

# Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

∞

## Birikimler 2



*Bu çalışma, 8. yılına giren Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nun çalışmalarında üstün özveri ve istikrarla hukuk üretimine devam eden genç hukukçulara ithaf edilmiştir.*



Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

**Birikimler 2**

Editör: Muharrem Balcı

İstanbul, 17 Ekim 2006

İSBN ????????

***danışman***

(0 212) 533 80 59

Kapak Tasarımı: Berat .....

Teknik Hazırlık: Hüseyin Gül

Baskı: Yıldızlar Matbaacılık

## İçindekiler

Önsöz .....	5
Takdim .....	8
Hukuk Mesleği ve Misyon-Vizyon Tartışmalarında Tarihi Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna Süreç İşçiliği / <i>Muharrem BALCI</i> .....	9
Bir Hukuk Teorisini Olarak Hans Kelsen ve Düşünceleri Üzerine Bir Çerçeve Çalışması / <i>Ali SAĞLAM</i> .....	47
Savunma Hakkı / <i>Yasin DIVRAK-Ahmet Hasan KILIÇ</i> .....	57
Adil Yargılanma Hakkı / <i>Mehmet KALAY</i> .....	87
Tabii Hukukta Hak, Adalet ve Özgürlük Kavramları -Eleştirel Bakış- / <i>Muharrem BALCI</i> .....	97
Anayasallık Bloğu / <i>Semih BİTEN</i> .....	119
İran İslâm Cumhuriyeti Anayasası / <i>Kaya KARTAL</i> .....	133
Yasama-Yürütme İlişkileri ve Hükümet Sistemleri / <i>Nuray TAMGÜÇ</i> .....	149
Tanzimat ve Sonrası Osmanlı'da Hukuk ve Yargı / <i>Mehmet KALAY</i> .....	167
Medeniyetin Anası Olarak; Vakıflar / <i>Sema DEFNE</i> .....	181
Hukuk Merceği Altında Heybeliada Ruhban Okulu / <i>Şerife Gül ÖZDEMİR</i> ..	201
Türkiye'de STK'ların Zaafları ve Öneriler / <i>Muharrem BALCI</i> .....	211
Avrupa Birliği Hukuku'nda Yasama Yetkisi ve Yasama Prosedürü / <i>Ahmet BOZDAĞ</i> .....	223
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / <i>Ahmet BOZDAĞ</i> .....	233
AIHM Kararlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin Kararı / <i>Halim YILMAZ</i> .....	261

Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bakış Açısı / <i>Fatma BENLİ</i> .....	273
Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Kadınlara İlişkin Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Kadın Kuruluşlarının Yasalaşma Sürecine Etkileri / <i>Fatma BENLİ</i> .....	299
Yeni Ceza Kanununda İstinaf / <i>Semih BİTEN</i> .....	311
Avukatlık Mesleğinde Sosyal Güvenlik -Sorunlar ve Çözüm Önerileri- / <i>Bilal ÇALIŞIR</i> .....	337
Türk Ceza Hukukunda Avukatların Aranması / <i>Ahmet BOZDAĞ</i> .....	355
Kamu Yönetimi Nedir? / <i>Behiye GÜNEL</i> .....	369
Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi / <i>Yasemin GÜLLÜOĞLU</i> .....	381
Türkiye’de ve Avrupa Topluluğu’nda Fikri Mülkiyet Hakları / <i>Ahmet Hasan KILIÇ</i> .....	397
11 Eylül Sürecinde İnsan Hakları ve Güvenlik / <i>Muammer ÇINAR</i> .....	419
Adli Yardım -Sorunlar ve Çözüm Önerileri- / <i>Aykut OKUR-Mehmet KALAY</i> .....	433
Dizin .....	467

## Önsöz

Yaşadığımız ülkede tarihsel, siyasal ve hukuksal kırılmaların bize miras bıraktığı kavram karmaşası ve özgün bir kavrayış diline sahip olamayışımız sebebiyle her ne kadar hukukun niteliği ve işlevi hakkında sorulan sorulara hemen cevap veremiyor olsak dahi, bir cevap bulma/verme gayretimiz sürekli var olmalıdır. Bu saikle yola çıktığımızda, "hukuk nedir?" sorusuna vereceğimiz cevap "hukukçu nasıl olmalıdır, ne yapmalıdır?" sorusuna da vereceğimiz cevapla yakından ilgili olacaktır. Bunun bilincinde olarak, hukukun, aslında insanın varoluşsal konumlanışıyla varlık bulan bir düşünce ve enstrümanlar bütünü olduğu gerçeği karşısında, hukukçunun bu bütün içindeki rolü öncelikle hukukçular tarafından düşünülmelidir.

Hukukçu, sahip olduğu bilgi ve ideallerle, toplumsal hayatta tasarlayan, kurgulayan ve inşa eden bir rol üstlenir. Bu öyle bir rol ki, insan yaşamının her noktasında varlık ve uygulama alanı bulan bir idealin gerçekleşmesine hizmet eder. Bu ideal, insanın insanla, yaratıcıyla ve eşyayla kurduğu ilişkide doğru ve adil olanın gerçekleşmesine hizmet eder. Bu rolün gerçekleşmesi, elbette hukukun aktif öznesi olan kişinin yani hukukçunun bu misyonu üstlenmesine bağlıdır. Ardından gösterilecek çabalar öncelikle doğru ve adil olanın ne olduğunu anlamaya yönelik olacaktır. Devamında, aktif bir özne olarak hukukçu, yüklendiği bu misyon ile asli görevi olan hukuku tesis/inşa etme rolünü gerçekleştirebilme imkanını elde eder.

Ne var ki, sözünü ettiğimiz bu rolün bugün için en az hukukçular tarafından düşünüldüğü de bir başka gerçektir. Bunun en temel sebebi, toplumsal ve siyasal yaşamımızın birçok alanında olduğu gibi, Türk hukuk sisteminin resepsiyonist kökenleri ve üretkenlikten yoksun batıcı yaklaşımının, hukuk alanında da etkisini göstermesi ve karşımıza kısır, etkisiz ve özgünlükten yoksun bir hukukçu profili çıkarmış olmasıdır. Bu yüzden, bugün Türkiye'de hukukçu, teknisyen vasfından öteye taşmayan, verili bilgiyle yorumlayan, düşünce ve kritikten yoksun salt bir uygulayıcı konumundadır.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

---

Genel anlamda insan, özel anlamda hukukçu olarak bu sorulara cevap bulma gayreti, bir grup genç hukukçunun bir araya gelişini zorunlu kıldı. "**Birikimler**" serisinin birincisi böyle bir gayretin sonucunda ortaya çıkmıştı. Elinizde tuttuğunuz ikinci kitap da bu gayretin devam ettiğini gösteriyor.

Bundan 7 yıl önce bir grup avukat, stajyer ve öğrencinin başlattığı bir okuma grubu olan **Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu**'nun en temel amacı, katılımcılarına bir hukuk kavrayışı kazandırmaktır. Bu çalışmada, grup katılımcıları tarafından ele alınan konular alanında yetkin hukukçu ve akademisyenlerin desteği ile tebliğ haline getirilip çalışma grubunda sunulur ve ardından konu müzakere edilir. Bu sunum ve müzakerelerde özellikle, ele alınan hukuk meselesi üzerine kapsamlı bir bilgilendirme ve ardından konuya ilişkin bir çerçeve oluşturmak suretiyle felsefi ve sosyolojik düzlemde bir yaklaşım biçimi geliştirmek ve böylece toplumsal ve siyasal hayatta eksikliğini hissettiğimiz nitelikli, bilgili ve perspektif sahibi hukukçuların gelişimine katkıda bulunmak hedeflenir. Nitekim, grubun akademik, mesleki ve sosyal alanlarda ortaya koyduğu somut başarıları bu hedefin ulaşılmaz bir ideal olmadığını göstermiştir.

Elinizde tuttuğunuz kitap, **Birikimler** serisinin ikincisi olup yine ağırlıklı olarak hukuk fakültesi ve yüksek lisans öğrencileri olmak üzere, stajyer avukatlar ve avukatlardan oluşan genç, azimli ve nitelikli bir topluluğun yani **Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu**'nun tebliğ ve sunumlarından oluşmaktadır. Bu eserin, altı yıldan beri her hafta kesintisizce sürdürülen bir çalışmanın ürünü olması elinizdeki eseri daha da önemli kılmaktadır. Bununla birlikte, çalışma süresince maddi, manevi desteklerini esirgememek suretiyle grubun varlığına değer ve anlam katan, başta değerli üstat hukukçular olmak üzere, tüm katılımcıların azim ve kararlılığı unutulmamalıdır.

Ve şu an aramızda bulunmayan değerli meslektaşlarımız Aydın DURMUŞ ve Macide GÖÇ'ün örnek hukukçu kişilikleri ve mücadele azimleriyle bu grubun ilham kaynağı olduğu hatırlanmalıdır.

Son olarak, grubumuzun en istikrarlı katılımcısı olan üstat hukukçu Av. Muharrem BALCI'ya, çalışmanın başlangıcından bu güne kadar çok değerli vaktini ve emeğini bizden esirgemeyip yanımızda olduğu için teşekkür ediyoruz.

**Birikimler**'in yeni sayılarında buluşmak dileğiyle...

**Genç Hukukçular adına**

**Av. Sezgin TUNÇ**



# Takdim

## Sivil Hukuk Akademisi

**H**ukuk Okumaları Grubu, uzun zamandır olağanüstü bir örnek sergilemektedir. Ülkemizde, özellikle "sivil" teşebbüsler, büyük bir arzu ve heyecanla başlar, birkaç toplantı veya birkaç ay içinde kendiliğinde sönüp gider. Ya da, belli bir maksadı elde etmek üzere başlayan faaliyet, maksada ulaşınca veya maksat ulaşılmaz hale gelince sona erer. Ülkemiz bu türden pek çok "teşebbüs çöplüğü" ile doludur. Hukuk Okumaları Grubu, bu genel gözlemin, pek ciddi ve pek büyük, yüz ağartıcı istisnasıdır.

Başlangıç aşamalarında nacizane katkıları olan bir kişi olduğum halde, bugün geldiği nokta, beni dahi şaşırtmaktadır. Öncelikle, katılım bakımından düşünüldüğünde, bir çeşitlilik ve ciddi bir kararlılıkla karşılaşmaktayız. İlk zamanlarda, mütevazii sayıda, hukuk fakültesinden yeni mezun olmuş, çoğunluğu avukatlık stajı yapan kişilerden oluşmaktaydı bu grup. Hatta, zaman zaman, fakülte bittikten sonra, staj sırasında, öğrencilikle iş hayatı arasında bir "berzah"ta bulunanların meşguliyet arayışı mıdır, istifhamıyla, faaliyetin sürekliliğine dair endişeler taşıdığımı, burada itiraf etmeliyim. Bu istifhamdan dolayı, şimdi, mahcubiyet duyuyorum. İlk zamanlarda, toplantılara katılan "stajyer"ler, şimdi avukat olarak önemli işlere imza atıyorlar; öte yandan, pek çok hukukla ve insan haklarıyla ilgili kuruluştaki ciddi çalışmalar yapıyorlar. Ve hala, toplantılara gelmeyi sürdürüyorlar. Ayrıca, başlangıcından bu yana, toplantılara katılım azalmak yerine, önemli ölçüde, hatta sınırlama getirmeyi gerektirecek ölçüde artmıştır. Odaların almadığı toplantılar, salonlara, daha büyük salonlara taşınmıştır. Katılımın sayıca artmış olması, meraktan kaynaklanan bir ilgiye işaret etmiyor; sayı, kaliteli katılımcılarla artıyor. Bugün, hukuk fakültelerinin lisans öğrencilerinden, lisansüstü öğrenim görenlere, çeşitli alanlarda uzmanlaşmış avukatlara uzanan geniş bir profil yelpazesi var Hukuk Okumaları Grubunun...

Kanaatimce dikkat çekilmesi gereken, daha da önemli bir nokta, bütünüyle, gerçek anlamda "sivil"



bir çalışmanın kalite standardının yüksekliğidir. Gerçek anlamda "sivil" derken, kurumsal sivilliği dışarıda bırakmaya çalıştım. Dernekler, vakıflar gibi kuruluşlar, "resmi" yapılar değildir; ancak, yine de bunlar birer hukuki yapıdır, tüzüğü veya senedi, yönetim kurulu, organları olan yapı... Hukuk Okumaları Grubu ise, tamamen gönüllülük esasına dayanmakta, herhangi bir "yapı" olarak oluşturulmamaktadır. Buna rağmen, "resmi tatil günleri dahil, her Salı" toplantılar, büyük katılımlarla, heyecanla devam etmektedir.

"Akademi" dışında kalmakla beraber, bir akademik ciddiyet ve titizlikle yürütülen çalışmalar, daha önce olduğu gibi, şimdi de yayımlanacak olgunluğa erişmiştir. Zaman zaman katıldığım toplantılarda, ele alınan konuların hararetle tartışıldığını gözlemledim. Belli kişi veya kişilerin konferans vermesi şeklinde değil de, katılımcıların derinleşmeyi seçtikleri konularda bizzat hazırlayıp sundukları seminerler suretinde devam eden toplantılar, biraz daha disipline edilirse, bir "sivil enstitü" mahiyetine kavuşacaktır.

Bütün bu çalışmalar, aktüalite, güncel haberler ve siyaset üzerine değil, hukuk gibi "soğuk" ve gerçekten içten ilgi bekleyen bir alanda yürütülmektedir. Hukukun "dedikodusu"nu yapmak kolaydır, ama hukuka özel bir önem atfederek, bir medeniyet perspektifi içinde, olabildiğince derinliği ve genişliği ile ele almak gerçekten sabır ve idealizm istemektedir.

Bu çalışmayı yürüten, aksatmadan, aynı heyecan ve şevkle, gayretle sürdüren, bir kısmının çalışmalarını bu eserde göreceğimiz, çoğununkileri ise daha sonraki yayımlarda bulmayı ümid ettiğimiz değerli hukukçu arkadaşlarımızı tebrik ediyorum. Ama burada, yukarıdan beri anlattığımız, nadir vasıflarıyla ortaya koymaya çalıştığımız faaliyetin asıl unsurunu, mimarını özellikle zikretmek gerekir. Değerli Hukukçu Muharrem Balcı Bey, bu çalışmaya hem ruh, hem heyecan, hem disiplin hem de dinamizm katmıştır, katmaktadır; sürekliliği sağlayan onun tükenmez azmidir.

Elinizdeki bu çalışma, arkaplanı, yani, her hafta Salı günleri devam eden toplantıların tam bir fotoğrafını yansıtmamaktadır, yansıtamaz da. Sadece, o verimli çalışmaların pek çok meyvesinden biridir. Yakın gelecekte, ülkemiz, Hukuk Okumaları Grubu gibi, yapılanlar göz önüne alındığında, oldukça mütevazı isimle faaliyetini sürdüren değerli hukukçuların daha çok ve daha zengin çalışmalarına şahit olacaktır.

**Mustafa ŞENTOP**





# **Hukuk Mesleği ve Misyon-Vizyon Tartışmalarında Tarihi Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna Süreç İşçiliği**

Av. Muharrem BALCI



## **Bismillâhırrahmanırrahim**

*“Kurucular Kurulu’ndaki konuşmama BİSMİLLAH diyerek başladım. Bunu iki nedenle yaptım: Öncelikle, çok samimi bir biçimde Her Şeye Kadir Olan’a, bize yardım etmesi için dua ediyordum; ikinci olarak da o, dîni özgülüğün bir simgesi ve rejime itaatsizliğin açık bir işaretiydi.”*

–Bilge Kral Aliya İzzet Begoviç

## **Tarihe Tanıklığım**

## **GİRİŞ**

İnsanlar içinde özellikle yapıp ettiklerinin ve dünyayı etkileyen faktörlerin farkında olanlar, yaşadıkları dönemin tartışmalarından ve dünyanın yöneldiği/yöneltilindiği yeni oluşumlardan etkilenirler. Günümüzde, küreselleşme adıyla oluşturulan dayatmalar, dini kaygıları ve dini anlayışın beslediği/belirlediği yaşam tarzını da etkilemektedir. Çok dikkat çekici bu gelişmenin tarihi dayanaklarını görmezden gelmek, bugün yoğunluklu bir şekilde yaşadığımız olguyu görmezden gelmemize neden olabilir. Bu bakımdan, yaşam tarzlarımızı belir-

leyen önemli faktörlere değinmeden misyon ve vizyon tartışmasına girebilmenin mümkün olmadığı aşikardır.

Dini inanışların toplumsallıktan arındırılıp bireyselleştirilmesiyle, seçilmiş olduklarını vehmeden (en azından mesleki olarak hukukçu, bürokrat, politikacı vb.) tipler oluşturulmakta ve tarihi süreçte yaşanan birçok olgu da es geçilerek (bir nevi tarih tekerrür ettirilerek), tarihten ders çıkarılmadan, hatta benzeştirme yöntemiyle önce insanlar sekülerleştirilmekte, sonra da din Protestanlaştırılmaktadır.

İslâm dininin ve mensuplarının Protestanlaştırılma işlemi sadece ilahiyatçıları ilgilendirmiyor; kaçınılmaz olarak insanları hakları ve görevleri konusunda bilgilendirmek isteyen toplumcu bireyleri ve toplulukları ve tabii ki hukukçuları yakından ilgilendiriyor. Bu ilgi zaman zaman misyon tartışmalarını da gündeme taşımaktadır. Zira bir takım görevleri üstlenmek durumunda olanlar, sürekli bir misyon taşıdıklarına inanmaktadırlar.

Misyon tartışmaları bireyleri sadece etik yönüyle ilgilendirmekte değil, aynı zamanda kimlik-kişilik ve işlevsellik yönüyle de ilgilendirmektedir. Bu çerçevede

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Hukukçular ve hukukçulardan oluşan topluluklar olarak bu tartışmanın dışında kalınmazdı. Uzunca bir zamandır başlatılmak istenen misyon tartışması nihayet hukuk zeminlerimizin ve dolayısıyla hukukçularımızın gündemine getirilmiştir.

Konuya ve tartışmaya katkı sağlamak amacıyla yaptığımız bu çalışmada, konunun daha iyi anlaşılması ve tartışmanın sınırlarının belirlenmesi için önce konunun işlenmesinde veri olarak aldığımız tanımlardan yola çıktık. Bu, "bir konunun anlaşılması için mutlak surette maddenin atomik yapısının çözümlenmesi gerektiği" gibi saplantısal bir ihtiyaçtan kaynaklanmamıştır. Aksine konuyu işleyen, konu ile ilgili kavramların içini nasıl doldurduğu, dolayısıyla konunun temel kavramlarından ve işaretlenen seçeneklerden hangi anlamıyla yararlandığının belirlenmesine yardımcı olmak için bu yöntem seçilmiştir.

Aslında konu başlığı gereği hukuk ve hukukçuluğun tarifi ve mahiyetinden yola çıkarak hukuk ve hukukçuluğumuzu masaya yatırmak öncelenebilirdi. Ancak özellikle hukukçuluk kavramı bir şekilde işlevselliği de içinde barındırdığından, bu işlevselliği tanımlamaya ve pratike etmeye yarayan misyon ve vizyon kavramlarını da önceleyerek ve açılımlarını yaparak hukuk ve hukukçuluk kavramlarını irdelemeyi daha uygun bulduk.

Bir başka ihtiyaç da, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, tarihi arka planı da olan ve bugün tartıştığımız konunun ana eksenini oluşturan Sekülerleştirme-Protestanlaştırma olgusu çerçevesinde konuya yaklaşmak oldu.

Gerçekten de modernleşme ve protest yaklaşımın, kimliğimizi ve kişiliğimizi, dolayısıyla işlevselliğimizi etkileyen büyük öneme haiz düşünce ve yaşam tarzı olduğunu varsayıyoruz. Bu varsayım

gereği bu çalışmada modernleşme olgusunun getirisi olan Sekülerleş(tir)me ve Protestanlaş(tır)ma kavramları üzerinde durmaya çalıştık. Ancak, her tür sapmayı ve sapkınlığı moderniteye bağlamaktan öte, gerçekçi bir yaklaşımla bireysel ve toplumsal sorumluluklarımızın nedenlerini ortaya çıkarmada önemli gördüğümüz diğer fitri, dini ve dünyevi sapsmaları araştırmaya çalıştık.

Okumalarımızda ve özellikle de fonksiyonelliğimizin belirlendiği alanda, alanımızın inceleme konusu olarak hukuk ve siyaset adamları üzerinde durduğumuzun ve yaptığımız çalışmalarda mümkün olduğunca tepkiselliğin dışına da çıkmaya çalışarak kendimizce doğruları ve yanlışları işaretlemeye çalıştığımızın altını çizebiliriz. İşaretlemelerimiz bizi hem mantıksal hem de tarihi gerçeklik bakımından kimilerince tutuculuk olarak vasıflandırılabilir sonuçlara götürdü. Bu sonuçlar bize göre bireysel ve toplumsal sorumluluklarımızda kesinlikle misyon ve vizyon sahibi, aydın ve fonksiyonel hukukçu seçeneklerini tercihe yöneltti. Artık işaretlediğimiz seçeneklerin açılımına ve değerlendirilmelerimize geçebiliriz.

### HUKUK-HUKUKÇU

İnsan iki temel özelliği olan bilgi edinme ve sosyal varlık olma özelliği sayesinde kendini ve çevresini tanır, uyum sağlar, kendini ve çevresini geliştirme ve değiştirme ihtiyacı duyar. Yaşamını devam ettirmek için araçlara muhtaçtır. Bu araçları sağlamak için de hemcinslerine muhtaçtır ve bu ihtiyaç ona toplumsallık özelliğini kazandırır.

Toplumsallık, yaşamın bir düzen içinde devamı için gerekliliktir. Bu yüzden de toplum hayatının sürdürülmesi için insanın toplumsal özelliklerini devam ettirmesi gerekir. Yaratılmış olması nedeniyle

de kendisini ve kâinatı yaratan Allah ile ilişkileri vardır.

İşte insan bu toplumsallığının gereği olarak tabiatla, diğer insanlarla ve kâinatın yaratıcısı ile olan ilişkilerinde haklı-haksız, iyi-kötü, doğru-yanlış gibi değerlendirmelerde bulunur. Değerlendirmeleri sonucunda bazı olayları ve bu olaylara temel olan davranışları olumlar ve esas alır, düşünce ve yaşam sistemini bu değerlendirmeler ışığında devam ettirir; bazı değerlendirme sonuçlarını da olumsuzlukla nitelendirir, bunların yaptırırma tabi tutulmasını ister.

İnsanlar maddi anlamda benzer özelliklerde yaratılmış olmalarına karşın, düşünce ve eylem planında farklı özellikler gösterirler ve farklı amaçlara yönelebilirler. Bu farklılıklar, insanların yöneldiği bazı amaçlarda ve sosyal hayatta olup bitenlerin farklılığını hatta çelişikliği de ortaya koyar. Örneğin, adalet idesi, sosyal ihtiyaçlara ve toplumda yararlı görülebilen her olguya aynen tekabül etmeyebilir. Toplumda pratik ihtiyaçlardan kaynaklanan sorunlara bulunan çözümler, adalet idesine ters düşebilir. Dolayısıyla insanın bu ilişkileri ve sonuçlarını düzenleme ihtiyacı, bu ilişkileri biçimlendirme ve bu ilişkilere görünür ve algılanabilir bir düzen vermeyi hedefleyen normları da ortaya çıkarmıştır. Bu normlar genel itibarıyla hayatı ve kâinatı yaratan Allah'ın koyduğu kurallar, özelde de beşeri ilişkilerden çıkarılan kurallardır. İşte ilahi veya beşeri tüm bu normlar bütününe hukuk demektedir.

O halde hukukun özet tarifini verirsek: "Hukuk: İnsanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca (adalete) yönlendiren normlar bütünüdür" diyebiliriz.

## **Hukuk ve Biz/Hukukçuluk**

Hukuk soyut ifadelerden/normlardan ibarettir.<sup>1</sup> Hukukun soyut ifadelerini (normlarını) hayata geçirmede, bir başka deyişle hukukun hâkimiyetini gerçekleştirmede kamu gücü esas olmasına karşın, hukukun anlaşılır, algılanabilir, ölçülebilir ve uygulanabilir olmasını sağlayacak, hukuku ve hukukun yöneldiği adaleti bir ide olarak yaygınlaştıracak birinci unsur hukukçulardır. Bu yönüyle hukukçuluk, hukuku yaygınlaştırmaya, hukukun hâkimiyetini sağlamaya yönelik faaliyet icra edenlere atfedilen bir adlandırmadır. Hukukçuların bu fonksiyonlarını işletebilmeleri için bağımsızlıklarından bahsedilmiş ve hukuk düzenlerinde mümkün olduğunca bu bağımsızlık sağlanmaya çalışılmıştır. Hâkim teminatı ve avukatların kamu hizmeti de yapıyor sayılmaları buna örnektir. Dolayısıyla bağımsızlığı sağlanan hukuk mensuplarının işlevleri olan yargıda da bağımsızlık şarttır ve buna yargı bağımsızlığı demektedir. Burada bağımsızlık, tarafsızlık ve "hukuk adına" anlamında bir bağımsızlıktır.

Diğer yandan, insanımızla ve tabii ki hukukçularımızla ilgili bir tespitimizi ifade edelim: Türkiye'de insanlar ekonomiyle ve siyasetle yakından ilgilidirler. Ayrıca birçok insan bir ihtiyaç veya hobi olarak siyaset ve ekonomi ile birlikte güzel sanatlarla, tarihle, sosyolojiyle, toplum bi-

<sup>1</sup> "Gündelik hayatın temel kavramlarından biridir hukuk. Herkesin "arayıp da bulamadığı", hukuk dışı yollara başvurmaya meyilli kişilerin bile ağzından düşürmediği, devletin hem prestiji hem de kendi varlığı açısından hiçbir zaman vazgeçemediği, ama nedense genellikle muktedirlerin lehine tecelli eden bir "adaletin" taşıyıcısıdır o. En zorba kanunları da, en temel hak taleplerini de içeren bir genişlikte tanımlandığı sürece soyut bir değer olmaktan kurtulamaz." Bağış Erten, <http://www.gelecek.gen.tr/sayi-14/yenibirhukuk.htm>

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

limle ve buna benzer disiplinlerle ilgilenmektedir. Hatta bu ilgilerinden bazıları çoğu zaman hayati ihtiyaçlarından bile önde gelebilmektedir. Bununla birlikte Türkiye’de insanların en az ilgilendikleri alan hukuktur. Hatta hukukçularımızın çoğunun bile en az ilgilendiği alan hukuktur. Hukuk, birçok uğraşı alanı gibi genellikle ekmeğe kapısı olarak değerlendirilmekte, bazen politika yapmanın, bazen ticari hayatta kartvizit olarak kullanmanın, bazen de sosyalleşmenin gereği gibi sivil toplumculuk yapmanın vesilesi olarak kullanılabilir. Hukukun kullanılabildiği alanlardır.

Öte yandan Türkiye’de hukuktan ve hukuk sisteminden, hukukun uygulanışından rahatsız olmayan, şikâyet etmeyen yok gibidir. Sızlanmak sanki öne çıkan yegâne görüntü olmuştur. İş adamlarımız hukuktan şikâyet eder, fakat kendi aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk ilişkilerini geliştirmezler, kendilerini birbirlerine hasım yapacak genel mahkeme yollarını ararlar da, sulh ve dostluğun devamını sağlayacak TAHKİM yolunu akıllarına getirmezler.

Siyasilerimiz, hukukla ancak başları derde girdiklerinde ilgilenirler de, koca koca partiler bir HUKUK BÜROSU oluşturamazlar. Hukukla, kanunla ilgilenmeyi ikincil meşgale sayarlar da, parlamento gittiklerinde kanun yapmaya çalışırlar, daha doğrusu -hatıra veya ikbale binaen- hazırlatılan kanunlara parmak kaldırırlar.

Hukukçularımızın bir kısmı imkânsızlıklarından ötürü hukuku ekmeğe kapısı olarak görürler. Bir kısmı ise içinde buldukları rahat ortamdan veya iş yoğunluğundan dolayı içinden yetişip geldiği ve kendisinden beklentileri olan insanlara hukuk adına bir küçük mevzuat olsun ulaştırmazlar. Akademisyen hukukçularımıza söyleyecek fazla sözümüz yok. Zira onlar 40-45 yaşlarına kadar üniversitelerde

kadrolarını sağlamlaştırmaya, sonra da ekonomik kaygılar gereği siyasilere veya iş adamlarına müşavir olmaya mecburdurlar. Genel rahatsızlığımız olan örgütlenmeme ve sahip çıkmama, onları bu yola adeta mecbur eder. İkbali erken yakalayanlar da zaten vatandaşın küçük işleriyle uğraşmazlar, birileri onları ulaşabilecekleri en üst makama ulaştırır. Bu döngüden kurtulabilen akademisyenlerimizin sayısı parmakla sayılabilecek kadar azdır.

Ulus devletinin hukuka aykırı dayatmalarına karşılık bir başka dayatma olarak algıladığımız “kendiliğinden sivil toplum” olgusu, günümüzde hukukun önemini her kesime kavratmaya başladı. Çok geç kalınmış olmakla birlikte hukuka yakınlığımızı, hukuktan yararlanmayı ve en önemlisi hukuk yaratmayı beceremezsek istikbalimizin olamayacağını görmeye başladık. Kendimize saygımızın, insanımıza hizmetin, Allah rızasını kazanmanın (yeni tabirle tarihe kayıt düşmenin), bugün için önemli bir yolu da hukuka bağlılık, hukuku öğrenmek ve hukuku yaygınlaştırmaktan geçmektedir.

Gerek kurumsal, gerekse bireysel anlamda uğraş alanımız temel hak ve özgürlüklerin bilinmesi, korunması ve yaygınlaştırılması mücadelesidir. Bu mücadele içinde kullandığımız yegâne araç hukuktur. Uğraş alanımızda başarıyı yakalamak istiyorsak, başarının Allah’ın rızasını kazanmak olduğu gerçeğinden hareketle, Allah’ın insana doğuştan bahsettiği hakları ve insanların bu hakları temel alarak elde ettiği kazanılmış hakları bilinç düzeyinde kavramak ve anlatmak zorundayız. İnsana zaruri ihtiyacı anlatılmadığında onu kendi hakları için harekete geçirmek mümkün olamayacaktır. Anlatılabilmek için de hukuk formasyonu gereklidir. Çünkü anlatacağımız konu aynı zamanda hakkın aranması ve elde edilmesi anlamında hukuktur. Peki, nedir hukuk formasyonu?

## Hukuk Formasyonu (Hukuk Bakış Açısı veya Genel Hukuk Disiplini Kav- rayışı)

Formasyon terimi, kültür terimi ile yakından ilintilidir. Kavramı aşağıda kendi lisanımızla anlatacak olmakla birlikte, formasyon kavramına ve ilintili olduğu misyon ve vizyon kavramlarının lisanımızdaki karşılıklarına itibar etmeyecekler için daha bir anlaşılır olması düşüncesiyle Latince edebiyattan izahlar bulmaya çalışalım.

"Kültür" terimi 18. yüzyılla birlikte ortaya çıkmıştır. 19. yüzyılda özellikle "tekil kültür" karşılığı olarak "erudition", "habitus", "cultura animi", "forma mentis" ve nihayet bu son terimden devşirme "formasyon" terimi kullanılır olmuştur.<sup>2</sup>

"Formasyon terimine ulaşmadan önce, Latince 'erudition' fiili, kaba saba olmaktan çıkmak anlamına kullanılmakta iken, sonraları 'habitus' fiili, bilgi ve eğitim yoluyla belirli alışkanlıklar edinme ve eylem tarzları geliştirme yeteneği sayesinde doğa yanında insana özgü ve insana ait bir "ikinci doğa" içinde yaşamak anlamına kullanılmaya başlandı. Cicero'nun kullandığı terim ise *cultura animi*'dir. Terim, insan nefsinin terbiye edilmesi anlamında kullanılmıştır. Cicero, terimi, başlangıçta 'doğal' bir malzeme, bir içgüdü ve iştihâ varlığı, bir hammadde, nefesine düşkün bir hayvan olarak gördüğü insanın işlenmesi, yetiştirilmesi ve eğitilmesi anlamında kullanmakla; terimin bugün de anlamaya devam ettiğimiz bir temel yönünü ilk kez belirtmiştir. Öyle ki, tek insanın gerekli bilgileri edinerek, akıl yürütme, belli ilkelere göre eylemde bulunma, nefesine hâkim olma, zevk ve eleştiri yeteneğini geliştirme ve gitgide 'kişilik' sahibi olma hâline 'kül-

tür' demeye bugün de devam ediyoruz."<sup>3</sup>

Yine *cultura animi*'ye karşılık 19. yüzyılda Skolastik felsefeden gelen *forma mentis* terimine rastlanır. Nefse hâkim olmak, ruhu eğitmek, bilgilenmek, yetişmek anlamlarına gelen<sup>4</sup> bu terimden "formasyon" terimine geçildiğini saptıyoruz. Özellikle formasyon terimini, bugün de bir ölçüde "tekil kültür"e karşılık olarak kullanıyoruz. Aynı 19. yüzyıl, "tekil kültür"ün, erudition'un, habitus'un, formasyon'un gerçekleşme ortamını kentlerde görmüş, kendi Aydınlanmacı görüşü doğrultusunda, kırsal kesimde yaşayanların "yontulmamışlık"ları, "işlenmemişlik"leri karşısında kentlerde yaşayanların "işlenmiş" ve "incelenmiş" yaşama biçimlerinin üstünlüğüne dayanan bir önyargıyla, "çoğul kültür" karşılığı olabilecek bir terim olarak *civilite* [kentlilik] terimine başvurmuştur.<sup>5</sup>

Gerçekten de içinde bulunduğumuz iletişim toplumu dönemi itibarıyla etkilenmenin kaçınılmaz olduğu inkâr edilmeyeceğinden, fakat yukarıdaki ayrımcılığı öngören bakışı mutlaklaştırmadan, hatta öncelemeden, konuyu hem tekil kültür anlamında (formasyon), hem de çoğul kültür anlamında "kentlilik kültürü" içinde de değerlendirmek gerekmektedir. Zira konu bir yönüyle tekil kültür sorunu olup "bireysel olarak işlevselliği", diğer yönüyle kentlilik gereği çoğul kültür sorunu olup "toplumsallığı" irdelemeyi gerektirmektedir.

2

<http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=580>

3

<http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=580>

4

TDK, formasyon terimini, biçimlenme, belirli bir düzeyde eğitim görme, yetişim olarak karşılamaktadır.

5

<http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=580>



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Aydınlanma felsefesi tekil kültür-çoğul kültür ayırımı ile toplumu ve toplumculuğu atomize ederek kültürde ve yaşayışta parçalanmayı işaretlemiş, sonrasında da bu parçalanmışlıktan sivilliği ve bireyselliği ön plana çıkarmış bir sivil toplum hedeflemiştir.

Halbuki biz hiçbir düşüncenin ve oluşumun tabiatından ve tabiatın yasalarından, bir başka ifadeyle fitratın kanunlarından/Sünnetullah'dan bağımsız gerçekleşmeyeceğine, nihai yönelimin Sünnetullah'a doğru olduğuna ve seçeneklerin tarihi gerçeklikler yanında ilahi kuralları da işaretlediğine, dolayısıyla insanın tabiat, hemcinsleri ve yaratıcısı ile ilişkilerinin parçalanamazlığına inanıyoruz. Bu inancımız, formasyon kavramı gibi diğer birçok kavramı bireysel ve toplumsal sorumluluğumuz çerçevesinde anlamlandırmayı ve değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

O halde, yukarıdaki izahlardan da yararlanarak ve az ileride biraz daha açılımını yapacağımız şekilde çok net ve kısa bir ifadeyle **hukuk formasyonunu**, "*hak ve hukuk kavramlarının gerek teoride, gerekse pratikte çağrıştırdığı anlamlarını kavrayabilen, sadece gerektiğinde değil, istikbale yönelik olarak da hak ve hukuk alanında yaratıcı ve düzenleyici bilgi ve sonuçları ortaya koymaya yatkın beceri*" olarak tanımlayabiliriz.

Tarıftan de anlaşılacağı gibi, hukuk formasyonu bir Allah vergisi (vehbî) değildir. Kesbidir, kazanılabilir ve geliştirilebilir bir çabadır. İki alt dayanağı vardır: Bilgi ve cehd. Bilgi kazanılır, cehd yani gayret veya yönelme irade edilir, istenir. Hukuk bilgisi ve hukuk bilgisini insanın tüm ilişkileri kapsamında uygulamaya yönelik bir araya geldiğinde hukuk formasyonunu oluşturur. İşte bu donanımı "*hukuk formasyonu*", "*hukuk bakış açısı*" veya "*genel hukuk*

*disiplini kavrayışı*" olarak tanımlıyoruz. Burada elbette bilgi ve cehdin, insani özelliklerden ve tabiatın kanunlarından bağımsız olduğu düşünülmeyecektir.

Bilgiden kastımız, hukuk bilgisi ve hukuk felsefesinin öğrenilmesidir. Bu da hukuk fakültelerinde veya hukuk zeminlerinde öğrenilebilir. Tabii ki burada öğrenilecek olan hem ilahi hukuk, hem de pozitif hukuktur. Yürürlükteki hukuk da pozitif hukukun bugünü belirleyen kurallarıdır. Hukuk bilgisi tüm bunları kapsamalıdır. Öğrenilmesi çok kolaydır. Çünkü tüm hukuk sistemleri ilahi hukuka ve tabii hukuka yönelik yapılmaktadır. En azından bu amaçla yapıldığı var sayılmaktadır. Aykırı ve kasıtlı düzenlemeler, işi karmaşık hale getirirse de hukukun felsefi yanına, diğer bir anlatımla hukukun amacı ve kaynakları konusuna vakıf olduğunda hukukun öğrenilmesi gerçekten kolaydır. Zor olan, ilahi hukuka aykırı düzenlemeleri yapmak ve uygulamaktır. Bu yüzden ki, hukuku katledenlerin işi, hukuka âşık olanlardan daha zordur.

Hukuk formasyonunun diğer kaynağının cehd yani gayret ve yönelme olduğunu söyledik. Bu da hukukçuda ve temel haklar aktivistinde<sup>6</sup> insanî ve toplumsal vasıfların öne çıkması anlamındadır. Herkesin *kendine yakışanı yapması* anlamında, hukukçunun hukukçuluğunu, temel haklar aktivistlerinin de alanındaki mevcut birikimini ortaya koyması, özelde kendisinin genelde de toplumun hukuki sorunlarına

<sup>6</sup> Temel haklar aktivisti veya benzeri terim ve açılımlar dönemsel ifadelerdir. Dönemsel olarak ve ihtiyaca göre bunlar değişecek, kendi hukukumuza malik olma bağlamında kavram ve açılımlar geliştirilecektir. "Kelimelerin 'giderek' bir vadin sakinleştirici etkisini kazandıkları dönemler gibi, acı duyup şikayet etmemize yol açtıkları dönemler de vardır" Eric Hoffer, *Aklın Muhteris Çağı*, s. 90.



sahip çıkması ve çözümler üretmesidir.

Siyasetin sadece parlamenter anlamda ve parti örgütlenmeleri içinde yapılabileceğine dair görüş ve çaba, bugün artık yerini sivil toplum örgütlenmeleri içinde hukuk siyaseti, ekonomi siyaseti, toplum siyaseti gibi disiplinlere bırakmıştır. Aslında siyaset dün olduğu gibi bugün de her alanda yapılabilmektedir. Aksini düşünmek, geçmişte Türk hukuk sisteminin laikleşme sürecinde dahi ilahi, evrensel ve tabii hukuk kavram ve kurallarının özdeyişler halinde bilincimizde kalmasını, bu kurallardan beslenmemizi sağlayan Ahmet Cevdet Paşa gibi önemli âlim, hukuk ve siyaset adamlarının mücadelelerini bizim gözümüzde anlamsızlaştırır. Geçtiğimiz 80 yıllık dönemin yanlış yönlendirmeleri nedeniyle ki, Ahmet Cevdet Paşa'yı günümüz kuşağı tanımamaktadır. Cevdet Paşa iyi bir siyasetçi olduğu kadar iyi bir hukukçudur da. Tanzimat dönemi ve sonrası tüm hukuki düzenlemelerin belki de tamamı –Mecelle de dâhil– Paşa'nın kaleminden çıkmıştır.<sup>7</sup> O halde hukuk siyaseti anlamında, hukukun yaygınlaştırılması için her platformun değerlendirilmesi ve hukuk bakış açımızın yansıtılmasına çalışılması gerekmektedir.

### **Hukuk Formasyonu Herkesine Gerekli mi?**

Yukarıda belirlemeye çalıştığımız şekliyle hukuk formasyonu öncelikle hukukçular için gerekli-

dir. Ancak siyaseti sadece politik arenada aramayacak isek –ki aranmaması lüzumuna değindik– herkesin kendisine lazım olacak kadar hukuk formasyonuna sahip olması gerekir. Hak, ona sahip olma anlamında “kişinin kendi hukukuna malikiyeti” olarak ifade edilir. Kendi hak ve hukukunu bilmeyen kişinin, buna malik olmasının mümkün olmayacağı aşikârdır. O halde kendi hukukuna sahip olacak kadar hukuku bilmek, kişinin kendi çapında hukuk formasyonuna, bir başka deyimle hukuk bakış açısına sahip olması demektir.

Burada değinmeden geçemeyeceğimiz önemli bir hususun altını çizmekte yarar vardır. Günümüzde sivil toplum örgütleri olarak kendilerini ifade edenlerin bir kısmı, öncelikle tanımlanmış ilgi alanlarının ve üyelerinin (ilgi alanları kapsamında) problemlerini çözmek yerine –kerameti kendinden menkul otonomilerinin yansıması şeklinde– her soruna eğilerek, bunların çözümüne ışık tuttıklarını zannetmektedirler. Bir şekilde en geniş anlamda tüm ülkeyi ve dünyayı hatta uhrevi hayatı ilgilendiren sorunları çözdüklerini ifade etmektedirler.

Görünürde oldukça fotojenik ve görüntüyü kurtarmaya elverişli olmakla birlikte, kendi alanında başarılı olmayı ve netice almayı denememiş, küçük ve tanımlanmış sorunları çözmeyi başaramamış kuruluşların, daha geniş boyutta problemleri çözmeye yönelik sonuçlara ulaşması mümkün değildir.

Bu yüzdendir ki, sivil toplumculuk formasyonu olarak ifade edeceğimiz, sivil toplum kuruluşlarının yöneticilerinin işlevi de, hukuk formasyonuna sahip olması gereken hukukçuların işlevi gibi olmalıdır: Bu işlev, “hak arama, hukuk üretme, hukuku yaygınlaştırma ve bu yolda verilen mücadele sonucunda özgürlüklerin teminatı olma yolunda zincir oluşturma”dır. Ürettiğimizi önce kendimiz beğene-

<sup>7</sup> Ahmet Cevdet Paşa'nın hayatı ve eserleri için bkz.: Muharrem Balcı; “Birinci Tanzimat’tan İkinci Tanzimat’a Resepsiyon ve Rehabilitasyon Çalışmalarının Tahlilî” konulu Tebliğ.

Mecelle'nin, evrensel hukuk kurallarını içeren ilk 100 maddesinin sadeleştirilmiş hali için bkz.: Muharrem Balcı; “Tanzimat’tan Günümüze Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlilî”, TMKV Osmanlı'nın 700. Kuruluş Kutlamaları Programında sunulu tebliğ. **Birikimler I.**

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ceğiz, sonra da görücüye çıkaracağız. Her anlamlı çabanın anlamlı muhatabı ve alıcısı bulunur. Kaliteli siyaset veya siyasette toplam kalite diye ifade edilen gelişme de bunun ifadesidir.

Her biri hukuku üretme ve yaygınlaştırma alanında kaliteli bilgilenme, bilgilendirme ve bunun siyasetini yürütebilmenin olabirliklerini öğrenmeye ve uygulamaya çalışan hukukçuların oluşturduğu kuruluşlar her alanda formasyona sahip olamayabilir, fakat hukuk alanında üstün bir formasyona sahip olmalıdırlar. Hukukçularımız, hem kendi hukukuna hem de toplumun kendi hukukuna malikiyeti için net ve öngörülebilir bir hukuk bakış açısına, bir başka tanımlamayla "genel hukuk disiplini kavrayışı"na sahip olmalıdırlar.

### Hukuk ve Misyon

Misyon sürekli bir amacı ifade etmek için kullanılan terimdir. Sürekli amaç, kişinin veya organizasyonun neyi ne için, kim için ve nasıl yaptığını ve yapması gerektiğini ifade etmek için kullanılır. Dolayısıyla misyon terimi, kişi ve organizasyonların amaçlarını ve varoluş nedenlerini açıklar. Latince'de göndermek anlamına kullanılan "missio" terimi, Hıristiyanlığı yaymada kullanılmıştır. Bu yönüyle 'yayma' amacını da ifade eder. Her din gibi Hıristiyanlık da dinin yayılmasını ve kıyamete kadar tüm dünyaya hâkim olmasını amaçlar. Ancak zamanla Hıristiyanlığın bu "dini yayma" anlamına kullandığı misyon terimi bu misyonu üstlenmiş misyonerlerin dünyaya hakim olma arzuları ile bütünleşmiş ve gelişmemiş toplumların eğitilmesi (sömürgecilik) anlamında kullanılmıştır.

Günümüzde bir kimseye veya bir kurula verilen özel görev anlamında da kullanılan misyon terimi, dinsel, bilimsel ve diplomatik bir görev yüklenmiş kimselerden oluşan

kurullara da verilen bir addır. Görüldüğü gibi misyon, yüklenilmiş görevi ifade etmektedir. Gönüllülük esasına dayanan birlikteliklerde, örgüt üyelerini aynı amaç doğrultusunda ortak bilinç ve hedeflere ulaştırıcı ortak nitelikler oluşturmaya da misyon denilmektedir.

Kültürümüzdeki güzel bir örnek le konuyu açabiliriz:

### Ahilik

Ahilik gönüllülük esasına dayanan bir sosyal organizasyondur. Ahilik, kendine temel misyon olarak, "mükemmel fertler yetiştirmeyi", "mükemmel topluluklara ulaşmayı", 'dünyayı düzene sokma yoluna yapışmayı' ve bu şekilde "insanlara ve insanlığa hizmet" etmeyi belirlemiştir.<sup>8</sup>

Tüm bu özelliklerin Ahi teriminin "kardeşlik" anlamı ile bütünleştirilmesiyle bireysel ve toplumsal misyonun güzelliği ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda, misyonun sürekli bir amacı, bir kişinin veya organizasyonun neyi ne için, kim için ve nasıl yaptığını tanımlamak, ifade etmek için kullanıldığını, dolayısıyla kişi ve organizasyonların amaçlarını ve varoluş nedenlerini açıkladığını belirttik. O halde özellikle organizasyonların misyonunu belirlemede "amaçlar" başlığı altında yapılan düzenlemelerde mümkün olduğunca:

- Organizasyonun neyi, niçin ve nasıl başarmak istediğini,
- Sahip olduğu özellikleri,

<sup>8</sup> Sultan Murad döneminde ortadan kaldırılan ve mensupları yeniçeri yapılan Ahilik daha sonra, Ahi Kurumlarının maddi manevi, bedeni ve fikri yönden tüzüğü sayılan Fütüvvetnamelerin esaslarına bağlı kalarak sadece esnaf kuruluşları haline dönüşmüştür. Bu esnaf kuruluşlarına da Lonca'lar denmiştir.

## Tarihi Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna Süreç İşçiliği / M. Balcı

- Başarının tanımlanmasını ve nasıl ölçülebileceğini,
  - Organizasyon içerisinde nelere değer verildiğini,
  - Kararlılık sembollerini,
- ortaya koymak gerekmektedir.

Organizasyon misyonuna ilişkin olarak bir örnek vermek gerekirse Mazlumder'in tüzüğünde "Derneğin Amacı" maddesi alıntılanabilir:

- "İnsan haklarını, insan haysiyetiyle ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, bu sebeple de zulüm niteliği taşıyan; ekonomik, sosyal, hukuki, psikolojik, kültürel ve fiili her türlü engelin kaldırılması, zulme uğrayan başta insan olmak üzere bütün varlıkların doğalarının korunması amacıyla her türlü mücadeleyi vermektir.
- Kim tarafından, kime karşı yapılırsa yapılsın her türlü işkençe, hakaret ve tecavüze karşı mücadele vermek; zalimleri ve zulmü teşhir etmektir."<sup>9</sup>

Burada Mazlumder'in meşhur sloganına yer vermeden geçemeyeceğiz:

- "Mazluma kimliği sorulmaz"

Bir diğer örnek olarak da, Hukukçular Derneği'nin Tüzüğünde belirlediği amacını gösterebiliriz. Hukukçular Derneğinin 2004 yılında değişiklik yaptığı tüzüğünde amacı şöyle belirlemiştir:

- "**Madde 3:** Derneğin temel amacı; insan başta olmak üzere bütün canlı ve çevre haklarının ve adalet ilkesinin korunmasıdır. Haklar ihlal edilmiş ise, sahibine iadesi ve adaletin tesisine çalışmaktır.
- Dernek, amacını gerçekleştirmek için aşağıda yazılı faaliyetler ve benzeri çalışmalarda bulunur."<sup>10</sup>

<sup>9</sup> <http://www.mazlumder.org>

<sup>10</sup> [www.hukukculardr.org](http://www.hukukculardr.org). Bu haliyle Hukukçular Derneği'nin Tüzüğündeki "Derneğin Amacı" maddesi, hukukun gelişmesine

Aslında konu hukuk ve hukukçuluk olduğunda bireysel ve kurumsal olarak amacımız, misyonumuz:

- "Dünya ve Türkiye ölçeğinde hakların tanınması, kazanılması, hukukun ve hak arama bilincinin yaygınlaştırılması, adaletin eşit ve orantılı olarak dağıtılması, tüm bu yapılacak işleri gerçekleştirebilecek donanımda hukukçuların yetiştirilmesi, bu yönde yapılan çalışmalara hiçbir ayırım gözetmeden katkı sağlamak ve bu çalışmaların sonuçlarının da teminatı olmak"

olarak belirlenebilirdi.

Özetle: "Dünya üzerinde fitne ve fesattan eser kalmayınca kadar hak ve hukuk mücadelesi", bir başka ifadeyle, "i'la-yı kelimetullah".

İster bireysel sorumluluk, isterse toplumsal sorumluluk bazında olsun, hukukun yaygınlaştırılması için, hukukumuza malik olma anlamında arzulanan her türlü sonucun peşinde ve arayışında olan hukuk ve hukukçuluk misyonunu işaretlememiz gerekmektedir. İşaretlediğimiz bu seçenek, bizi her türlü kurumsal yapılanmanın kutsallığından daha ötelere, yapıların bizi sarmalamasından daha ileri misyonlara taşıyacaktır. Ancak tüm bu sıraladıklarımız için hukukçularımızda bazı belirtiler, görünüm, kısaca "*cevherin cisimleşmiş hali*" olarak tanımlayabileceğimiz özelliklerin bulunması gerekmektedir. O halde cevherin cisimleşmiş haline, 'vizyon' kavramına geçebiliriz.

### Hukuk ve Vizyon

katkı sağlayacak misyon ifadesinden uzak görünmektedir. Ayrıca, amaç maddesinin içine faaliyetlerin de sıralanarak amaçla faaliyetlerin birbirine karışmış olması tüzük tekniğine de uygun değildir. Tüzük değişikliği sırasında yapılan uyarılara karşın mevcut olumsuzlukta direnilmiştir.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Vizyon terimi de, bireysel ve toplumsal bir anlama sahiptir. TDK, vizyonun karşılığını 'gösterim, uzak görüşlülük' olarak belirlemektedir. Vizyon, "bir insanın, bir kurumun veya devletin, gelecekte yaşanabilecek muhtemel olumlu-olumsuz değişimleri görebilmesi, bunların yan tesirlerini kestirebilmesi, buna göre de hayatta kalabilmesi, başarılı olabilmesi veya rekabet gücünü artırabilmesi için, ileriye dönük plânlı ve sistemli bir şekilde çizdiği yöndür."<sup>11</sup>

Bu anlamıyla vizyon, bireyin veya organizasyonun görünümünü ve tabii ki bu görünüm altında yatan temel felsefeyi ifade eder. İyi belirlenmiş bir vizyon, iki temel bileşenden oluşur: Birincisi, bireyin ve örgütün vazgeçilmez niteliklerini ortaya koyan çekirdek ideoloji; ikincisi ise, başarmayı ve yaratmayı düşündüğü arzularıdır. Olmak, başarmak ve arzulamak, değişmeyi ve ilerlemeyi gerektiren özelliklerdir ki, bunlar bireyin ve örgütün değişen yönünü ortaya koyar.<sup>12</sup>

Misyon olarak belirlenen değerler her hal ve şartta korunması gereken, vazgeçilmez değerlerdir. Mutlu bir gelecek tasavvuru, amaç olarak belirlenen hedeflere (misyon) ve bu hedefe nasıl ulaşılabileceğine dair donanıma (vizyona) bağlıdır. Dolayısıyla misyon ve vizyonun net olarak tanımlanması ve şekillenmesi gerekir. Bir başka deyişle hedef anlaşılabilir, ölçülebilir, ulaşılabilir olarak ortaya konmalıdır.

Konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak için yine Ahilik örneğini kullanacağız. "Kardeşim" anlamında olan "Ahi" kelimesini örgütün adı kabul eden bir anlayışın vizyonu, "hep birlikte büyük hedeflere yü-

rümek" mantığına dayanır. Bu vizyon, örgütü ileriye yönelten yol gösterici bir ışıktır.<sup>13</sup>

Ahiler, misyonlarını yerine getirebilmek için önce kendilerinin mükemmel olmaları gerektiğini kabul ederler. İnanırcı olmak ve hizmet edebilmek için bu gereklidir. Ahilerin vasıfları Ahiliğin tüzüğü sayılan Fütüvvetnamelerde belirlenmiştir. Buna göre Ahi:

- "Huyu güzel, namaza devamlı, infak eden, babasına ihsanda ve itaatte bulunan, komşusunu ağırlayan, eline geçeni veren, işlerini güzelleştiren, sözlerinde doğru olan, ameli salih, sır saklayan, ahde vefalı, sevgiye riayet eden, doğruluk ve şeffaflık ilkesiyle muamelede bulunan, yalanı ve riyası olmayan, helal kazanç peşinde olan, harama bakmayan, halka ihsan eden, kendisinden ayrılanları dolaşan, ona vermeyene veren, zulmedenin bağışlayan, kötülük edene iyilik eden, şeriata bağlı, kardeşlerinin haklarını eda eden, komşularına karşı müsamhada bulunan, ihsanlarla keremler eyleyen (cömert), kendilerinden uzak olanı soran, yakındakini dolaşan, hastayı ziyaret edip halini hatırlanı soruşturan kişidir."<sup>14</sup>

Ahinin üç şeyi bağlanır, üç şeyi açılır:

- Gözü, haram olan şeylere; ağız, günah olan sözlere; eli, zulümlere bağlanır.
- Kapısı, konuklara; kesesi, kardeşlerden ihtiyacı olanlara; sofrası, bütün açlara açılır.<sup>15</sup>

Ahilik vizyonunu oluşturan temel bileşenlerden birisi de "**tasarlanan gelecek**"tir. Tasarlanan gelecek, örgütün hedeflerini ifade eder. Bunun için örgüt her üyesine, bir meslek dalının yanı sıra, toplumsal değerlerle ilgili eğitim

<sup>11</sup> [http://www.sosyalsiyaset.com/documents/sozluk\\_v.htm](http://www.sosyalsiyaset.com/documents/sozluk_v.htm)

<sup>12</sup> <http://www.ahilik.gen.tr/>

<sup>13</sup> <http://www.ahilik.gen.tr/>

<sup>14</sup> <http://www.ahilik.gen.tr/>

<sup>15</sup> <http://www.ahilik.gen.tr/>

## Tarihi Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna Süreç İşçiliği / M. Balcı

verilmesini amaçlamıştır. Meslek sahibi olmayan bir Ahi tasavvur edilemez. Her fert becerisine göre bir mesleğin maharet ve hünerlerini kazanır, iş sahibi olur ve sosyal hayata katkı sağlar. Mesleği olmayanın başkalarına faydası olmaz. Toplumun mutluluğu ve gücü, ancak her bireyin bir meslek sahibi olarak toplumsal hayata katkı sağlamasıyla mümkündür.

Şimdi aklîselim Ahilik örneğini hukukçulara uygulamaya kalkarsa yararlı bir örnekleme yapmış olacaktır. Zira önümüzde ilkeleri belirlenmiş, yaşanmış bir misyon ve vizyon sahibi bireyler örneği ve bir meslek örgütü örneği bulunmaktadır.

### Etkin Vizyon

Günümüzde yapılan bilimsel araştırmalar da benzer sonuçlara ulaşmaktadır. Aklın yolu bir olduğuna göre, sonuçlar da birbirinden uzak olmasa gerektir.

Organizasyonlarda etkin vizyon oluşturulması konusunda araştırmalar yapan Tom Peters'e göre vizyon,

"Vahşi ve fırtınalı bir denizde kullanılan bir pusula gibi olmalıdır. Eğer çevresindeki gelişmeleri dikkate alamaz ve uyum gösteremezse pusula gibi değerini kaybeder."<sup>16</sup>

Yine Tom Peters, organizasyonlarda etkin vizyon oluşturulması konusunda sekiz ilke belirlemektedir. Peters'e göre "Etkin Vizyon":

1. İnsanların davranışlarını etkileyebilecek,
2. Açık ve başarıyı kamçılayıcı,
3. Mükemmeli arayan,
4. Katı kuralları değil, esnekliği içeren,

<sup>16</sup> Can Aktan,  
[http://www.canaktan.org/yonetim/yeni-  
yonetim/vizyon-yonetimi.htm](http://www.canaktan.org/yonetim/yeni-yonetim/vizyon-yonetimi.htm)

5. İstikrarlı ve sürekli yeniliklere açık,
6. Çalışanlara yetki devretmeyi amaçlayan,
7. Geçmiş şerefle anan, geleceğe hazırlanan,
8. Mükemmeli aramayı amaçlayan özelliklerde olmalıdır.

Organizasyonlarda vizyon oluşturmak için bir vizyon bildirisi oluşturulması gerektiğini ifade eden Murgatroyd/Morgan'a göre de dokuz ilke söz konusudur:

1. Başarı için iddialı olma.
2. Açık ve anlaşılır olma.
3. Hatırlanabilir olma.
4. Katılımcı özellik.
5. Değerlere önem verme.
6. Görsel olma.
7. Mobilize etme.
8. Rehberlik etme.
9. Tüketici<sup>(\*)</sup> ihtiyaçları ile alakalı olma.<sup>17</sup>

Vizyon belirleme anlamında örnek olarak Tüketiciler Birliği Derneği Tüzüğünden bir alıntı yaparsak, Tüketiciler Birliği'nin vizyonu:

"Türkiye'nin en büyük ve etkin olan derneklerinden biri olan örgütü, kısa vadede bu coğrafyanın en çok şubesi ve üyesi olan, daha güçlü altyapıya sahip, yoğun bilgi hizmet alanları olan ve küresel alanda çalışma gerçekleştiren uluslararası etki gücüne sahip örgütlerinden biri durumuna getirmek"

olarak belirlenmiştir.<sup>18</sup>

Buraya kadar anlatılarımızın ve belki de idealize etmek olarak tanımlanabilecek öngörülerimizin,

<sup>(\*)</sup> Hukukçular için de, "hukuktan medet umanlar ve organizasyonlar"

<sup>17</sup> Can Aktan, a.g.m.

<sup>18</sup> <http://www.tuketiciler.org>

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

bildik tanımıyla ütopya olmadığını da ortaya koymamız gerekmektedir. Bunun için de ütopya üzerinde durmamız gerekli. Nedir ütopya ve ütopyanın hukukçular bakımından ve hukukçulara izafe edilebilecek anlamı nedir?

### ÜTOPYA

Yunancada *utopia*, gerçekleşmesi mümkün olmayan ideal, ya da gerçekleştirilmesi imkânsız tasarı veya düşünce (TDK) anlamındadır. Her insanın ütopyası olduğunu varsaymamızdan hareketle biz ütopyayı gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesine endeksleyerek değil, bizzat ütopyanın varlığına ve bunun insanın yönlendirilmesindeki katkısına bakarak değerlendireceğiz.

"Neden ütopya terimini bu çalışma içinde kullanma gereğini duyduk?" sorusunun kestirme cevabı, olumlu olumsuz, hayal veya gerçek herkesin bir ütopyası ve varmaya çalıştığı önemli bir hayat gayesi (belki de garantisi) olduğu içindir. Zira terimin tarifinden ve yaşanmışlığından (en azından kendi nefsimizde) da anlaşılacağı üzere ütopya gelecek zaman için bir öngörüdür, bir umuttur. Bu bazen bir yaşanmışlığa (tarihi gerçekliğe), bazen de tamamen bir hayale/umuda (geleceğe dönüklük) dayanır.

Ütopyanın en önemli vasfı mevcut hali olumsuzlamaktır. Yani mevcut durumu olumsuzlayarak geçmişe duyulan özlem veya bir gelecek tasavvurudur. Bu açıdan bakıldığında her insanın bir ütopyası vardır. İnsan ütopyadan soyutlanamaz. Yaşayabileceğimizi var saymasak bile, gerçekleşmesini hayal ettiğimiz, arzu ettiğimiz, dolayısıyla uğruna mücadele ettiğimiz bir dünya vardır. Biraz önce belirttiğimiz gibi izdüşümleri geçmişte veya gelecekte olan bir dünya tasavvurumuz mutlaka vardır.

İnsan düşüncesinin üretimi açısından bakıldığında da, insanların ortaya attığı her ideoloji bir gelecek tasavvuru kurar. Bu tasavvur ütopyanın niteliği itibarıyla kimine göre geçmişte yaşandığı varsayılan bir gerçekliğe, kimine göre ise bir yeryüzü cennetine, kimine göre de gelecekte yaşanacak sınıfsız bir toplum varsayımına dayanır.

İnsanoğlunun yakın tarihte aydınlanma felsefesinden peydahladığı pozitivizmin metafizikten ve kutsaldan arındırılmış dünya cenneti ütopyası, sadece Batı'nın kendi dünyasında sınırlı fakat tehlikeli sonuçlar vermiş ve Batı geleceğinden korkmaya başlamıştır. Henüz Türkiye toplumu ve dünya Müslümanları için çok yakın bir tehlike arzetmeyen pozitivist yaklaşım, Batı için bir Nuh Tufanı mahiyetini almıştır. Şimdilerde bizim dünyamıza da dayatılan gelecek kaygısı ve tufan ister istemez insanımızda bir gelecek endişesi oluşturmaktadır. Bu gelecek endişesidir ki, zaman zaman en yakınımızdakileri bile gelecekle ilgili öngöründe bulunmaktan, bir "gelecek tasavvuru oluşturmak"tan alıkoymaktadır. Özellikle 1980 sonrası Özalizm felsefesi bunda çok etkili olmuştur. Yenilerde de "2. Menderes Dönemi vak'ası" bu endişeleri artırmaktadır.

Evet, kimilerimiz için gelecek belirsizdir, o halde bu belirsizlik içinde ucu görünmeyen bir delikten geçmenin anlamı yoktur. İşte bu önermenin temelinde bir misyonsuzluk (amaçsızlık) yatmaktadır.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> "İnsanın ruhunda cereyan eden dram "yaratıcı deha"nın, toplumsal ütopya da "sonsuz umut"un tetikleyen dinamizmidirler. Dram yaşamayan ve ütopyası olmayanlar tarihin öznesi olamazlar. Bir insanda yaratıcı zihnin uyanması için içe doğru "dram" ve dışa doğru "ütopyadan" başka üç şeyin daha olması gerekmektedir; 1) Oluş ve akış üzerinde "sessizce" ve "derinlemesine" bilgi sahibi olmak, düşünmek 2) Kendine ait bir



Geçmişinde tüm insanlığa ışık dağıtan Asr-ı Saadet uygulamaları bazılarımız için anlamını yitirmiştir. Hatta geçmişle ilgili dövmüne öyle bir hal almıştır ki, amiyane ifadesiyle eski düşünce ve eylemselliğin masaya yatırılmasında bir "barsak temizliği"nden bahsedilir olmuştur. Geçmiş tecrübelerinin (tarihi gerçekliklerin) bu tarz süfli terimlerle ifade edilmeye çalışılması, bu tanımlamaları yapanların bizzat kendinden menkul kerametleriyle ortaya koydukları amellerinin aslında kronik "barsak kirliliği" olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır.

Oysaki günümüzün genç ve orta kuşaklarını oluşturan insanımızın mevcut durumun günahında payı pek fazla değildir. Ancak ayıkmadığında günahının olacağı ve artacağı tartışmasızdır. O halde pozitivistler gibi geleceğimizi karanlık görüp nihilist inançlara garkolmak yerine, tecrübî birikimi önemseyerek geleceğe bakabiliriz. Geçmiş çok geride görünebilir, fakat "**ölçülebilir**"dir. Buna karşılık gelecek ne kadar uzaktadır ve ne kadar ölçülebilir, bu meçhuldür. Belki çok yakındır. Belki çok uzaktır, ancak yoluna basamak döşenebilir. Geçmişle geleceğin mesafelerini kıyaslamada en önemli unsur görülebilir değildir. Tarih görülebilmekte ve ölçülebilmektedir. Gelecek ise yaşanabilecektir. Belki tarih tekerrür ederek yaşanabilecektir. Kaldı ki tarihi yazan da bizleriz, yaşayan da...

"... Hatırlama gelişmiş ve medeni halklarla, geri kalmış ve ilkel halkları birbirinden ayıran şeydir. Medeni halkların anıları vardır. Önemli şeyleri hatırlayan halklar, tarih dediğimiz şeye sahip olurlar." (Bilge Kral)<sup>20</sup>

parçanın seni sürekli izlediği hissi taşımak 3) İlhamını hayattan ve tabiat-tan almak." İhsan Eliaçık, *Yeniden Doğuşun Rüyası, Dram ve Ütopya*.

<sup>20</sup> Aliya İzzet Begoviç, *Bosna Mucizesi*. s. 64, *Konuşmalar*, s. 88.

Geçmişte geleceğe dair izdüşümlerimizi bulduğumuzda şayet farklılaşmış isek yapılacak iş kendimizi değiştirmek olacaktır. Bu değişimi "donanım sahibi olmak" olarak da okuyabiliriz. Geleceğin görünmezliği bizim ütopyamızın daralmasına, ortadan kalkmasına neden olmamalı, aksine ütopyamız yaşanmış bir tarihi gerçekliği işaretlemektedir. Belki de yapılacak iş gelecekle geçmiş arasındaki köprüyü kurabilmektir. Burada, bu görevde en fazla ihtiyacımız yine yukarıda kavramsal olarak irdelediğimiz misyon, vizyon, formasyon ve benzeri kavramlar olacaktır.

O halde, yani bütün bunları bildiğimiz ve gördüğümüz halde, bizi, insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca (adalete) yönlendiren normlar bütününe (hukuka) hâkim olan hukukçuları ve siyasetçileri bu işten alıkoyan faktörler nelerdir?

Herkesin bilebildiği ve tanımlayabildiği birçok faktör olabileceği gibi, bizi en çok meşgul eden ve dayatılan modernleşme olgusunun sonuçlarından yola çıkarak belirleme yapabiliriz. Bu belirleme elbette ki kişisel olarak en fazla hesaba kattığımız ve dönemsel olarak yarın bir başka şekilde gündemimize gelebilecek olan "dönüşüm/dönüştürme projeleridir". Ve bu projelerden en çok etkileyenin Sekülerleştirme, Protestanlaştırma ve Muhafazakârlaştırma olduğunu söyleyebiliriz.

## **DÖNÜŞTÜRME PROJELERİ**

### **Sekülerleştirme- Protestanlaştırma- Muhafazakârlaştırma**

Latince *seculum*, bu çağ ve şimdiki zaman anlamına gelir. Bir başka deyişle bu kavramın, zaman ve mekân çağrışımlarını birlikte veren bir anlamı vardır. "Zaman"-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

"dönem", onun şimdi oluşunu, mekân ise, dünyada ve dünyevi oluşunu gösterir. Dolayısıyla *seculum* ilâhî zamana değil, dünyevî zamana uygun anlamı taşır. *Seculum*'dan türemiş olan seküler kavramı tarihte, atletizm yarışmalarının periyodik şekilde zaman zaman yapıldığını belirtmek için kullanılmıştır.<sup>21</sup>

Sekülerlik, Yahudi ve Hıristiyan geleneğinde, dışarıdan bir yabancı, din adamı olmayan kişi anlamına da kullanılan bir kavramdır. Ancak burada "yabancı" veya "din adamı olmayan kişi" anlamıyla değil, Aydınlanmadan sonra ortaya çıkan ve ilahi temeldeki her şeye meydan okuyup insanı merkeze alan, akli mutlaklaştırıcı ve aşkını reddeden modern zamanlara ait düşünceler bütünü içindeki anlamıyla ele alınacaktır.

Burada sekülerliğin "din dışı" şeklindeki anlamına da karşı çıkmaktayız. İleride de göreceğimiz gibi, sekülerlik, din dışı değil, "dine müdahale etme" anlamında kullanılacaktır. Din dünyadan ve hayattan soyutlanamaz. Buna karşın modernitenin diğer ideolojiler gibi hayatı izah sadedinde dine ait alanda da yer almak istemesi nedeniyledir ki, insan aklının ve bilimin fizik alanı fethe çıkmasıyla, hayatın tüm alanlarında dinin etkisini daralttığı, hatta dinî ilişkileri önemsizleştirerek değersizleştirdiği görülür.<sup>22</sup> Bu haliyle seküler anlayış, dini özne olmaktan çıkarmış nesneleştirmiş, dine müdahale etmiştir. Artık sekülerizm bildik anlamıyla dinin dünyaya, dünyanın dine karışmaması olgusundan çıkmış, aksine sekülerlik dine müdahale etmiştir.

- "Değişik tanımlamalarda da sosyolojik bir tanım olarak sekülerizasyon,
  - dinî düşünce, muamelât ve kurumların sosyal önemini yitirdiği bir süreç (Brayn Wilson),
  - dinî inançlar, ibadetler ve cemaat duygusunun toplumun ahlâki hayatından uzaklaştırılması (Viktor Lidz),
  - mistisizm dâhil tüm dinî konu ve tutumlara karşı tam ilgisizleşme (Daniel L. Edwards),
  - yarı paganlaşma (El Wood), kilisesizleşme (Peter L. Berger)"
- gibi çeşitli yönlerden tanımlanmıştır."<sup>23</sup>

Tüm bu tespitlerden çıkabilecek sonuç; sekülerizmin akli dini bağlardan arındırarak bir vicdan meselesi haline getirmesi olmuştur. Aynı şekilde Hıristiyanlığın/Kilisenin Tanrı'nın iktidarını kurmak istemesine karşı çıkan Protestan söylem zamanla İslâm âlemine de sirayet etmiş ve Tanrı'nın iktidarını istemeyenler, bilerek veya bilmeyerek İslâm düşünce ve yönetiminde olmazsa olmaz unsurlar olan eşitlik, adalet ve benzeri ilkeleri yok sayma eğilimine girmişler ve kendi iktidarlarını kurmaya çalışmışlardır. Bu tıpkı, Hıristiyanlığın/Kilisenin dayattığı Tanrı iktidarı gibi, Tanrı adına din adamlarının iktidarının benzerinden başka bir şey değildi. İslâm esasen böylesi bir iktidar anlayışını dayatmıyordu.

Ancak yine de tarihi süreç içinde dinî sekülerleşme İslâm dünyasına bulaşmıştır. Bu karışıklığın temelinde geçmişin pragmatik ilişkilere dayanan ve karşılıklı tavizlerle ayakta duran cemaat-devlet ilişkisi yattığı ifade edilebilir. Burada, bu ilişkinin yerini "düşünsel olarak içselleştirilen bir devletçilik, milliyetçi-

<sup>21</sup> Ramazan Altıntaş,  
[http://www.cumhuriyet.edu.tr/akademik/fak\\_ilahiyat/der61/004.htm](http://www.cumhuriyet.edu.tr/akademik/fak_ilahiyat/der61/004.htm)

<sup>22</sup> Ramazan Altıntaş, a.g.m.

<sup>23</sup> Ramazan Altıntaş, a.g.m. (Mustafa Özel'in *İktisat Risaleleri*'nden)



lik ve tam bağımsızlık<sup>24</sup> söylemine bırakması sorgulanmalıdır. Bu sorgulama, "devletle iyi geçinen ve tehdit oluşturmayan bir yapılanmanın giderek kendisini tamamen devletin yönlendirmesine bırakan ve devletin bekasını dini amaçların önüne koyan teslimiyetçi bir formatı"<sup>25</sup> engellemelidir.

Aynı şekilde iktisadi yönden de bir sekülerleşme süreci yaşanmaktadır. Dünyevileşmek, iktisadî hayatta dinî metin ve otoritelerin referans kaynağı olmaktan çıkması ve bütün dikkatin "insanın bu dünyadaki faydasına" yöneltilmesi, maddî verimliliğin (üretkenliğin) "her şeyin ölçüsü" olarak kabul edilmesi şeklinde tezâhür etmektedir.<sup>26</sup>

"Müslüman tecrübede" rızık, bereket ve "er-Rezzâk" arasında çok yakın bir ilişki ağı mevcuttur. "Er-Rezzak", rızık veren anlamında Allah'ın isimlerindedir. Kapitalistleşme süreci yaşamamış toplumumuzda ekonomik faaliyet "rızık" kavramıyla bütünleşmiş, israf kavramı da gereksiz tüketim anlamına kullanılmıştır.

Kapitalist Batı'da ise "risk" kavramı egemendir.<sup>27</sup> Modernitenin

sekülerleştirici etkisiyle Müslüman bilinçte "rızık ve israf" gibi kavramların anlamlarında bir buharlaşma süreci yaşanıyor. Buna "dilin seküleşmesi", "kavramları kelimenin asıl yüklendiği anlamlardan soyutlamak" diyebiliriz.<sup>28</sup>

Tüm bu tespitleri toplu bir bakışla ifade edersek, sekülerleşmeyi, dini tamamen reddetmek veya dışlamak olarak değil, fakat dini kamusal alandan dışlamak, din duygularının zayıflatılarak sadece vicdanlara hapsedilmesi olarak görmek mümkündür. Bir başka deyişle, -araştırmacı Ramazan Altıntaş'ın ifadesiyle-, dinin yani Tevhidin parçalandığı, cennetin yeryüzünde arandığı bir süreçten bahsediyoruz demektir.<sup>29</sup> Hal böyle olunca, seküler insan dini olanı dünyevileştirerek artık daha çok çalışmak, cenneti bu dünyada an be an yaşamak, inanç ilkeleri ne olursa olsun her nimetten yararlanmak, bunun için de, bu nimetleri kendisine sağlayacak işini/mesleğini en iyi şekilde yapmak zorundadır. Hatta bu işi/dünyevi işleri/mesleği Allah'ın rızasını kazanmak için bir araç olarak kabul etmek durumundadır.

Burada sanılmasın ki meslek gerçekten de sadece rızık elde etmek için icra edilmektedir. Rızıkın yanında daha önemli bir düşünce/eylem olgusu burada devreye girmektedir. Parçalanmış bir din anlayışında insan zihni toplumsal yapıyı da parçalamakta, özellikle de kendisine diğer insanlardan farklı misyonlar belirlemektedir. Seküler insanın misyonu, Protestanlığın tarih içinde geçirdiği süreci aynen geçirmektedir. Şöyle ki: Protestanlık ile sekülerleşme arasında çok yakın bir ilişki ağı mevcuttur. Protestanlık ibadete

<sup>24</sup> Yalçın Akdoğan, *Din-Devlet İlişkisi ve Cemaatlerin Yapısal Dönüşümü*.

<sup>25</sup> Yalçın Akdoğan, a.g.m.

<sup>26</sup> Ramazan Altıntaş, a.g.m.

<sup>27</sup> Batıdaki "risk" kavramı "rızık" kavramından mülhemdir. 17. yüzyılın başında Amsterdam'da Müslüman düşünürlere ait el yazması kitaplarda keşfedilen "rızık" kavramının İslâm anlayışındaki, "Allah'ın insanlara ihsanı, fakat insanların da bu ihsanı elde etmek için çaba harcamaları ve sonuçta elde edilen nimet" şeklindeki anlamının içi boşaltılıp Protestanlığın kaderci anlayışıyla doldurulmuştur. Şöyle ki, "elde edilmesi sadece bazı "seçilmiş" insanlara mahsus ekonomik değer, dolayısıyla seçilmişler dışındakilerin elde edememesi ihtimali çok kuvvetli değer" anlamına gelmek üzere 'risk' olarak değiştirilmiş ve insanlığın geleceğine ilişkin tamamen karamsar bir anlama büründürülmüştür. (Yusuf Kaplan'ın 23 Şubat 2004'de Hukukçular

Derneği'nde verdiği "Medya ve Şiddet" konulu Seminerinden notlar)

<sup>28</sup> Ramazan Altıntaş, a.g.m.

<sup>29</sup> Ramazan Altıntaş, a.g.m.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ilişkin aygıtları olabildiğince asgari düzeye çekerek, adeta ibadeti, meslek ahlâkı ile dondurmuştur.<sup>30</sup>

Gerçekten de Weber'in deyimiyle, Protestanlığın varolduğu unsurlardan biri meslek kavramıdır. Protestanlığın meslek kavramına atfettiği anlam içinde dinsel bir tasarım mevcuttur. Weber, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu* adlı eserinde Protestan anlayışta Tanrı'nın sevdiği bir kul olmak için şunlara dikkat etmek gerektiğini vurgular:

- En büyük günah veya insan onuruna yakışmayan en büyük davranış, insanın vaktini boşa harcamasıdır; İnsan aylak aylak dolaşmalı, durmadan çalışmalı ve üretmelidir.
- İnsan ürettiklerini har vurup harman savurmamalı, basit ve sade bir yaşam geçirmeli, böylece tüketimden arta kalanı tasarruf etmelidir.
- Tasarruflar yatırıma dönüştürülmelidir.

Weber'in bu ifadelerinden Kapitalizmin müteşebbis tanımı ortaya çıkmaktadır.<sup>31</sup>

Protestanlık, geleneksel asketizmi (dine adanmışlığı) dışladıktan sonra meslek sahibi olmak istemeyen işsizlere, meslek sahibi olup da tembellik edenlere, mesleklerinde başarısız olmuşlara ve hatta fakirlere karşı da düşmanca bir tavır sergilemiştir. Zira Protestan inancında kadercilik vardır. Protestanlıkta takdir-i ilâhi tam bir kadercilik anlamındadır. Bunun içindir ki Protestan inanışta insanların mesleklerinde başarılı olup olmadıklarına göre Tanrı katında yerlerinin belirlenmesi anlayışı hâkimdir. Başarılı ve zengin olanlar Tanrı katında mak-

buldür ve Tanrı tarafından seçilmiştir. Mesleğinin gereklerini yerine getirmemiş olanlar kovulmuştur. Dolayısıyla zengin olan insan cennete gidecek, fakir olan ise gidemeyecektir. O halde ona acımak, merhamet etmek yersizdir. Bu bir kaderdir ve değiştirilemez.

Bu düşünce aynı zamanda Tanrı'ya ulaşmanın yolunu göstermektedir. Elbette ki bu düşünce içinde Kilise görevlilerinin Tanrı'ya ulaşmada veya ulaştırmada bir rolleri olamaz. Bu şekilde toplumun Kiliseden uzaklaşması, geleneksel asketizmin (dine adanmışlığın) yerine, "meslek"ini icra eden bireyselliği ortaya çıkaracak, bir başka deyişle dünyevi asketizmi (dünyaya adanmışlığı)<sup>32</sup> doğuracaktır.

Artık dünyada cehennemi, ahirette cenneti yaşamak gibi dinsel bir inancın yerini her iki dünyada da cenneti yaşamak gibi "kapitalist" bir inanç almıştır:

"Kazanmak, her zaman kazanmak. Ne kadar kâr edersen her iki dünyayı da o kadar kazanırsın anlayışı."<sup>33</sup>

Tüm bu anlatılar, İslâm dünyasında Protestan bir anlayış gerçekleşebilir mi sorusuna cevap olsun diye değil, aksine, tarihin, inancımızın ve insanımızın bize yüklediği misyona, bir başka ifadeyle İslâmî yenilenme sorumluluğumuza hangi vizyonla karşılık verebileceğimiz sorusuna cevap olması için bir giriş mahiyetinde düşünülmüştür.

Burada bizi bekleyen ve hep müşahede ettiğimiz tehlikeye daha dikkat çekebiliriz:

Bir oryantalist iddia şudur:

"Müslüman toplumların yapısı ile Batılı Hıristiyan kültürün dinamik evrimsel özelliği arasında zıtlık

<sup>30</sup> Ramazan Altıntaş, a.g.m.

<sup>31</sup> Sertaç Kaptan,  
<http://www.lisefelsefe.com/odevler/-weber.htm>

<sup>32</sup> Cihan Özpınar, "Manevi Asketizm'den Dünyevi Asketizme", yayınlanmamış makale.

<sup>33</sup> Cihan Özpınar, a.g.m.

vardır. İslâm toplumları fetihçidir, Batı Hıristiyan toplumları ise üreticidir. İslâm toplumlarında müteşebbisler için özgürlük yolları kapalıdır. İtaat etme tutumunu beslediği için kadercilik toplumun genlerine işlemiştir. Böyle bir tutumda üretim gelişmez. Hıristiyanlıkta ise, demokratik bir sanayileşme yolunda gelişen ve olgunlaşan akılcı, ilerlemeci bir toplumun tohumları barınmaktadır.<sup>34</sup>

Oryantalistlerin İslâm'la ilgili iddiasındaki olumsuzluklar Hıristiyanlığın kendine özgü tarihi süreci içinde geçerliliği olan bir zemine oturabilir. Ancak İslâm'ın özünde böyle bir anlayış yoktur. Böylesi bir durağanlık esasen Kilise doğmaları içinde ve vaftizaforoza kurumlarıyla birlikte vardır ve bundan da Protestanlık sayesinde kısmen kurtulabilmiştir. Kısmen diyoruz zira Protestanlık da yukarıda belirttiğimiz gibi kadercidir. Dolayısıyla insanımızın bu sarmaldan kurtulması için Protestan anlayışına sarılması değil, aksine vahyi ilkeleri yeniden gözden geçirmesi, vahiyden arındırılmış/sekülerleştirilmiş din anlayışının etkisinden çıkarak mistikleşmeden, aynı zamanda da dünyevileşmeden gerçekçi bir misyon üretmesi gerekmektedir. Bu üretim, hayatı dogmalarla yöneten Hıristiyan inancısına karşı yönelmiş bir protesto (Protestanlık) tarzında değil, tamamen kuşatıcı, onarıcı, ilkesel bir biçimlenme (formasyon) ile olacaktır.

İşte konunun tam burasında, protest yaklaşımına teslimiyetçi yaklaşımın aynı yelpazenin birer ucu gibi görüldüğü ama çoğu zaman da iç içe geçtiği bir durumla, günümüzün en çok tartışılan kavram ve olgusuyla karşı karşıya kaldığımızı görüyoruz. Muhafazakârlık...

## **Muhafazakârlık ve Hukukçuluk**

Muhafazakârlık modernliğe karşı ilk tepki olarak alındığında; "sekülerleşmeye, hızlı devrimci değişime, hukuk alanında da resepsiyona, geleneğin ve tarihin dışlanmasına karşı çıkış" olarak okunabilir. Bu tarz muhafazakârlık felsefi temelleri olan bir muhafazakârlık türüdür. Batıdaki örnekleriyle bazı muhafazakâr düşünürler, siyasi, kültürel, ekonomik ve askeri emperyalizme karşı çıkma, dini ve kültürel çoğulculuğu savunma, Amerikan liberal evrenselciliğini eleştirme, Tanrı'ya, tarihe ve geleneğe karşı saldırılara göğüs germe noktasında ortak bir perspektife sahip olma iddiasındadırlar. Önemli örneği de Anthony Sullivan'dır.<sup>35</sup>

İkinci ve reddettiğimiz muhafazakârlık tarzı ise, Amerikan tarzı siyaset anlayışının ve toplum kurgusunun, geç dönem kapitalizmin ve küreselleşmecî ekonominin değer sistemi olarak gündeme getirildiği neo-muhafazakârlıktır.<sup>36</sup>

Muhafazakârlık<sup>37</sup> kapitalizmin teknolojik yönüyle uyuşurken, modernizme karşı eleştirisi sadece kültürel yönde odaklanmıştı. Bu yönde eleştiri de yine kapitalizmin kendi içinden gelmiş ve kapitalizmin, 'ekonomik yeniden üretimi uğruna kendi kültürel değerlerini, toplumsal disiplini, yaratıcılığını tehlikeye sokan tüketim kültürüne paçayı kaptırdığını' ileri süren (Helmut Dubiel) bu eleştiri Reagan Dönemiyle kendini

<sup>34</sup> Ramazan Altıntaş, A.g.m. .

<sup>35</sup> Bkz.: Anthony Sullivan, **Muhafazakârlık, Çoğulculuk ve İslâm**.

<sup>36</sup> Fahrettin Altun, "AKP ve Muhafazakâr Demokrasi".

<sup>37</sup> Buradan itibaren "muhafazakârlık" dediğimizde "yeni muhafazakârlığı" kasdetmiş olacağız.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

gösteren 'Yeni Muhafazakârlığın' habercisi sayılmıştır.<sup>38</sup>

"Yeni muhafazakârlığın mümeyyiz vasfının, liberalizmle muhafazakârlığı çok sıkı bir şekilde lehimlemesi olduğunu düşünüyorum.<sup>39</sup> Bu yeni liberal muhafazakârlığın merkezi savı, modern liberal toplumların, değerlerden arınmış, kültürel kimlikten yoksun toplumlar olamayacakları, olursa yozlaşacakları ve çökecekleridir; liberalizmin temin ettiği özgürlük, ilerleme ve yaratıcılık, ancak toplumun birtakım temel değerleri muhafaza edilirse varlığını sürdürebilecektir. İtiraz, kozmopolitizme yönelik eski muhafazakâr itirazdır, savunulan, Gelenek-Din-Millet-Devlet-Otorite vb. eski muhafazakâr değerlerdir, görünürde. Yeni Muhafazakârlığı yeni kılan, öncelikle, bu 'eski' değerlerin büyük ölçüde liberal toplumu güvencelemek üzere savunulmasıdır. Liberal değerler yeni muhafazakârlığın çeperinde gelişen yeni ırkçılığın, neofaşizmin de katkısıyla, evrensel olmayıp Batılı ulusal geleneklere özgü tarihsel miraslar biçiminde kodlanırlar. (Yeni muhafazakârlık, bu vechesiyle, liberal siyasal geleneğin öncü savlarla bezeli gizli yüzünün görünür hale gelmesidir aslında). Ayrıca, söz konusu değerler, eski Muhafazakârlığın onlarla sahip olduğu maddi toplumsal bağla kıyas edilemeyecek kadar yüksek derecede atomize yapılarla örülü inorganik bir çerçevede savunulur. Bununla ilişkili olarak, 'en' modern, teknik ve sentetik biçimlerde savunulur; ve Yeni Muhafazakârlık gerçi bazen Muhafazakâr Devrimciliği andıran 'radikal' ve 'yenilikçi' bir söylem kullansa bile, onunla kıyas edilemeyecek kadar açık bir konformizm ve statükoculuk içerir. Muhafazakârlıkla liberalizmin Yeni Muhafazakâr bireşiminin hassas bir noktası devlet meselesidir: Yeni Muhafazakârlık, yeni-liberal

<sup>38</sup> Tanıl Bora, *Muhafazakârlığın Değişimi ve Türk Muhafazakârlığında Bazı Yol İzleri*.

<sup>39</sup> Yeni Muhafazakârlığın Liberalizmle örtüşen yönleri için Bkz.: Yalçın Akdoğan, "Elhamdülillah Muhafazakârlık".

deregülasyon politikaları doğrultusunda sosyal işlevlerinden arındırılmasına destek verdiği Devletin, 'çıplak otorite' olarak kendinden menkul meşruiyetini tahkim etmeye çaba sarfeder: Bu tahkimat, Devletin, sistemdeki büyüyen meşruiyet açığını (hem hakla ilişkiler politikası hem baskı aygıtıyla) kapatmasına yarayacaktır."<sup>40</sup>

Türkiye'de son dönemlerde muhafazakâr demokrasi anlayışı yoğun bir şekilde bir kimlik siyaseti karşıtılığı olarak gündeme getirilmektedir. Kimlikli siyaset karşıtı olarak kimlik siyasetini bir nevi 'barsak temizliği' yakıştırmaları ile dışlamaya çalışan bu düşünce, geçmişteki gerilimli siyaset anlayışının karşısına bulanık bir şekilde çıkmaktadır.<sup>41</sup> Bu haliyle kendisi olarak kalabilmenin imkânlarını yitirmiş vaziyette bir üst kimlik olarak "muhafazakâr demokrasi" anlayışının mutlaklaştırılarak dayatılması başta biz hukukçuları ilgilendirmektedir.

Bilindiği gibi hukukçular, hukuk kurallarının hızlı değişiminden, ani manevralardan, farklı kültürlerin hukuk metinlerinin tercümelerinden ve modernitenin öngördüğü hayat tarzının hukuk kuralları ile dayatılmasından yana değildirler. Bu yönleriyle hukukçular muhafazakâr olarak nitelendirilirler. Bu yüzdendir ki ülkelerde hukuk metinleri alelacele değiştirilmez. Hatta bir geçiş dönemi uygulamaları gözlemlenir ve "test edilmiş yaşam biçimleri"ne uygun hukuk metinleri yapılır. Hele de resepsiyon tarzı aktarma-

<sup>40</sup> Tanıl Bora, a.g.m. Ayrıca bkz.: *Türk Sağının Üç Hali: Milliyetçilik-Muhafazakârlık-İslâmcılık*.

<sup>41</sup> İktidar İdeologu Yalçın Akdoğan bu konudaki mazereti *Bilim ve Düşünce* dergisinin 1. sayısında (Ekim 2002) "*Din-Devlet İlişkisi ve Cemaatlerin Yapısal Dönüşümü*" başlıklı makalesinde şöyle açıklamaktadır: "Milletin değerlerini kabul ile devletin hassasiyetlerini anlama arasına sıkışan gerilim ortamı rasyonel ve gerçekçi bir anlayış ortaya konulmasını da mümkün kılmamaktadır."

lar hukukçular tarafından hiç hoş karşılanmaz.

Ancak günümüzde -hukuk üretme bakımından- insanımıza dayatılmaya çalışılan yeni muhafazakârlık türü, her gün bir yeni kanun çıkarma ve bir sonraki gün bu kanuna yama yapma şeklinde tezahür etmektedir. Bunun başlıca nedenlerinden biri hukuk formasyonu anlamında donanımsızlık olduğu kadar, arzulan, gıpta edilen yaşam tarzına uyum sağlama kolaycılığıdır. "Değişime yönelik bir ihtiyatlılık sahibi, devrimci ve köktenci değişimlere kapalı" olan muhafazakârlığın evrimci ve tedrici bir değişimi savunurken<sup>42</sup> AB uyum yasalarının çıkarılmasında yangından mal kaçırmasına acele etmesini, aynı kolaycılığa bağlamamız yadırganmamalıdır. Siyasette ve kültürde kimliksiz ve uzlaşmacı tavrın sahiplerinin, hukukta farklı bir yöntem uygulamalarını beklemek de imkânsızdır.

Din ve devlet işleri ayrımında Ali Fuat Başgil'den mülhem "dinin devlete karşı nisbî de olsa bir muhtariyet içinde ahlaki ve manevi hayatın nizamı olarak hüküm sürmesine izin verilmesi" şeklinde tezahür eden muhafazakâr demokrasi anlayışı,<sup>43</sup> onun modernizmden ve sekülerleşmeden ne denli etkilediğinin kanıtı sayılabilir. Aynı şekilde, "paranın dini olmaz" özdeyişi (!) ve yine "dine dayalı siyaset yapılmaması" anlayışı bir bakıma dini tarif eden ve alanını sınırlayan seküler bir yaklaşımdır, hatta seküler anlayışla bir nevi 'toplum mühendisliği'dir.<sup>44</sup>

Ayrıca siyasetin bir "uzlaş" olduğu görüşü muhafazakâr demokra-

sinin önemli bir vurgusudur.<sup>45</sup> Bu görüş, tavizler vererek elini zayıflatmayı ve sonunda bir teslimiyeti mi getirecek, yoksa iktidar gücüyle hizaya sokmayı mı getirecektir?<sup>46</sup> Bu çerçevede, "milli muhafazakârlık çizgisini asalak seçkinlerin ayrıcalıklarının değil, millet varlığının muhafazası; evrensel muhafazakârlık çizgisini de evrensel hâkim olan ABD odaklı bir sermaye oligarşisinin stratejisi" olarak okuyan Özel'e katılmamak mümkün değil.<sup>47</sup> Muhafazakâr Demokratlığın teorisyenlerinin entelektüel platformda irtifasız ve intihalli (aşırımacı) durumda olmalarına bakarak bir ironi bile yapmak mümkün görünüyor.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Yeni Muhafazakârlığın izahında en çok güçlük çektiği nokta da tam burasıdır: "**Siyasal otoritenin hangi meşruluk temelinde oturtulacağı sorunu.**" "Muhafazakârlık siyasal otoriteyi, hukuki ve siyasal meşruluğun ötesinde bir meşruluk temelinde oturtmakta ve siyasal iktidarın varolan toplumu tanıyarak, işlevlerini onun kabulüne uygun olarak yürütmesi gerektiğini belirtmektedir. Siyasal iktidarın en temel dayanağı milli iradenin kabulüne mazhar olarak meşruluğunu milletin genel kabulünden almasıdır. Siyasal otoritenin meşruiyetini sağlayan unsurlardan birincisi dayandığı irade, ikincisi ise kendisini ifade ettiği kurumsal kimliğin ortaya koyduğu içeriğin yani kanun, kural ve değerlerin genel kabul görmesi, çağın gereklerine uygun olmasıdır. Buradaki **toplumsal dayanağın vurgusu, kolektif unsurlara dayanmayı değil, sosyal desteği ifade etmektedir.**" Yalçın Akdoğan, "Elhamdülillah Muhafazakârlık".

<sup>46</sup> Muhafazakârlık sopasının her iki ucu da pis görünüyor.

<sup>47</sup> Mustafa Özel, "Hem Milli Hem Evrensel Muhafazakâr Olunabilir mi?"

<sup>48</sup> "Muhafazakâr Demokrasi yaklaşımları, ahlakilikten yoksun olan genel siyaset anlayışımıza yeni yorumlar katmıştır. Düşünce muhtekiri (karaborsacısı-vurguncusu) ağabeylerimizin liberal ay-yaşlardan aşırarak tömbeki dumanları altında şekillendirdiği bu nidüğü belirsiz tamlamanın, siyaset gündemine sokulması bana kalırsa, kıcı kırık beynamaz radikalizmin soft yansımasından başka bir şey değildir." Necip Süleyman Doğulu, "Enstrümental Demokrasi".

<sup>42</sup> Yalçın Akdoğan, "Elhamdülillah Muhafazakârlık".

<sup>43</sup> Yalçın Akdoğan, "Muhafazakâr Demokrasi", (Berat Özipek'ten intihalen), s. 41.

<sup>44</sup> Akif Emre. "Toplum Mühendisliği Projesi Olarak Muhafazakârlık".



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Dikkat edildiğinde görülecektir ki muhafazakârlık ve muhafazakârlar, tarihsel olarak da, felsefi olarak da her zaman pragmatist olmuşlar, "değişim" adına çıkarları önceleyen bir siyasi tutumu benimsemişlerdir. Türk tipi muhafazakârlık felsefi bir çabanın sonucu bile değildir. Bu yüzden ki Tek Parti döneminin gerçekleştirmekte zorlandığı çağdaşlaşma uygulamalarının çok partili hayatta muhafazakâr partiler eliyle gerçekleştirilen "toplumsal değerlerle barışık Batılılaşma projesi", aksini söyleseler de muhafazakârların eliyle dayatılan rafine bir toplum mühendisliği örneğidir.<sup>49</sup> Amiyane tabirle "daha önce de gördüğümüz oyun"un yine "demos"a dâhil olmak isteyenler eliyle yapılıyor olması ilginçtir. Atina'da Demos dışından birinin Demosa dâhil olmak istemesi ve olması onun özgürlüğe kavuşması anlamına geliyordu. Ancak Türkiye'de özgürlüğünü kaybetmek anlamına geliyor.<sup>50</sup> Aslında demosa dâhil olmak isteyenlerin de bir özgürlük mücadelesi içinde olduklarını varsaymaktayız. Fakat özgürlüğün, özgürlükten vazgeçmeyle kazanılamayacağı, aksine mücadele gerektiği izahıtan varestedir.<sup>51</sup>

Örnekelmeli muhafazakârlık anlatımlarımızdan çıkarılabilecek önemli sonuç; bildik toplum mühendisliği işlevinin tam bir pragmatist yöntemle ve üstelik hukuk ve hukukçuların alet edilerek yapılıyor olmasıdır. Bu bağlamda çok önemli bir söylem ve bu söylemle birlikte yapılacak iş bizleri bekliyor demektir. Bu işin adı, "iman-amel ilişkisi kapsamında bir alt yapı oluşturulması söylemi ve işlevi"dir. Yeterli imanî, amelî,

ahlakî ve hukuki donanımdan ve hukuk bakış açısından yoksun (hukukçu olsun olmasın) siyasetçiler eliyle ve hukuku kullanarak yapılan yasalar ve uygulamalarla toplumsal dönüşüm projelerine destek kitaları oluşturmanın önüne geçmek gerekmektedir. Kaldı ki, muhafazakârlığın bir gelecek tasavvuru için cazip ve heyecan verici olmadığı kendi teorisyenlerince ifade edilmektedir.<sup>52</sup> Bir başka ifadeyle, kendi içinde de bir moral tutarlılık arzetmeyen düşünce yapısı, bizim üzerinde bir nakış gibi duracağımız genç kuşaklarımızı hiç heyecanlandıramayacaktır.

İşte burada bir "alt yapı sorunu" ile karşı karşıyayız ve bugünden yarına bu sorunu "mutfağa" alınması gereken bir konu olarak görmeliyiz. Bu konunun süjesi öncelikle hukuk ve hukukçulardır. Yapılacak iş bugünden yarına topyekûn bir çalışmayı gerektirdiğinden konuyu da yine topyekûn mücadele mantığı ile değerlendirip, muhatabı da henüz "mesleği" "müteşebbisliğe" "terfi ettirmeyen" genç hukukçulardan seçmenin gerekliliğine işaret edeceğiz.

### İMAN-AMEL İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA SORUMLULUK KAVRAMLARI

#### Bireysellik-Toplumsallık- Asketizm-Pazifizizm-Aktivizm

Bireysellik ve toplumsallıktan söz edeceğimize göre konumuzun temeli insan olmaktadır. İnsana ilişkin izahların, yüklenilecek sorumlulukların belirlenmesinin temelinde de insan fıtratı yer

<sup>49</sup> Akif Emre, a.g.m.

<sup>50</sup> Burada, sınıf atlama çabasıyla magazin gazetelerine malzeme olan bazı siyasiler ve sanatçılarla ilgili olarak, "Aramıza hoş geldin (...)" manşetleri hatırlanmalıdır.

<sup>51</sup> Mustafa Şen, "Yeni Cemaat".

<sup>52</sup> "Türkiye'de muhafazakârlığın taşıdığı anlamlar ve edindiği tarihi kimlik siyasete yönelik bir gelecek tasavvuru için cazip ve heyecan verici bir mahiyet taşımamaktadır, hatta İslâmcılığın muhafazakârlığı aşarak mevcudiyetini ortaya koyduğu düşünülürse, bir geri adım olarak da düşünülebilir." Yalçın Akdoğan, "Elhamdülillah Muhafazakârlık".

almaktadır. İnsan fıtratını izah ederken, insanın yaratıcısı Allah'ın Kitabı Kur'an-ı Kerim başvuru kaynağımız olacaktır. Allah (c) kitabında, insan fıtratını ve insanın üstünlüğünü ve sorumluluğunun derecesini şu ayetlerle açıklıyor:

*"Andolsun biz Ademoğlunu yücelt-  
tik; onları karada ve denizde (çe-  
şitli araçlarla) taşıdık, temiz  
güzel şeylerden rızıklandırdık ve  
yaratıklarımızdan hepsinden üstün  
kıldık." (İsra-17/70)*

*"Şayet biz bu Kur'an'ı bir dağın  
üstüne indirmiş olsaydık, andolsun  
onu Allah korkusundan saygı ile  
baş eğmiş, parça parça olmuş gö-  
rürdün, İşte biz, belki düşünürler  
diye, insanlara böyle örnekler ve-  
ririz." (Haşr-59/21)*

İnsan fıtratı, insanın diğer yaratıklara karşı üstünlüğü ve insana verilen nimetler karşısındaki sorumluluklarının izahı bu çalışmanın sınırlarını aşar. Her Müslüman'ın bu konuda bilgisi vardır. Ancak biz yine de biraz gerilere giderek hukukçular yönünden bazı tahlillerde bulunabiliriz.

1960'lı ve 70'li yıllarda hukukçularımızın, hukuku gerek teorik gerekse pratik yönden geliştirme ve tabii ki "kendi hukukuna malik olma" anlamında hak arama mücadelesinde çok az bilgi ve deneyimleri vardı. 40-50 yıllık baskı ve sindirme uygulamalarından bunalmış insanlar, bu arada kendi öz kaynaklarından ve inançlarının hayat haline gelmesi için gerekli donanımlardan mahrum bırakılmışlardı. Ulus devlet anlayışının her türlü hukuki ve siyasi düşünce ve gelişimin bizatihi banisi olma tavrı, dönemin hukukçularına öz kaynaklarından bir hukuk üretme imkânı vermemişti. Bireysel çabalarla akademik kariyer yapan birkaç hukukçunun dışında resepsiyon usulü tercümelerin dışına taşabilecek hukukçu yok denecek kadar azdır. Bununla birlikte iletişim imkânlarının sınırlılığı, uzun baskı yıllarının sonucu oluşan

çekingenlik; hukukçularımızın çok önemli açılımları gerçekleştirme- sine, hukuk alanında tespite değer önemli gelişmeler yaşanmasına, bireysel bazı savunma örneklerinin dışında teorik açılımlar veya pratike edilmiş toplu çalışma veya savunma örneklerinin çıkmasına engel olmuştur. Ayrıca Türkiye'nin bu dönemde üç ihtilal, hatta sürekli darbe psikoza yaşaması da önemli bir faktördür.

1980'li ve sonrası yıllarda ise, her tür olumlu düşünce ve üretimin düşmanı olan konformizm hastalığına bulaştırıldık:

"Özellikle 1980 ihtilali ile birlikte kurulan la'yüs'el saltanat, 'halkın iyiliği' için silahları topladı, elleri kırdı ve kanı durduru. Kendi himmete muhtaç ilkelere kanunlar yaptı. Tonton bir adam, hepimize 'orta direk' olduğumuzu öğretti. Artık yabancı sigaraları ve paraları rahatça edinebilme özgürlüğüne kavuşmuştuk. Dış borç ve kredi itibarımız yükseldiği günlerde piyasalarda yaşanan genel canlanma sebebiyle, hakkı tanımlayan ve kapsamını genişleten birçok kavramı gündemimizden temizledik. Yerine, dış pazarlardan diksiyonu güzel -ama na'mahrem eli değmiş- nice kavram ithal ettik. Kiminin içini temizledik, doldurduk; kimini karıştırdık, bulaştırdık; kimini de uzlaştırıp barıştırdık. Liberal olduk, demokrat<sup>(\*)</sup> olduk, gelenekçi, modernist postmodernist olduk. Artık nihayet, ilim için ilim; para için para, sanat için sanat yapmanın yüksek kültürüne erişmiş bulunuyoruz."<sup>53</sup>

Şimdi ise, tüm bu tecrübe birikime sahip günümüz kuşağının, her fırsatta aktarmaya çalıştığımız ve özellikle hukuk adına 1980 sonrası yaşanan olumsuzluklardan ders alarak 'hukuk mantığını' olgunlaştırması ve berraklaştırması gerekmektedir.

(\*) Şimdi ise "Muhafazakâr Demokrat".

<sup>53</sup> Hidayet, Şefkatli Tuksal, "Bir Zamanlar Adanmıştık Hepimiz".

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

tedir.<sup>54</sup> Aynı şekilde, bu olumsuzluklara rağmen yoluna devam etmiş bir avuç insanın 1990'lardan sonra oluşturmaya çalıştığı sivil önceliklerin, sayısal ve keyfiyet itibariyle artırılması, içinde bulunan yapıların aşılıp, geniş çevreleri kuşatacak fikri ve pratik sonuçlara ulaşılması gerekmektedir.

Bu iş bu toplumda ve bu toplum için yapılacaktır. Bir başka deyişle üretimimizin test kaynağının toplum olmasına göre iki işlev önümüze gelmektedir. İletişim ve hukuk. Buradan da bilgi toplumu ve hukuk toplumu kavramlarına geçebileceğiz.

### İletişim/Bilgi Toplumu

1980'lerde ortaya atılan "iletişim toplumu" ve "bilgi toplumu" kavramları her ne kadar siyasiler tarafından toplumu motive etmek için sıkça kullanılır olsa da, teknolojinin ve buna bağlı olarak iletişimin gelişmesi, bu iki kavramın önemini arttırmaktadır.

Bazı kavramların önemi, kavramların çağrıştırdıklarıyla birlikte bu kavramlar ışığında ilgililerinin sorumluluklarında yatmaktadır. Bilgi toplumu kavramı konu edinildiğinde de, iki tür ilgiliden bahsetmek mümkündür. Birincisi, bilgi toplumu imkânlarını (teknolojik her türlü aracı) insanların fişlemek ve teknolojiyi hürriyetlerin kısıtlanmasında araç olarak kullanmak isteyen devlet aygıtı ve bu aygıttan haksız bir şekilde beslenenler; ikincisi, bilgi toplumunun imkânları olan teknolojiyi, hukukun kitlelere tanıtılması ve benimsetilmesi (hukukun yaygınlaştırılması) faaliyetinde kullananlar veya kullanması gerekenler.

Devlet ve devletten en üst düzeyde nem'alananlar, bilgi toplu-

munun imkânlarını, gerektiğinde maniple ederek, kışkırtarak; temel hak ve özgürlükleri, yoğun propaganda bombardımanı altında oluşturulan birtakım yapay gerekçelerle engelleyebilmektedirler. Bunun karşısında, toplumun temel hak ve özgürlüklerini, kendi hak ve özgürlükleri ile özdeşleştirilenler, devlet veya devletten beslenenler kadar, teknolojiyi ve sair maddi imkânları yeterli bir şekilde kullanamadıklarından görevlerini yapamamanın ezikliği içinde kıvranmaktadır.

Başka bir deyişle, "iletişim toplumu"na ve "bilgi toplumu"na ulaşabilmek; bilgiyi ve teknolojiyi, bireyin ve toplumun özgürlüklerini geliştirmede, mutlu ve yaradılış esprisine uygun bir yaşam tarzı elde edilmesinde araç kılabilmeyle mümkün olacaktır. Aksi halde, bilgi ve teknoloji ve bunların bileşiminden oluşturulan kavramlar, kendi ellerimizle imal ettiğimiz zincirli ve tutsak bir yaşam için birer araç olacaktır. Bugün yaşanan kısıtlı hukuk mantığımızda ve bu mantığın oluşturduğu/razı olduğu hukuk düzeninde bu araçların gereği gibi kullanılmamasının önemli rolü vardır.

Özellikle bilgisayar destekli hukuk programları ve internet kullanımı gibi, hukuk metinlerini ve hukukla ilgili gelişmelerin ve tartışmaların zeminlerini kullanabilen bir kuşak gelmektedir. Bu kuşak "bilen" kuşaktır. Yapılacak iş, bu yeni "bilen kuşağa" – teknolojinin imkanlarını en üst düzeyde kullanabilecek genç insanlara– uygun heyecan ve bilgi birikimi ve tarihi gerçekliğin ışığında bir gelecek tasavvuru sunabilmektir.<sup>(\*)</sup>

<sup>54</sup> Muharrem Balcı, "Hukuk Mantığı", *Birikimler I*.

<sup>(\*)</sup> Son dönemlerde (özellikle İstanbul Barosu 2004 Seçimlerinde) bu olguyu, "genç enerji ile olgun birikimi bütünleştirmek" olarak kavramsallaştırdığımız hatırlanmalıdır. –M. Balcı



Gelen hukukçu kuşağa, pozitif hukuk kurallarının yanı sıra, modern felsefenin sunamayacağı tabii hukuk kuramlarını ve bu kuramlar kapsamındaki bilgi birikimini sunmak da gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, kanuni mevzuatın arasında teknik anlamda sıkışıp kalmış hukukun gönüllere, vicdanlara hitap eden yönünü ortaya çıkarmak gerekmektedir. Genel itibarıyla mevcut hukuk eğitiminin hukukçulara kazandırmakta yetersiz kaldığı adalet duygusunun sadece kanunlarla değil, din, ahlak, örf ve vicdani kanaatlerle oluşabileceğini ve gelişebileceğini, yine teknik donanımla sunmak sorumluluğumuz vardır. Sorumluluğumuzun küçük bir parçası olarak da ahirete göçmüş bir meslektaşımızın romanından yansıyan görüşlerini aktaralım:

"Bir kere ilahi adaletle tabii adalet son derece muhkem ve değişmez vasıfları haizdirler. Zira iki şey arasındaki rabitanın tabiatı aynı olursa, asla değişmezler. Lakin beşeri adalet ise ki buna siyasi adalet dahi diyebiliriz, işlenen bir fiille, bünyesi mütehavvil (değişken) cemiyet arasında bir rabita olduğundan, bu fiil cemiyetin zararlı veya hayırlı olmasının derecesine göre değişir. Bu sebeple de, zaman zaman beşeri adalet metinlerini muhtevi önümüzdeki kanunları kapar, ilahi ve tabii adaletin değişmez metinlerini, ta doğuşumuzdan beri içinde titreyerek sakladığımız kalbimizi açarız."<sup>55</sup>

Kanunlar vicdanlarımızın meylini takip edemiyorsa, bu meylin önüne yer yer dikilip o mübarek akıntının bolluğunu kesip tıkamak ve boğmak istiyorsa, bu takdirde hiç tereddüt etmeden kanunları kapatın, kalbinizi açın ve vicdanlarınızın tatlı meylini takip edin!"<sup>56</sup>

## **Hukuk Toplumu/Hukuk Devleti**

<sup>55</sup> Muhiddin Göklü, *Kanunlarınızı Kapatın, Kalblerinizi Açın*, s. 419.

<sup>56</sup> Muhiddin Göklü, a.g.e., s. 460.

Bilgi toplumu, bilginin en üst seviyede kitlelere ulaştırılabilirdiği bir toplum yapısını ifade eder. Bilginin ulaştırılabileceği zemin ise, her türlü teknolojik imkânın kullanılabilirdiği, bu imkânları kullanmanın en temel hak olduğu bilincine varmış, bunun kurallarını en akılcı bir biçimde belirlemiş toplum olabilecektir. Kanunu bilmemek mazeret sayılamaz prensibinin gereği olarak herkesin kolayca ulaşabileceği hukuk kuralları, fitrata ve evrensel<sup>57</sup> değerlere aykırı olmayan ve etkili bir biçimde herkese eşit uygulanabilen bir hukuk düzeni, ancak bu düzenin gerektirdiği tüm koşulları öngörebilen bir toplum içinde gerçekleştirilebilir. Böyle bir toplumda hukuk, "karmaşiksiz", "uyulabilen" ve "etkili"dir. İşte bu topluma "hukuk toplumu" adı verilebilir.

Bilhassa son yıllarda, herkesin, iştiyakla ve defalarca üzerine vurgu yaptığı hukuk devleti de yine, yukarıda vasıflandırmaya çalıştığımız bir toplum içinde, yani hukuk toplumu içinde mümkün olabilir. Diğer bir deyişle, hukuka inanmış kişi veya kurumların çoğunluğunu oluşturmadığı; yönetimi seçilmişlere değil de, yönetme erkini gasp eden atanmışlara devreden, tüm bu özellikleri dolayısıyla hukuk toplumu evresine ulaşmamış kitleler yığınının, hukuk devletine ulaşabilmesi mümkün değildir.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Burada "evrensel" ve "küresel" kavramlarına açıklık getirmek gereklidir. "**Evrensel değerler:** Bir çıkış yeri bilinmeyen, dolayısıyla birilerine aidiyeti bulunmayan, insanlığın ortak değerleridir. **Küresel değerler:** Birilerinin etiketini taşıyan değerlerdir. **Küresellik:** Birilerine ait değerlerin yer küresi boyutunda yaygınlaşmasıdır. (...) Küresel değerler, başkası bundan ne derece yararlanırsa yararlanırsın sahibinin çıkarını taşır, öncelikle onun düzeninin işlerliğini sağlar. Söz gelimi bir Batı değeri olarak demokrasi ..." Bkz.: Mustafa Aydın, "Yoğunluğu Azaltılmış İslâm".

<sup>58</sup> "Hukuk Devleti konusunda söylenmesi gereken asıl husus, tüm bu anayasal ilke,

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Hukuk toplumu ve hukuk devleti, birey-toplum-devlet ilişkilerinde belirli kaidelere dayanan bir sosyal yapıyı ifade etmektedir. Bu sosyal yapı içinde, yetkilerin kullanımı yönünden "kuvvetler ayrılığı", temel hak ve özgürlükler yönünden "ilahî ve tabii hukuk ilkeleri ile evrensel değerler", pozitif hukuk yönünden de tarih boyunca oluşturulmuş ve bir kısmı az da olsa mevzuata yansımış 'hukukun genel ilkeleri' önemli yer tutmaktadır. Ayrıca bu değerler ve ilkeler hukuk sistemlerinin olmazsa olmazları haline gelmiştir.

Bütün bu ilkeler, ahlaki değerler üzerinde birleşmiş, her türlü bilgi gibi, hukuk bilgisini ve uygulamasını da, insan gerçeğinden hareketle sistemleştirebilen hukuk toplumu tarafından gerçekleştirilebilir. Aksi bir hal ise, bugün içinde bulunduğumuz kargaşa ortamı demektir ki, buna hukuk toplumu denemeyeceği gibi, bu toplumun kurallarını belirleyen aygıtta da hukuk devleti denemeyecektir.

### **Bireysel ve Toplumsal Sorumluluk**

Hukuk toplumunun, ancak bir 'bilgi toplumu'nda gerçekleştirilebileceğine inanmak; hukuk bilgisinin araştırılması, geliştirilmesi ve topluma ulaştırılması safhalarını beraberinde getirmektedir. Bu nedenledir ki, en küçük birim olan bireyden ve aileden başlayarak, topluma karşı sorumluluk taşıyan tüm 'kişi' ve 'kurum'ların, mesleklerinde veya toplumun ihtiyaç duyduğu alanlarda sürekli bilgilerini tazelemesi, geliştirmesi, yenilikleri takip etmesi, kaçınılmaz bir ihtiyaç olmaktadır. Zira toplumun içinde bunaldığı sorunları tespit etmek, bunlara çözümler

üretmek, toplumun geleceği açısından herkese "bireysel ve toplumsal" sorumluluk yüklemektedir.

Sorumluluk taşıyan birey veya kurumlara, öncelikle bilginin kaynak olarak kullanılması ve her türlü teknolojik imkânın değerlendirilmesi görevi düşmektedir. Bilhassa yaşadığımız sekülerleşme olgusu bu görevi daha da önemli kılmaktadır. Tamamen insani değerlere ve hukuka aykırı inanç ve yorumlarla oluşturulan dayatma düzenlemeler ve parçalanmış yaşam tarzı, böyle bir ortam içinde yaşamayı zül addedenlere de kaçırılmaz bir fırsat sunmaktadır.

Toplumun inanç ve kültür yapısı ile gelenekleri ve istikbale ilişkin idealleri; toplumu bilgilendirmek için önemli referanslardır. Bu referanslar kullanılmadan yapılacak her tür düzenleme ve kurumlaşma, daha öncekiler gibi dönemsel olarak değiştirilmeye ve bozulmaya mahkûm olacaktır.

Toplumu hukuk devletine kavuşturmak için, öncelikle hukuk toplumuna geçişi sağlamayı hedef alanların, bu amaçlarını sadece sloganlarla topluma sunmaları kâfi gelmeyecektir. Devleti, toplumu ve bireyi eşit haklara ulaştırma çabalarımızı; öncelikle kişiler arasında özel hukukun geliştirilmesi, bununla birlikte kamu hukukunun, özel hukuka ve temel hak ve özgürlüklere bağlılığının gerçekleştirilmesi yönünde yoğunlaştırmak zarureti vardır. Bu çabalar, neyi nasıl yaptığının farkında olanlar için, hem bir anlam ifade edecek, hem de bu gayretin sonucunda hukuk toplumunun gerçekleşmesine katkı sağlanacaktır.

### **Önemli Bir Zaaf**

Bu neticelerin siyasi iktidarlar eliyle gerçekleşmesini beklemek gafleti bizden sadır olmayacaktır, olmamalıdır. Kimsenin bizden böyle bir beklenti içine gir-

---

kurum ve güvencelerin bilinçli hukukçular ve yurttaşların bulunmadığı toplumlarda hiçbir anlam ifade edemeyeceğidir." Bkz.: İl Han Özay, *Devlet İdarî Rejim ve Yargısal Korunma* s. 42.

memizi beklemeye hakkı da yoktur. AB uyumu kapsamında uyum yasaları<sup>59</sup> ve bağlı hukuki düzenlemeleri yapma işlevinin sadece iktidarın öncülüğüne terk edilmesinin mahzurlarını çok açık olarak gördük. Özellikle Türk Ceza Kanunu Tasarısı çalışmalarını sırasında sadece tercüme edilerek kanunlaştırılacak bir temel kanun tasarısının ne tür feci sonuçlara ulaşabileceği endişesi ve öngörüsü ile arkadaşlarımızın yaptığı çalışma<sup>60</sup> sırasında bu konu daha aydınlık olarak gündemimize gelmiştir.

Elbette ki siyasi irade hukuki düzenlemeleri yapacaktır. Ancak, bazen icazetlerle kurulmuş, bazen tek bir insanın iki dudağı arasında sıkışmış, bazen parti iç disiplini uğruna ilkelerinden arınmış siyasi partilerin ve mensuplarının, insanımızın bireysel ve toplumsal sorumluluklarının gelişmesine ve gerçekleşmesine katkılarının çoğu zaman olumsuz yönde olduğunu da görüyoruz.

Aynı şekilde buldukları parti çalışmalarında veya sivil toplum yapılanmalarında örgüte hizmetle sosyal tatmine ulaşmış ve ötesine geçmek istemeyen bireysel ve toplumsal sorumlu/sorumsuz hukukçularımızın pasifliğini de gözlemleyebiliyoruz.<sup>61</sup>

Bu gözlemimizi açarsak: Sivil öncelikler ve siyasi partiler

<sup>59</sup> Bkz.: Muharrem Balcı, "Uyum Yasaları Analizleri".

<sup>60</sup> Bkz.: "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirme ve Alternatif Teklifler", Hukukçular Derneği, 2003.

<sup>61</sup> Uluslararası Dünya Müslüman Hukukçular Konferansı'nda görüştüğümüz yetkin hukukçular, "dünyanın birçok yerinde olduğu gibi, Türkiye'de de siyasi partilerin, İslâmi Hareketi kendi bünyelerinde eritmek gibi zaafı taşıdıklarını, bunun da İslâmi Hareketin gelişmesine engel olduğunu; neticede de Müslümanların gerek çoğunluk, gerekse azınlık olduğu topraklarda haklarının gasp edilmesi ve inançlarını yaşayamamaları sonucunu doğurduğunu" ifade etmişlerdi.

içinde kendilerini görevli sayan ve görevinin gereğini yapmaya çalışan insanların zaman zaman üzerlerindeki görevleri liderlerine, ağabeylerine, üstatlarına, komisyonlara, uluslararası kuruluşlara ve süper güçlere ciro ettiklerini görüyoruz. Bu halleriyle, kendileri düşünmeyen, kendileri için düşündüklerine inandıkları insanlara sadece tabi olan insanlar haline dönmektedirler. Parçası oldukları topluma katkı olması bakımından hiçbir proje üretmeyen, eskinin tekrarında direnen, muhafazakâr, sorumluluktan korkan, inancının örneği ve önderi olamayan misyon-suz ve vizyonsuz insanlar.<sup>62</sup>

Elbette ki, karine olarak sivil öncelikler ve siyasi partilerdeki insanımızın imkânları ölçüsünde görevlerini yapmaya, sorumluluklarını ifa etmeye çalıştıklarını var sayıyoruz. Ancak, yapılanların yeterli olmadığını söylemeye çalışıyoruz. Tebliğ sorumluluğu sadece dille anlatmakla yerine getirilemez. Kurumlar içinde edinilen bilgiler, toplumun her kesiminde "kazandırıcı ifadelerle" aktarılmalıdır. Bu aktarımlar, uygun sivil öncelikler vasıtasıyla yapılırsa netice alınabilir. Bunun için de tüm iletişim imkânlarını en üst seviyede kullanmak gerekir. Hukukçular olarak henüz bu çapta bir kurumlaşmaya gidemediğimiz acı bir vakiydir. Bunda iletişim imkânlarını ellerinde bulduranların hataları ve basiretsizlikleri olduğu kadar, bu imkânlardan istifade etmesini bilmeyenlerin de hataları ve basiretsizlikleri vardır.

Günümüzde, siyasi partilerin, iktidarların, bürokrasinin çalışmalarını yeterli görenler bir rehavet içine düşmüşlerdir. Kendile-

<sup>62</sup> *Sanma ciddiyet ile sarf ederim sanatımı  
Ney elimde suyu durmuş kuru musluk gibidir  
Bezme i meyde süfehanın saza meftun olu-  
şu  
Nazarımda su içen eşşeğe ıslık gibidir*

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ri dışında, değişik vasıtalarla görüşlerini kamuoyuna ulaştırmaya çalışan az sayıda düşünür ve pratisyenin çalışmaları ile iktifader hale gelmişlerdir. Birisi hislerine tercüman olmuş ise, bu onu rahatlatmaktadır. Hatta çok acıdır ki, bu insanların çalışmalarına iştirak etmek, onları desteklemek, yapılan işlerin bir ucundan tutmak şöyle dursun, eserlerini dahi okumak zahmetine katlanmamaktadırlar. Tabii ki bu arada "intihal" sanatını icra edenleri de unutmuyoruz. Bazıları da bu düşünürlerin çalışmalarını, fikirlerini eleştirmek yerine, onlara hakaret ederek karşılıklarına almaktadırlar.

Bu tablonun abartıldığını düşünenler olabilir. Fakat aynı mekânları ve mesleği paylaştığımız birçok insanın kitap okumadığını veya çok az okuduğunu, işinin ve çocuklarının buna fırsat vermediğini, toplumsal faaliyetlere zaman ayıramadığını, toplumun en azından kendisi ile ilgili alanlarında sosyal faaliyetlere iştirak şöyle dursun, asosyal tutum içerisinde olduklarını görmekteyiz. Fakat bu kişilerin bir kısmının, günün birinde mevcut hallerine rağmen toplumun yönetimine talip olduklarını da gözlemleyebiliyoruz.

Bilindiği gibi "din" bir yaşam şeklinin adıdır. İnsanlar dinleri gereğince yaşam sürerler. Dinlerinin Allah tarafından korunacağına inanan insanlara şunu tavsiye etmeliyiz: Evet Allah dinini koruyacaktır. Fakat Allah'ın koruyacağı din, kuralları Allah tarafından konan ve birbirini bütünleyen, parçalanma kabul etmeyen, insanların nefsine göre değişmeyen din olacaktır. O kurallar ki, insanın hayatının her alanını kapsayan ve düzenleyen kurallardır. Allah da insanları sınamaktadır. Müslümanların Allah'ın dinine sahip çıkmaları halinde dinleri korunacaktır. Aksi halde korunan şey sadece insanların kuruntusu olacaktır. Ali Şeriatî'nin duasını hatırlayalım;

"Allah'ım, akidemi sorunlarımın elinden kurtar. Âmin."

Aktiflik ve pasiflik arasındaki ayrımın bu tespitlerde yattığı düşünülmelidir. O halde sayın Ali Bulaç'ın AB süreci ile ilgili olarak yaptığı belirlemeleri, bireysel ve toplumsal sorumluluklarımızın aşılması yönünde yineleyebiliriz:

- Vizyon,
- Kısa, orta ve uzun vadeli projeler,
- Örgütlülük, diyalog ve işbirliği, interaktif ilişki,
- Farklılıklarımızın kabulü,
- Nesne değil özne olmak,
- Dünyaya ilişkin muhayyile.<sup>63</sup>

### **Adanmışlık/Asketizm/ Allah İçin Ne Yaptın**

O halde yukarıda sıralanan soruları kendimize sormamız gerekir. Hatta bu soruları çok fazla artırabiliriz. Kafamızı yastığa koyduğumuzda "bugün Allah için (tabii ki kulları için de) ne yaptım?" sorusuna tatmin edici cevaplar alabiliyorsak mutlu olabiliriz. Bu mutluluk bizi ertesi günün çalışmalarını için kamçılayabilir. Bu sorulara verilecek cevaplar örneklik ve önderlikle yakın alakalı olmalıdır.

Bir başka deyişle:

Bizler hukukçuyuz. Bütün dünya genelinde hukukçulara verilen önem meslekte kazandıkları maddi değerler değil, adaletin tesisi ile ilgili yaptıkları çalışmalar ve oluşturdukları örnekliktir. Bu konuda ne tür çalışmalar içindeyiz? Bizleri temsil sadedinde fa-

<sup>63</sup> Ali Bulaç, Özgür-Der'in tertip ettiği "Avrupa Birliği Süreci ve Müslümanlar" konulu forumda (22.09.2002) yaptığı konuşmadan.

kat ateist bir toplum oluşturmaya yönelik hukuk üretimi ve uygulaması arzularına/çalışmalarına karşılık, toplum yapısının gereği olabilecek hukuk üretim ve uygulama çalışmalarına katılıyor, adaletin dağıtımında rol almaya çalışıyor muyuz? Mazlum ve hakları gasp edilen insanlara, "bir daha bu haksızlıkların yapılamayacağı, "mazluma kimlik sorulamayacağı", haksızlıklara karşı kendilerini savunacak hukukçuların bulunduğu"na ilişkin mesaj verebiliyor ve bunun çalışmalarını yapıyor muyuz? Yoksa hukukçuluk (avukatlık, memurluk, noterlik vb.) bizim için başka bir meslek icra edemeyeceğinizden dolayı sadece bir ticaret veya ikbal kapısı mıdır?<sup>64</sup>

Veya bir öğretim üyesiyiz. Hukuk öğretimi ve eğitimi ile ilgili öğrencilerimize ne gibi donanımlar kazandırıyoruz? Kaç öğrencinin elinden tutup, hukukun öğrenilmesinde, öğretilmesinde, sağlıklı hukuk mantığının yaygınlaştırılmasında bilgi ve deneyimlerimizi aktarıyoruz? Kendimiz gibi öğretim elemanlarını, topluma örnek ve önderlik edecek şekilde oluşturduğumuz kurumlarda istihdam edebiliyor muyuz? Onların bireysel ve toplumsal sorumluluklarını yerine getirmelerine yardımcı olabiliyor muyuz? Yoksa akademik kariyerimiz, bize verilecek 'paye'lerin en yükseği midir?

Bu sorulara verilecek cevaplar, görüldüğü üzere sadece bireysel sorumluluğu içermiyor. Bunlar aynı zamanda toplumsal sorumluluğumuzu da kapsıyor. Birey toplumun en küçük birimi, aile toplumsal hayatın en önemli çekirdeği, tüm kurumlar da toplumsal hayatın yapı taşlarıdır. Birey Allah'ın tayin ettiği doğrultuda fitratına yöneldiğinde, aile Rasulullah'ın örnek-

liğini gösterdiği şekilde yapılandırıldığında, kurumlar Allah'ın rızası doğrultusunda işlerlik kazandığında Allah'ın nimetlerine kavuşacaktır.

O halde tüm bu etkinliklerimizi fert olarak yapabilmemizin mümkün olmadığını görüyoruz. Bireysel sorumlulukları yerine getirebilmek için kurumlar kurmak, geliştirmek, projelendirmek, topyekûn Allah'ın ipine sarılmak için topyekûn mücadeleyi esas almak zorundayız. Bu da toplumsal sorumluluk ile bütünleşme demektir.

### **Dikey Olarak Müslüman-Yatay Olarak Amerikalı Avrupalı Tipler-Avrupa İslâmı Projesi**

Burada insanımızı ve toplumumuzu bekleyen önemli bir tehlikeye dikkat çekmeden geçmeyeceğiz. Bu, 1990'lardan itibaren tek felsefi kaynaktan (Batı) fakat iki ayrı coğrafyadan dayatılan iki uçlu tehliktir. Tehlikenin bir ucu Amerikan versiyonlu/sürümlü, özellikle Amerika'da henüz Amerikanlaşmamışlara özendirilen ve giderek de yer bulan İslâm anlayışı; diğeri Avrupa versiyonlu, Batı kültürüyle uzlaşmış "Avrupa İslâmı"dır.

Amerikan versiyonu/sürümü;

Bu proje, İslâm'ı salt teolojik bir olgu olarak görüp, İslâm dinini temsil eden toplumsal aktörler (Müslümanlar) arasında bir dayanışma [solidarity] gerçekleşmesine, İslâm'ın bir toplumsal kimlik olarak anlaşılmasına mümkün olmadığı için engel olmak ve bunun yerine Amerikan kimliğinin toplumsallaşmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Öte yandan, sosyopsikolojik bir kriz ortamının gün be gün arttığı ve tüketimin başlıca değer olduğu Amerikan toplumunda "İslâm dininin siyasi ve toplumsal içeriklerinden bağımsız"

<sup>64</sup> Avukatlık mesleği ile ilgili olarak Bkz.: 1) Orhan Seyfi Güner, "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi", *Birikimler I*; 2) Necmettin Aydın, "Avukatın Hak ve Sorumlulukları", *Birikimler I*.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

olarak kabul görmesi Amerikan toplumunun geleceği açısından önemli ve yararlı görülmektedir. Bu doğrultuda son günlerde yeni Müslüman olan Amerikalılar arasında giderek popülerleştirilen bu eğilim dikkat çekicidir. Söz konusu eğilimi temsil eden Amerikalılar, "dikey olarak Müslüman" "yatay olarak Amerikan" olduklarını iddia etmektedirler. Bu anlayış giderek güçlenmektedir. Bunun altında yatan en önemli sebep ise, ortalama Amerikan zihninde yatan oryantalist bakış açısıdır. Sıradan bir Amerikalı Müslüman olduktan sonra bir Arap ile ya da bir "Orta Doğulu" ile birlikte aynı "cemaat" in içerisinde olmak, toplumsal yaşamını sürdürürken önceki alışkanlıklarından vazgeçmek istememektedir. Yurt dışından, özellikle Amerika'daki ekonomik ve sosyal gelişmelerden etkilenecek Türkiye'de de oluşturulmaya çalışılan yeni Amerikanvari Müslümanlık, siyasi sistemin öteden beri oluşturulmaya çalıştıklarına da denk düşmektedir. Emredici dini inanç umdeleleri/vahiy/nden arındırılmış Müslüman Türk (etnik değil vatandaş anlamında) kimliği oluşturmak gibi projelerin başarısız örnekleri şimdilerde yeni "Amerikancı dikey ve yatay Müslümanlık"tan mülhem olarak ayağa kaldırılmaya çalışılmaktadır. Varılmak istenen nokta, öncelikle, kimliklerin iman-amel ilişkisi boyutundan arındırılarak "bireysel sorumluluk ekseninde" "sadece" soyut Allah inancı ve İslâmi kuramlarla "dikey olarak" Allah'a bağlı Müslüman tipi oluşturmak. İkinci olarak da "toplumsal sorumsuzluk ekseninde" toplumsal parçalanmayı ifade eden ve sadece siyasi sisteme uyum sağlama (düzenle düz olma) şeklinde tezahür eden "yatay olarak Türk" kimliği oluşturmaktır.

Tehlikenin Avrupa sürümü de;

Görüntü itibarıyla yerel olarak İslâm Dininin temel ilkeleriyle, çağdaş Avrupa'nın gerçeklerinin telif edilmesi, kültür ve dinin

temel ilkelerinin birbirlerinden ayrılması ile göçmenlerin anavatanlarıyla olan irtibatlarının kesilmesini amaçlamaktadır. Bu proje aynı zamanda, Türkiye'nin İslâmi kimliğinin Avrupa Birliği'ne girerken bir engel teşkil etmeyeceğini, çünkü İslâm'ın Avrupalı da olabileceğini savunmaktadır.<sup>65</sup> Bu yönüyle de sadece Avrupa'da yaşayan Müslüman göçmenler için değil, aynı zamanda AB kapsamında bekleyen Müslümanlar için de kuramlar sunmaktadır.

"Avrupa İslâmı" adı verilen bu projeye göre, Demokrasi laiktir ve ekonomik gelişimle mantık sınırlarında tanımlanabilir. 9 ve 10. yüzyıllarda etkisini sürdüren ilk büyük İslâmi düşünür el-Farabi Türk kökenliydi. Onun temel kitabı *İdeal Devlet* de modelini akıl üzerinde yerleştirdi, din üzerine değil. Ekonomi, medeniyet ve devlet başarılı olabilmek için laik bir zeminde şekillenmelidir. Türkiye bu konuda çok önemli bir deneyime sahiptir (Bessam Tibi).<sup>66</sup> Kurgulanan formül, çoğulculuk, demokrasi gibi değerlerle ve Batı kültürüyle İslâm'ın uzlaşması olarak ortaya çıkıyor. 56 İslâm ülkesinde İslâm'ın 56 değişik yorumu yapıldığı varsayımından yola çıkarak bir ilave ile Avrupa'ya özgü bir yorumun öncelendiği ileri sürülse de eklektik bir anlayışla İslâm'ı kişisel görüş ve uygulamalara indirgeyen bu anlayış, Müslüman Topluluğu parçalamayı, en azından orijinal vahyi ilkelerden uzaklaştırmayı hedeflemektedir.

Avrupa İslâmı'nı besleyen önemli bir faktörün de "Dinlerarası Diyalog" olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten de, özgün fikir olarak Batı'da ifadesini bulan ve Müslüman Topluluk içinden de ta-

65

[http://www.turkishtime.org/18/20\\_5\\_tr.asp](http://www.turkishtime.org/18/20_5_tr.asp)

66

[http://www.turkishtime.org/18/20\\_5\\_tr.asp](http://www.turkishtime.org/18/20_5_tr.asp)



raftar bulan dinlerarası diyalog çalışmaları, Avrupa'nın geleceği için Avrupalı'lar yararına, içeriği gayrimüslimler tarafından doldurularak maniple edilen bir Avrupa İslâmı öngörüyor. Dinlerarası diyalog, bu yönüyle Avrupa İslâmı konusundaki öngörülerini ve oluşumları ümitlendiriyor. İslâmî cemaatlerin sıcak bakmadığı Avrupa İslâmı konusunda özellikle Alman siyasetçilerin geleceğe dönük iyi bir hesap yaptıkları ortada. Çünkü yapılan bir araştırmada önümüzdeki 10 yıl içinde Alman Parlamentosu'nun içinde İslâmî örgütlerin temsilcileri milletvekili olarak oturacak.

Avrupa İslâmı projesinin, Avrupalıların sadece bir bütünleşme zemini olarak değil, Avrupa kültürünün devamlılığı açısından da önemli bir işlev görmesi beklenmektedir. Zira gittikçe azalan bir nüfusa dayanan Batı kültürünün, ancak dışardakilerin yeni kültür taşıyıcıları olarak cezbedilmesi halinde hayatta kalabileceği düşünülüyor. Bu düşünce, toplumsal ve kültürel hayata dinamizm katabilecek "devşirmeler"e ihtiyaç duymaktadır. İslâm'ın Avrupa ve ABD'de yayılmasının devam edeceği varsayımından/endişesinden hareketle oluşturulan bu proje, Avrupa ve ABD'nin korunması gereken ekonomik çıkarları uğruna Müslümanların Avrupa ve Amerikan toplumlarıyla bütünleşmesini garanti altına almak ve radikal fikirlerden etkilenmeyi önlemek için önem verilen projedir.<sup>67</sup>

Yukarıda yaptığımız tespitler ve izahlar, her iki projenin birbirine yakınlığını ortaya koymaktadır. Bu projelerin şimdilerde çok konuşulan ABD'nin "Büyük Ortadoğu Projesi" ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Büyük Ortadoğu Projesi, bilindiği gibi Soğuk Savaş döneminde Sovyet yayılmacı-

lığına karşı oluşturulmuş "Yeşil Kuşak Projesi"nin devamıdır. Yeşil Kuşak Projesi, tandansı ne olursa olsun Sovyet yayılmacılığının karşısında ve onu çepeçevre kuşatarak içine kapanmış hale getirmek için oluşturulmuştu. Büyük Ortadoğu Projesi ise, hedefteki düşmanı değiştirmiş, yerine, geçmişe (tarihi gerçekliğe) ayağını basarak geleceğe bir medeniyet tasavvuru ile uzanan İslâm'ı koymuştur. İslâm gibi, temelinde Allah'ın ismi ve kelimelerinin yayılmasını (ilayi kelimetullah) öngören bir inancın kendi içinde hapsedilmesini imkan dışı gören ABD, yapılacak işin;

- İslâm Dinini özünden koparacak tarzda yeni bir yorumlama ve kavramlaştırma ile hayatla ilgisini koparmak,
- ABD-İsrail-İngiltere şer ittifağının bu bölgede daha rahat oynatabilmesi ve bu bölgeyi daha rahat sömürebilmesi için Müslümanların düşünme, olayları algılamak, yorumlama ve değerlendirme tarzları ile yaşam tarzlarını değiştirmek,
- ABD değerlerinin küreselleşmesine karşı İslâmî direnişi kırmak,
- Bu coğrafyanın başta enerji olma üzere zenginliklerine el koymak,
- Bu bölgedeki su ve ulaşım yollarını ele geçirmek.<sup>68</sup>

olduğuna hükmetmiş ve uygulamaya koymuştur.

Bütün bu uğraşların ana hedefi, Tevhid Dininin temel doğrularını yeni bir kavramsallaştırma ile yozlaştırmak ve Protestanlaştırıp hayattan el etek çekmesini sağlamaktır.<sup>69</sup>

Buraya kadar anlatmaya çalıştıklarımızdan çıkan önemli bir sonuç, insanların bireysel ve top-

<sup>67</sup> Bahadır Kurbanoğlu, "Bir Toplum Mühendisliği Projesi, 'Avrupa İslâmı'".

<sup>68</sup> Yıldırım Canoğlu, "Tevhid Dinine Karşı Bir Şirk Girişimi: "Pazar Tektarıcılığı" ve Yeni Yeşil Kuşak".

<sup>69</sup> Yıldırım Canoğlu, a.g.m.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lumsal sorumluluklarının birbirinden ayrılmazlığı ve birinin diğere önceliği olmadığıdır. İkisinin bir arada ve yarış halinde gidebildiği, vahyin, aklın ve hukukun en etkin biçimde kullanıldığı, her türlü imkânın ve fırsatın kazaya bırakılmadığı, hatta her an yeni imkân ve fırsatlar oluşturulabildiği oranda bu sorumluluklar yerine getirilmiş olacaktır. Sekülerleşmenin kasıtlı olarak yanlış tanımladığı asketizm (adanimışlık) dünyevilikle manevilik arasındaki dengeyi yakaladığında, sekülerleşmenin, Protestanlaşmanın, yatay-dikey ayrımlı Müslümanlığın veya Avrupa İslâmı'nın bize uğrayamayacağı açıktır.

### ÖZGÜRLÜK-HUKUKSAL KRİZ İLİŞKİSİ

Hukukçuluğumuzu ve hukuk pratiğimizi tek başımıza belirlememiz sadece tekimizi bağlayabilir. Genel ve kurumsal anlamda bir hukuk misyonu belirlenmesi ancak hukukçulardan oluşan bir sivil öncelik tarafından yapılabilir. Bu sivil öncelik içerisinde misyonumuzu ve yapmamız gerekenleri, örneklik oluşturabilecek bir vizyona kavuşturmamız gerekmektedir. Bunun için de bazı hedefleri şimdiden belirlemeliyiz. İnsanlar ve toplumlar hedefledikleri bir dünya ve yaşam biçimi için uğraş verirler. Bu hedef onların aynı zamanda gelecek tasavvurlarının, dolayısıyla geleceğe ilişkin projelerinin de temelini oluşturur. "Ütopyanın en önemli vasfı mevcut hali olumsuzlamak, geçmişe duyulan özlem veya bir gelecek tasavvurudur" demiştik. Gerçekleşmesini hayal ettiğimiz, arzu ettiğimiz, dolayısıyla uğruna mücadele ettiğimiz bir dünya tasavvuru. Vazgeçemeyeceğimiz ama değişik seçeneklerle işaretledebileceğimiz ütopyalarımız bu işlevsellikte bizler için önemli açılımlar sağlayacaktır. Adanimışlık kuramı içinde bunları gerçekleştirme yolunda mesafeler ala-

biliriz. Ancak, tüm bu farazi ütopya ve misyon yüklemesi yeterli olmamaktadır.

Bugün eksikliğini ziyadesiyle hissettiğimiz hukuk ve onun yansıması olan adaleti ve toplumsal saadeti sadece bir ide veya sadece bir sonuç olarak almak, bizi eksikliğini hissettiklerimize ulaştırmayacaktır. Aynı şekilde hukuku sadece bir pozitif kurallar bütünü ve adaleti de sadece bir duygu yoğunlaşması olarak aldığımızda da, bugüne kadar gerçekleşen ne ise bugünden sonra da aynı sonuca ulaşılabilecektir.

O halde, içinde bulunduğumuz – hukukun yaygınlaştırılmasını ve adaletin eşit ve orantılı olarak dağıtılmasını isteyenlerce açmazlarından kurtulmaya çalışılan-hukuksal krizin aşılmasının ve tabii ki tüm bunları yapabilecek donanımın üzerinde durmak gerekir.

Bu krizi aşabilmek için tecrübî bilgiden de yararlanarak ilk elde yapılabilecekleri sıralayabiliriz:<sup>70</sup>

- Bireysel ve toplumsal sorumluluklarımız kapsamında önce kişisel, sonra da birlikteliklelerimiz içinde toplumsal "misyon belirleme"lerimizi yapmak;
- Misyonumuza uygun gelecek öngörülerimizi gerçekleştirebilecek yöntem ve faaliyet tespitlerimizi, "vizyonumuzu" gerçekleştirmek;
- 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;

<sup>70</sup> Bkz.: Muharrem Balcı, "Kişilik Yarılmasına Uğramadan Hukuksal Pratik", *Birikimler I*.



## Tarihi Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna Süreç İşçiliği / M. Balcı

- Bu hedefe "kariyer kaprisleri"ni tatmin ederek veya "hayatı erteleyen" bir tembellikle varmak<sup>71</sup> değil, farklı ancak yapıcı bir tartışma sürecinde, eklenerek, katarak, bütünleşerek, bütünleştirerek ulaşmaya çalışmak;
- Hukukun yaygınlaştırılmasını, temel hak ve özgürlüklere ilişkin topyekûn mücadelenin bir parçası olarak görerek, bir "dönüşüm projesi" örneği olarak algılamak.

Bu belirlemelerimizi bir anlamda hukuk adına yapılabilecek çalışmaların teorik temeli olarak da alabiliriz. Pratik anlamda da bu süreç bir sivil toplum mücadelesi olarak algılanabilir ve adlandırılabilir. Ancak burada parantez içinde muhtemel bir yanlış algılamayı düzeltmemiz gerekir: Bu algımız ve adlandırmamız "liberal-sivil toplumcu arka plan"a dayanan pasifist ve umutsuz tezlerin odağından kaynaklanmıyor. Aksine, her bir gerçek sivil toplumcunun, sivil öncelik aktivistinin ve tabii ki hukukun yaygınlaştırılmasına inanan ve uğraş veren hukukçunun değerine söz verdiği gibi "özgürlüklerin teminatı olmak" anlamındaki özveriden 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, üstün bir adanmışlık bağlamında var olabilmekle mümkün. Özgürlük, "izzet ve kudreti Allah'ın ve Allah'ın mazlum kullarının yanında arama" keyfiyetidir.<sup>72</sup> İsyandan, içi boş fevrandan bağımsız ve bağlantısız; bir duruş, bir konumdur.

<sup>71</sup> Kişilik yarılmasının tipik örneği olarak kabul edilebilir.

<sup>72</sup> "Varlığını kendi çabalarıyla meşrulaştırmaya çalışan özerk bir birey, kendisinin ebedi kölesidir". Eric Hoffer, *Akılın Muhteris Çağı*, s. 20.

Hukuk açısından, geçtiğimiz onlarca yıl, özellikle de genç kuşaklar için son 10 yıl toplumuyla düşük yoğunluklu savaş yaşayan sistemin krizli günleri olarak hayatımızda yer aldı. Krizden etkilenmeyenimiz yok gibi. Dünya ölçeğinde krizin en yoğun aşamasını yaşadığımız işgal günlerinde ve ulusal ölçekte uyum yasalarının yüzeyselliğinde hukuksal kriz boğucu karakterini dayatırken, krizden az etkilenenlerin içinde bulunduğu genişleme hali krizin devamına davetiye çıkarır gibi.

Hukuksal krizden çıkmak için konunun teorik ve pratik çerçevesini, güç ilişkilerini, dış faktörleri okumak/anlamak elbette gerekli. Ancak burada bizi bekleyen bir tehlike olarak, konunun sadece teorik hukuk geleneğimizin olmamasına ya da 28 Şubat veya benzeri pratiklere indirgenmesine dikkat çekebiliriz. Konuyu sadece karşıtlarının kötü misal pratiklerine endeksleyen yaklaşımın, taşıdığımız misyona aykırı düşeceğini ve omuzlarımızdaki yükü çamura atmak anlamı taşıyacağını ifade etmek istiyoruz.

Bir bakıma bu metot tercih edildiği için oluşan pasifist salgın, müdahaleci ve etkin yaklaşımlar ortaya koymamıza engel olmuştur. Genellikle kriz dönemlerinin sonrasında teorik atılımlar ve açılımlar yoğunlaşır. Bu yoğunlaşma politik krizle teorik krizin üst üste binmesine ve bunlar arasında bir gerilim yaşanmasına ve krizin katmerleşmesine sebep olur. Krizin yoğunluğunda suspus olmuş teorisyenler ve kaybedecek çok şeyi olanlar, rehavet ortamı başladığında 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 kendilerinin

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

de bulamazlar. Halbuki hayat onların müdahil olmaları için önlerine birçok fırsat sunmaktadır. Bu fırsata rağmen donanımsız olmaları yüzünden devasa hale gelmeden yükü sırtlama becerisini gösteremezler. Devasa hale geldiğinde de yükün altında ezilirler veya ezilmemek için kenar gezmeyi tercih ederler.

Sözün burasında kastettiğimizi 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, yaygınlaştırmayı çalışmalarıyla işe yaramadığını ifade etmek istiyoruz.

Hukukçularımız 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.

### YENİ "OLUŞ"

Bu "yeni oluş"un önce ne olmadığını ve olamayacağını belirleyelim.

- Öncelikle, postmodern<sup>73</sup> saplantıları tatmin eden sloganik bir yeni olma değil,
- Mevcudu yok sayan ve yerine ne idüğü belirsiz örgütlenmeler şeklinde ve 'gelgitlere açık' bir yapılanma değil,
- Geleneksel çizgimizin tamamen dışlanması ve inkârı şeklinde de değil,

- Geçmişten bu tarafa yapılan çalışmaların, birikimin ve sonuçlarının inkârı anlamında da değil.

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

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 değişiyor ve biz geç fark edebiliyoruz.

O halde yaşanan bazı son pratiklerden de yola çıkarak ve birçok zeminde gerçekleştirilen hukuk çalışmalarında ortaya konan moral verici bulgulara dayanarak diyebiliriz ki, bu işi bizden yani hukukun yaygınlaştırılmasını isteyenlerden daha iyi yapabilecek kimse yoktur.

Ülkenin her yanında ve her alanda yapılan diğer sosyal çalışmalarda olduğu gibi; hukukun yaygınlaştırılmasını isteyenler için de aşağıdaki tespitler 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 bugüne bu çalışmalarımızın temelini atanlar ve bugün bunu devam ettirenler, genç ölenler, hatta ölmeyenler<sup>74</sup> kervanına katılacaklar.

<sup>73</sup> Bkz.: Serdar Tabanoğlu, "Postmodernizm ve Hukuk", **Birikimler I**.

<sup>74</sup> Şehit Av. Macide GÖÇ, Şehit Av. Aydın Durmuş.

## Tarihi Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna Süreç İşçiliği / M. Balcı

- 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 izzet 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 çıkaranlara karşın, 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 bahşedilmiştir.

### Hukuk ve İktidar Mücadelesi

Şimdi bu gelişmenin daha esaslı bir zemine, kaymayan, kavi ve kararlı, donanımlı, katılımlı bir platforma oturması gereklidir. 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 değerlendirelim. Toplumumuz, insanımızın kimlik ve kişilikleriyle, özverili yaşamlarıyla oluşturduğu bir yapı ve sahip olduğu kültürel birikim, hukuk alanında da önemli bir deneyime ulaşmış durumdadır. Diğer taraftan

toplumumuz içinde yaşamının imkânsız hale getirildiği bir cumhuriyetin bireyleri halindedir. Ve uzun bir politik sürecin sonucunda yıllardır gerçekleşmeyen tek başına iktidar sonucuna ulaşıyor. Bunun üzerinde durmak gerekir. Dikkatli değerlendirildiğinde gelinen son siyasi nokta -siyasi istikrarın yanı sıra- olumsuz iki ayrı sonucu da doğurmaya gebe dir: Birisi, Cumhuriyetin bütün imkânlarını nispeten elinden kaçırmış ve tekrar elde etmeye çalışırken her türlü yöntemi deneyebilecek kadar gözü dönmüş bir kesimin saldırganlığı. Diğeri de, yerel veya merkezi yönetimlerde Cumhuriyetin imkânlarını ele geçirmeye çalışan, seküler, muhafazakâr demokrat, henüz kimlik ve kişilik anlamında hangi siyaseti üreteceğini belirleyememiş iktidar aymazlığı.

### Kayıtsızlık ve Dert Edinme

Hukukçuları ve hukukun yaygınlaştırılmasını isteyenleri bekleyen bir başka tehlike de kayıtsızlıktır. Kayıtsızlık, sayısal etkinlik veya etkisizliği gerekçe sayıp gücün sadece gövdeden veya kafa sayısından ibaret olduğu korkusuna kapılarak duyarsızlaşmaktır.

İşte bu bir "gizli inkar"dır. Önümüze açılan onurlu uğraşın imkânlarını ve müjdelenen sonuçlarını görmeyip, payımıza düşürülen şeytani oyunun parçasına takılmak. Bu, aptalca oyuncaklarla oyalanmak ve sadece kof ideolojik beslenmelerle iktidarı veya muhalefeti sürdürmek arzusudur. Görece "güç illüzyonu"nun vehmettirdiği iktidar oyunu. Veya sol literatürde "burjuvazinin ahırına girmek" olarak tabir edilen "hastalıklı muhaliflik oyunu"nun kimine gına getiren, kimine de geviş getiren bezginliği, oyalanması.

Sonuç iki türde karşımıza çıkmaktadır:

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- Birincisi, arızî muhalefet gösterileri sonunda karşıtının kurumlarını meşrulaştırmak;
- İkincisi, iktidar imkânlarının dünyaya nizam vereceği kuruntusunu içselleştirmek.

Her iki duyguyu ve olguyu "sağcılaştırmak" olarak da tanımlayabilirsiniz.

Hukuku "insanlık için insanlığın ortak değerleri" ve "fıtrata uygunluk" olarak kabul edenler, hastalıklı ve belirsiz muhalefet oyunu oynamayı onurlarına yediremezler. Bizim işimiz özgürlüklere yelken açmak olacaktır. Kimilerine baş döndürücü güzellik gibi gelen isyana benzer özgürlük savaşı. Bu sonuç salt iktidar nimetleri ile de gerçekleşmez. Öyle olsaydı muhalefetten iktidara yerleşen güç düzenleri adaletin eşit dağıtıldığı ülkeler olurdu.

Özgürlük, özgürlüklere karşı savaş veren kurulu düzenin kurumlarına sistemli ve donanımlı muhalefettir. Kimliğimizi saklamadan, eğip bükmeden, kimliğimizle, bilgimizle, deneyimimizle ve hukuk misyonumuzla muhalefet. Özgürlüğümüzü gelecekteki "belirsiz kazançlarımıza (ütopyalarımıza)" değil, geçmişteki "tarihi gerçekliğimize", günün konumuna ve konumuza endekslenmiş "gelecek tasavvurlarımıza (ütopyalarımıza)" uyarlayacağız.

Makro düzeyde siyasi sistem, mikro düzeyde hukuk kurumları ve yönetimleri bizim üzerimizden politika üreterek kurumlarını ayakta tutmaya çalışıyorlarsa, bu kurumları ayakta tutan şiddeti, haksızlığı, hukuksuzluğu açığa çıkarmak, soluklu tasarımlarımızla özgürlüğü eylemsel boyutuna taşımak da bizim boynumuzun borcu olacaktır.

Hukukçular, hukukun yaygınlaştırılmasını dileyenler, bu belirlemelerin bilmece olmadığının farkında olmalıdırlar. Yine farkında olmalıdırlar ki, muhatap kitle

veya muarızlarımız sürü veya aptal değildir. Hepsi de her şeyin farkındadır. Eksik veya yanlış olan bir şey varsa, kimileri için duyarsızlık, kimileri için de ahlaki düşüklüktür. Bir başka tanımlamayla eksik ve yanlış olan, izzeti ve onuru Allah'ın ve zayıfların, kimsesizlerin, çaresizlerin, mazlumların yanında değil gücünün yanında aramak "nasipsizliği" veya "daha kötü olmamak uğruna saf değiştirme ahmaklığı"dır.

Aslında hukukun yaygınlaştırılması için uğraş verenler, sadece bu insanlara bir şeyler öğretmek için yola çıkmamalıdır. Onlar kendi onurları için mücadele etmeli ve misyonlarının gereğini 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 mağdurlarını, AB kapılarına umut bağlayanları/umutları tükenenleri, özgürlükleri için zincirlerini parçalamaya çalışanları ve daha birçok olumsuzlukların yanı sıra nereden başlanması gerektiğini dert etmeliler. Amaçları küfrederek rahatlamak değil, fakat dövüşmeden insan kalabilmenin mümkün olmadığını da bilmeli ve bunu anlatmaya çalışmalıdırlar.

### KİŞİLİK YARILMASINA<sup>75</sup> UĞRAMADAN PİYASADA OLMAK

Sözün burasında düşüncelerimizi nasıl anlatabileceğimiz üzerinde durmak gerekli. Önce Cumhuriyetin yönetimlerine talip olanları kısaca tahlil ederek, piyasada olmanın tanımlamasını yapalım:

<sup>75</sup> Esasen tıbbi bir terim olan "Kişilik Yarılması", 20. yüzyıl başında şizofreni hastalığı veya şizofreni belirtileri anlamında kullanılmışsa da, sonraları beynin ön ve yan bölümleri arasında irtibatın kesilmesi anlamında kullanılmaktadır.

## Tarihi Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna Süreç İşçiliği / M. Balcı

- Gerek iştihası kabarık Cumhuriyetçilerin gerekse örgütlü sol grupların yönetim üzerinde etkinlik kurmaya çalışırken güttükleri amaç, 80 yıllı aşkın zamandır ellerinde tuttukları iktidarın ellerinin arasından kaymasını önlemek ve iktidardan alacağı payı yükselterek ötekine hayat hakkı tanımamak,
- Bazılarının amacı da ırk temeli dışında tabanı oluşmamış ideolojik yapılanmalarla, sadece tarih ve sosyoloji kitaplarının konusu olabilecek bir hayali gerçekleştirmek,
- İkisinin de önemli avantajları, mevcut sistemin bu yolda kendilerine yeteri kadar imkân sağlamış bulunması,
- Diğer yandan sisteme hâkim unsurların Cumhuriyeti koruma ve kollama görevine bağımlı olarak bunlara gelecek garantileri ve teminatlar vermesi,
- Bazı sol yapılanmaların genç kesimler üzerinde sistemin kurumlarını kullanarak oluşturduğu palyatif mesleki donanım yapılanmaları,
- Bütün bunların karşısında mevcut sistemin muhafazakârlaştırarak, sağcılaştırarak imkân tanıdığı, korunaklı geleneksel yapılanmaların desteklediği siyasi ve sosyal sağcılaşmış birikimler.

Bu saydıklarımız, bizlere ilkel, misyon ve vizyon donanımlı kurumsal bir bakış açısına sahip olmamız gerektiğini öğretmektedir.

O halde amaçlamamız gereken kurumsal yapılanma -çalışmamızın miğferini oluşturduğu şekliyle-, değişik sivil toplum örgütlenmelerinin mutfağında hukuk üretimine kaynaklık edecek vizyonumuza uygun çalışmalar şeklinde gerçekleşirken; diğer yandan da yukarıda genel hatları ile ifade etmeye çalıştığımız nihai misyonumuza he-

deflemiş olacaktır. Belki de sürekli biri diğerini tetikleyerek yürüyecektir.

En azından şimdilik sistem karşıtlığı üzerinde yoğunlaştırdığımız toplumsal kimliğimizi korurken, bir başka ifadeyle topyekûn mücadelenin önemini unutmaz ve gereğini yaparken, diğer yandan basamak taşlarını ihmal etmememiz gerekiyor. Taşlardan biri de hukuk çalışmalarımız ve hukuk kurumlarımız için oluşturacağımız alt yapı çalışmalarımızdır.

### Önce Alt Yapı

Hukuk çalışmaları, bizim sürekli piyasada olmamızı gerektiriyor. Özelde Baro ve hukukla ilgili diğer sivil toplum kuruluşları, genelde de hukuk çalışmaları yani tamamını piyasa olarak adlandırdığımız çalışmaların öznesi olmak.

Yaşadığımız tecrübî süreç bize;

- Matematiksel kavramların ve rakamların arasında hiçleşme ve aşağılanmayı yaşayamayacağımız,
- Sadece pratik veya sadece teorik düzlemde değil, hukukun ve hukuksal yapılanmaların her alanında olacağımızı,
- Bozuk, yabancılaştırmış gayri insani hukuki ve siyasi sistemin; hukukçuların, sivil toplum kuruluşları çalışanlarının ve muhatap insanımızın üzerindeki etkilerini ve yaratılan yanılsamaları silmeye çalışacağımızı,
- Literatürde "kişilik yarılması" olarak ifade edilen yanılsama ve parçalanma ve bu patolojilerin sonucunda oluşan yabancılaştırmayı ortadan kaldıracak çalışmalara imza atacağımızı gösteriyor.

Burada bir soruna daha dikkat çekmek gerekiyor. Kurumlara hâkim olma çalışmalarını sadece propaganda veya tanıtım düzeyinde algı-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lamak ve buna ilişkin donanımlar üzerinde yoğunlaşmak, konuyu maddi boyutuyla ele alıp, yabancılaşmayı göz ardı etmeye, dolayısıyla bir nevi ikiyüzlülüğe imkân vermek sonucuna götürecektir. Tabii ki, sadece düşünsel üretimin bıktırıcı gevezeliğe yol açacağını da unutmamalıyız.

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

Mutluluğumuz, özgürlüklerin teminatı olduğumuza dair sözümüzden geçiyor. Her birimiz ve toplumuz,

- düşünsel ve eylemsel çabalarımızla,
- hukuksal çözümlerimizle,

hukuksal dönüşüme ilişkin sonuca ve nihai amaçlarımıza ilham kaynağı olabiliriz.

Hukuksal dönüşüm; öncelikle, hakların kullanılması bakımından üzerimize düşen görevleri yapmaya çalışmamız, insana ve insanlığa ilişkin hakları soyut algılamadan kurtararak gerçekleştirilmeleri yönünde toplumsal çaba göstermemiz, evrensel ve vahyi ilkelerde birleşmemiz, bütünleşmemiz, hukukun nesnelere özne olmaya davet eden bir çaba içinde bulunmamız anlamındadır.<sup>76</sup> Böylesi bir çabaya ancak alt yapı çalışması denebilir.

### **SON KARAR- SORUMLU GELECEK KAYGISI (Düşünsel ve Eylemsel Sü- reç İşçiliği)**

<sup>76</sup> "Göle dönüşmemek için her birimiz akmak zorundayız. Akan su kir tutmaz. Sınıfımızın, cinsiyetimizin, yaşımızın önemi yok. Akamayan her insan bataklığa dönüşür." Fatma Karabıyık Barbarosoğlu. *Zaman*, 22.03.2004.

Kariyer, maddi birikim, yetki gibi tasalardan 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. Yukarıda iletişime, bilgi toplumuna ilişkin görüşlerimizi hatırlayınız. Çağımız iletişim devrimini yaşamaktadır. Her tür sistemin ve ilişkinin kendini yeniden üretmesinin önemli unsuru olan iletişim, hukukçuların ve hukukun yaygınlaştırılmasını isteyenlerin 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 işçiliği"nin kabulüne ve uygulama niyetine bağlı olduğunun bir kere daha altını çizmeliyiz.

Öyle bir süreç işçiliği ki; teknik ve teorik donanımı üst seviyede algılayabilen ve kuşanabilen, misyonu belirli, vizyonu tanımlı, bireysel ve toplumsal sorumluluklarla dertlenmiş, nihai adanmışlıkla yoğrulmuş inanç sahibi, tarihi gerçekliğe uyarlı bir geleceğe kilitlenmiş, kişilik yarılmasına tutulmamış, topyekûn mücadelenin parçası olan bir süreç işçiliğidir tanımlamaya çalıştığımız.

Böylesi zor görünümlü, fakat tüm gelecek kaygılarını elinin tersiyle itebilecek kadar mutluluk verici bir hazzın sahiplerinin, özellikle gelişmiş bireyselliğimizin ve kurumsallığımızın desteklediği bir alt yapı çalışmasıyla oluşabileceği de izahtan varestedir.

Bu vesile ile hukukçu dostlarımızın "Hukuk Mesleği-Misyon ve



**Tarihi Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna Süreç İşçiliği / M. Balcı**

Vizyon" konulu tartışma gündeminin, hukukçuluğumuz ve hukukumuz için hayırlı sonuçlar doğurması ve geleceğin hukukçularıyla oluşturduğumuz şefaath zincirini koparmadan daha nice çalışmalarda bulunmak için "sorumlu gelecek" temenilerimle, tüm "süreç işçisi hukukçular"ın çalışmalarında başarılar diliyorum.

**Kaynakça**

Akif Emre; "Toplum Mühendisliği Projesi Olarak Muhafazakârlık", **Anlayış** dergisi, Sayı 9.

Aliya İzzet Begoviç; **Bosna Mucizesi**, Yöneliş Yayınları, İstanbul: 2003.

—; **Konuşmalar**, 2. Basım, Klasik Yay. İst. 2004.

Ali Bulaç, 22.09.2002, **Avrupa Birliği Süreci Ve Müslümanlar**, Özgür-Der Yayını, İstanbul: 2002.

Antohny Sullivan; "Muhafazakârlık, Çoğulculuk ve İslâm", **Liberal Düşünce** dergisi, Sayı: 5.

Bağış Ertan, "Yeni Bir Hukuk Siyaseti", <http://www.gelecek.gen.tr/sayil4/yenibirhukuk.htm>

Bahadır Kurbanoğlu, "Bir Toplum Mühendisliği Projesi, 'Avrupa İslâmı'", **Haksöz** dergisi, Sayı: 156.

Can Aktan; <http://www.canaktan.org/yonetim/yeni-yonetim/vizyon-yonetimi.htm>

Cihan Özpınar; "Manevi Asketizm'den Dünyevi Asketizme", Yayınlanmamış Makale.

Eric Hoffer, **Aklın Muhteris Çağı**, Ayışığı Kitapları, İstanbul: 2000, s. 20.

Fahrettin Altun; "AKP ve Muhafazakâr Demokrasi", **Anlayış** dergisi, Sayı: 9.

Hidayet, Şefkatli Tuksal; "Bir Zamanlar Adanmıştık Hepimiz", **Yeni Şafak**, 26.10.1996.

İhsan Eliaçık, "Yeniden Doğuşun Rüyası, Dram Ve Ütopya", **Yarın** dergisi, Nisan 2003.

İl Han Özay; **Devlet İdarî Rejim ve Yargısal Korunma**, Filiz Kitabevi, İstanbul: 1986.

Muharrem Balcı; "Kişilik Yarılmasına Uğramadan Hukuksal Pratik", **Birikimler I**.

—; "Hukuk Mantiği", **Birikimler I**.

—; "Uyum Yasaları Analizleri", **Umrans** dergisi, Eylül 2002.

Muhiddin Göklü; **Kanunlarınızı Kapatın, Kalblerinizi Açın**, HüsnuTabiat Matbaası, İstanbul: 1967.

Mustafa Aydın, "Yoğunluğu Azaltılmış İslâm", **Umrans** dergisi, Mart 115/2004.

Mustafa Özel; "Hem Milli Hem Evrensel Muhafazakâr Olunabilir mi?", **Anlayış** dergisi, Sayı: 9.

Mustafa Şen, "Yeni Cemaat", **Bilim ve Düşünce** dergisi, Sayı: 2.

Necip Süleyman Doğulu, "Enstrümental Demokrasi", **Gerçek Hayat** dergisi, Sayı: 174.

Necmettin Aydın; "Avukatın Hak ve Sorumlulukları", **Birikimler I**.

Orhan Seyfi Güner; "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi", **Birikimler I**.

Ramazan Altıntaş; [http://www.cumhuriyet.edu.tr/akademik/fak\\_ilahiyat/der61/004.htm](http://www.cumhuriyet.edu.tr/akademik/fak_ilahiyat/der61/004.htm)

Serdar Tabanoğlu; "Postmodernizm ve Hukuk", **Birikimler I**.

Sertaç Kaptan; <http://www.lisefelsefe.com/odevler/weber.htm>

Tanıl Bora; "Muhafazakârlığın Değişimi ve Türk Muhafazakârlığında Bazı Yol İzleri", **Toplum Bilim** dergisi, Sayı: 74.

Yalçın Akdoğan; "Muhafazakâr Demokrasi", (Berat Özipek'ten intihalen). [www.akparti.org.tr](http://www.akparti.org.tr)

—; "Din-Devlet İlişkisi ve Cemaatlerin Yapısal Dönüşümü", **Bilim ve Düşünce** dergisi, Sayı: 1.

—; "Elhamdülillah Muhafazakarız". **Bilim ve Düşünce** dergisi, Sayı: 2.

Yıldırım Canoğlu, "Tevhid Dinine Karşı Bir Şirk Girişimi: 'Pazar Tektanrıcılığı' ve Yeni Yeşil Kuşak", **Umrans** dergisi, Mart 115/2004.

## **Genç Hukukçular Hukuk Okumaları**

---

<http://www.ahilik.gen.tr>

<http://www.felsefeekibi.com>

<http://www.gelecek.gen.tr>

<http://hukukcularder.org>

<http://www.mazlunder.org>

<http://www.muhammedbalci.com>

<http://www.sosyalsiyaset.com>

<http://www.tuketiciler.org>



# **Bir Hukuk Teorisyeni Olarak Hans Kelsen ve Düşünceleri Üzerine Bir Çerçeve Çalışması**

Ali SAĞLAM<sup>(\*)</sup>



**A**raştırmamızın konusu başlık-  
tan anlaşılacağı üzere Avus-  
turyalı ünlü hukukçu Hans  
Kelsen'in hukuk düşüncesi ve  
geliştirdiği teoridir. Ağırlıklı  
noktasını da kendisinin Saf Hukuk  
Teorisi (Alm. Reine Rechtstlehre)  
adlı kitabı oluşturmaktadır. Vecdi  
Aral, bu teoriyi doçentlik tezine  
konu olarak almasında kişisel ola-  
rak ilgisinin doğumuna neden olanın,  
teorinin filozofik olarak  
yürütülebilecek bir doğru hukukun  
aranması olanağını reddetmekle  
kendine özgü bir pozitivist karakter  
taşıması ve hukuk biliminin  
gerçek bir bilime kavuşturulması  
yolundaki ciddi çaba ve girişimler  
arasında en başta yer alması key-  
fiyeti olduğunu söylüyor.<sup>1</sup> Adnan  
Güriz ise çağdaş hukukta Kelsen'in  
hukuk sisteminin yarattığı kapsamlı  
etkiyi başka bir hukuk teori-  
sinde bulmanın mümkün olmadığını  
belirtiyor.<sup>2</sup> Konumuz bu denli  
önemli olmasına rağmen düşünürümü-  
zün Türkçeye çevrilmiş bir eserine  
rastlayamadık. Ayrıca literatürü-  
müzde konuyla alakalı fazla çalış-  
ma da yok.

Teorinin açıklanmasına ve kri-  
tiğine geçmeden evvel Hans Kel-  
sen'in hayatına kısaca değinmenin  
yerinde olacağını düşünüyoruz.  
Zira kendisinin sistematikleştir-  
diği görüşlerinde, bulunduğu çev-  
renin ve aldığı eğitimin etkisinin  
olduğu iddia edilmektedir.<sup>3</sup>

## **Hans Kelsen'in Hayatı<sup>(\*)</sup>**

Hans Kelsen 11 Ekim 1881 yılın-  
da Prag'da doğmuştur. 3 yaşınday-  
ken, Yahudi fakat anadil olarak  
Almanca konuşan, orta gelir düze-  
yindeki ailesi; daha sonra Kel-  
sen'in akademik kariyerini de sür-  
düreceği Viyana'ya yerleşti. Kel-  
sen felsefe, mantık, edebiyat,  
matematik gibi farklı alanlarla da  
ilgili olmasına rağmen 1906 yılın-  
da Hukuk doktoru olmuştur. Zira  
diğer alanlara olan ilgisi daha  
sonraki çalışmalarında kendisini  
göstermektedir.

Önceleri kararlı bir Agnostik  
olmasına rağmen, 1905 yılında  
uyum problemlerinden kurtulma  
girişimi olarak Katolik olmuştur.

<sup>(\*)</sup> İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi.

<sup>1</sup> Vecdi Aral; *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 553.

<sup>2</sup> Adnan Güriz; *Hukuk Felsefesi*, s. 354.

<sup>3</sup> Nicoletta Bersier Ladavac; "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note And Bibliography". *European Journal Of International Law*, Volume: 9 No: 2, 1998.

<sup>(\*)</sup> Bu bölüm Nicoletta Bersier Ladavac'ın *Kelsen (1881-1973) Biographical Note And Bibliography* adlı çalışmasından derlenmiştir.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bu kararının altında ailesinin Yahudi geçmişinin üniversitede ders verme olanağına engel teşkil edebileceği kaygısı yatmaktaydı. Fakat bu özüm yolunun pek işine yaradığı söylenemez zira göç kararı alınca kadar Yahudi geçmişi dolayısıyla pek çok zorlukla karşılaşmıştır.

Birinci Dünya Savaşı sırasında Avusturya Ordusu ve Adalet Bakanlığı'nda danışmanlık yapan Kelsen, 1918 yılında Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doçent, 1919 yılında da Kamu ve İdare Hukuku alanında profesör olmuştur. Öğretim ve araştırma hayatının sonraki on yılı da oldukça verimli geçmiş; bu dönemde ders verdiği pek çok öğrencisi ilerleyen yıllarda önemli teorisyenler konumuna gelmişlerdir. Bu entelektüeller daha sonra "Viyana Okulu" olarak bilinen fikir hareketini oluşturmuşlardır.

Viyana Çevresince geliştirilen fikirsal akımın esaslarını pozitivism, bilimcilik, akılcılık, özgür düşünce ve metafiziğin reddedilmesi oluşturmuştur. Belli başlı temsilcileri arasında Rudolf Carnap, Neurath, Gödel, F. Waisman H. Feigl, F. Kaufmann gibi matematik ile bilim formasyonuna sahip mantıkçı düşünürler ve toplum bilimcilerin yer aldığı Viyana Çevresinin temsilcileri aynı zamanda "mantıkçı pozitivistler" olarak anılır.<sup>4</sup>

1922 ve 1938 yılları arasında en parlak dönemini yaşayan Viyana Çevresi, bu kültürel hareketin bir temsilcisi olarak 1930 yılına kadar akademik hayatını Viyana Üniversitesi'nde sürdürmüş olan Hans Kelsen'in çalışmalarını ve metodolojisini ciddi bir biçimde etkile-

miştir.<sup>5</sup> Pozitivist düşüncenin, Kelsen'in metafiziği yok saymasının yanı sıra siyasi, ahlaki ve diğer bütün ideolojik unsurları dışlamasında ve ortaya koymuş olduğu hukuk teorisini saflaştırma eğiliminde Viyana Çevresi akımının etkisi çok fazladır.<sup>6</sup>

Kelsen, siyasi görüş açısından sosyal demokrat görüş sempaticisi olmasına rağmen tarafsız kalmaya ve hiçbir siyasi partiye üye olmaya özen göstermiştir.

1919 yılında Avusturya'nın yeni Anayasasının oluşturulması görevinin Kelsen'e verilmesi, onu Avusturya tarihi için önemli bir kişilik konumuna getirmiştir. 1920 yılında kabul edilen bu Anayasa, temel prensiplerinde değişikliğe uğramadan günümüze kadar geçerliliğini sürdürmüştür. Kelsen bu Anayasada, Anayasa Mahkemesi üyelerinin yargılanabilir olmasına öncelik vermişti. 1921 yılında Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanmış fakat 1930 yılında siyasi sebeplerden ötürü görevinden alınmıştır.

Siyasi baskılar sonucunda 1930 yılında Köln'e yerleşen Kelsen, burada uluslararası hukuk dersleri vermiş; çalışmalarını da yeni bir alan olarak pozitif uluslararası hukuk üzerinde yoğunlaştırmıştır.

1933 yılında Nazilerin iktidara gelmesiyle Kelsen ailesini de yanına alarak Cenevre'ye, yeni akademik kariyerine başlamak üzere göç etmiştir. Burada uluslararası hukuk ve devlet hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkileri incelemeye devam etmiştir. 1934

<sup>4</sup> Dağdelen, İhsan; Devlet Bilimi Metodolojisi. Web adresi: [http://www.insanbilimleri.com/makaleler/-siya-set\\_bilimi/Devlet\\_Bilimi\\_Metodolojisi.htm](http://www.insanbilimleri.com/makaleler/-siya-set_bilimi/Devlet_Bilimi_Metodolojisi.htm)

<sup>5</sup> Richard A Posner; *Kelsen, Hayek and The Economic Analysis of Law*. Judge, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit; Senior Lecturer, University of Chicago Law School. Çevrimiçi Adres: <http://allserv.rug.ac.be/~bdpoorte/EALE-posner-lecture.pdf> Ziyaret Tarihi:21/01/2004. Aktaran: İhsan Dağdelen. A.g.m.

<sup>6</sup> Dağdelen, a.g.m.

## Bir Hukuk Teorisi Olarak Hans Kelsen ve Düşünceleri / A. Sağlam

yılında normlar hiyerarşisi, devlet ve uluslararası hukuk ve haklar ve ödevler konularını içeren, en önemli eseri *Reine Rechtslehre* (Saf Hukuk Teorisi)'yi yayınlamıştır. Cenova'daki derslerine ek olarak Prag Üniversitesi'nde de uluslararası hukuk dersleri vermiş; burada da siyasi baskılardan ve öğrencileri arasında gelişen anti-semitik fikirlerden ötürü istifaya zorlanmıştır.

İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasıyla Kelsen yine yer değiştirmek zorunda kalmış, çok zayıf İngilizcesiyle 60 yaşında Amerika Birleşik Devletleri'ne göç etmiştir.

1940-42 yıllarında araştırmacı olarak Harvard Hukuk Okulu'nda, 1942 yılında da Amerikalı ünlü hukukçu Roscoe Pound'un desteğiyle Kaliforniya Berkeley Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü'nde dersler vermiştir. 1952 yılında Amerikan vatandaşlığına geçmiş ve daha önceki yıllara göre uluslararası hukuk çalışmaları için daha rahat bir ortam bulmuştur. 1944 yılında *Peace Through Law* [Hukuk Yoluyla Barış] ve 1945 yılında da *General Theory of Law and State* [Hukukun ve Devletin Genel Teorisi] adlı kitaplarını yayınlamıştır. Yine 1945 yılında Washington'da Nuremberg Davası için Birleşmiş Milletler Savaş Suçluları Komisyonu'na danışmanlık yapmıştır.

Bu dönemde barışın ve uluslararası işbirliğinin sürdürülmesi için yoğun çabaları olmuş ve Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi, BM'ye üyelik, BM'nin organizasyonu ve yasal statüsü ile yaptırım ve fonksiyonları üzerine pek çok çalışma yapmış; bu araştırmaları da 1950 yılında *The Law of the United Nations* [Birleşmiş Milletler Hukuku] adıyla yayınlamıştır. Şu an için güncelliğini yitirmiş olmasına karşın 1966 yılına kadar pek çok baskısı yapılmış ve atıfların yapıldığı li-

teratürdeki başarılı ve önemli kitaplardan biri olmuştur.

1951 yılında Seattle'da uluslararası organizasyonlar üzerine dersler verdikten sonra 1952 yılında emekliye ayrılmasına rağmen çalışmalarına devam etmiştir. Dünyanın dört bir yanında dersler, seminerler ve konferanslar veren Kelsen, 11 üniversite tarafından (Utrecht, Harvard, Chicago, Mexico, Berkeley, Salamanca, New York, Berlin, Vienna, Paris, Salzburg) fahri doktora unvanı ile onurlandırılmış ve sayısız ödül almıştır.

Avusturya Hükümeti 1971 yılında (90. doğum gününde) Kelsen'in kültürel mirasını yaşatmak üzere orijinal el yazılarının da bulunduğu Viyana Hans Kelsen Enstitüsü'nü kurmuştur

Arkasında 24 dile çevrilen 400 eser bırakan Hans Kelsen, 19 Nisan 1973 yılında (92 yaşında) hayata veda etmiştir.

### Kelsen Teorisinin Amacı

ilkesinin deneyle Kelsen'in teorisinin amacı, bizzat kendisinin de "Reine Rechtlehre" adlı kitabının ön sözünde açıkça bildirdiği gibi, hukuk bilimini gerçek bir bilim, bir tinsel bilim (geisteswissenschaft) düzeyine yükseltmek, bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliğe ulaştırmaktır.<sup>7</sup>

Kelsen bilginin konusunu bilgiyi elde etmek için kullanılan "metodun" yaratacağı fikrini hareket noktası olarak kabul etmekte<sup>8</sup>; bu açıdan hukuk bilimini gerçek bir bilim kimliğine kavuşturma çabasının temelinde de hukuk bilimine ilişkin "metodun saflığını" sağlama kaygısı yatmaktadır.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Aral, a.g.e., s. 1.

<sup>8</sup> Güriz, a.g.e., s. 336.

<sup>9</sup> Aral, a.g.e., s. 3.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Metottaki saflaşmayla beraber hukuk "yabancı" unsurlardan ayıklanmalıdır. Hukukun ödevi hukuk için gerekli ve sürekli olan unsurların bir araya getirilmesi, değişen ve geçici unsurların ise bir yana atılmasıdır.<sup>10</sup>

Metottaki saflık prensibinin diğer bir özelliği hukuki bilginin birliğidir. Aral'ın deyimiyle konusu hukuk olan bir bilgi ancak, bu hukuk olarak adlandırılan normlar sisteminin birliğini kendisi için de sarsılmaz bir prensip durumuna getirdiği oranda bir bilim kimliğini kazanabilir.<sup>11</sup>

### **Kelsen'in Metodunun Analizi- Felsefi Karakteri**

Kelsen'in hukuk teorisine ilişkin metodunu gereğince kavrayabilmek için, bu metodun dayandığı bilgi teorisine ilişkin temel ve karakterlerini saptamak gerekir. Zira onun görüşlerinin gıdalandığı kaynak tamamıyla felsefi ve epistemolojik (bilgi teorisine ilişkin) türdendir.<sup>12</sup>

Hukuk bilimine yeni bir bakış açısı getiren Kelsen üzerinde Kant'ın etkisi büyüktür. Kelsen'in ana metodolojik buluşu bilinçli bir biçimde Kant'ın felsefe için uyguladığı metodun temel öğelerinin hukuk bilimine uyarlaması olmuştur.<sup>13</sup>

Döneminde eski ve güçlü bir düşünce tarzı olarak varlığını sürdüren, "metafiziğin bütün bilimlerin en üstünü olduğu fikri" ile alay eden Kant, deneycilerin gerekircilik (determinizm) kazanıldığı görüşünü reddetmiştir. Deneyciler, insanoğlunun doğayı gözlemleyerek neden-sonuç ilişkileri kurduğunu,

bu düşüncenin kaynağında yatanın da doğada kendiliğinden bir düzen olduğunu savunmuşlardır. Oysa Kant'ın akılcı kuramı bunu reddederek gerekircilik ilkesinin deneyden değil [aposteriori], zihinden geldiğini (apriori) savunuyordu. Felsefe'nin Kopernikus'u olarak anılan Kant'a göre doğadaki tüm olaylar arasında gözlenen neden-sonuç ilişkisi esasında doğanın değil, aklımızın ürünüdür. Kant insan aklını kategorize etmiş ve kategorilerden birinin gözlemlere dayanarak neden-sonuç ilişkisi üreten bağlantı kategorisi olduğunun öne sürmüştür.<sup>14</sup>

Bir dönem bilimin tanımlamalar ve sınıflandırmalar yaparak objektif varlıkların bilgisine ancak deney yoluyla doğa bilimi sayesinde ulaşıldığı inancının etkisiyle hukukta da deneysel öğelere, objektif realiteye yönelinmekteydi. Buna karşılık Kelsen metotta saflığı sağlamak için Kant'ın felsefe disiplini için yaptığı gibi, bütün çalışmalarında ağırlığı bizzat düşüncenin kendisine vermiş; öyle ki deneyden gelen içerik ve değeri küçümsemiş hatta hukuki kavramlardan tamamıyla çıkarılmasına çalışmıştır.<sup>15</sup>

Deneyden gelen her bilginin soyutlanması olan rasyonalizm ise Kelsen'de kendini iki şekilde gösterir:

İlki; her şeyden önce saf iddiasında bulunan bir hukuk teorisinin doğa dünyasında var olan realite ile ilgilenmemesi gerektiğidir.

Öbür yanda ise deneysel öğelerden soyutlanma ile somut bir hukuk düzeninde normların anlamlarının aydınlatılmasının araştırma alanından çıkarılıp atılmasıdır.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Güriz, a.g.e., s. 335.

<sup>11</sup> Aral, a.g.e., s. 46.

<sup>12</sup> Aral, a.g.e., s. 9.

<sup>13</sup> Dağdelen, a.g.m.

<sup>14</sup> Dağdelen, a.g.m.

<sup>15</sup> Aral, a.g.e., s. 10.

<sup>16</sup> Aral, a.g.e., s. 11.

## Bir Hukuk Teorisiyi Olarak Hans Kelsen ve Düşünceleri / A. Sağlam

Ayrıca belirtmek gerekir ki Kelsen teorisine egemen olan rasyonalizm evren, ruh ve Tanrı'nın niteliğine ilişkin saf akıl yolu ile bilgi edinebileceğini sanan aşırı bir rasyonalizm değildir. Daha çok bilginin olanak ve koşullarını inceleyen epistemoloji yani bilgi teorisi ile ilgilidir. Bu itibarla Kelsen teorisi Kant anlamında transdantal karaktere sahiptir.<sup>17</sup>

Transdantal kavramı sözlüklerde "üstün, aşkın, aşırı, öte", felsefi kullanımda ise "deneyüstü, tecrübeden üstün olan, fizikötesi, tabiatüstü, doğrudan tecrübeyi aşan ama akılcı bilgiye karşı olmayan" şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Immanuel Kant'ın felsefesindeki kullanımıyla "mümkün olan bütün tecrübe ve bilgilerin ötesinde olan" gibi anlamlarla karşılanmaktadır.<sup>18</sup>

Transdantal kavramı, genellikle bilginin olanağına ve mantıkla ilgili koşullarına yönelik bir araştırmayı, bilginin mantığa dayalı olarak her türlü deneyden önce gelen zorunlu etkenleriyle ilgilenmeyi içeren bir incelemeyi ifade eder.<sup>19</sup> Bu anlamda Kelsen de, transdantal felsefe dolayımı ile, hukukun olanağını, bilgiye uygun koşullarını araştırmayı kendine amaç edinmiştir.<sup>20</sup>

Netice olarak söz konusu transdantal metot, bir anlamda deneycilik ve metafizik ikilemi çıkarmazından sıyrılarak, "olan" üzerinde değil bunların dışında akla dayanarak "olması gereken" üzerinde duran felsefi bir çözüm önermektedir.<sup>21</sup>

Hukuk normlarında doğa normlarında olduğu gibi koşul ve sonuç

birbiriyle bağlantılıdır. Fakat bu bağlantıda benzerlik görünmesine rağmen doğa kanunlarından farklı bir durum söz konusudur. Doğa kanunlarında iki olay arasındaki nedensellik ilişkisi olmasına rağmen hukukta bu "isnad" ya da "atıf" yolu ile olmaktadır. Mesela doğa kanunu bir "A" olayı meydana gelirse "B" sonucu zorunlu olarak gerçekleşir, demesine rağmen hukuk kanunu bir "A" olayı meydana gelirse "B" sonucu gerçekleşmelidir, demektedir.

Deneyisel öğelerin atılması ve doğa bilimlerindeki nedensellik ilişkisi karşısında metodun "olması gerekene" indirgenmesi ile özellikle nedensellik ilişkisine göre ayarlanmış sosyal psikoloji ve sosyolojinin hukuki alana saldırıları Kelsen'ce bertaraf edilmektedir.<sup>22</sup>

Ayrıca teorinin idealist, formalist, hipotetik yönü ile fiksiyonlar teorisi ile de benzerliği bulunmaktadır.

### Kelsen'in Hukuk Sisteminde Temel Noktalar

Kelsen'in teorisi aynı zamanda pozitif hukukun da teorisidir. Bu açıdan doğal hukukun, doğadan gelen ve salt insan olmakla sahip olduğu hakların taşıyıcısı bir düzen kabulünden yola çıkmasına karşılık, pozitivist yaklaşım insan yapımı hukuk üzerinde temellenmektedir. Doğal hukuku bu açıdan eleştirirken Kelsen'in, hukuk bilimi ile hukukun konusunun karıştırıldığı eleştirisini getirdiğini görüyoruz. Bu eleştirisinde Kelsen, Descartes'in bilimin konusu ile öznenin ayrılması görüşüne dayanır. Kelsen'e göre doğal hukuk, hukukun bu önceden verili oluşuna dayanarak çelişkiye düşmektedir. Doğal hukuka yönelttiği bir başka temel eleştiri ise doğal

<sup>17</sup> Aral, a.g.e., s. 3.

<sup>18</sup> Dağdele, a.g.m.

<sup>19</sup> Dağdelen, a.g.m.

<sup>20</sup> Aral, a.g.e., s. 13.

<sup>21</sup> Dağdelen, a.g.m.

<sup>22</sup> Aral, a.g.e., s.15.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

hukukun teorisinin mutlak bir adalet teorisi kurma iddiasıdır. Doğal hukuk teorisi, bu iddiasını açık bir adalet tanımına dayandıramadığı için de çelişkiye düşmüştür. Kelsen, ister rasyonel ister teolojik olsun, adalete ilişkin doğal hukukçu açılımlar net ve başarılı bir adalet tanımına ulaşamışlardır, demektedir. Kelsen'e göre bu tartışmalar, hukuk felsefesi içinde belki anlamlı olabilir, ancak bir bilim olarak hukukun konusu pozitif hukuktur ve bununla sınırlı kalmalıdır.<sup>23</sup>

Kelsen hukuk sisteminde belki de en çok dikkat çeken konular *normlar hiyerarşisi, normların geçerliliği ve etkinliği ile temel norm* adını verdiği kavramla ilgili ileri sürdüğü görüşleridir.

Kelsen'in hukuk düzeni hiyerarşik bir normlar sistemidir. En alt düzeyde hukuk uygulayan organların, özellikle mahkemelerin çıkardığı normlar vardır. Bu ferdi normlar kanunlara dayanır. Kanunlar, kanun koyucu tarafından çıkarılan genel normlardır. Hukuk düzeninde bundan sonraki yeri ise örf ve adet hukuku alır. Kanunlar ve örf ve adet kuralları da anayasaya dayanır. Anayasanın pozitif normlar sisteminde en yüksek yere sahip olduğu varsayılır.

"Pozitif normlar" insanların davranışları tarafından ihdas edilen normlardır. Daha alt düzeydeki normlar kendi yürürlüklerini daha üst düzeydeki normlardan alırlar. Eğer devletler hukukunu normlar hiyerarşisinde milli hukukun üstünde saymazsak, milli hukuk düzeninde anayasa en yüksek düzeyi temsil eder. Anayasa normları kendi yürürlüklerini pozitif bir hukuk normundan almazlar fakat hukuk düşüncesinin varsaydığı hipotetik "temel normdan" (varsayımsal temel normdan) alırlar. Temel norm ise hukuki toplumun herhangi bir orga-

nı tarafından daha üstün bir norma göre çıkarılmış değildir. Bu hukuk düşüncesine ait bir varsayım niteliğini taşır.<sup>24</sup> Böylelikle bu sistemde varsayımsal bir temel normdan başlayan ve mahkeme kararı veya idari işlem şeklinde ferdileşen bir normlar hiyerarşisi söz konusu olmaktadır.<sup>25</sup>

Diğer yandan bir hukuk düzeninin geçerli olması demek, organların ve sülhelerin bu normlar düzeyine göre davranmaları demektir. Önemli olan belli bir norma uyulup uyulmaması değil, normlar sisteminin bir bütün olarak geçerli olup olmamasıdır. Bir hukuk normunun diğerine dayanması demek, bir hukuk normunun geçerli olduğu için diğer normun geçerli olması demektir. Anayasanın yürürlükte olması anayasanın uygulanması olarak, somut olayın çözümlenmesi için kanunun uygulanması olarak, somut olayın çözümlenmesi için kanunun uygulanması ise mahkeme kararı olarak kendisini gösterir.<sup>26</sup>

Saf hukuk teorisi açısından etkinlik ise belirli bir dönemde, belirli ülkede yürürlükte olan ve uygulama yeteneği bulunan hukuk kuralının gücüdür. Etkinlik ilkesi hukuk düzeninin bütünü bakımından söz konusu olur. Tek başına bir normun etkinliği önem taşımaz. Ancak bir norm sürekli olarak uygulanmamak suretiyle etkisiz kalıyorsa, bu normun uygulanmaktan dolayı etkinliğini kaybettiğinden söz ederiz. Etkinlik ilkesinin en açık uygulamasını devrim durumlarında görürüz. Bir hukuksal sistemin kökten değişimi olarak bir anayasanın diğeri ile yer değiştirmesinde asıl olan "kuvvettir". Hukuksal açıdan eski anayasayı yürürlükten kaldıran faktör bu anayasanın fiilen gücünü kaybetmesidir. Yeni anayasa da ancak et-

<sup>23</sup> Yasemin Işıkaç; "**Hukuk Felsefesi**", s. 281.

<sup>24</sup> Güriz, a.g.e. s. 340.

<sup>25</sup> Güriz, a.g.e. s. 341.

<sup>26</sup> Işıkaç, a.g.e. s. 284.



## Bir Hukuk Teorisi Olarak Hans Kelsen ve Düşünceleri / A. Sağlam

kinlik kazandığı zaman yürürlükte sayılır.<sup>27</sup>

Kelsen metodunun prensiplerinden biri olan "birlik ilkesi" ise Vecdi Aral tarafından hukukun iç birliği olarak 14 başlıkta sıralanmıştır.<sup>28</sup> Bunlar;

1. Bir temel norm hipotezi ile hukuk biliminde bilgiye yönelik görüş açısından birliği
2. Hukukun yaratma ve yaratılması bağıntısının birliği aracılığı ile hukuk düzeninin birliği
3. Hukukun yaratılması ve ile hukukun uygulanmasının birliği
4. Hukukun görünüm biçimlerinin, hukukun kademeli yapısı teorisi aracılığı ile birleştirilmesi
5. Kanuni hukukla, örf ve adet hukukunun birliği
6. Sübjektif hukukla objektif hukukun birliği
7. Hukuki yetki ile hukuki yükümlülüğün birliği
8. Hukuk süjesi ile hukuk normunun birliği
9. Gerçek kişi ile tüzel kişinin birliği
10. Devletle hukukun aynılığı
11. Hukuk düzeninin bağımsızlığının, birliğinin ve tek oluşunun deyimi olarak egemenlik
12. Devlet hukuk düzeni (iç hukuk) ile devletler hukukunun birliği
13. Kamu hukuku ile özel hukukun birliği
14. Hukuk ile hukuka aykırılığın birliği

Burada dikkat çeken başlık öncelikle devlet ve hukuk aynılığıdır.

Kelsen'de devlet, temel unsurları devletin halkı, devletin toprağı ve devletin iktidarı olan, görece merkezileşmiş, mekânsal ve zamansal geçerlilik alanı içinde sınırlanmış, egemen ya da doğrudan doğruya uluslararası hukuka bağlanmış ve sonuç itibarıyla etkin bir hukuki düzen olarak tanımlanmıştır.<sup>29</sup>

Hukukla devlet ayrı düzenler gibi varsayılrsa da temel unsurlarının "yaptırım" olduğu hatırlanırsa geleneksel hukuk-devlet dualizminin muhafaza edilmesine gerek kalmayacaktır. Hukuku hukuk düzeninin organları yaratırken, hukuk düzenini yaratan kişiler de devletin organlarıdır. Yani devlet ve hukuk ayrı kavramlar olarak düşünülmemelidir. Böylece Kelsen devlet teorisini sosyolojik ve hukuki olmak üzere ikiye bölünmekten kurtarmakta ve devlet ile hukukun özdeşliğini savunmaktadır.<sup>30</sup>

Kamu-özel hukuk ayrımı da olmaz. Bu ayrımın temelinde de ideolojik art niyetler yatmaktadır. İdeologlara göre, kamu hukuku alanında, politik ve ideolojik etkilerin varlığı söz konusudur; oysa özel hukuk alanında politika dışı olgular mevcuttur. Böylece ideologlar, dünya görüşlerini hukuka yansıtmak isterler.<sup>31</sup>

Ayrıca Kelsen bir dönem yoğunlaştığı uluslararası hukukun varlığını kabul eder ve monist (birlik ilkesi gereğince) yaklaşımını burada da sürdürür. O'na göre tek bir pozitif hukuk düzeni vardır. Ulusal ve uluslararası hukuk, ayrı hukuk düzenleri değil, aynı düzenin bölümleridirler. Uluslararası hukuku saymamak doğru değildir çünkü hukukun temeli olan yaptırım

<sup>27</sup> Işıқтаç, a.g.e. s. 284.

<sup>28</sup> Aral, a.g.e.

<sup>29</sup> Cemal Bali Akal; *Devlet Kuramı*, s. 429.

<sup>30</sup> Güriz, a.g.e. s. 345.

<sup>31</sup> Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbağ; *"Felsefe, Sosyoloji ve Devlet"*, s. 359.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ögesi savaş ve misilleme biçiminde bu hukukta da vardır.<sup>32</sup>

### Kelsen'e Yöneltilen Eleştiriler

Bilimin bir dereceye kadar rasyonalist olma zorunluluğu kabul edilebilir. Fakat Kelsen, düşüncesinde ılımlı bir rasyonalizmin sınırları içinde kalmamaktadır. Beşeri akıldan çıkan faktörlerin abartılmasıyla, ampirik, deneysel bilgi öğelerinin küçümsenmesi hat- ta *Yeni Kantçılığa* dayanarak bu öğelerden oluşan malzemenin, bilimimizin meydana gelmesinde tamamıyla bir "hiç" olduğu kanısına varılmaktadır.<sup>33</sup>

Diğer yandan modern fizikte de atom altı yapıların incelenebilmesi sonucunda Newton fiziğinin öngörüsünün aksine, doğa kanunlarının mutlak olmadığı anlaşılmış; nedensellik ilkesinin yerine ihtimal ilkesinin varlığı sonucuna ulaşılmıştır.

Kelsen'in hukukun saflaşmasının altında yatan tüm arzu ve çabası aslında hukuku politikadan bağımsız kılmaktı. Hâlbuki hukuku sosyal, etik ve politik faktörlerden dışlayarak, içerik yerine salt "biçim" uğraşına indirgemesi, hukukçuluğu hukuk teknisyenliğine indirgemekle sonuçlanmaktadır.<sup>34</sup> Zira sosyal realite ile ilgilenmemek, aslında sosyo-politik alandan gelen verileri olduğu gibi kabullenmek anlamına gelir. Başka bir anlatımla, sosyo-politik etkilerle hukuk kurallarının oluşması kaçınılmaz bir gerçektir. Belli bir ortam içerisinde oluşan normları olduğu gibi kabul edip hukukçuluk yapmak, politikayı (tartışmaksızın) hukukun içine sokmak anlamına gelir. Böylece yasa koyucunun politik eği-

limleri olduğu gibi kabullenilmekte, politika ve ideolojilerin de kör bir uygulayıcısı olunmaktadır. Böyle bir anlayışla hukuka bilimsellik getireceğim diye, hukukun sosyolojik ve filozofik tarafını ihmal etmek de bilimsel olmayı değil, ideolog olmayı ifade eder.<sup>35</sup>

Hemen belirtelim ki hukuk eğitim, öğretim ve uygulanmasında egemen olan hukukçuluk anlayışı da budur. Üniversitelerde hukukun teknik yönüne ağırlık verilmekte, onun öz ve esasını inceleyen disiplinler ikinci plana atılmaktadır.<sup>36</sup>

Kelsen'in hukuk teorisi, özellikle, "temel norm" varsayımından dolayı şiddetle hücumlara uğramıştır. Çünkü temel normun hukuk dışı bir varsayım olduğunu belirtmekle, her türlü siyasal rejimin adaletle uygunluğunu da benimsemek durumunda bulunmaktadır. Bu şekilde modern diktatorya ve parlamenter demokrasi eşit derecede meşrulaşmış olmaktadır.<sup>37</sup>

### Temel Norm ve Türkiye<sup>(\*)</sup>

Kelsen'in normlar hiyerarşisinde anayasalar, geçerliliklerini ve etkinliklerini, kendilerinin üstündeki varsayımsal temel normdan alırlar. Devletlerin kurulmasıyla, örgütlenme biçimine yani "esas teşkilata"; yani anayasaya hakim olan zihniyet, felsefe temel normdur. Görüldüğü üzere Kelsen'in temel normu bildiğimiz klasik anlamda bir hukuk normu değil, bir yaşam görüşü, bir felsefedir.

Temel normun yapı ve mahiyetini ilk kurucu iktidar (asli kurucu

<sup>32</sup> Öktem-Türkbağ, a.g.e. s. 359.

<sup>33</sup> Aral, a.g.e. s. 87.

<sup>34</sup> Öktem-Türkbağ, a.g.e. s. 357.

<sup>35</sup> Öktem-Türkbağ, a.g.e. s. 360.

<sup>36</sup> Niyazi Öktem; *Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı*.

<sup>37</sup> Güriz, a.g.e. s. 35.

(\*) Bu bölüm Niyazi Öktem'in "Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı" isimli çalışmasından derlenmiştir.

iktidar) belirler. Belli bir ülke içinde örgütlü bir şekilde toplumu yöneten, yani devleti ele geçiren grup hukuk sistemini kurarken belli bir anlayış içindedir. Türkiye'nin de kendine özgü bir temel normu vardır ve bu temel norm meşruluk ve etkili olmanın ölçütüdür.

Türkiye'de temel norm, özelliklerini Türkiye'nin sosyal koşullarından ve tarihi süreçten almaktadır.

Bu özelliklerden ilki Türk toplumunun yaşadığı batılılaşıma sürecidir. Temelini Batı Felsefesi ve Batılı yaşam tarzında bulan Atatürkçülükle özdeşleşen bu tarihi süreç, temel normun belirleyici çerçevesidir.

İkinci olarak, ülkemizin sentetik kültür yapısından bahsedilebilir. Bu coğrafyada yaşamış insanların çeşitli uygarlıklarla iletişimi Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı kimliğinin plüralist yapısının ortaya çıkmasını sağlamıştır. Temel normda bu husus da göz önünde bulundurulmalı; uygulama, yorum ve yargılamada çağdışı ve önyargılı yaklaşımlardan kaçınılmalıdır.

Toplumumuzun diğer bir sosyal özelliği ise İslam dinidir. Dinin bir yorum olduğu kabullenildiğinde Kur'an-ı Kerim ve hadislerde özünü bulan İslam, yorumlarla kurumsallaştırılmıştır. Böyle olması doğalken dini yorumlayan bilim, kültür, tarih bilgisi, sosyolojik verilerle, felsefeyle donatık ve çağdaş bir bakış açısına sahip değilse tıpkı Kelsen'de olduğu gibi biçim ve tekniğe takılıp kalıyorsa din karanlık ufuklara gidip, gelişmeyi engeller. Bu açıdan toplumsal yapının önemli ögesi olan dini Türk kimliğinin oluşmasında görmezlikten gelemeyiz. Bu etmeni göz önünde bulunduran yargıç; hukukçu; sosyolog filozof kadar olmasa bile dinin çağdaş yorumlarına bağlı yönlendirmeler yapmak mecburiyetindedir.

Sonuç olarak anayasa yargısı hukuk devletinin temel güvencelerinin başında gelmektedir. Anayasa mahkemesi de sadece anayasa yargısının değil tüm devlet yapısının temel yargısal denetleme kurumu olarak düşünülmelidir. Böyle bir yapıda da sadece Kelsen'ci bakış açısı içinde teknik ve lafzi bir yorumla etkinlik ve meşruluğu sadece pozitif normlar arasında aranmamalı, tüm normlar piramidinin kaynak aldığı temel normu her zaman için göz önünde bulundurarak genişletici ve amaca bağlı yorum yapılmalıdır.

### **Kaynakça**

- Adnan Güriz; **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara: 2003.
- Aral, Vecdi; **Saf Hukuk Teorisinin Metodu Ve Değeri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 553, İstanbul 1978.
- Cemal Bali Akal; **Devlet Kuramı**, Dost Kitabevi, İstanbul: 2000.
- İhsan Dağdelen; **Devlet Bilimi Metodolojisi**, Web adresi: [http://www.insanbilimleri.com/-makaller/siyaset\\_bilimi/devlet\\_bilimi\\_metodolojisi.htm](http://www.insanbilimleri.com/-makaller/siyaset_bilimi/devlet_bilimi_metodolojisi.htm)
- Kemal Gözler; **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu**, US-A Yayıncılık, Ankara: 1998.
- Muharrem Balcı-Gülden Sönmez; **Temel Belgelerde İnsan Hakları**, Danışman Yayınları, İstanbul 2001.
- Nicoletta Bersier Ladavac; "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note And Bibliography", **European Journal Of International Law**, Volume: 9, No: 2, 1998.
- Niyazi Öktem; "Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı** dergisi, Cilt No: 8, 1991.
- Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbağ; **Felsefe, Sosyoloji ve Devlet**, Der Yay., İstanbul 2001.
- Yasemin Işıқтаç; **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul: 2004.





## Savunma Hakkı<sup>(\*)</sup>

Av. Yasin DIVRAK - Av. Ahmet Hasan KILIÇ



### TAKDİM

**A**dalet idesine kavuşabilmenin yolu, savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesiyle mümkündür. Savunma, muhakeme faaliyetinin temelinde yerleşmeli ve tüm muhakeme bu temel üzerinde şekillenmelidir. Bu yönüyle hukukçunun ve muhakemenin aslı görevi, gerçeğin tamamen ortaya çıkarılmasıdır. Çünkü adalete giden yol, gerçeği ortaya çıkararak inanç ve eylemdir. Gerçeği ortaya çıkaracak inanç ve eylem de en yoğun olarak, o gerçeğe en çok ihtiyacı olan ve kendisinde başlanmış bir hak bulunan "savunma"da bulunabilir.

Savunma hakkı, muhakemenin temel ve kutsallık iksiri içirilmiş unsuru ise; muhakemenin diğer unsurları ile birlikte anayasada zikredilmeli ve düzenlenmelidir. Oysa ki, "besleme yerine asma" düşüncesinin hakim olduğu anayasamız, savunma ve savunmayı temsil eden avukatlar ve bunların meslek kuruluşu olan barolar hakkında bir düzenleme getirmemiştir. Barolar ile ilgili tek düzenleme Anayasanın 135. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, çok genel bir anlamıyla "Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları" başlığı altında kanunla yapılacak düzenlemelere atıflar yapmaktadır. Bu atıfta

savunma ve avukatlarla, barolarla ilgili bir hüküm yoktur. Öte yandan 139 ve 140. maddelerde hakimlik ve savcılık teminatı ve bağımsızlığı etraflıca düzenlenmiştir. Bu anayasal(!) koşullarda savunma hakkının gerekene yakın düzeyde kullanılabilmesi, savunmayı içselleştirebilmiş avukatlar sayesinde mümkün olabilmektedir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılıyor olabilmesinin olmazsa olmaz koşulu "hukuk devleti ilkesi"nin yaşama geçmiş olmasıdır. Hukuk devleti, bireylerin hukuki güvenlik içinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kuralları çerçevesinde geliştiği bir sistemi ifade ederken; zayıf olan bireyin güçlü olan devlete karşı kendini savunabilmesi, o toplumda hukuk devleti ilkesinin yerleşmiş olmasını zorunlu kılar.

Okuyucu, savunma hakkının söylemde sürekli olarak devlete karşı kullanımını fark etmektedir. Savunmanın ağırlıklı olarak devlet karşısı söylemle dile gelmesinin bir nedeni kanuni mevzuat olduğu kadar, diğer nedeni de meşruiyetlerini hukukun meşruiyeti ile birlikte sorgulayamayan uygulayıcılar olmaktadır.

Baronun, devletin avukatlığına soyunması şeklindeki pratikleri, devlet karşısında zaten güçsüz olan savunmanın devlet yanında yer alan savunma ile ilgili kanaatlerinde, bir kere daha pekişme oluşturmuştur.

İşte tam da bu sırada Çağrı Avukatlar Grubu Fikri Araştırmalar Komitesi, Baronun işlevselliğini

(\*) Bu çalışma, **Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu**'nda tebliğ olarak sunulmuş, bilahare İstanbul Barosu'nun 2004 seçimlerinde **Çağrı Avukatlar Grubu**'nce Eylül 2004 tarihinde kitap olarak yayımlanmış ve 10.000 adet basılmıştır.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

de konu alan savunma hakkını gündemimize taşıyarak, özgün bir çalışma ortaya koymuştur. Komitenin, savunma hakkının düzenlenmesi ve sorunlarına ilişkin gayretlerini, çözümlerin parçası olarak adliye koridorlarında gösterdiği kadar, entelektüel düzeyde de meslektaşlarımıza sunmuş olması, savunma mesleği ve geleceğimize dair bir parıltı olarak görülmektedir.

Savunmanın ve savunma mesleğinin teminatı genç meslektaşlarımızın çalışmalarının, hukukla erdem birleştiği sorumluluk bilincinin yansıması olarak kabulü, onlara duyduğumuz sevgi ve saygının en güzel göstergesi olacaktır.

**Av. Muharrem BALCI**

### GİRİŞ

Savunma hakkı üzerinde yazılan yazılar, yapılan tartışmalar yeni değildir. Ancak bu hakkın, sıradan bir hak olamayıp bir insan hakkı olduğu düşüncesi yeni kabul edilen bir düşüncedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi bir insan hakkı olarak savunma hakkını içermektedir (m. 8, 9, 10, 11). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ise savunma hakkını öncelikli olarak sanık bakımından öne çıkarmış (m. 6/3) ve herkesin savunma hakkının olduğunu kabul etmiştir (m. 6/1).

Anayasada savunma hakkı tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. Anayasanın 36. maddesinde, "hak arama hürriyeti" içinde, "Temel Haklar ve Ödevler" arasında;

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"

şeklinde düzenlenmiştir.

Esasen, devlet dahil bütün kurumları ayakta tutan "hukuk"dur. Bu bakımdan biz hukukçulara düşen,

her hangi bir tarafı değil, hukuku, hukukun gereğini incelemektir. Kurumlar, insanlar ve mahkemeler hakları tanımak zorundadır. Çünkü bu haklar, mahkemeler ve yasalardan önce vardır. Hiçbir kurum veya mahkeme hakkın koyucusu/ihtidas edicisi değil, ancak tanıyıcısıdır. Korunması gereken ve üstün olan bizzat "hakkın" kendisidir. Hak sahibinin kimliği de hakkın yerine getirilmesinde önemli ve belirleyici değildir. Bu noktada savunma hakkı da hukuk düzenimizce kabul edilen temel bir haktır. Temel haklar arasında düzenlenen savunma hakkının içeriğinin ne olduğu, bu haktan kimlerin yararlandığını saptamak için bu çalışmayı yapmış bulunmaktayız.

