

**Genç Hukukçular  
Hukuk Okumaları**



**Birikimler 4**



*Bu çalışma, 15 yıldır dini bayramlar hariç hiç tatil yapmadan devam eden Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nun çalışmalarında üstün özveri ve istikrarla hukuk üretimine devam eden Genç Hukukçulara ve değerli Hocaları'na ithaf edilmiştir.*



Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

**Birikimler 4**

Editör: Muharrem Balcı

İstanbul, 1 Haziran 2013

İrtibat

(0 212) 533 80 59

Kapak Tasarımı:

Teknik Hazırlık: Hüseyin Gül

Baskı:

# İçindekiler

Önsöz.....	5
Takdim .....	7
Fransız Devrimi ve 1789 Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisi / <i>Abdullah ARSLAN</i> .....	9
Kendi Kendini Açıklayan Bir Kavram: Adalet / <i>Bilâl KILINÇ</i> .....	29
Uluslararası Hukukta Önleyici ve Öngörücü Meşru Müdafaa Hakkı / <i>Ahmet Buğra AYDIN</i> .....	51
Konuta Saygı Hakkı Kapsamında Çevresel Faktörlerden Korunma Hakkı / <i>Bilâl KILINÇ</i> .....	65
Direnme Hakkı / <i>Aybüke EKİCİ</i> .....	79
Kur'an'da Engelliler / <i>Arzu BESİRİ</i> .....	91
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukuka Etkisi / <i>Burhan AKDOĞAN</i> .....	103
Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti / <i>Bilâl KILINÇ</i> .....	115
Ana Dilinde Savunma Üzerine / <i>İbrahim Hakkı BEYAZIT</i> .....	137
Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk / <i>İsmail ERGİN</i> .....	149
Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı (Yasak) Delillerin İspat Hukukundaki Değeri / <i>Esra ÇETİNKAYA</i> .....	161
Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri / <i>Esra ÇETİNKAYA</i> .....	175

İslam Hukuku'nda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri / <i>Esra ÇETİNKAYA</i> .....	187
İmam Şafii: Hayatı, Eserleri, Hukukçu Kimliği ve Fıkıh Usulü / <i>Mevlana İbrahim Asım BİLİR</i> .....	215
Medine Vesikası Ekseninde İslam'ın Rolü: Hakem mi, Hâkim mi? / <i>Nurdan ÇİÇEK</i> .....	235
Soruşturma Evresinin Fonksiyonu, Amacı ve Başlaması / <i>Musa ÇATALOĞLU</i> .....	245
Örnek Ceza Davası İnceleme Raporu (Cemal Başak - Bircan Başak) / <i>Kaya KARTAL-Eyyup AKINCI</i> .....	261
İstiklal Mahkemeleri ve Şeyh Sait Davası / <i>Orhan GÖKÇE</i> .....	277
İdari Yargıda Tespit Davası Sorunu / <i>Esra ÇETİNKAYA</i> .....	291
Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi / <i>Bilâl KILINÇ</i> .....	299
Bir Vesayet Kurumu: Yüksek Seçim Kurulu Seçim Dönemlerinde Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Gölge / <i>Necmettin AYDIN</i> .....	323
Cevap ve Düzeltme Hakkı / <i>Esra ÇETİNKAYA</i> .....	333
Modernleşme, Modernlik ve Ulusçuluk Bağlamında Türkiye'de Muhafazakârlık / <i>Ömer Faruk KARAGÜZEL</i> .....	357
Büyük Birader ve Gözetim Devleti / <i>Hasret AK</i> .....	381
Tarihî Uyanışın Mimarı: Prof. Dr. Fuat Sezgin / <i>Aybüke EKİCİ</i> .....	391
Neden Buradayız? –Atölye Çalışması– / <i>Muharrem BALCI vd.</i> .....	401
Masumiyet Algısına Karşı Farkındalık/ Bağımsızlık Manifestosu / <i>Muharrem BALCI</i> .....	437
Dizin .....	453

## Önsöz

**Y**eryüzünde kaybedilmiş en büyük dava: Hukuk mantığına ve hukuk formasyonuna sahip olmayan, “adaleti ayakta tutma” derdinden uzak kişilere, hukuk mesleğini icra etme hakkı tanınmış olmasıdır!

Hukukçu olmayan avukat, savcı ve hâkimlerin, salt para kazanmak ve kariyerlerini tamamlamak üzere hukuk mesleğini ifa etmeleri (katletmeleri) neticesinde, insanların ekseriyeti üzerinde, adaletin dünyada tecelli etmeyeceğine yönelik kuvvetli bir inanış yerleşmiştir. Ne yazık ki, Asr-ı Saadet’ten sonra, her dönem, adalet algısı ıslaha muhtaç kalmıştır.

Bundan 15 yıl önce, hukukun, hukukçu olmayan müteşebbislere terk edilemeyecek kadar önemli bir alan olduğunu idrak eden ve adaletin omurgasını dik tutmaktan yana tavır alan bir grup genç hukukçu, *tarihî gerçeklik tasavvuru* içinde *geleceğin inşasına katkıda bulunmak* kaygısı ile hukuk okumaları yapmaya ve okudukları üzerinden referans tebliğler hazırlamaya —*süreç işçiliğine*— başladılar. Müstakim bir yola koyulanlar, yola nereden başlayacağını bilmeseler bile, yolda hangi izleri takip etmeleri gerektiğini ve yolculukta yanlarında neleri taşımaları gerektiğini bilmeliydiler. Bu sebeple, kendilerine, modern ve muhafazakâr dayatmalardan beri, yeni bir lügat ve kıyamete dek ayaklarını adaletten kaydırmayacak *sabiteler* belirlediler.

Öndekinin arkadakine, arkadakinin öndekine ulanması ve birbirlerine şahitliği ile öğrenci, akademisyen, avukat, hâkim ve savcı olmak üzere sayıları bugün itibari ile iki bini geçmiş bir *şefaat zinciri* oluşturdular.

15 yıldır İstanbul’da her hafta Salı günü, 5 yıldır da Ankara’da Çarşamba günleri *istikrarla* ve *ciddiyetle* derslerini devam ettiren ve kendilerini Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu olarak isimlendiren güzide topluluk, mezuniyeti ve diploması olmayan bir okulun öğrencileri... Öğrencilerin yaptığı çalışmalar, yaşadığımız yüzyılın *ekoü* olma yolunda emin adımlarla ilerlediklerini göstermektedir.

Grubun öğrencileri, derslere devam ettikleri sürece, yüksek ahlaki standartları; samimiyet, diğerkâmlık, zulme karşı duruş gibi müşahhas özellikleri kuşanırlar. Aldıkları tüm teorik bilgilerle, pratize edebilecekleri alanlara yönlendirilir, sivil toplum kuruluşlarının mutfaklarında çalışırlar. *Öncü*'leri ve *öncülleri* vardır. Şehitleri, şahitleri, Macide'leri ve Aydın'ları vardır.

Risk yerine *rızık*, korku ve ümitsizlik yerine sabretmeyi ve *kendilerine yakışanı yapmayı* erdem sayarlar. *İman amel bütünlüğü* içinde, okuduklarını ve tartıştıklarını sorumluluk addeder, hayatlarında tatbik ederler.

Adalet omuzlarında durur.

İnsanlara, otoritelere, hükümlara, putlara değil, tek bir olan Allah'a tapar; *izzet ve kudreti Allah'ın yanında ararlar*.

Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu çalışmalarının ve BİRİKİMLER'inin en önemli sav'ı hukukun yaygınlaştırılmasına katkı sunmak ve *Müslüman Hukukçu Bilinci* oluşturmaktır.

Elinizdeki bu kitap, bu güzide grubun hak, hukuk, adalet kavramlarını yeniden tarif etme ihtiyacı ile hazırlayıp sundukları tebliğlerin IV. BİRİKİM'i ve *hukukun yaygınlaştırılmasına* duydukları umumi hürmet ve gayretin eseridir.

Bu müstakim yolda, ayaklarımızın sabiteler üzerinde kalmasını sıkça hatırlatan kıymetli büyüğümüz, üstadımız, ağabeyimiz ve grubun kurucusu Muharrem BALCI Hocamıza, hiç yitirmediği dinamizm ve heyecanı ve Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu öğrencilerinin her birine "*bu gelen bir*" diyerek kalbini ve kapısını açtığı için teşekkür ediyor, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nda istikrar ve ciddiyetlerini muhafaza ederek, derslere devam eden genç hukukçu arkadaşlarımıza şükranlarımı sunuyorum.

Adaleti, omuzlarımızda her daim taşıma ve hukuku yaygınlaştırma duası ile.

**Av. Şerife Gül ARIMAN**

# Takdim

**G**eçtiğimiz yüzyıl boyunca keskin bir ray değişikliği ile güzergâh değiştiren hukuk bugün de değişimini sürdürmektedir. Değişen bütün süreçler içerisinde değişmeyen bir gerçek, mesleki yeterliliğe sahip, ilkeli bir tarz ve duruşa sahip aktif yetişmiş insan eksikliğidir. Aktif mahir ve gerektiğinde riski üstlenen iyi yetişmiş hukukçulara ihtiyaç her zaman olduğu gibi bugün de kendini hissettirmektedir. İşte bu ihtiyacı hissedip yakınmakla yetinmeyen ve bahsedilen evsafa hukukçu yetiştirme hizmetini üstlenen bir ocak olarak “Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu”nun ortaya çıkışı ve istikrarlı ilerleyişi bir ümit nüvesi olmaktadır.

Elinizdeki bu çalışma, Hukuk Tarihinden Medeni Hukuka, Genel Kamu Hukukundan Ceza Hukukuna, İslâm Hukukundan İdare Hukukuna kadar hukukun hemen her alanında sistemli ve disiplinli çalışmaların bulunduğu bir “birikim”i gözler önüne seriyor.

Çok geç bir dönemde, ancak 2009 yılında varlığından “aynel yakın” haberdar olma fırsatını bulduğum Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu’nun çalışmaları beni fazlasıyla heyecanlandırmıştı. Okumaların kurucusu ve en aktif ve dinamik müdavimi ve rehberi olan Av. Muharrem BALCI Beyefendinin bitmek tükenmek bilmeyen enerji ve heyecanı, örnek ve ibret alınası takdire şayan bir modeli ideal rol-model arayışındaki gençlerin önüne koyuyor. Toplumdaki ilişkileri normlar aracılığıyla sadece mekanik müdahalelerle düzenlemenin ötesinde, şekillendirme ve kendi rengini topluma verme gibi daha üst bir mana ve fonksiyon içeren hukuk, herhalde gençler için bunca cazip “çeldirici”nin bulunduğu bir ortamda, seçilebilecek ve üzerinde kafa yorulacak oldukça zorlu ve durağan alandır. Bu gerçeğe rağmen, zamanı ve emeğini bu zor ve zahmetli yola feda etmeye hazır değerli gençleri bir araya toplayabilme başarısını gösteren Muharrem Balcı beyefendiyi bu samimi çalışmaları için tebrik etmek gerekir.

Bu halkada yerini alarak kendi gelişimlerine katkı sağlayan ve ülkenin geleceğinde teknik hukuk bilgisi yanında adalet, hakkaniyet, insaf, vicdan ve güzel ahlakla donanmış gençleri de özellikle takdir etmek gerekir. Hukuk alanında böylesi çalışmaların genç hukukçuları, disiplinli çalışma, tez ve sentez üretme yanında analitik düşüncenin de ilk

basamaklarına adım atma imkânı buldukları bu zemindeki samimi çalışmalarını gerçekten de çok değerlidir. Onların sadece kabarık sayı ve kadrolarla değil, gücünün kaynağını mensup olduğu inanç ve değerler sisteminden alan hukukçular olarak mutlaka hukuk dünyamıza renklerini vermeleri gerekiyor. Çıkarıcı ve pragmatist ilişkiler cenderesindeki toplum hak, hakikat ve hakkaniyet üçlüsünü temsil edecek ve adaleti düşmanı için bile tesis edecek hukukçulara fazlasıyla ihtiyaç hissetmeye başlamıştır.

Birikimler serisi, hukuk fakültesi ve yüksek lisans öğrencileri, stajyer ve asil avukatlar, hâkim ve savcılar yanında bu grubun içinden çıkan taze akademisyenlerin çalışmalarına da kocak açıyor.

Yıllardır haftalık periyotta kesintisizce devam edegelen bir çalışmanın bir gelenek ve ekola dönüşmesini beklemek hiç de abartılı olmayacaktır. Bu grubun içinden eserleriyle Türkiye'nin hukuk literatürüne katkı sağlayacak yeni akademisyenlerin çıkması kadar, eli kalem tutan ve orijinal dava dilekçeleri, savunmalar kaleme alan avukatlar, adil ve üzerinde kafa yorulmuş kararlarıyla içtihat oluşturacak bir "birikim"e sahip hâkimlerin, iddianameleriyle hak ve adaletin "müddei"si savcılarının çıkmaya başladığını görmeye başladık bile.

Çıkarıcı, hesapsız ve "Rıza" odaklı bu oluşumun hem sayıca hem de keyfiyetçe yükselirken yollarının ardına kadar açık olması ve nice "birikimlerin" hayır ve hakikat yolunda filizlenmesi dualarımı paylaşmak isterim.

*Prof. Dr. Yücel OĞURLU*

*İstanbul 2013*





# Fransız Devrimi ve 1789 Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisi

Abdullah ARSLAN



*Dünyanın görüp geçirdiği en önemli devrimlerden birinin gerçekleşmesindeki şu ululuk karşısında içi saygı ve hayranlıkla dolmayan bir İngiliz, her türlü erdem ve özgürlük duygusunu yitirmiş olmalıdır; son üç gündür bu büyük kente olup bitenlere tanık olma talihine ermiş her yurttaşım, benim bu ifademden abartılı olmadığını teslim eder.*

*The Morning Post* (21 Temmuz 1789),  
Bastille'in düşmesinin ardından.

gerçek bir devrim olduğundan bahsedilmesine karşın<sup>4</sup> devrimin bir "burjuva" devrimi olduğu da ortak bir kanıdır.<sup>5</sup> Bu sebeple, ihtilal sürecindeki gelişmelerden bahsetmeden önce Fransa'nın o dönem sosyoekonomik yapısına değinmeyi yerinde buluyoruz.

## 1789 ÖNCESİ FRANSA'DA SOSYAL VE EKONOMİK YAPI

16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Fransa'da feodal düzenin yerini diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi merkezi monarşinin aldığı görülecektir. Böylece devletin yetki ve fonksiyonları kralın elinde toplanmıştır.<sup>6</sup>

Kralın mutlak iktidarının teorik dayanağı, iktidarı Tanrı'dan aldığı bu sebeple hiçbir güce boyun eğmeyeceği anlayışıydı.<sup>7</sup> Kral sahip olduğu yasama yetkisini yayınladığı emirnameler yoluyla kullanırken, yürütme yetkisini de bakanları marifetiyle yerine getirirdi.<sup>8</sup> Bakanlar bizzat kral tarafından görevlendirilir ve her an yine kral tarafından görevden uzaklaştırılabilirlerdi.<sup>9</sup>

## GİRİŞ

**F**ransız Devrimi, tarihin kaydettiği en büyük toplumsal devrimlerden biridir. Fransız İhtilali zamanındaki diğer olaylara göre daha kökten ve daha derin sonuçları meydana getiren bir harekettir.<sup>1</sup> Her şeyden önce devrim 1789 Avrupasının en güçlü ve en kalabalık devletinde vuku buldu. Bu tarihte her 5 Avrupalıdan biri Fransız'dı. Ayrıca 1800'den önce köleliğin zıddı olarak anılan "özgürlük" kavramı devrimden sonra yeni bir siyasi içerik kazanarak en çok zikredilen kavramlardan biri hâline geldi.<sup>2</sup> Bu kavramla birlikte ihtilalin ortaya çıkardığı özgürlük, eşitlik, milliyetçilik gibi kavramlar tüm dünyayı etkiledi.<sup>3</sup>

Fransız İhtilali'nin, alttan ve tabandan yani bizzat "toplum"dan gelerek yukarıyı yani "devlet"i hedef aldığı kabul edilmekle ihtilalin

<sup>1</sup> Eric J. Hobsbawm, *Devrim Çağı*, Çev.: Bahadır Sina Şener, Dost Yayınevi, 2012, s. 64.  
<sup>2</sup> Hobsbawm, s. 65.  
<sup>3</sup> Kemal Yakut, *Fransız İhtilali*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 69.

<sup>4</sup> Durmuş Hocaoğlu, "Geçmişten Günümüze Etkileriyle Fransız İhtilali", *Zaman*, 13.07.1998, s. 2.  
<sup>5</sup> Türkay Demir, "Fransız Devrimi'nin Sesi", *Birikim* 6, Ekim 1989, s. 55.  
<sup>6</sup> Ayferi Göze, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, Genişletilmiş 12. Bası, Ekim 2009, İstanbul, s. 564.  
<sup>7</sup> Yakut, s. 69.  
<sup>8</sup> Göze, s. 565.  
<sup>9</sup> A.g.e., s. 565.

Yargı yetkisini kral adına yargıçlar kullansa da, kral muhakemenin her safhasında davaya müdahale edebilmekte, davayı bir mahkemeden diğerine nakledebilmekte ve suçlu bir kimseyi dilediği zaman bağışlayabilmekteydi<sup>10</sup> ancak, mutlak bir monark olan kral, daha güçlü bir yönetim için büyük toprak sahiplerine, rahiplere ve soylular sınıfına dayanmıştı.<sup>11</sup>

## 1. Soylular Sınıfı

Soylular yüksek memuriyetleri ve ordudaki önemli mevkileri ellerinde tutuyorlar ve hiç vergi ödemiyorlardı.<sup>12</sup> Bununla birlikte bu sınıfı oluşturan yaklaşık 400.000 insan feodal vergiler koyma imtiyazına da sahiptiler.<sup>13</sup>

Sarayın bağladığı maaşla, Paris'te kralın çevresinde yaşayan ve "Paris yüksek tabaka soyluları" denen aşağı yukarı 400 kişi civarındaki büyük senyörler dışında, taşrada eski feodal hakların kalıntılarıyla yaşamlarını devam ettirmeye çalışan "taşra soyluları" vardı.<sup>14</sup> Taşra soyluları, kazanç getirecek herhangi bir işi soyluluk sıfatları yok olur düşüncesiyle reddedip açlık ve sefalet içinde bir yaşamı yeğliyorlardı; buna karşılık, büyük senyörler, doğrudan veya takma ad kullanarak iltizam kampanyalarına giriyor ve servetlerini çoğaltıyorlardı.<sup>15</sup> Kılıç soyluları diye anılan bu iki gruptan başka, kaftan (urba) soyluları diye adlandırılan bir grup, soyulaştırılmış burjuvalardan oluşuyordu ve bu unvanı, krallığın bürokratik örgütünde bir görev edinerek ya da miras yoluyla kazanıyorlardı.<sup>16</sup>

## 2. Ruhbanlar

Krallığın başta gelen zümrelerinden ruhbanlar, çok büyük ayrıcalıklardan ve gelirler-

den yararlanırdı. Din adamları, Fransa topraklarının aşağı-yukarı %10'una<sup>17</sup> sahip olmasına karşın sadece beş yılda bir cüzi miktarlarda vergi ödemekteydiler.<sup>18</sup> Tamamı 130.000 kadar olan bu sınıf mensupları da kendi içerisinde "haut bas" yani yukarı-aşağı ya da alt-üst şeklinde ayrılmıştı<sup>19</sup> ve Kilise'nin elde ettiği gelirler bu sınıf arasında eşit olmayan bir şekilde bölüşülüyordu. En varlıklı olan piskoposlar büyük soylu ailelerden gelirler ve büyük bir rantta sahip olurlardı; buna karşılık, aşağı-ruhban sınıfına mensup din adamlarının ve yardımcılarının gelirleri piskoposlara göre kıyaslanmayacak ölçüde düşüktü, köy papazlarının ve yardımcılarının gelirleri ise aşağı-ruhban sınıfından da daha azdı. Ancak, bu onları tamamıyla halktan kişiler yapıyor ve halka aynı düşünceleri, görüşleri paylaşmalarını sağlıyordu.<sup>20</sup>

## 3. Üçüncü Sınıf [Tiers Etat]

Hepsi 24 milyon kişi olan bu sınıf oldukça karmaşık bir yapıya sahipti. Burjuvalar ve köylülerden teşekkül etse de burjuvalar da kendi içinde ayrıca tabakalaşmış bulunmaktaydı.<sup>21</sup>

### Burjuvazi

1789'a yaklaşırken, burjuvazi çıkar farklılıkları olan çok sayıda gruba bölünmüştü.<sup>22</sup>

Bir yanda, bankacılar, tüccarlar ve sanayiciden oluşan Büyük Burjuvazi yer alırken,<sup>23</sup> diğer tarafta küçük tüccar, küçük banker ve doktor, avukat, noter gibi serbest meslek sahipleri ve sanatkârlar ve yazarlar Orta Burjuvazi'yi oluşturuyordu. Bunlara ek olarak zanaatkârlardan ve küçük esnaftan oluşan Küçük Burjuvazi yer alıyordu.<sup>24</sup>

<sup>10</sup> A.g.e., s. 565.

<sup>11</sup> Yakut, s. 69.

<sup>12</sup> Bengül Salman Bolat, "Fransız İnkılabı'nın Türk Modernleşme Sürecine Etkileri", *Gazi Üniversitesi Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, (2005), s. 150.

<sup>13</sup> Hobsbawm, s. 67.

<sup>14</sup> Göze, s. 567.

<sup>15</sup> Server Tanilli, *Fransız Devriminden Portreler*, Cem Yayınevi, Ekim 1993, s. 28.

<sup>16</sup> Tanilli, s. 28.

<sup>17</sup> A.g.e., s. 27.

<sup>18</sup> Bolat, s. 150.

<sup>19</sup> Göze, s. 567.

<sup>20</sup> Tanilli, s. 28.

<sup>21</sup> Göze, s. 567.

<sup>22</sup> Demir, s. 56.

<sup>23</sup> Bolat, s. 150.

<sup>24</sup> Göze, s. 568.

## Köylüler

Köylüler, Fransa nüfusunun %80'i civarındaydı.<sup>25</sup> Üçüncü sınıfa mensup kişiler küçük zanaat kollarında, küçük işletmelerde, gelişmekte olan küçük imalathane ve yapım evlerinde çalışmaktaydılar. Ayrıca şehirlerin yoksul, işsiz ve sefil insanları da bu grup içerisinde değerlendirilmiştir.<sup>26</sup>

## 1789 FRANSIY İHTİLALİ'NİN NEDENLERİ

1789 öncesi siyasi mücadele Büyük Burjuvazi'nin önderliğinde üçüncü sınıf ile toprak sahibi soylular arasında cereyan etti. Bu mücadele Taşra Soyluları'nın giderek fakirleşmesi ve yaşam şartlarını aynı şekilde devam ettirmek için köylülerin üzerindeki vergi yükünü arttırmak istemesi nedeniyle daha da büyüdü. Bunun yanında Locke, Montesquieu, J. J. Rousseau gibi düşünürlerin fikirleriyle de devrimin düşünsel altyapısı hazırlandı.

### 1. Ekonomik Dengesizlik

1789 Devrimi öncesi soyluların ekonomik durumu giderek kötüleşmekteydi. Topraklardan aldıkları sabit gelirlerle yaşamlarını sürdüren Taşra Soyluları, toprağın değer kaybının artmasıyla hırçınlaşıyor, alacakları için köylüler üzerinde baskı kurmaya çalışıyorlardı.<sup>27</sup>

Soylu aileler içinde büyük erkek çocuk dışında kalan soylulardan, birinci kuşak babadan üçte bir hisse alırken ikinci kuşak toplam hissenin ancak dokuzda birini alabiliyordu; bu durum, Fransa'da soylu yoksulları ortaya çıkarmıştı.<sup>28</sup>

1730 yılından sonra köylüler üzerindeki baskı arttı. Soylular, topraklarını soylulaşma çabası içerisinde olan burjuvaya satmaya başlayınca, senyörlük haklarını da devrettikleri için yeni sahipler giderlerini karşılamak amacıyla, bütün kalıntı borçları köylülerden insaf-

sızca temin ediyordu.<sup>29</sup> 1737'de iç pazarın genişlemesine bakıp yol şebekesinin düzeltilmesi gerekliliğini göz önünde tutan genel denetimci Orry, yeni bir yükümlülük yıktı köylülerin sırtına: Yol angaryası idi bu. 12 ila 70 yaş arasındaki bütün erkekler ve 60 yaşına kadar da kadınlar, bu angaryaya tabiydiler; erkek bulunmadığında, komün, bir erkek için iki kadın hesabıyla angaryayı yürütüyordu. Hükümet, görevliler ve onların yardımcılardan, işlerini çabuk ve en az giderle yürütmelerini istediğinden, onlar da köylüleri, yılda 30 gün yuvalarını terk etmeye zorluyorlardı.<sup>30</sup>

Taşra soylularının giderek fakirleşmesine karşın burjuvazi giderek zenginleşmekteydi. Uzun süren savaşlar, müsriflik mali ve ekonomik yapıyı etkilerken, sanayinin gelişmesi burjuvazinin gücünü artırmakla birlikte ekonomik dengesizliği de yükseltiyordu.<sup>31</sup>

Fransa'da burjuva sayesinde dokuma sanayii, şarap sanayii, mobilya sanayii gelişiyor, ticaret filosu genişliyor, bankalar hızla çoğalıyor, para dolaşımı da hızla artıyordu.<sup>32</sup>

1740 yılından sonra nüfusun hızla artması da tarımsal ürünlere olan talebi artırmış ve bunun sonucu olarak fiyatlar yükselmişti. Bu durum burjuvazinin ekonomik gücüne güç katıyordu.<sup>33</sup> Ekonomik anlamda üstün olan burjuvazi sınıfı aynı zamanda siyasi bir kimlik arayışı için de harekete geçecektir.<sup>34</sup>

Fransa'da 1726'dan 1741'e ve 1771' den 1789'a değin, yaşamsal asgari %56 artar ayrıca aynı dönem içerisinde ücretler de %17 yüksel.<sup>35</sup> Bunun sonucunda köyden kente göçün başlamasıyla, kentlerin kenar mahallelerinde açlık ve salgın hastalıklarla karşı karşıya gelen yeni kitleler oluştu.<sup>36</sup>

18. yüzyılın ortalarına doğru toplumsal infialler baş gösterir. Bu yıllarda artan ekonomik

<sup>25</sup> Tanilli, s. 29.

<sup>26</sup> Göze, s. 568.

<sup>27</sup> A.g.e., s. 569.

<sup>28</sup> A.g.e., s. 568.

<sup>29</sup> Tanilli, s. 30.

<sup>30</sup> A.g.e., s. 31.

<sup>31</sup> Yakut, s. 74.

<sup>32</sup> Göze, s. 569.

<sup>33</sup> Yakut, s. 74.

<sup>34</sup> Bolat, s. 150.

<sup>35</sup> Tanilli, s. 33.

<sup>36</sup> Yakut, s. 74.

krizle birlikte işçi ve köylülerin iyi hasat alamaması zaten var olan sıkıntıları onlar için çekilmez bir hâle getirir ve ülkenin her köşesinde ayaklanmalar görülür. Hatta olaylar başkent Paris'e değin ulaşır; ne var ki, rejim kendine sadık ordusu sayesinde bu ayaklanmayı şimdilik güç de olsa bastırmayı başarmıştır.<sup>37</sup>

## 2. Düşünsel Etkiler

Aşağıda ele alacağımız J. Locke, J. J. Rousseau, Montesquieu gibi düşünürlerin fikirleri devrime giden süreçte, halk içerisinde bildiriler, broşürler halinde elden ele dolaşıyordu. 16 ve 17. yüzyıllarda burjuvazi, kralla birlikte hareket ederken bu tarihten sonra monarşi burjuvazi için ayak bağı olmaya başlamıştı.<sup>38</sup> O sırada Fransa'da mevcut olan mutlak monarşi anlayışına karşılık yukarıda sayılan yazarların eşitlik, özgürlük, seçime dayalı parlamenter sistem gibi düşünceleri halk tarafından kolayca taraftar bulabilirken<sup>39</sup> burjuvazi içinde bu düşünceler devlet yönetimi konusunda siyasi ve felsefi altyapı hazırlayacaktır.<sup>40</sup>

### a) J. Locke

#### Yaşamı

John Locke (1632-1704) felsefi ve siyasi yapıtlarını 17. yüzyılın sonlarına doğru vermiş bir İngiliz filozofudur.<sup>41</sup> Hayatının çoğu 17. yüzyılda geçmesine rağmen, yazılarıyla düşünce özgürlüğünü ve eylemleri akla göre düzenleme anlayışını getirdiği kabul edildiğinden, 18. yüzyıl Aydınlanmasının gerçek kurucusu sayılır.<sup>42</sup>

Locke'un babası İngiliz iç savaşında Parlamento safında çarpışmış püriten bir avukatı.<sup>43</sup> Bu sayede Locke, Parlamentocular'ın siyasi görüşlerini babasından öğrenerek benimsemiştir.<sup>44</sup> Locke, Oxford'da okur, hekimlik mesleğini seçer, daha sonra da Shaftesbury Kontu Lord Ashley'in özel doktoru olarak göreve başlar. Aynı zamanda Ashley'in çocuklarının eğitime de yardımcı olur ve bu sayede siyasi yaşamı da yakından tanır.<sup>45</sup>

1683'te Lord Shaftesbury gözden düşüp Hollanda'ya kaçmak zorunda kalınca Locke'da onunla birlikte Hollanda'ya kaçar ve Parlamento'nun üstünlüğünü yeniden kuran devrime kadar orada kalır.<sup>46</sup> 1688 yılında devrimden sonra William, İngiliz tahtına çağırılınca o da İngiltere'ye döner ve sırasıyla İstinaf Komiserliğinde ve Ticaret Bakanlığında yer alır. Yaşlılığında siyaset adamları kendisine sık sık akıl danışmalar da o 1700 yılında resmî görevinden ayrılır ve son günlerinde hep din bilim sorunlarıyla ilgilenir.<sup>47</sup>

#### Siyasal ve Toplumsal Yaşama İlişkin Görüşleri

Locke kendi politika felsefesini ortaya koymadan önce, mutlak monarşiyi savunan Robert Filmer'in öğretisini ve skolastik dünya görüşünü reddeder. Robert Filmer'in Tanrı'nın Adem'e mutlak ve total bir otorite bahsettiği görüşünün, bugün hiçbir politik otoriteyi meşurlaştırmayacağı gerekçesiyle işe yaramadığını savunur.<sup>48</sup> Bu nedenle J. Locke, toplum ve devletin kaynağını teorik bir varsayımdan yola çıkarak açıklar.<sup>49</sup> Yönetimin kaynağının kralların Tanrısal hakları değil de halk olduğunu kanıtlamak amacıyla, insanların bir zamanlar "doğa durumu"nda bulunduğunu ve bu durumdan

<sup>37</sup> Tanilli, s. 35.

<sup>38</sup> Alaeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat Yayınları*, 2. Basım, Ankara, 2010, s. 364.

<sup>39</sup> Mehmed Akad-Bihterin Vural Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 154.

<sup>40</sup> Şenel, s. 364.

<sup>41</sup> A.g.e., s. 364.

<sup>42</sup> Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, 1985, s. 330.

<sup>43</sup> Bertrand Russel, *Batı Felsefesi Tarihi İlkçağ Ortaçağ Yeniçağ*, Say Yayınları, İstanbul, 1983, s. 584.

<sup>44</sup> Şenel, s. 365.

<sup>45</sup> Tunar Tuğcu, *Batı Felsefesi Tarihi*, Alesta Yayınları, 2000, s. 441.

<sup>46</sup> Russel, s. 584.

<sup>47</sup> Mete Tuncay, *Batı'da Siyasi Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Yeni Çağ*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 365.

<sup>48</sup> Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, Say Yayınları, 2011, s. 590.

<sup>49</sup> Akad-Dinçkol, s. 125.

uygar topluma bir toplum sözleşmesiyle geçildiğini söyleyen Locke, her iki durumdan burjuvazinin siyasal görüşlerini destekleyecek sonuçlar çıkarmaya çalışır.<sup>50</sup>

Locke'a göre insanlar doğa durumunda özgür ve eşit durumdaydılar.<sup>51</sup> İnsanlar bu doğal durumda Tanrı'nın onlara verdiği özgür topraklar üzerinde yaşamlarını birlikte devam ettiriyor, düşüncelerini özgürce açıklıyor, işlerini serbestçe düzenliyorlardı.<sup>52</sup> Burada hiç kimşenin bir diğerine üstünlüğü yoktu.

Bu doğal durumda "İnsanların birbirine zarar vermemesini akıl sağlayacaktır." der Locke. Çünkü akıl, insanlara, kendi gibi eşit ve özgür olan diğer bir insanın yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne, mallarına zarar vermemesini söyler.<sup>53</sup> Buna rağmen bu hakların ihlal edilmesi durumunda, menfaati zedelenen herkesin yargılama ve cezalandırma yetkisi bu anda doğacaktır. Bu kendi davanda hem yargıç hem davacı olma durumu, insanı kin, nefret, intikam gibi olumsuz sonuçlar doğurabilecek duygularla donatacak, bu duyguların etkisi altındaki davacı ve aynı zamanda yargıç kişinin, adaleti esas alması oldukça güçleşecek ve suçla ceza arasındaki illiyet bağını kurmada zorlanacaktı.<sup>54</sup>

İşte, insanlar bu sorunu çözmek amacıyla doğal durumdan uygar topluma geçmeye kendi iradeleriyle karar vermişlerdir. Doğa durumunda haksızlığa uğrayan bir kişinin, uğradığı haksızlığı kendi imkân ve kabiliyetiyle gidermeye çalışması toplumda huzursuzluk ve çatışma meydana getireceğinden dolayı ortak bir yargıç gereksinimi söz konusuydu.<sup>55</sup> Böylece bu hak, bireylerin elinden alınarak, toplumun ortak iradesine devredilir, toplum egemenlik hakkı kazanır, yasalar yapılır, yasaları uygulayacak yargıçlar belirlenir, kişiler arası anlaşmazlıklar bu yetkililer tarafından sonuçlanır, topluma ya da kişilere karşı suç iş-

lemiş olanlar da belirlenen cezalara çarptırılırlar.<sup>56</sup> Bu sayede kişi güvenliği ve mülkiyet hakkı korunmuş olacaktır.

Yargılama ve cezalandırma hakkını bir otoriteye devreden toplum üyeleri yasama görevini de parlamentoya bırakır. Bu, yasaları uygulayacak, anlaşmaları yapacak, savaş ve barışa karar verecek olan ise Locke'a göre yeni bir organ, yürütme organıdır.<sup>57</sup> Böylece Locke'un felsefesindeki siyasal rejimin temel ilkesi güçler ayrılığı olarak belirecektir.

Devredilen bu yönetim haklarının kullanımında, yeni oluşacak iktidar toplumsal sözleşmenin özünden çıkarılabilecek sınırlamalara mutlak olarak tabidir. Bu yeni oluşmuş olan üstün iktidarın, yönetilenlerin doğal yaşama döneminde sahip oldukları yaşam, özgürlük ve mülkiyet gibi doğal haklarını ihlal etmesi durumunda sözleşme bozulmuş olur.<sup>58</sup> Böyle bir keyfiliğin söz konusu olması halinde halk, devrettiği iktidarı alabilir ve bu hükümeti uzaklaştırabilir. Bu durumda yurttaşlar, yeni bir hükümet kuruncaya kadar otorite topluma geri döner.<sup>59</sup> Böylece Locke, iktidarın keyfi uygulamalarına karşın halkın da "direnme hakkı"nı kullanabilmesini öngörmüştür.<sup>60</sup>

Locke'un mülkiyet hakkının ihlaline karşılık direnme hakkını öngörmesi, onun bu hakka en az yaşam ve özgürlük hakkı kadar değer verdiğini gösterir. Bireyin mülkiyet hakkını, mülkiyet edinmesini ve korumasını kendi yasal gücüyle destekleyen her hükümet türü, Locke tarafından desteklenir.<sup>61</sup> İnsanın üzerinde emek harcadığı her şeyi istediği gibi kullanma hakkına sahip olacağını ileri sürer.<sup>62</sup> Buna göre herkesin ortak malı olan bir ağaçtan bir meyveyi koparan kişi emek harcadığından dolayı o meyvenin sahibi olacaktır. Bunun sınırı ise ihtiyaçtır. Locke özel mülkiyetin sınırını ihtiyaç olarak belirlemiştir. Ancak Locke'a göre buradaki sorun malın çokluğundan değil bozulabilecek olmasından kaynak-

<sup>50</sup> Şenel, s. 368.

<sup>51</sup> Donald Tannenbaum-David Schultz, *Siyasi Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri*, Çev.: Fatih Demirci, Adres Yayınları, 2007, s. 265.

<sup>52</sup> Akad-Dinçkol, s. 126.

<sup>53</sup> Şenel, s. 369.

<sup>54</sup> Cevizci, s. 593.

<sup>55</sup> Şenel, s. 370.

<sup>56</sup> Göze, s. 165.

<sup>57</sup> Akad, Dinçkol, s. 128.

<sup>58</sup> Şenel, s. 373.

<sup>59</sup> Tannenbaum-Schultz, s. 271.

<sup>60</sup> Akad-Dinçkol, s. 129.

<sup>61</sup> Tannenbaum-Schultz, s. 277.

<sup>62</sup> Şenel, s. 378.

lanmaktadır. Ekonomik hayata ticaret ve paranın girmesi bu riski ortadan kaldıracığından dolayı insanlar diledikleri kadar özel mülkiyet edinebileceklerdir.<sup>63</sup> Locke'a göre, sağlanan bu kişisel mülkiyete tecavüz olması hâlinde, bu eylemi gerçekleştirenler en ağır şekilde cezalandırılmalıdır.<sup>64</sup>

Lock'un mülkiyete ilişkin görüşleri, sosyal yapıya damgasını vurmaya başlayan liberal ekonomiye<sup>65</sup> ve kendisinin bir burjuva siyaset kuramı kurucusu olması rolüne uygun düşmektedir.<sup>66</sup> Bunun yanında, getirdiği güçler ayrılığı ilkesiyle monarşilerin yıkılmasında ve yerlerine ulusal egemenliğe dayalı rejimlerin ikamesinde öncü bir rol oynamıştır.<sup>67</sup>

### b) Montesquieu

Siyaset biliminin kurucusu olarak kabul edilen Montesquieu, siyasi düşünceler tarihi açısından önemli bir yere sahiptir.<sup>68</sup> Aristokrasinin geleneksel ayrıcalıklarını mutlak monarşiye karşı savunmasından dolayı, o sıralar monarşiye kısıtlamalarına karşı özgürlükçü bir tutum takınan burjuvaziyle yolları kesişecek ve burjuvazi Montesquieu'nun görüşlerinden yararlanacaktır.<sup>69</sup>

#### Yaşamı

Charles de Secondat Baron de la Brede et de Montesquieu (1689-1755) adından anlaşılacağı üzere, aristokrat kökenli bir filozoftur.<sup>70</sup> 1689'da Bordeaux kentinde doğan Montesquieu, baron unvanını buradan almıştır.<sup>71</sup> 1707 yılında Bordeaux Üniversitesini bitirip avukatlığa başlayan düşünür, amcasının vefatı üzerine önemli bir mirasa konar ve maddi sorunları kalmayınca, Bordeaux Bilimler Akademisine katılarak anatomi, fizik, fiz-

yoloji gibi doğa bilimlerine merakla eğilir ve denemeler kaleme alır.<sup>72</sup>

Montesquieu, 1721 yılında imzasız olarak yayınlanan *Acem Mektupları* adlı yapıtında, Paris'i görmeye gelen iki İranlı'nın gözünden o tarihlerdeki Fransa'nın toplumsal kurumlarını işneler.<sup>73</sup> 1726 yılında Paris Akademisine katılan düşünür, 20 yılı aşkın bir sürede meydana getireceği *Kanunların Ruhunu* adlı eserinin hazırlıklarına başlar. 1720 ile 1731 yılları arasında yaptığı seyahatler: Avusturya, İsviçre, İtalya, Almanya, Hollanda seyahatlerinde elde ettiği izlenimler kitap için çok önemli malzemeler sağlayacaktır. Bu sırada İngiltere'de de bir süre kalan düşünür, İngiliz sosyo-politiğini enine boyuna incelemiştir.<sup>74</sup>

Fransa'ya döndüğü 1731 yılından 3 yıl sonra 1734'de *Romalıların Büyüklük ve Çöküş Nedenleri* adlı eserini yazan Montesquieu, 1748 yılında Cenevre'de yayımlanan *Kanunların Ruhunu* adlı eseriyle büyük bir başarı kazanır.<sup>75</sup> Montesquieu bu eserinde, var olan düzendeki çarpıklıkları düzeltmenin yollarını, siyasal toplumu meydana getiren bütün öğeleri; fiziki ortam, ırksal nitelikler, ekonomik ve dinsel kurumları açıklayarak göstermeye çalışır.<sup>76</sup>

### Montesquieu'nun Siyasi Görüşleri (Kanunların Ruhunu)

#### a) Yasanın ruhu

Eserinin başında, genel soyutlamalardan ve tümdengelim metodundan uzaklaşacağını, pozitif bilimlerde olduğu gibi gözlem ve deney metodunu kullanacağını açıklayan Montesquieu, bu eserde, farklı toplumların yapısını ve özelliklerini incelerken insan ilişkileri ve kurumlar arasında var olan bağın, siyasi ve hukuki yapıya ne şekilde tesir ettiğini gözler önüne sermiştir.<sup>77</sup> Böylece düşünür, yasaların ruhunu, doğal hukuka, toplum sözleşmelerine dayandı-

<sup>63</sup> Göze, s. 176.

<sup>64</sup> Şenel, s. 379.

<sup>65</sup> Akad-Diçkol, s. 131.

<sup>66</sup> Şenel, s. 379.

<sup>67</sup> Akad-Diçkol, s. 129.

<sup>68</sup> Göze, s. 183.

<sup>69</sup> Şenel, s. 379.

<sup>70</sup> Şenel, s. 380.

<sup>71</sup> Akad-Diçkol, s. 145.

<sup>72</sup> Ülker Gürkan, *Montesquieu ve Kanunların Ruhunu*, AUHF, 1998, s. 9.

<sup>73</sup> Akad-Diçkol, s. 145.

<sup>74</sup> Gürkan, s. 9.

<sup>75</sup> A.g.e., s. 10.

<sup>76</sup> Akad, Diçkol, s. 145.

<sup>77</sup> Göze, s. 184.

ran birçok Aydınlanma düşünüründen ayrılarak çevresel etmenler üzerinde yoğunlaşır.<sup>78</sup>

Çevresel etmenlere ağırlık vermesinin temelinde, Hipokrates'ten ve Aristoteles'den beri dillendirilen, kuzey, güney ve orta iklim kuşaklarının insanların, farklı karakterlere sahip oldukları görüşü vardır.<sup>79</sup> Ona göre iklim o denli etkilidir ki insanın biyo-psikolojik yapısında dolayısıyla karakterinde, beşer akli bu üstün illete daima bağlı kalmaktadır.<sup>80</sup> O bu düşüncesini, soğuk iklim insanı daha dayanıklı, özgüveni yüksek, daha yürekli, kin ve intikam duygularından uzakken sıcak iklim insanı yaşlılar gibi çekingen, hisleriyle hareket eden, zihnen ve bedenen tembel bir karaktere sahip diyerek örneklendirir.<sup>81</sup>

İnsanın biyo-psikolojik yapısında meydana gelen bu etki, içinde bulunduğu topluma, toplumun müesseselerine ve kanunlarına da yansır. Sıcak ülkelerdeki kadınların evlenme ve buluş yaşının çok erken olması buna karşılık ılıman iklimde kadınların daha geç yaşlarda buluşa ermesi örneğiyle Montesquieu, bu durumu açıklamaya çalışır.<sup>82</sup>

Montesquieu'ya göre ülkelerin coğrafi durumlarından kaynaklı iklim özellikleri nasıl insan tutum ve davranışlarını etkiliyorsa, siyasi yönetimleri de etkiler.<sup>83</sup> Geniş ovaların bulunduğu Asya'da büyük ve yaygın devletler kurulup zorbalıkla yönetilirken, engebeli bir araziye sahip Avrupa'da özgür ve bağımsız küçük devletler kurulmuştur.<sup>84</sup>

Montesquieu yasanın ruhunu sadece çevresel etmenlere bağlamamıştır. Bunun yanında din, ekonomi, gelenek gibi öğelerin de yasaların oluşumunda etkili olduğunu belirtmektedir.<sup>85</sup> Bu gibi etmenler yasalarla sadece ilişkili değil uyumlu da olmalıdır. Çünkü yasaların sergilediği veya sergilemesi gereken söz konusu ilişkiler bütünü yasaların ruhunu meydana

na getirecektir.<sup>86</sup> Montesquieu, ülkelerdeki yasaların, anayasanın, siyasal kurumların, sayılan etmenlerin o ülkedeki durumlarına göre şekilleneceğini söyleyerek, evrensel bir en iyi yönetim biçiminden söz edilemeyeceğini ve herhangi bir ülkedeki geleneksel yasalar, kurumlar ve yönetim biçimlerinin, o ülkenin koşullarına en uygun olan olduğunu anlatmıştır.<sup>87</sup>

### b) Montesquieu'da Yönetim Biçimleri

Kendisi de bir aristokrat olan Montesquieu, aristokratik ayrıcalıkların krala karşı korunarak sürdürülen İngiliz siyasal düzenini beğenir. Fransız aristokratlarının böyle bir yönetim tarzında ayrıcalıklarına kavuşabileceğini öngörüyordu. Böylece o yönetime ilişkin görüşlerini bu doğrultuda oluşturdu.<sup>88</sup>

Montesquieu, iktidarın kimde olduğu ve iktidarda olanın bu gücünü nasıl kullandığından hareketle yönetim biçimlerini monarşi, despotizm, cumhuriyet şeklinde üçe ayırır. Monarşi tek kişinin belli temel yasalara göre yönetimi anlamına gelirken, despotizm yine tek kişinin yönetimi olmasına karşın burada iktidar sahibinin yönetimi yasa tanımaz bir şekilde gerçekleştirecektir.<sup>89</sup> Cumhuriyet yönetimi ise halkın tamamının ya da bir kısmının egemen güce sahip olmasıdır.<sup>90</sup>

"Cumhuriyetlerde egemen güce halkın bütünü sahipse buna demokratik cumhuriyet, bir kısmı sahipse aristokratik cumhuriyet" der Montesquieu. Demokrasilerde halk kendi oylarıyla yönetimi tayin eder ve bu durumda hem yöneten hem de yönetilen olur. Burada gerçekleşen halkın bizatihi kendisinin tüm işleri yapamayacağından dolayı bu işleri bir kurula bırakmasıdır. Bu sistemdeki temel ilke erdemdir ve bu erdem yurt sevgisine, fedakârlığa, eşitliğe ve yasalara dayanır. Aristokrasilerde ise yöneticiler doğuştan imtiyazlıdır ve bu kişileri belli bir azınlık seçer. İlkesi ölçülülüktür ve yöneticiler eğitimle yönetime hazırlanmıştır.<sup>91</sup>

<sup>78</sup> Şenel, s. 382.

<sup>79</sup> A.g.e., s. 382.

<sup>80</sup> Gürkan, s. 17.

<sup>81</sup> Göze, s. 187.

<sup>82</sup> A.g.e., s. 188.

<sup>83</sup> Şenel, s. 382.

<sup>84</sup> Göze, s. 189.

<sup>85</sup> Şenel, s. 383.

<sup>86</sup> Cevizci, s. 658.

<sup>87</sup> Şenel, s. 383.

<sup>88</sup> A.g.e., s. 385.

<sup>89</sup> Cevizci, s. 659.

<sup>90</sup> Göze, s. 189.

<sup>91</sup> Akad-Dinçkol, s. 152.

Monarşilerde yönetim bir kişinin elinde olsa da yönetim belli ve yerleşmiş kurallara göre yapılır. Montesquieu burada bir tür meşruti monarşiden bahseder.<sup>92</sup> Monarşiler, ticaret ve sanayinin geliştiği orta büyüklükteki sınıflı toplumlarda görülebilir. Çünkü bu toplumda halktan ekonomik ve siyasal yönden çok üstün bir soylular sınıfı, bir soy ve sınıf hiyerarşisi olacaktır. Bunlar ve diğer bir sınıf olan ruhbanlar ancak hükümdarın keyfi davranışlarını sınırlandırabilirler.

Montesquieu kendi zamanındaki monarşileri ve İngiltere'yi bu yönetim şeklinde örnek olarak gösterir.<sup>93</sup> Tek kişinin toplumu keyfince ve zorbaça yönettiği despotik yönetimlerde zorba, Montesquieu'nun tanımına göre, cahil, tembel, kendini her şeyin hâkimi sanan, hislerinin kölesi olmuş bir kişidir. Zorba yönetimlerde korkunun dışında şan, şeref, erdem gibi değerlerden söz edilemez. Halk yasalara göre yargılanırken toplumun ileri gelenleri zorbanın keyfine göre yargılanır. Devletin korunması bu yönetimlerde hükümdarın korunması anlamına gelir. Montesquieu, bu tarz yönetimlere karşı halkların her zaman başkaldıracaklarına inanmıştır.<sup>94</sup>

### c) Özgürlük için Kuvvetler Ayrılığı

Montesquieu, Fransa'da özgürlüklerin çiğnenmesini, despotluğu kral ile halk arasında dengeleyici bir unsur olarak aristokrasinin olmamasına bağlıyordu. Özgürlüğün, İngiliz anayasasında olduğu gibi yasama, yürütme, yargı erklerinin birbirinden ayrı olmasıyla sağlanıp korunacağına inanıyordu. Söz konusu erklerin ayrı olması sayesinde bunlar birbirini denetleyebilecek ve ülke despotluğa gitmeyecekti.<sup>95</sup> Montesquieu, bu iktidarın iktidarla sınırlanma görüşünü benimsemesine karşın, sert bir güçler ayrılığından yana değildir. Güçlerin birbirleriyle karşılıklı bir uyum içinde faaliyet göstermesini ister.<sup>96</sup>

Montesquieu'ya göre özgürlük sadece demokrasilerin bir özelliği değildir. Bazen bir

monarşi, bir demokrasiden daha özgürlükçü olabilir. Despotizm sorunludur ancak bunun dışındaki yönetim biçimlerinde özgürlük, yönetim biçimlerinden çok yasama, yürütme ve yargı erklerinin nasıl dizayn edildiği ile ilgilidir.<sup>97</sup>

Montesquieu'nun İngiliz anayasasını örnek almasına rağmen bundan farklı olarak, aristokratların ayrıcalıklarını mutlak monarşiye karşı korumak için kurguladığı güçler ayrılığı kuramı burjuvazice benimsenecektir. Burjuva bu düşünceyi mutlak monarşiyi yıkmak için kullanmıştır. Devrim başarıya uğrayıp mutlak monarşi yıkılınca bu ilke Fransız devletinin anayasasına girecek ve varlığını çağdaş anayasalara kadar sürdürebilen bir anayasa ilkesi durumuna gelecektir.<sup>98</sup>

Soylu bir düşünür olan Montesquieu, bu sosyal sınıfın yüceliğine inanır, hukukçu ve hâkim olmasından dolayı feodal düzenden arta kalan birtakım ayrıcalıklara sahip olması, onu bunları korumaya itmiştir. Bu anlamda Montesquieu, İngiltere'de ve Hollanda'da gelişen görüşler karşısında tutucu bir düşünür olarak görülür.<sup>99</sup>

### c) Jean-Jacques Rousseau

Rousseau, ekonomik ve toplumsal tabanını, 19. yüzyılda edinecek bir ideolojinin temsilcisi olmuştur. Bu sebeple, Rousseau'nun düşünceleri çağının ilerisindedir.<sup>100</sup> Rousseau, kimine göre devrimci ve bireyci, kimine göre de mutlakiyetçidir. Düşünürün, görüşlerinin etkisi günümüze kadar sürmüştür.<sup>101</sup>

#### Yaşamı

28 Haziran 1712'de Cenevre'de Isaac Rousseau ve Suzanne Bernard'ın ikinci çocukları olarak dünyaya geldi. Annesi ise aynı yılın 7 Temmuz'un da yaşamını yitirdi.<sup>102</sup> 66 yıl ha-

<sup>92</sup> Şenel, s. 385.

<sup>93</sup> Gürkan, s. 21.

<sup>94</sup> Göze, s. 196.

<sup>95</sup> Şenel, s. 386.

<sup>96</sup> Akad-Diçkol, s. 153.

<sup>97</sup> Cevizci, s. 665.

<sup>98</sup> Şenel, s. 387.

<sup>99</sup> Göze, s. 201.

<sup>100</sup> Şenel, s. 387.

<sup>101</sup> Göze, s. 202.

<sup>102</sup> J. J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Çev.: İsmail Yerguz, Say Yayınları, s. 17.



yatta kalan Rousseau, 2 Temmuz 1778'de öldü.

Rousseau'nun babası saatçiydi ve ataları Fransa'dan kaçan Calvinici Protestan bir gruba mensuptu. Annesinin erken yaşta ölümü huzursuz bir çocuk olmasına yol açtı. Bu bütün yaşamını etkileyecek, soyut anlamda çok insan sever olmasına karşılık, kişisel ilişkilerde insanlarla geçinemeyecektir. Fransızca konuşulan İsviçre kantonlarının en önemli merkezi olan Cenevre'nin özgür ve demokratik yönetimi Rousseau'yu etkileyecektir. Yalnız bir köy okuluna gitmekten başka bir okula gitmeyecek ve tamamıyla kendi kendini yetiştirecektir.<sup>103</sup>

7 yaşında Plutarkhos'un yapıtlarını dinleyen Rousseau, onun özellikle Sparta toplumunu ve Spartalı tanrısız yasa koyucu Lykurgos'u anlatan yapıtımdan etkilenecektir. Yapıtta bahsedilen Sparta toplumunun sade, eşitliğe dayalı yaşamı onu derinden etkilemiştir.<sup>104</sup>

Paris'teki sanat ve düşünce çevresine girmek ve burada kendisini kanıtlamak isteyen Rousseau, bir süre sonra bu idealini gerçekleştirebilir. Burada Fransız *Ansiklopedi*'sini hazırlayan Diderot ile çalışma olanağı bulur.<sup>105</sup> Daha sonra Diderot, fitne çıkaran yazılar yazdığı gerekçesiyle tutuklanır. Rousseau onu ziyaret amacıyla seyahat ederken, sanatların ve bilimlerin insan ahlakına katkıda bulunup bulunmadığına dair bir yazı yarışmasının duyurusunu okur. Rousseau, Dijon Akademisinin açtığı bu yarışmaya katılır ve olumsuz görüş bildiren bir yazıyla bu yarışmayı kazanır. Bu ona büyük bir ün kazandıracaktır.<sup>106</sup>

Rousseau bu yapıtında, doğa için bilime ve uygarlığa karşı çıkar. Ona göre insanlık tarihinde bilim ve sanatın gelişim seyri ile ahlakın gelişimi ters olmuştur. Bu anlayışı ile Rousseau içinde yaşadığı döneme ve topluma ahlaki bir eleştiri yapmıştır. Buna göre uygarlık ve akıl ile gelen modern düşünce insanların erdemlerini yok etmektedir. Rousseau'ya göre mutluluğun bilgisi elde edilince toplumsal bozulma ve ahlaki çöküntü meydana gelmiş-

tir. Sanat ise insanların lüks tutkusu ve boş gururu sonucu meydana gelmiştir. Şu hâlde yapılması gereken tek şey, vicdanın sesini dinlemek ve kaybolan erdemi yeniden bulmaktır.<sup>107</sup>

1754'te Dijon Akademisi yine buna benzer bir yarışma düzenleyecektir. Rousseau burada ikinci "konuşma"sını insanlar arasında eşitsizliğin kaynağının ne olduğu ve doğa yasasının buna izin verip vermediği üzerine yazar.<sup>108</sup>

1762 Ocak ayında *Malesherbes'e Mektuplar*'ı yazar. Aynı yılın Nisan ayında *Toplum Sözleşmesi*'ni, Mayıs'ta *Emil*'i yayınlar. Rousseau'nun, *Toplum Sözleşmesi* ile hem çağdaşı düşünürleri, hem Fransız Devrimi'ni, hem de sonraki dönemdeki düşünürleri etkilemesine karşın bu iki kitap, o dönemde mahkûm edilir ve Rousseau Fransa'dan kaçmak zorunda kalır.<sup>109</sup> Bir ara Almanya'da yaşar daha sonra David Hume'un çağrısı üzerine İngiltere'ye geçer. 1770 yılında Paris'e yerleşme iznini alır ve orada köşesine çekilir. Bu sırada Portekiz ve Polonya'nın kendisinden anayasa taslağı istemesi üzerine bunları hazırlar. Daha sonra yaşamını anlattığı *İtiraf*lar adlı yapıtını yazmaya başlar, fakat bunu tamamlayamadan 1778 yılında ölür.<sup>110</sup>

### Siyasi Görüşleri

Rousseau, siyasi görüşlerini doğal yaşam, sözleşme, genel irade ve yasaların üstünlüğü, egemenliğin niteliği ve güçler birliği ilkeleri üzerine inşa edecektir.<sup>111</sup>

#### a) Doğa Durumu ve İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin kaynağı

Rousseau siyasal görüşlerini açıklarken, tüm "Doğal Hukuk Okulu" düşünürlerinin çizdiği insan anlayışı ve doğal yaşama döneminden yola çıkar. Ancak Rousseau'nun öngördüğü doğal yaşama dönemi ve vardığı sonuçlar farklıdır.<sup>112</sup>

<sup>103</sup> Tuncay, s. 345.

<sup>104</sup> Şenel, s. 387.

<sup>105</sup> Akad-Dinçkol, s. 132.

<sup>106</sup> Tannenbaum-Schultz, s. 283.

<sup>107</sup> Akad-Dinçkol, s. 133.

<sup>108</sup> Tuncay, s. 346.

<sup>109</sup> J. J. Rousseau, s. 21.

<sup>110</sup> Şenel, s. 389.

<sup>111</sup> Akad-Dinçkol s. 133.

<sup>112</sup> Göze, s. 203.

Rousseau'ya göre insan doğal yaşamda mutludur. Gereksinimleri sınırlı, talepleri az olduğundan dolayı pek fazla sorun yaşamaz. Bu ortamda insan, doğanın nimetlerinden beslenir. Örneğin, yanındaki ağaçtan elma yiyerek karnını doyurur, pınardan su içerek de susuzluğunu giderir. Böylece hiçbir şeye veya hiç kimseye muhtaç olmaz.<sup>113</sup>

Ancak, bir gün bir kimse çıkar, madencilik ve tarımın bulunup önem kazanmasından sonra bir tarlanın etrafını çitleyerek "burası bana aittir" der. Bu söze birkaç saf kişinin inanmasıyla doğal yaşam bozulur ve uygar toplum ortaya çıkar. Aynı zamanda bu kimse mülkiyet kurumunu yaratır ve bu kurum yüzünden insanlık tarihi boyunca; hırsızlıklar, adam öldürmeler, savaşlar vuku bulur.<sup>114</sup>

Mülkiyet doğal toplumda barışa son verir ve savaş durumu yaratır. Mülkiyet sahibi olan kimseler, zararlarını önlemek, mülklerini korumak ve savaşı sonlandırmak için birtakım çareler ararlar. Savaşa son vereceği umudu ile herkes, sözleşme konusunda mutabık kalır ve bunu onaylar ancak hiç kimse "*zincirlerini kendi elleriyle boğazlarına geçirdiğinin*" farkında değildir.<sup>115</sup>

### b) Rousseau'nun Toplumsal Sözleşmesi

Rousseau'ya göre toplum sözleşmesi, insanlık doğal durumdan çıkıp uygar topluma geçerken oluşur. Onun bahsettiği doğal toplumda meydana gelen birtakım sıkıntılar karşısında insanlar bir birlik oluşturmak durumunda kalır. Ancak bu öyle bir kurum olmalıdır ki, insanlar bu durumda özgürlüklerinden taviz vermek bir yana daha özgür olmalı ve sadece kendisine itaat edebilmelidir.<sup>116</sup> Rousseau, toplum sözleşmesinin işlevini açıklamak için şöyle der:

"Her bireyin malını ve canını tüm ortak gücüyle savunan öyle bir toplum biçiminin bulunması gerekir ki, bu toplumda her birey hem herkesle bir olduğu halde sadece kendine itaat etsin ve eskisi kadar da özgür olsun."

Toplum sözleşmesinin çözüm getirdiği temel sorun budur...<sup>117</sup>

Rousseau bu şekilde birey-toplum sentezi yapmaya, bireysel çıkarlarla toplumsal çıkarları aynileştirmeye çalışır. Rousseau'nun felsefesinde bunu çözecek temel kavram, "genel irade" olacaktır.<sup>118</sup>

### c) Genel İrade

Rousseau, insanların özel amaçlarını ortak bir iyiye tabi kılmayı reddettikleri sürece, hayatlarını güzel bir şekilde yaşayamayacaklarını düşünür. Ona göre, onların daha büyük ve birleşmiş bir toplum haline geldiği bir durumda bir sözleşme oluşturulmalı ve herkes karşılıklı tam bir bağımlılıkla bu sözleşmeye taraf olmalıdır. Bağımlılık, herkes için eşit olduğundan yabancılaşma ve egemenlik problemi kendiliğinden çözülür.<sup>119</sup>

Ancak herkesin oybirliğiyle gerçekleştirilecek olan toplumsal sözleşme, şu felsefe ile oluşturulacaktır:

"Her birimiz bütün varlık ve gücümüzü genel iradenin yüce yönetimi altına koyuyoruz ve her üyeyi bütünün bölünmez parçası olarak kabul ediyoruz."<sup>120</sup>

Toplum sözleşmesinin yapılmasının ardından, toplum üyeleri sözleşmeye uymakla aslında kendilerine uyar. Çünkü haklarının ve özgürlüklerinin tümünü devretmiş olmakla birlikte, tüm haklarını eksiksiz kullanmaya devam edeceklerdir. Burada değişen sadece daha önce doğa durumunda sahip olunan haklar güvencesizken, bunun "genel irade"ye bırakılmasıyla söz konusu haklar artık güvenceli olacaktır.<sup>121</sup>

Genel iradenin bu güvenceyi sağlayabilmesi ise birtakım özelliklere sahip olmasına bağlıdır. İlk olarak genel irade devredilemez bir niteliğe sahiptir. İktidarlar el değiştirse de genel irade değişmez çünkü genel irade tüm halka aittir ve bir halkın genel iradesini değiştirmek demek bizzat halkı değiştirmek de-

<sup>113</sup> Akad-Dinçkol, s. 134.

<sup>114</sup> Şenel, s. 392.

<sup>115</sup> A.g.e., s. 392.

<sup>116</sup> Cevizci, s. 786.

<sup>117</sup> J. J. Rousseau, s. 67.

<sup>118</sup> Şenel, s. 394.

<sup>119</sup> Tannenbaum-Schultz, s. 293.

<sup>120</sup> Göze, s. 213.

<sup>121</sup> Şenel, s. 394.

mektir ki bu durumda başka bir ulusun genel iradesinden söz edilir. İktidar mebusları ise halkın temsilcisi değil görevlileridirler. Bu durumda onların değişmesi genel iradenin varlığını etkilemeyecektir.<sup>122</sup>

Genel irade bölünmez, çünkü irade ya geneldir ya da değildir, ya tüm halka aittir ya da halkın bir kısmınıdır. İradenin genel olması halinde bu yasa gücündedir ve egemenliği ifade eder, diğer durumda, irade halkın bir bölümüne aitse burada özel bir iradeden bahsedilmesi gerekir. Bu durumdaki bir karar ise ancak kişisel karar niteliğindedir.<sup>123</sup>

Genel iradenin diğer bir özelliği yanılmaz oluşu ve her zaman kamu yararını amaçlamasıdır. Bu amaç doğrultusunda genel istencin ortaya çıkması için oy çokluğuna ya da oybirliğine gerek yoktur, çünkü asıl olan kamu yararındır, yani toplum çıkarına olmayan bir kararda oybirliği sağlanmış olsa bile genel istence uygun sayılmayacaktır. Buna karşılık, çoğunluğun katılmadığı bir görüş toplum çıkarına uygun olması halinde genel istence uygun kabul edilecektir. Hatta tek bir kişinin bile görüşü kamu yararına ise genel irade bu görüştür. Bu durumda, Rousseau'nun felsefesine göre, genel istenci temsil edip kullanan egemen, bir azınlık, çoğunluk veya bir kişi ya da toplumun tamamı olabilecektir.<sup>124</sup>

#### d) Yönetim Türleri

Rousseau'da yönetim konusunda Eski Yunan düşünürlerinde olduğu gibi, klasik ayrımı benimser. Böylece Rousseau'da yönetim demokrasi, aristokrasi, monarşi şeklinde üçe ayrılmıştır.<sup>125</sup>

Rousseau bu ayrımı yaparken, ele aldığımız diğer düşünürlerden farklı olarak egemen güçle hükümeti birbirinden ayırarak iktidarın meşruiyetini bu ayrıma bağlar. Ona göre hükümet egemen gücün aracısı konumundadır. Hükümet, yurttaşlarla egemen toplum arasında yer alır ve bunların karşılıklı ilişkilerini düzenler. Buna ek olarak hükümet, yasaları uygular ve özgürlükleri korur. Tüm bu görevleri

hükümete halk vermiştir ve halkın görevlisi olan yöneticiler bu görevleri başarmak için verilen yetkileri kullanırlar.<sup>126</sup>

Görüldüğü üzere Rousseau'nun felsefesinde egemenlik hep halktadır. Oysa daha önce ele aldığımız düşünürlere göre, egemenin kriteri bunu kimin elinde bulundurduyuyla ilgiliydi. Rousseau'nun egemenliğin halkta olduğu düşüncesi netleştirildikten sonra yönetim biçimleri daha iyi anlaşılacaktır.<sup>127</sup>

Rousseau demokrasinin küçük devletler bakımından oldukça uygun olduğunu düşünse de, halkın hem yapıcı hem yürütücü olduğu saf demokrasinin bundan önce hiç var olmadığını ve bundan sonra da hiç var olmayacağı görüşündedir.<sup>128</sup> Rousseau şöyle der:

“Sözcüğü gerçek anlamda ele aldığımızda gerçek demokrasinin hiçbir zaman var olmadığını ve hiçbir zaman da var olmayacağını düşünebiliriz. Çoğunluğun yönetmesi ve azınlığın yönetilmesi doğal düzene aykırıdır. Kamusal sorunlarla ilgilenmek için halkın sürekli toplanması düşünülemez ve bu iş için yönetim biçimi değiştirilmeden komisyonlar kurlamayacağı da kolayca anlaşılır.”<sup>129</sup>

Temsili demokrasileri “seçilmiş aristokrasiler” olarak gören Rousseau, bu yönetim şeklini, yasa yapma gücünün küçük bir grupta toplanması nedeniyle eleştirir. Rousseau'ya göre egemenlik devredilemez olduğundan yasa yapma gücü temsili demokrasilerde temsilcilere meşru bir biçimde devredilmiş sayılmaz.<sup>130</sup> Buna karşılık Rousseau'nun bu yönetim şeklini iyi yönetimler olarak gördüğü durumlar da vardır. O'na göre, ılıman iklimli ve lükse yol açmayacak şekilde orta verimlilikte olan ülkelerde ekonomik eşitsizlik yaratacak koşullar bulunmadığından dolayı bu yönetim şekli iyidir. Ekonomik eşitliğin bulunmadığı durumlarda “temsil” düzeneğinin zengin, varlıklı kimselerden yana işleyeceğini düşünen Rousseau, bu kanaate varmıştır.<sup>131</sup>

<sup>122</sup> Akad-Dinçkol, s. 137.

<sup>123</sup> Göze, s. 214.

<sup>124</sup> Şenel, s. 395.

<sup>125</sup> Akad-Dinçkol, s. 140.

<sup>126</sup> Göze, s. 218.

<sup>127</sup> Akad-Dinçkol, s. 140.

<sup>128</sup> Tannenbaum-Schultz, s. 309.

<sup>129</sup> J. J. Rousseau, s. 121.

<sup>130</sup> Tannenbaum-Schultz, s. 309.

<sup>131</sup> Şenel, s. 396.

Rousseau'ya göre aristokrasi, egemenliğin yönetim işini bir azınlığın eline bırakmasıdır. Rousseau aristokrasiyi de kendi içerisinde doğal, katılımcı ve seçimli aristokrasi olmak üzere üçe ayırır. İlkel toplumlarda aile şeflerinin ve çevresindeki azınlığın yönetimini doğal aristokrasi diye nitelendirir. Ona göre aristokrasinin en kötü modeli katılımcı aristokrasi iken en iyisi seçimli aristokrasidir. Katılımcı aristokraside yönetim miras yoluyla babadan oğula geçer. Zenginler bu şekilde iktidarı hep ellerinde tutacağından bu en kötü aristokratik yönetim biçimidir. Seçimli aristokraside ise bilginler seçimle iş başına gelir, kendilerinin değil, halkın yararını göz önünde tutarlar.<sup>132</sup>

Egemen gücün yasaları yaptığı ve tek kişinin bu yasalara göre yönetim işlerini gerçekleştirdiği monarşi de yönetici halkın mutluluğunu gözetmez ve iktidar gücü halkın zararına işler.<sup>133</sup> Rousseau bu durumu şöyle açıklar:

“Büyük bir devletin yönetilmesi güç olabilir ama tek bir kişi tarafından yönetilmesi daha güçtür ve kral yerine vekil tayin ettiğinde neler olup bittiğini herkes görür.”

“... Monarşilerde yüksek görevlere gelenler genellikle insan müsveddeleri, dolandırıcı, düzenbaz, entrikacı kimselerdir ve bunlar sınırlı yetenekleriyle saraylarda göreve gelebilirler ve bu göreve gelir gelmez de budalalıklarını, aptallıklarını, becerisizliklerini sergilemekten başka bir şey yapmazlar...”<sup>134</sup>

Böylece bütün yönetim biçimlerini eleştiren Rousseau, en iyi yönetim bunların hiçbirisidir der. O, bir ülkede mevcut olan bir yönetim biçiminin bulunduğu ülkenin özelliklerinden etkilenip bu verilere göre şekillendiğini savunur. Ancak, Rousseau'ya göre, halkın mutluluğunu gözetken, bunun devamlılığını sağlayan bir yönetim biçimi için de hiç kimse bir şey söylemez.<sup>135</sup>

### e) Yönetimlerin Çöküşü

Rousseau'ya göre yönetim iki şekilde bozulur. Bunlardan birisi yönetim kadrosunun daralmasıdır. Bu hâlde yönetim demokrasi-

den aristokrasiye, aristokrasiden de monarşiye geçer. Diğer devletlerin dağılmasıdır ki, bu da iki şekilde gerçekleşir.

Yöneticiler yasalara uygun hareket etmezse egemen gücü gasp ederse bu durumda devlet dağılır ve yöneticiler zorba olurlar. Bu halde sosyal sözleşme bozulmuş demektir. Hükümet üyeleri hep birlikte kullanmaları gereken yetkileri tek tek kullanırlarsa bu durumda yönetici sayısı kadar hükümet olacağından devleti sonu gelmiş demektir.<sup>136</sup>

Rousseau, çok iyi yönetilen bir yönetim biçiminin dahi sonsuza kadar sürüp gitmeyeceğini düşünür. Toplum, kişiler arasında bireysel bencillik hep var olduğundan doğduğundan itibaren çürüme tehdidiyle karşı karşıyadır.<sup>137</sup> Rousseau,

“Bireysel irade genel iradeyi sürekli etkilediğinden hükümet de egemenliği etkileme konusunda sürekli çaba içindedir. Bu çaba arttıkça temel yapı da değişir ve burada hükümdarın iradesine karşı çıkıp bir denge kurabilecek bütünlük iradesi olmadığından hükümdar sonunda zorunlu olarak egemen güce baskı yapacak ve toplum sözleşmesini bozacaktır. Bu kusur temel ve kaçınılmazdır ve siyasal topluluğun ortaya çıkışından beri sürekli yok etmeye çalışır, tıpkı yaşlılık ve ölümün insan bedenini yok etmesi gibi...”

sözleriyle konuyu açıklayıp örneklendirir.<sup>138</sup>

Sonuç olarak Rousseau, düşüncelerinde, bir yandan somut iktidarın keyfilliğini önlemek öte yandan bireylerin bencil davranışlarına karşı çıkmak için akıl, ahlak, adalet ve erdeminden bahsetmiştir. Kişinin doğal yaşama dönemindeki mutluluğunu yakalamasının zor olduğunu düşünerek, kişiyi ön plana alan, onun mülkiyet hakkını, özgürlüğünü güvenceye bağlayan bir sistem öngörmüştür.<sup>139</sup>

Buna karşın Rousseau'nun genel istenç kavramı, hem demokratik hem otoriter yönetimler tarafından benimsenmiştir. Fransız Devrimi'nin burjuva demokratik düşünceleriyle birlikte otoriter bir devlet anlayışı geliştiren Hegel'i etkilemesi buna örnektir. Bunun dı-

<sup>132</sup> Akad-Dinçkol, s. 142.

<sup>133</sup> Göze, s. 220.

<sup>134</sup> J. J. Rousseau, s. 126.

<sup>135</sup> Akad-Dinçkol, J. Touchard'dan intihalen s. 142.

<sup>136</sup> Göze, s. 223.

<sup>137</sup> Tannenbaum-Schultz, s. 310.

<sup>138</sup> J. J. Rousseau, s. 139.

<sup>139</sup> Akad-Dinçkol, s. 144.

şında Lenin gibi bir komünist parti lideri, Hitler, Mussolini gibi faşist parti liderleri onun kuramlarından yararlanarak genel iradeyi temsil ettiklerini söylemişlerdir. Diğer taraftan Rousseau'nun egemenliğin koşulsuz halkta olduğu ilkesi, çağdaş anayasalara geçmiştir.<sup>140</sup>

## 1789 FRANSIZ DEVRİMİ

18. yüzyılın ikinci yarısında dünya tarihî açısından iki önemli devrim gerçekleşmiştir. Bunlardan ilki Amerikan, ikincisi Fransız Devrimi'dir. Amerikan Devrimi sayesinde "Yeni Dünya" için geniş bir alan açılırken, Fransız Devrimi "Eski Dünya"da 25 yıl sürecek bir dizi karışıklığa yol açmıştır.<sup>141</sup>

Fransız Devrimi en az beş yüz yıllık ekonomik ve toplumsal bir birikimin ürünüdür. İngiliz ve Amerikan devrimlerinin daha önce gerçekleşmesine rağmen, bu dönemde gelişen insan düşüncesine ait siyasal ve toplumsal anlayış, ancak Fransız Devrimi sonrasında hızla yayılan bir ideoloji hâline gelmiştir. Bununla birlikte iktisadi alanda yaşanan büyük değişimler de ancak Fransız İhtilali'nden sonra tüm dünyaya yayılmıştır.<sup>142</sup>

### 1. Devrim'e Giden Süreçte Yaşananlar

1788 Fransa'sında sanayide ve ticarete büyük bir durgunluk hâkimdi. Ayrıca bu yılın yaz aylarında elde edilen hasat da oldukça kötüydü. Kış şartları da alışılmamış bir şekilde oldukça sertti. Birçok ırmağın donması, ısının sıfırın altında eksi on sekizlere düşmesi ve bağların mahvolması kentlerde ve köylerde yaşayan halk kitlelerini büyük bir kıtlık ve sefaletin içerisine düşürdü. Köylüler, köylerinden umudunu keserek rastgele yola çıkıyor, isyan ediyorlardı.

Bu tarz hareketler ülkenin çeşitli yerlerinde görülmeye başlandı. Kentlerde ise fakir halk dükkânları yağmalamaya başlamıştı. Paris'in

çeşitli yerlerinde hükümete karşı el ilanları dağıtmaya başlanmıştı.<sup>143</sup>

Fransa'da yaşanan bu büyük mali buhran bir türlü sonlandırılmıyor, aksine gün geçtikçe gelir açığı artıyordu. İflas noktasına gelen devlet maliyesi kendini yenilemek zorundaydı. İlk olarak akla vergide eşitlik sağlanarak gelir açığının kapatılması geldi. O zamanlar vergiden muaf olan kilise ve soylulardan vergi alınması hâlinde hazine açığı belki azalacaktır. Aynı zamanda vergilerin eşit alınmasıyla bölgeler arasında da eşitlik sağlanacaktı. Bazı bölgelerin ayrıcalıklarına son verilmesiyle de hazine açığına çözüm bulunması düşünülüyordu.<sup>144</sup>

Vergide eşitliğin sağlanması için o sıralar Maliye Bakanı olan Calonne çalışmalarına başlar. Calonne'un hazırladığı reform önerisi soyluları da genel bir arazi vergisinin kapsamı altına almayı öngörüyordu. Ne var ki, Calonne'nin önerisi, kendisinin öneriyi parlamentodan geçiremeyeceğini düşünüp yalnızca bu konuya ilişkin özel bir meclis kurmasına rağmen, bu meclis tarafından reddedilir ve Calonne görevi bırakmak zorunda kalır.<sup>145</sup>

Calonne'un yerine yeni Maliye Bakanı Brienne olur. Maliye bakanı değişse de ülkeyi düzlüğe çıkarmak için tek çıkar yolun soylulardan da vergi alma fikri değişmeyecekti. Ancak Brienne, özel bir meclis kurarak öneriyi kabul ettirmeye çalışmak yerine "eyalet meclisleri" kurarak, buralarda destek arama yolunu seçer. Bu meclislerde "üçüncü sınıf" ruhbanlar ve soyluların toplamı oranında temsil edildiğinden dolayı Brienne, burjuvazi ile soylular arasında çatışma çıkarmayı ve çıkacak çatışmadan yararlanmayı umut ediyordu. Ancak, eyalet meclisleri dahi bu öneriyi benimsemeyecek ve Brienne bu öneriyi parlamentolara götürmek zorunda kalacaktı. Buradan çıkan sonuç ise kimse için şaşırtıcı değildi. Parlamento öneriyi reddedecek ve bu olay Fransız monarşisine vurulan ciddi bir darbe olarak tarihte kendine yer edinecekti.<sup>146</sup>

<sup>140</sup> Şenel, s.397.

<sup>141</sup> Oral Sander, *Styasî Tarih İlkçağlardan 1918'e*, İmge Kitabevi, s. 118.

<sup>142</sup> Toktamış Ateş, *Styasî Tarih*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 93.

<sup>143</sup> Tanilli, s. 78.

<sup>144</sup> Göze, s. 570.

<sup>145</sup> Ateş, s. 107.

<sup>146</sup> A.g.e., s. 108.

1788 yılında daha önce görevden alınan Necker'in yeniden Maliye Bakanlığına getirilmesiyle birlikte, yaşanan sıkıntılara daha köklü çözümler bulmak maksadıyla, 1614'den beri toplanmayan ve kral için danışma meclisi durumunda bulunan eski Derebeylik Meclisi (Etats Generaux), 1 Mayıs 1789'da toplanmak üzere soyluların da baskısıyla toplantıya davet edilir.<sup>147</sup> Fransa'da 1788 yılında başlayan bu siyasi hareketlilik 1789 yılında şiddetini artırdı. 1789 yılının Mart ve Nisan aylarında krallığın birçok ilinde yeniden köylü ayaklanmaları görülür. Kentlerde yaşayan yoksul insanlar da ekmek ve yiyecek fiyatlarının düşürülmesi için gösterilerde bulunur. Gösteriler, hemen hemen Fransa'nın bütün kentlerine yayılır, hatta Nisan ayının 27 ve 28. günleri, Paris'te bile, Saint-Antoine varoşu ile ona komşu halk mahallelerinin işçileri, büyük Revellion ve Henriot imalathanelerini yağmalarlar. Bunun üzerine gönderilen hükümet birlikleriyle günlerce çatışırlar.<sup>148</sup>

Bu şartların hüküm sürdüğü Fransa'da, Etats-Generaux'un, 1614'teki düzeniyle toplanmasına göre karar verilmişti. Buna göre üç ayrı sınıf, soylular, aristokratlar ve üçüncü sınıf (Tiers Etat) ayrı olarak her biri kendi temsilcileri tarafından temsil edilecekler, ayrı toplanacaklar ve yine bu şekilde oy kullanacaklardı. Bu durumda birtakım ayrıcalıklara sahip ruhbanlar ve aristokratların burjuvaziye karşı birlikte hareket etmesi ise kaçınılmazdı.<sup>149</sup>

Gerçekten, bu üç zümrenin temsilcilerinin toplandıkları Versailles Sarayı'ndaki toplantılar, ilk günden itibaren saray ve ayrıcalıklı zümreler ile burjuvazinin de içinde olduğu üçüncü sınıf arasında şiddetli tartışmalara sahne oluyordu.

Tartışma, yapılacak oylamanın kişi sayısına göre mi zümre sayısına göre mi yapılacağı konusuna yoğunlaştı.<sup>150</sup> Burjuvazi hem mevcut temsilci sayısının 1614'ten beri artan nüfusuna paralel olarak artırılmasını istiyor hem de oylamanın kişi sayısına göre yapılmasını

istiyordu, aksi takdirde ayrıcalıklı zümreler olan ruhbanlar ve aristokratlar birleşerek iki zümre oyu elde edecek burjuvazi ise tek başına kalacaktı. Burjuvazinin üçüncü sınıf temsilcilerinin sayısının kilise ve soylu temsilcilerinin toplam sayısı kadar olmasını ve oylamanın zümre hesabıyla değil kişi hesabıyla olmasını istemesinin yanı sıra yasa önünde eşitlik, vergide eşitlik, temel özgürlükler ve temsili rejim gibi istekleri de vardır. Buna rağmen tartışmalar hep aynı yerde, yapılacak oylama da temsil şeklinin belirlenmesinde dögümlenir.<sup>151</sup>

Kral 16. Louis üçüncü sınıf temsilcilerinin sayısının artırılmasını uygun bulsa da, "zümre" esasına göre yapılacak oylamalardan vazgeçmeye pek niyetli değildi. Kral için sayının artırılması bile bir ödündü ve daha fazla ödün vermek istemiyordu. Kral bu tutumunu, meclis açılmadan gerçekleşen temsilcilerin tanışma törenlerinde belli etmekten bir an olsun geri durmaz. 4 Mayıs 1789'da "genel meclisler" in açılış töreni olarak dinî içerikli bir tören gerçekleşir. 5 Mayıs 1789'da "genel meclisler" açılır ve kral, maliye bakanı, adalet bakanı konuşma yaptıktan sonra her sınıf meclisin 6 Haziran 1789'da ayrı ayrı toplanmasına karar verilir.<sup>152</sup>

"Etats Generaux" Meclisinde 1.5 ay süren müzakereler neticesinde imtiyazlı sınıfları ikna edemeyeceğini anlayan burjuvalar, 17 Haziran'da, kendilerinin milletin %96'sını temsil ettiğini ileri sürerler ve kendilerini "Millî Meclis" olarak ilan ederler. Bunun üzerine Kral burjuvaların toplandığı salonu kapatır. Bu burjuvaları yıldırılmaz ve "Jeu de Paume"<sup>153</sup> mevkiinde toplanırlar.<sup>154</sup> Burada oturacak sandalye olmamasından dolayı kimi temsilci yere bağdaş kurar, kimi toplantıyı ayakta takip eder, kimi de sırtını arkadaşına dayayarak toplantıyı dinler. Toplantının sonunda birbirlerinden anayasayı tamamlayınca kadar ayrılmayacaklarına dair söz alırlar.<sup>155</sup> Halk temsilcilerinin yani üçüncü sınıfın bu kararlılığı asillerin bir kısmını, Ruhban temsilcilerinin ise

<sup>147</sup> İsmail Soysal, *Fransız İhtilali ve Türk-Fransız Diploması Münasebetleri (1789-1802)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1999, s. 82.

<sup>148</sup> Tanilli, s. 81.

<sup>149</sup> Göze, s. 570.

<sup>150</sup> Tanilli, s. 81.

<sup>151</sup> Göze, s. 571.

<sup>152</sup> Ateş, s. 112.

<sup>153</sup> Burası o dönem Fransa'da top oyunlarının oynandığı bir salondur.

<sup>154</sup> Soysal, s. 83.

<sup>155</sup> Ateş, s. 113.

büyük bir çoğunluğunu onlara katar. 27 Haziran'da geri kalan imtiyazlıları da kralın bu meclise katılmaya davet etmesiyle Kral da artık, Millî Meclisin mevcudiyetini zımnen tanır. Bundan sonra Meclis, fiilen var olmaya başlamış olan Meşrutî Krallığın Anayasasını hazırlamaya koyulurken kendisini de "Kurucu Meclis" olarak ilan eder.<sup>156</sup>

Bütün ülke Versailles'daki olayları büyük bir dikkatle takip ederken tam da bu dönemde Fransa'da bir anda yığınla gazete ortaya çıktı. Fransa'da var olan siyasal ve sosyal çevreler yaşananlar konusunda aynı fikirde değildiler ve her biri olaylara kendi zaviyelerinden bakmaktaydılar. Bu durum değişik bakış açısıyla olayları değerlendiren gazetelerin ortaya çıkmasına yol açtı. Bunun yanında, Fransa sokaklarında halka dağıtılmak üzere birçok el ilanı, broşür, kitaplar görülmüyordu. Bu dönemde Fransa'da daha önce hiç görülmemiş bir siyasal edebiyat dalgası kentlerde makes buluyordu. Köylüler ise okuma yazma bilmediğinden yorumlara itibar etmek zorunda kalıyorlardı. Her şeye rağmen olay Versailles Sarayı'ndaki temsilciler arasında yani küçük bir insan topluluğu arasında cereyan ediyordu. Gerçek anlamıyla devrimin başlaması ise halk kitlelerinin siyasi arenaya girmesiyle gerçekleşecekti.<sup>157</sup>

Maliye Bakanı Necker'in görevden alınması ve sarayın Kurucu Meclis'i dağıtmak üzere askeri birlikler göndermesi halkın silahlı başkaldırısına neden olur.

Bu 13-14 Temmuz tarihlerinde, içerisinde Kral'a karşı düşünce suçu işlemiş mahkûmları barındıran ve kraliyetin simgesi durumundaki<sup>158</sup> Bastille Hapishanesi'nin düşmesiyle sonuçlanacak devrim sürecinin başlangıcıdır. Halkın bu zaferi, sekiz kulesi, bağlantılı köprüleri, savunma hendekleri, topları, güçlü askeri birliği ile çevresini sürekli korkutup duran Bastille'e karşı gerçekleşir. 14 Temmuz zaferi Tiers Etat'ın özellikle de bu üçüncü sınıf içerisinde yer alan halk kesiminin bu kalenin yani mutlakiyetçi rejimlerin üzerine yürümesiyle kazanılmıştır. Mutlakiyetçi yönetimin bu ağır

yenilgisi Kral'ın az önce azlettiği Necker'i tekrar göreve çağırmasına yol açar. Millî Meclisin kararlarını kabul etmek zorunda kalan Kral artık, halkın zaferini selamlamak için Paris'in yolunu tutmak zorundadır.<sup>159</sup>

Bastille'nin alındığı haberi köylere kentlere ulaştığından daha geç erişir. Bu, feodal boyunduruğun altında yıllarca ezilmiş köylüler için sanki bir hareket emriydi. Temmuz ayının sonundan başlayarak Ekim ayına kadar Krallık'ın her köşesinde büyük bir köylü hareketi fırtınası kopar. Köylülerin şatoları yağmalaması, sıradan soyluların evlerini yakması, çayır ve ormanları aralarında paylaşması büyük toprak sahiplerinin korkuya kapılıp köylerden kaçmasına sebep olur.<sup>160</sup>

Fransız feodalizmi ve bunun toplumsal yapısı ve Fransa'nın hali hazırdaki devlet mekanizması, 14 Temmuz'un üç hafta sonrasında darmadağın hâledir. Devlet gücünden geriye sadece güvenirliliği kuşkulu dağılmış haldeki alaylar, zorlayıcı bir gücü olmayan bir Millî Meclis ve kısa süre içerisinde burjuvazinin Paris örneğine dayanarak silahlandığı "Ulusal Muhafız Birlikleri"ni kuran bir yığın belediye ya da taşra orta sınıf idareleri kalır. Orta sınıf ve aristokrasi tüm bu olanları kabullenir. Tüm feodal ayrıcalıklar kalksa da feodalizmin tasfiyesi tamamıyla 1793 yılında gerçekleşir. Ağustos ayının 26'sı geldiğinde devrim, bir bildiriyle resmen ilan olunur.<sup>161</sup>

## 2. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi<sup>162</sup>

*Ulusal Meclis'in tasarladığı gibi Fransız halkının temsilcileri, tek sebebinin resmî kötü durum ve yönetim bozukluğunun olduğu insan hakları konusundaki habersizlik, dikkatsizlik veya küçümsemeyi de göz önünde tutarak; insanların doğal, devredilemez ve kutsal olan haklarını önemli bir bildirge ile açıklamaya karar vermiştir. Bunun amaçları da;*

<sup>159</sup> Göze, s. 573; Tanilli, s. 84.

<sup>160</sup> Tanilli, s. 85.

<sup>161</sup> Hobsbawm, s. 72.

<sup>162</sup> Bildirinin metni için bkz.: Alev Alatlî, *Bati'ya Yön Veren Metinler*, İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya MYO, Ekim 2010, Cilt 3, s. 939-940.

<sup>156</sup> Soysal, s. 83.

<sup>157</sup> Tanilli, s. 83.

<sup>158</sup> Hobsbawm, s. 72.

- *Toplumun tüm üyelerinin bu bildirgeyi bilmesi ve hak ile görevlerini hatırlaması*
- *Yasama ve yürütme eylemlerinin diğer politik kurumlarla karşılaştırılabilirliği ve bu sayede kurallara uyulmasının sağlanması*
- *Basit ve tartışılmaz ilkelerden oluşan vatandaş haklarının, daima anayasanın ve kamu refahının korunması ile bir yol alınmasıdır.*

*Buna uygun olarak da ulusal meclis en büyük varlık olan insan ve yurttaş haklarının korunmasını kabul ve ilan eder.*

Bildiri'nin böyle bir girişle metne başlaması iyimser olduğuna işaret eder. Çünkü sorun insan haklarının küçümsenmesi veya unutulması şeklinde ele alınmıştır. Bu durumda insan hakları yeniden anlatılır yeniden hatırlatılırsa sorun ortadan kalkacaktır. Böylece toplumların felakete uğramaları, yönetimlerin de bozulması önlenir.<sup>163</sup>

**Madde 1:** İnsanlar, haklar bakımından özgür ve eşit doğar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak ortak faydaya dayanabilir.

Bu maddeyle, Feodal mutlakiyetçi bir rejimin hüküm sürdüğü bir yüzyılda, monarşik iktidar anlayışına ve o dönem Fransa'da yer alan sınıfsal ayrıma karşı çıkıldığını görmekteyiz.

**Madde 2:** Her bir politik birleşmenin amacı; doğal ve dokunulamaz insan haklarını korumaktır. Bunlar; özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkıdır.

Bu maddeyle doğal ve zamanaşımına uğramaz haklar belirlenmiştir.

**Madde 3:** Egemenliğin temeli, esas olarak ulustadır. Hiçbir kuruluş, hiçbir kimse açıkça ulustan kaynaklanmayan bir iktidarı kullanamaz.

Egemenliğin temeli ulusa dayandırılarak tanrısal kökenli bir yetkiyle ülkeyi yöneten monarşik yetkileri sınırlandırılmıştır.

**Madde 4:** Özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir: Her bir insa-

nın doğal haklarını kullanması da toplumun diğer üyelerinin de aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir. Bu sınırlar da sadece yasalarla belirlenebilir.

2. maddede bahsedilen özgürlüğün tanımı ise 4. maddede yer alır. Buradan da anlaşılacağı gibi özgürlük sınırsız değildir. Ancak bir başkasının özgürlük alanına kadardır. Bunu ise 6. maddede belirtileceği üzere yasa belirleyecektir. Peki, yasa özgürlükleri dilediği kadar sınırlayabilir mi? Bu ise 5. maddede belirlenmiştir.

**Madde 5:** Yasa sadece topluma zarar verebilecek eylemleri yasaklar. Yasaların yasaklamadığı hiçbir şey engellenemez ve kimse yasanın emretmediği bir şeyi yapmaya da zorlanamaz.

Böylece birçok düşünürün (Montesquieu'da gördüğümüz gibi) yaptığı "özgürlük, yasa ile sınırlanmayı yapmaktır" anlayışı getirilmiştir.<sup>164</sup>

**Madde 6:** Yasa genel iradenin ifadesidir. Bütün yurttaşlar bizzat veya temsilcileri aracılığıyla yasaların oluşturulmasına katılma hakkına sahiptir. Koruyan veya cezalandıran olarak yasa herkes için aynı olmalıdır. Bütün yurttaşlar yasalar önünde eşit olduğu için yeteneklerine uygun olarak ve özellikler ile yetenekleri konusunda ayırım görmeden, her türlü rütbe, mevki ve göreve de eşit olarak getirilirler.

Bu maddeden yasanın genel iradenin ürünü olduğunu öğreniyoruz. Buna göre tüm yurttaşlar yasa karşısında eşittir. Yasanın karşısında mevki, statü ya da rütbenin hiçbir önemi yoktur. Böylece yasanın işlevi ortaya çıkmaktadır. İktidar yasa yaparken bu kriterlere dikkat etmek zorundadır.<sup>165</sup>

**Madde 7:** Yasanın belirlediği haller veya yasanın öngördüğü biçimin dışında başka bir yoldan hiç kimse suçlanamaz, yakalanamaz ve tutuklanamaz. Keyfi düzenlemeler yapılmasını isteyen, keyfi emirler veren, bunları uygulayan veya uygulanmasına izin verenler cezalandırılmalıdır. Ancak yasaya uymaya davet edilen veya yasalarca yakalanan her yurt-

<sup>163</sup> Göze, s. 576.

<sup>164</sup> Akad-Dinçkol, s. 243.

<sup>165</sup> A.g.e., s. 156.



taş yasalara itaat etmelidir. Yasalara karşı gelmek onu suçlu kılar.

Bu madde kişi güvenliğiyle ilgili bildiride yer alan maddelerden ilkidir. Burada ikili bir durum söz konusudur. Madde bir taraftan keyfi uygulamalara kaçan kimselerin cezalandırılacağını öngörmüş bir kimse cezalandırılırken bunun yasa tarafından belirlenmesi gereği üzerinde durmuştur. Diğer taraftan da yasalar uyarınca yakalanan kimselerin de buna riayet etmesi istenmiştir.

**Madde 8:** Yasalar sadece kesin ve açık bir şekilde gerekliliği olan cezalar belirlemelidir ve hiç kimse suçun işlenmesinden önce ilan edilen ve gereği şekilde uygulanan yasalar dışındaki başka bir yasa nedeniyle cezalandırılmaz.

Bu madde kişi güvenliği ile ilgili olarak bugünde Ceza Hukuku'nun temel ilkesi olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini getirmiştir. Buna göre yasa yoksa suç yoktur, yasa yoksa ceza yoktur.

**Madde 9:** Her insan suçlu olduğuna karar verilmeye kadar masum sayıldığı için; tutuklanması kaçınılmaz olduğunda, yani suçlu olduğuna karar verildiğinde yakalanması için zorunlu olmayan her türlü sertlik yasa tarafından ağır bir şekilde cezalandırılmalıdır.

Bu maddede bugünkü çağdaş anayasalarda da yer alan masumiyet karinesinden söz edilmektedir. Bir kimsenin suçu sabitleşinceye kadar kişi suçsuz kabul edilmelidir. Buna göre asıl olan kişinin masum olduğudur.

**Madde 10:** Hiç kimse, dışavurumu yasalarla oluşturulan düzene zarar vermediği sürece inançları nedeniyle sorumlu tutulamaz.

Din ve vicdan özgürlüğü bu maddede düzenlenmektedir. Bildiri içerisinde önemli bir yeri olan bu maddenin bahsettiği özgürlüğün sınırı ise bir sonraki madde de kendine yer bulmuştur.

**Madde 11:** Düşüncelerin ve inançların serbestçe dışavurumu en değerli insan haklarından bir tanesidir. Her bir yurttaş yasaların belirlediği durumlarda bu özgürlüklerin kötüye kullanımından sorumlu olmak şartı ile bu ifadelerini özgürce konuşabilir, yazabilir ve yayınlatabilir.

Bundan sonra sansür uygulaması yoktur. Buna karşın bildiride din ve vicdan özgürlüğünün nasıl bir şekilde kötüye kullanılabilineceğinden bahsedilmemiştir. Diğer maddeler de yer verilen "kamu düzeni" "kamu yararı" gibi kriterler bu özgürlüğün kullanımının sınırını oluşturabileceği düşünülebilir.<sup>166</sup>

**Madde 12:** İnsan ve yurttaş haklarının garanti altına alınması resmî bir gücü gerektirmektedir. Bu güç herkesin yararı için oluşturulmuştur. Bu gücü kendilerine emanet edilenlerin özel çıkarları için oluşturulmamıştır.

**Madde 13:** Bu kamusal gücün ve yönetim görevlerinin devamlılığını sağlamak için genel bir vergi zorunludur. Bu vergilendirme bütün yurttaşların olanaklarına göre eşit ölçüde bölünmelidir.

**Madde 14:** Bütün yurttaşlar bizzat veya temsilcileri aracılığıyla verginin gerekliliğini belirleme, bunu serbestçe kabul etme, bu vergilerin kullanımını gözlemlene ve verginin miktarını, matrahını, tahsil şekli ve süresini belirleme hakkına sahiptir.

**Madde 15:** Toplum tüm kamu görevlilerinden, görevleriyle ilgili olarak hesap sorma hakkına sahiptir. Bunun sonucu Yeşim bildirge hazırlamıştır.

**Madde 16:** Hakların güven altına alınmadığı ve güçler ayrılığının belirlenmediği bir toplumun anayasası yoktur.

Montesquieu'nun savunduğu güçler ayrılığı ilkesi bildiride devletin temeli olarak belirlenmiştir. Montesquieu güçler ayrılığını "siyasal özgürlüğü" korumak amacıyla bir güvence olarak görmekteydi. Bildiride de maddeye aynen bu şekilde "hakların güven altına alınmadığı..." şeklinde yer verilerek aynı mantık sağlanmıştır.<sup>167</sup>

**Madde 17:** Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu için, yasaların belirlediği kamusal gereklilik açıkça doğmadıkça ve meşru bir tazminat ödenmedikçe kimse bu haktan yoksun bırakılamaz.

17. maddede mülkiyetin mutlak ve dokunulmaz olarak anılması onun bildiri içerisinde

<sup>166</sup> Göze, s. 577.

<sup>167</sup> Akad-Dinçkol, s. 156.

deki önemine binaendir. Burada mülkiyet doğal haklar içerisinde ele alınmış ve 17 ve 18. yüzyıl düşünürlerince (J. Locke'un mülkiyet anlayışında olduğu gibi) ele alındığı şekliyle toplum hâline geçişte devletin temel dayanaklarından biri olarak bildiride somut biçimde formüle edilmiştir.<sup>168</sup>

Bildiri'nin bu maddesi metnin burjuva niteliğini ve kendi içerisinde ki birtakım çelişkileri ortaya çıkarmıştır. Mülkiyet, Rousseau'nun görüşlerine paralel olarak kutsal ilan edilerek, burjuva ve köylü mülkiyeti feodallerin saldırılarına karşı savunulurken, bildiride yer alan eşitlik kavramı burjuvanın istediği şekilde yorumlanmıştır.<sup>169</sup>

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi bir defa bir haklar bildirisi. Bildiride 2. maddede açıklanan haklar doğal, vazgeçilmez ve zaman aşımı ile kaybedilmez ve dokunulmazdır. Çünkü insan, bizzatı insan olmasından kaynaklı olarak bu haklara sahiptir. Bildiriyi hazırlayan ve kabul eden Ulusal Meclis'in bu durumdaki işlevi de açıklamayla sınırlıdır. Ulusal Meclis insanların doğuştan sahip olduğu hakları yaratamaz, onlar zaten vardır, Ulusal Meclis de görevinin gereği olarak sadece bu hakları açıklamıştır. Bildiri haklardan bahsetmesinin yanı sıra çağdaş kamu hukuku ilkelerine de katkıda bulunmuştur. Eski devlet yapısında var olan teokratik yapıyı ve ayrıcalıklara dayanan sınıfsal hiyerarşik yapıyı yıkmıştır.<sup>170</sup>

Bildiri'nin en belirgin özelliği yansıttığı biryeci görüştür. Toplumu insan için bir özgürlük alanıdır ve insan her konuda başat aktördür. Dikkat edilirse metinde başta aile olmak üzere hiçbir yerel ya da mesleki örgütten söz edilmediği görülecektir. Bu anlayışın metne rastgele yerleştirildiği düşünülebilirse de bunu çağın ideolojik bakış açısıyla ilişkilendirmek daha isabetli olacaktır.<sup>171</sup>

Fransa'da bildirinin ilanıyla birlikte laik devlet sisteminin temeli atılır. Bildiri'nin giriş bölümünün son cümlesinde "Ulusal Meclis Yüce Varlığın huzurunda ve himayesinde insan ve

yurttaş haklarını kabul ve ilan eder" ifadesi yer almasına karşın, bildirinin gerek haklar ve özgürlükler gerek kamu hukuku ilkeleri göz önüne alındığında laik devlet yapısının teokratik devlet yapısı yerine inşa edildiği görülür. Siyasi iktidarın kaynağı artık değişmiştir. Din ve vicdan özgürlüğü kabul edilmiştir ve siyasi gücün Tanrı ile dinî iktidar ile bağlantısı kesilmiştir.<sup>172</sup>

Devletin laikleşmesinin ortaya koyduğu yeni yönetim biçimi olan demokrasi, liberalizmin siyasi yapısını meydana getirmiş ekonomik alanda zenginlik ve mülkiyet, iki temel kavram olarak yer almıştır. Kapitalizm, bu yapının ekonomik doktrinini oluştururken toplum devrime egemen olan burjuva sınıfının ihtiyaçlarına göre kurulmuştur.<sup>173</sup>

## SONUÇ

Mutlakıyetin yönetime hâkim olduğu 18. yüzyıl Fransasında, bu yüzyılda siyasi, sosyal ve ekonomik sorunlar meydana gelir. Halkın büyük kısmı ayrıcalıklı sınıfların (aristokrasi ve ruhban sınıfı) altında ezilirken, yükselen burjuvazi siyasi yönetimden pay almak ister. Burjuvazi bu hedef doğrultusunda iktidarın kaynağını Tanrı'dan aldığı düşünülen kralın yerine halkın egemenliğine dayalı fikirler dile getiren Fransız düşünürlerinin fikirlerinden yararlanır.

Tocqueville'nin ifade ettiği gibi devrim, eski toplumdaki feodal ve aristokratik kurumlardan kaynaklanan birçok şeyi yıkar. Devrim 18. yüzyıl Fransasında beklenmedik/ani bir olay gibi gözükse de bu esasında uzun yıllar sürmüş bir çabanın ürünüdür. Burada gerçekleşen, on insan kuşağının üzerinde uğraş verdiği bir meselenin ani ve şiddetli bitimidir. Burada, ayrıca, devrim gerçekleşmeseydi dahi Fransa'nın toplumsal ve siyasal yapısının sürdürülemez olduğu söylenebilir. Devrimin işlevi belki kendiliğinden yavaş yavaş olacak bir dağılmayı bir anda gerçekleştirmek şeklinde ortaya çıkmıştır.<sup>174</sup>

<sup>168</sup> A.g.e., s. 244.

<sup>169</sup> Tanilli, s. 85.

<sup>170</sup> Göze, s. 576.

<sup>171</sup> Akad-Dinçkol, s. 246.

<sup>172</sup> Göze, s. 581.

<sup>173</sup> Akad-Dinçkol, s. 247.

<sup>174</sup> Alatlı, s. 1380.

İhtilal'in temel sloganı haline gelen "hürriyet", "adalet", "kardeşlik", "eşitlik" ilkelerinin uygulama alanı ise ne yazık ki Fransa içiyle sınırlı kalmıştır. İhtilal sürecinde tüm Fransa'da bu ilkeler savunulmasına rağmen, Fransa ihtilalden yalnızca 40 yıl sonra Cezayir'e saldırarak burayı sömürgeleştirme de bir beis görmemiştir.<sup>175</sup>

İhtilal, "laiklik" ile birlikte "laisizm" (laikçilik) kavramlarını doğurmuştur. Fransa'da önceleri laik kelimesi halk anlamında kullanılmıştır. Laiklik kavramı da bu yıllarda Katolisizmin öngördüğü ruhban hâkimiyetine karşı olmak üzere halk iradesini temsil etmektedir. Zamanla kavram bu anlamından uzaklaşarak "devlet ile kilisenin ayrılığı", "Kilise hukukundan bağımsız bir kamu hayatı" şeklinde algılanmıştır. Nihai kerte "laiklik" kavramı dine karşı saldırgan bir tutum izler halde "laisizm"e dönüşmüştür.

Fransız İhtilali, birçok açıdan önemli olmasının yanında bugünün Türkiyesini anlamak açısından da ayrıca önemlidir. Türk aydınları Avrupa'da ilk olarak Fransa'ya gitmişler, orada eğitim görmüşlerdir. Fransız ikliminde var olan fikirlerin aynen taşıyıcısı olan Tanzimat dönemi Türk aydını fikri anlamda Fransız sömürgesi durumunda kalmıştır. Bu durum yeni Türkiye devletinin Fransız laikliği ve laisizmi üzerine bina edilmesi sonucunu doğurmuştur.<sup>176</sup>

## Kaynakça

- Akad, Mehmed-Dinçkol, Bihterin Vural; *Genel Kamu Hukuku*, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2009.
- Alatlı, Alev; *Batya Yön Veren Metinler*, İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya MYO, Ekim 2010, Cilt 3.
- Ateş, Toktamış; *Siyasi Tarih*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Bolat, Bengül Salman; "Fransız İnkılabı'nın Türk Modernleşme Sürecine Etkileri", Gazi Üniversitesi, *Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, (2005).
- Cevizci, Ahmed; *Felsefe Tarihi*, Say Yayınları, 2011.

- Demir, Türkay; "Fransız Devrimi'nin Sesi", *Birikim* 6, Ekim 1989.
- Gökberk, Macit; *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, 1985.
- Göze, Ayferi; *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, Genişletilmiş 12. Bası, Ekim 2009, İstanbul.
- Gürkan, Ülker; *Montesquieu ve Kanunların Ruhunu*, AUHF, 1998.
- Hobsbawm, Eric J.; *Devrim Çağı*, Çev.: Bahadır Sina Şener, Dost Yayınevi, 2012.
- Hocaoğlu, Durmuş; "Geçmişten Günümüze Etkileriyle Fransız İhtilali", *Zaman*, 13.07.1998.
- Rousseau; *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Çev.: İsmail Yerguz, Say Yayınları, İstanbul, 2008.
- Russel, Bertrand; *Batı Felsefesi Tarihi İlkçağ Ortaçağ Yeniçağ*, Say Yayınları, İstanbul, 1983.
- Sander, Oral; *Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e*, İmge Kitabevi.
- Soysal, İsmail; *Fransız İhtilali ve Türk-Fransız Diplomasi Münasebetleri (1789-1802)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1999.
- Şenel, Alaeddin; *Siyasal Düşünceler Tarihi*, 2. Basım, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2010.
- Tanilli, Server; *Fransız Devriminden Portreler*, Cem Yayınevi, Ekim 1993.
- Tannenbaum, Donald-David, Schultz; *Siyasi Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri*, Çev.: Fatih Demirci, Adres Yayınları, 2007.
- Tuğcu, Tunar; *Batı Felsefesi Tarihi*, Alesta Yayınları, 2000.
- Tuncay, Mete; *Batı'da Siyasi Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Yeni Çağ*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2002.
- Yakut, Kemal; *Fransız İhtilali*, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

<sup>175</sup> Hocaoğlu, s. 3.

<sup>176</sup> Hocaoğlu, s. 4.





# *Kendi Kendini Açıklayan Bir Kavram: Adalet*

*Bilâl KILINÇ*



## **GİRİŞ**

**K**avramlar, bütün bir insanlığın tecrübesini bünyesinde barındıran ve yüzyıllar boyunca yaşanan acıları, sevinçleri, hüznüleri, yapılan hataları, işlenen cürümleri ve diğer vakıaları ifade edebilen tasavvurlardır. Bu hususiyetten dolayı kavramların zihinlerde “yerli yerine oturtulması” gerekir. Aksi hâlde bütün bir insanlık birikimi yanlış aktarılmış olur ki, böyle bir yanlışın üzerine medeniyet inşa edilemez. İşte kavramların içinde öyle biri vardır ki onun anlaşılması bambaşka bir ehemmiyeti haizdir. Nitekim her bir kavramın “yerli yerinde” kullanılması dahi onunla mümkündür. Bu kavram hiç şüphesiz “*adalet*”tir.

Adalet, kavramların kavramıdır. Tek başına koca bir kâinatı, insanı ve ilişkileri (hukuku) anlatabilecek anlam genişliğine sahiptir. Hatta bu kavram kendi kendini açıklayan bir kavramdır. Öyle ki adaletin de “yerli yerine konması” gerekmektedir. “Yanlış yere konan bir adalet” sadece kelime olarak adalettir ve fakat kavram olarak “*zulüm*”dür.

Adalet, kâinatın ifade tarzıdır. Kâinatta her şey “olması gereken yerdedir” ve böylece kâinat nizam içerisinde devam eden bir yapıdadır. Her şeyin yerli yerinde olması anlamında adalet kozmolojik düzenle de yakından ilgili bir kavramdır. Tek bir atomdan galaksilere kadar bütün bir kâinatın nizam içerisinde işliyor olması adalet ile ifade edilebilir. “Gökler ve yer adalet ile kâimdir”<sup>1</sup> ifadesi bu hususu deyimlemektedir.

Adalet, bütün düzen ve isyanlara şahitlik eden bir kavramdır. Bu itibarla siyaset, hukuk ve tarih felsefesi açısından da kavram büyük önem taşımaktadır. Zira bu disiplinler sıkça adalete atıf yapmakta ve aslında insanlığın hep bir adalet arayışında olduğunu göstermektedir. Düzenlerin adalet paradigmasının neler olduğunu ve isyanların bu paradigmalara karşı hangi paradigmaları inşa ettiklerine bakmak bile adaletin insanlık tarihi boyunca tartışmaların merkezinde olduğunu anlamaya yetecektir.

Adalet, günlük hayatta da sıkça referans gösterilen kavramlardan biridir. Haksızlığa uğradığını düşünen birisinin bu dünyada adaletin olmadığını söylemesi, mahkemeden kendi lehine hüküm alan birisinin “adalet yerini buldu” demesi, yakalanan şüphelinin “adalete teslim edilmesi”, ihtisamlı “adalet sarayları” günlük kullanıma birkaç örnektir. Bunların hepsi insan fitratında mevcut bulunan bir idenin, hak ile bağlantı kurmak suretiyle hükümde isabet etmenin önemine vurgu yapar. Bu ide, insanın uhdesinde taşıdığı adalet mefkûresinden başka bir şey değildir.<sup>2</sup>

Ne var ki yukarıda verdiğimiz örnekler kavramın zihinlerde yerli yerine oturmadığını göstermektedir. Şöyle ki; dünyada adaletin olmadığını söylemek yanlıştır; zira adalet olmamış olsaydı adaletin olmadığını söylemek de mümkün olamazdı. Adaletin olmadığını söylemek yerine, kullanılması gereken doğru ifade kendisine zulmedilmiş olduğudur. Şüphelilerin yakalandıktan sonra adalete teslim edilmeleri ifadesi yerine de kaderlerinin hukukçu şahısların ve kanunların eline teslim

<sup>1</sup> Ragıb el-İsfahani, *Müfredat*, Pınar Yayınları, İstanbul 2010, s. 980.

<sup>2</sup> Ionna Kuçuradi, *Adalet Kavramı*.

edildiğinin ifade edilmesi isabetli olmalıdır. Hukukçu şahıslar zalim de olabilirler ve kanunlar da adil olmayabilir; dolayısıyla burada da bulanıklık vardır. İhtişamlı mahkeme binalarına adalet sarayı demek adaletin saraylarda dağıtılamayacak olmasını es geçmek olur. Nitekim adaletin sarayı olmaz. Adalet saraylara muhtaç da değildir; fakat saraylar adalete muhtaçtır.<sup>3</sup> Bu doğru veya yanlış kullanımlar hepimizi kuşatmış durumdadır ve bir zihin bulanıklığına işaret etmektedir. Bunun anlamı “adalet”e sadece bakıyor olduğumuzdur. Oysa neredeyse her konuda referans olarak kullandığımız bir kavramı tanımıyor ve üzerinde düşünmüyor olmak yeterince “zulüm” değil midir?

Tabii bu bulanıklığın gösterilen en büyük nedenlerinden birisi, post-modern dönemin beraberinde getirdiği “izafilik” anlayışının bütün kavramları kuşatıp içini boşalttığı gibi adalet kavramının da izafileşmesine neden olmuş olmasıdır.<sup>4</sup> “Adalet, kişiden kişiye değişir” önermesi aslında insanlığı kaosa sürükleyebilecek bir önermedir. Bu itibarla yukarıda bahsettiğimiz adaletin ontolojik ve epistemolojik boyutuyla bu “izafiliği” bir arada değerlendirmek gerekmektedir. Aslında adalet ve hak kavramları bir değerler sistemine işaret eden ve belli ontolojik kaynaklara dayanan kavramlardır. Ontolojik düzeyde yakalanacak bir adalet “sabitliği” epistemolojik düzeye ve akabinde günlük hayata yansiyacaktır. Bunun anlamı adalet kavramının günlük hayatta da yerli yerinde kullanılmasıdır; yani adalet kavramına yine “adil” davranılmasıdır.<sup>5</sup>

Evvela adalet kavramının etimolojisinden, farklı dillerdeki karşılıklarından ve güncel hayatta nasıl kullanıldığından bahsedeceğiz. Daha sonra *hukuk*, *eşitlik*, *hikmet*, *ihsan*<sup>6</sup> ve

*rahmet* kavramlarıyla karşılaştırılması yapılacaktır. Akabinde değişik düşünce akımlarının ve İslam düşüncesinin adalet kavramına attığı anlamlar incelenecektir.

## ADALET KAVRAMININ ANLAMI VE ETİMOLOJİSİ

Arapça bir kelime olan adalet, “*adl*”<sup>8</sup> kökünden türemiştir. Her şeyi ve ilişkiyi yerli yerine koyma anlamına gelen adalet, hak ile eş anlamlı bir kullanıma sahiptir. *Adalet*, *hakka riayetkârlık*, *haklılık*, *doğruluk* anlamlarına gelir.<sup>9</sup> Herkesin hakkını verme, haksızlıktan uzaklaşma, hükümde isabet etme<sup>10</sup> gibi anlamlara da gelen kavram *takvim*, *vasât*, *kıst*, *kasd*, *istikâme*, *nasib*, *hisse*, *mizan* terimlerine de yakın anlamlıdır.<sup>11</sup> “Zulm”ün ve “cevr”in karşıtı bir anlam taşır. Bir şeyi ait olduğu yerden başka bir yere koyma anlamındaki *zulm* ve *cevr*<sup>12</sup>, *gadr*, *hainlik*, *insafsızlık*, *meyl*, *inhihrâf* kavramlarıyla yakın anlamlıdır. Dolayısıyla adalet bu kavramlarla tam aksi bir istikameti işaret eder. Yani zulmün, cevrin, insafsızlığın bulunduğu bir yerde adalet yoktur. Bu temel bir mantık kuralıdır. Islaklık kuruluğu yok eder, kuruluk ıslaklığı. Dolayısıyla adalet ile zulüm bir arada olamaz. Bu hususun kavramsal olarak oturtulması zaruridir. Mesela bir ağır ceza reisi için adam çok gaddar hiç insafı yok ve adalet bunu gerektiriyor demek temel bir

<sup>7</sup> Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza* [el-Cerime ve'l-Ukûbe fi Fıkh'l-İslâm], (Çev.: İbrahim Tüfekçi), Kitabevi Y., İstanbul 1984, s. 9.

<sup>8</sup> İsfahani, a.g.e. s. 980.

<sup>9</sup> Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi, Ankara 2007.

<sup>10</sup> Mehmet Doğan, *Doğan Büyük Türkçe Sözlük*, Pınar Yayınları, İstanbul 2010.

<sup>11</sup> Fevzi Zülaloğlu, *Yolumuzu Aydınlatan Kur'anî Kavramlar*, Ekin Yayınları, Macid Hadduri, *İslam'da Adalet Kavramı*, Yöneliş Yayınları, İstanbul 1999, s. 23.

<sup>12</sup> *Zulm* kavramı adaletin zıddı olarak çokça kullanılan bir kavram olmasına karşılık *cevr* kavramı pek bilinen bir kavram değildir. Bununla birlikte halk edebiyatından *cevr* kelimesinin kullanılan bir kelime olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Örneğin Pir Sultan Abdal'ın “Derdim Çoktur Hangisine Yanayım” isimli türküsündeki mısralardan biri şöyledir: “Bülbül çevreleme güle yazıktır.” Ayrıca Zâti'nin şu dizeleri de anlamlıdır: “Ol elif-kadcevrederk'etmez tahammül kâf ona / Görmedim anın gibi insâfsızinsâf ona.”

<sup>3</sup> Bu konuda Namık Kemal'in şu dizesi anlamlıdır: “*Bulunmazsa adalet milletin efrâdı beyninde / Geçer bir gün zemîne, arşa çıksa pâye-i devlet*”. Bkz.: İskender Pala, *Kadılar Kitabı*, Kapı Y., İstanbul 2006, s. 90.

<sup>4</sup> A. Ulvi Türkbağ, “Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti”, *Doğu-Batı* dergisi 2. Baskı, S:13, Kasım Aralık 2000, s. 208.

<sup>5</sup> Ahmet Davutoğlu, “İslam Düşünce Geleneğinin Temelleri, Oluşum Süreci ve Yeniden Yorumlanması” [The Foundations, Formation Process And Re-interpretation Of The Tradition Of Islamic Thought], *Divan* dergisi, 1996/1, s. 1-44.

<sup>6</sup> İsfahani, a.g.e., s. 980.

mantık hatasıdır. Zaten gadaret ve insafsızlık zulüm kavramına yakın terimlerdir. Bunlar varsa adalet yoktur. Bir insan gaddarsa, zalimse adil değildir; adilse gaddar veya zalim değildir. Nitekim Gazzali'nin şöyle dediği aktarılmıştır:<sup>13</sup> "Adalet sıfatı kaybolursa bundan fazlalık veya eksiklik (ifrat-tefrit) şeklinde iki taraf doğmaz; sadece zıddı ve karşıtı doğar ki o da cevrdir."<sup>14</sup> Yani bu kavram "az adalet" veya "çok adalet" diye kullanılamaz.

Ayrıca kavram, *dengede olmak* anlamına da gelir.<sup>15</sup> Belki de bu yüzden terazi ile de ilişkilendirilmiştir.<sup>16</sup> Terazi, bir kolun iki ucuna asılan iki kefeden oluşan tartı, mizan, vücudun asılarak veya dayanarak yere paralel bulunduğu denge durumu anlamlarına gelmektedir.<sup>17</sup> Bu bakımdan bir şeyin terazi ile tartılıp tam olarak (ne fazla ne eksik) ağırlığını tespit etmek ve ona göre bir bedel talep etmek adalettir. Bir makalesinde Prof. Dr. Ahmet Davutoğlu, İslam bilim tarihinde terazinin teknik işleyişi ile ilgili Hâzinî'nin<sup>18</sup> yazdığı *Kitâbu Mizânî'l-Hikme*<sup>19</sup> adlı eserin bu konuda önemli bir misal olduğundan ve terazinin nasıl işlediği ile ilgili son derece teknik bir konunun ele alındığı eserin, ciddi bir adalet felsefesi ile başladığından bahsetmektedir:<sup>20</sup>

"Adalet bütün faziletlerin odak noktası ve bütün mükemmelliklerin dayanağıdır. İlim ve ameldeki hikmeti —din ve dünyayı— aksettiren mutlak fazilet mutlak ilim ve amelden oluşur ki, adalet bu ikisini bir araya getiren bir köprüdür. Bu iki faziletin mükemmelliği bütün büyüklük ve faikiyetlere ulaşmanın aracıdır. Ulu Yaratıcı adaleti mükemmeliyetlerin zirvesine oturtmak için Kendi'sinin kulları tarafından Adil olarak bilinmesini istemiştir. Adalet nuru ile dünya tamamlanmış ve kemale ermiştir."

Burada Hâzinî, Allah'ın mutlak hâkimiyeti altındaki kozmik denge ile adaletin bağı göstermektedir. Ayrıca Kur'an-ı Kerim'de bazı ayetler de adalet ile terazi arasındaki bağlantıyı göstermektedir.<sup>21</sup> Yunan mitolojisindeki adalet tanrıçası Themis'in elinde tuttuğu terazi de dikkate değerdir. Bu terazi adaleti ve dengeyi temsil eder. Rönesans'ın ünlü İtalyan ressamı Raffaello'nun *Adalet Tablosu* isimli resminde de terazinin ön plana çıktığı görülmektedir.<sup>22</sup> Bugün de adalet denince akla ilk gelen nesnelere biri terazidir. Demek ki kadim dönemlerden beri adalet ile terazi arasındaki bağlantıya vurgu yapılmıştır.

Hadduri, sözlük yazarı İbn Manzur'un adaleti şöyle anladığını kaydeder:<sup>23</sup> "Kavramsal olarak adaletin manası, 'dosdoğruluğu zihinde kesinlikle yer etmiş, sabitleşmiş şey'dir. Düzgün yahut usulüne uygun olmayan şey ise 'cevr' [haksızlık, eza] adını alır. *Adl* ve *cevr* kelimeleri en geniş manada dinî ve ahlâkî değerleri kapsayacak tarzda kullanıldığından 'doğru' ve 'yanlış' manalarının o kullanımda mündemiç olacağı barizdir. *Adl*'in doğru kavlindeki kullanımı, 'haksızlıktan uzak durma' mefhumuna muadildir."

Adalet kavramı, hukuk uygulamasında toplum için en yararlı sonucun gerçekleştirilmesi anlamında da kullanılmaktadır. Bu anlamda

<sup>13</sup> *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, C: I, s. 342.

<sup>14</sup> Burada görüldüğü ki Platon ve Aristo'nun vurguladığı "her fazilet, ifrat ve tefritten ibaret iki reziletin ortasıdır" önermesi İslam düşünürleri tarafından adalet faziletine tatbik edilmiş ve adaletin zulüm ve inzulâm (zulme boyun eğme) diye adlandırılan iki reziletin ortası olduğu belirtilmiştir.

<sup>15</sup> İsfahani, a.g.e., s. 980. Arapçada birçok kelime açıklanırken deve ile alaka kurulur. Adalet, deveye yükletilen iki yük arasında denge anlamına gelir. Bunun için bkz.: İsmet Zeki Eyuboğlu, *Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü*, Sosyal Yayınları.

<sup>16</sup> Adalet ile terazinin ilişkisini gösteren Ziya Paşa'nın bir dizesi: "Dursun kefi hükmünde terâzû-yı adâlet, Havfın var ise mahkeme-i rûz-ı cezâdan". Bkz.: Pala, a.g.e., s. 91.

<sup>17</sup> Türk Dil Kurumu, *Büyük Türkçe Sözlük*, (Çevrimiçi), <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 9 Mayıs 2012.

<sup>18</sup> Abdurrahman el-Hâzinî hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, C: I, s. 164.

<sup>19</sup> *Kitâbu Mizânî'l-Hikme* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, C: I, s. 165.

<sup>20</sup> Davutoğlu, a.g.m.

<sup>21</sup> Enbiyâ Suresi 21/47: "Biz ise, kıyamet gününe ait duyarlı teraziler koyarız da artık hiçbir nefis hiçbir şeyle haksızlığa uğratılmaz. Bir hardal tanesi bile olsa ona (teraziye) getiririz. Hesap görücüler olarak biz yeteriz."

<sup>22</sup> Resim için bkz.: *Raffaello 1483-1520*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010, s. 115.

<sup>23</sup> Hadduri, a.g.e., s. 24.

adalet, hukukun ulaşmak toplumsal faydayı da belirtir.<sup>24</sup>

Adaletin iki önemli unsurunun olduğu kabul edilir:<sup>25</sup> Birincisi “eşitlik adaleti/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 davranmaktır. Adaletin bu unsuru, insan haklarında hiçbir şekilde dil, din, cins, ırk farkı gözetmeksizin, eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesini içerir. İkincisi “oran/kıst/equity adaleti”dir. İnsanlara emeklerinin karşılıkları (ücret/ödül) veya eylemlerinin karşılıklarının verilmesinde, kamu görevlerinin dağıtımında ehliyet ve liyakatlerine göre eşit davranmayı içerir. İşte adaletin bu iki unsurunun bir arada ve biri olmazsa diğeri olmaz şekilde tatbik edilmesi gereklidir. Aksi hâlde adalete uyulmak yerine zulmedilmiş olur.

## ADALET KAVRAMININ DİĞER DİLLERDEKİ KARŞILIĞI

Kavramın Batı dillerindeki karşılığını ele almak yerinde olur. Adaletin İngilizce karşılığı “justice”<sup>26</sup>, Almanca karşılığı “gerechtigheit”<sup>27</sup>, Fransızca karşılığı “justice”<sup>28</sup>, İtalyanca karşılığı “giustizia”<sup>29</sup>, İspanyolca karşılığı ise “justicia”<sup>30</sup> kelimesidir. Bu kelimelerden hukukla ilgili birçok kelime türetilmiştir. Bizatihi bu kelimeler de tek bir kelimedenden türemiştir (Almanca hariç): “JUS”. Bu kavram Latince

adalet, hak, hukuk gibi kelimelerin karşılığıdır. Dikkati çeken nokta Almanca hariç diğer Batı dillerindeki adalet kavramını karşılayan kelimelerin ortak noktasının “jus” kelimesi olduğudur. Almancada ise hak, hukuk, doğru, gerçek anlamlarına gelen “recht” kelimesinden türeyen “gerechtigheit” kelimesi adalet kavramını karşılamaktadır. Bu da göstermektedir ki hak ile adalet kavramları arasında önemli bir bağlantı vardır.<sup>31</sup>

## ADALET KAVRAMININ FARKLI KULLANIMLARI

Hak ve hukuka uyma, doğruluktan ayrılmama anlamındaki adaletin şu kalıplarda kullanıldığını görmek mümkündür: “Adalet dağıtmak”, “adalet etmek”, “adalet kapısı”, “adalet-kâr”, “adalet-penah”, “adalet-perest”, “adalet sarayı”, “adaletine sığınmak”.

Ayrıca hukuk tarihimizde Osmanlı uygulamasında şu terimlere de rastlamak mümkündür: “Adalet emri”<sup>32</sup>, “adaletnâme”<sup>33</sup>.

Önemli olan bir başka ifade şudur: “küfrile dünya durur, zulmile durmaz.”<sup>34</sup> Anadolu’da şu kalıplarda da kullanımlara rastlanmaktadır:<sup>35</sup> Adil davranmak anlamında “adl itmek” ve karşıtı olarak zulmetmek anlamında “cevr itmek”.

<sup>24</sup> Anıl Çeçen, *Adalet Kavramı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 167

<sup>25</sup> Muharrem Balcı, “Tabii Hukukta Hak, Adalet ve Özgürlük Kavramları”, *Birikimler II*, İstanbul 2006, s. 87; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Y., İstanbul 2011, s.40.

<sup>26</sup> *Türk Hukuk Lûgatı*, (Haz.: Türk Hukuk Kurumu), Ankara 1991, Başbakanlık Basımevi.

<sup>27</sup> A.g.e.

<sup>28</sup> A.g.e.

<sup>29</sup> *İtalyanca Büyük Sözlük*, Ed.: Deniz Meriç, Fono Yayınları, İstanbul 2005.

<sup>30</sup> *İspanyolca-Türkçe Türkçe-İspanyolca Modern Sözlük*, Haz.: Birsen Çankaya, José Ramon Gonzalez, Fono Yayınları, İstanbul 2005.

<sup>31</sup> Konuyla ilgili olarak bkz.: Aşağıda “Adalet ve Hukuk” başlığı.

<sup>32</sup> Osmanlı Hukukunda, Sadrazamın adalete ve hukuka uymaları konusunda valilere gönderdiği emirdir.

<sup>33</sup> Osmanlı Hukukunda, padişahın diğer devlet görevinde bulunan herkesin adalete ve hukuka uymaları konusunda çıkardığı fermanlardır.

<sup>34</sup> Bkz.: *Koç Bey Risaleleri*, Kabalı Y., İstanbul 2007. Şeyhoğlu Mustafa şöyle der: “Pâdişahlık bâkî olur küfr-ile olicak ve illâ bâkî olmaz îmânla zulmolicak”. (Adalet olduğu takdirde kafir bir devlet bile varlığını sürdürebilir.)

<sup>35</sup> Mehmet Kanar, *Eski Anadolu Türkçesi Sözlüğü*, Say Y., İstanbul 2011.



## ADALET KAVRAMININ BAZI KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

### 1. Genel Olarak

Girişte bahsettiğimiz üzere kavram çok geniş anlamlar ifade edebilmektedir. Kavramın anlaşılması için bazı kavramlarla değerlendirilmesi gereklidir. Nitekim bazı kavramlar adaletle birlikte sıkça kullanılmaktadır. İşte bu sebeple bu bölümde adalet kavramının hukuk, eşitlik, hikmet, ihsan ve rahmet kavramlarıyla karşılaştıracağız.

### 2. Adalet ve Hukuk

Adalet ve hukuk kavramları iç içe girebilecek kadar birbirlerine yakındırlar. Adalet ve hukuk arasında ilişki genel olarak üç türdür. Birincisi, “adaletin hukukun son amacı” olarak ele alınmasıdır. Diğer de “adaletin hukukun bir fonksiyonu” olarak görülmesidir. Bu görüşlerin yanında bir başka görüş de, adaleti “hukuku meydana getiren başlıca unsurlardan birisi” olarak ele alır. Böylece adalet hukukun hem unsuru, hem fonksiyonu, hem de son amacı olarak çok yönlü bir yapıya sahiptir. Bir de normativist görüş vardır ki, bu görüş adalet gibi sosyal-kültürel değerlere hukuk sistemi içinde yer tanımaz (bu hususu aşağıda hukuksal pozitivizmin adalet anlayışı incelerken ayrıntılı olarak ele alacağız). Çok yönlü yapıyla adalet, hukukun en başta gelen prensibidir. Bu açıdan adalet hukukun temel normu olarak sayılabilir. Toplumun ahlak anlayışından ortaya çıkan adalet bütün insan ilişkilerinin üzerinde bulunarak onlara yol gösterir. Adalet, hukukun temel normu sayılırsa, diğer hukuk normları da adalete uygun olmak zorundadır.<sup>36</sup>

Toplumsal düzeni sağlamayı amaçlayan hukuk kurallarının kurmak istediği düzen herhangi bir düzen değildir. Hukukun görünüşteki amacı düzen sağlamak ise de nihai amacı adaleti gerçekleştirmektir. Toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde, adalet kaygısı olmaksızın sağlanan düzen kişileri mutlu etmez. Top-

lumsal ilişkilerin düzenlenmesinde ve uyumsuzlukların çözümlenmesinde düzenin sağlanması gereklidir ama yeterli değildir. Önemli olan adaletli bir düzen sağlamaktır.<sup>37</sup>

Bilindiği gibi, hukuk bir toplum düzenini içerir. Hukukun varlık nedeni de adalettir; gerek mevcut düzeni savunup korumak, gerekse onu değiştirmeyi meşrulaştırmak için her zaman adalete başvurulur. Böylece adalet çoğu zaman mevcut düzenin korunmasına yarar, devrimci bir nitelik taşımaz. Çünkü onu yansıttığı kabul edilen hukuk düzeni insanların bir arada, bir toplum içinde yaşamalarını sağlamakla sosyal güvenliğimiz ve yaşamımız için çok büyük bir önem taşır. Bu yüzden insan toplumunun varlık ve süreklilik koşulunu oluşturan hukuk düzeni, doğumu ile bireyin karşısına kabul edilmesi ve uyulması gereken kesinlikle doğru kurallar olarak ortaya çıkar. Adalet binaları ve onun tüm yönetimi, mevcut düzeni koruyucu bir biçimde kuşatan ve bekçiliğini, mevcut yasaları uygulamakla görevli hâkimlerin yaptığı, bir kale gibidir. Ne var ki, insan dünya ya da kurulu düzenle her zaman barışık ve hoşnut olmamış ve olmamaktadır. Bu hoşnutsuzluk duygusudur ki insanı, işlemler, durumlar ve kurumlar karşısında kendini savunmaya, yetkin bir toplum düzenini aramaya yöneltir. Bu hoşnutsuzluk aynı zamanda eyleme dönüşmek olanağını içermekle en yüce özverilere neden olacağı gibi, en ağır suçlara, acımasızca her şeyin yok edilmesine neden olabilir: Adalet gerçekleşsin de varsın dünya batsın [*fiat justitia pereat mundus*].

Haksızlıklar karşısında kurulu düzeni değiştirip düzeltme arzusu, değiştirme sonucu meydana gelecek duruma ilişkin açık ve kesin bir düşünceye sahip olmayı gerektirir. İşte bu durumun nasıl olacağını, nasıl olması gerektiğini belirleyen zihni çaba ürününe “ide” denir. Buna göre ide, dünyanın ya da düzenin, daha genel bir deyimle herhangi bir şeyin tam ve yetkin, aslı bir örneğini gösterir. Böylece nesnel ve yasa üstü adalet hukukta karşımıza kurulu hukuk düzeninin aslı örneği, “olması gereken hukuk” anlamında *hukuk idesi* olarak çıkar. Bu ide niteliği iledir ki adalet, mevcut hukuk düzenlerinin kendisine uygun olup ol-

<sup>36</sup> Çeçen, a.g.e., s. 171-172.

<sup>37</sup> Kayar-Üzülmez, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 26, Detay, Ankara 2006.

madığı açısından bir değer ve değerlendirme ölçüsü olur. Yine bu özelliği ile adalet, aynı zamanda *hukukun idealı*dir; çünkü ideal idenin amaç edinilmesi, ide ile amacın birleştirilmesidir. Hukukun ve dolayısıyla yasa koyucunun da, toplum içindeki çıkarları değerlendirmede kullandığı ve hukukun aslı örneği olmak bakımından gerçekleştirmek amacını güttüğü şey adalettir. Bu yüzden adalet, hukukun son [nihaî] ve asıl amacıdır; hukuk aslında adaleti gerçekleştirmeye yönelen bir düzendir.

Diğer yandan, hukukun ideali olarak adalet, ona bir kültür görünümü olmak niteliğini de kazandırır. Hukuk kavramı bir kültür kavramıdır; başka bir deyimle, bir değere hizmet etmek anlamını taşıyan bir gerçeklik kavramıdır. Bu noktada artık hukukun tanımını şöyle yapabiliriz: Hukuk, insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca [adalet idesine]<sup>38</sup> yönelen normlar bütünüdür.<sup>39</sup>

### 3. Adalet ve Eşitlik

Adaletin özünü, esasını, eşitlik düşüncesi oluşturur. Aristo'dan beri adalete temel yapılmış bulunan eşitlik düşüncesi, aslında matematiğe ilişkin bir kavramdır. Eşitlik düşüncesinin adaletin gereği ve istemi olduğu hiçbir yerde gösterilmemiştir; onun, kendisinden çıkarıldığı bir üst ve büyük önerme yoktur; eşitliğin, adaletin gereği olacağı mantıkî düşüncelerle kanıtlanamaz. Böyle olmakla birlikte eşitliğin adaleti temellendirdiği<sup>40</sup>, onu yansıttığı, insanın *hukuk duygusundan* çıkmaktadır. İnsanları eşit bir işleme tâbi tutmamanın adaletsiz olacağı kesindir. Eşitlik duygusu ve buna dayalı olan eşitlik istemi, insanın daha çocukluk çağında kendini belli eder. Belli bir davranışta bulunmak üzere bir çocuğa izin verilip, aynı davranış diğerine yasaklandığında ya da herhangi bir durumda bir çocuk diğerine üstün tutulduğunda, bu tutum haksız olarak görünür. Hizmet bekleyen birçok müşteriden bi-

rini açıkça kayıran satıcı, azar işitir. İnsanların eşitlik ihtiyacı o denli canlı ve güçlüdür ki, duygumuz her yerde ve her durumda onun gerçekleştirilmesini kesinlikle ister; eşitlik ihtiyacı insan ruhunun duyabileceği en güçlü ihtiyaçlardan biridir. Bu, eşitliği içeren adaletin, niçin bir toplumun varlık koşulu olduğunu [mülkün temeli olduğunu] açıklar. Öyle ki, eşitliğin öngördüğü düzen, böylece tüm değerlerin gerçekleşmesinin, bu arada özgürlüğün dahi ön koşulu olur.<sup>41</sup>

Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz *denkleştirici adaletin* temeli olan salt eşitlik herkese eşit olanın verilmesini, herkesin eşit bir işleme tâbi tutulmasını gerektirir. Böylece ilk bakışta, tüm insanların tam bir eşitliğini öngören *denkleştirici adaletin*, yasa karşısında herkesin eşitliği düşüncesinin dışında da uygulanabilecek en yetkin adalet kavramı olduğu sanılabilir. Oysa durum hiç de öyle değildir; bu anlamda en adaletli işlem belki de, insanlar arasında hiçbir ayırım ve ayrıcalık gözetmeyen *ölüm*'de söz konusu olabilir. Çünkü herkese eşit olanın verilmesi, herkesin eşit bir işleme tâbi tutulması, bazı durumlarda bizzat eşitliğin bozulması sonucunu doğurur. Nitekim her çocuğa eşit miktarda ve aynı türden yemek veren anne değil, büyük çocuğa küçüğüne oranla daha çok ve daha başka türden yiyecek veren anne adaletli görülecektir. Bunun gibi, baş vergisi değil, kazanca göre alınan vergi yerinde bir vergidir. Adalet duygumuz, bir öğretmenin, yetenekli yeteneksiz, zekâlı zekâsız tüm öğrencilere eşit işlem yapmasını değil, yeteneksiz öğrencileri de olabilecekleri kadar yetiştirebilmek için kendilerine ayrı bir işlem yapmasını gerektirmektedir; ancak adalet duygumuz, bu arada yetenekli öğrencilerin savsaklanmasına, diğerleriyle bir tutulmasına, yeteneklerinin gerektirdiği sürat ve daha üstün bir eğitimden yoksun bırakılmasına asla izin vermez. Bu konuda Buscaglia'nın iyi bir örneği var:<sup>42</sup> "Tavşan, kuş, balık, sincap, ördek ve öteki hayvanlar bir okul kurmaya karar verirler. Her biri birer öğretim izlencesi hazırlamaya koyulur. Tavşan, izlenceye koşma dersinin konmasında diretir. Kuş uçmanın, balık yüzmenin, sincap ağaca tırmanmanın ve öteki hayvanlar de kendi özel-

<sup>38</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975, s. 30.

<sup>39</sup> Vecdi Aral, *Hukuki Değer Olarak Adalet*.

<sup>40</sup> Rahmi Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1964, s. 57.

<sup>41</sup> Aral, a.g.m.

<sup>42</sup> A.g.m.

liklerinin öğretim izlencesine alınmasında diretirler. Böylece, öğretim izlencesine hayvanların tümünün önerdikleri dersler konur. Hayvanların tümünün, bütün derslere katılmasını zorunlu kılmak gibi büyük bir yanılığa düşerler. Tavşan koşma derslerinde başarılı hayvandır; hiçbiri onun gibi koşamaz. Ama öteki hayvanlar, tavşanın uçmayı öğrenmesinin iyi bir zekâ ve duygu eğitimi olacağına diretirler. Böylece tavşan uçma dersine katılmak zorunda kalır. “Haydi, uç bakalım tavşan” derler. Zavallı küçük tavşan havaya sıçrar, yere düşer, bir bacağı kırılır, kafatası çatlar. Beyni zedelendiği için, daha sonra iyi koşamaz bile artık, dolayısıyla, koşma dersinden pekiyi yerine iyi alır. Uçma dersinden de, hiç olmazsa çabalayıp denediği için orta alır. İzleneyi hazırlayan kurul sonuçtan memnundur. Benzer bir durum kuşun başına gelir. Uçma dersinde çok başarılıdır, havada taklalar bile atar. Ama onun da köstebek gibi toprağı kazmasını isterler. Tabii, kuşun gagası kırılır ve ondan sonra iyi uçamaz da. Böylece sürer gider bu. Son sınıfın birincisi kim olur biliyor musunuz? Akıllı pek gelişmemiş yılan balığı, çünkü her şeyi biraz becerebilmiştir.”

Böylece herkese ayrı işlem yapılmasının bizzat adaletin gereği oluşu, bireylerin ihtiyaçları, yetenekleri ve olanakları bakımından birbiriyle eşit durumda bulunmayışları gerçeğine dayanır. Değişik durumda bulunan bireylere eşit işlem yapılması asıl, eşitliğin çiğnenmesi anlamına gelir. Değişik olay ve bireylerin varlığında her olay ve herkesin eşit bir işleme değil, tam tersine, değişik işlemlere tâbi tutulması, ancak aynı durumda olanlara eşit olanın verilmesi eşitlik düşüncesine uygun düşecektir. Yalnız burada söz konusu olan eşitlik, artık salt ve aritmetik bir eşitlik değil, bireylerin ihtiyaç, yetenek ve olanaklarına uyan orantılı bir eşitliktir.<sup>43</sup> Bu da bizi, yine aşağıda inceleyeceğimiz *dağıtıcı adalet* anlayışına yaklaştırmaktadır.

#### 4. Adalet ve Hikmet

Hikmet kavramı fevkalade önemli bir kavramdır. Adalet gibi geniş anlamı olan bir kavram bile hikmet kavramında mündemiçtir. Hikmet kavramı üzerinde çok çeşitli tartışma-

lar olmakla birlikte bu tartışmalara burada değinmek bu çalışmanın boyutlarını aşar; zira konumuz “adalet kavramı” ve hikmetin adalet ile olan ilişkisidir.

Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır’a göre hikmet kavramları şu anlamlara gelmektedir:<sup>44</sup> Söz ve fiilde isabet etmek; ilim sahibi olmak ve onunla gereğince amel etmek; ilim ve anlayış sahibi olmak; eşyanın künhüne vakıf olmak; akıllı, Allah’ın emrine tabi kılmak; ince anlayış ve icat kabiliyeti; varlık düzeninde her şeyi yerli yerine koymaktır; iyi olanı, kötü olana tercih etmek; Kur’ani ahlak ile ahlaklanmak; düşüncüyü Allah’ın emrine tabi kılmak.

Görüldüğü gibi kavram çok geniştir. Bu tariflerden adalet kavramı ile bağlantılı olanı “varlık düzeninde her şeyi yerli yerine koymaktır” şeklindeki tariftir. Buradaki yerli yerine koymayı, yaratılış anındaki ilk yerleştirmek veya yaratılmış olan mevcut düzendeki yerinin ne olduğunu keşfedip kavramak şeklinde iki türlü anlamak mümkündür. Bununla beraber bu tarif, hikmetin, varlık düzeni içinde çeşitli varlıkların yerini ve değerini anlamının gerekli olduğunu dile getirmektedir. Bundan dolayı, hiçbir sıra ve düzen gözetmeden ortaya konan icat, hikmet kavramının dışına çıkmak olur. Bununla beraber bu tarif, adaletin tarifi olarak meşhur olmuştur: “Her şeyi ve her ilişkiyi yerli yerine koymak.”

Ragıp el-İsfehani, *el-Müfredat* isimli eserinde konuyu şöyle değerlendirmiştir:<sup>45</sup> “H-k-m” kökünden gelmektedir. Hikmet, akıl ve ilimle “hakka” isabet edilmesidir. Hikmet iki türdür; Allahtan gelen ve insandan gelen. Allah’tan gelen hikmet, “eşyayı bilme ve onu, sağlam bir sonuca ulaşması için yaratma”dır. İnsandan gelen hikmet ise, “varlıkları ve eşyayı bilme, tanıma ve iyi olan şeyleri yapma”dır. Hikmeti barındırdığı için Kur’an da bir hikmettir.

Görüldüğü gibi, Ragıp el-İsfehani, hikmeti, “akıl ve ilimle hakka isabet edilmesidir” olarak tarif ediyor. Hikmet ile adaleti birlikte yorumlarsak, adalet, her şeyin yerli yerine konulması ve bu hâlin devamıdır; işte akıl ve önbilgilerle kâinatta bulunan her şeyin, ilişkinin yaratılışa

<sup>43</sup> A.g.m.

<sup>44</sup> Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur’an Dili*, C: 2, s. 204-206,

<sup>45</sup> Zülaloğlu, a.g.e., s. 274.

uygun anlamlarını kavramak ve bu ilim ile ilişkiler ağını yerli yerinde tutabilmektir adalet.

Allah, "hâkîmdir. Her şeyi ve her ilişkiyi yerli yerinde yaratandır. Bu da demektir ki Allah adaletin gerçek sahibidir. Kâinattaki dengeyi [mizanı] o yaratmıştır. Allah Kur'an'da insanı halifesi olarak yarattığını, belirtmektedir. İnsan, Allah'ın halifesi olarak adaletli olmak sorumluluğu yüklenmiştir; nitekim Allah hâkîmdir ve adalet sahibidir, adaletin gerçek sahibidir, onun halifeleri ise ancak Allah'ın ona bahsettiği kadar adaletli olabilmektedir; yani ilk dengeyi kuran insan değildir; fakat bu dengenin devam etmesi sorumluluğu insanın omuzlarındadır. İnsanın fıtratı bozamaz. İnsanın insanla olan ilişkisini bozamaz, insanın tabiatla olan ilişkisini tahrif edemez, insanın Allah ile olan ilişkisini kesemez. İşte bu tahrifatlardan birini yaparsa insanoğlu adaletsiz davranmış olur, yani zulmetmiş olur.

## 5. Adalet ve İhsan

İhsan kavramı günlük hayatımızda kullandığımız kavramlardan bir tanesidir. Bu kavram ile adalet çok ince bir çizgiyle birbirinden ayrılır. Nitekim adalet herkese hak ettiğini tamı tamına dağıtmakken, ihsan ise bazen hakkindan fedakârlık ederek daha fazlasını dağıtabilmektedir. Bu kişilerden birincisine "adil" denir, ikincisine ise "muhsin" denir.

Ragıp el-İsfahani'ye göre ihsan sözcüğü iki anlamda kullanılır: "Birincisi, sahip olunan nimetlerden başkasına ihsan etmek [ikramda bulunmak]; ikincisi, yaptığı işte ihsanda bulunmak, yani bilinmesi gereken şeyi güzel bir biçimde bilme ve yapılacak işi güzel bir biçimde yapmaktır."<sup>46</sup>

"Allah adaleti, ihsanı... emreder." ayetinde görüldüğü gibi adaletli olmak nasıl Allah'ın bir emri ise ihsanda bulunmak da aynı şekilde Allah'ın bir emridir. İhsan, adaletin üstündedir. Çünkü adalet kişinin gereken kadar verip hakkını almasıdır. İhsan ise gerekenden fazla verip hakkından daha azını almasıdır. Dolayısıyla ihsan adaletten daha fazlasını ifade eder.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> İsfahani, a.g.e. s. 399.

<sup>47</sup> A.g.e., s. 400.

## 6. Adalet ve Rahmet

Allah, Kur'an-ı Kerim'de Hz. Muhammed'e hitaben şöyle buyurmaktadır: "Biz seni âlemlere ancak rahmet için gönderdik."<sup>48</sup> Bu ayetten çıkan sonuç, Hz. Peygamber'e gönderilen ilahî risalet rahmettir. Denilebilir ki, peygamberin getirdiği ilk rahmet tevhit inancı ise ikincisi adalet ilkesidir. Bu anlamda adalet herkesi kucaklayıcı bir rahmettir.<sup>49</sup> Bu hususu Ebu Zehra, kavramlar arasındaki farklara da değinerek, şöyle ifade etmektedir:<sup>50</sup> "Rahmet kelimesi "tesamuh" [hoşgörü] ya da "şefkat" [acıyarak sevme] ve "rıfk" [yumuşak davranma] kelimelerinin eş anlamlısı değildir. Çünkü hoşgörü, acıyarak sevme ve yumuşak davranma bazen katılığın ve şiddetin en kötülerine sahne olabilir. İnsanlara kötülük edenlere, ormanlardaki aslanlardan kana susamışlıklarını aynen alıp onların dişleri ve tırnakları yerine kılıç, ok ve kurşun kullananlara karşı yapılacak bir "rıfk" bu işlenen suçların kurbanlarına merhametsiz davranmaktan başka bir şey değildir. Bunun için Hz. Muhammed (s.) rahmete kural olacak bir prensip getirmiştir; buna göre insanlara karşı merhametli olmayana, suçlara engel olan, suçlara karşı ceza veren kanun da merhamet etmez. Rasulullah (s.) söz konusu prensibi aynen şöyle vecizleştirmiştir: 'Merhamet etmeyene merhamet edilmez.'"

## TABİİ HUKUK NAZARİYESİNDE ADALET

### 1. Genel Olarak

İnsanlar kurulu düzenle her zaman barışık ve hoşnut olmamışlardır. Bu hoşnutsuzluklarını daha "doğru"yu<sup>51</sup> arayarak göstermişler ve haksızlıklar karşısında "iyi hukuk"<sup>52</sup> arayışında olmuşlardır. Bu arayışa adalet arayışı demek yanlış olmayacaktır. Bahsettiğimiz bu süreç elbette sadece tabii hukuk ile ilgili de-

<sup>48</sup> Enbiya Suresi, 21/107.

<sup>49</sup> Zehra, a.g.e., s. 10.

<sup>50</sup> A.g.e., s. 9.

<sup>51</sup> Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Y., İstanbul 2009, s. 64-65.

<sup>52</sup> A.g.e., s. 64-65.

ğildir. Birçok farklı felsefi ve ideolojik akımla da ilgisi vardır. Hatta pozitivist hukuk anlayışının hâkim olduğu bugünün hukuk fakültelelerinde bile “*de lege lata*” ve “*de lege feranda*” ayrımı yapılmaktadır. Burada konuyu sınırlamak adına tabii hukuk nazariyesi çerçevesinde bu sürecin nasıl geliştiğini inceleme gayretinde olacağız.

Bu süreci Rahmi Çobanoğlu şu şekilde ifade etmiştir: “Adalet idesinin muhtevasına taallûk eden umumî bir tariften vazgeçilse de, bu, formel bir istikamette, adalet kavramının daha yakından tarif olunamayacağı ve her bakımdan bir noktaya kadar cihanşümül bir şeyin tespit olunamayacağı demek değildir. Adalet kavramı konusunda, emin ve sağlam bir fikriyat kurmak hususunda teolojik, hukukî ve felsefî literatürde yapılmış olan çok sayıda teşebbüs bu istikamette harekete gelmişlerdir. Her şeyden evvel, adaletin çeşitli prensiplerini ortaya koyan birçok deneme, adalet mefhumunu bölmek suretiyle işe başlamışlardır. Bu mücerret araştırmalardan en manidar olanı Aristo’nun adalet hakkında yapmış olduğu tasnif ve tariftir.”<sup>53</sup>

Olan ve olması gerekeni tartışan bir nazariyenin adalet kavramını gündeme getirmemesi elbette düşünülemez. Antik Yunan tabii hukukçuları, Hıristiyanlık etkisindeki tabii hukukçular ve aydınlanma çağındaki tabii hukukçuların en çok üzerinde durdukları kavramlardan biri de adalettir. Bu hukukçular pozitif düzenlemelerin ötesinde ve pozitif düzenlemelere yön veren bir hukukun arayışındaydılar.

