzuatın gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Ülkemizde 1982 Anayasasının 72. Maddesi askerlik vazifesini kanuna havale etmiştir. Askerlik Kanununun 1. Maddesinde "Askerlik hizmeti Türkiye Cumhuriyeti Tebaası her erkek için zorunlu bir hizmettir." denilerek askerlik zorunlu olarak düzenlemiştir.

Ülkemizde vicdani retçilik kabul edilmemekte, bunu ileri sürenler hakkında da yasal işlemler yapılmaktadır.

#### **Madde- 11. İfade ve Haber Alma Özgürlüğü**

1. Herkes, ifade özgürlüğüne hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğüne içerir.

2. Basının özgürlüğü ve çoğulculuğuna saygı gösterilmelidir.

İfade özgürlüğü İHAS 10. Maddesinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının 25. Maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti, 26. Maddesinde de düşünceyi açıklama ve yayma hakkı düzenlenmiştir. 26. Maddede "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar." denilerek ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Ancak bu düzenlemelere rağmen ülkemizde birçok kişi düşüncelerini açıkladıklarından dolayı ceza kanunumuzun 312. Maddesine göre cezalandırılmışlardır. AİHM' de bu konu ile ilgili başvurular da hep Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. Son zamanlar uyum yasaları çerçevesinde 312. Maddede bazı düzenlemeler yapılarak iyileştirme yoluna gidilmiştir.

#### **Madde- 12. Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü**

1. Herkes, barışçıl bir biçimde toplanma özgürlüğüne ile her düzeyde, özellikle siyaset, sendika ve yurttaşlıkla ilgili konularda örgütlenme özgürlüğüne

hakkına sahiptir. Bu, herkesin kendi çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da içerir.

2. Birlik düzeyindeki siyasi partiler, Birliğin vatandaşlarının siyasi iradesinin ifade edilmesine katkıda bulunurlar.

#### **Madde- 13. Sanat ve Bilim Özgürlüğü**

Sanat ve bilimsel araştırma, kısıtlamaya tabi olmamalıdır. Akademik özgürlüğe saygı gösterilmelidir.

1982 Anayasasının 27. Maddesinde bilim ve sanat özgürlüğü şu şekilde düzenlenmiştir: "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma yapma hakkına sahiptir." İHAS' ta bu konuda bir düzenlemeye rastlanılmıyor.

#### **Madde- 14. Eitim Hakkı**

1. Herkes, eğitim görme ve mesleki ve sürekli eğitimden yararlanma hakkına sahiptir.

2. Bu hak, serbest zorunlu eğitim görme olasılığını da içerir.

3. Demokratik ilkelere ve ailelerin çocuklarının kendi dini, felsefi ve eğitim konusundaki inançlarına uygun olarak eğitim ve öğretim görmelerini sağlamak hakkına saygı gösterilerek eğitim kurumları tesis etme özgürlüğüne, bu özgürlük ve hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak saygı gösterilmelidir.

İHAS 1. Protokolün 2. Maddesinde eğitim hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: "Hiç kimse, eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim ile ilgili üzerine aldığı görevleri yerine getirirken, anne ve babaların çocuklarına, kendi dini ve felsefi inançlarına uygun olan

bir e itim ve ö retimin verilmesini isteme hakkına saygı gösterir."

1982 Anayasasının 42. Maddesinde de "Kimse, e itim ve ö retim haklarından yoksun bırakılamaz" denilmek suretiyle e itim hakkı güvence altına alınmıştır. İHAS, 1982 Anayasası ve AB Temel Haklar Şartı'nda e itim hakkı güvence altına alınmış olmasına rağmen, ülkemizde dini inancı gereği başını örten ö rencilerin e itim hakları ellerinden alınmaktadır. Bu konu ile ilgili AHİM 'e yapılmış olan başvurulardan şu ana kadar sonuçlanmış olan bir dosya bulunmamaktadır.

#### **Madde- 15. Meslek Seçme ve Çalışma Hakkı**

1. Herkes, çalışma ve serbestçe seçilmiş veya kabul edilmiş bir mesleği ifa etme hakkına sahiptir.

2. Birliğin her vatandaşı, her hangi bir Üye Devlette iş arama, çalışma, yerleşme hakkını kullanma ve hizmet verme özgürlüğüne sahiptir.

3. Üye Devletlerin ülkelerinde çalışma izni almış olan üçüncü ülkelerin vatandaşları, Birliğin Vatandaşlarının çalışma şartlarına eşit çalışma şartlarından yararlanma hakkına sahiptir.

Bu konuda İHAS 'ta bir düzenleme yoktur. Bu hak, herhangi bir üye devlet vatandaşının Birlik üyesi herhangi bir devlette iş arama ve çalışma özgürlüğünü ifade etmektedir.

#### **Madde- 16. Bir Ticari Faaliyette Bulunma Özgürlüğü**

Topluluk hukuku ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre bir ticari faaliyette bulunma özgürlüğü tanınmaktadır.

#### **Madde- 17. Mülk Edinme Hakkı**

1. Herkes, yasal şekilde elde ettiği mülküne sahip olma, kullanma, elden çıkarma ve miras

bırakma hakkına sahiptir. Bunların kaybı karşılığında zamanında adil bir tazminat ödenmesi koşulu ile kamu menfaati nedeniyle veya yasadaki öngörülen koşullar çerçevesinde yapılması dışında hiç kimsenin elinden mülkü alınmaz. Mülkün kullanımı, kamu menfaati için gerekli oldu u ölçüde yasa ile düzenlenebilir.

#### **2. Fikri mülkiyet, korunmalıdır.**

İHAS 1. Protokol 1. Maddesinde mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: "Her gerçek ve tüzel kişi, maliki oldu u şeyleri barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça, hiç kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.

Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak, vergiler ile diğer harç veya cezaların ödenmesini sağlamak için devletin gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz." Burada fikri mülkiyet ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 35. Maddesinde de mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir. "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

#### **Madde- 18. Sınıma Hakkı**

Sınıma hakkı, 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve sınımacıların statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol dikkate alınarak ve Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma'ya

uygun olarak teminat altına alınmalıdır.

Türkiye, Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Sözleşmesine 1962 yılında taraf olmuştur. Türkiye bu sözleşmeyi kabul ederken çekince koymuştur.

**Madde- 19. İhraç, Sınır dışı veya iade Etme Yasası**

1. Toplu sınır dışı etmeler yasaktır.

2. Hiç kimse, ölüm cezası, işkence, veya başka insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya cezaya tabi tutulması konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir devlete geri gönderilemez, sınır dışı edilemez veya iade edilemez.

İHAS 4. Protokol 4. Maddesinde "Yabancıların topluca sınır dışı edilmesi yasaktır." denilerek yabancıları güvence altına almış, 3. Madde de vatanı sınır dışı etme yasasını getirmiştir.

### BÖLÜM 3

#### Eşitlik

**Madde- 20. Yasa Önünde Eşitlik**

Herkes, yasa önünde eşittir.

İHAS' ta eşitlik konusunda doğrudan bir düzenleme yoktur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası "Kanun önünde eşitlik" başlığıyla 10. Maddede şöyle düzenlenmiştir: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

**Madde- 21. Ayrımcılık Yasası**

1. Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtımsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi

herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır.

2. Avrupa Topluluğu'nun kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşması'nın uygulanması kapsamı çerçevesinde ve söz konusu antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere milliyet nedeniyle her türlü ayrımcılık yasaktır.

İHAS 14. Maddesinde "Ayrımcılık Yasası" başlıklı 1. maddede şöyle denilmektedir: "Bu sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır." Anayasamızda ise yukarıda belirttiğimiz şekilde 10. Maddede düzenlenmiştir.

**Madde- 22. Kültürel, Dini ve Dilsel Çeşitlilik**

Birlik, kültürel, dini ve dilsel çeşitliliğe saygı gösterecektir.

İHAS 9. Maddede "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü", Anayasamızın 24. Maddesinde de "Din ve vicdan hürriyeti" başlığı altında dini çeşitlilik dolaylı da olsa güvence altına alınmıştır. Ancak Türkiye için Avrupa Birliği yolundaki en önemli sorunlardan biri de mahalli dillerde (özellikle Kürtçe) radyo ve televizyon yayınları yapmak ve bu dillerde eğitim ve öğretim yapmaktır. Son uyum yasaları çerçevesinde özel kurslarda Kürtçe öğrenme hakkı tanınmış, devlet kanalı olan TRT'de günde 2 saat Kürtçe yayın yapılması kabul edilmiş ve son olarak da özel radyo ve televizyonların Kürtçe yayın yapabilmesi olanağı getirilmiştir. Avrupa Birliği yolunda çok önemli adımlar olarak kabul edilen yukarıda zikrettiğimiz düzenlemelerin uygulanması yönetmelik ve

genelgelerle zorlaştırılmakta ve bu güne kadar da bu düzenlemeler uygulanma olana ı bulamamaktadır.

#### **Madde- 23. Erkekler ve Kadınlar Arasında Eşitlik**

Erkekler ve kadınlar arasındaki eşitlik, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda sa lanmalıdır.

Eşitlik ilkesi, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sa lanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini veya benimsenmesini engellemez.

İHAS 7. Protokolün 5. Maddesinde erkek ve kadın arasındaki eşitlikle ilgili olarak " Eşler arasında eşitlik" başlı ı altında do rudan olmasa da dolaylı olarak şöyle bir düzenleme yapılmıştır: "Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde, evlilikle ilgili, evlilik sırasında ve ayrıldıktan sonra, özel hukuk nitelikli haklara ve yükümlülöklere eşit olarak sahiptirler. Bu madde devletin, çocukların yararları bakımından gerekli bulunan tedbirleri almasını engellemez." 1982 Anayasasında 10. Madde burada örnek gösterilebilir.

#### **Madde- 24. Çocukların Hakları**

1. Çocuklar, kendi refahları için gerekli olan koruma ve ihtimamdan yararlanma hakkına sahiptir. Görüşlerini serbestçe ifade edebilirler. Bu görüşler, kendi yaşları ve olgunluk düzeylerine uygun olarak kendilerini ilgilendiren konularda dikkate alınır.

2. Kamu makamları veya özel kuruluşlar tarafından çocuklarla ilgili olarak yapılan bütün işlemlerde, çocu un çıkarlarının en iyi şekilde korunmasına öncelik verilmelidir.

3. Her çocuk, bunun kendi çıkarlarına aykırı olması haricinde anne ve babasının her ikisi ile düzenli olarak kişisel

ilişki ve do rudan temas sürdürme hakkına sahiptir.

1982 Anayasasında 61. Maddede bu hak şu şekilde düzenlenmiştir: "Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur." Bu amaçla Çocuk Esirgeme Kurumu gibi kurumlar kurulmuş, ancak bu tedbirler yeterli olmamıştır.

#### **Madde- 25. Yaşlıların Hakları**

Birlik, yaşlıların, onurlu ve ba imsız bir yaşam sürdürme ve sosyal ve kültürel yaşama katılma haklarını tanımakta ve saygı göstermektedir.

Anayasamızın 61. Maddesinde bu hak düzenlenmiştir: "Yaşlılar, devletçe korunur. Yaşlılara devlet yardımı ve sa lanacak di er haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir."

#### **Madde- 26. Engellilerin Toplumla Bütünleştirilmesi**

Birlik, engelli kişilerin, ba imsızlıklarını, toplumsal ve mesleki yaşamla bütünleştirilmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını sa lamaya yönelik önlemlerden yararlanma hakkını tanımakta ve saygı göstermektedir.

Anayasamızın 61. Maddesinde "Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sa layıcı tedbirleri alır." denilmiştir. Bununla ilgili mevzuatta düzenlemeler olmasına ra men bu yeterli olmamaktadır.

### **BÖLÜM 4**

#### **Dayanışma**

#### **Madde- 27. İşçilerin İşletme İçinde Bilgi Alma ve Dayanışma Hakkı**

Topluluk mevzuatı ve ulusal yasalar ve uygulamalarda öngörülen durumlar ve koşullarda işçiler veya temsilcilerine, uygun düzeylerde zamanında bilgi verilmeli ve danışmalarda bulunulmalıdır.

**Madde- 28. Toplu Sözleşme Görüşmeleri Yapma ve Eylem Hakkı**

İşçiler ve işverenler veya bunların ilgili kuruluşları, topluluk mevzuatı ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre uygun düzeylerde toplu sözleşmeler müzakere etme ve imzalama ve menfaat ihtilafı olması halinde grev eylemi dahil olmak üzere kendi çıkarlarını korumak için ortak eylem yapma hakkına sahiptir.

**Madde- 29. İşe Yerleştirme Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı**

Herkes, işe yerleştirme hizmetinden ücretsiz olarak yararlanma hakkına sahiptir.

**Madde- 30. Haksız İşten Çıkarmaya Karşı Koruma**

Her işçi, Topluluk hukuku ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre haksız işten çıkarmaya karşı koruma hakkına sahiptir.

"Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme"nin 4. Maddesinde, sözleşmede, feshin yalnızca haklı (geçerli) bir nedenin varlığında hukuka uygun olacağı, böyle bir nedenin işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayanması gerektiği öngörülmüştür. Ülkemizde ise 22.05.2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu ile bu konuda bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu kanunda işverenin ancak haklı bir nedenin olması durumunda işçiyi işten çıkarabileceği söylenmektedir. İşçinin de buna karşı feshin haklı nedenlere dayanmadığı iddiası ile yargı yoluna başvurabileceği belirtilmektedir.

**Madde- 31. Adil ve Hakkaniyete Uygun Çalışma Koşulları**

1. Her işçi, kendi sağlığı, emniyeti ve onuruna saygı gösteren çalışma koşullarından yararlanma hakkına sahiptir.

2. Her işçi, azami çalışma saatlerinin sınırlandırılması, günlük ve haftalık dinlenme dönemleri ve yıllık ücretli izin hakkına sahiptir.

**Madde-32. Çocuk İşçi Çalıştırmanın Yasaklanması ve Çalışan Gençlerin Korunması**

Çocuk işçi çalıştırılması yasaktır. Gençler için daha elverişli olabilecek kurallar saklı kalmak üzere ve sınırlı istisnalar dışında istihdam edilmek için asgari yaş sınırı, zorunlu eğitim tamamlanması için belirlenen asgari yaştan daha düşük olamaz.

İşe alınan gençler, yaşlarına uygun çalışma koşullarında çalıştırılmalı ve ekonomik sömürüye ve emniyetlerine, sağlıklarına veya fiziksel, ruhsal, ahlaki veya sosyal gelişimlerine zarar verme olasılığı bulunan veya eğitimlerini engelleyebilecek her türlü işe karşı korunmalıdır.

17 Haziran 1999 tarihinde kabul edilen 182 Nolu İLO sözleşmesinin 1. Maddesinde "Bu Sözleşmeyi onaylayan her üye ülke acil bir sorun olarak en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri alır." şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu sözleşmeye göre "çocuk" terimi 18 yaşından küçük herkese uygulanır. Yeni kabul edilen İş Yasasının 71. Maddesinde bu konu düzenlenmiştir.

**Madde- 33. Aile ve Meslek Yaşamı**

1. Aile, yasal, ekonomik ve sosyal korunmadan yararlanmalıdır.



2. Aile ve meslek yaşamının ba daştırılması için herkes, do umla ba lantılı bir nedenle işten çıkarmaya karşı korunma hakkına ve bir çocu un do umu veya evlat edinilmesinden sonra ücretli do um ve ebeveynlik izni alma hakkına sahiptir.

#### **Madde- 34. Sosyal Güvenlik ve Sosyal Yardım**

1. Birlik, Topluluk hukuku ve ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen usullere göre do um, hastalık, iş kazaları, bakıma muhtaç olma veya yaşlılık gibi durumlarda ve işten çıkarılma durumunda koruma sa layan sosyal güvenlik yardımları ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkını tanımakta ve saygı göstermektedir.