### SAVUNMA HAKKI KAVRAMI

Savunma hakkının dar ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamı vardır. Savunma hakkının pasif yönü olarak da kabul edilen "dar anlamda savunma hakkı" bireyin kendine yöneltilen bir isnadı karşılama ve bu isnada cevap verme hakkı olarak ifade edilebilir. Bu anlamda savunma hakkı, sadece isnat altındaki kişinin, yani sanığın savunma hakkı olarak anlaşılmalıdır.

Bir hak olarak "savunma hakkı" geniş anlamıyla, hukukun kişilere tanıdığı ve koruduğu yetki olarak ifade edilen ve insan hakları kavramı içinde yer alan en önemli süjelerden birini oluşturmaktadır. Hak olarak ifade edilen yetkinin kullanımı ya da bir hakka yapılan saldırıyı önleme geniş anlamda savunma hakkının kapsamını oluşturmaktadır. Bu tespitin dayanağı karşılıklı iddia ve savunma konsepti üzerine kurulmasıdır. Dolayısıyla nerede iddia varsa orada savunma ve nerede savunma varsa orada da iddia bulunmaktadır. Bu nedenle savunma hakkı, sadece iddia veya isnadın muhatabı kişiye tanınmış bir hak

değil bilakis iddia ve isnatta bulunan kişiye de tanınmış bir haktır. Kapsam böyle olunca savunma hakkı, sadece ceza muhakemesi<sup>1</sup> hukukuyla sınırlı kalmamakta ve sadece sanığın tekelinde kalmamakta, aksine "dava" kavramıyla bağlantılı olmak üzere tüm muhakeme hukukunu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla savunma hakkının sahibi yalnız davalı veya davalı kişiler olmamakta, hem dava hem de davalı kişi veya kişiler olabilmektedir.

Günümüz hukuk metinlerine hak olarak geçen ve korunan savunma ihtiyacı tüm canlılarda doğuştan var olan içgüdüsel bir davranış biçimidir. Hak arama insan tabiatının duraksamadan ve kendiliğinden her ilişkide ortaya koyduğu dinamik bir eylemdir. İnsan, yapısında var olan bu içgüdüsel davranışı aklını da ekleyerek geliştirmiş, değiştirmiş ve tarihsel süreç içinde farklı görünümlemlerle günümüze kadar gelmiştir. Başlangıçta hakkını kendi eliyle alma "ihkak-ı hak" şeklindeki kaba kuvvet savunmadan elini çekmiş, yerini kurumsal yapı olan devlet almıştır.

Devlet adı verilen üstün güç yasama, yürütme ve yargı işbölümüyle bireyin hak ve özgürlüklerini korumayı üstlenmiştir. Artık hakkın ve haklılığın saptanması kişiye özgü anlayış olmaktan çıkmış, önceden konulan, yöntemine uygun bir biçimde yürürlüğe sokulan ve genelde yazılı olan, devlet dahil herkesi bağlayan kurallara yerini bırakmıştır. Kişilerin kendini koruması anlamında savunma ise "savunma hakkı" olarak bu ku-

rallar manzumesi içinde yerini almıştır.

Hem yönetimlerden, hem diğer insanlardan gelecek her türlü baskı ve zarara karşı insanı ve insanlığı hukuk korumaktadır. Bu bakımdan hukuk insanlığın en yüksek değerlerinden biridir. Aynı zamanda insanlığın vazgeçilmez ortak değeridir. Bunun tabii sonucu olarak da insanlar bir haksızlığa uğradıkları zaman hukuka başvurarak haklarına ulaşmaya çalışırlar. Hukuk Devleti anlayışına göre, hukuk yoksa devlet de yoktur; hukukun olmadığı yerde olsa olsa çete ve çeteler vardır. İşte bu geniş kapsamı ve bağlayıcılığı nedeniyle hukuk, yönetimden, devletten ve bütün kurumlarından üstündür. Bu düşünce ifade edilse de edilmese de her zaman vicdanların içinde ve vicdanlardan üstündür. Bu bakımdan "hukuk devleti" kavramı yerine artık "hukukun üstünlüğü" kavramı ikame edilmiştir. Bu son kavram devleti kutsal olmaktan çıkarmakta ve bir hukuk süjesi haline getirmektedir.

Tüm bu hukuk, kudsiyet, devlet, hukukun üstünlüğü gibi kavramlar, hukukun kaynağı itibarıyla değerlendirilmesini gündeme getirmiştir.

Gerçekten de, vicdanlardan kanunlara taşınan hukuk ve hukuk sistemi, oluşturduğu düzenlemelerle, dayandığı zihniyeti de tartışmaya açmıştır. Artık bundan sonra her türlü hukuki düzenlemenin dayandığı hukukun meşru olup olmadığı tartışma konusu yapılacaktır. Söz konusu tartışma, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğüne dayalı devlet kavramlarının da içinin doldurulmasında, konumuz gereği "savunma hakkı"nın da hukukun üstünlüğüne dayalı devlet zihniyeti içinde aldığı değerler ortaya konmasında etkili olacaktır. Bir başka ifadeyle, savunma hakkı, devletin hukukunun meşruiyeti sorunsalında anlamlı olacaktır. Bu çalışma böy-

<sup>1</sup> "Yargı" kavramı, muhakeme kavramının yerine kullanılıyor olsa da, esas itibarıyla yargı hüküm verme anlamındadır. Yargı dendiğinde hüküm verme anlaşılacaktır. "Muhakeme" ise, bir uyumsuzlukta uyumsuzluğun tüm taraflarının (iddia, savunma ve hüküm) birlikte ve biri olmazsa diğeri olmaz işlevselliği ile yapılan işlemdir. Bu nedenle biz yargı yerine muhakeme kavramını kullanmayı uygun gördük.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lesi bir geleceğin inşasında katkı yapması temennisiyle yürütülmüştür.

### SAVUNMA HAKKININ ÖNEMİ

Bir kimsenin kendine yöneltilen isnadı karşılayamaması, haklılığını ortaya koyamaması kabul edilebilir bir olgu değildir. Savunma hakkı adaletin gerçekleşmesinde çok önemli fonksiyonlar icra etmektedir. Gerek bireyler gerekse tüm toplum açısından adalet mefhumunun tam anlamıyla gerçekleşebilmesi savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesiyle mümkündür. Öyle ki "savunma" muhakeme faaliyetinin temelidir ve tüm yargılama bu temel üzerinde şekillenmelidir. Siyasette ve ideolojik yaklaşımlarda yapılanların aksine, hukukta asıl olan gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu yönüyle hukukçunun ve yargılamanın en önemli görevlerinden biri, gerçeğin tamamen ortaya çıkarılmasıdır. Çünkü adalete giden yol buradan geçmektedir.

Tüm modern dünya ülkelerinde bu yönde bir gelişim olmasına karşılık maalesef ülkemizde savunmaya gereken önemin verildiğini söylemek mümkün değildir. Anayasa'ya ve bununla ilgili yasal düzenlemelere bakıldığında savunmanın muhakeme içinde bir kurum olarak dahi kabul edilmediğini görmekteyiz. Gerçekten iddia makamı devlet gücünü arkasına alarak, son derece geniş olanaklarla işlevini yürütürken, savunma ve delil toplama görevi sadece biz avukatların imkanlarına ve omuzlarına yüklenmiş devasa bir yükür.

Durum böyle olunca savunmayı güçlendirmenin yolu da, savunmayı temsil eden avukatın muhakeme aşamasında daha etkin bir hale gelmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılmasından geçmektedir.

Savunma hakkı geniş anlamıyla sadece ceza muhakemesinde sanık

durumunda olan kişi ile sınırlı olmadığı gibi, esasen ceza hukuku ile de sınırlı değildir. Savunma hakkı "dava" kavramıyla bağlantılı olarak tüm muhakeme hukukunu kapsayan, davanın tüm tarafları için geçerli olan bir haktır. Hatta kişiye yöneltilmiş bir isnadın olduğu, insanların toplum olarak bir arada yaşadığı her yerde ve her an ihtiyaç duyulabilen bir haktır. Bu da savunma hakkının ne denli önemli bir hak olduğunu izah etmeye yeterlidir.

Tüm bunlara rağmen savunma hakkının en yoğun olarak kullanıldığı ceza muhakemesi hukukunu düzenleyen Ceza Muhakemeleri Usul Kanununa baktığımızda çok büyük bir eksiklikle savunma hakkını sadece sanık bakımından düzenlemiş olduğunu, mağdur olan kişi açısından ise böyle bir hakka yer verilmediğini görmekteyiz. Modern ceza muhakemesi hukuku, savunma hakkını sanığa tanırken, mağduru da bu haktan mahrum etmemek zorundadır. Çünkü ihlal edilen hak bir insan hakkıdır ve işlenen suçların büyük çoğunluğunda, suçun mağduru insandır. Kısaca savunma hakkı sadece sanık veya davalıya tanınmış bir hak değil bilakis mağdura ve davacıya da tanınmış bir haktır.

Özetle ceza yargılamasında isnadın kamusalılığı esası, özellikle sanık bakımından önemli hüküm ve neticeler doğurmakla birlikte; mağduru savunma hakkının kapsamı dışında bırakmak modern hukukun kabul edebileceği bir durum değildir.

Savunma hakkı, hak sahibi veya vekil tarafından kullanılıp kullanılmaması önemli olmayıp, bireysel nitelikte ve kamusal bir hak olması nedeniyle de önemlidir. Ancak, ceza muhakemesinde, sanık söz konusu olduğu için savunma hakkının bireysel nitelikten çok kamusal niteliği ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla iyi örgütlenmiş iddia makamı olan devlet karşısında gü-



venceden yoksun sanığın korunması zorunlu olmuştur.

Bu zorunluluk, giderek savunmanın isnada eşitliği, yani en az iddia makamı kadar savunmanın da kurumsal anlamda örgütlenmesini beraberinde getirmiştir. Bugün dünyada farklı sistemler olmakla birlikte modern muhakeme hukukunda, iddia makamı kadar örgütlü savunma kurumu bulunmaktadır. Ancak CMUK'un yukarıda çerçevesi çizilen anlamda bir savunma kurumunu bünyesinde barındırdığını söylemek güçtür. CMUK'da son on yılda yapılan değişiklikler dahi beklentilere cevap vermekten uzaktır. Onun için bir an evvel kurumsallaşmış bir savunma makamına yaşama alanı açacak yasal değişiklikler yapılmalıdır.<sup>2</sup>

Çözüm için yapılması gereken, çok açık ve kesindir. Yapılması gereken, "hukuk reformu"dur. Bu reform önce hukukçuların kafasında, daha sonra mevzuatta (hukuki düzenlemelerde) olmalıdır. Hukukçu, adaleti sağlamakla görevli olduğu bilincine varmalıdır. Savcı kendisini "korucu", hakim kendisini "memur", avukat da hukuku "menfaat aracı" olarak görüyorsa, en iyi kanunların dahi uygulamada hiçbir anlamı olmayacaktır.

Şüphe yok ki hukuk; ne statüko-yu koruma, ne muhalifleri cezalandırma, ne de çıkar sağlama aracıdır. Hukuk; adalete giden tek yoldur. Hukukun üstünlüğü de buradan gelmektedir. Hukukun üstünlüğü er veya geç, hem bu ülkede hem de bütün dünyada sağlanacaktır. Peki bu ülkede bu ağır görevi kim gerçekleştirecektir? Hiç kuşku yok ki, savunma hakkını en etkin şekilde kullanacak olan savunma ma-

kamıdır. "Peki ne zaman" sorusuna ise, "hemen şimdi" cevabını vermeyi uygun görüyoruz.

Ceza muhakemesinde savunma hakkı bütünlük arz etmekle birlikte, bir yandan hak sahibi tarafça kullanılan bir hak olarak ortaya çıkarken diğer yandan biçimsel olarak müdafii tarafından kullanılan bir haktır. Ancak savunma hakkı niteliği gereği mutlak şekilde kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Hak, kanuni temsil halleri hariç (CMUK, m. 138) ancak vekaleten kullanılabilir.<sup>3</sup>

Savunma hakkı bireysel nitelikte kamusal bir hak olduğundan, hak sahibi avukatlık hizmetinden yararlanma hakkından mahrum edilmemesi gerekir. Özellikle ceza muhakemesinde sanıklık sıfatının kazanılmasından sonra, devlet, kişiye isterse avukat sağlamak zorundadır. Bu nedenle modern hukuk düzenlerinde "Adli Müzaheret" kurumuna yer verilmiştir. Bugün hukuk sistemimizde bu kurum günün ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte ivedilikle düzenlenmelidir.

## HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ ve SAVUNMA HAKKI

### Genel Olarak

Hak ve bu bağlamda hak arama özgürlüğü, uygarlığın gelişimine paralel olarak gelişen bir kavramdır. Bu gelişim sürecinde insanların, haklarını elde etme uğraşlarının yanı sıra haklarını kullanabilme ve koruma yönünden de önemli çabaları olmuştur.

<sup>2</sup> Bu çalışma, Eylül 2004'te yayımlanmış olup, daha sonra 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kabul edilmiştir. Metinde CMUK olarak geçen ibareler artık CMK olarak anlaşılacaktır. Metinde geçen maddelerin CMK'daki karşılıkları metne işlenerek çalışma güncelleştirilmiştir.

<sup>3</sup> Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda müdafii seçimine ilişkin hususlar 149 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir.

Müdafii görevlendirilmesini düzenleyen 150. madde de eski kanundan farklı olarak cezanın üst sınırının 5 yıl ve yukarısı hapis cezasını gerektiren suçlardan olması halinde sanığın talebine gerek kalmaksızın müdafii zorunluluğu getirilmiştir.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Hukukun insan elinde şekillen- diği ve yorumlandığı gerçeği çok iyi algılanmalıdır. Örneğin – aslında bir feodalizm manifesto- sundan başka bir şey olmadığı hal- de– Magna Carta tarihi süreç için- de bir özgürlük belgesi hatta öz- gürlük belgelerinin ilki ve önem- lisi olarak yorumlanmıştır. Çünkü Magna Carta'nın 40. Bölümünde, hakkın ve adaletin satılamayacağı ya da inkar edilemeyeceği belirti- lerek tüm kişilere, rütbesine, statüsüne ya da zenginliğine bak-ılmaksızın, yargı makamına başvu- rabileceği ve yargısal usullerden yararlanabileceği belirtilmiştir.

İşte yalnız bu hükümden hare- ketle bile bu belge özgürlük ve hakların güvencesi olarak anlaşıl- an ve uygulanan belge olarak de- ğerlendirilebilmektedir. Yine gü- nümüze kadar gelen süreçte, katı normların anayasaya uygunluğu so- mut norm denetim yolu ile denet- lenmekte ve hukuk devleti, hukukun üstünlüğü gibi kavramlar, savunma hakkı eksenli değerlendirilerek, bireyin temel hak ve özgürlükleri koruma altına alınmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerin ana- yasal güvence ile teminat altına alınmaya başlandığı bu süreçte, hak arama özgürlüğünün somutlaşmış hali olarak da kabul edebileceği- miz hak arama özgürlüğünün en et- kin kullanım şekli olan "savunma hakkı" da aynı şekilde anayasa ve yasalarda ifadesini bulmuştur. Bir başka deyişle birey devlete karşı biraz daha güçlü hale getirilmeye çalışılmıştır.

Ülkemiz açısından bu temel hak- kın anayasal metinlere geçmesi 1876 tarihli "Kanunu Esasiye" ile başlamaktadır. Bu Kanunun 83. mad- desini ve 1924 tarihli "Teşkilatı Esasiye Kanunu"nun 59. maddesinde herkesin yargı yerlerinde hakları- nı savunmak için gerekli yasal araçları kullanabileceği kabul edilmiştir.

1982 Anayasası hak aramayı "Te- mel Hak ve Hürriyetler" arasında

kabul etmekte ve "Kişi Hakları" arasında düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesine göre;

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merci- leri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

1961 Anayasası'nın 31. madde- sinde de, "adil yargılanma hakkı" hariç, benzer hüküm bulunmaktadır;

"Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir."

1961 Anayasası'nın 31. madde- sinde ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen şekliyle, Anayasanın hak aramayı yargı mer- cileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkı şek- linde tanımlaması hak aramanın sadece yargı mercileri önünde ger- çekleşebileceği izlenimini uyan- dırmaktadır. Bu durum hakkın kap- samını kısıtlayıcı bir görünüm arz etmektedir.

Hak aramanın yargı mercileri önüne gelmeden başka merciiler önüne gelebileceği bilinen bir gerçektir. Bu nedenle Anayasanın 36. maddesinin geniş yorumlanması hak arama özgürlüğünün gerçek ama- cına ulaşması için önemli bir hu- sustur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası- nın Bazı Maddelerinin Değiştiril- mesi Hakkında 4709 sayılı Kanunun 14. maddesi ile Türkiye Cumhuri- yeti Anayasasının 36. maddesinin birinci fıkrasına "savunma" ibare- sinden sonra gelmek üzere "ile adil yargılanma" ibaresi eklenmiş- tir.<sup>4</sup> Bu değişiklik ile Anayasada ilk defa "adil yargılanma" bir hak olarak tanımlanmakta ve tanınmak- tadır. Kişiler için temel bir hak olarak AİHS'in 6. maddesinde ifa-

<sup>4</sup> Kanun No: 4709, Kabul Tarihi: 03.10.2001, Resmî Gazete: 17.10.2001- 24556 Mükerrer.

desini bulan "adil yargılanma" şimdilik yeterli kanuni güvencede olmasa da, AİHS'in üstün norm niteliğinin korunması ve AİHM kararlarının emsal alınmasıyla uygulamada yerini alacağı benzetilmektedir. Darısı, Anayasada tek bir kelime olarak geçen "savunma"nın başına.

Hak arama ve bunun doğal sonucu olan savunma hakkı bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir özgürlük biçimidir. Özetle savunma hakkı hak arama özgürlüğünün olmazsa olmazıdır.

Savunma ve savunma organı hukuk düzenine ve özgürlükler düzenine sıkı sıkıya bağlıdır. Savunma özgürlüğünün olmadığı bir ortamda savunma hakkından söz edilemeyeceği gibi savunmanın etkin kullanımından da bahsetmek mümkün değildir.

## NİTELİKLERİ

Hukukun koruduğu menfaatler ve bireye tanıdığı yetkilerin çokluğu, hakların değişik adlarla tasnif edilmelerini beraberinde getirmiştir. Bu tasnifin en başında "Özel Haklar-Kamu Hakları" gelmektedir. Bu ayrımın önemi, devletin kişilere karşı yerine getirmesi gereken işleri kapsayan haklar olarak kabul edilmesidir.

Anayasada temel haklar üç başlık altında ele alınmaktadır. Bunlardan biri "Kişi Hakları ve Ödevleri" başlıklı bölümde yer alan haklardır. Önleyici haklar veya koruyucu haklar da denilen bu haklarla kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü korumakta, hakların gelişmesi için gerekli tedbirler alınmaktadır. Bu hakların en belirgin ortak özellikleri, kişiye belirli bir yaşam alanını saklı tutan, devletin bu alana karışmasını önleyen, kısaca bireyi devlete karşı koruyan temel haklardır. Savunma hakkı da bu bölümde yer almaktadır.

Savunma hakkı herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikte bir temel haktır. Bu hak yasa ile dahi olsa demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı biçimde sınırlandınamaz. Devlet dahil herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikte bir haktır.

AİHS'in 6. maddesi de savunma hakkını, adil yargılanma hakkı ile birlikte düzenlemektedir.

## Adil Yargılanma Hakkı

Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir Mahkeme<sup>5</sup> tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.

1. Hüküm açık celsede verilir, ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve Millî güvenlik yararı veya küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizli tutulması gerektiğinde veya davanın açık celsede görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar da-

<sup>5</sup> Bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı öylesine temel bir haktır ki, İnsan Hakları Komitesi bunun "istisna kabul etmeyen mutlak bir hak" olduğunu belirtmiştir. (...)

Uluslararası belgeler mahkeme teriminden çok "yargı yeri" terimine göndermede bulunmaktadır. Avrupa Mahkemesi yargı yerini, kendi yetki alanı içindeki meseleleri hukuk kurallarına ve daha önceden öngörülmüş usullere göre karara bağlamak üzere hukuken kurulmuş, yargısal görevleri yerine getiren bir organ olarak tanımlamıştır.

Ceza davalarında bu gerekliliğin amacı, yargılamaların belli bir dava için özel olarak kurulmuş yargı yerleri tarafından yapılmamasını güvence altına almaktır. Muharrem Balcı-Gülten Sönmez; **Temel Belgelerde İnsan Hakları**, Danışman Yay., İstanbul: 2001, s. 269 vd.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

va süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen bir şahsın suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.
3. Her sanık başlıca:
  - a) Şahsına yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,
  - b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak.<sup>6</sup>
  - c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının veya eğer 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 sağlanmasını istemek,
  - e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz faydalanmak haklarına sahiptir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılıyor olabilmesinin olmazsa olmaz koşulu "hukuk devleti ilkesi"nin yaşama geçmiş olmasıdır. Hukuk devleti ilkesi, bütün medeni demokratik rejimlerin en önemli temel ilkesidir. Hukuk devleti en kısa tanımıyla, 'bireylerin hukuki güvenlik içinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kuralları çerçevesinde geliştiği bir sistemi' ifade eder.

<sup>6</sup> Sanığın avukatla iletişim kurma hakkı İHAS'ın 6. Maddesinde açıkça güvence altına alınmamış olmasına karşın, Avrupa Komisyonu bu hakkın, sanığın avukatla iletişiminin temel bir parçası olduğu savunma hazırlama hakkından çıkarılabileceğini belirtmiştir. A.g.e., s. 269 vd.

Özellikle zayıf olan bireyin güçlü olan devlete karşı kendini savunabilmesi, o toplumda bu ilkenin yerleşmiş olmasını mutlak olarak zorunlu kılar.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında hukuk devletini;

"insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet"

olarak tanımlamaktadır.

Avrupa'da "Hukuk Devleti" ilkesi yerine "Hukukun Üstünlüğü" ilkesi ikame edilmeye çalışılmakta ve bu tartışmalar yaşanmaktadır. Çünkü "Hukuk Devleti kavramı insanı değil devleti merkeze almaktadır. Halbuki merkezde insanın olması gerekmektedir" denilmektedir.

Türkiye ise daha kanun devleti olmayı dahi tam başarabilmiş değildir. Çünkü bir protesto eyleminde bulunmuş 16 yaşındaki lise öğrencisinin "gösteri ve toplantı yürüyüşleri kanununa muhalefetten mi yoksa anayasal düzeni değiştirmeye zorla teşebbüsten" mi yargılanacağı kesin belli değildir. Böyle bir öğrenci hakkında anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüsten idamı istemiyle dava açılabilmektedir.

Temel haklar arasında yer alan hak arama özgürlüğünün kullanılmasında yasama ve yargı organları hukukun genel ilkelerini göz ardı etmemeleri gerekir. Bu bağlamda savunma hakkının güvencede olabilmesi için hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilen bütün uygar milletlerce tanınmış ve kabul edilmiş ilkelerin de hayata geçirilmiş olması gerekir.

Savunma hakkının niteliği konusunda değinilmesi gereken önemli noktalardan biri de bireylerin taleplerinin kamu yararı gerekçesiyle sınırlanmasıdır. Bir bakıma kişisel taleplerin bu yöntemle kanun koyucunun gözetim ve deneti-

mine bırakılması söz konusu olmaktadır. Devletin egemenlik yetkisinin kişi hakları üzerindeki uygulamalarla bir ölçüde sınırlanması hukuk mantığı açısından bağdaşmamakta, devletin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma özelliği açık şekilde ihlal edilmektedir.

## ANAYASADA UNUTULAN HAK SAVUNMA

Yargı ile ilgili düzenlemeler Anayasanın 138-160. maddelerinde yapılmıştır. Hukuk devletinde yargı erki, iddia, savunma ve hüküm olmak üzere üç ayaklıdır. İddia kamu adına kamuyu temsilen Cumhuriyet Savcılığı makamı, Savunma adına sanık ve müdafii, Yargı adına da Türk Milleti adına karar vermeye yetkili hakimdir. Dikkatli bir hukukçu gözü ile bakıldığında Yargı bölümünde SAVUNMA'nın yer almadığı görülecektir.

Gerçi denebilir ki; "Anayasada İddia başlığını taşıyan bir düzenleme de yoktur. İddia ile ilgili düzenlemeler kanunla yapılmaktadır. Hüküm ile ilgili düzenlemeler de kanunla yapılmaktadır. Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda iddia ve hüküm ile ilgili yeterli düzenlemeler yapılmıştır. Hatta savunmanın işlevi ile ilgili düzenlemeler de yapılmıştır". Fakat "Yargı" ana başlığı altında İddia ve Hüküm unsurlarını düzenleyen Anayasa, "Savunma" ile ilgili tek bir hüküm içermemektedir.

Hukuk Devleti olduğu iddiasında olan bir Cumhuriyet Anayasasında Savunma'dan tek kelime dahi bahsetmemesi, bir eksiklik olarak değil bir "utanç" olarak vasıflandırılabilir. Bu vasıf 1982 Anayasasının sözüm ona teminat altına aldığı ve akabinde de "ancak"larla sınırladığı tüm hak ve özgürlükler için de geçerlidir.

Savunma, yargının temel unsuru ise; yargının diğer unsurları ile

birlikte anayasada zikredilmeli ve düzenlenmelidir. "Besleme yerine asma" düşüncesinin hakim olduğu anayasa, savunma ve savunmayı temsil eden avukatlar ve bunların meslek kuruluşu olan barolar hakkında bir düzenleme getirmemiştir. Barolar ile ilgili tek düzenleme Anayasanın 135. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, çok genel bir anlatımla "Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları" başlığı altında kanunla yapılacak düzenlemelere atıflar yapmaktadır. Bunun dışında Savunma ve Barolarla ilgili bir hüküm yoktur.

Savunma'yı bir kurum olarak düzenlemeyen anayasa, acaba bir hak olarak düzenlemiş midir?

Bu soruya cevap verebilmek için Anayasanın başlangıç ve temel hak ve özgürlükler bölümüne bakmak gerekir.

Anayasanın başlangıç bölümünde vatandaşların,

"... hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"

ifade edilmektedir.

Anayasanın 12. maddesinden başlayıp 40. maddesine kadar devam eden Temel Hak ve Özgürlükler bölümünde ise:

"Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu, Kişi Dokunulmazlığı, Kişinin Maddi ve Manevi Varlığı, İşkence yasağı, Zorla Çalıştırma yasağı, Kişi Hürriyetini ve Güvenliği (Yakalama ve Tutuklama ile ilgili), Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı, Haberleşme Hürriyeti, Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti, Din ve Vicdan Hürriyeti, Düşünce ve Kanaat Hürriyeti, Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti, Bilim ve Sanat Hürriyeti, Basın Hürriyeti, Dernek Kurma Hürriyeti, Toplantı ve Gösteri Yürüşü Düzenleme Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Tabii Hakim Güvencesi, Suç ve cezalara

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

İlişkin Esaslar, Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması”

düzenlenmektedir.

Bu maddeler incelendiğinde görülecektir ki; temel hak ve hürriyetler anlamında sadece 36. maddede kişinin savunma hakkına sahip olduğu vurgulanmakta ve

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”

denmektedir.

### Savunma Hakkı Kutsal mı?

Yukarıda sayılı hak ve hürriyetler kişinin kutsal hakları ve özgürlükleri kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, anayasanın değiştirilemez, hatta değiştirilmesi dahi teklif edilemez maddelerindeki umdeler ve kurumlara tanınan “kutsal”lık, bu temel hak ve hürriyetlere tanınmamıştır. Savunma hakkına da tanınmamıştır.

Savunma hakkı ve diğer temel hak ve özgürlükler; kişinin, yaratılıştan, doğuştan beraberinde getirdiği en temel, olmazsa olmaz haklarıdır. Yaratıcı tarafından bahşedilmiş olması nedeniyle de “kutsal”dır. Bu kutsal haklar anayasada kanun koyucunun iki dudağı arasına sıkıştırılmış ve her maddenin sonuna eklenen veya ayrı başlıklar halinde yapılan düzenlemelerle sınırlandırılmış, kısıtlanmış ve budanmıştır. Hatta bu temel hak ve hürriyetler aleyhine devlet ve görevlileri tarafından yapılan müdahaleler, pek güdük müeyyidelerle karşılığını bulmuş, anayasanın ruhuna hakim olan mantık çerçevesinde bu müdahaleler adeta ödüllendirilmiştir.

Elbette ki kutsal olmayan, olması akla muhalif olan bazı umdelerin, kutsallık izafe edilerek dayatılması şeklinde düzenlenen anayasadan, kutsal savunma hakkını

düzenlemesini beklemek safdillik olur.

Kamuoyunda hakim kanaat şudur: Anayasa ve kanunlar devlete ve görevlilerine insan hak ve özgürlüklerine müdahale etmeyi yasaklamakta, fakat bazı kendini bilmezler bu hükümlere rağmen yetkilerini aşmaktadırlar. Halbuki bu doğru değildir. Hukuk devletinde devlet, vatandaşının hak ve özgürlüklerini sadece anayasalarda tanımlamakla kalmaz, bunları halkına duyurur, eğitimini verir. İlkokul çağlarından itibaren hak ve özgürlüklerinin neler olduğunu belletir, hazmettirir, sonra da bunların nasıl kullanılacağını, hangi hallerde kısıtlanacağını öğretir. Okullarda okutulan yurttaşlık derslerinde (ki son yıllarda kaldırıldı) ve vatandaşlık derslerinde hakların nasıl kullanılacağı değil, nasıl kullanılmayacağı öğretilmekte ve tornadan çıkmış vatandaş kalıbı üretilmektedir.

Hukuk devleti iddiasında olan devlet ve ona şekil veren kurumları ile bu kurumlarda at gözlüğü ile şartlandırılmış görevlilerin bir çoğu, kendi menfaatleri söz konusu olunca değil kanunları, anayasayı dahi ihlal etmekte bir beis görmemektedirler. Hatta devletin tepesinde bulunan şahıslar anayasayı bir defa delmenin mahzuru olmayacağını savunmuşlardır.

### Savunma'nın Tevsii Tahkikat Talepleri

Yargılamada savunmanın en tabii haklarından biri de “Tevsii Tahkikat” talepleridir. Bu talep; yargılama aşamasında ortaya çıkan yeni durumlar veya delillerin savunma tarafından, hatta iddia makamı tarafından yargıya iletilmesi ve araştırılmasını istemektir. Ancak, çoğu zaman bu talep yargıçlar tarafından reddedilmekte, hatta devletin en üst kurumu olan Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde oluşturulmuş Araştırma



Komisyonlarının raporları savunmanın delili olarak değerlendirilmeye alınmamaktadır.

Susurluk olayı olarak adlandırılan kaza nedeniyle ortaya çıkmış devlet içindeki çetelerin varlığının ve eylemlerinin ortaya çıkarılmasını araştırmak için kurulmuş TBMM Araştırma Komisyonuna çok büyük önem atfedildi. Fakat bugüne kadar yapılan uygulamalar bize şu kanaati bahsetmektedir: Bu Komisyonun hazırlayıp sunduğu rapor da, açılan davalarda delil olarak kullanılmamıştır. Daha önce kurulmuş ve raporu rafa kaldırılmış "Yolsuzlukları Araştırma Komisyonu" raporu gibi.

Tüm bunlar, devlete karşı hak-sızlığa uğradığını savunan vatandaşların savunma haklarının çiğnenmesine, tanınmamasına yönelik işlemler olduğu gibi, bu uygulamalar cesaretini ve kaynağını bizzat bu anayasadan almaktadır.

Ülkede, tüm hukukçu ve siyasilere ortak kanaati, anayasanın toptan değiştirilmesi ve insan hak ve özgürlüklerinin tamamının tanınması ve korunmasını kapsayacak, devlet birey ilişkilerinde birinin diğerine üstünlüğünü içermeyecek bir anayasa değişikliği olmasına, bu hususta ortak kanaat oluşmasına rağmen, bir türlü hayata geçirilememektedir. Bu köklü değişikliğin önünde önemli bir engel olmalı ki istekler sadece lafta kalmaktadır.

Belki de, "devlet ebed müddet" anlayışının, günümüz şartlarında tekrar gözden geçirilmesi, devletin ebediliğinin onu besleyecek düşünce genişliğinin ve açıklığının bireylere tanınması gerekecektir.

Şu da bir gerçek ki, en vatanseverler dahi, kendilerine bir çamur atıldığına inandıklarında, kutsal savunma haklarının ellerinden alındığını görmekte, savunmanın kutsallığı akıllarına gelmektedir. O halde birçok şeyin kararlıkta kaldığı, temel hak ve hürri-

yetlerin kısıtlandığı ve budandığı hukuk sisteminde savunma hakkının kutsallığı daha fazla önem arz etmektedir.

## SAVUNMA HAKKI VE AVUKATLIK

### Genel Olarak

Bireyin kendini savunması insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Bireyin üçüncü kişiler tarafından savunulması ise daha sonraları ortaya çıkmış olmakla birlikte, tarihi MÖ 2 binli yıllara dayanmaktadır. Daha önceleri onursal olarak ücretsiz yapılan bu mesleğin paralı olarak yapılır hale gelmesi ise Romalılara kadar uzanmaktadır.

Ülkemizde Tanzimat dönemine kadar şeriat kuralları gereği tarafların bizzat kadı önüne çıkmaları zorunlu idi. Tanzimat döneminde kabul edilen bir yasa ile tarafların bazı davalar açısından kendilerini bir vekil ile temsil ettirebilmeleri mümkün hale gelmiştir.

Cumhuriyet döneminde 3 Nisan 1924 tarihinde çıkarılan "Muhamat Yasası" ile gerçek ve tüzel kişilere ait hukuki işleri takip ve dava eden, savunan kimselere avukat [muhami] denileceği belirtilmiştir. Bu yasa ile gerçek ve tüzel kişiler adına aktif ve pasif savunma hakkını kullanma yetkisi avukatlara bırakılmıştır. Avukatlık Yasasının temel yasalardan hatta Anayasadan dahi önce yürürlüğe konulmuş olması, temel hak olan savunmanın önemini ve avukatın bu konuda üstlendiği onur verici görevin boyutunu göstermektedir.

1969 yılında çıkarılan 1136 Sayılı Avukatlık Yasası, hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında vekil sıfatıyla sadece avukatların görev yapabileceğini be-



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lırtmekle adeta savunma hakkı ile avukatı özdeşleştirmiş bulunmaktadır.

Günümüzde avukat, taraf temsilcisi olarak faaliyet göstermenin yanı sıra, yargılama faaliyetlerine katılımıyla "yargının bir ögesi" olarak adaletin gerçekleşmesine de katkıda bulunan bir meslek mensubudur. Avukat, hukuki bilgi ve deneyimlerini ortaya koyarak, bireylerin haklarına kavuşmaları ve uğradıkları haksızlıkların giderilmesi bakımından taraf temsilcisi olarak yardımda bulunurken; aynı zamanda adaletin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir.

Hukuk düzeninin korunması ve adaletin gerçekleşmesi amacıyla yapılan yargılama faaliyetinin içinde yer alan avukatlar da hakim ve savcılar gibi en geniş anlamda kamu görevi yapmaktadırlar. Savunma, iddia makamı ve yargı üzerine kurulu yargılama faaliyetinde savunmayı üstlenen avukatın yargılamanın bir ögesi olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Avukatlığın amacını düzenleyen Avukatlık Yasasının 2. maddesi bu 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 sağlamak"

olarak ifade etmiştir.

Avukatın mesleki faaliyetlerinin sadece yargı organları ile sınırlanmamış olması ve ikinci fıkrada bu amacın gerçekleştirilmesi için avukatın görevini yerine getirirken tüm resmi ve özel kişi ve kurumların "avukata yardımcı olmak" zorunda bırakılmış olması, avukatlık mesleğinin kendine özgü ve kamusalılığı olan bir meslek olduğunu göstermektedir.

## SAVUNMA HAKKI VE AVUKATIN BAĞIMSIZLIĞI

Savunma hakkının kutsallığı ve temel hakların başında yer alışı, bu hakları birey adına kullanacak avukatın tam anlamıyla bağımsız olmasını gerektirmektedir. Bağımsızlık, avukatın görevi esnasında doğrudan doğruya ya da dolaylı bir kısıtlama, baskı ya da müdahale görmemesi, bağımsızlığının garanti altına alınması ve korunmasıdır. Avukatın bağımsızlığı ilkesi bir hukuk normu olmaktan öte, etik ve ideal bir gereklilik niteliği göstermektedir.

Avukatın bağımsızlığı iş sahibine karşı olduğu gibi, meslek örgütüne, devlete hatta topluma karşı da bağımsız olmayı gerektirmektedir. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde

"Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.

denilmektedir.

Avukat bağımsız ise müvekkilinin çıkarlarını koruyabilir ve onu her aşamada savunabilir. Avukat görevini yaparken hür ve serbest olmalıdır. Uluslararası Barolar Birliğince benimsenen 6. madde bağımsızlıkla ilgili çok önemli bir saptama yapmaktadır. Bu maddeye göre,

"Avukatlar, meslek kurallarına, ahlakına ve standartlara uygun olarak müvekkillerinin yasal işlemlerini gerçekleştirirken tam bağımsız olacak, hiçbir kişi yada kurumun baskı ve yasaklarına maruz kalmayacaktır."

Avukat, mesleğini yerine getirirken bir makamdan izin alıyorsa, onay verildiği oranda mesleğini icra ediyorsa bu durum bağımsız olmadığı anlamına gelir. Bağımsız olmayan avukatın müvekkillerinin haklarını koruması, onu gerektiği

gibi savunabilmesi mümkün değildir.

Bir ülkede avukatlar bağımsız faaliyet gösterebiliyorlarsa, yasalardan kendilerine verdiği yetkileri rahatlıkla kullanabiliyorlarsa, o ülkede hukukun üstünlüğü var demektir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında önemli göstergelerden biri de avukatın bağımsızlığıdır.

Savunmanın temel değerlerinden birini oluşturduğu bağımsız yargıdan söz edebilmek için savunma hakkı ve hak arama özgürlüğünün güvencesi olan savunma mesleğinin serbestçe, her türlü baskıdan uzak olarak yapılabilmesi zorunludur. Bağımsız yargı hukuk devletinin temelidir. Özgür savunma ise bağımsız yargının bütünleyicisidir.

Bu bağlamda avukatın mesleğini her türlü baskı ve tehditten uzak olarak icra edebilmesi amacıyla bir takım özel hükümler benimsenmiş, avukatın mesleki faaliyetlerini yürütürken işlediği suçlardan dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine tabi tutulurken, haklarındaki soruşturmanın da doğrudan Cumhuriyet Savcılarını tarafından yürütüleceği hükme bağlanmıştır.<sup>7</sup>

Ancak tüm bu düzenlemelerin, avukatın bağımsızlığını dolayısıyla savunma hakkının tam anlamıyla kullanımını sağlamaya yeterli olduğunu düşünmek mümkün değildir. Uluslararası Barolar Birliği tarafından kabul edilen 13. madde de belirtildiği gibi, avukatların mesleki yükümlülüklerini tam olarak yerine getirebilmeleri için bir takım ayrıcalık ve olanaklarla donanmış olmaları gerekmektedir.

## SAVUNMA HAKKI VE BAROLAR

Avukatlık mesleği niteliği gereği bir kamu hizmeti olmakla beraber, kamu kurum veya kuruluşlarınca yada onların elemanlarınca yürütülen bir meslek de değildir. Her biri serbest meslek mensubu olan, bağımsız bir ortamda müvekkillerinin çıkarlarını savunan avukatlarca yürütülen bir mesleki faaliyetin yürütme veya ona bağımlı bir organca denetlenmesi veya disiplin altına alınması mesleğin temel nitelikleriyle bağdaşmaz.

Bununla birlikte avukatlık mesleğinin belirli bir disiplin altında yürütülmesi, benimsenen meslek ilke ve kurallarına tüm meslek mensuplarınca uyulmasının sağlanması gerekmektedir. Böyle bir gereklilik devletin kişiliğinden ayrı, bağımsız, başkaları tarafından yönlendirilmesi mümkün olmayan meslek örgütlerini zorunlu kılmaktadır.

Baroların olmadığı bir ortamda yapılan avukatlık faaliyetinin avukatların bireysel ahlak anlayışı ile sınırlı olacağı, bunun da kişiye göre değişen ahlaki değerlere göre farklılık göstereceği şüphesizdir. Bunun için kişisel ahlaki değerlerin üzerinde daha etkin ve düzenleyici bir "meslek ahlakı"nın olması gerekir. Mesleğe özgü toplumca benimsenmiş ortak davranış kurallarından oluşan meslek ahlakı, kişisel ahlakı da içeren ancak daha kapsamlı, belirgin bir mesleki düzen kuralıdır.

Başkaları adına savunma görevini üstlenen avukatların, bu görevlerini herhangi bir baskı yada etkiden uzak olarak yerine getirebilmeleri gereklidir. Devlet yada ona bağlı kişi ve kurumların güdümünde altındaki yapılan savunma, sadece şekli anlamda bir savunma olmaktan öteye gidemeyecektir. Bu nedenle avukatların mesleğe girişlerinde olduğu gibi, mesleğin yapılışında da bağımsız olması gerekir. Bu bağımsızlığı sağlayacak olan da avukatların serbest irade-

<sup>7</sup> Avukatlık Kanunu 58-59. maddeleri

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

leriyle oluşturmuş oldukları barolardır.

Barolar, mesleki anlayışın, ortak kavramların gelişmesi ve gerçekleşmesi için belirli görevler üstlenmekle beraber; bireysel mesleki faaliyetlerin denetlenmesi, özen, dürüstlük ve doğruluk içinde yapılması yönünden de görevler üstlenmektedirler. Bu görev bireyin hak arama özgürlüğünün bir başka güvencesini oluşturmaktadır.

Baroların ve dolayısıyla avukatların kısıtlanması, savunma hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlandırmakta, bu hak siyasal düşünceler ve ideolojiler altında ezilip gitmektedir.

Çağdaş, uygar ve demokratik ülkelerde barolar, savunma hakkının, hak arama özgürlüğünün, demokrasinin, hukuk devletinin, genel hukuk ilkelerinin etkin biçimde uygulanmasının en büyük güvencelerindedir. Çağdaş demokrasilerin en belirgin özelliği özgürlüklere dayalı ortamın en geniş anlamda katılımcı bir biçimde sürdürülmesidir. Bu anlamda kendilerine çok büyük görevler düşen baroların, üst kuruluşları olan "Barolar Birliği karşısında" da olmak üzere tam anlamıyla bağımsız kuruluşlar olarak özgürlüklerin en büyük savunucusu olması gerekir.

Ülkemizdeki yasal düzenlemelere bakacak olursak: 1961 Anayasası ile ilk kez "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları"na yer verildiğini görmekteyiz. Anayasa ile yürütmeye ait olan bazı yetkiler bu kuruluşlara devredilmiştir. Anayasanın 122. maddesi ile o güne kadar Adalet Bakanlığının gözetim ve denetimi altında yapılan avukatlık mesleğinin, o günden sonra yönetsel yetkiyi devralacak meslek kuruluşlarının gözetim ve denetimi altında yapılması gerekli hale gelmiştir.

1969 yılında çıkarılan Avukatlık Yasası ile barolar yeniden örgütlenmiş ve Türkiye Barolar

Birliği kurulmuştur. Ancak Barolar Birliğinin kurulması ve bu birliğin Adalet Bakanlığının vesayeti altına sokulması, barolara ve dolayısıyla avukatlara tam bir bağımsızlık sağlanmasını engellemiştir.

Bağımlı baro savunma mesleğinin bağımsız olmadığını göstermektedir. Bundan en fazla zararı savunma hakkı ve hak arama özgürlüğü görecektir. Baroların varlık nedeni meslek mensuplarına güvenceler sağlamaktan öte, savunmayı bağımsız ve etkin kılmaktır. Etkin ve bağımsız savunma hukuk devletinin bir gereğidir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanımı için avukatların mesleklerini hiçbir koşullanmaya tabi olmadan, özgür bir ortamda gerçekleştirebilmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda avukatların devlete karşı bağımsız olmaları gerekli olduğu gibi, kendi barolarına karşı da bağımsız olmaları gereklidir.

Halen ülkemizde belirli işlemleri açısından Adalet Bakanlığının idari vesayeti altında faaliyetlerini yürüten Barolar Birliğinin de Adalet Bakanlığının vesayetinden kurtarılması gereklidir. Bu vesayet ortadan kaldırılmadığı takdirde savunma, siyasi iktidarların fikirleri doğrultusunda şekillenecek, bu hakkın sınırlarını belirleme onların inisiyatiflerine bırakılmış olacaktır. Ayrıca Adalet Bakanlığı'nın yönlendirdiği barolara kayıtlı avukatların, mesleğini bağımsız olarak yapan savunucular olduğunu söyleme olanağımız da ortadan kalkmaktadır.

Bireylerin en kutsal hakkı olan hak arama özgürlüğünün ve bunun doğal uzantısı olan savunma hakkının, çağdaş bir anlam ve görünüm kazanabilmesi için savunma hakkını kısıtlayan normların kaldırılmasının yanı sıra Baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin tam bağımsız

kuruluşlar haline getirilmesi gerekmektedir.

### **SAVUNMA TEKELİ**

Hak sahibinin talebi üzerine veya kanunundan kaynaklanan yetkilerden dolayı, savunma hakkının temsil yoluyla kullanılması avukatların tekelindedir. Bu gösteriyor ki, hak, ancak avukatlar eliyle kullanılabilir. Avukat doğası gereği savunma kurumunun asli ve vazgeçilmez unsurudur. O nedenle, avukatlara savunma tekelinin verilmesi, savunma hakkı sahipleri için en önemli teminatıdır. Bu konuda avukatlık tekelini kaldırmaya yönelik düzenlemeler yapılmaz, yapılsa dahi hangi gerekçeye dayandırılırsa dayandırılınsın, savunma hakkı kavramının ihlalidir. Zira avukatlık sıfatının kazanılmasında baroya kayıtlı olmak kuralı savunma hakkı ve bu hakkı kullanan avukat bakımından önemli bir teminatıdır.

### **Kamu Avukatları**

Avukatlık mesleği diğer birçok meslek gibi, meslek mensuplarının bir araya gelerek mesleki gelişimlerini sağlamak ve etkin kamu kurumlarına karşı bağımsızlıklarını koruyabilmek için örgütlenmeleri gerekir. Avukat avukattır ve avukatlık mesleği, savunmayı hiçbir gücün etkisinde ve vesayetinde kalmadan yapan ve yapmaya çalışan bir meslektir. Bu bakımdan "kamu avukatlarının da baroya aidat ödeyerek mesleki örgütlenmeye katkı sağlaması" gerekir. Kamu avukatlarının Baro ödentilerinin de, kamu çalışanı olmaları ve Baroya kayıtlı olmanın kanuni zorunluluk olması nedeniyle kamu kurumları tarafından ödenmesi gerekmektedir.

### **Siyaset/İdeolojik Faaliyet/ Devletin Avukatlığı**

Diğer yandan, savunma tekelini elinde tutan ve bunu etkin şekilde kullanan avukatlar, mesleki gelişimlerini ve bağımsızlıklarını koruyabilmek için örgütlendikleri baroların kamu niteliğinde meslek kuruluşu olmasından dolayı, iktidar mücadelesi anlamında veya iktidar karşısında siyaset yapamaz, bir siyasi partinin yanında doğrudan ve dolaylı yoldan siyasete katılamazlar. (Av.K. m. 79, 111)

Ancak, barolar, savunma organı olarak güncel konulara yönelik siyaset üretebilirler. Bu siyaset baroların "ideolojik faaliyette" bulunabilecekleri anlamına gelmez. Çünkü Barolar bağımsız oldukları kadar, tarafsız olmak zorundadırlar. Bununla birlikte hukuk uygulamalarını değerlendirmek, hukukun üstünlüğünü savunmak, modern hukuk düşüncesini kitlelere tanıtmak, daha uygar, daha özgürlükçü bir hukuk düzenini oluşturma mücadelesini vermek, iktidarlara veya belli bir çoğunluğa veya azınlığın düşüncesine karşı olsa da, ideolojik faaliyette bulunmak anlamına gelmez. Sayılan bu haller Baroların görevleri arasındadır. Çünkü günümüzde barolar, kuruluş gayesi olarak, üyelerinin mesleki çıkarlarını savunmanın yanı sıra "hukuku" savunmayı da görev olarak üstlenmek zorundadırlar.

İstanbul Üniversitesi öğrencisi Leyla Şahin'in "derslere başörtüsü takarak girmekte ısrar etmesi üzerine, yönetim tarafından kendisine verilen cezasının insan hakları ihlali olduğu" iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) Türkiye aleyhine açtığı davada, İstanbul Barosu devletin yanında davaya müdahale talebinde bulunmuştu. İstanbul Barosu, davada devletin tavrının yeterince savunulmamasını ve davada devlet adına takiple yükümlü Dışişleri Bakanlığının, Ankara'ya sorulmadan sunulan "ek savunma"yı geri çekmesini müdahil olmak için gerekçe saymıştı.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

İstanbul Barosu'nun "savunma" hakkı konusunda titizlenmesi aslında alkışlanacak bir durum. Geçmişte, AİHM'e başvurduğu halde vekâlet ücreti ödeyecek durumda olmadığı için sonuç alamayan dâvacılar olduğu biliniyor; iki "türban" dâvası böyle bir âkıbete uğradı. Baro, "savunma hakkının kutsallığı" ilkesinin gereği olarak, 'adli yardım' anlamında bir yakınlık gösterebilir, hak arama özgürlüğünün gereğini yerine getirebilirdi.

Baronun devletin avukatlığına soyunması da hoş bir görüntü değil. Oysa, devlet karşısında zaten güçsüz olan davacılar, Baro gibi güçlü bir sivil toplum örgütünü yanlarında görmek isterlerdi. İstanbul Barosu veya illerdeki barolardan herhangi biri, var olan savunmanlarına ek olarak, "türban" davası açmış mağdur durumdaki genç kadının yanında yer alabilir; bu da, sivil toplum örgütlerinin âcizlerin yanına koştuklarını göstermesi bakımından ülkemiz adına reklâm yerine geçebilirdi. İstanbul Barosunun devleti savunmak üzere harekete geçmesi ise tam tersi bir etki yapmıştır.

### Kırk Yıl Önce

İstanbul Barosu tarihinde bir dönem 1960 darbesi sonrasında, üyelerine, hukuk sistemimiz açısından yüz karası olarak kurulmuş Yassıada olağanüstü mahkemesinde yargılanan siyasi kadroları savunma yasağı koymuş ve bu sanıkların savunma görevini üstlenen mensupları hakkında Barodan ihraç etme süreci de başlatmıştı İstanbul Barosu'nun. 40 yıl önceki hatadan ders alıp değişmesi beklenirken, 2004 yılında yaşanan hadise "tarih tekrardan ibarettir" özdeyişini bize hatırlatması bakımından hazin bir olgudur.

Oysa "savunma", yasağa karşı serbestiyi, esarete karşı özgürlüğü, baskıya karşı direnişi, güçlü-

ğe karşı zayıfı, devlete karşı devletin haksızlık yaptığı insanı "savunma misyonu" taşır.

Savunmayı temsil edenler,

- Yasama, yürütme ve yargı üçlünün birbirine üstünlüğünü kabul etmediği gibi, yargı erkine devletin müdahalesini veya devletin yanında yer alarak yargıya müdahaleyi öngörmezler.
- Yasa dışılığı ve derin devleti tanımaz, onunla mücadele ederler.
- İnsan hak ve hürriyetleri, hukuk üstünlüğü ve demokratik hukuk devleti idealini esas alır, hukukun üstünlüğüne inanırlar.
- Laikliği her türlü dini inanış, yaşayış ve tezahürün bertaraf edilmesi şeklinde değil de; devletin her türlü dini, felsefi, ideolojik görüş ve yaşayışlar karşısında öncelikle "tarafsız", sonra da ifade ve tezahürünü kolaylaştırarak din, vicdan ve fikir özgürlüğünün teminatı olarak görür. Laikliği, bağınaz laikçi bir şekilde anlamaz, devleti ve "izmleri" kutsallaştırmaz, insanı, hakkı, insan haklarını ve savunma hakkını kutsar.
- Çoğunlukla otoriter, totaliter, despotik eğilimler gösteren "güce" karşı hukuku, insanı ve zayıfı savunur.
- Hukukun yegane idealinin, giyim kuşam ve kıyafetle, şapka başlık ve örtüyle uğraşmaya müsait olmadığını bilir. Hukuku, ahlak ve adaleti hedefleyen normlar bütünü olarak görür.

Bu ilkeler ışığında "savunmanın" yasakçı devlet veya derin devlet yanında "müdahil" olmaması, ille de müdahil olacaksa hakkını arayan insanın, mağdurun yanında yer alması, cehalete karşı eğitim özgürlüğünün lehine müdahil olması gerekirdi. Esasen

ulusal ve uluslararası hukuk bakımından anlamlı ve değerli olmayan böyle bir müdahale talebi, savunma mesleğine büyük zararlar vermiştir.

"Savunmanın" tarihini oluşturan İstanbul Barosudur. Ancak Baro Yönetim Kurulu'nun, Leyla Şahin davasında devletin yanında müdahil olması, ideolojik yönetimi biçimi olarak tarihte "hukuk cinayeti" vakasıyla yerini alacaktır. Burada, tarihinde, devlet ideolojisine aykırı bir ideoloji taşıması ve ifade etmesiyle ünlü başkanına sahip çıkmış, devlete karşı onu yeniden Baro başkanı yaparak devlet ideolojisi ile mesleki dayanışma arasında tercih kullanmış bir İstanbul Barosu'ndan bahsediyoruz.<sup>8</sup>

İstanbul Barosu ve TBB, her ikisi de hem üyelerine, hem de devlete karşı resmiyetçi, protokolcü ve devletçidir. Savunmanın işlevselliğini kadük bırakarak, üyeleriyle savunma işlevini bütünlendiremeyen, kasaba politikacıları gibi basit propaganda malzemeleriyle iki yılda bir üyelerinin olurlarını almaya çalışan bir zihniyete sahiptir. Bu zihniyet, savunmanın haklarını ve eylemselliğini zayıflatarak, savunmanın ve mesleğin bağımsızlığı yolunda yapılacak çalışmaların önüne set çekmektedir.

## MUHAKEME DÜZENİ VE SAVUNMA HAKKI

Ceza muhakemesinde mahkeme düzeni, CMUK'un 378-380. maddeleri ile HMUK'un 70, 80, 150. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak bu iki hususun birbirine paralellik gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Ayrıca bu düzenlemeler bir

yerde "usulün bütünlüğü" ilkesine de aykırıdır.<sup>9</sup>

Mahkeme düzenini sağlamaya yönelik olarak öngörülmüş olan tedbirler düzene ilişkin tedbirlerdir. Bunlar, mahkeme adabı dışına çıkan tarafı menetmek, okunmayan veya münasebetsiz evrakı iade etmek, mahkeme salonundan çıkarmak olabileceği gibi, hürriyeti bağlayıcı veya nakdi nitelikte düzeni sağlamaya yönelik bir ceza da olabilir. Öte yandan düzene ilgili olmak üzere tarafın tutuklanması da mümkün kılınmıştır.

Kanunun kullandığı terimlere bakılırsa (her şahıs, kimse, taraf, davasını bizzat takip eden kimse, vekil) bu düzene ilişkin tedbirlerin davayı takip eden herkese, özellikle taraflara ve vekillerine uygulanabileceği görülmektedir.<sup>10</sup> Öte yandan düzene ilişkin tedbir gerektiren davranışların neler olabileceği açıkça gösterilmemiş, sadece genel tanımlara yer verilmiştir. Bu da mahkeme reisine çok geniş takdir imkanı verdiği gibi keyfi uygulamalara da

<sup>9</sup> Yeni CMK' da 203-2005. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Ayrıca duruşmanın düzenini bozan kişinin salondan çıkarılmasını düzenleyen 203. maddenin 2. fıkrasında yer verilen "savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşulu" eski düzenlemeye göre kişinin savunma hakkını kullanması açısından olumlu bir gelişmedir. Bu ibare eski kanunda yer alan "esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasını engel olacak biçimde uygulanmaz" cümlesinden daha olumlu ve eski kanundaki muğlaklığı giderici nitelikte bir ibaredir.

<sup>10</sup> CMK'nın 203. maddesinin 3. fıkrasında avukatlara disiplin cezası verilemeyeceği hükmü getirilmiştir. Böylece avukat duruşma salonundan çıkarılabilecek, ancak disiplin cezası verilemeyecektir. Ancak bu hüküm dahi savunma makamını temsil eden avukatlar için yeterli bir düzenleme değildir. İddia makamı için benzer bir düzenleme öngörülmezken avukatların mahkeme salonundan mahkeme başkanı veya hakim tarafından derhal çıkarılabilecek olması halen savunma makamına gereken önemin verilmediğinin açık bir göstergesidir.

<sup>8</sup> Orhan Seyfi Güner; "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi", *Birikimler I*, Sayı:1, s. 395.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

sebebiyet verebilecek bir düzenleme şekli olmuştur.

Mahkeme düzenini sağlamak sağlıklı bir muhakeme yapılabilmesi için zorunlu olmakla birlikte, savunma hakkının kısıtlanmasına yol açabilecek bir uygulamaya da dönüşmemelidir. Unutulmamalıdır ki, savunmasız muhakeme olamayacağından, düzen sağlama adına, savunma hakkı kısıtlanamaz. Düzen, başlı başına bir amaç değil sağlıklı bir muhakeme yapılabilmesinin bir aracıdır. Bu tür bir uygulama sonunda savunma hakkına zarar verir.

HUMK'un 70. maddesine göre, "davasını bizzat takip eden kimse nin" salondan çıkarılması halinde, hakimin "acele hallerde kendisini vekil tayinine icbar etmesi" hükmünü getirmekle, tarafın savunma hakkını güvence altına almıştır. CMUK'un 379. maddesinde ise tedbir olarak duruşma salonundan çıkarılan veya tutuklanan "sanık" veya "müdahilin" yokluğunda duruşmaya devam olunabileceğine mahkemece karar verilebileceğini, ancak bu kararın esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak şekilde uygulanmayacağını hükme bağlamıştır (m. 251). Dolayısıyla savunma hakkını zedelemekten kaçınıldığı imajını vermeye çalışmıştır.

Esasen savunmasız muhakeme olmaz ilkesi uyarınca salondan çıkarılan tarafın gıyabında, lehinde veya aleyhinde hiçbir işlem yapılmamalıdır. Muhakemenin tarafı, özellikle de duruşmadan çıkarılan taraf, muhakemenin her aşamasında mutlak surette vekille temsil edilmek isteyeceği ve asilin veya vekilinin yokluğunda yapılan işlemlerin savunmayı kısıtlaması olasılığına binaen, gıyabında işlem yapılmamalıdır. Bu noktada CMUK veya Adli Yardım uygulamaları devreye girmeli ve hakim duruşmadan çıkarılan tarafa re'sen vekil tayinine karar vererek Barodan

avukat gönderilmesini talep etmelidir.<sup>11</sup>

Avukatlık Kanunu da HUMK ve CMUK'da düzenlenen duruşma düzenine ilişkin hükümlerin avukatlara da uygulanabileceğini belirlemiştir (m. 58). Ancak düzene ilişkin tedbir olarak avukatların tutuklanmayacağını, haklarında hafif hapis veya hafif para cezasının verilmeyeceğini hükme bağlamıştır. Avukatlık Kanunu, avukatların savunma mesleğini korkusuzca yapmalarına bir nebze imkan sağlamıştır.

Hukuk düzeninde belirtilen bu amaç-araç ilişkisinin iyi kurulması gerekir. Ancak kanunun mahkeme düzenine ilişkin tedbiri gerektiren davranışları belirtirken azami takdire yer veren bir düzenlemeye gitmiş olması, savunma hakkının kullanımı açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Özellikle kamusal bir faaliyet yürüten avukatların da aynı şartlara tabi tutulması kabul edilebilir bir ölçüde olmadığı gibi, savunma makamına verilen önemde göstergesi olmaktadır. Bundan ötürü, böylesine hassas bir konuda mümkün olduğu kadar duruşma inzibatını bozan davranışları belirleyerek hakimin takdir yetkisini kısıtlayıcı bir düzenlemeye gitmek zorunludur. Mevcut yasal düzenlemeler içinde savunma hakkının teminatı sadece hakimin vicdani kanaati olmamalıdır.

## SAVUNMA HAKKININ SINIRLARI

### Suçla Sınırlılık

<sup>11</sup> CMK 204. madde de "Mahkeme sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister." hükmüne yer verilerek HUMK ve CMK arasındaki bu çelişki giderilmiş ve olumlu bir gelişme olarak sanığın savunma hakkı güvence altına alınmıştır.



Savunma hakkı, tartışmalar bir tarafa sınırsız bir hak değildir. En azından mevcut düzenlemeler öyle olmadığını göstermektedir. Savunma hakkının kullanımının sınırını "suç" belirlemektedir. Bu hak, tıpkı öteki temel haklar gibi "suç vasıta kılınarak" da kullanılamaz. Burada hukuka uygunluk nedenleriyle, bir hakkı kullanmada "suçu vasıta kılmayı" birbirine karıştırmamak gerekir. Anayasanın 36. maddesinde de belirtildiği üzere, "meşru vasıta ve yollardan faydalanmayı" zorunlu kılarak sadece suça değil her türlü hukuka aykırılığa başvurmayı savunma hakkının sınırları dışında tutmuştur.

### Erkle Sınırlılık

Savunma hakkı Anayasada bahsedildiği şekliyle, yargı erkiyle sınırlıdır (Anayasa, m. 36). Bu hak, münhasıran yargı erkinin bulunduğu yerde bulunmaktadır. Geniş anlamıyla isnada cevap verme, savunma hakkı kapsamında olsa dahi, teknik anlamda savunma hakkı muhakeme faaliyeti yürütülen makamlar önünde kullanılan hak ile sınırlıdır. Durum böyle olunca sanığın adli makamlar önünde yapacağı savunma dışında savunma dokunulmazlığından yaralanması mümkün olamayacaktır.

Özellikle disiplin kurullarının yaptıkları disiplin muhakemesinde savunma hakkının gerçek anlamda kullanılmıyor olması buna en bariz örnektir. Kuşkusuz böyle bir durum savunma hakkının temel hak olma niteliğini zedeleyen, aleyhe bir durumdur.

Bu ve benzer nedenledir ki,

- Disiplin muhakemeleri de dahil olmak üzere her tür ceza muhakemesinde "**zorunlu müdafilik kurumu**"nu öngörmekteyiz.
- Her tür ceza muhakemesinde zorunlu müdafiliğin yanı sıra, hukuk muhakemelerinde de, "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz

ilkesini kabul etmediğimizi ve de yeni TCK'da yapılan düzenlemeyi de takdire bırakılmış bir husus görerek", hukukçuların dahi içinden çıkamadığı mevzuat labirentleri içinde vasat insanın kaybolmaması, dolayısıyla hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için hukuk muhakemelerinde dahi **zorunlu müdafilik gibi zorunlu avukatlık kurumunu** öngörmekteyiz.

- Zaruri müdafilik veya zaruri avukatlık kurumu Batı dünyasında **hukuk sigortası kurumları** oluşturarak gerçekleştirilen uygulamalarla sağlanmaktadır. AB kapısına dayanmış Türkiye için hukuk sigortası gibi kurumlar artık lüks sayılmamalıdır.

### Dava İle Sınırlılık

Yargı erkiyle ilişkinin zorunlu sonucu olarak, savunma hakkı dava ile sınırlı olmaktadır. Anayasanın bu hakka getirdiği sınır "dava"dır (m. 36). Ancak dava kavramı geniş yorumlanmalı, bu kavramdan sadece "*muhakeme faaliyeti*" anlaşılmalıdır. Böyle anlaşıldığında savunma hakkı sadece bu faaliyetlerle sınırlı olacak, bunların dışında kalan "*adli faaliyetlerde*" savunma hakkı söz konusu olmayacaktır.

Tabii, böyle bir anlayış temel haklardan olan ve Anayasa gereği ancak orantılık ilkesine bağlı kalınarak kanunla sınırlanabilecek savunma hakkını kanun dışı yollarla sınırlamak anlamına gelecektir. Kanunlarda savunma hakkına bu noktada getirilmiş bir sınırlama yoktur. Kanunun sınırlamadığı bir hakkı, "*dava kavramını dar-teknik anlamda düşünerek savunma hakkını sınırlamak*", kesinlikle keyfi davranmak demektir.

Özetlersek, savunma hakkı söz konusu olduğunda, dava kavramından sadece muhakeme faaliyetini değil, yargı erkinin tezahürü olan tüm

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

adli faaliyetleri anlamak gerekmektedir. Aksi bir tutum savunma hakkını keyfi bir biçimde sınırlamak olur.

Nitekim CMUK, bu gerekçelerden hareketle ve muhakemeyi sadece yargı önündeki bir işleyle sınırlamayı, daha kovuşturmanın en başında, henüz herhangi bir konuda bilgisine veya ifadesine başvurulmak istendiği anda dahi kişinin savunma hakkından yararlanmasını öngörmüş ve müdafilik hakkından yararlandırılmasını, 18 yaşından küçükler için icrai bir mutlak zorunluluk, büyükler için de hatırlatılması mutlak zorunluluk olarak düzenlemiştir.<sup>12</sup>

### SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI

#### Genel Olarak

Savunma özgürlüğü içinde ele alınan bir başka kavram "savunma dokunulmazlığı"dır. İtalyan Ceza Kanunu'nda bu kadar geniş bir şekilde düzenlenmiş olan savunma dokunulmazlığının tercüme edilirken, nasıl olur da bu kadar değiştirildiği ve daraltıldığı dikkat çekicidir.

Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin alındığı İtalya Ceza Kanunu düzenlemesi şöyledir:

#### Madde 398:

"Dava esnasında taraflar veya vekilleri tarafından davaya müteallik mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaaların muhtevi olduğu tecavüzlerden dolayı takibat yapılmaz. Şu kadar ki hakim kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden maada bu sözleri havi olan evrakın tamamen ortadan kaldırılmasını emir ve tecavüz olunanın isteği ile kendisine tazminat

itasına-dava hakkında karar verirken hükmedebilir."

Çok büyük önem taşıyan bu fark, tek bir kelimenin değiştirilmesi ile ortaya çıkmıştır. İki (tabi ki TCK'daki maddenin ilk 6123 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hali ile İtalyan CK, m. 398) maddenin karşılaştırılmasında, aradaki farkın "muhtevi olduğu" ibarelerinden sonra gelen kelimedenden meydana geldiği açıkça görülmektedir. Bu kelime, İtalyan Ceza Kanunu'nda "tecavüzler" şeklinde iken, Türk Ceza Kanunu'nda "elfazı tahkiriye" olmuştur. Ruhuna ve ihdas amacına uygun şekilde olması, savunma dokunulmazlığının İtalya'daki gibi savunmaya ilişkin söz ve yazıların içerdiği her türlü tecavüzü kapsamaması gerekirken; Türkiye'de bu dokunulmazlık, sadece hakaret ve sövme teşkil eden söz ve yazılarla sınırlanmıştır.

Doktrinde farklı adlar altında zikredilen savunmanın dokunulmazlığı kavramı Türk Ceza Kanununun 486. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>13</sup> 486. maddede;

"Tarafların veya vekil, müdafii, müşavir veya kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammın yazı ve

<sup>12</sup> Yeni CMK'da suçun üst sınırının 5 yıl ve daha fazla bir ceza gerektirmesi halinde ve savcının tutuklama talep ettiği herhalde müdafilik zorunlu hale getirilmiştir.

<sup>13</sup> Yeni TCK'da "İddia ve Savunma Dokunulmazlığı" başlığı altında 128. madde de düzenlenmiştir. Söz konusu madde de savunma dokunulmazlığı:

"Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir." şeklinde ifade edilmektedir.

(\*) Yeni TCK ile eski TCK'da yer alan hükümlerin savunma dokunulmazlığı yönünden karşılaştırılması "Yeni TCK ve Savunma Dokunulmazlığı" başlığı altında ilerleyen bölümlerde irdelenmiştir.

sözlerden dolayı takibat yapılmaz.”

denilmektedir. Savunma yapılırken kullanılan sözcük yönünden cezalandırılmamak anlamına gelen savunma dokunulmazlığının amacı, savunmanın, cezalandırılabilme korkusundan ve kuşkusundan arındırılarak, savunmasını tam olarak ve özgürce yapmasını sağlamaktır.

Bir davanın açılması veya görüşülmesi sırasında verilen dilekçelerde kullanılan sözler kişisel hakları zedeleyici nitelikte olsa bile, iddia ve savunma sınırları aşılmış olmadıkça bu bir haksız eylem olarak nitelendirilmemektedir.

İddia ve savunmanın dışında kalan ve bunlarla ilgisi bulunmayan ve hakaret içeren sözler ise bu kapsam dışında değerlendirilmektedir. Savunma, devlet bakımından da önemlidir. Savunma, kararın doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin hakkıyla ifası ve neticede devletin adaletle kaim olması demektir. Zira adalet, mülkün temelidir.

### **SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI-KAVRAM**

Doktrinde "savunma dokunulmazlığı" (Dönmezer), "müdafaa masuniyeti" (Erem), "yargılama dokunulmazlığı" (Zeppieri)<sup>14</sup> veya "savunma sorumsuzluğu" (Yüce) denilen "iddia ve müdafaa bağımsızlığı" (Kunter), iddia ve müdafaa görevleri yapılırken kullanılan kelimeler veya verilen dilekçe ve evrakların ihtiva ettiği tecavüzler yüzünden tarafların soruşturulamalarını ve cezalandırılmamalarını ifade eder.

Savunma dokunulmazlığı, bir muhakemenin taraflarının, uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak bildikle-

rini ve düşündüklerini korkmaksızın dile getirmesini, yazıya dökmesini veya belgelemesini ifade eder. Gerçekten ayrı bir suç işleyeceği korkusuyla iddia ve savunmasını hakkıyla, istediği gibi yerine getiremeyen kişinin, muhakeme sonunda verilecek hükümden memnun olmaması mümkündür. Konu ile ilgili olarak bildiklerini çekinmeden anlatabilecek kişi bakımından ise, böyle bir memnuniyetsizliğin olmayacağı, olsa da haklı olmayacağı açıktır.

### **SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ NİTELİĞİ**

Savunma dokunulmazlığı, bir hukuka uygunluk sebebidir. TCK'nın 49. maddesinde düzenlenen; kanun veya yetkili amirin emrini icra, meşru müdafaa, ıztırar hali, genel hukuka uygunluk sebepleridir.<sup>15</sup> Ancak bunların dışında da özel hukuka uygunluk sebepleri vardır: Mağdurun rızası ve hakkın icrası gibi.

Bir muhakemede taraf olanların öncelikle taraf olmalarını sağlayan pozisyonlarının gereğini yapabilmeleri için savunma ve iddia hakkına sahip olmaları gerekir. Taraflar için bir hak olan iddia ve savunma; bu amaçla ve bu esnada tarafların yapabilecekleri hakaretler bakımından özel bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir. Hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu bir durumda da suç oluşmayacağından cezalandırma da söz konusu olmayacaktır.

Savunma dokunulmazlığı, bir hukuka uygunluk sebebidir. Ancak söz konusu hukuka uygunluk sebebinin varlığı için isnatların doğruluğuna inanılarak yapılması ve sadece olayların yansıtılması ile yetinilerek hakkında şikayette bulunulan kişiye şahsi hakaret ve sövmeye

<sup>14</sup> S. Dönmezer'den naklen **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 14. Baskı, İstanbul: 1995, No. 261, s. 265.

<sup>15</sup> Hukuka uygunluk sebepleri Yeni TCK'da 24 ve 25. maddelerde düzenlenmiştir.

bulunulmaması lazım geldiği savunulmuştur.<sup>16</sup> Bu iddiada dile getirilen "doğruluğuna inanılarak yapılması", zaten bir fiili hakaret olmaktan çıkaracak unsurdur. Böylelikle dokunulmazlık kapsamındaki hakaret, sanki yapılan söz ve hakaretin aslında doğruluğuna inanılan söz ve olaylarla sınırlanmış olmaktadır.

Ancak savunma dokunulmazlığının bu şekilde nitelenmesi yanlıştır; bu kurumun varlık sebebi ile zıtlık teşkil etmektedir. Zira kanunla hukuka uygunluk sebebi kabul edilen bu kurumla, hakaret teşkil eden söz, yazı ve evrakların cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir; yoksa bunların hakaret teşkil etmeyeceği söylenmek istenmemiştir. Alıntılanan tanımdaki kriterlere uyan söz ve yazılar zaten hakaret teşkil etmemektedir ki neden ayrıca savunma dokunulmazlığının konusu kılınınsın? Zira dokunulmazlık, hakaret niteliği taşımayan doğru ve gerçek olayların isnadı değil, kanunun deyimiyle "hakareti mutazammın" söz, yazı ve evrakların iddia ve müdafaa sebebiyle verilmesi durumuna ilişkindir.

Savunma dokunulmazlığının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için gereken şartlar, failin doğrudan doğruya iddia veya savunma hakkının bulunması, hakaret içeren yazı ve sözlerin kullanımının savunma hakkının icrasının bir sonucu olması ve söz konusu hakkın yani savunma hakkının kötüye kullanılmamış olmasıdır.<sup>17</sup>

Kanımızca; savunma dokunulmazlığı, sadece hakaret ve sövme suçları değil, söz ve ifade ile işlenebilen bütün suçlar için bir hukuka uygunluk sebebidir ve bu şekilde düzenlenmelidir.

## SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ AMACI

Savunma dokunulmazlığı, savunma görevini yapacakların hiç kimse-den, hatta kanundan korkmayarak ve sözlerinin ne gibi karşılıklar, ne gibi suçlu neticeler doğurabileceğini düşünmeyerek yapabilmeleri için verilmiştir.<sup>18</sup> Savunma hakkının kullanımını güvence altına almayı amaçlayan savunma dokunulmazlığı, temel bir hak olan savunma hakkının kullanımının güvenceye bağlanması ve adaletin herhangi bir engelle karşılaşmaksızın temini amacına dayanır. Savunma yapmak adına söylenmesi gereken ceza korkusu ile söylenmemesi, adaletin gerçekleştirilmesine engel olur.

Ancak savunma dokunulmazlığının bu amaç çerçevesinde değerlendirilmesi ve ceza görmeksizin onur kırmaya araç olacak şekilde kötüye kullanımına da fırsat verilmemesi gerekir.<sup>19</sup> Ancak bizce onur kırıcı da olsa söz veya yazı veya evrak, savunma ile ilgili olmak şartıyla dokunulmazlık kapsamında olmalıdır.

## DİĞER BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENME BİÇİMİ

Alman Ceza Kanununun "Hakaret" başlıklı 14. babında yer alan 193. maddesinde,

"... Hakların savunulması veya yerine getirilmesi ya da haklı çıkarların korunması için yapılan açıklamalar ancak gerçekleşen koşullardan veya ifade biçiminden bir tahkirin varlığı anlaşılırsa cezalandırılabilir."

<sup>16</sup> Dönmezer, No. 264, bis, s. 269.

<sup>17</sup> Meral Sungurtekin; *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir: 1999, s. 98.

<sup>18</sup> Ali Haydar Özkent; *Avukatın Kitabı*, İstanbul: 1940. Eserin tıpkı basımı, İstanbul: 2002, No. 505, s. 341.

<sup>19</sup> Meral Sungurtekin; a.g.e., s. 93. Yazar, burada F. Erem'e (Türk Ceza Hukuku, C. 2-1965, s. 1077) atıf yapmaktadır.

denmektedir. Buna göre müdafinin hakaret edici açıklamalarının ancak bunlarla hukuki kovuşturma arasında illiyet bağı yoksa veya müdafii, delillerin bu tür iddialar için yetersiz veya güvenilmez olduğunu bilme yükümlülüğü altında ise haklı sayılamayacağı belirtilmektedir.<sup>20</sup>

Yine Alman Ceza Kanunu'nun 193. maddesi ile ilgili olarak; çok geniş bir şekilde savunma dokunulmazlığı dahil bütün diğer hakların savunulmasında ilke olarak ceza verilmeyeceği ve ancak hakkın kullanılmasında başvuru ifade tarzı ve içinde bulunulan hal ve şartlara göre fiilin suç teşkil edebileceğinin belirtildiği ifade edilmiştir.<sup>21</sup>

Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin alındığı İtalyan Ceza Kanunu düzenlemesi ise şöyledir:

**Madde 398:**

"Dava esnasında taraflar veya vekilleri tarafından davaya müteallik mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaaların muhtevi olduğu tecavüzlerden dolayı takibat yapılmaz. Şu kadar ki hakim kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden maada bu sözleri havi olan evrakın tamamen ortadan kaldırılmasını emir ve tecavüz olunanın isteği ile kendisine tazminat itasına-dava hakkında karar veren hükmedebilir."

398. maddenin ceza mahkemelerine münhasır olması yolundaki tereddüdü gidermek için "muhakeme esnasında" denilmesi teklif edilmişti. Fakat Meclisi Mebusan Komisyonu bu ilaveyi lüzumsuz görmüştür. Zira mahkeme demekle her nevi mahkemeyi anlamak icap eder. 398. madde yalnız mahkemeden bahsediyor. "İmpallomeni" aynı sebeplerden dolayı devlet şurası ile vilayet meclislerinin de mahkemeden sayılması lazım geldiği fikrindedir. Zira bunlar da mahkemeler gibi dava görür ve neticelenirler. Her ne kadar "İmpallomeni"nin ileri sürdüğü işbu sebepler tamamen şayanı kabul değilse de adı geçen meclisler huzurunda savunma makamında ileri sürülen sözler tahkir kastı bulunmayacağı cihetle zikredilen ceza muafiyetinin tatbik edilmemesine sebep yoktur.<sup>22</sup>

398. madde, "davaya müteallik takdim edilen evrak ve irat edilen müdafaalar" diyor. Kanunun maksadını aydınlatmak için Meclisi Mebusan Komisyonu mazbatasındaki beyanatın burada anılması yerinde olacaktır:

"Kabul edilen işbu muafiyet ancak müdafaanın hakkını temin içindir. Binaenaleyh davaya müteallik müdafaanın makamında söylenen veya yazılan her şey hakkında muafiyet caridir. Bunların herhalde müdafaaya salih ve bu noktadan muktazi olup olmadıkları tetkik edilemez."

Carrara dahi müdafaanın eden kimşenin tensip ettiği her şeyi söyleyebileceğini ileri sürüyor.<sup>23</sup>

**SINIRLARI<sup>24</sup>**

**Taraf İle Sınırlılık**

Kanun, savunma dokunulmazlığını taraf ile sınırlamıştır. Savunma dokunulmazlığından yaralanabilmek için o davanın tarafı olmak önkoşuldur. Buradaki taraf kavramından bir davada sübjektif bir menfaat

<sup>20</sup> Nur Centel; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii*, Savaş Mollamahmutoğlu; *Türk Ceza Yorumu*, 3. Baskı, 4. Cilt, Ankara: 1999 adlı eserin içinde, s. 5121.

<sup>21</sup> Bkz.: Dönmezer, a.g.e., No. 264 ter, s. 270.

<sup>22</sup> Majno; *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, Ankara: 1980, No. 1800-1807, s. 371-374.

<sup>23</sup> Manjo, a.g.e., s. 371.

<sup>24</sup> Bu değerlendirme eski TCK maddesi nazara alınarak yapılmıştır. Savunma Hakkının özünü oluşturan "Savunma Dokunulmazlığı"nın eski ve yeni TCK yönünden değerlendirilmesine katkı sağlayacağı düşüncesiyle bu bölüm aynen korunmuştur.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

elde etmek maksadıyla yer alan kimseleri anlamak gerekir. Bir davada taraf olmakla birlikte subjektif bir menfaati olmayan hakim ve savcı gibi kimseler savunma dokunulmazlığı açısından o davanın tarafları sayılmazlar.

Kanun, davanın tarafları yanında onların temsilcisi sıfatıyla davaya katılan vekil, müşavir vb. kimselerin eylemlerini de savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirmektedir.

Savunma dokunulmazlığı kapsamında hakaretin yöneltilebileceği kimseler açısından kanunda herhangi bir açıklık olmadığı gibi, bu konuda uygulama ve doktrinde de bir birlik sağlanmış değildir. Bazı hukukçulara göre bir davada subjektif yararı olan böylece davada taraf teşkil edebilecek yani savunma dokunulmazlığından yararlanabilecek kimselere hakaret halinde dokunulmazlık söz konusu olabilecektir. Bazı hukukçulara göre ise bu düzenlemenin yapılaş amacının savunma hakkının hiçbir kısıtlamaya maruz bırakılmaksızın özgürce kullanılmasını sağlamak olduğu ve bu amaca uygun olarak, bir davada yer alabilecek herkese karşı yöneltilen hakaret içeren yazı ve sözler savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim 2005'de yürürlüğe girecek olan TCK'nın Savunma Dokunulmazlığı'nı düzenleyen 128. maddesinde, davanın tarafları yerine "kişilere yönelik" kavramı getirilerek taraf açısından savunma dokunulmazlığının kapsamı genişletilmiştir.

### Konu İle Sınırlılık

Savunma dokunulmazlığının konusu; ihtilafa ilişkin olarak ve iddia veya savunma babında taraflar veya vekilleri tarafından yargı mercilerine verilen dilekçe ve

diğer evraklardaki yazılar ve aynı nitelikteki sözlerdir.

Muhakeme makamlarına verilen dilekçe vb. yazılar iddia ve savunmaya ilişkin olmalıdır. TCK 486. maddede geçen "bir dava hakkında" deyiminin anlamı budur. Bir başka deyişle, 'dava hakkında olma' ile kastedilen, görülmekte olan bir dava ile sarf edilen hakaret içeren ifade arasında fikri bir bağın bulunmasıdır. Bunların dışındaki söz ve davranışlar savunma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi, dokunulmazlık zırhından da yararlanılamaz.

Kanuna göre, dava ile ilgili olsa dahi "iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler" de cezalandırılabilir.

Ayrıca savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için hakaret içeren yazı ve sözlerin tarafların meşru bir şekilde iştirak ettikleri bir dava ile ilgili olarak ve bu dava görülürken, yargı mercileri önünde verilmiş veya sarf edilmiş olması gerekmektedir. Yargı mercileri dışındaki eylemler dava ile ilgili olsa bile muafiyetin kapsamı dışında kalmaktadır.

2005'te yürürlüğe girecek düzenlemede, 128. madde yeni bir kavram getirmektedir. Bu kavram "kişilerle ilgili somut isnat ya da olumsuz değerlendirmeler" kriterini getirerek, suçta konu itibarıyla somut olarak belirlenebilirlik esasını benimsemiştir. Böylece savunma dokunulmazlığının dar yorumuna ve keyfi uygulamalara sınır getirmiştir.

### Vasıta İle Sınırlılık

Kanun, hakaret içeren yazı ve sözlerin dilekçe, layiha ve sair evrakta yahut yapılan iddia ve müdafaalarda yer alması gerektiğini belirtmektedir. Buralarda yer almayan hakaret içeren yazı ve sözler muafiyetin kapsamı dışında



kalır ve hakaret suçunu oluşturur. Kanunun "yazı ve sözlere" inhisar ettirdiği muafiyet yazı veya sözle yapılmaz, başka bir ifade vasıtası, davranış veya işaretle yapılırsa fiilin faili adli muafiyetten yararlanamaz.

### Fiil İle Sınırlılık

Kanun, "hakarete mutazammın yazı ve sözlerden dolayı, takibat yapılmaz" demekle savunma dokunulmazlığını fiille de sınırlamış olmaktadır. Burada kanunun lafzî yorumundan hukuka uygunluğun sadece "hakaret suçları" (TCK, 480-482) açısından geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak kanunun bu kadar dar yorumlanması bizi savunma hakkının ciddi anlamda kısıtlanması sonucuna götürebilecektir. Nitekim 486. maddenin sadece 480 ve sonra gelen maddeler bakımından değil, bütün hakaret ve sövme suçlarına ilişkin metinler açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, savunma hakkının kullanımına yönelik olsa dahi "hakaret ve sövme suçları" dışında kalan konusu suç teşkil eden eylemler adli muafiyetin kapsamı dışında kabul edilerek cezalandırılmaktadır.

2005'te yürürlüğe girecek düzenlemede, 128. madde halen yürürlükte olan Kanundan farklı olarak bilerli bir suç tipi belirtmemiş, bütün suçlar açısından geniş olarak yorumlayabileceğimiz olumlu ve savunma hakkını güçlendiren bir düzenleme getirmiştir. Bu yenilik doktrin ve uygulamadaki farklılıkları ortadan kaldıracak bir düzenleme olarak görülebilir.

### SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

TCK'nın, 486. maddesinin ikinci fıkrasında,

"Birinci fıkrada yazılı hallerde salahiyyetli kaza mercilerince ka-

nunen muayyen olan inzibati tedbirlerden maada tecavüze uğrayanın talebi üzerine tazminata hükmedilebileceği gibi hakareti mutazammın yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir."

denilmektedir.

Buna göre kanun bu hükmüyle "hakaret içeren yazı ve sözleri" cezai takibat dışında bırakarak, bunun yerine inzibati tedbirlerin uygulanabileceğine veyahut ilgilinin talebi halinde tazminata hükmedilebileceğine yer vermiştir. Yine ilgilinin isteğine bağlı olarak bu hakaret içeren yazı ve sözler zabıtlardan kısmen veya tamamen çıkarılabilecektir.

Savunma dokunulmazlığı kapsamındaki söz ve yazılardan dolayı uygulanabilecek inzibati tedbirler, CMUK 378-380. maddelerinde düzenlenen inzibati tedbirlerdir.<sup>25</sup> Bu tedbirler hakarete uğrayan bakımından bir müeyyide olmayıp, mahkeme düzenini korumaya yönelik tedbirlerdir. Diğer tedbirler ise hakarete uğrayanın şahsını korumaya yönelik tedbirlerdir.

2005'te yürürlüğe girecek olan TCK'nın 128. maddesinde mevcut kanunun 3. fıkrasına yer verilmiştir. Bu durumda madde metninde açıklık olmamakla birlikte Adalet Komisyonu gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla genel hükümler doğrultusunda hareket edilecektir.

### YENİ TCK VE SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI

Mevcut TCK'nın savunma dokunulmazlığını düzenleyen 486. maddesi 1953 yılında yapılan bir değişiklikle bugünkü halini almıştır. Aynı tarihlerde maddenin ikinci fıkrasında yer alan,

<sup>25</sup> Yeni CMK'da 203 ve 205. maddeler arasında düzenlenmiştir.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

"Ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarıdaki fıkra hükmünden hariçtir"

ibarelerinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmıştır. İptal isteminde; savunma masuniyetinin tam olmak zorunda olduğu ve iptali istenen hükmün bu masuniyeti ciddi surette engellediği ve esasen iddia ve müdafaa içinde kalan bir hususun kasıt unsuru bakımından hakaret teşkil etmesinin imkansız olduğu, bu sınırın aşılmasına rağmen faile ceza verilmemesiyle masuniyetin yaratılabileceği ve bu hükmün Anayasanın 36. maddesinde yer alan savunma hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Karşı oy yazılarında,

"İddia ve savunma hududunun nerede başlayıp nerede biteceğinin belirli bir kıstası olmaması sebebiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma durumunda bulunan kişileri endişeye ve tereddütlere düşürecek ve bunun da hakların tam olarak kullanılmasını önleyeceği cihetle hak arama hürriyetini kısıtlamakta olduğundan iptali gerektiği"

ifade edilmiş ise de Mahkeme;

"Gerçekten iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Şüphesiz, bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. İddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi, hakaret kastının bulunmamasından değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu itibarla bu serbesti, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle hakkın meydana çıkmasına vesile olması amacıyla hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zaruret mevcut olmayan yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir etkisi görülmeyen hakareti

mutazammın yazı ve sözlerin sarf edilmiş bulunmasında elbette ki meşruluk vardır, denilemez. İşte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış ve bu suretle de haysiyetler korunmamış olur. Bu bakımdan sözü edilen hüküm, yargı mercileri önünde iddia ve savunma durumunda bulunan kişileri korkutacak ve tereddüde düşürecek ve bu yüzden de söylenmesi ve yazılması gereken bir hususu söylemek ve yazmaktan çekinmeyi gerektirecek bir nitelik taşımamaktadır. İddia ve savunma sınırının aşılmış aşılmadığının hakim takdirine bırakılmış olmasından daha tabii bir hal olamaz. Bu durum da suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmez"<sup>26</sup>

gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin gerekçedeki görüşlerine katılmak mümkün değildir. 486. maddenin ilk fıkrasındaki "bir dava hakkında" ibaresi savunma dokunulmazlığının doğal sınırlarına yetmektedir. Bundan daha fazla bir sınırlama, savunma dokunulmazlığının amacına ulaşma bakımından gereksiz ve elverişsizdir. Gerçekten de mahkemenin karşı oy yazılarında da ifade edildiği gibi, iddia ve savunma hududunun nerede başlayıp nerede biteceğinin belirli bir kıstası bulunmamaktadır. Belirli olmayan kıstaslarla bunca önemli bir işleve sahip bir hakkı sınırlamak, hak arama hürriyetini kısıtlamakla eş anlamlıdır.

Nitekim hükümetin hazırladığı TCK tasarısında yeniden düzenlenen maddede bu sınırlamaya yer verilmiştir. Tasarınının 184. maddesinde düzenlenen hüküm şöyledir:

"Tarafların veya avukat, danışman veya yasal temsilcilerin dava hakkında yargı mercilerine verdikleri yazılar veya evrak veya iddia ve savunmalarındaki taraflara yönelik isnattan dolayı ceza verilemez.

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 08.06.1965, 165/36.

İddia ve savunma ile ilgili olmayan isnat hakkında yukarıdaki fıkraya hükmü uygulanmaz.

Birinci fıkroda yazılı hallerde, yetkili yargı mercilerince kanunun belirttiği disiplin tedbirlerinden ayrı olarak saldırıya uğrayanın isteği üzerine tazminata hükmedilebileceği gibi, hakareti kapsayan yazı ve sözlerin evrak ve tutanaklardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir."

Tasarıda mevcut TCK'da yer alan "ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan" ibarelerine yer verilmemiş idi.

Tasarıyı hazırlayanlara göre, tasarıda yer verilmeyen ve TCK'ya sonradan eklenen bu ibareler, savunma dokunulmazlığını bir miktar sınırlamıştır ve bu hüküm, tatbikatta güçlükler çıkarmaktadır. Kaldı ki sınırı aşan beyanlar zaten iddia ve müdafaa ile ilgili olamaz.

Hükümet tasarısında anılan bu hükme yer verilmemesi olumlu olmakla birlikte, savunma dokunulmazlığını tanımlayan birinci fıkroda bulunan "tarafalara yönelik" deyimıyla savunma dokunulmazlığı kestirme bir yolla sınırlanmıştı. Mevcut TCK'da bulunmayan bu ibarenin anlamı ise, maddenin gerekçesinde de yazıldığı gibi, bu dokunulmazlığın taraf olmayan hakim, savcı, tanık ve bilirkişilere yönelik isnatları kapsamıyor olmasıydı. Bu hükme göre, taraflar birbirlerine bir davada ve o dava ile ilgili olarak beyan ve sarf ettikleri hakareti içeren söz, yazı ve evraklardan sorumlu tutulamaz iken; mahkemede merkezi rolere sahip olan muhakemeyi yapan hakim, savcı ve diğerlerine yönelik hakaretler cezalandırılacaktı. Bunun hak arama hürriyeti, hakikatin araştırılması ve adaletin aydınlatılması gibi amaçlara hizmet eden savunma dokunulmazlığı ile bağdaşmadığı açıktır.

Tasarının ilgili maddesi Adalet Komisyonunda tamamen değiştiril-

miştir. 26.09.2004 tarihinde Mecliste aynen kabul edilen Yeni Türk Ceza Kanununun, "İddia ve savunma dokunulmazlığı" başlıklı 128. maddesi şöyledir:

"Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir."

Mecliste kabul edilen yeni maddede savunma dokunulmazlığı açısından çok daha ileri bir nitelik taşımaktadır. Öncelikle madde başlığı "iddia ve savunma dokunulmazlığı" olarak düzenlenmekle savunma dokunulmazlığı sadece dava ile ilgili olmaktan çıkarılmıştır. Madde içeriğine de yansıyan bu durum ile savunma dokunulmazlığı,

"Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü"

tüm işlemleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Maddedeki diğer bir değişiklik ise, tasarıda yer alan "tarafalara yönelik" ibarelerinin yerine "kişilerle ilgili olarak" ibarelerine yer verilmiş olmasıdır. Bu değişikliğin, isnadın yöneltilebileceği kişilerin kapsamını genişlettiği, ancak muhakemenin tüm taraflarını, örneğin hakim ve savcılarını da kapsayacak nitelikte geniş kapsamlı bir değişiklik olmadığı kanaatindeyiz.

Ayrıca Yeni TCK'nın 128. maddesinde eski TCK 486. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına yer verilmemiştir. Bu durumda, yeni düzenlemede yer alan,

"isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanmaması ve uyumsuzlukla bağlantılı olmaması"

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

durumunda nasıl hareket edileceği hususunda bir açıklık yoktur. Kanun koyucunun böyle bir durumda genel hükümler doğrultusunda hareket edileceğini öngördüğünü, ayrıca bir düzenlemeye gerek görmediğini Adalet Komisyonunun madde gerekçesinden çıkarmak mümkündür. Söz konusu Adalet Komisyonu gerekçesi aynen şöyledir:

"Madde metninde, bir hukuka uygunluk nedeni olan ve Anayasamızda da güvence altına alınan (madde 36) iddia ve savunma dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Bir talebin resmi bir makama iletilmesi, dilekçe hakkının kullanılması bağlamında hukuka uygun bir davranıştır. Ancak, dilekçe hakkı, dilekçenin içeriğindeki ifadeler açısından başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olarak mütalâa edilemez.

Hukuk Toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Bir suçun işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde ihbar veya şikâyette bulunma hakkı vardır.

Gerçekleşmiş bir olayla ilgili olarak bu olayın oluşumuna neden olan kişiler de gösterilmek suretiyle ihbar veya şikâyette bulunulması durumunda, hakaret veya iftira suçunun oluştuğundan söz edilemez. Çünkü, burada gerçekleşmiş somut olayla ilgili olarak ihbar veya şikâyette bulunmak şeklinde bir hakkın kullanılması söz konusudur.

İddia ve savunma hakkının, yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde kullanılması mümkündür.

İddia ve savunma hakkının kullanılması bağlamında, kişiler açısından somut isnat ifade eder nitelikte maddî vakıaların ortaya konulması ya da kişilerle ilgili olumsuz değerlendirmelerde bulunulması mümkündür. Bu somut isnatlar veya olumsuz değerlendirmeler, iddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla ilişkilendirilememesi durumunda, hakaret ve hatta iftira suçu oluşturur.

İddia ve savunma kapsamında, kişilerle ilgili olarak bulunulan somut isnatların gerçek olması ve yapılan olumsuz değerlendirmelerin somut vakıalara dayanması gerekir. Keza, bulunulan somut isnatların veya yapılan olumsuz değerlendirmelerin uyumsuzlukla ilişkili olması gerekir; ancak, uyumsuzluğun çözümü açısından faydalı olması aranmamalıdır.

Somut uyumsuzlukla bağlantılı olmayan isnatlar gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığından bahsedilemez. Keza, somut vakıalara dayansa bile, uyumsuzlukla alakası olmayan olumsuz değerlendirmeler açısından iddia ve savunma hakkının kullanılması söz konusu değildir.

Somut uyumsuzlukla ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin iddia ve savunma hakkı kapsamında mütalâa edilmesi mümkün değildir. Ancak, bu ifadelerin kullanılmasına müsamaha ile bakılabılır. Çünkü, bu gibi durumlarda iddia ve savunmanın sınırı genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşılmaktadır. Aslında öfke ve gazap hâli, kusurluluğun bir unsuru olan irade yeteneğini etkileyen bir faktördür ve bu durum, kişinin işlediği hakaret suçu dolayısıyla kusurunun tespiti bağlamında değerlendirilmelidir."

Madde gerekçesinde yer alan "Bu somut isnatlar veya olumsuz değerlendirmelerin, iddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla ilişkilendirilememesi durumunda, hakaret ve hatta iftira suçu oluşturur" cümlesi yukarıda açıklamış olduğumuz fikri destekler niteliktedir.

Burada daha dikkat çekici olan,

"İddia ve savunma ile ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti içeren yazı ve sözlerin" mevcudiyeti halinde nasıl hareket edileceği hususudur. Bilindiği gibi mevcut Ceza Kanunu'nda "Dava ile (...) ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarıdaki fıkra hükmünden hariçtir."

şeklinde bir ikinci fıkra mevcuttur. Bu fıkranın savunma dokunulmazlığını zedelediğine ilişkin eleştiriler sonucu bu fıkra tasarıda ve yeni TCK'da yer almamıştır.

Madde gerekçesinde,

"Böyle bir halin varlığı halinde bu durumun iddia ve savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, ancak, bu ifadelerin kullanılmasına müsamaha ile bakılabileceği,

vurgulanmaktadır. Daha sonra,

"Savunma sınırının genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşıldığı, bu durumun ise kişinin işlediği hakaret suçunun kusur derecesinin belirlenmesinde göz önüne alınması gerektiği"

söylenerek, hem kendi içinde çelişkiye düşülmekte, hem de kanunla getirilen özgürlük daraltılmaktadır.

Komisyondun ifadesi ile, bu duruma müsamaha ile bakılması halinde hakaret suçunun oluşması mümkün değildir. Maaalesef Komisyondun mevcut TCK'nın etkisinden kurtulamadığını söylemek durumundayız.

Buradaki tehlike, kanunu yorumlayacak olan hakimin madde gerekçesinden etkilenerek, eski anlayışı devam ettirme düşüncesine kapılması halinde ortaya çıkacaktır.

Mevcut TCK'nın 486/3. maddesindeki, "tecavüze uğrayanın talebi üzerine hakaret içeren yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir" hükmü, yeni TCK'da yer almamaktadır. Bu durumda tecavüze uğrayanın kişilik haklarıyla ilgili olarak sadece genel hükümlere göre uygulama yapılabilir, savunma dokunulmazlığı kapsamında muhakemenin etkilenmesi engellenemeyecektir.

Yeni düzenleme, savunma dokunulmazlığından yararlanabilmeyi, isnadın gerçek ve somut delillere dayandırılması koşuluna bağlı tut-

maktadır. Esasen somut vakaya dayandırılabilen bir iddianın savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesine gerek yoktur. Savunma dokunulmazlığı, savunma içinde tarafların konusu suç teşkil edebilecek söz ve eylemleri için söz konusudur. Bu bakımdan yeni düzenlemede benimsenen "isnadın gerçek ve somut delillere dayandırılması" kriteri, savunma dokunulmazlığını sağlamaktan uzaktır.

Mevcut Kanun savunma dokunulmazlığını sağlamaktan uzak olduğu gibi, yeni TCK'nın da savunma dokunulmazlığının korunması amacına hizmet ettiğini söylemek de mümkün olmayacaktır. Modern bir yasa her yönüyle modern olmak zorundadır. Bir kısıtlama ortadan kaldırılırken başka bir kısıtlamanın kanun hükmü olarak düzenlenmesi, ancak otoriter düzene hizmet düşüncesinin bir tezahürü olarak yorumlanabilir.

Savunma dokunulmazlığı, savunma hakkının kullanılabilirlik sınırlarını belirleyen bir haktır. Başka bir anlatımla savunma dokunulmazlığının sınırları savunma hakkına verilen önemin de sınırlarını belirlemektedir. Böylesine önemli bir konuya daha hassasiyetle yaklaşılması gerekmektedir. Tüm temennimiz de bu yöndedir.

## **SONUÇ**

Savunma hakkı hukuk düzeni içinde yeterli ve etkin bir düzenlemeye kavuşturulmuş değildir. Savunma hakkı, anayasamızda temel haklar arasında sayılmamış, sadece 36. maddede kavram olarak kullanılmıştır. Fakat iddia ve yargıya ilişkin belirlemeleri açık bir şekilde vazetmiştir. Savunma hakkını sahipsiz bırakan anayasal düzenlemeye dayanılarak kanuni düzenleme yapmanın sonucu olarak savunma hakkı kadük kalmıştır.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Esasen savunma hakkı sadece avukatlık, vekil-müvekkil ilişkisiyle sınırlanmamalı, bunun ötesinde tüm muhakeme sistemi içinde eşit ve hatta birincil konumda konumlandırılmalıdır. Yapılacak kanuni düzenlemelerde, çağın gereklerini kuşatamayan düzenlemeler savunma hakkının kutsallığı perspektifinden geçirilerek çözüm önerileri sunulmalıdır.

Savunma hakkının birincil derecede kullanıcıları olan avukatların, savunmanın bağımsızlığını sağlama yönündeki güvencelerinden sayılan Baronun bağımsızlığı da ancak bu şekilde sağlanabilir.

Savunma hakkı ve savunmanın, suç işlemeyi teşvik eden bir kurum olarak algılanmasına son verecek hukuk kültürü geliştirilmelidir.

Diğer yandan, savunma dokunulmazlığının sağlanabilmesinde, savunma hakkının etkin kullanımına ve engellerinin çözümüne yönelik düzenlemeler getirilmelidir.

Mahkeme düzenini sağlamak kuşkusuz muhakemenin makul süre içinde yapılmasını sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Ancak mahkeme düzenini sağlamak bir amaç olmadığından, düzen, hak kısıtlanarak değil, hak gözetilerek sağlanmalıdır. Mahkeme düzeninin sağlanması sadece hakimin vicdani kanaatine bırakılmamalı, savunmanın da muhakeme sürecinde eşit konumda olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Muhakemenin savunma üzerine değil de iddia üzerine şekillendiği bir muhakeme sisteminde savunma hakkının varlığından söz etmenin mümkün olamayacağı açıktır.

### Kaynakça

- Ali Haydar Özkent; **Avukatın Kitabı**, İstanbul: 1940. Eserin tıpkı basımı İstanbul Barosu Yay., 2002.
- Majno; **Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)**, Baylan Matbaası, Ankara: 1980.

Meral Sungurtekin; **Avukatlık Mesleği Avukatın Hak Ve Yükümlülükleri**, Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, İzmir: 1999.

Nur Centel; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Yay., İstanbul: 1984,

Orhan Seyfi Güner; "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi", **Birikimler I**, Danışman Yay., İstanbul: 2003.

Savaş Mollamahmutoğlu; **Türk Ceza Yorumu**, 3. Baskı, 4.Cilt, Seçkin Yay., Ankara: 1999.

Sulhi Dönmezer; **Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler**, 14. Baskı, İstanbul: 1995.



## Adil Yargılanma Hakkı

Av. Mehmet KALAY



İlk gelişiminden bu yana insanoğlu sosyal bir varlık olmasının doğal sonucu olarak hem tabiatın tehlikelerine karşı ortak savunma güdüsünden dolayı, hem de birlikte yaşama ve neslin devamının gerekliliği neticesinde topluluk halinde yaşamaya başlamıştır. Toplu yaşamının doğal bir sonucu olarak insanlar arasındaki ilişkilerde bir takım ahlaki ve vicdani kurallar belirlemeye başlamıştır. Ahlaki ve vicdani kurallar, insanlığın ve sosyal gelişimin merteye kaydetmesi ile birlikte sosyal ilişkileri düzenleme niteliğini kaybetmiş ve bu durum ilkel de olsa hukuk normlarının ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur.

Zaman içinde, hukuk normlarını vazedecek, bu normların herkese uygulanmasını sağlayacak, hak ihlallerini ortadan kaldırarak bu normlara karşı gelenlerin etkin bir yaptırım gücüyle cezalandırılmasını sağlayacak bir erke, yani devlete ihtiyaç duyulmuştur. Ancak bu yaptırımı elinde bulunduran erk olan devletin, bu hakkı kullanırken kendisini oluşturan bireylerin hak ve özgürlüklerini tehdit etmesi ve sınırsız bir erki kullanıyor olması, savunmasız kalan bireyin korunması gerekliliğini ortaya koymuştur. Tarihsel gelişim içinde bireyin korunmasının, ancak, yasa, yürütme ve yargı erklerinin birbirinden ayrılarak bağımsızlaştırılması ve yargılama faaliyetinin etkin bir hukuki güvenceye ve

aynı zamanda yaptırımı bağlanması ile sağlanabileceği anlaşılmıştır.

Zaman içinde, 1789 Fransız İhtilali ile daha da güçlenen klasik ulusalcı devlet anlayışı ve hukuk uygulamaları değişmeye başlamıştır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'nın içine düştüğü durum yeni açılımları beraberinde getirmiştir. Bu tarihten sonra savaş sonunda ortaya çıkan ölümlerin ve yıkımların etkisinin büyük olması nedeniyle, Avrupa'da ve dünyada insan hakları konusunda yeni düzenleme yapma ihtiyacı hissil olmuştur. İnsan hak ve hürriyetleri konusunda ilerleyici düzenlemeler yapılması, aynı zamanda bizim konumuz olan adil bir yargılamanın güvencelerini sağlamak bakımından da önem arz etmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi ile başlayan bu süreç Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesiyle ivme kazanmıştır. Bu süreç, aşağıda konumuzu ilgilendiren bölümleri itibarıyla açıklayacağımız gibi iç hukukumuz üzerindeki etkisi ve bazı yönleriyle yaptırımlara sahip olması nedeniyle (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) bizim için kayda değer bir nitelik arz etmektedir.

Tüm bu gelişmeler ışığında ve hukukun kaydettiği aşamalar sonunda etkin bir hukuk uygulamasının sağlanması için adil bir yargılamanın güvencelerinin olması ve bununla bağlantılı olarak savunma



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

hakkının da etkin bir şekilde tüm baskı unsurlarından arındırılması ve yasal güvencelere bağlanmış olması gerekmektedir. Bu nedenle sunumumuzun başlığını da oluşturan kavramı (ve yeri geldiğinde bağlantılı olan savunma hakkını) incelemek ve değerlendirmek zorunluluğu doğmaktadır.

Adil yargılanma hakkı, soruşturma ve yargılama evresinde kişi hak ve hürriyetlerine bir hanel gelmeden hakikatin ortaya çıkması bakımından vazgeçilmez kavramı teşkil etmektedir. Adil yargılanma hakkı bildiğimiz klasik yargılama şeklinin uygulanmaya başlaması ile kavramsallaşmakla beraber, "savunma hakkı" diğer temel hak ve hürriyetler ile birlikte kişinin, doğuştan sahip olduğu en temel korunması gereken hakkı ifade etmektedir. Adil yargılanma hakkı da evrensel ve yerel hukukta yargılamanın olmazsa olmaz koşullarından biri haline gelirken, savunma hakkı ile arasındaki temel fark savunma hakkının, "savunma" kavramının başlangıcından itibaren hukuk literatüründe yer almasıdır. İnsana doğuştan bahşedilmesi nedeniyle savunma hakkı dokunulmaz ve kutsal bir nitelik arz etmektedir. Bu temel ve dokunulmaz haklar yargılama ve yasallaşma sürecinde özellikle ülkemiz açısından yeterince uygulanamamış ve bu hakların ihlali neticesinde ortaya çıkacak hak ihlalleri için caydırıcı yaptırım müesseseleri oluşturulamamıştır.

Ayrıca diğer önemli bir husus, taraflar arasında "silah eşitliği" ya da "adil bir denge" sağlanmış olmasının başarılması şarttır. Bu, taraflardan her birine, karşı tarafla kıyaslandığında kendisi açısından önemli bir dezavantaj oluşturacak bir durum yaratmaksızın davasını sunma (kanıtları da dahil olmak üzere) konusunda makul bir

fırsat tanınmış olması anlamına gelmektedir.<sup>1</sup>

### **1982 Anayasası, adil yargılanma hakkını 36. maddede**

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

şeklinde düzenlemiştir.

### **ULUSLARARASI HUKUK METİNLERİNDE VE TÜRK HUKUKUNDA ADİL YARGILANMA VE SAVUNMA HAKKI**

Yukarıda genel çerçevesini çizdiğimiz adil yargılanma hakkının uluslararası hukuk metinlerinde ve Türk hukuk uygulamasındaki yerini aşağıda yasal ve hukuki dayanakları belirtilerek aktarılmaya çalışılacaktır. Burada her iki hukuk metninde konuyla ilgili madde içeriklerini aktarıp, uluslararası hukuktan ülkemiz hukukuna doğru bir sistematik izlenecektir.

### **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**

#### **Madde 11:**

1. Kendisine bir suç yüklenen herkesin, **savunması** için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı bir açık yargılanmayla yasaya göre suçluluğu kanıtlanana değin suçsuz sayılma hakkı vardır.
2. Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem ya da kusurdan dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

<sup>1</sup> Reid Karen; **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, s. 29.



**BM Siyasi ve  
Medeni Haklar Sözleşme-  
si'nde  
Adil Yargılanma Hakkı**

**Madde 14/5:**

"Bir suçtan ötürü mahkum olan bir kimse, mahkumiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahiptir."

denilmektedir.

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**

**Madde 6**

**Adil Yargılanma Hakkı**

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.
2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.
3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:
  - a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

**AİHS'e Ek 7 Nolu Protokol**

**Madde 2/1:**

Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı

- 1) Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet yada ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceleme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.
- 2) Bu hakkın kullanılması, yasadaki düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından yada ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.

**Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**

**Madde 47:**

**Etkili Hukuki Bir Yola Başvurma ve Adil Yargılanma Hakkı**

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

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 bağımsız 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 ulaştırılmasının sağlanması için gerekli olması koşulu ile hukuki yardım sağlanacaktır.<sup>2</sup>

Uluslararası metinlerden adil yargılanma hakkının detaylı olarak düzenlendiği tek belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 6. maddenin 1. fıkrasında "Herkes, ... bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir." hükmü ile hem adil yargılanma hakkını düzenlemiş, hem de adil yargılanma ile doğrudan bağlantılı olan savunma hakkını düzenlemiştir.

Adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak Türk Hukuk tarihinde yürürlüğe giren anayasaların hiçbirinde düzenleme yapılmamıştır. Yürürlükte bulunan 1982 Anayasasının 36. maddesinde (Ek: 03.10.2001-4709/14 md.) 2001 yılında uyum yasaları çerçevesinde yapılan değişiklikle beraber adil yargılanma hakkı yüzeysel ve tek cümle olarak düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 10, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 nolu Protokolünün 2/1, Birleşmiş Milletler

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14/5 maddesinde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 47. maddesinde adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

04.12.2004 tarihinde kabul edilen Ceza Muhakemesi Kanununun genel gerekçe kısmında kanunun kabul edilmiş gerekçeleri sıralanırken aslında adil bir yargılanmanın belki de şartları sayılmıştır.

Şöyle ki gerekçede;

"Adil, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı"na saygılı olmak ve bunun gerektirdiği usul hükümlerine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer vermek, söz konusu dengenin, bireyin hak ve özgürlüklerine ilişkin kısmını karşılamaktadır: Kişinin, kanunun belirlediği, açıkça tanımladığı usullere göre itham edilebilmesi; güvencelere saygı göstererek yakalanabilmesi, gözaltında tutulabilmesi, tutuklanabilmesi; şüpheli veya sanığın aleyhindeki ithamları önceden bilmesi, savunmanın gerektirdiği bütün olanakların davanın tüm evre ve aşamalarında tanınması (sanık veya avukatın savunmasını hazırlamak için zorunlu vasıtalar ve zamana sahip kılınması, avukatın, müvekkili ile temas etmek ve dosyaya ulaşmak olanağının her evrede kabul edilmesi, sanık olmadan duruşma yapıp hüküm verilememesi, susma hakkı kullanıldığında bunun şüpheli veya sanık aleyhinde sonuç meydana getirememesi, adli işlemlere katılmak olanağı, zorunlu avukatlık ilkesinin mümkün olduğunca genişletilmesi ve diğerleri); silâhların eşitliğinin gerekli hükümlerle saptanması; suçsuzluk karinesi, susma hakkı, davanın bağımsız ve tarafsız, kanunla kurulmuş mahkemelerde alenen görülmesi ve makul bir süre içinde bitirilmesi; yakalama, adli kontrol, tutuklama gibi önleyici tedbirlerin ancak çok sıkı koşullar altında ve itiraz hakları kabul edilerek uygulanabilmesi; tutuklamaya seçenek olarak adli kontrolün kabulü; hukuka aykırı olarak elde edilen delil, iz, eser ve emarelerin hükümsüz sayılması, hazırlık evresinden kovuşturma ev-

<sup>2</sup> Mehmet Kalay; "AB Temel Haklar Şartı", *Birikimler I*.

resine geçilirken bir orta evrenin kabulü ve diğerleri ...”

denilerek ceza muhakemesinde olması gereken ve uygulanması gereken hususlar belirtilmiştir. Maalesef kanunun bir kısım içeriği ve uygulamadaki sorunlar genel gerekçede belirtilen hususlarla çelişki arz etmektedir.

Yine 26.9.2004 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanununun “Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” başlıklı 288. maddesinde:

“(1) Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

denilerek adil yargılanma hakkının ihlaline yönelik müdahaleleri engelleme ve bunun aksi durumunda yaptırım getirmektedir.

288. maddenin gerekçesinde ise maddenin düzenlenme nedeni şöyle açıklanmaktadır:

“Madde, kesin bir yargı kararı verilmeden önce tanıkların beyanlarını veya bilirkişi mütalâalarını ve hüküm ve kararları etkilemek amacıyla baskıcı ve kötü niyetli yayınlar yapılmasını ve bunların açıklanmasını cezalandırmaktadır. Adalet cihazının yansızlığını sadece iktidarlara karşı koruyucu güvenceler yeterli değildir; kamuoyunda, “kapıları tutanların” etkisinden de adaleti kurtarmak ve sükûnetle çalışılmasını sağlamak gereklidir.

Kitle iletişim araçlarıyla yürütülen ve “yargısız infaz” olarak tanımlanan uygulamalar dolayısıyla, bu hükme Tasarı metninde yer verilmiştir”

## ADİL BİR YARGILAMANIN GÜVENCELERİ<sup>3</sup>

### 1. Adil Olma İlkesi

AİHS. 6. madde 1. paragraf, (ceza hukuku çerçevesindeki suçların ve medeni haklar ile yükümlülüklerin, makul bir süre içerisinde, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme huzurunda karara bağlanması için adil ve kamuya açık duruşma yapılması) hükmünü içermektedir. Bu hüküm hem yasal yollara başvuru hakkının bireye sağlanmasının güvence alınmasını getirmekte hem de yargı önüne gitmiş bir hukuki ilişkinin adil bir şekilde ve bireyin haklarına hâlel gelmeyecek titizlik ve sürede bitirilmesi gerektiği hususunun güvence altına almaktadır.

### 2. Mahkemeye Başvurma Hakkı

Hakkı ihlal edilen herkes mahkemeye başvurabilmeli ve bununla ilgili engeller kaldırılmalıdır. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes yargı mercileri önünde davalı veya davacı olarak hakkını arayabilir ve kendisini savunabilir. Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.<sup>4</sup>

### 3. Kamuya Açık Duruşma ve Yargılama

6. madde, 1. paragrafta kamuya açık duruşma ve hükmün kamuya duyurulması hakkından bahsetmektedir. Duruşmanın kamuya açık olarak yapılması, davanın taraflarını, yargı yönetiminin kamu denetimi olmaksızın gizlilik içinde iş görmesi durumuna karşı korumaya alır.

<sup>3</sup> Reid Karen; a.g.e.

<sup>4</sup> Arslan, Osman;  
www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyetler-  
/diger\_faaliyetler/kirikkkale\_uni.htm

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bu durum kamunun mahkemelere olan güveninin sürmesini sağlar ve adalet yönetimini şeffaf kıldığından adil bir duruşma yapılması amacına ulaşılmasına katkıda bulunur ki bu da, demokratik bir toplumda temel güvencelerden biridir.<sup>5</sup>

### 4. Yasal Dayanağı İle Bağımsız ve Tarafsız Hakim ya da Heyetin Oluşması

Gerek ceza ile ilgili davalarda, gerekse bunun dışındaki davalarda yine AİHS'in 6.maddesinin 1. fıkrası uyarınca, herhangi bir nedenle yargı yollarına başvurmuş bir kişinin savunma ya da hak arama hak ve hürriyetinin sağlanması açısından bağımsız ve tarafsız bir hakim ya da heyete ihtiyaç duyulduğu ve bunun sağlanması gerektiği aşikardır. Bunun sağlanması açısından hakimin davaya bakmasının yasak olduğu zamanlarda hakimin davaya bakmaktan imtina etmesi, hakimin reddi ile ilgili bir husus olduğunda da karşı tarafın hakimin reddini isteme hakkının olması bu güvencelerden kaynaklanmaktadır.

### 5. Silahların Eşitliği

Adil denge anlamında silahların eşitliği, adaletin uzun süre önce kurumsallaşmış unsurlarından bir tanesidir. Bazen duruşmaların kanıtları sunma zorunluluğu ile bağlantısı kurulur. Tarafların her birine, davasını (kanıtlar dahil), muhalifi karşısında kendisine esaslı bir dezavantaj sağlamayan koşullarda sunmak için makul bir fırsat tanınacağını ima eder. Bu, ilke olarak bir ceza hukuku ya da medeni hukuk davasındaki taraflara, toplanan bütün kanıtlar ve dosyalanan bütün gözlemler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatı verilmesi anlamına ge-

lir. Adaletin davada hazır bulunulmasıyla yerine getirildiği görüntüsünün sağlanması amacıyla, bu muhtevaya büyük önem atfedilmektedir.<sup>6</sup> Silahların eşitliği başlığı altında bir yargılamada bulunması elzem olan bazı koşullar yer almaktadır:

#### a. Karşı Tarafın Hazırladığı Sunumları Alma ve Cevaplama Fırsatı

Davanın tersine döndürülebilir olması hakkı, bir ceza davasında hem savcılık makamına hem de savunmaya, diğer tarafça dosyalanmış gözlemler ve derlenmiş kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatının verilmesi zorunluluğu anlamına gelmektedir.<sup>7</sup>

Ülkemiz hukukuna bakıldığında bu ilkenin yeterince uygulandığını düşünmek yersiz olur. Özellikle hazırlık soruşturmasında ve dahası son soruşturma safhasında sınırsız yetkilerle donatılmış olan iddia makamı konumundaki savcının sanık durumundaki tarafa yani savunmaya karşı bir üstünlük elde etmiş olduğu aşikardır. Burada yapılması gereken, daha önce de belirttiğimiz gibi savcının hakim ve mahkeme heyetinden hem işlevsel olarak hem de kurumsal olarak ayrılması, savunma makamının neredeyse sınırsız yetkili iddia makamına karşı eşit koşullarda söz sahibi kılınmasının sağlanmasıdır.

#### b. Lehine Kanıt İleri Sürme ya da İsteme Hakkı

Bilgi ve belgeye ulaşmada taraflara ayrıcalık tanınmalı, iddia makamına tanınan lehte ve aleyhte kanıt ileri sürme ya da isteme hakkının eşit şartlar altında savunma tarafına da sağlanması gerekmektedir.

Taraflardan birinin iddialarına karşı diğer tarafın eşit ve etkili

<sup>5</sup> Karen Reid, a.g.e.

<sup>6</sup> Karen Reid, a.g.e.

<sup>7</sup> Karen Reid, a.g.e.

cevap verme hakkının verilmemesi ya da yeterince sağlanmaması hak ihlalini beraberinde getirmektedir.

**c. Şahit Dinlenmesinde Taraflar Arasında Eşitliğin Sağlanmış Olması**

6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde; "İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek" hükmünü içermektedir.

Hukuk uygulamamızda, savcının talebi ve isteğiyle dinlenen tanıkların savunma makamının gösterdiği tanıklara oranla daha fazla itibar gördüğü, hakimlerimizin de savcılarla hem kurumsal olarak hem de çalışma mesaisi nedeniyle daha yakın ilişki içinde olması, taraflar arasındaki sağlanması gereken eşitlik bakımından bazı uygulamalarda kafalarda soru işaretleri bırakmaktadır. (Özellikle devlet tarafını teşkil eden idarenin ya da idare görevlilerinin bir davada taraf olması durumunda ihlal söz konusu olmaktadır.)

**d. Tarafların Bilgi ve Belgeye Ulaşmasında Ayrım Yapılmaması**

Taraflardan biri, duruşmanın yönetimindeki ya da bilgi ya da belgeye ulaşmadaki pozisyon avantajını kullandığı takdirde sorunlar çıkabilmektedir. Mamafih, devlet yetkililerinin olaya karıştığı durumlarda, bunlar bir ölçüye kadar kaçınılmazdır ve Avrupa Mahkemesi, başvuru sahibinin gerçekten etkilenip etkilenmediğine bakarak pragmatik bir tutum sergilemektedir. Örnekse; başsavcının yüksek mahkemeye görüşünün bildirmesi için bir zaman sınırının getirilmemiş olması olgusunun arkasında bir önyargı bulunmaktadır.

**e. Her İki Tarafın Da Anlayabileceği Bir Dilde Yargılamanın Yapılması**

Hem iddia tarafının hem de savunma tarafının anladığı dilde yargılamanın yapılması, davanın konusu ve niteliği ile ilgili bilgilerin net ve sağlıklı bir biçimde taraflara izahı gerekmektedir.

**f. Savunma ve İddialar İçin Yeterli Süre ve İmkân Tanınması**

Özellikle ceza davalarında savcının iddia ve savlarını hiçbir süreyle bağlı olmaksızın ileri sürebilmesi, aynı olanaktan yoksun kalan savunma bakımından adaletsiz bir sonuç arz etmektedir.

**g. Susma Hakkı**

Ceza davalarında şüpheli ya da sanığın susma hakkından yararlandırılması gerekmekte olup, bu sanık ya da şüphelinin suçlu olduğu anlamına gelmemektedir, gelmemelidir de. Sanık, aynı zamanda hem kendi aleyhine hem de ailesi ve yakınları aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmamalıdır.

Kişinin kendi aleyhine ifade vermemesi hakkına yönelik meşru kısıtlamalar olup olmadığı ile ilişkili olarak Avrupa Mahkemesi, Saunders davasında şirket dolandırıcılığı davasını karmaşıklığı ve hayati kamu çıkarlarını, suçlanan usul önlemleri de dahil olmak üzere uygulanan önlemleri haklı çıkardığı yolundaki hükümet argümanını reddetmiştir. Söz konusu hak, ceza davalarında ayırım güdülmeksizin uygulanmaktadır.<sup>8</sup>

**h. Hukuka Aykırı Delillerin Sanık Aleyhine Kullanılmaması**

Ceza davalarında deliller sanığın huzurunda mahkemeye sunulmalıdır. Hukuka aykırı olarak elde

<sup>8</sup> Karen Reid, a.g.e.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

edilen deliller, sanık aleyhine kullanılmamalıdır.

- Özel hayatın gizliliği ihlal edilerek elde edilen deliller hukuka aykırıdır.,
- İnsanlık ve onur kırıcı işkence ile elde edilen deliller hukuka aykırıdır.
- Ajan provokatör ve gizli ajan kullanılarak elde edilen deliller hukuka aykırıdır.
- Duruşmada açıklanmayan ve yazılı olarak sunulan tanık beyanları delil olarak kabul edilemez.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 6. fıkrasına göre, (Ek: 03.10.2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ayrıca CMK'nın 206. maddesinde şu hükümler yer almaktadır.

1. Saniğin sorguya çekilmesinden sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır. Ancak, saniğin tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmaz. Ortaya konulan deliller, sonradan gelen saniğe bildirilir.
2. Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:
  - a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse,
  - b) Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa,
  - c) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa.

### 1. Kararların Gerekçeli Olması

Yapılan yargılama sonunda verilecek hükmün gerekçeli olması gerekir. Gerekçe içeren kararlarda olayın tüm boyutlarıyla alınması ve şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta tanımlanması, kamunun yargı

kararlarına olan güvenini artırır. Ayrıca Anayasanın 141/3 maddesi gereğince de kararların gerekçeli olması zorunludur.

## 6. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Gerek ceza davalarında gerekse hukuk davalarında yargılamanın adil ve makul bir sürede bitmesi sonucunda gerçeğe ulaşma, aynı zamanda tarafların adalete olan inancını da şüpheye yer vermeyecek şekilde pekiştirecektir. Anayasanın 141. maddesinin 4. fıkrasında "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." denilmektedir. Her bir davanın taşıdığı koşullar farklı olduğundan, makul sürenin değerlendirilmesi hakim tarafından olayın özelliğine göre takdir edilecektir. "Gecikmiş adalet, adalet değildir."

1. Mahkemelerden kaynaklanan nedenler
  - a) Davaların sayısının çok fazla olması, hakimlerin gereğinden fazla davaya bakması,
  - b) Bazı hakimlerin duruşmalara hazırlıksız çıkmaları,
  - c) Bazı hakimlerin eğitimlerinin yetersiz olması.
2. Taraflardan kaynaklanan nedenler
  - a) Tarafların delilleri zamanda vermemeleri,
  - b) Davayı kaybedeceğini anlayan tarafın, davayı uzatmak için usul kanunlarında verilen hakları suiistimal etmeleri,
  - c) Davaların avukatla takibi zorunlu olmadığından dava açılmasında ve yürütülmesinde görülen aksaklıklar,
3. Mahkeme dışı etkenler
  - a) yapması ve geç cevap vermesi,



- b) Tanıkların ifade vermektен kaçınmaları,
- c) Bilirkişilerin zamanında rapor düzenlememesi,
- d) Güvenlik güçlerinin ihzar müzekerelerini zamanında yerine getirememeleri,
- e) Tebligatların zamanında yapılması ve tebligat usulsüzlükleri,
- f) Resmi makam ve merciler tarafından, yargı mercilerince sorulan sorulara zamanında yanıt verilmemesi,
- g) Yargı birliği olmadığından, davaların yargı yeri, görev ve yetki uyumsuzlukları nedeniyle çözümlenememesi.

Açıklanan nedenlerle davalar uzamaktadır. Usul kanunlarının değiştirilmesi davaların görülmesini ne yazık ki istenen ölçüde hızlandıramamıştır. Bunu bir eğitim meselesi olarak görüyoruz. Gerek yargılayanların gerekse yargılananların eğitimi ve kültür seviyesi davaların süresini etkilemektedir.<sup>9</sup>

## 7. Masumiyet Karinesi

Sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasında "Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır." hükmünü getirerek asıl olanın sanığın suçsuz kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

Anayasamızın da 38. maddesinin 3. fıkrası da "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." hükmünü içermektedir. Evrensel hukuk uygulamasında aksi ispatlanıncaya kadar şüpheden sanık yararlanır prensibi hakimdir. Hazırlık soruşturmasının gizli olması, duruşmalarda sanığın fotoğraflarının çekilmemesi ve video kaydının yapılmaması bu hakkı des-

tekleyen ilkelerdir. Suçluluğu sabit olmayan sanığın uzun süre tutuklu kalması masumiyet karinesini kısıtlayacak ve tehlikeye düşürecek bir hal alırsa hak ihlalinin oluştuğunu kabul etmek gerekir.

## 8. Sanığın Diğer Hakları (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 6/3)

1. Ceza davalarında sanığın duruşmada bulunması hem hakkı hem de yükümlülüğüdür. Sanığın duruşmada savunması alınmadan karar verilemez.
2. Hukuk davalarında -velayet, vesalet, boşanma gibi davalar ayırık olmak üzere- tarafların duruşmada hazır bulunmaları zorunlu değildir.
3. Sanığa suçlamanın niteliği, suçlamanın nedenleri anladığı dilde bildirilmelidir.
4. Sanığa savunma hakkı tanınmalıdır. Savunma hakkı temel insan hakkı ve adil yargılanma hakkının en önemli öğelerinden biridir.
  - a) Savunmanın hazırlanabilmesi için sanığa yeterli zaman ve olanak tanınmalıdır.
  - b) Sanığa avukat tutma olanağı sağlanmalıdır.
  - c) Sanığın avukat tutmaya gücü yoksa kendisine adli yardım yoluyla devletçe avukat atanmalıdır.
  - d) Sanığın avukatıyla yargılamanın her aşamasında görüşmesi sağlanmalıdır.
5. Sanık duruşmada kullanılan dili anlamadığı taktirde kendisine ücretsiz tercüman sağlanmalıdır.
6. Tutuklanan sanığın yakınları haberdar edilmelidir.

<sup>9</sup> Osman Arslan; a.g.m.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

7. Tutuklanan kişi en kısa sürede hakim huzuruna çıkarılmalıdır. Osman Arslan;  
ww.yargitay.gov.tr/basin/faaliyetler/diger\_faaliyetler/kirik kale\_uni . Htm
8. Tutuklanan kişi üst mahkemeye itiraz edebilmelidir. Mehmet Kalay; "AB Temel Haklar Şartı", **Birikimler I**, Danışman Yay., İstanbul: 2003.
9. Ceza davalarında deliller sanığın huzurunda ve aleni olarak sunulmalıdır. Karen Reid; **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, Scala Yayıncılık, İstanbul: 2000.
10. Sanığa temyiz hakkı tanınmalıdır.

## 9. İki Dereceli Yargılanma Hakkı

Ceza mahkemesinde yargılanan ve mahkum edilen kişi yada diğer bir hukuki ilişkinin tarafı olarak hukuki ilişkinin konusu ile ilgili olarak hakkında hüküm verilmiş kişi daha yüksek bir mahkemede bu kararın incelenmesini isteyebilmektedir. İki kademeli ve daha üst yargı organları tarafından kararın bir kez daha incelenmesi olabilecek mevcut adli yanlışları minimum düzeye indirmek amacındadır. Ülkemizde üst mercii olarak Yargıtay makamı bulunmasının yanında yeni yasa ile yerel mahkeme ile üst mahkeme arasında yer bulan ve yerel mahkeme kararlarının Yargıtay'a gitmeden incelenmesi olanağı sağlayacak olan 'istinaf mahkemeleri' makamı da kabul edilmiştir. Ancak hukukumuz içindeki hukuki ve fiili altyapı imkanları dikkate alındığında, bu kurumun işlevsellik kazanması zaman alacaktır.

## 10. Haksız Yargılananlara Tazminat Hakkı

Haksız bir surette suçlanan ya da hakkında çeşitli koruma tedbiri uygulanan ya da hakkında dava açılan kişiler, uğradıkları maddi ya da manevi tüm zararlarını devletten tazmin etme hakkına sahiptirler.

## Kaynakça



# Tabii Hukukta Hak, Adalet ve Özgürlük Kavramları -Eleştirel Bakış-

Av. Muharrem BALCI



## GİRİŞ

Hukuksal sorunları hukukun genel tanımı içinde<sup>1</sup>, dolayısıyla yürürlükteki hukuk (pozitif hukuk) zemininde ve çerçevesinde tartışmak, sorunlara çözüm için akli bir yöntem olarak kabul edilir. Ancak, yürürlükteki hukukun da varmak istediği genel geçer beklentilere ve sonuçlara ulaşabilmek için, önce hukukun süjesi olan insan ve insanın düşünce yapısında var olduğu kabul edilen kavramlar ve semboller üzerinde durmak gerekecektir. Ki bu çalışmada insanın yaratılışı ve insana bahşedilenler dikkat nazarımız dışına çıkarılmadan hukukun sorunları ve "Tabii Hukuk" konusu ve kavramlar incelenecektir.

Genel olarak insanın iki temel özelliğinden bahsedilebilir:

*Birincisi*, bilgi edinme ve değerlendirme özelliğidir. Bu özellik sayesinde insan, kendisini ve çevresini tanıma, uyum sağlama, onu değiştirme ihtiyacı duyar ve bu yönde davranışlar içinde bulunur.

*İkincisi*: Sosyal bir varlık olma özelliği: Her canlı gibi yaşamını devam ettirmek isteyen insan, varlığını korumak ve sürdürmek için araçlara muhtaçtır ve bunları

tek başına sağlayamaz. Amaçlarına ulaşabilmek için hemcinslerine muhtaçtır ve bu ihtiyaç ona toplumsallık özelliğini kazandırır. Toplumsallık, yaşamın bir düzen içinde kurulması ve devamı için bir gereklilik olduğu gibi, toplum hayatının sürdürülmesi için de insanın toplumsal özelliklerini devam ettirmesi gerekir.

İşte burada insan diğer insanlarla ve kainatın yaratıcısı ile olan ilişkilerinde haklı-haksız, iyi-kötü, doğru-yanlış gibi değerlendirmelerde bulunur. Tabii ki sadece değerlendirmekle kalmaz, yine yaratılışı gereği değerlendirmelerini sonuçlandırmak ister. Bir başka ifadeyle, değerlendirmeleri sonucunda kimi olay ve bu olaylara temel olan davranışları olumlar ve esas alır, düşünce ve yaşam sistemini bu değerlendirmeler ışığında devam ettirir; kimi değerlendirme sonuçlarını da olumsuzlukla nitelendirir ve bunların gerçekleşmemesi, aksine yaptırıma tabi tutulması şeklinde tavır belirler.

İşte insanın zihinsel ve pratik olarak ve ikisini birleştirerek yaptığı bu değerlendirme, diğer insanlarla ve yaratıcısı ile olan ilişkilerini ve davranışlarını düzenlemek ihtiyacından doğmaktadır. İnsanlar maddi anlamda benzer özelliklerde yaratılmış olmalarına karşın, düşünce ve eylem planında farklı özellikler gösterirler ve farklı amaçlara yönelebilirler. Bu

<sup>1</sup> Hukukun genel tanımı olarak, biraz aşağıda Vecdi Aral'ın tanımını esas almaktayız.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

farklılıklar, insanların yöneldiği bazı idelerle, sosyal hayatta olup bitenlerin farklılığını, hatta çelişikliğini de ortaya koyar. Örneğin, adalet idesi, sosyal ihtiyaçlara ve toplumda yararlı görülebilen her olguya aynen tekabül etmeyebilir. Toplumda pratik ihtiyaçlardan kaynaklanan sorunlara bulunan çözümler, adalet idesine ters düşebilir. Dolayısıyla insanın bu ilişkileri ve sonuçlarını düzenleme ihtiyacı, bu ilişkileri biçimlendirme ve bu ilişkilere görünür ve algılanabilir bir düzen vermeyi hedefleyen normları da ortaya çıkarmıştır. Bu normlar bütününe de hukuk demekteyiz.

O halde hukuku tanımlarsak: "Hukuk: İnsanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca (adalete) yönlendiren normlar bütünüdür" diyebiliriz.<sup>2</sup> Ancak insanlık, bir arada yaşamaya başladıktan ve bu yaşam için bazı kurallar belirledikten, bir başka deyişle hukuku oluşturduktan bu tarafa, "var olan hukuk"- "olması gereken hukuk" ayırımını yaşamaktadır. Bunun içindir ki konu öncelikle felsefi olarak tartışılmıştır.

Hukuk felsefesi tarihi, adalet değerinin tartışılması üzerine yoğunlaşmıştır. Hukuk felsefesi, hukuku, bazı etik veya ahlaki değerleri gerçekleştirmekle yükümlü bir sosyal kontrol kurumu olarak ifade eder. Bu etik veya ahlaki değerlerin de yasa koyucunun iradesi karşısında tamamıyla bağımsız olduğunu belirler. Bunun için de hukuk adamının, hukuk kurallarını kendi iradesine göre değil, objektif olarak belirlenmesi olanaklı bazı etik veya ahlaki değerlere göre koymak zorunda olduğunu kabul eder.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*.

<sup>3</sup> Burada "etik" ve ahlak kavramları üzerinde durulabilir, ancak konu dışına taşmamak ve bu kavramları bir başka su-

Hukuk felsefesinin bu belirlemelerine karşın tarihte tabii hukuk savunucuları, söz konusu etik veya ahlaki değerlerin sadece bireysel yanlarını dikkate almaları, toplumsallıkla birlikte değerlendirilmemeleri ve esasen bu kavramların ve içeriklerinin (idelerin) bireysel ihtiyaçları karşılamakla da yükümlü olduklarını akıldan çıkararak, tabii hukukun sadece zihinlerde yer almasına, yaşanan hayata indirilmemesine, dolayısıyla da meydana pozitif hukukun doldurmasına neden olmuşlardır.

## TABİİ HUKUK ÖĞRETİSİ

Tarihin ilk dönemlerinden itibaren insanlık, yürürlükteki hukukun (pozitif hukuk) üstünde ve ötesinde değişmez, mutlak, genelgeçerliliğe haiz bir adalet peşinde koşmuştur. Bunun karşısında otorite ve egemen güçler hukuk ve adaletin kendi dünya görüşlerinden ibaret olduğunu ileri sürerek baskı yapmışlardır.<sup>4</sup>

İnsanların belli durumlarda nasıl davranmaları ya da davranmama- ları gerektiğini belirleyen hukuk kuralları tarih boyunca değişik biçimlerde ortaya çıkmıştır. Bazı düşünürler hukukun her toplumda kural koymaya yetkili kimselerce konulmuş olan (pozitif) kurallar-

numun konusu yapmak gerekmektedir. Bu konuda Ahmet Soycan'ın "Ahlak Felsefesi ve Ahlak Hukuk İlişkisi" adlı makalesine bakılabilir. (*İstanbul Hukuk Dergisi*, Sayı: 3) Sadece şu kadarıyla yetinebiliriz ki: Batı'da 'etik kurallar'dan bahsedildiğinde, insanın doğasında var olduğu kabul edilen, fakat determinist bir yorumla izahı yapılmaya çalışılan evrensel kurallar anlaşılmaktadır. "Ahlaki kurallar" ise, genellikle Hıristiyan düşünürlerin, Hıristiyanlığın (kilisenin) belirlediği kurallardır. Her iki kavram da orijinleri itibarıyla tamamen akli- dirler. Hiçbir kesinliği dayanmamaktadırlar. Bu nedenledir ki bu kavramlar Batı düşününe göre izafi/görece/rölatif'tirler. -M. Balcı

<sup>4</sup> Niyazi Öktem, *Tabii Hukuk Dersleri*.

dan oluştuğunu öne sürmüşlerdir. Bazıları da pozitif hukuk kurallarının uyması gereken üstün, genel ve değişmez kuralların bulunması gerektiğini savunmuşlardır. Bu düşünürler pozitif hukuklara öncülük edecek ideal bir hukukun bulunduğunu ileri sürerler. Bu da Tabii Hukuk Görüşü (Öğretisi)'dür.

Ancak burada gözden kaçmaması gereken bir nokta vardır. Doğal Hukuk Öğretisi savunucularının, ideal insanlardan oluşan ideal bir toplumda var olan veya olması gereken hukuku savunmalarından değil; aksine pozitif hukukun uyması gereken üstün (aşkın) hukuk kurallarının varlığından söz etmelerinden bahsetmekteyiz.

Burada bir noktayı daha belirtmek gerekiyor. Doğal hukuk ilkelere göre düzenlenmiş bir hukuk sistemine ''olması gereken hukuk'' adını verirsek, bu olması gereken hukuka uymayan bir hukukun hukuk sayılmaması gerektiği anlamına gelmez. Öyle bir hukuk yine hukuktur. Ancak onun, kötü, amacına uygun düşmeyen bir hukuk olduğu söylenebilir.<sup>5</sup>

Tabii hukukun birçok tanımından yola çıkarak genel bir tarif yapılırsa:

Tabii Hukuk: Bir ülkede belirli bir devrede yürürlükte olan hukuk kurallarının üstünde yer aldığı, insan tabiatında saklı olduğu, toplumun o günkü meselelerine en uygun, en adil çözümleri önerdiği ileri sürülen, olanı değil olması gerekeni deyimleyen, bu nedenle pozitif hukuk kuralları üstünde yönetici bir rol oynaması kabul edilen hukuktur.

Tabii Hukuk Öğretisinin temel ilkeleri, doğuştan kazanılan (tabii) haklar varsayımdır ve zaman ve mekana bağlı değildir. Bu haklar adalet kavramı içinde yer almakta ve eşitlik, özgürlük, kardeşlik esasları üzerinde temellen-

mektedir. Formül şudur: *Adaletin içeriğini aslında eşitlik düşüncesi oluşturur. Gerçek eşitlik özgür ortamda anlam ifade eder.*<sup>6</sup>

Bu durumuyla tabii haklar, devredilmesi ve vazgeçilmesi mümkün olmayan temel hak ve hürriyetler olarak belirir. Tabii haklar, hukuk kavramının ahlaki özünden kendiliğinden çıkarılır.

Tabii hukuk anlayışı, bireyin kendi iç dünyasından, yani yaratılışından gelmektedir. Hangi inanç sistemine sahip olursa olsun tüm düşünürler tabii hukuk öngörüsünün insanın yaratılışında var olduğunu kabul eder. Bu öngörünün sonucu olarak ifade edilen tabii hakların izafi/göreceli/rölatif olup olmadığı tartışmalıdır. Varlığı ve pozitif hukukun üstünde olan kuralları oluşturdukları tartışma konusu değildir. Özellikle de pozitif hukukun ortaya koyduğu düzenlemelerin kişileri tatmin etmesi durumunda tabii hakların önemi ve tabii hukukun gerekliliği öne çıkmaktadır. Özellikle de adalete uygunluk kriteri, pozitif hukukun tabii hukuk kurallarına göre düzenlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarır.

Tabii haklar kuramı ve tabii hukuk öğretisi, insanın özgürlüğünü sağlayan bilgi ve araçların başka insanlarla işbirliği yapılmadan elde edilmesinin olanaksız oluşundan yola çıkan mantıksal işlemlerle birlikte değerlendirildiğinde<sup>7</sup> tabii hukukun en sonunda bir pozitif hukukun doğmasına neden olacağı kuşkusuzdur. Hukuk tarihi işte pozitif hukukla tabii hukuk arasındaki bu mantıksal ilişkilerden meydana gelmektedir.

Burada tartışmanın ana eksenini, pozitif hukukun tabii hukuk kurallarına uygunluğundan ziyade, tabii hukuk kurallarının kavramsal olarak içeriği, kapsadığı alanlar,

<sup>6</sup> Öktem, a.g.m.

<sup>7</sup> Hacıkadıroğlu, a.g.m.

<sup>5</sup> Vehbi Hacıkadıroğlu, *Doğal Hukuk Sorunu*,

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

kavramların ve kuralların izafi/göreceli/rölatif (kişiye göre değişken) olup olmadığı, pozitif hukuk kuralları ile oluşturulacak hukuku ne suretle etkileyebileceği gibi konular oluşturacaktır. O halde Tabii Hukukun kavramlarını zaman zaman eleştirel bakışla da olsa incelemeye çalışalım.

### TABIİ HUKUKUN KAVRAMLARI

#### Hak-Hukuk

Hakk, lügat itibariyle asıl olan, sabit olan, doğru 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 verdiğimiz anlamları kesinlik, doğruluk ve genellik içerir. Bu yönüyle, herkes tarafından aynı şekilde değerlendirilmesi gereken bir kavramla karşı karşıyayız. Bir başka ifadeyle insandan insana değişmesi mümkün olmayan, herkes tarafından benimsenen, kabul edilen bir kavramdan bahsetmekteyiz. Önüne geldiği herhangi bir kavramın doğruluğunu, gerçekliğini, olması gerekeni ifade ettiğini kabul etmekteyiz.

Bununla birlikte, hakların ve yükümlülüklerin, -veriliş gayesine uygun olup olmamasının değerlendirilmesi 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 karşılamak amacıyla hukuk düzeninin tanıdığı irade gücü ya da hukuksal güç" olarak da tanımlanmaktadır.<sup>8</sup> Bu yönüyle bakıldığında hakkın bir hukuk sistemi yönünden geçerliliği ve kabulü söz konusudur.

<sup>8</sup> İsmet Sungurbey, **Hak Nedir**.

### İnsan ve Kişilik

İnsan, doğuştan belirlenmiş hak ve özgürlüklere sahip olan bir varlıktır. Kişilik ise, hukuk sisteminin insana verdiği değerdir. İnsanı "kişi" olarak ele aldığımızda ortaya önemli bir sorun/tartışma çıkmaktadır: "Haklar, yasa koyucunun korumayı uygun gördüğü çıkarlarla ilgili olup, bunlara ilaveten, gelenek ve göreneklerin belirlediği moral haklar mı eklenecektir, yoksa insanın doğasından gelen özelliklerin, korunmasını zorunlu kıldığı bir takım haklar da var mıdır?"<sup>9</sup>

Bu sorunun cevabı aranırken incelenmesi gereken önemli nokta, insanın hangi yönden ele alınacağı konusudur. İnsanı birey veya kişi olarak iki ayrı şekilde değerlendirmek, Batılı Hukuk Öğretisinde iki farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. Birincisi, insanı (bireyi) temele alan "Tabii Hukuk" görüşü, ikincisi insanı, toplumun bir parçası ve toplum tarafından belirlenen bir değer (kişi) olarak kabul eden "Kişisel Haklar" görüşü.

"Tabii Hukuk Öğretisi"ne göre; birey hak sahibidir ve özgürdür. Özgürlüğü hak sahipliğinden de önce gelir ve doğustandır. O halde bireyin hak sahipliği tanınmalı, özgürlük durumu hukuksal forma kavuşturulmalıdır.<sup>10</sup> Bu görüş, tarih boyunca var olagelmiş, fakat uygulama alanını çok zor bulabilmiştir. Fransız Devrimi ile, "Tabii Hukuk Öğretisi"nin toplumlara olanca gücüyle yayıldığı ve etkili olduğu<sup>11</sup> ileri sürülse de, topluma hakim olan burjuva sınıfının haklarının teminat altına alınmasıyla bu etki ortadan kaldırılmış, Fransız Devrimi'nin göz boyayıcılığı,

<sup>9</sup> Hacıkadıroğlu, **"Haklar Ve Ödevler"**.

<sup>10</sup> M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 315.

<sup>11</sup> İlhan F. Akın, **Temel Hak Ve Özgürlükler**, s. 109.

insanı bir "kişi" olarak tanımlamakla son bulmuştur.

Ayrıca Tabii Haklar Öğretisi, temel hak ve özgürlükler anlayışında sadece akli temel almasıyla ve hakları sadece insanın salt özgürlük alanı içinde değerlendirmesiyle, insanlar ve toplumlar arasında gereken değerini bulamamış, temel hak ve özgürlükler de bu nedenle uzun zamana yayılan mücadeleleri gerekli kılmıştır.

Günümüz Pozitivist Hukukunu doğuran ve geliştiren Kişisel Haklar Öğretisine göre ise, insan sadece birey değil, toplumun da bir parçası, üyesidir. Hakları ve yükümlülükleri, ilişkide olduğu toplum içinde ve toplum tarafından belirlenir. Bir başka ifadeyle insanların hakları, ödevlerinin karşılığı olarak tanımlanır. Ancak bu görüş de eleştirilmektedir:

"Kişisel" bakış açısına göre, hak ancak toplum içinde doğabilir. İnsanı birey olarak değil de, hukukun tanımladığı bir değer olan "kişi" olarak ele aldık mı, artık insana doğuştan bir takım haklar tanımanın da hiçbir anlamı kalmaz. (...) Kişinin insan hakları adına ileri süreceği her istek, devletin imkanlarıyla sınırlanmıştır. Bir hakkın doğal olarak ileri sürülebilmesi, o hakkı karşılayacak imkanlara bağlandı mı, geleneksel anlamda bir haktan söz edilemez."<sup>12</sup>

Tarihi seyir içerisinde, hakların toplum/devlet imkanları ile sınırlı olabileceği yaklaşımını ihtiva eden kişisel bakış açısı, zamanla daha ileri gitmiş, birbirine zıt düzenlemeler ve birbirleriyle çelişkili uygulamalarla, hak ve hürriyetlerin çok kolay kısıtlanabileceği hukuk dışı düzenlemelere meşruiyet kazandırmaya yararmıştır.

Pozitivist bir öğretisi olan "Kişisel Haklar" görüşü, tabii haklar kavramını yıkmış, ancak onun yerini alacak yapıcı bir düşünce orta-

ya atamamış, özgürlüğün kökünü sadece iktidarda görmekle, aslında özgürlükler bakımından tehlikeli olabilecek bir yola sapmıştır.<sup>13</sup> Buna karşılık insanların fitratında yaşayan "Tabii Hukuk", devletlerce yeterince benimsenmemiş, fakat insanın düşünmeye başlamasından bu yana kişiliğinde saklanmış ve geliştirilmiştir.<sup>14</sup>

Başlangıçta, "insanların birey olarak yaşayabilmeleri veya toplumdışı kalabilmeleri mümkün olmayacağından, toplumun kurallarına uymak zorunda oldukları" görüşünden yola çıkılarak günümüzde, "Toplumun kurallarını, temsilcisi olan devlet düzenler ve dolayısıyla insanların temel hak ve hürriyetleri, devletin kendilerine yüklediği yükümlülüklerin karşılığı olarak tanıdığı kadardır" anlayışına gelinmiştir.

"Hakları ödevlerin karşılığı olarak tanımlama eğilimi de yine yerleşik inançların etkisi altında ortaya çıkan yanlış bir görüştür. İnsanın hiçbir ödev karşılığı olmadan, yalnızca insan oluşundan gelen hakları bulunduğu gibi, karşılığında hiçbir hak beklemeden, yalnızca insan olduğu için yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri de vardır. Bu hak ve ödevlerin neler olduğunu ve uygulamanın nasıl olması gerektiğini belirlemek de insanın özgürlük alanı içindedir."<sup>15</sup>

Yukarıdaki alıntıda da görüldüğü gibi, hakların birtakım ödevler karşılığında tanımlanabileceği/tanımlanabileceği anlayışında, özgürlüklerin gerçek anlamda varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu yaklaşım sonucunda kılık-kıyafetten özel hayata, siyasî haklardan medenî hayata kadar tüm alanlar devletin düzenleme sahasına girmiştir.

<sup>12</sup> Akın, a.g.e., s. 111.

<sup>13</sup> Akın, a.g.e., s. 113.

<sup>14</sup> Ahmet Mumcu, *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*, s. 7.

<sup>15</sup> Hacıkadiroğlu, a.g.m.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Aynı şekilde hak ve ödevlerin neler olduğu ve uygulamanın nasıl olması gerektiğini belirlemeyi, yine yukarıdaki alıntıda belirtildiği şekilde "salt insanın özgürlük alanı içinde" saymak da, insanın toplumsallığına aykırı bir anlayıştır. İnsan doğasında var olan bencilliğin ön plana çıkabileceği izahahtan varestedir. Her yönüyle olduğu gibi, bu konuda da vasatı önceleyen İslam algısı, Kur'an-ı Kerim'in birçok yerinde örneklemeler yoluyla ilkeleri belirlemiş ve insanoğluna gerçek değerini verirken, toplumsallığın da yara almamasını, aksine onurlu bir toplum yapısını işaret etmiştir.

Kur'an-ı Kerim'de Kalem Sure-sinde hak ve ödevlerle ilgili öngörü, yukarıdaki iki farklı anlayışı da reddeden biçimde ortaya konulmaktadır. Burada hakların tamamen bireyin kendisine bağlı ve kullanımına açık olduğunu, herhangi bir zorlamanın olmadığını, salt insanın özgürlük alanı içinde bulunduğunu, ancak hakkı yaratan, tanımlayan ve bahşedenin iradesi doğrultusunda kullanılması halinde istenilen sonuca ulaşılabileceğini, gerçekten insanların onur içinde yaşamalarına ilişkin ister etik ister ahlaki densin, fakat insaniliği ve toplumsallığı inkar edilemeyecek ilkeler konulduğunu görmekteyiz.

"Biz onlara da belâ verdik, bahçe sahiplerine verdiğimiz gibi. Hani onlar sabah olunca bahçeyi mutlaka devşireceklerine yemin etmişlerdi. İstisna da etmiyorlardı ("inşallah" demiyorlardı).

Fakat onlar uyurken dolaşıcı bir belâ onu sardı da, Bahçe simsiyah kesiliverdi. Derken sabahleyin birbirlerine seslendiler: "Haydi, devşirecekseniz erkenden ekininize gidin" diye. Derken fırladılar, aralarında fısıldaşıyorlardı. "Sakın bugün hiçbir yoksul bahçeye girip yanınıza sokulmasın" diyorlardı. (Zanlarınca yoksulları) engellemeye güçleri yeterek erkenden gittiler. Fakat bahçeyi gördükle-

rinde: "Biz herhalde yanlış gelmi-siz" dediler. "Yok, biz mahrum edilmişiz." (dediler). İçlerinde en makul olanı şöyle dedi: "Ben size Rabbinizi tespih etsenize dememiş miydim?" "Rabbimizi tespih ederiz, doğrusu biz zalimler imişiz." (dediler). Ardından suç birbirlerine yüklemeye başladılar. Yazıklar olsun bize, dediler, biz azgınlarmışız. Ola ki Rabbimiz bize onun yerine daha hayırlısını verir. Biz Rabbimize yönelir, ondan umarız. İşte azap böyledir. Elbette ahiret azabı daha büyüktür. Fakat bilselerdi. Kuşkusuz korunanlar için de, Rableri katında nimetleri bol bahçeler vardır. Öyle ya, teslimiyet gösterenleri suçlular gibi tutar mıyız hiç? Neyiniz var, **nasıl hüküm veriyorsunuz?** Yoksa size ait bir kitap var da onda mı okuyorsunuz? O kitapta, **"beğendiğiniz her şey sizindir"** diye mi yazılı? Yoksa, **"ne hükmederseniz mutlaka sizindir"** diye sizin lehinize olarak tarafımızdan verilmiş, kıyamet gününe kadar geçerli kesin sözler mi var?" (68/17-40)

## Adalet

Adalet lügatte, doğrudan ayrıl-mama, 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 değişmezdir. Adaletin iki önemli boyutu/unsuru olduğu kabul edilir.

*Birincisi "eşitlik adale-ti/izonomi/hak eşitliği"*dir. İnsanlık değerinde, 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 adaleti"dir. 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 değişken 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 bağlamında karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma ile gerçekleştirilebilen yönü olduğu açıkça görülür:

### **Adalet Duygusu/Arayışı**

Adalet, teorik anlamda sadece belirli içerikli ilkelerin etkili kılınması değil, fakat, belirli bir istemdir. Bundan, değişik ve değişken, ama belirli nitelikte olan düzenleri oluşturan bir koşullar zincirini sürekli gerçekleştirmeyi anlıyoruz. Bu belirli nitelikteki düzenler, insan haklarına dayanılarak ve insan haklarından türetilen ilkelerin belirlediği toplumsal-siyasi ilişki bütünlerinden oluşan düzenlerdir.<sup>16</sup>

Adalet *nesnel (objektif)* ve *öznel (sübjektif)* olarak iki değişik anlamda kullanılır. Adalet, bir yandan erdem anlamında kişisel bir özelliği ve duyguyu [relativist/görececilik anlamında değil, -M. Balcı] ifade ederken; diğer yandan -hukukun tanımladığı varlık anlamında- "kişi"lerin ilişki biçiminin bir özelliğini de ifade etmektedir. Hukukun insanlar

arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca yönelik normlar bütünü olduğu kabul edildiğinde, hukuki değer olarak söz konusu adalet de, bu nesnel (objektif) anlamda adalet olmaktadır.<sup>17</sup> Bu anlamıyla nesnel (objektif) adalet anlayışı pozitif hukukun öncelendiği adalet anlayışıdır.

Tabii Hukuk Öğretisi, erdem anlamında kişisel özelliği işaretlediğinden, onun konusu kişisel anlamda, erdem anlamında sübjektif adalettir. Tabii hukuk adaleti herkeste yaradılıştan var olan, fakat herkese ve her akla göre değişen adalet belirlemesiyle adaleti göreceli hale de getirmiştir. Tabii Hukukun önemli isimlerinden Grotius, Tabii Hukukun her türlü tecrübeden bağımsız olarak insanın yaradılışında bulunduğunu kabul etmekte, ancak kendinden öncekiler gibi din merkezli hukuk anlayışını benimsemediği gibi, hukuku ahlaktan ayıran sonrakiler gibi pozitivist yaklaşımı da reddetmektedir. Fakat hukukun laikleşmesinde önemli bir yer de tutmaktadır. Grotius, hukuku ilahi ve beşeri olarak ikiye ayırdıktan başka, ilahi hukukun ancak vahyi kabul edenler nazarında sınırlı bir yürürlüğü olduğunu bulduğunu, halbuki özü ve kaynağı insanların akıl ve ahlaki hüviyetlerinde var olan tabii hukukun mutlak ve genel olduğunu savunmaktadır. Bu yönüyle Grotius da bir yandan diğerleri gibi adaleti kişisel erdem anlamında kabul ederken, diğer yanda akli ve ahlaki hüviyetine vurgu yaparak, adaleti, hukuki değer olarak pozitif hukukun kabullendiği adalete indirgemektedir. Bu haliyle de insanlar, hukuk düzeni için yaratılmış konumuna indirgenmiş olmaktadır.

Adaletin göreceli olarak algılanmasının sonucunda, kimileri

<sup>16</sup> Ioanna Kuçuradi, **Adalet Kavramı**.

<sup>17</sup> Vecdi Aral, **Hukuki Değer Olarak Adalet**.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

için mevcut hukuk düzenini savunmak adalet, kimileri için de onu değiştirmek adalet olmaktadır. 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-beraberliğinin) 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 yine hukukun uygulayıcıları tarafından ayakta tutulduğu 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 niteliği iledir ki adalet, mevcut hukuk düzenlerinin kendisine uygun olup olmadığı açısından bir değer ve değerlendirme ölçüsü olur.<sup>18</sup> Bu ide sayesinde,

"Hukukun insanlar için var olduğunu, insanların hukuk için yaratılmadığını" anlarız.

Limandaki gemi güven içindedir; fakat gemiler limanlar için yapılmamışlardır.<sup>19</sup>

Hukuk mantığının adalet ile ilişkisi, bir bakıma, talep edilen normların toplumda belirleyici konuma nasıl geleceğini araştırma ve sonuçlandırma eylemidir. Adaletin bir özlemi aşır, gerçekleşen bir olgu olabilmesi için, bu duygunun sadece duyguda kalmasının

önüne geçmek, bir olguya dönüşmesinin mücadelesini vermek erdemine sahip olunmalıdır. Her ne kadar içinde yaşanılan toplumda adaletin gerçekten aranması erdemine ulaşılmadığı varsayılrsa da, hiçbir erdem ulaşılabilir olmadığı inkar edilemez bir gerçektir.<sup>20</sup> İşte burada tabii hukukun alanı içine girmektediriz.

Tabii hukuk, adaletin, hukukun meşruiyet kaynağı olduğunu kabulden hareket ederek bazı tanımlar ve ilkeler belirlemektedir. Tabii Hukukun değişik Tabii Hukuk Okullarının düşünürlerinin adaletle ilgili görüşlerinden kısaca özetlersek:<sup>21</sup>

**Aşkın Adalet:** Platon ve Kant'ın kullandığı bu tanımda adalet iki ayrı evrende doğar. Biri yaşadığımız somut, maddi, yerleşik duyular evreni, diğeri soyut aşkın (numenal) ideler evreni. İnsanın görevi aşkın evrendeki soyut hakikati -ki tanrısal kökenli kesin buyruklar olarak insana ulaşırlar- maddi evrende uygulamaya koymaktır. Bu anlamda adalet, düzenleyici bir ide olarak olması gereken bir biçimdir.

**Yerleşik Adalet:** Realiteden hareket edilen somut evren ve somut toplumun hukuka modellik yaptığı bir adaleti yansıtır.

**Heraklit'e** göre, sosyal düzen (nomos) doğal düzene (fizis) uymak zorundadır. Fizis (nonmal düzen) evrensel akıl olarak adaleti de içerir.

**Stoa'nın** adalet anlayışında panteist tanrı anlayışına bağlılık vardır. Bu anlayışa göre de, evreni yüce bir güç, temel (külli) bir akıl (logos) yönetir. Logos'un kuralları adaleti yansıtır.

**Ulpianus'un** adalet tanımında ilkeler vardır:

<sup>18</sup> Aral, a.g.m.

<sup>19</sup> John A. Shedd, bkz.: Vecdi Aral, a.g.m.

<sup>20</sup> Muharrem Balcı, **Hukuk Mantığı**.

<sup>21</sup> Niyazi Öktem, **Hukuk Felsefesi Dersleri**.

- Onurlu yaşa,
- Başkasına zarar verme,
- Herkese kendine ait olanı ver.

Grotius'un adalet tanımında da bazı ilkeler vardır:

- Hakka saygı,
- Kusurlu kimsenin zararı ödemesi,
- Başkasına ait olanın verilmesi,
- Ahde vefa.

Yukarıda alıntılanan görüşlerin ortak paydası, insanın özünde, yaratılışında adalet duygusunun varlığıdır. Bir başka ortak yön ise, adalet duygusunun bahşedildiğidir. Bu bahşedilme kimine göre Tanrı tarafından, kimine göre de kendiliğinden, tabiatın doğasındandır. Örneğin, Grotius'a göre Tabii Hukukun dinle alakası yoktur. Allah mevcut olmasa da Tabii hukuk mevcut olurdu. Tabii hukuk değişmeyen esaslardır. Tabii hukukun esaslarını Allah dahi değiştiremez. Tabii hukuk, insanın tabii ruhi temayüllerinden ve aklından doğan akli ve makul hayat esaslarıdır. Tabii hukuk tabiat ve akıl gibi değişmeyen bir hukuktur. Tabii hukuk adil hukuktur. Bunun aksi haksızlıktır.<sup>22</sup>

Bütün bu ortak yanlardan da anlaşıldığı gibi, Batı'da ifadesini bulan Tabii Hukuk Öğretisinde Decartes'in *cogitosu* gibi, tabii hukuk kuralları ve kavramları sadece bir özbilinç şeklinde insan doğasında vardır. Fakat bu özbilincin Allah ile ilişkisi, düzen ve yaptırım biçiminde kesinlikle öngörülmemiştir.

Burada "temsili çoğunluk sistemi" uygulamasının adaletle ulaşmada ve adaletin paylaşılmasında ne derece adil olabileceği konusu da değerlendirilmelidir. Dipnota alı-

<sup>22</sup> Sadri Maksudî Arsal, **Hukuk Felsefesi Tarihi**.

nan Kur'an ayeti, çoğunluk iradesi de olsa Allah'ın ayetlerinin (hükümlerinin) değiştirilemeyeceği gerçeğini, dolayısıyla çoğunluğun her zaman adil olamayabileceğini,<sup>23</sup> gerçek adaletin, değişmezliği yönüyle evrensel hale gelmiş hukuk kurallarının uygulanmasında bulunduğunu ifade etmektedir. Çoğunluk sisteminin evrenselliği ise tartışmalıdır. Yeterli hukuk mantığına sahip olmayan çoğunluğun dünyayı nasıl yaşanmaz hale getirdiğine de tanık olmaktadır.<sup>24</sup>

## Özgürlük

Özgürlük kavramını, (pozitif hukuk sistemlerinin Doğal Hukuktan daha çok pay almalarını, inançların yerini bilginin almasına bağlayan ve yakın bir gelecekte pozitif hukuk sistemlerinin tek bir dünya toplumunda geçerli olacak Doğal Hukuk kurallarına bırakarak yokluğa karışmalarını ulaşılabilecek bir sonuç olarak görebilen) bir yazarımızın tanım ve izahlarından yola çıkarak incelemekte yarar gördük. Vehbi Hacıkadıroğlu "Doğal Hukuk sorununu" irdelerken, özgürlüğün tanımı ve mahiyetini izah edebilmek için önemli bir örnekleme yapmaktadır. Örnekleme göre:

Yazar, meyveli bir ağaç ve bu meyveleri elde etmek isteyen hayvanlar düşünür. Bu hayvanların o meyveleri alabilmeleri için her birinin belli bir özelliği bulunmaktadır. Tırmanarak, uçarak, zıplayarak gibi. Bir kısmı da bu özellikleri olmadığından meyvelerin yere düşmesini bekleyeceklerdir. Halbuki insan kendisine verilen özellikler -ki öncelikle akıl yetisi- sayesinde bir çubuğun ucu-

<sup>23</sup> "Asra andolsun ki insan ziyandadır. Ancak iyi işler yapanlar, birbirlerine hakkı tavsiye edenler ve birbirlerine sabrı tavsiye edenler ziyanda değildir." (Asr Suresi/103)

<sup>24</sup> Muharrem Balcı, **Hukuk Mantığı**.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

na çengel takıp ulaşır ve meyveyi koparabilir. Bu özelliği ile insan, hayvanlar arasında herhangi bir hayvan olmaktan kurtulmuş, insan kavramının bir örneğini oluşturmuş olur. Hatta başka seçenekleri de buldukça bu seçeneklerden hangisinin kendisine daha uygun olabildiğini tercih edebilecektir.

İşte diyor, insanın özgürlüğü de, belli bir amaca ulaşabilmek için birden çok yol düşünebilip yeri geldiğinde o yollar arasından kendisi için en uygun olanı seçebilme özgürlüğüdür. Böylece insan, amacına ulaşma yolunda bulabildiği seçeneklerin sayısı arttıkça özgürleşecek, özgürleştikçe de daha yetkin bir insan olabilecektir. Bunun için de bilgilenmek zorundadır. Yani bilgi edinme özgürlüğü ve zorunluluğu bulunmaktadır. Öte yandan değişik seçenekleri kullanabilmek için değişik araçlara ve ilişkilere ihtiyacı vardır. İlişki denildiğinde de insanlar arasındaki ilişki akla gelmektedir. Yani insanlar arasında bir işbirliği ve bilgilenme anlamında ilişki. O halde insanın özgürlüğü de insanlığı da toplumsal yaşamla birlikte başlar. Yazar burada altını çizerek, özgürlüğün, akıl gibi, amacının ne olduğu bilinmeyen ve insanın mutluluğuna önem vermeyen bir yönetici özgürlüğüyle ilgisi olmadığını söylemektedir. Her davranışın bir bilginin, bilginin de ödünsüz bir nedensellik yasasının yönetiminde olduğunu kabul eder. Doğal olarak da çoğu zaman bilginin yerini yanlış bilgilerin ya da inançların almakta olduğunun unutulmamasını öğütler.<sup>25</sup>

Ayrıca, özgürlüğü, işbirliğinin, yani toplumsal yaşamın sağladığı kabul edildiğinde, insanda kendisine bu özgürlüğü, dolayısıyla insanlığını sağlayan topluma karşı bir ödev bilincinin ortaya çıktığını kabul etmek de kolayla-

şır, der. Gerekçe olarak da, buradaki ödevin Tanrıya karşı bir borç gibi metafizik (soyut) zorunluluktan değil, elindeki değerlerin bir bölümünün o değeri kendisine kazandırmış olan topluma geri verme gereği gibi somut bir borçluluk duygusundan kaynaklandığını, belirtirler. Buradan da doğal toplum tanımına ve olgusuna ulaşmaya çalışır:

"Demek ki insanlığın başlangıç dönemlerini düşündüğümüzde, etik veya hukuk açısından, özgürleşmenin ve insanlaşmanın yolunun ancak başka insanlarla işbirliği yapmaktan geçtiğinin bilinci içinde birlikte yaşayan ve dilleri işbirliğinin gerektirdiği anlaşmayı sağlayabilecek kadar gelişmiş olan insanlardan oluşan bir toplumla karşılaşırız."<sup>26</sup>

Yazar bundan sonrası için, yani doğal toplumun kendi arasındaki ilişkilerinin özel bir düzenlemeye gerek kalmadan yürürlüğünü sürdüremeyeceğini ve sürdüremediğini ekliyor ve diyor ki:

"Ancak tarih, bu doğal toplum düzeninin, kısa sürede, yaptırımlı buyruklara dayanan bir hukuk düzenine dönüşmek zorunda kaldığını gösteriyor."

Tarihin bu kesitinde doğal toplum düzeni gibi, bütün toplum üyelerinin özgürlükten pay aldığı bir ortak mutluluk ortamı olan düzene de "etik düzen" adını veren yazar, bu etik düzende insanların "mutluluklarını borçlu oldukları" insanlara ödev bilinciyle bağlı olacaklarını savunur. Hukuk düzeninde ise insanlar "özgürlüklerini borçlu olduğu" başka insanlara sorumluluk duygusuyla bağlı olacaklardır, der, ve böylece ilerleyen satırlarda, "esas olanın 'etik düzen' olduğunu, hukuk düzeninin etik düzene geçişte bir aşama olduğunu" izah etmeye çalışır.

"Dünyanın değişik toplumlarında yürürlükte bulunan ve inançların

<sup>25</sup> Hacıkadıroğlu, *Doğal Hukuk Sorunu*.

<sup>26</sup> Hacıkadıroğlu, a.g.m.

yerini bilginin almasıyla Doğal Hukuktan gittikçe pay alan pozitif hukuk sistemlerinin az ya da çok yakın bir gelecekte yerlerini tek bir dünya toplumunda geçerli olacak Doğal Hukuk kurallarına bırakarak yokluğa karışmalarının hiç de ulaşılmaz bir sonuç olarak görülmemesi gerekir. Böyle bir sonuç, insanların davranışlarını etik kuralların belirlemesi ve hukuk kavramının yalnızca tarihsel gelişmenin incelenmesinde kullanılmak üzere günlük yaşamdan çekilmesi anlamına gelir. Bu süreç içinde yasa koyucuların bir noktayı gözden kaçırmamaları gerekir. Suçların ve cezaların tümüyle ortadan kalkması aşamasına önce cezaların sonra da suçların ortadan kalkmasıyla ulaşılabılır.”<sup>27</sup>

Şimdi tüm bu özgürlük tanımları ve “etik” ve “hukuk” düzeni açıklamalarına karşın, yine bir örnek fikirden yola çıkarak düşüncemizi açıklayacağız.

Özgürlüğün gerek tanımında gerekse izahında bizim için önemli olan, hak, adalet özgürlük, hukuk ve benzeri temel kavramların birer temel hak oldukları bilincinin ve bizatihi bu hakları bünyemize veren gücün belirlemelerinin asıl alınacağı inancıdır. Bu çerçevede Kur’an’ı Kerim’de Alak Suresinde geçen **alak/alaka/aleka** kelimesi veya kavramı üzerinde fikir üretmeye çalışacağız.

“O insanı bir alekadan yarattı.”  
(96/2)

ALAK, aleka’nın çoğuludur. Lügatte alek maddesi, yapışıp ilişmek mânâsına vaaz edilmiştir. Ve mutlak şekilde ilişkin ve yapışkan nesneye de denir.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Hacıcadıroğlu, a.g.m.

<sup>28</sup> Bundan her türlü kana ve kırmızı kana ve özellikle uyuşuk kana alek denilmiştir. Kandan bir kısım olması itibarıyla veya doğrudan doğruya ilişiklik mânâsı ile rahimdeki tutuğa da aleka denilmiştir. Yapışkanlığından dolayı sülük ve kuyu makarasına ve ipine ve makarasının iştirilip ipi geçirilen takıntısına ve işlek yola da alek denilir. Bütün bunlar maddî mânâdır. Bunlardan başka

Tefsir bilginleri, yaratılışın maddi yönünü göz önünde bulundurarak meni (sperma)nin aşılmasından sonra meydana gelen kan pıhtısının çoğulu olmasıyla yetinmişler ve bunu en alçaktan en yükseğe yükselmeyi göstermek için açıkça anlaşılan mânâ olarak görmüşlerdir. Fakat manevî yönü de kapsamak üzere **mutlak bir alaka, bir ilişik mânâsına** müfred olarak düşünülmesine hem alekanın yaratılmasına da başlangıç olan ve Rabbanî bir izafetten ibaret bulunan **ruhî ilişige** kadar insanın bütün yaratılışın başlangıçlarını kapsayan, hem de okunanın ruhî bir sevgi ve alaka ile takip edilmesi hususuna da açık faydalı bir uyarım olacağından dolayı daha ince, daha derin, daha belîğ olur. Bu şekilde meâle şöyle demeli: **“O, insanı bir ilişikten yarattı.”** Bununla beraber iki takdirde de kısaca mânâsı şudur: **“Bir alakadan, yahut sırf bir ilişikten bir insan yaratan ve mutlak surette yaratmak kendinin şanı olan Rabb’in hiç okumamış olan kimseyi de böyle bir emir ile elbette okutur. Onun için oku!”** (Elmalılı Tefsirinden)

Alak Suresinin ayetleri arasında diğer tüm ayetlerde olduğu gibi gerçekten de bir ahenk vardır. Fakat buradaki ahenk, hayatı ve kainatı tanıma, öğrenme yönünde bir emir olan “oku” ile, insanın bir ilişkiler yumağından yaratıldığını ifade eden “alaka” izafesi.

Gerçekten de, ayette açık şekilde ifade edildiği üzere, Allah insanın maddi anlamda karşı cinsle fitrata uygun ilişkisi ve rahimde meydana gelen değişiklikler sonucu oluşumunu anlatırken, bizlere hayatımız içinde kazandırdığı sabık malumatımıza (bilgiye) intizaren de bir ilişkiler yumağı içinde var olduğumuzu hatırlatıyor.

alek, ruhanî ve manevî olarak **“alaka” gibi aşk ve sevgi** mânâsına geldiği de lügatte açıklanmıştır. (Elmalılı Tefsiri)



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bu ilişkiler yumağı veya ağı bizim sosyal yönümüze vurgu yapmak içindir. Şayet aksi düşünülürse, yani sosyal ilişkinin anlatılmadığı söylenirse, o zaman alaka terimi yerine sadece nutfenin yapışması veya onu karşılayan bir ifade kullanılırdı. Fakat Kur'an'ın icazı böyle bir yorumu imkansız kılar. Kur'an icazı, mucizeliği sayesinde bizi düşünce sınırlarımızı zorlayacak diyarlara taşır. İşte o diyarlar, bugün bizim ihtiyacımız olan gerçek toplumsallığın, insani ilişkilerin, beşeri münasebetin ve yukarıdaki yorumda da belirtildiği gibi, alçaktan yukarı yücelmenin, bu ilişkiler sayesinde yücelmenin zeminleridir. Özellikle de "oku" emri, insanın ilişkiler ağının bilgilenmeyle ne kadar yakın olduğuna işaret ediyor. Bu çerçevede yukarıda yazarın alıntıladığımız düşüncesindeki bilgi edinme ve insani ilişkiler gereksinimine de denk düşmektedir.

Şimdi ayetin mefhumu muhalifinden yola çıkılarak ve ayeti daha iyi anlamak için çok rahatlıkla şöyle denilebilir: Hemcinsleriyle, karşıtlarıyla, doğal zemini olan tüm kainatla ve bunların tümüyle ilişki içinde olmayan insan asosyaldir, toplumdışıdır. Asosyal insan, insan olmanın gereğinin bilincinde değildir. Fıtratının bilincinde de değildir. Sadece kendi eksenini etrafında düşünen ve kalan kişidir. Maddi olarak insan suretinde görülse de, esasta insan olma vasıflarını inkar etmektedir. Bu haliyle Allah'ın öngördüğü yükümlülükleri yüklenmekten kaçınan, sorumluluk almayan, dolayısıyla bir yönüyle aklını sadece kendi yararına kullanarak başkalarına değer vermeyen, bir yönüyle de tüm insanlığın yararına olacak şekilde formatlandığı misyonuna ihanet eden bir varlık olmaktadır.

İşte "bireysel ve toplumsal sorumluluk" kavramları ve olguları, aynı zamanda Allah'ın insan fıtratına yerleştirdiği mecburiyetler-

dir.<sup>29</sup> Gerek "alaka" kavramı gerekse "bireysel ve toplumsal sorumluluk" kavramları, "oku" (bilgi ve yükümlülük) emri ile birlikte değerlendirildiğinde ulaşılan her bilginin, fıtrata uygun şekilde insanlığa kazandırılması, bu eylemin (okuma) temelinde yükümlülükler manzumesi barındırdığı, bu yükümlülüklerin paylaşılmamasının ayetteki alaka (ilişkiler ve ilişkiler) kavramına aykırı düşeceği, dolayısıyla tüm iyi işleri birlikte yapmanın zarureti izahtan varestedir.

Alak Suresinin 7. ayetinde, kendisini ihtiyacı yokmuş gibi (müstağni) görenler anlatılıyor. Ayette, müstağni, "Kendini zengin görünce, kendini artık ihtiyacı yokmuş, maksada ermiş, zenginlik mertebesine gelmiş görünce veya o görüş ve inançta bulunmak sebebiyle azar" şeklinde açıklanmış. Aslında kavramın aslı **istiğna**'dır. İstiğna'dan **müstağni** sıfatı türetilmiştir. Müstağni, kendini ayrık gören, hiç kimseye ihtiyacı olmadığını zanneden anlamındadır.

Alak Suresinde anlatılanlar aslında özgürlük kavramının, insan ilişkileriyle bezendiğini ve aynı zamanda sınırlandığını, ancak hepsinden de ötede Kur'an'ın bütünlüğü içinde bu ilişkileri yaratan Allah'ın varlığı ve bu varlığının göstergeleri (ayetleri) olarak kainatta bir Sünnetullah oluşturduğu anlatılıyor. İşte insan bu Sünnetullah'tan ve ilişkilerden bağımsız (müstağni) değildir. Bu nedenledir ki insan ilişkileri, insanın insanla ilişkileri, insanın tabiatla ilişkileri, insanın Allah'la ilişkileri olarak üç boyutta incelenmektedir. Materyalist felsefe, dolayısıyla seküler hukuk

<sup>29</sup> Tebliğimizin ilk sunumunda "bireysel ve toplumsal sorumluluk" yerine bir özensizlik sonucu "sivil toplum" kavramının kullanıldığını bilen okuyucular için, tebliğin yayınlanan bu halinde yanlıştan dönüldüğünü belirtmek isterim. -M. Balcı

felsefesi de insanın sadece doğa ve insanla ilişkileri çerçevesinde konuyu ele aldığından hak, adalet ve özgürlük kavramları bir ayağı aksak konumda incelenmekte ve kabul ettirilmektedir.

Çalışmamızın konusu olarak tespit ettiğimiz Tabii Hukukun kavramlarını inceledikten sonra Tabii Hukuk Öğretisi ile ilgili eleştirileri özetlersek, belki Tabii Hukuk Öğretisinin ve doğal olarak da Tabii Haklar ve kavramlarının günümüzde neden etkisini kaybettiğini veya neden zaman zaman insanların en yoğun ihtiyacı olarak gündeme gelebildiğini, buna rağmen kendilerinden fazlaca yararlanılmadığını izah edebilmiş olacağız.

## **TABİİ HUKUK ÖĞRETİSİNE ELEŞTİRİLER**

Buraya kadar Tabii Hukuk kavramlarının Tabii Hukuk Öğretisi bakımından izahlarını ve eleştirel bakışları ortaya koymaya çalıştık. Şimdi de genel olarak Tabii Hukuk Öğretisine yapılan eleştirilere geçebiliriz.

- Hukuk Felsefesi tartışmalarında, Tabii Hukuk Öğretisine yöneltilen en önemli eleştiri, realiteye kayıtsız kalması, savunduğu fikirlerle realite arasındaki çelişkiyi hesaba katmaması gösterilmektedir.
- Bir başka eleştiri de, Karteniyanizmin (Dekartçılığın) metodolojik düşüncelerinin deneysel ve sosyal alana uygulanmasıdır. Bunun pratik sonuçları olarak da, büyük yararlarının yanı sıra, en azından hukuksal pozitivizm kadar zararlı olması gösterilir. Örneğin Tabii Hukuk Öğretisi, soyut özgürlük ve mülkiyet görüşünü savunmakla, tarihin en büyük utanç tablolarından birini biçimleyen kapitalist sömürünün felsefi temel-

lerini meydana getirdiği ifade edilir.<sup>30</sup>

Ancak burada gözden kaçırılmamalıdır ki; bu eleştiride Tabii Hukuk anlayışı bir bakıma Sosyolojik Hukuk anlayışıyla örtünmek istenmektedir. Konumuz olmamakla birlikte hemen ifade etmek gerekir ki Sosyolojik Hukuk anlayışı da bir takım akımlara alet edilmiştir. Bunlardan biri Tarihsel Hukuk Ekolü'dür ki, halk ne derse gerçek olur şeklinde özetlenebilecek olan sağ reaksiyon; ikincisi işçi sınıfı ne derse o olur şeklinde ifade edilebilecek olan sol reaksiyondur.<sup>31</sup>

- Tabii Hukuk için önemli bir eleştiri de Hıristiyan teologlarının ifade ettikleriyle ilgilidir. Hıristiyan teologlar ve özellikle Hobbes ve Bentham'ın, hukuk kurallarıyla yönetilen bir toplumu oluşturan insanların doğasıyla ilgili olarak söyledikleri, yaşamlarını bu türden bir toplum oluşturmada sürdüren hayvanların doğalarıyla ilgili olarak söylelenebilecek şeylerden pek farklı değildir. Hobbes'un söyledikleri "insan insanın kurdu"dur" şeklinde özetlenebilir. Bentham da kuramına, "Doğa insanları iki egemenin, haz ve acının buyruğu altına koymuştur" diye başlıyordu. Hemen her türden hayvan için geçerli olabilecek böyle ilkelerden yola çıkan bir Doğal Hukuk kuralı geliştirmenin olanaksızlığı açıktır.<sup>32</sup> Gerçekte Hıristiyan din adamları bir tür Doğal Hukukun temelini oluşturabilecek bir Adalet ilkesini savunmaktan geri kalmamışlardır. Daha 4. yüzyılda Augustinus, "Adaletsiz devlet bir hırsız çetesinden başka bir şey olmaz" diyor, 12.

<sup>30</sup> Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*.

<sup>31</sup> Özbilgen, a.g.m.

<sup>32</sup> Hacıcadıroğlu, a.g.m.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Yüzyılda Aquino'lu Thomas da "Adaletsiz yasanın yasa sayılamayacağını" öne sürüyordu. Fakat bu din adamları adaleti olsa olsa, yasa koymaya yetkili olan egemenlerin Tanrı'ya karşı ödevlerinin bir parçası olarak görebilirlerdi.<sup>33</sup> Bu eleştiriden de anlaşılacağı gibi, Tabii Hukuk savunucusu Hıristiyan teologlar, insanı, insan fıtratını ele alarak değil, insanın kilise ve kilise dogmalarına hizmetini esas alarak bir hukuk kuramı oluşturmaya çalışmışlardır. Onlara göre adalet, sadece kendilerinin (kilisenin) dinden çıkarabildikleri hükümlerdir.

- Bizim ilave edebileceğimiz bir eleştiri de, gerek Hıristiyan din adamlarının bakışında, gerekse diğer Batılı düşünürlerdeki insan tanımının ve insana verilen değerlerin Tabii Hukuk Öğretisine olumsuz etkileri olduğu yönündedir. Gerçekten de Hıristiyanlık ve Batı'nın diğer felsefi düşünceleri insanı, İslâm'daki gibi "eşref-i mahlukat" (yaratılmışların en şerefli/mükemmel) olarak görmemiş, biraz önce yukarıda belirttiğimiz gibi ya insanı diğer hayvanlarla bir tutmuş, sadece insana fazladan bir akıl verildiğini ve sınırsız özgürlük alanı olduğunu var saymış, insanı sadece "haz ve acıdan mürekkep bir varlık" olarak kabul etmiş veya "insanı insanın kurdu" olarak kabul etmiştir. Halbuki İslâm'ın insan tasavvuru, insana tabiatında en önemli yeri, en onurlu yaşamın sahibi olma onurunu vermiştir. Bu varsayım, temel hak ve hürriyetler yönünden insanın temel, değişmez, göreceli olmayan, kimse tarafından dokunulmaz haklara sahip olduğu gerçeğinden yola çıkılarak belirlenmektedir. Bu kabul; pozitif hukuk kurallarının belirlenmesinde, hatta şe-

riyatın dahi kurallarının belirlenmesinde "insan tasavvuru"nun, insana yaratıcısı tarafından bahşedilen ve kimsenin dokunamayacağı haklarının tanınmasında belirleyici rol oynayacağını ifade eder.

- Bir başka ve bizce önemli bir eleştiri de hakların izafiliğine ilişkin eleştiridir. Bu eleştiriye ilişkin olarak Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'nin daha önce yayımlanmamış bir konferans metni, çalışmanın EK'inde sunulmuştur.

### HUKUKUN KAYNAĞI

Tabii Hukukun, insan düşüncesindeki düzen fikrine uygunluğu veya bir başka ifadeyle yürürlükteki hukukla ilişkisini ortaya koyabilmek için hukukun kaynağı sorununa değinmek gerekecektir. Hukukun kaynağını inceledikten sonradır ki, insan zihninin en eski ürünü olan Tabii Hukuk anlayışı ve bu anlayışın önem verdiği kavramların bir adalet ve düzen fikrine ulaşması sürecini ve gelişen nihai noktada yürürlükteki hukuku ve bu hukuka rengini veren tabii hukuk kurallarının içeriğini görebilme olanağı bulmaktayız.

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 değerlerini yansıtması ve bu değerlerin toplum ve yöneticilerce benimsenmesine bağlıdır.

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.

Hukuk sadece yazılı ve yaptırımı bağlanmış kurallardan oluşmaktadır. Batılı anlamda "ulus-devlet" statüsündeki ülkelerdeki anlayış, ne yazık ki, sadece yazılı kuralları uygulama şeklindedir ve örfî olarak gelen değerler ve bu değerlerin hukuk sistemine yansımaları veri olarak alınmaz. Doğulu totaliter sistemlerde veya ulus devletlerin kimi zaman uygulamalarında da, 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 diğer deyişle müspet ilimler anlamında bir ilim olmadığını, bir hukuk felsefesi anlamında hukukun, hukuk normlarının dayandıkları değerleri; hukuk sosyolojisi anlamında da toplum bilimin esaslarını ve toplumsal gerçeklerin arka planını ve geleceğe yönelik bazı kuralları ifade ettiğini göstermektedir.

"Özellikle pozitif hukuk olarak adlandırdığımız yürürlükteki hukuk, toplumdaki güç dengelerinin karşılıklı ve değişken ilişkilerinin koyduğu kurallardır. Yönetilen bir toplumun bireyleri hakkın ve insanlık onurunun bilincinde olmayacak kadar ezilmiş, sömürülmüş, "mustaz'af" kılınmış ise, o topluma ya bir tek zorba mütegalibe, müstebir 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>34</sup>

İşte pozitif hukukun kaynağı, yukarıda tanımlanan şekliyle çıkar ilişkileri anlamında siyaset, yani güç odakları olabilmektedir. Pozitif hukuk sistemleri yukarıda ifade edilen şekilde değişken ve göreceli kaynaklara sahip olmakla birlikte; insanlığın var oluşuyla birlikte var olan ve görece/rölatif olmayan evrensel hukuk kuralları/temel hak ve hürriyetler ve adalet idesi, teorik olarak ve insanlığın varmak istediği sonuç olarak hakkın ve tabii ki Tabii Hukuk'un konusu ve amacı olarak, hukukun kaynağı olmaya devam etmektedir ve edecektir. Bu yönüyle pozitif/yürürlükteki hukukun kaynağı Tabii Hukuktur. Gerçekleşip gerçekleşmemesi bir yana, tüm ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerin temelinde yatan düşünce tabii hukuk kurallarına yönelimdir. Çünkü tabii hukuk belli bir zaman ve toplumla sınırlı olmayıp, fıtri olarak adil olana ulaşmayı hedefler. Farklılık, bu hedefleri belirleyenlerin akli veya nakli olarak zaafırlarındadır. İnsanlık bu zaafırları ortadan kaldırmak için hukuk tarihini oluşturan hukuk felsefesi ve hukuk mantığının peşine düşmüştür.

## SONUÇ

İnsanlık varoluşundan bu yana fıtratında var olan, kendisine bahşedilen hakların, -ki bunlara ister özbilinç ister etik kurallar, ister evrensel ahlaki kurallar densin-, özlemini çekmiş, bu hakların hem kendi iç dünyasında ve bilincinde, hem de toplumsal ilişkilerde hayat haline gelmesi için mücadele etmiş ve etmektedir.

Ancak, ne var ki toplumsallığın doğal sonucu olarak oluşmuş siyasi

<sup>34</sup> Hüseyin Hatemi, *Adalet Kavramının Mutlaklığı ve Rölativizmin Kabul Edilemezliği*.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

sistemler ve bu sistemlerin oluşturduğu hukuk sistemleri; kimi zaman pragmatizm, kimi zaman maslahat, kimi zaman yönetim azgınlığı -ki tümünü fıtrata uzak kalma olarak adlandırabiliriz-, gibi nedenlerle temel hak ve özgürlükler alanında sapmalar olmuştur. Başlangıçta Tabii Haklar ve Tabii Hukuk öncelenmiş, adalet tanımında ve arayışında, içinde Allah'ın hükümlerinin de var olduğu kavram ve kuramlar geliştirilmiştir. Ancak salt insan aklı, salt insan özbilinci ve sonrasında da kilisenin dogmaları ile Tabii Hukukun adaletin sağlanmasına yönelik amaçsal anlayışı, yerini, menfaat paylaşımlarını gerçekleştirmeye yönelik araçsal anlayışa, pozitif hukuka bırakmıştır.

Tabii Hukukun kavram ve kurallarını, bunların içlerinin ne şekilde doldurulduğunu ve vahyi hukuk kuralları ile örtüşüp örtüşmemesi sorununu tartışmakla birlikte; evrenselliği salt insan aklının tarih içinde oluşturduğu kavramlarla belirlenen temel hak ve özgürlükler alanında Tabii Hukuk kavram ve kurallarının incelenmesinden ve eleştirilmesinden elde edilecek sonuçlar, pozitif hukuk sistemlerinin adil hale gelmesinde önemli gayretler olarak hukuk tarihine geçecektir.

İnsanlığın bölgesel ve evrensel hukuk ilkelerine ve antlaşmalarına yönelmesinin altında yatan nedenler, bir bakıma kendi öz bilincindeki, aklındaki, ama her şeyden önce fıtratındaki temel hak ve özgürlükleri tanıma ve gerçekleştirme arzularıdır. Siyasi sistemlerin, küresel kuşatmaların, fıtrî temel hak ve özgürlüklerden damıtılarak çıkarılan ikincil hakları (gelişme hakkı vb.) engellemeleri karşısında, insanlığın elindeki en önemli argüman yine Tabii Hukuk kuralları olarak elinde tuttuğu Tabii haklardır. Tabii Hukuku ve kavramlarını bu nedenle de önceliyoruz.

## Kaynakça

- Ahmet Mumcu, *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*.
- Ahmet Soycan, "Ahlak Felsefesi Ve Ahlak Hukuk İlişkisi", *Birikimler I*, İstanbul: 2003.
- Elmalılı Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*.
- Hüseyin Hatemi, 1996, Didim'de "Dünya Müslüman Hukukçular Konferansı"nda sunulu Tebliğ.
- Ioanna Kuçuradi, *Adalet Kavramı*, Der.: Hayrettin Ökçesiz, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Yay., İstanbul: 1997.
- İlhan F. Akın, *Temel Hak ve Özgürlükler*,
- İsmet Sungurbey, *Hak Nedir?*, Der.: Hayrettin Ökçesiz, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Yay., İstanbul: 1997.
- M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*.
- Muharrem Balcı, "Hukuk Mantığı", *Birikimler I*, İstanbul: 2003.
- Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi Ders Notları*.
- Niyazi Öktem, *Tabii Hukuk Dersleri*.
- Sadri Maksudî Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, İsmail Akgün Mat., İstanbul: 1945,
- Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Sulhi Garan Matb., İstanbul: 1971.
- Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*.
- Vecdi Aral, *Hukuki Değer Olarak Adalet*, Der.: Hayrettin Ökçesiz, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Yay., İstanbul: 1997.
- Vehbi Hacıkadiroğlu, "Doğal Hukuk Sorunu", HFSA. Sayı: 4.
- Vehbi Hacıkadiroğlu, *Haklar Ve Ödevler*, Der.: Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji Hukuk ve Devlet*, Der. Yay., İstanbul: 2001.

## OKUMA PARÇASI

### ADALET KAVRAMININ MUTLAKLIĞI VE RÖLATİVİZMİN KABUL EDİLMEZLİĞİ<sup>(\*)</sup>

#### 1. Temel Hukuk Normları İzafi ve Değişken Olabilir mi?

**H**er şeyden önce; müsaadenizle herkesin bildiği fakat çok defa hukukçuların bile unutmamış gördükleri bir gerçeği hatırlatmak istiyorum: Hukuk; müsbet ilimler anlamında bir ilim değildir. Müsbet ilimlerin kanunları ile hukuk normları birbirinden ayrı kavramlara delalet ederler. Hukuk felsefesi; Hukuk normlarının dayandıkları değerleri belirler. Hukuk Sosyolojisi; müsbet ilim anlamında bir ilim olan toplumbilimin (Sosyoloji) bir parçasıdır. Pozitif (Mevzu) Hukuk; toplum içinde güç dengelerinin karşılıklı ve değişen ilişkileri ile belirlenen iktidar sahiplerinin koyduğu kurallardır. Hukuk Felsefesine, Hikmet-i Hukuka göre; iktidar sahipleri kanun koyarken kendisinin belirlediği değerleri göz önünde tutmalıdırlar. Ne var ki bu değerler bilinçli olarak halka mal olmuş, çoğunluk tarafından bilinçli olarak benimsenmiş değil iseler bunlara uyulması gereği, ahlaki ve hukuki bir gerekliliktir, yoksa müspet ilim kanunlarında olduğu gibi, "realite"nin müşahede edilmesinden, gözlemlenmesinden çıkardığımız belirli bir sebep-sonuç ilişkisi değildir. Hukuk anlamında bir "olan" ve "olması gereken" -eski deyimle "vücut" ve "vücub"- karşıtlığına, Almanların deyişi ile Seingesetse ile Soll-gesetse farkına her zaman rastlanması tabiidir. İnsan bir

robot gibi seçimlerinde programlanmamış, "hayır"ı, [iyiyi] ve "kötü"nü [şerri] seçmede kendisine seçme özgürlüğü verilmiştir. Yönetilen bir toplumun bireyleri [ferd] hakkın ve insanlık onurunun bilincinde olamayacak kadar ezilmiş, sömürülmüş, "mustaz'af" kılınmış ise, o topluma, ya tek bir zorba, mütegalibe, müstekbir bir güç odağı hakim olur, yahut da birden fazla güç odağı [mihrak] aralarında bir "mütareke"ye, "consensus"a varmış iseler, "demokrasi" görünümlü bir "oligarşi" tarafından yönetilir. Bu tespitler toplumbilim [sosyoloji] alanını ilgilendirir. Yine ahlak ve hukuk felsefesi alanına geçsek; temel ahlak ve hukuk normlarının, değer ölçütlerinin [kıstas, kriter] de ancak tek kaynaktan kaynaklanabileceğini ve aralarında çelişki olmaması gerektiğini görürüz. "Pirene Dağlarının ötesinde iyi olanın berisinde kötü olabileceği", pozitif hukuk ve toplumbilim alanında yapılan gözlemlerin [müşahede] sonucunu gösterir, yoksa nasıl müspet ilimler alanında ilgililerin ırkı, milliyetinin farklı oluşu ile belirli sebep sonuç ilişkileri, müspet ilim kanunları değişmez ise, ahlak ve hukuk felsefesi alanında da evrensel normlar vardır, bunlar da izafi [relatif] değildirler. İnsanlar müspet ilim kanunları alanında da "yanlış"da direnebilirler. Ne var ki yanlışta ısrar gerçeği değiştirmez. Hukuk ve ahlak normları alanına gelince; insan iradesi seçimde serbest olduğu ve şerri seçen güç odakları (groupes de pression, pressure groups) sürekli olarak bu alanda değişkenliği ve izafiliği telkin ederek kendi iradelerine mutlak itaati, boyun eğmeyi sağlamak istedikleri için, estetik yargıları ile ahlak yargılarını karıştırarak, insanlığı mahir [becerikli] hokkabazlar [illüzyonist] gibi şu yanlışta çağırırlar: Zevkler ve renkler tartışılmaz! Ancak; ne var ki; Hukuk alanında kim güçlü, kim iktidar sahibi ise onun zevki tar-

(\*) Hüseyin Hatemi, 1996 Yılında Didim'de "Dünya Müslüman Hukukçular Konferansı"nda Tebliğ olarak sunulmuştur.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

tışılmaz. Düşünmek, aklını kullanmak, bireyler[ferd] için bir "farz-ı ayn" değildir. Gücü, parası, yönetim [hükümet] katında itibarı olmayanın aklının da hiçbir değeri yoktur. Önemli olan "ehl-i şer" in (şeriat ehlinin) akli değil "ehl-i örf"ün gücüdür. Güç sahibi düşünür, seçer ve "raiyye" üzerinde "maslahat"a [oportunite] uygun gördüğü şekilde tasarruf eder. Güç sahibi olmayan ferdin ise mutlak itaat yükümü vardır. Yönetim alanında, pozitif hukuk alanında, "yasama" [teşri, legislative] gücünü kim şekli hukuka göre elinde tutuyorsa, artık onun koyduğu kanunların maddi kıstaslarla "doğru" olmadıkları ileri sürülemez. Bu kanunlar da çağdan çağa, toplumdan topluma değişir.

Oysa "illüzyonist"lerin bu görüşü temelde bir yanıltmacaya dayanmaktadır. Temel ahlak ve Hukuk ilkeleri, estetik yargılarından farklıdır. Zevkler ve renkler tartışılmaz, ancak mesela sofrada, yenmesi helal olan, "tayyibat"dan (helal ve yaralı olan yiyecekler) olan nesnelere arasında seçim yaparken veya yine ahlaka uygun giysiler arasında seçim yapılırken kimse kendi seçimini başkasına zorla dayatamaz, "ben ekşiden hoşlanırım, sen de mutlaka helva yerine turşu seçmelisin!" diyemez, "herkes sarı elbise giyecektir" diyemez. Yoksa ahlak normları alanında "adalet ve zulüm arasında eşdeğerlik [equivalence] vardır" sözü yanlışdır. Bütün "tayyibat"ın, bütün renklerin yaratıcısı Allah olduğu için, hiçbirisine özünde "çirkin" diyemeyiz ve bu alanda özneliği (sübjektif, enfüsi oluş) kabul ve teslim ederiz. Ne var ki "illüzyonistler", "zevkler gibi hukuk ve ahlak alanındaki tercihler de tartışılmaz" derlerken, "iktidar sahibinin tercihleri ve emirlerine mutlak itaat gerekir" derler. Bunların savunduğu izafilik ve değişkenlik bu anlamdadır, yoksa anarşistlerin savunduğu mut-

lak bireycilik ve mutlak özgürlük anlamında değildir. Pozitivistler ile anarşistler bu noktada birbirlerinden ayrılırlar. Acaba akli düşünceye göre Hukuk Pozitivizmi mi haklıdır yoksa anarşizm mi? Yoksa her ikisi de mi batıldır? Üçüncü bir ihtimal ile her ikisi de doğru olabilir mi?

## 2. İslamî Hükümün Araştırılması

İslam hukuk metodolojisi'nin temel ilkesini, "asl-ı mülazeme" olarak adlandırabiliriz. (Mülazeme ilkesi, karşılıklı=mütekabil bağıllık ilkesi). Önce şu ilkeyi aklımız teslim eder:

1. İslami ilkeler ve Kur'an ayetleri arasında akli olmayan, "absurde" olan hiçbir şey yoktur. Şu halde "Şer'in hükmettiğine, Şeriat'ın hükmettiğine; akıl da hükmeder". Bundan sonra da ikinci ilke gelir:

2. Akli olan bu temel ilkelerden somut olaylarda tali hükümleri çıkarırken, istinbat ve istihrac ederken, gerçekten delil-i akli ile varılmış sonuçları da vahiy ve dolayısıyla Şeriat kabul ve imza eder.

Bu görüş; temel ve değişmez, aynı zamanda ilahi ve akli olan temel ilkelerin varlığını kabul ettiği için rasyonalist bir hukuk görüşüdür, bu temel ilkelerin bütün insanlığa ortak olduğunu, insanın fitratına dayandığını, müspet ilim, biyoloji ve toplumbilim ile de uyum içinde olduğunu kabul ettiği için de ilahi Tabii Hukuk görüşüdür. İlahi ve akli olan temel ilkelerin varlığını kabul ettiği için rasyonalist bir hukuk görüşüdür, bu temel ilkelerin bütün insanlığa ortak olduğunu, insanın fitratına dayandığını, müspet ilim, biyoloji ve toplum bilim ile de uyum için de olduğunu kabul ettiği için ilahi tabii hukuk görüşüdür. İlahi Tabii Hukuk görüşü;

hiçbir şüpheye, tereddüde mahal vermez şekilde, Batılılara da özellikle hitap edildiği için Rum (Roma) Suresinde, yine kolay hatırlanması için 30. surenin 30. ayetinde, "Kitab-ı Mübin"de (Apaçık Kitap) şu mealde insanlığa tebliğ edilmiştir:

"Artık Hanif Din'e, Allah'ın insanlığı ona uygun olarak yarattığı Allah'ın Fıtrat'ına (Fitri, Tabii Ahlak ve Hukuk'a) yönel. Allah'ın yaratışında tebdil yoktur. Din-i kayyım (gerçek, sağlam, tek doğru dünya görüşü) budur. Ne var ki; insanlığın çoğu bu bilinçte değildirler." (Kur'an-ı Kerim, Rum Suresi, 30/30)

Ayet-i kerimede "La tebdile li halkıllah" buyurulması; "Din-i Kayyım" ve "Din-i hanif" olan İslam'ın; yegane Rabb olan değer belirleyici olan Allah'ın; ahlaki normları koyarken, izafi olmayan müsbet ilim kanunları üzerine bu normları bina ettiğini ve dolayısı ile bu temel normların da değişken ve izafi olamayacaklarını göstermektedir. Normları koyan Rabb ile, Rabb-el-Alemin ile, "Halik-i Külli Şey" aynı Allah'tır. Bu da En'am Suresinin 102. ayetinde açıkça belirtilmiştir:

"Şüphesiz, ondan başka ilah olmayan Allah, Rabbinizdir. O her nesnenin haliki, yaratıcısıdır. Her şey üzerine vekil de, (müspet ilim kanunlarından başka, değerler belirleyicisi, temel ilkelerin koyucusu da) O'dur."

Sırat-ı Müstakıym de tektir. Fatiha Suresinde belirli harf-i tarif (article defini) ile belirtildiği gibi; En'am Suresinin 133. ayetinde de "İşte benim mustakiym olan yolum!" (ve enne haza sıratı mustakakıymen...) ifadesi ile yolun tekliği belirtilir. Yine En'am Suresinde, Kur'an-ı Kerim'in Tarih'e ve Müspet İlim Kanunlarına ilişkin haberleri nasıl "sıdk" ile tamamlandı ise, "Zikrun- Lil- Âlemin" olarak getirdiği ve buyurduğu normların da "adl" ile tamamlandı-

ğını ve "Halkullah" üzerine, sağlam ve sabit temel üzerine bina edilen bu din-i kayyım da değişkenlik ve izafilik olmayacağı beyan buyurulur:

"Rabbimizin kelimeleri sıdk ve adl ile tamamlandı. Onun kelimelelerine (koyduğu, müspet ilim kanunları üzerine, fıtrata uygun olarak bina ettiği normlara) bir mübeddil yoktur..." (En'am Suresi, 6/116)

Şu halde temel normlar alanında izafilik ve değişkenlik iddiası; Kur'an-ı Kerim karşısında batıl bir iddiadır.

### **3. Sonuç Olarak, Hukuk Normları Alanında Temel Ölçüt (Kriter) ve Davranış Kuralı Olan "Adl" in Değişmezliği**

Fitri (Tabii) İlahi Hukuk'un (Göttliches Naturrecht, Droit naturel divin) "adalet" ölçütü de sübjektif (enfüsi, öznel) ve rölatif değildir. Geniş anlamda adaletin, birbirlerinin ayrılmaz parçası, lazım-ı gayri mufarıkı olan iki boyutu vardır. Bunlardan ilki dar anlamda "Adl"dir, eşitlik adaletidir. Daha açık söyleyişle, insanlık değerinde, insanlık onurunda, insan haklarında, velâyet-i emr icra edilirken mutlak eşitlik tir. Veliyy-ul emr, ul-ul emr olan, insan haklarının teminatı olan Şeriat ile, yönetimde mutlak olarak bağlıdır. Kur'an-ı Kerim'de Hukuk'un üstünlüğü ilkesi, Casiye Suresi'nin 18. ayetinde, "emr'de, (yani velayet-i emr'de, yönetimde) sana verilen Şeriat'a uy!" emri ile ifade edilmiştir. Hiçbir bahane ve gerekçe ile, Şeriat'ın "adl" ilkesi; insan haklarında dil, din, cins, ırk farkı gözetmeksizin mutlak eşitlik, eşitlik adaleti ilkesi ihlal edilmez.

Adaletin ikinci boyutu [Dinemsion] ise; Batıda "Equite,

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Equity, Billigkeit, aequitas" terimleri ile karşılanan "Oran adaleti" [kıst] ilkesidir. İnsanlara emeklerinin karşılıkları verilirken, ceza verilirken, kamu görevleri [emanetler] ehillerine dağıtılırken, temelde yine insanlık değeri ve eşitlik ilkesine riayet edilerek, kıst ilkesi çerçevesinde, herkese, liyakatinin ve istihkakının da karşılığı verilebilmektedir. Adl ve Kıst birbirlerini tamamlamazsa, bu terimlerin delalet ettikleri kavramların tam aksi gerçekleşir, "adalet"e uyulacak iken, Hak'dan dönülmüş, "udül" edilmiş olur, "muksit" olacak yerde de "kasıt" [insafsız, zalim] olunur.

Şu halde başlangıçta değindiğimiz "mülazeme" ilkesine uyularak, "ulema-i kaaimen bil-kıst"ın yöntemleri ve talimatları ile "adl" ve kıst 'ın doğru bilgi ve bilincine varmalı, adaletin de hiç şüphesiz izafi, sübjektif ve değişken olmadığını, bugün "sosyal haklar" denerek "klasik insan hakları"ndan ayrılmak ve sonra da yok edilmek istenen hakların da İslam'ın Maun (karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma) ilkesinin teminatı altında olduğunu bilmemiz gerekir.

Batıda da zaman zaman insanlık Fıtrî İlahî Hukuk (Tabii Hukuk) anlayışının özlemini çekmiş, bu hukuku aramış, fakat Hıristiyan inancı maalesef Hz. İsa'dan sonraki iki asır içinde hiçbir şekilde akli olmayan dogmaların ipoteği altına konduğu için, hukuk bilginleri sadece akılları ile yetinmiş ve Vahyin yol göstericiliğinden yoksun kalmışlardır. Bundan da Kant gibi büyük düşünürlerin yetersizliği vakıası doğmuştur. Bir kısmı da, Roma Hukukundan Ulpianus'un, Rönesans'tan sonra Groitius'un yaptığı gibi, iktidar sahiplerinin himayesi altında olma ihtiyacını duydukları için, Tabii Hukuk anlayışını saptırmışlar, zaman zaman zulmü de "adl" olarak göstermişlerdir. "İnsanlık için en hayırlı ümmet" olma görevi bize

verildiği ve Resul-i Ekrem (S.A.) de Veda Hutbesi ile bir kez daha ödevlerimizi bize tebliğ ettiği halde, biz de maalesef bu görevimizi yerine getiremedik. İktidar sahiplerinin himayesini sağlamak için "Hukukun Üstünlüğü İlkesi"ni feda eden, Cengiz Yasasını İlahî Tabii Hukuk ile eşdeğer [equivalent] sayan, Kur'an-ı Kerim'deki "örf" teriminin "el-Ma'ruf" anlamını saptırıp "güçlünün iradesi" anlamına irca eden (indirgeyen) sözde alimler bizde de çıktı ve kafamızı, kavramlarımızı karıştırdı. Bugün de, Sovyetlerin çöküşünden sonra, "Post Modernizm", "Pluralizm", "Yeni Dünya Düzeni" ve Hukuk Çokluğu" gibi terimlerle bu saptırma sürdürülmektedir. Oysa hukukçunun istisna kabul etmez görevi önce "Adalet" in ne olduğunu bilmek, sonra her zaman adaleti savunmak ve her zaman adaleti savunmak ve yeryüzünde değişken ve sübjektif olmayan o adaleti gerçekleştirmeye çalışmaktır. Bu; "ilahi hilafet" ödevinin "minimum" derecesidir. "Birr" ve ihsan" altın kuralı da, bu "minimum"u tamamlar ve insanın gücü ölçüsünde "maksimum"a, "azami"ye, en üstün hayır ve tekamül derecesine, "nefs-i mutma'inne" mertebesine iletir. Bu da en kamil anlamda takvanın ve ahlakın alanıdır.

İslam Hukukçuları; adaleti uygulama alanında da kaaim kılmaya, gerçekleştirmeye çalışırken, "dogma"ların engeli ile karşılaşmamacaklardır. Çünkü İslam'da asla bu anlamda "absürde" olan, gayri akli (irrasyonel) dogmalar yoktur. Ancak, İslam Hukukçuları, yanlış gelenekçilik ve taklit ilkesi ile karşılaşacaklar ve en fazla güçlüğü de geleneksel [traditionnel] Ceza Hukuku alanında çekeceklerdir. Ne var ki hiçbir bahane bu alanda da durmamızı ve "Din-i Hanif"den yüz çevirmemizi haklı gösteremez. Allah haşa zalim olmaz, Allah adalet ile emreder. Şu halde Allah'ın buyruklarını,

mülazeme ilkesine rağmen, zulüm yönünde yorumlamak bir "füru-id din" sorunu değil bir "usul-iddin" sorunudur ve İslam imanına aykırıdır. "Usul-id din" alanında ise, "taklid" bizi Allah önünde sorumluluktan kurtarmaz. Allah, O'na rahmet etsin, Ebu Hanife cesareti ile "delil-i akli"yi kullanarak, artık Ceza Hukuku alanında da bize düşen ödevi ifa etmeliyiz.