Bir görüşe göre tabii hukuk nazariyesi, adalet idealinin doğada saklı olduğunu ifade etmektedir. Bu anlayışa göre insanın ve nesnelerin doğasında adalet ideali mündemiçtir.<sup>54</sup> Bu görüşün en önemli hatası tabii hukuk nazariyesinin ortaya atıldığı ilk günden beri aynı meşruiyet zeminini benimsemiş olduğu ön kabulüdür. Oysaki tabii hukuk nazariyesi, ilkçağ hukukçularca [Antik Yunan] doğaya [panteist anlayış çerçevesinde], Orta çağ hukukçularınca [Hıristiyanlık etkisindeki dönem] Tanrı’ya ve Rönesans dönemi hukukçularınca da rasyonelleştirilmiş insan aklına dayandırıl-

<sup>53</sup> Çobanoğlu, a.g.e., s. 56.

<sup>54</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s. 315.

maya çalışılmıştır.<sup>55</sup> Dolayısıyla adalet kavramını izah ederken bu kaymanın izlerini aramak gerekmektedir.

## 2. Sofistlerin Adalet Anlayışı

Belâgat ve güzel konuşmalarıyla tanınan sofistler, mahkemelerde süslü konuşmalar yaparak yanlış doğru, doğruyu yanlış gibi gösterme “maharetine” sahiptiler.<sup>56</sup>

Sofistlerin en meşhurlarından Protogoras, “insan her şeyin ölçüsüdür” demektedir.<sup>57</sup> Burada Protogoras’ın “objektif bilgi” edinmenin imkânsızlığını vurguladığı ifade edilmiştir.<sup>58</sup> Buradan hareketle, hukuk kurallarının adalete uygunluğu veya aykırılığı hususunda verilen hükümlerin temelsiz olduğunu kastettiğini söylemek mümkündür.<sup>59</sup>

Bir başka sofist Thrasymakhos, adalet kavramının kuvvetli olanların yararına hizmet ettiğini ve basit insanları kandırmak için kullanıldığını öne sürmüştür. Kallikles ise bunun tam tersini ileri sürerek, adaletin sadece zayıflara yaradığını ve kuvvetlilerin aleyhine olduğunu ifade etmiştir.<sup>60</sup> Burada görüyoruz ki sofistler kendi içlerinde bile tutarsızlığa sahiptir. Çünkü tek ilkeleri vardır: “İnsan her şeyin ölçüsüdür!”

## 3. Sokrates’in Adalet Anlayışı

İnsan fitratında adalet olduğunu savunan Sokrates adaleti “iyiyi kötüden ayırma bilgisi”<sup>61</sup> olarak tanımlamaktadır. Ona göre insanın içindeki adalet duygusu bize neyin doğru ve neyin yanlış olduğunu öğretir.

<sup>55</sup> Solmaz Zelyut Hünler, *Felsefe Ansiklopedisi*, C: I, (Adalet Maddesi) Ed.: A. Cevizci, Etik Y., İstanbul 2003, s. 29.

<sup>56</sup> Güriz, a.g.e., s. 144.

<sup>57</sup> Bryan Magee, *Felsefenin Öyküsü*, Dost Kitabevi, Ankara 2007, s.18.

<sup>58</sup> Güriz, a.g.e., s. 145.

<sup>59</sup> A.g.e., s. 145.

<sup>60</sup> A.g.e., s. 146.

<sup>61</sup> A.g.e., s. 148.

#### 4. Platon'un Adalet Anlayışı

Günümüzde adalet ile büyük ölçüde, hukuk fakültelerinin ve adliyelerin uğraş alanı anlaşılır. Hâlbuki adaletin hukuki olanın ötesinde ve öncesinde ahlaki ve dinî boyutları vardır.<sup>62</sup> Burada bir hakikat ortaya çıkıyor. Yukarıda girişte kısmen değindiğimiz üzere sekülerizasyon bu ilahi ve ahlaki cepheleri örtüp adaleti bireyselliğe iten bir süreç olarak pozitif hukuk ile sabitlenmesini beraberinde getirmiştir. Artık zihinlerde "adalet sorunu" sadece gelir dağılımı sorunu ve bir suç ve ceza sorunu olarak belirmektedir.<sup>63</sup> Böylece adalet terazisinin doğru tarttığına neye göre tespit edileceği sorunu göz ardı edilmektedir ve pozitif hukukla donuklaştırılmaktadır. Bir kere daha vurgulamak gerekir ki her şeyden önce adalet ahlaki ve dinî bir erdemdir. Bundan sonradır ki felsefenin dört kardinal erdemden [*sôphrosunê*, *andreina*, *sophia*, *dikaïosunê*] biri olarak gösterdiği adaletten bahsedilebilir.

Platon aşkın bir adalet anlayışının savunucusudur. Yukarıda bahsettiğimiz üzere bu tanımada adalet ikili evren çelişkisi içinde doğar. Platon'un adalet anlayışı bu çelişkiden hareket eder. Bir yanda yaşadığımız somut, maddi yerleşik duyular evreni; diğer yanda bir ölçü modeli olarak soyut, aşkın, ideler evreni vardır. İdeler evreni ölümden sonra ulaşılan mutluluğun, erdem, adaletin geçerli olduğu evrendir. İşte insanın üstünde aşkın, soyut hakikatler vardır. Adalet bunlardan bir tanesidir. Adalet, *düzenleyici* [regülatif] bir ide olarak, olması gereken bir biçimdir. İnsanlar bu idenin peşinde koşmakta, bu dünyada onun saltlığına ulaşamamaktadırlar. Biçimsel bir ide olması, içeriğin açıklanmamasına yol açmıştır. Bunun anlamı muhakeme sürecinin açık tutulmasıdır. Adalet mutlak bir "iyi" olarak kabullenilmiş, içeriğinin oluşturulması insana bırakılmıştır.

Her şeyden önce Platon'a göre erdemlerin en yücesi adalettir.<sup>64</sup> Hünler, Platon'un adale-

tini şöyle açıklar:<sup>65</sup> "Platon, ruh ile polis arasında yapısal bir denklik kurar. Üç kısımlı olan ruhun her bir kısmının kendine özgü bir işlevi vardır ve her bir işlevin yerine getirilmesi tikel bir erdeme [*aretê*] karşılık gelir. Bedensel iştahların, aklın kısıtı kabul etmesinde sergilenen erdem *sôphrosunê*, yani itidal erdemdir. Tehlikenin meydan okumasına aklın buyurduğu gibi karşılık verildiğinde *andreina*, cesaret erdemi sergilenir. Akıl matematik ve diyalektik araştırma ile adaletin kendisinin ne olduğunu, güzelliğin kendisinin ne olduğunu ve tüm diğer idealar veya formların; ama hepsinden öte de iyi ideasının neler olduğunu seçip ayıracılabilecek şekilde eğitildiğinde, *sophia*, bilgelik erdemi sergilenir. Fakat bu üç erdem, ancak, 'adalet' diye çevrilegelen bir erdem olan *dikaïosunê* sergilendiğinde sergilenebilir. Çünkü *dikaïosunê*, tam da ruhun her bir kısmına kendine has işlevini pay etme erdemidir. O hâlde Platon için adil bir yönetim, aynı zamanda cesur, mutedil ve bilgece olacaktır ve olmak zorundadır."<sup>66</sup>

#### 5. Aristo'nun Adalet Anlayışı

Somut realiteden hareket eden adalet tanımlarının en önemlisi Aristo'nun yaptığı adalet tanımıdır.<sup>67</sup> Aristo'nun *dağıtıcı* [tevzi edici]<sup>68</sup>, *denkleştirici* [tevzin edici]<sup>69</sup> adalet, hakkaniyet ayrımı bugün için de geçerliliğini sürdürmektedir. Aristo ile birlikte adalet mutlak bir ide olmaktan çok, toplum realitesi içindeki ilişkilerden doğan bir kavram hâline dönüşmüştür.

<sup>62</sup> Hünler, a.g.e., s. 29.

<sup>63</sup> A.g.e., s. 29.

<sup>64</sup> Ernst von Aster, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev.: Orhan Münir Çağıl, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, İstanbul 1943, s. 134.

<sup>65</sup> Hünler, a.g.e., s. 30. Platon'un adalet anlayışındaki dört erdem ile aşağıda "İslam Düşüncesinde Adalet" başlıklı bölümde inceleyeceğimiz İslam düşünürlerinin insanda bulunduğunu kabul ettiği dört fazilet ile karşılaştırınız.

<sup>66</sup> Bu hususla ilgili olarak bkz.: Aster, a.g.e., s. 134. "*Dikaïosunê*" kelimesi ile ilgili olarak bkz.: Solmaz Zelyut Hünler, *Adaletin Muadili Nedir?, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojik Arşivi*, 9. Kitap, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2004, s. 68.

<sup>67</sup> Çobanoğlu, a.g.e., s. 56.

<sup>68</sup> Çağıl, a.g.e., s. 139.

<sup>69</sup> A.g.e., s. 139.

### a. Denkleştirici Adalet

Bu tür adalet, özellikle bireyler arası eşya ve hizmetlerin değiş tokuşunda uygulanır. Temelde edim ve karşı edimin, örneğin mal ve karşılığının salt ya da aritmetik denilebilecek bir eşitlik içinde değişimini içerir. Eşitliğin bu biçimde uygulanması bir anlamda “herkese eşit olanın verilmesi” formülünün uygulanması demektir. Buna göre söz konusu olan herkes, kendisini diğerlerinden ayırt eden herhangi bir özellik dikkate alınmadan aynı biçimde ele alınmalıdır. Genç ya da yaşlı, hasta ya da sağlıklı, zengin ya da yoksul, soylu ya da soysuz, beyaz ya da zenci olup olmadığına bakılmaksızın, bu konuda hiçbir ayırım yapılmaksızın herkesin eşit bir işleme tâbi tutulması, denkleştirici adaletin gereğidir.<sup>70</sup> Bu tür adalet gereğince, hiç kimse verdiğinden daha çok almamalı, bunun sonucu olarak daha üstün olmamalıdır. Aksi takdirde başkasına ait bir şeye sahip olmuş olur ve bu yüzden de bozulmuş olan dengeyi yeniden kurmak için o şeyin gerçek sahibine geri vermesi gerekir. Zarar verenin zararı karşılayacak ölçüde tazminat ödemesi<sup>71</sup>, suçla ceza arasında uygunluk bulunması hep bu tür adaletin gereğidir. Bu tür adalete Aristo aslında *rektifikatif* [düzeltici, tashih edici] adalet demektedir. Gerçekten de bozulan dengenin düzeltilmesi söz konusuydu. Ancak Saint Thomas d’Aquin’in değiş tokuş dengesinden esinlenerek kullandığı “*comutare*”, “*justicia commutativa*” [denkleştirici adalet] deyiminin tercih edilmesine yol açmıştır.

### b. Dağıtıcı Adalet

Denkleştirici adaletin düzenlediği konularda salt eşitlik, gerçek eşitlik olmayabilir. Tazminat konusunu ele alalım. Bir malın objektif pazar değerine bakarak tazminat miktarını saptamak adaletsiz olabilir; çünkü malın kaybindan dolayı mal sahibi malın piyasa değerinin çok üstünde başka zararlara maruz kalabilir veya mal eskidir, piyasa değeri yeni mal

olarak çok daha fazla olabilir. Piyasa değeri kadar tazminat ödemek her iki hâlde de adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Herkese eşit olanın verilmesi, herkesin eşit işleme tâbi tutulması, görüldüğü gibi bazı durumlarda eşitliği ortadan kaldırmaktadır ve adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır. Zengin-fakir ayrımı gözetmeksizin herkesten aynı oranda vergi alınması adaletsizliğin ta kendisidir. İnsanlara yetenek ve topluma katkıları oranında dünya nimetlerinden yararlanacakları bir hukuk düzeni sağlanmalıdır. Eşitlik böylelikle değer ve yetenek faktörünün devreye girmesiyle bir anlam ifade eder.

Yetenek ve topluma katkı oranında eşit muameleye tâbi tutulmanın adı dağıtıcı adaletti [*justitia distributiva*]. Suç ile ceza arasındaki denkleştirmede çeşitli faktörler ele alınarak ceza verilmelidir. Kusur, taammüd, taksir, tekerrür cezanın takdirinde belirleyici önemli faktörlerdir. Örnek olarak; 5237 sayılı TCK madde 61: Hâkim, somut olayda; **a)** Suçun işleniş biçimini, **b)** Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, **c)** Suçun işlendiği zaman ve yeri, **d)** Suçun konusunun önem ve değerini, **e)** Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, **f)** Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, **g)** Failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.<sup>72</sup>

### c. Hakkaniyet

*Nasfet*, *nesafet*, *equity* gibi kelimelerle ifade edilir.<sup>73</sup> Denkleştirici ve dağıtıcı adaletin eksiliklerini tamamlamaktadır. Gerek dağıtıcı, gerek denkleştirici adalette olay ve kişilerin genel, dış görünüşleri içinde eşitliğin uygulanması söz konusudur. Oysa adalet insanların bireysel özellikleri ve farklılıklarının göz önünde tutulmasını gerektirir. Hakkaniyet, işte bu somut özellikler ve spesifik olaylar göz önünde tutularak adaletin uygulandığı eşitlik durumudur. Belli bir somut durumda, olay

<sup>70</sup> Aral, a.g.m.

<sup>71</sup> Bu husus külli bir kaide olarak Mecelle’de şu şekilde yer almıştır: “Madde 20- Zarar izale olunur.” Bkz.: Abdullah Demir, *Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle*, Katre Y., İstanbul 2008.

<sup>72</sup> Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, *Gereğelli Ceza Kanunları*, Ankara 2009, s. 86.

<sup>73</sup> Abdullah Dinçkol, *Hakimın Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, 9. Kitap, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2004, s. 180.

kendi koşulları içinde ele alınacak ve yargılama buna göre yapılacaktır. Örneğin yargıç ceza verirken denkleştirici adalet gereği yasadaki cezayı verecektir; ancak dağıtıcı adalet gereği kusur, taksir, kast, olası kast, fikri içtima, mürekkep suç gibi durumlara göre cezanın alt veya üst sınırını saptayacaktır. Yargıç bununla da yetinmeyecek, suçlunun özel durumuna bakacaktır. Örneğin 5237 sayılı TCK madde 145 şöyledir: “Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulur, ceza vermektense vazgeçilebilir.”<sup>74</sup>

Bazı sofistler de kanunların uygulanmasında nesafet ilkesinin göz önünde tutulmasını ileri sürmüştür. Nesafet ilkesinin kanunların uygulanmasında, yorumlanmasında ve hukuk uygulamasının doğurduğu katılıkların önlenmesinde, ne kadar önemli bir rol oynadığı izahı gerektirmeyecek kadar açıktır.<sup>75</sup> Hukuk, hakkaniyetin gereğini doğrudan doğruya yerine getiremez; bunu ancak, *hâkimin somut olaylardaki uygulamaları* gerçekleştirebilir. Her bir olay ve bireyin özelliklerine göre yasa çıkarmanın ya da kural koymanın olanağı olmadığı gibi, bu yolla herhangi bir düzen kurulamaz. Bunun için, söz konusu özelliklerin dikkate alınmasına ancak uygulama bakımından ve uygulamada olanak bulunabilir ve yine bunun içindir ki *adaletsiz sözü*, hakkaniyete aykırı yargılara zorlayan yasalardan çok, bu yasalara rağmen *hakkaniyetli bir karar vermesini bilmeyen hâkimlere* yöneltilir. Gerçekten, yazılı kurallara boyun eğmekten, insanlar için ne önem taşıdıklarına bakmadan onların sözcüklerini aynen uygulamaktan başka kaygısı olmayan hâkimler, hukukun olayların özellik ve ayrılıklarına ve böylece de yaşama uyacak bir biçimde işlev görmesine engel olurlar. Bu ise, adalet işlerini yaşam ve insana düşmanca duygusuzlaşmak, canlılığını yitirmek ve bürokrasiye düşmek tehlikesi ile karşı karşıya bırakır. Şunu da belirtmek gerekir ki; cezalandırmak ya da kayırmak gerektiğinde, insanlara insanca bakmalıdır. Hukukun kesin bir biçimde uygulanması, en büyük haksızlıklara yol açar; çünkü hukuk insanlar için

vardır, insanlar hukuk için değil. Limandaki gemi güven içindedir; fakat gemiler limanlar için yapılmamışlardır. (John A. Shedd)<sup>76</sup>

Ancak, unutulmamalıdır ki, hukukun hakkaniyet önünde eğilmesi, katı hukukun yumuşatılması, bir sınırlamaya muhtaçtır; zira tam bir hakkaniyet adaletsizliğe götürür. Bir örnekle açıklayacak olursak; hırsızlık olan bir eylem hırsızlık suçunun cezasıyla cezalandırılmalıdır. Bu eylemi Ahmet ya da Veli'nin işlemiş olması cezanın verilir verilmemesinde ya da az verilir çok verilmesinde etkili olmamalıdır. Suç konusu eylemin özel koşulları ve onu gerçekleştirmenin özel durumu (meşru müdafaa, ıztırar hâli, haksız tahrik vb.) dikkate alınmalıdır. Thomas More'un *Ütopya* adlı eserinden şu alıntıyı yapmak bu bahsi özetleyecek en güzel ifadeler olsa gerek: “Şu ilkeyi hatırlayınız; var olan hukukun hiçbir koşula bağlanmadan aynen uygulanması büyük haksızlıklara yol açar, yasa yapıcının akli o kadar yanılmaz mıdır ki, yasaya karşı gelen kılıcı hak etsin...”<sup>77</sup>

#### d. Sosyal Adalet

Bu kavram Aristo tarafından oluşturulmuş değildir; bu kavramın Aristo'nun adalet anlayışı içinde incelenmesinin sebebi, adalet kavramının modern çağlarda yeni bir görünüm altında hukuk düzenlerine yansımaları Aristo'nun dağıtıcı ve denkleştirici adalet tanımına (klasik tanıma) eklemeler yapmış olmasıdır. Son üç yüz yılda sosyal, ekonomik, teknik olgulardaki hızlı değişim adalet düşüncesine yeni boyutlar getirmiştir. Tabii hukuk nazariyesi aracılığıyla Aydınlanma Çağındaki “akit serbestisi” ilkesi meşrulaştırılmıştır. Buna göre herkes, insanlar arası ilişkilerdeki tüm sorunlarını “bir akit” çerçevesi içinde çözümlenecektir. Sözleşmenin hükümlerine uymak “adaletin” temel ilkelerinden biri olan “ahde vefa” [*pacta sunt servanda*] ilkesinde göre zorunluydu. Alım-satım, kira, iş ilişkilerinden kaynaklı sorunlardan devletin kurulmasına kadar bütün toplumsal sorunlar “sözleşmeler”le çözümleniyordu. Devlet, yani siyasal birlik “top-

<sup>74</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 172.

<sup>75</sup> Güriz, a.g.e., s. 147.

<sup>76</sup> Aral, a.g.m.

<sup>77</sup> Thomas More, *Ütopya*. Gün Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 31.



lum sözleşmesi” [*contrat social*]<sup>78</sup> ile kurulmuştu; özel hukuk ilişkilerinde akit serbestisi zaten birinci derece öneme sahip bir kurumdur. Özgürlük ve eşitlik tabii hukukun temel referanslarıydı. Herkes özgür ve eşit olduğuna göre yapılacak hiçbir sözleşmenin özgür ve eşit olmadığı düşünülemezdi. Böylelikle dünya cenneti kurulmuş, alabildiğine mutlu, eşit ve özgür insanlar toplumu yaratılmıştı. Bu teorik çerçeve, gelişen ve değişen sosyal realite karşısında yetersiz kalmıştır. Avrupa’da Ticaret Devrimi (özellikle okyanuslarda hâkimiyet sağlama), daha sonra Sanayi Devrimi, buharlı makinelerin keşfiyle gelişen sanayi, *çalışanlar kitlesi olgusunu* doğurdu. Fabrikalarda çalışabilmek isteyen halk yığınları köylerden kentlere bir göç dalgası başlattı. İşçi çok ve fakat işin az olması nedeniyle açlık ve sefalet başladı. Boğaz tokluğuna saatlerce çalışma, işsizlik ve sefalet 18 ve 19. yüzyıl Avrupa toplum yaşamının genel karakteristiği olmuştu. Bu sosyal olgudan hareket edip, durumdan yararlanmak isteyen sanayiciler “akit serbestisi” ilkesine sığınıyorlardı. İşveren sermaye sahipleri ile işçiler teorik olarak özgür ve eşitti; o hâlde işçiler karın tokluğuna çalıştırılabilirdi. Oysa durum gayet açıktı: Çalışan, fiilen ne özgür ne de eşitti; çünkü sermayesi yoktu ve güçsüzdü. Ölmek, *aç kalmamak için mecburen özgür sözleşmeye, özgürce(!) imza atıyordu.*<sup>79</sup>

Durumun aksaklığını gören tabii hukuk kökenli düşünürler “sosyal adalet” fikrini ortaya attılar. Bu reaksiyon karşısında adalet anlayışı yeniden gözden geçirildi. İnsanlar dağıtıcı adalet gereği topluma katkıları oranında dünya nimetlerinden haklarını almaktaydı; ama açlık sorunuyla uğraşan, eğitim olanaklarından yararlanamayan kişinin topluma katkısı her zaman için kısır kalacaktır.<sup>80</sup> O hâlde devlet duruma müdahale ederek güçsüzü güçlendirmeliydi. Temelde tabii hukukun dağıtıcıdenkleştirici adalet, hakkaniyet ilkeleri muhafaza edilmeliydi; ancak bunlardan tam anla-

mıyla yararlanılabilmeleri için çalışanlara gerçek eşitlik ortamı hazırlanmalıydı. Başka bir anlatımla “akit serbestisi” anlayışı içinde ve çalışan masaya oturduğunda her iki grup arasında güç dengesi bulunmalı akitte gerçek bir eşitlik sağlanmalıydı. Ancak böylelikle sosyal reaksiyonun önüne geçmek mümkün olabilirdi. Sosyal adalet; asgari ücretin saptanması, çalışma saatlerinin azaltılması, ücretli izin, sağlık ve emeklilik sigortası hakkı, grev, toplu sözleşme gibi konuları içermektedir. Bu anlayışladır ki, kitlelerin hareketleri engellenebilmiş, kaba kuvvet karşısında sağduyu ve adalet egemen olmuş, toplumda “ortaklaşa iyilik” gerçekleştirilmiştir.

## 6. Cicero’nun Adalet Anlayışı

Antik Yunan felsefesinin önemli akımlarından Stoa’nın adalet anlayışı da yerleşiktir. Evreni yüce bir güç, tümel [külli] bir akıl yönetir: Logos [evrensel akıl]; nesnelere ve biz onunla iç içe yaşamaktayız. Logos’un kuralları adaleti yansıtır. Panteist [tanrı-evren iç içeliği] Tanrı anlayışına bağlı olan Stoa adaleti, iyi ve ahlaklı davranmayı öğütler.

Stoacı felsefenin Roma’daki temsilcisi Cicero’ya göre, şerefli olan ve erdeme götüren her şey tabiata uygun; erdemsiz ve şerefsiz olan her şeyse tabiata aykırıdır. Adil olanla adil olmayan buna göre belirlenir.<sup>81</sup> Yine Cicero’nun adalet hakkındaki şu görüşleri entere-sandır:<sup>82</sup> “Eğer adalete uygunluk toplumda yürürlükte bulunan kanunlara yahut örfelere veya fayda esasına uygunluk olarak anlaşılırsa herkes şu veya bu nedene dayanarak adaleti ihlal etme imkânını arayacaktır. Oysa adalet, iyi kanunlarla fena kanunları, iyi örfelerle fena örfeleri birbirinden ayırmak hususunda en doğru ve şaşmaz ölçüdür.”

## 7. Augustin’in Adalet Anlayışı

Augustin hem Hıristiyanlık etkisinde hem de Platon etkisinde kalan tabii hukukçuların başında gelir. Ona göre devlet, “dünya devle-

<sup>78</sup> Toplum sözleşmesi kuramına aşağıdaki bölümlerde toplum sözleşmecisi tabii hukukçuların adalet anlayışı incelenirken değinilecektir.

<sup>79</sup> Öktem-Türkbağ, a.g.e., s. 71-72.

<sup>80</sup> Burada “faydacı” bir yaklaşımın öngörüldüğü söylenebilir. Aşağıdaki bölümlerde faydacı hukuk nazariyesinin adalet anlayışı incelenecektir.

<sup>81</sup> Güriz, a.g.e., s. 163.

<sup>82</sup> A.g.e., s. 164.

ti” ve “tanrı devleti” olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>83</sup> Asıl adaletin tanrının iradesine ait olduğuna ve bu yüzden mutlak adaletin ancak tanrısal devlette mümkün olabileceğine inanmaktadır. Dolayısıyla dünya devleti tanımına adaleti gerçekleştirme unsurunu sokmamıştır. Fakat yine de şu soruyu sormaktan kendini alamamıştır: “Adaleti bir yana bıraktığımız zaman, devlet ile soygun çetesi arasında bir fark kalır mı?”<sup>84</sup>

## 8. Thomas Aquinas’ın Adalet Anlayışı

Aquinas Hıristiyanlık ile Aristo’nun görüşlerini buluşturan bir tabii hukukçudur. Ona göre devlet tabii bir kurumdur ve insanın ihtiyaçlarına cevap vermek için vardır. Sosyal hayatı adalete uygun olarak düzenlemelidir. Böylelikle kanunlarla adaletin farklı şeyler olduğunu dolaylı da olsa ifade etmektedir ve siyasi iktidarın adalete uyması gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>85</sup>

## 9. Ulpianus’un Adalet Anlayışı

Ulpianus’a göre adalet şöyle tanımlanabilir: Onurlu yaşamak [*Honeste Vivere*], başkalarına zarar vermemek [*Alterum non ledere*], herkese kendine ait olanı vermek [*Suum cuique tribuere*].<sup>86</sup>

## 10. Hugo Grotius’un Adalet Anlayışı

H. Grotius’e göre adalet: Hakka saygı, kurlu kimsenin zararı ödemesi, başkasına ait olanın verilmesi, her insana hak ettiği cezanın verilmesi, ahde vefa ilkesi [*pacta sunt servanda*].<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Magee, a.g.e., s. 52.

<sup>84</sup> Güriz, a.g.e., s. 167.

<sup>85</sup> William Ebenstein, **Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri**, Çev.: İsmet Özel, Şûle Y., İstanbul 2009, s. 125.

<sup>86</sup> Adnan Güriz, “**Adalet Kavramının Belirsizliği**”, **Adalet Kavramı** içinde, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 8.

<sup>87</sup> A.g.m.

## 11. Thomas Hobbes’un Adalet Anlayışı

Hobbes aslında bir iradeci düşünürdür. Bu itibarla pozitivizme yaklaşmış olsa da diğer tabii hukukçular gibi toplum sözleşmesi kuramı geliştirmiştir. Bu bakımdan tabii hukuk başlığı altında incelemek daha uygun olacaktır.

Ona göre, adalet, tabii hukuk kapsamında değerlendirilebilir. Tabii hukukun içeriğini belirlemek ve bunları pozitif hukuk olarak varetmek devletin elindedir.<sup>88</sup> Buradan hareketle diyebiliriz ki neyin adil olup olmadığına karar verecek olan tek varlık [Leviathan]<sup>89</sup> devlettir.

## 12. John Locke’un Adalet Anlayışı

Locke, toplum sözleşmeci tabii hukukçulardandır. Ona göre insanlar tabiat durumunda, tabii hukuka göre tam bir hürriyet içinde yaşamaktaydı. Fakat bazı insanlar diğerlerinin “hayat, hürriyet ve malına” saldırma eğilimi göstermişlerdir. Bu sebeple bu cürümleri işleyenlerin cezalandırılmasını sağlayacak bir organizasyona ihtiyaç olmuştur. İşte devlet böyle ortaya çıkmıştır.

Devletin adil olabilmesi için, ölüm cezası ve daha az şiddetli cezaları kapsayan kanunlar çıkarması, mülkiyeti koruması, kanunların uygulanmasını sağlamak için kamu kuvvetini kullanması ve en önemlisi bunların hepsini genel iyilik için yapması gerekmektedir.<sup>90</sup>

## 13. Jean Jacques Rousseau’nun Adalet Anlayışı

Rousseau da toplum sözleşmeci tabii hukukçulardandır. Rousseau *Toplum Sözleşmesi* adlı eserinde adaletin kaynağının tanrı olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte insanların adalet kavramı hakkında konuşmaya baş-

<sup>88</sup> Güriz, a.g.e., s. 181.

<sup>89</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Thomas Hobbes, **Leviathan**, (Çev.: Semih Lim), İstanbul 2012.

<sup>90</sup> Güriz, a.g.e., 187.

ladıkları anda akıldan çıkan evrensel bir adalet fikrinin belirlediğini ifade eder. Ona göre insanlık tanrısal düzeyde bir adalet anlayışına sahip olsaydı zaten kanunlara ve diğer kaidelere ihtiyaç kalmazdı. İşte insan tasavvurunda beliren bu adalet anlayışının temel niteliklerinden biri "karşılıklılık ilkesi"dir.<sup>91</sup>

Rousseau yukarıdaki tespitleri yaptıktan sonra önemli bir başka hususa dikkat çeker. Yaptırımsız adalet ilkeleri iynin zararına ve kötünün yararına işleyebilir. Bu nedenle adaleti gerçekleştirmek için sözleşmeler ve kanunlar yapmak gerekmektedir.<sup>92</sup>

## HUKUKSAL POZİTİVİZM NAZARİYESİNDE ADALET

### 1. Genel Olarak

Bu akıma göre hukuk şöyle tanımlanmaktadır: "Belli uzay-zaman koşullarında uygulamacılar ve mahkemeler tarafından etkili olarak uygulanan kuralların bütünüdür." Bu kuralların yararlı veya yararsız, iyi veya kötü olarak değerlendirilmesi önem taşımaz. Önemli olan etkinliktir. Hukuk, anayasaca tanınan devlet gücüne dayanır. Anayasa tarihsel bir olgudur ve yasallığında herhangi bir felsefi temel yoktur. Hukuksal pozitivizmin ana ilkelerinden biri bağımsız bir hukuk biliminin kurulmasının gerekliliğidir. Bunun için ahlak ve doğal hukuktan ayrılmak zorunludur; çünkü bilimlerdeki saltlık, soyut ve değişken kavramlar olan ahlak ve *adalet* kurallarında yoktur. *Adalet* kavramı görelidir, uzay-zaman koşullarına göre değişir. Her yasamanın, her yargıcın kendi anlayışına göre bir adaletten söz edebiliriz. Adalet anlayışı halktan halka değiştiği gibi aynı sosyal topluluk içinde değişik görünümde ortaya çıkabilir.<sup>93</sup>

Bu felsefi yaklaşımda, adalet ile ilgili olan değerlendirmeler, pozitif hukuk düzeni ile sınırlı kalmıştır. Pozitif hukuk düzenini oluşturan kuralların haklılığı veya haksızlığı üzerinde durulmuştur.<sup>94</sup>

Hukuki pozitivizm, adaletin tanımlanması güç bir kavram olduğundan hareket eder. Bu yüzden kimi düşünürleri kavrama çok az başvururken kimileri de hiç başvurmamayı tercih ederler. Çünkü onlar için matematiksel kesinlik taşıyan bir hukuk gereklidir. Yine de tarihsel gelişim süreci içinde pozitivist açıdan adaletin gereği olarak kabul edilen ilkeler şunlardır:<sup>95</sup>

a) Toplumda hukuk kurallarının düzenli biçimde uygulanması ve minimum bir etkinliğe sahip olması zorunludur.

b) Benzer durumların benzer muameleye tâbi olması ve böylece hukuk uygulamasında kararlılığın ve birliğin sağlanması lüzumludur.

c) Adam öldürme, hırsızlık yapma, şiddet kullanılması gibi fiillerin hukuk düzenince reddedilmesi gereklidir.

### 2. Leon Duguit'in Adalet Kavramına Yaklaşımı

Sosyolojik pozitivizmin temsilcisi olan Leon Duguit'in adalet konusunda serrettiği görüşler ilginçtir. Duguit, adaleti bir kavram olarak değil, bir duygu olarak ele alır. Duguit, sosyal dayanışma olgusunun dikkate alınması gereken temel bir olgu olması yanında, bu gerçekliğe, adalet duygusu [*sentiment de justice*] kavramının da ilave edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Onun adalet duygusu olarak isimlendirdiği şey metafizik bir olgu değildir. Ona göre adalet duygusu, bir grup ya da topluluk hâlinde yaşayan bireylerin, belirli bir dönemde açık bir şekilde, haklı olmak ve haksız olmak ayrımı üzerinde besledikleri duygudur. Bu bağlamda adalet kişiden kişiye ve mekândan mekâna değişen bir olgudur. Değişmeyen şey ise adalet duygusunun insan doğasının kalıcı bir unsuru olarak anlam kazanmış olduğudur. Adalet duygusu, bütün devirlerde ve uygarlı-

<sup>91</sup> Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, (Çev.: Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Y., İstanbul 2006, s. 34.

<sup>92</sup> A.g.e., s. 34.

<sup>93</sup> Öktem-Türkbağ, a.g.e., s. 382-384

<sup>94</sup> Adnan Güriz, *Adalet Kavramı Üzerine, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, S: 9, İstanbul Barosu Y., Şubat 2004.

<sup>95</sup> Güriz, a.g.e., s. 70.

ğin bütün aşamalarında, bütün bilginlerinde olduğu gibi bütün cahillerde ve tüm insanlığın bilincinde var olan duygudur. Bu duygu, aynı zamanda, her toplumda ve belirli bir zamanda genel bir adalet anlayışı olarak da varlığını hissettirir. Bu genel adalet anlayışının ortaya koyduğu birtakım kurallar vardır ki, bunlara karşı çıkılması, topluluğun bütünü tarafından *adaletsizlik* olarak algılanır.<sup>96</sup> Hirş, Duguit'ten şunları nakleder:<sup>97</sup> "Hukuku öğreten şey bir inançtır yani, muayyen bir devirde ve muayyen bir memlekette insan kütlelerine derin bir surette nüfuz ederek falan kaidelerin amir mahiyette olduğunu ve falan külfetin ifası gerektiğini ispat eden bir inanç." Bu ifadeleriyle Duguit, hukuku yaratanın egemenin iradesi olmadığını, bu kaideleri hukuk olarak tanıyan insan kütlelerinin inancı olduğunu savunmaktadır. İşte bu inançtır ki adaletin sağlanması için olmazsa olmazdır.

### 3. Hans Kelsen'in Adalet Kavramına Yaklaşımı

Normativist Pozitivizmin temsilcisi olan Kelsen'e göre pozitif hukukun kapsamı objektif olarak belirlenebilmektedir ve her toplumda hukuk normlarına tekabül eden sosyal bir gerçeklik mevcuttur; ancak hukuk normlarına tekabül eden adalet normlarının var olduğu söylenemez. Böylelikle Kelsen, "saf hukuk teorisini"<sup>98</sup> temellendirmek ister. Buradaki amaç, hukuk bilimini gerçek bir bilim düzeyine yükseltmek, bütün bilimlerin temeli olan objektiflik ve kesinliğe kavuşturmadır.<sup>99</sup> Bu saflığın sağlanmasında ise en önemli araçlardan bir tanesi metoda yabancı öğelerin atılmasıdır; yani ahlaki ve politik olanın hukukun kapısında bırakılmasıdır.<sup>100</sup> Adalet subjektif bir değere sahiptir. Kelsen'e göre bir ülkede halkın büyük bir bölümünün adalet ideali aynı ol-

sa bile, objektif bir adalet idesinin varlığından söz edilemez. Kelsen, ilkel bir insanın adalet anlayışı ile uygar bir kişinin adalet görüşünün birbirinden farklı olacağını da ifade eder. İşte subjektif bir değere sahip olan adaletin "hukuk bilimi" ile veya "saf hukuk" ile bir ilgisinin olamaması gerekir. Bu sebeple adaletin inceleme ve tartışma dışı bırakılması gerekir. Kısacası adaletle ilgili yargılar hukuki yargıların tersine ahlaki ve siyasi içeriklidirler ve objektif bir değerlendirmenin konusu olamazlar.<sup>101</sup>

### 4. Austin'in Adalet Kavramına Yaklaşımı

Austin, analitik pozitivizmin temsilcisidir.<sup>102</sup> Onun hukuk sistemi kurgusunda pozitif hukuk ile adalet idesi arasında herhangi bir ilişki yoktur. Başka bir deyişle, Austin hukukun adaleti gerçekleştirmek gibi bir amaç gütmeye kanısındadır. Ona göre, hukuk bilimi pozitif kanunlarla ilgilidir ve bu yüzden kanunların iyiliği veya kötülüğü sorunu hukuk biliminin alanı dışındadır. Hukukun sadece üstün iktidardan kaynaklanması yeterlidir.

### FAYDACI HUKUK NAZARİYESİNDE ADALET

Tabii hukuk nazariyesinin mevzii kaybettiği 19. yüzyılda özellikle Anglosakson memleketlerde<sup>103</sup> yükselmeye başlayan bir nazariyedir.<sup>104</sup> Bu nazariye, devleti ve hukuku adaletle ilişkilendirmek yerine "bireylerin yararı" ile ilişkilendirmektedir. Bunun altında yatan temel ahlaki anlayış şudur: "İnsan, doğası gereği haz veren şeyleri ister ve acıdan kaçınır."<sup>105</sup>

Antik Yunan'ın yararçı düşünürlerinden Epikür'e göre, hukuk ve adaletin esası "ortak çıkar"dır.<sup>106</sup>

<sup>96</sup> A.g.e., s. 294; B. Güneş Türközer, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, Ankara 2006, s. 187-190.

<sup>97</sup> Ernst Hirş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara 1949, s. 253.

<sup>98</sup> Vecdi Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978, s. 1.

<sup>99</sup> A.g.e., s. 1.

<sup>100</sup> A.g.e., s. 40.

<sup>101</sup> Güriz, a.g.e., s. 314-315.

<sup>102</sup> A.g.e., s. 290.

<sup>103</sup> A.g.e., s. 235.

<sup>104</sup> Öktem-Türkbağ, a.g.e., s. 315.

<sup>105</sup> A.g.e., s. 315.

<sup>106</sup> A.g.e., s. 318.

Jeremy Bentham'a göre, "hak hukukun çocuğudur; gerçek yasalardan gerçek haklar; hayali yasalar, yani doğal yasalardan hayali haklar doğar."<sup>107</sup> Buna göre devlet yasaları "ortak mutluluk" için yapar ve bireylerin hakları bu yasalardan doğar.

John Stuart Mill, öncüllerinin sadece yara-  
ra vurgu yapmasına rağmen "adalet duygusu"  
na yer vermiştir.<sup>108</sup> O da insanın hazları  
peşinde koşan yararcı bir varlık olduğunu ka-  
bul etmiştir; ancak buna ek olarak adalet  
duygusunun gelişmiş olduğunu da eklemiştir.  
Ona göre insanın adalet duygusu ve yararcılığı  
birbirinden ayrılmaz. Mill bu hususu özetle-  
yecek bir örnek verir: "Herkesin geliri oranın-  
da vergi vermesi sosyal fayda açısından ge-  
reklidir, aynı zamanda adalet duygusunun da  
bir gereğidir."<sup>109</sup>

Görüldüğü üzere faydacı hukuk nazariye-  
sinden hukuk felsefesi ve dolayısıyla adalet  
"pragmatist" bir temele oturmaktadır. Daha  
doğrusu adalet es geçilmektedir. Nitekim fay-  
dacılığa yöneltilen eleştirilerin en başında ada-  
let ilkelerinin çiğnendiği gelir ve örneğin "en  
çok mutluluk için bir azınlığın köleleştirilmesi-  
ni gerekli kılacak bir sistemin ortaya çıkabile-  
ceği" savunulmuştur.<sup>110</sup> İşte tam da bu nok-  
tada John Rawls'a değinmeden geçmek doğ-  
ru olmaz. Rawls, 1971 yılında *Theory of Justi-  
ce* [Adalet Kuramı] adlı eserini yayımlamıştır.  
Rawls bu kitabında faydacı nazariyeye ciddi  
eleştiriler yöneltir. Onun için adalet toplumsal  
yapının temelidir. Bu yüzden tüm siyasi ve  
hukuksal kararlar adaletin sınırlamaları içinde  
alınmalıdır.<sup>111</sup>

## İSLAM DÜŞÜNÇESİNDE ADALET

### 1. Genel Olarak

İslam düşünürlerince adalet öncelikle on-  
tolojik boyutuyla ele alınmıştır. Her varlığın

"ilk varlık"tan (Allah) bir varlık payı alması yani  
yaratılması ve belirli bir hiyerarşi içindeki yeri-  
ni almasıdır.<sup>112</sup> Buna varlık hiyerarşisi de de-  
nilmektedir.<sup>113</sup> Buna göre ontoloji basamakla-  
rının en üst basamağında bir tek ilah ve yara-  
tan olarak Kadir-i Mutlak Allah vardır.<sup>114</sup> Altta  
hiyerarşik basamakta ise yaratılmışlar mevcut-  
tur. Yaratılmışlar basamağında bir "primus in-  
ter pares" vardır: Eşref-i mahlûk olan insan.<sup>115</sup>  
Dikkat edilirse insanın yaratılmışların en şerefli-  
si olması ona ontolojik basamak atlatmamakta  
veya Allah ile yaratılmışlar arasında ara bir on-  
tolojik basamak sağlamamaktadır.<sup>116</sup> İnsan ya-  
ratılmış olduğunu asla unutmamalıdır. Bununla  
birlikte insana akıl ve irade emanet edilmiş-  
tir.<sup>117</sup> Böylece insana diğer yaratılmışlar üze-  
rinde [kâinat] sınırlı bir hâkimiyet verilmiştir. Bu  
yetkinin kaynağı Allah'tır ve O'nun "Rab" ola-  
rak çizdiği sınırlar dâhilinde kullanılması ge-  
rekmektedir.<sup>118</sup> Bu sınırlar ihlal edilirse "zulme-  
dilmiş" olur. Nitekim Allah'ın koyduğu denge  
[mizan]<sup>119</sup> bozulmak istenmiştir. Böyle bir on-  
tolojik okuma, kavramın epistemolojik dü-  
zeyde anlamsızlaşmasını engellemektedir. Ni-  
tekim adaletin varlığın özünde bulunduğu ve  
hatta Allah'ın sıfatlarından biri olduğunun [el-  
Adl] bilinmesi ile yapılacak bir okuma ile kav-  
ramın İslam'da neden tevhit akidesinden he-  
men sonra geldiğini anlamayı mümkün kılacak-  
tır. Tevhit, orijindir. Allah'ı ontolojik hiyerarşide  
en üstte tutmak, O'nun bir eşinin veya benze-  
rinin olmadığını ifade eder. İşte adalet bu  
"yakîn" bilgiden sonra devreye girer ve Allah  
ile insan, insan ile insan, insan ile tabiat ara-

<sup>112</sup> *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul  
1998, C: I, s. 342.

<sup>113</sup> Davutoğlu, a.g.m.

<sup>114</sup> Nahl Suresi 16/17: "Yaratan, hiç yaratmayan gibi mi-  
dir? Artık öğüt alıp düşünmez misiniz?"

<sup>115</sup> İsrâ Suresi 17/70: "Andolsun, biz Âdemoğlunu yü-  
celttik; onları karada ve denizde taşıdık, temiz güzel  
şeylerden rızıklandırdık çoğundan üstün kıldık."

<sup>116</sup> Davutoğlu, a.g.m.

<sup>117</sup> Ahzâb Suresi 33/72: "Gerçek şu ki, biz emanetleri  
göklere, yere ve dağlara sunduk da onlar bunu yük-  
lenmekten kaçındılar ve ondan korkuya kapıldılar;  
onu insan yükledi. Çünkü o, çok zalim, çok cahil-  
dir."

<sup>118</sup> Rahmân Suresi 55/8: "Sakin mizanda haksızlık ve  
taşkınlık yapmayın."

<sup>119</sup> Rahmân Suresi 55/7: "Gök ise, onu da yükseltti ve  
mizanı yerleştirip koydu."

<sup>107</sup> A.g.e., s. 319.

<sup>108</sup> A.g.e., s. 321.

<sup>109</sup> A.g.e., s. 321.

<sup>110</sup> Mehmet Feyzi Bilgin, "John Rawls'un Adalet Kuramı  
ve İslam Hukuku Işığında Değerlendirilmesi", *Divan*  
dergisi, 1996/2.

<sup>111</sup> A.g.m.

sındaki ilişkiler<sup>120</sup> ağını örür. Kısaca bunların hepsinin yerli yerine konulmasını deyimler.

## 2. İnsanın Allah İle Olan İlişkisinde Adalet

Aslında bu başlıkla ilgili hususlara yukarıda değinilmiştir. Fakat meselenin önemine binaen ayrı bir başlıkta incelenmesi elzemdir.

İnsanın Allah ile olan ilişkisi yaratılan ve yaratan ilişkisidir. Allah bir tek ilah (hâkimiyet sahibi) ve Rab'dır (kural koyucu otorite).<sup>121</sup> Allah'tan başka "mutlak hâkimiyet sahibi" yani Kadir-i Mutlak aramak ve olduğunu söylemek bir zulümdür.<sup>122</sup> Allah'tan başka mutlaklaştırılan her şey insanın Allah ile olan ilişkisindeki "denge/itidal/adalet" bozulmuş demektir.

Aynı şekilde Allah'ın kural koyucu otorite olmadığını veya koyduğu kuralların aşılabileceğini söylemek de zulümdür.<sup>123</sup> Şûrâ Suresinin 15-22 ayetlerinde Allah dosdoğru bir yolu (hukuku/şeriati) ve adaleti emrettiğini, insanların hevalarıyla bu kuralları aşmamaları gerektiğini, gerek hevalarıyla bu kuralları aşanların gerekse de bu kurallara uyanların Rabbi olduğunu, Kitabı ve mizanı indirdiğini, bazılarının O'nun izin vermediği şeyleri bir şeriat kıldıklarını ve bunların zalimler olduklarını vahyetmiştir. Dikkat edilirse bu ayetler Allah'ın insanların uymaları gereken kurallar koyduğu ile ilgilidir ve ayetlerde sıkça "Rab" kavramı kullanılmıştır. Ayrıca bu konuda Allah'ın sınırlarının dışına çıkanlar da "zalim" olarak vasıflandırılmıştır.

## 3. İnsanın Kendi Özünde Bulunan Adalet

Burada bahsedeceğimiz husus insanın hem maddi yönündeki [vücut] hem de ahlâki mahiyetindeki adalettir/dengedir.

<sup>120</sup> Balci, a.g.m.

<sup>121</sup> İlah ve Rab kavramlarıyla ilgili olarak bkz.: Seyyid Ebu'l-A'la el-Mevdûdî, *Kur'an'ın Dört Temel Terimi*, Çev.: Mahmut Osmanoğlu, Özgün Y., İstanbul 2001.

<sup>122</sup> Kasas Suresi 28/70: "O, Allah'tır, kendisinden başka ilah yoktur. İkte de, sonda da hamd O'nundur. Hüküm de O'nundur ve O'na döndürüleceksiniz."

<sup>123</sup> Bkz.: Şûrâ Suresi 42/15-22.

Fârâbî, *el-Medînetü'l-Fâzıla* adlı eserinde insanın bio-psişik yapısında adaletin bulunduğunu kaydetmiştir.<sup>124</sup> Buna göre kalbin hizmetinde olan beyin, onun ısısını dengede [itidal] tutarak öğrenme ve hatırlama [hıfz, zıkr], tahayyül ve düşünme [fıkr, reviyeye] gibi psikolojik işlevlerin dengeli işlemesi demek olan adalet gerçekleşmektedir. Böyle bir dengenin sonucunda insana yakışır dengeli fiiller ortaya çıkar. Fârâbî'nin bu okuması aynı zamanda ontolojik bir okumadır.

Yukarıda bahsedilen insanın maddi yapısındaki adalet yani denge, amellerinin dengeli yani adil olabilmesini sağlayacaktır. Bu noktada yukarıda Platon'un adalet anlayışı bahsindeki "üç fazileti" ve bu faziletleri gerçekleştirmekle adalet faziletine ulaşabileceğinin hatırlanması gerekmektedir.<sup>125</sup> İşte Platon'dan beri devam eden bu ahlâki anlayış bazı değişikliklerle İslam düşünürlerince de benimsenmiştir.<sup>126</sup> Buna göre, insanda temel olarak şu üç kuvvet vardır: "Bilgi gücü" [*el-kuvvetü'n-nâtıka*], "öfke gücü" [*el-kuvvetü'l-gadariyye*], "şehvet gücü" [*el-kuvvetü's-şehvânîyye*]. Bu üç kuvvetten sırasıyla "hikmet", "şecaat" ve "iffet" faziletleri doğar. Adalet ise bu üç faziletin gerçekleşmesi ile kazanılan ve hepsini içine alan dördüncü temel fazilettir.<sup>127</sup>

## 4. İnsanlar Arası Münasebetlerde Adalet

İnsan beşerî bir varlıktır. Bu özellik insanın belli bir denge/itidal/adalet ile hareket etmesi gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Bu sebeple Allah, Kur'an-ı Kerim'de insanın insanla olan ilişkisinin sağlıklı olması gerektiğini ve bunun için de adaletin önemli olduğunu vahyetmiştir. Kur'an'da insanlar arası münasebette hem insan tekinin kendisinin diğer in-

<sup>124</sup> *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, C:1, s. 342.

<sup>125</sup> Bkz.: Yukarıda "Platon'un Adalet Anlayışı" başlığı.

<sup>126</sup> *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, C: I, s. 342.

<sup>127</sup> İbn Sînâ, İbn Miskeveyh ve Gazzâlî bu şekilde düşünen İslam düşünürlerindedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, C: I, s. 342.

sanlarda olan ilişkisinde adil olması gerekliliği hem de iktidar sahiplerinin diğer insanlar üzerindeki hüküm vermesinde (hükmetme, yargılama) adil davranması gerekliliği ön plâna çıkmaktadır. İşte bu bölümde Kur'an'dan bazı örneklerle insanın insanla ilişkisindeki (daha çok hukuk/şeriat alanındaki) adaleti izah etmeye çalışacağız.

Kur'an'da hükmün adaletli verilmesi konusunda çokça ayet vardır ve bu ayetler çok çarpıcı bir şekilde bazı tabloları önümüze sermektedir. Bunlardan bir tanesi Sâd Suresinde anlatılan Hz. Davud ile ilgili kıssadır. Allah, Hz. Davud'a güç (iktidar) ve hikmet vermiştir. Bir gün Hz. Davud'un huzuruna iki kişi gelir ve adalet talep ederler. Bu iki kişinin arasındaki uyuşmazlık birinin doksan dokuz koyunu olmasına rağmen diğerindeki tek bir koyunu da istemesi ve tek bir koyun sahibinin buna itiraz etmesidir. Ayetlerden anlaşıldığı kadarıyla olayı sadece tek koyun sahibi olan kişi anlatmakta ve doksan dokuz koyunu olana söz hakkı verilmeden Hz. Davud tek koyunu olan lehine hüküm vermektedir. Davacının anlattığına göre apaçık bir zulüm söz konusudur; fakat davalının delili dinlenmemiştir.<sup>128</sup> Taraflar gittikten sonra Hz. Davud hatasının farkına varmıştır. Bunun üzerine Hz. Davud, Allah'a tövbe etmiştir.<sup>129</sup> Dikkat edilirse burada güç (iktidar) sahibi olan ve hüküm verme makamında bulunan Hz. Davud'un Allah ile olan ilişkisi adalet üzerinedir. Bir tek Rab ve İlah olarak Allah'ı gören Hz. Davud ne kadar iktidar sahibi olursa olsun hatasını (zulmünü) anladığı anda Allah'a secde ederek tövbe etmiştir ve Allah ile olan ilişkisini adalet/denge üzere tutabilmiştir. Hz. Davud, bunun aksini yapsaydı, yani iktidarını mutlaklaştırarak Allah ile olan ilişkisindeki adaleti/dengeyi bozsaydı, iki kişi arasındaki hükümde de adaletli hüküm vermediğini anlayamayacaktı.<sup>130</sup> Tam da bu

noktada belirtmek gerekir ki mutlak adalet sahibi olan Allah, Âl-i İmrân Suresi 21. ayette şöyle buyurmaktadır: “Allah'ın ayetlerine küfredenler, peygamberleri haksız yere öldürenler ve insanlardan adaleti emredenleri öldürenler; işte onlara acıklı bir azabı müjdele.” Ayette açıkça görüldüğü üzere Allah adaletle hükmedenlerin öldürülmesini, kendi ayetlerinin üzerinin örtülmesi ve peygamberlerin haksız yere öldürülmesi ile eş bir cürüm olarak tutmaktadır. Bu husus da toplumda insanlar arasında adaletle hükmeden şahsiyetlerin bulunmasının önemine vurgu yapması açısından mühimdir.

Kur'an'da önemle üzerinde durulan diğer bir husus, bir topluma duyulan kinin müminleri adaletsizliğe sevk etmemesi gerekliliğidir. Mâide Suresinin 8. ayeti şöyledir: “Ey iman edenler, adil şahitler olarak, Allah için hakkı ayakta tutun. Bir topluluğa olan kininiz, sizi adaletten alıkoymasın. Adalet yapın. O, takvaya daha yakındır. Allah'tan korkup sakının. Şüphesiz Allah, yapmakta olduklarınızdan haberdardır.”

Üzerinde önemle durulması gereken bir diğer husus ise adaletle şahitlik edilmesinin gerekliliğidir. Bu şahitlik insanın kendisi, yakınları ve anne-babası aleyhine bile olsa yapılmalıdır. Böylece adalet ayakta tutulmuş olur. Nisa Suresi 135. ayet bu hususu açıkça vurgulamaktadır.

Toplumsal hayatın devamı için malların (eşyanın) değişimi neredeyse vazgeçilmezdir. Nitekim insan teki ihtiyacı olan her şeyi tek başına üretmez ve ürettiği her şeyin tamamını da tek başına tüketemez. Bu sebeple insanlar arası münasebetlerde hem borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi alanlar hem de üretim süreçlerinde işçi ile işverenin hukuki statülerini düzenleyen iş hukuku gibi alanlar gelişmiştir. Şüphesiz bu alanlarda belirli değerler yoksa zulüm kaçınılmaz olur. Bu değerlerin en başında adalet, Kur'ani ifadesiyle “ölçüyü ve tartıyı adaleti gözeterek tam tutmak” gelir. Bununla ilgili olarak Hud Suresinde Hz. Şuayb'ın Medyen halkını irşat etmesi zikredilebi-

ters de olsa karar vermenin normalleştiğini gösteren örnekler için bkz.: Mithat Sancar-Eylem Ümit Atılğan, *Adalet Biraz Es Geçiliyor Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar*, Tesev Y., İstanbul 2009, s. 120 vd.

<sup>128</sup> Bkz.: Bu yorum *Fizilal'il Kur'an*'da yer almaktadır. Bunun dışında Tevrat'tan etkilenen birçok müfessir meseleyi tevillerle ele almaktadır. Bu sebeple çalışmamızda sadece hukuk mantığına daha yakın olan bu yorumu tercih etmiş bulunmaktayız.

<sup>129</sup> Bkz.: Sâd Suresi 20-26. ayetler.

<sup>130</sup> Bu konuyla ilgili olarak yukarıda “İnsanın Allah İle Olan İlişkisinde Adalet” başlığında incelenen meseleler gözden kaçırılmamalıdır. Hüküm verme makamında bulunanların iktidarı mutlaklaştırarak bugünün popüler tabiriyle “devletin bekası için” hak ve adaletle

lir. Ayetlerden anladığımızı göre Hz. Şuayb, Medyen halkına önce Allah'tan başkasına ibadet etmemeleri gerektiğini daha sonra ise adaleti emretmektedir. 85. ayet şöyledir: “*Ey kavmim, ölçüyü ve tartıyı adaleti gözeterek tam tutun ve insanların eşyalarını değerden düşürüp eksiltmeyin ve yeryüzünde bozguncular olarak karışıklık çıkarmayın.*” Bu ayette Allah, ölçüyü ve tartıyı eksik tartan, yani insanların haklarını yiyenleri yeryüzünde bozgunculuk çıkarıcılar olarak tavsif etmektedir. Devam eden ayetlerde Medyen halkının Hz. Şuayb'a verdiği cevaplar ibretlik bir tablodur. Buna göre kendi malları üzerinde istedikleri gibi tasarrufta bulunabileceklerini ve bundan kendilerini hiçbir şeyin alıkoyamayacağı söylemişlerdir.<sup>131</sup> Bununla eşya üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkına sahip olduğu zannına kapılmışlar ve helak olmuşlardır.

İnsanlar arasındaki alış-verişin sonucu olarak birçok ihtilaf çıkmaktadır. Bu ihtilafların çözümünde şayet hukuki ilişki yazıya dökülmemişse çok zordur. İşte Kur'an'da borçlar ve ticaret hukukunda adaletin sağlanabilmesi için önemli bir kolaylıktan bahsedilmiştir: Yazılılık ilkesi. Nitekim Bakara Suresi 282. Ayet şu şekildedir: “*Ey iman edenler, belirli bir süre için borçlandığınız zaman onu yazınız...*” Böylece borçlar ve ticaret hukukunda adaleti sağlamak kolaylaşacaktır.

## SONUÇ

Çalışmamızda adalet kavramıyla ilgili bir özet yapmış bulunmaktayız. En başta da ifade ettiğimiz gibi bu kavramı "efradını cami ağyarını mani" olarak tarif edebilmek fevkalade zordur. Böyle bir kavramı en ince ayrıntılarına kadar tetkik etmek bir kişinin değil, belki de bir ekibin altından kalkabileceği bir çalışmadır. Hâl böyle olmakla birlikte biz de aklımızın erdiğince ve elimizin yazdığıncaya kavramı ana hatlarıyla ele almanın gayretinde olduk.

<sup>131</sup> Hud Suresi 85. ayet vd. Bu konuda yukarıda Aristo'nun adalet anlayışını işlerken bahsedilen sosyal adalet bahsine bakmak gerekmektedir. Orada da akıt serbestisi dışında hiçbir ilke taşımayan ve büyük sermaye sahiplerinin işine gelen bir sürece şahitlik etmiştik. Bu ayetler göstermektedir ki insanlık tarihi boyunca böyle süreçler hep yaşanmıştır.

Öncelikle kavramın etimolojisi ve anlamından bahsettik, daha sonra kavramın ilişkili olduğu diğer bazı kavramlarla karşılaştırmasını yaptık. Akabinde kavramın Batı felsefesi tarihindeki ve İslam düşüncesindeki akisleri tetkik ettik. Böylece ülkemizde adalet kavramı ile ilgili yapılan çalışmaların bir eksikliği giderdiğimiz kanaatindeyiz. Nitekim bu kavramla ilgili yapılan çalışmalarda ya sadece Batı felsefesi tarihi ya da sadece İslam düşüncesi tarihi ile sınırlı kalınıyordu. Ayrıca kavramın ontolojik vurgularına çok az yer veriliyordu. Hiç şüphe yok ki bu çalışmaların hepsi çok değerli çalışmalardır. Şu gök kubbede söylenmemiş söz olmadığından biz de bir farklılık olsun diye bütün bu yaklaşımların bir özetini aktarmak istedik. Böylece karşılaştırmalı çalışma yapma imkânını bulduk.

## Kaynakça

- Aral, Vecdi; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975.
- ; *Hukuki Değer Olarak Adalet*.
- ; *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Caner; *Gereğeli Ceza Kanunları*, Ankara 2009.
- Aster, Ernstvon; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev.: Orhan Münir Çağıl, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, İstanbul 1943.
- Balcı, Muharrem; “*Tabii Hukukta Hak, Adalet ve Özgürlük Kavramları*”, *Birikimler II*, İstanbul 2006.
- Bilgin, Mehmet Feyzi; “*John Rawls'un Adalet Kuramı ve İslam Hukuku Işığında Değerlendirilmesi*”, *Divan* dergisi, 1996/2.
- Bulaç, Ali; *Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Anlamı*, Girişim Y., İstanbul 1990.
- Çeçen, Anıl; *Adalet Kavramı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Çobanoğlu, Rahmi; *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1964.
- Davutoğlu, Ahmet; “*İslam Düşünce Geleneğinin Temelleri, Oluşum Süreci ve Yeniden Yorumlanması*” [The Foundations, Formation Process And Re-Interpretation Of The Tradition Of Islamic Thought], *Divan* dergisi, 1996/1.



- Demir, Abdullah; *Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle*, Katre Y., İstanbul 2008.
- Devellioğlu, Ferit; *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın K., Ankara 2007.
- Dinçkol, Abdullah; *Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, 9. Kitap, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2004.
- Doğan, Mehmet; *Doğan Büyük Türkçe Sözlük*, Pınar Y., İstanbul 2010.
- Ebenstein, William; *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, Çev.: İsmet Özel, Şule Y., İstanbul 2009.
- el-İsfahani, Ragıb; *Müfredat*, Pınar Y., İstanbul 2010.
- el-Mevdûdî, Seyyid Ebu'l-A'la; *Kur'an'ın Dört Temel Terimi*, Çev.: Mahmut Osmanoglu, Özgün Y., İstanbul 2001.
- Eyuboğlu, İsmet Zeki; *Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü*, Sosyal Y.
- Güriz, Adnan; "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı* içinde, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001.
- ; *Adalet Kavramı Üzerine, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, S: 9, İstanbul Barosu Y., Şubat 2004.
- ; *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009.
- Hadduri, Macid; *İslam'da Adalet Kavramı*, Yöneliş Y., İstanbul 1999.
- Hatemi, Hüseyin; *Adalet Kavramının İçeriği ve Mutlaklığı ve Değişmezliği*.
- ; *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Y., İstanbul 2011.
- Hirş, Ernst; *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi* Dersleri, Ankara 1949.
- Hobbes, Thomas; *Leviathan*, (Çev.: Semih Lim), İstanbul 2012.
- Hünler, Solmaz Zelyut; *Adaletin Muadili Nedir?, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, 9. Kitap, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2004.
- ; *Felsefe Ansiklopedisi*, C. I, (Adalet Maddesi) Ed.: A. Cevizci, Etik Y., İstanbul 2003.
- İspanyolca-Türkçe Türkçe-İspanyolca Modern Sözlük*, Haz.: Birsen Çankaya, José Ramon Gonzalez, Fono Yayınları, İstanbul 2005.
- İtalyanca Büyük Sözlük*, Ed.: Deniz Meriç, Fono Yayınları, İstanbul 2005.
- Kanar, Mehmet; *Eski Anadolu Türkçesi Sözlüğü*, Say Y., İstanbul 2011.
- Kayar-Üzülmez; *Hukukun Temel Kavramları*, s. 26, Detay, Ankara 2006.
- Koç Bey Risaleleri*, Kabalcı Y., İstanbul 2007.
- Kuçuradi, İonna; *Adalet Kavramı*.
- Magee, Bryan; *Felsefenin Öyküsü*, Dost Kitabevi, Ankara 2007.
- More, Thomas; *Ütopya*, Gün Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Öktem, Niyazi-Türkbağ, Ahmet Ulvi; *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Y., İstanbul 2009.
- Pala, İskender; *Kadılar Kitabı*, Kapı Y., İstanbul 2006.
- Raffaello 1483-1520*, Yapı Kredi Y., İstanbul 2010.
- Rousseau, Jean Jacques; *Toplum Sözleşmesi*, (Çev.: Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Y., İstanbul 2006.
- Sancar, Mithat-Atılğan, Eylem Ümit; *Adalet Biraz Es Geçiliyor Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar*, Tesev Y. İstanbul 2009.
- Türk Hukuk Lügati*, Haz.: Türk Hukuk Kurumu, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.
- Türkbağ, A. Ulvi; "Postmodernite ve Hukuk İdeal-leri: Adalet, Hukuk Devleti", *Doğu-Batı* dergisi 2. Baskı, Sayı: 13, Kasım Aralık 2000.
- Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, C: 1.
- Türközer, B. Güneş ; *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, Ankara 2006.
- Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi ; *Hak Dini Kur'an Dili*, C. 2.
- Zehra, Muhammed Ebu; *İslam Hukukunda Suç ve Ceza* [el-Cerime ve'l-Ukûbe fi Fıkhı'l-İslam], (Çev.: İbrahim Tüfekçi), Kitabevi Y., İstanbul 1984.
- Zülaloğlu, Fevzi; *Yolumuzu Aydınlatan Kur'anî Kavramlar*, Ekin Yayınları.





# Uluslararası Hukukta Önleyici ve Öngörücü Meşru Müdafaa Hakkı

Ahmet Buğra AYDIN



*“Hukuk, değişen hayat koşulları ile sürekli irtibatlı olmalıdır. Bunu yaparken de yaygın iradenin her bir dürtüsüne boyun eğmek yerine, temel insani değerlere ve toplumun amacına saygı duymalıdır.”*

## GİRİŞ

**D**ünya üzerindeki tüm hukuki ve dinî kurallar kişilerin esas olarak bir başka kişinin can ve mal bütünlüğünü ihlal etmesine izin vermemektedir. Meşru müdafaa hâlinde can ve mal bütünlüğünü ihlal etmek bu evrensel kuralın istisnalarından birini oluşturmaktadır. Zira bir meşru müdafaa hakkının varlığı hâlinde kendisini koruyan tarafın saldırgan tarafta yaratacağı zararlar belli sınırlar dâhilinde haksız sayılmamaktadır. Söz konusu durum devletlerarası ilişkilerin düzenlendiği uluslararası hukuk için de geçerlidir. Kural olarak devletlerin birbirlerine şiddet uygulamaları uluslararası hukukun temel dokümanı olan Birleşmiş Milletler Antlaşması altında yasaklanmış olmakla birlikte, meşru müdafaa hâli burada da kuralın istisnası konumundadır. Ancak tıpkı kişiler hukukundaki meşru müdafaa hakkında olduğu gibi uluslararası hukuktaki meşru müdafaa hakkında da bir takım tartışmalı hususlar bulunmaktadır.

- Meşru müdafaa hakkı ne zaman söz konusu olabilecektir?

- Bir devletin meşru müdafaa hakkından söz edebilmesi için kendisine yöneltilen saldırının derecesi ne olmalıdır?
- Bu saldırının illa silahlı bir saldırı olması gerekli midir, yoksa mesela ekonomik bir abluka da devletin bütünlüğüne yönelmiş bir saldırı olarak kabul edilebilecek midir?
- Meşru müdafaa hakkı mutlaka gerçekleşmiş bir silahlı saldırıya karşı mı söz konusu olabilecektir?
- Gerçekleşme ihtimali yüksek saldırılar da meşru müdafaa hakkı kapsamında önlenebilecek midir?
- Eğer meşru müdafaa hakkının önleyici bir görevi olabileceyse bunun sınırı ne olacaktır?
- Meşru müdafaa hakkının temel ilkelerinden olan orantılılık prensibi henüz gerçekleşmemiş bir saldırıyı önleme faaliyeti sırasında nasıl hayat bulacaktır?

Bu soruların cevaplanma sırası savaş hukukunun gelişimi ile doğrudan ilişkilidir. Bilindiği üzere egemen gücün, hâkimi olduğu bir bölgeyi koruma refleksi kadar komşularının o bölge üzerinde hak iddia etmesi de eşyanın tabiatı gereğidir. Uluslararası savaşın temel dinamiği olan bu olgu, 19 ve 20. yüzyılda meydana gelen teknolojik gelişmelere kadar savaş hukukunu da şekillendiren temel unsur olmuştur. Savaşlar genellikle yalnızca komşular arasında yapılmış ve bir bölgenin ele geçirilmesi ve egemen gücün etkisiz hâle getirilmesi söz konusu bölgenin bizzat işgal edilmesi ile mümkün olmuştur. Bir bölgeye saldırı düzenlemek isteyen devlet, karşı tarafın hazırlıklı olması durumunda saldırı düzenlediği bölge-

<sup>1</sup> Vikont Simonds, Shaw v DPP [1962] AC 220 Davasında.

nin de bir karşı saldırıya açık olabileceği gerçeği ile eylemlerini yürütmek zorunda kalmıştır. Bir başka ifadeyle, komşusuna saldırı düzenlemeyi planlayan her gücün, kendisinin de bu saldırıdan ciddi bir şekilde zarar görebilme ihtimali vardır.

Sanayi Devrimi ve sonrasında askerî teknolojilerdeki gelişmeler devletlerin savaşları yürütme şeklini de değiştirmiştir. Önce topların menzili artmış, daha sonrasında ise yıkıcı etkiye sahip mühimmatı en uzak mesafeli toplardan dahi daha uzak mesafelere taşıyabilen uçaklar ve füzeler savaş alanındaki yerlerini almışlardır. Yalnızca diğer yelkenlilerle savaşma kabiliyetine sahip yelkenli savaş gemilerinin yerini, onlarca uçağı okyanusun öteki ucuna taşıyabilen uçak gemileri almıştır. Bu gelişmeler ile devletlerin birbirlerine karşı yürüttüğü savaşın kapsamı ve bu savaşta kullandığı silahların gücü gittikçe genişlemiştir. Devletler binlerce kilometre uzaktaki hedeflere kendi topraklarına hiçbir zarar gelmeyeceğinin rahatlığıyla saldırma yeteneğine sahip olmuştur. Gelişmiş savaş kabiliyetleri ile donanan devletler II. Dünya Savaşı'nda 70 milyon insanın hayatını kaybetmesine yol açmışlardır.

Silahlı çatışmanın tanımındaki bu genişlemeler ve gerçekleşen iki dünya savaşı, devletlerarası hukuk kurallarının yeniden belirlenmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Günümüzde devletlerin hangi durumlarda silahlı mücadeleye girebileceği [jus ad bellum] yirminci yüzyılın ortalarında büyük ölçüde Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile belirginleşmiştir. Birleşmiş Milletler Antlaşması o zamana kadar devletlerin kendilerinde gördüğü tek taraflı proaktif silahlı saldırı hakkını ortadan kaldırarak askerî müdahaleleri reaktif bir kimliğe büründürmeye çalışmıştır. Devletlerin kendiliğinden reaktif askerî güç kullanımı ise diğer devletlerin haksız askerî güce maruz kalan devletin yardımına koşmasına kadar, "meşru müdafaa" hükümleri ile sınırlandırılmıştır.<sup>2</sup>

Gerçekten de Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 2'nci maddesinin 4'üncü fıkrası dev-

letlerin güç kullanma yetkilerini şu şekilde sınırlandırmaktadır:

"Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar."

Birleşmiş Milletler Antlaşması yukarıdaki hükümle sınırlama getirdiği güç kullanma yasağına bir başka maddesiyle istisnalar getirmektedir. Antlaşmanın 51'inci maddesi şu şekilde:

"Bu antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması hâlinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hâle getirmez. Üyelerin bu meşru hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyine bildirilir ve Konseyin işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez."

Görüldüğü üzere Antlaşma, güç kullanma yasağının iki adet istisnasını öngörmektedir. İstisnalardan ilki, kendi ülkesine silahlı bir saldırı gerçekleştirilen devletin meşru müdafaa hakkı, ikincisi ise Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin uluslararası barışı korumak amacıyla uygulayacağı önlemlerdir. İşbu çalışma, devletlerin hangi şartlar altında meşru müdafaa hakkı uyarınca kuvvet kullanabileceğini ve meşru müdafaa hakkının farklı görünümüleri olan "önleyici" ve "öngörücü" meşru müdafaa hakkını incelemeye çalışacaktır.

## ULUSLARARASI HUKUKTA MEŞRU MÜDAFAA KAVRAMI

Birleşmiş Milletler, II. Dünya Savaşı sonrasında devletlerin tek taraflı kuvvet kullanmasını yasaklamıştır. Uğranılan saldırı karşısında kişinin kendisini korumak için başvurduğu yol olarak tanımlanabilecek meşru müdafaa kavramı, devletlerin silahlı güç kullanma yasağına getirilen sınırlı bir istisnayı teşkil etmektedir.

<sup>2</sup> W. Michael Reisman (2003), "Assessing Claims to Revise the Laws of War" Faculty Scholarship Series, Paper 1008, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1008](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1008) (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 51. maddesinin metninden de anlaşılacağı üzere Antlaşma hukuku bakımından bir devletin meşru müdafaa hükümleri altında başka bir devlete karşı güç uygulayabilmesi için bir takım şartların varlığı gerekmektedir. Meşru müdafaa hakkı hâlihazırda “mevcut bir saldırıya karşı koyma”, “ilk saldırı ardından gerçekleşecek düşman saldırılarından korunma”, “bir bölgenin düşman işgalinden kurtarılması” gibi amaçların varlığı hâlinde söz konusu olabilecektir. Meşru müdafaa hakkını kullanan devlet ancak kendi meşru müdafaasıyla orantılı olmak suretiyle saldırı yapan kuvvetin imhasına çalışabilecektir. Saldırının gerçekleşmesinin ardından verilecek tepkinin uzun bir zamana yayılmaması kadar şartlara göre meşru müdafaa hakkının kullanımının geciktirilmesi de uygun olabilecektir.<sup>3</sup>

Bir başka ifadeyle, meşru müdafaa hakkı gerekli, orantılı ve zamanlı olmak zorundadır. Meşru müdafaa hakkının gerekli olması, mevcut olan silahlı bir saldırının kuvvet kullanmak haricinde bir yolla bertaraf edilmesi mümkün olmaması anlamına gelmektedir. Orantılı olması ise saldırıya karşı koyma veya bir bölgenin işgalden kurtarılması esnasında söz konusu durumun ortadan kaldırılması için gerekenden daha fazla kuvvet kullanmamayı, yani kuvvet kullanırken karşı tarafın da meşru müdafaa hakkının ortaya çıkmamasını sağlamayı ifade etmektedir.<sup>4</sup> Bunun yanı sıra, 51’inci madde metninden anlaşıldığı üzere, meşru müdafaa hakkını kullanan tarafın Güvenlik Konseyine derhâl durumu bildirmesi ve Güvenlik Konseyinin alacağı kararlara uyması gerekmektedir. Bu kapsamda Güvenlik Konseyinin alacağı kararların meşru müdafaa eylemiyle çelişmesi durumunda meşru müdafaa eylemlerine son verilmesi de gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 51’inci maddesinin öngördüğü meşru müdafaa hak-

kı, dar anlamda yorumlandığı takdirde, görüldüğü gibi yalnızca devletin topraklarına yapılacak bir silahlı saldırının veya işgalin vuku bulması sonucunda ortaya çıkabilecektir. Bir başka ifadeyle meşru müdafaa hakkının bahis konusu olabileceği eşik yüksek tutulma eğiliminde olmuştur. Uluslararası Adalet Divanı 1986 yılı gibi yakın sayılabilecek bir tarihe kadar<sup>5</sup> devletlerin meşru müdafaa haklarının ortaya çıkabilmesi için ciddi sayılabilecek bir silahlı saldırının mevcut olmasını bir ön şart olarak kabul etmiştir. Adalet Divanının bu yöndeki yorumu düşük yoğunluklu silahlı çatışmalarda devletlerin meşru müdafaa hakkının ortaya çıkmaması anlamına gelmiştir.<sup>6</sup> Bu yönüyle Nicaragua v. United States of America davası önem arz etmektedir.

Anastasio Somoza García’nın 1934 yılında yönetimi ele geçirmesiyle beraber kendisi ve ailesi tarafından yönetilen bir diktatörlüğe dönüşen Nikaragua’da, 1979 yılında gerçekleşen halk ayaklanmalarıyla yönetim sosyalist güçlerin eline geçmiştir. ABD doğal olarak bu durumdan rahatsız olmuş ve anti-sosyalist fraksiyonlara silah ve para yardımı gerçekleştirmiştir. ABD’nin yardımıyla gerçekleşen eylemler arasında, Nikaragua tesislerine yapılan saldırılar, Nikaragua hava sahasının işgali, limanların mayınlanması ve rejim karşıtı gerillaların eğitilmesi, silahlandırılması ve finansal destek sağlanması yer almıştır. ABD söz konusu eylemlerini, Nikaragua tarafından El Salvador’a yapılması planlanan saldırılar için sırırdırda gerçekleşen bir takım askerî lojistik faaliyetlerine karşı yapılan bir kolektif meşru müdafaa hareketi olduğunu iddia etmiştir.<sup>7</sup> Mahkeme Nikaragua tarafından gerçekleştirilen eylemlerin ABD bakımından meşru müdafaa hakkını doğurmaya yetecek ölçekte olmadığını şu ifadeler ile karar vermiştir:

“Mahkeme, teamül hukukunda söz konusu olan silahlı saldırıya uğramanın engellenmesi

<sup>3</sup> Mary Ellen O’Connell, (2002) “**The Myth of Preemptive Self-Defense**”, American Society of International Law Task Force on Terrorism, s. 5-6. <http://cdm-266901.cdmhost.com/cdm/singleitem/collection/p266901coll4/id/2944/rec/8> (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

<sup>4</sup> Ahmet Cural (2011), **Bush Doktrini ve Askerî Gücün Önleyici ve Önleyici Savaş Kapsamında Kullanılması**, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Doktora Tezi, s. 91-95.

<sup>5</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Nicaragua v. United States of America davası], 1984 ICJ REP. 392, 27 Haziran 1986.

<sup>6</sup> Reisman, a.g.e.

<sup>7</sup> Zia Modabber (1988), “Collective Self-Defense: Nicaragua v. United States”, 10 Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev. 449, <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1139&context=ilr> (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

ilkesinin, bir devletin başka bir devletin bölgesine silahlı güçler göndermesi bakımından uygulanabilmesinin, gerçekleşen silahlı operasyonun kapsam ve etkilerinin düzenli silahlı güçler tarafından gerçekleştirilen bir sınır vakası olmaktan ziyade bir silahlı saldırı seviyesine ulaştığı durumlarda söz konusu olabileceğini reddetmek için hiçbir sebep görmemektedir. Ancak Mahkeme, 'silahlı saldırı' konseptinin silahlı güçler tarafından gerçekleştirilen ciddi ölçekli eylemlerle beraber isyancılara silah temini, lojistik yardımı ve diğer şekillerde yardım edilmesi eylemlerini de kapsadığı fikrinde değildir. Bu şekilde gerçekleşecek yardımlar, güç kullanma tehdidi veya diğer bir ülkenin iç işlerine karışmak olarak kabul edilebilecektir. Bunun yanı sıra, silahlı saldırının mağduru konumundaki devletin bir silahlı saldırının gerçekleştirildiği fikrini oluşturması ve beyan etmesi gerekmektedir. Uluslararası teamül hukukunda, üçüncü bir devletin kolektif meşru müdafaa hakkını durum hakkındaki kendi değerlendirmesiyle icra etmesine olanak sağlayan herhangi bir kural bulunmamaktadır."<sup>8</sup>

Görüldüğü üzere mahkeme, meşru müdafaa hakkının söz konusu olabilmesi için gerekli olan şiddet standardını yüksek tutmakla kalmamış, bir bölgenin kolektif güvenliğini sağlamaya yönelik olarak ortaya atılabilecek kolektif meşru müdafaa hakkının yalnızca ciddi bir askerî saldırıya bizzat hedef olmuş ülkeler tarafından ortaya atılabileceğine karar vermiştir. Mahkeme meşru müdafaa hakkının doğabilmesi için topyekûn bir savaşın gerekmediği, sınır bölgesi ile sınırlı olarak gerçekleştirilen daha küçük ölçekli silahlı saldırıların da bu hakkın doğması için yeterli olduğuna hükmetmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkemenin salt silah temini ve lojistik yardımı gibi doğrudan saldırı fiili barındırmayan durumlarda meşru müdafaa hakkının doğmadığına hükmetmesidir. Mahkemenin getirmiş olduğu yüksek standart göz önünde bulundurulduğunda meşru müdafaa hakkının devletler tarafından iddia edilmesinin hukuksal anlamda zorlaştığı kabul edilebilecektir.

Kitle imha silahlarını savaş arenasına girmesiyle birlikte devletlerin saldırı sınırları ciddi anlamda genişlemiş ve artık komşusu olma-

yan devletlere de geri dönüşü olmayacak şiddette saldırıların gerçekleştirilebilmesinin önünü açmıştır. Kıtalararası balistik silah sistemlerinin ortaya çıkması, Antlaşmanın 51'inci maddesi tarafından öngörülen meşru müdafaa doktrininin kimi devletler bakımından yetersiz kalmasına yol açmıştır. Hâlihazırda silahlı bir çatışmanın varlığını arayan 51'inci madde ve uluslararası örfi hukuk, tek bir saldırı ile karşı tarafının tüm idari ve askerî fonksiyonlarını yok edebilecek güçteki silahların yarattığı tehdide karşı devletleri korumaktan uzak kalabilme ihtimalini akıllara getirmiştir. Bu ihtimal çerçevesinde meşru müdafaa hakkının 51'inci maddede tanımlandığının ötesine gidip gidemeyeceği sorusu akıllara gelmiştir. Meşru müdafaa hakkının ortaya çıkması için gerçekten de mevcut bir saldırının olması şart mıdır? Saldırı olmasına kesin gözüyle bakılan durumlarda bu saldırıyı önlemek için yapılacak saldırı da aslında önleyici bir meşru müdafaa olmayacak mıdır?

Klasik meşru müdafaa algısını temelden sarsacak bu denli büyük bir tehdide rağmen, soğuk savaş dönemindeki nükleer güçlerin 51'inci madde de benimsenen meşru müdafaa doktrininin ötesine geçemediğinden bahsedilebilecektir. Aksine, ABD ve Sovyetler Birliği'ndeki karar vericiler, önleyici meşru müdafaa amaçlı yapılacak bir saldırının kendi ülkeleri için de geri dönülemez sonuçlar doğuracağı analizini yapabilmişlerdir. "Karşılıklı garantili imha" [mutually assured destruction] teorisi olarak adlandırılan bu teoriye göre, önleyici amaçla yapılacak ve karşı tarafın nükleer tesislerinin %99'unu ortadan kaldıracak bir saldırının gerçekleştirilmesi durumunda dahi geriye kalan %1'lik nükleer saldırı imkânı ile ilk saldırıyı gerçekleştiren devletin topraklarının ve nüfusunun yok edilebilmesi mümkün olabilecektir. Caydırıcılık temeline dayanan karşılıklı garantili imha teorisi soğuk savaş döneminde nükleer güçler arasındaki dengeyi korumada meşru müdafaa doktrininin daha faydalı olmuştur.<sup>9</sup>

Ancak, egemen kuvvetlerin karşı karşıya kaldığı tehdit yapısı Sovyetler Birliği'nin dağılmaya başladığı 80'li yıllardan itibaren değişmeye başlamıştır. Bu dönemden itibaren

<sup>8</sup> Nicaragua v. United States of America Davası, paragraf 195.

<sup>9</sup> Reisman, a.g.e.

devletler, devlet sıfatını taşımayan, belli bir toprak parçasıyla kendini özdeşleştirmemeyi tercih edebilen, bir devlet çatısı altında faaliyet gösterirken bu devlet ve bölge ile organik bir bağ taşımayan, radikal olarak kabul edilebilecek düşünce yapılarını benimseyebilen güç grupları ile karşı karşıya kalmıştır. Bu özelliklerden bir ya da birkaçını taşıyan güç odakları karşısında meşru müdafaa doktrininin de karşılıklı garantili imha teorisinin de ülke topraklarının güvenliğini sağlamak bakımından yetersiz kalabileceği açıktır. Gerçekten de belli bir bölge veya devlet ile arasında organik bir bağ olmayan saldırgan unsura karşı meşru müdafaa amaçlı yapılacak bir saldırı, meşru müdafaa hakkı ile amaçlanan faydanın elde edilmesini güçleştirebilecektir. Benzer bir şekilde, gerektiğinde kendi hayatını hiçe sayarak egemen unsura saldırabilen bir oluşum karşısında karşılıklı garantili imha teorisinin de etkisiz olacağı sonucuna kolaylıkla ulaşılabilecektir. Bu gibi saldırıların kimi zaman canlı bomba ve kirli bomba gibi konvansiyonel olmayan yöntemler ile gerçekleştirilme ihtimali ise bu saldırıların konvansiyonel yollarla önlenmesini güçleştirmektedir. Örnek olarak Rusya tarafından New York şehrine atılan bir balistik füze anti-füze sistemleri ile bertaraf edilebilecekken, bir terör örgütü tarafından hazırlanmış bir kirli bombanın bertaraf edilmesi o kadar "kolay" olmayacaktır.

Tüm bu etkenlerin bir araya gelmesi egemen güçler bakımından meşru müdafaa hakkının kapsamının genişleterek daha düşük seviyeli saldırıların, saldırı ihtimalinin ve hatta saldırı ihtimalini besleyecek siyasi yapıların meşru müdafaaaya konu olabilmelerini beraberinde getirmiştir. Uluslararası Adalet Divanının Nikaragua kararında belirlediği askerî müdahâle eşliğini düşürebilmek ve meşru müdafaa hakkının uygulanabileceği zeminleri herhangi bir saldırının gerçekleşmediği zeminlere genişletmek maksadı taşıyan farklı bir meşru müdafaa algısı olarak önleyici meşru müdafaa kavramı dillendirilmeye başlanmıştır.

## ÖNLEYİCİ MEŞRU MÜDAFAA

Uluslararası hukukun düzenleme altında bulundurduğu devletlerin bekasını gözetmesi gereği birkaç yüzyıl önce ortaya çıkmıştır. Bu

çerçevede, devletlerin meşru müdafaa haklarının gerekirse bir saldırıyı güç kullanarak önleme hakkını da içerdiği 1625 yılında Hugo Grotius tarafından dillendirilmiştir.<sup>10</sup> Ancak Grotius dahi, önleyici nitelikte yapılacak bir saldırının taşıdığı sakıncaları göze alarak, daha sonraları önleyici meşru müdafaa hakkı olarak kabul edilecek olan kavramda bazı sınırlamalar tespit etmiştir:

"Tehlikenin zaman bakımında acillik arz etmesi ve an meselesi olması gerekmektedir. Ancak korkunun herhangi bir türünün, önleyici amaçlarla yapılan katli meşrulaştırdığını kabul edenler yanılmaktadır. Bir şahsın, pek yakın bir saldırıyı planlamamakla beraber, bir komplo veya pusu kurduğunun veyahut yolu- nuza zehir koyduğunun tespit edilmesi durumunda, bu şahsın, tehlikenin başka bir yolla önlenmesi mümkünse veya başka bir yolla önlenmesinin mümkün olmadığı konusunda bir kesinlik yoksa yasal olarak öldürülemeyeceğini düşünmekteyim."<sup>11</sup>

Meşru müdafaa hakkının gerçekleşen saldırıları bertaraf edici yönünün yanı sıra, gerçekleşmesi veya tekrarlaması muhakkak saldırıları da önleyici misyonu ulusal hukuk sistemlerinde olduğu kadar uluslararası hukukta da kabul edilmektedir.<sup>12</sup> Uluslararası hukuktaki kabulün gerekçesi olarak iki görüş ileri sürülmektedir.

Birinci görüş Birleşmiş Milletler Anlaşmasının 51'inci maddesinin bizzat bu hakkı devletlere bahşettiği yönündedir. 51'inci maddenin ilk cümlesi olan "Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması hâlinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hâle getirmez." hükmü içerisinde yer alan "doğal olan... hakkına"

<sup>10</sup> Louis R. Beres (1991), "Permissibility of State-Sponsored Assassination during Peace and War", *The, 5, Temp. Int'l & Comp. L. J.*, s. 231.

<sup>11</sup> Hugo Grotius (1625), "Savaş ve Barış Hukuku", s. 173; James Mulcahy ve Charles O Mahony (2006), "Anticipatory Self-Defense: A Discussion of the International Law", *Hanse Law Review*, s. 238. <http://www.hanselawreview.org/pdf4/Vol2No2Art06.pdf>'den (Erişim Tarihi: 01.09.2012) iktibas edilmiştir

<sup>12</sup> O'Connell, s. 8. Ayrıca bkz.: Türk Ceza Kanunu'nun 25'inci maddesi.

[inherent right] ifadesinin bu görüşü desteklediğini ileri sürmektedir. Madde metninin kalem alınış şeklinin, devletlerin uluslararası örfi hukukta var olan meşru müdafaa haklarına bir sınırlama getirmediği, dolayısıyla madde metninin meşru müdafaa hakkının doğabileceği hâlleri sınırlı sayıda belirtmediği ifade edilmektedir.<sup>13</sup> İkinci görüş, 51'inci madde metninde geçen "silahlı saldırı" ifadesinin geniş yorumlanarak, silahlı saldırı için yapılan hazırlık aşamalarını da kapsadığını iddia etmektedir.<sup>14</sup>

Birleşmiş Milletler Antlaşması kabul edilmeden çok önce gelişen uluslararası örf ve adet hukukundaki meşru müdafaanın, önleyici meşru müdafaayı da kapsamı doğal kabul edilmiştir. Aksi bir fikrin kabulü, yani vuku muhakkak bir saldırı karşısında ciddi ölçekte bir silahlı saldırının gerçekleşmesinin her defasında beklenmesi, saldırgan davranan tarafın ilk vuruş üstünlüğünü her zaman elinde tutacağı anlamına geleceği ifade edilmiştir.<sup>15</sup> Bu bakımdan devletlerin meşru müdafaa haklarının sınırları belirlenirken "belli ölçüde" önleyici faaliyetlerin de kapsam içine alındığının kabulü gerekmektedir. Waldock bu şekilde gerçekleşecek bir meşru müdafaa olgusunu sınırlı bir şekilde algılayarak "potansiyel bir tehlikeye ilişkin ikna edici delillerin varlığından çok bir saldırının başlamış fakat henüz ülkenin kendi sınırını geçmemiş olmasına" bağlamaktadır.<sup>16</sup> Gerçekten de önleyici nitelikte gerçekleşecek bir meşru müdafaa fiilin orantılı ve meşru olabilmesi için saldırının başlamış olması ya da çok yakın zamanda başlayacak olması gerekmektedir. Bu kapsamda önleyici meşru müdafaa hakkı Dinstein tarafından "başlangıç

aşamasında olan meşru müdafaa hakkı" olarak tanımlanmıştır.<sup>17</sup> Bir başka ifadeyle, önleyici meşru müdafaanın ancak karşı tarafın geri dönülemez şekilde bir saldırı başlatması durumunda söz konusu olabilecektir. Bu tanıma örnek olarak ABD'nin İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşadığı Pearl Harbour Baskını gösterilmektedir. ABD'nin söz konusu saldırı haberini aldıktan sonra, saldırının henüz gerçekleşmeden Japon donanmasına Pasifik Okyanusu üzerinde bulunması müdahalede bulunması önleyici (veya Dinstein'in tabiriyle —başlangıç aşamasında olan) meşru müdafaa hakkının doğru uygulanması olarak kabul edilebilecektir. Böylesi bir durumda saldırının muhakkak olması yönünde su götürmez delillerin varlığının bulunması, hakkın kullanımı bakımından esas noktayı teşkil etmektedir.

Her ne kadar meşru müdafaa hakkının bir takım önleyici faaliyetleri de kapsadığı kabul edilebilse dahi, hangi silahlı eylemlerin meşru müdafaaya konu olabileceği ve önleyici eylemlerin ne zaman haklı kabul edilebileceği yoruma açıktır. Bu yönüyle uluslararası örfi hukukta önleyici meşru müdafaa hakkının gelişimini incelemek yerinde olacaktır.

Önleyici meşru müdafaa kavramı uluslararası hukuk literatürüne ilk defa Caroline olayı ile girmiştir. Caroline olayı, 1837'de Kanada'nın İngiltere'ye karşı verdiği bağımsızlık savaşı sırasında çıkmıştır. Savaş sırasında bağımsızlık mücadelesini yürüten Kanadalı güçlerin bir kısmı, ABD-Kanada arasındaki doğal sınırı oluşturan Niyagara nehri üzerindeki bir ada olan Navy adasından İngiliz gemilerine saldırılarda bulunmuş ve ihtiyaç duydukları silah yardımını Caroline adlı bir Amerikan bandıralı gemi vasıtasıyla Amerikalı sempatizanlarından temin etmişlerdir. İngilizler bunun üzerine Caroline gemisini, bir Amerikan limanı olan Schlosser'de ele geçirmiş ve tarafsız bir tutum izleyen ABD'ye ders olsun diye de tahrip ederek gemiyi Niyagara Şelalesi'nden aşağı atmıştır. Bazı ABD vatandaşlarının yaşamını yitirdiği olayda sorumlu görülen bir İngiliz vatan-dası tutuklanmıştır. Bu olayda İngiltere, Caroline gemisinin korsan bir gemi olduğunu ve gemiyi yok ederken meşru müdafaa hakkı

<sup>13</sup> Bu görüşü için bkz.: Anthony C. Arend ve Robert J. Beck (1993), "International Law and the Use of Force: Beyond the U.N. Charter Paradigm", *Routledge*.

<sup>14</sup> Lucy Martinez (2003), "September 11th, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self Defence", 72 *UMKC* 123, s. 134; Mulcahy ve O Mahony, a.g.e.'den iktibas edilmiştir.

<sup>15</sup> Fatma Taşdemir (2006), "Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 2, No: 5, s. 80.

<sup>16</sup> Humprey Waldock, "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law", 81 *Hague Recueil* 451, 498; O'Connell, a.g.e., s. 9'dan iktibas edilmiştir.

<sup>17</sup> Yoram Dinstein (2001), "War Aggression, and Self-Defense", Cambridge University Press, s. 172.



çerçevesinde hareket ettiğini ileri sürmüştür. İngilizlere göre ABD kendi sınır hattında kendi yasasını uygulayamadığına göre İngiltere, bölgede bulunan kendi güçlerinin müdafasını sağlayabilmek için gerekli önlemleri almıştır. ABD, İngiltere'nin bu görüşünü reddetmiş ve sorun hakemliğe götürülmüştür. Varılan kararda, önleyici faaliyetlerin bazı şartlar altında meşru müdafaa sınırları çerçevesinde değerlendirilebilmesinin mümkün olmasıyla birlikte söz konusu olayda bu şartların gerçekleşmediği, dolayısıyla İngiltere'nin haksız bir müdahale gerçekleştirdiği ifade edilmiştir.<sup>18</sup>

Caroline olayına ilişkin olarak o zamanki ABD Dışişleri Bakanı Daniel Webster tarafından ortaya konan ve "ani, karşı konulmaz, başka bir araç seçimine ve düşünmeye imkan bırakmayan bir meşru müdafaa zaruretinin olduğunun" kanıtlanması ve "meşru müdafaa zarureti ile haklı görülebilecek bir eylem, bu zaruret [necessity] ile sınırlı olmalı ve kesinlikle bu kapsam dahilinde kalmalıdır" sözleri ile ifade edilen formülde, önleyici meşru müdafaa hakkının gereklilik, orantılılık ve acillik kriterlerine uygun olması ifade edilmiştir.<sup>19</sup> Bu formül daha sonra Caroline Testi şeklinde anılacaktır. Caroline Testi'nin kişiler hukuku bakımından meşru müdafaa hakkının sınırları açısından benimsenen orantılılık, gereklilik ve haklılık kriterlerini devletler hukuku bakımından da gözetilmesi gerektiğini somutlaştırdığı söylenebilecektir.

Acillik kriterinin varlığı önleyici meşru müdafaa amaçlı yapılan saldırılarda önem arz etmektedir. Acil müdahale gerektirmeyen bir duruma karşı meşru müdafaa tanımı altında yapılacak bir müdahale Caroline Testi bakımından sınıfta kalacak ve haksız bir güç kullanımı olarak değerlendirilebilecektir. Ancak verilecek tepkinin acil olarak hayata geçirilemediği veya saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkını kullanmayı tercih etmediği durumlarda da önleyici meşru müdafaa hakkının söz konusu olabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Haksız bir saldırıya uğrayan devlet, düşmanın tekrar saldırıya geçeceği yönünde su götürmez delillere sahip olması durumunda bu saldırıyı önlemek amacıyla güç kullanabilecektir. Ancak böyle bir durumda güç kullanmanın süregelen saldırıları önlemek amacıyla gerçekleştirildiğinin iddia edilebilmesi için önleyici saldırının düşman gücün ilk saldırısından çok geçmeden gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi hâlde önleyici amaçla yapılacak bir saldırı misilleme olarak kabul edilebilecektir. Birleşik Krallık tarafından Güney Arabistan'daki kolonilerine saldırı yapıldığı gerekçesiyle Yemen'e 1964 senesinde gerçekleştirilen askerî faaliyetler bu bakımdan bir misilleme olarak değerlendirilmektedir.<sup>20</sup>

Dinstein'in "başlangıç aşamasındaki meşru müdafaa" hakkındaki görüşlerinin Caroline Testi ile uygunluk gösterdiği görülebilmektedir. Uluslararası örfi hukukun "vukuu muhakkak" bir saldırının varlığını araması Taşdemir'e göre doktrinde önleyici meşru müdafaa hakkını kabul eden yazarlar arasında 'pre-emptive' ve 'preventive' kuvvet kullanma arasında bir ayırım yapıldığına işaret etmektedir. Taşdemir'e göre:

"...Pre-emptive [öngörücü] kuvvet kullanma, tahrik edilmemiş "vukuu muhakkak" bir tehdide karşı kuvvet kullanılmasını öngörmekte olup "meşru" kabul edilmektedir. Preventive [önleyici] kuvvet kullanma ise, 'vukuu muhakkak' bir tehditten ziyade, 'vukuu muhtemel' yani varsayılan potansiyel tehditlere ve risklere karşı kuvvet kullanmayı ifade etmekte olup meşru kabul edilmemektedir. Bu görüşe göre, devletler, potansiyel tehditlere; kuvvet kullanma yanında, kuvvet kullanmasını gerektirmeyen alternatif tedbirlerle de yanıt verme imkânına sahiptirler. [Vurgu eklenmiştir.]"<sup>21</sup>

Başeren de örfi hukukta tanımlanan meşru müdafaa hakkının dar yorumlanması gerektiğini düşünenlerdir. Başeren'e göre;

"... [Önleyici meşru müdafaa hakkının] varlığı, muhtemel saldırganın bu konudaki niyetlerinin kesin bir şekilde ortaya çıkarılmasını gerektirir. Belki de hiçbir zaman kesin olarak ortaya çıkarılması mümkün olmayan saldırı niyetinin varlığına karar verilirken yapılacak bir hata, uluslararası barış ve güvenliğin korun-

<sup>18</sup> David J. Haris (1991), "Cases and Materials on International Law", London, Sweet and Maxwell, s. 848; Cural, a.g.e., s. 89'dan iktibas edilmiştir.

<sup>19</sup> Taşdemir, a.g.e., s. 80.

<sup>20</sup> O'Connell, a.g.e., s. 9-10.

<sup>21</sup> Taşdemir, a.g.e., s. 83.

ması bakımından kabulü imkânsız tehlikeler doğurur. Örfi meşru müdafaa hakkı, kullanılan kuvvetin tehlide oranlı olması gerektiği ilkesine dayanır. Önleyici faaliyetlerin genel olarak oranlılık ilkesine ters olduğu söylenebilir.”<sup>22</sup> [Vurgu eklenmiştir.]

11 Eylül öncesi döneme ait önleyici meşru müdafaa kavramının öne çıktığı olaylara örnek olarak “Küba Füze Krizi”, “1967 Arap-İsrail Savaşı” ve İsrail tarafından Bağdat’taki “Osirak Reaktörünün Bombalanması” gösterilmektedir. Sovyetler Birliği’nin Küba’ya orta menzilli balistik füze rampaları yerleştirmek istemesiyle ortaya çıkan kriz ABD donanmasının Küba’yı ablukaya almasıyla sonuçlanmıştır. ABD söz konusu hareketini önleyici meşru müdafaa yerine Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 52’nci maddesi altında düzenlenen bölgesel barışçıl yaptırım uygulama hakkına dayanmıştır.<sup>23</sup>

Buna karşın İsrail, 1967’deki Altı Gün Savaşları sırasında Suriye, Mısır, Ürdün ve Irak’a gerçekleştirdiği saldırıları önleyici amaçla gerçekleştirdiğini ileri sürmüştür.<sup>24</sup> İsrail, Güvenlik Konseyinde yapılan tartışmalarda, eylemini, vukuu muhakkak bir Arap saldırısına karşı önleyici meşru müdafaa hakkının kullanılmasında meşrulaştırmaya çalışmıştır. İsrail, Birleşmiş Milletler Acil Gücünün (UNEF) Mısır’ın ısrarı üzerine Sina’dan çekilmek zorunda kalmasının İsrail’in hayati çıkarlarına ağır zarar verdiğini ve kendisine önleyici meşru müdafaa hakkını kullanmaktan başka bir çıkar yol bırakmadığını iddia etmiştir.<sup>25</sup>

7 Haziran 1981’de İsrail Hava Kuvvetleri bu sefer, nükleer silahlar geliştireceği gerekçesiyle<sup>26</sup> Irak’ın Bağdat’taki Osirak Nükleer

Reaktörünü bombalamıştır. Bunun üzerine Irak, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin derhâl toplanmasını istemiş ve 1968 tarihli Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesine İlişkin Sözleşme’ye taraf olduğunu ve Osirak Reaktörünün Uluslararası Atom Enerjisi Ajansına kayıtlı bulunduğunu ve Ajans’ın denetimi altında bulunduğunu belirterek, İsrail eylemini, ağır bir saldırı fiili olarak nitelendirmiştir. İsrail ise eylemlerini tıpkı 1967’de olduğu gibi Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 51’inci maddesi çerçevesinde önleyici meşru müdafaa hakkına dayandırmıştır.<sup>27</sup> O’Connell, sonrasını şu şekilde özetlemektedir:

“Saddam Hüseyin tarafından sahip olunan silahların İsrail bakımından barındırdığı tehditlere rağmen İsrail jetlerinin Irak’taki Osirak Nükleer Reaktörünü 1981 yılında bombalamasını Güvenlik Konseyi oy birliğiyle kınamıştır. Güvenlik Konseyi, ‘İsrail tarafından gerçekleştirilen askerî saldırının Birleşmiş Milletler Antlaşmasını ve uluslararası davranış kurallarını açık bir şekilde ihlal ettiğini’ tespit etmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyindeki Amerikan temsilcisi Büyükelçi Jeanne Kirkpatrick, Amerika Birleşik Devletleri’ne göre de İsrail’in saldırı gerçekleştirmeden barışçıl alternatifleri tüketmediği gerekçesiyle Antlaşmayı ihlal ettiğini ifade etmiştir. Temsilcilerin büyük bir kısmı Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu Genel Müdürünün açıklamaları karşısında etkilenmiştir. Genel Müdür, Uluslararası Atom Enerjisi Kurumunun, Irak Hükümeti’nin yasadışı silah geliştirdiğine yönelik herhangi bir delile ulaşamadığını ifade etmiştir. Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu doğru yoldan çıkmış nükleer materyal bulamadığı gibi İsrail, bir saldırının gerçekleşmekte olduğunu bırakın, saldırının vukuunun muhtemel olduğuna yönelik hiçbir delil ortaya koymamıştır.”<sup>28</sup>

Tüm bu olaylara karşı ne Güvenlik Konseyi ne de Genel Kurul önleyici meşru müdafaa iddialarını reddetmemiş, onun yerine söz ko-

<sup>22</sup> Sertaç Başeren (2003) “H., Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 109-111; Taşdemir, a.g.e., s. 81’den iktibas edilmiştir.

<sup>23</sup> Taşdemir, a.g.e., s. 84.

<sup>24</sup> M. Kelly (2003), “Time Warp to 1945 – Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defence Doctrines in International Law”, Journal of Transnational Law and Policy, s. 29. [http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol13\\_1/kelly.pdf](http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol13_1/kelly.pdf) (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

<sup>25</sup> Taşdemir, a.g.e., s. 84.

<sup>26</sup> Bir ülkenin elinde nükleer silahların tek başına bulunuyor olması uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmemektedir. “Uluslararası hukukun mevcut durumu

ve eldeki olgular dikkate alındığında Mahkeme, devletin bekasının söz konusu olduğu en aşırı meşru müdafaa durumları için nükleer silah tehdidinin hukuki bir gerekçe olup olmadığı konusunda kesin bir karara varamamıştır.” Bkz.: Uluslararası Adalet Divanının Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Yasallığı hakkında 1996 yılında yayınlamış olduğu Danışma Görüşü, s. 44. Bkz.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

<sup>27</sup> Taşdemir, a.g.e., s. 84-85.

<sup>28</sup> O’Connell, a.g.e., s. 12.

nusu olaylar bakımından önleyici meşru müdafaa şartlarının gerçekleşmediğini ifade etmiştir.<sup>29</sup> Bu yönüyle önleyici meşru müdafaa hakkının kapalı olarak Birleşmiş Milletler tarafından kabul edildiği söylenebilecektir. Ancak bu kabul sınırlıdır. Nikaragua davasında ortaya konan silahlı saldırı eşiği ve uluslararası örfi hukukta tesis edilen Caroline Testi önleyici bir müdahalenin meşruluğunun sınırlarını çizmektedir. Önleyici meşru müdafaa hakkına getirilen bu sınırlamalar, başta ABD olmak üzere batılı güçlerin uluslararası politikalarıyla uyumsuzluk göstermeye başlamış ve bu da beraberinde çok daha geniş bir oyun alanına fırsat veren bir kavramın ön plana çıkmasını sağlamıştır. Bir takım emperyalist kesimlerin “vukuu muhakkak saldırı” gibi hukuken aşılması güç bir engelin dış politika amaçlarına ters düştüğüne karar vermesi ile önleyici meşru müdafaa kavramının yerine “öngörücü” meşru müdafaa kavramını dile getirilmeye başlanmıştır.

## ÖNGÖRÜCÜ MEŞRU MÜDAFAA [BUSH DOKTRİNİ]

Neo-realist ekole göre II. Dünya Savaşı'ndan bu yana ortaya çıkan gelişmeler, uluslararası politikada olağanüstü değişiklikler yaratmıştır. Bugünün dünyası 60 yıl öncesine göre çok farklıdır ve BM Antlaşması hazırlanırken esas alınan düşünceler artık geçerli değildir. Birleşmiş Milletler hukuk sisteminin çalışması ne yazık ki II. Dünya Savaşı galiplerinin işbirliğine bağlıdır.<sup>30</sup> Arend ve Beck'e göre 1945'den bu yana kolektif kuvvet kullanımı üzerine Birleşmiş Milletler Antlaşmasında bahsedilen hususlar değişmeye başlamıştır. Örneğin veto, toplu hareket edebilmek için oluşturulması gereken resmi mekanizmaların kurulamaması ve ortak güvenlik anlayışının reddi konularında tıkanıklık aşılamamıştır. Güvenlik Konseyi yerine Genel Kurulu kullanmak sadece Kore sorununda işe yaramış, daha sonraki

olaylarda Genel Kurul uluslararası barışı tehdit eden saldırılar karşısında yeterli cevabı verememiştir. Kısaca, uluslararası kuruluşlar saldırganı caydırmak yönünde başarısız olmuş, uluslararası toplum da bu problemle baş edecek bir çözüm bulamamıştır.<sup>31</sup>

Uluslararası kurumların devletlerarası konvansiyonel savaşı önlemede kimileri tarafından yetersiz bulunması bir yana, 11 Eylül ve 7 Temmuz saldırıları ile kamuoyu nezdinde süper güçlerin bile konvansiyonel olmayan saldırılara karşı ne kadar savunmasız olabileceği imajının yerleştiğinin söylemesi mümkündür. Gelişmemiş veya gelişmekte olan coğrafyalardaki insanların her gün maruz kalmak durumunda oldukları tehlikelerin çok küçük bir kısmını kendi kapılarında görme ihtimaliyle birlikte batılı halklar nezdinde bir güvenlik paranoyasının ortaya çıktığı açıktır. Özellikle 11 Eylül ve 7 Temmuz saldırılarının hemen ardından ABD ve İngiltere'de alınan “güvenlik tedbirleri” ve değişen göçmen politikaları, söz konusu paranoyanın pratik hayata yansımalarını gözler önüne sermek bakımından önemlidir.

İşte toplumda oluşan bu güvenlik paranoyasından aldıkları güçle, ABD ve İngiltere'nin başını çektiği batılı ülkeler, tehdit olarak gördükleri veya tehdit olarak görmeyi seçtikleri coğrafyalara askerî müdahale imkânlarını kısıtlayan uluslararası hukuk kurallarına yeni yorumlar getirmek istemişlerdir. Her ne kadar uluslararası literatürde “Bush Doktrini” olarak adlandırılrsa da, “önleme” amacını aşan meşru müdafaa anlayışının zihinlerde şekillenmesinin daha öncelerde gerçekleştiği söylenebilecektir. Kavram haklı olarak Bush yönetimi ile ilişkilendirilse de, meşru müdafaa hakkının ABD ve İsrail tarafından dillendirildiği vakalara bakıldığında aslında söz konusu algının Bush yönetiminden çok önceye dayandığını görmek mümkündür. Nitekim O'Connell'ın Osirak reaktörünün bombalanmasıyla ilgili bir önceki bölümde yaptığı aktarımlar, aslında önleme faaliyeti adı altında yapılan saldırıların büyük bir kısmının olgusal herhangi bir temele dayanmadan sezgisel bir şekilde yapıldığını göstermektedir.

<sup>29</sup> Thomas Remler (2005), “The Right of Anticipatory Self-Defense and the Use of Force in Public International Law”, Cape Town Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi. [http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public\\_law/LLMPapers/remler.pdf](http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public_law/LLMPapers/remler.pdf) (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

<sup>30</sup> Cural, a.g.e., s. 111.

<sup>31</sup> Arend ve Beck, a.g.e., s. 178-179; Cural, a.g.e., s. 103-104'den iktibas edilmiştir.

Öngörücü meşru müdafaa kavramının geliştiği zihin yapısını ortaya koymak bakımından Küba'da inşa edilen Sovyet füze tesisleri hakkında halka sesleniş konuşmasında Başkan Kennedy'nin kullandığı ifadeler dikkat çekicidir:

"Bir ülkenin güvenliğine meydan okumak için artık sadece silahların ateşlenmesinin gerekli olmadığı bir dünyada yaşıyoruz. Nükleer silahlar o kadar güçlü, balistik füzeler o kadar süratli ki, bu silahların kullanım olasılığındaki en ufak bir artış veya konuşlandırılmalarındaki en ufak bir değişiklik bile barışa yöneltilen kati bir tehdit olarak kabul edilebilir."<sup>32</sup>

Artan tehdit algısına uluslararası hukuk zeminlerinde tatmin edici bir karşılık bulamayan neo-realist ekol mensuplarının çözümsüzlük veya güvenlik zaafı olarak algıladıkları bu olgular, daha saldırgan bir dış politikayı meşrulaştırmak isteyen devletler için bir çıkış yolu olmuştur. 11 Eylül saldırılarından sonra küresel terörizm olarak adlandırdığı unsurlara ve düşünce yapılarına karşı savaş başlatan ABD, Soğuk Savaş döneminde benimsemiş olduğu "çevreleme" stratejisinden vazgeçtiğini açıklayarak, terörist unsurlar ve haydut devletlere [rogue states] karşı bir "önleyici savaş/pre-emptive war" doktrini kabul etmiştir.<sup>33</sup>

Bu gelişme Cox'a göre "Yeni Amerikan İmparatorluğu" olarak adlandırılan teorinin ikinci perdesini oluşturmaktadır. Cox, ilk perdenin SSCB'nin dağılmasının hemen ardından baba Bush tarafından gerçekleştirilen askerî atılımlar ve Clinton Hükümeti ile hayat bulan ekonomik gelişmeler olduğunu belirtmektedir.<sup>34</sup> Ancak, ABD'deki neo-emperyalist kesim Clinton'un ekonomik başarılarının tek başına yeterli olmadığını, ABD'nin sahip olduğu ekonomik ve askerî gücün daha "etkili" bir şekilde kullanılmasının mümkün olduğunu savunmuştur. Aynı neo-emperyalist kesim ABD'nin potansiyelinin tamamını kullanması için daha

sert bir dış politikanın benimsenmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Cox böylelikle, Başkan Bush'un seçilmesinden çok önce Amerikan kurallarını dünyanın geri kalanına benimsetecek daha sert bir dış politikanın entelektüel zeminin hazır olduğunu ifade etmektedir.<sup>35</sup>

11 Eylül saldırıları bu bakımdan neo-emperyalistlere bulunulamayacak bir fırsat tanımıştır. Uluslararası kurumların ve hukuk normlarının uluslararası barışın temininde yetersiz kaldığını ifade eden neo-realistler tarafından ileri sürülen argümanlar geliştirerek küresel terörizm ile mücadele amacıyla önleyici ve öngörücü bir dış politika şekillendirilmiştir. Bu yeni dış politika ABD Başkanı Bush'un 2002'de gerçekleştirdiği tarihi West Point konuşmasında şu şekilde özetlenmiştir: "Savaş düşmanımızın kapısına götürmeliyiz. Onun planlarını bozmalı ve en kötü tehlikeleri henüz ortaya çıkmadan göğüslemeliyiz."<sup>36</sup> Görüldüğü üzere Bush Doktrini'nin özünde, hâlihazırda süregelen veya başlangıç aşamasında olan bir saldırının bulunmadığı durumlarda bile tamamen sezgisel ve tek taraflı güç kullanımının mümkün olması gerektiği yatmaktadır. Bu yeni saldırgan dış politika ise öngörücü meşru müdafaa kavramı ile meşrulaştırılmak istenmiştir.

Öngörücü meşru müdafaa kavramının önleyici meşru müdafaa kavramından temel farkı, önleyici meşru müdafaa kavramının "vukuu muhakkak" bir tehdit karşısında, öngörücü veya sezgisel meşru müdafaa'nın ise "vukuu muhtemel" tehditler karşısında söz konusu olabilmesidir. Vukuu muhakkak tehlike kavramının dahi öznel bir yoruma açık olduğu bir dünyada, vukuu muhtemel gibi tamamen kavramı kullanan tarafın tehdit algısına dayanan bir kavramın uluslararası savaş hukukunda telaffuz edilmesinin ne denli sakıncalı olduğu açıktır. Zira su götürmez delillerin varlığında dahi "önleyici" meşru müdafaa bile hukuka uygunluğunun sonradan tespit edilebileceği tek taraflı bir eylemdir.<sup>37</sup> Bu yönüyle ön-

<sup>32</sup> Konuşma metninin tamamı için bkz.: <http://www.historyplace.com/speeches/jfk-cuban.htm> (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

<sup>33</sup> Taşdemir, a.g.e., s. 84.

<sup>34</sup> Michael Cox (2004), "Empire, Imperialism and the Bush Doctrine", *Review of International Studies*, LSE Research Online, s. 595, <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000765> (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

<sup>35</sup> Cox, a.g.e.

<sup>36</sup> Konuşma metni için bkz.: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html> (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

<sup>37</sup> Reisman, a.g.e.

görücü meşru müdafaa kisvesi altında yapılacak bir saldırının uluslararası hukuk kurallarına uygunluğunun tespiti olanaksızdır. Askerî saldırı kararı hukuk normlarından ziyade tarafın tehdit algısına bağlıdır. Dolayısıyla söz konusu kavramın bir hukuk enstrümanı olarak kullanılması devletlerin şiddet kullanma kurallarında ciddi istikrarsızlıklar yaratmaktadır. Nitekim bir devlet tarafından tehdit olarak algılanabilecek bir unsur pekâlâ başka bir devlet için aynı özellikleri taşımayabilecektir. Bu ise Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 51'inci maddesinde ve Caroline ve Nikaragua davalarında ortaya konulan nispeten somut kriterleri tamamen etkisiz hâle getirecektir.

Öngörücü meşru müdafaa kavramı devletlerin kuvvet kullanma kurallarını zedelediği gibi, devletlerin ne şekilde kuvvet kullanması gerektiğini düzenleyen hukuk kurallarında da ciddi gedikler açmaktadır. Günümüzde devletler askerî saldırıların orantılılığını gerçekleştiren veya gerçekleştirilmesi planlanan saldırıları göz önünde bulundurarak tayin etmektedirler. "Saldırı ihtimaline" yönelik olarak gerçekleşen bir askerî müdahalenin orantılı olup olmadığının tespiti neye göre olacaktır? Öngörücü bir şekilde harekete geçen devlet önce gelecekte gerçekleşecek olaylar hakkında, sonrasında ise ne kadar kuvvetin söz konusu olayları önlemek için yeterli olacağına yönelik öznel ve spekülâtif yorumlarda bulunmak zorunda kalacaktır.<sup>38</sup>

Gerçekten de meşru müdafaa kavramının temelini oluşturan gereklilik ve orantılılık ilkeleri öngörücü meşru müdafaa kavramı için söz konusu olamamaktadır. Bush doktrini uyarınca tehlike algısı ne kadar büyükse öngörücü müdahaleye olan gereksinim de o kadar fazla olacaktır. Düşmanın yeri ve zamanı konusunda belirsizlikler olsa bile bu durumu değiştirmeyecektir.<sup>39</sup> Gelişen tehdit [emerging

threat] olarak da zaman zaman adlandırılan bu anlayış, uluslararası örfi hukukta önleyici meşru müdafaa kavramı için belirlenen sınırlarını iki yönüyle genişletmektedir. Birincisi, herhangi bir askerî saldırı gerçekleştirilebilmesi için mevcut olması gereken tehdit seviyesini "başlangıç aşamasında olan" tehditten "gelişen" tehdide indirmektedir. İkinci ise doktrini kullanan devlete hem düşman olarak algılanan unsurların faaliyetleri hem de bu faaliyetler arkasında yatan niyet hakkında ciddi bir varsayım yapmasına olanak vermesidir.<sup>40</sup> ABD'nin istediği coğrafya üzerinde, istediği gerekçeyle, istediği şekilde müdahale edebilmesine izin veren bu anlayışın neo-emperyalistlerin "Yeni Amerikan İmparatorluğu" planları için ne denli önemli olduğu açıktır.

Buna rağmen, ABD dâhil olmak üzere, devletleri öngörücü meşru müdafaa doktrinine rahatça sarılmaktan alıkoyan iki farklı sebep bulunmaktadır. Birincisi, devletlerin kuvvet kullanımına getirilen ciddi sınırlamalar neticesinde bu doktrin kapsamında yapılacak bir saldırının uluslararası hukukta karşılıksız kalacak olmasıdır. Ülkelerin şiddet kullanımını meşrulaştıracak gerekçe olarak genellikle önleyici veya öngörücü meşru müdafaa yerine daha önce gerçekleştirilmiş bir silahlı eylemden bahsetmesi bu sebeptendir. Gray'e göre söz konusu hakkın uluslararası hukuktaki şüpheli durumu, devletler tarafından ileri sürülmesindeki isteksizlikten anlaşılmaktadır. Devletler eylemlerini meşrulaştırmak amacıyla genel anlamda diğer ülkelerin büyük bir kısmı tarafından reddedilecek bir argümanı ileri sürmemeyi tercih etmektedirler. Örneğin, İsrail rahatlıkla öngörücü bir saldırı olarak algılanabilecek bir şekilde 1967'de Mısır, Suriye ve Ürdün'e saldırdığında, eylemlerinin gerekçesi olarak önleyici meşru müdafaa ve benzeri argümanları ileri sürmemiştir. İsrail aksine gerçekleştirdiği saldırının önceden gerçekleştirilen silahlı saldırılara cevap olarak geliştiğini ileri sürmüştür. İsrail buna yönelik olarak Güvenlik Konseyi tartışmaları sırasında Mısır'ın Tiran Boğazına İsrail gemilerine karşı kurduğu ablukanın bir savaş nedeni olduğunu ifade

<sup>38</sup> O'Connell, a.g.e., s. 19.

<sup>39</sup> "Tehdit ne kadar büyükse hareketsiz kalmanın taşıdığı risk o kadar büyük olacaktır. Tehdit ne kadar büyükse, kendimizi korumak için öngörücü eylemler gerçekleştirme durumu daha inandırıcı olacaktır. Bu durum, düşmanın saldırısının ne zaman ve nereye gerçekleşeceği konusunda bir takım belirsizliklerin bulunması halinde dahi böyledir." George W. Bush'un 1 Haziran 2002 tarihli West Point konuşması. Konuşma metni için bkz.: [\[whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss5.html\]\(http://whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss5.html\)  
\(Erişim Tarihi: 01.09.2012\)](http://georgewbush-</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>40</sup> Mulcahy ve O Mahony, a.g.e., s. 240.

etmiştir. Bu ise, İsrail'e göre, Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 51'nci maddesi uyarınca meşru müdafaa hakkını doğuran bir eylem olmuştur. Bir başka örnek ise 1962'deki Küba füze krizidir. ABD, Küba'ya giden SSCB gemilerini durdurduğunda bu eylemi önleyici meşru müdafaa hakkından ziyade Birleşmiş Milletler Antlaşması altında düzenlenmiş bölgesel barışı koruma prensiplerine dayandırmıştır.<sup>41</sup>

Devletlerin öngörücü meşru müdafaa doktrinini dile getirmelerini engelleyen ikinci ve daha önemli olan sebep ise bu denli öznel yoruma açık bir silahlı saldırı doktrininin başka devletlerce de benimsenebilecek olmasıdır. Örneğin ABD, gerçekleştirdiği eylemlere yönelik öngörücü meşru müdafaa iddialarını sürekli olarak reddetmiştir. Tarihsel olarak bakıldığında, ABD'nin basiretli bir dış politika sergilemek adına öngörücü meşru müdafaa hakkından bahsetmek yerine Birleşmiş Milletler Antlaşması hükümlerine atıf yaptığı görülebilecektir. Öngörücü meşru müdafaa hakkının diğer devletlerin de zaman zaman danışabilecekleri evrensel bir hak olarak algılanması ABD'nin ulusal çıkarlarına ters düşecektir. Böyle bir hakkın evrensel bir hukuk kuralı olarak algılanmasıyla Hindistan Pakistan'a, İran Irak'a ve Rusya Gürcistan'a saldırmak için yasal bir dayanak elde etmiş olacaktır.<sup>42</sup>

Bu hassasiyetler göz önüne alınarak 11 Eylül saldırıları sonrasında gerçekleşen Afganistan işgali, işgal kuvvetleri tarafından "önleyici" meşru müdafaa olarak adlandırılmıştır. ABD ve İngiltere, 11 Eylül saldırılarının 1993'den beri ABD unsurlarına karşı "süregelelen"<sup>43</sup> bir dizi saldırının son ayağı olduğunu iddia etmiştir. ABD ve İngiltere'nin dünya kamuoyunu bu senaryoya ikna etme çabaları bu yönüyle Afganistan işgalinin öngörücü bir meşru müdafaa hareketi olarak algılanmayıp, süregelen saldırıları önlemeye yönelik bir ön-

leyici meşru müdafaa olarak algılanmasına yol açmıştır.<sup>44</sup>

ABD tarafından gerçekleştirilen ikinci Irak işgali bu yönüyle farklılık arz etmektedir. ABD Afganistan'a gerçekleştirdiği operasyonları doğrudan 11 Eylül saldırıları ile ilişkilendirebilirken, uzun süre uluslararası kamuoyunu Saddam rejiminin neden devrilmesi gerektiği konusunda ikna etmeye uğraşmıştır. Saddam rejimi ile 11 Eylül saldırıları arasında inandırıcı bir ilişki kuramayan Bush hükümeti, Saddam'ın elinde kitle imha silahları bulundurarak ve terörist organizasyonlara yataklık yaparak dünya barışını tehlikeye attığını ileri sürmüştür. Irak işgali öncesinde Birleşmiş Milletler heyetinin raporları ve işgal sonrasında kitle imha silahlarının varlığına veya geliştirilmekte olduğuna ilişkin herhangi bir delilin ortaya çıkmaması, öngörücü doktrinle donatılmış bir devletin başka bir devlete saldırmak için ne denli az sebebe ihtiyaç duyacağını göstermek bakımından önemlidir. Öngörücü meşru müdafaa doktrini uyarınca, bir tehlikenin işgalci devlet tarafından öngörüldüğü müddetçe "vukuu muhakkak" olması veya ispatlanması gerekmemektedir.

Afganistan saldırısı meşru müdafaa hakkı ile meşrulaştırılmak istenmişse de, Irak işgali bakımından ne meşru müdafaa ne de önleyici meşru müdafaa hakkından söz etmek mümkün değildir. Afganistan işgalini Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndaki meşru müdafaa hükümleri kapsamında haklı bulan yazarlar bile Irak işgalinin ne Birleşmiş Milletler Antlaşması ne de Antlaşma öncesi uluslararası örfi hukuk kapsamında hukuka uygun olmadığını kabul etmek durumunda kalmıştır.<sup>45</sup> Bunun bilincinde olan İngiltere, Irak işgali sırasında ABD'yi takip ederken, ABD gibi önleyici-öngörücü bir argümandan ziyade, Irak aleyhine alınan Güvenlik konseyi kararlarını gerekçe olarak göstermiştir.<sup>46</sup>

Öngörücü meşru müdafaa kavramı tüm bu eleştirilere rağmen bazı yazarlar tarafından kabul görmüştür. Öngörücü meşru müdafaa hakkını savunanlardan Glennon'a göre "İlk

<sup>41</sup> Christine D. Gray (2000), "International Law and Use of Force", Oxford University Press, s. 112; Mulcahy ve O Mahony, s. 242'den iktibas edilmiştir.

<sup>42</sup> O'Connell, a.g.e., s. 15-19.

<sup>43</sup> 1993'te gerçekleşen Dünya Ticaret Merkezi saldırıları, 1998'te Nairobi'deki ABD Büyükelçiliğine yapılan saldırı, 2000 yılında Yemen'de USS Cole gemisine yapılan saldırılar bu süregelen saldırı silsilesinin bir parçası olarak gösterilmektedir.

<sup>44</sup> O'Connell, a.g.e., s. 9-10.

<sup>45</sup> Kelly, a.g.e.

<sup>46</sup> Mulcahy ve O Mahony, a.g.e., s. 236.

mermiyi karşı tarafın ateşlemesini beklemek televizyondaki Westernler için uygun olabilecek bir ahlak kuralı olabileceken, vatandaşlarının refahını korumak gibi kutsal bir sorumluluk emanet edilmiş politika belirleyiciler için gerçekçi değildir.<sup>47</sup> Uluslararası barışı sağlamakla görevli organların bu konuda günümüze kadar yetersiz kaldığını görmekle beraber bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira çözümsüzlük üreten bir uluslararası hukuk sistemi bile devletlerin dilediği zaman uluslararası hukuku hiçe sayarak tek taraflı olarak kuvvet uygulayabileceği bir sisteme tercih edilebilecektir.

Irak işgali öngörücü meşru müdafaa doktrinin uluslararası hukukun sağlığı için ne denli sakıncalı olduğunu göstermek bakımından önemlidir. Başka bir rejimin kendisi için gelecekte bir tehdit oluşturacağını düşünen her devlet, elinde bu düşüncesini destekleyecek deliller olsun ya da olmasın, ABD'nin Irak işgalini referans olarak gösterebilecektir.<sup>48</sup> Öngörücü meşru müdafaa hakkının kabulü saldırgan bir algıya sahip olan devletin her zaman çatışma üstünlüğünü elinde tutacağı anlamına gelecektir. Öngörücü meşru müdafaa doktrini bu yönüyle hukuki bir doktrin olmaktan ziyade siyasi bir doktrindir ve hiçbir suretle uluslararası hukukta yeri bulunmamaktadır.

## SONUÇ

İstikrarlı bir küresel düzen için devletlerarası kuvvet kullanma yasağının önemi ortadadır. Kuvvet kullanma yasağına getirilen istisnai düzenlemelerden meşru müdafaa hakkı da en az kuvvet kullanma yasağı kadar önem taşımaktadır. Devletlerarası savaşın tarihe karıştığı ve devletlerin uyuşmazlıklarını uluslararası konseyler önünde adil bir şekilde çözüme ulaştırdığı bir dünya maalesef hâlihazırda bilimkurgu senaryolarında yer almaktadır. Devletlerin kendilerine gerçekleştirilmekte olan si-

lahlı saldırılara cevap verme hakkı bu bakımdan güncelliğini korumaktadır. Hangi hâllerin silahlı bir saldırı teşkil edeceğini tespit etmek için Nikaragua davası rehber niteliğindedir.

Meşru müdafaa hakkının bir takım önleyici faaliyetleri de içerdiği sınırlı olarak kabul edilmelidir. Caroline Testi bu kabulün sınırlarını göstermek bakımından önemlidir. Meşru müdafaa hakkının önleyici olarak kullanılabilmesi için "anı, karşı konulmaz, başka bir araç seçimine ve düşünmeye imkân bırakmayan bir zaruretinin olduğunun kanıtlanması" gerekmektedir. Önleyici meşru müdafaa ancak ve ancak elde su götürmez delillerin varlığı hâlinde söz konusu olabilecektir. İspat şartı önleyici meşru müdafaa ile öngörücü meşru müdafaayı birbirinden ayıran en önemli unsurlardan birisidir.

Diğer taraftan öngörücü meşru müdafaa'nın dayanabileceği hiçbir hukuki argüman veya meşru olarak kabul edilebileceği hiçbir farazi senaryo bulunmamaktadır. Devletleri siyah ve beyaz olarak ayırmanın gerekli olduğu bu siyasal doktrine göre, bir devletin topraklarının işgal edilmesi için o devletin bir takım çıkar çevreleri tarafından "şer eksenli" gibi komik bir topluluğa dâhil edilmesi yeterlidir. Öngörücü meşru müdafaa anlayışı, devletlerarası ilişkileri bir devletin komşusuna veya diğer bir devlete hiçbir sebep göstermeden saldırmaya olanak veren Birleşmiş Milletler öncesi döneme geri götürmektedir.

## Kaynakça

<sup>47</sup> M. J. Glennon (2002), "The Fog of Law: Self-Defence, Inherence, and Incoherence in Article 51 of United Nations Charter" Harvard Journal of Law and Policy, <http://www.thefreelibrary.com/The+fog+of+law%3A+self-defense,+inherence,+and+incoherence+in+article...-a084436616> (Erişim Tarihi: 01.09.2012)

<sup>48</sup> O'Connell, a.g.e., s. 19.

Arend, Anthony C. ve Beck, Robert J.; "International Law and the Use of Force: Beyond the U.N. Charter Paradigm", Routledge, 1993.

Beres, Louis R.; "Permissibility of State-Sponsored Assassination during Peace and War", The, 5, Temp. Int'l & Comp. L. J., 1991.

Cox, Michael; "Empire, imperialism and the Bush Doctrine", Review of International Studies, LSE Research Online, 2004 <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000765>.

Cural, Ahmet; "Bush Doktrini ve Askerî Gücün Önalcı ve Önleyici Savaş Kapsamında Kullanılması", T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2011.

- Dinstein, Yoram; **“War Aggression, and Self-Defense”**, Cambridge University Pres, 2001.
- Glennon, M. J.; **“The Fog of Law: Self-Defence, Inherence, and Incoherence in Article 51 of United Nations Charter”**, Harvard Journal of Law and Policy, <http://www.thefreelibrary.com/The+fog+of+law%3A+self-defense,+inherence,+and+incoherence+in+article...-a084436616>, 2002
- Kelly, M.; **“Time Warp to 1945 – Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defence Doctrines in International Law”**, Journal of Transnational Law and Policy, [http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol13\\_1/kelly.pdf](http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol13_1/kelly.pdf), 2003.
- Modabber, Zia; **“Collective Self-Defense: Nicaragua v. United States”**, 10 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 449, <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1139&context=ilr>, 1988.
- Mulcahy, James ve O Mahony, Charles: **“Anticipatory Self-Defense: A Discussion of the International Law”**, Hanse Law Review, <http://www.hanselawreview.org/pdf4/Vol2No2Art06.pdf>, 2006
- O'connell, Mary Ellen; **“The Myth of Preemptive Self-Defense”**, American Society of International Law Task Force on Terrorism, <http://cdm266901.cdmhost.com/cdm/singleitem/collection/p266901coll4/id/2944/rec/8>, 2002.
- Reisman, W. Michael; **“Assessing Claims to Revise the Laws of War”**, Faculty Scholarship Series. Paper 1008, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1008](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1008), 2003.
- Remler, Thomas; **“The Right of Anticipatory Self-Defense and the Use of Force in Public International Law”**, Cape Town Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi. [http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public\\_law/LLMPapers/remler.pdf](http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public_law/LLMPapers/remler.pdf), 2005.
- Taşdemir, Fatma; **“Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”**, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 2, 2006.



# Konuta Saygı Hakkı Kapsamında Çevresel Faktörlerden Korunma Hakkı

Bilâl KILINÇ



## GİRİŞ

İnsanın sadece insan olmasından kaynaklanan<sup>1</sup> ve ona koruma sağlayan birtakım yetkileri vardır. Bu yetkiler kavramsal olarak “hak” kavramı ile ifade edilir. Hak ise lügatte asıl olan, sabit olan, adalet, meşru iktidar, emek, pay ve din gibi anlamlara gelir. Hak kavramına üç türlü yaklaşım vardır:

**Birinci görüş** irade kuramıdır. Buna göre hak, “hukuk düzeni tarafından bir kişi lehine bahşedilen irade kudreti veya hâkimiyettir.”<sup>2</sup>

**İkinci görüş** menfaat kuramıdır. Buna göre hak, “hukukten korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir.”<sup>3</sup>

**Üçüncü görüş** ise ilk iki görüşün sentezini yapan karma görüştür. Buna göre ise, “insana sahibi bulunduğu menfaati korumak üzere tanınmış irade kudretidir.”<sup>4</sup>

Hak kavramının bu şekilde anlaşıldığını ifade ettikten sonra denilebilir ki hukuk, sağlanan bu menfaatlerin veya iradenin belli bir düzen içinde sunulmasıdır. Hukuk bir düzeni deyimlerken, hak bu düzenin kişilere sağladığı yetkiyi anlatır. Bu bağlamda genel olarak “in-

san hakları hukuku” ve de özel olarak bölgesel koruma sağlayan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku” denildiğinde akla ilk gelecek olan “insan haklarının belli bir düzen ve sistematik içerisinde sunulması” ile “koruma mekanizması”dır. Böyle bir düzen ve koruma mekanizmasının bulunmadığı bir yerde Antonio Marongiu’nun şu ifadesinin doğruluğu bir kez daha ispat edilmiş olacaktır:<sup>5</sup> “Kamu hukuku dış görüntüsü özenli ve tertemiz bir yapıya benzer. Bu yapının içi ise, hiçbir zaman uyulmamış ilkeler ve uygulanmamış kurullarla dopdoludur.”

İnsan hakları hukukunun önemli alanlarından birini özel hayatın ve aile hayatının korunması teşkil etmektedir. Nitekim insanlar doğdukları andan itibaren şahsi ve ailevi bağlara sahip olurlar. Bu aidiyet bazı özel bilgileri ve ilgili kimseler dışında kimsenin dâhil olmaması gerektiği ilişkileri gündeme getirir.<sup>6</sup> Böylece gerek devletin gerekse de diğer şahısların müdahale etmemesi gereken bir alan kendini gösterir. Bununla birlikte bahsettiğimiz alan ihlallere de müsait bir alandır. Zira insanın ve devletin yapısında “merak ve bir başkasının özelini araştırma” gibi kötü hasletler mevcuttur. İşte bu hasletler sebebiyle ortaya çıkabilecek ihlallerin engellenmesi “fail” de olabilecek devlete aittir. Bu bağlamda devlet hem ihlal etmeme gibi negatif hem de ihlal edenleri engelleme şayet engelleyememişse yaptırıma tabi tutma gibi pozitif yükümlülüklerle sahiptir.

<sup>1</sup> Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, İmaj Y., Ankara 1995, s. 1.

<sup>2</sup> İsmet Sungurbey, *Hak Nedir?*, (Der.: Hayrettin Ökçesiz), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Y., İstanbul 1997, s. 152.

<sup>3</sup> Kemal Oğuzman-Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Anıkan Y., İstanbul 2006, s. 105.

<sup>4</sup> Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavramları ve Kuramları)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 12-13.

<sup>5</sup> Antonio Marongiu’dan aktaran İlhan Özay, *Günışığında Yönetim*, Alfa Y., İstanbul 1986, s. 2.

<sup>6</sup> İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 292.

Böylece özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı temel bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu hak bir "hukuk menüsü" içerisinde de sunulmuştur. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin 17. maddesinde ifadesini bulan bu hak özel hayatın ve aile hayatının yaşandığı mekân olan "konut"a müdahaleyi de men etmiştir. Bu itibarla "konuta saygı hakkı" da ihlallerden korunması gereken temel bir insan hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz milletlerarası hukuk normlarının yanı sıra iç hukuk normları da mevcuttur. Başta 1982 Anayasası'nın 2, 5, 10, 12, 20, 21, 56 ve 57. maddeleri, daha sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 181 vd. maddeleri<sup>7</sup> ve 1583 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile 2872 sayılı Çevre Kanunu konumuza ilişkin düzenlemeleri teşkil etmektedir. İfade etmek gerekir ki 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre AHİS de bir iç hukuk metnidir; hatta öyle ki kanunlarla çeliştiği durumlarda Türk yargı yerleri AHİS'yi uygulamak zorundadır. Bu itibarla AHİS'nin yorumlayıcısı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları da çok önemli bir yer tutmaktadır.

Konuta saygı hakkının özel hayatın ve aile hayatının gizliliği ile düzenlenmiş olması anlamlıdır. Zira konut, özel hayatın ve aile hayatının en yoğun şekilde yaşandığı mekândır. Bu vasfı dolayısıyla özel olarak korunması elzem olan konutun dışarıdan gelebilecek her türlü tecavüze karşı etkin bir şekilde müdafaa edilmesi görevi AHİS'nin 8. maddesi ile âkit devletlere yüklenmiş bulunmaktadır. Tabii dışarıdan gelebilecek ihlalleri geniş bir şekilde düşünmek hukuk mantığı açısından uygun düşecektir. Zira insanlar ve toplumlar dinamik varlıklardır. Sürekli bir değişim ve dönüşüm içerisinde dirler. Bu değişim ve dönüşüm insanlık tarihinde iki yüz yıldır özellikle son elli yıldır çok ciddi şekilde ivme kazanmıştır. Bunun en önemli sebebi teknolojinin gelişmesine bağlı olarak sanayide ve ticarete baş dön-

dürücü bir hızın yeryüzüne hâkim olmasıdır. Artık insanlar buldukları her yere çevreye ağır tahribatı olan fabrikalar ve sanayi merkezleri kurmaya başlamışlardır.

Bu sebeptendir ki üçüncü kuşak haklar olarak ifade edilen "dayanışma hakları" zuhur etmiştir.<sup>8</sup> Bu haklardan bir tanesi de "çevre hakkı"dır. Artık "konuta saygı hakkı"nın sadece hukuksuz ve gayri meşru şekilde konutlara girilmekle ve göçe zorlayarak ihlal edilmesinden değil, aynı zamanda konutların bulunduğu alanların gerek havasının ve suyunun gerekse de toprağının kirletilmesi suretiyle ihlal edilmesinden de bahsetmek gerekecektir. Son yıllarda tüm dünyada bu sorun insan hakları bağlamında ciddi tartışmalara yol açmaktadır. Bu husus AHİM'nin içtihatlarına da yansımış bulunmaktadır.

Bu bağlamda çalışmamızda ilk olarak konuta saygı hakkının ne anlama geldiği inceleneyecektir. Daha sonra çevresel faktörlerden korunma hakkının söz konusu hak kategorisi içerisinde hangi bağlantı noktalarına tekabül ettiğine değinilecektir. Son olarak mevzuatımız ve AHİM içtihatlarında bu konunun nasıl ele alındığı tespit edilecektir.

## KONUTA SAYGI HAKKI

### 1. Genel Olarak

AHİS'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesi şöyledir: "1) Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. 2) Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz." Söz konusu madde ile özel hayat ve aile hayatı koruma altına alınmıştır. Bununla birlikte ko-

<sup>7</sup> Bu konuyla ilgili olarak bkz.: Tuğrul Katoğlu, *Çevre ve Ceza Hukuku, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar*, Çevre Hukuku Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Y., Ankara 2006, s. 77-104.

<sup>8</sup> İbrahim Özden Kaboğlu, *Dayanışma Hakları*, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1996, s. 5.

nut ve haberleşme de güvence altına alınarak özel hayat ve aile hayatının en yoğun şekilde yaşandığı alanlar da koruma altına alınmış olmaktadır. Çalışmamızda konuta saygı hakkı kapsamında çevresel faktörlerden korunma hakkı ele alınacağı için sadece konuta saygı hakkı incelenecektir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerinin gösterilmiş olmasıdır. Böylece 8. madde AHİS sistemi içerisinde “nitelikli haklar” kategorisinde yer almaktadır. Nitelikli haklarda, birey belirtilen hakkın ihlal edildiğini ispat edecek ve AHİM bunu haklı bulursa ispat yükü âkit devlete geçecektir. Şayet devlet sorumluluktan kurtulmak istiyorsa bu aşamada, müdahalenin AHİS’de öngörülen amaçlara matuf olarak yapıldığını (meşru amaç), yasallığını ve demokratik bir toplumda gerekliliğini ispat etmek zorundadır. Aksi hâlde âkit devletin sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>9</sup>

AHİS’nin 8. maddesi ile ilgili tartışılmakta olan bir başka husus da madde metninde “konuta saygı hakkı”ndan bahsedilmiş olmasıdır. Acaba “saygı” kavramı hakkı nereye kadar koruyacaktır? Bu sorunun cevabı devletin sadece negatif yükümlülükleri olduğu yönünde olursa âkit devlet konut yaşamına müdahale etmeyerek AHİS’nin bu hükmüne uymuş olacaktır. Peki, bu durumda diğer şahıs (örneğin büyük şirketler) ve organizasyonlardan (örneğin fabrikalar) gelebilecek ihlallere karşı nasıl koruma sağlanacaktır? İşte bu noktada AHİM’nin içtihatları imdadımıza yetişmektedir. Mahkeme’ye göre, 8. madde âkit devletlere aynı zamanda pozitif yükümlülükler de yüklemektedir.<sup>10</sup>

Âkit devletlerin bu madde kapsamındaki pozitif yükümlülükleri iki boyutludur. Birincisi 8. maddedeki hakları garanti etmek üzere hareket etme yükümlüdür. İkincisi ise 8. maddeden kaynaklanan hakların etkili biçimde kullanılmasına engel olan faaliyetleri men et-

mektir.<sup>11</sup> Bu pozitif yükümlülükleri yerine getirmeyen bir âkit devletin sorumluluğuna gitmek mümkündür.

Konuta saygı hakkı bağlamında çevresel faktörlerden korunma hakkının ihlal edildiği durumlarda yaşam hakkına yönelik ihlaller de gündeme gelebilecektir. Nitekim çevresel faktörlerin insan sağlığını tehdit etmesi durumunda AHİS’nin 2. maddesi ile güvence altına alınan yaşam hakkının da ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir. Âkit devletler insanlara sağlıklı bir çevrede inşa edilmiş konutlar sağlayamıyorsa veya konutların bulunduğu çevrenin sağlıklı bir çevre olması konusunda gerekli tedbirleri almıyorsa konuta saygı hakkı yanında yaşam hakkına da müdahale etmiş olacaktır.<sup>12</sup>

Bununla birlikte şayet çevre faktörlerinin olumsuzluğu dayanılamayacak boyutlara ulaşmışsa (örneğin hava kirliliği) burada AHİS’nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmak da mümkün olabilecektir. Madde metninde, “hiç kimse işkenceye, gayriinsanî yahut haysiyet kırıcı cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” denilmektedir. Ağır çevre kirliliğini engelleme konusunda hareketsiz kalan bir âkit devletin o çevrede yaşayan insanları gayriinsanî muameleye tâbi tuttuğu söylenebilecektir. Zira kirliliğin ciddi boyutlara ulaşması karşısında sessiz kalan devletin pozitif yükümlülüklerini “kasten” ihmal ettiği sonucuna varılabilecektir. Hele de o yerin insanını çevre kirliliği ile (katı, sıvı, gaz) bezdirerek orayı terk ettirmek<sup>13</sup> amaçlanıyorsa mutlak bir yasak olan 3. maddenin ihlal edildiği rahatlıkla söylenebilecektir. Ayrıca ağır çevre kirliliği yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilebiliyorsa evleviyetle işkence yasağının ihlal edildiği sonucuna da varılabilecektir. Ezcümle bir insanın konutunu yaşanamaz derecede etkileyen çevre sorunlarını engelleyemeyen devletin konuta saygı hakkıyla birlikte yaşam hakkı ve iş-

<sup>9</sup> Sultan Üzeltürk, *Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre*, Beta Y., İstanbul 2004, s. 159.

<sup>10</sup> AHİM, 27.10.1994 tarihli “Kroon ve Diğerleri/Hollanda” davasında AHİS’nin 8. maddesinin âkit devletlere pozitif yükümlülükler de yüklediğine hükmetmiştir. Karar için bkz.: <http://ihami.anadolu.edu.tr/index.htm> (E.T.: 04.01.2013)

<sup>11</sup> Üzeltürk, a.g.e., s. 161.

<sup>12</sup> A.g.e., s. 159.

<sup>13</sup> AHİM, 24.04.1994 tarihli “Selçuk ve Asker/Türkiye” davasında başvurucuların evleri yıkılarak geçimlerini sağlayamayacak duruma sokulduğunu ve köylerini terk etmeye zorlandığından bahsetmektedir ve bunun bir kötü muamele olduğunu hükme bağlamaktadır. Karar için bkz.: A. Şeref Gözübüyük-Feyyaz Gölçüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 204 vd.

kence yasağını ihlal ettiği sonucuna varmak, diğer şartları da varsa, doğru olacaktır.

## 2. Konut Kavramı

Konut, lügatte “bir ya da birkaç ev halkının yaşaması için yapılmış, insan yaşamasının gerekli kıldığı uyuma, yemek pişirme, soğuktan ve sıcaktan korunma, yıkanma gibi temel gereksinim konularında kolaylıkları bulunan barınak” olarak tarif edilmektedir.<sup>14</sup> Ceza hukukunda konut, “bir kimsenin geçici veya sürekli olarak oturduğu her yer” olarak tanımlanmıştır.<sup>15</sup> Başka bir tanıma göre ise konut, “kişinin oturduğu ya da olağan olarak yerleşimini gerçekleştirdiği yer”dir.<sup>16</sup>

Belirtmek gerekir ki AHİM, konutu, yukarıda verdiğimiz lügavi ve ceza hukukundaki anlamlarından çok daha geniş bir şekilde anlamaktadır. Öncelikle AHİM, bir yerin konut olarak tespitini her olayın kendine özgü koşullarını değerlendirmek suretiyle yapmaktadır. Bu anlamda sınırlı olmamakla birlikte şu yerler konut kavramına dâhildir: İster kiralık olsun, ister mülk olsun her türlü konut; malikin dönmeyi düşündüğü kiraya verilmiş konut;<sup>17</sup> konutun eklentileri ve işyerleri.<sup>18</sup> Böyle-

ce AHİS'nin yorumlayıcısı konumundaki AHİM, konut kavramı tahdidi olmayan bir şekilde yorumlanmış ve kapsamını olabildiğince geniş tutmuştur. Bu izahı kabil bir yaklaşımdır. Zira özel hayatın ve aile hayatının en kapalı alanı konutlardır. Bu sebeple konut kavramının geniş anlaşılmasının insan hakları retorikğine uygun düştüğünü rahatlıkla ifade etmek mümkündür.

Evlerin 8. madde açısından konut sayılabilmeleri için yapı ruhsatı, kullanım izni gibi belgelerin edinilmiş olması gerekli değildir. Bu eksiklikler ancak 8. maddenin 2. fıkrası gereğince sınırlama noktasında meşru bir amaç teşkil edebilir.<sup>19</sup>

## 3. Çevresel Faktörlerden Korunma Hakkı

İnsanlık tarihini üç devreye ayırmak mümkündür. Bunlardan ilk devre tarımın icadına kadar geçen devredir. İkinci devre ise tarımın icadından Sanayi Devrimi'ne kadar geçen devredir. Üçüncüsü ise Sanayi Devrimi'nin icadıyla başlayan devredir. Bu üçüncü devrede insanlık ilk iki devrede görülmemiş nezuhr sorunlarla karşılaşmaya başlamıştır. Konumuzla ilgisi olan sorun yeryüzünün sanayi devrimiyle birlikte eskisine oranla çok daha fazla tahribata maruz kalmaya başlamış olmasıdır. İnsanlığın son iki yüz yıllık tarihi bu hakikate işaret etmektedir. Yeryüzünde bu zamana kadar hiç görülmedik şekilde havayı, suyu ve toprağı kirleten büyük ölçekte fabrikalar ve sanayi alanları kurulmaya başlanmıştır. Böyle bir sanayileşme yoğun iş gücünü gerektirir olmuştur. Bu sebeple insanlar peyderpey sanayinin bulunduğu merkezlere göç etmeye başlamış ve böylece kentleşme olgusu gündeme gelmiştir. Bu da çok yoğun nüfusun çok dar bir alanda yaşamaya başlamasına sebep olmuştur. Böyle bir yaşam alanı, çevresel tahribatın etkisi ve yoğun nüfus sebebiyle sağlıklı bir hâl almıştır.

<sup>14</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (E.T.: 03.01.2013)

<sup>15</sup> Ali Rıza Çınar, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.

<sup>16</sup> Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2009, s. 212.

<sup>17</sup> AHİM, 24.11.1986 tarihli “Gillow/Birleşik Krallık” davasında 19 yıldır sahip oldukları evde hiç yaşamamış olan davacıların, uzun süre uzak olmalarına rağmen, hep söz konusu yere dönme niyetleri olması ve söz konusu gayrimenkulle ilişkilerini, konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmiş olmaları nedeni ile söz konusu yerin AHİS'nin 8. maddesi kapsamında konut sayılabileceğine karar vermiştir. Karar için bkz.: Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C: 2, Legal Y., İstanbul 2004, s. 165 vd.

<sup>18</sup> AHİM, 16.12.1992 tarihli “Niemietz/Almanya” davasında, konutun, meslek sahibi bir kişinin bürosunu da kapsayabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, bir kişinin mesleğine veya işine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda yapılabileceğinden ve işle o kadar ilgili olmayan faaliyetlerin de bir ofiste veya ticari mekânda yapılabileceğinden yola çıkarak, bu konuda kesin ayrımlar yapmanın mümkün olmadığını ifade ederek bu tür durumlarda, işyerinin AHİS'nin 8. maddesinin korumasına girdiğini belirtmiştir. Karar için bkz.: <http://lhami.anadolu.edu.tr/> (E.T.: 04.01.2013)

<sup>19</sup> Seda Erten, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, İstanbul 2009, s. 95.

Bununla birlikte kapitalizmin çarklarının iş-lemesi için fabrikalar ve sanayi alanlarının çevreye verdiği tahribat tolere edilmeden sürrekli yenilerinin kurulması ve daha büyüklerinin çalışır hâle getirilmesi için uğraşmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra daha da canlanan milletlerarası ticaret bu "gelişmeye!" ivme kazandırmıştır. Böylece çevreyi tüketen sınırsız ve denetimsiz sinai büyüme insan hakları üzerinde farklı bir bakış açısı geliştirmeyi gerekli kılmıştır.