2. Avrupa Birli i'nde yasal olarak ikamet eden ve dolaşan herkes, Topluluk hukuku ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre sosyal güvenlik yardımları ve sosyal avantajlardan yararlanma hakkına sahiptir.

3. Birlik, Topluluk hukuku ve ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen usullere göre sosyal dışlanma ve yoksullukla mücadele için uygun bir yaşam sa lamak amacıyla sosyal ve konut yardımından yararlanma hakkını kabul etmekte ve saygı göstermektedir.

#### **Madde- 35. Sa lık Hizmetleri**

Herkes, ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen şartlar çerçevesinde koruyucu sa lık hizmetlerinden yararlanma hakkına ve tıbbi tedaviden yararlanma hakkına sahiptir. Bütün Birlik politikaları ve faaliyetlerinin tanımlanmasında ve uygulanmasında yüksek düzeyde bir insan sa lı ı koruması sa lanmalıdır.

#### **Madde- 36. Genel Ekonomik Konulardaki Hizmetlerden Yararlanma**

Birlik, sosyal ve bölgesel uyumunu arttırmak için Avrupa

Toplulu u'nu oluşturan Antlaşma' ya uygun olarak ulusal yasalar ve uygulamalarda öngörülen genel ekonomik konulardaki hizmetlerden yararlanma hakkını kabul etmekte ve saygı göstermektedir.

#### **Madde- 37. Çevresel Koruma**

Yüksek düzeyde bir çevresel koruma ve çevrenin kalitesinin iyileştirilmesi, Birli in politikalarına dahil edilmeli ve sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak sa lanmalıdır.

#### **Madde- 38. Tüketici Koruması**

Birlik politikaları, yüksek düzeyde tüketici koruması sa lamalıdır.

### **BÖLÜM 5**

#### **Vatandaşlık Hakları**

#### **Madde- 39. Avrupa Parlamentosu Seçimlerinde Oy Kullanma ve Aday Olma Hakkı**

1. Birli in her vatandaşı, ikamet ettiği Üye Devlette, bu Devletin vatandaşları ile aynı koşullar altında Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullanma ve aday olma hakkına sahiptir.

2. Avrupa Parlamentosu üyeleri, genel serbest ve gizli oyla do rudan seçilir.

#### **Madde- 40. Yerel Seçimlerde Oy Kullanma ve Aday Olma Hakkı**

Birli in her vatandaşı, ikamet ettiği Üye Devlette, bu Devletin vatandaşları ile aynı koşullar altında yerel seçimlerde oy kullanma ve aday olma hakkına sahiptir.

#### **Madde- 41. İyi İdare Hakkı**

1. Herkes, işlerinin Birli in kurumları ve organları tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hak, şunları içermektedir;

herkesin, kendisini olumlu şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı,

herkesin, kendi dosyasına erişme hakkı ve meşru gizlilik çıkarlarına ve mesleki ve ticari gizliliği e saygı gösterilmesi,

idarenin, kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğü.

3. Herkes, Topluluğu un kuruluşları veya görevlilerinin, görevlerinin ifası sırasında yol açtıkları her türlü zararı, Üye Devletlerin yasalarındaki ortak genel ilkelere göre Topluluğa tazmin ettirme hakkına sahiptir.

4. Herkes, Birliğin kuruluşlarına, antlaşmaların lisanlarının birinde mektup gönderebilir ve kendisine aynı lisanla cevap verilmesi zorunludur.

#### **Madde- 42. Belgelere Erişme Hakkı**

Birliğin bütün vatandaşları veya bir Üye Devlette ikamet eden veya kanuni adresi bu devlette bulunan bütün gerçek veya tüzel kişiler, Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine erişme hakkına sahiptir.

#### **Madde- 43. Kamu Denetçisi**

Birliğin bütün vatandaşları veya bir Üye Devlette ikamet eden veya kanuni adresi bu devlette bulunan bütün gerçek veya tüzel kişiler, adli görevleri çerçevesinde hareket eden Adalet Divanı Bidayet Mahkemesi hariç olmak üzere Topluluk kuruluşları ve organlarının faaliyetlerinde karşılaşılan kötü idare vakalarını Birlik kamu denetçisine havale etme hakkına sahiptir.

1713 yılında ilk olarak İsveç'te kurulan ombudsmanlık, 1809 yılında İsveç Anayasasına

girerek anayasal bir kurum niteliğini kazanmıştır. Ombudsmanlık İsveç'te yaklaşık olarak iki asır uygulandıktan sonra, önce İskandinav ülkelerince benimsendi. İsveç sisteminden etkilenecek Ombudsmanı uygulayan ilk ülke ise 1919'da Finlandiya oldu. Finlandiya'yı 1955'te Danimarka takip etti ve 1963'de Norveç'te ve Yeni Zelanda'da da kabul edildi.

Halen Ombudsman kurumu, aralarında Fransa, İngiltere, İtalya, İspanya, İsrail, Hindistan, Nijerya ve Portekiz'in de bulunduğu 40'in üstündeki ülkede uygulanmaktadır. 1980'lerden itibaren özel sektör kuruluşlarında ve üniversitelerde kullanılan bir kurumdur. Avrupa Birliği, Maastricht anlaşması kapsamında AB bürokrasisi tarafından yanlış uygulamalara karşı vatandaşlarının haklarını koruyacak bir Ombudsman kurumunu kanunlaştırmıştır.

Kurum halen İsveç'te kamu görevlilerinin görevlerini yasalara uygun ve gerektiği gibi yerine getirip getirmediğini denetlemekle görevli bulunmakta ve yurttaşların bu konulardaki şikayetlerini incelemektedir.

Ombudsmanlar, günümüzün gittikçe genişleyen ve karmaşık bürokratik bir yapıya sahip modern devletlerde ortaya çıkan sorunları çözmek için oldukça önemli bir işlev görmektedirler. Özellikle üst düzey yöneticilerine verilen takdir yetkilerindeki artışın neden olduğu idari kararlarda meydana gelen haksızlıkların düzeltilmesi ve yönetim bozukluklarına karşı yurttaşın korunması ihtiyacı, kurumun önemini daha da arttırmaktadır. Ülkemizde ise Ombudsmanlıkla ilgili yasa taslağı hala bekletiliyor.

#### **Madde- 44. Dilekçe ile Başvurma Hakkı**

Birli in bütün vatandaşları veya bir Üye Devlette ikamet eden veya kanuni adresi bu devlette bulunan bütün gerçek veya tüzel kişiler, Avrupa Parlamentosu'na dilekçe ile başvurma hakkına sahiptir.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanununun 1. Maddesinde " Bu Kanunun amacı, Türk vatandaşlarının kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma haklarının kullanılma biçimini düzenlemektir" hükmüyle vatandaşların dilekçe ile başvurma hakkını düzenlemektedir.

#### **Madde- 45. Dolaşım ve İkamet Özgürlü ü**

1. Birli in her vatandaşı, Üye Devletlerin ülke sınırları içinde serbestçe hareket etmek ve ikamet etmek özgürlü üne sahiptir.

2. Bir Üye Devletin ülkesinde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülkelerin vatandaşlarına, Avrupa Toplulu u'nu tesis eden Antlaşma' ya uygun olarak dolaşım ve ikamet özgürlü ü tanınabilir.

#### **Madde- 46. Diplomatik ve Konsolosluk Koruması**

Birli in her vatandaşı, tabiiyetinde bulundu u Üye Devletin temsil edilmedi i bir üçüncü ülkenin topraklarında, herhangi bir Üye Devletin diplomatik veya konsolosluk makamları tarafından, söz konusu Üye Devletin vatandaşları ile aynı şartlarda korunma hakkına sahiptir.

## **BÖLÜM 6**

### **Adalet**

#### **Madde- 47. Etkili Hukuki Bir Yola Başvurma ve Adil Yargılanma Hakkı**

Birlik hukuku tarafından teminat altına alınmış hakları ve özgürlükleri ihlal eden herkes, bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak bir mahkemede etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir.

Herkes, daha önceden yasa ile temin edilmiş ba ımsız ve tarafsız bir mahkemede makul bir süre içerisinde yapılacak adil ve kamuya açık bir duruşma yapılması hakkına sahiptir. Herkes, kendisine bilgi verilmesi, savunulması ve temsil edilmesi fırsatına sahip olmalıdır.

Gerekli imkanlara sahip olmayan herkese, bu yardımın adalete etkin bir şekilde ulaşılmasının sa lanması için gerekli olması koşulu ile hukuki yardım sa lanacaktır.

İHAS' ın "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. Maddesinin 1. Fıkrasının ilk cümlesinde şöyle denilmektedir: "Herkes kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkında bir suç isnadının karara ba lanmasında, hukuken kurulmuş ba ımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir." Ülkemizde ise Anayasanın 36. Maddesinde yapılan de işiklikle "Adil Yargılanma Hakkı" ilk defa anayasaya girmiş oldu.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye aleyhine, bu maddenin ihlal edilmesinden dolayı mahkumiyet kararları bulunmaktadır.

#### **Madde- 48. Masumiyet Karinesi ve Savunma Hakkı**

1. Kendisine karşı ithamda bulunan bir kişinin, yasaya göre suçlu oldu u kanıtlanıncaya kadar masum oldu u kabul edilecektir.

2. Kendisine karşı ithamda bulunulmuş bir kişinin savunma haklarına saygı gösterilmesi teminat altına alınmalıdır.

**Madde- 49. Cezayı Gerektiren Suçların ve Cezaların Orantılı Olması ve Yasada**

**Tanımlanması İlkeleri**

1. Hiç kimse, işlendi i zaman ulusal veya uluslar arası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Hiç kimseye, suçu işledi i zaman verilecek olan cezadan daha a ır bir ceza verilemez. Cezayı gerektiren bir suçun işlenmesinden sonra yasanın daha hafif bir ceza öngörmesi durumunda bu ceza uygulanır.

2. Bu madde, işlendi i zaman uluslar toplulu u tarafından tanınmış genel ilkelere göre suç sayılan bir eylem veya ihmal nedeniyle bir kimsenin yargılanmasına veya cezalandırılmasına engel de ildir.

3. Cezaların şiddeti, cezayı gerektiren suçla orantısız olmamalıdır.

**Madde- 50. Cezayı Gerektiren Aynı Suçtan İki Kere Yargılanmama veya Cezalandırılmama Hakkı**

Hiç kimse, daha önce yasaya göre Birlik içinde kesin olarak beraat etti i veya mahkum oldu u bir suç nedeniyle mahkemede yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.

**BÖLÜM 7**

**Genel Hükümler**

**Madde- 51. Kapsam**

1. Bu bildirgenin hükümleri, yetki ikamesi ilkesi dikkate alınarak Birli in kurumları ve organlarına ve sadece Birlik hukukunu uyguladıklarında Üye Devletlere yöneliktir. Bu nedenle, kendi yetkilerine uygun olarak haklara saygı gösterecekler, ilkelere uyacaklar ve bunların uygulanmasını teşvik edeceklerdir.

2. Bu bildirme, Topluluk veya birlik için yeni bir yetki veya görev tesis etmemektedir veya antlaşmalarda belirtilen yetkilerde ve görevlerde de işiklik yapmamaktadır.

**Madde- 52. Teminat Altına Alınan Hakların Kapsamı**

1. Bu bildirmede kabul edilen hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek her türlü sınırlandırma, yasada öngörülmesi ve bu hak ve özgürlüklerin özüne saygı gösterilmelidir. Orantılı olma ilkesine tabi olarak sınırlandırmalar sadece gerekli olmaları ve Birlik tarafından kabul edilen kamu yararı amaçlarına veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gereksinimine gerçekten hizmet etmeleri koşulu ile uygulanabilir.

2. Topluluk antlaşmaları veya Avrupa Birli i Antlaşmasına dayalı olan bu Bildirmede tanınan haklar, söz konusu antlaşmalarda belirtilen şartlar ve sınırlar çerçevesinde kullanılır.

3. Bu Bildirme' nin, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi ile teminat altına alınmış olan haklara tekabül eden hakları içermesi durumunda söz konusu hakların anlamı ve kapsamı, söz konusu Antlaşmalar' da belirtilenlerle aynı olacaktır. Bu hüküm, Birlik hukukunun daha kapsamlı koruma sa lamasını engellemez.

**Madde- 53. Koruma Düzeyi**

Bu Bildirme'de yer alan hiçbir şey, Birlik hukuku ve uluslar arası hukuk ve Birlik, Topluluk veya Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi dahil olmak üzere Üye Devletlerin taraf oldu u uluslar arası anlaşmalarla ve Üye Devletlerin anayasaları ile kendi uygulama alanlarında tanınmış olan insan hakları veya temel özgürlükleri

kısıtladı ı veya olumsuz şekilde etkiledi i şeklinde yorumlanamaz.

**Madde- 54. Hakların İstismar Edilmesi Yasa ı**

Bu Bildirge' de yer alan hiçbir şey, işbu Bildirge' de tanınan haklar ve özgürlüklerden herhangi birinin ortadan kaldırılmasını veya bunun, burada öngörülenden daha fazla kısıtlanmasını amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunma veya herhangi bir fiili gerçekleştirme hakkını verdi i şeklinde yorumlanamaz.







# Uyum Yasaları Raporu

Av. Mustafa ERCAN



## A- UYUM YASALARINA İLİŞKİN BİLGİLER

UYUM KANUN RESMİ GAZETE  
SIRA NO TARİH ve SAYI

1-	4744	19.02.2002-	24676
2-	4748	09.04.2002-	24712
3-	4771	09.08.2002-	24841
4-	4778	11.01.2003-	24990
5-	4793	04.02.2003-	25014
6-	4928	19.07.2003-	25173
7-	4963	07.08.2003-	25192

1	6	20
7	1	3
	7	30
8	1	4
	6	9-B
G.10	6	21

## 2845- Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu

16	1	5
	2	7-C
	4	37
	6	8

## B- UYUM YASALARI İLE DE İŞTİRİLEN KANUNLAR VE İLGİLİ MADDELERİ<sup>(\*)</sup>

### 765- Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde	Uyum	Madde
İDAM	3	1, Geçici 1
159	1	1
	3	2-A
	7	1
169	7	2
201-A	3	2-B
201-B	3	2-B
245	4	1
312	1	2
426	7	3
427	7	4
453	6	1
462	6	19-A

### 3842- 1412-CMUK ve 2845-DGM Kanununu De İştiren Kanun

31/1	6	19-C
------	---	------

### 1412- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

107	1	6
128	1	7
316	4	2
327	3	7-A,13, Geçici
2		
	5	3,5, Geçici 1
335	3	7-B,13, Geçici
2		
	5	5, Geçici 1
EK-7	7	5

### 1086- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

### 3713- Terörle Mücadele Kanunu

445	5	1
445-A	3	6-A,13, Geçici
2		
	5	5, Geçici 1
447	5	2

(\*) Kanun No ve Adı altındaki ilk sayı, o kanunun maddesini; ikinci sayı, yukarıda kanun numarası, bilgileri verilen uyum yasa sırasını; üçüncü sayı, uyum yasasının maddesini gösterir.