## Anayasallık Bloğu

Stj. Av. Semih BİTEN



**A**nayasallık bloğu kavramı Fransa'da 1974 yılında Louis Faverou tarafından ortaya atılmıştır.<sup>1</sup> Doktrinde bu kavram, "ölçü normlar bloğu"<sup>2</sup>, "referans normlar" şeklinde de ifade edilmektedir. Bu kavramla kastedilen şey anayasaya uygunluk denetiminde denetlenen kanunun kendilerine uygunluğunun araştırıldığı anayasal değerdeki normlardır. Bu kavram Fransa'da yasama organının uymak zorunda olduğu anayasal değerlerde kurallar ve ilkeler bütünü olarak tanımlanmaktadır.<sup>3</sup>

Anayasa Mahkemesi yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken, değerlendirmesini bir ölçü norma dayandırmak zorundadır. Bu norm elbette her şeyden önce Anayasanın kendisidir. Zaten "*anayasaya uygunluk denetimi*" ifadesinden de anlaşılabilir budur. Ancak konu bu kadar basit değildir. Bazı ülkelerde anayasalar, kendileri dışında bir takım ölçü normlar belirledikleri gibi bazı ülkelerde de anayasanın açık hükümleri dışında bir takım ölçü normlar yargı kararları yoluyla oluşmaktadır.

Birinci duruma Macaristan ve Bulgaristan örnek verilebilir. Bu devletlerin anayasalarında anayasa mahkemelerine anayasaya uygunluk denetiminde yasama işlemlerinin "anayasaya" uygunluğu dışında bu ülkelerin taraf olduğu "milletlerarası antlaşmalara" da uygunluğunu denetleme yetkisi verilmiştir. Bu kavramın ortaya çıktığı Fransa'da 1958 Anayasası'nın maddeleri ve başlangıcı, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmı ve Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkelerin anayasallık bloğunu oluşturduğunu görmekteyiz.

1958 Anayasası'nın maddeleri ve başlangıç kısmı kurucu iktidar tarafından kabul edilen anayasa metninin parçasını oluşturduklarından anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılmaktadır. Bunun yanında 1958 Anayasası da -başlangıcında- 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine ve 1946 Anayasası'nın başlangıcına atıfta bulunarak bunları anayasallık bloğuna dahil etmiştir. Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler de kendisine atıfta bulunulan 1946 Anayasası'nın başlangıcında yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu ilkelerin de pozitif değere sahip olduğu ve ölçü norm olarak kullanılabileceği söylenebilir.<sup>4</sup> Zaten Fransa uygulaması da bu yöndedir. İşte anayasaya uygunluk denetiminin

<sup>1</sup> Kemal Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?"<http://www20.-uludag.edu.tr/~gozler/blok.html> .

<sup>2</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 103 (ölçü normlar). Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 380 (ölçü normlar bloku).

<sup>3</sup> Gözler, a.g.m.

<sup>4</sup> a.g.m.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

de kullanılan bu ilke ve normların tümü Fransa'da anayasallık bloğunu oluşturmaktadır.

Türk doktrininde de anayasallık bloğu kavramı kullanılmaktadır.<sup>5</sup> Anayasallık bloğu kavramını kullanan veya aynı anlama gelecek şekilde başka bir kavramı tercih eden yazarlar bu başlık altında anayasa dışında milletlerarası hukuk kurallarını ve hukukun genel ilkelerini de işlemektedirler.<sup>6</sup> Bunun yanında bazı yazarlar anayasanın başlangıç ilkeleri<sup>7</sup>, cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler<sup>8</sup>, Atatürk ilke ve inkılaplarını<sup>9</sup> da bu çerçevede ele almaktadırlar.

Bu yazarlara göre anayasa mahkemesi kanunları denetlerken bu normları ölçü norm olarak kullanabilir ve dolayısıyla bu normlara aykırı olan kanunları iptal edebilir. Buna karşılık anayasallık bloğu kavramının Türkiye'de işlevsiz oluşunu belirten Kemal Gözler'e göre Anayasa Mahkemesinin kullanabileceği yegâne norm anayasadır. Bu kavramın ortaya çıktığı Fransa'da, anayasa kendisi dışında başka normları da anayasal değerlerde kabul etmiş ve bu durum açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Fransa anayasası kısa bir anayasa olduğundan Konseyin başka normları kullanma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle anayasallık bloğu kavramı Fransa açısından gerekli ve işlevseldir. Oysa Türk anayasa yargısında ölçü norm olarak anayasa normu dışında bir normun kullanılması söz konusu olamayacağından anayasallık bloğu kavramının Türkiye açısından herhangi bir işlevselliği yoktur.

<sup>5</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*.

<sup>6</sup> Aliefendioğlu, a.g.e., Özbudun, a.g.e.

<sup>7</sup> Yüzbaşıoğlu, a.g.e.

<sup>8</sup> a.g.e.

<sup>9</sup> Özbudun, a.g.e., s. 384; Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 81.

1982 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesi'nin anayasanın metni dışında bir normu ölçü norm olarak kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır. Biz bu çalışmada anayasallık bloğuna dahil edilen normları ve bu normların kanunların anayasallığı denetiminde kullanılıp kullanılmayacağını mukayeseli hukuk ve doktrini de dikkate alarak açıklamaya çalışacağız.<sup>10</sup>

### Uluslararası Hukuk Kuralları (Milletlerarası Sözleşmeler)

Milletlerarası hukuk kurallarının asli ve yazılı kaynağı olan milletlerarası sözleşmelerin iç hukuktaki değeri hususunda anayasamızda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu başlık altında gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde yapılan tartışmalar genel olarak milletlerarası hukuk kurallarından çok AİHS çerçevesinde şekillenmektedir. Tartışma AİHS'nin iç hukukta yasa-üstü değere sahip olup olmadığı, ölçü norm olarak kullanılıp kullanılmayacağı üzerinde şekillenmektedir.

### Mukayeseli Hukuk

Uluslararası hukukun normlar hiyerarşisindeki yerini genel olarak o devletin anayasası belirler. Konuya bir uluslararası hukuk metni olan AİHS açısından baktığımızda devletlerin sözleşmeye farklı düzeyde yer veren uygulamalarını görmekteyiz.

Hollanda, Avusturya, İspanya gibi devletlerde AİHS'e anayasal hatta anayasal üstü bir değer verilmiştir. Hollanda da 1956 değişikliğiyle AİHS' nin kendi hukuk düzeni içindeki yerini açıkça belirlemiştir. Hollanda Anayasasının

<sup>10</sup> Gözler, a.g.m.

63. maddesine göre "anayasanın hükümlerine, bir uluslararası antlaşma ile aykırı kurallar getirilebilir. Ancak bu antlaşma, parlamentonun iki meclisinde de kullanılan oyların üçte ikisi tarafından kabul görmelidir." Avusturya da 1964 anayasa değişikliğiyle AİHS'e, kanunların uymak zorunda oldukları bir anayasal değer kazandırmıştır. Böylece Hollanda ve Avusturya da milletlerarası antlaşmaları ve bu arada AİHS'i anayasallık bloğuna dahil etmiştir.

Anayasallık bloğu kavramının doğduğu yer Fransa Anayasasında "Anayasa Konseyi, bir uluslararası antlaşmanın anayasaya aykırı bir hüküm taşıdığı kararına varırsa; antlaşmayı onaylama ya da onaylamayı uygun bulma yetkisi, ancak gerekli anayasa değişikliğinden sonra kullanılabilir. (m. 54)" Bir diğer maddeye göre "Usulüne uygun olarak onaylanan ya da uygun bulunan antlaşmalar yayınlanır yayınlanmaz diğer tarafın da sözleşmeye ya da anlaşmayı uygulaması kaydı ile kanunlara üstün değerdedirler. (m. 55)"

Görüldüğü gibi Fransa da AİHS'e kanunların üstünde bir değer vermektedir. Konsey kararları da AİHS' in anayasallık bloğuna dahil olduğunu ayrıca göstermiştir.

Yunanistan Anayasası Madde 28: "Yunanistan'ın taraf olduğu uluslararası sözleşmeler iç hukuktan üstündür ve bir iç yasa hükmü ile çatışma halinde uluslararası sözleşmeler uygulanır." demek suretiyle milletlerarası sözleşmeleri iç hukuktan üstün saymıştır.

ABD'de 1787 tarihli Anayasa'da "Birleşik devletlerin yetkisi içinde yapılmış ve yapılacak bütün antlaşmalar ülkenin üstün hukuku sayılacaktır." şeklinde bir düzenleme mevcuttur.

Bunların dışında Kıbrıs ve Portekiz de AİHS'e kanunlar üstü değer veren ülkeler arsında sayılmaktadır.

## Türkiye

Ülkemizde milletlerarası sözleşmelerin yasalar karşısındaki değeri ve bunların ölçü norm olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri genel olarak iki gruba ayırabiliriz.. Milletlerarası sözleşmeleri yasaların üstünde Anayasayla eşdeğer hatta anayasal-üstü bir değere sahip olduğunu söyleyenler (anayasallık bloğuna dahil edenler) ve yasayla eşdeğerde olduğunu söyleyenler (anayasallık bloğuna dahil etmeyenler).

*Birinci grup* yazarlar görüşlerini 90. maddenin son fıkrasına dayandırmaktadırlar. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." Bu madde üzerinde ileri sürülen görüşler şunlardır:

Bir milletlerarası antlaşmanın anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaması Anayasaya aykırı olmasına rağmen uygulanabileceğini gösterir. Anayasaya aykırı olsa bile uygulanması gereken bir milletlerarası antlaşma tabii ki kanundan da üstün olacaktır.

Anayasaya aykırı olsa da uygulanan bir milletlerarası antlaşma yasayla aynı değerde olamaz. Madde metninde geçen "kanun hükmündedir" ifadesi ile demek istenen antlaşmaların kanunla aynı değerde olması değildir. Bundan maksat usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların iç hukuk düzeninden olmasıdır.

Bazı yazarlar da Anayasanın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesinde geçen "insan haklarına saygı" kriterinin önemi-ne değinerek insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ulusal üstü bir hukuk kuralı olarak yasa üstü hatta anayasa üstü bir değer taşıdığını ifade etmektedirler.

Bundan hareketle milletlerarası antlaşmaların anayasallık bloğuna dahil olduğunu ve dolayısıyla kanunların anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabileceğini dile getirirler.

Aynı fikri savunan başka bir yazara göre Anayasa milletlerarası antlaşmaları açıkça ölçü norm olarak kabul etmiştir. Zira Anayasasını 15. maddesi "*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmekle kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*" demektedir. Bu madde bize milletlerarası anlaşmaların olağanüstü dönemlerde bile uyulmasının zorunlu olduğunu göstermektedir. Olağanüstü dönemlerde bile uyulması zorunlu olan bir norm neden normal dönemlerde uyulması zorunlu olmasın.<sup>11</sup>

Anayasanın başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyeti'nin dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğuna vurgu yapması da milletlerarası antlaşmalara bağlılığı gösterir. Bu nedenle uluslararası sözleşmeler ölçü norm olarak kullanılmalıdır.

AYM üyesi Erol Canser'e göre devlet diğer bir devletle imzaladığı antlaşmaya kendi yönünden çekince koyduktan sonra buna uymayı kabul etmiş sayılır. Bu suretle antlaşmaya yasadan sonra da uymayı kabul etmiş sayılır. Ve böylece antlaşmalara yasadan üstün norm niteliğini de kazandırmıştır. Kanun hükmünde olma ve antlaşma

aleyhine iptali anayasa mahkemesine başvurama ahde vefa prensibinin ve diğer devlete güvence verilmesi zorunluluğunun sonucudur. O'na göre antlaşma, sonradan çıkan bir kanunla çatışması durumunda dahi antlaşma hükmü uygulanır.

Fendoğlu, uluslararası sözleşmelerin doğası gereği iç hukuka ve anayasa üstün olduğunu, zira devletlerin, tek taraflı iradeleriyle bunları ortadan kaldıramayacağını oysa anayasa dahil her türlü iç hukuk normunu tek taraflı değiştirebileceğini söyler.<sup>12</sup>

İkinci grup yazarlara göre, Anayasanın 90. maddesi "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." der. Anayasanın metninden de açıkça anlaşıldığı üzere milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bu deyim başka türlü yorumlamak mümkün değildir.<sup>13</sup> Anayasanın antlaşmaların anayasaya aykırılıklarının ileri sürüleceğini öngörmesi olgusu, antlaşmaların kanunların üstünde tutulduğu şeklinde yorumlanamaz. Aksi durumda, Anayasa da antlaşmaların "kanun hükmünde" olmalarını değil, ama kanunların üstünde olmalarının açıkça öngörülmesi bir mantık gereği olmaktadır.<sup>14</sup> Şayet milletlerarası antlaşmalar anayasadan üstün olsaydı, anayasa bunu açıkça düzenlerdi.<sup>15</sup> Bu durumda bir kanunla antlaşma hükmü arasında bir çatışma çıkarsa sonraki kanunun uygulanması ilkesi çerçevesinde çözülmesi gerekir. Buna göre milletlerarası antlaşmalar anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız ölçü norm olarak kullanı-

<sup>11</sup> Yüzbaşıoğlu, a.g.e.

<sup>12</sup> Fendoğlu a.g.m. (ATAD, 15.07.1964, t ve 6-64 sayılı Costa C.E.N.E.L kararı)

<sup>13</sup> Özbudun, a.g.e., s. 381.

<sup>14</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, s. 31. Aktaran Yüzbaşıoğlu, s. 55.

<sup>15</sup> Özbudun, s. 355.

lamaz. Bunun yanında destek ölçü norm olarak kullanılmasına imkan olduğu görüşü de bu yazarlar tarafından kabul edilmektedir.

Bu yazarlara göre anayasanın açıkça milletlerarası antlaşmalara atıfta bulunduğu maddeler (m. 15, 16, 42, ve 92) sadece kendi alanlarındaki milletlerarası norm ölçü norm niteliğini kazanır ve *ancak* bu maddelerde düzenlenen konu açısından anayasaya uygunluk denetiminde dikkate alınmalıdır. Anayasa sadece dört maddede düzenlenen konuya ilişkin olarak uluslararası norma üstünlük tanınmıştır. Bunu anayasanın tümüne teşmil etmek mümkün değildir. Şu halde Anayasa Mahkemesi milletlerarası antlaşmalarını ölçü norm olarak kullanabileceği alanlar dört maddede düzenlenen konuyla sınırlıdır ve bu istisnadır. AİHS açısından düşünüldüğünde durum farklı değildir. Anayasa Mahkemesi bu dört madde dışında AİHS'i ölçü norm olarak kullanamaz. AİHS bu dört madde dışında sadece bir kanun sayılır.<sup>16</sup>

Gözler'e göre kanunlar ile milletlerarası antlaşmalar arasında bir geçerlilik ilişkisi olmadığından bir hiyerarşiden de bahsedilemez. Çünkü Türk kanunları geçerliliğini antlaşmalardan değil anayasadan almaktadır. Dolayısıyla milletlerarası antlaşmalar örneğin AİHS, moralen daha üstün bir norm olsa da hukuken içinde ayrı bir değer taşımaktadır. Kanunlarla aralarında bir hiyerarşi düşünülemez. Bu nedenle AİHS anayasanın altında ama yasalarla eşit düzeydedir. Anayasal değeri bulunmadığı gibi, anayasal bloğa da girmez.<sup>17</sup>

Anayasa Mahkemesi kanunların iç geçerliliğini denetlemektedir. Bir iç yargı organının uluslararası geçerliliğinin sakat olmasından hareketle bir iç hukuk işlemini iptal edemeyeceğini dile getiren

Gözler: "Eğer bir gün aksi düşünceleri izleyerek Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu gerekçeyle bir kanunu iptal ederse, Türk kanunlarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında bir hiyerarşi kurulmuş olur. Bu iptal kararı, Türk kanunlarının geçerliliklerinin artık, Türk Anayasasından değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklandığı anlamına gelir ki, bu Türkiye'nin Anayasa Mahkemesi marifetiyle üniter niteliğinden vazgeçip "Avrupa İnsan Hakları Federal Devleti"ne tek taraflı olarak iltihakı anlamına gelir. Mahkeme marifetiyle böyle tek-taraflı bir iltihak Dünya hukuk literatüründe büyük bir yenilik oluşturacaktır. Türkiye'nin üniter niteliğinden vazgeçip bir federasyona iltihakı, Türkiye Cumhuriyetinin egemen bir devlet olarak sonu demektir." demek suretiyle AİHS'nin ölçü norm olarak kullanılmasının -amiyane tabirle- bir facia olacağını ifade etmektedir.<sup>18</sup>

AYM bir kanunun anayasaya uygunluğunu denetlerken, AİHS'i ölçü norm olarak alabilecek midir? sorusuna olumlu cevap vermenin mümkün olmadığını dile getiren başka bir yazar ise milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü kabul edilse bile AYM milletlerarası hukuku ölçü norm olarak kullanamaz. Çünkü Anayasa Mahkemesinin görevi anayasaya uygunluk denetimi yapmaktır. AYM milletlerarası hukuk tarafından kurulmamış ve görevlendirilmemiştir. AYM'yi ilk elde kuran ve görevlendiren anayasadır. AYM'nin ulaşabildiği temel ölçü normlar, bizzat anayasa tarafından, anayasa ile sınırlanmıştır. AYM, normlar piramidinin anayasadan yukarıdaki basamaklarına çıkamaz. Anayasaya değil de ondan üst basamaklara aykırı iç hukuk normlarının yaratılmasının müeyyideleri, milletlerarası hukuk tarafından düzen-

<sup>16</sup> Özbudun, s. 3-383.

<sup>17</sup> a.g.m.

<sup>18</sup> a.g.m.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lenir ve devletler ile milletlerarası kuruluşlarca yerine getirilir.

### Son Anayasa Değişikliği

7/5/2004 tarihinde Anayasa'da bir değişiklik yapıldı. Anayasa değişikliğiyle beraber tüm bu görüş ve tartışmaların seyri başka bir yöne kayacaktır. Zira değişiklik öncesinde 90. maddede düzenlenen milletlerarası antlaşmaların iç hukuktaki yeri ve bu bağlamda kanun karşısındaki değeri net değildi. Başka bir deyişle anayasa maddesi milletlerarası antlaşmalar hususunda birçok tartışmaya mahal veriyordu. Bu yüzden tartışmaların çoğu bu madde üzerinde yoğunlaşmakta ve birbirine zıt görüşleri ileri sürenlerin dayandığı ortak nokta ve gerekçe -ilginçtir- aynı maddeydi. Aralarındaki fark tabii ki yorum farkıydı.

Ancak son Anayasa değişikliği temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşmeler için ayrı bir uygulamayı sağlayacak bir düzenleme getirdi. Buna göre "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*" ifadesi eklenmek suretiyle -açıkça(önceki düzenlemeye nispeten)- temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara kanun karşısında üstünlük kazandırılmıştır.

Denilebilir ki yasamanın, temel hak ve özgürlüklere ilişkin tutumunu kanunlar karşısında üstünlük tanımak suretiyle ortaya koyması bu kapsama girmeyen sözleşmelerin kanunlardan üstün değerlendirilmeyeceğini ve dolayısıyla ölçü norm olarak kullanılmayacağını ifade etmiştir. Zira yasa koyucu sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelere kanun karşısında üstünlük tanımış, diğer sözleşmeleri bundan ayrı tutmuştur.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler lehine yapılan bu düzenlemenin yanında diğer sözleşmeler hakkında herhangi bir değişikliğe gidilmemiş olması, diğer sözleşmelerin (temel hak ve özgürlükleri düzenleyen sözleşmelerin kapsamına girmeyenler) kanunlardan üstün olmadığını aksine kanun hükümünde olduğunu gösterir.

Böylece söz konusu değişiklikte temel hak ve özgürlükleri konu alan sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yeri anayasal bir hükümlerle açıkça belirlenmiş oldu. Maddenin lafzına göre artık bir kanunla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma çatıştığında, kanun ister önceki tarihli olsun, ister sonraki tarihli olsun, kanun değil, milletlerarası antlaşma esas alınacaktır. Kimi yazarların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların tespitinin sorun yaratacağı endişesi haklı olmakla beraber AİHS'in -adından anlaşılacağı üzere- temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma olduğu aşikardır. Dolayısıyla aynı konuyu düzenleyen yasa hükmü ile AİHS hükmü arasında çatışma olması durumunda AİHS hükmüne öncelik tanınacak ve bu hüküm uygulanacaktır. Bu durumda AİHS yasa üstü bir değer taşıdığına göre alt normun üst norma aykırı olamayacağı ilkesi gereği Anayasa Mahkemesi tarafından anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilir. Dolayısıyla anayasa dışında başkaca bir ölçü normun ihdas edildiği de bu hükmün bir sonucudur. Bu da Türkiye açısından Anayasallık bloğu kavramına ihtiyaç olduğunu ve aynı zamanda bunun işlevsel olduğunu ortaya koyar.

Artık Anayasa Mahkemesinin ölçü norm olarak kullanabileceği bir norm değil birden fazla norm vardır. Diyebiliriz ki bu değişiklik anayasallık bloğu kavramının gerekliliğini ortaya çıkardığı gibi

temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları da bu bloğa dahil etmiştir.

## AB ANAYASASI

2009 yılında yürürlüğe girecek olan Avrupa Birliği Anayasası olarak ifade edilen Avrupa Birliği Konvansiyonu 2006 yılına dek ya halk oylamasına sunulacak ya da TBMM'de oylanarak kabul edilecek. Bu onay gerçekleşirse AB Anayasası, TC kanunlarının üstünde yer alacak. Türkiye AB Anayasası'na bağlanacaktır.

AB Anayasasının 6. maddesi

"Kendilerine verilen yetkilerin uygulanması sırasında Anayasa ve Birlik kurumları tarafından kabul edilen hukuk, Üye Devletlerin yasaları karşısında önceliğe sahiptir"

diyerek Anayasanın ve birlik hukukun üye devletlerin yasaları karşısında önceliğe sahip olacağı belirtilmiştir. Bu durumda AB anayasası *yasa-üstü norm* özelliğine sahip olduğundan normlar hiyerarşisinde alt normun üst norma aykırı olamayacağı ilkesi gereği yasaların AB Anayasasına aykırılığı AYM'de ileri sürülebilecektir. AYM, AB Anayasasına aykırı gördüğü bir yasayı iptal edebilecektir. Yani AYM, AB Anayasasını ölçü norm olarak kullanabilecektir. Madde de sadece AB Anayasasının değil ayrıca birlik hukukunun da üye devletlerin yasaları karşısında üstün olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla Türk yasaları üstünde sadece AB Anayasası değil AB hukuku da yer alacaktır.

Anayasadaki mevcut düzenleme alelde milletlerarası sözleşmelerin değil temel hak ve özgürlükleri düzenleyen milletlerarası sözleşmelerin kanun karşısında üstünlüğü söz konusudur. AY'nin 90. maddesi "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma-

larla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." demek suretiyle bu tür sözleşmelere yasa karşısında öncelik tanımıştır. AB Anayasası ise sadece temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bir sözleşme olmayıp, bunların dışında sosyal, ekonomik düzenlemeler ile yasama, yürütme ve yargıya ilişkin hükümler de yer almaktadır. Dolayısıyla AB Anayasasının yürürlüğe girmesiyle madde 90'nın kapsamı genişlemiş, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin yanında AB Anayasası da yasalar karşısında önceliğe sahip olacaktır. Bununla, anayasallık bloğuna bir norm daha dahil edilmiş olacaktır. Bir yasanın AB Anayasası normlarına aykırılığı da ileri sürülebilecektir.

## UYGULAMA

Buraya kadar anlattığımız, işin teorik boyutu ve bu boyutta oluşan tartışmalardı. Uygulama daha farklı işlemektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda mahkeme kararlarını gerekçelendirirken bırakın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, uluslararası bir bağlayıcılığı bile olmayan BM metinlerine ve bilhassa Evrensel İnsan Hakları Bildirisine atıfta bulunduğunu görebiliriz. Bunun ötesinde küreselleşen dünyada ve özellikle AB sürecinin doğurduğu "psikolojik" yükümlülükler/baskılar hakimleri/mahkemeleri AB normlarına özellikle AİHS'de veya milletlerarası sözleşmelere uygun karar vermeye itmektir/meçbur bırakmaktadır. Türk mahkemelerinde verilen kararlar dolayısıyla Türkiye'nin AİHM'de yüksek meblağda tazminatlara mahkum edilmesi ve bunun uluslararası arenada prestij kaybına neden olması mahkemeleri bu yönde karar vermeye zorlamaktadır.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Somut olayda mahkemeler, karar verirken kararlarının AB mevzuatına veya uluslararası sözleşmelere uygun olma kaygısını taşımaktadırlar. Bu kaygının daha fazlasını aslında yasakoyucu (yasama/TBMM) yaşamaktadır. Zira yasakoyucu bile yasa çıkarırken yasaların AB mevzuatına uygun olmasına dikkat etmektedir. Normlar piramidinin en üstünde yer aldığı iddia edilen Anayasa'yı bile AB mevzuatına uygun bir şekle sokmaya çalışmakta, bu yönde değişiklikler getirmektedir. Bu bağlamda son dönemde çıkan toplu mevzuat değişikliklerine "uyum paketi" ismi verilmesi de dikkat çekicidir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki hukuk uygulayıcılarının ve daha da önemlisi yasakoyucunun anlayışına AİHS'in ve AB mevzuatının kanunlardan hatta Anayasadan da üstün olduğu fikri hakimdir. Bu nedendir ki hakimler/mahkemeler verdikleri kararların AİHS'e aykırı olmamasına dikkat etmektedir. Ve aynı nedendir ki yasama organı kanunları ve hatta Anayasa'yı AİHS'e ve AB mevzuatına uygun hale getirme çabası içindedir.

### HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Öğretide hukukun genel ilkeleri, genel eğilime göre

"Birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmalarına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan, devletlerin ortak değerlerini içeren kurallar"

olarak tanımlanmıştır.<sup>19</sup>

Bir ilkeyi hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabulünün şartı Adalet Divanı Statüsünde de belirtildiği üzere onun "uygar milletlerce tanınmış" olmasıdır. Kanımca hukukun genel ilkeleri

<sup>19</sup> Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 200, aktaran Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 19.

insan doğasına (fıtratına) aykırı olmayan tüm hukukçuların hatta insanlığın üzerinde ittifak edeceği, edebileceği evrensel (küresel değil) ilkelerdir.

Buraya Ahmet Yaman'ın hukukun genel ilkeleri hakkında yaptığı tanımı belirtmeden geçemeyeceğiz:

"Kamu ve özel hukukun hemen her alanında uygulanabilen ve hukukun temel ilkelerini yansıtan komprime hukuk kurallarına, "hukukun genel ilkeleri" adı verilmektedir. Bir başka ifadeyle hukukun genel ilkeleri, kanunlardaki münferit kuralın temelini teşkil eden ve bilinçli ya da bilinçsiz hukuki yargılarımızı etkileyen, hukuk idesinden doğmuş büyük fikirler ve genel gerçekliklerdir."<sup>20</sup>

Hukukun genel ilkeleri (*les principes gene-raux du droit; allgemeine rechtsgrundsätze*), pozitif/mer'î hukuk düzenlemelerinin üstünde, bütün insanlığın hayatına uygulanabilecek, ve akıl ile hukukun vazgeçilmez temel idesi olan "adalet"e uygun ideal hukuk kurallarını temsil ederler."<sup>21</sup>

### Fransa'da

Anayasa Konseyi 1979 yılında verdiği bir kararında hukukun genel ilkeleri olarak "kuvvetler ayrılığı" ve "kamu hizmetinin devamlılığı" ilkesine atıfta bulunmuştur. Bunun dışında da hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullandığına rastlanmamıştır. Fransa 1980'lerden itibaren hukukun genel ilkelerini anayasallık bloğundan kesin olarak dışlamıştır. Yani bu tarihten sonra hukukun genel ilkelerini doğrudan ölçü norm olarak kullanmamıştır.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Edis Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara: 1993, s. 146, aktaran Ahmet Yaman, <http://www.marife.org/1-yaman.htm>

<sup>21</sup> Yaman, a.g.m.

<sup>22</sup> Gözler, a.g.m.

## Belçika'da

Hukukun genel ilkelerinin kanunların denetiminde ölçü norm olarak alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Mahkemeye göre kanunların hukukun genel ilkelerine uygunluğunu sağlama mahkemenin değil yasa organının sorumluluğuna girmektedir.

## Türkiye'de

Ülkemizde de doktrinde hukukun genel ilkelerinin hukuki değeri tartışmalıdır. Genel eğilime aykırı görüş beyan eden Kemal Gözler'e göre hukukun genel ilkelerinin geçerliliği hukuk normlarının geçerlilik şartlarını taşıyorsa geçerlidir. Bir işlemin hukuk normu olarak geçerli olması için yerine getirmesi gereken koşullardan ilki 'maddi varlık koşulu'dur.

Maddi varlık koşulu bir işlemin madden var olması koşuludur. Bununla kastedilen bir belgenin varlığıdır. Hukukun genel ilkeleri bu koşulu dahi yerine getirememektedir. Zira hukukun genel ilkeleri hiçbir hukuki belgede yer almaz. Gözler'e göre Anayasa Mahkemesi Anayasa'da yer almayan bir hukukun genel ilkelerine dayanarak bir kanunu iptal ederse meşruluğunu yitirecektir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi sadece yasama iktidarını değil, kurucu iktidarı da gasp etmiş olacaktır. Kurulmuş bir organ olmaktan çıkacak kurucu bir organ halini alacaktır. Dolayısıyla ona göre hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullanmak, anayasallık bloğuna dahil etmek mümkün değildir.<sup>23</sup>

Bu görüşün aksine genel eğilim hukukun genel ilkelerinin ölçü norm olarak kullanılabileceği yönündedir. Bu konuda yazarlar görüşlerini Anayasa Mahkemesinin

kararlarıyla güçlendirmektedirler. AYM bir kararında,

"Kanunlarımızın Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun bulunması şarttır"

demektedir.

Anayasa Mahkemesinin diğer bir kararı da,

"Kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır. Zira kanun da üstünde kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa vardır. Ve yasa koyucu bunlardan uzaklaştığı taktirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur. Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hasıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez. Böyle bir kanunun kabulü ve uygulanması hukuk devleti tasarrufu niteliğinde saymakta mümkün değildir."

demektedir. AYM hukuk devleti ilkesine dayanarak verdiği bu ve buna benzer diğer kararlarına da hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullanmakla kalmamış bunlara anayasa üstü bir değer kazandırmıştır. AYM'nin bu şekilde başka kararları da var.

AYM'nin kararlarında ifadesini bulan hukukun genel ilkelerinden bazıları şunlardır (Necmi Yüzbaşıoğlu'nun tespitlerine göre)<sup>24</sup>;

- Ahde vefa ilkesi,
- İyi niyet ilkesi,
- Kazanılmış haklara saygı ilkesi,

<sup>23</sup> a.g.m.

<sup>24</sup> Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 23.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- Kanunların geriye yürümezliği ilkesi,
- Kesin hükme saygı ilkesi,
- Özel kural genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı ilkesi,
- Devlete güven ilkesi

Ancak bu ilkelere bazıları apaçık anayasa metninde yer almakta diğerleri ise anayasada bulunan ilkelere örneğin hukuk devleti ilkesine kolaylıkla bağlanabilmektedir. Genel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda AYM'nin hukukun genel ilkelerini Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti kavramının ayrılmaz bir parçası olarak yorumladığını görürüz. Denilebilir ki Türk anayasa yargısında hukukun genel ilkelerinin ölçü norm olarak kullanmalarının pozitif temeli AY madde 2'deki hukuk devleti ilkesidir.<sup>25</sup>

### Doktrinde

Genel olarak doktrin, hukukun genel ilkelerinin ölçü norm olarak kullanılmasının gerekliliği ve ya gereksizliğinden ziyade Anayasa Mahkemesi kararlarını dikkate alarak, başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesinin ölçü norm olarak kullanıp kullanmadığına bakarak soruna yaklaşmaktadır. Yani sorun Anayasa Mahkemesinin bir faaliyeti olarak tartışılmaktadır. İşin ilginç yanı şu ki; hukukun genel ilkelerinin ölçü norm olarak kullanılmasına karşı çıkanlar da savunularda Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadar verdiği kararların isabetli olduğunu dile getirmektedirler.

Bir görüş AYM'nin hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullandığını ve bu normların anayasa üstü değere sahip olduğunu ve bu

ilkelerin anayasallık bloğuna dahil olduğunu iddia etmektedirler.

Karşı görüşte olanlar ise Anayasa Mahkemesinin söz konusu normları Anayasada belirtilen ilkelere ayrı olarak kullanmadığını aksine aslında kullandığı ilkelere tümünün anayasanın amacından ve ruhundan çıkarmanın mümkün olduğunu söylemektedirler. Yani özetle her iki görüş de, temelde hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullanılabileceğini kabul etmekte; ancak kimisi bunları anayasa metnine dahil etmekte kimisi de anayasa dışında ayrı bir ölçü norm olarak kabul etmektedir.

Anayasadaki ifadeler tanımlanmamış ve bu yüzden geniş yorumlanmaya müsait olduğundan, genel olarak hukuk mantığına aykırı olmayan her ilke, anayasada bir şekilde yerini bulmakta, Anayasada ifade edilen bir ilkenin içine dahil edilebilmektedir. Zaten hukuk mantığına aykırı olan bir ilkenin de hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmesi düşünülemez, genel mantığa aykırı olur.

Hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kabul etmeyen ve bunu ateşli bir şekilde savunan Gözler de, kabul eden diğer yazarlar da, örnek olarak, "ahde vefa" ve "iyi niyet" ilkesini kanunların denetiminde ölçü norm olarak kullanılabileceği fikrine karşı çıkmazlar. İki taraf da kullanılabileceğini kabul eder. Bu durumun yukarıda zikredilen diğer ilkeler açısından da değişmeyeceği aşikardır. Bu da bize tartışmanın tamamen teorik düzeyde olduğunu pratik açıdan bir faydası olmadığını ve aynı zamanda hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullanılabileceğini gösterir.

### ANAYASANIN BAŞLANGIÇ KISMI

Dünyanın ilk iki anayasası olarak kabul edilen anayasalarda bir başlangıç bölümü de yer almıştır.

25

Gözler, a.g.m.

1787 Amerikan Anayasası oldukça kısa bir takdim içermektedir. 1791 Fransız Anayasasına da 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları bildirisini başlangıç olarak yerleştirilmiştir.<sup>26</sup> Anayasalara başlangıç koyma özellikle II. Dünya savaşından sonra adeta bir teamül haline gelmiştir. Nitekim Anayasaya bir başlangıç koyma uygulaması ilk kez 1961 Anayasası ile başlamıştır. 1982 Anayasası da tıpkı 1961 Anayasası gibi bir başlangıca yer vermiştir. Başlangıç kısımları genellikle anayasa yapıcılarının ya bir devrim veya bağımsızlık sonrasında birtakım siyasal ilke ve değerleri vurgulama ve benimsetme ihtiyacı duymalarının ya da belli bir ideolojik tercihi anayasaya yansıtmak istemelerinin sonucu olarak ortaya çıkmakta ve bu yolla anayasaların dayandıkları felsefeyi açıklamaktadırlar. Genellikle edebi bir üslupla yazılan bu metinler siyasal iktidarın gerçekte nasıl işleyeceğinin küçük bir örneğidir.<sup>27</sup>

Başlangıcın 1961 Anayasasında yer alması ile birlikte başlangıcın "hukuki değeri" de sorun olarak ortaya çıkmıştır. Başlangıç, hukuki değerden yoksun, sadece Anayasanın dayandığı felsefeyi açıklayan bir metin mi, yoksa anayasanın diğer maddeleri gibi pozitif hukuki değere sahip bir norm mu meselesi tartışma konusu olmuştur.<sup>28</sup> Bu soruna verilecek cevap aynı zamanda kanunların Anayasaya uygunluğu denetiminde "başlangıcın" ölçü norm olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorununa da cevap olacaktır. Bu sebeple bu konuyu da anayasallık bloğu başlığı altında inceleme ihtiyacı duyduk.

<sup>26</sup> Mehmet Tefrik Gülsoy, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri", <http://www.liberaldt.org.tr/dergi-ler/ldsayi22/2205.htm>

<sup>27</sup> Gülsoy, a.g.m.

<sup>28</sup> Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 116.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, anayasaya bir başlangıç konulması ilk defa 1961 Anayasasında başlamış, 1982 Anayasası'nda da bir başlangıç yer almıştır. Her iki anayasamızda da başlangıç kısmı "başlangıçtaki ilkelere dayanan" ibaresiyle Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır. Ayrıca başlangıcın, anayasasının metnine dahil olduğu belirtilmiştir.

## Doktrinde

Anayasalarımızda başlangıç kısımlarının yer almasıyla öğretilerde değişik biçimde yorum ve değerlendirmeler ortaya çıkmıştır.

Kubalı'ya göre başlangıç kısmı anayasanın yorumuna ışık tutucu manevi bir değeri vardır. Başlangıcın tuttuğu ışıkla anayasanın ruhuna aykırı olduğu anlaşılan bir kanun anayasaya aykırı olan ve bu sebeple iptal edilmesi gereken bir kanundur. Bu şekilde, Anayasa Mahkemesinin başlangıçta belirtilen ilkeleri ölçü norm olarak kullanılabileceğini belirterek, anayasallık bloğuna dahil etmiştir.

Arsel ise başlangıç kısmı ile ifade edilmek istenen, anayasanın kabulünde hakim olan havayı, amaç ve niyeti edebi bir dille açıklamaktır. Anayasanın diğer hükümleri gibi devlet organlarının uymaları gereken pozitif hukuk kuralları değildir. Son derece geniş ve soyut esaslar olan başlangıç kısmı herhangi bir hukuki değere sahip değildir. Devlet organlarına ışık tutucu, manevi ve sembolik ilkelere ibarettir. Dolayısıyla bunların ölçü norm olarak kullanılması mümkün değildir. Başlangıç kısmı her ne kadar anayasanın metninden sayılmışsa da bir hukuk normu çıkarmak mümkün değildir. Ancak anayasa hükümlerinin yorumlanmasında yararlanılabilir.

Yüzbaşıoğlu'na göre 176. madde nin gerekçesindeki "başlangıcın anayasanın diğer hükümleriyle eş-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

değerde oldukları" ifadesi kabul edilemez. Anayasa kuralları arasında nisbi bir üstünlük sıralanması ve buna dayalı olarak bir kademelenme yapılabilir. Anayasa-daki bütün ilke ve kuralların başlangıçtaki ilkelere uygun yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre anayasanın yapılaş sebeplerinin dayandıkları felsefeyi açıklayan ve çoğu zaman soyut olarak ve edebi bir tarzda yazılmış bulunan başlangıçlardan somut olayda doğrudan uygulanabilir hukuk normları çıkarmak kolay değildir. Başlangıçlar doğrudan uygulanabilirlik niteliğine sahip olmadıklarından daha çok anayasa kurallarının yorumlanmasına katkısı söz konusu olabilir.<sup>29</sup>

Yüzbaşıoğlu başlangıçtan hangi anayasa hukuku ilkelerinin çıkarılabileceğini ve bunlardan hangilerinin anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilirliğini tespit etmeye çalışmıştır. Örneğin 1982 Anayasasının başlangıcının 1995 değişikliğinden önceki ilk iki paragrafı 12 Eylül 1980 hareketinin meşruluğu ile 1982 Anayasasının yapılaş biçimini anlatmaktadır. Bu yüzden bunların anayasanın diğer ilke ve kurallarının yorumlanmasında bir rolü olamayacağı gibi doğrudan uygulanabilir niteliği de yok ve dolayısıyla ölçü norm olarak kullanılması söz konusu olamaz. Başlangıcın bir diğer paragrafında yer alan laiklik ve Atatürk milliyetçiliğine bağlılık ilkeleri ise anayasanın ikinci maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilmiş ölçü norm olarak kullanılması problem teşkil etmez. "Refah, maddi ve manevi nitelik" gibi kavramlar ise Anayasasının 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Kaldı ki demokratik bir sistemde bu kavramların takdiri seçilmiş siyasal kadrolara aittir. Anayasa Mahke-

mesinin bu kavramları takdire kalkışması, hukukilik denetimini aşarak, yetkisi olmayan yerinde-lik denetimine yol açacağından AYM tarafından ölçü norm olarak kullanılmaya elverişli değildir.<sup>30</sup>

### Anayasa Mahkemesi Kararlarında

AYM'nin kararlarına baktığımızda başlangıç kısmını birçok kararında ölçü norm olarak kullandığını görmekteyiz. Örneğin kamuoyunda "türban kararı" olarak bilinen AYM kararında konuyu başlangıç bölümü yönünden incelerken şu ifadeleri kullanmıştır:

"Anayasa'nın 176. maddesine göre, anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır."

AYM bu yorumuyla yükseköğrenim kurumlarında başörtünün bağlanmasının laik bilim ortamıyla bağdaştırılamayacağı yönünde pozitif bir hukuk normu çıkarmıştır.

AYM başlangıca ilişkin tutumunu 1990 raporunda açıkça belirtmiştir. Raporda başlangıcın anayasanın üstün normlarından olduğu ve Atatürkçü ideolojinin özünü oluşturduğu ifade edilmiştir. Tanör'ün de ifade ettiği gibi giyim serbestisini anayasaya hatta anayasa üstü değere aykırı saymak, türban yasağının doğrudan doğruya anayasadan çıktığını, yasanın bile bunu kaldıramayacağını savunmak demektir.<sup>31</sup> AYM diğer birçok kararında başlangıçta kullanılan "Atatürk ilke ve inkılapları", "Türk milli menfaatleri", "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri" ve "milli kültür" gibi

<sup>29</sup> Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 118.

<sup>30</sup> Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 116-131.

<sup>31</sup> Gülsoy, a.g.m.

son derece geniş ve kapsamı belirsiz kavramları ölçü norm olarak kullanmıştır. Ve bu ilkelere dayanarak partiler kapatmış, nice kanun ve kanun hükmünü iptal etmiştir.

Görevi hukukilik denetimi olan AYM yetkisini aşarak birçok kararda yerindelik denetimine kaymıştır. AYM'nin bu tür kararları öğretide yoğun bir eleştiriye uğramıştır. Teziç'e göre milli menfaat değerlendirmesi siyasi bir sorundur. Menfaat sorunun ön plana çıkartılması denetimi bir yerindelik denetimine dönüştürmüştür.<sup>32</sup>

## SONUÇ

Hukukun hakim olduğu toplumlarda keyfiliğin önlenmesi esastır. Bundan dolayıdır ki hukuk kurallarının anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekir. Bu şekilde hukuk uygulayıcıların keyfi davranmaması amaçlanır.<sup>33</sup> Halk tarafından seçilmiş iktidarların bile keyfi davranmasını önleyen birtakım mekanizmaların geliştirildiği günümüz hukuk sistemlerinde AYM'nin bundan vareste tutulması kabul edilemez. Dolayısıyla AYM siyasi kanaatlerine göre değil anayasada ifadesini bulan "hukuk normları"na göre karar vermesi gerekir. Hukukun üstünlüğüne dayanan hukuk devletinde olması gereken budur.

## Kaynaklar

Atilla Nalbant; "Anayasa Başlangıcının Hukuki Değeri", İÜHF, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi.

H. Tahsin Fendoğlu; Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu, [www.anayasa.gov.tr/anayargi/fendoğlu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/anayargi/fendoğlu.pdf)

Kemal Gözler; "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", <http://www20.uludag.edu.tr/~gözler/blok.html>

Mehmet Tefrik Gülsoy; "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri", <http://www-liberaltdt.org.tr/dergiler/ldsayi22/2205.htm>

Necmi Yüzbaşıoğlu; **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu**, İÜHF Yayınları, İstanbul: 1993.

Özbudun, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara: 2000.

Yılmaz Aliefendioğlu; **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yay., Ankara: 1997.

<sup>32</sup> Aktaran, Gülsoy, a.g.m.

<sup>33</sup> Gülsoy, a.g.m.







# İran İslâm Cumhuriyeti Anayasası

Kaya KARTAL<sup>(\*)</sup>



## GİRİŞ

İran İslâm Cumhuriyeti birçokları için kara bir kutu olmakla beraber bunda batının kara camlı gözlükleriyle bakıyor olmamızın etkisi yadsınmaz. Bu çalışmamızda günümüz ulus devletlerinin kodu niteliğinde olan İran Anayasası merkeze alınmış olup, iki önemli amaç güdülmektedir.

Birinci amacımız hukukçu olmanın bir gereği olarak özgün bir hukuk metnini mukayeseli hukuk biliminin konusu olması hasebiyle incelemektir. Mukayeseli hukuk çalışmaları hukuki gelişim açısından oldukça önemli olmakla beraber İran üzerine bu alanda yapılmış çalışmaların yeterli olmadığı açıktır.

İkinci amacımız aynı dini ve kültürü paylaştığımız, mezhep ayrılıkları bir tarafa bırakılırsa, İran'ın Kuran'ı merkeze alarak yaptığı bu anayasayı ve bu anayasanın oluşum sürecini anlamaktır. İran birçok şeyin denendiği bir laboratuvar olması açısından ilgiye değer olmakla beraber, denenen İslâm olunca bu ilgi daha da önem kazanıyor.<sup>1</sup>

Bu çalışmada anayasanın tümü değil de özellikle devleti, devletin şeklini, kırmızı noktalarını ve hedeflerini içeren maddeler üzerine durulmuş olup, yargılama veya övmeden öte anlama saikiyle hareket edilmiştir.

Konuya girişten sonra İran'daki devrim süreci anlatılmış olup, önemli ve yabancı olduğumuz kavramlar açıklandıktan sonra anayasa metnine geçilmiştir. Anayasa metnine geçtiğimiz kısımda bölüm numaraları orijinal haliyle verildiğinden sayısal sıralamaya uyulmamıştır. Ayrıca anayasadaki sıralamadan farklı olarak rehberlik kurumunun düzenlendiği 8. bölüm çalışmamızın son kısmında aktarılmıştır. Bu kurumu yasama, yürütme ve yargıdan sonra ele almayı, anlamayı kolaylaştıracağını düşündüğümüz için tercih ettik.

## GENEL TARİHİ BİLGİ

1501 Yılına kadar İran coğrafyasında azınlık olan Şia aynı tarihte Safevileri kuran Şah İsmail'in çabalarıyla hızla yayıldı.<sup>2</sup>

<sup>(\*)</sup> İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> "Bana göre İran büyük bir laboratuvar. İslam'ın uzun bir zamandan sonra iktisat, siyaset, sosyal ve uluslararası alanlarda denendiği bir laboratuvar. İranlılar bizim adımıza İslam'ı deniyorlar. Karşılaştıkları zorluklar, uğradıkları

zorlukları zaafplar hepimizin, bütün dünya Müslümanlarının zorlukları ve zaaflları. Herhalde bu laboratuvarında denenen şeylere ve sonuçlara karşı hiçbirimiz kayıtsız kalamayız. Kaldı ki, İran'a özgü sorun yok." Ali Bulaç, *Tevhid*, Mart 1992, Sayı: 2.

<sup>2</sup> İsmail Safa Üstün, *Humeyni'den Hamaney'e İran İslam Cumhuriyeti Yönetim Biçimi*, Birleşik Yayıncılık, İstanbul: 1999, s. 14.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Takip eden şahlar tarafından da teşvik edilen Şii İsnâaşeriye [Caferilik] Kaçar dönemine gelindiğinde [1779-1925] ise, İran coğrafyasına artık iyice yerleşmişti.<sup>3</sup> Ancak İsnâaşeriye Şiasının İran'a yerleşmesiyle beraber; gerçek otoritenin kayıp olduğuna inanılan 12. imama ait olduğunu ileri süren ve imamın yeniden görüneceği zamana kadar tüm otoriteleri gayri meşru telakki eden anlayışın benimsenmesi otoriteleri zora sokmuştur. Diğer taraftan kendisini kayıp imamın vekili (naibi-amım) sıfatıyla tanıtan ve onun yetkilerini üstlendiklerini iddia eden ulema; zekât ve humusu toplamış, mahkemelerde şer'i ahkâmı uygulamış, geniş vakıf arazilerini elinde tutmuş ve böylece güçlü bir konum elde etmiştir.<sup>4</sup>

Üstelik Şeyh Murtaza Ensari ile beraber ulema müesseseseleşerek, "Mercii Taklid" kavramıyla devletten tamamen bağımsız ve hiyerarşik bir yapıya kavuşmuştur.<sup>5</sup> 1961'de vefat eden Ayetullah Burucerdî'ye kadar bu müessese kesintisiz olarak devam etmiştir, bu tarihten sonra mercii olarak belirli bir isim temayüz etmemiştir.<sup>6</sup>

19. yüzyılın başından itibaren siyasi ve askeri olarak zayıflayan İran, 1907'de Rus ve İngilizlerin kendi aralarında yaptıkları bir anlaşmayla bölüşülür.<sup>7</sup>

1890 yılında bir İngiliz firmasına 'tömbeki isyanı' olarak bilinen direnişe yol açan, tütün imtiyazı verildi. Cemaleddin Afgani'nin bir mektubuyla dönemin müçtehitlerinden Mirza Hüseyin Şirazi [1815-1895]'nin imtiyaz geri alınana kadar tütün kullanı-

mını yasaklayan fetvası gündeme gelir ve gösteriler yapılır. Bunun üzerine Şah bu imtiyazı geri çeker.<sup>8</sup>

## Anayasa Hareketleri

Hızlı batılılaşma anayasa düşüncesini gündeme getirince Şah'ın gücünün sınırlanacağını düşünen ulema da anayasa fikrini benimsemiş ve anayasanın ilan edildiği 30 Aralık 1906'ya kadar da savunmuştur.<sup>9</sup>

Kaçar hanedanı döneminde 1879'da oluşturulan Kozak Birliğinin komutanı olan Rıza Han Aralık 1925'de kendi şahlığını ilan ederek Pehlevi Hanedanı'nı kurar.<sup>10</sup>

Rıza Han ulamanın iki önemli alanı olan, eğitim ve hukukta önemli değişikliklere gidip sıkı bir rejim uygular.<sup>11</sup> Ancak Almanlara fazla yaklaşıncı İngilizler ve Ruslar tarafından tahttan indirilerek yerine oğlu Muhammed Rıza Pehlevi (1941) getirilir.<sup>12</sup>

İkinci Dünya Savaşı ile ülkenin İngilizler ve Ruslar tarafından işgali ile başlayan çalkantılar başbakan Musaddık'ı ön plana çıkartır. Ancak Musaddık'ın petrolü millileştirmesiyle CIA'nın ve İngiliz istihbaratının desteğiyle Şah Rıza Pehlevi otoriteyi tekrar eline alır.<sup>13</sup>

Şah Rıza Pehlevi yarıda kalan batılılaşma sürecine devam ederek, aslında hanedanının sonunun başlangıcı olacak *Ak Devrim* adlı re-

<sup>3</sup> Üstün, a.g.e., s. 15.

<sup>4</sup> Üstün, a.g.e., s. 15.

<sup>5</sup> Üstün, a.g.e., s. 15.

<sup>6</sup> Zira "merci" olacak kişinin çalışmalarıyla kendiliğinden tezahür etmesi gerekir.

<sup>7</sup> Üstün, a.g.e., s. 15.

<sup>8</sup> Üstün, a.g.e., s. 16.

<sup>9</sup> Üstün, a.g.e., s. 17.

<sup>10</sup> Üstün, a.g.e., s. 17.

<sup>11</sup> 1935'de Türkiye'ye gelip Mustafa Kemal'le görüşen Şah'ın Türkiye'dekine benzer bir laikleşme sürecine girmek istediği anlaşılmaktadır.

<sup>12</sup> Üstün, a.g.e., s. 17.

<sup>13</sup> Üstün, a.g.e., s. 17.

form paketini 1962'de uygulamaya koyar.

Toprak reformu, kadın hakları, okuma yazma seferberliği gibi bir takım hedefler içeren Ak Devrim, yalnız ulemayı değil toplumun bütün kesimlerini rahatsız eder.<sup>14</sup> Zira bu reformun batılılaştırma hareketinin bir parçası ve İslâm'ın hayattan uzaklaşması için liberalleşme politikalarından oluşan bir süreci içerdiği düşünülür.<sup>15</sup>

İşte bu dönemden sonra yoğun ve benzeri görülmemiş bir katliam, baskı ve emperyalist sömürü dönemi başlamıştır.<sup>16</sup>

### İmam Humeyni'nin Sahneye Çıkışı ve İslâm Cumhuriyeti'nin İlanı

Artık İslâmî unsurların etkisi iyice artmaya başlamış ve 1963 yılında İmam Humeyni Şah'ın başlattığı bu harekete karşı bir mücadele içine girmiştir. Humeyni bu mücadelede dikkatleri şahın İran Anayasasını ve İslâm'ı savunmak için ettiği yemine aykırı davranmasına, ABD ve İsrail'e olan bağımlılığına çekmiştir.

İmam Humeyni'nin çağrısı üzerine ülke çapında direnişler başlar. Bunun üzerine binlerce kişi öldürülür. İmam Humeyni önce idamla cezalandırılır, sonra Ayetullah Şeriatmedari'nin araya girmesiyle önce Bursa'ya oradan Necef'e sürgün edilir.<sup>17</sup>

İmam Humeyni Necef'te boş durmayıp sürekli İran'a halkı yönlendirmede çok etkili olan tebliğler gönderir. Hedef ise açıktır, "şahlık rejiminin sona ermesi..."<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Üstün, a.g.e., s. 18.

<sup>15</sup> Edisyon, *İran İzlenimleri*, s. 10.

<sup>16</sup> A.g.e. s. 10.

<sup>17</sup> A.g.e. s. 10.

<sup>18</sup> A.g.e. s. 10.

Şahın Irak rejimiyle anlaşmasıyla Irak'tan çıkarılan imam Humeyni, İran'la iletişim imkânlarının çok kolay olduğu Paris'e gider.<sup>19-20</sup>

1970 yılında İmam Humeyni tarafından açıklanan Velâyet-i Fakih ilkesine dayalı İslâmî hükümet düşüncesi Müslüman halka belli, malum ve sağlam yeni bir amaç verir.<sup>21</sup> İslâm İnkılâbı'nı hazırlayan olaylar dizisi 1978 Ocak ayında başlar.<sup>22</sup>

7 Ocak 1978 de *İttılaat* gazetesinde İmam Humeyni'nin ismi zikredilmeksizin hakaretler dolu bir makale yayımlanır. Bunun üzerine Kum'da düzenlenen gösterilerde birçok insan katledilir. Tebriz'de Kum şehitlerinin *kırkıncı gününde* düzenlenen toplantıda Savak ajanlarının âlimlere hakareti ayaklanmaya yol açar ve yüzlerce insan katledilir.<sup>23</sup> Bu kez Tebriz şehitlerinin *kırkıncı günü* dolayısıyla çeşitli şehirlerde gösteriler olur. Ardından giren Ramazan ayı boyunca Humeyni'nin beyanatlarıyla milyonlar harekete geçer.<sup>24</sup>

8 Eylül 1978'de 4 bin kişinin katledildiği Lale Meydanı katliamı<sup>25</sup> devrimin tetiği olurken, ABD başkanı Carter, Şah'ı desteklediğini açıklar. Devrim artık şahlığı

<sup>19</sup> A.g.e. s. 11.

<sup>20</sup> "Necef'ten Paris'e gitmek zorunda bırakılan Humeyni'nin yıldızı daha da parlamıştı. Etrafını saran yabancı basın mensuplarına hemen her gün verdiği beyanatlar dünya radyoları aracılığıyla anında İran'a ulaşıyor ve kamuoyu tarafından birer direktif şeklinde algılanıyordu." Turgut Tülümen (Emekli Büyükelçi), *İran Devrim Hatıraları*, s. 31.

<sup>21</sup> Cenneti, *İİC Anayasası*, s. 16.

<sup>22</sup> *İran İzlenimleri*, s. 11.

<sup>23</sup> A.g.e. s. 11.

<sup>24</sup> A.g.e. s. 11.

<sup>25</sup> Cengiz Çandar'ın *Dünden Yarına İran* adlı eserinde *Jale Meydanı* olarak adlandırılmıştır. (Yalçın Yayınları, İstanbul: 1981, s. 13)

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

tüm kurumlarıyla kapsar ve orduyu da içine alır.<sup>26</sup>

Ülkenin bütün kuruluşlarında dayanışmalı grev ve iş bırakma eylemleri yapılır.<sup>27</sup>

Bir yıl gibi kısa bir sürede 2500 yıllık Şahlık Rejimi bütün kurumlarıyla birlikte yıkılır. Sonuçta 60 binden fazla şehit, 100 binden fazla yaralı ve malul ve çok büyük maddi zararlarla "İstiklal-Hürriyet", "İslâmi Hükümet" haykırışları sonuç vermiştir.<sup>28</sup>

16 Ocak 1979'da Şah İran'dan kaçmıştır. Şah ayrılırken, bir Niyabet Konseyi (15 Ocak) atar. Humeyni bu konseyi gayrimeşru sayıp bir İslâm Konseyi ve buna bağlı geçici bir hükümetten bahseder.<sup>29</sup>

İmam Humeyni 1 Şubat 1979'da İran'a döndüğünde onu yaklaşık 10 milyon kişi karşılamıştır.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> *İran İzlenimleri*, s. 12.

<sup>27</sup> "Humeyni'nin Ekim ayının son günü yaptığı beyanat ortalığı birden karıştırdı. Uzlaşma istemediğini tek çıkar yolun Müslüman halk tarafından seçilecek bir hükümetin işbaşına gelmesi olduğunu beyan ediyordu. Marksist gençlerin de kurulacak İslam hükümetini destekleyeceklerine inandığını belirtmesi ihtilalin gerçek habercisiydi. Sağ ve sol uçlar birleşebilirdi. Nitekim işareti alan halk birden sokaklara döküldü. Humeyni yeni bir hükümet kurulmasından ziyade Pehlevi hanedanının son bulması üzerinde duruyordu." Tülümen, a.g.e., s. 32.

<sup>28</sup> Cenneti, *İran İslam Cumhuriyeti (İİC) Anayasası*, s. 19.

<sup>29</sup> "Mevcut hükümeti ve şahın ülkeden ayrılması dolayısıyla kurulan niyabet konseyini gayri meşru sayan Humeyni, İran'ı kendi kafasındaki şablona göre düzenlemekte kararlıydı. Bir İslam konseyi ve buna bağlı geçici bir hükümet kurulacağından söz ediyordu." "Humeyni, niyabet konseyi başkanın kendisine gönderdiği istifa mektubunu, bu konseyin zaten gayri meşru olduğunu söyleyerek kabul etmeyince başkan konseyin gayri meşru olduğunu kabul ettiğine dair bir mektup gönderir. Bu Pehlevi hanedanının İran'da sonu demektir." Tülümen, a.g.e., s. 53-54.

<sup>30</sup> *İran İzlenimleri*, s. 12.

10 Şubat'ta Duşantepe Üssü'nde Humeyni'ye bağlı Havacılarla, Şah'ın Cavidanları (Ölümsüzler-Şah'ın özel muhafız birliği) arasında çıkan arbedede havacılar galip gelir ve sokağa dökülen halkın başlattığı hareket 11 Şubat günü Tahran'da yönetime el koyar. Başta meclis ve senato olmak üzere Tahran'daki bütün resmi kurumlar, garnizon ve kırsal işgal edilir. Silahlı kuvvetler konseyi toplanarak ordunun temsil ettiği halkın koruyucusu olacağı ve siyasetin dışında kalacağı yönünde karar alır.

Genelkurmay da düşünce, Tahran'daki çatışmalar sona erer. Taşradaki birliklerin şehre saldırmamasından çekinilir, ama İran silahlı kuvvetleri organize bir güç olmaktan çıkmıştır.<sup>31</sup>

Önce Pakistan ve Suriye devlet başkanları İmam Humeyni'ye tebrik mesajları gönderirken 13 Şubat'ta da Başbakan Ecevit tebrik mesajı gönderir.

İran 1 Nisan 1979'da sonuçlanan halk oylamasıyla %98 oy ile İslâm Cumhuriyeti nizamını tercih eder.

19 Ağustos'ta İİC Anayasasını yazmak için ilk uzmanlar meclisi toplanır. 2 Aralıkta Anayasa taslağı referandumla onaylanır.

## İİC ANAYASASI VE ÖNEMLİ KAVRAMLAR

### Merciiyyet-Mercii Taklid-Ayetullahil Uzma

Her bir Şii Müslüman'ın bir müçtehid taklid etmek suretiyle hayatını düzenlediği kurumun adı. Çalışmaları ve müntesiplerinin teveccühüyle [meşhurluk] bu sorumluluğu üstlenen müçtehid de yine bu sıfatla vasıflandırılır.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Tülümen, a.g.e., s. 59.

<sup>32</sup> Üstün, a.g.e., lügatçe kısmı.

Şeyh Murtaza Ensari ile başladığı kabul edilen bu müessese 1961'de vefat eden Ayetullah Burucerdî'ye kadar kesintisiz devam etmiştir. Bu tarihten sonra da mercii olarak belirli bir isim temayüz etmemiştir. Zira otoritesini imamlardan alan mercii taklid, çalışmalarıyla kendiliğinden temayüz eder ve müntesiplerinin teveccühlerini üstünde toplar. Tayin ve azil söz konusu olamaz.<sup>33</sup>

1979 Anayasasında bu sıfat Rehber (Veliyy-i Fakih) için zorunlu iken; 89 değişiklikleriyle bu zorunluluk kaldırıldı. Böylece fetva verebilme özelliği yeterli görüldü.<sup>34</sup>

#### 1. Heyeti Hibregan (Meclis-i Hibregan)

Veliyy-i Fakihi seçmek ve denetlemekle mükellef olan bilirkşi heyeti. Halkın oyuyla, müçtehidler arasından seçilen üyelerden oluşur.<sup>35</sup>

#### 2. Şurayı Nigeşban (Anayasayı Koruma Şurası)

Parlamentodan geçen kanunların Şeriat ve Anayasa ile uygunluğunu denetleyen kurumdur.<sup>36</sup>

#### 3. Veliyy'ül Asr

873 yılında kaybolduğuna inanılan ve beklenen kayıp imam Muhammed Mehdi. (Masum), (Mehdi-i Muntezar)<sup>37</sup>

#### 4. Veliyy'ül Emr

Ümmetin siyasi lideri manasında imam-lider-devlet başkanı (veliy-i amm, naib-i amm)<sup>38</sup>

#### 5. Velâyet -i Fakih Teorisi

İmam Humeyni tarafından ileri sürülen, kayıp imam adına siyasi otoritenin adil bir fakih tarafından üstlenilmesi gerektiğini savunan dini-İslâmi-Şii teoridir.<sup>39</sup>

İmam Humeyni'nin "Velâyet-i Fakih Hükümet-i İslâmi" adlı eserindeki esas tezi şudur: "Fakihler imamlar tarafından, imamlar peygamber tarafından, peygamber de Allah tarafından tayin edilir. Kayıp imamın yokluğunda ona velâyet en adil bir müçtehid-fakih devletin başına geçer ve beklenen Mehdi (kayıp imam) gelene kadar devleti-toplumu-ümmeti yönetir."<sup>40</sup>

Anlaşılabacağı üzere, İmam Humeyni'nin tezi, siyasi liderlikle alakalı olup, 'siyasi liderliğin peygamberlerden ehlibeyt imamlarına, onlardan da fukahaya intikal ettiğini, dolayısıyla yalnız fukahanın meşru otorite olduğunu iddia eden ve günümüz İran'ında yönetimin esasını oluşturan bir kavramdır'<sup>41</sup>

Teorinin genel olarak ortaya atılışı yeni değilken;<sup>42</sup> Humeyni'nin, ulemanın bütün siyasi meselelerde doğrudan müdahale etmesi çağrısıyla daha ileri bir noktaya ulaşmıştır. Bu teorinin İİC Anayasasına yansımaları m: 5, m: 109, m: 110'da görülmektedir.

#### 6. Havza-i İlmiye

<sup>33</sup> Üstün, a.g.e., s. 50.

<sup>34</sup> Recep İhsan Eliaçık, *İslamın Yenilikçileri*, s. 213.

<sup>35</sup> Üstün, a.g.e., lügatçe kısmı

<sup>36</sup> Üstün, a.g.e., lügatçe kısmı

<sup>37</sup> Üstün, a.g.e., lügatçe kısmı

<sup>38</sup> Üstün, a.g.e., lügatçe kısmı

<sup>39</sup> Eliaçık, a.g.e., s. 212.

<sup>40</sup> a.g.e., s. 212.

<sup>41</sup> Üstün, a.g.e., s. 21.

<sup>42</sup> Hicri 260 (879)'da 12. İmam Muhammed Mehdi'nin kaybolmasıyla beraber fukaha, 'naib-i amm' ya da 'velâyet-i amm' gibi sıfatlarla formüle ettiği yol-la 'kayıp imamın' yetkilerini üstlenmiştir.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Merkezi Kum'da bulunan ve münhasıran din öğretimi veren medreselerdir. Şah zamanında bile özerk ve bağımsız bir kurumdur. İmam Humeyni'de bu medreselerin "ne olur ne olmaz" diye devlete bağlanmamasını tavsiye etmiştir.<sup>43</sup>

Burada ilmi sıralama şöyledir:

Öğrenci-Sıkatullah-Hüccetullah-Ayetullah (müçtehid)-Ayetullah-il Uzma (mercii taklid)<sup>44</sup>

### İİC Anayasasının Genel Özellikleri

İran Anayasası'nın mevcut şeklinin oluşumunda İmam Humeyni'nin Necef dersleri yanında, Muhammed Bakır es-Sadr tarafından hazırlanan (1979'da) "İran İçin Bir Anayasa Projesi" önem taşır.<sup>45</sup> Sadr'a

<sup>43</sup> İran İzlenimleri (Süleyman Uludağ kısmı), a.g.e., s. 26.

<sup>44</sup> İran İzlenimleri (Süleyman Uludağ kısmı), a.g.e., s. 26.

<sup>45</sup> Şibli Mellat, *Çağdaş İslami Uyanışta Hukukun Rolü*, s. 141. "Layihada (İİC için bir anayasa projesi üzerine hukuki ön layiha) Sadr'a göre İslam Devletinin kapsamlı bir tarifini veren temel prensipler şunlardır:

"İslam fıkında bu prensipler şunlardır:  
1) Asli hâkimiyet yalnızca Allah'a mahsustur.

2) Kamusal vekâlet zamanın beklenen imam'ın şu sözlerine uygun olarak imam tarafından yetkilendirilen 'mutlak müctehid'e aittir. "Güncel hadiseler için hadis ravilerine gidin, benim Allah'a hüccet olduğum gibi onlar da sizin için hüccettirler." Bu metin şeriatin hayata tatbik edilmesinin sağlanması ile ilgili olarak onların, bütün gerçek ve güncel hadiseler için mercii konumunda olduklarını gösterir. Hadislerimizin ravileri ve şeriatin taşıyıcıları sıfatıyla onlara başvurmamız onlara şeriatin tatbikinde doğruluk bakımından vekâlet ve şerait açısından topyekûn denetim yetkisi verir.

3) Ümmetin liderliği (hilafet), ümmete anayasal denetim ve İmamın temsilcisinin kontrolü çerçevesinde kendi işlerini kendi halletme hakkını veren şura prensibine dayanır.

4) İslam tarihinde uygulanmış olan ve şura prensibi ve imamın temsilcisiince

göre de devlet işlerinin mesuliyeti nihai olarak adil ve ehil olması gereken yüce fakihe aittir. (Anayasa, m. 5)

İran Anayasası'nda en önemli kurum şüphesiz *Rehberlik* kurumudur. Bu kurum yasama yürütme ve yargının üzerinde bir yerde olup bu yüzden İran'da iki aşamalı bir kuvvetler ayrılığından söz edilmektedir. Fakihin üstünlüğü, cumhurbaşkanının atanmasında ve gerektiğinde azledilmesinde söz sahibidir. Bunlardan başka savaş ve barış kararı almaktan diğer önemli kurumların ve başkanlarını seçmeye kadar birçok alanda doğrudan yetki sahibidir. İran'da bu kuruma ilk olarak İmam Humeyni gelmiş olup ondan sonra bu göreve halen rehberlik görevini yürüten Ayetullah Hamaney getirilmiştir. Rehberlik kurumuna hayat veren teori ise şüphesiz "velâyeti fakih" teorisi-dir. Bu teoriyle artık ulemanın devlete dahli, Şii teori açısından mümkün kılınmış oldu.

Rehberi seçmek, vazifesini yapıp yapmadığını denetlemek ve gerekirse azletmekle görevli kurum ise halk tarafından seçilen 'Meclis-i Hibregan'dır. Bu meclisin üyeleri fakihlerdir.

Kanunların İslâm'a ve anayasaya uygunluğunu denetleyen kurum ise "Şura-yı Nigeşban" (Anayasayı Koruyucular Şurası)'dır. Bu şura 12 üyeli olup 6'sı ulemadan 6'sı da ulema dışındaki hukukçulardan oluşur. Kanunların İslâm'a uygunluğunu sadece ulemadan oluşan 6 kişi denetler. Şura'nın, Cumhurbaşkanlığına ve meclis üyeliğine aday olanları ön bir elemenden geçirme yetkisi vardır.

Cumhurbaşkanı, yürütmenin başı olup başbakanlık kurumu 89 değişiklikleriyle kaldırıldığı için

anayasal denetim prensibi ile uyumlu bir tarzda geliştirildiğinde, ümmeti temsil eden ve onun içinden seçim yoluyla çıkan parlamentonun tesis edilmesini sağlayan, ehl-ü hal ve'l-akd'ın fikri."

yetkileri genişlemiştir. Doğrudan halkın oylarıyla, üst üste en fazla 2 kez olmak üzere 4 yıllığına seçilir.

*Meclis-i Şura-yı İslâmi* ise, halkın oylarıyla seçilen parlamenterlerden oluşup şu an 290 üyesi bulunmaktadır. Anayasanın ilk şeklinde Milli Şura Meclisi olarak isimlendirilmişti.

### İİC. ANAYASASINDA DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELER

- Nizamın İslâmi oluşu,
- Bütün kanun ve kararların İslâmi gerçekler ve iman temellerine oturtulmasına ilişkin madde,
- İİC'nin hedefleri,
- Hükümetin Cumhuriyet oluşu,
- Ümmetin İmamet ve Velâyet -i Emr'e bağlı olduğu,
- Ülkenin yönetiminde umumun oynana dayanıldığı,
- İran'ın resmi din ve mezhebi.

### ANAYASANIN ÖNEMLİ MADDELERİ

#### 1. Bölüm: Genel İlkeler

**M. 1:** İran devletinin yönetim şekli İslâm Cumhuriyeti'dir.

**M. 2:** İslâm Cumhuriyeti aşağıdaki iman ilkelerine bir dayalı bir nizamdır:

- a) "La ilahe illallah", yani tek Allah inancına, hâkimiyet ve hüküm koyma yetkisinin Allah'a mahsus olduğuna ve onun emrine teslimiyetin gereğine dayanır,
- b) İlâhi vahye ve vahyin kanunların açıklanmasındaki esaslı rolüne inanır,
- c) Ölümden sonra dirilmeye ve bu hususun insanın Allah'a doğru

olan seyrindeki yapıcı rolüne inanır,

- d) Allah'ın yaratış ve kanun koymadaki adaletine inanır,
- e) Daimi imamet ve rehberliğe ve bu hususun İslâm İnkılâbı'nın devamlılığındaki esaslı rolüne inanır,
- f) İnsanın yüce şeref ve değerine, onun Allah karşısında olan mesuliyetiyle beraber hürriyetine inanır ve bunu şu yollardan temin eder;

- İctihadın bütün şartlarını haiz olan fakihlerin; Kur'an ve masumların sünnetine dayanan daimi içtihatlarıyla,
- Bilim, teknik ve gelişmiş beşeri tecrübelerden yararlanarak ve onları daha da ileri götürmeye çalışarak,
- Her türlü zulmetmeyi ve zulmedilmeyi, zorla egemenlik kurmayı ve egemenlik altına girmeyi reddederek,

eşitlik ve adaleti, siyasi, iktisadi, içtimai ve kültürel bağımsızlığı ve milli birliği temin eder.

**M. 3:** Devlet, 2. maddede zikredilen gayelere ulaşılması amacıyla aşağıdaki hususların gerçekleşmesi için, bütün imkânlarını seferber etmekle görevlidir;

1. İman ve takva esasına dayanarak ahlaki faziletlerin gelişmesine uygun bir ortam hazırlamak ve her türlü fesat ve bozulma tezahürleriyle mücadele etmek,
3. Eğitim öğretim ve beden terbiyesini herkese parasız olarak temin etmek yüksek öğretimi her seviyede kolaylaştırıp yaygınlaştırmak,
3. Basın, yayın, kitle haberleşme araçları ve diğer araçlardan doğru bir şekilde yararlanarak halkın her sahada aydınlanma seviyesini yükseltmek,

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

4. Sömürüyü tamamen yok ederek yabancıların sömürge ve nüfuz girişimlerini önlemek,
5. Her türlü diktatörlük, keyfi idare ve tekelcilik ruhunu kaldırmak,
6. Siyasi-sosyal her türlü özgürlüğü kanunlar çerçevesinde sağlamak,
7. Sıhhatli bir idari düzen kurmak ve zaruri olmayan kurumları kaldırmak,
8. Bilim, teknik, sanayi, tarım, askeri ve benzer sahalarda kendine yeterli duruma gelmek,
9. Kadın-erkek her ferдин haklarını tüm yönleriyle temin edip, herkes için adilane yargı güvenliği sağlamak ve kanun karşısında eşitliği gerçekleştirmek,
10. İslâm kardeşliğini ve genel yardımlaşmayı bütün halk arasında yaygınlaştırmak ve sağlamlaştırmak,
11. Dış siyaseti; İslâmi ölçüler ve bütün Müslümanlarla kardeşlik taahhütlerine bağlılık ve dünyanın bütün mustaz'aflarını himaye temelleri üzerine tanzim etmek.

**M. 4:** Medeni, cezai, mali, iktisadi, idari, kültürel, askeri, siyasi ve diğer bütün kanunlar ve mevzuatın İslâmi ölçü ve kanunlara uygun olması gerekir. Bu madde anayasanın ve diğer bütün kanunların geneline hâkimdir. Bu hususun teşhisi Anayasayı Koruma Şurası fakihlerinin görevidir.

**M. 5:** Hz. Mehdi'nin gaybeti döneminde İİC'de ümmetin imamlığı görevi; adil, takvalı, zamanın sorunlarını bilen, cesur, tedbirli, idareci bir fakihin uhdesindedir. Bu fakih bu görevi madde 10<sup>746</sup> gereğince üstlenir.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> M. 107'ye göre halkın çoğunluğu tarafından Rehberliğe kabul edilen İmam Humeyni'den sonra Rehberi halk tarafın-

**M. 6:** İİC'de ülke işleri; Cumhurbaşkanı, İslâmi Şura Meclisi vekilleri ve şuraları teşkil eden üyelerin ve benzerlerinin seçimi yoluyla, ya da bu kanunun diğer maddelerinde belirlenecek hususlarda referanduma başvurmak suretiyle halkın oylarına dayanılarak yürütülür.

**M. 7:** Kur'an'ın istişare emri uyarınca;

Ali İmran 159: "(...) ve iş hususunda onlarla müşavere et."

Şura 38: "İşleri aralarında müşavere iledir."

İslâmi Şura Meclisi, eyalet, vilayet, kaza, nahiye, köy, mahalle vb. şuraları; ülkenin karar alma ve yönetim merkezlerindedir.

**M. 8:** İİC'de hayra davet, iyiliği emredip kötülükten alıkoymak, halkın birbirine ve devlete devletin de halka karşı yapması gereken umumi bir görevdir.

Tevbe 71: "Mümin erkekler ve mümin kadınlar birbirlerinin velisidirler; iyiliği emrederler kötülükten vazgeçirmeye çalışırlar."

**M. 11:**

Enbiya 92: "Hiç şüphe yok ki, bir tek ümmetsiniz ve ben sizin Rabbinizim. O halde bana kulluk edin."

Ayeti kerimesi hükmüne göre bütün Müslümanlar tek bir ümmettir. İran genel siyasetini Müslüman milletlerin dostluk ve birleşmesi temeline oturtmalı ve İslâm dünyasının vahdetini (siyasi-kültürel-

dan seçilen bilirkişiler (hibreler) tayin eder. Bilirkişilerin seçtiği rehber velayeti emirliği ve ondan kaynaklanan bütün sorumlulukları üstlenir. Kanun karşısında diğer fertlerle eşit seviyededir.

<sup>47</sup> "Humeyni'nin 1970'de savunduğu, ancak Sadr'ın 1979'daki makalelerinde daha sarıh bir şekilde ifadelendirdiği ulemanın şeriatın yorumcu ve koruyucusu sıfatıyla yüklendiği merkezi rol hem layihada hem de bu 5. maddede zirveye ulaşmıştır." Mellat, a.g.e., s. 142.

iktisadi alanlarda) gerçekleştirmek için sürekli çaba göstermelidir.

**M. 12:** İran'ın resmi dini İslâm'dır ve mezhebi de Caferi'dir.

Bu madde hiçbir surette ve hiçbir zaman değiştirilemez.

Diğer İslâm mezhepleri<sup>48</sup> tam bir hürmete sahiptirler. Bu mezhep mensupları kendi fıkıhlarına göre dini hususları icra etmekte serbesttirler. Dini eğitim öğretimde; şahıs ve aile (evlenme boşanma veraset vasiyet) hukukunda ve bununla ilgili davalarda, mahkemelerde resmiyetleri vardır.

Bu mezheplerden birinin mensuplarının çoğunlukta olduğu bir bölgede mahalli mevzuat; şuraların yetkileri dâhilinde kalmak ve diğer mezhep mensuplarının hakkını korumak şartıyla o mezhebe göre yapılır.

**M. 13:** Yalnızca; Musevi Zerdüş ve Hıristiyanlar dini azınlık olarak tanınırlar.

Bunlar; kanunlar dâhilinde kendi dini merasimlerini uygulamakta serbesttirler.

Şahıs ve aile hukukunda ve dini eğitimde kendi usullerince (kültürlerince) hareket ederler.

**M. 14:** "Sizinle din hususunda savaşmamış ve sizi yurtlarınızdan çıkarmamış olanlara iyilik yapmanızı ve onlara adaletli davranmanızı Allah size yasaklamaz. Çünkü Allah adaletli davrananları sever." ayeti kerimesi hükmünce;

İC devleti ve Müslümanlar gayrimüslim fertlere karşı güzel ahlak ve İslâmî adaletle davranmalı ve onların insani haklarına riayet etmelidirler.

Bu madde İslâm ve İC aleyhine komplo ve herhangi bir teşebbüste bulunmayanlar için geçerlidir.

<sup>48</sup> Hanefi-Şafii-Maliki-Hanbelî-Zeydi.

## 2. Bölüm: Devletin Resmi Dili Yazısı Tarihi ve Bayramı

**M. 17:** Devletin resmi tarihinin başlangıcı İslâm peygamberinin hicretidir. Haftalık resmi tatil günleri Cuma günleridir.

## 3. Bölüm: Milletın Hakları

**M. 37:** Suçsuzluk esastır.

**M. 38:** Her türlü işkence yasaktır. Sonuçları delil olarak kullanılamaz. Yapanlar cezalandırılır.

## 4. Bölüm: Yktisadi ve Mali Konular

**M. 43/5:** Faizli, batıl ve haram alışverişi yasaklamak İC'nin dayandığı ekonomik esaslardır.

## 5. Bölüm: Milli Hakimiyet Hakkı ve Buna Dayalı Yetkiler

**M. 56:** Dünyanın ve insanın mutlak hâkimi Allah'tır. Allah insanı içtimai kaderine hâkim kılmıştır.<sup>49</sup>

Hiç kimse bu ilâhi hakkı insandan alamaz. Veya bir şahsın ya da özel bir grubun menfaatlerine tahsis edemez.

Millet bu hakkı sonraki maddelerde zikredilen yollarla kullanır.

**M. 57:** İC'de hâkimiyeti temsil eden organlar; yasama, yürütme ve yargı organlarından ibarettirler.

Bunlar doğrudan doğruya Rehber Veliyy-i Fakihin gözetimi altındadırlar. Bu organlar birbirlerinden bağımsızdırlar.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> "Bu prensipler modern anayasaların nihai iktidarı halka veren geleneği ile keskin bir zıtlık olması bakımından anlamlıdır." Mellat, a.g.e., s. 142.

<sup>50</sup> Eski düzenlemede bu organlar arası irtibatı Cumhurbaşkanı sağlarken şu an

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

### a) Yasama [İslâmi Şura Meclisi]

**M. 58:** Yasama organının yetkisi; halkın seçtiği milletvekillerinden kurulan *İslâmi Şura Meclisi* vasıtasıyla kullanılır.

Bu meclisin kabul ettiği kanunlar ve mevzuat sonraki maddelerde belirlenen merhaleleri geçtikten sonra icra edilmek üzere yürütme ve yargı organına gönderilir.

**M. 59:** Çok mühim olan iktisadi, içtimai, kültürel meselelerde yasama yetkisi doğrudan doğruya referanduma başvurularak kullanılabilir.

### b) Yürütme

#### [Rehber-Cumhurbaşkanı-Bakanlar]

**M. 60:** Yürütme organının yetkisi; bu kanunda doğrudan doğruya Rehberliğin sorumluluğuna verilmiş hususlar hariç; Cumhurbaşkanı ve bakanlar tarafından kullanılır.

### c) Yargı: [Adalet Bakanı-Yargı Organı]

#### Başkanı-Devlet Yüce Divanı (Yargıtay)- Devlet Başsavcısı]

**M. 61:** Yargı organının yetkisi, İslâmi ölçülere göre kurulması gereken Adliye Mahkemeleri vasıtasıyla kullanılır.

Bu mahkemeler davalara bakıp neticelendirir. Umumi hakları (amme hakları) korur, adaleti yayıp icra eder, ilâhi had<sup>51</sup> cezalarını uygular.

## 6. Bölüm: Yasama Yetkisi

### a) İslâmi Şura Meclisi<sup>52</sup>

Rehber sağlamaktadır. Eski düzenlemede cumhurbaşkanından başka bir de başbakan bulunmaktaydı. Bakanlar kurulunun başkanı da başbakanı.

<sup>51</sup> Mahiyeti İslam tarafından belirlenmiş ve sınırlanmış içtihadı konu olmayacak ceza çeşidi.

<sup>52</sup> 89 değişiklikleriyle Milli Şura Meclisi kavramı yerini İslami Şura'ya bıraktı

**M. 62-63:** İslâmi Şura Meclisi doğrudan doğruya ve gizli oylama ile 4 yıllığına seçilmiş 270<sup>53</sup> üyeden<sup>54</sup> oluşur. Her dönem seçimleri ülke hiçbir zaman meclissiz kalmayın diye önceki dönemin süresi dolmadan yapılmaktadır.

**M. 64: Zerdüştiler 1; Yahudiler 1; Asurî Hıristiyanlar** ve Keldani Hıristiyanlar toplam 1; güney ve kuzey Keldani Hıristiyanlarının her biri 1 temsilci seçerler.

**M. 65:** Seçimlerden sonra İslâmi Şura Meclisinin toplantıları, üye tamsayısının 2/3 ünün hazır bulunmasıyla resmîyet kazanır. İçtüzüğü<sup>55</sup> kabulü için hazır bulunanların 2/3 ünün muvafakati gerekir.

**M. 67:** "Milletvekilinin yemini"

Milletvekilleri,  
Bismillahirrahmanirrahim diye başlayıp İslâm hariminin, İran milletinin İslâmi inkılâbının getirdiklerinin ve İslâm Cumhuriyeti esaslarının koruyucusu olacaklarını insanlık şerefine dayanarak taahhüt edip, Kur'an huzurunda her şeye kadir olan Allah'a yemin ederler.

### b) Yetki ve Salahiyetleri

**M. 71:** İslâmi Şura Meclisi; bütün konularda, Anayasada belirtilen çerçeve dâhilinde, kanun koyabilir.

**M. 72:** Meclis devletin resmi mezhebinin ilke ve hükümlerine ya da Anayasaya aykırı olan bir kanun koyamaz. Bu hususun tespiti 'Anayasayı Koruma Şurası'nın sorumluluğundadır.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> M. 64: "Her 10 yılda bir insani, siyasi, coğrafi, vb. etkiler dikkate alınarak ancak 20 kişi buna ilave edilebilir." Bugün meclis üye tam sayısı 290'dır.

<sup>54</sup> M. 84: "Her milletvekili bütün millete karşı sorumludur."

<sup>55</sup> Teklif ve tasarıların onay nisabı bu içtüzüğe göre belirlenir. Ancak anayasanın özel nisap tayini istisnadır.

<sup>56</sup> Madde 96 gereği.

**M. 73:** Normal kanunların açıklanıp yorumlanması İslâmi Şura Meclisi'nin salahiyetindedir.

**M. 74:** Kanun tasarıları Bakanlar Kurulunu onayından sonra meclise takdim edilir. Kanun teklifleri ise en az 15 milletvekilince yapılmalıdır.

**c) Anayasayı Koruma Şurası**  
**[Şurayı Nigehban]**

**M. 91:** Anayasayı Koruma Şurası (Şurayı Nigehban)

**Amacı:** Meclisin çıkardığı kanunların Anayasaya ve İslâmi kurallara aykırı olmamasını temin ederek İslâmi kuralları ve anayasayı korumaktır.

**Terkibi:** Rehber (Veliyy-i Fakih)'in seçtiği 6 fakih<sup>57</sup>; Yargı Organı Başkanının<sup>58</sup> İslâmi Şura Meclisi'ne tanıttığı ve meclisin olumlu oyu ile seçilen çeşitli hukuk dallarından 6 Müslüman hukukçu (uzman). (Toplamda 12 üye olup anlaşıldığı üzere 6'sı rehberce seçilen fakih 6'sı da meclisçe seçilen hukukçudur.)

**M. 92:** Anayasayı Koruma Şurası üyeleri 6 yıllığına seçilirler. İlk dönemde 3 yıl geçtikten sonra her grubun yarısı kura ile değişir. Onların yerine yeni üyeler seçilir. (Yani şura 6 yıllıktır; ama üyelerin yarısı 3 yıllıktır.)

**M. 93:** Anayasayı Koruma Şurası olmaksızın İslâmi Şura Meclisi'nin kanuni geçerliliği yoktur.<sup>59</sup>

**M. 94:** İslâmi Şura Meclisinin bütün kararları Anayasayı Koruma Şurası'na gönderilmelidir.

Şura kendisine ulaştığı tarihten itibaren 10 gün<sup>60</sup> içerisinde bu

kararları İslâm esasları ve anayasaya uygunluk yönünden incelemeye ve aykırılık görürse tekrar görüşmek üzere meclise iade etmeye mecburdur. Aksi halde mecliste kabul edilen kanunlar ve mevzuat icra edilebilir.<sup>61</sup>

**M. 96:** Mecliste kabul edilen kanunların ve kararların, İslâm ahkâmına aykırı olmadığına belirlenmesi; Anayasayı Koruma Şurası'nın fakihlerinin ekseriyetiyle olur. Anayasaya aykırı olmadığına tespiti ise şura üyelerinin tümünün çoğunluğuyla olur.

**M. 98:** Anayasanın tefsiri üyelerinin ¾ ünün kabulü şartıyla, Anayasayı Koruma Şurası'nın sorumluluğundadır.

**M. 99:** Rehberin, Cumhurbaşkanı'nın, İslâmi Şura Meclisinin seçimlerine ve referandum işlemlerine nezaret, Anayasayı Koruma Şurası'nın görevidir. Ayrıca Meclisi Hibregan'ın<sup>62</sup> seçimlerini denetleyip, bunun adaylarının adaylıklarını imtihana tabi tutarak onaylar ya da reddeder.

(...)

## 8. Bölüm: Rehber

**M. 107:** Halkın mutlak çoğunluğu tarafından mercilik ve rehberliğe<sup>63</sup>

<sup>60</sup> M. 95: "10 günlük süreyi kâfi görmezse meclisten ikinci bir 10 günlük süreyi gerekçe belirterek isteyebilir."

<sup>61</sup> M. 97: "Anayasayı Koruma Şurası işleri çabuklaştırmak için kanun tekliflerinin ve tasarılarının müzakereleri sırasında mecliste bulunup dinleyebilirler; ancak ivediliği bulunanlarda bulunmak ve görüş açıklamak zorundadırlar."

<sup>62</sup> Veliyy-i Fakih'i seçmek ve denetlemekle mükellef olan bilirkişi heyeti. Halkın oyuyla, müçtehidler arasından seçilen üyelerden oluşur

<sup>63</sup> "Sadr ve Humeyni'nin tasavvurlarında ve İran Anayasasında, son söz, Sadr'ın 'mercii kaid' veya 'müçtehid mutlak', Humeyni'nin 'fakih, âlim, adil' ve İran Anayasasının 'rehber, lider' dediği kişiye aittir." Mellat, a.g.e., s.143

<sup>57</sup> Zamanın gereklerini ve günün meselelerini bilen, adil bir fakih.

<sup>58</sup> Eskiden Yüksek Yargı Şurası teklif ediyordu.

<sup>59</sup> Milletvekili mazbatalarının kabulü ve anayasayı koruma şurasının 6 hukukçu üyesinin seçimi hariç.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

kabul edilen yüksek merci; evrensel İslâmî İnkılâbının büyük önderi ve İran İslâm Cumhuriyeti'nin kurucusu Hz. Ayetullah-il Uzma İmam Humeyni'den sonra rehber halk tarafından seçilen bilirkişiler (ehl-i hibreler) tarafından tayin edilir. Bu bilirkişilerin seçtiği rehber, velâyeti emirliği ve ondan kaynaklanan bütün sorumlulukları üstlenir.

Rehber kanunlar karşısında ülkenin diğer fertleriyle eşittir.

### a) Rehberin Şartları

**(M. 5:** Hz. Mehdinin gaybeti döneminde İİC'de ümmetin imamlığı görevini adil, takvalı, zamanın sorunlarını bilen, cesur, tedbirli, idareci bir fakih üstlenir.)

**M. 109:** Rehberde aranan şartlar ve vasıflar:

Fıkhın çeşitli bölümlerinde fetva vermeye gerekli olan ilmi salahiyyete sahip olmak.

1. İslâm ümmetinin rehberliği için gerekli olan takva ve adalete sahip olmak,
2. Rehberlik için kâfi derecede siyasi ve içtimai görüşü tedebbürü,<sup>64</sup> cesareti, kudreti ve idareciliği bulunmak.

Bu şartlara sahip birden fazla fakih olursa, fıkhî ve siyasi açıdan görüşü güçlü olan mukaddemdir.<sup>65</sup>

**M. 110:** Rehberlik makamının vazife ve yetkileri:

1. Nizamın maslahatını belirleme kuruluna danışarak İslâm Cumhuriyeti nizamının genel siyasetini belirlemek,

2. Genel siyasetin tam olarak icrasına nezaret etmek,
3. Referandum yapılmasını emretmek,
4. Savaş barış ve umumi seferberlik ilanı,
5. Şu makamların tayin azil istifasının kabulü yetkisi:
  - Anayasayı Koruma Şurası'nın fakihlerinin,
  - Yargı organının en yüksek makamının,
  - İİC Radyo-TV Kurumu başkanının,
  - Genelkurmay Başkanının,
  - İslâm İnkılâbı Muhafızları Ordusunun başkomutanının,
  - Askeri güçlerin ve emniyet güçlerinin yüksek komutanlarının.

1. Yasama, yargı ve yürütme arasında olan ihtilafları gidermek ve bunların birbirleriyle olan bağlantılarını düzenlemek,<sup>66</sup>
2. Normal yollardan halledilemeyen askeri sorunları halletmek,
3. Halk tarafından seçildikten sonra cumhurbaşkanının mazbatasını imzalamak, cumhurbaşkanlığına istekli olanların cumhurbaşkanlığı şartları yönünden salahiyyetlerinin ilk dönemde rehberliğin onayından geçmesi gerekir,
4. Cumhurbaşkanını azletmek<sup>67</sup>
5. Yargı organı başkanının teklifinden sonra İslâmî ölçüler çerçevesinde mahkûmların cezalarını affetmek ya da hafifletmek.

<sup>64</sup> Sonucu düşünebilme yeteneği

<sup>65</sup> Eskiden şura olabilmekteydi fakat 89 değişiklikleriyle Rehberlik Şurası kaldırıldı. Artık Rehber birden fazla kişi tarafından hak edilse bile, bunlardan yalnızca bir tanesi seçilebilmektedir.

<sup>66</sup> Bu 89 değişiklikleriyle verilmiş bir görevdir.

<sup>67</sup> Kanunî görevini kötüye kullandığı Devlet Yüce Divanı'nda hükme bağlanırsa ya da İslâmî Şura Meclisince siyasi yetersizliğine karar verilirse, ülke menfaatlerini dikkate alarak azleder.

**M. 111:** Rehber; rehberliğin kanuni vazifelerini yapamaz hale geldiği veya rehberlik için gereken şartları yitirdiği zaman veya bunlardan bazılarında zaten yoksun olduğu anlaşıldığında makamından çekilir.

Bu hususun tespiti Ehli Hibre Meclisinin görevidir.

Rehberin ölümü çekilmesi veya azli durumunda Ehli Hibre Meclisi en kısa zamanda yeni Rehber tayin edip, ilan eder.

#### b) Nizamın Maslahatını Belirleme Kurulu<sup>68,69</sup>

**M. 112:** Bu kurul Anayasayı Koruma Şurası ile İslâmi Şura Meclisinin anlaşmazlığı halinde, yani anlaşmazlığı çözmek üzere Rehberlik makamının izin verdiği konularda ve bu konuda zikredilen diğer görevler için Rehberin emriyle kurulur.

Bu kurulun sabit ve değişken üyelerini rehber tayin eder.

### 9. Bölüm: Yürütme Organı

#### a) Cumhurbaşkanı ve Bakanlar

**M.113-114:** Rehberlik makamından sonra cumhurbaşkanı ülkenin en yüksek makamıdır. Doğrudan halkın oyuyla 4 yıllığına seçilip, üst üste en fazla 2 kez seçilebilir.

**M.115:** Cumhurbaşkanı: İran asıllı, İran tabiiyetinde, idareci ve tedbirli, iyi bir geçmişe sahip, İİC'nin ve resmi mezhebinin esaslarını benimsemiş ve bunlara

inanmış, dindar ve siyasi şahsiyetler arasından seçilir.

**M. 117:** Cumhurbaşkanı seçime katılanların mutlak çoğunluğunun oylarıyla seçilir.<sup>70</sup> İlk turda bu çoğunluk sağlanamazsa bir hafta sonraki Cuma günü 2. defa oylama yapılır. İkinci tura en çok oy alan 2 aday katılır.

**M. 122:** Cumhurbaşkanı millet, rehber ve İslâmi Şura Meclisi karşısında sorumludur.

**M. 123:** Cumhurbaşkanı meclisin kabul ettiği kanun ve kararları veya halkoyunun neticesini imzalamakla ve icra edilmek üzere görevli makamlara tevdi etmekle vazifelidir.

**M. 130:** Cumhurbaşkanı istifasını rehberine teslim eder ve istifası kabul edilmedikçe de görevine devam eder.

#### b) Bakanlar

**M. 133:** Bakanlar Cumhurbaşkanı'nca tayin edilip güvenoyu almak için meclise sunulur.

**M. 134-136:** Cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulunun başkanı olup bakanları azledebilir.

#### c) Ordu ve İslâm İnkılabı Muhafızları Ordusu

**M. 143:** Devletin istiklalini, toprak bütünlüğünü ve İslâm Cumhuriyeti nizamını korumak İİC ordusunun görevidir.

**M. 144:** İİC ordusu insani ve ideolojiye bağlı İslâmi bir ordu olması gerekir.

**M. 146:** Ülkede her nevi yabancı üssün kurulması barışçı amaçlarla da olsa yasaktır.

<sup>68</sup> 89 değişiklikleriyle getirilmiş bir kuruldur.

<sup>69</sup> İran anayasasının metninin oluşumuna etkisinden bahsettiğimiz Sadr'ın eserinde, kanunların anayasaya uygunluğu hakkında karar sahibi olarak Rehber gösterilmişken, anayasanın ilk metninde(1979) bu görev Anayasayı Koruyucular Şurasına aitti. Ancak bu İran'da anayasada önemli değişikliklere yol açacak kurumsal bir krize kapı araladı (89 değişiklikleri).

<sup>70</sup> Cumhurbaşkanı adayları Anayasayı Koruma Şurası tarafından cumhurbaşkanlığı şartlarını taşıyıp taşımadıkları açısından bir ön elemeye tabi tutulurlar.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

**M. 150:** Bu inkılâbın zafere ulaşmasının ilk günlerinde teşkil edilen İslâm İnkılâbı Muhafızları Ordusu; inkılâbı ve onun getirdiklerini korumak hizmetine devam etmek üzere sabit kalacaktır.<sup>71</sup>

### 10. Bölüm: Dış Siyaset

**M. 152:** İİC'nin dış siyaseti; her tür egemenlik kurmak ve egemenlik altına girmeyi reddetmek, ülkenin her alanda bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü korumak, bütün Müslümanların haklarını savunmak, egemenlik peşindeki güçlere karşı hiçbir taahhütte bulunmamak ve savaş açmayan devletlerle barışçı ilişkiler kurmak esaslarına dayanır.

**M. 154:** İİC Beşeri toplumların tümünde insan saadetini, kendi gayesi bilir ve bağımsızlık, hürriyet, hak ve adalet yönetimini dünya insanlarının tümünün hakkı olarak tanır.

Bununla beraber, diğer milletlerin içişlerine her tür müdahaleden tam olarak çekinmekle beraber, mazlumların zalimlere karşı haklı mücadelelerini dünyanın neresinde olursa olsun himaye eder.

### 11. Bölüm: Yargı Organı

**M. 156:** Yargı organı ferdi ve içtimai hakların koruyucusu adaletin gerçekleştirilmesinden sorumlu bağımsız bir organdır.

**M. 157:** Rehber; yargı işlerine vakıf, tedbir kabiliyetine sahip, idareci niteliklerini haiz ve adil olan bir müçtehid yargı organının başı olarak tayin eder. Bu fert

yargı organının en yüksek makamıdır.

**M. 160:** Yargının yasama ve yürütme ile münasebetleriyle alakalı bütün sorumluluklar Adalet Bakanının sorumluluğundadır. Adalet Bakanı yargı organı başkanının teklif ettiği kimseler arasından seçilir.

**M. 161:** Devlet Yüce Divanı (Yargıtay), yargı organı başkanının tayin ettiği usuller uyarınca kurulup, mahkemelerde kanunların doğru uygulanmasını yargı usulünde birlik sağlanmasını ve kanun gereği yüklenilen sorumlulukları yerine getirir.

**M. 162:** Devlet Yüce Divanı başkanı ile devlet başsavcısının adil müçtehit ve yargı meselelerine aşına olması gerekir.

**M. 171:** Kadı (hâkim)'nin kusuru ya da yanılması sebebiyle bir konuda hükümde veya hükmün özel bir hususa tatbikinde bir şahıs maddi/manevi zarara uğrarsa kusurlu olan İslâm ölçüleri uyarınca zararı tazmin eder.

## SONUÇ

Anlama çabası güdülerek yaptığımız bu çalışmada daha önce de vurguladığımız gibi mukayeseli hukuk açısından özgün bir anayasa örneğinin incelenmesi yanında, Kur'an'ın referans alındığı bir anayasa örneğine duyduğumuz merak da etkili olmuştur. Bu merakı özellikle yaşadığımız dönemin siyasal ve sosyal karışıklıkları içerisinde duymamak mümkün değildi.

Yazının genelinden de anlayacağınız üzere, batı tarzı modellerin kutsanmasına ve varılacak son noktaya olduğunun söylenmesine rağmen İran'da İslâm'ın merkeze alındığı, şer'i bir devlet kurulmuştur. Batıda İran ve oradaki yönetim tarzı üzerine çok geniş araştırmalar yapılmış olmasına rağmen bizde

<sup>71</sup> "İslam İnkılâbı Muhafızları Ordusu [Segâhı Pasdaran], pasdarlar veya Devrim Muhafızları olarak bilinen, devrim sırasında klasik ordu dışında kurulan devrim birliklerinin daha sonra kendi ayrı kara-hava-deniz kuvvetleri, kendi genel-kurmayı olan profesyonel devrimci orduya dönüşmüş hali." Sami Oğuz-Ruşen Çakır, *Hatemi'nin İran'ı*, s. 33.

böyle çalışmalar bir elin parmaklarını geçememektedir. Mevcut eserlerin çoğunda ilmi kaygılardan öte gazeteci kaygıları hâkimdir. İran'ın tüm bunlardan öte anlamak için araştırılması gerekmektedir. Zira sağlam eleştiriler ancak sağlam bir anlamadan sonra söz konusu olabilir.

### **KAYNAKÇA**

- Asaf Hüseyin; *İranda Devrim ve Karşı Devrim*, Pınar Yayınları, İstanbul: 1988.
- Cengiz Çandar; *Dünden Yarına İran*, Yalçın Yayınları, İstanbul: 1981.
- Edisyon, *İran İzlenimleri*, Objektif Yayınları, İstanbul: 1992.
- İran İslâm Cumhuriyeti Anayasası*, Mütercim: Dr. Ömer Okumuş, Kayıhan Yayınevi, İstanbul: 1980 (Anayasanın ilk hali).
- İsmail Safa Üstün; *Humeyni'den Hamaney'e İran İslâm Cumhuriyeti Yönetim Biçimi*, Birleşik Yayıncı, İstanbul: 1999.
- Mehmet Metiner; *Şafakta 10 Gün: İran Notları*, Birim Yayınları, İstanbul: 1989.
- Muhammed Ali Cenneti; *İran İslâm Cumhuriyeti Anayasası*, Çev.: İslâmi Kültür ve İlişkiler Merkezi Tercüme Grubu, Alhuda Matbaası, 1996 (1989'da yapılan değişiklikleri ihtiva eden yeni metin).
- Recep İhsan Eliaçık; *İslâmın Yenilikçileri*, 3. Cilt, Med-Cezir Yayınları, İstanbul: 2003.
- Sami Oğuz-Ruşen Çakır, *Hatemi'nin İran'ı*, İletişim Yayınları, İstanbul; 2000.
- Şahrüh Ahavi; *İran'da Din ve Siyaset*, Yöneliş Yayınları, İstanbul: 1990.
- Şibli Mellat; *Çağdaş İslâmi Uyanışta Hukukun Rolü*, Yöneliş Yayınları, İstanbul: 1997.
- Turgut Tülümen (E. Büyükelçi); *İran Devrim Hatıraları*, Boğaziçi Yayınları, İstanbul: 1998.





# Yasama-Yürütme İlişkileri ve Hükümet Sistemleri

Nuray TAMGÜÇ<sup>(\*)</sup>



## GİRİŞ

Ülkemizde, özellikle 90'lı yıllarda başlayan sancılı ve problemlili siyaset süreci, 2002'de Ak Parti'nin tek başına iktidara gelmesine kadar devam etmiştir. O dönemde kurulan kısa ömürlü ve çok partili koalisyon hükümetleri adeta Türkiye'nin kaderi olmuştur. Siyasetin (veya siyasilerin) bu vahim durumunu bir tarafa bırakırsak; Parlamenter hükümet sistemi ile demokrasimizi iyi yönetemediğimiz konusunda tartışmalar yapılmış, mevcut sisteme alternatif olarak "başkanlık sistemi" teklif edilmiştir.

Başkanlık sistemi tartışmasını ilk defa gündeme taşıyan isim 8. Cumhurbaşkanı Turgut Özal olmuştur. Hatta Özal, başbakanlığı döneminde, cumhurbaşkanının kararname üzerindeki yetkisini azaltan bir kanun tasarısı da hazırlatmıştır. Fakat kendisi cumhurbaşkanı seçilince, her nasılsa bu düşünceleri değiştirmiş, yetkilerinin azlığından şikayet etmeye başlamıştır.

Turgut Özal'ın Başkanlık sistemi önerisine en güçlü muhalefet dönemin başbakanı Süleyman Demirel'den gelmiştir. 1993'te Turgut Özal'ın ölümünün ardından sona eren tartışmaları, 1997'de Demirel şu sözleriyle yeniden başlatmıştır:

"Türkiye'de dört senede altı hükümet değişti. Böyle bir ülkede her şeyin iyi gittiği söylenemez. Türkiye hükümet sisteminde kuvvetler ayrılışını gerçekleştirmek zorunda. Yürütmenin yasama karşısında bağımsızlaştırılması, yasamanın yürütmeyi daha iyi denetlemesi gerekiyor. Belki Türkiye'nin başkanlık sistemine ihtiyacı var, çünkü bu sistemde her altı ayda bir hükümet değişmez."

Bütün bu tartışmaların zamanlamasına bakarsak, cumhurbaşkanlarımızın görev dönemlerinin sonuna doğru, konuyu kamuoyuna sundukları görülecektir. Maalesef bu durum siyasilerimizin, başkanlık sistemini ülke menfaatleri doğrultusunda önerdiklerine inanmayı güçleştiriyor. Ayrıca, bu tartışmaların Türkiye'nin sıkıntılı dönemlerinde gündem değiştirme amacıyla arızı olarak ortaya atıldığı da ileri sürülmektedir.

Başbakan Tayip Erdoğan ve TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Burhan Kuzu da Türkiye için en uygun hükümet sisteminin başkanlık sistemi olduğunu dile getirmişlerdir.

Ara ara Türkiye'nin gündemine sokulan sistem tartışmalarının hiçbirinde somut bir ilerleme kaydedilememiştir. Bunun nedeni tartışmaların sağlıklı bir zeminde ve derinliğine yapılmaması, kurumun şahıslara indirgenerek olumsuzlanması ve devamında içeriği incelenmeden, Mecliste tartışılmadan rafa kaldırılmasıdır. Başkanlık sistemine geçebilmek, yani kuvvetlerin

(\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

sert ayrılığını gerçekleştirebilmek için anayasada köklü değişiklikler yapılmalıdır. TBMM'de anayasayı değiştirebilecek sandalye sayısına sahip olan AKP'nin, doğrudan bunu yapmayıp, başkanlık sistemi lehine düşüncelerini açıklamakla yetinmesi, hükümetin halkı bu fikre alıştırmaya ve sivil mutabakatı sağlama amacıyla olduğunu göstermektedir. Bugün için sahip olduğumuz hükümet istikrarının gelecekte de devam edeceğini kimse garanti edemez. Bu yüzden, kriz patlak vermeden bu konu enine boyuna tartışılmalı, sonuca yönelik çözümler üretilmeli ve kişisel çatışmalara girmeksizin Türkiye için ideal çözüm tespit edilmelidir. Türkiye'nin siyasi tarih ve anlayışına bakıldığında başkanlık sistemine geçişin siyasal mutabakat ve meclisteki oylamayla mümkün olacağı ortadadır. Benim düşüncem ise bu değişikliğin toplumsal mutabakat sağlanarak ve referandum ile gerçekleştirilmesi gerektiği yönündedir.

90'lı yıllarda koalisyon hükümetlerinin etkili ve iyi yönetimi başaramaması nedeniyle Türkiye her alanda çok şey kaybetmiştir. Ülkenin kalkınması ve saygınlığının devamı için güçlü ve istikrarlı hükümetlere ihtiyaç olduğu muhakkaktır. Ancak göz ardı edilmemesi gereken bir husus da, yeni bir sistemin beraberinde yeni değerler getireceği gerçeğidir. "Bu konuya ilişkin tercih sorunu, mekanik bir anayasal tercih sorunu olmanın ötesinde, kurguladığınız yönetim biçiminde öne çıkarmak istediğiniz 'değer'lere ilişkin bir tercihi de hâlihazırda içinde barındırmaktadır."<sup>1</sup>

Sistem tercihinin Türk siyasal, toplumsal ve kültürel anlayışına etkisini ayrı tutarsak, Türkiye'nin öncelikle demokrasi anlayışına ihtiyaç duyduğu ortadadır. Demokrasi ise yönetenlerin samimi-

yetiyle orantılı olarak farklı çeşitte sistemlerde gerçekleştirilebilmektedir.

Türkiye'nin sistem tercihinde yol alabilmek için, "işleyen bir demokrasi" arayışı ne kadar anlamlı olursa olsun, öncelikle "nasıl bir demokrasi" sorusunun cevabı zihinlerde belirlenmelidir. Zira sistemler, değerler üzerine inşa edilir.

Şayet ülkede kendisini dahi idare edemeyen bir yönetim varsa çözüme varabilmek için öncelikle sorunun kaynağı tahlil ve tefrik edilmelidir. Sorunun kökenine inmeden, suçu Parlamenter sisteme atmak ya da tek çareyi başkanlık sisteminde görmek kolaycılığa kaçmaktan başka bir şey değildir. Zira siyasal sistem yaz boz tahtası değildir. Bunun yanında başkanlık sistemine lanetlenmiş gözüyle bakılmamalı, önyargılardan kurtulmalı ve alternatif sistemler dikkatlice incelenmelidir.

Bu çalışmada hükümet sistemlerini, hukuki dayanaklarını ve sistemlerin kökenini teşkil eden kuvvetler ayrılığı prensibini incelemeye çalışılmıştır. Türkiye'nin derdine hangi sistemin derman olabileceğine ise okuyucu kanaat getirecektir.

### KUVVETLER AYRILIĞI PRENSİBİ

"Kuvvetler ayrılığı" teorisi anayasal devleti kurumlaştırma yolundaki arayışlar esnasında geliştirilmiş bir teoridir. Bu teori, devletin üç temel hukuki işlevi olan yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin yerine getirilmesinin ayrı birer kuvvet veya gücü gerektirdiği düşüncesinden hareketle, devletin örgütlenişini, bu işlevlerin düzenlenme tarzları açısından değerlendirmektedir.<sup>2</sup> Her bir organın işlevi ve organı oluşturan

<sup>1</sup> N. Uluşahin, s. 64.

<sup>2</sup> M. Erdoğan, s. 167.

kişiler birbirinden ayrılmalıdır. Böylece organlar birbirlerini frenleyecek ve hiçbir grup devlet mekanizmasını kontrol edemeyecektir.

Bu ilke, Batıda 17. ve 18. yüzyıl siyasi felsefesine bağlı olarak gelişmiş olup, kişi hak ve hürriyetlerini korumayı amaçlar. Kuvvetler ayrılığı ile ilgili görüşlerin kişi hürriyetlerinin güvencesi olarak ileri sürülmesi, önce İngiliz John Locke, sonra da Fransız Baron Montesquieu'ya aittir. "18. yüzyıl sonlarında mutlakiyet rejimlerini yıkmak ve yerine hürriyet rejimini kurmak için çalışanlarca kuvvetler ayrılığı derde deva olarak kabul edilmiştir."<sup>3</sup>

"Kuvvetler ayrılığı prensibi Fransa'da ihtilalciler tarafından bir '*siyasi dogma*' olarak kabul edilmişti."<sup>4</sup> Bu ilke en açık ifadesini 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesinde bulmuştur.<sup>5</sup>

Bugün artık kuvvetler ayrılığı prensibi aynı önemi taşımamaktadır. Çünkü, yasama ve yürütme organları arasında Montesquieu'nun belirttiği anlamda bir ayırım yapmak imkansızdır. Özellikle parlamenter rejimlerde devlet yönetimi, yasama ve yürütme organları arasında gittikçe artan bir ortak çalışmayı, işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Çağdaş anayasal demokrasilerde bile tam kuvvetler ayrılığına dayanan bir hükümet sistemi örneğine rastlanmamakta, modern anlamdaki siyasi partilerin varlığı nedeniyle yasama, yürütmenin muhtemel aşırılıklarına karşı bir fren oluşturamamaktadır. Sadece bu modele çok yaklaşan Amerikan

başkanlık sistemini kısmi bir istisna sayabiliriz.

Gerçekten, kuvvetler ayrılığı prensibinin fiilen değerden düşmesinin ve bunun sonucu olarak da icra [yürütme] organının güçlenmesinin nedeni siyasi parti gerçeği ile izah edilebilir. "Zira bugün bir siyasi rejimin işleyişini belirleyen, o siyasi rejim için teorik olarak önceden tespit edilmiş kurallar değil, o siyasi rejimi işletecek olan partilerin sayısıdır. Yani tek partinin veya çok sayıda partinin bulunup bulunmamasıdır."<sup>6</sup>

Konumuzla ilgili olmamakla beraber bir bilgi notu olarak belirtiyim ki; sosyalist rejimlerde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmemiştir. Çünkü Marksist anlayışa göre iktidar bölünemez. Kuvvetler ayrılığı teorisi sosyalist rejimlerde kabul edilmemekle beraber biraz önce belirttiğim gibi liberal çoğulcu rejimler bakımından da artık aşılmış ve eskimiştir. "Kuvvetler ayrılığı prensibi bir hukuki prensip olmaktan ziyade daha çok bir siyasi sanat prensibidir. Onun değerini tarihi bakımdan oynadığı role göre değerlendirmek gerekir. Bu prensip icra organından yasama yetkisini alıp onda sadece yürütme yetkisini bırakmak suretiyle önemli bir rol oynamış ve böylece amacına erişerek tarihi misyonunu tamamlamıştır."<sup>7</sup>

Günümüzde kuvvetler ayrılığının vazgeçilmezliği sadece devletin hukuki işlevlerinin tasnifine yönelik teknik bir araç olmasından kaynaklanmaktadır.

Devletin hayatiyetini sağlayan yasama, yürütme ve yargı erkleridir. Yargı erki bir kenara bırakılırsa, yasama ve yürütme fonksiyonlarının tek bir organda toplanması veya ayrı ayrı organlara dev-

<sup>3</sup> B. Kuzu, s. 167.

<sup>4</sup> B. Kuzu, s. 46.

<sup>5</sup> 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi M. 16 "Hakların güvence altına alınması sağlanmamış, kuvvetlerin ayrılığı belirlenmemiş olan toplumlar asla anayasaya sahip olamazlar."

<sup>6</sup> B. Kuzu, s. 48.

<sup>7</sup> B. Kuzu, s. 59.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

redilmesi, organların birbirleriyle olan ilişkileri, çeşitli hükümet sistemlerini ortaya çıkarmıştır.

Yasama ve yürütme fonksiyonları aynı devlet organında toplanıyorsa, bu sistemlere "kuvvetler birliği" sistemleri denir.

- Yasama ve yürütme erkleri seçilmiş olmayan bir kişi veya kurulda birleşmişse, sistemin adı mutlak monarşi veya diktatörlüktür.
- Bu iki kuvvet, halk tarafından demokratik usullerle seçilmiş bir mecliste birleşmişse sistemin adı meclis hükümeti sistemidir. Buna İsviçre sistemi örnek gösterilebilir.

Yasama ve yürütme fonksiyonları ayrı organlara verilmişse bunlara da "kuvvetler ayrılığı" sistemleri denir.

- Bu kuvvetler kesin ve sert bir biçimde birbirinden ayrılmışsa, sistemin adı 'başkanlık sistemi'dir.
- Kuvvetlerin daha yumuşak ve dengeli şekilde ayrıldığı sistemin adı ise, 'parlamentar sistem'dir.

Bu tasnifte yargının konumu göz önünde bulundurulmamaktadır. Bunun nedeni, demokrasilerde artık yargı bağımsızlığının mutlak olarak kabul edilmiş olmasıdır. Bu durumda söz konusu tasnifte sadece yasama ve yürütme gücünün birbirleri karşısındaki konumu ve ilişkileri göz önünde tutulmaktadır.

Bu çerçevede, devlet içinde kuvvetlerin dağılımı ve düzenlenişi açısından başlıca üç tür hükümet sistemi uygulanmaktadır:

1. Kuvvetlerin ayrılığına dayanan Başkanlık Sistemi,
2. Kuvvetlerin hukuki-siyasi birliğine dayanan Meclis Hükümeti Sistemi,

3. Kuvvetlerin hukuki ayrılığına fakat siyasi birliğine dayanan Parlamenter Hükümet Sistemi

Ayrıca parlamenter ve başkanlık modelleri arasında yer alan "melez" bir rejim olarak "yarı-başkanlık hükümeti" de vardır.

Ben burada konumuzla ilgisi ve önemi nedeniyle başkanlık sistemine, parlamenter sisteme ve kısmen de yarı-başkanlık sistemine değineceğim. Bir tür kuvvetler birliği modeli olan ve Türkiye'de 1921 Anayasasında öngörülen "Meclis Hükümeti Sistemi"ne görünüşteki farklılığına rağmen, özünde parlamentarizmin bir türü olduğuna değinmekle yetiniyorum.

### BAŞKANLIK SİSTEMİ

Başkanlık hükümeti, kuvvetler ayrılığı prensibinin sert bir şekilde tatbik edildiği ve kuvvetlerin birbirini kontrol edebildiği temsili bir hükümet biçimidir. Bu sistemde kuvvetlerin eşitliği, hukuki bir eşitliktir. Siyasi açıdan ise yürütmenin yasamaya üstünlüğü gözlenmektedir. Bu üstünlük nedeniyle sistem başkanlık olarak adlandırılmaktadır. "Sistemin kurucuları Avrupa'daki merkezîyetçi mutlak monarşi tecrübesinin kaçınılmaz sonucunun güç toplanması ve zorbalığın yaratılması olduğunu düşünüyorlardı. Birinci tehlikeye (güç toplanmasına) karşı tedbir olarak federalizmi, ikinci tehlikeye (zorbalığa) karşı da kuvvetler ayrılığını öngördüler."<sup>8</sup> Bu düşüncenin bir sonucu olarak yasama ile yürütme hem işlevsel hem de organik açıdan birbirinden ayrılmıştır. İşlevsel ayrılıkla bu erklerin yerine getirdikleri işlevlerin farklı olduğu kastedilmektedir. Yasama "yasa yapma", yürütme "hükümet etmek (yönetmek)" işlevine sahiptir. Her bir kuvvet sadece kendi işlevini yerine getirir, bu

<sup>8</sup> M. Erdoğan, s. 172.

işlevlerin birbirine karışması söz konusu değildir.

Organik ayrılığın anlamı ise, yasama işlevi ile yürütme işlevinin ayrı ayrı organlar tarafından yerine getirilmesi ve bu organların birbirinden bağımsız olmalarıdır. Organik ayrılık, bu iki organın göreve geliş bakımından da birbirinden bağımsız olmasını ve görev dönemlerinin farklılaştırılmasını gerektirmektedir. Nitekim Amerika örneğinde başkan kongreye yani "Temsilciler Meclisi+Senato"ya karşı sorumlu olmadığı için onun tarafından görevden düşürülemez. Yani başkanın görev süresi sabittir. Buna karşılık kongrenin görev süresi de başkan tarafından kısaltılamaz. Yani başkanın kongreyi fesih yetkisi yoktur.

Yasama organına mensup olan milletvekilinin yürütmede görev alamaması yani bakan olamaması kuralına "bağdaşmazlık kuralı" denir. İki organın birbirini dengeleyebilmesi her ikisinin de temsil meşruluğuna sahip olması ve birbirlerinin hukuki varlığına son verememeleri ile mümkündür.

Sartori'ye göre, tek-başlı yürütme bu sistemin ayırt edici özelliklerindedir. Başkanın halkoyundan çıkması, sistemin tanımı bakımından zorunlu bir şart olmakla beraber yeterli değildir. Çünkü Avusturya, İzlanda, İrlanda gibi ülkelerde de cumhurbaşkanı genel oya dayanmaktadır. Ama bu ülkelerin sistemleri Başkanlık Sistemi değildir.<sup>9</sup>

### **ABD Başkanlık Sistemi**

ABD Başkanlık Sistemi'nde hükümetler başkanın tekelci yetkisindedirler. Kabine bakanlarını başkan kendi takdirine göre tayin eder ve görevden alır. Bakanlar, başkanın sekreteri durumundadır-

lar. Bunların kendi başlarına teşebbüs ve karar yetkileri yoktur. Bakanların tayininde anayasaya göre senatonun muvafakatini almak lazım ise de uygulamada senato, başkanı serbest bırakmaktadır. Bakanların kongreye karşı siyasi sorumlulukları yoktur, yani bunları kongre düşüremez. Bakanların sadece başkana karşı şahsi sorumlulukları vardır. Bunlar başkanın istişare organı ve icra vasıtasıdır. Parlamenter sistemdeki anlamıyla bir kabine teşkil etmezler. Başkanın yüksek otorite ve nüfuz sahibi olmasının psikolojik ve hukuki olmak üzere iki kaynağı vardır. Psikolojik kaynak seçim sistemidir. Başkanın seçilme yöntemi dolaylı olmakla birlikte bu yöntem sistemin ayırt edici özelliklerinden değildir. Başkan iki dereceli bir seçimle seçilir. İkinci seçmenler kendi parti adaylarına oy vermek zorunda olduğundan (emredici vekalet) halk tarafından doğrudan seçilmiş sayılır. Ancak başkanın daha demokratik bir usul olan tek-dereceli ve gerektiğinde iki-turlu yöntemle seçilmesi sistemin mantığına uygundur. Başkanın otorite ve nüfuzunun hukuki kaynağı ise Amerika anayasası ve kanunun ruh ve manası dairesinde yerleşen devlet teamülüdür.<sup>10</sup>

Kongre üyeleri tek turlu basit çoğunluk esasına göre seçilmektedir. Senatörlerin seçimi için her federe devletin sınırları bir seçim bölgesi sayılarak altı yıl için iki senatör seçilmektedir. Ancak her iki yılda bir senatörün 1/3'ü seçimle yenilenmektedir. Temsilciler için, her federe devletin çıkaracağı temsilciler kadar seçim bölgeleri ihdas edilmektedir (dar bölgesel seçim esası). Temsilciler Meclisi'nde 538, Senato'da 100 üye vardır.

Başkan Amerikan ordusunun başkomutanıdır. Federal devletin askeri kuvvetleri başkanın emrinde-

<sup>9</sup> M. Erdoğan, s. 174.

<sup>10</sup> B. Kuzu, s. 10, 11.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

dir. Başkan kendi başına savaş ilan edemez, kongrenin muvafakati şarttır. Fakat bir defa savaş ilan edilince, başkan fevkalade yetkiler elde etmekte, savaşın sevk ve idaresi ona ait olmaktadır. Başkanın ayrıca suçluları affetmek, cezaları hafifletmek gibi yetkileri de vardır. Başkanın bütün bu yetkileri karşısında kongrenin de bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. Başkanın kanun teklif etme yetkisi olmadığı gibi devlet bütçesini hazırlama yetkisi de yoktur. Hazine bakanı, devletin ihtiyaçları hakkında kongreye rapor verir fakat bu bütçe teklifi manasına gelmez.<sup>11</sup> Ayrıca başkanın programını uygulayabilmesi için kongrenin kendisine bütçeden yeterli imkânları sağlaması gerekir. Böylece başkan kongre ile iyi geçinmek zorunda kalmaktadır.

Başkanın kongreye karşı yetkilerini şöyle sıralayabiliriz:

- Başkan kongreye rapor verir ve mesaj gönderir.
- Başkanın veto hakkı vardır.
- Olağanüstü hallerde meclisleri toplantıya çağırır.

Kongrenin başkana karşı yetkilerini ise şöyle sıralayabiliriz:

- Kanun çıkarma yetkisi münhasıran kongreye aittir.
- Kongre, başkanı suçlandırıp mahkûm edebilir Organların karşılıklı bağımsızlıklarının bir sonucu olarak yasama başkanın siyasi sorumluluğuna giderek onun görevden çekilmesini sağlayamaz. Kongre yalnızca cezai sorumluluk yani impeachment mekanizması ile istisnai olarak görevinden uzaklaştırabilir. Impeachment mekanizmasının işletilebilmesi için başkanın yüksek ihanet, zimmete para geçirmek ya da ağır suçları nedeniyle itham edilmesi gerekir.

Temsilciler Meclisince en az 1/3 çoğunlukla itham edilen başkanı, Anayasa Mahkemesi Başkanının başkanlığında senato yargılar. Mahkûmiyet için 2/3 oy çokluğu gereklidir.

- Kongre icra ve idare işleri hakkında tahkikat açar. Başkan ile kongre arasındaki ilişkiler "sürekli komiteler" aracılığı ile kurulmaktadır. Bu komiteler başkan hariç, bütün yürütme görevlilerini çağırarak yürütme faaliyeti ile ilgili olarak, zaman zaman bilgi edinmektedirler. Böylece parlamento siyasi sorumluluğa gitme yetkisi olmaksızın, yürütme faaliyetlerini yakından izleyip denetleyebilmektedir. Yürütmenin ihtiyacı olan mali destek ve yasal düzenlemeler, parlamentonun yetkisinde olduğundan, yürütme üyelerinin bu komitelere verdikleri bilgiler, yasama yürütme ilişkilerinde işbirliğini, uzlaşmayı ve giderek aralarında bir dengenin kurulmasını kolaylaştırabiliyor. Buna "Kongre Yönetimi" deniyor. Bu devamlı komiteler uzmanlaşmış kişilerden oluşmaktadır.
- Kongre bütçeye hâkimdir.
- Senato, Amerika'nın dış siyasetinde son karar merciidir.
- Başkanın imzaladığı antlaşmaları ve yüksek düzeydeki federal görevlilerin atanmasını onaylama yetkisi senatoya verilmiştir.

Yasa çıkarma faaliyetinde hem Temsilciler Meclisi'nden hem senatodan geçen yasa tasarısı meclis başkanlarınca imzalandıktan sonra başkana gönderilir. Ancak başkanın veto hakkı vardır. Veto durumunda tasarının kanunlaşarak yürürlüğe girebilmesi için iki meclisin ayrı ayrı 2/3 çoğunluğu ile tekrar kabul edilmesi gerekir.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> B. Kuzu, s. 12, 13.

<sup>12</sup> B. Kuzu, s. 24.

Başkanlık sisteminin en iyi uygulandığı ABD’de sistemin yargıya etkisi olumludur. Yargı, dünyanın çok az yerinde olduğu kadar güçlüdür. Anayasa Federal düzeyde açıkça tek bir mahkeme öngörmüştür. Mahkeme üyeleri başkan tarafından atanır. Atama senato tarafından onaylanır ve üyeler yaşam boyu görev garantisine sahiptirler. Federal Mahkeme, başkanın kararlarını iptal etme ve kongrenin yaptığı yasaları anayasaya aykırı ilan etme yetkilerini kullanır (Anayasa Mahkemesi).<sup>13</sup> Anayasa mahkemesi, bir denge unsuru olarak başkan ile konsey arasında adeta hakemlik yapar.

Yasama ve yürütme ayrılığının devlet yönetiminde koordinasyon ihtiyacı nedeniyle yukarıda saydığım araçlarla dengelenmesi de bu sistemin yapısında olan bir husustur. Bu karşılıklı yetkiler "frenler ve dengeler" teorisinin bir gereğidir. Bu "denetleme ve dengeleme" mekanizması dolayısıyla Amerikan Başkanlık Sisteminin kuvvetlerin ayrılmasına ve işbirliğine dayanan bir sistem olduğu söylenebilir. Loewenstein bunu "güçlerin işbirliği yoluyla karşılıklı-bağımlılığı" sistemi olarak nitelendirmiştir. Müellife göre parlamenter rejim ise "bütünleşme yoluyla karşılıklı-bağımlılık" sistemidir.<sup>14</sup>

### **BAŞKANCİ SİSTEMLER**

Parlamenter rejimin ülkelere göre iki ya da çok partili bir siyasi ortamda uygulanabilmesi sonucu "parlamenter rejimler"den söz edildiği gibi bazı ülkeler ABD Başkanlık Rejiminden esinlenerek bazı kurumsal düzenlemeler öngörmüşler de bunların hiçbiri ABD örneğindeki sürekliliği sağlayama-

mişlardır. Bu, çoğu Güney Amerika ülkelerinde rejimler ya hükümet darbeleri ile son bulmuş ya da otoriter nitelikli başkancı rejimlere dönüşmüşlerdir. Bu rejimlerin en belirgin özelliği başkanın yönetimdeki etkinliği ve iktidarın kişiselleşmesidir. "Ayrıca başkanlık rejiminden farklı olarak fesih yetkisi, parlamentoya kanun tasarrısı sunma yetkisi tanınmıştır. Bazılarında parlamentonun çalışma süresi kayıtlanmış, kanun yapma yetkisine sınırlama getirilmiştir."<sup>15</sup> Rejim tartışmalarının yoğunlukta olduğu dönemde dönemin Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel’in Türkiye için önerdiği Başkanlık Sisteminde devlet başkanına parlamentoyu fesih yetkisi vardı. Oysa böyle aşkın yetkilerle bozulan sistemlerin uygulandığı ülkelerin yaşadığı siyasi bunalımlar ortadadır.

### **PARLAMENTER SİSTEM**

Parlamenter sistem genellikle, kuvvetlerin "yumuşak ayrılığı"na veya işbirliğine dayanan hükümet sistemi olarak tanımlanır. Bu rejimde yasama ve yürütme organları hukuken birbirinden bağımsızdır ancak devletin işleyişinde uyum ve işbirliğini sağlamak için bazı mekanizmalar öngörür. Yasama ve yürütme arasındaki işbirliği işlevsel ve organik olarak iki açıdan değerlendirilebilir. İşlevsel açıdan işbirliği kanunların beraber yapılmasını ifade eder. Organik açıdan işbirliği ise başkan ve bakanlar kurulunun parlamento içinden çıkmasında ve cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçilmesinde kendini gösterir. "Cumhurbaşkanının meclis tarafından seçilmesi zorunlu olmayıp, bu, irsi bir hükümdar da olabilir (İngiltere, Belçika, Hollanda...), halk tarafından da seçilebilir (Avus-

<sup>13</sup> Hatice Karacan-Züleyha Özdemir, Mart 2005'te Hukukçu Hanımlar Derneği'nde sunulmuştur.

<sup>14</sup> M. Erdoğan, s. 174.

<sup>15</sup> B. Kuzu, s. 98.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

turya, İrlanda, İzlanda, Portekiz...)."16

Parlamente rejimin unsurlarını şöyle sıralayabiliriz:17

- Yürütme iki başlıdır: devlet başkanı ve bakanlar kurulu. Sistemin monarşi veya cumhuriyet olmasına göre, devlet başkanı ya hükümdardır ya da cumhurbaşkanı. Devlet başkanı hem yürütme organını temsil eder, hem de devletin birliğini ve ülke bütünlüğünün simgesidir. Bakanlar kurulu ise hükümet ve idare sorumluluğunu taşıyan başbakan ve diğer bakanlardan müteşekkil kolektif bir organdır.
- Başbakanın parlamento üyesi olması parlamentarizmin özelliklerindedir. Ancak bakanların parlamente olması şart değildir.
- Devlet başkanının siyasi sorumluluğu yoktur. Parlamento veya başka bir anayasal organ tarafından görevine son verilemez. Bunun tek istisnası vatana ihanet veya anayasayı ihlal gibi ağır suçlar nedeniyle görevden uzaklaştırılabilmesidir. Devlet başkanının siyasi açıdan mutlak sorumsuzluğunun nedeni parlamento ile hükümet arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda tarafsız kalabilmesini sağlamaktır. Bunun için de sahip olduğu yetkileri tek başına değil başbakan ve bakanlarla ortak imzalı olarak kullanabilir.
- Bakanlar kurulu parlamentoya karşı sorumludur. Bakanların hukuki, cezai ve siyasi olmak üzere üç çeşit sorumluluğu vardır. Parlamento önündeki sorumluluk ise bakanın uyguladığı politikadan dolayı parlamentonun bakana karşı güvenini yitirmesi durumunda görevden çe-

kilmesini gerektiren siyasi sorumluluktur. Siyasi sorumluluğun harekete geçirilmesi parlamentonun girişimi ile (gensoru, Any. m: 99) olabileceği gibi, hükümetin kendi girişimi (güven istemi) ile de olabilir. Bakanlar Kurulunun görevde kalması parlamentonun güvenine sahip olmasına bağlıdır. Teorik olarak yürütmenin yasamadan bağımsız olduğu söylenmekteyse de yasama organı bakanlar kurulunu görevden düşürebildiği için, onun hukuken değilse bile, siyasi olarak yasamadan bağımsız olmadığı görülmektedir. Nitekim Leowenstein parlamente sistemi, güçlerin bütünleşme yoluyla karşılıklı-bağımlılık modeli olarak tanımlamıştır. Bütün bunlara siyasi partilerin modern parlamentarizmlerde oynadığı rol de eklenince yürütme-yasama bütünleşmesi iyice pekişmektedir.

- Hükümetin parlamentonun güvensizlik oyuyla düşürülebilmesine karşılık denge politikası gereği hükümet de parlamentoyu feshedebilir. Bu sistemde başkanlık sisteminin aksine, yasama ve yürütme birbirlerinin hukuksal varlığına son verebilmektedir. 1982 anayasasında fesih sözcüğüne değil, seçimlerin yenilenmesi ibaresine yer verilmiştir. Parlamentonun feshi kararı ile üyelerin temsilcilik statüsünün hukuken sona ermesine karşılık, seçimlerin yenilenmesinde temsilcilik sıfatı yeni seçimlere kadar devam eder.

Bakanlar kurulunun göreve başlarken veya görev sırasında güvenoyu alamaması, başbakanın istifası gibi anayasada sayılan sebeplerden biri gerçekleşince cumhurbaşkanı, meclis başkanına danıştıktan sonra seçimlerin yenilenip yenilenmeyeceğini kendisi takdir eder. Bu tür fesih devlet başkanınca, başbakanın talep ve imzası olmadan, anayasada sayılan bel-

16 E. Teziç, s. 404.

17 M. Erdoğan, s. 179.

li koşulların gerçekleşmesiyle otomatik olarak kullanılan bir fesihdir. Fesih sonrası yapılacak genel seçimler yasama-yürütme arasındaki uyumsuzluğun halkın hakemliği ile çözülmesini sağlar.

Fesih hakkının başlıca üç fonksiyonu vardır:

1. Parlamento ile hükümet arasında dengeyi sağlar.
2. Parlamentoda istikrarlı bir çoğunluğun kalmaması halinde yeni seçimlerle tekrar istikrarlı bir çoğunluğun oluşmasını sağlar.
3. Daha önce öngörülme-yen çok önemli, temel bir sorun karşısında seçim yolu ile halkın görüşünü almayı sağlar.<sup>18</sup>

### **YARI-BAŞKANLIK SİSTEMİ**

Parlamente rejim örnekleri çeşitli bakımlardan farklılıklar gösterir. Özellikle parlamente cumhuriyetlerde cumhurbaşkanının statüsü anayasal düzenlemeyle önemli ölçüde biçimlendirilebilir. Avusturya, Finlandiya ve Fransa'da Beşinci Cumhuriyet Anayasasının 1962'de geçirdiği değişiklik sonucunda görülen sistemlerde cumhurbaşkanına önemli yetkiler verildiği gibi ayrıca onlar genel oyla göreve gelmektedirler.

### **Fransa'da**

Fransa'da cumhurbaşkanının genel oyla seçilmesinin öngörülmesinden sonra parlamentarizmdeki ikiciliğin [düalizm] bir ikili iktidara [diyarşi] dönüştüğü ve böylece parlamentarizmden farklı bir sistem modeli doğduğu düşünülmektedir. Fransız hukukçu M. Duverger bu modele "yarı-başkanlık hükümeti" sistemi adını vermiştir. G. Sartori'ye göre bu siste-

min tanımlayıcı özellikleri şöyledir:

- Devlet başkanı sabit bir dönem için -doğrudan veya dolaylı olarak- genel oyla seçilir.
- Devlet başkanı yürütme yetkisini bir başbakanla paylaşır (ikili otorite yapısı).
- Başkan parlamentodan bağımsız olmakla beraber, yalnız başına veya doğrudan doğruya hükümet etmeye yetkili değildir.
- Başbakan ve kabinesi parlamentoya bağımlı olup (güvenoyuna) tabidirler. Başkandan bağımsızdırlar.
- İkili otorite yapısı her bir organının bağımsızlık potansiyeli devam etmek kaydıyla, farklı dengelere ve yürütme içinde güç ağırlıklarının kaymasına izin verir.<sup>19</sup>

Yürütmenin bu ikici yapısı nedeniyle Fransız modeli siyasi şartlara ve parlamento çoğunluğu ile bakanlar kurulu arasında uyum bulunup bulunmamasına bağlı olarak, bazen parlamentarizme bazen de başkanlık sistemine yakın bir biçimde işlemektedir. Bu sistemin, yürütmenin bölünmüşlüğü nedeniyle yürütme içinde uyum sağlanması noktasında sorun çıkaracağı açıktır. "Sistemin Fransa'da istikrarlı ve başarılı bir şekilde yürütülmesini, bu iki organın düzenleme alanlarını koruyacak yargısal denetim yollarının gerçekleştirilmesi ile uygulanan iki türlü tek isimli seçim sistemiyle sağ ve sol olarak iki büyük parti bloğunun oluşmasına başlayabiliriz. Fransa'da devlet başkanına tanınmış olan geniş yetkilere rağmen, liberal sivil toplumun da etkisiyle popülist bir baskı yönetiminin uygulanması engellenmiştir."<sup>20</sup>

<sup>18</sup> E. Teziç, s. 418.

<sup>19</sup> M. Erdoğan, s. 186.

<sup>20</sup> Teziç, E., s. 436.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Klasik parlamentarizmden hayli uzaklaşan 5. Cumhuriyet Anayasasını klasik başkanlık sistemine de benzetmemek gerekir. Çünkü bu sistemde bakanlar kurulunun millet meclisi önünde siyasal sorumluluğu korunmuştur. Cumhurbaşkanı yürütme yetkisinin tek sahibi değildir. Bakanlar başkanın yardımcılarında ibaret değildir, kolektif bir karar organıdır.

### Türkiye’de

Türkiye’de 1982 Anayasası ile yürütme organı, özellikle cumhurbaşkanlığı kurumu güçlendirilmiştir ve sistemimizin bir yarıbaşkanlık sistemi haline geldiği iddia edilmiştir. Ancak 1982 Anayasası modeli 5. Cumhuriyet modeli kadar Parlamentarizmden sapmamıştır. Bizde düalist yapıdaki yürütme çok daha belirgindir. Fransa’daki durumun aksine cumhurbaşkanının bakanlar kuruluna başkanlık etmesi kural değil, istisnadır. Fransız Anayasası m. 16’ya göre cumhurbaşkanı olağanüstü halin gerektirdiği tedbirleri almakta tek başına yetkilidir. Duvarger’in deyişiyle m. 16 cumhurbaşkanına “*çağdaş bir diktatörün tüm yetkilerini hatta fazlasını veren*” bir maddedir. Türkiye’de ise bu yetki cumhurbaşkanı ile bakanlar kurulu arasında paylaşılmıştır. Fransa’da cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesine karşılık bizde TBMM’ce seçilmektedir.<sup>21</sup>

1961 Anayasası ile Türkiye’ye fazla bol bir gömlek giydirilmiş ve yasama-yürütme arasında çıkan krizler bu anayasa ile çözülememiştir. 1982 Anayasası ise muhtemel rejim tıkanıklıkları için çözüm mekanizmaları öngörmüş, çağdaş batı demokrasilerindeki eğilimi de takip ederek yürütmeyi güçlendirmiş, bakanların başbakana karşı sorumluluklarını kabul etmiştir.

Bu özellikleri ile 1982 Anayasasının öngördüğü sistem “**rasyonelleştirilmiş parlamentarizm**” olarak nitelendirilmektedir. Bu sistem klasik parlamentarizm ile yarıbaşkanlık rejimi arasında kendine özgü “*sui generis*” bir sistemdir.

### DEĞERLENDİRME

Batı demokrasileri esas itibarıyla, mutlak monarşilerin anayasallaşması sonucunda ortaya çıkmıştır. “Parlamente Sistem tarihsel süreç içerisinde kendi işlevini sağlayacak bir mekanizma kurmayı başarmıştır.”<sup>22</sup> ABD 1787 bağımsızlık anayasası hazırlanırken ise sömürge devleti İngiltere’nin parlamente sistemine karşı bir tepki sistemi kurma düşüncesi hâkim olmuştur diyebiliriz. Sistemin kurucuları kuvvetler ayrılığını kurumlaştırmak ve yasama-yürütme arasında ılımlı ve yeterli ilişkiler kurmak için “*kontrol ve dengeler*” teorisini oluşturdular. Böylece, parlamente rejimden farklı olarak Başkanlık sistemi beşeri aklın bir ürünü, teorik bir model olarak ortaya çıkmıştır. Yani, “parlamente sistem kendi toprağında yeşermiştir. Başkanlık sistemi ise verili koşullara uygun bir şekilde yeşertilmeye çalışılmış ve sonra toprağına taşınmıştır. Başkanlık sisteminin kendiliğindenlikten yoksun olması onun dış koşulların etkisine açık olmasına neden olmuştur.”<sup>23</sup>

Devlet yönetiminde kuvvetler ayrılığı teorisinin ortaya çıkış nedenlerini açıkladık. Parlamente rejim ve başkanlık rejimi temelde bu teoriye dayanmakla beraber iki farklı sistem olarak ortaya çıkmaları tarihsel sebeplere dayanmaktadır. Her iki sistemin de etkin ve iyi niyetle uygulandığında demokrasiyi ve hukukun gereklerini sağlamaya yetkin oldukları tecrü-

<sup>21</sup> E. Özbudun, s. 330.

<sup>22</sup> N. Uluşahin, s. 64.

<sup>23</sup> N. Uluşahin, s. 64.

belerle sabittir. Ne var ki iki sistemin de bazı aksak ve eksik yanları mevcuttur. Bir ülkenin siyasal sistemini şekillendiren tek etmen hükümet rejimi değildir. "Seçim sistemi, siyasal parti anlayışı, toplumsal, ekonomik, kültürel, tarihi altyapı, toplumun demokrasi anlayışı kuşkusuz en az hükümet rejimi kadar etkilidir. Demokrasilerde hiçbir sistem sorunları çözmenin kapısını tek başına açacak bir 'sihirbaz değneği' değildir. Demokrasilerde pek çok şey sistemden önce insana bağlıdır."<sup>24</sup>

### **Başkanlık Sistemine Eleştiriler**

Başkanlık sistemine yöneltilen eleştirilere Prof. Dr. Mustafa Erdoğan'ın sistematiği ile bakacak olursak:

**1) Siyasal hayatı kutuplaştırmak suretiyle iktidar mücadelesini keskinleştirir.**

Başkanlık sisteminin siyasal hayatı kutuplaştırmak suretiyle iktidar mücadelesini keskinleştirdiği ileri sürülmektedir. Buna göre sistemin doğası yürütme kuvvetinin bölünmesine elverişli olmadığından siyasal mücadelenin tarafları açısından "ya hep ya hiç" oyununa dönüşmesi ve beraberinde siyasal ve toplumsal gerginliği artırması mümkündür. Kazananın her şeyi kazanacağı iddiası özellikle başkanın, kongre çoğunluğunun desteğine sahip olduğu durumlarda mümkündür. Sabit görev süresi de gerilim riskini artırmaktadır. Ancak başkanlık ve kongre seçimlerinin eşzamanlı olmaması, görev sürelerinin farklılığı başkanın kongre desteğinden mahrum olması sonucunu doğurabilir ve etkili bir iktidar yokluğu süreç içinde halk desteğinin azalmasına da yol açar-

sa başkanlık sistemi yasama ağırlıklı bir işleyişe bürünür.<sup>25</sup> Üstelik siyasal iktidar yarışı sadece yürütmenin elde edilmesi için yapılmaz; başkanlığı kazanamayanların parlamentoda üstünlük sağlamaları mümkündür. Kongre seçimleri tek turlu basit çoğunluk esasına göre yapıldığı için ABD sisteminde iki parti (Demokratlar, Cumhuriyetçiler) egemendir. Esasen bu iki parti arasında önemli derecede görüş, program ve ideoloji farklılığı olmadığı için bu durum hem başkan için hem de iktidara gelmemiş muhalefet için potansiyel avantaj teşkil etmektedir. Yine burada parti disiplininin olmayışı önemli bir avantajdır. "Parti disiplini, herhangi bir siyasi konuda parti birliğini bozmamak için partinin parlamentodaki üyelerinin değişik görüşleri nedeniyle partiyle anlaşmazlığa düşmesine engel olmak için bu fikrinden vazgeçirme metodudur. Yani parti liderinin emirlerinin grup üyeleri tarafından kabul edilmesidir."<sup>26</sup> Sistemin demokratik işleyişinde parti disiplininin olmayışının olumlu etkisi ise yadsınamaz.

Başkanlık sisteminin bir eleştirisi olarak sunulan siyasal hayatı kutuplaştırdığı eleştirisi parlamenter sistem için de geçerlidir. İngiltere hariç parlamenter sistemin uygulandığı diğer ülkelerde güçsüz koalisyon hükümetleri görülmektedir. Parti disiplininin fazlasıyla kullanıldığı parlamenter sistemlerin işleyişi bu nedenle değişmiştir. Klasik tanımında eşitlik ve denge prensibine dayanan parlamenter sistem yürütme lehine değişikliğe uğrayarak rasyonalize olmuştur. Parti disiplininin parlamenter sistemde yaptığı en büyük değişiklik siyasi mücadeleyi partiler arası mücadeleye dönüştürmesidir. Parlamenter sistemde yürütme yasamadan çıktığı

<sup>24</sup> M. D. Caniklioğlu

<sup>25</sup> N. Uluşahin.

<sup>26</sup> B. Kuzu, s. 49.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

için, yasanada çoğunluğu elde etmek yürütmeyi de denetim altına almak sonucunu doğurduğu için siyasi mücadelenin "ya hep ya hiç" oyununa dönüşmesi ihtimali bu sistemde daha fazladır.

**2)** Yürütme esneklikten yoksundur.

Başkanlık sisteminde yürütmenin esneklikten yoksun olduğu iddia edilmektedir. Çünkü sabit olan görev süresi boyunca başkanı uzaklaştırmak mümkün değildir. Parlamenter sistem ise oldukça esnekler. Güvensizlik oyu ve fesih araçlarıyla sistemdeki tıkanıklıklar çözülebilir. Halkın desteğini yitirmiş, iş göremeyen hükümetleri değiştirmek için başkanlık sisteminde olduğu gibi 4-5 yıl beklemek gerekli değildir, seçim dönemi içinde de hükümet değiştirilebilir.<sup>27</sup>

Bu eleştirinin savunması, başkanın sabit görev süresinin devlet faaliyetlerinde istikrar sağlayıcı bir unsur olduğudur. Gariptir ki, başkanlık sisteminde yürütmenin esnek olmayışından yakınlar, parlamenter sistemlerin de etkinsizliğinden şikâyet etmektedirler. Bu sistemde hükümetin ayakta durabilmesi, parlamentonun güvenine bağlı olduğundan içerisinde potansiyel hükümet istikrarsızlığı vardır. Gerçi İngiltere tipinde serbest iki parti sistemi ve istikrarlı bir yürütme vardır, ancak bu örnek bir istisna teşkil etmektedir. Üstelik bu istikrar kuvvetlerin özdeşleşmesi pahasına gerçekleşmektedir. Parlamenter rejimlerde yürütmenin dayandığı siyasi çoğunluğun parlamentoya da egemen olması durumunda yürütmeyi yerinden etmek hemen hemen imkânsızdır.<sup>28</sup>

Dolayısıyla demokrasilerdeki istikrarsızlığı hükümet sisteminde değil, öncelikle siyasi partilerin

yapısında, güttükleri amaçlarda, faaliyetlerinde ideolojik arka planlarında aramak gerekir.

Bu arada, başkanlık sisteminde başkanın politikalarını istikrarlı bir şekilde uygulamasının o kadar kolay olmadığını belirtelim. Çünkü başkanın kongreye yasa teklifinde ve bütçe teklifinde bulunma yetkisi yoktur. Bu zorluğu ancak mesajlar göndererek, basın aracılığıyla veya kongre komiteleri aracılığıyla dolaylı olarak aşabilir. "Gerçekten, başkanlar politika oluşturma iktidarına büyük ölçüde sahipken, bu politikaları uygulamak için gerekli desteği yasama organında zorlukla temin etmektedirler."<sup>29</sup>

Başkanlık sisteminde başkanın görev süresindeki katılık yanında yasama meclisleri bakımından da katılık vardır. Uzlaşmaz bir meclisin feshedilmesi de mümkün değildir.

**3)** İktidarın kişiselleşmesi eğilimini arttırır.

Başkanlık sistemine yöneltilen bir diğer eleştiri, sistemin iktidarın kişiselleşmesi eğilimini artırması tehlikesidir. Başkan, taraftarlarının aşırı beklentilerinin odak noktası haline gelebilir. Bu durum başkanda plebisitçi ve otoriteryen eğilimleri besleyebilir, deniliyor. Bu sistemde başkanın böyle ağır bir yük altında kalması elbette mümkündür ancak benzer durum parlamenter rejimlerde de başbakan için söz konusudur. Bu tür beklentiler sınırsız demokrasi isteği ve refah devleti anlayışından kaynaklanmaktadır. Ayrıca başkanın kişiliğinin ön plana çıkmasından bu kadar korkmaya gerek yoktur. Bu özellik, bölünmüş toplumlarda başkanın birleştirici bir sembol haline gelmesini mümkün kılar. Kişiselleşme endişelerinin bir nedeni de başkanlık sisteminde başkanın çok güçlü olduğunun var-

<sup>27</sup> K. Gözler.

<sup>28</sup> M. Erdoğan, s. 177.

<sup>29</sup> N. Uluşahin, s. 67.

## Yasama-Yürütme İlişkileri ve Hükümet Sistemleri / N. Tamgüç

sayılmasıdır. Oysa başkanlık sistemindeki başkan, parlamenter sistemdeki başbakan kadar güçlü değildir. Çünkü başkan sadece yürütme yetkisini denetiminde tutarken, başbakan hem yasamaya hem de yürütmeye büyük ölçüde egemen olabilmektedir. Bu tehlikenin görülme ihtimali daha çok klasik başkanlık sisteminden sapan, otoriteryen başkancılı sistemlerde vardır. Parlamenter sistemde başbakanın "seçilmiş diktatör" haline gelmesi onun yetki ve gücünden kaynaklanırken, başkanlık sisteminde bu ihtimal başkanın yetkisinin aslında sınırlı olmasından kaynaklanabilir. Başkanlık sisteminin dengeli kuvvetler ayrılığına dayanması başkanı hareketsizliğe itebilir. Ve bu hareketsizlik de başkanı yetkilerini genişletmeye teşvik edebilir.<sup>30</sup>

Bazen doğrudan halk tarafından seçilen başkanın kendi meşruluğunun yasamanıkinden daha güçlü olduğunu düşünmesi iktidarını kişileştirmesine katkıda bulunabilir. İktidarın kişiselleşmesi iki anlamda kullanılmaktadır: Birincisi, siyasi iktidarın kullanılmasında bir tek kişinin etkili olmasıdır. İkincisi, iktidarın belli bir kişi ile özdeşleştirilmesi biçiminde olabilir (mesela Mustafa Kemal, De Gaulle, Kennedy de olduğu gibi). "Özellikle parlamenter rejimlerde koalisyon hükümetlerinden bıkmış olan vatandaşların gün geçtikçe partizan ideolojilere güvenlerini yitirmeleri de iktidarın kişiselleşmesine sebep olabilmektedir."<sup>31</sup>

Aslında iktidarın kişiselleşmesi, kişisel iktidar demek olmadığı için bu, fazla korkulacak bir durum değildir. Çünkü kişisel iktidar tüm yetkilerin tek kişide toplanması yani diktatörlüktür. Hâlbuki iktidarın kişiselleşmesi çoğulcu bir demokratik düzen içinde

gerçekleşmektedir. Bu kimse tüm yetkileri kendinde toplayamazsa da şahsiyetinden doğan bazı özellikleri ile bir güç ve etki elde etmiştir.<sup>32</sup>

Parlamenter sistemde iktidarın kişiselleşmesi sistemi sarsmış ve yürütmenin iyice kuvvetlendiği görülmüştür.

4) Yasama-yürütme gerginliğini teşvik etmek suretiyle sistemin kilitlenmesine neden olabilmektedir.

Başkanlık sisteminin eleştirildiği diğer bir nokta, yasama-yürütme gerginliğini teşvik etmek suretiyle sistemin kilitlenmesine neden olabilmesidir. Bu durumun özellikle rejimin değerleri üstünde uzlaşmanın zayıf olduğu ve siyasal alanda ideolojik kutuplaşmaların bulunduğu toplumlarda ortaya çıkma ihtimali kuvvetlidir.

Burada hatırlamamız gereken bir nokta vardır. Devlet yönetiminde kuvvetler ayrılığı sağlamak düşüncesi, devlet içinde güç toplanmasını önlemek böylelikle iktidarın kötüye kullanılma ihtimalini bertaraf etmek ihtiyacını karşılar. Başkanlık sisteminde gerginlik sadece bir ihtimaldir ve kuvvetlerin ayrılmış olmasının normal sonucudur. Esasen gerginlik kaynağı olarak sistemi değil, yönetimdeki kişileri görmek gerekir.

Parlamenter sistem taraftarlarına göre bu sistemde yürütme, yasama organının içinden çıktığı için iki organ arasında kriz çıkması düşük bir ihtimaldir. Bir kriz çıkarsa da kriz, "güvensizlik oyu" ve "fesih" gibi araçlarla çözülebilir. Fesihten sonra yeni seçimlere gidilir ve uyuşmazlık halk tarafından çözümlenir. Başkanlık sisteminde ise bu mekanizmalar mevcut olmadığı için organlar arasındaki çatışmalar darbelerle ve demokratik olmayan usullerle çözülebilir. Başkan, sabit

<sup>30</sup> M. Erdoğan, s. 89.

<sup>31</sup> B. Kuzu, s. 64.

<sup>32</sup> T. Z. Tunaya, s. 454.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

görev süresine dayanarak iktidardan çekilmezse hükümet darbesi gerçekleşir. Ve taraflar başkanın görev süresi doluncaya kadar birbirlerine katlanmak zorunda kalırlar. Şunu belirtmek gerekir ki bu tür sakıncalar sadece ABD başkanlık sisteminde yaşanmamaktadır. Böyle anayasal hükümet bunalımları demokrasi kültüründen mahrum, özellikle Güney Amerika'nın başkanlı sistemlerinde görülmüş ve birçok sistem çökmüştür. Gerçekten de parlamenter rejimde var olan fakat uygulamada neredeyse hiç işletilmeyen denetim mekanizmaları yani siyasi sorumluluk ve fesih yetkisinin başkanlık sisteminde olmaması ilk bakışta bir risk faktörü olarak görülse de parlamenter sistemde işletilmeyen bu kontrol mekanizmaları ile seçmen aldatılmamaktadır. Başkanlık modeli güçleri birbirine muhtaç kılarak işlemleri daha kuvvetli ve etkili bir dengeler sistemi kurmuştur. Bu sistemde eğer başkan kongre ile iyi geçinmezse elindeki yetkileri hiçbir şekilde kullanamaz. A. F. Başgil'in ifadesiyle "başkanın yüksek kudreti yağmur altındaki tuz yığını gibi erir gider."<sup>33</sup>

Parlamenter sistemde fesih ve güvensizlik oyu mekanizmalarının işletilmemesini şöyle açıklayabiliriz. Parlamenterin asli görevleri yasa yapma ve hükümeti denetlemedir. Esasen kuvvetler ayrılığı prensibine dayanan parlamenter sistemde bu teorinin işlevini yitirmesinin en önemli sebebi siyasi parti gerçeği ve parti disiplini olgusudur. Yürütmenin yasama organının içinden çıkması ile artık parlamentolar yasama fonksiyonlarını tam olarak yitirmeseler de, oldukça zayıflamışlardır. "Parlamento artık daha çok bir müzakere organı durumuna gelmiştir."<sup>34</sup> Parlamenterin denetleme fonksiyonunu ifa için elinde soru, gensoru,

meclis araştırması, meclis soruşturması gibi araçları vardır. Ne var ki parti disiplini ve çıkarlar dengesi yine bu silahların susmasına neden olmaktadır. Hükümeti denetleme vazifesi artık yasama meclisine değil, muhalefete düşmektedir. Bu da denetimin zayıflığının ve zorluğunun kanıtıdır. Oysa başkanlık sisteminde denetim uzmanlaşmış daimi komiteler eliyle yapılmaktadır.

Hangi parlamento çoğunluğu kendi partisinin oluşturduğu hükümeti düşürüyor?

Hangi hükümet cumhurbaşkanı aracılığıyla kendisinin dayandığı parlamentoyu feshediyor?

Fesih yetkisi ancak hükümetin kendisini parlamentoda daha kuvvetli bir çoğunluğa dayanmak için başvurduğu bir kurum haline gelmiştir.

Görüldüğü gibi başkanlık sisteminde yasama ve yürütme arasında kilitlenme olasılığına karşılık, parlamenter sistemde denetimsizlik tehlikesi baş göstermektedir. "Parlamenter sistemde çoğunluk partisi milletvekillerinin belli bir konuda hükümet aleyhine kullanacakları oy sadece o konuya muhalif kalındığını göstermemekte, hükümetin düşmesine de yol açabilmektedir. Başkanlık sisteminde ise başkanın iktidarda kalıp kalmamasının kongrenin güvenine ve işbirliğine bağlı bulunmaması, çoğunluk partisi milletvekilleri için başkanın yasama programını denetlemek ve ya iktidarını sona erdirmek gibi bir ikilem yaratmamaktadır. Parti disiplininin parlamenter sistemde olduğu kadar hayati bir özellik taşıması, başkanın partisinin kongrede çoğunluğu elinde tutması halinde dahi kilitlenme olasılığı ortadan kalkmamaktadır."<sup>35</sup>

Bu konuda her iki sistemin de mükemmel olmadığını gördükten son-

<sup>33</sup> A. F. Başgil, s. 318

<sup>34</sup> B. Kuzu, s. 59.

<sup>35</sup> N. Uluşahin, s. 66.

ra şunu hatırlamamız gerekiyor: Demokrasi uzlaşmaya dayalı bir yönetim biçimidir ve gerekli uzlaşma ve uyumu göstermeyen siyasi aktörlerin bulunduğu yerde hangi hükümet sistemi uygulanırsa uygulansın demokrasinin şansı kalmaz.

Başkanlık sistemine yöneltilen eleştirilere baktığımızda yukarıda saydığımız eleştirilerden bir kısmının gerçekte 'sakınca' teşkil etmediklerini, bir kısmının sistemle zorunlu bir ilişki içinde olmadığını, bir kısmının da başkanlık sisteminden çok parlamenter sistemde ortaya çıkmasının daha muhtemel olduğunu görüyoruz. Bu aksaklıklar ABD'de ciddi boyutlarda ortaya çıkmamaktadır. Eleştirilerin neredeyse hepsi Latin Amerika'daki başarısız taklitlerden hareketle yapılmıştır. Bu ülkelerde rejimin yürümemesi demokrasinin yerleşik olmamasından, darbecilik ve şef yönetimi alışkanlığından ve ciddi iktisadi problemlerden kaynaklanmaktadır.<sup>36</sup>

### **Başkanlık Sistemi Yanlılarının Görüşleri**

Başkanlık sistemi taraftarlarına göre bu sistem daha demokratik bir yönetim yaratır. Bu savın gerekçelerini şöyle sayabiliriz:<sup>37</sup>

- Başkanın doğrudan halk tarafından seçilmesi, yürütmenin yasama tarafından belirlenmesine göre daha demokratik görünmektedir.
- "Hesap sorulabilirlik" bakımından parlamenter sisteme göre daha demokratiktir. Başkanlık sisteminde yürütme tek kişinin elinde toplandığı için ve iki seçim dönemi arasında hükümet değişmeyeceğine göre o dönemdeki sorumluluğun sahibi kolayca

teşhis edilebilir. Çoğunlukla koalisyon hükümetleriyle yürüten parlamenter sistemde ise sorumlunun ve yetkilinin belirlenmesi kolay değildir. Koalisyonların kısa ömürlü olması, bir yasama döneminde birkaç hükümetin kurulması, küskünleri ısındırmak için her yeni koalisyonda bakanların değiştirilmesi, bir bakanlığın birkaç bakanlığa bölünerek sus payı olarak kullanılması gibi yollara başvurulması kimlerin sorumlu olduğunun tespitinde problem yaratmaktadır.

- "Önceden bilinebilirlik" bakımından başkanlık sistemi daha demokratiktir. Önceden bilinebilirlik, seçmenin oy pusulasını atarken kendi adayının kazanması halinde kimin hükümet edeceğini bilmesi demektir. Parlamenter sistemde ise bir partinin temsilcileri için oy kullanan seçmen, partinin başbakan olarak kimi destekleyeceğini, parlamento çoğunluğu sağlanamazsa hangi partilerin koalisyon hükümeti kuracaklarını bilemez. Dolayısıyla başkanlık sisteminde önceden bilinebilirlik oranı daha yüksektir.

Öte yandan başkanlık sisteminin şöyle bir sakıncası ortaya çıkabilir. Sosyo-ekonomik eşitsizlikler, etnik ayrılıklar yaşayan bölünmüş toplumlarda başkanlık sisteminin iki parti sistemi yönünde yaptığı baskı sonucunda siyasal ve diğer azınlıklar için önemli olabilecek pek çok sorun dışlanmış olmaktadır.<sup>38</sup>

ABD'de çoğunlukçu seçim sistemi uygulanmaktadır. Temsilde adaleti gerçekleştirmeye yönelik olan nispi temsil sistemi yerine, yönetimde istikrarı sağlamaya yönelik çoğunlukçu seçim sisteminin uygulanması ABD sisteminin demokrasi açısından bir eksikliği olmakla beraber rejim, devamlılığını ço-

<sup>36</sup> M. Erdoğan, s.176.

<sup>37</sup> K. Gözler, s. 12.

<sup>38</sup> N. Uluşahin, s. 68.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ğunlukçu seçim sistemine borçludur.

Ayrıca temsilciler meclisi, senato ve başkanın farklı seçmen çoğunluklarınca, farklı mekanizmalarla ve farklı dönemler için seçilmesini sağlayacak bir düzenleme öngörülmesi, azınlığın haklarını çiğneyebilecek ezici bir çoğunluğun oluşmasını engelleme amacı taşır. Bütün bunlar adem-i merkezîyetçi, disiplinsiz ve sorumsuz parti yapılarıyla birleştiğinde tüm kamu gücünün tek bir çoğunluğa verilmesi engellenmekte böylece anayasanın temelindeki kontrol ve dengeler sisteminin uygulanması kolaylaşmaktadır.<sup>39</sup>

ABD başkanlık sisteminin istikrarlı ve etkin bir seyir izlemesinde ABD'nin federal bir devlet olmasının etkisi büyüktür. "Ayrıca bu durum devlet başkanının diktatörlük eğilimini önleyecek kuvvetli bir faktördür."<sup>40</sup>

### Karşılaştırma

Başkanlık sisteminde sabit görev süresi öngörülmesi başkanın uzun vadeli politikalar benimsemesi ve bu politikaları kongre tarafından düşürülme tehdidi olmaksızın uygulama kolaylığı sağlamaktadır. Bakanların meclis dışından atanmaları seçmen karşısında taviz vermeden sadece işinin gereğini yapmasını sağlar. Parlamenter rejimde ise bakan, seçim bölgesinin işini takip etmekten, hemşehrilerini işe yerleştirmekten icraata fırsat bulamamakta, bir de koalisyon hükümeti varsa her an seçim olması endişesiyle seçim yatırımlarını daha da hızlandırmaktadır.

Başkanlık modelinde uygulanan "dar bölge" seçim sistemi kongrede kaliteyi sağlamaktadır. Bu sistemde seçmen partiden çok adayın ka-

litesine bakmaktadır. Bu nedenle milletvekili seçilen kişi bir sonraki seçimde aday olmak için partinin her icraatını onaylamak zorunda kalmayacaktır. Türkiye'de uygulanan nispi temsil sisteminin bloke liste usulünde adayları genelde parti merkezi belirlemekte ve listenin ön sıralarında kimler varsa onlar kazanmaktadır ve bu nedenle milletvekilleri seçmenlerin değil, parti menfaatlerinin peşine düşmektedirler.<sup>41</sup>

Başkanlık sistemi aleyhine ileri sürülen başka bir eleştiri de, iktidarın ve devlet idaresinin başkanın tekelinde toplanması nedeniyle hürriyetler açısından tehlikeli olduğu yönündedir. O halde, parlamenter sistemin uygulandığı ülkelerde hürriyetler daha mı iyi düzeydedir? Bugün kuvvetler ayrılığının tek başına kişi hak ve hürriyetlerini, demokrasiyi sağlamak için yeterli olmadığı görülmüştür. Asıl olan hukuk devleti ve bütün hukuki tasarrufların yargı denetimine tabii olması ilkesidir.

Türkiye'nin sistem sorunu tartışılırken sunulan önerilerden birisi de karma sistem olan yarı-başkanlık sistemidir. Bu sistemde cumhurbaşkanına, doğrudan halk tarafından seçilmek suretiyle daha fazla meşruiyet kazandırılacak ve beraberinde daha geniş yetkiler tanınacaktır. Bu arada bakanlar kurulunun başı konumundaki başkanlık kurumu korunacaktır. Fransa'da kısmen başarılı bir şekilde uygulanan bu sistem Türkiye için çözüm olamaz. Başkanlık ve parlamenter sistemlerde yasama-yürütme arasında yaşanan uyumsuzluklar ve tikanıklıklar, yarı-başkanlık sisteminde iki iktidarlı yürütmede yani hükümet ile cumhurbaşkanı arasında yaşanacaktır.

### TÜRKİYE'NİN SİSTEM SORUNU

<sup>39</sup> N. Uluşahin, s. 72.

<sup>40</sup> B. Kuzu, s.35.

<sup>41</sup> B. Kuzu, s.97.

Ülkemizde siyaset dönem dönem sancılı ve problemlili bir süreç izlemiştir. Tarihten ve sosyolojiden şunu öğreniyoruz ki, sosyo-ekonomik ve siyasi gelişmesini hızlı, dengeli ve sağlıklı biçimde yapamayan toplumlarda siyasi rejim ve demokrasi sık sık kesintiye uğramaktadır. Öncelikle bu durumun temel sebebi, anayasalarımızın halktan gelen bir hareketle değil, tepeden inme bir hareketle oluşturulmasıdır. "Milli idareye güven-sizlik bu meselenin asıl kaynağıdır."<sup>42</sup> Oysa yapılması gereken devlet kurumlarının toplumun özü ve hassasiyetleri doğrultusunda düzenlenmesidir.

Öte yandan günümüzde üretim araçları ve üretim ilişkileri hızla gelişmekte, bilim ve teknik ilerlemekte, devlet yönetimi gün geçtikçe daha karmaşık hale gelmektedir. Tüm bu gelişmeler çabuk karar alabilen, yeterli, istikrarlı ve güçlü bir yürütme organını gerektirmektedir. Kamu hukuku doktrini artık icranın evrenselliğini kabul etmiştir. Ve bunu demokrasiye aykırı saymamaktadır.

1961 Anayasası'nda yasama organına ağırlık verilmiş, "yürütme" ikinci derece görülmüş ve sadece bir yetki olarak nitelendirilmiştir. Oysa çağımızda artık klasik parlamentarizm anlayışı terk edilmiş, güçlü ve etkin yürütme organları ihdas edilerek rasyonelleşmiş parlamentarizm yaygınlaşmıştır. Nitekim 1961 Anayasası Türkiye'ye bol gelmiş ve sistem kısa sürede tıkanmıştır. 1970-1980 arasında 10 yılda 12 hükümet değişmiştir. Bu rejim krizi 1980'de ancak bir askerî darbeye katmerleştirilmiştir. Yaşanan acı tecrübelerden sonra 1982 Anayasası çağdaş eğilimlere uygun olarak yürütmeyi güçlendirmiş, muhtemel tıkanıklıkları çözecek mekanizmalar ön görmüştür. Ancak yine tepeden giydirilen bu kıyafet kısa sürede ülke-

mize dar gelmeye başlamıştır. 1991-2002 arasında Türkiye istikrarsız, parçalanmış koalisyon hükümetleriyle boğuşmuş ve yaralar almıştır. Bu problemlili süreçler, parlamenter hükümet sistemi ile demokrasimizi yönetemediğimiz konusunda eleştirileri gündeme getirmiştir. 2002 seçimlerinde AKP'nin meclis çoğunluğunu sağlayarak güçlü bir hükümet kurmuş olması, bugün rejim tartışmalarının yapılmasını anlamsız kılmaz. Potansiyel bir rejim krizi her zaman mevcuttur.

Türkiye'nin sorunu parlamentarizmin performansından çok; insan hakları, hukuk devleti, demokrasi ve yönetimde etkinlik ve istikrar sorunudur. Bu sayılanlardan yönetimde etkinlik ve istikrar sorunu hükümet sistemleriyle doğrudan ilişkilidir. Hükümet sistemi tartışmaları; Türkiye'nin ihtiyaç duyduğu köklü siyasal dönüşümün bir parçası olarak veya böyle bir değişime gerçekten ihtiyaç olup olmadığı paralelinde yapılırsa anlamlıdır.

Dünyada tek çeşit parlamenter sistem veya başkanlık sistemi yoktur. Hükümet sistemleri uygulandıkları ülkenin şartlarına göre farklılaşıp, içerik ve ruh kazanmaktadır. Bu farklılaşmada en büyük etken zihniyet farklılığıdır. İstikrar ve huzur ararken dikkat etmemiz gereken bir nokta da şudur: Etkin bir yönetime istikrarlı bir hükümet ile ulaşabiliriz. Ancak hükümet istikrarı her zaman siyasal istikrarı beraberinde getirmeyebilir. İstikrar sağlayalım derken anayasa mühendisi olup hukukun üstün değerlerini tehdit etme ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır.

Türkiye'nin birincil ihtiyacı demokrasidir. Nasıl bir demokrasi istediğimiz sorusunun cevabını zihnimizde sabitlemeden, çözüm arayışına girmek mantıksız ve işleyen bir demokrasiye sahip olmak da hayal olur. "Sistem konusunda

42

B. Kuzu, s.107.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

yapılacak hiçbir doğru tercih, her derde deva sihirli bir formül değildir. Hiçbir yanlış tercih de demokratik rejimin sonunu getirmez. Önemli olan her kurumun yerşermesine uygun toprağı yakalamaktır. İyi veya kötü, doğru ya da yanlış hükümet sistemleri yoktur; belli bir siyasi bünyeye uygun ya da uygun olmayan hükümet sistemleri vardır."<sup>43</sup>

Ayrıca rejim arayışına ilişkin tartışmalar ancak TBMM'de yapılırsa çözüme yönelik, anlamlı ve samimi görülebilir. Siyasilerimizin darda kaldıkça gündem değiştirmeye yönelik olarak rejim tartışmaları başlatmalarını anlamak güçtür.

Son olarak A. F. Başgil'e göre:

"Biz üstümüzde bir baş görmek isteyen bir milletiz. Bu başı kendi içimizden kendimiz seçelim. Fakat ona baş olmanın evsaf ve icaplarını tanıyalım. 1924'te hilafet ve saltanatın hakkından geldikten sonra Türkiye'de yeniden bir şahıs hükümeti fırtınasına tutulmamak için, Büyük Millet Meclisi diye yüz başlı bir hükümdar yaratmak ve bunun yanı başında devlet başkanını adeta bir teşrifat memuru vaziyetinde bırakmak istemişlerdir. Heyhat; irsi veraset ve tarihi münlik kanunları hükmünü icra etmiş ve çok geçmeden o yüz baş bir başta birleşerek fiiliyatta bu tek baş hükümdar olmuştur."<sup>44</sup>

Biz Türklerin, eski Türklerden ve Osmanlı'dan kalan 600 yıllık padişahlık geleneğimiz var. Başkanlık sistemi medeniyet sistemimiz içinde yer alırsa diktatörlüğe dönüşmez; aksi halde kupkuru, ruhsuz, önsüz, dıştan ithal malı olarak alınırsa katı bir zulüm sistemine dönüşür. Şu da bir gerçektir ki, ABD'nin ilk kuruluşunda başkanlık sistemi oluşturulurken o günün Osmanlı yönetiminden etkilenmiştir.<sup>45</sup>

## Kaynakça

- Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi Ve Anayasa Prensipleri*, Baha Matbaası, İstanbul: 1960.
- Burhan Kuzu, *Türkiye İçin Başkanlık Sistemi*, Fakülteler Matb., İstanbul: 1997.
- Hatice Karacan-Züleyha Özdemir, Mart 2005'te Hukukçu Hanımlar Derneği'nde sunulmuştur.
- K. Gözler, "Türkiye'de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir?", [www.anayasa-gen.tr/istikrar.htm](http://www.anayasa-gen.tr/istikrar.htm) (makalenin aslı *Türkiye Günlüğü* dergisinde yayımlanmıştır.)
- M. D. Caniklioğlu, "Türkiye'nin Sistem Sorunu Mu Var?", <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/-khuka/meltem.htm>
- Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, Siyasal Kitapevi Yay., Ankara, 1999.
- N. Uluşahin, "Başkanlık Sistemi ve Değerler Sorunsalı", *Liberal Düşünce* dergisi, Sayı: 16/Güz 99.
- Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler Ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Hukuk Fak. Yay., İstanbul:1975.

<sup>43</sup> N. Uluşahin.

<sup>44</sup> A. F. Başgil, s. 39.

<sup>45</sup> B. Kuzu, s. 108.



# Tanzimat ve Sonrası Osmanlı'da Hukuk ve Yargı

Av. Mehmet KALAY



## GİRİŞ

İnsan varoluş tarihinden itibaren toplum halinde yaşayan bir varlıktır. Toplum halinde yaşamının doğal bir sonucu olarak insanlar birbirleri ile iletişime geçmekte, zaman zaman bu iletişim sonucunda anlaşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Toplum hayatının bir gereği olarak bu anlaşmazlıkların ortadan kalkması ya da en aza indirilmesi için bir takım kurallara gerek duyulmaktadır, İşte toplum içindeki insanların birbirleriyle ve toplum içindeki insanların toplum ya da devletle olan ilişkilerini düzenleyen ve belli bir yaptırım gücü olan bir takım seri kurallar hukuk sistemini oluşturmaktadır.

Osmanlı'daki hukukun başlıca kaynağı olan İslam Hukuku'nun temeli;

"Şüphesiz, Allah'ın sana gösterdiği gibi insanlar arasında hükmetmen için biz sana Kitab'ı hak olarak indirdik"<sup>1</sup>

ayetidir. Bu ayette de açıkça görüleceği üzere İslam toplumunda insanlar arasında var olan ve var olacak anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak ve insanlar arasında adaleti gerçekleştirmek için Kur'an, Allah'ın gösterdiği şekilde Peygamber'in insanlar arasında hak olarak hükmetmesini öğütlemektedir. İslam, Peygamber'e bildirilen vahiyler aracılığıyla, diğer

dinlerden daha etkili olarak insan ve toplumun hayat ve düşüncelerini düzenleyen bir hukuk sistemine sahiptir.

"Hukuk, insanın kendi mevcudiyetinden bağımsız bir şekilde vardı. Tıpkı, akılla keşfedilebilecek tabiatdaki tabii hukukun normları gibi; böylece İslam Hukuku'nun normları da Allah'ın Resulünce keşfedilmişti (veya İslami kavrayıştaki şekliyle ona vahyedilmişti). Mükemmel ve en kâmil bir şekilde Ana Kitab'ta (yani tabiatta) mevcut olan bu hukukun özü parça parça, münasip bir vesileyle ayet ayet Peygamber Hz. Muhammed'e bildirilmişti ve Hz. Muhammed'in vefatından iki on yıl sonra Kur'an diye meşhur kitapta bir araya toplanmıştı. Böylece Kur'an, evrensel hukukun ya da tabiatın hukukunun şekillenmesi olan Ana Kitab'ın dünyevi kaydını temsil eder."<sup>2</sup>

Her ülkede, insanlar arasındaki ve insanlarla sistem arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi için kanunlaştırma çalışmaları yapılır. Kanunlaştırma hareketleri iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Birincisi, varolan hukuk kurallarının yeniden tanzimi ve yeni ihtiyaçları karşılar hale getirilmesi (rehabilitasyon/İslah); ikincisi ise tamamen adapte anlayışıyla, ülke halkına yabancı bir hukuk sisteminin ülke hukuk sistemi olarak kabul edilmesi ve düzenlenmesidir. (Resepsiyon).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Nisâ Suresi,105.

<sup>2</sup> Macid Hadduri; *İslam Hukuku'nda Savaş ve Barış*, s. 36.

<sup>3</sup> Muharrem Balcı; "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 7.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Osmanlıda Tanzimat öncesinden başlayan ve reform diye adlandırabileceğimiz gelişmeler olmuştur. Tanzimat öncesi yapılan reformların belirleyici özelliği, bunun askeri alanda ve eğitimde ağırlık bulmuş olmasıdır. III. Selim döneminde Nizam-ı Cedid'in kurulması, eğitim alanında Mühendishane-i Bahr-ı Hümayun ile Mühendishane-i Berr-i Hümayunun açılması örnek olarak gösterilebilir.

### TANZİMAT FERMANI

Ancak hukuki anlamda değişiklik sayabileceğimiz ve anayasal düzenleme izlerini taşıyan çalışmalar Tanzimat diye adlandırılan dönemden sonra başlamıştır. Tanzimat Döneminde yapılan ıslahatların nedenlerinden biri, Fransız devriminin etkilerini de taşıyan ve Osmanlı egemenliği altındaki Türk ve Müslüman olmayan halkları etkisi altına alan ulusçuluk akımı ve bunun yaratacağı ulusal bağımsızlık (Sırp ve Yunan ayaklanmaları) hareketleridir. Bir diğeri ise, yeniden canlanan geleneksel feodal muhalefettir.<sup>4</sup>

Osmanlı birliğinin dağılmaya yüz tuttuğu bu dönemde, hukuk önünde eşitliğin sağlanmasının Osmanlı devleti açısından önemini Mustafa Reşit Paşa daha Londra'da büyükelçi iken anlamıştı. Yapılması gereken, tebaayı hukuk önünde eşit duruma getirmektir. Bu Avrupa Devletlerinin Osmanlı Devleti üzerindeki baskılarını hafifletecek, "Batı ile ittifakı kolaylaştıracak"tı. Bunun yanında Mısır İsyanı ile başedememek de Osmanlı Devleti'ni Batı'lı devletlerin desteğini kazanacak adımlar atmasını zorunlu kılmaktaydı.

Tanzimat dönemi Osmanlı Devletinin askeri, idari, iktisadi, hukuki ve sosyal yapısında birçok köklü değişikliklerin meydana gel-

diği bir dönemdir. Hukuki değişikliklerin başında da kanunlaştırma hareketleri yer alır. 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda, devlete yeni bir hukuki yapı vermenin lüzumu üzerinde durulmuş ve bu gayeyi gerçekleştirmek üzere çeşitli meclisler ve heyetler oluşturulmuştur. 19. yüzyıl, Batı'da büyük kanunlaştırma hareketlerinin meydana geldiği bir dönemdir. Bu cereyan geniş ölçüde Osmanlı Devletine de tesir etmiş ve Tanzimat Döneminin en köklü değişikliklerinin hukuk ve kanunlaştırma alanında olması sonucunu doğurmuştur. Bununla beraber, Batı'daki kanunlaştırma hareketlerinin kendine has amilleri vardır. Bunların Osmanlı Devleti'ndeki kanunlaştırma hareketlerinde de aynı rolü oynadığını söylemek zor, hatta imkânsızdır.<sup>5</sup>

Bu dönem, Batı'nın siyasi gücünün arttırması, Osmanlı'nın zayıflaması, 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.<sup>6</sup> Tanzimat döneminde yapılanlar daha çok Osmanlı saray yönetiminin ve bürokratların yukarıda andığımız sebeplerle zayıflayan otoritelerinin bir anlamda sağlamlaştırılmasına yönelik olmuştur. Batılıların etkisi olmakla beraber ortaya çıkan sonuç, batılılar açısından bekleneni verememiştir.

Dönemin yöneticileri, Batı dünyasının ve azınlıkların desteklediği reformları yaparken, ulemeden fetvalar alarak durumlarını meşrulaştırmaya çalışmışlardır. Bir diğer anlatımla bu reformlar, her ne kadar kimilerince kaçınılmaz

<sup>4</sup> Bülent Tanör, *Osmanlı; Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 64.

<sup>5</sup> Mehmet Akif Aydın; *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 62-63.

<sup>6</sup> Muharrem Balcı; "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 11.

görüldüğü, kimilerince de Batı öykünmeciliği içerdiği ifade edilse de; kendi özünde laiklik olarak tanımlanacak bir köklü değişiklik değildir. Bu reformlar, o güne kadar, yeterli düzenlemelere kavuşturulmadığı için kargaşaya sebebiyet veren örfi kuralların ve bürokratik yapının gözden geçirilmesi ve işleyişi için yeni kurumlar ve kurumlar oluşturulması çalışmalarınıdır.<sup>7</sup>

Mustafa Reşit Paşa Paris orta-elçiliği ve Londra büyükelçiliğinden sonra yurda hariciye vekili olarak dönmüştür. Mustafa Reşit Paşa Osmanlı içinde Batıcı bürokratik grubu içinde yer alıyordu. Mustafa Reşit 1837 yılında İstanbul'daki elçileri Babıali'ye davet ederek II. Mahmud'un ağzından ünlü demeci dinlemelerini sağladı. Padişah şöyle diyordu:

"Ben tebaamın Müslümanını camide, Hıristiyanını kilisede, Musevisini de havrada fark ederim. Aralarında başka türlü (güna) bir fark yoktur. Cümlesi hakkındaki muhabbet ve adaletim kavidir(sağlamdır) ve hepsi hakiki evladımdır."<sup>8</sup>

Gülhaneyi Hattı Hümayun 3 Kasım 1839 günü Gülhane'de elçiler, devlet ileri gelenleri ve halktan oluşan bir kalabalık önünde Mustafa Reşit Paşa tarafından okunup ilan edildi.

Gülhaneyi Hattı Hümayun biçimsel açıdan bakıldığında padişah tarafından yapılmış olan tek yönlü bir ferman niteliğindedir. Zaten fermanın içeriğine bakıldığında fermanın padişahın ağzından kaleme alınmış olduğu görülecektir.

Ferman'da özetle şu ifadeler yer almaktadır:

- Yüce devletimizde, kuruluşundan beri Kur'an ve Şeriat ilkelerine uyulduğundan saltanat güçlü,

halk da mutlu olmuştur. 150 yıldan beri ise bunun tersi yapıldığından, zayıflık, yoksulluk ve çöküş başgöstermiştir. Oysa Şeriat kurallarına uymayan devlet payidar olmaz. Tahta çıktığımızdan beri ülke ve halkın kalkınması için yollar aradık. Bu yönde gerekenler yapıldı. Bu yönde gerekenler yapılsa 10-15 yıla kalmaz işler yine düzelebilir. Bu anlayışla, daha iyi bir yönetimi sağlayacak "kavanin-i cedide" (yeni kanunlar) konmasını uygun buluyoruz. Yeni kanunlar özellikle can, ırz, namus, şeref ve haysiyetin korunmasını, mal güvenliğini, vergilerin yeniden düzenlenmesini, askerliğin düzene bağlanıp süre ile sınırlandırılmasını amaçlamalıdır.

- İlk aşamada yapılması gereken işler, açık ve yasal yargılama yapılmadan idam cezasının uygulanmasını önleyecek, can, ırz, mal-mülk güvenliği getirecek (müsadere usulünün kaldırılması) değişikliklerin gerçekleşmesidir.
- Bunun dışındaki alanlarda da danışma, tartışma ve oybirliği ile karar alma yöntemi kurulmalıdır. Amaç bu olunca, Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye'nin üye sayısının arttırılması, burada özgür tartışma ortamının yaratılması gerekmektedir.
- Öte yandan, yasalara aykırı davranışlar için yeni bir ceza yasası yapılacak, suçlu görülenler rütbeye ve hatıra ve gönüle bakılmayarak cezalandırılacaklardır.

Padişah uyruklara tanınan hakların kendisi tarafından güvence altına alındığını söylemekte, çıkacak yasalar "din ve devlet ve mülk ve milleti ihya için vazolunacak olduğundan" bunlara karşı gelmeyeceğine de yemin etmektedir.

Padişah fermanın sonuna doğru bu esasların bütün ülke halkı için ilan edildiğini belirtiyor, yeni

<sup>7</sup> Muharrem Balcı; "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 11.

<sup>8</sup> Reşat Kaynar; *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

gelişmelerden yabancı elçiliklere de haber verilmesini istiyor.<sup>9</sup>

Fermanda özet olarak aşağıdaki-ler güvence altına alınmıştır:

- Can güvenliği,
- Irz ve namus güvenliği,
- Mal ve mülk güvenliği,
- Vergi toplama yöntemlerinin düzenlenmesi,
- Askerliğin belli bir süre ile sınırlanması,
- Bütün bunları gerçekleştirmek için de Şeriata uygun kanunların yapılması.

Fermanın giriş bölümüne bakıldığında o dönem bozuklukların ve kötü gidişatın nedenlerini anlatmakta, bunun da Kur'an ve Şeriat kurallarına uyulmamasından kaynaklandığını belirtmektedir. Ayrıca yukarıda sayılan düzenlemelerin gerçekleşmesi ve kötü olan gidişatın engellenip yeniden "saltanatın güçlü, halkın da mutlu olduğu" bir düzen için Şeriata uygun kanunlar yapılacağından bahisle referans olarak Kur'an ve Şeriatı göstermektedir.

Fermanın her ne kadar muhtevası bakımından reform sayılabilecek yeni düzenlemeler getirse de, bugün bazı tarihçilerin bu fermanı batılılaştırmanın ilk adımı olarak nakletmesi de yersizdir. Kötü gidişatın ve bozuklukların Kur'an ve Şeriata uymamanın bir sonucu olarak kabul edip ve yine tüm bu olumsuzluklardan kurtulmanın yollarını da Kur'an ve Şeriata uygun yapılacak kanunlarla giderileceğini söylemek herhalde batılılaştırma olarak kabul edilmemesi gerekir.

Bu konuda bir görüşe göre: Tanzimat'ın asıl zorlayıcı gücü dış baskılardır. İmparatorluğu yarı

sömürge bir duruma getirmeye kararlı batılı devletler bu amaca ulaşmak için istedikleri iç düzeni ve elverişli düzeni ve ticaret ortamının yaratmaya çalışmaktadır.

Diğer bir görüşe göre ise: İç etkenlerden daha çok yabancı etkiler altında vücut bulmuş görünen bu hareket, siyasi birliğin dayandığı destekleri yenileme ve kuvvetlendirme zaruretinden doğmuştur. Tanzimat'ın birinci görevi dağılma halindeki kitleleri yenilikler çevresinde toplamak, devlet faaliyetlerini hukuki güvence esasına dayayarak düzeni ve "merkezi gücü" yeniden kurmaktır.<sup>10</sup>

Askeri ve teknik olarak başlayan Batılılaştırmanın siyasi ve hukuki bir şekil alması veya "Osmanlı devletinin artık başa çıkamadığı, askeri ve siyasi Rus ve Avrupa baskısı karşısında, varlığını korumak için yapmak zorunda kaldığı siyasi, adli, içtimai ve medeni bir hareket" şeklinde de tanımlanan Tanzimat, zamanında bir sürü tepkilere, karışıklıklara yol açtığı gibi, sonradan da her düzeydeki devlet adamı, yazar ve düşünür tarafından da eleştirilegelmiştir.

### ISLAHAT FERMANI

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, Osmanlı'nın da Rusya'ya karşı Fransa ve İngiltere'nin desteğine ihtiyaç duyduğu 1856'da Paris Konferansı'nın toplanacağı sıralarda (28 Şubat 1856) ilan edildi. Islahat Fermanı'nın ilanı aynı zamanda, Babıali'nin 1856'da toplanan

<sup>9</sup> Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, 1998, s. 85-86.

<sup>10</sup> A.g.e., s. 84.

Paris Konferansı'na iştirak edebilmesinin de şartıdır.<sup>11</sup>

1839'da tanınan hakları yetersiz, verilen sözleri de tutulmamış sayan Batılı devletler, 1856 Paris Konferansı Öncesinde, Osmanlı İmparatorluğu'nu Rusya'nın müdahalelerine karşı korumanın bedeli ve Avrupa devletleri ailesine kabul edebilmenin de şartı olarak, yeni bir takım istekler ileri sürdüler. Rusya'ya karşı savaşta Osmanlı İmparatorluğu'nu desteklemiş olmaları, onları bir kez daha söz sahibi kılıyordu. Yabancı isteklerin düğüm noktası, yine Hıristiyan azınlıklara tanınacak haklardı. Ancak bu yeniliklerin dış baskı sonucu gerçekleştirilmediğini kanıtlama olanağını da padişaha tanımak istediklerinden, bu hususların uluslararası bir antlaşmada yer almasına direktmekten vazgeçip iç hukuk belgesi biçiminde sağlanmasını kabul ettiler ve bunu Babı-ali'ye bildirdiler. Böylece 1856 Islahat Fermanı'nın esasları Ali Paşa ile İstanbul'daki İngiliz ve Fransız elçileri arasında kararlaştırıldı.<sup>12</sup>

Islahat Fermanı, Tanzimat Fermanında yer alan hususların hepsini güvence altına almış, ama Tanzimat'tan farklı olarak tebaadaki gayrimüslimlerle Müslümanlar arasında eşitliği getirmiştir. Ayrıca Müslümanlarla Gayrimüslimleri yargılama açısından da ayrı tutmuştur.

Islahat Fermanı'nda kısaca:

- Tanzimat Fermanı'ndaki ilkeler aynen uygulanacak,
- Zimmîlere eskiden tanınan haklar aynen sürecek

- Patrikhane'lerde oluşan meclisler, zimmî uyrukların ihtiyaçlarını hükümete bildirecek,
- Patrik seçimleri kurallara bağlanacak,
- Zimmî din görevlileri halktan para toplayamayacaklar, onlara maaş bağlanacak,
- Zimmîler kendi işlerini görebilmek için aralarında kurul oluşturacaklar,
- Zimmîlerin başvuruları acele değerlendirilecek,
- Zimmîlerin dini işlerine karışılmayacak,
- Zimmîler devlet hizmetine alınacak, askeri veya sivil okullara kabul edilecekler,
- Ticaret ve ceza davalarında eğer iki taraftan biri Müslüman veya biri Zimmî, ya da biri Zimmî diğeri yabancı ise, yargılama karma mahkemelerde ve açıkta yapılacak. Bazı hukuk işlerinde Zimmîler isterlerse kendi patrikhanelerine başvurabilecekler,
- Yabancılar, taşınmaz mal edinebilecekler.<sup>13</sup>

Islahat Fermanı'nın asıl amacı Müslüman olmayan topluluk ile Müslümanlar arasındaki eşitliği sağlamaktı. Burada yapılan ıslahatların dış baskılar sonucu olduğu aşikardır. İkinci Tanzimat<sup>14</sup> da denilen günümüz uyum yasalarına bakıldığında, Avrupa Birliği, Türkiye'nin birliğe üye olmasının bedeli olarak ülkede anayasa ve yasalarda değişiklikler ve bu değişikliklerin uygulamadaki yansımalarını görmek istiyorlar. Dış baskılar sonucu metinlerin ortaya çıkması, azınlıkların mal edinebilmeleri ve her değişiklik ya da dü-

<sup>11</sup> Muharrem Balcı, "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 13.

<sup>12</sup> Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, 1998, s. 95-96.

<sup>13</sup> Muharrem Balcı, "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 13-14.

<sup>14</sup> A.g.e.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

zenlemenin bir bedel karşılığı olması vb. nedenlerle I. Tanzimat ve II. Tanzimat arasında bir örtüşmenin olduğu görülmektedir.

Islahat Fermanı siyasal sonuçlar bakımından da etkili oldu. Varlığını dış baskıya borçlu olan, bizzat metninde bu devletlerin "himmet-i muavenet-i hayırhaneleri" (iyiliksever yardım ve himmetleri)nden söz eden, daha sonra da Paris Antlaşması'nın 9. maddesinde anılan Ferman, Batı'lı devletlerin ve Rusya'nın ardı arkası kesilmeyen müdahalelerine dayanak olmuştur.<sup>15</sup>

Tanzimat döneminde kara ve deniz ticaret hukuku ve bazı ceza kanunları ile bunlara ilişkin usul kanunları Fransızcadan tercüme edilerek alınmıştır. Fakat bunların hiçbirisi temel kanun niteliğinde düzenleme değildir. Osmanlı devlet adamları bu dönemdeki birçok hukuki düzenlemeyi, üzerlerindeki siyasi baskılar sebebiyle yapmak zorunda kalmışlardır.

Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve Islahat fermanı'nın ilanında da aynı baskıların eseri vardır. Ancak bu dönemin en belirgin vasfı, yapılan değişikliklerde, hakim hukuk sistemi olan İslam Hukuku'na açıkça ters düşülmemesine özen gösterilmesidir. Aksini düşünen ve gerçekleştirmesi çalışanlar olsa da, hakim özellik, İslam Hukuku'na ters düşülmemesidir.<sup>16</sup>

Sonuç olarak, Islahat Fermanı içerdiği hükümler nazara alındığında gayrimüslimlere birçok haklar tanıdığı olsa da, uygulamaya bakıldığı zaman pratik bir yansımaları bulamamaktayız. Osmanlı ve bürokratları (Âli ve Fuad Paşa), içinde buldukları zor durumdan kurtulma, Paris Konferansı'na ka-

tılabılme ve dış baskıları asgariye indirebilme gayretleri ve gayeleriyle bu Fermanı hazırlamışlardır. Ancak buna rağmen bu Ferman'ı, içeriden verilen tepkiler dış baskılar sonucu hazırlanmasını ihanet olarak nitelemekte, uygulanmamasını da gerekçe gösteren Batı'lı güçler de yetersiz görmekteydiler.

## TANZİMAT VE ISLAHAT FERMANI'NDAN SONRAKİ GELİŞMELER

Bu dönemde Osmanlı'dan öğrenciler artık Avrupa'ya okumaya gidiyor ve memlekete döndüklerinde Batı düşüncesinin etkisiyle bir şeyler yapmaya çalışıyorlardı. Bunlardan bir tanesi de "Genç Osmanlılar" hareketiydi. Genç Osmanlı hareketinin örgütü, 1865'te İstanbul'da gizlice kurulan "İttifak-ı Hamiyet"tir. Kurucular genellikle varlıklı gençlerdi. 1867'te başarısız bir darbe girişiminden sonra Avrupa'ya kaçan bu radikaller, orada "Genç Osmanlılar Cemiyeti" adı altında yeniden örgütlendiler.

Tanzimat'ı takip eden yıllarda (1861-1876 yılları arasında) padişahlık yapan Abdülaziz döneminde ise daha çok iktisadi problemler gündeme gelmiştir. Bu nedenle de borçlanmaya ve tasarrufa gidilmek istenmiştir. Abdülaziz dönemi ıslahatlarında ise Tanzimat dönemindeki düzenlemelerin aksine merkeziyetçilik hafifletilerek yerel halka -uygulamada ayan sınıfına- eşrafa söz hakkı verilmiştir.

Tanzimat'ın mimarları Mustafa Reşid, Âli ve Fuat Paşalar, kendi dönemlerinde padişahın mutlak otoritesini hükümet işlerine müdahaleden alıkoyarak hükümet ve bürokrasi lehine sınırlamışlardı. Bu aynı zamanda bürokrasi ve hükümetin saray karşısında daha özerk hale gelmesi anlamı taşıyordu. 1853 Kırım Savaşı sonucu ortaya

<sup>15</sup> Bülent Tanör *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, 1998, s. 97.

<sup>16</sup> Muharrem Balcı, "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 14-15.

çıkan ekonomik kriz, 1856 İslahat Fermanıyla ortaya çıkan yeni durum sonucu yabancı devletlerin sık sık devlet işlerine müdahalesi, girilen dış borçlanmalar eleştiri getirmeye başlamıştı. Bu dönemde yayınlanan Tasvir-i Efkar, Ceride-i Havadis gibi gazeteler hükümeti eleştirenlerin bir araya geldiği düşünce çevreleri olmuşlardı.

Yeni Osmanlılar denilen aydınlar, ortaya koydukları bazı fikirler itibarıyla modern düşünceyi benimsemiş gözükmektedirler. Şinasi, Namık Kemal, Ziya Paşa, Ali Suavi gibi isimler Tanzimat'ın getirdiği yenilikleri ve girilen modernleşme uygulamalarını yeterince bulmaktaydılar. Onlara göre Osmanlı siyasal sisteminde özgürlüklere yer verilmesi, anayasalı bir rejime geçilmesi padişah otoritesini sınırlandıracak ve yürütmeyi denetleyecek bir meclis kurulmalıydı.<sup>17</sup>

Tanzimat dönemi ve sonrası en önemli devlet adamı şüphesiz Ahmet Cevdet Paşa'dır. Tanzimat'ın ilanı ile birlikte İstanbul'a gelmiş ve eğitimine devam etmiştir. 1845 yılında Mustafa Reşit Paşa, yapacağı yeni düzenlemelerin şer'î-hukukî yönü bakımından kendisine yardımcı olmak üzere, Şeyhülislamlıktan emin bir ilim adamı istediğinde kendisine Cevdet Paşa gönderilmiştir. Batılılaşma hareketinin öncüsü Mustafa Reşit Paşa ve çevresine kendini kabul ettiren A.Cevdet Paşa, bu çevre sayesinde Batı düşünce ve sistemi hakkında bilgi sahibi olmuş ve klasik Osmanlı kültürü ile Batı kültürünün kendisinde güzel ve verimli bir sentezini meydana getirmiştir.<sup>18</sup>

Tanzimat dönemi ve sonrasında Osmanlıda yapılan hemen hemen tüm hukuk çalışmalarında A.Cevdet Paşa ismini görmekteyiz. Meclis-i Ali Tanzimat'a üye olmasından sonra bu meclisçe hazırlanmış olan tüm hukukî düzenlemeler onun kaleminden geçmiştir.

Ahmet Cevdet Paşa'nın hazırlanmış olduğu önemli kanunlardan ilki başında bulunduğu Arazi Komisyonu'nca hazırlanmış olan "Arazi Kanunnamesi"dir. Bu kanunun en önemli özelliği taşıdığı nitelik açısından, Arazi Kanunnamesi tamamen milli bir özellikte olup kaynağını da Osmanlı hukukuna dayandırmış bir kanundur. Böylece o zamana kadar Osmanlılarda dağınık halde bulunan arazi hukuku bu kanunname ile derli toplu bir şekle girmiştir.

Bu önemli kanundan sonra A. Cevdet Paşa'nın en önemli çalışmalarından birisi "Divan-ı Ahkam-ı Adliyye"nin kuruluşunda almış olduğu roldür. Tek dereceli mahkeme niteliğinde olan şeriye ve nizamiye mahkemelerinin yanında, bugünkü Yargıtay'ın temeli de sayılan "Divan-ı Ahkam-ı Adliyye"nin kurulması daha çok Batı'nın baskıları neticesinde oluşmuş ve bu dönemle biraz şüphesiz karşılanmıştır.

### MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE

Osmanlı medeni kanunu diyebileceğimiz Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye veya kısaca Mecelle, sadece İslam-Türk hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihinde de ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır. Daha önce bu alanda görülen kanunlaştırma teşebbüslerinden hiçbirisinde, İslam hukukunun belli bir bölümünü bütün olarak düzenleyen ve mahkemelerde münhasıran uygulanan bir kanun metni ortaya konamamıştır.

Mecelle'nin Esbab-ı Mucib-e Mazbatası'ndaki şu ifadeler, Mecelle'ye neden gerek duyulduğu konusunda fikir vermektedir:

<sup>17</sup> İlyas Doğan, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Aydınlarında Çağdaşlaşma Sorunu ve Arayışlar", <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/cm.k.htm>

<sup>18</sup> Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, 1996, s. 38.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

"... İhtilaflardan azade ve yalnız en uygun görüşleri içerisine almak üzere-fıkhi muamelelere dair anlaşılması kolay bir kitap yapılsa herkes kolaylıkla okuyarak muamelelerini ona tatbik ve böyle mazbut bir kitap olduğu halde naib efendi (hakim)lere büyük faydası olacağı gibi, Nizamiye Mahkemeleri azasıyla idari işlerde bulunan memurlar dahi okumak suretiyle şer'i meseleleri kavrayarak, icabında güçleri yettiği kadar Şer'i şerife tabi olurlar. Hem Şer'i mahkemelerde muteber ve geçerli hem de Nizamiye Mahkemeleri'nde hukuk davaları için kanun kaynağı lüzumu kalmaz-mütalaasına mebni öyle bir muhteşem eserin vücuda gelmesi hayli vakitten beri arzu olunan bir hal olup..."

Mecelle'nin ortaya çıkmasını sağlayan birçok neden bulunmaktadır. Yeni mahkeme olarak ticaret, nizamiye ve Divan-Ahkam-ı Adliyye'nin kurulması, Batı'nın yapmış olduğu baskılar, medreselerden mezun olan hakim ve hukukçuların artık yetersiz kalması ve hukuk uygulaması ve iktisadi alandaki değişikliklerin artık yeni bir medeni kanuna ihtiyaç göstermesi başlıca sebeplerdendir.

Bu gelişmelerden sonra yeni bir medeni kanun hazırlama gereksinimi doğmuştur. Bu kanunun milli karakterde mi olacağı, yoksa Batı'dan mı alınacağı konusunda şiddetli bir tartışmanın geçtiği görülmektedir. Neticede Cevdet Paşa'nın görüşü kabul edilerek Mecelle'nin hazırlanmasına karar verilmiştir. Bunun için de Cevdet Paşa'nın başkanlığında bir cemiyet kurularak Mecelle'nin kitap hazırlanmasına başlanmıştır. Mecelle bir mukaddime ile on altı kitapta 1851 maddeden ibarettir. Mukaddimedeki yüz madde genel hükümler değil daha çok genel hukuk prensipleri mahiyetindedir.<sup>19</sup>

Mukaddimedeki bu maddelerin çoğunun bugün bile hala evrensel hukuk ilkeleri niteliğinde olduk-

ları görülmektedir. Biz bu maddelerden bazılarını aşağıya aktaracağız:<sup>20</sup>

**Madde 1.** Fıkıh ilmi amelle ilgili şer'i meseleleri bilmektir.

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

**Madde 8.** Berâet-i zimmet asıldır.

**Madde 14.** Hakkında ayet ve hadisten kesin delil bulunan hususlarda içtihadla izin yoktur.

**Madde 16.** İchtihat, içtihat ile bozulmaz.

**Madde 24.** Engel ortadan kalkınca yasak yeniden uygulanmaya başlar.

**Madde 29.** İki kötülükten daha az zararlı olanı tercih edilir.

**Madde 33.** Zorda kalma başkasının hakkını ortadan kaldırmaz.

**Madde 36.** Adet hakemdir.-hukuk kaynağıdır.

**Madde 37.** İnsanların adetleri kullanması onun delil olduğu anlamındadır ki, bu da adetle amel etmeyi vacip kılar.

**Madde 39.** Zamanın değişmesiyle hükümlerin de değişeceği inkâr edilemez.

**Madde 43.** Herkesin örf olarak şeriata uygun olduğu şey, bağlayıcı olarak kabul edilir.

**Madde 45.** Örfü göre hükmetmek, kesin hukuk kuralı ile hükmetmektir.

**Madde 53.** Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur.

**Madde 59.** Özel velayet genel velayetten daha kuvvetlidir.

**Madde 67.** Sessiz kalana bir söz isnat edilmez. Ancak ihtiyacını söylemesi gereken yerde susması

<sup>19</sup> A.g.e., s. 48.

<sup>20</sup> Muharrem Balcı, "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 54-63.

sükût (kabul) ettiği anlamına gelir.

**Madde 73.** İhtimalli bir durum senede dayansa bile delil olmaz.

**Madde 78.** Delil dava ile ilgili herkesi, ikrar ise ikrar edeni bağlar.

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

**Madde 91.** Şeriatın cevaz verdiği hususta tazminat söz konusu olmaz.

**Madde 96.** Bir kimsenin mülkünü, sahibinin izni olmaksızın, bir başka kimsenin kullanmasına, işlem yapmasına izin verilmez.

Mecelle düzenlediği sahalar itibarıyla tam bir medeni kanun olmaktan uzaktır. Bir medeni kanunda değil, usul kanunlarında yer alması gereken ikrar, dava, beyinat ve tahlif ve kaza kitapları Mecelle'de yer aldığı halde, bir medeni kanunda yer alması gereken şahıs, aile ve miras kitapları Mecelle'de yer almamıştır. Bunun birkaç sebebi vardır:

Birincisi, bu kanunu hazırlarken Cevdet Paşa'nın gayesi dört başı mamur bir medeni kanun hazırlamak değil, başında bulunduğu nizamiye mahkemelerinin acil ihtiyaçlarını gidermek olmuştur. Devrin ihtiyaçları göz önüne alındığında bu düşüncenin daha doğru olduğu görülmektedir.

İkincisi aile miras hukuku sahasında borçlar hukuku kadar acil bir kanunlaştırmaya ihtiyaç bulunmamasıdır. Şer'iyeye mahkemeleri hakimleri iyi kötü fıkıh kitaplarına müracaat edebilecek durumdaydılar.

Üçüncü sebep aile ve miras hukuku sahalarının borçlar hukukuna nispetle daha nazik ve kamuoyunu daha yakından ilgilendiren sahalar olmasıdır.

Mecelle hükümlerinde sadece Hanefi mezhebine bağlı kalınması ve diğer mezheplerin dikkate alınma-

ması Mecelle için büyük bir eksikliktir. Bu yüzden birçok konu Mecelle'de yer almamıştır. Osmanlı Devleti'nde resmi mezhep olan Hanefi mezhebine belirli bir dönemden sonra çok sıkı bir şekilde bağlandığı ve diğer mezheplerden yararlanma yolunun kapatıldığı biliniyor. Herhalde bunun etkisi büyük rol oynamıştır.

Mecelle İslam Hukukunun klasik usulünden ayrılmayarak meseleci [kazuistik] bir metotla kaleme alınmıştır. Bu yüzden mücerret metotla hazırlanan ve genel hükümler ihtiva eden kanunlarda bulunmayan tekrarlara rastlanır. İdeal manada düşününce bu bir eksiklik değildir. Fakat şurası unutulmamalıdır ki Mecelle İslam hukukunun ilk kanunlaştırma teşebbüsüdür.<sup>21</sup>

## **BİRİNCİ MEŞRUTİYET VE KANUN-İ ESASİ**

Tanzimat ve Islahat Ferman'ları nasıl uzun süren bir tarihi birikimin sonucu olarak ortaya çıkmışsa, Kanun-i Esasi de Tanzimat Dönemindeki tarihi gelişmelerin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Daha önce belirttiğimiz gibi Genç (Yeni) Osmanlılar adıyla bilinen Şinasi, Namık Kemal, Ali Suavi ve Ziya Paşa gibi düşünürler, batı uygulamaları ve liberal reformist fikirlerin ülkeye gelmesinde ve kamuoyu oluşturmada etkili olmuşlardır. Bu çevre, çözümü ve vatan sevgisini, hanedan ve dine bağlılık yanında görmekte, yöneticilerin keyfi ve otoriter yönetimi sonucu ekonomik bunalım ve çöküntü ile yabancıların müdahalelerinin ortadan kaldırılması için, anayasaya dayanan bir sistemin kurulmasını istemekte, böylece yöneticilerin yani hükümetin keyfi davranamayacağını savunmaktaydılar.

<sup>21</sup> Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, 1996, s. 53.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bunlardan Namık Kemal, Montesquieu'nun **Kanunların Ruhunu** adlı eserini tercüme etmiş ve Montesquieu'nun fikirlerini, özellikle anayasa ve parlamenter yönetim biçimine ilişkin fikirlerinin Şeriat'a uygun olduğunu savunmuştur. Namık Kemal'e göre İslam Devleti modernleşirken Avrupa'yı körükörüne taklit etmemeli, kendi kanunlarını, inanç ve geleneklerini terk etmemelidir. Şeriat'ın adil kuralları, Montesquieu'nun bahsettiği "Tabii Hukuk"tur.<sup>22</sup>

1876 yılının başında Batılı devletler, yapılmış olan ıslahatları yeterli görmeyerek Osmanlı'dan yeni ıslahat talebinde bulunmuşlardır. Mithat Paşa'nın sadrazamlığı döneminde Batılı devletler ve Rusya, "Doğu sorunları"ni görüşmek üzere İstanbul'da bir konferans hazırlığı içerisindeydiler. Zaten Rusya imparatorluk içindeki Hıristiyanları bahane ederek savaş durumuna geçmişti. İşte Osmanlı, daha önce Batılılara söz verilen anayasa bu konferansa yetiştirilirse, müdahalelerin ve dış baskıların hafifleyeceği düşüncesindeydi. Mithat Paşa da yoğun bir çaba içine girmiş, İstanbul Konferansı'nın yapıldığı 23 Aralık 1876'da Osmanlı'nın anayasasını yani Kanun-i Esasi'yi ilan etmiştir. Bu anayasanın ilanında batılı devletler tarafından açık bir surette baskı görünmese de, anayasanın ilanı batılı devletler ve Rusya'nın baskı ve müdahalelerini asgariye indirme amacındaydı.