Sinai ve teknolojik ilerlemenin çevrede yol açtığı zararlar (hava-su-toprak kirliliği; denizlerin, göllerin, tatlı su kaynaklarının kirlenmesi; ormanların, tarım alanlarının yok olması; biyolojik çeşitliliğin tehdit altında olması; ozon tabakasının delinmesi; iklim değişiklikleri ve sera etkisi; nükleer risk; dünyanın kültürel ve doğal mirasının yok olması vb.), insanlar için bir çelişki ve bilinçlenmeyi de beraberinde getirmiştir. Bu ise dengeli, uyumlu ve korunmuş bir çevrede yaşama taleplerinin yükselmesine sebep olmuştur.

Yükselen taleplerin makes bulunduğu ilk metin 1972 tarihli Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda ilan edilen Stockholm Bildirgesi'dir. Bildirgede şöyle denilmektedir: "İnsan, kendisine onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve tatmin edici yaşam koşulları temel hakkına sahiptir..."<sup>20</sup> Bunu daha sonra 1982 tarihli Dünya Doğa Şartı ve 1992 tarihli Dünya Çevre Zirvesi'nin sonucunda ilan edilen Çevre ve Gelişme Üzerine Rio Bildirgesi<sup>21</sup> izlemiştir.

Hemen ifade edelim ki çalışmamızın konusunu 3. Kuşak haklardan olan çevre hakkı oluşturmamasına rağmen bu bilgileri vermemizin amacı konuta saygı hakkının çevresel faktörlerden korunmayı da içerecek biçimde anlaşılmasına başladığı tarihlerin sağlıklı bir

çevrede yaşama taleplerinin yoğunlaştığı tarihlerle örtüşmesini vurgulamaktır.<sup>22</sup> İnsan hakları alanındaki bu iki gelişme birbirinden bağımsız değildir. Konuta saygı hakkı AHİS'nin ilk metninde var olan 2. Kuşak haklardandır. Çevre hakkı ise 3. Kuşak haklardandır. Bu iki hak kategorisinin konuta saygı hakkı kapsamında cem etmesi insan hakları hukukunun gelişimi bakımından enteresan bir örnektir. Belirtmek gerekir ki bir kararında AHİM Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında karar verirken Rio Bildirgesi'ne de atıf yapmıştır.<sup>23</sup>

Konuta saygı hakkına, söz konusu yerde huzur içinde yaşayabilme de dâhildir. Huzurdan kastımız sağlıklı bir şekilde yaşayabilmektir. Dünya Sağlık Örgütü sağlığı, "bedenen, ruhen ve sosyal açıdan tam bir iyi olma hâli" olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan hareketle denilebilir ki bir şahsın konutunun bulunduğu çevre o şahsı bedeni, ruhi veya sosyal açıdan herhangi bir rahatsızlığa sevk edecek durumda ise konuta saygı hakkı ihlal edilmektedir. Hatta AHİM'ye göre sadece böyle bir tehlikenin doğmuş olması bile 8. maddenin ihlali kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>24</sup> Devlet o çevreyi bizzat sağlıksız hâle getirmiyor olabilir (negatif yükümlülüğe uyma); ancak çevrenin sağlıksız olmasını engellemiyor ise pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği için konuta saygı hakkını ihlal ediyor demektir.<sup>25</sup> Bu bağlamda iç hukuk yolları tüketilip de devletin harekete geçmemiş olduğu durumlarda AHİM'ye 8. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle başvurmak mümkün olabilecektir.

## 4. Türkiye'deki Mevzuat Bakımından Değerlendirme

### a. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı ikinci maddesinde Türkiye Cum-

<sup>20</sup> Kaboğlu, a.g.e., s. 32.

<sup>21</sup> Madde 1: "İnsanlar, sürdürülebilir kalkınmanın merkezinde yer alırlar. Onlar, doğa ile uyum içinde sağlıklı ve verimli bir hayata layıktır." Madde 10: "Çevre konuları en iyi şekilde, ancak ilgili bütün vatandaşların katılımı ile yönetilir. (...) Ulusal düzeyde her birey, kamu otoritelerinin elinde bulunan, bölgelerindeki tehlikeli atıklar ve faaliyetler dâhil çevre ile ilgili tüm bilgilere, erişme ve karar alma süreçlerine katılım hakkına sahiptir. Devletler, geniş çapta çevre bilgilendirmesi yaparak kamuoyunun aydınlatılmasını ve katılımı gerçekleştirecek ve teşvik edecektir."

<sup>22</sup> Bu konuyla ilgili milletlerarası hukuk metinlerinin listesi için bkz.: EK-I.

<sup>23</sup> Bkz.: "Okyay/Türkiye" davası.

<sup>24</sup> Bkz.: "Fadeyeve/Rusya" davası.

<sup>25</sup> Şerife Günaydın, *İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Adana 2007, s. 55.

huriyeti'nin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti<sup>26</sup> olduğu ifade edilmiştir. Anayasa devleti bu şekilde vasıflandırdıktan sonra 5. maddesiyle ona birtakım amaç ve görevler yüklemiştir. Buna göre devletin temel amaç ve görevleri arasında "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ve kişinin temel hak ve hürriyetlerini korumak" da mevcuttur. Şahısların özel hayatlarını ve aile hayatlarını yaşadıkları mekânlar olan konutların çevresel etkilerden korunamaması durumunda devlete yüklenen bu amaç ve görevlerin yerine getirilebildiği söylenemez. Nitekim konutu çevresel etkilerden korunamayan bir insan refaha, mutluluğa ve huzura ulaşamaz. Böylece toplumun da huzuru ve mutluluğu temin edilememiş olur.

Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir. 21. maddede ise konut dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Bu hükümlerle birlikte yorumlanması gereken bir diğer hüküm de "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddedir.<sup>27</sup> Buna göre, "herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir." Maddenin ikinci fıkrasında ise "çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önleme"nin hem devletin hem de vatandaşların ödevi olduğu hükme bağlanmıştır.<sup>28</sup>

Konumuz açısından nokta düzenleme diyebileceğimiz hüküm Anayasa'nın "Konut Hakkı" başlıklı 57. maddesidir. Buna göre, "devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler." Bu madde

ile devlete pozitif bir yükümlülük getirilmektedir. Devlet, konut alanlarını bir plân dâhilinde belirleyecektir. Bunun için başvuracağı kısıtlar şehirlerin kendine has özellikleri ile çevre şartlarıdır. Çevre şartlarını gözeterek hazırlanacak bir plâna göre konut alanlarının tespit edilmesi çevresel etkilerden korunma hakkını sağlama noktasında önemli bir araç olacaktır.

Anayasa'da düzenleme alanı bulan konuta saygı hakkına ilişkin yukarıdaki hükümler devlete belli yükümlülükler getirmektedir. Devlet şayet bu yükümlülüklerini ihmal ederse konuta saygı hakkını ihlal etmiş olur. Bu ihlal sebebiyle 23.09.2012 tarihinden itibaren, diğer şartları da varsa, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkânı mevcuttur.

## b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Türk Ceza Kanununda konuta saygı hakkı ile ilgili ilk göze çarpan düzenleme 116. maddede düzenlenen "konut dokunulmazlığının ihlali" suçu olsa da çalışmamıza ilişkin olarak ön plâna çıkan hükümler 181 ila 184. maddelerdir. Bu maddelerde çevrenin kasten kirletilmesi, taksirle kirletilmesi, gürültüye neden olma ve imar kirliliğine neden olma suçları tanımlanmıştır.

181. maddenin birinci fıkrasına göre, "ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Maddenin ikinci fıkrasında ise "atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi"lerin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, "atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi hâlinde" birinci ve ikinci fıkraya göre verilecek ceza artırılacaktır. Maddenin dördüncü fıkrasında birinci ve ikinci fıkrada tanımlanan fiillerin "insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi hâlinde" hapis cezasının beş yıldan az olamayacağı ve bin güne kadar adli

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devleti olmanın gereklerinden biri olarak insan haklarına saygı gösterilmesi ve korunmasını göstermiştir. AYM, E. 1997/59, K. 1998/71, KT: 18.11.1998. Karar için bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=managekarar&ref=show&action=search&id=24> (Erişim: 15.11.2012)

<sup>27</sup> Çevre hakkını 1982 Anayasası kapsamında ele alan çalışmalar için bkz.: Hasan Tunç-Yusuf Göven, "Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 1, S: 1, 1997, s. 103-127; İ. Güneş Gürseler, "İnsan Hakları", *Çevre, Anayasa, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 75, 2008, s. 199-208.

<sup>28</sup> 1982 Anayasası'nın 56. maddesini ele alan bir AHİM içtihadı için bkz.: 2005 tarihli "Okyay/Türkiye" davası.

para cezasına hükmedileceği belirtilmiştir. Son fıkrada ise tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunacağı ifade edilmiştir.

182. maddede çevrenin taksirle kirletilmesi suçu düzenlenmiştir. 184. maddede ise imar kirliliğine neden olma suçu tanımlanmıştır. 183. maddede gürültüye neden olma suçu tanımlanmıştır. Buna göre, "İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi" iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

### c. 2872 Sayılı Çevre Kanunu

Çevre Kanunu'nun amacı, "bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamaktır." Bu amaç çerçevesinde çevrenin korunması ile ilgili hükümler barındıran kanun yukarıda ifade ettiğimiz gelişim sürecine paralel olarak 1983 tarihinde kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir.

Çevre Kanunu'nun 2. maddesinde çevre ve çevrenin korunmasıyla ilgili tanımlara yer verilmiştir.<sup>29</sup> Kanunun 3. maddesinde çevre-

<sup>29</sup> Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

*Çevre:* Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde oldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamdır.

*Ekolojik Denge:* İnsan ve diğer canlıların varlık ve gelişmelerini doğal yapılarına uygun bir şekilde sürdürebilmeleri için gerekli olan şartların bütünüdür.

*Çevre Kirliliği:* Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkidir.

*Kirleten:* Faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişilerdir.

*Atık:* Herhangi bir faaliyet sonucunda oluşan, çevreye atılan veya bırakılan her türlü maddedir.

*Tehlikeli Atık:* Fiziksel, kimyasal ve/veya biyolojik yönden olumsuz etki yaparak ekolojik denge ile insan ve diğer canlıların doğal yapılarının bozulmasına neden olan atıklar ve bu atıklarla kirlenmiş maddelerdir.

*Çevresel Etki Değerlendirmesi:* Gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, se-

nin korunmasına, iyileştirmesine ve kirliliğin önlenmesine ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. 8. madde ile "her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak" yasaklanmıştır. Tehlikeli kimyasallar ve atıklarla ilgili olarak 13. maddede ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. 14. maddede ise "kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması" yasaklanmıştır.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI

### 1. Genel Olarak

AHİM, AHİS'yi yorumlayan ve yorumlarıyla birlikte ona hayat veren bir makamdır. Bu bakımdan Sözleşme'de güvence altına alınan hakların hangi olaya nasıl uygulandığını tetkik etmek ve bunun için de elbette Mahkeme içtihatlarına başvurmak gerekmektedir. Çevre hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinde düzenlenmiş bir hak değildir. Buna rağmen Mahkeme, konut hakkı kapsamında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve çevresel faktörlerden korunma hakkının bulunduğunu müteaddit kararlarında ifade etmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi çevresel faktörlerin iyice insana musallat olmaya başladığı dönemlerde yükselen ses değişik milletlerarası metinlerde karşılığını bulduğu gibi AHİM içtihatlarına da yansımıştır. Bu bölümde farklı başlıklar altında söz konusu içtihatların bazı- rını tetkik edeceğiz.

AHİS'nin 8. maddesinin nitelikli haklar kategorisinde olduğundan bahsetmiştik. Bu madde ile korunan haklar mutlak olmayıp yine aynı maddenin 2. fıkrasında gösterilen meşru amaçlarla, yasalara uygun olarak ve demokratik toplum düzenine aykırı olmamak şartıyla sınırlandırılması mümkündür. AHİM'ye konuta

çilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalardır.

saygı hakkı kapsamında çevresel faktörlerden korunma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapıldığında şayet kabul edilebilirlik kararı verilmiş ise mahkeme şöyle bir inceleme yapacaktır. İlk olarak çevresel faktörlerin konuta saygı hakkına müdahale edip etmediğini ve devletin bu müdahaleyi engelleyip engellemediğini inceleyecektir. Buraya kadar olan hususları başvuru ispat etmek durumunda olacaktır. Şayet AHİM konuta saygı hakkına bir müdahale ve devletin bu müdahale karşısında sessiz kaldığı kanaatine varacak olursa ispat yükü devlete geçecektir. Burada devletin ispat etmesi gereken husus müdahaleyi 2. fıkradaki şartlarla yapmış olduğudur. Eğer devlet bu şartlarla müdahale edildiğini ispatlayamazsa AHİM ile yüklendiği ödevleri yerine getirmedeğinden sorumluluğuna hükmedilebilecektir.

## 2. Havaalanlarının Yarattığı Gürültü ve Hava Kirliliğinden Kaynaklanan İhlaller

Bilindiği gibi uçaklar bir otomobil, gemi veya trenden çok daha fazla gürültü çıkarmakta ve bu da şikâyetleri artırmaktadır. Konutları havaalanı yakınlarında bulunan insanlar uçakların gürültüsü ve tüketilen yakıtların sebep olduğu hava kirliliğinden mağdur olmaya başlamışlardır. Bunun en önemli sebebi küresel ölçekte uçakla seyahatin artmış olması ile daha çok insan ve yük taşıyan uçakların artması yüzden sürekli büyüyen havaalanlarıdır. Böylece havaalanları yerleşim yerlerine kadar dayanmış durumdadır. Bazı yerleşim yerlerindeki konutlar da pistlerin hemen bitişiğinde kalmaya başlamıştır. Bütün bu sorunların çözümünde ulusal makamlar yetersiz kalmakta ve uyumsuzluklar AHİM'ye intikal etmektedir.

AHİM'nin bu husustaki ilk değerlendirmesi, Komisyon'un 15 Temmuz 1980 günlü "Arrondelle/Birleşik Krallık" davasındaki kabul edilebilirlik kararıyla olmuştur. Komisyon'un sonuç raporuna göre, başvuru Bayan E. A. Arrondelle, İngiltere'nin Surrey şehrinde Gatwick Havaalanı'nın havalanma pistinin doğu ucundan yaklaşık bir mil uzakta bulunan konutunda oturmaktadır. Ayrıca 1975 yılında başvuru evinin çok yakınından geçen M23 karayolu tamamlanmıştır. Başvuru, Komis-

yon önünde aşırı uçak gürültüsü ve M23 karayolundan gelen gürültü nedeniyle çok kötü durumda olduğunu belirtmiş ayrıca gürültü nedeniyle kendisinin ve vefat eden kocasının sağlığının kötü bir şekilde etkilendiği yakınmasında bulunmuştur. Başvuru ayrıca imar izninin reddedilmesi nedeniyle evini makul bir fiyatla satamadığı yakınmasında bulunmuştur. Bütün bu sebeplerle başvuru, AHİM'nin 6, 8, 13 ve I nolu Ek Protokolün 1. maddeleri ile 14. madde ile bağlantılı olarak yine Sözleşme'nin 8 ve I nolu Ek Protokolün 1. maddelerinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Komisyon 15 Temmuz 1980 günü yapılan duruşmanın ardından başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermiştir.<sup>30</sup> Burada önemli olan nokta başvuru ileri sürdüğü bütün hak ihlalleri iddiaları bakımından kabul edilebilirlik kararının verilmiş olmasıdır. Konumuzla ilgili olarak burada konuta saygı hakkının ihlali iddiası bakımından da bir kabul edilebilirlik kararı mevcuttur.

AHİM'ye bu konuda ikinci başvuru İsviçre'den gelmiştir. Belirtelim ki AHİM burada konuta saygı hakkı kapsamında çevresel faktörlerden korunma hakkından bahsetmemiştir; başvuru ve dava AHİM'nin 6. maddesinde düzenlenmiş adil yargılanma hakkına ilişkindir. "Zimmerman ve Steiner/İsviçre" davasının konusu şöyledir: Zürih Kantonundaki Kloten Havaalanı yakınlarında oturan başvuru yoğun uçak trafiğinin yarattığı gürültü ve hava kirliliği dolayısıyla zarara uğradıklarını belirterek İsviçre makamlarına başvurmuşlar ve zararlarının tazmin edilmesini istemişlerdir. Başvuruların talepleri İsviçre makamları tarafından reddedilmiştir. Bunun üzere başvuru 18 Nisan 1977'de İsviçre Federal Mahkemesinde idari dava açmışlardır. Federal Mahkeme iş yoğunluğunu gerekçe göstererek davayı 15 Ekim 1980 tarihine kadar nihayetlendirememiştir.<sup>31</sup> Başvuru da AHİM'nin 6. maddesindeki adil yargılanma haklarının ihlal edildiği yakınmasıyla AHİM'ye başvurmuşlardır. Görüldüğü gibi talep adil yargılanma hakkına ilişkindir. Dolayısıyla AHİM burada konuta saygı hakkı çerçevesinde bir değerlendirme yap-

<sup>30</sup> Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan*, Türkiye Barolar Birliği Y., Ankara 2008, s. 202-203.

<sup>31</sup> Dinç, a.g.e., s. 205.



mamiş ve sadece adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>32</sup> Davanın konumuz açısından önemi uyumsuzluğu çıkarıcı hususun havaalanının yarattığı olumsuz çevresel faktörlerin olmasıdır.

AHİM'nin konumuza ilişkin diğer kararları şunlardır:1990 karar tarihli "Powell ve Rayner/Birleşik Krallık"<sup>33</sup> davası, 2001 tarihli "Hatton ve Diğerleri/İngiltere"<sup>34</sup> (3. Daire Kararı) davası, 2003 tarihli "Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık"<sup>35</sup> (Büyük Kurul Kararı) davası, "Flamenbaum/Fransa" davası.

### 3. Konutlar Arasında Gürültü Çıkarıcı Mekânlardan Kaynaklanan İhlaller

Kentleşme olgusuyla birlikte dar alanlarda çok yoğun bir nüfusun yaşamaya başlaması ile birlikte baş gösteren sorunlardan biri de çok fazla gürültü çıkarıcı mekânların (disco, bar vs.) alanda ikamet edenlerin huzurunu kaçırmasıdır. Böyle yerlerde gürültü kirliliği özellikle geceleri artmakta ve şikâyetlere sebep olmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak AHİM, "Moreno Gomez/İspanya" davasında bir içtihatla bulunmuştur.<sup>36</sup>

İspanyol vatandaşı olan başvuru Bayan Pilar Moreno Gomez, 1970 yılından beri Valensiya bölgesi içinde bir dairede oturmaktadır. Valensiya Kent Meclisi 1974 yılından itibaren konut alanlarının bulunduğu yerlerde, başvuru konutunun bulunduğu yerde, o yer sakinlerine uyumayı ve istirahat etmeyi olanaksız kılan bar ve diskoteklerin açılmasına izin vermeye başlamıştır. Şikâyetlerin artması üzerine Kent Meclisi durumu araştırılması için bir uzman görevlendirilmiştir. Hazırlanan rapora göre cumartesi sabahları saat 03.30'dan sonra 115 desibele ulaşan ses ölçümü yapılmıştır. Böylece o yer sakinlerinin şikâyetlerinin doğruluğu ortaya çıkmıştır. 1996 yılında Kent Meclisi bu yerde bar ve diskotek gibi çok fazla gürültü çıkarıcı işletmelerin açılmasını yasaklamıştır. Ancak Kent Meclisi bu karardan kısa bir süre sonra kendi kararını delerek başvuru konutunun bulunduğu binada diskotek açılması için ruhsat vermiştir. Bunun üzerine başvuru Kent Meclisine başvurmuştur. Başvurusunun cevapsiz bırakılması üzerine Valensiya Yüksek Mahkemesine yargısal korunma talebinde bulunmuştur; fakat bu talebi reddedilmiştir. Başvuru, olağanüstü kanun yolu olan Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi 29.05.2001 tarihinde verdiği kararda başvuru konutunun yeteri kadar delil sunmadığı gerekçesiyle talebini reddetmiştir. Başvuru 22.11.2001 günlü dilekçeyle AHİM'ye başvurmuştur. Başvuru, evinin çok yakınında bulunan diskoteklerin gece yarısı yol açtığı gürültülerin devlet tarafından

<sup>32</sup> Bu konuya ilişkin AHİM kararında şöyle demektir: "Başvuru ar Zimmerman ve Steiner'in Federal Mahkeme önünde ileri sürdükleri hakların kişisel veya nesnel içerikli özel haklar olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 6(1). maddesi anlamında kişisel haklar kapsamında buldukları konusunda ilgili Hükümet'in bir itirazı bulunmadığından, Mahkeme de konuyu böyle kabul etmiştir. Bu davada çözülmesi gereken tek sorun, yargılamada "uygun sürenin" aşılıp aşılmadığıdır." Karar için bkz.: <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=70> (E.T.: 01.01.2013).

<sup>33</sup> Londra'daki Heathrow Havaalanı'nın hemen yakınında evleri bulunan başvuru konutları, hava alanından çok yüksek derecede gürültü gelmesi nedeniyle şikâyetçi olmuşlardır. Bu sebeple başvuru konutları Mahkeme önünde Sözleşme'nin 6. maddenin birinci fıkrasıyla 8 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Komisyon, mahkemeye ulaşma hakkı, özel yaşama saygı hakkı ve mülkiyet hakkı bakımından yapılan başvuruları temelsiz sayarak kabul edilemez bulmuş, ancak etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı bakımından esasa girerek ihlal tespit etmiştir. Bkz.: <http://ihami.anadolu.edu.tr/> (E.T.: 01.01.2013).

<sup>34</sup> AHİM 3. Dairesi, Heathrow Havaalanı yakınında oturan başvuru konutlarının uçakların gece iniş ve kalkışlarına dair sınırlamayı değiştiren 1993 tarihli gürültü kotası nedeniyle daha fazla gürültü çıkması ve uyku rahatsızlığı vermesi, havaalanı kamu makamları tarafından işletilmediği için Birleşik Krallık'ın özel yaşama bir müdahalesi bulunmamakla birlikte Devletin pozitif yükümlülüğünün bulunması nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz.: <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=2271> (E.T.: 01.01.2013).

<sup>35</sup> AHİM 3. Dairesinin verdiği ihlal kararına itiraz üzerine mesele Büyük Kurula intikal etmiştir. Büyük Kurul, yetkili organların, yeni düzenlemelerin kamu yararı ile bu uygulamadan etkilenen Heathrow Havaalanı yakınında oturan başvuru konutlarının özel yaşamlarına, konut dokunulmazlıklarına saygı hakları arasında adil bir denge kurmadıkları, bu nedenle de takdir yetkilerini aştıklarının yolundaki savlarının geçerlik kazanmadığı, gece uçuşlarının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin hazırlığında ciddi yönetsel sapmalar bulunmadığı görüşüyle AHİM'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=3779> (E.T.: 01.01.2013).

<sup>36</sup> Kararın İngilizce metni için bkz.: <http://hudoc.echr-coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67478> (E.T.: 18.01.2013).

önlenemediği gerekçesiyle AHİS'nin 8. maddesinde düzenlenen konuta saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. 29.06.2004 tarihinde kabul edilebilirlik kararı veren AHİM, başvurunun yaşadığı yerin gece saatlerinde diskoteklerin çıkardığı ses yüzünden ciddi bir şekilde hayatı olumsuz yönde etkileyecek bir yere dönüştüğünü ifade etmiştir. AHİM'ye göre, gürültü kirliliğinin varlığı sabit iken başvurunun taleplerinin ısrarla reddedilmesi AHİS'nin 8. maddesinde düzenlenen konuta saygı hakkını ihlal eder niteliktedir. Bu sebeple AHİM, 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. AHİM ayrıca maddi ve manevi tazminat da hükmetmiştir.

Bu kararın önemi sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile AHİS'nin 8. maddesi arasında doğrudan bağlantının kurulmuş olmasıdır.<sup>37</sup> İnsanların sağlıklı bir çevrede yaşamalarını temin etmek ulusal makamların pozitif yükümlülüğüdür.<sup>38</sup> Bu yükümlülük gerek sağlıklı bir çevrenin oluşması ve korunması için faaliyette bulunmak gerekse de çevreyi herhangi bir şekilde yaşanılmaz hâle getirenleri engellemektir. Böylece yasama, yürütme ve yargı organlarının bu görevlerini yerine getirmesi hukuki bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### 4. Sanayi ve Çevre Kirliliğinden Kaynaklanan İhlaller

Hızla sanayileşen coğrafyaların kirliliği insan sağlığını ve yaşamını tehdit eder boyutlara ulaşmıştır. Dünyada böyle örneklerin sayısı çoktur ve hızla artmaktadır. Bu hızlı artış ile birlikte sağlıklı bir çevreden ötürü mağdur olanların sayısı da hızla artmaktadır. Ulusal makamlar güçlü sermaye karşısında etkisiz kalabilmekte ve bu da hak ihlallerini gündeme getirmektedir. Sanayi ve çevre kirliliği dolayısıyla AHİM'ye de yapılan başvurular söz konusudur.

<sup>37</sup> Dinç, a.g.e., s. 222.

<sup>38</sup> Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamına Pozitif Yükümlülükler*, (Çev.: Özgür Heval Çınar-Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi, Belçika 2008, s. 47.

#### a. "Lopez Ostra/İspanya" Davası<sup>39</sup>

İspanya'nın Lorca şehrine bağlı Murcia kasabası, bütün ülkenin ham deri ihtiyacını karşılayan tabakhanelerin öbeklendiği bir yerdir. Tabakhaneler konutlara çok yakındır ve bir kısmı da ruhsatsızdır. Başvurucu Bayan Lopes Ostra, konutuna çok yakın bir yerde olan tabakhanenin sebep olduğu pis kokular ve hava kirliliği dolayısıyla İspanyol makamlarına başvurmuştur. Mesele İspanyol yargı makamlarına intikal etmiş ve yargılama devam ederken başvurunun şikâyetlerinin gerçeği yansıttığı raporlarla anlaşılmasına rağmen bir önlem alınmamıştır. Bunun üzerine başvuru meseleyi AHİM'ye intikal ettirmiştir.

AHİM, "Lopez Ostra/İspanya" davasını 09.12.1994'te karara bağlamıştır. AHİM uyuşmazlığı, başvurunun konutunda sağlıklı ve nitelikli bir yaşam sürdürme talebi sebebiyle, AHİS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. AHİM, aynı zamanda 8. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama sebeplerini de dikkate almıştır.

Davalı hükümet müdahalenin meşru ve yasal olduğunu yönetsel bir savunma yaparak ispat etmeye çalışmıştır. Ancak bu olabildiğince teknik avunmayı dikkate almayan AHİM, uyuşmazlığın özünü öncelikle konuta saygı hakkı ile çevre kirliliği arasındaki bağlantıya dikkat çekerek tespit etmiştir. Bundan sonra devletin pozitif yükümlülüklerine dikkat çekmiş ve tabakhanenin yararları ile başvurunun konutuna saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir dengenin kurulmadığını saptamıştır.

AHİM'nin bu kararında dikkati çeken bir husus da ağır çevre kirliliğinin kişilerin sağlığını çok ciddi tehlikeye sokmasa da onların esenliğini olumsuz yönde etkileyip özel ve aile hayatı ile konuta saygı haklarını ihlal ettiğini saptamış olmasıdır. Buna göre, çevre kirliliğinden kaynaklı olarak konuta saygı hakkına müdahalenin 8. madde kapsamında ihlal sayılabilmesi için kişilerin sağlığını bozacak boyutta olmasına gerek yoktur; esenliğin bo-

<sup>39</sup> <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=492> (E.T.: 01.01.2013); kararın İngilizce metni için bkz.: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57905> (E.T.: 18.01.2013)

zulması ve sağlığı bozma ihtimalinin doğması bile konuta saygı hakkının ihlal edildiğini kabul etmek için yeterli olacaktır.<sup>40</sup>

Başvurucunun bir başka iddiası kendisinin ve ailesinin yıllarca duydukları acı ve sıkıntının AHİS'nin 3. maddesi kapsamında aşağılayıcı davranış teşkil ettiğidir. AHİM, bu iddiayı uygulamanın belli bir ağırlığa ulaşmadığı gerekçesiyle yerinde görmemiştir.

Sonuç olarak AHİM, AHİS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine ve tazminata hükmetmiştir.

### b. "Giacomelli/İtalya" Davası<sup>41</sup>

Başvurucu Piera Giacomelli'nin yaşadığı yer olan Brescia, İtalya'nın kuzeyinde Lombardy bölgesinde, Alp Dağlarının eteğinde kurulmuş olan ülkenin en büyük üçüncü endüstri merkezidir. Özellikle makine ve otomotiv sanayinin gelişmiş olduğu merkezde üretim sırasında ciddi atıklar ve toksik maddeler ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple atıkların biriktirildiği ve işlendiği çöp işleme tesisleri kurulmuştur. Başvurucu, Ecoservizi şirketinin işlettiği çöp işleme tesisine otuz metre uzaklıkta oturmaktadır. Söz konusu çöp işletmesi 1982 yılında çalışmaya başlamıştır. Lombardy Bölge Meclisi 1989 yılında şirkete toksik atıkların detoksifikasyona tabi tutularak işlenmesi konusunda yetki vermiştir. Bu ruhsat her beş yılda bir yenilenmekte ve her yenilenişinde şirkete daha fazla atık işleme izni verilmektedir. Ecoservizi şirketinin yıllık atık işleme kapasitesi 192.000 metreküpe ve detoksifikasyona tabi tuttuğu yıllık toksik atık miktarı ise 30.000 metreküpten 75.000 metreküpe çıkarılmıştır. Bütün bu gelişmeler üzerine başvurucu, ilgili şirketin ruhsatının iptal edilmesi için yargıya başvurmuş ve fakat bir netice alamamıştır. Bunun üzerine başvurucu çöp işleme tesisinin sebep olduğu süreklilik taşıyan gürültünün ve yaydığı zararlı salınımların, konuta saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla 22.07.1998 tarihinde AHİM'ye başvurmuştur.

AHİM, öncelikle Ecoservizi şirketine faaliyet ruhsatı verme kararının ve detoksifikasyon yöntemiyle atıkları işleme yetkisi verme kararının bir objektif kriterle dayanmadığını saptamıştır. Böyle bir ruhsatın verilebilmesi için İtalyan mevzuatına göre öncesinde çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) yapılması gerekmektedir; fakat somut olayda Çevre Bakanlığı böyle bir değerlendirme yapmamıştır. İtalyan makamları 1996 yılında yani detoksifikasyon yöntemiyle atık işleme yetkisi verdikten yedi yıl sonra ÇED sürecini başlatmışlardır. 2004 yılına kadar üç tane ÇED raporu yayımlanmış ve bazı önlemler alınabilmeye başlamıştır. AHİM bütün bunları göz önüne alarak çok uzun yıllar başvurucunun ve çevre halkının gürültüye ve hava kirliliğine maruz kaldığını ve 2004 yılından sonra alınan önlemlerin bu gerçeği değiştirmeyeceği sonucuna varmıştır.

AHİM, 2004 yılındaki ÇED raporunun ardından İtalyan makamlarının başvurucunun haklarını korumak için harekete geçmiş olduğunu kabul etmekle birlikte, bugüne kadar yaşanan ihlalleri göz önünde bulundurarak 02.11.2006 tarihinde oybirliği ile AHİS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Kararının gerekçesini ise toplumun endüstriyel atıkların işlenmesi tesisine sahip olması ile başvurucunun özel hayat, aile hayatı ve konuta saygı hakkı arasında adil bir dengenin kurulamamış olması teşkil etmektedir.<sup>42</sup>

### c. "Fadeyeve/Rusya" Davası<sup>43</sup>

"Fadeyeve/Rusya" davası 60.000 kişinin çalıştığı Rusya'nın en büyük demir çelik fabrikasının çevreyi kirletmesi ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesi ile ilgilidir. Başvurucu Nadezhda Mikhai Fadeyeve, 1982 yılından beri Moskova'nın yaklaşık 300 km kuzey doğusundaki devasa büyüklükteki çelik üretim merkezi olan Cherepovets'de yerel yönetim tarafından kiraya verilen bir evde ailesiyle birlikte yaşamaktadır.

Söz konusu demir çelik fabrikasının aşırı derecede çevreyi kirletme ihtimalinin gün yü-

<sup>40</sup> Ursula Kilkelly, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, Avrupa Konseyi, Almanya 2001, s. 106.

<sup>41</sup> Kararın İngilizce metni için bkz: <http://hudoc.echr-coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77785> (E.T.: 18.01.2013)

<sup>42</sup> Dinç, a.g.e., s. 276.

<sup>43</sup> Kararın İngilizce metni için bkz: <http://hudoc.echr-coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69315> (E.T.: 18.01.2013)

züne çıkması üzerine fabrikanın çevresindeki 5.000 metrelik alan güvenlik bölgesi ilan edilmiştir. Başvurucunun konutu da bu bölge içinde kalmaktadır. Güvenlik bölgesi ve fabrika alanı kuramsal olarak kentsel yerleşimden ayrı olarak kabul edilmekle birlikte gerçekte bu alanda binlerce kişinin yaşadığı Mahkeme kararında belirtilmektedir. Bu sebeple Rusya Bakanlar Kurulu 1974 tarihinde, burada yaşayanların yeniden yerleştirilmesi kararı almıştır. Ancak bu karar bir türlü hayata geçememiştir.

1995 tarihinde başvuru ve bölge sakinleri çevresel güvenliği olan bir bölgeye yerleştirilmeleri için girişimlerde bulunmuş ve idareye karşı dava açmışlardır. 17.04.1996 tarihinde Cherepovets Şehir Mahkemesi, masraflar kamu tarafından karşılanmak üzere davacıların sağlıklı bir yere yerleştirilme haklarının olduğuna hükmetmiştir. Yerel mahkemenin verdiği bu karar yerine getirilmemesi üzerine 1999 tarihinde yeni bir dava açılmış ve fakat dava reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla, AHİM'ye başvurmuştur. Mahkeme başvuruyu 8. madde kapsamında değerlendirerek aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır.

Mahkemenin kararında ilk olarak göze çarpan husus, kirliliğin ana nedeninin demir çelik fabrikası olduğu konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlığın bulunmadığı tespitidir. Bu sebeple mahkemede bu hususun üzerinde durulmamış ve asıl tartışılan husus fabrikanın neden olduğu rahatsızlığın derecesi ile kirliliğin başvuru üzerindeki somut etkileri olmuştur.

Mahkeme, başvuru konusunun bulunduğu alanın havasında bulunan zehirli elementlerin yoğunluğunun "kabul edilmiş maksimum sınırı" aştığını saptamıştır. Bu saptamadan sonra Mahkeme, kabul edilmiş maksimum sınır aşıldığında, sağlık ve refah noktasında potansiyel tehlikenin ortaya çıktığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Buradan hareketle de davalı Hükümet'in, konutların yerleşime uygun olduğu ve bu derecede bir kirliliğin başvuru konusunun özel bir zararına yol açmadığı savunmasını da gerçek dışı bulmuştur.

Mahkeme çelik fabrikasının ülkenin ekonomisine önemli katkıların olduğunu ve bu kapsamda Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası anlamında meşru amacın bulunduğu

karar vermiştir. Ancak "demokratik bir toplumda zorunluluk" şartı açısından tam aksi istikamette bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme'ye göre, davalı Hükümet'in nüfusun yoğunlaştığı bir kentin merkezinde çevreyi önemli boyutlarda kirleten bir şirketi denetlemesi hem iç hukuk anlamında hem de Sözleşme'den kaynaklı yükümlülüğü anlamında bir zorunluluktur. Bu konuyla ilgili olarak Mahkeme, Rusya'nın iç hukukundaki düzenlemelerin pratiğe yansımadığını ve işlevsiz kaldığını vurgulamaktadır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 8. maddesi âkit devletlere ücretsiz konut sağlamayı yüklemese de en azından makul çözüm önerilerinde bulunmayı yüklemektedir. Mahkeme, somut olayda ise, davalı Hükümet'in başvurucuya fabrikadan kaynaklanan olumsuz koşullar sebebiyle tehlikeli hâle gelen alandan taşınabilmesi için etkili bir çözüm üretmediği kanaatine varmıştır.

Bütün bu gerekçelerle 31.05.2005 tarihinde Mahkeme, başvuru konusunun özel yaşamına ve konutuna saygı hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin sağlanmadığına ve böylece 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

## SONUÇ

Çalışmamızda konuta saygı hakkı çerçevesinde çevresel faktörlerden korunma hakkı ele alınmış ve AHİM içtihatlarıyla somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Çevrenin gürültüyle ve sanayi atıklarıyla kirletilmesi 3. Kuşak haklardan olan çevre hakkına elbette bir müdahale teşkil eder. AHİS sistemi içerisinde henüz çevre hakkı tanınmış değildir. Buna rağmen mahkeme sağlıklı bir çevrede yaşamayı konuta saygı hakkı kapsamında değerlendirerek aksine bir durumda 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Böylece çevre hakkı ile konuta saygı hakkının kapsamı örtüşmekte ve AHİS sisteminin korumasına girmektedir.

Elbette bu konuda çok daha fazla AHİM içtihadı bulunmaktadır.<sup>44</sup> Ancak konuyu anlatabilecek kadar içtihat vermekle yetinilmiştir. Bunun sebebi çalışmayı gereksiz yere uzat-

<sup>44</sup> Bu konuyla ilgili önemli AHİM içtihatlarının listesi için bkz.: EK-II.

mamaktır. Mahkemenin bu konudaki emsal kararlarını aktarmak uygun düşmüştür.

Şayet bir gün bir ek protokolle AHİS'ye çevre hakkı eklenirse o zaman AHİM böyle uyumsuzluklarda hem 8. maddenin ihlali sonucuna gidebilecek hem de çevre hakkına referans verebilecektir.

Hukuk, insanların insanlarla ve tabiatla olan ilişkilerinin sağlıklı olması için varsa hem insanlar arası ilişkilerin hem de insanla tabiat arası ilişkilerin rol oynadığı bu müstesna alanda büyük sermayedarları ve devletleri hizaya çekebilmelidir. Aksi hâlde girişte yer verdiğimiz Antonio Marongiu'nun şu çarpıcı ifadesi bir kez daha zihinlere düşecek ve hukuk güvenliğinden bahsedilemeyecektir:<sup>45</sup> "Kamu hukuku dış görüntüsü özenli ve tertemiz bir yapıya benzer. Bu yapının içi ise, hiçbir zaman uyulmamış ilkeler ve uygulanmamış kurallarla dopdoludur."

## EKLER

### EK-I

#### Çevre Hukukuyla İlgili Milletlerarası Düzenlemeler

##### 1. Birleşmiş Milletler

- 1972 Stockholm İnsan Çevresi Beyannamesi
- 1971 Ramsar Su Kuşları ve Yaşam Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanların Korunması Sözleşmesi
- 1972 Paris Dünya Kültür ve Tabiat Mirasının Korunması Sözleşmesi
- 1985 Viyana Ozon Tabakasının Korunması Sözleşmesi
- 1992 Rio Deklarasyonu
- 1992 Rio Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi
- 1992 Rio İklim Değişiklikleri Sözleşmesi
- 1998 Aarhus Çevre Konularında Adalete Başvuru, Karar Alma Sürecine Katılım Sözleşmesi

<sup>45</sup> Antonio Marongiu'dan aktaran İlhan Özey, *Günışığında Yönetim*, Alfa Y., İstanbul 1986, s. 2.

##### 2. Avrupa Konseyi

- 1979 Bern Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi
- 1985 Granada Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi
- 1992 Strasburg Avrupa Kentsel Şartı
- 1992 Valetta Arkeolojik Mirasın Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
- 2000 Avrupa Peyzaj Sözleşmesi
- Ceza Hukuku yoluyla Çevrenin Korunması Sözleşmesi
- Toplum İçin Kültürel Mirasın Değeri Hakkında Avrupa Konseyi Çerçeve Sözleşmesi

##### 3. Avrupa Birliği

- Not: Çevre politikaları AB üyeleri için sadece ulusal politika konusu olmaktan çıkıp; AB ortak politikası hâline gelmiş ve birincil hukukunun parçası olmuştur.
- 1992 Maastricht Sözleşmesi; 1997 Amsterdam Sözleşmesi; 2004 Avrupa Anayasası, Topluluk Tüzükleri, Yönergeler, Kararlar.

##### 4. Akdeniz ve Karadeniz

- 1976 Barselona Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi
- 1992 Bükreş Karadeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunma Sözleşmesi

**Kaynak:** Noyan Özkan, AHİM ve Çevre Hukuku, Çevre Hukuku Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Y., Ankara 2006, s. 57-69.

### EK-II

#### Konuta Saygı Hakkı Kapsamında Çevresel Faktörlerden Korunma Hakkı İle İlgili AHİM İçtihatları

- Arrondelle/Birleşik Krallık
- Zimmerman ve Steiner/İsviçre
- Powell ve Rayner/Birleşik Krallık
- Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık
- Flamenbaum/Fransa

- Akierman ve Diğerleri/Fransa
- Moreno Gomez/İspanya
- Botta/İtalya
- Zander/İsveç
- Öneriyıldız/Türkiye
- Lopez Ostra/İspanya
- Giacomelli/İtalya
- Okyay/Türkiye
- Taşkın/Türkiye
- Öçkan ve Diğerleri/Türkiye
- Lemke/Türkiye
- Tatar/Romanya
- Balmer-Schafroth ve Diğerleri/İsviçre
- IvanAtanasov/Bulgaristan

### Kaynakça

- Akıllıoğlu, Tekin; *İnsan Hakları*, İmaj Y., Ankara 1995.
- Bilge, Necip; *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavramları ve Kuramları)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Çınar, Ali Rıza; *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Dinç, Güney; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan*, Türkiye Barolar Birliği Y., Ankara 2008.
- Doğru, Osman; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C. 2, Legal Y., İstanbul 2004.
- Erten, Seda; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, İstanbul 2009.
- Gemalmaz, Mehmet Semih; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Y., İstanbul 2007
- Gözübüyük, A. Şeref- Gölcüklü, Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Kaboğlu, İbrahim Özden; *Çevre Hakkı, İnsan Hakları*, Yapı Kredi Y., İstanbul 2000.
- ; *Dayanışma Hakları*, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1996.

- ; *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- Kalabalık, Halil; *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2009.
- Katoğlu, Tuğrul; *Çevre ve Ceza Hukuku, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar*, Çevre Hukuku Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Y., Ankara 2006.
- Oğuzman, Kemal-Barlas, Nami; *Medeni Hukuk*, Ankan Y., İstanbul 2006.
- Özay, İlhan; *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Y., İstanbul 1986.
- Özkan, Noyan; *AİHM ve Çevre Hukuku*, Çevre Hukuku Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Y., Ankara 2006.
- Sencer, Muzaffer; *Belgelerle İnsan Hakları*, Beta Y., İstanbul 1988.
- Sungurbey, İsmet; *Hak Nedir?*, (Der.: Hayrettin Ökçesiz), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkim Y., İstanbul 1997.
- Ünal, Şeref; *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Y., Ankara 1997.
- Üzeltürk, Sultan; *Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre*, Beta Y., İstanbul 2004.
- Günaydın, Şerife; *İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Adana 2007.
- Kombe, Jean-François Akandji; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamına Pozitif Yükümlülükler*, (Çev.: Özgür Heval Çınar-Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi, Belçika 2008.
- Kilkelly, Ursula; *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, Avrupa Konseyi, Almanya 2001.
- Tunç, Hasan-Göven, Yusuf; "Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: I, S: 1, 1997.
- Gürseler, İ. Güneş; "İnsan Hakları, Çevre, Anayasa", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 75, 2008.

### Elektronik Kaynakça

- <http://ihami.anadolu.edu.tr>
- <http://tdkterim.gov.tr>
- <http://www.anayasa.gov.tr>
- <http://hudoc.echr.coe.int>



# Direnme Hakkı

Aybüke EKİCİ



## DİRENME HAKKININ TANIMI VE TARİHÇESİ

**D**irenme, kelime anlamı olarak “*herhangi bir düşüncede, bir istekte veya bir durumda karşı koyma, ayak direme, inat etme veya mukavemet gösterme*”<sup>1</sup> anlamına gelmekteyken; direnme hakkını ise en sade şekliyle “*devlet organlarının tasarruflarına karşı girilen, olağan hukuk yollarınca öngörülmuş davranışlar dışındaki her türlü davranış*”<sup>2</sup> olarak tanımlayabiliriz.

Direnme hakkının hukuki bir kavram olduğunu savunan düşünürler olduğu gibi, onun salt sosyolojik veya siyasi bir olgu olarak ele alınması gerektiğini savunan düşünürler de bulunmaktadır. Direnmeye hukuksal yol açılmasının, sistemin kendi meşruluğunu ihlal etmesi anlamına geleceğini savunan düşünürlere göre direnme hakkı siyasi ve ahlaki alanda ele alınmalıdır. Devletin dışında ve üstün bir hukukun varlığını kabul eden yazarlar ise genel olarak direnme sorununu hukuki bir sorun olarak görmektedirler. Bu hakkın meşru kullanılma şartlarını ve sınırlarını etraflıca belirten Geny, zulme karşı direnmenin makul bir surette anlaşılması ve amacına uygun, ölçülü olarak kullanılması hâlinde “adaletin ve hukukun en büyük teminatını” teşkil ettiğini söylemiştir.<sup>3</sup>

Direnme hakkı, insan hak ve özgürlüklerini korumaya ve egemenlerin hukukla bağlı olması amaçlarına hizmet eder.<sup>4</sup> Bu hak, kullanılabilmesi için herhangi bir düzenlemeye ve-

ya koşul-zaman-mekân sınırlamalarına ihtiyaç duymayan, dahası bu tür sınırlamaların yapılması hâlinde bunların toplumsal gerçeklikle çelişeceği bir haktır. Bu durum, direnme hakkının eşyanın doğasından kaynaklanan bir hak olduğunu gösterir.<sup>5</sup>

Direnme hakkı hukuki bir kavram olarak incelenmeden önce siyasi bir kavram olarak eski çağlardan beri öneme sahip olmuştur. Direnme hakkı siyasi düşünce alanında, zulme karşı direnme olarak ele alınmışsa da eski çağda bu konuda belli bir doktrine rastlanmaz. Ancak burada özellikle Sokrates’in üzerinde durulması gerekmektedir. Eski Yunan ve Romalı filozoflar pek çok siyasi konu üzerinde durdukları hâlde direnme sorunu üzerinde durmadıkları anlaşılmaktadır; ama Sokrates bunun önemli bir istisnasını oluşturmaktadır.

Sokrates, görüşleri ile gençleri baştan çıkarma suçuyla yargılanır ve hakkında ölüm cezası öngörülür. Sokrates, bu yargılaması sırasında yaptığı savunma ile tarihe geçmiştir. Sokrates, soru-cevap şeklinde geçen yargılama sürecini öylesine ustalıkla yönetmiştir ki, bir süre sonra yargılayanla yargılanan yer değiştirmiş, “yargıç” Sokrates, Atina halkını, soylularını, devlet düzenini yerden yere vurmuştur.<sup>6</sup> Savunmasında kendisine yöneltilen suçun söz konusu olmadığı gibi asıl amacının düşünce özgürlüğünün sağlanması olduğunu söyler. Sokrates’in bu savunması, yargılamaya itiraz etmemesi, Sokrates ile Site’nin suçları farklı olarak değerlendirmeleri, Sokrates’in verilen cezayı hiç itirazsız kabul etmesi sivil itaatsizlik ve dolayısıyla direnme hakkının en iyi örneklerindedir.

<sup>1</sup> TDK, 1988, s. 381; Şener, 2001, s. 171.

<sup>2</sup> Ekiz, s. 5.

<sup>3</sup> Kapani, s. 304.

<sup>4</sup> Ekiz, s. 93.

<sup>5</sup> A.g.e., s. 1.

<sup>6</sup> Ayşe Hür, <http://www.izmirizmir.net/ayse-hur-direnme-hakkinda-8216;olcu-nedir-y1685.html>.

Yine eski çağlardan direnme hakkına dair en güzel örnek Antigone olayıdır. Antigone, Kreon'un, kardeşine ölüm cezası vermesine ve bunu yerine getirmesine karşı çıkmaz. Sadece ölünün ortada bırakılmasının insan onuruna aykırı olduğunu savunmuştur. Kardeşinin cesedini Kreon'a rağmen gömen Antigone, hakkında verilen idam cezası infaz edilmeden intihar eder.

Özgürlük ve insan onuru yoksa her şey mubahtır(!) İnsanın direnme hakkı da özgürlük ve insan onurunun üstün değerler olarak görüldüğü ve bu nedenle her şeyin kayıtsızca ve sorumsuzca mubah görülemeyeceği bir adalet düşüncesinin özüdür. Bu bağlamda Sokrates ve Antigone örneği özgürlük ve insan onurunun kutsallığının ve bu kutsallığın korunması amacıyla yönelik direnme hakkının birer örneğidir.

Orta Çağ'da, zulme karşı direnme konusu en ciddi ve sistemli şekilde inceleyen Thomas Aquinas olmuştur.<sup>7</sup> Aslında Hıristiyanlık, başlangıçtaki saf şekliyle bizzat Hz. İsa'nın ağzından, "Sezar'ın hakkının Sezar'a verilmesi"ni istemiştir. Gene Hz. İsa, "kendi ülkesinin bu yeryüzü"nde olmadığını, dünyevi otoriteye karşı gelinmemesini telkin eder ve her türlü direnme fikrini bir kenara itmektedir. Fakat sonraları, Orta Çağ'da kilise ile krallar arasında üstünlük mücadelelerinin başlamasıyla birlikte, Hıristiyan teolojisi zalim hükümdarlara karşı direnme hakkını bir silah olarak kullanmıştır.<sup>8</sup>

Thomas Aquinas, zalimlerin öldürülmesi görüşünü benimsemez, fakat buna karşılık zulme karşı direnme hakkını açıkça tanıır. Thomas Aquinas'a göre halk, iktidarı zorbalıkla ele geçiren veya meşru yoldan gelmekle beraber sonradan zulüm yoluna sapan hükümdara karşı ayaklanmak ve onu devirmek hakkına sahiptir. Orta Çağ siyasal düşünürlerinden St. Thomas'a göre; yöneticiler zor ve şiddet kullanarak emretme gücünü ele geçirmişlerse iktidarlara haklı ve meşru sayılmaz. Böyle bir iktidar toplumun istek ve iradesine dayanmaz ve kişilerin böyle bir iktidara boyun eğme zorunluluğu yoktur. Ancak, meşru ol-

mayan yollardan iktidarı ele geçirenler sonradan toplumun iyilik ve yararına hizmet ederek başlangıçtaki meşru olmayan durumlarını meşrulaştırabilirler. İktidarın kullanılış biçimi de meşruiyet ve haklılığın bir kriteridir.<sup>9</sup> Kral, kendini bağlayıcı kuralların, yasaların dışına çıkarsa, halkın direnme hakkı doğar. Bu durumda kralı uyarmak, ona yasaların ve ortak yararın gücünü hatırlatmak halkın görevidir. Zulme yönelen ve kendi çıkarları için yasalar koymaya kalkan bir kral veya bir yönetici için tek yol halkın direnişidir ama onu öldürmek ve ortadan kaldırmak yoluyla değil, sürekli uyarı ve direnişle bu işlem gerçekleştirilecektir.<sup>10</sup> Meşru yoldan iktidarı elde eden yöneticilerin zorbalığına daha uzun süre anlayış gösterilse de<sup>11</sup> yetkilerini kötüye kullanırlarsa ve toplum yararına ters düşen davranışlara yönelirlerse, iktidarlara meşruiyetini kaybeder. Meşru olmayan iktidara boyun eğme zorunluluğu da olmaz. Egemen güç, doğal hukuka uymak ve onu uygulamakla görevlidir. Onun siyasal iktidarını meşru kılan gerçek neden bu görevidir. Devlet düzeninin esasını oluşturan yasalara kral dâhil herkesin uyması kaçınılmazdır.<sup>12</sup>

Orta Çağ'da Thomas'ın ardından reform hareketlerinden sonra, direnme problemi hak ettiği ölçüde ele alınıp incelenmediği gibi, aksine reformcu filozoflar topluma kayıtsız "itaaat" ve "teslimiyet"i tavsiye etmişlerdir. Reform hareketlerinin ilk dönemlerinde Batılı düşünürler genellikle her ne şekilde olursa olsun krala itaatın zorunlu olduğunu ileri sürerken daha sonraları özellikle Protestanların Katolik kralların baskı ve zulmüne uğramaya başlamasıyla durum değişmiştir. Özellikle, Fransa'da bir gece içinde binlerce Protestan'ın boğazlandığı korkunç Saint Barthelemy Kıyımı (23 Ağustos 1572) bu konuya yaklaşımda bir dönüm noktası teşkil eder. Bundan sonra Protestan yazarlar toplu bir kampanyaya girişerek birbiri arkasına yayınladıkları kitap ve broşürlerle zulme karşı her türlü yoldan direnmenin meşruluğu tezini işlemişlerdir.<sup>13</sup> Ay-

<sup>7</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.

<sup>8</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.

<sup>9</sup> Göze, 1986, 84-85; Akad-Dinçkol, 2002, 43.

<sup>10</sup> Akad, 1997, s. 49.

<sup>11</sup> Bercé, 2003, s. 54.

<sup>12</sup> Abadan, 1954, s. 130.

<sup>13</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.



nı dönemde Katolikler tarafından Protestanlığın yayılmasına izin veren Katolik krallara karşı hakkın doğacağına ilişkin eserler verilmeye başlanmıştır. Bu dönem Katolikler ve Protestanların direnme hakkını birbirlerine karşı kullandıkları bir dönem olurken, direnme hakkına ilişkin yeterli doktrinin oluşması da bu dönem düşünürlerinin eserleriyle mümkün olmuştur.

Krallar ve kilise arasındaki üstünlük kavgaları ve onun arkasından din savaşları da yatıştıktan sonra direnme problemi güncelliğini kaybetmiş ve uzun bir süre gölgede kalmıştır. Bu sorunun tekrar su yüzüne çıkışı 17. yüzyılın sonlarına rastlar. Bu dönemden sonra da artık din açısından değil, tamamen seküler düzeyde olaya yaklaşılır.<sup>14</sup>

Yeni Çağ'da direnme hakkının baş savunucusu ise Locke'tur. Locke, halkın direnme hakkını toplum sözleşmesinin tabii ve mantıklı bir sonucu olarak görür. Siyasal iktidarı kullanan (kral veya kanun koyucu) toplum sözleşmesinin temel hükmüne saygı göstermezse kendisine tanınan yetki sınırlarını aşmış ve sözleşmeyi bozmuş olur. O zaman halkın da ona itaat etmek zorunluluğu ortadan kalkar. Bu durumda iktidar tarafından itaate zorlanmak istenirse, buna karşı direnmek halkın en tabii hakkıdır.<sup>15</sup>

## İslam Anlayışında Direnme Hakkı

İslam anlayışında direnme hakkı kavramı iki farklı açıdan ele alınabilir: Devrimci yaklaşım ve ıslahçı yaklaşım. Her iki yaklaşım da kendilerine İslâm'ın temel kaynakları olan Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriften bol miktarda dayanak bulabilmektedir. Bu yaklaşımlardan "devrimci yaklaşım" zalim ve baskıcı yönetime karşı "isyan hakkı"nın meşru olduğu ve bu hakkın kullanılarak savaşmanın gerekliliği üzerinde durmakta, ümmeti zalim yönetimle savaşmaya çağırmaktadır. "İslahçı yaklaşım" ise fayda-zarar muhasebesi yapmanın gerekliliğini ön plana alarak, verilen kararın sonucunda zararın ağır basması söz konusu

ise zulme karşı "sabır" etmenin, fakat bunun yanında tüm ıslah mekanizmalarını kullanarak irşat ve tebliğ faaliyetine girişmenin gerekliliğini vurgularlar.<sup>16</sup>

Devrimci yaklaşım düşüncelerinin meşruluğunu Kur'an'ın dayanışma yoluyla ümmete "iyiliği emredip, kötülükten alıkoyma"yı vacip kıldığı deliline dayandırır. Söz konusu ekole göre kötülüğü düzeltmenin ilk ve en etkin yolu; kötülüğü emreden, iyilikten alıkoyma yönetime karşı "kuvvet kullanma"dır.<sup>17</sup>

İslahçı yaklaşıma aynı zamanda "sabır ekolü" de denmektedir. Bu yaklaşımın temeli, ümmetin daha büyük sıkıntıya düşmesini önlemek amacıyla yapılabilecek her türlü "ıslah," "ikaz" ve "irşat" faaliyetini yapmak; buna rağmen yönetim, zulüm ve baskıya devam ediyorsa, buna karşı da "sabr" etmektir. Bu yaklaşım Ehlisünnet çoğunluğunun görüşüdür. Bu konuda kriterleri zulme karşı onaya konulan hareketin "alternatif maliyeti"nin bu harekete değip değmediğidir. Zulme, baskıya ve haksızlığa karşı direnirken onaya çıkacak veya çıkması muhtemel gelişmeler zulmü ortadan kaldırma sonucu elde edilecek hayırlı işlerden fazla değilse ehven-i şer [*ehvenü'ş-şer*] tercih edilerek mevcut zulme ve baskıya sabretmek gerekir. Ulemanın bu konudaki yaklaşımı, yöneticiye günah, mümine sabır düştüğü istikametindedir.<sup>18</sup>

Ulema ve İslâm hukukçuları, ümmetin maslahat ve huzurunu ön planda tutarak ümmeti sıkıntıya sokacak fikir ve içtihatlardan uzak durmuşlar; yönetimle ilişkilerinde genellikle "iyiliği tavsiye etme" yolunu seçmişlerdir. Zalim ve baskıcı yönetime karşı genellikle "pasif direnme" yolunu tercih etmişlerdir. Bunun yanında sürekli olarak yönetime hakkı, adaleti ve Allah'ın yanında hesap vermeyi hatırlatarak yönetimlerin icraatlarını mümkün olduğu kadar meşru bir zemine kaydırmaya çalışmışlardır.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.

<sup>15</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.

<sup>16</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.

<sup>17</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.

<sup>18</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.

<sup>19</sup> Bünyamin Duran, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=202>.

## DİRENME HAKKININ UNSURLARI

Direnme hakkının tanımı ve tarihi gelişiminin ışığında, bu hakkın unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Hukukun dışında olan bir siyasal sistemin varlığı,
- Siyasal iktidarın meşruiyetin kaybetmesi,
- Hukuka aykırılığın zulüm ve baskı hâline gelmesi,
- Direnme hakkının hukukun üstünlüğü için kullanılması,
- Direnme hakkının son çare olması ve ulusça kullanılması.

### 1. Hukukun Dışında Olan Bir Siyasal Sistemin Varlığı

Bir toplumda siyasal sistemi, siyasal iktidarın yapısı ve kullanılış biçimi belirler ve siyasal sistem iki şekilde hukukun dışında olur. Birincisinde, iktidarı hukuk dışı yollardan ele geçirmiş ve hukuk dışı yönetimini sürdüren bir siyasal güç söz konusudur; ikincisinde ise yasal olarak iktidarı ele geçiren ve fakat zamanla hukukun dışına çıkmış siyasal bir güç vardır. *Hukukun amacı, toplumun ve bireylerin güvenliğini, iyiliğini ve mutluluğunu gerçekleştirmek, adalet, eşitlik ve hürriyeti sağlayıp devam ettirmektir.*<sup>20</sup> *Baskı ve zulüm boyutuna varan hukuksuzluk direnme hakkını doğurur. Çünkü zulüm, baskı ve adaletsizlikle yönetilmeye razı bir toplum bugüne kadar var olmamıştır ve olması da mümkün değildir.*<sup>21</sup>

Devletin kendinden hareketle ve kendi içinden sınırlanması esasına dayanan hukuk devleti modeli, özgürlük ve mülkiyete yönelik müdahalelere yalnızca yasalar çerçevesinde cevaz verilmesi, devlet faaliyetlerinin öngörülebilir ve hesaplanabilir kılınması, devletin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulması gibi temel ilkelere somutla-

şır.<sup>22</sup> Hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine yalnız bireylerin değil, yönetimin de uymasını gerektiren bir ilkedir. Hukuk devleti ilkesinin bir anlam kazanabilmesi için ülkede egemen olan hukukun yönetilenlere ve devlete karşı da hukuk güvenliği sağlaması gerekir.<sup>23</sup>

### 2. Siyasal İktidarın Meşruiyetini Kaybetmesi

Ülkenin ve toplumun bütünü üzerinde geçerli olan siyasal iktidar belli bir toplulukta ortaya çıkar ve siyasal iktidarın ortaya çıktığı bu toplum siyasal toplum adını alır. Siyasal toplumun en gelişmiş biçimi ise devlettir. Devletin varlık nedeni bireyler ve toplumdur. Devlet, hükmetmek için değil bireylere ve topluma hizmet için vardır.<sup>24</sup>

Thomas Paine'ye göre birey, devletlerden ve yönetimlerden öncedir. Yönetim ya da devlet, toplumun ortak işlerinin yürütülmesinde sadece bir araçtır. Yönetimin kendi başına sahip olduğu haklar yoktur, hepsi görevdir. Varlık nedenlerini yerine getirmeyen, bireyi ve toplumu karşısına alan, birey ve topluma hizmet yerine onların üstünde egemenlik kurup yöneten, kaynaklarını kendini oluşturan bireylerin ve toplumun mutluluğu ve ortak iyiliği için değil de kendi hükümranlığı için kullanan devlet meşruiyetini kaybeder. Bir ülkenin veya toplumun devleti, kendi ülkesinde yaşayan tüm insanların yaşam ve diğer haklarını korumak ve bunları güvenceli bir düzene bağlamak zorundadır. Aksi hâlde kendi varlık nedenine aykırı hareket etmiş olur ki bu durumda meşruiyetini kaybeder.<sup>25</sup>

Ünlü düşünürlerden Thedor Beze'ye göre ise; gayrimeşru bir şekilde iktidarı gasp eden, yani devrimle iş başına gelen iktidara karşı her ferdin harekete geçmeye, bütün imkânlardan yararlanarak ülkeyi bu kimsenin ya da kimselerin elinden kurtarmaya hakkı vardır. Hatta bu bir hak olmanın yanında bir görevdir de.

<sup>20</sup> Güriz, 2003, 61.

<sup>21</sup> *TBB Dergisi*, S: 52, 2004. Ahmet Taşkın, Hakemli makaleler.

<sup>22</sup> Sancar, 2000, s. 44.

<sup>23</sup> Gözübüyük, 2003, s. 162.

<sup>24</sup> Şen, 1996, s. 16-17.

<sup>25</sup> Çeçen, 2002, s. 93.

Meşru bir şekilde iktidara gelmekle beraber, yetkilerini kötüye kullanan yöneticilere karşı, halkın direnme hakkı vardır. Adalete, doğal hukuka ve Tanrı'nın buyruklarına saygı göstermeyen yönetici; yönetici-yönetilen arasında yapılan sözleşmeye uymuyor demektir. Bireyler tek başına kötü yöneticiye direnemezler. Halkı temsil eden meclislerin zalim olan yöneticiyi uyarmaları gerekir. Ancak bu meclislerin görevlerine son verildiği takdirde iktidarı kullanan kişinin sebep olduğu bu anarşik ortamda her bireyin bu zorbaya karşı gelme hakkı vardır.<sup>26</sup>

Siyasal iktidarın meşruluğunun İslam anlayışında yeri ise, genel olarak meşru otoriteye karşı yönetilenlerin itaat etmeleri gerektiği şeklindedir. Koşulların sağlanması hâlinde itaat aynı zamanda bir dini yükümlülüktür ve meşru otoriteye yani ulu'l-emre karşı itaatsizlik aynı zamanda günahdır. İslam anlayışına göre meşru bir otoriteyi sarsacak her türlü girişim bozgunculuk sayılır.

### 3. Hukuka Aykırılığın Zulüm ve Baskı Hâline Gelmesi

Siyasal iktidarın hukuka aykırılığının ağırlığı ve sürekliliği direnme hakkını belirler.

Baskı, zulüm ve hukuk dışı uygulamalar karşısında, hukuksal başvuru yollarının kapalı ya da etkisiz olması, tüm yasal yollar denenmesine karşın sonuç almaması; toplumda, temel hak ve özgürlüklerin sürekli daraltılması karşısında ortak tepkiyi gösterecek yeterli güvenlik supaplarının (hukuksal güvencelerin) ve etkili hukuksal başvuru yerlerinin bulunmaması ya da bireylerin kendilerini ifade edebilme yollarının yasaklanmış olması, direnme hakkının kullanılmasının haklı nedeni sayılır.<sup>27</sup>

### 4. Direnme Hakkının Hukukun Üstünlüğü İçin Kullanılması

Hukuk dışına çıkarak baskı ve zulüm uygulayan bir iktidarı uzaklaştırmak veya bu iktidarı hukuku uygulamaya zorlamak için direnme hakkının kullanılması gerekir. Baskı, zulüm ve

hukuksuzluğun el değiştirmesi amacıyla direnme hakkı kullanılamaz. Diğer bir ifadeyle bu hak meşru bir amaç doğrultusunda kullanılabilir. Amaç, siyasal iktidarın, devletin ve bireylerin uyduğu ve itaat ettiği bir hukuk düzeninin varlığıdır. Hukuk, din, ahlak ve örf gibi diğer sosyal normların yanı sıra toplumun düzenini sağlar ve bu yüzden hukuk, her şeyden önce bir düzen demektir.<sup>28</sup>

Hukuk, kendi buyruklarına uymayan gerçek veya tüzel kişilerin karşısına yaptırım olarak çıkar. İşte, hukuka hayat veren müeyyide, devletin ihlalleri karşısında uygulanmıyor veya etkisiz kalıyorsa toplumun direnme gücünün kullanılmasına zemin hazırlıyor demektir. Adaletin ve hukukun buyruğunu yerine getirecek ve toplumsal düzeni sağlayacak, bireylerin dışında ve üstünde bir iradeye kesinlikle ihtiyaç bulunmaktadır.<sup>29</sup> Bu ihtiyaç, siyasal iktidar tarafından karşılanamıyorsa toplum tarafından karşılanır. Baskıya karşı direnme de, toplumun bu ihtiyacı karşılama gayretidir. Çünkü hukuk düzeninin sağlamak zorunda olduğu barış, güvenlik, eşitlik ve özgürlük toplumun vazgeçilmez arzudur.<sup>30</sup>

### 5. Direnme Hakkının Son Çare Olması ve Ulusça Kullanılması

Baskı, zulüm ve hukuk dışı uygulamalar karşısında hukuksal başvuru yollarının kapalı ya da etkisiz olması, tüm yasal yollar denenmesine karşın sonuç alınmaması; toplumda temel hak ve özgürlüklerin sürekli daraltılması karşısında ortak tepkiyi gösterecek yeterli hukuksal güvencelerin ve etkili hukuksal başvuru yerlerinin bulunmaması ya da bireylerin kendilerini ifade edebilme yollarının yasaklanmış olması, direnme hakkının kullanılmasının haklı nedenidir.<sup>31</sup>

Bir eylemin, adi bir isyandan ayrılabilmesi ve direnme hakkına dayanabilmesi için "sistemli bir hukuk dışılığı ve zulme karşı olması" gerekir. Bunun için, "eylem" ile "neden" ara-

<sup>26</sup> Göze, 1968, s. 264.

<sup>27</sup> Aliefendioğlu, 2002, s. 397-398.

<sup>28</sup> Aral, 1992, s. 167.

<sup>29</sup> A.g.e., 1992, s. 170.

<sup>30</sup> A.g.e., 1992, s. 173-174.

<sup>31</sup> Aliefendioğlu, 2002, s. 397-398.

sında nedensellik bağı kurulmuş ve başka yol kalmamış olmalıdır. Aliefendioğlu'na göre amaç ve uygulanan yöntem, toplumca benimsenmelidir.<sup>32</sup>

## DOĞAL HUKUK VE POZİTİF HUKUK AÇISINDAN DİRENME HAKKININ DEĞERLENDİRMESİ

Direnme hakkı esas olarak doğal hukukta kendini bulmuştur. Doğal hukuk açısından direnme hakkı meşrudur. *Bu hakkın doğal bir hak olması ve kullanılması için herhangi bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaması anayasalarda direnme hakkına yer verilmesini anlamsız hâle getirmektedir.*<sup>33</sup> Pozitif hukuk direnme hakkını doğrudan öngöremez, düzenleyemez ve peşinen meşru sayamaz. Zira bunun yasalar ya da bir anayasa ile düzenlenmesi, kendi içine bir anarşi mayası katılmış olması demektir.<sup>34</sup>

Pozitif hukuk açısından, kanuna aykırı her işlemin ve anayasaya aykırı her kanunun mutlaka baskı yarattığı ileri sürülemez. Normlar hiyerarşisi içindeki bu gibi aykırılık ve çelişkiler, her hukuk devletinde kendini gösterebilir ve bunların hukuki yollardan giderilmesi mümkündür. Ancak iktidar tarafından hukuk yollarının kapatılması ve temel hürriyetlerin kasıtlı ve sistemli bir şekilde daraltılıp yok edilmesi hâlinde baskı ve zulüm söz konusu olur.<sup>35</sup>

Ahmet Taşkın "Baskıya Karşı Direnme Hakkı" isimli makalesinde şunları kaydeder:

"Doktrinde direnme hakkına yer verilmekle, bireye istisnai durumlar için yasalara aykırı davranma ve kendisine yapılan zulmü şiddet kullanılarak bertaraf edebilme hakkı tanınmış olmaktadır. Bu durum insan hak ve özgürlüklerinin egemenlik karşısındaki kuvvetliliğinin kabul edildiğini göstermektedir. Kanunların üstündeki kanun ile devletin kanunları çakırsıra kişinin devletin kanunlarına itaatsizlik yapma, dolayısıyla direnme hakkı doğar. Doktrinin aksine, direnme hakkının temel bir hak olarak anaya-

sada yer almasına imkân yoktur. Çünkü kuvvete başvurma ve ayaklanmanın hukukten öngörülmesi ve düzenlenmesi diye bir şey kolayca tasavvur edilemez. Direnme hakkı prensip olarak hukuk metinlerinde tanınsa da bu hakkın pratikte kullanılmasını imkânsız kılmaya yönelik pozitif hukuk hükümleri de kendine yer bulur. Uygulamada, anayasasında direnme prensibine yer veren devletlerin aynı zamanda ceza kanununa koyduğu hükümlerle, yerleşmiş siyasal düzeni zor kullanarak değiştirme girişimlerini ağır ceza tehdidiyle yasakladığı görülmektedir.<sup>36</sup> Baskıya karşı direnmenin bir temel hak olarak anayasalarda yer almasının pratik bir değeri yoktur; ancak teorik olarak, kişi hak ve hürriyetleriyle hukukun üstünlüğüne saygılı olmayı hatırlatmakla sınırlı bir faydası olabilir."<sup>37</sup>

Bir devletin mevcut anayasasına veya ulusal hukukuna direnme uluslararası hukuk açısından ancak uluslararası hukukun zorlayıcı ve zorunlu hukuk kurallarına uygunluğu oranında meşru kabul edilebilir. İnsan hakları gibi hem doğal hukuk hem de pozitif hukuk açısından uyulması zorunlu olan bir hakka karşı direnme meşru kabul edilemez. Bu noktada, halkına karşı insan haklarına aykırı bir şekilde baskı kuran yönetimlere itaatsizlik, uluslararası hukuk açısından da korunmaktadır.<sup>38</sup>

1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirisi bireyi kendi içinde bir değer olarak tanımlayarak ona direnme hakkı bahşeden ilk pozitif metindir. Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nde direnme hakkı, "Yönetenler, bireylerin yaşam, özgürlük ve mutluluğa erişmek gibi doğal, devredilmez haklarını sağlamak içindir; halk bu amaçtan sapan yönetimi değiştirmek ve devirmek hakkına sahiptir." biçimindeki sözlerle yer almış; böylece pozitif hukuk metinlerine açıkça girmeye başlamıştır.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi madde 2'ye göre "Her siyasal kuruluşun amacı insanın zamanaşımına uğramayan doğal haklarının korunmasıdır. Bu doğal haklar, özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme hakkıdır." Kişi, devletçe ve-

<sup>32</sup> Aliefendioğlu, 2002, s. 398-399.

<sup>33</sup> Nişancı, s. 71.

<sup>34</sup> Kapani, 1993, s. 306.

<sup>35</sup> A.g.e., 1993, s. 310.

<sup>36</sup> A.g.e., 1993, s. 310.

<sup>37</sup> *TBB Dergisi*, S: 52, 2004. 59 hakemli makaleler Ahmet Taşkın.

<sup>38</sup> Tevfik Dalgıç <http://www.farklihaber8.com/koseyazilari/tevfik-dalgic/sivil-direnis-hakki-nedir-kokenleri-nereden-gelir/263.aspx>.

rikmeyen doğuştan sahip olduğu bu hakları, siyasal iktidara karşı ileri sürebilir. Devlet yetkilerini aşarak kişinin hak ve özgürlüklerini çiğneyemez. Devletin bireyler üzerinde baskı kurması durumunda "baskıya karşı direnme hakkı" doğar.

1776 Amerikan ve 1789 Fransız ihtilallerinden sonra direnme hakkı bu ülkelerin anayasa metinlerindeki yerini korumakla birlikte önemini yitirmiş ve pozitif hukukça da reddedilmiştir. Ancak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunca hazırlanan 'Milletlerarası İnsan Hakları Beyannamesi Projesi'nde bu hakka yer verilmiştir. Metnin 29'uncu maddesine göre "Her ferdin ister tek başına ister diğer kişilerle birlikte zulüm ve işkenceye karşı gelme hakları vardır."

## GÜNÜMÜZ TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE DİRENME HAKKININ YERİ

T.C. anayasalarında direnme hakkı, ilk kez 1961 Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer almıştır. Başlangıca göre Türk ulusu, "Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimi'ni" yapmıştır. Bu söylemde, iktidarın anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybettiği, başka bir deyişle iktidarın hukuksal dayanaktan yoksun kaldığı vurgulanmaktadır. Bu deyişe göre, böyle bir durumda ulusun "direnme hakkı" doğmakta ve direnme eylemi meşruiyet ya da haklı bir gerekçe kazanmaktadır; Türk ulusu, meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı "direnme hakkını" kullanmıştır. Bu nedenle kullanılan direnme hakkı meşrudur.<sup>39</sup>

1982 Anayasası'nda direnme hakkına açıkça yer verilmemiştir. Ancak 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde, Anayasa "Türk milleti tarafından, demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi" olunmuş, böylelikle Anayasa'yı koruma görevi, Türk evlatlarının vatan millet sevgilerine ve uyanıklıklarına bırakılmıştır. Bu görevin, Türk evlatlarına (ulusa) gerektiğinde direnme

hakkı verdiği söylenebilir. Atatürk'ün "Türk Gençliğine Hitabesi"nde de, Atatürk'ün gençliğe, kimi koşullarla ve gerektiğinde "direnme" görevi verdiği gözlenmektedir.<sup>40</sup>

Bununla birlikte direnme hakkının 1982 Anayasası'nda normatif olarak düzenlendiğini söylemek mümkün değildir. Verilen yetki olsa olsa siyasal kaynaklıdır. Zaten hiçbir hukuk düzeni ihtilal ya da direnme hakkını tanıyamaz. Bu, bizzat düzenin kendisini reddetmesi demek olur. Devlet bir organizmaya benzetilebilir. Nasıl bir organizmanın ilk ödevi, kendi varlığını sürdürmek, varlığına yönelik tehlikeleri önlemek ve bunları yok etmekse, devletin de kendi varlığına yönelik girişimlere karşı kendini savunması ve koşulların gereğine göre bu savunmanın şeklini belirtmesi tabiidir. Bu nedenledir ki Amerikan anayasa metinlerinde "direnme hakkı" yer aldığı hâlde 1789 Fransız Devrimi'nin etkilerinden korunmak amacıyla 1798 yılında ihtilal teşebbüslerini ağır bir şekilde cezalandıran "Düşman Yabancılar Kanunu" ile "Fesat Kanunu" çıkarılmıştır.<sup>41</sup>

1982 Anayasası, başlangıç bölümü ve 1, 2, 6, 12, 14, 19, 34, 36 ve 40. maddeleriyle birlikte Anayasa'da direnme hakkının öz olarak bulunduğu söylenebilir. Bu konuda en iyi örnek ise Anayasa Mahkemesi tarafından Sosyalist Parti'nin kapatılması hakkında açılan davada verdiği karardır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, "işçi sınıfının, milletin öteki kesimleri üzerinde egemenliğini ve sınıf mücadelesini öngörmek, işçiler devleti ve diktatörlüğü kurmayı amaçlamak suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıyla Siyasi Partiler Yasası'na ve bu Yasa'nın özellikle 78. maddesine aykırı davranışları ileri sürülerek aynı Yasa'nın 101. maddesinin (a) bendi gereğince kapatılmasına karar verilmesi" istemiyle Sosyalist Parti hakkında kapatma davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi davada, Sosyalist Parti'nin parti programının 18. maddesini de incelemiştir. Anılan maddede direnme hakkına yer verilmiş ve "... Demokratik halk iktidarı, yönetimi altındaki herhangi bir kamu makamının uygulayabileceği haksızlık ve baskıla-

<sup>39</sup> Aliefendioğlu, 2002, s. 399.

<sup>40</sup> A.g.e., 2002, s. 399.

<sup>41</sup> Güriz, 2003, s. 206-207.

ra karşı emekçilere birey olarak ve birlikte direnme hakkı tanır. Direnenler korunur” denilmiştir. İddianamedeki parti programında diğer maddelerle birlikte bu madde de kapatma nedenleri arasında sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesi Sosyalist Parti'nin kapatılması davası ile ilgili yaptığı inceleme sonucunda E.1988 (SPK), K.1988/1 sayı ile 8.12.1988 tarihinde karara varmıştır:

“Bireysel özgürlükler yönünden önemli olan bu hakkın, uygulamada anarşiye neden olabileceği ileri sürülebilir. Ancak, direnme hakkı, tarihsel süreç içerisinde, İngiltere’de Büyük Özgürlük Fermanı [Magna Carta Libertatum, 1215 madde. 61]; Haklar Dilekçesi [petition of Rights, 1628]; Habeas-Corpus ACT [1679]; Haklar Bildirgesi [Bill of Rights, 1689] gibi anayasal belgelerde; Amerika Birleşik Devletleri’nde Virginia Haklar Bildirgesi [1776 madde 3], Fransa’da, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi [Baskıya Karşı Direnme, madde 2]’nde değişik ifadelerle; Federal Alman Anayasası’nın 20. maddesinde ise kimi koşullarla yer almıştır. Böylece ‘direnme hakkının’ Anayasa hukukuna yabancı olmayan bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, davalı partinin programında ‘direnme hakkı’ndan söz edilmesi bireysel özgürlükle ilgilidir. Bu hak, bir sınıfın diğer sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamasının yolu biçiminde yorumlanarak parti kapatılmaz.”

“Bir siyasi partinin Anayasadaki ilke ve koşullara aykırı düşmeyecek biçimde ekonomik tercihlerini belirlemesi mümkündür. Anayasa’da, ekonominin karakterinin değiştirilemeyeceği yönünde bir kural bulunmamaktadır.

Anayasa ve Siyasi Partiler Yasası, sosyal bir sınıfın öteki sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak amacıyla siyasi parti kurulamayacağını öngörmektedir. Programda bu kurala aykırı ibare ve deyimlerin yer aldığı söylenemez. Yukarıda ayrıntılarıyla incelenen duruma ve açıklanan gerekçelere göre davalı Sosyalist Parti’nin programı Anayasa’nın 14. ve Siyasi Partiler Yasası’nın 5 ve 78. maddelerine aykırı görülmemiştir.”

Karar gereğince de Anayasa Mahkemesi, parti programının 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 78. maddesine aykırı görülerek aynı Kanun’un 101. maddesinin (a) bendi gereğince kapatılması istenilen Sosyalist Parti hakkında açılan “davanın reddine” karar vermiştir.

## DİRENME HAKKININ SOMUT ÖRNEĞİ: “SİVİL İTAATSİZLİK”

Günümüzde baskıya karşı direnmenin genel olarak iki şekli bulunmaktadır: Bunlar “pasif direnme” ve “aktif direnme”dir. İsyân ve ihtilal hareketleri olarak somutlaşan aktif direnme, kuvvete başvurarak sistemi temelinden yıkmaya hedefini güderken; tekil haksızlıklara karşı koyma yöntemi olan pasif direnme barışçı yolları takip eder. Pasif direnme, hedefe varmada maksimum sabır ve moral gerektirdiği için gözden düşse de zaman içinde sivil itaatsizlik olarak yeniden fonksiyonellik kazanmıştır.<sup>42</sup>

Sivil itaatsizliğe geçmeden önce, direnme hakkı kapsamında devrim ve meşru müdafaa hareketleri direnme kapsamında değerlendirilmelidir. Devrim sistemin tamamına yönelik bir hak olduğu hâlde sivil itaatsizlik tekil eylemlere yöneliktir. Her iki durumun ortak özelliği ise hukukun özü olma niteliğidir. Direnme hakkı bugünkü hukuk düzeni düşüncesine kaynaklık etmiş, içerik kazanıp sivil itaatsizlik şeklini aldıktan sonra devletin hukukun çizdiği sınırların dışına çıkmasına engel olmaya çalışan bir araç hâlini almıştır. Meşru müdafaa bir kimsenin kendisine veya bir başkasına yöneltilen ağır ve haksız bir saldırıyı uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu bir tepkidir. Hukuk özünde adaleti sağlamaya yönelik olup bu da tekil haksızlıkların ortadan kaldırılması yoluyla gerçekleşeceğinden meşru müdafaa direnme hakkı içinde değerlendirilmesi gereken bir kavramdır.

Direnme hakkının en somut örneği olarak sivil itaatsizlik,

“hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna, kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çiğnemeyen, barışçıl bir protesto eylemidir.”

şeklinde tanımlanabilir.<sup>43</sup>

Buna göre sivil itaatsizlik;

- Yasa dışıdır.

<sup>42</sup> Nişancı, 2003, s. 26.

<sup>43</sup> Ekiz, s. 13.

- Kamuya açıktır.
- Eylemi gerçekleştiren pozitif ve hukuksal sorumluluğu üstlenir.
- Ortak adalet anlayışına ve kamu vicdanına çağrı niteliğindedir.
- Şiddet içermez.
- Sistemin geneline değil, tekil haksızlıklara karşı ortak eylem niteliğindedir.

Sivil itaatsizlik adil olmadığı düşünülen bir yasanın ortadan kaldırılmasına yönelik olarak gerçekleştirilen, tekil haksızlıkları önlemeye yönelmiş bir eylemdir. Sistemin tamamını değiştirmeye yönelik bir eylem olmaması sivil itaatsizliği devrimden ayırmaktadır.

## SİVİL İTAATSİZLİK ÖRNEKLERİ

### Henry David Thoreau

“Sivil direniş” deyimini ilk kullanan Henry David Thoreau (1817–1862) olmuştur. Thoreau, sivil itaatsizliği iki prensipte ele alır. Bunlardan birincisi; “hükümet etme gücü hükümet edilenin onayı ile mümkündür”, ikincisi ise “Adalet hükümetin getirdiği kanunların üzerindedir”. Ona göre “kişiler kanunların adaleti sağlayıp sağlamadıklarına bakar, eğer kanunlar adaleti sağlayamıyorsa, kişiler şiddete başvurmadan kanunlara karşı direnme hakkına sahip olurlar.” Thoreau’nun sivil itaatsizlik doktrininin oluşumunda Meksika Harbi önemlidir. Ona göre Meksika ile yapılan savaşın amacı, zenci köleliğini yeni bir bölgeye yaymaktı ve O, kendince böyle adaletsizlikler yapan bir hükümeti mali bakımdan desteklemeye mecbur değildi. Thoreau’ya göre ABD’deki esareti savunan kanunlar ve Meksika Savaşı (1846-1848) adil değildi. Bu yüzden kendisi adil olmayan kanunlara karşı direnip bir geceyi de hapishanede geçirdi.<sup>44</sup>

Thoreau *Sivil İtaatsizlik* kitabına “En iyi yönetim en az yönetendir.” diyerek başlamış ve en büyük dileğinin, bunun daha çabuk ve daha sistemli işlediğini görmek olduğunu be-

lirtmiştir. Aslında en iyi yönetimin hiç yönetmeyen olduğunu düşünmektedir. Onu böyle düşünmeye iten neden, yönetimin insanların taleplerine cevap verememesi ve gücünü kötüye kullanmasıdır. Thoreau, yönetimin zorbalığı ve yetersizliği yüzünden yaşam çekilmez bir duruma geldiğinde insanların direnme hakkının bulunduğundan söz etmektedir. Çoğunluğun yönettiği hükümetin her durumda doğruluk üzerine kurulmadığını düşünen Thoreau, “İyi ve kötü üzerinde çoğunluğun değil yalnız vicdanların karar verdiği bir hükümet olamaz mı?” diye sorar. Görüldüğü gibi düşünür, vicdanı dolayısıyla insan onurunu ve bunlardan hepsinin öncesinde *bireyin özerkliğini* dünyayı algılamak için esas almaktadır. Thoreau, kanunlara karşı açık ve maksatlı bir itaatsizlik noktasına da varsa, vatandaşın görevinin haksızlıklara karşı koymak olduğunu belirtmektedir.<sup>45</sup>

### Mahatma Gandhi

Sivil direnişin örneği olarak dünyada ilk akla gelen isim Mahatma Gandhi’dir. Gandhi, bu kavramı genişletip uluslararası hâle getirmiştir. Thoreau’nun sivil itaatsizlik yaklaşımının yeniden fark edilmesini sağlayan Gandhi, daha sonra Güney Afrika’daki Hintlileri bir araya getirmek için *Indian Opinion* [Hintlinin Kanısı] adlı gazeteyi çıkarmaya başladı. Gazetede kötü yönetimlere karşı koyma gerekliliği üzerine bir yazı yazan Gandhi, yasalara karşı doğrudan harekete geçmiş, kitle tutuklamalarına yol açması için yasaları bilerek çiğnemiştir. Hareket günden güne ivme kazanmış ve sonuç olarak yönetim, yasaları gözden geçirmekle binlerce kişiyi hapishanelere doldurmak arasında kalmıştır. Gandhi’nin kullandığı yöntemler sadece haksızlık içeren yasalara karşı değil, dini emirlere ve kast sistemine karşı da etkili olmuştur. Gandhi’ye göre sivil itaatsizlik, şiddete başvurmadan direnme, gerçeğe ve adalete derin bağlılık ifade ediyordu. Sivil itaatsizlik onun elinde pasif direnmenin kutsal kitabı hâline gelmiştir.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Tevfik Dalgıç <http://www.farklihaber8.com/koseyazilari/tevfik-dalgic/sivil-direnis-hakki-nedir-kokenlerini-nereden-gelir/263.aspx>.

<sup>45</sup> Şeniz Anbarlı, 322, *CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Doç. Dr. Feramuz Aydoğan’ın Anısına.

<sup>46</sup> Şeniz Anbarlı, 322, *CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Doç. Dr. Feramuz Aydoğan’ın Anısına.

## Mevlana Ebu'l Kalam Azad

Gandi ile aynı dönemde yaşamış olan bu İslam düşünürü ve âlimi tarihe *Ölümsüz Müdafaa* adlı muhteşem savunması ile geçmiştir. İngiltere'nin Hindistan üzerindeki sömürgeci ve işgaline karşı direnen Ebu'l Kalam Azad, Müslümanları direnişe çağırmış ve örgütlemiştir. Gandi'nin düşüncelerini de destekleyen Azad, hayatını Hindistan'ın ve Müslümanların bağımsızlığına adanmıştır.

Sivil itaatsizliğin ve direnme hakkının en güzel örneğini oluşturan ve Ebu'l Kalam Azad'ın tarihe geçmesine neden olan savunması, İngiltere'ye karşı verdiği bağımsızlık mücadelesi nedeniyle yargılandığı İngiliz mahkemelerindeki savunmaları olmuştur.

## Martin Luther King

Sivil direniş felsefesinin ve bunun hayata yansımalarının bir başka örneği de Amerikalı sivil haklar lideri zenci Martin Luther King Jr. (1929–1968) oldu. O sivil direnişi Amerika'daki İnsan Hakları hareketinin temel yönü hâline getirdi. Martin Luther King Gandi'den çok etkilendi, ayrıca Hıristiyanlığın hümanizma kavramını da bu felsefesine kattı ve ona bir de dinsel motif vermiş oldu. 1963 yılında yayımlanan *Birmingham Hapishanesinden Mektup* isimli kitabı Thoreau'nun makalesinden bu yana en büyük ilgi gören yapıtı oldu. Amerikalı zenci din adamlarına yaptığı konuşmalarda "ayrımcılığa karşı çıktığı ve her Amerikalıyı ayrımcılığı destekleyen kanunlara karşı sivil direnişe çağırdı. 1954 yılında ayrımcılık yasası ortadan kalktığı hâlde bazı eyaletlerde uygulaması süren ayrımcılığa karşı yürüyüşler başlattı. Martin Luther King jr. her kanunun kendi koşulları içinde incelemeyi önerdi ve Hıristiyan azizlerinden St. Augustine of Hippo (354-430) un görüşlerine yer verdi. Ona göre "adil olmayan bir kanun kanun değildir". Acquinas ise "adil olmayan kanun sadece yapay bir kanundur ve ebedi ve doğal kanun değildir"<sup>47</sup> diyordu.

<sup>47</sup> Tefvik Dalgıç <http://www.farklihaber8.com/koseyazilari/tevfik-dalgic/sivil-direnis-hakki-nedir-kokenleri-nereden-gelir/263.aspx>

## Günümüzden Sivil İtaatsizlik Örnekleri

20. asrın sonlarında sivil direniş değişik protesto hareketlerinin başvurduğu bir yönetime hâline gelmiştir. Anti-nükleer hareket, çevreciler hareketi gibi insanı konuları ele alan protesto grupları bu yola başvurdukları görülmektedir. Başlıca sivil itaatsizlik eylemlerine örnek olarak:<sup>48</sup>

- Oturma
- İnsandan hâli
- İşgal
- Genel greve çağrı
- İmza toplama
- Referandum
- Yayınla kendini ihbar
- Şantiye alanlarına kulübeler ve çadırlar kurma
- Hastalıklı balıkları sorumlu firma binalarına bırakma
- Ölü biçiminde yere uzanma
- Füze üstlerine girme girişimi
- Barış kampları kurma
- İmdat frenini çekme
- Ölüm bölgesini yaşam bölgesine dönüştürme
- 100 metre yüksekliğe balon asma
- Sivil savunma tatbikatında sığınaklara girmeme
- Ağaçların kesilmesini engelleme
- Otobüslerde ırklara göre oturma düzenine uymama
- El ele tutuşarak uzun birliktelikler oluşturma

<sup>48</sup> *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, İstanbul Barosu Yayınları.



## TÜRKİYE'DE SİVİL İTAATSİZLİK ÖRNEKLERİ: BERGAMA EYLEMLERİ VE BAŞÖRTÜSÜNE ÖZGÜRLÜK EYLEMLERİ

### Bergama Eylemleri

Bergama'da Eurogold tarafından siyanürle altın aranması karşıtı eylemler, sivil itaatsizlik örneği olması açısından önemlidir. Siyanürlü altına karşı on yılı aşkın bir süre Bergama köylüleri tarafından mücadele verilmiştir. Eylemler siyasi iktidarın mevcut hukuk norm ve mahkeme kararlarına uymaması sonucunda gerçekleşmiş; İzmir İdare Mahkemesinin verdiği karara rağmen madenin belirtilen yöntemle altın aramaya devam etmesi, siyasi iktidarın hukuk kurallarını uygulamadığı sonucunun doğmasına neden olmuştur. Hukuksal tüm yolları deneyen Bergamalılar, "Bergama Yurttaş Girişimi" adlı oluşumla sivil itaatsizlik olarak yorumlanabilecek eylemler düzenlemişlerdir. Bu eylemlerden bazıları:

**Referandum (Ocak 1997):** Sekiz köyde yapılan referandumda katılanların tümü "siyanüre hayır" oyu kullanarak referanduma farklı bir boyut kazandırmıştır. Bu sonuçlar ise bölge halkının madeni istemediğini ortaya koymaktadır. Referanduma katılım %85 gibi büyük bir çoğunlukla olmuştur. Bu katılım oranı ve köylülerin hiçbir dayatma olmaksızın düzenledikleri bu eylem, mücadelenin demokratik niteliğine bir vurgudur.

**Köylülerin Maden Sahasına Girmesi (22 Nisan 1997):** Eurogold'un valilik kararına rağmen faaliyetini sürdürmesi üzerine Bergamalı köylüler 22 Nisan 1997'de madene girmişler, bu eylemde 19 kişi gözaltına alınmış, ifadeleri alındıktan sonra serbest bırakılmışlardır. Sivil itaatsizliğin bir unsuru olarak bu eylemde, eylemi gerçekleştirenlerin cezai sorumluluğu göze aldığı görülür.

**Nüfus Sayımına Katılmama Eylemi (30 Kasım 1997):** Bergama'ya bağlı Çamköy, Narlıca, Pınarköy, Aşağı Kırıklar, Tepeköy ve Yalınzev köylerinde yaşayanlar, siyanürlü madeni kapatmayan yetkilileri protesto etmek amacıyla 30 Kasım 1997'de yapılan nüfus sayımında sayım memurlarına kapılarını açma-

mişlardır. İzmir Valisi Erol Çakır, yasa gereği adalet mekanizmasının işletileceğini söylerken sadece iki köyde bazı vatandaşların kapılarını açmadığını kaydetmiştir. Köylüler bu eylemi, kendilerini yok sayıp istemlerine cevap vermeyen yetkililere tepki göstermek amacıyla düzenlediklerini ancak yetkililer görevini yapıp madeni kapatırsa vatandaşlık görevlerini yerine getireceklerini söylemişlerdir.

### 11 Ekim 1998 "İnanca Saygı Düşünceye Özgürlük İçin El Ele" Eylemi

11 Ekim 1998 tarihinde, yıllardır süren ve zulüm boyutuna varan başörtüsü yasağı için tüm ülkeyi kuşatan oldukça geniş çaplı bir eylem yapılmıştır. "İnanca Saygı Düşünceye Özgürlük İçin El Ele" başlığıyla gerçekleştirilen eylemde, insanların inanç özgürlüklerinin kazanılması için el ele tutuşularak kilometrelerce uzunluğunda insan zincirleri oluşturulmuştur. Eyleme Türkiye genelinde milyonlarca insan katılırken, İstanbul'da başörtüsü zulmünün en katı şekilde uygulandığı Cerrahpaşa Tıp Fakültesinin önünde başlayan insan zinciri kesintisiz bir şekilde Bolu'ya kadar devam etmiş, Bolu'da ise kalabalık bir asker grubu tarafından zincirin devam ettirilmesi engellenmiştir. Eğer bu engelleme olmasaydı bu insan zinciri Ankara'ya kadar devam edecekti. Bazı yerlerde askerî güçlerin engellemesi sebebiyle kesintilerine rağmen "İnanca Saygı Düşünceye Özgürlük İçin El Ele" adıyla İstanbul'dan doğuda İran sınırını yakınındaki Van'a ve Karadeniz tarafından Gürcistan sınırındaki Hopa'ya kadar bütün Türkiye'yi kuşatan bir eylem gerçekleştirilmiştir.

Ülkenin büyük bir kesiminde, oldukça farklı yerlerde ve milyonlarca insanın aynı gün —11 Ekim 1998 Pazar— ve aynı saatte —öğleden önce 11.00'de— kilometrelerce uzunluğunda insan zinciri oluşturmuştur.

Eylem gerçekte, yönetimin bir haksızlığına ve zulmüne karşı bütün bir halkın duyarlılık ve tepki amacını taşımaktadır. Devletin başörtüsü ile ilgili uyguladığı baskıya karşı halkın büyük bir kısmı tepki göstermiş, Türkiye'de o tarihteki yönetimin baskılarının halk tabanından hiçbir destek görmediğine yönelik etkili bir eylem yapılmıştır.

## DİRENME HAKKI BİR VAROLUŞ GERÇEĞİDİR

Hukuk gibi direnme hakkı da insanlık tarihi ile yaşıttır. İktidarı ele geçiren kişi, grup ya da güçlerin meşruluk oluşturma çabaları onları hukuk kurallarını kendi istekleri gibi değiştirmeye ya da hukuk tanımazlığa götürürken haksızlığa ve zalimlere karşı boyun eğmeme insanlık onurunun ve doğal hukukun bir gereği olarak direnme hakkını doğurmuştur.

Direnme hakkı insanın varoluşunun bir gerçeğidir; çünkü zulme ve haksızlığa karşı gelmek direnmek demektir. Böylesi bir direniş de insanın onurlu yaşamasını sağlar. İnsanlık bütün gayretini tarih boyunca onurlu bir yaşam sürmek için göstermiş, bu onurlu yaşama isteğini gerçekleştirme yolunda yapılanlar tarihe mal olan isimleri ve unutulmaz olayları meydana getirmiştir.

Bugün isimlerini saygıyla andığımız, insanlık tarihinin yüz akı olarak nitelendirdiğimiz ve yukarıda da birkaç örneğini verdiğimiz bütün tarihi şahsiyetler zulme ve zalimlere başkaldırdıkları, haksızlığa boyun eğmedikleri içindir ki unutulmamışlardır.

Devlet gücünün, dev orduların ve sayısız silahın karşısında fikirle, kalemlerle ve kalbiyle direnen bu isimler unutulmayacak, insanlık bundan sonra da yılmadan onurlu mücadelesini devam ettirecektir.

### Kaynakça

- Abadan, Yavuz; *Devlet Felsefesi*, Ankara 1959.
- ; *Hukuk Felsefesi*, AÜHF Yay., Ankara 1954.
- Akad, Mehmet; *Genel Kamu Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2. bas. İstanbul 1997.
- Akad, Mehmet–Dinçkol, B. Vural; *Genel Kamu Hukuku*, Der Yay., İstanbul 2002.
- Akgün, Birol; “Demokrasilerde İktidara Karşı Direnme Hakkı Ne Zaman Doğar?”, [http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Diger/bak\\_demokrasi.htm](http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Diger/bak_demokrasi.htm)
- Aliefendioğlu, Yılmaz; “Direnme Hakkı”, *Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları*, Ed. Yasemin Özdek, Todaie, 2002.
- Anbarlı, Şeniz; “Bir Pasif Direnme Modeli Olarak Sivil İtaatsizlik”, *CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fa-*

*kültesi Dergisi*, Cilt 2 Sayı 1, Doç. Dr. Feramuz Aydoğan’ın Anısına.

- Aral, Vecdi; *Hukuk Felsefesinin Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Çeçen, Anıl; *İnsan Hakları*, Ankara Gündoğan Yay., 3. bas., 2000.
- Dalgıç, Tevfik; “Sivil Direniş Hakkı Nedir? Kökenleri Nereden Gelir?”, <http://www.farklihaber8.com/koseyazilari/tevfik-dalgic/sivil-direnis-hakki-nedir-kokenleri-nereden-gelir/263.aspx>
- Duran, Bünyamin; “‘Direnme Hakkı’ ve Bediüzzaman’ın ‘Siyaset’e Yaklaşımı”, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar-&Goster=Yazi&YaziNo=202>
- Ekiz, Serkan; *Genel Kamu Hukuku Açısından Direnme Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi.
- Göze, Ayferi; “XVI. Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme”, *İHFM*, C. XXXIV, S. 1-4, 1968.
- ; *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yay., İstanbul 1986.
- Gözübüyük, Şeref; *Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Güriz, Adnan; *Hukuk Felsefesi*, 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003.
- Hür, Ayşe; “Direnme Hakkında Ölçü Nedir?”, <http://www.izmirizmir.net/ayse-hur-direnme-hakkinda-8216;olcu-nedir-y1685.html>
- Kapani, Münci; *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yay., Ankara 1993.
- ; *Politika Bilimine Giriş*, 14. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara 2002.
- Nişancı, Şükrü; *Sivil İtaatsizlik*, Okumuş Adam Yay., İstanbul 2003.
- Ökçesiz, Hayrettin–Uygur, Gülriz; *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004.
- Öndül, Hüsnü; *İnsancıl Hukuka Giriş*, İnsan Hakları Yazıları, Ç Yayınları, Ankara, 1997
- Özcan, Faruk; “Uluslararası Hukukta Sivil İtaatsizlik ve Direnme Hakkı”, <http://farukozcan.blogspot.com/2011/09/uluslararası-hukukta-sivil-itaatsizlik.html>
- Sancar, Mithat; “Devlet Aklı” *Kışkıncında Hukuk Devleti*, İletişim Yay., İstanbul 2000.
- Taşkın, Ahmet; “Baskıya Karşı Direnme Hakkı”, *TBB Dergisi*, Sayı 52, 2004.



# Kur'an'da Engelliler

Arzu BESİRİ



## GİRİŞ

**E**ngelli, vücudunda doğuştan veya sonradan oluşmuş, fiziksel, biyolojik veya estetik olarak, görünüm/işlev bozukluğu nedeniyle, günlük hayat ve sosyal yaşam içerisinde engel ve sorunlarla karşılaşmakta olup, genel hayata uyum sağlayabilmesi ve engel durumuna özel gereksinimlerinin sağlanması için, sosyal-bilimsel çalışma ve destekleri almaya hakkı olan kişidir. (Örneğin; görme engelli, işitme engelli, zihinsel engelli, ortopedik engelli, konuşma engelli...)

2004 yılında çıkarılan Özürlüler Kanunu'na göre engelliler, "Doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yetilerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, normal yaşamın gereklerine uyamayan, günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmeti alan kişilerdir."

Bugün, bir kişinin engelli sayılabilmesi için, o kişinin bedensel (anatomik, ortopedik) bozukluğundan ziyade, fonksiyonel yetersizliği olup olmadığına, bir başka deyişle, arızalanmış organların ne derecede görevlerini yerine getirip getirmediğine bakılmaktadır.<sup>1</sup>

## KUR'AN'DA KULLANILAN ENGELLİLİK KAVRAMLARI VE ENGELLİLİĞİN NEDENLERİ

İnsan Allah'ın yarattığı varlıklar içinde en kıymetli, en üstün, en mükemmel ve en şeref-

li varlıktır. İnsan kendi iradesiyle nefsini iyiye ve güzele yönlendirebileceği gibi, kötüye ve yanlış da yönlendirebilir. Kur'an insanlık için bir rahmettir ve Hz. Muhammed (s.) insanlığa doğru yolu göstermek ve geçmiş ümmetlere getirilen zorlukları kaldırmak için gönderilmiştir. Yüce Allah, kendisini ve kitabını rahmetle, Nebi'yi de rahmet ve ümmete zor gelen hususları bağışlayıcılık sıfatıyla vafetmiştir. Yine Kur'an'da pek çok ayette kişinin noksanlıklarının yol açtığı özel durumların, kişiyi mükellef tutmada dikkate alındığı görülmektedir.

Engelli her insan, insan olması münasebetiyle imtihana tutulmaktadır ve kişinin engelliği imtihanlarından birisidir. Engellilik günlük hayatı zorlaştıran ve direkt olmasa da dolaylı olarak engelli kişinin ailesini de ciddi manada sıkıntıya sokan bir durumdur. Önemli olan bu imtihan sürecini kulluk bilinci ve sorumluluğuyla atlatmaktır. Mademki bizler Müslümanız kitabımızın bize gösterdiği yol çerçevesinde hareket etmeli ve böylelikle Allah'ın rızasını kazandığımız gibi engelli kişilere karşı da bilinç oluşturmaliyiz.

## KUR'AN'DA GERÇEK MANADA KULLANILAN ENGELLİLİK KAVRAMLARI

Kur'an-ı Kerim'de direkt olarak engelli kelimesini içeren bir kelime bulunmamakla birlikte, her tür hastalık, bedensel ve zihinsel engelliği ifade için farklı kavramlar kullanılmıştır. Mesela;

**Darr**, her türlü bedensel ve zihinsel hastalığı, maddi-manevi her türlü zarar veren şeyi, şiddet, hastalık, darlık ve sıkıntıyı ifade etmektedir.

<sup>1</sup> Arzu Besiri, "Yoksulluk Ekseni Üzerinde Engellilerin Eğitimi", *TBB Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2009, s. 353-354.

**Durr**, insanın bedenî ve zihni organlarında meydana gelen engelliliği ve her türlü hastalığı içermektedir.

**Muzdar**, bedensel ve zihinsel engelliliği, maddi-manevi her türlü sıkıntı ve musibeti içermektedir.

**Ullî'd-darar**, körlük, sağırılık, dilsizlik, topallık, bunaklık, felçlilik, delilik gibi bütün her şeyi kapsamaktadır.

**Marad**, sağlığın bozulmasında kullanılır. Özür ise Arapçadır, bir eksik ve günahı olma demektir. Kişinin kusur veya günahından dolayı kendini temize çıkarmaya çalışması da bu kapsamdadır<sup>2</sup>. Görüldüğü gibi Kur'an-ı Kerim pek çok terim içermektedir.

## 1. Körlük

Kur'an'da en çok bahsedilen engel grubu olmasının nedeni o dönemde hastalık sebebiyle ve bunun yanında savaşların ok ve mızrak gibi delici aletlerle yapılmasından dolayı toplumlarda görme kabiliyetlerini kaybeden insanların çok olması olabilir.<sup>3</sup> Kur'an'da körlerden *âmâ* ve *ekmeh* kelimeleri kullanılarak bahsedilmektedir. Körler çeşitli sebeplerle görme yetisini yitiren kişilerdir. Ekmeh ise anadan doğma kördür.

"Ekmeh" kelimesi iki ayette Hz. İsa'nın görme engellileri iyileştirmesi bağlamında geçmektedir. (Al-i İmran, 3/49; Maide, 5/110) Ayrıca Hz. Yakub'un gözüne üzüntüsünden ak inmesi (Yusuf, 12/ 84) ve daha sonra iyileşmesinden söz edilmektedir. (Yusuf, 12/93) Görme engelliliğinden söz eden 24 ayetin on beşi fiziksel anlamda görme engelliliğinden beş tanesi benzetme bağlamında görme engelinden, dört tanesi ise ahirette göremekten söz etmektedir.<sup>4</sup> Allah'a ve Peygamberi'ne gönülden iman etmiş görme engelli

birisinin, Allah ve Peygamberi'ne karşı gelen zengin ve seçkin insandan daha değerli olduğu Abese Suresinin ilk 12 ayetinde anlatılır. Bu ayetlerde özelde görme engellilerin genelde ise tüm engellilerin haklarına vurgu yapılarak onlara gerekli ilginin gösterilmesi konusunda şöyle buyrulmaktadır;

"Kendisine o *âmâ* geldi diye Peygamber yüzünü ekşitti ve öteye döndü, yüz çevirdi. (Ey Peygamberim!) Ne bilirsin belki o *âmâ* temizlenip arınacak yahut öğüt alacak da bu öğüt kendisine fayda verecek, kendisini muhtaç hissetmeyene gelince sen ona yöneliyor, onun sesine kulak veriyorsun, (istemiyorsa) onun temizlenmesinden sana ne, ama sana Allah'a derin bir saygı ile korku içinde koşarak geleni bırakıp ondan gaflet ediyorsun; hayır böyle yapma, çünkü bu (Kur'an sureleri) bir öğüttür, dileyen ondan öğüt alır." (Abese, 80/1-12)

Peygamber Efendimiz (s.) bu olaydan sonra Abdullah b. Ümmi Mektûm'a ikramda bulunur, onu gördüğünde "Merhaba hakkında Rabbimin bana sitem ettiği kişi" der ve ihtiyacını sorardı. Abdullah b. Ümmi Mektum, Hz. Peygamber'in eşi olan Hz. Hatice'nin dayısının oğludur. Medine'ye ilk hicret eden muhacirlerdendir. Peygamberimiz (s.) çeşitli vesilelerle Medine'den ayrılırken bu kişiyi on üç defa kendi yerine vekil bırakmıştır. Bu sahabî aynı zamanda Hz. Peygamber'in müezzinlikle görevlendirdiği kişilerden biridir. Daha sonra Kadisiye Savaşı'na katıldığı ve bu savaşta şehit olduğu da rivayet edilmiştir.<sup>5</sup>

## 2. Dilsizlik

Dilsizin Arap dilindeki karşılığı "*ahres*" kelimesidir. Konuşmasının akışında, ritminde, tizliğinde, vurgularında, ses birimlerinin çıkarılışında, artikülasyonunda (ifade kabiliyeti) bozukluk bulunanlara konuşma özürü denilmektedir.

Dünyaya gelen bir kişinin konuşamaması Kur'an'da "*bukm*" kelimesi ile ifade edilmektedir.

<sup>2</sup> Emine Gül, *Kur'an'da Engelliler*, Akis Kitabevi, 2005, s. 40.

<sup>3</sup> Münür Tezcan, *Kur'an'da Engellilere Yaklaşımı ve İslam'ın Engellilere Tanıdığı Kolaylıklar*, T.C. Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Yüksek Lisans Tezi, s. 19.

<sup>4</sup> İsmail Karagöz, *Ayet ve Hadisler Işığında Engelliler*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı, 2005.

<sup>5</sup> Halil Bektaş, *Kur'an'ın Özürlülere Bakışı*, Cumhuriyet Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, s. 23.

Bedensel anlamda dilsizlik Kur'an'da tek bir ayette (Nahl, 16/76) şöyle geçmektedir:

*"Allah (şöyle) iki adamı da misal verdi: Onlardan biri dilsizdir, hiçbir şeye gücü yetmez, efendisine sadece yüküdür. Nereye gönderse olumlu bir sonuç alamaz. Bu, adaletle emreden ve doğru yol üzere olan kimse ile eşit olur mu?"*

Böylece Allah derdini anlatma ve verimlilik konusunda dilsiz ve konuşabilen kişi arasında eşitlik olamayacağını anlatmıştır.

Kur'an'da dilsizlik (konuşma özü) genel olarak haklı ve doğruyu konuşmayanlar için mecazen kullanılmıştır. Sadece bu ayette konuşma yeteneğinin olmaması anlamında yani hakiki anlamıyla geçmektedir. Bu ayetle birlikte dilsizlik dört ayette geçer.

### a. Sağırılık

İnsanın sahip olduğu en önemli bilgi edinme vasıtalarından olan işitme duyusundan Kur'an Allah'ın insana verdiği önemli bir nimet olarak söz etmektedir. (Mü'minun Suresi, 23/78; Nahl Suresi, 16/78; En'am Suresi, 6/46; İnsan Suresi, 76/2)

Söz konusu ayetlerde Allah'ın insana verdiği bazı duyulardan hep belli bir sıraya göre söz edilmekte ve bu sıralamada işitme duyusu ilk sırada yer almaktadır. Bu işitme duyusunun önemine bir vurgu olarak düşünülebilirse de aynı zamanda bilimsel bir gerçeğe de işaret etmektedir. Zira günümüz embriyoloji bilimi de embriyonun gelişim sürecinde iç kulağın ilk halinin belirmesinden sonra gözün oluşmaya başladığını ifade etmektedir.

Kur'an'da işitme engelliler ile ilgili ayetlerin sayısı, görme engellilere göre daha azdır. İşitme engelliliği ifade eden "*esamm*" kelimesi genelde çoğul olmak [*summ*] üzere Kur'an'da isim olarak on iki ayette fiil olarak da iki ayette yer almaktadır. Bu ayetlerden on üçü dünyada, biri de ahirette olmak üzere işitme engelliliği ile ilgilidir. Dünyada işitme engelliliği ile ilgili ayetlerin sadece biri fiziksel anlamda işitmemeyi veya duymanın ağırlaşmasını ifade ederken, diğer ayetler mecazi anlamdadır<sup>6</sup>.

Kur'an'da hakiki manada işitme engelinden bahseden, sağır kelimesinin geçtiği ayet sayısı birdir. O da Hud 11/24'de şöyle geçmektedir: "*Bu iki zümrenin (inanmayanlar ile ilahî hitabı reddedenlerin) durumu (mesel) kör ve sağır ile gören ve işiten kimseler gibidir. Bunların hâli hiç eşit olur mu? Hâlâ ibret almıyor musunuz?"*<sup>7</sup>

### b. Akılsızlık (Zihinsel Engel)

İnsanın sahip olduğu en değerli nimet, akıl ve düşüncedir. Bu nimetin kaybedilmesi en büyük kayıp ve en büyük engelliliktir. Bu nedenle böylesi önemli bir nimetin muhafazası insan hayatında mutlak korunması gereken beş unsurdan biri olarak kabul edilmiştir (akıl, can, mal, din ve nesil). İnsanın aklına isabet eden afetler bedenine isabet eden afetlerden çok daha ağır ve kalıcıdır. Bu nedenle insan bedensel engelliliğinden dolayı bazı sorumluluklardan muaf tutulmuşken ondan daha ağır bir engellilik olan akli yetersizlikten dolayı bütün dinî sorumluluklardan muaf tutulmuştur. Zira dine muhatap olmanın ilk şartı akıl sahibi olmaktır. Nitekim Peygamber şu sözleri ile bu durumu dile getirmiştir:

*"Üç kimseden sorumluluk kaldırılmıştır: Buluş çağına erinceye kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan ve şifa buluncaya kadar akıl hastasından."*

Kur'an'da zihinsel engellilik hem fiziksel ve hem de mecazi anlamda kullanılmaktadır. Bu kullanımlarda zihinsel engellilik "*mecnun*" ve "*sefih*" kelimeleri ile ifade edilmiştir. Dinî ve dünyevi işlerde akıl noksanlığından kaynaklanan görüş ve muhakeme zayıflığı anlamına gelen "*sefih*" kelimesi daha ziyade çoğul formunda çeşitli türevleri ile on ayette on iki defa yer almaktadır. Sefih kimse zihinsel engellilik nedeniyle aklın ve dinin gereğinin aksine hareket eder. Başka bir ifade ile aşırı sevinç ve öfkeden dolayı insanın zihninde, işinde ve davranışlarında meydana gelen hafifliktir. Bu kişiyi akla ve dine aykırı işler yapmaya sürükler.

Zihinsel engelli kimse, özellikle ticari ve medeni iş ve işlemlerde yararına hareket edemeyeceği için velinin onu koruyup kolla-

<sup>6</sup> Tezcan, a.g.e., s. 33.

<sup>7</sup> Gül, a.g.e., s. 59.

ması emredilmektedir. Konu ile ilgili iki ayet vardır. Belli bir süreye kadar borçlananların, borçlanmayı yazmalarıyla ilgili olarak;

“... Eğer borçlu akli ermeyen veya zayıf bir kimse ise ya da yazdıramıyorsa velisi adaletle yazdırsın...” (Bakara, 2/282) denilmektedir. Ayette geçen “*süfehâ*” ifadesi malını israf ve telef edebilecek derecedeki akli noksanlığa sahip kimseyi anlatmaktadır.

“Allah’ın sizin için geçim kaynağı yaptığı mallarınızı akli ermeyenlere (*süfehâ*) vermenin...” (Nisa, 4/5). Bu ayette “*akli ermeyenler-süfehâ*” ile mallarını saçıp savuran, gereği gibi harcayamayan kimseler kastedilmiştir. Bunlar, rüştüne ermeyen ve muhakeme gücü gelişmemiş olan çocuklar olabileceği gibi kısıtlı, bunamış, depresyona ve bunalıma girmiş, doğuştan veya sonradan akli melekesini yitirmiş zihinsel engelli kimseler de olabilir. Ayet, malını akıllıca kullanamayan zihinsel özürüllüleri yeme bağlamında değil, akıllarının yetersizliği, yararlı ve zararlı olanı ayırt edebilme yetersizliği, malını muhafazada zayıflığı sebebiyle onları koruyup kollama bağlamında zikredilmiştir.<sup>8</sup>

### c. Ortopedik Engel

Ortopedik engel olarak Kur’an’da *a’rec* kelimesi geçmektedir. *A’rec*, topal demektir. Bu kelime Kur’an-ı Kerim’de iki yerde kullanılmıştır. Her iki yerde de fiziksel (hakiki) anlamda yer almıştır. Kelimenin yer aldığı ayetler, yürüme engeli olan insanlara Allah yolunda savaşa katılma konusunda bir izni bildirmektedir.

“*Topala güçlük yoktur.*” ifadesinin yer aldığı ayetler Nur 61 ve Fetih 17’de yer almaktadır. Aynı ifadenin iki ayrı durumu bildirdiği görülmektedir.<sup>9</sup>

“*Görme engelli olana güçlük yoktur, yürüme engelli olana güçlük yoktur, hastaya da güçlük yoktur.*” (Nur, 24/61) Ayetin yeme içme konusunda toplumsal bir düzenlemeyi içerdiğini ifade edenler olmuştur. Cahiliye Dönemi’nde Araplar engelliyle yemek yemekten kaçınıyorlardı. Bunu

görme engelinin yemek yerken sofrayı görmediği için her yerden yemesini, yürüme engelinin sofraya otururken yayılmasını, hastanın da hastalık durumuna göre kendilerine verdiklerini düşündükleri rahatsızlıkları bahane ederek yapıyorlardı. Allah bu ayetle cahiliyetin bu kötü âdetini kaldırmıştır.

Bazı yorumcular da engellilerin engelleri nedeniyle diğer insanlarla yemek yemekten çekindikleri, ayetin engellilerdeki bu anlayışı düzeltmek için geldiğini belirtirler. Ayrıca ayetin cihat konusunda engellilere izin içerdiğini ifade edenler de olmuştur. (Kurtubî, 1952: XII, 313-314)

“*Görme engelli olana güçlük yoktur, yürüme engelli olana güçlük yoktur, hastaya da güçlük yoktur. Bununla beraber kim Allah’a ve peygamberine itaat ederse, Allah onu, altından ırmaklar akan cennetlere sokar. Kim de geri kalırsa, onu acı bir azaba uğratar.*” (Fetih, 48/17)<sup>10</sup>

### d. Hastalık

Kur’an’da hastalık için kullanılan temel ve genel kelime *marad* olmakla birlikte, isimleri anılan hastalıklar ve bedensel bozukluklar için kullanılan başka kelimeler de vardır. Belli başlıları şunlardır.

*Marad*, hastalık demektir.

*Merid* ise hasta anlamındadır ve çoğulu *merdâ* olarak kullanılır.

*Ulu’d-darar*, topallık, körlük gibi engellilik ve hastalık demektir.<sup>11</sup>

Hz. İbrahim’in kendisiyle tartışan muhaptalarıyla konuşması meyanında zikredilen “Hastalandığımda O bana şifa verir.” mealindeki Şu’arâ Suresinin 80. ayetinde ve Eyyub Peygamber’in hastalığıyla ilgili duasını belirten ayetlerde hastalık; inanç ve dua bağlamında zikredilmiştir.

“*Eyyub’u da hatırla. Hani o Rabbine, ‘Şüphesiz ki ben derde (durr) uğradım, sen merhametlilerin en merhametlisisin’ diye niyaz etmişti. Biz de Onun duasını kabul*

<sup>8</sup> Tezcan, a.g.e., s. 40-42.

<sup>9</sup> Gül, a.g.e., s. 69.

<sup>10</sup> Tezcan, a.g.e., s. 39.

<sup>11</sup> Bektaş, a.g.e., s. 28.

*edip kendisinde dert namına ne varsa gi-dermiştik...” (Enbiya, 21/83-84)*

*“Kulumuz Eyyub’u da an. Hani o, Rabbine, ‘Şeytan bana bir yorgunluk ve azap dokundurdu’ diye seslenmişti. Biz ona ‘ayağını yere vur! İşte yıkanacak ve içecek soğuk bir su’ dedik. Ona bizden bir rahmet ve sağduyu sahiplerine bir ibret olarak ailesini ve onlarla beraber bir eşini armağan ettik. Dedik ki: Eline bir demet sap al, onunla vur da yeminini bozma. Gerçekten biz onu sabreden (bir kul) bulmuştuk. Ne güzel kuldu o, daima bize başvurdu.” (Sad, 38/41-47)*

Hz. Eyyub da bu emre uyararak ayağını yere vurmuş ve oradan çıkan sudan içerek ve yıkanarak hastalıklarından kurtulmuştur. Ayetlerdeki durr ve azap kelimeleri keder ve hastalık ifade etmektedir.<sup>12</sup>

Uzun süren bir hastalığa duçar olarak sınanan Hz. Eyyub’un sabrı Kur’an’da övülmüştür.

## ALLAH’ IN ADALETİ AÇISINDAN ENGELLİLİĞE BAKIŞ

İnsan dünya hayatı boyunca çeşitli durumlarla karşılaşır. Bunlardan bir kısmı kişiyi sevindiren, mutlu eden, onun kendini mutlu hissetmesini sağlayan genel anlamda “iyi” denilebilecek türden iken bir kısmı da kişiye üzüntü veren, acı veren, yaşama arzusunu azaltan, hatta büsbütün yok eden genel anlamda “kötü” olarak adlandırılabilir türdendir. Kur’an literatürü içinde bu durumlar “musibet” olarak adlandırılır ve bunlardan bir kısmı insanın iradesi dışında gelişir.

“Yaşanılan veya karşılaşılan sıkıntılar, inanan insanların bile aklına, zaman zaman ‘acaba Rabbim bu dayanılmaz belaya beni neden düşürdü?’, ya da ‘Allah sevgili kullarına karşı işlenen bu zulme acaba neden dur demiyor?’ gibi sorular getirebilmektedir. Böyle bir içsel soru, bir Müslüman için olduğu kadar, teistik<sup>13</sup> bir tanrı inancına sahip olan öteki dinlerin

mensupları için de söz konusu olabilir. İnanan birçok kişi, aklına gelen bu tür soruları, kalıcı, kronik bir şüpheye yol açacak bir boyuta ulaşmadan, kendi aklını ve vicdanını tatmin edecek bir şekilde çözebilir. Ancak dinler tarihi ve felsefe tarihi göstermektedir ki bu herkes için böyle olmamaktadır.

Evrendeki acılar ve kederler karşısında, iyi bir tanrının var olduğundan şüpheye düşen, hatta bu yüzden onun varlığını yadsıyan azımsanamayacak sayıda insan vardır. Hatta evrendeki acı ve ıstıraplara dayalı kuşkular ve düşünceler, bireysel kuşku ve inkâr düzeyinde kalmamakta, mantıksal ve felsefi açıdan son derece teknik formülasyonlar içinde, teizmi eleştirenlerin ve bunların dışında pozitif ateist denilen kesimin Tanrı’nın yokluğunu kanıtlamak için tarih boyunca öne sürdükleri neredeyse tartışmasız en önemli kanıt oluşturmaktadır. İlim, kudret, irade ve iyilik sahibi bir Tanrı’nın yarattığı ve idare ettiği, hem vahyi hem de rasyonel teoloji tarafından savunulan bir evrende, kötülüğün yeri ve anlamının ne olduğu; ta baştan beri inananları ve bütün ilâhiyat sistemlerini de, her türlü dinî inanca karşı çıkanları ve büyük felsefe sistemlerini de meşgul etmiştir. Bu problem özellikle ateistlerin, fikir planında en büyük dayanaklarından biri olmuştur.”<sup>14</sup>

Yaratmak Allah’a mahsus bir fiildir.

*“Dikkat edin, yaratmak da emretmek de yalnız O’na mahsustur. Âlemlerin Rabbi olan Allah’ın şanı yücedir.” (Araf, 7/54)*

Dilediğini yaratan O’dur.

*“Rabbim dilediğini yaratır ve seçer. Onların ise seçim hakkı yoktur. Allah onların ortak koştuklarından uzaktır ve yücedir.” (Kasas, 28/68)*

Allah insanı en güzel şekilde yaratmıştır.

*“Biz gerçekten insanı en güzel bir biçimde yarattık.” (Tin, 95/ 4)*

dir ve bütün varlıkların yaratıcısı olan bir Tanrı’nın var olduğuna inanmaktır. Bu yaklaşıma göre Tanrı dünya ve insanlar ile sürekli ilişki içerisinde. Teizme göre Tanrı vardır ve Tanrı’nın insanları doğru yola sokmak için insanlığa göndermiş olduğu peygamberler ve dinler vardır.

<sup>12</sup> A.g.e., s. 30.

<sup>13</sup> Teizm ya da Tanrıçılık, Tanrı’nın varlığını doğrulayıp insanlara din gönderdiğine inanan bir düşünce akımı-

<sup>14</sup> Tezcan, a.g.e., s. 74.

İnsanları ana rahimlerinde şekillendiren de O'dur.

*"O sizi rahimlerde dilediği gibi şekillendirir. O'ndan başka ilah yoktur. O mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir."* (Al-i İmran, 3/6)

*"Şüphesiz külli iradenin sahibi Allah'tır. O her şeyin yaratıcısıdır."* (Enam, 6/12)

*"Dilediğini yaratır, Allah her şeye hakkıyla gücü yetendir."* (Maide, 5/17)

*"Bir şeyi dilediği zaman onun emri o şeye ancak "Ol!" demektir. O da hemen olur."* (Yasin, 36/82)

*"Yaratan, rızıklandıran, öldüren ve sonra tekrar diriltecek olan O'dur."* (Rum, 30/49)

*"Mülk O'nundur (Fetih, 48/14), dilediğine mülkü verir ve dilediğinden alır. Dilediğini aziz kılar dilediğın zelil kılar, hayır onun elindedir."* (Ali İmran, 3/26)

*"Güldüren de ağlatan da O'dur."* (Necm, 53/43-44)

*"O'nun izni olmadan hiçbir şey meydana gelmez. O dilemedikçe kimse bir başka kimseye, hatta kendine bile ne fayda nede zarar verebilir."* (Yunus, 10/49)

*"Şüphesiz benim namazım, ibadetlerim, dirimim ve ölümüm âlemlerin Rabbi olan Allah'ındır."* (Enam, 6/162)

*"Hiç kimse Allah'ın izni olmadan ölmez. Ölüm belirli bir süreye göre yazılmıştır."* (Al-i İmran, 3/145)

*"Ölüm ne ileri alınır ne de geri bırakılır."* (Araf, 7/43)

Bütün bu ayetler her şeyin ancak Allah'ın dilemesiyle ortaya çıkabileceğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Allah dilemezse hiçbir şey kendiliğinden olamaz.

Ölümler, sakatlıklar, kazalar, güzellikler, kötülükler, iyilikler ancak Allah dilerse meydana gelebilir.

*"Elbette mutlak irade sahibi olan Allah dilediğini yaratır. Yaptığından sorumlu tutulacak da değildir."* (Enbiya, 21/23)

Allah'ın dilediği her şeyi yaratabilmesi ve yaptığı şeylerden sorumlu tutulmaması O'nun

yaratırken bir hikmet ve ahenk gözetmediği gibi bir anlam taşımaz.

*"O aynı zamanda her şeyi en güzel yaratan, her işinde hikmet olandır. Sebepsiz, hikmetsiz ve geliş güzel hiçbir şey yaratmaz. Kâinatta Allah'ın yarattığı bir ahenk ve düzen vardır."* (Mülk, 67/3)

Bütün olaylar o düzen içerisinde meydana gelir. Bu ahenk Sünnetullah'tır. Bu ilahi disiplininde bir değişim de olmamaktadır.

Sünnetullah, Allah'ın âdet olarak var ettiği şeydir. Allah her şeyi bir düzen, uyum ve ölçü ile yaratmıştır.

Allah Teâlâ, kulları için kötü olanı değil iyi olanı, zararlı olanı değil faydalı olanı, zorluğu değil kolaylığı diler. Allah kullarına asla haksızlık ve zulmetmez. İyi iş yapan kendi lehine, kötü iş yapan ise kendi aleyhine davranmış olur.

Allah, kullarına akıl ve irade vermiş, bununla da yetinmeyerek doğru ve yanlışları fiilen kendilerine gösterip rehberlik edecek peygamberler ve kitaplar göndermiştir.

Kullar kendi iradesiyle neyi murat ederse ve sebeplerine sarılırsa Allah'ın kendilerine verdiği cüzi irade, güç ve Allah'ın takdiri oranında o fiili gerçekleştirebilirler. Burada kul açısından esas olan kendi niyeti, azmi ve iradesiyle ortaya koyduğu tavrıdır. Kur'an'a göre insanları imtihan için Allah çeşitli hastalık ve musibetler verebilir:

*"Allah, insanları kendisine kulluk etsinler diye yaratmıştır. (Zariyat, 51/56) Boşuna yaratmamış (Mü'minun, 23/115) ve başıboş olarak da bırakmamıştır." (Kiyame, 75/36)*

Sayamayacağı kadar bol nimetleri insanın emrine vermiştir, ancak bu nimetlerle ve musibetlerle insanları çeşitli şekillerde imtihana tabi tutmaktadır. Onların sabırlarını ve şükredip etmemelerini sınamaktadır. Çünkü dünya hayatı imtihan sürecidir.

*"Andolsun ki sizi biraz korku ve açlıkla, bir de mallar, canlar ve ürünlerden eksilterek deneriz. Sabredenleri müjdele."* (Bakara, 2/155)

Allah, hayatı, hayatta insana verdiği her şeyi ve ölümü de imtihan için yaratmıştır.



*"O hanginiz daha güzel amel yapacağınızı sınamak için ölümü ve hayatı yaratandır. O, mutlak güç sahibidir, çok bağışlayandır."* (Mülk, 67/2)

İnsanların başına gelen bütün işler, musibetler, kazalar, belalar, maddi manevi sıkıntı veren şeyler ve olaylar ancak Allah'ın dilemesiyle olur. O dilemeden hiçbir musibet kendiliğinden meydana gelmez.

*"Allah'ın izni olmaksızın hiçbir musibet başa gelmez."* (Tağabun, 64/11)

Bu musibetler bazen kulun kendi hatalarından kaynaklanır, bazen ise Allah, musibetleri kullarına imtihan için verir. Ancak her hâlükarda bu olaylar Sünnetullah içinde, yani sebep-sonuç ilişkisi içerisinde cereyan eder. Bu musibetler karşısında Allah, kullarından sabretmelerini istemektedir.

Musibetlere maruz kalan müminlerin olması gereken tavrını Kur'an şöyle beyan ediyor:

*"Onlar başlarına bir musibet gelince, 'Biz şüphesiz (her şeyimizle) Allah'a aitiz ve şüphesiz O'na döneceğiz' derler. İşte Rableri katında rahmet ve merhamet onlarıdır. Doğru yola ulaştırılmış olanlar da işte bunlardır."* (Bakara, 2/156-157)

Bazı musibetlerin tek çaresi sabır olabilir. Sabretmek kurtuluş yolu ve çare aramamak demek değildir. Sabretmek, isyan ve fevran etmemek, olayları metanetle karşılamak demektir. Hayat, imtihan süreci olduğuna göre orada nimetlerle beraber sıkıntı ve musibetlerin de olması tabiidir. Kuldun istenen iki durumda da kulluğunu göstermesi; sabretmesi ve şükretmesidir. Nimetlere hoş bakıp, musibet durumunda kulluk çizgisinden ayrılmak yanlıştır.

*"İnsanlardan öylesi de vardır ki, Allah'a kıyından kenarından kulluk eder. Eğer kendisine bir hayır dokunursa gönlü onunla hoş olur. Şayet başına bir kötülük gelirse gerisin geri (küfre) dönüverir. O dünyayı da kaybetmiştir ahireti de. İşte bu apaçık zıyanın ta kendisidir."* (Hac, 22/11)

Bununla beraber musibetlerden kurtuluş için her türlü çare aranmalıdır. Ayrıca malımız ve canımıza gelebilecek bütün tehlike ve musibetlerle karşılaşmadan önce gerekli ted-

birleri almak, yapılan işleri düzgün, sağlam ve olması gerektiği gibi gerçekleştirmek de kul olarak sorumluluklarımız arasındadır.

Ayrıca insanların başına gelen musibetlerin ilahî takdir neticesinde olduğu gerçeği unutulmamalıdır.

*"Yeryüzünde ve kendi nefislerinizde uğradığınız hiçbir musibet yoktur ki, biz onu yaratmadan önce, bir kitapta (Levh-i Mahfuzda) yazılmış olmasın. Şüphesiz bu, Allah'a göre kolaydır."* (Hadid, 57/22)

Bu ayet-i kerimede ilahî takdirin kudretinden bahsedilmiştir.

Zira her şeyi hakkıyla bilen ve her işinde hikmet sahibi olan Allah'ın kulu için takdir ettiği musibetlerde insan için hayır olabileceği inancı da bu musibetlere karşı sabretme açısından önemli bir güç kaynağıdır. Çünkü bizim bilmediğimiz şeyleri Allah hakkıyla bilmektedir. Üstelik o kullarına asla zulmetmez.

Olup biten her şey Allah'ın dilemesiyle olduğuna ve olan şeyde hayır olabileceğine inanan kişinin, musibetler karşısında sabretmesi ve metanetini koruması kolaydır. Bu inanç ona büyük bir teslimiyet ve sabır gücü kazandırır. Allah Teâlâ da kullarından bunu istemektedir. Sabredenlere dünyada ve ahiret hayatında çeşitli mükâfatlar vaat edilmiştir.

## ENGELLİLİĞİN NEDENLERİ

Kur'an, ister doğuştan isterse sonradan kazanılmış olsun insanların görme, işitme, duyma, konuşma, düşünme ve anlama gibi zihinsel veya bedensel engelli olmalarında temel iki faktörün olduğunu ortaya koymaktadır. Bunlar, insanların hataları ve insan iradesi dışında gelişen faktörler yani yaşananların imtihan oluşu olarak ifade edilebilir.

### 1. İnsanların Hataları-Musibet

Kur'an'da insanın başına gelen durumları ifade etmek için tercih edilen kelime "*musibet*" kelimesidir. Musibet, insana "isabet eden", ölüm, hastalık, sakatlanma, doğal afetler, kazanç kaybı vb. şeylerdir. Bunlar ara-

sında, “ölüm”, musibet teriminin en çok kullanıldığı durum olarak bilinmektedir.

*“Yeryüzünde ve nefislerinizde meydana gelen hiçbir musibet yoktur ki, Biz onu yaratmadan evvel o Kitap’ta bulunmasın. Şüphesiz bu Allah’a göre kolaydır. Ki kaybettüğünüze üzülmesiniz ve verdikleriyle de şımarayasınız. Allah kendini beğenip böbürlenene hiç kimseyi sevmez.”* (Hadid, 57/22-23)

*“Başınıza gelen her musibet kendi ellerinizin kazandığı yüzündendir.”* (Şura, 42/30)

Musibetle ilgili diğer ayetlerde şu şekildedir:

*“(Düşmanlarınızı) iki misli musibete uğrattıktan sonra şimdi aynı musibet sizin başınıza geldi diye, kendi kendinize ‘Bu nasıl oldu?’ diye soruyorsunuz, öyle mi? De ki: ‘O, sizin kendi eserinizdir.’”* (Al-i İmran, 3/165)

*“Fakat bu dünyada yaptıkları yüzünden başlarına felaket geldiğinde ne olacak (onların hâli); o zaman sana gelip Allah’a yeminle, ‘Bizim niyetimiz, iyilik yapmak ve uyum sağlamaktan başka bir şey değildir (diyecekler)?’”* (Nisa, 4/62)

*“Aranızda mutlaka geride kalanlar olacak ve o zaman, başınıza bir felaket geldiğinde, ‘Onlarla bulunmamamız Allah’ın bize bir lütfudur!’ diyecekler. Ama Allah’tan size bir zafer ihsan edildiğinde, bu kimseler, kuşkusuz —sizinle kendileri arasında bir sevgi/bağlılık sorunu olmamış gibi— ‘Keşke onlarla olsaydık da o büyük başarıdan (bir pay) kapsaydık!’ diyeceklerdir.”* (Nisa, 4/72)

*“Ve kendi elleriyle yapıp-ettiklerinden ötürü başlarına bir musibet geldiği zaman: ‘Ey Rabbimiz, bize bir elçi göndermiş olsaydın senin mesajlarına uyar ve inanan kimselerden olurduk’ demesinler diye (gönderdik).”* (Kasas, 28/47)

*“Başınıza gelecek her felaket kendi ellerinizle yapıp-ettiklerinizin bir ürünü olacaktır; bununla beraber Allah çok bağışlayıcıdır; ve siz O’nu yeryüzünde bertaraf edemezsiniz, (öteki dünyada da) sizi Allah(in cezası)’tan koruyacak ve size yar-*

*dım edecek kimse bulamazsınız.”* (Şura, 42/30)

Ayrıca şu ayetlerde de insanoğlunun yapıp-ettikleri yüzünden başına musibet gelebileceği açıkça ifade edilmektedir;

*“Öyle ki, işledikleri kötülükler kendi başlarına yıkılmış, alay edip durdukları şey onları çepeçevre kuşatmıştı.”* (Nahl, 16/34)

*“Çünkü işledikleri her kötülük, onlara (geri) döner. Ve bugün zulmeden insanlar[ın başlarına da aynı şey gelecektir]: işledikleri her kötü fiil (tekrar) kendilerine dönecek ve onlar (Allah’ı) asla aldatamayacaklardır!”* (Zümer, 39/51)

*“... Fakat, o hakkı inkara şartlanmış olanlara gelince, işledikleri kötülüklerden ötürü, böylesinin başlarına her an beklenmedik bir felaket çullanmaktan ya da yurtlarının yanına-yakınına inmekten geri kalmaz, tâ ki Allah’ın verdiği söz yerine gelinceye kadar; gerçek şu ki, Allah verdiği sözü yerine getirmekten asla geri durmaz!”* (Ra’d, 13/31)

*“Size gelen her iyilik Allah’tandır; başınıza gelen her kötülük de kendinizden.”* (Nisa, 4/79)

*“Kendi eliyle yaptıklarının sonucu olarak başına bir bela gelirse, o zaman, şükürden ne kadar uzak olduğunu gösterir.”* (Şura, 42/48)

*“(Her zaman olduğu gibi,) insanlara rahmetimizi tattırdığımız zaman buna sevinirler; fakat kendi yapıp-ettikleri sonucunda başlarına bir bela gelince de bütün ümitlerini yitirirler!”* (Rum, 30/36)

*“Her kim kötü bir iş yaparsa onunla cezalanır”* (Nisa, 4/123)

*“Ceza gelince: ‘Bu nereden?’ dediniz. De ki: ‘O, kendi tarafınızdandır. Çünkü Allah her şeye kadirdir.’”* (Al-i İmran, 3/165)

Aynı anlamda diğer ayetlerde de “kendi yaptıkları yüzünden başlarına bir bela geldiği zaman” ve “ellerinin sunduğu günahlar yüzünden” şeklinde geçmektedir.

İfadeler açık bir şekilde insanın irade alanına giren konulara işaret etmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken husus, bu tür musibetin mümin-kâfir ayrımı yapılmadan, herkesin başına gelebileceği noktasıdır. Zira açıktır ki, insana, yapmış olduğu birtakım hatalardan dolayı, musibet isabet edebilir ve bu onun yaptıklarına karşılık olmaktadır.

Musibetin bu türü, insanın sorumluluk alanına girer ve bu konuda önceden alınacak tedbirler, musibeti önleyici olabilir. Nitekim Al-i İmran Suresinin 165. ayetinde, müminlerin savaş sırasında yapmış oldukları hatanın karşılığı olarak başlarına isabet eden musibetten bahsedilmektedir. Bu hatayı müminler, yapmayabilirlerdi. Bu, imkân dâhilindeydi, ancak hata işlendikten sonra, başlarına musibet geldi ve ardından savaştan mağlup ayrıldılar. Yine insanoglu, kıtlık anlarında kullanılmak üzere önceden tedbir almakla, sel veya deprem gibi afetler olmadan önce gerekli önlemleri almakla, musibetlerin belirli zararlarından korunabilirler. Bu gibi, insanın irade alanına giren konularda gösterilen ihmal ve umursamazlık sonucu uğranan zarar dolayısıyla sorumluluk Allah'ın üzerine atılamaz. Zira açıktır ki, her konuda olduğu gibi, bu konuda da, insan, gücü dâhilinde olan şeylerden sorumludur. "Önce deveyi kazığa bağla, sonra Allah'a tevekkül et." hadisi de bu hususu gayet açık bir şekilde ifade etmektedir.

Engellilik, tıbbî açıdan doğuştan ve kazanılmış olmak üzere iki ana grupta toplanabilir. Doğuştan olan engellilikte doğum öncesi, doğum sırası ve anne ile ilgili faktörler çok belirleyicidir. Akraba evlilikleri, kalıtım, toplumda yaygın sağlık hizmetlerinin olmaması ya da bu hizmetlerin bölgeler arası eşit olmayan şekilde dağılmış olması, kadın eğitiminin çok düşük olması, anne olma yaşının küçüklüğü, doğum öncesinde annenin sağlık kontrollerinin olmayışı, çok çocuk dünyaya getirme, doğumun sağlık personeli gözetimi altında yapılmaması, doğum sırasında çocuk ve annenin bazı risklerle karşı karşıya kalması, bulaşıcı hastalıklar, çeşitli çocuk hastalıkları, ateşlenme ve benzerleri doğum öncesi ve doğum sırasında engelliliğe yol açan faktörler olarak sayılırlar.

Doğumdan sonra kazanılmış engelliliğe yol açan faktörler olarak ise kazalar, hastalıklar ve doğal afetler sayılabilir.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> A.g.e., s. 69-72.

## 2. İmtihan

Kur'an'a göre insanın yaratılması ve yaşatılması, yani dünya hayatı bir imtihandır. İnsanların refah ve sıkıntı durumunda bırakıldığı zamanlarda yapıp ettikleri ölçü alınır.

"O hanginizin daha güzel iş yapacağını denemek için ölümü ve hayatı yarattı." (Mülk, 67/2)

Yani bu imtihanda sağlıklı veya engelli oluşumuz fark etmemektedir, sonuçta herkes bir türlü denenmektedir.

İnsanı Allah katında değersiz kılan unsur insanın manevi değerlerinin yoksunluğudur, engeli değil. Hucurat Suresinin 13. ayetinde de "Allah katında en üstün olanınız Allah'tan en çok korkanızdır."<sup>16</sup> denilerek bu gerçek ortaya koyulmuştur. Buradaki korkma da Allah'ın söylediklerini yerine getirmek, güzel ahlaklı olmaktır.

Kısaca diyebiliriz ki, İslam'a göre insan değerli bir varlık olup, bu değerini fiziki yapısından almayıp İslami olan yapısından almaktadır. İslam toplumlarında hasta veya sakat durumunda olanlara şefkat ve merhametle yaklaşmış, batı toplumlarında olduğu gibi kesinlikle dışlanmamış, kendilerine gereken yardım gösterilmiştir. Çünkü inanan kişi, yaşadığı dünyanın bir imtihan yeri olduğunun, herkesin başına her an olumsuz şeyler gelebileceğinin bilincindedir. Neticede İslam anlayışına göre her şey, insan merkezli düşünülmekte ve ele alınmaktadır. Evreni değerli kılan insandır. İnsanı insan yapan, insanı üstün kılan, yücelten hususlar da evrensel içerikli İslami değerlerdir. Bu değerlere sahip olmayan bir kişinin Allah katında bir değeri ve kıymetinden bahsedilemez. Dolayısıyla bu evrensel değerlere sahip olan engelli bir insan, bu değerlere sahip olmayan engelsiz bir insandan daha üstün ve daha faziletlidir.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Hucurat, 49/13.

<sup>17</sup> Saffet Sancaklı, "Hz. Muhammed'in Engellilere Bakış Açısının Tespiti", www.sosyalsiyaset.com

## SORUMLULUKLAR VE TANINAN KOLAYLIKLAR BAKIMINDAN KUR'AN'IN ENGELLİLERE BAKIŞI

### 1. Dinî Sorumluluklar Bakımından

İslam'da hak ve sorumluluklar insanın gücü ile sınırlı ve orantılıdır. Engelli olmanın insana getirdiği güç kaybı kişinin yükümlülükleri de dikkate alınarak durumuna göre kolaylık ve ruhsat yoluna gidilmiştir.

İnsanı insan yapan aklıdır. Bunun için İslam'ın emirleri ve yasaklarıyla korumayı hedeflediği beş şey (akıl, mal, can, din ve nesil) içinde akıl en başta gelir. Zira akli olmayanın diğer değerleri kıymetlendirme veya istifade etme imkânı kalmayacaktır.

İslam'da insanın söz ve davranışlarından sorumlu tutulabilmesi için akıllı ve ergen olması gerekir. Akıldan tam olarak yoksun bulunan veya olayları ayırt edemeyecek kadar akıl hastalığı bulunan kişiler ve ergenlik çağına ulaşmamış kişiler ibadetlerle sorumlu değildir.<sup>18</sup>

*"Allah bir kimseyi ancak gücünün yettiği şeyle mükellef kılar."*<sup>19</sup>

Sonuç olarak zihinsel engelliler iman bakımından ve diğer sorumluluklar bakımından muafıdır, fakat diğer engelliler muaf değildir sadece sorumluluklarında kolaylıklar sağlanmıştır.

### 2. Tanınan Kolaylıklar Bakımından

Allah insanları güçlerinin yettiği şeylerden sorumlu tutar. Zira Allah dininin uygulanırılığını murat etmiştir. Bu ise ancak insanların güç yetirmelerine paralel olarak gerçekleşebilir.

*"O dinde size zorluk kılmadı."*<sup>20</sup>

*"Eğer hasta olur, ya da yolculukta bulunursanız... su bulamazsanız o zaman temiz*

*bir toprağa yönelip, yüzlerinizi ve ellerinizi meshedin."*<sup>21</sup>

Bu ayet ise hastalara ve abdest alamayacak kişilere abdest alma konusunda kolaylık içermektedir.<sup>22</sup>

Hz. Peygamber (s.) "*Hasta namaza ayakta baslar, şayet gücü yetmiyorsa oturarak kılar, buna da gücü yetmiyorsa kafasıyla ima ederek kılar.*" buyurmuştur. Namazda sakatların ayakta durmaya güçleri yoksa oturarak namaz kılması ve rükûu ve secdeyi oturduğu yerden yapması caizdir. Buna gücü yetmediği takdirde secdede rükûdan biraz daha fazla eğilmek suretiyle rükûnları yerine getirir. Ayakta durabildiği halde rükûa ve secdeye varamayan kimse namazını ayakta kılar, rükû ve secde için basıyla eğilir. Secde için eğilme rükûdan biraz daha fazla olmalıdır.<sup>23</sup>

*"Köre güçlük yoktur."*<sup>24</sup> ayetinde körlük fiziksel anlamda kullanılmıştır. Fetih Suresinin 17. ayetinde görme özürülü olanların savaşa katılma zorunluluklarının olmadığı belirtilmiştir.

Nur Suresinin 61. ayetinde ise savaşa katılmayan körlerin savaşa giderken evlerinin anahtarlarını kendilerine teslim eden kişilerin evlerini korumak amacıyla bulunurken oralarında yemek yemelerinin kendileri açısından bir sakıncasının olmadığı ifade edilmiştir. *"Âmâya güçlük yoktur. Topala güçlük yoktur, hastaya güçlük yoktur."*<sup>25</sup>

Daha sonra inen ayetler de zayıf, hasta ve savaş için maddi imkân bulamayanları, yani mazereti olanları savaşa katılma sorumluluğu dışında tutmuştur.

*"Allah'a ve Resulü'ne karşı sadık ve samimi oldukları takdirde, güçsüzlere, hastalara ve (seferde) harcayacak bir şey bulamayanlara (sefere katılmadıkları için) bir günah yoktur. İyilikte bulunanların (kınanması) için de bir sebep yoktur. Allah*

<sup>18</sup> Bektaş, a.g.e., s. 42.

<sup>19</sup> Bakara, 2/286.

<sup>20</sup> Hac, 22/78.

<sup>21</sup> Bakara, 2/184.

<sup>22</sup> Bektaş, a.g.e., s. 29.

<sup>23</sup> A.g.e., s. 29.

<sup>24</sup> Nur, 24/61.

<sup>25</sup> Nur, 61.

*çok bağışlayandır, çok merhamet eden-  
dir.*"<sup>26</sup>

Ayetlerden anlaşıldığı üzere, özürleri ne-  
deniyle savaşa katılamayanlara, samimi dav-  
randıkları sürece bir sorumluluk yoktur. Hatta  
samimiyetleri ve iyi niyetleri sayesinde savaşa  
katılanlar gibi sevap kazanabilirler.

Nisa Suresi 102. ayette "*Hasta olursanız  
silahınızı bırakmada size günah yoktur.*" den-  
mek suretiyle tanınan kolaylık bildirilmiştir.  
Fetih Suresinin 17. ayeti ve Tevbe Suresinin  
91. ayetinde de hasta kişilerin savaşa katıla-  
mamaları mazur görülmektedir.<sup>27</sup>

*"Allah sizin için kolaylık ister zorluk iste-  
mez."*<sup>28</sup>

Bu ayetler İslam'ın bu konudaki temel  
prensibini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.  
Görme yetisi olanla olmayanın güç yetirme  
durumları da eşit olmadığı için sorumlulukla-  
rında da âmânın lehine farklılıklar olacaktır.  
Görme özürüllü de diğer özürüllü gibi dinî  
konularda güçlerinin yettiği şeylerden ve güç-  
lerinin yettiği oranda sorumludurlar. İlahî ada-  
lete uygun olan da budur.

*"Görme engelli için bir güçlük yoktur; yü-  
rümeye engelli için bir güçlük yoktur; hastaya  
da bir güçlük yoktur. Sizin için de gerek  
kendi evlerinizden, gerekse babalarınızın  
evlerinden, annelerinizin evlerinden, erkek  
kardeşlerinizin evlerinden, kız kardeşlerini-  
zin evlerinden, amcalarınızın evlerinden ha-  
lalarınızın evlerinden, dayılarınızın evlerin-  
den, teyzelerinizin evlerinden veya anahtar-  
larına malik olduğunuz yerlerden yahut  
dostlarınızın evlerinden yemenizde bir sa-  
kınca yoktur. Toplu halde veya ayrı ayrı  
yemenizde de bir güçlük ve günah yoktur.  
Evlere girdiğiniz zaman Allah tarafından  
mübarek ve güzel bir yaşama dileği olarak  
birbirinize selam verin. İşte Allah düşünüp  
anlayasınız diye size ayetlerini böyle açıklar."  
(Nur, 24/61)*

*"Görme engelli olana güçlük yoktur, yü-  
rümeye engelli olana güçlük yoktur, hastaya  
da güçlük yoktur. Bununla beraber kim Al-*

*lah'a ve Peygamberi'ne itaat ederse, Allah  
onu, altından ırmaklar akan cennetlere so-  
kar. Kim de geri kalırsa, onu acı bir azaba  
uğratar.*" (Fetih, 48/17)

*"Yolculuğa gücü yetenlerin haccetmesi Al-  
lah'ın insanlar üzerindeki hakkıdır."*<sup>29</sup>

Ayette geçen "güç yetirme" mali ve be-  
denî olarak güç yetirmeyi ve yol emniyetini  
kapsamaktadır. Mali olarak güç yetirme; kişi-  
nin temel ihtiyaçlarının dışında, hacca gidip  
dönüncüye kadar kendisinin ve bakmakla yü-  
kümlü olduğu kişilerin geçimlerini sağlayacak  
varlığa sahip olmak demektir.

Bedensel olarak güç yetirmek ise; hac  
yapmasına engel olabilecek zihinsel ve be-  
densel bir engelinin olmaması demektir. Bun-  
dan dolayı akıl hastası, hac yolculuğuna da-  
yanamayacak durumda hasta, yatalak, kötü-  
rüm, felçli ve görme engelli kimselere hac  
farz değildir.<sup>30</sup>

Oruç akıllı, ergenlik çağına gelmiş ve sağ-  
lıklı, hayız ve nifas (loğusa) hâlinde olmayan,  
seferi durumunda bulunmayan Müslüman ki-  
şilerin yükümlü olduğu bir ibadettir. Hastala-  
ra, delilere, çocuklara, ayrıca oruca dayana-  
mayacak derecede yaşlı olanlara Ramazan  
ayında oruç tutmak farz değildir.