448	3	6-B,13, Geçici	11	2	7-D
2				3	3-A
	5	5, Geçici 1		4	37
<b>2577- İdari Yargılama Usulü Kanunu</b>			12	2	7-D
			2	5	3-B
				4	37
53	6	6	15	3	3-C
Geçici 56		7	16	4	19
				7	14,35-B
<b>2253- Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun</b>			17	7	15
			18	4	20
			31	7	16,35-B
			34	2	5-C
6	7	8,35-A	38	2	5-D
34	4	37		7	17
			39	3	12-A
<b>353- Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanun</b>			40	3	3-D
			43	2	5-F
			44	4	21
11	7	6	45	3	3-E
			46	3	3-F
<b>657- Devlet Memurları Kanunu</b>			47	3	12-A
			56	3	12-A
13	2	3	62	3	3-G
			73	3	3-H
<b>4483- Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun</b>			82	5	4
			83	7	35-B
			<b>4721- Türk Medeni Yasası</b>		
2	4	33	56	7	31
<b>430 Sayılı Ola anüstü Hal Bölge Valili i ve Ola anüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlâve Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname</b>			64	7	32
			66	7	33
			82	7	34
			91	4	34
			92	4	35,36
			94	7	35-D
3-C	4	32			
<b>3682- Adli Sicil Kanunu</b>			<b>2762- Vakıflar Kanunu</b>		
5	4	30	1	3	4-A
8	4	31		4	3
9	6	13	G.2	6	2
<b>2908- Dernekler Kanunu</b>			<b>227 Sayılı Vakıflar Genel Müdürlü ünün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname</b>		
1	7	10	EK-	3	4-B
4	2	5-A		6	29
	7	11			
5	4	17	<b>3194- İmar Kanunu</b>		
6	2	5-B	EK-2	6	9
	4	18			
7	2	7-D			
8	7	12			
10	7	13			



**298- Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun**

55-A	6	3
149-A	6	4

**3984- Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun**

4	3	8-A, B
	7	14
15	6	15
26	3	8-C
32	6	16
G.10	6	17

**2945- Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu**

4	7	24
5	7	25
9	7	35-C
14	7	35-C
19	7	35-C
13	7	26
G.4	7	28

**2451- Bakanlıklar ve Ba lı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun**

Ek-1.Cetvel 7	9
---------------	---

**3257- Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu**

3	6	10
6	6	11
9	6	12

**832- Sayıştay Kanunu**

EK-12	7	7
-------	---	---

**3218- Serbest Bölgeler Kanunu**

G.1	3	12-D
-----	---	------

**488- Damga Vergisi Kanunu**

EK-1	4	5
------	---	---

**765- Sayılı Türk Ceza Kanunu**

**İDAM/3/1, Geçici 1**

Bu de işiklik ile; Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, Türk Ceza Kanunu, Kaçakçılı ın Men ve Takibine Dair Kanun (bu Kanun bilahare 4926 sayılı Kanunla bütünüyle de iştirildi), Orman Kanunu ile Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununda yer alan idam cezaları müebbet a ır hapis cezasına dönüştürülmüştür.

İdam cezası kanuni bir nedenle düşürülenlere verilen ilk temel cezanın idam olmasını düzenleyen hükümler mahfuz tutulmaktadır. Yine temel ceza olarak idam cezası yanında a ırlaştırıcı nedenler (TCK 70, 73, 82)var ise hücre cezaları iki katına, terör suçlarında üç katına çıkarılmıştır. Yine terör suçlularının idam yerine verilen a ırlaştırılmış müebbet a ır hapis cezasının hiçbir şekilde indirilmeyerek ölünceye de in devam edeceği düzenlenmiştir.

**159/1/1**

3/2-A

7/1

Bu maddede yapılan de işiklikte yasama organının tereddüt kar davrandı ı görülmektedir. Birinci fıkrada öngörülen cezanın a ır vasfı kaldırılarak, yargılama görevi asliye ceza mahkemesine terk edilmiştir. Yine ilk de işiklikten cezanın üst sınırı 6 yıldan 3 yıla indirilmiş, gelen eleştiriler üzerine nihayet bir yıl olan alt sınırdan da indirim yapılarak 6 ay olarak tespit edilmiştir. Neticede birinci fıkradaki suç için ceza sınırı 6 ay ile 3 yıl arasında olmuştur.

Yine bu maddeye özgü bir garabet ise düşünce açıklamalarının suç olmayacağına ilişkin belirlemedir.

Ki yasa ile böyle bir belirleme yapılmasına niçin gerek duyuldu u ve sonra bu belirlemenin niçin de işime u radı ı bize özgü ilginç bir durumdur. Şöyle ki; ilk belirleme, "Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez", şeklinde iken "Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez" şekline çevrilmiştir.

169/7/2

Bu madde metninden "eder veya her ne suretle olursa olsun hareketlerini teshil" kısmı çıkarılarak, özellikle düşünce açıklamalarının terör örgütüne yardım gibi cezalandırılması şeklinde uygulamaya son verilmiştir. De işiklik ile yalnızca somut yardım olan, barındırma, erzak, silah, cephane, elbise tedariki eylemleri cezalandırılabilir. De işiklik ile yalnızca somut yardım olan, barındırma, erzak, silah, cephane, elbise tedariki eylemleri cezalandırılabilir.

201-A/3/2-B

Bu madde TCK'ya yeni eklenmiştir. Madde ile kısaca göçmen kaçakçılı ı olarak tanımlanan suçun tanımı yapıldıktan sonra bu suç için a ır hapis, para cezası ile müsadere cezası getirilmiştir. Suçun teşebbüs derecesi dahi cezalandırılır iken, kötü muameleler ve ölüm halinde cezalar artırılmıştır.

201-B/3/2-B

Bu madde ile insanların zorla çalıştırılması, esir edilmesi veya organlarının alınmasını sa layan cebir, kandırma, çaresizlikten yararlanarak bu durumlara razı etme, bu nedenlerle kaçırma, sevk, barındırma fiilleri için a ır hapis ve para cezası öngörülmüştür.

245/4/1

Ülkemizde sıklıkla gündeme gelen işkencenin önlenmesi için bir adım olarak, işkence ve kötü muamele suçlarını düzenleyen TCK 243, 245 maddeleri uyarınca verilen cezaların para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyece i ve ertelenemeyece i hükmüne bağlanmıştır.

312/1/2

Bilindi i üzere uyum yasaları, özgürlüklerin önünü açmak, soyut düzenlemeleri kaldırmak, de iştirmek, insan hakları alanında gelişme sa lamak için yapıldı ı söylenmektedir. Ancak özellikle 312. maddeye ilişkin düzenleme tam da tersini yapmış ve soyut düzenleme getirilmiştir. Daha Mesut Yılmaz hükümeti zamanında TBMM gündemine gelen esasen yasanın ilk şeklinde suçun unsuru olan, ancak sonra a ırlaştırıcı neden yapılan "tahrikin umumun emniyeti için tehlikeli olabilmesi"nin yeniden suçun unsuru yapılması ile giderilebilecek sorun, de işiklik ile daha da içinden çıkılmaz şekilde soyutlaştırılmıştır. Nitekim de işiklik üzerine yapılan yargılamalar da bunu göstermiştir. Öte yandan halkın bir kısmının tahkir edilmesi suçu ihdas edilmiştir. Maddenin bu halinin özgürlüklere uymadı ı açıktır. Bu nedenle önümüzdeki uyum paketlerinde yeni bir düzenleme yapılması kaçınılmaz olmaktadır.

426/7/3

427/7/4

TCK 426 ve 427. maddelerinde düzenlenen ar ve haya duygularını inciten, cinsi arzuları istismar eden, müstehcen eserlerden bilim ve sanat eserleri ile edebî de ere sahip olan eserlerin madde kapsamı dışında oldu u ve müstehcen eserlere yönelik imha cezasının kaldırıldı ı düzenlemesi getirilmiştir.

453/6/1

Bu maddede yapılan de işiklik ile; Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni do muş bulunan çocu a karşı işlenmiş ise faile dört yıldan sekiz yıla kadar olan hapis cezası sekiz yıldan oniki yıla kadar çıkarılmıştır.

462/6/19-A

Adam öldürme ve etkili eylem suçları ma durum zinası esnasında bu nedenle işlendi inde ceza indirimi getiren özel düzenleme kaldırılmıştır. Bu tür durumlarda artık en fazla TCK 51. maddedeki tahrik hükümleri yolu ile indirim yapılabilecektir.

### 3713- Terörle Mücadele Kanunu

1/6/20

3713 sayılı yasanın 1. maddesinde yapılan de işiklik ile hukukumuzdaki bir garabet en azından yasa düzeyinde giderilmiştir. Terörün tanımının, her türlü eyleme ilişkin olması gibi saçma bir tanıma son verilerek her türlü suç teşkil eden eylem tanımlaması getirilmiştir. Böylelikle örne in ekonomik düzeni de iştirmeye yönelik her türlü eylem terör suçü sayılamayacaktır. Ki, maddenin ilk halinden bu anlaşılmakta idi. Bundan sonra ekonomik düzeni de iştiren suç teşkil eden eylemlerin işlenmesi halinde terör kapsamında de erlendirilecektir.

Bir di er de işiklik de terör örgütü tanımındadır. "Bu Kanunda yazılı olan örgüt, iki veya daha fazla kimsenin aynı amaç etrafında birleşmesiyle meydana gelmiş sayılır" şeklindeki düzenleme "iki veya daha fazla kimsenin birinci fıkrada yazılı terör suçunu işlemek amacıyla birleşmesi halinde bu Kanunda yazılı olan örgüt meydana gelmiş sayılır"

şekline çevrilmiştir. Böylelikle toplumsal sorunları konuşmak üzere bir araya gelen iki kişiinin terör örgütlü ü ile ilgisi olmadı ı vuzuha kavuşturulmuş oldu.

7/1/3 ve 7/30

3713 sayılı yasanın 7. maddesinin 2. fıkrası uyum yasaları ile iki kez de işikli e u ramıştır. Daha önce propagandanın örgütle ilgili olması yeterli görülür iken, ilk de işikle; terör yöntemlerine başvurmaya özendirerek şekilde örgüt propagandası suç sayılmıştır. İkinci de işiklikle ise; şiddet veya di er terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda suç sayılmıştır. İkinci de işiklikle terör yöntemi yanında şiddetin teşvik edilmesi de suç sayılmıştır. Yine ilk düzenlemedeki özendirme kelimesi teşvik ile de iştirilerek daha somut bir düzenleme yapılmıştır.

8/1/4 ve 6/9-B

Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinde önce de işiklik yapılmış ancak daha sonra bütünüyle ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlü ünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamayacağı na ilişkin olan ve düşünce özgürlü ü önünde engel olarak görülen suç yasadın çıkarılmıştır.

### 2845- Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

16/1/5 ve 2/7-C ve 4/37 ve 6/8

### 3842-1412 Sayılı CMUK ve 2845 Sayılı DGM Kanununu De iştiren Kanun



31/6/19-C

3842 sayılı Kanununun 31 inci maddesi gere ince, bu kanunla de iştirilen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 106, 108, 135, 136, 138, 142, 143, 144 ve 146 ncı maddeleri hükümleri, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda uygulanmamakta, DGM kapsamındaki suçlarda bu maddeler de iştirilmeden önceki halleriyle uygulanmakta idi.

Gerek 3842 sayılı Kanununun 31/1 maddesinde, gerekse DGM Kuruluş Kanununun 16. maddesinde yapılan de işikliklerle , sanı ın tutuklanması, ifade vermesi, sorguya çekilmesi, her aşamada müdafii isteme hakkı, müdafii hazırlık evrakını inceleme ve suret alma yetkisi yine müdafii sanık ile her zaman görüşebilmesi yönünden Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görülmesi gereken suçlamalara ilişkin hazırlık aşamasında yaşanan sorunlara son verilmiştir.

DGM uygulamasında, di er mahkemelerden farklı olarak, DGM Kuruluş yasası 16. maddenin ilk fıkrasında yazılı gözaltı süresinin 48 saat olması, üçüncü fıkrada yazılı, ola anüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında ikinci fıkrada dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla yedi güne kadar uzatılması mümkündür. Bunlar dışında, hazırlık safhasındaki soruşturma usulleri bakımından her hangi bir fark kalmamıştır. 16. maddenin 2. fıkrası CMUK 128. maddesi ile paralel olup bir fark oluşturmamaktadır.

### 1412- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

107/1/6

Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasında yapılan de işiklikler 4709 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa de işikli ine uyum sa lamaya yöneliktir. Bu cümleden olarak CMUK 107. maddesinde yapılan de işiklik ile, tutuklanan kişinin yakınlarına yapılacak bildirim tutuklamanın gayesini ihlal etme gibi bir neden engel sayılmaksızın ve gecikmeden yapılması hükmü getirilmiştir. Tutuklamayı bizzat bildirme iste i ise, soruşturmayı tehlikeye düşürmemek şartına ba lanmıştır. Yine daha önce bildirim tutuklanan ile esaslı bir alakası olan bir kişiye yapılması şeklindeki düzenleme bildirim tutuklananın belirledi i bir kişiye yapılması şeklinde de iştirilmiştir. Maddeye eklenen bir yenilik de, bildirim ilk tutuklama kararı dışında, tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her türlü kararda da yapılmasını zorunlu kılmasıdır.

128/1/7

Bu maddede yapılan de işiklik ile, yakalanan şahsın gözaltı süresinin savcının talebi ve sulh hakiminin kararı ile yedi güne kadar çıkarılabilmesine ilişkin hüküm kaldırılmış, tutuklamada oldu u gibi yakalamanın ve yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin emrin de yakalananın bir yakınına veya belirledi i bir kişiye, Cumhuriyet savcısının kararıyla gecikmeksizin haber verilece i hükmü getirilmiştir.

316/4/2

Bilindi i üzere temyiz edilen kararlara ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılı ı tebli nameleri sanı a tebli edilmemekte idi. Yeni düzenleme ile tebli kuralı getirilmiştir. Ancak bu kuralda daha sonra 4829 sayılı yasa ile bazı sınırlamalar ile birlikte de işiklik yoluna gidilmiştir. Buna göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılı nca düzenlenen tebli name, hükmü

temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç do urabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile müdahil, şahsî davacı veya vekillerine dairesince tebli olunacaktır. İlgili taraf tebli den itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir. Yine tebligatta Tebligat Yasası 35. madde hükmü uygulanacaktır.

327/3/7-A,13,Geçici 2

335/3/7-B,13,Geçici 2

5/3,5,Geçici 1

3. Uyum Paketiyle CMUK 327. maddeden sonra gelmek üzere 327/a maddesi vazedilmiştir. Bu düzenlemeye göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları hakkında kesinleşti i tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlı ından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilecektir. İstem,Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenerek reddedilmemesi halinde dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verecektir.

Daha sonra 4793 sayılı 5. Uyum Yasası ile yukarıda anılan bu düzenlemeden vazgeçilmiş, do rudan 327. maddeye 6. bent eklenerek; "Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildi inin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleşti i tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir" düzenlemesi yapılmıştır.

Bu düzenlemeden önce kesinleşmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yönünden yasanın yürürlü e girdi i 04.02.2003 tarihinden itibaren bir yıllık bir süre öngörülmüştür.

335. maddenin "Muhakemenin iadesi talebinin kabule şayan olup

olmadı ına dair olan karar duruşma yapılmaksızın verilir" şeklindeki son fıkrası kaldırılarak iadei muhakeme taleplerinin duruşmalı yapılması yolu açılmıştır.

EK-7/7/5

CMUK"a eklenen bu madde ile işkence ve kötü muameleyi düzenleyen TCK 243, 245. maddelere ilişkin yargılamalara sürat verilmeye çalışılmıştır. Ancak benzer düzenlemelerin uygulamada geçerlili inin bulunmadı ını, tutuklu işlerde dahi üç aya yakın duruşma günleri verildi ini ve adli tatillerdeki nöbetçi hakimlerin dosyayı bilmedi i ve inisiyatif alıcı kararlar vermedi ini belirtmek isteriz.

## 1086- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

445/5/1

445-A/3/6-A,13,Geçici 2

5/5,Geçici 1

447/5/2

448/3/6-B,13,Geçici 2

5/5,Geçici 1

HUMK 445. maddeden sonra gelmek üzere 445/a maddesi vazedilmiştir. Bu düzenlemeye göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları hakkında kesinleşti i tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlı ından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilecektir. İstem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenerek reddedilmemesi halinde dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verecektir.