Esas itibarıyla 1830 Belçika Anayasası örneğine dayanan 1876 anayasası gözden geçirildiğinde,

- Padişah, parlamenter sistemdeki sembolik devlet başkanı gibi değil, aksine tüm yetkileri elinde bulunduran, kendi rızası ile bazı yetkileri başışlayan konumundadır.

- Padişah yürütmenin başındadır.
- Güvenoyu sistemi yoktur.
- Hükümeti kurma ve feshetme yetkisi Padişah'tadır. Ayrıca, "Kanun Hükmünde Kararname" çıkarma yetkisi, yasama gücünü de elinde bulundurduğunun önemli bir işaretidir.
- 1876 Anayasası'nda, üyeleri Osmanlı vatandaşları tarafından seçilen Heyet-i Mebusan ile Padişah tarafından belirlenen ve ömür boyu atanan üyelere oluşan bir üst denetim organı olarak Meclis-i Ayan vardır.
- Yargı gücü bağımsızdır. Yargıçların işine son verilemez.
- Bakanlar Kurulu ile Meclis-i Ahkam-ı Adliye'nin reis ve üyelerini ve padişah aleyhine cürüm işleyenleri yargılamak üzere Divan-i Ali 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, Padişah'ın polis soruşturmasına dayanarak, yurt dışı sürgün cezası verilebilmesidir.

Padişah'a sınırsız yetkilerin tanınması, sıkıyönetim ilanı ve yurt dışı sürgün cezası gibi kararların yürütmeye, dolayısıyla Padişah'a ait olması, din ayırımının kaldırılması çabalarına karşılık, devletin dinin İslam olduğunun belirtilmesi, bu dönemde resepsiyon beklentisinde olanları hayal kırıklığına uğratmıştır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, 1876 Kanun-i Esasi'nin ilanı, bir resepsiyon eylemi değil, Osmanlı Saltanatının Tanzimat ve İslahat Fermanlarında olduğu gibi, dış baskılara karşı, bu defa İstanbul

<sup>22</sup> Muharrem Balci, "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 20.

Konferansı'nın tehdidi ile bir geçiştirme operasyonudur.<sup>23</sup>

Gerçekten Kanun-i Esasi'nin ilan edilmesinin nedenlerinden birisi de İstanbul Konferansının toplanmasını önlemektir. Anayasanın ilanı ile konferans toplantı, böylece ilk amaç gerçekleşmemiş oldu. Konferansta alınan kararlar Osmanlı tarafından uygulamaya geçilmedi. Rusya da bunları bahane ederek 93 Harbini başlatacaktı. Zaten Kanun-i Esasi ile oluşturulan Meclis-i Umumi 1878 yılında Padişah tarafından feshedildi. Kanun-i Esasi'nin ilanı ile beklenen, "Batılı Devletleri tatmin etme ve baskı ile müdahaleleri engelleme" düşüncesi de gerçekleşmemiş oldu. Zaten yukarıda belirtildiği gibi hem meclisin hem de anayasanın ömrü ancak iki sene sürdü.

## İKİNCİ MEŞRUTİYET

İlan edilen anayasa ve meclislerin ortadan kaldırılmasından sonra Osmanlı içinde aydın diyebileceğimiz akımlar oluşmaya başladı. Bunlardan en önemlisi "Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti" ya da diğer bir adıyla "Jön Türkler" idi. Bunlar Osmanlı'nın tüm tebaasına sesleniyor, herkesi "Osmanlı Milleti" kavramı altına davet ediyordu. İttihat Terakki daha çok basınla sesini duyurmaya çalışıyor, hem asker kanadından hem de aydın kesiminden taraftar buluyordu.

1800'lü yılların sonunda İttihat ve Terakki'nin iki tane darbe girişimi başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu başarısız girişimlerden sonra İttihat ve Terakki sesini daha da yükseltmiştir.

Nihayet 1908'de İttihat Terakki, İngiltere ile Rusya'nın Balkan sorunları için Reval'de görüşme yapmaları ve Makedonya için ıslahat istemeleri sonucu paniğe kapı-

lıp Resne'de Kolağası Niyazi Bey'in ayaklanmasını da bahane ederek harekete geçmiş, 23 Temmuz 1908'de Meşrutiyeti re'sen ilan etmiştir. Bunun üzerine II. Abdülhamit 24 Temmuz 1908'de anayasayı tekrar yürürlüğe koyduğunu ve meclisi toplantıya çağırdığını, seçimlerin yapılması kararı aldığını açıkladı. Böylece II. Meşrutiyet dönemi başlamış oldu.<sup>24</sup>

13 Nisan 1909 yılında (31 Mart Vakası) Abdülhamit'e karşı bir ayaklanma başlamış, bu ayaklanma bastırılmış, ancak Abdülhamit'in de saltanatının sonu olmuştu. İstanbul'da toplanan meclis ilk olarak Abdülhamit'in yerine tahta Mehmet Reşat'ı getirmiştir. İttihat ve Terakki Kanun-i Esasi'de bazı değişiklikler yapma yoluna gitmiş, ancak alttan gelen bir halk hareketi sonucu ilan edilen anayasa ve yapılan değişiklikler ile gerçek anlamda istenilen parlamenter sistem amacına ulaşılammıştır.

1909 yılında yapılan değişikliklerle;

- Padişah yine devletin başıdır, hem Meclis-i Umumi'de anayasaya bağlılık andı içme yükümlülüğü altına girmiş ve ödenekleri yaysa bağlanmış, hem de bakanlar kurulunun oluşumu üzerindeki yetkilerini büyük çapta yitirmiştir.
- Artık sadece şeyhülislam ile sadrazamı atamakta, bunun seçtiği vekilleri de usulen atamaktadır. Bakanlar kurulu şimdi Meclis-i Mebusan karşısında sorumlu olduğundan, Padişah'ın, istediğini sadrazam seçme olanağı da yoktur; meclisten güvenoyu alabilecek birisini seçmesi gerekmektedir.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> A.g.e., s. 21-22.

<sup>24</sup> A.g.e., s. 22.

<sup>25</sup> Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, 1998, s. 193.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

İkinci Meşrutiyet Osmanlı'da ilk defa aşağıdan yukarıya bir ivme kazanan ve geniş bir toplumsal halk tabanını da arkasına alarak, daha önce Padişah tarafından tek taraflı olarak ilan edilen diğer belgelere karşı, anlaşmaya dayanan bir anayasa kabul edilmiş ve meclis tarafından yapılan değişikliklerle de padişaha kabul ettirilmiştir.

### MEŞRUTİYET SONRASI DÖNEM VE 1921 ANAYASASI

Bu sırada yeni Türk devleti için önemli bir siyasi gelişme, Lozan Barış Konferansı'nın toplanmasıdır. İlk bakışta Birinci Dünya Harbi'yle başlayan ve kurtuluş savaşı ile noktalanmış bir dizi harplerin doğurduğu sınırlar, tazminatlar, arazi ve esir mübadelesi gibi meselelerin halle çalışıldığı barış konferansının, Türk hukukunun gelişmesine herhangi bir etkinin olabileceği hatıra gelmez. Ne var ki hem geçmişte kapitülasyonların sağladığı adli imtiyazlar, hem de gayrimüslim azınlıkların özellikle Ahval-i Şahsiye alanındaki hukuki statüleri, konferansın en fazla tartışılan konularının başında gelmiştir. Bu görünen sebeplerin gerisinde yeni Türk devletinin İslami bir kimlikten elden geldiğince uzaklaştırılması arzu ve stratejisi de, beynelmilel bir konferansın taraflarını, Türkiye'nin bir iç meselesi olması lazım gelen hukuki düzenlemelerde müdahil konuma getirmiştir.<sup>26</sup>

Batılı devletler kendi vatan-daşlarından Türkiye'de oturanlar için bir ayrıcalık istemekteydiler. Ancak Türk Hükümetini temsilen Rauf Bey Lozan'da bulunan İsmet Paşa'ya haber göndermiş ve yabancıların da Türk vatandaşları gibi aynı hukuka tabi olacağını,

bu konuda bir ayrıcalık tanınmayacağını bildirmiştir. Nitekim Mustafa Kemal İzmir İktisat Kongresi'nde;

"...Bir devlet ki ecnebler üzerinde hakk-ı kazasını tatbikten mahrumdur, o devlete müstakil denemez."<sup>27</sup>

diyerek bu ayrıcalıklara kesin olarak karşı çıkmaktadır.

Başlangıç itibariyle Batılıların dikte ettirdiği hukuka şiddetle karşı çıkılırken daha sonraları bu katı tavır yumuşamaya başlayacaktır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra toptan bir değişim içine girilmiş ve "eski"ye dair ne varsa inkar edilmiş olup, her şey Batılıların "muasır medeniyet" seviyesine yükselmek için yapılmış olacaktır. Nitekim Atatürk'ün aşağıdaki konuşması dikkat çekicidir:

"Evet, biz bu mecliste içtihat itibariyle namütenahi fedakarlıklar yaptık ve belki de yapmak lüzumlu idi. Bundan dolayı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun maddelerine hiç de lüzumu olmayan maddeler girdi. Belki de bundan dolayıdır ki, adli kapitülasyonları lağvet-tirmek hususunda (Lozan'da hala) müşkilat çekiyoruz. Herifler diyorlar ki sizin yapacağınız kanunlar fıkıh kitabı vs'dir. Bugün Lozan Konferansı'nda ve cihanda Yeni Türkiye'nin bir kredisi varsa o da şekl-i sabıkı ilgadan, imhadan neş'et etmektedir. Bizim İnkılabımız Meşrutiyet inkılabı ve ondan evvel yapılan inkılablar gibi olsaydı, kimse ehemmiyet atfetmezdi."<sup>28</sup>

Lozan Konferansı sonrasında Batılı hukuk danışmanları konferansta alınan karar gereğince Türkiye'ye gelmiş ve yapılması düşünülen hukuk reformları için kurulan komisyonlara katılmışlardır. Bu gelişme gösteriyor ki "şekl-i sabık'ı ilga" ile birlikte Yeni Tür-

<sup>26</sup> Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, 1996, s. 300-30.

<sup>27</sup> A.g.e., s. 303.

<sup>28</sup> A.g.e., s. 304.

kiye Cumhuriyeti yüzünü dosdoğru Batı'ya çevirmiştir.

İtalyan delegesi Montagna da ayırım yapmaksızın bütün Türk uyruklarına uygulanacak genel bir kanun çıkarmanın mümkün olmadığını düşünmektedir. Batı ülkeleri örneği geçerli değildir; gerçekten bu ülkeler ulusal özellik bakımından olduğu kadar, din, soy ve dil bakımından da mütecanistirlir. Azınlıkların büyük küteller halinde bulunduğu Türkiye'nin durumu böyle değildir. Herkese aynı uygulamaları istemekle, Türk hükümeti ayırım gözetmeksizin herkesi gücendirmek ve herkese haksızlık yapmak tehlikesiyle karşılaşır. Hıristiyanlar arasında yürürlükte olan göreneklerden özü bakımından farklıdır; çünkü bunlar her şeyi ile hatta bir takım fizyolojik başlıklarla bile ayrı olan halkların yüzyıllardır süregelen alışkanlıkların ürünüdürler. Burada görülecek ki, gayrimüslim azınlıklar için ahvali şahsiye alanında Türk hükümeti kendiliğinden bir düzenleme yapamayacak, gerekli düzenlemeler Türk hükümeti ile ilgili azınlığın eşit sayıdaki temsilcilerinden oluşacak komisyonlar tarafından yapılacak, anlaşmazlık halinde ilgili konuda Cemiyet-i Akvam tarafından belirlenecek hakem yetkili olacaktır.<sup>29</sup>

Esasen Mustafa Kemal, Türk Heryetinde bulunanlardan ve kendi kadrosundakilerden çok önce ve onların aksine, hukukta reform değil, bir hukuk devrimi fikrine sahipti. Bu düşüncesini de 1 Mart 1922'de TBMM'nin üçüncü toplantısını açarken yaptığı konuşmada ifade etmiştir. Nitekim Mustafa Kemal 1923'ün Ocak ayında çıktığı yurt gezisinde Birinci Meclisi feshederek yerine Halk Fırkası adıyla kurulacak partinin elemanlarından tayin edilmiş ve içinde muhalefetin bulunmayacağı bir Meclis oluşturma fikrini test edecektir. Neticede bu fikir hayata ge-

cecek ve Türkiye uzun yıllar muhalefetsiz tek partili bir sistemle yönetilecek bir hukuk reformu gerçekleşmiş olacaktır.<sup>30</sup>

Mustafa Kemal'in cumhuriyet döneminde yapmış olduğu aşağıdaki konuşması, o dönemde yapılan hukuk reformlarının ya da daha doğru bir ifadeyle resepsiyonların kaynağı ve temeli hakkında bize fikir vermektedir:

"Sayın arkadaşlar!

Türk ihtilalinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız, kendine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok olmaya mahkumdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı oldukları gibi Batıdan almak zorundayız. Böylelikle, Türk ulusunun iradesine uygun hareket etmiş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre değil, milletimizin dileklerine göre iş başarmaya borçluyuz. Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veriririm."<sup>31</sup>

Türk Medeni Kanununun gereksinin son bölümündeki şu ifadeler dikkat çekicidir:

Türk Kanunu Medeni Layihası yürürlüğe konulduğu gün milletimiz on üç asrın kendisini çeviren hastalıklı inançlarından ve karışıklıklarından kurtulmuş, **eski medeniyetin kapılarını kapayarak** hayat ve feyiz bahşeden çağdaş medeniyetin içine girmiş bulunacaktır."<sup>32</sup>

## SONUÇ

Tanzimat Fermanı'ndan başlayıp 1921 Anayasası'nın kabul edildiği döneme kadar olan süreç incelendiğinde, hukukla ilgili olarak yapılmış olan tüm çalışmalarda doğrudan ya da dolaylı olarak Batının

<sup>29</sup> A.g.e., s. 307,309.

<sup>30</sup> Muharrem Balcı, "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", s. 28.

<sup>31</sup> A.g.e., s. 29.

<sup>32</sup> A.g.e., s. 31.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ve büyük devletlerin bir baskısı söz konusu olmuştur. Ayrıca, kabul edilmiş olan fermanlar, anayasalar v.b. belgeler Osmanlı ve Türkiye'nin de katılmış olduğu konferans ya da görüşmeler öncesinde kabul edilmiş ve ilan edilmiştir. Buradaki amaç, ülkeyle ilgili kararlar alınmadan Batılı devletler ile büyük devletlerin gözlerini boyamak ve bunlardan gelecek tepkileri en aza indirmekti.

İkinci Tanzimat<sup>33</sup> da denilen günümüze bakıldığında, hukuk alanında (ve de siyasi alanda) yapılmış olan ve hala yapılan değişikliklerin hepsinde Batılıların (AB) ve diğer büyük devletlerin bir baskısı söz konusudur. Bugün Avrupa Birliği için uyum yasaları çıkarılmakta ve çıkarılan bu yasalar eskiden olduğu gibi ya uygulama alanını bulamamakta, ya da çok zor bulmaktadır. Bugün çıkarılmış olan birçok yasa, ilgili yönetmelikler çıkarılmadığı için uygulama alanı bulamıyor ve yapılan değişiklikler anlamsız kalıyor.

Sonuç olarak cumhuriyet öncesinde Osmanlı'da hukuk alanında yapılan değişikliklerin hepsinde doğrudan ya da dolaylı olarak Batının etkisi olmakla beraber, bu değişikliklerle Batının istediği laik nitelik hukuk alanında sağlanmazken, hakim olan özellik İslam'ın özüne aykırı bir düzenleme yapılmamış olması ve yapılan değişikliklerin hiçbir zaman bir resepsiyon hareketine dönüşmemesidir. Halbuki cumhuriyet dönemine bakıldığında Türkiye yüzünü tamamen Batıya dönmüş, resepsiyon hareketiyle Batı kanunları olduğu gibi iktibas edilmiş ve "şekl-i sabıkı ilga" edilerek toplum değerleri ve tarihi göz ardı edilerek tamamen Batı yanlısı bir yol izlenmiştir.

## Kaynakça

Bülent Tanör; *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul: 1998.

İlyas Doğan; "Tanzimat Sonrası Osmanlı Aydınlarında Çağdaşlaşma Sorunu ve Arayışlar", <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/cm.k.htm>

Macid Hadduri; *İslam Hukuku'nda Savaş ve Barış*, Yöneliş Yayınları, İstanbul: 1999.

Mehmet Akif Aydın; *İslam Ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul: 1996.

Muharrem Balcı; "Birinci Tanzimat'tan İkinci Tanzimat'a", *Birikimler I*, Danışman Yayınları, İstanbul: 2003.

Reşat Kaynar; *Mustafa Reşit Paşa Ve Tanzimat*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara: 1991.



## Medeniyetin Anası Olarak; Vakıflar

Av. Sema DEFNE



### FATİH SULTAN MEHMET VAKFI VAKFİYYESİ

''Ben ki İstanbul Fatihi abd-ı aciz Fatih Sultan Mehmet, biza-tihi alın terimle kazanmış olduğum akçelerimle satın aldığım İstanbul'un Taşlık mevkiinde kâin ve malûmu'l-hudut olan 136 bap dükkanımı aşağıdaki şartlar muvacehesinde vakfı sahih eyledim.

Şöyle ki:

Bu gayrı menkulâtımdan elde olunacak nemalarla İstanbul'un her sokağına ikişer kişi tayin eyledim.

Bunlar ki, ellerindeki bir kap içerisinde kireç tozu ve kömür külü olduğu halde günün belirli saatlerinde bu sokakları gezerler. Bu sokaklara tükürenlerin, tükrükleri üzerine bu tozu dökerekler ki yevmiye 20'şer akçe alsınlar;

Ayrıca 10 cerrah, 10 tabip ve 3 de yara sarıncı tayin ve nasp eyledim.

Bunlar ki, ayın belli günlerinde İstanbul'a çıkarlar bilâistisna her kapıyı vuralar ve o evde hasta olup olmadığını sorular; var ise şifası, ya da mümkün ise şifayab olalar. Değilse kendilerinden hiçbir karşılık beklemezsiniz Darülacezeye kaldırılarak orada salâh bulduralar.

Maazallah herhangi bir gıda maddesi buhranı da vâki olabilir. Böyle bir hal karşısında bırakmış olduğum 100 silâh, ehli erbaba verile. Bunlar ki hayvanat-ı vahşiyenin yumurtada veya yavruda olmadığı sıralarda balkanlara çıkıp avlananlar ki zinhar hastalarımızı gıdasız bırakmayalar.

Ayrıca külliyyemde bina ve inşa eylediğim imarethanede şehit ve şühedânın harimleri ve Medine-i İstanbul fukarası yemek yiyeleler. Ancak yemek yemeye veya almaya bizzâtihi kendüleri gelmeyûp yemekleri güneşin loş bir karanlığında ve kimse görmeden kapalı kaplar içerisinde evlerine götürüle.''

### VAKFIN TANIMI

Arapça kökenli olan "vakf" sözcüğü, alıkoyma, durdurma, tutuklama, duruş, kımıldanma anlamlarına gelmektedir. Vakf'ın çoğulu "evkaf" yani vakıflar olup, vakıf sözcüğü Osmanlı dilinde, vakfetmek eyleminin oluşturduğu sonuç, kurum olarak kullanılmış ve bugüne kadar da aynı anlamı sürdürmüştür. Vakfeden kişinin aldığı ad "vâkıf" ve vakfedilenin kendisi ise "vakıf"tır. Vakfetmede geri alma, süre ile kısıtlama ya da yararlanmanın en-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

gellenmesi gibi şartlar geçerli olmamaktadır.<sup>1</sup>

Hukuki manada vakıf; bir malı ammenin mülkü hükmünde olmak üzere bir veya birkaç gayeye müebbeden tahsis etmektir. Fıkıh kitaplarındaki ifadesiyle; menfaati insanlara ait olmak üzere bir malı Allah'ın mülkü hükmünde temlik ve temellükten alıkoymaktır. Vakıf vücut bulduktan sonra artık o malda vakfın mülkiyeti zail olmakta ve bundan sonra vakıf mal gayesine ve vakf edenin şartlarına göre idare olunması icab etmektedir.

Ömer Hilmi, Ahkam'il-Evkaf'ta vakfı şu şekilde tanımlar.<sup>2</sup> "Vakıf; menfaati ibadullaha ait olur vechile bir aynı Cenab-ı Allah'ın mülkü hükmünde olmak üzere temlik ve temellükten mahbus ve memnu kılmaktır."

Medeni Kanunumuzda ise vakıf şu şekilde tanımlanmıştır;

**Madde 101.** Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.

Yukarıda yapılan tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere vakfı oluşturan unsurlar şunlardır:

1. Vâkıf: Vakfeden
2. Mevkuf: Vakfedilen şey
3. Mevkufunaleyh veya meşrutunleh: Vakfın menfaati kendilerine tahsis olunanlar.

Vakıf müessesesi yukarıdaki bu üç unsuru aynı anda taşımak zorundadır. Bu üç unsurun yanı sıra vakıf kurumunun taşıdığı ve taşınması gerektiği, vakfı diğer benzer kurumlardan ayıran hukuki dört özellik daha bulunmaktadır. Bunlardan;

*Birincisi;* vakfın sürekliliği ve ebediliğidir.

*İkincisi;* temlik temellük edilemeyecek olmasıdır.

*Üçüncüsü;* vakıf müessesesinin tüzel kişiliğe sahip olmasıdır.

*Dördüncüsü ise;* vakfın bağımlılığı yani vakfetme iradesinden vazgeçilememesidir. Bu özellikler vakfı diğer benzer kurumlardan ayıran özelliklerdir.<sup>3</sup>

### VAKIFLARIN TEMEL NİTELİKLERİ

Vakıfları diğer benzer kurumlardan ayırt edebilmek için, vakfın temel niteliklerinin ortaya konması gerekmektedir. Çünkü; bir müessesenin vakıf olarak adlandırılabilmesi için var olması gereken özellikleri belirlemeden söz konusu müessesenin ekonomik, sosyal ve hukuki yönden tam bir tahlile tabi tutulamayacağı muhakkaktır.<sup>4</sup>

#### a. İrade Beyanı

Bir vakfın hukuki manada kişilik kazanabilmesi için irade beyanına ihtiyaç vardır. Vakıf muamelesi bir hukuki tasarruf olduğundan irade beyanının şekli de önem kazanmaktadır. Bu irade beyanının açık ve yazılı olması gerekmektedir. Günümüzde vakıf kurma muamelesinin hukuki bir mahiyet arzedebilmesi için yazılı irade beyanının noterde tasdik edilmesi ve akabinde mahkemece tescil edilmesi gerekir. Mahkemece tasdik edilen vakıf merkezi sicile kaydedildikten sonra ilan edilerek tüzel kişilik kazanır.

<sup>1</sup> Suat Ballar, s. 4.

<sup>2</sup> Ömer Hilmi, s.13.

<sup>3</sup> Adnan Ertem, "Vakıf, Vakfın Menşei İle İlgili Görüşler ve Türk Toplumunda Vakıf"

<sup>4</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

### **b Vakfın Ebedi Olması (Süreklilik)**

Belli bir süreye bağlanarak vakıf kurulamaz. Vakıf kurma muamelesinde süreklilik esastır. Ancak bazı İslâm hukukçuları belli bir süreye istinaden vakıf kurulabileceğini ileri sürmüş olsalar bile, vakıf kurma muamelesinde esas olan Osmanlı tatbikatında da görüldüğü gibi vakfın ebedi (sürekli) olmasıdır.<sup>5</sup> Belli bir süreye bağlanan, geçici bir süre için kurulan vakıfların sahih olmadığı görüşü kural olarak benimsenmiştir. Hatta vakıf kurma irade beyanında, vakfın ebediliğini (sürekliliğini) engelleyecek herhangi bir şart da ileri sürülemez. Vakfın sürekliliğinden kasıt, vakfetme işleminde vakfın belli bir zamana bağlanmamasıdır. Yoksa muhakkak ki bazı vakıfların çeşitli nedenlerle belli bir süre sonra nihayete ermesi mümkündür. Vakıfların da nihayete erebileceği kabulünden hareketle vakfa süre koymak doğru değildir. Günümüz vakıf hukukunda da vakıfta süreklilik esastır. Ancak bunun yanı sıra vakıfların nasıl sona ereceği konusu da kanunda belirlenmiştir.

### **c. Temlik ve Temellük Edilememesi**

Vakfedilen mal temlik ve temellük edilemez, alınıp satılamaz, herhangi bir kişi veya kuruluşun mülkiyeti altına giremez. Vakıf mallarının satılamayacağı esası Osmanlı tatbikatında ve günümüzde de geçerlidir.

Bu esasın Osmanlı döneminde doğurduğu sıkıntıları gidermek için "istibdal" hükmü kabul edilmiştir.<sup>6</sup> İstibdal; bir vakıf malı, mülk olan diğer bir mal ile değiştirmektir. Vakıf malın

istibdali yani başka bir malla değiştirilmesi söz konusu olunca, vakıf malının da satılması kendiliğinden gündeme gelecektir. Ancak satılan vakıf maldan elde edilen gelirin kendi cinslerinden hayrat inşasına harcanması gerekir. Günümüzde geçerli olan uygulamada ise, satılan vakıf mallardan elde edilen gelirin yine aynı amaca tahsis edilmesi gerekir.<sup>7</sup>

Unutulmaması gerekir ki burada maldan kasıt gayrimenkul mal ile satışa konu edilebilecek menkul mallardır. Yoksa hiçbir şekilde hizmet veya bilgi satışı söz konusu değildir.

### **d. Vakfın Tüzel Kişiliği**

Vakıflar gerçek kişiden bağımsız bir varlığa sahip olduğundan tüzelkişi olarak kategorize edilmeleri gerekir. Osmanlı tatbikatında ve günümüzde vakıflar hukuki bir varlığa sahiptirler. Vakıfların hukuk alanında varlıklarını koruyabilme ve sürdürebilmeleri için mutlaka tüzelkişiliğe sahip olmaları gerekir. Bu nedenle vakfı tanımlarken veya hukuki yapısını izah ederken gerçek kişiden ayrı olarak ele alınması gerekir. Vakfa hukuki anlamda bir kişilik kazandırılmadığı takdirde, bağlantılı olarak hukuk alanında bir varlık olarak temsil edilebilme, hak ve menfaat elde edebilme ve borç altına girebilmeleri mümkün değildir. Günümüzde de bu ihtiyaca binaen vakıflar hukuki açıdan bir varlık olarak kabul edilmişlerdir.<sup>8</sup>

### **e. Vakıf Kurma Muamelesinin Bağlayıcılığı**

<sup>5</sup> Ömer Hilmi, s. 24.

<sup>6</sup> Ömer Hilmi, s. 115.

<sup>7</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

<sup>8</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bağlayıcılık, eski tabirle lüzum olarak ifade edilir, yazımızda bağlayıcılık ifadesini bu anlamda kullanacağız. Lüzum, devamlılık ve sebatlılık demektir. Hukuki açıdan ise "bir hukuki muamelenin, geçerli olarak kurulduktan sonra taraflardan biri tarafından feshedilememesi, tek taraflı bir muamele ise, artık geriye dönülemez" şeklinde tanımlanabilir.<sup>9</sup>

Vakıf kurma muamelesinin bağlayıcılığından kasıt şudur. Osmanlı Hukukuna göre vakıflar bağlayıcılığı yönünden ikiye ayrılır: Lazım vakıflar ve gayr-ı lazım vakıflar. Lazım vakıflar; feshi mümkün olmayan vakıflardır. Vakfeden veya mirasçısı böyle bir vakıf muamelesinden dönemeyeceği gibi, hakim bile bu tür vakıfları iptal edemez. Gayr-i lazım vakıflar ise, vakfedenin vakıf kurma muamelesinden geri dönebileceği vakıflardır.<sup>10</sup> Lazım vakıfların bağlayıcılık kazanabilmesi için vakfın tescil edilmesi gerektiği görüşü hakimdir.<sup>11</sup> Tescil; bir hakimin yargılama sonucu vakfın lüzumuna karar vermesidir. Vasiyet şeklinde, ölüme bağlı olarak kurulan vakıflar, lazım olarak kurulur. Vasiyet şeklinde kurulan vakıflarda tescille ihtiyaç yoktur. Vasiyet vakfedenin mirasçılarını da bağlar.

Günümüzde de vakfetme muamelesinden geri dönülemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Hatta Osmanlı tatbikatından farklı olarak tescil edilmediği halde, noterde düzenlenen vakıf senedine istinaden kurulan vakfetme muamelesinden geri dönülemeyeceği hükmü geçerlidir. Vakfın tescil edilip edilmemesi önemli değildir.<sup>12</sup> Ayrıca vasiyet

yoluyla kurulan vakıfların tescil edilmeleri gerekir.<sup>13</sup>

Bu değerlendirmeler ışığında, herhangi bir kurum veya kuruluşun veya işlemin vakıf olarak adlandırılabilmesi için yukarıda belirtilen özelliklerin hepsinin birden o kurum veya kuruluşta bulunması gerekir. Bu özelliklerden herhangi birisinin bulunmaması halinde vakfetme muamelesinin gerçekleşmeyeceği, ortaya çıkan sonucun da vakfa benzeyen kurum olarak adlandırılmasının daha uygun olacağı aşikardır. Çünkü herhangi bir kurum ancak yukarıda belirtilen özellikleri üzerinde taşıdığı sürece vakıf olarak adlandırılabilir.<sup>14</sup>

## VAKFIN TARİHÇESİ

Tarih boyunca birçok toplumda vakıf veya vakfa benzer kurumlardan bahsedilmektedir. Ancak bizim anladığımız manada "vakıf" tamamen İslâmi bir kurumdur. Vakıf müessesesinin tahliline yönelik birçok araştırma ve çalışmadan net bir sonuca ulaşamamıştır. Bu konuda Fuat Köprülü "Şarkta asırlardır yapılmış tetkiklere ve Garpta bir asırdan beri yapılmış müessesesinin hukuki cephesi bile layıkıyla aydınlatılmış olmaktan uzaktır"<sup>15</sup> demektedir. Köprülü'nün ifade ettiği fikirlerin aksi kabul görmediği takdirde, vakıf kurumunun menşei hakkındaki görüşler genelde teori seviyesinde kalmaya devam edecektir. Fuat Köprülü, vakıfların menşeinin yalnızca Roma ve Cermen hukuklarında değil daha eski şark medeniyetlerinde bilhassa Mezopotamya'da aramanın doğru olduğu görüşünü ileri sürmektedir.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Ahmet Akgündüz, s. 95.

<sup>10</sup> Ömer Hilmi, s. 13; Adnan Ertem, a.g.m., s. 10.

<sup>11</sup> Ömer Hilmi, s. 33-34.

<sup>12</sup> Adnan Ertem a.g.e. Yargıtay 6HD 25.4.1979/681 E ve 3506 K sayılı kararında vakfın, resmi senedin tanzimi ile kurulacağı esasını kabul etmiştir.

<sup>13</sup> Adnan Ertem a.g.e.

<sup>14</sup> Adnan Ertem, a.g.e.

<sup>15</sup> F. Köprülü, s. 313.

<sup>16</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

## Medeniyetin Anası ve Yaratıcısı Olarak Vakıflar / S. Defne

Böylece özellikle belirtmek gerekir ki, menşei itibarıyla vakıf müessesesi sadece İslâm dinine ait, İslâm'a özgü, İslâm dininin vücudu ile ortaya çıkmış bir müesseseye değildir.<sup>17</sup> Ancak bu dinin dinamikleri sayesinde yüzyıllara damgasını vurabilen, müstesna bir kurum olarak teşekkül ettiği de bir hakikattir. Denilebilir ki; vakıf medeniyeti İslâm dininin insanlara kattığı değer yargıları olmasaydı, tarihte sahip olduğu mevcut konumuyla vücut bulamaz, bu haliyle teşekkül edemezdi. Nitekim, Batı'da bu kurumdan istifade edebilmek için yapılan tüm uğraşların boşa gitmesi, insanlarda, İslâmiyet'in kazandırmış olduğu değer yargılarının olmayışı, insanların 'karşılıksız verme' bilincine sahip olamamalarıyla ancak açıklanabilir. Bu nedenle vakıfların tarihi gelişimi ve menşei, İslâm öncesi ve sonrası olmak üzere iki safhada ele alınacaktır.

### a. İslâmiyet Öncesi Vakıf Kurumu

Bir görüşe göre en eski vakıf MÖ 1280-1290 yıllarında Hitit Kralı Hattusilis tarafından kurulmuş vakıftır.<sup>18</sup> Anadolu'da yapılan kazılar sonucu Boğazköy'de bulunup, bugün Türk-İslâm müzesinde korunan tabletlerde vakıf tasnifi içine sokulabilen, Hititlere ait yazılı tabletlerde vakfiyelere rastlandığı belirtilmiştir.<sup>19</sup> Oysa Bülent Köprülü, bu belgenin vakıf müessesesinin Hititlerde bulunduğunu ancak vakfın hukuki mahiyeti hakkında herhangi bir bilgi vermediğini ve kurumun tüzel kişiliğe sahip olup olmadığını

şu hususunun da tamamen meçhul olduğunu ifade etmektedir.<sup>20</sup>

Eski Ön Asya ve bilhassa Mezopotamya'da vakfın en eski kaynaklarına rastlanır. Babil'de ruhunun selametini temin etmek isteyen dindar bir adam, bir mabet yaptırmış ve bu mabede tayin ettiği rahibin oturması için de bir mülk hibe etmiştir. Bu vesikalarda, vakıf şartlarına riayet etmeyenler hakkında, İslâm vakfiyelerinin sonunda bulunan formüller, aynıyle bulunmaktadır.<sup>21</sup>

Eski Yunan'da vakıf kurumundan bahsetmek aslında pek mümkün değildir. Çünkü Eski Yunan'ın sosyal yapı ve özelliği böyle bir yapının oluşması için elverişli değildir. Bununla birlikte vakfa benzer bazı kurumlardan bahsedilmektedir. Bir kimse bir malını diğer birine tayin edeceği gayeyi değiştirmemek şartı ile hibe ve vasiyet etmekteydi.<sup>22</sup>

Roma Hukukunda, vakıf müessesesi, Roma'nın en uzun devri olan Cumhuriyet döneminin sonlarında ortaya çıkmıştır ve vakıf anlayışı Eski Yunan'daki vakıf anlayışından farklıdır. Romalılar vakıf sahasında teoriye girilerek tüzel kişilik meselesini tartışmaktan çekinmişler ve bir malın tahsis olunacak gayeye nasıl hizmet edebileceğini hukuk tekniği ile halletmeye çalışmışlardır. Şakir Berci ise Roma Hukukunda vakıf müessesesinin olmadığını iddia etmektedir. Anlaşıldığı üzere Roma Hukukunda vakıf kavramı çok muğlak bir anlamdadır.<sup>23</sup>

Cermen Hukukunda ise, Cermenlerin eski Yunan ve Roma sosyal çevresinden farklı bir sosyal yapıya sahip olmalarından dolayı biraz farklılık arzeder. Cermen Huku-

<sup>17</sup> Bu yargı ile ilgili eser: F. Köprülü, Vakıflar Dergisi Ankara 1942, 2, 1 vd.

<sup>18</sup> Suat Ballar, s. 4.

<sup>19</sup> İsmet Kayaoğlu, sayı: 11.

<sup>20</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

<sup>21</sup> İsmet Kayaoğlu, s. 50.

<sup>22</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

<sup>23</sup> Adnan Ertem, a.g.m.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

kunda vakfedilen malın vakfeden şahsın mülkiyetinden çıkmaması esastır.<sup>24</sup>

Vakıf müessesesinin hukuki mahiyeti bakımından ilk örneklerini Bizans'tan aldığı fikri çeşitli hukukçular tarafından ileri sürülmüştür. Hatta bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Fuat Köprülü de bu görüşü kabul etmekte, özellikleri nedeniyle Bizans müesseselerinin vakfa tesir eden ve menşeyini oluşturan kurumlar olduğunu, İslâm vakıf müesseselerinin Bizans, Suriye ve Mısır'daki dini müesseselerden taklit edildiğini ileri sürmektedir.<sup>25</sup>

Vakıf müessesesinin Bizans Hukukuna dayandığı görüşünü Ebul'ula Mardin kabul etmemektedir. Ebul'ula Mardin'e göre vakıf usulü garp hukukunda ancak 18. asırda çıkan medeni kanunlarda yer almıştır.<sup>26</sup>

İslâm öncesi cahiliye dönemine ilişkin olarak, devre en yakın İslâm bilgini İmam Şafi'i: "Benim bildiğime göre vakfı yalnız Müslümanlar yapmıştır; Cahiliye ehli değil" demektedir.<sup>27</sup> Fakat eğer geniş anlamda ele alınırsa, Ka'be, ilk vakıf olarak Hz. İbrahim tarafından vakfedilmiştir. Eski kavimlerde vakıf mevcuttu, diyen M. Z. Pakalın'a göre İskenderiye kütüphanesi, zezem kuyusu, yollar, köprüler, mabetler birer vakıftır.<sup>28</sup>

### b. İslâmiyet Sonrası Vakıf Kurumu

Bilindiği üzere toplum semavi dinlerin mesajlarındaki insani

değerlerin tesirinden ve yönlendiriciliğinden uzaklaştıkça, insanlardaki mal kazanma hırsının gemenmesi ve sosyal hayatta acımasız davranışların engellenmesi daha da zorlaşır. Böyle bir sosyal çevrede, herkesin ana gündemini ticari faaliyetlerin oluşturması ve dünya hayatını adeta ticari-iktisadi faaliyet olarak görmesi garip karşılanmamalıdır. Haliyle böyle bir sosyal çevrede pratikte ekonomik yönü bulunmayan davranışların ve değer yargılarının önemini kaybetmeye başlaması da beklenen bir durumdur.

İşte Kur'an, böyle bir toplum karşısında ilk olarak, Allah ve ahiret inancını kalplerde yerleştirme ve namazı müminlerin hayatlarının vazgeçilmez bir parçası haline getirme üzerinde durmuş, ayrıca toplumdaki ahlaki problemlere dikkat çekmiş ve fertleri ahlaki zafiyetlerden arındırırken bir yandan da onları en yüce insani değerlerle bezemeye ve böylece bir fazilet toplumu meydana getirme yoluna gitmiştir. Tabiidir ki bunu tedrici olarak belli bir zamana ve sıralamaya göre gerçekleştirmeye çalışmıştır. Faizin diz boyu olduğu toplumda öncelikle bunun önüne geçilmiş, ardından da; insanlara bırakın verilen kredilerden faiz almak, onlara karşılıksız yardım yapabilecek ruh zenginliği kazandırılmıştır.

Bu teşvikler yapılırken bu ayetlerde öncelikle, Allah'a karzı hasen vermek isteyenlere çağrılar yapılmakta, Allah yolunda mallarını infak edenlerin sevaplarının, verilen malın yüzlerce katı kadar olacağı belirtilmekte, sonra ise, Allah yolunda infakta bulunanların uyması gereken nezaket konularında Müslümanlar eğitilip, gizli verilmesinin daha hayırlı olacağı net ifadelerle açıklanmaktadır.<sup>29</sup> Ayetlerle sadece zekat

<sup>24</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

<sup>25</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

<sup>26</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

<sup>27</sup> İsmet Kayaoğlu, s. 51.

<sup>28</sup> A.g.e.

<sup>29</sup> Bakara, 2/261-274-275-280; Al-i İmran, 3/130.

## Medeniyetin Anası ve Yarattıcısı Olarak Vakıflar / S. Defne

değil diğer sadakaları vermek de kamil müminin vasıfları arasında zikredilmektedir.<sup>30</sup>

Nitekim bu tavsiyelerdeki temel kavramları iyi kavrayıp, hayat felsefesi haline getiren müminler, bu değerleri pratik hayata aksettirme konusunda, önceki halleriyle kıyaslanamayacak konumlara geldiler. Nitekim Tebük Savaşı teçhizi konusunda, sahabenin tavrı akıllara durgunluk verebilecek boyuttadır. Zira Tebük teçhiz edilirken, sahabeler, Allah yolunda mal vermeyi, Allah'ın öbür dünyada karşılığını kat kat katlayarak vermeyi taahhüt ettiği, "Allah'a karz-ı hasen vermek" olarak görüyorlardı. Bu aynı zamanda, "hayırda yarışmak"<sup>31</sup> ayetinin bir pratiği idi.<sup>32</sup>

Vakıf kelimesi Kur'an'da geçmemektedir. "Birr", "sadaka", "ih-san" kelimeleri ise vakıf mefhumuna girmez.<sup>33</sup> Buna karşılık Kur'an'da: "Sevdiğiniz şeylerden sarfetmedikçe iyiliğe erişemezsiniz. Her ne sarfederseniz şüphesiz Allah onu bilir."<sup>34</sup> "İyilik ve takvada yardımlaşın, günah işlemek ve aşırı gitmede yardımlaşmayın."<sup>35</sup> buyurulmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere Vakıf kurmaya götüren nedenleri ise Peygamberimiz Hz. Muhammed (s)'in hadislerinde bulmaktayız.

Vakıf kavramının doğuşuna ilişkin olarak gösterilen en önemli delil ise Hayber'in fethi sonrası yaşananlardır. Hz. Ömer kendisine düşen ganimet malı görünce, o zamana kadar o ölçüde değerli bir mala sahip olmadığını ifade ile, Kur'an'ın sevdiğimiz malları infak etmedikçe ideal bir mümin olunamayacağı ifadesini dikkate alarak,

bu malını Allah yolunda infak etmek ister ve bunun için en verimli infak şeklini Hz. Peygamber'den sorar. Peygamberimiz (s) gönül rahatlığı içinde tasadduk etmek gerektiğinin ötesinde bir de tasadduk modeli tavsiye eder. İşte bu tavsiye, İslâm vakıf hukukuna temel teşkil eden hukuki esaslara havidir. Peygamberimizin tavsiyesi, bahçenin (malın) aslı ile meyvesinin (menfaatlerinin) farklı kategoriye konularak tasadduk edilmesi noktasında idi .Yani malın aslının (aynının) özel mülkiyete konu olamayacak bir hukuki konumda tutulması, meyvesinin (menfaatlerinin) ise tasadduk edilmesi tavsiye ediliyordu (Habbisi'l-asla ve sebbili's-semerete).<sup>36</sup>

Hadiseyle ilgili diğer rivayetlerde, malın aslı ile ilgili hukuki statü izah edilmekte, onun aslının alınmaz, satılmaz, hibe edilmez ve miras bırakılmaz bir şekilde tasadduk edilmesi tavsiye buyurulmaktadır.<sup>37</sup> Bu tasadduk şekliyle gayrimenkul bir mal sadaka olarak verilirken, malın devamlı şekilde menfaat verecek bir hukuki statüye kavuşturulması hedeflenmektedir. Örneğimizde söz konusu bahçe dünya durdukça bahçe olarak kalacak, dolayısıyla meyvesi de sadaka olarak insanların hizmetine sunulmaya devam edecek, tabir yerindeyse **suyu kesilmeyen hayır çeşmesi** konumuna getirilecektir.<sup>38</sup>

Peygamberimiz (s)'in hadislerinde bu anlamda kullanılan "habs" kelimesi, zamanla yerini yine aynı anlamı ifade eden "vakf" terimine bırakmıştır. Müslümanların zihninde vakıf anlayışının "kaynağı kurumayan hayır çeşmesi" kavramı olarak netleşmesinde ve Müslümanları bu konuda motive etmesinde Peygamberimiz (s)'in, "insanoğlu

<sup>30</sup> Bakara, 2/77; Müzzemmil, 73/20.

<sup>31</sup> Bakara, 2/148; Al-i İmran, 3/114.

<sup>32</sup> Beşir Gözübenli.

<sup>33</sup> İsmet Kayaoğlu.

<sup>34</sup> Al-i İmran, 3/92.

<sup>35</sup> Maide, 5/2.

<sup>36</sup> Şafii, 4/54.

<sup>37</sup> Buhari, Vesaya, 28; Hamidullah, 96-98.

<sup>38</sup> Beşir Gözübenli.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

öldüğünde, üç durum hariç ameli (sevap kaynağı) kesilir: Sadaka-i Cariye, faydalanılan ilim ve kendisine dua eden salih evlat" hadisi<sup>39</sup> de özel bir fonksiyon icra etmiştir.<sup>40</sup>

Peygamberimizin vakıf kurma konusundaki teşvikleri ve örnek davranışları, sahabelerden mali durumu müsait olanların hemen hemen tamamı kendisinden sonra vakıf bırakmaya özel gayret göstermişlerdir. Sonraki dönemlerde de vakfa karşı ilgi artarak devam etmiştir.<sup>41</sup> Özellikle Selçuklularda ve Osmanlılarda vakıf müessesesi altın çağını yaşamıştır. Selçuklular çok sayıdaki bu vakıfların idaresinin düzenli bir şekilde yürütülebilmesi için "Evkaf Nezareti"ni kurmuşlardır. Hatta Batılı sosyal siyasetçiler 16. yüzyıl Osmanlı toplumu için "vakıf cenneti" tabirini kullanmışlardır.<sup>42</sup> 1850'lerde toplam arazi mülkiyetinin 1/3'ünü vakıfların oluşturduğu, 1964 yılında bile İstanbul'da şehir merkezinde gayrimenkullerin 1/4'ünün vakıf olması hayret vericidir.<sup>43</sup>

İslâm'da ilk vakıf, 706 yılında, Emevi Halifesi Abdulmelik oğlu Velid tarafından, başkent Şam'da yaptırılan "Ümeyye Camii" için kurulmuştur.<sup>44</sup> Vakıf terimi de bundan sonra 8. yüzyılda kullanılmaya başlanılmıştır. Vakıf kurumunun bugünkü duruma gelmesinde İmam-ı Azam'ın öğrencisi Ebu Yusuf Yakub'un büyük emeği geçmiştir. İmam-ı Azam vakfı pek kabul etmez. Ona göre vakıf ariyet gibidir, adak gibi vacip olur.

Ona göre kişinin mülkü, anonim ve genel bir amaç için ve karşılıksız elinden çıkamaz.<sup>45</sup>

Sonraki dönemlerde vakfın Müslüman toplumlarda revaç bulup yaygınlaşmasında pek çok sebepleri arasında iki sebep özellikle dikkat çekmektedir.

*Birincisi*, vakfın Kur'an-ı Kerim'deki hayır ve iyilik yapmakla ilgili ayetlerin ruhuna uygun bir müessese oluşudur. Zira Kur'an-ı Kerim'de pek çok ayette tavsiye edilen yardımlaşma esasları incelendiğinde, yardım alanların rencide edilmemeleri gerektiği önemle vurgulanmakta, yardım edilen kimselerin onurlarının incinmemesine özen gösterilmesi öğütlenmekte ve bunun nasıl gerçekleştirileceği konusunda bazı davranış modelleri ortaya konmaktadır. İşte bu nedenlerle vakıf müessesesi; yardımların bizzat yardım eden insanın elinden değil, bir tüzel kişilik aracılığıyla muhtaç kimselere ulaştırıldığından, insan haysiyetine ve de Kur'an'daki yardımlaşma ruhuna uygun görülmüş ve bundan dolayı Müslüman toplumlarda benimsenmiştir.<sup>46</sup>

*İkinci* önemli sebep ise, vakıf malı mülkiyetinin Allah'a ait olduğu anlayışıdır. Müslüman alimler hadislerdeki tavsiyeleri de dikkate alarak, vakfın dokunulmazlığını ve aynı zamanda da devamlılığını sağlamak üzere, vakfedilen malın mülkiyetinin Allah'a ait olduğu anlayışını formüle etmişlerdir. Böylece vakıf malları özel bir statü kazanmışlardır. Vakıf malın bu özel statüsü, vakıf mallarından sorumlu olan yetkililere ve bu mallardan faydalanacak kimselere bazı ek sorumluluklar yüklemiştir. Bu sorumluluklardan başlıcaları, vakfiye şartına uygun davranmak, vakfın gayesine uygun olarak hizmetlerin devam etmesi için gere-

<sup>39</sup> Müslim 1631, Tirmizi 1367.

<sup>40</sup> Beşir Gözübenli.

<sup>41</sup> Beşir Gözübenli.

<sup>42</sup> Erol Kozak, s. 19-20.

<sup>43</sup> Erol Kozak, s. 40.

<sup>44</sup> Neşet Çağatay, s. 8.

<sup>45</sup> Neşet Çağatay, s. 8

<sup>46</sup> Beşir Gözübenli.

kenleri yapmak, her ne suretle olursa olsun vakfın zararına olabilecek işlemlerden ve davranışlardan uzak durmak şeklindedir.<sup>47</sup>

Vakıf toplumunda kendine has manevi bir ağırlığa sahip olduğu ve özel mülkiyete konu olamaması sebebiyle, istismar endişesinden de uzak olduğu için, herkes tarafından güvenle bakılan bir müessesedir. Bu yönüyle de, insanlar üzerinde, vakfın özelliklerini taşımayan diğer kurumların sahip olmadığı ve de olamayacağı etkilere sahiptir.<sup>48</sup>

Vakıf kültürümüzde oluşan anlayışa göre, kişi vakıf malını kendi özel malından daha iyi korumak zorundadır. Bu anlayışa göre, vakıf malı, vakfın yetkililerinin(mütevelli-nazır) eline emanettir, emanet hükmündedir. Yetim malı ve devlet malında olduğu gibi, vakfın idarecileri, hiçbir şekilde vakıf malının zararına olabilecek bir işlem yapamazlar. Aksi takdirde emanete hıyanet etmiş sayılırlar ve vakıf malında sebebiyet verdikleri zararları da tazmin etmeleri gerekir. Vakıf malını (devlet ve yetim malında da olduğu gibi) haksız yere yiyen kimselerin, dünyada da ahirette de iflah olmayacağı anlayışı, Türk toplumunda yüzyılların birikimiyle oluşan en etkili ve en güçlü oto kontrol mekanizmalarından biridir.<sup>49</sup>

Esasen, vakıf hakkında bu yüce anlayışın yerleşmesinde, toplumun her kesiminin hakkı olduğu düşüncesinin yanı sıra, vakıf kültürümüzdeki vakfiyelerde, vakfın kuruluş şartlarına riayet etmeyenlere karşı yer alan bedduaların da özel psikolojik etkisi göz ardı edilemez. Aynı zamanda bu vakfiyelerin bir kısmı son derece orijinal edebi eserler olarak da, edebiyat

kültürümüzde önemli bir yere sahiptir.<sup>50</sup>

Vakıf kurumu yukarıda kısaca açıkladığımız sebeplerden ötürü, Müslüman toplumlarda revaç bulup yaygınlaşmış ve İslâm tarihinde ilk dönemlerden itibaren, vakıf kurma konusunda Müslümanlar arasında adeta bir yarış başlamıştır. Çünkü, insanlar, kendilerinden asırlarca önce kurulan vakıfların kuruluş gayesi doğrultusunda dimdik ayakta durarak hizmet verdiğini görüp, sahip olduğu manevi ağırlığıyla, her türlü istismar endişesinden uzak, hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olması düşünülmemeyen bir masuniyet edası içinde, ebedi olarak da hizmet vereceğini düşünerek, bu kuruma daha da fazla güven duymuşlardır. Bu güven duygusu da, onlardaki hizmet etme yarışındaki, duygu ve arzularını güçlendirerek mevcut vakıflara, yenilerinin eklenmesi sonucunu doğurmuştur.

#### **MEVZUATIMIZDA VAKIF**

Vakıf hakkında mevzuatımızda yer alan yasa, kanun ve idari düzenlemelere değinmeden önce, öneme binaen öncelikle tesis kavramını incelememiz gerekmektedir. Bu kavrama genel bir bakıştan sonra ise, konu ile ilgili yasa ve yönetmelikler incelenecektir.

#### **a. Tesis Kavramı ve Vakıf ile Arasındaki Farklar**

"Tesis" kavramı, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Kanunu Medenisi'nde kullanılmış, 13 Temmuz 1967 tarihinde 903 sayılı yasanın yürürlüğe girmesine kadar da bu terim kullanılmıştır.

Tesis bir şeyi kurmak demek olup, Medeni Kanunda tesis vakıf

<sup>47</sup> Beşir Gözübenli.

<sup>48</sup> Beşir Gözübenli.

<sup>49</sup> Beşir Gözübenli.

<sup>50</sup> Beşir Gözübenli.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

manasında kullanılmıştır. Tesis, "bir malın muayyen bir maksada tahsisidir." Bu anlamda tesis ele alındığında bu tarif tesisi sadece gaye bakımından izah eder. Halbuki sadece gaye tesise vücut vermez. Bu açıdan bakıldığında herhangi bir gayeye tahsis edilen her şeyi tesis olarak adlandırmak mümkündür. Kütüphane, okul, ev, elbise bir gayenin gerçekleşmesine yardımcı olduğundan dar anlamda tesis olarak adlandırmak mümkündür. Kütüphane, kitap okuma, okul, tahsil yapma; ev, ikamet etme; elbise, giyinme amacına tahsis edilmiştir. Kısaca, tesisi dar anlamda ele alırsak her şey tesis olabilir.<sup>51</sup> Tesis; ahlak ve adaba ve kanuna aykırı olmayan her maksat için yapılabilir.<sup>52</sup>

Tesis muamelesinin özelliklerini ele alacak olursak; tesis kurma muamelesi için irade beyanı gerekli olup, tesisin mallarının satılıp satılmayacağı hususunda açık değildir. Ancak tesis edenin mirasçılarının ve alacaklılarının tesise itiraz edebilme haklarını göz önüne alırsak bundan tesisin mallarının da satılabileceği sonucuna varabiliriz. Çünkü alacaklıların itirazlarının giderilebilmesi için malların satılması gerekir. Tesiste süreklilik hususu yer almadığından, diğer bir ifadeyle kanun metninde tesislerin belli bir süre sonunda bazı nedenlerle sona ereceği hususu açıklıkla yer almadığından tesislerde süreklilik esasının var olduğunu söyleyebiliriz.<sup>53</sup>

Kanun metninde tesise tüzel kişilik de verilmemiş olup, bu şekli ile de vakıf kurma muamelesini tam ve eksiksiz olarak ifade edememektedir.

Tesisin bağlayıcılığı, tesis edenin tesis kurma kararından geri

dönüp dönemeyeceği konusunda da kanunda bir açıklık yer almamaktadır. Ancak hibede olduğu gibi, tesis edenin mirasçıları ve alacaklılarının tesise itiraz edebilme hakkına sahip olmaları, tesisin bağlayıcılığı konusunda endişeleri de beraberinde getirmektedir.<sup>54</sup>

Yukarıdaki açıklamalardan görüldüğü üzere tesis ile vakfın hukuki nitelikleri arasında büyük farklılıklar vardır. Vakıfla aynı hukuki özellikleri taşımayan tesis kavramını vakıf kavramı yerine kullanmak doğru değildir. Çünkü tesisin hukuki özellikleri vakfın hukuki özelliklerinden farklıdır. Farklı bir kavramla birlikte, farklı bir kurum da hukuk literatürüne kazandırılmıştır. Bu nedenle tesisi vakıf benzeri kurum olarak adlandırmak daha doğru olacaktır.<sup>55</sup>

İleride "tesis" kavramı ve olgusu ile ilgili çalışmalarda ulaşılabildiği kolaylığı bakımından, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Kanunu Medenisi'nde yer alıp da 13.07.1967 tarih ve 903 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilen Tesis'le ilgili maddeleri dipnotta alıntılanmakta yarar gördük.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Adnan Ertem

<sup>55</sup> Adnan Ertem

<sup>56</sup> **Madde 73:** Tesis, bir malın muayyen bir maksada tahsisidir.

**Madde 74:** Tesis, resmi bir senetle yahut vasiyet tariki ile vücut bulur. Tesisin mahkeme siciline kaydı, tesis senedi müeddasına ve tesisi teftiş kendisine ait olan makamın talimatına göre icra olunur.

Bu kayıt tesisi idare edeceklerin isimlerini gösterir.

**Madde 75:** Hibede olduğu gibi, tesis edenin mirasçıları ve alacaklıları tarafından, tesise itiraz olunabilir.

**Madde 76:** Tesis senesinde tesisin uzuvları ve sureti idaresi gösterilir. Bunlar kafi derecede gösterilmemiş olursa tesisi teftiş kendisine ait olan makam tarafından lazım gelen tedbirler yapılır.

<sup>51</sup> Adnan Ertem

<sup>52</sup> Şakir Berki.

<sup>53</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

## b. Vakıf Hakkındaki Kanunlar

1. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
2. Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun

Tesisi, gayesine göre teşkil etmek mümkün olamazsa tesis eden itiraz etmedikçe veya tesis senesinde hilafına sarıh bir hüküm bulunmadıkça tesisin malları teftiş makamı tarafından mümkün mertebe gayece aynı olan diğer bir tesise tahsis ve teslim olunur.

### (C) Teftiş

**Madde 77:** Tesis; gayesine göre Devlet, vilayet, belediye ve köyden hangisine taalluk ediyorsa onun teftişine tabidir. Teftiş makamı, tesis mallarının gayesine muvafık surette sarfına nezaret eder.

### (D) Tadil

#### I. Teşkilatın Tebdili

**Madde 78:** İcra Vekilleri Heyeti, teftiş makamının teklifi üzerine tesisin idare heyetinin tahriri mütalaasını aldıktan sonra mallarını muhafaza veya gayesini idame için kat'î ihtiyaç bulunduğu halde teşkilatını tebdil edebilir.

#### II. Gayenin Tebdili

**Madde 79:** Tesisteki gayenin mahiyet ve şümulü; tesis ile tesis edenin arzusu arasındaki tevafuku açıktan açığa izale edecek derecede tebeddül etmiş olursa İcra Vekilleri Heyeti; teftiş makamının teklifi üzerine tesisin idare heyetinin tahriri mütalaasını aldıktan sonra, gayesini tebdil edebilir. Tesisin gayesini tehlikeye koyan vezaif ve şeraitin ilga veya tebdili dahi aynı hükümlere tabidir.

### (H) Aile Tesisleri ve Diyani Tesisler

**Madde 80:** Hukuku amme ahkamı mahfuz kalmak üzere aile tesisleri ve ibadete müteallik bir hizmetin ifası için münhasıran diyani olan tesisler teftiş ve murakabeye tabi değildir. Mezkur tesislerin hukuku hususiyeye müteallik ihtilaflarının mercii halli, mahkemedir.

### (V) Fesih

#### I. Kanunen ve Hakimın Kararıyla

Gayesi gayrikabili husul bir hale gelen tesis, kendiliğinden münfesih olur. Gayesi kanuna yahut adabı umumiyeye muhalif olduğu takdirde tesis, hakim tarafından fesholunur.

#### II. Dava Hakkı ve Kaydın Terkini

**Madde 81:** Tesisin feshini, teftiş makamı veya her alakadar talep edebilir. Fesih, terkini kayıt için memuruna tebliğ olunur.

## c. Vakıflar Hakkındaki İdari Düzenlemeler

25.7.1970 tarih ve 7/1066 nolu Vakıflar Hakkında Tüzük

Ayrıca vakıfların mali konuları ve vergisel açıdan yükümlülüklerine ilişkin yasa ve tebliğler de bulunmaktadır.<sup>57</sup>

## VAKFIN SOSYO-PSİKOLOJİK GEREKÇELERİ

1. "Sevdiğiniz şeylerden infak etmedikçe hayra nail olamazsınız." (Al-i İmran Suresi, 92),
2. "Allah adl-ü ihsanla emreder." (Nahl Suresi, 90)
3. "Ta ki o mallar içinizde yalnızca zenginler arasında dolaşan bir şey olmasın." (Haşr Suresi, 59)

İnsanoğlu çağlar boyunca, sadece birbirini yok etmekle uğraşmamış, soydaşlarının iyilikleri için girişimlerde bulunarak, kurumlar oluşturma yoluna gitmiş, pek tabii olarak da kişinin bu iyiliksever ve insani duygusu zamanla, vakıf adı verilen kurumun da ortaya çıkmasını hazırlamıştır. Bütün dünya uluslarında benimsenip yayılan vakıf kurumu, Doğuda ve Batıda bir yenden uyanma döneminin başlangıcı gibi görünen 8. yüzyıldan itibaren başlayarak gelişme yoluna girmiştir.

Şüphesiz ki sosyal yardım ve sosyal güvenlik ihtiyacı, hiçbir kişi veya toplumun dışında kalamayacağı zorunlu bir ihtiyaçtır.<sup>58</sup> Vakıf kurumu da insanoğlunun, esirgeme, koruma ve yardım etme duygularının bir ürünüdür. Bu bakımdan, doğrudan doğruya İslâm dininin dini, ahlaki temellerinden

<sup>57</sup> Vakıflarla ilgili tüm yasal mevzuat, Suat Ballar, a.g.e.

<sup>58</sup> Erol Kozak, s. 47.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

doğmuş, sadece İslâm'a özgü bir kurum değildir.

İnsanların, öldükten sonra da adlarının anılmasına, iyiliklerinin sürmesine, unutulmamaya tutkulu oluşları, onları, çok eski çağlardan beri hangi toplumda ve dinde olursa olsun, hayır işlerine, kutsal amaçlara dönük girişimlere yöneltmiştir. İşte vakıf da bunlardan biridir ve vakıf müessesesi insan fitratının eğilimlerine uygun, maddi ve manevi bir ihtiyacın sonucudur.

İslâm kültürüyle özdeşleştirilmiş bir kavram olan vakıf müessesesi, yüce insani değerlerin ürünü olarak geliştirilip, geçmişten günümüze orijinalliğinden hiçbir şey kaybetmeden hayatiyetini sürdüren müstesna kurumlardan biridir. Bu kurum, insanlardaki, özellikle İslâm'ın onlara kazandırdığı, dünyevi hiçbir karşılık beklemeden iyilik yapma, yardımlaşma, her türlü hayır işleme istekleri ve her alandaki güzel davranma duygularının somutlaştırılmış şeklidir.

Vakıf bu yönüyle, Müslümanın hayat tarzının şekillenmesindeki temel değerler ile, bu değerlerin hayata geçirilmesi adına oluşan sosyal normların, dünya görüşünün pratiğe dökülmesi kapsamında hem kamu sektöründen, hem de özel sektörden farklı bir anlayışla ve nev'i şahsına münhasır bir statüde geliştirilmiş bir kurumdur. İnsanların hayır ve güzelliklerde yarışma adına neler yaptıklarını ve yapabileceklerini, ne ulvi ve ne zih duygularla bezenebileceklerini gösteren, çok net ve orijinal bir örnektir.

Özellikle, vakıfların 16. asır Osmanlı coğrafyasında icra ettiği fonksiyonlar, yerine getirdiği, üstlendiği görevler incelendiğinde, Kur'an referanslı yüce değerlerle bezenmiş insanların, günümüz sosyal siyasetçilerini dahi hayranlığa düşüren, son derece orijinal hizmet yöntemleri geliştirdik-

leri, toplumun farklı kesimlerinde çoğu kere hiç fark edilmemiş ya da önemsenmemiş, önemi kavranmamış nice hizmet alanlarını keşfettileri görülecektir.<sup>59</sup> Yeri geldiğinde görüleceği üzere; evlenecek kızların çeyizlerine ilişkin vakıflardan, hizmetçilerin kırdığı tabak çanağın telafisi için kurulan vakıflara kadar birçok alanda faaliyet gösteren vakıfların mevcudiyeti, bir yandan insanda şaşkınlık ve hayranlık uyandırırken; diğer yandan mükemmel bir toplum yapısının nasıl oluşturulabileceğinin ipuçlarını da vermektedir. Ayrıca bu durum her ferden bir oranda toplumdaki diğer fertlerden de sorumlu olduğunun, bu dünyaya sadece almaya değil bir şeyler katmaya da çalışılması gerektiğinin, geride bırakılabilecek hoş bir sedanın mevcudiyetinin mümkün ve de inanılmaz güzel, cazip bir şey olduğunun da göstergesidir.

Vakıf müessesesi insanların içindeki servet teşhiri zaafını terbiye eder.

Gerek ilkel toplumlarda gerekse çağımızda "zenginlerin temel zaafı servetlerinin özenli bir biçimde teşhir edilmesi"dir.<sup>60</sup> İnsan fitratının bir zaafıdır bu tutum. İnsanlardaki söz konusu zaafı (sahip olduğu serveti sergileme zaafı), ortadan kaldırılması gereken kötü bir özellik olarak değerlendirmemek gerekir. Aksine sosyal amaçlara uygun bir şekilde yönlendirildiğinde, çok masum, toplum için faydalı bir nitelik de kazanabilir. Vakıfların da bir yerde, servet sergileme ihtiyacını karşıladığına, vakıf tesis edenlerin 'hayırsever' adını alarak halkın sevgisini kazanmalarına hizmet ettiğine şüphe yoktur. İşte vakıf müessesesi bu noktada devreye girmekte, kişisel tatmin duygusu ile toplumsal faydayı en uygun bir şekilde bağdaştırmaktadır. Böyle-

<sup>59</sup> Beşir Gözübenli.

<sup>60</sup> Erol Kozak, s. 60.

ce, bir yandan kişisel tatminle kurulan vakıflar yaygınlaşırken, diğer yandan da vakıf eserler, adeta, şimdiki ve gelecek nesillerde sosyal amaçlara dönük hayır ve sorumluluk duygularının gelişmesini sağlayan bir okul hizmeti görmektedir.<sup>61</sup>

İslâm'ın tüketime ilişkin hükümleri de vakfa yönelticidir.

İslâm'da tüketim harcamaları, gelirin bir fonksiyonu olarak görülmediğinden, bu İslâmi prensiplerin etkin olduğu durumlarda, özel tüketim harcamalarını, servetine oranla lüks ve israfa dönük olarak arttıramayan zenginler için, vakıf tesis etmek adeta kaçınılmaz oluyordu. Günümüzde insanlar nasıl lüks ve gösterişe dönük olarak harcamalarda yarışıyorlarsa, o devirde de zengin zümreler, Kur'an-ı Kerim'deki 'hayır yapmada yarışınız' emrine uygun bir şekilde, daha büyük vakıf külliyyeleri tesis hususunda, emsalleri ile yarışıyorlardı. Bizde Batıdaki aksine özel saray ve şatolar yoluyla aranan tatminin, kurulan sosyal amaçlı vakıf tesisleri ile karşılandığı anlaşılmaktadır. Hatta büyük vakıf külliyyelerinin personeli için yapılan meşrutaların bile, diğer binalardan farklı olarak gösterişli ve dayanıklı yapılmadığından, zamanla harap olup kaybolduğu görülmektedir.<sup>62</sup>

Vakıf müessesesi zaman zaman, zenginlerin mallarını bir güvence altına alabilmek için kullandıkları bir müessese olmuştur. Bu durum her ne kadar vakıf müessesesinin ruhuyla bağdaştırılamasa da, vakıf kurumuna bu yüzden bir eleştirel yaklaşım içine girmeyi de gerektirmez. Nitekim devletin mallara el koymasında ihtiyaç sahibi durumuna düşebilecek olan aile efradını koruma düşüncesiyle yapılan bu davranış anlaşılabilir bir

davranış biçimi olup, aşırı kötüye kullanılma söz konusu olmadığı müddetçe vakıf müessesesi açısından bir mahzuru bulunmamakta, vakıf müessesesinin ruhuna bir zarar vermemektedir.

## **VAKFIN İŞLEVSEL BOYUTU**

Vakıflar hangi hizmetleri görmüşlerdir?

Öncelikle vakıflar sadece dini hizmetleri görmemişler, içtimai hizmetlerin yerine getirilmesinde de büyük rol almışlardır.

Özellikle vakıf medeniyetinin oluştuğu Osmanlı döneminde, vakıflar iç ve dış güvenliğin sağlanması, yurt savunması ve yönetimi dışındaki bütün hizmet alanlarında, bu hizmetlerin devlet görevi sayılmadığı bu dönemde<sup>63</sup> faaliyet göstermişler; eğitim, öğretim ve sağlık işleri ile yollar, medreseler, hanlar, hamamlar, hastaneler, çeşmeler imar edilerek, imparatorluk sınırlarının bir ucundan diğer ucuna kadar düzgün ve uyumlu bir biçimde bu hizmetlerin görülmesini sağlamışlardır. Bu sayededir ki, Türk toplumu, bilimde ve teknikte, yurttaşların sağlığı gibi amme hizmetlerinde çağdaşı diğer ülkelerden üstün bir konuma yükselmiştir.<sup>64</sup>

Vakıflar yüzyıllar boyunca, millet hayatında sosyal nizamın her türlü sarsıntı ve örselenmelerden korunmasına, fertler arasında yardımlaşma ve dayanışma yoluyla, karşılıklı sevgi bağlarının kurulmasına çalışmışlardır.

Hatta doğrudan doğruya Türk milliyetçiliğine hizmet için kurulmuş vakıflar da bulunmaktadır. Bu vakıflar, Türklüğün korunması

<sup>61</sup> Erol Kozak, s. 67.

<sup>62</sup> Erol Kozak, s. 73.

<sup>63</sup> Bu durumun Belediye teşkilatının gelişmesini engellediği yönünde görüşler mevcuttur. Osmanlı'da ilk Belediye teşkilatı İstanbul'da 1856 yılında kurulmuştur. Erol Kozak, s. 51.

<sup>64</sup> Neşet Çağatay.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ve milli kültürün yayılması için, özellikle fethedilen ülkelerde çalışmışlardır.<sup>65</sup> Hatta ilk Osmanlı hükümdarları cihad bölgelerine büyük önem vermişler, bu bölgelere kolonizatör Türk dervişlerini yerleştirerek, bu işin bilinçli ve planlı bir şekilde sürdürülmesini sağlamışlardır.<sup>66</sup> Bu amaca binaen, ülkenin geleceğini güven altında tutmak, cihad bölgelerine gelen Türklerin buralara rahatça yerleşmelerini sağlamak için, gerekli bütün yerlerde derviş ve ahi kolonileri oluşturulup bunların giderleri için de zengin vakıflar oluşturulmuştur.<sup>67</sup>

Anlaşıldığı üzere vakıf müessesesi, amme hizmetlerine doğrudan doğruya iştirak eden özel teşebbüslerdir. Vakıfların yaptığı hizmetler devlet tarafından yapılmayıp, devletçe bu hizmetlere ayrılacak olan servet daha gerekli, önemli hizmetlere aktarılabileninden, vakıflara devletin daimi ve döner sermayeli ihtiyat bütçesi demek yanlış olmaz.<sup>68</sup> Hatta Osmanlı döneminde şehircilik ve Belediye hizmetlerinin tamamının vakıf sistemine dayanmasından dolayı, bazı araştırmacılar, Osmanlı toplumunda vakıf müessesesinin dini olmaktan çok, beledi, seküler ve sosyal bir kurum olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>69</sup>

Vakıflar, servet ve paranın gereksiz yere harcanmamasını temin etmektedirler.

Vakıf tesis edenler, yapacakları bu tesisle öldükten sonra da hayır işlemeye devam etme arzularını tatmin ettiklerinden, bu yönde sosyal yardım terbiyesi mevcut olan bu şahıslar, servetlerini fuzuli eğlencelerle, zevk-sefahat

alemleri ile elden çıkarmaktan çekinirler. Böylece vakıf, Müslüman zenginlerin faydasız ve gereksiz harcamalarını önler ve boşa sarf edilecek olan bu servetin vakıflar sayesinde faydalı, müspet alanlara yönlendirilmesini, aktarımını sağlayarak, fert ve toplum menfaatlerine hizmet eder.<sup>70</sup>

Vakıflar, ihtiyaç sahiplerine bir nevi sosyal yardımda bulunur. Böylece sosyal adaleti sağlamaya da hizmet eder.

Sosyal adalet; toplumun bütün unsurlarının orta bir refah seviyesine sahip olmasını sağlamaya çalışan bir mefhum olup, vakıfların şahsi malvarlığının toplumun menfaatine sunumu ile bu amaca da hizmet edilmiş olmaktadır.<sup>71</sup> Vakıflar sayesinde, üçgenin en tepesinden tabana doğru bir destek, süspansiyon sağlanmakta, bu sayede tabakalar arasında uçuruma varabilecek farklar ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Ve bu tamamen gönüllü olarak yapılmakta olup, bir devlet siyasetinin sonucu olarak oluşmamaktadır.

Vakıflar, devletin sosyal devlet ilkesine uygun şekilde vatandaşlarına olan yükümlülükleri de üstlenerek, devletin yükünü hafifletirler.

Vakıflar sayesinde kamu hizmeti için hazineden ayrılacak pay başka hizmetlere yönlendirilebilir. Bu sayede devlet yaptığı hizmetleri daha nitelikli verebilme imkanına da kavuşur. Aksi takdirde devletin hazinesinin yetersiz kalması durumunda hem hizmetler gerektiği gibi ve iyi nitelikte yapılamaz hem de yetersiz kalan hazinenin takviyesi için halka yeni ve ağır vergiler yüklenilmesinin önüne geçilemez.<sup>72</sup>

Vakıflar, milli servetin daimi işletilmesini sağlar.

<sup>65</sup> Halim Baki Kunte.

<sup>66</sup> Ömer Lütfi Barkan.

<sup>67</sup> Neşet Çağatay.

<sup>68</sup> Şakir Berki.

<sup>69</sup> Erol Kozak.

<sup>70</sup> Şakir Berki.

<sup>71</sup> Şakir Berki.

<sup>72</sup> Şakir Berki.

Vakfın gayesinin gerçekleştirilebilmesi için vakıf konusu gayrimenkullerin az çok gelir getirirse bile mutlaka faal durumda muhafaza ediliyor olması gerekmektedir. Bu sebebe binaen bu mallar atıl bir durumda olamayacağından, bunların işletilmemesi gibi bir durum da söz konusu olmamaktadır.<sup>73</sup>

Vakıflar, özellikle Milli Eğitim sahasında verdikleri hizmetlerle takdire şayandırlar.

Vakıfların Eğitim alanındaki hizmetleri ile toplumda fırsat eşitliği yaratılmış, ilim öğrenmeye taleplerin çoğalması sağlanarak, insan medeniyetinin daha ileri düzeylere gelmesinde ilk dereceden katkı sağlanmıştır. İbn Haldun, 14. yüzyılda vakıfların Mısır'da İlimin ve medeniyetin gelişmesinde ne kadar önemli bir rol oynadığını şöyle ifade etmektedir:

"Türk emirleri medreseler, zaviyeler, imarethaneler yaparak gelir getiren emlak ve akarları buralara vakfettiler... Vakıf malı olan emlak ve akarlar çoğaldı. Bunlardan hasıl olan gelirler ve faydalar yüksek meblağlara ulaştı. Vakıf gelirlerinin çok olması sebebiyle ilme rağbet edenler ve muallimler de çoğaldı. İlim tahsil etmek maksadıyla Irak'tan ve Mağrip'ten halk buraya akın etti. Buradaki ilim pazarı canlılık kazandı ve ilim ummanı coştı."<sup>74</sup>

Kurulmuş olan bazı vakıflar da toplumda insanların temel sorunlarının halledildiğinin göstergesidir.

Hayvanlara gıda yardımı ve su verilmesi, yaralı leyleklere bakılması, sivrisineklerle mücadele, nadide gül ve çiçek yetiştirenlere mükafat verilmesi için kurulmuş olan vakıflar bunun örnekleridir.<sup>75</sup>

Vakıflar yaptıkları hizmetler ile istihdam olanakları da sağlamaktadırlar; İstihdamı arttırıcı işlevleri de vardır.

Gerek kurulan vakıflarda hizmetlerin yürütülebilmesi için insanların istihdam edilmesinin gerekmesi, gerekse -özellikle bayındırlık hizmetlerinde- vakıf eserlerin çoğalması ile, birçok sanatkarın istihdamına ve yetişmesine de imkan sağlanmıştır.

Vakıfların demokratikleşme sürecinin gelişmesine de büyük katkıları olduğu ileri sürülmektedir.<sup>76</sup>

Vakıfların yönetiminin özerkliği ve vakfiyedeki şartların yerine getirilip getirilmediği hususunun sene sonunda tüm vazifelilerce müzakere ediliyor olması bizleri bu sonuca vardırılmaktadır. Bu konuda özellikle 'Fatih İmaret Vakfiyesi' dikkate şayandır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere vakıf kurumu özellikle gelişmekte olan ülkelerde mutlaka başvurulması gereken hatta başvurulması mutlak gerekli olan, önemli işlevler yüklenebilecek bir kurumdur. Nitekim bu gereklilik çağımızda da anlaşılmiş olup, Pakistan'da 19-23 Mart 1983 tarihinde toplanan 2. İslâm İktisat Kongresi'nde, vakıflar konusunda iki tebliğ sunulmuş, İslâm dünyasında vakıf kurumunun tarihte gördüğü büyük hizmetler üzerinde durulmuştur.<sup>77</sup>

### **VAKIF BİLİNCİNİN YENİDEN GELİŞTİRİLEBİLMESİ İÇİN NELER YAPILABİLİR?**

1. Medeni Kanunda değişiklikler yapılarak vakıflar teşvik edilmeli ve mümkün olduğu kadar bu kurumun önünün açılması için çalışılmalı,

<sup>73</sup> Şakir Berki.

<sup>74</sup> Erol Kozak, s. 18.

<sup>75</sup> Erol Kozak, s. 28.

<sup>76</sup> Erol Kozak, s. 93.

<sup>77</sup> Erol Kozak, s. 103.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

bu yönde yasalar geliştirilmelidir.

2. Din ve vicdan hürriyetine riayet edilmek suretiyle vakıfların teşviki ve arttırılması da mümkündür. Devletler milletin dine gereken saygı ve itina göstermek, dini hisleri yıpratıcı, bu hisleri küçümseyici hareketlerden kaçınmakla mükelleftirler. Bu itina göstermeyen devletlerin halında dini hislerle vakıf yapma hamlesi azalır, hatta ortadan kalabilir. Çünkü; dini temayüllerini hiçe sayan bir devlete yardım olmak üzere mal tahsis etmektense, bu malları başka yerlerde ve ferdi menfaat için tahsis etmenin daha evla olacağı hissi ve düşüncesi insanlarda uyanır, küskünlük yaratır.<sup>78</sup>

3. Dini sahada yapılacak telkinle insanlara vakıf bilinci verilmeye çalışılmalı, vakfın en büyük sadaka, en hayırlı sosyal ve iktisadi yardım davranışı olduğu vurgulanmalı, vakfa dair esaslar sık sık anlatılmalıdır.

4. Vakıflar idaresinin faaliyeti ile de vakıfların teşviki ve topluma bu bilincin kazandırılması mümkündür. Vakıflar idaresi tarafından, vakıfların sürekli bir biçimde, vakıfların amacına uygun yürütülüp yürütülmediğinin kontrolü ile vakıfların muhafazası ve en iyi şekilde idaresi için yapılan faaliyetler, vakıf kurumuna güveni arttırıp, bu kurumun yaygınlaşmasını sağlayacaktır.

Her şeyden evvel vakıflar idaresi, yapılan vakfiyenin şartlarına göre idare edilip edilmediğini sürekli bir biçimde kontrol edecektir. Aksi halde vakıflar muayyen bir müddet sonra mütevellilerin suiistimalleriyle kendisinden beklenen faydaları teminden uzaklaşır ve heder olur.

Tevliyete ve mütevellilik şartlarına aykırı hareket eden müte-

vellinin suçu ikidir. İlk olarak vakıf bir amme hizmeti gördüğünden amme menfaatine saygısızlık söz konusudur İkinci olarak da ölen veya sağ olup da amme hizmeti için mal tahsisinde bulunan şahsın iradesine, vakıf iradesine hürmetsizlik, saygısızlık yapılmaktadır. Bu nedenle de cezası müsamahasız şekilde verilmelidir.

Vakfiyedeki şartlara riayetin sağlanması için azami itina gösterilmelidir. Aksi takdirde vakıf, vakfın kendi iradesine göre idare edilmediğini gördüğünde bundan müteessir olur, hatta yaptığı bu tesisten dolayı nedamet duyar, bundan dolayı başka bir vakıf yapma kararında ve meylinde ise de bundan vazgeçer Vakıf idaresinin vakfiyedeki şartlara uygun olarak idaresini sağlaması ise vakıf yapma meylini ve hevesini yaratır. Kanuni hiçbir sebep yokken de hiçbir vakfın gayesi değiştirilmemelidir.

### VAKIF-DERNEK FARKI

Vakıf kurumu ile dernekler arasındaki en önemli fark; vakıfta amaca özgülenen, tahsis edilen bir mal varlığının olması ve bu tahsisin vakfın mevcudiyeti açısından zorunlu bir öge olmasıdır. Halbuki dernekte böyle bir tahsisin mevcudiyeti, derneğin vücudu açısından zorunlu olmadığı gibi, böyle bir mal tahsisinde bulunulsa bile; bu malın hukuki statüsü vakıflardaki gibi değişmez, kamu malı statüsü kazanmaz. Bu malın sadece derneğe başışını ifade eder, yoksa temlik ve temellük edilemeyecek olmasını değil.

Dernek kendi üyelerinden, belirli zamanlarda nakdi yardım sağlanması için aidat almakta olup, bu derneğin varlığını sürdürmesi açısından da bir zorunluluktur. Vakıflarda ise böyle bir nakdi yardım veya başka adlar altında herhangi bir nakdi karşılık alınması mümkün olmadığı gibi, böyle

78

Şakir Berki.

bir anlayış ve uygulama vakfın ruhuyla da bağdaşmamaktadır. Vakıf; tabiri caizse toplumdaki herkese vermeye yönelik bir kurum olup, karşılığında herhangi bir şey talep etmeyen, edemeyen nev'i şahsına münhasır bir kurumdur. Vakıf sadece vakfın amacının gerçekleşmesi için tahsis edilmiş olan maldan, mevkuftan ve getirilerinden faydalanabilmektedir.

## **VAKIFLARIN KÖTÜYE KULLANIMI**

Vakıf kurumuna günümüzde verilen belki de en büyük zarar, vakıf kavramının ruhuna aykırı bir şekilde kurulmuş olan, sadece vakıf unvanına sahip dernek gibi kurulmuş, dernek gibi faaliyet gösteren vakıfların mevcudiyetidir. Bu durum bizi vakıf kurumunun tam olarak anlaşılmadığı sonucuna da götürmektedir.

Vakıf mallarının içler acısı hali de gerçekten çok derin bir yaradır. Maalesef birçok vakıf malı tabiri caizse yağma edilmiş olup, tahsis edildikleri amaçları dışında kullanılmaktadır. Günümüzdeki Veliefendi Hipodromu aslında Vakıf Gureba Hastanesine, hastalara taze sebze-meyve temini için tahsis edilmiş bir vakıftır. Nitekim Bezm-i Alem Valide Sultan'ın vakfiyesi olan Vakıf Gureba Hastanesi de bir vakıf olmasına rağmen şu an SSK'nın bünyesinde. Bu tasarruflar, devletin vakıf kurumuna yaklaşımını da açık bir şekilde sergilemektedir. Ayrıca İstanbul'un özellikle Eyüp, Kağıthane, Kasımpaşa gibi semtlerinin birer vakıf arsaları olmasına rağmen, şu anki durumları da hepimizin malumudur.

Gündemde olan bir diğer konu da vakıf mallarının satılarak, bundan bir gelir elde edilmesi yoluna gidilmesidir. Vakıflara karşı takınılan bu hoyratça tutum, vakıf kurumunun bünyesine vurulan çok ağır bir darbedir. Nitekim yolsuz-

lukları önlemek için çıkarılan yasa bile vakıf hizmetlerini durma noktasına getirmektedir.<sup>79</sup>

Ayrıca hizmet vermeye devam etmekte olan, gelir getiren vakıf malları da kendilerinden sağlanması gereken faydayı sağlayamamakta, emsallerinden daha az bir gelir getirmektedirler. Vakıf hanlarının ne kadar düşük meblağlar ile kira geliri getirdiği hatırlanmalıdır.

## **SONUÇ**

Anlaşıldığı üzere vakıf müessesesi insanların yadsınamayacak ihtiyaçlarından biri olan sosyal yardım ve dayanışma duygusundan doğduğundan her çağda ve dönemde insanlara, insanlığa hizmet edebilecek bir kurumdur. Zaten geçmişteki fonksiyonlarını incelediğimizde de şehirleşmenin ve medeniyetin oluşumunun ilk basamağını, ilk atılımını vakıf kurumlarının oluşturduğunu görmekteyiz.

Osmanlı döneminde yaşanan vakıf cenneti döneminin aynı zamanda Osmanlı Devleti'nin en parlak çağına da denk gelmesi, vakıflardaki suiistimallerle vakıf kurumunda meydana gelen yozlaşmayla birlikte buna paralel olarak devletin de bir çöküşe gitmesi bir tesadüf değildir. Şu bir gerçektir ki her bir vakıf toplumsal ihtiyaçları karşılarken aynı zamanda toplumsal bütünleşmeye de hizmet etmektedir.

Vakıf kurumunun en dikkat edilmesi gereken özelliği; tamamen vakfedenin iradesiyle kurulmasına, herhangi bir yükümlülük sonucu doğmayan bir kurum (öyle bir kurum ki tamamen sivil) olmasına rağmen kendisinden beklenmeyecek büyük hizmetlere imza atmasıdır. Aynı zamanda insanların bir birey olarak neler yapabileceğine örnek teşkil ettiğinden, günümüz sivil toplum çalışmalarını açısından da eğer salih amel ve isteklerle yola

<sup>79</sup>

*Zaman* gazetesi, 5 Nisan 2003.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

çıkılırsa neler yapılabileceğine güzel bir örnektir.

Vakıf müessesesi biraz sloganik olsa da "Halka hizmet Hak'ka hizmettir" in de gerçekleştiricisidir. Düşünün ki insanlar, toplumsal ihtiyaçların yerine getirilmesine hizmet ederlerken, Allah'ın rızasını kazanma yarışı içerisinde bunu yapmaktadırlar.

Vakıf kurumu 19. yüzyılın ilk çeyreğinde başlayan batılılaşma çabalarının Cumhuriyet döneminde hukukun ve müesseselerin laikleştirilmesi çalışmalarına dönüştüğünde büyük darbeler almış, bu müessese temsil ettiği değer yargısı ile hatta adıyla silinmek, yok edilmek istenmiştir.<sup>80</sup> Fakat günümüzde vakıflar yeniden doğuşunu gerçekleştirmiş, adeta yeniden teşekkülünü oluşturarak eski günlerine, toplum mimarlığına geri dönmek istermiş gibi büyük bir atılım, büyük bir çaba içine girmiştir.

Vakıf kurumu gibi bir müessesenin var olabilmesi ve gelişimi, etkinliği tamamen insan unsuruna bağlı olduğu için her şeyden önce insan olarak her birimizin üzerine büyük görevler düşmektedir. Yüzyıllarca sürebilecek böyle bir etkinlikte yer alabilmek, verebilmenin güzelliğine varabilmek için her şeyden önce bu bilince ve de bunları bize hissettirebilecek bir duygu ve düşünce sistemine sahip olabilmek gerekiyor.

Öyle ki "sadaka taşlarından sadece ihtiyacı kadar alıp gerisini bırakan, durumu iyileştiğinde ise aldığı geri koyup, bu şekilde bir başka ihtiyaç sahibinin de ihtiyacını görmesini sağlayan" erdem ve faziletlere sahip insan topluluğundan hizmetten başka ne beklenebilir? Önemli olan insan olarak hayattan ne beklediğimiz, ne istediğimizdir. Bizler sadece

bir dönemin insanı mı olmak istiyoruz yoksa; çağların mı? Buna cevap vermeli, duruşumuzu, safımızı buna göre belirleyip netleştirmeliyiz. Bizlerin yetiştirilmesine katkıda bulunduğumuz bir insan düşünün ki; o yaşadığı sürece bizden de bir şeyler bu yeryüzünde yaşayacak varlık gösterecek, hizmet edecektir. Onun yetiştirdiği kişi döneminde de bu devam edecek, bu silsile böylece uzayıp gidecektir. İnanıklarımızın gereği olarak gösterdiğimiz bir küçük çaba (amel) karşılığı aldığımız sonuç böylesi çabaya değerlidir.

"Osmanlı döneminde mektep ve medrese yoluyla verilen eğitimle oluşturulan homojen kültürün önemli sonucu olarak toplumda **dil birliği**, cami ve mescitler inananların buluştuğu ibadet mekanları olduğu için fertler arasında **din birliği**; fethedilen her yerde inşa edilen vakıf eserlerle o toprağa Osmanlı'nın damgası vurularak **coğrafya birliği**; manevi kültürün oluşumuna ve gelişmesine sağladığı katkının yanı sıra maddi kültürün önemli örneklerini inşa ettiği için **kültür birliği**; vakfiyelerde mevcut şartların yerine getirilmesi nesilden nesile bir görev telakki edildiğinden **tarih birliği**; toplumun tümüne hizmet götürmeyi amaç edindiğinden, sadece bir ailenin ve soyun devamını temin etmek için kurulmadığından **soy birliği**; toplumda çeşitli nedenlerle mağdur duruma düşenlere, tabii felaketlere uğrayanlara, zengin bir şefkat ile hizmet götürdüğünden toplumda **kader birliği** vakıflar tarafından ihdas edilmiştir."<sup>81</sup>

### Kaynakça

Ahmet Akgündüz; *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Ankara: 1988.

Suat Ballar; *Yeni Vakıflar Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul: 2000.

<sup>80</sup> Adnan Ertem, *Osmanlı'dan Günümüze Vakıflar*.

<sup>81</sup> Adnan Ertem, a.g.m.

**Medeniyetin Anası ve Yaratıcısı Olarak Vakıflar / S. Defne**

- Ali Hikmet Berki; "Vakıfların Tarihi, Mahiyeti, İnkişafı Ve Tekamülü, Cemiyet ve Fertlere Sağladığı Faydalar", **Vakıflar** dergisi, Sayı 6.
- Ali Hikmet Berki; "Vakıfların Hukuk ve Tarih Bakımından Kıymeti", **Vakıflar** dergisi, Sayı 6.
- Ali Hikmet Berki; "İslâm'da Vakıf", **Vakıflar** dergisi, Sayı 4.
- Ali Hikmet Berki; "Hukuki ve İctimai Bakımdan Vakıf", **Vakıflar** dergisi, Sayı 5.
- Şakir Berki; "Vakfın Lüzumu, Faydaları ve Vakıfları Teşvik", **Vakıflar** dergisi, Sayı 5.
- Şakir Berki; "Vakıfların Devlete ve Devletin Vakıflara Hizmeti", **Vakıflar** dergisi, Sayı 7.
- Şakir Berki; "Vakıfların Gördüğü Çeşitli Hizmetler", **Vakıflar** dergisi, Sayı 6.
- Neşet Çağatay; "Sultan Murad Hüdavendigâr Adına Düzenlenmiş Vakfiye", **Vakıflar** dergisi, Sayı 12.
- Adnan Ertem; "Vakıf ,Vakfın Menşei İle İlgili Görüşler Ve Türk Toplumunda Vakıf", Yüksek Lisans Tezi.
- Adnan Ertem; "Osmanlı'dan Günümüze Vakıflar", **Divan**, İlmî Araştırmalar, 1999/1, Sayı 6.
- Beşir Gözübenli; "İslâm Toplumunda Vakıf Kültürünün Doğuşu", **Yeni Ümit**, Sayı 60.
- Ömer Hilmi, **İthaf'ul-Ahlaf Fi Ahkam'il-Evkaf**.
- İsmet Kayaoğlu; "Vakfın Menşei Hakkındaki Görüşler", **Vakıflar** dergisi, Sayı 11.
- Erol Kozak; **Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıflar**.
- Fuat Köprülü; "Vakıf Müessesesinin Hukuki Mahiyeti ve Tarihi Tekamülü", **Vakıflar** dergisi, Sayı 2.
- Halim Baki Kunter; "Türk Vakıflarının Milliyetçilik Cephesi", **Vakıflar** dergisi, Sayı 3.





# Hukuk Merceği Altında Heybeliada Ruhban Okulu

Şerife Gül ÖZDEMİR<sup>(\*)</sup>



## GİRİŞ

Heybeliada Ruhban Okulu meselesi, kendisini uluslararası arenada ifade etmeye çalışan ve bazı kapıları aralama çabası içerisinde bulunan Türkiye'nin netleştirmesi gereken önemli konulardan biridir. Okulun kapatılmasından bugüne, Patrikhane bu konuyu her vesilede uluslararası kamuoyunun gündemine taşımış ve Türkiye'nin iç hukukuna müdahalelere neden olan bir baskı unsuruna dönüştürmüştür. Önceleri Türkiye'de bulunan ve Lozan'la korunan gayrimüslim azınlıkların, eğitim ihtiyacını karşılamak amacı ile bir eğitim kurumu olarak varlığını sürdüren okul, zamanla Patrikhane'nin ekümenik yapısı sonucu farklı yapılanmalara gitmiş, tamamen devlet denetim ve kontrolünden çıkarak özerk bir yapıya sahip olmak istemiştir. Okulun bu yapı ile tekrar açılması, azınlıklara imtiyaz değil sadece Müslüman Türk halkına tanınan müsavi muamele görme hakkını veren "Lozan Antlaşması'nın", eşitlik ilkesini belirten "Anayasa md. 12"nin ve Türkiye devletinin laik olduğunu belirten "Anayasa md. 2"nin ihlal edilmesi manalarına gelmektedir.

## HEYBELİADA RUHBAN OKULUNUN TARİHÇESİ VE OKULUN STATÜSÜ

### a. Okulun Zemini ve Çatısı:

#### Fener Rum Patrikhanesi

Patrikhane, İstanbul'un fethinden sonra Türklerin hakimiyetine girmiş ve Osmanlı Döneminde itibar görmüştür. Ortodoks kilisesi teşkilatına, padişahların vermiş olduğu fermanlar neticesinde hiç dokunulmamıştır.<sup>1</sup> Fatih Sultan Mehmet, kendi imzası ile Patrik'e verdiği bir fermanda şöyle demektedir: "Kimse Patrik'e takakküm itmesun. Kim olursa olsun hiçbir kimse kendisine ilişmesün, kendisi ve ma'iyetinde bulunan papaslar her dürlü umumi hizmetlerden müebbeden mu'af olsun. Kiliseleri, cami'e tahvil edilmeyecektir. İzdivaç ve defin işleri, sair adet işleri Rum kilise ve adetlerine göre eskisi gibi yapılacaktır."<sup>2</sup> Özellikle Fatih Döneminde, Patrikhane hem kendi varlığını korumaya devam etmiş, hem de tanınan imtiyazlar sayesinde nüfuz ve hakimiyetini artırmıştır. Dini ve dünyevi olarak Bizans'ın hayatta kalan

(\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> Adnan Sofuoğlu, *Fener Rum Patrikhanesi ve Siyasi Faaliyetleri*, s. 15.

<sup>2</sup> M. C. Şehabeddin Tekirdağ; *Osmanlı İdaresinde Patrik ve Patrikhane*, BDDT, Ekim 1967 S. 1, s. 53-54.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

tek ayağı olması sebebiyle, Patrikhane kendisine tanınan bu imtiyazlarla, zamanla siyasi faaliyetlerde bulunmaya başlamıştır. İstanbul'un fethinden beri mevcut olan **Megali İdea**<sup>3</sup> düşüncesini Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşü döneminde hayata geçirmeye çalışmıştır.<sup>4</sup>

Daha sonra Lozan'da yapılan müzakerelerle Patrikhanenin Osmanlı İmparatorluğu zamanında verilen bütün imtiyazları kaldırılacak, siyasi ve idari mahiyette olan işlerle uğraşmamak, sadece dini ve ibadetlere ait hizmetleri yerine getirmek şartıyla, yalnız dini konular çerçevesinde varlığını sürdüreceği yolundaki sözler senet kabul edilecek ve bu şekilde İstanbul'da kalmasına müsaade edilecektir.<sup>5</sup> Böylelikle Patrikhane, Lozan'la birlikte, Osmanlı Döneminde sahip olduğu tüzel kişiliğini yitirecektir.

### b. Okulun Kuruluşu

19. yüzyıl, milliyetçiliğin etkisiyle Balkanlar'da birçok yeni devletin ortaya çıktığı, yeni kurulan ve nüfusunun çoğunluğu Ortodoks olan her devletin aynı zamanda kendi ulusal kilisesini kurduğu, böylece Rum Patrikhanesi'nin de geçmişten gelen gücünün sarsıntı geçirdiği bir döneme işaret eder.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Megali İdea (Büyük Ülkü): İstanbul başkent olmak üzere Bizans İmparatorluğunu en geniş sınırlarıyla yeniden diriltmek ve büyük bir Yunanistan kurmak fikridir. Bkz.: Beria Remzi Özoran, **Megali İdea'nın Kökleri**, Türk Kültürü C. 16-17.06.1978, s. 188, s.4 71-481, s. 189, s. 547-554.

<sup>4</sup> Sofuoğlu, a.g.e., s.37.

<sup>5</sup> Özyılmaz Emre, **Heybeliada Ruhban Okulu**, s. 60.

<sup>6</sup> Elçin Macar, <http://www.bianet.org/2005/04/01/-57923.htm#Okulun%20tarihçesi>, (01.04.2005)

Patrikhane, artık farklı ulus-devletleri oluşturan Ortodoks topluluklar arasında dini birliği muhafaza edebilmek, teolojik konularda türdeşliği sağlayabilmek amacıyla, kendi himayesinde ve milliyetler üstü bir anlayışla ruhbanını yetiştirebileceği bir ilahiyat okulunu kurmayı planlar. Bu yolda ilk adımı Patrik IV. Yermanos atar ve Heybeliada'da Umud Tepesi'nde Bizans döneminden kalma Aya Triada Manastırı'nda, 1844 tarihinde Heybeliada Ruhban Okulu'nu açar.<sup>7</sup>

### c. Okulun Yapısı

1 Ekim 1844'te hizmete açılan okuldaki eğitim şu dört ana aşamadan geçmiştir: 1844-1919 yılları arasında dört yıl ortaokul ve üç yıl teoloji eğitimi; 1919-1923 yılları arasında öğretilimsiz, beş yıllık teoloji eğitimi verilmiş; 1923-1951 yıllarında birinci dönemdeki uygulamaya dönülmüş; 1951-1971 yıllarında da dört yıl lise ve üç yıl teoloji eğitimi verilmiştir. Heybeliada Ruhban Okulu Fener Patrikhanesinin yetki alanı içerisinde hareket etmiştir. Okul müdürü metropolitler arasından atanmış ve aynı zamanda Aya Triada Manastırının da sorumlusu olmuştur.<sup>8</sup>

### d. Okulun Faaliyetleri

Okul faaliyette bulunduğu 127 yıl içerisinde 930 mezun vermiştir. Bunlardan 343'ü piskopos olmuş, on ikisi patriklik makamına kadar yükselmiştir.<sup>9</sup>

Bir Teoloji Fakültesi haline getirilmesi için Fener Patriği Athenagoras tarafından büyük gayretler sarf edilen Heybeliada Ruh-

<sup>7</sup> Adnan Sofuoğlu, **Fener Rum Patrikhanesi ve Siyasi Faaliyetleri**, s. 66.

<sup>8</sup> Sofuoğlu, a.g.e., s. 66.

<sup>9</sup> Sofuoğlu, a.g.e., s. 67.

## Hukuk Merceği Altında Heybeliada Ruhban Okulu / Ş. G. Özdemir

ban Okulu'nun kurulduğu günden itibaren "Yunanlılık" emellerine hizmet eden bir eğitim kurumu halinde faaliyette bulunmuştur. Dünya Ortodoks Kilisesinin birçok ruhanilerini yetiştirmiş olan bu okul, bünyesindeki yabancı öğretmenler vasıtasıyla ve bizzat Patrik'ten aldığı direktiflerle faaliyetlerini yürütmüştür.<sup>10</sup> Bunlarla beraber, okulda Yunanistan'dan bazı kişilerin katılımlarıyla Pan-Ortodoks ve Pan-Hıristiyan toplantılarının tertiplendiği de görülmüştür.<sup>11</sup> Okul, yurt dışından gelen misafirlere ev sahipliği yapmış ve bazen de bu okulu kendisine ait özel bir ikametgah olarak kullanmıştır. Yunan elçilik mensupları ile okulda hükümetin izni alınmadan görüşmeler yapılmıştır.<sup>12</sup> Etkin bir denetim olmaması sebebiyle, eğitim-öğretim işlerine tahsis edilmiş olan okul, farklı amaçlar için de kullanılan bir yer olarak faaliyet göstermiştir.

Bununla beraber, Fener Patrikhanesi Lozan'la birlikte pasif duruma düşmüştür. Bu pasiflik 1948 yıllarına kadar devam etmiş, ABD'nin Patrikhane ile ilgilenmeye başlamasından sonra Patrikhane yeniden canlanmış ve farklı girişimlerde bulunmuştur.<sup>13</sup>

Dönemin dış siyasi gelişmeleri ve uluslararası güç dengelerinde ön plana çıkan Fener Rum Patrikhanesi ve 1949 yılında taç giymiş olan Patrik Athenegoras, Heybeliada Ruhban Okulu'yla ilgili önemli atılımlara başlamıştır. Milli Eğitim Bakanlığı'nın 8 Aralık 1950 tarihinde 927601 sayılı emri ile, Ruhban Okulu'nun "yüksek okul" haline getirildiği ve "yabancı öğrenci alabileceği" karara bağlanmıştır. Bakanlığın Talim ve

Terbiye Dairesi'nin 25 Eylül 1951 tarihli ve 151 sayılı kararı ile de "yüksek okula daha çok sayıda yabancı öğrenci alınabileceği" İstanbul Valiliği'ne bildirilmiştir.<sup>14</sup> 1951 tarihli kararda ayrıca, 403 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanununun 28. md sinde belirtilen yabancı öğrencilere %20'lik sınır hükmüne aykırı olarak, HRO'nda daha fazla sayıda yabancı öğrencinin eğitim görebilmesi için vize taleplerinin istizana (izne tabi) tutulması kabul edilmiştir. Öncelikli amacı Türkiye'deki azınlık ihtiyaçları için din ve kilise adamı yetiştirmek olan okul, yabancı uyruklu öğrencileri okutmaya yönelik ısrarcı faaliyetleriyle Lozan Anlaşmasının ekalliyetlerin himayesine dair hükümleriyle çelişir şekilde hareket etmeye başlamıştır.<sup>15</sup>

1950-1960 yılları hem Patrikhane'nin hem de Ruhban Okulu'nun Türk milli politikaları ve Lozan'da oluşturulan hukuki statünün aksine bazı faaliyetlere girişmişler ve bu bakımdan zamanın Türk hükümetlerinden de birtakım tavizler koparmışlardır. Sözü edilen dönemin başlarında, Amerika-Türkiye ilişkileri her alanda artmıştır. Kuzeyindeki Rus tehdidini çok şiddetli algılayan Türkiye, Batı'ya özellikle Amerika'ya daha çok yaklaşmış ve yeni oluşmakta olan NATO ittifakına girmek istemiştir. Bu çerçevede 1948 yılı başlarında Fener Patrikhanesi üzerinde Amerikan baskılarının arttığı gözlenmektedir. Patrikhane, Amerikan ve Rus çıkarları bakımından kullanılmıştır.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Emre Özyılmaz, a.g.e., s. 93.

<sup>11</sup> Em.Gen.Md.lüğü, Güv. D. Bşk.lığı Arşivi: Klasör No: 42226-1/3 Z/F9.

<sup>12</sup> Em.Gen.Md.lüğü, Güv. D. Bşk.lığı Arşivi: Klasör No: 42226-1/3 ZG/10.

<sup>13</sup> Emre Özyılmaz, a.g.e., s. 65.

<sup>14</sup> [http://www.turk-yunan.gen.tr/turkce/sorunun\\_ortaya\\_cikisi/heybeliada\\_ruhban\\_okulu.html](http://www.turk-yunan.gen.tr/turkce/sorunun_ortaya_cikisi/heybeliada_ruhban_okulu.html), (09/05/2005)

<sup>15</sup> Lozan Anlaşma Metni 39-44. maddeler.

<sup>16</sup> [http://www.turk-yunan.gen.tr/turkce/sorunun\\_ortaya\\_cikisi/heybeliada\\_ruhban\\_okulu.html](http://www.turk-yunan.gen.tr/turkce/sorunun_ortaya_cikisi/heybeliada_ruhban_okulu.html), (09/05/2005)



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

1963'te başlayan Türkiye-Yunan gerginliğinden sonra Menderes döneminde başlamış olan, Türkiye büyük elçiliklerinden HRO'ya gelmek için başvuran öğrenci adaylarına soruşturma yapmaksızın vize verme uygulaması 30 Mayıs 1963 tarihli genelge ile güvenlik sebepleri ileri sürülerek kaldırılmıştır.<sup>17</sup>

13 Nisan 1964'te dönemin Milli Eğitim Bakanı İbrahim Öktem, "Rum azınlık ilkokullarına tanınan ve mevzuat hükümlerini aşan özel hakların bundan böyle kaldırılacağını, Ruhban Okulundaki yabancı öğrenci sayısının tahdit edileceğini ve Yunan Hükümetinin Türkiye'de eğitim görmüş 35 öğretmene Batı Trakya'da görev vermediğini, buna aynen mukabele edileceğini, Yunanistan'da Türk azınlık okullarına tanınmayan bu neviden haklar konusunda bundan böyle **mütekabiliyet esası** ile sıkı sıkıya bağlı kalınacağını" açıklamıştır.<sup>18</sup>

### e. Okulun Kapatılması ve Hukuki Gereçekleri

Danıştay Dava Daireler Kurulunca; özel bir yüksek okulca verilen diplomaların iptali konusunda Milli Eğitim Bakanlığına karşı açılan davada Anayasa'ya aykırılık ciddi görülmüştür. 1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 1 ve 13. maddelerinin 1971'de Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine, 12 Ağustos 1971 tarihinde "gizli" bir yazıyla okulun

yüksek kısmı, 9 Temmuz 1971'den geçerli olmak üzere Anayasa Mahkemesi'nin "Özel Yüksek Okulların Devletleştirilmesi" hakkındaki 12 Ocak 1971 tarih ve 1971-3 sayılı kararı ile kapatılmıştır.<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi, dava konusu maddeleri esas itibarıyla 1961 Anayasasının 21 ve 120. maddelerine aykırılık açısından değerlendirmiştir. Yaptığı öğretim nitelikçe üniversite eğitimi olan bütün yükseköğretim kurumları 120. md uyarınca yalnız devletçe ve yasa ile, bilim ve yönetim bakımından özerk kamu tüzel kişileri biçiminde kurulabilirler. Özel okulun devletçe kurulması düşünülemeyeceği gibi, 21/3'e aykırı olarak Anayasa 120. md. uyarınca devlet gözetim ve denetimi dışında bırakılması da düşünülemez.<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi'nin Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun ilgili maddelerini iptal ederek Yüksek Öğretim Kurumlarının sadece devlet tarafından açılıp işletilebileceğini "emredici" bu karardan sonra; mevcut özel yüksek öğretim kurumları ya faaliyetlerine son vermiş, ya da bir devlet üniversitesine bağlanmıştır.<sup>21</sup>

Bu karardan sonra, Heybeliada Ruhban Okulu da "özel yüksek okul" statüsünde değerlendirilmiş, okulun varlığını sürdürebilmesinin ancak Türk üniversitelerinden birisine veya bir ilahiyat fakültesine bağlanarak mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bir süre önce, Patrik Athinagoras Başbakan Nihat Erim'e 1 Temmuz 1971'de bir mektup göndererek, okulun 625 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden çok önce açıldığını, bir "meslek okulu" olmaktan öteye geçmediğini,

<sup>17</sup> Tolga Korkut, BİA Haber Merkezi, (01.04.2005)

(\*) Mütekabiliyet Esası: İki devlet arasında uygulanan ve ülkelerin birbirlerinin vatandaşlarına karşılıklı olarak aynı mahiyetteki hakları tanıma ilkesidir. Bu ilkeye göre; Bir Türk vatandaşı hangi ülkeden mülk edinebiliyorsa, o ülkenin vatandaşı da Türkiye'den mülk sahibi olabilir.

<sup>18</sup> Sofuoğlu, a.g.e., s. 194.

<sup>19</sup> [http://www.turk-yunan.gen.tr/turkce/sorunun\\_ortaya\\_cikisi/heybeliada\\_ruhban\\_okulu.html](http://www.turk-yunan.gen.tr/turkce/sorunun_ortaya_cikisi/heybeliada_ruhban_okulu.html) (09.05.2005)

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Resmi Gazete, 26.03.1971/13790

<sup>21</sup> G Calan, "Fener Patrikhanesi Vatikan Olma Yolunda", **Nokta**, 4-10 Eylül 1994, s. 31.

bir özel yüksek okul telakki edilemeyeceğini anlatmış, ilgi ve himayesini talep etmiştir.<sup>22</sup>

Okula tayin edilen kayyım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi üyelerinden Prof. Dr. Ömer İlhan Akipek'i avukat olarak tutmuştur. Akipek de Danıştay'a bu idari tasarrufun iptali isteğiyle, 17 Kasım 1971'de, HRO'nun yüksek okul sıfatı olmadığını, Lozan'ın 40. maddesine giren okullardan olduğunu ifade eden bir savunma hazırlamıştır. Savunmasında, kapatılan bütün özel yüksek öğretim kurumlarının, öğrencilerinin öğrenimlerine devam edebilmeleri amacıyla, mevcut üniversite ve akademilere bağlanmalarına rağmen, HRO hakkın da böyle bir işlem yapılmamış olmasını, kanun koyucunun bu okulu bir yüksek okul olarak görmemiş olduğunun açık bir delili olarak belirtmiştir.

Patrikhane ve HRO'nun Danıştay'da açtıkları dava, patrikhanenin tüzel kişiliği olmaması sebebiyle reddedilmiştir.

### **LOZAN ANTLAŞMASI, AZINLIKLAR VE KARŞILIKLILIK İLKESİ**

Patrikhane ismi Lozan Antlaşması esas metninde zikredilmemiştir. Patrikhaneye ait hiçbir hususun Lozan Antlaşmasında yer almaması Türk Delegasyonunun bir başarısı sayılmaktadır. Dr. Emre Özyılmaz'a göre Patrikhanenin Lozan Antlaşması hükümleri içerisinde yer alması, bu durumun uluslararası bir sorun olarak telakki edilmesine neden olacak ve bu antlaşmayı imzalayan devletler Patrikhanenin en büyük garantörleri sayılacaktır.<sup>23</sup>

Lozan Antlaşması I. Dünya Savaşını bitiren anlaşmalar içerisinde geçerliliğini günümüze dek sürdü-

ren tek anlaşmadır. Bu yönüyle bir kuruluş anlaşması niteliğindedir. Yeni Türk devletinin bağımsızlığı itilaf devletleri tarafından resmen tanınmıştır. Bu anlaşmaya göre Türkiye'de tek bir azınlık vardır. O da gayrimüslim azınlıktır. Dil, din, ırk şeklindeki ayrımlara müsaade edilmemiş, Gayrimüslim azınlıklar da dahil tüm Türk uyruklarının medeni ve siyasi haklardan eşit olarak yararlanacakları belirtilmiştir.<sup>24</sup>

Lozan Antlaşması Azınlıkların, Osmanlı Döneminde elde etmiş oldukları, Türk vatandaşlarından daha imtiyazlı olan yanlarını törpülemiş ama bunun yanında Anayasal teminatla azınlıkların Türk vatandaşları ile eşit haklara sahip olmasını sağlamıştır.

Patrikhanenin sınırdışı edilmesinin Hıristiyan dünyasının dini hislerini inciteceği, Ortodoks dünyasını ve İngiliz Hıristiyanlarını gönülden yaralayacağı dile getirilmiştir.<sup>25</sup> Patrikhane, ayrıcalığını Türk devletine onaylatmak istemektedir. Ama Türkiye böyle bir isteği kabul edemez; çünkü; Patriklik devlet içinde gerçek bir devlet olmaktadır. Fener Rum Patrikhanesi'ne karşı Lozan Antlaşmasında kesin hükümler getirilmiştir. İlk başta Patrikhanenin ülkeden tamamen çıkartılması düşünülmüştür. Ancak Lozan'ı imzalayan "karşı taraf"larca bu istek kabul görmemiştir. Bunun üzerine Fener Rum Patrikhanesinin varlığı iki şartla kabul edilmiştir.

1. Fener Rum Patrikhanesi ekümeniklik (bir nevi uluslarüstü) sıfatını tamamen bırakacak, TC kanun ve düzenlemelerine tabi olacak, sadece kendi cemaatinin dinsel sorunları ile ilgilenecektir.

<sup>24</sup> Lozan Antlaşması Metni Md. 39.

<sup>25</sup> Emre Özyılmaz, a.g.e., s. 52 (Seha Meray, **Lozan Barış Konferansı- Tutanaklar Belgeler**, çev.: Ankara: 1970, s. 16)

<sup>22</sup> Emre Özyılmaz, a.g.e., s. 103-108.

<sup>23</sup> Emre Özyılmaz, a.g.e., s. 61.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

2. Mütakabiliyet (Karşılıklılık) ilkesi uygulanacak. Buna göre Yunanistan'ın Türkiye sınırında yaşayan Türk azınlığa da aynı haklar tanınacaktır.

24.7.1923 tarihli Lozan Anlaşmasının 40 ve 41. maddeleri azınlık okullarına ilişkindir. Devletin okulu olarak değil de, devlet karşısında Lozan Anlaşması ile garanti altına alınmış bulunan azınlık okulları, klasik anlamda özel okullardan farklı olarak, azınlık cemaatlerine ait bulunmaktadır. Böylece, bu okulların varlıkları, en başında, ilgili cemaatin fiilen ve hukuken varlığını sürdürüp sürdürmemesine bağlı bulunmaktadır. "Yabancı okullar" ülkemiz vatandaşı ya da kuruluşu olmayan yabancılara ait okulları anlatırken, "Azınlık okulları" ise adından da anlaşılacağı gibi, ülkemizde mevcut ve Lozan Antlaşması ile "azınlık statüsü"nde garanti altına alınmış bulunan, mensupları birer Türk vatandaşı olan Rum, Ermeni ve Yahudi cemaatlerine, yani ülkemizde resmen tanınmış tek azınlık grubu olan gayrimüslimlere ait bulunmaktadır. Hukuksal dayanak ve çerçevesi itibarıyla Her iki okul türü de, artık tamamıyla uluslararası hukukun konusudur.<sup>26</sup>

Türkiye'de bulunan azınlıklar mutlak bir hürriyet içerisinde yaşamakta ve Türk vatandaşları ile eşit muamele görmektedirler. Azınlıkların hakları Lozan Antlaşmasının 38-44 (Ekalliyetlerin Himayesi) maddeleri ile temin edilmiştir.

Lozan Antlaşması gayrimüslim vatandaşlara imtiyaz tanımamış, Türk vatandaşları ile eşit duruma getirmiştir. Fakat bu eşitliği sağlayan asıl teminat, Türk uyru-

ğunda bulunan bütün vatandaşların her türlü hak ve hürriyetlerini koruyan ve eşit hale getiren Anayasa teminatıdır.

Lozan Antlaşması 38-45'nci maddeleri her iki ülkedeki azınlıklara eşit haklar tanımıştır.

Lozan Barış Antlaşması'ndan sonra, Meclis'te en çok hassasiyet gösterilen hususlar, Batı Trakya Türklerinin, Yunanlıların eline bırakılması ve Patrikhane'nin İstanbul'da kalmasının kabul edilmesiydi.

Yunanistan, 1923'ten bu yana Lozan Antlaşması'nın sağladığı garantilere ve haklara rağmen Batı Trakya'daki Türk azınlığı asimile etmektedir.

Batı Trakya Müslüman Türk azınlığının nüfusunun 150.000 civarında olduğu tahmin edilmektedir. Lozan belgelerine göre, 1923 yılında 129.120 olan Batı Trakya Türk nüfusu bölge nüfusunun %68'ini teşkil ederken, bugün 150.000 nüfusla bölge nüfusunun ancak %35'ini oluşturmaktadır. Lozan Antlaşması'nın imzalandığı tarihte ve Lozan Konferansı belgelerine göre toprak mülkiyetinin %84'üne sahip olan Azınlığın bugün sahip olduğu toprak oranı ise %20'ler civarındadır.<sup>27</sup>

Batı Trakya'nın Lozan Antlaşması'yla resmen Yunanistan'a bırakıldığı günden beri Yunan yönetimleri Türk azınlığı Türkiye'nin Yunan topraklarındaki doğal uzantısı olarak görmüşler; dolayısıyla azınlığı potansiyel bir tehdit ve tehlike olarak değerlendirmişler; Batı Trakya Türk azınlığına yönelik politika da doğal olarak bu algılama doğrultusunda şekillendirilmiştir.

Diğer taraftan, İstanbul'daki Rum azınlığın nüfusunda kaydedilen gerileme de Lozan'da tesis edilmiş

<sup>26</sup> Nuri Yaşar, Yabancı Ve Azınlık Okullarına Hakim Esaslar, Yabancı Ve Azınlık Okullarının Türk Hukukundaki Statüsü, <http://www.abchukuk.com/makale-/makale37.htm> 1(X) (KHUKA Dergisi Sayı:6, 2000)

<sup>27</sup> [www.turk-yunan.gen.tr](http://www.turk-yunan.gen.tr), "Batı Trakya Türk Azınlığı", 20.04.2005

## Hukuk Merceği Altında Heybeliada Ruhban Okulu / Ş. G. Özdemir

olan "Karşılıklılık Dengesi"ni bozmuş ve bu gerçek Yunan yönetiminin Batı Trakya Türk azınlığının sorunlarına karşı kayıtsız ve gönlüsüz yaklaşmasına neden olmuştur.

### OKULUN YENİDEN AÇILMASI

Heybeliada Ruhban Okulu'nun yüksek kısmının Fener Rum Patrikhanesi'nin istediği biçimde açılması, Anayasa başta olmak üzere Türk Hukuku Sistemi çiğnenmesi anlamına gelmektedir.

Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Lozan Barış Antlaşması azınlıklara ayrıcalık değil, sadece Müslüman Türk halka tanınan eşit muamele görme hakkı tanımıştır. Bu durum aynı zamanda Türk Anayasası'nın 12. maddesindeki eşitlik prensibinin bir gereğidir.

Lozan Barış Antlaşması'nda ve imzaladığımız öteki uluslararası sözleşmelerde azınlıklara ayrıcalıklar değil, her Türk vatandaşına olduğu gibi eşit haklar tanınmıştır. Din görevlilerinin özel okullarda değil devlet okullarında yetiştirilmesi, Anayasa, Anayasa Mahkemesi kararı, Yüksek Öğretim Kurumları Kanunu ve Milli Eğitim Temel Kanunu ile düzenlenmiş devlet politikasıdır. Bu nedenle çoğunluğa tanınmayan bir hakkın azınlığa tanınması söz konusu olamaz.

Örneğin Türk devleti, İmam Hatip Okulları ve devlet üniversiteleri bünyesinde İlahiyat Fakülteleri'nde vatandaşlarının din hizmetlerinde çalıştırmak üzere eleman yetiştirmektedir. Bu eğitim-öğretim faaliyetleri de devletin denetimi ve gözetimi altında yapılmakta, hiçbir cemaat veya zümreye bu konuda serbestiyet tanınmamaktadır. Halbuki Heybeliada Ruhban Okulu bir cemaat adına Ortodoks dünyası için din adamı yetiştiriyordu.

2. 403 Sayılı Tevhid-i Tedrisat (Eğitim ve Öğretimin Birleştirilmesi) Kanunu'nu, Türkiye'de dini öğretim ve eğitimi cemaatlerden ve özel kişilerden alıp, devlet görevi olarak MEB'nin vermiştir.

3. 625 sayılı Kanunun 3. maddesi, özel şahıs ve tüzel kişilere dini eğitim ve öğretim yapan özel öğretim kurumu açma yetkisinin verilmemesini öngörür.

4. Yine 625 Sayılı Kanunun 28. maddesine göre bir özel okula alınabilecek yabancı uyruklu öğrenci sayısı, okulda okuyan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı öğrencilerin yüzde 20'sini aşmamak kaydıyla Mili Eğitim Bakanlığınca tayin olunur hükmünü içerir.

5. 625 Sayılı Kanun'un 3. maddesinin 3. paragrafında "askeri okullar, dini eğitim ve öğretim yapan özel öğretim kurumları ile emniyet teşkilatına bağlı okulların aynı veya benzeri özel öğretim kurumu açılmaz" hükmünü içerir.

6. Türk Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlet olarak tanımlandığı için dini öğretim yapan özel okul açmak ve yönetmek yasaktır.

7. Fener Rum Patrikhanesi bir vakıf olmadığı için Anayasanın 132. maddesi gereği özel bir yüksek öğretim kurumu da açamaz. Anayasanın 132. maddesine göre, kanunda gösterilen usul ve esaslara göre kazanç amacına yönelik olmak şartı ile vakıflar tarafından devletin gözetim ve denetimine tabi yüksek öğretim kurumları kurulabilir.

8. Türk Anayasası'nın 24. maddesi de 'din ve ahlak eğitim-öğretimi devletin gözetim ve denetimi altında yapılır' hükmünü öngörür.

9. Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve temel ilkeleri, 1973 tarihli Milli Eğitim Temel Kanunu ve 1981 tarihli Yüksek Öğretim Kanunu ile belirlenmiştir. Bu yasalara

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

göre hangi derece ve türde olursa olsun, okul programının bu genel amaç ve temel ilkelere uygun olarak geliştirilmesi zorunludur.

10. Ayrıca, Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı'nın Başkan Vekili Prof. Dr. Turgut Akıntürk imzalı kararı da bu yöndedir: "Yürütme Kurulunun 12 Kasım 1992 tarihli toplantısında; 2547 sayılı Kanunun 5/F maddesinde yüksek okulların ancak üniversiteler ve ileri teknoloji enstitüleri bünyesinde kurulacağı hükmünün yer aldığı dikkate alınarak adı geçen okulun açılmasının uygun olmadığına dair karar verilmiştir."<sup>28</sup>

### SONUÇ

Türkiye'de ruhban ihtiyacını karşılamak için Heybeliada Ruhban Okulu'nun açılması talep ediliyor. Şimdilerde okulda okuyacak öğrenci bulunmadığı için dışarıdan öğrenci getirtmek ihtiyacından bahsediliyor. Fener Rum Patrikhanesi gibi kurumları, sürekli fesat yuvası olarak algılaması nasıl hastalıklı bir şeyse, sanki dünya bir gül bahçesiymiş de, bu bahçede dikenli kalan tek yer Türkiye'deki uygulamaların gibi düşünmek, Fener Rum Patrikhanesi'ni, elini eteğini bu dünya işlerinden çekmiş bir ibadethaneden ibaret görmek de o derece saf bir yaklaşımdır.<sup>29</sup>

Lozan Antlaşması'nın 37. maddesi ile Türkiye, 38. maddeden 44. maddeye kadar olan maddelerin kapsadığı hükümleri kendi iç hukukunun temel yasaları olarak tanımış ve bu hükümlere aykırı hiçbir kanun, yönetmelik, tüzük vs. çıkarmamayı, hiçbir resmi işlemin bu hükümlerle çelişik olmamasını ve bu hükümlerden üstün sayılmamasını akdi yükümlülük olarak kabul etmiştir.

Heybeliada Ruhban Okulu da "özel yüksek okul" statüsünde değerlendirilecekse, okulun varlığını sürdürebilmesi ancak Türk üniversitelerinden birisine veya bir ilahiyat fakültesine bağlanarak mümkün olabilecektir. Bunun için de Fener Rum Patrikhanesi'nin Lozan Barış Antlaşması'na harfiyen uyması gerekir. Bu da yetmez. Lozan'ın mütekabiliyet (karşılıklı denklik) ilkesi gereği Yunanistan'ın Batı Trakya Türelere'nin hak ve özgürlüklerine saygılı davranması gerekir.

### Kaynakça

- G. Calan; "Fener Patrikhanesi Vatikan Olma Yolunda", **Nokta** dergisi, 4-10 Eylül 1994.
- Tolga Korkut; "Ruhban Okulu Pratik Semineriyle Çözülür", BİA Haber Merkezi, (01.04.2005)
- Elçin Macar; [http://www.bianet.org/2005/04/01-/57923.htm#Okulun%20tarihçesi,\(01/04/2005\)](http://www.bianet.org/2005/04/01-/57923.htm#Okulun%20tarihçesi,(01/04/2005))
- Nuray Mert; **Radikal** gazetesi, 15.07.2004.
- Em.Gen.Md.lüğü, Güv. D. Bşk.lığı Arşivi: Klasör No: 42226-1/3 Z/F9
- Beria Remzi Özorun; "Megali İdea'nın Kökleri", **Türk Kültürü** dergisi, C., 16-17.
- Emre Özyılmaz; **Heybeliada Ruhban Okulu**, Tanya Yay., Ankara: 2000.
- Adnan Sofuoğlu; **Fener Rum Patrikhanesi Ve Siyasi Faaliyetleri**, Turan Yay., İstanbul: 1996.
- M. C. Şehabeddin Tekirdağ; "Osmanlı İdaresinde Patrik ve Patrikhane", BDDT, Ekim 1967, Sayı 1.
- Nuri Yaşar; "Yabancı Ve Azınlık Okullarına Hakim Esaslar, Yabancı Ve Azınlık Okullarının Türk Hukukundaki Statüsü", <http://www.abchukuk.com/makale/makale37.html> (X) (KHUKA Dergisi Sayı:6, 2000)
- [http://www.turk-yunan.gen.tr/turkce/-sorunun\\_orta-](http://www.turk-yunan.gen.tr/turkce/-sorunun_orta-)

<sup>28</sup> Özyılmaz , a.g.e., s. 113-135.

<sup>29</sup> Nuray Mert, **Radikal** (15.07.2004)

***Hukuk Merceği Altında Heybeliada Ruhban Okulu / ř. G. Özdemir***

---

ya\_cikisi/heybeliada\_ruhban\_okulu.h  
tml, (09.05.2005)

www.turk-yunan.gen.tr / Batı Trakya  
Türk Azınlığı / 20.04.2005.







# Türkiye'de STK'ların Zaafları ve Öneriler

Av. Muharrem BALCI



## TARİHÇE

Sivil toplum, esas itibariyle felsefi düzlemde tartışılan bir toplum kurgusudur. Bir arayış, bir tür ütopyadır... Sivil toplum, medeni, uygar, kentli gibi anlamları da bünyesinde taşır. Türkiye'de de 1980 sonrasında Batı'dan mülhem bir Sivil Toplumculuk anlayışı öncelikle entelektüel tartışmalarla kendine yer bulmaya çalışmıştır. Sivil toplum kavramı 1980'lerden önce ve sonra (12 Mart, 12 Eylül) öncelikle sol entelektüellerce tartışıldı. Bu tartışmaların temel noktası politik topluma yani devlete karşı sivil toplum alanı oluşturmak konusunda yoğunlaşmaktaydı. Sol aydınlar sivil toplumu Gramsci'nin yaptığı "politik toplum-sivil toplum" ayrımı ekseninde tartışmışlardır. Burada politik toplum ile hesaplaşmamış ya da başarısız olmuş ve itibar kaybına uğramış sol hareketin, yönünü siyasetten arındırılmış, siyaset dışı bir alan olarak sivil topluma dönmesinden bahsediyoruz. Pek tabii ki Gramsci'nin sivil toplumu artık mahiyetini değiştirmiş, politik toplum-sivil toplum ekseninden taşırılarak, bilim, kuram ve siyaset arasındaki ilişkiden kopuk olarak gündemde yerini almaktadır.<sup>1</sup>

Sivil toplum kavramı ve olgusu özellikle 1990 sonrasında küreselleşme ile birlikte gittikçe güçlenmeye başlamıştır. Gönüllü sosyal ve hayır amaçlı çalışmalar 1990'lara kadar sivil toplum kavramı ve olgusuyla birebir örtüşmekle birlikte mahiyet itibariyle dernekler, vakıflar gibi yapılanmalarla hayatiyetine devam etmekteydi. Bir başka deyişle Batı formlarının vurguladığı tarza benzer bir sivil toplum tarihi bu topraklarda da vardı. Ancak bu kurumlar STK olarak adlandırılmıyordu. Hatta 1994'e kadar STK kavramı yoktu. Sadece dernek ve vakıf adıyla yapılan çalışmalar vardı. 1994'te Habitat'la birlikte ve özellikle 1996'da STK'ların kendi organizasyonlarıyla düzenledikleri Habitat II konferansı ile STK kavramsallaştırması ve STK'lar gündeme gelmiştir.

STK'ların gündeme gelmesiyle birlikte, geleneksel dernek ve vakıf gibi kurumlarda adlandırmada değişiklik yaşanmasına ve giderek işlevselliklerinin de farklılaştırılmasına, dolayısıyla toplumsal yapı ve siyaset tarzının da değişime uğratılmasına geçilmiştir.

1980'li yıllar için ayrıca iyimser bir ifade ile açıklamak gerekirse, "sivil" kavramına tutunmak/tutulmak, biraz da askeri yönetim sonrası dönemde askeri-sivil karşıtlığından kaynaklandı. Ali Yaşar Sarıbay'a göre, 1980 sürecinde toplum depolitizasyon

<sup>1</sup> Sol entelektüel tartışmalar için bkz.:  
**Sivil Toplum: Devletin Büyümesi.**

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

sürecine itilmiş, ardından 1983 genel seçimleri ile birlikte devletin toplumdaki yeri tartışılmaya başlanmış ve devamında Türkiye’de demokrasinin yeniden tesisi için sivil toplumun var edilmesi gerektiği düşüncesiyle sivil toplum, “askeri yönetimden arındırılmış toplum” olarak anlam kazanmıştır.<sup>2</sup> Kavramın tarihsel ve felsefi bağlamından kopması da bu dönemin şartlarından kaynaklanmıştır.<sup>3</sup>

İslamcı tarafta da benzer süreç yaşanmıştır. Devletle hesaplaşma sürecinden yenilgi ile çıktığını kabullenen bazı İslamcılar sivil toplumculuğa yönelmişlerdir. Bir nevi kapitalist sistem içinde absorbe olmayı tanımlayan sivil toplumculuk anlayışı, önceleri Medine Vesikası açılımları ve sistem içinde küçük de olsa bir “hareket alanı açma” ve “sıkıntı dağıtma” girişimleri olarak başlamıştır.

Konunun alfabesi sayılacak olan Medine Vesikası özlemleri, Özalizm ile kısmen arzuladığı hedefe yönelmiş, sistem içinde kendine yer bulmaya başladıktan sonra aşağıda açıklamaya çalışacağımız gibi sistem içi araçları da kullanmayla başlayarak sistemin payandası olmaya aday hale getirilmiştir. 1990’larda başlayıp özellikle de 28 Şubat sonrasında yoğunluk kazanan sivil toplum rüzgarı ise, İslamcı kesimde daha fazla tartışılır oldu ve adeta bu kesim için bir can simidi oldu.

Sözün burasında, gerçekten de temel haklar ve özgürlüklere ilişkin çalışmaları öne çıkaran ve özveri ile çalışan kurumlarımızın kendilerini STK olarak adlandırmalarına fazlaca takılmıyoruz. Ancak, sadece cemaat yapısını güçlendirmeyi hedefleyen veya politik toplum içinde yer tutmaya çalışan veyahut da siyasi iktidarların ve

iktidar yanlılarının da desteğiyle sadece hayır kurumu olmaya yönelen bir STK çalışmasını, *ödünç kavram* olarak izlemeye aldığımız STK anlayışıyla bağdaştıramadığımızın da altını çiziyoruz.

### TANIM

#### Sivil Toplum ve STK Kavramına Genel Bir Bakış

Sivil toplum ve STK kavramlarına bildik tartışmaların sonucunda ortaya çıkan sonuçlardaki gibi değer atfetmek bu tebliğin boyutunu aşmaktadır. Zira sonuçlar birbirinden çok farklıdır. Ancak, genel itibariyle düzen karşıtı fakat arızî olmayan muhaliflik penceresinden ve aynı zamanda, karşıtlarının kurumlarını meşrulaştırmadan bakmayı tercih ederek diyebiliriz ki; sivil toplum bu coğrafyanın ve toplumumuzun ürettiği bir kavram değildir.

- Kimilerine göre **kirlenmiş bir kavram** (Ali Bulaç),
- kimilerine göre **oryantalist bir kavram** (Yasin Aktay),
- kimilerine göre de anlamı çesitlendirilmiş, içinde hem sivil toplum hem uzmanlık olan tartışmalı bir kavramdır. (Koray Gümüş)<sup>4</sup>

Belki ileride benzerlikler ve ayrılıklar tespit etmiş olmamızla birlikte ve ilahi olmayan her kavramın istendiğinde içinin farklı bir şekilde doldurulabileceği gerçeğinden de hareketle sivil toplum kavramını reddedilmesi mümkün olmayan, fakat anlamı değiştirilebilen bir kavram olarak kabul edebiliriz.

Pragmatik olarak da değerlendirilebilecek bu bakış; red mantığı

<sup>2</sup> Ali Yaşar Sarıbay, *Postmodernite, Sivil Toplum Ve İslam*, s. 119.

<sup>3</sup> Ali Yaşar Sarıbay, a.g.e.

<sup>4</sup> Sivil Toplum Kavramı Etrafında Tartışmalar Paneli-EDAM-PRODEM, 02 Nisan 2005.

ile başa çıkamayacağımız bir kavramın, ötekilerin de yaptığı gibi, içi boşaltılıp yeniden doldurularak, sivil toplum çalışmalarına katkı sağlamayı ve duyarlılıkları rant beklentisi içine girmeden aslı mecrasında tutmayı sağlayabilir.

Adını ve gelişini belirleme şansımız olmadığı halde her yanımızı kuşatan sivil toplum çalışmalarını, toplumumuzun tarihsel gerçeklikten gelecek tasavvuruna doğru yürüyüşünde katkı sağlayan unsur haline gelebilir. Bir başka ifadeyle kavramı ödünç olarak kullanabiliriz (Yasin Aktay).<sup>5</sup>

Yaşadığımız düzlemde küresel güçler ve payandaları, her konuyu Batı formları ve son form olan liberal mantalite içinde ortaya koymaktadır. Bu bir bakıma Batı’nın zayıf toplulukları, en zayıf olanlara karşı işbirliğine zorlayarak, onları birlikte sömürmeye ikna etmek için oluşturduğu bir program olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **STK’ların Gelişmelerinin Ardındaki Etkiler**

Özellikle 1990 sonrası dönem göz önüne alındığında sivil toplum ve STK kavramında ve olgusunda bir "ortaya çıkış" değil, bir "adlandırma" ya da "referansta" bir değişiklik yaşandı denebilir.<sup>6</sup> Bu referans arayışının, tamamı için değil fakat büyük bir kesim için bir nevi "meşruiyet krizine çözüm" olarak tercih edildiğini söyleyebiliriz.

Gerçekten de sivil toplum kavramı ve STK olgusu, sol kesimin tamamen olmasa bile büyük bir kısmında, neredeyse tamamı sol veya İslamcı kesimden gelen liberallerde ve bazı İslamcılarda 'barsak temizliği' olarak adlandırılan "geçmişe yönelik red olgusunun sonucu oluşmuş meşruiyet krizine" bir nevi can simidi olarak gelişti.

Sivil toplum adlandırmasında yakalanan "meşruiyet" algısı, pratikte STK formunun apolitik ve tarafsız bir yapı olarak tercih edilmesi şeklinde yansımıştır. Şu an için STK’lar bazı İslamcı kesimler için bir depolitizasyon, bazı kesimler içinse sistemin içselleştirilmesi işlevi görmektedir.

Ve devamında STK uygulamaları bir değiştirme/dönüştürme işlevi gördü. Geçmişteki cemaat/örgüt modelinden rantçı ve iktidar mevelerinin bir çuvala silkelendiği STK modeline geçiş...

Esasen Türk siyasi geleneği merkezîyetçiliğini bugün de sürdürmektedir. Gerçek anlamda yani batılı anlamda bir sivil toplum örgütlenmesi ancak bölünmüş iktidar yapısında gerçekleşebilir.

Türkiye pratiğinde bugün birçok STK iktidardan pay kapmak daha doğrusu ranttan pay almak ya da iktidar olmak arzusu ve arayışındadır. Yine bu gelenek uyumsuzluğu yüzündendir ki devletçi/elit STK’lar vardır. Yani burada "yerel karar alma süreçlerine katılım" amacından çok politik hayata katılma, ekonomik veya siyasi bir iktidar olma ya da iktidarı sürdürme arayışı mevcuttur.

### **TEORİK ZEMİNE KATKI**

Sivil toplum tartışmalarında İdris Küçükömer’in katkıları önemli görülmektedir. Sivil toplum konusunu ilk tartışanlardan biri Küçükömer’dir. Küçükömer, Türki-

<sup>5</sup> Sivil Toplum Kavramı Etrafında Tartışmalar Paneli-EDAM-PRODEM, 02 Nisan 2005.

<sup>6</sup> Burada geleneksel dernek ve vakıfların, "emr-i bil ma'ruf, nehy-i anil münker (iyiliği emretme, kötülükten sakındırma) ilkesiyle yaptıkları çalışmaların, bu topraklarda STK çalışmalarını önemseyen iyi niyetli yaklaşımların öncüsü olduğunu vurgulamak gerekir.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ye'de neden "civil yok?" sorusunu sorar ve cevabını "tebaa", "memur", "militan", "mürüt" formatlarını kullanarak verir.

Bireyin, bir başkası tarafından belirlenmesi ve bağlı değişken haline getirilmesi için aldatmaca yöntemlerin kullanıldığını ve asıl amacın, bireyi iktidar yolunda dolgu malzemesi olarak görmek olduğunun altını çizer.<sup>7</sup>

Günümüzde STK'ların da, - bilinçli veya bilinçsiz olmaları gerekmez- böyle bir işlevselliğe bünyelendirildiği de bir gerçektir.

Başka bir açılımlı soru da Zeki Demirkubuz'dan;

"Devlet karşısında sivil bir kimliğe sahipken, nasıl oluyor da gücü ele geçirdikten sonra karşısındakine dönüşülebiliyor?"<sup>8</sup>

Sanırım bu sorunun cevabını ve STK'ların gelişmelerinin ardındaki etkileri sol literatürde "burjuva ahırına girmek" olarak tabir edilen, "arızî muhalefet" anlayışında bulmak mümkündür.

### **Türkiye'de STK'ların Tarihsel Süreç İçindeki Değişimleri**

Türkiye'de STK olarak adlandırılan kuruluşların uzun bir tarihsel süreçleri yoktur. STK'lar, 1990 sonrasında popülerlik ve yaygınlık kazanmıştır. Dolayısıyla büyük bir değişim geçirmiş değildir. Asıl değişim, daha önce kendini STK olarak tanımlamayan kuruluş, yapı ve organizasyonların bugün kendilerini STK olarak adlandırmaları suretiyle yaşanan yapısal ve içsel değişim süreçleridir. Bu süreçler sırasıyla;

- Cemaat ve örgütsel yapılardan sivil toplumluluğa evrilme...
- Gönüllülüğten profesyonelliğe, siyasetten omurgasızlığa evrilme...

Geçmişteki ve halen de devam edebilen cemaat ve örgütsel yapılanmaların büyükçe bir kısmı, yukarıda da kısmen değindiğimiz gibi iktidar nimetlerinden pay kapma yarışı içindeler; veya sivil toplum kuruluşu işlevselliklerini, görünürde toplumun yararına ve politik olmayan amaçlar uğruna sergilemektedirler. Ancak her iki durumda da döngü, yine cemaat yararına sevaplar yönünde işlemektedir.

Geleneksel olarak, sivil talepler ve hayır işleri gönüllülük esasına dayanmaktadır. Ancak günümüzde gönüllülük sadece "elindeki fazlasını verme" şekline evrilmiş ve profesyonellikte karar kılınmıştır. Tıpkı sekülerliğin gereği olarak "hayatın parçalanmışlığı" şeklinde tezahür eden "uzmanlaşma" gibi. Uzmanlaşmanın getirisi olarak da, alan dışında faaliyetin başkalarına pas edilmesiyle siyasi taleplerin ve muhalefet işlevinin görevlilerce yerine getirilmesi sağlanmış olmaktadır.

Bir dönem hukuki ve siyasi taleplerle toplumun önderliğini kazandıktan sonra, bu fonksiyonun profesyoneller eliyle gerçekleştirilmesini istemek, bu elemanların kendileri adına işlediği zaaf ve günahları kerhen kabul etmek şeklinde tezahür eden omurgasızlık...

Örneğin; kurum adına yapılan temsili işleri ücretlilere pas etmek, sorumluluğu paylaşmamak, fakat ortaya çıkacak rantı paylaşmak.

### **Gönüllülük Esasının Bozulması**

Gönüllülük esasını üzerine kurulu sivil toplum kuruluşları, sadece

<sup>7</sup> İdris Küçükömer, *Düzenin Yabancılaşması*, Bağlam Yayınları.

<sup>8</sup> İdris Küçükömer *Anısına Türkiye'de Sivil Toplum Arayışları*" s. 121.

belirli alanlardaki çalışmalarında teşvik edilmektedir. Kotarılan siyasi ve hukuki sisteme entegre olmaya müsait olmayan yapılanmaların gönüllülüğü ‘sistemin olumsuzluklarına karşıtlık’ şeklinde değil, sadece insanlara yardım düzleminde tutulmaktadır.

Özellikle de iktidarlar, evvelce yandaşları olan sosyal ve hayır amaçlı kurumları bu kapsamda büyütebilmektedir. Böylece gerçekte hükümet dışı kuruluş olarak kendini tanımlayan bu yapılanmalar bir müddet sonra sadece bir hayır kurumu olarak sistemin kurumlarını meşrulaştırmada kullanılabilirlerdir.

Bu durum belki de, sivil toplum kavramını üreten modernitenin ulus devlet bağlamında gerçekleşmesini istediği sonuçtur.

Liberalizmin –günümüzde her ne kadar küreselleşmeye uyumlu olduğu izlenimi verse de– esasen ulus devlet modelini incelemesi ile birlikte düşünüldüğünde bu sonuç kaçınılmazdır.

Diğer yandan liberal projenin, özgürlüğün ve eşitliğin herkese istenildiği kadarını vermeyi amaçlayan bir proje olmamasına rağmen, özgürlük talepleriyle liberal projelerden beslenen sivil toplum kuruluşları, bir müddet sonra kendilerine görece özgürlük imkanı sağlayan düzenle düz olarak hayatini devam ettirmektedir. Bu gelişme bir bakıma sivil toplumun kendi kendini yok etmesidir.<sup>9</sup>

Son sözün bir kısmını baştan söylemek gerekli olduğunda denebilir ki; toplumun bir kere daha ümitsizliğe düşmemesi, kendini inkar sadedinde kimilerinin barsak temizliği yapmasına engel olacak şekilde sivil toplum çalışmalarına katkı sağlanmalı; ancak bu katkı hayali de olsa ortaya konan hedef-

leri gerçekçi hedeflere ve “işe koşulma” şeklinden çıkarılarak, kendi özünden kaynaklanan “Allah’ın rızasını kazanma” niyet ve gayretlerine yönlendirilmelidir.

### **Demokratikleşme ve STK ilişkisi**

STK’ların gayesi ‘karar alma süreçlerine etkide/katkıda bulunmaktır’ diye ifade edilmektedir. STK’lar, iktidarın bölünmüş olduğu bir yapıda (batılı toplumlarda) taleplerin geliştirildiği birimlerdir. Bu talepler hukuki, ekonomik ve sosyal konularda olabilir. Bu açıdan bakıldığında STK’lar demokratikleşme(?) ile doğrudan bağlantılıdır.

Batı’da STK’lar, toplumu rahatsız eden veya taleplerinin tam olarak karşılanmadığı konularda karar alma süreçlerine etki ederek veya katılarak toplumun önünü açmaya çalışırlar. Bu yönleriyle demokratikleşmeye de katkı sağladıklarına inanılır. Türkiye’de de bu pratik kısmen uygulamaya konularak bazı üst kurullarda STK’ların temsili sağlanmaya çalışılmıştır.

Ancak Türkiye pratiğinde, Küçükömer’in sınıflandırdığı gibi, tebaa, memur, mürit, militan gibi özelliklerinden arınamamış devletçi elitlerimizin oluşturduğu STK’lar, açıkça bizzat kendi istekleri olarak anti-demokratik uygulamaları talep edip destekleyebilmektedirler. Özellikle 28 Şubat sonrası süreçte bunun örneklerine sıkça rastlanmıştır. TUSİAD, ADD, ÇYDD ve bunlarla birlikte beşli çete olarak adlandırılan TÜRK-İŞ, DİSK, TİSK, TESK ve TOBB...

Dolayısıyla, Türkiye’de STK’lar ile demokratikleşme arasında kurulan ilişki fazla romantik bir ilişki olarak ifade edilebilir. STK’ların ne kadar sivil olduğuna –dolayısıyla demokratik kuruluşlar

<sup>9</sup> Liberal söylemin sivil toplum öngörülerine ilişkin olarak bkz.: Ali Karadeniz, **Sivil Toplum ve İnsan Yeterliliği**”.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

olduğuna-, "Yıldızlı Yeni Parlayan Bir Sektör: Sivil Toplum Kuruluşları" başlıklı makalesiyle cevap arayan Fethi GÜNGÖR, birçok yazardan alıntılar yapmaktadır:

- Türkiye'de STK çoğunlukla gerek kendi iç örgütlenmesinde gerekse "ötekisi"ne karşı olan tutumunda demokratik ve sivil anlayışla hareket edememektedir. İtaatotorite anlayışı bir küçük devlet gibi işleyen STK da mevcuttur Hatta devlete uygun adım hareket eden STK "sivil" ölçülerinde olamamaktadır. (Göle, 1993: 15)
- STK sivil değil de siyasi örgütlenmeler olarak ortaya çıkınca sivil topluma değil siyasal topluma hizmet etmektedir. Bir amaç için tek bir yürek gibi atan düzenli demokrasi ordusuna sivil toplum denemez. (İnsel, 1990: 211)
- Türkiye'de bireysel harekete cüret, farklılık göstermeye sivrilik, bireyciliğe bencillik muamelesi yapılmaktadır. (Vergin, 1994:11) Halbuki sivil toplumun oluşması "biz" in yerini "ben" in almasıyla, yani bireyleşmeyle yakından ilgilidir. (Karaman, 1990:19)
- STK'nın ne kadar sivil olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Ancak şurası bir gerçektir ki; Amerika ve Avrupa dahil dünyanın tüm ülkelerinde birçok STK devletten para kabul etmektedir. (Carothers, 2001: 4)

Türkiye'de STK'nın genel sorunları Türkiye Çevre Vakfı'nın (TÇV) 1995 yılında yürüttüğü ve 600 kuruluşu kapsayan STK araştırması ile Tarih Vakfı'nın 1996 yılında yürüttüğü Türkiye STK Rehberi' çalışmasının sonuçlarını yüksek lisans tezinde değerlendiren Osman Arslan, STK'nın sorunları konusunda özetle şu hususları sıralamaktadır:

- Türkiye'de STK'nın resmi otorite karşısında "eşit ortak" değil, amirinden emir bekleyen "memur" duygusuyla hareket etmeleri,

- STK'ları arasında işbirliği yetersizliğinin gelişmemiş olması,
- demokratik bir anlayışla değil, "şahsi cazibe" (karizma) otoritesiyle idare edilmeleri,
- yapıcı ve yaratıcı olmadıkları için potansiyel üyeleri faal üyeye dönüştürememeleri,
- özellikle yazılı iletişim konusunda gelişmemiş olmaları,
- medyayı ihmal etmeleri ve kamuoyunda tanınmamaları,
- yakınmayı bırakıp potansiyel finans kaynaklarını harekete geçirememeleri,
- proje bazında faaliyet gösterme geleneği oluşmaması,
- istikrarlı ve donanımlı bir merkez sahibi olamayımları,
- hizmet için seçtikleri alanla ilgili bilgi alt yapısını ihmal etmeleri,
- küresel bir nitelik kazanma gayretinin bulunmayışı, buna uygun kadroların hazırlanmayışı.

Bu sorunların büyük bölümünün Türkiye'nin yaşadığı şartların zorunlu bir neticesi olduğu söylenebilir. Ancak, unutulmamalıdır ki Türkiye'nin şartlarını olumlu duruma getirecek olan da STK'ların çalışmalarıdır. Şartların ve günün getirdiklerine teslim olmak STK'nın ruhuna aykırı bir tavır olur." (Arslan, 2001: 204-20s)<sup>10</sup>

### Türkiye'de STK Çalışmalarının Geleceği

Sosyal alanlarda AB süreci ile birlikte STK'lar özellikle etkinleştirilmek isteniyor. AB karar mekanizmaları sadece merkezi iktidarlarla iş tutmak yerine daha

<sup>10</sup>

<http://www.osmanli.org.tr/yazi.php?bulum=4&id=292>

dinamik birimler üzerinden iş tutmayı tercih ediyor.

Ekonomik alanda bir Amerikan modeli olarak üst kurullarla iş tutulması nasıl tercih ediliyorsa, siyasi ve sosyal alanda da muhatap kabul edilmekten tutun, aktarılan devasa fonlara kadar STK’lar öne çıkarılıyor.

STK’lar üzerinden –özellikle insan hakları konusunda– talepler oluşturularak, bu birimler kanalıyla kamuoyu oluşturulup güçlü ulusal iktidarlar baskı altında tutulabiliyor.

Dolayısıyla yaşanan sorun iki yönlü olarak önümüze gelmektedir.

- Birincisi, küresel veya bölgesel oluşumlardan beslenerek siyasi ve sosyal baskı grubu olmak isteyen STK’lar,
- İkincisi iktidarların muhalif STK’ları beslemesi ve popüler hale getirmesiyle STK’ların iktidar payandası yapılması. Birçok kuruluşun birer iktidar birimi olmaları, bu açıdan bakıldığında daha anlaşılır görünüyor.

Her iki durumda da sivil toplum ve STK’ların bir nevi harakiri yaptığı ortaya çıkıyor.

STK’lar özelinde yaşanan bu paradoks, STK bünyesinde yetişen bireylerin sisteme organik olarak eklenmesi insan malzemesini oluşturmasına da neden olmaktadır. Bir yönüyle devleti ikmal ve idame ettiren bireyler oluşturulmaktadır.

Son zamanlarda iktidar partisinin özellikle gençlik kollarında ve kadın kollarında yapılan eğitim çalışmalarının konularının tamamının başında “AB süreci” ifadesinin yer alması ve eğitime katılan elemanların STK’ların bünyelerinden devşirilmiş kişilerden tercih edilmesi, AB sürecinin STK’ların yerel, bölgesel ve küresel sistem içi araçları kullanma yönündeki katkısına işaret etmektedir.

## **Türkiye’de STK’ların Başlıca Çalışma Alanları ve Örnek Kuruluşlar**

Türkiye’de hemen hemen her alanda çalışan STK’lar mevcuttur. İnsan hakları, insani yardım, hukuk, ekonomi, çevre, kültür, kadın-aile, feminizm ve cinsiyet, sağlık, savaş karşıtı hareketler (Küresel Barış Adalet Koalisyonu-BAK).

Bu alanlardan sadece hukukun etkisizliğinden bahsedebiliriz. Hukuk alanında Türkiye’de etkili bir STK’nın varlığı görülmemektedir. Ne İslamcı kesimde, ne sağda, ne solda ve nede liberal kesimde hukuk alanında etkili bir STK’ya rastlanmamaktadır.

Hukukçular sivil toplumun hukuk alanını, adeta insan hakları alanında çalışan STK’lara terk etmiş durumdadırlar. Bir kısmının da içinde yer aldığımız bu kuruluşların dar kadro çalışmasının ötesinde etkili faaliyetleri bulunmamaktadır. Faaliyet olarak ortaya konanlar ise genellikle, genel kurulda üyelere sunulmak üzere hazırlanan faaliyet raporunu oluşturmak içindir.

Baroların sivil toplum kuruluşları olmaması, hukuk alanında yapılacak çalışmalar için yeni bazı hukuk platformlarının oluşması için yeterli bir gerekçe olmuştur.

Bunun yanı sıra insani yardım alanında İHH ve Deniz Feneri Derneği örnek gösterilmektedir. Bunun doğru olmadığını peşinen belirtmek gerekir. Bu iki kuruluş bir hayır cemiyetidir. Tüzüğünde veya işleyişinde ve yahut kitlelerce kabul edilmiş bir STK mantalitesi yoktur. Dolayısıyla bu kuruluşları bir sivil toplum örneği olarak görmek mümkün değildir.

İnsan hakları alanında da İHD ve Mazlumder, Tüketici bilinci alanında da Tüketiciler Birliği

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

(TB) örnek gösterilebilir. Bu örgütlerin örnekliğinin önemli bir vasfı, çalışmalarının envanterinin bulunması ve ölçülebilir olmasıdır. Bu ölçülebilirlik, ülke çapında faaliyet göstermelerinden ve yayınladıkları istatistikli bilgilerden de anlaşılmaktadır.

Aynı şekilde bazı STK'lar diğer alanlarda (çevre, kültür, kadınaile, feminizm ve cinsiyet) etkili olmaya çalışmaktadırlar. Ancak bu alanlarda etkili kuruluşların birçoğu fonlanan kuruluşlardır. Etkileri de medyada yer almalarıyla ortaya çıkmaktadır. Çalışmalarını ve etkilerini fonlanmalarına, dolayısıyla gönüllülük esasının profesyonelliğe terk edilmesinde bağlamak haksızlık olmayacaktır.

### **STK'ların Gelişmesinin Türkiye'ye Özgü Parametreleri Yerel- lik ve Profesyonellik**

Dünya ölçeğinde özgül koşullarımızın karşılaştırmasını yaptığımızda, STK'ların yerelliği ön plana almaları gerektiği açıktır. Zira Türkiye gerçeği, STK'ların maddi imkanlarının sınırlı olmasını işaretlemektedir.

Profesyonelliği esas alarak, yerel insan gücü yerine dış platformların ve örgütlerin parasal gücünü yanlarına alan STK'ların, bir müddet sonra tabela STK'sına dönüştüğü görülecektir. Fakat bunun zararını bu STK'ların hinterlandlarını oluşturanlar ve onlardan beklenti içine girenler görecektir. Bu nedenle STK'ların yerel olması gerektiğine dikkat çekmek istiyoruz.

Dolayısıyla profesyonelliği reddetmemekle birlikte; yerelliğin ve gönüllülüğün birer ana ilke, profesyonelliğin ise bir tali yöntem olduğuna dikkat çekerek, profesyonelliğin gönüllülüğü ortadan

kaldırmaması gerektiğine işaret etmek istiyoruz.

Dikkat edilirse yukarıda olumlu örnekler olarak gösterdiğimiz STK'ların gücü, gönüllülüğü esas alarak yerel olmalarından ve geleneksel hak arama bilincini modern vasıtalarla gerçekleştirmeye çalışmalarından gelmektedir. Özellikle henüz insan olarak hemcinslerinden, tabiattan ve yaratıcısından ilişkilerini kesmemiş ve dolayısıyla sekülerleşmemiş toplumumuzun dinamikleri, tarihsel dayanakları, yerelliği ve özveriyi işaretlemektedir.

STK'lara toplumun gücünü değil, uluslararası kapitalizmin ajanlığını temsil etme görevi veriliyor.

STK'ların, uluslararası kapitalizmin ajanlığını temsil görevi için fonlandırılmak istenmesi, onların ahlaki düşüklüklerine ve misyonlarından vazgeçmelerine sebebiyet vermektedir. Elbette tüm STK'lar için bu yakıştırmayı yapmak mümkün değildir. STK'lar Türkiye genelinde çok farklılaşmıştır. Faaliyet biçimi ve yaklaşım konusunda büyük farklılıklar göstermektedirler. Alanlarında toplumsal talepleri sürdürürken tercih ettikleri profesyonellik, yönetsel olarak dikine ilişki düzenleri oluşturmalarına imkan tanırken; diğer yandan profesyonelliğin gereği yatay ilişkiler bağlamında heyecan ve toplumla kaynaşma yönü ihmal edilebilmektedir.

Öyle ki sadece fonlardan yararlanmak için Van'da faaliyet göstererek fonlanmış projeler üreten, sair zamanlarında tamamen İstanbul'a çöreklenmiş STK'lar mevcuttur.

Özellikle toplumun modernleştirilmesi hareketine su taşıyan STK'lar, kendilerini fonlayan yerli ve yabancı kuruluşların taşeronluğunu üstlenmiş durumdadırlar. Bu yönleriyle sivil toplum içinde kapitalizmin ajanlığını yapmaktadırlar.

Örneğin, sivil toplum olsun olmasın STK çalışması yaptığı farzedilen tüm dünyadaki Müslüman kuruluşların ve etkili bireylerin iletişim bilgilerini ve portföyleleriyle birlikte faaliyetlerinin dökümünü de içeren envanterini çıkarmak; dünya Müslümanlarıyla ilişki kurmak suretiyle bilgi alışverişinin, toplumsal taleplerin küreselleştirilmesinin önemli bir çalışması sayılabilir. Fakat böylesi bir projenin dünya emperyalizminin patronu ABD fonlamasıyla yapılması, her türlü soru işaretinin, dolayısıyla bu kuruluşlara ihtiyatlı yaklaşmanın bir gereği olmaktadır.

Benzer bir şekilde, Türkiye genelinde dini bilgilerin Müslümanlara aktarılmasında ilmin gereklerine uygun bilgilendirme yapılmasına yönelik olarak cami imamlarına gerekli eğitimler verilebilir ve verilmelidir de. Fakat böylesi bir projenin AB tarafından fonlanması halinde, üstelik projenin devlet/diyanet destekli ve yönlendirmeli olması durumunda, yukarıdan beri ifade etmeye çalıştığımız şekilde, STK’ların çalışma alanlarını ve çalışmalarını kirlenmesi anlamına gelmekte ve ihtiyatlı yaklaşmayı gerektirmektedir.

Örnek her iki projenin de esasen geçmiş yaşantıları ile bildik insanlarca yürütülüyor olması, bu çalışmalara ilkesel olarak sıcak bakmadığımızı söylemeye engel olmamaktadır. Burada insan tekenden ziyade ilkeler, alanlar ve sonuçlar önemli olmaktadır.

Sonuç itibariyle emperyalist bir gücün veya siyasi iktidarın inisiyatifinde ve yönlendirmesinde yürüyen projenin yine inisiyatif sahibinin çıkarlarına hizmet edeceği açıktır. STK’ları bağımsızlıkları yönüyle temel çalışma alanı olarak işaretlemiş sivil toplumcu elemanların, kendi bağımsızlıklarına herkesten çok daha fazla değer vermeleri gereklidir.

Türkiye’de STK’ların çalışmalarını çerçeveleyen bir ahlaki zemin oluşmamıştır.

Geleneksel olarak varlığını devam ettiren dernek ve vakıf türü çalışma zeminleri, özellikle vakıflarımız, bunca karalamaya ve temsil sadedinde zafiyetlerine rağmen toplumun gönlünde taht kurmuş ve destek görmekte olan kuruluşlardır. Ancak eğitimin kıyamete kadar devamı zorunluluğu, bu kuruluşlarımızın ve çalışanlarının eğitimlerine hassasiyet gösterilmesi lüzumunu gösteriyor. Bin yılı aşkın tarihi arka planına rağmen vakıflarımızın ahlaki zemininde hala sağlam kaideler oluşturmaya devam ediyoruz.

Bu gerçekten hareketle henüz emekleme aşamasında dahi göremediğimiz, nevezuhur STK’cı halleriyle her türlü etkiye ve yönlendirmeye açık kurumlarımızın ahlaki zemininin oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Bu imkansızlık hali de bir kader değildir.

Yukarıda işaretlediğimiz gibi, biz üretmiş olmasak da iletişim toplumunun bir gereği olarak kucağımızda bulup ödünç bir kavram ve olgu olarak aldığımız sivil toplum ve STK çalışmalarına katkı sağlamaktan geri durmak, insani görevin ertelenmesi anlamına gelir ki, bunu bir insanlık ayıbı olarak görmeliyiz. İnsanlık onuru, toplumu ilgilendiren konularda ertelemeyi kabul etmemektedir.

O halde işaret ettiğimiz yerellik ve gönüllülüğü/özveriyei kurumsallaştırmaya, küreselleşmenin cazibesinden arındırmaya gayret edeceğiz.

Burada çok önemli, ki özellikle Küçükömer’in sorduğu basit ama temel soruya cevap verilmeden, sivil toplum kavramının içini doldurmak da, sivil toplum kuruluşlarının önemini anlamak da mümkün görünmüyor;

“Küçükömer soruyu kendine sorar:  
‘Ben kimim? Ben Doğulu muyum, yok-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

sa Batılı mı? a) Doğu toplumunda doğdum, b) Batıdan etkilendim. Bir zamanlar ulaştığı politik güçle, Batı'yı etkilemiş ve ondan etkilenecek Osmanlı kültür mirası içinde, AMA düşünmeyi yasaklamış bir toplumda doğdum'. Soru sadece kendisiyle ilgili değil elbette. Osmanlı-Türk kültür çevresi içinde doğmuş herkesle ilgilidir. Bu basit fakat temel soru, Türk aydınının hala en onulmaz açmazıdır. Bu sorudan kaçanlarla, soruya dışlayıcı cevap verenler arasında diyalogsuzluk, sivil düşünce alanının oluşumuna en büyük engeldir. Medeniyet ve kimlik konusunda vazih bir idrake kavuşmamış bir toplumun, kendisiyle bir anlamda diyaloga girecek bireyler üretmesi, ortak unsurlara dayanmakla birlikte farklılaşabilen sivil toplumlar haline dönüşebilmesi çok güçtür."<sup>11</sup>

Bir şekilde özetlemeye çalıştığım bu tespitlerin yazarı Davutoğlu, Cumhuriyet tarihimizin "teorik derinlikten" ve "kendini fetih" ve "kritik akıl" boyutlarından yoksun olduğunu da tespit etmektedir. Bu tespitine dayanak olarak da, kendi üretkenliğinden çok devletin desteğine güvenen ve bu anlamda sınıf bilincinden yoksun burjuvazi ve onun bağlantıları olan retorikte sivil, eylemde seçkin ve devletçi aydın geleneğinin bugün de devam etmesini göstermektedir. İdris Küçükömer ile birlikte tarihe dönerek, onun tekerrür etmediğini, asıl tekerrür edenin tarihsizlik olduğunu vurgulamaktadır.<sup>12</sup>

### SONUÇ

STK yöneticileri ve adayları, toplumumuzun her türlü siyasi, sosyal, ekonomik ve benzeri taleplerinin, başkaları tarafından da takip edildiğinin, uluslararası

sermayenin ve iktidarların yaşam kaynaklarının "öteki insanlar" olduğunun, dolayısıyla her türlü gücün mutlaka bir hesabı olduğunun farkında olmaları gerekmektedir.

Türkiye coğrafyası, insanıyla ve inancıyla Müslüman bir zemindir.

- zihin Müslüman,
- zemin Müslüman,
- malzeme Müslüman,
- tarihi gerçeklik Müslüman,
- gelecek tasavvuru Müslüman'dır.

O halde, sivil toplumculuğun ta başlangıcında vurgulanan hükümet dışılığının iktidarlardan bağımsızlık anlamına geldiğini unutmadan, yine yerel ve kendi ekseninde fakat, izzeti, onuru ve kudreti, her türlü izzet ve kudretin sahibi Allah'ın ve bu izzet ve kudrete tabi olmuş Allah'ın dostları yanında aramaları temel ilke olmalıdır.

Bir başka temel argüman da, sivil toplumcu anlayışın bu topraklarda yer bulmasına yarayan önemli bir ilke ve gayret türü olan "emri bil ma'ruf, nehy-i anil münker", yani iyiliği emretmek, kötülükten sakındırmaktır. Eğer sivil toplum talepleri, toplumumuzun ve coğrafyamızın istekleri doğrultusunda yönlenecek ise, yine bu coğrafyanın ve insanının temel argümanları, tarihi gelenekleri ve gelecek tasavvurları istikametinde yönlenecektir.

STK çalışmaları, örgütlü mücadeleye, bağımsızlığa, yerelliğe hanelerle getirmeyecek yöntemlerle sürdürülmeli, gönüllülük profesyonelliğe kurban edilmemeli; parçalanmış bir yaşam tarzı (sekülerlik) anlamında kabullenmediğimiz STK çalışmaları, iman-amel bütünlüğünde sürdürülmelidir.

### Kaynakça

<sup>11</sup> Ahmet Davutoğlu, "Tekerrür Eden Tarihsizlikten, Kendini Fetih: İdris Küçükömer ve Sivil Toplum Arayışı".

<sup>12</sup> Ahmet Davutoğlu, a.g.m.

Fethi Güngör; “Yıldızı Yeni Parlayan Bir Sektör: Sivil Toplum Kuruluşları”, <http://www.osmanli.org.-tr/yazi.php?bolum=4&id=292>

**İdris Küçükömer Anısına Türkiye’de Sivil Toplum Arayışları**, Demokrasi Kitaplığı, İstanbul: 2000.

Ali Karadeniz; “Sivil Toplum ve İnsan Yeterliliği”.

İdris Küçükömer, **Düzenin Yabancılaşması**, Bağlam Yayınları, İstanbul: 1994.

Ali Yaşar Sarıbay; **Postmodernite, Sivil Toplum Ve İslam**, İletişim Yayınları, İstanbul: 1994.

<http://www.internetgazete.com/ak.asp?id=7564>

Sivil Toplum, **Devletin Büyümesi**, YGS Yayınları, İstanbul: 2001.







# Avrupa Birliği Hukuku'nda Yasama Yetkisi ve Yasama Prosedürü

Ahmet BOZDAĞ<sup>(\*)</sup>



## GİRİŞ

Avrupa Birliği, gerek kurumsal, gerek ekonomik ve siyasi yapısıyla dünyada önemli bir uluslararası örgüt haline gelmiştir. Avrupa Birliği, kurumsal ve hukuksal örgütlenmesiyle adeta bir federal devlet görünümü kazanmıştır.

Avrupa Birliği Hukuku uluslararası hukuktan farklı olarak ulusal üstü bir statüye sahiptir. Birlik Hukuku'nun ulusal üstü olması, bu hukuk düzeninde yasama yetkisinin kullanılma şeklinin ve çerçevesinin önemini bir kat daha artırmaktadır.

Bu çalışmada temel konu olarak, AB Hukuku'nda yasama yetkisini irdelenmeye çalışılmıştır. Ancak konunun daha anlaşılır olması amacıyla AB Hukuku'nun önemine ve yasama yetkisini kullanan kurum organlarının yapısına kısaca değinilmiştir.

Yıllardır Avrupa Birliğine girmek için mücadele eden Türkiye'nin, nasıl bir hukuksal yapının içine girmeye çalıştığına daha iyi anlaşılabilmesi ve ulusal hukukların AB Hukuku karşısındaki yerinin belirlenmesi açısından bu tarz çalışmaların sayısal ve mahiyet itibarıyla çoğalması gerekmektedir.

## AB HUKUKU'NUN BİRLİĞE ÜYE DEVLETLERİN ULUSAL HUKUKLAR KARŞISINDAKİ YERİ

### AB Hukuku Ulusal Üstüdür

Ulusal üstü hukuk, uluslararası hukuktan iki noktada farklılık gösterir;

a) Uluslararası hukuk, hâkimiyet hakları temeline dayalı olarak, devletlerarası ilişkileri düzenler; taraflar arasında haklar ve borçlar yaratır. Oysa ulusal üstü hukukta bir topluluğa dahil üye devletler, hâkimiyet haklarının bir kısmını kendilerinin oluşturduğu ulusal üstü kurumlara devretmişler ve karşılığında bu kurumların yönetimine katılmayı kabul etmişlerdir. Böyle bir düzende topluluk organları da ulusal üstü niteliktedir.

b) Uluslararası antlaşmaların, ilgili ulusların tüzel ve gerçek kişilerine haklar tanımaları kural olarak söz konusu değildir. Ancak, ulusal üstü karakterli bir hukuktan gerçek ve tüzel kişiler de yararlanabilir ve haklarının ihlal edilmesi halinde veya hukuki menfaatlerinin bulunması durumunda ulusal üstü nitelik taşıyan bir mahkemede dava açabilirler. AB Hukuku bu iki özelliğe de sahiptir.

(\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

### AB Hukukunun Birliği

AB hukukunun birliği, AET, AKÇT ve AAET antlaşmalarından doğan hukuk kurallarının birbirinden bağımsız düşünülmemeyeceği, bütünlük hedefinin bu hukuk kurallarının tekdüze yorum ve uygulaması ile sağlanabileceği anlayışına dayanır.

### AB Hukukunun Özerkliği

Özerklik; AB hukukunun ulusal hukuklardan ayrı ve bağımsız bir hukuk düzeni niteliği taşıması, bu hukuk düzenini oluşturan kuralların her üye devlet tarafından eksiksiz ve aynı biçimde uygulanması anlamına gelir.

### AB Hukukunun Üstünlüğü

- a) Üstünlük doktrini hem antlaşma hükümleri hem de doğrudan topluluk işlemleri için söz konusudur.
- b) AB hukukuyla çatışan ulusal hukuk kuralları hükümsüz değil, uygulanamazlar. İster birlik hukukundan önce, ister birlik hukukundan sonra çıkarılmış olsunlar, birlik hukukuyla çatışan ulusal yasalar uygulanamazlar.
- c) Birlik hukukuyla sadece doğrudan çatışan ulusal hukuk kuralları değil, birliğin hukuk koyma yetkisini kullandığı alana tecavüz eden ulusal hukuk kuralları da uygulanamaz hale gelir.

### Birlik Hukukunun Doğrudan Etkililiği Prensipleri

Geniş anlamıyla doğrudan etkililik, bir hukuk normunun niteliği gereği bireyler için hak ve yükümlülükler doğurabilmesidir. Böylece bireyler, aracı bir ulusal işleme

gerek duymaksızın, doğrudan birlik hukukuna dayanarak hak ve yükümlülük sahibi olabilirler. Ulusal makamlar bu hakları yerine getirmekten kaçınamazlar.

Doğrudan etkili normdan kaynaklanan hak, normun içeriğine göre devlete karşı ileri sürülebileceği gibi (dikey-doğrudan etki), diğer bireylere karşı ileri sürülebilme özelliğine de (yatay-doğrudan etki) sahiptir.

### AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NUN KAYNAKLARI

#### Birincil Hukuk

Birincil hukuk denilince birliği kuran antlaşmalar (AET, AKÇT, AAET, ATA) ve bunları değiştiren veya bunlara eklemeye yapan antlaşmalar anlaşılır. Bunlara kurucu antlaşmalar da denir. Bazı yazarlar birincil hukuku, özellikle birliği kuran antlaşmaları AB'nin anayasası olarak adlandırmaktadırlar. Bunun nedeni, ikincil hukukun birlik içi tasarruflar olmalarına rağmen, kurucu antlaşmaların devletlerarası nitelik taşıması ve hukukun kaynakları hiyerarşisinde birlik içi tasarrufların üstünde yer alıp adeta anayasa ile kanunlar arasındaki hiyerarşiye sahip olmasıdır. AB'nin kurulmasına, organlarına, yasama, yürütme ve yargı gücüne, nihayet kişilerin temel haklarına ilişkin kurallar kurucu antlaşmalarda yer almaktadır. Birincil hukuk, ancak **birliğe üye devletlerin oybirliğiyle** aralarında yapacakları uluslararası bir antlaşmayla değiştirilebilir.

Türkiye, bu nedenle Annan planının AB tarafından birincil hukuka dahil edilmesinde ısrar etmektedir. Ancak gerek hukuki anlamda gerekse teknik anlamda, Annan Planı'nın birincil hukuka dahil edilmesi mümkün değildir. Çünkü bir hukuk normunun AB huku-

## Avrupa Birliği Hukuku'nda Yasama Yetkisi ve Yasama Prosedürü / A. Bozdağ

kunda birincil hukuk olması için birliğe üye devletlerin tamamını ilgilendirmesi ve bütün üye devletlerin ulusal meclislerinde kabul edilmesi gerekir. Bu durumda olmadığı için Annan Planı AB hukukunda birincil hukuk olamaz.

### İkincil Hukuk

İkincil hukuk, AB'nin organları tarafından (Bakanlar Konseyi, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Komisyonu) konulan hukuku ifade eder. ATA'nın 249. maddesine göre, ikincil hukuk olarak adlandırılan hukuki tasarruflar:

- Topluluk tüzükleri
- Direktifler
- (Bireysel) Kararlar
- Tavsiye ve görüşlerdir.

### Topluluk Tüzüğü

Topluluk tüzüğü doğrudan uygulanan ve doğrudan etkiye sahip, normatif etkiye haiz bir hukuki tasarruftur. Doğrudan uygulanmak demek, üye ülkelerin herhangi bir işlemine, onayına, iç hukuka alınmasına gerek kalmaksızın, topluluk tüzüğünün üye devletler, üye devletlerde yerleşik veya üye devletin tabiiyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile bütün daire ve kuruluşlar ve topluluktaki her organ, kurum ve yetkililer için geçerli olmasıdır. Bu husus ATA'nın 249/2. maddesinde;

"Topluluk tüzüğü genel bir geçerliliğe sahiptir. Bütün kısımlarıyla bağlayıcıdır ve her üye devlette doğrudan doğruya uygulanır."

şeklinde belirlenmiştir.

Topluluk tüzükleri, Bakanlar Konseyi veya ortak-karar prosedürü çerçevesinde, Bakanlar Konseyi ile Avrupa Parlamentosu tarafından birlikte çıkartılır.

### Direktifler

Direktifler, yöneltildikleri amaç açısından bağlayıcıdır. Direktif; Bakanlar Konseyi tarafından veya ortak-karar prosedürüyle Bakanlar Konseyi'yle Avrupa Parlamentosu veya Komisyon tarafından çıkarılır. Direktifler, doğrudan uygulanamazlar. Üye ülkeler tarafından iç hukuka alınması gerekir. Direktifler, doğrudan uygulanabilirlik özelliğine sahip olmadıkları için, üye ülkeler tarafından direktifte öngörülen süre içinde, ya iç hukuka aynen yansıtılır ya da iç hukuk direktifte öngörülen ilke ve kurallara göre değiştirilir. Bunu yapmak, üye ülkeler için bir yükümlülüktür. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi sorumluluğu doğurur. Bu ilke ATA'nın 249/3'te şöyle belirtilmiştir;

"Direktifler, her üye devlet için yönelinen gaye bakımından bağlayıcıdır, ancak şekil ve aracın seçimi ulusal makamlara bırakılmıştır."

### Karar

Kararın muhatabı, bir üye ülke olabileceği gibi bir üye ülkeye mensup gerçek veya tüzel kişi de olabilir. Kararlar, kimin için çıkarılmışsa, onun için bağlayıcıdır. Ancak bağlayıcılığı açısından ayrımcılık veya istisna yaratamazlar. Kararlar, Bakanlar Konseyince veya ortak-karar prosedürüyle Bakanlar Konseyi ile Parlamento tarafından alınır. Kararlar, ya ceza getirici ya hak bahşedici ya da bir borç ya da yükümden istisna edici düzenlemeler içerir. Kararlar doğrudan etkilidir.

### Tavsiye ve Görüşler

Tavsiye ve görüşler hukuken bağlayıcı etkiye sahip değildir. AB'nin organları ve ulusal mahkemeler, işlem ve kararlarında tavsiye ve görüşlerden yararlanır-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lar. Tavsiye, herhangi bir konudan hareketle davranış şeklini öğütleyen, ikna etkisine sahip resmi beyandır. Görüş ise üçüncü kişinin isteği üzerine organ tarafından açıklanır.

### Avrupa Adalet Divanı Tarafından Tanınan Hukukun Genel İlkeleri

Eşitlik, ölçülülük, orantılılık, hukuki güvenlik gibi yorumlayıcı hükümler ve ilkelerdir. Avrupa Adalet Divanı, bunları AB hukukunun yorumundan çıkarır.

### Avrupa Adalet Divanının Kararları

Uygulama açısından ulusal organ ve mahkemelere yol göstericidir. Zımnen bağlayıcıdır.

### Teamüller

Teamüller topluluk hukukunun yazısız hukukunu oluşturur.

### Üye Olmayan Ülkelerle Yapılan Antlaşmalar

AB, üye olmayan ülkelerle ortaklık, ticaret ve gereğinde gümrük antlaşmaları yapmaktadır. Örneğin AB ile Türkiye arasında yapılan Gümrük Birliği Antlaşması. Avrupa Adalet Divanı bu tür antlaşmaları topluluk hukukunun bir parçası olarak kabul etmekte, bunları yorumlamakta ve uygulamaktadır.

### Doktrin

AB hukuku üzerine yazılan kitaplar, makaleler, karar incelemeleri ve her türlü araştırma ve mütalaalar, doktrini oluşturur. Bağlayıcılığı yoktur.

## AVRUPA BİRLİĞİ'NDE YASAMA YETKİSİNE SAHİP ORGANLAR

Yasama; ilgili organ ya da kişilerin kanun yapması, değiştirmesi veya kaldırmasıdır. Demokratik toplumlarda yasama yetkisi, halkın seçtiği vekillerin oluşturduğu parlamento veya meclisler tarafından kullanılır.

### Avrupa Parlamentosu

AP, 1958'de Roma Antlaşmasına bağlı Roma Sözleşmesiyle, AKÇT'nin ortak meclisi ile Roma Antlaşması uyarınca kurulan meclisin birleşmesiyle ortaya çıkmıştır.

Avrupa Parlamentosu'ndaki üye sayısı, üye devletlerin nüfus sayılarıyla orantılı olarak belirlenmektedir. Böylece az nüfuslu ve çok nüfuslu devletler arasında temsilde adalet gerçekleştirilmektedir.

Avrupa Parlamentosu üyeleri 20 Eylül 1976'ya kadar ulusal parlamento üyeleri arasından atanmaktaydı. Ancak 20 Eylül 1976'da Konseyin aldığı bir kararla artık AP üyeleri doğrudan halk tarafından seçim yoluyla belirlenmeye başlamıştır. AP üyelerinin doğrudan halk tarafından seçilmeleri, AP'nin meşruiyetini sorgulanırmaktan çıkarmıştır. AP, halen 626 üyeden oluşmaktadır.

## AB'YE ÜYE ÜLKELERİN AVRUPA PARLAMENTOSU'NDA TEMSİL SAYILARI

Almanya	99	İngiltere	87
Fransa	87	İtalya	87
İspanya	64	Hollanda	31
Yunanistan	25	Belçika	25
Portekiz	25	İsveç	22
Avusturya	21	Danimarka	16

## Avrupa Birliği Hukuku'nda Yasama Yetkisi ve Yasama Prosedürü / A. Bozdağ

Finlandiya	16	İrlanda	15
Lüksemburg	6		

AP üyeleri 5 yıllık bir süre için seçilirler. AP siyasi gruplardan oluşur. Üyeler temsil ettikleri ülkelere göre değil, siyasi görüşlere göre gruplar oluşturmaktadırlar. Diğer bir deyişle parlamento bünyesinde milli partiler yer almamakta, Avrupa çapında örgütlenmiş siyasi gruplar bulunmaktadır. AP'de, siyasi grup kurabilmek için aynı üye ülkeden en az 28, iki farklı üye ülkeden en az 23, üç ayrı üye ülkeden en az 18 ve üçten daha fazla ülkeden en az 14 temsilcinin bir araya gelmesi gerekmektedir. Siyasi gruplar, AP toplantılarında sözlü ve yazılı olarak soru sorabilmekte, tartışma açabilmekte ve gen soru verebilmektedirler. AP'nin siyasi gruplardan oluşması, Avrupa halkları arasında (birlik üyelerinin halkları arasında) birliği ve bütünleşmeyi daha hızlı sağlamak amacıyla.

### AP'de Bulunan Siyasi Gruplar:

- Avrupa Sosyalist Parti Grubu
- Avrupa Halk Partisi ve Avrupalı Demokratlar Grubu
- Avrupa Liberal, Demokrat ve Reformatör Partiler Grubu
- Yeşiller Grubu
- Avrupa Tek Sol Konfederal Grubu
- Milletler Avrupa'sı İçin Birlik Grubu
- Demokrasi ve Farklılık Avrupa'sı Grubu
- Bağımsızlar Grubu

### AP'ın oylama nisapları:

AP kararlarını üç farklı oylama nisabıyla almaktadır:

Mutlak çoğunluk nisabı: Parlamento'da bulunan 626 oyun en az 324 olumlu oyla karar alınmasıdır.

Nitelikli çoğunluk nisabı: Parlamento'da bulunan 626 oyun en az 418 (2/3) olumlu oyla karar alınmasıdır.

Ağırlaştırılmış nitelikli çoğunluk nisabı: Parlamento'da bulunan 626 oyun en az 376 (3/5) olumlu oyla karar verilebilmesidir.

Avrupa parlamentosunun belli başlı yetkilerini şöyle ifade edebiliriz:

Yasamaya ilişkin yetkileri

Bütçeye ilişkin yetkileri

Denetlemeye ilişkin yetkileri

Biz konumuz gereği AP'nin sadece yasamaya ilişkin yetkilerini ele alacağız.

## 1. AP'nin İstişari Yetkisi

Buna göre Komisyon'un yaptığı teklif üzerine Bakanlar Konsey'i, Parlamento'nun görüşünü almadan teklifi yasallaştıramaz. Ancak Konsey her ne kadar Parlamento'nun görüşünü almak zorundaydı da, Parlamento'nun görüşüyle bağılı değildir. Konsey, Parlamento'nun görüşüne başvurmadan yasama işlemi yaptığı zaman Parlamento, Konsey aleyhine (Avrupa Adalet Divanında) dava yoluna gidebilir.

## 2. AP'nin İşbirliği Prosedürü Çerçevesindeki Yasama Yetkisi

Avrupa Tek Senediyle (1987) getirilen işbirliği prosedürü, Parlamento tarafından ifade edilen görüşe daha fazla ağırlık kazandırma amaçlıdır. Bu prosedürle artık konsey, parlamentonun görüşünü dikkate almadan daha zor karar alabilmektedir. Oylama nisapları değiştirilmektedir. Bu konuyla ilgili geniş izahatı ileride yapacağız.



### 3. AP'nin Ortak-Karar Prosedürü Çerçevesindeki Yasama Yetkileri

Ortak-Karar prosedürü, isminden de anlaşıldığı gibi AP'yi yapılacak yasal düzenlemelere ortak yapmaktır. Maastricht antlaşmasıyla getirilen bu prosedürle AP, adeta Konseyle karar yetkisini paylaşmaktadır. AP, AB içinde Komisyon ve Konsey arasında paylaşılmış yasama yetkisinin kullanılmasının demokratik bir biçimde denetlenmesi amacıyla kurulmuştur. AP'nin, başlangıçta yasama konusunda geniş yetkilerle donatılmamasının en önemli nedeni; AB'ye üye devletler arasında uyum ve birleşme sürecini hızlandırmaktır. Bugün gelinen nokta da bunu göstermektedir. Ancak AP'nin uzun vadeli stratejisi, yasama gücünü elde etmek ve Konseyi bir çeşit Lordlar Kamarası veya ikinci meclis konumuna getirmektir. Ancak Konsey, yetkilerini muhafaza konusunda bir hayli titiz davranmaktadır. AP'nin kuruluşundan bugüne gelinen nokta, AP'nin hedeflerine adım adım ulaşmasına, gerek İşbirliği gerekse Ortak-Karar prosedürüyle bir hayli yaklaştığını göstermektedir.

Şu anki yetkileriyle diyebiliriz ki AP; Denetim ve Ortak-Karar Prosedürü gereği ortak yasama yetkileri bulunan bir danışma organıdır. Bu, liberal demokrasilerle bağdaşmayan bir durumdur.

#### Bakanlar Konseyi

AB Hukuku'nda yasama yetkisini kullanan ikinci organ olan Bakanlar Konseyi, yöneten, yönlendiren, dış ilişkileri düzenleyen, bütçede önemli yetkilere sahip, hukuk koymada en fazla yetkisi bulunan ve üye ülkelerin ilgili bakanlarından oluşan AB organıdır. Bakanlar Konseyi, özel durumlarda bakanlar düzeyinde değil de; devlet başkanları veya hükümet başkanları düze-

yinde toplanabilir. Bu özel durumlar, birliğin üzerinde oturduğu temel ilkelerin bir üye devlet tarafından ciddi ve sürekli bir şekilde ihlal edildiğinin tespiti için karar alınması ile para politikası çerçevesinde birtakım kararların alınması gibi konulardır. Ancak Bakanlar Konseyi'nin bu şekilde toplanması onun Avrupa Konseyi (Zirvesi) ile aynı olduğunu göstermez.

#### AB'YE ÜYE ÜLKELERİN BAKANLAR KONSEYİNDE TEMSİL OY KATSAYILARI

Almanya	10	Fransa	10
İngiltere	10	İtalya	10
İspanya	8	Belçika	5
Hollanda	5	Portekiz	5
Yunanistan	5	Avusturya	4
İsveç	4	Danimarka	3
Finlandiya	3	İrlanda	3
Lüksemburg	2		

15 üye devletin toplam oy sayısı 87'dir. Bakanlar Konseyi'nde oya konan bir kararın kabulü için üç farklı oylama nisabı öngörülmektedir:

*Basit çoğunluk nisabı:* 15 üye devletten en az sekiz devletin olumlu oy kullanması yeterlidir.

*Nitelikli Çoğunluk Nisabı:* 87 oydan en az 62'si olumlu olmalı ve en az 10 farklı üye ülkenin olumlu oy vermiş olması gerekir.

*Oybirliği Nisabı:* 15 üye devletten hiçbirisinin olumsuz oy kullanmamasıyla karar alınır. Yani çekimser oylar olumsuz oy olarak kabul edilmemektedir.

Hangi kararların hangi oylama nisabıyla alınacağı özel bir şekilde düzenlenmiştir.

Bakanlar Konseyi'nin hukuk koyma yetkisi, ona Parlamenter Demok-

## **Avrupa Birliği Hukuku'nda Yasama Yetkisi ve Yasama Prosedürü / A. Bozdağ**

rasi anlamında yasama organı olma niteliği kazandırmaz. Çünkü bakanlar doğrudan halk tarafından seçilmemiş mevcut hükümetlerce görevlendirilmişlerdir.

Bakanlar Konseyi başkanlığını, her üye devlet altı aylık dönemler halinde alfabetik sıraya göre yapar. Kısaca Bakanlar Konseyi; yürütme yetkileri bulunan bir yasama organıdır. Kararları üye ülkeler için bağlayıcıdır.

### **Avrupa Komisyonu**

AB Hukuku'nda yasama yetkisini kullanan üçüncü organ olan Komisyon, üye devletlerce atanan yirmi üyeden (Komiserden) oluşan bir yürütme organıdır. Komisyon üyeleri; beşer yıllık görev süresi için en fazla iki dönem seçilebilirler. Almanya, İngiltere, Fransa, İtalya ve İspanya'nın ikişer diğer üye devletlerin ise birer temsilcisi bulunur. Her komisyon üyesinin bir oyu vardır. Komisyon kararları basit çoğunlukla alınır. Komisyon, Avrupa Parlamentosuna karşı sorumludur.

#### **Komisyon'un Yetkileri:**

Bakanlar Konsey ve Avrupa Parlamentosunun tasarruflarına katılmak: Komisyon ikincil hukukun konulmasında tasarı hazırlamak, öneride bulunmak, parlamento ve konseyde yapılan değişikliklere ilişkin olarak görüş bildirmek suretiyle rol oynadığı gibi Konseyle birlikte ve Avrupa Parlamentosu'nun görüşü alınarak Komisyon'un önerisinin Konseyce karara bağlanması şeklinde de hukukun konulmasına da katılır.

AB hukukunun uygulanmasını gözetmek ve sağlamak,

Girişim başlatmak, öneri ve tavsiyede bulunmak,

Birliği, mahkemelerde temsil etmek,

Bütçeyi uygulamak,

Uluslararası ilişkileri yürütmek

Avrupa Komisyonu; yasama yetkileri olan bir yürütme organıdır.

### **AVRUPA BİRLİĞİ'NDE YASAMA PROSEDÜRÜ**

AB'de yasama prosedürlerini incelemek, yasama yetkisinin nasıl kullanıldığını anlamak açısından yararlı olacaktır.

Yapılacak yasama faaliyetinin konusuna göre üç farklı prosedür öngörülmüştür:

#### **a. Öneri Prosedürü**

Tek Avrupa Senedi (1987)'ne kadar yasama alanında sadece öneri prosedürü uygulanmıştır. Bu prosedüre göre:

##### **Hazırlık Aşaması**

Komisyon prosedürü başlatır ve öneri hazırlar. Önerinin hazırlanması aşamasında komisyon, üye ülkelerin uzmanlarına danışır.

Öneri Komisyon üyelerince tartışılır ve basit çoğunlukla kabul edilir.

Öneri Bakanlar Konseyine sunulur.

##### **Danışma Aşaması**

**a.** Bakanlar Konseyi öncelikle önerinin AP'ye danışılıp danışılmaması gerektiğini belirler. Siyasi açıdan önem taşıyan tüm hususlarda Konsey AP'ye danışmak zorundadır.

**b.** AP kendisine danışılan konudaki görüşlerini, AP başkanı aracılığıyla resmi yazılı bir şekilde Bakanlar Konseyi'ne ve Komisyon'a sunar. Ancak Konsey, AP'nin görüşleriyle bağlı değildir.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

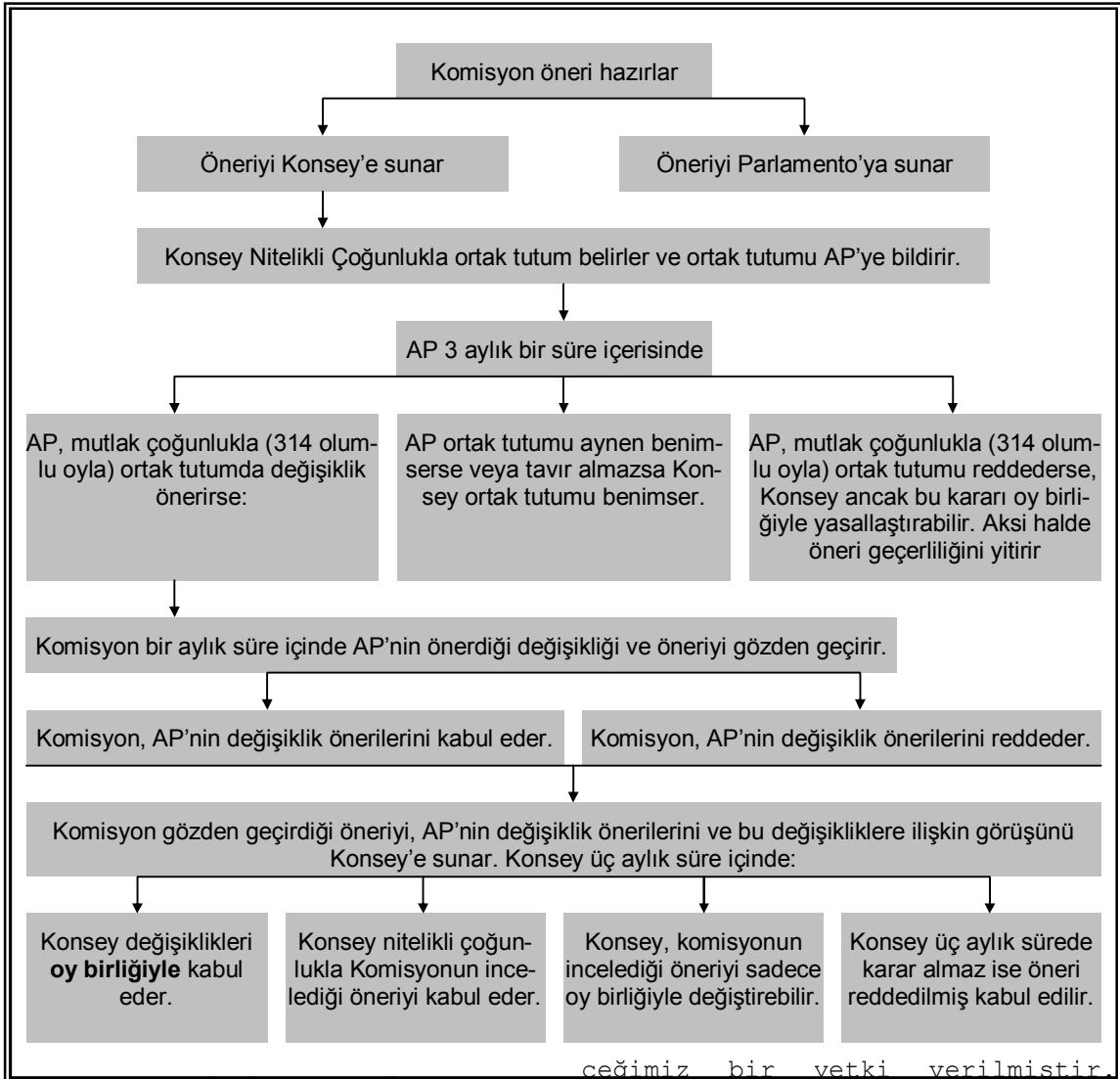
### Karar Aşaması

Bakanlar Konseyi, AP'nin görüşünü aldıktan sonra tasarıyı tekrar inceler ve karara bağlar. Bakanlar Konseyi konusuna göre basit, nitelikli çoğunlukla veya oy birliğiyle karar verir. Kararlar, Birliğin resmi gazetesinde yayınlanır.

Bu prosedürde yetki tamamen Bakanlar Konseyi'nde toplanmakta, AP danışma organı niteliğinde bir konumdadır.

### b. İşbirliği Prosedürü

Avrupa Tek Senediyle (1987) getirilen bu prosedürle, parlamento tarafından ifade edilen görüşe daha fazla ağırlık kazandırılmıştır. Bu prosedür:



Bu prosedürle, Parlamentonun yasama alanındaki yetki ve etki alanı genişletilmiştir. AP'a, kararları adeta bloke etme diyebile-

ceğimiz bir yetki verilmiştir. Belki AP istediğini yasallaştıramaz ama bu prosedürle istemediğinin de yasallaşmasını çok zorlaş-

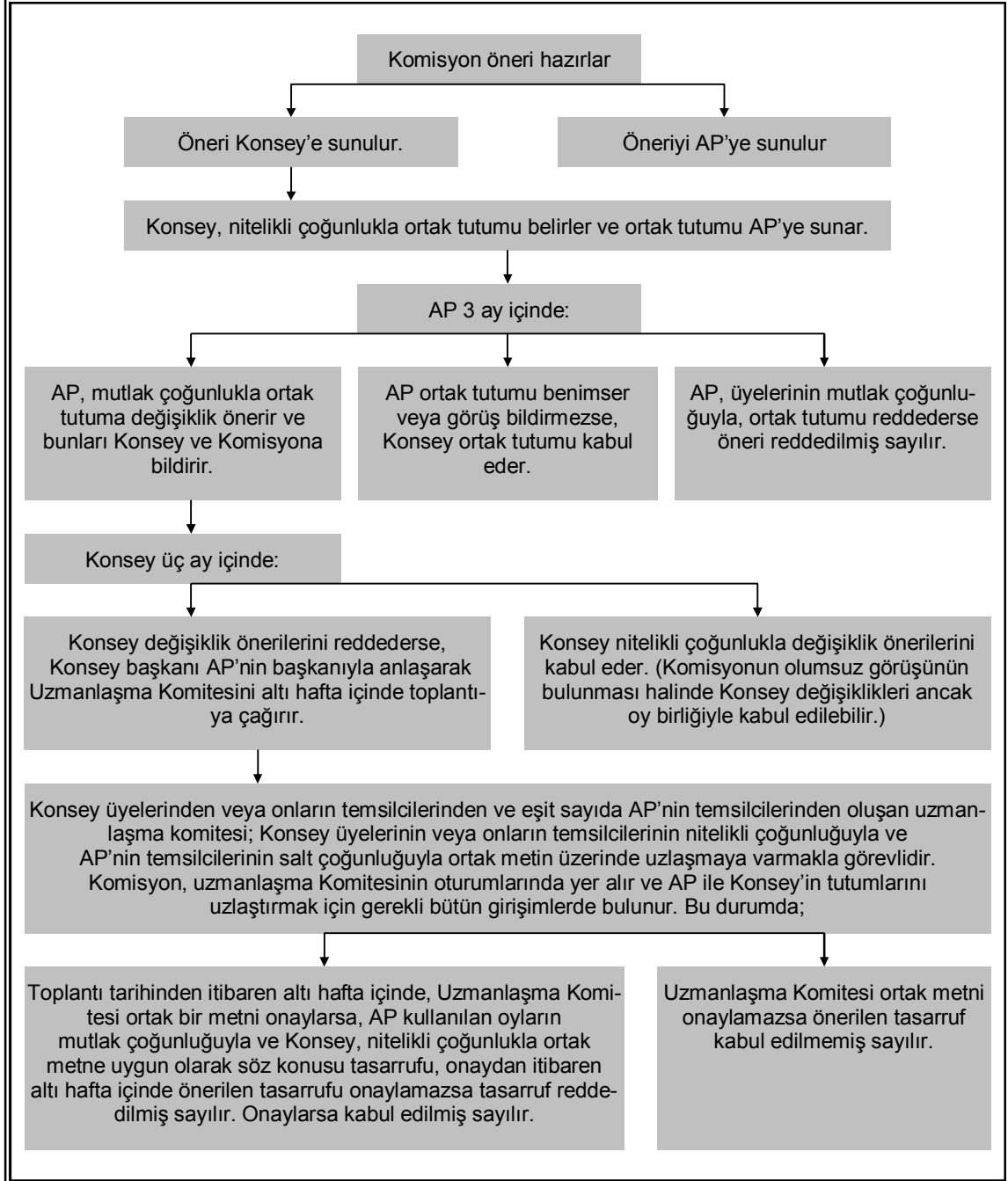
## Avrupa Birliği Hukuku'nda Yasama Yetkisi ve Yasama Prosedürü / A. Bozdağ

tırmaktadır. Böylece AP, biraz daha anayasal anlamda bir parlamento görünümü kazanmıştır.

### c. Ortak-Karar Prosedürü

Ortak-Karar Prosedürü, isminden de anlaşıldığı gibi, Avrupa Parlamentosu'nu yapılacak yasal düzen-

lemelere ortak yapmaktır. Maastricht Antlaşması'yla getirilen bu prosedür sayesinde AP, Konseyle adeta karar (yasama) yetkisini paylaşmaktadır. Bu Prosedürle AP'nin istemediği (onay vermediği) hiçbir karar yasallaşamaz hale gelmiştir. Bu prosedür:



## SONUÇ

Parlamente Demokrasiler de asıl yasama ve karar organı parlamentodur. Ancak AB'nin kurumsal yapısına baktığımızda, asıl olan parlamentonun değil, Bakanlar Konseyi'nin yasama ve karar organı fonksiyonuna sahip olduğunu görürüz.

Avrupa Parlamentosu'nun yasama yetkisinden mahrum bırakılması;

- a) AP üyelerinin 20 Ekim 1976'ya kadar ulusal meclislerce atanarak belirlenmesi.
- b) AB'yi kuran devletlerin başlangıçta hızlı ve etkin bir bütünleşme gerçekleştirmeyi amaçlamaları, gibi nedenlere bağlanabilir.

Avrupa Parlamentosu kurulduğu günden bugüne kadar sürekli, gerçek anlamda yasama yetkisini elde etmek için Bakanlar Konseyi'yle bir soğuk savaş dönemi yaşamıştır. AP, gerek yaptığı bu mücadele sonucu, gerekse parlamentoların 20 Ekim 1976'dan itibaren halk tarafından doğrudan seçilmeleri durumunda, AP'nin meşruiyetinin sorgulanır halden çıkarılması ve AB'nin büyük oranda üye devletler arasında bütünleşmeyi sağlaması sonucu, Bakanlar Konseyi aleyhine yasama yetkisini arttırmıştır.

Bugün Avrupa Parlamentosu, İşbirliği ve Ortak-Karar Prosedürü çerçevesinde yasamaya kısmen de olsa ortak olmuştur. Her ne kadar istediklerini yasallaştıramasa da istemediklerinin yasallaşmasını engelleyecek yetkiye sahiptir. Buna rağmen anayasal anlamda AP, hala tam olarak bir parlamento kimliği kazanamamıştır.

Ayrıca gerek İşbirliği gerekse Ortak-Karar Prosedürü oldukça karışık bir yapıya sahiptir. Sürekli genişleyen ve bir federal devlet

yapısına kavuşmuş AB'nin, daha demokratik ve şeffaf bir yapı kazanması için yasama yetkisini tamamen AP'de toplanması ve Bakanlar Konseyi'nin sadece bir denetleme ve yürütme organı haline getirilmesi ve yasama prosedürlerinin birleştirilerek daha basit ve işlenmesi kolay bir hale getirilmesi gerekir. Avrupa Komisyonu da tamamen AP'ye bağlı bir organ hale getirilmelidir.

## Kaynakça

*Avrupa Siyasi Birliği ve Türkiye*; TC Merkez Bankası Yay. Ankara: 1999.

Aydan Doğan; *Türkiye ve Avrupa Birliği*, Ankara: 1998.

Emre Order; *Avrupa Topluluğu Hukuku'nun Temel Doktrinleri ve Uygulamaları*.

Ercüment Tezcan; *Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku*, Beta Yay., İstanbul.

Ergun Özbudun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara: 1998.

Pazarıcı, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk*, Turhan Yay., Ankara: 2003.

Tezok, Funda; *Avrupa Bütünleşmesi*, Buke Yay., Ankara: 2002.

Ünal Tekinalp; *Avrupa Birliği Hukuku*, Beka Yay., İstanbul: 2000.

[www.kobinet.org.tr/koskebe](http://www.kobinet.org.tr/koskebe) (Erişim: 06 03 2004)

Yılmaz, Mesut; "Avrupa Parlamentosu Doktora Notları, [www.mesutyilmaz.gen.tr/yilmaz/yeni-duzenmi.pdk](http://www.mesutyilmaz.gen.tr/yilmaz/yeni-duzenmi.pdk) (Erişim: 06 03 2004)

# Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü

Ahmet BOZDAĞ<sup>(\*)</sup>



*Öteki benim eşitim diyen, birbirlerine meydan okuyarak saygı duyan, berikilerle ötekilerin hak ve özgürlükleri çiğnendiğinde kendilerinin hak ve özgürlükleri çiğnenmişçesine çiğneyenlere karşı başkaldırma bilincini kazanmış olan özgür ve yürekli (hak ve adalet savunucularına) Demokratlara...*

Doç. Dr. Sami SELÇUK

## GİRİŞ

İnsanı, insan yapan değerlerin başında özgürlük gelir. Çünkü insanoğlu, ancak özgür olmasıyla diğer canlılardan ayrılır ve yaptıklarından sorumlu tutulur.

Özgürlük; insanın, yalnızca yaranatana kul olması ve hiçbir şeye köle olmamasıdır. Özgürlüğün bu kadar önemli olması, ona özel bir koruma sağlamayı gerekli kılmıştır. İnsanın özgür olduğunun en önemli belirtisi ise, temel haklarını kullanabilmesi ve bu konuda engellenmemesidir. Bu nedenle, temel hakların korunması amacıyla, gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde koruma mekanizmaları kurulmuştur. İnsan haklarının korunması için kurulan mekanizmaların amacı; siyasi iktidarların birey-

lere karşı zora başvurabilme olanaklarını azaltarak, bireylerin cebre maruz kalmadan, özgürce tercihte bulunabilmelerine ortam sağlamaktır.

İnsan, aklıyla öğrenen, akli ve kalbiyle, yüreğiyle ve vicdaniyla inanan ve etrafında olup biteni değerlendiren bir varlıktır. Bu konuda sınırlama getirilemeyecek en temel hak, inanç özgürlüğüdür.<sup>1</sup> İnanç özgürlüğünü göz ardı ederek insan haklarını anlamak imkansızdır. "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü en önemli temel insan haklarından birisi olup; bütün temel hak ve özgürlüklerin ön koşulu, olmazsa olmaz unsuru ve insanlığın tüm zamanlarda özlemi olup, özgürlüklerin anası, insanlığın üretkenliğinin kaynağı ve insan faaliyetlerinin en soylusudur."<sup>2</sup>

İnanç özgürlüğü, belli bir dine veya felsefi kanaate inanma, bu inancının gereğini aleni olarak yaşama, telkin ve propagandasını yapma ve nihayet bu dinin ve felsefi kanaatin esaslarını öğrenme ve öğretme serbestisi anlamına gelmektedir.

(\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> Fatma Benli, "Vicdan ve Din Özgürlüğünün İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları", **Birikimler I**, Danışman Yayınları, İstanbul: 17 Ekim 2003, s. 59.

<sup>2</sup> Mustafa Arslantürk, "Düşünce, Vicdan ve Din Hak ve Özgürlüğü", s. 6, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm>, (12.04.2005), s. 7.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bu çalışmada, öncelikle olaya ışık tutması amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tarihçesi ve çalışma usulü hakkında genel bir inceleme yapılacaktır, ardından inanç özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki düzenlenmesi incelenecek ve son olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin inanç özgürlüğü konusuna bakış açısı, kararlar ışığında incelenecektir. Bu çalışmada, genel olarak kullanılan, " vicdan, kanaat ve din özgürlüğü" yerine, daha geniş bir anlam ifade ettiği için "inanç özgürlüğü" kavramı tercih edilmiştir.

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

#### Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tarihi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını sağlamak için, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin meydana getirdiği uluslararası bir sözleşmedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da taraf devletlerce imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonraki yıllarda ek protokollerle geliştirilmiştir.<sup>3</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bir yandan bir dizi medeni ve siyasi haklar ve özgürlükler öngörürken, diğer yandan taraf devletlerin yüklenmeleri yükümlülere saygıyı güvenceleyen bir sistem kurmayı hedeflemiştir.<sup>4</sup> AİHS'in ilk şeklinde koruma mekanizması olarak iki kurum öngörülmüştür. Eski 19. maddede: "İşbu sözleşmede yüksek akit taraflar için hâsıl

olan taahhütlere riayeti temin maksadıyla: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı Kurulmuştur." denilmektedir. Bu iki sözleşme organı tarafından yürütülen faaliyete, Avrupa Konseyi karar ve yürütme organı olan Bakanlar Komitesi de, belli bir safhadan sonra katılmaktaydı. Yaklaşık 50 yıl yürürlükte kalan bu mekanizma içinde Komisyon, kurulan güvence sisteminin en önemli unsuruydu. Denetim süreci Komisyona başvurma ile başlıyor, Komisyon ön koşullar açısından başvurunun kabul ya da reddi konusunda karar alıyor, denetim mekanizmasının ikinci ve üçüncü organı olan Divan ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ancak başvurunun kabul edilmesi üzerine Komisyonun esas hakkındaki raporunu hazırlayıp Bakanlar Komitesine sunmasından sonra devreye girip göreve başlayabiliyordu. Komisyonun başvuruyu kabul edilemez bulması durumunda, kesin olan bu kararlar prosedür sona eriyordu.<sup>5</sup>

Bu mekanizmada, bireysel başvuru yolunu kabul eden devletlerin hükümet dışı kişileri, bireysel olarak sözleşme güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini düşündükleri taraf devletlere karşı komisyona başvurabilirlerdi. Ancak gerçek kişiler haklarında Komisyonca kabul edilebilirlik kararı verilmiş başvuruları mahkeme önüne götüremiyorlardı. Sadece taraf devletler bu aşamada mahkemeye başvurabiliyorlardı.<sup>6</sup>

1980'den itibaren, sözleşme organları önüne getirilen başvuru sayısındaki artış dava sürelerinin kabul edilebilir sınırlar içinde kalmasını giderek zorlaştırdı. 1990 yılından itibaren yeni devletlerin Sözleşmeye taraf olması ile birlikte sorunun çözümü güç-

<sup>3</sup> Osman Doğru, *Bireysel Başvuru İçin AİHS ve AİHM'in İçtüzüğü*, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 1.

<sup>4</sup> Gülden Sönmez-Muharrem Balcı, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yayınları, İstanbul: Nisan 2001, s. 299.

<sup>5</sup> Şeref Gözübüyük-Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara: 2004, s. 24.

<sup>6</sup> Sönmez-Balcı, s. 299.

## **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ**

leştirdi, giderek büyüyen iş yükü, sözleşme ile kurulan denetim mekanizmasını gözden geçirilmesinin gerekliliği üzerine uzun bir tartışmaya yol açtı. Nihayetinde tam zamanlı çalışacak tek bir mahkemenin kurulması kararı alındı. Bununla izlenen amaç, dava sürelerini kısaltmak üzere yapıyı sadeleştirerek, sistemin yargısal yönünü güçlendirerek onu tümüyle zorunlu hale getirmek ve Bakanlar Komitesinin karar verici rolünü ortadan kaldırmaktır. Bu amaçla 11 Mayıs 1994'te denetim mekanizmasını yeniden yapılandıran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Protokolü imzaya açıldı.<sup>7</sup>

Yeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11. Protokolün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Kasım 1998'de faaliyete başlamıştır. Sözleşmenin yeni 19. maddesine göre: "Bu sözleşme ve protokollerinde yüksek sözleşen taraflarca kabul edilen yükümlülükler riayeti sağlamak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar."<sup>8</sup> Böylece bu yeni mahkeme; tam bir yargılama yetkisine sahip olmuş ve bireysel dava açma hakkı otomatik hale gelmiştir. Bu, eski mekanizmayla yeni mekanizma arasındaki en önemli farklardan biri olmuştur.