Hasta ve oruca güç yetiremeyecek kişilerin  
oruç sorumlulukları ile ilgili olarak Kur'an şö-  
ley diyor:

*"Oruç sayılı günlerdir. Sizden kim hasta, ya  
da yolculukta olursa, tutamadığı günler sa-  
yısınca başka günlerde tutar. Oruca gücü  
yetmeyenler ise bir yoksul doyumu fidye  
verir. Bununla birlikte kim daha fazla verirse  
o kendisi için daha hayırlıdır. Eğer bilerseniz  
oruç tutmanız sizin için daha hayırlıdır. Kim  
hasta veya yolcu olursa tutamadığı günler  
sayısınca başka günlerde tutsun. Allah size  
kolaylık diler zorluk dilemez."*<sup>31</sup>

İşitme engelli, görme engelli, konuşma en-  
gelli veya ortopedik engelli olup da sağlık yö-  
nünden oruç tutmasına mani bir durum bu-  
lunmayan kişilerin Ramazan orucunu tutmala-  
rı gerekir.

<sup>26</sup> Tevbe, 9/91.

<sup>27</sup> Gül, a.g.e., s. 78.

<sup>28</sup> Bakara, 2/185.

<sup>29</sup> Al-i İmran, 3/ 97.

<sup>30</sup> Bektaş, a.g.e., s. 48.

<sup>31</sup> Bakara, 2/184-185.

## SONUÇ

Nasil ki beş parmağın beşi bir değildir, Allah'ta bizleri farklı yaratmıştır. Eğer Allah dileseydi herkesi sağlıklı ya da imanlı yaratırdı. İşte bu yüzden "Niye ben?" sorusunu sormamalıyız. Bu soru bizi isyankâr kılmaktan, moralimizi bozmaktan ve günaha sokmaktan başka hiçbir işe yaramaz.

Ayrıca hem bu dünyamız zehir olur, hem de öbür dünya için Allah'ın rızasını kazanamayız. Engelli kişilere düşen engellerini kabul lenip, hayatın imtihan olduğunu unutmadan, Allah'ın da rıza gösterdiği şekilde mücadele etmektir. "O, hanginizin daha güzel iş yapacağını denemek için ölümü ve hayatı yarat-tı." (Mülk 67/2), ayetinde belirtildiği gibi hayatın ve çekilen zorlukların deneme olduğu unutulmamalıdır.

Gerçekten de "hikmetten sual olunmaz." Burası imtihan dünyası olduğu için çekilenlerin ne anlama geldiğini bilemeyiz. Bize hayır gelen bir olayda şer, şer gibi gelen bir olayda hayır vardır. Buradaki ince çizgi yani her şeyin kader olmadığını da aklın devreye girmesiyle söyleyebiliriz. Fakat aklın devreye sokulmadığı engelli olarak doğma durumu ve çekilen hastalıklar katedir. Daha sonrası ise sefih olanların dışında kişilerin kendi akıllarının devreye girdiği bir imtihandır.

Ayrıca insanların başına gelen musibetlerin ilahi takdir neticesinde olduğu gerçeği unutulmamalıdır.

*"Yeryüzünde ve kendi nefislerinizde uğradığınız hiçbir musibet yoktur ki, Biz onu yaratmadan önce, bir kitapta (Levh-i Mah-fuz'da) yazılmış olmasın. Şüphesiz bu, Allah'a göre kolaydır."*<sup>32</sup>

Sağlıklı kişilerde Allah'ın rızasını kazanmak ve engelli kişilerin hayatlarında onlara köstek değil destek olmak için ellerinden geleni yapmalıdırlar. Aileler engelli bir çocuğa sahip olduğunu kabullenmeli, onları yük olarak görmemeli, onlara karşı gerekli ilgi ve sevgiyi göstermelidirler.

Bunun yanı sıra toplumda engelli kişilere karşı incitici davranışlar sergilenmemelidir, on-

lara yardımcı olmalı, dertleriyle dertlenilmeli, topluma katılımları sağlanmalıdır.

Engelli kişilerde eşitlik ilkesinden yararlanarak eğitim almalı ve aldıkları eğitim sonucunda istihdam edilmelidirler. Engelliler de başlarına gelenlere karşı sabretmeli, ümitsizliğe kapılmamalı, gerekli bütün tedavileri olmalı ve her zaman dua etmelidirler.

Ayrıca Allah'ın kendisine devamlı dua edilmesini sevdiği de unutulmamalıdır.

## Kaynakça

Bektaş, Halil; *Kur'an'ın Özürlülere Bakışı*, Cumhuriyet Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2006.

Besiri, Arzu; "Yoksulluk Ekseninde Engellilerin Eğitimi", *TBB Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2009, s. 353-374.

Gül, Emine; *Kur'an'da Engelliler*, Akis Kitabevi, 2005.

Karagöz, İsmail; *Ayet ve Hadisler Işığında Engelliler*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı, 2005.

Sancaklı, Saffet; "Hz. Muhammed'in Engellilere Bakış Açısının Tespiti", [www.sosyalsiyaset.com](http://www.sosyalsiyaset.com)

Tezcan, Münür; *Kur'an'da Engellilere Yaklaşımı ve İslam'ın Engellilere Tanıdığı Kolaylıklar*, T.C. Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Yüksek Lisans Tezi, 2006.

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Teizm>

[www.kuranmeali.com](http://www.kuranmeali.com)

[www.kuranmeali.org](http://www.kuranmeali.org)

<sup>32</sup> Hadid, 57/22.



# *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukuka Etkisi*

*Burhan AKDOĞAN*



## TARİHÇE

**A**vrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yapısını ve işleyişini anlayabilmek için öncelikle tarihçesine ve kurucu dinamiklerine bakmak gerekir.

İnsanların doğuştan, vazgeçilmez ve devredilemez nitelikte haklara sahip olduğu, bu hakların devletten önce geldiği ve devletin görevinin bu hakları tanıyarak geliştirmek ve iyileştirmek olduğu şeklindeki eski doğal hukuk anlayışı II. Dünya Savaşı'ndan sonra yeniden canlanmıştır.<sup>1</sup>

İnsan hakları, hem anayasa, hem de uluslararası hukuk kavramıdır. İnsan hakları deyimi geniş kapsamlı olup bir yandan insanların haklarının, devlet organlarına karşı korunmasını; diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içerir.<sup>2</sup>

Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, insan haklarına saldırıların önlenmesi ve dünyanın bu tür acılara tekrar dönmemesi için yeni arayışlara ve güvencelere ihtiyaç duyulmuştur.

1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi, bu anlayışların ilk ürünlerinden biridir. Kuruluşuy-

la birlikte ülkemizin de üyesi olduğu<sup>3</sup> Avrupa Konseyi'nin ana amacı, kişi özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğüne bağlı olarak bu amacı paylaşan üyeler arasında, hukuki bütünleşmeyi sağlamaktır.

Konsey birçok sözleşme ve tavsiye kararı kabul etmiştir. Bu sözleşmelerden en önemlisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'dir. AİHS, 4 Kasım 1950 tarihinde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on beş ülke tarafından Roma'da imzalanmıştır. Sözleşme 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 18.05.1954 tarihinde onaylanmıştır. 28 Ocak 1987 tarihinde Komisyon ve 12.12.1989 (22 Ocak 1990 tarihinde geçerli olmak üzere) tarihinde de Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan hakları alanında dünyada mevcut sözleşmelerin en gelişmiş ve etkili olanıdır. Sözleşme, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halk Hakları Sözleşmesi gibi bölgesel antlaşmalara da örnek olmuştur.

İnsan hak ve özgürlükleri alanında önemli olan, bu hak ve özgürlüklerin kuramsal açıdan çıkıp, uygulama alanına girmesi, etkili bir güvence sistemine kavuşturulmasıdır. Her şeyden önce, şu bir gerçektir ki, "insan hakları düzeyi" denen nesne, salt hukuk metinleri esas alınarak ya da bunlarla yetinilerek ölçülemez. Hukuk metinleri doyurucu bir tablo çizebilir ancak uygulama başka yönde olabilir. AİHS bu güvenceyi sağlayabilecek yapılanmayı, eksiklikleriyle de birlikte getirmiştir. Söz-

<sup>1</sup> Ş. Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye", *Adalet Dergisi*, 1999/1, Ankara, s. 9.

<sup>2</sup> F. Gölcüklü-Ş. Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1994, s. 1. Ayrıca, insan, insan olduğunun farkında olandır şeklindeki "Farkındalık Teorisi" için bkz.: H. Mahmutoğulları, "İnsan Hakları Kavramının Felsefi Yönden Tahlili", *Adalet Dergisi*, 2001/9, s. 50 vd.

<sup>3</sup> 17.12.1949 T. 7382 S. *Resmî Gazete*.

leşmenin getirmiş olduğu en büyük yenilik, bireyin uluslararası hukukta hak sahibi olabilmesidir. Böylelikle insan haklarının çiğnendiği iddiasıyla birey, devlet karşısında haklarını uluslararası yargıya taşınmıştır. Doğal olarak ilk zamanlar yadırganan olgu, zaman içinde kabullenilmiş ve buna paralel gelişmeler göstermiştir. Bunun yanında devlet başvurusu, sözleşmenin güvencesinin ikincil olması (iç hukukun tüketilmesi koşulu), karşılıklı ilkesine dayanmaması ve yabancıların da bu haklardan yararlanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlıca özelliklerindedir.

Sözleşme geçmişte yaşanan hak ihlallerine karşı, beyanname de bahsi geçen pek çok hak için uluslararası koruma ve denetim mekanizması getirmek amacıyla oluşturulmuştur. Başlangıçta sadece sivil ve politik hakları içeren sözleşme, yapılan değişikliklerle ekonomik (mülkiyet), sosyal ve kültürel hakları kapsamına dâhil etmiştir. AİHM ise sözleşme ile güvence altına alınan temel hakların ihlalinin şikâyetçi olan bireylerin başvurularını değerlendirmek amacıyla kurulmuştur. Strasbourg'ta bulunan mahkemenin resmî dili İngilizce ve Fransızcadır.

Mahkemenin tarihsel alanda kuruluşu ve son gelinen aşamadan kısaca bahsedildikten sonra mahkemenin yapısı, yargılama usulü, görev ve yetki sınırlarının neleri kapsadığını aşağıda başlıklar hâlinde açıklanacaktır.

## MAHKEMENİN YAPISI

AİHM yargılama usulüne geçmeden evvel mahkemenin yapısını, organları ve hâkimlerin kimlerden oluştuğunu, karar organlarının nelerden ibaret olduğunu, mahkemenin hangi mekanizmalardan oluştuğunu çalışmamızın devamında açıklamaya çalışacağız.

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren Ek-11 nolu protokol ile Komisyon ve Divan'ın yerine tam zamanlı çalışan tek bir Mahkeme kurulmuş ve Bakanlar Komitesi'nin yargısal görevi ortadan kaldırılmıştır.

11 nolu protokol esasen bir ek protokol değil, bir değişiklik protokolüdür. Yürürlüğe girmesiyle birlikte Sözleşme tamamen yeni bir metne dönüşmüştür. Ayrıca ilk 18 madde di-

şında madde numaraları da değişikliğe uğramıştır. Sözleşme hükümlerinin bazılarının dili değiştirilmiş ve Sözleşme maddelerine ve protokollere Sözleşme'nin yorumunda göz önünde bulundurulmamakla birlikte başlıklar verilmiştir.<sup>4</sup>

Mahkeme, sürekli olarak görev yapan (madde 19) ve sözleşmecî ülke kadar yargıçlardan oluşan (madde 20) bir yapıdadır. Hâlen 47 yargıç Mahkeme'de görev almaktadır. Mahkeme'nin üye devlet kadar ve her üye devletten yargıçların bulunmasının nedeni tarafsızlık ve temsil yetkisiyle doğru orantılı bir durumdur. Yargıçlar buldukları ülke ile ilgili kararlarda mahkemede görev yapmamaktadırlar. Mahkeme, Genel Kurul hâlinde toplanarak madde 26 gereğince; başkanını, iki başkan yardımcısını, daire başkanlarını yazı işleri müdürü ve yardımcılarını seçer, Daireler karar, Mahkeme içtüzüğünü kabul eder.

Mahkeme seçilmiş yargıçlar ve bürokrat hukukçulardan oluşmaktadır. Bu ayırımı da kısaca bakmak gerekir.

## Seçilmiş Yargıçlar

Divan'da aynı devlet uyuğunda birden fazla yargıç olabilmektedir. İtalya, San Marino ve Malta adına görev yapan üç İtalyan yargıç bulunmaktadır.<sup>5</sup>

Divan'ı oluşturan yargıçlar 9 yıl için seçilirken Mahkeme'de görev süreleri 6 yıl olarak belirlenmiştir (madde 23/1). Mahkeme'de görev yapanların yeniden seçilmeleri olanaklıdır. Ayrıca, ilk seçilen yargıçlardan yarısının görev süreleri üç yıl olarak kabul edilmiştir. Böylelikle her üç yılda yargıçların yarısı yenilenebilmektedir.

Ortak olan bir konu da yargıçlarda görev için aranan koşullardır (madde 21/1). Buna göre; yüksek etik karaktere sahip olmak ve yüksek mahkeme üyesi olabilme niteliklerini

<sup>4</sup> D. Tezcan-M. R. Erdem-O. Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2002 s. 87.

<sup>5</sup> V. Bıçak, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar7.htm>, s. 3.



taşımaları gerekmektedir. Yargıçlar, seçildikleri ülkeleri değil, kendilerini temsil etmektedir (madde 21/2). Görevlerinde tamamen tarafsız ve bağımsızlardır. Tam zamanlı çalışan mahkeme yargıçlarının, tarafsızlıkları ve sürekli görevin gerekleri ile bağdaşmayan herhangi bir görev üstlenmeleri yasaklanmıştır (madde 21/3). Strasbourg'da sürekli bulunma zorunluluğu sistemdeki önemli bir değişimdir.

Yargıçlar, her üye ülke için, o ülke tarafından gösterilen ve üç aday içeren bir liste üzerinden, Avrupa Konseyi Parlamentosunda yapılan oylama ile seçilmektedir (madde 22/1). Yukarıda da değinildiği gibi 6 yıl için seçilmekte olan yargıçların, Mahkeme'nin tamamen yenilenmemesi için, her üç yılda bir yarısının seçiminin yenilenmesi öngörülmüştür (madde 23). Yeni yargıç göreve başlayana kadar, eski yargıç görevine devam etmekte ve görev süresi bitmiş olsa da elde görülen dava bitinceye kadar göreve devam etmektedir (madde 23/7).

Yargıçların, özgeçmişlerinin standartlaştırılması gerekliliği ile Mahkeme, yargıç adaylarına, bir model özgeçmiş geliştirilmesine karar vermiştir. 1082 sayılı karar ile adayların özgeçmişlerindeki bilgileri sistematik olarak ve benzer yapıda sunmaları, adaylar arasında tercihi kolaylaştıracağı vurgulanarak, resmî bir özgeçmiş şekli oluşturulmuştur.<sup>6</sup>

## Bürokrat Hukukçular

Mahkeme'de yargıçların yanı sıra görev alan bürokrat hukukçular da bulunmaktadır. Bunlar devamlı statüde hukukçu, geçici statüde hukukçu ve stajyer hukukçu olmak üzere üç farklı guruptadır. Dosyaların incelemesini yapan hukukçular, onların hukukçu asistanları ve destek elemanları Mahkeme Genel Sekreterliğine bağlı olarak çalışmaktadır. Ayrıca her Daire, hukuksal ve yönetsel işleri için kendi genel sekreterliğine de sahiptir.<sup>7</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen başvuruları incelemek üzere, 3 yargıçlı Komiteler, 7 yargıçlı Daireler ve 17 yargıçlı Büyük Daire şeklinde toplanır (madde 27/1).

<sup>6</sup> V. Bıçak, a.g.e., s. 4.

<sup>7</sup> A.g.e., s. 10.

Komiteler, 34. madde uyarınca yapılan bireysel başvurunun, daha fazla incelenmesi gerektiği durumlarda, oybirliği ile "kabul edilmezliğine" veya "kayıttan düşmesine" kesin olarak, karar verebilir (madde 28).

Komitelerin çalışma şekilleri ve görevlerine bakıldığında, Komisyon'un görevlerini üstlenmiş gibidir. Farklı olarak, Komite üyelerinin de diğer yargıçlarla aynı düzeyde yargıçlardan oluşmaları ve verecekleri kararların daha sonraki aşamalarda meslektaşları açısından daha ciddi bir şekilde dikkate alınması olasılığının bulunmasıdır.<sup>8</sup>

Mahkeme, üç yıl için dört Daire olarak kurulmuştur. Her yargıç bir Daire'ye bağlı olarak çalışır. Aleyhine başvuru ülkenin yargıcı,<sup>9</sup> Daire Başkanı ve başkan tarafından belirlenen beş yargıçla Daire karar verir. Eğer ulusal yargıç o Daire'de görev almıyorsa, söz konusu Daire üyesi olarak yine görev alır. Böylelikle aynı anda birden fazla Daire'de görev almak olanaklı hâle gelmektedir. Dört Dairenin iki başkanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkan yardımcılarında, diğer ikisi ise seçimle belirlenir. Daire, Komite tarafından karar verilmemiş bireysel başvurular ile ülke başvuruları hakkında 29. madde uyarınca "kabul edilebilirliği" ve esasları hakkında kararlar verir.

Daire önünde görülen bir dava, Sözleşme'nin veya protokollerin yorumu konusunda ciddi sorunlar doğurması veya Dairece önceden verilmiş bir kararla çelişki yaratması durumlarında (madde 30) Büyük Daire'ye gönderilebilir. Ayrıca, bir Daire kararını 3 ay içerisinde davanın taraflarından her biri istisnai olarak Büyük Daire'ye götürebilir (madde 43/1). Bu hâliyle Büyük Daire temyiz mahkemesidir. Büyük Daire'nin kararı kesindir (madde 44/1). Büyük Daire; Mahkeme başkanı, başkan yardımcıları, daire başkanları, ilgili ülke yargıcı ve

<sup>8</sup> D. Tezcan-M. R. Erdem-O. Sancaktar, a.g.e., s. 90.

<sup>9</sup> Başvuruda konu edilen ülkenin yargıcı Daire ve Büyük Daire'de görev alır. Ancak ulusal yargıcın, olmaması veya katılmasının olanaklı olmaması durumunda, anılan ülkenin belirleyeceği bir kişi, yargıç sıfatıyla Mahkeme'de yer alır (madde 27/2). Ad hoc yargıç atanmasına örnek olarak bkz.: Sarıtaç/Türkiye, 07.02.2002 T. No: 29702/96 (Yargı Mevzuatı Bülteni, Y.2002, S.194, s.27).

Mahkeme Genel Kurulu tarafından seçilecek diğer yargıçlardan oluşur.

## AİHM GÖREV VE SINIRLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yetki ve görev sınırları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile belirlenmiş uluslararası bir mahkemedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan hakları ihlal edilen kişiler belirli kurallar dâhilinde AİHM'ye başvurabilmektedirler.

Mahkemeye başvurmak için Sözleşme ile tanınan bir hakkın üye devlet tarafından ihlal edilmiş olması gerekir. Aksi hâlde mağdur olunan konu AİHS'de düzenlenmemiş sayılacağından veya ihlali yapan devletin üye devlet olmadığı hâllerde mahkemeye başvuru mümkün değildir. Bu mahkemeye başvurabilmenin ön şartıdır.

AİHM'ye başvurmak için bir diğer koşul ise temel haklardan biri veya birkaçının ihlalinin ötürü bizzat başvurucunun mağdur olmasıdır. Bu durum "şahsen ve doğrudan mağdur" olmak şartı olarak ifade edilir. Doğrudan sizin başınıza gelmeyen olaylar da sizi doğrudan mağdur edebilir. Örneğin, yakın akrabanız devlet görevlisinin fiili nedeniyle öldürüldüğünde bu olay sizi şahsen ve doğrudan mağdur edecektir. Ancak sadece Türk vatandaşı olmak, duyarlı olmak, o konuda hassasiyet taşıyor olmak gibi nedenlerle Mahkeme'ye başvurmanız mümkün değildir. Ayrıca sizi şahsen ve doğrudan mağdur eden bu ihlalin Sözleşme'ye taraf bir devletin görevlileri tarafından yapılması gerekmektedir. Mağdur olduğunuz olayda kamu görevlilerinin en azından ihmali düzeyde bir rolü yoksa veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamamış bir ülkede bulunmaktaysanız mahkemeye başvurmak mümkün gözükmemektedir. AİHM, bir temyiz mahkemesi değildir. Mahkeme, ulusal yargı organlarının verdiği kararları ne ortadan kaldıracaktır, ne de değiştirebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin şikâyet konusu olan makam nezdinde, lehinize doğrudan bir müdahalede bulunma yetkisi de yoktur.

Hak ihlallerini doğrudan AİHM'ye taşımak mümkün değildir. Başvurmadan önce ulusal yargı organları önünde gerekli başvurular ya-

pılmalı ve iç hukuktaki yollar tüketildikten sonra diğer koşullar da mevcutsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapılmalıdır. Başvuru süresi ihlali yapan devletteki iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren **6 aydır**. İç hukuk yollarında karar kesinleştikten sonra 6 ay içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapılmaz ise, AİHM'ye başvuru hakkı yitirilecektir.

İç hukuk yollarını tüketmeden başvurma kuralının istisnaları AİHM'nin son zamanda uygulamaya koyduğu başvuru şeklidir; eğer başvurucunun Sözleşme ile tanınan bir hakkı ihlal edilmiş ve iç hukuk yollarına başvurulduğunda sonucun değişmeyeceği ve zaman kaybı olacağı aşikâr ise iç hukuk yollarını tüketme zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Bu durumda doğrudan başvuru yapılabilmektedir. Bu durum, başvurucunun hak arama hürriyeti açısından düşünüldüğünde ne kadar faydalı olduğu tartışmasız bir gerçektir

İç hukuk yollarını tüketmekten ne anlaşılması gerektiği ve 6 aylık kuralın istisnalarının neler olduğu aşağıda belirtilmiştir.

### Türk yargısı için, tüketilmesi gereken iç hukuk yolları şunlardır:

- Ceza yargılaması için: Temyizin sonucuna kadar.
- Hukuk yargılaması için: Karar düzeltmenin sonucuna kadar.
- İdari yargılama için: Karar düzeltmenin sonucuna kadar.

### İç hukuk yollarının tüketilmesi şartının istisnaları şunlardır:

- İç hukuk yollarının etkisiz olması
- Engelleyici bir yasanın bulunması
- Yerleşmiş bir yargı içtihadının bulunması
- Sözleşme'ye aykırı yerleşmiş bir idari uygulamanın bulunması
- Davanın sürüncemede kalması (AİHS 6. maddesi kapsamında "makul süre" ihlali olduğundan en önemli ve en sık kullanılan istisna budur)
- Kamu görevlilerinin engellemesi

## AİHM'YE BAŞVURU USULU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ulusal bir mahkeme olmadığı için, AİHM'ye yapılacak başvurularda yerel mahkemelerde dava açmaktan oldukça farklıdır.

AİHM'ye herhangi bir dava dilekçesi ile başvurmak mümkün değildir. Mahkeme'nin belirlediği formu doldurmanız, varsa avukatınız için bir yetki belgesi (özel yetki verilmesi gerekmektedir) düzenlemeniz ve doldurduğunuz bu formları Mahkeme'nin adresine (tercihen taahhütlü posta ile) göndermeniz gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yazılı olarak başvurmak gerekmektedir. Bu yazılı başvuru mutlaka AİHM kalemine iletilmelidir. Acil durumlarda faks göndermek de mümkündür. Ancak faksla yapılan başvuruyu mutlaka mektupla da göndermek gerekmektedir. Aksi takdirde başvurunun geçersiz olacağı unutulmamalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde yapılan yargılama kural olarak yazılıdır. Yani başvuru yapmak için posta ile yapılan başvuru yeterlidir, başvuru için Strassbourg'a gitmesine gerek yoktur. Her ne kadar AİHM'ye başvurmak için başvuru dilinin önemli olmadığı belirtilmişse de yargılamayı hızlandırma anlamında İngilizce veya Fransızca dillerinin kullanılması isabetli bir tercih olacaktır. Çünkü Türkçe ile yapılan her yazılı talebiniz ilgili birimlerde İngilizce ve Fransızcaya çevrilmekte bu da yargılamanın olağandan daha ağır işlemesine sebep olmaktadır.

Başvuru dilekçesinin olabildiğince kısa ve öz tutmak olayları kısa ve anlaşılabilir bir şekilde yazmak gerekirken birlikte başvuru dilekçesinin on sayfayı geçmemesi zorunluluğunu da hatırlatmakta fayda görmekteyiz

## AİHM KARARLARININ ÜYE DEVLET AÇISINDAN İÇ HUKUK ETKİLERİ VE BAĞLAYACILIK ETKİSİ

Yukarıda anlatılanlar ışığında sözleşmede tanınan bir hakkın üye devlet tarafından ihlal edilmesi hâlinde mahkeme sözleşmede korunan hakkın ihlal edildiği hususunda kanaat

getirirse bunun sonuçları nedir ve üye devletin mahkemenin kararını yerine getirme hususunda zorunluluğu var mıdır?

Bilindiği gibi AİHS'de, AİHM kararlarının nasıl infaz edileceği konusunda bir açıklık yoktur. Fakat yüksek mahkeme kararlarının uygulanmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en önemli tarafı, hükümlerine uyulmadığı zaman uluslararası hukuk bakımından çok ciddi yaptırım mekanizmaları işletmesidir. Yani Sözleşme'ye aykırı davranılması durumunda uluslararası hukuka da aykırılık söz konusu olmaktadır. Bu sebeple uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı olan AİHS ve AİHM kararları iç hukuk bakımından da önemli bir bağlayıcılık etkisine sahiptirler.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*" demektedir. Bu maddeye göre, sözleşmeye taraf olan devletler, sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri, kendi yetki sınırları içerisindeki herkese tanımakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün etkin olarak yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi sözleşmenin kurmuş olduğu mahkemeye (AİHM) verilmiştir.<sup>10</sup> Ayrıca Sözleşme'nin 46. maddesi "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.*" hükmünü muhtevildir. Bu maddeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ortaya çıkmaktadır. Bu kararların iç hukuk üzerindeki en önemli etkisi, taraf devletlerin, kendi icra organları aracılığıyla kararların uygulamasını sağlama zorunluluğudur.

Mahkeme kararlarının sözleşmeye taraf olmayan devletler için de yol gösterici bir etkisi bulunmaktadır. Ancak devletler sadece onayladıkları sözleşme konularında mahkemenin kararları ile bağlıdırlar. 46. maddeye göre sözleşmeye taraf olan devletler mahkemenin vermiş olduğu kararlara uymayı taah-

<sup>10</sup> N. Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994, s. 83.

hüt etmişlerdir. Taahhüt şekli her ülkenin iç hukukuna göre değişiklik göstermektedir.

Bazı devletler kendi iç hukuklarını sözleşmeye göre düzenlemiş, bazıları ise sözleşme hükümlerini sadece kendilerine etki edebilen uluslararası bir metin olarak görmüşlerdir. Sadece 46/2. maddesinde, kesinleşmiş AİHM kararlarının, infazını kontrol edecek olan Bakanlar Komitesine gönderileceği belirtilmiştir. Taraf devlet, AİHM kararının infazıyla ilgili olarak, Bakanlar Komitesini bilgilendirmek zorundadır. Ancak, taraf devletler, AİHM kararının kendi ülkelerinde rahatça ve özgürce uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaklardır.

AİHS'de ve AİHM İç Tüzüğüne, AİHM kararlarının iç hukukta nasıl infaz edileceğine ilişkin bir hüküm konulmadığından, uygulamanın, iç hukuka göre yapılacağı kabul edilmektedir. Hakkında ihlal kararı verilen devlet, AİHM kararı uyarınca, eski duruma iade yükümlülüğünü yerine getirmek için harekete geçmek zorundadır.

## Dostça Çözüm

AİHM'ye yapılan başvuruların sonuçlanma yollarından biri de tarafların **dostça çözüme** varmasıdır. Başvuranın iç hukuktaki davasından vazgeçmesi, taraf devletin Sözleşme'ye aykırı iç hukuk hükmünü Sözleşme'ye uygun hâle getirmesi, mağdur başvuranın durumunun başvuru konusu olaydan önceki hâline getirilmesi veya belirli bir tazminatın kendisine ödenmesi biçiminde dostça çözüme varılabilir.

Sözleşme'ye aykırılığın AİHM tarafından tespitinden sonra, Sözleşme'ye aykırı ulusal mahkeme kararlarının ortadan kaldırılması konusunda, başvurana ülkemizde olduğu gibi, iade-i muhakeme (yargılamanın yenilenmesini isteme) hakkı temin edilebilir.

Bir ulusal mahkeme kararının Sözleşme'ye aykırı olması, taraf devletler için kararın iç hukukta kendiliğinden iptal edilmesi ve kendiliğinden geçersiz olması söz konusu olmasa da, bu karardan, üye devletin hukuki sorumluluğu ortaya çıkar. AİHS'de aykırılıktan kaynaklanan ihlalin ve bunun neden olduğu zarar,

geçmişe dönük olarak giderilmek zorundadır. Çünkü ihlal ve zarar, aykırı olan işlemin, millî mahkeme kararının veya kuralın AİHS ile çelişkiye düştükleri andan itibaren vardır. Böyle olduğuna göre hukuka aykırı durumun mümkün oldukça geçmişe yönelik ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Eski hâle iade mümkün değilse, AİHM kararlarının geriye dönük uygulanması söz konusu olamayacağından, Sözleşme'nin 41. maddesinde, eski hâlin tamamen veya kısmen iadesi mümkün değil ise, giderilmeyen diğer kısım için belirli bir oranda tazminata hükmedileceği öngörüldüğü dikkate alınarak, iç hukuk tasarrufunun, kısmen ortadan kaldırılmamasından ötürü bir tazminata hükmedilmiş ise, ancak, daha sonra Sözleşme'ye aykırı hukuki tasarrufun, tamamen ortadan kaldırılmasına iç hukukun uygun olmadığı anlaşılırsa, söz konusu bu kısım için tekrar tazminat istemi söz konusu olabilecektir.

AİHM İç Tüzüğü'nün 80. maddesine dayanarak, taraflardan biri, niteliği açısından, daha önce, hükme bağlanmış bir başvurunun sonucu üzerinde belirleyici etkiye sahip ve nihai kararın verildiği tarihte AİHM'ce bilinmeyen ve bilinmesi de mümkün olmayan bir delilin varlığı öğrenildiği takdirde, ortaya çıkan bu yeni durumun öğrenilmesinden itibaren 6 ay içinde, kararının tekrar gözden geçirilerek düzeltilmesi, AİHM'den istenebilecektir.

Sözleşme'nin yukarıda anılan 41. maddesi, taraf devleti, Sözleşme'ye aykırı olan durumu gidermekle yükümlü tutmuştur. Bu işin çerçevesi içinde eski durumun iade edilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda aynen iade mümkün değil ise veya tamamen mümkün değil ise makul bir tazminata hükmedileceğinden bahsetmiştir.

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları karşısında sözleşmecî devletler ne yapmaktadır?

1. AİHM tarafından sözleşmenin ihlal edildiğinin *tespit* edildiği hâllerde, ilgili devletin tespit edilen ihlali, iç hukuk düzeninde mümkün olduğunca;

- tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırma,
- ihlal öncesi hâle dönülebilmesi için gerekli onarımı yapma,

- hukuk dışılığı tekrar etmeme yükümlülüğü vardır.
- 2. İlgili devlet, genel ve bireysel önlemler alır.

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları karşısında, devletlerin sık uyguladığı önlemler:**

- a. İç hukukta yargılamanın yenilenmesi, medeni hukuk alanındaki zararlar genellikle maddi tazminat yoluyla giderilebildiği için, çoğunlukla ceza davalarında uygulanır. (İç hukukumuzda düzenlenmiştir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının tebliğinden itibaren 1 yıl içinde ulusal yargıda yargılanmanın yenilenmesi istenebilir.)
- b. Mahkûmiyetin adli sicilden silinmesi ve özel af ilanı.
- c. İhlalin sona erdirilmesi ve benzer ihlallerin tekrarlanmaması için, iç hukukta mevzuat değişikliğine (*iç hukuk kuralının yürürlükten kaldırılması veya yeni hukuki düzenlemeler yapılması*) gidilmesi gibi genel önlemler de mevcuttur.
- d. Mevzuat değişikliğinin gerçekleşmediği durumlarda, içtihat değişikliği ile hukuk dışılığın tekrar edilmemesinin sağlanması yoluna da gidilebilmektedir.

**AİHM KARARLARININ  
TÜRK HUKUKUNDA  
YERİNE GETİRİLMESİ**

**1. Genel Olarak**

Genel olarak mahkeme kararlarının üye ülkelere etkileri çalışmamızın bir önceki bölümünde anlatılmıştı. Bu bölümde ise, kararların iç hukukta uygulanması açısından Türk iç hukuku incelenecektir.

Türkiye 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bireysel başvuru hakkı da tanındıktan sonra sadece sözleşme maddeleri ile Anayasa maddeleri arasında uyum sağlanmaya çalışılmakla kalınmamış, bununla birlikte mahkeme kararları da iç hukuktaki değişikliklere etki etmeye başlamıştır.

Türk iç hukukunda AİHM kararlarının yerine getirilmesi için çeşitli yollar düşünülebilir. Bunlar;

- Sözleşmeyi ihlal eden kanun hükmünün değiştirilmesi, yerleşmiş bir içtihadın terk edilmesi,
- ulusal mahkemeler tarafından verilmiş olan kararın iptal edilmesi ya da yargılamanın yenilenmesi,
- uygulamadan kaynaklanan ihlallerde de devletin emri altındaki görevlilere talimat vererek ve onları denetleyerek ihlallerin ortadan kaldırılması ve
- ihlallerin tekrarlanmasını önlemek için de suç işlemiş olan görevliler hakkında soruşturma açılmasıdır.

Mahkeme'nin vermiş olduğu kararda yer alan ihlal, AİHS'ye aykırı bir kanundan Anayasa'dan, kanun hükmünde kararnameden, tüzükten veya yönetmelikten kaynaklanıyorsa, bu durumda ilk yapılacak iş, Türk organları (yasama, yürütme ve yargı) tarafından bu kanunun AİHS'nin ve AİHM'nin anlayışları doğrultusunda yorumlanmasıdır. Eğer, kanundaki hüküm yorumlanamayacak derecede sözleşmeye aykırı ise, yapılacak tek şey, o kanunu değiştirmektir. Örneğin, CMUK'ta 2001 yılında yapılan değişiklikle yoruma elverişli olmayan ve AİHS'nin 5. maddesine aykırı bulunan gözaltı süreleri kısaltılmış ve bu süre azami 4 gün olarak düzenlenmiştir.

Sözleşmenin ihlali bir seferlik ve tekrarlanmayacak idari bir işlemde kaynaklanıyorsa, mümkünse yapılan işlem geri alınarak (eski hâlin iadesi), mümkün değilse de tazminat ödenerek sorun giderilebilir. Bu tazminat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tazminata hükmedilmemesi durumunda ulusal makamlar tarafından ödenen tazminattır. Burada asıl önemli olan eski hâlin iadesinin sağlanmasıdır. İç hukukun eski hâlin iadesine imkân vermediği durumlarda başvuru zararını gidermek için ulusal makamlar tazminata hükmetmelidir. Buna karşın, istisnalar olduğu gibi devamlı bir tasarruf söz konusu olursa, idarenin yaptığı uygulama ya da bu uygulamanın dayandığı kanun değiştirilmelidir.

Kanunlardan ya da uygulamalardan kaynaklanan ihlallerde bunların ortadan kaldırılması ve/veya değiştirilmesi ile sorun çözümlenebiliyor. Bu bakımdan asıl sorun Türk yargı organlarının vermiş olduğu, kesinleşmiş yargı kararlarında ortaya çıkıyor. Bu durumda başvuru zararını tazmin için en işlevsel yol yargılamanın yenilenmesi (muhakemenin iadesi) olmaktadır. Buradaki amaç eski hâlin iadesini sağlamaktır. Bakanlar Komitesi, 19 Ocak 2000'de kabul ettiği R(2000) 2 sayılı tavsiye kararında, Sözleşme'ye aykırı bir yasadan dolayı meydana gelmiş bir ihlal durumunda ya da adil yargılanma ilkelerine aykırı hareket edildiği durumlarda AİHM kararlarının yerine getirilmesi için en uygun yolun yargılamanın yenilenmesi olduğuna karar vermiştir.<sup>11</sup> Bu yöntem sayesinde Sözleşme'ye aykırı olan ulusal mahkeme kararları gözden geçirilerek düzeltilir ve böyle bir imkânın olması hâlinde tazminat ödemeye gerek kalmayabilir. Çünkü birçok birey açısından yapılan haksızlığın mahkeme kararıyla tespit edilerek ilan edilmesi tazminattan daha fazla değer taşır.

Türkiye'de, Avrupa Birliği'ne uyum süreci çerçevesinde kabul edilen 3. Uyum Paketi'nde yer alan ve 09.08.2002 yılında yürürlüğe giren 4771 sayılı yasa ile yargılamanın yenilenmesini kabul etmiş olan devletlerin arasına katılmıştır.<sup>12</sup> Fakat daha sonra düzeltilmesi gereken bazı aksaklıklardan dolayı 23.01.2003 tarihinde 5. Uyum Yasası adıyla 4793 sayılı yasa yürürlüğe girmiştir.<sup>13</sup> Bu yasa ile 4771 sayılı yasanın hatalı olan maddelerini yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla HUMK ve CMUK'nin yargılamanın yenilenmesi ile ilgili maddelerine birer bent eklenmiş ve AİHM kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu yasalar ve düzenlemeleriyle ilgili bilgilere aşağıda değineceğiz.

<sup>11</sup> N. Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*, s. 43.

<sup>12</sup> Bkz.: 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, *Resmî Gazete* 09.08.2002, Sayı: 24841.

<sup>13</sup> Bkz.: 23.01.2003 tarih ve 4793 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, *Resmî Gazete* 04.02.2003, Sayı: 25014.

## 2. Yargılamanın Yenilenmesi

### a. Ceza Muhakemeleri Kanunu Açısından

Yargılamanın yenilenmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi, yetkili mahkemenin yapmış olduğu yargılama sonucunda ortaya çıkan kesinleşmiş bir yargı kararında hataların bulunduğu sonradan anlaşılması üzerine başvurulan yasal bir yoldur. Taraflar, davaya bakmakla görevli esas mahkeme tarafından kesinleşmiş kararlara karşı, kararı etkileyecek delillerin ve sebeplerin bulunması dolayısıyla yeniden yargılama yapılmasını isteyebilirler. Taraflar tabiri içine, öncelikle mahkûm olan kişi, savcı, müdafî, kanuni temsilci veya eşlerden biri, şahsi davacı, müdahil; mahkûm ölmüşse, karısı veya kocası, usulü ve furuu ve kardeşleri girmektedir.

Yargılamanın yenilenmesi talebinin yapılabilmesi için kararın mutlaka kesinleşmiş bir karar olması gerekmektedir. Yargılamanın yenilenmesi yolu olağanüstü bir yasa yolu sayılmaktadır ve bu yolun istenmesi için kanunda bulunan sebeplerden birinin gerçekleşmesi şarttır. Bu yol için bir süre öngörülmemiştir. Çünkü yeni deliller ve olgular yıllar sonra ortaya çıkabilmektedir. Mahkûma verilen bir cezayı —sanığa yüklenen cezanın niteliği aynı kaldığı sürece— azaltmak ve artırmak amaçlı yeniden yargılama yapılamaz. Yeniden yargılama isteği bir dilekçeyle yapılmalı ve kararı etkileyecek olan yeni deliller ve olgular mahkeme önüne sunulmalıdır. Yeni davaya yine eski kararı vermiş olan mahkeme bakar.

Yargılamanın yenilenmesinin sebepleri kanunda açıkça sayılmıştır. Bunları üç grupta toplayabiliriz:

- Sanığın lehine veya aleyhine olan sebepler: Sahte belge, yalancı tanık ve suçlu hâkim; sanığın lehine olan sebepler (diğer üçüne ek olarak):
- Mahkûmiyeti veren hukuk mahkemesinin son kararının kesin hükümlü başka bir kararla ortadan kalkması ve yeni olaylar ve yeni deliller; sanığın aleyhine olan sebepler (diğer üçüne ek olarak):
- Beraat eden sanığın daha sonra ikrarda bulunmasıdır.

Bu bahsettiklerimizin yanında CMUK'ta 2002 yılında 4771 sayılı yasayla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da artık yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu yasa Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na 327/a maddesini eklemiştir. Eklenen hükme göre;

"Kesin olarak verilmiş ve kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde kararı veren mahkemeye yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilirler."

Maddede düzenlenen hükme göre, 09.08.2002'de yürürlüğe giren yasanın yargılamanın yenilenmesini içeren hükmünün 09.08.2003'den itibaren uygulanmaya başlaması ve bundan önceki kesinleşmiş kararları kapsamaması sebebiyle sakatlıklar bulunmaktadır. Bu aksaklıkların ortadan kaldırılması amacıyla 23.01.2003 tarih ve 4793 sayılı yasa yürürlüğe girmiştir. Bu yasa ile 4771 sayılı yasanın biraz önce bahsetmiş olduğumuz maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, CMUK'nin yargılamanın yenilenmesi ile ilgili maddesine bir bent eklenerek, AIHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Yargılamanın yenilenmesi talebi AIHM kararlarının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde yapılabilecektir. 4793 sayılı yasanın geçici 1. maddesine göre;

"Bu kanunun 1 ve 3. maddeleri (CMUK'ya eklenen bent), bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin muhakemenin iadesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır."

denmektedir.

Ancak, bu yasadan önce başvurusu yapılmış fakat kesin hükme bağlanmamış davalar için yargılamanın yenilenmesi yolu açık değildir.

Ayrıca yürürlükte bulunan CMK'nin 311. maddesinde yapılan düzenleme ile karışıklıklara son verilmiştir. CMK'nin 311. maddesinin f bendi

"Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir."

şeklinde. Devamla aynı maddenin 2. fıkrasında bir düzenleme yapılarak (f) bendi hükümlerinin, 04.02.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile 04.02.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir.

#### **b. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından**

Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'nda yargılamanın yenilenmesi CMK'deki ile aynı şekilde düzenlenmiştir. Yargılamanın yenilenmesi, HMK'da da başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Davanın tarafları, esas mahkeme tarafından kesinleşmiş kararlara karşı, kararı etkileyecek delillerin ve sebeplerin sonradan ortaya çıkması nedeniyle yeniden yargılama yapılmasını isteyebilirler. Yargılamanın yenilenmesinin istenmesi için kanunda bulunan sebeplerden birinin gerçekleşmesi şarttır. Bu yol için bir süre öngörülmemiştir.

Yargılamanın yenilenmesinin sebepleri CMK'da belirtilen sebeplerle aynı şekilde düzenlenmiştir. Kısaca; sahte belge, yalancı tanık, suçlu hâkim, mahkûmiyeti veren hukuk mahkemesinin son kararının kesin hükümlü başka bir kararla ortadan kalkması, yeni olaylar ve yeni deliller ve beraat eden sanığın daha sonra ikrarda bulunması şeklinde belirtilebilir.

Bu bahsettiklerimizin yanında HUMK'da 2002 yılında 4771 sayılı yasayla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da artık yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu yasa Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'na 445/A maddesini eklemiştir. Eklenen hükme göre;

"Kesin olarak verilmiş ve kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler. Bu istem Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresince yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapılmaksızın kesin olarak karar verir."

denilmiştir.

Maddede düzenlenen hükme göre, 09.08.2002'de yürürlüğe giren yasanın yargılamanın yenilenmesini içeren hükmünün 09.08.2003'den itibaren uygulanmaya başlaması ve bundan önceki kesinleşmiş kararları kapsamaması sebebiyle sakatlıklar bulunmaktaydı. Bu aksaklıkların ortadan kaldırılması amacıyla 23.01.2003 tarih ve 4793 sayılı yasa yürürlüğe girmiştir. Bu yasa ile 4771 sayılı yasanın biraz önce bahsetmiş olduğumuz maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, HUMK'nin yargılamanın yenilenmesi ile ilgili maddesine bir bent eklenerek, AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi düzenlenmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi talebi AİHM kararlarının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde yapılabilmektedir. 4793 sayılı yasanın geçici 1. maddesine göre; "bu kanunun 1 ve 3. maddeleri (HUMK'ya eklenen bent), bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş karar-

ları ile bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin muhakemenin iadesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır." denmektedir.<sup>14</sup> Ancak, bu yasadan önce başvurusu yapılmış fakat kesin hükme bağlanmamış davalar için yargılamanın yenilenmesi yolu açık değildir.

2011 yılında yürürlüğü giren 6100 sayılı HMK'nin 375. maddesinin (i) fıkrası ile Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması hâlinde yargılamanın iadesi talep edilebileceği hususu düzenlenmiştir.

### c. İdari Yargı Açısından

İdari yargıda yargılamanın yenilenmesi ile ilgili kurallar, hukuk yargılama yöntemi esas alınarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiştir. Danıştay, bölge idare mahkemesi, idare ve vergi mahkemelerinin verdiği kesinleşmiş kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesi yolu açık tutulmuştur. Yargılamanın yenilenmesi için gereken sebepler İYUK'nin 53. maddesinde belirtilmiştir. Bu nedenler şu şekilde sıralanabilir:<sup>15</sup>

- Delil niteliğindeki belgelerin sonradan ele geçirilmesi,
- kararda kullanılan belgenin sahte olması,
- karara esas alınan hükmün başka bir mahkeme kararıyla ortadan kalması,
- bilirkişinin bilerek ve isteyerek gerçek dışı bilgi vermesi,
- hile yapılması,

<sup>14</sup> Bkz.: 23.01.2003 tarih ve 4793 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Resmî Gazete 04.02.2003, Sayı: 25014.

<sup>15</sup> Ş. Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitapevi, 12. Baskı, Ankara, 1998, s. 58.



- vekil veya yasal temsilcisinin bulunması gereken kişiler hakkında onlar olmadan yargılama yapılması,
- davadan çekilmesi gereken bir hâkimin kararı vermiş olması,
- aynı ya da başka bir mahkeme tarafından aynı konu hakkında farklı bir hüküm verilmiş olmasıdır.

Yargılamanın yenilenmesi başvurusu için esas alınacak süre, mahkeme tarafından önce verilmiş olan hükme aykırı bir hüküm verilmesi (53. maddesinin 1. fıkrasının h bendi) durumunda 10 yıl, diğer sebepler için 60 gündür. Başvuru hakkı davanın taraflarına verilmiştir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda 15.07.2003 tarihinde kabul edilen 6. Uyum Yasası ile değişikliğe gidilmiştir. Uyum yasasının 6. maddesine göre; İYUK'nin 53. maddesinin 1. fıkrasına (ı) bendi eklenmiştir. Eklenen bent şu şekildedir;

“Hükümün İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.”<sup>16</sup> Ayrıca yine 53. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesi şu şekilde değiştirilmiştir: “Yargılamanın yenilenmesi süresi, 1 numaralı fıkranın h bendinde yazılı sebep için 10 yıl, 1 numaralı fıkranın (ı) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl ve diğer sebepler için 60 gündür.”

Aynı uyum yasasının 7. maddesiyle de İYUK'ya geçici bir madde eklenmiştir. Bu maddeye göre; “53. maddenin 1 numaralı fıkrasının (ı) bendi, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri,

bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde yapılır.”

Mahkeme'nin çalışmasına dair son veriler ve Mahkeme'nin Türkiye hakkındaki son kararları incelendiğinde öne çıkan problemleri şöyle sıralayabiliriz:

- Mahkeme'ye gönderilen başvuruların sayısı her geçen yıl artmıştır.
- Karar verilmeyi bekleyen 15.950 başvuru ile Türkiye 2. sıradadır.
- Bugüne kadar verilen kararların çoğunluğu Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. Kararların büyük çoğunluğu ihlal kararı şeklinde görülmekle birlikte AİHM'nin çeşitli sebeplerle kabul edilemez bularak kayıt dışında bıraktığı başvuruların sayısı da oldukça yüksektir.
- AİHM'nin 31.12.2011 tarihine kadar verdiği ihlal kararlarının konularına baktığımızda ise ilk sırayı adil yargılanma ve mülkiyet hakları konularının oluşturduğu görülmektedir.<sup>17</sup>
- Aşırı dava yükü ve birtakım konjonktürel nedenlerle (11 Eylül saldırısı ve sonraki gelişmeler ışığında anti-terör mücadelesi) Mahkeme'nin son dönemlerde vermiş olduğu kararların (Türkiye açısından), esasa ilişkin ihlal tespitleri ve yapılan değerlendirmeler açısından geçmişteki kararlara oranla çok daha geri olduğu gözlemlenmektedir. Mahkeme, örneğin yaşam hakkı ihlali veya işkence ve kötü muamele yakınmalarını konu alan başvurularda delillerin değerlendirilmesi aşamasında başvuru-cuları orantısız bir ispat külfeti altına sokan, başvurularca sunulan delilleri yeterli görmeyen veya delillerin elde edilme sürecine etkisi olmayan başvuru-cunun, içinde bulunduğu koşulları çok fazla önemsemeyen, devletin bu konudaki sorumluluğunu görmezden gelen bir yaklaşım değişikliğine gittiğine dair yaygın bir inanç bulunmaktadır.
- Mahkeme son dönemlerdeki kararlarında ikincillik ve tamamlayıcılık ilkelerini baz

<sup>16</sup> Bkz.: 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Resmî Gazete 19.07.2003, Sayı: 25173.

<sup>17</sup> AİHM 2011 verileri [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/219E9A92-716A-4337-99DE-053358F536B3/0/2011\\_Rapport\\_Annuel\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/219E9A92-716A-4337-99DE-053358F536B3/0/2011_Rapport_Annuel_EN.pdf).

olarak ulusal makamların kararlarının esasına müdahale edemeyeceğini, takdir marjı açısından ulusal makamların öncelikli ve daha iyi konumda olduğunu belirterek incelemesini ulusal makamların eylem ve işlemlerinin Sözleşme'ye şeklen uygun olup olmadığının denetlenmesiyle sınırlandırmıştır.

- Mahkeme örneğinin adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin tebliğnamelerinin gönderilmemesi gibi şekli sorunlar üzerinde durmakla yetinmiş, masumiyet karinesinin ihlali, hukuka aykırı delillerin varlığı, savunma hakkı, silahların eşitliği ilkesi vb. esasa ilişkin pek çok önemli noktayı atlayan bir tavır içine girmiştir.
- Mahkeme son olarak Türkiye açısından oldukça önemli meselelerde (başörtüsü, seçim barajı vs.) zorunlu toplumsal ihtiyaç (pressing social need) ve üye devletlere bırakılan takdir marjı (margin of appreciation) prensiplerine dikkat çekerek ilgili başvuruları reddetmiştir.

Yukarıda anlatılan çalışma çerçevesinde Türkiye'den AİHM'ye çok sayıda başvuru olduğu, bu nedenle AİHM'nin Türkiye aleyhine yapılan ve hâlen mevcut olan dosyaları 1 yıllığına askıya aldığını belirtmek gerekir. Bu bakımdan iç hukukta yasal düzenlemeler yapıp hem özel hukuk hem de kamu hukuku AİHS'ye uygun hâle getirilmesi ve yapılan düzenlemelerin uygulanmasında kamu görevlilerinin denetlenmesi düzenlemelerin amacına uygun olmasında büyük önem taşımaktadır.

## Kaynakça

- Bıçak, Vahit; "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar7.htm>.
- Çavuşoğlu, Naz; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topuluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994.
- Gölcüklü, A. Feyyaz-Gözübüyük, A. Şeref; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1994
- Gözübüyük, A. Şeref; *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitapevi, 12. Baskı, Ankara, 1998.
- Mahmutoğulları, Haluk; "İnsan Hakları Kavramının Felsefi Yönden Tahlili", *Adalet Dergisi*, 2001/9.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancaktar, Oğuz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2002.
- Ünal, Şeref; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye", *Adalet Dergisi*, 1999/1, Ankara.



# *Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti*

*Bilâl KILINÇ*



## **GİRİŞ**

**H**ukuk devleti kavramı son zamanlarda sıkça referans gösterilen kavramlardan biri olmuştur. Bu sihirli kavram adeta bir maymuncuk gibi her kapıyı açabilmektedir. Yazılan her makalede, yapılan her konuşmada temel argüman olarak bu kavram kullanılmakta ve adeta bir tanrı buyruğu imiş gibi itiraz edilemez noktaya ulaşılmak istenmektedir. Tabii bir de kavramı siyasi manivela aracı olarak kullanan birçok hukukçu ve siyasetçiye de rastlanmaktadır. Ayrıca devletler de kendilerine hukuk devleti denmesinden hoşlanmakta ve bunu bir paye olarak kabul etmektedirler. Bir hukuk devletinin vatandaşı olmak gurur verici statü gibi algılanmaktadır. Kavram belli tarihsel ve psikolojik birikimle gelip toplumsal yaşamımızın merkezine oturmuş gibi görünmektedir. Bu hususu özellikle yeni anayasa yapım sürecinde de çok net bir şekilde müşahede etmekteyiz. Toplumda yapılacak yeni bir anayasada hukuk devleti ibaresinin yer alması hususunda hiç kimsenin bir itirazı yok gibidir. Bu geniş konsensüsün sebebi nedir? Başka konularda hiç de kolay konsensüse varamayacak olan bir toplum ve siyasi çevreler neden bu konuda bu kadar net tavır ortaya koymaktadır? İşte bunun cevabı sihirli bir kavram olan “hukuk devleti”nde yatmaktadır. Bugünkü tabloyu anlamlandırabilmek, kavramı tahlil etmek suretiyle mümkün olacaktır.

“Hukuk devleti” kavramının her yerde kullanılır olması onu bir şarkının nakaratına benzetmiştir. Öyle ki bu nakarat şarkının diğer bölümlerinden daha uzun ve daha anlamsız-

dır. Bu şarkıyı söyleyenler de “seslerinin güzel olup olmadığına bakmadan” ulu orta kendilerini kaybedercesine söylemektedir. Ancak nakaratın içi bilerek boş bırakılmaktadır. Görünürde bir hukuk devleti yeterlidir; çünkü daha fazlasına gerek yoktur.

“Hukuk devleti” kavramı ilk bakışta her şeyi çözen bir anlama sahiptir. Devleti hukukla bağlamak iddiasının istif edilmiş hâli olarak hukuk devleti bu edayla hukukçuların, siyasetçilerin, akademisyenlerin, hukuk fakültesi ve siyasi bilimler öğrencilerinin ve diğer kesimlerin kullanmaktan çok haz aldıkları bir meta hâline gelmiştir ne yazık ki... Sosyal bilimler alanında bir kavramın metalaşması ise onu aslından uzaklaştırır. Nitekim sosyal bilimler sahasının laboratuvarıdır kavramlar. Bu laboratuvarında hesapsız kitapsız bir şekilde deney yapmaya kalkmak veya laboratuvardaki malzemelere bir çocuğun oyuncağına yaklaştığı gibi yaklaşılmaması durumunda felaketler kapıda beklemektedir.<sup>1</sup> Bugün modern devletlerin adli teşkilatına bakmak bile kavramları ve hukuku oyuncak hâline getirmenin sonuçlarını görmek için yetecektir. Kavram özelinde ele alırsak, hukuk devletinden bah-

<sup>1</sup> Burada felaketten kastettiğimiz Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz’in “**Hukuk Devleti Olgusu**” adlı tebliğinde vurguladığı gibi gerçeklikle bağların kopartılmasıdır. Ökçesiz tebliğinde bu hususu şöyle izah etmektedir: “Hukuk devleti kavramı da bir ide, bir hukuki, siyasi kurum, anayasal bir buyruk olarak kendi toplumsal gerçekliği ile birlikte düşünülmendiğinde, iyi niyetli özelemler ayrı tutulmak üzere, çoğu zaman art niyetlerin saklanması, aldatma ve oyalamalar için kullanılmaktadır.” Tebliğ için bkz.: *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, C: 3, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, Alkim Yayınları, İstanbul 1996.

settikten sonra hukuka ve adalete mugayir mahkeme kararlarının çıkmasının başka izahı var mıdır?

Yine buradan devam edecek olursak adil yargılanma hakkının dahi tanınmadığı yargılama süreçlerinden sonra verilen kararların gerekçelerinde hukuk devleti yazsa ne değişir? Kanunların ve hatta anayasanın evrensel hukuk ilkeleriyle ve adalette bağdaşmaması durumunda bir devletin anayasasında hukuk devleti ilkesi değiştirilemez yazmasının bir kıymet-i harbiyesi var mıdır? İdarecileri kişisel kaprislerinden kaynaklı olarak yapması gereken görevi yapmayıp bir de bundan ötürü sorumluluğuna gidilemeyecek olmasının verdiği güvenle davranan bir devletin hukuk devleti diye anılmasının kime ne faydası vardır? Polisin yazdığı fezlekeleri iddianame diye mahkemeye sunan savcılar hukuk devletinin savcıları olmakla övünebilirler mi? Mahkemede sanığın savunmasını yaptığı esnada uyuyan üye hâkimin tutukluluğun devamı kararına katılabilmesinin hukuk devletinin maddi içeriğiyle bir ilgisi var mıdır? Yoksa sadece şekli yönüyle mi ilgisi vardır? İnsanlara haklarını bir mükâfat olarak sunan bir devletin hukuk devleti olarak tasvir edilmesi hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı anlamına gelebilir mi?

Bütün bu soruları çoğaltmak mümkündür. Belirtmek gerekir ki bütün bu sorduğumuz sorular hukuk devletinin daha çok maddi anlamına yöneliktir. Kavramın bir de ilk çıkış hâli olan ve “biçimsel (formel) hukuk devleti” olarak tarif edilen yönü vardır. Kavramın bu yönüyle ilgili olarak şu soru sorulabilir: Anayasasında kuvvetler ayrılığının kabul edildiği, mahkemelerin bağımsızlığının vurgulandığı ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu yazan bir devletin hukuk devleti olduğu söylenebilecek midir?<sup>2</sup> Burada vurgulamak istediğimiz hukuk

devletini dillerine dolayanların kavramın sadece şekli boyutuyla ilgileniyor olduğudur. Bunlar 19. yüzyılda kalmış ve realiteyle bağlarını kopararak gelinen noktaya bihaber olmuşlardır.

Yukarıda bahsettiğimiz hususlar kavramın sadece “devlet” aygıtının hukukla sınırlanması anlamı ile ilgilidir. Oysa kavram bu anlamının yanında belli tarihsel yükleri de üzerinde taşımaktadır. Bu sebeple çalışmamızda kavrama değinirken bir tarih bilinci ile hareket etmek mecburiyetindeyiz. Aksi hâlde kavramı doğru bir şekilde tahlil etmemiş oluruz ve “hukuk devleti kavramsallaştırması ilk Batı’da yapıldı, bizde ise herkes kelle koltukta dolaşmaktaydı” gibi ezberlenmiş bir sonuca ulaşırız ki bu sonuç ilmi bir çalışmanın sonucu olmaz.

Çalışmamızda incelenecek konu Kıta Avrupası’nın (Almanya ve Fransa) “hukuk devleti” (Almanca: *Rechtstaat*, Fransızca: *Etat de droit*)<sup>3</sup> kavramsallaştırması olmakla birlikte Anglosakson memleketlerde yapılan bir kavramsallaştırma olan ve hukuk devletiyle aşağı yukarı aynı şeyleri karşılayan “hukukun hâkimiyeti” [*Rule of law*] kavramsallaştırmasına da değinilecektir. Bu itibarla farklı hukukçuların hukuk devleti hakkındaki görüşleri de çalışmamızda yer alacaktır.

Bu çalışmada öncelikle kısaca hukuk ve devlet kavramları, daha sonra hukuk devleti kavramının tarihi süreç içerisinde kazandığı anlamlar ve oynadığı roller incelenecektir. Bu bağlamda İngiltere, Almanya ve Fransa hukuk ve siyasi tarihlerinde hukuk devletinin gelişimi ele alınacaktır. Kavramın bu tarihi ve siyasi arka plânı açıklandıktan sonra Türkiye’de hukuk devleti kavramının nasıl anlaşıldığını analiz edebilmek için Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti kavramına atfedilen anlamlar aktarılacaktır.

<sup>2</sup> Hukuk devletinin şekli ve maddi yönüne aşağıda ayrıntısıyla değinilecektir. Burada bu ayrıma değinmemizin nedeni kavramın günlük kullanımı ile aslında çıkış noktası arasında bir farklılık olduğuna dikkat çekmektir. 19. yüzyılda Max Weber’in biçimsel usallık tasarımının hukuka ve siyasi sahaya yansımış hâli olan “şekli hukuk devleti” ile daha sonra 20. yüzyılda bu salt biçimsel tasarıma bazı değerlerin de katılması gerektiğinin anlaşılması üzerine geliştirilen “maddi hukuk devleti” bugün birbirini bütünlük bir yapı arz

etmektedir. Belirtmek gerekir ki Anglosakson geleneğin “rule of law” kavrayışı en başından beri maddi hukuk devletine daha yakındır. Özellikle Albert Vincent Dicey meşhur *Anayasa Hukukuna Giriş* kitabında sistemleştirdiği maddi hukuk devleti düşüncesi biçimsel olarak gelişen Kıta Avrupası geleneğine 20. yüzyılda yol gösterici olmuştur. Bunun ayrıntısına aşağıdaki bölümlerde değinilecektir.

<sup>3</sup> *Türk Hukuk Lügati*. Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1991.

## MODERN DEVLET VE HUKUK

### 1. Genel Olarak

“Hukuk devleti” kavramı malum olduğu üzere hukuk ve devlet kavramlarının bir araya gelmesiyle oluşan bir tamlama kavram niteliğindedir. Temel olarak devletin hukukla sınırlandırılması olarak anlaşılır. Bu sebeple devlet ve hukuk kavramları açıklanmalıdır. Bu bölümde önce modern siyasal düşüncenin doğuşu ile ortaya çıkan devlet ve sonra hukuk kavramına değinilecektir. Modern devlet başlığı altında modern egemenlik ve toplum sözleşmesi kuramına kısaca değineceğiz. Hukuk başlığı altında da hukukun ne olduğu ile ilgili kısa bir değerlendirme yapacağız.

### 2. Modern Devlet

Hemen belirtmek gerekir ki “hukuk devleti” [*Rechtstaat, Etat de droit*] veya “hukukun hâkimiyeti” [*Rule of law*] kavramsallaştırmaları bu topraklara ekilmiş ve bu toprakların suyuyla beslenerek filizlenmiş kavramsallaştırmalar değildir. Bu sebeple Batı tarihinde doğan ve akabinde küreselleşen bu kavramı izah için devlet kavramı incelenirken Batı düşüncesi ile sınırlı kalınacaktır; çünkü hukuk devleti kavramsallaştırmasında hukukla sınırlanan devlet Batı'nın ürettiği modern devlettir.<sup>4</sup> Tabii şunu da unutmamak gerekir ki; Tanzimat Dönemi ile birlikte modern devlet bütün felsefe ve kurumlarıyla bu topraklara kök salmaya başlamıştır. Bu dönemden sonradır ki daha önceden klasik devleti sınırlayan “şeriat”ın yerini “pozitif kanunlar” ve bu kanunların en yücesi “anayasalar” almaya başlamıştır.<sup>5</sup> Daha sonra da 1961 Anayasası ile hukuk

devleti kavramsallaştırması hukukumuzda giriş yapmıştır.

Modern devlet başlığı altında inceleyeceğimiz iki temel husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi egemenliktir ve ikincisi ise devletin menşeiini açıklama gayesiyle ortaya atılmış olan toplum sözleşmesi kuramıdır. Bu iki düşünsel gelişme anlaşılmeden hukuk devleti kavramının anlaşılacağını söylemek pek mümkün görünmemektedir.

#### a. Egemenlik

Modern devleti, klasik devletlerden ayıran düşünce modern siyasal düşüncedir. Bu düşüncenin ortaya çıkmasında Niccolo Machiavelli (1469-1527) önemli bir yer tutar. Machiavelli siyasal birliğin bulunmadığı ve sürekli savaşların yaşandığı bir İtalya'da yetişmiştir. Bu parçalı yapı zamanla siyasal birliğini tamamlamış Fransa, İspanya gibi güçlü devletler tarafından tehdit edilmeye başlamıştır. İşte artık bu bölünmüşlükten kurtulmak gerektiğini savunan Machiavelli'nin politik görüşlerini ifade ettiği kitabının ismi belki de bu yüzden *İl Principe*'dir.<sup>6</sup> Bu eserinde Machiavelli yeni bir siyaset kıtası keşfettiğini belirterek kendinden öncekiler gibi salt kurgusal olan bir siyaset teorisini benimsemediğini ifade etmektedir. Buna göre incelenmesi gereken sadece siyasal yaşamın olgularıdır, yani siyasal iktidar sorunsalıdır. İktidarın ne olduğu, nasıl kazanıldığı ve kaybedildiği, nasıl elde tutulabileceği gibi soruları sorarak salt eylemsel olanı yakalamaya çalışır. Böylece Antik Çağ'ın siyaseti ahlaka ve Orta Çağ Avrupası'nın siyaseti Hıristiyanlık'a bağlayan mirasını reddetmiştir. Bunun yerine politikayı (uygulamalı siyaset) koymuştur. Politikanın temeli ise güce dayanmaktaydı. Yönetici gayri ahlaki

<sup>4</sup> Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Prof. Dr. Konrad Löw'ün hukuk devleti terimi hakkında şunları söylediğini aktarır: “Terim yeni olsa bile hukuk devleti kavramı oldukça eskidir. Henüz Eski Çağ döneminde bile hukuk devleti yönünde bazı talep ve mülahazalar ortaya atılmış ve kısmen de gerçekleştirilebilmiştir.” Bkz.: Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul 1989, s. 8.

<sup>5</sup> Burada “şeriat” ile kastedilen şey şudur: Osmanlı Hukuku, Şer'i Hukuk ve Örfi Hukuk olarak iki ana kola ayrılır. İşte bu kollardan Şer'i Hukuk yani hükümdarın müdahale edemediği sadece İslam hukukçularına münhasır bir alan olarak göze çarpan ve

Örfi Hukukun (Kanunnamelerin) meşruiyetini sağlayan alandır. Böylece hükümdarın otoritesini sınırlayan bir sistemleştirme yapılmıştır. Bkz.: Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008. Osmanlı Devleti'nde hükümdarı sınırlayan herhangi bir yapının olmadığı yönündeki karşıt görüş için bkz.: Mehmet Akad-Biherin Vural Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, Der Y., İstanbul 2006, s. 271 vd.

<sup>6</sup> Türkçeye *Prens* veya *Hükümdar* olarak çevrilmiştir. Bkz.: Niccolo Machiavelli, *Hükümdar*, Çev.: Necdet Adabağ, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2011.

araçları bir sonuca varmak için kullanabilirdi. Din ise sosyal bir olguya dayandırılarak onun ritüelleri hükümdarın ve devletin düzenini sağlamak gibi pratik bir amaç için kullanılmıyordu.<sup>7</sup>

Yine Machiavelli'ye göre insanlar genellikle nankör, kaypak, ikiyüzlü ve kazanç düşkünü varlıklardır. Burada vurgulamak istediği insanın özünde kötü olduğudur.<sup>8</sup> İnsanın özünde kötü oluşundan kaynaklı olarak iktidar sahibi, yani bir devlet kurmak ve yasalar yapmak isteyen her kişi insanları baştan kötü olarak kabul etmelidir. Nitekim her insan bir diğerkinin karşısında engeldir. Bu engel olma durumu "sıfır toplamlı iktidar" anlayışını gündeme getirmektedir. Buna göre birinin iktidarının artması diğerkinin azalması ve hatta yok olması anlamına gelmektedir.<sup>9</sup> Görüldüğü gibi Machiavelli, İtalya'nın siyasi dağınıklığına bir ilaç sunmak istemiştir; fakat bu düşünceleri bütün bir Batı siyasi ve felsefi tarihini etkileyecek uygulamaların ve fikirlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Machiavelli'nin vefatından üç yıl sonra Fransa'da dünyaya gelen Jean Bodin (1530-1596), yukarıda bahsedilen politik temel üzerine egemenlik teorisini oturtmuştur. Yukarıda gördüğümüz gibi Machiavelli siyaset alanını prensin alanı olarak tespit etmişti. Bodin bu tespiti bir adım daha ileri götürerek kralı "egemen" olarak tarif etmiştir. Böylece modern devlet kuramının ihtiyacı olan temel atmıştır.

Bodin devleti şöyle tanımlamaktadır:<sup>10</sup> "Devlet, birçok ailenin ve bu ailelere ortak olan şeylerin egemen erk tarafından doğrulukla yönetilmesidir." Görüldüğü gibi devleti diğer organizasyonel yapılardan ayıran temel nitelik egemen erk yani egemenlikle donanmış ol-

masıdır.<sup>11</sup> Peki, egemenlik nedir? Bodin bu sorunun cevabını şöyle vermiştir:<sup>12</sup> "Yurttaşlar ve uyruklar üstünde yasayla kısıtlanmamış en üstün iktidardır."

Bodin bu tanımdan hareketle egemenliğin üç unsurunun olduğunu belirtmiştir.<sup>13</sup> Birincisi *egemenliğin mutlaklığıdır*. Buna göre egemeni sınırlayan hiçbir şey bulunmamaktadır. Egemen uyrukların hiçbirine sormadan yasa yapabilir, onu kaldırabilir ve geleneği ilga edebilir.<sup>14</sup>

İkincisi *egemenliğin sürekliliğidir*. Burada vurgulanmak istenen husus yönetici ile egemenin karıştırılmış olduğudur. Süreyle kısıtlı olanın egemen olduğunu söylemek mantıklı değildir. Unutmamak gerekir ki her yönetici egemenin iradesi ile meşrulaşmaktadır. Modern devletlerde, "devlet sürekliliği" denilen şeyin Bodin'in bir armağanı olduğunu görmüş bulunmaktayız.

Üçüncüsü *egemenliğin bölünmezliği ve devredilemezliğidir*. Bu unsura göre egemenlik devredilemez ve parçalara bölünemez. Bodin'in bu kuramsallaştırmasının altında yatan pratik neden Fransa'da devam eden dinsel

<sup>7</sup> Ed.: Mehmet Ali Ağaoğulları, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 324, 325. Akad-Dinçkol, a.g.e., s. 76, 79-80.

<sup>8</sup> Machiavelli'nin insanın özünde kötü olduğu vurgusu ile kendisinden 130 yıl sonra gelecek Thomas Hobbes'un "insan insanın kurdudur" formüleştirmesinin yakınlığı dikkat çekicidir.

<sup>9</sup> Ağaoğulları, a.g.e., s. 327, 328.

<sup>10</sup> Ağaoğulları, a.g.e., s. 405; Akad-Dinçkol, a.g.e., s. 85.

<sup>11</sup> Devleti diğer organizasyonel yapılardan ayıran egemen erk unsurunu Bodin şöyle bir benzetmeyle açıklamaktadır: "Nasıl ki kenarları, pruvayı, pupayı, güvertiyi bir arada tutan omurgaya sahip olmamış bir gemi biçimsiz bir tahta yığınından başka bir şey değilse; bütün üyeleri ve bunların parçalarını, bütün aileleri ve dernekleri tek bir beden şeklinde birleştiren egemen erki olmayan bir devlet de devlet değildir." Bu benzetme için bkz.: Ağaoğulları, a.g.e., s. 407.

<sup>12</sup> Akad-Dinçkol, a.g.e., s. 87.

<sup>13</sup> Ağaoğulları, a.g.e., s. 407 vd.

<sup>14</sup> Bu mutlaklığa rağmen egemenin belli sınırlamalara tabi olduğunu vurgular. Bu sınırlamalar şunlardır: 1) Tanrısal ve doğal yasalar. 2) Üstün yasalar (egemenin kendisinin yapmadığı yasalar). 3) Özel mülkiyet. Burada dikkat çeken şey egemenin bir rolünün olmadığı kurallar tarafından sınırlanmasıdır. Yani egemenin kendisinden kaynaklı bir kuralla sınırlanabileceği düşünülmemiştir; zaten bunun aksi mantıklı bir sonuç olmazdı. Bu hususun devletin kendi yaptığı kanunlarla nasıl ve ne kadar sınırlanabileceği sorusuna arancak bir cevap için akılda tutulması gerekmektedir. Bkz.: Halil İbrahim Aydınli-Veyysel Ayhan, "Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi Perspektifinden İktidarın Sınırlanması Tartışması", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 1, s. 67-84; Sadri Maksudî Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Y., İstanbul 1945, s. 166.

bölünmelerdir. Bu çatışmaların sonlandırılabilmesi için krala böyle bir “egemen” konum kazandırılması gerekmektedir. İşte Bodin bunu yaparken modern siyasal düşüncenin yapı taşlarından biri olmuş ve egemen konum sadece krala kazandırmakla kalmamış diğer bütün devletleri de bu konuma taşımıştır.

Bu bahsi Thomas Hobbes ve onun *Leviathan*'ından<sup>15</sup> bahsetmeden geçmek olmaz. Zira Hobbes, egemen devleti bir simgeyle izah ederek egemenlik teorisine önemli bir algı kazandırmıştır. Hobbes 1588'de İngiltere'de dünyaya gelmiştir. Bu dönemin İngiltere'sinde politik çatışmalar ve kavgalar yoğun bir şekilde yaşanmaktadır. Bu yüzden Hobbes, insanın özünde kötü bir varlık olduğu vurgusunu bir sloganla formüleştirir: “İnsan insanın kurdudur.”<sup>16</sup> Buradan hareketle en kötü düzenin bile bu düzensizlik hâlinde daha iyi olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>17</sup> Onun toplum sözleşmesi kuramına göre doğa durumunda yani egemenin bulunmadığı bir ortamda insanlar kaos ortamında yaşamaktaydı. Bu işin böyle gitmeyeceğini anlayan insanlar bir araya gelerek yetkilerini *Leviathan*'a aktarmıştır.<sup>18</sup>

İşte egemen olan bu yeryüzü tanrısı yani Leviathan'dır.<sup>19</sup> Leviathan mutlak, sınırsız, sürekli ve bölünemez bir iktidara sahiptir.<sup>20</sup> Bir iktidar sahibi sınırlanabiliyorsa ona egemen denilemez. Görüldüğü gibi Hobbes öncüllerinin kuramlarını toplum sözleşmesi içinde yeniden yorumlamıştır.

İngiltere'nin bu ikliminde yetişmiş ve mutlak monarşileri ve dolayısıyla mutlak egemen-

liği savunan bir düşünürden bahsettikten sonra yine İngiltere'de aynı dönemde yetişmiş ama farklı düşünen bir siyaset kuramcısından bahsetmek yerinde olur. Bu meşhur kuramcının adı John Locke (1632-1704)'dur. Locke da Hobbes gibi toplum sözleşmeci bir düşünürdür; ama onun toplum sözleşmesi bazı temel farklılıklar taşımaktadır. Locke'a göre insan özünde iyidir ve dolayısıyla doğa hâlinde yani egemenin bulunmadığı tabiat durumunda iyilik içinde yaşamaktaydı. Fakat bazı insanlar diğerlerinin hak ve özgürlüklerine tecavüzde bulunmaya başlayınca bu cürümleri işleyenleri cezalandırma sorunsalı ortaya çıkmıştır. Bunun için insanlar bir araya gelerek devleti oluşturmuşlar ve yetkilerinin kullanımını ona vermişlerdir. İşte tam bu noktada Locke, devletin bu yetkilerinin bizzat sözleşme tarafından sınırlandırıldığını ifade ederek mutlak monarşiye ve dolayısıyla mutlak egemenliğe karşı çıkar. Locke, egemeni doğal kanunları uygulamakla görevlendirir. Nitekim bu kanunlar doğa durumunda mevcuttur ve bu sebeple egemenden önce olan kanunlar egemeni sınırlandırır. Hatta Locke, daha sonraları biçimsel hukuk devletinin esaslarından biri hâline gelecek kuvvetler ayrılığı ilkesinin temelini atmıştır.<sup>21</sup> Böylece aslında egemenlikten kaynaklı gücü bölmek istemiştir.

Yukarıda modern egemenlik kuramının temel paradigmasını görmüş bulunmaktayız. Müteaddit defalar belirttiğimiz gibi egemenliğin en üstün, asli ve sürekli iktidar olarak tanımlanmasının ardından Avrupa'da krallar güçlenmiş ve mutlak monarşiler dönemi başlamıştır. Sınırsız yetkilerle donatılmış yönetimler, soyluların (aristokratların) bazı ayrıcalıklarını korumakla birlikte siyasi işlevlerine son vermişlerdir. Bu soyluların orduları dağıtılmış, krala bağlı ordular güçlendirilmiş ve kentlere merkezden yöneticiler atanmıştır. Bunu en keskin yaşayan ülke Fransa olmuştur.<sup>22</sup> Fransa'nın bu siyasi ikliminde soylular mutlak monarşiye yani krala karşı ciddi eleştirilerde bulunmaya ve eskiden olduğu gibi siyasi güçten (aslında

<sup>15</sup> Leviathan sözcüğünün kökeni Babil mitolojisine kadar uzanmaktadır. İbranice Leviathan sözcüğü görünüşüyle insanları yıkan büyük bir su canavarını ifade etmektedir. Bu sözcük Eski Ahit'te de geçmektedir.

<sup>16</sup> Latince ifadesi şöyledir: “Homo Homini Lupus” Bkz.: Jacqueline Russ yönetiminde, *Felsefe Tarihi*, C: 2- *Modern Dünyanın Yaratılması*, Çev.: İsmail Yerguz, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s. 286.

<sup>17</sup> Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, Say Yayınları, İstanbul 2011, s. 473.

<sup>18</sup> Akad-Dinçkol, a.g.e., s. 90.

<sup>19</sup> Aydınli-Ayhan, a.g.m.

<sup>20</sup> Cevizci, a.g.e., s. 478. Egemenin sınırlanabilmesi hususunda Hobbes da Bodin gibi düşünmektedir: Egemeni ancak Tanrı sınırlandırabilir. Bkz.: Cevizci, a.g.e., s. 478.

<sup>21</sup> Aydınli-Ayhan, a.g.m.

<sup>22</sup> Bu noktada Fransa Kralı XIV. Louis'nin “Devlet benim.” sözünü hatırla tutmak gerekmektedir. Bu söz mutlak monarşinin Fransa'da yerleştiğini göstermektedir.

egemenlikten) pay istemeye başlamıştır.<sup>23</sup> Ama ne yazık ki artık egemenliğin en üstün ve bölünemez bir asli güç olduğu “keşfedilmişti.” Ayrıca keşfedilen bu Leviathan hak ve özgürlüklere meydan okumaya başlayınca mutlak monarşiye karşı olan düşünürler bir araya girmişlerdir.

Bu noktada beklenen ses, Charles-Louis de Secondat Baron de la Bréde et de Montesquieu (1689-1755)’dan gelmiştir: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi.”<sup>24</sup> Bu ilkeye göre devletin üç temel fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar yasama, yürütme ve yargı fonksiyonudur. İşte devlet bu fonksiyonlarını yerine getirirken bir güç (egemenlik) kullanır. Hak ve özgürlüklerin teminat altına alınabilmesi için bu üç fonksiyonun tek bir elde toplanmaması gerekmektedir.<sup>25</sup> Daha sonraları şekli hukuk devletinin olmazsa olmazlarından biri hâline gelecek bu ilke gücü üçe bölerek egemenlik tarifini yumuşatmış bulunmaktadır.<sup>26</sup>

Merkezi egemen devlet anlayışına özgürlükleri tehdit ettiği gerekçesiyle bu itirazlar yükselirken özgürlüğün sadece mutlak egemenlikle donatılmış devlet ile mümkün olacağı karşı cevabını veren bir ses yükselir: Jean-

Jacques Rousseau (1712-1778). Ona göre egemen devlet halkla özdeştir. Artık kutsal olan kral değil halktır. Hobbes’un belirginleştirdiği modern devlete yepyeni bir temel kazandırmıştır. Bu temel egemenliğin halka ait olmasıdır. Egemenliğin unsurları bakımından genel olarak Hobbes’u takip eder. Egemenlik devredilemez, bölünemez ve mutlaktır. Hobbes’tan ayrıldığı nokta egemenliğin temsil edilemeyeceği hususudur. Böylece halkın temsiline ilişkin düşüncüyü eleştirmekte ve yasama alanında halkın egemenliği dorudan doğruya kullanması gerektiğini savunmuştur. Böylece bundan sonra meclisler yüce birer mekân olarak düşünölmeye başlamıştır; çünkü halk egemenliğinin dorudan doğruya tecelli ettiği mekândır artık meclis.<sup>27</sup> Buradan hareketle şekli hukuk devletinin niteliklerinden biri olan hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği esasının anlamı tam da burada yatmaktadır.

Egemenlik bahsinde son olarak Carl Schmitt (1888-1985)’in düşüncelerine değineceğiz. Schmitt, Alman hukukçu ve siyaset kuramcısıdır. Onun amacının “liberalin hukuk devletine ve Marksistlerin ise ekonomiye boğazlattığı egemeni yeni bir Leviathan olarak diriltmek” olarak gösterilmektedir.<sup>28</sup> Buradan hareketle Schmitt’in egemenlik kavrayışının Hobbesvari bir kavrayış olduğu ortaya konulmaktadır.<sup>29</sup> Ona göre aslanan şey politik birliğin devamıdır ve bu birliği sağlayan kanunlar değil, egemen olan devlettir. Onun bu egemenlik kavrayışı çerçevesinde politik birliğe yönelik tehditlere karşı koyabilme kabiliyeti ön plana çıkmaktadır. Yine ona göre liberal hukuk devletinin ise böyle tehditlere karşı koyabilme kabiliyeti yoktur. Bu bakış açısından Schmitt egemen tanımını ise şu çarpıcı ifadelerle yapmıştır:<sup>30</sup> “Egemen, olağanüstü hâlde karar verendir.”

Egemenliğin yukarıda anlatmaya çalıştığımız tarihsel gelişim sürecindeki bütün bu tar-

<sup>23</sup> Mutlak monarşiye karşı soylu (aristokratik) muhalefetin önde gelen isimleri şunlardır: Fénelon (1651-1715), Saint-Simon (1675-1755), Boulainvilliers (1658-1722).

<sup>24</sup> Belirtmek gerekir ki bu ses cılız da olsa ilk defa İngiltere’den John Locke’dan gelmiştir. Locke’un şu üç kuvvetten bahsettiği bilinmektedir: Yasama, yürütme ve federatif erk. Fakat bu üç kuvveti ve bunların rollerini açıkça ortaya koyan ilk düşünür Montesquieu olmuştur. Bkz.: Ağaoğulları, a.g.e., s. 559.

<sup>25</sup> Montesquieu’nun şöyle dediği aktarılmıştır: “Bu kuvvetlerin hepsinin tek bir kişi veya kurumda toplanması hâlinde fertlerin hürriyetleri tehlikeye düşer. Yasama ve yürütme birleşirse hürriyet yoktur. Yürütme ile yargı birleşirse vatandaşların hürriyeti tehlikededir.” Bkz.: Aarsal, a.g.e., s. 208.

<sup>26</sup> Alman hukukçu Carl Schmitt 1919 tarihli Alman Anayasası’nın 48. maddesini yorumlarken şöyle demektedir: “Hâlen yürürlükte olan 1919 Alman Anayasası’nın 48. maddesine göre, olağanüstü hâl, devlet başkanı tarafından ilan edilir ancak dilediği zaman bunun askıya alınmasını talep edebilen parlamentonun kontrolü altındadır. Bu düzenleme, yetkilerin bölüştürülmesi ve karşılıklı denetimi yoluyla egemenlik sorununu olabildiğince ertelemeye çalışan hukuk devleti gelişim ve pratiğine uygundur.” Bkz.: Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost Y., Ankara 2010, s. 18.

<sup>27</sup> Ağaoğulları, a.g.e., s. 586.

<sup>28</sup> Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi Modern Devletin Müdafaası*, Paradigma Y., İstanbul 2006, s. 2.

<sup>29</sup> Bünyamin Bezci, *Modern Türkiye’de Meşruyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme*, Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, C: 44, S: 508, s. 5-13.

<sup>30</sup> Schmitt, a.g.e., s. 13.



tışmalar göz önünde tutularak bir özet yapmak için tekrar sormak gerekir: Egemenlik nedir? “Egemenlik esas olarak, egemenin kendisinden daha üst bir otoritenin bulunmamasıdır.”<sup>31</sup>

Böylece egemenlik kavramının tarihsel seyri kısaca ele almış olduk. Modern devletin ve dolayısıyla egemenlik kuramının Avrupa’nın tarihsel sürecinden kopuk olmadığına özellikle dikkat çekmek gerekmektedir. Değişen siyasi durumlara göre kafalarda ya mutlak egemenlik sahibi varlıklar üretilmiş ya da bu mutlak egemenlik sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Yani modern egemenlik kuramı onun sınırlandırılması gerekliliğini de doğurmuş ve hukuk devleti kavramsallaştırması böyle bir sürecin eseri olmuştur.

### ***b. Toplum Sözleşmesi***

Modern devletin menşei<sup>32</sup> aydınlanma dönemi düşünürlerince farazî bir izaha dayandırılır.<sup>33</sup> Bu dönemin sosyal sözleşmecî kuramcılarının temel hareket noktası ilkel insanın özünde nasıl olduğudur. Buna göre ilkel insanlar “bon sauvage” [iyi vahşi]’dir. Bu insan tanımlaması modern devletin doğuşu için önemli bir tanımlamadır. Bundan sonra göreceğiz ki Batı’da modern devletin kuramcıları hep bu çıkış noktasından hareket edeceklerdir.<sup>34</sup> Farklı düşünürler arasında değişiklik de arz etse temel olarak yukarıda bahsettiğimiz “iyi vahşi”ler zamanla mülkiyeti icat etmişler ve birbirlerine düşmüşlerdir. Devlet ise bu anarşiyi önlemek için bireylerin bir araya gelip bir sözleşme yapması sonucunda ortaya çıkmıştır.<sup>35</sup>

Belirtmek gerekir ki bu toplum sözleşmesi bir varsayımdan ibarettir; tarihi gerçekliği yoktur. Thomas Hobbes<sup>36</sup>, Jean Jacques Rous-

seau<sup>37</sup>, John Locke toplum sözleşmecî kuramcılardandır ve modern devleti toplum sözleşmesi bağlamında temel olarak bu üç düşünür kurgulamıştır. Bu yüzden bahsi geçen düşünürleri tanımadan modern devlet hakkında pek de bir şey söylenemeyecektir. Her şeyden önce bu düşünürler siyasi çekişmelerin ve bundan kaynaklı savaşların çokça yaşandığı bir Avrupa’nın düşünsel ikliminde yetişmişlerdir. Devleti sözleşmeye dayandırma düşüncesi, her ne kadar içerik olarak tarihsel gerçekliğe dayanmasa da biçimsel olarak tam da Avrupa’nın siyasal istikrarsızlığından ve merkezi otoritenin güçsüzlüğünden kaynaklandığı söylenebilir. Şöyle ki, Avrupa toplumlarında tarihsel bir süreç içinde akitler sistemi uygulanmıştır. Bu sisteme göre en büyük senyör (imparator) kral, dükler ve baronlar arasında akitler vardır. Kral böylece düklerin ve baronların desteğini sağlar. Diğerleri de kendi aralarında akitler yaparak siyasi ilişkilerini bu akitler çerçevesinde dizayn ederlerdi.<sup>38</sup> Bu mirası tevarüs eden aydınlanma düşünürlerinin “toplumsal sözleşme” kuramını ortaya atmalarının hiç de tesadüf olmadığını anlamış bulunuyoruz.

Bu bölümde bilhassa farklı toplum sözleşmelerinin ayrıntısına değinilmemiştir. Bunun nedeni konuyu dağıtmamaktır. Aktarmak istediğimiz husus devletin menşeiini açıklama gayretiyle geliştirilmiş bu kuramın modern devletin temel taşlarından biri olduğudur. Bugün bile yeni bir anayasa yapımı sürecinde bu anayasanın toplumsal bir konsensüs olarak ifade edildiğine şahit olmaktayız. Bu düşüncenin altında yatan felsefi temel yukarıda bahsettiğimiz toplum sözleşmesi anlayışıdır. Toplum sözleşmelerinin her ne kadar tarihi gerçekliği bulunmasa da modern devletin menşeiini açıklayan birer faraziye olarak hâlâ yaşamaktadırlar.

<sup>31</sup> Mehmet Ali Kılıçbay, “Devletin Yeniden Yapılanması”, *Doğu-Batı* dergisi, C: 1 (Devlet Sayısı), Ankara 1997, s. 17-22.

<sup>32</sup> Egemenliğin meşruiyet temelinin aranması çabası olarak da isimlendirilebilir.

<sup>33</sup> İlber Ortaylı, “Devlete Nasıl Bakmalı?”, *Doğu-Batı* dergisi, C: 1 (Devlet Sayısı), Ankara 1997, s. 11-15.

<sup>34</sup> Ortaylı, a.g.m.

<sup>35</sup> A.g.m.

<sup>36</sup> Bkz.: Thomas Hobbes, *Leviathan*. Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2012.

<sup>37</sup> Bkz.: Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Çev.: Vedat Günyol, İş Bankası Y., İstanbul 2006.

<sup>38</sup> Ortaylı, a.g.m. Oral Sander, *Siyasi Tarth*, C: 1, İmge Kitabevi, İstanbul 2011, s. 78-79. Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., Ankara 1954, s. 154.

### c. Devlet Nedir?

Yukarıda modern devletin gücünden ve menşeinden bahsettik. Burada ise bütün bu mülahazalardan sonra kısaca devletin ne olduğunu anlamaya çalışacağız.

Devlet, belli sınırlarla çevrili bir yeryüzü parçasında örgütlenmeyi ifade eder.<sup>39</sup> Anayasa hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere bu tanımdan çıkan üç unsur vardır: *Ülke, nüfus, egemen bir otorite*.

*Ülke*, devletin üzerinde örgütlendiği toprak parçasıdır.

*Nüfus*, devletin üzerinde hâkimiyet kurduğu insan topluluğudur.

*Egemen bir otorite* ise devletin örgütlenmesini sağlayan unsurdur.<sup>40</sup>

Belirtmek gerekir ki bu unsurlar biri olmazsa diğeri olmaz şekilde bulunmalıdır.<sup>41</sup> Dikkat edilirse devletin ayırt edici unsuru belli bir toprak parçası ve insan topluluğu üzerinde egemenlik kurmasıdır. Hatta Max Weber'e göre modern devletin ayırt edici unsuru şiddet tekeldir. Weber şöyle demektedir:<sup>42</sup> "Modern devlet, bütün siyasal birlikler gibi, sosyolojik olarak ancak kendine özgü somut araçları açısından tanımlanabilir: O da fiziksel güç ve şiddet kullanımınıdır." İşte böyle bir siyasi tasarımın nasıl sınırlandırılacağı sorunu devletin hukuka uyma sorunudur ve bugün bu sorun hukuk devleti kavramsallaştırmasında anlam bulmaktadır.<sup>43</sup> Ayrıca bu şiddet tekeline sahip bu siyasi organizasyonun hukuktan hareketle temellendirme ve örgütlenme sorunu da hukuk devleti kavramsallaştırmasında yerini bulmaktadır.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Y., İstanbul 2006, s. 51.

<sup>40</sup> Devleti diğer organizasyonel yapılardan ayıran unsurun egemenlik olduğunu hatırlatmakta fayda var. Bu konuyla ilgili olarak yukarıda egemenlik bahsine bakılması gerekmektedir.

<sup>41</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Y., İstanbul 2007, s. 115.

<sup>42</sup> Mithat Sancar, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008, s. 28-46.

<sup>43</sup> Kaboğlu, a.g.e., s. 75.

<sup>44</sup> Sancar, a.g.m.

### 3. Hukuk

Arapça bir kelime olan hukuk, "hakk" kelimesinden türetilmiş bir kelimedir ve haklar anlamına gelmektedir. "Hakk" ise lügatte asıl olan, sabit olan, adalet, meşru iktidar, emek, pay ve din gibi anlamlara gelir.

Hak kavramına üç türlü yaklaşım vardır:

Birinci görüş "irade kuramı"dır. Buna göre hak, "hukuk düzeni tarafından bir kişi lehine bahşedilen irade kudreti veya hâkimiyettir."<sup>45</sup>

İkinci görüş "menfaat kuramı"dır. Buna göre hak, "hukukten korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir."<sup>46</sup>

Üçüncü görüş ise ilk iki görüşün sentezini yapan "karma görüş"tür. Buna göre hak, "insana sahibi bulunduğu menfaati korumak üzere tanınmış olan irade kudretidir."<sup>47</sup>

Hak kavramının bu şekilde anlaşıldığını ifade ettikten sonra denilebilir ki hukuk, sağlanan bu menfaatlerin veya iradenin belli bir düzen içinde sunulmasıdır. Hukuk bir düzeni deyimlerken, hak bu düzenin kişilere sağladığı yetkiyi anlatır.

Hukuk, "adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzenidir."<sup>48</sup> Dikkat edilirse burada kullandığımız hukuk tanımı bilinçli bir tercihtir. Zira kanaatimizce hukukla sınırlandırılmış bir devlet ancak adalet idesinin gözetildiği bir hukuk sisteminde mümkün olabilecektir. Nitekim adalet idesine yönelmiş hukuk, insanlarda bir kültür görünümü olarak belirir. İnsanlar hukuka sadece yaptırıma bağlandığı için değil, aynı zamanda içlerinden gelerek uyarlar. Tabii burada hukukla

<sup>45</sup> İsmet Sungurbey, "Hak Nedir?", (Der.: Hayrettin Ökçesiz), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Y., İstanbul 1997, s. 152.

<sup>46</sup> Kemal Oğuzman-Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Arıkan Y., İstanbul 2006, s.105.

<sup>47</sup> Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavramları ve Kuramları)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 12-13.

<sup>48</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Y., İstanbul 1979, s. 13; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 2.

sınırlanmış bir devletten kastettiğimiz kadim dönemlerden beri bir ide olan anlamıdır.<sup>49</sup> Yoksa Batı'da belli tarihi ve siyasi koşullarda ortaya çıkan kavramsallaştırma olan hukuk devleti değildir.

Adalet değerini içermeyen bir hukuk, çalışmamızın giriş bölümünde kısmen bahsettiğimiz şekli hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesine yeter. Auguste Comte'un "bilimsel felsefesi"nin hukuk sahasına yansımış hâli olan pozitivist hukuk ekolünün savunduğu anlayışa göre metafizik olan her şey hukukun kapısının dışına konulmalıydı. Bu düşüncenin sonucunda hukukun adalet gibi değer taşıyan kavramlarla ilişkisi kesilmiştir. Bunun yerine belli prosedürler öngörülmüş ve bu prosedürler takip edilmek suretiyle hazırlanan anayasalara, kanunlara ve diğer kurallara adaletle mugayir bile olsalar hukuk adı verilmiştir. Bu şekilciliğin mahzurları zamanla ortaya çıkmaya başlamış ve 20. yüzyılda bu biçimsellikten vazgeçilerek hukuka bazı değerler "enjekte" edilmeye başlanmıştır.<sup>50</sup>

İşte böylece hukuk devleti kavramsallaştırmasına maddi hukuk devleti gibi tabiri caizse bir "zeyl" yapılmıştır.<sup>51</sup>

Bu parantezi kapattıktan sonra yukarıda verdiğimiz hukuk tanımından hareket edelim.

*Hukuk düzeni* "insanlara barış, güvenlik, özgürlük ve eşitlik sağlar."<sup>52</sup>

*Barış*, bireylerin, grupların ve devletlerin çatışmasını önlemek anlamındadır. Böylece toplumda kavga değil, huzur ve sükün hâkim olacaktır.

*Güvenlik*, bazı saldırıların yasaklanması karşılığında yaptırım öngörülmesi ve hukuk güvenliği anlamına gelir.

Hukuk güvenliği ise şu unsurları bünyesinde barındırır:<sup>53</sup> "öngörülebilirlik, kanunların kesin ve açık kavramlar içermesi, değişmez bazı temel çizgilerin bulunması, süreklilik." Bu unsurların bulunduğu bir düzende insanlar haklarını ve yükümlülüklerini kesin bir şekilde öngörebileceklerdir. Eşitlik, kanunlar karşısında eşitlik anlamındadır. Özgürlük, hukukun sağladığı bir düzende insanın özgürlüklerini kullanabileceği anlamındadır. Düzensizliğin ve kaosun hâkim olduğu bir toplumda teorik olarak özgürlük olsa bile fiili olarak özgürlükten bahsetmek mümkün değildir. Bu bakımdan hukuk denilince sadece akla özgürlüğünü insanın elinden alan cezalar ve hapisaneler gelmemelidir. Bütün bu kabullerden sonra bir kural adaletle yönelmemiş ve yukarıdaki unsurları taşıyorsa ister bir meclisin veya monarkın iradesinden<sup>54</sup> isterse de üstün bir yasadan<sup>55</sup> kaynaklansın hukuk olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Hukuk denilemeyecek kurallarla bağlı olan devlete de hukuk devleti denilemeyecektir. Nitekim böyle bir devlet sadece "kurallar" ile sınırlanmıştır, yani hukuk vasfını kazanmamış kurallar ile...

Yukarıda bahsettiğimiz hukukun anlam dünyasının derinlikleri bir tarafa aynı zamanda hukuk toplumsal gerçeklikle de bağlıdır. Toplumda baş gösteren bir ihtiyacın karşılanması hukukla mümkün olabilecektir. Zira hukuk düzen kurar. Bu somut gereksinimler arasında sağlık ihtiyacı, konut ihtiyacı, gıda ihtiyacı gibi alanlar örnek gösterilebilir.<sup>56</sup> Bütün bu ihtiyaçların karşılanması hukuk kuralları ile mümkün olabilecektir. Bu durum hukukun bir düzen sağlamanın sonucudur.

Bütün bu anlatılanlardan sonra denilebilir ki "hukuk devletindeki hukuk herhangi bir hu-

<sup>49</sup> Giriş bölümünde aktardığımız Prof. Dr. K. Löw'ün söylediklerini hatırlamak gerekecektir.

<sup>50</sup> Bu değerlerin ne olduğuna aşağıdaki bölümlerde değinilecektir.

<sup>51</sup> Belirtmek gerekir ki bu "zeyl" Anglosakson gelenekten adeta bir kan nakli gibi yapılmıştır. Bu konuda Albert Vincent Dicey'in maddi hukuk devleti ile ilgili görüşlerine aşağıda değinilecektir.

<sup>52</sup> Aral, a.g.e., s. 19. Anıl Çeçen, "Hukukta Norm ve Adalet", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 32, S: 1-4, Ankara 1975, s. 71-115.

<sup>53</sup> Aral, a.g.e., s. 22-24.

<sup>54</sup> İradeci Pozitivizm: Egemenin koyduğu kuralların hukuk olduğunu savunan düşüncedir. Hobbes, Bentham ve Austin bu düşüncenin önemli savunucularındandır. Bkz.: Sururi Aktaş, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: IV, S: 1-2, s. 257-274.

<sup>55</sup> Normativist Pozitivizm: Kuralların hukuk olma vasfının üstün bir yasadan yani anayasadan kaynaklandığını savunan düşüncedir. Bu düşünce temel olarak normlar hiyerarşisine dayanır. En önemli savunucusu Hans Kelsen'dir. Bkz.: Aktaş, a.g.m.

<sup>56</sup> Aral, a.g.e., s. 27.

kuk değildir”<sup>57</sup> ve olmamalıdır. Bu itibarla hukuk devleti ile kanun devleti veya mevzuat devletini birbirine karıştırmamak gerekmektedir.

## HUKUK DEVLETİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

### 1. Genel Olarak

Girişte de bahsettiğimiz üzere hukuk devleti kavramsallaştırması belli sosyal ve siyasal koşullarda yapılmış bir kavramsallaştırmadır. Böyle bir kavramsallaştırmaya 18. yüzyıldan önce rastlanmamasının nedeni ortada hukuk sistemlerinin veya devletin bulunmuyor oluştundan kaynaklanmamıştır. Nitekim hukuk sistemleri ve devletler o zaman da mevcuttu. Bu tarihi hakikatten hareketle denilebilir ki modern devletin icadı beraberinde insanlığın daha önceden karşılaşmadığı nezuhr sorunları doğurmuş ve bu sorunların çözümü için yeni bir kavramsallaştırmaya ihtiyaç duymuştur.<sup>58</sup>

Yukarıda bahsettiğimiz egemeni sınırlanma zarureti hukuk devletini doğurmuştur. Hukukla sınırlanmış devlet olarak anlaşılacak bu kavram İngiltere’de “kişilerin değil, hukukun hâkimiyeti” [*Rule of law*] sloganıyla monarka karşı girişilen bir süreç olagelmıştır. Almanya’da ise idarecilerin keyfi eylem ve işlemlerinin hâkim olduğu polis devletinin tam zıddını ifade etmek üzere hukuk devleti [*Rechtstaat*] kullanılmaya başlanmıştır. Fransa kavramı Almanya’dan ödünç almış; fakat Fransız Devrimi’nden miras kalan öğeleri de bu kavrama eklemiştir.<sup>59</sup> Böylece kavram siyasal tartışmaların odağında olagelmış ve II.

Dünya Savaşı’ndan sonra hukuki metinlere girmeye başlamıştır.<sup>60</sup> 1980’den sonra ise küreselleşmeye başladı ve “zorunlu bir siyasal söyleme dönüştü.”<sup>61</sup> Dikkat edilirse birkaç satırda özetlediğimiz bu süreç yüzyıllar almıştır. Hukuk devleti kavramı işte böyle bir tarihsel arka plana sahiptir ve küreselleşmesiyle birlikte bütün bu tarihsel yükü yeryüzüne yaymıştır. Çalışmamızın en başında da ifade ettiğimiz gibi yeryüzünün tümünde böyle bir tarih yatıyormuş gibi değerlendirme yapmak bütün insanlık tarihini Batı tarihine indirgemek olur ki bu yanılısma ile kavram doğru tahlil edilmiş olmaz.

### 2. Rule Of Law: Hukukun Hâkimiyeti

#### a. Terim Farklılığı

Hukukun hâkimiyeti kavramsallaştırması Anglosakson geleneğin devleti hukukla sınırlama düşüncesinin bir ürünüdür. Almanya’da ve Fransa’da olduğu gibi “*rechtstaat*” veya “*etat de droit*”in İngilizce karşılığı olan “*state of law*” terimine rastlanmaz; bunun yerine “*rule of law*” terimi ile karşılaşıyoruz. Çünkü hukuk devleti teriminin ana vatanı Almanya’dır. Her ne kadar çalışmamızın başlığı hukuk devleti ise de hukuk devleti ile aynı şeyleri ifade eden “hukukun hâkimiyeti” kavramsallaştırmasına değinmeden geçmek yanlış olacaktır. Nitekim hem Anglosakson gelenek hem de Kıta Avrupa’sı geleneğinin bu iki farklı kavramsallaştırmasının ortak noktası egemen modern devletin hukukla sınırlandırılmasının tasarımı ifade etmesidir. Denilebilir ki hukukla sınırlanmış devlet ideali İngiltere’de daha erken belirmiş ve tatbik edilmeye çalışılmıştır. Bu yüzden de İngiltere’deki süreci özetlemekten Kıta Avrupası’ndaki gelişmeleri açıklamak kronolojik olarak hatalı olacaktır. Tabii belirtmek gerekir ki kavrayışlar bu iki gelenekte temel olarak aynı olsa bile yapılanmanın düşünülmesi bakımından farklılık arz etmektedir. Şöyle ki Anglosakson gelenek aşağıda bahsedeceğimiz üzere parlamentonun krala

<sup>57</sup> Mustafa Erdoğan, “Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008, s. 48-59.

<sup>58</sup> Bu konuda Mithat Sancar şöyle demektedir: “Hukuk devleti, insan hayatını istila etmesine ve insan onurunu git gide artan endişe verici yollarla tehdit etmesine imkân veren yeni kurum ve uygulamalar yaratmış olan modern devlete karşı geliştirilmiş bir emniyet kemeridir. Malum, emniyet kemerinin tasarlanıp geliştirilebilmesi için, önce otomobilin icat edilmesi gerekmiştir.” Bkz.: Sancar, a.g.m.

<sup>59</sup> Jacques Chevallier, *Hukuk Devleti*. Çev.: Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Y., Ankara 2010, s. 19.

<sup>60</sup> Bu hususu Prof. Dr. İbrahim Özden Kaboğlu, hukuk devletinin uygulamaya konusu olarak ifade etmektedir. Bkz.: Kaboğlu, a.g.e., s. 382.

<sup>61</sup> Chevallier, a.g.e., s. 1.

karşı verdiği mücadeleden sonra liberal teo-  
rinin yarattığı “birey”in hak ve özgürlüklerini  
koruma kaygısına dayanır. Kıta Avrupa’sı ge-  
leneği ise “esas itibarıyla biçimsel şekilde dü-  
şünülmüştür.”

### b. İngiliz Tarihinde 17. Yüzyıl

Bu konuya Friedrich A. von Hayek’in şu ifadeleri ile başlamak doğru olacaktır:<sup>62</sup> “Mo-  
dern dünyada, azınlığın imtiyazı olan özgür-  
lüklerin dışında genel insan özgürlüğü, 17.  
yüzyılın İngiltere’sinden önce neredeyse yok-  
tu. Şüphesiz İngiltere’deki bu gelişme, takip  
eden yüzyıl boyunca Avrupa’nın geri kalanı  
için imrenilecek bir model hâline gelmiş ve  
yenidünyadaki daha ileri gelişmelerin temeli  
olmuştur.” Hayek’in bu ifadesiyle bu bölümde  
anlatılacaklarımızın özetini en başından yapmış  
oluyoruz. 17. yüzyıl İngiltere tarihi açısından  
kökleri 1215’te Magna Charta ile atılmış en  
uzun yüzyıldır. Bunun nedeni monarşi, özel  
mal-mülk sahipleri ve halk arasında cereyan  
eden mücadeledir. Bu gerilimi başlatan ana  
faktör 15 ve 16. yüzyıllar boyunca Tudor ve  
Stuart hanedanlıklarının İngiltere’yi parlamen-  
toyu dikkate almadan mutlak monarşi ile yö-  
netme arzusudur. Ancak bu hanedanlıkların  
dikkate almadığı husus parlamentonun gücü-  
dür. Parlamento bu gücünü şu beş unsurdan  
alıyordu:<sup>63</sup> İlk olarak parlamento, temel hakla-  
rı içeren belge ve bildirilere dayanan bir moral  
güce sahipti.<sup>64</sup> İkincisi parlamento hem top-  
rak sahibi şövalyeleri hem de kentlileri bünye-  
sinde barındırıyordu.<sup>65</sup> Üçüncü unsur olarak  
üyelerinin çoğu mal ve mülk sahibi zenginler-  
di.<sup>66</sup> Dördüncü olarak parlamento tekti, ülke-

de başka bir parlamento yoktu.<sup>67</sup> Sonuncu  
unsur ise soylular ve orta sınıfın parlamento-  
da temsil edilmesidir.<sup>68</sup> Bu özellikleri sayesinde  
İngiliz Parlamentosu krala karşı girişilen  
mücadelelerde güçlü kalabilmiştir. Aşağıda in-  
celeyeceğimiz üzere hukuk devleti tasarımı-  
nda parlamentolara verilen “manevi” anlam  
belki de bu mücadeleden gelmektedir.

Kral I. Charles (1625-1649) Parlamento’ya  
danışmadan İspanya ve Fransa’ya savaş ilan  
etmiş ve bunun için vergileri artırmıştır. Böy-  
lece devam etmekte olan siyasi mücadele iyi-  
ce kızışmıştır. Bu gelişmeler üzerine Parla-  
mento, 1628’de “Haklar Bildirisi”ni [Petition  
of Rights] yayımlamıştır. Bu bildiriye daha  
sonra hukuk devletinin esaslarından kabul  
edilebilecek bazı ilkeler ifade edilmiştir. Bu il-  
kelerden belki de en önemlisi şudur: “Kral,  
hukuk sürecinden geçilmeksizin kimseyi suç-  
layamaz ve cezalandırmaz.” Kralın bu bildiriye  
tepkisi ise parlamentoyu dağıtmak oldu. An-  
cak mali sıkıntılar dolayısıyla kral Parlamento-  
yu on bir yıl sonra 1640’ta yeniden toplantıya  
çağırarak zorunda kaldı. Fakat parlamento  
“uslu” durmadı ve bir bakanı idama mahkûm  
etti. Bunun üzerine siyasi çalkantılar iyice art-  
tı. Bu karışıklıktan istifade eden parlamentonun  
Oliver Cromwell halktan teşekkül eden bir  
ordu topladı ve krala karşı mücadele başlattı.  
Bu silahlı mücadele bir tarafa bir de parla-  
mento kralı vatana ihanet suçundan yargıla-  
maya başladı. Bu dava 1649’da kralın idama  
mahkûm edilmesiyle sonuçlandı. Dünya tari-  
hinde ilk defa bir monarkın kellesi halk tara-  
fından alınıyordu. Kralın idamından sonra İn-  
giltere bir cumhuriyet olmuştur; ancak  
1658’de Cromwell’in ölümü üzerine II. Char-  
les tahta geçmiş ve önceki monarşi devam  
etmiştir. II. Charles’tan sonra kardeşi II. Ja-  
mes 1685’te tahta geçmiş ve o da babası gibi  
parlamentoyu dikkate almadan ülkeyi yönet-  
meye kalkınca kral ile parlamento arasındaki  
mücadele yeniden başlamıştır. Fakat parla-  
mentonun yürüttüğü etkin mücadele sonu-

<sup>62</sup> Friedrich A. Von Hayek, *Özgürlük ve Hukuk Devleti: Tarihsel Bir İnceleme*, Çev.: Seda Gültekin Göktolga-  
Ali Rıza Çoban, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-  
Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008, s. 43-59.

<sup>63</sup> Sander, a.g.e., s. 108.

<sup>64</sup> Bunların en başında 1215 tarihli Magna Charta gelir.

<sup>65</sup> İleride görüleceği üzere monarkın vergileri artırması  
hâlinde bu grubun ayaklanmaması için hiçbir neden  
yoktur.

<sup>66</sup> Parlamentonun bu özelliği sebebiyle mülkiyetin öne-  
mine vurgu yapan retorikler gelişecektir. Özellikle  
hukuk devleti kavramsallaştırmasının temelindeki li-  
beral öğretinin buradan geldiğini söyleyebiliriz.

<sup>67</sup> Parlamentonun bu özelliği monarka karşı girişilecek  
bir mücadelede bölünmüş bir muhalefet yerine tek  
elden organize edilen bir muhalefetin önünü açmış-  
tır.

<sup>68</sup> Parlamentonun bu özelliği sınıf farklılıklarını keskin-  
leştirmiyordu. Bu sebeple monarka karşı elde edilen  
bütün haklardan orta ve alt sınıflar da faydalanabili-  
yordu.

cunda kral 1688'de ülkeden kaçmak zorunda kalmıştır. Bu gelişmeler üzerine parlamento 1689'da "Haklar Yasası"nı [Bill of Rights] yayımlamıştır. Bundan sonra hiçbir yasa kral tarafından ilga edilemeyecek, parlamentonun izni olmaksızın vergi toplanamayacak ve hukuk sürecinden geçirilmeden kimse tutuklanamayacaktır.

Yukarıda 17. yüzyıl İngiltere'sinin kısa bir özetini yapmış bulunuyoruz. Böylece Leviathan olmak isteyen krala karşı girişilen mücadelede parlamento kazanan taraf olmuş ve bu siyasi gelişmeler sonucunda İngiltere'de "hukukun hâkimiyeti"ne giden temeller atılmıştır.

### c. Albert Vincent Dicey

Dicey, "rule of law"u sistemleştiren kişi olarak anılır.<sup>69</sup> Ona göre yukarıda anlattığımız parlamento lehine sonuçlanan güç mücadelesi tacın üstünlüğünü parlamentonun üstünlüğüne dönüştürmüştür. Buna bağlı olarak da yasanın üstün ve mutlak otoritesi gündeme gelmiştir. Dicey, "rule of law"un üç anlamının olduğundan bahseder. Bunlardan *birincisi* hükümetin keyfi güç kullanamamasıdır. Buna göre hiç kimse olağan hukuki usullere göre ve olağan mahkemelerce hukuku ihlal ettiği tespit edilinceye kadar cezalandırılmaz. *İkincisi* hukuk önünde eşitlik ilkesidir. Buna göre herkes hukuk önünde eşittir ve yönetenler vatandaşlardan farklı muamelelere tabi tutulamaz. Tam da burada Dicey, Fransa'daki idare hukukunu ve idare mahkemelerini eleştirir. *Üçüncüsü* ise anayasanın ülkenin olağan hukukunun sonucu olmasıdır.<sup>70</sup> Dicey bu noktada anayasayı hukukun yaptığını vurgulamak ister. Diğer ülkelerde olduğu gibi anayasalar hukuku yaratırsa "hukuk devleti"nin formel bir anlamdan öteye gidemeyeceğini ifade eder.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Chevallier, a.g.e., s. 7.

<sup>70</sup> İngiliz Anayasası'nın özellikleri için önemli bir yazı için bkz.: Walter Bagehot, *İngiliz Anayasası, Batı'ya Yön Veren Metinler* içinde, Der.: Alev Alatlı, C: 3, Kapadokya Meslek Yüksek Okulu, s. 1193-1198.

<sup>71</sup> Albert Vincent Dicey, *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar* [Rule of Law: Its Nature and General Applications, in Introduction to the Study of the Law of Constitution], Çev.: Ali Rıza Çoban, *Hukuk Devleti Hukuk Bir İlike Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza

## 3. Alman Rechtstaat Doktrini

### a. Terimin İlk Defa Kullanılışı ve Yaygınlaşması

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi (Prof. Konrad Löw'den naklen), hukuk devleti teriminin ilk defa 1798'de Almanya'da Johann Wilhelm Placidus tarafından yayımlanan *Literatur der Staatslehre* başlıklı eserde kullanıldığını aktarmaktadır.<sup>72</sup> Bu ilk kullanımın akabinde K. Theodore Welcker tarafından birçok yazıda kullanılmıştır. Bu yeni terim artık siyasi tartışmalarla gündeme gelmiş ve bir argüman olarak kullanılmaya başlanmıştır; fakat kabul görmesi 19. yüzyılın ikinci yarısını bulmuştur.<sup>73</sup> Terimin ilk kez bir hukuki metinde kullanılması II. Dünya Savaşı'nın bittiği yıla rastlar. 1946 tarihli Bavyera Anayasası, hukuk devleti teriminin ilk kez kullanıldığı anayasa olmuştur. Bu Anayasa'nın 3. maddesine göre Bavyera, "bir hukuk, kültür devleti ve sosyal bir devlettir."<sup>74</sup> Bundan sonra anayasalarda kullanılmaya başlayan kavram devleti nitelendirmekte referans kavramlardan biri hâline gelmiştir. 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası<sup>75</sup>, 1961 tarihli Türkiye Anayasası<sup>76</sup> ve 1982 tarihli Türkiye Anayasası<sup>77</sup> "hukuk devleti" terimini aynen kullanmıştır. 1978 tarihli İspanya Anayasası<sup>78</sup> "hukukun üstünlüğü" ve 1997 tarihli Polonya Cumhuriyeti Anayasası<sup>79</sup> ise "hukukun egemenliği" lafzını tercih etmiştir.

Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008, s. 25-38. Bu konuda yapılmış bir başka önemli çalışma için bkz.: Deniz Gökkılıç, *İngiltere'de 'Hukuk Devleti' Anlayışı*, Garanti Matbaası, İstanbul 1970.

<sup>72</sup> Hatemi, a.g.e., s. 8. Bu tarihin ve müellifin zikredildiği bir başka çalışma için bkz.: Doğan Özlem, "Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek", *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008, s. 11-25.

<sup>73</sup> Chevallier, a.g.e., s. 9.

<sup>74</sup> Hatemi, a.g.e., s. 8.

<sup>75</sup> M. 16/2, 23/1, 28/1.

<sup>76</sup> M. 2.

<sup>77</sup> M. 2.

<sup>78</sup> M. 1.

<sup>79</sup> M. 2.

## b. Maddi Hukuk Devleti- Şekli Hukuk Devleti Ayrımı

Hukuk devleti kavrayışı Anglo-Amerikan geleneğin “hukukun hâkimiyeti” düşüncesine yakın bir kavrayıştır. Hukuk devleti, liberal bir kavrayış olarak polis devletine tepki olarak ortaya atılmış ve böylece keyfi hareket eden bir devlet yerine hukuksal prosedürler içinde hareket edebilen bir devlet düşüncesinin sloganı hâline gelmiştir. Fakat zamanla bu “maddi” düşünce yerini biçimselliğe bırakacaktır. Bunun altında yatan neden pozitivist düşüncenin kuvvetli olmasıdır. Hukuku sadece ama sadece bir bilim hâline getirmeyi amaçlayan teorisyenler matematik kesinliğin peşine düşmüşlerdir. Liberal görüşe tepki olarak Friedrich Julius Stahl (1802-1861), hukuk devletin devletin örgütlenmesinde hukukun rol oynaması anlamına geldiğini savunur. Böylece biçimsel hukuk devletine giden yolu açmıştır. Artık hukuk devleti idarenin yasalara boyun eğdirildiği ve idareye karşı yargısal yolların açık olduğu devlet olarak anlaşılmaya başlandı. Bu da hukuk devletini yasal bir biçimselliğe götürdü.

Bu biçimselliğin en sistematik ve zirve noktası Hans Kelsen (1881-1973)’in “saf hukuk kuramı”dır.<sup>80</sup> Kelsen’in hukuk devletini şöyle tanımladığı aktarılır:<sup>81</sup> “Anayasa, yasa ve tüzüklerin aşamalı katmanlaşmasına dayanan, her bir organın iç içe geçmiş ve birbirine bağlanmış normlar çerçevesinde hiyerarşik ve piramidal bir hukuk düzeninde yapılanmasıdır.” Bu sistemleştirmesiyle Kelsen hukuk düzeni ile devlet düzenini eşitlemiştir. Zaten ona göre hukuk devleti tam bir “laf kalabalığı”dır; zira hukuk ile devlet farklı şeyler değildir. Kelsen’in hukukla devleti özdeşleştirmesindeki amaç hukukun mu devletten önce geldiği yoksa devletin mi hukuktan önce geldiği sorusunun tartışılmasını engellemiştir. Kelsen öncülüğündeki normativist okulun bu kavrayışı biçimsel hukuk devletinin en net ifade tarzıdır.<sup>82</sup> Bazı müellifler böyle bir hukuk devleti

düşüncesini “devletsel yapılanma tarzı anlamında hukuk devleti”<sup>83</sup> olarak ifade etmektedir. Hukuk devletinin biçimselliğe hapsedilmesinin zamanla çok ciddi sorunlara yol açtığı görülünce Anglo-Amerikan gelenekteki gibi bazı “maddi” aşılamlar yapılacaktır.

Alman düşüncesindeki şekilciliğin gelişimini kısaca anlattıktan sonra “şekli hukuk devleti” ile kastedilenin ne olduğunu birkaç kelimeyle ifade etmek gerekecektir. Kamu gücünün hukuka bağlandığı, hukukla kayıtladığı, bağımsız mahkemelerde denetlenebildiği ve kanun yollarının açık olduğu devlet şekli anlamda hukuk devletidir.<sup>84</sup>

“Maddi anlamda hukuk devleti”nin ayırt edici özelliği ise bazı şekli prensiplerin korunmasının yanında, “hâkim kılınması gerekli hukukun belli bir maddi içeriğe sahip olması”<sup>85</sup> gerekliliğidir. İşte bu gereklilik bir hukuk devletinde sadece şekli güvenceler getirilmesinin yanında aynı zamanda adalet ve insan onuruna aykırı hiçbir eylem ve işlemin yapılamamasını sağlar.<sup>86</sup> Devletlerin kendiliğinden böyle bir hareket tarzı benimseyeceğini beklemek hata olur. Nitekim tarihi tecrübeler ve yakın bir geçmişte yaşananlar göstermektedir ki olağanüstü bazı durumlarla karşılaşıldığında devletin insanlara sağladığı şekli güvenceler kolaylıkla bizzat kanunlar tarafından askıya alınabilmektedir. Kanunların adalet idesine ve insan onuruna uygun olmadığını ifade eden insanlar ise “devlet düşmanı” olarak gösterilmektedir. İşte hukuk devletinin maddi içeriği burada devreye girerek adalet ve insan onuruna aykırı bir kanunun hukuk vasfını kazanmamış olduğunu ifade eder. Ancak ne yazık ki “bir toplumsal örgütlenme ve etkileşim modeli”<sup>87</sup> söz konusu olmadığında hukuk devletinin maddi içeriğini doldurmak pek mümkün görünmemektedir. Devlete yönelik dışarıdan sürekli bir meşruiyet ve hukukilik

<sup>80</sup> Bkz.: Vecdi Aral, *Kelsen’in Saf Hukuk Teori-sinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.

<sup>81</sup> Kaboğlu, a.g.e., s. 381-382.

<sup>82</sup> Chevallier, a.g.e., s. 39.

<sup>83</sup> Sancar, a.g.m.

<sup>84</sup> Hatemi, a.g.e., s. 19.

<sup>85</sup> Adnan Küçük, *Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008, s. 351-454.

<sup>86</sup> Hatemi, a.g.e., s. 19.

<sup>87</sup> Sancar, a.g.m.

sorgulaması olmadığı müddetçe aşağıda göreceğimiz “özsınırlama” fikrinin pek bir anlamı kalmamaktadır.

### c. Özsınırlama Fikri

Özsınırlama fikri, temel olarak Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831)'in siyaset ve hukuk felsefesine dayanır. Her şeyden önce Hegel'in özgürlük tanımına bakmak gerekecektir:<sup>88</sup> “Sadece yasaya itaat eden irade özgürdür.” Bu tanımdan hareketle ona göre devletin hukuku, bireysel özgürlüğü güvence altına almakta ve “özgürlük fikri, devlet olarak tam anlamıyla gerçekleşmektedir.”<sup>89</sup> Hegel özgürlüğü böyle tarif ettikten sonra hukukun ne olduğu ile ilgilenir. Ona göre sadece devletten kaynaklanan hukuk vardır. Bu yüzden hukukun devleti dışsal olarak sınırlaması mümkün değildir. Devlet hukuku yaratandır ve böylece kendi kendini düzenlemektedir. Kendi iktidarını çevreleyecek hukuku da yaratan devlettir. Hâl böyle olunca bu sınırlamayı da değiştirme yetkisini haizdir. İşte bu düşünceler idare hukukunu ve idare hukuku ile devleti sınırlandırma düşüncesini temellendirmiştir.<sup>90</sup>

## 4. Fransız Etat de droit Kavrayışı

Alman Rechtstaat Teorisi'nin Fransa'da 20. yüzyılın ilk yarısından itibaren kabul görmeye başladığı aktarılır.<sup>91</sup> Terimi 1901'de Léon Duguit'in, 1903'te Maurice Hauriou'nun ve 1906'da Léon Michoud'un kullandığı bilinmektedir.<sup>92</sup> Bu düşünürler, kavramı hızla 1789 Fransız Devrimi'nden miras kalan müktesebata uyarlamışlardır. Bundan sonra kavram “*Etat de droit*” olarak Fransızca hukuk literatüründe yer alacaktır.

Egemenlik bahsinde anlattığımız hususa kısaca değinmekte fayda vardır. Fransa'da

mutlak monarşiye karşı verilen mücadele hiyerarşik bir hukuk düzenini doğurmuştur.<sup>93</sup> 1789'da bütün dünyayı etkileyecek Fransız Devrimi olmuş ve kral devrilmiştir. Devrimden iki yıl sonra (1791) İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden ilham alan bir “anayasa” yapılmıştır.<sup>94</sup> Bu anayasa ile nasıl ki eskiden kral sınırlandırılmaya çalışılmışsa şimdi de ulusun egemenliğini kullanacak olan organlar sınırlandırılmak istenmiştir. İşte böyle bir Devrim mirası hukuk devletini anayasacılık hareketleriyle ilişkilendirecektir.

Yukarıda bahsettiğimiz hiyerarşik yapılanmada en başta İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, akabinde Anayasa ve daha sonra yasalar geliyordu. Yürütmenin işlemleri ise yasaları ortadan kaldıramaz, değiştiremez ve yasadana daha üstün olamazdı. Böyle bir yapılanmada evrensel hak ve özgürlüklerin önemine vurgu yapan bir bildirinin bulunuyor olması sistemi kusursuz olarak göstermişti. Fakat aynı bildirgenin 4. maddesinde hakların yasayla sınırlanabileceği ifade edilmekte ve böylece yasaya çok fazla güvenilmekteydi.

Böyle bir güven genel iradenin yanılmazlığı düşüncesinin bir sonucudur. Tarihî hakikatler göstermektedir ki genel irade de yanılabilir. Unutmamak gerekir ki bugün bile temel hak ve özgürlüklerin ancak ve ancak yasayla sınırlanabileceği ilkesinin çok büyük bir kabul görmesi söz konusudur. Yasa ile de temel hak ve özgürlüklerin keyfi olarak sınırlandırılabilirliği tartışma dışı bırakılmak istenmektedir.

Fransız Devrimi'nden sonraki bu süreçte Almanya'dan ithal edilen hukuk devleti kavramsallaştırmasının birleştirilmesi sonucu Fransa'da şu ilkeler hukuk devletinin bir gereği olarak belirecektir: Anayasanın üstünlüğü, idareyi yasallığa sıkıca bağlamak ve bunun için örgütlenmiş bir idari yargı teşkilatı. Böylece 1799 yılında Napolyon tarafından kurulan Conseil D'Etat, hukuk devleti içinde kendine yer bulmuş oluyordu.

<sup>88</sup> Larry Arnhart, *Platon'dan Rawls'a Siyasal Düşünce Tarihi*, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Adres Y., Ankara 2011, s. 285.

<sup>89</sup> Arnhart, a.g.e., s. 286.

<sup>90</sup> Chevallier, a.g.e., s. 39.

<sup>91</sup> A.g.e., s. 17.

<sup>92</sup> A.g.e., s. 17.

<sup>93</sup> Bakınız yukarıda “Modern Devlet” başlığı altında egemenlik bahsi.

<sup>94</sup> Bu anayasa 1787 tarihli Amerikan ve 3 Mayıs 1791 tarihli Polonya Anayasalarından sonra dünyanın üçüncü anayasasıdır.



## **DÜNYANIN DEĞİŞİK ANAYASALARININ BAŞLANGIÇ METİNLERİNDE HUKUK DEVLETİ**

Anayasaların başlangıç metinleri birer manifesto niteliğindedir.<sup>95</sup> Çok kuvvetli ve coşku- lu bir dili ihtiva eden bu metinler adeta anayasaların “ruhu”durlar. Bu ruh anayasaların bedenlerine istikamet verir. Bu bakımdan başlangıç metinlerinde yer alacak ilkeler anayasalara ve dolayısıyla devletlere yön verecektir.<sup>96</sup> İşte bu bölümde dünyanın değişik anayasalarının “ruhunda” bulunan hukuk devleti kavramları çok ayrıntıyla girmeden incelenecektir.

Bulgaristan Anayasası’nın başlangıç metninde hukukun üstünlüğü [governed by the rule of law] vurgusu vardır. Buna göre Bulgaristan Cumhuriyeti “hukukun üstünlüğü”nün benimsendiği bir devlettir.<sup>97</sup>

Estonya Anayasası’nın başlangıç metninde de mana olarak hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Burada lafız olarak “hukuk devleti” yer almamaktadır. Estonya Cumhuriyeti’nin özgürlük, adalet ve hukuk üstüne kurulan bir devlet [which is founded on liberty, justice and law] olduğu vurgulanmıştır.<sup>98</sup>

Çek Cumhuriyeti Anayasası’nın başlangıç metninde hukuk devleti ilkesi farklı bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre Çek Cumhuriyeti “hukuk devletinin bütün teamüllerine uyma konusunda kararlı” [resolute to take heed to all the well-proven tenets of law-abiding state] bir devlettir.<sup>99</sup>

İspanya Anayasası’nın başlangıç metninde de hukukun üstünlüğü [rule of law] ifadesine rastlanmaktadır.<sup>100</sup>

Litvanya Anayasası’nın başlangıç metninde Litvanya Cumhuriyeti’nin “hukukun hâkimiyeti altında” [State under the rule of law] olan bir devlet olduğu vurgusu vardır.<sup>101</sup>

Portekiz Anayasası’nın başlangıç metninde Portekiz Cumhuriyeti’nin hukukun üstünlüğü dayalı demokratik bir devlet olduğu ifade edilmiştir.<sup>102</sup>

## **TÜRKİYE’DE HUKUK DEVLETİ**

### **1. Türkiye Anayasalarındaki Düzenlemeler**

Daha önce de bahsettiğimiz gibi hukuk devleti kavramı Türkiye’nin hukuk hayatına ilk kez 1961 Anayasası ile adım atmıştır. Aynı Anayasa ile Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetleneceği mahkeme olarak gösterilmiştir. Bunun anlamı anayasada yer alan kavramların yorumunun anayasa mahkemesine bırakılmış olduğudur. Yine hukuk devleti kavramı ve Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası’nda da korunmuştur. II. Dünya Savaşı’ndan sonra anayasa mahkemelerinin kurulmasındaki maksat normlar hiyerarşisini takviye etmektir. Artık hukuk devleti de bir anayasal ilke olduğuna göre bu ilkeyi yorumlayacak ve içini dolduracak mercii de Anayasa Mahkemesidir. Bu itibarla hukuk devleti kavramının Türkiye’de nasıl anlaşıldığının analizi için Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihatlarına bakmak gerekecektir.

<sup>95</sup> Bkz.: Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İÜ Hukuk Fakültesi Yayınları Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 112.

<sup>96</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 29.

<sup>97</sup> Bulgaristan Parlamentosu, “The Constitution of Republic Bulgaria”, Erişim: 15.11.2012, <http://www.parliament.bg/en/const>.

<sup>98</sup> Estonya Parlamentosu, “The Constitution of The Republic of Estonia”, Erişim: 15.11.2012, <http://www.legaltext.ee/text/en/X0000K1.htm>.

<sup>99</sup> Çek Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi, “The Constitution of the Czech Republic”, Erişim: 15.11.2012, <http://www.psp.cz/cgi-bin/eng/docs/laws/1993/1.html>

<sup>100</sup> İspanya Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz.: Erişim: 15.11.2012, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf>

<sup>101</sup> Litvanya Parlamentosu, “The Constitution of the Republic of Lithuania”, Erişim: 15.11.2012, <http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm>

<sup>102</sup> Portekiz Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz.: Erişim: 15.11.2012, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEKIZ%20439-532.pdf>

## 2. Hukuk Devleti ve Anayasa Mahkemesi

1876 tarihli Kanunuesasi'de "hukuk devleti" kavramı bulunmamaktaydı. Aynı şekilde 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda da hukuk devleti kavramına yer verilmemiştir. Zaten yukarıda da bahsettiğimiz üzere bu kavramın ilk defa kullanıldığı anayasa 1946 tarihli Prusya Anayasası'dır. 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'da "hukuk devleti" veya "hukukun üstünlüğü" ifadeleri geçmemektedir. Ancak bugün hukuk devleti ilkesinin kapsadığı bazı hususlar 1924 Anayasası'nda yer almıştır. Hak ve özgürlüklerin "hududu"nun ancak kanun ile belirlenebileceğini ifade eden 68. madde, kanun önünde eşitliği içeren 69. madde, "kanunen muayyen olan ahval ve eşkâlden başka" hiçbir şekilde kimsenin "derdest ve tevkif" edilemeyeceğini hükme bağlayan 70. madde bunlara örnektir.

1961 Anayasası'nın başlangıç metninde hukuk devletini kurmak idealinden bahsedilmiştir. 1961 Anayasası'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesini de saymıştır. Madde metni şöyledir: "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve 'Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir." Görüldüğü gibi ikinci madde başlangıç metninde belirtilen temel ilkelere ve dolayısıyla hukuk devletine atıf yaparak bu kavramdan adeta iki kez bahsetmiştir. Ayrıca 1961 Anayasası'nda hukuk devleti kavramının geçtiği iki madde daha vardır. Bunlar temel hakların niteliği ve korunması başlığını taşıyan 10. maddesi ile Cumhurbaşkanı'nın and içmesini düzenleyen 96. maddesidir.

1982 Anayasası da hukuk devleti ilkesine açıkça referans veren bir anayasadır. Belirtmek gerekir ki 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nın başlangıç metninde hukuk devleti ilkesine yer verilmemiştir. Anayasanın başlangıç metninde birçok gereksiz ifade bulunmasına karşın hukuk devleti gibi temelde devleti sınırlamaya dönük bir yönü olan bir kavramın atlanmış olması bilinçli bir tercihi yansıtır kanaatindeyim. Anayasa başlangıç metinlerinin en önemli özelliği o anayasayı yapanların manifestosu olmasıdır. Bu

bakımdan hukuk devleti ilkesinin manifestoda yer almaması, her ne kadar bu ilke anayasa metninde üç yerde geçiyor ise de, Anayasa'nın "ruhunu" göstermesi bakımından ilginçtir. Anayasa'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesini de saymıştır. Madde metni şöyledir: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." Ayrıca 1982 Anayasası'nda hukuk devleti kavramının geçtiği iki madde daha vardır. Bunlar devletin temel amaç ve görevleri başlığını taşıyan 5. maddesi ile parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma başlıklı 68. maddesidir. "Hukukun üstünlüğü" ifadesi ise milletvekilleri ve cumhurbaşkanının göreve başlarken yapacakları yemin metinlerini düzenleyen 81 ve 103. maddesinde geçmektedir. Belirtmek gerekir ki hukukun üstünlüğü ifadesi 1961 Anayasası'nda bulunmamaktaydı.

## 3. Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Tanımı

Anayasa Mahkemesi hukuk devletini şöyle tanımlamaktadır:<sup>103</sup> "Hukuk devleti, insan haklarına saygı duyan ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalet ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran, bu düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir." Bu tanımdan anladığımız kadarıyla Anayasa mahkemesi yukarıda açıklamaya çalıştığımız hukuk devletinin şekli ve maddi anlamlarından her ikisini benimsiyor gözükmektedir.

## 4. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devletinin Gereklere

Anayasa Mahkemesi yüzlerce kararında hukuk devleti ilkesine referans vermiş ve Türkiye'de tarihi ve felsefi temelleri bulunmayan

<sup>103</sup> 21.04.1992 tarihli bu karar için bkz.: Güneş Müftüoğlu, *Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti*, Saypa Y., Ankara 1996, s. 335.

bu kavramın içini doldurmuştur. Anayasa Mahkemesi hukuk devleti kavramından her biri birer ilke olan onlarca anlam çıkarmıştır. Burada Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti kavramını nasıl yorumladığı incelenecektir.

### **a. İnsan Haklarına Saygı Gösterilmesi ve Korunması<sup>104</sup>**

“Anayasa’nın 2 ve 5. maddelerinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesine göre işlem ve eylemlerin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesinin içtenlikle benimsenmesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumayı, âdil bir hukuk düzeni kurarak bunu geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir. Yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda bulunduğu Anayasa ve temel hukuk ilkeleri vardır. Anayasa’da öngörülen devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanını olumsuz etkiler. İnsanın doğuştan sahip olduğu onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak sosyal hukuk devletinin temel amacı ve görevidir.”

### **b. Temel Hak ve Hürriyetlerin Anayasal İlke Hâline Getirilmesi<sup>105</sup>**

“Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu, açıkça belirtilmiştir. Hukuk devleti olmak, idare edilenlere hukuk güvenini sağlayan bir düzen kurmaktır. Böyle bir düzen kurulması, yasama ve yargı yetkileri ile yürütme alanına giren bütün faaliyetlerin, hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve hürriyetlerin, değiştirilmesi ve aykırı davranılması kolay almayan metinler içinde, Anayasa ilkesi hâline sokulması ile gerçekleştirilebilir. Hukuk kuralları kendisini, en yoğun şekilde, yargı alanında gösterir. Bu nedenle yargı mercilerinden verilen karar veya

hükümlerin, kişinin temel hak ve hürriyetleriyle ilgili yönü üzerinde önemle durmak gerekir. Ceza Mahkemelerinden verilen kararların çoğu, kişi dokunulmazlığını çeşitli yönlerden etkileyici niteliktedir. Bundan dolayıdır ki Anayasa, hâkimlerin, kişi dokunulmazlığını ve hürriyetini sınırlayan kanun hükümlerini uygularken, yasaya bağlılık kuralı içinde kalmalarını, ilgililerin, mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurma olanağına sahip bulunmaları sağlamak ereği ile yüksek mahkemeleri kurmuş bulunmaktadır.”

### **c. Hakların Özüne ve Demokratik Toplum Düzenine Rıyet<sup>106</sup>**

“Savunmanın hazırlanması için gerekli zamana sahip olma hakkı, kuşkusuz, Anayasa’nın 36. maddesinde belirtilen meşru vasıta ve yollardan yararlanmak kavramının kapsamındadır. Bu sürenin yasayla yetersiz biçimde saptanması olanağı yoktur. Çünkü her suçun ve her sanığın, savunmasını hazırlamak için gerek duyacağı sürenin hiçbiri diğerine benzemez. Savunma olanakları, suç yapılan farklıdır. Bütün bu durumları üç günlük bir süre ile karşılama amacını güden bir düzenleme, ister istemez savunma hakkının özünü zedeleyen, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama olacaktır. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca yapılması gereken sınırlamayı, yasanın öngördüğü alt ve üst sınırlar içinde yargıç yapabilmelidir. Nitekim genelde Ceza Yargılama Yöntemi Yasası’nın benimsediği kural da budur. Yine Anayasanın 2. maddesinin öngördüğü “hukuk devleti” ilkesinin gereği de budur. Açıklanan nedenlerle, 3005 sayılı Yasa’nın itiraz konusu 12. maddesi, Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrası ile 2. maddesindeki hukuk Devleti ilkesine aykırıdır, iptal edilmesi gerekmektedir.”

### **d. Devlet Organların Bütün İşlem Yargı Denetimine Tabi Olması<sup>107</sup>**

“Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık, her alanda ada-

<sup>104</sup> AYM, E. 1997/59, K. 1998/71, KT: 18.11.1998.

<sup>105</sup> AYM, E. 1968/61, K. 1969/23, KT: 29.04.1969.

<sup>106</sup> AYM, E. 1992/8, K. 1992/39, KT: 16.06.1992.

<sup>107</sup> AYM, E. 1995/20, K. 1996/4, KT: 01.02.1996.

letli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren devlettir.”

#### **e. Tabî Hâkim İlkesi<sup>108</sup>**

“Hukukun genel prensipleri ve özellikle hukuk devleti olabilmenin ana ilkeleri kanımiza göre genel ölçülere göre ve evvelden davaların özelliği hiç bir şekilde düşünülmezsiz kişilerin yargılanmaktan hâkimin suçtan evvel gösterilme esasını gerektirir. Sanığın bu esasa aykırı olarak suçtan evvel gösterilen hâkimden başkasının önüne çıkarılması yasağına karşı her türlü uygulama kanımıza göre Anayasa’ya aykırıdır. Kaldı ki bu kuralın yönetsel ve siyasi bir kişilik taşıyan Adalet Bakanı eli ile değiştirilmesi hiç bir şekilde savunulacak bir yöntem olamaz.”

#### **f. Kanunların Kamu Yararına Dayanması Gerekliliği<sup>109</sup>**

“Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de göz önünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır... Hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması gereğini de içermektedir. Buna göre kamu yararı düşüncesi olmaksızın diğer bir anlatımla, yalnız özel çıkar veya belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz.”

#### **g. Yargı Bağımsızlığı<sup>110</sup>**

“Anayasa’nın kurmayı hedef tuttuğu demokratik hukuk devletinin temeli ve teminatı adalettir. Adaletin dağıtılmasında ise, hâkimlerin görevlerinde bağımsızlığı ilkesinin yeri ve önemi meydandadır. Anayasa koyucusu bu ilke üzerinde titizlikle durmuştur. Gene Anayasa Komisyonu raporunun genel gerekçe kısmının yargı bölümünde de bu konuya ayrıca

değinilmiş ve bütün devlet faaliyetlerinin kazaî denetime tabi tutulduğu, bu denetimi yapacak olan organların bağımsızlığının bu denetiminin ciddi ve tesirli olmasının şartı bulunduğu, bu bakımdan hâkimler ve mahkemeler üzerinde her türlü etkileri önleyici hükümlerin tasarıya konulduğu ve mahkemelerin yasa ve yürütme organları karşısında tamamıyla bağımsız hâle getirildiği belirtildiği gibi Anayasa’nın 132’nci maddesindeki açık ve kesin hükümlerle de hâkimlerin bağımsızlığı korunmuştur.”

#### **h. Hak Arama Hürriyeti<sup>111</sup>**

“Anayasa’nın ‘Hak arama hürriyeti’ başlıklı 36. maddesinde, herkesin, geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı veya davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişiyi, hukuka uygun araç ve yollardan yararlanarak hakkına kavuşması olanağı tanınmasının, hukuk devletinin vazgeçilmez bir gereği olduğu tartışmasızdır.”

#### **i. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi<sup>112</sup>**

“Hukuk devleti, kısaca; kişi hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu kılan, bütün çalışmalarında hukuka ve Anayasa’ya uyan devlet demektir. Devlet organlarının çalışmalarında hukuka ve Anayasa’ya uymaları, bu organların bütün işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulması hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi, ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi ile “kanunî yargı yolu” ilkesi de hukuk devleti kavramının gereklerindedir.”

#### **j. Kamu Hizmetlerinin Düzenli ve Sürekli Yürütülmesi<sup>113</sup>**

“Kamu hizmetlerinin düzenli ve sürekli biçimde yürütülmesi bir hukuk devletinin başta

<sup>108</sup> AYM, E. 1977/36, K. 1977/130, KT: 03.11.1977.

<sup>109</sup> AYM, E. 1995/20, K. 1996/4, KT: 01.02.1996.

<sup>110</sup> AYM, E. 1963/99, K. 1964/38, KT: 13.05.1963.

<sup>111</sup> AYM, E. 1996/66, K. 1997/7, KT: 31.01.1997.

<sup>112</sup> AYM, E. 1977/36, K. 1977/130, KT: 03.11.1977.

<sup>113</sup> AYM, E. 1973/23, K. 1974/2, KT: 15.01.1974.

gelen görevlerindedir. Yurttaşların hak ve hürriyetleri, mal ve can güvenlikleriyle ilgili adalet ve yargı işlerinin ise ötekilerinden ayrımlı ve çok daha önemli olduğu; özellikle bu hizmetlerin görülmesinde hiçbir kaygı ve kuşkuya yer verilmemesi gerektiği tartışmasız benimsenecek gerçeklerdendir. Onun içindir ki konu Anayasa'da doğrudan doğruya ele alınarak mahkemenin ve hâkimlerin bağımsızlığı ve güvenceleri yönünden genel nitelikte kurallar konulmuş; söz gelimi hâkimlerin nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi gibi konuların mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre kanunla düzenleneceği (değişik madde 134); mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yine kanunla düzenleneceği (değişik madde 136) yolunda kurallara yer verilmiştir. Hastalık, izin ve benzeri gibi nedenlerle görevinden ayrılan bir hâkimin görevi başına dönmesine veya hâkimlik yeri boşsa o yere başkasının atanmasına değin beklemenin hizmetin niteliğinin ve öneminin gerekleri ile bağdaşamayacağı, işin bir süre duraklaması ve aksamasının sakıncalı sonuçlara yol açacağı ve böyle durumları önleyebilmek üzere bir yasal düzenlemeye gereksinme olduğu ortadadır, işte incelenen yasa kuralı bu gereksinmeyi karşılamaktadır ve yargı hizmetinin düzenli, sürekli biçimde yürütülmesine önemli katkılarda bulunacağı için bu konuda büyük titizlik gösteren Anayasa Koyucunun ereği doğrultusunda olduğu da kuşkusuzdur.”

#### ***k. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Uymamak İçin Kanun Yapılamaması<sup>114</sup>***

“Yasama organının, bir Anayasa Mahkemesi kararını uygulanamaz hâle getirmek için yasa çıkarması, Anayasa'nın 153. maddesine, 11. maddesine, Başlangıç bölümünün 3. ve 4. fıkralarına ve 2. maddedeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır... Bu düzenlemelerin tümünün “acil ihtiyaçlar”dan kaynaklandığı ileri sürülebilir ama hukuk devleti, mazereti ve gerekçesi her ne olursa olsun, bir an bile hukuk

düzeni ve Anayasa dışına çıkmayan devlet demektir: Yürütme organı da, mazeret değil, çözüm üreten yerdir ve bu çözümler hiçbir biçimde Anayasa'nın dışına çıkamaz. Yasa tasarisinin TBMM'de görüşülmesi sırasında getirilen açıklamalar için söylenebilecek tek şey “özü'n kabahatten de büyük olduğu”dur. Daha önce defalarca Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği biline biline, aynı düzenlemeler bir kez daha getirilmektedir ki, bu, Anayasa'ya karşı suçtur. Ancak, bu suçun ortadan kaldırılması ve hukuk devletinin korunması görevi, yine Anayasa Mahkemesi'ne düşmüştür.”

#### ***l. İdareye Keyfiliğe İmkân Verecek Şekilde Takdir Yetkisi Tanınmaması<sup>115</sup>***

“Öte yandan bu izni Bakanlar Kurulu uygun gördüğü derneğe verebileceği için izni alan dernek, izni almayan derneklere göre tüm anlamıyla imtiyazlı, üstün bir duruma geçmiş olacaktır. Böyle bir sonuca yol açacak bir kuralı Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ve 12. maddesindeki kişilere, ailelere, zümrelere, sınıflara imtiyaz tanıma yasağı ile bağdaştırmağa olanak yoktur.”

#### ***m. Eşitlik İlkesi<sup>116</sup>***

“Hukuk devletinin öğeleri arasında, ...eşitlik ilkesi vardır.”

#### ***n. Lehe Olan Ceza Normlarının Geçmişe Yürümesi<sup>117</sup>***

“İtiraz konusu kuralda, haklarında yakalama, tutuklama veya mahkûmiyet kararı bulunup da firar hâlinde olanların Yasa'nın yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde resmî mercilere teslim olmadıkları takdirde madde hükümlerinden yararlanamayacakları belirtilmiştir... Adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde,

<sup>114</sup> AYM, E. 1996/56, K. 1997/58, KT: 24.06.1997.

<sup>115</sup> AYM, E. 1973/3, K. 1973/37, KT: 18-19-20.12.1973.

<sup>116</sup> AYM, E. 1991/38, K. 1991/38, KT: 24.10.1991.

<sup>117</sup> AYM, E. 2003/42, K. 2003/44, KT: 27.05.2003.

itiraz konusu kuralda olduğu gibi aleyhe sonuç doğuran bir düzenlemenin adil olduğundan söz edilemez. Kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

#### ***o. Hakların Elde Edilmesinin Zorlaştırılmaması Gerekliği***<sup>118</sup>

“Dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi 'islah' yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, 'hukuk devleti' ilkesine aykırıdır.”

#### ***p. Vergi Yükünün Adil Dağılımının Engellenmemesi Gerekliği***<sup>119</sup>

“03.04.2003 tarih ve 4837 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, daha önceden belirlenmiş hukuk kurallarına göre tarh ve tahakkuk işlemleri tamamlanmış motorlu taşıtlar vergilerini ödemiş veya ödemeye hazırlanan mükelleflerden 2003 yılı için ek bir motorlu taşıtlar vergisi alınması, verginin öngörülebilirliğini, vergilendirmenin belirliliği ilkesini ve dolayısı ile hukukî güvenliği açıkça ihlal ettiği için Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.”

#### ***r. Kuvvetler Ayrılığı***<sup>120</sup>

“Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün 4'üncü fıkrasında kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 2'nci maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu açık olarak belirtilmiştir. Hukuk devletinde devleti yönetenler Anayasa'ya ve yasalara bağlıdır ve saygılıdır.”

#### ***s. Hukuk Devleti Tüccar Gibi Davranan Bir Devlet Değildir***<sup>121</sup>

“Kuşkusuz hukuk devleti, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtildiği gibi 'adalet anlayışı içinde'ki devlettir ve bu nedenle ülke için yetiştirdiği öğrencilerine bir tüccar gibi davranamaz. Krediyi geri alırken, verdiği kurallar içinde geri alır.”

#### ***t. Acil İhtiyaçların Hukukun Dışına Çıkılmasını Meşru Kılmaması***<sup>122</sup>

“Bu düzenlemelerin tümünün 'acil ihtiyaçlar'dan kaynaklandığı ileri sürülebilir ama hukuk devleti, mazereti ve gerekçesi her ne olursa olsun, bir an bile hukuk düzeni ve Anayasa dışına çıkmayan devlet demektir: Yürütme organı da, mazeret değil, çözüm üreten yerdır ve bu çözümler hiçbir biçimde Anayasa'nın dışına çıkamaz.”

#### ***u. Cezalandırmanın Amacı Öç Almak Değildir***<sup>123</sup>

“...Kaldı ki modern ceza infaz sisteminde suçluyu cezalandırmanın ereği, ondan öç almak değildir; Bunun tamamen tersine suçluyu düzelterip iyileştirerek onu yararlı bir kişi hâline getirip topluma kazandırmak ve böylece toplumu korumaktır. Ceza infaz sisteminin amacı bu olduğuna göre suçluyu toplum dışına iten ve temelli hak yoksunluğu doğuran bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle de açıkça çatışacağı ortadadır.”

## **SONUÇ**

Çalışmamızda hukuk devleti kavramını izah etmenin gayretinde olduk. Bunun için öncelikle modern devlet ve hukuk kavramlarını konudan sapmayacak ölçüde ele almaya çalıştık. Daha sonra hukuk devleti kavramının belli tarihsel yükleri üzerinde taşıdığından bahisle kavramın

<sup>118</sup> AYM, E. 1999/1, K. 1999/33, KT: 20.07.1999.

<sup>119</sup> AYM, E. 2003/48, K. 2003/76, KT: 23.07.2003.

<sup>120</sup> AYM, E. 1997/36, K. 1997/52, KT: 20.05.1997.

<sup>121</sup> AYM, E. 1996/56, K. 1997/58, KT: 24.06.1997.

<sup>122</sup> AYM, E. 1996/56, K. 1997/58, KT: 24.06.1997.

<sup>123</sup> AYM, E. 1973/3, K. 1973/37, KT: 18-19-20.12.1973, (Karşı oy yazısı).

tarihsel gelişimini ve oynadığı rolleri anlayabilmek amacıyla İngiltere, Almanya ve Fransa tarihlerinden bazı kesitleri sunduk. Akabinde hukuk devleti kavramının Türkiye’de nasıl anlaşıldığını analiz edebilmek için Anayasa Mahkemesinin birçok kararına başvurduk. Böylece kavramın hukuksal pratiğini de görmüş olduk.

Şüphesiz çalışmamıza yön veren en önemli kavramlardan birisi de “tarih bilinci” olmuştur. Hukukçular normatif çalışma yapmanın yanında hukuk felsefesi, tarihi ve sosyolojisiyle ilgilenmek mecburiyetindedir. Nitekim hukuk devleti kavramında da gördük ki bu kavram felsefe, tarih ve sosyoloji bilinmeden izah edilemez. Aksi takdirde hukuk çorak bir tarlaya dönüşür ve böyle bir tarladan verim alınamaz.