Daha sonra 4793 sayılı yasa ile yukarıda anılan bu düzenlemeden vazgeçilmiş, do rudan 445. maddeye 11. bent eklenerek; "Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle

verildi inin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması." ve 447. madde 3. fıkra ile"445. maddenin 1. fıkrasının 11. bendinde yazılı sebepten dolayı iadei muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleşti i tarihten itibaren bir yıldır." düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenlemeden önce kesinleşmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yönünden yasanın yürürlü e girdi i 04.02.2003 tarihinden itibaren bir yıllık bir süre öngörülmüştür.

448. maddenin iadei muhakeme incelemesinin duruşmasız yapılacağına ilişkin son fıkrası kaldırılarak iadei muhakeme taleplerinin duruşmalı yapılması yolu açılmıştır.

### **2577- İdari Yargılama Usulü Kanunu**

53/6/6

G.5/6/7

CMUK VE HUMK'ta yapılan düzenlemelere paralel olarak İYUK'da da düzenleme yapılmıştır. Buna göre iadei muhakeme nedenlerini düzenleyen İYUK 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasına aşağıdaki (1) bendi eklenmiştir. Şöyle ki;

1) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildi inin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.

Yine İYUK 53. maddenin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi de iştirilerek ; "Yargılamanın yenilenmesi süresi, (1) numaralı fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için on yıl, (1) numaralı fıkranın (1) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi kararının kesinleşti i tarihten itibaren bir yıl ve di er sebepler için altmış gündür" şeklini almıştır. Bu düzenlemeden önce kesinleşmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yönünden yasanın yürürlü e girdi i tarihinden itibaren bir yıllık bir süre öngörülmüştür.

### **2253 - Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun**

6/7/8,35-A

2253 sayılı Yasanın 6. maddesinde Çocuk Mahkemeleri için öngörülen yaş sınırını 15'ten 18'e çıkarmıştır. Böylelikle bundan sonra 18 yaşından küçük kişiler çocuk sıfatıyla anılan mahkemede yargılanacak ve 2253 sayılı Yasanın getirdi i düzenlemelere muhatap olacaklardır.

7. Uyum Yasası ile Çocuk Mahkemelerinin görevlerine sınır getiren 2253 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrası kaldırılmıştır. Bu fıkra ile; "Olo anüstü haller, sıkıyönetim ve savaş hali ile askeri mahkemelerin görevlerine giren suçlar ve Anayasanın 143. maddesinin 1. fıkrasında sayılan suçlara dair hükümler saklı.." tutulmakta idi. Bundan sonra sayılan hallerde de çocuk mahkemeleri yetkili olacaktır.

34/4/37

2253 sayılı Yasanın 34. maddesi adli sicil ile ilgili olup kaldırılmıştır. Aşa ı yukarı benzer bir düzenleme 3682 sayılı Adli Sicil Kanununun 5. maddesine eklenen fıkra ile getirilmiştir. Bu fıkraya göre de, soruşturma ile ilgili olarak savcılık, mahkeme ve TBMM seçimleri ile ilgili olarak seçim kurulları bu bilgileri isteyebilecektir. Çocuklar için

tutulan sicil bilgileri başka hiç bir iş ve konu için kullanılamayacaktır.

Cumhuriyet savcılığı inca soruşturma yürütülece i hükme ba lanmaktadır.

**353- Askerî Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu**

11/7/6

Yapılan de işiklik ile Askeri Ceza Kanununun 58. maddesi yollaması ile TCK 153, 155 ve 161. maddede yazılı (askerleri ve halkı askerlikten so utmak ve savaş anında halkın mukavemetini kırmaya yönelik fiilleri içeren) suçları işleyenler Askeri Ceza Mahkemesinde yargılanmayıp, genel mahkemelerde yargılanacaklardır.

**657- Devlet Memurları Kanunu**

13/2/3

657 sayılı Yasanın 13. maddesi kamu görevlilerinin zarar verdi i kişilerin tazminat taleplerini düzenlemekte ve kişilere devletçe ödenen tazminatın memurdan rücu alınacağını düzenlemekte idi. Bu düzenlemeye ek yapılarak işkence ve kötü muamele sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları uyarınca ödenen tazminattan dolayı da sorumlu personele rücu bu tazminatın ödettirilece i hükme ba lanmış bulunmaktadır.

**4483- Memurlar ve Di er Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun**

2/4/33

Bu düzenleme ile TCK 245-son, CMUK EK-7 ile yapılan düzenlemelere paralel olarak, işkence ve kötü muamelede bulunan kamu görevlisi hakkında yetkili amirin izni alınmaksızın do rudan

**430- Ola anüstü Hal Bölge Valili i ve Ola anüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlâve Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**

3-C/4/32

Maddenin bu yeni şekli ile, Hükümlü veya tutuklular, ola anüstü hal ilanına neden olan suçların soruşturulmasında ifade alma, yer gösterme, yüzleştirme, teşhis ve tıbbi muayene için Ola anüstü Hal Bölge Valisinin teklifi üzerine, yetkili Cumhuriyet Başsavcısının talebi ve hakimın kararı ile, ceza infaz kurumu veya tutukevinden alınabilmesi süresi on günden dört güne indirilmiştir. Yine hakimın karardan önce hükümlü veya tutukluyu dinlemesi gerekti i, kişinin konumunun gerektirdi i haklardan yararlanacağı ve giderek cezaevinden çıkış ve girişte doktor raporu alınmasının zorunlu oldu u düzenlemesi getirilmiştir.

**3682-Adli Sicil Kanunu**

5/4/30

Bu madde ile 2293 sayılı Çocuk Mahkemeleri Kuruluş Kanununun 34. maddesi karşılanmıştır. Adli Sicil Kanunun 5. maddesine eklenen fıkra ile, çocuklar hakkında tutulan sicil bilgilerini, soruşturma ile ilgili olarak savcılık, mahkeme ve TBMM seçimleri ile ilgili olarak seçim kurulları isteyebilecektir. Çocuklar için tutulan sicil bilgileri başka hiçbir iş ve konu için kullanılamayacaktır.

8/4/31

Adli Sicil Kanunu 8. madde ile su de işiklikler yapılmıştır. Eski haliyle (8-b maddesi uyarınca) silinmesi mümkün olmayan; Zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile beş yıldan fazla a ır hapis veya hapis cezasına mahkûmiyet gibi hallerde artık infazın üzerinden on yıl geçmesi ile bu kayıtların silinmesi mümkün olacaktır. Bu gibi durumlarda çocuklar için 15 ve 18 yaşa göre yapılan ayırım kaldırılarak 18 yaşa göre tek bir düzenleme yapılmış ancak düzenleme 15 yaşa ilişkin süreler korunarak yapılmıştır. (5 yıl ve 2 yıl)

9/6/13

Bu maddeye eklenen "Özel kanun hükümleri saklıdır." fıkrası kapsamına girebilecek özel kanunlar hakkında kanun gerekçesi başta olmak üzere bir saptama yapamadı ımız için bir de erlendirme yapamıyoruz.

## 2908- Dernekler Kanunu

1/7/10

Dernekler Kanununun amacını gösteren 1. maddesinde yapılan de işiklik ile gerçek kişi yanında tüzel kişilerin de dernek kurucusu olabilece i düzenlemesi getirilmiştir. Böylelikle, dernek tanımı; *kazanç paylaşma dışında ve kanunla yasaklanmamış belirli bir ortak gayeyi gerçekleştirmek üzere en az yedi gerçek veya tüzel kişinin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları kuruluş şeklinde bir tanıma kavuşmuştur.*

4/2/5-A

7/11

Dernekler Kanununun 4. maddesi iki defa de iştirilmiştir. Son de işiklik ile, dernek kurma hakkının istisnaları

daraltılmıştır. İstisnaların birinci maddesindeki, yargı mensupları, mülki idare amirli i kadroları ve milli e itime ba lı özel ve kamu görevlisi ö retmen ve idareciler ve ö renciler istisna olarak sayılmamıştır. Yalnızca Türk Silâhlı Kuvvetleri ile genel ve özel kolluk kuvvetleri mensupları sürekli olarak istisna kapsamında sayılmıştır. Bunlar dışındakiler için özel kanunlarında dernek kuramayacakları belirtilip belirtilmedi ine bakılacaktır.

İşlenmiş suçlar nedeniyle getirilen istisnalar hem konu hem de süre yönünden daraltılmıştır. TCK 125-173 maddelerde düzenlenen devlet şahsiyetine karşı suçlardan mahkumiyet yerinde durur iken bu suçlara alenen tahrik etmek ibaresi kaldırılmıştır. Tabii ki TCK 172. madde hükümleri saklı kalacaktır. Yalnızca bunun yerine yüz kızartıcı suçları düzenleyen bendin devamına terör suçları ile terör eylemlerine katılma, tahrik ve teşvik suçlarından mahkum olma dernek kurma hakkının süreli istisnası olarak getirilmiştir. Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, ya ma, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflâs, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını aç ı a vurma (ki, kanımızca mükerrer ifadedir. TCK 137-138 nedeniyle) suçları da iki yıllık bir süre için dernek kurma hakkının istisnası olarak sayılmıştır.

Düzenleme ile, TCK 312/2 maddeden mahkumiyet, TCKT 536/1-3, 537/1-5 madde suçlarını siyasi ve ideolojik nedenlerle işleme, herhangi bir şekilde a ır hapis, taksirli suçlar hariç beş yıl ve üstü hapis cezası almış olanlar ile bir siyasi partiden kesin olarak ihraç edilenler ve siyasi partinin kapatılmasına neden olanlara ilişkin düzenlemeler kaldırılmıştır. Bunun yanında TCK

316, 317 ve 318 maddelerde düzenlenen kalpazanlık suçlarından mahkum olanlar istisna kapsamında tutulmakla birlikte iki yıllık süre sınırı getirilmiştir.

Yine kurulması yasaklanmış dernekleri kuranlar ve yönetenler ile dernekler için yasaklanmış faaliyetlerde bulunmaları sebebiyle mahkemece kapatılmasına karar verilen derneklerin yöneticileri kapatma kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl olan süre bir yıl olarak deştirilmiştir.

5/2/5

4/17

Kurulması yasak olan dernekleri düzenleyen 5. maddenin önce azınlık yaratmaya ilişkin 6. bendi deştirilmiştir. Daha sonra 4. Uyum yasası ile 13 bent halinde sayılan yasaklar kaldırılarak tek bir bende indirilmiştir. Buna göre; Madde 5. - Anayasada belirtilen Cumhuriyetin temel nitelikleri ile 174 üncü maddesinde belirtilen inkılâp kanunlarının korunması hükümlerine, millî güvenli e ve kamu düzenine, genel sa lık ve genel ahlâka aykırı olarak; Türkiye Cumhuriyetinde ırk, din, mezhep ve bölge farklılı ı veya bunlara dayanarak azınlık yaratmak ve Türkiye Cumhuriyetinin üniter Devlet yapısını bozmak; Atatürk'ün kişili ini, ilkelerini, çalışmalarını veya anılarını kötülemek veya küçük düşürmek ya da başkalarının hürriyetlerini kısıtlamak amacıyla, dernek kurulamaz. Şeklini almıştır. Yeni düzenleme ile 5. madde sadeleştirilmiş ancak sınırlamalar azaltılmış de ildir.

Düzenlemeden sonra, eski 6. bentte yazılı "Türk dilinden veya kültüründen ayrı dil ve kültürleri korumak, geliştirmek ve yaymak" yasak kapsamından çıkarılmıştır.

11. bentte düzenlenen siyasi içerikli çalışma da dernekler

kanunu kapsamında çıkarılmıştır. Ancak bu tür çalışmalar için siyasal partiler yasası ve di er özel yasalar ile dernek tüzü ünün de uygunlu unu aranacaktır.

Yeni düzenleme ile Yüksek Öretim kurumlarındaki derneklerin bir tane ile sınırlanması kuralı da dernekler yasasından kaldırılmıştır.

6/2/5-B

4/18

6. maddede yapılan de işiklik özellikle dile ilişkin olanıdır. Buna göre Türkçe'den başka bir dille hazırlanmış yazılı, sesli ve görsel malzemeler dernekler tarafından kullanılabilir. Dile ilişkin tek sınırlama, Türkiye Cumhuriyetinin resmi kurumları ile yapılacak yazışmalarda Türkçe kullanılmasına ilişkindir. Bu sınırlama 2. Uyumda bütün resmi işlemler için getirilmiş idi. 6. maddede getirilen düzenleme ile, derneklerin mühür ve başlıklı ka itlarda isim ve varsa işaret dışında başka isim ve işaret kullanmasına ilişkin sınırlama da kaldırılmıştır. Yine dernekler için getirilen sınırlamalara dernek üyelerinin de uymasını öngören düzenleme kaldırılmıştır.

7/2/7-D

Dernekler Kanunu 7. madde kaldırılarak derneklerin uluslararası faaliyet yasa ı, yurtdışında kurulan dernek ve kuruluşlara katılma yasa ı ve yurtdışında kurulan derneklerin Türkiye'de şube açma yasa ı kaldırılmıştır. Ancak Medeni Yasa 94. madde ile yabancı derneklerin faaliyetleri içişleri bakanlı ının iznine tabi bulunmaktadır.

8/7/12

Düzenleme ile, dernek tüzü ünde kurucuların unvan (ad-soyad yanında), (meslek ve sanat yanında) faaliyet konularının da



dernek tüzü ünde belirtilmesi kuralı getirilmiştir.

10/7/13

Düzenleme ile birden fazla ilde faaliyet gösterecek derneklerin kuruluş bildirisini ve eklerinin do rulu u ile tüzüklerinin içişleri bakanlığı nca denetlenmesinin (eski; doksan gün de il) altmış gün içinde olacağı belirtilmiştir.

11/2/7-D

3/3-A

4/37

12/2/7-D

3/3-B

4/37

7. madde ile birlikte 11 ve 12. maddeler de kaldırılarak derneklerin yurt dışı faaliyeti yine yurt dışında kurulan derneklerin Türkiye'de şube açabilmelerinin önü açılmıştır. Ancak Medeni Yasa 94. madde ile yabancı derneklerin faaliyetleri içişleri bakanlığı nın iznine tabi bulunmaktadır.

15/3/3-C

15. maddenin eski halinde Emniyet Genel Müdürlü üne verilen kayıt işlerinin bu defa İçişleri Bakanlığı nca nezdinde Dernekler Daire Başkanlığı nca görülmesi kararlaştırılmıştır. İllerde il emniyet müdürlü ü nezdinde tutulan kayıtların da valilikler nezdinde tutulacağı kararlaştırılmıştır.

16/4/19

7/14,35-B

16. maddede de 4. maddede yapılan de işiklik e uygun olarak, 3. paragrafın birinci cümlesinde yazılı istisnalar (ki,yeni şekli ile yüz kızartıcı ve terör suçlarına ilişkindir ) ile 4. Paragraf ( ki, dernek kapatılması ve siyasi partiden ihraç veya kapatılmaya neden olmaya

ilişkindir) kaldırılmıştır. 4. madde ile birinciler için iki yıllık, ikinciler için bir yıllık süre sınırı getirilmiştir. Bu sınırlama dernek kurmaya ilişkin oldu u gibi 16. madde nedeniyle kurulmuş bir derne e üye olmaya da ilişkindir.

İlkö retim ve orta ö retim ö rencilerinin dernek üyesi olamayacağı na ilişkin yasak devam etmektedir.

17/7/15

Kanununun 17. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "39. maddeye göre" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Çünkü 39. madde yürürlükten kaldırılmıştır.