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi'nin bulunduğu Fransa'nın Strasbourg kentindedir. Ancak gerektiğinde konsey üyesi herhangi bir ülkede de toplanabilir.<sup>9</sup> Mahkeme, sözleşen taraf sayısına eşit yargıçtan oluşur ve devamlı görev yapar. Yargıçlar 6 yıl için, taraf devletlerin gösterdiği üç aday arasından Avrupa

Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğuyla seçilirler; tekrar seçilmeleri mümkündür. Görev süreleri yetmiş yaşında sona erer (otomatik olarak). Yargıçlar üstün ahlâkî niteliklere ve yüksek bir hukuki göreve atanmak için gerekli özelliklere sahip veya ehliyetleriyle tanınmış hukukçu kişilerdir. Yargıçlar, adlarına seçildikleri devlet adına değil, kendi adlarına görev yaparlar ve yargılama görevleriyle bağdaşmayan, bağımsızlıkları konusunda kuşku uyandıran başka bir görev alamazlar. Gereğinde diğer yargıçların üçte iki çoğunluğuyla görevden uzaklaştırılabilirler.<sup>10</sup>

Avrupa İnsan hakları Mahkemesi; Genel Kurul, Komiteler, Daireler (Bölümler) ve Büyük Daire'den oluşur;

### **Genel Kurul**

Tüm yargıçların katılımıyla oluşur. Sadece idari görevle donatılmıştır. Görevi; mahkeme başkanı ve başkan yardımcılarını seçmek, belirli süreler için (3 yıl) daireler kurmak, daire başkanlarını ve yazı işleri müdürüyle müdür yardımcılarını seçmek ve mahkeme iç tüzüğünü yapmaktır.<sup>11</sup>

### **Daireler (Bölümler)**

Dava Dairesi olarak görev yaparlar. Daireler, mahkeme genel kurulu tarafından üç yıl görev yapmak üzere ve en az 4 daire olarak kurulur. Her daire, yedi asıl ve üç yedek yargıçtan oluşur. Davacı veya davalı devlet adına seçilmiş bulunan yargıç (Ulusal Yargıç), o devletle ilgili davanın görüşüleceği dairede re'sen yer alır. Bunun imkânsız olması durumunda o devlet ad hoc (o dava için

<sup>7</sup> Sönmez-Balcı, s. 300.

<sup>8</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 26.

<sup>9</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 29.

<sup>10</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 26.

<sup>11</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 27.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

özel görevlendirilmiş) yargıcını belirleyip mahkemeye bildirir.<sup>12</sup>

### Komiteler

Üç asıl ve bir yedek üyeden oluşur. Daireler tarafından 12 aylık süre için kurulan ve bölüm düzeyinde görev yapan mahkeme organlarıdır. Görevi; şikayet başvurularının kabul edilebilirlik açısından ön ve ilk incelemesini yapmaktır.<sup>13</sup>

### Büyük Daire

17 asıl ve en az 3 yedek üyeden oluşur. Görevi; bir daire önünde görülen dava, sözleşmenin ve protokollerinin yorumu konusunda ciddi sorunlar yaratıyorsa ya da sorunun çözümü önceden mahkemece verilmiş bir karar ile çelişkili olacak ise (içtihat değişikliği), daire hüküm vermediği süre içerisinde, tarafların itiraz etmemesi kaydıyla yargılama yetkisinden büyük daire lehine vazgeçebilir. Ayrıca büyük daire; ikinci derece yargılaması için, önüne gelen devlet başvuruları veya bireysel başvurular ve ayrıca yapılan görüş bildirme isteklerini inceler.<sup>14</sup> Temyiz taleplerinde ise, 5 yargıçtan oluşan alt kurul tarafından kabul edilebilirlik kararı verildiğinde dava Büyük Daireye sevk edilmektedir.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ (9. MADDE)

### 1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hazırlık Çalışmaları ve 9. Maddenin Şekillenmesi

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kökenleri, Avrupa hareketinin Uluslararası Hukuk Komisyon'unun 1949 yazında hazırladığı bir sözleşme taslağına dayanır. Akit devletlerin, ülkelerindeki tüm kişiler için güvence altına alınması öngörülen, kısa, veciz bir liste halinde sayılan hakların arasında "dini inanç, ibadet ve öğretim" ifadesi de yer almaktadır. Taslakta yer alan diğer haklar gibi bu özgürlük de "medenî milletlerce tanınan genel hukuk prensipleriyle uyumlu, başkalarının kanuni haklarını korumak, ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın korunması için kanunca öngörülen sınırlamalara tabi tutulabilecektir. Soğuk savaşın başlangıç yıllarını yaşayan Avrupa devletleri, minimum standartların tespiti yoluyla, mevcut özgürlüklerini korumanın kaygısı içine düşmüşlerdir."<sup>15</sup> Bu dönem, Avrupa'da diktatör yöneticilerin iktidarda olduğu bir dönemdir.

1949 Ağustosunda istişari Asamble'nin hukuki ve idari sorunlar komisyonunda, raportör Teidgen, aralarında "dini inanç, ibadet ve öğretim özgürlüğünün" de bulunduğu bazı özgürlüklerin komisyonca ele alınarak tanımlanmasını talep eder. Komisyon, İngiliz delegesi Umgeod Thomas'ın tadil teklifini kabul ederek "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" ifadesini benimser. Teidgen, istişari Asamble'ye sunduğu raporunda, Komisyon'un, Avrupa Konseyi ile Birleşmiş Milletlerin eylemleri arasında eş güdümü sağlamak kaygısı kadar, söz konusu belgenin manevî otoritesi ve teknik değeri nedeniyle mümkün olduğunca bildiriye göndermede bulunmayı arzuladığını ve "Birleşmiş Milletler Bildirgesinin 18. maddesine uygun olarak "düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü önerdiğini" yazar. Ancak, Komis-

<sup>12</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 28.

<sup>13</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 28.

<sup>14</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 29.

<sup>15</sup> Arif Emre Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberta Yayınları, İstanbul 2002, s. 271.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

yon, genel bir sınırlama formülü getirmiştir:

"Sözleşme güvence altına alınan hakları kullanan ve özgürlüklerden yararlanan kişi, sadece münhasıran başkalarının hak ve özgürlüklerinin saygı görmesini ve tanınmasını sağlamaya yönelik olarak ve demokratik bir toplumda ahlâkın, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin haklı sayılan ihtiyaçlarını yerine getirmek amacıyla kanun tarafından tespit edilecek sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu hak ve yetkiler hiçbir şekilde Avrupa Konseyi'nin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamazlar."<sup>16</sup>

Bakanlar komitesi, 1949 Kasım'ında bu metni, üyeleri muhtelif devletlerin dışişleri bakanınca tayin edilen, bir insan hakları uzmanlar komitesine havale ederek metni incelemelerini ve BM organlarının bu konuda kaydettikleri ilerlemelerin ışığında tartışmalarını ister. 1950 yılının Şubat ve Mart aylarında toplanan komite, tasarının kaleme alınmasında, ilk aşamalarından beri baş gösteren sorunlarla karşılaşır: Ne derece tanımlama yoluna gidilmelidir? Bir başka deyişle, haklar tanımlanmalı mı, yoksa bir liste halinde sayılmalı mıdır? Komite, temel önem taşıyan bu sorunu bizzat çözmekten kaçınır ve iki ana metin hazırlar. Metnin A versiyonu, istişari Asamble'nin Bakanlar Komitesi'ne ilettiği taslağın yolunu izleyerek hakları saymakta, B versiyonu ise İngiltere tarafından verilen bir öneriyi temel alarak hakların sarih tanımlarını sunma yoluna gitmektedir.<sup>17</sup>

"Bu aşamada, her ikisi de 'sayma taraftarı' olan, yani A versiyonunu savunan Türkiye ve İsveç arasında ilginç, hatta çelişkili bir ittifaka tanık olunur. Önce ayrı tadil teklifi veren Türkiye ve İsveç, aralarında uzlaşmaya varduktan sonra birleşik bir tadil teklifi verirler. Bu tadil teklifine

göre, metnin A versiyonunun inanç özgürlüğünü düzenleyen maddesine şu cümle eklenecektir; 'bu hüküm, dini kurumlara ve vakıflara ya da bazı inançlara mensup olmaya ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler içeren mevcut milli kanunlar üzerinde etki doğurmaz.' İsveç delegasyonuna göre bu teklif haklı gerekçelere dayanmaktadır: İsveç Devleti, kökeni uzak geçmişe dayanan *Literyum mezhebine* özel yer vermektedir ve bu durumu değiştirmeye yönelik girişimler anayasal ve başka kayda değer niteliklerle karşılaşacaktı. Türkiye ise, 'Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında şimdi yer alacak çağdışı Avrupa uygarlığının! temel anlayışlarını paylaşmasını' sağlayacak reformlara girişmeden önce din özgürlüğünü kısıtlamayı hedeflemesizin, Müslüman tarikatlarını ve onlara bağlı çağ dışı kurumları lağvetmek zorunda kalmıştır. Dolayısıyla tekkeler, medreseler ve tarikatlara ilişkin bazı kanuni tedbirleri sürekli kılmak niyetindedir. *Literyum mezhebini* devlet dini sayan İsveç, geçmişini; Türkiye ise bugünkü laik yapısını korumaya yönelik kaygılarla hareket ederek ihtiyatlı müşterek bir tavır geliştirmişlerdir. Hollanda delegesi, müşterek teklifin din özgürlüğüyle çeliştiği yönünde itirazda bulunmuş ve bazı fiili ve istisnai durumların ne ayrık durumun hükümlerini ya da genel bir çekinceyi nede genel bir tedbir hükmünü haklı göstermeyeceğini belirterek, mevcut milli mevzuatların uyumlulaştırılması için makul bir süre önerilmesini teklif eder. Neticede tadil teklifi tasarının hem A hem de B versiyonuna derç edilir."<sup>18</sup>

Uzmanlar Komitesi raporunda yer alan sorunları, bizzat çözmekten kaçınan Bakanlar Komitesi, bu sorunların ele alınmasına zemin hazırlamak ve çözüm önerileri önermek üzere bir "Yüksek Memurlar Konferansı"<sup>19</sup> toplar. Konferans,

<sup>16</sup> Öktem, s. 272-273.

<sup>17</sup> Öktem, s. 273.

<sup>18</sup> Öktem, s. 274-275

<sup>19</sup> Yüksek Memurlar Konferansı: İnsan hakları alanında uzman kişilerden oluşan ve Avrupa Konseyi'ne üye devletler tara-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

din özgürlüğü konusunda tanımlama-ya yönelik bir yaklaşım izleyerek fazlaca müzakerelerde bulunmaksızın madde 9/1'in B versiyonunu benimsemiştir. Başlangıçta metinde tutulan Türk-İsveç önerisi, İsveç'in ilgili mevzuatı yürürlükten kaldırmak üzere olduğunu beyan etmesi üzerine metinden çıkarılır. Sözleşme ile milli mevzuatlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen madde, inanç özgürlüğüne münhasır olmayıp sözleşme hükümlerinin herhangi birine konulabilecek çekinceleri düzenlemektedir.<sup>20</sup>

"Yüksek Memurlar Konferansı'nda inanç özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalara ilişkin madde 9/2'de yer alan 'milli güvenlik çıkarları için zorunlu' ifadesi yerine 'demokratik bir toplumda zorunlu' ifadesi getirilmiştir. Kamu güvenliği, kamu düzeni, genel ahlâk ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasından oluşan sınırlama gerekçelerine getirilen ve sözleşme metninde de rastlanan 'demokratik toplumda zorunluluk' ölçütünün madde metnine konulmasının altında yatan neden, konferans raporunda metnin kazuistik A versiyonu taraftarlarını ikna etmek olarak açıklamaktadır. Madde 9'un son biçimini de içeren sözleşme nihai taslağı Bakanlar Komitesi tarafından 7 Ağustos 1950'de istişari Asamble'ye havale edilir. Bakanlar Komitesi, sözleşmeyi 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalar."<sup>21</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinin son şekli şöyledir:

### **AİHS Madde 9; "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü"**

fından görevlendirilen kişilerden oluşan bir komitedir.

<sup>20</sup> Öktem, s. 276.

<sup>21</sup> AİHS 4 Kasım 1950'de imzalanmış ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'i 18 Mayıs 1954'te imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı kanunla onaylanmıştır.

"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, aleni veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir."

"Dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya genel ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbir olarak yasayla sınırlanabilir."

## **2. AİHM'e Göre, Din, Vicdan ve Kanaat Kavramlarının Tanımı ve Kapsamı**

Parlamentar Asamble'nin 44. oturumunda aldığı 1202 (1993) sayılı tavsiye kararı, "demokratik bir toplumda dinsel hoşgörüyü" ilişkindir. Karara göre;

"Din bireye hem kendisi ve tanrısı ile hem de dış dünya ve içinde yaşadığı toplum ile zenginleştirici bir ilişki sağlar. Avrupa'daki nüfus hareketleri ve Avrupa'ya yönelik göç hareketleri, daima farklı dünya görüşleri, dinî kanaatler ve varlık telakkilerinin buluşmasına yol açmıştır. Farklı dini kanaatler arasındaki buluşma, daha yoğun bir karşılıklı anlayış ve zenginleşmeye yol açabileceği gibi ayrılıkçı eğilimleri de kuvvetlendirebilir ve taassuba da teşvik edebilir."<sup>22</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumu, antlaşmalar hukukunun 1969 Viyana Sözleşmesi'nde billurlaşan kurallarına tabi olmakla beraber, ayırt edici özellikler içermektedir. Mahkeme, sıradan bir sözleşmeyi yorumlama durumunda kalmış olsaydı, devletin

<sup>22</sup> Öktem, s. 457.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

uluslararası sorumluluğuna yol açabilecek hususları daraltıcı bir yoruma tabi tutacak ve devletlerin sözleşmeye katıldıkları niyetlerini araştıracaktı. Sübjektif ya da iradi olarak nitelendirilebilecek bu metoda mahkeme rağbet etmemiştir. Bunun yerine objektif metodu tercih etmiştir. Objektif metoda göre mahkeme, sözleşmenin kaleme alındığı tarihten bugüne Avrupa toplumlarının uğradıkları evrimi şüphesiz göz önünde tutarak, sözleşmenin ruhuna ve demokratik toplum düzenine uygun bir yorum metodu geliştirmiştir. Bu metoda göre sözleşmenin alanını mümkün olduğunca genişletmeyi hedeflemiştir.<sup>23</sup>

### Düşünce

Akıldan geçirilen, tasarlanan şey, fikir, düşünme sonucu varılan neticedir. Anadolu France demiştir ki,

"Kafamızdan geçenleri bilselerdi, aramızda pek azının başı yerinde kalırdı".

Bir Çin atasözünde de

"Düşüncelerine dikkat et, onlar fiil ve hareketlerinin başlangıcıdır"

denmektedir.<sup>24</sup>

### Vicdân

"Kişiyi kendi davranışlarıyla ilgili bir yargıya varmaya iten duygudur. Vicdan özgürlüğü dini nitelikte olmayan inançları da ihtiva eder. Kişin felsefi dünya görüşü, örneğin silahlı olarak askerlik hizmeti konusundaki düşünceleri bu alana girmektedir."<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Öktem, s. 283.

<sup>24</sup> Mustafa Duran, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'si 9. madde, Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü", <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm>, (12.04.2005), s. 3.

<sup>25</sup> Duran, s. 3.

### Din

"İnsanların Tanrı'ya (Allah'a) inanış ve bağlanış biçimlerini gösteren yollardan her biridir."<sup>26</sup>

Mahkeme, 9. maddede düşünce, vicdan ve din kavramları ile ifade edilen "değer" her türlü bireysel fikir ve tercihlere değil, fakat belli bir düzeyde kudret, ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip görüşler; dini ve felsefi, ideolojik inançlar; bir bütün olarak bireyin her türlü kanaat, inanç, görüş, felsefi öğretisi gibi fikir ve düşünce dünyasında, iç aleminde yer alan "kanı"sıdır. Mahkemeyle göre "9. maddede korunan şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, sözleşmedeki anlamda "demokrasi toplumun" temel taşlarından biridir.

"Dinsel boyutu bakımından bu özgürlük müminlerin kimliği ve hayat görüşlerine dair en asal unsurlar arasında yer aldığı gibi; tanrı tanımazlar, agnostikler, şüpheciler ya da kayıtsızlar için de bir kazanımdır."<sup>27</sup>

Komisyonca göre; sözleşmenin 9. maddesi her şeyden önce şahsi kanaatler ve dini inanç alanını korumakta, buna ilaveten söz konusu eğilimlerle yakından ilintili olup genel kabul gören bir din ya da inancın görünümünü oluşturan tapınma ve dindarlık eylemlerini korumaktadır.<sup>28</sup>

Aslında mahkeme, Sözleşmenin 9. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki vicdani anlamdaki inanç özgürlüğünü, herkes ve her türlü inanç, din, kanaat, felsefi görüş için koruma sağladığı yönünde yorumlamaktadır. Ancak 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki inancın izharına yönelik korumayı ise sadece genel kabul gören din,

<sup>26</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara: 2002, s. 285.

<sup>27</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 346.

<sup>28</sup> Öktem, s. 309.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

kanaat ve felsefi görüşler için koruma sağladığı yönünde yorumlanmaktadır.

Öte yandan mahkeme, "din" terimini tanımlamaktan kaçınmıştır. Mahkeme, Otto Preminger İnstitut kararında;

"tıpkı ahlâk gibi dinin anlamına ilişkin toplumda tekdüze bir telakki ayırt etmenin Avrupa düzeyinde mümkün olmadığını"

belirtmiştir.<sup>29</sup>

Dinin yanında, kanaatlerin de izharından söz eden 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi, inanç özgürlüğünü sadece tanrıtanımaz, din karşıtı ya da agnostik (bilinemez) görüşlerle sınırlı tutmayıp "dinsel olmayan" ya da "dinsel alan dışında kalan" görüşleri de kapsar. Strazbourg içtihadı inanç özgürlüğünü ele almadan önce, kavram doktrinde ele alınmıştır. Gerçekten de Strazbourg organları, bu terimi "dinsel alan dışı" görüşleri kapsar biçimde geniş yorumlamıştır. Ancak 9. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belli kriterler aranmışlardır. Mahkemeye göre, "Kanaat" deyimini, sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin kullandığı anlamda "görüş" ve "düşünce" deyimleriyle eş anlamlı değildir; bu deyim düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü ön gören 9. maddede rastlanmaktadır. Söz konusu terim, belli bir kuvvet, ciddiyet, tutarlılık ve önem derecesine ulaşmış görüşler için kullanılır."<sup>30</sup> Mahkemenin burada üzerinde durduğu nokta, kanaatin toplumca genel olarak bilinen ve kabul gören bir deyim olarak anlaşılmasıdır. Ancak yine de mahkeme, dinlerde aradığı derinlik ve yoğunluğu kanaatler için aramaktadır. Kanaatin makul ve önemli bir ciddiyete ulaşmış ol-

ması önemlidir.<sup>31</sup> Nihayet, kanaatler açısından aranan, "kuvvet, ciddiyet, tutarlılık ve önem" ölçütlerinin sınanabilmesi için söz konusu kanaatlerin gizli tutulmaması, içeriklerinin açıklanması gerekmektedir.<sup>32</sup>

### 3. AİHS'in 9. Maddesine Göre İnanç Özgürlüğünün Kapsamı

AİHM, AİHS'in 9. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesini ve 1. fıkranın 2. cümlesini birbirinden ayırarak incelemiştir. Şöyle ki; Mahkeme, 9.maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesini (Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir) kişinin bir dine, kanaate sahip olmak veya olmamak veya özgürce değiştirmek özgürlüğü olarak yorumlarken; 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesini (Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, aleni veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir) kişinin inancını veya inançsızlığını izhar etme hakkı olarak yorumlamıştır.<sup>33</sup>

#### a) İnanç Özgürlüğünün Bireysel (Vicdani) Yönü

Bu özgürlük, din ve vicdan özgürlüğünün birinci boyutunu kapsamaktadır. 9. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde, sözleşme herkes için "genel bir hak" tanımlanmıştır. Bu hak; kişi veya kişi topluluklarına bir dine inanma veya inanmama veya inancını özgürce değiştirme hakkı-

<sup>29</sup> Otto Preminger İnstitut-Avusturya'ya karşı, 11/1993-406/485, 20 Eylül 1994. Akt.: Öktem, s. 309.

<sup>30</sup> Öktem, s. 311-312.

<sup>31</sup> Arrowsmith-Birleşik Krallık'a karşı, 7050/75, 12 Ekim 1978 akt: Öktem, s. 316.

<sup>32</sup> Öktem, s. 316.

<sup>33</sup> Onston ve Diğerleri-Birleşik Krallık'a Karşı 5/1985-92/139,18 Aralık 1986.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

nı verdiği gibi kişinin kanaatlere sahip olması veya olmaması veya değiştirme özgürlüğü de vermiştir. Bu hak mutlak olup hiçbir sınırlanmaya tabi tutulamaz; diğer bir deyişle, sınırlamadan bahseden 2. fıkra hükmünden tamamen bağımsızdır. Devletler, bu hakka mutlak anlamda saygılı olmakla yükümlüdür. Böylece, birey istediği inanca sahip olacak ve bu inancını açıklamaya zorlanamayacaktır.<sup>34</sup> Kişi inançları nedeniyle suçlanmayıp kendisine zorla ya da "beyin yıkama" gibi, serbest iradeyi etkileyen başka yollarla bir inanç kabul ettirilemeyecek yahut inançlarından vazgeçirilemeyecektir.

Din ve kanaat özgürlüğünün vicdani boyutunun sağladığı somut güvence, devletin, dinî, vicdani veya kanaatleri nedeniyle bireyleri herhangi bir şekilde kınaması, hak mahrumiyetine ve ayrı muameleye maruz bırakmaması ve inancını değiştirmek için baskı yapmamasını gerekli kılar.<sup>35</sup> Böylece AHİS'in 9. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesiyle devlete, inanç özgürlüğünü, vicdani boyutuyla hem ihlal etmemeyi (müdahale etmemeyi-negatif yükümlülük) hem de ihlal edenlere karşı koruma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) getirmiştir.

Valsamis-Yunanistan davasında; pasifist görüşleri nedeniyle milli bir bayramda diğer öğrencilerle beraber tören alanlarına katılmaktan kaçındığı gerekçesiyle disiplin cezasına çarptırılan Yahova Şahidi bir öğrenciyle ilgili davada, Komisyon, yürüyüşün askeri nitelik taşımadığının altını çizerek, zorunlu katılımın, öğrencinin inançlarına ters düşse de, dinî telkin sayılamayacağına hükmetmiş-

tir.<sup>36</sup> Benzer davalarda Mahkeme de Komisyon'un görüşünü izlemiştir.

### b) İnanç Özgürlüğü'nün Toplumsal (Tezahürü-İzharı) Yönü

AİHS'in 9. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, "düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün alenen ve hususi tarzda ibadet, ayin ve öğretimini yapmak suretiyle tek başına ve toplu olarak dinini veya kanaatlerini izhar etme özgürlüğünü içerdiğini" belirtmektedir. Mahkemeye göre, din özgürlüğü iç aleme yönelikse de, bunun zorunlu diğer gereği, ezcümle *dinini açığa vurmaktır*. İnancını, söz ya da eylem halinde açığa vurmak, dinî inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur.<sup>37</sup>

"Bir kez, bir dine mensup olmanın temelinde, zorunlu olarak o dinin önerdiği dünya sistemine kişisel bir katılımı beraberinde getirir. Sonra, katılımla insanla tanrı arasında bağımlılığı ortaya koyan ilişkileri beslemeye yönelik davranışlar bütünü ile sonuçlanır. Bir mümin için anlatımını dinin uygulamaya geçirilmesinde bulan bu davranışlar, bir kanaatin ortaya konması kavramına indirgenemez. Çünkü burada kişisel düşüncenin toplumsal anlatımını aşan, kökeni ve yaptırımını insandan kaynaklanan iktidarın ötesinde bulunan bir kurala itaatın dışı vurumu söz konusudur. Birinin oruç tutması, başkalarına Müslüman olduğunu anlatmak için değil, orucun Kur'an'ın bir mümin için zorunlu kıldığı beş koşuldan birisi olmasındandır. Bir Hıristiyan için ayine katılmak inancının toplumsal olarak değil kendisini Tanrı ile ilişkiye sokan

<sup>34</sup> X-Almanya'ya Karşı, 16.12.1982. Akt.: Gözübüyük-Gölcüklü, s. 347.

<sup>35</sup> Benli, s. 63.

<sup>36</sup> Valsamis-Yunanistan'a Karşı, 21787/93, 6 Temmuz 1995, akt.: Öktem, s. 321.

<sup>37</sup> Kokkinakis-Yunanistan'a Karşı, 25.05.1993, A, 260, akt.: Gözübüyük-Gölcüklü, s. 347.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

doğüstü bir ibadete katılma eylemi olarak nitelendirilebilir.”<sup>38</sup>

Mahkemeye göre; bir davranışın dinini ya da inancını tek başına veya topluca, aleni olarak yahut özel şekilde, ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yoluyla açığa vurmak olarak algılanıp korunması için, din ya da kanaatin zorunlu ifadesi olmalıdır. Mahkemenin bu konuda verdiği kararların en çok tartışılan yönü, hangi eylemlerin inancın tezahürü sayılıp sayılmayacağı, diğer bir deyişle bir davranışı inancın tezahürü (izharı) kılan ölçüt nedir sorusudur.

Komisyon 1977 tarihinde *Arrowsmith* kararında şu ilkeyi tespit etmiştir: “9. maddenin ilk paragrafında kullanılan inancın tezahürü, uygulanışı din ya da inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan bir eylemi kapsamaz. Bireyin eylemleri söz konusu inancın gerçekten zorunlu emri değilse, bu, inanç saikiyle işlense dahi 9. maddenin ilk fıkrasının koruması altına girmez.”<sup>39</sup> Bu tespit bizi temel bir ayrıma götürüyor; inancın tezahürünü oluşturan eylemler ve inanç saikiyle yapılan eylemler. Bunlardan ilki, 9. maddenin 1. paragrafı anlamında koruma görürken, tezahür sayılacak kadar gereklilik ve önem taşımayan ikinci eylemler koruma dışında kalmaktadır. Aradaki sınır her zaman belli değildir.

Önüne çıkan davalarda tartışma konusu edilen eylemlerin tezahür sayılıp sayılmayacağını inceleyen Komisyon’un başvurduğu temel ölçütler; bu eylemlerin bir din veya kanaatin “zorunlu ifadeleri” olup olmadığı ve bu din ya da kanaatin samimi bir biçimde dışa vurumu sayılıp sayılmayacağıdır. Zorunlu ifade ölçütü, ancak bilinen yerleşik ve yaygın din ve kanaatler için uygulanabilir. Zira bu din ve

kanaatlerin kişilere yönelik şekli beklentileri kolaylıkla tespit edilebilir. Oysa şahsi nitelikte kanaatler, örneğin hümanizm açısından bu ölçütün uygulanması zor hatta imkansızdır. Bu bağlamda Strazbourg organlarının kurumsallaşmış geleneksel dinlere ayrıcalıklı davrandığı gerçeği bir kez daha karşımıza çıkmaktadır.<sup>40</sup>

“Dinsel İbrani Hukuku ile Fransız Medeni Hukuku’nun kesiştiği C-Fransa Davası, tezahür kavramının ne kadar sıra dışı sorunlar doğurabileceğine örnek oluşturmaktadır. C-Fransa Davasında, Fransız Medeni Hukuku’na uygun olarak boşanan bir Musevi, dinî boşanmanın şekil şartlarını oluşturan ve karısının tekrar evlenmesine imkan veren ve bir tür talak mektubu olan Guett belgesini karısına vermekten kaçınmış, bu nedenle yeniden evlenemeyen karısı ona dava açarak manevi tazminata mahkum ettirmiştir. Meseleyi Komisyon önüne götürülen koca, İbrani Hukuku’na göre kendisinin de aralarında bulunduğu Kohem Kabilesi’nin mensuplarının boşanmış bir kadınla evlenemeyeceklerini, boşanma belgesini verirse karısıyla tekrar evlenme imkanını ebediyen yitireceğini öne sürmüştür. Komisyona göre, başvuru sahibi boşanma mektubunu vermekle vicdanına karşı gelmiş olacağını ileri sürmemiştir. Dolayısıyla boşanmayı reddetmesi başvuru sahibinin dininin tezahürü sayılamaz. Kararda Komisyon, başvuru sahibinin İbrani Hukuku ile çeliştiğine dikkat çekmekte, zira İbrani Hukuku’na göre dindar bir insan söz konusu mektubu vermeyi geciktiremez. Üstelik başvuru sahibi Haham Mahkemesi’nce çağrılarak davranışı hakkında açıklama istenmiştir. X-Birleşik Krallık davasında olduğu gibi, Komisyon bir kez daha dinî kural-lara ve yetkililere itibar etmek-

<sup>38</sup> İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Alfa Yayınları, Aralık 1993, s. 198.

<sup>39</sup> Öktem, s. 324.

<sup>40</sup> C-Birleşik Krallık’a Karşı, 10358/83, 5 Aralık 1983 akt.: Öktem, s. 325.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

tedir (ancak Müslümanların yaptığı başvurularda diyanetin görüşünü dikkate almamıştır). Dinî hukuka özerk bir anlam tanıyan Komisyon, adeta çok hukuklu bir düzeni kabullenir gibi gözükmiştir. Oysa, mahkeme –Refah Partisi ve diğerleri– Türkiye’ye davasında çok hukuklu bir düzenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ve özellikle Ayrımcılık Yasağı ilkesine aykırılığı üzerinde ısrarla durmuştur.”<sup>41</sup>

*X-Birleşik Krallık davasında, İngiltere’deki ilkökul öğretmenin Cuma namazına gitme talebine ilişkin davada, Komisyon’a göre başvuru sahibi, hala sürmekte olan akdi yükümlülüğünü ihlal ederek okul zamanı camiye gitmesinin İslam Dini açısından zorunlu olduğunu ikna edici bir biçimde ispat edememiştir.*<sup>42</sup>

*Karaduman-Türkiye’ye davasında, yine dinin tezahürleri ve din saikiyle eylemler ayırımına giden ve tezahür kavramını belki Arrowsmith davasından da dar sayılabilecek bir biçimde yorumlayan Komisyon’a göre, “başörtüsüz fotoğrafının çekilmesini reddeden bir üniversite öğrencisinin bu eylemi dinî inanç saikli olsa da bu, inancın tezahürü sayılamaz, zira diplomaya iliştilen fotoğrafın amacı ilgili kişiyi teşhis etmektir. Bu, kişi tarafından dinî inançlarını izhar etmek amacıyla kullanılamaz”* diyerek 9. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.<sup>43</sup> Komisyon Karaduman davasında başörtüsünün dinin bir gereği olup olmadığı tartışmasına hiç girmemiştir. Ayrıca diplomanın teşhis edici bir rolünün olduğu da söylenemez. Asıl teşhis edici belge, kimlik, ehliyet, pasaport ve öğrenci kimliğidir. Bunlar da o güne kadar hep

başörtülü fotoğraflıydılar. Buna rağmen kimliğinin tespitinde hiçbir sorun çıkmamıştır. Mahkemenin bu kadar bariz olarak ortada olan bu durumu dikkate almaması akıllarda soru işaretleri yaratmaktadır!

7. Gün Adventistleri Kilisesine katılan bir Finlandiyalı demiryolları işçisi, inancı gereği Cuma günleri, gün batımında çalışmayı kesmek istemiş, çalışma süresi dolmadığı gerekçesiyle onu altı kez uyaran yetkililer nihayet işine son vermişlerdir. İşçi, din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Komisyon’a başvurmuştur. Komisyon’a göre, işçi, gün batımından sonra çalışmayı dinî kanaatler saikiyle reddetse de böyle bir ret 9. maddenin 1. fıkrasının koruması altında sayılamaz gerekçesiyle 9. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.<sup>44</sup>

9. maddenin 1. fıkrasının düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün tezahür biçimleri arasında saydığı “*öğretim yoluyla*” tezahür, bu kavramın değişik görünüşleri arasında en problemlilerinden biridir. Bu kavram, ilk bakışta sadece okullarda yürütülen dini eğitim faaliyetlerini çağrıştırmakta ise de, AİHM, öğretim kavramını çok daha geniş yorumlamıştır: “Din özgürlüğü, öncelikle Forum İnternum’a [vicdana] yönelikse de, ezcümle dinini izhar etme özgürlüğünü de içerir. Söz ve eylem yoluyla inanca şahadet etmek, dinî kanaatlerin var oluşuyla iniltilidir. 9. madde anlamında dinini izhar etme özgürlüğü ilke olarak başkalarını “öğretim” yoluyla (tebliğ) ikna etme hakkını da içerir. Aksi halde 9. maddenin öngördüğü “*dinini veya kanaatlerini değiştirme özgürlüğü hükümsüz, ölü bir ifadeden ibaret kalacaktır.*”<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Öktem, s. 327.

<sup>42</sup> Öktem; s. 328.

<sup>43</sup> Şenay Karaduman-Türkiye Davası, akt.: Osman Doğru; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul: 1998, s. 356.

<sup>44</sup> Tuomo Kontinnen-Finlandiya’ya Karşı, akt.: Öktem, s. 329.

<sup>45</sup> Kokkinakis-Yunanistan’a Karşı, akt.: Öktem, s. 332-333.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Ancak, bu özgürlük başkalarının dinî inanç ve kanaatlerine saldırı teşkil edecek bir durumu korumaz.

### 4. İnanıcı İzhar Etme Özgürlüğüne Sınırlandırılma Getirilmesi ve Ölçütleri

Her şeyden önce, AİHS'in 9. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinin hiçbir şekilde sınırlamalara tabi tutulamayacağını, yani bu hakkın (inanç özgürlüğünün vicdani boyutu) mutlak bir hak olduğunu belirtmek gerekir. Din ve kanaat özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar, ancak 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki durumlar için söz konusu olabilir:

- Kamu Güvenliği
- Kamu Düzeni
- Genel Sağlık
- Genel Ahlâk
- Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması İçin Demokratik Bir Toplumda Gerekli Tedbir Olarak,

ancak yasayla, inancını izhar etme özgürlüğü sınırlanabilir.

9. maddenin 2. fıkrasının uygulama imkanı bulması için her şeyden önce tartışma konusu edilen faaliyetin 1. fıkradaki inanç özgürlüğünün tezahürü kapsamına girmesi ve bu paragrafın güvencesinden yararlanması gerekir. Yani sözleşme organlarının söz konusu edilen inancı, 9. madde anlamında din ya da kanaat kapsamında müatala etmesi ve bu inançtan kaynaklanan faaliyeti bu din ya da kanaatin tezahürlerinden sayması gerekir. 9. madde bakımından sınırlamaların ancak tezahürlere yönelik olabileceğinden hareket eden mahkeme, inanç özgürlüğünün özgün ve önemli konumuna işaret etmiştir: 9. maddenin 1. fıkrasının güvence

altına aldığı temel hakların niteliği, bu hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükmün kaleme alınış tarzında da kendini belli etmektedir. AİHS'in 8., 9. ve 11. maddelerin 1. fıkralarında sayılan hakların bütününe yönelik olan 2. fıkraların aksine, 9. maddenin 2. fıkrası sadece "din ya da kanaatlerin izharı özgürlüğüne" yöneliktir. Böylece kaleme alınan 2. fıkra, şu hususu tespit etmektedir: Aynı halk topluluğunun içinde birkaç dinin beraber yaşadığı demokratik bir toplumda, bu özgürlüğü muhtelif grupların menfaatlerini bağdaştıracak ve her bireyin inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesini sağlayacak sınırlamalara tabi tutmak zorunlu olabilir."<sup>46</sup> İnanç özgürlüğünün, demokratik toplumlarda çoğulculuğun unsurlarından oluşu, sınırlamalara tabi tutulması gereğini beraberinde getirmektedir.

"Özetle sözleşmede hak ve hürriyetlerde sahibiyet kural; müdahale istisnadır. Bu nedenlerle AİHM istisna hükümlerini alabildiğine dar; hakları koruyucu hükümleri geniş yorumlamalıdır."<sup>47</sup>

"Din ve kanaatlerini izhar etme özgürlüğünün sınırlandırmanın sözleşmeye uygunluğunun denetimi açısından dört aşamalı bir test uygulanır bu test AİHM'in kararlarından çıkarılmıştır. Bu test din ve inanışların dışa vurulması hakkına yapılan her müdahaleyi haklı göstermek ya da hukuka uygun hale getirmek için yapılan standart bir testtir. Bu testin dört aşaması vardır. Sınırlandırmanın sözleşmeye uygun olması için bu dört şartında aynı anda mevcut olması gerekmektedir."<sup>48</sup>

Mahkeme ve Komisyon'a göre sözleşmenin 9. maddenin 1. fıkrasıyla kişiye tanınan "din ve kanaatlerini izhar etme özgürlüğünün", 9. maddenin 2. fıkrasında öngörülen

<sup>46</sup> Kokkinakis-Yunanistan'a Karşı, akt.: Öktem, s. 337.

<sup>47</sup> Arslantürk, s. 6.

<sup>48</sup> Duran, s. 8-9.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

sınırlama usulüne uygun olarak sınırlandırılmış sayılması için:

**a) İnancını izhar etme özgürlüğüne bir müdahale yapılmış olmalıdır**

Din ve kanaatlerin izharı özgürlüğüne getirilen sınırlamaların sözleşmeye uygunluğunu tartışabilmek için her şeyden önce sınırlamayı gerçekleştiren bir devlet müdahalesinden söz etmek gerekir. Daha önce nelerin din ve kanaatlerin tezahürü olduğunu uzun uzun açıkladığımız için tekrarlama gereği duymuyorum. Mahkeme, Monoussakis davasında, izinsiz ibadethane açan başvuru sahiplerinin ceza mahkemesinde mahkum edilmesini, dinlerini, ibadet ve ayin yoluyla izhar etme özgürlüğüne müdahale saymıştır.<sup>49</sup>

**b) İnancını izhar etme özgürlüğüne yapılan müdahale, yasayla (İç Hukuk-Ulusal Hukuk) öngörülmüş olmalıdır**

Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasında, "din ve kanaatlerin izhar özgürlüğünün" ancak yasayla sınırlanabileceğini öngörmüştür. Bunun temelinde kişinin inancını izhar etme özgürlüğüne yürütmenin getirebileceği keyfi müdahaleleri, yasama ya da yargı yoluyla engellemek yatmaktadır.<sup>50</sup> Eğer devlet söz konusu hakkı yasayla sınırlamayı öngörmemişse, Mahkeme direkt hakkın ihlaline karar verecektir. Fakat hakkın sınırlanması yasayla öngörülmüşse artık Mahkeme söz konusu yasal sınırlamanın sözleş-

meye uygun olup olmadığını inceleyecektir.

*Hassan ve Tchaouch-Bulgaristan Davasında*, Mahkeme, Bulgar makamlarının Müslüman Cemaati'nin dinî örgütlenmesine müdahale imkanı veren mevzuatın objektif ölçütlerden yoksun olduğunu tespit etmiştir. Bu mevzuata göre, Bakanlar Kurulu ve Diyanet İşleri Başkanlığı, dinî grupları tescil etmek, cemaat için bölünme ve diğer ihtilaflı durumlarda yöneticileri değiştirmek konusunda mutlak bir takdir yetkisine haiz bulunmaktadır. Somut vakıada, bu yetki bölümü, cemaatin bir fraksiyonunu keyfi biçimde kayırma sonucu doğurmuştur. Mahkeme müdahalenin keyfi olduğuna ve yürütmeye sınırsız yetki veren bir kanuna dayandığı için, kesinlik ve öngörülebilirlik gereklerine uymadığına yani 9. maddenin ihlaline hükmetmiştir.<sup>51</sup> *Mahkemeye göre; mevcut hakka sınırlama getiren iç hukuk, ulaşılabılır, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmalıdır. Aksi halde iç hukuk, sözleşmeye aykırılık teşkil eder.*

**c) İnancı izhar etme özgürlüğüne yapılan müdahale, 9. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlardan en az birine yönelik olmalıdır.**

Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre din ve kanaatlerin izharı özgürlüğü;

- Kamu güvenliğinin
- Kamu düzeninin
- Genel sağlığın
- Genel ahlâkın

<sup>49</sup> Monoussakis-Yunanistan'a Karşı akt.: Öktem; s. 340; Aynı doğrultuda bakınız: Kalaç-Türkiye'ye Karşı, Şerif-Yunanistan'a Karşı.

<sup>50</sup> Öktem, s. 343.

<sup>51</sup> Hassan ve Tchaouch-Bulgaristan'a Karşı, akt.: Öktem, s. 348.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması,

amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Madde metninde bu sınırlama gerekçeleri tek tek *tahdidi* olarak sayılmıştır. Bu meşru amaçlardan en az birinin olması mevcut hakkın sınırlanması için kâfidir.

Mahkeme, inancı izhar etme özgürlüğüyle kamu yararının dengele- nip dengelenmediğini ayrıca ince- lemektedir. Hakkın kötüye kulla- nılması yasağı bütün özgürlükler için yasak olduğu gibi inanç öz- gürlüğü için de geçerlidir.<sup>52</sup>

"Komisyon; *Arrowsmith* kararın- da, askerleri firara teşvik eden broşürler dağıttığı için başvuru sahibinin hapis cezasına mahkum edilmesindeki milli güvenliği korumak ve orduda çıkabilecek karı- şıklıkları önlemek amaçlarını meş- ru amaç olarak kabul etmiştir."<sup>53</sup>

İbadethane açmak için prosedüre uymayan ve bu nedenle mahkum edi- len Yahova Şahitleri'ne ilişkin Manoussakis davasında Mahkeme, müdahalenin "düzenin korunması" meşru amacını güttüğüne hükmetmiş- tir.

Ruşen Ergeç'e göre; 9. maddenin 2. fıkrasındaki "kamu düzeninden" kastedilenin alışılmış manada dev- letin ya da toplumun menfaatlerini korumaya yönelik kamu düzeni kav- ramına tekabül etmeyip, sadece "karmaşa yokluğunu" ifade ettiğini doktrinde savunmuştur.<sup>54</sup> Başkaları- nın hak ve özgürlüklerinin korun- ması amacıyla da bireyin din ve kanaat özgürlüğünün tezahürüne sınırlama getirilmesi gerekebil- mektedir. İsveç'teki Musevi bir çift, dini gerekçelerle kızlarına İbranice "Shalom Phaleshet İmanuel Beth Ya" ismini vermek istemiş,

nüfus sicili bu ismi kaydetmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine aile olayı Komisyon'a götürmüştür. Ko- misyon, 9. maddenin ebeveyne ço- cuklarına hiçbir sınırı gözetmek- sizin isim seçme hakkını bahşeder biçimde yorumlanamayacağını be- lirtmiştir. Bu madde, 'çocuğun kendisine zarar vermeyecek bir isim hakkını koruma amacıyla geti- rilen bir sınırlamayı meşru kı- lar', gerekçesiyle 9. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.<sup>55</sup>

Kısaca özetlersek; Din ve kana- atlerini izhar etme özgürlüğü, ancak saymış olduğumuz meşru amaç- larla sınırlanabilir. Aksi bir sınırlama 9. maddenin ihlalini oluşturur. Mahkeme bu meşru amaç- ları her somut olaya göre ayrı ayrı yorumlamaktadır.

### **d) İncancını izhar etme öz- gürlüğüne yapılan müdahale, demokra- tik bir toplumda zorunlu ve ölçülü olmalıdır**

Hukukun öngördüğü ve meşru bir amaç taşıyan müdahalenin haklı görülebilmesi için, *demokratik bir toplumda zorunlu olmalı ve sınır- lama ile kamu yararı arasında den- ge kurulmalıdır*. AHİM baktığı da- valarda, muhtelif verilerle demok- rasi anlayışını ortaya koymuştur. Mahkeme, etkin bir demokrasinin sahip olması gereken nitelik ve özellikleri şöyle belirtmektedir:

- 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 dev- letlerin çoğunluğunun anlayışına

<sup>52</sup> Benli, s. 69.

<sup>53</sup> Arrowsmith-Birleşik Krallık'a Kar- şı, akt.: Öktem, s. 350.

<sup>54</sup> Ruşen Ergeç, akt.: Öktem, s. 351.

<sup>55</sup> X-İsviçre'ye Karşı, akt.: Öktem, s. 354.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

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 halle karşılaştığında özel tedbirler almadan önce, yürürlükteki hukukun sunduğu bütün imkanları tüketmelidir.
- Aşırı tedbirler alınması söz konusu olduğu taktirde, bunlar ancak asgari düzeyde ve durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır.
- Temel insan haklarının özü, hiçbir şekilde zedelenmemelidir. Bu öz, mümkün olduğu taktirde 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 makul sınırı aşmamalıdır.
- İnsan haklarını güçlendiren yeni düzenlemelere karşı açık fikirli olmalıdır.
- Özellikle haber alma konusunda çoğulculuğu sağlamalıdır.
- Aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na şikayette bulunduğu taktirde anlayışlı ve akil olmalı ve Komisyon kararları ile Mahkeme hükümlerini iyi niyetle karşılamalıdır.
- Devletler bu bağlayıcı mekanizma konusunda, vatandaşlarını, haklarını bilinçli bir şekilde kul-

lanmaları için daha iyi aydınlatmalıdır.<sup>56</sup>

Mahkeme, demokratik toplumun devletin veya nüfusun bir bölümünün hoşuna gitmeyen dinî izhar etme özgürlüğünü kullanma hallerini de koruma altına aldığı beyan etmektedir.

Demokratik toplum, hoşgörü ve çoğulculuk içinde yaşamayı gerektirir. Bunlar olmadan demokratik devlet olamaz. Nitekim demokratik bir toplumda bilinçli ve müsamaha olmalı ve devlet, düzeni sağlamalıdır.

Gerginliği kaldırmak için gerginliğin taraflarını ortadan kaldırmamalıdır. Aksine taraflara ibadet özgürlüğü için gerekli imkanı tanımalıdır. Mahkeme bir kararında, "dinî veya herhangi bir toplumun bölündüğü yerlerde gerginliğin yaratılması mümkündür. Fakat bu, çoğulculuğun kaçınılmaz bir sonucudur. Böylesi durumlarda yetkililerin görevi, çoğulculuğu tasfiye ederek çoğulculuğu ortadan kaldırmak değil, aksine bir biriyle yarışan rakip grupların birbirlerine müsamaha etmelerini sağlama görevi vardır."<sup>57</sup>

Mahkeme, demokratik bir toplumda "zorunluluk" kavramının, bir yandan vazgeçilmez, diğer yandan kabul edilebilir, normal, yararlı, makul, elverişli terimleri arasında aracı konumunda olduğuna hükmetmiş, "zorunlu" kavramının buyurgan bir sosyal ihtiyacı karşılaması gerektiğini ve denetiminin hem temel alınan kanun hem de onu uygulama işlemlerine uzandığını belirtmiştir.<sup>58</sup>

### 5. Kararlar Işığında AİHM'in İnanç Özgürlüğüne Bakış Açısı ve Değerlendirilmesi

<sup>56</sup> Ünal Şeref, akt.: Benli, s. 70.

<sup>57</sup> Şerif-Yunanistan'a karşı 19 Aralık 1999, akt.: Benli, s. 70.

<sup>58</sup> Öktem, s. 358.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

### a) Şenay Karaduman-Türkiye Davası

İnanç özgürlüğüyle ilgili olarak Türkiye'den AİHM'e yapılan ilk başvurulardan biri de Şenay Karaduman-Türkiye davasıdır. Bu davanın önem arz eden tarafı, Türkiye'deki başörtüsü mağdurlarının Mahkeme'ye yapmış olduğu ilk başvuru olmasıdır.

Şenay Karaduman, Ankara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi'ni 1988 yılında bitirmiş, tesettürlü bir bayandır. Şenay Karaduman geçici mezuniyet belgesinin kendisine verilmesi için üniversiteye müracaat etmiş ve başörtülü olarak çektiği fotoğrafının da arasında bulunduğu evraklarını üniversiteye teslim etmiştir. "Fakülte Dekanı, Ş. Karaduman'a yazdığı 28 Haziran 1988 tarihli yazıda, başörtülü olarak verdiği fotoğrafların üniversite disiplin yönetmeliğine ve 30 Aralık 1982 tarihli Yüksek Öğretim Kurulu Genelgesi'ne aykırı olduğunu bu nedenle geçici mezuniyet belgesi talebinin reddedildiğini, başı açık olarak çekilmiş vesikalik fotoğraf verilmesi durumunda kendisine geçici mezuniyet belgesi verileceğini bildirmiştir."<sup>59</sup>

Ş. Karaduman, dekanlığın bu işlemine karşı 19 Eylül 1988 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Türk Anayasası ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nce korunan inancını izhar etme özgürlüğünün ihlale uğradığını öne sürmüştür.

Ankara İdare Mahkemesi başvuru;

- a) Ankara Üniversitesi Lisans Yönetmeliği'nin 29. maddesinin mezuniyet belgesine yapıştırılacak fotoğrafların üniversitenin "kıyafet kurallarına" uygun

olarak çekilmiş bir fotoğraf olması gerektiği yönündeki düzenlemeye,

- b) Üniversite öğrencilerinin uymakla zorunlu oldukları kılık kıyafet kurallarını belirleyen 30 Aralık 1982 tarihli Yüksek Öğretim Kurulu Genelgesi'nin, öğrencilerin temiz, düzgün ve ütülenmiş kıyafetler giymeleri, başlarının açık olmasını, saçlarının düzgün olması gerektiği hükmüne dayanmış ve başörtülü olarak çekilmiş fotoğrafın, öğrencinin kimliğini tespit etmeye yetmeyeceğini belirterek iptal talebini reddetmiştir.

Ş. Karaduman İdare Mahkemesi'nin bu kararına karşı aynı gerekçelerle Danıştay'a 25 Nisan 1989 tarihinde temyiz talebinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1989 tarihinde vermiş olduğu bir kararla, Yüksek Öğretim Kurumları'nda başörtüsü takılmasına izin veren Yüksek Öğretim Kanunu'nun geçici 16. maddesini Anayasa'da bulunan "Laiklik" ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Danıştay da Ankara İdare Mahkemesi'nin karar gerekçesine ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesine dayanarak temyiz başvurusunu 16 Ekim 1989 tarihinde reddetmiştir. Bu karar üzerine Şenay Karaduman; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurarak dinî inançlarıyla bağdaşmayan, başı açık olarak çekilmiş fotoğraf vermediği için 2 yıl süreyle mezuniyet belgesinin kendisine verilmediğini, bu nedenle de AİHS'in 9. maddesinde düzenlenmiş olan *inanç özgürlüğünün* ihlal edildiğini ileri sürerek şikayet etmiştir.

"Komisyon, vermiş olduğu kararda; diplomalara yapıştırılacak fotoğraflara ilişkin olarak her ne kadar üniversitelerde günlük yaşamı etkileyen disiplin kararları içinde yer almasalar da, üniversitelerin lâik ve cumhuriyetçi niteliğini korumaya yönelik üniversite kurallarının bir parçasını oluştururlar. Lâik bir üniversitede yüksek öğrenim yapmayı kabul eden bir

<sup>59</sup> Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul: 1998, s. 349.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

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 sınırlamaların amacı, değişik inançtaki öğrencileri bir arada tutmaktır. Özellikle, nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu ülkelerde bu dinin hiçbir yer ve şekil sınırlaması olmaksızın, tüm ayin ve gösterilerinin yerine getirilmesi bu dine mensup olmayan, başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturabilir. Lâik üniversiteler, öğrencilerin kılık kıyafetlerine ilişkin disiplin kuralları koyduğunda, bazı dinî akımların öğrenimde kamu düzenini bozmamaları ve başkalarının inançlarını ihlal etmemeleri için kurallarla sınırlamalar getirebilir. Diploma, bir mesleki yeterlilik belgesidir ve kamu oyuna açık bir belge sayılamaz. Diplomada yer alan fotoğraf, ilgilinin teşhisini sağlar ve dinî kanaatlerin izharı amacıyla kullanılamaz. Komisyon, başvuru sahibine başörtüsüz fotoğraf vermesi durumunda mezuniyet belgesinin verilmesi imkanının tanındığını gözlemekte ve üniversitede eğitim gördüğü sürece, dinî kanaatlerine aykırı kıyafet yönetmeliğine uymaya zorlanmadığına dikkat çekmiştir. Sonuçta Komisyon, mezuniyet belgesinin verilmesi talebinin reddinin, inanç özgürlüğüne bir müdahale sayılamayacağını ve bu nedenle başvurunun sözleşmenin 27. maddesine göre açıkça temelsiz olduğuna karar vermiştir.<sup>60</sup>

### Eleştiriler

Karaduman kararı, değişik yönlerden eleştirilere uğramıştır:

Komisyon'un bütün mantık zinciri, başvuru sahibinin başını örtmesinin kuvvetli bir dinî kanaatin tezahürü olduğu üzerine kurulmuştur. Ancak, başörtüsü takmanın dinî kanaatin tezahürü olduğunu kabul ediyorsa, başörtüsüz fotoğraf ver-

me zorunluluğunun başvuru sahibinin inancını izhar etme özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu sonucuna varması gerekirdi. Bu bakımdan, 'başvurucunun özgürlüğüne müdahale olmadığı, bu nedenle başvurunun açıkça temelsiz olduğu' gerekçesiyle başvurunun kabul edilemezliğine karar vermesi bir çelişkidir.

Ayrıca Komisyon, kararında; "lâik bir üniversitede eğitim görmeyi tercih eden öğrenci, bu üniversitenin düzenlemelerine de razı olmuştur" demektedir. Oysa Türkiye, AİHS'in, 1. Ek Protokolün 2. maddesi ile "eğitim görme ve eğitim tarzını serbestçe seçme hakkını" düzenleyen hükmünü (6 Mart 1340 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanununu saklı tutarak) ihtirazi kayıtla imzalamıştır. Türkiye'deki bütün üniversiteler YÖK'e bağlı ve lâik üniversitelerdir. Buna rağmen Komisyon'un, sanki Türkiye'de lâik olmayan üniversite varmış gibi bir kabulle karar vermesi büyük bir çelişkidir.

Bir başka eleştiri de Komisyon'un; "özellikle nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu ülkelerde bu dinin tezahür ve sembolleri mekan ve biçim sınırlaması olmaksızın söz konusu dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka bir dine mensup öğrenciler üzerinde baskı oluşturabilir" gerekçesindedir. Türkiye'de her tarafta Müslümanlar büyük bir çoğunlukla dinini açıkça izhar etmekte, 5 vakit yüksek sesle ezan okunmaktadır. Bunlar azınlıklar üzerinde baskı oluşturmuyorsa üniversitede ki başörtülüler nasıl baskı oluşturacaktır?

Ayrıca özgürlükler söz konusu olduğunda, asıl olan özgürlüğün varlığıdır. Sınırlamalar zaruret halinde ve kısmi olabilir. İnanç özgürlüğü gibi temel bir hakkın sınırlanması için ortada somut bir tehlikenin olması gerekir. Yoksa soyut, farazi tehlikelerle sınırlanması inanç özgürlüğü açısından ve AİHS açısından büyük bir tehlikedir. Bu durum, AİHS'in ruhuyla da bağdaşmaz.

<sup>60</sup> Doğru, c. 1, s. 346-353.

**b) Buscarini ve Diğerleri-San Marino Davası**

Bu davada, İtalyan Ülkesiyle çevrili San Marino Cumhuriyeti'ni Parlamento'sunda bazı milletvekilleri parlamenter görevlerine başlamadan önce, kutsal İnciller üzerine yemin etmek zorunda bırakılmışlardır. İnançları gereği bu formülü atlayarak yemin eden milletvekillerinin yemini, geçersiz sayılmıştır. Göreve başlamak için, kutsal İnciller üzerine yemin etmek zorunda kalan milletvekilleri, bu sorunu AİHM'e taşımışlardır. Hükümet, savunmasında, bir aziz tarafından kurulan San Marino Cumhuriyeti'nin milli geleneklerinin Hıristiyan dini ile olan bağlarına dikkat çekerek, devletin bu konudaki taktir yetkisinin eleştirilemeyeceğini öne sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise;

"San Marino iç hukukunun genelde din özgürlüğünü koruduğunu kabul etmekte, ancak toplumdaki değişik görüşleri parlamentoda temsil etme yetkisinin kullanımını belli bir dünya görüşünü benimsemiş olma ön şartına bağlamasının çelişki oluşturduğunu, bu nedenle, söz konusu sınırlandırmanın 'demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü' olmadığına, Milletvekillerinin İncil üzerine yemin etmek zorunda bırakılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde düzenlenmiş olan inanç özgürlüğünü ihlal ettiğine..."<sup>61</sup>

karar vermiştir.

**c) Lucia Dahlab-İsviçre Davası**

Yakın tarihli Lucia Dahlab-İsviçre davasında Mahkeme, *memurun inançlarının gerekleri ile görevinin gerekleri arasındaki ilişkiyi*

*yeniden sorgulama imkanı bulmuştur.* Başvuru sahibi, İsviçre'de devlet okulunda öğretmenlik yapan tesettürlü bir bayandır. Katolik bir ailenin çocuğu olan Dahlab, manevi bir arayış neticesinde 1991 yılında İslâm dinini benimseyerek bir Müslüman'la evlenmiştir. Dahlab, 1991 yılından 1996 yılına kadar başörtüsü ile derslere girmiştir. 1996 yılında Dahlab, İlköğretim Genel Müdüresi (müfettişler) tarafından, kamusal eğitime ilişkin kanuna aykırılık sebebiyle, başörtüsü ile derse girmemesi yönünde uyarılmıştır. Dahlab, bu uyarı aleyhine Cenevre İdare Mahkemesi'ne başvurmuş, İdare Mahkemesi'nin red kararı İsviçre Federal Mahkemesince de onanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran Dahlab, 4 yıl boyunca başörtülü olarak derslere girdiğini ve bunun hiçbir soruna yol açmadığına dikkat çekmiştir. İsviçre Hükümeti, Federal Mahkeme'nin, dinî semboller bakımından öğretmenler ile öğrenciler arasında bir ayrıma gittiğini vurgulayarak devlet okulunda çalışan öğretmenlerin, bu görevi kabul etmekle lâiklik ilkesine saygı göstermek yükümü altına girdiklerini belirtmiştir. Uyarı işleminde "kanuni öngörümlüslük" ve "meşru amaç" şartlarının yerine getirildiğini saptayan Mahkeme, "demokratik bir toplumda zorunluluk ve ölçülülük" ilkesine yoğunlaşmıştır. Davaya bakan İsviçre Federal Mahkeme'si, başvuru sahibinin başörtüsü takma yasağını sadece öğretim faaliyetiyle sınırlamış ve onun öğrencilerini, öğrenci velilerini ve okulun dinsel tarafsızlığını koruma kaygısıyla hüküm kurmuştur. Bunu yaparken, öğretmenin, devleti temsil ediyor oluşunu dikkate alarak kamusal eğitimin tarafsızlığına dayalı meşru amaç ile inancı izhar etme özgürlüğünü dengelemiştir. *Federal Mahkeme'ye göre öğrencilerin dinsel tarafsızlık ortamında ders görme hakları, başvuru sahibinin inancını izhar etme özgürlüğüne yönelik müdahaleyi meşru kıl-*

<sup>61</sup> Buscarini ve Diğerleri-San Marino'ya Karşı, 24645/94, 18 Şubat 1999, akt.: Öktem, s. 265.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

maktadır. AİHM, öğrencilerin yaşlarının küçük olduğunu göz önünde tutarak Cenevre yetkili makamlarının taktir yetkisini aşmadıklarına ve alınan tedbirin akıl dışı olmadığına hükmetmiştir. Yasaklama işlemini "demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü" bulan mahkeme, başvuruyu açıkça temelsiz sayarak kabul edilemez bulmuştur.<sup>62</sup>

### Eleştiriler

Mahkeme, Leyla Şahin, Dahlab ve Karaduman davalarında aynı konuda farklı gerekçelerle aynı sonuca varmış ve inanç özgürlüğüne bir aykırılık görmemiştir. Mahkeme her olayı kendi koşullarında değerlendirmiş ve kararlarında başörtüsüne yönelik kesin bir "içtihat" oluşturamamıştır. Mahkeme, Dahlab kararında; başörtüsü takmanın inancın mutlak tezahürü olup olmadığını ve başvurucu öğretmenin devlet okulları dışında mesleğini icra edebilirliğini gereği kadar irdelememiştir. Ayrıca Dahlab'ın 4 yıl boyunca derslere başörtülü olarak girdiğini ve bu süre zarfında ne öğrencilerden ne de öğrenci velilerinden hiçbir şikayet gelmediğini göz önünde bulundurmadan, sadece öğrencilerin etkilenebileceği ihtimaline (soyut tehlike) dayanarak inancı sınırlamanın gerekliliğine hükmetmesi düşündürücüdür! Altı çizilmesi gereken diğer bir nokta da, Dahlab'ın bir devlet memuru olması hasebiyle bu kararın, üniversiteye girmek isteyen başörtülü öğrenciler için emsal teşkil etmemesidir.

### d) Şerif-Yunanistan Davası

Bu davada Yunanistan hükümeti Müslümanların yoğun olarak yaşadığı Rodop şehrine bir müftü atamış ve müftülere bazı idari ve yargı-

sal görevler de vermiştir. Ancak bölgedeki Müslümanlar kendi müftülerini aralarından seçmişlerdir. Müslümanlarca seçilen müftü (Şerif), bayram mesajı yayınlamış, dinî vaazlar vermiş ve dinî kıyafetler giymiştir. Bunun üzerine Müslümanların seçtiği müftü, yargılanmış ve mahkum edilmiştir. Yunan Hükümeti, pek çok ülkede müftülerin devletçe tayin edildiğini, müftülerin, idari ve yargısal yetkileri olduğunu, yargısal yetkilere sahip birinin ise seçim yoluyla belirlenemeyeceğini iddia etmiştir. Ayrıca hükümet, Rodop'ta aynı anda iki müftünün bulunmasını, Yunan Mahkemeleri, Müslümanların kendi içinde, Müslüman ve Hıristiyanlar arasında ve Türkiye ile Yunanistan arasında gerilimi engellemek amacıyla olaya müdahale ettiklerini ve "sahte" müftüyü mahkum ettiklerini ileri sürmüştür. Başvuru sahibi müftü (Şerif) ise, Yunanistan'da Hıristiyan ve Musevilerin kendi dinî liderlerini seçme hakkı olduğunu, Müslümanların ise böyle bir hakkı olmadığını bu durumun dinler arasında ayrımcılık oluşturduğunu ve mahkumiyetin "demokratik bir toplumda gereksiz" olduğunu ileri sürmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gere, gönül rızasıyla kendisini takip eden bir grubun, dinî lideri gibi davrandığı için bir kişiyi cezalandırmanın *demokratik bir toplumda dinsel çoğulcuğun gerekleriyle* bağdaştırmak güçtür. Mahkeme, olaylar sırasında Rodop'a resmen tayin edilmiş bir müftünün varlığını gözlemlemekte ancak Yunan Hükümet'inin iddialarının aksine, başvuru sahibi müftünün kanunen tanımlanan idari ve yargısal işlemler üstlendiğine işaret eden bir husus bulunmamaktadır. Zaten Mahkeme'ye göre, demokratik toplumlarda devletin, dinî toplulukların tek bir yönetim altında tutulmalarını sağlayacak tedbirler almaya ihtiyacı yoktur. *Mevcut vakiada cemaatin bölünme içerisinde olduğu doğrudur. Ancak bu, ço-*

<sup>62</sup> Lucia Dahlab-İsviçre'ye Karşı, 42393/98, 15 Şubat 2001, akt.: Öktem, s. 496-497.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ğulculuğun kaçınılmaz bir sonucudur. Bu koşullar içinde devletin rolü, çoğulculuğu ortadan kaldırmak değil, rakip grupların birbirlerini hoş görmesini sağlamak olmalıdır. Sonuçta "karşı konulmaz bir toplumsal ihtiyaç" başvuru sahibinin mahkumiyetini haklı göstermemektedir. Bunun sonucu olarak inancını izhar etme özgürlüğüne yönelik müdahale, "demokratik bir toplumda kamu düzeninin korunması için zorunlu ve ölçülü" değildir. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9.maddesinin ihlali-ne karar verilmiştir.<sup>63</sup>

### Eleştiriler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, genel olarak gerilimden söz eden Yunanistan hükümetinin somut olgular sunmadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca mahkemeye göre, Müslümanlarla Hıristiyanlar ya da Yunanistan ile Türkiye arasında olası bir gerilim ise çok uzak bir ihtimaldir. Mahkeme, ilk defa inanç özgürlüğünün sınırlanmasının gerekip gerekmediğini belirlerken haklı olarak somut tehlikeyi aramıştır. Oysa, gerek Şahin gerekse Karaduman kararlarında, kamu düzeni ve diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilebilme ihtimalinde soyut tehlikeyi yeterli görmüştür. Bu da AİHM'in karar gerekçeleri arasında çelişkilere ve tutarsızlıklara neden olmaktadır.

### e) Leyla Şahin-Türkiye'ye Davası

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Leyla Şahin, 26 Ağustos 1997'ye kadar Bursa Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesinde 4. sınıf öğrencisidir. 1997'de İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesine geçiş yapmıştır. 23 Şubat

1998'de İstanbul Üniversitesi öğrencilerinin üniversite yerleşkesine alınmalarını düzenleyen bir genelge, rektörlükçe yayımlanmıştır.

Bu genelgeye göre;

"Bayan öğrencilerin başörtülü olarak, erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları gerekmektedir. Bunu ihlal eden öğrencilerin uyarılması, uyarılara riayet etmemeleri durumunda, adlarının tespit edilerek haklarında cezai işlem yapmak üzere ilgili anabilim dalı, dekanlık, müdürlüklere ivedi olarak bildirilmelidir."

Bu genelgeye uyularak başvuru Leyla Şahin, başörtülü olduğu için onkoloji sınavına, nöroloji dersine alınmamış ve öğrencinin ders kaydı yaptırmasına izin verilmiştir. Ayrıca disiplin cezaları verilmiştir. Başvurucu, genelgenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için İstanbul İdare Mahkemesi'ne dava açmış, ancak idare mahkemesi başvuruyu reddetmiştir. Başvurucu kararı temyiz etmiş ancak Danıştay da, Anayasa Mahkemesi'nin 7 Mart 1989 tarihli ve 5 Temmuz 1989 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve Yüksek Öğretim Kanun'unun geçici 16. maddesini lâiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal ettiği kararına ve gerekçesine dayanarak temyiz talebini reddetmiştir.<sup>64</sup>

Başvuran, Yüksek Öğretimde İslâmî Başörtüsü takmasına getirilen yasağın inanç özgürlüğü hakkına ve özellikle de inancını izhar etme özgürlüğüne yapılan haksız bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Ayrıca hükümetin ileri sürdüğü kamu düzeninin bozulması tehlike-

<sup>63</sup> Şerif-Yunanistan'a Karşı, 38178/97, 14 Aralık 1999, akt.: Öktem, s. 365-366.

<sup>64</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Lucia Dahlab-İsviçre'ye Karşı, Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 1989 Tarihli YÖK'ün Geçici 16. maddesini İptal Kararının Eleştirisi İçin Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye Yayınları, 2000, s. 427-431.

## **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ**

sinin yersiz ve dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir. Başvuran, kendisinin 4 yıl boyunca Uludağ Üniversitesi'nde, 23 Şubat 1998'e kadar da İstanbul Üniversitesinde başörtülü olarak derslere devam ettiğini, bunun kamu düzeni açısından hiçbir sorun doğurmadığını ileri sürmüştür. Türk Hükümeti ise, sınırlamanın yasayla öngörülmesini, lâiklik ilkesinin gereği olarak kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin meşru amaçlarla demokratik bir toplumun devamlılığı için zorunlu olduğundan inanç özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak sınırladığını ileri sürmüştür.

### **AIHM'in Değerlendirmesi**

#### **a) İlgili Hükümler**

- "Çok sayıda dinin bir arada bulunduğu tek ve aynı nüfusu barındıran demokratik toplumlarda, çeşitli grupların menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını izhar etme özgürlüğüne sınırlamalar getirmek gerekli olabilir.
- Aynı şekilde, Mahkeme, Türkiye'de lâiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygıyla uyumlu olan devletin temel ilkelerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Halkın büyük bir çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede, bu dinî icra etmeyenleri ya da başka bir dinden olanları kökten dinci hareketlerden korumak için üniversitelerde alınan önlemlerin Sözleşmenin 9/2 maddesine göre haklı görülebilir. Bu bağlamda, lâik üniversiteler, ibadetin tezahürünü ya da belirtilen dinin sembollerini, değişik dinden öğrenciler arasında huzurlu ortak yaşamı sağlamak amacıyla böyle bir tezahürün yeri ve adetine göre yasaklamalar uygulayarak, düzenleyebilir ve

böylece kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını korur.

- Devlete bırakılan takdir hakkının kapsamını tanımlarken, Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakkın önemine, yasaklanmış eylemlerin mahiyetine ve yasaklamanın amacına riayet edilmelidir. Devlet ile dinler arasındaki ilişkiler tartışma konusu olduğunda, ki bununla ilgili düşünceler demokratik toplumlarda makul şekilde birbirlerinden çok farklılık gösterebilir, bu durumda ulusal yasa koyucunun rolüne özel bir önem verilmelidir. Bu gibi durumlarda, üzerinde tartışılan çıkarlar arasında kurulması gereken adil denge; diğerlerinin hak ve özgürlüklerine, iç huzursuzluktan kaçınmaya, kamu düzeni ve çoğulculuğun gereklerine saygı göstermek yoluyla sağlanmalıdır.
- Akit Devletlerin öğrenim kurumlarında dini simgelerin kullanılmasına ilişkin düzenlemelere gelince; Ulusal geleneklere bağlı olarak konu hakkındaki kurallar bir ülkeden diğerine değiştiği ve diğerlerinin haklarının korunması ve kamu düzeni gerekleri hususunda ortak bir yeknesak Avrupa anlayışı olmadığı için bir takdir alanınının bırakılması uygun olur. Eğitimin kendi doğasının düzenleyici yetkiyi gerekli kıldığı kaydedilmelidir. Özellikle bu nevi düzenlemelerin hiçbir zaman çoğulculuk ilkesini ihlal etmemesi, Sözleşmedeki diğer haklarla çatışmaması veya din ve inanç özgürlüğünü tamamıyla inkâr etmesi bakımından Avrupa denetimini bertaraf etmez."

#### **b) Yukarıda Belirtilen İlgilerin Mevcut Davaya Uygulanması**

- Bayan Şahin gibi üniversitede başörtüsü takan öğrencilerin haklarına, yer ve hareketlerine kısıtlamalar getiren 23 Şubat 1998 tarihli genelgenin yol açtığı müdahalenin "gerekliliğini" değerlendirmek için, Mahkeme, bu

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

genelgeyi kendi hukuksal ve toplumsal koşulları içerisine oturtmalı ve olayın koşulları ışığında değerlendirmelidir. Mevcut olaya uygulanabilir ilkeleri dikkate alarak, Mahkemenin görevi, müdahale için gösterilen sebeplerin ilgili, tatmin edici olup olmadıkları ile ulusal düzeyde alınan tedbirlerin istenen amaçla orantılı olup olmadıklarına hasredilmiştir.

- Öncelikle, müdahalenin ilk ilkeyi -lâiklik ve eşitlik- temel alıp almadığı incelenmelidir. 7 Mart 1989 tarihli kararında, Anayasa Mahkemesi diğerlerinin yanı sıra, lâikliğin Türkiye’de demokratik değerlerin güvencesi olduğunu, -bireysel vicdanı ilgilendirdiği sürece- inanç özgürlüğünün kısıtlanamayacağı ve vatandaşların kanun karşısında eşit olduğu ilkesini vurgulamıştır. Lâiklik, aynı zamanda bireyi dış baskılardan korur. Kişinin dinini ifşa etme hakkına, bu değer ve ilkeleri korumak için kısıtlamalar getirilebilir. Bu tür bir lâiklik kavramı Mahkemeye göre, Sözleşmenin temelini oluşturan değerlerle uyumludur ve Mahkeme bu ilkenin desteklenmesinin Türkiye’de demokrasinin korunması için gerekli görülebileceğini kabul eder.
- Dahası, Anayasa Mahkemesi gibi AİHM de, Türkiye bağlamında başörtüsü sorunun değerlendirilmesinde, zorunlu bir dinî vecibe gibi takdim edilen veya algılanan böylesi bir simgeyi takmanın, onu takmamayı seçenler üzerinde yaratacağı etkiyi de göz önüne almak zorundadır. Daha önce kaydedildiği gibi bahis konusu tartışmalı hususlar, nüfusunun çoğunluğunun İslâm inancına, kadın haklarına ve lâik bir yaşam tarzına kuvvetli bir bağlılığı savlarken, “diğerlerinin hak ve özgürlükleri” ve “kamu düzeninin” devamının korunmasını sağlamayı da içermektedir. Bu alandaki özgürlüğe uygulanan kısıtlamalar, bu sebeple, özellikle Türk Mahkemeleri’nin bu dinî sembolün Türkiye’de yakın zamanda siyasi önem kazandığına karar vermelerinden beri, yukarıdaki iki yasal amaca erişmek için bir

toplumsal ihtiyacın karşılanması olarak görülebilir.

- Mahkeme, daha önce Türkiye’de kendi dinlerinin sembollerini ve dinî inançlar üzerine kurulmuş bir toplum kavramını empoze etmeye çalışan aşırı siyasi hareketlerin olduğunu gözden kaçırmamıştır. Mahkeme, Taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerine uygun olarak siyasi hareketlere karşı, tarihsel deneyimlerini dikkate alarak tutum takınabileceğini belirtmiştir. Söz konusu düzenlemeler, bu bağlamda ele alınmalı ve yukarıda bahsedilen meşru hedeflere ulaşmaya ve üniversitedeki çoğulculuğu korumaya yönelik tedbir niteliğinde olmalıdır.
- Yukarıda bahsedilen açıklamalar göz önünde tutulduğunda lâiklik ilkesi; Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulandığı gibi üniversitelerde bir dinî işaret olarak başörtüsü takılmasının yasaklanmasının temelinde yatan baslıca nedendir. Yetkili makamlarca, bayan öğrencilerin üniversitelerde başlarını örtmeleleriyle ilgili mevcut davadaki durum da dahil olmak üzere, dinî sembollerini takmalarını kabul etmenin; çoğulculuğun değerleri, başkalarının haklarına saygı ve özellikle kadın ve erkeğin kanun önünde eşitliğinin öğretildiği ve uygulamaya konulduğu böyle bir bağlamda, bu tür değerlerin gelişmesine aykırılık teşkil edeceğini dikkate almaları makul karşılanabilir. Yukarıda belirtildiği şekilde Türk mahkemelelerinin İslâmî başörtüsünün Anayasaya aykırı olduğunu kabul ettikleri ve üniversite alanlarında başörtüsü takılması ile ilgili düzenlemelerin uzunca bir süredir mevcut olduğu açıktır. Bu sebeple, bazı üniversitelerin, münferit derslerin özelliği ve kapsamlarına bağlı olarak bu kuralları çok sıkı bir şekilde uygulamamış olmaları, bu kuralların hakli olmadığı anlamına gelmez. Ayrıca bu, Üniversite yetkililerinin kanundan, üniversitelerin işleyişine ilişkin kurallardan ve münferit derslerin gereksinimlerinden doğan düzenleme yapma haklarından vazgeç-

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

tikleri anlamına da gelmez. Aynı şekilde, bir üniversitenin dinsel sembolleri giyme konusundaki politikası ne olursa olsun, bunlar tarafından yapılan düzenlemeler ve bunları uygulamaya yönelik münferit tedbirler idari yargının denetimine tabidir.

- Yukarıda bahsedilenlerin ışığında ve Taraf Devletlere bırakılan takdir yetkisinin alanını göz önüne alarak, İstanbul Üniversitesinin İslâmi başörtüsü takılmasına sınırlamalar getiren düzenlemelerinin ve bunların uygulamaya yönelik tedbirlerin, güdülen amaçlarla orantılı ve haklı olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, Mahkeme, Oybirliğiyle Sözleşmenin 9. Maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>65</sup>

### Eleştiriler

AİHM'in başörtülü üniversite öğrencisi Leyla Şahin'in başvurusunu reddetmesi kararı kamuoyunda tartışma ve eleştirilere sebep olmuştur. Bu karar, özgürlükler konusunda çalışma yapan birçok kişiyi hayal kırıklığına uğrattığı gibi AİHM'e olan güvenlerinde de büyük bir zedelenmeye sebep olmuştur.<sup>66</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, daha önceki kararlarında olduğu gibi, Leyla Şahin kararında da azınlığın inanç özgürlüğünü *olası ihlal tehlikelerine* karşı korumak için çoğunluğun mevcut inanç özgürlüğüne sınırlama getirilmesine onay vermiştir. Mahkemenin bu tutumunu anlamlandırmak oldukça güçtür. Ayrıca Mahkeme, kararda adeta

Anayasa Mahkemesi'nin 1989 tarihli YÖK'ün geçici 16. maddesini iptal ettiği kararın gerekçesini kes yapıştır yoluyla kararına gerekçe olarak derç etmiştir. Türk Hükümeti'nin iddialarını aynen kabul etmiştir. "Mahkeme, bu kararıyla birlikte Türkiye'nin siyasi geçmişini lâiklik kavramıyla birlikte vurgulamıştır."<sup>67</sup> Kararda inanç özgürlüğünün ihlal edilmediği konusunda tatmin edici ve hukuki değer taşıyan bir gerekçe ortaya koyamamıştır. Mahkemenin altı yıl süren (1998-2004) bu davada Anayasa Mahkemesi'nin 1989 tarihli karar gerekçesini kendi kararına gerekçe yapması akıllarda soru işaretleri bırakmıştır. Ayrıca mahkemenin Leyla Şahin kararını oy birliğiyle alması şaşırtıcıdır.

### f) Rommel Fanger-Almanya Davası

Katolik Caritas örgütüncü yönetilen bir hastanede çalışan Alman doktor olan başvuru sahibi, basında kürtaaj lehine beyanlarda bulunmuş, bunun üzerine işveren bu beyanı iş sözleşmesi hükümlerine aykırılık olarak değerlendirmiş (işçinin sadakat borcu) ve doktorun işine son vermiştir.

Doktor, önce Alman Mahkemeleleri'ne başvurmuş, yargı sürecinin ilerleyen aşamalarında Federal İş Mahkemesi'nin doktor lehine verdiği kararı, işverenin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Katolik Kilisesi'nin iç işlerini düzenleme hakkının İş Mahkemeleri tarafından yeterince dikkate alınmadığına hükmetmiştir.

Sorunu Komisyon önüne götüren başvuru sahibi doktor, AİHM'in 10. maddesinde düzenlenen "ifade özgürlüğünün" ihlale uğradığını iddia etmiştir. Alman Hükümeti ise savunmasında, Kilisenin iç işleri-

<sup>65</sup> Leyla Şahin-Türkiye'ye Karşı, AİHM Kararları, [www.adaletbakanligi.gov.tr](http://www.adaletbakanligi.gov.tr), 28.03.2005.

<sup>66</sup> Halim Yılmaz, "AİHM İçtihatlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin-Türkiye Kararı", *Toplum ve Hukuk* dergisi, Yıl 3, Sayı 11, Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2004, s. 129.

<sup>67</sup> Halim Yılmaz, s. 123.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ne karışmama hükmünün hem Alman Temel Yasası'nın (Anayasası) hem de AİHS'in 9. maddesinde düzenlenen *inanç özgürlüğü* gereği olduğunu ileri sürmüştür.

Komisyon, bu mantığı izleyerek şu hükme varmıştır:

Başvuru sahibi doktorun, iş sözleşmesini özgürce imzalamakla Katolik Kilisesi'ne karşı sadakat borcu altına girdiğini ve bu borcun getirdiği ifade özgürlüğünü belli alanlarda sınırladığını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi de sadakat borcunun getirdiği "makul ölçülerdeki" sınırların aşılmasını gözetmekle haklıdır. Sonuçta, sözleşmenin 10. maddesi devlete, makul ölçütleriyle aşan üstün bir koruma borcu yüklemeyiz. Mevcut olayda başvuru sahibinin 10. madde tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale olmadığı gibi devletin aynı maddeden kaynaklanan olumlu yükümlerini ihlal etmesi de söz konusu değildir.<sup>68</sup>

### Eleştiriler

Komisyon, söz konusu olayda, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri süren başvurucuyu değil, Kilise'nin ahlâki değerlerinin ağır ihlal edildiğini (inanç özgürlüğünün) ileri süren Katolik Kilisesi'ni korumuştur. *Komisyonun, ücretli ve memurlarla ilgili başvurularda izlediği mantığı özetlemek gerekirse; iş sözleşmesinin altına imzasını atan birey, inanç özgürlüğünü ileri sürme hakkını "tüketir" şeklindedir.* Bu tavrını Dahlap, Leyla Şahin, Karaduman, Kalaç davasının karar gerekçesinde de görmek mümkündür.

### AİHS'İN 1. EK PROTOKOLÜNÜN 2. MADDESİNE GÖRE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ

<sup>68</sup> Rommelfanger-Almanya'ya Karşı, 12242/86, 6 Eylül 1989, akt: Öktem, s. 293.

### 1. Birinci Ek Protokolün İkinci Maddesinin Hazırlık Çalışmaları Ve Maddenin Şekillenışı

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Taslağı'nın kaleme alınış sürecinin son safhalarında gündeme getirilen konulardan biri de *"ebeveynin çocuklarının eğitimini tayin etmesi"* meselesidir. Üzerinde uzlaşmaya varılamayan konular arasında yer alan bu hak, AİHS'in kabulünü geciktireceği kaygısıyla metinden çıkarılmıştır. AİHS'in kabulünden sonra, Uzmanlar Komitesi 1951 Şubatından itibaren konuyu ele almıştır. Başlangıçta, sözleşme metnine derç edilmesi umulan ve olumlu bir ifadeyle "herkesin eğitim hakkı olduğunu" söyleyen metin, izleyen dönemde değişime uğrayarak *"kimse eğitim hakkından mahrum edilemez"* biçiminde olumsuz bir ifadeye bürünmüştür. 1950'lerin soğuk savaş atmosferinde özel önem taşıyan bir başka konu da maddenin ikinci cümlesinde yer alan *"dini ya da felsefi kanaatlerine göre"* ifadeleri oluşturmuştur. Madde taslağı, İstişari Asamble'ye sunulduğunda büyük tartışmalara neden olmuş, ancak tüm tartışmalara rağmen madde İstişari Asamble'de oy çokluğuyla kabul edilmiş ve Bakanlar Komitesince görüşülerek 20 Mart 1952'de imzalanmıştır.<sup>69</sup>

Ancak Türkiye, hassasiyet gösterdiği bu konuda maddeye çekince koymuştur. Buna göre; "İnsan hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine 1. Ek Protokolün 2. maddesi, 3 Mart 1924 tarihli ve 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlal etmez."<sup>70</sup>

### 2. Eğitim ve Öğretim Hakkı

<sup>69</sup> Öktem, s. 279.

<sup>70</sup> RG., 19 Mart 1954, No: 8662, akt.: Öktem, s. 265.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

AİHS'e Ek 1. Protokolün 2. maddesine göre; "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevleri yerine getirirken, ebeveynin bu eğitim ve öğretimi kendi dinî ve felsefi inançlarına göre temin etme hakkına saygı gösterir."

Söz konusu madde, önce 1. cümleyle bireye öğrenim hakkı tanımakta, sonra da 2. cümleyle devlete üstlendiği eğitim ve öğretim fonksiyonunu yerine getirirken, ana ve babanın dinî ve felsefi inançlarına riayet etme mükellefiyetini yüklemektedir. Maddenin 2. cümlesi, dinî ve öteki öğrenim dalları arasında bir ayırım yapmaktan; eğitim ve öğretim faaliyetlerinin yerine getirildiği her alanda ana babanın dinî ve felsefi inançlarına saygıyı emretmektedir.<sup>71</sup> Ebeveynin dinî ve felsefi inancına saygı yükümü, onlara bu kanaatlerin devlet okullarında çocuklarına öğretilmesini talep etme hakkı vermez. Komisyon'a göre; ikinci maddenin özü, kamusal eğitimde çoğulculuk ve hoşgörünün korunması ve sistematik telkinin yasaklanmasıdır; ebeveynin dinî ve felsefi kanaatlerine saygı göstermelidir. Ancak bunların mutlaka devlet eğitim sistemine yansıtılmaları gerekmemektedir.

Madde metninden de anlaşıldığı gibi;

- Devletin pozitif yükümlülüğü; devlet, isteyen herkese eğitim ve öğretim imkanı sunmak zorundadır.
- Devletin negatif yükümlülüğü; devlet, kamusal eğitim ve öğretim verirken, öğrencilerin ebeveynlerinin dinî ve felsefi inançlarına aykırı olarak sistematik telkinde bulunamayacaktır.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Gözübüyük-Gölcüklü ; s. 432.

<sup>72</sup> Eğitim hakkı konusunda bkz.: Örnek Kararlar: Mah. K. Campbell Et Cosans-

## SONUÇ

Demokratik bir hukuk devletinde inanç özgürlüğünün kamu hayatında ifade bulması ve bu hayata ilişkin yansımalarının bulunması normal olup, buna kategorik olarak karşı çıkılamaz. İnançın gereklerinin serbestçe yerine getirilmesi, kamuya somut ve belirlenebilir bir zarar vermediği müddetçe, kamusal alanda da korunmalıdır.<sup>73</sup> Din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen metinlerde ifade edildiği üzere, bu özgürlük, sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına alarak gerçekleşmez. Bireysel yaşamda ve toplumsal yaşamda inancını gereği gibi yerine getirme ve açıklama, dışa vurma (tezahür) özgürlüğünü de kapsar.<sup>74</sup> Din ve vicdan özgürlüğünün varlığı için sadece inanma, inancın gereğini yerine getirme, propagandasını yapma, eğitim-öğretim serbestisinin var olması yeterli değildir. Bir dinî benimsemek ve onun gereklerini yerine getirmek eğitim ve öğretim, çalışma hakkı gibi bir diğer temel hak ve hürriyetten mahrumiyet sonucunu doğuruyorsa bu durumda inanç özgürlüğünün zedelediği kabul edilir.

"Çoğulcu Demokrasi; başka başka (öteki ve berikilerin) olanların birbirini ve farklılıklarını yok etmeden "bir ağaç gibi tek ve hür/ve bir orman gibi kardeşesine" (Nazım Hikmet) yan yana yaşayabildiği bir rejimdir. Demokrasi, herkesin özgürleşmesi çizgisinde gelişir ve çeşitliliği olabildiğince arttırır. Tümelci devletler, insanı devletleştirirken çoğulcu demokrasiler, hukuk devletleri, devleti insancillaştırmışlardır... Çoğulcu demokrasilerde; herkes,

İngiltere Davası, 25.02.1982, A48., Mah. K. Belçika Dil Davası, 23.07.1968, A6., Kom. K. Kemal Yanaşık-Türkiye Davası, 06.01.1993, 14524/89.

<sup>73</sup> Benli, s. 98.

<sup>74</sup> Niyazi Öktem, "Temel Hak ve Özgürlüklerden düşünce ve İnanç Özgürlüğünün Özünü", İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul: 1995, s. 139.



halk, söylenmez, homurdanmaz; söyler hem de yüksek sesle. Çoğulcu demokrasi, kendine karşı görüşlere bile hoşgörülü olacak ölçüde cömert bir rejimdir. Böyle olmak da zorundadır. Nasıl ki insan vücudu bir oranda yıkıcı mikrop taşımadığı taktirde mikroplara karşı korunma sistemini güçlendiremezse, bağışıklığını yitirirse, demokrasi de uç akımlara karşı hoşgörü göstermediği zaman rejim bağışıklılık kazanamaz. Dahası reddettiği tümelci rejimlere benzeme tuzağına düşer. Her demokrasi, tümelciliğin tohumlarını da az çok bünyesinde taşıyarak gelişir. Ancak, demokratik hoşgörünün doğasıyla bu tümelci tohumlar yapısal çoğulculuğa zorlanarak evcilleştirilir... İnanç özgürlüğü, teokratik bir ülkede devletin bir lutfudur; lâik bir ülkede ise lâikliğin kaçınılmaz sonucudur."<sup>75</sup>

1993'e kadar AİHM, inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine dair hiçbir karar vermemiştir. İlk defa 25 Mayıs 1993 tarihli Kokkinakis kararında inanç özgürlüğünün ihlale uğradığı yönünde karar vermiştir.

Tüm bu aktarımlardan sonra; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin inanç özgürlüğü konusunda tutarlı ve tatmin edici bir içtihat oluşturduğu söylenemez. 1993'e kadar hiç ihlal kararı vermemiş olması ve bu tarihten sonra da ihlal verdiği veya vermediği kararlarının gerekçelerinin çelişik ve tutarsız olması bunun en güzel ve açık örneğidir. AİHM'in vermiş olduğu kararlara baktığımızda; öncelikle Müslümanlar tarafından yapılan başvurular ile gayrimüslimlerin yaptığı başvurular konusunda tamamen olmasa da genelde gayrimüslimlere karşı daha korumacı bir tavır takındığını görebiliriz.<sup>76</sup> Ama genel anlamda; inanç özgürlüğüne bakışı olumsuz bir görünüm sergilemektedir. Bunun nedenleri;

<sup>75</sup> Selçuk, s. 428.

<sup>76</sup> Otto Preminger İstitut-Avusturya'ya Karşı. Buna Karşılık Karaduman-Türkiye Davası.

## a) Türkiye İle İlgili Nedenler

Türkiye'nin Osmanlı Devletinin küçük bir devamı olarak görülmesi,<sup>77</sup>

Avrupa'nın Müslümanlara bakış açısı ve gelecek endişeleri,

Türkiye'den yapılan başvuruların genelde siyasi boyutunun olması,<sup>78</sup>

Türk hükümetlerinin lâikliği koruma endişelerini sürekli ileri sürmesi,

Bir gayrimüslimin Müslümanlığı yeterince bilmemesi

## b) Genel Nedenler

Avrupa'nın Orta Çağ psikozunu hala atlatamamış olması,

Tanımlama yoluna gidildiğinde evrensel bir insan haklarının söz konusu olmaması.<sup>79</sup>

Müslümanlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin inanç özgürlüğü konusunda Türkiye'den yapılan başvurular hakkında vermiş olduğu kararların, siyasi, taraflı ve gayri âdil kararlar olduğu tezini ileri sürerken; lâik olan kesimler ise AİHM kararlarının objektif, tarafsız ve âdil olduğu anti tezini ileri sürmektedirler. Yaptığımız bu çalışmada, ileri sürülen her iki düşüncenin de doğru yanları olduğu gibi yanlış yanlarının da olduğunu gördük. Mahkemenin her kesimi tatmin edecek kararları ve karar gerekçeleri olduğu gibi hu-

<sup>77</sup> Mahkeme birçok kararında Türkiye'nin siyasi ve dini geçmişine atıf yapmıştır: Refah Partisi-Türkiye, Leyla Şahin-Türkiye Kararı

<sup>78</sup> Leyla Şahin-Türkiye, Karaduma-Türkiye, Refah Partisi-Türkiye, Kalaç-Türkiye kararı.

<sup>79</sup> Declan O'sullivan, *İnsan Hakları Beyanamesi Evrensel mi?*, İnsan Hakları Araştırmaları, Mazlumder Yayınları, Yıl 1, Sayı 1, 2003, s. 39-46.

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü / A. Bozdağ

kukçu olmayanları dahi güldürecek kadar basit ve tutarsız kararları da mevcuttur (Şerif-Yunanistan, Leyla Şahin-Türkiye kararı). İleri sürülen tez ve anti tezdən yola çıkarak ulaştığımız sentez; Müslümanlara yönelik verdiği kararlarda biraz daha taraflı davrandığı bariz olsa da, açıkçası AİHM'in, tarihi, dinî, sosyolojik, kültürel, siyasi nedenlerle inanç özgürlüğü konusunda tam ve tutarlı bir içtihat oluşturmadığını görmekteyiz.

"AİHM, 9. madde de zarif tutumlu, esnek yorumlu, oynak uç merkezli yöntem ve gerekçeli kararlar vermiştir. Sözleşmeyi, yorum takdirini geniş salınımlı emsal kararlar ihdas edecek şekilde kullanmaktadır. Oysa bu düşünce, vicdan ve din hak ve özgürlüğü, insanın en temel hakkıdır. İnsan, hakça din özgürlüğünü yaşamalı; net ve berakça vicdanının sesini dinlemeli, varsa vicdan çılgınlığını haykırmalı; ..ve insan, özgürce düşünelidir. Yoksa, siz Avrupa'ya, Anadolu'ya, dağlara, taşlara Sözleşme hükümlerini yazmışsınız neye yarar."<sup>80</sup>

"Her zorba, zorbalığın kısır döngüsünde kendi yarattığı zorbalığına ve kullandığı baskı tekniklerine, eninde sonunda yenik düşmeye mahkumdur." (Paul Valery)

### Kaynakça

- Arif Emre Öktem; *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberta Yayınları, 2002.
- Declan O'Sullivan, "İnsan Hakları Beyannameyi Evrensel mi?", *İnsan Hakları Araştırmaları*, İstanbul: Mazlumder Yayınları, Yıl 1, Sayı 1, 2003.
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara: 2002.
- Fatma Benli, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğünün İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi", *Birikimler I*, Danışman Yayınları, İstanbul: 2003.

Fatma Benli, "Human Rights Watch Raporu ve Leyla Şahin/Türkiye Kararı", [www.turkhukuk-enstitusu.org](http://www.turkhukuk-enstitusu.org), (06.04.2005).

Gülden Sönmez-Muharrem Balcı; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yayınları, İstanbul: Nisan 2001.

Hacı Ali Özhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Neler Değişti?", *Liberal Düşünce* dergisi, Sayı 23, Yaz 2001.

Halim Yılmaz; "AİHM İçtihatlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin/Türkiye Kararı", *Toplum ve Hukuk* dergisi, Yıl 3, Sayı 11, İstanbul: Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2004.

İbrahim Kaboğlu; *Özgürlükler Hukuku*, Alfa Yayınları, Aralık 1993.

Leyla Şahin-Türkiye Kararı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), AHİM kararları, (03.04.2005)

Mustafa Arslantürk, "Düşünce, Vicdan ve Din Hak ve Özgürlüğü", <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm>, (12.04.2005)

Mustafa Duran, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. madde, Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü", <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihs/-madde9.htm>, (12.04.2005).

Niyazi Öktem; "Temel Hak ve Özgürlüklerden düşünce ve İnanç Özgürlüğünün Özü", *İnsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul: 1995.

Osman Doğru; *Bireysel Başvuru İçin AİHS ve AİHM'in İktüzüğü*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul: 2000.

Osman Doğru; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, İstanbul Barosu Yayınları, c. 1, İstanbul: 1998.

Sami Selçuk; *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye Yayınları, 2000.

Sibel Eraslan, "İnanç Özgürlüğüne Karşı Önleyici Vuruş", *Türkiye İnsan Hakları Vakfı ve İnsan Hakları Derneği'nin birlikte düzenlediği 3-4 Aralık 2004 günleri Bursa'da yapılan İnsan Hakları Konferansı'ndaki sunuşudur.*

Şeref Gözübüyük-Feyyaz Gölcüklü; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uy-*

80

Arslantürk, s. 20.

**Genç Hukukçular Hukuk Okumaları**

---

**gülaması**, Turhan Kitapevi Yayınla-  
rı, Ankara: 2004.

## **AİHM Kararlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin Kararı**

Av. Halim YILMAZ



**A**vrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uluslararası alanda bireysel başvuru imkanı veren etkili bir uluslararası hukuk mekanizması olarak, verdiği kararlar ile üye ülkeleri etkilemiş, Türkiye'nin de son 15 yıldaki gelişmelerine damga vurmuştur.

1950 Yılında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacı, İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını ve 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde ifade edilen hakların pratiğe geçirilmesini sağlamaktır.

Mahkeme yargıçlarının üye ülkelerce gösterilenlerin arasından seçilmesi, devletlerce kurulan bir yapı olduğundan zaman zaman siyasi kararlar vermesi, vb. konularda eleştirilse de; oluşturduğu içtihatlarla, insan hak ve özgürlükleri konusunda bireysel ihlalleri tespit ederek üye ülkeleri mahkum etmesi ve üye ülkelerin insan hakları uygulamalarında iyileştirmelerin ve ilerlemelerin sağlanmasına çok önemli katkılarda bulunduğu bilinmektedir.

1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurusu yasağı nedeniyle başvuran İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi öğrencisi Leyla ŞAHİN'in davası sonuçlandı. Mahkeme, 29 Haziran 2004 günü açıkladığı kararda, Leyla ŞAHİN'in başvurusunu reddetti.<sup>1</sup>

Mahkeme uzun gerekçesinde başörtüsünün yasaklanmasının, din özgürlüğüne kısıtlamalar getirilmesinin, başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve kamu güvenliğini korumak için meşru bir amaçla sahip olduğunu ve "demokratik toplumda zorunlu" bir tedbir olduğunu belirtti.

Türkiye'nin kanayan yarası haline gelen ve binlerce öğrencinin başta inanç özgürlüğü ve eğitim hakkını çiğneyen başörtüsü yasağı uygulamasına karşı, AİHM tarafından başvurunun reddedilmesi birçok tepkiyi ve tartışmayı da beraberinde getirmiştir.

Kararda "laiklik" ilkesine vurgu yapılarak, toplumun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu bir ülkede bir dinin uygulamasının diğerleri üzerinde baskı oluşturabileceği, daha önce kıyafete ilişkin kuralların konduğu ve bazı makamların bunları uygulamamasının mevzuatı ortadan kaldırmayacağı, türbanını dini simge olarak gören bazı hareketlerin varlığının dikkate alınması gerektiği, ulusal yetkililerin yerel koşulları daha iyi değerlendirebileceği ifade edilmiştir. Kararın hüküm kısmında, Türk Anayasa Mahkemesinin gerekçelerine atıf yapılmıştır.

Kararın en önemli yanı, başörtüsünün dini inanç gereği takıldığı ve okula alınmamanın din ve vicdan hürriyetini ihlal ettiğinin kabul edilmesi, fakat bu ihlalin demokratik bir toplumda zorun-

<sup>1</sup> Leyla Şahin-Türkiye, Başvuru No: 44774/98, 29.06.2004 tarihli karar.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lu/gerekli kabul edilebileceğinin belirtilmiş olmasıdır.

Kararda göze çarpan ilk sorun, kararda esas alınan teorik kriterlerin, somut olayla uyumluluk arzmemesidir. İleri sürülen red sebeplerinin, gerçekte dava konusu olayda (veya benzer olaylarda) olmadığı açıktır.

### AİHM KARARLARINDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), din ve inanç özgürlüğünü 9. madde ile koruma altına almıştır. 9. Madde "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlığını taşımaktadır. Başlığından da anlaşılacağı gibi koruma altına alınan, birlikte veya ayrı ayrı düşünce, vicdan ve din özgürlüğüdür.

Sözleşmenin 9. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

**Madde-9: 1)** Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, aleni veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

**2)** Dinini veya inançlarını açıklamaya özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbir olarak ve yasayla sınırlanabilir.

Mahkeme'nin ifadesiyle,

"9. maddede korunan şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşmedeki anlamında 'demokratik toplumun' temel taşlarından biridir. Dinsel boyutu bakımından bu özgürlük müminlerin kimliği ve hayat görüşlerine dair en asal unsurlar arasında yer aldığı gibi; tanrıtanımazlar, agnostikler, şüpheliler ya da kayıtsızlar için de

değerli bir kazanımdır. (Burada söz konusu olan husus) demokratik toplumun -yüzyıllar süren savaşım sonu güçlkle sağladığı- ayrılmaz varlık koşulu olan çoğulculuktur."<sup>2</sup>

Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi herkese genel bir hak olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olma hakkını tanımaktadır. Bu hak mutlak olup hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz. Yani kısıtlama halini düzenleyen ikinci fıkra hükmünden tamamen bağımsızdır. Devletler bu hakka mutlak olarak saygı göstermek durumundadırlar. Bu şekilde bireyler istedikleri inanca sahip olabilecek ve bunu açıklanmaya zorlanmayacaklar<sup>3</sup>, serbest iradeyi etkileyecek yollarla bir inanç kabul ettirilemeyecek veya inançlarından vazgeçirilemeyeceklerdir.

Maddenin ikinci fıkrasındaki meşru kısıtlama gerekçesi olabilecek durumlar, maddenin birinci fıkrasının tümü için değil sadece "din ve inançlarını açıklama" hakkı konusundadır.<sup>4</sup>

Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi bir hakkı tanıırken ikinci cümlesinde ise hakkın içeriğinin neler olduğu belirtiliyor. Buna göre;

Din veya inancı değiştirmek değiştirme özgürlüğü,

Dinini ya da inancını tek başına veya topluca, aleni yahut özel şekilde ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yoluyla açığa vurma hak ve özgürlüğü bu hakkın bir parçasıdır.

<sup>2</sup> Kokkinakis-Yunanistan, s. 32; Otto Preminger Institut-Avusturya, s. 47. Akt.: Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. bası, Ankara: 2002, s. 346.

<sup>3</sup> X-Almanya, s. 32. Akt.: Gölcüklü-Gözübüyük, s. 346.

<sup>4</sup> Kokkinakis-Yunanistan, s. 33. Akt.: Gölcüklü-Gözübüyük, s. 346.

## AİHM Kararlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin Kararı / H. Yılmaz

Mahkemeye göre, din özgürlüğü her şeyden önce iç aleme dahil olmakla birlikte, bunun zorunlu bir diğer gereğinin dinini açığa vurmak olduğunu, söz ve eylem halinde açığa vurmanın dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgu olduğunu belirtmektedir.<sup>5</sup>

AİHS'de genel olarak din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. madde dışında başta ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, özel hayatın korunması, eğitim hakkı, ayrımcılık yasağını düzenleyen (8, 10, 11, 14 ile Ek 1. Protokol 2. madde gibi) maddeler din ve inanç özgürlüğünü güvenceleyen dolaylı maddeler olarak sayılabilir.

Mahkeme bizzat din ve vicdan özgürlüğüne değil, fakat din ve inançları açığa vurma hakkına (özgürlüğüne) getirilebilecek sınırlamaların meşruluk kriterlerini göstermiştir. 9. Madde de yer alan din veya inancı açığa vurma hakkına getirilebilecek sınırlamalar için Mahkeme; 8, 10 ve 11 maddeler için de öngörülen kriterlere göre değerlendirme yapmaktadır:

Müdahale (sınırlama) meşru bir amaç taşımakta mıdır?

Bu müdahale yasal olarak öngörülmüş müdür?

Müdahale demokratik toplum düzeni için zorunlu ve ölçülü müdür?

Mahkemenin din ve inanç özgürlüğü konusundaki ilk kapsamlı kararı, 1993 tarihli Kokkinakis-Yunanistan kararıdır. Bu karar da yukarıdaki kriterler çerçevesinde Yunanistan'ın aleyhine sonuçlanmıştır.

AİHM, 9. maddenin içerdiği hakları kısaca "kanaatlere sahip olmak" ve bunları "açığa vurma" (göstermek/izhar etmek) şeklinde ele almaktadır.<sup>6</sup> 9. Maddenin bi-

rinci fıkrasında yer alan hakkın kullanılmasında bu şekilde ayırma gidilmesi hem Sözleşme pratiğinin somut önemi hem de hakkın içsel ve dışsal iki boyuta sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun sonucunda, içsel boyutun mutlak olması, dışsal görünüm olan "açığa vurma" hakkının ise maddenin 2. fıkrası çerçevesinde devletçe sınırlanabilmesi özelliği taşımaktadır. Gerçekten de, birinci fıkranın ilk cümlesindeki düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün "içsel" görünümü (*forum internum*) olan şahsi kanaatler ve dini inanç alanı<sup>7</sup> mutlak niteliktedir, dolayısıyla hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz.

9. Maddede yer alan özgürlüklerin düzenlenmesi bakımından önemli bir sorun hangi eylemlerin içsel alanla ilgili olduğu, daha da önemlisi konumuzu teşkil etmesi bakımından *hangi fiil ve davranışların 'din ve inancını açıklama özgürlüğü' (dışavurma/tezahür) sayılacağı sorundur.*

Mahkeme *Arrowsmith/Birleşik Krallık* kararında şu tespiti yapmaktadır:

"9. Maddenin ilk paragrafında kullanılan **pratiques-practice** terimi din veya inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan her eylemi kapsamaz. ... Bireylerin eylemleri, söz konusu inancı gerçekten ifade etmiyorlarsa, bu inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılsalar bile 9. maddenin koruması altında sayılamazlar."<sup>8</sup>

Mahkeme, bu formülü tekrarladığı başka birçok kararında,

- "kamusal alanda inanç kuralları gereğince davranma hakkını 9.

---

*rası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara: 2000, s. 318.

<sup>7</sup> X-Birleşik Krallık (10358/83), s. 153. Akt.: Öktem, s. 318.

<sup>8</sup> Arrowsmith-Birleşik Krallık, s. 49.

<sup>5</sup> Kokkinakis-Yunanistan, s. 31.

<sup>6</sup> Johnston ve diğerleri-Birleşik Krallık, s. 63. Akt.: Arif Emre Öktem, *Uluslara-*



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

maddenin her zaman güvence altına almadığını"<sup>9</sup>,

- "9. maddedeki 'uygulama' sözcüğü, bir din veya inancın motive ettiği veya etkilediği her türlü eylemi kapsamadığını"<sup>10</sup>

belirtmektedir. Mahkemenin bu tespitleri şu ayırımı doğurmaktadır:

İnancı ifade eden (inancın tezahürünü/dışavurumunu oluşturan) eylemler.

İnanç saikli (etkili) eylemler.

Aradaki sınır tam olarak belirlenmemekle birlikte Mahkeme bazı kararlarında bu ayırımın ipuçlarını vermekte, örneğin *Arrowsmith* kararında

"Pasifizm fikrini genel olarak açıklayıp duyuran ve şiddet karşıtı eylemleri kabul etmeyi teşvik eden kamu bildirileri, pasifizm kanaatinin normal ve kabul gören tezahürleri sayılabilir"

diyerek pasifizmi açıklayan broşürlerin dağıtılmasını pasifist inancın bir tezahürü saymıştır.<sup>11</sup>

Mahkeme, başvuru konusu edilen eylemlerin "açığa vurma" olup olmadığını incelerken iki temel ölçüt olarak;

Bu eylemlerin bir din veya inancın **zorunlu ifadeleri** olup olmadığına ve,

Bu eylemler ile din ve inancın **samimi biçimde dışavurumu** sayılıp sayılamayacağına göre ele almaktadır.

Değerlendirme kriteri olarak "zorunlu ifade" kriteri ancak yerleşik, yaygın ve bilinen dinler

için kolayca uygulanabilecekken, bu tür özelliklere sahip olmayan dinler için nerdeyse imkansız olacaktır.<sup>12</sup> Mahkeme önüne gelen vakalarda ilgililerin talepleri ile kanaatleri arasında zorunluluk ve samimiyet ilişkisini tespit etmeye çalışmış ve buna göre karar vermiştir.<sup>13</sup>

Mahkeme, İngiltere'de bir ilköğretimde görevli öğretmenin Cuma namazına gitme talebine ilişkin davada, başvuru sahibinin, hala sürmekte olan iş sözleşmesini ihlal ederek okul zamanında camiye gitmesini İslam dini açısından zorunlu olduğunu ikna edici biçimde ispatlayamadığından başvurusunu reddetmiştir.<sup>14</sup>

*Karaduman/Türkiye* davasında, üniversiteden mezun olan bayan öğrencinin mezuniyet belgesine (diplomaya) yapıştırılacak fotoğrafın başı açık fotoğraf olması mecburiyeti nedeniyle başörtüsüz fotoğraf çekilmesini reddetme eylemini dini inanç saikli olsa da bunun inancın tezahürü sayılamayacağını, diplomaya yapıştırılan fotoğrafın amacının dini inançları izhar etmek değil, kişinin teşhis edilmesi amaçlı olduğunu belirterek, üniversitenin diploma için başı açık fotoğraf mecburiyeti kuralı koymasında, 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Yanaşık/Türkiye kararında ise Mahkeme, inancı açığa vurma olduğu öne sürülen eylemlerin "inançların zorunlu ifadesi" ve "genel kabul gören biçimiyle din ya da kanaatin uygulama görünümlerini oluşturan ibadet ve dindarlık eylemleri gibi kişisel inançla yakından ilintili eylemler" olup olmadıklarını sor-

<sup>9</sup> X...-Birleşik Krallık (10358/83), s. 153; X.../Hollanda (10678/83) s. 270. Goy'dan Aktaran: Öktem, dipnot: 981, s. 324.

<sup>10</sup> Karaduman-Türkiye, s. 93. Akt.: Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararları Derlemesi*, C. 3, İstanbul Barosusu Yay., İstanbul: 2000 s. 354.

<sup>11</sup> Arrowsmith-Birleşik Krallık, s. 49. Akt: Öktem, s. 325.

<sup>12</sup> Relegious Freedom Evans, s. 307-308'den akt.: Öktem, s. 325.

<sup>13</sup> Öktem, s. 332.

<sup>14</sup> X...-Birleşik Krallık (8160/78), s. 27. Akt.: Arif Emre Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara: 2000, s. 327-328.

## AIHM Kararlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin Kararı / H. Yılmaz

gulamıştır.<sup>15</sup> Mahkemenin askeri öğrencilerin ibadetlerini askeri hayatın gerekleri çerçevesinde yerine getirebileceklerini belirtmesi ilginç bulunmuştur.<sup>16</sup>

### AIHM KARARLARINDA DİNİ İNANCI AÇIKLAMA ÖZ- GÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Sözleşme, din ve inanç özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamaları 9. maddenin 2. fıkrasında belirtilen; 8, 10 ve 11. maddeler için de öngörülen genel sınırlama sebepleri olarak saymıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, inancı açığa vurmaya ilişkin olmayan faaliyetler, inanç özgürlüğünün içsel boyutunu ilgilendiren hususlar sınırlanamamaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, sınırların ancak açığa vurmaya ilişkin olabileceğini belirtmiştir.<sup>17</sup> Sözleşmenin bu düzenlemesi inanç özgürlüğünü diğer özgürlüklere nazaran daha imtiyazlı bir konumda ele aldığı görülmektedir.

İnanç özgürlüğüne tanınan bu üstün konuma rağmen, 15. maddedeki 'olağanüstü dönemlerde dahi sınırlandırılmayacak haklar' kategorisinde yer almamıştır. Buna karşılık, BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme (4. madde) ile Türk (1982) Anayasası (15. madde) olağanüstü durumlarda dahi sınırlandırılmayacak haklar arasında sayılmıştır.

9. maddeye göre

"Dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli ted-

bir olarak ve yasayla sınırlandırılabilir."

Mahkeme, uygulamada 8, 9, 10 ve 11. maddelerde birbirine benzeyen sınırlama sebeplerini ele aldığı da dört kritere göre soruları cevaplandırıp ihlal olup olmadığına karar vermektedir:

**Müdahale:** Şikayet konusu hakka bir müdahalenin var mıdır?

**Kanunilik:** Bu müdahale kanun tarafından öngörülmüş müdür?

**Meşru amaç:** Kanunen öngörülen müdahale meşru bir amaca yönelik midir?

**Zorunluluk:** Bu üç kriterin varlığı halinde, hakka müdahale demokratik toplum düzeni içinde ölçülü ve gerekli midir?

### AIHM'NİN DİN ÖZGÜRLÜĞÜNE BAKIŞI

AIHM'nin, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin kararları son on yılı kapsamaktadır. Din ve inanç özgürlüğüne ilişkin başvurular, doğal olarak, daha çok azınlıkta kalan kişilerin mensup olduğu din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin başvurulardır. Bunlar Museviler, Sikhler, Müslümanlar ve Yehova Şahitleri gibi Avrupa'da azınlıkta kalan dinlerin mensuplarıdır. Yehova Şahitlerinin Yunanistan'a karşı; Müslümanların Yunanistan, Bulgaristan, İngiltere, Türkiye ve İsviçre'ye karşı; Musevilerin Fransa'ya karşı, Uzakdoğu dinlerine mensup olanların (Sikh ve Budizm gibi) İngiltere ve Avusturya'ya karşı başvuruları dikkat çekmektedir. Bunların yanında Ateistlerin veya Felsefi bir düşünceye mensup olanların da başvuruları, zorunlu din dersi ile ilgili başvurular, kilise vergilendirmesi ile ilgili başvurular da ilginç özellikler taşımaktadır.

<sup>15</sup> Yanaşık-Türkiye, s. 99-102. Akt.: Öktem, s. 328.

<sup>16</sup> Öktem, s. 328.

<sup>17</sup> Kokkinakis-Yunanistan, s. 33. Akt.: Öktem, s. 337.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Mahkeme uygulamasında, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin başvuruları incelerken genellikle;

- Başvurucuların dini inançları gereği olan "dinsel" norm ile "hukuksal" normlar arasında bir "adil denge" kurmaya çalıştığı söylenebilir.
- Din ve inanç özgürlüğünde içsel ve dışsal boyutların farklı olduğunu göz önüne alarak, içsel boyuttaki inanç alanının mutlak olduğunu, dışsal boyuttaki açıklama özgürlüğünün ise sınırlanabilir olduğunu kabul etmiştir.
- Dini açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin başvuruları, genel sınırlama sebeplerine (müdahalenin varlığı, yasalılık, meşru amaç ve demokratik toplumda zorunluluk kriterlerine) göre ele almıştır.

Mahkeme uygulaması laik karakterli olmakla birlikte, devletlerin laik olmasını zorunlu görmekte, buna karşılık farklı inançların korunmasının ve temsilinin, inancı açıklama ve yayma özgürlüğünün önemli olduğunun altını çizmekte, devletin 'resmi din' empoze edemeyeceğini, devletin sistematik dini telkin uygulamasının Sözleşmeye aykırı olduğunu, fakat belli bir din hakkında bilgiler veren derslerin dini telkin sayılmayacağını kabul etmektedir.

### AIHM İÇTİHADINA ELEŞTİRELER

Mahkemenin din ve inanç özgürlüğüne ilişkin kararları tartışmalar yaratmıştır. Öncelikle Mahkemenin çok uzun bir sürede, 1993 yılındaki Kokkinakis kararına kadar geçen zaman içinde din özgürlüğüyle ilgili esasa ilişkin bir karar vermemiş olması Mahkemenin/Sözleşmenin bu özgürlüğü çok önemli görmediği düşüncelerini akla getirebilmektedir.<sup>18</sup> Mahkeme

İçtihatları göz önüne alındığında, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin kararlara getirilen eleştiriler şunlardır:

### Mahkeme, genellikle hükümet tezlerini kabul etmiştir

Hem kabul edilemez başvurular da, hem de mahkumiyet kararı verdiği başvurularda hükümetlerin ileri sürdüğü tezleri kabul ederek, kararın verilmesinde başvurucular ile aleyhine başvuru devlet arasında dengesizlik olduğu izlenimi vermektedir. (örneğin *Kokkinakis-Yunanistan*, *Yanaşık-Türkiye* davaları)

### Bazı dinler imtiyazlı sayılmıştır

Dinlerin tarihi konumu göz önüne alınarak genel olarak bilinen, yerleşik, devlet dini olan dinler imtiyazlı sayılmıştır. Yaygın dinler veya bir ülkedeki nüfus çoğunluğunun mensup olduğu dinler, az bilinen dinler veya (felsefi) inançlara göre daha çok koruma görebilmektedir (*Otto Preminger Institut/Avusturya*, *Wingrove/Birleşik Krallık*). Ayrıca, *Darby/İsveç* ve *Jean ve Bertha Gottesmann/İsviçre* kararlarında kilisenin vergi toplamasında Sözleşmeye aykırılık görülmemiştir.<sup>19</sup>

### Hukuki mevzuatın Sözleşmeye aykırılığı gözden kaçırılmıştır

Mahkeme, iç hukukta ihlal nedeni olan mevzuatın Sözleşmeye açıkça aykırı olduğu hususuna girmekten kaçınmıştır (*Kokkinakis-Yunanistan*, *Hassan ve Tchaouch-Bulgaristan*)

<sup>18</sup> Öktem, s. 448.

<sup>19</sup> Öktem, s. 452.

**İç hukuktaki ayrımcılık  
Sözleşmeye  
aykırı görülmemiştir**

Mahkeme iç hukuktaki din özgürlüğüne ilişkin ayrımcılıkları Sözleşmeye aykırı bulmayabilmektedir (*X/Birleşik Krallık: İngiltere'de dine küfür için ceza davası yoluna gidebilmenin sadece Hıristiyanlık dini için geçerli olması, 'Şeytan Ayetleri' kitabı yazarının İslam dinine hakaret ettiği gerekçesiyle ceza davası açtırmak için şikayet yolunun kapalı olması ile ilgili başvuruda Mahkeme ayrımcılık olmadığına karar vermiştir*).

**Din mensupları arasında  
ayrımcılık yapılmıştır**

Mahkeme inanç özgürlüğüne ilişkin kararlarda İslam dini mensuplarının aleyhinde olacak şekilde tartışmalı ve çelişkili kararlar vermiştir. Mahkeme *Prais/EC Council* davasında, Musevi başvuru-  
cunun Cumartesi günü sınav yapılmasına ilişkin iddiasını haklı bulmuş ve devletin kamusal alan düzenlemelerinin başvuru-  
cunun inancının gereğini yerine getirmesine engel olmaması gerektiğini belirtmiş; buna karşılık *X/Birleşik Krallık* davasında okul saatinde Cuma namazına giden Müslüman öğretmene işverenin izin vermemesine ilişkin başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.<sup>20</sup> Bir de Mahkeme, yerleşik ve nüfusun çoğunluğunun mensup olduğu dini imtiyazlı kabul etmesine (*Wingrove* ve *Otto Preminger Institut* kararlarına) karşılık *Karaduman-Türkiye* kararında buna ters bir bakış açısıyla azınlıkta kalan inançları çoğunluk dinine mensup olanların baskısından korumak için yasaklanmanın meşru amaç güttüğünü belirt-

miştir. Mahkeme, *Karaduman* ve *Dahlab* kararlarında başvurucuların dini bir emri yerine getirmesini, dini emri yerine getirmediikleri takdirde vicdani açıdan zor durumda kalacakları hususuna, yani içsel boyutu (forum internum) ele almadan karar vermiştir.

**Başvurular siyasi gerekçelerle  
reddedilmiştir**

Türkiye ile ilgili kararlarda; hemen hepsinde hükümet tezi kabul edilmiş, hükümet tezindeki siyasi boyut, karar gerekçelerinde kullanılmıştır. Din özgürlüğü ile ilgili kararlarda (YAŞ kararıyla ordu-  
dan atılanlar -*Yanaşık-Türkiye*, *Kalaç-Türkiye*-, üniversitede başörtüsü ile ilgili -*Karaduman-Türkiye*- ve *Refah Partisi-Türkiye*) Mahkeme, müdahale ve sınırlandırmanın sözleşmeye aykırı olmadığına karar verirken hükümetin ileri sürdüğü siyasi sebepleri, kabul edilmezlik kararının gerekçesinde kullanmıştır. *Leyla Şahin-Türkiye* kararı bu işin adeta tuzu biberi olmuştur. Bireysel hak ve özgürlüklerin, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki gerekçelerin aynen alın-  
tılanarak, yani siyasi gerekçelerle başvurunun reddedilmesi, geniş tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

**LEYLA ŞAHİN-TÜRKİYE KARARI**

AİHM'in başörtülü üniversite öğrencisi Leyla ŞAHİN'in başvurusunu reddetmesi kararı<sup>21</sup> kamuoyunda tartışma ve eleştirilere sebep oldu. Yerli ve yabancı kamuoyunda birkaç istisna hariç, bu konu üzerinde kafa yoran uzmanlar için hayal kırıklığı oldu.

Mahkeme her ne kadar Türk Anayasa Mahkemesinin gerekçelerine

<sup>20</sup> Fatma Benli, "Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi", *Birikimler I*, Danışman Yay., İstanbul: 2003, s. 71.

<sup>21</sup> Leyla Şahin-Türkiye, 44774/98, 29.06.2004 tarihli kararı.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

dayanmışsa da, davacının dini inancı gereği başını örttüğünü ve okula alınmamasında din ve vicdan özgürlüğünü ihlal edildiğini kabul etmektedir. Yani, başvuru başörtüsünü dini inancı gereği örttüğünü, fakat yasaklamayla inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini kabul etmektedir.

AİHM açısından sorun bu hakkın kısıtlanıp kısıtlanmayacağı sorudur. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi başörtüsünün dini inanç gereği takıldığını kabul etmemektedir. Yani hakkın varlığını kabul etmemektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararına dayanan fakat inanç özgürlüğünün ihlalinin varlığını kabul eden AİHM kararı ile başörtüsünün inanç özgürlüğü olduğunu kabul etmeyen Anayasa Mahkemesi kararı arasındaki çelişki iç hukuk açısından açıklanmaya muhtaçtır.

Çünkü, inanç özgürlüğünün varlığının kabulü halinde, AİHS'e göre sınırlama yapılabilirken, Türk Anayasasına göre (m. 15), "din ve inanç özgürlüğü" "olağanüstü hallerde" dahi sınırlanamayacak/dokunulamayacak çekirdek haklardandır. Bu durumda inanç özgürlüğünün bir parçası olan İslâmî başörtüsü takmak yasaklanamayacaktır.

Inanç özgürlüğünü kabul eden AİHM kararı ışığında, açıklanması gereken bir diğer husus da, AİHS'e göre hakların sınırlanması yasa ile düzenlenmelidir. Bu anlamda düzenleyici işlemler, yönetmelik, genelge vs. hususlar da yasa olarak ele alınmaktadır ve dava konusu olayda üniversitenin başörtüsünü yasaklayan yönetmeliği her ne kadar AİHS kapsamında yasa olarak değerlendirilmekte ise de Türk Anayasasında bir hakkın sınırlanmasının ancak kanun ile olabileceği vurgulanmıştır. AİHM kararının inanç özgürlüğünün ihlali niteliği karşısında, iç hukukta bu hakkın kanunla değil yönetmelikle sınırlandırılmış olması anayasaya

aykırılık teşkil ettiği hususu da açıklanmaya muhtaçtır.

AİHM'in Leyla ŞAHİN kararına yönelik eleştiriler ise özetle şöyle sıralanabilir;

### **Mahkeme siyasi bir karar vermiştir**

Mahkeme Refah Partisi kararında olduğu gibi siyasi karar vermiştir.<sup>22</sup> Bu karar, önceki mahkeme içtihatları ile ele alındığında çelişki arz etmektedir. Türkiye'de, laik üniversite dışında okuma tercihi olmadığı halde, AİHM'nin davacının laik üniversiteye gitmesini ve kurallarını uygulama mecburiyetini vurgulaması anlamsızdır. Laik üniversite dışında alternatif bir üniversite veya eğitim imkanı olmayan başörtülü öğrencinin eğitim hakkı yok sayılmıştır.

### **Karar gerekçesi olan "demokratik toplumda zorunluluk" kuralı açıklanamamıştır**

Kararda, başörtüsünü yasağı uygulamasının, "demokratik toplumda zorunlu" bir uygulama olduğunu ikna edici bir biçimde açıklanamamıştır. Kaldı ki, yasağın uygulanmaya başladığı 1998 yılından önce, öğrencilerin başörtülü olması bir sorun teşkil etmiyordu.

### **Başvuru sadece din özgürlüğü yönünden incelenmiştir**

Başvuruyu sadece din özgürlüğü yönünden incelemesi, buna karşılık özellikle eğitim hakkı, özel hayatın korunması ve düşünce ve ifade

<sup>22</sup> Mustafa Erdoğan, "AİHM: Özgürlüğe Evet Ama İslamsız Olursa!", *Tercüman*, 01.07.2004.

özgürlüğü yönünden inceleme yapılmamış olması önemli eksikliklerdir.

### **Gerekçe temelsiz ve soyut bir iddia olarak kalmıştır**

Kararın temel gerekçesini oluşturan "başkalarının hak ve özgürlüğünü koruma, başı açık öğrenciler üzerinde baskı yaratabileceği" gerekçesi temelsiz ve soyut bir iddiadır. Çünkü, bunu haklı çıkarabilecek hiçbir veri veya olaya rastlanmamıştır. Buna karşılık varsayıma dayanan muhtemel bir tehlike için, somut bir hakkın çiğnenmesine göz yumulmuştur. Özgürlükler, korkulara dayalı ihtimallere kurban edilemez.<sup>23</sup>

### **Devletin bireylere baskısı yerine, bireylerin kamuya baskısı esas alınmıştır**

Türkiye'deki üniversitelerde (ve bütün eğitim kurumlarında) başörtüsü yasağı, başı açık olanlara yönelik bir baskı değil, devletin (kamu otoritesini kullananların) bireylerin din, düşünce ve kıyafet tercihi üzerine baskısından kaynaklanmaktadır.

### **Karar, Türkiye'deki yaşamı dikkate almadan verilmiştir**

Türkiye'de başörtüsü takanların başı açık olanlara baskı yaratması iddiası tirajikomiktir. Çünkü, toplumun çoğunluğu Müslüman olduğu için evde, sokakta hemen her yerde, kadınların çoğunluğu dini veya kültürel sebeplerle başlarını örterler.

### **Karar, uluslararası kuruluşların raporlarıyla çelişmektedir**

AİHM'nin kararının açıklandığı gün, AİHM'in raporlarına sık sık atıf yaptığı HRW (Human Rights Watch-İnsan Hakları İzleme Örgütü) kamuoyuna açıkladığı ayrıntılı raporuyla, başörtüsü yasağı nedeniyle binlerce kadının eğitim hakkından mahrum kaldığını, yüzlerce sinin eğitim kurumlarındaki görevlerine son verildiğini açık bir şekilde ortaya koymuştur.

Sonuç olarak AİHM'in, Müslümanların başvurularında hep devletler lehine karar vermesi, kendi meşruiyetini ve adalet anlayışını tartışılır hale getirmiştir. Her ne kadar, çözümün Türkiye içerisinde olması gerektiğini belirtmişse de aslında AİHM'in bu kararı, Türkiye'yi "bu kadar demokrasi size yeter" anlayışında da olduğu için Türkiye'ye bir çeşit aşağılama olduğu da söylenebilir. Söz konusu kararlar, bazı aktivistleri, "çözüm eğer Türkiye içinde olacak olsa, AİHM'in varlığının amacı nedir" sorusuna yöneliyor ve "başvuruların gereksiz zaman ve emek kaybı olabileceği" görüşüne sevk edebiliyor. Hak arama bilincinin yitirilmesi sonucunu doğuracak böylesi bir anlayışa hizmet etme ihtimali olsa da, AİHM bir hak arama yeridir ve öylece değerlendirilmelidir.

### **SONUÇ YERİNE**

#### **AB ve 28 Şubat**

AİHM, Avrupa Birliği'nin (AB) doğrudan organı olmamakla birlikte, AİHS kapsamında verdiği kararlarla, Bakanlar Komitesi ve AB üyelerinin tümünün AİHS'e taraf olması dikkate alındığında çok yakın ilişki içindedir. Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne başvurduğu 1987'den bugüne kadar hazırlanan ve Türkiye'nin siyasal rejimi ile

<sup>23</sup> Vahap Coşkun, "AİHM Meşruiyetini Tehlikeye Attı", *Zaman*, 06.07.2004.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ilgili bütün belgelerde, antide-mokratik devlet politikaları ve insan hakları ihlallerinin, en önemli problemlerden birini teşkil ettiği sürekli olarak ve ağırlıkla bahsedilmiştir. 1980'lerin sonundan başlayan Kürt sorunu çerçevesinde ülkenin bir bölgesindeki çatışma ortamı, PKK ile mücadele vs nedenlerle sık sık gerçekleşen insan hakları ihlallerinin bunda en önemli rolü oynadığı kuşkusuzdur. Buna karşılık, 1997'deki "28 Şubat Postmodern Darbesi" sonrası İslamcılara/dindar vatandaşlara karşı artan baskılar, yasaklar, mahrumiyetler kısacası zulmün (ya da insan hakları ihlallerinin) boyutları yerli ve yabancı gözlemciler tarafından bilinmediği herhalde iddia edilemez.

28 Şubat 1997 Milli Güvenlik Kurulu toplantısından sonra yaşanan süreçte, üniversitelerde, liselerde (imam-hatip liseleri dahil) ayrıca kadın memurlar içinde devlet dairelerinde giydikleri başörtüsü yasaklanmış ve bu yasaklar çok katı bir şekilde uygulanmıştır. On binlerce kız öğrenci (ve aileleri) mağdur olmuştur. Kur'an Kurslarına yapılan baskı(n)lar ve kapatmalar, sırf kıklık-kıyafeti nedeniyle gözaltına alınanlar, dindar olmaları (veya eşlerinin başörtülü olması) nedeniyle ordudan atılanlar, benzeri nedenlerle sürgün olarak atılması yapılanlar vs. ile toplumun bir kesimine "Topyekun Savaş" ilan edilmiştir.

Türkiye'deki insan hakları ihlallerinden endişe duyduğunu sürekli olarak tekrar eden AB, bunca baskı ve infial yaratan olaylara rağmen bu ihlalleri gündemine yeterince yansıtamadı. Halkın önemli bir kısmının maruz kaldığı yasaklardan ve topyekun savaştan, doğrudan veya dolaylı olarak hiç bahsedilmemiş, tepkisiz kalınmıştır.

Kürt Sorunu'ndan, namus cinayetlerine, Aleviler'in maruz kaldığı olumsuz durumlardan, F tipi

cezaevlerine, Heybeliada Ruhban Okulu ve azınlık vakıflarının gayrimenkul sorunundan Çingeneler hakkındaki ayrımcı yasalara kadar birçok konuda ve çoğu zaman da haklı olarak, sorunları belirten ve bu konuda Türkiye'nin yapması gerekenleri açık bir şekilde ortaya koyan AB, konu Türkiye'deki dindar insanlara geldiğinde görmezden gelen tavır sergilediği gözlemlenmektedir. Bu nedendir ki, 28 Şubat 1997 sonrasında AB, Türkiye'deki durumla ilgili, İlerleme Raporları ve Katılım Ortaklığı Belgesi ile bunların yanında, Avrupa Parlamentosu tarafından hazırlanan raporlar, bildirimler ve tartışmalarda Türkiye nüfusunun önemli bir çoğunluğunu teşkil eden dindar Müslümanların mağduriyetlerine değinmemiştir.<sup>24</sup>

Peki bu çifte standardın sebepleri ne olabilir?

Kanaatimizce, AB'nin mağduriyet karşısında farklı tepkiler vermesinin (yada tepki vermemesinin) önemli nedenlerinin biri, AB'nin (Batı'nın) duyduğu İslamofobi (İslam korkusu) olması ihtimalidir. 11 Eylül sonrası iyiden iyiye yükselen Batı'nın İslam'a karşı duyduğu "korkular" ve "önyargılar" olduğunu söylemek herhalde mümkündür. Batının "İslam Korkusu", batı-karşıtı olabileceğini düşündüğü her türlü "İslâmi yönetim" modellerine veya bu fikri savunur gibi görünen oluşumlara endişe ile bakmaktadır. Hatta bu grupların demokratik yollarla iktidara gelme ihtimalleri varsa baskıcı, otoriter ama dost (!) rejimlerin bu gruplara uygulamış olduğu bastırma, sindirme ve hatta yok etme politikaları görmezlikten gelmekte, üç maymunu oynamaktadır.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Amine Hilal Usul, "AB Belgelerinde Neden Başörtüsü Yok?", *Liberal Düşünce* dergisi.

<sup>25</sup> Usul, a.g.m.

Sonuçta, Batılı güçler, Müslüman ülkelerde "İslâmi yükselmeyi" önlemek için, demokratikleşmeyi feda etmektedirler. AB'nin bu tavrında, "İslâmi" grupların, partilerin, veya kişilerin iktidarı ele geçirincede demokrasiyi "zorla kaçırabileceklerini" da düşünmektedir. AB, Türkiye'deki İslâmi/dindar/muhafazakar oluşumlara belli bir önyargı (belki de korku ve endişe) ile bakmakta bunların anti-batıçı olabileceğini ve uzun vadede kendi menfaatine zarar vereceğini hesaplamaktadır.<sup>26</sup>

Sorunun bir diğer cevabı da, bu çifte standardın ikinci nedeni yani "anlatılabilecek sorunu" (ya da anlatamama) olabilir. AB belgelerinde İslâmi kesimlerin seslerinin yankı bulmamış olması bir ölçüde, yeterince veya uygun bir şekilde ulaşılamamış olmasından da kaynaklanıyor. Çünkü, haklı olmak, baskıya uğramak, mağdurların kendini her zaman kolaylıkla veya anlatılabileceği, karşı tarafın da bunun otomatik olarak anlayacağı anlamına gelmez.<sup>27</sup> Örgütlü ve profesyonel olarak yapılmayan mücadelelerde, haklı olunsa dahi, neticesiz kalılabilmektedir. Bu nedenle, dindar vatandaşların haklarını aramak için örgütlenememesi, sonuçta haklı davalarını dünyaya duyuramamaları da sorunun önemli bir parçasıdır.

Sonuç olarak, Batı dünyası, insan hakları konusunda inandırıcı olmak istiyorsa bu tutarsız tavrını mutlaka terk etmeli<sup>28</sup>; bunun yansırı Türkiye'deki dindar kesimler de, Batı'nın savunduğu fakat sık sık ihlal ettiği insani değerler ile içinde barındırdığı yabancı düşmanlığını, ahlaki erozyon ve sebep olduğu sömürgecilik, çevre kirliliği, açlık vs. sorunlarını hatırlatmalıdır.

## Kaynakça

- Arif Emre Öktem; **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte Yay., Ankara: 2000.
- Fatma Benli; "Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi", **Birikimler I**, Danışman Yay., İstanbul: 2003.
- Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. bası, Ankara: 2002.
- Mustafa Erdoğan; "AİHM: Özgürlüğe Evet Ama İslamsız Olursa!", **Tercüman** gazetesi, 01.07.2004.
- Osman Doğru; **İnsan hakları Kararları Derlemesi**, C. 3, İstanbul Barosu Yay., İstanbul: 2000.
- Vahap Coşkun; "AİHM Mesruiyetini Tehlikeye Attı", **Zaman** gazetesi, 06.07.2004.

<sup>26</sup> Usul, a.g.m.

<sup>27</sup> Usul, a.g.m.

<sup>28</sup> Usul, a.g.m.





# **Türkiye'de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı**

Av. Fatma BENLÝ



## **GİRİŞ**

**B**aşörtüsü yasağından mağdur olan kişilerin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru sürecinin incelendiği bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hakkında kısa bir bilgi verildikten sonra, Türkiye'deki başörtülü kadınlara karşı gerçekleştirilen uygulamanın hukuki değerlendirmesi yapılmıştır. Akabinde din özgürlüğü ihlal edilen kişilerin neden uluslararası bir mahkemeye gitme ihtiyacı duydukları açıklanmaya çalışılmıştır. Son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin Leyla Şahin kararının değerlendirmesi yapılmıştır. Konunun daha anlaşılır kılınması amacıyla, somut olaylardan örneklere yer verilmiştir.

## **AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), 1954 yılında Türkiye'nin imzalayarak iç hukukumuzun bir parçası haline getirdiği bir anlaşmadır. Sözleşme; üye ülkelerde demokrasi ve insan haklarına saygı ilkelerinin yerleşmesini amaçlamaktadır.

Sözleşmeyi imzalayan devletler, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese, Sözleşmenin kapsamı-

na giren hak ve özgürlükleri tanımışlardır. Böylelikle bireyler, uluslararası hukuk öznesi yani "hak sahibi" olmuşlardır.<sup>1</sup> AİHS'in diğer sözleşmelerden farklılığı, bireye sağlanan güvencenin yaptırıma bağlanmasından kaynaklanmaktadır. Türkiye 28.01.1987'de bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu tarihten sonra Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakkı ihlal edilen kişiler, hükümet dışı gruplar ve kişi toplulukları, Mahkemeye başvurabilme imkânına sahip olmuşlardır. Mahkemeye iç hukuk yolları tüketildikten sonra altı ay içinde müracaat edilmesi gerekmektedir. Hak ihlali bizzat kanundan kaynaklanıyorsa ya da artık iç hukuk yollarına müracaat etmeyi gerektirmeyecek bir "idari pratik" oluşmuşsa ya da "iç hukukun etkisizliğine ilişkin somut deliller" varsa, bu yola gidilmeden de müracaatta bulunmak mümkündür.

Mahkemedен, Sözleşmenin ihlal edildiğinin tespiti ve uğranılan maddi manevi zararın tazmini talep edilmektedir. Müdahalenin tespit edilmesi, iç hukukta tekrar bir yargılama yapılması ve eski hale iadeyi de sağlayacaktır. Ayrıca Mahkemenin Sözleşmenin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde aleyhinde başvuru yapılan devlet, söz konusu ihlalin kaldırılması için

<sup>1</sup> Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük; s. V.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

gerekli tedbirleri almak zorunda kalacak ve Sözleşmeye aykırı kanunlarını düzeltecektir. Nitekim Incal/Türkiye kararında AİHM, Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki askeri yargıcın varlığının, sanığın adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermişti<sup>2</sup>. Türkiye de, müdahaleyi ortadan kaldırmak için, "DGM Kurulu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"da değişiklik yapmış ve askeri yargıcı mahkeme bünyesinden çıkartmıştır. Aynı durum gözaltı süreleri için de geçerlidir. AİHM'in bir kararında iki günlük gözaltı süresinin kişi güvenliğini ihlal ettiğine karar vermesi üzerine, Anayasa uyarınca 48 saat olan gözaltı süresi, bir AİHM kararında bu sürenin kişi güvenliğine ihlal ettiğine karar verilmesi üzerine, CMUK'da düzenleme yapılarak 24 saate çekilmiştir. AİHM özellikle kişi güvenliği, adil yargılanma hakkı, işkence gibi konularda daha hassas davranmaktadır. Mahkemenin kararkolde altı saat fazla tutulmayı dahi müdahale ve tazminat sebebi kabul ettiği kararları mevcuttur.

Bunun dışında sadece Cedaw (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme), insan hakları ihlal edilen kişilere bireysel başvuru imkânı tanımaktadır. CEDAW'a göre, kadın olmaları nedeniyle eğitim, çalışma, siyasi temsil gibi hakları bakımından ayrımcılığa maruz kalmaları, iç hukuk yollarını tükettikten sonra süre koşulu olmaksızın Birleşmiş Milletler bünyesindeki "Ayrımcılığa Karşı Kadın Hakları Komitesine" müracaat edebilirler. Aynı şekilde 2006 yılı Şubat ayı içinde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ihlali durumunda, BM İnsan Hakları Komitesine müracaat hakkı tanıyan protokol kabul edilmiştir. Düşünce, vicdan

<sup>2</sup> Incal-Türkiye Kararı No:933, Tarih:09.06.1998; Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararları Derlemesi*, Cilt 2, s. 395.

ve din hürriyeti, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin (UMSHA) 18. maddesi tarafından teminat altına alınmaktadır. Bu maddeye göre; böyle bir hakka getirilecek kısıtlamalar ancak, "kamu güvenliğini, kamu düzenini, halk sağlığını veya ahlaki değerleri yahut başkalarının temel hak ve hürriyetlerini korumak için gerekli" olmaları durumunda kabul edilebilirler. Olağanüstü hal durumunda dahi 18. maddenin kısmen uygulanmasına izin verilemez.

BM İnsan Hakları Kurulu bu hükümü yorumlarken, kişinin dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğünün -UMSHA tarafından teminat altına alındığı üzere- kendine özgü kıyafet giymeyi de içine alacak şekilde geniş bir faaliyetler alanını kuşattığına dikkat çekmiştir.<sup>3</sup> Aynı ifadeleri tekrarladığı başka bir kararda ise,

"kısıtlamaların ayrımcı amaçlar için düzenlenemeyeceği ve ayrımcı bir anlayış içinde uygulanmayacağı" belirtilmiştir.<sup>4</sup>

Ancak yapılacak müracaatların, Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği altı dilden birisi olan İngilizce, Fransızca, Arapça, Almanca, Çince ve İspanyolca ile yapılma zorunluluğu bu kurumlara başvuruyu zorlaştırmaktadır.

Diğer uluslararası belgelerin bireysel başvuru imkânı sağlamaması, hakları ihlal edilen kişileri, AİHM'e başvurmaya yöneltmektedir. Bu noktada başörtüsü ile ilgili uygulamanın öncelikle Türk iç hukuku açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

<sup>3</sup> BM İnsan Hakları Kurulu, Genel Değerlendirme 22 - Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti (Md. 18), 30.06.1993, belge no: CCPR/C/21/Rev.1/Add.4,

<sup>4</sup> BM İnsan Hakları Kurulu, 20.06.1993, Malaysiakini, 20 Temmuz 2004, Malezya), Salbiah Ahmed, 29.08.2004, "AİHM'in Başörtüsü Kararı, Din Ayrımcılığını Körüküyor".

## **İÇ HUKUKUN İRDELENMESİ**

Anayasa kurallar manzumesinin en üstünde yer almaktadır. Anayasa’da da kılık kıyafete ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışma ve eğitim hakkı, Anayasa ve uluslararası Sözleşmelerde güvence altına alınmış temel haklardır. Hakların kıyafet gerekçesi ile kullanılamaz hale getirilmesi için, “somut hukuki bir normun varlığının kabulü” düşüncesi dahi kabul edilemez. Ayrıca, hukuk devleti ilkesi, yasaklayıcı hükümler getiren kuralların yoruma açık olmamasını, konuyu şüpheye yer vermeyecek açıklıkta ifade etmesini gerektirmektedir.

Kanunlar külliyatında yer alan herhangi bir kanun metninde, kadın kıyafetini kısıtlayan ya da yasaklayan herhangi bir hüküm mevcut değildir. Cumhuriyet tarihi boyunca Kılık ve kıyafetle ilgili iki kanun yürürlüğe konmuştur. Bunlar; Şapka İktisası Hakkındaki Kanun ve Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanundur

- 25 Ekim 1925 tarihli Şapka İktisası Hakkındaki Kanun; erkeklere şapka dışındaki bir alışkanlığı men etmektedir. Kadın kıyafetini içermeyen “sadece erkeklere ilişkin” olan kanun metni, yeni Ceza Kanununun 222. maddesinde yaptırıma bağlanmıştır. Kanuna aykırılığın müeyyidesi, iki aydan altı aya kadar hapis cezasıdır.
- 3 Aralık 1934 tarihli Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun, ruhanilerin kıyafetleri, yabancı ülkelerin temsilcilerinin kıyafetleri, izciler ile sporcuların kıyafet ve sembolleri hakkında kurallar koymaktadır. Bu kanun maddelerinde kadınların kıyafetine ilişkin en ufak bir kısıtlama ya da yasaklama ya da herhangi bir atıf mevcut değildir. Ruhani kıyafet, kanunu açıklamak üzere çıkarılan Nizamnamenin 2. maddesinde

sinde “din adamlarının kıyafeti” olarak açıklanmıştır. Bu ifadeyi de dini kıyafet olarak kabul etmek mümkün değildir.

Bu noktada sokakta yürürken dahi uyulması gereken genel mevzuatta, kadın kıyafetinin düzenlenmediğini açıktır. Bir yasağın var olduğunun ifade edilebilmesi için, Anayasa uyarınca açık bir yasa hükmünün bulunması gerekmektedir. Kaldı ki, temel hak ve hürriyetlerin Anayasa tarafından kısıtlanabileceği dahi düşünülemez. Zaten her türlü kıyafetin serbestçe giyildiği Türkiye’de başın örtülüp örtülmeyeceğinin tartışma konusu edilmesi dahi abesle iştigaldir. Hiç kimse, kıyafet biçimi farklı olduğu için diğerlerinden daha üstün olduğunu, karşı tarafın haklarını kısıtlayabileceğini düşünme hak ve yetkisine sahip değildir. Kıyafet hususu, başkalarının karar verebileceği bir konu değildir. Özgürlük, bireyin toplum içinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır.<sup>5</sup> Bir kadının kendi saçını örtüp örtmeyeceğine kendisinin karar veremediği bir ortamda da özgürlükten bahsedilemez. Saçlarının renkleri, biçimleri, boyları konusunda takdir yetkisine sahip olan her kadın, başını açmasına ya da örtmesine kendisi karar verebilecek konumdadırlar. Bu nedenle demokratik bir toplumda bir kadının başının örtülü olacağına ilişkin bir kanunun yürürlüğe konması kabul edilemeyeceği gibi, “bir kadının başının açık olmasına” ilişkin bir hükme herhangi bir demokratik devlet mevzuatında yer verilmesine hukuken imkan yoktur. İşte bu nedendir ki, başörtüsü takmak ve benzeri özgürlüklerin hiçbir şekilde kanunla dahi kısıtlanmasının düzenlenemeyeceğini savunmaktayız.

## **Yükseköğretim Kurumu Mevzuatı**

<sup>5</sup> İbrahim Kaboğlu; s. 11.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Eğitim, insanın yaradılışında var olan bütün bilgi ve kabiliyetleri esas alarak onu yönlendirmek, geleceğe hazırlamak, hayatı boyunca gerekli bilgiyi nasıl elde edeceğini öğrenmesinde yardımcı olmaktadır. Öğretim ise, bilgiyi bulmak, kazanmak, bilgiyi kazanma yolunu ve kazanılan bilgiyi hafızada tutarak yeri geldiğinde kullanabilmek için hatırlamaktır.<sup>6</sup> Bilimsel ve teknolojik her gelişmenin temelinde bilginin, eğitimin ve öğrenimin bulunduğu bir gerçektir. Bu nedenle eğitim ve öğretim ile ilgili haklar, insan hakları alanında önemli bir yer almaktadır.

Anayasanın 42. maddesi, "kimse nin eğitim ve öğretim hakkından mahrum bırakılamayacağını ve eğitim ve öğretim faaliyetlerinin her ne suretle olursa olsun engellenemeyeceğini" hükme bağlamıştır.

Eğitim, uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesi, "Kimse tahsil etmek hakkından mahrum bırakılamaz ve devlet, eğitim ve öğretim faaliyetini yerine getirirken, bireyin ve ailesinin dini ve felsefi inançlarına saygılı olmak mecburiyetindedir" ifadelerini içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, devletin hiç kimse aleyhine eğitim hakkını ihlal etmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bunun manası devlet tarafından sunulan eğitim imkanlarına ulaşma ve bu imkanları kullanmada, devletin bu haklara müdahale etmemesidir.<sup>7</sup> Ayrıca "eğitimin dogmatik bilgiler içermemesi ve devletin eğitim ve öğretim görevlerini yerine getirirken bilgilerin objektif, eleştirisel ve çoğulcu bir

yaklaşım ile verilmesi" gerekmektedir.<sup>8</sup>

Anayasa'nın değişik 90. maddesine göre, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

Bu noktada Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan "eğitim ve öğretim" hakkının kıyafet gibi, sonuçta biçimsel bir nedenle ortadan kaldırılması için yasaklamanın kanunla dahi yapılabilmesine imkan bulunmadığıdır.

Yükseköğretim Kanununda da, eğitim yapacak olan öğrencilerin başörtüsü takmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. Aksine bizatihi kıyafet serbestisini öngören kanun maddesi halen yürürlüktedir.

### Anayasa Mahkemesi Kararı

Yükseköğretim Kanunu Ek 17. Madde, "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile, yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir" hükmünü taşımaktadır.

Dönemin ana muhalefet partisi olan Sosyal Halkçı Parti (SHP) Ek 17. Maddenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi kanunu Anayasaya aykırı bulmayarak yürürlükte bırakmıştır.<sup>9</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçesinde, kıyafet serbestisinin

<sup>6</sup> Muharrem Balcı; *Eğitim ve Öğretimde Haklar ve Yükümlülükler*, s. 35.

<sup>7</sup> Salih Efe.

<sup>8</sup> Beşir Atalay; s. 1095.

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi 09/04/1991 tarihli kararı (AYMKD., Sayı 27)

## Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve AİHM’in Bakış Açısı / F. Benli

başörtüsünü kapsamadığı ifade edildiğinden, 1998 yılından beri üniversite öğrencileri, memur ve nihayetinde sivil vatandaşlara uygulanan yasak gerekçesi olarak yargı kararlarındaki yorumlar ile sürülmektedir. Ancak hukuken önemli olan Anayasa Mahkemesinin iptal etme yetkisi bulunduğu halde, kanunu iptal etmeyerek yürürlükte bırakmasıdır. Anayasa Mahkemesine, herhangi bir kanunun nasıl uygulanacağı yönünde mütalaa verme ve kanunda olmayana bir hüküm haline getirme hak ve yetkisi verilmemiştir.

Anayasanın 153/2 maddesi; “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 taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bir kanunu iptal ederken kanun koyucu gibi hareket edemeyeceği hükmünü kesin olarak ortaya koyan bir Anayasa maddesi mevcuttur. Bu durumda Anayasa Mahkemesi’nin kararındaki yorumlara dayanılan gerekçelerle kıyas ve yorum yoluyla temel bir hak kısıtlanamaz.

Anayasa Mahkemesi, kanunlarla ilgili iptal istemlerini kabul ya da ret edebilir. Bunun dışında kanunun iptal edilmemesi fakat belli bir şekle sokularak yürürlükte bırakılması mümkün değildir.<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi kendi kararında,

“Yasalar her şeyden önce sözü ile uygulanır. Kanun metinlerinde kullanılan sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlara göre anlaşılması gerekir. Kanun kuralının, günün sosyal, ekonomik gerekleriyle çeliştiği sanılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulanması hukukun gereğidir. Kimi düşünce ve gerekçelerle bu kuralın dışına çıkılması, metinlerin anlamlarından başka biçimlerde yorumlanması, metnin

bir tür düzeltilmesine kalkışılması aslında kanunda olmayana kanuna yakıştırmak ve yorum yoluyla amacını değiştirmek ya da kanun koyucunun yerini almak olur.”<sup>11</sup>

ifadelerinde bulunarak, önemli olanın yasa metni olduğunu kabul etmektedir.

Ek 17.madde “kısa ve öz” olup, serbestinin tek sınırı yürürlükteki kanunlardır. Türkiye Cumhuriyeti’nin hiçbir kanununda da kadınların kıyafetine ilişkin bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Üniversitelerde kılık kıyafet zaten serbesttir. Herkes istediği kıyafet biçimini tercih etmektedir. Kanun koyucu da üniversiteyi kazanan başörtülü öğrencilerin diğer bütün arkadaşları gibi serbestçe eğitim haklarını kullanmalarını amaçlamıştır. Kanunun kanun koyucunun iradesi doğrultusunda uygulanması da, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi Ek 17. madde ile ilgili kararı 1991 yılında vermesine karşın, Türkiye’de post-modern darbe gerçekleştirene kadar başörtülü öğrenciler senelerce eğitim haklarını kullanmışlardır.

1998 yılında başörtülü üniversite öğrencilerinin Yükseköğretim Kurumlarına alınmaması ile ilgili genelgeler yayımlanmaya başlamıştır. Günümüzde herhangi bir sebeple üniversiteye ait herhangi bir kuruma girmek isteyenlere dahi uygulanan yasak, sadece genelge ve yönetmeliklere dayanmaktadır. Halbuki alt düzenleyici işlemler bir üst kurala (kanuna) aykırı olmaz. Yönetmeliklerle haklar ortadan kaldırılamaz. Bu nedenle üniversitelerin öğrenci yönetmelikleri kıyafet serbestisini kısıtlayıcı hüküm getiremez.

<sup>10</sup> Mustafa Şentop; *Üniversitelerde Başörtüsü Sorunu*, s. 69.

<sup>11</sup> 12.03.1992/21169 sayılı R.G, 28.01.1992 tarih, 1992/7E. , 1992/2 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bu durumun çeşitli saiklerle hukuka uygun kabul edilmesi, bizi gelecekte kızıl saçtan hoşlanmayan üniversite yönetiminin "öğrencilerin saçlarını kızıla boyayamayacağını, aksi davranış gösteren öğrencilerin okul kapısından alınmayacağına" dair genelgeler yayımlanmasına sebebiyet verir. Değişik yorumlarla hukukun ihlal edilmesine göz yumulursa, daha sonra da başka birisinin "kızıl saçlı öğrencilerin herhangi bir ideolojiyi temsil ettikleri için aslında eğitim görme hakkına sahip olmadıklarını" ifade etmeyeceğini kimse garanti edemez. Sonuçta hukuk devleti ilkesinin göz ardı edilmesi, diğer hukuka aykırılıkların önünü açmaktadır.

### Kanun Maddesi Hırsızlığı

İstanbul Üniversitesi Basım Merkezinde 1998'de yayımlanan, "Yükseköğretim ve İstanbul Üniversitesi Mevzuatı" isimli 1500 sayfalık iki cilt eserin 280. sayfasından, Yükseköğretim Kanununun Ek 17. Maddesi çıkartılmıştır. Kitapta Ek 16. Maddeden sonra Ek 18. Madde gelmektedir<sup>12</sup>. Fiilen uygulanmasa da halen yürürlükte olan bir kanun maddesine, kanun kitabında yer verilmemesi, hukuka aykırılığının sınırının olmadığına inen açık kanıtıdır.

Yükseköğretim Kurulunun ideolojik amaçlı peruk takılmasının yasak olduğuna<sup>13</sup> ve kişinin evi konumundaki lojmanlarda da Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uyulması gerektiğine<sup>14</sup> dair genelgeler yayımlama-

sı keyfiliğin sınırının olmadığına basit bir örnektir.

### Hukuksuzluk Örnekleri

Nitekim yasak önce öğrencilere uygulanmış, daha sonra sivil vatandaşların da üniversitelere ait mekânlara alınmaması ile genişlemiştir. Dört sene çocuğuna üniversite okutabilmek için maddi manevi fedakarlıktan çekinmeyen anneler, çocuklarının mezuniyet sevincine ortak olmaktan mahrum bırakılmışlardır.<sup>15</sup> Zira Akademik yıl açılışlarında da başörtülü anneler dışarı çıkartılmaktadır.<sup>16</sup> Yasak, artık üniversitelere ait hastanelerde hastalar için dahi uygulanabilmektedir. Yeditepe Üniversitesi, başka bir ilden sevkle gelen bir bayanı kıyafetini gerekçe göstererek tedavi etmemiştir.<sup>17</sup> Daha önce de İstanbul Üniversitesinde 71 yaşında, böbrek yetmezliği olan kanser hastası bir kadından başı açık fotoğraf istenmiş, zaten devam eden tedavisi yüzünden saçlarının döküldüğü önemsenmemiştir.<sup>18</sup>

Bu tarz olaylar, sadece bazı yetkililerin keyfi tasarruflarından ibaret münferit vakıalar değil, aksine sistemli olarak devam eden uygulamalardır. Özellikle Yükseköğretim Kurumu, başı örtülü kadınları, temel insan haklarına sahip olarak değerlendirmemektedir. Başörtülü bir kadın, ne amaçla olursa olsun üniversitenin kapalı ya da açık herhangi bir alanına girme imkânına sahip değildir. İstanbul Üniversitesinin

<sup>12</sup> Yusuf Akça; *Yükseköğretim Kurulu ve İstanbul Üniversitesi Mevzuatı*, C:1 s. 279-280.

<sup>13</sup> Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı 11.01.2001 tarihli yazısı, Marmara Üniversitesi Rektörlüğü, 27.03.2002 tarihli B.30.2.MAR.0 00.00.01/2959 sayılı yazısı.

<sup>14</sup> 15.09.2000 tarihli B.30.HKM:06.01.001-3699/20644 Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı yazısı.

<sup>15</sup> 14 Haziran 2005 tarihli *Yeni Şafak* gazetesi, "Başörtülü Şehit Annesini Üniversiteye Sokmadılar".

<sup>16</sup> Harran Üniversitesi 2005-2006 öğretim yılı açılışı, Mazlumder Basın Açıklaması, www.mazlumder.org

<sup>17</sup> 22.06.2004 tarihli *Yeni Şafak* gazetesi, "Örtülüye Tedavi Yasak".

<sup>18</sup> 21.06.2002 tarihli *Yeni Şafak* gazetesi, "71 Yaşındaki Hastaya Başını Açışkencesi".

kampüs dışındaki lokantasına dahi başörtülü vatandaşlar alınmamaktadır.<sup>19</sup> Bir öğretim görevlisinin başı örtülü annesini araba ile kampüse aldığı için görevden uzaklaştırıldığı gazetelere yansımıştır.<sup>20</sup> Aynı şekilde İstanbul Üniversitesi panel yönetmek üzere yurtdışından kendisinin davet ettiği bir öğretim görevlisini, başörtülü diye kampüsten içeri almamıştır. Üstelik yetkililer Umman’dan getirdikleri davetlileri için ertesi gün, “Biz onu erkek zannediyorduk, böyle bir şey olacağı aklımıza gelmedi” şeklinde bir açıklama yaparak vaki ayrımcılığı sabit hale getirmişlerdir<sup>21</sup>. Uygulama bazen gazetecilere<sup>22</sup>, bazen sanıklara<sup>23</sup>, bazen de eşinin plaket almasını en azından kampüs bahçesindeki parktaki arabasının içinde beklemek isteyen 66 yaşındaki bayana karşı<sup>24</sup> olmak üzere başını örten tüm kadınlara karşı artarak devam etmektedir. Şu an daha önce başörtülü olarak üniversiteden mezun olan bir kişi, kendi diplomasını almak için dahi içeri girememekte, kütüphaneye dahi alınmamaktadır.<sup>25</sup> Eski öğrencilerin yıllıklardaki başörtülü fotoğrafları

dahi yıllıklardan çıkartılmaktadır.<sup>26</sup>

## **BAŞÖRTÜSÜ YASAĞININ DEVLET MEMURLARINA UYGULANMASI**

Başörtü yasağı 1999 yılından itibaren memurlar için de oldukça katı bir şekilde uygulanmaktadır. Anayasanın 70. maddesine göre her Türk vatandaşının devlet memuriyetine girme hakkı vardır ve kıyafete ilişkin genel bir yasak yoktur. Başın açık olmasını gerektiren tek mevzuat 25.10.1982 tarihli “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Kıyafetine Dair Yönetmeliği”dir. Kılık Kıyafet Yönetmeliğinde sadece saçlar değil, ayakkabının sandalet olmayacağına, tırnakların, favorilerin, bıyıkların boyuna kadar pek çok hüküm yer almaktadır. Ayakkabı biçiminden tırnakların boyuna kadar kıyafetin en ince ayrıntısıyla düzenlendiği yönetmeliğe özellikle yaz aylarında hiç kimse uymamaktadır. Buna karşın kimse hakkında soruşturma açılmasına gerek görülmemektedir.

Kılık Kıyafet Yönetmeliğini ihlalin karşılığı, Devlet Memurları Kanunu’nun 125/A-g bendinde düzenlenmiştir. Yasaya göre “belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmanın” karşılığı uyarma disiplin cezasıdır.

Kişinin başının açık yada örtülü olması, işini gereği gibi yapmasına engel değildir. Anayasa da memuriyete giriş şartları öngörülmemiştir. Eğitim ve liyakat gibi şartların arasında, kıyafet biçimi öngörülmemektedir. Bu nedenle 1999 yılına kadar, başörtülü olarak memuriyete kabul edilmiş, başörtülü fotoğraflarının yer aldığı kimlik kartlarını kullanan, senelerdir görevini layığı ile gerçekle-

<sup>19</sup> İstanbul Üniversitesi Baltalımanı Sosyal Tesisleri.

<sup>20</sup> 21.10.2003 tarihli *Zaman* gazetesi, “Başörtülü Annesini Arabaya Aldı Üniversitedeki Görevinden Oldu”.

<sup>21</sup> 16.10.2003 tarihli *Milliyet* gazetesi, “Bir İletişim Skandalı”.

<sup>22</sup> 16.03.2005 tarihli *Zaman* gazetesi, “Başörtülü Muhabirler Kadir Has Üniversitesi’ne Alınmadı”

<sup>23</sup> 07.11.2003 tarihli *Radikal* gazetesi, “Kamusal Alan Tartışması Mahkemelere Sıçradı”

<sup>24</sup> 06.04.2005 tarihli *Zaman* gazetesi, “Eşinin Ödül Törenine Alınmayan Ayşe Teyze Bahçeden de Kovuldu”.

<sup>25</sup> 12.04.2002 tarihli *Akit* gazetesi, “Başörtülü Vatandaşa Kütüphane de Kapatıldı”.

<sup>26</sup> 05/12/2005 tarihli *Zaman* gazetesi, “Eski Başörtülü Öğrencilerin Başörtülü Fotoğrafı Yıllıktan Çıkarıldı”.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

tiren pek çok memur görev yapmaktaydı.

Anayasanın eşitliği düzenleyen 10. maddesi gereği başını örten memur, sandalet tipi ayakkabı giyerek yada diz üstü etek giyerek Kılık Kıyafet Yönetmeliğini ihlal eden memur ile aynı statüye tabidir. Her ikisinin de sadece uyarma, akabinde kınama disiplin cezası ile cezalandırılması gerekir. Tekrar bir disiplin soruşturması açılması üçüncü üst disiplin cezası verilmesine, tekerrür hükümleri engeldir. Aynı fiilin tekrarı halinde sürekli üst disiplin cezası verilemez. Buna dair pek çok mahkeme kararı bulunmaktadır<sup>27</sup>.

### Disiplin Soruşturmaları

Buna karşın Türkiye'de 28 Şubat sürecinde başını örten kadınlara karşı değiştirilen uygulama sonrası memurlar da, soruşturma geçirmeye başlamışlardır. Kılık Kıyafet Yönetmeliğini ihlalin cezası uyarma olduğundan, başını örten memurların "ideolojik ve siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozdukları" iddia

edilmiş ve memuriyetten çıkartılmışlardır. Fakat bunun için fiili düzenin bozulması aranmamıştır. Ömür boyu kamu kurumlarında çalışmaları yasaklanan memurların, bazılarının 10-15 senedir çalıştıkları ve daha önce hiç düzen bozduklarının iddia edilmediği önemsenmemiştir. Binlerce kadın ve ailesi mağdur edilmiştir. Bir daha alınmamak üzere memuriyetten çıkartılan, artık hademe olarak dahi çalışmayan memurlar arasında, on sekiz sene öğretmenlik yapan ve kanser tedavisi nedeniyle aldığı Sağlık Kurulu Raporunun bitmesi beklenmeden, savunması alınmadan Devlet memurluğundan çıkarma cezası almış öğretmenler de bulunmaktadır.<sup>28</sup> Bu süreçte pek çok öğretmenin yanı sıra, görevi gereği ameliyat bone si takmak zorunda olan ameliyathane hemşireleri dahi, başlarını örttükleri için adi birer suçluymuşçasına hâkim önünde ifade vermek zorunda kalmışlardır.<sup>29</sup> Açılan davaların hepsi bir iki istisna dışında beraatla sonuçlansa da daha önce karakola dahi gitmemiş yüzlerce memur, başörtülü görev yaptıkları için ceza mahkemelerinde yargılanmanın sıkıntısını yaşamışlardır.

Uygulama her birey için farklı tezahür etmiştir. Daha önce usulüne uygun olarak verilen asaleti onama kararları geri alınmış<sup>30</sup>, ya da daha önce memuriyet görevine son verilen kadınlar tekrar devlet memurluğundan çıkartılmışlardır.<sup>31</sup> Bu uygulamanın bir kişiyi üstelik fiilen işlenmemiş bir suçtan dolayı önce asarak sonra kurşuna dize rek idam etmekle eşdeğer olduğu nazar-ı dikkate alınmamıştır. Yasak devam ettiğinden 2000 yılında

<sup>27</sup> 09.10.1998 tarihli Başbakanlık Personel Daire Başkanlığı'nın B.02.1.DPH.0.12.01/2756 sayılı yazısı, Sivas İdare Mahkemesinin 16.03.1999 tarihli, 1998/761 Esas ve 1999/95 Karar sayılı, Malatya İdare Mahkemesinin 27.05.1999 tarihli, 1999/751 Esas sayılı, Samsun İdare Mahkemesi 30.10.1998 tarihli, 1996/999 Esas ve 1997/1473 Karar sayılı, Zonguldak İdare Mahkemesi 30.06.1998 tarihli, 1998/368 Esas ve 1998/368 Karar sayılı, İstanbul 6. İdare Mahkemesi 27.10.1999 tarihli, 1999/87 Esas ve 1999/1154 Karar sayılı, Konya İdare Mahkemesi 10.03.1999 tarihli, 1998/463 Esas ve 1999/242 Karar sayılı, Ankara 3. İdare Mahkemesi 25.11.1998 tarihli, 1998/673 Esas ve 1998/1139 Karar sayılı, Kayseri İdare Mahkemesi 07.10.1998 tarihli, 1998/445 Esas ve 1998/766 Karar sayılı, Kırıkkale İdare Mahkemesi 02.12.1998 tarihli, 1998/453 Esas ve 1998/960 Karar sayılı kararlarında; başörtüsü nedeni ile uyarma ve kınama disiplin cezasından sonra verilen aylıktan kesme disiplin cezaları iptal edilmiştir.

<sup>28</sup> Fatma Benli, "Başörtüsü İle İlgili Hukuka Aykırılıkta Sınır Yok", s. 325.

<sup>29</sup> Fatih 1. Asliye Ceza Mahkemesi, 17.12.2002 tarihli 2001/983 Esas, 2002/658 Karar.

<sup>30</sup> Fatma Benli, a.g.e., s. 385.

<sup>31</sup> Fatma Benli, a.g.e., s. 397.

sonra memur olmak için gerekli koşullara sahip olan başörtülü kadınların, memuriyet içi müracaat etmeleri dahi mümkün olmamaktadır. On binlerce kadın, Anayasa’da eşitlik ve kamu hizmetine girme haklarının varlığına rağmen kamu kurumlarında çalışma hakkından mahrum bırakılmaktadır.

### **Rakamlarla İhlaller**

Halbuki Türkiye, farklı kültür ve giyimdeki kişilerin bir arada yaşadığı ve halk arasında bu konuda en ufak bir problemin yaşanmadığı bir ülkedir. Her yerde değişik giyim tarzındaki insanları bir arada görmek mümkündür. Kadınların azımsanamayacak bir kısmı da, dini inançları gereği başlarını örtmeyi tercih etmektedirler. Genel olarak başörtüsü karşıtı bir yayın politikası olduğu kabul edilen bir gazetede on beş gün boyunca yayımlanan bir araştırma raporuna göre, 17 yaşından büyük 22 milyon kadının, yaklaşık üçte ikisi olan 14 milyonu, evinden dışarıya çıktığında başını bir giysiyle kapamaktadır.<sup>32</sup> Buna rağmen başını örten her kadın da bazen okumak, bazen çalışmak, bazen bir seminer yada konser için üniversitelere ait bir salona girmek istediğinde bu ayrımcılığa maruz kalmakta ve hayatı olumsuz bir şekilde etkilenmektedir. Yasak yabancı devlet başkanlarının eşlerini dahi etkilemiştir. Başbakan ve eşi başörtülü olan milletvekillerine “eşsiz davetiye” gönderen Cumhurbaşkanı yabancı devlet başkanlarını eşleri ile çağırıldığı halde, Afgan Cumhurbaşkanı’nın eşini, örtülü olduğu için davet etmemiştir.<sup>33</sup> Bu noktada yasağın hiçbir sınırı olmadığı

gibi, kaç kişiyi de etkilediğini bilmek mümkün değildir.

Nitekim bir siyasi parti başkanının beyanatına göre başörtüsü nedeniyle okuldan atılan kadın sayısı 80.000 olup, başörtüsü yasağı nedeniyle mevcut işinden çıkmak zorunda kalan öğretmen sayısı 5.000’dir.<sup>34</sup> Haziran 2000’den itibaren okulla ilişkisi kesilen 677.000 kişiden 270.000’inin başörtüsü mağduru olduğu iddia edilmektedir. Yükseköğretim Kurulu’ndan yapılan açıklamalarda ifade edildiği üzere, öğrenciler devamsızlıktan kalmış durumdadırlar. Gerçekte devamsızlıktan kalan bayan öğrencilerin %90’ı, başörtüsü kullanan ve yasak nedeniyle okula gidemediği için okullarıyla ilişkileri kesilen kişilerdir.<sup>35</sup> 2005 yılında öğrenciler için çıkartılan af yasasına rağmen başörtüsü yasağı devam ettiğinden bu öğrenciler yine eğitimlerine devam edemeyeceklerdir.

Sorun yedi senedir artarak devam ettiğinden, başörtüsü yasağı yüzünden eğitim ve çalışma yaşamından yoksun bırakılan kadınların sayısı yüzbinlerle ifade edilmektedir. Başörtüsü yasağı sonucu kaç kadının aslında görmesi gereken eğitimden mahrum edildiğini, kaçının çalışma imkânından yoksun bırakıldığını, kaçının da diğer haklarının ihlal edildiğini ve yasağın gerçek boyutlarını kimse bilmemektedir.

Toplumun ne kadarlık bir kısmını mağdur ettiği tespit dahi edilmeyen bu yasak sonucu, bazen erkekler eşlerinin başörtüsü nedeniyle soruşturma ve cezaya muhatap olmuşlardır. Hakimler, Kaymakam ve subaylar eşlerinin başörtüleri nedeniyle soruşturma geçirip sürülmüşlerdir. Pek çok üst düzey

<sup>32</sup> 31.05.2003 tarihli *Milliyet* gazetesi, Türkiye'nin Üç Sorunu, “Değerlendirmeler”.

<sup>33</sup> 07.01.2006 tarihli *Yeni Döfak* gazetesi, “Sezer’in Sınır Aşan Başörtüsü Yasağı”.

<sup>34</sup> 01.10.2004 tarihli *Zaman* gazetesi, DYP Başkanı Mehmet Aşar, “Başörtüleri Kazansak Fena mı Olur?”

<sup>35</sup> Ali Bulaç; “AİHM ve Başörtüsü”, *Umran* dergisi, S. 129, Mayıs 2005.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

bürokrat görevine devam etmek için eşlerini başını açmaya zorlamış yada başörtülü eşlerinden ayrılmışlardır. Başörtüsü yasağı yüzünden ailelerin parçalanmasına örnek olarak; on beş yıl öğretmenlik yaptıktan sonra başını örttüğü için devlet memurluğundan çıkartılan bir öğretmen hakkında, Milli Eğitim Bakanlığına "evde kitap okuyarak gerici fikirlerini genç kızlara aşıladığı" iddiasıyla bir mektup gönderilmesi üzerine, idarenin verdiği "sürgün" cezasını göstermek mümkündür. Olayı araştıran müfettiş, mektupta adı geçen şahsın o beldede oturmadığını, ihbarın asılsız olduğunu tespit etmiştir. Buna rağmen öğretmenin eşi, "eşine evini kullanmasına izin verdiği gerekçesi ile" İstanbul'dan Hakkari iline sürülmüştür. Bu kişinin atama sebebi yapılan on beş senelik eşine karşı boşanma davası açması bile, Mahkemenin yapılan atama işlemini hukuka aykırı bulmasına yetmemiştir. Mahkemenin karar gerekçesinde,

"eşinin genç kızlara Said Nursi, ilmihal gibi kitaplar okuduğunu kabul ettiğini, Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı olduğunu iddia eden davacının bu kitapları evinde okunmasına izin verdiği için başka bir ile atanmasında hukuka aykırılık olmadığı" ifade edilmiştir.<sup>36</sup> En son Danıştay, yazılı sınavda ikinci olan ve sözlü mülakatı kazanan bir öğretmenin, aynı şekilde öğretmen olan ve okulda peruk kullanan eşinin günlük hayatta örtülü olduğu gerekçesiyle, yurtdışına gönderilmemesini hukuka uygun bulunmuştur.<sup>37</sup>

### YARGI MAKAMLARINA MÜRACAAT

Haklarında disiplin soruşturması açılmaya başlaması ile, bir

<sup>36</sup> İstanbul 5. İdare Mahkemesi, 21.12.2001 tarih, 2001/331 Esas, 2001/1436 Karar.

<sup>37</sup> CNN TÜRK, "Danıştay: Eşi Türbanlı Öğretmen Yurt Dışında Çalışamaz".

anda geçim kaynakları ellerinden alınan, sağlık, emeklilik güvenceleri kalmayan memurlar da, din ve vicdan özgürlüğü ile eğitim hakkını beraber kullanmak isteyen öğrencilerle aynı şekilde sadece hukuki yollardan haklarını aramışlardır. Sonuçta mevcut uygulamaya herhangi bir hukuki temele sahip olmayan keyfi bir tutum değişikliğinden ibarettir. Fakat hâkimlerin, eşlerinin kıyafetleri gerekçesiyle soruşturma geçirdiği<sup>38</sup> bir dönem yaşanmıştır. Genelge ve yönetmeliklerle temel haklarının sınırlandırılmayacağına ilişkin karar veren Edirne İdare Mahkemesi<sup>39</sup>, Van Bölge İdare Mahkemesi, Bursa İdare Mahkemesi<sup>40</sup>, İstanbul 6. İdare Mahkemesi hâkimleri soruşturma geçirmişlerdir. Samsun İdare Mahkemesi hâkimlerinin görev yerleri değiştirilmiş<sup>41</sup>, biri kadın olmasına rağmen, tüm hâkimlerden eşlerinin başörtüsü taktığı iddiasıyla savunma istenmiştir.<sup>42</sup> Öğrencileri okula almayan yöneticiler hakkında ceza davası açan Yozgat Başsavcısı, geçirdiği disiplin soruşturması neticesi<sup>43</sup> düz savcı olarak atanıp istifa etmek zorunda bırakılmıştır.

Sadece bir kısmı basına yansıyan pek çok soruşturma, başörtüsü yasağı nedeniyle açılan davaların yorum yoluyla reddine yol açmıştır. Daha önce başörtüsü nedeniyle verilen aylıktan kesme disiplin

<sup>38</sup> 03.10.2000 tarihli, Adalet Başmüfettişliği, N:152 savunma istem yazısı, 03.10.2000 tarihli, Adalet Başmüfettişliği, N:149 savunma istem yazısı,

<sup>39</sup> 12.12.1998 tarihli *Radikal* gazetesi, "Adalette Türban Sürprizi".

<sup>40</sup> 20.10.1999 tarihli *Akit* gazetesi, "Hâkime Örtü Sürgünü".

<sup>41</sup> 09.06.2000 tarihli NTV "Türban Vizesi Veren Hâkimlerin İşine Son".

<sup>42</sup> 27.11.2000 tarihli, *Akit* gazetesi, "Yobazlığın Belgesi".

<sup>43</sup> 16.03.1999 tarihli Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 2.89.CİG:0.00.5938 sayılı savunma istem yazısı.

## Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve AİHM’in Bakış Açısı / F. Benli

cezalarını mevzuata dayanarak iptal eden mahkemeler, somut bir neden olmaksızın verilen çıkarma cezalarını ise hukuka uygun bulmaya başlamışlardır. Daha önce başörtüsü nedeniyle verilen aylıktan kesme disiplin cezasını hukuka aykırı bulan bir idare mahkemesi<sup>44</sup>, daha sonra “peruk taktığına göre Kılık Kıyafet Yönetmeliği’ne uymada samimi değildir, bu nedenle düzen bozmaktan verilen çıkarma cezası uygundur”<sup>45</sup> şeklinde karar vermiştir. Üstelik bu karar, asgari ücretle iş bulmadığından duruşmada dahi başını açmak zorunda kalan 43 yaşındaki bir öğretmen hakkında tekrarlanmıştır.<sup>46</sup> ABD Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında ifade edildiği üzere “Şeytan bile insanın kafasından geçeni bilemeyeceği”<sup>47</sup> için, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna müracaat edilerek, Hukuk devletinde verilen bir kararda “samimiyet kriteri getirilmeyeceği” beyan edilmiştir. Fakat şikayet başvurusu, hakimin takdir yetkisi olduğu gerekçesi ile işleme dahi konmamıştır.<sup>48</sup>

Aynı şekilde müdür olarak atandığı Garnizon içindeki bir okula başı açık giden fakat başörtülü fotoğrafı bulunan eski kimlik kartını gösteren öğretmen içeri alınmamıştır. Daha sonra yapılan şikayet üzerine, Milli Eğitim Bakanlığının verdiği “başörtülü kimliğini göstererek kurumun huzur ve sükununu bozduğu” gerekçesiyle aylıktan kesme cezası verilmiş ve mü-

dürlük görevinden alınmıştır. Danıştay mantık kurallarını zorlayan bu işlemin, doğru olduğunu zira bir öğretmenin okulda açık bile olsa, okul dışında örtülü olmasının öğrencilere kötü örnek olacağını ifade etmiştir.<sup>49</sup> Üstelik Daire başkanı bir gazeteye verdiği mülakatta “Olay eğer garnizon dışında bir yerde meydana gelseydi biraz daha farklı düşünülebilirdi... Söz konusu olan bir öğretmen. Verilen karar anayasal düzenlemeye ters değildir. Kılık Kıyafet Kanunu var. Herkesin buna göre giyinmesi lazım. Öğretmenlerin hepsi buna dışarıda da uymak zorundalar.” ifadelerini kullanmıştır.<sup>50</sup>

Bu durum aslında kadınların başlarını örttükleri için değil, kafalarının içindeki düşünceleri nedeniyle cezalandırıldıklarını açıkça ortaya koymaktadır. Sonuçta çalışarak evinin geçimini temin etmek zorunda olan kadınların, kendisinden talep edileni gerçekleştirmek adına peruk takmaları hatta soruşturmadan sonra tamamen başlarını açmaları dahi sonucu değiştirmemekte ve hakları zorla gasp edilmeye devam etmektedir.

### KAMUSAL ALAN TARTIŞMALARI

Devam eden süreçte başörtü kadınlar, üniversiteler, mahkemeler, Çankaya Köşkü, düşün evleri gibi pek çok yere alınmamaya başlanmış, bir nevi “başörtülülerden arıtılmış kurtarılmış alanlar” oluşturulmaya çalışılmıştır. Uygulamanın hiçbir hukuki yada mantıki bir gerekçesi bulunmadığından, bahane olarak kamusal alan argümanı ileri sürülmeye başlanmıştır.

Bu noktada müdahalenin gerekçesi olarak sunulan “kamusal alan”ı

<sup>44</sup> 24.02.1999 tarihli Sakarya 2. İdare Mahkemesinin 1998/738 Esas, 1999/109 Karar sayılı ilamı.

<sup>45</sup> 26.12.2001 tarihli Sakarya 2. İdare Mahkemesinin 2001/14 Esas, 2001/2854 Karar sayılı ilamı.

<sup>46</sup> 09.03.2005 tarihli Kocaeli İdare Mahkemesinin 2004/2257 Esas, 2005/280 Karar sayılı ilamı.

<sup>47</sup> NLRB v. Donnelly Garmet Co. 330 US 219, 229, 1947.

<sup>48</sup> Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, 01.09.2005 tarih, 36337 sayılı karar.

<sup>49</sup> Danıştay 2. Daire, 26.10.2005 Tarihli, 3366/2005 Karar, 2004/4051 Esas, 10.02.2006 tarihli *Zaman* gazetesi, “HRW: Danıştay’ın Kararı Endişe Verici”.

<sup>50</sup> 10.02.2006 tarihli *Vakit* gazetesi, “Kararda Asker Gölgesi”.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

hukuken değerlendirmek gerekmektedir. Aslında kamu hizmetinden yasaklama gerekçesinin, kamusal alan tarifisi ile açıklanması hukuk adına işlenen bir cinayettir. Kamusal alan, hukuki bir kavram dahi değildir. Siyaset felsefesinin konusu bir kavram<sup>51</sup>, hukuki bir yasaklama gerekçesi yapılamaz. Sözlük anlamı bakımından kamu, herkes; kamusal ise herkes için ortak olan demektir ve bu haliyle de özel ve siyasal alan dışılığı ifade etmektedir.<sup>52</sup> Hukuk terminolojisinde "kamu hukuku", "kamu hizmeti", "kamu görevlisi" gibi terimler bulunmaktadır. Fakat "kamusal alan" yoktur. Kamu [public], sözlük anlamı itibarıyla herkes, genel, umum, halka ait, umumi, açık, aleni demektir. Kamu [public], herkese ve herkesin denetimine açık, ortada olan anlamlarını içerir. Tüm kaynaklarda kamu, tüm insanları, halkı ve toplumu ifade eder. Kamulaştırılan yer topluma tahsis edilir. Kamusal alan sivil toplum alanıdır. Kamusalın en temel özelliği, herkes ile nitelenen toplumsallığıdır. Aslında kamusal alan, halkın alanıdır. Kamu ise herkeştir. Başörtülü kadınlar da bu "herkes" in içinde olduğuna göre, kamusal alandan çıkartılamazlar.

Nitekim kamusal alan kurumları, özellikle Habermas ve Arendt'in çalışmalarında temin edilmektedir. İki düşünür de kamusal alanı, devletin ve ekonominin alanlarından farklı bir siyasal alan, kurumsal tartışmanın, müzakerenin, mutabakatın ve eylemin yurdu olarak görürler.<sup>53</sup> Bu konuda otorite kabul edilen Habermas, "Kamusallığın yapısal dönüşümü" isimli eserinde kamusal alanı, genel anlamda so-

nuçlarından etkilenebilecek herkesin pratik tartışmaya girip anlaşmaya vardığı alan olarak tanımlanmaktadır.<sup>54</sup> 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>55</sup>. Bu modelde kamusal alan "özgürlüğün kendini gösterebildiği" yerdir.<sup>56</sup> Türkiye'de ise kamusal alan, başörtülüler için yasaklama alanı olarak sunulmaktadır. Uygulama da kamusal alan genişletildikçe, özgürlük alanı kısıtlanmaktadır. Kamusal alan, dini sembollerin yer almaması gereken seküler bir alan olarak belirlenmeye çalışılmaktadır. Din özel alana hapsedilip, kamusal alanda ifade edilmesine engel olmaya çalışılmaktadır.<sup>57</sup>

Halbuki kamusal alan, siyaset felsefesinde tartışılan bir konudur ve tartışmalı bir felsefe kavramından hareketle insanların hayatını derinlemesine etkileyen konularda hukukî hüküm tesis edilemez. Nitekim, bütün tartışmalara rağmen şu ana kadar başörtüsü takanlarla ilgili işlemler, hukukî değil hep idarî işlemler olagelmıştır. Bu dahi, hukuk sistemimizde başörtüsü yasağına bir temel bulunmadığının ispatıdır.<sup>58</sup>

Kamusal alan, herkes için ortak alandır. Özel mülkiyet dışındaki her yer kamusal alandır. Bu nedenle, kamusal alana başlarını örten kadınların girip girmeyeceğine

<sup>51</sup> Yetkin Özcan; "Kamusal özel Alan Tartışmaları", *Birikimler 1*, s. 204,

<sup>52</sup> Mustafa Aydın; "Bir Siyasal Mahremiyet Alanı Olarak 'Kamusal' ve Kılık Kıyafet Sorunu", *Umrans*, Ağustos, 2002.

<sup>53</sup> Levent Cantek; "Teorinin Cangılında Habermas'ın Yediveren Bereketi".

<sup>54</sup> Jürgen Habermas; *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*, s. 61.

<sup>55</sup> Ömer Çaha; "Sivil Çiçekler ya da İdeolojik Kamunun Çözülüşü".

<sup>56</sup> Seyla Benhabib; *Kamu Alanı Modelleri*, s. 241.

<sup>57</sup> Özlem Denli; "Din ve Vicdan Özgürlüğünün Kamusal İfadeleri ve Türkiye'de Başörtüsü Tartışmaları", *Sivil Toplum* (2003) (1) 2,

<sup>58</sup> Atilla Yayla; *Ahlâk, Hukuk ve Başörtüsü Yasağı*.

ilişkin bir tartışma dahi yapılamaz. Caddelerin, sokakların, kaldırımların dahi kamusal alan olduğu gerçeği böyle bir genelleme yapılmasını imkânsız hale getirmektedir.

Hayatı, kamusal ve özel alan olarak ikiye ayırmak mümkün değildir. Aksine düşünce yaşam alanının daraltılması anlamına gelmektedir. Kamunun bir araya gelip tartışma olanağı bulduğu her yer ve mekân kamusal alandır. Özel mülkiyet dışındaki yerler kamusal alan olduğundan, bu yorumla evden dışarı çıkarken başın açılması gerekmektedir.

Herkesin kendi varsayım ve korularına göre, başkalarının haklarını kısıtladığı bir ortamda, hukukun varlığından bahsedilemez. Konumu ve unvanı ne olursa olsun bir kamu görevlisinin, kamusal alanı belirleme, başörtülü bir kadının buraya giremeyeceğini söyleme hakkı yoktur. Temel hak ve özgürlükler kanunla dahi sınırlanamaz. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmayan sonradan kazanılmış hakların kısıtlanabilmesi ise, herkesin istediği gibi yorumladığı bir kavramla değil, Anayasa gereği açık kesin bir kanun hükmü ile kamu düzeni, genel ahlak, kamu sağlığı gibi sebepler gerekçe gösterilerek ve 3. kişileri korumak amacıyla yapılabilir. Bu noktada Anayasa veya yasalarda bir yasaklama öngörülmediği müddetçe, bireylerinin kıyafetlerine sınırlama getirilemez.

Türkiye’de bireylerin başörtülü olarak devlet kurumlarına girmelerini yasaklayan her hangi “genel” bir kural yoktur. Devletin insanlar tarafından ortak ihtiyaçların karşılanması ve hizmet için var olduğu, vatandaşlarının dillerine, düşüncelerine, kıyafetlerine göre farklı hizmet verilemeyeceği gerçeği göz ardı edildiğinde, hasta hastanede yatabilmek, kişi çocuğunu okula getirebilmek, hatta camiye gidebilmek için başını açmak

zorunda kalacaktır. Zira devlet memurunun görev yaptığı, kamu hizmeti verilen camiler de kamusal alandır.

Her kurumun başındaki yetkilinin, başörtülü vatandaşların nereye girip nereye giremeyeceğine karar vermesi, hukukilik değil keyfiliktir. Hukuk, keyfiliğe gerekçe olarak ileri sürebilecek bir bahane değildir. İnsan hakları hukukunda, somut hukuk normları yerine, değişik yorumlara açık, herkesin farklı anlamlandırdığı kavramlar konulursa, hukuk devletin varlığında bahsedilemez. Haklar, yazılı bir mevzuat hükmü olmadan, herkesin içini istediği gibi doldurduğu kavramlarla sınırlanamaz. Kamusal alan tanımlaması hiçbir şekilde hak kısıtlamasına gerekçe teşkil etmez. Başını örten kadınların kamusal alan gibi basit bahanelerle, toplum içinde var olmasının engellenmeye çalışılması, hakları kısıtlanan kişileri uluslararası yargı yollarına müracaat etmek zorunda bırakmıştır. Zira Türkiye’deki mahkemeler, sivil vatandaşların kütüphaneler alınmamasını, “Yüksek mahkeme ve mahkeme kararlarının kamusal alanda türban takılamayacağına ilişkin kararlarının uygulanmasını zorlaştıracağı gerekçesi ile” hukuka uygun bulan kararlar vermektedir.<sup>59</sup>

## **ULUSLARARASI MAHKEMELERE MÜRACAAT**

İç hukukta denenebilecek tüm yollar tükendiğinde, seneler süren yasağın artarak devam etmesine, eğitim görmelerine ve çalışmalarına izin verilmeyen bazı kadınlar, artık başka çareleri kalmadığından, başta zikredilen gü-

<sup>59</sup> İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 23.12.2003 tarih, 2002/1666 Esas, 2003/1613 Kararı, Danıştay Sekizinci Dairesi 07.02.2005 tarih, 2004/3421 Esas, 2005/460 karar sayılı “onama” kararı.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

venceleri sağlayan AİHM'e müracaat etmişlerdir.

Sonuçta mağduriyetlerin sürekli artmasına rağmen herhangi bir düzelme olmamakta, her gün başörtülü kadınların yaşama alanı daha fazla sınırlanmaktadır. Bu noktada kamusal alan olduğu iddiasıyla başörtülü bir sanığın duruşma salonundan çıkartılmasına kadar giden<sup>60</sup> hukuksuzlukları kabullenmektense, "kim ne derse desin yapılanın yanlış olduğunu sonuna kadar beyan etmek ve hak aramak adına" AİHM'e gidilmiştir.

Söz konusu uygulama, Sözleşmenin; Ek 1 Numaralı Protokolünün 2. Maddesinde yer alan "eğitim hakkının", 9. Maddesinde yer alan "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü"nün, 8. Maddede yer alan "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı" hakkının konusuna girmektedir. Ayrıca öğrencilerin çoğu son sınıfa geldiklerinde yasakla karşılaşmalarından ya da memurlar 10-15 senelik tazminat haklarını kaybettiklerinden, Ek-1 Nolu Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet hakları ihlal edilmektedir. Türkiye Sözleşmeyi imzalamak suretiyle, güvence altına aldığı bu hakları ülkesinde yaşayan kişilere sağlamak sorumluluğu yüklenmiştir.

Başörtüsü yasağı öğrenim hakkını, düşünce vicdan ve din özgürlüğünü, özel yaşam hakkını ihlal etmektedir.<sup>61</sup> Özellikle üniversitelerde uygulanan yasak abartılı olup açık bir ayrımcılık içermektedir.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> 07.11.2003 tarihli Net Haber, "Kamusal Alan Mahkemelere Sıçradı", **Yeni Dafak** gazetesi, "Başını Aç Öyle Gel".

<sup>61</sup> Human Rights Watch, İnsan Hakları İzleme Komitesi'nin Yükseköğretimde Akademik Özgürlük ve Başörtülü Öğrencilerin Yükseköğretime Kabul Edilmesi Konularında Türk Hükümetine Görüş Bildirgesi, 29/06/2004. <http://www.hrw.org/backgrounder/eca/-turkey/2004>

<sup>62</sup> **Amnesty International**, Ağustos 2005, "Turkey Memorandum on AI's recommendations to the government to

Din ve vicdan hürriyeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi ve Anayasanın 24. maddesi ile güvence altına alınan kişiye bağlı dokunulmaz bir haktır. Nasıl düşünce hürriyeti, aynı zamanda düşünceyi ifade etme özgürlüğünü beraberinde getiriyorsa ve bir bireye "Düşünebilirsin fakat özgürce ifade edemezsin", denemiyorsa, din ve vicdan hürriyeti de inanma ve inandığını uygulama hakkını da beraberinde getirir. İnandığı gibi yaşama yani ibadet özgürlüğü, din ve vicdan hürriyetinin kapsamındadır.

Devlete ait bir kurum olan Diyanet İşleri Başkanlığı değişik tarihlerde verdiği fetvalarda, başörtüsü takmanın din ve vicdan hürriyetinin tezahürü olduğunu beyan etmiştir. Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı "kadınların başörtülerini, saçlarını, başlarını, boyun ve gerdanlarını iyice örtecek şekilde yakalarının üzerine salmaları, dinimizin, Kitap, Sünnet ve İslam âlimlerinin ittifakı ile sabit olan kesin emirdir. Müslümanların bu emirlere uymaları dini bir vecibedir" ifadeleriyle bu durumu belirtmiştir.<sup>63</sup> Hukuka bağlı bir devlette, din hürriyeti ferdin hükümet veya diğer fertler tarafından, kanun yoluyla veya başka bir vasıta ile baskıya uğramaksızın; korkutma, yıldırıp sindirme politikasına mâruz bırakılmaksızın; dilediği ve beğendiği bir dinin akidelerine inanması ve bunları serbestçe benimsemesi; inandığı dinin ibadet ve dualarını o dinde yerleşmiş üslup, âdâp ve lisan üzere serbestçe icra edebilmesi; inandığı ve kabul ettiği din üzerindeki düşünce ve bilgilerini, sevgi ve hayranlıklarını, sözle veya yazıyla, serbestçe yayması ve başkalarına duyurması; Kabul etti-

address human rights violations" EUR 44/027/2005.

<sup>63</sup> 03.02.1993 ve 30.12.1980 tarihli, Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı'nın "Tettür" konulu fetvaları.



ği dinin ilahiyatını ve amel ahkâmını serbestçe tahsil edip öğrenmesi ve bunları başkalarına okutup öğrenmesi demektir.<sup>64</sup> Bu durumda başörtüsünün din ve vicdan hürriyeti bağlamında değerlendirilmesi gerektiği açıklık kazanmaktadır.

### **Yanlış Değerlendirmelere Dikkat**

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü inancın açığa vurulmasına bağlıdır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna göre, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alan 9. madde “içsel alanı” korumaktadır. Ayrıca din veya inancın, genel olarak tanınmış bir biçim altındaki pratik yanları olan tapınma gibi inanca sıkı sıkıya bağlı olan eylemleri korumakta<sup>65</sup> ve bu özgürlüğün bilinen bileşenlerini ve yine bireysel durumlara etkisini de dikkate almaktadır.<sup>66</sup>

Bu nedenle Sözleşmede yer alan haklarının ihlal edildiğini ve bu ihlali mazur gösterilebilecek bir neden olmadığını düşünen kadınlar AİHM’e başvurmuşlardır. Mahkemeye müracaat edildiğinde, başörtüsünün dini bir ibadet olup olmadığı tartışmaya açılmamış, dini değerlerin zedelenmesini gerektirecek herhangi bir konuma düşülmemiştir. Sadece başörtüsü yasağı ile Sözleşmede yer alan haklarının ihlal edildiği beyan edilmiştir. Burada önemli olan, AİHM ya da uluslararası kuruluşların bir amaç olarak değil, hakkı elde etmenin bir yolu olarak değerlendirilmesidir. Eğer hakkın varlığına ve bu hakkın ihlal edildiğine inanılıyorsa, adalet gidi-

lebilecek her yerde aranmalıdır. Sonuçta adalet evrenseldir. Kararı verecek olan hâkimlerin isminin Türk ya da yabancı olması arasında hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Yasak AİHM karar vermeden çok daha önce başlamıştır. Herhangi bir yargı kararının olmadığı durumlarda dahi keyfi yorumlarla gerekçelendirilmiştir. Halihazırda bu fiili yasak devam etmektedir. Yapılması gereken, 21. yüzyıl Türkiye’sine yakışmayan kıyafet ayrımcılığı yaratan yasağın bir an önce kaldırılması için çaba gösterilmesidir.

Bu nedenle gidilebilecek son noktaya kadar hak aranmaya devam edilmiştir. Sonuçta AİHM “sığınlacak bir liman”, hak arama sürecinde ‘yegane amaç’ ya da “adalet dilenilen” bir yer değildir. İhlal edilen hakları geri almak için denenebilecek olan, hukuken de denemesi gereken yollardan birisidir. Hakkı olan bir insan, kim-seden adalet dilenmez, çaresizlikten bir yerlere gitmez, sadece insan olma onurunun gereği hakkını geri ister. Aslında kişinin hakkını, gidebileceği her yer ve her makamda aramaması, başkalarının ona bu hakkı vermesi için beklediği anlamına gelir. Sonuçta Türkiye’de olduğu gibi AİHM’de de kişilerin dava açmaları en doğal haklarıdır.

Unutulmamalıdır ki insanlara “herhangi bir yere gitmeyin” demek kolaydır, fakat “nereye gidelim” sorusuna verilecek somut ve sonuç alacak bir önerilerinde olması gerekmektedir.<sup>67</sup> Bir mahkemeye gidilmemesi gerektiğini söylenebilmesi için, gidilebilecek makamın da açıklanması, somut bir çözüm önerisinde bulunulması gerekmektedir. Sadece Allah rızasını kazanmak amacıyla örttüğü başını açmadıkları için, son sınıftan okuldan atılan yada emekliliğine iki ay kala memuriyetten çıkartılan bir

<sup>64</sup> Ali Fuat Başgil; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Der.: Murat Yılmaz, s. 218.

<sup>65</sup> Komisyon, X kararı ve Birleşik Krallık, D. R. 6886/75, s. 10; Komisyon, Vereniging v. Hollanda, K. T. 13 Mayıs 1986, K. N. 11308/84, D. R. c. 46, s. 200

<sup>66</sup> Nuri Yaşar; s. 34.

<sup>67</sup> Yasin Şamlı.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

kişiye, dava açmamasını söylemek veya haklarını aradığı için, onu eleştirebilmek bu hak kaybını nasıl gidereceğini de söyleyebilmek gerekmektedir. Türkiye’de on bini aşkın insan okulundan ayrılmak zorunda kalmıştır. Öğrenci Seçme Sınavını kazanabilecek olan yüz binlerce insan daha baştan eğitimi bırakmaktadır. Üstelik Yükseköğretim Kurumu sırf öğrenciler peruklu fotoğraf vermesin diye fotoğraflarını kendisi çekmektedir. Beş bin devlet memuru bu nedenle işten atılmıştır, yüzlercesi hakkında ceza davası açılmıştır. Binlercesi baştan memur olmak için müracaat dahi edememiştir. Bu ülkede sadece okuyabilmek ya da geçimini temin edebilmek için depresyon geçirmek pahasına içleri kan ağlayarak başını açan, başının örtüsünü yastığının altına koyup uyuma ihtiyacı hisseden yada komik! bulduklarını bile bile peruk takmak zorunda kalan on binlerce insan bulunmaktadır.

Eğer tek bir kişi, bu insanların hakkını Türkiye’de yada uluslararası bir makamda aramaları gerektiğini düşünüyorsa ve tek bir kişi Leyla Şahin’i AIHM’e gittiği için eleştirme hakkını kendinde buluyorsa o zaman “onlara başlarını açmadıkları için feda ettikleri seneleri, feda ettikleri haklarını” geri verme gücünü de kendinde buluyor demektir.

AIHM her ne kadar ülkeler tarafından atanan ve çoğu diplomat kökenli olan hakimleri ve kararları nedeniyle siyasal bir platform olarak adlandırılrsa da, sonuçta mahkeme olarak adlandırılan ve yargı yetkisi verilen bir hak arama yeridir. Hak kutsal olduğu gibi, hakkı aramakta kutsal bir görevdir. İnsanlık onuru, hakkın ihlal edilmesi durumunda hakkın her yerde aranmasını gerektirmektedir.<sup>68</sup> Başörtüsüne özgürlük iste-

niyorsa bu mücadele her alanda ve her zeminde verilmelidir.

AIHM’e müracaat eden kişiler, adaleti aramakta ısrarcı olunmadan, başkalarının adil olmasını bekleme hakkına sahip olmadıklarını bilmektedirler. Başlarını açmadıkları ve bu ülkede yaşamaya devam ettikleri için, herkes gibi onurlu bir yaşamı hak ettikleri iddiasıyla uluslararası makamlara başvurmuşlardır.

### AIHM’İN LEYLA ŞAHİN- TÜRKİYE KARARI

AIHM önce 02.07.2002 tarihinde, biri başını örttüğü için okula alınmayan, diğeri disiplin cezası alan iki kız öğrenci ile ilgili olarak müdahalenin gerçekleştiğine ilişkin “kabul edilebilirlik” kararı vermiştir. (Şahin-Türkiye<sup>69</sup> ve Tekin-Türkiye) Bu kararlar ile Mahkeme, başörtüsü nedeniyle öğrencinin eğitiminin kısıtlanmasını Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmiştir. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, daha önce başörtülü fotoğrafıyla diploma almayan öğrencilere ilişkin olarak, “Kabul Edilmezlik” kararı vermektedir. (Karaduman-Türkiye<sup>70</sup> ve Akbulut-Türkiye)

Fakat Mahkeme duruşma gerçekleştirildiğinden bir buçuk sene sonra tesis ettiği kararında farklı bir sonuca varmıştır. 29 Haziran 2004 tarihinde, Leyla Şahin hakkında müdahalenin gerçekleştiğini fakat müdahalenin ‘demokratik bir toplumda kabul edilebilir’ olduğuna dair karar tesis etmiştir.<sup>71</sup> Eğitim hakkı ve özel yaşama

<sup>68</sup> Muharrem Balcı; “AIHM’e Başvuranları Eleştirenler Türk Yargısını mı Adres Gösteriyorlar”.

<sup>69</sup> 02.07.2002 tarihli 44774/98 Leyla Şahin-Türkiye kararı.

<sup>70</sup> Osman Doğru; İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C. 3, s. 349, Karaduman Şenay-Türkiye 16278/90, 03/05/1993.

<sup>71</sup> Leyla Şahin-Türkiye, 29.06.2004 tarih, 44774/98.

saygı hakkının hiç irdelenmediği karar oybirliği ile tesis edilmiştir. Mahkeme, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarına atıfta bulunmuştur. Laiklik ve eşitlik ilkeleri gereği başkalarının haklarını koruyabilmek amacıyla bu sonuca ulaştığını ifade ederken, çoğulculuk ilkesi ve kadın haklarına dayanmıştır.

Karara itiraz edilmiştir. 5 hakimlik bir panel, itirazın Büyük Dairede görülmesine karar vermiştir. Büyük Daire 10 Kasım 2005 tarihinde ise, Türkiye’deki üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle eğitim göremeyen Leyla Şahin’in karşılaştığı müdahalenin demokratik bir toplumda kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Büyük Daireye göre, üniversitede başörtüsü giyinme hakkının engellenmesi, dini inançlarını toplumda gösterme hakkına devletin bir müdahalesidir.<sup>72</sup> Mahkeme buna karşın, başörtüsü yasağının Türkiye’de laiklik ve eşitlik ilkeleri nedeniyle uygulandığını ve kamu düzeni ile üçüncü kişilerin haklarının bu müdahaleyi kabul edilebilir hale getirdiğini ifade etmiştir. Büyük Daire, laikliğin bireyi aşırı eğilimli gruplardan korumayı amaçladığını vurgulamıştır. Türkiye gibi toplumlarda ki aşırıların varlığı ve çoğunluğu Müslüman olan bir ülkede İslâmi bir kuralın yerine getirilmesinin yerine, getirmeyen kişiler üzerindeki etkisinin dikkate alınması gerekliliğinden söz etmiştir.

### **Kararın Mahkemenin Kendi Kuruluş İlkeleri ve İçtihatları**

<sup>72</sup> Leyla Şahin-Türkiye, 29/06/2004 tarih, 44774/98, Hakim Rozakis ve Hakim Vajic’in müşterek kanaati

### **Doğrultusunda Değerlendirilmesi<sup>73</sup>**

AİHM, İdarenin Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirirken başörtüsü gibi hassas bir konuda takdir yetkisinin olduğunu ifade ederken, ret yönündeki kararını da bu kabullere dayandırarak.

- Kurumların takdir hakkına saygı duyulduğunu, orantılılık ve hakkaniyet ilkeleri uygulanarak üniversite yetkililerinin kurallarını değiştirmeye kalkılmayacağını,
- Yargılama yetkisinin ikincil nitelikte olduğunu ve tek düze çözümler dayatılmayacağını,

söylemektedir.<sup>74</sup>

Bu noktada karar, AİHM’in Sözleşmedeki hakların ihlaline karşı bireysel mağduriyetleri ortadan kaldırma amacı ile çelişmektedir. Zira AİHM, “evrensel anlamda insan hakları ihlallerini önlemek ve yüksek bir demokrasi standardı oluşturmak”<sup>75</sup> hedefiyle kurulan bir yargı organıdır.

Mahkeme “başörtüsü yasağı Türkiye iç hukukunuza uygun olduğu için Türkiye’ye has bir uygulama olarak yasaklanabilir” tarzında bir karar vererek, Sözleşmede güvence altına alınan hakların ancak belli ülkelerde yaşayan insanlar için geçerli olduğunu, Türkiye gibi ülkelerinin kendine has(!) koşullarını gerekçe göstererek hakları kısıtlayabileceğini ima etmiştir. Bu noktada AİHM, kendi varlık nedenini hiçe saymıştır. Zira her ülkenin kendi özel koşullarını ve takdir haklarının varlığını gerekçe göstererek İnsan Hak-

<sup>73</sup> Kararla ilgili ayrıntılı bir hukuki değerlendirme için bkz.: Fatma Benli, “Üniversite Öğrencilerine Uygulanan Başörtüsü Yasağı İle İlgili AİHM’in Leyla Şahin Kararının Hukuki Değerlendirilmesi”.

<sup>74</sup> Tulkens Muhalefet şerhi (Leyla Şahin v. Türkiye) Paragraf 2.

<sup>75</sup> Vahap Çoşkun; **Zaman** gazetesi, 06.07.2004.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ları Avrupa Sözleşmesi (IHAS)'nde güvence altına alınan hakları kısıtlayabilmesi durumunda uluslararası bir yargı makamına gerek yoktur.

AİHM'in yetkililerin takdir yetkisi olduğu gerekçesi ile denetimden kaçınması, görevini yerine getirmekten de kaçınması anlamına gelmektedir. Mahkeme, Avrupa'da bu konuda bir konsensüsün oluşmamasını gerekçe göstererek bütün üye ülkelere örnek gösterebilecek bir hüküm vermekten özellikle kaçınmaktadır. Halbuki başörtüsüne karşın farklı uygulamaların gerçekleştiği Fransa'da dahi, sadece devlete ait ilk ve ortaöğretim kurumlarında benzeri bir yasak vardır. Avrupa'da başörtüsü takan öğrencilerin eğitim görebileceği özel ilkökul ve liseler bulunmaktadır. Üniversitelerde ise başörtüsü ile ilgili herhangi bir yasak mevcut değildir. Zira farklı görüşlere hayat hakkı tanımayan sistemlerin kendisini demokrasi olarak adlandırmasına imkan yoktur.

Kaldı ki yapılan anketlerde yer alan ve Türk halkının yaklaşık %80'nin yasağa karşı olduğunu gösterir sonuçlar, ulusal yetkililerin 'yerel ihtiyaç ve şartların değerlendirilmesinde' hataya düştüğünü ve Türkiye şartlarının başörtüsü yasağını haklı hale getirmedini ortaya koymaktadır.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Fatma Benli; "Başörtüsü Yasağının Anketler ve İnsan Hakları Kuruluşlarının Raporları Işığında Değerlendirilmesi" *Köprü* dergisi, S. 84, 2003.

Ayrıca bkz.: www.ak-der.com.tr Türkiye'de başı örtülü kadınlara karşı gerçekleştirilen uygulama ile ilgili Türk halkının ve değişik insan hakları kuruluşlarının bakış açısını göstermek üzere, değişik kurumlar tarafından yapılan sekiz adet anket ile üçü uluslararası olmak üzere altı farklı insan hakkı kuruluşunun, hak ihlallerine ilişkin raporlarının derlenmesi.

## Karar Gerekçelerindeki İfadelerin Değerlendirilmesi

Leyla Şahin, bireysel olarak uğradığı hak ihlaline karşı başvuruda bulunmuştur. Mahkeme ise Leyla Şahin ile ilgili somut olarak gerçekleşmeyen sebeplere dayanarak talebini reddetmiştir. Kararda Leyla Şahin özeli ve Türkiye'de başörtülü bayanlara ilişkin doğru olmayan tespitler yapıldığı gözlemlenmektedir.

Örneğin Büyük Daire kararın giriş kısmında şikayetleri özetlerken, Leyla Şahin'in diğer hususların yanı sıra "başörtülü olarak okula alınmaması nedeniyle inananlar ve inanmayanlar arasında ayrımcılık yapıldığını" ileri sürdüğünü beyan etmektedir. Leyla Şahin'e atfedilen ve doğru olmayan bu söz, tek başına kararın yazılmasındaki yönlendirmeyi göstermektedir. Leyla Şahin ya da avukatlarının böyle bir iddiası olmadığı gibi, başını örten hiçbir bayan, bu tarz bir ayırım yapma hakkını kendisinde görmemektedir. Nitekim kararı İngilizce aslından okuyanlar, uluslararası bir mahkemenin değil, Türk mahkemesinin kararını inceliyor izlenimine kapılmaktadırlar.

AİHM Leyla Şahin ve Türkiye'de başını örten bayanlar hakkında kendisine bildirilen 'başı açık öğrencileri olumsuz etkiledikleri, onların haklarını ihlal ettikleri' tarzındaki gerçek dışı söylemlere kayıtsız şartsız inanmayı seçmiştir. Kararında da Leyla Şahin hakkında ki yapay, subjektif ve her tarafa çekilebilen argümanları, yasağın haklılığının gerekçesi olarak sunmuştur. Bunun için Türk Anayasa Mahkemesi kararında yer alan genel ve Leyla Şahin'in özeli ile ilgisi olmayan hususlara dayanmıştır. İddiaların doğruluk derecesi ise araştırılmamıştır. Bu nedenlerle AİHM kararındaki genelleştirilmiş soyut ifadelerle, mah-

## Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve AİHM’in Bakış Açısı / F. Benli

kemenin incelediği olayın özellikleri uyuşmamaktadır.<sup>77</sup>

Mahkeme Türk yargı kararlarında yer alan; Türkiye’de baş örtülü kadınların, aynı mekanlarda bulunan başı açık kadınlara ‘dayatma’da bulunduğu iddiasını kabul etmiştir. Bu nedenle diğerlerinin haklarının korunduğu gerekçesi ile başörtüsü yasağını haklı bulmuştur. Bu iddianın Türkiye açısından hiçbir geçerliliğinin bulunmadığını, asıl ayrımcılığın aynı sınava kazandığı arkadaşı derse girerken kendisi kapıda bırakılan başı örtülü bayanlara karşı gerçekleştirildiğini göz ardı etmiştir.