### Kaynakça

- Abadan, Yavuz; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., Ankara 1954.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali (Ed.); *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İletişim Y., İstanbul 2011.
- Akad, Mehmet-Dinçkol Bihterin Vural; *Genel Kamu Hukuku*, Der Y., İstanbul 2006.
- Aktaş, Sururi; “*Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: IV, S: 1-2.
- Aral, Vecdi; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Y., İstanbul 1979.
- ; *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.
- Arnhart, Larry; *Platon'dan Rawls'a Siyasal Düşünce Tarihi*, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Adres Y., Ankara 2011.
- Arsal, Sadri Maksudî ; *Hukuk Felsefesi Tarihi*, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Y., İstanbul 1945.
- Aydınlı, Halil İbrahim-Ayhan, Veysel; “*Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi Perspektifinden İktidarın Sınırlanması Tartışması*”, *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 1.
- Bagehot, Walter; “*İngiliz Anayasası*”, *Batı'ya Yön Veren Metinler* içinde, Der.: Alev Alatlı, C: 3, Kapadokya Meslek Yüksek Okulu.
- Bezci, Bünyamin; *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi Modern Devletin Müdafaası*, Paradigma Y., İstanbul 2006.
- Bilge, Necip; *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavramları ve Kuramları)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Bünyamin Bezci; *Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme, Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar*, C: 44, S: 508.
- Cevzici, Ahmet; *Felsefe Tarihi*, Say Y., İstanbul 2011.
- Chevallier, Jacques; *Hukuk Devleti*, Çev.: Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Y., Ankara 2010.
- Çeçen, Anıl; “*Hukukta Norm ve Adalet*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 32, S: 1-4, Ankara 1975.
- Dicey, Albert Vincent; “*Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar*” [Rule of Law: Its Nature and General Applications, in Introduction to the Study of the Law of Constitution], Çev.: Ali Rıza Çoban, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008.
- Erdoğan, Mustafa; “*Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?*”, *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008.
- Gökkılıç, Deniz; *İngiltere’de ‘Hukuk Devleti’ Anlaşışı*, Garanti Matbaası, İstanbul 1970.
- Hatemi, Hüseyin; *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Y., İstanbul 1989.
- Hayek, Friedrich A. Von; “*Özgürlük ve Hukuk Devleti: Tarihsel Bir İnceleme*”, Çev.: Seda Gültekin Göktolga-Ali Rıza Çoban, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008.
- Hobbes, Thomas; *Leviathan*, Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Y., İstanbul 2012.
- İşıқтаç, Yasemin; *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Kaboğlu, İbrahim Özden; *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Y., İstanbul 2006.
- Kılıçbay, Mehmet Ali; “*Devletin Yeniden Yapılması*”, *Doğu-Batı* dergisi, C.:1 (Devlet Sayısı), Ankara 1997.
- Küçük, Adnan; “*Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti*”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008.
- Machiavelli, Niccolo; *Hükümdar*, Çev.: Necdet Adabağ, İş Bankası Y., İstanbul 2011.

- Müftüoğlu, Güneş; *Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti*, Saypa Y., Ankara 1996.
- Oğuzman, Kemal-Barlas Nami; *Medeni Hukuk*, Arıkan Y., İstanbul 2006.
- Ortaylı, İlber; "Devlete Nasıl Bakmalı?", *Doğu-Batı* dergisi, C:1 (Devlet Sayısı), Ankara 1997.
- Ökçesiz, Hayrettin; *Hukuk Devleti Olgusu, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, C.:3, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Y., İstanbul 1996.
- Özlem, Doğan; "Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek", *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008.
- Rousseau, Jean Jacques; *Toplum Sözleşmesi*, Çev.: Vedat Günyol, İş Bankası Y., İstanbul 2006.
- Russ, Jacqueline (Ed.); *Felsefe Tarihi, C: 2-Modern Dünyanın Yaratılması*, Çev.: İsmail Yerguz, İletişim Y., İstanbul 2012.
- Sancar, Mithat; "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008.
- Sander, Oral; *Siyasi Tarih*, C:1, İmge Kitabevi, İstanbul 2011.
- Schmitt, Carl; *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost Y., Ankara 2010.
- Sungurbey, İsmet; "Hak Nedir?", (Der.: Hayrettin Ökçesiz), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Y., İstanbul 1997.
- Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Teziç, Erdoğan; *Anayasa Hukuku*, Beta Y., İstanbul 2007.
- Tunaya, Tarık Zafer; *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İÜ Hukuk Fakültesi Yayınları Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1991.

## Elektronik Kaynakça

- <http://www.parliament.bg/en/const>
- <http://www.legaltext.ee/text/en/X0000K1.htm>
- <http://www.psp.cz/cgi-bin/eng/docs/laws/1993/1.html>
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-C4%BOSPANYA%20533-584.pdf>





# Ana Dilinde Savunma Üzerine<sup>(\*)</sup>

İbrahim Hakkı BEYAZIT



**A**na dilinde savunma kavramı, özellikle son dönemlerde, siyasi niteliği baskın davalarda gündeme gelen taleplerle kamuoyuna yansımaktadır. Esasen tamamıyla usule dair bir konu olmasına rağmen toplum nezdinde bu denli tartışılır olmasının başlıca sebebi taleplerdeki ısrar olsa gerektir.

Bu çalışmada ana dilinde savunma taleplerinin hukuk alanındaki karşılığı üzerinde durularak konunun adil yargılanma hakkı çerçevesinden değerlendirilmesi yapılacaktır. Her ne olursa olsun söz konusu taleplerin sebepleri üzerinde durulmayacak ve niyet okuması kabilinden tespitlere yer verilmeden doğrudan konunun salt hukuksal yönü üzerinde tartışılacaktır. Bununla birlikte konu hakkında ulusal ve uluslararası yargı makamlarının değerlendirmelerine de yer verilerek neticede ana dilinde savunmanın hukuki değerinin tespitine çalışılacaktır.

## I.

### ADİL YARGILANMA HAKKI VE PRATİĞİ

#### ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı; kişilerin, yönetsel, hukuk ve ceza yargılamalarının başından hüküm verilinceye kadar sahip olacağı ve talep edebileceği asgari haklarını belirleyen usule ilişkin bir teminatır. Bu teminatın kapsamına giren haklar, tarihi süreçte çeşitli belgelerde yer alan ve esas amacı sağlıklı bir yargılama

süreci sağlayarak adaletin gerçekleşmesi olan haklardır.

## 1. Tarihî Süreçte Yer Alan Düzenlemeler

Adil yargılanma hakkının, bireysel özgürlüklerin güvence altına alınması anlamında, hukukça tanındığı ilk belge, İngiltere’de, Kral John ile feodal beyler arasında 1215 yılında imzalanan, 63 maddeden oluşan Magna Carta Libertatum’dur. Belgenin 39. maddesi; hiçbir özgür kişinin, eşitlerinin hukuka uygun yargılanması veya ülkenin hukuki düzenlemeleri haricinde hapsedilemeyeceği, 40. maddesi; adaletin reddedilemeyeceği ve ertelenemeyeceği hükümlerini içermektedir. Magna Carta’dan sonra 1628 yılında İngiliz Haklar Bildirisi [Petition of Rights]’nde kralın yetkileri ile sanığın hakları belirlenerek, hukuka aykırı olarak kimsenin suçlanıp cezalandırılmayacağı ve keyfi uygulamaların kabul edilmezliği ilan edilmiştir. Daha sonra, 1679 yılında, Habeas Corpus ile keyfi olarak tutuklanmama ve cezalandırılmama güvencesi getirilmiş, hâkime, tutuklamanın hukuka uygun olup olmadığına karar vermek üzere, sanığın 3 gün içerisinde önüne getirilmesini emredebilme yetkisi tanınmıştır.

Bir bütün olarak İngiliz haklar belgelerine bakıldığında, bunların evrensellik iddialarının bulunmadığı, temellerinde, insanların doğuştan, devredilemez haklara sahip olduklarına dair bakış olmadığı görülecektir. İngiliz belgeleri, öncelikle soyluların, sonra da yurttaşların bir takım hak talepleri sonucu yapılan düzenlemelerdir.

İngiltere’de yaşanan bu gelişmeler, Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonilerini de etkilemiş ve 1776 yılında Virginia Haklar Bildirgesi, Ku-

(\*) Bu makale 13.03.2012 tarihinde Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu’nda (Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 24.01.2013 tarihinde yapılan değişiklikten önce) sunulmuştur.

zey Amerika'daki ilk yazılı Bildirge olarak ilan edilmiştir. İngiliz belgelerinin aksine Virginia Haklar Bildirgesi, gayet geniş ve genel bir ifade ile kişi hak ve hürriyetlerinin prensibini ilan etmiş, bununla da kalmayarak, bu hak ve hürriyetleri bir liste hâlinde teker teker saymış ve onları üstün hukuk kuralları olarak açıklamıştır. Adil yargılanma hakkı açısından, Bildirge ile getirilen güvenceler; suçlama hakkında bilgi edinme hakkı, suçlayanlar ve tanıklarla yüzleşme hakkı, lehine delil sunma hakkı, aleyhinde delil sunmaya zorlanamama hakkı, bağımsız bir jüri tarafından süratle yargılanma hakkı olarak özetlenebilir. Virginia Haklar Bildirgesi'nde yer alan haklar, 1787 yılında kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 6. ek maddesinde de korunmuş ve Anayasa tarafından, bütün ceza yargılamalarında, sanığın, suçun işlendiği eyalet ve daha önce hukuki olarak belirlenmiş bölgenin bağımsız jürisi tarafından süratli ve aleni yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın kabulünden iki yıl sonra, 1789'da, Fransız İhtilali'nin hemen ardından, İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi ilan edilmiş ve Amerikan Haklar Bildirileri ve Anayasasına esin kaynağı olan fikirler, Avrupa kıtasında da resmen kabul ve ilan edilerek, yayılma imkânına kavuşmuştur. Fransız Bildirgesi ile keyfi suçlama, tutuklama ve cezalandırmaya son verilmiş ve ancak yasada belirlenen koşullar ve yollarla yapılabilecekleri belirtilmiştir. Bildirgede ayrıca, masumiyet karinesine de yer verilmiştir.<sup>1</sup>

## 2. Uluslararası ve Ulusalüstü Belgelerdeki Düzenlemeler

Adil yargılanmaya ilişkin ilkeleri düzenleyen ilk uluslararası belge, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihinde ilan ettiği "İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si"dir. Beyanname'nin 10. maddesinde "*Herkes, haklarının ve yükümlülüklerinin veya kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın saptanmasında, tam bir eşitlikle davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkemece adil (düzgün) bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.*"

<sup>1</sup> Başar Başaran, *Adil Yargılanma Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 7.

hükmünün yer almasıyla, taraf olan tüm devletlere yargılama faaliyetlerini bağımsız ve tarafsız mahkemeler eliyle adil ve açık yürütme yükümlülüğü yüklenmiştir. Her ne kadar İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si bu konuda hüküm içeren ilk uluslararası belge ise de adil yargılanma hakkını bütün olarak düzenlediği söylenemez. Örneğin "makul sürede yargılanma hakkı" da adil yargılanma hakkı kapsamında olmakla birlikte Beyanname'de ifade edilmemiştir

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği ulusalüstü belgelerin ilki 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'dir. Bildirinin 18. maddesinde; "*Her kişi, yasal haklarına saygı gösterilmesini temin etmek üzere mahkemeye başvurabilir. Keza, her kişiye, herhangi bir temel anayasal hakkını ihlal ederek ona zarar veren kamusal makamların tasarruflarına karşı onu koruyacak olan mahkemeler önünde, basit ve kısa usuller sağlanmış olmalıdır.*" 25. maddesinde; "*Hiç kimse, daha önce yürürlüğe konmuş yasayla öngörülen hâllerde ve usullere uygun olması hâli hariç özgürlüğünden yoksun bırakılmaz. Hiç kimse, yalnızca medeni hukuk/sözleşmesel nitelikte yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden ötürü, özgürlüğünden yoksun bırakılmaz. Özgürlüğünden yoksun bırakılan bireyin, bir mahkeme tarafından gecikmeksizin gözaltına alınmasının yasal olup olmadığının tespitini, tutuksuz yargılanmasını, aksi hâlde serbest bırakılmasını talep etme hakkı vardır.. Her birey aynı zamanda, gözaltında tutulduğu sürede insanca muamele görmeye de hak sahibidir.*" 26. maddesinde; "*Kendisine suçlama yöneltilen her kişi, suçu kanıtlanana dek masum sayılır. Bir suç işlediği isnadı yapılan her kişinin, daha önce yürürlüğe konmuş yasalar uyarınca önceden kurulmuş ve tarafsız ve aleni yargılama yapan mahkemeler tarafından yargılanma ve zalimane, küçültücü ya da muhat olmayan cezaya çarptırılmama hakkı vardır.*" denilmiştir.

1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de adil yargılanma hakkını oluşturan haklar düzenlenmiştir. Sözleşmenin, adil yargılama hakkını düzenleyen 8. maddesinde, makul süre içerisinde, yetkili, bağımsız, yansız mahkemeler önünde yargılanmanın yapılması; suçluluğu kanıtlanana dek sanığın masum sayılması; mahkemenin dilini anlama-

yan sanık hakkında ücret talep edilmeksizin çevirmen ya da yorumcu temini; suçlama konusunda ayrıntılı ön bildirim yapılması; savunma için yeterli zaman ve olanak tanınması; sanığın isterse bizzat, isterse bir vekil aracılığı ile savunmasını yapması; avukatıyla özel ve serbest olarak görüşebilmesi; temyize başvurabilme hakkı; aynı nedenle ikinci kez mahkeme önüne çıkarılmama hakkı; ilke olarak yargılamanın kamuya açık yapılması; kendi aleyhine tanıklığa ya da suçlayıcı beyana bulunmaya zorlanmaması haklarına yer verilmiş, 9. maddesinde ise, kanunsuz suç olmaz kurallı kurumsallaştırılmış, islendiği zaman suç olmayan bir eylemden ötürü kimse mahkûm edilemeyeceği gibi, suç islendiği zaman saptanmış olan cezadan daha ağır bir ceza da verilemeyeceği kurala bağlanmıştır.<sup>2</sup>

Yine ulusalüstü belgelerden Afrikalı İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 7. maddesinde:

"Her birey davasının/taleplerinin dinlenmesine hak sahibidir. Bu hak aşağıdaki hususları kapsar:

- Yürürlükteki sözleşmeler, yasalar, düzenlemeler ve geleneklerle tanınan ve güvence altına alınan temel haklarını ihlal eden tasarruflara karşı yetkili ulusal organlara başvurma hakkı;
- Bir yetkili mahkeme ya da yargı yeri tarafından suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkı;
- Kendi seçeceği bir avukat tarafından savunulması hakkı dâhil, savunma hakkı;
- Bir tarafsız mahkeme ya da yargı yeri tarafından makul bir süre içerisinde yargılanma hakkı.

Hiç kimse islendiği zaman yasal olarak cezalandırılabilir bir suç oluşturmayan bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlanamaz. Islendiği tarihte hiçbir hükümlerle düzenlenmemiş bulunan bir suç için hiçbir ceza verilemez. Ceza kişiseldir ve yalnızca suçlu olan üzerinde uygulanabilir" hükmü,

İslam'da İnsan Hak ve Hürriyetleri Beyanname'si'nin 5. maddesinde:

"İslâm'da asıl olan, ferdin suçsuzluğudur (Bera'et-i zimmet asıldır). Bu hâl, kişinin herhan-

gi bir suçtan dolayı sanık durumuna düştüğünde de devam eder ve sanık adil bir mahkeme önünde yargılanıp suçu sabit görülünceye kadar sürer. Şer'i bir nass yani bir kanun metni bulunmadan kimse suçlanamaz. Dinin zaruriyat denilen hükümlerini bilmemek, Müslüman için mazeret teşkil edemez. Ancak bilmemezlik hâli sabit görüldüğünde, kanunu bilmemek, sadece had cezalarını düşüren bir şüphe olarak kabul edilir. Tam kazâ yetkisine sahip bir mahkeme önünde, reddedilemez delillerle suçu işlediği sabit olmadıkça, hiç kimsenin suçlu olduğuna hükmedilemez ve herhangi bir cürümden dolayı cezalandırılmaz. Hiçbir hâlde, cezanın, İslâm Hukuku'nun suç için çizdiği sınırı tecavüz etmesi caiz değildir. Had cezalarını bertaraf etmek için, suçun işlendiği şart ve hâlleri göz önünde bulundurmamak, İslâm Hukuku'nun temel esaslarındandır. İnsan, başkasının suçundan dolayı yargılanamaz. Her insan, kendi fiilinden müstakil olarak sorumludur; yani cezai sorumluluk şahsidir. Hiçbir hâlde, bir şahsa ait sorumluluğun, onun aile ve yakınlarına yahut çevresi ve arkadaşlarına yüklemesi caiz olamaz"

hükümleri yer almaktadır.

Ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında hazırlanan ve 1952 yılında yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmede de (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Bununla birlikte Konsey'in yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sayısız içtihadı ile hakkın çerçevesi de son derece belirgin olarak çizilmiştir. İç hukukumuz bakımından bağlayıcı olması bakımından AİHS ve uygulamasını burada daha kapsamlı olarak inceleyeceğiz.

AİHS'nin 6. maddesi;

#### Adil Yargılanma Hakkı

- 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 hayatları-

<sup>2</sup> Hüseyin Oğuz, *İdari Yargı Yönünden Adil Yargılanma Hakkı Esasları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2006, s. 8.

nin 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) Bir suç ile itham edilen herkes, en azından aşağıdaki haklara sahiptir:
  - a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en 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 avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat 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 anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

AİHS'nin 6. maddesinin yukarıda belirtilen diğer belgelerdeki adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemelerden daha sistematik olduğu söylenebilir. Adil yargılanma hakkının içeriğini 6. madde kapsamında belirtecek olursak;

#### • Yargılamanın Yasayla Kurulmuş Mahkeme Tarafından Yapılması

Yasayla kurulmuş mahkemeden anlaşılması gereken, kuruluş, yetki, yargılama yöntemleri gibi konuların yargılamadan önce belirli ve öngörülebilir şekilde yasayla düzenlenmiş mahkemedir.<sup>3</sup> Tabii hâkim veya kanunî hâkim

ilkesi olarak hukukumuzda ifade edilen bu ilkeyi, Anayasamız 37. maddesi ile

“Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

demek suretiyle güvenceye almıştır.

#### • Mahkemenin Bağımsız Olması

Mahkemelerin, sonuç olarak onları oluşturan hâkimlerin bağımsızlığı, herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir almamaları, yasanın, yürütmenin ve diğer dış etkilerin baskısı altında kalmamaları, diğer bir deyişle özgür olmaları anlamına gelmektedir. Bir mahkemenin bağımsızlığı, üyelerinin atanma biçimlerine ve görev sürelerine, dışsal etkilere karşı güvencelerine ve dış görünümüne göre değerlendirilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir yargı yerinin bağımsızlığını araştırırken mahkeme üyelerinin niteliğine, üyelerin atanma ve görevden alınma usulüne, görev sürelerine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın olup olmadığına bakmakta, üyelerin dışarıdan gelecek etkilerden korunmaları için yeterli güvenceye sahip olup olmadıklarını, bağımsız bir görüntü verip vermediklerini değerlendirmektedir.<sup>4</sup>

#### • Mahkemenin Tarafsız Olması

Mahkemenin tarafsızlığı objektif ve sübjektif olarak iki açıdan değerlendirilmesi gereken bir koşuldur. Mahkemenin objektif tarafsızlığı, dış dünyada mahkemenin gördüğü davada tarafsız olduğu kanaatini uyandırmasıdır. Bu bakımdan soruşturma aşamasında savcılık görevini yürütmesi, savcılığın sanığın suçlu olduğuna dair kurumsal inancı sebebiyle mahkemenin tarafsızlığını ortadan kaldıracaktır. Mahkemenin sübjektif tarafsızlığı ise mahkeme hâkiminin kişisel tarafsızlığını belirtir. Kendisinin veya yakınlarının davasına bakma yasağı bu ilkedden kaynaklanmaktadır. Kural

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesinin, Askeri Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 25/2 maddesinin iptaline ilişkin 16.06.2011 tarih ve 2010/32 E., 2011/105 K. Sayılı karar gerekçesinden.

<sup>4</sup> Hüseyin Cem Eren, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 33.

olarak hâkimler sübjektif tarafsızlığa sahiptirler. Ancak bu tarafsızlığın olmadığına ilişkin somut iddialar var ise bu durumda hâkimin sübjektif tarafsızlığının varlığı tartışılacaktır.

#### • Yargılamanın Makul Sürede Sonlanması

Bu ilke gerek hukuk gerek ceza yargılamalarında, kişilerin, davalarının nasıl sonuçlanacağı endişesiyle uzun süre yaşamasının engellenmesi ve yargılama işlemlerinin sürünce kalmamasının önüne geçilmesi amacıyla adil yargılanma hakkı içerisinde düzenlenmiştir.

Makul sürenin belirlenmesinde öncelikle davanın başlama süresinin tespiti gerekmektedir. Bu süre hukuk ve ceza yargılamalarında farklıdır. Hukuk davaları (özel hukuk ilişkilerinden doğan davalar) bakımından makul sürenin başlangıç anı, kural olarak, mahkemeye başvuru tarihi, yani, davanın açıldığı tarihtir. Ancak, mahkemeye başvurmadan önce idari bir makamdan karar alma gibi özel bir durum öngörülmüşse, makul süre idari makama müracaat tarihinde işlemeye başlar. Başka bir deyişle, bazı özel durumlarda girişimin niteliği göz önünde tutularak karara bağlanacak uyuşmazlığın ortaya çıktığı daha önceki bir tarih de makul sürenin başlangıcı olarak kabul edilebilmektedir. Buna örnek olarak AİHM'nin Konig-Almanya davasını verebiliriz. AİHM, bu davadaki kararında, klinik işletme ve tıp mesleğini icra etme yetkileri iptal edilen başvurucu için dikkate alınacak sürenin başlangıcı olarak idare mahkemesine başvuru tarihini değil, başvurucunun söz konusu yetkilerini iptal eden idari makamın kararına itiraz ettiği tarihi kabul etmiştir.<sup>5</sup> Ceza davaları bakımından bu sürenin başlangıcı, ilgilinin suç şüphesi altına girmesidir. Bu nedenle makul süre, çoğu zaman olayın ceza hâkimi önüne götürülmesinden önce, polis yahut savcılık soruşturmasına başlandığı tarihte işlemeye başlayabilecektir.

Davanın makul sürede sonuçlanıp sonuçlanmadığının tespiti için yargılamanın başlan-

gıcının belirlenmesinden sonra yargılamanın ne zaman sonuçlandığının da belirlenmesi gerekir. Sürenin sonu mümkün ve olası kanun yolları dâhil, yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihtir. Kural olarak, Anayasa Mahkemesi önünde geçen süre, Anayasa Mahkemesinin kararı, asıl davanın esasını doğrudan doğruya etkiler nitelikte değilse, makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaz. İdare mahkemelerince verilen bir karara uygun olarak idarece bir işlem tesis edilinceye kadar geçen süre yargılama süresi kapsamında sayılır.

Makul sürenin somut ve tüm davalarda uygulanabilecek bir ölçütü yoktur. Bunun için AİHM her davada, davanın kendi özel koşulları çerçevesinde bu sürenin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, bu sürenin tespitinde bazı ilkeler de belirlemiştir. Bunlar; davanın karmaşıklığı, başvuranın tutumu ve adli mercilerin tutumudur.

Davanın karışıklığı, süreyi etkileyen faktörlerden biridir. Gerek hukuki meselenin çözümündeki güçlük, gerekse delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde karşılaşılan zorluklar, engeller, bu kapsamda mütalaa edilebilir. Ulusal veya uluslararası makamlar arasındaki yazışmalar, davanın süjeleri arasındaki iletişim, davanın nakli gibi sorunlar, yargılananların çokluğu, tanıkların çokluğu gibi etkenlerle birleştiğinde, yargılama süresinin "makul olma" ölçüsünü aşması kaçınılmaz olmaktadır.

Başvurucunun (davacı, davalı veya sanık) yargılama sırasındaki tutumu ise bir diğer ölçüttür. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için devletten kaynaklanan gecikmelerin olmaması gerekmektedir. Devlet, başvurucunun tutumundan kaynaklanan gecikmelerden sorumlu değildir. İlgili, yargılamada sürati sağlamak üzere, kendisine düşeni yapmalı, geciktirici taktiklerden kaçınmalı, kendisine tanınmış usuli haklara ilişkin adımları atarken gerekli özeni göstermelidir. Bu kapsamda, ilgilinin mahkeme tebligatlarını almaktan kaçınması gibi davranışlar mercilere atfedilemez; bu tür gecikmeler "önemsemeyen" tarafa atfedilir. Tarafın, yargılamanın başından beri gereksiz görülen başvuruları, hiç bir başarı şansı bulunmayan talepleri/önerileri, kasti engelleme sayılır.

<sup>5</sup> Tacettin Kabatepe, *Hukuk Yargılamasında (Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak) Makul Süre*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 62.

AIHM'nin dikkate aldığı son ölçüt ise yetkili mercilerin tutumudur. Devlet, kendi idari ve yargısal organlarına atfedilebilecek gecikmelerden sorumludur ve gerekli olan özeni göstermek ve süratle hareket etmek yükümlülüğündedir. Merciler, muameleleri hızlandırma ödevi altındadır. Eğer muamelelerin ilerlemesinde ihmallerinden dolayı başarısızlığa düşerlerse, araştırmanın ve adli takibatın durmasına izin verilerse veya belirli önlemleri almada makul süreyi aşarlarsa yargılama/takibat süresinin "makul süreyi" aştığı kabul edilir. Benzer şekilde, bizzat ceza yargılama sistemi, davaların hızlı şekilde karara bağlanmasını engelliyorsa, makul sürede yargılanma hakkı yine ihlal edilmiş olabilir. Yargısal organlar, kamu davasının açılması konusundaki gecikmeler veya davanın daha sonra başka mahkemelere gönderilmesi nedeniyle ortaya çıkan gecikmeler veya raportör atanmasındaki gecikmelerden sorumlu tutulabilmektedir. Ancak adaletin gerçekleşmesi yönünde aldıkları, davaların birleştirilmesi, ayrılması, delil toplama gibi tedbirler nedeniyle davaların uzaması, Avrupa Komisyonu ve AIHM tarafından makul bulunmaktadı.

- **Yargılamanın Aleni Yapılması ve Hükümün Aleni Verilmesi**

Aleni yargılanma hakkı hem kişiler hem de devletler için güvence teşkil eden bir hak ve yükümlülüktür. Kişiler aleni yargılanma sayesinde keyfiliklere karşı kendilerini güvende hissedecek, devletler de yargılamanın denetlenebilir olması nedeniyle hukuk güvenliğini tesis edebileceklerdir. Sözleşmenin 6. maddesi yargılamanın aleniyetinden söz ederken aynı zamanda hükümün de aleni olarak verilmesini düzenlemiştir. Bu şekilde kararların kamuoyu tarafından doğrudan öğrenilerek toplumun adalet duygusunun zedelenmemesi ve millet adına verilen kararların millet tarafından kontrolünün sağlanabilmesi amaçlanmıştır.

Hükümün aleni verilmesinden anlaşılması gereken ise; hükümün herkes tarafından ulaşılabilir olmasıdır. Yani hükümün salt şekli bakımından aleni olarak tefhim edilmesi değil fakat başka surette de ulaşılabilir olması amaçlanmaktadır. Örneğin mahkeme tarafından okunması, ilan panosuna asılması, elektronik

ortama aktarılması vb. şekillerle bu aleniyet sağlanabilecektir.

Aleni yargılanma hakkı bazı hâllerde sınırlandırılabilir. Maddede "*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.*" denilmekle sınırlandırmanın kriterleri belirtilmiştir. Bu sınırlandırmanın sınırı ise "demokratik toplumda uyulması gereken ilkeler"dir. Burada şu hususun da belirtilmesi gerekir ki; aleni yargılamanın sınırlandırılması, bir veya birkaç sınırlandırma nedeninin varlığı şartıyla münhasıran adaletin yararına olarak ve mahkemenin vereceği kararla olabilir.

AIHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen bu haklar, hem hukuk hem de ceza yargılaması için, adil yargılanma hakkının içerdiği ortak haklardır. Maddenin 2. ve 3. fıkrasında belirtilen haklar ise münhasıran ceza yargılamasına ilişkin haklardır.

- **Suçlanan Kişilerin Suçluluğu Sabit Olana Kadar Suçsuz Sayılması**

Masumiyet karinesi olarak da adlandırılan bu hak, ceza yargılamasında suçlanan kişilerin (şüpheli, sanık) yargılama sonuçlanıp mahkûmiyetlerine ilişkin hüküm kesinleşmedikçe suçlu sayılmayacaklarını belirtmektedir.

AIHM, masumiyet karinesinin ancak bir suçlamanın mevcudiyeti hâlinde ve suçlama anından itibaren yargılamanın tüm sürecinde geçerli olduğunu kabul etmektedir. Yine ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi de bu hakkın doğal sonucudur.<sup>6</sup>

Masumiyet karinesinin anlamından yola çıkılarak ulaşılacak bir sonuç da, suç isnadına hedef olan kişilere, kendilerini savunma hak-

<sup>6</sup> Hamdi Yaver Aktan, "Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılama İlkeleri", (Çevrimiçi) <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/311.pdf>, 10.12.2011.

kının verilmesi zorunluluğudur. Sanığın suçsuz kabul edilmemesi durumunda, ona savunma hakkı tanınmasına veya en azından, savunma hakkının muhakemede temel öneme sahip bir hak olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Sanık suçsuz kabul edildiği içindir ki, muhakeme yapılmakta ve maddi gerçek aranmaktadır.<sup>7</sup>

Masumiyet karinesi ile bağlantılı olarak, karşımıza susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı çıkar. AİHS madde 6'da açıkça belirtilmemekle beraber susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı, bu maddedeki adil yargılanma fikrinin temelini oluşturan uluslararası standartlarda genel kabul görmüş haklardır. Bu hakların amacı; yetkililerin uygun olmayan zorlamalarına karşı sanığın korunmasına ve böylelikle adli hataların önlenmesine ve 6. maddenin amaçlarının gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır. Kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleriyle elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayanır.

AİHM'ye göre susma hakkı mutlak değildir. Mahkeme, sanık aleyhine olan delilleri değerlendirmeye çalışırken, sanığın ceza yargılaması sırasında susmaya karar vermesi hiçbir sonuç doğurmayacak değildir. Mahkemeye göre, sanığın susmasından tersine sonuç çıkarmanın AİHS madde 6'yı ihlal etmediğinin anlaşılması için davanın koşullarının dikkate alınması, yerel mahkeme tarafından deliller değerlendirilirken susmaya verilen ağırlığa ve mevcut durumdaki zorlama derecesine bakılması gerekir.<sup>8</sup>

Masumiyet karinesi hakkında belirtilmesi gereken bir husus da, kavramın suçlanan kişilerin suçsuzluğuna delalet eden bir anlam taşımadığıdır. Gerçekten hiçbir suç şüphesi altında bulunmayan, hakkında hiçbir soruşturma veya kovuşturma bulunmayan kişiler için masumiyet karinesinin hiçbir anlamı ve hukuki sonucu bulunmamakta, yine şüpheli veya sanık dışındaki ceza yargılaması sùjelerinden tanık, bilirkişi, müdafî veya savcı hakkında da bu karine bir değer taşımamaktadır. Özetle

hiçbir suç ithamı yokken masumiyet karinesinin anlam bulacağı sùje de yoktur. Şu hâlde karinenin suçlanan kişi için taşıdığı değer nedir?

Kısaca ifade etmek gerekirse masumiyet karinesi ile şüpheli veya sanığın mahkûm olmanın sonuçlarıyla muhatap olmaması amaçlanmıştır. Bu anlamda şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturma devam ederken, kişiler hukukuna ilişkin hakları sona ermeyecek, sosyal ve ekonomik durumlarında değişiklik yapılamayacaktır. Örneğin yargılama ne kadar uzun sürerse sùrsün sanığın çocukları üzerindeki velayet hakkı devam edecek, kendisine vasi atanamayacak, varsa memuriyeti sona ermeyecek, ekonomik varlıklarına el konulamayacaktır.

Ancak şüpheli veya sanık hakkında henüz mahkûm olmadan bir takım tedbirlerin alınması da mümkündür. Şüpheli veya sanığın suçtan kaynaklanan malvarlığına el konulması, adli kontrole tabi tutulması, tutuklanması gibi tedbirler sık sık başvurulmuş işlemlerdir.

Peki, henüz hakkında mahkûmiyet hükmü kesinleşmemiş bir kimsenin tutuklanması masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmekte midir? Yukarıda da belirtildiği üzere masumiyet karinesi kişilerin suçsuzluğuna delalet etmemektedir. Şüpheli veya sanık olma hukuki bir statü olup bu statüde diğer kimselerden farklı işlemlere tabi tutulmak olağan ve gereklidir. Hakkında hiçbir soruşturma ve kovuşturma bulunmayan bir kimseyi doğrudan tutuklamak asla mümkün değilse de hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin kuvvetli suç şüphesi bulunan bir şüpheliyi tutuklamak yerindedir denebilir. Zira birincisi suçsuz, ikincisi suçlu değil ancak şüphelidir. Bu nedenle şüphelinin tutuklanması masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmemekle birlikte yine de suçlu olmanın hukuki sonuçlarına muhatap olmayacaktır.

#### • Suçlanan Kişilerin Asgari Bazı Haklara Sahip Olması

1) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; bu hüküm şüpheli veya sanığın bilgilendirilmesinin devletin takdirine bırakılmadığını, zorunlu olduğunu belirtmesi açısından önemlidir.

<sup>7</sup> Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD, C: 48, S: 1, s. 140.

<sup>8</sup> Kabatepe, a.g.e., s. 41.

- 2) Savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; bu hüküm savunma hakkının kullanılabilmesi için gereken şartların sağlanmasını düzenlemektedir. Dikkat edilecek olursa somut ölçüler kullanılmayarak her olayın şartlarına göre 'zaman' ve 'kolaylıkların' belirlenmesi amaçlanmıştır. Davanın karmaşıklığına göre savunma hazırlama süresinin uzayabilmesi gibi avukatların şüpheli veya sanıklarla görüşmelerinin hiçbir izne bağlanamaması da bu hakkın kapsamında yer alır.
- 3) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek; savunma hakkının düzenlendiği bu fıkra öncelikle sanığın kendini savunma hakkının engellenemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte isteği hâlinde avukat seçebileceği, mali imkânı el vermiyorsa avukat yardımı talep edebileceği de hüküm altına alınmıştır. Burada özellikle belirtilmesi gereken ilk husus mali olanağı yetersiz olan şüpheli veya sanığın avukat seçemeyeceği sadece talebi ile avukat görevlendirilebileceği, diğer husus ise bu talebin tüm suçlar yönünden değil belli ağırlıktaki suçlar yönünden kabul edilebileceğidir. Gerçekten de 'adaletin selameti gerektiriyorsa' ifadesinin anlamı ve uygulaması da bu şekildedir.
- 4) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çekirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek; silahların eşitliği ilkesi olarak anılan bu hüküm aslında 6. maddenin 1. fıkrasında belirtilen yargılamanın 'hakkaniyete uygun' olarak yapılmasını isteme hakkı kapsamında değerlendirilen ve somutlaşan bir hâlden ibarettir. Silahların eşitliği ilkesi, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen adil yargılanma gereğinin merkezi bir tamamlayıcı parçasıdır ve aynı zamanda eşitlik ilkesinin özel bir biçimini oluşturmaktadır. AİHM'nin kararlarına göre; her bir tarafa kendi olgularını kanıtlarıyla birlikte, hasmının aleyhine bir sonuç do-

ğurmama koşuluyla, sunma şansı tanınmalıdır. Tarafların usul hukuku bakımından, kural olarak eşit konumda olmaları sağlanmalıdır. Karşı tarafın bu olanaktan fiili olarak yararlanıp yararlanmadığı değil, aksine bu tür bir olanağın hasım tarafından kullanılabilip kullanılamayacağı esas alınır.<sup>9</sup>

- 5) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak; bu hüküm şüpheli veya sanığın mahkemede kullanılan dili anlamaması veya kendisini bu dille ifade edememesi hâlinde oluşabilecek eşitsizliği gidermeyi amaçlamaktadır. Tercüman masraflarının devletçe karşılanmasının nedeni de hükümün salt yargılamada eşitliği sağlamaya dönük olmasıdır.

Kanaatimizce şüpheli veya sanık müdafinin mahkemede kullanılan dili anlaması bu hakkın kullanımına engel teşkil etmemeli yine dili anlamadığı veya konuşmadığı açıkça anlaşılan kişiler bakımından talebin varlığı aranmamalıdır. Zira müdafinin varlığı hukuki savunmaya ilişkin olup somut vakaların mahkemece değerlendirilmesi ancak şüpheli ve sanığın doğrudan anlatımına bağlıdır. Ayrıca hükümün amacı dikkate alındığında tercüman talebinde bulunmanın zorunlu sayılmayacağı, hükümde yer almayan bir şartın var sayılması daraltıcı yorum kapsamında hakkın ihlaline yol açacaktır.

Çalışmamızın ana konusu bu hükümün adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi olmakla birlikte bu kısımda sadece düzenlemenin amacını belirtmekle yetineceğiz. AİHM'nin ve Yargıtay'ın konu hakkındaki içtihatlarına ve değerlendirmelerimize sonuç kısmında yer vereceğiz.

### 3. Adil Yargılanma Hakkının Sınırlandırılması Sorunu

Hakların sınırlandırılması sorunu İnsan Hakları Hukuku'nun genel teorisinde tartışılan başlıca konulardandır. Çalışmamız bakımından bu konunun ele alınması mümkün değilse de

<sup>9</sup> Ender Anaklı, *Silahların Eşitliği İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 14.



adil yargılanma hakkı açısından kısa bir değerlendirme yapmak gereklidir.

Bir takım temel insan haklarının sınırlandırılması mümkün değilken (yaşam hakkı, işkence yasağı gibi), bazı hakların belli koşullarla ve sınırlarla sınırlandırılması mümkündür (seyahat özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi). Öncelikle şu hususun belirtilmesi gerekir ki; insanlık tarihsel süreçte tüm hakların sınırlandırıldığına şahitlik etmiştir. Orta Çağ'da gerçeğe ulaşmak için sanıklara işkence yapılabilirdiği gibi savaşlarda düşmanın yaşam hakkının sınırlandırıldığı da bilinmektedir. Modern insan hakları anlayışında bazı haklar tüm şartlarda dokunulmaz sayılarak sınırlandırılmaları önlenmiştir. Sınırlandırılabilen hakların sınırlandırılması için ise öncelikle yasal düzenleme ve sınırlandırmanın sınırlarına riayet şartı getirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında adil yargılanma hakkının sınırlandırılabilceği ilişkin normatif bir düzenleme bulunmadığı açıktır. AİHS'nin 6/1 maddesinde belirtilen sınırlandırma ölçütlerinin münhasıran "hükümün açık verilmesi"ne ilişkin olduğu tartışmasız olmakla bu ölçütlerin adil yargılanma hakkının sınırlandırılması ölçütleri olamayacağı son derece açıktır. Bundan başka yukarıda yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere adil yargılanma hakkı usule ilişkin bir teminat olması bakımından sınırlandırılması doğası gereği mümkün olmayan bir haktır. Nitekim hiçbir koşulda "masumiyet karinesinin" veya "tarafsız mahkemede yargılanma hakkı"nın sınırlandırılması mümkün görülmemiş ve uygulama alanı bulamamıştır. Aksi hâlde sınırlandırılması mümkün olmayan haklar dahi dolaylı olarak sınırlanmış olacaktır.

## II.

### DİL, RESMÎ DİL, ANA DİLİ KAVRAMLARI

#### 1. Dil

Dil kavramı sözlükte; insanların düşüncelerini ve duyduklarını bildirmek için kelimelerle veya işaretlerle yaptıkları anlaşma, lisan olarak tanımlanmaktadır. İnsanın davranışları ve söyledikleriyle var olduğunu kabul ettiği-

mizde, dilin varlığımızın dışavurumunda nedenli önemli olduğu anlaşılmış olacaktır.

#### 2. Resmî Dil

Resmî dil, bir ülkenin yasaları tarafından kabul edilen devlet dili olarak tanımlanabilir. Resmî dilin hukuki anlamı ise devlet işlerinde kullanılan dil olmasıdır. Bununla birlikte resmî dil devletin esaslı unsuru sayılamaz. Zira resmî dili olmayan ülkeler (Avustralya gibi) olduğu gibi birden çok resmî dili olan ülkeler de bulunmaktadır. Türkiye açısından bakıldığında 1876 Kanunuesasi'den günümüze tüm anayasalarda resmî dil düzenlemesi bulunmaktadır. (Kanun-i Esasi, madde 18; 1921 Anayasası, madde 2; 1924 Anayasası, madde 2; 1961 Anayasası, madde 3; 1982 Anayasası, madde 3.)

#### 3. Ana Dili

Ana dili kişinin ailesinden ve içinde yaşadığı topluluktan edindiği dil olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan da açıkça anlaşıldığı üzere ana dili edinilen dildir. Bu nedenle insanların içsel dünyalarında var olan tüm kavram ve algıları esasen bu dille oluşur. Kişi bu dille kendini anlatmaya, çevreyi tanımaya ve kavramlarını oluşturmaya başlar. Şüphesiz kendisini en iyi bu dille ifade eder.

Toplumsal iletişim ve etkileşimin sonucu olarak tarih boyunca insanlar gerek sosyal gerek teknik ihtiyaçlardan gerekse zorunluluktan ana dilleri dışında başka dil veya diller öğrenmişlerdir. Ancak öğrenilen hiçbir dil edinilen dilin yerine kaim olamamakta, küçük yaşlardan itibaren kullanmama hâli dışında, ana dili unutulmamaktadır. Kişi kaç yabancı dil öğrenirse öğrensin kendini en çok ana dilini konuşurken rahat hissetmektedir.

Ana dilinin sosyal alandaki etkilerinin hukuk alanında aynı derecede olduğu söylenebilir. Zira hukuk düzeni, kural olarak, her alanda asgari ortak payda tesisini amaçlar. Bu nedenden ki hemen hemen tüm anayasalar resmî dili düzenlerken, ana dili konusunda düzenleme yapan anayasa bulunmamaktadır. Ancak bu durum ana dilinin hukuk alanında

“yok hükmünde” sayılacağı sonucunu doğurmayacaktır. Zira sosyolojik olguların varlığı hukuki tanzime muhtaç değildir. Ancak bu husus çalışmamızın kapsamını aşacağından bu kadar açıklamayla iktifa edeceğiz.

### III.

## ANA DİLİNDE SAVUNMA TALEPLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmamızın giriş kısmında da belirttiğimiz gibi ana dilinde savunma talepleri son dönemlerde bazı davalarda sıkça gündeme gelmekle tartışılmaya başlanılmıştır. Özellikle kamuoyunda siyasi davalar olarak adlandırılan “Devletin Güvenliği Aleyhine İşlenen Suçlar” kapsamında yürütülen davalarda sanıkların Türkçeyi bilmelerine rağmen ana dillerinde savunma yapma taleplerinin mütemadiyen yargılama makamlarınca reddedilmesi sebebiyle konu güncelliğini korumaktadır.

Yakın zamanda temyiz incelemesi için Yargıtay’da görülen davalarda yüksek mahkeme, ana dilinde savunma taleplerinin kabul edilemeyeceğini belirterek yerel mahkemelerin taleplerin reddine dair kararlarını onamış ve iç hukuk bakımından bu konuda hukuk yolları bu aşamada tükenmiştir.<sup>10</sup>

Konunun adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesini yapmadan önce şu hususu belirtmeliyiz ki; hâlen görülmekte olan davalarda sanıklar, söz konusu taleplerin hukuki dayanağı olarak AİHS’nin 6. maddesini ve Lozan Barış Antlaşması’nın 39/5. maddesini göstermektedirler.

AİHS’nin 6. maddesini yukarıda belirtmiştik.

Lozan Barış Antlaşması’nın 39. maddesi:

“Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk yurttaşları Müslümanlarla özdeş medeni ve siyasal haklardan yararlanacaklardır.

Türkiye’nin tüm halkı, din ayırt edilmeksizin, yasa önünde eşit olacaktır.

Din, inanç ya da mezhep farkı hiçbir Türk Yurttaşının medeni ve siyasal haklardan yararlanmasına ve özellikle genel hizmetlere kabulüne, memurluğa ve yukarı derecelere ulaşmasına, ya da çeşitli meslekleri ve sanatları yapmasına bir engel sayılmayacaktır.

Herhangi bir Türk yurttaşının gerek özel ya da ticaret ilişkilerinde, gerek din, basın ya da her türlü yayın konusunda ve gerek toplantılarda herhangi bir dili serbestçe kullanmasına karşı hiçbir sınır konulmayacaktır.

Resmî dilin varlığı kuşkusuz olmakla birlikte, Türkçeden başka dil ile konuşan Türk yurttaşlarına yargıçlar önünde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri için gerekli kolaylıklar gösterilecektir.”

Mahkemelerin talepleri ret gerekçesi ise özetle; Lozan Barış Antlaşması’nın 37-45 maddelerinin yer aldığı I. Bölüm 3. Kesimin bölüm başlığının “Azınlıkların Korunması” olduğu ve azınlıkların Müslüman olmayanlarla sınırlı olduğu, AİHS 6/3-e maddesinde açıkça “*Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımıyla para ödemeksizin yararlanmak*” şeklinde düzenleme yapıldığını yine 5271 sayılı CMK’nın 202/1 maddesinde de benzer şekilde “*Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.*” denilmek suretiyle bu hakkın sadece yeteri kadar Türkçe bilmeyenler için geçerli olduğudur.

Ana dilinde savunma talebinde bulunan sanıkların, esas olarak taleplerinin savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesini amaçladıkları görülmektedir. Savunma, adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturan temel bir hak olup ceza yargılamasına yön veren esas unsurdur. Gerçekten iddia, savunma ve hüküm makamlarının bir eylemin hukuk düzenindeki karşılığını tespiti için çalıştıkları ceza yargılamasının adil bir sonuca ulaşabilmesi için esas olan “savunma” faaliyettir. İddia makamı olmaksızın hatta iddia ve hüküm makamlarının tek olduğu ceza yargılaması modelleri uygulanmış olsa da savunmanın kabul edilmediği ceza yargılaması örneği bulunmamaktadır. Modern usul hukukunda adil yargılanmanın ancak etkin savun-

<sup>10</sup> Yarg. CGK. 11.10.2011 tarih ve 2011/10-182 E., 2011/204 K., Yarg. 9.CD.23.06.2011 tarih ve 2011/3883 E., 2011/3498 K. sayılı kararlar.

ma araçlarının varlığıyla gerçekleşebileceği tartışmasız kabul edilmektedir.<sup>11</sup>

Çalışmamızın kapsamı dışında kalmakla birlikte konunun savunma hakkı bakımından da değerlendirilmesinin yapılması mümkündür. Savunma hakkı, özü itibarıyla, sanığın üzerine atılı suça ilişkin iddiayı karşılayabilmesidir. Bunun için yani sanığın kendisini savunabilmesi için sanığı kısıtlayan herhangi bir kuralın olması mümkün değildir. Nitekim usule ilişkin kuralların bir kısmı iddia makamını bir kısmı hüküm makamını kısıtlarken sanığı kısıtlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin iddia makamının bilerek yalancı tanık dinlemeyeceği, içeriği doğru bile olsa usulsüz arama/dinleme sonucu elde ettiği bulguları kullanamayacağı hüküm makamının da bunları hükme esas alamayacağı düzenlenmiş iken, sanık bakımından bu sınırlamalar mevcut değildir. Bu nedendir ki sanığın “yalan söyleme hakkı” dahi bulunmaktadır.

Bununla birlikte sanığın savunma usulünü de kendisinin belirleyeceğini kabul etmek zorunludur. Zira savunma hakkı bütün olarak sanığın kendisini aklamaya amacına hizmet etmektedir. Sanığı belirlenen usullerle kendisini savunmaya zorlamak masumiyet karinesinin de ihlali sonucunu doğuracaktır. Sanık ceza yargılamasında güçsüz olan taraftır ve bu hâliyle hiçbir kısıtlama olmadan iddiayı karşılamasına izin vermek gerekmektedir. Dolayısıyla sanığın istediği dilde, istediği şekilde, istediği sürede ve istediği araçlarla kendisini savunabilmesi, ceza yargılamasında savunma hakkının tanındığına işaret edecektir. Bu noktada Yargıtay CGK. 11.10.2011 tarih 2011/10-182 E. 2011/204 K. sayılı kararında sanığın Türkçe bilmesine rağmen Kürtçe savunma talebinin “savunma hakkının kötüye kullanılması” olarak değerlendirilmesi yönündeki görüşe katılmadığımızı belirtmek gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere savunma hakkı, sanık bakımından, kötüye kullanılabilecek bir nitelik taşımadığı gibi sanığın yalan söylemesi, aleyhine olan delilleri saklaması/ileri sürmesi hâlinde dahi “savunma hakkının kötüye kullanımı” gibi bir sonuca varılması mümkün

değildir. Bu değerlendirmenin Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan “hakkın kötüye kullanımı yasağı”nın ceza yargılamasına kötü bir uyarlaması olarak hukuk tarihimizdeki yerini alacağını üzümlere belirtmek isteriz.

Ana dilinde savunma taleplerinin usule ilişkin bir hak olarak savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirttikten sonra konunun daha geniş olarak adil yargılanma hakkı kapsamından da değerlendirilmesi zorunludur. Öncelikle şu hususun açıklığa kavuşması gerekir ki; AİHS 6. maddesinde belirtilen haklar adil yargılanmayı sağlayan tüm hakları kapsamadığı gibi düzenlenen haklar açısından asgari niteliktedir. Bu nedenle bu hakların daraltılması sonucunu doğuran düzenleme veya uygulamalar doğrudan adil yargılanma hakkının ihlali sayılacak iken genişleten düzenlemeler veya uygulamalar ise aksine beklenen amaca hizmet edecektir. Nitekim AİHS 6/3 maddesi açıkça “Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir” demekle bu hususu belirtmiştir. Bu sebeple ana dilinde savunma talebinin kabulü hiçbir şekilde sözleşmeye aykırı sayılamayacaktır. Kanaatimizce sanığın ana dilinde savunma talebi savunma usulüne ilişkin olmakla esasen hüküm makamının denetimine ve iznine dahi tabi olması gerekir.

Ülkemizde yaşanan tartışmalar genel itibarıyla siyasi nitelik arz ettiğinden ana dilinde savunma talebinin hukuki yönü çoğu kez gözden kaçmaktadır. Oysaki çok önceleri AİHM’de görülen Zana-Türkiye davasında bu konunun tartışıldığı görülmektedir. Belediye başkanlığı yapmış ve Türkçeyi çok iyi bilen Mehdi Zana talimat yoluyla ifadesinin alınacağı mahkemede savunmasını Kürtçe vereceğini beyan etmiş ve mahkeme tarafından bu talep reddedilerek sanığın savunma hakkından vazgeçtiği belirtilmek suretiyle talimat iade edilmiştir. AİHM önüne giden davada bu hususa ilişkin olarak aynen;

“Hükümetin iddiasının aksine, başvurusunun Aydın Ceza Mahkemesinde usuli itirazlarda bulunması ve mahkemeye Kürtçe yanıt vermek istemesi hiçbir biçimde, açıkça savunma hakkından ve Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi önüne çıkmaktan vazgeçtiğini göstermez. Sözleşmeyle garanti altına alınan bir hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, bunun açıkça söylenmesiyle mümkün olabilir.”

<sup>11</sup> Detaylı bilgi için bkz.: Serhat Sinan Kocaoğlu, “**Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî**”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2010/3.

diyerek Türkçe bilen sanığın ana dilinde savunma yapma talebinin savunma hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Bu kararın doğuracağı sonucun ne olacağı tartışılabilir niteliktedir. Zira Mahkeme açıkça sanığın bu talebinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmemiştir. Ancak sanığın savunma hakkından vazgeçmiş sayılamayacağını belirtmesinin de bir anlamı olduğu açıktır. Kanaatimizce sanığın ana dilinde savunma talebinin reddi sebebiyle savunması alınamayacaksa hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması da söz konusu olamayacaktır. Zira sorgusu yapılmayan sanık hakkında CMK 193/2 ve 247/3 maddeleri uyarınca mahkûmiyet kararı verilmesi mümkün değildir. Şu hâlde ana dilinde savunma talepleri reddedilen ve mahkûm edilen sanıkların AİHM'ye başvurmaları neticesinde adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine ilişkin karar verilmesi sürpriz olmayacaktır.

Sonuç olarak belirtmemiz gereken nokta; ana dilinde savunmanın, bir usul meselesi olmakla tamamen sanığın tercihine bağlı olduğu ve hiçbir şekilde savunmanın yapılmasını engelleyecek bir pratiğe dönüşmemesi gerektiğidir. Yargılama makamlarının sanığa ait bir hakkın usulünü belirleme görev ve yetkileri olmadığı gibi bunun "hakkın kötüye kullanılması" olarak değerlendirilmesi de ceza usul hukuku bakımından mümkün değildir. Esasen sanığın ana dilinde savunma yapma isteği mahkemeye sunulan bir "talep" olmayıp "beyan"dan ibarettir. Mahkemelerin, sanıkların bu isteklere ilişkin siyasi amaçlarını değerlendirip adil yargılanma hakkını engellemeleri mahkemelerin tarafsızlığına da gölge düşürecektir. Zira mahkemelerin tarafsızlığı siyasi düşüncelere karşı tarafsızlığı da içine almaktadır.

## Kaynakça

- Aktan, Hamdi Yaver; "Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılama İlkeleri", (Çevrimiçi) <http://www.inhakb.adalet.gov.tr/aihs/311.pdf>, 10.12.2011.
- Anaklı, Ender; *Silahların Eşitliği İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- Başaran, Başar; *Adil Yargılanma Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- Eren, Hüseyin Cem; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- Feyzioğlu, Metin; "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD, C. 48, S. 1.
- Kabatepe, Tacettin; *Hukuk Yargılamasında (Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak) Makul Süre*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan; "Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2010/3.
- Oğuz, Hüseyin; *İdari Yargı Yönünden Adil Yargılanma Hakkı Esasları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2006.



# Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

İsmail ERGİN



## GİRİŞ

İnsanlar, ilk insan Âdem (a.)’den bu yana hep toplum hâlinde yaşama arzusu içerisinde olmuştur. Allah bizi bu fitrat üzere yaratmış ve bunu yüce kitabımız Kur’an-ı Kerim’de de belirtmiştir.<sup>1</sup> Her isteğini karşılamaya gücü yetmeyen insan, içinde bulunduğu toplumdaki diğer insanlarla etkileşime geçerek ihtiyaçlarını karşılamaya çalışmaktadır. Sadece ihtiyaçların karşılanması bakımından değil, diğer insanlara duyduğumuz ilgi, öfke ya da ferdi olarak yaptığımız eylemler sonucu diğer kişilerle etkileşim içerisine girmektediriz. Bu etkileşimin sonucu insanlar geçirdikleri çağlara ve kurdukları medeniyetlere rağmen hâlâ birçok sebepten dolayı çatışma içinde olmuşlardır. “*Kutsal Kitaplar, ‘Habil ile Kabil’ arasındaki uyuşmazlıktan bahsederler ve bu uyuşmazlık etrafında ihtilafların toplumsal barışı nasıl bozduğu insanlığına bir ‘ibret levhası’ çerçevesinde anlatılır.*”<sup>2</sup> Uyuşmazlıklar sonucu yerinden oynayan taşların tekrar yerine oturabilmesi ve adaletin sağlanabilmesi için insanlar ve devletler birtakım

uyuşmazlık çözüm yollarını ortaya çıkarmaktadırlar.<sup>3</sup> Bunların başında iktidarların kendi otorite ve yönetim sistemlerini korumayı önleyen hukuk kurallarına göre faaliyette bulunan mahkemeler gelmektedir. Uyuşmazlığın taraflarının başvurusu üzerine harekete geçen devlet mahkemelerinde taraflardan biri davayı kazanmakta, diğer taraf ise davayı kaybetmektedir.<sup>4</sup> Mahkemelerin dava yükünün artması, buna bağlı yargılama sürelerinin uzamasıyla çözüme ulaşmanın gecikmesi, yargılama masraflarının fazlalığı, yargılamanın ilerleyişinin tamamen tarafların tasarrufunda olmaması, yargılamanın aleniliği gibi sorunlar nedeniyle insanlar alternatif çözüm yolları bulma gayreti içindedirler. Alternatif çözüm yollarına başvurmanın sonucu az masrafla kısa zamanda her iki tarafın da kazandığı bir sonuca ulaşılmaktadır.

## UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

### 1. Klasik Çözüm Yolları

Klasik çözüm yolları olarak nitelendirebileceğimiz iki yöntem vardır: Devlet yargısı (yerel mahkemeler) ve tahkim. Bu iki çözüm yolunun ortak yönü kazan/kaybet esasına dayalı olarak, hâkim ya da hakemlerin yargı-

<sup>1</sup> Hucurât Sûresi, ayet 13: “*Ey insanlar! Doğrusu biz sizi bir erkekle bir dişiden yarattık. Ve birbirinizle tanışmanız için sizi kavimlere ve kabilelere ayırdık. Muhakkak ki Allah yanında en değerli olanınız, O’dan en çok korkanınızdır. Şüphesiz Allah bilendir, her şeyden haberdardır.*” (*Kur’an-ı Kerim Açıklamalı Meâli*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 3. baskı, Ağustos 2010).

<sup>2</sup> Cemal Şanlı, “*Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi İle Çözülmesi Ve MTO’nun ADR Kuralları*”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 22, Sayı 1, 2002, s. 57, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmhb/article/viewFile/2855/2449> (erişim: 05.10.2012).

<sup>3</sup> Yavuz Kaplan, “*Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış*”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 115, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmhb/article/viewFile/2444/2033> (erişim: 05.10.2012).

<sup>4</sup> Kaplan, a.g.m., s. 115.

lama sonucu uyuşmazlığı sonuçlandırmalarıdır. Uyuşmazlığı sonuçlandıran irade taraf değil hâkim ya da hakem iradesidir. Bazı yazarlar tahkim yargılamasını da yerel mahkeme yargılamasının bir alternatifi olması sebebiyle alternatif çözüm yollarından biri olarak kabul etmektedirler. Oysa tahkim, yerel mahkeme yargılamasının bir alternatifi de olsa özünde bir yargılama faaliyetidir ve sonucunda taraflar bakımından bağlayıcı ve nihai bir karar verilmektedir. Oysa birçok alternatif çözüm yöntemi sonucu verilen kararlar doğrudan icra edilebilir, bağlayıcı ve nihai bir karar değildir.<sup>5</sup>

Yerel mahkemelerde yargılama tarafların biri veya hepsinin başvurusu üzerine başlar ve otoritenin daha önceden belirlediği usule göre ilerler. Mahkemelerin iş yükünün artması ile yargılamalar aşırı uzamakta, masraflar artmakta ve sonuçta insanların adalete olan güvenleri azalmaktadır. Yerel mahkemelerde yargılamaların uzama nedeni sadece iş yoğunluğu değildir. Mahkemelerin bürokratik yapısı, buna uygun olarak izledikleri usul, hâkimlerin memur olmalarının sonucu devletin belirlediği kurullarla sıkı bir şekilde bağlı olmaları sonucu dostane aracı ya da uzlaştırıcı göreviyle hareket edememeleri de davaların uzamasına neden olmaktadır.<sup>6</sup>

Yerel mahkemelere alternatif olarak ortaya çıkan tahkim kurumu kaynağını bazen taraf iradelerinden bazen de yasal düzenlemelerde yer alan zorunluluk hükümlerinden almaktadır. Tahkimde yargılamanın daha kısa sürede sonuçlanması, yargılama yöntemine taraf iradelerinin çoğu zaman müdahale edebiliyor olması, yargılamanın gizli olarak ilerlemesi gibi nedenlerle özellikle ticari hayatta sıkça başvuru olan bir yöntem olmuştur.<sup>7</sup> Ancak tahkimin de olumsuz yönleri vardır. Taraflar yargılama sürecine kendi iradeleri ile katılmış olsalar bile bu durum, tarafların davacı ya da

davalı sıfatlarını almalarına engel değildir.<sup>8</sup> Bu durumda taraflar kutuplaşmakta, aralarındaki gerginliği artırarak husumeti tam olarak sona erdirmemektedir.

## 2. Alternatif Çözüm Yolları (AÇY) (Alternative Dispute Resolution-ADR)

Yargılamalarda usul, esasın önüne geçerek hem çözüm sürecini uzatmakta hem de gerginliği artırarak ileri dönemde tarafların kurucakları ilişkilere zarar vermektedir. Bu tür olumsuzlukların önüne geçebilmek için ve devlet yargısı üzerindeki yükün hafifletilebilmesi için her geçen gün yeni yeni alternatif çözüm yolları geliştirilmektedir.

Alternatif çözüm yollarından, “*uyuşmazlıkların, tarafsız üçüncü kişi/kişilerin yardımı ile çözümlenmeye çalışıldığı, başvurunun zorunlu ya da ihtiyari olabildiği; ancak ulaşılan çözümün kural olarak bağlayıcı olmadığı, yargılama faaliyeti dışında ya da yargılama faaliyeti sırasında başvurulabilen yöntemler*”<sup>9</sup> anlaşılmaktadır.<sup>10</sup> AÇY yöntemlerinde genelde tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık çözümüne müdahalesi vardır. Bu müdahale yöntemin türüne göre farklılık arz edebilir. Ancak birtakım AÇY yöntemlerinde ise üçüncü kişinin müdahalesi olmayıp, doğrudan taraf iradeleri ile uyuşmazlık sona erdirilmektedir.

Alternatif çözüm yollarında temel amaç, hukuki uyuşmazlık taraflarının karşılıklı görüşmelerde bulunarak, menfaat dengesi bakımından orta yolu bulmalarının sağlanmasıdır<sup>11</sup>. Bu yöntemlerde davacı ve davalı olmadığı gibi sonunda kazanan ve kaybeden de yoktur. Tarafların her ikisi de birtakım haklarından ödün vererek kazançlı duruma gelmektedir. Taraflar arasında gerginlik olmadığı için sonraki süreç-

<sup>5</sup> Gizem Ersen Perçin, “**Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri**”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 31, Sayı 2, 2011, s. 181, 6 numaralı d.n. <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmh/article/viewFile/18693/17889> (erişim: 05.10.2012).

<sup>6</sup> Şanlı, a.g.m., s. 58.

<sup>7</sup> Ersen Perçin, a.g.m., s. 179.

<sup>8</sup> A.g.m., s. 180.

<sup>9</sup> Süha Tanrıver, “**Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk**”, *TBB Dergisi*, Sayı 64, Yıl 2006, s. 151. (Nakleden: Malike Polat, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 25.

<sup>10</sup> Şanlı, a.g.m., s. 59.

<sup>11</sup> Ersen Perçin, a.g.m., s. 180.

te ilişkilerini dostane bir şekilde devam ettirebileceklerdir. Bu yönüyle AÇY yöntemleri ilişkileri tahrip etmeden hukuki uyuşmazlıkları tasfiye etme imkânı sunmaktadır. Bu şekilde ihtilaf çözümünde husumet büyüyüp, derinleşmeden ve ciddi masraf ve zaman kaybına yol açmadan ihtilaflar tasfiye edilebilmektedir.<sup>12</sup>

Klasik ihtilaf çözüm yolları olan yerel mahkeme ve tahkim yargılaması usulünde, hâkim ve hakemler sadece ihtilafın kendisi ile meşgul olmakta, ihtilafın arka planına inememektedirler. Ancak ihtilaflar, önemli ölçüde belirli sosyoekonomik ve psikolojik şartların sonuçlarıdır. İhtilafları doğuran ve onları besleyen sosyal, ekonomik ve psikolojik ortam analitik bir değerlendirmeye tabi tutularak, taraflar arasındaki anlaşmazlık, yine tarafların itibar ettiği tarafsız ve uzman bir üçüncü kişinin müdahalesi ile sona erdirilebilir, uyuşmazlık karşılıklı anlayış ortamı içinde tasfiye edilebilir.<sup>13</sup>

Alternatif çözüm yollarının tümü için geçerli olan birtakım ortak özellikler vardır. Bu özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

**İrade Serbestisi:** Uyuşmazlığın tarafları alternatif çözüm yollarına kendi iradeleriyle, istedikleri zaman başvurabilirler. Bu irade tarafların hukuki ilişkiye başladıkları anda ortaya çıkabileceği gibi söz konusu hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın doğmasından sonra da oluşabilir ve bu yöntemlerden biri uygulanabilir.

Bazen taraflar aralarındaki sözleşmeye, herhangi bir uyuşmazlık çıktığında öncelikle alternatif çözüm yöntemlerine başvuracaklarına ilişkin bir hüküm yerleştirirler. Böyle bir hükme rağmen, hukuki uyuşmazlık çıktığında, taraflardan biri doğrudan yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurursa, hâkimin ya da hakemin görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermesi mümkün müdür? Burada kanunun emredici bir hükmüne değil,<sup>14</sup> sadece

sözleşme hükmüne aykırılık söz konusudur. Bu durumda, alternatif çözüm yöntemlerini atlayarak doğrudan yerel mahkeme ya da tahkim yargılamasına başvuran tarafın, alternatif çözüm yöntemleri ile bu uyuşmazlığın çözülmesini istemediği, çözülsün bile karara uymayacağı iradesi ortaya konmuş olduğundan, sanki alternatif çözüm yolları tüketilmiş ancak hukuki uyuşmazlık çözülmemiş olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla yerel mahkeme veya tahkim<sup>15</sup> yargılamasında, yetkisizlik kararı verilmemelidir.<sup>16</sup>

**Esneklik:** Taraflar seçtikleri AÇY yönteminin kurallarını, usulünü kural olarak istedikleri gibi belirleyebilirler. Tarafsız üçüncü kişiye geniş faaliyet alanı bırakabilirler. Ayrıca taraflar AÇY yöntemlerini geliştirebilirler. Esnek yapı, medeni yargılamada olduğu gibi sınırlı çözüm ve kurallarla kısıtlı değildir ve pek çok kombinasyonu bünyesinde barındırmaktadır.<sup>17</sup> Alternatif çözüm yöntemleri katı sınırlarla çerçevelenmemiştir.

**Taraf İşbirliği:** Alternatif çözüm yöntemleri gönüllülük ilkesinin bir sonucu olarak taraflar arası işbirliği<sup>18</sup> ve görüşmelere dayanmaktadır.

**Taraf Menfaatine Yoğunlaşma:** AÇY yöntemleri, hak temelden çok menfaat temellidir.<sup>19</sup> Medeni yargı uyuşmazlığı yasal çerçeve içerisinde çözebilmekte ve tarafların kazanımlarını azaltmaktadır. Menfaat temelli bir çözüm izlendiğinde uyuşmazlıkla tam olarak

(2) Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.

<sup>15</sup> **6100 sayılı Kanun: Tahkim İtirazı Madde 413-** (1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder.

(2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir.

<sup>16</sup> Perçin, a.g.m., s. 183.

<sup>17</sup> Polat, a.g.e., s. 31.

<sup>18</sup> Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 11.

<sup>19</sup> Yeşilirmak, s. 11.

<sup>12</sup> Şanlı, a.g.m., s. 59.

<sup>13</sup> A.g.m., s. 60.

<sup>14</sup> **6325 sayılı Kanun: İradı olma ve eşitlik Madde 3-** (1) Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.

bağlantılı olmayan noktaların aydınlatılması da mümkün olabilmektedir. AÇY yöntemleri hem uyumsuzluğun odağını yasal haklardan menfaatlara kaydırmaya çalışmakta hem de yasal tali çözümleri daha etkili ve tatmin edici sonuçlara ulaşabilmek için değerlendirmektedir.<sup>20</sup>

**Tarafların Çözüm Sürecine Dâhil Olması:** Taraf iradelerinin bu şekilde ön plana çıkarılmasıyla taraf menfaatleri daha fazla devreye girerek uyumsuzluk iki tarafın da kazançlı çıkabileceği bir şekilde sonuçlanacaktır. Tarafların çözüm yönetiminde etkin hâle gelmesiyle daha hızlı, kalıcı ve yaratıcı bir çözüme ulaşılabilecektir.<sup>21</sup>

**Gizlilik:** AÇY yöntemleri güven esasına dayalı uyumsuzluk çözüm yollarıdır. Güveni sağlayıcı en önemli unsur gizliliktir.<sup>22</sup> Bu nedenle medeni yargıdan daha hassas bir şekilde gizliliğe dikkat edilmektedir. Gizlilik unsuru sayesinde taraflar daha rahat ve açık şekilde tartışabilecek, daha fazla belge sunabileceklerdir. Özellikle ticari hayatta güvene dayanan ilişkilerin korunması açısından gizlilik önem arz etmektedir.<sup>23</sup>

**Az Masraf:** Maliyet seçilen yöntemeye göre değişse de AÇY yöntemleri, usulî masraflar (avukatlık ücreti, mahkeme harçları, hakem ücreti, tahkim masrafları, bilirkişi ücretleri gibi<sup>24</sup>) dolaysız, sarf edilen enerji gibi dolaylı maliyetleri azaltmaktadır.<sup>25</sup>

**Zamandan Tasarruf:** AÇY yöntemlerinde uyumsuzluk çözümü menfaat temeline dayandığı için taraflar olabildiğince hızlı bir şekilde çözüme ulaşmaya çalışacaklardır. Ayrıca klasik çözüm yöntemlerindeki bürokratik yapıdan kaynaklı hantallığın olmayışı da çözüme daha hızlı ulaştırmaktadır.

AÇY yöntemlerinin ortak özelliklerini inceledikten sonra arabuluculuğa geçmeden önce konuyu farkları görerek daha iyi kavrayabilmemiz için uygulamada karşılaşma ihtimali

yüksek olan yöntemleri kısaca açıklamakta fayda görmekteyim.

### a. Müzakere (Doğrudan Görüşme)

Müzakere, doğrudan görüşme ya da uzlaşma, tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuda bir uyumsuzluk çıktığında uyumsuzluğu müzakere ederek yani karşılıklı görüşerek,<sup>26</sup> üçüncü bir kişinin yardımına başvurmaksızın, çözmeye çalışmaları demektir. Taraflar AÇY sürecini ve çözümünü bizzat kontrol etmektedirler.<sup>27</sup> Görüşmeler sonunda bir sonuca ulaşırsa taraflar uzlaşma metni hazırlarlar yani sulh anlaşması yaparlar ve bu metin bir anlaşma olarak her zaman icra edilebilir. Sulh anlaşması mahkeme huzurunda yapılırsa bu anlaşma İİK 38. madde anlamında ilam niteliğinde belge sayılır. Kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren ve noterde düzenleme şeklinde yapılan sulh anlaşmaları da aynı maddeye göre ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Bu hâllerde yapılan sulh anlaşmaları ilamlı icra hükümlerine göre kolaylıkla icra edilebilecektir.<sup>28</sup>

### b. Avukatlık Kanunu Madde 35/A<sup>29</sup>

Etkin bir sonuç bağlanarak doğrudan görüşme yapma yetkisi, tarafların yanı sıra avukatlara da verilmiştir.<sup>30</sup> Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konularda dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce taraf avukatları müvekkilleri ile birlikte müzakere yapar-

<sup>20</sup> Polat, a.g.e., s. 32.

<sup>21</sup> A.g.e., s. 33.

<sup>22</sup> Yeşilirmak, s. 12.

<sup>23</sup> Polat, a.g.e., s. 33.

<sup>24</sup> Yeşilirmak, s. 12.

<sup>25</sup> Polat, a.g.e., s. 33.

<sup>26</sup> Yeşilirmak, s. 13.

<sup>27</sup> Kaplan, a.g.m., s. 118.

<sup>28</sup> Yeşilirmak, s. 13.

<sup>29</sup> **Uzlaşma Sağlama**

**Madde 35/A – (Ek : 2/5/2001 - 4667/23 md.)**

Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38'inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.

<sup>30</sup> Yeşilirmak, s. 13.



bilirler ve uzlaşma sağlanırsa bu durum tutanağa bağlanır. Bu tutanaklar İİK Madde 38 anlamında ilam niteliğindedir.

Müzakere sürecinin işleyişi Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 16 ve 17. maddelerinde düzenlenmiştir. Yönetmelik doğrudan görüşme ile uzlaştırma kurumlarını karıştırmıştır. Yönetmelik avukatın tarafsız olarak uzlaştırıcı gibi hareket etmesini düzenlemiştir. Avukatın temsil ettiği taraftan yansız hareket etmesi beklenemez ve bu durum vekâlet akdinin özüne aykırıdır. Aslında buradaki yöntem müzakeredir. Avukatlar müzakereye uzlaştırıcı olarak değil müvekkilini temsilen katılmaktadır.

### c. Hakem-Bilirkişilik

Hakem-bilirkişilikte uyuşmazlık konusunun miktar, değer veya seviye, randıman ya da yeterlilik gibi bir vasfının, güvenilen, uzman ve tarafsız bir kişi (hakem-bilirkişi) tarafından tespit edilmesi ve bu tespitin taraflar için bağlayıcı olması ve bu hususların yalnızca anılan tespitle ispat edileceği kabul edilmektedir. Bu durum ya uyuşmazlığın çıkmasını engellemekte ya da uyuşmazlığın özellikle müzakere yoluyla sona erdirilmesi için büyük önem taşımaktadır.<sup>31</sup> Hakem-bilirkişiliğe ilişkin yegâne yasal düzenleme HMK'nın Delil Sözleşmesi başlıklı 193. maddesidir.<sup>32</sup> Bu düzenlemeye göre hakem-bilirkişi anlaşması, münhasır delil sözleşmesi yani usulî bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Taraflar bu konuda başkaca delil gösteremezler.<sup>33</sup>

### d. Uzlaştırma

Müzakere ile halledilemeyen uyuşmazlıkların çözümünde uzlaştırma en ideal çözüm

yoludur. Taraflar, müzakereler sonucunda bir çözüme ulaşamadıklarında aralarında kendilerini uzlaştıracak bir uzlaştırıcı üzerinde karar kılabilirler. Uzlaştırıcı genelde her iki tarafın da bilgi ve görgüsüne saygı duyduğu ehil bir kişi olacaktır.<sup>34</sup> Uzlaştırıcı, taraflarla görüştüğünden ve onların uyuşmazlık hakkındaki görüşlerini de aldıktan sonra, hakkaniyete uygun bir sulh sözleşmesi hazırlayarak taraflara çözüm önerisi olarak sunacaktır. Uzlaştırmacı bunu yaparken tarafları sürekli bilgilendirecek, gizlilik ilkesine bağlı kalacak ve taraflar arasında görüş alışverişinin sağlıklı biçimde yapılmasını temin etmeye çalışacaktır.<sup>35</sup>

Arabulucu ile uzlaştırıcıyı birbirinden ayıran temel nokta şudur: Arabulucu hukuki uyuşmazlığın çözümüne yönelik herhangi bir çözüm önerisinde bulunmamaktadır.<sup>36</sup> Onun görevi sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirmek, onların birbirlerini anlamalarını ve suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlamak ve bu süreci sürdürmektir. Uzlaştırıcı ise yeri geldiğinde taraflara teşvikte bulunarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin fikirlerini beyan eder. Uzlaştırmacının bu önerileri tarafların da talepleri doğrultusunda değiştirilip ve geliştirilip çözüm anlaşması hâlini alabilecektir.<sup>37</sup>

## ARABULUCULUK

Arabuluculuk yöntemi, AÇY yöntemleri arasında çok tercih edilen yöntemlerden biridir. Bunun başlıca nedeni, müzakere yönteminden sonra, taraf iradesinin en yoğun olduğu AÇY yönteminin arabuluculuk olmasıdır.<sup>38</sup> Dolayısıyla taraf menfaatlerinin de en iyi korunabildiği yöntemlerden biridir.

<sup>31</sup> A.g.e., s. 25.

<sup>32</sup> Delil Sözleşmesi

**Madde 193-** (1) Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler.

(2) Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.

<sup>33</sup> Yeşilirmak, s. 29.

<sup>34</sup> Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul, 1996, s. 344. (Nakleden: Muharrem Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, Danışman Yayınları, 1999, s. 26).

<sup>35</sup> Kaplan, a.g.m., s. 119.

<sup>36</sup> Perçin, a.g.m., s. 185.

<sup>37</sup> Polat, a.g.e., s. 91.

<sup>38</sup> Perçin, a.g.m., s. 185.

Türk hukukunda arabuluculuk kurumu yasal temeline 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile oturmuştur. Bu kanun, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in başkanlığını yaptığı komisyonca hazırlanarak, 7 Haziran 2012 tarihinde TBMM'de kabul edilip, 22 Haziran 2012'de 28331 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

Kanun tasarısının hazırlanmasında, UN-CITRAL Model Kanun ve Avrupa Birliği Direktif Tasarısı dışında, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, Almanya'nın 1999 yılında yürürlüğe giren Baden Württemberg Uzlaşma Kanunu ile Baviera'nın 2000 yılında kabul edilen Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu ile son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle Bulgaristan ve Slovakya Arabuluculuk Kanunları dikkate alınmıştır.

## 1. Tanım

Kanunda arabuluculuk şu şekilde tanımlanmaktadır: "Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunma amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi."<sup>39</sup>

## 2. Arabuluculuk Faaliyeti

### a. Kapsamı

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlemesinde uygulanır. Aile içi şiddet iddiasını

içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

### b. Arabulucuya Başvuru

Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmaya konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Bunu sağlayabilmek için Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bazı kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler şunlardır:

#### Madde 35

- 1) 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 12'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine "hakemlik" ibaresinden sonra gelmek üzere "arabuluculuk" ibaresi eklenmiştir.<sup>40</sup>
- 2) 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun;
  - a) 137'nci maddesinin birinci fıkrasına "sulhe" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuğa" ibaresi,<sup>41</sup>
  - b) 140'inci maddesinin ikinci fıkrasına "sulhe" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuğa", üçüncü fıkrasına "sulh" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuk" ibaresi,<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Bu hükümlerle arabuluculuk, avukatlıkla birleşebilen işler arasında sayılmıştır.

<sup>41</sup> 6100 sayılı Kanun: **Ön İncelemenin Kapsamı**

**Madde 137-** (1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

(2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.

<sup>42</sup> 6100 sayılı Kanun: **Ön İnceleme Duruşması**

**Madde 140-** ...

(2) Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder.

(3) Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların ne-

<sup>39</sup> Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 2/1.b.

c) 320'nci maddesinin ikinci fıkrasına "ta-  
rafları sulhe" ibaresinden sonra gelmek  
üzere "veya arabuluculuğa" ibaresi,<sup>43</sup>

eklenmiştir."

İrade Serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak  
tarafar arabulucuya başvurmaya zorlanamaz.  
Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci de-  
vam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreç-  
ten vazgeçmek konusunda serbesttirler.

Taraflar, gerek arabulucuya başvururken ge-  
rekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip-  
tirler.

Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin  
arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde  
olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedil-  
miş sayılır.

### c. Arabulucunun Seçilmesi

Taraflar başkaca bir usul belirlemedikleri  
hâlde arabulucu veya arabulucuları serbestçe  
seçebilirler.

### d. Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi

Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kı-  
sa sürede ilk toplantıya davet eder. Taraflar,  
emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak  
kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe ka-  
rarlaştırabilirler. Taraflarca kararlaştırılmamış-  
sa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafla-

lerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutana-  
ğın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır.  
Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

...

<sup>43</sup> 6100 sayılı Kanun: **Ön İnceleme ve Tahkikat**

**Madde 320-** (1) Mahkeme, mümkün olan hâllerde  
tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden  
karar verir.

(2) Daha önce karar verilemeyen hâllerde mahkeme,  
ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak dü-  
şürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinler;  
daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçeve-  
sinde, anlaşmışları ve anlaşmadıkları hususları tek  
tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden  
sonra hâkim, tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların  
sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde an-  
laşmadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tuta-  
nağa yazılır; tutanağın altı hazır bulunan taraflarca  
imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle  
yürütülür.

...

rın isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde  
çözülmesi için gereken usul ve esasları  
göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yü-  
rütür. Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kul-  
lanımı olarak sadece hâkim tarafından yapı-  
labilecek işlemler arabulucu tarafından yapı-  
lamaz. Dava açıldıktan sonra tarafların birlik-  
te arabulucuya başvuracaklarını beyan etme-  
leri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı  
geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafla-  
rın birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar  
uzatılabilir. Taraflar arabuluculuk müzakerelerine  
bizzat veya vekilleri aracılığıyla katılabilirler.

### e. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce  
arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk top-  
lantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulu-  
cu arasında sürecin devam ettirilmesi konu-  
sunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tuta-  
nakla belgelendirildiği tarihten itibaren işle-  
meye başlar. Dava açılmasından sonra arabu-  
lucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahke-  
menin tarafları arabuluculuğa davetinin taraf-  
larca kabul edilmesi veya tarafların arabulucu-  
ya başvurma konusunda anlaşmaya vardıkları-  
nı duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak  
beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanla-  
rının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren iş-  
lemeye başlar.

### f. Arabuluculuk sürecinin Sürelere Etkisi

Arabuluculuk sürecinin desteklenmesi için,  
maddî hukuktaki sürelerle ilişkin bir düzenle-  
me yapılması gereklidir. Bu amaçla kanunda,  
arabuluculuk sürecinin zamanaşımı ve hak  
düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate  
alınmayacağı kabul edilmiştir.

### g. Arabuluculuğun Sona Ermesi

Şu hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona  
erer:

- Tarafların anlaşmaya varması.
- Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk  
için daha fazla çaba sarf edilmesinin gerek-  
siz olduğunun arabulucu tarafından tespit  
edilmesi.

- Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi.
- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi.
- Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmış oldukları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar.

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirimini, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne gönderir.

#### ***h. Tarafların Anlaşması ve Sonuçları***

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra

edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi vermeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.

#### ***i. Gizlilik ve Beyan veya Belgelerin Kullanılmaması***

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

- Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.
- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.
- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler

Bu yasak, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır. Belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. Bu yasaklar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır. Burada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller hâline gelmez.

### 3. Arabulucu

#### a. Tanımı

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığınca düzenlenen arabulucular sicilinde kaydedilmiş bulunan gerçek kişidir. Sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında bu unvanını belirtmek zorundadır.

Arabulucu hukuki uyuşmazlığın çözümüne yönelik herhangi bir çözüm önerisinde bulunmamaktadır.<sup>44</sup> Arabulucunun görevi sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirmek, onların birbirlerini anlamalarını ve suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlamak ve bu süreci sürdürmektir.

#### b. Arabulucular Sicili

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicilini tutar. Bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgiler, Daire Başkanlığı tarafından elektronik ortamda da duyurulur. Arabulucular sicilinin tutulmasına ilişkin usul

ve esaslar Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

#### c. Sicile Kayıt Şartları

Sicile kayıt, ilgilinin Arabuluculuk Daire Başkanlığına yazılı olarak başvurması üzerine yapılır. Arabulucular sicilinde kaydedilebilmek için gerekli şartlar şunlardır:

- Türk vatandaşı olmak,
- Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,<sup>45</sup>
- Tam ehliyetli olmak,
- Kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmamak,
- Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak.

Arabulucu, sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyetine başlayabilir.

#### d. Arabulucular Sicilinden Silinme

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydını siler. Daire Başkanlığı, kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediğini tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Arabuluculuk Kurulu'ndan talep eder. Arabu-

#### <sup>45</sup> Alt Komisyon Raporu

Arabuluculuk müessesesi, yargılama faaliyeti olmakla birlikte müessesenin etkin bir şekilde işletilebilmesini sağlamak amacıyla arabulucuların hukuk eğitimi almış olmaları ve belli bir süre tecrübe edinmiş olmaları uygun görülmüştür. Bu nedenle arabuluculuk sicilinde kaydedilecek kişilerin hukuk fakültesinden mezun olması ve kayıt başvurusunun yapıldığı tarih itibarıyla en az beş yıl mesleğinde kıdeme sahip olması gerekliliği ortaya konulmuştur.

Tasarının 20'nci maddesi, belirtilen gerekçelerle değiştirilmiş ve yapılan değişiklik doğrultusunda kabul edilmiştir.

(Hükümetin Teklif Ettiği Metin):

(2) Arabuluculuk sicilinde kaydedilebilmek için;

a) Türk vatandaşı olmak,

b) Dört yıllık lisans eğitimi almış olmak.

<sup>44</sup> Perçin, a.g.m., s. 185.

lucu, arabulucular sicilinden kaydının silinmesini her zaman isteyebilir.

#### **e. Arabuluculuk Eğitimi**

Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade eder.

Arabuluculuk eğitimi, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Bu kuruluşlar Adalet Bakanlığından izin alarak eğitim verebilirler. İzin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır. İzin için yazılı olarak başvurulur. Bu başvuruda eğitim programı, eğitimcilerin sayısı ve uzmanlıkları ile eğitim kuruluşu veya eğitim programının finansman kaynakları hakkında gerekçeli bilgi verilir. Başvuruda sunulan belgelere dayalı olarak, eğitimin amacına ulaşacağı ve eğitim kuruluşlarında eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanacağı tespit edilirse, ilgili eğitim kuruluşuna en çok üç yıl için geçerli olmak üzere izin verilir.

Eğitim kuruluşları, eğitimlerini başarıyla tamamlayan kişilere arabuluculuk eğitimini tamamladıklarına dair bir belge verir.

#### **f. Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**

Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans talep edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yöre sağı aykırı işlemler batıldır.

Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Taraflar bu görüşmelere vekilleri aracılığıyla da katılabilirler.

Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez.

Arabulucuların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür.

Arabuluculardan sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat alınır. Giriş aidatı ve yıllık aidatlar genel bütçeye gelir kaydedilir.

## **4. Diğer Konular**

Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı kurulur.

Arabuluculuk hizmetlerine ilişkin olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Adalet Bakanlığı bünyesinde Arabuluculuk Kurulu oluşturulur.

Gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

## SONUÇ

AÇY yöntemleri özellikle adalet uygulayıcılarının ciddi bir kısmı tarafından ve toplumun bir kısmı ve bir kısım siyasilerce yerel mahkeme yargısının, ulusal yargı düzeninin rakibi olarak görülmekte ve bunların etkisini azaltacağı düşünülmekte ve alternatif hukuk düzenlerinin getirilmeye çalışıldığı korkusu yaşanmaktadır. Bunlar genellikle, arabuluculuk sisteminin neo-liberal bir çözüm olarak ortaya çıktığını, küreselleşen güçlerin daha rahat hareket edebilmesi için devlet yargısının zayıflatılmasının öngörüldüğünü belirterek ulus devlet anlayışında böyle bir yasaya gerek olmadığını, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleri ve tahkimle çözülemeyeceğini ifade etmektedirler.<sup>46</sup>

Arabuluculuğun başarılı olması, yani adalet ve nesafet kurallarına uygun bulunması tarafların iyi niyetine ve arabulucunun basiretine ve uzmanlığına bağlıdır.<sup>47</sup>

Arabuluculukla ilgili kanunun yasalaşmış olması arabuluculuk kurumunun gelişmesi için yeterli değildir. Kanun dışında kurumsal arabuluculuk teşvik edilmeli, arabuluculuk süreci ve faaliyet konusunda arabuluculuk yapabilecek olan avukatlar iyi bir eğitime tabi tutulmalıdır. Arabuluculuk konusunda çeşitli kanallar vasıtasıyla kamuoyu bilgilendirilmelidir. Eğitim ve bilgilendirme faaliyetleri süreklilik arz etmelidir. En az bunlar kadar önemli bir başka husus da "Akran Arabuluculuğu"<sup>48</sup>dur.<sup>49</sup> Özellikle son dönemdeki eğitimde yeniden yapılanma sürecinde bu konuya önem verilerek arabuluculuk kültürünün ilköğretim ve lise düzeyinde akran arabuluculuğu sayesinde gelişimi sağlanmalıdır.

## Kaynakça

- Balcı, Muharrem; *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, Danışman Yayınları, İstanbul, Nisan 1999.
- Kaplan, Yavuz; "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, (Çevrimiçi) <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmh/article/viewFile/2444/2033> ,05.10.2012.
- Perçin, Gizem Ersen; "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 31, Sayı 2, 2011, (Çevrimiçi) <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmh/article/viewFile/18693/17889> ,05.10.2012.
- Polat, Malike; *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, Kasım 2010.
- Şanlı, Cemal; "Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözülmesi Ve MTO'nun ADR Kuralları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 22, Sayı 1, 2002, (Çevrimiçi) <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmh/article/viewFile/2855/2449> ,05.10.2012.
- Şanlı, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul, 1996.
- Tanrıver, Süha; "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 64, Yıl 2006.
- Yeşilirmak, Ali; *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişlik ve Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2011.

<sup>46</sup> Perçin, a.g.m., dipnot 19.

<sup>47</sup> Balcı, a.g.e., s. 26.

<sup>48</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Schrupf, Fred, *Okulda Çatışma Çözme ve Akran Arabuluculuk*, İmge Kitabevi, Ankara, 2007.

<sup>49</sup> Yeşilirmak, s. 21.







# *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı (Yasak) Delillerin İspat Hukukundaki Değeri*

*Esra ÇETİNKAYA*



## **GİRİŞ**

**G**enellikle mahkemelerde delil öne sürme işi davacıya ve iddia makamına aittir. Ancak ceza muhakemesinde bu işlemleri hem iddia makamı hem de savunma makamı yapmaya yetkilidir. İddia makamı delil toplarken şüpheli açısından sadece aleyhe olan delilleri değil, lehe olan delilleri de toplamak zorundadır. Kovuşturma aşamasında mahkemece de delil araştırması yapılır. Muhakeme makamları, cezai bir uyuşmazlığın dayandığı maddi vakıayı çözebilmek için geçeceği araştıracaklardır. Bu araştırmaların sonunda, hâkim bir hükme varacaktır. Hâkimin hükme varması, araştırılan maddi vakıanın “sabit görülmesi veya görülmemesi” şeklinde olacaktır. Hâkimin muhakeme sonucunda maddi vakıayı çözmeye ve böylece maddi vakıayı sabit görmesine veya görmemesine hizmet eden araçlara ise delil denilmektedir. “Delilsiz mahkûmiyet olmaz” kuralı, ceza muhakemesi hukukunun temelini oluşturan kurallardan birisidir. Bugün mukayeseli hukukta da tartışmalı olan husus ise şudur: Maddi gerçeğin araştırıldığı ve vicdani kanaat ilkesinin uygulandığı ceza muhakemesi hukukunda, hukuka aykırı (yasak) delillerin ispat hukukundaki değeri nedir? Başka bir ifade ile bu tür deliller de hükme esas alınabilecek midir?

Çalışmamızda bahsi geçen sorun, ayrıntılarıyla değerlendirilecektir. Ancak, konuya bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşılabilmesi için, öncelikle ceza muhakemesi hukukunun amacına değinilecek ve sonraki bölümde de ceza muhakemesi hukukundaki delil ve delil türleri kısaca açıklanacaktır. Bundan sonraki bölüm-

lerde ise hukuka aykırı delillerin ispat kuvveti; teoriler, 1412 sayılı CMUK, 5271 sayılı CMK, yargı kararları, mukayeseli hukuk ve AİHM kararları ışığında çeşitli yönleriyle değerlendirilecektir.

## **CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN AMACI**

Ceza muhakemesinin gaye bakımından üç safhadan geçtiği kabul edilmektedir. Bu safhalar sırasıyla şu şekildedir:

**Birinci safha** suçlun cezalandırılması safhasıdır. Batı Avrupa’da XVIII. yüzyılın yarısına kadar süren bu anlayışa göre ceza muhakemesi suçlunun cezalandırılması için bir araçtan ibarettir. Sanık önceden suçlu kabul edilmekte, sanıkla suçlu iç içe girmiş bulunmaktadır.<sup>1</sup> Bu sebeple kanuni delil sistemi geçerli olup suçlar belirli delillerle ispatlanabilmektedir. En önemli delil ise ikrardır. İkrar elde etmek için işkence yapılması meşru görülmeyle birlikte bu dönemde sanık, ceza muhakemesinin hak ve yetkilere sahip bir süjesi olmayıp muhakemenin konusunu oluşturmaktadır.<sup>2</sup>

**İkinci safha** sanığın korunması safhasıdır. XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren zamanın felsefi ve liberal etkisi ile bireyi koruyan bir muhakeme sistemi olarak ortaya çıkmıştır.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Nurullah Kunter-Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 1998, s. 22-26.

<sup>2</sup> Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 6.

<sup>3</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 22-26.

Bu dönemde ortaya çıkmış olan “Sanık, suçü sabit oluncaya kadar masum sayılır” ilkesine 1789 Bildirgesi’nde yer verilmiş ve daha sonra hazırlanan tüm uluslararası belgelerde bu ilke tekrarlanmıştır. Bu dönemde sanık, hak ve yetkilere sahip bir süje olarak görölmeye başlanmıştır.<sup>4</sup>

**Üçüncü safha** ise hakikatin araştırılması safhasıdır. Ceza muhakemesi hukuku, hukukun bir dalı olması itibariyle; hukukun gayesinin, ceza muhakemesi hukukunun da gayesi olduğu kabul edilir. Hukukun gayesi ise, toplum hayatının en iyi şekilde düzenlenmesidir. İnsanlar, barış içinde, korku duymadan, insanca yaşamak ve daha iyi bir hayat sürmek için haklarından ve hürriyetlerinden fedakârlıklar pahasına da olsa, toplum hâlinde yasarlar. Toplum hayatında düzen olmadıkça, ne fertlerin hakları sağlanabilir ne de toplumun menfaati korunabilir. Şu hâlde toplum hayatını düzenleyen normlar demek olan hukukun gayesinin, hem fertlerin haklarını teminat altına almak, hem de toplum düzenini korumak olduğunun kabulü gerekir. Bu iki gaye çelişik gibi görünmekte ise de, dikkatlice incelenmesi durumunda, herhangi bir çelişkinin olmadığı anlaşılacaktır.<sup>5</sup>

Gerçekten fertlerin haklarına riayet etmeyen bir toplum temelinden sarsılmış demektir. Her hukuk dalında, fertlerin hak ve hürriyetlerini teminat altına almak ve toplum menfaatini korumak gayesi vardır. Bu müşterek gayeden başka, her hukuk dalının kendisine mahsus bir gayesinin de olması lazım gelir. Suçlunun cezalandırılması gayesi, meselenin sadece toplum bakımından; sanığın korunması gayesi ise, meselenin sadece sanık bakımından ele alınması demektir. Bu iki menfaati, bütün diğer hukuk dallarında olduğu gibi, bağdaştırma ihtiyacının gündeme gelmesi neticesinde üçüncü safha ortaya çıkmıştır. Böylece hem sanığın hem de toplumun menfaatlerini temel alan hakikatin araştırılması safhası ile meselenin çözümüne bütüncül yaklaşım mümkün kılınabilmektedir.

Netice itibariyle denebilir ki; üçüncü safha ile birlikte ceza davasıyla ortaya çıkan hukuki durumun sanıktan başka süjeleri olduğu, onların da korunmaya değer hak ve menfaatleri-

nin bulunduğu, toplumun da suçlunun cezalandırılmasında yararı olabileceği kabul edilmiştir. İşte ceza muhakemesinin gayesi, bütün bu menfaatleri birlikte korumaktır. Ne sadece sanık korunmalıdır ne de sadece toplumun menfaati ön plana alınmalıdır. Bu safhada ceza muhakemesinin gayesi artık şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğin araştırılmasından ibarettir.<sup>6</sup>

## CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİLLER

### 1. Genel Olarak

Maddi gerçeğin arandığı ve vicdani ispat sisteminin kabul edildiği ceza muhakemesi hukukunda delillerin sınırlandırılması kabul edilemez. Kural olarak ceza muhakemesinde her şey delil olarak kullanılabilir.

Bir olayın gerçekleştiğini veya uyumsuzluk konusu olan noktalarını ispatlamak için kullanılan vasıtalara *delil* (kanıt/ispat vasıtası) denir. Ceza muhakemesinde ispat edilmesi gereken iki tür uyumsuzluk vardır. Bunlardan birincisi, maddi ceza hukuku konuları; ikincisi ise ceza muhakemesi hukuku konularıdır. Suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kim tarafından işlendiği birinciye örnek verilebilirken; sanığın eşi olması nedeniyle tanıklıktan çekinmek isteyen, gerçekten tanığın eşi olup olmadığı hususunun tespiti de ikinciye örnek verilebilir.<sup>7</sup>

Maddi gerçeğin arandığı ve vicdani kanaat ilkesinin kabul edildiği ceza muhakemesi hukukunda delillerin sınırlandırılması kabul edilemez. Kural olarak ceza muhakemesinde her şey delil olarak kullanılabilir. Vicdani kanaat ilkesi, her şeyin delil olabilmesini ve delillerin serbestçe değerlendirilmesini öngörür. Sözü edilen delilleri ise taraflar ileri sürebilecekleri gibi, mahkemenin kendiliğinden (resen) toplamaması da mümkündür.

<sup>6</sup> A.g.e., s. 22-26.

<sup>7</sup> Ali Şafak-Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, Roma Yayınevi, Ağustos 2005, s. 277; Feyzullah Avcı, “*Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali*,” Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2006, s. 66, 67.

<sup>4</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 6.

<sup>5</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., 22-26.

Ceza muhakemesi hukukunda, önceden değerlendirilmiş, yargıcı bağlayan yasal delil sisteminden ayrılarak delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesi esasının benimsenmesi, ceza muhakemesinin amacıyla bağdaşır niteliktedir. Bir şeyin delil olabilmesi, belli bir hususun ispatı konusunda hâkimde vicdani kanaat oluşturmasına bağlıdır. Ancak hemen belirtelim ki, bu durum hâkimin keyfi hareket edebileceği anlamına gelmemektedir. Delil olabilecek ispat vasıtalarında bazı özellikler aranmaktadır.

Buna göre deliller<sup>8</sup>;

- Ceza uyumsuzluğunu oluşturan olayın bir parçasını ispat edebilecek nitelikte olmalı (CMK madde 206/2-b) ve beş duyu organımızla algılanabilecek maddi yapıya sahip bulunmalıdır.
- Elde edilebilir olmalıdır.
- Sağlam ve güvenilir olmalıdır.
- Müşterek olmalıdır.
- Akılcı, bilim tarafından kabul edilebilir olmalıdır.
- Hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmalıdır (AY madde 38/6; CMK madde 206/2-a, 217).

Görülüyor ki, ispat araçlarına delil diyebilmek için olayı yansıtmaya yetmez. Bu yansıtmayın akla; yani bilime, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması da şarttır. Bu vasıfları taşımayan bir ispat aracına teknik anlamda delil denilemez. Bu sebeple de bu tür vasıtalara dayanılarak hüküm tesis edilemez.<sup>9</sup> Nitekim Yargıtay, 19.04.1993 tarihinde vermiş olduğu önemli bir kararında<sup>10</sup>;

“Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü

veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır, yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır.” demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır.

## 2. Delil Çeşitleri

Ceza muhakemesinde, kural olarak her şeyin delil olarak değerlendirilebilmesinin sonucu olarak, delillerin çeşidi çoktur. Ancak doktrinde buna ilişkin çeşitli sınıflandırmalar yapılmıştır. Yapılan sınıflandırmalardan birine göre delilleri beyan, belge ve belirti delilleri olarak sınıflandırmak mümkündür. Buna göre beyan delilleri; tanık beyanı, sanık beyanı ve sanık dışındaki tarafların beyanı olmak üzere üç çeşittir. Belge delilleri ise yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler olmak üzere üç çeşit iken; belirti delilleri, tabii (doğal) ve suni (yapay) belirtiler olmak üzere iki çeşittir. Belirti, olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserdir. Sanığın iradesi dışında olaydan geriye kalan iz ve eserlere, tabii belirti; failin iradesiyle veya bir insan tarafından belirli bir amaçla hazırlanmış olan nesnelere ise suni belirti denilmektedir.<sup>11</sup>

## CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN İSPAT HUKUKUNDAKİ DEĞERİ

### 1. Genel Kavram

Ceza muhakemesi hukukunda hukuka aykırı delillerin ispat kuvvetini değerlendirmeye başlamadan önce “hukuka aykırı deliller” kavramına açıklık getirmek, konunun daha iyi anlaşılması için, faydalı olacaktır. Zira hukuka aykırı deliller kavramı doktrinde tartışılmış ve bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunun temel nedeni olarak, hukuka aykırı olsa da birtakım delillerin ceza muhakemesi sisteminin içerisine sokulmak istenmesi görülmektedir. Bunun sonucu olarak ise hukuka

<sup>8</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 206-207.

<sup>9</sup> Bahri Öztürk, “Ses veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Değeri”, Prof. Dr. Seyiullalı Edis’e Armağan, 2000, s. 9.

<sup>10</sup> Yar. CGK. 19.04.1993, 6-79/108, YKD Ekim 1993, s. 1564 vd.

<sup>11</sup> Centel-Zafer, a.g.e., 207 vd.

aykırılık kavramı çeşitli şekillerde yorumlanmıştır.<sup>12</sup>

Doktrinde bazı yazarlar, hukuka aykırılığın “haklara aykırılık” demek olduğunu ve bu sebeple hak ihlali yoksa hukuka aykırılıktan da söz edilemeyeceğini, hukuka aykırılık ile kanuna aykırılığın karıştırılmaması gerektiğini, kanun devletinin her zaman hukuk devleti demek olmadığını ileri sürmüşlerdir<sup>13</sup>. Bu görüşte bulunan yazarlardan olan Öztürk, hukuka aykırılığın kapsamını tayin ederken “mutlak ve nispi delil yasakları” şeklinde ikili bir ayrıma giderek, mutlak delil yasağı kapsamı dışındaki durumlarda, “kamu yararı” bakımından bir değerlendirme yapılması ve bu değerlendirmede “hakkın niteliksel üstünlüğü ve sayısal üstünlük” kriterlerinin esas alınması, bunların bulunmaması hâlinde, hak ihlaline rağmen bu suretle elde edilen delillerin kullanılması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir. Zira “Hitler döneminde Almanya’da, Stalin döneminde Sovyetler Birliği’nde, Mussolini zamanında İtalya’da, Franko zamanında İspanya’da kanunlar vardı; ancak milyonlarca insanın hakları yoktu; daha doğrusu esasen hiç kimse tarafından bahşedilmemiş, verilmemiş olan, insanın insan olması sebebiyle sahip bulunduğu hakları idrak edemiyorlardı. Çünkü devlet kanunlar yaparak bu doğal hakların kullanılmasını engelliyordu. Demek oluyor ki, kanun devleti her zaman hukuk devleti demek değildir. Bilindiği gibi en yalın tanımıyla hukuk devleti, insan haklarını gerçekleştiren, güvenliği sağlayan adil devlettir.”<sup>14</sup>

Bazı yazarlara göre ise; “hukuka aykırılık” kavramı, parçalanması mümkün olmayan bir kavram olup, bir fiilin belirli bir hukuk dalına göre hukuka uygun; diğer bir hukuk dalına göre ise hukuka aykırı sayılması “hukuk” kavramının özüne ters düşer. Türk ceza yargılaması hukukunda, hukuka aykırılık kavramının tüm

hukuk düzenine ve hukuk kurallarına aykırılıkları içine aldığı, bu aykırılığın CMUK’nın bir maddesinin veya bir başka kanun hükmünün ihlali olabileceği gibi, yine ceza yargılaması hukukunun kaynağı sayılan 1982 Anayasası’nın veya Yasama organı tarafından onanmış bir uluslararası sözleşmenin ya da bir kanun hükmünde kararnamenin veyahut adli makamların görev ve yetkilerini nasıl icra edeceklerini gösteren tüzük, yönetmelik şeklindeki idari tasarrufların ihlali olarak da kendini gösterebileceği görüşündedir.<sup>15</sup>

Bahsi geçen görüşler mülga CMUK’nın yürürlüğü zamanında ortaya atılmış olup; 03.10.2001 tarih ve 4079 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile 1982 Anayasası’nda Ceza Muhakemesi Hukuku’nda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Gerçekten Anayasa’nın 38. maddesine şu fıkra eklenmiştir: “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.”<sup>16</sup>

Belirtelim ki, 1412 sayılı CMUK’nın 135/a ve özellikle 254/2 maddesinde “hukuka aykırı delil”den söz edilmekteydi. 5271 sayılı CMK ise bazen “hukuka aykırı delil” (örneğin CMK madde 289/1-i, CMK madde 217/2, CMK madde 230/1-b); bazen ise “kanuna aykırı delil” (örneğin CMK206/2-a) tabirini kullanmayı tercih etmiştir.

CMK 289/i, 217/2, 206/2-a, 230/b, 148/3-4 maddeleri sadece kovuşturma ve soruşturma organlarını bağlayan düzenlemelerdir. Anayasa’nın 11. maddesine göre ise “Anayasa Hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa’ya aykırı olamaz.” Bu nedenle de Anayasa “hukuka aykırı delil kullanmayı” tümünden yasakladığından ve normlar hiyerarşisinde Anayasa Kanun’un üzerinde olduğundan özel kimselerce hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller de artık kullanılamayacaktır. CMK her ne kadar “kanuna” aykırı delil tabirini kullanmış olsa da de 206/2-a’da bu delillerin “kim tarafından olursa ol-

<sup>12</sup> Atasoy Zer, “(Ceza Muhakemesi Hukukunda) Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkarılması (İhracı)”, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s. 12.

<sup>13</sup> Seydi Kaymaz, *Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s. 17.

<sup>14</sup> Bahri Öztürk, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 14, 1995, s. 37 vd..

<sup>15</sup> Ersan Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998, s. 15.

<sup>16</sup> Zer, a.g.t., s. 13.

sun” ortaya konulup tartışılmayacağını hükme bağlamıştır. Bu nedenle kısmen de olsa anayasal düzenleme ile CMK bu yönden uyumludur.<sup>17</sup>

1412 sayılı CMUK ilgili hükümleri, 5271 sayılı CMK ile getirilen değişiklikler ve Anayasa'nın ilgili hükümleri çerçevesinde hukuka aykırı delillerin ispat kuvveti, “1412 sayılı CMUK ve 5271 sayılı CMK Çerçevesinde Hukuka Aykırı Deliller” adlı bölümde ayrıntılarıyla incelenecektir.

## 2. Hukuka Aykırı Delillerin İspat Kuvveti

Hukuka aykırı (yasak) delillerin ispat hukukundaki değeri, ceza muhakemesinin en tartışmalı konularından birisidir. Ülkemizde, özellikle 1992 yılında 3842 sayılı Yasa ile CMUK'nın 254. maddesine son fıkra olarak eklenen “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” şeklindeki anlatımından sonra yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanan bu konu, Amerika Birleşik Devletleri'nde bir asırdan ve Kıta Avrupasında ise yarım asırdan fazla bir süredir tartışılmaktadır.<sup>18</sup> Ceza muhakemesi hukukunda delillerin nasıl elde edileceği kurallara bağlanmıştır. Uygulamada hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerle ilgili problemi çözmek çok kolay olmamaktadır. Bu hususta ciddi tartışmalar yapılmaktadır. Bunun tek istisnası, savaş suçlularını yargılamak üzere oluşturulan 1998 Roma Statüsü (Uluslararası Ceza Mahkemeleri) 69. maddesiyle hukuka aykırı delilleri ilke olarak kabul etmiş ve istisnalarını saymıştır. Bu konudaki görüş farklılıkları birçok teorinin de ortaya çıkmasına sebep olmuştur.<sup>19</sup>

### a. Teoriler

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda belli başlı üç yaklaşım biçiminin bulunduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki ve geleneksel olanı, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın elde edilen delillerin mutlak olarak değerlendirilmesini öngören kesin kabul yaklaşımıdır. İkincisi, ilk görüşün zıddı olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tabi olmasıdır. Üçüncüsü ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesini, bazı durumlarda değerlendirilmemesini öngören esnek yaklaşımdır.<sup>20</sup>

#### Mutlak Kabul Teorisi

Mutlak kabul teorisi, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin akıbeti konusunda kabul edilen en eski görüştür. Bu görüş tüm delilleri kabul etmekte ve önemli olan sonuçtur yaklaşımına dayanmaktadır. Bu yaklaşıma dayanak teşkil etmesi için çeşitli gerekçeler de ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, ceza muhakemesinin yegâne amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ve yargılama makamının isnat edilen suçun işlenip işlenmediğini tam ve doğru olarak tespit edebilmesi için, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın bütün ilgili ve faydalı delillerin kabul edilmesi gerektiğidir. İkinci olarak, ceza muhakemesinin konusunun isnat edilen suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlı olduğu ve delillerin nasıl elde edildiğinin ceza muhakemesi bakımından ikincil bir uyumsuzluk teşkil ettiği ve mahkemenin bu sorunla uğraştırılmasının asıl sorunun çözümünü geciktireceği belirtilmektedir. Kesin kabul yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülen üçüncü gerekçe ise suçluların cezalandırılmasında kamu menfaatinin bulunması ve bu yaklaşımın toplumdaki suç olgusunu azaltacağı düşüncesidir.<sup>21</sup>

#### Mutlak Değerlendirme Yasağı Teorisi

Mutlak değerlendirme yasağı teorisi, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hiçbir

<sup>17</sup> Zer, a.g.t., s. 13-14.

<sup>18</sup> Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, AÜEHFD, C. IV, S. 1-2 (2000), s. 109, (Çevrimiçi) [http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2000\\_1\\_8.pdf](http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2000_1_8.pdf), erişim 24.02.2013.

<sup>19</sup> Muammer Çınar-Halime Baş, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı ve Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları-Birikimler I*, İstanbul, 2003, s. 422-423.

<sup>20</sup> Koca, a.g.m., s. 110.

<sup>21</sup> A.g.m., s. 110; Çınar-Baş, a.g.m., s. 423.

şekilde hükme esas alınmamasını ifade etmektedir. Bu görüşe ilişkin olmak üzere de birçok gerekçe ortaya atılmıştır. Vatandaşların hukuka aykırı eylemlere karşı güvende olamayacağı, sanığın haklarının ihlal edileceği, kolluğu gerçekçi delil aramaya zorlayacağı, hukuka saygının artacağı savunulmuştur. Buna karşılık mutlak değerlendirme yasağını öngören yaklaşıma da çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. İlk olarak, mutlak değerlendirme yasağını, sanığın mahkûmiyetine yol açabilecek delillerin reddedilmesini gerektireceğinden, mahkûmiyetle sonuçlanabilecek bazı davaların beraat ile sonuçlanmasına yol açacağı belirtilmiştir. Yapılan eleştirilerden ikincisi ise mutlak dışta tutma kuralının, delil ortaya çıktıktan, kimin suç işlediği belli olduktan sonra işleyen, sadece suçlunun lehine bir mekanizma öngördüğü şeklindedir. Hukuka aykırı bir davranışa muhatap olan masum kişiler, aleyhlerine delil ele geçirilemediği için, bu kuraldan hiçbir şekilde yararlanamamaktadırlar. Ayrıca, bu kural, suçluluğu arttıracığı, halkın hukuk ve yargı sistemine olan saygı ve güvenini azaltacağı yönünde eleştirilere de uğramaktadır.<sup>22</sup>

### Esnek Yaklaşım Teorisi

Esnek yaklaşım teorisine göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kabul edilebilirliğine karar vermede kabul etme ya da dışarıda tutma şeklinde sabit bir kural kabul etmek yerine, mahkemenin her davada yarışan menfaatleri göz önünde tutmak suretiyle bu iki alternatif arasında karar vermesi gerekir. Bu yaklaşım, mahkemelere açıkça takdir hakkı tanımaktadır; ancak bu takdir hakkının sınırlarını da kurallara bağlamak gerekir.<sup>23</sup>

### b. 1412 sayılı CMUK ve 5271 Sayılı CMK Çerçevesinde Hukuka Aykırı Deliller

Türk hukukunda 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nda 1992 yılında yapılan değişiklik ile *değerlendirme yasağı* huku-

kumuza girmiş; CMUK madde 254/2'de, "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" denilmiştir. Hatta Anayasa'da bu istikamette bir değişiklik yapılarak, ilke anayasa hükmü hâline getirilmiştir (AY, madde 38/6). Anayasa'da söz konusu ilke, "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" biçiminde ifade edilmiştir. Böylece, Anayasa'da "kanuna" aykırı "bulgunun", delil olamayacağı kabul edilmiştir. Bulgu, bulunan şeydir ve olaydan geriye kalan iz ve eser niteliğinde, keşfe konu olan emare delillerini çağrıştırmaktadır. Emare ise delil türlerinden sadece biridir. Anayasa'nın bahsi geçen hükmünü, yasaya aykırı biçimde elde edilmiş olan emare delillerinin değerlendirilemeyeceği şeklinde anlamak, hükmün amacıyla bağdaşmaz. *Kanuna aykırı* bulgu kavramını *kanuna aykırı delil* olarak kabul etmek bu hükmün düzenleniş amacına daha uygun olacaktır.<sup>24</sup>

Anayasa hükmüyle ceza muhakemesi dışında tüm muhakeme dalları için geçerli olabilecek genel bir kural konulmuştur. Bunun sonucu olarak, disiplin soruşturmaları ile kabahatlerin muhakemesinde de hukuka aykırı delile dayanılarak karar verilemeyecektir.<sup>25</sup>

1412 Sayılı Yasa'da, delil ayrımı yapılmaksızın ve hukuka aykırılığın boyutuna bakılmaksızın, tüm hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılması emredilmiştir. O hâlde, yasa koyucu, tüm hukuka aykırı deliller için mutlak bir değerlendirme yasağı kabul etmeyi tercih etmiş olmaktadır.<sup>26</sup> Yasal durumun böyle olmasına karşın, uygulamada hüküm farklı yorumlanmış ve Yargıtay, mutlak değerlendirme yasağını, yasak ifade yöntemleriyle elde edilen deliller ve haklar hatırlatılmadan alınan ifadelerle sınırlı tutma çabası içerisinde olmuştur. Yargıtay'ın tutumu, yasak yöntemlerle veya hak hatırlatılmadan elde edilen ifade ve sorgunun delil olarak değerlendirilememesinden yanadır. Ancak, hukuka aykırı deliller,

<sup>24</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 694.

<sup>25</sup> Aysun Altunkaş, "Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu", İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006, s. 212.

<sup>26</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 695.

<sup>22</sup> Koca, a.g.m., s. 111 vd.; Çınar-Baş, a.g.m., s. 423-424.

<sup>23</sup> Çınar-Baş, a.g.m., s. 423-424.

sadece hukuka aykırı ifadelerden ibaret değildir. Yargıtay'ın bu tutumu öğretide eleştirilmiştir. Çünkü 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nda, yasak ifade yöntemleri kullanılarak bir delile ulaşılması hâlinde bunun sonucunun ne olacağı gösterilmişti. Bu durumda 1412 sayılı CMUK madde 254/2'de yer alan mutlak delil yasağının, CMUK madde 135a'da öngörülen yasak sorgu yöntemlerine başvurulması dışındaki hâller için geçerli olması gerektiği açıkta.<sup>27</sup>

Belirtelim ki, Askerî Yargıtay bu konuda daha açık ve yasaya uygun bir tutum sergilemiştir.<sup>28</sup> Şöyle ki; Askerî Yargıtay görülmekte olan bir davada, yasak sorgu yöntemlerini gösteren 1412 sayılı CMUK madde 135a hükmü karşısında, davaya ilişkin olarak toplanan delillerin ve özellikle sanıktan elde edilen ikrarın, yasa koyucu tarafından yasaklanan yöntemlerle elde edilip edilmediğinin incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararın bir diğer önemli tarafı da, sadece ikrarın değil, aynı zamanda, diğer delillerin de yasak yöntemlerle elde edilip edilmediğinin incelenmesinin istenmiş olmasıdır. Böylece, Askerî Yargıtay, açık bir ifade taşımaya da, sanıktan özgür iradesi bulunmaksızın alınan beyanlarla elde edilen diğer delilleri de (zehirli ağacın meyvelerini<sup>29</sup>) "hukuka aykırı delil kapsamına sokmuştur".<sup>30</sup> Askerî Yargıtay Beşinci Dairesi ise bir kararında, konutta yapılan aramanın başlangıçta usulüne uygun olmasına rağmen, daha sonra görevlilerin yetkilerini kötüye kullanarak kapıyı zorla kırmış olmaları nedeniyle, değerlendirmeye alınamayacağını belirtmiştir.<sup>31</sup>

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'na göre, yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilir (CMK madde 217). Hükmün zıt anlamından, suçun hukuka aykırı delille ispat edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bu sebeple bu yasanın da, hukuka aykırı deliller için, mutlak değerlendirme yasağı öngördüğünü söylemek mümkündür. CMK'nın ilgili maddeleri incelendiğin-

de görülmektedir ki; yeni düzenleme, önceki düzenlemeye paraleldir. Bunun sonucu olarak da hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda 1412 sayılı Yasa çerçevesinde yaşanan tartışmalar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası döneminde de devam edecektir.<sup>32</sup>

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasının, hükmün hukuka kesin aykırı olması sonucunu doğuracağı kabul edilmiştir (CMK madde 289). Hükümde hukuka aykırı delile dayanılması hâlinde, diğer delillere göre aynı şekilde hüküm kurulabilecek olması, hükmün bozulmasını engellemecektir. Hukuka aykırı delilin hükmü mutlaka etkilediği, hükmün bu hâlde değişebileceği yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Kanun yolu incelemesi yapan mahkeme, hükmün hukuka aykırı delile dayanıp dayanmadığını inceleyebilecek; ancak, hükümlerle hukuka aykırı delil arasında nedensellik ilişkisi kurduktan sonra, hükmün değişebilirliğini değerlendirmeyecektir. Yani, *bu hukuka aykırı delil olmasaydı da aynı hüküm verilecekti* diyerek hükmü onaylayamayacaktır. Yasa koyucu, aslında bu düzenleme ile mutlak bozma sebepleri arasında nispi bir bozma sebebine yer vermiştir. Yasa'da, özellikle mahkûmiyet kararının gerekçesinde, hükme esas alınmayan hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca gösterilmesi gerektiği de belirtilerek (CMK madde 230/1-b) hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin yasak vurgulanmıştır.<sup>33</sup>

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre kolluğun hâkim kararı olmaksızın arama yaparak sanığın evinin damındaki elli kök hint kenevirine el koyduğu bir olayda Yargıtay Ceza Genel Kurulu, gecikmede tehlikeye bulunup bulunmadığı hususunun denetlenmemesini eleştirmiş ve delilin hukuka aykırı olup olmadığını şöyle tartışmıştır: "Sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hâkim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından tutulan tutanaklarda gecikmede sakınca

<sup>27</sup> A.y.

<sup>28</sup> AsYDK, 10.12.1992-119/140; Centel-Zafer, a.g.e., s. 694.

<sup>29</sup> Bu konu bir sonraki bölümde incelenecektir.

<sup>30</sup> Kaymaz, a.g.e., s. 128 vd.

<sup>31</sup> AsY5D, 11.1.1995-30/34; Kaymaz, a.g.e., s. 128 vd.

<sup>32</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s.695, 696.

<sup>33</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 696.

bulunduğu belirtilmemiştir. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının yerel mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır”. Ancak, sanık mahkemede hint keneviri ektiğini ikrar etmiş, ikrarını istikrarlı biçimde sürdürmüş ve hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir.<sup>34</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir başka kararda ise delilin elde edilmesine yönelik şekilde ilişkin herhangi bir kurala aykırılığın delili hukuka aykırı delil hâline getirmeyeceğini, ancak sanığın haklarını koruyan esasa ilişkin kurallara aykırılık hâlinde hukuka aykırı delilin varlığının kabul edilebileceğini belirtmiştir.<sup>35</sup> Yargıtay bu yaklaşımıyla, CMK madde 217/2'deki düzenlemeyi sanık haklarını koruma amacını güden Kara Avrupasındaki düzenlemelere benzer bir şekilde anlamlandırdığını ve nispi değerlendirme yasağını benimsediğini ortaya koymuştur. Bu durumda, yasa koyucunun mutlak değerlendirme yasağını kabul etmiş olmasına karşılık, uygulamanın nispi değerlendirme yasağını benimseyen Kara Avrupası sistemine yaklaştığını söylemek mümkündür.<sup>36</sup>

Anayasa ile Ceza Muhakemesi Yasası'nda hukuka aykırı delillerin sanığın lehine ve aleyhine olması bakımından açıkça bir ayırım yapılmamıştır. CMK madde 217'ye göre, *yüklenen suç*, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille *ispat edilebilir*. “Yüklenen

suçun ispat edilebilmesi” ifadesi suçun işlendiğinin ispatını akla getirmektedir. Bu hüküm sanığın lehine olan hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini ve beraat kararı verilmesini engelleyici nitelikte değildir. Sanığın yararına olan hukuk kurallarına aykırılığın sanık aleyhine hükmün bozdurulması için Cumhuriyet savcısına bir hak vermeyeceğine ilişkin CMK madde 290 hükmü de bu sonucu destekleyecek niteliktedir. Doktrinde, buna ilişkin olarak, sanığın korunması amacıyla kabul edilmiş bir kurumun onun lehine hüküm doğurmasının adalet ilkesiyle bağdaşmayacağı; aksi hâlde ceza muhakemesinin varlık nedenini oluşturan gerçeğin, şekle feda edilmiş olacağı ve bu sebeple suç işleyerek hukuka aykırı delil elde eden kişinin cezalandırılmasının yeterli ceza sayılması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>37</sup>

### c. Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi –Zehirli Ağacın Meyveleri

Hukuka aykırı deliller değerlendirilmemekle birlikte, bu delilin yardımıyla ulaşılan diğer delillerin de değerlendirilme yasağı kapsamında olup olmayacağı tartışılan bir konudur. Örneğin, sanık işkence sonucunda suçunu itiraf etmiş ve bu arada silahın yerini söylemiş olabilir. Bu silah belirti delili olarak duruşmada keşfe konu yapılarak tartışılıp değerlendirmeye esas alınabilir mi? Amerikan Hukuku, bu tür delilleri “zehirli ağacın meyvesi” [fruit of the poisonous tree] olarak değerlendirmiş ve *zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir* diyerek, bunları da delil değerlendirme yasağı kapsamında saymıştır.<sup>38</sup>

Yasak delillerin uzak etkisinin nasıl sınırlandırılacağı konusu, Kara Avrupasında henüz açıklık kazanmamıştır. Hemen belirtelim ki, hukuka aykırı delillerin yakın etkisinin ne olması gerektiği konusundaki ölçütler de kesin olarak belirlenmiş değildir. Olaydan olaya ölçütler değişebilmekte ve her olayda yeni bir bakış açısı ortaya atılabilmektedir. Hukuka aykırı deliller için ileri sürülen tüm teoriler, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi için de geçerlidir.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> YCGK, 29.11.2005-7-144/150, YKD XXXII, 3 (Mart 2006), 460-486; Aktaran Centel-Zafer, a.g.e., s. 696.

<sup>35</sup> YCGK, 26.6.2007-7-147/159. Aktaran Centel-Zafer, a.g.e., s. 697. Karar metni için bkz.: Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s. 468-469.

<sup>36</sup> Mutlak delil yasağı ihlal edilerek elde edilen delillerin hiç bir muhakemede şüpheli veya sanık aleyhine değerlendirilemeyeceği, buna karşılık nispi delil yasağı kapsamına giren delillerin hukuka uygun yolla elde edilmesinin kesin görülmesi hâlinde değerlendirilebileceği görüşü için bkz.: Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 187-188.

<sup>37</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 697.

<sup>38</sup> A.g.e., s. 698.

<sup>39</sup> A.g.e., s. 698.



Türk hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Delil yasaklarına ilişkin teori, delil yasaklarının uzak etkisi için de geçerli olacaktır. Nitekim CMK madde 217'nin gerekçesinde, "örneğin işkence, narkoanaliz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne yönelik saldırılar yolu ile elde edilen deliller hükme esas alınamayacaktır" denilerek bu husus vurgulanmıştır.

#### **d. Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin İspat Kuvveti**

Anayasa madde 38/6 ve CMK'nın ilgili maddeleri uyarınca hukuka aykırı delillerin ispat hukukundaki değerine ilişkin tüm kabullerin, özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı deliller için de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, bahsi geçen bu deliller de delil yasakları kapsamında kabul edilecek ve değerlendirilmeyecektir. Zira anayasa hükümleri sadece kamu değil, özel kişiler için de bağlayıcı niteliktedir.<sup>40</sup>

Belirtelim ki, doktrinde aksi görüşte olan Kaymaz'a göre, hukuka aykırı deliller gerçeği yansıttığı ölçüde yargılamada delil olarak kullanılabilir.<sup>41</sup>

#### **e. Yargı Kararlarında Soruna Yaklaşım**

Önceki bölümlerde, hukuka aykırı delillerin ispat kuvvetine ilişkin sorunu Yargıtay kararları ışığında incelememiz sebebiyle, bu bölümde soruna ilişkin bir Yargıtay kararı ile yetinilecektir. Sonraki alt başlıkta ise, soruna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına değinilecektir.

##### **1) Yargıtay Kararı**

"Polis memuru H. Haluk tarafından 07.02.2004 günü saat 10.00'da düzenlenen ihbar tutanağına göre; İstanbul K... K... Y... 12 sayılı yerin giriş katında sahte rakı imal eden bir şahsın bulunduğu ismini veremeyen bir şahıs tarafından ihbar edilmesi üzeri-

ne; bu yerin polis tarafından gözetlendiği, içeriye giren şahsın bir saat kadar içeride kalıp, dışarı çıkmaması üzerine, kapı zilin polis tarafından çalındığı, sanık tarafından kapı açıldığında içeriden kuvvetli bir şekilde alkol kokusunun gelmesi nedeniyle, yapılan aramada, çok sayıda paket hâline gelmiş boş rakı ve votka şişeleri, rakı kapakları, içinde alkol bulunan yüksek bir yere monte edilmiş iki adet varil, şişe kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zapt edilmiş, 07.02.2004 günü saat 18.15'de düzenlenen olay yakalama ve zapt etme tutanağı, polis memurları ve yakalanan sanık Eyüp tarafından imzalanmıştır.

Dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması hâlinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C. Başsavcılığınca, ihbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbarın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Öte yandan dosyada sanığa ait bir ikrar bulunmadığı gibi, bir an için sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi, maddi delillerle desteklenmeyen ve özgür irade ürünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir. Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmiştir."<sup>42</sup>

##### **2) Anayasa Mahkemesi Kararları**

- Anayasa Mahkemesinin, dokunulmazlığın kaldırılması kararının iptali talebi dolayısıyla 1971 yılında vermiş olduğu kararında, o günkü teknik itibarıyla ses bantlarının bir ispat aracı olarak yetersizliği, sağlam ve güvenilir delil olmayışı üzerinde durmuş, gizli ses kaydının anayasal haklar karşısındaki durumu ve elde edilişi itibarıyla delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı meselesini ele almıştır.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Ceza Genel Kurulu 2009/7-160 E.N., 2009/264 K.N. Hukuka Aykırı Delillere İlişkin Diğer Yargıtay Kararları için, bkz.: Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı*, İstanbul, 2011, s. 513 vd.

<sup>43</sup> 17.8.1971 ve 19.8.1971 tarih ve E: 1971/41, K: 1971/67 sayılı kararı (RG 15.1.1972, S.:14073), Ka-

<sup>40</sup> Aynı görüş için bkz.: Şen, a.g.e., s. 174 vd.

<sup>41</sup> Kaymaz, a.g.e., s. 293.

- Anayasa mahkemesi, Fazilet Partisi hakkında açılan siyasi parti kapatma davasında, "İddianameye eklenen deliller arasında yer alan ve üçüncü kişiler tarafından getirildiği belirtilen N. E. ile Y. H. arasında araç telefonundan yapılan konuşma kaydının, Anayasa'nın 22. maddesinde belirtildiği biçimde, usulüne uygun bir yargıç kararına ya da kanunla yetkili kılınan merciin emrine dayanmadığı bu nedenle de haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiği açık olduğundan hukuka uygun olarak elde edilmediği sonucuna varılan söz konusu konuşmaya ait kasetin, CMUK'nın 254. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hükme esas alınmamasına..." karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinde görülen siyasi parti kapatma davalarında ceza yargılaması usulü uygulanmaktadır, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nu, ceza davalarına uygulanacak usul kurallarını gösteren bir düzenleme olmakla birlikte, Anayasa ve yasaların açık hükmü ile Anayasa Mahkemesinin görevine giren ve fakat kendine özgü bir dava niteliği taşıyan siyasi parti kapatma davalarına da bu kanun hüküm ve ilkelerinin işin niteliğine uygun oldukları ölçüde uygulanması gerekmektedir..."<sup>44</sup>

### 3. Mukayeseli Hukukta Hukuka Aykırı Delillerin İspat Kuvveti

Hukuka aykırı deliller kavramının kaynağı Amerikan Hukuku'dur. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1966 yılında verdiği bir kararda (Miranda Kararı) sanığa hakları hatırlatılmadan yapılan sorguda elde edilen delillerin yargılamada kullanılamayacağına karar vermiştir. Bunun anlamı aynı zamanda sanığın suçsuzluğu karinesinin genişletilmesidir. Kavram daha sonra Kara Avrupası devletleri hukukuna kişinin te-

mel hak ve özgürlüklerini korumak üzere pozitif normlar olarak girmiştir.

#### a. Kara Avrupası Hukuku

Hukuka aykırı olarak delil toplama yöntemleri, incelenen bütün ülkelerde yasak olmakla birlikte, bunun kapsamı ülkelere göre farklılıklar göstermektedir.<sup>45</sup> Aynı şekilde bu delillerin mahkemelerce değerlendirilmesinde ve hükme esas alınıp alınmayacağı konusunda da hukuk düzenleri arasında farklılıklar vardır.<sup>46</sup>

##### 1) Almanya Hukuku

Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Almanya'da, Alman CMUK'nın 136/a maddesinin 2. fıkrasında sayılmış bulunan yasak sorgu metotlarının (yorma, hile, işkence...) uygulanması yolu ile elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılmayacağı açıklanmıştır. Aynı şekilde, hukuka aykırı olarak yapılan arama ve el koymada, el konularının yargılamada delil olarak değerlendirilmesini Alman Anayasa Mahkemesi kabul etmemiştir.<sup>47</sup> Öte yandan kanunda gösterilen ve içtihatla yasaklanma hâlleri dışında "hukuka aykırı delillerin" değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu Alman Federal Mahkemesi tarafından "sanık hakları teorisi" çerçevesinde çözümlenmektedir. Buna göre, delillerin elde edilmesiyle gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmaktadır. Önemli bir Anayasal hak ihlali varsa delil değerlendirilmemekte, yapılan ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanığın hakları açısından hiçbir önem taşımamakta ise hukuka aykırı olmasına rağmen delil, hüküm verilirken kullanılmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken ihlal edilen normun kimin yarına konmuş olduğuna bakılmaktadır.<sup>48</sup> Özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı deliller konusunda ise Alman Doktrinince kabul edilen

rar için bkz.: *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 11, s. 82 vd., (Çevrimiçi) [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar\\_dergisi/kd\\_11.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_11.pdf), erişim 24.02.2013.

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesinin 22.06.2001 tarih ve 1992/2 (Siyasi Parti Kapatma) E: 2001/2 K Sayılı kararı, (RG. 5.1.2002 Mükerrer, S.: 24631), (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/01/20020105m1.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/01/20020105m1.htm>, erişim 24.02.2013.

<sup>45</sup> Kaymaz, a.g.e., s. 19.

<sup>46</sup> Zer, a.g.t., s. 17.

<sup>47</sup> Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuturma Mecburiyeti*, Ankara, 1991, s. 17.

<sup>48</sup> Feridun Yenisey, 24.10.1994 tarihli makale, yayınladığı yer: Vural Savaş-Sadık Mahmutoğlu, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, Cilt 1, Ankara, 1995, s. 1236; aktaran Zer, a.g.t., s. 17.

görüş, “delil toplanması konusunda getirilen sınırlamaların devlet organları için konulmuş olduğu ve bu nedenle özel kişiler tarafından elde edilmiş olan hukuka aykırı delillerin kural olarak değerlendirilebileceği” şeklindedir.<sup>49</sup>

## 2) İtalya Hukuku

Sanığın sorgudaki hakları bakımından (mesela susma, müdafiden yararlanma, sanığın kendi sorgusunda hazır bulunmaya zorlanmama..) İtalyan CMUK'daki düzenlemelerle bizdeki düzenlemeler benzerlik göstermektedir. Aynı şekilde İtalyan CMUK madde 191'ye göre de “kanuna aykırı elde edilen deliller” bakımından mutlak bir değerlendirme yasağı söz konusudur. Yasak sorgu yöntemleri konusunda da bu madde çerçevesinde değerlendirme yapılmakta ve bu yöntemler “ıslah edilemez yokluk sebebi” sayılmaktadır.<sup>50</sup>

## 3) Fransa Hukuku

1993 tarihli Fransız Ceza Muhakemeleri Usulünde hukuka aykırı delillere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Fransız mevzuatı medeniyetin temel değerlerine aykırı olarak insan onuruyla bağdaşmaz bir şekilde işkence, ilaç verme vs. ruhsal ve bedensel baskılarla delillerin elde edemeyeceğini çeşitli hükümlerle düzenlemiş bulunmaktadır.<sup>51</sup>

Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kullanılması bağlamında, suç teşkil eden bir fiilin mağduru lehine önemli bir ispat kolaylığının geçerli olduğuna işaret edilmiştir. Mağdur ceza yargılamasında, medeni yargılamadan farklı olarak, elinde mevcut tüm delilleri yargılamada delil olarak gösterebilmektedir. Yani ceza yargılamasında, hukuka aykırı bir davranış ile elde edilen deliller de kullanılabilir. Örneğin, bir işçisinin kasadaki paraları zimmetine geçirdiği iddiası ile yargılandığı bir ceza davasında, işverence işçinin özel hayat alanına müdahaleyle gerçekleştirilmiş gizli video kayıtları delil olarak kullanılabilir.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Kaymaz, a.g.e., s. 23.

<sup>50</sup> Cumhur Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, 1994, s. 97.

<sup>51</sup> Koca, a.g.m., s. 19.

<sup>52</sup> Evren Kılıçoğlu, “Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması”, Marmara

## 4) Hollanda Hukuku

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmeyeceği genellikle kabul edilmekle birlikte, ağır bir suç söz konusu olduğunda yasak sorgu yöntemlerine başvurularak elde edilen beyanların değerlendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.<sup>53</sup>

### b. Common Law [Ortak Hukuk]

Amerika Birleşik Devletleri'nde ve İngiltere'de “common law” [Ortak Hukuk] denilen ve mahkeme içtihatları ile teamüllerden oluşan, yazılı olmayan hukuk kuralları geçerlidir.<sup>54</sup>

#### 1) Amerika Hukuku

Ceza usulüne ilişkin bazı temel kurallar ABD Anayasasında yer almaktadır. Amerikan Anayasası'nın 5. ekine göre “hiç kimse bir ceza davasında kendini suçlamaya zorlanamaz.”; değişik b. maddesine göre ise “bütün ceza kovuşturmalarında sanık kendi savunması için bir savunma avukatının yardımını alma ve kullanma hakkına sahiptir.” denilmektedir. Anayasa'nın 14. Ekinde de “uygulanması gerekli tüm usul hükümlerine uyarak yargılama” kuralı getirilerek, yukarıda belirtilen kuralların ihlali suretiyle elde edilen deliller hukuka aykırı sayılmakta ve değerlendirilmemektedir. “Miranda Kararı” olarak bilinen, Arizona Eyalet Mahkemesinin 1966 yılında vermiş olduğu karar ile polise, sanığı yakaladığı anda haklarını bildirme yükümlülüğü getirilmiş ve sanığa susma, müdafiden yararlanma hakkı bildirilmeden elde edilen ikrarın yargılamada delil olarak kullanılmayacağı kabul edilmiştir. Her ne kadar, sanığa haklarının öğretilmemesi yaptırımını “değerlendirme yasağı” olarak öngörülmüş ise de öğretme görevinin ihmali şu üç önemli durumda gerçekleşmişse, bu delil genel olarak değerlendirilebilir:

- 1) Kendiliğinden yapılan açıklamalar,
- 2) Özel kişiler arasındaki açıklamalar,

Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 73.

<sup>53</sup> Şahin, a.g.e., s. 94.

<sup>54</sup> Zer, a.g.t., s. 19.

3) Doğrudan tehlikeli durumlar içerisindeki polisin sorusunu üzerine yapılan açıklamaları (mesela “bomba nerede?” gibi)

Amerikan Yüksek Mahkemesinin son yıllardaki uygulamalarında özel hayatın evin duvarları arasındaki hayat olduğu kabul edilmekte, evin içine girilmeden yapılan arama, dinleme, gözetleme sonucu elde edilen delillerin, özel hayatın gizliliğini ihlal etmediği sonucuna varılmaktadır. Hukuka aykırı deliller kullanılarak elde edilen diğer deliller ise Amerikan hukukunda “zehirli ağacın meyveleri” olarak kabul edilmekte ve hüküm verilirken değerlendirilmemektedir. Nitekim 1936 yılında Mississippi Eyalet Mahkemesinin verdiği bir kararda sanığın işkence sonucu alınan bir ifade sine dayanılarak elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağı sonucuna varılmıştır.<sup>55</sup>

## 2) İngiltere Hukuku

Geleneksel Common Law’a göre, ispatı gereken olay bakımından yeterince önemli olan her türlü delil, bir delil yasağı bulunmadıkça geçerlidir. Önemlilik açısından kriter, delilin, ispatı gereken olayın az ya da çok değerlendirilmesi olanağını verip vermediğidir.<sup>56</sup> Bu çerçevede ilke olarak ikrar (ve belirli durumlarda belge) dışındaki bütün deliller, hukuka aykırı ya da adil olmayan şekilde elde edilmiş olsalar da muhakemede kullanılabilirler. Delillerin geçerliliği açısından yapılacak tek denetim, önemlilik açısından olacaktır. Mahkeme, tarafların delilleri nasıl elde ettiklerinden çok, bunların muhakemede nasıl kullanıldıklarıyla ilgilenir. Yoksa, delilin hırsızlık, kişi ya da binaların hukuka aykırı şekilde aranması, ajan provokatör kullanımı ya da gizli dinleme yöntemiyle elde edilmiş olması mahkemeyi ilgilendirmez. Elbette ki, kanunla herhangi bir delilin elde edilmesi yöntemi tam olarak düzenlenmişse, söz gelimi alkollü olarak araç kullanmada kan örneğinin nasıl alınacağı gibi, buna uyulmaması delilin yasaklanması sonucunu doğurur. Bununla birlikte, mahkeme kararlarında bir delilin hukuka aykırı ya da dürüst olmayan bir şekilde elde edilmiş

olması hâlinde kullanılmayacağına ilişkin hâkimlik yetkisi geliştirilmiştir. Anayasal bir ilke olan “adil yargılanma” ilkesi gereğince hâkim, sanık açısından adil bir muhakemenin gerçekleştirilmesini sağlamak zorundadır. Dolayısıyla hukuka aykırı ve dürüst olmayan şekilde elde edilen deliller sanığa karşı kullanılmayabilir.<sup>57</sup>

## 4. AİHM Kararlarında Soruna Yaklaşım

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre,

“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.”

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılama, millî mahkemeler önündeki ceza ve diğer delil kurallarının izlenmesini zorunlu kılmaz. Delillerin kabulü ve değerlendirilmesi de millî mahkemenin konusudur. Millî mahkemelerin delilleri iyi değerlendirip değerlendirmedikleri Sözleşme organlarının yetkisi dışındadır.<sup>58</sup> Sözleşme organları, tarafların delil toplama biçimleri de dahil olmak üzere bir bütün olarak yargılamada madde 6/1 gereği olan hakkaniyetin yerine getirilip getirilmediğini incelemektedir. Bu şunu ifade etmektedir: Delile ilişkin eşitsizlik (dengesizlik) veya hakkaniyetsizlik iddiası yargılamanın bütününe ışığı altında incelenecektir ve başvurunun yargılamaya etkili olarak katılma imkânının elinden alınıp alınmadığına veya savunmanın konunun önemli bir şekilde zarar görüp görmediğine ya da millî mahkemenin değerlendirmesinin keyfi olup olmadığına bakılacaktır. Sözleşmenin 6. maddesinde hukuka aykırı biçimde toplanan delillerin davada kullanılmayacağına ilişkin özel bir kural

<sup>55</sup> Zer, a.g.t., s. 19 vd.

<sup>56</sup> Yener Ünver, “Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK’nın İncelemesi”, İHFM, LV 1-2, 1996, s. 200.

<sup>57</sup> Özgün Öztunç, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller”, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

<sup>58</sup> Schek v. İsviçre, para. 45-46; Aktaran Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, 2002, s. 274.

yoktur; hukuka aykırılığın 8. maddede yer alan meskene, haberleşmeye ve özel yaşama saygı hakkı gibi Sözleşmede yer alan bir hakkı ihlal etmesi de bu durumu değiştirmemektedir. Sözleşme organları, millî hukukta bir ceza yargılaması sırasında hukuka aykırı biçimde toplanan delillerin kullanılmasına izin veren kuralı kendiliğinden, kategorik olarak, hakkaniyete uygun yargılamaya aykırı bulmamaktadır. Hukuka aykırı bir biçimde elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılmamasını ilke olarak benimseyen yaklaşımı kabul etme konusunda sözleşme organları direnç göstermektedir. Bunun nedenlerinden biri, bu konuda ortak bir Avrupa yaklaşımının olmaması; ikincisi ise Sözleşmenin delillere, özellikle de delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar koymamasıdır.<sup>59</sup>

Delilin elde edilmiş biçimi ve son soruşturmada oynadığı rol, yargılamanın bütününün hakkaniyete aykırı hâle gelip gelmediği açısından yapılan bir değerlendirme çerçevesinde incelenmektedir. Örneğin delil, mahkûmiyet veya esas olarak bu delile dayanmıyorsa ve çelişmeli bir biçimde ele alınıp, başvuru tarafından güvenilirliği ve gerçekliği konusunda itiraz edilebiliyorsa, hakkaniyete aykırılık ortaya çıkmayabilecektir. Bununla beraber, bazı kategorideki delillerin özel bir önemi vardır. Örneğin, kararın; işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ederek toplanan delillere önem olması, delillerin davada oynadığı rol önem taşımaksızın, madde 6'yı ihlal edecektir.<sup>60</sup>

Konumuzla ilgili olan bazı AİHM içtihatları şöyledir:

- Özel bir kişi tarafından hukuka aykırı biçimde kaydedilen konuşmanın, başvuru aleyhine kullanıldığı bir davaya ilişkin başvuruda; komisyona göre; mahkûmiyet sadece telefon görüşmesi kaydına dayanmaktadır. Çeşitli tanık ifadeleri alınmıştır. Millî mahkeme kararında özellikle bir tanığın ifadesini esas delil olarak kabul etmiştir. Telefon kaydını bu tanığın ifadesini destekler nitelikte görmüştür. Kaset kaydının güvenilirliği bir bilirkişi görüşü ile doğ-

rulanmış. Komisyon, bu gerekçelerle şikayeti kabul edilmez bulmuştur.<sup>61</sup>

- İtalya'ya ilişkin T. S. ve F. S. davasında da, eroin kaçakçılığı yapan bir suç örgütü üyesi olmaktan mahkûm olan başvuru, yetkili yargıç tarafından verilen telefon dinleme kararının usule uygun verilmediğini, bu nedenle telefon kayıtlarındaki ifadelerle dayanılarak karar verilmesi hukuka aykırı bir delile dayanarak karar vermek olduğundan adil yargılanmadığını iddia etmektedir. Komisyon kararın yürürlükteki hukuka aykırı bir şekilde verilip verilmediğini denetlemenin kendi görevi olmadığını, bu kayıtların yargılama aşamasında kullanılma şeklinin sanık haklarına ve adil yargılanmaya aykırı olup olmadığını inceleyebileceğini belirtmektedir. Komisyon bu itiraz edilen ifadelerin dava dosyasında bulunduğunu ve hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz aşamasındaki çekişmeli usulle incelendiğini belirtmektedir. Ayrıca, söz konusu kayıt tek değildir, başka delillere de dayanılmıştır.<sup>62</sup>
- Schenk-İsviçre davasında, karısını öldürtmek üzere bir kiralık katil (Mr. Pauty) tuttuğu iddia edilen başvuru, kiraladığı Pauty ile konuşması yine Pauty tarafından kaydedilmiş ve başvuru karısı ile birlikte yetkili mercilere teslim edilmiştir. İç hukukta Federal Mahkeme, bir cinayet suçunda maddi gerçeği ortaya çıkartmadaki yararın başvuru kişilik haklarının korunmasındaki yarardan daha fazla olduğunu vurgulayarak, delilin hüküm verilirken kullanılmasında sakınca görmemiştir. Schenk Davasında, mahkeme ilk olarak, "savunmanın hakları görmezlikten gelinmemiştir." tespitini yapmıştır. Mahkemeye göre, savunma bu kasetin kullanılmasına ve inanılabilirliğine itiraz etme hakkına sahiptir. Nitekim, başvuru avukatı kasetin güvenilirliğini incelemiştir. Mahkeme ikinci olarak, kaset kaydının başvuru mahkûmiyetinin dayanağı olan tek delil olmamasını da dikkate almıştır. Rolle Ceza Mahkemesi, kararında başvuru suçluluğuna karar vermek için, kaset kaydın-

<sup>59</sup> Zer, a.g.t., s. 25-26.

<sup>60</sup> Zer, a.g.t., s. 26.

<sup>61</sup> Wischnewski v. Almanya, Aktaran İnceoğlu, a.g.e., s. 279.

<sup>62</sup> T.S. ve F.S. v. İtalya, Aktaran İnceoğlu, a.g.e., s. 280.

dan kaynaklanan verileri onaylayan kayıt dışındaki delillere dayandığını dikkatli biçimde belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM'e göre, ceza mahkemesi kararına ulaşmadan önce, delillerin birbirleriyle bağlantılarını dikkate almıştır. Sonuç olarak, Mahkemeye göre, söz konusu kaydın delil olarak kullanılması adil yargılamaya aykırı değildir ve 6. maddenin 1. fıkrasını ihlal etmemektedir. Schenk Davası bizi şu sonuca götürmektedir: Eğer bir davada üçüncü kişiler tarafından gizlice elde edilmiş hukuka aykırı kanıt tek ve suçlayıcı delil ise ve inanılabilirliği konusunda başvuru tarafından ileri sürülmüş olan makul şüpheler var ve bu şüpheleri giderici güvenceler sağlanmamış ise, mahkeme ihlal sonucuna varacaktır. Fakat, bu sonuç, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkına aykırı her delilin tek delil olarak millî mahkeme tarafından kullanılmasının 6. maddeye aykırı olacağı sonucu da beraberinde getirmemektedir. Önemli olan, iç hukuka aykırı bir biçimde toplanan bir delil olup olmadığı ve güvenilirliğine ilişkin kuşku olup olmadığıdır.<sup>63</sup>

## Kaynakça

- Altunkaş, Aysun; *Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 11, (Çevrimiçi) [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar\\_dergisi/kd\\_11.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_11.pdf), erişim 24.02.2013.
- Avcı, Feyzullah; "Ceza Yargılamasında Özel HAYATIN Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali", Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2006.
- Centel, Nur-Zafer Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı*, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
- ; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
- Çınar, Muammer-Baş, Halime; "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı ve Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti",

*Genç Hukukçular Hukuk Okumaları-Birikimler I*, İstanbul, 2003.

- İnceoğlu, Sibel; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, 2002.
- Kaymaz, Seydi; *Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- Kılıçoğlu, Evren; "Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması", Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- Koca, Mahmut; "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", AÜEHFD, C: IV, S: 1-2 (2000), (Çevrimiçi) [http://hukuk-erzincan.edu.tr/dergi/makale/2000\\_1\\_8.pdf](http://hukuk-erzincan.edu.tr/dergi/makale/2000_1_8.pdf), erişim 24.02.2013.
- Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 1998.
- Öztunç, Özgün; "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller", Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Öztürk, Bahri; "Ses veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Değeri", Prof. Dr. Seyiullalı EDİS'e Armağan, 2000.
- ; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti*, Ankara, 1991.
- ; *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 14, 1995.
- Şafak, Ali-Bıçak, Vahit; *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, Roma Yayınevi, Ağustos 2005.
- Şahin, Cumhur; *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- ; *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, 1994.
- Şen, Ersan; *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998.
- Ünver, Yener; "Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelemesi", İHFM, LV 1-2, 1996.
- Zer, Atasoy; "(Ceza Muhakemesi Hukukunda) Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkartılması (İhracı)", Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.

[www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)

<sup>63</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 281.



# *Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri*

*Esra ÇETİNKAYA*



## **GİRİŞ**

**Y**argılamada dava konusu uyuşmazlık, uyuşmazlığın dayandığı vakıaların gerçekliği konusunda hâkimin bir kanaate ulaşması ve bunun neticesinde bir mahkeme kararı ile sona erecektir. Hâkimin, bahsi geçen vakıaların gerçekliği hususunda kanaate varması ise ispat hukukuna ilişkin ilkeler çerçevesinde mümkün olacaktır. Belirtelim ki, "Taraflarca Getirilme İlkesi"nin geçerli olduğu medeni usul hukukumuzda dava malzemesi; bir başka deyişle iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan vakıalar ile bunları ispatlamak için gerekli olan deliller, uyuşmazlığın taraflarınca getirilir. Şu hâlde tarafların, ispat hukukuna ilişkin ilkeler çerçevesinde hareket etmesi ve bu sınırlar içerisinde iddialarını ispata yarayan delilleri toplaması gerekecektir. Aksi hâlde, hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller söz konusu olur ki, bu tür delillerin ispat hukukundaki değeri, medeni usul hukukumuzda, yakın zamana kadar tartışmalı idi. Mukayeseli hukukta hâlâ tartışma konusu olan ve yargı kararlarında hâlâ ortak bir kanaate varılamayan hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller, yeni kanunumuz (HMK) ile ispat hukukundaki değerini yitirmiştir.

Çalışmamızda, 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce yoğun tartışma konusu olan bu soruna ilişkin bütüncül bakış açısının yakalanması için, öncelikle medeni usul hukukunun amacına değinilecektir. Daha sonra medeni usul hukukunda delil ve delil türleri kısaca izah edilecek ve ilerleyen bölümlerde hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri; doktrindeki görüşler, yargı kararları ve mukayeseli hukuk ışığında

incelenecektir. Son bölümde ise 6100 sayılı HMK'nın soruna ilişkin getirdiği "çözüm" değerlendirilecektir.

## **MEDENİ USUL HUKUKUNUN AMACI**

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul gören görüşe göre; medeni usul hukukunun amaçları, maddi hukuktan doğan hakların gerçekleştirilmesi ve hukuki barışın korunmasıdır. Devletin, hak sahiplerinin hakkına kavuşmasının bir aracı olan bizzat ihkak-ı hakkı yasaklaması sebebiyle medeni usul hukukunun uygulama alanı bulması suretiyle bahsi geçen hakların gerçekleşmesi, yerine getirilmesi mümkün olmaktadır. Bunun neticesinde ise medeni usul hukukunun bir diğer amacını teşkil eden hukuki barış korunmuş olacaktır. Ancak bütün bunların yanı sıra, meselenin tam da bu noktasında, şu sorunun sorulması gerekmektedir: Medeni usul hukukunun sözü edilen amaçları nasıl gerçekleştirilecektir? Başka bir ifade ile sübjektif haklar ve bunun sonucunda hukuki barış nasıl korunacaktır?