18/4/20

Dernekler Kanunu 1. madde uyarınca dernek kurma ve üye olma hakkına sahip tüzel kişinin oy hakkını kullanma şekli belirlenmiştir. Buna göre; "Tüzel kişinin üye olması hâlinde, yönetim kurulu başkanı veya temsille görevlendirece i kişi oy kullanır. Bu kişinin başkanlık veya temsil görevi sona erdiği inde, tüzel kişi adına oy kullanacak kimse yeniden belirlenir."

31/7/16,35-B

31. maddenin birinci fıkrada ikinci cümle madde metninden çıkarılmak suretiyle, il, merkez ilçe ve ilçe ve köylerde birden fazla dernek şubesi açılmayacağı na ilişkin yasak kaldırılmıştır. Maddede yapılan di er de işiklik şube kurucularının kişisel bilgilerine ilişkin olup, 8. madde de işikli ine paralel olarak; unvan ve kişinin faaliyet konularının bildirilmesi kuralı getirilmiştir.

34/2/5-C

Bu maddede yapılan de işiklik ile bundan sonra, federasyon beş derne in bir araya gelmesi ile kurulabilecektir. Daha önce bu

sayı üç idi. Ancak daha önce her üç derneğin kamu yararına çalışan dernek olması aranmakta idi, ki yeni durumda bu kural kaldırılmıştır.

38/2/5-D

7/17

Ö renci derneklerini düzenleyen bu madde ile getirilen bir yenilik yoktur denebilir. Yalnızca, ö renci derneklerinin faaliyet konusuna; sanat, kültür, bilim konuları da eklenmiştir.

39/3/12-A

Kamu hizmeti görevlilerinin kuracağı derneklerin amaç ve faaliyetlerine ilişkin madde yürürlükten kaldırılmıştır. Kanaatimizce kamu sektöründe sendikalaşmanın mümkün olmasından sonra böyle bir düzenlemeye ihtiyaç kalmamıştır.

40/3/3-D

Bu maddenin sadece başlığı ile değiştirilmiş, başlıktaki sivil savunma deyişi çıkarılmıştır.

43/2/5-F

Kanunun 43. maddesinin eski şeklinde yabancı ülke derneklerinin davet edilmesi veya yabancı ülkelere temsilci gönderilmesi ilgili bakanlığın görüşü ile işleri bakanlığının iznine bağlı bulunmaktaydı. Maddenin yeni halinde ise izin kaldırılmış, bunun yerine yedi gün önceden yapılacak bildirim getirilmiştir. Madde metni şöyledir; Madde 43. - "Dernekler, en az yedi gün önceden merkezlerinin bulunduğu ve faaliyetin düzenleneceği illerin valiliklerine bildirimde bulunmak şartıyla yabancı ülkelerdeki dernek veya kuruluşların üyelerini Türkiye'ye davet edebilir ya da yabancı dernek veya kuruluşların davetlerine uyarak üyelerini veya dernek üyesi olma hakkına sahip üçüncü kişileri yurt dışına gönderebilirler. Bildirimde,

davetin amacı, tarihi, yeri, ilgili dernek veya kuruluşun adı ve adresi ile katılacak üyelere veya temsilcilere ait bilgiler bulunur."

44/4/21

44. maddenin eski şeklinde bildiri, beyanname vb. yayınlar için yönetim kurulu kararı ile yayın altında ad, soyad ve imza aranmakta idi. Bu önşartlar madde metninden çıkarılmıştır. Yine metnin yayımından 24 saat önce mülki amirlik ve savcılığa verilmesi kuralı da kaldırılmıştır. Bundan sonra dernekler hiçbir izin alma ve bildirimde bulunmaksızın anılan yayınları yapabileceklerdir. Maddede yazılı nitelikleri haiz yayınlar mahallin en büyük mülki amirinin kararıyla toplattırılabilir. Verilen bu kararını mülki amir yirmidört saat içinde asliye ceza hakimliğine bildirir. Hâkim, mülki amirin bu kararını en geç kırksekiz saat içinde inceleyip karara bağlar. Bu süre içinde bir karar verilememesi halinde, mahalli mülki amirin kararı hükümsüz sayılır.

45/3/3-E

Derneklerin genel denetimini düzenleyen Maddede görülen de işliklerin birincisi, derneklerin yönetmeliğine uygun beyannameyi her yıl mülki amirliğe vermek zorunda olmalarıdır. Yine denetlemenin Dernekler Daire Başkanlığına yapılmasıdır. Ancak il düzeyindeki denetlemelerde mülki amir veya bizzat görevlendireceği memurun denetimi devam etmektedir. Netice itibarıyla emniyet müdürlüğü dernekler masası görevlilerinin denetimi fiilen devam edebilecektir. Maddede yapılan bir değişiklik de, denetim yapan mülki amirlerin dernek kurulu başkan ve üyelerini geçici olarak görevden uzaklaştıramamaları, ancak doğrudan doğruya Cumhuriyet

savcılı na bildirimde bulunmalarına ilişkindir.

46/3/3-F

Maddede yapılan de işiklik ile derneklerin amaçlarına uygun çalışmalarını denetlemek üzere Emniyet Müdürlü ü nezdinde bulunan Dernekler Özel Denetleme Grubu yerine İçişleri Bakanlığı nezdinde kurulacak Dernekler Daire Başkanlığı kurulması öngörülmüştür.

47/3/12-A

Dernekler Kanunu 47. maddesi kaldırılarak kamu yararına çalışan derneklerin maliye bakanlığına denetlenmesi yolu kapatılmıştır.

56/3/12-A

Dernekler Kanunu 56. maddede yazılı, belli bir süre sınıfta kalan veya mezun olamayan öğrencilerin öğrenci derneklerinde görev alamayacağına ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

62/3/3-G

Madde metninde yer alan tutulması zorunlu defterlere ilişkin ayrıntılara son verilerek, bu defterlere ilişkin usul ve esasların İçişleri ve Maliye Bakanlıklarınca birlikte çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Noter onayı yine aranmaktadır. Yönetmeliği göremediğimiz için detay aktaramıyoruz.

73/3/3-H

46. maddedeki de işiklik e uygun olarak bu maddede de, emniyet müdürlüğüne verilen işlerin valilik ve kaymakamlık nezdinde kurulacak birimlerde olacağı düzenlenmesi yapılmıştır.

82/5/4

Dernekler Kanununun 43. maddesine veya 45. maddesinin 1. ve 4. fıkralarındaki zorunluluğu uymayanlar, 64. maddenin 2.

fıkrasında öngörülen bildirim yapılmayan veya Bakanlıkça belirtilen sürede taşınmaz mallarını paraya çevirmeyenler için üç aydan altı aya kadar olan hapis cezası kaldırılarak yerine birmilyar liradan üçmilyar liraya kadar altı para cezası getirilmiştir.

83/7/35-B

Dernekler Kanunu 56. madde yürürlükten kaldırıldı ve için bunun müeyyidesini düzenleyen 83. madde de yürürlükten kaldırılmıştır.

## Türk Medeni Kanunu

56/7/31

Dernekler Yasasındaki de işiklik e paralel olarak Medeni Yasada da dernek kurma hakkı gerçek kişiler yanında tüzel kişilere de verilmiştir.

64/7/32

Medeni Yasanın 64. maddesinde düzenlenen dernek üyeliğinin gerçek kişi yanında tüzel kişiler içinde bulunduğuna ilişkin de işiklik yapılmıştır.

66/7/33

Üyelerin dernekten çıkmak için yapmaları gereken bildirim "altı ay önceden yapılması" hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Süre gözetilmeksizin üyelikten çıkma bildirim yapılabilecektir.

82/7/34

Gerçek kişiler gibi dernek üyesi tüzel kişiler de üyelerine ilişkin konularda alınması gereken kararlara iştirak edip oy kullanamayacaktır.

91/4/34

91. maddede yapılan de işiklik ile derneklerin uluslararası işbirliği ve bu nitelikte kuruluşlara üyelikleri için bakanlar kurulunun iznini öngören

düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

92/4/35,36

92. madde de işikli i ile yabancı derneklerin Türkiye'de faaliyette bulunabilmeleri, şube açmaları ve kuruluş kurma veya bunlara üye olmaları artık bakanlar kurulu izni ile de il, dışişleri bakanlığının görüşü ile iç işleri bakanlığının iznine bağlanmıştır. Yine iznin kapsamını belirleyen konu sınırlaması kaldırılarak her türlü konu için faaliyet mümkün hale getirilmiştir. Yine bu maddede yazılı haklar dernek ve vakıf dışındaki kar amacı gütmeyen kuruluşlara da tanınmıştır.

94/7/35-D

Medeni Kanunun dernek şube kuruluşunu düzenleyen 94. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hususta artık Dernekler Kanunundaki de işik 31. maddeye bakmak gerekecektir.

## 2762- Vakıflar Kanunu

1/3/4-A

4/3

Vakıflar Kanununun 1. maddesinin sonuna aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izniyle dinî, hayrî, sosyal, e itsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.

Bu vakıfların dinî, hayrî, sosyal, e itsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulundu u, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle

belirlenen taşınmaz mallar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması hâlinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına bağlanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tâbidir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bağlı bulundu u Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

G.2/6/ 2

Cemaat vakıfları, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde 1. maddenin 7. fıkrası uyarınca tescil başvurusunda bulunabilirler.

## 227- Sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

EK/3/4-B

7/29

Yabancı ülkedeki derneklerin Türkiye'de faaliyette bulunmasına ilişkin Medeni yasada dernekler için yapılan de işikli e paralel olarak vakıflar için de düzenleme yapılmıştır. Ancak, Türkiye'de Kurulan derneklerin yabancı ülkedeki faaliyetleri izne tabi de il iken, vakıflar için dışişleri bakanlığının görüşü ve içişleri bakanlığının izni aranmaktadır.

## 3194- İmar Kanunu

EK-2/6/9

İmar Kanununda geçen "cami" kelimesi "ibadet yeri" olarak de iştirilmiş, böylelikle cami dışındaki ibadet yerlerinin de yasa kapsamına alınması sağlanmıştır. Buna göre mescitler, kilise, havra vs. ibadet yerleri de anılan kapsama alınmıştır. İmar

Yasasında üç maddede cami kelimesi geçmektedir. Arsa ve arazi düzenlenmesine ilişkin 18. maddenin 3. fıkrası, yönetmeliklere ilişkin 44. maddenin b bendi ve imar planlamasında cami/ibaret yerleri ayrılmasına ilişkin EK-2 maddesidir.

### 1587-Nüfus Kanunu

16/6/5

Madde yeni doğmuş çocuğa ad verilmesini düzenlemektedir. Maddenin Önceki şeklinde, millî kültürümüze, örf ve adetlerimize uygun düşmeyen adlar konulamayacağı düzenlemesi maddenin yeni şekliinden kaldırılmıştır.

### 2923- Yabancı Dil E itimi ve Ö retimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil Ve Lehçelerinin Ö renilmesi Hakkında Kanun

ADI/3/11-A

1/3/11-B

2923 sayılı Yabancı Dil E itimi ve Ö retimi Kanununun adı "Yabancı Dil E itimi ve Ö retimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Ö renilmesi Hakkında Kanun" şeklinde de değiştirilmiştir.

Yasanın amacını anlatan 1. maddesinde yer alan tanıma "Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin ö reniminin" ibaresi eklenerek "Bu Kanunun amacı, e itim ve ö retim kurumlarında okutulacak yabancı diller, yabancı dille e itim ve ö retim yapan okullar ile Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin ö reniminin tâbi

olacağı esasları düzenlemektir." şekline dönüştürülmüştür.

2-A/3/11-C

7/23

Yasanın 2-a bendine ek hüküm konulmak suretiyle Türk vatandaşlarının Türkçe'den başka kullandıkları dil ve lehçeleri öğrenmek için kurs ve derslik açmalarına imkan sağlanmıştır. Ancak "Bu kurslar, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüüne aykırı olamaz."

Düzenlemeye göre anılan kurslara ilişkin Milli Eğitim Bakanlığı bir yönetmelik çıkaracaktır. Yine Türkiye'de hangi yabancı dillerle e itim, ö retim yapılacağına bakanlar kurulu Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşünü almak suretiyle izin vermekte iken, Milli Güvenlik Kurulunun iznini alma gereği kaldırılmıştır.

### 2911- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu

3/3/5-A

Bu maddenin önceki haline göre yabancıların toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmaları, düzenlemişlere katılmaları, materyal taşımaları işleri bakanlığının iznine tabi idi. Yeni durumda, toplantı düzenleme işleri bakanlığının iznine tabi iken, düzenlenmiş toplantılara katılmaları ve materyal taşımaları mahallin en büyük mülki amirinin iznine tabi kılınmıştır.

9/2/6-A

Düzenleme kurulu üyelerinin yaş sınırı 21 den 18 e indirilmiş ve düzenleme kurulu üyelerinin toplantının yapılacağı yerde ikamet etme şartı kaldırılmıştır. Yine düzenleme kurulu üyelerine ilişkin sınırlamalardan diplomatik

dokunulmazlı 1 olanların istisnalı 1 devam ederken, soruşturması izne ba lı kişiler ile yasama dokunulmazlı 1 bulunanlara ilişkin sınırlama kaldırılmıştır.

10/3/5-B

Madde ile Anayasa de işikli ine uygun olarak, bildirim için öngörülen süre 72 saatten 48 saate indirilmiştir.

15/7/18

Bir il sınırı içinde aynı günde birden çok toplantı yapılmak istenmesi halinde valinin toplantılardan bir kısmını 30 gün süreyle erteleme yetkisi 10 güne indirilmiştir. Kanaatimizce bu erteleme süresi de amacı aşar niteliktedir. Bu itibarla erteleme kararına itiraz yolu açılmalı ve 48 saatlik süre içinde sonuçlandırılacak şekilde Sulh Hakiminin denetimi yolu getirilmelidir.

16/7/19

Bölge valili i bölgesinde yapılacak toplantıların bölge valili ince ertelenme süresi otuz günden on güne indirilmiştir.

17/2/6-B

6/20

Toplantı ve gösteri yürüyüşünün vali ve kaymakamlarca ertelenmesi ve yasaklanmasını düzenleyen 17. madde metnindeki sınırlama nedenleri yeni bir ifadeye kavuşturulmuş, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sınırlama nedeni sayılmıştır. Sayılan idarecilerin erteleme yetkisi iki aydan bir aya indirilmiştir. Tamamen yasaklama yetkisi ise 7. Uyum yasası ile suç işlenece ine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması şartına ba lanmıştır.

18/7/21

Maddedeki de işiklik tam da uyum yasalarının ruhuna uygun bir

de işiklik olarak de erlendirilmelidir.

Maddede geçen "yasaklanan veya ertelenen" ibareleri "ertelenen veya yasaklanan", şeklinde de iştirilmiştir."

19/2/6-C

7/22

Bölge valilerinin bütün toplantıları yazılı nedenlerle üç ay için yasaklama yetkisi bir ay ile sınırlanmıştır. Yine il valilerinin ba lı ilçeler için üç ay için olan yasaklama yetkisi bir ay ile sınırlanmış ve suç işlenece ine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması şartına ba lanmıştır.

21/2/7-E

Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteli indeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmasını yasaklayan düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

## 2559- Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu

8/3/10-A

Maddeye yapılan ek ile polisin kati delil elde etmesi ve mülki amirin kararıyla kapatılmasına veya faaliyetten menine karar verilebilecek yerler arasına internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler de dahil edilmiştir.