AİHM, “zorunlu bir dini sorumluluk olarak algılanan dini sembolün (başörtüsünün) giyilmesini, giymemeyi seçen diğerleri üzerindeki (varsayılan, **soyut**) etkisinin düşünülmesi gerekliliğini<sup>78</sup> esas almıştır. Fakat hakkı olduğu bir hizmetten yoksun bırakılmasının Leyla Şahin’in üzerinde oluşturacağı **somut** etkiyi nazarı dikkate almamıştır. Muhalefet şerhini yazan Hakim Tulkens’in de beyan ettiği üzere;

Sözleşme ile garanti edilen bir hakkın engellenmesi, –yalnız endişeler ve korkular değil– meşruluğu şüphenin ötesinde olan tartışılmaz gerçekler ve nedenlerle gerekçelendirilmelidir. Mahkeme daha önceki kararlarında bir temel hakkın engellenmesi söz konusu olduğunda, sade doğrulamaların dahi yeterli olmayacağını: somut örneklerle desteklenmesi gerektiğini kendi beyan etmektedir.<sup>79</sup> Leyla Şahin açısından ise bu konuda somut bir delile gerek duymamıştır.

Mahkeme öğrencilerin üniversitelerde dini ibadetlerini yerine getirebildiklerini iddia etmiştir.

Leyla Şahin’in sadece dini inancı gereği başını örttüğü için okula alınmadığını, hatta bu nedenle Yükseköğretim Kurulunun şapka, bere ve peruk takılmasını yasakladığını göz ardı etmiştir.<sup>80</sup>

Mahkeme yapılan itirazları değerlendirirken “Eşitlik, çoğulculuk, kadın hakları yada laiklik” gibi kavramları Leyla Şahin aleyhine kullanmıştır. Gerçekte eşitlik, kadın hakları, laiklik gibi kavramlar kıyafet nedeni ile bir ayrımcılık gerekçesi yapılmamalıdır. Kararda, başını örtmeyen bayanların ihlal edilmesi muhtemel haklarının korunması gerektiği ima edilmiştir. Leyla Şahin’in haklarının fiilen ihlal edildiği önemsememiştir.

Mahkeme ilkesi gereği Türkiye’de başörtüsü yasağının uygulandığını, çoğunluğu Müslüman olan ülkelerde diğerlerinin haklarının korunması gerektiğini ifade etmektedir. Laiklik ilkesi gereği, kimseye başını açma yada örtme noktasında zorlama yapılmaması gerekmektedir. Mahkeme ise, bütün dini inançlara aynı mesafede olması gereken bir devletin, Leyla Şahin’in dini ibadetini yerine getirmesi yada getirmemesi ile ilgilenmemesi gerektiğini önemsememiştir.

Sonuçta Leyla Şahin laik bir eğitim sisteminde beş sene başörtülü olarak eğitim görmüştür. Zira Türkiye’de laikliğin devletin temel ilkelerinden olması, üniversite öğrencilerinin başlarını örtmelerini yasaklamayı gerektirmemektedir. Zira laiklik, devletin tüm inançlara eşit mesafede bulunması ile sağlanabilir, çoğunluğun dini görevlerini yerine getirmesini engellemekle sağlanmaz.

Mahkeme laik okula kaydolmayı seçen öğrencilerin o okulun kullarına da uyması gerektiğini ifade

<sup>77</sup> Mustafa Erdoğan; 01.07.2004, www.liberal-dt.org.tr.

<sup>78</sup> Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf 115.

<sup>79</sup> Smith ve Grady v. The United Kingdom, 27.09.1999 Kararı, § 89.

<sup>80</sup> Yükseköğretim Kurulu’nun 27/03/2002 tarih, B.30.2. MAR.0.00.00.01/2959 sayılı yazısı.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

etmiştir. Fakat Leyla Şahin okula kayıt olduğu tarihte öğrenci kıyafetlerine müdahale edilmesini gerektiren kurallar olmadığı gerçeğini önemsememiştir. Başörtüsü yasağının Leyla Şahin'in eğitim hakkının özüne zarar vermediğini iddia etmiştir. Fakat Türkiye'de eğitim birliği olduğunu, başörtülü öğrencilerin alternatiflerinin bulunmadığını, ülke içinde herhangi bir yerde eğitim göremeyeceklerini ve Leyla Şahin'in Avrupa'da mezun olmasının dahi diplomasının Türkiye'de tanınmaması nedeniyle pratikte bir etkisinin olmadığı göz ardı etmiştir.

Mahkeme Rektörlerinin düzenleme yetkisinin varlığından bahsetmiş, yargı kararlarını ve genelgeleri yasağın hukukiliği için yeterli görmüştür. Ancak serbesti öngören yasa maddesini ya da Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu yerine geçemeyeceğine ilişkin Anayasa maddesini ise dikkate almamıştır.

AİHM; başörtüsü yasağının meşru bir temeli olduğu görüşünü kabul etmiş, fakat meşruiyetin, uygulanan kamu politikalarına ilişkin halkın rızası olmadığını, yapılan tüm araştırmaların halkın çok büyük bir çoğunluğunun üniversite öğrencilerine uygulanan başörtüsü yasağına karşı olduğunu gösterdiğini<sup>81</sup> önemsememiştir. Mahkeme, başörtüsünün siyasi olarak değerlendirildiğini beyan etmiştir. Sadece Türkiye'de değil, Dünyanın pek çok ülkesinde başını örten milyonlarca kadın bulunmaktadır. Bu kadınların hepsinin siyasi simge olarak değerlendirilmesinin ülke koşulları gerekçe gösterilerek en temel haklarından yoksun bırakılması söz konusu olamayacağı önemsenmemiştir.

## Leyla Şahin Kararının Sonuçları

Büyük Daire'nin, Avrupa ve ABD hukuk çevrelerince eleştirilen 4. Dairenin kararını yinemesi, öncelikle kendi adalet anlayışını tartışılır hale getirmiştir. Zira karar gerekçelerindeki ifadeler, Türkiye'deki somut gerçeklerle çelişmektedir. Karar, adalet duygusunu zedelemekte ve AİHM'e duyulan güveni sarsmaktadır. Zira AİHM Leyla Şahin kararında insan hakları gibi temel bir konuda dahi ülkelere göre farklı standartlar oluşturulabileceğini, korkular, şüpheler ve önyargılarla hareket edilebileceğini, ileride ihlal edilmesi muhtemel haklar gerekçe gösterilerek somut hakların ihlaline göz yumulabileceğini ortaya konmuştur.

Mahkemenin siyasi yapısının varlığı ve ülkelerin tavsiye ettiği hâkimlerin mahkemede görev yapması, ülke aleyhine yapılan her müracaatta o ülke hâkiminin yer almasının mahkemenin tarafsızlığını zedelediği zaten beyan edilmiştir. Fakat gerekçe ne olursa olsun Leyla Şahin kararı, hiçbir şekilde hukuken açıklanamayacak olan ve Sözleşme'nin amacına ve Mahkeme'nin varoluş sebebine aykırı bir karardır. Bu karar, mahkemenin kendi kendini inkâr ve meşruiyet temellerini sabote etmiştir. Mahkeme, başörtüsü ile ilgili kararını tamamen Türk hukukuna ve mahkemelerin yorumlarına dayandırmıştır. Olayın Sözleşme'ye uygunluğunu ise denetlemekten kaçmıştır.

Halbuki insan hakları yaşanması gereken bir olgudur ve önemli olan yasal metinlerde yer alması değil uygulanmasıdır. Demokratik sistemlerde halkın soyut haklardan ziyade, somut ve uygulanabilir haklara sahip olması gerekir. Bireylerin hakları varsa, bunları kullanabilmelidir. Soyut değerlendirmeler,

<sup>81</sup> Fatma Benli; www.akder.com.tr, "Anketler ve İnsan Hakları Kuruluşlarının Raporları Işığında Başörtüsü Yasağının Değerlendirilmesi".

## Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve AİHM’in Bakış Açısı / F. Benli

kişisel yorumlar somut bir hak ihlalinin gerekçesi olmamalıdır.

Başın örtülmesi, dini bir gerekliliktir. Başkalarının başörtüsünü simge olarak algılamaları, kadınların başlarını dinlerini göstermek için değil, (Türkiye şartlarında bunun gerekmediği herkesin malumudur), Allah’ın böyle emrettiğine inandıkları için örtükleri gerçeğini, değiştirmemektedir.

Yasak başlamadan önce son sınıfa kadar aynı şekilde eğitim görmüş bir öğrencinin okulun kütüphanesine dahi alınmaz hale gelmesi, kıyafeti nedeniyle bir hastanın tedavi edilmemesi, sanığa başını örttüğü için savunma hakkı tanınmaması, on beş sene çalışmış bir memurun bir daha alınmamak üzere devlet memurluğundan çıkartılması, bir kadının başını örttüğünde fiilen diğer haklarından vazgeçmiş kabul edilmesi; AİHM’in Leyla Şahin kararında yaptığı gibi, “diğerlerinin hak ve özgürlüklerin korunması, sivil asayişsizlikten sakınma, kamu düzenini talepleri, çoğulculuk ve talepler arasında adil bir denge” söylemleriyle açıklanamaz ve söz konusu müdahalenin meşru bir sebebi olduğu kabul edilemez.

### **Leyla Şahin Kararının Fiili Başörtüsü Yasağına Etkisi**

Şahin kararını, AİHM’in yasağın kalkmasını istemediği şeklinde değerlendirmek mümkün değildir. Şahin davasında mahkeme, vaki müdahaleyi kabul edilebilir hale getiren bazı şartların yerine geldiğine hükmetmiş, ancak ‘Başörtüsünü sürekli yasaklayın’ gibi bir karar vermemiştir. Zaten mahkemenin böyle bir yetkisi yoktur. AİHM’in insan hakları felsefesini, “ne kadar az istisna olursa o kadar iyi” olarak belirtmek mümkündür. Zira bu durum, “ne kadar az

istisna varsa, hürriyetler o kadar genişdir” anlamına gelmektedir. İstisnalara tahammül edilir; ama hiçbir zaman tavsiye edilmez ve desteklenmezler.<sup>82</sup>

AİHM Leyla Şahin kararında,

“idarenin iç düzenlemelerine müdahale edecek şekilde hakkaniyet ve orantılılık ilkesini uygulamayacağını”

açıklamıştır. Mahkeme, İdarenin takdir yetkisine karışmayacağını belirterek konuyu Türkiye’nin inisiyatifine bırakmıştır. Bu noktada ulusal makamların her zaman için fiili yasağı kaldırma, yasa ya da Anayasa’da değişiklik yapma imkanı bulunmaktadır. Bu durumda, AİHM ya da uluslararası kuruluşlar, doğal olarak “neden yasak koymuyorsunuz” sorusunu soramayacaktır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Leyla Şahin kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’ni ihlal ettiğini ifade eden, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Profesörü Kevin Boyle,

- Mahkeme’nin yasağın doğru olduğunu söylemediğini,
- temelde söylediğinin, bu kararın Türkiye’ye ait olduğunu,
- yani, değişkenler farklı olsaydı ve başörtüsü yasağı kaldırılıysaydı, birisi de yasağın kaldırılmasının laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Mahkeme’ye başvursaydı, Mahkeme meselenin Türkiye’nin çözmesi gereken bir sorun olduğu kanaati ile bu başvuruyu da reddedeceğini,
- Mahkemenin işin özüne ilişkin herhangi bir karar vermediğini,
- Türkiye’nin özel şartları ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde değerlendirdiğini,
- kararın Türkiye mahkemeleri, Türk halkı ve Türk hükümeti ta-

<sup>82</sup> Belçika Stasi Komisyonu: “Başörtüsü Yasaklanamaz”, 17.05.2005 tarihli *Zaman* gazetesi, “Dünya Türbana Çözüm Arıyor”.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

rafından verilmesi gerektiğini kaydettiğini,

- kendisinin de hemfikir olduğu Hakim Tulkens'in ise bu yaklaşımı tenkit ettiğini ve,
- Mahkeme'nin öncelikle Şahin'in dinî hürriyet ve eğitim hakkını koruması gerektiğini; zira devletin (Türkiye Cumhuriyeti) bu haklara müdahale etmek için yeterli kadar güçlü gerekçeler ortaya koyamadığını vurguladığını<sup>83</sup>

ifade etmiştir.

Bu noktada Mahkemenin, söz konusu müdahaleyi haklılaştıran "sözde bazı şartların" yerine geldiğine hükmetmesinden, 'başörtüsünü sürekli yasaklanması gerektiği' anlamı çıkartılamaz.<sup>84</sup>

Mahkemenin ihlal kararları sonrası gerekli yasalar ve Anayasal düzenlemeler şüphesiz yapılmalıdır. Mahkemenin ihlal sonucuna varmaması ise, devletin herhangi bir girişimde bulunmaması halinde ihlale yol açılmayacağı anlamına gelmektedir. Ancak bu durum şikayetçinin taleplerine uygun bir düzenleme yapılmasının Sözleşmenin ihlalini oluşturacağı anlamına da gelmez<sup>85</sup>. Şahin kararında ise bir ihlal değil, Sözleşmeye uygunluk kararı bulunmaktadır. Mahkemenin öngördüğünden de geniş bir özgürlük çerçevesi çizmek, her ülkenin kamuoyunun takdirindedir.

Sonuçta 21. yüzyılda insanların kıyafetleri nedeniyle haklarının kısıtlanması, insan haklarına aykırıdır. Bu ihlali haklı hale getirebilecek meşru hiçbir neden bulunmamaktadır. Kadınların başlarını örtmeleri, diğer vatandaşlar-

dan daha az haklara sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Başörtüsü yasağı fiili bir yasaktır ve kanunlarda bir değişiklik yapılmadan fiili olarak başlamıştır.

Halbuki İHAS da, dahil olmak üzere hiçbir uluslararası sözleşmenin, kişilerin giyim kuşamlarını düzenlemesi düşünülemez.<sup>86</sup> Kadınların kıyafetlerine göre sınırlamaya tabi tutulması, eğitim haklarını, düşünce özgürlüklerini ve mahremiyetlerini ihlal eden bir ayrımcılıktır.<sup>87</sup>

Anayasa hukukçusu Prof. Dr. Mustafa Erdoğan da,

"Üniversitelerde kılık kıyafete ilişkin başörtüsüyle ilgili herhangi bir yasak söz konusu değil. Bu yasak, fiili bir durum zaten. Dolayısıyla Anayasayı değiştirmeye gerek yok... Özgürlüklerimizi meşrulaştırmak için kanun ya da Anayasaya muhtaç değiliz. Parlemtentunun elinde olan bu sorunun çözümü, hukuki değil politiktir. Mahkeme kararı sonrası, artık bu konu konuşulamaz, bu yasak ortadan kaldırılamaz diye bir durum söz konusu değildir."<sup>88</sup>

ifadeleri ile konuya açıklık getirmiştir.

## SONUÇ VE GENEL DEĞERLENDİRME

Human Rights Watch'ın da pek çok saygın insan hakları kuruluşu gibi ifade ettiği üzere, "AİHM, Türkiye'de temel özgürlüklerin genişletilmesinde güçlü bir unsur olabilecekken, Leyla Şahin davasındaki tutumuyla inanç, düşünce

<sup>83</sup> Kevin Boyle; "Leyla Şahin Kararı, AİHS'ye Aykırı", *Zaman* gazetesi, 24.11.2005.

<sup>84</sup> Necdet Pakdil; Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Kurallarına Etkisi,

<sup>85</sup> Kerem Altıparmak-Onur Karahanoğulları; Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin-Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun, AİHM Leyla Şahin Türkiye davası.

<sup>86</sup> Necdet Pakdil; *Hukuk ve Demokrasi Kurumu*.

<sup>87</sup> Levent Korkut; *Zaman* gazetesi, 03.07.2004.

<sup>88</sup> Mustafa Erdoğan; <http://www.network54.com/Forum-353569/thread/1132075580/last-1132144402/T%-DCR-BAN+YA-SA%D0INA+%C7%D6Z%DCM++-HALKIM+MECL%DDS'%DDNDE>

## Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve AİHM’in Bakış Açısı / F. Benli

özgürlüğü ve ayrımcılığa karşı önemli bir fırsatı kaçırmıştır<sup>89</sup> Üstelik AİHM kararı, kültürel ırkçılığın önünü açmıştır.<sup>90</sup> Fakat sonuçta sorun Türkiye’de devam etmektedir.

AİHM, yerel makamların takdir hakkına karışmayacağını beyan ettiğinden, artık kangren haline gelen bu sorunun çözümü, Türkiye’nin kendisine kalmıştır. Bundan sonra yapılması gereken başörtülü kadınlara yönelik olarak gerçekleştirilen kıyafet ayrımcılığını, Türkiye’nin kendi bünyesinde çözmesi için somut adımlar atılmasıdır. Konunun sona ermesi, yasağın her alanda kalkmasına ve insanların serbestçe haklarını kullanabilmelerine bağlıdır. İnsani sorumluluğa sahip herkesin üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmesi halinde bu varsayım ve önyargıların ortadan kalkması mümkündür. Artık yüz binlerce kadının eğitimsiz kalması ve çalışarak geçimlerini temin edememeleri ile sonuçlanan, üniversiteler ile kamu kurumlarında başörtüsünün yasaklanması uygulamasına son verilerek konu gündemden çıkartılmalıdır.

Sonuçta Türkiye’de halkın “başörtüsü sorunu yoktur. Başörtüsü yasağı sorunu vardır”, yasak başladığında sorunlar başlamıştır. “Konu kapanmıştır” demek, sadece toplumsal bir gerçeği göz ardı etmektir. Son noktanın konması ve olayın kapanması, ancak bu keyfi yasağın bitirilmesi halinde mümkün olacaktır.

### Kaynakça

<sup>89</sup> Human Rights Watch, Turkey: Headscarf Ruling Denies Women Education and Career (Başörtüsü Kuralları Kadınların Eğitim ve Çalışma Hakkını İnkâr Ediyor, (New York, 16.11.2005) <http://www.hrw.org/english/docs/2005/11/16/turkey12038.htm>

<sup>90</sup> Levent Korkut; “Karar Kültürel İrkçılığın Önünü Açtı”, [www.akra.com](http://www.akra.com)

AKDER, “Başörtüsü ile İlgili Aykırılıkta Sınır Yok”, İstanbul 2005.

**Akit** gazetesi, “Başörtülü Vatandaş Kütüphane de Kapalı”, 12.04.2002.

**Akit** gazetesi, “Hâkime Örtü Sürgünü”, 20.10.1999.

**Akit** gazetesi, “Yobazlığın Belgesi”, 27.11.2000.

Ali Bulaç; “AİHM ve Başörtüsü”, **Umran** dergisi, Sayı. 129, Mayıs 2005.

Ali Fuat Başgil; **Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış**, Der.: Murat Yılmaz, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2005,.

Amnesty International (Ulusallararası Af Örgütü), Ağustos 2005, “Turkey Memorandum on AI’s recommendations to the government to address human rights violations” EUR 44/027/2005, [www.amnety.org](http://www.amnety.org)

Anayasa Mahkemesi 09/04/1991 tarihli kararı (AYMKD., Sayı. 27)

Atilla Yayla; “Ahlâk, Hukuk ve Başörtüsü Yasağı”, [www.liberal-dt.org.tr](http://www.liberal-dt.org.tr)

Beşir Atalay; “Eğitim ve Öğrenim Görme Hakkı”, **Yeni Türkiye**, Sayı, 98/22.

BM İnsan Hakları Kurulu, “Genel Değerlendirme” 22 - *Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti*”, (Md. 18), 30.06.1993, belge no: CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4.

BM İnsan Hakları Kurulu, 20.06.1993, “Malaysiakini”, 20 Temmuz 2004, Malezya.

CNN Türk, “Danıştay: Eşi Türbanlı Öğretmen Yurt Dışında Çalışamaz”.

Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı’nın 03.02.1993 ve 30.12.1980 tarihli, “Tesettür” konulu fetvaları.

Fatma Benli, “Başörtüsü ile İlgili Aykırılıkta Sınır Yok”, AKDER, İstanbul 2005.

Fatma Benli, “Başörtüsü Yasağının Anketler ve İnsan Hakları Kuruluşlarının Raporları Işığında Değerlendirilmesi” **Köprü** dergisi, Sayı 84, 2003. [www.ak-der.com.tr](http://www.ak-der.com.tr)

Fatma Benli; “Başörtüsü Yasağının Anketler ve İnsan Hakları Raporları

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- Işığında Değerlendirilmesi" Rapor, [www.ak-der.com.tr](http://www.ak-der.com.tr)
- Fatma Benli; "Üniversite Öğrencilerine Uygulanan Başörtüsü Yasağı İle İlgili AİHM'in Leyla Şahin Kararının Hukuki Değerlendirilmesi", [www.ak-der.com.tr](http://www.ak-der.com.tr)
- Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara 1996.
- Human Rights Watch, İnsan Hakları İzleme Komitesi'nin, "Yükseköğretimde Akademik Özgürlük Ve Başörtülü Öğrencilerin Yükseköğretime Kabul Edilmesi Konularında Türk Hükümetine Görüş Bildirgesi", 29/06/2004, <http://www.hrw.org/backgrounder/eca/turkey/2004>
- Human Rights Watch, Turkey: Headscarf Ruling Denies Women Education and Career (Başörtüsü Kuralları Kadınların Eğitim ve Çalışma Hakkını İnkâr Ediyor), (New York, 16/kasım 2005) <http://www.hrw.org/english/docs/2005/11/16/turkey12038.htm>
- İbrahim Kaboğlu; **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, Afa Yayınları, İstanbul 1993,
- Jurgen Habermas; **Kamusalın Yapısal Dönüşümü**, çev.: Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul: 2000.
- Kerem Altıparmak-Onur Karahanoğulları; "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun, AİHM Leyla Şahin Türkiye Davası", **HUDER Hukuki Araştırmalar** dergisi, Ankara: 2005, s. 193.
- Kevin Boyle: "Leyla Şahin Kararı AİHS'ye Aykırı" **Zaman** gazetesi, 24.11.2005, [www.zaman.com.tr](http://www.zaman.com.tr), Haber Feneri.
- Levent Cantek; "Teorinin Çağında Habermas'ın Yediveren Bereketi", [www.ilet.gazi.edu.tr/cantek/habermas.html](http://www.ilet.gazi.edu.tr/cantek/habermas.html)
- Levent Korkut; "Karar Kültürel İrkçiliğin Önünü Açtı", [www.akra.com](http://www.akra.com)
- Milliyet** gazetesi, "Bir İletişim Skandalı", 16.10.2003.
- Milliyet** gazetesi, "Türkiye'nin Üç Sorunu, "Değerlendirmeler", 31.05.2003
- Muharrem Balcı; "AİHM'e Başvuranları Eleştirenler Türk Yargısını mı Adres Gösteriyorlar", **Haksöz** dergisi, Aralık 2005, Sayı: 177.
- Muharrem Balcı; **Eğitim Ve Öğretimde Haklar Ve Yükümlülükler**, İstanbul: 1998.
- Mustafa Aydın; "Bir Siyasal Mahremiyet Alanı Olarak 'Kamusal' ve Kılık Kıyafet Sorunu", **Umran** dergisi, Sayı: 77, Ağustos, 2002
- Mustafa Erdoğan; 01.07.2004, [www.liberal-dt.org.tr](http://www.liberal-dt.org.tr).
- Mustafa Şentop; "Üniversitelerde Başörtüsü Sorunu", **Hukuk Dünyası** dergisi, Kasım 1997.
- Necdet Pakdil; "Hukuk ve Demokrasi Dergisi", Hukuk ve Demokrasi Kurumu, Yıl 1, Sayı: 10, Ankara 2005,.
- NTV, "Türban Vizesi Veren Hâkimlerin İşine Son", 09.06.2000.
- Nuri Yaşar; "İnsan Hakları Avrupa İsteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı Ve Özgürlüğü", İstanbul: 2000.
- Osman Dogru; **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, C. 3, İstanbul: 2000, İstanbul Barosu Yayınları, Karaduman Şenay v. Türkiye, 16278/90, 03.05.1993.
- Osman Doğru; **İnsan Hakları Kararları Derlemesi**, Cilt 2, İstanbul 1998, İstanbul Barosu Yayınları, INCAL/Türkiye Kararı No: 933, Tarih: 09.06.1998.
- Ömer Çaha; "Sivil Çiçekler ya da İdeolojik Kamunun Çözülüşü", **Doğu-Batı**, Sayı 5, İstanbul: 1998.
- Özlem Denli; "Din ve Vicdan Özgürlüğünün Kamusal İfadeleri ve Türkiye'de Başörtüsü Tartışmaları", **Sivil Toplum**, (2003) (1) 2,
- Radikal** gazetesi, "Adalette Türban Sürprizi", 12.12.1998.
- Radikal** gazetesi, "Kamusal Alan Mahkemelere Sıçradı", 07.11.2003.
- Salbiah Ahmed, "AİHM'in Başörtüsü Kararı, Din Ayrımcılığını Körüklüyor" 29.08.2004.
- Salih Efe, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Eğitim Hakkı" isimli ma-

**Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve AİHM’in Bakış Açısı / F. Benli**

- kale, <http://www.hukukcularder.org/makaleler/salihefe.htm>
- Seyla Benhabib; "Kamu Alanı Modelleri", Cogito, Sayı 8, YKY, İstanbul 1996.
- Vahap Çoşkun, **Zaman** gazetesi, 06.07.2004.
- Vakit** gazetesi, "Kararda Asker Gölgesi", 10.02.2006
- Yasin Şamlı; "Hakkı Gözetmeyen Adaleti Sağlamayan Bir Kara", **Haksöz** dergisi, Sayı: 65.
- Yeni Şafak** gazetesi, "71 Yaşındaki Hastaya Başını Aç İşkencesi" 21.06.2002.
- Yeni Şafak** gazetesi, "Başını Aç Öyle Gel", 07.11.2003.
- Yeni Şafak** gazetesi, "Örtülüye Tedavi Yasak", 22.06.2004.
- Yeni Şafak** gazetesi, "Sezer'in Sınır Aşan Başörtüsü Yasağı", 07.01.2006.
- Yetkin Özcan; "Kamusal özel Alan Tartışmaları", **Birikimler I**, İstanbul 2003.
- Yusuf Akça; **Yükseköğretim Kurulu Ve İstanbul Üniversitesi**, C. 1, İstanbul Üniversitesi Basımevi.
- Zaman** gazetesi, "Başörtülü Annesini Arabaya Aldı Üniversitedeki Görevinden Oldu", 21.10.2003.
- Zaman** gazetesi, "Başörtülü Muhabirler Kadir Has Üniversitesi'ne Alınmadı", 16.03.2005.
- Zaman** gazetesi, "Dünya Türbana çözüm arıyor" Belçika Stasi Komisyonu: "Başörtüsü Yasaklanamaz", 17.05.2005.
- Zaman** gazetesi, "Eski Başörtülü Öğrencilerin Başörtülü Fotoğrafı Yıllıktan Çıkarıldı" 05.12.2005.
- Zaman** gazetesi, "Eşinin Ödül Törenine Alınmayan Ayşe Teyze Bahçeden de Kovuldu", 06.04.2005.
- Zaman** gazetesi, "Hasta da Olsan Başörtülüysen Bu Hastaneye Giremezsin", 05.05.2002.
- Zaman** gazetesi, "HRW: Danıştay'ın Kararı Endişe Verici", 10.02.2006.
- Zaman** gazetesi, DYP Başkanı Mehmet Açar, "Başörtüleri Kazansak Fena mı Olur", 01.10.2004.



# **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Kadınlara İlişkin Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Kadın Kuruluşlarının Yasalaşma Sürecine Etkileri**

Av. Fatma BENLÝ



## **GİRİŞ**

2005 yılı Haziran ayında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu, zina gibi suni bir tartışmanın gölgesi altında pek çok hükmü özel bir inceleme ve değerlendirmeye tabi tutulamadan Meclisten geçti. Fakat tasarı henüz yasalaşmadan yapılan eleştiriler, tasarının Meclis Alt Komisyonuna gönderilmesine neden olmuştu. Kadın hakları ile ilgilenen kuruluşların yaptığı çalışmaların dikkate alınması sonucu gerçekleştirilen değişiklikler, ceza yasasındaki kadınlarla ilgili pek çok maddenin düzeltilmesi ile sonuçlandı.

Bu çalışmada, 345 maddeden oluşan Türk Ceza Yasasının kadınlarla ilgili hükümleri hakkında bilgi verilirken, sivil toplum kuruluşlarının, kendileri ile ilgili konularda yaptıkları çalışmaların etkisi ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu nedenle Türk Ceza Kanununun kadınlarla ilgili maddelerinin değerlendirilmesi, olabildiğince önceki yasa ve tasarıdaki farklılıkları incelenerek ve hükümlerin değişmesi için kadın dernekleri tarafından yapılan çalışmaların etkileri dikkate alınarak gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

TBMM tarafından kabul edilen yasa, aslında yakın zamanda vefat eden Ordinaryüs Profesör Sulhi Dönmezer'in on sekiz sene önce hazırlamaya başladığı "ceza yasası taslağının" Avrupa Birliği ile uyum çerçevesinde kabulünden ibarettir. Henüz 4. maddesinde tanımlar yapılırken "bu deyim kızları da kapsar" ifadesine yer vererek kadını ayrıca tanımlama ihtiyacı hisseden taslakta, kadına karşı işlenen suçlar; kişilere karşı işlenen suçlardan çok daha sonraki bir bölümde "Topluma Karşı Suçlar" kapsamında "Cinsel Bütünlüğe Ve Edep Tôresine Karşı İşlenen Suçlar" başlığı altında yer almaktaydı.

On beş yaşından küçük çocukların ırza geçmeye rızasından bahseden ve mağdurun sanık olabileceğini ifade eden taslakta, çok ciddi sıkıntılara yol açacak maddeler bulunmaktaydı. Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü'nün, Baroların Kadın Merkezlerinin ve farklı kadın kuruluşlarının yasanın kadınlarla ilgili maddelerinin değiştirilmesi hususunda çok ciddi çalışmaları oldu. Yapılan çalışmalar sonuç verdi ve büyük kısmı bir kadın bakanın, Aysel Çelikel'in Adalet Bakanı olduğu dönemde dahi değiştirilmeyen hükümler, Meclis alt komisyonundaki milletvekilleri ve



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

görevli öğretim görevlileri tarafından düzeltildi. Öncelikle toplumun ve ailenin vazgeçilmez ögesi bulunan kadının, önce birey olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle yapılan itirazlar kabul edildi. Yasadaki kadın-kız ayrımı kaldırıldı ve kadına karşı işlenen suçlar "kişilere karşı işlenen suçlar" olarak olması gereken yerini aldı. Diğer eleştirilerin de kabul görmesi üzerine, aşağıda bir önceki yasa ve tasarıyla karşılaştırarak ifade etmeye çalışacağım maddelerde değişiklik yapıldı.

### ADALET VE KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK

Türk Ceza Kanununa ayrımcılıkla ilgili bir hüküm eklenmiştir. Yeni Türk Ceza Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasında, "Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamayacağı ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamayacağı" belirtilmiştir. 122. maddede, "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engellemek veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlamak, besin maddelerini vermeme veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek" altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasını gerektiren bir suç olarak belirlenmiştir.

### CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

Yeni Ceza Yasasında kadına karşı gerçekleştirilen suçlar, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, 102. maddede "cinsel saldırı" şeklinde tanımlanmış ve vücuda organ ya da sair bir cisim sokulmak suretiyle gerçekleşeceği beyan edilmiştir. Zaten mağdur olan kadını, yargılanma esnasında daha fazla rencide eden "zorla ırza geçme, ırza tasaddi" şeklindeki ifadeler kaldırılmış ve "cinsel saldırı ve cinsel taciz" tanımlarına yer verilmiştir.

### Çocukların Cinsel İstismarı

Çocuklar için 103 ve 104. maddeler düzenlenmiş ve cinsel saldırı ile cinsel taciz suçunun karşılığı olan cezalar ağırlaştırılmıştır. Tasarıda, 1926 tarihli yasadan dahi farklı (geride) olarak "on beş yaşın altındaki çocukların ırza geçmeye rızası olabileceği" öngörülmekteydi. Tasarının 316. maddesinin başlığı "Küçüklerin ve çocukların rızası ile ırza geçilmesi" ifadesini taşımaktaydı. Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde çocukların cinsellik yaşını sınırlanmadığından, 15 yaşından küçüklerin ırza geçme suçunda rızasının olabileceği kabul edilmişti. Tasarıda yer alan ırza geçme ve ırza tasaddiye ilişkin maddelerde, suç sebebiyet veren mağdurun aynı suçun sanığı olabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. Alt sınır bulunmadığından, örneğin 14 yaşındaki bir çocuğun bu fiile rızasının var olduğu beyan edilerek, çok daha hafif bir cezanın verilmesi, ayrıca suça sebebiyet veren çocuğun da yargılanması mümkündü. Çocuğun yaşı itibarı ile hukuken geçerli bir rızasının ola-

## Yeni TCK'nın Kadınlara İlişkin Maddelerinin Değerlendirilmesi / F. Benli

mayacağına, bu şekilde bir maddenin geçmesinin "hukuki anlamda cinayet olacağına" ilişkin görüşler kabul görmüş ve tasarıdaki bu maddeler kaldırılmıştır. Suça sebebiyet veren kişinin de yargılanacağına ilişkin hükümler de artık, yasada yer almamaktadır. Yeni yasada 15 yaşın altındaki çocukların rızası söz konusu değildir. Ayrıca çocuklara karşı cebir, tehdit, hile kullanılması ya da bakım gözetim yükümlülüğü altındaki kişinin bu suçu işlemesi halinde ceza ağırlaştırılacaktır.

Bu noktada 15 yaşından küçük bir çocuğun olası rızasından bahseden, mağdurun yargılanabileceğini beyan eden bir tasarıda yapılan değişikliğin olumlanması gerekmektedir. Fakat bir önceki Ceza Yasasındaki hükümleri tekrar eden 104. maddeyi de hukuken doğru bulmak mümkün değildir. Şu anki düzenlemede cinsel beraberlik yaşınının 18 olması, başka sakıncalara sebebiyet vermektedir. Zira 15-18 yaş arasındaki bir kişinin cebir, şiddet ya da tehdit olmadan rıza ile beraberliği halinde de suç gerçekleştirilmektedir. Evlilik yaşınının ebeveyninin rızasına bağlı olarak 17 olması, 15-18 yaş arasındaki bireylere devletin ve ebeveynlerinin karışması, bu düzenlemenin de hatalı olduğunu ortaya koymaktadır.

Suçun şikayete bağlı tutulması, cezanın genele göre hafif olması ve çiftler arasındaki yaş farkının beşten fazla olması durumunda cezanın ağırlatıcı olduğunun ifade edilmesi, mevcut sakıncaların bir kısmını gidermeye yöneliktir. Önceki Ceza Yasasında bulunmayan bu hükümlere göre, taraflar arasındaki yaş farkı dikkate alınacaktır. Taraflardan birisinin diğerinden beş yaştan büyük olması halinde şikayet şartı aranmaksızın dava açılacak ve ceza ağırlaştırılacaktır.

### **Cinsel Taciz ve İşyerinde Cinsel Saldırı**

Cinsel taciz, 105. madde de üç aydan iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır. İkinci fıkrada cinsel tacizin, bir önceki Ceza Yasasından farklı olarak hiyerarşi ve hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılmak ya da işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi, cezanın ağırlaştırılma nedeni kabul edilmiştir. Ayrıca kişinin yapılan taciz nedeniyle "işini terk etmek mecburiyetinde kalması" durumunda verilen cezanın bir yıldan az olmayacağı öngörülmüştür.

İşyerleri, taciz olaylarının sıklıkla gerçekleştiği ve sürekli tekrarlandığı ortamlar olduğu için, yapılan düzenleme isabetli olmuştur. Fakat, ne yazık ki cinsel taciz suçunun takibinin şikayete tabi tutulmasını öngören teklifler kabul görmüştür. Kişinin ekonomik yönden bağımlı olduğu, maaşını aldığı kişilerce taciz edilmesi, kişi üzerinde ağır bir psikolojik baskı oluşturmaktadır. Geçimini temin etmek zorunda olan bir bayanın, ücretini aldığı kişiye karşı çıkamaması ve tacizi görmezden gelmesi, haklı rıza değildir. Psikolojik baskı mevcut olduğundan, kişinin kendi patronuna karşı şikayette bulunamayacağı dikkate alınmalıydı.

Yasa, genel olarak cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarını şikayete tabi tutmuştur. Tasarıda yer alan şikayet koşulu, mağdurun toplum baskısı nedeniyle şikayet edemeyeceği ve suçun cezasız kalmasının, tekrarlanmasına sebebiyet vereceği görüşü ile eleştirilmekteydi. Bu noktada da yapılan eleştiriler kabul edilememiştir.

### **Evlilik İçi Cinsel Saldırı**

1926 tarihli Ceza Yasasında, evlilik içi gerçekleştirilen tecavüzler için özel bir düzenleme bulunmamakta, uygulamada ise evli-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lik halinde suçun gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Dünyada da, sadece 51 ülkede evlilik içi tecavüz suç sayılmaktadır. Tasarı gerekçesinde ise, evlilik içi ters ilişkinin dahi sadece aile efradına karşı kötü muamele olduğuna ilişkin bir Yargıtay kararı<sup>1</sup> bulunduğu gerekçesiyle, suç oluşturmadığına ilişkin bir ifade mevcuttur.

Cinsel saldırı Yeni Ceza Yasasında tanımlanmıştır ve taraflar arasında evliliğin mevcut olması suçun unsurlarını kaldırmamaktadır. Toplumumuzda ahlaki yapının sarsıldığı, evliliklerde kadının ters ilişkiye zorlandığı bilinen bir gerçektir. Türkiye’de kadınların yüzde 35.6’sının zaman zaman, yüzde 16.3’ü de sık sık evlilik içi tecavüze uğradığı ifade edilmektedir.<sup>2</sup> Evlilik içi tecavüzün, özellikle ters ilişkinin suç olarak düzenlenmesi caydırıcılığa neden olacak, aileyi sarsmasının ötesinde aile yapısını kuvvetlendirecektir. Sadece ceza davası açılma ihtimali dahi, aile içi baskıyı azaltacak ve sağlıklı bir aile yapısına sebebiyet verecektir. Bu noktada yapılan eleştiriler, Alt Komisyonda kabul edilmiştir. Yeni yasanın 102. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, zor kullanıma halinde evlilik içi gerçekleştirilen cinsel saldırı suçtur. Adli kovuşturma aile mahremiyetinin korunması ve oluşabilecek sancıların giderilmesi açısından, şikayete tabi tutulmuştur. Suçun şikayete tabi olması, evlilik birliğinin devamı açısından sadece olağandışı (artık kabul edilemez olayların varlığı) hallerde davanın açılmasını ve maddenin kötüye kullanılmasını sağlayacaktır.

### Ensest İlişki

<sup>1</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.06.1996 tarih ve E.1996/4409, K.1996/5504 sayılı kararı.

<sup>2</sup> Kadının İnsan Hakları - 2000 Raporu.

Önceki Ceza Yasasında cinsel saldırı suçunun usul tarafından gerçekleştirilmesi hali, cezada ağırlaştırıcı neden sayılmaktaydı. Tasarıda da aynı durum tekrarlanmıştır. Toplumumuzda çok nadir de görülse, ensest ilişkilerin varlığı bir vakiyedir. Yapılan araştırmalar çocuğun tüm hayatını olumsuz etkileyen bu saldırının %2.88 oranında yakın akrabalar tarafından da gerçekleştirildiğini ortaya koyduğu için, bu konudaki değişiklik önerileri kabul edilmiştir. Artık 102. maddenin 3/c fıkrası gereği üçüncü dereceye kadar kan ve yakın akrabaların yani kardeş, amca, dayı, kayın peder ve kayının, cinsel tecavüzü ağırlatıcı nedendir.

### Nüfuzun Kötüye Kullanılması Suretiyle Cinsel Saldırısı

Cinsel saldırı suçlarının kamu görevlisi tarafından, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı gerçekleşmesi, silahla ya da birden fazla kişi tarafından işlenmesi, çocuklara gerçekleştirilen cinsel saldırıların üvey baba, evlat edinen, vasi, öğretici, bakıcı gibi bakım ve gözetme yükümlülüğü altındaki kişilerce işlenmesi durumunda ceza arttırılacaktır.

### ÇOCUK DÜŞÜRME

Yürürlükten kalkan yasada isteğe bağlı çocuk düşürme tarihi, Nüfus Planlaması Kanununa paralel olarak 10 haftadır. Tasarıda ise on iki haftaya kadar isteğe bağlı çocuk düşürme gerçekleştirileceği ifade edilmişti. Ayrıca tasarı uyarınca, konusu suç olan bebekleri doğuma kadar, anne ya da başka bir kişinin çocuğu tahliye etmesi mümkündür. On haftalık bebeğin tüm organlarının oluştuğu, bu tarihten

## Yeni TCK'nın Kadınlara İlişkin Maddelerinin Değerlendirilmesi / F. Benli

sonra sadece ebatlarının büyüdüğü, Medeni Kanuna göre tek bir günlükken dahi hak sahibi olan bebeğin, anne karnında hayatına son verilmesinin ceza hukukunda tanınmamasının hukuken doğru olmadığına ilişkin itirazlar kısmen kabul edilmiştir. On haftalık bebeğin cinsiyeti belli olacağından cinsiyete göre çocuk düşürme yoluna gidilebilecektir. Bu nedenle isteğe bağlı çocuk düşürme, yasadaki şekliyle muhafaza edilerek on hafta olarak düzenlenmiştir.

Aslında on haftaya kadar çocuk düşürülmeye izin verilmesi de, değiştirilmesi teklif edilen hususlardan birisiydi. Zira 6 haftalık bir bebeğin kalp atışları duyulabilmektedir. 8 haftadan sonra beyin dalgaları tespit edilebilmektedir. Televizyonlarda Ültrasonlar vasıtasıyla gülümsediği ve esnediği görülebilen 10 haftalık iken sınırları oluşmuş bir bebeğin, kürtaj esnasında ağrı hissetmediğini söyleyebilmek mümkün değildir. 10 haftalık cenin parmak izine varana kadar tüm organları oluştuğundan, beş milyar insandan birinin hüviyetine haizdir. Kalbi atan, beyin dalgaları tespit edilebilen bir varlığın anne karnında canlı olduğunun ve yaşam hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Cenin henüz doğmadığı için daha az değere sahip değildir. En başta yaşam hakkına sahip olan ceninin hiçbir kesintiye uğramaksızın tabii gelişim sürecini tamamlayarak, anne vücudundan canlı olarak ayrılmasına izin verilmesi gerekmektedir.

Buna rağmen Nüfus Planlaması Kanununda yer alan 10 haftalık sınır muhafaza edildiği gibi, çocuk düşürme suçlarında cezalar hafifletildi. Özellikle on haftadan büyük çocuğu rızası ile düşüren anneye verilecek cezanın adli para cezası veya bir yıla kadar hapis cezası olmasını eleştirmek mümkündür. Ceninin, Medeni hukukta korunmasına ve miras haklarını almasına rağmen, ceza hukukunda

korunmaması ve annenin tasarrufunda görülmesi eleştiri konusu yapılmaktadır. Nitekim dünyaya gelme şansı olan bir bebeğin doğduktan sonra annesi tarafından öldürülmesinin karşılığı ağırlatılmış müebbet cezası iken, yaşama kabiliyeti olan 24 haftalık bir bebeğin yaşamına henüz anne karnında son verilmesinin sonucu, idari para cezası olabilmektedir.

Tasarıda, kendisinin ya da akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için çocuğu düşüren kişinin cezası hafifletiliyordu. Babanın suçunun çocuğa yükletilmemesi ve cinsel saldırının mevcudiyeti halinde de çocuğun on haftalık yasal süre içinde tahliyesinin mümkün olması hasebiyle, bu maddenin kaldırılması teklif edilmişti. Değişiklik teklifi kısmen kabul edilmiştir. 99. maddede "kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez." şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Yasa koyucu, fiilin "hastane ortamında" gerçekleştirilmesini zorunlu tutmuştur. Bu durumda çocuğun cinsel saldırı sonucu oluştuğunun da ispatı gerekecektir. 20 haftalık sınır konma sebebi ise, çocuğun bu dönemde "doğum" olarak adlandırılan dönemde olmasıdır. Türkiye'de 24, gelişmiş ülkelerde 21 ve 22 haftalık bebekler dünyaya geldiklerinde yaşayabilmektedirler. Gelişen tıp sayesinde bu süre sürekli azaldığında 20 haftalık süre sınırı öngörülmüştür.

Çocuk düşürme fiilinin yetkili olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, rızanın varlığı halinde dahi suç oluşturmaktadır. Annenin sağlığını tehlikeye atılması açısından bu maddenin yasadaki şekliyle muhafaza edilmesi isabetlidir.

**KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN  
YOKSUN KILMA**

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

1926 tarihli yasada ve tasarıda "kız, kadın ve erkek" kaçırma suçlarında, kadının evli olması halinde ceza 2 yıl daha ağırlaşmaktaydı. Kaçırma fiilinin, eşe değil bizatihi kadına karşı gerçekleşmesi bu hükmün eleştirilmesine neden olmuştur. Kaçırma ve alıkoymada önemli olan, kişinin kendi güvenlik alanından çıkartılarak sanığın hakimiyeti altına girmesidir. Mağdurun bekar olması, sanığın daha az ceza almasını gerektirmemektedir. Mağdurlar arasındaki eşitsizlik, bu konuda yapılan eleştiriler doğrultusunda kaldırılmıştır. 109. madde "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma"yı düzenlenmektedir. Bu suçun üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı yada cinsel amaçla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılacaktır. Etkin pişmanlık halinde, soruşturmaya başlanmadan önce, mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakılacak olması durumunda ceza indirilecektir.

Yürürlüğe giren yasaya göre, kişinin kendine karşı cinsel saldırıda bulunan kişiyle evlenmesi halinde de adli kovuşturma yapılmaktadır. Bir önceki yasa ve tasarıya göre kadının kendisini kaçıran ve tecavüz eden kişiyle evlenmesi halinde ceza davası açılmıyordu. Kamuoyunda eleştirilen bu hükme göre, kadının birden fazla kişinin tecavüzüne uğraması halinde, sanıklardan birisi ile evlilik, tüm suçu işleyenler hakkındaki cezayı kaldırmaktaydı. Tecavüze uğrayan kadın, başka çaresi kalmadığından aile ve toplum bakışıyla evlenmek zorunda kalmaktaydı. Bu surette mağduriyeti sürekli hale gelmekteydi. Tasarıda da aynı hüküm tekrarlanmıştı. Suçun daha önce gerçekleştiği ve sonradan evlenmenin cezanın kalkması için yeterli bir neden kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin yapılan öneriler kabul edildi.

Yeni yasada bu suçun kalkacağına ilişkin düzenleme tamamen kaldırılmıştır. Yasada kaçırılmadan sonra evlenmeye ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

### HAYASIZCA HAREKETLER VE MÜSTEHCENLİK

Alenen hayasızca vazı harekette bulunma ve cinsel münasebette bulunma suçu, 225. maddede, sadece teşhircilik ve alenen cinsel ilişkide bulunma ile sınırlandırılmıştır. Bu hükmü, cinsel ilişkiye varmayan ya da ispatlanmayan hayasızca hareketlerin alenen gerçekleşmesini yaygınlaştıracığı için eleştirmek mümkündür

226. maddede 1926 tarihli yasada olduğu gibi, müstehcenliğin" suç sayılması, fakat bu suçun varlığının çocuklarla sınırlı tutulması hatalı bir düzenlemedir. Yasada bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten, bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan, reklamını yapan, kişilerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması ve yayınlanmasına aracılık edilmesi suçtur. Yalnız yasada öngörülen hükümler, bilimsel eserlerle; çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacaktır. İlgi hükmün hatalı olduğunu, hukuki güvenlik ilkesi gereği somut kıstaslar konulması gerektiğini ifade etmek gerekmektedir. Zira yargıçların müstehcen bir eserin bilimsel ya

da sanatsal bir değeri olup olmadığına tespiti mümkün değildir.

### **Fuhşa Teşvik**

227. maddede fuhuş düzenlenmiştir. Yeni düzenleme uyarınca, çocukların fuhşa teşvik edilmesi, yolunun kolaylaştırılması, bu maksatla tedarik edilmesi, barındırılması ya da çocuğun fuhşuna aracılık edilmesi ve yer temin edilmesi suçtur. Fuhuş amacıyla ülkeye insan sokulması veya insanların ülke dışına çıkmasının sağlanması da aynı kapsamdadır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması da, fuhşa teşvik sayılacaktır. Bu düzenleme yeterli değildir. Sonuçta ABD'de hayat kadınlarına para veren erkekler hakkında dahi ceza davası açılmakta, pek çok Avrupa Ülkesinde araba içinde cinsel ilişki cezalandırılmaktadır. Türkiye'de ise yol kenarlarında bekleyen kadınlar, trafiği tehlikeye atarak kazalara sebebiyet verdikleri gibi, mezarlıkları, ailelerin çocukları ile piknik yaptığı mekanları, arabaları veya orman içlerini mesken tutmaktadır. Otobüslerin hatta minibüslerin gayri ahlaki amaçlarla kullanıldığına televizyonlara yansıdığı bir ortamda, bu hususun gözardı edilmesi hatalıdır. Binlerce insana bile bile AIDS bulaştırdığı iddiasıyla basına konu olan hayat kadınları ya da para karşılığı onlarla beraber olan kişilere karşı sembolik olarak dahi olsa, Türk Ceza Yasasında herhangi düzenlemeye yer verilmesi eksiklik oluşturmaktadır.

### **KORUMA, GÖZETİM, YARDIM VEYA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLÂLİ**

98. maddede "Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlâli" düzenlenmiştir. "Yaşlı veya hastalığı dolayısıyla kendi-

ni idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimsenin kendi hâline terk edilmesi" suç olurken, kişinin bu suç nedeniyle "bir hastalığa yakalanması, yaralanması veya ölmesi", cezayı ağırlaştırma nedenidir.

Önceki yasada 12 yaşından küçük çocuğu ve akıl hastasını terk etmek suç iken yeni düzenlemede yaş sınırı kaldırılmıştır. Şu an yaş, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmeyen kişi cezalandırılacaktır.

### **YENİ DOĞAN ÇOCUĞUN ÖLDÜRÜLMESİ SUÇU**

1926 tarihli yasanın 453. maddesinde annenin şerefini kurtarmak amacıyla yeni doğmuş çocuğunu öldürmesi suçu, cezası 4-8 yıl olan ayrı bir suç olarak düzenlemekte ve ceza çok hafifletilmekteydi. Tasarıda da aynı düzenlemenin devamı önerilmekteydi. Yapılan eleştiriler sonucu, anne ve babanın suçunun çocuğa yüklenmesi şeklinde sonuçlanan bu hüküm tasarıdan tamamen çıkartıldı. Bu durumun insan hakları açısından olumsuzluğu gerekmektedir. Sonuçta annenin çocuğu 20 haftaya kadar aldırması mümkündür. Şu an bu duruma ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnız annenin çocuğunu öldürmesi durumunun karşılığı ağırlaşmış müebbet hapis cezasıdır. Kanaatimce meşru - gayri meşru çocuk ayrımı yapılmadan, annenin yeni doğan bebeğini öldürmesi durumunda, olay anında annenin akıl sağlığının ceza ehliyeti için yeterli olup olmadığının özel olarak incelenmesi gerekmektedir. Zira kadınların yaklaşık %20'sinin "doğum sonrası sendrom"un etkisinde kaldığı ve bu dönemde sağlıklı



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

karar veremedikleri tıbben kanıtlanmış bir gerçektir.

### **KASTEN ADAM ÖLDÜRME SUÇLARINDA**

#### **Töre Cinayetleri**

Önceki Ceza Yasasında ve tasarıda yer almayan "töre cinayetleri", adam öldürme suçlarının ağırlatıcı sebebi olarak 82. maddede düzenlenmiştir. Bunda sonra töre saiki ile işlenen bir cinayet karşılığında en ağır ceza olan "ağırlatılmış müebbet" hapis cezası verilecektir. Her ne kadar, "namus saiki"nin ağırlatıcı sebep olması ile ilgili oldukça yoğun çalışmalar yapıldıysa da, kanaatimce yasadaki düzenleme daha isabetli olmuştur. Özellikle ülkemizin bir kesiminde yoğunlaşan "toplum ne der" düşüncesinin, hukukun, dini değerlerin, mantığın önüne geçtiği, özellikle evlense dahi ailesinin onayını almayan ya da gerçek olsun olmasın hakkında en ufak bir söylenti çıkan kadınların öldürülmesi ya da "tandır kazalarına!" kurban gitmesi ile sonuçlanması, "namus" ya da herhangi bir insani değer ile açıklanamaz. Yapılması gereken, "töre" saiki ile işlenen cinayetlerin önlenmesi ve özellikle azmettirenlerin en ağır şekilde cezalandırılması olmalıdır.

Önceki ceza yasasında bu kişilerin haksız tahrik maddesinden yararlanmaları mümkündü. Yeni yasanın 29. maddesi ile bu sakınca ortadan kaldırılmıştır. Bu maddeye göre, haksız tahrik nedeniyle indirim yapılması için haksız bir fiilin olması ve bu fiilin sanığa karşı gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durumda örneğin bir kişinin kız kardeşine tecavüz eden kişiyi öldürmesi halinde, haksız fiil kendisine karşı gerçekleşmediğinden cezada indirim yapılmayacaktır.

### **Gebe Kadına Karşı Kasten Öldürme Suçu**

Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerini öngören 82. maddede, 1926 tarihli Ceza yasasından farklı olarak, fiilin gebe olduğu bilinen kadına karşı gerçekleşmesi ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Aynı durum 87. maddede "neticesi itibarı ile ağırlaştırılmış yaralama" suçu için geçerlidir.

### **AİLE DÜZENİNE KARŞI SUÇLAR**

#### **Aile Efradına Karşı Kötü Muamele**

Aile içi şiddet, dayak, aç bırakma şeklinde gerçekleşen "eziyet" yasa kapsamına alınmıştır. Suçun, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da eşe karşı işlenmesi halinde, cezanın ağırlaştırılacağı öngörülmüştür. Ayrıca bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştirme, işkence olarak yasadaki tanımlanmıştır. İşkence, insanlığa karşı işlenen suç olarak kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanununun genel ilkeleri gereği, bir suçun birden fazla işlenmesi halinde tek bir ceza verilip cezası arttırılırken, işkence suçlarında her birinin ayrı ayrı cezalandırılacağı öngörülmüştür.

1926 tarihli yasadaki yer alan "aile efradına karşı kötü muamele" suçu, yeni yasanın 232. maddesinde, "aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunma" olarak düzenlenmiştir. Öngörülen ceza daha hafif olmakla beraber, önceki yasadaki çocuk, eş ve 3. dereceye kadar akraba olarak yer alan tanım-

lamalardan farklı olarak, aynı konutta beraber yaşama kıstası getirilmiştir.

232. maddede, idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu tekrarlanmıştır. Ka-naatimce, olayın niteliğine göre bu maddenin kullanılması, işkence, eziyet ya da müessir fiil niteliğinde olan hareketlerde ise konuyu özel olarak değerlendiren maddelerin uygulanması gerekmektedir.

### **Bakım, Eğitim veya Destek Olma Yükümlülüğünü Yerine Getirmemek**

Aile düzenine karşı işlenen suçlarda, 1926 tarihli yasadaki olmayan yeni bir düzenleme getirilmiştir. 233. maddede yapılan bu düzenlemeye göre, şikayetin vaki olması halinde aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, cezalandırılacaktır. Ayrıca, hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimsenin hareketi de artık suç kabul edilmektedir. 3. fıkra uyarınca velâyet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadî sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddî ve manevî özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlâk, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba da artık cezalandırılacaktır.

Anayasa'da güvence altına alınan ailenin korunması veya kişinin kendi sorumluluğunu yerine getirmesi açısından- evli ol-

mayanlar için bu maddelerin gerekli olduğunu ifade etmek mümkündür. Aslında tasarıda "kişinin evlilik yükümlülüğünü yerine getirmemek için evi terk etmesi" de suç olarak düzenlenmekteydi. Fakat bu hükmün gereksiz yere yargı makamlarının aileye müdahale etmesi ile sonuçlanacağı, kişinin evde devlet eliyle oturmasının sağlanmasına imkan olmadığı gerekçesiyle bu maddenin hatalı uygulamalara yol açacağı ifade edilmişti. Zira evli dahi olsalar kişileri, beraber yaşama ya da boşanma davası açmak zorunda bırakmak, ceza yasasının görevi değildir. Kişilerin eşlerini geri gelmeye zorlamak için haklarında ceza davası açtırmaları, ceza hukukunun ailevi uyumsuzlukları çözümü için araç olarak kullanılması hukuk sistemimize aykırıdır. Tasarıya yapılan eleştiriler kabul edilmiş, bu düzenleme yerine kişinin aile yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu sorumlu olduğu kişilerin zarara görmesi hali suç konusu yapılmıştır.

### **Dini Nikah**

Halen eleştiri konusu yapılması gereken husus, eski Ceza Kanunundaki "aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıрма" fiilinin yeni Ceza Kanununun 230. maddesinin 5. fıkrasında suç olarak devam etmesidir. Hukuken kişilerin beraberliklerini hangi isimle topluma tanıttıkları devleti ilgilendiren bir husus değildir. Nitekim ceza yasası, evli olmadığı halde hamile eşin terk edilmesini suç kabul ederek evlilik dışı beraberlikleri dahi tanımıştır. Resmi evlilik olmaksızın beraberlik hatta zina suç değildir, dini nikah yaptırtmanın suç olarak nitelendirilmesi, kişilerin düşüncelerini cezalandırmayı amaçlayan bir ayrımcılık teşkil etmektedir. Nitekim yapılan istatistiklerde resmi nikah yaptırtmayan, sadece dini nikah yaptıranlar

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

%2.6 iken, resmiden önce dini nikah yaptıranlar %39 oranındadır. Bu noktada evli çiftlerin %41.6'sı yasayı ihlal etmektedir. Nitekim dini nikahın ispatı da mümkün değildir. Bu noktada dini nikahla yaşadığını beyan eden ünlülerin, savcı soruşturma açtığında, "hayır efendim biz sadece nikahsız yaşıyoruz" demesine yol açan bu düzenlemenin ilgili yasa maddesinin aynı şekliyle muhafaza edilmesi hatalıdır.

### Birden Çok Evlilik

230. madde uyarınca evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptırma, gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptırma "Aile Düzenine Karşı Suçlar" kapsamındadır. Bu surette bir nevi önceki yasamızda bulunan ve yeni yasada yer verilmeyen "evlenme vaadi ile kızkılık bozma" suçunun kaldırılmasının oluşturacağı sakıncalar ortadan kaldırılmaya çalışılmış ve kişilerin evlilik ile alakalı hileli hareketleri engellenmek istenmiştir.

### KAMU BARIŞINA KARŞI SUÇLAR

1926 tarihli yasada "Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanuna" ilişkin herhangi bir madde yer almamaktadır. Fakat tasarıda 1934 tarihli "Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanuna" muhalefetin de suç olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme konmuştu. Her ne kadar altı maddelik milislerin, izcilerin, din adamlarının kıyafetlerinden bahseden yasada, kadınların kıyafetine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa da, yorum yoluyla kişilerin haksız ceza davalarına muhatap olabileceği düşüncesiyle bu maddenin kaldırılması gerektiği ifade edilmişti. Bu noktada yapılan eleştiriler kabul edilerek, ilgili hüküm yasa kapsamından çıkartılmıştır.

Fakat 222. madde, 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanundaki hükümlere aykırı hareket etmek halen suç sayılmaktadır. Halbuki Şapka İktisası Hakkında Kanun, şapka dışındaki başlığı yasaklamaktadır. Toplumumuzda genel olarak hiç kimsenin şapka takmadığı düşünüldüğünde 25.11.1925 tarihli Kanununun yasada halen suç olarak yer almasını eleştirmek gerekmektedir. Aynı şekilde 01.11.1928 tarihli Türk harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun uygulamasının günümüz gerçekleri ile çeliştiğini ifade etmek mümkündür. Bir başka önemli husus da 222. maddedeki düzenlemenin, "Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar" başlığı altında yer almasına karşın, kamu barışı sağlama amacına hizmet etmekten çok uzak olmasıdır.

### SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bir ülkenin temel insan haklarına gösterdiği saygının göstergesi, önce bireye önem veren çağdaş nitelikli yasalardır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanununu, cürüm kabahat ayrımını kaldırdığı, cezalarda genel olarak hakime çok fazla takdir yetkisi verdiği, irade dışı gerçekleşen sarhoşluğu cezasızlık nedeni kabul ettiği ve Devlet aleyhine işlenen suçları muğlak ve cezalarını çok ağır olarak tespit ettiği gibi pek çok nedenden ötürü eleştirmek mümkündür. Fakat yasadaki iyileştirmeler, özellikle kadınlarla ilgili maddelerde oldukça ciddi oranda olumlu bir düzenlemenin mevcudiyeti yadsınılmamalıdır.

Türk Ceza Yasasındaki özellikle kadınları ilgilendiren maddeler yukarıdaki şekliyle incelendiğinde ve özellikle tasarısı ile karşılaştırma yapıldığında, yasada kadın hakları açısından oldukça ciddi bir gelişme kat edildiğini ifade

## **Yeni TCK'nın Kadınlara İlişkin Maddelerinin Değerlendirilmesi / F. Benli**

etmek gerekmektedir. Tasarının kadınlara ilişkin maddelerinin 1926 tarihli Ceza Yasasından dahi kötü ifadeler içermesine karşın, yasada meydana gelen olumlu değişiklikler, tasarıdaki olumsuz maddeleri değiştiren Meclisteki Alt Komisyon üyelerinin, kendilerine yardımcı olan öğretim görevlilerinin hassasiyetinin ve kadın derneklerinin başarısının göstergesidir.

Bu çalışma aynı zamanda, çalışıldığında sonuç alındığını gösterme açısından bundan sonra yapılacak çalışmalara örnek teşkil etmelidir. Sivil toplum kuruluşlarının, kendileri ile ilgili konularda yasalaşma sürecine etkileri, diğer çalışmalara da yol gösterici niteliktedir.

Ceza yasasında kadınlara ilişkin maddelerin değişikliğinde görüldüğü üzere, bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının çalışmaları etkili olabilmektedir. Bu durum, hukukçuların ve sivil toplum kuruluşlarının yasalaşma süreci içinde çok daha fazla etkin olmaları ve sadece kadınlara ilişkin haklarda değil, genel olarak her konuda "hukukun yaygınlaştırılabilmesi" için, çaba gösterilmesi gerektiğini gözler önüne sermektedir.

Sonuçta demokratikleşme çabasında olan Türkiye'ye yakışır yasaların oluşmasındaki tek sorumlu, yasaları onaylayan Türkiye Büyük Millet Meclisi değildir. Hakkın soyut bir kavram olmaktan çıkıp sahibine teslim edilen bir olguya dönüşmesi, bu bilince sahip hukukçuların da sorumluluklarını yerine getirmelerine bağlıdır.





# Yeni Ceza Kanununda İstinaf

Stj. Av. Semih BİTEN



## GİRİŞ

"Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İstinaf" başlıklı çalışmamızda istinaf kanun yolu incelenmektedir. Uzun süredir tartışılan bir kurum olan istinaf kanun yolu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile hukukumuza girmiştir. İstinaf kanun yolu ile denetim muhakemesine Yargıtay dışında bir denetim makamı daha ihdas edilmiştir.

Adalet dağıtma yetkisi kimin elinde olursa olsun, adalet dağıtıcının yanılabilmesi her zaman bir olasılıktır. Bu nedenle, verilen kararlar kağıt üzerinde ne kadar adil olursa olsun, bireylerin ve toplumun bu adaletten şüphe etmesi en doğal haklarıdır. Bu nedenle, mahkemelerce verilen kararların denetimi önemli bir zorunluluk arz etmektedir. Bu sayede, hem verilen kararların adil olup olmadığının sağlanması yapılır, hem de karar üzerindeki şüpheler ortadan kaldırılarak bireylerin ve toplumun adalete olan güveni perçinlenmiş olur.<sup>1</sup>

İşte bu amaçla ihdas edilen istinaf kurumu, ilk derece mahkemesince verilen kararların ikinci defa hem hukuki hem de maddi yönüyle incelenmesini sağlayacak bir kanun yoludur. İstinafta yeni bir olay yargılaması yapılır ve hata tespit edilirse, eski hüküm bozu-

larak kaldırılır ve yeni hüküm verilir.

Çalışmamız giriş ve sonuç bölümü dışında üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde istinaf kanun yolunun diğer kanun yollarından farkını ortaya koyabilmek ve böylece konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak için kanun yolu kavramını ve ceza muhakemesi hukukundaki diğer kanun yollarını kısaca izah etmeye çalıştık. İkinci bölümde genel olarak istinaf kanun yolunu, tarihçesini ve istinaf kanun yolunun leh ve aleyhine ileri sürülen görüşleri belirttik. Aynı bölümde istinaf kanun yolunun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlenişi üzerinde durduk. Üçüncü bölümde, iki yıl içinde kurulması planlanan bölge adliye mahkemeleri hakkında 5235 sayılı Kanun ışığında kısaca bilgi verdik.

İstinafı açıklarken mukayeseli hukuktaki düzenleme ve uygulamalara da zaman zaman yer verdik. Bu amaçla Almanya, Fransa ve Avusturya hukukundaki uygulamayı aktardık.

## KANUN YOLU MUHAKEMESİ

### Genel Olarak Kanun Yolu

#### 1. Kanun Yolu Kavramı

Her yargı sisteminde mahkemeler arasında belli bir derecelendirme vardır. Genel olarak iki dereceden

<sup>1</sup> Ejder Yılmaz, *İstinaf*, 2. baskı, s. 16.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

bahsedilir; ilk derece ve üst derece mahkemesi. Dava konusu vakaya ilk kez temas eden, vakayı hukuki ve maddi yönden inceleyip karara bağlayan mahkemeye "ilk derece mahkemesi" denilir. Ülkemizde Asliye Ceza, Sulh Ceza Mahkemeleri buna örnektir. İlk derece mahkemesince verilen kararı hukuki yönden veya hem hukuki hem de maddi yönden denetleme işlevi gören mahkemeye ise "üst derece mahkemesi" veya denetim mahkemesi denilir.

İlk derece mahkemesince verilen kararın ve ya hükmün (sonkarar) hukuka aykırı olduğu iddiası ile üst derece mahkemesinin önüne getirilerek denetimini sağlama yoluna "kanun yolu" denir. Bu yolla yapılan muhakemeye de kanun yolu muhakemesi denir.<sup>2</sup> Buna "denetim muhakemesi" diyen yazarlar da vardır.<sup>3</sup> Bu derecelendirmenin asıl gayesi kararın bir üst mahkemede tekrar gözden geçirilmesini sağlayarak muhtemel hataları önlemektir. Öztürk, kanun yolu muhakemesini; "hakimler de insandır, hata yapabilirler. İşte böyle bir hata ile fertlerin menfaatlerine zarar verilmesini önlemek maksadıyla kabul edilen (...) hukuki çarelere denetim muhakemeleri denmektedir."<sup>4</sup> şeklinde tanımlamaktadır.

İlk derece mahkemesini vereceği kararın yanlış olma ihtimali her zaman mümkün olduğundan hukuk sistemlerinde kanun yolu müessesesi zorunlu olarak kabul edilmiştir.

Kanun yolu muhakemesi, insan haklarının vazgeçilmez bir unsuru olan hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de 7 no'lu protokol ile

kanun yoluna başvurma hakkını bir insan hakkı olarak kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kanun yoluna başvuruda bir takım istisnalar da kabul etmiştir.<sup>5</sup>

## 2. Kanun Yolu Muhakemesinin Özellikleri

Kanun yolu muhakemesinde uyumsuzluğu çözecek makam kural olarak kararı veren makamdaki başka bir makamdır. Yine kural olarak uyumsuzluk konusu kararı çözecek olan makam, kararı veren makamdaki daha yüksek bir makam olması gerekir.<sup>6</sup> Buna kanun yoluna başvurma hakkının bir "üst makama aktarma etkisi" denilmektedir. İtiraz, istinaf ve temyizde bir üst makama aktarma etkisi vardır. Yani aleyhine temyize gidilen ve itiraz edilen kararı inceleyecek olan merci kararı veren merciin üstünde ve başka bir makamdır.

Kural, kanun yoluna başvurma hakkının infazı durdurulmasıdır. İstisnai durumlarda infaz durmaktadır. Örneğin, mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunmaz.

Kesinleşmemiş kararlara karşı kanun yoluna başvurulması halinde kararın kesinleşmesi engellenmiş olur. Kesinleşmiş kararlara karşı başvuruda engelleme etkisinden bahsedilemez.

Kanun yoluna başvurma hakkı belirli kişilere verilmiştir. Kanun yoluna başvurabilmek için bunun yanında bir hak olarak tanınmış olması<sup>7</sup> ve başvuru menfaatinin

<sup>2</sup> Nurullah Kunter-Feridun Yenisey; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İkinci Kitap, 12. baskı, s. 1041.

<sup>3</sup> Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem-Veli Özer Özbek; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. baskı, s. 825 vd.

<sup>4</sup> A.g.e. s. 825.

<sup>5</sup> Üç istisna öngörülmüştür. Bunlar: 1) Suçun çok hafif olması, 2) Kararı veren mahkemenin en yüksek mahkeme olması, 3) Karar, beraat kararına karşı gidilmiş olan kanun yolunda verilmiş olması.

<sup>6</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 1041.

<sup>7</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. baskı, s. 450.

zarar görmüş olması<sup>8</sup> gerekir. Örneğin sanık kararın kendi aleyhine olarak değiştirilmesi için kanun yoluna başvuramaz. Ancak savcı yargılamadaki işlevi gereği hem sanık çıkarına hem de sanık zararına olarak kanun yoluna başvurabilir.<sup>9</sup>

Kanun yolu muhakemesi kural olarak istem üzerine yapılır. Aksine durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin CMK m. 272/1'de "on beş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir." demek suretiyle istek olmasa bile muhakemenin yapılacağı belirtilmiştir. Yine kural olarak kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi mümkündür.

Kanun yolu muhakemesinin sonunda yargılama makamı iddiayı ya haklı bulur, ya bulmaz. Haklı bulmazsa davayı reddeder. Kararı hukuka aykırı bulduğu takdirde düzeltme, geri alma, bozma, ıslah ve yenileme çarelerine başvurarak aykırılığını giderir.<sup>10</sup>

### 3. Olağan-Olağanüstü Kanun Yolu Ayrımı

Doktrinde kanun yoluna ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. En çok kullanılan ayırım olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımıdır. Bu ayrımın neyi ifade ettiğini kısaca açıklayalım.

Kesinleşmemiş kararlara karşı gidilebilen kanun yoluna olağan; kesin ve kesinleşmiş olan kararlara karşı gidilebilen kanun yoluna ise olağanüstü kanun yolu denilmektedir.<sup>11</sup> İlk derece mahkemesinde yargılama neticesinde verilen kararı kesin kabul etmeyip onu denetleme imkanı tanınmışsa olağan

kanun yolundan bahsedilir. Verilen kararın kesin bir karar olduğunu kabul etmekle beraber yine de her ihtimale karşılık denetim imkanının tanındığı durumlarda ise olağanüstü kanun yolundan bahsedilir.<sup>12</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun yolları, bu ayrıma göre düzenlenmiştir. Buna göre itiraz, istinaf ve temyiz olağan; Yargıtay cumhuriyet başsavcısının itiraz yetkisi, kanun yararına bozma (yazılı emir), yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoludur. Kanundaki ayırım bu şekilde olsa da doktrinde farklı tasnifler de yapılmaktadır.<sup>13</sup>

Olağan kanun yolu da ikinci derece ve hukuki derece olarak ikiye ayrılır. Bu ayırmada esas alınan ölçü, kanun yoluna başvuru ile yapılan denetimde hukuki ve maddi yönünün birlikte dikkate alınıp alınmamasıdır. Buna göre ikinci derece kanun yolu denince, kanun yolunda kararın hem maddi hem de hukuki bölümünün incelenmesi anlaşılır. İkinci derece kanun yolunda yargılama neticesinde verilen kararın temelini oluşturan maddi olgular inceleneceği gibi kararda ulaşılan hukuki sonucun doğru olup olmadığı da araştırılır.<sup>14</sup> İkinci derece kanun yolu kapsamına itiraz ve istinaf kanun yolu girmektedir. Hukuki derece kanun yolunda ise kararın sadece hukuki yönü ele alınır ve denetim sadece bu yönü ile sınırlı kalır. Buna kısaca temyiz yolu da denilmektedir.

## CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NDA KANUN YOLLARI

### 1. Genel Olarak

<sup>12</sup> Kunter-Yenisey, s. 1044.

<sup>13</sup> Yurtcan, başsavcının itirazı yolunu da olağan kanun yolları arasında saymaktadır. (Ceza Yargılaması Hukuku, s. 445).

<sup>14</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 449.

<sup>8</sup> Öztürk vd., a.g.e., s. 825.

<sup>9</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 450.

<sup>10</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 1041

<sup>11</sup> Öztürk vd., s. 829.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun altıncı kitabının başlığı "Kanun Yolları" dır. Birinci kısımda "Genel Hükümler", ikinci kısımda "Olağan Kanun Yolları", üçüncü kısımda "Olağanüstü Kanun Yolları" olmak üzere toplam üç kısımda düzenlenmiştir.

Olağan kanun yolları kısmında sırasıyla itiraz, istinaf ve temyiz muhakemesi yer almaktadır. Olağanüstü kanun yolları kısmında ise sırasıyla Yargıtay cumhuriyet başsavcısının itiraz yetkisi, kanun yararına bozma, yargılamanın yenilenmesi olarak üç bölüm yer almaktadır.

CMK m. 260/1'de hakim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Bu kararlara karşı kanun yoluna kimlerin başvurabileceği aynı fıkra düzenlenmiştir. Buna göre; *Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.*

Ayrıca, CMK m. 260/2'de cumhuriyet savcılarının yer bakımından kanun yoluna başvurma yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre;

Asliye ceza mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemenin yargı çevresindeki sulh ceza mahkemelerinin; ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcıları, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler. Son fıkra Cumhuriyet savcısının sanık lehine de başvurabileceği zikredilmiştir.

CMK m. 261, avukatın kanun yoluna başvurma hakkı olduğunu belirtmiş ancak bunu bir koşul ile sınırlamıştır. Buna göre avukat ancak müdafiliğini veya vekilliğini

ni üstlendiği kişilerin açık arzuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yoluna başvurabilir.

Şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi de şüpheli veya sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliklerinden başvurabilirler.

CMK m. 263'te tutuklu bulunan şüpheli veya sanık için kanun yoluna başvurma kolaylığı sağlanmıştır.

CMK m. 264'te kabul edilebilir bir kanun yolu başvurusunda kanun yolunda veya başvurulacak mercide bir yanılma varsa bu durumun başvuranın haklarını ortadan kaldırmayacağını, yanılma sonucu başvuru mercii başvuru derhal görevli ve yetkili mercie göndereceği hükme bağlanmıştır. Buna göre başvuru, kabulü gerekli bir başvuru olmak şartıyla, başvuracağı kanun yolunda bir hataya düşer veya seçtiği kanun yolu doğru olmakla birlikte başvurduğu merci yanlırsa yine de haklarını kaybetmeyecektir. Mesela, temyiz isteminde bulunulmuş; fakat itirazdan söz edilmiş veya dilekçe kararı veren makamdan başka bir makama verilmiştir. Her iki halde de başvuru sahipleri haklarını kaybetmeyecektir.

CMK m. 265'te Cumhuriyet savcısı tarafından bir karar aleyhine kanun yoluna gidilmişse kararın sanık lehine de bozulabileceği veya değiştirilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte cumhuriyet savcısı kanun yoluna sanık lehine başvurmuşsa, yeniden verilecek hüküm önceki hükümde tayin edilmiş cezadan daha ağır bir ceza olamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu, kazanılmış hakkın ifadesidir. Burada yasak olan cezanın aleyhine olacak şekilde artırılmasıdır.

CMK m. 266/1'de Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan vazgeçilmesinin ancak sanığın rızasıyla mümkün olacağı belirtilmiştir. Bunun ne-

deni, sanık aleyhine bir durum yaratmamaktır.<sup>15</sup> Şayet Cumhuriyet savcısının sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi başvurduğu belirlenmiyorsa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 17.12.1930 gün ve 26/32 sayılı kararı gereği başvurunun sanık lehine yapıldığı varsayılır.

İkinci fıkrada müdafinin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi de vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlı tutulmuştur. Vekil, özel yetkisi yoksa başvuruyu geri alamaz.

Üçüncü fıkrada ise CMK m.150'de belirtilen zorunlu müdafilik halinin varlığı durumunda sanık veya şüpheli lehine kanun yoluna başvurulması veya yapılan başvurudan vazgeçilmesinde sanık veya şüpheli ile müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesinin geçerli sayılacağı belirtilmiştir.

Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır. (CMK m. 237/2)

## 2. Kanun Yolunun Çeşitleri

İstinaf kanun yolunu diğer kanun yollarından ayırmak ve farkını ortaya koymak için kanun yolu çeşitlerini incelemekte yarar vardır. Ancak çalışmamın asıl konusunu istinaf kanun yolu oluşturması nedeniyle istinaf dışındaki kanun yollarına kısaca değinmek suretiyle izah etmeye çalışacağız.

### a) İtiraz (CMK 267-271)

Ceza muhakemesi devam ederken henüz sonkarar ortaya çıkmadan bu

karara temel teşkil edecek niteликte birtakım kararlar ortaya çıkabilmektedir. Genellikle bu tür kararlara arakarar denmektedir. İşte sonkararların arakararlar üzerinde bina edildiği mülahazasıyla bu kararlara karşı da muhtemel hukuka aykırılığı gidermek için bir kanun yolu öngörülmüştür. Bu kanun yoluna itiraz denir.

İtiraz, karar kesinleşmeden ona karşı başvurulmuş bir yol olduğu için olağan kanun yolu olduğu kabul edilmektedir. İtiraz üzerine yapılan inceleme hem maddi hem de hukuki yöndendir. Bu anlamda ikinci derece bir kanun yoludur.

### b) Temyiz (CMK m. 286-307)

Temyiz, ülke genelinde aynı veya benzer olaylarda hukuk kurallarının aynı şekilde uygulanmasını ve bu suretle hukuk birliğinin sağlanmasına yöneliktir. Yani temyiz kanun yolunda amaç, kanunların ülke içinde aynı biçimde uygulanmalarını sağlamaktır.

Temyiz incelemesi kapsam itibarıyla sadece hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Temyiz yargılamasını Yargıtay yapar. Temyiz incelemesinde, kural olarak inceleme dosya üzerinden yapılır.

Temyiz eden, istinaf başvurusundakinin aksine, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır. Temyiz sebebi sadece hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir (CMK m. 294). Maddi yönüne ilişkin olamaz.

Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar. (CMK m. 301) İleri sürülen hukuka aykırılıklar hükmü etkileyecek niteликte ise hüküm bozulur.

<sup>15</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 454.

**c) Yargıtay Cumhuriyet  
Başsavcısının  
İtirazı (CMK m. 308)**

Bu kanun yoluna sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı başvurabilir. Başsavcı Yargıtay ceza dairelerinin kararına karşı, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. Bu hüküm başvurusu sanığın aleyhine de olabileceğini gösterir. Sadece bozma dışında kalan kararlar aleyhine bu yola gidilebilir.<sup>16</sup>

**d) Kanun Yayarına Bozma  
(CMK m. 309-310)**

Kanun yararına bozma olağanüstü bir kanun yoludur. İstinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı gidilebilen bir yoldur.

Adalet bakanı bu yola gidilmesini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına yazılı olarak bildirir. Adalet bakanı hukuka aykırılık nedenlerini belirtmek zorundadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı da ilgili Yargıtay ceza dairesine gönderir.

İnceleme duruşmasız yapılır ve sadece gösterilen nedenler incelenir. Yargıtay'ın ceza dairesi ile sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar. Belirli durumlarda Yargıtay ceza dairesi doğrudan esasa hükmeder. Çoğu durumda Yargıtay bozma kararı üzerine dosyayı kararı veren mahkemeye gönderir. Verilen bozma kararına karşı direnilemez.

**e) Yargılamanın Yenilenmesi  
(CMK m. 311-323)**

Yargılamanın yenilenmesi, verilen hükmün maddi mesele bakımından hatalı olduğu iddiası ile kesinleşmiş kararlara karşı başvuru olan olağanüstü bir kanun yoludur. İlk derece mahkemesinde verilen son karar, verilmekle kesinleşmiş olabileceği gibi, aleyhine kanun yoluna başvurulduktan sonra da kesinleşmiş olabilir. Her iki halde de yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir. Bu kanun yolunun kabul edilmesi, kesinleşmiş kararın, muhakkak doğru karar olmadığı, sadece doğruluğu tartışılmayan karar olduğu düşüncesinden kaynaklanmıştır.<sup>17</sup>

Yargılamanın yenilenmesi talebi sanık veya hükümlünün aleyhine olabileceği gibi lehine de olabilir. Hangi nedenlerle aleyhe hangi nedenlerle lehe başvurulabileceği kanunda belirtilmiştir. (CMK m. 311 ile 314)

Yargılamanın yenilenmesi talebi hükmü veren mahkemeye sunulur. Mahkeme duruşma yapmaksızın talebin kabule değer olup olmadığı hakkında bir karar verir. (CMK m. 318) Hangi hallerde kabule değer görülmeyle red edileceği kanunda belirtilmiştir. (CMK m. 319) Bu karara itiraz edilebilir.

**İSTİNAF MUHALEMESİ**

**Genel Olarak İstinaf**

**1. İstinaf Kanun Yolu Kavramı**

İlk derece mahkemesince verilen son karar yani mahkemece yapılan maddi tespitler ve bunlara bağlanan hukuki sonuçlar ile uygulanan muhakeme hukuku normları bir üst yetkili mahkemece (istinaf mahkemesince) maddi ve hukuki açıdan kontrol ediliyor ve gereken hallerde ilk derece mahkemesinin son kararı hukuka uygun hale getirili-

<sup>16</sup> Bkz.: Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. baskı, s. 621.

<sup>17</sup> Öztürk vd., s. a.g.e., 847.

yorsa, istinaf kanun yolundan bahsedilir.<sup>18</sup>

İstinaf, olağan kanun yoludur. Çünkü henüz kesinleşmemiş kararlara karşı başvuru bir yoldur. Uyuşmazlık hem maddi hem de hukuki yönden değerlendirildiğinden ikinci derece kanun yoludur. Maddi değerlendirme, hükmün temelini oluşturan delillerin değerlendirilmesidir. Hukuki değerlendirme ise verilen kararın hukuka uygunluğunun denetlenmesidir.

İstinaf yargılaması yapan mahkeme hatayı tespit ettikten sonra esas hakkındaki kararı da vermektedir.<sup>19</sup> Kanunun belirlediği sınırlar içinde dava ikinci kez görüldüğünden, yine kanunun tespit ettiği sınırlar içinde, kural olarak yeni vakıa ve yeni delil getirilmesi mümkündür.

Konumuzun burasında klasik ve dar anlamda istinaftan söz etmek gerekir. Klasik istinaf maddi olayı bütünüyle tekrardan ele alır. Dar manada istinaf ise maddi meseleyi gerektirdiği oranda inceler. Dar manada istinafta mahkeme, bütün delillerle tekrar doğrudan doğruya temasa geçilmez.<sup>20</sup>

## 2. İstinafın Tarihçesi

Ülkemizde 1839 Tanzimat Fermanının ilanına kadar istinaf işlevini gören üst mahkeme yoktu. İstinaf mahkemesi olmadığı gibi hukuk birliğini sağlayacak bir mahkeme de yoktu. Bu dönemde yüksek mahkeme olarak görev yapan Divan-ı Hümayun vardı.<sup>21</sup>

1839 Tanzimat Fermanı ile Hıristiyan tebaaya vaadedilmiş bir teminat mahiyetinde olmak üzere

iki dereceli yargılama kabul edildi.<sup>22</sup> Ülkemizde istinaf kanun yolu muhakemesi ise, 5 Recep 1296 (25 Haziran 1879) tarihli Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu ile başlamıştır. Daha önce 1864'te de, şeriat hükümlerini ilgilendiren davalar dışında kalan ceza ve hukuk davalarına bakmak üzere tecrübe mahiyetinde istinaf mahkemeler kurulmuştu.

24 Nisan 1924 yılında çıkarılan 469 sayılı "Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun" ile şeriye mahkemeleri kaldırılırken, istinaf mahkemeleri de ehil hakim bulunmaması nedeniyle ve sadece büyük şehirlerde kurulduğundan yani yeterli teşkilatlanma sağlanmadığından kaldırıldı.<sup>23</sup>

1929'da hukuk devrimi gerçekleştirilirken, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu olduğu gibi tercüme edilmek suretiyle alınmış, fakat bu kanunda yer alan istinaf kurumu, olumsuz tecrübelerden dolayı alınmamıştır.

Bu tarihten itibaren istinaf fonksiyonunu icra edecek mahkemelerin kurulması için çeşitli tasarılar hazırlanmıştır.<sup>24</sup> İlk tasarı 1932 yılında hazırlanmış. 1948, 1952 tarihlerinde de tasarılar hazırlanmış ancak hiçbiri kanunlaşmamıştır. 1963 yılında "Üst Mahkemeler" adı altında bu mahkemelerin kurulmasını öneren yeni bir tasarı hazırlandı; ancak bu da diğerleri gibi kanunlaşmadı. Daha sonra başka çalışmalar da yapıldı. 1993 Adalet Bakanlığı tarafından bir tasarı hazırlandı. 2002'de kanun tasarısına ilk defa istinaf kavramı yerleştirildi. 04.12.2004 tarihinde 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu kabul edildi. Böylece isti-

<sup>18</sup> Öztürk vd., a.g.e., s. 846.

<sup>19</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 1069.

<sup>20</sup> Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Ve Tekrar Kabulü Sorunu*, s. 59.

<sup>21</sup> Daha geniş açıklama için bkz.: Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 1075 vd.

<sup>22</sup> Feridun Yenisey, "İstinaf".

<sup>23</sup> Hikmet Sami Türk, "İstinaf Mahkemeleri".

<sup>24</sup> Geniş açıklama için bkz.: Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 1075 vd.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

maf mahkemeleri ülkemizde yasal olarak kurulmuş oldu. Yine istinaf mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerini de düzenleyen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun 26.09.2004 tarihinde kabul edilmiştir. Bu kanunda Bölge Adliye Mahkemeleri adıyla istinaf mahkemelerinin iki yıl içinde kurulması öngörülmektedir.

### 3. İstinafın Leh ve Aleyhinde İleri Sürülen Görüşler

İstinaf mahkemeleri 1924'te kaldırılmasından beri tekrar kurulması için girişimlerde bulunmuş daha öncede belirttiğimiz üzere, çok kısa bir süre sonra, 1932'de tekrar kurulmasını öngören bir tasarı hazırlanmıştır. Günümüze gelinceye dek çeşitli çevrelerde tartışılmıştır. Bu süreçte istinaf leh ve aleyhine birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri izah ederken aynı zamanda istinaf kanun yolunun yarar ve sakıncalarını da görmüş olacağız.

#### ***İstinafın lehinde ileri sürülen görüşler:***

a) İstinafı savunanlar, tarihin her devrinde adli teşkilatı ileri ve gelişmiş olan ülkelerde istinafın var olduğunu bu şekilde davanın yeniden tetkik edilmesi fikrinin çok eski olduğunu ileri sürerler. Onlara göre istinaf tarihte ortaya çıkan ilk kanun yoludur. Yunan'da, Roma'da, Fransa'da, Almanya'da istinaf bugünkü şeklinden farklı olmakla birlikte vardı. Ayrıca bu ülkelerde halen istinaf uygulaması vardır.<sup>25</sup>

b) İlk defa verilen hüküm ile maddi mesele hakkında sonsöz söylenirse, yapılmış olan hataları düzeltme imkanı ortadan kalkar. Zira maddi mesele hukuki meselenin esasını oluşturur. Hukuki mesele maddi mesele üzerine bina edilir. Dolayısıyla maddi meselede bir hata hukuki meselede de bir hataya yol açabilir.<sup>26</sup> Bir davanın ilk önce ilk derece mahkemesinde bir kere de istinaf mahkemesinde incelenmesi, verilecek hükmün doğru ve isabetli olmasını sağlayacaktır. İlk yargılamada gözden kaçan, incelenmeyen dikkate alınmayan noktalar, ikinci yargılamada ele alınabilir. Böylece ikinci yargılama ile kararın daha isabetli ve daha doğru olması sağlanmış olur.<sup>27</sup> Sonuç olarak uyuşmazlığın ikinci defa halledilmesi isabetli karar verilmesini sağlar.<sup>28</sup>

c) İstinafın varlığı Yargıtay'ın iş yükünü azaltır. Bu şekilde Yargıtay, hukuk birliğini sağlama yani içtihat üretme görevini daha iyi yerine getirecektir. Yargıtay'ın içtihat mahkemesi görevini daha iyi yerine getirmesi yolu açılmış olacaktır.

d) İlk derece mahkemelerinde görev yapan hakimler ve diğer adliye görevlileri mahalli tesirler altında kalabilir. Halbuki daha çok il merkezlerinde kurulması düşünülen istinaf mahkemeleri mahallî tesirlerden uzak karar verecektir.<sup>29</sup>

e) İstinafı savunanlar, istinaf ilk derece mahkemesini daha titiz ve dikkatli incelemeye

<sup>26</sup> Sami Selçuk, "Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeleri Sorunu", s. 23.

<sup>27</sup> Bkz.: Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukukunun Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. baskı, s. 1044.

<sup>28</sup> Sami Selçuk, a.g.m.

<sup>29</sup> Kenan Özdemir-Yüksel Hız-Yusuf Solmaz Balo, "Türk Yargısında Yapısal Çözüm Arayışları ve Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemeleri".

<sup>25</sup> Feridun Yenisey, a.g.e., s. 205.

sevkedeceğini ileri sürerler. İstinafta ikinci bir inceleme olanacağını dikkate alacak olan yargıçlar eksik soruşturma yapmamaya özen gösterirler ve keyfi işlemlerden kaçınırlar.<sup>30</sup>

f) Ağır suçlar bakımından davaların uzayacağı, bu suçlar bakımından davaların uzamasının sakıncalı olduğu, bu nedenle sadece basit muhakemeyi gerektiren suçlarda istinafın kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşü savunanlar ağır suçlar bakımından genişletilmiş temyiz yolunu önerirler.<sup>31</sup>

g) İstinaf mahkemesi hakimlerinin daha tecrübeli olması ve mahkemelerin toplu hakim esasına göre kurulması da sanık için bir teminatıdır. Adalet olabildiğince bir imece çalışması ürünü olmalıdır. Nitekim toplu yargı sistemi ile dış baskılar etkisiz kılınabilir, bağımsız adalete saygınlığı artırır.<sup>32</sup>

h) Dava istinaf mahkemesine gelinceye kadar meseleler yavaş yavaş olgunlaşır. Bu durum, istinaf mahkemelerinin muayyen noktalar üzerinde mesaisini ve dikkatini toplayabilmesi imkânını sağlar.<sup>33</sup>

ı) Halk, müdafaa için uzak yerlerden Yargıtay'ın bulunduğu Ankara'ya gelmek külfetinden kurtulur; halk için kendisine daha yakın olan istinaf mahkemesinde hakkını daha kolay bir şekilde müdafaa eder.

i) İstinaf mahkemelerinin kurulmasını destekleyen başka bir görüşe göre, bu mahkemelerin içinde bulunduğu bir sistemde ilk derece mahkemesince verilen kararların bazısı istinafta hemen kesin-

leşeceğinden adalet sistemi daha çabuk işleyecektir.<sup>34</sup>

j) İstinaf konusu ülkemizde "davaların uzaması sebepleri" ile birlikte ele alınarak incelenmiştir. Genel kanaat, Yargıtay'a gelen iş sayısının azaltılması için istinafın kurulması gerektiği yolundadır. Buna karşılık Selçuk, istinafta amacın Yargıtay'ın iş yükünü azaltmak olmadığını, bunun onun sonuçlarından biri olduğunu, istinafın ceza adalet sisteminin vazgeçilmez bir ögesi olarak, sistemin içerisinde mevcut bulunması gerektiğinin altını çizmektedir.<sup>35</sup>

Bizde 1924'te istinafı kaldıran kanunun gerekçesinde istinafın davaları uzattığından bahsedilmiş ve bu nedenle kaldırılması gerektiği söylenmiştir. Buna karşı ise ceza muhakemesinde süratin başlı başına gaye olmadığı, muhakemede çabukluk sağlama gayesiyle teminatlardan vazgeçilemeyeceği ileri sürülmüştür. Asıl gaye muhakemenin kısa sürmesi değil, adaletle sonuçlanmasıdır.

### **İstinafın aleyhinde ileri sürülen görüşler:**

a) İstinaf kanun yoluna karşı çıkanlar, istinafın eski devirlerden beri varolması, savunulması için bir neden olmadığını ileri sürerler. Üstelik istinafın, ilk defa feodalitenin yıkılması sırasında ortaya çıktığı, krallıkların mahkemelerin yetkisini azaltmak için böyle bir usul öngördüğü, merkezileşme tamamlandıktan sonra da istinafın merkezi hükümetin o mahallerde temsiline hizmet etti-

<sup>30</sup> Kunter, a.g.e., s. 1044.

<sup>31</sup> Yenisey, a.g.m.

<sup>32</sup> Selçuk, a.g.m.

<sup>33</sup> Kenan Özdemir-Yüksel Hız-Yusuf Solmaz Balo, a.g.m.

<sup>34</sup> Köksal Bayraktar, **Nurullah Kunter'e Armağan**, "İstinaf ile İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış", İÜHF, İstanbul, 1998, s. 41'den aktarma: Gözübüyük s. 30 (A. Pulat Gözübüyük, Üst Mahkemeler, **Yargıtay** Dergisi, 1976).

<sup>35</sup> Selçuk, "Üst (İstinaf) Mahkemeleri Tezelden Kurulmalı".

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ği, bu sebeple, istinafın, hukukî olmaktan ziyade siyasî maksatla kurulduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca, istinaf her ülkede yoktur. İstinafın kabul edildiği ülkelerde de istinaf yaygın bir kanun yolu olmayıp sınırlı durumlar için kabul edilmiştir.<sup>36</sup>

**b)** İstinaf mahkemelerinin aleyhinde olanlara göre, "ilk derece mahkemesinin yapacağı yargılamanın bir formalite haline dönüşmesi tehlikesi mevcuttur. Zira istinaf mahkemesi yeniden yargılama yapacaktır. Bu da ilk derece mahkemelerin itibarının azalmasına neden olacaktır." demektedirler. Yenisey ise buna karşı olarak otorite sarılması (itibarın azalması) bahis konusu olakça aynı şeyin temyiz bakımından da geçerli olacağını ve bu gerekçe ile istinafın reddedilemeyeceğini savunur.<sup>37</sup>

**c)** İkinci hükmün daha hatalı olacağını iddia edenler vardır. Çünkü ikinci mahkemede tanık, bilirkişi ve delillerin hakim önüne getirmenin pratik zorlukları vardır. Aradan geçen zaman zarfında tanık bilgilerini unutabilir, bilgilerine kendi tasavvurunu karıştırabilir. Tanıklara yalan beyanda bulunmaları konusunda baskı yapılması ihtimalinin de çoğaldığı belirtilmiştir.<sup>38</sup> Bunun yanında davaların elden ele, şehirden şehre dolaştırılması, usul ekonomisine, maddi gerçeğin araştırılması ilkesine aykırı olur. Aradan zaman geçecek, davalar zamanaşımına uğrayacaktır.<sup>39</sup>

**d)** İlk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf mahkemelerine yapılacak başvurular çok olacağından dolayı, istinaf

mahkemelerinin buna ayıracakları vakit, ilk derece mahkemelerinden pek fazla olamayacaktır. İyi incelenmeden ivediye gelebilir.

**e)** Davanın iki defa görülmesinin teminat olduğu noktası doğrudur fakat, bu teminat, istinaf mahkemelerinde görev yapan hakimlerin daha bilgili olması sebebiyledir ve davaların tamamen tekrarı halinde bahis konusudur. İlk mahkeme hakimlerini bilgili yapmakla, birinci mesele mesnetsiz kalacaktır. Bilgili olmayan kimseyi hakim yapıp davaların başından itibaren sürüncemede bırakılmasına müsaade etmek zaten doğru değildir.<sup>40</sup>

**f)** Yargıtay'ın yargı yükünü azaltmak için alınacak asıl tedbirlerin başka olduğu, istinaf mahkemesi kararlarına karşı da Yargıtay'a gidileceğinden iş yükünün azalmayacağı iddia edilmektedir. Ayrıca İstinaf içtihat birliğini bozar ve içtihat birliği artık kurulamayacaktır.<sup>41</sup>

**g)** İstinaf mahkemesi hakimleri daha çok etki altında kalabilir. Önemli olan hiçbir hakimin etki altında kalmamasıdır, denilmektedir. Her şeyden önce, ilk derece mahkemesindeki hakimlerin etki altında kaldığını ileri sürmek ilk derece mahkemelerini şüphe altında bırakan ciddi bir iddiadır. Ayrıca ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimlerimiz açısından yerel etkilerden endişe ediliyorsa, o takdirde merkezi bölgelerde istinaf mahkemelerinde görev yapacak hakimlerimiz açısından da merkezi etkilerden endişe duymak gerekecektir. Bu durumda hakimin hukuka uygun karar vermesine mani olan her ne sebep varsa o sebebin izalesi yönünde tedbir almak gereği açıktır. Yani asıl olan hakimlerin bu etkilerden kurtulmasını engelleyecek doğrudan önlemleri alabilmektir. Yoksa mahkemeleri oradan

<sup>36</sup> Bkz.: Bayraktar, "İstinaf Mahkemeleri", Uluslararası toplantı, 7-8 Mart 2003 Ankara

<sup>37</sup> Yenisey, a.g.e., s. 219.

<sup>38</sup> Bkz.: Yenisey, a.g.e., s. 212.

<sup>39</sup> Bahri Öztürk, "İstinaf Mahkemele-ri", Uluslararası Toplantı, s. 188.

<sup>40</sup> Bkz.: Alsberg'ten aktaran Yenisey, a.g.e., s. 210.

<sup>41</sup> Bayraktar, a.g.m., s. 183.

buraya taşıyarak çözülebilecek bir problem değildir. Bununla birlikte zaten kanunda da hakimlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayacak tedbirlerin öngörülmüş olduğunu ileri sürerler. Ayrıca hakimlerin mahalli şartları bilmenin bazen uyuşmazlığın çözülmesi için gerekli olduğunu belirtmişlerdir.<sup>42</sup>

h) İstinaf aleyhtarları, istinafin hakim mesuliyet duygusunu azaltacağını düşünürler. Hatta istinaf olduğu takdirde, uyuşmazlık bir defa daha inceleneceği için, hakim şüphe halinde sanık lehine karar vermeğe mütemayil olacağı da söylenmiştir.<sup>43</sup>

ı) İstinafin da içinde bulunduğu bir yargılama sisteminde süre kaybının kaçınılmaz olduğunu ve davaların daha da uzayacağı fikri istinaf aleyhtarları tarafından dile getirilmektedir.<sup>44</sup>

İstinafin aleyhinde ileri sürülen bu görüşlere karşı Selçuk, istinafin amacının içtihat birliğinin sağlamak olmadığını, maddi olayların yeniden duruşmayla incelenmesini gerçekleştirmek olduğunu söylemektedir. Ona göre, istinaf mahkemelerinin içtihat aykırılığına neden olacağı kaygısı da yerinde değildir. Zira olay yargılaması yapacak bir mahkemenin içtihat mahkemesi olabileceği düşünülemez. Cumhuriyetin başındaki uygulamaya dayanılarak istinafa karşı çıkmanın o dönemdeki koşulları ve kaldırma gereğini bilmemekten kaynaklanmaktadır. Batıda istinafin kaldırılması yönünde güçlü bir akımın var olduğu söylemi de doğru değildir. Ancak güçlendirilmesi ve iyileştirilmesi yönünde eleştiriler vardır. Yani yapılan eleştiriler istinafin kaldırılması gerektiği yönünde değildir. Sonuç ola-

rak, istinaf ceza adalet sisteminin vazgeçilmez bir ögesidir.<sup>45</sup>

## CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NDA İSTİNAF

### 1. Genel Olarak

İstinaf kanun yolu 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile hukukumuzda girmiştir. Bu bölümde Ceza Muhakemesi Kanunu'muzda istinafin nasıl düzenlendiğini anlatacağız.

İstinaf kanun yolu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun altıncı kitabın ikinci kısmının ikinci bölümünde istinaf başlığı altında düzenlenmiştir. Kanunda istinaf yargılamasını yapacak olan mahkeme için istinaf mahkemesi yerine bölge adliye mahkemesi kavramı tercih edilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda başvuru istemi ve süresi, başvurunun etkisi gibi istinaf kanun yolunun esasları belirtilmiş, istinaf mahkemelerinin kuruluş ve işleyişi, görev ve yetkiye ilişkin hükümleri 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir.

İstinaf yargılamasını yapacak olan bölge adliye mahkemelerinin kurulması için 2 yıllık bir süre öngörülmüştür. Bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar yeni kanunun istinafa ilişkin hükümleri uygulanmayacaktır. Bu nedenle istinaf muhakemesinin üzerine kurulmuş olan temyize ilişkin hükümler de uygulanmayacaktır. 1412 sayılı eski kanunun temyize ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla, bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar, eski kanundaki hükümlere göre Yargıtay'da temyize

<sup>42</sup> Bkz.: Yenisey, a.g.e., s. 219-220.

<sup>43</sup> Bayraktar, a.g.m., s. 184.

<sup>44</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 467.

<sup>45</sup> Sami Selçuk, "Üst (İstinaf) Mahkemeleri Tezelden Kurulmalı".

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

kanun yoluna başvurulmaya devam edilecektir.

### 2. İstinaf Kabiliyeti Olan Kararlar

Kanun "*İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir.*" demektir (CMK m. 272/1). Bu hüküm hangi kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceğinin kuralını koymuştur. Buna göre kural olarak ilk derece mahkemelerinin verdiği "hüküm" niteliğindeki kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Doktrinde hüküm niteliğindeki kararlara "sonkarar" denilmektedir. Sonkarar, kovuşturma safhasında uyumsuzluğu doğrudan doğruya çözen ve kural olarak, mahkemenin gereken bütün işlemleri yaptıktan sonra, o işten el çekmesini gerektiren karardır.<sup>46</sup> Yani hakimin kendi önündeki muhakemeye son veren kararıdır. Hangi kararların sonkarar (hüküm) sayılacağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sayılmıştır.

CMK m. 223'te "duruşmanın sona ermesi ve hüküm" başlığı altında hangi kararların hüküm niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Birinci fıkrada, hükmün duruşma bittikten sonra açıklanacağı belirtildikten sonra; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarının "hüküm" olduğu düzenlenmiştir. Bu kararların hangi durumlarda verileceği de aynı madde de açıklanmıştır.

İstinaf kanun yoluna başvuru isteğe bağlıdır. Kural bu olmakla birlikte bunun yanı sıra Ceza Muhakemesi Kanunu bazı hallerde "otomatik istinaf"ı kabul etmiştir. Bunlar, ilk derece mahkemesince onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin verilen hükümlerdir. Eğer hüküm onbeş yıl ve ya

daha fazla hapis cezasına ilişkin ise sanık veya diğer ilgililerin arzusuna bakılmaksızın bölge adliye mahkemesince (istinaf mahkemesince) kendiliğinden incelenir. Yani istinaf kanun yolu otomatik olarak işler. Daha önce benzer düzenleme CMUK m. 305'te temyiz için öngörülmüştü.

İstinafın sonkararlara karşı başvurulabilen bir yol olduğunu belirtmiştik. Kural bu olmakla birlikte Ceza Muhakemesi Kanunu'nda istisnai durumlarda arakararlara karşı da istinaf yoluna başvurma imkanı tanınmıştır. CMK m. 272/2'ye göre "*Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir.*" Buna göre mahkemece verilen karar, sonkarar (hüküm) niteliğinde olmasa da iki halde bu karar aleyhine istinaf yoluna başvurulabilir. Birinci hal hükümden önce verilen arakararın hükme esas teşkil etmiş olmasıdır. İkincisinde ise mahkemenin verdiği arakarara karşı başka kanun yolu öngörülmemiş olması durumudur. Yani bir arakarara karşı istinaf yoluna başvurabilmek için ya bu arakarar hükme esas teşkil eden bir karar olacak ya da bu karara karşı başka bir kanun yolu öngörülmemiş olacak. Örneğin, mahkeme tarafından verilen (her bakımdan) yetkililik kararları hakkında sonkararla birlikte istinaf yoluna başvurulabilir.<sup>47</sup> Mesela bir arakarara karşı itiraz kanun yolu öngörülmüşse bu arakarara karşı istinaf yoluna başvurma imkanı yoktur. Çünkü bu kararlara karşı başka kanun yolu öngörülmüştür. Ancak sözkonusu durumlarda bile arakararlara karşı müstakil olarak istinafa başvurmanın mümkün olmadığını belirtelim. Bu kararlara karşı ancak sonkararla (hüküm) birlikte istinaf yoluna başvurulabilir.

<sup>46</sup> Yenisey, a.g.e., s. 120.

<sup>47</sup> Öztürk vd., a.g.e., s. 833.

Kural, hükümlere (sonkarar) karşı istinaf kanun yolunun açık olmasıdır. Ancak hüküm niteliğinde olmasına rağmen aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak kararlar vardır. Hangi hükümler aleyhine istinafa başvurulamayacağı kanunda belirtilmiştir. Buna göre

"Sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, üst sınırı beşyüz gün geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine, ve kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulamaz."

Kanun koyucu hükmedilen cezanın hafifliği dolayısıyla bunlara karşı istinaf yoluna başvuru yolunu kapalı tutulmuştur. Bu şekilde istinaf yargılaması yapacak mahkemelerinin iş yükünün ağırlaşması engellenmek istenmiştir. Bu düzenleme çağdaş hukuk düzenlemelerine de uygundur. İstinaf sistemini kabul eden hukuk sistemlerin hemen hemen tümünde de istinaf yolu bazı sonkararlara karşı kapalıdır.<sup>48</sup>

İstinaf kanun yolunun özelliklerini anlatırken istinafın olağan kanun yolu olduğunu bunu nedeni ise kesinleşmemiş kararlara karşı öngörülmüş bir kanun yolu olduğunu belirtmiştik. Kanun, istinaf muhakemesinin gayesine (özüne) uygun olarak kesinleşmiş kararlara karşı istinaf kanun yolunu kapatmıştır.

Özetle, ülkemizdeki düzenlemeye göre, hüküm (sonkarar) niteliğindeki mahkeme kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak istisnai olarak bazı arakararlara karşı da bu yola başvurulabilir. Yine istisnaen kanunda belirtilen durumlarda hüküm niteliğinde olsalar bazı kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz. Bazı sonkararlar için ise otomatik istinaf yolu öngörülmüştür.

Fransa'da ise 2000 yılına kadar ağır ceza mahkemelerinin görevine giren cürümlere ilişkin olarak verilen kararlara karşı istinaf başvurusu kabul edilmemişti.<sup>49</sup> Bunlara karşı temyiz yoluna başvurmak mümkündü. Buna karşılık asliye ceza mahkemelerinin her türlü kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurma imkanı vardı. 15 Haziran 2000 tarihinde çıkarılan kanunla bunlara karşı da istinafa başvurmak mümkün hale geldi. Bu düzenleme ile sulh ceza mahkemelerinden verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu, asliye ceza mahkemelerine nazaran daha sınırlı olarak kabul edilmiş ve belli koşullara bağlanmıştır. Para olarak değeri az olan ihtilaflarda istinaf mahkemesine başvurma imkanı tanınmıştır. Ancak bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurmak mümkündür.<sup>50</sup> Görevsizlik kararı, davanın kabul edilmezliği kararı, ön mesele iddiasının kabul edilmezliği kararı veya bu konuda karar vermenin ertelenmesi kararı gibi yargılamayı sona erdiren kararlar hakkında istinaf başvurusu derhal kabul edilmektedir.<sup>51</sup>

Almanya'da istinafı basit ve orta derecede önemdeki suçlar için öngörülmüştür. Ağır cürümlerde istinaf yolu kapalıdır.<sup>52</sup> Almanya'da hafif ve orta suçlarda ilk derece mahkemesi olarak mahalli mahkemeler yetkilidir. Bu mahkemelerin kararlarına karşı istinaf yolu açıktır. Bu suçlara istinaf mahkemesi olarak görev yapan mahkeme Eyalet Mahkemeleridir. Oysa ağır suçlarda istinafın mümkün olmadığı Almanya'da ilk derece mahkemesi olarak bakan mahkeme Eyalet Mahkemesidir. Yani hafif ve orta suçlarda istinaf görevini

<sup>48</sup> Yenisey, a.g.e., s. 122.

<sup>49</sup> Durmuş Tezcan, "Fransız Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf".

<sup>50</sup> Valery Turcey, "İstinaf Mahkemeleri", Uluslararası Toplantı, s. 143.

<sup>51</sup> Tezcan, a.g.m.

<sup>52</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 464.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

yapan mahkeme ağır suçlarda ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Ağır suçlarda kanun yolunu Federal Yüksek Mahkeme yapar (revizyon). Revizyon sadece hukuki denetimi kapsar.<sup>53</sup>

Avusturya'da ise istinaf, beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezaları için kabul edilmiş bir kanun yoludur.<sup>54</sup>

### 3. İstinafa Başvurma Hakkı Olanlar

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, sadece ilk muhakemede iddia makamını işgal edenlere verilmiştir. Asıl muhakemede müdafaa makamını işgal edenler de kanun yoluna başvurabilir.<sup>55</sup> Kanun yoluna başvurma hakkı, kamu yararına dayanmaktadır. Kanun yoluna başvurma ve yürütme hakkının herkese verilmesinde kamu yararı olmadığı için söz konusu hak belirli kişilere verilmiştir.<sup>56</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kimlerin istinafa başvurabileceği doğrudan düzenlenmemiştir. Kanun yoluna ilişkin genel hükümlerde kanun yoluna başvurabilecekler gösterildiğinden ayrıca istinafı düzenleyen bölümde buna gerek duyulmamıştır. Dolayısıyla genel hükümlerde başvurma hakkına ilişkin düzenleme istinaf için de geçerlidir.

Kanun yoluna ilişkin genel hükümleri anlatırken bu konuya kısaca değinmiştik. Başvurucuların sadece isimlerini belirtmekle yetinmiştik. Kanunda belirtilenleri istinaf kanun yolu açısından hangi

durumlarda ve ne şekilde başvuracaklarını detaylıca inceleyelim.

#### a) Savcılık

CMK m. 260/1'de açıkça cumhuriyet savcısını kanun yoluna başvurma hakkı olduğu belirtilmiştir.

Savcı, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamada çoğu kez iddia makamını işgal ettiğinden kendisine bu hak tanınmıştır. Savcılık sanık aleyhine istinaf kanun yoluna başvurabileceği gibi lehine de başvurabilir. (CMK m. 260/3) Çünkü ceza muhakemesinde gaye sanığı cezalandırmak değil hakikati ortaya çıkarmaktır. Savcılığın istinaf kanun yoluna başvurma hakkı taraf olduğu veya olacağı muhakemeler bakımındandır.<sup>57</sup>

Kural olarak kanun yoluna başvuru hakkı olan savcılık kararı veren mahkemenin yanındaki savcılıktır. Sulh ceza mahkemesi nezdinde savcılık teşkilatı olmadığı için, sulh ceza mahkemesi kararlarına karşı istinafa başvurma hakkı asliye ceza mahkemesi nezdindeki savcılığa aittir.

Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhine istinaf kanun yoluna gidilen karar, sanık lehine bozulabilir veya değiştirilebilir. Cumhuriyet savcısı, sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içerebilir. (CMK m. 265) Bu uygulama hemen hemen istinafın var olduğu tüm hukuk sistemlerinde mevcuttur. Cumhuriyet savcısı sanık aleyhine başvurmuşsa hüküm sanık aleyhine bozulabilir. Yani aleyhe başvuru durumunda cezanın sanık aleyhine ağırlaştırılması mümkündür. Ancak savcı sanık lehine başvurmuşsa hüküm sanık aleyhine olarak değiştirilemez (sanığın cezasının ağırlaştırılması -reformatio in petus- yasağı. Bu yasağın açıklamalardan

<sup>53</sup> Diethelm Kleszczewski, "İstinaf Mahkemeleri", Uluslararası Toplantı, s. 149.

<sup>54</sup> Duygun Yarsuvat, "İstinaf Mahkemeleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme".

<sup>55</sup> Yenisey, a.g.e., s. 132.

<sup>56</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 146-147.

<sup>57</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 1048.

da anlaşılacağı üzere sadece lehe başvurularda geçerlidir.

Savcının, kanun yolu başvurusunu sanığın lehine mi, yoksa aleyhine mi olduğu anlaşılmadığı halde, bunun lehte olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>58</sup>

Cumhuriyet savcısı sanık ve katılandan farklı olarak istinaf yoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak belirtmek zorundadır. (CMK m. 273/5)

## b) Sanık

Sanık, ferdi müdafaa makamını işgal ettiği için, istinaf kanun yoluna başvurabilir.<sup>59</sup> Kural olarak sanık, hükmün lehine değiştirilmesi için başvurabilir. Buna karşılık doktrinde, şerefe ve onura dokunan gerekçelere karşı da istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>60</sup> Yine ceza davasında amaç hakikatin araştırılması olduğundan hareketle sanığın kendi aleyhine kanun yoluna başvurması gerektiği savunulmaktadır.<sup>61</sup>

Sanığın başvuru nedenlerini isteminde göstermesi zorunlu değildir. Nedenlerin gösterilmemiş olması incelemeye engel teşkil etmez. (CMK m. 273/4) Dolayısıyla sanık herhangi bir neden göstermeden istinafa başvurabilir. Aynı uygulama Avusturya hukukunda da kabul edilmiştir. Avusturya ceza muhakemesi hukukunda, istinaf dilekçesinde gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur. Fakat istinafı talep eden hangi konuda istinafa gidildiğini belirtmek zorundadır.

Açıkça belirtmemiş olması ret nedenidir.<sup>62</sup>

Fransız hukukunda Türkiye'dekinin aksine istinaf yoluna başvuran istinaf gerekçelerini göstermek zorundadır.<sup>63</sup>

Alman hukukunda da istinaf taleplerinin gerekçeli olarak yapılması zorunludur.<sup>64</sup>

## c) Katılan

Kanuna göre katılan sıfatını almış bulunanlar kanun yollarına başvurabilirler. Bununla birlikte katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar da istinaf kanun yoluna başvurabilirler. Kanun koyucu bu hükümle birinci muhakeme taraf olmamasına rağmen bir süjeye istinaf kanun yoluna başvurma hakkı tanımıştır.

Katılan da savcı gibi sanıktan bağımsız olarak istinaf kanun yoluna başvurabilir. Katılan, katılma isteği karar bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar da tıpkı sanık gibi başvurularında başvuru nedenini göstermek zorunda değildir. Yani istemlerinde gerekçeye yer vermemiş olmaları incelemeye engel değildir. (CMK m. 273/4)

## d) Avukat

Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir. Bu avukat, sanığın seçtiği veya mahkemenin barodan istediği avukat olabilir.

<sup>58</sup> Centel-Zafer; a.g.e., s. 580.

<sup>59</sup> Yenisey; a.g.e., s. 132.

<sup>60</sup> Bkz.: Centel-Zafer; a.g.e., s. 581.

<sup>61</sup> Kunter-Yenisey; a.g.e., s. 1049.

<sup>62</sup> Bahri Öztürk; "Avusturya Ceza Muhakemesinde İstinaf".

<sup>63</sup> Yarsuvat; "İstinaf Mahkemeleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme".

<sup>64</sup> Yarsuvat; a.g.m.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Muhakeme sırasında müdafilik veya vekillik sıfatı olmayan, ancak sonradan kanun yolu süresi sona ermeden seçilen veya atanan avukat da istinaf kanun yoluna başvurabilir.<sup>65</sup>

Kunter-Yenisey'e göre müdafii toplum adına müdafaa görevi yaptığından, sanığa bağlı olmadan kanun yoluna başvurabilmelidir.<sup>66</sup> Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere bu sistem hukukumuzda mevcut değildir. Zira kanunda avukatın sanığın arzusuna aykırı olarak kanun yoluna başvuramayacağı belirtilmiştir.

### e) Yasal Temsilcinin ve Eşin Başvurma Hakkı

Yasal temsilci, veli veya vasisidir. Eşi ise sanığın karısı veya kocası demektir. Sanığın yasal temsilcisi ve eşi, sanığa açık olan kanun yoluna kendiliklerinden başvurabilirler. Sanığın başvurusuna ilişkin hükümler, bunlar tarafından yapılacak başvuru ve onu izleyen işlemler için de geçerlidir.

Sanığın yasal temsilcisi ve eşine bu hak sanığın menfaatlerini korumak için verildiğinden, sanığın durumunu ağırlaştıracak şekilde istinaf kanun yoluna başvuramazlar.

## 4. İstinaf Başvurusunda Süre ve Şekil Şartları

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda istinaf kanun yoluna başvurulması için kısa bir süre öngörülmüştür. Bu süre yedi gündür. Süre hükmün açıklanmasından itibaren başlar. Fakat hüküm istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar. Cumhuriyet savcılarını

açısından yedi günlük süre, kararın o yer savcılığına geliş tarihinden itibaren başlar.

Fransız hukukunda istinafa başvuru süresi, ülkemizdekinden daha uzun tutulmuştur. Bu süre kural olarak on gündür. Bunun dışında yasada özel süreler de öngörülmüştür. Örneğin belirli durumlarda salıverilme istemine ilişkin karara karşı başvuru süresi yirmidört saattir. Asliye cezalık davalarda başsavcılar için ayrı bir süre öngörülmüştür. Bu süre kararın tefhim tarihinden itibaren iki aydır.<sup>67</sup>

Kural olarak istinaf muhakemesi yapılabilmesi için istemde bulunulması gerekir. İstisna olarak onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler için re'sen istinaf muhakemesi başlar ve hüküm incelenir.

İstinaf istemi hükmü veren mahkemeye yöneltilir. Başvuru dilekçesi veya beyanı hataen başka bir mahkemeye yöneltilmişse bu durum başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. Yeter ki başvuru kabul edilebilir olsun. Bu halde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mercie gönderecektir.

Şunu da belirtmemiz gerekir ki; ilk derece mahkemesinin verdiği kararlara karşı doğrudan temyize başvurulamaz. İstinafı atlayarak temyize başvurma yöntemi (sprungrevision), suçluların geri verilmesi kararları (YTCK m. 18/4<sup>68</sup>) dışında benimsenmemiştir.<sup>69</sup>

Almanya'da, hakkında istinaf davası açabilen bir son karara

<sup>67</sup> Tezcan; a.g.m.

<sup>68</sup> "Kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, geri verme talebi hakkında bu madde ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir."

<sup>69</sup> Nurullah Kunter-Feridun Yenisey; a.g.e., s. 461.

<sup>65</sup> Centel-Zafer; a.g.m., s. 582.

<sup>66</sup> Kunter-Yenisey; a.g.e., s. 1049.

karşı, istinaf atlanarak temyize gidilebilmektedir. Yani istinafa başvurmadan doğrudan doğruya temyize başvurma imkanı Alman hukukunda kabul edilmiştir.<sup>70</sup>

İlk derece mahkemesince verilen hükme karşı istinafın atlanarak temyize başvurulmaması doktrinde eleştirilmektedir. Öktem'e göre maddi meselede kuşkusu olmayanın, doğrudan doğruya temyize başvurulması mümkün olmalıdır.<sup>71</sup>

Ceza muhakemesi kanununa göre, istek dilekçeyle yapılabileceği gibi zabıt katibine yapılacak bir beyanla da yapılabilir.<sup>72</sup> Beyanın tutanağa geçirilmesi ve hakim tarafından onaylatılması gerekmektedir.

İstinaf istek üzerine açıldı-ğından, istek yapıldıktan sonra geri alınması mümkündür. Geri alma için, usulüne uygun olarak açılmış bir istinaf davası bulunması şarttır ve geri alma, dava açmaya yetkili şahıs tarafından yapılabilir.<sup>73</sup>

Daha önce de belirttiğimiz gibi sanık ve bu kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenleri gösterme zorunlulukları yoktur. Ancak bu düzenleme Cumhuriyet savcısı için geçerli değildir. Cumhuriyet savcısı gerekçesini belirtmek durumundadır. Cumhuriyet savcısının istemi ilgililere tebliği edilir.

Sanık, yokluğunda aleyhine verilen hükümlere karşı eski hale

getirme isteminde bulunabilir. Eski hale getirme süresi içinde de istinaf süresi işler. Sanığın eski hale getirme isteminde bulunduğu hallerde, ayrıca istinaf isteminde bulunması gerekir. Bu halde istinaf istemi ile ilişkili işler, eski hale getirme istemi hakkında karar verilinceye kadar ertelenir. (CMK m 274)

## 5. İstinaf Kanun Yoluna Başvuru

### a) Başvurunun Etkisi

İstinaf kanun yoluna başvurunun, doktrinde genel olarak kanun yolları için zikredilen, iki etkisi söz konusudur. Birincisi, hükmün kesinleşmesini engellemesi etkisidir. Bu etki Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ifadesini bulmuştur. CMK m. 275/1'e göre "süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller." İstinafın kesinleşmemiş kararlara karşı gidilebilen bir yol olduğunu belirtmiştik. Bu kararlara karşı istinafa başvurulduğunda kararın kesinleşmesi engellenir. Dolayısıyla karar uygulanmaz.

Bir sanığın bir suçundan dolayı verilen karar, dava gibi, bir bütündür. Bu nedenle istinaf yoluna başvurulması hükmün kesinleşmesini bir bütün olarak engeller.<sup>74</sup> Hükme ait bir kısmın kesinleştiği diğer bir kısmının kesinleşmediği ileri sürülemez.

Başvurunun ikinci etkisi ise "aktarma"dır. Aktarma etkisi, istinaf kanun yoluna başvuru ile uyuşmazlığın başka bir makam tarafından inceleneceği anlamına gelmektedir. Bu makam aynı zamanda üst bir makamdır. İstinaf kanun yoluna başvuru üzerine hükmü inceleyecek olan makam, bölge adliye mahkemeleri adı ile kurulacak olan üst mahkemelerdir. Hem üst mahke-

<sup>70</sup> Yenisey; a.g.m.

<sup>71</sup> Yenisey; a.g.e., s. 166.

<sup>72</sup> Yurtcan, haklı olarak "Uygulamada hiç yeri olmayan zabıt katibine beyanla işlem yapmak yolu, terk edilmelidir." demektedir. A.g.e., s. 465.

<sup>73</sup> Yenisey; a.g.m.

<sup>74</sup> Kunter-Yenisey; a.g.e., s. 1054.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

medir, hem de hükmü veren makamdan başka bir makamdır.

### b) Başvurunun Kabulü

Temyizde olduğunun aksine kanunda istinaf sebepleri belirtilmemiştir. Herhangi bir nedenden dolayı istinafa başvurulabilir.

İstemin hükmü veren ilk derece mahkemesine yöneltilmesi gerektiğini belirtmiştik. İstinaf istemi ilk sözlü veya dilekçe ile ileri sürüldüğünde hükmü veren mahkeme bir inceleme yapar. Davanın kabule şayan olup olmadığı hakkında bir karar verir.

Mahkeme üç konuda inceleme yapar.

İstinaf kanun yoluna başvuru için kanunda öngörülen süreye riayet edilip edilmediği,

Aleyhine istinaf yoluna başvuru kararın istinafa tabi olup olmadığı,

İstinaf yoluna başvuranın buna hakkı olup olmadığını inceler.

Bu koşullardan herhangi biri gerçekleşmemişse mahkeme istemi reddeder. Yani eğer öngörülen süre geçirilmişse veya başvurulmayacak bir karar aleyhine istinafa başvurulmuşsa yahut başvuru hakkı olmayan biri tarafından başvuru yapılmışsa başvuru talebi ilk derece mahkemesince reddedilir.

İstinaf başvurusunda bulunan hak sahipleri, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesinden bu hususta bir karar vermesini isteyebilirler. Bu takdirde dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir.

Mahkeme yaptığı inceleme sonucu başvurunun kabulüne karar verirse bu durum karşı tarafa tebliğ edilir ve yedi gün içinde yazılı cevap istenir. Cevap verildikten veya bunun için belirli süre bittikten sonra dava dosyası, bölge

adliye mahkemesine sunulmak üzere, Cumhuriyet savcısı tarafından bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

Cumhuriyet Başsavcılığı da dosyayı bölge adliye mahkemesine sunmadan önce inceler. Varsa tebligat eksikliklerini giderir. Sunulması gereken belge ve deliller eklenir. Daha sonra yazılı düşünceyi de içeren bir tebliğname ile birlikte bölge adliye mahkemesi ceza dairesine verir. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnameyi ilgililere tebliğ eder.

Başsavcılığın tebliğnamesinde o ana kadar ileri sürülmemiş bir görüş ileri sürülebilir. Bu nedenle tebliğnamenin ilgililere gönderilmesi yerinde olacaktır. Hükmün bu şekilde düzenlenmesi yerindedir.<sup>75</sup>

Ceza dairesi dava dosyasını bir ön incelemeye tabi tutar. Başvurulan bölge adliye mahkemesinin yetkili olup olmadığını kontrol eder. Yetkili olmadığı anlaşılması halinde dava dosyasının yetkili olan bölge adliye mahkemesine gönderilmesine karar verir. Yine öngörülen başvuru süresine riayet edilip edilmediği, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olup olmadığı, başvuranın buna hakkı bulunup bulunmadığı yönünden inceleme yapar. İnceleme olumlu sonuçlanmaz ise istinaf başvurusunun reddine karar verir.

## 6. Duruşma

İstinaf duruşmasının hazırlığı ve duruşmanın yapılması genel hatları ile ilk muhakemedeki duruşma gibidir. Kanun bazı farklılıklara yer vermiştir.

Bölge adliye mahkemesince yapılan ön inceleme sonucunda davanın

<sup>75</sup> Centel-Zafer; a.g.e., s. 610.

yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verilmişse, bölge adliye mahkemesi başkanı veya görevlendireceği üye, duruşma gününü saptar, gerekli çağrılarını yapar. Tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davanın reddedileceği ayrıca bildirilir. Buna göre istinaf davası sanık tarafından açılmışsa ve sanık tutuklu değilse kendisine yapılan çağrı üzerine duruşmaya gelmek zorundadır. Davasının reddedileceğinin sanığa bildirilmemiş olması durumunda sanığın duruşmaya gelmemesi davanın reddini gerektirmez. (CMK m. 281/1)

Çağrı kağıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir. (CMK m. 176/4)

Mahkeme gerekli gördüğünde duruşma öncesinde tanıkların, bilirkişilerin dinlenilmesine ve keşfin yapılmasına karar verir. (CMK m. 281/2) Buradaki amaç, istinaf duruşmasının tek bir celsede bitirilebilecek kadar olgun hale getirilmesi, bütün eksik delillerin toplanması, raporların alınması ve delillerin getirtilmesidir.<sup>76</sup>

Duruşma genel hükümlere göre başladıktan sonra görevli raportör inceleme raporunu okur. Raportörün raporu okuması, sadece muhakemenin konusunu belirleme, başvurunun gaye ve kapsamını belirtmek amacı ile ve sadece muhakeme hukuku gayesiyle yapılır.<sup>77</sup> Ardından ilk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü de okunur. İlk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları, bilirkişi raporu, bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan de-

lil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar okunur. Bölge adliye mahkemesi duruşmada dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişileri çağırabilir. (CMK m. 282) Bu hüküm tanık ve bilirkişilerin duruşmaya çağrılarını doğrudan doğruya dinlenilmesini mümkün kılmaktadır.

## 7. İstinaf Muhakemesi Sonucunda Verilebilen Kararlar

İstinaf yoluna sanık lehine başvurulmuşsa, istinaf yargılaması sonucunda verilecek hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz. (CMK m. 283) Buna sanığın cezasının ağırlaştırılması yasağı (reformatio in petus yasağı) denir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu yasağın sadece sanık lehine yapılan başvurularda geçerlidir.

Bölge adliye mahkemesince yapılan ön incelemede istinaf başvurusunun kabul edilebilir olduğu anlaşılırsa dosyanın esastan incelenmesine geçilir. Bölge adliye mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesini, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra üç farklı karar verebilir.

### a) Gelmeyen Sanığın Açtığı İstinaf Davasının Reddi Kararı

Ceza muhakemesinde medeni hukuk muhakemesindeki aksine gıyabi karar yoktur. Tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davanın reddedileceği ayrıca bildirilir. İstinaf muhakemesinde gelmeyen sanığın davası reddedilir. (CMK m. 281/1)

Sanığın davayı takip etmemesi istinaftan vazgeçtiği şeklinde

<sup>76</sup> Kunter-Yenisey; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2005 Eki, s. 459.

<sup>77</sup> Yenisey; a.g.m.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

yorumlanır. Sanığın duruşmaya gelmemesi üzerine istinaf davasını ret edilmesi sadece sanığın açtığı istinaf davası açısından geçerlidir. Sanığın açtığı istinaf davasının ret edilmesi, kanuni temsilci veya savcının açmış olduğu müstakil istinaf davalarını etkilemez.<sup>78</sup>

Daha önce de belirttiğimiz gibi duruşmaya gelmemesi üzerine davasının reddedileceği sanığa bildirilmelidir. Ayrıca kanun, çağrı kağıdında bu durumun belirtilmesi gerektiği yönünde bir şart da aramıştır. Yani söz konusu kararın verilmesi için yapılacak çağrıda sanığın duruşmaya gelmemesi üzerine davasının reddedileceği açıkça belirtilmiş olmalıdır. Bu düzenlemeye tutuklu sanıklar tabi değildir.

Gelmeyen sanığın davasının reddedilmesi uygulaması Alman hukukunda da vardır.<sup>79</sup>

### b) Esastan Ret Kararı

İstinaf başvurusu, gerekli şartlar gerçekleştiği için, kabul edildikten sonra bölge adliye mahkemesi meselenin esasına girer. Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir. (CMK m. 282/1a.)

### c) Bozma Kararı

Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararında CMK m. 289'da belirtilen bir hukuka aykırılık

nedeninin bulunması halinde hükmün bozulmasına karar verir.

Madde 289'da belirtilen haller mutlak temyiz nedenidir. Yani kanunda belirtilen mutlak temyiz nedenlerinin varlığı halinde bölge adliye mahkemesi bozma kararı verecektir.

Bölge adliye mahkemesi bozma kararıyla birlikte dosyayı yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderir. Bölge adliye mahkemesinin bozma kararı üzerine dosyayı kendi yargı çevresindeki uygun göreceği başka bir ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi vardır.

Bozma kararından sonra, ilk derece mahkemesi genel hükümlere göre işlem yapacaktır. Bölge adliye mahkemesinin verdiği bozma kararlarına karşı ilk derece mahkemesinin direnme hakkı yoktur. Bu isabetli bir düzenlemedir. Aksi durumda davaların uzaması kaçınılmaz olacaktır.

### d) İlk Derece Mahkemesinin Kararını Kaldırarak Davanın Yeniden Görülmesi Kararı

Yukarda sayılan iki halin dışındaki durumlarda bölge adliye mahkemesi gerekli tedbirleri aldıktan sonra ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın yeniden görülmesine karar verir. Bu durum bölge adliye mahkemesinin, ilk derece mahkemesinde hata yapılmış olduğu iddiasını kabul etmesi ve uyuşmazlığı maddi ve hukuki yönden tekrar ele alması demektir.

İstinaf mahkemesi açılan davanın esasını incelerken davayı hem maddi açıdan hem de hukuki açıdan denetler.

Maddi meselenin incelenmesi demek, esas mahkemesinin hüküm verirken kullandığı delillerle yeniden temasa geçmesi demektir. Ancak

<sup>78</sup> Kunter-Yenisey; a.g.e., s. 1120.

<sup>79</sup> Yenisey, *Adalet Dergisi*: "İstinaf".

istinaf mahkemesi ilk hükmü yok farz edip her şeyi yeni baştan yapmaz. Modern hukuk sistemlerinin kabul ettiği istinafta da, "sadece tartışmalı olan delillerle yeniden incelenmesi yöntemi" kabul edilmiştir.<sup>80</sup>

İstinafta temyizde olduğunun aksine istinaf sebebi ayrı ayrı gösterilmediğinden bölge adliye mahkemesi herhangi bir sebepten dolayı ilk derece mahkemesini hatalı görüp, davanın yeniden incelenmesine karar verebilir.

Bölge adliye mahkemesi esastan yaptığı inceleme sonucunda beraat veya mahkumiyet kararı verebilir. Fiilin suç teşkil etmediği veya suçun sanığa isnat edilemeyeceği tespit edilirse beraat kararı verir. Suçu işlediği tespit edilirse mahkumiyet kararı verir. İlk hükmünde yer almamış olsa bile güvenlik tedbirlerine de hükmedebilir.

#### **e) Diğer Kararlar**

İstinaf mahkemesi bir mahkeme tarafından yapıldığından bir alelade mahkemenin verebileceği diğer kararları da verebilir. Bunlar arakarar olabileceği gibi sonkarar şeklinde de olabilir. Örneğin, bir arakarar olan durma kararını veya şikayetin geri alınması, zamanaşımının dolması ve genel af gibi sebeplerle duruşma başladıktan sonra da bir sonkarar olan düşme kararını verebilir.

### **8. İstinaf Mahkemesi Kararlarına Karşı Kanun Yolu**

CMK m. 284/1 "Bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine (...) karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemez." demek suretiyle istinaf mahkemesi kararlarına karşı kural olarak kanun yoluna gidile-

meyeceğini belirtmiştir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile itiraz ve temyize ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Buna göre itiraz ve temyize ilişkin hükümlere bakılarak bölge adliye mahkemesinin hangi kararlarına karşı kanun yoluna gidilebileceği tespit edilebilir.

Belirtmek gerekir ki bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı gidilebilecek kanun yolları sadece itiraz ve temyizdir.

#### **a) İtiraz**

İtiraz arakararlara karşı kabul edilen bir kanun yolu olduğuna göre bölge adliye mahkemesinin sadece arakararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. İtiraza ilişkin düzenleme uygun düştüğü ölçüde bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı yapılan itirazlar için de geçerlidir. Buna göre, ilgililer kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren bölge adliye mahkemesi ceza dairesine bir dilekçe vermek veya istemi tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle itiraz yoluna başvurabilirler.

Bölge adliye mahkemesi kararlarına itirazda, karar bir üye tarafından verilmiş ise inceleme mercii, üyenin bağlı bulunduğu ceza dairesinin başkanıdır. Karar daire başkanı tarafından verilmiş ise inceleme merci, başkanı olduğu daireyi numara olarak takip eden ceza dairesidir. Kararı veren ceza dairesi ise yine o ceza dairesini numara olarak takip eden ceza dairesi incelemeyi yapacaktır. Son numaralı daire söz konusuysa birinci ceza dairesi inceleme yapmakla görevlidir.

#### **b) Temyiz**

Yargıtay'ın içtihat yapma, hukuk birliği sağlama işlevini yeri-

<sup>80</sup> Kunter-Yenisey; a.g.e., s. 458.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ne getirmesi amacıyla bölge adliye mahkemesi kararlarından bazılarını karşı Yargıtay'a başvurma imkanı tanınmıştır. CMK m.286/1 "Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir." demek suretiyle bölge adliye mahkemesinin bozma dışında kalan kararlarına karşı temyiz kanun yoluna gidilebileceğini belirtmiştir. Bölge adliye mahkemesinin bozma dışında kalan kararlarına karşı temyiz mümkün değildir. Yargıtay'a gidecek işleri azaltmak amacıyla daha az önemli bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz kanun yolu kapalı tutulmuştur. Bu şekilde istinaf eleme işlevi görmektedir.

Kanun hangi kararların temyiz edilemeyeceğini maddeler halinde saymıştır. Buna göre:

**a)** İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,

**b)** İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,

**c)** Sulh ceza mahkemesinin görevine giren suçlarla ilgili olarak ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

**d)** Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin suç niteliğini değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları,

**e)** Sadece eşya veya kazanç müsadereğine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarını değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları,

**f)** On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat karar-

ları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen beraat kararları ile istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,

**g)** Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine veya istinaf başvurusunun reddine dair kararlar,

**h)** Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları,

*Temyiz edilemez.*" (CMK m. 286/2)

Temyiz istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye yapılır.

Yargıtay temyizi istemini ya esastan reddeder veya temyizi istenen hükmü bozar. Bunun dışında hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasında hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuş ise, kanunda belirtilen hallerde Yargıtay davanın esasına hükmedebileceği gibi hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir.

Yargıtay, bozma kararı verdiği hallerde dosyayı, yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderir. Yargıtay'dan verilen bozma kararına bölge adliye mahkemesinin direnme hakkı vardır.

*Fransa ve Almanya'da ceza muhakemesi alanında istinaf mahkemelelerinin bütün son kararlarına karşı temyiz yolu kabul edilmiştir.<sup>81</sup> Fransa da Yargıtay mahkumun suçlu olup olmadığıyla ilgilenmez, bu konuda mutlak takdir yetkisi istinaf mahkemesindedir. Yargıtay sa-*

<sup>81</sup> Yenisey; a.g.m.

dece hükmün gerekçesinde kanuna aykırılık ve şekilde noksanlık olup olmadığına bakar.<sup>82</sup>

### **BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ (İSTİNAF MAHKEMESİ)**

Türkiye’de istinaf yargılaması, bölge adliye mahkemeleri adıyla kurulacak olan mahkemeler tarafından yapılacaktır. Bölge adliye mahkemeleri 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile kurulmuştur. Bu Kanunun Geçici 2. maddesine göre bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemeleri kurulacaktır. Kanun Nisan 2005’te yürürlüğe girmiştir. Bölge adliye mahkemelerinin bu tarihten iki yıl sonra, yani Nisan 2007’de faaliyete geçmesi planlanmaktadır.

Bölge adliye mahkemeleri, adından da anlaşılacağı üzere, bölge mahkemeleridir. Bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önüne alınarak belirlenen yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulacaktır. Bu mahkemelerin yargı çevresini belirlemek, değiştirmek veya mahkemeleri kaldırmak yetkisi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na verilmiştir.

Bölge adliye mahkemeleri, başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşur.

Bölge adliye mahkemeleri 3 hukuk ve 2 ceza dairesi olmak üzere en az 5 daireden oluşur. Bunların sayısı Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca artırılıp azaltıla-

bilir. Daireler toplu hakim esasını göre kurulur. Dairelerin bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşacağı kanunda belirtilmiştir. Her daire, bir başkan ve iki üyenin katılımıyla toplanır. Görüşmeler gizli yapılır, kararlar çoğunlukla verilir.

Bölge adliye mahkemesi başkanlığına, daire üyeliğine atanacak hakimlerin nitelikli ve tecrübeli hakim olmaları öngörülmüştür. Yargıtay’da görev yapan başkan ve üyeler de, istekleri halinde bu mahkemelere atanabilecektir. Diğer üyeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca dört yıllığına atanırlar. Bu süre boyunca başka bir göreve veya başka bir yere atanmazlar. Kanunda belirtilen durumlarda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca aksine karar verilebilir.

### **SONUÇ**

Yargıtay, ilk derece mahkemeleri ile kendi arasında süzgeç görevini yapacak bir ara mahkeme bulunmadığından hem içtihat oluşturmak hem de istinafı yürütmek durumunda kalmıştır. Bu durum Yargıtay’ın birçok konuda kilitlenmesine ve kararların geç çıkmasına neden olmuştur.

Yargıtay, gerekli teknik donanım ve imkana sahip olmadığı için maddi meseleye temas etmesi çok zordur. Bu nedenledir ki Yargıtay’da kural olarak inceleme dosya üzerinden yapılmakta maddi mesele tetkik edilmemektedir. Ancak, maddi mesele hukuki meselenin esasını oluşturduğundan maddi mesele iyice tetkik edilmeden, vaka ile temas kurulmadan sadece hukuki meselenin irdelenmesi isabetsiz kararların verilmesine ve adaletsiz sonuçların doğmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle maddi meselenin iki defa incelenmesi hükmün doğru ve isabetli olmasını sağlar. Bu mülahaza ile istinaf kurumunun getirilmiş olması, sanığa teminat

<sup>82</sup> Turcey; "İstinaf Mahkemeleri" Uluslararası Toplantı, s. 145.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

oluşturması açısından önemli bir gelişmedir.

İstinaf aleyhtarları tarafından ileri sürülen istinafin davaları uzatacağı düşüncesi yerinde değildir. Zira mahkeme kararlarının büyük bir kısmı Yargıtay'a gitmeden kesinleşeceğinden muhakeme daha seri işleyecektir. Bunun için de yeterli sayıda ve farklı bölgelerde istinaf mahkemelerinin kurulacak olması ve bu mahkemelerin toplu hakim esasına göre çalışacak olması, ayrıca bu mahkemelerde tecrübeli hakimlerin görevlendirilecek olması muhakemenin daha seri işlenmesini sağlayacaktır.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sadece 'hüküm' niteliğindeki mahkeme kararlarına karşı istinaf yolunu açık tutulmuştur. Ancak istisnai olarak hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan arakararlara karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurmak mümkündür. Yine istisnaen kanunda belirtilen durumlarda verilen kararlara karşı hüküm niteliğinde olsalar bile hükmedilen cezanın hafifliği dolayısıyla bunlara karşı istinaf yolu kapalı tutulmuştur. Bu düzenleme ile mahkemelerin gereksiz yere zaman kaybetmeleri önlenmek istenmiştir. Hatalı karar verilmesi ağır sonuçlara yol açacak bazı sonkararlar için otomatik istinafin öngörülmüş olması da yerinde bir düzenlemedir.

Kanunun istinaf mahkemesinin bazı kararlarına karşı temyiz yolunu açık tutması da önemlidir. Bu düzenleme, hem istinaf mahkemesince ikinci kez maddi ve hukuki yönden incelenen bir karar bir kez daha hukuki incelemeye tabi tutulması hem de Yargıtay'a içtihat oluşturma imkanı tanımış olması açısından isabetli olmuştur.

Belirtmek gerekir ki, teorik düzlemde yerinde ve adil görünen bazı düzenlemeler uygulamada zaman zaman teknik donanımın yetersizliği ve nitelikli eleman azlığı gibi

nedenlerle farklılaşmakta ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. İstinaf kurumunun, adil ve toplum nezdinde kabul gören, arzu edilen sonuçlara yol açmasını temenni ediyoruz.

### Kaynakça

- Köksal Bayraktar; **Nurullah Kunter'e Armağan, İstinaf ile İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış**, İÜHF, İstanbul: 1998.
- Nur Centel-Hamide Zafer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Beta Yay., İstanbul: 2005.
- Nurullah Kunter-Feridun Yenisey; **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, 12. Baskı, Beta Yay., İstanbul: 2003.
- Nurullah Kunter-Feridun Yenisey; **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 2005 Eki**, Arıkan Yay., İstanbul: 2005.
- Nurullah Kunter; **Muhakeme Hukukunun Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul: 1989.
- Kenan Özdemir-Yüksel Hız-Yusuf Solmaz Balo; "Türk Yargısında Yapısal Çözüm Arayışları ve Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemeleri", **Adalet Dergisi**;  
[http://www.yayin.adalet.gov.tr/21\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/21_sayi.htm).
- Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem-Veli Özer Özbek; **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yay., Ankara: 2004.
- Bahri Öztürk; "Avusturya Ceza Muhakemesinde İstinaf", **Adalet Dergisi**,  
[http://www.yayin.adalet.gov.tr/2\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/2_sayi.htm),
- Mehmet Sarı; "İstinaf Mahkemelerinin Kanun Yollarımız İçindeki Yeri veya HUMK'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi"  
<http://www.turkhukusitesi.com>, 2004.
- Sami Selçuk; "Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeleri Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, Sayı 4, c. 2, 1976.

Sami Selçuk; "Üst (İstinaf) Mahkemeleri Tezelden Kurulmalı", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 49, Sayı: 1, Ocak 1992.

Durmuş Tezcan; "Fransız Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", **Adalet Dergisi**, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/2\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/2_sayi.htm),

Hikmet Sami Türk; "İstinaf Mahkemeleri", **Adalet Dergisi**; [http://www.yayin.adalet.gov.tr/2\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/2_sayi.htm)

Duygun Yarsuvat; "İstinaf Mahkemeleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme", <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>

Feridun Yenisey; **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Ve Tekrar Kabulü Sorunu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul: 1979.

Feridun Yenisey; "İstinaf", **Adalet Dergisi**; [http://www.yayin.adalet.gov.tr/2\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/2_sayi.htm)

Ejder Yılmaz; **İstinaf**, 2. Baskı, Yetkin Yay., Ankara: 2005.

Erdener Yurtcan; **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul: 2005.

**İstinaf Mahkemeleri**; Uluslararası toplantı: 7-8 Mart 2003, Türkiye Barolar Birliği Yay., 52, Ankara: 2003.







# **Avukatlık Mesleğinde Sosyal Güvenlik -Sorunlar ve Çözüm Önerileri-**

Av. Bilal ÇALIPIR



## **TAKDİM**

**B**irçok meslekte olduğu gibi gelecek endişesi avukatlık mesleğinde de sorun olmaya devam etmektedir. Mesleğimiz bir yönüyle kamu hizmeti, bir yönüyle de serbest meslektir. Ancak karşı karşıya kaldığımız sorunlar, mesleğimizin her iki kapsamda da değerlendirilmesinden uzaktır.

Hak arama özgürlüğünün somut unsurları olan avukatlara kamu hizmetlisi görevi yüklenir ve gereği talep edilirken, kamu görevlilerinin sahip olduğu haklardan yararlandırılmamışlardır. Öte yandan serbest meslek olarak kabul edilen avukatlık mesleği, mesleğin getirileri bakımından yeterli donanımına da sahip kılınmamıştır. Bir yandan reklam yasağı, diğer yandan ticaret yasağı ve disiplin uygulamaları serbest meslek rekabetine imkan tanımazken, bir yandan da sosyal güvenceden mahrum bırakılarak avukatların eli kolu bağlanmaktadır.

Bu haliyle kamu hizmetlilerinin ve siyasetçilerin serbest meslek varsayımı ile yaklaşımı, diğer yandan da serbest meslek mensuplarının kamu hizmeti bakışı ile yaklaşımı mesleği tabir caizse arafta bırakmıştır.

Mesleğimizin hak arama özgürlüğünü kutsal bir hak olarak algılaması ve gereğini hem düzenleme

hem de uygulama bakımından yerine getirebilmesi için gelecek güvencesine sahip olması gerektiği izahtan varestedir. Bu gereksinim ÇAĞRI AVUKATLAR GRUBU'nun, "Mesleğin Sosyal Güvenceleri"ne ilişkin çalışma yapmasını ve sizlere ulaştırmasını gerektirdi. Grup içinde Fikri Araştırmalar Komitesi üyesi olan meslektaşlarımız, özellikle karşılaştırmalı tablolarla ve çözüm önerileriyle sizlere bu çalışmayı hazırladı.

Hak arama bilincinin, hukukun yaygınlaştırılmasının öncüleri ve bu vesileyle özgürlüklerin de teminatı sayılan avukatlar ve avukatlık mesleğinin sosyal güvencelerden mahrum bırakılması kabul edilemezdir.

Gerçekten de çalışmayı inceleyen meslektaşlarımız çok çarpıcı karşılaştırmayı bizzat kendi özellerinde bir daha yaşadıklarında gelecekle ilgili sosyal güvenlik sorunlarını bir kere daha hatırlayacaklardır. Her ne kadar meslek örgütümüz Barolar Birliği ve İstanbul Baromuz sosyal güvencemizle ilgili kayda değer bir çalışma yapmasalar, yıllardır meslektaşlarını güvencesizliklerin kumpasında bıraksalar da, Fikri Araştırmalar Komitemizin, Ankara Barosu Baroda Birlik Grubu Ar&Ge Komisyonunun çalışmasından esinlenerek hazırladıkları bu çalışma, sosyal güvenlik sorunlarımızı bir kere daha tartışmaya açmaya yöneliktir.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Fikri Araştırmalar Komitemizin öz veri ile hazırladığı bu çalışma, tüm meslektaşlarımızın sorununa çözüm bulunması bakımından önemlidir. Böylesi bir sorumluluk duygusuyla çalışmaya esin kaynağı olan Ankara Barosu Baroda Birlik Grubu Ar&Ge görevlisi meslektaşlarımızı ve Çağrı Avukatlar Grubu Fikri Araştırmalar Komitesindeki meslektaşlarımızı, bizleri geleceğimize dönük duyarlılığa yönelttikleri çabaları için yürekten kutluyorum.

**Av. Muharrem BALCI**

### GİRİŞ

**T**ürkiye’de insanların geleceklerini güvence altına almaktan da öte, çalışabilir durumda olduğu anların dahi sosyal güvenceleri sağlanmış değildir. Çalışan nüfusu zorunlu sosyal güvenceye bağladığı halde, bu sosyal güvenceden yararlandırmamak, sosyal hukuk devletinin ancak bir ayıbı sayılabilir. Üstelik zorunlu sosyal güvence kapsamında sadece emekliliğe dönük uygulamayı güvenceden saymak da akla ziyan bir uygulamadır. Bu akla ziyan uygulamanın sorumlu taraflarından birinin avukatlar olduğunu iddia etmek, sağlık güvencesi için prim ödemeyen avukatları bu güvenceden mahrum etmeye çalışmak da ayrı bir ziyandır.

Ülkede sağlıklı çalışan bir sağlık ve sosyal güvence oldu da biz avukatlar mı duymadık, yoksa SSK önlerinden, hastane kapılarından kuyruklar kalkmış da biz mi görmedik?

Sadece yaşlılık kapsamındaki sosyal güvencenin de ne kadar güvenceden sayılması gerektiği ayrı bir tartışma konusudur. İşte elimizdeki çalışma, bu evlere şenlik

sosyal güvenceyi tartışma konusu yapıyor.

Avukat meslektaşlarımız da diğer çalışanlar gibi, çalışma hayatında ve sonrasında sosyal güvenceye muhtaçtır. Ancak sosyal güvenlik anlayışındaki çarpıklık ve eşitlik ilkesine aykırılık, yapılanmasının hantallığı ve eksikliği ile birleştiğinde; avukatlara sosyal güvenlik hizmetleri sunan SSK ve bu kuruma bel bağlamış olan meslek kuruluşlarının hizmet sunumunda çok yetersiz kaldığı görülmektedir.

Avukatlar mevcut sosyal güvenlik sistemi içinde yaşlılık, malullük ve isteğe bağlı olarak sağlık sigortasından yararlanmaktadır. Ancak yaşlılık ve malullük aylıklarının üst sınırı bile açıklık sınırının altında kalmıştır. Kamu hizmeti yaptığı da kanun ve uygulama ile tespit edilen avukatların, emekliliklerinde emsalleri arasında ne kadar komik duruma düştüklerini anlatmak mümkün değildir.

Ancak tablolar yardımıyla yapılan kıyaslamalar durumun vahametini net olarak ortaya koymaktadır. Konu içinde, bir muhakeme esnasında muhakemenin unsurları arasında sosyal güvenceler bakımından kıyaslamalar sunulmuştur.

Kıyaslamalardan sonra artık, savunma mesleğinin örgütü olan Baroların işlevlerini ve mesleğin temsil bakımından sorunlarını da bir başka çalışmada ortaya koymak üzere sizleri sosyal güvenlik sorunlarımızla başbaşa bırakıyoruz.

### **TÜRKİYE’DE AVUKATLARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ’NE İLİŞKİN DÜZENLEMELER**

Sosyal güvencenin tüm toplumu kapsamaya başlamasıyla birlikte. Avukatlar içinde bir sosyal güvence ihtiyacı doğmuştur. Önce baro-

## Avukatlık Mesleğinde Sosyal Güvenlik / B. Çalışır

lar, sosyal güvenlik sorunlarını kendi içlerinde kurdukları "Yardım Sandıkları" ile çözmeye çalışmış ancak kurulan yardım sandıklarında beklenen istikrar sağlanamayınca, sosyal güvence açısından da arzulanan sonuç elde edilememiştir.

Daha sonra Sosyal Sigortalar Kanunu 86. maddesindeki düzenleme ile serbest meslek erbabı avukatlar "topluluk sigortası" ile sosyal güvence açısından SSK. kapsamına dahil edilmiştir.

Sosyal Sigortalar kanununun Geçici 20. Maddesi ile, madde metninde herhangi bir açıklık olmamasına ve sınırlı sayıda sayılmış olmasına rağmen barolar da, bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler gibi kabul edilip, SSK içinde değerlendirilip, yine SSK içinde 86. madde gereğince Zorunlu Topluluk Sigortasına tabi tutulmuşlardır.

SSK'nın 86. maddesi uyarınca SSK'nın, Kanunun 2. ve 3. maddelerine göre sayılan, "bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar ile Çiftçi Mallarının Korunması hakkındaki Kanuna göre çalıştırılanlar ve ceza infaz kurumları ile tutuklevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular" dışında kalan ve bir işveren yanında çalışmadığı için sigorta kapsamında olmayan avukatlar için; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca onanacak genel şartlarla (iş kazaları ile meslek hastalıkları), (hastalık), (analık), (malullük, yaşlılık ve ölüm) sigortalarından birine, bir kaçına veya hepsine toplu olarak tabi tutulmaları yönünde, Barolarla sözleşmeler yapılabileceği öngörülmüştür.

Böylece, Avukatlık Kanunu 188. maddesinde yazılı olan avukatlar dışındaki avukatların topluluk

sigortasına girmesi zorunlu hale getirilmiştir.

Avukatlık Kanunu Madde 186;

"188'nci madde yazılı olanlar dışında kalan avukatların 506 sayılı sosyal Sigortalar Kanununun 86'ncı maddesinde gösterilen 'Topluluk Sigortasına' girmeleri zorunludur. Ancak bu zorunluluk (Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası) bakımından olup, (iş kazaları ve meslek hastalıkları), hastalık ve analık sigortalarına girmek avukatın isteğine bağlıdır.

Topluluk Sigortasına tabi olan avukatlar hakkında bu kanundaki özel hükümlere aykırı olmamak kaydı ile, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 5/1/1961 gün ve 228 sayılı kanun ve bu kanunların ek ve tadilleri hükümleri uygulanır."

denmektedir.

Avukatlık Kanunu 188. maddedeki düzenlemede ise Topluluk Sigortasına giremeyenlere yer verilmiştir.

Emekli sandığına tabi bir görevde çalışanlar,

506 SSK kapsamına girenler (Hizmet akdi ile başkasının yanında çalışanlar),

SSK 85 nci maddesine göre isteğe bağlı sigortalı olanlar,

SSK geçici 2 nci maddedeki borçlanma hakkından faydalananlar,

SSK geçici 20 nci maddedeki sandıklara tabi olanlar,

SSK/TCES veya başka bir kurumdan emekli veya malullük maaşı alanlar topluluk sigortasına giremezler.

Yukarıdaki fıkraya göre topluluk sigortasına girememek, avukatlık mesleğinin icrasını engellemez.

Son olarak da 1136 Sayılı Avukatlık Kanununda 13.01.2004 tarihli 5043 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle avukatların sosyal güvencesine ilişkin yeni hüküm konmuştur.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bu değişiklikle Avukatlık yasasına eklenen 27/A maddesi ile;

"Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu" kurulmuş,

Bu fonun parasal kaynağı Avukatlık Kanununun 27/1 maddesinde düzenlenerek, baro pul bedellerine %50 artışla sağlanmıştır.

Bu fondan yararlanma usul ve esasları TBB Yönetim Kurulunca hazırlanacak ve adalet Bakanlığınca onaylanacak yönetmelikle belirlenecektir.

Yukarıdaki yasal düzenlemeler doğrultusunda avukatların sosyal güvenliği tabi oldukları sosyal güvenlik kurumuna göre incelendiğinde, sosyal güvence açısından büyük çoğunluğu kapsayan iki kurum karşımıza çıkmaktadır: Sosyal Sigortalar Kurumunu ve Emekli Sandığı.

### SOSYAL SİGORTALAR KURUMU AÇISINDAN

#### 1. Kendi Nam ve Hesabına Çalışan Avukatlar

Serbest meslek erbabı olarak kendi nam ve hesabına çalışan avukatlar 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabidirler. Avukatların 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 86. maddesi gereği topluluk sigortası yaptırımları zorunludur. Bu zorunluluk malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası bakımındandır. İş kazası meslek hastalıkları, hastalık ve analık sigortalarına girmek avukatın isteğine bırakılmıştır. Barolar, SSK ile sözleşme yaparsa baroya bağlı avukatlarda ek prim ödeyerek bu haktan yararlanabilmektedirler.

#### 2. Hizmet Akdi İle Çalışan Avukatlar

Başka bir avukat yahut işverene iş akdiyle bağlı olarak çalışmakta

olan avukatlar için Sosyal Sigortalar Kanunu hükümleri ve statüsü geçerlidir. İş akdiyle çalışan bir kişi hangi statüye tabi ve hangi haklara sahip ise, başka bir işveren yanında çalışan avukat da aynı haklara ve statüye sahiptir. İş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, yaşlılık, ölüm, maluliyet ve işsizlik sigortasından yararlanmaktadır.

### EMEKLİ SANDIĞI KURUMU AÇISINDAN

Devlet Kurumlarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak çalışan kamu avukatları Emekli Sandığı hükümlerine tabidir. Avukatlık mesleğini icra edenler arasında sosyal güvenlik açısından belki de en şanlı olan grup kamu avukatlarıdır. Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası bakımından Emekli Sandığına, diğer sigortalar bakımından ise hizmet verdiği kurum tarafından güvence altında bulunmaktadırlar. Ancak bir hakim ya da savcıyla kıyaslandığında zabıt katibiyle aynı statüde kalmaktadırlar. Bir kurum avukatı emekliliğinde yaklaşık 650.000.000.-TL maaş almakta iken birinci sınıfa ayrılmış bir hakim 2.500.000.000.-TL civarında emekli aylığı almaktadır.

### SOSYAL GÜVENCELERİN KARŞILAŞTIRMASI

Bir muhakeme sırasında muhakeme görev alan unsurlar olarak **sanık, avukat, hakim, savcı, katip ve mübaşir** bulunmaktadır. Bu unsurların sosyal güvencelerine ilişkin bir karşılaştırma, savunmanın, üstelik muhakemenin tek kutsal işlevini gören avukatın sosyal güvenceler bakımından ne

## Avukatlık Mesleğinde Sosyal Güvenlik / B. Çalışır

durumda olduğunu ortaya koyacaktır.<sup>(\*)</sup>

### Avukat

Sağlık güvencesi Yok

(Baronun sözleşme yapıp ek prim ödenmesi durumunda sağlık güvencesine kavuşmakta)

Sosyal Güvenli Kur SSK

Emekli maaşı

Alt limit 370.000.000.-TL

Üst limit 750.000.000.-TL

(Üst limitten emekli olan avukatın çalışmaya devam etmesi halinde alacağı emekli maaşı 640.000.000.-TL)dır.

Barolar Avukatlık Kanununun 86. maddesi uyarınca SSK ile Sözleşme yaparak, avukatların sağlık güvencesinden yaralandırılmasını sağlamaktadır. Bu sözleşmeye Ek Sözleşme denmektedir.

Baroların Ek Sözleşme yapması durumunda avukat sağlık güvencesi bakımından da, aktif hizmet döneminde isteğe bağlı ve SSK Kanununa tabi olur. Baro, uygulamada olduğu gibi sözleşme yapmazsa veya sözleşme yapılır da ek prim ödenmezse sağlık güvencesi yoktur. Barolar ek sözleşme yapmasa da avukatlar emekli olduktan sonra sağlık güvencesi bakımından SSK'ya tabidirler.

Sağlık güvencesi bulunmayan avukat, eşinin sağlık güvencesi bulunması halinde bu güvenceden yararlanabilmektedir.

### Hakim

Sağlık Güvencesi var.

(Hizmet verilen kurum tarafından sağlanmakta)

Sosyal Güvenlik Kurumu: Emekli Sandığı

Emeklimesi 2-2.5 Milyar T.L.

Sosyal güvenceden yararlananlar: Eş, reşit olmayan çocuklar, muhtaç ana- baba, malul reşit erkek çocuk, reşit bekar ya da dul kız çocuğu.

### Savcı

Sağlık Güvencesi var.

(Hizmet verilen kurum tarafından sağlanmakta)

Sosyal Güvenlik Kur. Emekli Sandığı

Emeklimesi 2-2.5 Milyar T.L.

Sosyal güvenceden yararlananlar: Eş, reşit olmayan çocuklar, muhtaç ana- baba, malul reşit erkek çocuk, reşit bekar yada dul kız çocuğu.

### Zabıt Katibi

Sağlık Güvencesi var.

(Hizmet verilen kurum tarafından sağlanmakta.)

Sosyal Güvenlik Kur: Emekli Sandığı

Emekli maaşı 500.000.000.TL.

Sosyal güvenceden yararlananlar: Eş, reşit olmayan çocuklar, muhtaç ana- baba, malul reşit erkek çocuk, reşit bekar yada dul kız çocuğu.

### Mübaşir

Sağlık Güvencesi var.

(Hizmet verilen kurum tarafından sağlanmakta.)

Sosyal Güvenlik Kur: Emekli Sandığı

(\*) Bu çalışma, Ankara Barosu Baroda Birlik Grubu Arge Komisyonunun **Avukatlık Mesleğinde Dünyada Ve Türkiye'de Sosyal Güvenlik** isimli çalışmasından esinlenerek ve izinlerini alarak hazırlanmıştır.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Emekli maaşı: 400.000.000.TL.

Sosyal güvenceden yararlananlar: Eş, reşit olmayan çocuklar, muhtaç ana-baba, malul reşit erkek çocuk, reşit bekar yada dul kız çocuğu.

### Tutuklu veya Hükümlü

Sağlık güvencesi Var

Sosyal Güvenli Kur: SSK

SSK Emekli maaşı:

Alt limit 370.000.000.-TL

Üst limit 750.000.000.-TL

(Üst limitten emekli olan tutuklu veya hükümlünün çalışmaya devam etmesi halinde alacağı emekli maaşı 640.000.000.-TL)dir.

Bu gerçekler karşısında avukatların sosyal güvencelerinin yeniden düzenlenmesi, meslektaşlarımızın geleceklerini başkalarının yardımına muhtaç olmadan sağlıklı bir şekilde görebilmelerinin temini zorunludur. Bu düzenlemeler, mesleğin kalitesini arttıracığı gibi, ülkemizde sosyal hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine de çok büyük katkıda bulunacaktır.

Hedefimiz, kendisini, ailesini ve geleceğini güvende görerek tüm dikkatini mesleğine verebilen; hukukun ve adaletin gerçekleşmesinde bu güvenle mesleğini icra eden bir avukatlık mesleği olmalıdır.

### SOSYAL GÜVENLİK KAVRAMI VE SİGORTA TÜRLERİ

Sosyal Güvenlik tanım olarak,

"Çalışma gücünün, beden ve ruh sağlığının kısmen veya tamamen kaybedilmesi halinde, kendisinin, ölümü halinde de, desteğine muhtaç olan eş, çocukları ve ane, babasının sağlık, geçinme ve yaşama ihtiyaçlarının karşılan-

masının teminat altına alınmasıdır."<sup>1</sup>

Milletlerarası Çalışma Teşkilatı (ILO)'nın 1952 tarihli ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Standartları Sözleşmesi'nde dokuz sosyal risk sayılmıştır. Ülkemizde ailevi yükümlülükler dışındaki tüm riskler sosyal güvenlik sistemi içerisinde yer almaktadır.

Bu sosyal riskler;<sup>2</sup>

Mesleki Riskler:

- a) İş kazaları
- b) Meslek hastalıkları
- c) Fizyolojik Riskler
- d) Malullük
- e) Yaşlılık
- f) Ölüm
- g) Hastalık
- h) Analık
- ı) Sosyo-Ekonomik Riskler
- k) İşsizlik
- k) Ailevi Yükümlülükler (evlenme ve çocuk yetiştirme)

### SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMİMİZDEKİ SİGORTALAR

#### 1. İş Kazası Sigortası

İş kazası sigortası; sigortalının hizmet akdi ile bağlı olduğu işi yaparken veya işverenin iradesi doğrultusunda asıl işi dışında başka bir iş yaparken, dıştan gelen ani bir etkenle, bedenen veya ruhen zarara uğraması halinde sigortalıya yapılan sağlık ve nakdi yardımlardır.

Nakdi yardım; Geçici iş görmezlik ödeneği veya sürekli iş

<sup>1</sup> Müjdat Şakar, "Sosyal Sigortalar Uygulamaları"

<sup>2</sup> Müjdat Şakar, a.g.e.

göremezlik geliri, ölüm halinde ise cenaze masraflarını ve ölenin eşi, çocukları, anne ve babasına maaş şeklinde yardımları içermektedir.

Bağ-Kur sigortalıları açısından işverene bağlı çalışma düşünülemediğinden, bu sigortalılar açısından iş veya işin gereğini yerine getirme kriteri aranmalıdır.

## **2. Meslek Hastalığı Sigortası**

Meslek hastalığı sigortası; sigortalının çalışma şartlarından kaynaklanan zarar verici sebeplere uzun süre maruz kalması sonucunda bedenen veya ruhen zarara uğraması halinde İş kazasında olduğu gibi sağlık ve nakdi yardımdan yararlandırılmasıdır.

## **3. Hastalık Sigortası**

Hastalık sigortası; sigortalının, vücut bütünlüğü ve ruh sağlığında meydana gelen olumsuzlukların tedavisi için gerekli olan harcamaların karşılanmasıdır.

## **4. Analık Sigortası**

Analık sigortası; sigortalı kadına ve sigortalı erkeğin sigortasız eşine, doğum halinde yapılan sağlık ve nakdi (gebelik, doğum, emzirme ve geçici iş görmezlik) yardımlardan yararlandırılmasıdır.

## **5. Malullük Sigortası**

Malullük sigortası; sigortalıya, çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybetmesi halinde bağlanan malullük maaşı ve sağlık yardımlarını kapsar.

## **6. Yaşlılık Sigortası**

Yaşlılık sigortası; belli bir yaşa gelmiş bireyin çalışma gücünü kaybetmesi sonucunda emekliye ayrılması, bu emeklilik sürecinde ihtiyaçlarını karşılaması ve insanca bir yaşam sürmesi için kendisine ödenen emeklilik maaşı ve sağlık yardımlarını kapsar.

## **7. Ölüm Sigortası**

Ölüm sigortası; sigortalının ölümü halinde geride bıraktığı yardımına muhtaç olan eşi, çocukları ve yardıma muhtaç anne ve babasına yapılan sağlık ve nakdi (maaş) yardımları kapsar.

## **8. İşsizlik Sigortası**

İşsizlik sigortası; ülkemizde yeni olan bir sigorta alanıdır. Sosyal Sigortalar Kurumu ile İş-Kur arasındaki işbirliği ile yürütülmektedir. Sigortanın amacı, belirli bir süre prim ödemiş sigortalının, çalışma isteği ve yeteneğine sahip olmasına rağmen çalışma ve ücret şartlarına göre uygun bir iş bulamaması halinde işsizlik ödeneği, hastalık ve analık sigortası primleri, yeni bir iş bulma, meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme yardımlarından yararlandırılmasını sağlamaktır.

### **TÜRKİYE'DEKİ MEVCUT SOSYAL GÜVENLİK KURUMLARI**

- Sosyal Sigortalar Kurumu
- Bağ-Kur
- Emekli Sandığı
- Özel Sandıklar
- İş-Kur

## **1. Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK)**

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

SSK, sigortalıların, kanunlarda yer alan hükümler çerçevesinde sosyal güvenliklerini sağlamak ve diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek üzere; kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel hukuk hükümlerine tabi ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bağlı kuruluşudur.

SSK'ya göre sigortalı sayılanlar:

İş Akdiyle bir veya birkaç işverene bağlı olarak çalışanlar

Koruma Bekçileri

Sanatçı ve Yazarlar

Genelev Kadınları

Çıracılar

Topluluk Sigortasından Yararlanmalar yer almaktadır.

Kurum sigortalıları; iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, yaşlılık, ölüm, maluliyet ve işsizlik sigortası yardımlarından yararlanırlar.

Yaklaşık olarak prim ve yaşlılık aylıkları şöyledir:

En alt prim: 165.000.000-TL

Tekabül eden yaşlılık aylığı: 367.000.000-TL

En yüksek prim: 827.000.000-TL

Tekabül eden yaşlılık aylığı: 750.000.000-TL

Daha önce sigortalı olarak tes-cil edilmiş, herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayanların, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ilişkin primlerin sigortalı tarafından ödenerek isteğe bağlı sigorta ile sigortalılığın devamı mümkündür.

## 2. Bağ-Kur

02.09.1971 tarihli 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu ve özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumudur. Kurum,

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili kuruluşu olup, idari ve mali bakımdan özerktir.

Kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan bu Kanunun 24. maddesinin 2. bendinde sayılanlar ile 2926 sayılı Kanunun 2.maddesine göre kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın 3 üncü maddenin (b) bendinde tanımlanan tarımsal faaliyetlerde bulunanlar ve 2108 sayılı Kanunun 4. maddesi hükmüne göre köy ve mahalle muhtarları Bağ-Kur sigortalısı sayılırlar.

Kurum sigortalıları malullük, yaşlılık, ölüm ve sağlık sigortası yardımlarından yararlanırlar. Sağlık sigortası kapsamına hastalık ve iş kazası yardımları girmekte.

En alt prim: 150.000.000.-TL

Tekabül eden yaşlılık aylığı: 250.000.000.-TL

En yüksek prim: 550.000.000.-TL

Tekabül eden yaşlılık aylığı: 800.000.000.-TL

## 3. Emekli Sandığı Kanunu

Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Maliye Bakanlığına bağlı tüzel kişiliğe haiz bir devlet kurumudur.

Emekli sandığı, sadece uzun dönemli riskler açısından (malullük, yaşlılık ve ölüm) güvence sağlamaktadır. Emekli Sandığına tabi olan sigortalılar çalışma hayatına devam ederken diğer riskler (hastalık, iş kazası, meslek hastalığı,

## Avukatlık Mesleğinde Sosyal Güvenlik / B. Çalışır

ğı, analık) açısından ise, hizmet verilen kurum tarafından güvence sağlanmaktadır.

08.06.1949 tarih ve 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinin I. bendinde sayılan yerlerde çalışanlardan, Türk uyruğunda olmak ve 18 yaşını bitirmiş bulunmak şartıyla II. bendinde sayılanlar, bu kanunun sağladığı sosyal güvenlik haklarından faydalanırlar.

12. madde I. bentte çalışanları Emekli Sandığına tabi sosyal güvenlik hizmetinden faydalanacak olan daire, kurum ve ortaklıklar tek tek sayılmıştır;

- a) Genel bütçeye giren daireler;
- b) Katma bütçeli daireler;
- c) Özel idareler;
- ç) Belediyeler;
- d) 26.06.1938 tarihli ve 3460 sayılı Kanunda yazılı Murakabe Heyeti ile kuruluş, idare ve murakabeleri aynı kanun hükümlerine tabi devlet Ekonomi Kurumları ve bunlara bağlı müesseseler (Emniyet Sandığı dahil);
- e) Özel kanunlarla kurulmuş ve kurulacak tüzelkişiliği bulunan devlet kurumları (Kefalet sandıkları dahil);
- f) 10.09.1337 tarihli ve 151 sayılı kanuna göre kurulan Ereğli Kömür Bölgesi Amele Birliği;
- g) Özel kanunlarla kurulmuş ve kurulacak bankalar;
- h) Genel bütçeye giren veya katma bütçeli dairelerle özel idare ve belediyelere bağlı idare ve müesseseler;
- i) (h) bendinde yazılı dairelerin döner sermayeli iş ve teşekkülleri;
- j) Ödenmiş sermayesinin yarısından fazlası yukarda sayılan daire, idare, banka ve kurumlardan birine veya birkaçına ait ortaklıklarla bunların kendi serma-

yeleri ile kuracakları diğer ortaklıklar;

- k) Ticaret ve sanayi odaları ile ticaret ve zahire borsaları;

- 1) Bu Kanunla kurulan Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı;

12. maddenin II bendinde ise bu kuruma tabi sosyal güvenlik hizmetinden faydalanacak olan çalışanlar sayılmıştır;

- a) Cumhurbaşkanı;
- b) (Değişik:3/3/1954 - 6311/6 md.) Özel, Teadül ve Kuruluş kanunlarına göre daimi kadrolarda derece esaslı üzerinden aylık veya ücret alanlar;

(Kurumların özel kanunlarına göre teşekkül etmiş idare meclislerinin reis ve azalarıyla 788 sayılı kanunun 2919 sayılı kanunla değişik 64 üncü maddesinde yazılı stajyerler dahil)

- c) (Değişik: 03.03.1954-6311/6 md.) Daimi kadrolarda aylık ücretle çalışan her çeşit hizmetliler;

(İş yerlerindeki kapıcı, bekçi, odacı ve benzeri hizmetliler dahil kurumların İş Kanunu tatbik olunan iş yerlerinde çalışan işçileriyle Devlet Demiryolları ve Limanları İşletme Umum Müdürlüğünün 17 Mayıs 1937 tarih ve 3173 sayılı kanuna bağlı (2) sayılı cetveldeki hizmetlileriyle aynı kanuna bağlı (3) sayılı cetvelde yazılı olanlardan işçi vasfını haiz olan amele, çavuşu, mütehassıs amele, hamal, hamalbaşı, tayfa, gemici, bahçıvan, lambacı, lavajcı, drezinör ve kurumların serbest ve mukaveleli avukatları hariç).

- ç) Genel bütçe kanunlarına bağlı (K) ve (N) işaretili cetvellerde gösterilen kadrolarda çalışan memur ve hizmetliler;

- d) Amele Birliği aylık, ücretli daimi memur ve hizmetlileri;

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- e) İller daimi komisyon üyeleri ile seçilmiş veya tayin edilmiş belediye başkanları (Emeklilik hakkı tanınan bir vazifede evvelce bulunmuş olmaları şartıyla);
- f) Kuruluş kanunları gereğince aylıklı kadrolarda ücretle çalıştırılanlar;
- g) Ticaret ve sanayi odaları ile ticaret ve zahire borsalarının tayinleri Ticaret Bakanlığınca yapılan ve sürekli kadrolarda çalışan aylık ücretli daimi memurları;
- h) Gedikli subaylar ve gedikli erbaşlar ve ordu uzman erbaşları;
- i) Hatbakıcı, hat başbakıcı, dağıtıcı ve baş dağıtıcılarla vaizler, hayrat hademeleri ve derdiamlar;
- j) (Değişik : 28.05.2003-4861/20 md.) Harp okulları, fakülte ve yüksek okullarda Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askeri öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitimine tabi tutulan adaylar;
- Fakülte veya yüksek okullar ile meslek yüksek okullarında kendi hesabına okuduktan sonra muvazzaf subay veya astsubay nasbedilen veya askerlik hizmetini müteakip muvazzaf subay veya astsubaylığa geçirilenler;
- k) Erler; (Vazife malullükleri ile vazifeden doğma ölümleri halinde.)
- 1) (Ek: 09.06.1952-5951/1 md.) Emeklilik hakkı tanınan vazifelerde bulunduktan sonra milletvekilliğine seçilenler; (seçimlerinden itibaren (6) ay içinde yazı ile Sandığa müracaat ettikleri)
- m) (Ek:11.03.1954-6388/1 md.) 5441 sayılı kanun hükümlerine istinaden Devlet Tiyatrosunda mukavele ile çalışan sanatkarlar,
- n) (Ek: 01.03.1971-1377/1 md.) Emekliliğe tabi görevlerde bulunmadan illerin daimi komisyon üyeliğine seçilenlerle, emeklilikle veya Sosyal Sigortalarla ilgilenmeden belediye başkanlığına veya TBMM üyeliğine seçilenler, seçimlerden itibaren 6 ay içinde yazı ile Sandığa müracaat ederek emeklilikle ilgilenmelerini istedikleri ve emekli keseneklerini ödedikleri takdirde, kesenek karşılıkları da ilgili kurumlardan alınmak suretiyle,
- o) (Ek: 27.09.1983-2899/1 md.) İstekleri halinde 30/9/1960 tarihli ve 91 sayılı Kanunun 17. 28.07.1967 tarihli ve 933 sayılı Kanunun 4 ve 8. maddeleri hükümlerine göre Devlet Planlama Teşkilatında sözleşme ile çalışanlar,
- 30.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Kanunun 26. maddesi hükümlerine göre Sermaye Piyasası Kurulunda sözleşme ile çalışanlar,
- 12.03.1964 tarihli ve 441 sayılı Kanunun 18. maddesi hükümlerine göre Devlet Yatırım Bankasında sözleşmeli çalışanlar,
- Bu Kanunun 13. maddesinde bu kanunla sosyal güvenceye kavuşturulanlara sağlanan hak ve yardımlar sayılmış olup şunlardan oluşmaktadır;
- Emekli aylığı;
- Adi malullük aylığı;
- Vazife malullüğü aylığı;
- Son hizmet zammı;
- Dul ve yetim aylığı;
- Harp malullüğü zammı;
- Toptan ödeme;
- Emekli keseneklerinin geri verilmesi;

65'inci maddede yazılı yardımların yapılması;  
İkramiyeler.

#### **4. Özel Sandıklar**

Bazı bankalar, sigorta reasürans şirketler, ticaret ve sanayi odaları ve borsalar ve teşkil eden birliklerin çalışanları onların eş ve çocuklarının sosyal güvenliğini sağlamak amacıyla kurulmuş sandıklardır. Sandıkların yönetiminin bu kurumlarının yöneticilerine bağlı olması, fonların kullanımındaki keyfilik gibi nedenler, sandık sigortalılarının sosyal güvenliği açısından bazen olumsuz durumlar oluşturma bilmektedir.

#### **5. İş-Kur**

24.08.2000 tarih ve 617 sayılı KHK ile birlikte işsizlik sigortasını yürütmek görevi İş-kur'a verilmiştir.

Ayrıca sosyal güvenlik sistemimiz içerisinde Sosyal Yardım Vakıfları ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu gibi korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç aile, çocuk sakat ve yaşlılara sosyal güvenlik sağlamak amacıyla faaliyette bulunan müesseseler olduğu gibi mensupları için ek sosyal güvenlik sağlayan, Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK) benzeri kurumlar da vardır.

### **DÜNYADA AVUKATLARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ**

#### **1. Almanya'da Avukatların Sosyal Güvenliği**

Avukatların sağlık ve sosyal güvenliği bakımından iyi bir değerlendirme yapabilmek için Almanya örneğinin incelenmesi önem taşımaktadır.

Bilindiği üzere Almanya, federal sistemle yönetilmektedir. Bu bölümdeki bilgiler "Nordhain-Westfallen" eyaletinin yazılı kuralları çerçevesinde düzenlenmiştir. Diğer eyaletlerde de sistem bu kurallara paralel olarak işlemekte sadece ufak farklılıklar göze çarpmaktadır.

Almanya'da baroya kayıtlı bütün avukatların baroca zorunlu kılınan "Versorgunkwerk" adındaki sosyal güvenlik kurumuna girmeleri gerekmektedir. Bütün eyaletlerde bir "Versorgunkwerk" kurumu bulunmaktadır. Baz alınan eyalette 7.870'i kadın 18.315'i erkek olmak üzere toplam 26 185 avukat bulunmaktadır.

2004 yılında emeklilik primi için her bir avukatın ödemesi gereken ortalama prim tutarı 1.004 Euro civarındadır. Ancak aylık ödenmesi gereken aidat tutarının belirlenmesinde avukatların gelirleri göz önüne alınmakta ve gelirlerine göre prim miktarı belirlenmektedir. Ancak prim miktarında en düşük ve en yüksek miktar aralığı bulunmakta, en düşük prim miktarı olarak 100 Euro en yüksek prim miktarı olarak da 1305 Euro olarak belirlenmektedir.

Prim konusunda yasalarda yer alan bir takım istisnalar bulunmaktadır. Örneğin; meslekte 5 yılını doldurana kadar avuktan gelirinin sadece %9,75'i emeklilik primi olarak alınmaktadır. Ayrıca kanunda belirlenen tahdidi sebeplerle iş gücü kaybına uğrayan avukatlar için prim indirimleri söz konusu olmaktadır. Avukat eğer 55 yaşına kadar sürekli olarak en yüksek miktardan prim ödemesi yapmışsa kendisi için bir takım özel indirimler uygulanabilmektedir.

Avukatlar sosyal güvenlik kurumuna bir önceki yıl için ödedikleri prim tutarı için bu kurumdan bir beyanname alıp bu beyannameyi de gider tablosu içerisinde kullanabilmektedirler. Özel büroları olan avukatlar yıl içerisinde elde



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ettikleri kazançları yıl bitiminde kuruma bildirmekte, zamanında bildirim yapamayanlardan gereğinde daha sonra belgelemek kaydıyla yaklaşık bir gelir kaydı istenmekte ve prim düzenlemeleri buna göre yapılmaktadır.

Bir avukat ancak 45 yaşına kadar sosyal güvenlik kurumuna üye olabilmektedir. İleri yaşlarda yapılan başvurular kabul edilmektedir. Emeklilik yaşı olarak da 65 yaş kabul edilmiştir.

Avukatların emekli olduktan sonra alacakları maaşlar ödemiş oldukları bütün primler dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Emekli bir avukatın alacağı maaşı bu nedenle kesin bir şekilde bildirmek mümkün olmamakla beraber bir fikir vermesi bakımından şu örnek üzerinde durulabilir:

25 yaşından itibaren ortalama belirlenen (2004 yılı için 1004 Euro) primi düzenli olarak ödeyip emekli olan bir avukat, aylık 3.693 Euro gelir elde etmekte, 68 yaşına kadar emekli olmayıp prim ödemeye devam eden avukatlar %16.20 oranında daha fazla maaş alabilmekte ve bu durumda da 4294 Euro'luk emeklilik geliri elde edebilmektedir.

Sosyal güvenlikle ilgili bu ana bilgiler dışında sağlık güvencesi konusunda da bir açıklama yapmak uygun bulunmaktadır. Alman vatandaşları gelirlerinin %13.9'unu sağlık primi olarak ödemektedirler. Bu oran avukatlar için de geçerli bulunmaktadır. Bir işverene bağlı olarak çalışan avukatların sağlık primlerinin yarısı kendileri, yarısı da işverenler tarafından ödenmektedir. Özel bakım sigortası yaptırmak isteyenler brüt gelirlerinin %1.7'sini ilave prim olarak ödemek zorundadır. Böylelikle yaşlılık veya hastalıkta bir takım özel bakım hizmetlerinden yararlanabilmektedirler.

Sağlık konusunda dikkat çeken noktalardan başlıcası, işe başla-

yan avukatların ilk üç ay içerisinde sağlık sigortası yapılması için başvuru zorunluluğu olarak göze çarpmaktadır. Bu süre geçtikten sonra yapılan başvurular kabul edilmemekte ancak privat sağlık kuruluşları aracılığıyla sağlık sigortası yaptırılabilir. Privat sağlık sigortasındaki prosedür ülkemizdeki özel sigorta şirketlerinin işleyişiyle aynı doğrultuda işlemektedir. Avukatın tabii olduğu sağlık güvencesinden otomatik olarak diğer aile bireyleri de yararlanmaktadır.

## 2. Japonya'da Avukatların Sosyal Güvenliği

Japonya'da avukatlar hükümet tarafından yönetilen ulusal sigorta sistemine tabidirler. Ancak 1991 Ağustos ayında Japon Sağlık ve Refah Bakanlığı'nın onayı ile ve Japonya Barolar Birliği'ne bağlı olarak Japon Avukatları Emeklilik Fonu oluşturulmuştur.

Bu fon ulusal sigorta sistemine ek olarak avukatlara verilen bir sosyal güvenlik sistemidir. Bu sistemde ulusal sigorta kuruluşunun yanında ayrıca buradan da ek maaş almaktadırlar.

Bu ek Avukatlık Emeklilik Fonu'na isteğe bağlı olarak avukatların kayıtlı olmasının yanında eşler de kayıtlı olabilmektedirler. Ayrıca avukat katipleri de ulusal sigortanın yanında bu Avukat Emeklilik Fonuna da kayıtlı olup yararlanabilmektedirler.

Aralık 2002 tarihi itibarıyla Japonya'da 7.100 kişi bu ek fona kayıtlı olup bunun 5.486'sı avukat, 1.513'ü eş ve 101'i avukat katibidir.

## 3. Fransa'da Avukatların Sosyal Güvenliği

Fransa'da sosyal güvenlik tek çatı altında toplanmış bulunmakta-

## Avukatlık Mesleğinde Sosyal Güvenlik / B. Çalışır

dır. Bu meyanda avukatlar da bütün çalışanların bağlı olduğu Sosyal Sigortalar Kurumu'na (Sécurité Sociale) kayıtlıdırlar. Primlerin oranı gelir düzeyine göre değişmektedir.

Bunun haricinde ek güvenlik sistemi olarak her iş sektöründe olduğu gibi avukatların da bir ek kasası vardır. Devlet yani genel sosyal güvenlik kuruluşu sağlık masraflarının %70'ini karşılamakta kalan %30'luk bölümü ise eğer kayıtlı ise bu ek kasadan karşılanmaktadır.

Fransa'da avukatların sosyal güvencesinde bir sorun göze çarpmamaktadır. Çünkü bütün hastaneler ve sağlık kuruluşları tek bir kurumla çalışmaktadır. O da devletin sosyal sigortasıdır. Sağlık güvencesi konusunda diğer bütün sigortalılar gibi avukat da bunlardan yararlanmaktadır.

Bu mevcut düzenlemeler avukatların sadece kendisi için değil bunun yanı zamanda eş ve çocuklarını da kapsamaktadır. Fransa'da prim ödeyen bir kişinin ailesi de otomatik olarak güvence altındadır. Gerek sağlık güvencesi için gerekse ailesi için ek bir ödeme söz konusu değildir.

Eğer bir avukat veya herhangi bir çalışan kişi işsiz kalsa dahi sağlık sisteminden yani sosyal sigorta hizmetlerinden faydalanmaya devam etmektedir. Ancak ek sigorta (özel sigortalar) eş ve çocukların da faydalanması ile ilgili olarak ek ücret talep etmektedir.

#### 4. İngiltere'de Avukatların Sosyal Güvenliği

İngiltere'de kişisel emeklilik sistemi mevcuttur. Diğer bir deyişle avukatlar emeklilik haklarını (İkramiye-maaş) bireysel olarak planlamaktadırlar.

Ancak İngiltere'deki baroların emeklilik yatırımlarına ilişkin birtakım kısıtlayıcı düzenlemeleri bulunmaktadır. Bu kısıtlamaların en önemlisi tavan uygulamasıdır.

Her yıl toptan eşya fiyat endeksine göre belirlenen tavanı aşan gelir elde eden avukatlar bu fazla kazançlarını emeklilik planlarına dahil edememektedirler. Tavan dahilinde emeklilik yatırımları ise vergiden muaftır. Tavan dahilinde net gelirin ne kadarının emeklilik yatırımı olarak kullanılacağı ise avukatın yaşına göre değişmektedir.

Kişisel emeklilik planlama sistemi yaşam sigortasıyla birleşebilmektedir.

Emeklilik yatırımları sigorta şirketleri tarafından yönlendirilmektedir.

Emeklilik hakkı 50-75 yaş arasında kazanılabilmektedir. Emeklilik yatırımlarının getirdiği haklar kişinin gerçekte emekli olup olmadığına bakılmaksızın bu yaşlar arasında kullanılabilmektedir.

#### STAJYER AVUKATLAR

Avukatlık mesleğini öğrenmek ve geliştirmek amacı ile 6 ay mahkemelerde 6 ay da bir avukatlık bürosunda çalışan stajyer avukatların sosyal güvenceleri yoktur. Bu bir yıllık sürede, (zaman zaman uzamalarla daha uzun bir süre olmakta) stajyer avukatlar hiçbir sosyal güvenceden yararlandırılmaktadırlar.

Bir mesleği öğrenmek ve geliştirmek amacı ile pratik eğitim yapmak zorunda olan stajyerlerin çalışmaları, bir yasal zorunluluğa dayandığı halde bir hizmet akdi kapsamında değerlendirilmediği için, bu çalışma dönemi sosyal güvenceden yoksun bırakılmıştır.

Bunun tek istisnası 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa tabi olan stajyerlerin hizmet sözleşmesi ile çalıştıkları kabul edildiğinden SSK'ya tabidirler.<sup>3</sup>

Uygulamada tüm stajyer avukatlar avukatlık bürosunda çalıştıkları dönemde yanında çalıştıkları avukatların işlerini takip ettikleri halde, ücretsiz çalıştıkları kabul edilmektedir.

Esasen bu çalışmalarını mutlak surette ücret karşılığı (karın tokluğuna) olmasına ve bu durumun bilinir olmasına rağmen, çalışmalarının ücret karşılığı sayılmaması hukuki bir boşluktur.

Ayrıca, Avukatlık Kanunu uyarınca avukatlık sınavına girecek olan stajyer avukatın bu sınavdan geçebileceğine dair kesin bir hüküm yoktur. Bir başka ifadeyle stajyer avukat birkaç dönem avukatlık sınavına tabi tutulabilecektir. Dolayısıyla stajyer avukatın gerçek anlamda bir hizmet akdi ilişkisine kavuşması veya serbest avukat olarak çalışmaya başlayabilmesi birkaç yıl alabilecektir. Bu durum stajyer avukatın birkaç yıl sosyal güvenceden mahrum kalması anlamına gelebilir, ki böylece bir uygulamanın hukuk çerçevesinde düşünülmesi mümkün değildir.

1982 Anayasasının 5. maddesi;

"Devletin temel amaç 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 ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

hükmünü amir iken; ve yine 60. maddesi;

<sup>3</sup> Müjdat Şakar "Sosyal Sigortalar Uygulamaları"

"Herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip."

olduğunu belirlerken; devlete;

"Bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurma"

görevini yüklemiştir.

Avukatlık Kanunu, stajyer avukatlarla devlet arasında zorunlu bir iş ilişkisi kurmaktadır. Bu ilişki, stajyer avukatla devletin yasal düzenlemesi ile kurduğu bir zorunlu çalışma ilişkisidir. Stajyer avukat 6 aylık Adliye stajı döneminde zorunlu olarak mahkemelerde bulunmak, duruşmaları ve adli işlemleri takip etmek ve Kanunun kendisine yüklediği öğrenme ve uygulamaları yapmakla görevlidir. Bu görevi sırasında -ücretsiz çalıştırılmış olması angarya olarak kabul edilmelidir-, bir sosyal güvenceden mahrumiyeti, başta yukarıdaki Anayasa hükümlerine aykırılık teşkil eder.

Stajyerlerin sosyal güvenceden yoksun bırakılmasının istisnası olarak yukarıda 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununu gösterilmiştir. Kanuna tabi stajyerlerin staj yaptıkları iş yerlerinde hizmet sözleşmesi ile çalıştıkları kabul edilerek SSK'ya tabi olmaları sağlanmıştır.

Benzer bir düzenleme ve uygulamanın stajyer avukatlar için yapılmamış olması, anayasanın öngördüğü sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Stajyer avukatlar 6 aylık adliye stajı da dahil olmak üzere, kanunun düzenlediği zorunluluk dönemlerinde mutlak surette sosyal güvenceye kavuşturulmalı ve sosyal güvenlik kurumlarının sağladığı güvencelerden yararlandırılmalıdırlar.

Hatta, ücretsiz çalıştırma (angarya) yasağı uyarınca da hak arama bilincine hizmetle hukukun yaygınlaştırılmasına katkı sağlayan bir mesleğin başlangıcına uyarlı ve onurlu bir ücretle ücretlendirilmelidirler.

### **Hakim Stajyerleriyle Eşitlik**

Söz konusu ücretlendirme ve sosyal güvenceden yararlandırılma çözümü bir an için serbest meslek kavramı ve olgusuna aykırı gelebilir. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta mesleğin bir yönüyle kamu hizmeti sayılıyor olmasıdır.

Kamu hizmeti yapacak olan hakim ve savcı stajyerlerinin ücretlendirildiği ve sosyal güvenceye kavuşturulduğu gibi stajyer avukatların da aynı haklara kavuşturulması hukuki ve kanuni bir zorunluluktur.

Bu zorunluluk stajyer avukatlara **geri dönüşümlü sadaka kabilinden kredi** verilmesiyle geçiştirilemez.

### **Öneriler**

Stajyer avukatlar staja başladıkları ilk günden itibaren 6 aylık mahkeme stajı boyunca Adalet Bakanlığınca veya Bakanlıktan Barolara aktarılan bütçeden karşılanmak üzere, benzer kamu hizmeti yapan diğer stajyerler (hakim, savcı) gibi sosyal güvenceden yararlandırılmalıdırlar.

Zorunlu staj gereği ve Anayasanın öngördüğü angarya yasağı uyarınca da, benzer stajyerlere uygulandığı gibi, kişinin haline münasip ve mesleğin onurunu koruyacak şekilde ücretlendirilmelidirler.

İkinci altı aylık staj süresince de, bir avukat yanında sosyal güvenceden yararlandırılmalıdırlar.

Stajyerlerin, yanında staj yapacak avukat bulmakta zorluk çekmelerinin önlenmesi bakımından da sosyal güvence için yapılacak prim ödentilerinde kesintiler ve Barolarca katkı sağlanmalıdır.

Ruhsat alabilme koşulları için tanınan süre boyunca kesinlikle sosyal güvenceleri devam ettirilmelidir.

Sosyal hukuk devleti olma gereği böylece karşılanabilir.

### **DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLERİMİZ**

Gerek yargının üçlü sac ayağını teşkil eden hakim ve savcılar ile avukatlar, gerekse çalışan diğer kesimler, sosyal güvenlik açısından karşılaştırıldıklarında; Avukatların sosyal güvencesi yok denecek durumdadır. Oysa ki avukatlık mesleğinin onuru, adalet teşkilatı içerisinde ifa edilen görev ve sosyal statü gereği avukatların da sosyal güvence açısından hakim ve savcılara denk olması gerekmektedir.

Bugün yaklaşık 2-2.5 milyar TL maaş alan hakim ve savcı emeklileri geçinemedikleri gerekçesiyle emeklilik sonrasında ya avukatlık yapmakta yada başka işlerle meşgul olmakta iken, emekliliğinde 370-640 milyon TL emeklilik maaşı alacak olan avukat hangi şartlarla ve nasıl emekli olacak?

### **Emekli Sandığı**

Emekli Sandığı 657 sayılı Devlet Memurlarına Kanuna tabi kişilere hasredilmiş bir sosyal güvenlik kurumu olmasına karşılık, değişik saiklerle, Cumhurbaşkanları, daimi kadrolarda aylık ücretle çalışan her çeşit hizmetliler (kâpıcı, bekçi ve odacı gibi hizmetliler dahil), memurlar, gedikli erbaş, uzman erbaşlar, subaylar, amale birliği memur ve hizmetliler

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ri, ticaret ve sanayi odaları ile borsa memurları , vaizler, hayrat hademeleri, dersiamlar, harp okulu öğrencileri, vazife malulü ya da şehidi erler, DPT, SPK, Devlet Yatırım Bankası sözleşmeli çalışanları , hatta malul ve aciz normal vatandaşlar bile (2022 sayılı Kanun gereği) Emekli Sandığı Kanunundan yararlanmakta iken avukatlar neden yararlanmasın?

Yaptığı iş kamu hizmeti olan ve birçok hususta Adalet Bakanlığı'na bağlı olan avukatlar da çıkarılacak bir yasa ile emekli sandığına üye olanların ödedikleri primler oranında prim ödeyerek emekli sandığına tabi kılınabilirler. Ödenecek primler açısından ise iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, yaşlılık, ölüm, maluliyet ve işsizlik sigortasından yararlanma imkanı verilmelidir.

### SSK

Serbest çalışan avukatların,

Sigortalı bireyin sosyal güvence açısından çalışma hayatı boyunca ve emeklilik sonrasında sürekli problemlerle gündeme gelen,

Verilen hizmet açısından standartların çok gerisinde olan,

Kuruluş amacı bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalıların sosyal güvencesine ilişkin hizmet vermek olan,

Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı olmasının mantıken ve hukuken izahı mümkün görünmemektedir.

Topluluk sigortası kapsamında sigortalı avukata sadece emeklilik sonrası 370 milyon maaş ve yine emeklilik sonrası sağlık yardımından başka bir yarar sağlamayan bir kurumun sigortalısı olmanın pratik veya mantıki faydası ne olabilir.

Sosyal Sigortalar Kanunu ilgili maddelerinde doğrudan avukatlardan bahsedilmemesine rağmen SSK madde 86 ve geçici 20'nci madde yapılan

kanaatimizde zorlama bir yorumla avukatlar Sosyal Sigortalar Kanuna tabi tutulmaya çalışılmaktadır.

SSK madde 3'de sigortalı sayılmayanları açık şekilde saymışken (Madde 3/K bendi: Herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi nam ve hesabına çalışanlar"), bu açık madde karşısında zorlama yorumla avukatları SSK'lı yapmaktaki amaç veya sosyal fayda ne olabilir. Bütün amaç sadece, avukatlar da kağıt üzerinde sigortalı gözüksünler mantığı mı?

Bir yığın problemi olan ve arzulan hizmet vermektense uzak olan, emeklilik maaşı komik rakamlara tekabül eden Sosyal Sigortalar Kurumundan hizmet satın almak zorunda kalan avukatlar, doğal olarak emekliliği de düşünmemektedirler. Bu durum, bugün kısmi sorun olarak gözükmekle birlikte yakın bir gelecekte. Avukatlar için istihdam problemine açık davetiye çıkarmaktadır.

Bir işverene bağlı olarak çalışan avukatlar;

Bu gruptaki avukatlar bir işverene bağlı olarak çalıştıkları için Sosyal Sigortalar Kanuna tabi bulunmaktadırlar. İşveren tarafından primleri ödendiği sürece tüm sigorta hizmetlerinden yararlanmaktadırlar.

### Bağ-Kur

Serbest meslek sahibi avukatların tabi olması gereken sosyal güvenlik kurumu Bağ-Kur Genel Müdürlüğüdür.

Ancak bu kurum ihdas edilmeden evvel SSK'ya tabi olarak avukatların sosyal güvenliği sağlanmış oldukları(!) gerekçesiyle; vergi mükellefi serbest meslek sahibi oldukları ve dolayısıyla 1479 sayılı Kanunun 24. maddesinin 1. bendine göre Bağ-Kur sigortalısı olmaları gerekirken, Sosyal Sigortalar Kanununun topluluk sigorta-

## Avukatlık Mesleğinde Sosyal Güvenlik / B. Çalışır

sını düzenleyen bölümünde, topluluk sigortasının meslek kuru SSK sigortalısı olmalarını öngördüğü için avukatlar da Bağ-Kur kapsamı dışında bırakılmışlardır.

Bu maddede düzenlenen topluluk sigortası sözleşmesinin yapılacağı meslek birliklerini sayan ancak avukatlık mesleğini madde dışında tutan bir değişiklik ile avukatlar Bağ Kur sigortalısı olarak sosyal güvenliğe tabi olabilirler. Ancak bu halde de aylık primi çok yüksek olan 24. basamak üzerinden prim 545.000.000.-TL, maaş ise 800.000.000.-TL civarında olacaktır.

### Önerilerimiz

1. Avukatlar topluluk sigortası kapsamında SSK'ya tabi olmaktan bir an önce kurtarılmalıdırlar.
2. Hakim Savcılarla eş statüde bir sosyal güvenlik kapsamına kavuşturulmalıdır. Bunun içinde doğrudan emekli sandığına tabi olması için yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Veya Almanya benzeri "Hukuk Sigortası" yapısı da oluşturulabilir.
3. Stajyer avukatlar sosyal güvenceye kavuşturulmalıdırlar.

Staja başladıkları ilk günden itibaren 6 aylık mahkeme stajı boyunca karşılıkları Adalet Bakanlığınca veya Bakanlıktan Barolara aktarılan bütçeden karşılanmak üzere, benzer kamu hizmeti yapan diğer stajyerler (hakim, savcı) gibi sosyal güvenceden yararlandırılmalıdırlar.

Avukat yanında geçen ikinci altı aylık staj döneminde ise, Serbest Muhasebecilik Serbest Muhasebecilik Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanuna tabi stajyerler gibi hizmet sözleşmesine göre çalıştıkları kabul edilip SSK'ya tabi olmalıdırlar. Stajyer avukatların, yanında staj yapacak avukat bul-

makta zorluk çekmelerinin önlenmesi bakımından da sosyal güvence için yapılacak prim ödentilerinde Barolar primlerin %50'sine katkı sağlamalıdırlar. Bunun için kaynak Baro pullarının gelirinden oluşturulacak sandıktan yararlanılabilir.

Stajyer avukatların sosyal güvenceleri, ruhsat alabilme koşulları için tanınan süre boyunca devam ettirilmelidir.

Zorunlu staj gereği ve Anayasanın öngördüğü angarya yasağı uyarınca da, benzer stajyerlere uygulandığı gibi, kişinin haline münasip ve mesleğin onurunu koruyacak şekilde ücretlendirilmelidirler.

Sosyal hukuk devleti olma gereği böylece karşılanabilir.





# Türk Ceza Hukukunda Avukatların Aranması

Ahmet BOZDAĞ<sup>(\*)</sup>



Temel insan haklarının güven-  
ce altına alınması, hukuk  
devletinin zorunlu gereğidir.  
Bunun içindir ki, hukuk dev-  
leti ve insan hakları bir biriyle  
adeta özdeşleşmiştir.<sup>1</sup> Çünkü hukuk  
devletinin varlık gerekçesi, insan  
onuruna yakışır bir hukuk düzeni  
kurmak ve bunun devamını sağlamaktır.

Temel insan haklarından birisi  
de özel hayatın gizliliğidir. Bu  
nedenle gerek ulusal gerekse ulu-  
sal üstü koruma mekanizmalarıyla  
özel hayatın korunması için düzen-  
lemeler yapılmıştır. Ancak, temel  
insan hakkı olmasına rağmen özel  
hayatın gizliliği hakkı, mutlak  
bir hak değildir. Yine yasayla  
özel hayatın gizliliğine bazı sınırlamalar veya istisnalar getirilebilmektedir. Hukuki anlamda arama<sup>2</sup>, kişilerin özel hayatlarına müdahale teşkil ettiğinden, amacı-

nın ve sınırlarının tespit edilme-  
si büyük önem arz etmektedir.

Bizde bu çalışmamızda, arama  
hukukunda özel bir durum arz eden,  
yargının kurucu unsurlarından biri  
olan avukatların, üst konut ve  
bürolarının aranmasını, ulusal ve  
ulusal üstü hukuk bağlamında ince-  
leme konusu yaptık.

## GENEL OLARAK

Hukuki bir kavram olarak arama;  
kamu makamlarınca kişinin konutun-  
da, işyerinde, diğer kapalı alan-  
larda ve vücudu üzerinde yapılan  
araştırma işlemi olduğundan, bire-  
yin özel hayatına doğrudan doğruya  
müdahale teşkil eden bir işlemdir.  
Hukuk devletlerinde her ne kadar  
özel hayatın gizliliği koruma al-  
tına alınmışsa da, kişisel hakla-  
rın korunması ile toplumsal hakla-  
rın korunması arasında bir denge  
sağlamak amacıyla buna bazı istis-  
nalar getirilmiştir. Tüm bu güven-  
celer oluşturulurken, kişilerin  
toplumdaki farklı durumları, mes-  
lekleri ve toplumda üstlenmiş ol-  
dukları roller göz önünde bulunduru-  
lularak, ayrıksı durumlara özgü  
düzenlemelere gidilmiştir. Bu dü-  
zenlemelerden biri de avukatların  
aranmasına ilişkindir. Hukuk dev-  
leti içindeki etkin konumu nede-  
niyle, avukatlar açısından özel  
hayata müdahale sınırları, farklı  
düzenlemeyi ve özel güvenceler ön-  
görülmesini gerekli görmüştür.

(\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
öğrencisi.

<sup>1</sup> Yasin Dıvrak-Ahmet Hasan Kılıç; **Savunma  
Hakkı**.

<sup>2</sup> Arama; Arama kural olarak, hâkim kararı,  
gecikmesinde sakınca bulunması halinde  
savcı veya kolluk tarafından, yakalama  
ve/veya delil elde etmek amacıyla yönelik  
olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir  
kişinin mesken, işyeri veya diğer kapalı  
yerlerde, üstünde veya eşyasında gizli,  
saklı olan bir şeyin ortaya çıkarılması  
amacıyla yapılan bir araştırma işlemi-  
dir. ÖZBEK, Özer Veli; Ceza Muhakemesi  
Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama,  
s. 17.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Gerçektende avukat, mesleğini ifa ederken hukuk devletinin korunmasının yanı sıra, temel insan haklarından olan ve hukuk devletinin olmazsa olmazı olan savunma hakkının korunmasında da etkin işlev üstlenmiştir. Avukatın, özellikle kendisi dışındaki kişilerin de haklarının savunmasını üstlendiğinden; onun kişisel ve mesleki alanının, savunduğu bireyin kişisel alanı ile çakışmasına yol açmaktadır. Bu durum, avukatın kişisel özel hayatına yapılan müdahalelerin, kendisi dışındaki hukuki ilişkide bulunduğu kişilerin de özel hayatlarına müdahale oluşturmaya sebep olmaktadır. Bu nedendir ki, âdil, hakkaniyete uygun ve vicdanları teskin eden bir hükmün verilebilmesi için gerekli olan düalist muhakemenin üç sacayağından birini teşkil eden avukatların aranması için özel ve ayrıksı bir düzenlemenin yapılmasını zorunlu olmuştur. Devletler ve parlamentolar da bu ayrıksı ve özel durumu göz önünde bulundurarak gerek ulusal gerekse ulusal üstü düzenlemelerle avukatların aranması konusunda özel düzenlemeler getirilmiştir.

### ULUSAL VE ULUSALÜSTÜ MEVZUATTA DÜZENLEMELER

#### 1. Ulusal Mevzuatta

Ulusal hukukumuzda, başta Anayasa da olmak üzere birçok kanun ve yönetmelikte aramaya ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

##### a) 1982 Anayasası

Anayasa'nın aramayla ilgili maddeleri, arama hukukumuzun genel çerçevesini oluşturmaktadır. Anayasa'nın; "Özel Hayatın Gizliliğini" düzenleyen 20., "Konut dokunulmazlığını" düzenleyen 21. ve "Haberleşmenin Gizliliğini" düzenleyen 22. maddeleri; kimsenin üstünün, özel evraklarının ve eşya-

sının aranamayacağını ve bunlara el konulamayacağını... Kimsenin konutuna (iş yerine) girilemeyeceği. Haberleşmenin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağını... Ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel âhlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle... bu hükümlere aykırı davranılabileceğini düzenlemiştir.

##### b) Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun, arama ile ilgili hükümleri "Arama ve Elkoyma" Başlığı altında 116 ve 134. maddeleri arasında düzenlemiştir. Yasaya göre; yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda **makul şüphe**<sup>3</sup> varsa şüphelinin, sanığın ve üçüncü kişilerin üstü, eşyası, konutu, iş yeri ve ona ait diğer yerler aranabilecektir. Bunun için, aramanın amacının gerçekleşebileceğinin sanılması ve doğal olarak bu sanıyı haklı kılacak durumların, belirtilerin, iz ve emarelerin var olması gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanunumuz avukatların üst aramasıyla ilgili herhangi bir özel düzenleme içermezken, avukatların bürolarının aranmasını düzenleyen 130. maddesi;

"Avukat büroları, ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen

<sup>3</sup> "Makul şüphe; hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. (Ar. Yön. 6/1)" Makul şüphe aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış, tutum ve biçimleri kolluk memurunun taşıdığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebeplerle göz önünde tutularak belirlenir. (Ar. Yön. 6/2)"

olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.<sup>4</sup> Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konarak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli karar vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkra ön görülen kararlar, 24 saat içinde verilir.

Postada el koyma durumunda bürosunda, arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine 2. fıkra da belirtilen usuller uygulanır.”

**c) Avukatlık Kanunu: Madde 58**

“Avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararıyla ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve Baro temsilcisinin katılımı ile aranabi-

lir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz.

HUMK ile CMK'nın duruşmanın inzi-batına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, bu hükümlere göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında hafif hapis ve hafif para cezası verilemez.”

**d) Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanunun (1721 sayılı); Madde 6**

“Ancak; millet vekilleri, mülki amirler, hâkim, C. Savcıları ve bu sıfattan sayılanlar, müdafii ve avukatlar... ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi halinde bu kişiler elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler.”

**e) Arama Yönetmeliği<sup>5</sup> Madde 13**

“Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaksızın avukat bürolarında arama yapılamaz. Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde Sulh Ceza hâkiminden kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasında mesleki ilişkiye ait olduğunu tespit ettiğinde, el konulan şey derhal

<sup>4</sup> “Avukat bürolarının aranması ile ilgili özel hüküm getirilmesinin nedeni; savunma hakkını sağlam tutmaktır. Avukat ile müvekkilleri arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi, savunma hakkını sağlam tutmanın ve avukatın mesleki sırlarının korunmasının temel koşuludur.” CMK-130. maddenin gerekçesi.

<sup>5</sup> 25832 sayılı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkroda ön görülen kararlar 24 saat içinde verilir.