Yargılama, olaylara hukuk normunun uygulanmasıdır ve bu sebeple bir yargılamada olayın tespit edilmesi sorunun esasını teşkil eder. Olayın atlandığı normu karşılamaması hâlinde dava reddedilecek; karşılaması hâlinde ise leh-te hüküm verilecektir. Bahsi geçen bu hükmün doğruluğu ise dayandığı olayı oluşturan vakıaların gerçekliğine bağlı olacaktır.<sup>1</sup> Bu sebeple,

<sup>1</sup> H. Yavuz Alangoya-M. Kamil Yıldırım-Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 5.

önemle belirtilmelidir ki, tüm yargılama hukuklarının amacı gibi, medeni usul hukukunda da amaç, maddi gerçeğin tespit edilmesidir.

Belirtelim ki, medeni usul hukukunda dava malzemelerinin mahkemeye getirilmesi işinin taraflara bırakılmış olması, bu yargılama hukukunun şekli gerçeğe yetindiği anlamına gelmemektedir. Hâkim, kabul edilen yargılama ilkesi ne olursa olsun, maddi gerçeği araştırmakla yükümlüdür. Şu hususunda da altı çizilmelidir: Hukuki barışın sağlanabilmesi için de maddi gerçeğin araştırılması ve kesin hükümle tespit edilmesi gerekir.<sup>2</sup> Bu hususa ilişkin olmak üzere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da birçok hüküm vardır. Tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü (madde 29), hâkimin davayı aydınlatma ödevi (madde 31) bunlara örnek gösterilebilir.

## MEDENÎ USUL HUKUKUNDA DELİLLER

### 1. Genel Olarak

Delil, ispatı gerekli olan vakıaların vuku buldukları veya bulmadıkları hususunda hâkimde kanaat uyandırmak için başvuru ispat araçlarına denir. Delillerin konusu maddi olaylardır ve bu olaylar, davanın ve savunmanın esasını oluşturan vakıalardır.

Deliller kural olarak ispat yükünü taşıyan taraflarca ileri sürülmelidir. İspat yükü ise kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK, madde 190).

Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (HMK, madde 198). Delillerin değerlendirilmesinde amaç, tarafların iddia ettikleri vakıaların gerçekleşmiş olup olmadığı, gerçekleşmişse iddia edildiği şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda karar vermektir.

<sup>2</sup> Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 41.

### 2. Delil Çeşitleri

Medeni Usul Hukukunda deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Ayrımın temelinde hâkimin yargılamaya getirilen delil karşısındaki durumunun farklılığı yatmaktadır. Hâkim, bir delilin ilişkin bulunduğu vakıayı ispat edilmiş kabul etmek mecburiyetinde ise bu delil kesin delil kategorisine girecek; ikame edilen bir delili serbestçe değerlendirme, takdir etme durumunda olabiliyor ise takdiri bir delil söz konusu olacaktır.<sup>3</sup>

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde kesin deliller ikrar, senet, yemin ve kesin hüküm olmak üzere bir ayrıma tâbi tutulurken; takdiri deliller tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri olarak dörtlü bir ayrıma tâbi tutulmakta idi. Belirtelim ki, 12.1.2012 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ispat ve delillere ilişkin sistemi genel olarak HUMK'ninkinden farklı değildir (madde 187 vd.). Kesin delil-takdiri delil ayrımı ve senetle<sup>4</sup> ispat zorunluluğuna ilişkin hükümler muhafaza edilmiştir. Kanunda delil türlerine tek tek yer verilmiş ve bu saymanın sınırlı olmadığı, senetle ispat zorunluluğunun öngörüldüğü hâller dışında kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere<sup>5</sup> de (özel hüküm sebeplerine de) başvurulabileceği kabul edilmiştir.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Alangoya-Yıldırım-Deren Yıldırım, a.g.e., s. 317.

<sup>4</sup> HMK'da, HUMK'da yer alan "senet" kelimesinin yanına, ondan daha üst bir kavram olarak "belge" kavramı kabul edilmiştir ve 199. maddede belge, "Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plân, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu kanuna göre belgedir." şeklinde tanımlanmıştır.

Belirtelim ki, senet kesin delil olmakla birlikte, belge kesin delil olmak zorunda değildir. (Bkz.: Muhammet Özkes, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hukuk Yargılamamıza Ne Getiriyor?", (Çevrimiçi) <http://www.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/HMK-Brosur.pdf>, 07.03.2013.

<sup>5</sup> Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir (HMK, madde 192).

<sup>6</sup> Baki Kuru-Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 85, S: 5, İstanbul, 2011, s. 16, (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/makaleler/hmk/bakikuru-alicembudak.pdf>, 07.03.2013.



## HUKUKA AYKIRI YOLDAN ELDE EDİLEN DELİLLERİN İSPAT KUVVETİ

### 1. Genel Olarak

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin mahkemece değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi ispat hakkıyla ilgilidir. İspat hakkı ise delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile bağlantılı olan bir kavramdır.

İspat hakkı, tarafın iddiasını ispat etme hususundaki hakkıdır. Ancak bu hak, zaman ve deliller açısından olmak üzere iki şekilde<sup>7</sup> sınırlanabilmektedir. Kanunda delillerin belirli bir süreden sonra getirilmiş olması hâlinde kabul edilemeyeceği öngörülmüşse bu, birinci sınırlandırmaya örnektir. Bir vakıanın, belli nitelikteki delillerle ispatı öngörülmüşse; dolayısıyla başka bir delil ibraz edenin delili reddediliyorsa, bu da ikinci sınırlamaya örnek teşkil eder.

İspat imkânsızlığı veya ispat zorluğu bir davada başarı şansını yok eder. Bu nedenle davada taraf olabilecek olan bir kimse henüz dava açılmadan önce iddiasını ispata yarayacak bütün delillerini toplamak, elde etmek ve bu suretle iddiasını ispat edememe durumundan kurtulmak isteyebilir. Bu bağlamda, hukuka aykırı yollardan da birtakım deliller elde edebilir. Örneğin; gizlice dinleyebilir ya da kaydedebilir, iki kişi arasındaki bir konuşmayı üçüncü kişiye dinletebilir, fotoğraf çekebilir, özel defteri gizlice ele geçirebilir. Bu gibi durumlarda, hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller mahkemece değerlendirilecek midir?

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medenî Usul Kanununda (HUMK) açıkça bir düzenleme

bulunmamaktadır.<sup>8</sup> Kanunda açıkça düzenleme yapılmayan bu konu, doktrinde çokça tartışılmış ve bu hususta görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. HMK'nın kabulünden önceki dönemde ışık tutması bakımından bahsi geçen konuyu öncelikle doktrindeki görüşler açısından incelemekte fayda vardır.

### 2. Doktrindeki Görüşler

1982 Anayasası'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı 38. maddesine 03.01.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile eklenen altıncı fıkraya göre, "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilmez." Doktrinde Anayasa'nın bahsi geçen altıncı fıkrasından hareketle bazı yazarlar, ceza muhakemesinde olduğu gibi, medeni muhakemede de hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılmayacağı görüşünde iken; aksi kanaatte olan yazarlar da vardır.

#### a. Necmeddin Berkin'in Görüşü

Necmeddin Berkin, soruna ilişkin görüş bildiren ilk yazarlardandır, usulsüz veya kanunsuz yahut hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delile dayanılarak hüküm verilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak boşanma davasında delil olarak kullanılması caiz değildir.<sup>9</sup>

#### b. Saim Üstündağ'ın Görüşü

Üstündağ, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi konusunda usul hukukumuzda bir hüküm bulunmadığını belirtmekte, kitabının bir başka yerinde sesin gizlice banda alınması hâlinde buna daha sonra bir ispat vasıtası olarak da-

<sup>7</sup> Mukayeseli hukukta, özellikle Avusturya hukukunda ispat yasakları başlığı altında ispat konusu yasakları, delil yasakları, ispat metodu yasakları ayrımı yapılmaktadır. Tarafların hukuka aykırı yoldan elde etmiş oldukları deliller, delil yasakları başlığı altında değerlendirilmektedir. (Bkz.: M. Kamil Yıldırım, "Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller", Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul, Tarih-siz, s. 862.)

<sup>8</sup> 6100 sayılı HMK açısından hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller konusunda sonraki bölümlerde ayrıca açıklama yapılacaktır.

<sup>9</sup> Necmettin Berkin, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul, 1981, s. 734.

yanmanın mümkün olduğunu açıklamaktadır. Örnek olarak, Alman Mahkemesinin kararına göre; insan seslerinin konuşanın muvafakati olmaksızın tespiti, kişilik haklarına bir saldırı olmakla beraber, gizli ses almayı haklı kılan nedenlerin mevcudiyeti hâlinde bu şekilde bir tecavüze müsaade edilmesi gerektiğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Alman Mahkeme kararına esas teşkil eden olayda evli kadın, kocasına defalarca hakaret etmiş ve bütün bunları da mahkemede inkâr edeceğini ilave etmiştir. Bunun üzerine koca açmayı tasarladığı boşanma davası için bu sahneleri teybe almıştır.<sup>10</sup>

### c. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker'in Görüşü

Pekcanitez/Atalay/Özeker'e göre, kişilik haklarının, özel yaşam alanı ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları delil olarak değerlendirilmez. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda Medenî Usul Hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır. Diğer taraftan gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin; bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır. Kişilik hakkının ihlali sonucu elde edilen delilin kullanılmasına hakkı ihlal edilen kişi izin verirse bu delil mahkemece kullanılabilir.<sup>11</sup>

Yazarların bu görüşlerinden, mutlak bir delili kullanma yasağını savunmadıkları anlaşıl- maktadır.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku*, C: I-II, İstanbul, 2000, s. 627, 762.

<sup>11</sup> Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özeker, *Medenî Usul Hukuku*, 2. Bası, Ankara, 2001, s. 390 vd.

<sup>12</sup> Evren Kılıçoğlu, "Medenî Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması", Marmara

### d. Öztekin Tosun'un Görüşü

Tosun, ceza yargılaması ve medeni yargılamada hukuka aykırı deliller sorununu birlikte ele alarak, özellikle Fransız Hukukunu temel alarak yaptığı açıklamalar sonrasında medeni yargılamada kural olarak taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olmasını ve ayrıca medeni yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasında hukuka aykırı hareket edilmesini mazur gösterecek bir kamu faydası bulunmamasını ileri sürerek, "ceza muhakemesinde hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin geçerli olmadığı durumlar istisna teşkil ederken, medeni muhakemede hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kullanıldığı durumlar istisnadır." sonucuna varmıştır.<sup>13</sup>

### e. M. Kâmil Yıldırım'ın Görüşü

Yıldırım'ın, Türk medeni yargılama hukuku öğretisindeki hâkim eğilimden farklı olarak mutlak bir delili kullanma yasağının kabulüne açıkça karşı olduğu görülmektedir. Yıldırım, Anayasa madde 38/6'daki delil yasağının münhasıran suç ve cezalara ilişkin olduğundan medeni usul hukuku alanında doğrudan kullanılamayacağını, ceza yargılamasında devletin birey karşısında güçlü olması ve her imkânı kullanabilme tehlikesinin bulunması sebebiyle hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kullanılmasına engel olunması gerektiğini, medeni usul hukukunda ise eşitler arasında bir yargılama söz konusu olduğunu ve ceza usul hukuku literatürünün medeni usul hukukunda doğrudan değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.<sup>14</sup> Yazara göre, kural olarak hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine hâkim karar vermelidir. Ancak, hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin, elde edilmesi esnasında çiğnenen maddi hukuk kuralı, kişinin anayasa ile teminat altına alınmış insan haysiyetine ve onuruna ilişkin

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 58.

<sup>13</sup> Öztekin Tosun, *Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti*, İstanbul, 1976, s. 59 vd.

<sup>14</sup> M. Kamil Yıldırım, "Medenî Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller", Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul, Tarihsiz, s. 868.

ise, değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır.<sup>15</sup>

Sonuç olarak, Yıldırım'a göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kullanılması, değerlendirilmesi şeklinde katı bir kural koymak yerine somut olayda hakkaniyet esasına dayanan elastiki çözüm (Baumgaertel, Verwertbarkeit, s. 491) tercih edilmelidir.<sup>16</sup>

### 3. Anayasa Taslaklarında Soruna Yaklaşım

Ülkemizde, hazırlanarak kamuoyuna sunulmuş olan bazı Anayasa Taslaklarında da hukuka aykırı yoldan elde edilmiş deliller sorununa ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. 2007 yılında, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında oluşturulan Bilim Kurulu tarafından yeni bir Anayasa taslağı hazırlanmış ve kamuoyuna açıklanmıştır.<sup>17</sup> Taslak madde 32, "Hak Arama Hürriyeti ve Adil Yargılanma Hakkı" başlığını taşımaktadır. Madenin 7. fıkrasında "Hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilmez." hükmüne yer verilmiştir.<sup>18</sup> Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan taslakta da, madde 17 "Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma Hakkı" başlığını taşımakta ve 5. fıkrasında "Kanuna aykırı usullerle elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilmez" hükmü yer almaktadır.<sup>19</sup>

### 4. Yargı Kararları Işığında Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Kuvveti

Yargıtay'ın soruna ilişkin yaklaşımını iki binli yıllar öncesi ve sonrası şeklinde iki döneme ayırarak ele alarak incelemekte fayda

vardır. Zira iki binli yıllara gelinceye kadar hukuk davalarında bir delilin elde edilmesinin hukuka aykırı olup olmadığı sorunu ve hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delilin kabul edilebilirliği sorunu hiçbir kararda tartışma konusu olmamıştır. Başka bir ifade ile sorun, iki binli yıllarda tanınmış ve tartışılmaya başlanmıştır. Özellikle, 2002 yılındaki HGK'nın "eşin günlüğü" kararı başlangıç teşkil etmiştir. Ancak bu dönemde sorun tanınmış olsa da, delilin elde edilme tarzına ve kabul edilebilirliğine ilişkin sorunların tartışıldığı karar sayısı azdır. Yargıtay'ın az sayıdaki kararında, bir delilin elde edilmesinin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin maddi hukuk meselesinin ve hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delilin medeni yargılamada kullanılabilirliği usulî sorununun ele alındığı görülmektedir. Bazı kararlarda hukuka aykırı deliller sorununa ilişkin teorik açıklamalara yer verilmiş; ancak delilin elde edilmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varılarak "hukuka aykırı olarak elde edildiği tespit edilmiş bir delilin kullanılabilirliği" usulî sorunu, karara konu olan somut uyuşmazlık bakımında tartışma konusu yapılmamıştır.<sup>20</sup> Konuya ilişkin bazı Yargıtay kararları şöyledir:<sup>21</sup>

- Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun "eşin günlüğü" kararında,<sup>22</sup> ağırlıklı olarak, delilin elde edilme noktasına odaklanılarak elde edilmesinin hukuka uygun olduğu gerekçesi ile delil olarak incelenmesi ve hükme esas alınması kabule şayan görülmüştür.
- Bir boşanma davasına ilişkin olan "eşin evde gizli ses kaydı"<sup>23</sup> kararında 2. Hukuk Dairesi, sadece delilin elde edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı sorununu ele almış ve elde edilmesinin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin delilin kullanılmaması yönündeki kararını bozmuştur.
- Yargıtay HGK'nın "miras bırakanın ses kaydı" kararında, yine hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin kullanılabilirliği sorununa ilişkin teorik açıklamalara yer verilmiş,

<sup>15</sup> Yıldırım, a.g.m., s. 871.

<sup>16</sup> M. Kâmil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s. 246.

<sup>17</sup> Taslak için bkz.: *Hukuk ve Hayat Dergisi*, Sayı 6, Yıl 2008, s. 65 vd.; aktaran Kılıçoğlu, a.g.t., s. 55.

<sup>18</sup> *Hukuk ve Hayat Dergisi*, Sayı 6, Yıl 2008, s. 112; aktaran Kılıçoğlu, a.g.t., s. 55.

<sup>19</sup> *Hukuk ve Hayat Dergisi*, Sayı 6, Yıl 2008, s.110; aktaran Kılıçoğlu, a.g.t., s. 55.

<sup>20</sup> Kılıçoğlu, a.g.t., s. 60-61.

<sup>21</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kılıçoğlu, a.g.t., s. 60-70.

<sup>22</sup> HGK. T. 25.09.2002, E. 2002/2-617, K. 2002/648.

<sup>23</sup> Y. 2. HD., T. 20.10.2008, E. 2007/17220, K. 2008/13614.

ardından bir gerekçe gösterilmeksizin somut olayda delilin (video kaydı) elde edilmesinin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılarak kabul edilebilirlik sorunu aşılmıştır. Ancak delillerin değerlendirilmesinde somut olayın şartları içinde video kaydına tek başına delil değeri verilemeyeceğine karar verilerek davacının muvazaa iddiasının kanıtlanmamış olduğuna hükmedilmiştir.<sup>24</sup>

- Yargıtay'ın bazen de, kararlarda yer alan somut olaya ilişkin verilere göre delilin hukuka aykırı yoldan elde edilip edilmediği şüpheli görülen olaylarda, delilin hukuka aykırı yoldan elde edilip edilmemiş olduğuna ve duruma göre delilin kullanılabilirliği sorununa hiç değinilmediği ve delilin kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda Yargıtay bir kararında,<sup>25</sup> teyp bantlarının tek başlarına "delil değeri" taşımadığı, ancak baştan beri ortaya konulan dosya kapsamı ile beraber değerlendirildiklerinde, söz konusu kayıtlardaki ifadelerin somut olayda diğer delillerle birlikte tam bir uyum içinde bulunması sebebiyle, itibar edilecek bir "yan delil" niteliğini taşıdığı, bu itibarla çözülmüş bant metnindeki sözlerin davalıya ait olduğunun ve böylece davalının dava konusu senedin gerçek bir borca dayalı bulunmadığı yolunda harici ikrarda bulunduğu ve bu ikrarın da diğer olgu ve delillerle birlikte kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Görüldüğü gibi bu kararda, delilin elde edilmesinin hukuka aykırı olup olmadığı ve sonrasındaki olası delil yasağı tartışılmamış, teyp bantı kabule sayan, geçerli bir delil olarak yargılamada kabul görmüş ve tartışılan sadece onun sağlamlığı ve delil değeri olmuştur. Hâlbuki karara konu olayda, gizlice gerçekleştirilmiş bir ses kaydı söz konusudur ve bunun elde edilmesinin hukuka uygunluğu oldukça şüphelidir, en azından açık hukuki gerekçelerle tartışmayı, uygunluğu ortaya koymayı gerektirmektedir.
- 13. Hukuk Dairesi kira borcunun ödendiği vakiasının ispat konusu olduğu bir uyuş-

mazlıkta,<sup>26</sup> ilk derece mahkemesince dinlenerek karara esas alınmış olan ses kaydının elde edilmesinin yasal yollarla olmadığı gerekçesiyle delil olarak kullanılamayacağına karar vererek hükmü bozmuştur. Bu karar, bugüne kadar Yargıtay'ın somut bir uyumsuzlukta elde edilmesini hukuka aykırı olarak nitelendirerek, delilin yargılamada uyumsuzluğun çözümü için önemli bir vakianın ispatında kullanılamayacağını ifade ettiği, yani ortaya çıkmış bir delil içeriğinin göz ardı edilebileceğinin kabul edildiği tek karardır.

- Anayasa Mahkemesi de görev alanına giren kamu hukukuna dâhil bazı davalarda, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş deliller sorunu ve ses kayıtlarının delil değeri ile ilgili kararlar vermiştir. Anayasa şikâyeti yolunun yürürlükte olduğu ülkelerden farklı olarak, hâlihazırda Türk Hukukunda medeni yargılama hukukuna ilişkin bir uyumsuzluk Anayasa Mahkemesine intikal etmediğinden, bu Yüksek Mahkeme önünde medeni yargılama hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kabul edilebilirliği sorunu hakkında bir karar ortaya çıkmamıştır.<sup>27</sup>

## 5. Mukayeseli Hukukta Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Kuvveti

Mukayeseli hukukta, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi, kural olarak, yasaktır. İstisnası, müdahalenin (ihlalin) acil durumdan kaynaklanması hâlidir. Bu kapsamda gizlice dinleyen tanıklığı mahkemede değerlendirilebilir. Meşru müdafaa hâli, bir çocuğun kaçırılması hâli buna örnek verilebilir. Bu gibi durumlarda, gizlice dinleyen kişinin tanıklığı, istisnâ olarak mahkeme tarafından da değerlendirilebilecektir. Ancak şahsın hukukuna müdahale teşkil eden bilgi ve delillerin değerlendirilmesinde her zaman Anayasa aykırılık mevcuttur. Delil ikame edenin menfaatinin üstün tutulması ancak çok özel hâllerde söz konusu olabilir.

<sup>24</sup> HGK. T. 28.5.2003, E. 2003/1-374, K. 2003/370.

<sup>25</sup> Y. 13. HD., T. 22.22000, E. 1999/9505, K. 2000/1439.

<sup>26</sup> 13. HD. T. 14.06.2006, E. 7611, K. 9640.

<sup>27</sup> Kılıçoğlu, a.g.e., s. 70.

### a) Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda hâkim görüş, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş ve ikame edilmiş delillerin değerlendirilebileceği yönündedir. Aslında bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır, bu şekilde elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine hâkim karar verecektir, kabul edilen görüş budur. Ancak hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin, elde edilmesi esnasında ihlal edilen maddi hukuk kuralı, kişinin Anayasa ile teminat altına alınmış, insan haysiyetine ve onuruna ilişkin ise bu durumda değerlendirme yasağı söz konusu olacaktır.<sup>28</sup>

### b) Fransa Hukuku

Fransız Medeni Kanununun [Code Civil] 10. maddesine göre, herkes mahkeme önünde gerçeğin ortaya çıkması için adalete katkıda bulunmakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülük, önemli bir sebebin varlığı hâlinde ortadan kalkar. Böyle önemli bir sebep, özellikle yaşama saygı duyulmasına ilişkin haktan kaynaklanabilecektir. Mahkeme içtihatlarında, örnek olarak, bir telefon konuşmasının gizlice kaydedilmesi, işçilerin gizli video kayıtları ile gözlemlenmesi, işçilerin elektronik postalarının gizli olarak izlenmesi, özel bir dedektif tarafından gizli olarak takip sonucu elde edilen deliller kabul edilemez delil olarak görülmüştür. Buna rağmen, belirtelim ki, suç teşkil eden bir fiilin mağduru lehine önemli bir ispat kolaylığı da mevcuttur. Mağdur ceza yargılamasında, medeni yargılamadan farklı olarak, elinde mevcut tüm delilleri yargılamada delil olarak gösterebilmektedir. Yani ceza yargılamasında, hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller de kullanılabilir. Örneğin, bir işçinin kasadaki paraları zimmetine geçirdiği iddiası ile yargılandığı bir ceza davasında, işverence işçinin özel hayat alanına müdahaleyle gerçekleştirilmiş gizli video kayıtları delil olarak kullanılabilir. Ceza yargılamasına ilişkin bu kabul tarzı, medeni yargılamada, mağdur lehine, iki açıdan önem taşıyacaktır. Birincisi, suç mağduru, doğrudan doğruya ceza yargılamasında medeni hukuk taleplerini

ileri sürebilecektir. İkinci olarak, ceza hâkiminin tespitleri, akabindeki olası medeni yargılamada bağlayıcı etkiye sahip olacaktır. Yani hukuk hâkimi, ceza mahkemesi kararındaki tespitlerle ve böylece bu karara dayanak teşkil eden delil incelemesi sonuçları ile de bağlıdır. Bu durumda, cezalandırılabilir fiillerin ispatı söz konusu olduğunda, medeni yargılamadaki delili kullanma yasağı geçerli şekilde aşılmış olmaktadır.<sup>29</sup>

### c) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, 01.01.11 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunu'nda (sZPO) hukuka aykırı yoldan elde edilmiş deliller sorununa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanun'un "İspat Hakkı" [Recht auf Beweis] başlıklı 152. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Hukuka aykırı elde edilmiş deliller, sadece gerçeğin tespitindeki menfaat üstün geldiğinde dikkate alınır."<sup>30</sup>

### d) Alman Hukuku

Alman hukukunda, Anayasa madde 1, 2, 4'e aykırılık delil-ispat yasağı yaratır. Burada Medeni Usul Hukuku Anayasa'ya göre yorumlanmaktadır. Usul Hukukundaki sarih delil-ispat yasağı normlarına ve dürüstlük ilkesine başvurulmamaktadır. Burada Anayasa'ya aykırılık sonucu delil ya külliyen değerlendirilmeyecek veya uygunluk prensibine binaen menfaat denkleştirilmesi sonucu istisnaen kullanılacaktır. Alman doktrinine göre; ızrar hâli, meşru müdafaa benzeri durum veya daha yüksek yarar gerekçesi ile menfaat denkleştirmesi kastedilir. Örneğin; telefon yoluyla hakaret vakiasının tespitinde gizli teyp kaydı, şahsiyet haklarının korunması bir yana bırakılarak, şu iki şartın gerçekleşmesi hâlinde değerlendirilir. Şartlardan ilki, telefonu açanın şahsiyet hakkının korunmaya değer görülmemesi (muhabata nazaran), ikincisi telefon açanın o kişi olduğunun tespitinde bu teyp kaydının tek delil olmasıdır. Bir mahkeme kararına göre; (LAG Berlin DB 1974,1243) iş

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kılıçoğlu, a.g.t.

<sup>29</sup> Kılıçoğlu, a.g.t., s. 72-73.

<sup>30</sup> Kılıçoğlu, a.g.t., s. 53-54.

akdinin son bulması hakkındaki davada işçi, patronun evine telefon açmış ve bu konuda aralarında bir konuşma olmuş ise, o esnada telefona bağlı hoparlörden konuşmayı dinlemiş olan üçüncü bir şahıs bu konuşmanın mahiyeti hakkında şahit olarak dinlenemez. Eğer işçi patronunun iş yerine telefon etse idi, konuşmanın üçüncü şahıslarca duyulabileceğini hesaba katması makul karşılanır ve dinleyen kişinin ifadesi delil olarak kabul edilebilirdi.<sup>31</sup>

### e) Danimarka Hukuku

Danimarka Hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilen delilleri değerlendirilip değerlendirilemeyeceği mevzuu, hâkimin takdirine bırakılmıştır.<sup>32</sup>

### f) İtalya Hukuku

İtalya Hukukunda, prensipte Anayasa'ya aykırı olarak elde edilmiş delilin değerlendirilmesi kabul edilmemektedir. İtalyan doktrinine göre, Anayasa madde 13 II, sadece ceza muhakemesinde kanuna aykırı bir şekilde delil teminini yasaklamıştır, Medenî Usul Hukukunda bu konuda bir sınırlama getirilemez.<sup>33</sup>

### g) Hollanda Hukuku

Hollanda Medeni yargılama hukukunda, ceza yargılaması hukukundan farklı olarak, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kullanımının hangi ölçüde yasaklanabileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Kanunda aksi belirtilmedikçe tüm deliller kabul edilebilir (Hollanda MUK, madde 152). Hollanda'da 1988 yılında yürürlüğe giren yeni medeni yargılama ispat hukuku hükümleri hazırlanırken, hukuka aykırı deliller sorununa ilişkin bir kanuni düzenleme getirilmesi teşebbüsünün, o zamanki adalet bakanının muhalefeti nedeniyle sonuçsuz kaldığı ve sorunun bugüne kadar açıklığa kavuşmadığı ifade edilmiştir.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Yıldırım, a.g.e., s. 244-245.

<sup>32</sup> A.g.e., s. 244.

<sup>33</sup> A.g.e., s. 244.

<sup>34</sup> Kılıçoğlu, a.g.e., s. 74.

### h) İsveç Hukuku

İsveç hukukunda, Kara Avrupası hukukunda alışılmış sistemin aksine, Usul Kanunu'nun ispata ilişkin hükümleri medeni yargılama ve ceza yargılaması için büyük ölçüde müşterektir. İsveç hukukunda da, hukuka aykırı yoldan elde delillerin kullanılabilirliği konusunda kanunda bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin varlığından hareketle her türlü delilin yargılamaya getirilebileceği kabul edilmektedir.<sup>35</sup>

### ı) ABD, Sosyalist Blok Ülke Hukukları

Anayasa'ya aykırı olarak elde edilmiş delilin değerlendirilmesini —hakikati bulmaya öncelik verilmek suretiyle kabul etmektedirler.<sup>36</sup>

### j) İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda, 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları [Civil Procedure Rules: CPR] öncesi ve sonrası dönemi, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat kuvveti bakımından ayrı ayrı ele almakta fayda vardır. Zira bahsi geçen kanunlaştırma hareketinin ortaya çıkardığı değişim, medeni usul hukuku alanındaki bakış açısını önemli ölçüde etkilemiştir. Medeni Usul Kurallarının kabulünden önce mevcut olan hukuka aykırı delillerin kullanılması yönündeki kesin tavrın, reform sonrası daha esnek hâle geldiği görülmektedir.

#### 1999 Yılı Öncesi Hukuki Durum (Reform Öncesi Dönem)

Reform Öncesi Dönemde, İngiliz medeni usul hukukunda, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılması hususunda açık ve kesin bir kabul söz konusudur. Yargının işleyişinin, büyük ölçüde gerçeğin araştırılmasını gerekli kıldığı anlayışı hâkimdir. Bu sorun bağlamında esas alınan bir karar olarak Hâkim Crompton tarafından verilen kararda şu ifade-

<sup>35</sup> A.g.e., s. 75-76.

<sup>36</sup> Yıldırım, a.g.e., s. 243.

lere yer verilmiştir: “Nasıl elde etmiş olduğunuz fark etmez, isterseniz çalmış olun, o delil olarak kabul edilebilecektir.” Yani, medeni yargılamada, mahkemeye, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilleri yargılama dışı bırakabilmeye, kabul etmemeye ilişkin bir takdir yetkisi tanınmamıştır.<sup>37</sup>

### Medeni Usul Kurallarının Yürürlüğü Sonrası (Reform Sonrası)

Reform Sonrası Dönemde de, özel hayat alanına müdahale yoluyla elde edilmiş delillerin, kural olarak, yargılamada kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Bu kuralın sınırlamalarının ancak Medeni Usul Kuralları'nın hâkimin takdir hakkına ilişkin hükmünden (CPR, madde 32) çıkarılabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm hâkime, geçerli bir delili dikkate almama imkânı tanımaktadır. İngiliz mahkemeleri, kural olarak, bu görüşe katılmakla birlikte, delilin yargılama dışı bırakılmasını sadece çok istisnai durumlarda kabul etmişlerdir. 2003 yılında Lord Woolf, Jones v. University of Warwick kararında, hukuka aykırı deliller konusunda şimdiye kadar kabul edilen esasların CPR'nin ve Human Rights Act'ın uygulamaya girmesinden sonra artık geçerli olmayacağını belirtmiştir. Karara konu olan olayda, davacı işçi işyerindeki bir kazada elinden yaralanmış ve bu kazadan işverenin sorumlu olduğu gerekçesiyle işverenin sigorta şirketine karşı tazminat davası açmıştır. Davacı işçi bu davada, sağ elinin sürekli olarak hareket kabiliyetinin kaybına neden olacak şekilde zarar gördüğü iddiasını ileri sürmüştür. Davalı taraf, davacının elinden sürekli olarak iş göremeyecek şekilde yaralandığı vakiasına karşı çıkmış ve davalı sigorta şirketi delil olarak video kayıtları sunmuştur. Bu kayıtlar, sigorta şirketi tarafından görevlendirilen özel bir dedektifin, gizlice görüntü kaydı yapması sonucu elde edilmiştir. Bu kayıtlardaki görüntülere dayanarak bilirkişi, davacının elinde sürekli bir zararın meydana gelmediği sonucuna varmıştır. Bu görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılmayacağı sorunu hakkında üç dereceli bir ara sorun muhakemesi gerçekleştirmiştir. İlk derece, delili geçersiz kabul etmiştir. İkinci derecede ise geçerli kabul edilmiştir. Bu kararda Lord Woolf, artık mahkemelerin farklı kamu

menfaatlerini karşılıklı olarak dengeleyebileceklerini, tartabileceklerini belirtmiştir. Olayda, sigorta edenin davranışının yaptırımsız kalması, böyle bir hareket tarzının gerçekleştirilmesi hususunda cesaretlendirici bir etkinin doğması şeklinde önemli bir rizikoyu ortaya çıkaracaktır. Ancak sonuç olarak olayda, delili yasaklamanın suni ve ölçüsüz olacağına karar verilmiş ve video kaydı delil olarak kullanılmıştır.<sup>38</sup>

Anlaşılmaktadır ki, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delili kullanma yasağı, reform sonrası dönemde de, İngiliz medeni usul hukukunda istisnai bir durum olma özelliğine sahiptir. Delil yasağına giden yolda bir menfaatler değerlendirilmesinin gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Menfaatler değerlendirmesinde, delil göstermedeki menfaat ile maddi hukuka aykırı davranışın ağırlığı kıyaslanmış ve ayrıca önleyici etki üzerinde durulmuştur. Netice itibarıyla görülmektedir ki; delil yasağının kabulünün istisnai bir durum teşkil etmesi sebebiyle, hâlâ kural olarak, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılabilirliği esas alınmaktadır.<sup>39</sup>

### k) Kanada Hukuku

Kanada Medeni Kanunu ve Medeni Yargılama Kanunu bakımından, davada dikkate alınması istenen delil kişinin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali neticesinde elde edilmiş olmadıkça, salt bu delilin hukuka aykırı bir yolla elde edilmiş olması onun davada kullanılmasını engellemeyecektir. Anayasal düzenlemeye göre yargılama dışı bırakılması istenen, Kanada Şartı ile garanti altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin ihlali neticesinde elde edilmiş bulunan ve adaletin işleyişine zarar veren delillerdir. Bu ilke hem medeni yargılamada hem de ceza yargılamasında geçerlidir.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Kılıçoğlu, a.g.e., s. 79-80.

<sup>38</sup> A.g.e., s. 80-81.

<sup>39</sup> A.g.e., s. 81-82.

<sup>40</sup> A.g.e., s. 82.

## 6. İHAS ve İHAM Uygulamasının Soruna Yaklaşımı

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre,

“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.”

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin İHAS madde 6’daki adil yargılanma hakkı bakımından yerleşik hâle gelmiş içtihadına göre, kural olarak ispat yükü, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi meseleleri millî mahkemenin yetkisindedir. Sözleşme organları bunların uygulanması ve yorumu bakımından bir kötüye kullanma kontrolü gerçekleştirmektedir. Bu kapsamda delillere ilişkin eşitsizlik, dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddiaları yargılamanın bütününe dikkate alınarak incelenecek ve başvuruçunun yargılamaya etkili olarak katılma imkânının elinden alınıp alınmadığına veya savunmanın konumunun önemli bir şekilde zarar görüp görmediğine ya da ulusal mahkemenin değerlendirmesinin keyfilik taşıyıp taşımadığına bakılacaktır.<sup>41</sup>

İHAS’da, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat kuvvetine dair açık bir hüküm yoktur. Medeni yargılamaya ilişkin olmak üzere, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat kuvvetine dair AİHM kararı da bugüne kadar verilmiş değildir.

## 7. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Kuvveti

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat kuvveti, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun aksine, 6100 sayılı Hu-

kuk Muhakemeleri Kanununda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre;

### İspat Hakkı

#### Madde 189:

- 1) Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.
- 2) Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz.
- 3) Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz.
- 4) Bir vakianın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir.

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamayacağı, kanun hükmü (HMK, madde 189/2) hâline getirilmiştir. Bu hükümlerle;

“İspat hakkının delillere ilişkin yönünün hukukî çerçevesi çizilmiş, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller olması esası getirilmiştir. Fıkra da öngörülen düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından resen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Bu hususta mahkemece resen karar verilebileceği hususu dördüncü fıkra ile öngörülmüştür” (madde ile ilgili Gerekçe).

Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, bunun kural olabileceği, bazı hâllerde (meşru müdafaa, acil durum, çocuk kaçırılması, sus payı) hayat olayının zorunlu kılması nedeniyle istisnalarının tanınabileceği, fıkranın başına “kural olarak” ibaresinin eklenmesi gerekeceği düşünülmektedir. (H. F. Gaul, *Yargılamanın Amacı*, —güncelliğini koruyan bir konu—, *İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku*,

<sup>41</sup> A.g.e., s. 82 vd.



Derleyen M. K. Yıldırım) Karşılaştırmalı hukukta, hukuka aykırı deliller açısından katı kurallar getirmek yerine, gri bir alan tanınmasının zorunluluk olduğu görüşü egemendir.

## SONUÇ

Medeni yargılamada hâkimin, uyuşmazlığın çözümü için, medeni usul hukukunun da amacı olan maddi gerçeği tespit etme işlevini yerine getirmesi gerekir. Zira gerçeklik temeline dayanmadan yapılan maddi hukuka ilişkin bir tespit, medeni usulün bir diğer amacı olan hukuki barışı sağlayamayacaktır. Şu hâlde, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ve buna bağlı olarak da ispat hakkı, usulün amacını gerçekleştirmede önemli rolleri haizlerdir.

6100 sayılı HMK madde 189/2 ile tarafların ispat hakkına getirilen sınırlama, usulün amacına gölge düşürmüştür. Zira mukayeseli hukuka da baktığımızda, medeni usul kanunlarında hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin yasaklanması yönünde açık bir hükme çoğunlukla yer verilmemiş, bundan kaçınılmıştır. Esasında belirtmek gerekir ki, bu şekilde mutlak bir yasak getirmemek, belirttiğimiz gibi, hem usul hukukunun amacına hem ispat hakkına hem de hayatın gerçeklerine uygundur. Mukayeseli hukuktaki gelişmeler de dikkate alınarak, hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller açısından katı kurallar getirmek yerine gri bir alan tanınması, bu hususta en isabetli yol olacaktır.<sup>42</sup>

HMK madde 189/2 ile getirilen mutlak yasak, doktrinde de eleştirilmiş ve mukayeseli hukukta olduğu gibi bunun kural olabileceği, hayat olayının zorunlu kılması nedeniyle istisnaların tanınabileceği ve bu sebeple ilgili fıkranın başına “kural olarak” ibaresinin eklenmesi gerektiği, haklı olarak, ifade edilmiştir.

## Kaynakça

- Alangoya, H. Yavuz-Yıldırım, M. Kamil-Yıldırım, Nevhis Deren; *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Berkin, Necmettin; *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul, 1981.
- Hukuk ve Hayat Dergisi*, Sayı 6, Yıl 2008.
- Kılıçoğlu, Evren; “Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması”, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- Kuru, Baki-Budak, Ali Cem; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler,” *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 85, S. 5, İstanbul, 2011, (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/makaleler/hmk/bakikuru-alicembudak.pdf>, 07.03.2013.
- Özekes, Muhammet; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hukuk Yargılamamıza Ne Getiriyor?”, (Çevrimiçi) <http://www.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/HMK-Brosur.pdf>, 07.03.2013.
- Pekcanitez, Hakan-Atalay, Oğuz-Özekes, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Ankara, 2001.
- ; *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Tosun, Öztekin; *Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti*, İstanbul, 1976.
- Üstündağ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, C: I-II, İstanbul, 2000.
- Yıldırım, M. Kâmil; “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul, Tarihsiz, 861-871.
- ; *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990.

<sup>42</sup> M. Kamil Yıldırım, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul, Tarihsiz, s. 871.





# *İslam Hukuku'nda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri*

Esra ÇETİNKAYA



İSLAM HUKUKU'NDA  
SUÇ VE CEZALAR

miştir. Bunlar için de aynı durum söz konusudur.<sup>1</sup>

## Genel Kavram

İslam Hukuku, düzenli bir toplumsal hayat için beş temel hak ve hürriyetin korunmasını esas almaktadır. Bunlar; can, din, mal, nesil ve akıldır. Bütün semavi dinlerde teminat altına alınan bu beş prensibe “zaruriyyat” denilmektedir. İsmi ve ihlal derecesi ne olursa olsun iyice tetkik edildiğinde, bütün suçların mutlaka bu beş prensipten birisini ihlal ettiği görülmektedir. Kur'an bugünkü anlamda bir kanun kodu olmayıp eşya ve hadiselerle genel ve evrensel baktığı için detaylar ile ilgilenmemekte, külli kurallar zikretmekle yetinmektedir. Bu arada belirtmek gerekir ki Kur'an, İslam ahlakının topluma egemen olmasını; bir başka ifade ile suçun hiç işlenmemesini esas aldığı için, bu beş esasa yönelecek en ağır suçları dikkate alarak buna göre bir ceza öngörmekte, bu ağırlığa ulaşmayan suçlara ilişkin ceza tespitini ulu'l-emr'e (devlet yetkililerine) bırakmaktadır. Örneğin, şahsa karşı işlenecek en ağır suç, o şahsın hayatını ortadan kaldırmak, başkasının malını haksız yere almak; şeref ve itibara karşı işlenecek en ağır suç ise zina etmek veya zina isnadında bulunmaktır. Bu suçların cezaları Kur'an'da mevcuttur; ancak aynı konulara karşı daha hafif nitelikli tecavüzler, ya Kur'an'ın yorumu olan Hz. Peygamber'in sünneti ile açıklanmış ya da devlet yetkililerinin takdirine bırakılmıştır. Hatta Kur'an bazı fiilleri açıkça yasaklamasına rağmen karşılığında bir ceza öngörme-

## Suçların Tasnifi

İslam Hukuku literatüründe en yerleşmiş ayırım suçların; had, kısas ve tazir olmak üzere üçe ayrılmasıdır. Esasında bu üç terim ceza anlamına gelmekte ve had, kısas ve taziri gerektiren suçlar ifadesi daha doğru olmakta ise de had, kısas ve tazir suçları şeklindeki kullanım da büyük yaygınlık kazanmış böylece bu üç terim, suç anlamını da ifade eder olmuştur.<sup>2</sup>

Had suçlarının, biri geniş diğeri dar olmak üzere iki farklı tarifi yapılmıştır. *Geniş anlamıyla had suçları*, cezası Şari' (Allah ve Peygamberi) tarafından belirlenmiş suçlardır. Bu tarife göre had suçlarının kapsamına dar anlamda had suçları girdiği gibi, kısas suçları da girmektedir. *Dar anlamda had suçları* ise cezası Şari' tarafından belirlenen ve Allah haklarına yönelik olan suçlardır. Tanımda belirtildiği üzere suçun Allah haklarına yönelik olması, İslam kamu haklarına yönelik olması anlamına gelmektedir. Kısas suçlarında İslam kamu haklarına yönelik bir tecavüz bulunmakla birlikte şahıs haklarına yönelik olma yönü ağır basmaktadır. Had suçları denince İslam Hukuku literatüründe daha çok bu dar anlam

<sup>1</sup> Şamil Dağcı, *İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar ile İlgili Özel Hükümler*, Ankara, 1996, s. 13.

<sup>2</sup> M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 158.

kastedilmektedir. Had suçlarının kapsamına hırsızlık, yol kesme, zina, zina iftirası [kazf], şarap içme-sarhoşluk, irtidat ve isyan [bağy] suçları girmektedir.<sup>3</sup>

*Kıyas suçları*, cezası Şari' tarafından belirlenen ve şahıs haklarına yönelik olan suçlardır. Bunlar da adam öldürme ve müessir fiillerden ibarettir. *Tazir suçları* ise cezası Allah ve Peygamberi tarafından belirlenmemiş, düzenlenmesi devlet başkanına veya hâkime bırakılmış suçlardır. Bu suçlar içerisinde Allah hakkına yönelik olanlar bulunduğu gibi şahıs haklarına yönelik olanlar da vardır. Had ve kıyas suçlarının sınırlı sayıda olmasına mukabil tazir suçları belirli bir sayı ile sınırlı değildir. Denebilir ki, İslam ceza hukukunda suçların önemli bir bölümünü tazir suçları oluşturmaktadır.<sup>4</sup>

### Cezaların Caydırıcılığının Boyutları

İslam Hukuku'nda cezaların, dünya ve ahiret olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Yani bir suçun dünyada uygulanan cezası olduğu gibi ölümden sonraki ölümsüz hayatta uygulanacak bir cezası daha vardır. Bu uhrevi ceza anlayışının da müminler için en az dünyevi ceza kadar; hatta daha fazla caydırıcı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Amerika'da 1930-1933 yılları arasında getirilen içki yasağı için milyarlarca dolar harcadığı ve bu uğurda yüzlerce kişinin hayatı yok olduğu hâlde bu yasakla başa çıkılmamış ve sonunda yasak kaldırılmıştır. Kur'an'ın mealen "*İçkiden sakının*"<sup>5</sup> emriyle bir anda Müslümanlar Medine'de evlerindeki bütün içkileri sokaklara boşaltmışlardı.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Aydın, a.g.e., s. 158-159. İsyân, irtidat ve şarap içme-sarhoşluk suçlarının durumları tartışmalıdır. Bazıları isyanı çıkarıp bu suçları altıya indirirken, irtidat suçunu çıkarıp beşe indirenlerin, şarap içme-sarhoşluk suçunu da çıkarıp dörde indirenlerin var olduğu hakkında bkz.: Aydın, a.g.e., s. 184.

<sup>4</sup> Aydın, a.g.e., s. 159.

<sup>5</sup> Âyet-i Kerimenin tamamı için bkz.: Kur'an-ı Kerim, Mâide, 5/90.

<sup>6</sup> Abdülkerim Ünalın, *İslam Ceza Hukukunda Kıyas*, Diyarbakır, 2000, s. 41-42; Adem Arslan, "*İlk Devir İslam Ceza Hukukunda Hadd Cezalarının İnfazı*", Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şanlıurfa, 2005, s. 2.

Yine bilindiği gibi hiç kimsenin haberdar olmadığı durumlarda bile bazı sahabilerin, Hz. Peygamber (s.)'in yanına gelerek suçlarını itiraf etmeleri ve uhrevi cezadan kurtulmak için kendilerine dünyevi cezanın uygulanmasını istemeleri cezanın uhrevi boyutunun ne kadar önemli olduğunu gösterir.<sup>7</sup>

## İSLAM HUKUKU'NDA MUHAKEME

### Genel Kavram

Muhakeme, hukukî bir uyumsuzluğu çözmek üzere yargı organlarının yaptıkları faaliyet sebebiyle meydana gelen hukukî işlemlerin bütünü şeklinde tanımlanmakta ve bu ilişkileri düzenleyen hukuk dalına da "Muhakeme Hukuku" denmektedir.<sup>8</sup>

Günümüz muhakeme hukuku, "kişiler arasındaki özel hukuk uyumsuzluklarının yargı organları önünde çözümlenmesine, haklı ve haksızın belirlenmesine ve adlî gerçeğin sağlanmasına ilişkin yolları ve usulü düzenleyen kuralardan ibaret olan "Medeni Muhakeme Hukuku"<sup>9</sup> ve ceza kanununun ihlal edilip edilmediğini, ihlal edene ne ceza verileceğini belirlemeye yönelik faaliyetlerin türünü, biçimini ve zamanını düzenleyen normların bütünü oluşturduğu hukuk dalı olan "Ceza Muhakemesi Hukuku"<sup>10</sup> olmak üzere, medeni muhakeme ve ceza muhakeme hukuku diye iki kısma ayrılmaktadır.

Belirtelim ki, İslam muhakeme hukukunda ceza ve medeni muhakeme diye bir ayırım yapılmamıştır; ancak davalar özelliklerine göre hukuk ve ceza bölümlerine ayrılmıştır.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Arslan, a.g.t., s. 5-6.

<sup>8</sup> Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1986, s. 5; Nevzat Toroslu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 1994, s. 1.

<sup>9</sup> Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 1984, s. 2.

<sup>10</sup> Kunter, a.g.e., s. 6; Toroslu, a.g.e., s. 1.

<sup>11</sup> Atar, a.g.e., s. 183-184.

## İslam Hukuku'nda Muhakemenin Amacı

Batı Hukukunda ceza muhakemesinin gaye bakımından üç safhadan geçtiği kabul edilmektedir. Bu safhalar sırasıyla şu şekildedir:

**Birinci safha** suçlun cezalandırılması safhasıdır. Batı Avrupa'da XVIII. yüzyılın yarısına kadar süren bu anlayışa göre ceza muhakemesi suçlunun cezalandırılması için bir araçtan ibarettir. Sanık önceden suçlu kabul edilmekte, sanıkla suçlu iç içe girmiş bulunmaktadır.<sup>12</sup> Bu sebeple kanuni delil sistemi geçerli olup suçlar belirli delillerle ispatlanabilmektedir. En önemli delil ise ikrardır. İkrar elde etmek için işkence yapılması meşru görülmeyle birlikte bu dönemde sanık, ceza muhakemesinin hak ve yetkilere sahip bir süjesi olmayıp muhakemenin konusunu oluşturmaktadır.<sup>13</sup>

**İkinci safha** sanığın korunması safhasıdır. XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren zamanın felsefi ve liberal etkisi ile bireyi koruyan bir muhakeme sistemi olarak ortaya çıkmıştır.<sup>14</sup> Bu dönemde ortaya çıkmış olan "Sanık, suç sabit oluncaya kadar masum sayılır." ilkesine 1789 Bildirgesinde yer verilmiş ve daha sonra hazırlanan tüm uluslararası belgelerde bu ilke tekrarlanmıştır. Bu dönemde sanık, hak ve yetkilere sahip bir süje olarak görülmeye başlanmıştır.<sup>15</sup>

**Üçüncü safha** ise hakikatin araştırılması safhasıdır. Ceza muhakemesi hukuku, hukukun bir dalı olması itibarıyla; hukukun gayesinin, ceza muhakemesi hukukunun da gayesi olduğu kabul edilir. Hukukun gayesi ise, toplum hayatının en iyi şekilde düzenlenmesidir. İnsanlar, barış içinde, korku duymadan, insanca yaşamak ve daha iyi bir hayat sürmek için haklarından ve hürriyetlerinden fedakârlıklar pahasına da olsa, toplum hâlinde yasarlar. Toplum hayatında düzen olmadıkça, ne

fertlerin hakları sağlanabilir ne de toplumun menfaati korunabilir. Şu hâlde toplum hayatını düzenleyen normlar demek olan hukukun gayesinin, hem fertlerin haklarını teminat altına almak, hem de toplum düzenini korumak olduğunun kabulü gerekir. Bu iki gaye çelişik gibi görünmekte ise de, dikkatlice incelenmesi durumunda, herhangi bir çelişkinin olmadığı anlaşılacaktır.<sup>16</sup>

Orta Çağ'da birey, toplum karşısında yok sayılmış, ona hiç bir hak tanınmamış; sistem, peşinen suçlu kabul ettiği bireyi tam anlamıyla ezmiştir. Buna tepki olarak gelişen sonraki dönemde ise bu kez tüm düzenleme, bireyi kamu gücünden korumaya yönelmiş, böylece toplumsal gelişme imkânlarının korunması ihmal edilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunun geldiği bu son aşamada açıkça görülüyor ki, fertlerin hak ve hürriyetlerini koruyacak ve aynı zamanda toplumun menfaatini de gözeticek, yani her ikisini uzlaştıracak şekilde hakikatin araştırılması amaçlanmaktadır.<sup>17</sup>

İslam Ceza Muhakemesi Hukukunun gayesinin ne olduğunun tespitine gelince, Batı hukuk sistemlerinin kabul ettiği bu üç safhanın çok anlamlı olmadığı görülmektedir. Belirtilim ki, İslam Hukuku'nda ceza muhakemesi hukukunun gayesinin, suçlunun cezalandırılması aşamasında olduğunun kabulü mümkün değildir. Zira bu aşamada sanığın suçlu olduğu önceden kabul olunmaktadır. İslam Hukuku'nda ise aslî beraet ilkesi uyarınca kişinin suçsuzluğu ve borçsuzluğu esastır, sanığın korunması da tek amaç olarak ele alınmamıştır. Mağdurun ve giderek tüm toplumun yararı gözetilmiştir. Bu çerçevede, İslam Ceza Muhakemesi Hukukunun gayesi, üçüncü safha olan hakikatin araştırılmasına daha yakın görünmektedir. Gerçekten de bu aşamada amaç, sanığın ve toplumun yararını birlikte değerlendirmektir; ancak bahsi geçen gayenin, mutlak olarak, maddi gerçeğin araştırılması olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır.<sup>18</sup> İslam Hukuku bu noktada Allah'ın

<sup>12</sup> Nurullah Kunter-Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 1998, s. 22-26.

<sup>13</sup> Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 6.

<sup>14</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 22-26.

<sup>15</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 6.

<sup>16</sup> Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 22-26.

<sup>17</sup> Mehmet Akbaş, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafaa Makamının Görev ve Yetkileri Yönünden Hukuki Statüsü", Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2006, s. 22.

<sup>18</sup> Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul, 2004, s. 19-20.

haklarını ihlal eden suçlar ile kulların haklarını ihlal eden suçlar arasında ayırım yapmıştır.<sup>19</sup> Bu ayrıma göre; had suçlarında amaç, mutlak sanığı cezalandırmak değildir. Eğer suç aleniyet kesp etmemişse suçun ortaya çıkması arzu edilmez; kişi ile Allah arasındaki alana terk edilir ki burada artık suçtan değil dinî bir kavram olan günahı bahsedilir. Allah haklarını ihlal eden tazir suçlarında da durum böyledir.<sup>20</sup>

## İslam Hukuku'nda İspat Vasıtaları

Fıkıh literatüründe *delil*, *hüccet*, *beyyine*, *burhan* gibi kelimeler eş anlamlı veya yakın anlamlı olarak kullanılır. Bununla birlikte *delil* kelimesinin, bir hükmün Kur'an, Sünnet, icma gibi dinî dayanağı anlamında; buna karşılık *hüccet* kelimesinin de hâkimlerin hukuki ihtilafları çözümlerken yararlanıp hükmüne dayanak yaptığı şahitlik, senet ve ikrar gibi ispat vasıtaları anlamında kullanılması yaygınlık kazanmıştır. *Beyyine* kuvvetli hüccet anlamına gelir. Hakkın ortaya çıkmasına hizmet ettiği için şehadete/shahitliğe beyyine adı verilmiştir.<sup>21</sup> İslam hukukçularının çoğunluğu beyyineden maksadın şahitlik olduğunu ifade etmişse de buna karşılık İbn Teymiyye, İbn Kayyim, İbn Ferhûn gibi hukukçular, beyyineyi mahkeme açısından bakıldığında maddi problemin çözümü esnasında hakikatin ortaya çıkarılmasını ve bütünüyle şüphenin ortadan kaybolmasını sağlayan her türlü delil şeklinde anlamışlar ve bu manada değerlendirmişlerdir.<sup>22</sup> Bu ihtilafın pratikte ciddi bir belirleyiciliği olmamış, hukukçular eserlerinde "dava ve beyyinat" başlığı altında şahitlikle birlikte diğer delilleri de incelemişlerdir. Nitekim Mecelle de "Kitabü'l-Beyyinât ve't-Tahlif" adı altında

aynı anlayışla hareket ederek önce şahitliği ve daha sonra diğer delilleri ele alarak normatif düzenlemede bulunmuştur.<sup>23</sup>

Hukuk literatüründe beyyine, muhakeme hukukunda kesinlik ifade eden, konumuz açısından bakıldığında maddi problemin çözümünde muhakemenin tarafları açısından ihtimalleri ve şüpheleri ortadan kaldırarak maddi hakikati apaçık bir şekilde ortaya koyacak olan ispat vasıtalarına verilen addır.<sup>24</sup>

İslam muhakeme hukukunda deliller; ikrar, şahitlik, yemin, nükûl, kasâme, hâkimin şahsen bilmesi [ilmü'l-kâdî], ehl-i hibre [bilirkişi], karine, keşif ve yazılı delillerdir.<sup>25</sup>

## İslam Muhakeme Hukukuna Esas Teşkil Eden Başlıca İlkeler

### 1. Sanığın Korunmasına Yönelik İlkeler

#### a. Şüpheden Sanık Faydalanır (Şek ile Yakîn Zaif Olmaz)

##### Tanımı ve Önemi

Haksız verilen ve fakat uygulanmış olan cezanın telafisi zor, çoğu kere imkânsızdır. Geriye dönüşü olmayan bir işte, son derece ihtiyatlı davranmak, insanların yok yere acı çekmelerine sebep olmamak gerekir. Bu sebeple İslam Hukuku'nda, suç veya suçluluk kesinlikle ortaya çıkmadıkça ceza vermemek esastır.<sup>26</sup>

Şüpheden sanık faydalanır [In dubio pro reo] ilkesi; sanığın bir suçtan dolayı cezalandırılmasının, suçun şüpheye yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmiş olmasına bağlı olduğunu, şüpheli olay ve iddialara dayanılarak sanığın zararına hüküm verilemeyeceğini ifade eder. Bu ilke, İslam Ceza Hukukunda en geniş şekilde uygulanan insanî bir ilkedir. Ce-

<sup>19</sup> Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci ile 27.10.2011 tarihinde yapmış olduğum röportajdan (Kısaltma: Röportaj).

<sup>20</sup> Akman, a.g.e., s. 20.

<sup>21</sup> Fahrettin Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, (Yayımlanmamış Eseri), s. 37.

<sup>22</sup> İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkûn an Rabbi'l-alemîn*, I, Kahire 1955, s. 90-91; İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku'l-Hükmiyye fi'sSsiyâseti's-Ser'iyye*, Beyrut, s.11-24; İbn Ferhûn el-Mâlikî, *Tabseratü'l-Hükkâm*, Kahire 1301-1302, s. 161-163; Akt.: Fahreddin Atar, *İslam Adliye Teşkilâtı*, Ankara, 1979, s. 191.

<sup>23</sup> Celâl Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, İstanbul, 1999, s. 57.

<sup>24</sup> A.g.e., s. 56.

<sup>25</sup> Fahrettin Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları* (Yayımlanmamış Eseri), s. 38.

<sup>26</sup> Cevat Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul, 1976, s. 99.

zaların şüphe ile kaldırılacağı, İslam'da emredici bir kanun maddesi hâlinde yer almıştır.<sup>27</sup>

### *İlkenin Kaynaklardaki Yeri*

Kur'an'da, "Zan, şüphesiz haktan hiçbir şeyi ifade etmez."<sup>28</sup> buyrulmuştur. Zan; yani ihtimal üzere bir hükümle amel etmek de, "Ey iman edenler! Zannın birçoğundan kaçının."<sup>29</sup>; yani zanla amel etmekten sakının<sup>30</sup> ayetiyle yasaklanmıştır. "Senin için hakkında bir bilgi hâsil olmayan şeyin ardına düşme."<sup>31</sup> ayeti de bunu destekler niteliktedir.

Bu konuda Hz. Peygamber (s.), "Zandan sakınınız, çünkü zan sözlerin yalanı çok olanıdır." buyurmuştur. Fakat Hz. Peygamber (s.)'in, "Cezaları şüphelerle kaldırınız." hadisi ilkenin doğrudan ifadesidir. Had ve kısta, yüzde yüz bir kesinlikle sabit olmayan suç için ceza verilemeyeceğinde icma vardır. Hatta hâkim şüphe<sup>32</sup> ile cezayı kaldırmak için çare araması gerekir. Çünkü bir hadiste, "Elinizden geldiği kadar Müslümanlardan cezaları kaldırınız. Eğer onun için bir çıkar yol varsa hemen saliverin. Çünkü devlet reisinin (hâkimin) affetmekte hata etmesi, cezada yanılmasından daha hayırlıdır." buyurulmuştur. Hz. Ömer (r.) de, "Şüphe nedeniyle cezaları ta'til etmem, onları şüphe ile uygulamamdan bana göre daha evladır." demiştir. Bu nedenle cezaların mümkün olduğu kadar kaldırılması gerekir. Böylece çok az vakalarda bile olsa, günahsız bir insanın acı ve eziyet çekmesini önleyen çok önemli insani bir ilke konulmuştur. Düzeltmesi imkânsız adli hataların bu şekilde önlenmesi öngörülmüştür.<sup>33</sup>

Anlam itibarıyla aynı olan ve Mecelle'de (madde 4) hükme bağlanan "Şek ile yakîn zâil olmaz" ilkesine göre de, kesin bilgi ile sabit

olduğu kabul edilen ferdin suçsuzluğunun aksine ileri sürülen suçluluk iddiası ispat edilmedikçe, şüpheye dayalı olarak sanığa suçlu muamelesi yapılamayacak ve sanığın masumiyeti korunacaktır.<sup>34</sup>

### **b. Berâat-i Zimmet Asıldır**

Mecelle'de (madde 8) yer alan bu prensip, ferdin doğuştan suçsuz ve borçsuz olarak dünyaya geldiğini, bunun ana kural olması itibarıyla ispata muhtaç olmadığını, bunun aksine bir iddia varsa onun ispata muhtaç olduğunu, ispat edilemediği sürece ferdin masumiyetinin korunacağını hükme bağlamıştır.<sup>35</sup>

## **2. Toplumun Korunmasına Yönelik Prensipler**

İslam Hukuku'nda ceza muhakemesi, fert çıkarlarını koruma yanında aynı zamanda kamunun çıkarlarını da korumaya yönelik kurallar ihtiva etmektedir.<sup>36</sup>

İkinci teşrî kaynak olan sünnetin talimatı doğrultusunda suç sabit olduğunda, suçun karşılıksız kalmaması ve mutlaka suçluya ceza uygulanması hükme bağlanmıştır.<sup>37</sup> Nitekim Hz. Peygamber, geçmiş toplumların hâkimiyetlerini kaybedip tarihe karışmalarına, içlerinde itibarlı ve varlıklı kişilerin suç işlemeleri hâlinde onlara ceza uygulamamalarını ve *sübuta eren suçun karşılıksız kalmasını* göstermiştir.<sup>38</sup>

Toplum yararı açısından muhakeme hukukunda üzerinde durulan diğer bir husus, muhakemenin çabukluğu ve ucuzluğudur. Hakkatin araştırılmasına mümkün olduğu kadar dikkat ve özen gösterilecek; fakat bununla beraber dava bir an önce sonuçlandırılacaktır. Nitekim tahkikatı en seri şekilde yapılarak bir

<sup>27</sup> Anayasa.

<sup>28</sup> Kur'an-ı Kerim, Necm, 53/28.

<sup>29</sup> Kur'an-ı Kerim, Hucurât, 49/12.

<sup>30</sup> Elmalılı Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, 2. Baskı, VI, İstanbul, 1960, s. 4471.

<sup>31</sup> Kur'an-ı Kerim, İsrâ, 17/36.

<sup>32</sup> Şüphe, bir görüşe göre, sabit olmadığı hâlde, sabite benzeyen şeydir veya doğru ile yanlış, haram ile helal arasında olan şeydir. Hâkim veya suç faili böyle bir şüphe içinde iseler had kalkar; ancak failin şüphesi, delile dayanan zannından doğmalıdır

<sup>33</sup> Akşit, a.g.e., s. 100.

<sup>34</sup> Erbay, a.g.e., s. 33.

<sup>35</sup> Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, 1993, s. 119.

<sup>36</sup> Erbay, a.g.e., s. 33.

<sup>37</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku I*, İstanbul, 1991, s. 210.

<sup>38</sup> Muhammed b. Ali Şevkânî, *Neylül'evtâr fî Şerhi Münteka'l-Ahbâr*, VII, Kahire, s. 138; Akt.: Erbay, a.g.e., s. 33.

gün içerisinde hükme bağlanan davalar çoktur.<sup>39</sup>

## İşkence Yasağı

### 1. İlkenin Önemi

İslam'da insan hayatının dokunulmazlığı vardır. Hayati uzuvları da bu dokunulmazlık içindedir. İnsanın canına, vücut tamamıyetine, malına, ancak adaletin icap ve tecviz ettiği yerde el uzatılabilir. Belli esas ve usuller dışında her eza yasaktır, haramdır.<sup>40</sup>

### 2. İlkenin Kaynaklardaki Yeri

Kur'an'da, "Erkek müminlerle kadın müminlere işlemedikleri bir günah yüzünden eza edenler muhakkak bir yalan ve apaçık bir günah yüklenmişlerdir."<sup>41</sup> buyrulur haksız yere eziyet etmenin yasak olduğu açıklanmıştır. Herhâlde adaletin dışına çıkmamak, işkence yapmamak; "Ey iman edenler, Allah için hakkı ayakta tutan (hâkimler, insan)lar adaletle şahitlik eden (kimse)ler olun. Bir kavme olan kininiz, sizi adalet yapmamanıza sevketmesin. Adalet yapın ki, o, takvaya çok yakındır."<sup>42</sup> ayetiyle emredilmiştir.

Hiz. Peygamber (s.)'in hadisleri bu konuda çok açıktır. O, düşmanları da içine almak üzere şöyle buyuruyor, "Ganimette hainlik yapmayın, ahitleri bozmayın. Burun, kulak kesmek, yüz dağlamak ve göz oymak gibi uzuv kesmek suretiyle cezalandırmayınız. Hiçbir çocuk öldürmeyiniz."<sup>43</sup>

Hiz. Ebu Bekir'in "Rasullullah (s.), müminleri haksız yere dövmeyi yasakladı." dediği nakledilir.<sup>44</sup>

Hiz. Ömer (r.)'in şu ifadeleri İslam'da zulüm ve işkencenin yeri olmadığını gösterir:

"Dikkat edin, ben memurlarımı size dayak atsinlar, mallarınızı alsınlar diye göndermedim. Bilâkis onları size, dininizi, peygamberinizin sünnetini bildirsınler, öğretsinler diye gönderdim. Bundan başkasını kim yaparsa onu bana getirin, yemin ederim ki ona kısas uygulayacağım." "Ey müminlerin emiri! Bir adam halka emir oldu da halkını tedip ettiyse gene mi ona kısas yapacaksınız?" deyince, "Evet! Yemin ederim ki, onu da kısas ederim. Ben Rasullullah (s.)'in kendinden kısas yaptığını gördüm. Dikkat edin! Müslümanları dövmeyin! Onları zillete düşürürsünüz. Haklarını men etmeyin! Küfre itersiniz. Valilerin halkını dövmesi caiz değildir."<sup>45</sup>

Belirtelim ki, İslam'da mübah fiillerin dahi yapılması, hiçbir kimseye eza vermemek şartıyla mümkündür.<sup>46</sup>

### 3. Yargılamada İşkencenin Yasaklanması

Yargılamada ne sorgu, ne duruşma ve ne de infaz sırasında işkence yoktur:

#### a. Sorgu Safhasında

Sorgu safhasında sanık itirafa zorlanamaz. Zorlama neticesi yapılan itirafa binaen ceza verilemez. İşkence sırasında veya döerken veya hapis tehdidi ile meselâ hırsızlık yaptığını söyleyenin ikrarı batıldır. Hiz. Ömer (r.), "İşkence, tehdit, hapis yoluyla kendi aleyhine ikrarda bulunan adamın bu aleyhine itirafına güvenilmez." demiştir. Buna ilişkin bir olay şöyle gerçekleşmiştir: Şam'da hırsızlık töhmetiyle yakalanan bir adamı dövmüşler ve bunun üzerine adam, hırsızlığı kendisinin yaptığını itiraf etmiştir. Durum, Hiz. Ömer (r.)'in oğlu Abdullah'a sorulmuş, soru karşısında Abdullah b. Ömer "Bu adamın eli kesilmez. Zira kendisini dövmenizden sonra ikrar etmiştir" cevabını vermiştir. Bu örnekten de anlaşılmalıdır ki, meşru dayak ancak had ve tazir dayığıdır; bu da suçun ispat edilmesinden sonra hükümle olabilir.<sup>47</sup>

<sup>39</sup> Erbay, a.g.e., s. 34-35.

<sup>40</sup> Akşit, a.g.e., s. 104.

<sup>41</sup> Kur'an-ı Kerim, Ahzâb, 33/58.

<sup>42</sup> Kur'an-ı Kerim, Mâide, 5/8.

<sup>43</sup> Akşit, a.g.e., s. 104-105.

<sup>44</sup> İmam Abû Yusuf, a.g.e., s. 163; Akt.: Akşit, a.g.e., s. 105.

<sup>45</sup> İbn Teymiyye, *Macmu' Fatava*, XXVIII, Riyad-1381/1961, s. 379-380; Akt.: Akşit, a.g.e., s. 105.

<sup>46</sup> Akşit, a.g.e., s. 105.

<sup>47</sup> A.g.e., s. 106.



## b. Duruşmada

Hâkimin huzurunda muhakeme sırasında, ne sanık ne de şahitlere suç ispat için baskı, tehdit yapılmaz. Bilâkis hâkim Hz. Peygamber (s.)'in "Elinizden geldiği kadar cezaları kaldırın." emrine uyar. Sanığa işkence ile zorlamakla suçunu itiraf ettirmek yerine meselâ, ikrar etmişse, ikrarının sıhhatini tahkike çalışır. Öte yandan, duruşma sırasında sanık sırf amme cezalarını gerektiren bir suç ikrar etmiş olsa bile ikrarından dönebilir ve cezası düşer. Hatta hırsızlığı ikrar ettikten sonra kaçarsa, el kesme cezası vermek üzere takip edilemez. Çünkü kaçma rücu' demektir; fakat tazir cezası verilmek üzere takip edilir. Belirtilim ki, mal sahibi davacı da hüküm verilip infaz olunmadan evvel, bu onun malıdır veya tanıklar yalan söyledi veya o benden çalmadı veya ikrarı batıldır, dese el kesme derhâl kalkar. Bütün bunlar, çok ağır olduğu o zaman da iyi bilinen recm, kısas ve el kesme gibi cezaların tatbikatını hafifletip insaf ve adalet duygusunu incitmemeye yönelmiş cezalardır.<sup>48</sup>

Hâkim tanıklara da hiçbir baskı yapamaz. Bu konuda Hz. Peygamber (s.)'in şu hadisi hâkimin sadece söylenene göre hüküm vereceğini ifade eder: "Ben ancak bir beşerim. Hasımlar bana gelir. Sizlerden bazısı diğerine nazaran beni ikna etmede daha elverişli ve muktedir olabilir. Ben onun doğru söylediğini zanneder ve bununla hükmederim. Ben kimin lehine bir Müslümanın hakkını verecek olsam o ancak ateşten bir parçadır. Artık (ister) o ateşi alsın, ister terk etsin." Hâkimin suç ispat için şahitlere telkinatta bulunamaz. O, haddi kaldırmak için çare aramaya memurdur. Bu nedenle şahitlere, şahitlik ettikleri suçun mahiyetini, nasıl, ne zaman, nerede ve kiminle olduğunu sorar. Bir şüpheli nokta görürse haddi kaldırır. Sanığın yargılama sırasındaki hayatı ise dokunulmazdır. Hüküm verilmeden önce, duruşma sırasında, sanığı kasten öldüren bir adam, kısasen öldürülür. Hırsızlıktan yargılanmakta olan sanığın elini kasten kesenin eli, kısasin diğer şartları da varsa kısasen kesilir. Görülmektedir ki, İslam Ceza Hukukunda, zorla, baskıyla, işkence ile mutlaka suçluluğun ispatı ile cezalandırma amacı de-

ğil, tövbe ile iyi insan olması pek muhtemel olan suçluları, cezalardan kurtarma ve böylece uslandırma amacı güdülmektedir. Sanıkların canları her türlü ezadan, tecavüzdenden mäsundur.<sup>49</sup>

## c. İnfaz Sırasında

İnfaz sırasında da işkence yapmak, suçlu-yu hor ve hakir görmek yasaklanmıştır. Mesela, ölüm cezası, canın en kolay çıkacağı usulle yapılır. Hz. Peygamber (s.), "Allah Teâlâ her şeye karşı ihsanı (güzelliği, iyiliği) vacip kılmıştır. Bunun için öldürseniz o öldürmeyi güzel yapın." Burada öldürmeyi güzel yapmaktan kasıt, en kolay olanını ve en az acı verenini seçmektir.<sup>50</sup>

Konumuz ile ilgisi olmaması dolayısıyla, ayrıca bir araştırma konusu olabilecek nitelikteki 'infaz sırasında işkence' hakkında bu kadar açıklamayı yeterli buluyoruz.

## İSLAM HUKUKU'NDA HUKUKA AYKIRI YOLDAN ELDE EDİLEN DELİLLER (GAYRİMEŞRU DELİLLER)

### Genel Olarak

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu, muhakeme hukukunun en tartışmalı konularından birisidir. Ülkemizde 1990'lı yıllardan sonra yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanan bu konu, Amerika Birleşik Devletleri'nde bir asırdan ve Kıta Avrupası'nda ise yarım asırdan fazla bir süredir tartışılmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde ortaya çıkan görüş ayrılıkları temelinde birden fazla teori doğmuştur.

Söz konusu teorilerden *ilki* ve geleneksel olan, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın elde edilen delillerin mutlak olarak değerlendirilmesini öngören kesin kabul yaklaşımıdır (mutlak kabul teorisi). *İkincisi*, ilk görüşün zıddı olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tâbi olmasıdır (mutlak değerlendirme yasağı teorisi). *Üçüncüsü* ise hukuka aykırı olarak elde

<sup>48</sup> A.g.e., s. 106-107.

<sup>49</sup> A.g.e., s. 107-108.

<sup>50</sup> A.g.e., s. 108.

edilen delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesini, bazı durumlarda değerlendirilmesini öngören esnek yaklaşımdır (esnek yaklaşım teorisi) Dolayısıyla ilk iki yaklaşımı katı yaklaşım olarak değerlendirirsek, katı ve esnek yaklaşımlar olmak üzere temelde iki görüşün olduğunu söylemek mümkün olacaktır.<sup>51</sup>

Bu teoriler ışığında Kıta Avrupa'sı, Anglo-sakson ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerini değerlendirdiğimizde, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri konusunda ortak bir yaklaşımın mevcut olmadığını görmekteyiz.

### 1. Fransa Hukuku

Mağdur ceza yargılamasında, medeni yargılamadan farklı olarak, elinde mevcut tüm delilleri yargılamada delil olarak gösterebilmektedir. Yani ceza yargılamasında, hukuka aykırı bir davranış ile elde edilen deliller de kullanılabilir. Ceza yargılamasına ilişkin bu kabul tarzı, medeni yargılamada iki açıdan önem taşıyacaktır. Birincisi, suç mağduru, doğrudan doğruya ceza yargılamasında medeni hukuk taleplerini ileri sürebilecektir. İkinci olarak, ceza hâkiminin tespitleri, akabindeki olası medeni yargılamada bağlayıcı etkiye sahip olacaktır. Yani hukuk hâkimi, ceza mahkemesi kararındaki tespitlerle ve böylece bu karara dayanak teşkil eden delil incelemesi sonuçları ile de bağlıdır. Bu durumda, cezalandırılabilir fiillerin ispatı söz konusu olduğunda, medeni yargılamadaki delili kullanma yasağı geçerli şekilde aşılmıştır. Bu yaklaşım biçimiyle Fransa, medeni yargılama hukukunda prensip olarak mutlak değerlendirme yasağı teorisini benimserken, ceza yargılamasında mutlak kabul teorisini kabul etmektedir; ancak medeni yargılamada bu yasak, belirtilen şekilde aşılabilmektedir.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Muammer Çınar-Halime Baş, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı ve Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları-Birikimler 1*, İstanbul, 2003, s. 422-423.

<sup>52</sup> Evren Kılıçoğlu, "Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 72-73.

### 2. Almanya Hukuku

Anayasa madde 1, 2, 4'e aykırılık delil ispat yasağını ortaya çıkarır. Medeni yargılamada, anayasaya aykırılık sonucu delil ya külliye değerlendirilmeyecek veya uygunluk prensibine binaen menfaat denkleştirilmesi sonucu istisnaen kullanılacaktır.<sup>53</sup> Ceza yargılamasında ise kanunda gösterilen ve içtihatla yasaklanma hâlleri dışında "hukuka aykırı delillerin" değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu Alman Federal Mahkemesi tarafından "sanık hakları teorisi" çerçevesinde çözümlenmektedir. Buna göre, delillerin elde edilmesiyle gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmaktadır.<sup>54</sup> Almanya bu yaklaşımıyla prensip olarak mutlak değerlendirme yasağı teorisini benimsemiştir.

### 3. İtalya Hukuku

Prensipte Anayasa'ya aykırı olarak elde edilmiş delilin değerlendirilmesi kabul edilmemektedir. İtalyan doktrinine göre, Anayasa madde 13 II, sadece ceza muhakemesinde kanuna aykırı bir şekilde delil teminini yasaklamıştır, Medenî Usul Hukukunda bu konuda bir sınırlama getirilemez.<sup>55</sup>

İtalyan CMUK'daki düzenlemeler ile Türk Hukuku'ndaki ilgili düzenlemeler benzerlik göstermektedir. Aynı şekilde İtalyan CMUK madde 191'ye göre de "kanuna aykırı elde edilen deliller" bakımından mutlak bir değerlendirme yasağı söz konusudur.<sup>56</sup>

### 4. Türk Hukuku

Yapılan son değişiklikler neticesinde, hem medeni yargılamada hem de ceza yargılamasında mutlak değerlendirme yasağı teorisi benimsenmiştir.

<sup>53</sup> M. Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s. 243.

<sup>54</sup> Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Ankara, 1977, s. 23.

<sup>55</sup> Yıldırım, a.g.e., s. 244.

<sup>56</sup> Cumhuriyet Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, 1994, s. 97.

## 5. ABD Hukuku

Medeni yargılamada, Anayasa'ya aykırı olarak elde edilmiş delilin değerlendirilmesi hakikati bulmaya öncelik verilmek suretiyle kabul edilmektedir.<sup>57</sup> Ceza yargılamasında ise mutlak değerlendirme yasağı uzun süredir kabul edilmektedir, bu yasağın kabul edildiği ilk dava ise Boyd v. United States idi.<sup>58</sup>

## 6. İngiliz Hukuku

Medeni Usul Kurallarının (CPR) kabulünden önce mevcut olan hukuka aykırı delillerin kullanılması yönündeki kesin tavrın, reform sonrası bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmesi suretiyle daha esnek hâle geldiği gözlemlenmektedir.<sup>59</sup> Ceza hukukunda ise ilke olarak ikrar (ve belirli durumlarda belge) dışındaki bütün deliller, hukuka aykırı ya da adil olmayan şekilde elde edilmiş olsalar da muhakemede kullanılabilirler. Bununla birlikte, mahkeme kararlarında bir delilin hukuka aykırı ya da dürüst olmayan bir şekilde elde edilmiş olması hâlinde kullanılmayacağına ilişkin hâkimlik yetkisi geliştirilmiştir.<sup>60</sup>

Kıta Avrupası ve diğer hukuk sistemleri açısından kısaca yapılan bu değerlendirmenin ardından şimdi sorabiliriz:

İslam Hukuku'nda, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri nedir?

Öncelikle belirtelim ki, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin İslam İspat Hukukundaki değeri mevzuunda daha önce yazılmış herhangi bir eser ya da yapılmış ça-

alışma bulunmamaktadır. Ancak bilindiği gibi, bu konu bugün bütün dünyada tartışılmakta ve uzun yıllardır bu probleme karşı alınmış istikrarlı bir tavır da bulunmamaktadır. Dün mutlak kabul teorisini benimseyen bir hukuk sistemi, bugün meseleye bakış açısını yumuşatarak esnek yaklaşım teorisini benimseyebilmektedir. Öte yandan, medeni yargılamada ve ceza yargılamasında aynı hukuk sisteminde farklı teorilerin kabul edildiği de görülebilmektedir. Bu itibarla, önemli bir sorun hâline gelen hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri tartışmasında bugün, İslam Hukuku'nun da bakış açısına ve köklü sistemiyle vereceği cevaba ihtiyaç duyulmaktadır. Şu hâlde, bu konuyu düzenleyen özel bir hükmün mevcut olmaması sebebiyle, mevcut olan umumi kaidelerden yola çıkarak hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin İslam ispat hukukundaki değeri meselesine ışık tutalım.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, İslam muhakeme hukukunda, medeni muhakeme ve ceza muhakemesi diye bir ayrıma gidilmemiştir. Âlimler medeni muhakeme ve ceza muhakemesi ayrımı yapmamışlar; ancak bu ayrımın daima farkında olmuşlardır. Bu iki muhakeme hukukunun müşterek taraflarının daha çok olduğunu göz önüne alarak, bunları ayrı ayrı bölümler hâlinde incelemek yerine aynı bâb veya kitapta tetkik etmişler ve yer geldikçe her iki yargılamanın ayırıcı özelliklerine ve farklarına işaret ederek her iki grubun ya da her bir dava türünün özelliklerine uygun hükümlere kitaplarında yer vermişlerdir.<sup>61</sup>

## Delil Sistemleri

İspat kuvvetleri açısından deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu ayrıma göre, *kesin deliller* hâkimi bağlayıcı niteliktedir. Muhakemenin seyri esnasında ispat külfeti ile yüklü olan taraf, kesin delille bir vakıayı ispat edince, hâkim artık o vakıayı ispat edilmiş kabul

<sup>57</sup> Yıldırım, a.g.e., s. 243.

<sup>58</sup> 116 U.S. 616, 6 S.Ct. 524, 29 L.Ed. 746(1886); Jerold H. Israel-Yale Kamisar-Wayne R.LaFave, *Criminal Procedure and The Constitution, Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, 1991 Edition, West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1991, s. 403 vd.; Vahit Bıçak, *Improperly Obtained Evidence (A Comparison of Turkish and English Law)*, Ankara 1996, s. 113; Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", *AÜEHFD*, C: IV, S: 1-2 (2000), s. 117

<sup>59</sup> Kılıçoğlu, a.g.t., s. 79-80.

<sup>60</sup> Özgün Öztunç, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

<sup>61</sup> Abdülaziz Bayındır, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1986, s. 49-50; Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi (Kamu Hukuku)*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya, 1989, s. 331.

etmek mecburiyetindedir. Kısaca kesin delil karşısında hâkimin takdir hakkı yoktur. *Takdiri deliller* (vicdani delil sistemi-delil serbestisi ilkesi) ise hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir ve hâkimin takdir süzgecinden geçtikten sonra hükme esas alınır. Takdiri delil sisteminin dikkat çeken üç neticesi vardır:<sup>62</sup>

1. Takdiri delil sisteminde hâkim, ikame edilen her delili incelemeye mecbur değildir. Ancak dava konusu vakiya delalet ettiği için, o hususta hakikatin ortaya çıkmasına yardımcı olacağına inandığı delilleri inceler.
2. Takdiri delil sisteminde ikinci önemli sonuç, her ispat vasıtasının takdiri delil olabilmesidir. Hâkim uyuşmazlık konusu maddi olayı hakikatin aydınlığına çıkaracak bütün izleri delil olarak kabul edebilir. Hatta hâkim bu yolda maddi kurallardan yararlandığı gibi sosyolojik ve psikolojik kurallardan da yararlanabilir. Hâsılı hâkim maddi problemin çözülmesi yolunda dikkatini celbeden her türlü delil, beyan ve izleri mantık süzgecinden geçirerek elde edeceği kanaat doğrultusunda hükmünü tesis edecektir.
3. Takdiri delil sisteminin üçüncü önemli özelliği, hâkimin hiçbir takdiri delili kabule mecbur olmadığı hususudur.

İslam Hukuku'nda hangi delil sistemi kabul edilmiştir?

İslam Hukuku'nda kanunî delil sisteminin mi, takdiri (vicdani) delil sisteminin mi hâkim olduğu konusunda araştırma yapanlar, bu konuda her iki delil sistemine de uygun görüşlerin bulunduğunu hemen fark edebilirler. Bazı araştırmacıların da belirttiği gibi cumhur-u ulemanın delil sistemine ilişkin söyledikleri ve savduklarına baktığımızda, doktrinde kanunî delil sisteminin hâkim olduğu görünür.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Erbay, a.g.e., s. 48-50.

<sup>63</sup> Muhammed Abdullah Muhammed Şenkiti, *Teâruzu'l-Beyyînât fî Fik-hi'l-İslâmî*, Riyad, H. 1412, s. 44 vd.; M. Salih Yavuzer, *İslam Yargılama Usulünde Deliller ve Takdir*, (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1985, s. 244; Akt.: Sahip Beroje, "İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar", Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1999, s. 98-99.

Çünkü âlimlerin çoğu ispata dair delilleri belirli şekillerle sınırlandırmışlardır; hatta dava konusu ile ilgili kabul edilmiş muayyen delillerden daha kuvvetli de görülse, hâkimde kesin kanaat de oluştursa, hâkim yine bunun dışındaki delillerle hükmedemez.<sup>64</sup> Cumhur bu görüşünde nasların bazı delillere atfettiği ispat değeri ile takdiri delillerin yanlış takdir edilmesi durumunda sebep olacakları zulüm ve haksızlık esasından hareket etmişlerdir. Bu bakış açısından hareket eden cumhur-u ulema, delillerin kapsamını oldukça daraltmıştır.<sup>65</sup>

Cumhurun görüşü böyle olmakla birlikte bilhassa İbn Kayyim'e göre, delillerin sınırlandırılmayacağına esasen, hakikati ortaya çıkarabilmesi ve adalete ulaşılabilmesi için hâkime takdir hakkını kullanarak her türlü delile başvurabilme yetkisi verilmelidir. Hâkim, hakikati ortaya çıkaracak deliller vasıtasıyla taraflar arasında çıkan uyuşmazlığı araştırıp hükme bağlayacaktır. Eğer deliller yeterli değilse hâkime delil üretme imkânı ve mevcut delilleri değerlendirme; yani takdir yetkisi verilmelidir. Mesela kanun ispat hususunda cezada, iki istisna dışında genelde iki şahidin şahadetini şart koşmaktadır. Şayet elimizde olayın tek görgü tanığı varsa ve bu tanık doğruluğu ile maruf bir kişiye, hâkim takdir yetkisini kullanarak hüküm tesis edilmelidir. Bu görüşün hararetli savunucusu olan İbn Kayyim, Hz. Peygamber (s.)'in uygulamasından da birtakım örnekler verir. Nitekim Hz. Peygamber bir müşrikin öldürülmesi hadisesinde doğruluğu ile maruf Ebu Katâde dışında şahit bulunmaması karşısında bir şahitle yetinilmesine muvafakat etmişti. İbn Kayyim'e göre, hâkimin şahit beyanlarıyla bağlı kalıp, bugünkü adlandırmayla kendini kanuni delillerle sınırlandırılmış sayarak, maddi hakikati gün ışığına çıkaracak olan delillere başvuramaması, İslam Hukuku'nun ulaşmayı hedeflediği "hakikat" ve "adalet" ilkelerine ters düşer. Başta İbn Kayyim olmak üzere bu ekole mensup fakihlere göre hâkim kesin delillerle bağlı olmaksızın maddi hakikati ortaya çıkaracak tarzda her türlü delilden yararlanabilmeli

<sup>64</sup> Abdulâlâ Rekbân, *en-Nazarıyyetü'l-Amme li İsbâtü'l-Mücibati'l-Hudûd*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 1981, s. 179; Akt.: Beroje, a.g.t., s. 99.

<sup>65</sup> Beroje, a.g.t., s. 99-100.

ve bu şekilde elde etmiş olduğu belirleyici dokümanlarla taraflar arasındaki uyumsuzluğu çözüp hükme bağlayabilmelidir.<sup>66</sup> Eserleri incelendiğinde görülmektedir ki, İbnu'l-Kayyim had suçları hariç diğer suçlar açısından tam bir delil serbestisi ilkesiyle hareket etmektedir.<sup>67</sup> Ferdin çıkarı ve toplumun âli menfaatleri ancak bu şekilde korunabilir. Aksi takdirde hakikat gizli kalır, adalet ise körelir.<sup>68</sup>

Günümüzde konuyla ilgilenen araştırmacıların büyük çoğunluğu<sup>69</sup> İbn Kayyim'in görüşlerini benimserken, cumhurun görüşünü savunanlar<sup>70</sup> da vardır.

İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda nasıl bir delil sisteminin öngörüldüğünün daha sıhatli tespit edilebilmesi için, İslam'ın suça bakış açısından hareket etmek gerekmektedir. İslam Ceza Hukukunda suçlar kul hakkı ve Allah hakkı diye iki ana kategoride ele alınmaktadır. Zararı direkt gerçek şahıslara yönelik olan adam öldürme, yaralama ve hakaret gibi suçlar kul hakkı olarak kabul edilmiş ve Hakku'l-İbâd [kul hakkı] adı verilmiştir. Zararı belli şahıslara yönelik olmaksızın Şari'in toplumu korumak için haram kıldığı zina, hırsızlık, terör ve içki içme gibi fiillerin irtikâbindan doğan suçlar Allah haklarının çiğnenmesi olarak kabul edilmiş ve bunlara Hududullah adı verilmiştir. Bu suçlar için tayin edilen cezalara had cezaları denmiştir.<sup>71</sup>

Bu ayırımın konumuz açısından önemi şudur: her şeyden önce İslam Ceza Hukukunun suç telakkisi günümüz ceza hukukunun suç telakkisinden farklıdır. İslam'ın Allah hakkı olarak tanımladığı suçlar modern hukukta ya suç olarak kabul edilmemekte ya da sınırlı ve özel şartlarda suç sayılmaktadır. Söz gelimi içki içme suç kabul edilmediği gibi, zina da ancak belli şartlarda suç olarak kabul edil-

mektedir. Bu farklı bakış açısının delil sisteminin tespitine de etki ettiği görülmektedir. Zira İslam Ceza Hukukunda had olarak isimlendirilen suçlar için genelde ağır cezalar takdir edilmiş; ancak suçun ispatı için kuvvetli delillerin bulunması şart koşulmuştur. Bununla da yetinilmemiş en ufak bir şüphenin bulunması durumunda bu tür suçlara ait cezaların düşürülmesi emredilmiştir. İslam âlimleri bu tür naslardan hareketle had cezası gerektiren suçlara şahit olanların suçu ihbar etmek yerine setretmelerinin daha uygun olduğunda ittifak etmişlerdir. Bunun yanında İslam had cezalarının uygulanması konusunda fazla ısrarlı davranmamıştır. Zira bu tür suçların etkisi umumi ve yıkıcı olduğu için İslam caydırıcı olması açısından son derece zecri cezalar tayin etmiştir. Bunlar Allah hakkı ile ilgili cezalar olduğu için sübutunda en ufak bir şüphe kalmaması istenmiştir. Çünkü sübuttaki en ufak bir yanılma haksız yere bir canın veya organın telefı ile neticelenebilir. Bundan geri dönüş de mümkün değildir. Ayrıca bu suçlarda zarar gören belli şahıslar olmadığı için sanıkların cezalandırılması şahsi bir husumetin doğmasına da yol açmaz. Suç, kul ile Allah arasında kalır.

Had cezalarının bu özelliklerinden konumuz açısından çıkaracağımız neticeler şunlardır: Had cezalarında temel hedef maddi gerçeğe ulaşmak suretiyle suçluyu bulup cezalandırmak değil, suçu kesin olarak ispat edilmiş suçluyu ağır şekilde cezalandırıp cezanın caydırıcı yüzünü göstermektir. Bu açıdan kovuşturma mecburiyeti ikinci planda kaldığından takdiri delil sistemine fazla ihtiyaç duyulmamaktadır. Cezaların zecri olması ve belli şahısları ilgilendiren yönünün bulunmaması açısından mümkün olduğu kadar kanuni delillere dayanmak, bu suçlar için tayin edilmiş suç politikasına daha uygundur.<sup>72</sup>

Kul hakları ile ilgili suçlara gelince; bu suçlar hem toplumu direkt huzursuz etmekte, hem de suç mağduru gerçek kişiler olmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu tür suçlarda gerçek kişiler birinci derecede mağdur olarak kabul edilmektedir. Ancak gerçek kişilere karşı işlenen suçlardan toplumun da dolaylı olarak zarar gördüğü göz ardı edilmemelidir; dolayısı

<sup>66</sup> İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmül'l-Muvakkûn an Rabbi'l-Alemîn*, I, Kahire 1955, s. 101 vd.; Akt.: Erbay, a.g.e., s. 51-52.

<sup>67</sup> Beroje, a.g.t., s. 100 vd.

<sup>68</sup> İbn Kayyim, a.g.e., s. 103; Akt.: Erbay, a.g.e., s. 52.

<sup>69</sup> Beroje, a.g.t., s.102; ayrıca bkz.: Röportaj; Erbay, a.g.e., s. 53 vd.

<sup>70</sup> Bayındır, a.g.e., s. 142; ayrıntılı bilgi için bkz.: Beroje, a.g.t., s. 102 vd.

<sup>71</sup> Ali Bardakoğlu, "Ceza", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, VII, İstanbul, 1993, s. 473.

<sup>72</sup> Beroje, a.g.t., s. 107-108.

ile toplum da suçun ikinci derecede mağduru olarak kabul edilmektedir. Hem suç mağduru hem de toplum, failin bulunup cezalandırılması beklentisi içerisinde. Bu tür suçlarda ceza muhakemesinin hedefi suçluyu bulup hak ettiği cezaya çarptırılmasını sağlamaktır. Burada mahkemenin maddi gerçeğe ulaşmasını kolaylaştırmak için muhakeme hukukunu ağırlıklı olarak takdiri delil sistemi esasına göre yapılandırmak, İslam'ın suç politikasının tabii bir gereğidir. Ancak burada da ikrar, iki adil şahit, kesin bilirkişi raporları, kesin karine-ler gibi Kur'an ve Sünnetin ispat aracı olarak kabul ettiği bazı kuvvetli delilleri kanuni delil kapsamına alıp hâkimin bu delillerle ilgili takdir hakkını sınırlandırma veya somut nedenlere bağlamanın; hem nasların amir hükmünü yerine getirmek hem de hukukî emniyet ve muhakeme işlemlerinin fazla uzamaması açısından daha adil olacağı aşikârdır. Takdiri delil sisteminin mahzurlarını azaltmanın bir yolu da nasların gösterdiği doğrultuda objektif kanuni deliller bulabilmektir. Bununla beraber, bu tür suçlarda hâkim kanuni deliller bulamazsa İbnü'l-Kayyim ve bu ekole mensup fakihlerin de üzerinde durduğu gibi maddi gerçeğe ulaşmalarını kolaylaştırmak için hâkimlere her türlü veriyi delil olarak dikkate alma ve değerlendirme hakkı verilmelidir. Bu suçlar açısından Kur'an ve Sünnet'te delillere bir sınırlandırma getirilmemiş olması, Hulâfa-i Raşidin ve sonraki meşhur kadıların bu suçların araştırılmasında Kur'an ve Sünnette zikredilmeyen birçok delili ispat aracı olarak kullanmaları bu suçlarda hâkime geniş bir takdir yetkisinin verildiğini göstermektedir.<sup>73</sup>

Delillerin sınırlandırılmamasını öngören sistem içerisinde hem ceza muhakemesi hukukunun esas gayesi olan maddi hakikate ulaşmak kolaylaşmakta hem de delil takdirinde en ufak bir şüphe bulunması durumunda "şüpheden sanık yararlanır" ilkesinden hareketle hiçbir sanığın haksız yere cezalandırılmaması azami ölçüde sağlanabilmektedir.<sup>74</sup>

Kabul edilen delil sisteminin, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri meselesine etkisi nedir?

<sup>73</sup> A.g.t., s. 108-109.

<sup>74</sup> A.g.t., s. 106. Benzer görüş için bkz.: Erbay, a.g.e., s. 53-54.

Bahsi geçen mesele ile delil sistemleri arasında kuvvetli bir bağ bulunmaktadır; zira vicdani delil sisteminin kabul edilmesi hâlinde, bu sistemin ikinci önemli sonucu gereğince hiçbir biçimde delillere sınırlama getirilemeyecek, hâkim bütün delilleri değerlendirerek hükmüne esas yapabilecektir. Kanuni delil sisteminde ise delillere sınırlama getirilebilir.

İslam Hukuku'nda kabul edilen delil sistemi meselesinde ise günümüzdeki araştırmacıların büyük çoğunluğunun, İbnü'l-Kayyim ve bu ekole mensup diğer fakihlerin görüşlerine dayanarak vardıkları netice, İslam Hukuku'nun hakikate ve adalete bakış açısını daha iyi yansıtmaktadır. Şu hâlde, had suçlarında kanuni delil sistemi mevcutken; kısas suçlarında ağırlıklı olarak, tazir suçlarında ise tamamen vicdani delil sistemi geçerlidir.<sup>75</sup> Takdiri delil sisteminin geçerli olduğu hâllerde hukuka aykırı delillerin kabulü bakımından bir tartışma yapılmayacaktır; zira daha önce bahsedildiği gibi takdiri delil sisteminin geçerli olduğu bir sistemde delillere hiçbir biçimde sınırlama getirilemeyecektir, hâkim bütün delilleri hükmüne esas alabilecektir, bu gayri-meşru şekilde elde edilen bir delil dahi olsa. Kanunî delil sisteminin kabul edildiği had cezasını gerektiren suçlarda ise bu meseleye ilişkin bir tartışmanın yapılması icap etmektedir.

## Umumi Kaide

İslam Hukuku'nda umumi bir kaide mevcuttur. Bu kaideye göre, hükme esas olacak bir delilin nasıl elde edildiği değil, sahih olması mühimdir. Eğer söz konusu delil, sıhhatliyse, maddi gerçeği yansıtıyor ise nasıl elde edildiğine bakılmaksızın hükme esas alınabilecektir. Şöyle ki; bir adamın hırsızlığı evine baskın yapılarak tespit edilmişse, tecessüsün<sup>76</sup> haram olması sebebiyle<sup>77</sup> takip edilen

<sup>75</sup> Beroje, a.g.t., s. 109; ayrıca bkz.: Röportaj; Eserleri incelendiğinde İbnü'l-Kayyim'in da had suçları hariç diğer suçlar açısından delil serbestisi ilkesiyle hareket ettiğinin görülmesi hakkında bkz.: Beroje, a.g.t., s. 100 vd.

<sup>76</sup> Tecessüs fiili, İslam Hukuku'na göre yasaklanmış bir fiildir. Nitekim yüce Allah bu konuda; "Ey iman edenler, zannın çoğundan kaçın çünkü zannın bir kısmı günahtır. Birbirinizin kusurunu araştırmayın, biriniz

usul, hukuka aykırı olur. Bundan dolayı bunu yapanlara ceza verilir; fakat elde edilen delil yok sayılmaz, yani hırsızlık tahakkuk etmişse, o adam hırsızdır.<sup>78</sup>

Konumuz açısından bu umumi kaide ile vardığımız netice ise şudur: Vicdani delil sisteminin ağırlıklı olarak geçerli olduğu kısas ve tamamen geçerli olduğu tazir suçlarında, kabul edilen delil sistemiyle değerlendirilmesine müsaade edilen hukuka aykırı deliller, umumi kaide dolayısıyla da değerlendirmeye açık olacaktır.<sup>79</sup> Her iki yönden de bu suçlarda hukuka aykırı şekilde edilen delillerin ispat kuvveti mevcuttur.

Belirtelim ki, had cezasını gerektiren suçlarda da bahsedilen umumi kaidenin uygulanması mümkündür; bununla birlikte kanuni delil sisteminin kabul edildiği had cezasını gerektiren suçlarda, bahsettiğimiz umumi kaideye istisna teşkil edebilecek nitelikte hususi bir hâl mevcuttur. İslam Hukuku'nda suçlar, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ihlal ettikleri haklara göre ikiye ayrılırlar: Allah'ın haklarını ihlal eden suçlar [hukukullah] ve kulların haklarını ihlal eden suçlar [hukuk-u ibâd]. Yine daha önce de bahsedildiği üzere, hukukullah'ı ihlal eden fiiller, ancak fiilin aleniyete intikal etmesi hâlinde suç teşkil ederler; aleniyete intikal etmemesi hâlinde ise farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulacaklardır. Bir fiilin günah ve suç boyutu olmak üzere iki boyutu vardır. Hukukullah'ı ihlal eden bir fiilin işlenmesiyle, fiilin günah boyutu cereyan eder; ancak fiil aleniyet kesp etmemişse, aynı fiilin suç boyu-

tu cereyan etmez. Artık burada suçtan değil, dinî bir kavram olan günahtan bahsedilir. Allah haklarını ihlal eden tazir suçlarında da durum böyledir.<sup>80</sup>

Aleni olarak işlenmeyen bu tür fiillerden elde edilen hukuka aykırı deliller ise, aleni olarak işlenmeyen Allah hakkını ihlal eden fiilin suç teşkil etmemesi dolayısıyla, delil olarak kullanılamayacaktır; çünkü suç olmayan bir fiilin, gayrimeşru yollarla öğrenilerek suç hâline getirilmesi kabul edilemez. Ancak suç, aleni olarak işlenmişse ve ispat vasıtalarının öğrenilmesi için gayrimeşru yollara tevessül edilmişse ve bu yollarla delil elde edilmişse, İslam Hukuku'nda bu deliller hükme esas alınabilecektir.<sup>81</sup>

Meselenin bu noktasında önem arz eden şu hususa da dikkat etmek gerekir: Hukukullah'ı ihlal eden ve aleniyete intikal etmemiş bir fiile dair elde edilen delil, tesadüfen elde edilen bir delilse, fiilin aleniyete intikal ettiği kabul edilir ve söz konusu fiil suç teşkil eder. Bu durum, elde edilen delilin de değerlendirilebileceği sonucunu doğurur.<sup>82</sup>

Bu konu, Hukukullah'ı ihlal eden suçlarda bu şekildedir; yoksa hukuk-u ibâd'ı ihlal eden suçlarda umumi kaide geçerli olup, delilin sahih olması yeterlidir. İslam Hukuku'nda suçlarda yapılan bu ikili ayırım, geçtiğimiz bölümde de bahsettiğimiz gibi, şahitlikte<sup>83</sup> dahi kendisini göstermektedir.

*diğerinizi arkasından çekiştirmesin, biriniz ölmüş kardeşinin etini yemekten hoşlanır mı?* (Hucurat, 49/12) buyurmaktadır. Bu konuda Rasulullah (s.) da şöyle buyurur; *"Kötü zanda bulunmaktan kaçınınız. Çünkü zan, sözlerin en yalanıdır. Birbirinizin gizliliklerini araştırmayınız. Birbirinizi teccüss etmeyiniz, ey Allah'ın kulları birbirinizle kardeş olunuz."* (Buhari; Nikah 45, Feraiz 2) buyurmaktadır.

<sup>77</sup> Muhammed Ebu Zehra'ya göre, işlenmiş bir suçun delillerini araştırmak, teccüss kavramına girmemektedir. Aksi takdirde, insanların kanının boşa akacağını, mallarının ve hukukunun zayı olup ortadan kalkacağını ve İslam'ın öngörmüş olduğu hisbe görevinin ihmal edilmiş olacağını ifade etmektedir. (Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, Çev.: İbrahim Tüfekçi, Kitabevi, İstanbul, 1994.)

<sup>78</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

<sup>79</sup> Allah haklarını ihlal eden tazir suçlarına ilişkin istisnai durumdan ileride bahsedilecektir.

<sup>80</sup> Daha geniş bilgi için bkz.: Akman, a.g.e., s. 20; ayrıca bkz.: Röportaj.

<sup>81</sup> Bkz.: Röportaj.

<sup>82</sup> Bkz.: Röportaj.

<sup>83</sup> İslam Hukuku'nda, bir ispat vasıtası olarak Kur'an, Sünnet ve icmâ ile sabit olan şahitlik, bir kamu görevidir. Şahidin, uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak bildiklerini gizlememesi; aksine mahkeme önünde açıkça beyanda bulunması gerekir. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de, *"...Şahadetini Allah için yapın..."* (Talâk 65/2), yine *"...kendiniz, ana-babanız ve akrabanız aleyhinde de olsa Allah için şahitlik eden kimseler olun..."* (Nisa 4/135) şeklindeki beyanlarında yer alan "Allah için" tarzındaki tasrih ve tasvirleriyle şahitlik müessesesinin bir kamu hukuku müessesesi olduğunu ve kamu nizamını yakından alâkadar ettiğini, aynı zamanda kamu görevi niteliği taşıdığını ilân etmiştir. Yine İslam Hukuku'nun ikinci teşri kaynağı, en iyi şahidi, huzur ve celbi için davet beklemeden bildiklerini mahkemeye resen arz eden kişi olarak tanımlamıştır. Ancak genel kaide bu olmakla beraber, had cezasını

Netice itibariyle şuna dikkat etmek gerekir ki; suçların ihlal ettiği haklara göre ayrımı sonucunda, tâbi olduğu delil sistemi ve umumi kaide uyarınca hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılabilmesi tazir suçlarında da bu mesele bakımından bir istisna mevcut olmaktadır. Kul haklarını ihlal eden suçların ispatında hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller kullanılabilirken; tazir suçlarının kapsamına girebilecek nitelikteki Allah haklarını ihlal eden fiilin aleniyete intikal etmemesi hâlinde, söz konusu fiilin suç teşkil etmemesi sebebiyle, bu fiile ilişkin elde edilen hukuka aykırı delil değerlendirilemeyecektir.<sup>84</sup>

## İşkence ile Elde Edilen Deliller

İşkence ile elde edilen deliller konusunu işkence ile elde edilen sübjektif delil [ikrar] ve işkence ile elde edilen objektif deliller olmak üzere ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır.

### 1. İşkence ile Elde Edilen Sübjektif Delil (İkrar)

Suçunu ikrar eden sanık [mukır] üzerinde her türlü baskı, işkence ve kötü muamele ikrarın geçerliliğini bozar. İkraha sonucu ikrarın ceza yargılamasında delil olarak kullanılmasının kaynağı Hz. Muhammed'in "*Benim ümmetimden yanılma, unutma ve ikrah olundukları hususların sorumluluğu kaldırılmıştır.*"<sup>85</sup> hadisidir. Mecelle, medeni yargılama hukukunda da aynı ilkeyi yasalaştırmıştır: "İkrarda mukırın rızası şarttır. Binâenaleyh cebr ve ikrah ile vâki olan ikrar sahih olmaz." (madde 1575).

İslam Hukuku'nda, yargılamada, ne sorgu ne duruşma ne de infaz sırasında işkence yoktur. Uygulamalarıyla da bunu gösteren Hz. Ömer (r.), "İşkence, tehdit, hapis yoluyla

kendi aleyhine ikrarda bulunan adamın bu aleyhine itirafına güvenilmez." demiştir.

Hâkimin huzurunda muhakeme sırasında, ne sanık ne de şahitlere suçu ispat için baskı, tehdit yapılmaz. Aksine hâkim Hz. Peygamber (s.)'in "*Elinizden geldiği kadar cezaları kaldırın.*" emrine uyar. Sanığa işkence ile zorlamayla suçunu itiraf ettirmek yerine meselâ, ikrar etmişse, ikrarının sıhhatini tahkike çalışır. Kadı sanığı ikrara zorlamamalıdır. Kadının ikrarı ve zorlaması sonucu elde edilen ikrara binaen hüküm tesis edilmiş ve bedeni bir ceza infaz edilmişse, kadı, sonu kısasa kadar gidebilecek ağır bir sorumluluk altına girer.<sup>86</sup>

İslam Hukuku'nda yer alan umumi kaide gereği hükme esas alınacak delilin sıhhatli olması aranır. İşkence ile elde edilen delilin sübjektif bir delil, ikrar, olması durumunda söz konusu delil gerçeği yansıtamayacağından, sıhhatinden; yani sahih bir delilden bahsedilemez. Şu hâlde işkence ile elde edilen ikrarın geçerli olmayacağı sonucuna umumi kaidenin aradığı sıhhat şartı ile de ulaşılabilmektedir. Bununla birlikte, İslam Hukuku'nda delil tanımı ile de aynı sonuca varmak mümkündür. Buna göre delil, maddi hakikati açık şekilde ortaya koyan ispat vasıtalarına denir. İşkence ile elde edilen ikrarın ise maddi hakikati yansıtabilme kabiliyetini haiz olmadığı açıktır.

### 2. İşkence ile Elde Edilen Objektif Deliller

İşkence ile elde edilen objektif delillerin sıhhatinin, işkence ile bozulması mümkün olmayacağından, bu tür deliller işkence ile elde edilmesi hâlinde de ispat kuvvetlerini korurlar. Yani işkence ile elde edilen silah, senet gibi objektif deliller, muhakemede delil olarak kullanılabilir.<sup>87</sup>

Bahsettiğimiz bu genel tutuma rağmen özellikle hırsızlık suçunda çalınan malın bulunması ve suç ortaklarını söyletmek için sanığa işkence yapılabileceğine dair bazı hukukçuların görüşleri mevcuttur. Son dönem fukahasından İbn Âbidin bunlardan biridir. Dede

gerektiren suçlarda şahitlik yapmamak efdaldır. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj).

<sup>84</sup> İslam Hukuku'nda mevcut olan umumî kaide hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

<sup>85</sup> Buhari, "Hudûd", 22; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 17; Dârimî, "Hudûd", 1; ayrıntılı bilgi için bkz.: Erbay, a.g.e., s. 199.

<sup>86</sup> Akman, a.g.e., s. 64, 81.

<sup>87</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.



Cöngî Efendi'nin ünlü eserini tercüme eden Osmanlı Devleti'nin 106. şeyhülislâmı Mehmed Arif Efendi (1791-1858) müteahhirîn Hanefî ulemasının hırsıza işkence ve kötü muamele yapılabileceği yönündeki içtihatlarına açıklık getirmiştir: "Mütercim-i fakir der ki, gaflet olunmaya ki sârıkın mükrehen sıhhat-i ikrarıyla bazı müteahhirîn fetvâları ancak tazmin-i mal hususundadır. Amma kat-ı yed hususunda ikrar-ı mükrehin adem-i sıhhati müt-tefekunaleyh-i cumhurdur."<sup>88</sup>

Yukarıda bahsi geçen ihtilaflı meselede, müteahhirîn Hanefî ulemasının hırsıza işkence ve kötü muamele yapılabileceği hususundaki içtihatlarının, sadece çalınan malın tazminine ilişkin olduğu belirtilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken iki önemli nokta şudur: *Birincisi*, işkence ve kötü muamelenin şüpheli ya da sanığa değil hırsıza yapıldığı; *ikincisi* ise bu meselenin ihtilaflı olduğu hususudur.<sup>89</sup>

Osmanlı kanunnamelerinde de işkenceyle ilgili çok sayıda hüküm mevcuttur. Bunların tetkikinden özellikle hırsızlık yaptıklarından şüphelenilen sabıkalı ve "kendi hâlinde olmayan" zanlılara karşı suç ortaklarını ya da çalınan malın yerini söyletme için işkence yapıldığı anlaşılmaktadır.<sup>90</sup>

Kanunname maddelerinde işkence ile elde edilen itirafın yeterli olmadığı, karinelerin de bunu desteklemesi gerektiğinin belirtilmesi önemlidir:<sup>91</sup>

"Ve hırsız tâifesi işkencede ikrar etse ikrarından gayri alâim dahi delalet ederse ol ikrar muteber ola."

"Ve bir kimsenin elinde veya evinde uğurluk nesne bulunsa satun aldı ise satanı buldular ve bulmazsa müttehem ise işkence edeler; meğer ki bulacak kadıya getürüb teslim edeler veyahut yabanda bulduğun isbât ede. Ammâ işkencede ihtiyât edeler ki, kable's-sübût telef-i nefis olmaya. Ve eğer işkencede ölürse davası sorulmaya."

"Ve eğer bir hırsız dutulub sâbit olsa ve bir kimesne için şerikidir dese ve ol kimesne

eğer levend ve müttehem kimesne ise işkence edeler. Eğer müttehem değil ise mücerred hırsız söziyle işkence etmeyeler. Bu kazıyye bu veçhile olmağışün Padişah hazretleri zıllullâh sene tis'a-miete Zilkade'sinin on dokuzunda emr ettiler."

Burada dikkat edilmesi gereken hususlar şunlar: Öncelikle, işkence neticesinde elde edilen ikrarın geçerli olması, diğer delillerin de buna delalet etmesi şartına bağlanmıştır. İkinci olarak, işkence yapılan kişinin müttehem; yani hakkında itham bulunan, suçu diğer delillerle sabit olan ya da suçlu olduğuna dair kuvvetli deliller olan kişi olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca yapılan işkencede ihtiyatlı davranılması gerektiği belirtilerek (kan akıtılmayacak şekilde dövülecek), bu şekilde ihtiyatlı davranıldığı hâlde ölen müttehem heder olduğu belirtilmiştir. Çünkü belirtilen şekilde yapılan işkence, kanuna uygun olması sebebiyle, meşru kabul edilmektedir. Nasıl ki usulüne uygun şekilde adam öldüren cellada ceza verilmiyorsa, mütteheme ihtiyatlı şekilde işkence eden görevliye de ceza verilmeyecektir. Üçüncü durumda da, işkence edilecek kişinin müttehem olması gerektiği, sadece hırsızın sözü ile birine işkence edilemeyeceği hususlarına dikkat çekilmiştir.<sup>92</sup>

Şu hâlde İslam Hukuku'nda işkence ile elde edilen deliller mevzuunda kısaca şunlar söylenebilecektir:<sup>93</sup>

İkrar elde edilmek için yapılmış ve ikrar elde edilmişse; ikrar geçersizdir, işkence suçtur.

İkrar dışında başka bir delil elde etmek için yapılmışsa, ikili bir ayırım yapılmaktadır: Fail suçu sabit olan ve müttehem ise delil elde edilsin ya da edilmesin işkence suç değildir. Ancak fail hakkında bir töhmet yoksa suçu da sabit olmamışsa, sırf zan üzerine işkence yapıp da delil elde edilirse, bu suçtur; ama delil hükme esas alınacaktır. Burada fail müttehem olmadığı için işkence yapana ise tazir cezası verilir.

İslam Hukuku'nda hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat kuvveti meselesine getirdiğimiz çözümün ardından, konumuz ile

<sup>88</sup> Akman, a.g.e., s. 83.

<sup>89</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

<sup>90</sup> Akman, a.g.e., s. 86.

<sup>91</sup> A.g.e., s. 86-87.

<sup>92</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

<sup>93</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

ilgisi bulunması sebebiyle sorulabilecek iki soruyu da değerlendirelim:

İslam Hukuku'nda hukuka aykırı delil sebebiyle ortaya çıkan ikinci suçta haksız tahrik gibi nedenlerle ceza sorumluluğunu azaltan ya da kaldıran sebeplerin uygulanması mümkün müdür?

Mesela, Hz. Ömer kıtlık senesinde hırsızlık haddini uygulamamıştır; daha hafif cezalar tatbik etmiştir. Bu durum, hukuka aykırı yoldan delil elde eden şahıs için de geçerli olabilecek midir? Buradaki kriter, şiddetli ihtiyaç ise eğer, aklanmak için delille ihtiyacı olan kişi için de aynı nitelikte bir ihtiyacın mevcut olduğu söyleyebilir, bu ihtiyaç dolayısıyla bu durumu söz konusu olaya kıyas edebilir miyiz?

Fıkıh kitaplarında açıkça böyle bir hükme rastlanılmamakla beraber, şiddetli ihtiyaç dolayısı ile hukuka aykırı delil elde edilmesinin söz konusu vakıya kıyas edilerek cezayı indirmek ya da tamamen ortadan kaldırmak mümkün görünmektedir.<sup>94</sup>

#### Dünyevî Ceza ve Uhrevî Ceza Arasındaki İlişki Nedir?

Suçların ihlal ettiği çeşitli unsurlar vardır: Allah, toplum ve mağdur. Örneğin, adam öldürme suçunda, adamı kasten öldüren kimse işlediği suç dolayısıyla; ölenin hakkını, ölenin yakınlarının hakkını, toplumun hakkını ve Allah'ın hakkını ihlal etmiş olur. Ölenin hakkı (ölmeden helalleşmemişse) ahirete kalır, ölenin yakınlarının hakkı kısasla ödenir, toplumun hakkı kısas yapılmışsa kısasla; yapılmışsa devlet, toplum için ceza verebilir ve bu şekilde ödenir; Allah'ın hakkı ise ancak tövbe ile ödenir.

Zinada ise ihlal edilen iki hak vardır: toplumun hakkı ve Allah'ın hakkı. Toplumun hakkı had cezasıyla ödenir, Allah'ın hakkı bâki kalır, tövbe etmesi gerekir.

Hırsızın elinin kesilmesiyle toplumun hakkı ödenir. Malı tazmin etmesiyle mağdurun hakkı ödenir, tövbe etmesiyle de Allah'ın hakkı ödenir.

Bütün suçlarda tövbe aranmaktadır. Bu, tartışma konusu olmuştur; fakat ulemanın ekseriyeti, had cezası uygulanan kimsenin, ayrıca tövbe etmesi gerektiğini kabul etmiştir. Tövbe etmezse affolunmayacaktır; çünkü Allah'ın affetmesi, kalben samimi, pişman olunmasına bağlıdır.<sup>95</sup>

#### Kaynakça

- Akbaş, Mehmet; "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafaa Makamının Görev ve Yetkileri Yönünden Hukuki Statüsü", Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2006.
- Akman, Mehmet; *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul, 2004.
- Akşit, Cevat; *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul, 1976.
- Arslan, Adem; "İlk Devir İslam Ceza Hukukunda Hadd Cezalarının İnfazı", Harran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şanlıurfa, 2005.
- Atar, Fahreddin; *İslâm Adliye Teşkilâtı*, Ankara, 1979.
- Atar, Fahreddin; *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları* (Yayımlanmamış Eseri).
- Aydın, M. Âkif; *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Bardakoğlu, Ali; "Ceza", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, VII, İstanbul, 1993.
- Bayındır, Abdülaziz; *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1986.
- Beroje, Sahip; "İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1999.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet; *Türk Hukuk Tarihi (Kamu Hukuku)*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya, 1989.
- Çınar, Muammer-Baş Halime; "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı ve Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları-Birikimler I*, İstanbul, 2003.

<sup>94</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

<sup>95</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

- Dağcı, Şamil ; *İslam Hukuku'nda Suçlar ve Cezalar ile İlgili Özel Hükümler*, Ankara, 1996.
- Erbay, Celâl; *İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, İstanbul 1999.
- Gür, Refik ; *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, 1993.
- Karaman, Hayreddin; *Mukayeseli İslam Hukuku I*, İstanbul, 1991.
- Kaymaz, Seydi; *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Ankara, 1977.
- Kılıçoğlu, Evren; "Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması", Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- Koca, Mahmut; "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2 (2000).
- Kunter, Nurullah; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1986.
- Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 1998.
- Öztunç, Özgün; "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Şahin, Cumhuri; *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, 1994.
- Toroslu, Nevzat; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 1994.
- Ünalın, Abdülkerim; *İslam Ceza Hukukunda Kısas*, Diyarbakır, 2000.
- Üstündağ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 1984.
- Yazır, Elmalılı Hamdi; *Hak Dini Kur'an Dili*, 2. Bası, VI, İstanbul, 1960.
- Yıldırım, M. Kamil; *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990.
- Zehra, Muhammed Ebu; *İslam Hukuku'nda Suç ve Ceza*, Çev.: İbrahim Tüfekçi, Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci ile 27.10.2011 tarihinde yapmış olduğum röportajdan (Kısaltma: Röportaj).

## OKUMA PARÇASI

### MÜLAKAT

## İSLAM HUKUKU'NDA HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLMİŞ DELİLLERİN İSPAT KUVVETİ

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

**Esra ÇETİNKAYA:** Sayın hocam; öncelikle genel itibariyle İslam Hukuku'nda hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin ispat kuvvetini değerlendirmenizi istiyorum. Mesela, bu konuda, İslam Hukuku'nda kabul edilen ispat sistemi nedir? Bu konuda bildiğiniz gibi farklı görüşler var. Kanuni ispat sistemi mi; yoksa delillerin serbestçe değerlendirilmesi mi?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Her ikisi de. Bazıları, yanlış olarak, İslam Hukuku'nda kanuni delil sistemi vardır, modern sistemden ayrılır diyorlar. Bu yanlıştır. İslam ceza hukukunda hem kanuni hem vicdani delil sistemi vardır. Had suçlarında kanuni delil sistemi vardır, cinayet ve tazir suçlarında vicdani delil sistemi vardır. Bu çok açıktır, bütün kitaplar da bunu yazar. İslam Hukuku'nda kanuni delil sistemi vardır demek, yanlıştır. Hâkimin kendi ilmiyle karar vermesi meselesi var mesela, hadde bunu yapamazsın.

**Esra ÇETİNKAYA:** Mesela hocam, deniyor ki, şahitlik için birçok şart var, bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkim değerlendirirken, buradaki kanuni delil sistemi bile biraz vicdani delil sistemine dönüyor...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Şahitlerin tezkiyesinde zaten iş vicdanileşiyor. Şahidin elverişli olup olmaması ve onun tezkiyesi, Hâkime kalmış bir keyfiyet. Burada ayrıca en az iki, bazen dört kişi daha var hâkimle beraber, şahidi tezkiye ederler, müzekkiler; beş kişi var. Bunların şahidi tezkiyesi vicdanidir; yani sübjektiftir. Ama şeriatın aradığı şartlar var: dört erkek, hür, adil, Müslüman şahit olmadıkça zina haddi tatbik edilmiyor. Bu, kanuni. Bu şahitlerin tespiti, vicdani. Hele cinayetlerde ve tazirde tamamen vicdani delil sistemi vardır.

**Esra ÇETİNKAYA:** Bunu şunun için soruyorum, vicdani delil sisteminde delilleri sınırlandıramazsınız...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Aynen öyledir.

**Esra ÇETİNKAYA:** Her türlü delil kabul edilir. Kanuni delil sisteminde ise sınırlandırmalar vardır; ancak yine hukuka aykırı deliller konusunda bir tartışma mevcut olur.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet, şimdi şöyle; kanuni delil sisteminde o deliller tahakkuk etmeden o netice hâsıl olmaz; o deliller tahakkuk etmişse de sizin yapacak bir şeyiniz yoktur. Ama vicdani delil sisteminde öyle değil, vicdani delil sisteminde azdır, çoktur, birbirini destekler, o ayrı mesele, o hâkimin kararına tesir eder, o kadar.

**Esra ÇETİNKAYA:** Mesela Celal Erbay'ın kitabında, İbni Kayyim'in görüşüne yer verilmiş. İbni Kayyim, delillerin takyid edilemeyeceğini, hakikatin ortaya çıkarılabilmesi ve adalete ulaşılabilmesi için hâkime delilleri serbestçe değerlendirebilme yetkisi verilmesi gerektiğini söylüyor.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet, *İlamu'l-Muvakkin* kitabında...

**Esra ÇETİNKAYA:** İbni Kayyim, açık açık hâkimin her türlü delili kabul edebileceğini söylüyor.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet.

**Esra ÇETİNKAYA:** İbni Kayyim'a göre aslında hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin de değerlendirilmesi gerekir.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İbni Kayyim'ın *İlamu'l-Muvakkin* kitabı, her ne kadar kendisi Hanbeli olsa bile, usul hukukunda yazılmış en mükemmel kitaplardan bir tanesidir. İbni Kayyim'ın kendisi münakaşalı bir şahsiyet olmakla beraber, *İlam* kitabı usul hukuku bakımından kıymetlidir. İtikadî görüşlerinden ziyade fikhî görüşleri oraya aksediyor.

**Esra ÇETİNKAYA:** İbni Ferhun ve Trablusî de yine...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Onun da tabii, *Muîn-ül-Hükkâm* birisi, *Tabsiratü'l Hükkâm* (İbni Ferhun) diğeri, bunların her ikisi de; ama *İlamu'l-Muvakkin* biraz daha farklıdır. *Mu'î-ül-Hükkâm* ile *Tabsiratü'l Hükkâm* birbirine

benzer; *İlamu'l-Muvakkin* biraz daha farklı ama aynı konsepti anlatıyor, aynı muhtevadır, muhakeme usulü.

**Esra ÇETİNKAYA:** Biraz İbni Teymiyye'nin görüşü, talebesi zaten...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İbni Kayyim, İbni Teymiyye'nin talebesidir. Gerek itikadî mevzularda, gerek ameli mevzularda hocasını takip etmiş, bazı hususlarda ileri gitmiş, bazı hususlarda daha temkinli davranmıştır, diğer talebeleri gibi değil. Onu bunun için Hanbeli mezhebi içinde saymazlar, İbni Teymiyye'nin takipçisi olarak sayarlar. Fakat nasıl ki İbni Teymiyye'nin *es-Siyasetu's-Şer'iyye* kitabı, o itikadî benimseyen benimsemeyen, herkes tarafından makbul tutuluyorsa, *İlamu'l-Muvakkin* de öyledir. Şimdi, İslam Hukuku'nda umumi bir kaide var: "Delil elde edildikten sonra, bunun nasıl elde edildiği mühim değildir. Delilin sahilliği mühimdir."

Şimdi şöyle anlatalım: bir adamın hırsız olduğu işkenceyle veya evine baskın yaparak, —tecessüs haramdır biliyorsunuz—, bu şekilde tespit edilmişse burada takip edilen usul hukuka aykırı olabilir. Bundan dolayı, bunu yapanlara ceza verilebilir; ama elde edilen delil yok sayılamaz. Yani hırsızlık tahakkuk etmişse, o adam hırsızdır. Aynı şey cinayet için de geçerlidir. Fakat ikrar böyle değil, ikrar sübjektif bir delildir. Gayrimeşru yollardan bir kimseyi ikrar ettirdiğiniz zaman, bu ikrar delil olmaz...

**Esra ÇETİNKAYA:** Çünkü burada zaten delilin sihatinden bahsedilemez...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Delil yok çünkü delil sahil değil çünkü...

**Esra ÇETİNKAYA:** Evet.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Diğerinde metot sahil delil; ama neticeye ulaşmışsınız. İkrarda neticeye ulaşmamışsınız. İkrarın gayrimeşru yollardan elde edilmesinin makbul olmadığı bütün kitaplarda yazar. Hz. Ali'ye böyle bir dava gelmiş, ikrar zorla alınmış, reddetmiş. Ebu Musa el-Eş'ari'ye gelmiş, reddetmiş. Hz. Ömer reddetmiş, Abdullah bin Ömer'in böyle rivayetleri var; yani Asrı Saadet'te ve selef zamanında işkenceyle, zorlanarak elde edilen ikrar, hiçbir şey aranmadan, öyle mi değil mi diye ispatlama aranmadan reddedilebiliyor.

Çünkü bir kişi ikrarını sonradan reddedebiliyor. Kişi ikrarında ceza hukukuyla bağlı değildir, Borçlar Hukuku'nda bağlıdır. Onda da zorlamayı ispat edersen, onda da ikrarından kurtulur. İkrar zaten sahil olmadığı için bunun kullanılmaması gayet normal; çünkü ikrar sahil değil zaten. Yani bu gerçeği gösteremez, adam korkudan demiş öyle. Biz gerçeği bulmaya çalışıyoruz, o zaman ikrar gerçeği bulduramaz, o zaman ikrar kabul edilmemiş. Ama bunun dışında, bütün fıkıh kitaplarında yazar, İbni Abidin'de de yazar, hırsız yakalamışsınız, hırsız olduğunu biliyorsunuz, malları nereye gömdü, bir ortağı var bu ortağı kim, bunun için diyorsunuz işkence yapmak caizdir.

**Esra ÇETİNKAYA:** Tam da ona değinecektim hocam, Mehmet Akman'ın kitabında, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması'nda, İbni Abidin'in bu görüşüne yer veriliyor ve daha sonradan Dede Cöngü Efendi'nin ünlü eserini tercüme eden Osmanlı Devleti'nin 106. Şeyhülislamı Mehmed Arif Efendi'nin müteahhirin Hanefi ulemasının hırsız işkence ve kötü muamele yapılabileceği yönündeki içtihatlarına getirdiği açıklıktan bahsediliyor: "Mütercim-i fakir der ki, gaflet olunmaya ki sârikın mükrehen sıhhat-i ikrarıyla bazı müteahhirin fetvaları ancak tazmin-i mal hususunda. Amma kat-ı yed hususunda ikrâr-ı mükrehin adem-i sıhhati müttefekunaleyh-i cumhurdur."

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Şimdi şöyle; bu ikrar ile eli kesilmez, diyor. Buradaki ikrarda şüphe var, şüphe olduğunda hadler düşer. O mal tazmin edilir, bu hususi bir durumdur. Burada kastedilen şu; yani bu delili elde etmek caiz mi, değil mi? Burada hırsız hırsızlığından dolayı işkence yapılmıyor. Yani hırsız olduğunu itiraf et diye işkence yapılmıyor, adamın hırsız olduğu belli.

**Esra ÇETİNKAYA:** Belli derken, diğer delillerle bu sabit olmuş...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Sabit olmuş; fakat şeyi söylemek istiyor; mal ortağını, malı nereye sakladığını. Bunun için işkence yapılıyor işte, bu dediği o. İtiraf için değil bu, yanlış anlaşılıyor orada. Yani hırsız olduğu anlaşılan birine işkence yapmak caizdir demek bu, hırsızlığı ortaya çıksın diye değil...

**Esra ÇETİNKAYA:** Yani şüpheli ya da sanığa değil, hırsız...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet, şüpheliye işkence yapılamaz. Bu bütün kitaplarda yazıyor, adam öldürmüş mesela, suç ortağı var, belli biri tutmuş biri bıçaklamış. Tutan kimdir, onu söyletiyorsun mesela. Bu adamın katil olduğu belli, peki ortak kim? Ortağı söyletmek için işkence yapmaya izin veriyor. Bu tamamen ayrı bir durum. Bu şekilde eğer bir işkence varit olmuşsa, bu zaten meşrudur. Bundan dolayı ceza vermiyor. Bunun dışında bir suç ortaya çıkarmak için hukuka aykırı bir şey yapılırsa, işkence gibi, bu ayrı bir suçtur. Yani ikrar elde etmek ayrı bir suçtur, bundan elde edilen ikrar da makbul değildir. Buna makbul diyen hiç yok. Hırsız söyletmesi bile ihtilaflıdır, İbni Abidin ihtilaflı bir mesele zikrediyor. Bazıları yapılırdı diyor; bazıları yapılmaz diyor. Müteahhirin âlimleri yapılırdı diyor; çünkü fitne yayılmıştır diyor, yapmazsanız bunu öğrenemezsiniz, yapılırdı diyor. O ayrı bir durum, birbirine karıştırmamak lazım. İkrar elde etmek ayrı bir şey, olmuş bir şeyin neticelerini anlamak başka bir şey.

**Esra ÇETİNKAYA:** Peki hocam, İslam Hukuku'nda delil elde etmenin sınırlarından bahsedebilir miyiz?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Hayır, sınır yoktur; çünkü maksat, mutlak hakikatin ortaya çıkmasıdır.

**Esra ÇETİNKAYA:** Mesela, ulemanın üzerinde ittifak ettiği İslam Hukuku'nda özel hayatın gizliliğini sınırlayan durumlar var...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Doğru, Velâ tecessü...

**Esra ÇETİNKAYA:** Burada delil elde etme noktasında bir sınırlama yazmıyor.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Şimdi şöyle; bir adamın evine girip delil elde ediyorsunuz. Mesken masuniyetini ihlal etmek, suçtur. Mesela, Hz. Ömer'in camdan bakarak içerdekini ikaz etmesi üzerine içerdekiler, onu ikaz ettiler: Sen "velâ tecessü" ayet-i kerimesine bakmadın. Burada şu var: eğer suç olmayan bir şey, gayrimeşru yollarla öğrenilerek suç hâline getirilmişse bu makbul değildir. Mesela, adam zina ediyordur, evine girdiniz zinaya muttali oldunuz. Bu, bir delil değildir; çünkü gayri

meşru yollarla elde ettiniz. Ama suç dışarda işlendi, siz suçun vasıtalarını elde etmek için evine girdiniz, adamın eşyalarını karıştırdınız ve delili elde ettiniz, bu delili makbul tutuyor İslam.

**Esra ÇETİNKAYA:** Bir saniye hocam, ilk söylediğiniz hâlde...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Birincide ortada suç yok, adam evinde içki içiyor, adam evinde zina ediyor...

**Esra ÇETİNKAYA:** Evet, Hz. Ömer'in olayını nasıl değerlendirirsiniz diye soracaktım zaten...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Zaten had suçları umumi yapılırsa, dışarda yapılırsa cezalandırılır. Dinin iki boyutu var: bir günah boyutu var, bir de suç boyutu var, aynı fiilin. Günah boyutu zaten cereyan eder, içki içmiş adam. Eğer içki içtikten sonra bunun hayatiyetini dışarda devam ettiriyorsa, o zaman bu cezayı yer. İçki içmiş, evinde yatmışsa, buna kimse ceza veremez. Evine girip de sen, bir adamın sarhoşluğunu takip edemezsin. Ben şunun evine saklanayım, içsin, cezalandırayım, bu mümkün değil.

**Esra ÇETİNKAYA:** Yani tek başına içki içmek, suç değil mi demek istiyorsunuz?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Hayır, suç değildir. İşte, bunun için evine girmişse bu suç değildir veya zina etmişler, zina için evine girmişse bu suç değildir.

**Esra ÇETİNKAYA:** Peki, tesadüfen elde edilen bir delilse bu?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** O zaman, olur. Çünkü artık suç, aleniyete intikal etmiştir. Amme nizamını koruyor. Suçları cezalandırma sebebi, amme nizamını korumaktır.

**Esra ÇETİNKAYA:** Hocam çağdaş hukuktan farklı bir yön burası. Eğer kamuya intikal etmemişse, aleniyet kazanmamışsa, bir fiilin suç olmayacağından bahsediyorsunuz.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Ama bu ammeyi ihlal eden, Hakkullah'ı ihlal eden suçlarda böyle; yoksa hukuk-u ibâd'ı ihlal eden suçlarda böyle değil. Bir adam gizli kapaklı, bir adamı öldürmüşse, bu nerede öldürse öldürsün, suçtur. Suçlar ikiye ayrılıyor: Hukukullahı ihlal eden —hukuk-u ibâd'ı ihlal eden. Hukukullah

demek, had suçlarıdır; yani ammeyi ihlal ediyor. Bunlardan gayrimeşru delil elde edemezsiniz. Ama hukuk-u ibâd'a aitse, kul hakkına aitse, o müstesnadır. Hatta şahitlikte bile farklılık var: had suçlarında şahitlik yapmamak efdaldır; hususi hukuka dair suçlarda şahitlik yapmak, vecibedir. Yani birisi bir alacak verecek veya başka bir ceza davasında sizi de şahit yazarsa, şahitlik yapmak mecburiyetindediniz dinen, kanunen de böyledir. Ama had suçlarında yapmamak efdaldır. Zina edeni gördünüz, sarhoş olanı gördünüz, söylemiyorsunuz.

**Esra ÇETİNKAYA:** Kur'an-ı Kerim'de şahitlik yapılması yönünde teşvik var, had suçlarında yapılmaması gerektiğini nereden çıkartıyoruz?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Hadis-i şerif bunu tahsis ediyor. Ayet-i kerime umumi hükmü bildiriyor, hadis-i şerif onu tahsis ediyor. Had suçlarında yapılmaması; kul haklarına dair suçlarda yapılması yönünde anlaşılıyor.

**Esra ÇETİNKAYA:** İslam Hukuku'nda, hukuka aykırı delil sebebiyle ortaya çıkan ikinci suçta haksız tahrik gibi, ceza sorumluluğunu azaltan veya tamamen ortadan kaldıran sebeplerin uygulanması mümkün mü? Mesela, Hz. Ömer zamanında kıtlıkta hırsızlığın cezası azaltılarak...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Şüphe var. Had suçlarında en ufak bir şüphe, haddi ortadan kaldırır. Bu bahsettiğiniz, şüphesiz zaten haddi düşürür. Bunun dışındakiler zaten vicdani delil sistemine girdiği için, zaten tahrik varsa ceza indirilir, daha az ceza verilir veya hiç verilmez...

**Esra ÇETİNKAYA:** Ki hukuka aykırı deliller mevzuunda tahrik olması mümkün, buna bağlanabilir mi yani?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Haksız tahrik demek, mesela, bir kişiyi kendisini dövmesi, öldürmesi, malını çalması veya kendisine hakaret etmesi için tahrik etmek demektir. Burada tahrik, karşı tarafın alacağı cezayı azaltır. Eğer bu had ise, tamamen ortadan kaldırır, şüphe var çünkü ama tahrikten ne anladığınıza bakar, kadın açık saçık gezdi, karşı tarafı tahrik etti, böyle bir tahrik değil. Tahrikin hukuktaki tabiri, karşı tarafı suç işlemeye teşvik etmek, demektir.

**Esra ÇETİNKAYA:** İşte, hukuka aykırı delili elde etmeye teşvik etmek, bu tahrik kavramı içerisine girer mi?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Hayır, girmez. Niçin girsin? Adama hakaret ediyorsunuz, adam sizi öldürüyor veya dövüyor. Burada haksız tahrik var. Gayrikanuni delil etmek buna girmez ki.

**Esra ÇETİNKAYA:** Mesela hocam, arada yapılan bir akdi saklıyor; yani ona ulaşılmasını engelleyen bir suçlu düşünün. Daha sonra o kişi, sırf bu hakkı ispatlamak için evine girse, alsa, burada haksız tahrikten bahsedemez miyiz?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet, ben buna dair bir nas görmedim fıkıh kitaplarında. Yani senedi var adamın, senet onda, senedi saklamış, senede ulaşılmasını engelliyor. Şimdi burada, kitapları tahkik etmek lazım, acaba beyine kısmında mı olabilir, bilemiyorum. Ben böyle bir nassa rastlamadım. Fakat umumi kaide şudur, yani bu senet ele geçtiği zaman, borçlar hukuku açısından söylüyorum, karşı tarafın bu senedi nasıl ele geçirdiğine bakılmaz. Şimdi, ben sizden borç para almışım, senedi de saklamışım, siz evime giriyorsunuz veya benim çocuğumu söyletiyorsunuz veya beni içiriyorsunuz, bir şey yapıp o senedi elde ediyorsunuz, mahkemeye ibraz ediyorsunuz. Mahkeme senede bakar. Ben diyemem ki, "o senet bendeydi, evime girmiş, çalmış", bunu mahkeme dinlemez. Senet elde borcu öde, der.

**Esra ÇETİNKAYA:** Peki, bana ceza verir mi?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Ayrıca bir ceza davası açmanız lazım?

**Esra ÇETİNKAYA:** Kime?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İşte, evime girdi, beni içirdi...

**Esra ÇETİNKAYA:** Sizin bana açmanız lazım?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Tabi, o ayrı bir mesele. Mahkeme ona bakmaz.

**Esra ÇETİNKAYA:** Peki, ben nasıl bir değerlendirmeye tâbi tutulurum o hukuka aykırı delili elde etmem dolayısıyla?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Benim senedim vardı, senedimi almak için girdim, dersiniz. Belki

beraat edersiniz, belki az bir cezayla kurtulursunuz. İşte bu, haksız tahrike girer.

**Esra ÇETİNKAYA:** İşte, onu soruyorum hocam.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Tamam, şimdi anlaşıldı. Bu haksız tahrike girer, delil elde etmek için suç işlemek. Ceza hukukunda vicdani delil ne demek? Hadiseye bakarsınız, çeşitli ihtimallere göre bu hadiseyi bir yere koyarsınız. Şimdi, tutmuş adam sırf senedini almak için evine girmiş, öbür adam da sırf bir şey çalmak için girmiş, aynı değil tabii ki. Mahkeme, bunu ya beraat ettirir duruma göre veya cüz'i bir ceza verir; öbürüne daha çok verir. Vicdani delil bu demektir.

**Esra ÇETİNKAYA:** Bir de hocam, hırsızlık meselesine geldiğimizde, Hz. Ömer kıtlık senesinde hırsızlık karşısında had cezasını uygulamamış...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Şüphe var.

**Esra ÇETİNKAYA:** Daha hafif cezaları tatbik etmiş bu durumda. Bu durum, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerde...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Kıyas olmaz. Çünkü "Ala hilafî'l-kıyas sabit olan şey saire makîs'un-aleyh olmaz." Yani kıyas dışında bir şey sabit olmuşsa fıkıhta, o başkasına kıyas edilemez. Mesela, vasiyet kıyasa aykırıdır. Çünkü neden? Ölüyorsunuz, öldükten sonra sizin mallarınızla ilişkiniz kesilir. Ama Kur'an-ı Kerim diyor ki, vasiyet etmek izinli. Kıyasa aykırı olarak Kur'an-ı Kerim buna izin verdi. Peki, o zaman ben evimi ölümünden sonrası için satayım, kiralayayım, bu mümkün değil. Ama niye? Vasiyet oluyor da, bu niye olmasın? O, ala hilafî'l-kıyas sabit olmuş bir şey, kıyasa aykırı. Burada da, Hz. Ömer'in kıtlık zamanında el kesme cezasını tatbik etmemesi, kıyasa aykırı bir durumdur, şüphe vardır, şüphe hadleri düşürür.

**Esra ÇETİNKAYA:** Sadece şüphe midir peki hocam? Şiddetli ihtiyaçtan dolayı değil midir?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Şiddetli ihtiyaçtan dolayı şüphe var...

**Esra ÇETİNKAYA:** Burada da hukuka aykırı delile ihtiyacı yok mu bu kişinin? Mesela, aklanmak istiyor ya da haklı çıkmak istiyor.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Ha, bu ona kıyas edilebilir mi?

**Esra ÇETİNKAYA:** Evet.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Anladım, mümkün; çünkü bu konuda zaten açık bir bilgi yok.

**Esra ÇETİNKAYA:** Yani daha az ceza tatbik edilebilir?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Mümkün, mümkün, tabii. Belki de hiç verilmeyebilir. Bunu mahkeme nazara alır. Yani fıkıh kitaplarında açıkça ben böyle bir şey görmedim, belki de vardır, ben rastlamadım.

**Esra ÇETİNKAYA:** Ben de aradım; ama rastlamadım.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Belki de vardır; çünkü fıkıh kitaplarında bilgiler sizin aradığınız yerde olmaz, çok farklı bir yerde olabilir. Bir de fetva mecmualarına bakmak lazım, böyle şeyler umumiyetle fetva mecmualarında olur. Senet çalmak için veya adam, kendisini be- raat ettirecek delil onun malvarlığında, camını kırıp girdi mesela. Cam kırmak suçtur, evine girmek suçtur, gözledi, dinledi, seslerini kayda aldı, görüntüye aldı ki kendi hakkında konuşsun ki kendisine delil olsun, bunlar acaba caiz mi değil mi?

**Esra ÇETİNKAYA:** Burada şüphe de girer için içine.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Tabii, şimdi şöyle: tabii her şeyin de bir limiti var, mahkeme bunu müşahhas hadisede tespit eder. Bu, sadece delili elde etmekle kalmış mı, kalmamış mı? Sadece senedi almış çıkmış mı, başka şey de almış mı, almış dökmüş mü? Bunlara bakar. Bu meseleye dair çok araştırmak lazım. Yani delil elde etmek için hukuka aykırı bir fiil işlenirse ne olur, ona bakmak lazım. Ama açık olan nedir? İşkenceyle ikrar elde edilemez; çünkü ikrar orada sahil olmaz. Burada sahil oluyor.

**Esra ÇETİNKAYA:** Bir de şöyle bir şey var: usul kitaplarında işkenceyle alınan ikrarın geçersizliği meselesi değerlendirilirken daima irade sakatlığı hususu vurgulanıyor.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Ama o nikâha mahsus; nikâh, talak ve köle azadına mahsus. Mesela, zorlamayla nikâhi ve talaku ikrar etse bile geçersiz diyen âlimler çoktur. Yani bu üç

meseleyi ayırıyor fıkıh, hadis-i şerif var hakkında.

**Esra ÇETİNKAYA:** Yani onlarda zorlama bile olsa geçerli midir?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet. Hz. Peygamber diyor ki; üç şeyin şakası da ciddidir, ciddisi de ciddidir. Nikâh, talak, itk [köle azadı]. İmam-ı Azam Ebu Hanife, bunun illeti nedir, diyor. İletti şudur: burada şaka yapıyor adam, biliyor boşanacağını; fakat istemiyor. Buna rağmen şeriat buna, sen boşandın, diyor. İkrahta da adam, biliyor; ama istemiyor. Şakaya benziyor, şakayla aynıdır.

**Esra ÇETİNKAYA:** Peki hocam, burada iman dahi muhafaza edilirken, nikâh neden muhafaza edilemiyor?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Ama hadis-i şerif var: üç şeyin şakası da ciddi, ciddisi de ciddi...

**Esra ÇETİNKAYA:** Hayır, şakasından bahsetmiyorum; mesela ikrah mevzuunda...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Ama bakın, İmam-ı Azam Hazretleri kıyas yapıyor, kıyas İslamiyet'in delilidir. Kıyas için illet mühimdir. İlet aynıysa, hüküm aynıdır. Burada illet nedir? Bu adam biliyor boşanacağını; fakat istemiyor. Buna rağmen şeriat, sen boşandın diyor. Zorla boşanmada da, biliyor boşanacağını; fakat istemiyor. Şeriat diyor ki; sen boşandın. Kıyas yapıyor, illet aynı çünkü. İmam-ı Azam'ın yapacağı başka bir şey yok. İman Allah ile onun arasında olan bir şey, Allah onun kalbinden geçeni zaten biliyor. Nikâhta ise karşılıklı bir akit var. Mademki, hırsızın suç ortağını, malı elde etmek için işkence yapılıyor, bu işkenceden dolayı işkence yapana ceza öngörülüyor, buna kıyasen delili elde etmek için eve girmenin veya dinlemenin de caiz olması gerekir. Aynıdır çünkü netice. Dövmeli diyor; ama bunda da limit var, kan çıkacak şekilde dövmemeli diye de kayıt var, bu ondan daha hafiftir, evine girmek senedi almak veya teyp koyup da kendi meselesi hakkında konuşmasını dinlemek daha hafiftir. Ona caiz deyip de buna dememekte mantıksızlık olur. Bu, benim yorumum ama bununla alakalı bir şey okumuş değilim.

**Esra ÇETİNKAYA:** Dedik ki, irade sakatlığı hususu vurgulanıyor o üç şey dışında. Bu delil



neticesinde şüpheli ya da sanığın vücut bütünlüğünün ihlal edildiğinden bahsedilmiyor; yani işin içine delil elde edilirken temel hak ve hürriyetler bağlamında bakılmıyor.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Bakılmıyor, evet. Orada adaletin tecellisi, temel hak ve hürriyetlerin önünde geliyor. Adalet daha mühimdir. Nitekim din, temel hak ve hürriyetleri tahdid ediyor: insanlar her yerini açamazlar, günde beş vakit namaz kılmaları lazım, içki içemezler, domuz yiyemezler, falcılık yapamazlar; bunlar temel hak ve hürriyetleri tahdid eder. Ama din diyor ki; adalet böyle tecelli eder. Demek ki, din nasıl insanların temel hak ve hürriyetlerine kendi koyduğu maslahat çerçevesinde tahdit getiriyorsa, adaletin tecellisi dinin birinci maksadı. Faşistler diyor ki, devlet için insanların temel hak ve hürriyetleri tahdit edilir; İslamiyet, adalet için diyor, devlet için değil. Devlet, kutsal değildir İslamiyet'te.

**Esra ÇETİNKAYA:** Erbay'ın kitabında delilin tanımı veriliyor ve delilin tanımı içerisinde, "maddi hakikati apaçık bir şekilde ortaya koyacak olan" diyor.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet, kelime manası da öyle.

**Esra ÇETİNKAYA:** Burada mesela hukuka aykırılığından bahsedilmiyor. Mesela bizim Ceza Muhakemesi Kanununda, delilin hukuka aykırı olmamasından bahsedilir. Neticeye buradan da varılabilir aslında...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** O bizim ceza kanununda öyle, İngiltere'de öyle değil. İngilizler, delillerin zincirleme fonksiyonunu kabul etmiyorlar. Diyorlar ki; delil hukuka aykırı bir şekilde elde edilmişse makbuldür. Bu elde edilme sebebi diyor, müşahhas hadiseye göre Hâkim tarafından cezalandırılır veya cezalandırılmaz. Ben çok iyi Anglo-Amerikan mahkeme külliyatlarının muhtevasına vakıf değilim; ama şunu biliyorum ki, Anglo-Amerikan Hukuku'nda bu böyledir. Ama Kıta Avrupası Hukuku, Fransız tesirinde kaldığı için biraz daha hürriyetçidir. O deliller hukuka aykırı elde edilmişse, bunu makbul tutmuyor. Anglo-Amerikan, bildiğim kadariyle eskiden öyleydi. Sonradan değiştirdiler.

**Esra ÇETİNKAYA:** Zaten hocam, şöyle bir bakarsak, Kıta Avrupası Hukuku'nda hukuka

aykırı yoldan elde edilmiş delillere karşı ortak bir tavır yok. Bu nedenle biz, AİHM kararlarına baktığımızda çelişkili kararlardan bile bahsedebiliriz neredeyse.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Var. Bu evrensel bir prensip değil. Ortada bir hakikat var, bu hakikat elde etmek var, sen diyorsun ki hayır kullanmayacaksın bunu. Bir örnek vereyim: Evine girerek adamın suçlu olduğuna dair bir delil buluyorsunuz, sen mesken masuniyetini ihlal ettin, bu delili kullanmayacağız, bu adam serbest gezecek veya adamı biraz okşayarak tabancayı buluyorsunuz, üzerinde bunun parmak izleri var; buna rağmen diyorsunuz ki, hayır biz bu adamdan bunu gayrimeşru şekilde elde ettik, o zaman biz bunu kullanamayız. Bakın, İslam Hukuku evrensel prensibi kabul ediyor: Zorla elde edilen ikrar, geçersizdir. Bunda şüphe yok, bunda ittifak var. Çok enteresan yani bakın, nikâh talakta bu kadar şeyken, bunda diyor ki zorla elde edilmiş ikrar mahkemede makbul değildir. Adam dese ki ben bu ikrarı zorla verdim, hemen düşüyor dava; ama onun dışındaki gayrimeşru delili elde etme yollarında aynı şekilde düşünmüyor; yani Kıta Avrupası gibi bakmıyoruz biz. Neden? Maksat, adaletin tahakkukudur. Ama tabii bu çok riskli, suiistimale çok elverişli bir husustur. Yani siz hırsız söyletmek için okşanır dediğiniz zaman, adamlar hırsızdan ikrar elde etmek için de okşarlar.

**Esra ÇETİNKAYA:** Ama hocam, bu her suç için...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Ama bu her suç için böyledir; yani suiistimaller yapılırsa diye biz, hakikati değiştiremeyiz.

**Esra ÇETİNKAYA:** Zaten bütün normlar bu tehdit altında.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet. Mesela, İslam Hukuku'nda dayak, cezadır ve bu, hem suçluya verilir hem mütteheme [itham altında olana] verilir. Mütteheme niçin verilir? Adamın suçunun belli bir kısmı sabit olmuştur, geriye kalan kısmının anlaşılması için verilir. Buna izin veriyor. İşte, delillerin zincirleme fonksiyonu buna benziyor. İşte, hırsıza çaldığı malın yerini söyletmek için gibi. Farklı şeyler, ikisi birbirinin aynısı değil.

**Esra ÇETİNKAYA:** Yani delilin tanımından da aslında bu neticeye varabiliyoruz.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Delil, beyyine, burhan hepsi aynı şeydir; apaçık hakikati ortaya çıkarmak demektir. Sizin deliliniz var elinizde, hakikat ortaya çıkmaya bir adım kalmış; fakat siz, bu delil gayrimeşru elde edildi... Niçin yapıyorsunuz bunu? İnsanlar gayrimeşru delil elde etmesin diye. Tamam; ama o zaman siz, hakkı yenmiş insanların hakkını yiyorsunuz. Mevhum bir tehlike için mevcut tehlikeyi gidermekten kaçınıyorsunuz. Bu, doğru bir şey değil. Bunlar bir anlayış meselesi. Ama neticede bir de şu var: zaten işkence altında alınan ikrar makbul değilken, bir daha niçin siz bunu kabul ediyorsunuz? Deyin ki, işkence altında alınan ikrar kabul edilmez; ama onun dışındaki delillerin zincirleme fonksiyonunu niçin kabul etmiyorsunuz? Aynı şey değil ki bu; yani Kıta Avrupası'nın bu ikisini bir arada tutması yanlış.