9/3/10-B

Madde ile polisin arama ve zaptetme yetkisine ilişkin olarak anayasa de işikli ine uyum sa lanmıştır. Hakim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde mülki amirin yazılı emri olmadıkça polis kimsenin üzerini aramayacaktır. Aramaya maruz kalan kişilerin polisten aramanın dayana nı ibraz etmesini



istememesi, aksi halde aramaya izin vermemesi mümkündür. Ceza muhakemesine tabi arama ve zabıt dışında kalan, genel, önleyici arama nedenleri aşağı yukarı maddenin eski halindeki kapsamına uygun olarak ve kısaltılarak zikredilmiştir. Yapılan de ışıklı in Polisin şüpheli şahıs gerekçesiyle arama yapmasını ve bunun sonucunda gelen keyfi gözaltı ve GBT sorgulamasını önleyici mahiyette bir de ışıklık oldu unu düşünmekteyiz.

11/3/10-C,12-C

Maddede üç bent halinde polisin genel ahlakı korumak için do rudan do ruya müdahil olacağı haller sayılmaktadır. (C) bendindeki de ışıklık ile plak, video ve ses bantları gibi sayma yönteminden vazgeçilerek kaydedildi i materyale bakılmaksızın sesli ve görüntülü eserler denilmek suretiyle, CD, VCD ve benzeri eserler de kapsama alınmıştır.

12/3/10-D

Maddenin eski halinde, genel olarak umuma açık yerler ile e lence yerlerinde kız ve kadınların çalışabilmesi o yerin en büyük mülki amirinin iznine tabi idi. Yine 21 yaşından küçük kız ve erkeklerin bu yerlerde çalışmasına izin verilmeyece i düzenlenmekte idi. Yeni düzenleme ile 21 yaş sınırı 18 yaşa indirilmiş ve kız ve kadınlar için mülki amirin izin vermesi şartı kaldırılmıştır. Bu yerlere 18 yaşından küçüklerin girmesine izin verilmeyece i kuralı ise aynen korunmuştur. Bunun yanında de ışıklık ile bu maddeye aykırı davranan işyerleri hakkında 8. madde uyarınca kapatma veya men kararı verilebilece i gibi şahıslar hakkında da 17. madde uyarınca karakola götürülerek adli işlem yapılacaktır.

13/3/10-E

Maddede yapılan de ışıklık ile, polisin görevini yürütmesinde

engel olanları, alınan tedbirleri uymayanları da yakalayacağı hükme ba lanmıştır. Yine rapor alınması gerekenlerde, uyuşturucu kullananlar yanına, zor kullanılarak yakalananlar ile adli soruşturma yapılacaklar da katılmıştır. Yine Anayasa ve CMUK'taki de ışıklıklere paralel olarak, yakalama sebebinin sanı a derhal, toplu suçlarda ise en geç hakim önüne çıkıncaya kadar bildirilece i hükme ba lanmıştır. Yine maddenin eski halinde yakalamanın mahzur do urmuyorsa yakınlara bildirilece i hükmü bulunmakta iken yeni halde hiçbir şey gözetmeden derhal bildirim yapılması kuralı konmuştur.

EK-1/3/10-F,12-C

Ek-1. maddenin önceki halinde mahallin en büyük mülki amirine 48 saat önceden verilen müracaatla umuma açık yerlerde oyun ve gösteri sergilenebilece i , bunlardan devletin bölünmezli i ve anayasa düzeni ile genel ahlaka aykırı olanları mülki amirin emriyle polisin men edebilece i şeklinde bir düzenleme var idi. Yeni şekliyle polis men kararı veremeyip en büyük mülki amir derhal cumhuriyet savcılığı na suç duyurusunda bulunacaktır.

## 5442- İl İdaresi Kanunu

29/2/1

Kaymakamların atanması usulünü gösteren maddeye eklenen fıkra ile; Kaymakamlı a sadece mülki idare amirli i hizmetleri sınıfından olanlar vekâlet edebilir, düzenlemesi getirilmiştir.

## 2803- Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu

9/2/7-B

Jandarmanın kanun ve buna dayalı olarak verilen emirler

dışında hiçbir görevle sorumlu olmadığına ilişkin düzenlemenin istisnasını düzenleyen ve jandarma subaylarının vali ve kaymakamlara, astsubayların da bucak müdürlerine vekalet edebileceğine hükme bağlayan cümle ile idaresi kanunundaki de işikli e paralel olarak yürürlükten kaldırılmıştır.

### 5680-Basın Kanunu

5/3/9-A

Basın Kanununun Ek-1. maddesinin 1 ve 2. fıkraları birleştirilmiş ve 1 ve 2. fıkranın eski halinde; Türk Ceza Kanunu II. Kitabının 1. Babının 1, 2 ve 4. fasıllarında veya 311, 312. maddelerinde yazılı suçları veya devlete ait gizli bilgileri ifşa ve 2. fıkroda ilaveten Türk Ceza Kanunu 426, 428. maddelerdeki suçlar, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine işlenen suçlar ve toplantı ve gösteri yürüyüşü yasasına muhalefet suçları yer almakta suçlar böylelikle sayılmakta iken fıkranın yeni şeklinde "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlü ünün, millî güvenli in, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ile Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun ve Anayasanın 174. maddesi kapsamında yer alan inkılâp kanunları aleyhine işlenen suçlar" şeklinde genel bir tanımlama yapılmıştır. Dolayısıyla sorumlu yazı işleri müdürlerine ilişkin şartları düzenleyen 5. maddenin 6 bendindeki atıf bu yeni şekle yapılmış olmaktadır.

15/4/4

Basın kanununun mevkute sahibinin haklarını düzenleyen 15. Maddesine, "Mevkute sahibi, mesul müdür ve yazı sahibi haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaz" hükmü eklenmiştir. Bu hükmü haberin hukuka aykırılı ının denetlenmesini önleyece i şeklinde

anlamamak gerekti ini belirtmek isteriz

16/2/7-A

Basın kanununun 16. maddenin 5. fıkrasında yer alan "Kanunla yasaklanmış herhangi bir dille yayın yapılması halinde, sorumlu müdürlerle yayınlananlar hakkında bu maddede öngörülen para cezasına çevrilerek hükmedilmeye ve emniyet gözetimi altında bulundurma cezası verilmeyece ine ilişkin hükümler uygulanmaz" hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle sorumlu müdürler ve yayınlananlar için yayın dilinden kaynaklanan eşitsizli e son verilmiştir.

21/3/9-B

Mevkutelere ilişkin idari makamlara verilmesi zorunlu beyannameleri vermeyenlere ilişkin ceza yaptırımını düzenleyen maddede yer alan 1. fıkradaki iki ile altı ay 2. fıkradaki dört ay ile bir yıl arasındaki hapis cezaları kaldırılmış bunun yerine mevcut para cezaları a ırlaştırılarak 1. fıkrada için onmilyar liradan otuzmilyar liraya kadar, 2. fıkrada için yirmimilyar liradan altmışmilyar liraya kadar şeklinde belirlenmiştir.

22/3/9-C

Yine hakikate aykırı beyanname verenler için öngörülen üç ay ile altı ay arasındaki hapis cezası kaldırılmış, bunun yerine mevcut para cezası a ırlaştırılarak yirmimilyar liradan yüzmilyar liraya kadar şeklinde belirlenmiştir.

24/3/9-D

Yine mevkutenin neşrini takip eden işgünü ikişer nüshasını en büyük mülki idare amirli ine ve cumhuriyet savcılı ına vermeyenler için öngörülen üç ay ile bir yıl arasındaki hapis cezası kaldırılmış bunun yerine mevcut para cezası a ırlaştırılarak otuzmilyar liradan yüzmilyar

liraya kadar şeklinde belirlenmiştir.

25/3/9-E

Yine basın Kanununun aradığı ve 13. madde ile belirlenen şartları taşımayan kimseleri çalıştıranlar için öngörülen bir aya kadar hapis cezası kaldırılmış bunun yerine mevcut para cezası a ırlaştırılarak onbeşmilyar liradan aşırı olmamak üzere şeklinde belirlenmiştir.

30/3/9-F

Ceza kovuşturmalarına ait talep, iddianame ve kararları duruşmada okunarak alenileşmesi veya takipsizlik gibi kararlar verilmesinden önce yayınlayanlar hakkında öngörülen bir ay ile altı ay arasındaki hapis cezası kaldırılmış bunun yerine mevcut para cezası a ırlaştırılarak yirmimilyar liradan yüz milyar liraya kadar şeklinde belirlenmiştir.

31/3/12-B

Basın yasası 31. madde mevcut kısaca Türk devlet yapısına ve kamu düzenine aykırı olup yabancı memleketlerde basılmış eserlerin Türkiye'de da ıtımının bakanlar kurulu kararı ile yasaklanabilece i, bundan evvel acele hallerde işleri bakanlı ınca bu yetkinin kullanılacağı ve buna aykırı hareket edenlere hapis ve para cezası öngören düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

33/3/9-G

33. maddede sayılan ve cinselli e ve ailenin ve küçüklerin korunmasına ilişkin hükümlere aykırı hareket edenler için öngörülen üç aya kadar hapis cezası kaldırılmış bunun yerine mevcut para cezası a ırlaştırılarak onmilyar liradan otuzmilyar liraya kadar şeklinde belirlenmiştir.

34/3/9-H

Mevkute sahiplerinin tutmak zorunda oldu u defteri tutmayan veya yanlış tutan veya savcılıkça talep edildi inde gizleyenler için öngörülen bir ay ile altı ay arasındaki hapis cezası kaldırılmış bunun yerine mevcut para cezası a ırlaştırılarak birmilyar liradan onmilyar liraya kadar şeklinde belirlenmiştir.

EK-1/2/2-A

Basın kanununun Ek-1. Maddesinin 1 ve 2. fıkraları telif edilerek tek fıkra halinde, 3. fıkra ise 2. fıkranın yerine geçmek suretiyle yeniden düzenlenmiştir.

Maddenin 1. fıkrası basılmış eserlerin da ıtımının önlenmesini, 2/b fıkrası ise toplatılmasını düzenlemekte idi. Her iki fıkroda da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcılarının yetkili oldu u ancak kararını 24 saat içinde hakime sunması şartı bulunmaktaydı. Bu kural korunmakla birlikte, eskiden hakimin savcı kararını onaylamaması halinde kararın hükümsüz kalacağı hükme ba lanmış iken, yeni halde hakimin 48 saat içinde kararını açıklamaması halinde de savcı kararının kendili inden hükümsüz kalacağı hükme ba lanmıştır.

1 ve 2. fıkranın eski halinde Türk Ceza Kanunu II. Kitabının 1. Babının 1, 2 ve 4 üncü fasıllarında veya 311, 312. maddelerinde yazılı suçları veya devlete ait gizili bilgileri ifşa ve 2. fıkroda ilaveten Türk Ceza Kanunu 426, 428. maddelerdeki suçlar, 5816 sayılı Atatürk aleyhine işlenen suçlar ve toplantı ve gösteri yürüyüşü yasasına muhalefet suçları yer almakta, suçlar böylelikle sayılmakta iken fıkranın yeni şeklinde "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlü ünün, millî güvenli in, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ile Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun ve Anayasanın 174 üncü

maddesi kapsamında yer alan inkılâp kanunları aleyhine işlenen suçlar" şeklinde genel bir tanımlama yapılmıştır.

Maddenin müsadereyi düzenleyen 3. fıkrası yeni şekilde 2. fıkra olarak tanzim olunmuştur. Eski halde, Türk Ceza Kanunu II. Kitabının 1. Babının 1,2, ve 4. fasıllarında veya 312. maddenin 2. fıkrasında yazılı suçları işleyenler tanımına yer verilmiş iken yeni halde *Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlü ü, Cumhuriyetin temel ilkeleri ve millî güvenlik aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkûmiyet halinde faillerden en az birine ait baskı alet ve makinelerinin müsadereye tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır.*

**EK-2/2/2-B**

Maddenin birinci fıkrasında Ek-1. maddede yazılı suçlardan mahkumiyet halinde mevkutenin kapatılması için takdir olunacak süreyi; 3 gün ile bir aya kadardan, de işiklik ile 1 gün ile 15 güne kadar kısaltmıştır.

Birinci fıkraya göre kapatılmasına karar verilen mevkutenin yayınına bu süre içinde devamı halinde öngörülen; bir aydan altı kadar olan hapis cezası bir aydan üç aya kadar şekline çevrilmiş ve para cezası kaldırılmıştır.

**EK-3/3/12-B**

Basın kanununun Ek-3. maddesinde düzenlenen ve basılmış eserlerin müsadereesine ilişkin kesinleşmiş kararların resmi gazetede derhal yayınlanacağına ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

**3071- Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun**

1/4/23

2/4/24

3/4/25

4/4/26

7/4/27

8/4/28

**3686- İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu**

7/4/29

Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da yapılan de işiklik ile, Türk vatandaşları yanında Türkiye'de ikamet eden yabancıların da bu kanundan yararlanabileceği ancak bunun için karşılıklılık ve dilekçelerin Türkçe yazılmış olması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Yine ilgili idari makamların dilekçelere cevap verme süresi iki ay iken otuz gün olarak de işiklik ile değiştirilmiştir. Bu süre TBMM Dilekçe Komisyonu'nu dilekçeyi inceleme ve sonuçlandırması için 60 gün, İnsan haklarını İnceleme Komisyonu'nun dilekçeyi inceleyerek cevap vermesi için 60 gün olarak belirlenmiştir.

**2820- Siyasî Partiler Kanunu**

8/4/6

Maddede yapılan de işiklik ile siyasi parti kurmak için artık milletvekilliği yeterliliği de il, parti üyeliğine yeterlilik aranacaktır. Bu itibarla yasanın 11. maddesinde yazılı, 18 yaşını doldurmuş, medeni ve siyasi hakları kullanmaya ehil otuz Türk vatandaşı siyasi parti kurabilecektir.

11/4/7

Siyasi partilere üye olmayı düzenleyen 11. Maddede yapılan de işiklik ile, 2. bentte sadece dil de işikliği var, ihtilas yerine nitelikli zimmet denmiş, 3.

bentte ise; daha önce süre sınırı bulunmayan a ır hapis için 5 yıl, hapis için üç yıl olan süre ise beş yıl olmuştur.

66/4/8

Siyasi partilere ba ışı düzenleyen maddede ikimilyar liralık aynı ve nakdi yardım sınırına; aynı bedelde yayınların kullandırılması eklenerek yasak kapsamına alınmıştır.

98/4/9

Siyasi partilerin kapatılmasını düzenleyen maddenin 1. Fıkrasına, "Siyasî partilerin kapatılması davalarında kapatılmaya karar verilebilmesi için beşte üç oy çoklu u şarttır" cümlesi eklenerek kapatma kararı zorlaştırılmak istenmiştir.

100/4/10

Maddenin eski halinde yer alan ve bir siyasi partinin kapatılma nedenleri arasında yer alan Siyasî Partiler Kanununun dördüncü kısmında yer alan hükümleri ihlal madde metninden çıkarılarak yerine Anayasada yazılı nedenler konulmuş, böylelikle parti kapatılması anayasal sebeplere ba lanmak istenmiştir.

101/2/4-A

Anayasadaki yasaklara aykırı davranan siyasi partilerin Anayasa Mahkemesince temelli kapatılması yerine fiilin a ırlı na göre partinin bir yıllık hazine yardımının yarısından az olmamak üzere kısmen veya tamamen devlet yardımından yoksun bırakılması cezası da getirilmiştir.

102/2/4-B

4/11

102. madde 1 ve 3. fıkra de ışikli i ile; Siyasi partilerin denetimi amacıyla istenecek bilgi ve belgeleri bu hususta çıkarılacak ikinci tebli e ra men vermeyen partilere karşı kapatma davası yerine devlet yardımından

kısmen veya tamamen yoksun bırakmak için dava açılaca ı şeklinde düzenleme yapılmıştır.