### f) Türk Ceza Kanunu, Madde 120

"Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası verilir."

Hukuka aykırı olarak konut veya büronun aranması durumunda hem haksız aramadan hem de konut dokunulmazlığını ihlalden ceza verilecektir.

## 2. Ulusalüstü Mevzuatta

Ulusal üstü ve uluslararası sözleşmelerde de avukatların aranmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

### a) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinde avukatların aranmasını düzenleyen özel bir düzenleme yoktur. Ancak, âdil yargılanma hakkını düzenleyen 6. "herkesin... âdil ... ve ... hakkaniyete uygun yargılama hakkına sahip olduğunu..." ve Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkını düzenleyen 8. "Herkes özel yaşamına, Konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini istemesi hakkına sahiptir." maddelerinin uygulamasında savunmayı oluşturan avukatlar açısından ayrıksı bir durum oluşturduğunu AİHM'in verdiği kararlarında görmemiz mümkündür.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Arama yapılan yerin normal bir yer olmadığı, bir avukat bürosu olduğu, bir avukatın bürosunun aranmasının aynı zaman da 6. maddenin ihlaline de neden olabileceğini, adil yargılanma açısından avukatın belgelerinin illi bir gizliliğinin olduğu, bu gizliliğe karşı yapılan müdahale, her türlü dosyanın alınıp incelenmesi, bakılması ve okunmasının AİHS' e

### b) Havana Kuralları<sup>7</sup>

Hükümetler avukatların; hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahaleyle karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini, Mesleklerine uygun faaliyette buldukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka tür yaptırımla sıkıntı çekmemelerini veya tehditle karşılaşmamalarını sağlar, müvekkilleri ile arasındaki mesleki ilişkiler kapsamındaki bütün haberleşme ve görüşmelerin gizli olduğunu kabul eder ve buna saygı gösterir. ( 16, 22. md.)

### c) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin Tavsiye Kararı<sup>8</sup>

Hükümetlerce; "Avukatlar ve müvekkilleri arasında ki meslek sınırlarına saygının gözetilmesi için her türlü önlem alınmış olmalıdır. Bu ilkeye getirilecek istisnalar ancak hukuk devleti ile bağdaşabilir olduğu ölçüde geçerlidir." ( 6. md.)

## AVUKATLARIN BÜRO VE KONUTLARININ ARANMASI

### 1. Genel Olarak

Her avukat, bağlı bulunduğu baronun sınırları içinde ve baro levhasına yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde bir büro edin-

aykırı olduğunu, bu durumun hem adil yargılanma açısından problem yaratacağını hem de avukatın ününe zarar vereceğini belirtmiştir. CLAUSE - Almanya, DOĞRU Osman; İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, C. 1,1. Bası, Beta Yayınları İstanbul -2002

<sup>7</sup> 8. Birleşmiş Milletler Konferansı Avukatın Rolüne Dair Temel Prensipler

<sup>8</sup> Avukatlık Mesleğinin Özgürce Uygulanmasına İlişkin Genel İlkeler

mek zorundadır. (Av. K. md. 43) Avukatların işlerini yürüttüğü, iş görüşmesi yaptığı, mesleğiyle ilgili evrak, doküman ve materyalleri bulduklarını yer, bürolarıdır. Avukatlara iş yeri edinmek yerine büro edinme zorunluluğu getirilmiştir. Yani başka bir deyişle avukatların iş yerleri, bürolarıdır.

Avukatlık mesleğinin statik değil dinamik bir yapı arz etmesi dolayısıyla, avukatlar meslekleriyle ilgili işlerini, çoğu zaman evlerine (konutlarına)<sup>9</sup> de taşımaktadırlar. Çünkü birçok avukat gündüzleri duruşmaların yoğunluğu ve büroya sürekli müvekkillerin gelip gitmesi dolayısıyla dava dilekçelerinin yazımı ve dosyalar üzerinde yapacakları araştırma ve çalışmaların büyük birçoğunu evlerine taşımak zorunda kalmaktadırlar. Bu nedenle avukatların konutları da bir nevi avukatlar için ikinci bir büro vazifesi görmektedir.

Avukatların, gerek büroları gerekse de konutları, meslekleriyle ilgili işlerini gördükleri, müvekkilleriyle ilgili belge, bilgi ve dosyaların bulunduğu yerler olması dolayısıyla, arama yönünden özel bir statüye bağlanması gereken yerlerdir. Yasa koyucu da bu durumu önemsemiş olacak ki gerek CMK'da gerekse Arama Yönetmeliğinde ve Avukatlık Kanununda bu konuyu ayrı olarak düzenlemiştir.

"Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak **mahkeme** kararıyla ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve Baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir." (Av. K. Md. 58)

"Avukat büroları, ancak **mahkeme** kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulunur." (CMK-130/1. Md.)

Avukatlık Kanunu, avukatların hem bürolarının hem de konutlarının aranmasını düzenlerken, Caza Muhakemesi Kanunumuz ve Arama Yönetmeliğimiz ise sadece avukatların bürolarının aranmasını düzenlemektedir. Yani Avukatlık Kanunu daha geniş ve yerinde bir düzenleme getirmiştir. Avukatlık Kanunu daha özel bir kanun olduğu için öncelikli olarak uygulanacaktır. Avukat bürolarında ve konutlarında arama yapılabilmesi şu şartların bulunmasına bağlıdır;

### **Aranacak yer avukatlık bürosu veya avukatın konutu olacaktır**

Bu yerin mülkiyetinin avukata ait olması gerekmediği gibi avukatın tek başına kullanması da gerekmez. Örneğin avukat bir otelde de kalsa veya avukat bir arkadaşıyla aynı daireyi paylaşırsa yine avukatların aranmasına ilişkin şartlar uygulanacaktır. Ancak,

<sup>9</sup> **Konut (Mesken):** Konut kavramından bahseden CMK m.119/4 ve Arama Yönetmeliği 30. maddesi konuttan ne anlaşılması gerektiğini açıklamamışlardır. Konuttan ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde de tam bir fikir birliği yoktur. Arama koruma tedbirinin konut dokunulmazlığına ve özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil etmesi dolayısıyla konut kavramını en geniş anlamıyla kabul etmek gerekir. Bu nedenle, konutun devamlı veya geçici olarak, gece yatısına tahsis edilmiş olup olmamasının, taşınmaz olup olmamasının bir önemi yoktur. Bu söylenenlerden hareketle en geniş anlamıyla konut: kamuya açık olmayan, dış âlemden ayrıldığı izlenimi veren, kişilerin yaşamasal faaliyetlerini sürdürdükleri kapalı yerlerdir. Bu tanımdan hareketle; apartman dairesi, müstakil ev, otel odası, kulübe, çadır, yurt odası, karavan vb. yerleri konut olarak sayabiliriz. Öte yandan bina veya müstakilatta (konut eklentisi) konut kavramına girer. **Müştemilat;** "konuta bağlı olan fakat bitişik veya yakın olma şartı olmayan, dış dünyadan belirli işaretlemlerle ayrılan ve rıza hilafına girildiğinde konuttakilerin huzur ve sükununun bozulduğu yerlerdir. **Artuk- Gökçen- Yeni-dünya;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Yayınları, Ankara 2003. s. 192.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

avukatın misafirlikte bulunduğu sırada konut veya işyerleri sahipleriyle ilgili yapılacak aramada, avukatın şahsi eşyaları dışındaki yerlerin ve eşyaların aranmasında artık avukatlara özgü kuralların uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

### **Makul şüphe olmalıdır**

Genel olarak, arama için gerekli olan makul şüphe, avukatların bürolarının ve konutlarının aranmasında da aranacaktır.

### **Mahkeme kararı olmalıdır**

Genel olarak, konut ve işyerlerinin aranmasında, arama kararını sulh ceza hâkimi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı verirken ( Ar. Yön. Md.7/4 ve CMK-md. 119); avukat bürolarının ve konutlarının aranmasında arama kararını sadece mahkeme verebilmektedir. Ancak bu mahkemenin hangi mahkeme olacağına dair herhangi bir açıklama ne kanunda nede kanunun gerekçesinde mevcut değildir. Bu durum karşısında iki ihtimal bulunmaktadır:

*Birinci ihtimalde;* Genel aramada, arama kararını sulh ceza hâkimi vermektedir ve bu bir hâkim kararıdır. Biz avukatlarla ilgili düzenlemede geçen mahkeme deyiminden sulh ceza mahkemesini anlarsak bu özel hükmün hiçbir esprisi kalmayacaktır. Çünkü sulh ceza hâkiminin vereceği kararla sulh ceza mahkemesinin vereceği karar arasında bir fark olmayacaktır. Sonuçta, sulh ceza mahkemesi de tek hâkimlidir ve arama kararını veren mahkeme de olsa, hâkimde olsa, kararı aynı hâkim vermiş olacaktır. Avukatların yargılanmasında; soruşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar verme yetkisi ve kovuşturma yetkisi ağır ceza mahkemelerine verilmiştir. (Av. K. Md. 59) Bu da ağır ceza mahkemelerinin üç hâkimden teşekkül ettiğinden ve kurul halinde çalıştı-

ğından, avukatların yargılanmasının güvenceye bağlanması için getirilen bir düzenlemedir. Avukatların aranması konusunda hangi mahkemenin yetkili olacağı açık olmadığından kanaatimizce, Avukatlık Kanununun 59. maddesi hükmünden hareketle arama kararını verme yetkisi ağır ceza mahkemelerinde olmalıdır. Çünkü yasanın düzenleniş amacı avukatların aranmasını daha sıkı ve adil şartlara bağlamaktır. Bu yorum yasa koyucunun iradesine daha uygun olacaktır. Çünkü, hem avukatlık Kanununda hem de CMK'nın 130/1. maddesinde avukatların büro ve konutlarının aranması için mahkeme kararı kavramı kullanılmıştır.

*İkinci ihtimalde ise;* Ceza Muhakemesi Kanununun 130. maddesinin 2. fıkrasına göre değerlendirme yapabiliriz. CMK 130/2 de; "avukatların bürolarında ve konutlarında yapılacak arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konarak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli karar vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir." hükmünden birinci fıkradaki mahkeme kavramının sulh ceza mahkemesi olduğu sonucuna varabiliriz.

Ancak biz, yasa koyucunun savunmayı temsil eden avukatlar için özel bir düzenleme getirmeyi amaçladığını madde gerekçesinde de gördüğümüzden, mahkeme deyiminden ağır ceza mahkemesi anlaşılmasının gerektiğini daha doğru buluyoruz. Ancak, madde hükmü açıkça mahkemeden ne anlaşılması gerektiğini belirtmediğinden uygulamada farklı anlaşılmalara neden olacağını tahmin ettiğimizden bu maddeye bir açıklayıcı fıkra eklenmesi taraf-tarıyız.

**Arama, ancak arama kararında belirtilen olayla sınırlı olarak yapılabilir**

Örneğin avukat hakkında bilgisayar çaldığı gerekçesiyle yapılacak aramada veya ateşli silahla adam öldürmekten dolayı yapılacak aramada suç konusu bilgisayar ve silahın ele geçirilmesi için arama yapılan büro veya konuttaki küçük zarfların açılmasına veya dosyaların içinin açılarak aranmasına gerek yoktur. 1999 yılında C. Savcılığı DGM'den Mazlumder'in genel merkezinin ve şubelerinin aranması için arama kararı almış, fakat arama yapılmadan bir gün önce gecikmesinde sakınca var diyerek bizzat C. Savcısı, aynı zaman da Mazlumder'in şube başkanlarının ve yönetim kurulu üyelerinin (ki bunlar avukattır) konutları ve bürolarının aranmasına karar vermiş ve bu karar uygulanmıştır.

**Aramada, Cumhuriyet Savcısının bizzat hazır bulunması gerekir**

Yasa koyucu gerek CMK'da gerekse Avukatlık Kanununda avukatların bürolarının ve konutlarının aranması sırasında, bizzat C. Savcısının arama yapılan mahalde hazır bulunacağını ve aramanın savcının denetimi altında yapılacağını açıkça düzenlemiştir. Bu da avukatlarla ilgili olarak yapılacak aramalar için getirilen özel ve yerinde bir düzenlemedir.

**Aramada baro başkanı veya temsilcisinin bulunma zorunluluğu**

Avukatların bürolarında ve konutlarında yapılacak aramada, aramanın yapılacağı yer barosunun,

baro başkanını temsilen görevlendirileceği bir avukat, arama sırasında arama mahallinde hazır bulundurulmak zorundadır. Burada adı geçen baro, avukatın bağlı bulunduğu baro olmak zorunda değildir. Çünkü avukat, başka bir şehirde, otelde veya yazlığında kalırken de arama yapılabileceği için o yer barosunun görevlendireceği bir avukat olması yeterlidir. Arama, aramada hazır bulunacak baro başkanını temsilcisi avukatın denetiminde, adeta onun eliyle yapılacaktır. Öncelikle, temsilci avukat ve hakkında arama yapılan avukat aranacak şeyleri inceleyip, bunlardan avukat ile müvekkil arasındaki mesleki sırlara ilişkin olanları ayırarak C. Savcısından bunların zarfların içine konarak hâkim veya mahkeme tarafından mesleki ilişkiye ait olup olmadığına karar vermek üzere mühürlenmesini talep edecektir.<sup>10</sup> Avukatlık Kanununda 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra bu konu uluslararası düzenlemelerde ele alınarak tartışılmış ve meslek sırrının korunması yükümlülüğünün ve müvekkilin adil yargılanma hakkının korunmasının zorunlu sonucu olarak avukatın bürosundaki belgelere ancak meslek sırrının korumakla yükümlü olan başka bir avukatın bakabileceği, İddia makamını temsil eden savcının bu belgeleri inceleyemeyeceği, 58. maddenin de bu şekilde anla-

<sup>10</sup> Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konarak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli karar vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu nu saptığında, el konulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkra da ön görülen kararlar, 24 saat içinde verilir. CMK- md. 130

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

şılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>11</sup> Bu nedenle avukat bürolarında ve konutlarında yapılacak aramaların baro başkanını temsilen orda bulunan avukat eliyle yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Ceza Muhakemesi Kanunu aramayı, herhangi bir ayrıma tabi tutmadığı halde, Arama Yönetmeliği aramayı, önleme ve adli arama olarak ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. Şimdi avukatların bürolarının ve konutlarının aranmasını adli arama ve önleme araması açısından değerlendirelim:

### 2. Adli Arama Açısından

Adli arama; suçun işlenmesinden sonra, suç delillerinin ve fail/faillerinin ortaya çıkarılması ve ele geçirilmesi için kişinin üstünde, eşyasında, işyerinde veya konutunda yapılan cezai amaçlı aramadır.<sup>12</sup> Avukat bürolarında ve konutlarında kanunun belirtmiş olduğu şartlarla adli arama yapılabilir.

### 3. Önleme Araması Açısından

Önleme araması; milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel âhlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması ve bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle kişilerin aracında, üstünde, özel kağıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir. Yani önleme araması

henüz ortada işlenmiş veya işlenmekte olan bir suç yokken, suç işleneceğine dair şüphe üzerine ve kontrol amaçlı yapılan aramadır. (Ar. Yön. Md. 19)

Ancak; "Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz." (Ar. Yön. m. 19/Son) Örneğin; lokanta, bar vb. yerler kamuya açık iş yerleri iken; avukat büroları, şirketler vb. yerler kamuya kapalı iş yerleridir. Bu nedenle avukat bürolarında ve konutlarında önleme araması yapılamaz.

## AVUKATLARIN ÜSTLERİNİN ARANMASI

### 1. Genel Olarak

Avukatların üstlerinin aranması bir hayli tartışmalı bir konudur. Avukatların üstlerinin aranması konusunda Caza Muhakemesi Kanununda ayrıksı bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu konuda sadece Avukatlık Kanununda özel bir hüküm düzenlenmiştir. Soruşturmaya yetkili Cumhuriyet Savcısı başlığı altında 58. maddede düzenlenen bu hüküm; "Avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararıyla ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve Baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir.

## Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın

<sup>11</sup> **SAYMAN, Yücel**; İstanbul Barosu Paneli "Yeni Avukatlık Yasasının Tartışılması" Haziran 2001

<sup>12</sup> **KUNTER - YENİSEY**; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ek Kitap, Arıkan Yayınları, Ankara -2005, s. 338

**üzeri  
aranamaz**

Bu kanun hükmüne göre avukatların üstlerinin aranabilmesi için şu şartlar gerekir;

**Avukatın, ağır cezayı gerektirir  
bir suç işlemiş olması gerekir**

Avukatın işlediği suçun ağır hapis cezasına müstelzim olması gerekir. Aksi halde, avukat suçüstü yakalansa da üstü aranamayacaktır.

**Avukatın, suçüstü halinde<sup>13</sup>  
yakalanması gerekir**

Avukatın işlediği suçun ağır cezayı gerektirir olması tek başına yetmez, aynı zaman da suçüstü yakalanması da gerekir.

"Suçüstünden; işlenmekte olan suç, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonrakoluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından (sıcak) takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya ya da delille yakalanan kimsenin işlediği suç anlaşılır." (CMK 2/1-j)

Suçüstü hali olmadıkça avukatların üstü aranamayacaktır. Aksi bir uygulama hukuka aykırı ve suç teşkil edecektir. Özetle, avukatların üstlerinin ve evraklarının aranması ancak, ağır cezayı gerektirir bir suçu işlerken suçüstü yakalandığı durumlarda mümkün olabilir.

Avukatlık kanununda ki 58. maddesindeki hükmünün, önleme aramasını da kapsayıp kapsamadığı uygu-

lamada tartışmalara ve sorunlara sebep olmaktadır.

**2. Adli Arama Açısından**

Adli arama; suçun işlenmesinden sonra, suçun delillerinin ve fail/faillerinin ortaya çıkarılması ve ele geçirilmesi için kişinin üstünde, eşyasında, işyerinde veya konutunda yapılan cezai amaçlı aramadır.<sup>14</sup> Adli arama açısından avukatların üstlerinin, mahkemen arama kararı olmadan kolluk tarafından resen aranabilmesi için, avukatın ağır cezayı gerektirir bir suçu işlerken suçüstü yakalanması gerekir. Bu istisnai durum dışında avukatların üstü, hâkim kararı olmadan aranamaz.

**3. Önleme Araması Açısından**

Önleme araması; milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel âhlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması ve bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle kişilerin aracında, üstünde, özel kağıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir. (Ar. Yön. Md. 19) Yani önleme araması henüz ortada işlenmiş veya işlenmekte olan bir suç yokken, suç işleneceğine dair şüphe üzerine ve kontrol amaçlı yapılan aramadır. Avukatlık Kanununun 58. maddesindeki hükmün, avukatların önleme araması anlamında yapılan aramalar içinde geçerli olup olmayacağı oldukça tartışmalıdır.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> KUNTER - YENİSEY; s.338

<sup>15</sup> Avukatlık Kanununun 58. maddesinde yer alan muafiyetin avukatlara genel bir arama muafiyeti sağlamayıp, sadece adli arama yönünden arama muafiyeti sağladığı, önleyici arama yönünden avukatların

<sup>13</sup> 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla, 8.6.1936 tarihli ve 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Yenisey'e göre; "Avukatlık Kanunu madde 58'de yer alan yasa, maddede geçen suç teriminden anlaşılması gerektiği üzere sadece adli aramalar için geçerlidir. Avukatın müdafaa görevini garanti altına alan hüküm, avukatın suç isnadı altında bulunduğu durumlarda geçerlidir. Önleme araması, yakın bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılan bir arama olup, önleme aramalarında herkes aramaya tabidir. Önleme aramasında herkesin aranmasına rağmen avukatların aranmaması hukuka aykırı olur."<sup>16</sup>

Belen'e göre; Avukatlık Kanununun 58. maddesinde, avukata yönelik bir soruşturma halinde bile, şartları belirlenmiş büro ve konut aramasına karşın, ağır cezalı bir suç ve bunun da meşhurat suç olması dışında üst araması yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Avukatlık Kanununun bu hükmünün istisnası yoktur. Buna göre İl İdaresi yasasına göre mülki amirlerin verdikleri özel bir arama kararı ile veya Anayasa'nın 20. maddesine göre, hâkim, acele hallerde savcı ya da mülki amirin verdiği genel arama kararına isnaden avukatların üstü aranmaz.<sup>17</sup>

Gerçekten de suç işlemiş bir avukatın yani bir suçlunun bile hâkim kararı olmadan üstü aranmazken, sadece önleme amaçlı yani basit suç şüphesiyle bir avukatın üzerinin aranabileceğini ileri sürmek hukuk mantığıyla bağdaşmaz. Ayrıca, bu durumda avukatlar için getirilen meslek sırrını koruma amaçlı özel düzenlemenin de bir

esprisi kalmayacaktır.<sup>18</sup> Örneğin; bir avukat, kolluk kuvvetlerinin huzurunda ağır cezalı olmayan bir suç işlemesine rağmen kolluk, mahkeme kararı olmadan avukatın üzerine arayamayacağı halde, acaba aynı avukat olay yerinden ayrılıp bürosuna doğru giderken yolda yapılan miting alanının yakınından geçerken önleme araması kararına dayanılarak avukatın üstü aranabilecek midir? Kanaatimizce, asıl olan toplumda suçluların ve suç delillerinin ele geçirilmesidir, yoksa tüm toplumun potansiyel suçlu olarak görülmesi değildir.

Avukatların önleme araması kapsamında mahkeme kararı olmadan üst aramasına tabi olacağını savunanlar genellikle, 1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanunun, "Ancak millet vekilleri, mülki amirler, hâkim, cumhuriyet savcılar ve bu sıfattan sayılanlar, müdafii ve avukatlar... ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranmaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi halinde bu kişiler elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler." hükmüne yer veren 6. maddesine dayanmaktadırlar.<sup>19</sup> Oysa söz konusu yasanın açık hükmünden de anlaşıldığı gibi, x-ray cihazının ötmeye devam etmesi üzerine avukata iki seçenek sunulmaktadır: ya üstünün ve çantasının elle aranmasına rıza gösterecek ya da ceza ve tutuk evine girmeyecektir. Bu hükümden avukatın kuruma girmek için mutlaka üstünün elle aranacağını anlamayı gerektiren bir durum yoktur. Bu hükümden ha-

---

diğer kanunlarda yer alan genel düzenlemelere tabi olduklarını düşünmekteyiz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 1.1.2002.

<sup>16</sup> Avukat Vural Doğan davasında Prof. Dr. Feridun Yenisey'in İçişleri Bakanlığına verdiği mütalaa; akt: VURALDOĞAN, Kemal; Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası, s.18

<sup>17</sup> BELEN, Bahri Bayram; Avukatın ya da Üstünün aranması, s. 34-35

<sup>18</sup> Demokratik hukuk devletinin işleminde yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçen avukat davacının, vatandaşlar önünde ( önleme araması sırasında) üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği gerçek olup... tazminata hükmedilmiştir. Ankara 1. İdare Mah. 2003/1192E. Ve 2004/978 K. VURALDOĞAN; s.19

<sup>19</sup> Avukat Vural Doğan davasında Prof. Dr. Feridun Yenisey'in İçişleri Bakanlığına verdiği mütalaa; VURALDOĞAN, s.19

reketle miting alanına yakın geçen avukatın üzerinin önleme araması çerçevesinde zoraki aranacağı savunulamaz.

Ceza ve tutukevlerinde, Avukatlar hükümlü ve tutuklularla infaz kurumunun belirlediği yerde görüşmekte ve avukatla görüşmeye gelen mahkûm ve tutukluların üzerleri hem görüşmeye gelirken hem de görüşmeden sonra sıkı bir şekilde elle aramaya tabi tutulmaktadır. Buna rağmen avukatların üzerlerini sıkı bir aramaya tabi tutulması gereksiz bir uygulamadır. Özellikle, ceza infaz ve tutukevlerinin girişlerindeki x-ray cihazlarının aşırı duyarlı olacak şekilde ayarlanması, avukatların ayakkabılarını, kemerlerini adeta soyunurcasına çıkarmak zorunda bırakmaktadır. Bu durum, avukatlar için adeta bir eziyete dönüşmekte ve her seferinde avukatlarla kurum görevlileri arasında münakaşaya sebep olduğundan, avukatların zorunlu olmadıkça hükümlü ve tutuklu müvekkilleriyle görüşmeye gitmemesine sebep olmaktadır. Bu durum kutsal olan savunma hakkının gereği gibi yerine getirilmesine engel açıkça olmaktadır.

Avukatların önleme araması kapsamında üslerinin aranması konusunda, Ankara 3. İdare Mahkemesinin 2004 yılında vermiş olduğu kararda avukatın üstünün önleme araması kapsamında aranmasından dolayı İçişleri Bakanlığını Tazminata mahkûm etmiştir;

"1 Mayıs 2004 günü Ankara Adliyesinden çıkan avukat Kemal Vuraldoğan, adliye çıkışındaki bulvarda bir mayıs gösterileri nedeniyle, Ankara Valiliği'nden aldıkları genel arama izni çerçevesinde miting alanı ve çevresinde arama yapan polisler tarafından aranmak istenmiş, avukat olduğunu belirtmesine rağmen polisler arama konusunda ısrar ederek kendisini aramışlar, yapılan arama, Ankara Barosu Başkanlığı tarafından kamerasız alınmıştır. Avukat Vural Do-

ğan, kanuna aykırı olduğuna inandığı arama nedeniyle Ankara Valiliği görevlileri aleyhinde suç duyurusunda bulunmuş, ayrıca manevi tazminat istemiyle İçişleri Bakanlığına başvurmuştur. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Ankara Valisi açısından gereğinin takdiri için dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Ankara Valisi hakkında şikayet dilekçesini işleme konulmasına karar vermiş, arama emrini veren polis memurları açısından gereğinin yapılması için dosya Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na iade edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok imzalı kararda, Ankara Valiliği tarafından 1 Mayıs mitingi nedeniyle kamu düzenini sağlanması, suç işlenmesini önlenmesi amacıyla suç aletlerini toplantının yapıldığı yer ve çevresine sokulmaması için toplantı mahal ve çevresine gelen kişilerin özel kağıtlarının ve eşyalarının aranması konusunda Ankara Valiliği'nin oluru ile genel arama izni verildiği, genel arama için verilmiş bulunan iznin 1136 sayılı Avukatlık Kanununun tanıdığı hakkı ortadan kaldırıncı nitelik taşımadığı ifade edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göre, mülki amirin vereceği yazılı genel arama izniyle, avukatların üzerlerinin aranması mümkün değildir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, ilgili kamu görevlilerinin soruşturulması izni verilmesi için Ankara Valiliğine başvurmuş, Ankara valiliği tarafından soruşturma izni verilmemiştir. Karara, avukat Vuraldoğan tarafından Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz edilmiş, Ankara Bölge İdare Mahkemesi itirazı reddetmiştir. Avukat Vural Doğan'ın manevi tazminat istemli dilekçesine İçişleri Bakanlığınca cevap verilmemesi üzerine, Avukat Vuraldoğan tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açılmış, Ankara Barosu davacı yanında davaya müdahale talebinde



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

bulunmuştur. Davalı İçişleri Bakanlığı, bilirkişi olarak Prof. Dr. Feridun Yenisey'e başvurmuş, savunmasını büyük ölçüde Yenisey'in görüşlerine dayandırmıştır.

Yenisey'e göre Avukatlık Kanunu madde 58'de yer alan yasak, madde de geçen suç teriminden anlaşılması gerektiği üzere sadece adli aramalar için geçerlidir. Avukatın müdafaa görevini garanti altına alan hüküm, avukatın suç isnadı altında bulunduğu durumlarda geçerlidir. Avukatlık Kanunu madde 58 önleme aramasında geçerli değildir. Avukat Vural doğan olayında vali emriyle Anayasa'nın 20. maddesine ve hukuka uygun olarak önleme araması yapılmıştır. Önleme aramasında herkesin aranmasına rağmen avukatların hariç tutulması hukuka aykırı olur.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, 11.06.2004 tarihli kararıyla, davayı kabul etmiş, Avukat Vuraldoğan'ın talebiyle bağlı olarak 2.500,00- YTL manevi tazminatın Avukat Vuraldoğan'a ödenmesine karar verilmiştir. Tek hakimli olarak hakim Vehbi Kozik tarafından verilen kararın gerekçesinde kamu idarelerinin yürütmekle yükümlü buldukları kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmek, bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlü olduklarına işaret edilmiş, gereği gibi işlememesi durumunda idarenin hizmet kusurunun oluşacağı ve bu kusur nedeniyle bir zarar verilmiş olması durumunda ise meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekeceği belirtilmiştir. Hâkim Kozik, avukatların demokratik hukuk devletinin işleminde, yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçtiği, davacı avukatın vatandaşlar önünde üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan manevi tazminata hükmedilmesi ge-

rekçesiyle davayı kabul etmiştir. Karara Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nde, mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması istemiyle itiraz edilmiş, Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması talebi reddedilmiştir. Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu kararda, avukatların üstünün mahkeme kararı olmadan önleme araması kapsamında elle aranmayacağını açıkça göstermiştir."<sup>20</sup>

## SONUÇ

Avukatlar; yargı görevi yapan, yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı temsil eden, amme hizmeti yerine getiren ve sır saklama yükümlülükleri olan kimselerdir.<sup>21</sup> Avukat müvekkil ilişkisinin kapsamı düşünüldüğünde, avukatın genellikle müvekkilinin ailevi ve mesleki sırlarına vâkıf olduğu, bu ilişkilerden kaynaklanan belge, resim ve materyaller gibi ispata yönelik eşyalara sahip olduğu görülecektir. Bu bilgi ve belgelerin sır saklama yükümlülüğüne rağmen başkaları (ceza davalarında iddia makamı tarafında bulunan kolluk ve Cumhuriyet Savcısı) tarafından bilinmesi, avukat müvekkil ilişkisinde güvensizliğe sebep olacak, dolayısıyla bu durum avukatın mesleğini gereği gibi ifa etmesine engel olacaktır. Hak arama özgürlüğünün etkin olarak kullanılmasında önemli ve vazgeçilmez bir

<sup>20</sup> Ankara bölge idare mahkemesinin 2004/3869 E. Sayılı dosyada verdiği 8.12.2004 tarihli kararı; **VURALDOĞAN**; s. 17-20

<sup>21</sup> 5237 sayılı TCK md. 6/1-d, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, md. 1,2,36,- Bir hükmün otoritesini, bağlayıcılığını, saygınlığını sağlamak istiyorsak, iddia ve savunmaya olabildiğince olanak tanımalıyız. Bu karşıtlığı sağlamaz, kantarın topuzunu bir yana ağıdırırsak, hükmümüz kuşkulu ve hukuken geçersiz kılacak, adalet gölgelenecektir; göstermelik olacaktır. **SELÇUK, Sami**; Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Yeni Türkiye Yay. 6. Baskı, 2000, s. 115

## Türk Ceza Hukukunda Avukatların Aranması / A. Bozdağ

işleve sahip olan avukatlık mesleğinin, demokratik hukuk devletinde üstlenmiş olduğu önemli fonksiyonunu etkin olarak yerine getirmesi için, avukat müvekkil ilişkisinde güvenin sağlanması ve her türlü müdahaleden korunması gerekir.

Avukat, görevini ifa ederken çoğu zaman mesleğin gereği olarak, kolluk güçleri ve idari makamlarla karşı karşıya gelmektedir. Bu nedenle, mülki amirlerin vereceği yazılı genel arama kararlarıyla avukatların üstlerinin aranması imkânının kolluğa verilmesi, avukatlık mesleğinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyeceği gün gibi aşikârdır.

58. madde hükmünün sadece avukatların görevlerini ifa ederken geçerli olacağı yönündeki görüşe de katılmıyoruz. Çünkü avukatlık mesleği kamu personeli gibi günün belirli bir saatiyle sınırlı değildir. Avukat, gerektiğinde müvekkiliyle gece yarısı bir parkta veya benzeri bir yerde de görüşebilir veya hasta olan müvekkilinin evine veya hastaneye ve hatta kaçak olan müvekkiliyle yurt dışında da görüşmeye gidebilir. Avukatlar baro tarafından saat 24'e kadar adli yardım kapsamında karakola gitmek üzere görevlendirilebilmekte ve çoğu zaman işlerini evlerine taşımaktalar. Bu nedenle haftanın her gününde ve günün her saatinde avukatların üst aramasının önleme araması dışında tutulması gerekmektedir.

Her ne kadar Danıştay üyelerine yönelik yapılan hukuk dışı müferrit vâkalar olsa da, Avukatlık Kanununun 58. maddesinin avukatların aranmasıyla ilgili getirmiş olduğu ayrık durumun hem adli aramalar için hem de önleme araması için geçerli bir hüküm olduğu kanaatindeyiz. Çükü hukukçu, istisnaların değil, karinelerin bekçisi olmalıdır.

### Kaynakça

- Bahri Bayram Belen; "Avukatın ya da Üstünün Aranması", **Günüşiği** dergisi, Sayı: 4, Haziran 2003.
- Gökçen Yenidünya Artuk; "**Ceza Hukuku Özel Hükümler**", Turhan Yayınları, Ankara: 2003.
- Kemal Vuraldoğan; "Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası", **Eskişehir Barosu Dergisi**, Yıl 2005, Sayı 6, s. 18.
- Kunter-Yenisey; **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ek Kitap**, Arıkan Yayınları, Ankara: 2005.
- Osman Doğru; "**İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları**", C. 1, 1. Basım, Beta Yayınları, İstanbul: 2002.
- Özer Veli Özbek; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara: 1999.
- Selçuk Sami; **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, 6. Baskı, Yeni Türkiye Yay., 2000.
- Yasin Dıvrak-Ahmet Hasan Kılıç; **Savunma Hakkı**, Çağrı Avukatlar Grubu Yay., Eylül 2004.
- Yücel Sayman; "Yeni Avukatlık Yasasının Tartışılması", İstanbul Barosu Paneli, Haziran 2001.





# Kamu Yönetimi Nedir?

Behiye GÜNEL<sup>(\*)</sup>



## GİRİŞ

İdare, kamu yönetimi olarak iki anlamda kullanılmaktadır. Birinci olarak devletin belli bir tür organlarını, kuruluşlarını ifade eder. Buna "organik anlamda idare" denir. İkincisi devletin belli bir tür faaliyetlerini ifade etmek için kullanılmaktadır, bu da "fonksiyonel anlamda idare"dir.<sup>1</sup>

Geniş anlamda kamu idaresi, düzenli toplumlarda kamu gücünün örgütlenmesini ve işleyişini içerir. Bu her türlü devlet görevlerini ve örgütlerini içine alan bir tanımlamadır. Olağan anlamda kamu yönetimi dendiğinde, yasama, yargılama ve belli bir ölçüde hükümet etmenin dışında kalan, tüm kamusal kuruluşları ve işleyişleri içerir.

İdare devlet ve toplum düzeninin temel unsurudur. Bu düzenin varlığı ve devamı en başta idarenin kesintisiz işlemesine bağlıdır. Hatta hükümet bir süre aksayabilir. İdare işlediği sürece devlet ve toplum düzeni yine de az çok devam eder. İdare durursa işte o zaman toplum düzeninden eser kalmaz, anarşi olur.<sup>2</sup>

## KAMU YÖNETİMİ VE KAMU HİZMETİ KAVRAMI

Kamu hizmeti genel olarak öğretilerde bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında, özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmetler olarak tanımlanır. Bir hizmetin kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağını, kamu hizmeti sayılması durumunda nasıl yürütüleceğini saptamak yasama organının yetkisi içindedir. Kamu hizmeti kavramı, hem kamu yönetiminin uğraş alanının, hem de yönetsel yargının görev alanının belirlenmesinde yardımcı olan bir kavramdır. Yani bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu yönetimi usullerine tabi tutulmuş olması gerekir.

## KAMU YARARI İLİŞKİSİ

Kamu yönetimi kamu yararı için vardır. Kamu yönetimi hizmetleri düzenlerken bireyleri değil bireyin içinde yer aldığı ya da toplumun bir kesimini dikkate alır. Toplumsal çıkarla bireysel çıkar çatıştığında kamu yönetimi toplumsal çıkardan yanadır. Kamu yönetimi bireye göre güçlüdür. Kamu yönetimine kamu yararı için sağlanmış yetkiler kamu yararıyla bağdaşmayacak biçimde kullanılabilir. Bireyin kamu yönetiminin hukuka aykırı davranışlarına karşı korunmasında yargısal denetim etkili bir araçtır.

(\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, s. 3.

<sup>2</sup> Tahsin Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, s. 19.

## TÜRK KAMU YÖNETİMİN ÖZELLİKLERİ

Türk kamu yönetimin özelliklerini çeşitli açılardan ele alabiliriz. Bunlar;

1. Sistem
2. Örgüt
3. Görev
4. İşleyiş
5. Kamu görevlileri
6. Yönetime katılma<sup>3</sup>

### 1. Sistem Yönünden

Türk kamu sistemi, Fransız yönetimin etkisi ile "idari rejimi", "yönetimsel düzen" olarak nitelendirilmektedir. Bu sistemde, kamu yönetimine uygulanan, "kamu yargısı" denen ayrı bir yargı düzeni vardır. Yine bu sistemde, kamu yönetimi, tek yanlı olarak bağlayıcı kararlar alabilir; aldığı kararları belli koşullarda, kendisi uygulayabilir.

Bu yönleri ile, Türk kamu yönetimi, Anglo-Amerikan yönetim sisteminden ayrılır.

Anglo-Amerikan yönetim sisteminde, kural olarak, ayrı bir kamu yönetim hukuku ve ayrı bir yargı düzeni yoktur. Kamu yönetimine de herkese uygulanan, genel hukuk kuralları uygulanır; kamu yönetimine kural olarak, özel yetkiler tanınmamıştır.

Türkiye ve Fransa gibi, 'idari rejim'in egemen olduğu ülkelerde, adli yargı düzeninin yanında, bir de yönetsel yargı düzeni bulunur. Bu iki yargı düzeni arasında çıkacak görev uyuşmazlıklarını gidermek için, genel olarak, bir de Uyuşmazlık Mahkemesi vardır.

### 2. Örgüt Yönünden

Bugünkü kamu yönetimin örgütsel yapısı, kalın çizgileriyle, imparatorluk dönemindeki yapıya benzemektedir. 23 Nisan 1920'de İstanbul'daki bakanlıklar örnek alınarak merkez örgütü kurulmuş ve merkezin taşra örgütüyle yerel yönetim kuruluşları bazı ufak değişikliklerle olduğu gibi benimsenmiştir.

Cumhuriyet Döneminde devlet anlayışındaki değişim, etkisini kamu yönetimin örgütlenmesi üzerinde de göstermiş ve yapıda bazı değişikliklere neden olmuştur. Bir yandan bakanlıkların ve bunlara bağlı örgütlerin, diğer yandan da yerinden yönetim kuruluşlarının sayısında ve görev alanlarında artma ve genişleme dikkati çekmektedir. Devletin ekonomik yaşama bir işletmecisi olarak katılması, etkinliklerinde geniş ölçüde özel huktan yararlanan yeni kamu kuruluşlarını ortaya çıkartmıştır.

Buna karşılık devletin elindeki kamu iktisadi teşebbüslerini özelleştirmek ve özel kesime devretmek için, yeni kamu kuruluşları oluşturma yoluna gittiği de görülür.

Kimi kamu kuruluşları, özellikle yerel yönetim kuruluşlarında bir gelişme görülmez, aksine bunların görev alanlarında bir daralma göze çarpar. Son yıllarda yerel yönetimleri hem mali yönden, hem görev yönünden güçlendirmek için çaba harcanması olumlu bir gelişmedir. Türkiye'de kamu kuruluşlarının geliştirilmesinde yönetim ilkelerine uyulmaması, parti çıkarlarına öncelik verilmesi, yönetimi yozlaştırmakta, yönetimde bir karmaşa yaratmaktadır.

### 3. Görev Yönünden

Kamu kuruluşlarında, görev ve sayısal yönden büyüme eğilimi ve büyümenin belli ilkelere dayanmadan gerçekleştirilmesi, kamu yöne-

<sup>3</sup> A. Şeref Gözübüyük, "YÖNETİM HUKUKU", s. 10

timini olumsuz yönde etkilemektedir. Kamu kuruluşları, hem yapı, hem görev yönünden karmaşık bir duruma gelmiştir. Bu durum, kamu kuruluşları arasında görev karışımına neden olmakta ve eşgüdümü güçleştirmektedir.

1961 Anayasası ile planlı bir döneme girilmiş ve yönetimin yeniden düzenlenmesi çalışmalarına başlanılmış olmasına karşın, kamu kuruluşları arasındaki görev karışimleri giderilememiş ve eşgüdüm sağlanamamıştır. Yönetimdeki bu karmaşanın giderilmesi, ancak yönetimi geliştirme çalışmalarına devamlılık kazandırmakla sorunları yalnız parti açısından görme alışkanlığından uzaklaşmakla mümkün olacaktır.

#### **4. Kamu Görevlileri Yönünden**

Kamu yönetiminin örgütsel yapısındaki karışıklık, kamu görevlileri alanında da görülmektedir. Kamu görevlileri Cumhuriyet döneminde eskiye göre düzenli bir biçime sokulmuş ve devlet memurluğu, bir meslek durumuna getirilmiştir. Personel politikasının bir sistemden yoksun olarak geliştirilmesi sayıca kabarık verimsiz bir memur kadrosu meydana getirmiştir. Son yıllarda yapılan yeniden düzenleme çalışmalarının başarıya ulaştığı da söylenemez. Aksine, memur hukuku karmaşık bir duruma gelmiş, hiyerarşi ve kariyer sistemi bozulmuştur.

#### **5. İşleyiş Yönünden**

Türk kamu yönetimi sıkı bir merkeziyetçilik sistemine dayanmaktadır. Genel yönetimin yerel ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki denetimi oldukça ağırdır. Bunlar hizmetin gerektirdiği ölçüde özerkliğe kavuşturulamamıştır. Yöneticiler arasında yaygın olan kamu hizmeti

anlayışı, hizmetlerin maliyeti ve verimliliği gibi sorunlara eğilime engel olmaktadır.

Kamu yönetimi tarafından uygulanan yöntemlerde hizmetlerin gelişmesi uygun bir biçime sokulamamıştır. Böyle olmakla beraber yönetimin geliştirilmesi, yönetsel işlemlerin basitleştirilmesi çalışmalarına zaman zaman önem verildiği de olmaktadır.

#### **6. Yönetime Katılma Yönünden**

Türk kamu yönetiminde yöneten ve yönetilenler ayırımı ağır bir biçimde kendini hissettirmektedir. Bireyler kamu etkinliklerini çeşitli katkılarda bulunmakla birlikte esas olarak kamu hizmetlerinden yararlanan durumundadırlar. Yönetimin amacının kamuya hizmet olduğu ilkesi göz önünde tutulunca bu durumu doğal karşılamak gerekir. Bunun yanında demokrasinin geliştiği ülkelerde bireylerin yalnız kamu hizmetlerinden yararlanması yeterli görülmemekte bireyin yönetime katılması da istenmektedir.

Yönetime katılma yalnızca seçime katılma ve oy verme olgusu değildir. Önemli olan yönetilenlerin de karar verme sürecine etkin bir biçimde katılmalarıdır. Merkezci yönetim anlayışının egemen olduğu ülkelerde yönetime katılma seçimlere katılmadan öteye gidememektedir. Halkın karar alma sürecine katılması ancak belli düzeye ulaşmış demokratik toplumlarda olmaktadır.

Ülkemizde halkın yönetime katılması ancak genel ve yerel düzeydeki seçimlerle olabilmektedir. Bunların dışında, halkın yönetime katılma yolları biçimsel de olsa geliştirilememiştir. Bu anlamda bireyin yönetime katılması henüz söz konusu değildir.

Ülkemizde yönetim hukuku Tanzimat'tan sonra batılılaşma çabala-



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

rı içinde Fransa örnek alınarak hukuk düzenimiz içinde yer almış, Cumhuriyet döneminde de gerçekleşmiştir. Bunda Danıştay'ın büyük rolü olmuştur. İlk alınışında olduğu gibi bugün de yönetim hukukumuz geniş ölçüde Fransız yönetimi hukukunun etkisi altındadır. Fakat, zaman içinde özgün bir gelişim gösterdiği de yadsınamaz.

Yönetim hukuku özel hukuk gibi belli yasaları olan bir hukuk dalı değildir. Yönetimi düzenlemek üzere birçok yasa çıkarılmıştır. Binlerce yasa yönetimi ilgilenebilir. Yönetimde yer alan kurumları sistemli bir şekilde düzenleyen bir yasa yoktur. Ancak kamu yönetimini ilgilendiren hukuk kurallarını dağınıklıktan kurtarmak düzenli bir biçime sokmak için çalışmalar yapılmaktadır.

### **KAMU YÖNETİMİ REFORMU UYGULAMALARI**

#### **Örnek Ülkeler**

##### **a) Danimarka**

Danimarka'da kamu yönetimi reformu çalışmaları 1983 yılından bu tarihe kadar özellikle Avrupa Birliği kriterlerinin getirdiği ekonomik ve yasal düzenlemelerle gerçekleştirildi. Kamu ihaleleri arttı, yurttaşların siyasi partilere güveni azaldı. Hizmet kalitesini artırmak için kalite ödülleri sistemi getirildi. Ayrıca Danimarka'da 150'ye yakın çok amaçlı ve farklı hizmetlerin bir yerde verilmesi koşuluna dayanan yerel merkezler oluşturuldu.

##### **b) Fransa**

1984'te kamu reformu çalışmaları başladı. Ancak girişimler ağır ilerledi. Fransa, yasaya bağlı memur statüsünde çalışanların toplam kamu çalışanlarına oranının en

yüksek olduğu ülkelerin başında gelir (% 95). Esasen Avrupa ülkelerinin genelinde sözleşmeli istihdamın artışından dolayı sendikalar rahatsız olmaktadır. Zira sözleşmeli ve performans sistemi ile çalışma koşulları ağırlaştırılmıştı. Fransa'da sendikaların yürüttüğü mücadeleye sonucunda bu genel durum tersine çevrildi. Yasaya bağlı memurların sayısında artış sağlandı. Fransa'nın tarihi açısından en kritik dönem 1980'li yıllarda yerel yönetim politikası değişikliğiyle yaşanmıştır.

##### **c) İngiltere**

İngiltere'de özelleştirmeler, tasarruf ve verimlilik araştırmaları ile Margaret Thatcher iktidarı sonrasında gündeme gelmiştir. Bu konuda katı kurallar uygulandı. 1988 yılında yerel uygulamacı ajanslar kuruldu. İşlevleri tamamlandı. Bağlı oldukları bakanlıklarla anlaşma imzalayan ajanslar bugün itibarıyla binlerce kişi çalıştırıyorlar. Verilen hizmetin sunumunda kamu birimiyle özel birimleri yarıştırmak, personel sistemini sürekli değiştirerek yapılan düzenleme, sayılabilecek olumsuz gelişmelerdendir.

##### **d) Avrupa Ülkeleri Genel- lemesi**

Avrupa ülkeleri genelinde istihdamda azalmalar hala devam ediyor. İstihdamda azaltma biçimi önceleri personel alımının dondurma ve sonra 55 yaş üstü çalışan kalmayınca kadar emeklilik furyası aracılığıyla devam etti. Gerçekleşen reformlarla ücret sistemi içinde bireysel performansın kapsamı ve etkisi artırıldı. AB ülkeleri genel olarak sendikaları performans yönetim konusunda ikna ettiler. Reform girişimi esnasında AB ülkeleri genelinde bütçelerin kısılması ortak bir özelliktir. Hizmetler ticarileştirilmiş

zorunlu mesai uygulamaları artmıştır. Bu genel tablo özelleştirmeleri proje ve personel eğitiminde artışı ve daraltılan bütçe olanaklarını yansıtmaktadır. Haftalık çalışma saatlerinin düşürülmesi kadın çalışanların çalışma koşullarında iyileştirmeler gibi olumlu örnekler de mevcuttur. Ancak yine de reform çalışmalarının olumsuz yönünün ağır bastığı söylenebilir.<sup>4</sup>

### **KAMU YÖNETİMİNİ DEĞİŞİME ZORLAYAN NEDENLER**

Küreselleşmenin kamu yönetimi üzerinde yarattığı değişim, kamu yönetiminde değişime zorlayan önemli nedendir. Geleneksel kamu yönetimi karşılaşılan sorunların aşılmasında yetersiz kalmaktaydı. Özelleştirme hareketlerinin yaygınlaşması, nitelikli personel istihdamına duyulan ihtiyaç, siyasal ve yönetsel karar mekanizmalarına katılımın sağlanması gibi nedenler bu sürece yol açmışlardır.

Dünyadaki bu değişime paralel olarak Türkiye’de de gelişmeler olması kaçınılmazdı. “Kamuda tüm kamu kurumlarının uyması gereken temel ilkeler bir bütün olarak ortaya konulması, katılımcılık, şeffaflık hesap verebilirlik, etkinlik, hizmetlerin sonucuna odaklılık, insan haklarına saygı, bürokratik işlemlerde ve mevzuatta sadelik, bilgi teknolojilerinden yararlanma gibi ilkelerin uygulanması, teşkilat yapılarının yatay organizasyon ve yetki devri esası uyarınca yeni ve etkin bir çerçeveye kavuşturulması, bakanlıklar ve kuruluşlar arasındaki görev dağılımı netleştirilerek mükerrer-

liklerin önlenmesi öngörüldüğü bir kanuna”<sup>5</sup> ihtiyaç vardı.

3 Kasım 2003’de hükümet raporu içinde yer alan ve basın toplantısıyla kamuoyuna açıklandıktan sonra üzerinde halen tartışılan bir temel kanun tasarısı yapıldı. Ancak, kimilerince bir devrim, kimilerince Türkiye’yi sosyal ve üniter devlet yerine tüccar ve federal devlete iten Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı, **Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri Ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun** adıyla 15.07.2004 tarihinde Mecliste kabul edildi. Fakat Cumhurbaşkanının Kanunu Meclis’e geri göndermesiyle yasalaşamadı. Hükümet, bunun üzerine tasarının bazı maddelerini ayrı yasa tasarıları haline getirerek parça parça uygulamaya soktu ve Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nü kapatmak ve SSK’da önemli değişiklikler yapmak gibi örneklerle, yasalaşamayan Kamu Yönetimi Temel Kanununun yerine parça parça palyatif neticeler alma yoluna gitmektedir.

### **KAMU YÖNETİMİ KANUNU TASARISI**

#### **Kamu Yönetimi Kanununun Amacı Nedir?**

Bu kanunun amacı 1. maddesinde açıklanmıştır. Madde metnine göre:

“Bu kanunun amacı, katılımcı, saydam, hesap verebilir, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir kamu yönetiminin oluşturulması; kamu hizmetlerinin adil, süratli, kaliteli, etkili ve verimli bir şekilde yerine getirilmesi için merkezi idare ile mahalli idarelerin görev yetki ve sorumlulukların çağdaş kamu yönetimi ilke ve uygulamaları çerçevesinde belirlenmesi, merkezi idare teşkilatının yeniden yapılandırılması ve kamu hizmetlerine

<sup>4</sup> Onur Yılmaz, “Kamu Yönetimi”.

<sup>5</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun\\_tasarisi\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunla\\_r\\_sira\\_no=26118](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunla_r_sira_no=26118).

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

ilişkin temel ilke ve esasları düzenlemektedir.”

Madde metnindeki amacın açıklanışına bakıldığında mevzuatımızda ilk kez kullanılan birçok kavrama da yer verildiğini görmekteyiz. Katılım, saydamlık, hesap verebilirlik, adil, kalite, etkililik ve verimlilik kanunda sıklıkla kullanılan kavramlardandır. Bu kavramlar hem Türk kamu yönetimindeki çağdaş anlayışa uygun değişimi yansıtmakta hem de kamu yönetimi anlayışının bazı temel özelliklerini belirtmektedir.

### Kanunun Kapsamı Nedir?

Bu Kanun merkezi idare ve mahalli idareleri ve bunların bağlı ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlarını kapsamaktadır. Yani herhangi bir şekilde kamu kaynağı veya kamu gücünü kullanan her kurum ve kuruluş bu kanun kapsamındadır.

Yasama, yargı organları, TSK, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı kanun kapsamında değildir.

### Kanunun Getirdiği Genel Yenilikler Nelerdir?

Hükümetin görünüşüne ve kanunun genel gerekçesine göre bu yenilikleri sıralayacak olursak:

1. Kamuda ilk kez kamu kurumlarının uyması gereken temel ilkeler bir bütün olarak ortaya konmaktadır. (Madde. 5/a) İdarenin bütünlüğü ilkesi gibi.
2. Kamuda katılımcılık, şeffaflık, hesap verebilirlik, etkinlik, hizmetlerin sonuna odaklılık, insan haklarına saygı, bürokratik işlemlerde ve mevzuatta sadelik, bilgi teknolojilerinden yararlanma gibi ilkeler uygulanabilir hale getirilmektedir. (Madde: 5/b)
3. Teşkilat yapıları yatay organizasyon ve yetki devri esaslı uyarınca yeni ve etkin bir çerçeveye kavuşturulmaktadır. (Madde: 45)
4. Bakanlık ve kuruluşlar arasındaki görev dağılımı netleştirilerek tekrarların önlenmesi öngörülmektedir.
5. Gereksiz hale gelmiş kuruluşların ve işlevlerin tasfiyesi veya uygun birimlere devri gündeme getirilmektedir. (Bu çerçevede köy hizmetleri genel müdürlüğü kaldırılacak, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu lağvedilecek.) (Madde: 49, Geçici 3. Madde) Bu tasfiye çerçevesinde; Dışişleri Bakanlığı ile Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı hariç bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yurt dışı teşkilatı kaldırılmış ve yurt dışı kadroları iptal edilmiştir.
6. Merkezi idare ile mahalli idareler arasında yetki ve görev paylaşımı netleştirilerek merkezi idarenin stratejik düzeyde etkinliği artırılırken mahalli idarelerin operasyonel düzeyde esneklikleri ve kaynakları genişletilmektedir. (Madde: 9)
7. Devletin asli hizmetleri dışında bakanlıkların taşra teşkilatı ortadan kaldırılarak yerel ve yerinden yönetim birimleri güçlendirilmektedir. (Adalet, milli savunma, iç işleri, maliye, çalışma ve sosyal güvenlik bakanlıkları taşra teşkilatı şeklinde örgütlenecektir.) (Madde: 16, 22)
8. Kamuda stratejik yönetim anlayışı benimsenmekte ve kaynak tahsisi mekanizmaları ile ilişkisi kurulmaktadır. (Madde: 12, 30, 43)
9. Denetim sistemi performans esaslı ve iç denetim boyutu güçlendirilmiş hale getirilmektedir. (Madde: 12, 27, 39)

10. Halk denetçisi (ombudsman) mekanizması dahil olmak üzere kamuoyu denetimi güçlendirilmektedir. (Madde: 42)

### **Kamu Yönetiminde Denetim**

Denetim, iç denetim ve dış denetim olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu denetim hukuka uygunluk mali denetim ve performans denetimi kapsar.

**İç Denetim:** Kamu kurum ve kuruluşlarının kendi yöneticileri veya ilgili kurumun üst yöneticisinin görevlendireceği içi denetim elemanları tarafından yapılır. Hataların önlenmesi, risk ve zayıflıkların belirlenmesi, iyi uygulama örneklerinin yaygınlaştırılması amacını taşır. Kurumun bütün yöneticileri denetime yetkili olduğu için ayrıca teftiş kuruluna ihtiyaç kalmamıştır.

**Dış Denetim:** Sayıştay tarafından yapılır. Kamu kurum ve kuruluşlarının hesap verme sorumluluğu çerçevesinde bütün faaliyet, karar ve işlemlerinin kurumsal amaçlara, hedeflere, planlara ve kanunlara uygunluk yönünden incelenmesidir.

**Performans Denetimi:** Yönetimin bütün kademelerinde gerçekleştirilen faaliyet ve programların planlanması, uygulanması ve kontrolü aşamalarında ekonomikliğin, verimliliğin ve etkililiğin denetlenmesidir.

### **Kanunun Yaratacağı Kurumsal Sonuçlar**

#### **Yerel Yönetime Devirler**

**a) Belediyelere Devredilen Bakanlık Taşra Örgütleri:** Çevre, gençlik-spor, sosyal hizmetlerin var olan personel ve araçları, büyük şehirlerde büyük şehir belediyelerine, büyük şehir belediyesi yoksa ilgili belediyeye, belediye

sınırları dışındakiler il özel idarelerine devredilmektedir.

**b) Köy Hizmetleri:** İstanbul'da İstanbul Büyükşehir Belediyesine, diğer yerlerde il özel idaresine devredilmiştir. Belediye bu hizmetleri kendi sınırlarında değil, il sınırlarında yürütecektir.

**c) Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu:** Kaldırılarak Sayıştay içinde eritilmektedir.

**d) Yurtdışı Örgütü Kurma:** Yetkisi yalnızca Dışişleri Bakanlığı ile Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığına tanınmış diğer kurumların yurtdışı örgütleri kaldırılmış.

**e) İl Özel İdarelerine Devredilen Bakanlık Taşra Örgütü:** Sağlık, Sanayi, Bayındırlık, Kültür, Turizm, Tarım, Çevre ve Orman.

### **İl Özel İdareleri**

İlin asli görevi merkezi idarenin tüm ülke düzeyinde yürüttüğü hizmetlerin o il sınırları içinde yürütülmesi ve il sınırları içinde yaşayan insanların da bu hizmetten yararlanmasını sağlamaktır.

Yerel yönetim olan İl İdaresi "İl Özel İdaresi" olarak adlandırılmaktadır.

İl İdaresi bir mahalli idare olarak 1913 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayet Kanunu Muvakkatı ile ortaya çıkmıştır. Bu kanun ilk şekli ile hem il özel idaresini hem de il genel idaresini düzenlemekteydi. 1929'da il genel idaresini düzenleyen hükümleri kaldırıldı. İl Özel İdaresine ilişkin maddeleri ise II. Meşrutiyet ve özellikle Cumhuriyet dönemlerinde uğradığı pek çok değişikliğe rağmen 2004'e kadar yürürlükte kalmıştır.

1913 tarihli Kanunun çıkarıldığı günden bu güne 80 yıla yakın bir sürenin geçtiği ve bu süre zarfında ülkemizde meydana gelen

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

köklü siyasal ve sosyal değişimler gözönüne alındığında il özel idarelerinin bugünkü koşul ve gereksinimlere uygun olmadığı açıktır.

1987'de İl Özel İdaresi Kanunu'nun günün koşullarına uydurmak amacıyla bazı değişiklikler yapılmış ve Kanunu Muvakkatın adı İl Özel İdaresi Kanunu (İÖİK) olarak değiştirilmiştir. Son olarak Şubat 2005'te kamu yönetiminin temel unsurlarından biri olan il özel idarelerinin günün şartlarına göre yeniden yapılandırılması amacıyla yapılan kanunla 13 Mart 1929 tarihli İl Özel İdaresi Yasası bu yasanın ek ve değişiklikleri tümmüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

### İl Özel İdarelerine Verilen Görevler Nelerdir?

Bayındırlık, tarım ve hayvancılık, ticaret ve sanayi alanları gibi son derece değişik alanlarda görevleri vardır. Görevleri çok çeşitli olduğundan bunlardan hangisini yerine getireceğini yıllık programda belirler.

İl Özel İdarelerinin görevlerinin belli başlıları şunlardır:

- İl içinde sağlık ve sosyal yardım tesislerinin kurulması ve işletilmesi,
- Orman yetiştirilmeye elverişli yerlerde orman yetiştirilmesi ve yabancı ağaçların aşılansarak yararlı bir hale getirilmesini sağlanması,
- Tarım ve hayvancılık alanlarında örnekler verilmesi.

Bu görevler il özel idarelerine verilmekle birlikte bunları yerine getirecek mali güç ve personele sahip olmaması nedeniyle kağıt üzerinde kalmıştır.

İl Özel İdareleri halen kolluk ve yaptırım gücünden yoksundur. Kendi içinden çıkardığı bir yürütme organı yoktur. Merkezi idarenin ildeki amiri olan vali aynı zaman-

da il özel idarelerinin de amiri ve vesayet makamıdır. Tüm bu nedenlerle başta il özel idarelerine verilen görevler zaman içinde merkezi idare tarafından üstlenilmiştir.

Örneğin;

- 1953'de il özel idarelerine ait olan hastanelerin bedelsiz olarak Sağlık Bakanlığına devrine imkan sağlanmıştır.
- İl özel idareleri ilkokul öğretmenlerinin aylıklarını ödeyemez hale geldikleri için bu da devlet tarafından üstlenilmiştir.

Görüldüğü üzere 1913 tarihli Kanunda il özel idarelerine verilen görevler çeşitli nedenlerle devlet tarafından üstlenilmiştir. Ancak bu üstleniş bu görevlerin il özel idarelerinden alındığı anlamını taşımamaktadır. Kamu Yönetimi Kanunu ile bu görevler tekrar il özel idarelerine devredilmektedir.

İl özel idarelerinin organları:

Karar organı olarak İl Genel meclisi ve İl Daimi Encümeni, yürütme organı olarak da vali vardır.

**1. İl Genel Meclisi:** Üyelerini il sakinleri seçer. Başkanı validir. Başlıca görevleri il bütçesini kabul etmek, yapılacak işlere ait yıllık programları onaylamaktır. Kural olarak il genel meclisinin tüm kararları valinin tasdiğine tabidir.

**2. İl Daimi Encümeni:** Üyelerini il genel meclisi kendi üyeleri arasından seçer. Danışma ve karar organıdır.

**3. Vali:** İl özel idarelerinin başı, yürütme organı ve temsilcisi aynı zamanda il özel idaresinin vesayet makamıdır.

### KAMU YÖNETİMİ KANUNU TASARISINA YAPILAN ELEŞTİRİLER

• Kamu hizmeti ile ilgili kararların alınmasında daha demokratik ve katılımcı bir ilkeyi yürürlüğe koymak için "vatandaşların, meslek örgütlerinin ve sivil toplum kuruluşlarının görüş ve önerilerinin alınacağı düzenlemesi" getirmesi anlamlıdır. Ancak görüşü alınacakların bir takım özel sektör, sanayici ve iş adamı organizasyonlarıyla sınırlı tutulması olasılığı da vardır.

• Merkezi ve yerel yönetimler arasındaki yetki ve görev dağılımındaki karmaşa ve düzensizlik ile kaynak israfının önlenmesi mümkün olabilecektir. Merkezi yönetimin görevleri sayılıp sınırlandırılmış, bunların dışında kalanlar yerel yönetimlere bırakılmıştır.

• Kamu yönetiminin varlığı yurttaşlara değil sermaye aktörlerine dayandırılmıştır.

• Sosyal devlet ilkesinin tasfiye edilmesi ve "düzenleyici devlet" anlayışına geçilmesiyle kamu hizmeti alanı daraltılmakta, buna karşılık toplumsal taleplerin karşılanması piyasanın insafına terk edilmektedir.<sup>6</sup> Kamu hizmetlerinin sunulmasında piyasacı mantıkla yurttaşlar müşteri konumuna getirilmektedir.

• Kanun merkezi yönetim-yerel yönetim ilişkilerinde idari vesayet yerine performans denetimi ilkesini getirmektedir.

• Üst düzey yöneticilerden müsteşar, başkan, genel müdürlerin görev süresi hükümetin görev süresiyle sınırlanmaktadır. (Madde 46) Bu hükümle bürokrasinin yönetici kadroları siyasallaştırılmaktadır.

• Katılımcılık kavramı kullanılmasına karşın ilgili kesimlerin görüşleri dikkate alınmadan hazırlanmıştır.

• Kamu hizmetleri özelleştirilmektedir.

• Kamu arazilerinin ve ormanların talanına neden olabilir.

• Siyasallaşmanın en üst düzeyde yaşandığı yerel yönetimlere devredilen personelin sözleşmeli statüde çalıştırılmasının iş güvencesini elinden almak anlamına gelmektedir. Amaç çalışanları sözleşmeli statüye geçirerek işten atabilmeyen olanaklarını hazırlamaktır.

• Merkezden yerel yönetimlere gönderilecek olan ödeneklerin miktarını belirlemede o yönetimin performansının etkili olacağı belirtilmektedir. Bunun da merkezi idare tarafından yerel yönetimlere karşı bir silah olarak kullanılacağı düşünülmektedir.

• Üniter devletin zarar göreceği ve kısa bir süre sonra eyalet sisteminin geleceğine dair endişeler vardır. (İl özel idarelerinin görev alanında, doğal ve kültürel yerlerin tarihi eserleri, sit alanlarını korumak amacıyla 2491 sayılı yasaya göre özel güvenlik teşkilatı oluşturulabilecek. Devlet içinde ayrı bir güvenlik teşkilatı kurma yetkisi ise eyalete geçişin sinyalinin vermektedir.)<sup>7</sup>

• Üniter devlet yerine yerel ilkesi getirilmektedir. Öte yandan adem-i merkeziyet, özerklik ve yerel katılım gibi kavramların öne çıkarılması yoluyla etnik azınlıkların yönetimde söz sahibi olmalarına, merkezi idareye ve devlet otoritesine karşı cemaat ve tarikat örgütlenmelerinin yaygınlık kazanmasına ve cumhuriyete karşı güç birliği içine girmelerine yol açılmaktadır.<sup>8</sup>

Başbakanlık Müsteşarı Prof. Ömer Dinçer'in bu eleştiriye verdiği cevap şöyledir:

<sup>6</sup> Yıldırım Koç, Gerçek Hayat Dergisi, 20 Kasım 2003

<sup>7</sup> Ulvi Saran, "KAMU YÖNETİMİNDE YENİDEN YAPILANMA", s.222

<sup>8</sup> Ulvi Saran, a..e. s.223



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

“Üniter devletten federal devlete yönelmek için şu beş temel yetkinin mahalli otoriteye bölünmesi lazım:

Yasama, yargı, denetim, vergi ve bağımsız karar yetkisi. Biz bunların hepsini merkezde tutuyoruz. Sadece mahalli kamu hizmetlerini mahalli idarelere devrediyoruz. Üniter devletten vazgeçmek hayal bile edilemez. Kaldı ki özerk bölgeler sistemi olan İspanya’da üniter devlettir.”<sup>9</sup>

• Kanunun yargı organlarını kapsamadığı açıklanmasına rağmen, halk denetçisi kavramıyla yargı yetkisi il genel meclisinin seçeceği bir kişiye geçecektir. Buradan bakıldığında halk denetçisi bir aşiret reisi de olabilir, o bölgenin zengini de olabilir.

• Birçok kurumun yerel yönetimlere devredilmesi ile birlikte kadrolaşmanın önü açılmıştır.

• Bu kanun aslında Türkiye’nin ulusal iktidarlarının bağımsız iradelerinin ve hükümet etme çabalarının bir sonucu olarak değil; IMF, Dünya Bankası gibi uluslararası güç odaklarının dayatmalarıyla uygulamaya konulmuştur. Dünya bankası ile yapılan kredi anlaşmaları 1996’dan bu tarihe kadar yüksek tutarda verilen devlet reform amaçlı kredilerdir. Bu krediler bu reform çalışmalarının zeminini oluşturmaktadır. (AK Parti’nin bu eleştirilere verdiği cevap ise, bunun IMF ile alakası olmadığı, bu reformun seçim beyannamesinde zaten varolduğu şeklindedir.)

Yasanın kanunlaşmadan önce kamuoyuna sunulması olumlu bir gelişme olarak kabul edilebilecekken, bu kadar önemli temel kanunun öncesi olmadığı için daha da titizlikle incelenmesi gerekirken bu kadar aceleyle meclisten geçirilmesi yine dış güçleri akla getirmektedir

• Yerel, esnek, sözleşmeli istihdam bir istihdam biçimi olarak yerleştirilecek.

• Performans değerlendirme usulüyle yapılan kişisel sözleşmelerle yaklaşık iki milyon kamu çalışanı iş güvencesiz çalışacaktır.

• Sendikal örgütlenme zayıflayacak, dayanışma ruhu, birlikte hareket etme azalacak

• Yerelleşme adı altında özelleştirmeler ek vergiler ihaleler usulü ile piyasa koşulları daha azgınlaşarak çalışanların ve halkın tamamının yaşam koşullarını ağırlaştıracak.

• Bu kanunla yerel yönetimlerin yetkisi artırılmakta işlevini kaybetmiş ancak temeli 1913 tarihli bir kanuna dayanan il özel idarelerinin fonksiyonu artırılmakta, konumu önemli hale getirilmektedir.

• Kanun tasarı halindeyken “mahalli müşterek ihtiyaçlara ilişkin her türlü görev, yetki ve sorumluluklar ile hizmetlerin mahalli idareler tarafından yerine getirilmesi” ilkesi doğrultusunda “eğitim ve öğretim birliğini sağlama”, “müfredatı belirleme ve geliştirme” görevi dışındaki eğitim hizmetlerinin mahalli idareler tarafından yerine getirileceği hükme bağlanmış olmakla birlikte, yasalaşma sürecinde bu yaklaşımdan vazgeçilerek eğitim hizmetiyle ilgili tüm görevlerin planlanmasından yürütülmesine kadar her aşamada merkezi idare tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür. Mahalli ve müşterek niteliği herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek kadar açık olan ve dolayısıyla mahalli idareler tarafından yerine getirilmesi gereken tipik görevler arasında yer alan eğitim hizmetlerinin merkezi idare sorumluluğunda kalamaya devam etmesi yeniden yapılanmanın mantığına ters düşmekte

<sup>9</sup> Milliyet 11 Aralık 2003

ve dolayısıyla yasanın amaçlarıyla açıkça çelişmektedir.<sup>10</sup>

• Kanunda öngörülen amaçlardan biri de devleti hantallaştıran gereksiz bürokrasinin aşılmasına çalışılmasıdır. Halkın deyimiyle "bugün git yarın gel" anlayışı. Merkezin görevleri azaltılmasıyla, görevlerin yerel yönetimlere geçmesiyle sorunların çözümünde bire bir ilişki ve hızlı çözüm devreye girecektir. Bu anlamda "görev, yetki ve sorumluluklar hizmetten yararlananlara en uygun ve en yakın birime verilir" ilkesi önem arz eder.

Başbakanlık müsteşarı Ömer Dinçer tasarımı tanıtırken, "Türk kamu bürokrasisi obezite hastalığına yakalanmıştır. Sürekli yemekte ama iş üretmemektedir" demişti. Kurumların her yıl ortalama üç kurum ürettiğini, personel sayısının da orantılı olarak arttığını ancak hizmet kalitesinin kötüleştiğini, tasarımıyla 4569 birimin ortadan kalkacağını, böylelikle yılda 500 trilyon tasarruf sağlanacağını belirtmişti. Yine Dinçer'in örneğine göre 2.200.000 memurun 200.000'i kamuya değil kamu yöneticilerine hizmet ediyor.

• Kanun kamu yönetiminin yeniden yapılanması konusunda genel bir çerçeve çizmekte, bu kapsamda geleneksel merkeziyetçi-bürokratik yönetim mekanizmasının teorik dayanaklarını oluşturan anahtar kavramların yerine *esnek*, *demokratik*, *katılımcı* ve *hesap verebilir* yönetim anlayışının kısaca "yönetişim" in temelini oluşturan değer ve normların ikame edilmesini sağlamaktadır. Ancak bunu yaparken değişim gereklerinin somut olarak nasıl sağlanacağını gösteren kurumsal yapılara ve teknik araçlara yeterince yer vermemektedir. Yeni yönetim anlayışını ifade eden yaklaşımlara ve bunların hayata geçirilmesini sağlayacak modellere

yalnızca referans düzeyinde değilken, hangi mekanizmalar aracılığıyla hayata geçirileceklerinin belli edilmemesi, yasanın önemli bir eksikliği olarak dikkati çekmektedir.

• Ülkemizde idari denetimin hem aşırı iş yükü, hem sürecin uzunluğu ve maliyetin fazlalığı, genellikle de kamu çıkarları adına vatandaş aleyhine sonuç çıkması, vatandaş açısından ümit kırıcı olmaktadır. Oysa kanunda öngörülen ombudsmanlık kurumu, her türlü yolla başvuru yapma olanağı sağladığı ve vatandaşa ek bir maliyet getirmediği için etkili olabilecektir. Denetimin kısa zamanda sonuç vermesi, kamu hizmetleriyle ilgili yerel inisiyatifin harekete geçirilmesi, yerel denetim mekanizmasına işlerlik kazandırılması ve bu çerçevede kamu yönetiminin demokratikleştirilmesi bakımından önemli bir adım olarak dikkati çekmektedir. Ancak yöneticilerin hesap verme sorumluluklarının gelişmesinde önemli bir araç işlevi gören "ombudsmanlık" kurumunun ülkemizde yalnızca yerel hizmetlerle sınırlı tutulması, hesap verme sorumluluğuna dayalı bir yönetim sistemi kurma iddiası taşıyan bu tür bir reform girişimi açısından ciddi bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Yine ombudsmanlık kurumunun getirdiği kaygılardan biri de açık bir şekilde anayasa ile bağımsız mahkemelere verilmiş bulunan yargı yetkisinin eyaletlere devri anlamı taşıyıp taşımadığıdır.<sup>11</sup>

Tüm bu eleştirilerden sonra, genel olarak bakacak olursak; Bu kanunun en önemli özelliği "Temel Kanun" oluşundandır. Bu kanun ilk defa tüm kamu kurumlarının uyması gereken temel ilkeleri bir bütün olarak belirlemektedir. Böylelikle kamu yönetimini ilgilendiren binlerce yasadaki sistemli bir metne geçilmiştir. Kamu yönetimini ilgi-

<sup>10</sup> Ulvi Saran, a.g.e., s.233

<sup>11</sup> Ulvi Saran, s. 235

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

---

lendiren hukuk kuralları dağınıklıktan kurtulmuş olacaktır. Bence en önemli kazanım budur.

### Kaynakça

Tahsin Balta; **İdare Hukukuna Giriş**, AÜSBF Yay., Ankara: 1970.

A. Şeref Gözübüyük; **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara: 1997.

Metin Günday; **İdare Hukuku**, İmaj Yay., Ankara: 2002.

Yıldırım Koç; **Gerçek Hayat** dergisi, 20 Kasım 2003.

Ulvi Saran; **Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma**, Atlas Yay., Ankara: 2004.

Onur Yılmaz; "Kamu Yönetimi",  
<http://www.sendika.org/yazarlar/onuryilmaz/kamuyoneti-12.05.2003.html>

[http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun\\_tasari\\_si\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=26118](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasari_si_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=26118).

# Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

Stj. Av. Yasemin GÜLLÜOĞLU



## ÖNSÖZ

Geniş toplumda, sözleşmelerin içeriği genel işlem şartları ile düzenlenmektedir. Amaç zayıf olan tarafın yani tüketicinin korunmasıdır. Bu anlamda genel işlem şartlarının denetlenmesi zayıf olan tarafı koruma altına almaktadır.

Yasanın genel işlem şartlarının hazırlanmasında ne gibi eksikliklerinin olduğu ve bu eksikliklerin ne ölçüde çözümlendiği, denetimin ne sıklıkta sağlandığı meçhuldür. Bu inceleme ile yapılabilecekler genel anlamda ele alınsa da çözüm yollarının olmadığı kanunun bazı noktalarda eksik kaldığı gözler önündedir.

Bu çalışmanın bana kattığı en önemli nokta disiplinli çalışma sonunda bir şeylerin yapılabileceğidir. Aynı zamanda yüksek lisans tezimi hazırlarken büyük kolaylıklar sağlayacaktır.

Tez ödevimin hazırlanmasında, benden yardımını hiç eksik etmeyen, kaynak bulmamda bana yardımcı olan değerli hocam Prof. Dr. İlhan Ulusan'a sonsuz teşekkürlerimi belirtmeden geçemeyeceğim.

İlk tez ödevim olması sebebiyle çalışmalarım sırasında yardımını aldığım sevgili arkadaşım Funda Özdin'e teşekkür ederim.

## GENEL İŞLEM ŞARTLARI

### Genel İşlem Şartları Kavramı

#### 1. Genel Olarak

Genel İşlem Şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır.<sup>1</sup> Amaç müteşebbisin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmesinin uğraşı alanına giren sözleşmelerin muhtevalarının önceden ve tek taraflı olarak tayin ve saptanmasını ifade eder.<sup>2</sup>

Genel işlem şartlarıyla kural olarak bir sözleşmenin içeriğinin düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Genel işlem şartları tek taraflı olarak ve sözleşme yapılmadan önce hazırlanmaktadır.<sup>3</sup>

Sözleşme şartlarının taraflarca görüşme ve tartışmalar sonucunda belirlenmiş olması durumunda genel

<sup>1</sup> Yeşim Atamer; *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 61.

<sup>2</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, *Borçlar Genel*, s. 156. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayşe Havutçu; *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 71.

<sup>3</sup> Atamer, a.g.e., s. 235.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

işlem şartlarından söz edilemeyeceğinden, genel işlem şartları kapsamında denetim de söz konusu olamayacaktır.

Genel işlem şartları denilince genellikle akla ilk gelen; tek taraflı olarak düzenlenen, genel ve soyut nitelik arzeden, çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenen ve taraflarca görüşme ve pazarlık yapılmadan, taraflardan biri tarafından sözleşmenin içeriği haline getirilmesi istenen sözleşme şartları anlaşılmaktadır.<sup>4</sup>

### 2. Genel İşlem Şartlarının Unsurları

Genel işlem şartları, bir sözleşmenin içerik ve şartlarını oluşturmak amacıyla hazırlanmış olmalıdır. Örnek: Tip İş sözleşmeleri.

Genel işlem şartlarının sözleşme yapılmadan önce belirlenmiş olması gerekir.<sup>5</sup>

Genel işlem şartları sözleşmeye dahil edilmek amacıyla karşı tarafa sunulmuş olmalıdır.<sup>6</sup>

### 3. Genel İşlem Şartlarının Hukuki Mahiyeti

Genel işlem şartlarının, somut bir olay nazara alınmadan, yasa benzeri cümlelerle soyut ve karmaşık olarak hazırlanması, önceleri Alman Yüksek Mahkemelerinin, bunları "hukuki normlar" olarak nitelermelerine yol açmıştır.<sup>7</sup>

Genel işlem şartları örf ve adet hukuku kuralı da sayılmazlar, çünkü uzun sürmüş devamlı ve toplu bir uygulama sonucunda oluşmuş değildir.<sup>8</sup>

Genel işlem şartları eğer sözleşmenin kurulmasında temel teşkil ederse, hukuksal bakımdan bir kıymet olamayacağı ama sözleşmenin içine girdikten ve de kurulmuş elimizde bulunan somut bir sözleşmenin muhtevasına dahil olduktan sonra hukuki bakımından bir değer kazanır ve anlam ifade eder.<sup>9</sup>

### GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SAKINCALARI

#### 1. Genel Olarak

Genel işlem şartları müteşebbisin, her taraftan güvence ve garantiye alınmış olarak ve düşünülmeden en küçük bir nokta bırakılmayarak, gelecekteki sözleşme karşı çok kuvvetli bir hukuksal duruma sahip olması amacıyla hazırlanır.<sup>10</sup>

Bu noktada karşımıza çıkan olgu, müteşebbisin haklarının güvence altına alındığı buna karşılık tüketicinin haklarının sınırlandırılarak müteşebbise muhtaç edilmesidir. Uygulamada bu şartlardaki ikili ilişkilere fazlasıyla rastlamaktayız. Bu durum Medeni Kanundaki dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır.

Sözleşmenin içeriği tamamen müteşebbisin iradesine uygun olmaktadır. Müşteri onun iradesine tabi olmak zorunda olup aksi halde sözleşme konusundan vazgeçmekten baş-

<sup>4</sup> Ulsan, İlhan; *Genel İşlem Şartlarında, Ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi*.

<sup>5</sup> Daha fazla bilgi için bkz.: Atamer, a.g.e., s. 62.

<sup>6</sup> Veli Karagöz; "Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", s. 596.

<sup>7</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s.157.

<sup>8</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s. 157.

<sup>9</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s. 157. ayrıntılı bilgi için bkz.: Havutçu, a.g.e., s. 83.

<sup>10</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s. 159.

## Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi / Y. Güllüoğlu

ka herhangi bir seçim hakkına sahip değildir.<sup>11</sup>

Müteşebbis tek taraflı olarak kendi çıkarlarını korumak için genel işlem şartlarını müşteri aleyhine ve objektif hukuk kurallarından sapan bir kapsamla saptamaktadır.<sup>12</sup>

Somut bir olayda müteşebbis otomatik olarak müşterinin kendisine bağlı kalmasına yol açmakta ve bu da genel işlem kurallarının hakkaniyet ilkelerinden saparak müşteri aleyhine sonuç doğurmaktadır. Bu durum uygulamadaki genel işlem şartlarının denetlenmesinde ne gibi sakıncalar çıkabileceğini gösterir.

### Genel İşlem Şartlarının Sakıncalarının Denetlenmesi

#### 1. Genel Olarak

Genel işlem şartlarının sakıncaları İkinci Dünya Savaşı sonrasında batı ülkelerinde gittikçe gelişen ve kuvvetlenen bir şekilde bu şartların denetlenmesi, içeriklerinin kontrol edilmesi ve gereksizliklerinin hukuksal dayanakları hakkında çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur.<sup>13</sup>

#### 2. Genel İşlem Şartlarının Uygunluk Denetimi

Bireysel sözleşmelerde olduğu gibi genel işlem şartlarında yer alan bir kayıt, yasanın emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı ise geçersizdir. Bu gibi hallerde sözleşmelerde ki genel geçersizlik

sebepleri hiç kuşkusuz genel işlem şartlarında yer alan kayıtlar hakkında da yürür.<sup>14</sup>

### 3. Genel İşlem Şartlarının Kuruluşunda ve Yorumundaki Denetleme

Buradaki denetleme, İsviçre ve Alman doktrin ve içtihatlarında "Açık Olmama Kuralı" diye adlandırılan esas gereğince genel işlem şartlarında yer alan bir kayıt açık ve anlaşılır değilse, birden çok anlama geliyorsa bunu hazırlayan müteşebbis aleyhine yorumlanır.<sup>15</sup>

Bir sözleşmede ihtilafli bir konu mevcutsa, sözleşmenin yorumunda bir tereddüde düşülürse hükmü düzenleyen tarafın aleyhine olan anlam tercih edilir. Bu kural genel işlem şartlarında uygulanmaktadır.<sup>16</sup> Genel işlem şartları, yer aldıkları her sözleşme açısından, o sözleşme çerçevesinde yorumlanır ve başka sözleşmeler bakımından farklı sonuçlara ulaşılabilir.<sup>17</sup>

Şöyle ki genel işlem şartlarının yorumu yapılırken müteşebbis açık ve anlaşılır bir şekilde hazırladığı sözleşmesini tüketici aleyhine yapmaktadır. Şayet açık ve anlaşılır değilse müteşebbis aleyhine yorumlanır.

### 4. Genel İşlem Şartlarının Denetim Yorumundaki Amaç

Genel işlem şartlarının yorumundaki amaç her iki tarafın da sözleşmenin kuruluş aşamasından

<sup>11</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 159.

<sup>12</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 160.

<sup>13</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 160.

<sup>14</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 161.

<sup>15</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 162.

<sup>16</sup> Oğuzman-Öz; *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, s. 144.

<sup>17</sup> Oğuzman-Öz; a.g.e., s. 144, dipnot 498.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

bitişine kadar uygunluk denetimi altında korunmasıdır.

çıkartılmış ve uygulamaya konulmuştur.

### 5. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi

Genel işlem şartlarının içerik denetiminde bakılması gereken yön, yapılan sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmaması, müşterinin ekonomik hareket özgürlüğünün kısıtlanmamasıdır.<sup>18</sup> İçerik denetimi; sözleşme ile geçerli olarak ilişkilendirilen ve sözleşmenin muhtevasına dahil olan genel işlem şartlarının, içerik olarak uygun olup olmadıklarının değerlendirilmesidir.<sup>19</sup> Bu değerlendirme sonunda sözleşmenin geçersiz bir hal alacağı başta olmak üzere, söz konusu sonucu doğuran hukuki yollardan yararlanacağı söylenebilir. Bu da, Medeni Kanunumuzdaki dürüstlük ve ahlak kurallarının bariz birer ispatı olacaktır.

### 6. Yol Gösterici Bir Model Olarak "Alman Genel İşlem Şartları Yasası"ndaki Denetim

#### a) Genel Olarak

Alman mahkemeleri zaman içinde genel işlem şartlarının sınırları hakkında hukuki dayanak olarak ahlaka aykırılık kuralını da aşarak daha geniş ve esnek olan objektif iyi niyet kuralını uygulamaya başlamışlardır.<sup>20</sup> Ancak bir süre sonra bu yöntemin de yetmezliği ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda konuyla ilgili özel bir yasa

<sup>18</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp; a.g.e., s. 162.

<sup>19</sup> Ayşe Havutçu; *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 154; ayrıntılı bilgi için bkz.: Atamer, s. 143.

<sup>20</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp; a.g.e., s.162.

### b) Alman Genel İşlem Şartları Yasasının 9. Paragrafı

Genel işlem şartlarındaki kayıtlar, karşı sözleşeni, dürüstlük ve güven ilkesine aykırı olarak uygunsuz şekilde zarara uğrattırlarsa geçersizdirler.<sup>21</sup>

### 3. Genel İşlem Şartlarına Uygulanması Gereken Hususlar

#### a) Genel Olarak

Hukuki düzenlemeyi tespit etmek  
Hak ve borç dağılımını araştırmak

Müşterinin mağduriyetine yol açacak aykırılıkları araştırmak<sup>22</sup>

#### b) Sözleşmenin Kurulması Aşamasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

##### Genel Olarak

Sözleşmenin kurulması aşamasında ele alınması gereken ve buna ek olarak da sözleşmenin ifası esnasında genel işlem şartlarındaki denetim sorununa baktığımızda şunları gözlemlemekteyiz.

Bir örnekle başlarsak, banka ile müşteri arasında yapılan bir sözleşmede bankanın müşterisinin haklarını gözetmeksizin kendi öngördüğü ve tek yanlı olarak hazırladığı sözleşme ile kendi haklarını kullanabildiğini görmekteyiz. Bu durumda müşterinin bile bile

<sup>21</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp; a.g.e., s.162.

<sup>22</sup> Atamer, a.g.e., s. 235.

## Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi / Y. Güllüoğlu

sözleşmeyi imzaladığı bir ortamda karşımıza çıkan asıl mesele doğru-  
dan doğruya denetim sorunudur. Bu  
durumda tarafları bağlayıcı nite-  
likte olan, içerik olarak ne olma-  
lı sorusunun yanıtı, hiç kuşkusuz  
doğru olan, "müşteriyi yanıltmadan  
ve onun haklarına zeval getirilme-  
den hazırlanmış bir sözleşme ya-  
pılmalı" şeklinde olacaktır.<sup>23</sup>

### **Maddi Edimi Tek Taraflı Olarak Değiştirme**

Maddi edimi sonradan tek taraf-  
lı olarak değiştirme yetkisi mese-  
lesinde, sözleşme hukukuna hakim  
olan "pacta sunt servanda" ilkesi  
uyarınca kural; "değişen koşullara  
rağmen sözleşmenin ilk başta tayin  
edilen içerikle ifade edilmesidir."<sup>24</sup> Yani bir sözleşme kuruldu-  
ğunda; edim ve karşı edim ve karşı  
edimin belirli bir denge içinde  
olduğu, dolayısıyla bu dengenin  
bozulamayacağı varsayımı bu alanda  
belirleyici gerekçe olarak karşı-  
mıza çıkmaktadır.<sup>25</sup> Bir müteahhit  
kusuru bile olmadan tespit edilen  
fiyatın üstünde iş bitirirse iş  
sahibinin sözleşmeden dönebileceği  
genel işlem şartları anlamında bir  
denetlemeyi göstermektedir. BK md.  
367/1'de açık olarak bu noktaya  
değinilmiştir.<sup>26</sup>

BK Madde 367/1. Yapılan şeyin mas-  
rafı, evvelce mütaahhit ile takri-  
bi bir surette tesbit edilen keşfi  
iş sahibinin sun'u olmaksızın çok  
fazla tecavüz ederse gerek o şeyin  
imali esnasında gerek imalinden

sonra iş sahibi mukaveleyi feshe-  
debilir.

### **Faiz Oranının Sonradan Tek Taraflı Olarak Değiştirilmesi**

Genel Olarak

Faiz oranının sonradan tek ta-  
raflı olarak değiştirilebileceği  
sorunu karşımıza çıktığında genel  
işlem şartları içinde bu hususun  
geçerli olup olmayacağı, geçerli-  
yse denetim sorununun nasıl halle-  
dileceği meselesi karşımıza çık-  
maktadır.

Böyle bir durumun denetimi ancak  
bankanın faiz artırımını müşteriye  
tutarı ve zamanında bildirmesiyle  
mümkün olabilir. Yoksa denetim so-  
runu müşteriye de fesih hakkı ta-  
nıyarak ve sözleşmenin baştan hü-  
kümsüz olamayacağını belirterek,  
müteşebbis banka karşısında müşte-  
riyi koruma altına alabilecektir.<sup>27</sup>

Genel işlem şartları içinde yer  
alan geçerlilik kaydının uygulama-  
da hüküm doğurup doğuramayacağı  
ayrıca kredili mevduat hesapları  
ve kredi kartı sözleşmeleri gibi  
sabit bir faiz oranının olmadığı  
sözleşmeler açısından olaya nasıl  
yaklaşılacağı meçhuldür.<sup>28</sup>

### **Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriği Olmadığının İleri Sürülmesi**

Belirli bir süre ve amaçla ban-  
kadan alınan kredinin geri ödeme  
koşulları, özellikle aylık taksit-  
ler ve tabii ki faiz oranı taraf-  
lar arasında tek tek saptandığı-  
ndan burada bireysel sözleşme hük-  
münün var olduğu ve bunun karşı-  
sında zaten faiz artırımına iliş-  
kin genel işlem şartları hükmünün

<sup>23</sup> Çeşitli tanımlar için bkz.: Tekinay-  
Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s. 154;  
Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 19; Atamer,  
a.g.e., s. 14; Havutçu, a.g.e., s. 2.

<sup>24</sup> Atamer, a.g.e., s. 238.

<sup>25</sup> Atamer, a.g.e., s. 238.

<sup>26</sup> Atamer, a.g.e., s. 239. AB-yönergesi  
uyarınca bir mal satan veya bir hizmet  
sunan kişiye, edimin ifası anında fiyat  
tespit etmek veya yükseltmek imkanı ve-  
ren hükümler kötüye kullanılabilir hü-  
kümlerdir. Ayrıntılı bilgi için, bkz.:  
Atamer a.g.e., Ek m. 1/1 ve Ek m. 2/c.

<sup>27</sup> Atamer, a.g.e., s. 240.

<sup>28</sup> Atamer, a.g.e., s. 241.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

sözleşme içeriği olmadığı da ileri sürülebilir.<sup>29</sup>

### Avrupa Ekonomi Topluluğu Yönergesine Göre Şart<sup>(\*)</sup>

AB yönergesi Ek m. 1/j'de, işletmenin, sözleşmede sayılmış olan önemli sebeplerden biri gerçekleşmeksizin sözleşme hükümlerinin tek taraflı olarak değiştirebileceğine ilişkin hükümlerin kötüye kullanılabilir hükümler olduğu belirtilmiştir. Ancak Ek m. 2/b'de buna bir istisna getirilmiş ve finans sektöründe, tüketicinin ödeyeceği veya tüketiciye ödenecek faiz oranının, geçerli bir sebebin varlığı halinde önceden bir ihbara gerek olmaksızın değiştirilebileceği kabul edilmiştir. Bu tür hükümlerin geçerliliği ise bankanın müşteriyi her artıştan derhal haberdar etmesi ve ayrıca müşteriye sözleşmeyi bu değişiklik nedeniyle feshetme hakkının tanınmış olmasına bağlıdır.<sup>30</sup>

### **Temsil Yetkisine İlişkin Kayıtlarda Denetim**

Genel Olarak

<sup>29</sup> Atamer, a.g.e., s. 241, dipnot 28.

<sup>(\*)</sup> EK-2 Avrupa Birliği Hukuku, Konseyin 93/13 AET Yönergesi, 5 Nisan 1993.

<sup>30</sup> Atamer, a.g.e., s. 243. Türk hukuku açısından yönergenin çözümüyle tamamen örtüşen bir çözüm teklif eden Kostakoğlu'na göre, müşteriye ihbar yapılmadan faizin istendiği zaman ve miktarda artırılmasına ilişkin sözleşme kayıtları, bankanın daha sonra müşteriyi artıştan haberdar etmeyeceği ve kendisine hesabı kapatma imkanı vermeyeceği anlamında yorumlanmamalıdır; Atamer'in görüşü, a.g.e., s. 244. Bu tür hükümlerin, artıştan müşterinin derhal haberdar edilmesi ve kendisine sözleşmeyi fesih hakkının tanınması koşuluyla baştan geçersiz olmadığı kabul edilmelidir; Yargıtay ve doktrin bu hakkın kullanılmasında dürüstlük kurallarına uygun davranılması gerektiği görüşündedir, yani bankanın faizi, fahiş bir oranda arttırması mümkün değildir.

Bankalarla akdedilen sözleşmelerde sık sık, müşterinin yetkilendirdiği temsilcilerin yetkilerinin kapsamının değiştirilmesi veya sona erdirilmesi halinde bu durumun bankaya yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu getirilmektedir. Yazılı bildirim yapılmadığı sürece temsilcinin yaptığı işlemlerle müşterinin bağlı olacağı öngörülmektedir.<sup>31</sup>

### Temsil Yetkisindeki Denetim

Temsilcinin yaptığı genel işlem şartlarında denetim nasıl sağlanacaktır diye baktığımız da karşımıza çıkan sorunun çözümünde ancak yazılı bildirim yapılması hususu ağırlık kazanmaktadır. Yazılı bildirim yapılmadığı sürece, temsilcinin yaptığı işlemlerle müşterinin bağlı olacağı öngörülmüştür.<sup>32</sup>

### **Müşteri Hakkındaki Bilgilerin Üçüncü Kişilere Aktarılmasına İlişkin Kayıtlarda Denetim**

Genel Olarak

Bankaların kredi sözleşmelerinde sık sık karşılaşılan bir durum da bilgilerin aktarılması meselesidir. Banka müşteriyle baştan imzaladığı sözleşmesinde; üye ve/veya ek kart hamilleri kendilerine ait kartın iptal edildiğine dair bilgiler ile banka ile arasındaki kredi kartlarından doğan kredi ilişkilerine dair bilgilerin, banka tarafından uygun görülen kişiye ve/veya kuruluşlara aktarılmasına muvafakat ettiklerini şimdiden ve gayri kabili rücu olarak beyan ve kabul ederler,

<sup>31</sup> Atamer, a.g.e., s. 244.

<sup>32</sup> Atamer, a.g.e., s. 244.

## **Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi / Y. Güllüoğlu**

tarzında bir kayıt yer almaktadır.<sup>33</sup>

### **Ek Kart Hamiline Yapılan Bildirim Denetimi**

Müşteri hakkındaki bilgilerin tek taraflı olarak bildirim meselesi de bankanın 3. kişilere yani ek kart sahiplerine yaptığı bildirimle yükümlü olup olmayacağıdır. Buradaki denetim nasıl sağlanacaktır? Bu tür genel işlem şartlarının denetiminde izlenen yol, bankanın bunu yapacağını müşteriye baştan bildirmesi ile olur. Ancak bu durumda karşımıza çıkan sorun kurumun bilgileri kime bildireceğidir. Bu durumda, uygulamaya bakıldığında meselenin çözümünde yasal düzenlemeye aykırılıklar görülmektedir.<sup>34</sup>

### **Genel İşlem Şartları Kullananın Sorumluluğu ile İlgili Kayıtlar**

#### **Genel Olarak**

Borçlunun sorumluluğu, kendi edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde söz konusu olacaktır. Bu durum, borçlunun temerrüde düşmesi, kusuruyla ifanın imkansızlaşmasına veya sözleşmenin müspet ihlaline sebep olması hallerinde ortaya çıkar.<sup>35</sup>

#### **Genel İşlem Şartlarında Kullananın Sorumluluğu**

Genel işlem şartlarının kullanımının sorumluluğuna baktığımızda borçlunun sorumluluğu, kendi edimini hiç yada gereği gibi yerine getirememesinden kaynaklanmaktadır. Yasal düzenlemede getirilen açıklama borçlunun eğer kusuru varsa tam tazminatla sorumlu olacaktır. Genel işlem şartlarının uygulamada yaptığı denetimde soruna bulunan çözüm, ancak sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılmasıyla sağlanabileceğidir. Borcun geç ifasında BK md. 102 temerrüde düşen borçlu, kusurlu olması halinde temerrütten doğan zararı, kusurdan bağımsız olarak da kazadan doğan zararı tazmin etmekle sorumludur.<sup>36</sup>

#### **Genel İşlem Şartlarında Kullananın Sorumluluğunun Denetlenmesi**

Genel işlem şartlarına göre denetlemenin yapılabilmesi ancak ihbarın yapılmasına ve mehil tayin edilmesine bağlıdır. Uygulamada denetleme ile ilgili karşımıza çıkan başka bir olumsuzluk da, bankaya verilen talimatların yanlış veya eksik yerine getirilmesi ve de bankanın kendisine verilen talimatın yanlış yerine getirilmesine rağmen sorumlu tutulamayacak olmasıdır. BK md. 390, vekil, işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabidir diyor ve eksiklik kendini bu maddeyle daha belirgin hale getirmektedir.<sup>37</sup>

#### **Elektronik Ortamdaki Denetim Sorunu**

#### **Genel Olarak**

Elektronik bankacılık olanaklarından faydalanırken talimatların yanlış veya eksik yerine getirilmesi meselesinin çözümünde banka,

<sup>33</sup> Atamer, a.g.e., s. 246. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tekinalp, *Banka Hukuku*, s. 284.

<sup>34</sup> Atamer, a.g.e., s. 246.

<sup>35</sup> Atamer, a.g.e., s. 248-249. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Cevdet Yavuz; *Borçlar Özel*, s. 78; Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 285.

<sup>36</sup> Atamer, a.g.e., s. 252.

<sup>37</sup> Atamer, a.g.e., s. 255.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

elektronik ortamda meydana gelebilecek, bankamatikten dolayı oluşan yanlışlık ve hatalardan sorumlu olmayacağını söylemektedir.

### Bankanın Talimatında Yer Alan Taahhütname

Bu konuda bankaların, müşterilerine imzalattıkları sözleşmelerde yer alan bir hükümle söze başlamak yerinde olacaktır. Buna göre;

"İş bu taahhütname kapsamında kullanımına açılacak her türlü enstrüman ile gerçekleştirilecek işlemlerde teknik arıza nedeniyle işlemlerin yapılamaması, iptal edilmesi, kısmen yapılması, kaybolması, sair durumlarda bankanızın hiçbir sorumluluğu olmadığını kabul ve beyan ederim."<sup>38</sup>

Bu ibare müşterinin uygulamada bankaya karşı herhangi bir hak iddia edememesi için öngörülmesi hukuka aykırı bir düzenlemedir. Maalesef uygulamada sıkça karşılaştığımız bir durumdur ve denetleme sorununu birlikte getirmektedir.

Örneğin müşteri bir havale yapmak istiyor, yanlış kişiye gidiyor, zamanında gelmiyor ve talimat verilmesine rağmen işlem hiç yapılmıyor. İlgili banka genel işlem şartları uyarınca sorumlu tutulamayacaktır.<sup>39</sup> Çözüm ne olacak? Müşterinin mağduriyeti nasıl giderilecek? İşte bu tür düzenlemelerin batıl olması gerektiği kanaatine varmaktayız.

### **TIP İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ÖNGÖRÜLEN CEZAI ŞARTIN GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAĞLAMINDA DENETLENMESİ**

#### 1. Genel Olarak

<sup>38</sup> Atamer, a.g.e., s. 257.

<sup>39</sup> Atamer, a.g.e., s. 257.

Sanayileşme ile birlikte çalışma yaşamı ve işçi işveren ilişkileri kitlesel bir nitelik kazanmış ve bu ilişkilere tek düze bir yapı kazandırılması ihtiyacı doğmuştur. Bunun sonucunda işyerindeki çalışma kuralları ve tarafların karşılıklı yükümlülükleri önceden ayrıntılı olarak hazırlanan belgelerde somutlaştırılmaya başlanmıştır.

Genel işlem şartları iş hukukunda ve iş sözleşmelerinde çoğu kez genel iş koşulları olarak nitelendirilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, genel işlem şartları tüketicilerin korunması amacıyla geliştirilmiştir ve işçi tüketici değildir.<sup>40</sup>

İşyerinde işçi işveren ilişkilerinin önceden hazırlanan, genel ve tek düze kurallar içeren tip iş sözleşmeleri ile düzenlenmesine bir engel yoktur. Genel işlem şartları bakımından söz konusu olan tarafların arasındaki denge-sizlik, iş ilişkilerinde çok daha belirgindir.<sup>41</sup>

#### 2. Tip İş Sözleşmelerinde Denetleme Sebebi

İşçinin genel işlem şartlarını imzalamasındaki amaç, işçinin ve ailesinin tek geçim kaynağı genellikle işçinin iş gücüdür. Bu nedenle işçi kendisine teklif edilen işi ve dolayısıyla iş sözleşmesine konu olan genel işlem şartlarını kabul etmek zorunda kalmaktadır. İşçiye diğer işçilerin tip iş sözleşmesinin imzalamış olduklarının telkin edilmesi ve sözleşme şartları hakkında yeterince değerlendirme yapabilecek birikime sahip olmaması da genel işlem şartlarını kabul etmesinde etkili olmaktadır.

<sup>40</sup> Veli Karagöz; "Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi".

<sup>41</sup> Ulusan, a.g.m., s. 14. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Turgut Öz, "Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları".

## Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi / Y. Güllüoğlu

Bu da işçinin irade serbestisini sınırlamaktadır, içerik yönünden denetleme ihtiyacı doğmaktadır. İş sözleşmesinin ifa edilmesinin güvence altına alınması, sözleşmeye aykırılığın önlenmesi ancak önceden kararlaştırılabilecek cezai şartın önlenmesi ile olabilir.<sup>42</sup>

### a) Hukuka Aykırılık Sebebi

Genel işlem şartları, önceden hazırlanırken genellikle bu konuda uzman olan kimseler tarafından ve bütün olasılıklar düşünülerek emredici hükümlerin sınırlarını zorlayacak şekilde şartlar içermektedir. Hatta bazen, karşı tarafın hukuki bilgi ve mücadele gücü olmamasından yararlanılarak emredici hükümlere aykırı kayıtlara dahi yer verebilmektedir.<sup>43</sup>

Genel işlem şartları tek taraflı düzenlemeler olmaları nedeniyle, daha çok bunu hazırlayan tarafın menfaatlerine hizmet etmektedir. Ayrıca, genellikle genel işlem şartları kendisine sunulan taraf ekonomik, sosyal veya kültürel yönden zayıftır. Bu eşitsizlik ve dengesizlik nedeniyle karşı taraf adeta kendisine zorla dayatılan genel işlem şartlarını kabul etmek zorundadır. Sonuç olarak genel işlem şartlarının söz konusu olduğu durumlarda genellikle tarafların eşitliğinden ve sözleşme özgürlüğünden söz edilemez. Bu nedenle genel işlem şartlarının içerik yönünden denetlenmesi gerekmektedir.<sup>44</sup>

Öncelikle genel işlem şartları, BK 20 hükmü gereğince sözleşmelerde olduğu gibi hukukun emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı oldukları taktirde geçersizdirler. BK 21'de gabin ile hükümlerde aynı

şekilde belirtilmiştir<sup>45</sup> Ayrıca genel işlem şartlarının açık olmayan kayıtlar içermesi durumunda, hazırlayan taraf aleyhine yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Genel işlem şartlarının denetlenmesi bakımından başvurulabilecek kriterlerden birisi ve hatta en önemlisi BK'daki "dürüstlük kuralı"dır.

Özellikle genel işlem şartları arasında beklenmedik hükümlerin bulunması sözleşme hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilmekte ve denetlenmektedir.<sup>46</sup>

### b) Hakim Tarafından Denetlenmesi

Genel işlem şartlarında, mevcut hukuki düzenlemelerin tekrar edilmiş olduğu kayıtların denetlenmesi söz konusu değildir. Aksi taktirde hakime dolaylı olarak yasaları denetleme olanağı tanınmış olacaktır. Bunların örf ve adet hukuku kuralı veya bir mertebeye ulaşmamış hakimin yarattığı bir hukuk kuralı olması önem taşımaz.<sup>47</sup>

Genel işlem şartlarının hakim tarafından denetlenmesi, bazı kayıtların sözleşme kapsamına dahil sayılmaması veya geçersizliği sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda sözleşme kayıtlarının kısmi geçersizliği, diğer kayıtların ve sözleşmenin tamamının geçersizliği sonucunu doğurmaz.<sup>48</sup> Bir genel iş-

<sup>42</sup> Karagöz, a.g.e., s. 594.

<sup>43</sup> Karagöz, a.g.e., s. 597.

<sup>44</sup> Karagöz, a.e.g., s. 597.

<sup>45</sup> Karagöz, a.g.e., s. 597. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ünal Tekinalp, **Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları**, Ernst E. Hirsch'ın Hatırasına Armağan, s. 140 vd.

<sup>46</sup> Karagöz, a.g.e., s. 597. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s. 161-162. Tüketicinin genel işlem şartlarını olduğu gibi kabul etmek zorunda kalması, genel işlem şartları alanında zayıf olan taraf için sözleşme özgürlüğünün kağıt üzerinde kalmasına neden olmaktadır. Havutçu, a.g.e., s. 39.

<sup>47</sup> Atamer, a.g.e., s. 217.

<sup>48</sup> Karagöz, a.e.g., s. 598.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lem şartının emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizliği durumunda, kural olarak BK m. 20/II-c.2 hükmünün uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre, taraflar anılan hükümlerin geçersizliğinin bilinmesi halinde sözleşmenin yapılmayacağını ve dolayısıyla sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri süremezler.<sup>49</sup>

Yargıtay'ın genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin görüşü de, münferit bir sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanamayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.<sup>50</sup>

### 3. İş İlişkilerinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

#### a) Genel Olarak

Tip iş sözleşmesi önceden hazırlanmış olması, işçinin müdahale olanağı bulunmaması ve işçi aleyhine hükümler içerme olasılığı nedeniyle içerik denetimine tabi tutulabilmelidir. Bu nedenle önemle belirtmek gerekir ki, tip iş sözleşmesi kayıtları, öncelikle mevcut İş Hukuku mevzuatı açısından denetlenmelidir.<sup>51</sup> Taraflar cezai şart kararlaştırılırken alacaklarının cezai şartın yanı sıra uğramış olduğu zararın tamamını isteyebileceğini kararlaştırabilirler.<sup>52</sup>

Tip iş sözleşmelerinin denetlenmesinde ahlaka aykırılıktan da yararlanılabilir. Bununla birlikte bu kriterin uygulanması, ahlaka aykırılığın çok açık olmadığı du-

rumlarda zorluk gösterir. Tip iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartta ilişkin kayıtlar iş görme borcunun konusunun ahlaka aykırı olması durumunda ise geçersiz olacaktır.<sup>53</sup>

#### b) Tip İş Sözleşmelerinin Denetlenmesinde Hakkaniyete Aykırılık Kuralı (İlkesi)

Tip iş sözleşmesi ile işçi aleyhine öngörülmüş olan cezai şartta ilişkin kayıtların denetlenmesinde başvurulabilecek unsurlardan birisi de hakkaniyete aykırılıktır. Böylece işveren tarafından işçiye kabul ettirilen cezai şartta ilişkin kayıtların sözleşme hakkının kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı ve hakkaniyete uygunluğu denetlenebilecektir. Tip iş sözleşmesi ile işçi aleyhine cezai şart öngörülebilmesi için işverenin haklı menfaatinin bulunması gerekir.<sup>54</sup>

Cezai şartın iş sözleşmesinin haksız feshinin önlenmesi, rekabet yasağının güvence altına alınması amacına hizmet etmesi durumunda işverenin haklı menfaati bulunduğu kabul edilir. Aynı şekilde sır saklama yükümlülüğünün garanti altına alınması da cezai şart yoluyla sağlanabilir.<sup>55</sup>

#### c) Tip İş Sözleşmelerinde-ki Olağan Dışı Kayıtlar

<sup>53</sup> Karagöz, a.g.e., s. 600.

<sup>54</sup> Karagöz, a.g.e., s. 601.

<sup>55</sup> Karagöz, a.g.e., s. 601; Berlin Eyalet Mahkemesi bir kararında, işçinin bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ödenmek üzere kararlaştırılan cezai şartı, işverenin uğramış olduğu zararı ispat güçlüğü bulunmadığı dolayısıyla işverenin haklı ekonomik menfaati olmadığı gerekçesiyle geçerli kabul etmemiştir. (Lag Berlin vom 22.5.1997) Karagöz, a.g.e., s. 601-602, dipnot 44.

<sup>49</sup> Karagöz, a.g.e., s. 598, dipnot 23.

<sup>50</sup> Karagöz, a.g.e., s. 598, dipnot 24: Y. 3HD. 02.06.1998/4263, K. 1998/6098 (YKD, Temmuz 1998, s. 976-978)

<sup>51</sup> Karagöz, a.g.e., s. 598.

<sup>52</sup> Karagöz, a.g.e., s. 600.

## Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi / Y. Güllüoğlu

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin, güven ilkesinin sınırlarını aşması, bunu hazırlayanın karşı tarafın dikkatini çekmesi halinde, karşı tarafın bu sözleşme hükümlerini hesaba katmayacak olması nedeniyle, olağan dışı kayıtlardan söz edilir. Dolayısıyla, sözleşme kayıtları karşı tarafın hiç beklemediği, hesaba katmadığı veya katmasının beklenemeyeceği bir sonuç doğuruyorsa geçersizdirler. O halde genel işlem şartları içerisinde yer alan kayıtlar, olağan ve beklenebilir oldukları takdirde bağlayıcılık kazanırlar.<sup>56</sup>

### d) Tip İş Sözleşmelerinde Açık Olmayan Kayıtların Yorumlanması

Genel işlem şartlarında yer alan kayıtların açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekir. Sözleşme kayıtlarının, ortalama hukuk bilgisine sahip vatandaşın hukuki yardım almasına gerek kalmaksızın aleyhe sonuç doğuran hükümlerin etkilerinin farkına varabilecek nitelikte hazırlanmış olması gerekir. Açık olmama kuralı tartışmaya elverişli değildir. Diğer deyişle, tip iş sözleşmesine dayanan işveren, işçinin sözleşme kayıtlarını anlayabilecek yeterliliğe ve niteliğe sahip olduğunu ileri süremez.<sup>57</sup>

Önceden hazırlanan genel işlem şartlarında yer alan bazı kayıtlar açık ve anlaşılır değilse veya birden fazla anlam içeriyorsa, bunu hazırlayan aleyhine yorumla-

nır. "Açık olmama kuralı" olarak da adlandırılan bu yorum kuralının iş veren tarafından önceden hazırlanan tip sözleşmelerinde yer alan açık olmayan kayıtların yorumlanması bakımından uygulanmamasına engel bir durum bulunmamaktadır.<sup>58</sup> Alman Federal İş Mahkemesi, uyuşmazlık konusu bir olayda önceden hazırlanan tip sözleşmeye ilişkin kararını açık olmama kuralına dayandırmıştır.<sup>59</sup>

### 4. Uygulamada Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

Genel işlem koşulları, bilgisiz, tecrübesiz, güçsüz insanların hukuk kılıfı içerisinde sömürülmesini doğurmaktadır. Kaldı ki genel koşullar, bireysel sözleşme modelinin etkisini azaltacağından, güçlü kuruluşlara, tekel yoluyla diledikleri koşulları müşterilere kabul ettirme olanağı sağlamaktadır. Müşteri ise, sözleşmenin diğer tarafını seçme ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılmaktadır. İşte bu sakıncalar nedeniyle İkinci Dünya Savaşının hemen sonrasında batı ülkelerinde, gittikçe gelişen, kuvvetlenen bir şekilde, bu şartların denetlenmesi, içeriklerinin kontrol edilmesi ve geçersizliklerin hukuksal dayanakları hakkında çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur.<sup>60</sup>

### 5. Tip İş Sözleşmelerindeki Cezai Şarta İlişkin Kayıt-

<sup>56</sup> Karagöz, a.g.e., s. 602. Alman hukukunda "hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünüşüne göre karşı tarafın tahmin edemeyeceği kadar olağan dışı olan genel işlem şartları sözleşme kapsamına dahil sayılmazlar." Bu kural iş sözleşmesi bakımından da geçerlilik arzeder. Dipnot 47.

<sup>57</sup> Karagöz, a.g.e., s. 603.

<sup>58</sup> Karagöz, a.g.e., s. 603; Dipnot; 55 Alman Hukukunda kural şu şekilde ifade edilmektedir; "Genel işlem şartlarının yorumlanmasından kaynaklanan tereddütler, bunları kullanan aleyhine sonuç doğurur."

<sup>59</sup> Karagöz, a.g.e., s. 604.

<sup>60</sup> Nihat Yavuz; "Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi".

## ların Değerlendirilmesi

Tip iş sözleşmeleri ile hukukun genel prensiplerine ve iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı düzenlemelerde bulunmak mümkün değildir. Tip iş sözleşmesinde ön görülen cezai şarta ilişkin kayıtlar, hakkaniyete aykırılık yönünden de denetlenebilir. Bu tür kayıtların öngörülmesinde işverenin haklı menfaatlerinin bulunması gerekir. Aksi taktirde işverenin sözleşme hakkını kötüye kullanması ve hakkaniyete uygunluk denetimi söz konusu olabilecektir. Cezai şarta ilişkin tip iş sözleşmesi kayıtları tek başına işçi aleyhine olduğu gerekçesiyle reddedilemez. Önemli olan nokta, eğitim giderleri karşılığında cezai şart kararlaştırılmasında olduğu gibi sözleşmenin işçiye sağlamakta olduğu menfaatler ile getirmiş olduğu yükümlülükler arasında karşılıklı ilişki ve denge bulunmasıdır.<sup>61</sup>

## İNTERNET ÜZERİNDEN YAPILAN HUKUKİ İŞLEMLERDE GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE UYGULAMADAKİ DENETİMLER

### 1. Elektronik Ortamda Yapılan İrade Beyanları

İrade beyanı, belirli bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesine yönelik arzusunun ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Elektronik olarak dermeyan olunan bir irade beyanında da dış dünyaya yöneltilmiş bir beyan ve bu beyanla bağlı olma arzusunun varolması gerekir. Buna karşın otomatik olarak bilgisayarlar tarafından yapılan irade

beyanları birtakım özellikler gösterir.<sup>62</sup>

Bu sistemde bilgisayara yüklenmiş olan bir program –araya insan unsuru girmeden– otomatik olarak” irade beyanında” bulunur ve bunun yine otomatik olarak muhatabına gönderir. Mesela büyük bir hipermarketin bilgisayar sistemi kendiliğinden deponun son durumunu kontrol etmekte ve gerekirse ihtiyaç halinde daha önceden belirlenmiş firmaya siparişte bulunmaktadır. Görüldüğü gibi bu sistemde insan tarafından yapılan aktif bir hareket söz konusu olmamaktadır. Bu tür hallerde çoğunlukla normal insan tarafından yapılmış bir iradenin mevcudiyeti kabul edilmektedir. Zira beyanda bulunan burada sadece irade beyanının kurulması ve karşı tarafa iletilmesinde bilgisayardan faydalanmaktadır. Bu beyan daha önce belirlenmiş parametreler vasıtasıyla yapılmaktadır ve dolayısıyla beyanda bulunanın arzusuna uygundur.<sup>63</sup>

Ayrıca böyle bir bilgisayar sistemi kullanan müteşebbis, bu sistem tarafından yapılan irade beyanlarıyla bağlı olacağı hususunda karşı tarafa haklı bir güven oluşturmuştur ve dolayısıyla bu tür beyanlar kendisine izafe edilmek gerekir.<sup>64</sup>

### 2. Elektronik Ortamda Yapılan İrade Beyanlarının Hüküm İfade Etmesi

#### a) Elektronik Ortamda İrade Beyanında Bulunma

<sup>61</sup> Karagöz, a.g.e., s. 605-606 dipnot: 65; Alman Hukukunda "Bireysel Anlaşmalar Genel İşlem Şartlarına Göre Önceliğe Sahiptir" bireysel anlaşmalar önceliği vardır.

<sup>62</sup> Bozbel, Savaş; [http://www.hukukcu.com/bilimsel/-kitaplar/internet\\_uzerinden\\_hukuki\\_islem.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/-kitaplar/internet_uzerinden_hukuki_islem.htm), s. 5.

<sup>63</sup> Bozbel, a.g.e., s. 5.

<sup>64</sup> Bozbel, a.g.e., s. 5.

## Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi / Y. Güllüoğlu

Akitlerde icapta bulunan kural olarak icabıyla bağlıdır.<sup>65</sup> Elektronik vasıtalarla yapılan irade beyanları (icap-kabul) "Gaipler Arasında" yapılmış bir irade beyanıdır. Bilgisayar tarafından otomatik olarak yapılan irade beyanlarında da aynı husus geçerlidir. Mesela internet üzerinden sanal bir marketten yapılan alışverişlerde durum böyledir.<sup>66</sup>

### b) İnternette Yapılan Arzların Durumu

İnternette yapılan mal arzlarının bir icap mı yoksa icaba davet mi olduğu ancak muhatabın web sitesinin muhtevasını dürüstlük kuralına göre nasıl algıladığına bağlıdır. Mesela müşteri internet üzerinden ısmarlayacağı malın bedelini kredi kartı numarası vererek bu şekilde ısmarlıyorsa burada herhangi bir sorun yoktur.<sup>67</sup>

## 3. İnternet Üzerinden Yapılan Muamelelerde ve Genel İşlem Şartları

### a) Genel Olarak

Kanun çerçevesinde sözleşme özgürlüğü prensibi korunsa da önceden hazırlanmış tip sözleşmelerde bu tam anlamıyla gerçekleşmemektedir.<sup>68</sup> Elektronik ortamda masaya oturarak karşılıklı sözleşme pren-

sibinden farklı bir durum vardır. Bu durumların korunması için hakime müdahale imkanı verilmektedir. Her ne kadar kanunumuzda açık bir düzenleme getirilmemişse de doktrin ve içtihat yardımıyla genel işlem şartlarının denetimi yoluna gidilmektedir.<sup>69</sup>

Yukarıda bu konulara konuyla ilgili olduğu ölçü ve içerik içinde değinmiş bulunuyoruz. Ancak internet üzerinden yapılacak işlemler bakımından tekrar niteliğinde olsa da aşağıdaki açıklamaları yapmak yararlı olacaktır.

### b) Genel İşlem Şartlarının Sözleşmeye Dahil Edilmesi Denetimi

Genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesi denetiminde hakim, söz konusu genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığını tespit edecektir. Bu meyanda tüketici genel işlem şartı (GİŞ) kullanımı hakkında sözleşmenin kurulmasından önce açık bir şekilde uyarılmış ve kendisine GİŞ metni teslim edilmişse ancak o zaman GİŞ'in sözleşmenin içeriği olduğundan bahsedilebilecektir. Acaba bu kaideler internet üzerinden yapılan muamelelere nasıl uygulanabilecektir?

İnternet üzerinden yapılacak muamelelerde GİŞ kullanımı halinde bunun sözleşmeye dahil edilebilmesi için her şeyden önce açıkça GİŞ kullanımına dikkat çekilmiş olması gerekir. Bu, internette ya siparişin verileceği websitede bulunan GİŞ'e bir link vasıtasıyla veya kısa GİŞ ile sipariş formundan önce GİŞ'in websitede tüketicinin görüşüne sunulması ile olur. Önemli olan sipariş formunun bulunduğu sayfada GİŞ'e direkt bağlantıyı temin eden bir link vasıtasıyla müşterinin aramasına gerek olmadan GİŞ'in görünüp okunabilmesidir.

<sup>65</sup> Türk Hukukunda BK 5-9'da "kişinin icabıyla bağlı olacağı icabın kabulü" hükmü yer almaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 49 vd. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 42 vd.

<sup>66</sup> Bozbel, a.g.e., s. 6.

<sup>67</sup> Bozbel, a.g.e., s. 6.

<sup>68</sup> Tüketici kendisine sunulan sözleşme metnini incelemeyen imzalamak zorunda olduğundan dolayı kabul eder ve karşımıza sözleşme özgürlüğü prensibine ters düşecek bir durum çıkmaktadır. Amaç burada tüketicinin aleyhine olacak hükümler hazırlamaktır.

<sup>69</sup> Bozbel, a.g.e., s. 9.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Buna karşın özellikle uzun GİŞ de, GİŞ'nin tüketiciye ürün tanıtımından önce veya sipariş formu ulaşmadan önce tam metin halinde sunulması gerekli değildir.<sup>70</sup>

### c) Genel İşlem Şartlarının Yorumlanması Denetimi

Muhtemel yorum yöntemlerinden müşterinin lehine olanın tercih edilmesi<sup>71</sup> bu bölümde yer alan açıklamalar bakımından da geçerlidir. Konuyla ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf ile yetiniyoruz.<sup>72</sup>

### d) Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi

Genel işlem şartlarına ihtiva eden sözleşmeler 1) emredici hükümlere, 2) ahlaka aykırı olamazlar. Emredici hükümlere aykırılık bir sözleşmenin bizzat kendisi, sözleşme konusu veya sözleşmenin amacı açısından söz konusu olabilir. Hangi hükümlerin emredici olup olmadığı ancak normun hakim tarafından anlam ve amacının yorumlanmasından sonra anlaşılabilir.<sup>73</sup> Bu konuya da daha önce değinmiş bulunmaktayız.

## 4. Genel İşlem Şartlarının Hazırlanmasında Sözleşme Dili

İnternet üzerinden yapılan muamelelerde ortaya çıkabilecek en sık problem ise sözleşmenin ve hazırlanmış olan GİŞ'in yabancı dilde olmasıdır. Mesela internet üzerinden kitap ısmarlayan bir

tüketicinin, kitapevinin Fransızca olan GİŞ'nin içeriğinden ne derece haberdar olacağı tartışmalıdır. Tüketicinin dilini ölçü kabul edersek website üzerinden ulaşan her müşterinin diline hitap edilmelidir. Esas alınan da müşterinin sözleşmeyi doldurduğu dildir.<sup>74</sup>

## 5. Elektronik Ortamda Yapılan Genel İşlem Şartlarındaki Şekil

### a) Genel Olarak

BK m. 11/f.1'de yer alan düzenlemeye göre akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir. Sözleşmelerdeki asıl şart kişilerin irade açıklamalarını içeren sözleşmeleri, el yazılarıyla imzalamaları gerekliliğidir. Ancak elektronik ortamda bu mümkün değildir. Yürürlükteki mevzuat açısından internet üzerinden sözleşme kurulabileceği, ancak sözleşme aslının tarafa ulaşması gerektiği belirtilmektedir.<sup>75</sup>

### b) Hakimin Şekil Sorununda Takdir Yetkisi

HUMK m. 367'de sayılan özel hükümler burada delil olarak hakim karşısına sunulduğunda hakimin takdir yetkisi söz konusu olacaktır. Bilgisayar ortamında saklanan veriler ve alınan çıktılar bu bağlamda özel hüküm sebepleri olarak değerlendirilebilir.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> Bozbel, a.g.e., s. 9.

<sup>71</sup> Bozbel, a.g.e., s. 10. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Atamer, a.g.e., s. 124.

<sup>72</sup> Bkz.: Yukarıda 4-1.

<sup>73</sup> Bozbel, a.g.e., s.10; içerik denetiminde esas olarak borçlar kanunundan yararlanılmıştır.

<sup>74</sup> Bozbel, a.g.e., s.10.

<sup>75</sup> Bozbel, "Alman Federal Yüksek Mahkemesi varması gerekli irade beyanlarında yazılı aslının kanunen öngörüldüğü şekilde muhataba ulaşması gerektiği görüşündedir." hukukcu.com.

<sup>76</sup> Bozbel, a.g.e., s.11.

## **6. Genel İşlem Şartlarının Uygulamadaki Denetiminde Dijital İmzanın Yeri**

### **a) Genel Olarak**

Sanal ortamda yapılan bilgi değişimlerinde kişilerin kendi adlarına bazı dokümanlar düzenlemesi veya kendisini düzenleyici olarak göstermesi mümkündür. Burada doğabilecek güvenlik boşluğunun, dijital imza ile belirli bir şahsa izafe edilerek aşılması mümkün görülmektedir.

### **b) Dijital İmza İçin Gerekenler**

**a. Onay Şifresi:** Dijital imza ile, belirli bir dokümanın ve içeriğinin belirli bir şahsa izafe edilebilmesi mümkün olmaktadır. Dokümanla birlikte gönderilen şifreli imzayı deşifre eden kimse bu sayede dokümanın sözkonusu kişiden geldiğinden ve herhangi bir değişikliğe uğramadığından emin olabilmektedir. Bu şekilde dijital imzanın şifrelenip deşifre edilmesine "Onay Şifrelemesi" denilmektedir.

**b. Güvenlik Şifrelemesi:** Gönderilen herhangi bir dokümanın bir başkası tarafından görülmesi, okunması güvenlik şifrelemesi ile mümkün olmaktadır.<sup>77</sup> Dijital imza ile gönderilen bir doküman güvenlik şifrelemesi ile gönderilebildiği gibi aynı şekilde dijital imza olmadan bir mektup güvenlik şifrelemesi ile de gönderilebilir.<sup>78</sup>

### **c) Dijital İmzanın İşleyiş Tarzı**

Dijital imzaların dayandıkları onay şifresi ve güvenlik şifrelemesi sayesinde doküman sahibinin kimliği ve dokümanın maniple edilmediği ispatlanabilmektedir. Bu sayede o doküman sahibine izafe edilebilmektedir. Dijital imza, elektronik bir dokümanın şifreli kısa özetini izafe edebilmektedir.<sup>79</sup>

## **SONUÇ**

Sözleşme ilişkisinin yaygınlaşmaya başladığı, hazırlanmış ve müşteriye okuma şansı bile verilmeyen imzalaması istenen genel işlem şartları mukayeseli hukuk içinde bakıldığında içerik denetiminin özellikle tüketicinin korunması amacıyla yapılan düzenlemeler doğrultusunda hazırlandığı görülmektedir. Bunun sebebi de sözleşme özgürlüğünün tek yanlı olarak hazırlanmasında en fazla olumsuz yönde etkilenecek olan kesim tüketicilerdir. Uğranılan zararın dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı da açıktır.

Borçlar kanunu ile yapılan düzenlemelerde denetim esasları getirilerek zayıf durumdaki tüketiciyi denetimle koruma altına almaya çalışılmaktadır. Genel işlem şartlarının hazırlanmasında temel neden, taraf menfaatlerinin denetlenmesi ve değer yargıları doğrultusunda müşterinin imzaladığı sözleşme sonucunda mağdur hale gelmesidir.

## **Kaynakça**

Ayşe Havutçu; *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir: 2003.

İlhan Uluhan; "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", *İstanbul*

<sup>77</sup> Bozbel, a.g.e., s.11.

<sup>78</sup> Bozbel, a.g.e., s.11.

<sup>79</sup> Bozbel, a.g.e., s.11.



## **Genç Hukukçular Hukuk Okumaları**

---

**Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**Dergisi**, Sayı 1, İstanbul: 2004.

Nihat Yavuz; "Genel İşlem Şartlarının Denetimi ve Yorumlanması", **Yargıtay Dergisi**, cilt 1, Sayı 1-2, 2002.

Oğuzman-Öz; **Borçlar Genel**, 3. Bası, İstanbul: 2000.

Savaş Bozbel; "İnternet Üzerinden Hukuki İşlem", [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet\\_uzerinden\\_hukuki\\_islem.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet_uzerinden_hukuki_islem.htm)

Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp; **Borçlar Genel**, 7. Bası, İstanbul: 1993.

Veli Karagöz; "Tip İş Sözleşmesinde Öngörülen Cezai Şartların Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", Atatürk Üniv. Hukuk Fak., cilt. 8, sayı 1, 22004.

Yeşim Atamer; **Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2, Bası, İstanbul: 2001.

# Türkiye'de ve Avrupa Topluluğu'nda Fikri Mülkiyet Hakları

Ahmet Hasan KILIÇ<sup>(1)</sup>



## GİRİŞ

Dünya ekonomisinin globalleşmesi konusunda çok yazı yazıldı. Uluslararası mal ve hizmet alışverişinin büyümesi, anında haberleşmenin genişlemesi ve bilginin bir araç ve meta olarak ekonomik öneminin artması globalleşmenin en belirgin özellikleri arasında sayılabilir.<sup>1</sup> Bu özelliklerin temelinde ise globalleşmenin ekonomik gelişmenin anahtarı olduğuna ilişkin yaygın bir kanaat vardır.

Gelişmekte olan ülkeler açısından ve en azından yakın gelecek için eski geleneksel veya ideolojik dışa kapalı rejimlerin sona erdiği açıktır. Çin'in 950 milyonluk istihdam potansiyeli ile uluslararası sermayeye, dev şirketlere kapsını açması bu düşünceyi destekler. Yine dönüm noktalarından biri de 1970'li yıllarda OPEC<sup>2</sup> ülkelerinin çıkardığı petrol krizinin bütün dünya ekonomilerini olumsuz etkilemesidir. 80'li yıllardan önce ekonomik kalkınmışlıkta izlenecek yol, ulusal sanayiinin temellerini inşa etmek için ulusal sınırlar içinde kalkınma olarak görülmekteydi. Kal-

kınmanın bu ekonomik politikalarla aşılacağı anlaşıldı. Ve farklı arayışlara yönelme kaçınılmaz oldu. Bu noktada uluslararası sermaye ile borçlanma veya başka suretle gelişme modeli belki bir dayatmanın ürünüydü ama aynı zamanda kaçınılmaz bir sonun başlangıcıydı da. Türkiye'nin OECD'ye<sup>3</sup> üye olması bunun emarelerindedir. Turgut Özal'ın Türkiye'yi uluslararası yatırım ve rekabete açan ve 80'li yıllardan 90'lı yılların ortalarına kadar bir dönemi belirleyen ekonomi politikasının tarihin tam da bu noktasında ortaya çıkması bir tesadüf değildi. Yeni model, ticaret yoluyla ekonomik kalkınmayı hedef almıştı. Yeni dönemin sloganı ise, "ne kadar ticaret o kadar özgürlük" idi.<sup>4</sup>

1960 öncesinde, eğlence esas olarak ulusal düzeydeydi. Ayrıca, eğlence genel anlamıyla ulusal kültürün bir ürünü sayılırken, "kültür" her zaman "eğlence" olarak kabul edilmezdi. Müzik, sinema ve kitaplar henüz ticaret ve sanayi mamulü haline gelmemişti. Hukuk alanına gelince bu bir "endüstriyel-sınayi" mülkiyet alanı değil açıkça "fikri" mülkiyet alanı idi. Tüketici kitlesinin büyümesinin yanı sıra, eğlence sanayiinin ve üretim teknolojilerinin gelişmesi

(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

<sup>1</sup> Erdem Türkekul, "İnternette Fikri Hakların Korunması".

<sup>2</sup> Kısaca, Organisation of Petroleum Exporting Countries/Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü.

<sup>3</sup> Kısaca, Organization for Economic Cooperation and Development/İktisadi Kalkınma ve İşbirliği Örgütü, Türkiye dahil 30 üyesi vardır.

<sup>4</sup> Sami Karahan, "Ne Kadar Ticaret O Kadar Özgürlük".

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

bütün bunları büyük değişikliğe uğrattı. Ve nihayetinde, yerel olan fikri mülkiyet alanı sınırlı hale gelmiş ve ekonomik olarak büyük rakamları ifade eden bu hakların etkin şekilde korunması ihtiyacı beraberinde gelmiştir.

Fikri mülkiyet haklarına konu olan ürünlerin yasal ya da yasa dışı yollarla uluslararası pazar elde etmesi, bu ürünlerin ticari niteliği üzerinde önemle durulmasına neden oldu. Gelişmekte olan ülkeler de bu olaylar karşısında duyarsız kalmayıp yeni yasal düzenlemeler yaptılar. Yeni ürünler ve yeni fırsatlar onlara dünya ekonomisindeki rolleri hakkında yeni bir perspektif verdi. 60 ve 70'lerin teknoloji patlamasıyla 90'ların teknoloji patlaması arasındaki dönemde globalleşme ve fikri mülkiyet haklarının odak noktası değişti. Hemen hemen bütün ülkeler bir şeyler olduğunu, bir şeylerin değiştiğini kabul etti. Eğlence endüstrisinin doğması ve tüketicilerdeki yaygın marka düşkünlüğü bu değişimin sadece bir parçasıydı.<sup>5</sup> Günümüzde, gelişmiş ülkelerin ihracatları ağırlıklı olarak teknolojik ürünlere; yazılım sektörü ya da müzik sinema sektörü gibi fikir ve sanat ürünlerine; küresel niteliğe sahip olan markalı ürünlere dayanmaktadır. Bu sebeple, diğer ürünlerle karşılaştırılmayacak bir ekonomik değere sahip bu ürünlerin korunması gelişmiş ülkelerin ekonomileri için büyük önem taşımaktadır.<sup>6</sup> Bugün iyi işleyen ekonomilerin, iyi derecede korunan fikri mülkiyet sistemine dayanması tesadüf değildir. Ayrıca sanayileşme ve insan hakları alanında elde edilecek gelişmeler fikri mülkiyet alındaki

gelişmelerin bir ön şartı olarak görülebilir.<sup>7</sup>

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 27. maddesinde fikri ürünlerin korunacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, toplumun ortaya çıkan ürünlerden yararlanma hakkı temel bir haktır:

"1. Herkes, toplumun kültürel yaşamına özgürce katılma ve sanattan özgürce yararlanma ve bilimsel gelişmeye katılarak, yararlarını paylaşma hakkına sahiptir. 2. Herkes, yaratıcısı olduğu bilim, yazın ve sanat ürünlerinden doğan manevi ve maddi çıkarlarının korunması hakkına sahiptir."

Madde incelendiğinde, fikri haklar alanında önemle dengelenmesi gereken iki yarar alanı bulunduğu gözlenecektir. Görülüyor ki, herkes, içinde yaşadığı toplumun kültür varlığına ortak olma, bilimsel gelişmeye katkıda bulunma hakkına sahiptir. Ancak, toplumun sanat ve bilim yaşamının gelişmesinde temel unsur olan fikri mülkiyet hakları, sahiplerine maddi ve manevi yarar sağlama hakkına sahiptir. Burada devlet kamusal yarar ile özel yarar arasında gerekli dengenin sağlanması için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır.

Fikri mülkiyet haklarının uluslararası alanda artan önemi nedeniyle ilk defa bir anayasada düzenlenmiştir. Avrupa Topluluğu,<sup>8</sup> "Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı", Temel Haklar Antlaşması m. II-17, Mülkiyet Hakkı başlığı altında; "Fikri mülkiyet haklarının korunacağı" düzenlenmiştir. 18 Haziran 2004 tarihinde Brüksel'de taslak üzerinde

<sup>5</sup> Virginia B. Keyder, *Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği*, s. 15; Kutlu Oytaç, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, s. 4.

<sup>6</sup> Türkekul, s. 34; Cahit Suluk; *Telif Hakları Ve Korsanlıkla Mücadele*, s. 17.

<sup>7</sup> Suluk, s. 42.

<sup>8</sup> Metinde "Avrupa Ekonomik Topluluğu", "Avrupa Birliği" kavramları, kısaca "Topluluk" olarak kullanılacaktır.

anlaşmaya varılmış ve Topluluk’un birincil hukuku haline gelmiştir.<sup>9</sup>

Bilindiği gibi günümüz toplumu, birçok kişi tarafından "bilgi toplumu" olarak nitelendirilmektedir.<sup>10</sup> Son on yılda hızla gelişen teknoloji ile sanayi toplumu yerini bilgi toplumuna bırakmıştır. Bilgi toplumuna ulaşabilmek içinse, "bilginin üretimi", "bilginin korunması" ve "bilginin paylaşılması" gereklidir. Her türlü düşünce ürünlerini kapsayan fikri haklar, tekelci karakteri ile "bilgi"yi korumanın tek yoludur.<sup>11</sup>

Dolayısıyla, bilgi toplumu ve bilgi ekonomisi kavramları ile tarif edilemeye çalışılan yeni dönemde fikri haklar gerek toplumsal gerekse ekonomik bağlamda atılacak adımların olmazsa olmaz şartını oluşturmaktadır.<sup>12</sup>

## HUKUKUN ROLÜ

Geçmiş yüzyıldaki ekonomik gelişme dönemleri incelendiğinde söylenebilecek tek şey varsa o da özel mülkiyetin yasal altyapısının güçlendiğidir (Anayasa, m. 35).<sup>13</sup>

Bu tespitin fikri altyapısını liberal düşüncenin hazırladığı söylenebilir.<sup>14</sup> Özel mülkiyetin birikim, yönetim ve dağılımına ilişkin yeni yasal biçimlerin ortaya çıkması önce ticari sonra da endüstriyel genişlemenin tüm dönemlerini kesin bir şekilde etkiledi. Fenike ve Romalılardan *lex mercatoria*'nın (ticari örf ve adet hukuku) ilk ortaya çıktığı feodal döneme, Sanayi Devriminin karakteristik özelliği olan Kıta Avrupa'sı hukuku ve Anglo-Sakson hukuk değişikliklerine kadar özel mülkiyette yeni bir bakış, ekonomik dönüşümün politik ve hukuk tarihinin ana özelliklerinden biridir. Evlenme, miras, vergi, şirket, sözleşmeler ve haksız fiil hukuklarındaki değişiklikler son tahlilde özel mülkiyeti düzenleme ve yeni ekonomik koşullara uyumlu hale getirme girişimleri olarak ortaya çıkmıştır. Özel mülkiyet gerçeği ile bağdaşmayan ulusal hukuk sistemleri bu süreç içinde toplumsal çelişkilere tanık olmuştur. Ancak gözden kaçmamaması gereken nokta, özel mülkiyet, ekonomik gelişmenin aracı ve sonucu olmuştur.

Fikri mülkiyet hakları bir bütün olarak topluma, özelde ekonomiye yaptıkları katkılardan ötürü devlet tarafından, sahibine tekel hakkı biçiminde verilmiş veya en azından devlet tarafından korunan soyut, mutlak inhisarî nitelikte özel mülkiyet olarak yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.<sup>15</sup> Fikri mülkiyet haklarının çeşitli alanlarının altında yatan anlayış ve felsefi temel taşları ne kadar farklı olursa olsun, patent, telif hakları, marka, endüstriyel tesa-

<sup>99</sup> *Avrupa Konvansiyonu*, Avrupa Toplulukları Resmi Yay., Lüksemburg: 2003, s. 61.

<sup>10</sup> Hasan Çelikkaya, *Fonksiyonel Eğitim Sosyolojisi*, s. 1; "Bilgi; verinin günlük hayatta işlenmiş, yoğrulmuş yorumlanmış halidir". Erdem Türkekül, "Bilgi Toplumunda Fikri Haklar", s. 28. Daniel Bell'e göre, "Bilgi, telif hakkı veya başka bir sosyal tanıma onaylanmış, bir isme veya isim grubuna bağlı, nesnel olarak bilinen entelektüel mülkiyettir."

<sup>11</sup> Türkekül, *İnternette Fikri Haklar*, s. 34.

<sup>12</sup> Suluk, s. 38.

<sup>13</sup> Roma Antlaşmasının 222. maddesine göre; "... Antlaşma, üye devletlerdeki mülkiyet rejimine ilişkin kurallara hiçbir şekilde helal gelmez". Fikri mülkiyet hakları da klasik mülkiyet haklarında olduğu gibi bu maddenin kapsamındadır. Metin Eriş, *Liberalizm Üzerine Düşünceler*, s. 69. 16. yüzyılda Osmanlı'da devlete ait olan topraklar tüm ülke topraklarının %87'i idi. Oysa günümüz Türkiye'sinde

devletin elinde olan topraklar tüm ülke topraklarının %52'sidir.

<sup>14</sup> Liberalizm düşüncesinin mimarlarından Fransız düşünür Benjamin Contant'ın, "Her alanda her şeyden önce özgürlük", cümlesi yukarıdaki düşüncüyü destekler, Ayferi Göze, *Siyasal Düşünce ve Yöntemler*, s. 244.

<sup>15</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 4 vd.; Oytaç, *Marka Hukuku*, s. 2.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

rimlar ve diğer bütün fikri mülkiyet biçimlerinin esası dayanağı teknelci nitelikte olmasıdır. Bu teknelci hakları bir nebze olsun zayıflatan bölgesel gelişme Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun doğması ile kendini gösterdi. Topluluğun oluşumunun ilk aşamalarında üye ülkelerindeki çeşitli hukukların Topluluğun temel direklerinden biri olan malların serbest dolaşımı konusunda sorun yaratacağı bilinci yerleşmeye başladı. Savaş yıllarında kış uykusuna yatmış bölgesel tekele dayalı yasalar, bu halleriyle, bu yeni idare biçimine, ekonomiler geliştikçe büyük güçlük çıkarmaktaydı. Son otuz yıl boyunca Topluluk birbiriyle çatışan iki ihtiyaç arasında sıkışıp kaldı. Bir yandan dünya piyasasında rekabet edebilmek ve yatırım çekebilmek için ulusal ve uluslararası hukukunu güçlendirmesi gerekiyor, diğer yandan da üye ülkelerin ulusal yasalarını da malların serbest dolaşım ve tek pazar hedefini engelledikleri ölçüde zayıflatmak zorundaydı.

Bu nedenler, mevzuat ve içtihatların dağ gibi yığılmasına yol açtı. Topluluk hukukunun temel prensiplerinden olan malların serbest dolaşımı ve milli hukuk kaynaklı fikri mülkiyet haklarının korunması şeklinde birbiriyle çelişen iki menfaati uzlaştırma yönünde Adalet Divanı tarafından geliştirilen "*hakların tükenmesi*"<sup>16</sup> ilkesi daha da güçlü bir görüş olarak ortaya çıktı.<sup>17</sup> Adalet Divanı kararlarında ilk kez fikri mülkiyet haklarının Topluluk çapında tükenmesini kabul etmiştir. Fikri mülkiyet hakkı sahibi, fikri mülkiyete konu olan malı hakkın geçerli olduğu ülkede kendi rızasıyla ilk kez satışa sunmasıyla o hakla ilgili yayma hakkını tüket-

miş olur. İlk satış veya pazarlamadan sonra, takip eden satış ve el değiştirmelere fikri mülkiyet hakkına dayanarak engel olunamaz. Bu ilke Topluluk açısından da geçerli olup fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izni ile pazara sürülen tescilli malların satışına hakların tükenmesi ilkesi nedeniyle engel olunmamakta ancak Topluluk dışında yapılacak satışlar için hak tükenmemiş olmaktadır.<sup>18</sup> Kısaca hakkın tükenmesi ilgili üye ülke ve Topluluk boyutundadır.

### FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ULUSLARARSI NİTELİK KAZANMASI

Avrupa ulusal fikri mülkiyet hakları yasasını, o zamanki adıyla, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ihtiyaçlarıyla uyumlu hale getirme çabalarının artık büyük ölçüde 1963 tarihli Strazburg Patent Anlaşmasıyla başladığı söylenebilir. Bu, Avrupa hukuk sistemlerinin patent mevzuatlarını birbiriyle uyumlu hale getirerek üye devletler arası ticaretin önündeki engelleri asgari düzeye indirmek için atılmış ilk adımdı.<sup>19</sup> Strazburg Anlaşması, metne imza atan Topluluğa üye ülkelere, başka şeylerle birlikte ortak yenilik, yaratıcılık ve patent olabilirlik standartları saptanmasını tavsiye ediyordu. O zamana kadar Avrupa'daki patent hukukları, 1883 yılında Paris'te imzalanan "*Sınai Mülkiyetin Himayesi İçin Bir İttihat Teşkili Hakkındaki Mukavale*"den beri genellikle birbirinden kopuk, gelişmemiş ulusal hukuklara dayalı bir dizi kültürel ve yerel hukuksal özgünlük göstermekteydi.

Paris Anlaşması olarak bilinen bu anlaşma en başta 11 devlet ta-

<sup>16</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu konuyla ilgili birçok kararında, "*hakkın tükenmesi*" ilkesi "*paralel ithalat*" kavramı çerçevesinde ele almaktadır.

<sup>17</sup> Yılmaz, s. 24.

<sup>18</sup> Gülgün Anık, "AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları", s. 111.

<sup>19</sup> Yılmaz, s. 33.

## Türkiye’de ve Avrupa Topluluğu’nda Fikri Mülkiyet Hakları / A. H. Kılıç

rafından, vatandaşlarının diğer imza sahibi ülkelerde fikri mülkiyet hakları elde etmesini sağlamak amacıyla imzalanmıştı.<sup>20</sup> Düzenli aralıklarla (1900’de Brüksel’de; 1911’de Washington’da; 1925’te Lahey’de; 1934’te Londra’da; 1958’de Lizbon’da ve 1967’de Stokholm’da) revize edilen anlaşma metni 1979’da ciddi anlamda değiştirildi. Bu Anlaşma; bağımsız hükümleri ulusal çaptaki işlemleri, öncelikleri, buluşlar, markalar, endüstriyel tasarımlar, faydalı modeller, ticaret unvanları, haksız rekabet hükümlerini ve bazı ortak kuralları belirlemeye yönelik düzenlemeleri içerir. Fikri mülkiyet alanında bugün dünya çapında geçerli olan uluslararası işbirliğinin temelleri bu Anlaşmaya dayanır ancak imza sahibi ülkeler kendi yasama ihtiyaçlarının gereklerini Paris şartlarına bağlı kalmak koşuluyla yerine getirme konusunda özgür bırakılmışlardır. Bugün 136 ülke tarafından imzalanmış olan Paris Anlaşması fikri mülkiyet hakları alanında çok geniş etkileri olan bir sözleşmedir diyebiliriz.

1963 Strasburg Sözleşmesi, bugün bir kenara bırakılmış olsa da, 1970’lerin daha kapsamlı iki anlaşmasının, 1973’te imzalanan ve 1978’de yürürlüğe giren çok başanlı Avrupa Patent Sözleşmesi ile iki yıl sonra imzalanan Topluluk Patent Sözleşmesi’nin temelini oluşturmuştur.<sup>21</sup> Topluluk çapında geçerli olacak patent yaratmayı hedefleyen Topluluk Patent Sözleşmesi çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır. Çoğu bilimsel görüş bu sistemin hiçbir zaman tam olarak

işlerlik kazanamayacağı yönündeydi. Ancak bu sistem günümüzde tam anlamıyla işler vaziyettedir.<sup>22</sup>

Münih’teki Avrupa Patent Ofisi tarafından yönetilen sözleşme, Ofis’e yapılan tek bir patent başvurusu ve tek bir tescil ile imza sahibi ülkelerin herhangi birinde veya hepsinde patent alınmasını sağlamaktadır. Burada verilen tek bir patent değil de, imza sahibi ülkelerin geçerlilik ve ihlal ile ilgili ulusal yasalarına tabi bir ulusal patentler paketidir. Bu Sözleşmeyi imzalayan 28 Avrupa ülkesi nezdinde koruma sağlaması noktasında, ekonomik ve hukuki açıdan önemli bir işbirliği sağlamıştır. Avrupa Patent Sözleşmesi Avrupa’daki bütün patent yasalarının birbiriyle uyumlu hale getirilmesinin dayanağı oldu. Patent, ticari ve ekonomik genişlemenin bir aracı, ABD ve Japonya ile rekabet etmek isteyen Avrupa için önemli ve tabi tek pazarın gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez bir araç olarak görüldü.

Topluluğun kurulduğu ilk yıllardan günümüze kadar ulusal ve Topluluk kapsamında fikri mülkiyet hakları alanında çıkarılan bütün yasalar üye ülke yasalarını uyumlaştırmayı amaçlamıştır. Topluluk içinde tek pazarı oluşturma amacı ile fikri mülkiyet hakları aynı doğrultuda gelişmiştir. Ancak fikri mülkiyet hakları Topluluğun rekabet hukuku kapsamında yer alır ve daha çok bu hakların ticari yönüne ağırlık verecek biçimde düzenlenmiştir.<sup>23</sup>

Sonuç olarak; uluslararası sözleşmelerle uyum sağlanırken, Topluluk düzenlemelerinde yer alan istisnalar doğrultusunda, birey hakları ile toplumsal yarar arasındaki denge gözetilerek, fikri hakların korunma sürecinde toplumun bilgiye ulaşmasını engelleyici

<sup>20</sup> Türkiye bu Sözleşmeye 1925 yılında taraf olmuştur.

<sup>21</sup> 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu, Topluluk Patent Sözleşmesine aykırı olması sebebiyle, 1995 tarihli 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanunun Hükmünde Kararname ile uyum sağlanarak, Türkiye 01.11.2000 tarihinde taraf olmuştur, **Avrupa Patent Sistemi**, TPE Yay., Broşür 2004.

<sup>22</sup> Maher, s. 159.

<sup>23</sup> "Türkiye AB İlişkileri Temel Kavramlar Rehberi", s. 92-93.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

nitelikteki düzenlemelerden kaçınılmalı ve kullanıcıların fikri hak konusu olan eserlere ulaşmasını sağlayacak yöntemler geliştirilmelidir.<sup>24</sup>

### FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI KAVRAMI

Fikri mülkiyet hakları, düşünce ürünü üzerindeki hakları ifade eden bir terimdir. Türkçe'de bazen "fikri mülkiyet", bazen de "fikri ve sınai mülkiyet" ya da "edebi/artistik, sınai ve ticari mülkiyet" olarak kullanılmakla beraber anlam ve karşılıkları aynıdır.<sup>25</sup> Başka bir deyişle, bunlar aynı kavramları kapsayan şemsiye terimlerdir.<sup>26</sup> Anılan kavramlar, bilgisayar programları ile veri tabanlarını da içeren fikir ve sanat eserlerini (copyrights), patentleri, markaları, faydalı modelleri, tasarımları, coğrafi adlar ile işaretleri, yarı iletkenlerin topografyası veya entegre devrelerin yerleşim düzeni olarak bilinen çipleri ve dijital iletişimci içerermekte ve bunların hepsini birden ifade etmektedir.<sup>27</sup>

Kısa bir tanım yapmak gerekirse; fikri mülkiyet hakları, insanın zihinsel faaliyetlerinin ürünü olan gayri maddi mallar üzerindeki mutlak hakimiyeti temin eden hakları ifade eder.<sup>28</sup> Bu kapsamda fikri mülkiyet hakları, genel tanımı ile sanayiye, tarımda, buluşları, yenilikleri, özgün tasarımları yaratıcıları adına; ticaret alanında üretilen malları veya sunu-

lan hizmetleri diğerlerinden ayırmaya yarayan işaretleri, sahipleri adına tescil edilmesini sağlayan ve hak sahiplerine belirli süreyle mutlak ve münhasır kullanma yetkisi sağlayan haklardır.<sup>29</sup>

### MARKALAR

#### 1. Tarihi Gelişimi

Markaların ne zaman ortaya çıktığı hakkında kesin bir bilgi yoktur. Ancak, Avrupa'da karşılaşılan aile, kent, semt, beylik ve krallık logoları ile bayraklar biçimindeki sembollerin, markaların temelini oluşturduğu; İtalya, Almanya, İsviçre ve Fransa'daki loncalarca kullanılan işaretlerin bu çerçevede özel önemlerinin olduğu belirtilmektedir.<sup>30</sup> Markalar Ortaçağda imal edilen veya ticarete konu olan mallar üzerine konur ve korunurdu.<sup>31</sup> O dönemde ticari hayatın özelliklerine uygun olarak imalatçı veya tacirin şahsına mahsus olanlardan önce, mensubu olduğu mesleki grubun, loncanın işareti idi (kolektif marka); lonca üyeleri için bu markayı kullanma zorunluluğu vardı. Sonradan, Fransız devrimin açtığı çığır ile esasta serbestlik, diğer taraftan da her müessesenin kendine has marka (ferdi marka) kullanma durumu ortaya çıktı.

Dünyada markalarla ilgili ilk düzenlemeler taklide, hileye karşı korumayı amaçlayan düzenlemeler olup İngiltere ve ABD'de de görmektediriz. 1857 tarihinde Fransa'da düzenlenen "Üretim ve Ticari Markalar Hakkında Mevzuat" ilk düzenlemelerdendir. Daha sonra 1874 tarihli "Alman Markalar Kanunu" gelmektedir. Sahte işaretlerin kullanılmasını yasaklayan üretim

<sup>24</sup> "II. Bilişim Şurası Hukuku Raporu Yönetici Özeti-2004", s. 29.

<sup>25</sup> Tekinalp, s. 1; Bahadır M. Erdem, "Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", s. 9.

<sup>26</sup> Tekinalp/Tekinalp, *Avrupa Birliği Hukuku*, s. 681.

<sup>27</sup> Tekinalp, s. 1.

<sup>28</sup> Erdem, s. 10.

<sup>29</sup> Uğur Yalçınar, *Marka-Patent Hukuku*, s. 581.

<sup>30</sup> Tekinalp, s. 1-3.

<sup>31</sup> Kutlu Oytaç, *Marka Hukuku*, s. 2.

markalarından sonra, önceki kullanımı esas alan ve tescilli öngören "Marka Kanunu" 1875 yılında İngiltere’de uygulamaya konulmuştur.<sup>32</sup> 20 Eylül 1871 tarihli "Eşya-i Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname", incelemesiz marka tescilini esas alan Osmanlı döneminde çıkarılan ilk marka örneklerindedir. Bu düzenleme aynı zamanda TC’nin markalarla ilgili ilk yasal düzenlemesidir de. Zira Alamenti Farika Nizamnamesi 1965 tarihli "551 sayılı Markalar Kanunu"na kadar yürürlükte kalmıştır. Ancak bu düzenleme 1857 tarihli "Fransız Markalar Kanunu"na dayanmaktadır. O dönemde tescil edilen markaların çoğunluğu Fransız menşeli mallar olup marka tescil belgesinde Fransızca ibareler de geçmektedir.<sup>33</sup>

551 sayılı Markalar Kanunu, gelişen dünyada Türkiye’nin ihtiyaçlarına cevap veremez hale gelmesi nedeniyle, konu tartışmaya açılmış ve sınai mülkiyet alanındaki 80’li yıllardan beri süregelen çalışmalar sonucu, 1995 yılında "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" kabul edilmiştir.<sup>34</sup> Bu düzenlemelerin kanunla yapılmayıp KHK’larla getirilmesi, Ortaklık Konseyi Kararında sınai mülkiyet hakları alanındaki değişikliklerin gerçekleştirilmesinin sıkışık bir takvime bağlanmış olmasıyla açıklanabilir.<sup>35</sup>

Markalara ilişkin yeni düzenlemenin kabulü sürecini hızlandıran olgu, AT-Türkiye Ortaklık Konseyinin, 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı’dır. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın IV. kısmında "Yasaların Yakınlaştırılması" başlığı altında taraflar fikri mülkiyet haklarının uygun ve etkin biçimde korumak suretiyle güçlendirilmesine verdikleri önemi belirtmişlerdir (m. 29/1). Fikri mülkiyet haklarının korunması konusunda Türkiye’ye düşen yükümlülükler Ek No. 8’de düzenlenmiştir.

## **2. Marka Hakkı Korumasının Gerekliliği**

556 sayılı KHK’nın 4128 sayılı Kanunla değişik 5. maddesinde, marka, tanımlanmamış, marka olarak kullanılabilecek işaretler belirtilmiştir. Buna göre,

"Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlama koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret markadır."

Marka olarak kullanılacak işaretin iki unsurdan oluşması gerekir. Birincisi, marka çizimle görüntülenebilmeli veya benzer şekilde ifade edilebilmelidir. İkincisi, ayırt edici karaktere sahip olmalıdır.<sup>36</sup>

Usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir markanın nasıl ve kim lehine, kime karşı, ne kadar süre ile ne şekilde yasal bir koruma altında olduğu, marka hakkına tecavüz halinde ne gibi yasal yollara başvurulabileceği kural olarak 556 sayılı KHK’da düzenlemiştir. Bir markanın mevzuattaki haklardan yararlanabilmesi için markanın

<sup>32</sup> Uğur Yalçınar, "Türkiye’de Sınai Mülkiyet Korunmasının Tarihsel Gelişimi", s. 3.

<sup>33</sup> TPE, *Tarihinden Marka Örnekleri*.

<sup>34</sup> Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 17; Ergun Özsunay, "551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde Markalara İlişkin Bazı Önemli Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında KHK/556 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler", *Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları Semineri*, s. 14.

<sup>35</sup> Uğur Yalçınar, "Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nın Getirdikleri", s. 63.

<sup>36</sup> Arkan, s. 35; Tekinalp, s. 316.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

tescil edilmiş olması şarttır. Markanın sağladığı haklar üçüncü kişilere karşı tescilin yayını tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebinde bulunulabilir.

Tescil edilmemiş markalar ancak genel hükümlere göre himaye görür.<sup>37</sup> (TTK m. 56, 57) Tescilli marka sahipleri, bunu özellikle belirtmek ve başkası tarafından o markanın taklit edilmesini ve izinsiz, haksız kullanılmasını önlemek amacıyla markaların ürünleri ve ambalajları üzerine koyarken ayrıca bir daire içinde ® harfini koymaya özen gösterirler. Bu işaret tescilli marka anlamına gelen İngilizce "registered" sözcüğünü anlatır. Bu işaret o markanın tescilli olduğunu ve dolayısıyla ilk tescil ettirenin onun sahibi bulunduğunu, üçüncü şahıslara karşı yasal korumada olup taklit edilemeyeceğini, her nasılsa tekrar tescil ettirilebilmiş olması veya ilk tescil ettirenden izin alınmadan haksız kullanılması halinde bunları yapanlara karşı 556 sayılı KHK'da belirtilen davaların açılabilmesini ifade etmektedir. Tescille doğan hakların kapsamında istisna ise dürüstçe ve ticari veya sanayi konuları ile

ilgili olarak kullanılmalari koşulluyla 3. kişilerin ad ve adresini mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim ve sunulmuş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamalarda kullanmalarını marka hakkı sahibi tarafından engellenemez.

556 sayılı KHK, mal ve hizmet markalarına ikili bir koruma sağlamaktadır. Öncelikle hak sahibine mülkiyet hakkının korunmasını ve tüketiciye de marka tarafından belirtilen mal ve hizmetin menşei ve kalitesinin güvencesini sağlar. Markalar hukukunun bu işlevlerinden hangisinin belirleyici sayıldığı zamana ve ulusal veya uluslararası bağlama göre değişir. Örneğin Avrupa Topluluğu'nda pek çok tartışmadan sonra üye devletlerde markalar hukukunun uyumlu hale getirilmesine ilişkin 89/104 sayılı Yönerge markanın işlevinin ürünün "menşei konusunda marka garantisini sağlamak" olduğunu belirtir. Dolayısıyla markalar hukukunun tüketicinin aklının karışmasını önleyici işlevi daha önemli görülmekte ve bir markanın karışıklığa yol açma potansiyeli onun tescil edilebilirliğine veya geçerliliğine karar verilmesinde önemli bir kriter olmaktadır. Bu kriter Kıta Avrupa'sı markalar hukukuna uygundur ve Türk hukuk öğretisinde de desteklenmiştir. Ancak karıştırmayın tanımının ne olduğuna karar verilmesinin üye devletlere bırakılmış olduğu ve gerçekten de Topluluk içinde ülkeden ülkeye değiştiği unutulmamalıdır.

Fikri mülkiyet hakları ile rekabet hukukunun çatıştığı nokta fikri mülkiyet haklarının tekel hakkı sağlamasıdır. Milli haklar, fikri mülkiyet hakkı sahiplerine tekel hakkı vererek, bu hakların başkaları tarafından kullanılmasını engeller.<sup>38</sup> Markalar hukuku, Türkiye'de daha geniş kap-

<sup>37</sup> Tony Willoughby, *Enforcement of Trade Marks in United Kingdom*, Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights in Turkey, İstanbul 2004, s. 6 vd., 1994 tarihli İngiliz Ticari Markalar Kanununa göre; marka hakkı kullanma sonucu kazanılmaktadır. Bu hak, haksız rekabet (passing off) hukukunun genel hükümlerine göre de öncelikle korunabilmektedir. Ancak illa haksız rekabet hükümlerine başvurmak gerekmiyor, hak kaybının, ihlalin oluştuğuna ilişkin uzman patent hakiminin kanaatinin oluşması yeterlidir. Aslında yazılı hukuk kurallarının düzenlenmesinden ziyade mahkeme kararları ve uygulamaya geliş kurallarının hakim olduğu "common law" hukukunun karakteristik özelliğidir diyebiliriz. Neticede her türlü somut olayda adaleti sağlama amacına ulaşması açısından farklı bir sistemdir.

<sup>38</sup> Anık, s. 115.

samli olarak, genel hükümler anlamında haksız rekabet hukukuna göre de korunur. Haksız rekabet hukuku, dürüst rekabeti ve tüketiciyi korur.<sup>39</sup> Bu hukuk bütünlüğü daha önceki mevzuata göre hiçbir korumaya sahip olmayan fikri mülkiyet haklarının ve diğer ilgili hakların korunmasına yıllarca hizmet etmiştir. TTK'nın 56 ve 57. maddelerinde düzenlenen hükümler Alman Ticaret Kanunu'ndan alındığı şekliyle Türk haksız rekabet hukuku fikri mülkiyet alanında geleneksel korumasının dayanağını oluşturur. Aslında rekabet hukukunun geçmişine baktığımızda Alman hukuku çıkışlı olduğu ve Topluluk hukukundaki düzenlemelerin de dayanağını oluşturduğunu söyleyebiliriz.<sup>40</sup>

### **3. Marka Tescil İşlemleri**

Tarihi gelişimi içinde, marka hakkı edinilmesi konusunda iki sistem mevcuttur. Birincisi Anglo-Amerikan hukuku çevrelerinde hakim olan "markanın kullanım yoluyla kazanılması", ikincisi ise Türkiye ve Kara Avrupa'sında geçerli olan "tescil sistemi"dir.

556 sayılı KHK'da düzenlenen tescil sistemine göre; marka tescilinin usûlü; yazılı başvuru, başvurunun incelenmesi, başvurunun yayınlanması, üçüncü kişilerin görüş ve itirazları, itirazların çözümü, başvurunun kesinleşmesi, tescil ve tescilin Markalar Bülteni'nde yayınlanmasıdır. Marka tescil işlemleri ortalama 12 ila 18 ay sürmektedir.

Markaların tescili ve korunması hususunda, mal/hizmet sınıfı sistemi uygulanmaktadır. Mal ve hizmet markaları tescil edilip 556 sayılı KHK'nın düzenlediği korumadan yararlanabilmek için TPE'ye

ayrı ayrı başvuru yapılması gerekir. 556 sayılı KHK'nın 24. maddesine göre, markanın kullanılacağı mallar ve hizmetler, markanın tescili, amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılır. Buna göre mal ve hizmet sınıfları belirlenmiş ve her sınıf kendi içinde aynı tür mal ve hizmetleri kapsayacak şekilde ayrıca gruplandırılmıştır. Bir grup içerisinde yer alan mal ve hizmet de bu grup içerisindeki diğer mal ve hizmetlerle aynı türden kabul edilmiştir. Ayrıca, aynı tür mal ve hizmetlerin değerlendirilmesinde, mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin "Nice Anlaşması" hükümlerine göre, uygulanacak sınıfların listesi ve uygulamaya ilişkin, Türk Patent Enstitüsü'nün, BİK-TPE 2002/3 numaralı tebliği de yayımlanmıştır.<sup>41</sup>

Bir markanın tescili için başvuruda bulunabilecek kişiler, 556 sayılı KHK'nın 31. maddesinde, 3. maddeye yollama yaparak belirtilmiştir. 556 sayılı KHK'nın 3. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler veya Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişiler bizzat veya marka vekili aracılığıyla markanın tescili için TPE'ye başvurabilirler.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde 3. maddede belirtilen kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptirler (m. 4). Bu hüküm ile marka hakkının

<sup>39</sup> Kutlu Oytaç, "Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri ile Birlikte Ele Alınması".

<sup>40</sup> Maher, s. 140.

<sup>41</sup> Bu sistemin uygulanmasıyla ilgili olarak, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından, Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin BİK/TPE: 2002/3 nolu Tebliğ çıkarılmıştır (RG. 31.12.2001, S. 24627).

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

korunması TC'nin taraf olup yürürlüğe koyduğu uluslararası anlaşmalar düzeyine çıkmış ancak koruma için kural olarak talep şartı aranmıştır.<sup>42</sup>

Bu hükmü şöyle değerlendirmek gerekir; çeşitli ülkelerde marka hukuku az ölçüde farklılıkla birlikte büyük ölçüde birbiriyle benzeşmekte, çeşitli ulusal ya da uluslararası yargı organlarının veya doktrininin aynı mantıktan yola çıktığı ve benzeri doğrultuda karar ve sonuçlara vardıkları görülmektedir. Günümüzde fikri mülkiyet haklarında, özelde markalarda, uluslararası tek düzelik mevcuttur diyebiliriz.

Tescilli markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde kullanılması zorunludur. Bu süre içinde kullanılmayan markalar, aynı markayı tescil ettirmek isteyen bir başka kişinin talebi üzerine mahkeme tarafından iptal edilir. (M. 15) Mevzuata uygun olarak tescil edilen marka üzerinde o kişinin hakkı ve koruma süresi 16. maddeye göre, tescil tarihinden itibaren 10 yıldır. Ancak bu 10 yılın bitiminde, 10 yıllık sürenin bitiminden itibaren geçerli olmak üzere, her defasında 10 yıllık müddet için marka hakkı sahibinin başvurusu ile yenilenmek suretiyle bu süre sürekli uzatılabilir. Hak sahibi bu başvurusunu, koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden önceki altı ay içinde gerçekleştirilir. Bu sürenin kaçırılması durumunda, yenileme talebi, ek ücret ödenmesi koşuluyla koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden itibaren 6 aylık süre uzatımı içinde de yapılabilir. Bu süreler içinde yenilenmeyen markalar hükümsüz sayılır.

## 4. Gümrük Birliği

Avrupa Parlamentosu 23 Kasım 1995'te 1/95 sayılı AT-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı'nı onaylaması sonucu Türkiye gümrük birliğine girdi. Bu karar ile mal ve hizmetler üzerine konan eş etkili resim ve haraçlar iki taraflı olarak ortadan kaldırılıp Ortak Gümrük Tarifesi'ne geçildi.

Türkiye-AB Gümrük Birliği, bir gümrük birliğinden daha ileri bir adımdır. Fikrî ve sınaî mülkiyet hakları, teknik mevzuat ve standartlar, kamu alımları ve rekabet hukuku gibi alanlarda bütünleşme ve işbirliği getirmektedir.<sup>43</sup> Bir gümrük birliğinin başarıyla işlemesi için, bu alandaki bütün yasal düzenlemelerin uyumlulaşması gerekmektedir. Bu doğrultuda Ortaklık Konseyinin 1-95 sayılı Gümrük Birliği kararı çerçevesinde Türkiye fikri mülkiyet hakları alanında kendi mevzuatını Topluluk iç pazar mevzuatıyla uyumlulaştırmaya başlamış ve 1995'ten günümüze kadar çok az istisnalar hariç yasal uyum sağlamıştır.

1996'da Gümrük Birliği'nin yürürlüğe girmesinden önceki durumda, Türkiye'de patent hakları verilmesi için hukukî temel 1879 tarihli "İhtira Beratı Kanunu" idi. Çağdaş gelişmelerin gerisinde kalmış olan bu Kanun, önceden maddî inceleme olmaksızın, patentlerin sadece tescil edildiği bir sistem öngörüyordu. Ticarî markaların tescil edilmesi bakımından, 1965 tarihli Markalar Kanunu ise, kavramları yönünden hayli çağdaş olsa da, bir ölçüde eksikti: örneğin, hizmet markaları korunamıyordu. Ayrıca, endüstriyel tasarımların ve coğrafî işaretlerin korunması için özel mevzuat yoktu. Kendi mevzuatını Topluluk mevzuatıyla uyumlu hale getirmek için, Türkiye çok kısa bir zamanda gerekli değişiklikleri yaptı.

<sup>42</sup> Suluk, s. 23.

<sup>43</sup> Imelda Maher, "Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hakları: Biçimselliğin Evrimi", s. 134.

## Türkiye’de ve Avrupa Topluluğu’nda Fikri Mülkiyet Hakları / A. H. Kılıç

Türkiye, 1995’ten sonra fikrî mülkiyet hakları alanında Avrupa Patent Sözleşmesi gibi uluslararası anlaşmaların çoğuna taraf olmuştur. Yakın gelecekte ele alınması ve imza edilmesi gereken az sayıda anlaşma kalmıştır. TRIPS,<sup>44</sup> fikrî mülkiyet hukukunda üye ülkelerde uyumlulaştırılması gereken yedi kategori belirlemektedir. Türkiye, patentler, ticarî markalar, endüstriyel tasarımlar ve coğrafi işaretler için kendi sınaî mülkiyet mevzuatını Haziran 1995’te uyarlamıştır. Türkiye, üç uluslararası sözleşme (Bern Sözleşmesi, Roma Sözleşmesi ve GATT<sup>45</sup>-TRIPS anlaşmaları) ve altı Topluluk yönergesi ile uyumlulaşma amacıyla, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun bazı maddelerinde önemli iyileşmeler sağlamıştır.

Fikrî mülkiyetle ilgili hükümlerin uygulanması hakkında bir değerlendirme; bu kadar kısa bir zamanda fikrî mülkiyet kanunlarını bu kadar çok değiştirmiş başka bir ülkenin muhtemelen olmadığını göstermektedir. Reform hızının, kesinlikle, sadece Gümrük Birliği’ne değil, aynı zamanda küresel ticaret şartlarına, daha çekici bir yatırım ortamı sunma arzusuna ve TRIPS hükümlerine uyma ihtiyacına bağlanabileceği söylenebilir. Ancak, koruma düzeyi iyileşmiş olmakla beraber, Türkiye’nin hala

yapması gereken bazı düzenlemeler vardır.

Fikrî mülkiyet haklarının korunmasında uygulamaya (tescil ve koruma prosedürlerine) destek olmak ve sistem kurmak üzere 1995 yılında TPE kuruldu. (554 sayılı KHK)

Daha şimdiden sağlanmış olan hayli yüksek düzeydeki uyumlulaşma dikkate alınırca, Türkiye’nin, kendi mevzuatını Topluluk mevzuatıyla tam olarak uyumlu hale getirmekte herhangi bir problemle karşılaşmayacağı söylenebilir. Türkiye’nin yeni fikrî mülkiyet kanunları, Gümrük Birliği’nin ve TRIPS anlaşmalarının gerekli kıldığı entegrasyon sürecinin tamamlanması yönünde önemli bir mesafe almıştır. Fakat, mevzuatın etkin biçimde uygulanması konusuna özel dikkat gösterilmelidir. Mevzuat, fikrî mülkiyet ihlalleri sorununu çözmenin ancak bir kısmıdır.

556 sayılı KHK, Ortaklık Konseyinin 1-95 sayılı Gümrük Birliği kararına uyumu açısından önem arz etmektedir. Markalar hukuku alanında 556 sayılı KHK, üye devletlerin marka ile ilgili yasaları arasında uyum sağlayan 89/104 sayılı Topluluk Yönergesi hükümleriyle uyumludur. Bu Yönerge’ye göre, mal ve hizmet markalarının kapsama alanları, reddedilme ve hükümsüz kılınma gerekçeleri, haklar, hakkın sona ermesi, lisans alma, kabul, kullanım, yaptırımlar ve iptali gibi alanlar uyumlu hale getirilmektedir.

Sonuç olarak, 1-95 sayılı Gümrük Birliği’ne ilişkin Ortaklık Konseyi kararı umut edildiği gibi Türkiye’nin ihracatını iki katına çıkarmadığı gibi son dokuz yıllık süre içinde Türk ekonomisini 200 milyar dolar gibi bir zarara da uğratmıştır. Özellikle karara, Topluluğu kuran anlaşma ile Avrupa Hukuku’nu yorumlama yetkisi tanıyan Adalet Divanının yargısal de-

<sup>44</sup> Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması’nın eki olan ve bütün fikri mülkiyet hukukunu kapsayan, "Ticaretle Bağlantılı Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)", fikri ve sınai mülkiyet haklarını uluslararası alanda en kapsamlı şekilde düzenleyen anlaşmadır. Türkiye, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararınının 8 nolu Ek’i ile TRIPS Anlaşmasını uygulayacağını taahhüt etmiştir. Türkiye, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması’nı imzalayarak, Anlaşmanın 1 C Ek’i olan TRIPS Anlaşmasına da taraf hale gelmiştir.

<sup>45</sup> "Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması" (General Agreement on Tariffs and Trade) 01.01.1995 tarihinde yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ile GATT bir örgüte dönüştürülmüştür.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

netim işlevi yansıtılmamıştır.<sup>46</sup> Zira, Türkiye'nin ve Türk firmalarının Adalet Divanı'na zararın somut olarak tespit edilip telafi edilmesi için başvuruma yetkisi tanınmamıştır. Yine yapılan onca yasal düzenlemelere rağmen Türkiye'nin Topluluğa tam üyeliğine ilişkin 2003 yılı İlerleme Raporunda; taklit ve korsan mallar alanında bu düzenlemelerin yetersiz kaldığı, özellikle mevzuatın daha etkin bir şekilde revize edilmesi için gümrük idari yapısı, polis ve mahkeme işbirliğinin yaygınlaştırılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>47</sup> Her şeye rağmen uygulamada ufak da olsa aksaklıkların olabileceğini düşünerek, raporun olumsuz bu kısmına "insaf" dediterek yanının olduğunu belirtmek gerekir.

### 5. İhtisas Mahkemeleri

Bilindiği gibi bir ülkede fikri mülkiyet hakları sisteminin etkin bir şekilde işlemesi için başlıca üç unsura ihtiyaç vardır. Birincisi idari açıdan iyi yapılanmış, aksamayan çalışan kurumsal yapılardır. Bununla özellikle tescil sisteminin geçerli olduğu sınai mülkiyet alanında iyi organize olmuş TPE, marka, patent ve tasarım vekilleri, yeni bitki çeşitlerinin korunmasında Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ile tescil sisteminin olmadığı telif hakları alanında Kültür Bakanlığı aklı gelmektedir.

İkinci unsur ise bir biriyle ve uluslararası düzenlemelerle uyumlu, tutarlı, kolay anlaşılır yasal düzenlemelerdir.

Sistemin son kısmı ise, yasalarla tanınan fikri mülkiyet haklarının hızlı ve etkin bir şekilde

korunmasını sağlayacak uzmanlaşmış yargı organlarını oluşturmaktır. Uzmanlaşmış mahkemeler ve hakimlerle, sadece fikri mülkiyet hakları davalarıyla ilgilenme olanağı buldukları için, bu alanda uzmanlık bilgisi oluşturulabilir ve böylece yargılama süreci daha kısa zamanda tamamlanabilir.

1995 yılında fikri mülkiyet hakları ile ilgili kabul edilen bütün KHK'larda, hukuk ve ceza davalarına bakmakla görevli Adalet Bakanlığı'nca kurulacak İhtisas Mahkemeleri düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, Adalet Bakanlığı tarafından Hakim ve Savcılar Kurulu'nun 15.10.2003 tarih ve 436 sayılı kararı ile; "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu" ile marklar, patentler ve tasarım konularında "551, 554, 555, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname"lerde belirtilen uyuşmazlıklar ve cezalar konusunda yetkili olarak 2001 yılından beri görev yapan İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'ne ek olarak:

- Ankara'da Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ile Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi,
- İzmir'de Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi,
- İstanbul'da mevcut bulunan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ise 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olarak görevlendirilerek 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ve Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi kurulmasına karar verilmiştir.

Fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemelerinin yargı çevrelerinin kuruldukları il mülki hudutları olarak belirlenmesine karar verilmiştir. Diğer illerde ise hukuk ve ceza mahkemeleri olarak Asliye Ticaret Mahkemeleri (yok ise Asliye Hukuk Mahkemesi) ile Asliye Ceza Mahkemeleri fikri ve sınai haklarla ilgili davalara bakmakla görevlidir.

<sup>46</sup> Harun Gümrükçü, *Türkiye ve Avrupa Birliği*, s. 150.

<sup>47</sup> *Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu*, s. 119.

## AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU

### 1. Kapsam

Fikri mülkiyet hakları nitelikleri itibariyle inhisari [tekelci] nitelikte olup aynı zamanda koruma ve uygulamaları açısından ülkeseldir. Bu özellikleri nedeniyle fikri mülkiyet hakları, Topluluğu oluşturan ülkelerin pazarlarını tek bir pazara dönüştürme amacı ile çelişki içindeydi. Hak sahiplerine sağladıkları tekel ve ülkesellik yetkileri Topluluğun tek pazarını olumsuz yönde etkilemekteydi. Bu çelişkiyi gidermek için iki temel çözüm yolu getirilmiştir. Birincisi "yargısal çözüm", ikincisi ise "yasal düzenleme yapma". Birinci çözüm, Avrupa Adalet Divanı'nın vermiş olduğu kararlar ile uzlaştırma sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>48</sup> Divan, vermiş olduğu kararlarda, Topluluğun temel prensipleri karşısında fikri mülkiyet haklarının yerini tespit etmektedir.<sup>49</sup> Divan bu tespiti yaparken hareket noktası 1957 tarihli Roma Antlaşması'nın mevcut hükümleri ve bu hükümlerin yorumu ile oluşturduğu içtihatlardır.

### 2. 89/104 Sayılı Yönerge

Avrupa Topluluğu eksenli tek pazarın oluşması bakımından fikri mülkiyet haklarının tümü önem arz etmektedir. Marka hukuku da bu paralelde düşünülürse, üye ülkelerin marka hukukundaki farklılıklar, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını engelleyebilecek özelliktedir. Bu nedenlerle, Avrupa Komisyon'unda, üye devletlerin marka hukukuna ilişkin mevzuatının uyumlaştırılması ihtiyacı doğmuştur. Komisyon bir yandan üye ülkelerin mevzuatlarının uyumlaştırılmasına yönelik çalışmalarını sür-

dürürken, bir yandan da Topluluğu'nun kendi marka hukuku sistemini oluşturma çalışmalarına başlamıştır. Bu çalışmalar sonucunda üye devletlerin iç hukukunun uyumlaştırılması konusunda, "89/104 sayılı Üye Devletlerin Markalar Hakkındaki Hukuk Kurallarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Birinci Konsey Yönerge'si" kabul edilmiştir.

Topluluğa üye devletler, marka olarak kabul edilecek işaretlerin belirlenmesi, geçersizlik ve red sebepleri, markanın sağladığı haklar, markanın meşru kullanımı, tüklenme de dahil marka hakkının sınırlandırılması, lisans ve devre ilişkin temel prensipler ve iptal sistemleri bakımından Yönerge'de öngörülen hükümleri iç hukukta kabul etmeyi taahhüt etmişlerdir. Yönerge'nin çıkarılma nedeni, Topluluğa üye devletler marka hukukunda, farklı düzenlemeler yapılmış olmasından dolayı malların ve hizmetlerin serbestçe dolaşımının aksaması ve bu durumun ortak pazardaki rekabet düzenini bozmasıdır. Ancak üye ülkeler arasında tam bir uyumlulaştırma bulunduğu söylenemez.<sup>50</sup>

Yönerge'de, tescil prosedürü ve tescilsiz markaların korunması konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>51</sup> Bu iki konunun ulusal mevzu-

<sup>50</sup> 89/104 sayılı Yönerge, üye devletler arasında farklılık gösteren marka mevzuatlarının, nihai olarak uyumlaştırılmaları amacını gütmemiş sadece iç pazarın işleyişini direk olarak etkileyen, iç hukuk hükümlerinin uyumlaştırılmasını hedeflemiştir. Diğer alanlarda üye devletler mevcut hukuklarını devam ettirebilecekler veya istedikleri ölçüde kanun yapabileceklerdir (Yönerge'nin Giriş Kısmı), Özsunay, s. 50.

<sup>51</sup> Yönerge, üye devletlerin "kullanma" neticesinde kazanılan markanın korunması ve devamlılığı hususundaki haklardan mahrum kaldıklarını ve tescil, iptal edilebilirlik, hükümsüzlük ile iptal ve hükümsüzlüğün etkileri gibi usule ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde serbest oldukları belirtilmiştir. Ancak Yönerge'deki uyumlaştırıcı hükümler bağlayıcıdır. Marka hukukunun temel alanlarını

<sup>48</sup> Maher, s. 142.

<sup>49</sup> İlhan Yılmaz, "Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar", s. 17.

at tarafından ortak olarak düzenlenmemesinden dolayı, marka tesciline ve tescilsiz markaların korunmasına ilişkin hükümler farklılık arz etmektedir. Yönerge, tescil işlemini, marka üzerinde hak kazanmanın ve marka korumasının olağan yolu olarak kabul etmekte, ancak bu sistemlerden birinin kabulüne ilişkin bir zorunluluk öngörmemekte, üye devletleri seçimlerinde serbest bırakmaktadır.<sup>52</sup> Çünkü bu sistemlerden birinin herhangi bir üye ülkedeki kökleri derinlerde bulunabilir ve bu ülkenin diğer sisteme uyum sağlaması bu sebeple güçlükler yaratabilir. Bu noktada marka hakkının kazanılması, kazanılma anı ve buna bağlı işlemler üye ülke mevzuatlarında farklı düzenlenmelere neden olmuştur.

Avrupa Topluluğu bünyesindeki çalışmalarda yer alan, marka tescilinin mutlak ve nispi red nedenleri günümüze kadar gelmiş ve 556 sayılı KHK'ya da yansımıştır. Topluluk üyeleri için 1992'de yürürlüğe giren bu Yönerge'nin Türk Hukukundaki tesirleri, hizmet markalarının tanınmasında (m. 2), marka tescil sebeplerinin öngörülmesinde (m. 7, 8) ve korumaya ilişkin hükümlerde (m. 9-13) kendini gösterir. Marka tescilinde doğan haklarla ilgili hukuki işlemler, tescil başvurusu, markanın hükümsüzlüğü ve sona ermesi hükümleri de Topluluk hukukundan etkilendirilmiştir.

---

kapsayan bu hükümler özellikle markanın tescil edilebilirliği, tescille kazanılmış haklar ile önceki hakların etkilerine ilişkindir. Dolayısıyla üye devlet bu alanlarla ilgili konularda Yönerge ile bağdaşmayan veya Yönergede hiç bahsedilmeyen hükümleri kanunlaştıramaz. Ayrıca Yönerge üye devletlerin uymakla zorunlu olduğu emredici hükümleri birbirinden ayırmıştır (bkz.: Yönergenin Giriş Kısmına).

<sup>52</sup> Erik Nooteboom, *Toplulukta Markalar Hukuku*. s. 48.

### 3. 40/94 Sayılı Topluluk Marka Tüzüğü ve Topluluk Markası

Avrupa Topluluğu'nun kendi marka sistemini oluşturmasına yönelik çalışmaları, tek bir tescil ile tüm Avrupa için geçerli olacak bir marka sistemi oluşturmaya yöneliktir. Tek marka sistemi, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle tartışılmaya başlanmıştır. Topluluk Markası Tüzüğü'nün ilk taslağı Komisyon tarafından 1964 yılında hazırlanmıştır. Bu çalışmalar sonucunda, Komisyon tarafından 1973 yılında, "Avrupa Markası Konvansiyonu" başlığını taşıyan bir ön taslak hazırlanmıştır. Bakanlar Konseyi, 20 Aralık 1993 tarihinde "40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü"nü kabul etmiştir. Tüzük, Türk marka hukukunun kaynaklarından biridir. Fikri mülkiyet hakları milli hukuklarda düzenlendiğinden, sınır ötesi ticareti engellemelerine en bariz cevap Topluluk çapında fikri mülkiyet haklarının geliştirilmesidir. Bu kapsamda Topluluk genelinde, milli hukuklar yanında onlara takviye olmak üzere tek Topluluk Markası, Topluluk Patenti, Topluluk Tasarımı ve Topluluk Bitki Sistemi oluşturma yoluna gidilmiştir.<sup>53</sup>

Marka tescil edildiği ülkede geçerli bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile bir ülkede tescil edilen bir marka diğer ülkelerde de otomatik olarak geçerli olmaz. Diğer ülkelerde de geçerli olabilmesi için o ülkelerde de marka sahibi tarafından tescil edilmesi zarureti vardır. Topluluğa üye ülkeler, bu sisteme çözüm olmak üzere, malların ve hizmetlerin Topluluk'ta serbest dolaşımını da gözönünde tutarak tek bir tescille tüm Topluluğa üye devletlerde koruma sağlayabilmek için Topluluk Markasını (Community Trade Mark) kabul et-

---

<sup>53</sup> Maher, s. 158.

mişlerdir. Topluluk, 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren İspanya’nın Alicante kentinde kurduğu Topluluk Marka Ofisi’nde<sup>54</sup> tescil başvurularını kabul etmeye başlamıştır. Buna göre Topluluğa mal ihraç edecek firmalar, Topluluk Markasını elde ederek Topluluğa üye 25 ülke ve Türkiye’de markalarının korunmasını sağlayabileceklerdir. Topluluk Markasının temel avantajlarından birisi ücretlidir. Üye ülkelerde ayrı ayrı yapılacak başvuru ve tescil ücretlerinin toplamı dikkate alındığında Topluluk Markası’nın ücretinin daha ucuz olduğu kesindir.

Topluluk Markası için OHIM’e başvuruda bulunurken önceki 6 aylık bir süre zarfında gerek Türkiye’de veya gerekse Paris Sözleşmesi’ne üye ülkelerden herhangi birinde marka tescil başvurusu yapmış veya tescil ettirmiş veya Paris Sözleşmesi’nin kabul ve tarif ettiği manada uluslararası bir fuarda mal sergilemiş ise, buna dair belgeyi Avrupa Topluluğu marka başvurusuna ekleyerek Paris Sözleşmesi rüçhan(priorite) hakkından yararlanabilir. Bu takdirde Topluluk Markası müracaat tarihi, ilk başvurunun yapıldığı veya malı sergilediği tarih olacaktır. 1883 tarihli Paris Sözleşmesi’ne üye ülke vatandaşlarının başvurusuna açık olan Topluluk Markasına, Türk Vatandaşları da başvuruda bulunabileceklerdir. Ayrıca Topluluk marka hukuku, 556 sayılı KHK ile tam bir uyum içinde olduğundan Türkiye’den yapılacak başvurular için herhangi bir yasal sakınca yoktur.

Yönerge, üye devletlere "tescil sistemi" ve "kullanma sistemi" arasında tanıdığı seçim serbestisinden farklı olarak, Topluluk Tüzüğü’nde, tescil sistemini kabul etmiş ve bu sistem 556 sayılı

KHK’ya da yansımıştır.<sup>55</sup> Bu sistem çok uluslu şirketler için avantaj sağlamaktadır. Zira, bu tür şirketlerin birden çok ülkede marka tescilini tek bir tescil prosedürüne indirerek hem zaman hem de tescil maliyetini azaltması bakımından kazanç sağlamaktadır. Topluluk Markası tüm Topluluğu kapsayacak şekilde olmadıkça tescil edilemez, devredilemez veya iptali ya da geçersizliği söz konusu olmaz.

Malların ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesi şartıyla, üç boyutlu işaretler, kelimeler, kişi isimleri, şekiller, harfler, numaralar ve ürünün ambalajı da dahil, şekil olarak ifade edilen her türlü işaret Topluluk Markası olarak tescil edilebilir. (M. 4) Topluluk Markası sahibi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. (M. 5) Topluluk Markasının tek bir tescille Topluluk çapında sağladığı koruma avantajı olmakla beraber tescile konu işaretin tüm üye devletlerde kabul edilmesi şarttır. Üye devletlerden birinde dahi tescili mümkün olmayan bir işaret Topluluk Markası olarak tescil edilmez. (M. 7)

Topluluk markası, üye ülkeler fikri ve sınai mülkiyet hukuku uyumlulaştırılmasını amaçlamıştır. Topluluk marka hukuku, üye devletlerin marka hukukunun yerine geçmemekte, Topluluk marka sistemi yanında, ulusal marka sistemleri de varlıklarını sürdürmektedir.

#### **4. Serbest Dolaşım ve Fikri Mülkiyet Hakları**

Avrupa ile Türkiye arasındaki Gümrük Birliği, Türkiye için, fikrin ilk ortaya atıldığında belki de hiç akla gelmemiş olan, yepyeni bir hukuki yapıyı beraberinde ge-

<sup>54</sup> Diğer bir deyimle, İç Pazarda Uyum Sağlama Ofisi (Office of Harmonization in the Internal Market, OHIM).

<sup>55</sup> Arkan, C. I. s. 23; Yalçın, *Marka Uygulamaları*, s. 62-63.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

tirdi. Bu hukuki yapıları hayata geçirmek için iç hukukta birçok alanda, özellikle fikri mülkiyet haklarında, yasal düzenleme yapılma zorunluluğu oluştu. Topluluk kapsamında malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını engelleyen her türlü yasal engeli kaldırmak amacıyla ekonomik bütünleşmeye atılan adımlar nihayetinde fikri mülkiyet haklarını da yakından etkilemiştir.

Genel olarak fikri mülkiyet hukuku hakkında iki noktayı vurgulamak gerekir. Fikri mülkiyet hukuku doğası gereği çok tekelci ve bölgeseldir. Fikri mülkiyet haklarının tamamı, hak sahiplerine belli bir süre için, belli ekonomik faaliyetler üzerinde tekel hakkı sağlar. Bu süre içinde hak sahibi, kendisine tekel hakkı veren devlet sınırları içindeki başka herhangi bir kimsenin bu faaliyetlere girişmesine engel olma hakkına sahiptir. Fikri mülkiyet hakları hem bölgeseldir hem de diğer bütün hukuk alanları gibi içinden çıktığı kültürün izlerini taşır. Bu hukuk sistemleri, belli bir bölgede ortaya çıkan çıkar çatışmalarına getirilen müzakere edilmiş uzlaşmaların ürünüdür. Kısacası, fikri mülkiyet kanunları içinden geliştikleri bölgelere bağlı olarak farklılık gösterirler.

Geleneksel olarak, yani devletler gerçekten devlet iken, fikri mülkiyet hakkı sahipleri ister patent, ister marka isterse telif hakkı olsun, kendi fikri mülkiyet hakları kapsamına giren her türlü malın kendi ulusal topraklarına ithalini kanunen engelleyebiliyordu. Ülke yasalarının kendisine tanıdığı haklar sayesinde hak sahibi, ulusal bir tekel hakkını elinde tutuyordu. Hak sahibi söz konusu malları ya kendi üretiyor ya da bir başkasına bunları üretme lisansı veriyordu. Tabii hak sahibi ithalata da izin verebiliyordu. Ancak, bunu yapmak istemediği durumlarda başkalarının ithalat yapmasını da engelleyebiliyordu. Bu

malların, hakları ihlal eder nitelikte olmaları şart değildi; sadece yabancı mallar olmaları yeterliydi. Fikri mülkiyet hukuku ulus devlet anlayışı çerçevesinde tasarlanmıştır. Bu özellikleri olan fikri mülkiyet hakları, ticareti ve rekabeti kısıtladığı için yeni çıkış yollarının aranması kaçınılmaz oldu.

Avrupa'nın, sınırları belli bir ulus devletler topluluğu olduğu günlerde, fikri mülkiyet hukukunun çeşitli üye devletlerdeki farklı şekil ve uygulamaları uluslararası sözleşmeleri ile çözümlenmesine engel teşkil etmiyordu. Buna karşılık, 1957 tarihli Roma Anlaşması'nda ortaya konulan ve Topluluğun oluşumuna temel teşkil etmiş ilkeler, ulusal fikri mülkiyet hukukunun temelindeki ilkelerle doğrudan çelişiyordu. Topluluk, 85 ve 86. maddeler aracılığıyla, tekellerin fiyat belirleme, kartel kurma, üretimi kısma ve genel olarak piyasadaki hakim konumlarını kötüye kullanma gibi faaliyetleri engellemeyi, 30 ile 34. maddeler aracılığıyla da, malların Topluluk içinde bütün ulusal sınırları aşarak serbestçe dolaşımı amaçlanıyordu. Bir tarafta açık ve rekabetçi bir pazar temin etmek ihtiyacına karşı diğer tarafta fikri mülkiyet hakları sahiplerini teşvik etmek için sağlanacak korumanın nasıl dengeleneceğine karar vermek zor ve hassas bir konuydu.<sup>56</sup>

Fikri mülkiyet hakları, hem doğası gereği tekelci hem de bölgesel olduğu için, Topluluğu'nun gerek antitekel gerekse serbest dolaşım politikaları açısından ciddi bir tehdit oluştuyordu. Ancak fikri mülkiyet hakları, yatırıma sağladığı önemli teşvik ve bu hukuka tabi malların ekonomik alanda, kalkınmada ve Topluluğun genel rekabet gücünde oynadığı önemli rol dikkate alındığında fikri mülkiyet hukuku sistemlerin-

<sup>56</sup> Anık, s. 109.

## Türkiye’de ve Avrupa Topluluğu’nda Fikri Mülkiyet Hakları / A. H. Kılıç

den vazgeçmek olası değildi. Bu durumda, hem ulusal fikri mülkiyet hukukunun hem de Roma Anlaşması’nda belirtilen şekilleriyle Topluluğun esasını oluşturan hukuk ilkelerinin gereklerini yerine getirecek bir uzlaşmaya ihtiyaç vardı.

Fikri mülkiyet hukuku ile Avrupa rekabet hukuku arasındaki çelişki, büyük ölçüde, Anlaşma’nın 85 ve 86. maddelerinde belirtilen rekabet ilkeleri lehine sonuçlandı. Fikri mülkiyet haklarının yahut bunlara bağlı sözleşme özgürlüğünün kullanımı ile, 85 ve 86 maddelerde belirtilen ilkeleri ihlal eden uygulamalar arasında çelişki söz konusu olduğunda, Avrupa Adalet Divanı genellikle bu maddelerdeki ilkelerin geçerli olduğuna karar verdi. Anlaşma’da, bu maddelerin uygulanmasına ilişkin herhangi bir istisnaya yer verilmemiş ve böylece istisnalar uygulanmamıştır<sup>57</sup>.

Ancak Topluluk rekabet politikası engellenmiş bir rekabet politikası değil aynı zamanda pazar bütünleşmesi, eşitlik, hakkaniyet ve verimlilik amaçlarını da dikkate alır.<sup>58</sup>

Potansiyel olarak rekabete karşı olan sözleşme hükümlerinin, uzun süredir yerleşmiş ve başarılı olmuş ticari faaliyetlerin işleme için vazgeçilmez olmaları sebebiyle (sonuçta, Topluluğun amacı, ekonomik sistemi yıkararak tamamen baştan kurmak değil, Avrupa’yı ekonomik refaha erdirmektir), madde 85’in tırpanından kurtarılması gereken durumlarda, yönetmelikler vasıtasıyla bu tür maddelere muafiyet tanındı.

Roma Anlaşması’nın 36. maddesine göre;

“30’dan 34’e kadarki maddelerin hükümleri, kamu ahlakı, devlet politikası veya kamu güvenliği; sa-

natsal, tarihsel veya arkeolojik değer taşıyan milli hazinelerin korunması; veya sınai veya ticari mülkiyetin korunması gibi gerekçelerle ithalatı, ihracatı veya transit malların yasaklanmasını veya kısıtlanmasını engellemeyeceklerdir. Ancak bu yaklaşımlar ve kısıtlamalar, keyfi ayrımcılıklara veya üye devletler arasındaki ticaretin üstü kapalı biçimde kısıtlanmasına yol açacak şekilde kullanılmayacaktır.”

Ancak 36. madde, malların serbest dolaşımına getirilen kısıtlamalara izin verdiği istisnalar, bu kısıtlamaların fikri mülkiyetin korunmasını oluşturan hakları koruma amacı için getirildiğinin ispatlanması halinde uygulanır.

Roma Anlaşması’nın 222. maddesinde ayrıca şöyle ifade edilmiştir;

“Bu Sözleşme, üye devletlerdeki mevcut mülkiyet sistemine ilişkin kuralları hiçbir şekilde etkilemeyecektir”.

Ancak mesele bununla kalmıyordu. Endüstriyel ve ticari mülkiyetin (ki fikri mülkiyet de buna dahildir) serbest dolaşım ilkesine bir istisna teşkil ettiğini kabul etmek, kendi başına bir çözüm değildi. Bu istisnanın mutlak anlamıyla alınması çok sayıda malın serbest dolaşımını fiilen ortadan kaldıracaktır niteliktedir. Sorun üzerine, Avrupa Adalet Divanı malların serbest dolaşımı ilkesiyle fikri mülkiyeti koruma ihtiyacı arasında etkili bir denge kurmayı amaçlayan bir dizi kararlar verdi.

Adalet Divanı’nın, fikri mülkiyet hakları ile malların serbest dolaşımı ilkesi arasındaki çelişkiyi ilk ele alışı, 1966 yılında, Grundig ürünlerinin tek dağıtımıcısı olan bir Fransız şirketinin, ulusal marka hukukunu, söz konusu markayı taşıyan ve yasal olarak üretilmiş malların Almanya’dan ithalini önlemek için kullanmaya kalkışmasıyla oldu (Consten ve

<sup>57</sup> Yılmaz, s. 31.

<sup>58</sup> Anık, s. 114.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Grundig).<sup>59</sup> Adalet Divanı, Fransız şirketine, bölgesel marka hukukunu kullanarak malların serbest dolaşımını ilkesini çiğneme hakkı vererek, hem 36. maddedeki istisnânın, hem de 222. Madde'deki ilkenin mutlak olmadığını saptadı. Consten ve Grundig davasını benzer davalar izledi.<sup>60</sup> Kısaca, rekabeti sınırlandırıcı, bozucu ve engelleyici olmadığını takdirde fikri mülkiyet haklarına dayanarak Topluluk'ta ve üye devletlerde koruma sağlamak mümkündür.<sup>61</sup>

### 5. Avrupa Adalet Divanı

Avrupa Topluluğu hukuku alanında, özellikle fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku alanında içtihatlar ortaya koyan Avrupa Adalet Divanı'nın yapısını konun bütünlüğü açısından kısaca incelemekte fayda vardır. 7 Ekim 1958'de kurulan Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Birliği'nin en yüksek hukusal organıdır.<sup>62</sup> Avrupa Kömür Çelik Anlaşması ile kurulmuş, Roma Anlaşması ile tek bir Adalet Divanı tesis edilmiştir. Divanın almış olduğu kararlar, Topluluk hukukunun gelişmesinde önemli katkıda bulunmuş, özellikle üye ülkeler ile Topluluk arasındaki ilişkilerde ve özel kişilerin korunmasında etkili olmuştur.

Divan, 15 yargıç ve bu yargıçlara yardımcı olan 8 savcıdan [danişman] oluşur. Çalışma dili Fransızca olup çok sayıda çevirmen ile yargılama yürütülmektedir. Bunun yanı sıra 1989'da artan iş yükünden dolayı 15 yargıçtan oluşan (danişman yoktur) "Avrupa Topluluğu İlk Derece Mahkemesi" kurulmuştur. Divan'ın dışında görev yapan altı daire bulunmaktadır. Bu

mahkemelerin üyeleri Lüksemburg'da görev yapmakta olup, bağımsızlığı hakkında tam bir güven veren ve kendi ülkelerinde en yüksek yargı görevlerinin yerine getirilmesi için gereken şartları elde etmiş veya hukuk bilimi alanında görüşleri ile yeteneklerini kabul ettirmiş kişiler arasından üye devletlerin mutabakatıyla altı yıllık bir süre için atanırlar. Her üye devlete bir yargıç ilkesi uygulanır. Yargıçların bağımsızlıkları güvence altındadır.

*Divan'ın bakmakla yetkili olduğu dava ve konular şunlardır:* Komisyon'un üye devletler aleyhine açtığı davalar, bir üye devletinden diğer bir üye devlet aleyhine açtığı davalar, Avrupa Parlamentosu'nun işlerini denetleme niteliğinde açılan davalar, tam yargı davaları (Topluluk organlarının görev nedeniyle verdikleri zararlardan dolayı), eylemsizlik davaları (Komisyon ve Bakanlar Konseyi'ne karşı), ön karar usulü<sup>63</sup> (tahkim şartı ve tahkim şartından kaynaklanan davalar), Topluluk hukukunu koruma altına aldığı fikri mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda yargı yetkisi, Divan ayrıca temyiz edilmeyen ve bağlayıcı olan bir adli merci sıfatıyla, Topluluk hukuku düzeni içinde meydana gelen hukuki uyuşmazlıkları, hukuk kurallarına ve adalete uygun olarak çözmek işlevini de üstlenmiştir.<sup>64</sup>

Bireyler kural olarak topluluk organlarının tasarruflarına karşı doğrudan Divan'a başvuramazlar. Bu nedenle ön karar prosedürü bireysel hakların korunması açısından önem arzeder. Ön karar başvurularının büyük bir kısmı ulusal hukukun Topluluk hukukuna ters düştüğü kanaatinin, derdest dava esnasında ortaya çıkması üzerine yapılmaktadır. Ancak başvuru hakkına sahip vatandaşlar, Topluluğa üye ülke

<sup>59</sup> Keyder, s. 95.

<sup>60</sup> Yılmaz, s. 19.

<sup>61</sup> Anık, s. 109.

<sup>62</sup> Bertil Emrah Oder, "Avrupa Topluluğu Mahkemesi Yapısı ve Yetkileri".

<sup>63</sup> Dursun Özdemir, "Ön Karar Prosedürü".

<sup>64</sup> Karluk, s. 170.

vatandaşları olup, ulusal mahkemeyi ön karar prosedürüne başvurma noktasında ikna etmeleri gerekmektedir. Burada vurgulanması gereken önemli bir husus da ön karar prosedürü çerçevesinde divanın somut uyuşmazlığın çözümlenmesinde sadece dolaylı olarak, Topluluk normuna yorum getirmek şeklinde bir etkiye sahiptir. Karar ön kararı isteyen mahkeme nezdinde bağlayıcı etkiye sahiptir. Ön karar prosedürü hariç, başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişilerin avukatla temsil edilme zorunluluğu vardır.

Divanın yargılama usulü; yazılı aşama, soruşturma aşaması (yazılı hazırlık dönemi), ve sözlü aşamadan oluşmaktadır. Yazılı aşamada tarafların iddiaları ve bu iddiaların dayanakları aranır. Bunun sonucunda Divan soruşturmaya gerek görürse taraflar ve tanıklar dinlenmek üzere mahkeme önüne çıkar. Sözlü aşamada taraflar bizzat veya avukatları aracılığıyla temsil edilir. Daha sonra yargıçlar karar verir ve bu karar nihai olup temyizi mümkün değildir. İlk derece mahkemesi, kişiler ve işletmeler tarafından açılan davalara bakar.

### **SON SÖZ YERİNE**

Fikri mülkiyet hakları, nitelikleri itibariyle sahibine münhasır nitelikte kullanma, yararlanma, üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi veren mutlak haklardır. Bu haklar tekeli nitelikleri nedeniyle haksız rekabet hükümleri ile birlikte değerlendirilmeleri gerekir.

Geçen yüzyılda globalleşmeye paralel olarak ticaretin gelişmesi, ticarete konu olan mal ve hizmetlerin şekilleri ve diğer yenilikler düşünce ürünü olması nedeniyle hak olarak nitelendirilmektedir. Bu hakların korunması için ulusal, uluslararası düzenlemeler yapıldı. Günümüzde fikri mülkiyet hukuku evrimini tamamlamış olmayıp halen uluslararası toplantılar,

yeni yasal düzenlemeler yapılmakta ve yeni çalışma alanları ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği üyeliği nedeniyle bugün fikri mülkiyet haklarının önemi biraz daha artmıştır. Bu kapsamda 1995’te imzaladığımız Gümrük Birliği Ortaklık Anlaşması ile mal ve hizmetlerin dolaşımını engelleyen yerel fikri mülkiyet hakları alanında birliği sağlamak için bir dizi KHK’lar çıkarılmış ve 2000’li yıllarda bu uyumlulaştırma çalışmaları halen devam etmektedir. Her ne kadar ithal niteliğinde de olsa bu yasal düzenlemeler ülkemizin ticaret hukuku alanında oluşan pozitif düzenlemeleri olup bu düzenlemelerin getirdiği sistemin hak ihlallerini bertaraf etmek için kullanılacağı gözetilerek iyi tahlil edilmesi gerekmektedir.

18 Haziran 2004’te kabul edilen Avrupa Birliği Anayasası ile fikri mülkiyet hakları ilk kez bir anayasaya girmiş, temel haklar arasında düzenlenmiş ve korunması gereği ifade edilmiştir.

Fikri mülkiyet hakları ekonomik nitelikte haklar olsa da nihayetinde temel haklar arasında olup emek ve zaman sarf edilerek oluşturulan bu hakların, hak ihlallerine karşı etkin korunması sağlanmalıdır. Duyulan güven ortamında insanlar yeni yenilikleri ortaya koymak için çalışıp, üreteceklerdir. Onun için hukukçular, fikri mülkiyet haklarının, hak olarak güvence altına alınması için yasal altyapının hazırlanmasında katkıda bulunup, etkin korumanın ve hukuk güvenliğinin sağlanması için başvuru yollarını sonuna kadar işletmelidir. Bu alan çok yeni bir alan olması nedeniyle son sözün söylenmesi mümkün değildir. Bu çalışmanın yeni çalışmalara faydalı olacağını umut ederek şimdilik noktayı koymayı uygun bulmaktayız.

### **Kaynakça**

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- B. Virginia Keyder; **Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği**, Intermedia Yay., İstanbul: 1996.
- Bertil Emrah Oder; "Avrupa Topluluğu Mahkemesi Yapısı ve Yetkileri", **Güncel Hukuk** dergisi, S. 4 Mart 2004.
- Cahit Suluk; **Telif Hakları Ve Korsanlıkla Mücadele**, Hayat Yay., İstanbul: 2004.
- Çelikkaya, Hasan, **Fonksiyonel Eğitim Sosyolojisi**, Alfa Yay., İstanbul: 1996.
- Dursun Özdemir; "Ön Karar Prosedürü", K.Ü.SBE, **Avrupa Hukuku Seminer Notları**, Kocaeli: 2004.
- Erdem Türkekel; "Bilgi Toplumunda Fikri Haklar", **Güncel Hukuk** Aylık Hukuk Dergisi, S.6, Haziran 2004.
- Erdem Türkekel; "İnternette Fikri Hakların Korunması", **Açık Sayfa** Aylık Aktüel Hukuk Dergisi, S. 44, Haziran 2003.
- Ergun Özsunay; "551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde Markalara İlişkin Bazı Önemli Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında KHK/556 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler", **Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri**, İTO Yay., N. 39, İstanbul: 1995.
- Erik Nooteboom; "Toplulukta Markalar Hukuku", **Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri**, İTO Yay., N. 39, İstanbul: 1995.
- Gülgün Anık; "AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları", FMR C. I, S. 2003/3.
- Harun Gümrükçü; **Türkiye ve Avrupa Birliği**, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Enstitüsü Yay., İstanbul: 2002.
- Imelda Maher; **Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hakları: Biçimselliğin Evrimi**, Çev.: Gülgün Anık, FMR C. 3, S. 2003/1.
- İlhan Yılmaz; "Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar", **Müateaa** dergisi, C. 4, S. 1, 1995.
- Kutlu Oytaç; "Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri ile Birlikte Ele Alınması", Ankara Barosu **Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku** dergisi, C. 3, S. 2003/2.
- Kutlu Oytaç; **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**, Nobel Yay., İstanbul: 2002.
- M. Bahadır Erdem; **Patent Hakkının Korunmasına Ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, Beta Yay., İstanbul: 2002.
- Metin Eriş; "Liberalizm Üzerine Düşünceler", **Yeni Türkiye** Liberalizm Özel Sayısı, S. 25, Ankara: 1999.
- Rıdvan Karluk; **Avrupa Birliği ve Türkiye**, Beta Yay., İstanbul: 2002.
- Sabih Arkan; **Markalar Hukuku**, C. I, Ankara: 1996.
- Sami Karahan; "Ne Kadar Ticaret O Kadar Özgürlük", **Yeni Türkiye** Liberalizm Özel Sayısı, S. 25, Ankara: 1999.
- Tekinalp-Tekinalp; **Avrupa Birliği Hukuku**, Beta Yay., İstanbul: 2000.
- Tony Willoughby; "Enforcement of Trade Marks in United Kingdom", **Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights in Turkey**, İstanbul: 2004.
- TPE; "Tarihinden Marka Örnekleri", <http://www.turkpatent.gov.tr/index.asp>, Erişim, 05.07.2004.
- Türkiye AB İlişkileri Temel Kavramlar Rehberi**; İktisadi Kalkınma Vakfı Yay., No: 172, İstanbul: 2003.
- Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu**; Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Ankara: 2003.
- Uğur Yalçınar; "Marka-Patent Hukuku", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.
- Uğur Yalçınar; "Türkiye'de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Getirdikleri", **Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri**, İTO Yay., N. 39, İstanbul: 1995.
- Uğur Yalçınar; "Türkiye'de Sınai Mülkiyet Korunmasının Tarihsel Gelişimi", **Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights in Turkey**, İstanbul: 2004.