**Esra ÇETİNKAYA:** Evet. Ben şöyle bakıyorum hocam: Avrupa bir sorunu tespit etti, kolluğun... (temel hak ve hürriyetleri ihlal edeceği tehlikesi).

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet, var böyle bir tehlike.

**Esra ÇETİNKAYA:** Buna kendi kafasında bir çözüm buldu; yalnız bu çözümü tekrar sorun hâline getirdi. Yani aslında çözüm, asıl sorun hâline geldi.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Aynen öyle, şunun gibi: idam cezasını kaldırması meselesine bakalım. İdam cezası kaldırıldı malum, idam cezasının aleyhine şeyleri okuduğunuz zaman, tamam, telafisi olmayan bir cezadır, doğru. O zaman, bunun çaresi şudur: cezayı çok istisnai, spesifik hâllere ve çok ciddi şeye bağlarsınız. İslamiyet'te böyledir, çok az suçta idam cezası uygulanır İslamiyet'te ve çok ciddi, sabit olmadıkça da asılmaz. Amerika'da bir vehm, bir şahit üzerine adam asılıyor, bu doğru değil; ama şimdi böyle diye de tutup idamı kaldırmanın da manası yok. Yani katil suçlarında; onun dışındaki çok basit suçlarda hükümetler idam cezası getiriyor. Tarihte çok oldu, bizde de öyle.

**Esra ÇETİNKAYA:** Yani tasavvur edilen çözümler, sorun hâline getiriliyor...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet, problemi başka türlü çözmek mümkünken... Peki, idam cezası kaldırıldı, haksız yere ölenlerin hakkı ne ol-

du? Diyeceksiniz, bu bunun karşılığı değil, senin görüşün. Can, canın karşılığıdır. Bir canı haksız yere ortadan kaldıran kimsenin canı ortadan kaldırılmalıdır. Hadiseye bu açıdan bakarsanız, o zaman onların idam cezası aleyhtarlığının getirdiği şeylerin hepsi çürüyor. Ya haksız yere asılanlar? O ayrı mesele, her şey için aynı. Müebbet hapis daha kötü; adam ölüyor gidiyor, haksız yere öldürülmüşse şehit olur belki, öbür türlü adamın ömrü hapisnede çürüyor. Sonra, her getirdikleri ceza insani mi? Hapis cezası insani mi? Adamı hapse atıyorsunuz, orada suçlu değilse suç öğreniyor, daha yeni suçlar öğreniyor, bedavadan yatıp kalkıyor, üretici olmaktan çıkıyor, çoluk çocuğu perişan oluyor.

**Esra ÇETİNKAYA:** En ilkel ceza olarak bakılıyor zaten hocam hapis cezasına...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Hapis cezası çok iptidaidir. İslamiyet'te hiç yoktur. İslamiyet'te sadece ihtilattan men edilecek kimseler hapsedilir; yani falcı gibi, sahte doktor gibi. Yani insan içine girmemeli, başka bir ceza da veremiyorsun, onu hapsedersin. Bir de tazyik için hapsedilir. Borçlu; yani bir malı saklayan kimse, hırsız gibi. Ama tazyik de nasıl bir tazyik, karanlık, yatacak yer yok, ölmeyecek kadar yeme-içme verilir ki, tazyik etsin de borcunu ödesin veya malı... Kimse bunları tartışmıyor, herkes hapis cezasının insani, evrensel, çağdaş buluyor; idam cezasını aykırı buluyor. Ben de prensip itibarıyla idam cezasına karşıyım; çünkü idam cezası çok suiistimal edilen bir cezadır, bilhassa totaliter rejimlerde... Ama suiistimal ediliyor diye siz onun... O asli, idam cezası, kasten adam öldürmenin cezası olmalı sadece, İslamiyet'teki gibi. Bunun dışında hiçbir suçta verilmemeli böyle bir ceza. Ona da İslamiyet, başka yollar getirmiş; af, diyet; yani illa mutlak idam da değil. Bençe çok çağdaş bir sistem bu; ama ne çare ki, ortaçağda kalmış, kimseye kabul ettiremiyorsunuz.

**Esra ÇETİNKAYA:** Aslında bir de, bulabilir miyim bilmiyorum ama şimdi, işkenceden ölen olursa sormayalar diye kanun var Osmanlı'da.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** O kitaplarda gördüğünüz işkence resimleri hayalîdir. Çengele asılan adamlar falan, seyyahların yaptığı resimlerdir. Onların gerçekle alakası yoktur. Sui-

istimal her zaman mümkündür. Papalığın bile işkencesi malumdur. İşkence mesela Çin'de aslı cezaydı. Konfüçyüs'e göre, bir insanın ikrar etmesi lazım, suçunu anlaması lazım; yoksa ikrar etmeden ceza veremezsiniz, ikrar da işkenceyle ediliyor. Onun için de işkence çok yaygındır. Kilise hukukunda öyle, kilise biliyorsunuz dinî bir yer. Adam suç işledi; ama adam suç işlediğini anlamalı, bunun için işkenceyle ikrar ettirirler. En namlı işkenceler, biliyorsunuz, engizisyonda vardır. Bundan dolayı, hainliklerinden, sadistliklerinden değil, anlatalım bu adama suçlu olduğunu diye... Adam yapmadım diyor. Peki, kabul etti, bu Tanrı'nın iradesi diyor.

**Esra ÇETİNKAYA:** Hocam bir de şu deniyor; eğer ikrar etmezse suçunu daha sonradan, zaten suçlu bulunmaya yönelik bir ceza muhakemesi sistemi uygulanıyor...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Tabii, aynen öyle...

**Esra ÇETİNKAYA:** İkrar etmezse daha fazla ceza verileceği.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Engizisyonda ikrar eden, ikrar ettiği için öldürülüyor, yakılıyor... İkrar etmeyen, beraat etmiyor, yine cezası devam ediyor. İsveç'te olmuştu, kadın dine karşı bir suç işledi diye, zina etti diye, suya atılıyor, batarsa diyorlar suçludur, Tanrı'nın iradesi; batmazsa suçsuzdur. Kadın batmıyor, bu sefer de büyücü diye yakıyorlar kadını. Bu, 200-300 sene önce olmuş bir hadise.

**Esra ÇETİNKAYA:** Evet, çok ilginç, buna benzer hadiseler duymuştum hocam... Bahsettiğim şey şu: "Osmanlı kanunnamelerinde de işkenceyle ilgili çok sayıda hüküm mevcuttur. Bunların tetkikinden özellikle hırsızlık yaptıklarından şüphelenilen sabıkalı ve 'kendi hâlinde olmayan' zanlılara karşı suç ortaklarını ya da çalınan malın yerini söyletmek için işkence uygulandığı anlaşılmaktadır.

Kanunname maddelerinde işkenceyle edilen itirafların yeterli olmadığı karinelerin de bunu desteklemesi gerektiğinin belirtilmesi önemlidir. "Ve bir kimsenin elinde veya evinde uğurluk nesne bulursa satın aldı ise satanı bulduralar ve bulmazsa müttehem ise işkence edeler; meğerki bulacak kadıya götürüb teslim edeler veyahut yabanda bulduğun isbât ede. Ammâ işkencede ihtiyât edeler ki, kable's-

sübût telef-i nefis olmaya. Ve eğer işkencede ölürse davası sorulmaya."

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Adamın evinde hırsızlık malı bulunuyor; ama adama sadece bunun için işkence yapmıyorlar. Bu adam, hırsızlıkla müttehem; yani hırsız olarak bilinen birisiyse, o zaman bunu çaldığı anlaşılıyor. İşkencede, biraz evvel söyledim size, kan çıkmayacak şekilde dövülecek, eğer kan çıkmayacak şekilde dövülür ve ölürse, hederdir. Niçin? Çünkü bu şekilde işkence yapmak meşrudur. Cellada ceza var mı? Yok, vazifesini yapıyor.

**Esra ÇETİNKAYA:** Hocam, şunu biliyoruz ki işkence yasaktır; ancak Osmanlı Hukukunda...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İşkence yasak değil...

**Esra ÇETİNKAYA:** Ha, işkenceyle elde edilen delil...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İşte onu ikiye ayırmak lazım. İşkenceyle elde ettiğiniz ikrarsa, bu zaten baştan beri geçersiz. İkrarla elde ettiğiniz delil eğer ikrar değil de başka bir delilse, bu geçerli, fıkıh kitapları buna izin veriyor. Bunlardan bir tanesi işkencedir.

**Esra ÇETİNKAYA:** Yani işkence yasak değildir mi diyorsunuz?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İşkence normal şartlarda yasaktır. Bir adama sebepsiz yere işkence yapmak yasaktır.

**Esra ÇETİNKAYA:** Evet, Osmanlı'da yapılmıştır yani.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Yapılmamıştır. İşkence suçtur. Kırbaç kullanılmaz işkence olduğu için mesela, değnek vardır, kırbaç yoktur İslamiyet'te. Osmanlı'da da yoktur. İşkence ile hırsız söyletmek caizdir, ikisi aynı şey değil. Durup dururken işkence yapmak caiz değil, güçlü hayvana bile caiz değil.

**Esra ÇETİNKAYA:** İşkence yapılmasın diye mesela, kanunlar çıkarılmıştır.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Var, evet, tamam.

**Esra ÇETİNKAYA:** Var olmayan bir şey için neden kanunlar çıkarılsın denir bu durumda.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** O zaman niye bu kadar Kur'an-ı Kerim indi, hadis-i şerifler varit oldu? Zina etmeyiniz...

**Esra ÇETİNKAYA:** O zaman yapılan işken-ceyi mesela, engellemek için...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Tabii ki, var olmaz mı işken-ce? Bütün gayrimeşru fiiller vardır, işken-ce bir sadistlik numunesidir. İşken-ceyi siz hemen şimdiki manada düşünmeyin, işken-ce delil elde etmek için yapılır diye düşünmeyin, işken-ce bir cezadır, işken-ce bir sadistlik vasıtasıdır, işken-ce bir intikam vasıtasıdır; bu yasaktır. Çünkü İslamiyet'te bir adam suçluyu öldürürken bile güzel öldürün diyor Hz. Pey-gamber, acı çektirerek öldürmeyin. "İşken-ce İslamiyet'te yasaktır." sözü yanlıştır. İşken-ce İslamiyet'te anlattığım şekilde yasaktır. Mut-lak manada kullandığımız zaman, genel olarak işken-ce yasaktır. Ama bir delil vasıtası olarak işken-ceye izin veriliyor, fıkıh kitaplarında var.

**Esra ÇETİNKAYA:** İşken-ce eğer delilin sıh-hatini engelleyebilecek nitelikte değilse, el-bette orada delili etkilemez. Ama yine işken-cenin cezası verilir.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Verilmiyor işte. So-rulmuyor, diyoruz. Fıkıh kitaplarında da, kan çıkana kadar dövülsün, diyor. Bu ne demek-tir?

**Esra ÇETİNKAYA:** Ama hocam sabıkalı bi-rinden bahsediyoruz özellikle ve kuvvetli bir delil var.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Sabıkalı veya mütte-hem, evet, tamam.

**Esra ÇETİNKAYA:** Kuvvetli de bir delilden bahsediyoruz. Mesela, biz burada şüpheli ya da sanık...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** O zaman işken-ce yok, diyemezsiniz. İslamiyet'te işken-ce var.

**Esra ÇETİNKAYA:** O zaman ikiye mi ayıra-cağız? Mesela, kuvvetli karineler bulunan...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İşken-cenin iki mana-sı var: mutlak olarak işken-ce, bir insana, hay-vana eziyet vermek demek, bunun bir sürü yolu var. Bu, yasaktır İslamiyet'te.

**Esra ÇETİNKAYA:** Delil elde etmek için ya-pılırsa?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Delil elde etmek için yapılırsa, bu serbesttir. Ama elverir ki, bunu yaptığınız kimse suçlu olsun. İkrar elde etmek için işken-ce yapmak yasaktır ve suçtur. Bir adam birini döverek ikrar elde etse, bu ikrar geçersizdir, bu şekilde işken-ceden de ceza-landırılır. İkrar dışında delil elde etmek için yapılan işken-ceye fıkıh izin veriyor.

**Esra ÇETİNKAYA:** Yalnız hocam, burada da yine mağdurlar açısından ayrı bir tehlike...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Var zaten.

**Esra ÇETİNKAYA:** Bunu nasıl engelliyor İsl-am Hukuku?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Ama İslam buna bir kaide koymuş, diyor ki; örnekler vermiş: adamın hırsız olduğu anlaşılmış...

**Esra ÇETİNKAYA:** Anlaşılmamışsa?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Anlaşılmamışsa, ol-maz.

**Esra ÇETİNKAYA:** İşken-ce yasak mıdır bu durumda?

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Yasak tabii.

**Esra ÇETİNKAYA:** İşte onu söylüyorum ho-cam...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** O zaman siz, hırsız-lık ikrarı elde etmek için yapıyorsunuz bunu. O zaman suç.

**Esra ÇETİNKAYA:** Hayır, hocam siz ikrar bâbında düşünüyorsunuz ama mesela burada tesadüfen elde edilen deliller mevzuunda ko-nuşalım. Burada şüpheli ya da sanık, sabıkası yok, işken-ce yapılıyor ve silahı mesela evinde olduğunu... Silah sıhhatli bir delil...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İşte, burada fail müt-tehem olmadığı için işken-ce yapana tazir ce-zası verilir. Fakat delil değerlendirilir.

**Esra ÇETİNKAYA:** Delil zaten sıhhatli oldu-ğu için delile göz yumulmaz...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Evet, çok güzel, doğru söylediniz. Burada işken-ce yapana tazir cezası verilir. Ama delil değerlendirilir. Doğru, hadisenin çeşitli boyutları var. Eğer ikrar elde edilmek için yapılmışsa, ikrar elde edilmişse, ikrar geçersizdir, işken-ce suçtur. İki, delil elde etmek için yapılmışsa, o zaman ikiye ayrılıyor: fail suçu sabit olan ve müttehemse, o zaman

işkence suç değildir, netice elde edilsin ya da edilmesin, bu suç değildir. Ama eğer fail, suçsuz ise; yani hakkında bir töhmet yoksa suçu da sabit olmamışsa, sırf zan üzerine işkence yapıp da elde edilirse, bu suçtur; ama delil tatbik edilir, delil kullanılır.

**Esra ÇETİNKAYA:** Teşekkür ederim, bir de son bir soru sorayım, kapatalım.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Buyurun...

**Esra ÇETİNKAYA:** İslam Hukuku'nun hakikat meselesine bakış açısından genel itibariyle bahsedebilir misiniz? Mesela, gözlerini yummaz, dedik. Avrupa Hukukuyla bir kıyaslama da yapmak suretiyle... Gerçi konuşma içeriğinde çok yapıldı bu ama...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** İslamiyet, belli bir takım maksatları gerçekleştirmek için gelmiş, canın muhafazası, malın muhafazası... Beş tane maslahat var. Bu maslahatları gözetir her zaman ve bunun için bazı fiilleri günah saymıştır, bu günahların bazısını da suç saymıştır. Bunlara ceza tertip etmiştir. Diğerlerine ceza tertip etmemiştir. Buna ceza tertip edip etmemeyi hükümetlere bırakmıştır. Mesela kalpazanlık günahdır; ama buna ceza öngörmemiştir. Hükümet isterse ceza verir, isterse vermez. Bunun dışında, suçların ifşasını, yayılmasını istememiş. Suçlar, mümkün mertebe kapatılsın örtbas edilsin istemiş. Fertle Allah arasında kalsın; çünkü örnek olur insanlara. Gıybet yasaklanmış, gıybet nedir? Bir adamın işlediği günahın bir başkasına anlatılmasıdır. Yalan, iftira değil, var olan bir günahı anlatıyor. Bu, niçin yasaklanmış? O kişi duyduğunda üzüleceği için, bu birinci sebep. İkincisi, cemiyeti ifsat edeceği için, bunun için gıybet kanser gibidir. İşte, bir şey yayıldığı zaman, zararı çok olur.

Günahı sağda solda anlatmak da ayrı bir günahdır, günahları saklayacaksınız. İnkâr etmek, tövbedir; çünkü yayılsın istenmiyor. Emr-i maruf niçin farz kılınmıştır? İnsanlara iyiliği emreder, kötülüğü yasaklarsınız... yayılmasın bu iş, hemen mani olsun Müslüman. Sonra, en düşüğü de kalben buğz etmektir. Yuşa Peygamber zamanında bir kavim helak edilmesi üzerine melekler gönderildiğinde, gittiler geldiler: "Yarabbi, yanlış mı duyduk acaba? Şu anda o şehirde gece ibadet edenler var. Siz, tamamını helak et buyurdunuz."

Cenab-ı Hak onlara dedi ki, "Doğru söyledim, siz onları helak edin; çünkü öbürleri o günahları işlerken, onlar yüzlerini bile buruşturmadılar." Niçin bu yüz buruşturma? Yani normal kabul ediyor; bunu da istemiyor. Yani mümkün mertebe günahların örtbas edilmesini... yok etmek mümkün değildir, Peygamber bile yok edememiş. Kim bir mümin kardeşinin günahlarını örterse, Allah da yevmi'l-kıyamette onun günahını örter, hadis-i şerif bu. Eyüp Sultan Hazretleri tâ Mısır'a gitmiş yürüyerek, Utbe bin Mesud'a demiş ki: "Sen de böyle bir hadis var mı?", "Var.", "Söyle", söylemiş. Buyur seni misafir edeyim, demiş. "Yok, ihlasıma zarar verir, ben bu hadisi dinlemek için geldim" demiş.

İşte İslamiyet, suçların kapatılmasını istiyor; ama suç cemiyete intikal etmişse ve bundan birisi zarar görmüşse, buna gözünü kapatmıyor. Çünkü onun telafi edilmesi lazım.

Ceza hukukunun üç tane maksadı var: Birincisi, suçun önlenmesi; onun için ağır cezalar getirmiş. İkincisi, suçlunun ıslahı maksadını gütmüş. Üçüncüsü, mağduru da telafi etme... Yani telafi edilmeli ki cemiyette yara açılmasın. İnsanların devlete, cemiyete, insanlığa, Allah'a, İslamiyet'e karşı olan hüsn-ü zanni yıkılmasın, intikam olmasın. Bu üç maksada matuftur. İslamiyet, kötülüklerin, fenalıkların yayılmasını istemez, şüyu vukuundan beter, derler. Ama yayıldığı zaman da, ağır ve şiddetli tedbirlerle bunun ortadan kaldırılmasını ister; yani bu bir kangren olmuş uzuvdur, bu kanserli bir urdur, bunun kesilip atılmasından başka çare yoktur İslamiyet'in nazarında. Bu, acı olabilir; ama cemiyeti ayakta tutmanın başka çaresi yok.

**Esra ÇETİNKAYA:** Yani İslam Hukuku'nun genel olarak bakış açısı: Ahirette gerçek adalet sağlanacaktır. Burada toplum huzurunu sağlamak bâbında hakikatler dahi gizlenmeye çalışılır; ancak aleniyet kazanmışsa...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Mutlak hakikat ortaya çıkarılır, göz yumulmaz; çünkü dünya ahiretin tarlasıdır. "es sultanu zillullahi fi l arz yeva ileyhi küllü mazlum", sultan yeryüzünde Allah'ın gölgesidir. Allah'ın gölgesi olur mu, Allah cisim değil ki, mecaz. Sultan Allah'ın yeryüzündeki gölgesidir. Nasıl ki Allah, birtakım emir ve yasaklar getirmiş ve ahirette bu emir ve yasaklara uymayanları mahkemede

yargılayıp, cezalandıracak veya mükâfatlandırarak ise onun gölgesi olan sultan da dünyada bunun küçüğünü yapacak. Oraya mahkeme-i kübra diyorlar, buraya da mahkeme-i sugra. Burada aynı emir ve yasaklara göre mahkeme edecek Allah'ın adaletine uyararak, onun indirdikleriyle hüküm vererek, yasaklarını ve emirlerini nazara alarak cezalandıracak veya mükâfatlandırarak. Usul bu, halife demek bu demektir.

**Esra ÇETİNKAYA:** Peki hocam, bu mahkeme verilen cezalar ahirette...

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Hayır, suçun çeşitli ihlal ettiği unsurlar var: bir mağdur, bir cemiyet, bir de Allah. Bazen birkaç kişi. Burada, mesela adam öldürme suçunu ele alalım. Bir adamı kasten öldüren kimse... Bir; ölenin hakkı ahirete kalır, ama ölmeden önce helalleşmişse ne âlâ. İki; ölenin yakınlarının hakkı, bu kısasla ödenir. Üç; cemiyetin hakkı, kısas yapılmışsa ödenir, kısas yapılmamışsa devlet cemiyet için ceza verebilir, Osmanlılarda var bu. Mesela adam affediyor veya diyete razı oluyor, adam öldürmüş serbest gezmeyecek ya, gel bakalım sen iki sene hapse yat kürekte diyor. Bu da cemiyetin hakkını ödüyor. Dördüncüsü; Allah'ın hakkı, tövbeyle olur ancak, tövbe etmesi lazım. Dört tane hak var. Zinada iki tane hak var: biri cemiyetin hakkı, biri Allah'ın hakkı. Cemiyetin hakkı, had cezasıyla ödenir, Allah'ın hakkı bâki kalır, tövbe etmesi lazım. Hırsızın elinin kesilmesiyle cemiyetin hakkı ödenir. Malı tazmin etmesiyle mağdurun hakkı ödenir, tövbe etmesiyle de Allah'ın hakkı ödenir. Bütün suçlarda tövbe aranıyor. Bu, münakaşa mevzu olmuş; fakat ulemanın ekserisi diyor ki; had cezası işlenen kimse, ayrıca tövbe etmelidir. Tövbe etmese affolunmaz; çünkü kalben samimi pişman olmadıkça Allah affetmez.

**Esra ÇETİNKAYA:** Peki hocam, çok teşekkür ederim.

**Ekrem Buğra EKİNCİ:** Estağfurullah...



# İmam Şafî: Hayatı, Eserleri, Hukukçu Kimliği ve Fıkıh Usulü

Mevlana İbrahim Asım BİLİR



## GİRİŞ

İslam dünyası, Hz. Peygamber'in vefatından sonra, kısa zamanda fırkalara bölünmüş, siyasi ayrılıklar İslam tarihine şekil vermiştir. Ancak buna rağmen, Batı'da birlik zamanında dahi görülemeyecek derece ve hızda gelişmeler yaşanmıştır. Hukuki akademiler kurulmuş, tedvin süreci başlamış ve hatta edebiyat gibi alanlarda yeni tarzlar meydana çıkmış ve bunlar sistemli hâle getirilmiştir.

Bu dönemin sonunda yaşayan İmam Şafî, kendinden önceki görüşleri incelemiş, bu görüşleri kendinde toplamış, İslam dünyasının yakaladığı gelişmeyi çok iyi takip etmiş ve her zaman bunun içinde olmuştur. İmam Şafî'ye "büyüklerin sonuncusu"<sup>1</sup> denmesi işte bu sebeptendir. O, kendisinden sonra gelecek müçtehitlere yol gösterici eserler ve sistemler ortaya koymuş, çeşitli görüşleri kendinde toplayarak sistemli bir düşünce ortaya çıkarmıştır.

Bu çalışmada öncelikle Şafî'nin hayatını ve hayatı ile ilgili rivayetleri anlatacak, ardından Şafî doğmadan önceki ve doğduğu zamanki siyasi, hukuki ve sosyal hayatı kısaca inceleyeceğiz.

"Mezheb-i Kadîm" ve "Mezheb-i Cedîd" olmak üzere mezhebini ikiye ayıran İmam Şafî'nin bu düşüncesinin gelişimi ve döneminin etkili siyasi, hukuki tartışmaları konusundaki

konumu da çalışmamızın konusunu teşkil edecektir.

Görüşlerinden sonra Şafî'nin bu görüşlerini sistemleştirdiği eserleri incelenecektir. Son olarak da Şafî'nin usulünde öne çıkan ve onun en temel usul konularında ki görüşlerini ve sistemini izah etmeye çalışacağız.

## HAYATI

### a. Doğumu (ile İlgili Rivayetler) ve Nesebi

Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs eş-Şafî, Hicri 150/Miladî 767<sup>2</sup> yılında doğdu. Bu tarih Hanefî fıkının kurucusu İmam-ı Azâm Ebû Hanîfe'nin vefat ettiği tarihtir.<sup>3</sup> Bazı yazarlar, bu benzerliğe önem atfetmişler ve Şafî'nin, Ebu Hanîfe'nin vefat ettiği gün doğduğunu rivayet ederek, yeryüzünün fıkıh imamlarından yoksun kalmadığını belirtmek istemişlerdir.

<sup>2</sup> İmam Şafî, *El-Umm: Şafî Fıkıhı Külliyyatı*, Çev.: Musa Özdemir, Buruc Yayınları, İstanbul, 2011, s. 9; Muhammed Ebû Zehra, *İslam'da Siyasi, İtikadî ve Fıkıhî Mezhepler Tarihi*, Çev.: Abdülkadir Şener vd., Hisar Yayınları, İstanbul, tarihsiz, s. 525; Şamil Dağcı, "İmam Şafî'nin Hayatı ve Fıkıh Usulü İlimindeki Yeri", *Diyanet İlmî Dergî*, C. 32, Sayı: 2, Nisan-Mayıs-Haziran 1996, s. 72; Noel J. Coulson, "Muhammed b. İdrîs eş-Şafî", Çev.: Abdurrahman Haçkalı, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı:10, 1998, s. 485; Bilal Aybakan, "Şafî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 38, 2010, s. 223.

<sup>3</sup> Ebu Zehra, s. 525; Dağcı, s. 72.

<sup>1</sup> Muhammed Hamidullah, "Şafî'nin Hukuk İlimine Katkısı", Çev.: Menderes Gürkan, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 11, 2008, s. 200.

İdris eş-Şafîî'nin doğum tarihi konusunda bir ittifak vardır ancak doğum yeri ile ilgili ihtilaf mevcuttur. Rivayetlere göre Şafîî, Gazze, Askalan<sup>4</sup> veya Yemen'de<sup>5</sup> doğdu. Ebu Zehra'ya göre tarihçiler, bu üç rivayeti birleştirmek için Şafîî'nin Yemen'de doğup, Gazze ve Askalan'da büyüdüğünü söylemişlerdir.<sup>6</sup>

Babasının Kureyş kabilesine mensup olduğu konusunda tarihçiler arasında ittifak edilmiştir. Soy, Hz. Peygamber'in dedesi olan Hâşim'in kardeşi Muttalib oğullarına dayanır.<sup>7</sup> Muttalib, Abdimenaf'ın dört çocuğundan birisidir.<sup>8</sup> Şafîî'nin şeceresi, tarihçilerin çoğunluğuna göre, şu şekildedir: Muhammed b. İdris b. Abbas b. Osman b. Şafi' b. Sâib b. Ubeyd b. Abdiyezid b. Hâşim b. Muttalib b. Abdimenaf.<sup>9</sup> Şafîî, henüz beşikte iken babası vefat etmiştir.<sup>10</sup>

Şafîî'nin annesi ise Yemen'in Ezd Kabilesi'ne mensuptur.<sup>11</sup>

## b. Mekke'ye Gelişi ve Çocukluğu

Doğum yeri tam olarak bilinemeyen Şafîî'nin Mekke'ye geldiği konusunda ittifak var-

dır ancak bu konuda da ihtilaf, Şafîî'nin kaç yaşında Mekke'ye geldiği hususundadır. Kimi yazarlara göre Şafîî, iki yaşında, amcası tarafından Mekke'ye götürüldü. Bu görüşü savunanlardan birisi olan el-Askalanî, görüşünün dayanağını bizzat Şafîî'den söz aktararak yapar. Askalanî'ye göre Şafîî "Amcam, Mekke'den Askalan'a gelerek beni, iki yaşımdayken Mekke'ye götürdü." demiştir.<sup>12</sup> Bir diğer rivayet ise Şafîî'nin annesi tarafından Mekke'ye getirildiği ve Hüzeyl kabilesine<sup>13</sup> teslim edildiği yönündedir.<sup>14</sup>

Şafîî'nin Mekke'ye gelişi tarihi ile ilgili bir diğer rivayet ise, onun on yaşında Mekke'ye geldiği yönündedir.<sup>15</sup> Bu konuda, Hatîb Bağdadî *Târîhu Bağdâd*<sup>16</sup> adlı eserinde Şafîî'nin şöyle söylediğini rivayet eder: "Anam, huku-kumun zayi olmasından korktu ve bana 'aile-nin yanına gidip onlar gibi olman daha iyidir, çünkü ben nesebini kaybedersin diye korkuyorum' dedi ve yol hazırlığımı yaptı. Ben de Mekke'ye geldim. O zaman yaklaşık on yaşında idim."<sup>17</sup>

Şafîî'nin doğumu ve Mekke'ye gelişi ile ilgili kesin olan bilgiler, babasını küçük yaşta kaybettiği, fakir bir hayat yaşadığı ve iyi bir eğitim gördüğüdür.<sup>18</sup>

İlim tahsiline küçük yaşta başlayan Şafîî, Mekke'de<sup>19</sup> (bir başka rivayete göre Gazze'de<sup>20</sup>), Kur'an-ı Kerim'i hıfzetti ve Mekke'nin büyük hadis üstatlarından hadis tahsil etmeye başladı. Bu konuda bizzat Şafîî'nin şöyle dediği rivayet edilir: "(...) Hocam, ilimde ona tabi olmam hâlinde, maddi karşılık

<sup>4</sup> Askalan (عسقلان), Gazze'ye yaklaşık 15 km (8,1 mil) uzaklıkta bulunan bir kasabadır. Geniş bilgi için bkz.: Mustafa Fayda, "Askalan", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 3, 1991, s. 487. Bu rivayeti bizzat Şafîî'nin ağzından söyleyenler de bulunmaktadır. Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalanî bunlardan birisidir. *Tevall et-Te'sis* eserinde Askalanî, Şafîî'nin şöyle söylediğini rivayet eder: "Babam Gazze'de yaşıyordu. Arzu edilmeyen bazı olaylar meydana gelince Askalan'a göç etmek mecburiyetinde kaldı. Orada ikamet ederken ben doğdum." Aynı şekilde İbn Ebû Hatim, *Adab eş-Şafîî* adlı kitabında eş-Şafîî'nin Askalan'da doğduğunu söylemiştir. (Şafîî, s. 9)

<sup>5</sup> Şafîî'nin Yemen'de doğduğu ile ilgili rivayeti Hatîb Bağdadî, *Târîhu Bağdad* adlı eserinde bizzat Şafîî'ye dayandırdığı bir senet ile söyler. Ona göre Şafîî "Ben Yemen'de doğdum." diyerek doğum yerini söylemiştir. (Ebu Zehra, s. 527)

<sup>6</sup> Ebu Zehra, s. 527.

<sup>7</sup> Şafîî, s. 9; Ebu Zehra, s. 526; Dağcı, s. 72.

<sup>8</sup> "Abdimenaf'ın oğulları şunlardı: 1) Muttalib, 2) Hâşim, 3) Abdüşems —bu Emevilerin dip dedesidir—, 4) Nevfel —bu da Cübeyr b. Mut'im'in dedesidir." (Ebu Zehra, s. 526)

<sup>9</sup> Şafîî, s. 9, 96; Ebu Zehra, s. 526.

<sup>10</sup> Şafîî, s. 9; Ebu Zehra, s. 527; Dağcı, s. 72.

<sup>11</sup> Ebu Zehra, s. 527; Dağcı, s. 72; Aybakan, s. 223.

<sup>12</sup> Şafîî, s. 9.

<sup>13</sup> Şairleriyle ünlü bir Arap kabilesi. Geniş bilgi için bkz.: Nasuhi Ünal Karaarslan, "Hüzeyl (Benî Hüzeyl)", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 19, s. 70-72.

<sup>14</sup> Dağcı, s. 72.

<sup>15</sup> A.g.e., s. 72.

<sup>16</sup> *Târîhu Bağdâd*, Hatîb el-Bağdâdî (v. 463 h.)'nin Bağdat tarihine ve Bağdatlı meşhur şahıslara dair eseri. Eser hakkında geniş bilgi için bkz.: Casim Avcı, "Târîhu Bağdâd", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 40, s. 88-89.

<sup>17</sup> Ebu Zehra, s. 527.

<sup>18</sup> Dağcı, s. 73.

<sup>19</sup> Şafîî, s. 10.

<sup>20</sup> Ebu Zehra, s. 528.



beklemeden yardım edeceğini söyledi. Kur'an-ı Kerim'i hıfzettikten sonra mescitte âlimlerle oturmaya başladım. Âlimleri dinlerken hadisleri veya anlattıkları meseleleri ezberliyordum."<sup>21</sup>

Kur'an ve Hadis ilimlerinden başka Şafîî, Arapça ve edebiyata da ağırlık verdi. Arapçaya verdiği önem, onu çölde yaşayan ve dönemin en fasih Arapçasını konuşan Hüzeyl Kabilesi'nde yaşamaya itti.<sup>22</sup> Şafîî, Hüzeyl'de Arapçasını geliştirdi ve edebiyatı, özellikle şiiri öğrendi. Şafîî bu meziyetini o kadar geliştirdi ki, Hüzeyl Kabilesi'nin şiirlerini Hüzeyl'lilerden daha iyi aktarır oldu. el-Asma'i "Hüzeyl Kabilesi'nin şiirlerini Muhammed b. İdris isimli bir Kureyş genci sayesinde düzelttim."<sup>23</sup> diyerek, Şafîî'nin edebiyatta ne kadar ileride olduğunu göstermiştir.

Hüzeyl kabilesinde aldığı edebiyat dersleri dışında Şafîî, Mekke'nin önemli hocalarından da ders aldı. Şafîî'nin ders aldığı bazı kişiler şunlardır: Fıkıh dalında dönemin şehir müftüsü Müslim b. Hâlid ez-Zencî (v.180 [h]/796 [m])<sup>24</sup>, Hadis dalında Süfyan b. Uyeyne (v. 198 [h]/813 [m]) ve Davud b. Abdirrahman el-Attâr (v. 174 [h]/790 [m]).<sup>25</sup>

### c. Medine Yolculuğu ve İmam Malik'ten İlim Tahsili

Mekke'nin ileri gelen ulemasından dersler alan ve edebiyat alanında da ihtisas yapan Şafîî, kısa zamanda fetva verecek ve hadis rivayet edecek mertebeye erişti ve bu alandaki şöhreti Mekke sınırlarını dahi aştı.<sup>26</sup> Ünü şehirleri dolaşan Şafîî'nin kulağına, o dönem Medine'de bulunan ve Hicaz Fıkıh ekolünün mümessili kabul edilen İmam Malik b. Enes (93-179 [h]<sup>27</sup>)'in ismi çalındı. Ticaret kervan-

ları aracılığıyla İmam Malik'i duyan Şafîî, derhâl Medine'ye gidip Malik'ten ilim tahsil etmek için hazırlıklara başladı.<sup>28</sup>

Yaptığı hazırlıkların en önemlisi, Malik'in *el-Muvatta*<sup>29</sup> adlı eserini defalarca okuyup<sup>30</sup> ezberlemesiydi.<sup>31</sup> *Muvatta*'yı okuduktan sonra Şafîî, Medine'ye gidip Malik'ten ilim tahsil etmeden önce, fikirleri hakkında da bilgi sahibi oldu.

Şafîî'nin Medine'ye seyahatinde hocası Zencî'nin ve Mekke valisinin büyük etkisi oldu.<sup>32</sup> Medine yolculuğuna çıkmadan önce Şafîî, Mekke valisinden, Medine valisine yazılmış bir mektup aldı.<sup>33</sup> Medine'ye geldikten sonra, Mekke valisi tarafından yazılmış mektubu Medine valisine takdim etti ve vali aracılığı ile İmam Malik ile tanıştı. İmam Malik ile tanışmasından sonra Mekke'de okuduğu *el-Muvatta*'yı, bir de Malik'in himayesinde okudu. Şafîî, bir rivayete göre sekiz ay, bir başka rivayete göre ise Malik'in ölümüne kadar<sup>34</sup> onun himayesinde kalıp ilim tahsil etti.<sup>35</sup>

O dönemde, birçok kişi Malik'ten ders almak için Medine'ye geliyordu. Bu kişilerden birisi de İmam Muhammed b. Hasan Eş-Şeybânî<sup>36</sup> idi. Şeybânî, meşhur Hanefî hukukçusu ve İmam Ebû Hanife'nin öğrencisidir. Kendisi, Malik'in yanında üç yıl kalmıştır. Ayrıca Şeybânî, *el-Muvatta*'nın mevcut nüshalarından birisinin ravisidir.<sup>37</sup> Şafîî, Malik'in himayesinde olan ve eğitim için gelen Ulemalar ile tanışma imkânı bulmuş, özellikle Şeybânî

<sup>21</sup> Şafîî, s. 10.

<sup>22</sup> Ebu Zehra, s. 528; Şafîî, s. 10.

<sup>23</sup> Ebu Zehra, s. 528.

<sup>24</sup> Tarihlerin yanında yer alan [h] ve [m] ifadeleri, Hicri ve Miladi takvimi simgelemektedir.

<sup>25</sup> Dağcı, s. 73; Hamidullah, s. 203; Ebu Zehra, s. 528; Şafîî, s. 11.

<sup>26</sup> Ebu Zehra, s. 529.

<sup>27</sup> A.g.e., s. 477.

<sup>28</sup> Dağcı, s. 73; Ebu Zehra, s. 529; Şafîî, s. 13.

<sup>29</sup> İmam Malik'in sahih rivayetleri derlediği eseri. Eser hakkında geniş bilgi için bkz.: M. Yaşar Kandemir, "el-Muvatta", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 31, s. 416-418.

<sup>30</sup> Ebu Zehra, s. 529.

<sup>31</sup> Dağcı, s. 73; Şafîî, s. 12.

<sup>32</sup> Dağcı, s. 73.

<sup>33</sup> Ebu Zehra, s. 529.

<sup>34</sup> A.g.e., s. 530.

<sup>35</sup> Dağcı, s. 74.

<sup>36</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. El-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî (v. 189 [h]): Ebû Hanife'nin önde gelen talebesi, İmam Şafîî'nin hocası, Şafîî'nin muhakemesi esnasında Bağdat baş kadısı. Geniş bilgi için bkz.: Aydın Taş, "Şeybânî, Muhammed b. Hasan", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 39, s. 38-42.

<sup>37</sup> Dağcı, s. 74.

ile tanışıklığı, ileride müspet etki göstermiştir.<sup>38</sup>

Şafîî, Medine’de Malik’in dışında, başka âlimlerden de ders almıştır. Bu âlimlerden bazıları şunlardır: İbrahim b. Yahyâ, Abdül-Azîm ed-Darâverdi, İsmail b. Ca’fer.

#### d. Yemen’de Kadılık ve Mihnet Devri

İmam Malik’in vefatından sonra Şafîî, geçimini sağlamak için Mekke’ye döndü. Bu dönemde Şafîî fakir bir hayat geçiriyordu.<sup>39</sup>

Mekke’de olduğu dönemde, bir vesile ile Yemen Valisi Mus’ab b. Abdillâh<sup>40</sup> Hicaz’a gelmişti. Valinin Mekke’de olduğunu bilen Kureyşliler, onunla Şafîî’nin durumu hakkında konuşmuş ve ona bir görev vermesini istemişlerdi.<sup>41</sup> Bunun üzerine vali, İmam Şafîî’ye idari-resmî görev alması teklifinde bulundu. Bu teklifi kabul eden Şafîî, vali ile birlikte Yemen’e giderek Necran’da<sup>42</sup> kadılık görevine başladı.<sup>43</sup>

Şafîî, kadılık görevinin yanında ilmi faaliyetlerine burada da devam etti. Vazifesi boyunca Leys b. Sa’d (v. 157 [h])’in arkadaşı olan Yahya b. Hassân ve İmam Evzâî (v. 157 [h])’nin arkadaşı olan Amr b. Selâme ile çalıştı ve bu âlimler vasıtasıyla Leys b. Sa’d ve Evzâî’nin fikhî görüşlerini öğrenme imkânına kavuştu.

El-Beyhakî’nin *Ma’rifetu’s-Sünen ve’l-Asâr* adlı eserinde yazdığına göre Şafîî, Yemen’de Halife Osman’ın neslinden Humeyde bint Nafi’ ile evlendi ve ondan çocukları oldu. Şa-

fiî’nin oğullarından Ebû Osman Muhammed (v. 242 [h]), Halep kadılığı yapmıştır.<sup>44</sup>

Yemen’de aldığı görev boyunca Şafîî Necranlıların dalkavukluk yapmasına izin vermedi. Şafîî bu durumun tasvirinde şöyle söyler: “Necran’da çalışmak üzere vazifelendim. El-Hâris b. Abdilmedân ve Sakî kabilesinin azatlıları orada idiler. Diğer valilere yaptıkları dalkavukluğu bana yapmak istedilerse de benden yüz bulamadılar.”<sup>45</sup>

O dönemde Yemen’de siyasi otorite Abbasîlerin elinde olmasına rağmen Hz. Ali taraftarları ile Abbas oğulları arasında yaşanan siyasî rekabet ve iç çekişmeler devam etmekteydi.<sup>46</sup> Bu rekabet otoritenin her daim teyakuzda olmasına neden oluyordu. Öyle ki, bir bölgede isyanın çıkacağına dair getirilen haberlerin aslının olup olmadığı dahi araştırılmadan isyanı bastırarak şekilde kuvvet uygulanıyor ve en ufak başkaldırıya bile failler cezalandırılıyordu.<sup>47</sup> Bunun dışında herhangi bir devlet görevlisinin Ali evlatlarına karşı güzel davranışlar gösterdiği tespit edildiğinde — veya buna dair şüpheler uyandığında— derhâl görevden azlediliyor ve muhakeme ediliyordu.<sup>48</sup>

Böyle bir dönemde Şafîî mihnet devri yaşadı.<sup>49</sup> Şafîî’nin, Ali evlatlarına akrabalığı dolayısıyla yakın olduğunu bilen vali tarafından dönemin halifesi Harun er-Reşid’e bir şikâyet mektubu yazıldı.<sup>50</sup> Vali, yazdığı mektupta “Alevilerden dokuz kişi harekete geçti. Ben, bunların ayaklanmasından korkuyorum. Onlardan birisi Muttalib oğullarından Şafîî denilen bir adamdır. Benim ona ne emrim, ne de

<sup>38</sup> Ebu Zehra, s. 532; Dağcı, s. 74. Şafîî’nin Şeybanî ile tanışıklığının müspet etkisi için bkz.: Aşağıda “e. Bağdat’ta Muhakeme ve İlme Tekrar Dönüşü” başlıklı bölüm.

<sup>39</sup> Ebu Zehra, s. 530; Dağcı, s. 75.

<sup>40</sup> Dağcı, s. 75.

<sup>41</sup> Ebu Zehra, s. 530; Şafîî, s. 12.

<sup>42</sup> Necran (نجران): Yemen’in kuzeyinde yer alan ve bugün Suudi Arabistan sınırları içinde kalan tarihî bir şehir. Necran hakkında geniş bilgi için bkz.: Mustafa L. Bilge, “Necran”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 32, s. 507-508.

<sup>43</sup> Dağcı, s. 76; Ebu Zehra, s. 531.

<sup>44</sup> Dağcı, s. 76.

<sup>45</sup> Ebu Zehra, s. 531.

<sup>46</sup> Dağcı, s. 76.

<sup>47</sup> Ebu Zehra, s. 531; Dağcı, s. 76.

<sup>48</sup> Ebu Zehra, s. 531, 532.

<sup>49</sup> Dağcı, s. 77.

<sup>50</sup> Şikâyet mektubunu kimin gönderdiği ile alakalı rivayetlerden en çok zikredilene, vali tarafından bu mektubun yazıldığıdır. Yoksa Şafîî’yi Bağdat’a kimin şikâyet ettiği hakkında net bir bilgi yoktur. Bir grup ravinin verdiği ismi başka bir grup Şafîî’nin hocası olarak nakletmektedir. Bu yüzden bu konuda bir isim vermekten kaçınmak gerekir. Zira sıhhatini bilmediğimiz rivayetten doğan isimle birileri töhmet altında kalabilir.

yasaklarını tesir ediyor. O, diliyle, savaşçıların kılıçlarıyla yapamadıklarını yapıyor.”<sup>51</sup> diyerek Şafîî’yi halifeye şikâyet etmiştir.

Valinin iddiasına göre Şafîî, ilk halifeler Ebu Bekir ve Ömer’in hilafetini reddediyordu.<sup>52</sup> Bu yüzden Şafîî, Rafizîlikle suçlandı. Bu iddiayı bir şiirle reddeden Şafîî, şöyle söylemiştir:

“Eğer Âl-i Muhammedi sevmem Rafizîlikse  
İki cihan tanık olsun, ben Rafizî’yim.”<sup>53</sup>

Şafîî’nin böyle bir mihnet yaşamasını İslam Hukuku Profesörü Muhammed Ebu Zehra şöyle açıklamaktadır:

“Bu sırada Necran’a zalim bir vali gelmişti. Şafîî, onun idaresi altındakilere zulüm etmesini önlemişti. İhtimal ki İmam Şafîî diğer bilginlerin sahip olduğu tenkit kılıcına malik olup bunu gayet güzel kullanıyordu. Belki de Şafîî, valiyi hem zulümden alıkoyuyor, hem de emrinde olduğu hâlde dili ve tenkidi ile onu hırpalıyordu. Bunun üzerine vali, bir yolunu bulup Şafîî’ye karşı tezvir ve hileye başvurdu.” (Ebu Zehra, s. 531)

## e. Bağdat’ta Muhakeme ve İlme Tekrar Dönüşü

Hicri 179 senesinde Necran’da kadılık vazifesine tayin edilen Şafîî, beş sene sonra (184 [h]), 34 yaşında iken Bağdat’a muhakeme için getirildi.<sup>54</sup>

Şafîî ile birlikte tutuklanan ve Bağdat’a getirilen diğer sanıkların hepsi, bu iddialar karşısında suçlu bulundu ve idam edildi. Şafîî ise Rakka muhakemesinde bizzat Halife tarafından sorgulandı.<sup>55</sup>

Bu yargılama esnasında salonda bulunanlardan birisi de devrin Bağdat Kadısı ve İmam

Malik’ten dokuz sene ders alan İmam Muhammed b. Hasan Eş-Şeybanî (135-189 [h]) idi. Müdafaa sırasında Şafîî, halifeye “Ben ilim adamıyım, bunu kadınız Muhammed b. el-Hasen bilir.” demiş ve Şeybanî’de bunu teyit etmiştir.<sup>56</sup> Muhakeme sonunda Şafîî’ye yöneltilen töhmete iltifat edilmedi ve Şafîî suçlulardan beraat etti.<sup>57</sup> Yargılama sonunda Halife, Şafîî’ye tekrar kadı olarak görev yapmasını teklif ettiyse de, o bunu kabul etmedi.<sup>58</sup>

Rakka muhakemesi sonrasında Şafîî, Bağdat’ta kaldı ve kadılık zamanında yavaşlattığı ilim tahsiline devam etti. Ebu Zehra, kadılığı bırakıp ilme devam etmesi ile ilgili şunu söylemektedir:

“Onun uğradığı mihnet, kendisi için çok hayırlı olmuştur. Eğer o, bu mihnetle karşılaşmasaydı memurluğu devam edecek ve belki de ilme hiç dönmeyecekti. Dolayısıyla, gelecek nesiller onun ölmez ilmî mirasından yoksun kalacaktı.” (Ebu Zehra, s. 533)

Muhakemeden sonra Şafîî ile Şeybanî arasındaki dostluk devam etti.<sup>59</sup> Şafîî, Bağdat’ta kaldığı süre boyunca Şeybanî’nin evinde konakladı ve ondan ilim tahsil etti, onun birçok eserini okudu ve istinsah [kopya] etti. Ondaki nakil ve rivayetlerde bulundu.<sup>60</sup> İctihatlarındaki *Mezheb-i Kadîm* ve *Mezheb-i Cedîd*<sup>61</sup> ay-

<sup>51</sup> Ebu Zehra, s. 532.

<sup>52</sup> Ebu Zehra, s. 532. Şafîî, başka bir zaman Hz. Ebû Bekr’in faziletlerini sayınca da Nâsibî olmakla itham edilmiştir. (Dağcı, s. 77); söz konusu kaniya örnek için bkz.: İmam Şafîî, *Divan: İmam Şafîî’nin Şiirleri*, Çev.: A. Ali Ural, Şûle Yayınları, İstanbul, 2006, s. 247-250.

<sup>53</sup> Ebu Zehra, s. 532; Şafîî, *Divan: İmam Şafîî’nin Şiirleri*, s. 250.

<sup>54</sup> Ebu Zehra, s. 532.

<sup>55</sup> Dağcı, s. 76-77.

<sup>56</sup> Ebu Zehra, s. 533.

<sup>57</sup> Ebu Zehra, s. 533; Dağcı, s. 77.

<sup>58</sup> Dağcı, s. 77.

<sup>59</sup> El-Hûlî’nin *El-Müceddidun fi’l-İslam* kitabında belirttiğine göre Şeybanî, Şafîî’nin annesi ile evlenmiş ve böylece Şafîî ile Şeybanî arasında sıhrî akrabalık teesüsü etmiştir. (Dağcı, s. 78)

<sup>60</sup> Ebu Zehra, s. 534. Şafîî, Bağdat’ta aldığı dersler boyunca, ne kadar zorlarsa zorlasın Şeybanî ile münakaşa etmekten kaçındı. Ebu Zehra’ya göre bu durum, onun İmam Malik’ten ders almasından kaynaklanmaktadır. Malik, talebelerine münakaşa kapısını kapatmış ve onların cedelleşmesini yasaklamıştır. (Ebu Zehra, s. 534)

<sup>61</sup> Hocasının (İmam Malik) vefatından sonra ilim ve fikir hayatı Mısır öncesi ve sonrası olmak üzere iki dönemde ele alınır ve birinci döneme ait görüşlere *mezheb-i kadîm* veya *kavl-i kadîm*, ikinci döneme ait olanlar *mezheb-i cedîd* veya *kavl-i cedîd* diye anılır.” (Aybakan, s. 224) Şafîî’nin *Mezheb-i Kadîm* ve *Mezheb-i Cedîd*i için bkz.: Aşağıda “Düşüncesinin Gelişimi” başlıklı bölüm.

rımının temeli, Şeybanî ile aralarındaki ilmi alışverişten kaynaklanmaktadır.<sup>62</sup>

Bağdat'ta aldığı derslerle birlikte Şafîî, hem Irak ve hem de Hicaz fıkhının büyük âlimlerinden ders almış ve bu iki fıkhı kendisinde birleştirmiştir.<sup>63</sup> Bu hususta Askalanî, *Tevali et-Te'sis* eserinde şunları söylemektedir:

“Medine’de fıkhı Mâlik b. Enes temsil ediyordu. Şafîî onun yanına gidip derslerine devam etmiştir. Irak’ta da fıkhı İmam Ebu Hanife temsil ediyordu. Şafîî, Ebu Hanife’nin talebesi Muhammed b. El-Hasen’den bizzat ders aldı. Böylece o, hem re’y taraftarlarının, hem de hadis taraftarlarının ilmini kendisinde birleştirdi. Bu ilmin kaide ve prensiplerini tespit edecek kadar yüksek bir mevki ihraz etti. Bu konuda muvafık ve muhalif herkes onun mevkiini tanıdı. Böylece onun ünü her tarafa yayıldı, itibarı yükseldi ve nihayet o, hakkıyla imamlık mertebesine erişti.” (Ebu Zehra, s. 534)

Şafîî Irak’ta İmam Muhammed eş-Şeybânî’nin dışında başka âlimlerden de ders almıştır. Bunlardan bazıları şunlardır: Vekî’ b. el-Cerrâh (v. 190 [h]), Hammad b. İsmâ el-Hâşimi el-Kûfî (v. 210 [h]), Abdulvahhâb b. Abdü’l-Mecîd el-Basrî (v. 194 [h]), İsmail b. Uleyye.<sup>64</sup>

Şeybânî’nin himayesinde ilim tahsili yapan Şafîî, sonrasında Mekke’ye geri döndü<sup>65</sup> ve Beytül Harâm’a çekildi. Mekke’ye ne zaman döndüğü, Şeybanî’nin yanında kaç yıl kaldığı bilinmemektedir. Şafîî’nin, Şeybânî vefat ettikten sonra<sup>66</sup> (189 [h]) Mekke’ye gittiği ile ilgili rivayetin yanında, Mekke’de Şeybanî ile münazaralarda bulunduğu<sup>67</sup> yönünde rivayetler de mevcuttur. Ancak Şafîî’nin Mekke yıllarındaki ilim tahsilinin dokuz sene sürdüğünü düşünenecek olursak Şafîî’nin Şeybânî ile Mekke’de iken münazarada bulunması ile ilgili rivayet asılsız gözükmektedir.

Şafîî’nin Mekke yılları, Medine ve Irak’ta temin ettiği kitaplara reddiyeler yazmakla ve diğer imamları tanıyıp münazara etmekle geçmiştir.<sup>68</sup>

Bu dönem içerisinde iki eser yazdı. Bu eserlerden biri, Medine’de ders aldığı hocası İmam Malik’in görüşlerini tenkit ettiği eseri *Hilafu Malik*, diğeri ise, Şeybanî’nin görüşlerini inceleyip eleştirdiği *Hilafu’l-İrâkiyyin*’dir.<sup>69</sup>

Mekke’de kaldığı yıllarda Şafîî, İstinbat prensiplerini tespit etti. Daha sonra bu prensipler *usûl-i Fıkıh* adını aldılar. Kendisinden önceki imamların metotlarını çok iyi öğrenen ve kendisinde birleştiren Şafîî, artık buna ilişkin prensipleri belirlemiş ve hatta kendisinden sonra gelecek müçtehitlerin hataya düşmesini engellemek maksadı ile kuralları ve kanunları açıklamıştır. Ayrıca bu dönemde *Mezheb-i Kadîm* teşekkül etti.<sup>70</sup>

Şafîî, Halife el-Emîn zamanında Bağdat’a ikinci defa gitti ve bu gidişinde Hanefî hukukçu Muhammed b. Hasan b. Ziyad el-Lü’lûî (v. 204 [h])’nin yanında misafir kaldı.<sup>71</sup> Bağdat’a yaptığı ikinci seyahatinde artık olgunluk çağlarında<sup>72</sup> bir mezhep imamı idi. Bu yüzden artık ilim tahsil etmekten ziyade, ders halkalarında talebe yetiştirmeye başladı. Bu ders halkaları gün geçtikçe genişledi. Bağdatlıların daha önce duymadıkları ve bilmedikleri bir metotla çözümler bulması, onu bir anda meşhur bir imam hâline getirdi.

Bu ders halkalarında, başka mezhep imamları da ilim tahsil ettiler. Şafîî’nin Bağdat’ta ki öğrencileri arasında Hanbelî mezhebinin imamı Ahmet b. Hanbel (v. 240 [h])’de vardı. Hanbel’in dışında devrin Hanefî hukukçuları ve sonradan Şafîî ekolüne mensup olan Hüseyin b. Ali el Kerâbîsî ve Ebu’l-Hasan Muhammed b. Sabâh ez-Za’fer’anî<sup>73</sup>, mali hukuk uzmanı Ebû Ubeyd Kâsım b. Sellâm ve Şafîî’nin *Mezheb-i Kadîm* eserini neşreden ve

<sup>62</sup> Dağcı, s. 78.

<sup>63</sup> Ebu Zehra, s. 534.

<sup>64</sup> El-Hülî, Şafîî’nin Bağdat’ta ders aldığı kişiler arasında Mutezili âlimlerin de olduğunu rivayet etmektedir. (Dağcı, s. 79)

<sup>65</sup> Ebu Zehra, s. 535; Dağcı, s. 83; Aybakan, s. 224.

<sup>66</sup> Dağcı, s. 78.

<sup>67</sup> Aybakan, s. 224.

<sup>68</sup> Dağcı, s. 83.

<sup>69</sup> Ebu Zehra, s. 535. Şafîî’nin eserleri için bkz.: Aşağıda “Eserleri” başlıklı bölüm.

<sup>70</sup> Ebu Zehra, s. 535; Dağcı, s. 83.

<sup>71</sup> Dağcı, s. 84.

<sup>72</sup> Ebu Zehra, s. 536; Dağcı, s. 84.

<sup>73</sup> Za’feranî, Şafîî’ye ait olan *er-Risâle* adlı eserin ravisi-dir. (Ebu Zehra, s. 536)

sonrasında müstakil bir mezhep de kuran Ebû Sevr İbrahim b. Halid el-Kelbî'de yer almaktaydı.<sup>74</sup>

Şafîî ile ilgili günümüze ulaşan en eski eser olan *er-Risâle*, bu dönemde yazılmıştır. *er-Risâle*, Şafîî'nin usûl-i fıkha dair yazdığı bir eserdir. Ayrıca, furû-i Fıkıh'a dair yazılan *el-Hüccce* (veya *el-Mebsûât*)'nin yine bu dönemde yazıldığı zikredilmektedir.<sup>75</sup>

## f. Mısır'a Gidişi

Şafîî'nin ikinci Bağdat seyahati, siyasi çekişmelerin gölgesinde geçti. Hicri 198 yılında Halife Harun Reşid vefat etti. Mutezile mezhebine temayülü olduğu bilinen Me'mun<sup>76</sup> ve Emîn arasında siyasi mücadele başladı ve yaşanan bu iktidar mücadelesinde Me'mun, Emîn karşısında galip geldi. Böylece hilafet yolunda bir engeli kalmadı.<sup>77</sup>

Yaşanan bu mücadeleden dolayı Bağdat muhasara altına alındığında Şafîî şehirden ayrıldı. On beş ay sonunda ortamın yatıştığını düşünerek tekrar Bağdat'a geldi ancak yaşanan gerilimin dinmediğini gördü. Halife tarafından teklif edilen kadılık görevini kabul etmemesi<sup>78</sup> ve *Halku'l-Kur'an* tartışmasında kelamcılarının görüşlerini reddetmesi<sup>79</sup> üzerine Bağdat'tan tekrar ayrılmak zorunda kaldı.<sup>80</sup> El-Me'mun, kelamcı filozoflardandı ve Şafîî'nin kelama karşı olan tavrı onun pek hoşuna gitmiyordu.<sup>81</sup>

Bağdat'ta yaşanan bu siyasi karışıklık ve maruz kaldığı bu durum, onu şehirden ayrılmak zorunda bıraktı. Şafîî, o dönem İslami

ilimlerde ilerlemeye başlayan ve İmam Malik'in talebelerinin ve Leys b. Sa'd'ın da bulunduğu Mısır'a gitmeye karar verdi. Şafîî'nin Mısır'a gitme kararını vermesindeki bir etken de, dönemin Mısır valisinin Kureyşli olması idi.<sup>82</sup>

Şafîî Mısır'a geldiğinde 50 yaşında idi. İlmî birikimi açısından talebeliği çoktan aşmış, talebe yetiştirir olmuştu. Amr b. el-As Camii'nde ders halkası devam ettirdi ve büyük imamı yetiştirdi. Onun ders halkasında, *el-Umm* kitabının ravisi olan Rebi' b. Süleyman el-Murâdî (v. 270 [h]/880 [m]), Şafîî'den sonra ders halkasını devam ettiren Ebû Ya'kûb Yûsuf b. Yahyâ el-Buveytî ve Şafîî'nin "mezhebimin yardımcısı" dediği Ebû İbrahim İsmail b. Yahya el-Müzenî gibi kişiler bulunuyordu<sup>83</sup>

Yaklaşık 5 yıllık ikametinde Şafîî, *mezheb-i cedîd*'inin bir sonucu olan eseri *el-Umm*'u yazdı.<sup>84</sup> *el-Umm*'u Şafîî'nin Mısır'daki öğrencisi Rebi' ve Bağdat'taki öğrencisi Za'ferani küçük farklılıklarla rivayet etmişlerdir ve bu iki ravinin rivayeti ile oluşan eser günümüze ulaşmıştır.<sup>85</sup> Ayrıca, Bağdat'ta yazdığı *er-Risâle* adlı eserini Mısır'da tekrar yazdı.<sup>86</sup> *el-Umm* gibi, bu eserinde Mısır nüshası elimizdedir.

Mısır, Şafîî için son duraktır. 54 yaşına geldiğinde sağlık ile ilgili sorunları iyice artan Şafîî, 29 Recep 204 [h]/20 Ocak 820 [m]'de Fustat (Eski Kahire)'ta, Mısır'da bulunduğu süre içinde misafir olarak kaldığı öğrencisi Abdullah b. Abdilhakem (v. 214)'in evinde vefat etti.<sup>87</sup> Şafîî'nin cenazesi Cuma günü ikindi namazına müteakip, Fustat Cebel-i Mukattam'daki Benî Abdilhakem Mezarlığına defnedildi.<sup>88</sup>

<sup>74</sup> Dağcı, s. 79.

<sup>75</sup> Dağcı, s. 84, 85; Ebu Zehra, s. 536.

<sup>76</sup> Dağcı, s. 86; Ebu Zehra, s. 537.

<sup>77</sup> Ebu Zehra, s. 537; Dağcı, s. 86.

<sup>78</sup> Ebu Zehra, s. 538; Dağcı, s. 86.

<sup>79</sup> Şafîî'nin kelim ile ilgili görüşleri için bkz.: Aşağıda "Görüşleri/c. Kelam ile İlgili Görüşleri" başlıklı bölüm.

<sup>80</sup> Aybakan, s. 224. Şafîî'nin Bağdat'tan Mısır'a gitme nedeninin yaşanan siyasi bunalımdan ziyade, ilim için olduğu yönünde rivayet edenler de bulunmaktadır. Reb'i (Şafîî, s. 16) ve Abdülhalim Cündî (Dağcı, s. 86) bunlardandır.

<sup>81</sup> Ebu Zehra, s. 537.

<sup>82</sup> Cündî, *el-İmamu's-Şafîî* adlı eserinde Kahire valisinin Şafîî'yi davet ettiğini ve bu davet üzerine onun Mısır'a gittiğini yazmaktadır. (Dağcı, s. 86, 89); Ebu Zehra, s. 538.

<sup>83</sup> Dağcı, s. 86-87.

<sup>84</sup> Şafîî, s. 17.

<sup>85</sup> Aybakan, s. 230.

<sup>86</sup> Dağcı, s. 94.

<sup>87</sup> Şafîî'nin ölüm sebebi ile ilgili rivayetler için bkz.: Ebu Zehra, s. 539.

<sup>88</sup> Aybakan, s. 224; Dağcı, s. 89; Ebu Zehra; s. 538-539. Hicri 608 yılında (ölümünden 400 sene sonra), Eyyubî Sultanlarından el-Melik el-Kâmil tarafından Şa-

## ŞAFİİ'NİN YETİŞTİĞİ ORTAM

Hicri 150 yılına gelindiğinde, altın çağını yaşayacak olan İslam dünyasının temelleri atılmaya başlanmıştı. Arap Yarımadası'ndan başlayıp kıtaları aşan hâkimiyet, sadece siyasi alanda değil, edebiyat, hukuk, dil gibi alanlarda da hissediliyordu. Şafii'nin doğduğu döneme kısaca bakacak olursak, onun nasıl bir ortamda yetiştiği ve bu ortamdan nasıl beslendiği hakkında fikir sahibi olabiliriz.

Şafii'nin doğumundan önceki dönemde, üç ana gruba (Sünni, Şii ve Harici) ayrılmış bir yapılanma var olsa da bu ekoller —belirli farklılıklar olmasına rağmen— külliyatlarını tamamlayabilmişler ve bu açıdan şaşılacak derecede büyük bir iş başarmışlardır. İslam dünyasını araştıran Avrupalılar bu durumu şaşkınlık içerisinde karşılamışlar ve Roma Devleti'nin hukukunu bin yıl gibi bir sürede tedvin ederken Müslümanların nasıl oluyor da —bölünmüş bir hâlde iken— hukuklarını bu kadar çabuk ve sistemli tedvin ettiklerine hayret ediyorlardı.<sup>89</sup> Hicri 120. yılda şehit olan Zeyd b. Ali'nin<sup>90</sup> *el-Mecmu' fi'l-Fıkh*<sup>91</sup> ve Şafii'nin Bağdat'taki hocası olan Şeybanî'nin müellifi olduğu *el-As*<sup>92</sup>, o dönemde hukukta yaşanan hareketliliğin ve canlılığın birer eseri olarak gösterilebilir.<sup>93</sup>

İslam Hukuku'nda, akademik anlamda da ilerleme had safhadaydı. Ebu Hanife'nin kurduğu kırk üyeli hukuk akademisi, çok farklı görüşlerden en akli olanları seçmeye özen

---

fii'nin mezarının bulunduğu yere bir türbe yapılmıştır. (Ebu Zehra, s. 538-539)

<sup>89</sup> Hamidullah, s. 198.

<sup>90</sup> İmam Zeyd b. Ali hakkında geniş bilgi için bkz.: Muhammed Ebu Zehra, *İmam Zeyd: Hayatı, Fikri ve Çağı*, Çev.: Salih Parlak vd., Şafak Yayınları, İstanbul, 1993.

<sup>91</sup> *el-Mecmu' fi'l-Fıkh*, Zeydiyye mezhebinin imamı Zeyd b. Ali'ye nispet edilen fıkıh ve hadis mecmuası. Eser hakkında geniş bilgi için bkz.: Saffet Köse, "el-Mecmû", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 28, 2003, s. 264-265; Ebu Zehra, a.g.e.

<sup>92</sup> *el-Asl*, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin "Zâhirü'r-rivâye" veya "Usul" diye bilinen ve Hanefi mezhebinin ana kaynaklarını oluşturan altı eserden biri. Eser hakkında geniş bilgi için bkz.: Halit Ünal, "el-Asl", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 3, 1991, s. 494-495.

<sup>93</sup> Hamidullah, s. 200.

göstermişler ve bu çalışmalarda hayali sorunlar ortaya atıp bunlar üzerinde tartışarak İslam Hukuku müktesebatını geliştirmişlerdir.<sup>94</sup> Bu dönemde yarım milyon kuralın oluşturulduğu söylenir.<sup>95</sup>

Hukuk alanındaki bir diğer ilerleme ise hadislerin çeşitli kaynaklardan toplanıp derlenmesi çalışması idi. Özellikle Hicaz ekolünün tercih ettiği ve çokça rivayet ettiği hadisler, ravileri ve metni açısından sıhhat incelemesine tabi tutuluyor ve yazıya dökülüyordu.<sup>96</sup> Hadis ilminin yayılması ile birlikte uydurma hadisleri tespit etmek için bir karşı ilim de doğdu. Bir yandan hadisler rivayet edilirken, diğer yandan bu hadislerin uydurma olup olmadığı araştırılıyordu. Bu durum, ortaya büyük hadis ravileri çıkardı. Bunun sonucunda ise büyük külliyatlar yazılmaya başlanacaktı. Hicaz ekolünün büyük imamı ve Şafii'nin Medine'deki hocası olan Malik, Ehlihadis'in önemli imamlarından kabul edilir.

Bu dönemde kaydedilen ilerleme hukukta çeşitli ekoller ortaya çıkarmıştır. İslam Hukuku'nda ortaya çıkan ekoller şunlardır:

- **Hicaz Ekolü:** Medine, Mekke ve Taif'deki sahabelerin, Medineli yedi hukukçunun ve Medine kadınlarının içinde bulunduğu ekol; İmam Malik bu ekoldendir.
- **Irak Ekolü:** Ebu Hanife, Muhammed eş-Şeybânî gibi hukukçuların mensup olduğu ekol.
- **Mısır Ekolü:** Amr b. el-As, Leys b. Sa'd'ın mensup olduğu ekol.
- **Hicaz-Suriye-Yemen Ekolü:** Ebu Seleme'nin içinde bulunduğu ekol.
- **Şia Ekolü:** İmam Zeyd b. Ali Zeynelâbidin ve Câfer es-Sâdık'ın mensup olduğu ekol.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Hamidullah'a göre ilk Müslümanların kanun koymayı sadece âlimlere ait bir iş olarak görmesi ve bu işin yargı ve yürütmeden bağımsız olması hukukun kısa sürede gelişmesi için önemli etkidir. Böylece âlimler hukukun gelişmesi için çalışabilecekleri bağımsız bir alana kavuşmuşlardır. Ayrıca İslam Hukuku — Yunan ve Roma hukuklarından farklı olarak — devlet idarecilerinin bir çalışması olarak gelişmemiştir. (Hamidullah, s. 199, 200)

<sup>95</sup> Hamidullah, s. 200.

<sup>96</sup> Ebu Zehra, s. 542.

<sup>97</sup> Tablo için bkz.: Hamidullah, s. 202-203.

Dil bilimi alanında da gelişmeler hukukta olduğu gibi hızlı bir süreç izliyordu. Arap dilinin tedvini süreci başlamış ve buna bağlı olarak ilimler ortaya çıkmıştır. Nahiv ilmi ve antropolojiyi buna örnek gösterebiliriz. Şafîî de *er-Risâle*'sinde Arapçanın başka dilleri etkilediğini ve bundan dolayı Arapça ile diğer diller arasında belirli bir kelime alışverişinin olduğunu yazmaktadır.<sup>98</sup>

Dil bilimine bağlı olarak gelişen bir alan da şiirdir. Hz. Peygamber döneminde şiirin ne kadar ileri olduğu siyer kitaplarında devri anlatmak için kullanılan bir argümandır. Araplar, o devirde ellerinde olan şiiri, her geçen zaman geliştirmişler ve şiir sanatını ortaya çıkarmışlardır. Buna bağlı olarak "aruz" ilminin ortaya çıkışı ve bunun yüzyıllar boyu kullanılması, bu bilimin ne kadar geliştirildiğine delil teşkil edebilir. Şiir ilmi o kadar ilerlemişti ki, medeni toplumun dışında çölde yaşayan kabileler de yüzlerce şiir aktarmışlardır. Ayrıca, yine şiir ilmine bağlı olarak edebî tenkit usulleri de gelişmiştir.<sup>99</sup>

Son olarak, bu dönem tercüme faaliyetlerine de sahne olmuştur. Yunan, Fars ve Hint dillerinden birçok eser Arapçaya tercüme edilmiştir.<sup>100</sup> Tercüme faaliyetleri öyle safhaya ulaşmıştır ki, Orta Çağ'dan sonra Avrupa, kendi eserlerini Arapçadan geri tercüme etmişlerdir.

İslam dünyasının bu ilerlemesi belli tehlikelere de sahne oluyordu. Özellikle tercüme hareketleri ile Arapçaya çevrilen eserlerin bir sonucu olarak felsefe ve mantık etkisi gün geçtikçe artıyordu. İslam dünyasının bu ilerlemesi, belirli bir sisteme aktarılmaya ihtiyaç duyuyordu. Ancak böyle bir sistemi ve metodu ortaya koyacak kişinin, devrin ilimlerini bilen ve onlara vakıf, onlarla muhakeme edebilen birisi olması gerekiyordu. Aynı zamanda bu kişinin, İslam'ı yaşayan ve bilgileriyle devrin aydınlarını ve kelimcilerini ikna edebilir olması şarttı.<sup>101</sup>

Muhammed b. İdris eş-Şafîî, böyle bir dönemde doğdu ve böyle bir konuma da yükseldi. O, yukarıda sayılan ilimlerde mahirdi.

Arapçasını Hüzeyl Kabilesi'nde geliştirdi. Bu kabile dönemin en fasih Arapçasını konuşuyordu. Arapçaya ayrı bir önem veren Şafîî, onun bütün inceliklerini öğrenmek için uğraşıyordu. Abümelik b. Hişâm, Şafîî ile yaptığı sohbetlerde onun hiç lahn<sup>102</sup> yapmadığını rivayet etmiştir. Ayrıca Sa'leb'de Şafîî'nin dilde de imam olduğunu söyleyerek, onun bu konudaki ayrıcalığını belirtmişlerdir.<sup>103</sup> Şafîî'nin dilbilimi ile ilgili maharetinin sadece Arapça ile sınırlı olmadığı yönünde rivayetler de mevcuttur. Şafîî'nin biyografisini yazan Razî, onun Yunanca da bildiğini rivayet etmiştir.<sup>104</sup>

Dil bilimi dışında, tefsir ve hadis ilminde de ilerideydi. Medine'de Malik'ten ders aldı ve Malik'in seçkin öğrencilerinden oldu. Özellikle eserlerinde hadisin yüceliğini açıklaması ve hadisler konusunda aktardıkları, onun bu konudaki maharetini göstermektedir.

Şafîî, yukarıda sayılan ekollerin neredeyse tamamından ders aldıktan sonra Mekke'de *usul-i fikh* ilmini ortaya çıkarmış ve bununla ilgili bir sistem ortaya koymuştur. Şafîî, sadece Şia ekolüne mensup imamlardan ders almamıştır.<sup>105</sup> Fıkıh alanında böyle bir sistem ortaya koyan bir âlimin, devrin ekollerini biliyor olması gerekirdi. Şafîî'de tam olarak bu tanıma uymuştur. O, ders aldığı ekoller hakkında o kadar ilerleme kaydetti ki, Mekke'de mezhebini teşekkül ettirdiği sırada hocalarının görüşlerine karşı reddiyeler yazabilecek duruma geldi.<sup>106</sup>

<sup>98</sup> Şafîî, s. 118.

<sup>99</sup> Bu usulü geliştiren kişi olarak Câhız gösterilir. (Ebu Zehra, s. 542.)

<sup>100</sup> Ebu Zehra, s. 542.

<sup>101</sup> Hamidullah, s. 201.

<sup>102</sup> Terim anlam olarak, dilde ve kıraatte hata yapmaya *lahn* denir.

<sup>103</sup> Aybakan, s. 226.

<sup>104</sup> Hamidullah, s. 201; Dağcı, s. 119; Razî, Şafîî'nin Halife ile Grekçe konuştuğunu ve Grek tıp ve felsefesi hakkında konuştuklarını rivayet eder.

<sup>105</sup> Şafîî'ye atfedilen bir sözde onun Zeydî-Mutezilî olarak bilinen *Mukatil'in Kur'an* tefsirine çok önem verdiği anlaşılmaktadır. (Hamidullah, s. 203) Ders almadığı ile ilgili rivayetlerin daha iyi araştırılması gereklidir.

<sup>106</sup> Şafîî'nin reddiyeleri için bkz.: Yukarıda "Hayatı/e. Bağdat'ta Muhakeme ve İlime Tekrar Dönüşü" bölümü.

Şafîî, sadece fıkıh alanında değil, diğer alanlarda da kendisini geliştirmeye çalışmıştır. O, *el-Umm* kitabında tıp ilminin öğrenilmesi gerektiğini tavsiye etmektedir. Ayrıca Şafîî, Hüzeyl kabilesinde kaldığı müddet boyunca ok atmayı ve at binmeyi öğrenmiştir.<sup>107</sup> Böylece onun, zihni alanda olduğu kadar bedeni alanda da kendisini geliştirdiğini görüyoruz.

Şafîî'ye atfedilen şu söz, onun tahsil ettiği ilimler hakkında bilgisini göstermektedir: "Kim hukuk çalışırsa, Ebu Hanife'ye müracaat etmeli; Peygamber'in siretini çalışmak isteyen İbn İshak'a, Hadis çalışan Malik'e ve Tefsir çalışan da Mukatil b. Süleyman'a başvurmalıdır."<sup>108</sup>

## ŞAFİİ'NİN DÜŞÜNCESİNİN GELİŞİMİ

Genç yaşta ilim tahsiline başlayan ve kısa sürede ders veren Şafîî'nin düşünce gelişiminin dönüm noktası Mısır'dır ve bu gelişim süreci Medine'deki hocası Malik'in vefatından sonra yaşanmıştır (hayatında da yer yer değiştiği gibi). Şafîî'nin görüşleri Mısır öncesi ve sonrası olarak ikiye ayrılır. Mısır öncesi görüşlerine *Mezheb-i Kadîm* veya *Kavl-i Kadîm*, Mısır sonrası görüşlerine ise *Mezheb-i Cedîd* veya *Kavl-i Cedîd* denir.<sup>109</sup>

### a. Mısır Öncesi Dönem (Mezheb-i Kadîm/Kavl-i Kadîm)

İmam Şafîî'nin genel olarak Malik düşüncesinde olduğu ve onun düşüncesini savunduğu dönemdir. *Mezheb-i Kadîm* üç safhaya ayrılabilir.

**Birinci Safha:** Bu safha Şafîî'nin Necran kadısı olduğu zamanı kapsar. Şafîî, Malik'in vefatından sonra Yemen'de aldığı görev müddetince bürokrasiyi tanıdı, toplumdaki aksaklık-

lar hakkında bilgi edindi ve genel anlamda Ehlihadis ile irtibatla kaldı.<sup>110</sup> *Mezheb-i Kadîm*'in birinci safhası *teşekkül safhası* olarak isimlendirilebilir.

**İkinci Safha:** Teşekkül safhasının ardından Şafîî, mihnete maruz kaldı ve Bağdat'a muhakeme için getirildi. Muhakeme sonunda Şeybanî'nin yanında kalarak ondan ve Bağdat âlimlerinden dersler aldı.<sup>111</sup> Böylece o, Hicaz ekolünden sonra Irak ekolü ile ve böylece Ehlirey ile tanıştı.

Bağdat'ta ilim tahsili ve eser tasnifinden sonra Şafîî, Mekke'ye geldi. Bağdat'ta elde ettiği eserleri incelemeye koyulan Şafîî, tahsil ettiği ilim ile muhakeme etmeye başladı ve görüşlerini olgunlaştırdı. Ayrıca Mekke'de hac için gelen âlimler ile münazaralar yaptı ve ders verdi.

İkinci safhanın bu devri, Irak ekolünün eleştirilmesi ile geçer. Şafîî bu eleştiriye getirirken Medine'deki hocası Malik'in görüşlerini dayanak olarak alır. Ayrıca, Irak ekolünün görüşleri ile Hicaz ekolünün görüşlerinin bir sentezini yapmaya çalışır.

Hicri 184 yılında başlayan ve *tedvin safhası* olarak isimlendirilebilecek bu safhada Şafîî, görüşlerini sistemleştirmiş ve *er-Risâle* eserinin altyapısını oluşturmuştur.<sup>112</sup>

**Üçüncü Safha:** Bağdat'a ikinci ziyaretinde Şafîî, olgunluk çağında ve sistemli bir düşüncededeydi. Mısır'a gitmeden önceki Bağdat devri, *Mezheb-i Kadîm*'in ilanı, takriri ve tedrisi ile geçti.

Mekke'de düşüncesini şekillendirdikten sonra bunu sınamak ve ilan etmek için Bağdat'a geldi. Özellikle Irak ekolünün düşüncelerini de alarak fıkıhını geliştirdi. Üçüncü safhanın genel görüntüsüne baktığımızda, Şafîî'nin Irak ekolüne karşı Malik'in görüşlerini savunduğunu görürüz. Bu savunma, Ehlirey'in tepkisine karşı bir refleks olarak gözükmektedir. Ayrıca Şafîî, üçüncü safhada iç hesaplaş-

<sup>107</sup> Şafîî'nin on defa ok attığında hedeflerin hepsini vura bildiği rivayet edilir. Bkz.: Ebu Zehra, s. 528 ve Şafîî, s. 9.

<sup>108</sup> Hamidullah, s. 201.

<sup>109</sup> Aybakan, s. 224.

<sup>110</sup> Aybakan, s. 224.

<sup>111</sup> Şafîî'nin mihnete maruz kalması, Bağdat'a getirilmesi ve muhakeme edilmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz.: Yukarıda "**Hayati**" bölümü.

<sup>112</sup> Aybakan s. 224-225.



ma da yaşamıştır. Mısır'a gidişi bu hesaplaşmayı hızlandıran bir etken olmuştur.<sup>113</sup>

Üçüncü safha, Şafîî'nin düşüncesini — *Mezheb-i Kadîm* açısından— geliştirdiği ve bu düşüncüyü temsil ettiği devre olduğundan dolayı üçüncü safha *Temsil Safhası* olarak isimlendirilebilir.

## b. Mısır Sonrası Dönem (Mezheb-i Cedîd/Kavl-i Cedîd)

Bağdat'ta yaşanan siyasi çekişmelerden dolayı Mısır'a gelmek zorunda kalan Şafîî, düşüncesinin muhakemesine burada da devam etti. *Kavl-i Kadîm* döneminde temsil ettiği görüşlerini, Bağdat'ta Hanefî hukukçulara karşı savunuyordu. Ayrıca Hanefî fikhini de öğrenme ve inceliklerine vakıf olma imkânına kavuştu.<sup>114</sup>

Bağdat'ta, Hanefî hukukçularına karşı, Medine'deki hocası Malik'i savunmak zorunda kalan Şafîî, Mısır'a geldiğinde hocası Malik'in görüşlerini ayrıntılarına kadar inceleyip eleştirebileceği bağımsız ve tarafsız bir ortam buldu. Ayrıca Şafîî, iç muhasebe ile de uğraşıyordu. Mısır'a geldikten sonra düşüncelerini yer yer değiştiren Şafîî, bunu dile getirmekten de çekinmemiştir.

Şafîî, Malik'i eleştirmeye, onunda eleştirilebilecek biri olduğunu izah etmekle başlar. Hakikate uymanın Malik'e uymaktan daha değerli olduğunu söyleyerek ona karşı eleştiri getireceğini açıkça beyan etmiştir. Malik'i eleştiren bir eser olan *İhtilafü'l Mâlik ve Şafîî* bu dönemde yazılmıştır.<sup>115</sup> Bu eserde, Malik'in hadis malzemesinden istifade biçimine yönelik eleştiriler yer almaktadır. Şafîî'nin, Malikîlerin, İmam Malik'e ait olan bir sarığı yağmur duasına çıkardıkları için böyle bir eleştiriye başladığı rivayet edilmektedir. Şafîî, Malik'in de yanılabilir bir müçtehit olduğunu açıklamaya çalışmıştır.

Malik'e yönelttiği bu eleştiri, Mısır'da bulunan Malikîler tarafından hoş karşılanmadı. Malikîlerin bu rahatsızlığı, Şafîî'ye fiili saldırı

yapacak kadar şiddetli hâl aldı. Özellikle Şafîî ile münakaşaya girildiği ve hoş olmayan olayların yaşandığını rivayet eden eserler, durumun vahametini gösteren ciddi delillerdendir.<sup>116</sup>

Mısır dönemi sadece Malik'e yöneltilen eleştiriler ile geçmedi. Şafîî, düşünce sistemini değiştirirken, değişen mezhebini de teşekkül ettiriyordu. Şafîî'nin, *Mezheb-i Cedîd*'ini meydana getirirken, *Mezheb-i Kadîm*'den etkilenip etkilenmediği veya ne kadar etkilendiği bilinmemektedir.

*Mezheb-i Cedîd*'in teşekkülünde Şafîî, konuları, önce ilgili ayet, hadis ve rivayetler ve ardından da örnekler vererek açıkladı. Bu dönemde, eserlerinin imlasını ve raviliğini yapan öğrencileri sayesinde kısa zamanda *Mezheb-i Cedîd* teşekkül etmiştir.<sup>117</sup>

Bu dönem fıkıh kaynakları arasında Süfyan b. Uyeyne'nin hadis birikimi önemli bir yer tutar. Özellikle Malik'e getirdiği eleştiriler sırasında Şafîî, en az Malik kadar bu konularda mahir olan Süfyan'ın hadis birikimine başvurmuştur. Ancak Süfyan dışında, Malik'ten de hadis rivayet ettiği görülmektedir.

Bu dönemdeki bir diğer kaynak ise, Malik'in Mısırlı talebelerine ait teliflerdir. Şafîî, özellikle evinde misafir olarak kaldığı Abdullah b. Abdilhakem'in geniş kütüphanesinden yararlanmıştı. Şafîî ölümüne kadar yaptığı çalışmalarda Mısır'daki Malikî etkisini azaltmıştır.<sup>118</sup>

## GÖRÜŞLERİ

Bu bölümde Şafîî'nin döneminin meselelerine ve usul çalışmasına ilişkin görüşlerinden bahsedeceğiz.

### a. Dil ile İlgili Görüşleri

Şafîî, Arapçaya çok önem verirdi. Kur'an bu dille nazil olmuş ve Peygamber'in Sünneti de bu dil ile yaşanmış ve aktarılmıştır. Bu

<sup>113</sup> A.g.e., s. 225.

<sup>114</sup> A.g.e., s. 225.

<sup>115</sup> A.g.e., s. 225.

<sup>116</sup> A.g.e., s. 225.

<sup>117</sup> A.g.e., s. 225.

<sup>118</sup> A.g.e., s. 225.

yüzden Şafîî, her Müslümanın Kur'an okuyacak, farz olan lafızları zikredecek ve teşbih, teşehhüd vb. okuyabilecek kadar Arapça bilmesi gerektiğini belirtir.<sup>119</sup> Arapçaya verdiği önem gereği o, *er-Risâle* eserinde "Kur'an'ın Arapça Oluşu ve Faziletleri" başlığında görüşlerini açıklamıştır.<sup>120</sup>

*er-Risâle*'nin söz konusu başlığında Şafîî, Kur'an'da Arapça dışında kelimenin olup olmaması tartışması ile başlar ve ayetler ile<sup>121</sup> Arapça dışında bir ifadenin Kur'an'da yer almadığını savunur.<sup>122</sup>

Şafîî ayrıca, Peygamber dışında Arapçayı kimsenin tam olarak bilemeyeceğini belirtir.<sup>123</sup> Ona göre, ancak bütün Araplar bir araya geldiğinde Arap dilinin inceliklerine vakıf olabilir. O bunu fakihler ile ilgili örneklerle açıklar. Şafîî'ye göre bir fakih, fıkıhın bütün kaynaklarına tek başına hâkim olamaz, ancak bütün fakihler bir araya geldiğinde birinin eksikliğini diğeri kapatacak ve böylece fıkıhın tamamına hâkim olunabilecektir. İşte Arapça da böyledir. Bütün Araplar bir araya geldiğinde Arapçanın bütün inceliklerine vâkıf olabileceklerdir.<sup>124</sup> Kur'an, Arapçanın tamamına tek başına vakıf olan Hz. Muhammed (s.)'e inmiştir.<sup>125</sup>

Ayrıca, Şafîî'ye göre Arapçayı ancak Araplardan öğrenenler bilebilir. Arap dilini Araplardan öğrenmeyen kimse, bu dilin ehli sayılmaz.<sup>126</sup> Şafîî'nin bu görüşü hiç şüphesiz kitabını yazmadan önce de, çocukluğundan itibaren mevcuttu. Hüzeyl Kabilesi'ne dâhil olup Arapçayı tamamen öğrenme isteği bunun bir göstergesi olabilir.

Şafîî, edebiyatta da imam olarak kabul edilmektedir. Bağdat'taki öğrencisi Ahmet b. Hanbel, onun bu konuda da hüccet olduğunu belirtmiştir. Hatta şiirlerinin yer aldığı bir *Divan*'ı olduğuna dair kuvvetli rivayetler de

mevcuttur.<sup>127</sup> Ancak Şafîî, edebiyatta iyi olmasına rağmen ömrünü bu alanda geçirmemiştir. Onun yazdığı bir şiir, bu konudaki görüşünü göstermesi açısından iyi bir örnektir.

*"Eğer şiir, ulemanın kadrini düşürmeseydi,  
Bugün ben, Lebîd'den<sup>128</sup> daha büyük şair  
olurdum."<sup>129</sup>*

## b. Hilafet Hakkında Görüşleri

Şafîî'nin hilafet ile ilgili üç temel görüşü vardır. Ona göre hilafet, yerine getirilmesi gereken dinî bir emirdir. Ayrıca hilafet Kureyş'e aittir. Ancak Kureyş'li olmak tek şart değildir. Son olarak; halifenin adil olması gerekir. Zelim kimsenin halife olması düşünülemez.

Şafîî, hilafetin sıhhati için önceden biatin şart olmadığını söyler. Ona göre Kureyş'ten birisi iktidarı zorla ele geçirse ve adaletle hüküm verse ve sonrasında halk tarafından kabul görse, o kişi meşru halife sayılırdı.<sup>130</sup>

## c. Kelam Hakkında Görüşleri

Şafîî'nin başlangıçta kelam ile ilgilendiği ancak sonrasında kelam ile uğraşan kişinin ayağının her an kayabileceği ve kötü bir akıbeta maruz kalabileceği gerekçesiyle kelamdan elini çektiği rivayet edilmektedir.<sup>131</sup> Şafîî'nin, kelam ile uğraşan öğrencilerini gördüğünde verdiği tepki, bu rivayeti kuvvetlendirmektedir: "Benim kelam bilmediğimi mi sanıyorsunuz? Ben bu konuyla uğraştım, hatta bunda büyük bir mertebeye ulaştım. Ancak kelamın sonu yoktur. Öyle bir şey üzerinde münakaşa ediniz ki, yanılırsanız yanıldı desinler, küfre düştü demesinler."<sup>132</sup>

<sup>119</sup> Şafîî, a.g.e., s. 121.

<sup>120</sup> Bkz. Şafîî, a.g.e., s. 117-125.

<sup>121</sup> Şuara, 26/192; Ra'd, 13/37; Şura, 42/7; Zuhruf, 43/1-3; Zümer, 39/28; Nahl, 16/103; Fussilet, 41/44.

<sup>122</sup> Şafîî, a.g.e., s. 117, 120.

<sup>123</sup> A.g.e., s. 117.

<sup>124</sup> A.g.e., s. 118.

<sup>125</sup> Görüşünün ayrıntısı için bkz.: Kitabındaki ilgili bölüm.

<sup>126</sup> Şafîî, a.g.e., s. 118.

<sup>127</sup> Aybakan, s. 231.

<sup>128</sup> Lebîd b. Rebîa: Cahiliye Devri'nde de yaşamış, hicri 9 yılında Müslüman olmuş, 41 yılında, Kûfe'de vefat eden Arapların en büyük şairi. Geniş bilgi için bkz.: Süleyman Tülücü, "**Lebîd b. Rebîa**", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 27, s. 121-122.

<sup>129</sup> Dağcı, s. 92.

<sup>130</sup> Ebu Zehra, s. 547-548.

<sup>131</sup> Aybakan, s. 227.

<sup>132</sup> Ebu Zehra, a.g.e., s. 547.

Şafîî, kelimâ tartışmaların dışında ve tepkili kalmıştır. Bağdat'ta, Halife Me'mun zamanında yaşanan "Halk'ul Kur'an" tartışmalarında kendini dışarıda bırakmış ve bu tarz tartışma yapanları eleştirmiştir. O, kelimâcılara karşı, Allah'ın emir ve yasaklarının uygulanması gerektiğini ve fakat Allah'ı konuşmanın gerekli olmadığını ve bir Müslümanın görevinin ancak emirleri uygulamak olduğunu savunurdu. Kelamcılara karşı o, ameli bir İslam'ı savunuyordu.<sup>133</sup>

Şafîî, diğer kelimâ tartışmalar konusunda da bu alana girmekten kaçınmıştır. Kendisine kader ile ilgili bir soru sorulduğunda o "Allah hayrın da şerrin de yaratıcısıdır." cevabını vermiştir. Şafîî'nin kelama olan bu tepkisi, Bağdat'ta Mutezili halife tarafından hoş karşılanmamış ve Şafîî, Bağdat'tan ayrılmak zorunda kalmıştır.<sup>134</sup>

## ESERLERİ

Şafîî, 54 yıllık hayatında birçok eser yazmış ve öğrencilerine dikte ettirerek yazdırmıştır. Şafîî'ye hasredilen yüzden fazla eser bulunmaktadır. Fakat bunların çoğu günümüze ulaşmamıştır.<sup>135</sup>

Eserlerinin çoğunu, *cedîd* dönemini yaşadığı Mısır'da yazmıştır.<sup>136</sup> Ayrıca Mısır'da bazı eserlerini ikinci defa yazmıştır. *er-Risâle* bunun en önemli örneğidir.<sup>137</sup>

Şafîî'nin birçok eseri olmakla birlikte usulünün yer aldığı *er-Risâle* ve *Cedîd* dönemi fıkıhının en ayrıntılı şekilde yer aldığı *el-Umm*<sup>138</sup>, ön plana çıkmaktadır.

**er-Risale:** Şafîî'nin fıkıh usulüne dair bilgiler ihtiva etmektedir ve Şafîî'nin günümüze ulaşan ilk eseridir.<sup>139</sup> Öncelikle Bağdat'ta yazılmıştır ancak bu nüsha günümüze ulaşmamış-

tır. Mısır'a geldikten sonra Şafîî, eseri tekrar ele almış ve yeniden yazmıştır.<sup>140</sup> Bölümlerinde Malik'ten hadis rivayet ettiğinden anlaşıldığına göre *Kavl-i Kadîm*'den etkilenme devam etmiştir. Ancak bu etkilenmenin derecesi tam olarak bilinmemektedir.

*er-Risâle*, genel anlamda teknik kavramlar içermektedir. Eserde Şafîî mesele ile ilgili ayetleri açıkladıktan sonra ayetlerin durumunu (genel, özel, zahir vs.) açıklar. Hadisler ve haberleri açıkladıktan sonra görüşünü söyler.<sup>141</sup>

**el-Umm:** *Mezheb-i Cedîd*'in en ayrıntılı külliyatı *el-Umm*'dur. Şafîî bu eserde furû-i fıkıh'a dair görüşlerini yazmıştır. Ancak eserde usule dair yazılarda mevcuttur. Usul ile ilgili, "İbtâlû'l-İstihsân", "İhtilâfu'l-Hadis", "Cimâu'l-İlm" bunlardandır.<sup>142</sup>

Eser birçok konuyu ihtiva etmektedir. Bu konular şu şekilde sınıflandırılabilir:

1. Fer'i konular.
2. Usulle ilgili olanlar.
3. Mukayeseli fıkıh.
4. Ahkâm ayetleri.
5. Ahkâm hadisleri ve getirdikleri hükümler.<sup>143</sup>

*el-Umm*'un günümüze ulaşan iki farklı rivayeti bulunmaktadır. Bu iki rivayet Za'ferânî ve Rebi' b. Süleyman tarafından yapılmıştır.<sup>144</sup> İki rivayet arasında ufak farklılıklar bulunmaktadır.<sup>145</sup>

Eserde Şafîî, öncelikle mesele ile ayetleri yazar. Ardından ayetlerin delil olmasıyla ilgili hususları belirtir. Sonrasında konuyla ilgili hadis veya haber varsa bunları zikreder. Zikrettiği hadislerin derecelerini belirtir. Son olarak

<sup>133</sup> Aybakan, s. 227.

<sup>134</sup> Aybakan, s. 227. Şafîî'nin Bağdat dönemi için bkz.: Yukarıda "Hayatı/f. Mısır'a Gidişi" bölümü.

<sup>135</sup> Dağcı, s. 94.

<sup>136</sup> Şafîî, a.g.e., s. 17.

<sup>137</sup> Dağcı, s. 94.

<sup>138</sup> Şafîî, a.g.e., s. 17; Aybakan, s. 230; Dağcı, s. 96.

<sup>139</sup> Aybakan, s. 230; Dağcı, s. 99.

<sup>140</sup> Murteza Bedir, "er-Risâle", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 35, 2008, s. 117.

<sup>141</sup> *er-Risâle* ile ilgili geniş inceleme için bkz.: Murteza Bedir, a.g.m., s. 117-119.

<sup>142</sup> Dağcı, s. 96.

<sup>143</sup> Şafîî, a.g.e., s. 27.

<sup>144</sup> Prof. Dr. Zeki Mübarek'in *İslam Tarihinde En Kötü Yanlış* adlı eserinde rivayet edildiğine göre *el-Umm* kitabı, Şafîî'nin telifinden değildir. Bu eser Rebi'nin derlemesidir. Diğer iddialar ve rivayetler için bkz.: Şafîî, a.g.e., s. 21-23.

<sup>145</sup> Aybakan, s. 230.

da meselenin fıkhi yönünü ele alır ve hüküm çıkarır.<sup>146</sup>

*el-Umm*'un İslam tarihi açısından da önemi vardır. Şafii meseleleri ele alırken öncelikle muhalefet ettiği âlimlerin görüşlerini ve delillerini açıklar. Bütün bunlardan sonra da kendi görüşünü ve delillerini açıklar. Bu yüzden eser, Şafii dönemi âlimlerinin görüşlerini anlamak açısından da önemlidir.<sup>147</sup>

*el-Umm* eserinin günümüzde altı el yazması nüshası vardır. Bu nüshalar Türkiye (İstanbul), Arabistan (Mekke ve Medine), İrlanda ve Suriye (Şam)'de bulunmaktadır.<sup>148</sup>

Şafii'nin diğer eserlerinden bazıları şunlardır: *el-İmla*, *er-Red 'ala Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî*, *Siyerü'l-Evzâ'i*, *İhtilâfü'l-Irakıyyeyn*, *İhtilâfü Mâlik ve's-Şâfi'i*, *İhtilâfü'l-Hadîs*, *İbtâlû'l-İstihsân*, *Ahkâmü'l-Kur'ân*.<sup>149</sup>

Bunun dışında Şafii'ye nispet edilen eserler de bulunmaktadır. Bu eserleri Şafii'nin yazıp yazmadığı bilinmemektedir. Bu eserlerden bazıları şunlardır: *Divânü's-Şâfi'i*, *el-Müsned*, *er-Red 'alâ İbn 'Uleyye*.<sup>150</sup>

## USULÜ

İslam Hukuku'nun gelişimi usûl ve furû olmak üzere iki ayak üzerinde gelişmiştir. Furû ile ilgili hükümlerin sağlaması yapılırken bunun dayanakları usûl ile yapılır. Yani, furû, usûl üzerine inşa edilmiştir ve usûle bağlıdır. Usûl, fer'i hükümlerin istinbat edildiği bir kaynaklar silsilesidir.<sup>151</sup>

—Yukarıda da açıkladığımız gibi— İmam Şafii, hiç şüphesiz İslam hukukçularının ilki değildir.<sup>152</sup> Ancak Şafii, —Hamidullah'a göre— “büyüklerin sonuncusu”dur. Şafii'nin doğumundan otuz sene önce Kûfe'de şehit olan

İmam Zeyd b. Ali'nin eseri olan ve İslam Hukuku'nun bütün konularını kapsayan *el-Mecmu' fi'l-Fikh* ve Şafii'nin Bağdat'taki hocası olan Muhammed eş-Şeybanî'nin *el-Asl* adlı eseri Şafii'den önceki çalışmaları gösteren büyük delillerdir.<sup>153</sup>

Şafii'yi Fıkıh ilminde ve İslam hukuk tarihinde öne çıkaran ise günümüze ulaşan ilk müdevven eserin ona ait olması ve fıkıh ilmini sistematize etmiş olmasıdır.<sup>154</sup> Şafii'den önce rivayet edilen yukarıda ki iki eser iki kaynağa dayanır. Bu kaynaklardan birincisi Kur'an ve Hadis, ikinci kaynak ise akıldır.<sup>155</sup>

İmam Şafii'nin fıkıh usulünü büyük ölçüde yansıtan eser Bağdat'ta yazdığı ve Mısır'da gözden geçirip yenilediği eseri *er-Risâle*'dir. Bunun yanında Şafii'ye ait olan *er-Red'alâ Muhammed b. El-Hasan*, *İhtilâfü Mâlik ve's-Şâfi'i*, *İhtilâfü'l-Hadîs* ve *İbtâlû'l-İstihsân*<sup>156</sup> gibi eserleri fıkıh usulünü anlamak için başvurulması gereken eserlerdir.<sup>157</sup>

Şafii'nin eserlerinde usûl ve furû'nun iç içe girdiği görülmektedir. Bunun sebebi ise bir bahsi ele alırken örneklerden yola çıkarak açıklaması olarak gösterilebilir. Ona göre dinî bir hüküm ancak dinî bilgi sağlayan kaynağa dayandırılabilir. Ayrıca dinî bilgi sağlayan herhangi bir asıl hakkında “niçin” ve “nasıl” soruları sorulamaz.<sup>158</sup>

*er-Risâle* eserinin beyanlar kısmında Şafii, hiç kimsenin, bir konu hakkında “helaldir” veya “haramdır” deme yetkisinin olmadığını belirtir. Kişi böyle bir şeyi ancak bir ilme dayanarak yapabilir. Bu dayanak ise *Kitap*, *Sünnet*, *İcma* ve *Kiyastır*.<sup>159</sup> Bunun dışındaki kaynaklara ise eleştirel yaklaşır. Şafii'nin, kendisinden sonra gelecek olan müçtehitlere yol göstermek ve onların hata yapmasını engellemek

<sup>146</sup> Şafii, a.g.e., s. 27-28.

<sup>147</sup> A.g.e., s. 28.

<sup>148</sup> A.g.e., s. 43-48.

<sup>149</sup> Aybakan, s. 230.

<sup>150</sup> A.g.e., s. 231.

<sup>151</sup> Dağcı, s. 97-98.

<sup>152</sup> Şafii'den önce İslam dünyasında yaşanan hukuki çalışmalar için bkz.: Yukarıda “Şafii'nin Yetiştirdiği Ortam” bölümü.

<sup>153</sup> Hamidullah, s. 200.

<sup>154</sup> Dağcı, s. 97-100.

<sup>155</sup> Hamidullah, s. 200.

<sup>156</sup> Metin için bkz.: Muhammed b. İdris eş-Şafii, “İstihsânın İptali”, Çev.: Osman Şahin, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 16, 2003, s. 389-414

<sup>157</sup> Aybakan, s. 227.

<sup>158</sup> A.g.e., s. 227; Dağcı, s. 101.

<sup>159</sup> Şafii, a.g.e., s. 114; Dağcı, s. 100-101; Aybakan, s. 227-229.

maksadıyla böyle bir sistemleştirme yoluna gittiği söylenebilir. Ayrıca böyle bir sistem çalışmasının, Şafîî'nin, İslam Hukuku'nda yapılan tartışmalardan sonra gelmesi ve kendisinden önce yapılan tartışmalara hâkim olması sebebiyle olduğu açıktır.<sup>160</sup>

Şafîî'nin en meşhur usul kitabı *er-Risâle*'de ele aldığı önemli konular ile ilgili şunlar söylenebilir:

- İslam Hukuku, kaynağını ilâhî vahiyden almaktadır.
- Hz. Peygamber'in Sünneti, hukuki bağlayıcılık açısından Kur'an'dan farksızdır.
- Kur'an ve Sünnet arasında herhangi bir ilişki söz konusu değildir.
- Sünnet, Kur'an-ı Kerim'in yorumu ve izahı durumundadır.
- Açık olan nassların hükümleri tartışmaya konu yapılamaz ancak bunun dışındakiler tartışmaya konu edilebilir.
- Kıyas ile icma, vahiy ile temellendirildiği için hüccet olarak alınabilir.<sup>161</sup>

### a. Kitap ve Sünnet

Şafîî'nin usul ile ilgili görüşlerinin yer aldığı eser *er-Risâle*, öncelikle Kur'an'ın beyanını tahlil ile başlar. "Beyanın Mahiyeti" başlığını taşıyan bu bölümde Kur'an'ın bazı ifadelerinin direk kitabın lafzından net bir şekilde anlaşılabilirdiğini (mesela, temettü haccında, hac günlerinde 3 ve memlekete dönünce 7 gün olmak üzere toplam on gün oruç tutmak gerektiği), bazı ifadelerininse Kur'an'da genel olarak ifade edildiğini ve bunun ayrıntısının Peygamber tarafından açıklandığını (mesela, namazın sayısı, vakitleri, sünnetleri gibi) belirtir. Ardından Sünnet'in konumuna kısaca değinen Şafîî, beyanlarla ilgili birkaç husus daha ifade ederek bölümü bitirir.<sup>162</sup>

Beyanların mahiyetini izah ettikten sonra Şafîî, Kur'an'ın Arapça oluşunun faziletlerinden

bahseder.<sup>163</sup> Allah'ın Kur'an'da, kitabı Arapça indirdiğini<sup>164</sup> ve bu yüzden Kur'an'da başka dilde bir kelimenin bulunmadığını<sup>165</sup> söyledikten sonra bunu destekleyecek ayetleri<sup>166</sup> sıralar. Bu konunun ayrıntısına yukarıda girdik.<sup>167</sup> O yüzden fıkıh ile ilgili bu konuyu uzatmıyoruz.

Kur'an'ın Arapça olması ile ilgili görüşünü açıkladıktan sonra Şafîî, *hâss, âmm, zâhir* hükümleri üzerinde durur.<sup>168</sup> Kur'an'da genel lafızlı ayetlerin özel manada olduğunu<sup>169</sup>, bazı ayetlerin Sünnet ile özel olduğunu<sup>170</sup> ve bazı ayetlerin de zahire değil batına işaret ettiğini<sup>171</sup> bu bölümde izah eder.

Şafîî, Kitap ile ilgili görüşlerini sıraladıktan sonra Sünnet'in konumunu açıklar.<sup>172</sup> Bunun için öncelikle Peygamber'in konumunu tespit eder. Ona göre Allah, Kur'an'da Peygamber'e uymayı farz kılmıştır ve ona karşı gelmeyi yasaklamıştır.<sup>173</sup> Çünkü Peygamber'in özel bir konumu vardır.<sup>174</sup> Bu yüzden Peygamber'in Sünneti ister Kur'an'da farz kılınmış olsun, ister olmasın Kitap hükmünden farklı değildir.<sup>175</sup> Her hâlükârda bağlayıcıdır. Bu yüzden hiçbir Müslümanın Sünnet ile ilgili seçme hakkı söz konusu değildir.<sup>176</sup>

Tüm bunların yanında Peygamber, emirleri ve yasakları tebliğ etmek ve onları en iyi yaşamakla mükellefti. Bu şekilde yükümlülüğü olan Peygamber'in dinî eksik veya yanlış tebliğ edeceği düşünülemediğine ve en ufak hatalarının bile Allah tarafından düzeltildiğine

<sup>163</sup> A.g.e., s. 117-123.

<sup>164</sup> A.g.e., s. 117.

<sup>165</sup> A.g.e., s. 117.

<sup>166</sup> Zuhruf, 43/1-3; Nahl, 16/103; Fussilet, 41/44.

<sup>167</sup> Bkz.: Yukarıda "Görüşleri/a. Dil ile İlgili Görüşleri" bölümü.

<sup>168</sup> Şafîî, a.g.e., s. 125-138.

<sup>169</sup> A.g.e., s. 125-129.

<sup>170</sup> A.g.e., s. 135.

<sup>171</sup> A.g.e., s. 133.

<sup>172</sup> Dağcı, s. 101.

<sup>173</sup> Ahzab, 33/36; Nisa, 4/59, 69, 80; Enfal, 8/20; Fetih, 48/20. Şafîî, a.g.e., s. 139.

<sup>174</sup> "Peygamber'i, kendi aranızda birbirinizi çağırır gibi çağırmanın (...)" (Nur, 24/63) Dağcı, s. 102.

<sup>175</sup> Şafîî, a.g.e., s. 149.

<sup>176</sup> A.g.e., s. 147.

<sup>160</sup> Hamidullah, s. 201; Dağcı, s. 97.

<sup>161</sup> Dağcı, s. 115.

<sup>162</sup> Şafîî, a.g.e., s. 105-116; Dağcı, s. 101.

göre Peygamber'in koyduğu bir hüküm Kur'an hükmü gibidir.<sup>177</sup>

Ayrıca Şafî'ye göre Peygamber'e hikmette verilmiştir. Hikmetin tanımı Şafî, "Hikmetten kasıt, ancak Resulullah'ın Sünneti ve Allah'ın, Resul'e itaati farz kılmasıdır." şeklinde yapmaktadır.<sup>178</sup> Allah kitabında hikmeti zikretmiştir. Bu da Peygamber'e itaatin farz kılınmasının başka bir göstergesidir.

Şafî, sünneti üç kısma ayırır. Ona göre Sünnet'in kısımları şu şekildedir:

1. Kur'an'da açıkça bildirilen bir hüküm Peygamber tarafından da bildirilmiştir (*et-Teşebbühü'd-dilâl*<sup>179</sup>).
2. Kur'an'da mücmel olarak bildirilen bir hüküm Peygamber tarafından Allah'ın muradına uygun olarak açıklamıştır (*et-Tefsîr ve'l-Beyân*<sup>180</sup>).
3. Kur'an'da hüküm bulunmayan konular Peygamber'in Sünneti ile açıklanmıştır (*el-İnfirâd bi't-Teşrî*<sup>181</sup>).<sup>182</sup>

### Nasih - Mensuh

Şafî'nin, Kitap ve Sünnet ile ilgili bir başka bahsi *nâsîh* ve *mensuh* ile alakalıdır.<sup>183</sup> Bu iki terim nesh kökünden gelmektedir. Nesh ise sözlük manası olarak "*ortadan kaldırmak; nakletmek, beyan etmek*" anlamındadır. Terim anlamı olarak kullanıldığında ise, şerî hükmün bir başka delil veya hükümle kaldırılmasını ifade eder. Bu durumda önceki hükme *mensuh*, hükmü kaldıran yeni hükme de *nâsîh* denir.<sup>184</sup>

Bahse bu yönde bir soru ile başlayan Şafî, Kitap'ta bazı farzların kesin bir şekilde sabit kılındığını, bazılarının ise nesh edildiğini söy-

ler. Onun bu yöndeki delili ise Kur'an'da geçen "*Biz, bir ayetin hükmünü yürürlükten kaldırır ve onu unutturursak (ertelersek) mutlaka daha iyisini veya benzerini getiririz. Bilmez misin ki Allah her şeye kadirdir.*"<sup>185</sup> ayetidir.<sup>186</sup>

Nasih ve mensuhu kabul etmesine rağmen, Şafî, bu alanda temkinli hareket etmeye özen gösterir. Bahsin daha başında bir yanlış anlamaya yol açmamak için, bu konuda ki net görüşünü ortaya koyar. Bir hadis asla bir ayeti nesh edemez. Kitap'taki bir hüküm ancak Kitap ile nesh edilebilir.<sup>187</sup> Onun şu ifadeleri nesh konusundaki görüşünü özetler niteliktedir: "Allah, insanlara, Kitap'ın bir hükmünü ancak Kitap'la nesh ettiğini, Sünnet'in Kitap'ı nesh edemeyeceğini, onun nass bulunan konularda Kitap'a tabi olduğunu ve Allah'ın mücmel olarak indirdiği şeylerin manalarını açıkladığını beyan buyurmuştur."<sup>188</sup>

Şafî bu görüşünün delili ise Yunus Suresinin 15. ayetidir: "*Onlara ayetlerimiz açık açık okunduğu zaman (öldükten sonra) bize kavuşmayı beklemeyenler: 'Ya bundan başka bir Kur'an ayeti getir veya bunu değiştir!' dediler. De ki: Onu kendiliğimden değiştirmem benim için olacak bir şey değildir. Ben, bana vahyolunandan başkasına uymam. Çünkü Rabbime isyan edersem elbette büyük günün azabından korkarım.*" Allah, Peygamber'e bir Kur'an hükmünü nesh etme yetkisi vermemiştir. Allah, farz kılan olduğu gibi, koyduğu farzları dilediği gibi kaldırmıştır.<sup>189</sup>

Şafî her ne kadar temkinli yaklaşıp ve konuyu tedbirli ele alsada bu alanda kendisinden sonra gelen usulcülerin yanlış anlamalarına ve yorumlamalarına neden olmuştur. Şafî, Kur'an ve Sünneti okunan ve okunmayan vahiy (*vahy-i metlûv* ve *vahy-i gayr-i metlûv*) esasına dayandırır.<sup>190</sup> Bu anlayış sonucu olarak Şafî sonrası usulcülerden bazıları Allah'ın bizat Peygamberine ilettiği sözlerin de Kur'an

<sup>177</sup> Dağcı, s. 103-104.

<sup>178</sup> Şafî, a.g.e., s. 141.

<sup>179</sup> Dağcı, s. 112.

<sup>180</sup> A.g.e., s. 112.

<sup>181</sup> A.g.e., s. 112.

<sup>182</sup> Şafî, a.g.e., s. 148.

<sup>183</sup> A.g.e., s. 151-157.

<sup>184</sup> Abdurrahman Çetin, "Nesh", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 32, 2006, s. 579. Nesh ile ilgili geniş bilgi için bkz.: Abdurrahman Çetin vd., s. 579-586.

<sup>185</sup> Bakara, 2/106.

<sup>186</sup> Şafî, a.g.e., s. 151, 152.

<sup>187</sup> Dağcı, s. 104; Ebu Zehra, a.g.e., s. 552

<sup>188</sup> Şafî, a.g.e., s. 151.

<sup>189</sup> A.g.e., s. 151-152.

<sup>190</sup> Muhammed b. İdrîs eş-Şafî, "*İstihşânın İptali*", Çev.: Osman Şahin, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 16, 2003, s. 402.

gibi olduğunu ve bu yüzden Kur'an ve Sünnet'in birbirini nesh edebileceği anlayışına yönelmişlerdir.<sup>191</sup>

Sünnet, ayeti nesh edemez. Ayet ile konuşmuş bir hüküm ancak başka bir ayet ile nesh edilebilir. Sünnet ancak sünneti nesh edebilir. Sünnet'te açıklandığında —ayetten başka— bir söze denk olamaz. Bu yüzden Sünnet'in herhangi bir sözle nesh edilebilmesi mümkün değildir.<sup>192</sup>

Şafîî, nasih ve mensuh bahsini, görüşlerini dayandırdığı delillerle ilgili örnek vererek bitirir.<sup>193</sup>

Nasih ve mensuh bahsinin ardından kitap ve sünnet ile ilgili irdelediği diğer bir konu ahad haberler (haber-i vâhid)dir.

### **Haber-i Vâhid**

İmam Şafîî, *er-Risâle*'deki bahse haber-i vâhid'in tanımını yaparak başlar. Ona göre haber-i vâhid "Hz. Peygamber'e ulaşacak şekilde yahut bir ravide nihayet bulacak şekilde tek kişinin tek kişiden rivayet ettiği hadistir."<sup>194</sup>

Şafîî, ahad haberlerin kabulünü birtakım şartlara bağlar. Bu şartlar sağlandığı takdirde haber-i vâhidi, kıyasa tercih eder.<sup>195</sup> Ona göre haber-i vâhid rivayet edecek kimse:

- Dininde güvenilir olmalıdır,
- Hadis rivayetinde doğru olarak tanınmış olmalıdır,
- Rivayet ettiğini iyice kavramış olmalıdır,
- Lafız bakımından hadisin anlamını değiştirecek hususları iyi bilmeli veya hadisi harfi harfine rivayet etmelidir. Bu yüzden hadisi rivayet ediyorsa bunu hıfzeta, yazılı metinden rivayet ediyorsa rivayet ettiği kitaba sahip olmalıdır,
- Son olarak, manayı rivayet etmemelidir. Çünkü manayı rivayet ettiğinde hadisleri

<sup>191</sup> Dağcı, s. 104-105.

<sup>192</sup> Şafîî, a.g.e., s. 152, 153.

<sup>193</sup> Ayrıca bkz.: Şafîî, a.g.e., s. 221-245.

<sup>194</sup> Şafîî, a.g.e., s. 277.

<sup>195</sup> Dağcı, s. 105.

saptıracak hususları bilemeyeceğinden helali harama veya haramı helale çevirebilir.<sup>196</sup>

Şafîî, haber-i vâhidin delil oluşunun dayanağını bir hadis ile yapar. Şafîî'nin Süfyan b. Uyeyne, Abdülmelik b. Umeyr'den, Abdurrahman b. Abdullah b. Mes'ud ve babası yoluyla Resûlullah'tan rivayet ettiği hadiste Hz. Peygamber "Allah, benim sözümü işitip ezberleyen ve onu iyice aklında tutup rivayet eden bir kulun yüzünü nurlandırın. Bir bilgiyi nakleden bazı kişiler bilgin olmayabilir. Bir bilgiye sahip olan bazı kişiler de onu, kendilerinden daha bilgin olan kimselere nakledebilir. Üç şey vardır ki Müslümanın kalbi onlara karşı hıyanet etmez. Onlar da Allah için amelde ihlâs, Müslümanlara nasihat ve Müslümanların cemaatından ayrılmamaktır; çünkü İslam'ın çağrısı, onları her taraflarından kuşatır." demiştir.<sup>197</sup> Hadisten de anlaşılacağı gibi, Hz. Peygamber, kendisinden bir söz işitenlere o sözün ezberleme ve rivayet etme görevi vermiştir.<sup>198</sup>

Son olarak Şafîî, ahad haberlerle ilgili görüşlerini dayandırdığı örnekleri açıklayarak bu bölüme de son verir.<sup>199</sup>

### **Mürsel Haber**

Ahad haber dışında Şafîî, mürsel haberlerin kabulünü de belirli şartlara bağlamıştır. Bu şartlar sağlandığında mürsel haberi kıyasa tercih eder. Mürsel haber, tabîin döneminden bir ravinin, kendisiyle Peygamber arasındaki sahabeyle söylemeden naklettiği hadistir.<sup>200</sup>

Şafîî'nin mürsel haberin kabulü için belirttiği şartlara göre mürsel hadis:

- Bir sahabe kavli ile desteklenmesi,
- Sahabe olmayan âlimlerin kavli ile desteklenmesi,
- Mürsel haberlerin başka mürsel veya muttasıl haberle mutabakat arz etmesi gerekir.<sup>201</sup>

<sup>196</sup> Şafîî, a.g.e., s. 277; Dağcı, s. 105.

<sup>197</sup> A.g.e., s. 289.

<sup>198</sup> A.g.e., s. 289-290; Ebu Zehra, a.g.e., s. 554.

<sup>199</sup> Şafîî'nin Haber-i Vâhid ile ilgili ayrıntılı görüşü için bkz.: Şafîî, a.g.e., s. 277-318.

<sup>200</sup> Salahattin Polat, "Mürsel", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 32, 2006, s. 52.

<sup>201</sup> Dağcı, s. 108.

Kitap ve Sünnet'le ilgili son olarak şunlar söylenebilir. Şafii, Sünnet'e çok önem vermektedir. Bu yüzden kendisinden sonra gelen âlimler ona *Nâsiru's-Sünne* (Sünneti zafere eriştiren) unvanını vermişlerdir.<sup>202</sup>

Şafii'nin ilim aldığı ve yeni ekollerle tanıştığı Bağdat'ta, Şafii gelene kadar Hadis ekolünün Hanefilerle tartışma yapmaktan aciz olduğu rivayet edilir. Şafii'nin öğrencisi Za'ferânî ise "*Hadis ehli uykudaydı, Şafii onları uyandırdı.*" diyerek Şafii'ye kadar olan ve ondan sonra gelişen durumu özetlemektedir.<sup>203</sup>

## b. İcmâ'

Lügat anlamı olarak "*birleştirmek, derleyip toplamak, bir konuda fikir birliği etmek*" anlamlarına gelen *icmâ'*, dinî literatürde terim anlamı olarak ümmetin, Peygamber'in vefatından sonraki bir zamanda dinî bir mesele üzerinde ittifak etmeleri, fikir birliğine varmalarıdır.<sup>204</sup>

Şafii, usul kitabında icmâ'dan bahsederken bir hadis rivayet eder. Bu hadis, icmâ' hakkında görüşlerinin bir özeti mahiyetindedir. Ömer b. el-Hattab'dan rivayetle Hz. Peygamber "Sahabilerime, sonra onların ardından gelenlere, sonra onların ardından gelenlere saygı gösterin. (...) Kim cennetin ortasında olmaktan hoşnutluk duyarsa, cemaatten ayrılmasın; (...)." <sup>205</sup>

Rivayet ettiği hadisten de anlaşılacağı gibi Şafii, icmâ'lardan öncelikle Sahabelerin icmâ'ını kabul etmektedir.<sup>206</sup> Ayrıca ona göre, icmâ', bilinmesi zorunlu olan alanlarda olmak zorundadır.<sup>207</sup>

Bunun dışında, Şafii'ye göre bir bölgenin icmâ'ı, bütün ümmetin icmâ'ı olarak kabul edilemez. Bu yüzden Şafii, Medinelilerin ic-

mâ'ını kabul etmez.<sup>208</sup> Bu halkın icmâ'ının sadece kendilerini ilgilendirdiğini, Medinelilerden bazılarının dahi buna itiraz ettiğini söyler.<sup>209</sup>

## c. Kıyas

Şafii'nin *er-Risâle*'de ele aldığı son kaynak kıyastır. Muhtelif kıyas bölümünde<sup>210</sup> Şafii, kıyasın tanımını vererek bahsi açar. Ona göre kıyas "*Müslümanın karşılaştığı her olayın kesin bir hükmü vardır ya da hakka götürmek için onda yol göstericilik bulunmaktadır. Eğer belli bir hükmü varsa, Müslümanın ona uyması gerekir. Ama belli bir hüküm yoksa içtihat yoluyla hükme ulaştırılacak yol izlenir. Bu da kıyastır.*"<sup>211</sup>

Tanımdan da anlaşılacağı gibi Şafii, içtihat ile kıyası bir anlamda kullanmıştır. Zaten tanım yapmadan önce kıyas ve içtihadın bir anlama gelen iki isim olduğunu belirtir.<sup>212</sup>

Şafii'ye göre kıyasa, nass hükmü bulunmadığı durumlarda başvurulur ancak kıyas nass'dan bağımsız değildir.<sup>213</sup> Ona göre kıyas iki türdür. Bunlardan birinci tür kıyasta ferî konu, aslın manasındadır<sup>214</sup>, yani Kitap ve Sünnet'te yer alan bir asıl ile aynı illeti taşır.<sup>215</sup> Bu durumda kıyas farklılık göstermez.<sup>216</sup> İkinci tür kıyasta ise bir konu birden fazla asla benzer. Bu durumda ise ele alınan olay, daha çok benzerlik gösteren ve elverişli olana kıyas edilir.<sup>217</sup>

Kıyas yapacak kişinin belirli bir ehliyete sahip olması gerekir. Şafii bu ehliyetin ne olduğunu ve kıyas yapacak kişide aranacak şartları açıklar. Genel olarak incelediğimizde, kıyas

<sup>202</sup> A.g.e., s. 105.

<sup>203</sup> A.g.e., s. 105.

<sup>204</sup> İbrahim Kâfi Dönmez, "İcmâ", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 21, 2000, s. 417.

<sup>205</sup> Şafii, a.g.e., s. 320.

<sup>206</sup> Dağcı, s. 113.

<sup>207</sup> A.g.e., s. 113.

<sup>208</sup> A.g.e., s. 113.

<sup>209</sup> Ebu Zehra, a.g.e., s. 556.

<sup>210</sup> Şafii, a.g.e., s. 323-328; kıyas için ayrılmış bölüm dışında Şafii, eserin birçok yerinde kıyastan bahseder.

<sup>211</sup> Şafii, a.g.e., s. 323.

<sup>212</sup> A.g.e., s. 323.

<sup>213</sup> Dağcı, s. 114.

<sup>214</sup> Şafii, a.g.e., s. 324.

<sup>215</sup> Soner Duman, "Şafii'nin Hukuk Metodolojisinde Kıyas Kavramının Anlam ve Kapsamı", *Ekev Akademi Dergisi*, Sayı: 42, Kış 2010, s. 153.

<sup>216</sup> Şafii, a.g.e., s. 324; Duman, s. 153.

<sup>217</sup> Şafii, a.g.e., s. 324; Duman, s. 153.



yapacak kişi için çok sıkı şartlar belirlediğini görürüz. Şafîî'ye göre kıyas yapacak olan kişi:

- Kıyas için gerekli şartlara tam olarak sahip olmalıdır. Bu şartlar ise, Kitap'ın hükümlerini, farzını, edebi yönünü, nasihini ve men-suhunu, genelini [âmm], özelini [hâss] ve irşad yöntemini bilmekle sağlanır.
- Kendisinden önce geçmiş olan sünneti, selefın görüşlerini, icmaları, ihtilafları bil-meli ve Arap diline hâkim olmalıdır.
- Akli sağlam olmalı, benzer şeyler arasın-daki farkları ayırt edebilmeli ve fetva ver-medede aceleci olmamalıdır.
- Kendisine muhalefet eden kişileri dinle-mekten çekinmemelidir. Çünkü onları din-lediğinde gaflete düşmekten kurtulur ve doğruyu daha iyi tespit eder.
- İnsafılı kişiliğe sahip olmalıdır. Çünkü kıyas yaparken bütün gayretini harcamalı ve ulaştığı görüşün terk ettiği görüşten daha üstün olduğuna inanması için insaf önemlidir.
- Akli tam olmalı ve bahsedilen konuya vakıf olmalıdır. Mesela akli başında bir fakihin, çarşı hakkında bilgi sahibi olmadan, para-nın değeri ile ilgili fikir beyan etmesi caiz değildir.
- Söylenenleri ezberleyerek değil, hakkıyla bilmeli. Çünkü ezberleyerek mananın aslını tam olarak kavrayamaz. Bu yüzden Arap dilini çok iyi bilerek ezber yapmadan kıyas etmelidir.<sup>218</sup>

Ehliyet konusunu açıkladıktan sonra Şafîî, kıyasın nasıl yapılacağını izah eder. Kıyas için öncelikle Allah'ın Kitabı'na kıyas yapılır. Eğer kıyas yapma imkânı yoksa Sünnet'e ve buraya da kıyas yapma imkânı olmazsa önceki fakih-lerin geneli tarafından benimsenen ve muhali-fi olmayan görüşe kıyas yapılır.<sup>219</sup>

#### d. Diğer İctihadi Deliller

Yukarıda zikredilen kaynaklar dışında, Şa-fîî'nin usulü ile ilgili söylenmesi gereken en önemli şey, onun *istihsana* karşı olan tavrıdır.

<sup>218</sup> Şafîî, a.g.e., s. 339-340; Duman, s. 152; Şâfiî, a.g.m. s. 408.

<sup>219</sup> Şafîî, a.g.e., s. 340; Duman, s. 151; Dağcı, s. 114.

İstihsan, sözlük anlamı olarak "bir şeyi güzel bulmak, güzel saymak, güzel olduğuna inan-mak" anlamlarına gelir.<sup>220</sup> Daha geniş anlamın-da ise istihsan dört şekilde tarif edilmiştir:

1. Kıyası terk edip, insanlar için en uygun olanını almak,
2. Kişinin ve toplumun maruz kaldığı olumsuz durumlar karşısında kolaylığı tercih etmek,
3. Genişliğe göre hareket etmek ve kolaylığı tercih etmek,
4. Müsamaha ve ruhsat esasına göre hareket etmek.<sup>221</sup>

İstihsan, Hanefiler, Malikiler, Hanbeler ve Zeydilerin içinde bulunduğu topluluğa göre şeri delillerden birisidir. Buna karşılık başta İmam Şafîî ve onun mezhebine bağlı olanlar ve İmamiyye ekolüne göre ise istihsan şeri bir delil değildir.<sup>222</sup>

Şafîî, *er-Risâle*'nin muhtelif bir bölümünde istihsandan bahseder. Ona göre istihsan nass-lar, icma ve kıyastan sayılmadığından vacip değildir ve bu yüzden buna göre fetva vermek de caiz değildir.<sup>223</sup> Görüşünün özetini ise şu şekilde açıklar: "İstihsan, ancak zevke göre fetva vermektir. Haberleri [nassları] bilen ve onlara kıyas yapmaya akli eren kimse ancak istihsana göre fetva verebilir."<sup>224</sup>

Şafîî'nin istihsan ile ilgili eleştirileri şu şe-kildedir.

- Allah, Kur'an'da "*İnsan başıboş [südü] bırakıldığını mı sanıyor?*"<sup>225</sup> demiştir. Tefsir-ciler ise, südü'nün başıboş olma, emre ve nehye muhatap olmayan kimse anlamına geldiği hususunda ittifak hâlinindedirler. Bu yüzden bir kişinin kendisini südü konumu-na koyup dilediğini söylemesi caiz değildir. Bunu yaparak Kur'an ve Sünnet'in ge-

<sup>220</sup> Ali Pekcan, "Şafîî İstihsan Yapmış mıydı?", *Dinbilimle-ri Akademik Araştırma Dergisi III*, Sayı: 3, 2003, s. 145; Ali Bardakoğlu, "İstihsan", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 23, 2001, s. 339.

<sup>221</sup> Pekcan, s. 145; ayrıca geniş bilgi için bkz.: Bardakoğlu, a.g.m. ve Şafîî, a.g.m.

<sup>222</sup> Pekcan, s. 147; Bardakoğlu, s. 344 vd.

<sup>223</sup> Şafîî, a.g.m., s. 399.

<sup>224</sup> A.g.e., s. 338.

<sup>225</sup> Kıyame, 75/36.

tirdiğine, kendisinden önce gelenlerin icmâ'ına aykırı gitmiş olur.<sup>226</sup>

- İtaat, ancak Allah ve Resulü'ne olabilir. Allah, Kur'an'da "*Rasul size neyi emretmişse onu alın, size neyi yasaklarsa ondan sakının.*"<sup>227</sup> buyurmuştur. Bu yüzden kişilerin nass'dan ayrılması caiz olamaz.<sup>228</sup>
- Allah, Peygamber'e "*Rabbinden sana vahy edilene uy!*"<sup>229</sup> ve "*Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet!*"<sup>230</sup> buyurmuştur. Peygamber ise ashaba "*Allah'ın size emir buyurduğu hiçbir şeyi bırakmaksızın onu size emrettim, size yasakladığı her şeyi ben de size yasakladım.*"<sup>231</sup> demiştir. Buradan anlaşılıyor ki Peygamber istihsan ile hükmetmemiştir. Eğer bir kimsenin istihsan ile hüküm vermesi caiz olsa idi bu kişi şüphesiz Peygamber olurdu.<sup>232</sup>
- İstihsanın belli bir ölçüsü ve kaidesi yoktur. Bu durum ise başıboşluğa sebep olur. Ancak kıyas böyle değildir. Kıyas belli bir kaideye dayanır.<sup>233</sup>

İstihsan'a karşı bu kadar net tavır sergileyen Şafîî, bazı durumlarda istihsan yapmak zorunda kalmıştır. Yaptığı bu istihsanı da belirtmiştir.<sup>234</sup>

## SONUÇ

Sonuç olarak, İmam Şafîî, kendisinden sonra gelecek olan müçtehitlere yol göstermiştir. Koyduğu usul kuralları, mezhebi hâlen günümüzde devam etmektedir. 54 senelik hayatında onlarca eser yazan, yazdıran, ilim için bulunduğu bölgeyi karış karış gezen Şafîî, Fık-

hı sistemleştirmiş ve İslam Hukuku alanında çok büyük bir iş başarmıştır.

## Kaynakça

- Aybakan, Bilal; "**Şafîî**", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 38, 2010.
- Bardakoğlu, Ali; "**İstihsan**", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 23, 2001.
- Bedir, Murteza; "**er-Risâle**", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 35, 2008.
- Coulson, Noel J.; "**Muhammed b. İdrîs eş-Şafîî**", Çev.: Abdurrahman Haçkallı, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 10, 1998.
- Çetin, Abdurrahman; "**Nesh**", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 32, 2006.
- Dağcı, Şamil; "**İmam Şafîî'nin Hayatı ve Fıkıh Usulü İlimindeki Yeri**", *Diyanet İlmî Dergi*, Cilt 32, sayı: 2, Nisan-Mayıs-Haziran 1996.
- Dönmez, İbrahim Kâfi; "**İcmâ**", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 21, 2000.
- Duman, Soner; "**Şafîî'nin Hukuk Metodolojisinde Kıyas Kavramının Anlam ve Kapsamı**", *Ekev Akademi Dergisi*, Sayı: 42, Kiş 2010.
- Ebü Zehra, Muhammed; *İslam'da Siyasî, İtikadî ve Fikhî Mezhepler Tarihi*, Çev.: Abdülkadir Şener vd., Hisar Yayınları, t.y. İstanbul.
- Eş-Şafîî, Muhammed b. İdrîs; "**İstihsânın İptali**", Çev.: Osman Şahin, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 16, 2003.
- Hamidullah, Muhammed; "**Şafîî'nin Hukuk İlimine Katkısı**", Çev.: Menderes Gürkan, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 11, 2008.
- Pekcan, Ali; "**Şafîî İstihsan Yapmış mıydı?**", *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi III*, Sayı: 3, 2003.
- Şafîî, İmam; *Divan: İmam Şafîî'nin Şiirleri*, Çev.: A. Ali Ural, Şûle Yayınları, İstanbul, 2006.
- ; *El-Umm: Şafîî Fikhî Külliyyatı*, Çev.: Musa Özdemir, Buruc Yayınları, İstanbul, 2011.

<sup>226</sup> Ebu Zehra, a.g.e., s. 563; Şafîî, a.g.m., s. 400; Pekcan, s. 158.

<sup>227</sup> Maide, 5/6.

<sup>228</sup> Şafîî, a.g.m., s. 401; Ebu Zehra, a.g.e., s. 563.

<sup>229</sup> En'am, 6/106.

<sup>230</sup> Maide, 5/49.

<sup>231</sup> Şafîî, a.g.m., s. 402.

<sup>232</sup> Ebu Zehra, a.g.e., s. 563; Şafîî, a.g.m., s. 400-402.

<sup>233</sup> Ebu Zehra, a.g.e., s. 563; Şafîî, a.g.e., s. 338 vd.

<sup>234</sup> Şafîî'nin ve kendisinden sonra gelen Şafîî âlimlerin yaptıkları istihsanla ilgili örnekler için bkz.: Pekcan, s. 166 vd.

# *Medine Vesikası Ekseninde İslam'ın Rolü: Hakem mi, Hâkim mi?*

Nurdan ÇİÇEK



## GİRİŞ

Ülkemizde Medine Vesikası'nın gündeme gelişi 1990'ların başına tekabül etmektedir. 90'lı yıllarda sol ve liberal kanatlarda tartışılmaya başlanan; sivil toplum, çok hukukluluk, birlikte yaşama gibi toplumsal projelere karşı Medine Vesikası, İslamcı entelektüellerin temel argümanları arasında yer almıştır. İslam'ın, farklılıkları koruyarak birlikte yaşayabilme projesini içinde barındırdığı tezi Medine Vesikası ekseninde Ali Bulaç başta olmak üzere konuyla ilgili farklı düşünen İslamcı yazarlarca da tartışılmaya çalışılmıştır. *Birikim* dergisinde; "Totalitarizm", "Hukuk Devleti", "Yeni Bir Toplumsal Projesi", "Sivil Toplum Arayışı" gibi Medine Vesikası'na da göndermeler taşıyan bazı başlıklar, İslamcı yazarlardan farklı bir değerlendirmeyle birçok yazar tarafından ele alınmıştır. Medine Vesikası'nın 90'lı yıllarda geniş bir kavramsal çerçevede içinde tartışılması konu ile ilgili günümüz tartışmalarına da geniş bir literatür zemini sağlamıştır.

Biz bu makalede, Medine Vesikası üzerinden yürütülen güncel tartışmalara gelmeden önce, Vesika'nın tarihsel değerine, içeriğine, hangi şartlarda doğup hangi ihtiyaçlara cevap verdiğine değinip, sonrasında *Birikim* dergisi ve diğer çevrelerde ortaya çıkan tartışmaları ele alacağız. Son olarak, 90'lı yıllarda Vesika ekseninde İslamcı yazarlar arasında cereyan eden "Hakem mi, yoksa Hâkim mi?" sorusuna verilen cevaplar çerçevesinde İslam'ın rolünü tartışacağız.

## MEDİNE VESİKASININ DEĞERİ, TARİHSEL SÜRECİ VE TEMEL İLKELERİ

### 1. Medine Vesikasının Değeri

İslam tarihi içinde gelişen bütün hareket ve oluşumlar Kur'an-ı Kerim'e ve Hz. Peygamber (s.)'in uygulamalarına dayanarak gelişme göstermiştir. Bu bağlamda Asrı Saadet dönemi, günümüze değin tarihî bir gerçeklik olarak başvuru kaynağı niteliğinde Müslümanların en temel argümanı olmuştur. Asrı Saadet'in en önemli olayları arasında yer alan ve birçok tartışmanın Müslümanlarca referans kaynağını oluşturan Medine Vesikası'nın günümüze kimler vasıtasıyla ulaştığına göz attığımızda, Vesika'yı kayıt altına alan ilk kişi olarak İbn-i İshak'ı buluyoruz. İbn-i İshak'ın *Siyer* çalışmasını temel alan ve genişleten İbn-i Hişam, Vesika'ya tam metin olarak *es-Siretü'n-Nebevîyye* adlı eserinde yer vermiştir.<sup>1</sup> Günümüze geldiğimizde ise, Batı bilim çevrelerine Medine Vesikası'nı tanıtan Alman oryantalist Wellhausen olmuştur. Muhtemelen Wellhausen'in *Skizzen und Vorarbeiten* adlı kitabının 1899'da yayımlanmasından sonra, yine Alman Grimme, İtalyan Ceantani, Buhl, Wensick, Korehl, Ranke, Müller ve Guillaume adlı yazar ve araştırmacıların da dikkatini çekmiş, Vesika ile ilgili yayınlarda hissedilir bir artış olmuştur.<sup>2</sup> Vesika'nın İslam dünyasında güncellik kazanması Prof. Dr. M. Hamidullah ile olmuş, Prof.

<sup>1</sup> İbn-i Hişam, *Siret-i İbn-i Hişam İslam Tarihi*, 1. cilt, İstanbul, 2006, s. 11.

<sup>2</sup> T. Bora-M. Gültekinçil, *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce*, 6. cilt, İstanbul, 2009, s. 503.

Dr. Salih Tuğ ve Mustafa Asım Köksal'ın çevirileriyle Vesika Türkçede yer almıştır.

## 2. Medine Vesikasının Tarihi Süreci

İslam tarihinde hicreti hazırlayan şartlara baktığımızda İslam'ın Mekke'de Kureyş kabilelerinin arasında yayılmaya başladığı yıllarda Kureyşlilerin gittikçe artan Müslüman nüfustan rahatsız olarak güçlerinin yettiği Müslümanlara işkence etmeye başladıklarını, zulümlerini Hz. Muhammed (s.)'i ölümle tehdit etmeye kadar vardıklarını okuyoruz.<sup>3</sup>

Bu aşamada Hz. Muhammed (s.)'in onların zulümlerine fiili bir karşılık verme imkânı bulunmadığından, sahabelerinden güç yetirenlerin Habeşistan'a hicret etmelerini emretmiştir. Daha sonraki yıllarda da Yesrib'e (Medine'ye) yapılan hicrete bizzat iştirak ederek, miladi 622 yılında Medine'ye yerleşmiştir.<sup>4</sup> Medine'ye muhacir olarak gelmiş olan Hz. Muhammed (s.) Medine'de tam bir boşluk ve kaos ile karşılaşmıştır. Hz. Ayşe'nin bu kaos ve yıllarca süren savaş ortamını kast ederek "Yevmu Buas (Evs ve Hazreç arasındaki savaş) Allah'ın Elçisi Muhammed'e bir armağanıydı. Rasulullah geldiğinde (Medine ahali) gruplara bölünmüş, ileri gelenleri öldürülmüş veya yaralanmışlardı. Allah onların İslam'a girmesiyle Elçisi'ne lütufta bulunmuş oldu" diye söylediği rivayet edilmektedir.<sup>5</sup> (alıntılanan Bulaç, 1992, s. 104) Hz. Muhammed (s.) Medine'ye gelişinden yaklaşık beş ay sonra bu kaos ortamında Mekkeli muhacirlerin daha fazla mağdur olmaması ve Medineli Müslümanlarla arasındaki kardeşlik bağlarını kopmaz bağlarla bağlamak adına Ensar ve muhacirlerden bütün aile başkanlarının katıldığı bir toplantı düzenleyerek Mekkeli muhacirler ve Medineli Ensar arasında sosyal ve ekonomik bağları kuvvetlendirecek kardeşlik anlaşması tesis etti. 186 Mekkeli muhacir aileyi, bir o kadar Medineli Ensar ailenin yanına yerleştirdi.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> İbn-i Hişam, a.g.e., 2. cilt, s. 397.

<sup>4</sup> İhsan Süreyya Sırma, *Medine Vesikası Işığında Yahudi Meselesi*, İstanbul, 2009, s. 35.

<sup>5</sup> Ali Bulaç, "Medine Vesikası Hakkında Genel Bilgiler", *Birikim*, Haziran 1992, Sayı 38, s. 104.

<sup>6</sup> M. Hamidullah, *İslam Peygamberi*, İstanbul 2008, s. 162.

Ancak kuşkusuz Medine, Müslümanlardan ibaret değildi. Onun kadim sakinleri Yahudiler ve Müslümanlığı kabul etmemiş Araplar da vardı. Hz. Muhammed (s.)'in önünde bütün bu sosyal blokları anlaşdırıp birleştirmek ve bir arada yaşamanın formülünü bulmak gibi önemli bir sorun vardı. Peki, bunu nasıl yapacaktı? Öyle anlaşılıyor ki, Hz Muhammed, Medine'nin sosyal, dinî ve demografik yapısını ortaya çıkarmakla işe başladı. Ve bu amaçla, o günkü gelenekler için hayli yabancı olan bir teşebbüse girişerek nüfus sayımının yapılması ve şehir sakinlerinin tek tek (erkek, kadın, çocuk, yaşlı) bir deftere yazılmasını istedi. Huzeyfe (r.)'den gelen rivayette "Allah'ın elçisi bize: Din olarak İslam'ı seçen ve Müslüman olan kimselerin isimlerini (tek tek) yazıp getiriniz dedi. Biz de ona 1500 kişinin ismini yazıp verdik." diye belirtilmektedir.

Nüfus sayımı sonucunda Medine'de 10.000 kişinin yaşadığı, bunlardan 1.500 kişinin Müslüman, 4.000 kişinin Yahudi ve 4.500 kişinin de müşrik Arap olduğu anlaşılmıştır. Hz. Muhammed'in ikinci adımı Medine'nin doğal şehir sınırlarını tayin etmek olmuştur. Hz. Muhammed Medine'nin dört bir köşesine birer işaret koyarak şehir sınırlarını tayin etmiş, bu sınırlar içinde kalan bölge Vesikanın 39. maddesinde "Yesrib (Medine) vadisinin içindeki alan (cevf), korunmuş (haram)" olarak yer almıştır.<sup>7</sup>

Hz. Muhammed (s.) giriştiği bu işlerle mevcut grupları ideal bir hukuk ekseninde toplamayı hedeflemiştir. Bu hukuki alt yapıyı oluşturmadan önce bulunduğu yerin şartlarını en iyi şekilde tahlil etmeye gayret göstermiştir. Yahudi, müşrik Arap veya Müslüman gibi ayrılıkları kaldırarak bir tek şehir ahali kavramını oluşturmuş ve onları bir şehir devlet teşkilatı içinde kaynaştırmıştır. Ragıp Ege ise "Medine Vesikası mı, Hukuk Devleti mi?" adlı makalesinde oryantalist Wensinck ve Wellhausen'den alıntılanmış bilgilerde özetle; Hz. Muhammed (s.)'in Mekke evresinde İslam'ı; Yahudiliği olgunlaştırarak, tamamlayarak sürdüren bir din biçiminde sunduğunu ve bunun sonucunda da Medineli Yahudilerin yeni dine girebileceklerine içtenlikle inandığını belirtmiştir. Ancak Hz. Muhammed'in, düşündüğü gibi

<sup>7</sup> Bulaç, a.g.m., s. 105.

Yahudilerin İslam'a girmemeleri neticesinde Mekke'ye karşı yeni bir strateji saptaması gerekliliğine inandığına ve Medine Vesikası'nı bu düş kırıklığı içerisinde hazırladığına kanaat getirmiştir. Hz. Muhammed (s.)'in bu düş kırıklığı sonucunda Yahudilerle din temelli bir birlik kurulamayacağını anlayınca etkinliğini iki yönde geliştirdiği ifade edilmiştir. Birincisi, İslam'ı elden geldiğince kesin bir biçimde Yahudilikten ayırmak, yeni dininin indirgenemezliğini vurgulamaktır. İkincisi ise, Medine'de siyasi bir birlik kurmadıkça Mekke'ye karşı bir hareket geliştiremeyeceğini bilen Hz. Muhammed (s.)'in, Medine'deki Yahudi ve müşriklerle imzaladığı vesikayı dinsel öğelerden arındırarak siyasi bir tabanda düzenlemeye gittiğini iddia etmektedir.

Medine Vesikası'nın oluşum sürecine farklı eleştiriler getiren oryantalist Wellhausen ve Wensinck'in yaklaşımlarındaki eksiklik, Hanif dinleri tarihsel süreci içinde ele aldığımızda bir önceki anlayışı ilga ettiğini ve kendini, cahiliye diye tanımladığı şartlardan kesin ve belirgin çizgilerle ayırdığı gerçekliğini göz ardı etmesidir. Hz Muhammed (s.)'e kendi tarihsel süreci içerisinde diğer peygamberlerden farklı davranmayarak vahyin bütün peygamberlere yüklediği temel (tebliğ, beyan, tezkiye) vazifeleri neticesinde bulunduğu yerin mevcut batıl şartlarıyla uzlaşmamış, Rabbanî ilkeler doğrultusunda iktidarını inşa edeceği en uygun yeri seçmiştir. Hamidullah'ın ifadesiyle de Hz. Muhammed (s.)'in ideal bir hukukçu gibi hareket ederek hicret ettiği bu yerde yazılı ilk devlet anayasasını vazedmiştir.<sup>8</sup>

Hamidullah'ın Medine Vesikasını "Anayasa" olarak sunmasını, modern anayasa bağlamında değerlendiren hukukçulardan Hüseyin Hatemi, Hamidullah'dan farklı olarak Vesika'nın Kur'an-ı Kerim'in kapsayıcılığı yanında çok kısıtlı bir metin olduğunu, bu hâliyle bir anayasa değil de yönetmelik özelliği taşıdığını belirtmiştir.<sup>9</sup> Vesika'nın niteliği konusundaki tartışmalardan çıkan sonuç ise Vesika'nın hukuki bir metin olduğunun şüphesiz olduğu, farklı paradigmalardan ekseninde değerlendirildi-

ğinde farklı hukuki nitelere denk düştüğü ve Vesika'nın tarihi açıdan fani olmasına rağmen, ruhunun baki olduğudur.<sup>10</sup> Hamidullah'ın *İslam Anayasa Hukuku* kitabında yer verdiği, Medine Vesikası metni şudur:

## MEDİNE VESİKASI

- 1) Bu kitap (yazı), Peygamber Muhammed tarafından Kureyşli ve Yesribli müminler ve Müslümanlar ve bunlara tabi olanlarla yine onlara sonradan iltihak etmiş olanlar ve onlarla beraber cihad edenler için (olmak üzere tanzim edilmiştir).
- 2) İşte bunlar, diğer insanlardan ayrı bir ümmet (câmi'a) teşkil ederler.
- 3) Kureyş'ten olan Muhacirler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, kan diyetlerini ödemeye iştirak ederler ve onlar harp esirlerinin fidye-i necatını müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre ödemeye iştirak edeceklerdir.
- 4) Benû 'Avf'lar kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye iştirak edeceklerdir ve (Müslümanların teşkil ettiği) her zümre (tâife) harp esirlerinin fidye-i necatını müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre tediye iştirak edeceklerdir.
- 5) Benû Hârisler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her bir zümre, harp esirlerinin fidye-i necatını, müminler arasında iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre tediye iştirak edeceklerdir.
- 6) Benû Sâide'ler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her zümre, harp esirlerinin fidye-i necatını, müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre tediye iştirak edeceklerdir.

<sup>8</sup> M. Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, İstanbul 2005, s. 98.

<sup>9</sup> Hüseyin Hatemi, "Sivil Toplum Değil Adalet Devleti", *İktibas*, 2010 Ağustos, Sayı 380.

<sup>10</sup> A. Güneş, "Medine Vesikasının İslam Hukuku Açısından Kaynak Değeri", *EKEV Akademi* dergisi, Sayı 34, s. 211.