103/2/4-C

100. madde bir siyasi partinin yasak eylemlere odak olması halini düzenlemekte, birinci fıkrada belirlemenin Anayasa Mahkemesince yapılaca ı kuralı bulunmakta idi. Ek-2 fıkra ile eylemleri hangi parti organının işlemesi halinde partinin odak haline gelmiş sayılaca ı açıkça belirtilerek Anayasa mahkemesinin takdir hakkı sınırlanmıştır. Buna göre bir siyasi partinin yasak eylemlere odak olması için eylemlerin; partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca işlenmiş olması aranacaktır.

## 2839- Milletvekili Seçimi Kanunu

7/4/14

Ara seçimleri düzenleyen 7. maddeye ek yapılarak "bir ilin veya seçim çevresinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü o seçim çevresinde ara seçim yapılır" hükmü getirilmiştir.

11/4/15

Milletvekili seçilemeyecekleri düzenleyen 11. maddede yapılan de ışiklik ile 312/2. maddesinden mahkum olanlar kapsam dışına çıkarılarak ilgili bende "terör eylemlerinden mahkum olanlar" hükmü yazılmıştır.

39/4/16

Bir seçim çevresinde seçimin Yüksek Seçim Kurulunca iptalinin ilanını takip eden altmışıncı gün yerine doksanıncı günü takip eden

ilk Pazar günü seçim yapılacağı de işiklik yapılmıştır.

### **2972- Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun**

8/4/22

Milletvekili seçimleri ile mahalli seçimlerin birleştirilmesi şartlarını düzenleyen 8. madde de işiklik ile; Milletvekili Seçimi Kanunu 7. maddeye eklenen ara seçim ile mahalli idare seçiminin birleştirilemeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir.

### **298- Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun**

55-A/6/3

Bu maddede esasa ilişkin hiçbir de işiklik yapılmamıştır. "İl seçim kurulunun kararı kesindir" cümlesi "İl seçim kurulu kararları kesindir" şekline çevrilmiştir.

149-A/6/4

Maddede yapılan de işiklik ile yasanın 55/A ve YSK tarafından belirlenen esaslara aykırı yayın yapan kuruluşlar için eskiden do rudan kapatma cezası verilmekte iken, bundan sonra önce özür diletme, giderek yayın yapılan program ve en son kuruluş yayınının toptan durdurulması yolu benimsenmiş, tedricilik esas alınmıştır.

### **3984- Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun**

4/3/8-A,B

6/14

Yasanın yayın ilkelerini düzenleyen 4. maddesine fıkra eklenerek "...Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde de yayın yapılabilir. Bu yayınlar, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüüne aykırı olamaz. Bu yayınların yapılmasına ve denetimine ilişkin usul ve esaslar, Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir" Hükmüne yer verilmiştir.

Maddenin (f) bendinde özel hayatın gizliliğine saygı kuralında kamu çıkarının gerektirdiği durumlar istisna olmaktan çıkarılmıştır. Yine (v) bendinde, karamsarlık, umutsuzluk ve kargaşa yaratan yayın yapmama ilkesi kaldırılmış, şiddet e ilimini körüklememe ilkesi şiddet kullanımını özendirme şekline çevrilmiştir.

15/6/15

RTÜK teşkilat yapısına ilişkin bir de işiklik.

26/3/8-C

Yayınların yeniden iletiminde süreklilik arz etmeyen yayın istisnası madde metninden çıkarılmıştır.

32/6/16

Seçimlerde oy verme gününden önceki her türlü haber, röportaj gibi programlar veya reklamlar yoluyla kamuoyu araştırmaları, anketler, tahminler, bilgi iletişim telefonları yoluyla mini referandum gibi adlarla siyasi bir partinin veya adayın lehinde veya aleyhinde veya vatandaşın oyunu etkileyecek yayınlarda bulunulmasına seçimden önceki yedinci günden itibaren izin verilemeyeceğine ilişkin süre 24 saat içinde olarak de işiklik.

G.10/6/17



Geçici 10. madde yasanın 4. maddesinde öngörülen yönetmeli in RTÜK tarafından dört ay içinde hazırlanarak yürürlü e konulaca ına ilişkindir.

**2945- Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterli i Kanunu**

4/7/24

Maddenin önceki halinde MGK'nın görevleri çok ayrıntılı bir şekilde düzenlenmekte idi. Yeni düzenleme ile; "millî güvenlik ve devletin millî güvenlik siyasetine ilişkin tanımlar çerçevesinde devletin millî güvenlik siyasetininin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili konularda tavsiye kararları alır ve gerekli koordinasyonun sa lanması için görüş tespit eder" şeklinde kısa bir tanımlama yapılmıştır.

Öte yandan yeni düzenleme ile MGK kararlarının bakanlar kurulu kararı haline gelmesi halinde takibi ve koordinasyon hususunda görevli olmak üzere başbakan tarafından bir başbakan yardımcısı görevlendirilece i hükmüne ba lanmıştır.

5/7/25

MGK'nın bir ay yerine iki ayda bir toplanaca ı hükmüne ba lanmıştır. Öte taraftan MGK'yı toplamak için Genelkurmay Başkanının Cumhurbaşkanına öneri götürme yetkisi kaldırılmıştır.

9/7/35-C

14/7/35-C

19/7/35-C

Yasanın 9, 14 ve 19. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan maddelerde her türlü Milli Güvenlik Kurulu kararlarıyla ilgili Bakanlar Kurulu kararlarının da ıtımı, takibi, 13. maddede belirtilen görevlerin

yerine getirilmesinde, takip ve kontrol edilmesinde, yönlendirilmesinde, koordine edilmesinde ve denetlenmesinde verilen direktifler çerçevesinde Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Milli Güvenlik Kurulu adına Genel Sekreterin yetkili oldu una ve bu hususlar hakkında Başbakana, Cumhurbaşkanına ve Milli Güvenlik Kuruluna belli süreler içinde bilgi verilir. Yine Genel Sekreterin kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinden sürekli veya istenildi inde bilgi isteme yetkisi de yürürlükten kaldırılmıştır.

13/7/26

MGK genel sekreterli inin yetkilerini düzenleyen 13. maddenin eski hali, ne ararsan bulunur kabilinden torba madde idi. Yeni halde kısa bir şekilde "a) Millî Güvenlik Kurulunun sekreterlik hizmetlerini yürütür, b) Millî Güvenlik Kurulunca ve kanunlarla verilen görevleri yerine getirir." hükümlerine yer verilmiştir.

15/7/27

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri Orgeneral/Oramiral rütbesinde Silahlı Kuvvetler mensupları arasından Genelkurmay Başkanının inhası, Başbakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile atanaca ına ilişkin düzenleme de iştirilerek "Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanır. Söz konusu atamanın, Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları arasından yapılmasının öngörülmesi hâlinde Genelkurmay Başkanının olumlu görüşü alınır" şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

G. 4/7/28

\*Yeni de işikliklere uygun olarak yönetmeli in çıkarılmasının usul ve süresi gösterilmiştir.

## 2451- Bakanlıklar ve Ba lı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun

Ek-1. Cetvel/7/9

İlgili cetvelde bakanlar kurulu kararı ile atanacak bürokratlar anılmaktadır. 2945 sayılı MGK Yasası 15. madde de işikli i ile bundan sonra atama bakanlar kurulu yerine başbakanın teklifi ve cumhurbaşkanının onayı alınmak suretiyle yapılacaktır.

## 3257- Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu

3/6/10

Kanunun tanımları yapan 3. maddesinde denetimin milli kültür, örf ve adetlerimize uygunlu u yönünden denetimini kaldırmıştır. Di er hususlarda ise ifade de işikli i yapılmış, esası ise korunmuştur. Ancak önceki halde anılan kriterler yönünden suç veya suça teşvik unsuru ihtiva etmesi aranmakta iken, yeni halde do rudan anılan kriterlere;" Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlü üne, genel ahlâk ve genel sa lı a ve kamu düzenine" uygunluk aranacaktır. Bu yönüyle denetimin kapsamı genişletilmiştir.

6/6/11

Denetlemeyi ve denetleme yapacak kurulu belirleyen maddede, Denetleme Kurulunda yer alan Milli Güvenlik Kurulu genel Sekreterli i kontenjanı kaldırılmıştır.

9/6/12

Maddenin 3. fıkrası de işikli i ile denetleme kriterlerinden örf ve adet çıkarılmış, devletin bölünmezli i ve kamu düzenine aykırılık halinde yasaklamanın hakim kararı ile verilece i, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bakanlık ve mülki

amirlerin yazılı emir ile yasaklayabilece i ve bu halde kararın 24 saat içinde sulh hakimine sunulaca ı ve hakimın 48 saat içinde kararını açıklayaca ı, aksi halde kararın hükümsüz kalaca ı düzenlemesi yapılmıştır. Maddenin eski halinde mülki amir do rudan yasaklama kararı alabilmekte ve bu karar hakim denetimine tabi bulunmamakta idi.

## 832 - Sayıştay Kanunu

EK-12/7/7,36

832 sayılı Sayıştay Kanununa aşağıdaki madde eklenmiştir.

EK MADDE 12- Türkiye Büyük Millet Meclisi araştırma, soruşturma ve ihtisas komisyonlarının kararına istinaden Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlı ının talebi üzerine Sayıştay, talep edilen konuyla sınırlı olmak kaydıyla denetimine tâbi olup olmadığı na bakılmaksızın özelleştirme, teşvik, borç ve kredi uygulamaları dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının hesap ve işlemleri ile aynı usule ba lı olarak, kullanılan kamu kaynak ve imkânlarından yararlanma çerçevesinde her türlü kurum, kuruluş, fon, işletme, şirket, kooperatif, birlik, vakıf ve dernekler ile benzeri teşekküllerin hesap ve işlemlerini denetleyebilir. Denetim sonuçları, ilgili komisyonlarda de erlendirilmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlı ına sunulur.

Silâhlı Kuvvetlerin elinde bulunan Devlet mallarının denetlenmesi, millî savunma hizmetlerinin gerektirdi i gizlilik esaslarına uygun olarak yapılır. Bu denetimin yapılmasına ilişkin esas ve usuller, Genelkurmay Başkanlı ının ve Sayıştayın görüşü alınmak suretiyle Millî Savunma Bakanlı ı

tarafından hazırlanarak Bakanlar Kurulunca kabul edilen "GİZLİ" gizlilik dereceli bir yönetmelikle düzenlenir.

ba lamında yapılacak ödemelere ilişkin olarak düzenlenecek kâ ıtlar damga vergisinden istisna kılınmıştır.

Sayıştay Birinci Başkanı, Sayıştay Kanunu gere ince yapılacak denetimler sırasında gerekli görmesi halinde, meslek mensuplarıyla birlikte Sayıştay dışından uzman çalıştırmaya yetkilidir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinden gelen denetim taleplerine Sayıştay'ca öncelik verilir. Bu taleplerin Sayıştay'ca ne şekilde karşılanacağına ilişkin esas ve usuller ile Sayıştay dışından Birinci Başkanca uzman görevlendirilme esas ve usulleri Sayıştay'ca düzenlenecek yönetmeliklerde tespit edilir.

Cumhurbaşkanlığı bu madde kapsamı dışındadır."

Anılan maddenin yayımı tarihinden altı ay sonra,yürürlü e girece i hükme ba lanmıştır.

### **3218- Serbest Bölgeler Kanunu**

#### **G.1/3/12-D**

Kanunun Geçici 1. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Madde; "Serbest bölgenin faaliyete geçmesinden itibaren on yıl süreyle 05.05.1983 gün ve 2822 sayılı Kanun'un grev ve lokavt ile arabuluculuk hükümleri uygulanmaz. Ancak bu süre içinde toplu iş sözleşmesi üzerinde çıkacak menfaat uyuşmazlıkları Yüksek Hakem Kurulu'nca karara ba lanır." şeklinde idi.

### **488- Damga Vergisi Kanunu**

#### **EK-1/4/5**

Yasaya eklenen madde ile; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dayanılarak yapılacak ödemeler ile dostane çözüm



# Dizin

- 11 Eylül, 279, 322, 325, 333, 437, 493, 505, 506, 507, 512, 514, 516, 552, 558
- II. Abdülhamit, 26, 54, 390
- II. Mahmut, 19
- XIII. Şarl, 247
- Abdülaziz**, 54
- Abdülîatif Şükrü Efendi, 25
- Abdüssettar Efendi, 25
- Âbidinzâde Alâaddin Efendi, 25
- Adaletin Gezici Şövalyeleri, 384
- Adaletin Yardımcısı, 375
- Adiaforizasyon, 439, 440
- Adil Yargılanma Hakkı, 527, 566
- Advo-Catus, 383
- Advucati, 384
- AGİK İnsani Boyut Konferansı, 61
- Agonistik Görüş, 203
- Agop Mırcikyan, 390
- AHİMSA, 274
- Ahmed Hâlid Efendi, 25
- Ahmet Cevdet Paşa, 16, 22, 24, 25, 41, 52, 54, 55, 56, 389
- Ahmet Hilmi Efendi, 25
- Ahmet Mithat, 23
- Ahmet Mumcu, 480, 487
- Ahmet Vefik Paşa, 54
- Aile Konutu Şerhi, 162
- Aile Mahkemeleri, 161
- Albaylar Cuntası, 534
- Âli Paşa, 24, 54, 389
- Ali Ratib Bey, 25
- Ali Suavi, 23
- Ali Şeriati, 387
- Alman Komünist Partisi, 174
- Alternatif Adli Rapor, 323
- Alternatif Yorum Rapor, 323
- Amsterdam Kriterleri, 542
- Angelini v. Sweden, 71
- Ankara Antlaşması, 534, 551
- Anlaşmalı Boşanma, 154
- Antakyalı Said Efendi, 52
- Anti Modernizm, 467
- Antigone, 277
- Antik Gelenek, 478, 479
- Antikça , 200
- Anytus, 489
- Apartheid, 514
- Arif'in Kıraathanesi, 391
- Aristo, 431, 456, 519
- Armenya Gazetesi, 26
- Arrowsmieth v. Birleşik Krallık Davası, 67
- Arthur Kaufman, 284
- Artık De er, 159
- Arzuhalcilik, 388
- Atatürk, 23, 28, 29, 30, 107, 133, 144, 219, 391, 393, 399, 578, 585, 586
- Atina Barosu, 383
- AVROT, 376, 408
- Avrupa Ordusu, 535
- Avrupa Standardı, 70
- Aydınlık İçin Yurttaş Girişimi, 283
- Ba** datlı Muhammed Emin Efendi, 25
- Bahailik, 67
- Bureau de Constantinople, 390
- Basit Kapatma, 176