***Türkiye’de ve Avrupa Topluluğu’nda Fikri Mülkiyet Hakları / A. H. Kılıç***

---

Ünal Tekinalp; ***Fikri Mülkiyet Hukuku***,  
Beta Yay., İstanbul: 2002.



# 11 Eylül Sürecinde İnsan Hakları ve Güvenlik

Av. Muammer ÇINAR



## GİRİŞ

İnsanların, insan olmaktan kaynaklanan, Allah'ın onu insan vasfıyla yaratmış olmasının tabii neticesi olarak sahip olduğu hakların, siyasi otoritelerce tanınması ve uygulanması oldukça zorlu bir seyir izlemiş ve izlemeye devam etmektedir. İnsan haklarına saygıyı, İslâmiyet'in doğuşu ile başlatmak ve orta çağ sonrasında seyirini iyi tahlil etmek, doğru sonuçlara varmanın şartıdır. Batı medeniyeti için olumlu anlamdaki gelişmeler oldukça yenidir. Bu yeni gelişmede dahi hep "öteki" ve "ötekinin sınırlanabilir hakları" belirleyici olmuştur.

Bu çalışmada insan haklarına saygıyı bayraklaştıran, tüm değer yargılarını ve kutsalını insan hakları çerçevesinde ve meşruiyet zemininde tartışan batı medeniyetinin insan hakları ve güvenlik konularında geldiği son aşamayı, samimiyeti kendileri ve "ötekiler" için uygulamalarını tahlil ederken, başta Batı ülkeleri olmak üzere, tüm dünyada, güvenlik gerekçesiyle, insan hakları alanlarında yapılan kısıtlamaları ve perde arkasını incelemeye çalışacağız.

İtalyan Başbakanı Silvio Berlusconi'nin

"İnsan haklarına ve dine saygı duyulmasını garanti eden, ülkelerimizdeki zenginliğin de temelinde yatan değerlerin oluşturduğu uygarlığımızın üstünlüğünden kuşumuz olmamalı. İslâm dünyasında böyle bir saygı yok ve bu sebeple geri. Üstün değerlere sahip Batı, yeni insanları batılaştırıp fetretmek zorunda."<sup>1</sup>

ifadelerindeki gerçekliği sorgulamak istiyoruz.

## İSLÂM FOBİSİ

İslâm'ın Batı toplumlarında yayılmaya başlaması ile birlikte, Batı saldırgan bir tavır içersine girdi. Kendi toplumu için ön gördüğü hakları "ötekiler"den esirgemeye başladı. 1990 Sonrasında Batı İslâm dünyasına yönelik büyük bir tasfiye hareket başlattı. Bu saldırının gerekçeleri; entelektüel düzeyde medeniyetler çatışması, siyasi ve dini düzeyde fundamentalist İslâm, radikal İslâm, kökten dincilik, İslâmcı terör gibi kavramlarla ifade edildi. Bu yapılırken de, asıl amaçları olan sömürü ve işgalciliği gizlemeyi başardılar. Güvenlik gerekçeleri ile yaptıkları esasen, İslâm dünyasının ve tüm dünyanın güvenliğine yapılan en büyük saldırı idi. Uzun süren propaganda sayesinde büyük tepkileri kırdıklarını

<sup>1</sup> *International Herald Tribune*, 27 Eylül 2001 (Fehmi Kuru, 11 Eylül, s. 71).



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

söyleyebiliriz. 10. Temmuz 1990 *Sunday Times*'da yayınlanan şu içerikte binlerce yazı ve fikir serdedildi.

"Varşova Pakt'ı ortadan kalkmasından sonra, fundamentalist İslâm tehlikesi büyüyor. Bu yeni tehdit Soğuk Savaş'tan çok farklı. Ancak Batı, Komünizmi kuşattığı gibi fundamentalist İslâm tehdidini de kuşatmayı öğrenecektir."

"Fundamentalizm tehdidi bugün yüz yüze bulunduğumuz en büyük tehditlerden biridir..." (Helmut Kohl, Almanya eski Başbakanlarından)

1997'lere gelindiğinde Türkiye başta olmak üzere, İslâm ülkelerinin öncü ülkelerinde, Türkiye'de yaşanan 28 Şubat sürecine benzer bir süreç yaşandı.<sup>2</sup> Bu süreçte sadece, marjinal grup olarak nitelenen oluşumlar değil, ılımlı Müslüman olarak nitelenen insanlar, hatta tüm toplum en temel insan haklarından mahrum edildi. Kişilikler saldırıya uğradı. Batının güvenliği için İslâm dünyasının insan hak ve özgürlükleri hatta yaşam hakkı elinden alındı. Hukuk kurum ve kuralları yok sayılarak operasyonlar ve fiili uygulamalar yapıldı. Kanuna rağmen yasaklar ve ihlaller yaşandı. Üniversiteye alınmayan profesörlere, evlerinde 3 gün polis kampı kurulan öğretmenlere, mesleklerini icra edemeyen ve kötü muameleye maruz kalan avukatlara vb. yüzlerce olaya tanık olduk. Türkiye'de gazeteler "topyekün savaş" başlığı ile özelde İslâmi talepleri, genelde tüm muhalif sesleri susturmanın çığırkanlığını yaptı. Gazete sütunlarında hak ihlallerine akıl hocalığı yapıldı. Televizyonlar aracılığıyla tüm toplum kutsallarından arındırılmaya çalışıldı.

Özelde AB, genelde ise Batı, etnik kökenli ya da yabancılara yönelik en küçük hak ihlallerini ciddi olarak takip edip, raporla-

ra, AB kurumlarında yaptırıma tabi tutarken, tüm topluma yönelik hak ihlallerini görmezlikten geldi ve destekledi.

"Batılı devletler, kendileri gibi olmaya çalışan yeni Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı zaman zaman çifte standartlı veya pek de dostane sayılamayacak biçimde davranmış olsalar bile, daha derin bir karşıtlık arzettikleri İslâm kimliğine karşı girişilen tasfiye uygulamasına her zaman sessiz ama istikrarlı bir destek vermişlerdir."<sup>3</sup>

İslâm dünyası, Hıristiyan sağcılarla, Yahudi ırkçıların oluşturduğu ittifakın saldırısına maruz kaldı.<sup>4</sup> Bunlar, İslâm dünyasının başına bela ettikleri zorbaları gerekçe göstererek kan döküyorlar, tüm toplumu yok etmeye çalışıyorlar. Ancak, bu zorbaları iş başına getirmek için de kan döküklerini hatırlamak gerekir.

### BATI'NIN TERÖR TANIMLAMASI

Batı, menfaatine göre terör tanımlaması yapmaktadır. Bunu yaparken de hiçbir kritere uymamaktadır. 1998 yılında Kosova Kurtuluş Ordusu (UÇK)'nu terör örgütü olarak niteleyen ABD ve İngiltere, dış politikalarındaki değişiklik nedeniyle birkaç ay sonra Mart 1999'da UÇK'yı terör listesinden çıkardılar.<sup>5</sup>

1960'larda kurulan, önce Şah yönetimine, sonra da yönetime karşı savaşan, ABD ve Saddam tarafından silahlandırılan, İran'daki Halkın Mücahitleri Örgütü 1990'lı yıllarda ABD tarafından terör örgütü olarak nitelendirilmiş ve 11 Eylül sonrasında da terör listesinde ismi geçmiştir. Şimdilerde

<sup>2</sup> İbrahim Karagül, *Yüz Yıllık Kuşatma*, s. 17.

<sup>3</sup> Bekir Berat Özipek, "'Öteki'nin de 'öteki'si var'".

<sup>4</sup> İbrahim Karagül, a.g.e., s. 109.

<sup>5</sup> Loretta Napoleoni; *Modern Cihat* s. 18.

ise Bush yönetimi tarafından "özgürlük Savaşçısı" olarak kabul ediliyor ve Orta Doğu projesinde rol verilmesi öngörülüyor.<sup>6</sup>

Batı terör örgütleri aracılığıyla insanlığı tehdit etmektedir. Hedeflerine ulaşmak için her türlü yolu meşru gören, kutsalı ve ölçüsü olmayan Batı için Loretta Napoleoni, *Modern Cihat* adlı kitabında şu ifadelerle yer vermektedir.

"Küresel uluslararası ekonomi köyünde, yeni terör ekonomisinin bölümleri kaçınılmaz olarak Batı ülkelerinin ekonomisiyle etkileşmektedir. Kara para aklama, silahlı örgütlerce yapılan yasal işler, vakıf yardımları iki sistem arasındaki bağlantıların yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır. Birbirlerine bağımlılık dereceleri şaşırıcı ölçüde yüksektir. Batı başlıca uyuşturucu tüketicisi ve önemli silah satıcısıdır. Bunlar silahlı örgütlerin ödemeler dengesinde sırayla en büyük gelir ve gider kalemleridir. Batılı mali kurumlar, dünyadaki yasadışı ekonominin elde ettiği yılda yaklaşık 1.5 trilyon dolarlık parayı dolaşıma sunmaktadır. Tanınmış bir İngiliz iktisatçıya bu likiditenin piyasadan aniden çekilmesi durumunda ne olacağını sorduğumda, bunun Batı ekonomilerini derin bir durgunluğa sürükleyeceğini söylemiştir."<sup>7</sup>

ABD ve müttefikleri yukarıdaki gerekçelerle istedikleri ülkelere savaş ilan etmektedirler. Batı ekonomisinin uyuşturucu, silah ve terörle ayakta durduğunu söylemek abartı değildir.

### TERÖR ÖRGÜTLERİNİ BATI VE ABD BÜYÜTMEKTEDİR

ABD ordusunun el kitaplarında geçen terör ve anti terör tanımlaması ilginç ve Batının iki yüzü davranmasındaki mantığını izahta açıklayıcı niteliktedir. Terör ve

karşı terör tanımlaması aynı sonuca çıkmaktadır. Fark ise, kurgulamada şiddetin failinin kim olduğuna göre değişmektedir. Eğer fail hoşlanmadığınız birisi ise bu teröristtir. Yok eğer fail, hoşlandığınız birisi ya da kendiniz iseniz yaptığınız eylem karşı terördür. Bir diğer ayırıcı fark ise; devletin yaptığı karşı terördür. Chomsky bu durumu şöyle ifade ediyor.

"Bu, (karşı terör) esasen devletlerin gerçekleştirdiği terördür. Devletler, özel teröristlerden çok daha azgın ve tahrip edici kaynaklara sahiptirler. Bu nedenle devletlerin terörizmi, yeryüzündeki her hangi bir birimin terörizmini kat kat aşmaktadır. Diğer silahlar gibi, terörizm de güçlüler tarafından çok daha etkili şekilde kullanılır. Özellikle de yeryüzünde terörizmin liderliğini yapan güçlü devler tarafından yapılan terörizm. Ne var ki, bu devletler yaptıklarını karşı terör olarak söylerler."<sup>8</sup>

Chomsky

"Terör, güçsüzün silahı değil güçlünün silahıdır." diyor.<sup>9</sup>

Fehmi Kuru'nun ifadesiyle,

"ABD ve batı terör eylemlerini kendi bağırsaklarını temizlemek için kullanmaktadır."<sup>10</sup>

Yeni küresel sistemi belirleyecek güçler, kendi aralarında keskin bir paylaşım mücadelesi sürdürürken, İslâm'ın ve İslâm dünyasının yeni yüzyıla dönük bütün hesaplar için tehdit oluşturduğu konusunda hem fikirdirler. Bu nedenle, aynı güçler, "terörizmle savaş" adı altında yürütülen ve asıl amacı, hedef alınan bölgelerin direnç noktalarını kırmak olan operasyonlarda ortak hareket ediyorlar. Terörle mücadele kılıfı altında girişilen işgal hareketle-

<sup>8</sup> Noam Chomsky; *11 Eylül ve Sonrası*, s. 203.

<sup>9</sup> Noam Chomsky, a.g.e., s. 74.

<sup>10</sup> Fehmi Kuru, *11 Eylül*, s. 38.

<sup>6</sup> Karagül, İbrahim; a.g.e., s. 123

<sup>7</sup> Loretta Napoleoni; *Modern Cihat* s. 277.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

rinde kullanılan ifade ise yüz­süz­lüğün bu kadarına da pes dedir­te­cek nitelikte. Başkan Bush'un Kongre'de yaptığı konuşmada "te­rörle mücadele de ya bizimlesiniz ya da teröristlerin yanında"<sup>11</sup> ifa­desi yavuz hırsız örnekleme­siyle izah edilecek bir mizahı ifade ediyor.

### Terör Üreten Batı

Yıllarca, "ötekisi" için des­tekledikleri terörün kendilerine zarar verdiğini gördüklerinde ser­giledikleri tavır, Batı zihniyeti­nin açığa çıkması şeklinde okuna­bilir. Gerçek zihniyetin çok azı­nın açığa çıktığı yüzlerce örne­kten bazıları şunlardır:

Michael Kelly (Washington Post);

"Amerikalı itirazcılar, bundan sonra da Amerikalıları öldürmeye devam edecek katillerin yanında yer alıyorlar; onlar, objektif olarak terör yanlısı, şer ve yalancı."

Jonathan Alter (Newsweek);

"İşkence, Amerikan tarihinin en büyük cürmü ile ilgili soruşturma­ları hızlandırabilir".

O'Reilly (Fox Tv): ABD,

Afganistan'ın altyapısını berhava etmelidir; havaalanı, enerji tes­isleri, su kaynakları, yollar, her şey..."

A. M. Rösenthal (Washington Times) "Afganistan'a ek olarak, Irak, Libya, Sudan, İran ve Suriye de bombalanmalı."

Ann Goulter (National Reviw' da);

"Teröre, ülkelerini işgal ederek, liderlerini öldürerek, insanları Hıristiyanlaştırarak cevap verme­liyiz."

Thomas Friedman (New York Times)

"Teröristlerle kuralsız savaşa­lım."

Bu örnekler, esasen Batının gerçek yüzünü gösteren, 1980 son­rasında başlayıp, 1990 sonrasında hızlanan ve 2001 den sonra da fiili operasyonlara dönüşen hareketi gösteren yüzlerce örnekten birkaçıdır.

11 Eylül öncesine gelindiğinde ABD fiili operasyonlarını artırmak için yeni gerekçeler arıyordu.

Batı ve ABD, kendi toprakları­nın dışında, özellikle de sömürge­leri altında bulunan yerlerde sa­vaş çıkarmayı, savaşı kendi top­raklarından uzakta yapmayı hep uygulaya geldiler. Chomsky bunu şöyle ifade ediyor, "ABD açısından bakıldığında, 1812 yılından bu yana ilk defa ulusal toprakları saldırıya uğruyor. Bu yıllarda ABD yerli nüfusun neredeyse tamamını ortadan kaldırmıştı. Meksika'nın yarısını fethetmiş, çevre bölgeye şiddetli bir şekilde müdahale et­miş, Havai'yi ve yüzlerce Filipin­li'yi katlederek Filipinleri istila etmiş ve özelde son yarım yüz­yılında dünyanın her tarafında güç kullanımına başvurmuştur."<sup>12</sup>

25 yıl önce, Reagan döneminde de, teröre karşı savaş adı altın­da; Orta Amerika'da ABD destekli devlet terörü geride yüz binlerce işkence edilmiş, tanınmaz hale getirilmiş ceset, milyonlarca sa­kat ve yetim, yerle bir edilmiş 4 ülke bıraktı. Aynı dönemde Batı destekli Güney Afrikalı talancılar binlerce insanı katlettiler.<sup>13</sup>

1997 yılında, Almanya ve Fran­sa'nın önderlik ettiği Avrupa blo­ğu, Rusya, Çin ve İran'la yakın ilişki içersine girerek Paris Mos­kova ve Körfez bölgesini içine alan bir güvenlik bölgesi oluşturma­k istemişlerdir. Bu amaçla Afga­nistan ile ilişki kurmaya çalış­mışlardır. Ahmet Şah Mesut'a Avru-

<sup>12</sup> Noam Chomsky, a.g.e., s. 21.

<sup>13</sup> Noam Chomsky, a.g.e., s. 74.

<sup>11</sup> Fehmi Kuru, a.g.e., s. 51.

## 11 Eylül Sürecinde İnsan Hakları ve Güvenlik / M. Çınar

pa Parlamentosunda, Taliban'ı devirmek ve Afganistan'ı kurtarmak görevi verilmiştir. ABD, Afganistan çıkarması ile bu girişimi de önlemiştir.<sup>14</sup>

Mustafa Özel'in ifadesiyle, "NATO, ABD'yi içeride, SSCB'yi dışarıda, Almanya'yı ise alta tutmak için tasarlanmıştı. Yeni NATO ise, kapitalist Batı'yı içeride, kapitalist Doğu'yu dışarıda, İslâm dünyasını ise alta tutmak için tasarlandı.<sup>15</sup> Süreç bu tarife uygun olarak devam ediyor.

Esasen 11 Eylül saldırıları olmamış olsaydı dahi, ABD'nin saldırıları aynı olacaktı. Tek farkı ise; dünya kamuoyundan ciddi tepkiler olacak, muhalif sesler daha gür çıkacaktı. ABD yönetimi kılıf bulmada zorlanacaktı. ABD yönetiminin tavrına ve 11 Eylül saldırılarının hemen sonrasında, operasyona start vermelerine, yönetim adına iyi niyetle bakıldığında, "iyi ki bu saldırılar olmuş, yoksa yönetim mazeret bulmakta sıkıntıya düşecekti" demekten kendimizi alıkoyamıyoruz.

11 Eylül öncesi ve sonrasında hak ihlallerine ve güvenlik söylemlerine baktığımızda bir süreklilik ve aynılık görüyoruz. Ciddi bir fark, saldırıların yoğunluğudur.

### 11 EYLÜL' UN SONUÇLARI

Fehmi KORU, 11 Eylül'ün sonuçları nelerdir sorusuna "Eylemler öncesinde, ABD'nin dünyanın belli başlı ülkelerinde ve noktalarında askeri üsleri bulunuyordu; bugün ise, Amerikan askerleri, Afganistan'ın (Irak'ın) etrafındaki ülkelerde nöbet tutuyorlar" ABD, bugün birçok ülkenin içersinde, sanki kendi topraklarındaymış gibi "güvenlik (!) görevi" üstlenmiş du-

rumda. ABD, bütün dünyada, ilan ilan edildiğini kimsenin duymadığı bir sıkı yönetim uygulaması sürdürüyor."<sup>16</sup>

ABD, dünyaya kesin ve katı bir seçim sundu. "Ya bize katılın ya da ölüm olasılığıyla yüzleşin" Kongre Başkana, saldırılara karıştığını tespit ettiği bütün bireylere ve ülkelere karşı kuvvet kullanma yetkisi verdi.<sup>17</sup>

İnsaf sahibi herkesin kabul ettiği ve gördüğü gerçeği Chomsky şöyle ifade ediyor;

"ABD, Pakistan ve Afganistan'ın açlıktan kıvranan ve acı çeken halkının bir kısmının yaşamasını sağlayan yiyecek ve diğer malzemelerin gönderilmemesini istedi. Bu, terörle uzaktan yakından alakası olmayan milyonlarca insanın açlıktan ölmesi demektir. Bunun intikamla bir ilgisi yok. İntikam almaktan daha alçak bir ahlaki düzeyi ifade ediyor"<sup>18</sup>

Hintli yazar Arundhati Roy, Bush yönetiminin Afganistan için ilan ettiği Sonsuz Adalet Operasyonu'nu kast ederek "yeni yüzyılın sonsuz adaletine bakın, siviller bir yandan açlıktan ölümler, bir yandan da öldürülmeyi bekliyor"<sup>19</sup> diyor.

11 Eylül öncesinde Afganistan da, uluslararası yardımla beslenen ve yiyecek yardımının kesilmesinden sonra sırf açlık nedeniyle ölümlerle yüzyüze gelen insanların sayısının 7 milyondan fazla olduğu kabul ediliyor. Saldırıları ve işkencelerle öldürülenlerin sayısı belli değil.<sup>20</sup>

Savaşın devamında ABD'nin tüm beyanlarının yalan olduğu görüldü. İbrahim Karagül makalesinde savaş

<sup>14</sup> İbrahim Karagül, **Yüz Yıllık Kuşatma**, s. 8 .

<sup>15</sup> İbrahim Karagül, a.g.e., s. 341.

<sup>16</sup> Fehmi Kuru, a.g.e., s. 12.

<sup>17</sup> Noam Chomsky, a.g.e., s. 18.

<sup>18</sup> Chomsky, Noam Chomsky, a.g.e., s. 19.

<sup>19</sup> Noam, a.g.e., s. 24.

<sup>20</sup> Noam Chomsky, a.g.e., s. 68.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

sonrasını değerlendirirken şöyle demektedir. "Afganistan ve Irak işgal edildi. ABD'nin bu işgallere yönelik gerekçelerinin hepsi yalan çıktı. Buna rağmen Suriye, İran, Lübnan, Sudan, Suudi Arabistan gibi ülkelerin çözülmesine, Orta Afrika ve Ortadoğu, Kafkaslar'da istila, etnik çatışma, mezhep kavgalarına endeksli yeni senaryolar uygulanmaya başlandı. 11 Eylül saldırılarının niteliği bile hala bir sır. Soruşturmalar hala gizleniyor. Bu kadar büyük bir saldırı sonrası kim yakalanıp ceza aldı?"

Hepsi de küresel karakterli iç içe geçen birden fazla savaş başladı: "Yeni Haçlılar"ın İslâm'la savaşı, İslâm coğrafyasındaki yabancı güçlere karşı verilen bağımsızlık savaşları, terör üzerinden yürütülen küresel iktidar savaşı, ABD'nin küresel hegemonya ihtirasının doğurduğu çılgınlık, İsrail'in yeni Ortadoğu hayali, özgürlük mücadelesi verenlerle istihbarat örgütleri arasındaki boşlukta barınan kişi ve grupların başıboş hareketleri gibi...

Ne yazık ki, bu savaşların hepsi de "uluslararası terör" ve "terörizmle uluslararası mücadele" gibi son derece aldatıcı bir söyleme sıkıştırılmış halde ele alınıyor. Oysa ortada son derece karmaşık, birçok tarafı olan, yeryüzünün büyük bölümünü cepheye dönüştüren bir dünya savaşı var ve bu savaş şiddetlenerek etki alanını genişletecek"<sup>21</sup>

ABD ve müttefiklerinin Orta Afrika, Orta Doğu, Balkanlar, Kafkaslar ve Orta Asya'ya yaptığı saldırılar en çok İslâm dünyasına zarar vermiş ve bu bölgelerin güvenlik sorunlarını içinden çıkılmaz hale getirmiştir.

## ABD VE AB'NİN İSLÂM KARŞITLIĞI VE İSLÂM'IN GÜCÜ

AB de bu saldırılardan zarar görmüştür.<sup>22</sup> AB, insan hakları konusundaki kazanımlarından geriye gitmiştir. Kendi bünyesinde olmayanların güvenliği ile ilgili bir kaygı taşımadığı gibi, kendi içerisindeki yabancıları dahi insan haklarından mahrum edecek uygulamalara ses çıkarmamıştır. İngiltere'de yabancılara karşı prosedürler zorlaştırılırken, özgürlüklerin ve insan haklarına saygının beşiği olarak nitelendirilen Fransa'da yabancı kökenli vatandaşlarına karşı yıllarca uygulanan ayrımcılık ve kötü muamele patlama noktasına geldi. Bunu fırsat olarak değerlendiren yönetim güvenlik gerekçeleriyle hak ihlallerine başvuruyor.

Tüm bunlar yapılırken bir gerekçeye dayandırılmaya çalışıldı. Bu gerekçe terör tehdidi ve güvenlik gerekçesiydi. Terör tehdidi gerçek olduğunu var sayarak dahi, insani vasıflarını yitirmemiş hiç kimse yapılanları olumlayamaz. Güvenlik gerekçesiyle işgaller, tecavüzler, katliamlar, soy kırımlar yapıldı. Bu mantıkla bakıldığında, ABD'nin güvenliği için bütün dünyayı öldürmek ve yok etmek gerekir. İnsanlara yapılan zalimane davranışlar karşısında bırakın insan hakkını insan olduğumuza utanır olduk. Karagülle'nin ifadesiyle; "Temel insan hakları ve bireysel özgürlükler yok edildi, özgürlük alanları daraltıldı. Uluslararası hukuk rafa kaldırıldı, uluslararası kurumlar devre dışı bırakıldı, sivil toplum örgütleri baskı altına alındı, uluslararası sözleşmeler unutuldu. Dünyanın her köşesinde insanlar gözaltına alınıp aylarca sorgusuzsualsiz hapislerde tutuldu, hemen

<sup>21</sup> İbrahim Karagül; "Üç Yıllık Şoktan Uyanma Zamanı".

<sup>22</sup> İbrahim Karagül; *Yüz Yıllık Kuşatma*, s. 10.

## 11 Eylül Sürecinde İnsan Hakları ve Güvenlik / M. Çınar

her Amerikan askeri üssü esir kampları haline geldi, katliamlar/toplu mezarlar dönemi başlatıldı, diktatörler güç kazandı. Devlet terörü meşrulaştı. İşkence ve tecavüzler bir savaş yöntemi haline getirildi. ABD ordusu katliam yapma hakkını elde etti. ABD, İngiltere ve İsrail'in ekonomik-siyasi ve askeri önceliklerine ters düşen ülkeler düşman ilan edildi. Her türlü muhalif söylem ve harekete şiddetle karşılık verildi. ABD dış politikası uluslararası hukuk normu haline geldi. İnsanlık, Guantanamo'dan sonra Ebu Gureyb utancıyla yüzleşti."<sup>23</sup>

"Müslümanların yaşadığı hemen her ülke bir anda 'cephe ülkesi' haline geldi. Sanki bütün dünyada olağanüstü hal ilan edildi. Fas'tan Güney Afrika'ya, Orta Asya'dan Güneydoğu Asya'ya kadar Müslüman toplumlar tedirgin bir bekleyiş içinde. Her ne kadar Batı-İslâm karşıtlığı nitelemesinden kaçınılsa da, son on gün içinde İslâm toprakları neredeyse bir 'açık hapishane'ye dönüştürülmüş durumda."<sup>24</sup>

Steve Perry imzalı, 30 Haziran 2003 tarihli "Bush Yönetiminin Savaş ve Terörizmi Hakkındaki 40 Yalanı" başlıklı yazıda; detaylı olarak hayali senaryolar ve insanlığa karşı söylenen yalanlar anlatılıyor.<sup>25</sup>

Prof. Dr. Joseph Lawrence 11.09.2004, 11 Eylül Üstesinden Gelmek Başlıklı makalesinde, Amerika'nın geldiği noktada güvenliği tehdit ettiğini, terörün beklentisine cevap verdiğini, "sadece suçluları cezalandıracağına, tüm insanlığı kaosa sürüklediğini" vurguluyor.

<sup>23</sup> İbrahim Karagül; "Üç Yıllık Şoktan Uyanma Zamanı".

<sup>24</sup> İbrahim Karagül; "Küresel Olağanüstü Hal mi İlan Ediliyor".

<sup>25</sup> İbrahim Karagül; **Yüz Yıllık Kuşatma**, s. 164.

Güvenlik gerekçeleriyle hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığı, Müslümanların katledildiği bir dönemde bazı olumlu gelişmeler de oldu. İslâm dünyasında iyi niyetli batı hayranlarının gerçek Batı'yı tanımasını sağlandı. ABD'nin sanıldığı kadar süper güç olmadığı, kalbinden vurulabileceği, kendi içinde çelişkilerle dolu olduğu, kendi söküğünü dikmekten aciz bulunduğu görüldü. Avrupa Birliği'nin bölgesinde ve Avrupa'yı tehdit eden ABD terörü karşısında bir varlık gösteremediği, dolayısıyla birliğin kağıt üzerinde kaldığı anlaşıldı. Batı medeniyetinin insanlığa verebileceği bir değere sahip olmadığını ispatlandı. Lehte ve aleyhte yayınlar nedeniyle İslâm konuşulmaya başlandı.

"... Başta ABD olmak üzere Batı'da bu konularda konferans, sempozyum, radyo ve televizyon programları tertiplendi. Makaleler yazıldı. Amerika İslâmi ilişkiler Konseyi (CAİR), ABD'de yayınlanan önde gelen 50 gazete üzerinde yaptığı araştırmada, sadece Ramazan ayında İslâm'la ilgili yazılan makale sayısının, bir önceki yıla göre %18'lik bir artışla 1655 adet makale tespit ettiklerini kayıt ettiler. Gerçek İslâm'ı öğrenmek veya merak sebebiyle veya düşman bildikleri İslâm'ı tanımak üzere Batılılar, Kur'an-ı Kerim başta olmak üzere İslâm'la ilgili kitap ve yayınlara, İslâmi sitelere hücum etmeye başladılar, cami ve İslâm merkezleri ziyaretçi akınına uğradı. Amerika'da Kur'an-ı Kerim satışlarında rekor kırıldı, 2 ay içinde bir milyon civarında İslâm'la ilgili kitap satışları gerçekleşti. Fransa'da mevcudu tükenen Kur'an tercümelelerinin yeni baskıları yapıldı, Belçika'da Kur'an tercümeleleri satışı %30 arttı. 2002'de Hollanda da ise Kur'an satışları bir önceki yıla göre üç kat arttı. Yunanistan'da da kuran tercümesine yoğun ilgi neticesinde Kur'an tercümelelerinde rekor satışlar gerçekleşti.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Ramazan 2001 münasebetiyle ABD Millet Meclisi, Ramazan arifesine denk gelen açılışını bir imamın okuduğu Kur'an-ı Kerim ayetleriyle yaptı. Bazı kiliseler de Kilisede Müslümanlara iftar verme programlarını yaptı. Belçika Parlamentosu 182 yıldır hiç aksatmadan her yasında aynı öncesi St. Michel Katedrali'nde Katolik inançlarına göre yapılan dinî ayinin ardından bir ilki gerçekleştirdi ve Katolik inancının yanında İslâm inancına da törende yer verildi. Törende Fatih Sûresi okunarak tercümesi yapıldı. Amerikan New York Times gazetesinin 23 Ekim 2002 tarihinde yayınladığı bir habere göre 11 Eylül olaylarından önceki yıllarda Amerika'da yılda ortalama 25 bin kişi İslâm'a giriyordu. Gazete ayrıca İslâm'ın Amerika'da bu derece hızlı yayılmasının nedeni hakkında uzmanların görüşlerini aktardı. Uzmanlar, bu nedenler arasında İslâm'ın evrensel bir din oluşunu, İsa Aleyhisselam'ın, İbrahim Aleyhisselam'ın ve diğer peygamberlerin peygamberliğinin kabul edilmesini, İslâm'a girmek için herhangi bir imtihanın olmayışını ve yeni Müslüman'ın Kelime-i Şehadet'i söylemesinin yeterli olmasını zikretti.

Amerika İslâmî İlişkiler Konseyi (CAİR) tarafında yapılan bir açıklamada 11 Eylül terör saldırısından sonra ABD'de 24 bin kişinin Müslüman olduğu, bu sayının, İslâm'ın Amerika'ya girişi tarihinden buyana gerçekleşen en yüksek seviye olduğu ifade edildi.

CNN'nin Temmuz 2002'de yaptığı bir araştırmaya göre de 11 Eylül'den sonra sadece Amerika'da Temmuz 2002 itibarıyla 34 bin kişinin Müslüman olduğunu belirttiği "alsaha.com" sitesinde ifade edildi.<sup>26</sup>

## GÜVENLİK VE İNSAN HAKLARI

<sup>26</sup> Ahmet Altun; *11 Eylül'den Sonra Dünyada İslâm*

1996 yılından sonra başlayan ve 11 Eylül uygulamaları ile zirveye ulaşan süreçte; terör, şiddet, uluslararası hukuk, insan hakları, özgürlük, adalet, meşruiyet, insani değerler vb. kavramların içlerinin boşaltıldığına, istismar edildiğine, bireysel terör bahanesiyle devlet terörünün kullanıldığına, şahit olduk.<sup>27</sup>

Özgürlük vaadi ve ABD güvenliği gerekçesiyle milyonlarca insan vahşice yöntemlerle öldürüldü. Avrupa Parlamentosu gündemine kadar gelen "Mezar' da Katliam" adlı kasette ABD askerlerinin yaptığı işkenceler, toplu katliamlardan sadece Zin Kalesi ve Şibirgan Cezaevi'nde 3-4 bin arasında Müslüman'ın öldürüldüğü anlatılıyor.<sup>28</sup> Irak'ta yapılanların feryatları hala kulaklarımızda çınlamaktadır.

ABD, gerçekte yaptığı vahşetin farkında olduğu için Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluşuna engel olmaya çalıştı. Bunu başaramayınca da, Amerikan askerlerinin muaf tutulması için birçok ülkeyle, her türlü şantajı kullanarak, ikili yargılanmazlık sözleşmesi imzaladı. Bu durum; özgürlük, insan hakları ve adaleti ağızından bırakmayanların yargı önüne çıkmaya cesaret edemediğini gösteriyor.

"Amerika'nın İmparatorluk savaşı tam bir devlet terörüne dönüştü. ABD ve Avrupa ülkelerinde iç güvenlik yasaları genişletilip özgürlükler sınırlandırılırken anti terör ve vatandaşlık yasaları bireysel özgürlüklere telafi edilemeyecek ölçüde darbe vurdu. İstismar edilen terör kavramı, küresel düzeyde öyle bir salgın hastalığa dönüştü ki, bu arada kaybedilen insani değerleri ve özgürlükleri gündeme getirmek neredeyse imkansız hale geldi. "Özgürlük ve refah arayışları" yerini, her şeyin "güvenlik" ekseninde ele alındığı ve

<sup>27</sup> İbrahim Karagül; *Yüz Yıllık Kuşatma*, s. 29.

<sup>28</sup> İbrahim Karagül; a.g.e, s. 50.

## 11 Eylül Sürecinde İnsan Hakları ve Güvenlik / M. Çınar

bütün çözümlerin "askeri" olduğu bir kaotik sürece bıraktı."<sup>29</sup>

ABD'nin dünyayı sürüklediği yeni süreçte, hak ve özgürlükler, bireysel hayatın dokunulmazlığı, masumiyet karinesi vb birçok hukuki terimin içi yeniden dolduruluyor. Savaş suçları, katliam, işkence gibi insanlığa karşı işlenecek suçlara yaptırımlar ortadan kaldırılarak güvenlik gerekçesiyle tam bir kargaşa ortamına doğru gidiliyor. İnsanlık, sırf ABD'nin yaptıklarını meşrulaştırmak adına "hukuksuzluğa" doğru sürüklenmeye çalışılıyor.

Savaş esiri olarak gözaltına alınan aylarca ve yıllarca işkence altın inleyen insanlara ne Amerikan yasaları ne de başka yasalar uygulanıyor. İnsanlara işkence etmekten zevk alan bir canavarla karşı karşıyayız.

Güvenlik ve özgürlük sloganları ile takdim edilen Büyük Orta Doğu Projesinin içeriğine bakıldığında kastedilen güvenliğin, ABD ve İsrail güvenliği olduğu görülecektir. BOP projesinde; enerji kaynaklarının denetlenmesi, Boğaz'ların "emin ellere" teslimi, ABD ve İsrail karşıtlığı içeren müfredatın değiştirilmesi, Türkiye de dahil, bölge ülkelerinin askeri gücünün zayıflatılması, bölge ülkelerinde Batı'nın önünü açacak yöneticilerin iş başına getirilmesi, desteklenmesi, İslâm'da Batı'nın kabul edeceği düzeyde yenilikler yapılması, uyum sağlayanların desteklenmesi vb konuların gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.<sup>30</sup>

Çalışmamızın temel konusu güvenlik teorileri-insan hakları değerlendirmesi olmakla birlikte; uluslar üstü ve uluslararası metinlerde düzenlenen 'kişi özgürlüğü ve güvenliği'ne de değinmek gerekir. BM İnsan Hakları Evrensel

Bildirgesi 3. maddesinde ifadesini bulan "Her bireyin yaşama, özgürlük ve güvenlik hakkı vardır" ibaresi birçok uluslararası hukuk metinlerinde zikredilmiştir. Bu anlamda AİHS çerçevesinde konuyu değerlendirebiliriz.

AİHS Madde 5, "Herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz"<sup>31</sup> hükmünden sonra genel hukuk mantığının kabul ettiği istisnaları saymıştır. Hemen zikredelim ki; ABD'nin Afganistan'da başlayıp, Irak'la devam eden ih-

<sup>31</sup> AİHS M. 5/1'deki yakalama nedenleri sınırlayıcı olup özgürlükten yoksun kılma, ancak M. 5/1, c. 2'de a'dan f'ye kadar sayılan bir veya birden fazla neden varsa hukuka uygun sayılabilir.

Birey bunların dışında hiçbir surette özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Buna göre;

**5/1-a)** Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi,

**5/1-b)** Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması,

**5/1-c)** Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makûl nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması,

**5/1-d)** Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması,

**5/1-e)** Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkolün uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması,

**5/1-f)** Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkoymasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmesinde olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması.

<sup>29</sup> İbrahim Karagül; a.g.e, s. 148.

<sup>30</sup> İbrahim Karagül; a.g.e., s. 235.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

lallerini hiçbir hukuk metni ile izah mümkün değildir. Tüm hukuk ilkeleri ve metinleri yok sayılarak, insanlık dışı bir eylemin hukukla izah etmek abesle iştigal olur. İzahlarımızı bu çekince ile yapıyoruz. Hukuk metinlerinde, bugün yapılan ihlallerin çok cüz'isi bile, ağır tazminatı gerektiren yaptırımlara bağlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bunlara ilişkin yüzlerce kararı bulunmaktadır. Hiçbir yasal dayanağı ve ölçüsü olmayan son uygulamalara karşılık, yasal gerekçelerle özgürlüğünden yoksun bulunan kişinin birçok yasal hakkı bulunmaktadır.<sup>32</sup>

Özgürlüğü kısıtlanan kişinin yakalanma amacı, bu kişinin yetkili yasal merci huzuruna çıkarılmasıdır. Bunun için suçun işlendiğine dair "makûl şüphe"nin olması gerekir.

AİHM, bir suç işlediğine dair hakkında makul şüphe bulunan bir kişinin yargılanmadan önce alıkoyma halinin devamına ilişkin dört gerekçe belirtmiştir. Bunlar, kişinin kaçma riski, yargı sürecine müdahale riski, suçu önleme ihti-

yacı ve kamu düzenini muhafaza etme ihtiyacıdır.<sup>33</sup>

Türk Siyasetine uzun yıllar damgasını vurmuş bir siyasetçi olan Süleyman Demirel'in "devlet bazen rutinin dışına çıkabilir", Tansu Çiller'in "devlet için ölen de öldüren de kutsaldır" anlamındaki sözleri, söylendikleri zaman tüyleri ürpertirken, şimdilerde bu eylemler ABD ve yandaşlarının vahşeti karşısında sıradan ve beklenen uygulamalar haline geldi.

Türkiye'deki ihlallere baktığımızda Batı'daki gelişmelere göre daha iyi bir durumda olduğumuzu söyleyebiliriz. Bu, ölümü görüp kansere razı olmak, kötünün iyisine sarılmak gibi bir şey. Türkiye'deki kısmî iyileşmenin ya da kötüye gitmeyişişin nedeni, AB sürecine uyum nedeniyle çıkarılan yasal düzenlemelerdir. Siyasi iktidarın AB sürecine dahil olmadaki ısrarı ve gayreti, özgürlük sınırlama peşinde olanların heveslerini kırmıştır. Bunun en tipik örneği terörle mücadele yasa tasarısıdır. Mazlumder ve benzeri sivil kuruluşların raporlarında 2005 yılındaki hak ihlallerinin azaldığı rapor edilmiştir.<sup>34</sup> Buna rağmen, İslâmi taleplere ilişkin özgürlük taleplerinde iyileşme olmamıştır.

<sup>32</sup> Yakalama ve tutuklama için aranan bütün koşulların gerçekleşmesi nedeniyle kişi yakalanmış ve tutuklanmış olsa bile, AİHS, bu yolla özgürlüğü kısıtlanan kişiye bazı haklar tanımıştır. Bunlara uyulmaması da AİHS M. 5'in ihlâlini gündeme getirebilir. Bunlar;

- Tutuklama nedenlerinin ve isnadın sanığa en kısa zamanda bildirilmesi,
- Sanığın hemen bir hakim veya adli görev yapmaya kanunun yetkili kıldığı bir memur huzuruna çıkarılması ve tutukluluğun makûl süre devam etmesi,
- Sanığın yakalama ve tutuklamanın kanuna uygunluğunun denetimini sağlamak için yargı yoluna başvurma hakkı,
- Yakınlarına durumun haber verilmesi hakkı,
- Sözleşme'ye aykırı olarak yakalanan ve tutuklananlara tazminat ödenmesi hakkıdır.

## SAVAŞIN DA HUKUKU VAR

Uluslararası belgelere bakıldığında, savaşın da bir hukuku olduğunu görüyoruz. Ne var ki bu kuralları güçlülere bağlamıyor. "1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi ve bunların 1977 tarihli iki Ek Protokolü savaş kurallarını kanunname biçiminde düzenlemiştir. Her üç Cenevre Sözleşmesi'nde de yer alan ortak 3. madde, dahili çatışmaları da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Hükümetler kadar hükümet kar-

<sup>33</sup> Yusuf Hakkı Doğan; "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı".

<sup>34</sup> Mazlum-Der 2005 *Dünya Raporu*.

şıtı silahlı politik grupları da kapsar. Buna göre görevini bırakmış kamu görevlileri de dahil olmak üzere, silahsız sivillere saldırmak, işkence etmek, esir almak ağır bir insanlık suçudur. Ayrıca, sözleşmenin 1. Ek Protokolü, silahsız sivillere saldırıyı bir suç saydığı gibi, sivil yerleşim merkezlerine, ibadethanelere, kültürel alanlara ve hastane, yiyecek-içecek deposu gibi temel ihtiyaç alanlarına saldırılmasını da ihlal olarak nitelendirmektedir.”<sup>35</sup>

“Olağanüstü koşullarda, özellikle devlet ve kamu güvenliğini tehdit eden silahlı çatışmalar veya saldırılar göz önüne alındığında ‘Sivil haklar ve özgürlükler mi yoksa güvenlik mi?’ sorusu sıkça dillendirilen bir probleme tekabül eder. Soru etik ve politik açıdan felsefi bir tartışmayı barındırdığı gibi, devletler hukuku açısından da cevaplandırılması gereken önemli bir problemdir.

11 Eylül sürecinde, hükümetler tarafından yapılan saldırılar, insan haklarının, özellikle mültecilerin korunmasına daha da fazla zarar verecek şekilde bir mazeret olarak kullanılmaktadır. Öte yandan bu durum, hükümet karşıtı silahlı güçlerin zulmünü keskinleştirdiği bir bahane haline getirilmektedir. Keyfi gözaltılar, yargısız infazlar, bombalı saldırılar, işkence ve kötü muamele, intihar saldırıları, ırkçı saldırılar, hakaret, ifade ve örgütlenme özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar derken, adaleti sağlama endişesi yerini intikama bırakmaktadır. Halbuki, adaleti temin etmek intikam almak demek değildir.

## SÖZDE GÜVENLİK ÖNLEMLERİ

ABD’de gerçekleşen saldırıları takiben, pek çok ülke benzer saldırılardan kendi nüfuzlarını koru-

yabilmek amacıyla, anti-terör yasaları olarak da bilinen yeni güvenlik önlemlerine başvurdu. Söz konusu önlemler içinde en fazla dikkati çekenler ABD ve İngiltere’de yürürlüğe girdi. ABD’de “Vatanseverlik Yasası” 26 Ekim 2001’de yürürlüğe girerken, İngiltere Parlamentosu 19 Kasım’da sunulan “Anti-Terörizm, Suç ve Güvenlik Yasa Tasarısı”nı 17 Aralık 2001 günü kabul etti. Böylece özgürlük ve demokrasi ülkeleri olarak bilinen her iki ülkede de, insan hakları ihlalleri için yasal bir zemin üzerinde kapılar ardına kadar açılmış oldu”<sup>36</sup> Fransa’da yabancılara uygulanan ayrımcılık hız kazandı. Avrupa, Ön ve Orta Asya, Ortadoğu’da onlarca ülkede keyfi uygulamalar yapıldı. “Sadece ABD’de 1.100’den daha fazla insan keyfi bir şekilde gözaltına alınmış durumda. Müslüman bir din adamı ve akademisyen olan Dr. Mazen Al-Najjar gibi gözaltına alınanların çoğu ABD vatandaşı olmayan kişilerden oluşuyor. 300’den fazlası “terörizm” ile suçlanıyor. 104’ü değişik federal suçlardan dolayı gözaltında. 40 değişik ülkeden gelen ve kimliği belirlenemeyen 548’den fazla insan göçmen yasalarını ihlal etmekle suçlanmakta.

Mısır’da yasaklanan İslâmcı gruplara sempati duyduğundan ya da üye olduğundan şüphelenilen binlerce kişi hiçbir suçlama ya da yargılama olmaksızın gözaltında. Bazıları 10 yıldan daha fazla bir süredir aynı konumda.

Çin’de ise uluslararası düzeyde ‘terörizme’ karşı başlatılan savaş, mevcut baskının meşrulaştırılması için kullanılmakta. Muhafif gruplar “bölücü”, “terörist” ya da “aşırı dinci” suçlaması ile karşı karşıya. 11 Eylül’den bu yana, özellikle de Müslüman bir grup olan XUAR’lar üzerinde yoğun bir baskı var.

<sup>35</sup> Hakan Ataman, “İnsan Hakları mı Güvenlik mi?”

<sup>36</sup> Hakan Ataman, a.g.m.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Zambiya'da ise bir freelance gazetecisi ve muhalif parti üyesi olan Frederic Mwaza'nın üç ay boyunca gözaltında tutulduğu ve daha sonra hiçbir suçlama olmaksızın bırakıldığı rapor edilmekte. Ayrıca, güvenlik güçlerinin artan bir oranda kötü muamelesi söz konusu.

Malezya'da muhalif parti liderleri ve yakınları, işkence ve kötü muamele şikayetlerinin olduğu keyfi gözaltılara maruz kalmakta. Mevcut güvenlik yasası, hiçbir suçlama olmaksızın 60 gün boyunca tecrit gözaltısına izin vermektedir.

İsrail'de "bomba koyma" senaryosu yeniden hortladı. Senaryo, gözaltındaki Filistinlilere karşı fiziksel ve psikolojik baskı yapma olanağı veren sorgulama metotlarını meşrulaştırmak için kullanılıyordu. 1999'da İsrail Yüksek Mahkemesi bu metotları kanundışı ilan etmişti. Ancak, mahkemenin kararı söz konusu metotların olağanüstü hallerde kullanılabileceği kaydını taşıyordu.

Zimbabwe hükümeti, gazetecileri ve bağlı buldukları gazeteleri "terörist asistanı" ilan etti. Adı geçen gazetelerin içinde ABD merkezli Associated Press, Güney Afrika gazetesi olan *Business Day* bulunduğu gibi, *The Guardian*, *The Daily Telegraph*, *The Times of London* gibi İngiliz gazeteleri de bulunuyor. Malezya'da Dahili Güvenlik Yasaları kapsamında gözaltına alınanlar için Habeas Corpus ilkesi keyfi bir şekilde yorumlanarak anlamsızlaştırılıyor. Türkiye'de tecrit gözaltısından işkence ve kötü muamele sesleri yükseliyor."<sup>37</sup>

Uluslararası Af Örgütü'nün Birleşik Krallık için yaptığı uyarı birçok ülke için geçerlilik arz etmektedir.

Uluslararası Af Örgütü özetle, 24 Ağustos'ta Birleşik Krallık hükümetince

önerilen ve kamu düzenini, ulusal güvenliği ve hukuk düzenini tehdit ettiği düşünülen yabancıları hedef alan yeni tedbirler temel insan haklarını ve Birleşik Krallık'ın uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini vurgulamaktadır.

"Güvenlik ve insan hakları birbirlerine alternatif değildir; birlikte gelişirler. İnsan haklarına saygı güvenliğe giden yoldur, bu yolda bir engel değil." Açıklamasının tüm ülkelere yapılması gerekiyor.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> İçişleri Bakanı Charles Clarke yetkilerinin derhal gözden geçirilmesi ve "terörizmi haklı gördüğü ya da övdüğü, terör eylemlerini teşvik etmeye çalıştığı, diğer ciddi suçlara kışkırttığı, toplumlar arası şiddete yol açabilecek nefret duygularını beslediğinden" şüphelenilen Birleşik Krallık vatandaşı olmayanları sınır dışı etme yetkisi istedi. Radikal konuşmalar yapmak ve "terörizm"i kışkırtma amaçlı web siteleri ve makaleler yayınlamak gibi farklı 'kabul edilemez davranış' içinde olan yabancıların isimlerinin bulunacağı küresel bir veritabanı yoluyla bu kişiler Birleşik Krallık'a girmeden önce otomatik olarak incelemeye alınacak.

Uluslararası Af Örgütü Birleşik Krallık İçişleri Bakanı Charles Clarke'ın hazırladığı yeni tedbirlerin hukukun üstünlüğü ve aşağıdaki temel insan haklarını ihlal ettiğine inanmaktadır:

- İşkence ve kötü muamele mutlak yasağı ve bu yasağın doğası gereği kimsenin işkence ve kötü muamele uğrama riskinin olduğu bir yere asla gönderilmemesi ilkesi -bu ilke non-refoulement olarak bilinir-.
- Sığınma talebi ve edinme hakkı. Uluslararası koruma isteyen herkesin sığınma başvurularının uluslararası insan hakları ve mülteci yasa ve standartlarına uyumlu olarak adil ve tatminkar usullerle ayrı ayrı ve kapsamlı olarak değerlendirilmesine hakkı vardır. Kişiye mülteci statüsü vermeme niyeti, olağan mülteci statüsü belirleme usulleri çerçevesi dikkate alınarak değerlendirilmeli ve red kararına itiraz hakkı ve itirazı görülürken Birleşik Krallık'ta kalma hakkını da içeren işlemlerin adilliğine dair temel ilkeleri içermelidir;
- İfade ve örgütlenme özgürlükleri;
- Yasaya uygunluk ilkesi ve yasal kesinlik;
- Hakkında herhangi bir suç isnat edilmiş herkesin vakit geçirmeksizin yargı önüne çıkarılması ve tüm adli sürecin

<sup>37</sup> Hakan Ataman, a.g.m.

Terör ve güvenlik problemleri insan hakları, adalet ve kişilerin masumiyeti esas alınarak çözülmesi gerekir. Devlet ile mafyayı ya da kaba gücü birbirinden ayıran da neticeye giderken kullanılan yöntemlerdir. Hukuk devletinde devlet, her adımını hukuka ve temel insan haklarına saygı çerçevesinde atmak sorumludur. ABD öncülüğündeki Batı İttifakı insanlığın tüm ortak değerlerini, bugüne kadar edindiği kazanımları yok sayarak, hatta aksi istikamette hareket etmektedir. İnsan hakları ve güvenlik, birbirleriyle çatışan kutuplar olmaktan çok, birbirleriyle paralel giden unsurlardır. İnsan hakları olmadan güvenlik olmaz.

### SONUÇ OLARAK

11 Eylül sürecinde yaşanan güvenlik gerekçeli insan hakları ihlalleri, ABD ve Batı uygulamasında, değişik dozlarda hep vardı. 1985 de başlayıp, 1990 sonrasında hız kazanan ve 2001 sonrasında hak ihlalden öte fiili operasyona ve katliama dönüşen uygulamalar Batı Medeniyetinin gerçek yüzüdür. Batı insan hak ve özgürlükleri, insanca yaşama, demokrasi vb. kavramları kendileri için kullanmakta, ötekiler olarak gördüğü insanları sömürmeye layık görmektedir. Bu nedenle Batının, insanlığa verebileceği bir değer yoktur. Yaşanılan süreçte aksini düşünenler de her halde fikir değiştirmişlerdir. Bunun farkında oldukları için de insanlığın ve İslâm'ın karşısına fikirle değil silahla çıkmayı, yıkıp yakmayı yok etmeyi denemektedirler. Bunu yaparken de insanlığın genel kabul görmüş kavramlarının arkasına saklanmaktadırlar.

Batının İslâm dünyasına karşı beslediklerini Kur'an bize şöyle haber veriyor. "Ey iman edenler!

Sizden olmayanlardan hiçbir sırdaş edinmeyin. Onlar size fenalık etmekten asla geri kalmazlar. Hep sıkıntıya düşmenizi isterler. Onların kinleri konuşmalarından apaçık ortaya çıkmıştır. Kalplerinde gizledikleri ise daha büyüktür. Eğer düşünürseniz size âyetleri açıkladık."<sup>39</sup> Batının söylediklerinde hep bu gerçeği hatırlasaydık, meşru kavramlarla bizi aldatmaları, sömürmeleri ve katletmeleri mümkün olur muydu?

Hangi gerekçelerle olursa olsun, zulüm uzun süre yaşayamaz. Gecenin en karanlık olduğu an, sabahın en yakın olduğu andır. Tarih boyunca zulüm hiçbir zaman daimi olmamıştır.

Batının icraatını Kur'an-ı Kerim'in ifadeleri ile özetlemek mümkündür.

"İktidara geldiklerinde ekini ve nesli helak ederler. Allah bozguncuları sevmez."<sup>40</sup>

Batı medeniyeti, her ne kadar İslâm dünyası karşısında tek güç gibi görünse de gerçekte menfaat birliktelikleridir. SSCB'de olduğu gibi çözülmesi an meselesidir. Haşir Suresinin 14. ayetin ifadesiyle "kendi aralarında çekişmelidirler. Sen onları birlik sanırsın ama, onların kalpleri dağınıktır." Bizler gerçek medeniyetin örnekliğini ortaya koyduğumuzda insanlığın fevç fevç kurtuluşa koştuğunu göreceğiz.

Batı duymasa da çağrımız;

"De ki: 'Ey kitap ehli! Bizimle sizin aranızda ortak bir söze gelin: Yalnız Allah'a ibadet edelim. Ona hiçbir şeyi ortak koşmayalım. Allah'ı bırakıp da kimimiz kimimizi ilah edinmesin.' Eğer onlar yine yüz çevirirlerse, deyin ki: Şahit olun, biz Müslümanlarız."<sup>41</sup>

uluslararası kabul gören adil yargı standartlarına tam uygun olması

• Adil yargılanma ve yasal yollara başvurma hakkı

<sup>39</sup> Al-i İmran, 118. ayet

<sup>40</sup> Bakara, 205. ayet

<sup>41</sup> Al-i İmran, 64. ayet



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Bariş, özgürlüğü, insan haklarını götürmek için girdikleri yerlerde, söylediklerine ve yaptıklarına baktığımızda, Kur'an'ın bu insanları ne kadar güzel tarif ettiğini görürüz; "Bunlara, 'Yeryüzünde fesat çıkarmayın' denildiğinde, 'Biz ancak ıslah edicileriz!' derler. İyi bilin ki, onlar bozguncuların ta kendileridir. Fakat farkında değillerdir."<sup>42</sup>

Al-i İmran 100. ayetinde de belirtildiği üzere, onlara uyararak yoldan çıkar, sapıtırız. "Size bir iyilik dokunursa, bu onları üzer. Başınıza bir kötülük gelse, ona sevinirler. Eğer siz sabırlı olursanız, Allah'a karşı gelmekten sakınırsanız onların hileleri size hiçbir zarar vermez. Çünkü Allah onların işlediklerini kuşatmıştır."<sup>43</sup>

Biz insanımızın ve insanlığın gerçek kurtuluşunun nüvelerini taşıyan bir medeniyete mensubuz. İnsanlığa hak ve özgürlüğü, adaleti, insan haklarını, insanca yaşama hakkını, farklı kültürlerle birlikte yaşamayı, aleyhimize de olsa hakkı ve adaleti ayakta tutmayı sadece biz ve medeniyetimiz sunabiliriz.

Güvenlik ve başkaca gerekçelerle yaşanan hak ihlalleri geçicidir. Gece karanlığı güneşe rağmen devam edemez.

### Kaynakça

- Abdullah Yıldız; **28 Şubat Belgeler**, Pınar Yayınları, İstanbul: 2000.
- Ahmet Altun; "11 Eylül'den Sonra Dünyada İslâm", **Yeni Şafak**, 20.09.2004.
- Bekir Berat Özipek; "Türkiye'de İnsan Hakları, İslâm ve Batı Üzerine".
- Fehmi Kuru; **11 Eylül**, Timaş Yayınları, 2002.
- George Frankl; **Batı Uygarlığı**, Açılım Yayınları, İstanbul: 2003.

Hakan Ataman (\*); "İnsan Hakları mı Güvenlik mi?", **Zaman**, 26.01.2002

İbrahim Karagül; "Küresel Olağanüstü Hal mi İlan Ediliyor?" **Yeni Şafak**, 22.09.2001.

İbrahim Karagül; "Üç Yıllık Şoktan Uyanma Zamanı", **Yeni Şafak**, 11.8.2004.

İbrahim Karagül; **Yüz Yıllık Kuşatma**, Fide Yayınları, 2005.

"İkinci Soğuk Savaşa Doğru", **The News**, Başyazı, 18.09.2001.

Joseph Lawrence; "11 Eylül'ün Üstesinden Gelmek", 11.09.2004.

Loretta Napoleoni; "**Modern Cihat**", (Terör Örgütlerinin Kasalarındaki Dolar Neden Geliyor.) Bulut Yayın Dağıtım, 2004.

### **Mazlumder 2005 Değerlendirme Raporu.**

Muharrem Balcı-Gülden Sönmez; **Temel Belgelerde İnsan Hakları**, Danışman Yayınları, İstanbul: 2001.

Noam Chomsky; **11 Eylül ve Sonrası**, Aram Yayıncılık, 2002.

Şeref Gözübüyük; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara: 1998.

Yusuf Hakkı Doğan; **Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı**.

<sup>42</sup> Bakara Suresi, 11 ve 12. ayetler

<sup>43</sup> Al-i İmran, 120. ayet

(\*) Uluslararası Af Örgütü Türkiye Kampanya Koordinatörü.



## **Adli Yardım -Sorunlar ve Çözüm Önerileri-**

Av. Aykut OKUR-Av. Mehmet KALAY



### **TAKDİM**

**U**zun zamandır gündemimizde bulunan "CMUK Uygulamaları ve Sorunları" ile birlikte "Adli Yardım Sorunları ve Çözüm Önerileri"nin araştırılması da nihayet İstanbul Barosu seçim çalışmalarını vesilesiyle arkadaşlarımız tarafından hızlandırıldı.

CMUK'a ve Adli Yardım'a ilişkin düzenleme ve uygulamaların hak arama özgürlüğünün somut güvenceleri olması; adli yardıma gereksinim duyanlar kadar, bu güvencelerin temel unsuru olan biz avukatları da yakından ilgilendirmektedir.

Hak arama özgürlüğünün kutsal ve evrensel bir hak olarak algılanması, dolayısıyla hak arama sürecinin yasal dayanaklara ve temel hak ve özgürlükler kapsamında özgün uygulamalara kavuşturulması gereği; ÇAĞRI AVUKATLAR GRUBU'nun, Adli Yardım ve CMUK Uygulamalarını ve sorunlara ilişkin somut önerilerini birer kitap halinde sizlere ulaştırmasına vesile oldu.

Grup içinde Fikri Araştırmalar Komitesi üyesi olan meslektaşlarımız, sadece sorunları sayma yontem

mi ile hazırlanmayıp, çözümlerin de parçası olmayı temel alarak yasal dayanaklara ve uygulamalara ilişkin çözüm önerileri ve yönetmelik taslakları da hazırladılar. Çünkü, meslektaşlarımız, sözü geçen yasal düzenlemelerin ve uygulamanın bizzat içinde idiler ve meslektaşlarıyla birlikte olumsuz şartlarda görev yapıyorlardı.

Konu adli yardım olduğunda, bu kurumdan yararlananların hakları kadar, bu hakların güvencesi olan avukatların hakları da değerlendirilmeliydi. Gerek yasal düzenlemeler gerekse uygulama, adli yardımdan yararlanacak olanların hak arama özgürlüğüne olduğu kadar, meslektaşlarımızın bu görevleri yerine getirmesine de engel olacak hüküm ve işlevlerle doludur.

Adli yardım kurumu ile bu kurumdan yararlananların haklarını güvence altına almaya çalışan hukuk sistemi, insan haklarına ve adil yargılanmaya uygun hizmet veren avukatların, bu hizmeti vermeleri nedeniyle ekonomik açıdan zayıf duruma düşmelerini engellemeye yönelik mekanizmaları kuramamıştır. Avukatlık gibi sorumluluğu zaten ağır olan bir mesleğin, adli yardım hizmeti nedeniyle daha da ağırlaşan bir sorumlulukla yapılması gerektiği de göz önünde tutulduğunda, bilgisini, zamanını, emeğini bu kadar önemli bir işe harcayan avukatın da sistem içinde korunması gerektiği açıktır. Bu gereklilik ÇAĞRI AVUKATLAR GRUBU'nu Adli Yardım konusunu enine

(\*) GENÇ HUKUKÇULAR HUKUK OKUMALARI GRUBU'nda tebliğ olarak sunulmuş olup, İstanbul Barosu 2004 Seçimleri öncesinde ÇAĞRI AVUKATLAR GRUBU tarafından kitap olarak 10.000 adet basılıp dağıtılan bu çalışma **Birikimler 2** için gözden geçirilmiştir.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

boyuna tartışmaya açmaya yöneltmiştir.

Bu çalışmada birçok konu meslektaşlarımız tarafından bilinen konular olduğu halde hatırlatmak gereği duyulmuştur. Bunun nedeni, çalışma sonuna eklediğimiz ADLİ YARDIM İÇ YÖNETMELİK TASLAĞI'nın hukuki dayanaklarını ortaya koyabilme ihtiyacıdır.

Arkadaşlarımızın öz veri ile hazırladığı bu çalışmaya görüşleriyle katkıda bulunan İstanbul Barosu Adli Yardım Servisi Sorumlusu Sayın Av. İmmihan Yapar'a teşekkür ediyorum.

Nihayet, günceli takip eden kıymetli katkıları ve hukukla erdemi birleştiren sorumluluk duygularıyla, bizleri devamlı zinde kalmaya, gündemi takip etmeye ve üretmeye zorlayan hukukçu arkadaşlarıma da bu vesile ile sevgi ve hayranlıklarımı ifade ediyorum.

**Av. Muharrem BALCI**

### TANIM

Avukatlık Kanununun 176. maddesinde adli yardım;

"Avukatlık ücretlerinin ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara, bu kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanmasıdır."

HUMK'nun 465. maddesine göre adli yardım;

"Davasında haklı olan bir kimse- nin, ekonomik gücü olmaması (fakirliği) nedeniyle bir davanın gerektirdiği mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır."

HUMK'un bu tanımına göre fakirlik, kendisi ile ailesini geçim bakımından önemli bir zarurete düşürmeksizin davanın gerektirdiği giderleri ödemekten kısmen veya tamamen aciz bulunmasıdır.

### AMAÇ

TBB'nin Adli Yardım Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde adli yardımın amacı;

"Bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların avukatlık hizmetlerinden yararlandırılmasıdır."

### TARİHÇE

Türk Hukukunda adli yardım, yürürlükteki iki mevzuatla düzenlenmiştir. Birinci düzenleme, 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 176-181. maddelerinde Adli Müzaheret başlığıyla yapılmış olup; ikinci düzenleme ise HUMK. 465-472. maddeleri ile yapılmıştır. Bunun yanında Türkiye Barolar Birliği, 14.11.2001 tarihinde 24583 sayılı RG ile yürürlüğe giren ilk Adli Yardım Yönetmeliğini uygulamaya koymuş, ardından da Avukatlık Kanununun 181. maddesine dayanarak 10.3.2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 14 madde halinde ikinci Adli Yardım Yönetmeliğini çıkartmıştır.

Avukatlık Kanununun adli yardım ilişkili hükümleri, 4667 sayılı Kanunun 02.05.2001 tarihli değişikliği ile yeni bir çehreye kavuşmuştur. Daha önce işletilemeyen ve yaptırım gibi zorunlu uygulanan bu kurumda, adli yardım görevlendirmeleri bu tarihten sonra sadece adli yardım bürosunun 1425 civarındaki kayıtlı avukatlarına tahsis edilmeye başlandı. Adli Yardımı Maliye Bakanlığı finanse etmektedir.

### ADLİ YARDIMIN HUKUKİ DAYANAKLARI

#### Sosyal Hukuk Devleti

Adli yardım hizmetinin hukuki dayanakları, temel hak ve hürri-

yetlerden olan adil yargılanma hakkı, kanun önünde eşitlik, hak-kaniyete uygunluk, savunmanın mutlak gerekliliği ilkeleridir. Devlete yüklenmiş bir görev olması bakımından da bir kamu hizmetidir.

Anayasanın, "Devletin Temel Amaç ve Görevleri" başlıklı 5. maddesine göre devletin amaç ve görevi:

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 ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

Maddenin gerekçesinde, devletin nüfus unsurunu teşkil eden Türk Milletinin bir bütün ve parçalanamaz olduğu vurgulandıktan sonra, bu bütünün bağımsız bir devlet oluşturduğunun altı çizilmektedir. Bu devletin varlık sebebi, insan hak ve hürriyetlerini en iyi şekilde gerçekleştirip teminat altına almak, demokrasiyi ve cumhuriyeti korumaktır. Ancak, devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracak, ferdin insan hayatına uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. 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 olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, insanca bir hukuk sistemi içinde kendisini güven içinde hissetmesini sağlayaca-

ca düzenlemeleri ve uygulamalar gerçekleştirmek, devletin görevidir. Devlet ancak bu şekilde sosyal bir hukuk devleti sayılabılır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 18 Şubat 1985 tarihli kararında:

"**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, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı 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."

denilmektedir.

### Kanun Önünde Eşitlik

Anayasanın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesi yargılama hukukunda evrensel bir ilkeyi öne çıkarmaktadır. Bu ilke "**Kanun Önünde Eşitlik**" ilkesidir.

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, 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."

Maddenin gerekçesinde de, kanun önünde eşitlik ilkesinin demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil ettiği, insanın insan olması dolayısıyla doğuştan

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

bir değer ve haysiyeti bulunduğu vurgulanırken, bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağına hüküm altına alındığı belirtilmektedir.

Gereğince devamla, insanlar arasında kanunların uygulanması açısından hiçbir fark gözetilemeyeceği, insanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de "kanunlar önünde eşitlik ilkesi"nin sağladığı anlatılmaktadır.

Gerçekten de, sadece fakirliği yüzünden bir insanın kendini savunmaktan yoksun kalması, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. İşte burada sosyal hukuk devleti yükümlülüğü, devletin bazı tedbirler almasını ve düzenlemeler yapmasını gerekli kılmaktadır.

### Hak Arama Özgürlüğü

- Adil Yargılanma
- Savunma
- Hakkaniyete Uygunluk

Anayasanın 36/1. maddesi kişinin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu düzenleyerek, bu hakların, hak arama özgürlüğünün gereği olduğunu ifade etmektedir.

Adli yardım, hak arama özgürlüğünün güvencesidir ve bu güvence, yargılamada silahların eşitliğini sağlayan önemli bir kamu hizmetidir.

Madde gerekçesinde, hak arama özgürlüğünün ilk şartı olan yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme hak ve hürriyetinin hüküm altına alınmış olduğunu ve bunun tabii sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma ve "Adil ve hakkaniyete uygun" yargılanma hakkına sahip olduğunu belirttiğini, yargılama usulü kanunu ve yargı organı, anayasa emri olarak, "adil ve hak-

kaniyete uygun" yargılamayı sağlayacak şekilde düzenleneceğini vurgulanmaktadır.

Adil yargılama davanın tarafları arasında "**silahların eşitliği**" ilkesine dayanmalıdır. Yargılamanın tüm safhalarında gözetilmesi gereken silahların eşitliği ilkesi, tarafların yargılamada usul bakımından eşit yararlandırılmalarını sağlamaya yöneliktir. Anayasada bir ilke olarak belirtilen "hakkaniyete uygunluk", AİHM kararlarında taraflar arasında tam bir eşitliğin (silahların eşitliği) sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunması anlamındadır.

AİHS'in 6/1. maddesi uyarınca:

"Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir."

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, 6/1. madde medeni hak ve yükümlülükleri de kapsamaktadır.

Madde gerekçesinde, sözü edilen "Adil ve hakkaniyete uygun" yargılanma hakkı;

"Uyuşmazlığın tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetmesizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılama olarak"

tanımlanabilir. Bu tanıma göre adil yargılamadan söz edebilmek için, iddia ve savunma makamlarının eşit olanaklara sahip olması, iddia ve savunmanın karşılıklı olarak yapılması, bir başka ifadeyle silahların eşit olması gereklidir.

Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkını AİHS'in hükümleri ve AİHM'in içtihatlarıyla birlikte değerlendirilmek gere-

kir. Böylece 03.10.2001 tarihli, 4709 sayılı Kanununun 14. maddesi ile 36. madde metnine eklenen adil yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesindeki anlamıyla iç hukukumuzda yorumlanarak uygulamaya geçirilmek zorundadır.

Ayrıca, AİHS'in 6. maddesinde yer alan "hakkaniyete uygunluk" ilkesi adli yardım konusunun önemli ilkelerinden biridir. Zira, "Hakkaniyete uygunluk, adil yargılamanın bir bakıma temel gereğidir. Bu ilkenin de en önemli ve ilk gereği, "silahların eşitliği"dir. Silahların eşitliğini sağlama görevi, hem usul hükümlerinin, hem yargıcın, hem de sosyal hukuk devletinin görevidir.

### Avukatlık Mesleği Yönünden

Ülkemizde mahkemelerde avukatla temsil zorunluluğu yoktur. Türk hukukunda bu yüzden birçok sorunla karşılaşılmaktadır.

Avukat olmaksızın yapılan işlemlerde genellikle usul konusundaki bilgisizliğin kurbanı olunmaktadır. Yargılamanın ilerleyen safhalarında, evvelce yapılmış olan usule aykırı işlemler ve esas hakkında yapılan beyanlar yargılamayı olumsuz etkilemekte, daha sonra da bir avukat yardımıyla yanlışlıkların düzeltilmesi yoluna gidilse de, sonuçta aleyhte karar alınmasına yol açmaktadır.

Bu yanlışlıkların en önemli sebebi, kişilerin avukat tutmakta ekonomik imkansızlıklarıdır.

"Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2000 yılına ait istatistiklerine göre, 2000 yılı içinde açılan ilamlı icra takiplerinden %39'u, ilamsız takiplerden %36,4'ü, iflas takiplerinden %30,3'ü sonuçlanabilmiştir. Talimatların ise ancak %37,4'ünün infaz edilebildiği anlaşılmaktadır. Aynı istatistiklere göre bir icra takibinin ortalama görülme süresi 443 gündür. Ülkemizde icra takiplerinin dava ola-

rak algılanmadığı için avukata danışmaksızın yapılan başlıca işlem olduğu, ancak sonuç alınabilecek bir icra takibi için, dosyanın mutlaka çok sıkı takip edilmesi gerektiği gerçeği karşısında bu rakamlar avukatla temsilin bir zorunluluk olduğunu ifade etmektedir.<sup>1</sup>

Adli Yardım konusunda gerçekten doyurucu açıklamalar yapan İzmir Barosu Adli Yardım Bürosunun açıklamalarını aktarmakla yetineceğiz:

"Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nın Taslak Gereğesi'nin 22. maddesinde de "Esas olarak, herkesin sahip olduğu insan hakları ve temel özgürlüklerin, medeni ve siyasal haklar gibi ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yeterli bir şekilde korunabilmesi, tüm bireylerin özgür bir hukuk mesleğinin sağladığı hukuk hizmetlerine, etkin bir biçimde ulaşılmasına bağlıdır" denilmek suretiyle aynı konuya işaret edilmiştir.

Yani her türlü hak ve özgürlüğün korunabilmesi, geliştirilip yerleştirilmesi, herkesin, hukukçular tarafından verilen hukuk hizmetlerine etkin bir şekilde ulaşabilmesi ile mümkündür. Bu saptama hukukçulara ve özellikle avukatlara çok önemli sorumluluklar yüklediği gibi, mesleklerinin vazgeçilmezliğine yapılan vurgudan hareketle yine çok önemli mesleki hak ve yetkiler de getirmektedir.

Herkesin hukuki sorunlarını çözmede bir avukata başvurması gerektiği ve bunun mutlak bir gereksinim olduğu, gerek hakları düzenleyen normların içeriğinden gerekse hukuk uygulamalarından kolaylıkla varılabilecek bir sonuçtur. Ancak bu sonuca varırken, ekonomik nedenlerle bir avukata başvurma olanağı bulunmayanların da gözetilmesi gerektiğini unutmamak gerekir. Barolar kanalıyla verilen adli yardım hizmeti, yukarıda söz ettiğimiz mutlak gereksinim ile ekonomik nedenlerle bu gereksinimini

1

<http://www.izmirbarosu.org.tr/adliyardim/tanitim.htm>



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

karşılayamayanlar arasındaki dengeyi sağlamada çok önemli bir işleve sahiptir.

Bu nedendir ki, avukatlık mesleğine ilişkin uluslararası belgelerde adli yardıma ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Avukatlık mesleğine ilişkin önemli belgelerden biri olan Havana Kuralları-BM Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler'in başlangıç bölümünde "bütün insanların sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel veya kişisel ve siyasal nitelikteki insan hakları ve temel özgürlüklerin yeterli bir biçimde korunması, herkesin bağımsız hukukçuların sağladığı adli hizmetlere etkili bir biçimde ulaşma hakkına sahip olması gerektiği"nden söz edildikten sonra, 3. maddesinde "Hükümetler, yoksullara ve gerektiği takdirde mahrumiyet içinde bulunan diğer kimselere adli hizmet verilmesi için yeterli mali imkanlar ve başka kaynaklar sağlar. Avukatların meslek örgütleri bu hizmetlerin, imkanların ve kaynakların organize edilmesinde ve sunulmasında işbirliği yapar" denilmek suretiyle bu konuda hükümetlere ve barolara düşen sorumluluk belirlenmiştir.

Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nın başlangıç bölümünde, "Adalete ulaşmanın, ekonomik bakımdan zayıf durumda olan kişilere de avukatlık hizmeti sunmak olduğu düşünülerek" denilmek suretiyle, adaleti sağlama hedefi ile adli yardım hizmeti arasındaki bağlantıya işaret edilmiştir. Aynı metnin IV numaralı Prensibinin Başlığı "Tüm Şahısların Avukatlara Erişebilmesi" olup, 1. maddesinde "Herkesin bağımsız avukatlarca sağlanan hukuki hizmetlerden etkin bir şekilde yararlanması için tedbirler alınmalıdır."

2. maddesinde "Avukatların ekonomik bakımdan zayıf kişilere de hukuk hizmeti vermeleri teşvik edilmelidir." denilmektedir.

Konuyla ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli noktada da, insan haklarına ve adalete hizmet eden adli yardım hizmetini veren avukatların, bu hizmeti ver-

meleri nedeniyle ekonomik açıdan zayıf duruma düşmelerini engellemeye yönelik mekanizmaların da kurulması gereğidir. Avukatlık gibi sorumluluğu zaten ağır olan bir mesleğin, adli yardım hizmeti nedeniyle daha da ağırlaşan bir sorumlulukla yapılması gerektiği de göz önünde tutulduğunda, bilgisini, zamanını, emeğini bu kadar önemli bir işe vakfeden avukatın da sistem içinde korunması gerektiği açıktır.

Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nda bu konu da düzenlenmiş bulunmaktadır. IV Numaralı Prensibin 4. maddesine göre "Avukatlık ücretini düzenleyen kanun ve düzenlemeler avukatlara makul düzeyde kazanç sağlayıcı ve kamunun hukuk ihtiyacını karşılayıcı nitelikte olmalıdır". Prensiplerin şerhlerinin düzenlendiği bölümün 50. maddesinde madde gerekçesi açıklanırken "avukatların özgür olabilmeleri için makul bir yaşam standardını elde edebilecek kadar kazanmalarının şart olduğu" belirtilmiş, aynı bölümün 51. maddesinde de ekonomik açıdan zayıf olanlara adli yardım hizmeti veren avukatların da mesleki açıdan özgür olabilmelerinin sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. 50.madde ile birlikte yorumlanması gereken maddede söz edilen mesleki özgürlüğün, salt kamu otoritesinden baskı görmemek anlamına gelmediğini ayrıca bunun ekonomik özgürlüğü de içerdiğini unutmamak gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere, ekonomik açıdan zayıf olan bireylere de yargı mercilerine ve avukatlara ulaşma olanağının sağlandığı, bir yandan da bu tür hizmetlerde bulunan avukatların ekonomik açıdan zorda kalmalarını önleyici tedbirlerin alındığı, ve bu olanaklarla birlikte avukatla temsilin zorunlu olduğu bir hukuk sisteminde adil yargılamadan söz etmek mümkün olabilecektir.

Şimdilik ülkemizde normatif anlamda avukatla temsil zorunluluğu olmasa bile, adli yardım hizmeti, bireylerin bir avukata başvurma gereksinimi olduğunu, bunun çok önemli ve gerekli olduğunu hiç de-

ğilse uygulamada gösterecek ve işin pratiğinde bunu zorunlu hale getirebilecek bir mekanizmadır. Ekonomik açıdan zayıf kişilerin avukatla temsil edilebildiği, bu nedenle daha nitelikli ve kaliteli hukuki işlemler çıkarabilen avukata başvuruların hukuken geçerli olması kaydıyla başvuru sahiplerinin istemlerine uygun kararlar elde edebildiği, kişilerin adalet duygusuyla sonuç alabildiği bir sistemin içinde, elbette ekonomik açıdan rahatlıkla bir avukata başvurabilecek olanların kayıtsız kalacakları düşünülemez. Bu nedenle ADLİ YARDIM, adalete, insan haklarına ve hukuka olduğu kadar AVUKATLIK MESLEĞİNE DE HİZMET EDEN ÖNEMLİ BİR ARAÇTIR."<sup>2</sup>

## ADLİ YARDIMIN KAPSAMI

Avukatlık Yasası'nın 176.maddesine göre adli yardım;

"Avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara bu Kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanmasıdır."

Avukatlık hizmeti Avukatlık Kanununun 35/1. maddesinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre avukatlık,

"Kanun işleri ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait evrak düzenlemek"tir.

Gerek Avukatlık Kanunu gerekse aşağıda tam dökümü verilen mevzuat çerçevesinde Adli Yardım; icra safhası ve ihtiyati tedbirler de dahil olmak üzere hukuk davalarında ve idari davalar ile ceza davalarında sadece mağdurlar, şikayetçiler ve zarar görenler için ücretsiz avukat hakkı sağlamaktadır.

HUMK'un 465. maddesine göre, adli yardımın (sadeleştirilmiş haliyle) kapsamı ise;

"Kendisiyle ailesinin yaşamını zaruirete düşürmeksizin gerekli masrafları kısmen veya tamamen ödemekten aciz olan kimselerle hayır kurumları, iddia ve savunmalarında veya icraya ve ihtiyati tedbirlere müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösterebilmeleri şartıyla adli yardımdan yararlanabilecekleri"

şeklinde belirlenmiştir.

## ADLİ YARDIM MEVZUATI

### AİHS

#### Madde 6/1

##### Adil Yargılanma Hakkı

Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözülmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.

### 1982 Anayasası

**Madde 5:** "Devletin temel amaç 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 ilkeleriyle bağdaşmayacak sınırlayan siyasi, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

**Madde 10/1:** "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce,

<sup>2</sup>

<http://www.izmirbarosu.org.tr/adliyardim/tanitim.htm>

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”

**Madde 36:** “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.”

### Avukatlık Kanunu

**Madde 176:** Adli yardım, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara bu Kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanmasıdır.

**Madde 177:** Adli yardım hizmeti, baro merkezlerinde, baro yönetim kurullarınca avukatlar arasından oluşturulan adli yardım bürosu tarafından yürütülür. Baro yönetim kurulu, ayrıca baro merkezi dışında avukat sayısı beşten çok olan her yargı çevresinde de bir avukatı adli yardım bürosu temsilcisi olarak görevlendirebilir. Büro ve temsilciler, baro yönetim kurulunun gözetimi altında çalışırlar.

**Madde 178:** Adli yardım istemi, adli yardım bürosuna veya temsilcilerine yapılır. İstek sahibi, isteminde haklı olduğunu gösterdiği delillerle kanıtlamak zorundadır.

Yardım isteminin reddi halinde, ilgilisi yazı veya sözle baro başkanına başvurabilir. Baro başkanının vereceği karar kesindir.

**Madde 179:** Adli yardım isteminin kabulü halinde; büro gerekli işlemleri yapmak üzere bir veya birkaç avukatı görevlendirir. Görevlendirilen avukat, görev yazısının kendine ulaşmasıyla, avukatlık hizmetlerini yerine getirmek yükümlülüğü altına girer.

Bu yükümlülük, ilgilinin gerekli belge ve bilgileri isteğe rağmen vermemesi veya vekaletname vermekten kaçınmasıyla sona erer.

Ayrıca görevlendirilen avukat da bu işi yapmaktan çekinmek isterse görevin kendisine bildirildiği tarihten itibaren on beş gün içinde o işin tarifede belirlenen ücretini baroya ödemek zorundadır.

Büro, görevlendirilen avukatın işi yürütmesiyle ilgili aşamaları izler.

18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlardaki adli yardıma ilişkin hükümler saklıdır.

### Madde 180

Adli yardım bürosunun gelirleri şunlardır:

İki yıl öncesine ait kesin hesap sonuçlarına göre tespit edilen toplam miktarlar esas alınarak 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (1), (2) ve (3) sayılı tarifelere göre alınan harçların yüzde üçü ile idari nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının yüzde üçü,

Baroya düşecek paylar ile kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından, il veya belediye bütçelerinden baroya yapılan yardımlar,

Bu amaçla yapılan her türlü bağışlar,

Adli yardım görevinden çekilen avukatların yatıracağı ücret,

Adli yardımla görevlendirilen avukatın aldığı ücretin yüzde onu ile davadan haklı çıkan adli yardımdan yararlanan kişinin avukat ücretinden başka, yararlandığı kısmın yüzde beşi.

Büronun giderleri şunlardır:

a) Adli yardımla görevlendirilen avukatlara gerektiğinde ödenecek ücretler,

- b) Büroda görevlendirilecekler  
ödenek ücretler,  
c) Büro giderleri ve diğer giderler.

Adli yardım bürolarının gelir ve giderleri büro bütçesinin ayrı bölümlerinde gösterilir. Bu bölümde kalan gelir fazlasının bir sonraki yıla aynen aktarılması zorunludur.

Birinci fıkranın (a) bendine göre hesaplanacak ödenek, Maliye Bakanlığınca her yıl Mart ayının sonuna kadar Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılır. Bu paralar, münhasıran adli yardım için kullanılır ve yılı içinde harcanmayan paralar, ertesi yıla aynen aktarılır. Bu paraların barolar arasındaki dağıtım ve kullanılmasına ilişkin hususlar, Türkiye Barolar Birliği tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

**Madde 181:** (Değişik madde: 02.05.2001-4667/89. md.)

Adli yardım bürosu, çalışmalarını her yıl sonu düzenleyecekleri bir raporla baro yönetim kuruluna bildirir. Raporun bir örneği baro ca Türkiye Barolar Birliğine gönderilir.

Adli yardım bürosunun kuruluşu, görevlendirilecek avukatların ve bunlara ödenecek ücretlerin belirlenmesi, büronun işleyişi, denetimi gibi konular Türkiye Barolar Birliğince çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.

## **TBB ADLİ YARDIM YÖNETMELİĞİ**

Resmi Gazete: 30.03.2004/25418

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığından

### **Birinci Bölüm**

#### **Amaç, Kapsam ve Dayanak**

##### **Amaç**

**Madde 1:** Bu Yönetmeliğin amacı, 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 176-181 inci maddeleri uyarınca, adli yardımla ilgili usul ve esasları düzenlemektir.

Adli yardımın amacı, bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların avukatlık hizmetlerinden yararlandırılmasıdır.

### **Kapsam**

**Madde 2:** Bu Yönetmelik, 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 180 inci maddesi uyarınca Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılan paraların, barolar arasında dağıtım ve kullanılması ile adli yardım bürosunun kuruluşunu, görev ve yetkilerini, görevlendirilecek avukatların ve ücretlerinin belirlenmesini, işleyişini ve denetimini kapsar.

### **Hukuki Dayanak**

**Madde 3:** Bu Yönetmelik 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 176-181 inci maddeleri uyarınca düzenlenmiştir.

### **İkinci Bölüm**

#### **Genel Hükümler**

**Adli Yardım Bürosu ve Temsilcisi**

**Madde 4:** Her baro merkezinde, baro yönetim kurulu tarafından belirlenip görevlendirilecek, yeterli sayıda avukattan oluşan bir adli yardım bürosu kurulur. Baro yönetim kurulu ayrıca, baro merkezi dışında, avukat sayısı beşten fazla olan her yargı çevresinde bir avukatı, adli yardım bürosu temsilcisi olarak görevlendirebilir. Gerektiğinde, yeteri kadar

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

temsilci yardımcısı da görevlendirilir.

Adli yardım bürosu ve temsilcileri, 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununda öngörülen görevler ile baro yönetim kurullarının Avukatlık Kanunu ve Yönetmelikler çerçevesinde vereceği görevleri yerine getirirler.

Adli yardım bürosu ve temsilcileri, işlerini adli yardımdan sorumlu baro yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunda ve denetiminde yürütürler.

Adli yardım bürosu ve temsilcilerine, hizmetin yürütülebilmesi için adli yardım ödeneğinden karşılanmak üzere yeterli mekan, büro donanımı ve personel sağlanır.

Barolar, avukat stajyerlerine, adli yardım bürosu ve temsilciliklerinde eğitim amacıyla geçici süreli görevler verebilirler.

### Adli Yardım İstemi

**Madde 5:** Adli yardım istemi, hizmetin görüleceği yer adli yardım bürosuna ve temsilciliklerine yapılır. Başvurularda, adli yardım başvuru formu doldurulur ve adli yardım esas defterine kaydedilir.

Adli yardım bürosu ve temsilcilikleri, istem sahibinden gerekli bilgi ve belgeleri ister, istemin haklılığı konusunda uygun bulacağı araştırmayı yapar, gerektiğinde karar verir. Bu araştırmada, kamu ve özel kurum ve kuruluşları, adli yardım bürosuna ve temsilciliklerine yardımcı olurlar.

Adli yardım isteminin reddi halinde istemde bulunan; tebliğden itibaren on gün içinde yazılı veya sözlü olarak baro başkanına başvurabilir. Baro başkanı yedi gün içinde karar verir, bu karar kesindir. Süresinde karar verilmediği takdirde talep ret edilmiş sayılır.

Adli yardım görevi serbest çalışan avukatlara eşitlik ilkesi esaslarına göre verilir.

### Adli Yardımın Yapılışı

**Madde 6 a):** Adli yardım isteminin kabulü halinde, durum bir tutanakla tespit edilir. İstem sahibinden, işin sonunda maddi bir yarar elde etmesi halinde, avukata ödenen para ile elde edilecek maddi yararın %5'ini baroya ödeyeceğine; adli yardım isteminin haksız olduğunun sonradan anlaşılması halinde, görevlendirilen avukata ödenen ücretin iki katı ve yapılmış masrafları yasal faizleri ile geri vereceğine ilişkin taahhütname alınır.

Vekaletname masrafı adli yardım faslından ödenebilir.

Yargılama giderlerini karşılamayacaklar için 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 465-472 nci maddeleri gereğince adli müzaheret talebinde bulunulur. Bu talebin reddi halinde ilgilisi, avukatlık ücreti dışındaki diğer yargılama giderlerini karşılamak durumundadır. Aksi halde, adli yardım istemi reddedilebilir.

Ancak, yargılama giderlerinin karşılanamayacağına açıkça anlaşılması ve adli yardım talebinde bulunanın haklılığı açısından kesin veya kuvvetli bir kanı oluşması halinde, adli yardım bürosunun veya adli yardım temsilcisinin önerisi üzerine baro yönetim kurulu kararıyla adli yardım fonundan karşılanır.

Davanın reddi halinde iade olunacak harç, adli yardım fonuna aktarılır.

**b)** Adli yardım isteminin kabulüyle, gerekli iş ve işlemleri yapmak ve yürütmek üzere bir veya birkaç avukat görevlendirilir. Görev yazısının bir örneği de istem sahibine verilir ve gerekli bilgi, belge ve vekaletname ile birlikte görevlendirilen avukata başvurusu istenir. Görevlendirilen avukat, görevlendirme yazısının, işe ve ilgiliye ait bilgi, belge ve vekaletnamenin, adli mü-

zaheret istemi reddedilmiş ise iş için zorunlu masraf avansının kendisine ulaşması ile avukatlık hizmetlerini yerine getirmek yükümlülüğü altına girer.

Görevlendirilen avukatın yükümlülüğü, istek sahibinin hizmetin görülebilmesi için gerekli belge ve bilgiler ile avukatlık ücreti dışındaki zorunlu yargılama giderlerini vermemesi veya vekaletname vermekten kaçınması ile sona erer. Görevlendirilen avukat, bu durumu gecikmeden, kendisini görevlendiren adli yardım bürosuna ya da temsilciliğine bildirir.

c) Görevlendirmede, avukatların mesleki faaliyet alanlarına ilişkin beyanları dikkate alınır.

d) Görevlendirilen avukat, bu işi yapmaktan haklı bir neden olmaksızın çekinmek isterse, görevin kendisine bildirildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, o işin tarifede belirlenen ücretini baroya ödeyerek görevden çekilebilir.

e) Görevlendirilen avukat, 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre işi sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür. Bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra takipleri veya benzeri hukuksal işlemler, görev konusu iş kapsamında kabul edilmez.

f) Adli yardım bürosu ve temsilcilikleri, görevlendirilen avukatın hizmeti yerine getirmesi ile ilgili aşamaları izler. Avukat, işin hangi aşamasında olursa olsun, kendisinden istenen bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Hizmetin sonunda da, bu konudaki raporunu ve hizmetin sona erdiğini gösterir belgeleri adli yardım bürosuna ya da temsilciliğine iletir.

#### Ödenecek Ücret

**Madde 7:** Adli yardımla görevlendirilen avukata, görevlendirme konusu iş için asgari ücret tarifesinde gösterilen maktu ücret

peşin ödenir. Aynı işe birden fazla avukat görevlendirilemez. Ancak görevden çekilen avukatın yerine yeni görevlendirilen avukata ayrıca ücret ödenir.

Ceza davalarında şahsi davacı ve müdahil vekiline, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gereğince yapılacak hukuki yardımlar için avukatlık ücret tarifesinde belirlenen maktu ücret ödenir.

Yargıtay'da görülecek duruşmalı işlerde ayrıca, Ankara'ya gidiş-geliş otobüs ücreti ödenir. Adli yardımdan yararlananın veya vekilinin talebi halinde Ankara barosundan görevlendirilecek avukat aracılığı ile Yargıtay'daki duruşma takip edilebilir.

Tüm masraflar belgeye dayandırılır. Belgesiz ödeme yapılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için, bu mahkemenin kendi adli yardım kuralları uygulanır. Bu yönetmelik uyarınca ödeme yapılamaz.

Adli yardım görevini haklı nedenler dışında tamamlamayan avukat, aldığı ücretin iki katını baroya ödemekle yükümlüdür.

#### Adli Yardım Bürosunun Gelirleri

**Madde 8:** Adli yardım bürosunun gelirleri şunlardır:

- a) Türkiye Barolar Birliğinden baroya gönderilecek adli yardım ödeneği,
- b) Kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından, il veya belediye bütçelerinden baroya yapılan yardımlar,
- c) Bu amaçla yapılan her türlü bağışlar,
- d) Adli yardım görevlerinden çekilen ve haklı neden olmaksızın hizmeti sonuçlandırmayan avukatlardan geri alınan ücretler,
- e) Taahhütname gereği ilgiliden alınan paralar,



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

f) Yardımdan yararlanan ilgili lehine ilamda belirlenen harca esas değerın %5'i.

### Adli Yardım Bürosunun Giderleri

**Madde 9:** Adli yardım bürosunun giderleri şunlardır:

- a) Adli yardımla görevlendirilecek avukatlara ödenecek ücretler ve zorunlu yol giderleri, gerektiğinde vekaletname, dava harç ve masrafları,
- b) Büro personelinin ücretleri,
- c) Büro donanımı, kırtasiye, kira ve diğer giderler.

Adli yardım paraları, münhasıran adli yardım hizmetlerinde kullanılır ve baro bütçesinin ayrı bölümlerinde gösterilir. Bu bölümden kalan gelir fazlası, bir sonraki yılın aynı faslına aktarılır.

### Adli Yardım Parasının Barolara Dağıtımını

**Madde 10:** Türkiye Barolar Birliği, 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 180 inci maddesi uyarınca tahsil edilen parayı bütçesinin adli yardım faslına aktararak, bankada açacağı ayrı bir hesapta toplar. Bu hesapta toplanan paranın % 10'u Türkiye Barolar Birliğinin adli yardım giderleri ve adli yardım dengeleme fonu için ayrılır, kalanı barolara gönderilir.

Her baroya (5) temel puan verilir. Verilen (5) temel puana;

- a) Her (25) üye avukat için (1) puan,
- b) Her (50 000) nüfus için (1) puan,
- c) Kalkınmada öncelikli yöre barolarına (3) puan,

eklenerek adli yardım ödenek puanı saptanır.

Puanlamada 0.5'in altındaki küsuratlar dikkate alınmaz, bunu

aşan küsuratlar ise (1) puana tamamlanır.

Barolara gönderilecek adli yardım payı aşağıdaki şekilde hesaplanır:

TBB toplam adli yardım parası ×  
0.90 × baro adli yardım ödenek puanı

Baro adli yardım ödeneği =

Tüm baroların adli yardım puanları toplamı

Yıl içinde barolara gönderilmiş olan ödenekler, yıl sonunda barolara ayrı ayrı bildirilir.

Barolar, kendi paylarına düşen adli yardım ödeneğinin yıl içinde bitmesi halinde, adli yardım bürosunun gerçekleşen harcamalarını, ödeneğin gerekçesini ve bekleyen işleri içeren rapor ile Türkiye Barolar Birliği adli yardım dengeleme fonundan ek ödenek isteyebilirler. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından, istemin uygun bulunması halinde ek ödenek gönderilir. Barolara gönderilen ödenek yıl içinde kullanılmaz ise bir sonraki yıla aktarılır.

Barolar her yılın sonunda adli yardım yıl sonu raporu düzenleyerek Türkiye Barolar Birliğine gönderirler. Türkiye Barolar Birliğindeki kayıtlar ile bu raporlar esas alınarak hesap mutabakatları sağlanır.

Barolara tahsis edilen ödenek, dört taksit halinde ödenir. Barolar kendilerine tahsis edilen ilk ödemeden sonra üçer aylık rapor düzenler ve Türkiye Barolar Birliğine gönderir.

Raporların Yönetmeliğe uygunluğu tespit edildikten sonra bir sonraki ödeme yapılır. Takip eden diğer ödemelerde de aynı usul uygulanır.

### Adli Yardım Bürolarının Denetimi

**Madde 11:** Baro yönetim kurulu, adli yardım bürosu ve temsilciliklerinin çalışmalarını her zaman denetleyebilir. Baro denetçileri ayrıca mali açıdan adli yardım bürosu ve temsilciliklerini de kapsayan çalışmalarını, her 2 ayda bir düzenleyeceği raporla, baro yönetim kuruluna bildirir.

#### **Yürürlükten Kaldırılan Hükümler**

**Madde 12:** 14.11.2001 tarih ve 24583 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Adli Yardım Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

#### **Yürürlük**

**Madde 13:** Bu Yönetmelik 10.03.2004 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

#### **Yürütme**

**Madde 14:** Bu Yönetmelik hükümleri Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından yürütülür.

### **HUKUK USULÜ MUHAKEMLERİ KANUNU**

**Madde 465:** Kendisiyle ailesini meişetçe ehemmiyetli zarurete düşürmeksizin masarifi lazimeyi kısmen veya tamamen ifadan aciz olan kimselerle müessesatı hayriye iddia ve müdafaalarında veya icraya ve ihtiyati tedbirlere müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösterirlerse müzahereti adliyeye nail olabilirler.

Ecnebilerin müzahereti adliyeye nail olabilmeleri muamelei müteakabilenin cari olduğunun ispat edilmesine mütevakıftır.

**Madde 466:** Müzahereti adliye aşağıdaki hususları temin eder:

1. Yapılacak bilcümle masarifi muhakmeden muvakkaten muafiyet,
2. Şahit ve ehlihibre masarifi devletçe avans olarak verilmek,

3. Masarifi muhakeme için teminat-tan istisnaiyet.

4. Tebligat ücret ve masraflarından müecceiyet,

5. Davanın vekil ile takibi iktiza ettiği halde ücreti bilahare verilmek üzere vekil temin olunmak,

6. İcra dairelerince alınan bilumum harçlar tecil ve masarifi zaruriye avans olarak devletçe ita edilmek,

7. Bilumum pul rüsumundan muvakkaten muafiyet,

8. Katibiadillerin tanzim edecekleri bilcümle evrak ve suretlerin harç ve rüsumundan muvakkaten muafiyet.

**Madde 467:** Müzahereti adliyeye nail olan kimsenin ikametgahı davayı rüyet eden mahkemenin bulunduğu mahalde olmadığı veya o şehirde bunun hukukunu muhafazaya muktedir vekil bulunmadığı ve kendisinin bizzat hukukunu müdafaa edemeyeceği anlaşıldığı takdirde mahkeme münasip gördüğü zatin bilvekal hareket etmesini emreder.

**Madde 468:** Müzahereti adliye davanın ikama edileceği mahkemede tahriren veya şifahen talep olunur. İşbu talepte davanın hulasasıyla istinat edilecek esbabı sübutiyenin neden ibaret olduğu beyan edilmek lazımdır. Bununla beraber mahalli belediyesinden veya heyeti ihtiyariyesinden alınmış bir şahadetname verilir. Şahadetnamede talibin sanat ve sıfatıyla servetinin ve devlete vermekte olduğu verginin miktarı ve ailesinin hal ve vaziyeti ve dava masrafını tesviyeye kudreti olmadığı yazılır.

Müzahereti adliye talebine mütedair evrak, damga vesair rüsumdan muaftır.

**Madde 469:** Müzahereti adliye talebi üzerine mahkemece verilecek karar şifahi murafaa cereyan et-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

meksizin ittihaz olunabilir. Müzahereti adliye talebinin kabul veya reddine dair ittihaz olunan kararlar kati olup aleyhine hiçbir tariki kanuniye müracaat olunamaz.

Müzahereti adliye esnayı muhakemede dahi talep olunabilir. Bu talep kabul edilirse evvelce yapılmış olan masarife teşmil edilemez. Yeni bir sebep zuhurunda reddedilen müzaheret talebi tekrar edilebilir.

**Madde 470:** Müzahereti adliye talebinin esasen varit bulunmadığı veya sebebinin zail olduğu mahkemece tahakkuk ederse müzahereti adliyenin kabulü hakkındaki karar refolunur.

**Madde 471:** Diğer tarafın mahkumiyeti halinde müzahereti adliye kararından dolayı istifa olunamayan bilcümle mebaliğ ilanının icrasına bununla mahkum olan taraftan evvel beevvel ve sureti mümtazede tahsil olunur.

**Madde 472:** Müzahereti adliyeye nail olan kimse için tayin edilen vekil kendi ücret ve masrafını aleyhine hüküm verilmiş olan diğer taraftan doğrudan doğruya talep ve istihsale mezundur.

### **ADLİ YARDIM TALEPLERİNİN İLETİLMESİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİNE EK PROTOKOL**

İşbu Protokolü imza eden, 27 Ocak 1977 tarihinde Strazburg'da imzaya açılmış olan Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (bundan sonra "Sözleşme" olarak anılacaktır)'ne taraf Avrupa Konseyi üyesi Devletlerle diğer Taraflar,

Sözleşmenin, tüm Avrupa düzeyinde adli yardım taleplerinin iletilmesinde etkin bir yasal çerçeve olarak uygulanması ve geliştirilmesinin önemini kaybederek;

Yabancı ülkelerde hukuki davalara yönelik mevcut engellerin ortadan kaldırılması ve ekonomik yönden durumları elverişli olmayan şahısların yabancı ülkelerde haklarını daha iyi kullanabilmelerine olanak tanınmasının temenniye değer olduğunu düşünerek;

Sözleşmenin etkinliğini artırmak ve Sözleşmeyi özellikle, merkezi makamlar arasında karşılıklı yardımlaşma ve adli yardım talebinde bulunanlar ile avukatlar arasında iletişim ile ilgili sorunlar olmak üzere belirli bazı yönlerden tamamlamak arzusu ile;

Hukuki, Ticari ve İdari Konularda Adli Yardım Hakkında (76) 5 No'lu Karar'ı hatırd tutarak;

Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Elverişli Bir Şekilde Uygulanmasının Geliştirilmesi Hakkında No. R(99) 6 No'lu Tavsiye Kararı'nı dikkate alarak;

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmenin 6. maddesini gözönünde tutarak ve adli yardım talebinde bulunanların sadece mahkemelerde değil ayrıca adli davaların açılmasından önce de avukatları ile iletişim kurabilmelerinin gereksinimini vurgulayarak;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.

#### **Madde 1**

##### **Amaç ve Tanım**

1. Bu Protokolün amacı, Protokol Tarafları arasında olmak üzere, Sözleşme hükümlerinin belirli bazı yönlerden tamamlanması ve düzeltilmesidir.

2. Sözleşmenin ve bu Protokolün amacı bakımından, "talep edilen Taraf", söz konusu Sözleşme ve Protokol hükümlerine uygun olarak, diğer Taraftan yapılan bir adli yardım talebini alan Tarafı tanımlamaktadır. Tayin edilen vekil kendi ücret ve masrafını aleyhine

hüküm verilmiş olan diğer taraftan doğrudan doğruya talep ve istihsale mezundur.

## **Madde 2**

### **Taraflar Arasında İşbirliği**

1. Taraflar, talep edilen tarafın yetkili makamlarının yargı yetkisine giren hukuki, ticari ve idari konularda adli yardım talepleri bakımından birbirlerine azami ölçüde süratle karşılıklı yardım sağlamakla yükümlü olacaklardır.

2. Sözleşme hükümlerine, tabi olarak, talep edilen Taraf, söz konusu Sözleşme uyarınca yapılmış talepleri, esasını incelemeyen reddetmeyecek, bunun yanında daha fazla bilgi araştırmasını da içermek üzere iç usul hükümlerine göre mümkün olan en etkin biçimde işleme koyacaktır.

## **Madde 3**

### **Avukatlar ve Talepte Bulunanlar Arasında İletişim**

#### **1. Talep edilen Taraf**

- a) Söz konusu talepte bulunanları temsil etmek üzere tayin edilen avukatların, talepte bulunanlar ile kolayca anlayabilecekleri bir dilde iletişim kurmalarını sağlayacaklar, veya
- b) Talepte bulunanlar ile avukatlar arasında iletişim kurulması ile ilgili tercüme ve/veya yorum masraflarının karşılanmasını sağlayacaklardır.

2. Yukarıda 1. fıkranın uygulanmasına olanak bulunmaması durumunda, talep edilen Taraf, talepte bulunanlar ile avukatlar arasında etkin bir şekilde iletişim kurulmasını sağlayamaya yönelik uygun araçları tedarik edecektir.

3. Sözleşme ve işbu Protokol gereğince adli yardım taleplerinin iletilmesi için kullanılan formda, talepte bulunanların kolayca anlayacağı diller gösterilecektir.

## **Madde 4**

### **Usul Yönünde Etkinlik**

Her bir taraf, vaki talepleri makul bir süre içinde işleme koyacak ve alıcı merkezi makamlardan:

- a) Talebin alındığının bildirilmesini;
- b) Talep hakkında alınan kararlarla ilgili olarak gönderici makama bilgi verilmesini;
- c) Gerekli tüm bilgilerin temin edilmiş olması kaydıyla, talepler hakkında her ahvalde 6 ay içinde bir karar verilmesini sağlamak için gerekli tüm önlemlerin alınmasını;
- d) Eğer eksiksiz bir talebin alındığı tarihten itibaren 6 ay içinde bir karar verilmemiş ise, gönderici merkezi makamlara karar verilmesini engelleyen güçlükler ile talebe ilişkin olarak kaydedilen gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi verilmesini isteyeceklerdir.

## **Madde 5**

### **Bağımlı Olma Rızasının Beyanı**

1. İşbu Protokol, Sözleşmeyi imzalamış olan Devletlerin bağımlı olma rızalarını beyan etmek suretiyle:

- a) Tasdik, kabul veya tasvip şartı olmaksızın imza ile; veya
- b) Tasdik, kabul veya onay şartı ile imza halinde, tasdik, kabul veya onayı takiben imzalarına açılacaktır.

2. Her bir Devlet Sözleşmenin tasdik, kabul veya onay belgesini aynı anda veya daha önce tevdi etmedikçe, İşbu Protokolü tasdik, kabul veya onay şartı olmaksızın imzalamaktan ya da tasdik, kabul veya onay belgesinin tevdiini imtina edebilir.

## **Madde 6**

### **Yürürlüğe Giriş**

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

1. İşbu Protokol Avrupa Konseyi üyesi iki Devletin 5. madde hükümlerine göre, Protokol ile bağlı olma rızalarını bildirdikleri tarihten itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

2. İşbu Protokol, bağlı olma rızasını daha sonra bildirmiş olan bir Devlet bakımından, tasdik, kabul veya onay şartı olmaksızın imzaladığı ya da tasdik, kabul veya onay belgesini tevdi tarihinden itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girecektir.

### Madde 7

#### Katılma

1. İşbu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra, Sözleşmeye katılmış olan her bir Devlet bu Protokole de katılabilecektir.

2. Katılma, tevdi edildiği tarihten itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci gününde hüküm ifade edecek bir katılma belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi suretiyle gerçekleşecektir.

### Madde 8

#### Çekinceler

İşbu Protokolün hiçbir hükmü yönünden çekince ileri sürülemez.

### Madde 9

#### Ülke Yönünden de Uygulama

1. Her bir Devlet imza sırasında veya tasdik, kabul veya onay yahut katılma belgesinin tevdi edildiği esnada, işbu Protokolün uygulanacağı ülke veya ülkeleri belirtebilecektir.

2. Böyle bir ülke yönünden, Protokol, sözü edilen bildirim Genel Sekreter tarafından alındığı tarihten itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

3. Önceki iki fıkra hükümlerine göre yapılan söz konusu bildirimde bir ülkeyle ilgili olarak belirtilen bir beyan, Genel Sekretere yapılacak bir bildiri ile geri alınabilir. Söz konusu geri alınma, Genel Sekreter tarafından böyle bir bildirin alındığı tarihten itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade edecektir.

### Madde 10

#### Fesih

1. İlgili her Akit Taraf, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunmak suretiyle İşbu Protokolün feshini ihbar edebilir.

2. Fesih ihbarı, bildirim Genel Sekreter tarafından alındığı tarihten itibaren altı ay sonra hüküm ifade edecektir.

3. Sözleşmenin feshi, otomatik olarak işbu Protokolün feshi sonucunu meydana getirecektir.

### Madde 11

#### Bildirimler

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Avrupa Konseyi Üyesi Devletlerle, işbu Protokole katılmış olan her Devlete aşağıdaki hususları bildirecektir:

- a) Tasdik, kabul veya onay şartına bağlı olmayan her imzayı;
  - b) Tasdik, kabul veya onay şartına bağlı olan her imzayı;
  - c) Her tasdik, kabul, onay veya katılım belgesinin tevdi;
  - d) İşbu Protokolün 5., 6. ve 7. maddelerine uygun olarak yürürlüğe girdiği her tarihi;
  - e) 9. madde hükümleri gereğince alınan her beyanı;
10. madde hükümleri uyarınca alınan her bildirimle, fesih ihbarının hüküm ifade edeceği tarihi;

İşbu Protokole ilişkin olarak yapılan diğer her bir iş, beyan, bildirim veya iletişimi.

### **ADLİ YARDIM ŞARTLARI**

HUMK'un 465. maddesine göre, bir kimsenin adli yardımdan yararlanabilmesi için aşağıdaki şartlara sahip bulunması ve bu şartların varlığını ispat ederek mahkemeden adli yardım kararı alması gerekir. Buna göre:

#### **Fakirlik Şartı**

- Adli yardımdan yalnız gerçek kişiler yararlanır. Tüzel kişiler adli yardımdan faydalanamaz. İstisna olarak, hayır müesseseleri adli yardımdan yararlanabilirler.
- Yabancıların Türkiye'de adli yardımdan faydalanabilmeleri için mütakabiliyet yani karşılıklılık şarttır.
- Mülteciler de adli yardımdan faydalanır.
- Mağdur olmuş çocuklar ve kadınlar için ayrı adli yardım bürosu açılmıştır.

#### **Haklı Olma Şartı**

Adli yardım isteğinde bulunan kimse davasında veya savunmasında haklı olmalıdır. Bu haklılığını mahkemede delilleri ile ispat etmelidir.

### **ADLİ YARDIM PROSEDÜRÜ**

Adli yardım prosedürüne ilişkin iki kanuni düzenleme bulunmaktadır.

Birincisi HUMK'un 465-472 maddelerinde yapılan düzenlemedir.

İkincisi ise Avukatlık Kanununun 176-181. maddeleri hükümleridir.

Avukatlık Kanunundaki düzenlemenin uygulamasına dair TBB'nin ADLİ YARDIM YÖNETMELİĞİ bulunmaktadır.

Uygulamada, HUMK ile Avukatlık Kanunu hükümlerinin çatışması nedeniyle zaman zaman zorluklar çıkmaktadır. Avukatlık Kanununda 02.05.2002 tarih ve 4667 sayılı Kanunun 85. maddesiyle yapılan son değişiklikle Adli Yardım hizmetinin yürütülmesi Barolara bırakılmıştır. Adli yardım taleplerini alma, değerlendirme, avukat atama yetkileri Adli Yardım Bürosuna ve temsilcilerine bırakılmıştır.

Bazı yargı çevrelerinde HUMK'un adli yardıma ilişkin hükümlerinin uygulandığına tanık olunmaktadır. Bazı yargıçlar, HUMK'da değişiklik yapılmadığı gerekçesiyle Avukatlık Kanununun adli yardım hükümlerini görmezlikten gelmekte ve adli yardım talepleri karşısında görevlendirilecek avukatı sadece kendilerinin barodan bizzat talep edebileceklerini ileri sürmektedirler. Bazen de avukata gereksinim olmadığına karar verebilmekteler. Üstelik mahkemelerin adli yardıma ilişkin kararları HUMK'un 469. maddesine göre kesin olup, temyizi de kabil değildir.

#### **Adli Yardım Bürosu**

Avukatlık Kanununun 177. maddesi uyarınca her baroda o baronun yönetim kurulunun yeterince avukata sahip olacak bir adli yardım bürosu kuracağı ifade edilmiştir. Bunun yanında en az beş avukatın bulunduğu her yargı çevresinde baro bir avukatı adli yardım bürosunun temsilcisi olarak belirleyebilir. İstanbul Barosu merkezinde de Adli

istenir. Yardım Bürosu (Merkezi) bulunmaktadır. Ayrıca Kadıköy ve Bakırköy'de iki temsilcilik açılmıştır.

#### **Başvuru**



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca adli yardım istemi, hizmetin verileceği yerde basit bir başvuru formu doldurularak yapılır. Talepler daha sonra Adli Yardım Esas Defterine kaydolunur. Başvurular diğer baroların adli yardım bürolarına, İstanbul'da ise İstanbul Barosu Adli Yardım Merkezi'ne veya Kadıköy ile Bakırköy'de açılmış adli yardım temsilciliklerine yapılır.

Başvurucudan;

- Muhtardan fakirlik belgesi,
- Muhtardan ikametgah belgesi,
- Nüfuz cüzdan fotokopisi,
- Adli yardım ile davaya ilişkin belge fotokopileri, deliller

### Adli Yardım Alabilmenin Koşulları

Avukatlık Kanunu ve Yönetmelik adli yardım kriterini açıkça tanımlamamıştır. Avukatlık Kanununda; "yargılama giderlerini karşılayamayacak durumda olma" ve "haklılığı açısından kesin veya kuvvetli bir kanı oluşması" kriterleri öngörülmüştür.

Uygulamada baro; adli yardım talebinde bulunan şahıstan;

- Kendine ait bir evi olup olmadığı,
- Ödediği kira bedeli,
- Bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sayısı,
- Eğer çalışıyorsa maaşı, ya da maaş dışında kira, faiz, sosyal yardım gibi diğer gelirleri,
- Çalışmıyorsa mali kaynakları, aile fertleri üzerine kayıtlı malvarlığı olup olmadığı,
- Banka hesabı olup olmadığı, varsa bu hesabın bakiyesi,

- Araba ya da benzeri değerli malları olup olmadığı,
- Sosyal sigorta kurumuna tabi olup olmadığı,

gibi mali durumu ile ilgili konularda bilgi isteyen bir form doldurmaktadır.

Ayrıca muhtar veya kaymakam tarafından verilmiş "fakirlik belgesi"nin teslimi istenmektedir. Daha sonra bu belgeler incelenmekte ve adli yardım bürosunda, başvuru nun başından sonuna kadar yargı giderlerini karşılayamayacağına ve davasında haklı olduğuna kanaat oluştursa adli yardım sağlanmaktadır. Talepler adli yardım esas defterine kaydedilmektedir.

Yönetmeliğin 5. Maddesine göre, adli yardım bürosu başvurunun haklılığını değerlendirmek için başvurandan belge ve bilgi getirmesini isteyeceği gibi kendisi de araştırma yapar. Başvuranın adli yardım talebi reddedilirse, başvuranın bu kararın kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içinde baro başkanına başvuruda bulunma hakkı vardır. Baro başkanının 7 gün içinde vermesi gereken kararı kesindir. Belirtilen süre içinde cevap verilmez ise itiraz reddedilmiş sayılır.

### Adli Yardımda Geçici Muafiyet

HUMK'un 466. maddesine göre adli yardıma hak kazananlar bazı muafiyetlerden geçici olarak yararlanırlar. Bu muafiyetler;

- Yapılacak tüm yargılama harç ve giderlerinden geçici muafiyeti,
- Tanık ve bilirkişi giderlerinin devlet tarafından avans olarak verilmesini,
- Teminat göstermek gereken durumlarda teminattan muafiyeti,
- Tebligat ücreti ve giderlerinden geçici olarak muafiyeti,

- Başvurucuya (vekalet ücreti sonradan ödenmek üzere) vekil olarak bir avukatın Baro tarafından tayin edilmesini,
  - İcra dairelerinde alınan tüm harç ve giderlerin devlet tarafından avans olarak verilmesini,
  - Tüm pul resimlerinden geçici muafiyeti,
  - Noterlerin düzenleyecekleri tüm belge ve suretlerinin harç ve resimlerinden geçici muafiyeti,
- kapsar ve sağlar.

Tüm bu masraflar mahkemelerce oluşturulmuş adli yardım tahsisatından ödenir.

(Barolarca da aynı şekilde bir adli yardım fonu oluşturulmuştur.)

### **Dava**

Dava, Adli Yardım Bürosunun görevlendirdiği avukat tarafından açılır. Dava açılırken ödenecek harçlar konusunda Avukatlık Kanununda veya Adli Yardım Yönetmeliğinde açık hüküm yoktur. Yönetmelik sadece başvuranın HUMK hükümleri uyarınca mahkemeden talepte bulunması gerektiğine değinmektedir. Başvurucu, resim ve harçlardan muafiyet istemini içeren bir talepte bulunduğu mahkeme başvuru harcının başvuru tarafından ödenmesine karar verebilir. Mahkeme talebi reddederse, kararında belirli bir süre içinde talep edilen miktarın %0,4 tutarında resim ve harçları ödemesine karar verir. Bu takdirde avukat adli yardım bürosunu haberdar ederek harçların baro tarafından ödenmesini isteyebilir. Baro yönetim kurulu, başvurucuyu davasında haklı görürse harçların adli yardım bütçesinden ödenmesine karar verebilir.

Adli yardım talebinin kabulünden sonra, bu talebin doğru olmadığı (örn: talepte bulunanın haksız olduğu) veya Adli yardım sebe-

binin (fakirliğin) ortadan kalktığı anlaşılırsa, adli yardımın kabulü hakkındaki karar kaldırılır. (M. 470). Bu halde adli yardımdan yararlanmış olan kimse, o zamana kadar ödemekten muaf bulunduğu yargılama harç giderlerini, özellikle peşin ilam harcını ödemekle yükümlüdür.

Adli yardımdan yararlanan taraf davayı kazanırsa, diğer taraf adli yardım nedeniyle alınamamış olan bütün harç ve giderlere de mahkum edilir. Adli yardımdan yararlanan tarafa vekil tayin edilmişse (m.465/5), karşı taraf vekalet ücretine de mahkum edilir. Ancak bu vekalet ücreti, adli yardımdan yararlanan tarafa ait olmayıp (karş. m. 424), tayin edilmiş olan vekilin kendisine aittir. (M. 472) Adli yardımdan yararlanan taraf davayı kaybederse, geçici muafiyet gereği, gerek diğer tarafın ödemiş olduğu, gerek kendisinden adli yardım nedeniyle alınmamış olan harç ve giderleri ödemeye mahkum edilir.

Dava başvuru tarafından adli yardım başvurusu olmadan açılmış da olabilir. Yargılamanın her safhasında adli yardım talebinde bulunulabilir. Adli yardım, Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemeleri, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Ceza Mahkemeleri ve Askeri Mahkemelerde de uygulanır. Adli yardım, yargılamanın her safhasında ilk ve son derece mahkemelerinde talep edilebilir.

Adli Yardım Yönetmeliğinin 7. maddesi uyarınca, AİHM'e müracaat halinde AİHM'in kendi adli yardım kuralları ve prosedürü uygulanır.

### **Adli Yardım Bürosunun Gelirleri (Finansmanı)**

Adli yardım fonunun en az %90'ı (%10'u belediyeler de dahil yerel idarelerden olmak üzere) Maliye Bakanlığı tarafından karşılanmak-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

tadır. Yönetmeliğin 8. maddesinde belirtilen diğer kaynaklar arasında başışlar, haklı bir neden olmaksızın adli yardım görevinden çekilen avukatlardan geri alınan ücretler, adli yardıma başvuranlardan taahhütname uyarınca alınan meblağlar bulunur.

Söz konusu taahhütname, başvuruda bulunan kişinin adli yardımdan bir maddi menfaat elde etmesi halinde, bunun %5'inin avukatlık masraflarıyla birlikte Baro'ya verileceğini taahhüt altına alır. Yönetmeliğin 10. Maddesi uyarınca Maliye Bakanlığı tarafından adli yardım için verilen bütçenin %10'u TBB'nin adli yardım giderleri ve adli yardım dengeleme fonu için ayrılacaktır. Bu fon, Barolardan biri tarafından bir bütçe yılı içinde ek ödeme talep edildiğinde kullanılabilir.

Maliye Bakanlığı adli yardım için TBB'nin hesabına ödeme yapar. TBB de adli yardıma dair bu meblağları 3'er aylık dönemlerle barolara gönderir. Maliye Bakanlığının miktar belirleyerek adli yardıma ayırıp gönderdiği paraları, hangi kıstaslara göre belirlediğine dair bir bilgimiz yoktur. Ancak belirlenen bu meblağın her bir baroya yeniden tahsisi puanlama sistemine göre yapılmaktadır. (Yönetmelik, m. 10)

Avukatlık Kanununun 180. maddesine göre Adli Yardım Bürosu'nun gelirleri şunlardır:

- 2 yıl öncesine ait kesin hesap sonuçlarına göre tespit edilen toplam miktarlar esas alınarak 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (1), (2), (3) sayılı tarifelere göre alınan harçların %3'ü ile idari nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının %3'ü.
- Baroya düşecek paylar ile kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından, il veya belediye bütçelerinden Baroya yapılan yardımlar,

- Adli Yardım amacıyla yapılan her türlü başışlar,
- Adli yardım görevinden çekilen avukatların yatıracağı ücret,
- Adli yardımla görevlendirilen avukatın aldığı ücretin %10'u ile adli yardımdan yararlanarak davada haklı çıkan kişinin avukat ücretinden başka yararlandığı kısmın %5'i.

TBB Adli Yardım Yönetmeliğinin 8. maddesine göre Baro bünyesinde kurulacak Adli Yardım Bürosunun gelirleri şunlardır:

- TBB'den Baroya gönderilecek adli yardım ödeneği,
- Kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından, il veya belediye bütçelerinden Baroya yapılan yardımlar,
- Adli Yardım amacıyla yapılan her türlü başışlar,
- Adli yardım görevlerinden çekilen ve haklı neden olmaksızın hizmeti sonuçlandırmayan avukatlardan geri alınan ücretler,
- Taahhütname gereği ilgiliden alınan paralar,
- Yardımdan yararlanan ilgili lehine ilamda belirlenen harca esas değer %5'i.

Adli yardımda görevlendirilen avukatın aldığı ücretin %10'u ile, adli yardımdan yararlanarak davada haklı çıkan kişinin avukat ücreti Yönetmelikte talep edilmemektedir.

### Adli Yardım Bürosunun Giderleri

- Adli yardımda görevlendirilen avukatlara gerektiğinde ödenecek ücretler,
- Büroda görevlendirilecekler ödenecek ücretler,
- Büro giderleri ve diğer giderler.

## Adli Yardım Avukatlarına Ödenen Ücretler

Adli Yardım Bürosu, adli yardım sisteminde yaptıkları işler için avukatlara, TBB'nin belirlediği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi üzerinden maktu ücreti peşin öder. Ödemeler, avukatın kendisine tevdi edilen göreve başladığına dair belgeyi (duruşma davetiyesi, duruşma zaptı vb.) dosyaya koymasıyla yapılır. Adli yardımdan faydalanan kişi davayı kazanınca, mahkemenin karşı tarafı ödemeye mahkum ettiği avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca belirlenen avukatlık ücreti, davayı üstlenen avukata bırakılır. Ancak dava kaybedilirse başvuran, davayı kazanan Tarafa, mahkemenin belirlediği avukatlık ücretini ödemelidir. Bunun yanında adli yardım bürosu da ilgiliden, verilen avukatlık ücreti ile yapılan diğer masrafların karşılanmasını da isteyebilir.

Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca, yapılan bütün masrafların belgelenmesi gerekir. Aksi takdirde ödeme yapılmaz. Ancak adli yardım kapsamında az da olsa yapılan bazı masraflar belgelendirilememektedir. Avukatların mahkemeye, hapis haneye, tapu kadastro dairesi vb. yerlere gitmek için ödediği zorunlu seyahat masrafları onlara geri ödenir. Diğer giderler ise ilgili mahkeme, dava harçlarından muafiyeti kabul ettiği takdirde devlet tarafından finanse edilir. Yargıtay'da görülecek davalar için sadece Ankara'ya gidiş-dönüş otobüs bileti masrafının karşılanması yeterli değildir.

Avukata ödenecek ücreti onaylama yetkisi Adli Yardım Bürosuna aittir.

## DEĞERLENDİRMELER

### Türkiye'de Adli Yardımın Etkinliği (Karşılaştırma-1)

Türkiye'de toplam 49.000 civarında avukat vardır. İstanbul Barosuna kayıtlı avukat sayısı ise yaklaşık 19.000 civarındadır. İstanbul Barosunda adli yardım sisteminde 1425 gönüllü avukat kayıtlıdır.

Maliye Bakanlığı, Türkiye'deki 74 baroya, adli yardım için son üç yılda (2001-2002-2003) 8.174.173.000.000.-TL. kaynak tahsisatı yapmıştır.

- Bu tahsisattan İstanbul Barosuna 1.927.702.000.000. -TL. düşmüştür. CMUK Servislerine ise son üç yılda 47.824.539.132.130. -TL.lik tahsisatın İstanbul Barosuna 12.090.000.000.000. -TL.sı düşmüştür.
- Görülmektedir ki CMUK servisleri 6 kat daha fazla tahsisat almışlardır.
- Yine başvuru sayıları incelendiğinde,
- İstanbul Barosu'na 2003 yılında adli yardım için toplam 3536 başvuru yapılmıştır. CMUK servislerinden 2003 yılında yararlanan sanık sayısı ise 53150'dir.
- Görülmektedir ki CMUK servisleri 15 kat daha fazla başvuru almışlardır.
- Oysaki istatistiklere göre, adli yardım konusunda (CMUK dahil) davaların çoğunu, cezaya göre 6 kat daha fazla olan hukuk davaları oluşturmaktadır.
- Bu rakamlara göre adli yardım alanının daha geniş olduğu, talebin karşılanmasında çok büyük bir boşluk olduğu, başvuru sayısının ve tahsisat miktarının CMUK'tan en az 6 kat daha fazla olması gerektiği göze çarpmaktadır.
- Dolayısıyla Türkiye'de adli yardım uygulaması çok yetersiz kalmaktadır.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Dünyadan örneklerle açıklayacak olursak;

Hollanda İstanbul büyüklüğünde bir ülkedir. Adli yardım hizmeti, 5 Adli Yardım Kuruluna bağlı 50 Adli Yardım Merkezi ve bunlara bağlı avukatlar (250 uzman avukat) vasıtasıyla yürütülmektedir. Hollanda'da mevcut 12.000 avukatın 6.300'ü (yaklaşık olarak yarısı) Adli Yardım sistemi içindedir.

2002 yılında Hollanda'nın adli yardıma harcadığı toplam miktar 315.000.000.-Euro (yaklaşık 535,5 Trilyon TL)'dir.

2002 yılında Hollanda'da adli yardıma başvuran kişi sayısı 457000'dir.

2002 yılında adli yardımdan faydalanarak dava açan kişi sayısı 160000'dir.

Cezai adli yardımdan (CMUK) faydalanarak dava açan kişi sayısı ise 117.000'dir.

2004 yılının Nisan ayında ise adli yardıma başvuru sayısı 400.000'den fazladır.

İstatistiklere göre Hollanda'da fert başına yılda 20-25 Euro (43.000.000. -TL.) adli yardım, İngiltere'de ise fert başına yılda 50 pound (126.000.000. -TL) adli yardım yapılmıştır. Birleşik Krallık'ın 3 adli bölgesinden, sadece Galler bölgesinde adli yardıma ayrılan para yılda 2.000.000.000.-Pound (yaklaşık 50 Trilyon TL.)'dur.

Yukarıdaki tüm veriler Türkiye ve İstanbul ile karşılaştırıldığında;

Son 3 yılda İstanbul'daki adli yardıma ayrılan 2 Trilyon TL tahsisat ile 2003 yılında adli yardıma yapılan başvuru sayısının 3536'da kalması, adli yardım konusunda ne durumda olduğumuzu açıkça göstermektedir.

## UYGULAMADAKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Aslında adli yardım sistemi (CMUK'la birlikte) ulusun gelecekteki hukuk sigortasına kaynak olacaktır. Baroların ve tabii ki avukatların bu kaynağa destek çıkması, mesleğin aynı zamanda bir kamu hizmeti sayılması nedeniyle varlık sebeplerindedir. Bu konuda devletin ve Baroların maddi kaygıları, insani değerlerin önüne geçirmemeleri gerekmektedir. Adli yardım kurumunun amacı kişilerin hak arama özgürlüklerini kullanmalarını sağlamaktır. Ulusal ve uluslararası sözleşmelerin temel hak ve özgürlük olarak tanımladığı hak arama özgürlüğü, maddi kaygılara feda edilemeyecek kadar temel bir haktır.

Birçok kişi adli yardım hizmetinden haberdar değildir. Bu nedenle başvurular az olmaktadır. TBB'nin ve İstanbul Barosunun adli yardım tanıtımı yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla gelişmiş ülkelerle Türkiye arasında adli yardım başvurusu bakımından büyük fark vardır. Burada sorun maddi kaynak sorunu olmaktan çok, bir mantalite sorunudur. Barolar Birliğinin ve özellikle İstanbul Barosu'nun konuya yaklaşımı, adli yardımı bir angarya olarak görmeleridir.

Öte yandan adli yardım sistemine kaynaklık eden yasal düzenlemeler (HUMK ile Avukatlık Kanunu) arasındaki çatışma, istemin gerekli hızda ve etkinlikte çalıştırılmaması ve avukatların karşılaştığı sorunlar sistemin çalışmasını zorlaştırmakta, dolayısıyla hak arama özgürlüğü dolaylı da olsa engellenmektedir.

Aşağıda ÇAĞRU AVUKATLAR GRUBU'nun Adli Yardım kurumu ve sistemin işleyişinde tespit ettiği aksaklıkları ve bu aksaklıklara karşı çözüm önerilerini bulacaksınız:

## 1. Adli Yardımın Tanıtımı

Adli yardım hizmetinin hukuki dayanakları, temel hak ve hürriyetlerden olan hak arama özgürlüğüdür. Hak arama özgürlüğü de adil yargılanma hakkı, kanun önünde eşitlik, hakkaniyete uygunluk, savunmanın mutlak gerekliliği ilkeleriyle gerçekleştirilebilir. Hak Arama özgürlüğü ve onun gerekleri olan ilkeler, ancak devletin yardımı ve yönlendirmesiyle ve de savunmanın katkısıyla hayata geçirilebilmektedir. Bir kamu görevi olması nedeniyle de adli yardım hizmeti devlete yüklenmiş asli görevler içinde yer almaktadır.

Adli yardımın bir kamu hizmeti ve hak arama özgürlüğünün gereği olması, bu sistemin hak sahiplerine en hızlı ve anlaşılır şekilde ulaştırılmasını gerekli kılar. Özellikle Adalet Bakanlığının başlattığı UYAP PROJESİ'nin etkili kılınması ve vatandaşa her türlü imkan kullanılarak iletilmesi gerekmektedir. Adli yardım sisteminin tanıtımı sadece vatandaşlara değil, avukatlara da yapılmalıdır. Zira mesleğin yoğunluğu içinde avukatlar adli yardım sisteminin inceliklerini tam olarak öğrenme imkanından mahrum kalmaktadırlar.

Bu eksikliğin giderilmesi için Adalet Bakanlığının ve baroların sık sık, konunun felsefi ve pratik boyutlarının anlatıldığı adli yardım tanıtıcı programlar yapması gerekmektedir. Adli yardım sistemi içinde görev alacak meslektaşların da CMUK eğitim seminerleri gibi seminerlere katılımı zorunlu kılınmalıdır.

Tanıtım için, gerek TV'lerde adli yardım hakkına yönelik programlar hazırlanması, gerekse tüm adliye çevrelerinde ilan posterlerinin asılması yanında CMUK uygulamasında olduğu gibi en az 26 yargı çevresinde adli yardım temsilciliklerinin oluşturulması gerekmektedir.

## 2. Başvuru Sahibinin Avukata Geç Ulaşması

Adli yardım talebi kabul edilen şahıs ile ilgili olarak baro tarafından görevlendirme yazısı düzenlenmekte; görevlendirme yazılarından bir tanesi başvuru sahibinin başvurduğu adli yardım temsilciliğine elden gönderilip, diğeri de posta yolu ile avukata gönderilmektedir. Görevlendirildiğini telefonla öğrenen avukat, başvurusu kabul edilen şahsın telefonunu istemesi durumunda, başvuru telefonunu avukata verilmemekte, başvuru sahibinin avukata ulaşacağı söylenmektedir.

Adli yardım talebi kabul edilen şahsın, görevlendirme yazısını adli yardım temsilciliğinden alması ya da alıp da avukata ulaşmaması durumunda 3 aylık azami bekleme süresi uygulaması vardır. Bu durumda görevlendirilen avukat üç ay boyunca beklemek zorunda kalmakta ve bu bekleme süresinde de her hangi bir ücret alamamaktadır. Bu da diğer avukatlara tevdi edilen dosyalar ile karşılaştırıldığında görevlendirilen avukatın mağdur olmasına yol açmaktadır. Çünkü başvurusu kabul edilen şahıs 3 aylık süre zarfında avukata ulaşmadığının anlaşılmasından sonra, adli yardım bürosu avukata yeni bir dosya verebiliyor ve yukarıda bahsedilen süreç yeniden işliyor. Bu durum görevlendirilme safhası sorunsuz geçen avukatlarla karşılaştırıldığında haksız rekabete yol açmaktadır.

Bundan dolayı adli yardım bürosu tarafından görevlendirme yapıldıktan sonra başvuru sahibinin telefonu da dahil olmak üzere tüm bilgileri verilmeli, bekleme süresi de daha makul bir seviyeye (örneğin 15 gün) çekilmelidir.



### 3. Adli Müzaheret Kararının Gecikmesi

Adli yardım başvurusunda bulunan şahsa yargılama harç ve giderlerini karşılayıp karşılayamayacağı sorulur. Eğer şahıs yargılama giderlerini karşılayamayacağını beyan ederse, bu husus görevlendirme yazısının en alt kısmında belirtilir. Bu durumda HUMK 465. madde uyarınca görevlendirilen avukat ilgili mahkemeden resim ve harçlardan geçici muafiyet istemiyle adli müzaheret talebinde bulunur. Adli müzaheret ile ilgili karar, ilgili mahkeme tarafından başvuru maddi durumunun tespit edilebilmesi için çeşitli yerlere (tapu, vergi dairesi vb.) yazılan müzekerelerin dönmesinden sonra verilmektedir. Bu da en iyimser rakamla 3-5 ay sürer. İşin henüz esasına girilmeden adli müzaheret talebinin incelemesinin bu kadar uzun sürmesi hem başvuru sahibini mağdur etmekte, hem de verilen küçük bir ücret karşılığında bilfiil bu işle iştigal eden görevli avukatın gereğinden fazla emek harcamasına ve başlı başına bir davayla ilgileniyormuş gibi iş yükü altına girmesine yol açmaktadır.

Mahkemeden adli müzaheret talebinde bulunmuş olan başvuru, zaten bir önceki safhada kendi hukuki sorununu takip edecek avukat için baroya adli yardım başvurusunda bulunmuştur. Baro başvuru maddi durumunun adli yardım talebini kabul etmişse, bu hususun mahkemece dikkate alınması gerekmektedir. Bu durum, yargılamada hızlı bir işleyişi sağlayacağı için, hukukun nihai amacı adaletin tecellisine de vesile olacaktır.

Bir diğer çözüm de, mahkeme tarafından çeşitli kurumlara gönderilen müzekerelerin (tapu, vergi dairesi vb.) makul bir sürede yerine ulaşmasını sağlamak ve mahkemenin iş yoğunluğunu azaltmak için

baro bünyesinde bir birimin kurulmasıdır. Bu birim mahkemenin adli müzaheret talebiyle ilgili kararının ön hazırlık safhasının daha hızlı işlenmesini ve esas dava hakkında yargılamaya hemen başlanmasını sağlayacaktır.

### 4. Avans Sorunu

Adli yardım talebinde bulunan şahıs yargılama harç ve giderlerini karşılayacağını beyan etmişse bu husus da görevlendirme yazısının en alt kısmında belirtilir. Adli yardım talebi kabul edilen şahıs, yargılama giderlerini görevlendirilen avukata öder. Ancak uygulamada, yargılama giderlerini karşılayacağını beyan eden şahıs ya bunu hiç ödememekte, ya da maddi durumunun iyi olmadığından bahisle çok küçük bir kısmını karşılamaktadır. Böyle bir durumda dosyanın fotokopi ücreti, yol gideri, yargılama giderleri gibi harcamalar genelde görevlendirilen avukatın üzerine yıkılmaktadır. Bunun yanında, başvuru sahibinin yargılama masraflarını temin edinceye kadar geçen süre, başvuru maddi arama özgürlüğüne kısıtlama getirebilecek bir süre olmaktadır. Bu da adli yardım kurumunun asli amacı olan "bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak" ilkesinin sekteye uğramasına neden olmaktadır.

Burada avans sisteminin işlenmesi bir çözüm yolu olabilir. Görevlendirilen her avukata başlangıç için maktu bir masraf avansı verilmesi hem avukatın iş yükünü azaltacak, hem de avukatı maddi bir külfetten kurtaracaktır. Böylece gerekli hukuki yardım gecikmesizin yerine getirilecek ve böylece adli yardım talebi kabul edilen başvuru maddi hakları zarar görmeyecektir.

### 5. Vekalet Ücretlerinin Azlığı

Adli yardımda görev alan avukatların en çok şikayet ettiği husus, şüphesiz ki görevlendirilen avukata ödenen vekalet ücretidir. Avukata ödenen vekalet ücreti gerçek veriler baz alındığında ve günümüz ekonomik şartları da düşünülürken çok küçük bir rakamı ifade etmektedir. İstanbul Barosu'nun periyodik olarak altı ayda bir yayınladığı en az ücret çizelgelerine bakıldığında, adli yardım karşılığında avukatın aldığı ücretin çok az olduğu görülecektir.

Örneğin adli yardımdan dosya alan bir avukatın dosya başına aldığı ücret, sulh mahkemeleri için 150.000.000 TL asliye mahkemeleri için 300.000.000 TL'dir. İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 11.12.2003 gün ve 47/14 sayılı kararı ile kabul edilerek öneri niteliğinde meslektaşlarımıza duyurduğu (01.01.2004-30.06.2004) Avukat-Vekileden Arasındaki En Az Ücret Çizelgesi'nde ise sulh hukuk mahkemelerindeki dosyaların vekalet ücreti 600.000.000 TL ile 1.700.000.000 TL arasında değişmektedir. Asliye hukuk mahkemelerinde görülen dosyalar içinse avukatlık ücreti 1.100.000.000 TL ile 2.100.000.000 TL arasında seyretmektedir. Buradan da açıkça görüldüğü üzere adli yardımda avukata ödenen vekalet ücreti ile günün ekonomik şartlarının gerektirdiği miktar arasında fahiş bir fark mevcuttur.

Adli yardımda dosya başına avukata ödenen ücret, ulusal bazda açıklanan açlık sınırının altında bir rakama denk düşmektedir. Sadece bu karşılaştırma bile adli yardımda görev alan avukatların ne kadar zorluklara göğüs germek zorunda kaldıklarını gösteriyor. Yargılama giderleri ile diğer masrafların tam olarak başvuru sahibinden alınamaması, belgelenmeyen harcamaların ödenmemesi ve avukata başlangıçta bir miktar avans verilmemesi, çoğu zaman yapılan harcamalarla dosya başına avukata ödenen ücretin neredeyse aynı se-

viyede olmasına ve avukatın mağduriyetine yol açmaktadır.

Ücretlendirmede Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin esas alınmasının mantığını anlamak gerçekten zordur. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, esasen karşı tarafın avukatına ödenecek kanuni ücreti ifade etmekte ve doğrudan Avukatın ücreti olarak belirlenmektedir. Avukat karşı taraftan aldığı ücretin dışında kendi müvekkili ile ücret anlaşması yapmakta ve sonucu ne olursa olsun takip ettiği dava için Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki rakamları aşan ücreti alabilmektedir.

Adli yardım hizmetinde ise avukatın böyle bir şansı yoktur. Sadece Adli Yardım Bürosundan alacağı ücretle yetinecektir. Şayet davayı kazanabilirse (ve tabii ki karşı tarafın ödeme gücüne bağlı olarak) karşı taraftan Asgari Ücret tarifesi uyarınca ücret alabilmektedir. Bu durumda adli yardım hizmeti veren avukatların hizmetini sadece kamu hizmeti olarak görmek ve dolayısıyla hizmetin angarya şekline dönüşmesine neden olmak, adli yardım kurumunun mantığına aykırıdır.

En az ücret çizelgesindeki rakamlar günümüz şartlarında kaynak bulabilme açısından biraz zor gibi görülebilir de, en azından adli yardımda dosya başına ödenen vekalet ücretlerinde iyileştirme yoluna gidilmelidir. Bunun için Maliye Bakanlığının gerekli miktarda bütçe ayırması sağlanmalıdır.

## 6. Tevkil Sorunu

Adli yardım talebi kabul edilen şahıs avukatla irtibata geçtikten sonra noterden vekaletname çıkartmakta, avukat da başvurucunun verdiği vekaletnameye dayanarak işleri takip etmektedir. Takip edilen iş ve davalarda adli yardımın görevlendirme yazısı bazen yeterli olmamaktadır. Bazı yargıçlar veka-

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

letname yerine görevlendirme yazısını yeterli görmekle beraber Yargıtay'da temyiz incelemesinde bu husus bozma sebebi sayılabilmektedir. İş yoğunluğu ve aynı günde birden fazla duruşma olması durumunda tevkil sorunu ortaya çıkmaktadır. Mazeret dilekçesinin verilmesi durumunda ise davanın uzaması mevzu bahis olabilmektedir.

Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinin 18/4. maddesinde;

"Baro tarafından 1/4/1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve adli yardımda görevlendirilen avukat, görevlendirildiği işle ilgili olarak başka bir avukata yetki veremez, bu konuda yetki ilgili baroya aittir."

denilmek suretiyle adli yardımda görev alan avukatın başka bir meslektaşına tevkil yoluyla vekaletname vermesinin yolu kapatılmıştır. Bu nedenle adli yardım bürosu tarafından görevlendirilen avukat görevlendirildiği dosyayı kendisi takip etmek zorunda kalmaktadır.

Görevlendirilen avukatın mazereti nedeniyle yapamayacağı herhangi bir işlem ya da giremediği bir duruşma nedeniyle, adli yardımda görev alan bir başka avukatı geçici olarak yetkilendirebilmesi için, bu durumu adli yardım bürosuna bildirmesi ve geçici olarak yetkilendirilecek avukata adli yardım bürosu tarafından yetki verilmesi gerekmektedir.

Uygulamada, Yönetmeliğe uygun olarak, görevli avukat mazeretini Baroya bildirmekte Baro da bir başka avukatı görevlendirmektedir. Tabii ki görevlendirilen avukata ücret ödenmemektedir.

Adli yardımdan dosya almış görevli bir avukatın haklı bir mazereti ortaya çıktığında ya da acil bir durumun gerçekleşmesi halinde yukarıda bahsettiğimiz usulü uygulanması çoğu kez yapılan işin tıkanmasına yol açacaktır.

Bir duruşma için yetkilendirilecek avukata ücret ödenmemesi de

ayrı bir usulsüzlüktür. CMUK'ta olduğu gibi, tek duruşma için de olsa mazeretli avukatın yerine yetkilendirilen avukata ücret ödenmesi avukatın bağımsızlığı ilkesinin ve evrensel "angarya yasağı"nın bir gereğidir.

Özellikle İstanbul'da adliyelerin sayısının 34'ü bulmuş olması ve avukatın bu adliyeler arasında parçalanışı göz önüne alınarak İstanbul'a has bir çözüme gidilmesi zorunlu olmaktadır.

Adliyeden adliyeye koşturulan adli yardım avukatı, çakışan duruşmaları için bir arkadaşına tevkil verebilmelidir. Ayrıca Baronun bir duruşma için de olsa görevlendirdiği avukata ücret ödenmelidir.

Amaç, adaletin ortaya çıkmasını sağlamak ise yargılamayı hızlandırarak hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırmak gerekmektedir. Bunun için de TBB CMUK Yönetmeliği taslağında öngörüldüğü gibi, avukatın bir başka meslektaşını yetkilendirerek duruşmaya gönderebilmesi imkanı sağlanmalıdır.

## 7. Temsilci Avukat Sorunu

Adli yardımda görev alan avukatlar ayda bir (ya da iki ayda bir) Kadıköy bölgesi ve Bakırköy bölgesi olmak üzere toplanırlar. Baronun tayin ettiği adli yardım temsilcileri dışında, bu toplantıyı yöneten, hazırlayan, avukatlara gün verilmesi hususunu düzenleyen ve bunları baroya bildiren bir temsilci avukat olur. Daha önceki dönemde ve şu anda, toplantıya katılan avukatların adaylardan birini seçmesi durumunda, seçilen avukat o bölgenin temsilcisi olmaktadır. (Anadolu yakası/Kadıköy-Avrupa yakası/Bakırköy) Ancak şimdiki baro yönetimi adli yardımda görev alan avukatlar üzerinde vesayet kurabilmek için bölge temsilcilerini kendisi atamak istemiş, ancak yo-

ğün tartışmalar ve adli yardım avukatlarının şiddetli tepkisi sonucunda baro kendi isteğini uygulamaya geçirememiştir.

Adli yardım uygulamasının sıhhatli yürütülebilmesi için avukatların kendi aralarından bir temsilci seçerek Baro ve başvuru- larla ilgili işlemleri yürütme- rinde yarar vardır. Gerçekten de avukatların herhangi bir sorunu karşısında (nöbet günlerindeki değişiklikler, yönetimle bürokratik işlemler) sadece Baronun çözüm bulmasını beklemek veya bulunacak çözüme tabi olmak çoğu zaman çö- zümsüzlük anlamına gelmektedir. Bu yüzden avukatların kendi aralarından birini sorumlu olarak oylaya- rak seçmesi ve seçilen temsilcinin Baro Yönetim kurulu tarafından atanması daha isabetli çözüm ola- caktır.

## 8. Peşin Ödeme Sorunu

Adli Yardım Yönetmeliği'nin 7. maddesinde "Adli yardımla görev- lendirilen avukata, görevlendirme- ye konu iş için asgari ücret tari- fesinde gösterilen maktu ücret peşin ödenir" denilmesine rağmen, adli yardım dosya ücretinin alın- ması belgelerin tesliminden itiba- ren bazen iki ya da üç ay sürebil- yor. Bu da yargılama masrafını başvuru- cudan alamayan avukatın, ücret almadan davaya başlamasına yol açıyor.

Bunun için avukata dosya başına verilecek vekalet ücretinin yönet- melikte belirtildiği gibi peşin ödenmesi gerekmektedir.

Ayrıca, adli yardımla görevli avukatların masrafları genellikle kendi imkanlarından karşılaması nedeniyle ücret kadar masraf avan- sının da avukata peşin ödenmesi gerekmektedir.

## 9. Başvurucunun Hataları

Avukatla temsil, hukukumuzda zorunlu olmadığı için şahıs, dava- sını ya kendi yazdığı dilekçesiyle ya da bir arzuhalciye yazdırdığı dilekçe ile açmakta ancak kendi hataları yüzünden dava içinden çıkılamaz bir hal aldığı zaman adli yardıma başvurmayı düşünmek- tedir. Bu durumda aslında çok bas- sit olan bir davayı oldukça karma- şık ve ilerlemiş bir şekilde alan avukat bir takım sıkıntılara gir- mekte, iş sahibi kişilerle sorun- lar yaşamaktadır.

Bu sorunun çözümü için, adli yardım kurumunun tanıtımı en etkin bir şekilde yapılmalı, bu tanıtım- da adli yardım kurumundan nasıl yararlanılacağı, yararlanmanın kazandıracakları anlaşılır biçimde anlatılmalıdır.

## 10. Nöbetçi Avukata Ücret Ödenmemesi

Adli yardım Kadıköy ve Bakırköy temsilciliğinde günde iki avukat saat 09:00-13:00 ile 13:00-17:00 arası nöbet tutmaktadır. Burada nöbet tutan avukatlar hem adli yardım talebinde bulunanların baş- vurularını değerlendirip rapor halinde baroya bildiriyor, hem de büroda danışma hizmeti veriyorlar. Daha önceki yönetim döneminde adli yardım temsilciliklerinde nöbet tutan avukatlara yaptıkları hizmet karşılığı bir miktar ücret ödene- ceği belirtilmişti. Ancak mevcut yönetim nöbet için avukata ayrı bir ücret verilemeyeceğini, zaten adli yardımdan dosya başına ücret aldıklarını ifade etmiştir.

Adli yardım temsilciliklerinde nöbet tutan avukatlar hem adli yardıma gelen başvuruları değer- lendirmekte, hem de danışmanlık hizmeti vermektedirler. Bu durum dosya almaktan tamamen bağımsız bir hadise olup, yapılan bu hizme- tin karşılığının da mutlaka karşı- lanması gerekmektedir. Kaldı ki adli yardım bürosunda danışmanlık

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

dışındaki işleri takip eden personele maaş ödenmektedir.

Mevcut uygulama, avukatın ücret almadan iş yapamayacağı kuralına aykırı düşmektedir. Bir başka ifadeyle bu tarz çalıştırma, evrensel hukuk kuralı olan ücretsiz çalıştırma (angarya) yasağının ihlali- dir.<sup>(\*)</sup>

### 11. İlgili Birimler Arasında İletişimsizlik

Adli yardımla sisteminde yer alan kurumlar arasındaki iletişim- sizlik, davadan önceki safhalarda gerekli bilgi ve belgelere cevap verilmemesi veya geç cevap verilmesi, davaların daha açılmadan sürüncemede kalmasına yol açmaktadır. Bu da bir başka hak ihlali- dir. Hak arama özgürlüğünün önün- deki önemli bir engeldir. Bu soru- nun halli için Baro bünyesinde bir birim kurulabilir ve bu birimin taleplerinin kanunda yapılacak küçük bir değişiklik ile Mahkemele- rin talepleri gibi kabul edilmesi sağlanabilir. Bu birim mahkemenin adli müzaheret talebiyle ilgili kararın ön hazırlık safhasının daha hızlı işlenmesini ve esas dava hakkında yargılamaya hemen başla- masını sağlayacaktır.

Adalet Bakanlığının uygulamaya koyduğu UYAP PROJESİ'nin de iletişim eksikliğinin giderilmesinde önemli bir araç olacağı beklenmektedir. UYAP Projesi ile Sosyal Hizmetler, Barolar, Emniyet Teşki- latı gibi kurumlar arasında adli yardım hizmetinin uygulanmasında koordinasyon ve işbirliği sağlan- malıdır.

(\*) İstanbul Barosu 2004 seçimlerinin hemen öncesinde Çağrı Avukatlar Grubu adına yayımlanan bu kitap, seçim çalışmaların- da binlerce avukata dağıtılmış, bu durum Baro yönetimi üzerinde baskı unsuru oluşturarak cüz'i de olsa adli yardım bürolarında nöbet tutan avukatlara ücret ödenmesini sağlamıştır.

### 12. Kanunlarda Değişiklikler Yapılması

Bilindiği gibi adli yardım sis- temine dayanak olan kanunlar ara- sında çatışma mevcuttur ve bu çatışma uygulamada karışıklıklara neden olduğu kadar, başvurusunun hak arama özgürlüğüne engel oluş- turmaktadır.

Avukatlık Kanununda yapılan de- ğişiklikler uyarınca HUMK'nda da değişiklikler yapılmalı ve Barolar ile Mahkemeler arasında kanunlar ihtilafı ortadan kaldırılmalıdır.

Mahkemelerce yapılan tahkikatın yerine Barolardaki Adli Yardım Bürosunun tahkikata yetkili olaca- ğı kanun değişiklikleri yapılmalı- dır.

Adli yardımdan yararlanacak olanlara uygulanan fakirlik krite- ri ülke koşullarına uygun nitelik- lerde değildir. Örneğin evi olana adli yardımdan yararlanma olanağı sağlanmamaktadır. Türkiye'de ev sahibi olmak bir zenginlik göster- gesi sayılmamalıdır. Evi olduğu halde (ki bu miras yoluyla geçebildiği gibi, hasbelkader bir dö- nem işleri iyi gittiği için alabilmiş olduğu ve kanunun "hali vaktine münasip" olarak tanımladı- ğı bir ev olabilir) fakirlik sınırı- nda olabilen milyonlarca aile vardır.

Kanunun tanımladığı fakirlik kriterleri ülke şartlarına uygun hale getirilmeli ve fakirlik tanı- mı genişletilerek farklı yorumlara imkan vermeyecek kriterler belir- lenmelidir.

Maliye Bakanlığının adli yardı- ma ayırdığı pay artırılmalıdır.<sup>3</sup>

### 13. Ücret Sigortası

Avukatlar, adli yardım kapsa- mında görevlendirildikleri dava-

<sup>3</sup> CMUK'a harçların %15'i verilirken, Adli Yardıma %3'ü verilmektedir.

larda, başvuruçunun haksız eylemlerinden, karşı tarafla anlaşmalarından veya tahsilatı bizzat kendilerinin yapmalarından dolayı zarara uğrayabilmekte, vekalet ücretlerini alamayabilmektedirler.

Çalışmanın giriş kısmında Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2000 yılına ait istatistiklerine atıfta bulunmuş idik. Bu atıfta tekrar hatırlatmak gerekirse, 2000 yılı içinde açılan ilamlı icra takiplerinden %39'u, ilamsız takiplerden %36,4'ü, iflas takiplerinden %30,3'ü sonuçlanabilmiştir. Talimatların ise ancak %37,4'ünün infaz edilebildiği anlaşılmaktadır. Aynı istatistiklere göre bir icra takibinin ortalama görülme süresi 443 gündür.

Bir başka ifadeyle dava sonucunda vekalet ücretine hak kazanan avukatın, vekalet ücretini tahsil edilebilme olasılığı %39'dur. O halde %61 oranında vekalet ücretini alabilme olasılığı yok demektir.

Adli yardım hizmeti, hak arama özgürlüğü başlamlında, insan haklarına ve adalete hizmet amacıyla verilmektedir. Bu hizmeti veren avukatların, adli yardım hizmetlerinden yararlanan fakirlerin konumuna düşmemeleri için gerekli tedbirlerin alınması ve gerekli güvence mekanizmalarının oluşturulması gerekir.

Avukatlık gibi maddi ve manevi sorumluluğu oldukça ağır olan bir mesleğin, adli yardım hizmeti nedeniyle daha da ağırlaşan bir sorumlulukla yapıldığı varsayıldığında, bilgisini, zamanını, emeğini bu kadar önemli bir işe vakfeden avukatın da sistem içinde korunması gerektiği izahtan varestedir.

O halde adli yardımda görev alan avukatların vekalet ücretlerinin tahsil edilememesi durumunda bu ücretler Adli Yardım Fonu'ndan karşılanabilmelidir. Fonun, bizzat

kendisi veya Barolar Birliğinin özel sigorta şirketleri ile yapacakları paket sözleşmelerle vekalet ücretleri güvence altına alınabilir.

## İSTANBUL BAROSU ADLİ YARDIM İÇ YÖNETMELİK TASLAĞI<sup>(\*)</sup>

### Birinci Bölüm

#### Amaç, Kapsam

#### Amaç

**Madde 1:** Bu yönetmeliğin amacı, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 176-181. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin İstanbul Barosu tarafından uygulanmasına ilişkin kuralların düzenlenmesi ile bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği ve adaleti sağlamak üzere, avukatlık ücretini karşılama imkanı bulunmayan kişilerin avukatlık hizmetlerinden yararlandırılmasıdır.

#### Kapsam

**Madde 2:** Bu yönetmelik, adli yardımdan sorumlu Yürütme Kurulu'nun, Adli Yardım Bürosunun kuruluşunu, organların görev ve yetkilerini, görevlendirilen avukatların ve ücretlerinin belirlenmesini, büronun gelir giderleri ile işleyiş ve denetimini kapsar.

### İkinci Bölüm

#### Kuruluş Ve Örgütlenme

#### Yürütme Kurulu, Adli Yardım Bürosu ve Temsilcileri

(\*) Çağrı Avukatlar Grubu'nun düzenlediği İstanbul Barosu Adli Yardım Yönetmelik Taslağı'nın hazırlanışında İzmir Barosu'nun 29.01.2002 tarihli "İzmir Barosu Adli Yardım Yönetmeliği"nden yararlanılmıştır.



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

**Madde 3:** Adli yardım hizmetleri, Baro Yönetim Kurulu üyesi avukatın da içinde bulunacağı Yürütme Kurulunun sorumluluğunda 'Adli Yardım Bürosu'nca yürütülür.

Yürütme Kurulu bir Yönetim Kurulu üyesi ile temsilcilerin kendi aralarından seçecekleri 6 avuktan oluşur. Temsilciler her yıl yeniden seçilir.

Yürütme Kurulu en az haftada bir toplanır. Yürütme Kurulu Toplantılarının sayısı Yürütme Kurulunun kararı ile belirlenir. Kurul üyelerine toplantı başına TBB Asgari Ücret Tarifesinin Birinci Kısımının Birinci Bölümünde belirlenen yazılı danışma ücreti KDV dahil brüt ücret olarak ödenir.

Adli yardım bürosu merkezi, ihtiyacı karşılayacak sayıda sorumlu avukat ve büro personelinden oluşur. Baro, yargı çevresini dikkate alarak ihtiyacı karşılayacak kadar Adli Yardım Bürosu Temsilciliği açar. Baro Yönetim Kurulu ihtiyaca göre adli yardım temsilcilerinde büro personeli görevlendirir ve gerekli ekipmanı sağlar. Personelin maaşı ve sair masraflar Adli Yardım Ödeneğinden karşılanır.

Baro merkezi dışındaki adli yardım temsilcileri bölge avukatları arasından seçilir ve Baro Yönetim Kurulunun atamasıyla görev yaparlar.<sup>4</sup>

### Yürütme Kurulunun Görev ve Yetkileri

<sup>4</sup> Adli yardım uygulamasının sıhhatli yürütülebilmesi için avukatların kendi aralarından bir temsilci seçerek Baro ve başvuru ile ilgili işlemleri yürütmelerinde yarar vardır. Gerçekten de avukatların herhangi bir sorunu karşısında (nöbet günlerindeki değişiklikler, yönetimle bürokratik işlemler) sadece Baronun çözüm bulmasını beklemek veya bulunacak çözüme tabi olmak çoğu zaman çözümsüzlük anlamına gelmektedir. Bu yüzden avukatların kendi aralarından birini temsilci olarak seçmesi daha isabetli çözüm olacaktır.

Yürütme Kurulu, Kurula sunulan adli yardım taleplerini ilk toplantısında değerlendirir ve talebin kabulü ile birlikte adli yardımda görev yapan avukatlardan birini görevlendirir.

Yürütme Kurulu, başvuru konusunda karar vermeden önce gerekli gördüğü durumlarda adli yardım bürosu ve temsilciliklerinde görev yapan personel ile nöbet tutan avukatı dinleyebilir.

Yürütme Kurulu üyelerinden yahut adli yardım personelinden birini talep konusunda araştırma yapmakla görevlendirebilir.

Yürütme Kurulu, görevlendirilen avukatın hizmeti yerine getirirken gerekli özeni gösterip göstermediğini inceler ve tüm aşamaları izler, gerekirse görevli avuktan bilgi alır.

Yürütme Kurulu, çalışmalarını, her yıl sonu düzenleyeceği raporla Baro Yönetim Kuruluna bildirir.

### Adli Yardım Nöbet Sistemi

**Madde 4:** Her yargı çevresinde adli yardımda çalışan avukatlar arasından bir temsilci seçilir ve Baro Yönetim Kurulunca ataması yapılır. Adli yardım temsilciliklerinde hafta içi her gün günde ikişer avukat, yapılan başvuruları almak ve adli yardım bürosuna başvurulara hukuki yardım sağlamak üzere nöbet tutarlar.

Temsilciler, avukatlarla Adli Yardım Bürosu arasında iletişimi sağlarlar ve adli yardım başvurularını Adli Yardım Bürosu Merkezi'ne iletirler.

Adli yardım temsilciliklerinde görev alan avukatların nöbet listesi, o bölgenin temsilcisi tarafından ayda bir ya da gerekli görülen aralıklarla yapılan toplantılardaki kura sistemine göre belirlenir ve bu nöbet listesi temsilci tarafından Baro Adli Yardım Merkezine bildirilir. Temsilciler de diğer avukatlar gibi nöbet tu-

tarlar ve temsilcilik için ayrıca ücret almazlar.

Adli Yardım temsilciliklerinde nöbet tutan avukatlara TBB Asgari Ücret Tarifesinin Birinci Kısımının Birinci Bölümünde belirlenen sözlü danışma ücreti KDV dahil brüt ücret olarak ödenir.<sup>5</sup>

### Üçüncü Bölüm

#### Adli Yardım Hizmeti

#### Adli Yardım Başvurusu

**Madde 5:** Adli yardım başvurusu, Adli Yardım Bürosu Merkezi'ne veya temsilciliklerine yapılır. Temsilciler başvuruları değerlendirerek aşağıda sayılan gerekli evrakları Adli Yardım Bürolarına iletirler. Adli yardım başvurularında başvuru formu doldurulur ve bu husus esas defterinde kayıt altına alınır. Adli yardım bürosu ve temsilciliklerdeki görevlilerce başvuru;

- Muhtardan fakirlik belgesi,
- Muhtardan ikametgah belgesi,
- Nüfuz cüzdan fotokopisi,
- Adli yardım ile davaya ilişkin belge fotokopileri ve deliller

istenir.

<sup>5</sup> Daha önceki yönetim döneminde adli yardım temsilciliklerinde nöbet tutan avukatlara yaptıkları hizmet karşılığı bir miktar ücret ödeneceği belirtilmişti. Ancak mevcut yönetim nöbet için avukata ayrı bir ücret verilemeyeceğini, zaten adli yardımdan dosya başına ücret aldıklarını ifade etmiştir Adli yardım temsilciliklerinde nöbet tutan avukatlar hem adli yardıma gelen başvuruları değerlendirmekte, hem de danışmanlık hizmeti vermektedirler. Bu durum dosya almaktan tamamen bağımsız bir hadise olup, yapılan bu hizmetin karşılığının da mutlaka ödenmesi gerekmektedir. Nitekim, yukarıda da ifade edildiği gibi, İstanbul Barosu 2004 seçimlerinin hemen öncesinde Çağrı Avukatlar Grubu'nca kitap olarak yayınlanan bu çalışmadan sonra cüz'i de olsa adli yardım bürolarında nöbet tutan avukatlara ücret ödenmesini sağlanmıştır

### ADLİ YARDIM BAŞVURUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Madde 6:** Adli Yardım Bürosu ve temsilciliklerinde esas defterine kaydolun adli yardım başvuruları gerekli hazırlık ve belgeleri ile birlikte Yürütme Kuruluna sunulur. Başvurular Yürütme Kurulunun ilk toplantısında ele alınıp karara bağlanır. Yürütme Kurulu dosya üzerinde yapacağı değerlendirme sonucunda, adli yardım başvurusunun kendisinin ve ailesinin geçimi bakımından önemli bir zarurete düşmeksizin gereken avukatlık ücretleri ile diğer yargılama giderlerini karşılayamayacağı ve adli yardım başvurusunda haklı olduğu neticesine vardığı takdirde, adli yardımda görev yapan avukatlardan birinin görevlendirilmesine karar verir. Yürütme Kurulu, başvuru konusunda karar vermeden önce gerekli gördüğü durumlarda adli yardım bürosu ve temsilciliklerinde görev yapan personel ile nöbet tutan avukatı dinleyebilir veya üyelerinden birini yahut adli yardım personelinde birini talep konusunda araştırma yapmakla görevlendirebilir.

#### Adli Yardım Başvurusunun Kabulü

**Madde 7:** Yürütme Kurulu başvurusunun başvurusunu yerinde görmesi halinde<sup>6</sup>, talebi kabul eder, durumu bir tutanakla tespit eder.

<sup>6</sup> Adli Yardım hizmetinden yararlanabilmenin kapsamının kanun değişikliği ile artırılması gerekir. Örneğin, evi olan bir dar gelirli fakir kapsamına giremediğinden adli yardım hizmetinden yararlanamamaktadır. Kişinin sadece bir eve sahip olması, -ki bu ev babasından kalmış olabilir veya kanunun deyimiyle hal-i vaktine münasip olabilir- onun fakir sayılmaması için bir neden olmamalıdır. Adli yardım hizmeti, hak arama özgürlüğünün bir gereğidir. Hak arama özgürlüğünün başını sokacak bir eve sahip olma nedeniyle kısıtlanması bu temel hakkın varlığını zedelemektedir. Bu nedenle fakirlik tanımı daha geniş tutulmalı, adli yardımdan yararlanacak kişi sayısı artırılmalıdır.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

Başvuru sahibinden, işin sonunda maddi bir yarar elde etmesi halinde, avukata adli yardım ödeneğinden ödenen para ile elde edilecek maddi yararın %5'ini Baroya ödeyeceğine; adli yardım isteminin haksız olduğunun sonradan anlaşılması halinde, görevlendirilen avukata ödenen ücretin iki katı ve yapılmış masrafları yasal faizleri ile geri vereceğine ilişkin taahhütname alınır.

### Yargılama Harç ve Giderleri

**Madde 8 a):** Adli yardım talebinde bulunan başvurucuya yargılama giderlerini karşılayabilme imkanı sorulur. Başvurucu yargılama giderlerini karşılayabileceğini beyan ederse, görevlendirme işleminden sonra başvurucu yargılama harç ve giderlerini ya da yapılacak iş için gerekli masrafı avukata öder. Yargılama harç ve giderlerinin ödeneceğine dair husus görevlendirme yazısında açıkça belirtilir.

**b)** Başvurucu, yargılama giderlerini karşılamayacağını beyan ederse, bu durumda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 465-472. maddeleri gereğince ilgili mahkemeden adli müzaheret talebinde bulunulur. Adli müzaheret talebinin reddi halinde başvurucu, avukatlık ücreti dışındaki diğer yargılama giderlerini karşılamak zorundadır. Aksi halde, adli yardım başvurusu reddedilebilir.

**c)** Yargılama harç ve giderlerinin karşılanamayacağını açıkça anlaşılması ve adli yardım talebinde bulunanın haklılığı açısından kesin veya kuvvetli bir karine oluşması halinde, Yürütme Kurulu'nun önerisi üzerine yargılama harç ve giderleri Baro Yönetim Kurulu kararıyla Adli Yardım Fonundan karşılanır.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Başvurucu yargılama harç ve giderlerini karşılamayacağını beyan etmesi ve avukatın da ilgili mahkemeden adli müzaheret talep etmesi halinde mahkeme, başvuru

Davanın reddi halinde iade olunacak harç, adli yardım fonuna aktarılır.

### Avukatın Göreve Başlaması

**Madde 9:** Adli yardım talebinin kabulüne karar verildiği takdirde, gerekli iş ve işlemleri yapmak ve yürütmek üzere bir veya birkaç avukat görevlendirilir. Görevlendirme yazısının bir örneği de başvuru sahibine verilir ve gerekli bilgi, belge ve vekaletname ile birlikte görevlendirilen avukata başvurması istenir. Görevlendirilen avukat, görevlendirme yazısının, işe ve ilgiliye ait bilgi, belge ve vekaletnamenin kendisine ulaşması ile avukatlık yükümlülüğü yerine getirmek yükümlülüğü altına girer. Görevlendirme yazısının başvurucuya tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde, başvurucunun görevli avukatla irtibat kurmaması veya gerekli belgeleri tamamlamaması veya vekalet çıkarılmaması durumunda başvurudan vazgeçmiş sayılır.<sup>8</sup>

rucunun maddi durumunun tespit edilebilmesi için çeşitli yerlere (tapu, vergi dairesi vb.) yazılan müzakerelerin sonucuna göre en az 3-5 ayda karar vermektedir. İşin esasına daha girilmeden adli müzaheret talebinin incelemesinin bu kadar uzun sürmesi hem başvuru sahibini mağdur etmekte, hem de verilen ücret hatırlanırken bilfiil bu işle görevlendirilen avukatın gereğinden fazla emek harcamasına ve başlı başına bir davayla ilgileniyormuş gibi iş yükü altına girmesine yol açmaktadır. Mahkemeden adli müzaheret talebinde bulunmuş olan başvurucu, zaten bir önceki safhada kendi hukuki sorununu takip edecek avukat için baroya adli yardım başvurusunda bulunmuştur. Baro başvurucunun adli yardım talebini kabul etmişse, bu hususun mahkemece dikkate alınması gerekmektedir. Bu çözüm yargılamada hızlı bir işleyişi sağlayacağı için, hak arama özgürlüğü işlevsel hale gelmiş olacaktır.

<sup>8</sup> Adli yardım talebi kabul edilen şahsın, görevlendirme yazısını adli yardım temsilciliğinden almaması ya da alıp da avukata ulaşmaması durumunda 3 aylık azami bir süre uygulaması söz konusudur. Bu durumda görevlendirilen avukat üç ay boyunca beklemek zorunda kalmakta ve bu bekleme süresinde de her hangi bir ücret alamamaktadır. Bu durum diğer avukatlara

### Avukatın Görevinin Sona Ermesi

**Madde 10 a):** Görevli avukat, kendisine tevdi edilen dosya için, hukuki imkanlar içerisinde gerekli ihtimamı gösterir. Görevlendirilen avukatın yükümlülüğü, başvuru sahibinin hizmetin görülebilmesi için gerekli belge ve bilgiler ile avukatlık ücreti dışındaki zorunlu yargılama harç ve giderlerini vermemesi veya vekaletname vermekten kaçınması ile sona erer. Görevlendirilen avukat, bu hususu gecikmeden, kendisini görevlendiren Adli Yardım Bürosuna bildirir.

**b)** Görevlendirmede avukatların mesleki faaliyet alanlarına ilişkin beyanları dikkate alınır.

**c)** Görevlendirilen avukat, kendisine tevdi edilen dosyayı takip etmekten haklı bir neden olmaksızın çekinmek isterse, görevin kendisine bildirildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, o işin tarifede belirlenen ücretini Baroya ödeyerek görevden çekilebilir. Haklı nedenle görevi yapmak istememesi halinde ücret iade edilmez. Çekinme nedeninin değerlendirilmesi Yürütme Kurulunun teklifi üzerine Yönetim Kuruluna aittir.

**d)** Görevlendirilen avukat, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre işi sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür. Davadan çekilme halinde (c) fıkrası hükümleri uygulanır.

**e)** Bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra takipleri veya benzeri hukuksal işlemler, görev konusu iş kapsamında kabul edilmez. Bu hususlar tamamen ayrı bir görevlendirme konusudur.

**f)** Adli Yardım Bürosu, görevlendirilen avukatın hizmeti yerine

getirmesi ile ilgili aşamaları izler. Avukat, işin hangi aşamasında olursa olsun, kendisinden istenen bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Hizmetin sonunda da, bu konudaki raporunu ve hizmetin sona erdiğini gösterir belgeleri Adli Yardım Bürosuna iletir.

**g)** Adli yardım başvurusu kapsamındaki işin neticelendirilmesi halinde adli yardım hizmeti sona erer. Bunun dışında aşağıda yazılı hallerde Yönetim Kurulunun kararı ile adli yardım hizmeti sona erer:

- Başvuru sahibinin isteminin haksız ya da beyan ve belgelerdeki bilgilerin gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılması,
- Başvuru sahibinin haksız davranışı nedeni ile görevli avukatın haklı istifasına yol açması,
- Başvuru sahibinin adli yardım hizmeti isteminden vazgeçmesi,
- Başvuru sahibinin adli yardım konusu davasından feragat etmesi ya da aleyhindeki davayı kabul etmesi.

### İlamların İcrası

**Madde 11:** Yargılama sonucunda verilen mahkeme kararının icrası söz konusu ise, icra takibi için ayrı bir görevlendirme yapılır. Başvurucunun ya da görevli avukatın başvurusu üzerine yönetim kurulu yeni bir görevlendirme yapar. Bu başvuru sonucunda, icra takibi için aynı avukat görevlendirilir. İlamlarda gösterilen vekalet ücreti yasal kesintiler dışında görevli avukata aittir. Vekalet ücreti ve masraflarının icrası için avukata ayrıca ücret ödenmez.

### Dördüncü Bölüm

#### Ücret Ve Denetim

#### Görevlendirme Başına Ödenecek Ücret

tevdi edilen dosyalar ile karşılaştırıldığında görevlendirilen avukatın mağdur olmasına anlamına gelir. Bundan dolayı adli yardım bürosu tarafından görevlendirme yapıldıktan sonra başvurucunun telefonu da dahil olmak üzere tüm bilgileri verilmeli, bekleme süresi de daha makul bir seviyeye (15 gün) çekilmelidir.

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

**Madde 12:** Görevlendirilen avukat aldığı iş yada davaya ilişkin dava dilekçesi, cevap dilekçesi ve sair belgeyi adli yardım bürosu merkezine teslim ettiğinde ücret almaya hak kazanır.

Adli yardımla görevlendirilen avukata, TBB Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde gösterilen maktu ücret (katma değer vergisi dahil brüt ücret) ile harç ve masraf avansı peşin olarak ödenir.<sup>9</sup>

Aynı iş için birden ziyade avukatın görevlendirilmiş olması halinde, ödenecek ücret her bir avukat için ayrı ayrı tahakkuk ettirilir.

Görevlendirilen avukatın, işe başladığını belgelediğinde, ücretinin ve masraf avansının ödenek durumu da dikkate alınarak peşin ödenmesi esastır.

Adli yardıma başvuran şahsın talebinin haksız çıkması, beyan ve belgelerdeki bilgilerin gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılması, adli yardım hizmetinden feragat etmesi ve görevli avukatın istifasına

sebebiyet vermesi halinde bu iş için avukata ödenen ücret geri alınmaz.

### Raporların Sunulması ve Denetim

**Madde 13:** Yapılan başvuru üzerine görevlendirilen avukat, takip edilecek iş ya da dava için bir rapor hazırlar ve bunu adli yardım bürosuna iletir. Adli yardım bürosu ve Yürütme Kurulu görevlendirilen avukatın hizmeti yerine getirirken gerekli özeni gösterip göstermediğini inceler ve tüm aşamaları izler. Adli yardım konusu iş ya da dava ile ilgili olarak görevli avukat her aşamada istenildiğinde bilgi ve belge vermek zorundadır.

### Adli Yardım Bürosu ve Temsilciliklerinin Denetimi

**Madde 14:** Baro Yönetim Kurulu, Yürütme Kurulu ile Adli Yardım Bürosu ve Temsilciliklerinin çalışmalarını her zaman denetleyebilir ve her aşamada bilgi, belge talebinde bulunabilir. Yürütme Kurulu, çalışmalarını, her yıl sonu düzenleyeceği raporla Baro Yönetim Kuruluna bildirir.

### Yürürlük

**Madde 15:** Bu İç Yönetmelik, İstanbul Barosu'nun Yönetim Kurulunda imzalandıktan sonra Baro panolarında ilan edilerek yürürlüğe girer.

### Yürütme

**Madde 16:** Bu İç Yönetmelik hükümlerini İstanbul Barosu Yönetim Kurulu yürütür. Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin uygulamasını gösteren bu İç Yönetmelikte hüküm bulunmadığı durumlarda TBB Adli Yardım Yönetmeliği ve Avukatlık Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.

<sup>9</sup> Adli yardımda avukata ödenen vekalet ücreti ile günün ekonomik şartlarının gerektirdiği miktar arasında fahiş bir fark mevcuttur. İstanbul Barosu En Az Ücret Çizelgesindeki rakamlar günümüz şartlarında kaynak bulabilme açısından biraz zor gibi görülebilir de, en azından adli yardımda dosya başına ödenen ücretlerde iyileştirme yoluna gidilebilir.

Adli yardımda dosya başına avukata ödenen ücret, ulusal bazda açıklanan açlık sınırının da altında bir rakama denk düşmektedir. Sadece bu karşılaştırma bile adli yardımda görev alan avukatların zorluklara nasıl göğüs germek zorunda kaldıklarını gösteriyor. Yargılama giderleri ile diğer masrafların tam olarak başvuru sahibinden alınamaması, belgelenmeyen harcamaların ödenmemesi ve avukata başlangıçta bir miktar avans verilmemesi, çoğu zaman yapılan harcamalarla dosya başına avukata ödenen ücretin neredeyse aynı seviyede olmasına yol açmaktadır. Tüm bu nedenler, TBB Adli Yardım Yönetmeliğinde belirlenen ücretlerin savunma mesleğine yakışır seviyeye getirilmesi, en az iki katına çıkarılması ve masraflar için peşin masraf avansı ödenmesi gerekmektedir.

## Dizin

- 12 Eylül 1980, 114, 185  
12 Mart 1971, 185  
1787 Amerikan Anayasası, 113  
1789 Fransız İhtilali, 77, 90  
1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 105  
1791 Fransız Anayasası, 113  
1830 Belçika Anayasası, 155  
1853 Kırım Savaşı, 152  
1856 Paris Konferansı, 150  
1921 Anayasası, 158  
1946 Fransız Anayasası, 105  
1958 Fransız Anayasası, 105  
1961 Anayasası, 55, 62, 113, 138, 144, 322  
1980 İhtilali, 27  
1982 Anayasası, 55, 78, 83, 106, 113, 114, 138, 144, 310, 380  
2. İslâm İktisat Kongresi, 173  
2. Menderes Dönemi, 19  
20. yüzyıl, 38  
28 Şubat, 35, 150, 186, 189, 236, 237, 245, 363, 374  
31 Mart Vakası, 156  
93 Harbi, 156  
AAET, 195, 196  
AB, 25, 29, 31, 33, 38, 67, 79, 85, 110, 111, 158, 190, 191, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 236, 237, 324, 334, 335, 348, 352, 361, 364, 367, 371  
AB Anayasası, 110  
AB Hukuku, 195  
ABD, 25, 33, 34, 38, 107, 119, 134, 136, 139, 141, 142, 143, 145, 179, 191, 247, 255, 266, 348, 349, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373  
Abdülmelik oğlu Velid, 167  
Abdülaziz, 152  
Adalet Divanı Statüsü, 111  
Adanmışlık, 31, 34  
ADD, 189  
adil yargılanma hakkı, 55, 56, 79, 80, 240, 376, 378, 393  
Adli Müzaheret, 55, 376, 394  
Adnan Ertem, 162, 163, 164, 165, 168, 169, 175, 176  
Adnan Güriz, 43, 50  
Adnan Sofuoğlu, 177, 178, 183  
aequitas, 103  
AET, 195, 196, 335  
Afgan, 38, 245  
aforoz, 23  
Ahde vefa, 93, 112  
Ahilik, 15, 17  
AHİM, 216, 227  
Ahkam'ül-Evkaf, 162, 176  
Ahmet Akgündüz, 163, 176  
Ahmet Cevdet Paşa, 14, 152  
Ahmet Davutoğlu, 192  
Ahmet MUMCU, 90, 99  
Ahmet Soycan, 88, 100  
Ahmet Ulvi Türkbağ, 48, 50, 100  
Ahmet Yaman, 111  
Ahval-i Şahsiye, 157  
AİHM, 4, 56, 63, 110, 206, 209, 211, 214, 215, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 246, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 311, 370, 378, 391  
AİHS, 56, 79, 80, 81, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 206, 209, 211, 212, 214, 218, 219, 224, 225, 227, 230, 235, 236, 239, 256, 258, 311, 370, 378, 380  
Ak Devrim, 118  
Akademisyen, 12  
AKÇT, 195, 196, 198  
Akif Emre, 25, 40  
AKP, 23, 40, 131, 144  
Aktiflik, 31  
alak, 95  
Ali Bulaç, 31, 40, 117, 186, 246, 257  
Ali Fuat Başgil, 25, 142, 145, 257  
Ali Haydar Özkent, 69, 76  
Ali Karadeniz, 188, 193  
Âli Paşa, 151, 152  
Ali Suavi, 152, 154  
Ali Şeriatî, 31  
Ali Yaşar Sarıbay, 185, 193  
Aliya İzzet Begoviç, 9, 19, 40  
Amerikan başkanlık sistemi, 133



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- Amerikanvari Müslümanlık, 32  
anarşistler, 102  
Anatoli France, 210  
Anayasallık Bloğu, 3, 105, 115  
Anthony Sullivan, 23  
Aquino'lu Thomas, 97  
Arazi Kanunnamesi, 152  
arızî muhalefet, 37, 187  
Arif Emre Öktem, 208, 227, 231, 232, 238  
article defini, 103  
asketizmin, 22  
asl-ı mülazeme, 102  
Asr-ı Saadet, 19  
Aşkın Adalet, 93  
ATA, 196, 197  
Atatürk, 106, 114, 115, 157, 246, 343  
Athenagoras, 178  
Avrupa Adalet Divanı,, 197, 358  
Avrupa Birliği, 3, 31, 33, 40, 77, 79, 80, 110,  
151, 158, 195, 203, 204, 236, 261, 323, 335,  
346, 349, 353, 354, 358, 359, 360, 361, 368  
Avrupa Birliği Konvansiyonu, 110  
Avrupa Birliği Süreci, 31, 40  
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 4, 77, 205,  
206, 207, 219, 220, 221, 223, 229, 239, 241,  
256, 384  
Avrupa İslâmı, 32, 33, 34, 40  
Avrupa Komisyonu, 57, 196, 200, 203, 252, 361  
Avukatın bağımsızlığı ilkesi, 61  
Avukatlık mesleği, 31, 61, 63  
Aya Triada Manastırı, 178  
Aydın Durmuş, 36  
Aydınlanma, 13, 20  
Aydınlanmacı görüş, 13  
Ayetullah Burucerdî, 118, 120  
Ayetullah Şeriatmedari, 119  
Ayetullah-il Uzma, 121, 126  
Azınlık okulları, 181  
Babıali, 148, 150  
Babil, 164  
bağdaşmazlık kuralı, 134  
Bağımsız yargı, 61  
bağımsızlık, 11, 21, 62, 113, 128, 138, 139, 148,  
193, 241, 367  
Bahadır Kurbanoğlu, 33, 40  
Bakanlar Konseyi, 196, 197, 199, 200, 201, 203,  
356, 359  
Barolar Birliği, 62, 291, 293, 303, 310, 315,  
376, 381, 382, 384, 385, 399, 403  
barsak kirliliği, 19  
barsak temizliği, 19, 24, 187, 188  
Basın Hürriyeti, 58  
*başkanlık sistemi*, 131, 133, 138, 139, 143, 145  
Batılılaşma, 25, 152  
Batılılaşma projesi, 25  
bereket, 21  
Beria Remzi Özorun, 178, 183  
Berkeley Üniversitesi, 45  
Bessam Tibi, 33  
beşeri adalet, 28  
Beşinci Cumhuriyet Anayasası, 137  
Beşir Gözübenli, 166, 167, 168, 170, 176  
Bezm-i Alem Valide Sultan, 174  
Bilim ve Sanat Hürriyeti,, 58  
Billigkeit, 103  
bireysel ve toplumsal" sorumluluk, 29  
Birinci Dünya Harbi, 156  
Birinci Meclis, 158  
Birleşmiş Milletler Hukuku, 45  
Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar  
Sözleşmesi, 80  
Birr, 104, 166  
Bizans, 165, 177, 178  
BM, 45, 78, 98, 110, 208, 232, 240, 257, 258,  
370, 379  
Boğazköy, 164  
Brayn Wilson, 20  
Burhan Kuzu, 131, 145  
burjuva, 90, 187  
burjuvazinin ahırına girmek, 37  
Bülent Köprülü, 164  
Bülent Tanör, 148, 149, 150, 151, 156, 159  
Büyük Ortadoğu Projesi, 33  
Caferilik, 117  
Cahiliye ehli, 165  
Can Aktan, 18, 40  
Carothers, 189  
Carrara, 70  
Carter, 119  
Cavidanlar, 120  
cehd, 13, 14  
cemaat-devlet ilişkisi, 21  
Cemal Bali Akal, 48, 50  
Cemaleddin Afgani, 118  
Cemiyet-i Akvam, 157  
Cengiz Çandar, 119, 129  
Cengiz Yasası, 104  
Cenneti, 119, 129  
Ceride-i Havadis, 152  
Cermen, 164, 165  
Cermen Hukuku, 165  
cevherin cisimleşmiş hali, 16  
CIA, 118  
Cicero, 12  
Cihan Özpınar, 22, 40  
civilite, 13  
CMK, 54, 65, 66, 67, 72, 83, 272, 273, 274,  
275, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288,  
289, 310, 311, 312, 313, 314, 315  
cogito, 94

- coğrafya birliği, 175  
cultura animi, 12, 13  
Çağrı Avukatlar Grubu, 51, 293, 319, 397, 399, 400  
çoğul kültür, 13  
ÇYDD, 189  
İhsan Dağdelen, 44  
Daniel L. Edwards, 20  
dar anlamda savunma hakkı, 52  
dar bölgesel seçim esası, 135  
Darülaceze, 161  
De Gaulle, 141  
Decartes, 94  
Declan O'sullivan, 226  
değişkenlik, 102, 103  
Demos, 25  
Deneyciler, 46  
Deniz Feneri Derneği, 190  
deregülasyon, 24  
Dernek Kurma Hürriyeti, 58  
Descartes, 47  
devletçilik, 21  
dikey olarak Müslüman, 32  
diktatörlüktür, 133, 141  
dil birliği, 175  
din birliği, 175  
Din ve Vicdan Hürriyeti, 58, 250, 257  
Dinension, 103  
Din-i hanif, 102  
Din-i kayyım, 102  
dinlerarası diyalog, 33  
DİSK, 189  
Divan- Ahkam-ı Adliyye, 152, 153  
Divan-i Ali, 155  
Doğal Hukuk, 88, 94, 95, 97, 100  
dönüşüm projesi, 35  
Duşantepe Üssü, 120  
dünyevî zaman, 20  
Dünyevîleşmek, 21  
Düşünce ve Kanaat Hürriyeti, 58  
Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 205, 230, 250  
Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti, 58  
düzenle düz olma, 32  
Ebu Hanife, 104  
Ebu Yusuf, 167  
Ebul'ula Mardin, 165  
Ecevit, 120  
EDAM, 186  
equivalence, 102  
Ehli Hibre Meclisi, 127  
ehl-i şer, 101  
ehl-ü hal ve'l-akd, 121  
Ejder Yılmaz, 210, 227, 271, 291  
El Wood, 21  
el-Farabi, 33  
elfazı tahkiriye, 67  
el-Ma'ruf, 104  
Elmalılı Hamdi Yazır, 95, 96, 100  
Emre Özyılmaz, 178  
enfusi, 102, 103  
Enstrümental Demokrasi, 25, 41  
Equite, 103  
Erdoğan Teziç, 136, 137  
Ergun Özbudun, 105, 204  
Eric Hoffer, 14, 35, 40  
Erol Canser, 107  
Erol Kozak, 167, 170, 171, 172, 173, 176  
er-Rezzâk, 21  
erudition, 12, 13  
Esbab-ı Mucibe Mazbatası, 153  
Eski Yunan, 164, 165  
eşdeğerlik, 102  
eşitlik adaleti, 91, 103  
eşref-i mahlukat, 98  
etik düzen, 95  
Etkin Vizyon, 18  
evkaf, 161  
Evkaf Nezareti, 167  
evrensel akıl, 93  
Evrensel değerler, 28  
F tipi mağdurları, 38  
F. Kaufmann, 44  
Fahrettin Altun, 23, 40  
Fatih Sultan Mehmet, 161, 177  
Fatma Karabıyık Barbarosoğlu, 39  
feminizm, 190, 191  
Fendoğlu, 108, 115  
Fener Patrikhanesi, 179, 180, 183  
Fethi GÜNGÖR, 189  
Feyyaz Gölcüklü, 206, 227, 230, 238, 239, 258  
firat, 13  
Filistinli çocuklar, 38  
fizis, 93  
forma mentis, 12, 13  
formasyon, 12, 13, 20, 23  
frenler ve dengeler" teorisi, 136  
Fuad Paşa, 151  
Fuat Köprülü, 164, 165, 176  
füru-id din, 104  
Fütüvvetname, 17  
gayr-ı lazım vakıflar, 163  
gelişme hakkı, 99  
genç enerji, 28  
Genç Osmanlılar Cemiyeti, 152  
genel hukuk kavrayışı, 13  
genel hukuk disiplini, 13, 15  
General Theory of Law and State, 45  
gizli inkar, 37  
Gödel, 44

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- Gönüllülük, 15, 188  
Gramsci, 185  
Groitus, 92, 104  
güç illüzyonu, 37  
Gülden Sönmez, 50, 56, 206, 227, 374  
Gülhaneyi Hattı Hümayun, 149  
Habbisi'l-asla ve sebbili's-semerete, 166  
Haberleşme Hürriyeti, 58  
Habitat, 185  
habitus, 12, 13  
habs, 166  
Haham Mahkemesi, 213  
Hak, 90, 100  
hak arama hürriyeti, 52, 58, 73  
hak eşitliği, 91, 92  
Hâkim teminatı, 11  
Halik-i Küll-i Şey, 102  
Halim Baki Kunte, 172  
Halk Fırkası, 158  
Halkullah, 103  
Hanif Dini, 102  
Hans Kelsen, 3, 43, 44, 45, 50  
harf-i tarif, 103  
Harvard Hukuk Okulu, 44  
hastalıklı muhaliflik oyunu, 37  
Hatice Karacan, 136, 145  
Hattusilis, 164  
hayatın parçalanmışlığı, 188  
Hayber, 166  
hayırda yarışmak, 166  
Hayrettin Karaman, 189  
Helmut Dubiel, 23  
Heraklit, 93  
Heybeliada Ruhban Okulu, 3, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 237  
Heyet-i Mebusan, 155  
Hidayet, Şefkatli Tuksal, 27, 40  
hilafet, 121, 145  
hipotetik, 47  
Hitit, 164  
Hobbes, 97  
hukuk cinayeti, 64  
Hukuk Çokluğu, 104  
hukuk devleti, 28, 29, 51, 53, 55, 57, 58, 64, 112, 144, 240, 243, 297, 304, 305, 307, 309, 312, 376, 377  
hukuk formasyonu, 12, 13, 14, 24  
Hukuk Mantiği, 27, 40, 93, 94, 100  
Hukuk Mesleği, 3, 9, 40  
hukuk reformu, 54, 158  
hukuk sigortası, 67  
hukuk sîjesi, 53  
Hukuk toplumu, 29  
Hukuk Yoluyla Barış, 45  
Hukukçular Derneği, 16, 21, 30  
Hukuksal dönüşüm, 39  
hukukun üstünlüğü, 53, 55, 57, 61, 64, 104, 216, 222, 372  
Hukukun ve Devletin Genel Teorisi, 45  
Hukukun yaygınlaştırılması, 35  
Hükümet-i İslâmi, 121  
Hüseyin Hatemi, 98, 99, 100, 101  
Hüseyin Pazarcı, 108  
Hz. İbrahim, 165  
Hz. Muhammed, 147, 166  
Hz. Ömer, 166  
I. Dünya Savaşı, 180  
II. Dünya Savaşı, 44, 77, 118, 332  
I. Tanzimat, 151  
II. Tanzimat, 14, 147, 148, 150, 151, 153, 155, 158, 159  
IHH, 190  
II. Abdülhamit, 156  
II. Mahmud, 148  
III. Selim, 147  
Immanuel Kant, 46  
Irak, 119, 173, 365, 366, 367, 369, 370  
Islahat Fermanı, 150, 151  
IV. Yermanos, 178  
İbrahim Kaboğlu, 212, 227, 241, 258  
İbrahim Öktem, 179  
İbrani Hukuku, 213  
iddia ve müdafaa bağışıklığı, 68  
İdris Küçükömer, 187, 192, 193  
İHAS, 57, 205, 227, 234, 238, 256  
ihkak-ı hak, 53  
İhsan Eliaçık, 19, 40, 120, 129  
iki parti sistemi, 140, 143  
İl Han Özay, 29, 40  
ilahi adalet, 28  
ilahi hilafet, 104  
ilâhî zaman, 20  
iletişim toplumu, 13, 27  
İlhan F. AKIN, 90, 100  
illüzyonistler, 102  
İmam Humeyni, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 126  
İmam Şafi', 165  
İmam-ı Azam, 167  
iman-amel ilişkisi, 26, 32  
İmpallomeni, 70  
İmpeachment, 135  
İnanç özgürlüğü, 205, 219, 226  
İngiltere, 34, 136, 139, 140, 150, 156, 198, 200, 208, 213, 225, 232, 233, 234, 303, 324, 349, 364, 367, 368, 371, 393  
İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 52, 253  
İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, 52, 77, 80, 98, 346  
İnsan Hakları Komitesi, 56

- interaktif ilişki, 31  
İran Anayasası, 117, 121, 122  
İskenderiye Kütüphanesi, 165  
İslâm İnkılâbı, 119, 122, 127, 128  
İslâmi Hareket, 30  
İslâmi Hükümet, 119  
İslâmi Şura Meclisi, 123, 125, 126, 128  
İslâmi yenilenme, 23  
İsmail Safa Üstün, 117, 129  
İsmet Kayaoğlu, 164, 165, 166, 176  
İsmet Paşa, 157  
İsmet Sungurbey, 89, 100  
İsnaaşeriye, 117  
İsrail, 34, 38, 119, 367, 368, 369, 372  
İstanbul Barosu, 28, 51, 63, 64, 65, 76, 206,  
213, 217, 227, 238, 258, 314, 319, 375, 389,  
392, 393, 395, 397, 399, 400, 402, 403  
istibdal, 163  
istihrac, 102  
istinaf mahkemeleri', 84  
istinbat, 102  
işkence, 38, 58  
İtalya Ceza Kanunu, 67  
İttifak-ı Hamiyet, 152  
İttihat ve Terakki Cemiyeti, 156  
İttılaat gazetesi, 119  
izafilik, 102, 103  
izonomi, 91  
izzet, 35, 37, 193  
John A. Shedd, 93  
Jön Türkler, 156  
Kaçar hanedanı, 117, 118  
kader birliği, 176  
kadercilik, 22, 23  
Kamu Hakları, 56  
kamu hizmeti, 11, 61, 172, 248, 249, 293, 305,  
306, 321, 323, 327, 393, 395  
Kant, 45, 46, 93, 103  
Kanun-i Esasi, 154, 155, 156  
Kanunların Ruhu, 155  
Kanunu Esasiye, 55  
Kapitalistleşme, 21  
Karteniyанизm, 97  
karz-ı hasen, 165, 166  
Kayıp İmam, 120, 121  
Keldani Hıristiyanları, 125  
Kemal Gözler, 50, 105, 106, 111, 115, 140, 143,  
145  
kendiliğinden sivil toplum, 12  
kentlilik, 13  
Kesbi, 13  
kıst ilkesi, 103  
kilisesizleşme, 21  
Kişi Dokunulmazlığı, 58  
kişilik yarılması, 38, 39  
Kitab-ı Mübin, 102  
Kolağası Niyazi Bey, 156  
Kongre Yönetimi, 135  
Konut Dokunulmazlığı, 58  
Koray Gümüş, 186  
Kozak Birliği, 118  
kozmpolitizm, 24  
Kur'an-ı Kerim, 26, 50, 91, 102, 103, 104, 167,  
171, 368, 373  
Kuvvetler ayrılığı, 132, 133  
kuvvetler birliği, 133, 134  
Kültür, 12, 129, 326, 343, 354  
kültür birliği, 176  
Küresel Barış Adalet Koalisyonu-BAK, 190  
Küresel değerler, 28  
Küresellik, 28  
La tebdile li halkıllah, 102  
Lale Meydanı katliamı, 119  
Latince, 12, 15, 20  
Lazım vakıflar, 163  
legislative, 101  
Leyla Şahin, 4, 63, 64, 220, 221, 223, 224, 226,  
227, 229, 234, 239, 251, 252, 253, 254, 255,  
256, 257, 258  
liberal evrenselcilik, 23  
liberal-sivil toplumcu arka plan, 35  
logos, 93  
Lozan Barış Konferansı, 156, 157, 180, 181,  
182  
M. Semih GEMALMAZ, 90, 100  
M. Z. Pakalın, 165  
Maastricht Antlaşması, 199  
Macar Elçin, 178  
Macid Hadduri, 147, 159  
Macide GÖÇ, 6, 36  
Magna Carta, 55  
Mağdurun rızası, 68  
Mağrip, 173  
Majno, 70, 76  
mantıkçı pozitivistler, 44  
masumiyet karinesi, 84, 369  
Maun, 103  
Mazlumder, 16, 190, 226, 227, 243, 314, 371,  
374  
Mecelle, 14, 153, 154  
Meclis Hükümeti Sistemi, 133, 134  
Meclis-i Ahkam-ı Adliye, 155  
Meclis-i Ali Tanzimat, 152  
Meclis-i Hibregan, 120, 122, 126  
Meclis-i Mebusan, 70, 156  
Meclis-i Şura-yı İslâmi, 122  
Meclis-i Umumi, 156  
Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye, 149  
Medine-i İstanbul, 161  
Megali İdea, 178, 183

## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- Mehdi, 120, 121, 123  
Mehdi-i Muntezar, 121  
Mehmet Akif Aydın, 148, 152, 154, 157, 159  
Mehmet Reşat, 156  
Mehmet Tevfik Gülsoy, 113, 115  
Meral Sungurtekin, 69, 76  
Mercii Taklid, 118, 120  
meslek ahlakı, 62  
meşhur marka, 36, 37  
meşruiyet krizi, 187  
Meşrutiyet, 156, 157, 326  
meşrutunleh, 162  
Mevkufunaleyh, 162  
Mevzu Hukuk, 101  
Mezopotamya, 164  
Mısır, 148, 165, 173, 371  
Mısır İsyanı, 148  
milliyetçilik, 21  
Mirza Hüseyin Şirazi, 118  
missio, 15  
mistisizm, 20  
misyon, 5, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 20, 23, 34, 35, 38  
misyoner, 15  
Mithat Paşa, 155  
modern zamanlar, 20  
modernite, 10  
Montagna, 157  
Montesquieu, 132, 133, 155  
Morgan, 18  
muhafazakâr demokrasi, 23, 24, 25, 40, 41  
Muhafazakârlaştırma, 20  
Muhafazakârlık, 23, 24, 25, 40  
muhalefet oyunu, 37  
Muhamat Yasası, 60  
muhami, 60  
Muhammed Bakır es-Sadr, 121  
Muhammed Rıza Pehlevi, 118  
Muhiddin Gökü, 28, 41  
muksit, 103  
Murgatroyd, 18  
Musaddık, 118  
Mustafa Arslantürk, 205, 227  
Mustafa Aydın, 28, 41, 248, 258  
Mustafa Duran, 210, 227  
Mustafa Erdoğan, 132, 134, 136, 138, 140, 141, 142  
Mustafa Kemal, 118, 141, 157, 158  
Mustafa Reşit Paşa, 148, 149, 152, 159  
Mustafa Şen, 26, 41  
mustaz'af, 99, 101  
mutlak bireycilik, 102  
mutlak monarşi, 133, 134  
mutlak özgürlük, 102  
müdafaa masuniyeti, 68  
Mülazeme ilkesi, 102  
Mülkiyet Hakkı, 58, 346  
Müslüman tecrübe, 21  
müstekbir, 99, 101  
mütegalibe, 99, 101  
mütehavvil (değişken) cemiyet, 28  
mütekabil bağıllık, 102  
müteşebbis, 22, 332, 333, 334, 340  
naibi-amm, 117, 121  
Namık Kemal, 152, 154, 155  
Necef, 119, 121  
Necip Süleyman Doğulu, 25, 41  
Necmi Yüzbaşıoğlu, 105, 112, 115  
nefs-i mutma'imne, 104  
Neşet Çağatay, 167, 171, 172, 176  
Neurath, 44  
Neyzen Tevfik, 30  
Nicoletta Bersier Ladavac, 43, 50  
Nihat Erim, 180  
Niyabet Konseyi, 119  
Niyazi Öktem, 48, 49, 50, 88, 93, 100, 225, 227  
Nizam-ı Cedid, 147  
Nizamiye Mahkemeleri, 153  
nomos, 93  
normlar hiyerarşisi, 44, 47  
Nuh Tufanı, 19  
Nur Centel, 70, 76, 275, 290  
Nur Vergin, 189  
Nuri Yaşar, 181, 184, 250, 258  
olgun birikim, 28  
oligarşi, 99, 101  
opportunité, 101  
oran adaleti, 92  
Orhan Seyfi Güner, 31, 41, 64, 76  
Ortodoks, 177, 178, 181, 182  
Ortodoks kilisesi, 177  
oryantalist, 23, 32, 186  
Oryantalistler, 23  
Osman Arslan, 81, 84, 85, 189  
Osman Doğru, 206, 213, 217, 227, 231, 238, 240, 252, 258, 319  
Osmanlı Milleti, 156  
ölçü normlar bloğu, 105  
Ömer Hilmi, 162, 163, 176  
Ömer Lütfi Barkan, 172  
örf, 28, 47, 48, 101, 104, 154, 332, 338, 347  
Özalizm, 19, 186  
Özel Haklar, 56  
Özel Hayatın Gizliliği, 58  
Özgür savunma, 61  
Özgür-Der, 31, 40  
özgürlüklere yelken açmak, 37  
özgürlüklerin teminatı, 15, 35, 39  
Pan-Hıristiyan, 178  
panteist, 93

- parçalanmış yaşam tarzı, 29  
Parlamentar Asamble, 209  
pasiflik, 31, 179  
Patrik, 151, 177, 178, 179, 180, 183  
Patrikhane, 150, 177, 178, 179, 180, 181, 184  
Peace Through Law, 45  
Pehlevi Hanedanı, 118  
Platon, 93  
Pluralizm, 104  
politik toplum, 185, 186  
Post Modernizm, 36, 104  
pozitif hukuk, 28, 29, 48, 87, 88, 89, 94, 95, 98,  
99, 101, 114  
Pozitivist Hukuku, 90  
PRODEM, 186  
Protestan, 21, 22, 23  
Protestanlaştırma, 10, 20  
raiyye, 101  
Ramazan Altıntaş, 20, 21, 22, 23, 41  
rasyonelleştirilmiş parlamentarizm, 139  
Reagan, 23, 366  
Refah Partisi, 213, 226, 234, 235  
Rehber, 120, 125, 126, 127, 128  
Rehberlik, 18, 122, 127, 128  
Reid Karen, 78, 80  
resepsiyon, 24, 26, 155, 158  
Resul-i Ekrem, 104  
Reşat Kaynar, 149, 159  
Rıza Han, 118  
rızık, 21, 22  
Richard A Posner, 44  
Roma, 102, 104, 164, 165, 198, 206, 209, 277,  
347, 353, 354, 357, 358  
Roma Hukuku, 104  
Roma Sözleşmesi, 198  
Roscoe Pound, 45  
Rönesans, 104  
Rudolf Carnap, 44  
Rum Patrikhanesi, 177, 178, 179, 181, 182, 183  
Ruşen Çakır, 128, 129  
Ruşen Ergeç, 216  
sadaka, 166, 173, 175, 305  
Sadaka-i Cariye, 166  
Sadri Maksudî Arsal, 94, 100  
Saf Hukuk Teorisi, 43, 44  
Sami Oğuz, 128, 129  
Sami SELÇUK, 205  
sanayileşme, 23, 346  
Savaş Mollamahmutoğlu, 70, 76  
savunma dokunulmazlığı, 67, 68, 69, 70, 71, 73,  
74, 75  
Savunma hakkı, 51, 53, 54, 55, 56, 59, 66, 75,  
76, 84  
savunma misyonu, 64  
seculum, 20  
seçilmiş diktatör, 141  
sekülerizasyon, 20  
seküler, 20, 21, 25, 37, 97, 172, 248  
sekülerizm, 20  
sekülerleşme, 21, 22, 29  
Sekülerleştirme, 10, 20  
sekülerlik, 20, 193  
Selçuklular, 167  
Senato, 134, 135  
Serdar Tabanoğlu, 36, 41  
Sertaç Kaptan, 22, 41  
sıdk, 103  
Sırat-ı Müstakıym, 103  
silahların eşitliği, 78, 81, 378  
sivil öncelik aktivisti, 35  
Sivil öncelikler, 30  
Sivil toplum, 185, 186, 187, 269  
sivil toplumculuk, 11, 15, 186  
siyasi adalet, 28  
Skolastik felsefe, 13  
Soğuk Savaş dönemin, 33  
solidarity, 32  
somut gerçeklik, 36  
sosyal düzen, 93  
sosyal hukuk devleti, 380  
sosyal siyaset, 17, 41  
Sovyet yayımlılığı, 33  
soy birliği, 176  
Stoa, 93  
Strasbourg, 211, 213  
Suat Ballar, 161, 164, 170, 176  
Sulhi Dönmezer, 68, 69, 70, 76, 261  
Sultan Murad, 15, 176  
Suriye, 120, 165, 365, 367  
susma hakkı, 80  
Süleyman Demirel, 131, 136, 370  
Süleyman Uludağ, 121  
Sünnetullah, 13, 96  
süreç işçiliği, 39  
Şah İsmail, 117  
Şah Rıza Pehlevi, 118  
Şahlık Rejimi, 119  
Şakir Berki, 165, 168, 172, 173, 176  
şefaath zinciri, 40  
Şehabeddin Tekirdağ, 177, 183  
Şenay Karaduman, 213, 217, 218  
Şeref Gözübüyük, 206, 227, 230, 238, 239, 258,  
322, 330  
Şeref Ünal, 217  
Şeriat, 60, 101, 102, 103, 120, 149, 155, 276  
Şeyh Murtaza Ensari, 118, 120  
Şibli Mellat, 121, 123, 124, 126, 129  
Şinasi, 152, 154  
Şurayı Nigehban, 120, 122, 126  
tabii adalet, 28



## Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

- Tabii Hakim Güvencesi, 58  
Tabii Haklar Öğretisi, 90  
Tabii Hukuk, 87, 88, 89, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 155  
TAHKİM, 11  
taklid, 104, 120, 121  
Tanıl Bora, 24, 41, 258  
Tanrı'nın iktidarı, 21  
Tanzimat, 3, 14, 60, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 158, 159, 276, 323  
tarafsızlık, 11, 220  
Tarık Zafer Tunaya, 141  
tarih birliği, 176  
Tarih Vakfı, 189  
tarihe kayıt düşme, 12  
Tarihsel Hukuk Ekolü, 97  
tasadduk, 166  
tasarlanan gelecek, 17  
Tasvir-i Efkar, 152  
Tayip Erdoğan, 131  
tayyibat, 102  
TBB, 65, 295, 376, 382, 384, 388, 391, 392, 393, 396, 399, 400, 402, 403  
TBMM, 59, 110, 131, 138, 145, 158, 261, 301, 325  
TBMM Araştırma Komisyonu, 59  
TDK, 13, 16, 18  
Tebük Savaşı, 166  
tekil kültür, 12, 13  
Temel haklar aktivist, 14  
Temel Haklar Şartı, 77, 79, 85  
*temel norm*, 47, 48, 49  
Temsilciler Meclisi, 134, 135, 136  
Tesis, 168, 169  
TESK, 189  
Teşkilatı Esasiye Kanunu, 55  
teşri, 101  
Tevhid Dini, 34  
Tevhid-i Tedrisat Kanunu, 182  
Tevsii Tahkikat, 59  
TİSK, 189  
TOBB, 189  
Tom Peters, 18  
Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı,, 58  
Topluluk tüzüğü, 197  
toplum mühendisliği, 25, 26  
toplumsal parçalanma, 32  
toplumsal sorumsuzluk, 32  
Toplumsallık, 10, 26, 87  
Toprak reformu, 118  
tömbeki isyanı, 118  
Transdantal, 46  
Turgut Özal, 131, 345  
Turgut Tülümen, 119, 129  
Tüketiciler Birliği Derneği, 18, 190  
türban kararı, 114  
Türk Ceza Kanunu Tasarısı, 30  
Türk ihtilali, 158  
TÜRK-İŞ, 189  
Türkiye Barolar Birliği, 381, 384  
Türkiye Çevre Vakfı, 189  
Türkiye STK Rehberi', 189  
TÜSİAD, 189  
udül, 103  
Ulpiniyanus, 93  
ul-ul emr, 103  
Uluslararası Barolar Birliği, 61  
Uluslararası Dünya Müslüman Hukukçular Konferansı, 30  
usulün bütünlüğü, 65  
utopia, 18  
Uyum Yasaları Analizleri, 29, 41  
Ümeyye Camii, 167  
ütopya, 18, 19, 34  
vaftiz, 23  
vahiy, 32, 102  
vakf, 161, 166  
Vakfeden, 161, 162, 163  
vakıf cenneti, 167, 175  
Vakıf Gureba Hastanesi, 174  
Vecdi Aral, 43, 48, 87, 88, 92, 93, 100  
Veda Hutbesi, 104  
vehbî, 13  
Vehbi Hacıkadiroğlu, 88, 94, 100  
velâyet-i emr, 103  
Velâyet-i Fakih, 119, 121, 122  
Veliyy'ül Asr, 120  
veliyy-i amm, 121  
Veliyy-i Fakih, 120, 126  
Veliyy-ul emr, 103  
Viktor Lidz, 20  
Viyana Okulu, 44  
Vizyon, 3, 9, 16, 17, 18, 31, 40  
Weber, 22  
Yabancı okullar, 181  
Yahova Şahidi, 212  
Yahudi, 20, 43, 181, 364  
Yalçın Akdoğan, 21, 24, 25, 26, 41  
yargı yeri, 56, 78, 83  
yargılama dokunulmazlığı, 68  
yarı paganlaşma, 21  
yarı-başkanlık hükümeti, 134, 138  
Yasemin Işıқтаç, 47, 50  
Yasin Aktay, 186  
Yassıada, 64  
yatay olarak Amerikan, 32  
yatay olarak Türk, 32  
Yeni Dünya Düzeni, 104  
Yeni Kantçılık, 49

---

Yeni Muhafazakârlık, 24	Yolsuzlukları Araştırma Komisyonu”, 59
yeni oluş, 36	Yusuf Kaplan, 21
Yeni Osmanlılar, 152	Zeki Demirkubuz, 187
Yeni Türkiye Cumhuriyeti, 157	Zeppieri, 68
Yeniden Doğuşun Rüyası, 19, 40	Zikrun- Lil- Âlemîn, 103
Yerleşik Adalet, 93	Ziya Paşa, 152, 154
Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti, 58	Zorla Çalıştırma yasağı, 58
Yeşil Kuşak Projesi, 33	zorunlu müdafilik, 66, 80, 274
Yıldırım Canoğlu, 34, 41	Züleyha Özdemir, 136, 145
Yılmaz Aliefendioğlu, 105, 115	