- Başkadı, 247  
Bedros Şaşıyan, 390  
Belagât-ı Osmaniyye, 54  
Beşinci İlerleme Raporu, 535  
Beyaz Yürüyüş, 284  
Birgevî Hoca, 52  
Birinci İlerleme Raporu, 535  
Bitişik Suç, 344, 347, 358  
Biyolojik Anne, 160  
Büyük İskender, 503
- C**ansiliari, 384  
Carl Von Clausewitz, 494, 495, 496, 497  
Castlereagh, 33  
Cavit (Maliyeci), 27  
Celal (Bayar), 27  
Cenevre Sözleşmesi, 546, 562  
Censosrs, 247  
Cesar, 384  
Cinsel Azınlıklar Ombudsmanı, 255  
Cod Civil, 22, 24, 25, 54, 389  
Cumartesi Anneleri, 283  
Cumhuriyet Halk Fırkası, 23
- Ç**ar Aleksandır, 33  
Çekişmeli Hakları Edinme Yasa ı, 382  
Çiçeron, 384  
Çok Kültürlülük, 426
- D** v. Fransa Davası, 67  
Dahlab v. İsviçre, 60, 72, 93, 96  
Dar'ül Muallimîn, 53  
Dâr-ı Şuray-ı Askerî, 19  
Dâr-ı Şura-yı Babîâli, 20  
Darülfünun, 394, 399, 485  
Dava Vekili, 387  
Dava Vekilleri Cemiyeti, 391  
Dava Vekilleri Nizamnamesi, 389  
De Gaulle, 533  
Delil Aracı Yasakları, 329  
Delil Konusu Yasakları, 329  
Delil Yasakları, 327, 328, 334, 336, 337  
Demokrasi Krizi, 508  
Descartes, 429, 458  
Devlet Şûrası, 54  
Devlet Terörü, 504, 516  
Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı, 78  
Din Özgürlüğü, 65, 66, 80, 98  
Din ve Vicdan Hürriyeti, 106  
Dinsel Tolerans, 170  
Direniş Postmodernizmi, 467  
Divan-ı Ahkam-ı Adliyye, 53  
Draca, 383  
Düplik, 368  
Düstur, 55
- E**flatun, 276, 489, 519  
E itim, 107  
E itim ve Ö renim Hakkı, 107  
El Ele Zinciri, 221, 283  
El Fetih, 505  
Eleminasyon, 450, 464  
Elmalılı Muhammet Hamdi Yazır, 55, 78  
Emprisizm, 452  
Encümen-i Daniş, 53  
Engel Davası, 67  
Entropi, 448  
Envanter, 154  
Erkek-Kadın Ombudsmanı, 255  
Ermeni Taşnaksütyan Cemiyeti, 26  
Esbab-ı Mucibe Layihası, 16, 402, 485  
Esnaf-ı Yazıcıyan, 388  
Esnek Yaklaşım Teorisi, 333  
Eşit Fırsatlar Ombudsmanı, 255  
Eşit İşlem Ombudsmanı, 249  
Eşitlik Adaleti, 482  
Ethem Paşa, 54  
Etnocentrik, 453  
EURATOM, 533, 534  
Expansiyon, 17, 18



- F.** Rüştü Zorlu, 538  
 Faşist İdeoloji, 175  
 Felaket Ça ı, 511  
 Filibeli Halil Efendi, 25  
 Foucault, 204, 433, 434, 449, 457, 458, 459, 460, 462  
 Frankfurt Okulu, 207  
 Fransız Medenî Kanunu, 54  
 Fuat (A ralı), 27  
 Fuat Paşa, 25, 53, 56  
 Fundamentalizm, 506, 507  
 Füzyon Antlaşması, 533
- G**alip Ya cı, 401  
 Gandhi, 274  
 Gelişme Hakkı, 478, 514  
 Gerçeklik Algısı, 454  
 Gerdankıran Ömer Hulusi Efendi, 25  
 Gümrük Birli i Çerçeve Antlaşması, 534
- H**abeas Corpus Act, 311  
 Hadd Cezaları, 333  
 Hafız Ömer Efendi, 52  
 Hak Eşitli i, 482, 483  
 Hâkim Güvencesi, 361  
 Hakların Paylaşımı, 307  
 Halk Tribünleri, 247  
 Halkın Avukatı, 246  
 Hamit (Hasançan), 27  
 Hanefi Hukukçuları, 333  
 Hapis Hakkı, 415  
 Harris, O'Boyle, 67  
 Hasan Saka, 27  
 Hastane Ombudsmanı, 249  
 Hatt-ı Hümayun, 21  
 Hayrenik Heyet-i İdaresi, 26  
 Helsinki Nihai Senedi, 62  
 Henry David Thoreau, 278  
 Herakleitos, 441  
 Hikmet (Bayur), 27  
 Hikmet-i Hükümet, 483  
 Hikmeti Teşri, 474  
 Horatius, 475
- Hukuk Devleti, 103  
 Hukuk İdeolojisi, 476  
 Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 22  
 Hukukun Yaygınlaştırılması, 9  
 Huzur Partisi, 178  
 Hz. Ali, 333  
 Hz. Ömer, 247, 333  
 Hz. Peygamber, 333, 414, 415
- İ**rk Ayrımcılı ı, 514  
 İrkçılık, 514  
 İslahat Fermanı, 16, 19, 20, 21, 22, 32, 43, 389
- İ**hkak-ı hak, 369  
 İhkak-ı Hukuk-u İbad, 55  
 İkinci İlerleme Raporunu, 535  
 İkinci Tanzimat, 16, 17, 32, 33, 38, 41  
 İktidar Gücü, 476  
 İmam Şafii, 333  
 İpekböce i Nizamnamesi, 55  
 İrade Serbestli i Kuralı, 330  
 İsa Ruhi Efendi, 25  
 İsmail A a, 52  
 İsmet İnönü, 28  
 İstanbul Konferansı, 26  
 İstanbul Protokolü, 317, 321, 322, 324, 325, 558  
 İstinbat, 473  
 İşkence, 12, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 330, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 504, 526, 528, 548, 557, 558, 562, 573, 575, 577  
 İttihat Terakki, 19, 26, 38  
 İzhar-ı Kavanin Komisyonları, 18  
 İzmir İktisat Kongresi, 28  
 İzn-i Müş'ir Teskere, 388  
 İzonomi, 482
- J**ean Monnet, 536  
 Jön Türkler, 32, 38

Justitie Ombudsman, 250

**K**ait Kavafı, 388

Kalaç v. Türkiye Kararı, 67

Kâmil Paşa, 54

Kamu Denetçiliği, 246, 267

Kamu Denetçiliği Yasa Tasarı, 267

Kamu Diploması Kursları, 507

Kamu Düzeni, 69, 84, 85, 87, 95, 100, 152, 164, 203, 292, 293, 294, 297, 298, 303, 305, 506, 507, 550

Kamu Gücü, 229, 234, 476

Kamu Güvenliği, 60, 69, 292, 499

Kamu Salları, 292

Kamu Şövalyeleri, 384

Kamusal Açılma Evresi, 217

Kamusal Müdafaa Makamı, 405

Kanun-i Esasî, 54

Kanunilik İlkesi, 108, 147, 305, 306, 352

Kanunsuz Emir, 115, 116

Kanun-u Esasî, 19, 25, 26, 27, 32

Kara Halil Efendi, 25

Karabet Gürcü Efendi, 390

Karaduman v. Türkiye, 60, 72, 89, 90

Karamanlı Tip, 403

Karinâbadlı Ömer Hilmi Efendi, 25

Kasım İbn-i Abdulkufi, 388

Katılım Ortaklığı Belgesi, 535, 536, 543, 550

Katılma Alacağı Davası, 160

Katma Protokol, 534, 540, 546, 550

Kavaid-i Lisan-i Osmâni, 53

Kavânin ve Nizâmat Lâyhaları, 53

Kazasker, 247

Kıdem Tazminatı, 416

Kişilik Yarılması, 13

Kokkinakis v. Yunanistan, 64, 71, 72, 96

Konformizm, 441

Kont Ostrorog, 27

Konversalizm, 467

Kopenhag Kriterleri, 34, 35, 36, 37, 56, 534, 535, 542, 556

Koruma Tedbirleri, 309

Kostaki Sardenski, 390

Kutsal Kahramanlar Savaşı, 496

Kütahya Eyalet Divanı, 414

**L**a Chapelier Kanunu, 384, 385, 399

Laeken Zirvesi, 535

Lagalistik Kamu Alanı, 203

Legographes, 383

Lev Tolstoy, 281

Linguistik, 456

Locke, 130, 212, 460

Lofça, 52

Lonca, 384, 385, 387

Londra Andlaşması, 520

Lord Cürzon, 29

Lozan Konferansı, 31

Lozan Muahedesi, 18

Lütfi Fikri Bey, 395, 396

Lycon, 489

**M**aastricht Kriterleri, 541

Machiavelli, 483

Maddi İkonomi, 482

Magna Carta, 555

Mahatma Gandhi, 279

Mahmut Esat Bozkurt, 30

Makaale-i Sâniye, 25

Makaale-i Ülâ, 25

Mal Rejimi, 152

Marjinalite, 170

Martin Luther King, 281

Mecelle, 16, 19, 23, 24, 25, 32, 47, 48, 53, 54, 55, 56, 389, 413, 472, 473, 474

Mecelle Cemiyeti, 54

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 56

Meclis-ı Vala-yı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamesi, 55

Meclis-i Âli-i Tazminat, 53, 54

Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye, 20

Mediateur, 246

Mehmet Şehri Efendi, 390

- Meletus, 489, 490  
 Meryem Kuli Efendi, 390  
 Meşruiyet Tekeli, 511  
 MGK, 33, 57, 507, 510, 516, 535, 545, 589  
 Millenium Deklerasyonu, 34  
 Mısır Cemiyet-i İsrailiyesi, 26  
 Michael Collins, 505  
 Milli Güvenlik Akademisi, 507, 509  
 Minnesota Otopsi Protokolü, 321, 322  
 Mithat Paşa, 25, 54  
 Mohtasib Ombudsmann, 251  
 Montesguieu, 25, 282  
 Mösyö Bouree, 24  
 Muhafazakar Modernizm, 467  
 Muhalefet Oyunu, 12  
 Muhamat Yasası, 394  
 Muhami, 394  
 Muhammed Ali Cinnah, 280  
 Muhammed Ali Clay, 281  
 Muhtar (Çilli), 27  
 Muhtesip, 247  
 Muhzir, 388  
 Mukaddime-i İbn-i Haldun, 53  
 Murad Molla Tekkesi, 53  
 Mustafa Kemal, 28  
 Mustafa Reşid Paşa, 21, 53  
 Mustafa Şeref (Özkan), 27  
 Mustaz'af, 481  
 Mutlak De erlendirme Yasa ı, 332  
 Mutlak Kabul Teorisi, 332  
 Müftü Müsevvidli i, 53  
 Mühendisler Savaşı, 496  
 Mülkiyeliler Vakfı Sosyal Araştırmalar Merkezi (İMV-SAM), 87  
 Münir (Ertegün), 27  
 Müstekbir, 481  
 Müttegallibe, 481
- N**amık Kemal, 23  
 Napolyon, 385  
 Nasyonal Sosyalist Partisi, 175  
 Neo Modernizm, 467
- Neyyire, 508, 515  
 Nice Antlaşması, 535  
 Nice Zirvesi, 38  
 Nietzsche, 429, 433, 441, 457  
 Nizamiye Mahkemeleri, 24  
 Novi, 384  
 Nusret (Metya), 27  
 Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, 520
- O**ntolojik Güvenlik, 430  
 Ontolojik Yapı, 454  
 Onur Kırıcı Davranış, 153  
 Osmanlı Muhalifeyin Fırkaları Kongresi, 26  
 Otuzyıl Savaşları, 494  
 Ovidus, 383
- Ö**retim, 107
- P**anopticon, 434, 435  
 Papa, 38  
 Papaso lu Medresesi, 52  
 Paris Antlaşması, 533  
 Paris Konferansı, 21  
 Parlamenter Ombudsmanı, 248  
 Platon, 276, 419, 458, 489  
 Pleo Modernizm, 467  
 Post-Yapısalcı, 205  
 Prais v. EC Council Davası, 71  
 Premodern Ça , 429
- R**adikal Modernizm, 467  
 Ralph Waldo Emerson, 278  
 Rauf Orbay, 29  
 Razmik Heyet-i İdaresi, 26  
 Reagan Doktrini, 507  
 Refah Partisi v. Türkiye, 72  
 Rehabilitasyon, 17, 18, 19, 27, 33  
 Reklam Yasa ı, 382  
 Replik, 368  
 Resepsiyon, 16, 17, 19, 391, 473, 486  
 Rıza Nur, 27

- Riksdag, 255  
Robespierre, 499  
Roma Statüsü, 331, 521, 522, 523, 524  
Ruşen Eşref (Ünaydın), 27  
Rüştü Molla Efendi, 24  
Rüştü Paşa, 53
- S**ahip Molla, 53  
Salman Rüşdü, 71  
Satyagrahi, 274  
Savaş Sanatı, 497  
Schengen Antlaşması, 534  
Scientology, 67  
Sekülerizm, 204  
Selman-ı Farisi, 388  
Seniyyettin (Başak), 27  
Seyfeddin İsmail Efendi, 25  
Seyyit Bey, 30  
Sır Saklama, 382  
Sintigrafi Yöntemi, 323  
Sivil Çiçekler, 222  
Siyaseten Katli, 20  
Sokrates, 276, 278, 284, 289, 290, 383, 460, 489, 490, 491, 492, 517  
Sophokles, 277  
Sosyal Hukuk Devleti, 103, 253, 264  
Sosyalist Devlet Partisi, 174  
Sosyalist Parti Davası, 177  
Sömürgecilik, 514  
Sözleşme Kuramı, 284  
St. Augustine, 503  
Sultan Abdülmecid, 21, 53  
Sunday Times ve Kurslin Kararı, 68  
Süreç İşçiliği, 13  
Sürü Ahlakı, 441  
Synagore, 383
- Ş**air Süleyman Fehmi, 53  
Şefik (Başman), 27  
Şekli Suç, 344  
Şeriat, 53  
Şeriye Mahkemeleri, 53
- Şevket (Do ruer), 27  
Şeytan İmparatorluğu, 506  
Şinasi, 23  
Şirvânîzâde Ahmet Hulusi Efendi, 25  
Şirvanîzâde Rüştü Paşa, 25  
Şükrü (Kaya), 27  
Şükrü Saraço lu, 397, 403
- T**abiî Hukuk, 480  
Tahir (Taner), 27  
Tahir Efendi, 24  
Takrir-i Sükun Kanunu, 31, 217  
Takvim-i Vakayi, 20  
Tanzimat, 53, 54, 55  
Taşıyıcı Annelik, 160  
Tanzimat Fermanı, 389  
Tefrik Meclisi, 394  
Tek Avrupa Senedi, 534  
Tek Parti Dönemi, 218  
Temelli Kapatma, 176  
Tepki Postmodernizmi, 467  
Terör Dönemi, 499  
Terör Rejimi, 499  
Terörist Kültür, 504  
Teşebbüsü Şahsi ve Ademi Merkezîyet Cemiyeti, 26  
Tevfik (Bıyıklıo lu), 27  
Tezâkir, 53  
Thomas Hobbes, 439  
Tipiklik Unsuru, 344, 346, 350, 353  
Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi, 520  
Tüketici Ombudsmanı, 255  
Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV), 167  
Türkiye Millî Kültür Vakfı, 16
- U**aker v. Birleşik Krallık Davası, 68  
Ulusal Program, 543  
Usame Bin Ladin, 505  
Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye, 54  
Usulü Fıkıh, 474

**Ü**çüncü İlerleme Raporu, 535

**V**an Dijk v. Van Haooft davası, 67

Veli (Saltık), 27

Vergi Ombusmanı, 249

Versay Andlaşması, 520

Vicdan Özgürlüğü, 65, 74, 101,  
108, 116, 117, 126

Vidinli Hoca, 52

Vietnam Sendromu, 506

Vilayet Nizamnamesi, 54

Viyana Kongresi, 33

**W**arbrick Davası, 67

Welsh v. United States, 64, 75

Winston Churchill, 533, 536

**X** v. Birleşik Krallık Davası, 67

X. ve Church of Scientology v.  
Sweden Davası, 67

**Y**ahya Kemal (Beyatlı), 27

Yanaşık v. Türkiye Kararı, 67

Yararcılık Teorisi, 284

Yargı Bağımsızlığı, 267

Yargı Dışı Denetim Yolları, 265

Yasak Sorgu Yöntemleri, 318, 340

Yaser Arafat, 505

Yehova Şahitleri, 66

Yeni Dünya Düzeni, 15, 386

Yeni Sömürgecilik, 514

Yeniden Yapılanma, 15, 34

Yerel Yönetim Ombudsmanları, 248

Yuan Control Kurumu, 247

Yunus Vehbi Efendi, 25

Yüzyıl Savaşları, 494

**Z**edelenmiş Akıl, 482

Zekâi (Apaydın), 27

Ziya Paşa, 25

Zühtü (İnhan), 27

Zülfü (Tirel), 27