- 7) Benû Cuşem'ler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her zümre harp esirlerinin fidye-i necatını, müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.
- 8) Benû'n-Neccâr'lar, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her zümre, harp esirlerinin fidye-i necatını, müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.
- 9) Benû 'Amr İbn 'Avf'lar, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her bir zümre, harp esirlerinin fidye-i necatını, müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.
- 10) Benû'n-Nebî'ter, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her bir zümre, harp esirlerinin fidye-i necatını, müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.
- 11) Benû'l-Evs'ler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her bir zümre, harp esirlerinin fidye-i necatını, müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.
- 12) **A)** Müminler, kendi aralarında ağır malî mesuliyetler altında bulunan hiç kimseyi (bu hâlde) bırakmayacaklar, fidye-i necat veya kan diyeti gibi borçlarını iyi ve makul bilinen esaslara göre vereceklerdir.
- 12) **B)** Hiçbir mümin, diğer bir müminin mevlâ (kendisi ile akdi kardeşlik râbitası kurulmuş kimse) sına mûmâna'at edemez. [Diğer bir okunuşa göre: Hiçbir mümin diğer bir müminin mevlâsı ile, onun aleyhine olmak üzere bir anlaşma yapamayacaktır.]
- 13) Takva sahibi müminler, kendi aralarında mütecevize ve haksız bir fiil ikaini tasarlayan yahut bir cürüm yahut bir hakka tecavüz veyahut da müminler arasında bir karışıklık çıkarma kasdını taşıyan kimseye karşı olacaklar ve bu kimse onlardan birinin evlâdı bile olsa, hepsinin elleri onun aleyhine kalkacaktır.
- 14) Hiçbir mümin bir kâfir için, bir mümini öldüremez ve bir mümin aleyhine hiçbir kâfire yardım edemez.
- 15) Allah'ın zimmeti (himâye ve teminatı) bir tekdir; (müminlerin en ehemmiyetsizlerinden birinin tanıdığı himâye) onların hepsi için hüküm ifade eder. Zira müminler, diğer insanlardan ayrı olarak birbirlerinin mevlâsı (kardeşi) durumundadırlar.
- 16) Yahudilerden bize tâbi olanlar, zulme uğramaksızın ve onlara muarız olanlarla yardımlaşılmaksızın, yardım ve müzaheretimize hak kazanacaklardır.
- 17) Sulh, müminler arasında bir tekdir. Hiçbir mümin Allah yolunda girişilen bir harpte, diğer müminleri hariç tutarak, bir sulh anlaşması akdedemez; bu sulh, ancak onlar (müminler) arasında umumiyet ve adalet esasları üzere yapılacaktır.
- 18) Bizimle beraber harbe iştirak eden bütün (askerî) birlikler, birbirleriyle münavebe edeceklerdir.
- 19) Müminler, birbirlerinin Allah yolunda (uğrunda) akan kanlarının intikamını alacaklardır.
- 20) **A)** Takva sahibi müminler, en iyi ve en doğru yol üzerinde bulunurlar.
- 20) **B)** Hiçbir müşrik, bir Kureyşlinin mal ve canını himâyesi altına alamaz ve hiçbir mümine bu hususta engel olamaz (yani Kureyşliye hücum etmesine mani olamaz).
- 21) Herhangi bir kimsenin, bir müminin ölümüne sebep olduğu katî delillerle sabit olur da maktulün velisi (hakkını müdafaa eden) rıza göstermezse, kısas hükümlerine tabi olur; bu hâlde bütün müminler ona karşı olurlar. Ancak bunlara, sadece (bu kaidenin) tatbiki için hareket etmek helâl (doğru) olur.
- 22) Bu sahife (yazı)nın muhteviyatını kabul eden, Allah'a ve ahiret gününe inanan bir

- müminin bir katile yardım etmesi ve ona sığınacak bir yer temin etmesi helâl (doğru) değildir; ona yardım eden veya sığınacak bir yer gösteren kıyamet günü Allah'ın lânet ve gazabına uğrayacaktır ki o zaman artık kendisinden ne bir para te-diyesi ve ne de bir taviz alınacaktır.
- 23)** Üzerinde ihtilâfa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir.
- 24)** Yahudiler, müminler gibi, muharebe devam ettiği müddetçe (kendi harp) masraflarını karşılamak mecburiyetindedirler.
- 25) A)** Benû 'Avf Yahudileri, müminlerle birlikte [İbn Hişâm'da bu, "ma'a" (=ile) olarak, Ebû Ubeyd'de ise "min" (=den) olarak zikredilir] bir ümmet (câmi'a) teşkil ederler. Yahudilerin dinleri kendilerine, müminlerin dinleri kendilerinedir. Buna gerek mevlâları ve gerekse bizzat kendileri dâhildirler.
- 25) B)** Yalnız kim ki haksız bir fiil irtikap eder veya bir cürüm ika eder, o sadece kendine ve aile efradına zarar (vermiş) olmaktadır.
- 26)** Benû'n-Neccâr Yahudileri de Benû 'Avf Yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaktırlar.
- 27)** Benû'l-Hâris Yahudileri de Benû 'Avf Yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaktırlar.
- 28)** Benû Sâ'ide Yahudileri de Benû 'Avf Yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaktırlar.
- 29)** Benû Cuşem Yahudileri de Benû 'Avf Yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaktırlar.
- 30)** Benû'l-Evs Yahudileri de Benû 'Avf Yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaktırlar.
- 31)** Benû Sa'lebe Yahudileri de Benû 'Avf Yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaktırlar. Yalnız kim ki haksız bir fiil irtikap eder veya bir cürüm ika eder, o sadece kendini ve aile efradına zarar vermiş olacaktır.
- 32)** Cefne (ailesi) Sa'lebenin bir kolu (batn) dur; bu bakımdan Sa'lebeler gibi mülâhaza olunacaklardır.
- 33)** Benû'ş-Şuteybe de Benû 'Avf Yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaktırlar. (Kaidelere) muhakkak riayet edilecek, bunlara aykırı hareket olmayacaktır.
- 34)** Sa'lebe'nin mevlâları, bizzat Sa'lebeler gibi mülâhaza olunacaklardır.
- 35)** Yahudilere sığınmış olan kimseler (Bitâne), bizzat Yahudiler gibi mülâhaza olunacaklardır.
- 36) A)** Bunlar (Yahudiler)dan hiçbir kimse (Müslümanlarla birlikte bir askerî sefere), Muhammed'in müsaadesi olmadan çıkamayacaktır.
- 36) B)** Bir yaralamanın intikamını almak yasak edilemeyecektir. Muhakkak ki bir kimse bir adam öldürecek olursa neticede kendini ve aile efradını mesuliyet altına sokar; aksi hâlde haksızlık olacaktır (yani bu kaideye riayet etmeyen bir kimse haksız vaziyette olacaktır). Allah bu yazıya en iyi riayet edenlerle beraberdir.
- 37) A)** (Bir harp vukuunda) Yahudilerin masrafları kendi üzerine ve Müslümanların masrafları kendi üzerindedir. Muhakkak ki bu sahifede (yazıda) gösterilen kimselere harp açanlara karşı, onlar kendi aralarında yardımlaşacaklardır. Onlar arasında hayırhahlık ve iyi davranış bulunacaktır. (Kaidelere) muhakkak riayet edilecek, bunlara aykırı hareketler olmayacaktır.
- 37) B)** Hiçbir kimse müttefikine karşı bir cürüm ika edemez; muhakkak ki zulmedilene yardım edilecektir.
- 38)** Yahudiler Müslümanlarla birlikte, beraberce harp ettikleri müddetçe masrafta bulunacaklardır.
- 39)** Bu sahifenin (yazının) gösterdiği kimse lehine Yesrib vadisi dâhili (cevf), haram (mukaddes) bir yerdir.
- 40)** Himâye altındaki kimse (câr), bizzat himaye eden kimse gibidir; ne zulmedilir ve ne de (kendisi) cürüm ika edecektir.
- 41)** Himâye verme hakkına sahip kimselerin izni müstesna, bir himâye hakkı verilemez.
- 42)** Bu sahifede (yazıda) gösterilen kimseler arasında zuhurundan korkulan bütün öl-

dürme yahut münazaa vakalarının Allah'a ve Resulullah Muhammed'e götürülmesi gerekir. Allah bu sahifeye (yazıya) en kuvvetli ve en iyi riayet edenlerle beraberdir.

- 43) Ne Kureyşliler ve ne de onlara yardım edecek olanlar, himâye altına alınmayacaklardır.
- 44) Onlar (Müslümanlar ve Yahudiler) arasında, Yesrib'e hücum edecek kimselere karşı yardımlaşma yapılacaktır.
- 45) A) Şayet onlar (Yahudiler), (Müslümanlar tarafından) bir sulh akdetmeye veya bir sulh akdine iştirake davet olunurlarsa, bunu doğrudan doğruya akdedecekler veya ona iştirak edeceklerdir. Şayet onlar (Yahudiler), (Müslümanlara) aynı şeyleri teklif edecek olurlarsa, müminlere karşı aynı haklara sahip olacaklardır; din mevzuunda girişilen harp vakaları müstesnadır.
- 45) B) Her bir zümre, kendilerine ait mıntıkadandan (gerek müdafaa ve gerekse sair ihtiyaçlar hususunda) mesuldür.
- 46) Bu sahifede (yazıda) gösterilen kimseler için ihdas edilen şartlar, aynı şekilde Evs Yahudilerine, yani onların mevlâlarına ve bizzat kendi şahıslarına, bu sahifede (yazıda) gösterilen kimseler tarafından sıkı ve tam bir muhafazakârlık ile tatbik olunur. (Kaidelere) muhakkak riayet edilecek, bunlara aykırı hareket olmayacaktır. Ve haksız şekilde kazanç temin edenler, sadece kendi nefesine zarar vermiş olurlar. Allah bu sahifede (yazıda) gösterilen maddelere en doğru ve en mükemmel riayet edenlerle beraberdir.
- 47) Bu kitap (yazı), bir haksız fiil ika eden veya cürüm işleyen (ile ceza) arasına engel olarak giremez. Kim ki bir harbe çıkar, emniyette olur veya kim ki Medine'de kalırsa yine emniyet içindedir; haksız bir fiil ve cürüm ika hâlleri müstesnadır. Allah ve Resulullah Muhammed himayelerini, (bu sahifeyi) tam bir sadakat ve dikkat içinde muhafaza eden kimseler üzerinde tutacaklardır.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, a.g.e., s. 99.

### 3. Medine Vesikası'nın Temel İlkeleri

Medine'nin adeta bir kurtarıcı beklediği, Hicri 1. yılda oluşturulan bu Vesika, Hamidullah'a göre iki farklı bölümden oluşmaktadır. 1 ile 23. paragraflar arası Müslümanlarla ilgili maddeleri, 24 ile 47. paragraflar arası ise Yahudilerle ilgili maddeleri içermektedir.<sup>12</sup> Bununla birlikte Vesika'da, Hz. Muhammed (s.)'in sadece Müslümanları değil, Vesika'ya taraf diğer dinî ve sosyal grupları da içine alan özellikle (madde 16, 20/b, 23, 36, 42, 43) maddelerde de karşımıza çıkan "hâkim söylem" Vesika'nın ruhuna işlemiştir. Vesika metnini okuduğumuzda ise içeriğine dair ilkeleri genel manada şu şekilde tasnif etmek mümkündür: Adalet, Katılım, Emniyet, Dayanışma ve Hakk/Hukukun Üstünlüğü.

**Adalet:** Vesika dönemsel konjonktüre dair vurguları içermekle birlikte, modern ceza hukuku bağlamında "evrensel" olarak niteleyebileceğimiz, suçun şahsiliği, kast/taksir ayrımı ve kanun önünde eşitlik gibi adaletin tesis edilmesinde olmazsa olmaz ilkeler olarak ifade edilen vurguları da içinde barındırmaktadır. Vesika'nın 13. maddesi bu konuda sarih bir örneklidir. Ayrıca madde 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11'de müminler arasındaki meselelerin adalet umdelerine göre çözümlenmesi gerektiğine yer verilmektedir. Madde 22'de Vesika'nın muhteviyatını kabul edenlerin, bir katile hiçbir şekilde yardım etmesinin kabul olunmayacağı kesin bir dille vurgulanmıştır.

**Katılım:** Vesika metninden, maddelerin oluşum sürecinin katılanlar arası oylama usulüncü değil, Hz. Muhammed (s.)'in kanun koyuculuğunun kabulü esasıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu kabul, bazı düşünürler tarafından iddia edildiği gibi totaliter bir oluşuma işaret etmemektedir.<sup>13</sup> Zira katılanların tek tek "adıyla çağırılması" her birinin etnik ve dinî kimliklerinin kabulü esasını taşımakta, bu bağlamda her biri teker teker zikredilmiş tarafların dinî ve hukuki özerkliğine işaret etmektedir. (Madde 25-35)

<sup>12</sup> Hamidullah, *İslam Peygamberi*, a.g.e., s. 168.

<sup>13</sup> Ali Bulaç, "İslam Niçin Bir Teokrasi Değildir", *Kitap Dergisi*, Sayı 58-60, Aralık-Ocak-Şubat 1991-1992, s. 3.



**Emniyet:** Vesika, bütün katılımcılara yekdiğerinin emniyetini korumada sorumluluk yüklemektedir. Modern ceza hukukunun fertlere sınırlı olarak verdiği haksız fiil karşısında müdafaa hakkını, Vesika taraflarına daha geniş çerçevede sunmuş hatta haksız fiil yahut cürümü def etmekle Vesika'ya bağlı herkesi mesul kılmıştır. Bu durumda Vesika ekseninde toplum şekillenirken İslam'ın genel kaidesi olan "Emr-i bi'l-ma'rûf ve nehy-i ani'l-münker" ilkesinin de yansımalarını görmekteyiz. (Madde 13, 21, 22, 47)

**Dayanışma:** Vesika genel hükümlerinde bütün katılımcılar arasında dayanışmayı sağlamayı hedeflemiştir. Vesika'nın taraflar arasındaki dayanışmaya en büyük örneği bütün katılanları "ümme" çatısı altında toplamasıdır. Zira Vesika'nın sürekli savaşların devam ettiği, aynı inanç ve ırktan kabileler arasında dahi ayrılıkların hüküm sürdüğü bir dönemde farklı dinî ve sosyal grupları "ümme" kavramı altında birleştirmesi adeta bir devrim niteliği taşımaktadır. (Madde 1, 2, 16, 25)

Bir diğer dayanışma örneği de, eskiden beri adet olan diyet ve kurtuluş fidyelerinin uygulanma şekliyle alakalıdır. Hz. Muhammed (s.)'in tartışmasız olarak devlet başkanlığı görevini üstlendiği anlaşılan<sup>14</sup> Vesika ile bu uygulamayı tekrar organize edip, onu adalet temelini üzerine yerleştirmiştir. Şayet diyet yahut fide ödemek zorunda olan kişi bunu tek başına yapamıyorsa, o takdirde vazifeleri icabı diğer kabileler, akrabalar veya komşular ona yardım etme mecburiyetindeydi. Bu kişiler de ödemeyi yapamıyorsa devlet imdada yetişmek zorundaydı.<sup>15</sup>

**Hakk/Hukukun Üstünlüğü:** Hukuk kavramı hakk kavramının çoğuludur ve adalet, katılım, emniyet, dayanışma kavramlarıyla iç içedir. Hukukun üstünlüğü de en genel manasıyla kişiler arasındaki keyfiyeti ortadan kaldırıp, bütün zemin ve şartlar altında var olan hukuk çerçevesinde hakkın ihdas edilmesinin amaçlanması anlamı taşımaktadır.

Vesika'nın tarafları, içeriği ve özellikle (madde 42, 46, 47)'de yer alan hususlarla Hz. Muhammed (s.)'in hukuku her şeyin üstünde tuttuğunu gözlemlemekteyiz. Özellikle bu konuda madde 46'daki "Allah bu vesikada gösterilen maddelere en doğru ve mükemmel şekilde riayet edenlerle beraberdir." ibaresi bunun apaçık kanıtıdır.

## MEDİNE VESİKASI EKSENİNDE YÜRÜTÜLEN TARTIŞMALAR: "HAKEM Mİ, HÂKİM Mİ?"

Vesika ekseninde yürütülen tartışmalarda, Vesika'nın oluşum sürecinde Hz. Muhammed (s.)'nin aldığı konum itibarıyla, İslam'a verilen payenin "Hakem" mi, yoksa "Hâkim" mi olduğu tartışmasında, "Hakem" ve "Hâkim" kavramları şu şekilde açıklanabilir; İslam'a biçilen rolün hakemlik olduğunu savunan (Ali Bulaç) "hakem" olmanın kanun koyuculuk olmadığı, hakem olanın danışma mercii mesabesinde olduğu beşeri eksenli bir iktidar yapısını kast etmektedir. Vesika'nın oluşum sürecinden yola çıkarak ideal bir devlet yapılanmasında İslam'a biçilen payenin "Hâkim"lik olduğunu iddia edenler ise; (A. Ağırakça, S. Çekmegil, İ. S. Sırma) İslam'ın kanun koyucu rolünü üstlendiği, hukukun beşerî değil, vahyi eksenli oluşturulduğu bir iktidar yapısına işaret etmektedir.

Medine Vesikası ekseninde şekillenen tartışmalara geçtiğimizde; Vesika'nın modern devlet algısıyla yorumlanırken anakronizme düşüldüğü yönündedir. Bir diğeri de; içeriksel tartışmalar yerine, Vesika'nın oluşum sürecindeki usulün göz ardı edilmemesi gerektiği belirtilen eleştirilerdir. Fikir planındaki değişimler ile günlük yaşantıyı düzenleyen idari ve sosyal yapının birbirine karıştırılmamasının, sosyal yapı ve idareyle ilgili sistem ve kurumların doğrudan inançla ilgili konular değil, tecrübeyle ilgili teknik konular olduğu belirtilerek, Hz. Muhammed (s.)'in, İslam'a uygun bir sosyal yapıyı oluştururken nasıl hareket ettiğine bakılması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> M. Kelebek, "İslam Hukuku Felsefesi Açısından Medine Vesikası", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi* dergisi, Sayı 4, s. 325.

<sup>15</sup> M. Hamidullah, *İlk İslam Devleti*, Beyan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 56.

<sup>16</sup> N. Yılmaz, "Medine İslam Devleti: Bir Model mi, Bir Devlet mi?", *İslami Yorum* dergisi, Sayı 4, Yaz 2010.

1980'lerin sonlarında dünyanın siyasal alanda yeniden yapılanması neticesinde, neo-liberal söylemler eşliğinde ülke gündemimizi meşgul eden sivil toplum, çok hukukluluk, birlikte yaşama gibi kavramlar sol ve İslamcı cemahtaki farklı şekillerde yorumlanmış, İslamcı cemahtaki de birbirleriyle tamamen farklı tezlerle tartışılmıştır. Örneğin; Medine Vesikası'nı o dönemde aktüel hâle getiren Bulaç, Medine Vesikası ekseninde İslam'ın, totaliter bir din olmadığını öne sürerek, sivil toplum, çok hukukluluk ve birlikte yaşama kavramlarını da Vesika ekseninde değerlendirmeye tâbi tutmuştur.<sup>17</sup>

İslam'a biçilen rolün "hakemlik" olduğunu savunan Bulaç, İslam'ın hukuk temelinde örgütlenen bireyleri ve ümmeti devletten üstün tuttuğunu ve Müslüman bireyin küçük bir ümmet, ümmetin ise büyük bir birey olduğunu ifade etmiştir. Devletin, siyasi birliğini meydana getiren "ümmetin" geniş anlamda siyasi örgütlenme olduğunu, bu siyasi birliğin çatısının çoğulcu temelde organize olan farklı din ve hukuk topluluklarıyla kurulacağını, kurulan bu devletin, ümmetin gerçek çoğulcu yapısı dolayısıyla herhangi bir resmî din görüşüne sahip olamayacağını belirtmiştir.<sup>18</sup> Ayrıca Bulaç, Vesika'yı temel alarak "siyasal hâkimiyet" alanına dair yaptığı açıklamalar, farklı ideolojideki aydınlar arasında yankı bulmuştur. İslam'ın totaliter olmadığı ve yönetim şekli olarak "farklı din ve hukuk topluluklarının katılımıyla oluşan çoğulcu" bir yapıyı öngördüğü iddiaları, ümmet ve yönetim paydasının şekillenmesi yönündeki açıklamaları üzerine Ahmet İnel, "ümmette müşrikler, dinsizler, Müslümanlar ve diğer mukaddes dinlere bağlanmış dindarlar da yer alabilecekse, o zaman yönetimin ortak paydasını hangi aşkın ilahi vahiy oluşturacaktır." diye sormaktadır. İslam'ın konumlandırılmasının hâkim değil de hakem rolünde olduğu bir yönetim şekline dair Bulaç'ın iddialarıyla ilgili şerhini, "ya İslam bir şeriat olarak kendi kendini reddetmeyi içinde barındıran bir aşkın vahye dayanır; ya da ortaklık vesikasının oluşturulması ve ümmetin adalet içinde yönetilmesi için İslam çaresiz bir bi-

çimde yetersiz kalmıştır" diye tartışmaya katılmaktadır.<sup>19</sup>

İ. S. Sırma, A. Ağırakça, S. Çekmegil gibi aydınlar da konuya farklı zaviyelerden yaklaşmalarına rağmen İslam'a biçilen hakem/katılımcı rolünün İslam adına acziyet ifade ettiği yönünde İnel ile benzer söylemler geliştirmiştir. *Birikim* dergisi etrafında yürütülen tartışmalar birbirini tamamlayan benzer iddialar ekseninde şekillenmiş, aynı derginin yazarlarından Ragıp Ege de, Medine Vesikası'nın nasıl bir hukuk devleti öngördüğüne, modern hukuk bağlamında cevap vermeye çalışmıştır. Ege, Medine Vesika'sını hukuk devleti ilkeleri ekseninde değerlendirmiş, Vesika'nın bu bağlamda, Hukuk devleti ilkelerinin el yordamıyla araştırılmasına girişilen sayısız deneylerden sadece biri olduğu iddiasında bulunmuştur. Montesquieu'nun "Gücün kötüye kullanılmasını önlemek için, özel bir düzenlemeyle gücün gücü durdurması gerekir." sözüne atıf yaparak, denetlenemeyen Peygamber algısının hukuk devletinin yapı taşlarından demokrasiyle hiçbir zaman bağdaşmayacağına altını çizmiştir.<sup>20</sup>

Bulaç'ın aynı; birlikte yaşama, çoğulculuk, sivil toplum, çoğulcu hukuk anlayışıyla şekillenen "katılımcı/hakem devlet" iddiaları ise, İslamcı cemahtaki İslam'ın demokrasiye yaklaştırılması, Yeni dünya düzenine uyum, İslamlaşma ve modernleşme gibi kavramlarla değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.<sup>21</sup>

1980'lerden itibaren radikal İslam'ın güç kazanmasının ardından "bir arada yaşama" sorunu daha başka bir mahiyet kazanmıştır. Zira İslam bu dönemden sonra "alternatif bir yaşam tarzı önerisi" olarak insanlığın gündemine yeniden girmiş, küresel sistemin kurucularında yeni gelişmeye karşı tedbir alınmasının zaruri olduğu fikrini oluşturmuş, böylece potansiyel tehdidi bertaraf etmek için, Müslümanların küresel sistem içerisinde, farklı unsurlarla nasıl "bir arada yaşayabileceği" husu-

<sup>17</sup> Ali Bulaç, "Medine Vesikası Üzerine Tartışmalar (1)", *Birikim*, Sayı 47, Mart 1993, s. 40.

<sup>18</sup> Bulaç, İslam ve Totaliter Rejim Sorunu, *Kitap Dergisi*, Sayı 57, Kasım 1991, s. 3.

<sup>19</sup> Ahmet İnel, "Ali Bulaç'ın Çoğulcu Ümmet Tasarımı Üzerine Totalitarizm, Medine Vesikası ve Özgürlük", *Birikim* dergisi, Sayı 37, Mayıs 1992, s. 29.

<sup>20</sup> R. Ege, "Medine Vesikası mı, Hukuk Devleti mi?", *Birikim* dergisi, Sayı 47, Mart 1993, s. 21.

<sup>21</sup> A. Ağırakça, "Medine Vesikasının Değeri", *Haksöz* dergisi, Sayı 23, Şubat 1993, s. 23.

sunun tartışılmaya başladığı belirtilmiştir. Bu nedenle “hoşgörü” kavramının öne çıkarıldığı “İslam demokrasiyle bağdaşır” düşüncesinin yaygınlaştırılmaya çalışıldığı tezi ileri sürülmüştür.<sup>22</sup> Medine Vesikası ya da herhangi bir İslami konu üzerine araştırma yaparken dikkat etmemiz gereken hususlara da açıklık getiren İslamcı aydınlardan Sırma, Müslümanların hedefinin Vesika'nın, Bolşevizm'in yıkılmasıyla birlikte boşlukta kalan Marksistlere ya da bu kadar yıldır bir türlü rejimlerini düze çıkarılamayan demokratlara, laiklere çıkış yolları aramak için değil, Allah'ın rızasını temin etmenin yollarını bulmak için altlık oluşturması gerekliliğini vurgulamaktadır.<sup>23</sup> Vesika ekseninde yürütülen sivil toplum tartışmalarıyla kast edilenin, İslam devletinin vatandaşı olan zimmilerin korunacağı ve onlara adil davranılacağı ifade ediliyorsa, bu sivil toplum algısının onaylanabilir olduğu belirtilmiş, ancak mevcut süregelen tartışmada Müslümanlara önerilenin durumun tâbi olunan değil de tâbi olan bir duruş olduğundan, İslam'ın farklı inanç ve ideolojilerin yer aldığı yelpazenin bir dilimine razı olmasının beklendiği belirtilmiştir.<sup>24</sup> Bu beklentinin temelinde İslam'ın, siyasi arenada var olmaktan, “radikallik”ten vaz geçmesi, İslami yaşantının “kültür” formunun dışına çıkarmaması, dinin meşrulaştırım aracı olmaktan öteye gitmemesinin istendiği gerçeği yatmaktadır.<sup>25</sup>

Vesika ekseninde 90'larda yürütülen tartışmalarda, İkinci Cumhuriyet'in cahiliyesi ve Kemalizm'in biraz daha hafifletilmiş şekli olarak nitelendirilen demokratik toplum modeline İslam'ın ortak olamayacağını altı çiziliyor, Medine Vesikası'nın güncellik kazandığı döneme de atıfta bulunularak, devletin yapılanmasında hâkim konumda olmayan İslam'ın “Yeni Cumhuriyet algısının mı, İslamizasyon'un mu, Yeni Dünya Düzeni'nin mi sonucu olduğunu soruluyor.<sup>26</sup>

Vesika'yı İslam Hukuku'nda kamusal alanlar bağlamında değerlendiren Çekmegil, insanın kendi mülkünde samimi inanışlarını yaşama arzusunun fitri, tabii bir hak olduğunu, yalnız kamusal alan diye tabir edebileceğimiz meydanların, bulvarların, umuma açık yerlerin İslam'ın mülkü olduğu, örneğin İslam'ın mülkü sayılan bu alanlarda İslam hukukunca suç teşkil eden, içkili yerlerin açılıp işletilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>27</sup>

Bu yorumlardan anlaşılacağı üzere düşüncüler, İslam'a biçilen “katılımcı”, “paydaş” rolün, İslam Hukuku'nun uygulanması ve Müslümanların sorumluluklarının eksiksiz bir şekilde yerine getirmesi açısından uygun bulmaktadır.

Medine Vesikası ekseninde dönen tartışmalara son olarak, “Türk Modernleşmesi” zaviyesinden bakıldığında; Batı uygarlığının rasyonel ve seküler ilerleme süreciyle oluşan ve anlam kazanan sivil toplumun siyasal argümanlarıyla, Vesika'nın okunamayacağı anlaşılmaktadır. Zira İslam'ın, sosyal-siyasal-kültürel ve ekonomik hayata müdahalesini, kendi kavramsallaştırma ameliyesinden değil de, sivil toplumun sistematığı içinde üretmesi, İslam'ın modern ulus devletine uyumunu kaçınılmaz kılacaktır. Liberal değişimciler tarafından dile getirilen “Devletin İslam'la barışma” tezinin Türk modernleşmesi için dinin devreye sokulması çabalarının sonucu olduğu ifade edilmektedir.<sup>28</sup>

## SONUÇ

Makalemizde genel başlıklarla ele aldığımız Vesika'ya dair; 90'lı yıllarda yürütülen tartışmalarla ilgili literatür değerlendirmesinin “siyasal hâkimiyet”in kimde olacağı noktasında kilitlendiğini görüyoruz. Makalemizin ana başlığını oluşturan “Hakem mi yoksa hâkim mi?” sorusuna verilen cevapları irdelediğimizde hakemlik ve hâkimlik kavramının çok boyutlu tartışılmadığını, İslam'a biçilen rolün hakemlik olduğunu iddia edenlerin iddialarının

<sup>22</sup> Kürşat Atalar, “Bir Arada Yaşamak Mümkün mü?”, *İslami Yorum* dergisi, Sayı 9, Bahar 2012, s. 43.

<sup>23</sup> İhsan Süreyya Sırma, “Medine Vesikasının Mevsukiyeti ile İlgili Bazı Veriler”, *Bilgi ve Hikmet* dergisi, Sayı 5, Kış 1994, s. 55.

<sup>24</sup> Ağırakça, a.g.m.

<sup>25</sup> “Dinin meşrulaştırım aracı olması” E. Okumuş'un kavramsallaştırdığı mahiyette kullanılmıştır.

<sup>26</sup> Ağırakça, a.g.m.

<sup>27</sup> M. S. Çekmegil, “Bir İçtimai Mukavele; Medine Vesikası”, *Panel* dergisi, Sayı 48, Mart-Nisan 1993, s. 50.

<sup>28</sup> Eyüp Köktaş, “Medine Vesikası: İslam'ın Çoğulculuk Referansı”, *Bilgi ve Hikmet* dergisi, Sayı 5, Kış 1994, s. 55.

basit bir okumayla liberal bir söylem içinde sıkışıp kaldığını, siyasal egemenlikte İslam'ın ancak hâkim statüsünde olabileceği iddiasında olanların da, bu hâkimiyeti "Halk"ı yani beşerî ortadan kaldırarak, salt vahye dayalı nasıl gerçekleştirecekleri noktasında konuyu verimli bir şekilde tartışmadıklarını görüyoruz. Bu bağlamda baskın iki görüşe yönelteceğimiz sorular mevcut:

- 1) İktidar oluşumunda İslam'a hâkimiyet değil de katılımcı/hakemlik statüsü öngören düşünürlerle yönelteceğimiz soru şudur: "Siyasal egemenliğin oluşumunda; çoğulcu ve katılımcı bir esasa dayanan, İslam'a da katılımcılardan biri olarak yer verilen "halk" hâkimiyetli, sabitesi vahiy olmayan iktidar fikri ile "Hüküm verenin yalnız Allah olacağı" Kur'ani kaidesiyle ne kadar uyumaktadır?
- 2) Yahut hâkimiyetini Allah'a nispet eden iktidarlar fiiliyatta ne kadar insani tercihlerden arı bir uygulama sunabiliyorlar?
- 3) Siyasi arenada Allah adına hükmetmek ile Allah'ın kanunlarıyla hükmetmek arasındaki tevhid-şirk dengesini hangi "ümmetsiz" yapılanmayla sağlıyorlar?
- 4) Vahyi ve Muhammedî bir cevap bulunmayan meselelerde insani yorumlamalar (içtihat) yapılmadan nasıl çözüm üretileceği konusunda ne söylüyorlar?

İslam'ın hayatın her alanını kuşatan bir yaşam biçimi olduğuna iman eden biri olarak, Hz. Muhammed (s.)'in Vesika örneğinde yaptığı gibi, günün şartlarını göz önünde bulundurarak Seyyid Kutub'un kavramsallaştırmasıyla "cahiliye toplumuna" alternatif "İslam toplumu" inşa edebilmeye katkı sağlamak amacıyla sorduğum sorular, bir fikri kötülerken diğerini yüceltmek maksadı taşımamakta, aksine tartışılan konulara samimi bir katkı sunmayı hedeflemektedir.

## Kaynakça

- Ağırakça, Ahmet; "Medine Vesikası'nın Değeri", *Haksöz*, 23, Şubat 1993.
- Atalar, Kürşat; "Bir Arada Yaşamak Mümkün mü?", *İslami Yorum*, 9, Bahar, 2012.
- Bora, T-Gültekingil, M.; *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce*, (6 cilt) İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.

- Bulaç, Ali; "İslam Niçin Bir Teokrazi Değildir?" *Kıtap Dergisi*, 58-60, Şubat 1991.
- ; "Medine Vesikası Hakkında Genel Bilgiler", *Birikim*, 38, Haziran 1992.
- ; "Medine Vesikası Üzerine Tartışmalar (1)", *Birikim*, 47, Mart 1993.
- ; "Medine Vesikası Üzerine Tartışmalar (2)", *Birikim*, 48, Nisan 1993.
- Çekmegil, M. Sait; "Bir İçtimai Mukavele; Medine Vesikası", *Panel*, 48, Mart-Nisan 1993.
- Ege, Ragıp; "Medine Vesikası mı, Hukuk Devleti mi?" *Birikim*, 47, Mart 1993.
- Güneş, Ahmet; "Medine Vesikası'nın İslam Hukuku Açısından Kaynak Değeri", *EKEV Akademi dergisi*, 34, Kış, 2008.
- Hamidullah, Muhammed; *el-Esalku's-Siyasiyye*, Kitabevi, İstanbul, 1997.
- ; *İlk İslam Devleti*, Beyan Yayınları, İstanbul, 2007.
- ; *İslam Anayasa Hukuku*, Beyan Yayınları, İstanbul, 2005.
- ; *İslam Peygamberi*, Beyan Yayınları, İstanbul, 2008.
- Hatemi, Hüseyin; "Sivil Toplum Değil Adalet Devleti", *İktibas*, Sayı, 380, Ağustos, 2010.
- İbn-i Hişam, *Siret-i İbn-i Hişam İslam Tarihi*, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2006.
- İnsel, Ahmet; "Ali Bulaç'ın Çoğulcu Ümmet Tasarımı Üzerine Totalitarizm, Medine Vesikası ve Özgürlük", *Birikim*, 37, Mayıs 1992.
- Kelebek, Mustafa; "İslam Hukuk Felsefesi Açısından Medine Vesikası", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi dergisi*, 4, 2000.
- Köktaş, Eyüp; "Medine Vesikası: İslam'ın Çoğulculuk Referans", *Bilgi ve Hikmet*, 5, 1994, Kış.
- Okumuş, Ejder; "Modernleşme, Sekülerleşme ve Din", *Kamu Hukuku Arşivi*, cilt 10, Mart, 2007.
- Sarıbay, A. Yaşar; "İslami Popülizm ve Sivil Toplum Arayışı", *Birikim*, 47, Mart 1993.
- Sırma, İhsan Süreyya; "Medine Vesikasının Mevsukiyeti ile İlgili Bazı Veriler", *Bilgi ve Hikmet*, 5, Kış.
- ; *Medine Vesikası Işığında Yahudi Meselesi*, Beyan Yayınları, İstanbul, 2009.
- Yılmaz, Nuri; "Medine İslam Devleti: Bir Model mi, Bir Örnek mi?", *İslami Yorum*, 4. Yaz, 2010.



# Soruşturma Evresinin Fonksiyonu, Amacı ve Başlaması

Musa ÇATALOĞLU



## SORUŞTURMA EVRESİNİN FONKSİYONU VE AMACI

**5** 271 sayılı CMK madde 2-e'ye göre soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden /iddianamenin kabulüne kadar geçen evreye denmektedir. Cumhuriyet Savcısı bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. CMK madde 160/1'de sözü edilen "işin gerçeği" ibaresinden kasıt; gerçeğin ta kendisi olan ve hakikati ifade eden "maddi gerçek"tir. Her ne kadar savcı bir suçun işlendiği şüphesi üzerine soruşturmayı başlatmış olsa bile, soruşturma sonucunda toplanan deliller sonucunda "işin gerçeği" şüphelinin masumiyeti şeklinde tezahür edebilir. Ayrıca soruşturma evresinin başlangıcından sonuna kadar savcının kafasında beliren şüpheler değişkenlik arz edebilir. Cinayet şüphesi ile başlayan soruşturmanın, kazaen ölüm olduğu veya intihar olarak düşünülen vakianın aslında bir cinayet olduğu ortaya çıkabilir, olayın failinin/faillerinin birden fazla kişi olduğu veya hiç şüphelenilmeyen bir kişi olduğu tespit edilip, soruşturmanın başlangıcında söz konusu olan suç ile ilgili yapılan soruşturmanın devamında ve sonucunda başka suçlarında işlendiği anlaşılabilir.

Medeni yargılamada amaç şekli gerçeği bulmak iken, ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeği bulmaktır.<sup>1</sup> Maddi gerçek ara-

vunma aracı olup, delil elde etmek için kabul edilmiş bir müessese değildir. Ancak sanığın hâkime verdiği cevaplar delil teşkil edebilir. Başka kanıtlarla doğrulanmayan, oluşa ve maddi gerçeğe uygun düşmeyen, fenni kanıtlarla çelişen soyut ikrara dayalı olarak hüküm kurulamaz." Kaynak: *Kazancı Hukuk Otomasyon*.

*Yargıtay 4. CD'nin E. 2006/5182, K. 2006/16686 ve 22.11.2006 Tarihli Kararı*, "İade kararına konu iddianamede, şüpheliye atılı suçu oluşturan eylemler/olaylar mevcut kanıtlarla ilişkilendirilerek açıklandığı açıkça görülmektedir. İddianamenin sonuç kısmında şüphelinin eylemine uyan hükme göre cezalandırılması da istenmiştir. Kural olarak mahkeme iddianamede gösterilen eylemi hukuki açıdan nitelendirirken iddia ve savunmayla bağlı değildir (madde 225/2). Mahkeme, "maddi gerçeği araştırma ilkesi" gereği, suçun öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştırmaktadır. Bu nedenle iddianamenin iadesi; suçun hukuki nitelendirmesinin yanlış yapıldığı, suçun öğelerinin tek tek irdelenerek oluşup oluşmadığının tartışılıp değerlendirilmediği gerekçesine dayandırılmaz. Mahkemeler iddianamede gösterilen eylem/eylemler ile şüpheli/şüpheliler hakkında karar verir, bu konuda bağlılık söz konusudur. Ancak, mahkemeler, eylemi hukuku nitelendirmekte ise serbesttirler. Bunun sonucu olarak, yasa da açıkça belirtildiği gibi, suçun hukuki nitelendirilmesi nedeniyle iddianame iade edilemez." Kaynak: *Kazancı Hukuk Otomasyon*.

*Yargıtay CGK'nun E. 2005/11-107, K. 2005/157 ve 6.12.2005 Tarihli Kararı*, "Bir kişinin Vergi Barışı Kanunu'ndan yararlanabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan biri de vergi, ceza ve gecikme faizi ile zamlarına karşı idari yargıda dava açılmaması veya açılmış bir dava varsa bundan vazgeçilmesidir. Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin araştırılması ilkesine dayanmakta olup, varsayımlara dayalı olarak hüküm kurulamaz. 4811 sayılı Yasanın uygulanması koşullarından birisi olan idari yargıda dava bulunmaması koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği, dosya kapsamı ile açık bir şekilde anlaşılammaktadır. Bu husus, idareden ve gerekirse idari yargı makamlarından sorularak, dava bulunup bulunmadığı, varsa vazgeçilip vazgeçilmediği araştırmalarak, sonucuna göre sanıkların hukuki durumları tayin edilmelidir." Kaynak: *Kazancı Hukuk Otomasyon*.

*Yargıtay 5. CD'nin E. 2008/7866, K. 2011/2682 ve 4.4.2011 Tarihli Kararı*, "Zimmet suçunda; ancak tüzel

<sup>1</sup> *Yargıtay 10. CD'nin E. 2004/24577, K. 2005/8554 ve 12.7.2005 Tarihli Kararı*, "Ceza Hukukunun temel amacı, maddi gerçeğin kuşku ve duraksamaya yer olmaksızın ortaya çıkarılmasıdır. Sorgu, esasen bir sa-

nirken de hukuk devletine yakışır biçimde şüpheli ve sanık haklarına saygılı davranmak gerekir. Ceza yargılaması sonucunda kişi suçlu bulunduğu ona hürriyeti bağlayıcı cezanın verilmesi ve bu cezanın insanın ruhi ve bedeni kişiliğinde açtığı yaralar çok ağır olacağından, ceza yargılamasının maddi gerçeği bulmak amacı etrafında toplanması kaçınılmazdır. Bu bakımdan bu alanda biçimsel gerçekle yetinilemez ve gerçeğin ta kendisi olan maddi gerçeği aranır.<sup>2</sup>

İthamcı konumdaki Cumhuriyet Savcısı her ne kadar bir suçun işlendiği şüphesi üzerine soruşturma başlatmış, yani mevcut veya meçhul şüphelinin bir suç işlediğini düşünerek hareket etmiş ise de, soruşturma işlemleri başladıktan sonra Cumhuriyet Savcısının amacı, hedefi maddi gerçeği bulmaya dönüşür. Maddi gerçek bazen, soruşturmaya konu fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olduğunun tespiti, bazen şüphelinin (sanığın) atılı suç açısından kast veya taksirinin olmadığı anlaşılması, bazen atılı suçun şüpheli (sanık) tarafından işlenmediğinin sabit olması, bazen atılı suçun şüpheli (sanık) tarafından işlenmesine karşın olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu, bazen de şüphelinin (sanığın) atılı suçu işlediğinin sabit olması olarak tezahür edebilir. Maddi gerçek kural olarak ceza yargılamasının sonunda, soruşturma ve kovuşturma evreleri sonunda verilen kararın kesinleşmesiyle, tüm delillerin maddi gerçeği ışıkta göstermesi ile ortaya çıkacak, somutlaşacak, tevsik ve tespit edilecektir. Soruşturma aşaması sonucunda toplanan deliller şüphelinin (sanığın) cezalandırılması için %100 yeterli olmamasına karşın, kamu davasının açılması için gerekli olan "suçun işlendiği hususundaki yeterli şüphe" takdir edilip, kamu davası açılması için iddianame düzenlenirken maddi gerçeği bulmak arzu edilir.

kişilik kazanmış kooperatiflerin yönetim kurulu başkan ve üyelerinin kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları mümkün bulunmasına göre kooperatifin tüzel kişilik kazanıp kazanmadığının tespit edilmesi gerekir. Ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğin saptanması olduğu, kooperatif dairelerinden birinin satılmış olduğu, karşılığında çek keşide edildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle daireyi satın alan kişinin tanık olarak dinlenmesi gerekir." Kaynak: *Kazanıcı Hukuk Otomasyon*.

<sup>2</sup> Çataloğlu Musa, "İddianame", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birlikleri III* içinde, Hukuk Vakfı, Step Matbaacılık İstanbul, 2009, s. 238.

Ancak bu bazen iddia makamının vicdanında kendine mahsus bir kesinliğe dönüşür ve şüphelinin atılı suçu işlediği sübut bulunduğundan cezalandırılmasını talep eder, bazen de emin olamadığı için, ceza yargılaması sonucunda ulaşılan maddi gerçeğin şüpheli aleyhine olması şartıyla cezalandırılmasını ister. Uygulamada; düzenlenen iddianamelerin sonuç kısmında hep benzer ve aynı ifadeler kullanılmasına karşın yukarıda belirtilen ayrıma dikkat edilmemesi hukuk tekniği açısından doğru değildir.

Bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi üzerine başlatılan soruşturmanın amacı kural olarak; karar vermeye yetecek miktarda delil toplamak, şüpheli veya şüpheliler elde etmek, olayın faili meçhul kalmasını engellemek olması gerekir. Soruşturmanın amacının; hukuk kuralları çerçevesinde elde edilen hukuka uygun delillerle gerçeğin ta kendisi olan maddi gerçeğe ulaşmak olması gerekir. Soruşturma işlemlerini yaparken, amacımız bize aynı zamanda uygulayacağımız yöntem konusunda da fikir verecek, yol gösterecek ve bizi kontrol altında tutacaktır. Her ne kadar soruşturmacıların kafalarında belirme ihtimali bulunan yukarıda belirtilen ilk mezkûr amaçta bir sakınca bulunmadığı düşünülebilirse de; bu şekilde bir hareket tarzı soruşturmacıların devamlı surette şüphe içerisinde olmasını, soruşturmanın farklı yönlerden genişlemesini, suç teşkil ettiği kesin olan bir vakıa ile ilgili yanlış şüphelilerin yakalanmasını, tüm failerin yakalanamamasını ya da şüphelilerin işlediği diğer suçların öğrenilememe ihtimalini yani soruşturmanın eksik yapılmasını doğurabilecektir. Ayrıca her şeyin delil olarak kabul edildiği bir ceza yargılaması sisteminin sahibi bir hukuk devletinde, sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilen delillerin yargılamaya, hükme esas alınacağından soruşturmayı aydınlayabilecek ama hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerden faydalanılamayacağı için, suçluların yaptırma tabi tutulmamasına ve böylece kamu vicdanının yaralanarak yargıya güvenin azalmasına, toplumsal düzenin bozulmasına neden olacaktır.

Yapılan soruşturma bir kişinin basit bir fiili ile ilgili olabileceği gibi, yüzlerce kişinin şüpheli konumunda olduğu, çok ağır suçların iddia edildiği, çok karmaşık, girift bir vakıa ile ilgili de olabilir. Bu nedenle soruşturma evresi-

ne katılan, rol oynayan kişilerin işinin ehli kişiler olması, her türlü menfi etkiden uzak kalabilmesi için sağlam karakter ve ahlak sahibi, cesur kişilerden oluşması gerekir. Soruşturma evresinde yoğunlaşmak, akıl yürütmek, dikkatli olmak çok önem arz edeceği için sağlıklı, ailevi sorunları nedeniyle zihni çok meşgul olan kişilerin yapılan soruşturmada önemli rol almaması gerekir. Ayrıca soruşturmacılar teknolojinin nimetlerinden sonuna kadar faydalanmalı, kriminoloji biliminden en üst seviyede yararlanılmalıdır.

Soruşturma evresinde yapılan işlemler fevkalade önemlidir. Çünkü soruşturma evresinde gösterilen başarı nispetinde kovuşturma evresinde müspet sonuç elde etmek mümkündür. İşlenen suç aydınlatacak delilleri genellikle soruşturmanın başında veya soruşturmadan kısa bir süre sonra elde etmek mümkündür. Zamanın geçmesiyle kendiliğinden veya olaya karışan kişilerin dahil ile deliller yok edilebilir ya da hükme esas alınmayacak bir hâle sokulabilir. Bu nedenle hukuka uygun, ivedi ve profesyonel bir şekilde delillerin toplanması, muhafaza edilmesi gerekmektedir.

Soruşturmanın yeterince yapılmaması demek, şüpheli ve sanık lehine oluşan bir durum, şüphe demektir. Her ne kadar mevcut delil durumu kamu davasını açmaya yeterli olsa ya da kamu davası işlenen suçun vahameti dikkate alınarak açılmış olsa da, mevcut delil hükme yeterli değilse, elde edilebilecek başka bir delil de yoksa gerçekten suçlu olabilecek fail mahkûm edilemeyecektir. Çünkü hukuk devletlerinde bir kişinin mahkûm edilebilmesi için; hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerin kişiyi suçlu bulma noktasında bir kesinlik aranır. Bu ilkeye “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” denir.

Söz konusu ilkenin soruşturma evresi için de geçerli olması gerekir. Cumhuriyet Savcısı, yaptığı soruşturma sonunda elde ettiği deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe<sup>3</sup> oluş-

turuyorsa kural olarak iddianame düzenlemek zorundadır. Ancak uygulamada bu yeterlilikte delil elde edilmemesine veya suçun işlendiği hususunda kamu davasını açmaya yeterli şüphe bulunmamasına rağmen iddianame düzenlenmekte, iddianamenin iadesi sebepleri arasında “yeterli şüphe bulunmaması” bulunmadığından iddianame kabul edilerek kamu davası açılmaktadır. Bazı Avrupa ülkelerinde açılan davaların %90 ve üzeri oranında mahkûmiyet kararı verilmesine karşın Türkiye’de bu oran istenilen seviyeye ulaşamamıştır.<sup>4</sup> Bu durumun en büyük sebebi; soruşturma evresinde sonlandırılabilir olayların kovuşturma evresine aktarılması olduğu gibi Cumhuriyet Savcıları’nın hukuk teknisyeni olarak görülüp, şüphelinin kastı konusunda araştırma yapamayacağı görüşünün hâkim olmasıdır.

## SUÇUN İŞLENDİĞİ İZLENİMİ VEREN HÂL (ŞÜPHE)

Suçun işlendiği izlenimi veren hâli oluşan durum, vakıyı ihbar eden veya şikâyetle bulunan kişi, suç duyurusunda bulunan kamu

“Asliye Ceza Mahkemesince CYY’nin 170. ve 174. maddesi uyarınca verilen iddianamenin iadesi kararının gerekçesi, kuvvetli suç şüphesini gösteren nedenlerin bulunmadığı gerekçesine dayandırılmıştır. Yasa koyucu, kamu davasını açma görevini düzenleyen 170. ve iddianamenin iadesine ilişkin 174. maddesindeki düzenlemelerde, iade nedenleri açısından sayma yöntemini benimseyerek iade işlemlerini sınırlandırma iradesini açıkça ortaya koymuştur. 170/2. maddesi hükmüne göre “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.” Kamu davasının açılabilmesi için kuvvetli şüphe değil, dava açmaya yeterli şüphe oluşturacak delillerin bulunması gerekli bulunmuştur.” (Yargıtay 4. CD, E. 2010/3200, K. 2010/5533 ve T. 29.3.2010), Kaynak: *Kazancı Hukuk Otomasyon*.

<sup>4</sup> T.C. Adalet Bakanlığının verilerine göre, örneğin; 2008 yılında Türkiye Cumhuriyeti’nde açılan davaların %35,2’si mahkûmiyet, %21’i beraat olarak sonuçlanmış, %43,6’sı ise yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme, özel yasalar gereği davanın ertelenmesi, düşme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, TCK madde 32/1 gereğince verilen kararları ve TCK madde 75 uyarınca davanın ortadan kaldırılmasını kapsamaktadır. Adalet Bakanlığı *2010-2014 Stratejik Planı*, s. 53.

<sup>3</sup> “... suçun işlendiği hususunda ‘yeterli delil’ değil, daha geniş anlam içeren ‘yeterli şüphe’ bulunması, savcının dava açan iddianameyi düzenlemesi için gerekli ve zorunlu koşul olarak kabul edilmiştir.” (Yargıtay 4. CD, 03.07.2007, 2007/4520-2007/6315) Osman Yaşar, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, C: 2, s. 1532.

kurumları, suç bildiriminde bulunan kamu görevlileri, talepte bulunan bir devlet görevlisi, yabancı bir devlet ve resen hareket eden savcılık takdir edebilir. Takdir noktasında devlet adına iddiada bulunan hukuk fakültesi mezunu savcı ile normal vatandaş arasında bir fark gözetilmemiştir. Çünkü Anayasamızın 36. maddesine göre; herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Bir başka deyişle herhangi bir fiilin ya da durumun suç oluşturduğu konusunda makul ve mantıklı olması şartıyla herkes şüphe edebilir ancak bu şüphenin savcılığa doğrudan veya dolaylı yoldan ulaşması ya da savcının şüphe ederek resen hareket etmesi akabinde soruşturma açılabilir. Konuyu basit bir örnekle açıklayalım; stabilize bir şekilde olan bir yolun asfaltlanması için ihale yapıldığını öğrenen ve süreci takip eden normal bir vatandaş ve o yerin Cumhuriyet savcısı söz konusu yol yapım çalışmasının bitiminde mezkûr yolu kullanırken, yolun beklenen kalitenin çok altında bir seviyede yapıldığını fark ettiklerinde şüphe etmeye başlarlar ancak bu şüphe bir suçun işlendiği izlenimini vermeyebilir. Vatandaş ve savcı konuyu dikkatlice inceleyip, gerekli araştırma yapıp, ilgili kişilerle yaptıkları görüşmeler sonucunda; söz konusu yol yapım çalışmasının medyada belirtilen fiyattan ihale edilemeyeceğini, fiyatın düşük olduğunu, yapılan ihalede hedeflenen kalitenin tutturulmadığını, ihaleye katılan bazı firmaların ücret karşılığında ihaleden çekildiğine yönelik dedikoduların arttığını, ihalenin kanuni yapılaş şekline uyulmadığını düşünerek, yani şüphe ederek bir suçun işlendiği izlenimine kapılabilir. Bu durum üzerine savcı şikâyete tabi olmayan, söz konusu olabilecek ihaleye fesat karıştırma, görevi kötüye kullanma gibi suçların gerçekten işlenip işlenmediğini tespit etmek amacıyla soruşturma işlemlerine başlayabilir. Vatandaşa bir suç işlendiğini düşünerek yetkili mercilere haber verebilir. Eğer savcılığa doğrudan ihbarda bulunursa savcı işin gereğini araştırmaya başlar ancak vatandaş yetkili merci diyerek söz konusu ihaleyi yapan kamu kurumuna başvurursa veya vatandaşın iddiasını idari bir soruşturma ile kapatıp, savcılığa bildirmeyecek bir kamu kurumuna müracaat ederse bir netice elde edilemeyebilir.

## 1. Basit Şüphe

5271 sayılı CMK madde 160/1'de Cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen şüphe sadece olgulara dayanan basit bir şüpheyi (izlenim) değil, basit şüpheden başlayıp artarak devam eden tüm şüpheleri kastetmektedir. Çünkü soruşturmayı başlatmak için en azından basit bir şüphe aranır<sup>5</sup> yoksa kuvvetli bir şüphenin söz konusu olması durumunda zaten soruşturma mecburen başlatılacaktır. Örneğin; kalp rahatsızlığı ya da beyin damar rahatsızlığı olan bir kişinin kalp krizi veya beyin kanaması geçirerek öldüğünün öğrenilmesi durumunda bir suçun işlendiği izlenimi yoktur. Bu durumda savcı bırakın sistematik otopsiyi, trafik kazası sonucu ölüm gibi olaylarda, ölümün var olması nedeniyle yaptığı ölü muayene işlemini dahi yapmayabilir. Çünkü kişinin ölümünde ilk başta şüpheli bir durum yoktur. Görevli doktor; kişinin vücudunda herhangi bir darp izi veya şüpheli bir patolojik bulgu görmediğinden yani şüpheli bir ölümün varlığını düşünmediğinden dolayı adli rapor dahi düzenlenmemiş olabilir. Lakin, söz konusu vakia; bir başka kişinin öleni iteklemesi sonucu yere düşürmesi sonucunda kişide mevcut olan beyin damar hastalığının veya kalp rahatsızlığının olayın efor ve stresyle birlikte aktif hâle gelmesi sonucu kişinin kalp krizi veya patolojik beyin kanaması sonucu ölmesi şeklinde gelişmiş olabilir. Bu durumda ortada bir suç<sup>6</sup> olma ihtimali vardır ve

<sup>5</sup> "Soruşturmaya başlanabilmesi için, belli ve yaşanmış somut olayların, en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması şarttır. Belirli olaylara ve belirti şeklindeki delillere dayanmayan ve sadece tahminden ibaret bulunan şüphe soruşturmaya başlanabilmesi için yeterli değildir; yeterli sayılırsa keyfiliğin önlenmesi mümkün olmaz." Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 485.

<sup>6</sup> **Yargıtay 1. CD. 23.05.2007-2709/4048:** "Tartışma ortamında sanığın iteklemesi sonucu yere düşen maktulün kendisinde mevcut beyin damar rahatsızlığının olayın efor ve stresle birlikte aktif hâle geçmesinden gelişen patolojik beyin kanaması sonucu öldüğü olayda, sanığın maktulle 20 yıldır samimi arka-



mezkûr olayın iddia edilmesi ya da dedikodusunun yapılması dahi basit şüpheyi ortaya çıkarır. Bu nedenle bu tip ölümlerde dahi kişinin rahatsızlanmadan önce çok miktarda efor ve stres yaşayabileceği bir vakianın yaşanıp yaşanmadığı araştırılmalıdır. Eğer bir tartışma dahi yaşanmış ise bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hâl söz konusudur. “soruşturma evresinin başlatılabilmesi için öncelikle, bu evreyi başlatacak basit şüpheyi ortaya koyan delillerin araştırılması gerekebilir. Başka bir anlamıyla, önce suç işlendiğine dair soruşturmayı başlatacak derecede olguya dayanan basit bir şüphe bulunup bulunmadığının takdir edilmesi gerekir.”<sup>7</sup>

Silahla vurulmuş, başı kesilmiş, ağzı köpük ile dolmuş, yakılmış, kafası taş ile ezilmiş, eli ve ağzı bağlı bir şekilde bulunan bir kişinin evindeki tüm eşyaları çalınması durumlarında da bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hâl söz konusudur ancak burada bir suçun işlendiğine yönelik kuvvetli şüphe mevcuttur. Bu nedenle “bir suçun işlendiği izlenimini veren hâl” ile anlatılmak istenen; bir soruşturmanın başlayabilmesi için en azından, minimum seviyede basit bir şüphenin mevcut olması gerekliliğidir.

İddia edilen olayların basit, sıradan, hayatın olağan akışına aykırı, akla mantığa uygun olmaması, soyut nitelikte bulunması durumunda yani basit bir şüpheyi ortaya koyacak seviyede, nitelikte bulunması durumunda yasa gereğince savcının soruşturma açmaması lazımdır. Soruşturma açılmamasına rağmen kişinin yazılı başvurusunun 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun uyarınca da incelenmesi gerekir. Mezkûr Kanun’un 6. maddesi gereğince; vatandaşın sunduğu

şikâyet ya da ihbar dilekçesinde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunmaması, belli bir konuyu ihtiva etmemesi durumunda incelenmez. Belli bir konuyu ihtiva eden, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunduğu dilekçede belirtilen iddiaların, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâl teşkil etmiyorsa, en azından bir suçun işlendiği hususunda basit bir şüphe yoksa ve soruşturmada açılmayacaksa nasıl bir karar verileceği Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Uygulamada; savcılarının bu tip dilekçeleri almama yönünde bir eğilimi varsa da bu davranış şekli doğru değildir ve bu tutum başlarına iş açacak mahiyete dönüşebilir. Şöyle ki; yukarıda belirtilen bir dilekçe kabul edilmemesi durumunda kişiye geri verilmesi vakiadır. Dilekçe sahibi kişi, söz konusu dilekçe yerine ciddi iddialar içeren ve soruşturmaya kayıt edilmesi gereken bir dilekçeyi, savcı tarafından kabul edilmediği gerekçesi ile savcuyu şikâyet eden dilekçesine ekleyebilir. Yapılan durum araştırmasında söz konusu kişinin geldiğini ve dilekçesini almadığını kabul eden savcıya karşılık yanında şahidi olduğunu söyleyen kişi ve gösterdiği yalancı tanıklar dinlendiğinde, savcının adli ve idari soruşturmaya maruz kalma ihtimali mevcuttur. Bu nedenle başvuranın iddialarının cezai soruşturmayı gerektirecek bir olay olmadığından veya herhangi bir suç ile bağlantı kurularak, ilgili suçun işlendiği hususunda başvurunun soyut iddiaları haricinde her türlü şüpheden uzak, kesin, inandırıcı ve yeterli delil bulunmadığından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi yerinde olacaktır.

## 2. Makul Şüphe

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası ile birlikte makul şüphe kavramı hukukumuzda girilmiş ve tanımı yapılmıştır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 6. maddesinde makul şüphe; “Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından

daş oldukları, son bir aydır aynı otel odasında kaldıkları bu itibarla sanığın maktulün beyin hastalığı olduğunu bilip bilmediği araştırılıp, kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlendikten sonra sonucuna göre, bilmesi hâlinde 5237 sayılı TCK’nın 22, 23 ve 85. maddeleri kapsamında bilinçli taksir sonucu adam öldürme, aksi hâlde 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesi aracılığı ile 85. maddeleri kapsamında sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden 765 Sayılı TCK’nın 452/2. maddesinin lehe olduğundan bahisle hüküm kurulması.” Sedat Bakıcı, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 541.

<sup>7</sup> Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 80.

şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.”

5271 sayılı CMK madde 116'da; yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa, şüphelinin veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, iş yerinin ve ona ait diğer yerlerin aranabileceği belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK madde 117'de ise; şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstünün, eşyasının, konutunun, iş yerinin veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği, bu hâllerde aramanın yapılmasının, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı olduğu, bu sınırlamanın, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda görüldüğü üzere arama için gerekli olduğu söylenen makul şüphenin seviyesini, derecesini belirlemek amacıyla kullanılan tabirler üstlendikleri görevleri tam olarak yerine getirememekte, makul şüphenin tam olarak ne olduğu veya ne olmadığı tespit noktasında güçlük çekilmektedir. Haklarının korunması noktasında şüpheliye nazaran daha sıkı şartlar öngörülmesi düşünülen diğer kişilerin aranması noktasında; şüphenin somut olgulara dayandığı, ihbar ve şikâyeti destekleyen emarelerin arandığı “makul şüphe” yerine “aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı” aranmıştır. Bu iki kriterin özellikle belirtilmiş olması, arama yapılacak kişilerin şüpheli ve diğer kişiler olarak ayrılması, bu ayrımın önemsenecek bir ayrım olması nedeniyle diğer kişilerin aranması noktasında daha yoğun bir şüphe arandığı hatta “olayların varlığı” nedeniyle bu yoğun şüpheyi haklı çıkaracak netliğin ve belli olmanın söz konusu olduğu söylenebilir. Örneğin; kamera görüntüleri ile sa-

bit; çalıntı bir kredi kartı ile yapılan alışveriş esnasında şüphelinin yanında bulunan ya da şüpheli ile birlikte yemek yediği, eğlendiği görülen kişinin/kişilerin veya bir cinayet şüphelinin saklanmak amacıyla asker arkadaşının, akrabasının bulunduğu yere gittiğinin, aldığı otobüs biletinden, iletişimin tespiti evraklarından anlaşılması durumunda şüphelinin asker arkadaşının veya akrabasının ikamet ettiği evinin, iş yerinin ve diğer kapalı yerlerinin aranmasında CMK madde 117/2'de yer alan olayın varlığı kabul edilir. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere; “arama” koruma tedbiri soruşturmaya konu suça konu fiilin failini tespit etmek, soruşturmaya konu suçla ilgili olarak yeni deliller elde etmek amacıyla yapıldığı için, yani suça konu fiilden sonra yapıldığı için, CMK madde 117/2'de aranan “olay” ile kastedilen; soruşturmaya konu, soruşturmanın başlamasına neden olan ilk olaydan farklı olan, diğer kişiler hakkındaki şüpheyi tam olarak netleştiren ve belli eden vakia veya vakialardır.

Makul şüphe kavramından ne kastedildiğini daha iyi anlayabilmek için, özellikle seçilen “makul”, “emare” ve “somut olgu” kavramlarına/kelimelerine bakmamız gerekir. Sözlüklerde;

- “makul” kelimesinin anlamı akla yatkın, kabul edilebilir, aşırı olmayan, uygun, elverişli, “emare” kelimesi; belirti, iz, bir iş ile ilgili ipucu, bir eylemin yapılması olasılığını ortaya koyan ve fakat başlı başına bir delil nitelik ve kuvvetinde olmayan, diğer delillerle desteklendiğinde yargıç tarafından göz önüne alınan olgular,
- “olgu” kelimesi ise; olan veya yapılan iş, olay, tartışmasız olarak kabul edilen şey, varlığı deneyle kanıtlanmış şey, birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç, vakia olarak geçmektedir.<sup>8</sup>

Makul şüphe kavramı en önemli ceza yargılaması işlemlerinden, koruma tedbirlerinden biri olan “arama” için temel ölçüt olarak alınmıştır. “Arama” kavramı ceza yargılaması pratiğine aittir. Bu nedenle makul şüphe kavra-

<sup>8</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 1992, s. 244, 556, 693; Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, 10. Baskı, Ankara 2005, s. 631, 1334, 1497.

minı lafzi ve amaçsal olarak yorumlamak için "arama" kavramının pratiğinden faydalanmak öğretici olacaktır.

Bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâl üzerine başlatılan soruşturma işlemlerinde soruşturmayı derinleştirerek yeni ve güçlü deliller elde etmek, var olan delilleri olayla ilişkilendirerek soruşturmaya yön vermek, maksimum seviyede soruşturma evresinde maddi gerçeği ifade edecek, şüphelinin masumiyeti veya suçluluğu noktasında en üst seviyede hakikati ortaya çıkaracak olgunluğa erişmek için arama koruma tedbiri çok önem arz eder. Bir tarafta ceza yargılaması süreci sonucunda ulaşılabilecek maddi gerçeğin hem suçlanan, mağdur olan, suçtan zarar gören kişi veya kişilerin haklarının korunması noktasındaki önemi, hem de toplumun genelinin devletin adaleti tesis görevine olan inancının tezahürü olan kamu düzeni, diğer tarafta ise kişi veya kişilerin Anayasa'nın 21. maddesi ile korunan konut dokunulmazlığı hakkı karşı karşıya gelir. Aslında bir bütünün parçası olan ancak suça konu olay nedeniyle karşı karşıya konumlanan bu haklar adalet terazisine konulduğunda; aynı zamanda arama yapılan kişinin hakkının da en üst ve makul düzeyde korunduğu hukuk devleti lehine bir dengesizlik oluşturmak için konut dokunulmazlığının ihlal edilebileceği belli istisnalar öngörülmüş ve bu istisnaların icrası şekle bağlanmıştır.<sup>9</sup>

Tüm bu açıklamalardan sonra makul şüphenin somutlaştırılması gerekecektir. Yapılan soruşturmada tanık ifadeleri veya diğer güçlü deliller bir şüpheliyi işaret ediyorsa, hakikate ulaştıracak yeni delillere ulaşmak veya var olan delilleri pekiştirmek ya da soruşturmayı derinleştirmek için söz konusu şüphelinin yakalanarak ifadesinin alınması kadar üstünün,

evinin, iş yerinin, eşyalarının ve şüpheliye ait diğer yerlerin aranması da büyük önem arz eder. Bu gibi durumlarda makul şüphe somut delillerde kendini gösterdiği için bir sorun yoktur. Ancak uygulamada sıkça rastlandığı üzere ismini vermek istemeyen bir kişinin yaptığı bir ihbar makul şüphe seviyesini açığa çıkartmada ne kadar etkindir? Yapılan ihbarlar her ne kadar soyut nitelikte olsa bile eğer ihbarcı suç delillerinin varlığı veya şüphelinin yakalanması içerikli ihbarlarını somutlaştıracak bilgiler de veriyorsa veya verdiği yan bilgiler olayı somutlaştırma noktasında kolluk araştırması ile sabitleniyorsa makul şüphenin var olduğu kabul edilerek arama kararı verilmesi gerekir. Makul şüphenin somut bir şekilde tezahür etmediği sadece ihbarcının kısa ve soyut ihbarı üzerine verilen arama kararı üzerine elde edilen delillerle çok önemli suçların aydınlandığı, çok tehlikeli örgütlerin çökertildiği de bir vakiadır. İhbarcının yapmış olduğu kısa ve soyut ihbarın içeriğinin oluşturduğu şüphenin derecesini makul şüphe seviyesine çıkarmak amacıyla bir araştırma yapılamaması veya yapılan araştırmadan bir sonuç çıkarması ya da yapılacak araştırmanın soruşturma ile amaçlanan maddi gerçeği tehlikeye düşüreceği de ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde belirtilen somut olgu kavramını dar yorumlamak, sadece şüphe edilen kişi veya olayla bağlı kalmamak gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere ismini vermek istemeyen bir kişinin delillerin elde edilmesi veya şüphelinin yakalanabilmesine yönelik soyut iddiası terör faaliyetlerinin, kaçakçılığın, töre cinayetlerinin, kan davası gibi özellik arz eden suça konu eylemlerin yoğun olduğu yerlerde önem arz edebilir ve makul şüpheyle karşılanabilir. Makul şüpheyle karşılanmasının nedeni; soyut ihbarının içeriğinin bölgenin geçmiş deneyimleri ile uyumlu olması, suçun özellikleri, failin kimliği, ihbarcının ihbar ettiği kişilerden korkması gerçeği, muhtemel şüpheli veya şüphelilerin var olan korkutuculuğundan kaynaklanabilir. Madalyonun öbür yüzünde ise; yapılan ihbarlar ile kolluk kuvvetlerinin belli bir bölgeye çekilerek pusu kurulması vakası da çok yaygın ve bilindiklerdir. Bu nedenle yapılan ihbarın içeriği ve muhbir hakkında bilgi toplamak, toplanan bilgiler üzerinde hızlıca analiz yapmak, istişare etmek ve ihbarın sonucunu tayin edecek bir sinerjinin açığa çıkmasını sağlamak gerekecektir.

<sup>9</sup> **1982 Anayasası madde 21:** "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar."

### 3. Yeterli Şüph

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/2'inci maddesinde; soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüph oluşturması durumunda Cumhuriyet Savcısı'nın bir iddianame düzenleyeceği belirtilmiştir. Kanunu uygulayan, uygularken de kanunu lafzi ve amaçsal olarak yorumlamaya çalışan Cumhuriyet Savcısı; metodolojik olarak "suçun işlendiği hususunda yeterli şüph" ve "toplanan delil" kavramlarını iyi bir şekilde analiz ederek, bu iki ifadenin birbiriyle olan bağlantısından hareketle "yeterli şüph"den kastın ne olduğunu tutarlı bir şekilde tespit etmesi gerekir.

CMK'nın 170/2'inci maddesinde aranan yeterli şüpheye ulaşılırken belli bir sıra takip edilir. Cumhuriyet Savcısı ilk başta söz konusu olayın cezaî soruşturmayı gerektirecek bir olay olup olmadığı noktasında en azından basit bir şüpheye ulaştıktan sonra, soruşturmada adı geçen failin/faillerin atılı suçu/suçları işleyip işlemediğine yönelik araştırma yaparak yeterli şüpheye ulaşmaya çalışacaktır. Kural olarak ilk başta fail değil de fiil soruşturulduğu için; olayın cezaî soruşturmayı gerektirecek bir olay olduğu noktasında basit bir şüpheye ulaşıldığı anda, şikâyet gibi soruşturmayı baştan etkileyen bir engel bulunmaması hâlinde soruşturma açılarak gereği yapılmalıdır.

5271 sayılı CMK'nın 170/2'inci maddesinde; soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüph oluşturması durumunda Cumhuriyet Savcısı'nın bir iddianame düzenleyeceğinin belirtilmiş olması, soruşturma konusu suçun fail veya faillerinin meçhul olması ile birlikte yeterli şüph oluşturacak delilin bulunması durumunu yansıtmadığı açıktır. Boğazı kesilerek öldürülen, kasası kırılarak mal varlığı değerleri hırsızlanan kişilerin olaylarında olduğu gibi; var olan görüntünün yarattığı şüph ile birlikte suçta kullanılan silaha ulaşılması, olay yerinde şüpheliye ait olabilecek kan, parmak izi ve benzeri materyallerin bulunmasına karşın yapılan tüm araştırmalara rağmen şüphelinin kimliğinin tespit edilememesi durumunda, kasten öldürme veya hırsızlık suçları açısından yeterli şüph mevcuttur. Ancak failin/faillerin kimlik-

leri tespit edilemediği için iddianame düzenlenemez.

Ceza soruşturması boyunca toplanan deliller neticesinde sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha fazla olduğu söylenebiliyorsa yeterli delil söz konusu olur. Yeterli delil yasanın aradığı yeterli şüpheyi her zaman karşılamayabilir, yeterli şüph yeterli delilden daha geniş bir anlam içerebilir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>10</sup> Ancak doktrinde bazı yazarlar yeterli delil ile yeterli şüpheyi aynı minvalde değerlendirerek yeterli şüpheyi yeterli delilin başka bir anlatımı olarak değerlendirmişlerdir.<sup>11</sup>

Yeterli şüph tam anlamıyla sadece 5271 sayılı CMK'nın amaçladığı bir veya birkaç duruşmada ceza yargılamasını layıkıyla bitirmeye yetecek şüph olarak da algılanmaması gerekir. Tabi ki yapılan soruşturmada kişinin suçluluğunu gösterecek tüm deliller toplanmış ve kovuşturma evresinde mahkeme yeni delil araştırmasına gitmeyerek soruşturma evresinde toplanan deliller ile karar verecek olabilir ve bu karar verme süreci bir veya iki duruşma sürebilir. Ancak iddianamenin iadesi sayılamayacak eksikliklerin giderilmesi, alınan ifadeler ve mevcut delillerin işaret ettiği yeni delillere ulaşmaya çalışılması, müşteki, suçtan zarar gören, sanık ve tanık gibi kişilerin duruşmada dinlenecek olmasına karşın bu aktörlerden bazılarının mazereti, adresini değiştirme, bir başka yerde bulunma gibi nedenlerle ilk veya izleyen birkaç duruşmada dinlenememesi, soruşturma evresinde başvuru bilirkişilerin incelemesinin yeterli görülmemekle derinlemesine inceleme yapacak bilirkişiyeye başvurma ve bilirkiş raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla bilirkişiyeye başvuruların yinelenmesi gibi hususlar nedeniyle uzayan yargılama işlemlerinden anlaşılacağı üzere CMK'nın 170/2'inci maddede aradığı şüph; hakikatin karşılığı olan maddi gerçeği ifade edecek yenilmiş şüphenin yenilmeden

<sup>10</sup> "... suçun işlendiği hususunda "yeterli delil" değil, daha geniş anlam içeren "yeterli şüph" bulunması, savcının dava açan iddianameyi düzenlemesi için gerekli ve zorunlu koşul olarak kabul edilmiştir." (Yargıtay 4. CD. 03.07.2007, 2007/4520-2007/6315) Yaşar Osman, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, C: 2, s. 1532.

<sup>11</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 83.

bir önceki evresinde söz konusu olan maksimum şüphe ile toplanan deliller neticesinde sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha fazla olduğunun düşünüldüğü ilk anı ifade eden minimum şüphe arasındaki tüm şüpheleri ifade eder. Çünkü söz konusu aralıktaki tüm şüphelerin mevcut olduğu faili belli her soruşturma sonucunda bir iddianame düzenlenebilir.

#### **4. Kuvvetli Şüphe**

5271 sayılı CMK'nın 100/1. maddesinde; kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararının verilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu maddede aranan kuvvetli şüphe; kayyım tayini (CMK, madde 133), iletişimin dinlenmesi (CMK, madde 135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK, madde 139), teknik araçlarla izleme (CMK, madde 140) gibi koruma tedbirlerinin uygulanması için de bir ön şart olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtilen koruma tedbirlerinin ceza soruşturmasında uygulanmamış veya talep edilip reddedilmiş olması yapılan soruşturmada kuvvetli şüphe seviyesine ulaşılamamış olduğunu göstermez. Çünkü söz konusu koruma tedbirlerine, ceza soruşturmasındaki soru işaretlerini azaltmak, maddi gerçeğe yaklaştıracak yeni delillere ulaşmak ve kovuşturma evresi sonucunda verilecek muhtemel cezanın infazının sağlanabilmesi için başvurulur. Bazı soruşturmalarda ise şüphelinin ikrarı, mağdur beyanı, tanık anlatımları, parmak izi, moleküler genetik inceleme sonuçları, kamera kayıtları gibi güçlü deliller neticesinde koruma tedbirlerine gerek duyulmadan maddi gerçeğe ulaşılabilir.

Hükmedilecek cezanın adli para cezası olması ya da hapis cezasının ertelenmesi, para cezasına çevrilmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi ihtimali nedeniyle verilecek cezanın infazının sağlanması gerekçesinin anlamsızlaşması, delillerin tamamının ya da hükme esas teşkil edip, maddi gerçeği ifade edecek yeteri kadarının toplanıp muhafaza altına alınması nedeniyle delillerin karartılma ihtimalinin bu-

lunmaması, tanık mağdur ve başkalarına baskı yapılmaması, yapılan baskının bazı tanıklarla sınırlı kalıp diğer tanıklıkların veya delillerin maddi gerçeği ifade etmede yeterli görülmesi gibi nedenlerle “baskı yapıma girişiminde bulunma” ihtimalinin olmaması, “var sayılabilir” ifadesiyle tutuklamada tam bir takdir yetkisinin bulunması ve soruşturmaya konu suçun adli para cezası ile üst sınırı iki yıldan fazla olmayan bir suça ilişkin olması nedeniyle tutuklama tedbirine, soruşturmaya konu suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmiyorsa kayyım tayinine, yapılan soruşturmada başka surette delil elde etme imkânı varsa iletişimin dinlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmayabilir.

Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler (Anayasa, madde 138/1). Hâkimler yukarıda belirtilen koruma tedbirlerine kuvvetli şüphe bulunduğu bahisle hükmederken de vicdani kanaatlerine göre hareket ettikleri için ceza yargılamamıza egemen olan vicdani delil sistemini hatırlamak, kuvvetli şüphenin seviyesini ölçmede yardımcı olacaktır. Yapılan soruşturma ve kovuşturmada hukuka uygun şekilde toplanarak soruşturma evrakında tevsik edilen veya duruşmaya getirilip mahkeme huzurunda tartışılmış delillerin hâkim tarafından vicdani kanaatine göre serbestçe takdir edilmesine vicdani delil sistemi veya delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi denir. Bu ilke önemli olan “vicdani kanaat”tır. Sanık aleyhine olacak şekilde tanık ifadeleri de dâhil olmak üzere bazı delillerin mevcut olmasına karşın, sanık lehine bir delil bulunmaması durumunda dahi mahkeme; sanığın suçluluğunun kesin bir şekilde ispat edilemediği, var olan şüphenin askıda kaldığı ve söz konusu durumun sanık lehine yorumlanması gerektiğinden bahisle beraat kararı verebilir. Oysa vicdani delil sisteminin zıddı olan kanuni delil sisteminde sanık aleyhine olan delillerin karşısına, lehine olacak deliller getirilememesi durumunda mahkûm olması gerekecekti. “vicdanın”, karar merci olan hâkimlerin bütün benliğine hâkim olması gereken bir manevi unsur olduğu gözden kaçmamalıdır. Bu nedenle hâkimler kuvvetli şüphe sebebinin bulunduğu bahisle bir tutuklama kararı ver-

diğinde şüphelinin veya sanığın o suçu işlediğini vicdanında hissetmiş, kabul etmiş ve vicdanı ile başını belaya sokmamak için vicdanı kanaatinde bir kesinlik aramış demektir. Bu nedenle şüpheli ve sanığın suçun faili veya şeriki olduğu noktasında üst seviyede bir ihtimal, kuvvetle muhtemellik varsa kuvvetli şüphe var demektir.

## SUÇUN ÖĞRENİLMESİ

### 1. Resen Öğrenme

Cumhuriyet Savcısı mesai saatleri içinde veya dışında görevini yaparken tanık olduğu bir suçu öğrenebilir ve öğrendiği suçun şikâyete bağlı olmayan, resen harekete geçmesi gereken bir suç olduğu kanaatine varırsa, tanık olduğu hususları içeren bir tutanak düzenleyerek resen soruşturma açabilir. Kolluk da idari nitelikteki önleme görevi veya adli görevi esnasında tesadüfen bir suçun işlendiğini öğrenebilir. Kolluk bu durumda soruşturma işlemlerinin başlayabilmesi için yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığındaki nöbetçi veya müracaat savcısına derhâl haber vermelidir. Soruşturmaya konu olabilecek suçla ilgili olarak tanıklığı olan Cumhuriyet Savcısı'nın yetkili ve görevli olmaması durumunda resen soruşturma açamayacağından, durumu yetkili makamlara bildireceğinden resen öğrenme yerine ihbar yolu ile öğrenme söz konusudur. Yetkili ve görevli olmayan Cumhuriyet Savcısının CMK madde 90/1'de yer alan herkesin geçici olarak yakalama yetkisi haricinde hiçbir yetkisi yoktur, olmaması gerekir. Soruşturmaya konu olabilecek suç hakkında doğrudan tanıklığı olan Cumhuriyet Savcısının nöbetçi veya müracaat savcısı olması da durumu değiştirmemesi gerekir. Bazen nöbetçi veya müracaat savcısı tarafından tanık olunan suçla ilgili elde edilen delillerin yeterli olduğu düşünülüp, soruşturma evrakı içerisinde mezkûr tanıklığa dair tevsik edilmiş veya edilmemiş bir bilgi bulunmayabilir. Sanığın yüzde yüz suçluğunun ispatını arayan modern ceza yargılamasını esas alan ceza yargılamamıza örnek olacak yargılamada; söz konusu tanıklık ile kesinlik kazanacak sanığın suçluluğu noktasında nöbetçi veya müracaat savcısının tanıklığının bulunmaması nedeniyle şüpheye

düşülebilir, yenilemeyen şüphe sanık lehine yorumlanarak; yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması gerekçesiyle beraat kararı verilebilir (CMK, madde 223/1-e). Bu durumda suçlu olan kişinin cezasız kalması söz konusu olduğu için, modern ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan; "bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkûm olmasına tercih edilmesi" ilkesinin geçerliliği ve inandırıcılığı zarar görecektir.

Resen öğrenilen suçun şikâyete bağlı olması durumunda yetkili makamlara söz konusu suçu bildirmek için mağdur kişinin şikâyetini belirtir açık bir iradesinin varlığının aranması meselesi yoruma açıktır. Mağdur kişi olay anının ortaya çıkardığı psikolojik durum, failden çekinme ve diğer etkenler nedeniyle olay anında şikâyetçi olduğunu gösteren bir davranış sergilemeyebilir. Ancak olaya mağdurun şikâyetini gösteren bir iradesinin bulunmadığı esnada müdahale eden kolluk kuvvetlerinin oluşturduğu güven ortamında mağdur iradesini rahatça açığa çıkartarak şikâyetçi olabilir. Bu tip bir durumu öngörebilecek yasa koyucu, şikâyete bağlı suçlarda mağdurun şikâyeti beklenmeksizin soruşturma işlemlerinin başlatılıp, soruşturmanın durdurularak mağdura şikâyetinin sorulması gerektiğine ilişkin açık bir kural koymak yerine soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimsenin altı ay içinde şikâyette bulunmaması durumunda soruşturma ve kovuşturmanın yapılamayacağını düzenlemiştir (TCK, madde 73/1). Bu nedenle şikâyete bağlı bir suçla karşılaşan, suç işlenmesinin önlenmesi ile yetkili ve görevli kolluk kuvveti<sup>12</sup> ile adli kolluk kuvveti olaya mü-

<sup>12</sup> 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu madde 7, 2559 Sayılı Polis ve Vazife Selahiyet Kanunu madde 1. 25832 Sayılı Adli Kolluk Yönetmeliği madde 7: "Gerektiğinde veya Cumhuriyet Savcısının talebi hâlinde, diğer kolluk birimleri de adli kolluk görevlerini yerine getirmekle yüküldür." Şikâyete bağlı bir suç olan cinsel tacizi örnek verirsek; bu tip bir olayda sözlü olarak yapılan tacizle suç oluşur ancak soruşturma işlemlerinin başlayabilmesi için şikâyet aranır yani suçun oluşumunda şikâyet kurucu unsur değildir. Bu nedenle böyle bir olaya müdahale eden adli kolluk haricindeki diğer kolluk kuvvetleri de adli kolluk sayılır ayrıca söz konusu taciz toplum ve kişiler açısından tepkiyle karşılanabileceğinden, adli kolluk görevlisi haricindeki suçun önlenmesi ile yetkili kolluk görevlileri mezkûr tepki sonucunda oluşabile-

dahale ederek şikâyet konusunda mağdurun gerçek iradesini öğrenmesi gerektiği<sup>13</sup>, benzer olaylara tanık olarak resen öğrenen bir Cumhuriyet Savcısına bu görevi yüklemenin ise doğru olmayacağı, ancak kolluk kuvvetlerini olay yerine yönlendiren bir Cumhuriyet Savcısının davranışı takdirle karşılanarak, ahlaksal bir davranış olarak kabul edileceği söylenebilir.

## 2. İhbar Yolu ile Öğrenme

İhbar, resen soruşturulması gereken bir suçun işlendiğine doğrudan tanıklık eden veya bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenen bir vatandaşın durumu adli makamlara bildirmesidir. İhbar eden suçtan zarar gören, mağdur olabileceği gibi suçla hiçbir ilgisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir. Soruşturulması şikâyete bağlı olmayan bir suçtan dolayı ihbar yapan kişinin sıfatı müşteki değil ihbar eden veya ihbarcıdır. Uygulamada; yapılan tüm soruşturmalarda suçtan zarar görenlerin tümüne şikâyet eden anlamındaki müşteki denilmesi doğru değildir. Çünkü müşteki sadece şikâyete bağlı olan suçlarda, şikâyet hakkı sahibi olan mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilci gibi kişilere verilmesi gereken bir sıfattır.

İhbar, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabileceği gibi valiliğe, kaymakamlığa, mahkemeye, yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına, bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılabilir. Adli makamlar haricinde ihbar yapılan mezkûr makamlar, ihbarı gecikmeksizin yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmek zorundadır (CMK, madde 158).

---

cek suçları önlemek amacıyla da müdahale etmesi görev ve yetkisi kapsamında bir davranış olarak algılanacaktır.

<sup>13</sup> Bu tartışma normalde yoruma açık olabileceği kabul edilebilir ise de; yılbaşı kutlamalarında Taksim Meydanı'ndaki eğlencelerde yaşanan şikâyete tabi cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarında, olay akabinde mağdurlara şikâyetinin olup olmadığı sorulmadan failerin gözaltına alınması vakıası unutulmaması gerekir.

Suçları soruşturmak ve kovuşturmakla yükümlü olan makamlar kural olarak bütün ihbarları tutanak altına alıp, değerlendirmek zorundadırlar. Ancak yapılan ihbarların ciddi olması gerekir. Ciddilikten kasıt; ihbarın inandırıcı olup olmaması, ihbarın mantıkla bağdaşıp bağdaşmaması, ihbarcının içeriğinin tutarlı olmasına karşın ihbarcının akıl sağlığının yerinde olup olmaması veya önceye dayalı asılsız ihbarları çokça yapan bir kişi olması gibi nedenlerdir. İhbarın içeriğinin iddia edilen suçla ilgili ayrıntıları içermemesi, söz konusu ihbarın devre dışı kalmasına neden olmaması gerekir. İhbarcının, kimliğinin ifşa olma korkusu, ihbar ettiği kişilere karşı duyduğu korku nedeniyle kısa ve soyut bir ihbar yapabilir. Yapılan bu ihbarın değerlendirilerek başlatılan soruşturmalarda çok önemli sonuçların alındığı da bir gerçektir. Bir başka gerçek ise insanların rakibine zarar vermek, intikam almak, çıkar sağlamak, egosunu tatmin etmek amacıyla ihbar yapmasıdır. Ayrıca terör örgütlerinin yaptıkları ihbarlarla kolluk kuvvetlerini belli bir bölgeye çekerek pusu kurdukları da yaşanan vakialardır. Bu nedenle ihbarın; yapıldığı yer, zaman, kişi, iddia edilen suç, ihbarcının kimliği dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmeli ve işlem yapılmalıdır.

İhbarın nasıl olması gerektiği teferruattır asıl olan içeriğidir. Bu nedenle yazılı olarak, tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak, telefonla, imzasız mektupla yapılabilir. Kolluk kendisine yapılan ihbar üzerine düzenleyeceği ihbar tutanağında ihbarın yapıldığı tarihi, saati, günü, yeri ve biliniyorsa muhbirin kimlik bilgileri, ihbarın konusu, muhbirce verilen bilgileri, düzenleme tarihi ve düzenleyenlerin kimliğine ilişkin bilgiler yer alır.

İhbar Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkının bir kullanım şeklidir.

Muhbirlere ikramiye ve ödül verileceği bazı kanunlarda düzenlenmiştir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 23. maddesinde kaçak zannı ile eşya yakalanması hâlinde muhbir ve el koyanlara belli usul ve esaslara göre ikramiye verileceği belirtilmiş, söz konusu usul ve esaslar aynı maddede düzenlenmiştir.

Muhbirlerin yaptıkları ihbar nedeniyle cezasından indirim yapılması veya hiç cezalandırılmaması

dırılmaması etkin pişmanlık adı altında yasal olarak düzenlenmiştir.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> **5237 sayılı TCK madde 93:** (1) Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir.

**5237 sayılı TCK madde 192:** (1) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulandıran kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. (3) Bu suçlar haber alındıktan sonra gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında verilecek ceza, yardımın niteliğine göre dörtte birden yarısına kadarı indirilir. (4) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulandırmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmî makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz.

**5237 sayılı TCK madde 201:** (1) Sahte olarak para veya kıymetli damga üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişi, bu para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve bu malzemenin üretildiği veya saklandığı yerleri ilgili makama haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

**5237 sayılı TCK madde 221:** (1) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler

Kural olarak bir suçun işlendiğinden haberdar olan kişinin söz konusu suçu adli makamlara ihbar yükümlülüğü<sup>15</sup> bulunmamaktadır. Ancak yasa koyucu 5237 sayılı TCK'nın 278. maddesinde; işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan suçu yetkili makamlara bildirme yükümlü-

hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (3) Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (4) Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan (Ek ibare: 29.06.2005 - 5377 sayılı Kanun 26. madde) ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi hâlinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır.

**5237 sayılı TCK madde 254:** (1) (Değişik: 6352 - 2.7.2012 / madde 88) Rüşvet alan kişinin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. (2) (Değişik: 6352 - 2.7.2012 / madde 88) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. (3) (Değişik: 6352 - 2.7.2012 / madde 88) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. (4) (Ek fıkra: 26.06.2009-5918 sayılı Kanun 4. madde) Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz.

<sup>15</sup> **5237 sayılı TCK madde 98:** (1) Yaşı, 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, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.



lûgü getirmiş, bildirmeyenlerin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Yorumu çok açık bu cezai düzenlemenin pratiğinin zorluğu, ortaya çıkaracağı sonuçların toplum tarafından tepkiyle karşılanması olasılığı, hedeflediği amacın dışına çıkabilecek pratiklere izin verebiliyor olması nedeniyle söz konusu düzenlemenin gözden geçirilmesi gerekir.

Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenen kamu görevlisinin durumu yetkili makamlara bildirmesi gerekir (TCK, madde 279/1). Adli kolluk görevlileri de bir suçla karşılaştıklarında durumu emrinde çalıştıkları Cumhuriyet Savcısına bildirmek zorundadırlar (CMK, madde 161/2; TCK, madde 279/2).

Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir (TCK, madde 280).

Şüpheli ölümün ihbarını kanun koyucu önemsemiş ve ayrıca düzenlemiştir. Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi hâlinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler. Bu hâllerde ölünün gömülmesi ancak Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek yazılı izne bağlıdır (CMK, madde 159; Adli Kolluk Yönetmeliği, madde 6/3). Bu düzenlemenin ihlali durumunda ihbarı yapmayan kişi eğer kamu görevlisi ise TCK madde 279, sağlık mensubu ise TCK madde 280'de yer alan suçlar söz konusu olur.

Görevi dolayısıyla öğrendiği ve devletin güvenliğinin gizli kalmasını gerektirdiği fenni keşif veya yeni buluşları veya sınai yenilikleri kendisinin veya başkasının yararına kullanan veya kullanılmasını sağlayan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fiil, Türkiye ile savaş hâlinde bulunan bir devletin yararına işlenir veya devletin savaş hazırlıklarını veya sa-

vaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokacak olursa, faile müebbet hapis cezası verilir. Türkiye Devleti tarafından yabancı bir memlekette devlete ait belirli bir işi görmek için görevlendirilen kimse, bu görevi sadakatle yerine getirmediği ve bu fiilden dolayı zarar meydana gelebildiği takdirde faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. Bu maddede tanımlanan suçların işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlere, suç teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir (TCK, madde 333).

### 3. Şikâyet Yolu ile Öğrenme

Suçtan zarar görenin, failin (şüphelinin) yaptırımı tabi tutulmasını içeren iradesini adli makamlara veya adli makamlara gönderilmek üzere kamu makamlarına sözlü ya da yazılı olarak açıklamasına şikâyet denir. Şikâyet sadece şikâyete tabi suçlarda söz konusu olur. Soruşturulması şikâyete bağlı olmayan yani resen soruşturulan bir suçtan dolayı gereğinin yapılması amacıyla irade açıklaması yapan kişi suçtan zarar gören bile olsa sıfatı müşteki değil ihbar eden veya ihbarcıdır.

### 4. Müracaat Yolu ile Öğrenme

Müracaat, belli suçlarda devletin mahsus makamlarının, dava açmayı zorunlu kılmayacak şekilde yaptığı şikâyettir. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesinde<sup>16</sup> olduğu gibi.

<sup>16</sup> **5411 sayılı Bankacılık Kanunu Üçüncü Bölüm, Kovuşturma Usulü, Yazılı Başvuru ve Müdahale madde 162:** Bu kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Ancak 160'inci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurum veya Fonun yazılı bildirim üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde resen Cumhuriyet Savcılarınca yapılır ve Kurum ve Fon haberdar edilir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurum veya Fonun başvuruda bulunması hâlinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar. İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 04.12.2004 ta-

Müracaatın, şikâyetten farkı, süreye bağlı olmaması ve geri alınamamasıdır. Talepten farkı ise, müracaat üzerine savcının kamu davasının açılması için iddianame düzenlemek zorunda olmamasıdır.<sup>17</sup>

## 5. Talep [İstem] İle Öğrenme

Kanun bazı suçların kovuşturulmasını, yetkili kişi ve makamların yetkili savcıdan istemelerine bağlamıştır. Bu dava şartına “talep” denir. Talep konusunda en güzel örnek; TCK’nın 12. maddesinin 1, 3 ve 4. fıkraları ile 13. maddenin 2 ve 3. fıkralarında belirtilen Adalet Bakanının istemidir. Bu açıklamalar sonucunda talebi, resmî kişi ve kurumlar tarafından yapılan şikâyet olarak tanımlayabiliriz.

Talep şikâyete benzese de, aralarında önemli farklar vardır. Nitekim şikâyet üzerine savcı kamu davasının açılması için iddianame düzenlemek zorunda değildir; oysa talep üzerine savcı, kamu davasının açılması için hazırlayacağı iddianameyi mahkemeye sunmak zorundadır. Şikâyetin süreye bağlanmasına karşılık, talep süreye bağlı değildir. Dava zamanaşımı dolmamış olması şartıyla her zaman talepte bulunulabilir. En son olarak da şikâyet geri alınabildiği hâlde, talep geri alınmaz.

## 6. Yabancı Devletin Şikâyeti İle Öğrenme

Ceza Kanunumuzda düzenlenen yabancı devlet bayrağına hakaret (TCK, madde 341) ve yabancı devlet başkanına karşı işlenen şikâyete bağlı suçlarda (TCK, madde 340/2) soruşturma ilgili devletin şikâyeti üzerine yapılabilir. Yabancı devlete tanınan bu şikâyet hakkının belli bir süresi yoktur ve yapılan şikâyetin geri alınması veya şikâyetten vazgeçme düzenlenmemiştir.

Söz konusu düzenlemenin amacına ve lafzına bakıldığında; ortada gözükken bu boşlu-

rihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır.

<sup>17</sup> Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Savaş Kitapevi, Ankara s. 51-52.

ğun doğurduğu sorunun hükme bağlanması kanun koyucu tarafından kasıtlı olarak istenmiş değildir. Bu nedenle burada irade dışı bir boşluk vardır ve irade dışı boşluklarda kıyas yapılabilir. Kıyas yapılırken de failin lehine hareket edilmesi gerekir. Bu durumda yabancı devletin şikâyetinden vazgeçmesini kabul etmek, şikâyetin geri alınmasını failin kabulü şartına bağlamak, söz konusu şikâyet nedeniyle soruşturmanın yapılmasını ve iddianame düzenlenmesini mecbur kılmamak gerekir.

Söz konusu suçların bulunduğu, “Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümde yer alan hükümlerin uygulanmasının karşılıklılık koşuluna bağlı olduğu unutulmamalıdır (TCK, madde 343).

## 7. Mütalaa İle Öğrenme

Mütalaa, bazı suçlardan dolayı muhakeme yapılabilmesi için o suçla ilgili olarak hak ve menfaatleri ihlal edilen kurumların adli makamlara sunduğu görüştür. Mütalaa özellikle vergi mevzuatında yer alan bir kurumdur.

Yaptıkları inceleme sırasında 359’uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden “Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları” tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. (213 sayılı VUK, madde 367).

Mütalaa yoluyla suçu öğrenen Cumhuriyet Savcısı soruşturma işlemlerine devam eder, ancak savcı mütalaanın içeriğiyle bağlı değildir. Cumhuriyet Savcısı Vergi Usul Kanunu’nda bahsedilen mezkûr suçları bir şekilde öğrenip soruşturma başlatsa bile, inceleme yapıp mütalaa beyanında bulunulmasını istemesi gerekir. Bu husus mütalaa alınmamasını bir soruşturma engeli olarak karşımıza çıkartmaktadır.

## 8. Dokunulmazlığın Kaldırılması Kararı İle Öğrenme

Milletvekili, bakan, başbakan, cumhurbaşkanı, hâkim, savcı, avukat, öğretim üyesi, vali, kaymakam, 4483 sayılı Kanuna tabi memur gibi bazı kişiler icra ettikleri görevlerinin özelliği gereğince kısmi bir koruma altına alınmışlardır. Belli şartların oluşması durumunda, söz konusu dokunulmazlık dokunulabilir hâle gelmekte ve mezkûr kişiler için öngörülen koruma kalkını kaldırılarak soruşturulmasına izin verilmektedir. Bu durumda da yetkili ve görevli adli makamlar suçu öğrenebilmektedir.

Örneğin; 4483 sayılı Kanunun 5. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri bir suçu bizzat öğrenen izin vermeye yetkili merci bir ön inceleme başlatır, söz konusu incelemeyi mezkûr Kanun'un 7. maddesinde belirtilen süreler içinde tamamladıktan sonra soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda verdiği kararı Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderdiğinde Cumhuriyet Savcısı ilk defa söz konusu suçun varlığından haberdar olacaktır.

## 9. Tutanak İle Öğrenme

Bir kimse, duruşma sırasında bir suç işlerse, mahkeme olayı tespit eder ve bu hususta düzenleyeceği tutanağı yetkili makama gönderir; gerek görürse failin tutuklanmasına dahi karar verebilir (CMK, madde 205). Soruşturma makamları bu yolla da yeni bir suçun varlığını öğrenebilirler.

## Kaynakça

- Adalet Bakanlığı 2010-2014 Stratejik Planı.
- Bakıcı, Sedat; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Çataloğlu Musa; "İddianame", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler III*, Hukuk Vakfı, Step Matbaacılık, İstanbul, 2009.
- Kazancı Hukuk Otomasyonu.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Toroslu, Nevzat-Feyzioğlu, Metin; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Savas Kitapevi, Ankara.
- Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, 10. Baskı, Ankara 2005.
- Yaşar, Osman; *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Cilt 2, Ankara 2009.
- Yılmaz, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 1992.





# Örnek Ceza Davası İnceleme Raporu (Cemal Başak – Bircan Başak)

*Kaya KARTAL – Eyyup AKINCI*



## RAPORUN KONUSU

**B**aşvurucu Bircan Başak ve Cemal Başak 07.02.2011 tarihinde Av. Tolga Çiftçi ile birlikte Mazlumder'e başvurarak; İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2002/157 Esas 2010/478 Karar sayılı dava dosyasından *kasten adam öldürme* suçu nedeniyle haksız yere yargılanarak beraat ettikleri (Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2011/5917 K. Sayılı Beraat Kararı ile hüküm onanarak kesinleşmiştir) yargılamada; hukuka aykırı bir şekilde gözaltına alındıklarını, yaklaşık 40 ay tutuklu kaldıklarını ve yargılama boyunca hak ihlallerine uğradıklarını ileri sürmüş, yaşadıkları ihlaller ile ilgili Mazlumder olarak bir rapor tanzim etmemizi talep etmişlerdir.

Başvuruyu değerlendiren Mazlumder İstanbul Şubesi Hak İhlalleri Komitesi tarafından bu konu ile ilgili gerekli araştırmanın yapılarak bir rapor tanzim edilmesi istemiyle görevlendirilmemiz üzerine iş bu rapor düzenlenmiştir.

## YÖNTEM

Bu raporun "Rapora Konu Olayların Gelişimi" başlıklı bölümde, başvuru sahiplerinin söz konusu mağduriyetleri ile tartışmalı hususlar tamamen dışarıda bırakılarak olayların kronolojik esasına uymak, yargılama boyunca verilen ifadeler, beyan edilen iddialar, idarenin düzenlemiş olduğu belgelerde tespit edilen olay ve durumlar, yargılama boyunca yapılan savunmalar, hazırlanan iddianamelerde ileri sürülen iddia ve taleplerin tekrar eden kısımlarının alınmamasına dikkat edilmek ve sade-

ce konuyu ilgilendiren kısımların özet hâlinde alınmasına özen gösterilmek, tamamen yazılı belge, tutanak ve savunmalar dikkate alınmak suretiyle ele alınmıştır.

"Başvuru Konusu ile İlgili Hak İhlali İddiaları" bölümünde başvuru sahiplerinin her aşamada ki ihlal iddiaları tek tek ele alınmıştır.

"Değerlendirme" bölümünde ise olay ve ihlal iddiaları ile ilgili somut ve objektif değerlendirmelerimiz bulunmaktadır.

Genel olarak rapor hazırlanırken, başvuru sahipleri ve avukatları ile görüşülmüş, başvuru sahiplerinin yargılanıp BERAAT ettikleri ceza davasının dosya fotokopisi alınmıştır. Yargıtay'da olan dosyanın akıbeti beklenmiş ve neticede yerel mahkeme kararı ONANDIKTAN sonra rapora nihai hâli verilmiştir.

## RAPORA KONU OLAYLARIN GELİŞİMİ

### 1. Olayın Özeti

- 1) 18.02.2002 tarihinde Kumkapı Polis Karakoluna yapılan ihbarda, "Şeyhsuvarbey Mahallesi Kadırga Limanı Caddesi No: 20/1" sayılı yerde bir şahsın ölü olarak bulunduğu bildirilmiştir. İhbar üzerine olay yerine giden kolluk kuvvetleri ölü şahsın Mustafa Çelik olduğu ve yapılan otopsi raporu neticesinde ölümün bir cinayet vakası sonucu meydana gelmiş olduğu kanaatine varmışlardır.
- 2) Olayla ilgili açılan soruşturma kapsamında, maktulün bulunduğu dairenin üst katında oturan Bircan Başak'ın yazılı ifadesi

alınmıştır. Bircan Başak ifadesinde özetle, “Ölü şahsı, kendisinin temizlik yapmak için aşağı indiği sırada görmesi üzerine muhtara haber verdiğini, ayrıca kocasının asker kaçağı olduğunu ve kocası hakkında mahkûmiyet kararı olduğunu, kocasını üç senedir görmediğini” beyan etmiştir.

- 3) Mahalle muhtarı olan Gürsel Yollu, 26.02.2002 tarihinde kolluğa verdiği ifadesinde, “Olay günü Cemal Başak’ı (Bircan Başak’ın kocası) evden çıkarken gördüğünü, Cemal Başak’ın kendisine ölümü haber vermesi üzerine karakola ihbarda bulunduğunu, Cemal Başak tarafından polise kendisini olay günü görmediğini söylemesi için tehdit edildiğini” beyan etmiştir. Bunun üzerine, savcılık tarafından 04.03.2002 tarihinde ifadesi tekrar alınmıştır. Muhtar, savcılığa verdiği ifadesinde yukarıda verdiği ifadelere benzer bir ifade vermiştir.
- 4) 01.03.2002 tarihinde savcılık talimatı ile maktulün yüzünde tespit edildiği iddia edilen diş izinin Bircan Başak’a ait olup olmadığının tespit edilmesi için Bircan Başak’ın diş ölçü ve kalıpları alınmıştır.
- 5) 15.03.2002 tarihinde Adli Tıp Kurumunun, maktulün yüzünde belirgin olarak tespit edilen 7 adet diş izi ile Bircan Başak’ın diş izlerinin tam uyum içinde olduğu şeklinde rapor vermiştir. Bunun üzerine, Bircan Başak 15.03.2002 saat 16.30 sularında gözaltına alınmış ve ertesi gün tutuklanarak cezaevine konulmuştur. Cemal Başak hakkında ise gıyabi tutuklama kararı çıkartılmıştır. Cemal Başak, 29.03.2002 tarihinde teslim olmasının ardından gözaltına alınmış ve ertesi gün tutuklanarak cezaevine konulmuştur.
- 6) Başvurucular Bircan Başak ve Cemal Başak hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 29.04.2002 tarihli iddianamesi ile İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2002/157 Esas sayılı dava dosyasında “kasten adam öldürmek” suçundan kamu davası açılmıştır.
- 7) Tutuklama kararında ve iddianamede gerekçe olarak, Bircan Başak ve mahalle muhtarının ifadeleri ile diş izi raporu gös-

terilmiştir. Gerek her iki tutuklu tarafından ve gerekse avukatları tarafından yapılan tutuklama kararına itirazlar, reddedilmiş ve sanıkların tutuklu olarak yargılanmalarına karar verilmiştir.

- 8) Her iki başvuru/sanık, 3 yıl 2 ay kadar süreyle tutuklu kaldıktan sonra, 07.06.2005 tarihinde tahliye edilmişlerdir.
- 9) Başvurucular tutuksuz yargılanırken, İstanbul Emniyet Müdürlüğü tarafından 09.11.2005 tarihinde Mustafa Çelik’in ölü olarak bulunduğu olay yerindeki bira şişesi üzerinde, başka suçtan Yozgat Cezaevinde tutuklu bulunan Osman Özer adındaki şahsın parmak izi tespit edilmesi üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 24.09.2008 tarihli iddianamesi ile Osman Özer hakkında İstanbul 2. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde kasten adam öldürme suçundan kamu davası açılmıştır. Savcılığın söz konusu iddianamesinde Osman Özer ile diğer sanıkların iştirak hâlinde öldürme olayını gerçekleştirdiği iddia edilmiş ve 10.11.2008 tarihinde dosyalar İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinde birleştirilmiştir.
- 10) Yozgat Cezaevi’nden Osman Özer imzası ve adı bulunan 24.10.2008 tarihli iki sayfalık İstanbul 2. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesine gönderilen dilekçede, “Mustafa Çelik’in öldürülmesi olayının faili benim” ifadelerine yer verilmiştir. İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 12.06.2009 tarihli duruşmasında Osman Özer’in ifadesine başvurulmuştur. Osman Özer ifadesinde okuma yazmasının olmadığını ve bu nedenle 24.10.2008 tarihli iki sayfalık dilekçeyi kendisinin yazmadığını; koğuş arkadaşlarının iddianameye bakarak söz konusu dilekçeyi yazdığını beyan ederek “Mustafa Çelik’in ölümü ve yazılan dilekçeyle bir ilgisinin olmadığını” ifade etmiştir.
- 11) 27.08 2009 tarihli Adli Tıp Raporunda olay yerinde elde edilen sigara izmariti üzerindeki tükürük ile Mustafa Çelik’in üzerinde elde edilen kan örneğinin birbirleri ile ve Osman Özer’in DNA sonuçları ile uyumlu olduğu ve Bircan Başak ile

Cemal Başak'ın sonuçlarından farklı olduğu sonucuna yer verilmiştir.

12) 15.09.2009 tarihinde Osman Özer'in koğuş arkadaşlarının ifadesine başvurulmuştur. Koğuş arkadaşları ifadelerinde, 24.10.2008 tarihli dilekçeyi tanıklardan Onur Yılmaz'ın, Osman Özer'in beyanlarına dayanarak yazdığını; imzanın Osman Özer'e ait olduğunu; Osman Özer'in, "suçu işlediğini ve Başak Ailesi'nin suçsuz olduğunu" kendilerine itiraf ettiğini beyan etmişlerdir. Tanıklardan Vedat Ekinci, Osman Özer'in suçu işlediği bıçağı tavan arasına sakladığını kendisine söylediğini ifade etmesi üzerine yapılan aramada belirtilen yerde bıçak bulunmuş ve üzerinde parmak izi tespit edilmemiş ancak bıçak üzerinde Mustafa Çelik'in kanına rastlanmıştır.

13) Başvurucu Başak Çifti, yaklaşık 9 yıllık yargılama neticesinde, 13.12.2010 tarihinde görülen 66. duruşmada üzerlerine atılı suçu kendilerinin işlediği iddiasının her türlü şüpheden uzak bir şekilde sabit olmadığı gerekçesiyle BERAAT etmişlerdir. Diğer sanık Osman Özer'in söz konusu delillerden suçu işlediğinin sabit olduğu kanaatine varıldığından hüküm giydiği görülmüştür.

14) Yerel mahkemenin başvuru lehine verdiği BERAAT kararı, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 12.10.2011 tarih 2011/6337 Esas ve 2011/5917 Karar Sayılı dosyasıyla ONANARAK kesinleşmiştir.

## 2. Soruşturma ve Kovuşturma Aşaması

### a. İfadeler ve Savunmalar

#### 1) Başvurucu Bircan Başak:

18.02.2002 tarihinde kolluğa verdiği ilk ifadede, "Olay günü saat 09.30 sularında temizlik için alt kata indiğinde Mustafa Çelik isimli maktulün ikamet ettiği daire kapısının açık olduğunu ve şahsı içeride kanlı bir vaziyette gördüğünü, içeri girmeden muhtara giderek haber verdiğini, akabinde polislerin geldiğini ve şahsın ölmüş olduğunu böyle öğ-

rendiğini, 8 senedir burada ikamet ettiğini, buraya geldiğinden beri maktulün bu adreste ikamet ediyor olduğunu, kocasını 3 yıldır görmediğini" belirtmiştir.

16.03.2002 tarihinde şüpheli sıfatıyla gözüaltına alındıktan sonra karakolda kolluğa avukat eşliğinde verdiği ifadesinde; Mustafa Çelik'i (Turan amca/dayı diye biliyor) tanıdığını onun da kendileri gibi kira ödemediğini, eşinin 1991 yılından önce Diyarbakır Cezaevinde tutuklu kaldığını, 1991 yılında çıkan aftan yararlanarak cezaevinden çıktığını, asker deyken infazı yandığı için firar ettiğini, 2 ay kadar önce eve gelip çıkan aftan yararlanmak için avukatıyla beraber af için başvuru yaptığını, 17.02.2002 tarihinde akşam kocasının evde olduğunu kendisinin de saat 01.00 sularında yattığını ertesi gün kocasının 09.00'da uyandığını ve daha sonra Mustafa Çelik'in dairelerinin karşısındaki tavanın çökeceğini iki adam getirtip tavana tahta çakacağını ifade ederek dışarı çıktığını, ancak bir süre sonra eve gelerek Mustafa Çelik'in vurulduğunu, muhtarla beraber baktıklarını, muhtarın polise haber vereceğini söylediğini ifade etmiştir. Devamında kocasının kendisine, "Ben gidiyorum. Beni işin içine karıştırmayın. İnfazım yonar. Muhtar da benim burada olduğumu polise söylemeyecek" diyerek ayrıldığını ve o günden sonra kocasını görmediğini, kocasının infazının yanmaması için ve kocasını korumak amacıyla önceki ifadesinde kocasını üç yıldır görmediğini söylediğini, beyan etmiştir.

Aynı ifadenin devamında: "Turan dayının sağ yanağında tespit edilen ısırık izindeki 7 belirgin diş izinin tamamının benim diş izleriyle tam uyum gösterdiği şeklindeki raporu kabul etmiyorum. Turan dayının öldürülmesinden uzaktan yakından bir alakam yoktur. Kocam Cemal Başak Turan dayı ile kavga ettiğine veya onu darp ettiğine veya onu bıçakladığına dair bana hiçbir şey söylemedi. Oturduğumuz dairenin bulunduğu binanın sahibi vardır. Sahibinin yabancı ülkede kaldığını biliyorum. Bu evde kira vermiyorduk", beyanlarında bulunmuştur.

16.03.2002 tarihinde gözaltında avukat eşliğinde savcılığa verdiği ifadesinde de eşini üç yıldır görmediği şeklindeki beyanlarının yalan olduğunu, eşini korumak için yalan söylediğini, 1 Mart'ta alınan dış kalıplarının maktu-

lün yüzündeki diş izleriyle uyumlu olmasına bir anlam veremediğini ifade etmiştir. İfade-sinin devamında, “Mustafa Çelik’i hiçbir şe-kilde ısırmadım. Mustafa Çelik’i öldürmemiz için hiçbir neden yoktur. Evde oturduğum bu güne kadar kendisiyle herhangi bir kavgamız ve münakaşamız olmadı. Ben Mustafa Çelik’i tehdit etmedim eşimin veya bir başkasının da tehdit ettiğini de duymadım” beyanlarında bu-lunmuştur.

**16.03.2002 tarihinde tutuklama talebiyle sevk edildiği İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesinde yapılan sorgulaması sırasında verdiği ifadesinde;** maktulü Turan dayı olarak tanıdığını, olay gecesi kocasının evde olduğunu belirtmiştir. Bircan Başak ayrıca, “Ben önceleri kocamı görmediğimi söyledim, bu ifadem doğru değildir. Eşimin infazı yanlış, tekrar içeri alacaklar korkusuyla bunları söyledim. Maktulün yanağındaki diş izleri bana ait değildir. Bunun yeniden tespitini istiyorum” di-yerek polise verdiği ilk ifade dışındaki bütün ifadeleriyle uyumlu bir ifade vermiş olduğu tespit edilmiştir. Sanık müdafii, “Müvekkilim 3 çocuk annesidir, çocuklarından birinde sara hastalığı tespit edilmiştir. Cinayet işlemek için bir sebep yoktur.” diyerek Bircan Başak’ın tutuklanması talebine itiraz etmiştir.

## 2) Başvurucu Cemal Başak:

**29.03.2002 tarihinde İstanbul Adliyesi Polis Noktasında teslim olmasının ardından gözaltında kolluğa verdiği ifadesinde:** “İki ay önce eve geldim. Daha önce var olan cezalarım nedeniyle firaradaydım. Ceza indirimi yasasından yararlanmak amacıyla avukatıma başvur-dum. 17.02.2002 tarihinde eve saat 21.30 sularında geldim. Sabah saat 09.30 sularında uyandım ve Turan dayının oturduğu dairenin karşısındaki duvarda ve tavanda çökme ihtimaline karşı tedbir olsun diye tadilat yapacaktım. Ancak Turan dayının dairesinin önüne geldiğimde kapının yarı yarıya açık olduğunu gördüm ve durumdan şüphelenerek içeriye göz attığımda Turan dayının içeride sağ tarafta somyanın yanında atlet ve külotlu hâlde yerde yatar vaziyette olduğunu gördüm. Suratında kesik izine benzer bir çizik ve karnında bir kan izi vardı. İnfazım yandığı için telaşa kapıldım ve dışarı çıktığımda mahalle muhtarı Gürsel Yollu’yu gördüm. Durumu ona anlattım, komşumuz Manav Sıraç’a, bakkala, ter-

ziye ve terzinin yanında olan yaşlı bir şahsa da olayı gördüğüm gibi anlattım. Bunların hepsi infazımın yandığını ve aftan yararlanmak için avukata başvurduğumu, polis tarafından arandığımı biliyorlar. Onlara burada fazla kalamayacağımı hem infazımdan dolayı hem de polis tarafından aranmam dolayısıyla gitmem gerektiğini ve olayı eşimin ağzından duymuş gibi davranmalarını, beni gördüklerini söylememelerini ve onlara bu olayda herhangi bir parmağımın olmadığını anlattım ve oradan ayrıldım. Eşimin yakalandığını baldızımın oğlundan telefonla haber aldım. Ve gelip teslim oldum. Benim ve eşimin bu olayla hiçbir alakamız olmadığı hâlde eşimin suçsuz yere tutuklanmasından duyduğum rahatsızlık nedeniyle bu gün Cumhuriyet Savcısına teslim oldum. Mustafa Çelik bize kendini Turan dayı olarak tanıtmıştı. Turan dayı bana ve komşularımıza kendisinin düşmanı olduğunu söylüyordu. Muhtemelen bu yüzden bize gerçek ismini söylemiyordu. Ancak düşmanlarının kim olduğunu söylemiyordu” beyanlarında bulunmuştur.

**30.03.2002 tarihinde İstanbul Basın Savcısı Cevat Özel’e verdiği ifadesinin** kolluğa verdiği ifadesiyle paralel olduğu görülmüştür. Yeni ifade edilen diğer bazı bölümler başvuru/sanık Cemal Başak’ın kendi dilinden aşağıda kısaca aktarılmıştır: “Biz Başak Ailesi olarak binayı kendi evimizden butona basmak suretiyle açabiliyoruz. Aynı zamanda dış kapıyı bizde bulunan anahtarla da açabiliyoruz. Ancak maktul Mustafa Çelik binaya sadece kendisinde örneği bulunan dış kapı anahtarıyla açmak suretiyle girebiliyor. Sıraç isimli manavın bitişiğindeki boş arsadan da bulundukları binaya girilebiliyor. (...) Takriben 11 yıldır bu binada ailecek oturmaktayız. Bunun karşılığında herhangi bir kişiye veya kuruluşa kira olarak hiçbir ücret ödemedik. Binaya ait vergileri biz ödüyoruz.”

Aynı ifadede Adli Tıp Kurumunun 15.03.2002 tarih ve 2002/9301 sayılı dış iziyle ilgili raporuna karşı, “raporu kabul etmiyorum adli tıp yanılmış olabilir, ne benim ve ne de eşimin maktulün öldürülmesiyle bir ilgimiz yoktur” beyanlarında bulunmuştur. İstanbul Polis Laboratuvarının 19.03.2002 tarihli Ekspertiz Raporuna “bu raporda maktulden farklı şahıslara ait birtakım izler bulunduğu ifade edilmektedir. Bu izler kesinlikle bana ait de-



ğildir çünkü maktulü ne öldürmüş ne de başkasının öldürme cürümüne iştirak etmiş değilim” beyanlarında bulunmuştur. Cemal Başak neticede tutuklanma talebiyle sevk edildiği sorgu hâkimince tutuklanarak cezaevine gönderilmiştir.

**28.01.2003 tarihinde yargılamayı yapan mahkemeye verdiği yazılı savunmasında,** “Kolluğun muhtarı görevden alma ve tutuklamayla tehdit ettiğini ve muhtarın sözü konusu tehditlerden korkması sonucu Cemal Başak’ın kendisini tehdit ettiği şeklinde ifade vermek zorunda kaldığı” yönünde beyanlarda bulunmuştur.

**24.12.2003 tarihli yazılı savunmasında:** “Benden ve eşimden iki defa kan örneği alındı ancak neticesini öğrenemedik bizden alınan kan örneğinin DNA sonuçları olay yerinde elde edilen bulgularla karşılaştırılsın. Eğer karşılaştırma yapılmadıysa neden bu güne kadar yapılamamıştır. Biz burada mağdur ediliyorken çocuklarımız da anne babasız bırakılmakla mağdur edilmektedirler. Maktul komşumuz tecavüzden dolayı mahkûm edilmiştir. Komşumuzun tecavüzünden mağdur olanların araştırılmasını istiyorum. Maktul yıllarca bize ve diğer komşularımıza tehdit ve takip edildiğini söyleyerek bizden gerçek kimliğini saklamıştır. Bu olayla alakalı olarak Kanal D televizyonunda yapılan “Parmak İzi” programında maktulün kapalı çarşıda yıllarca tercümanlık yapması dolayısıyla söz konusu programın muhabirleri kapalı çarşının halıcılar esnafıyla yaptıkları röportajda muhabirlerin, ‘Siz maktulü nasıl bilirdiniz, hasımları var mıydı?’ sorusuna karşılık esnafın tamamı muhabir bayana, ‘Maktulü hasım sahibi, aslen Malatyalı olarak ve ismini Turan olarak bildiklerini maktulün kendilerine hasımları tarafından sürekli takip ve tehdit edildiğini’ söylediğini ifade etmişlerdir. Bu haberin kaseti söz konusu programın arşivinde saklıdır.” beyanlarında bulunmuştur. Bu kasetin mahkeme tarafından istenip izlenmesini talep etmiştir. Söz konusu taleplerin yerine getirilmediği görülmüştür.

### 3) Mahalle Muhtarı Gürsel Yollu:

**26.02.2002 tarihinde kolluk görevlilerine verdiği ifadesinde;** “Mustafa Çelik’i tanıdığını çevre sakinlerinin onu Turan Amca olarak tanıdığını, Cemal Başak’ın sabah saatlerinde

olayı kendisine haber vermesi üzerine beraber cesedi görüp ölmüş olduğu kanaatine varınca karakola haber verdiğini; Cemal Başak’ın arkasından gelerek kendisini, olayı polislere anlatırken adını vermemesi hususunda, tehdit ettiğini, yaklaşık olarak 1,5 ay önce yolda giderken de Mustafa Çelik’in ‘Muhtar Bey beni dinler misin?’ diyerek: ‘Cemal Başak beni tehdit etti.’ şeklinde yakındığını” ifade etmiştir.

**04.03.2002 günlü savcıya verdiği ifadesinde:** “Mustafa Çelik’i 1985 yılından beri, Cemal Başak’ı yaklaşık 13 sene önce hâlen oturdukları yere yerleştikten beri tanıdığını, olaydan 3 ay önce maktul Turan’ı gördüğünü, durumunu sorduğunda Cemal Başak’ın kendisini bu evden çıkması için sıkıştırdığını, kendisinin de savcılığa git şikâyet et dediğini, Cemal Başak’ı olay günü gördüğünü ve olayı Cemal Başak’ın kendisine haber vermesi üzerine kolluğa haber verdiğini” ifade etmiştir. Kolluğa haber vermek için ayrılırken Cemal Başak’ın kendisini görmemiş olarak davranmasını istediği, “Ailem sana haber vermiş olsun, sen de haber verirsin.” dediğini ve “İsmimi verersen senin için iyi olmaz.” diyerek kendisini tehdit ettiğini ifade etmiştir. Mahalle muhtarı Gürsel Yollu, olayın yaşandığı günden iki gün sonra olayı araştırmak üzere iki kolluk görevlisinin geldiğini ve olay hakkında bilgisine başvurduklarını, kendisinin onlara olayı Cemal Başak’ın kendisine haber verdiğini söylediğini ifade etmiştir.

**03.07.2002 tarihli duruşmada,** “Olayın meydana geldiği mahallenin muhtarı olduğunu beyan ettikten sonra, olay günü saat 09.00 civarında Cemal Başak’ın kendisine haber vermesi üzerine beraber Mustafa Çelik’in evine baktıklarını ve ölmüş olduğuna kanaat getirerek polise haber verdiğini, Cemal’in ayrılmadan önce infazının olduğunu ve aynı zamanda kaçak olduğunu hatırlatarak ayrılması gerektiğini ve isminin olaya karıştırılmamasını istediğini” ifade etmiştir.

Aynı duruşmada Gürsel Yollu, “Maktulün daha önce yanına geldiği ve sanıklar tarafından tehdit edildiğini kendisine söylediği, hatta daha önce orada oturan iki Ermeni kadının da sanıklar tarafından tehdit edildiği” şeklindeki ifadesinin sorulması üzerine, o hususların kendi beyanları olmadığını, onları polis

yazdığını ve polisten çekindiği için o ifadelere imza attığını” ifade etmiştir.

4) İstanbul Çocuk Mahkemesi Savcılığı tarafından Osman Özer hakkında soruşturma başlatılmış ve 21.08.2008 tarihinde, talimatla Yozgat E Tipi Cezaevinde tutuklu bulunan Osman Özer’in ifadesi alınmıştır. **Osman Özer ifadesinde**, Mustafa Çelik’i tanımadığını, olay tarihlerinde İkitelli’de bir fabrikada işçi olarak çalıştığını, fabrikada yatıp kalktığını, sıklıkla alkol ve esrar aldığını, Mustafa Çelik’in öldürülmesi olayıyla bir alakasının olmadığını ve o tarihlerde Kumkapı’da alkol almadığını belirtmiştir.

**24.10.2008 tarihinde Yozgat E Tipi Kapalı Cezaevinden gönderilen ve Osman Özer’in adı ve imzası bulunan iki sayfalık dilekçede:** “17-18.02.2002 gün/gecesi Mustafa Çelik’in ölümü ile sonuçlanan olayın faili benim. (...) Sorumlu olduğum iddianameyi okuduğumda üç çocuğu olan Başak çiftinin suçsuz oldukları hâlde cezaevinde bulduklarını duyduğumda vicdanen rahatsız oldum. Mahkemeye çağırıldığımda ayrıntılı bilgi vereceğim.” ifadelerine yer verilmiştir.

**12.06.2009 tarihli 56. Celsede sanık Osman Özer hazır bulunmuş verdiği ifade**de, olayın yaşandığı gece Mustafa Çelik’in evinde olduğunu ancak Mustafa Çelik’in dışarı çıkıp daha sonra yanında bir kadınla eve geldiğini, sanığa “Sen artık çık git sonra gelersin.” demesi üzerine sanığın çıkıp gittiğini, ertesi gün parkta üzerinde alt iç çamaşırının olmadığını fark ettiğini, geri gelip Manava maktulü sorduğunda ölmüş olduğunu öğrendiğini, beyan etmiş ve gönderdiği mektubun sorulması üzerine, “İmza bana aittir, talimatla ifade vermem istendiğinde mektubu Eser Gürsoy talimat evrakına bakarak yazdı ve getirip bana imzalattı okuma yazmam olmadığı için okuyamadım.” şeklinde cevap vermiştir. Mahkeme tarafından Eser Gürsoy’un dinlenilmesine karar verilmiştir.

5) Yozgat Ağır Ceza Mahkemesi 15.09.2009 tarihinde talimatla duruşma yaparak Osman Özer’le aynı koşu da kalan şahısların yeminli ifadelerini almıştır. **Onur Yılmaz ifadesinde özetle**, “Osman Özer’in imzalayıp gönderdiği dilekçeyi kendisinin yazdığını, iddianameyi Vedat Ekinci’nin okuduğunu, yanlarında Adıgüzel Bulut’un da bulundu-

ğunu; sanığın kendilerine olayın yaşandığı gün maktul ile beraber olduğunu, beraber alkol aldıklarını, maktulün kendisine fiili livatada bulunmak istediğini, bunun üzerine sinirlenip aldığı alkolün etkisi ile bira şişesiyle maktulün kafasına vurduğunu, ardından maktulü bıçakladığını anlattığını ve dilekçede yer almayan ayrıntılı hususlardan söz ettiğini; fakat bunları dilekçeye yazmadığını” beyan etmiştir. Tanıklar Adıgüzel Bulut ve Vedat Ekinci de bu tanıkların beyanlarını doğrular nitelikte beyanlarda bulunmuş, Eşref Ayar ise Osman Özer’in suçunu itiraf ettiğini duyduğunu, beyan etmiştir. Vedat Ekinci ifadesinde ek olarak, “Osman Özer’in, suçta kullandığı bıçağı maktule ait evin tavan arasına sakladığını kendisine söylediğini” beyan etmiştir.

6) **30.06.2010 tarihli 63. Celsede tanık Eser Gürsoy hazır bulunmuş ve beyanında**, “Osman Özer’in koğuştan arkadaşı olduğunu, gelen iddianameyi kendisi, Vedat Ekinci, Adıgüzel Bulut ve Onur Yılmaz’ın okuduğunu ve Osman Özer’e herhangi bir baskı yapmadan, ‘Sen bu işi yapmışsan söyleyeceksin.’ dediklerini, Onur Yılmaz’ın, Osman Özer’le konuştuktan sonra dilekçeyi yazdığını, kendi aralarında neler konuştuklarını ve neler yazdıklarını bilmediğini” ifade etmiştir.

**Sanık Osman Özer bu celsedeki beyanında**, “Olayları Onur Yılmaz’a anlattığını, Onur Yılmaz’ın iddianameye bakarak dilekçeyi yazdığını” ifade etmiştir. Osman Özer ayrıca maktulün katili olmadığını, bu nedenle de tahliyesini talep etmiştir.

7) 13.12.2010 tarihli 66. Celse olan davanın son duruşmasında sanıklar Osman Özer, Bircan Başak ve Cemal Başak önceki ifadelerinin tekrarı mahiyette bir savunmada bulunmuşlardır.

## **b. Soruşturma ve Kovuşturma Aşaması Tahkikat İşlemleri**

1) 01.03.2002 tarihinde yapılan tahkikatlar sonucu cesedin sağ yanağında diş izi ile tırnakları arasında kil örneği tespit edildiği ifade edilmiştir. Savcılık talimatıyla, Adli Tıp Kurumu tarafından, tespit edilen diş izleri ile maktul üzerinde bulunan kil örneğinin Bircan Başak’a ait olup olma-

- diğinin araştırılması için başvuru Bircan Başak'tan, diş ölçü ve kalıpları ile kan örneği alınmıştır.
- 2) 06.03.2002 tarihinde Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi, Bircan Başak'tan alınan kan örneği ile Mustafa Çelik üzerinde elde edilen kıl örneği sonuçlarının uyum göstermediğini raporlamıştır.
  - 3) 15.03.2002 tarihli Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesinin hazırladığı raporda; Bircan Başak'tan alınan diş ölçü kalıplarının dijital analiz yöntemi ile yapılan muayenesinde, "maktulün sağ yanağında tespit edilen ısırık izindeki belirgin olan üst çeneye ait 3, alt çeneye ait 4 adet; toplamda 7 adet diş izinin yapılan karşılaştırılmasında tamamının uyum gösterdiği" kanaatine varıldığı belirtilmiştir. Söz konusu dişler dışındaki diğer dişlere ait izlerin belirgin olmadığı raporlanmıştır.
  - 4) Söz konusu diş izi raporu üzerine Bircan Başak gözaltına alınmış ve ifadeleri alındıktan sonra tutuklanarak cezaevine gönderilmiştir.
  - 5) 16.03.2002 tarihinde olay yerinde elde edilen parmak izleri ile Bircan Başak'tan alınan parmak izlerinin yapılan mukayeselerinde herhangi bir benzerlik saptanamamıştır.
  - 6) 19.03.2002 tarihli Kriminal Polis Laboratuvarı'nın düzenlemiş olduğu raporda: "Olay yerindeki tencerede bulunan sıvının içinden elde edildiği belirtilen (1) adet izmarit üzerine bulaşmış tükürük örnekleri ve maktule ait sol el tırnak örnekleri üzerinde deki kan lekelerine ait genotip özelliklerin maktulden farklı bir erkeğe ait genotip özellikler taşıdığı; Olay yerinde pencere yanında elde edilen atlet üzerinde ki meni lekelerinden çekitlenen sperm hücreleri üzerinden belirlenen genotip özelliklerin, maktulden ve diğer erkek şahıstan farklı bir erkek şahsa ait genotip özellikler taşıdığı" tespitlerinde bulunulmuştur. Aynı raporda başvuru/sanık Bircan Başak'a ait kan örneğinin laboratuvar sonucunun olay yerinde elde edilen bulguların laboratuvar sonucuyla karşılaştırılmasında herhangi bir benzerlik görülmediği ifade edilmiştir. Olay yerinde görülen diğer bulgulardan bir kısmının ise maktul Mustafa Çelik'e ait olduğu belirtilmiştir.
  - 7) 29.03.2002 tarihli Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesi tarafından Mustafa Çelik hakkında düzenlenen Kesin Otopsi Raporu'nda ölümün, 18.02.2002 tarihli otopsi raporunda belirtilen sebeplerle meydana geldiği belirtilmiştir. Ayrıca elde edilen bulguların laboratuvar sonucu karşılaştırılması yapılmış ve bulunan sonuçlarda deri parçasının maktule ait olduğu ancak kıl örneğinin farklı bir şahsa ait olduğu belirtilmiştir.
  - 8) 29.03.2002 tarihinde başvuru Cemal Başak teslim olmuş ve gözaltına alındıktan sonra ifadesi alınmış ve ertesi gün tutuklanma istemiyle çıkarıldığı mahkeme tarafından tutuklanarak cezaevine konulmuştur.
  - 9) 18.04.2002 tarihli Kriminal Polis Laboratuvarı'nın düzenlemiş olduğu raporda, 19.03.2002 tarihli Ekspertiz Raporunda söz konusu edilen bulguların Cemal Başak'tan farklı şahıslara ait olduğu yönünde tespitlere yer verilmiştir.
- Başvuru/sanıklar Bircan Başak ve Cemal Başak hakkında İstanbul C. Başsavcılığı tarafından hazırlanan 29.04.2002 tarihli iddianame ile İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2002/157 Esas sayılı dava dosyasından "Kasten Adam Öldürmek" suçundan kamu davası açılmıştır.
- 10) Davaya bakan İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesince, 25.06.2002 tarihli yazıyla Adli Tıp Kurumundan, olay yerinde elde edilen ve naylon torbada saklanan mevcut sigara izmariti üzerine bulaşmış tükürük ile Cemal Başak'ın tükürük örneklerinin alınıp, mukayese yapılarak ayrıntılı bir rapor düzenlenmesi istenmiştir.
  - 11) Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi 24.07.2002 tarihli yazıyla, söz konusu mahkemenin 25.06.2002 tarihli duruşmasında bahsi geçen sigara izmariti üzerinde yapılan laboratuvar çalışmalarından sonuç alınmadığı için Cemal Başak'ın tükürük örneği ile mukayesenin yapılmadığını raporlamıştır.

(Oysa 19.03.2002'de düzenlenen Polis Laboratuvarı Raporunda ve 2009'da düzenlenecek Adli Tıp Raporunda bu bulguların Cemal ve Bircan Başak'tan farklı şahıslara ait olduğu yönünde tespitlere yer verilmiştir.)

- 12) Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesinin 25.09.2002 tarihli raporunda, Bircan Başak'tan şeftali ısırtılarak alınan diş izleri ile maktulün sağ yanağındaki diş izlerinin dijital analiz yöntemi yapılan karşılaştırmasında diş izlerinin uyum içinde olduğu belirtilmiştir. (15.03.2002 tarihli Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesinin raporuyla uyumlu) Bu raporun 12.11.2002 tarihinde davanın görüldüğü mahkemeye ulaştığı görülmüştür.
- 13) 13.11.2002 tarihli duruşmada Mahkeme olay yerinde keşif yapılmasına karar vermiş ve Adli Tıp Kurumunun 25.09.2002 tarihli diş izi raporunu yeterli görerek diş izi raporuna yapılan itirazları reddetmiştir.
- 14) 16.01.2003 tarihinde yapılan keşif sonrası tutulan tutanakta "sanıkların savunmalarında belirttikleri şekilde bilinmeyen şahıs veya başka şahısların eve girme ihtimallerinin olduğu" beyanlarına yer verilmiştir.
- 15) 26.04.2004 tarihli duruşmada başvuru/sanık Cemal Başak, duruşma salonunda üç defa "Adalet istiyorum!" diye bağırmıştır. Cemal Başak, mahkeme başkanınca dışarı çıkartılmış, dışarı çıkarken ve dışarıda, "Çete başlarına beraat kararı veren sizin heyetinizdir, gücünüz masumlara yetiyor, çeteler dışarıda geziyor!" şeklindeki sözleri nedeniyle hakkında "Kamu Görevlisine Görevinden Dolayı Hakaret" suçlamasıyla kamu davası açılmıştır.
- 16) Her iki başvuru/sanık Cemal Başak ve Bircan Başak 07.06.2005 tarihinde tahliye edilmişlerdir.
- 17) İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün Eminönü İlçe Emniyet Müdürlüğü'ne hitaben yazdığı 10.11.2005 tarih ve 1313 sayılı yazısında; Mustafa Çelik'in öldürülmesi olayında, olay yerinde elde edilen bulgulardan olan Efes Pilsen ibareli bira şişesi

üzerinden elde edilen parmak izinin, Osman Özer isimli şahıstan alınan parmak izlerinden sağ el orta parmak izinin aynısı olduğunun tespit edildiği, ifade edilmiştir.

- 18) İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi 29.05.2008 tarihli duruşmasında Osman Özer'in tanık olarak dinlenilmesi için yazı yazınca, Cemal Başak yazılı ve sözlü olarak itiraz edip maktulün evinde Osman Özer'in parmak izine rastlanıldığını, cinayet zanlısı olarak hakkında soruşturma açılıp kendisinden kan, kıl örneği ve salya gibi bulguların alınıp olay yerinde elde edilen bulgularla mukayese yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme Osman Özer'in adam öldürme suçunun şüphelisi olarak hakkında soruşturma başlatılması için İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunma kararı almış, 03.06.2008 tarihli yazıyla da C. Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuştur.
- 19) Başvuru/sanık Cemal Başak 19.06.2008 tarihli Cumhuriyet Savcısı Ali Güngör'e verdiği iki sayfalık dilekçede, Osman Özer'in tahliye olması durumunun olduğunu, olay yerinde parmak izine rastlanıldığını, dolayısıyla cinayet zanlısı olarak hakkında soruşturma açılmasını, diğer bulguların ona ait olup olmadığını araştırılmasını ve derhâl ifadesinin alınmasını talep etmiştir.
- 20) İstanbul Çocuk Mahkemesi Savcılığı tarafından Osman Özer hakkında soruşturma başlatılmış ve 21.08.2008 tarihinde söz konusu soruşturmayı başlatan savcılığın talimatıyla Yozgat E Tipi Cezaevinde tutuklu bulunan Osman Özer'in ifadesi alınmıştır. Osman Özer ifadesinde; Mustafa Çelik'i tanımadığını, olay tarihlerinde İkitelli'de bir fabrikada işçi olarak çalıştığını, fabrikada yatıp kalktığını, sıklıkla alkol ve esrar aldığını, Mustafa Çelik'in öldürülmesi olayıyla bir alakasının olmadığını ve o tarihlerde Kumkapı'da alkol almadığını ifade etmiştir.
- 21) İstanbul C. Başsavcılığının 24.09.2008 gün, 2008/927 Esas ve 2008/137 sayılı iddianamesi ile İstanbul 2. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde şüpheli Osman Özer hakkında kasten adam öldürme suç-

lamasıyla kamu davası açılmıştır. Bu davanın iddianamesinde: “Şüphelinin savunması ile parmak izi raporu ve diğer deliller birlikte değerlendirildiğinde, Cemal Başak ve Bircan Başak ile Osman Özer’in maktul Mustafa Çelik’i kasten öldürdüğüne dair kamu davasının açılmasını gerektirir suç şüphesi ve deliller elde edilmiştir.” denilmiş ve şüphelinin kasten adam öldürme suçundan yargılanmasını ve cezalandırılması talep edilmiştir.

22) Başvurucu/sanık Cemal Başak 06.05.2009 havale tarihli dilekçeyle, “adil bir kararın çıkacağına yönelik inancını yitirdiğinden ve mahkemenin tarafsızlığını yitirdiğini” düşündüğü için reddi hâkim talebinde bulunmuştur. Ancak İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi 07.05.2009 tarihinde Cemal Başak’ın reddi hâkim talebini reddetmiştir.

23) Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi 27.08.2009 tarihli raporunda: Osman Özer, Bircan ve Cemal Başak’tan ağız içi süprüntü örneklerini alarak daha önce Kriminal Polis Laboratuvarının 19.03.2002 ve 18.04.2002 tarihli verdiği raporlardaki bulgularla karşılaştırma yaptıklarını belirtmiştir. Raporun sonuç kısmında tencere içinde elde edilen sigara izmariti üzerinde tükürük örneği ile maktulün sol el tırnakları üzerinde elde edilen kan lekelerinden alınan DNA profillerinin sanık Osman Özer’in DNA profiliyle uyum içinde olduğunu, diğer sanıklar ve maktulün profiliyle uyumlu olmadığını raporlamıştır. Ayrıca olay yerinde elde edildiği 06.03.2002 ve 29.03.2002 tarihli raporlardan anlaşılan kıl örneği ile meni lekelerinden çekitlenen sperm hücrelerinin maktul ve sanıklardan farklı başka şahıslara ait olduğu tespit edilmiştir.

24) Başvurucu Cemal Başak, Vedat Ekinci’nin ifadesinde bahsi geçen bıçağın hâlen yerinde olabileceği ve bu nedenle arama yapıp bıçağın bulunmasını ve üzerinde inceleme yapılması talebinde bulunmuştur. Söz konusu talep üzerine Mahkeme 02.07.2010 tarihli yazıyla Kumkapı Polis Karakolundan olay yerine gidilmesi, olay yerinde arama yapılması ve bulunacak eşyaya el konulması kararını vermiştir.

Kolluk kuvvetleri mahalle muhtarı eşliğinde olay yerine gitmiş ve dairenin girişinde tavan arasında söz konusu bıçağı bulmuşlardır. Mahkeme söz konusu bıçağı bilirkişiye 15 gün içinde rapor hazırlaması için teslim etmiştir. Bilirkişi kendisine teslim edilen, kelebek diye tabir edilen bıçak üzerinde yaptığı incelemede parmak izine rastlanmadığını raporlamıştır. Bıçağın kanlı olduğu tespit edilmiş ve bıçak üzerindeki kan örneğinin Mustafa Çelik’in kanının DNA sonuçlarıyla uyum gösterdiği tespit edilmiştir.

### c. Savcılığın Esas Hakkında Mütalaası

Cumhuriyet Savcısı 18.02.2003 tarihli duruşmada mahkemeye sunduğu esas hakkındaki mütalaasında: Maktulün sabıka kaydı bulunmasına rağmen düşmanlığa yol açacak türden sabıkasının bulunmadığı, sanığın maktulü tehdit ettiğine dair mahalle muhtarı Gürsel Yollu’nun ifadelerinin bulunduğu, Adli Tıp Raporunda maktulün vücudundaki darbelerden iki kişi tarafından öldürülmüş olabileceğinin ifade edildiği, her iki dış izi raporunda maktulün yüzündeki dış izlerinin sanık Bircan Başak’ın dış izlerinin aynısı olduğunun belirtildiği, sanık Cemal Başak’ın mahalle muhtarına cesedi önce kendisinin gördüğünü söylememesi hususunda tehdide varan derecede telkinde bulunduğu gerekçelerine dayanarak sanıklar Cemal ve Bircan Başak’ın maktul Mustafa Çelik’i kasten kesici aletle öldürdükleri iddiasıyla cezalandırılmalarını talep etmiştir.

Cumhuriyet Savcısı 25.10.2010 tarihli esas hakkındaki mütalaasında: Cemal ve Bircan Başak hakkında Maktulün Cemal Başak tarafından tehdit edildiği hususunda muhtara yakınmada bulunduğu, maktulün yüzündeki dış izlerinin Bircan Başak’ın dış iziyle uyumlu olduğu, Cemal Başak’ın olay yerinden kaçarak olay yerinde olmadığı hususunu tehditlere varacak şekilde tembih ettiği gerekçelerine dayanarak; Osman Özer hakkında ise parmak izi, bıçaktaki kan lekeleri, dilekçeyle suçunu itiraf etmesi daha sonra olay günü maktul ile beraber olduğu ve birlikte alkol aldıkları şeklindeki kısmi itirafları gerekçelerine dayanarak, maktulün ilgili raporlarda belirtildiği şekilde bıçaklanıp ayrıca atkı ile boğulmaya çalı-

şıldığı, maktulün her üç sanık tarafından öldürüldüğü iddiasıyla cezalandırılmalarına karar verilmesini talep etmiştir.

#### **d. Sanık Müdafinin Savunma ve Beyanları**

08.03.2003 tarihli duruşmada sanıklar avukatı Av. Meziyet Özer, esas hakkındaki mütalaaya cevaben, "Diş izi canlı iken mi yoksa öldükten sonra mı meydana gelmiştir bu tespit edilememiştir. Isırılan yerde tükürük sıvabının olması çok normaldir bu da alınmamıştır. Ayrıca diş izinin belli olabilmesi için aynı yerden doku örnekleri de alınması gerekirdi. Bunların alınmaması eksik tahkikat yapıldığının göstergesidir." ifadelerine yer vermiştir.

26.09.2003 tarihli duruşmada başvuru-cu/sanıklar Müdafii Av. Meziyet Özer: "Dostlarım bulunan bazı adli tıp uzmanlarından nasıl rapor hazırlandığını sordum, bana bir doktor imzalıyor diğerleri de ona güvenerek imzalıyor ve heyet rapor olarak düzenlenmiş oluyor." şeklinde savunmada bulunmuştur. Savunmasının devamında ise yaşlı kişilerin ölümlerinin üzerinden 24 saat geçmesi hâlinde yüzde değişik tarzda ekimozlar oluşabileceği ve bunların ısırık izi gibi algılanabileceği, gerçekten ısırık iziyle alakalı olarak bunun kime ait olduğunun ölümden sonra iki saat içinde alınabilecek tükürük salgısıyla tespit edilebileceğini konunun uzmanlarından öğrendiklerini beyan etmiştir.

### **3. Karar Aşaması**

#### **a. İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Gerekçeli Kararı**

**Mahkeme 13.12.2010 tarihli kararında:** Raporlarda söz konusu olan sigara izmariti üzerindeki tükürük sıvabının, maktulün tırnakları üzerindeki kanın ve bira şişesi üzerindeki parmak izinin Osman Özer'e ait olduğu, ayrıca tanık beyanları, olay yerinde tavan arasında bulunan bıçak ve cezaevinden gönderilen mektup gibi hususlarının tümü birlikte değerlendirildiğinde Osman Özer'in söz konusu suçu işlediğine kanaat getirdiğini belirtmiştir.

Mahkeme Cemal Başak'ın infazının olması ve olay yerinden kaçmasının hayatın olağan akışına uygun olduğu ve normal durumda kimsenin o tür bir yerde kalmayacağı, diş izlerinin ise izah edilemediği, bunun başkasına ait olup olamayacağının bilinmemesi, sanık Bircan Başak ile maktul arasındaki ilişkinin kurulamadığı bu nedenle bu durumun her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı bir delil olarak kabul edilemeyeceği nedenleriyle her iki sanığın BERAATLERİNE, sanık Osman Özer'in ise cezalandırılmasına karar vermiştir.

#### **b. Yargıtay Kararı**

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2011/6337 E. ve 2011/5917 K. Sayılı Kararı ile yerel mahkeme hükmü ONANARAK kesinleşmiştir.

## **BAŞVURU KONUSU İLE İLGİLİ HAK İHLALİ İDDIALARI**

### **1. Tutuklama Kararı**

Cemal Başak, tutuklama kararının gerekçesi olarak adli sicil kaydının varlığını iddia etmiştir.

Bircan Başak, gözaltına alındığında haklarında hiçbir delil olmadan gözaltına alındığını ifade ettiğinde kolluk kuvvetlerinin kendisine, "biz istersek delil yaratırız" şeklinde sözler söylediklerini iddia etmiştir.

### **2. Diş İzi Raporu**

Bircan Başak ve Cemal Başak, maktulü kendilerinin öldürdüğü varsayımını temellendirmek için diş izi raporunun tanzim edildiğini iddia etmişlerdir.

Cemal Başak cesedi ilk kendisinin gördüğünü ve cesedin yüzünde yaklaşık olarak 14 ile 16 diş izinin belirgin olarak gördüğünü iddia etmiştir. Cemal Başak, "Adli tıp önce verdiği rapordan sapmamak ve prestijini sarsmamak için şeftali izi karşılaştırmasını yaptı, eşimin 7 diş uyuyorsa neden diğerleri tutmuyor. Normal bir ısırıkta 14-16 diş belirgin olarak iz bırakmaktadır." demektedir.

Cemal Başak, Adli Tıp Kurumu'nun adını duyurmak amacıyla böyle bir rapor tanzim ettiğini, aynı şekilde haklarında çıkan dış izinden "katil yakalandı" şeklinde medyaya servis edilen haberlerin de bu husustaki çabaların neticesi olduğunu iddia etmiştir.

### 3. Muhtarın Başvurucular Aleyhine İfade Vermesi Yönünde Tehdit Edildiği İddiası

Bircan Başak kolluk tarafından mahalle muhtarına baskı yapılarak eşi Cemal Başak'ın aleyhinde ifade vermesinin istendiğini ve muhtara Cemal Başak aleyhine delil oluşturacak şekilde yönlendirici sorular sorulduğunu iddia etmiştir.

Cemal Başak, daha sonra muhtarla yaptığı görüşmede, "Kolluk tarafından muhtarın kendi aleyhlerine ifade vermeye zorlandığını, bu hususta ifade vermesi için tehdit edildiğini ve tehdit edildiği için kolluğun hazırlamış olduğu ifadelere imza attığını" öğrendiğini iddia etmiştir.

Aynı şekilde muhtar Gürsel Yollu mahkemeye verdiği ifade de kendisinin ve maktul Mustafa Çelik'in tehdit edildiği yönündeki beyanların kendisine ait olmadığını kolluk beyanları olduğunu korktuğu için onları reddetmediğini beyan etmiştir.

### 4. Kötü Muamele ve İşkence İddiaları

Başvurucu Cemal Başak, gözaltı sırasında kolluk tarafından baskı ve şiddet gördüğünü, kötü muameleyle maruz kaldığını iddia etmiştir.

Cemal Başak, cezaevi girişinde kendisine işkence yapıldığını, dövüldüğünü, falakaya yatırıldığını aldığı darbeler nedeniyle oluşan morlukların geçmesi ve bu hususta doktor raporu alınmaması için 1 ay ile 1,5 ay kadar hücreye kapatıldığını, cezaevi yönetimine bu hususta dilekçe verdiğini ancak dilekçesinin işleme alınmadığını iddia etmiştir. Basın kuruluşları tarafından yapılan yayınlar nedeniyle zaman zaman mahkûmların sözlü ve fiili ta-

cizlerine maruz kaldığını ve hatta bazen ölümlle tehdit edildiğini iddia etmiştir.

Bircan Başak, tutuklu kaldığı 40 ay boyunca kötü muameleyle tabi tutulduğunu iddia etmiştir. Annesinin hiçbir rahatsızlığı olmamasına rağmen çektiği üzüntü ve keder nedeniyle kalp rahatsızlığına tutularak vefat ettiğini iddia etmiştir.

Çocuklarının okulda hocaları ve arkadaşları tarafından katilin çocukları şeklinde itham edici şekilde damgalandıklarını iddia etmişlerdir.

### 5. Basın Yayın Kuruluşlarında Başvurucular Hakkında Yalan ve Masumiyet Karinesini İhlal Edici, Karalayıcı Haberler Yapılması

Başvurucular haklarında basın yayın kuruluşlarında çeşitli yalan yanlış haberler yapıldığını, televizyon programlarında magazin amaçlı olarak kullanıldıklarını iddia etmişlerdir.

Başvurucular örnek olarak, Kanal 1, Show TV ve Kanal D'de "Parmak İzi" adlı programlarda isimleri de belirtilmek suretiyle tutukluluk döneminde ve tahliye sonrasında suç işledikleri varsayılarak yayınlar yapıldığını, masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ifade etmişlerdir. Ailelerinin ve diğer akrabalarının başvuruculara şüphe ile bakmaya başladıklarını söylemişlerdir.

Başvurucular 15 Haziran 2009 *Hürriyet* gazetesinin müstehcen sitelerinde yalan bilgilerle teşhir edilerek kullanıldıklarını ifade etmişlerdir.

Başvurucu/Sanıklar hakkında, 16.03.2002 tarihinde "Isırık katili ele verdi" başlığıyla *Habervitrini* sitesinde; 17.03.2002 tarihinde Bircan Başak'ın resmi verilmek suretiyle; "Isırık İzinden Katil Yakalandı" başlığıyla *Milliyet* gazetesi, "Isırık İzi Ele Verdi" başlığıyla *Akşam* gazetesi "Cinayeti Dış İzleri Çözdü" başlığıyla *Türkiye* gazetesi; "Vahşi Cinayeti Isırık İzi Çözdü" başlığıyla *Zaman* gazetesinde (resim verilmeden) haberler yapılmıştır. Bu başlıkların içeriğinde ise; "Kumkapı'da 1 ay önce öldürülen Çelik'in katil zanlısını, cesedin yana-

ğindeki diş izleri ele verdi. Bir cinayet soruşturması sırasında ilk defa kullanılan diş izlerini büyük bir titizlikle inceleyen Adli Tıp Kurumu uzmanları, ceset üzerindeki diş izlerinin Bircan Başak'a ait olduğunu belirledi." şeklinde yalan ve yanıltıcı ayrıntılara yer verilmiştir.

Yine, "Cesetteki Isırık Cinayeti Çözdü" başlığıyla *Hürriyet* gazetesinde; "Sır Cinayeti Isırık İzi Çözdü" başlığıyla *Güneş* gazetesinde; "Cesetteki Diş İzi Katillerin Bulunmasını Sağladı" başlığıyla *Star* gazetesinde; "Diş İzi Ele Verdi" başlığıyla *Posta* gazetesinde haberler yapılmıştır. Bu başlıkların içeriğinde ise; "Eşi Cemal Başak'ın binaya sahip çıkmak istediğini, bu nedenle Mustafa Çelik'e 'Burayı terk etmesini' söylediğini ifade eden Bircan Başak, Çelik'in bunu kabul etmemesi üzerine olay günü tartışma çıktığını anlattı. Tartışmanın kavgaya dönüşmesiyle üzerine saldıran Mustafa Çelik'in yanağını ısırıldığını ifade eden Bircan Başak'ın, daha sonra Çelik'i dövdüklerini ve eşi Cemal Başak'ın da bıçakladığını söylediği belirtildi." şeklinde yalan ve yanıltıcı ayrıntılara yer verilmiştir.

Başvurucu/sanıklar hakkında, 15.06.2009 tarihinde, "Mustafa Çelik'in yanağındaki diş izi, aynı evi paylaştığı Bircan Başak'ın diş iziyle uyuydu." şeklindeki haberin çeşitli arkadaşlık ve haber sitelerinde yayımlanmıştır. Cemal Başak bu haberin çeşitli arkadaşlık sitelerinde yayınlandığını ve haklarında aile onurlarının ihlal edildiğini ifade eden 26.06.2009 tarihli dilekçeyle haberin tekzip edilmesini ve uygun olmayan haberlerden ayrıştırılmasını talep etmiş ve Sulh Ceza Hâkimliğince Haberler.com sitesi ile *Hürriyet* gazetesine yazı yazılmıştır.

## 6. Osman Özer'in İtirafına Rağmen Gereklİ İşlemler ve Soruşturmaların Geciktirildiği ve Başvuruların Taleplerinin Yerine Getirilmediği İddiası

Başvurucular, ısrarla suçunu itiraf eden Osman Özer isimli gerçek failin yakalanarak tutuklanmasını ve mahkemeye getirilmesini talep etmelerine rağmen, bu talepten 2 yıl sonra dahi Mahkeme bu işlemi yapmamıştır. Osman Özer mahkemeye tanık sıfatıyla çağ-

rılmış, bu sırada İstanbul Metris Cezaevine nakledilen Osman Özer tahliye edilmiştir.

## 7. Diğer Delil ve İhlaller Hakkındaki İddialar

Bircan Başak'tan kan, saç teli ve parmak izleri alınmasına rağmen derinlemesine tıbbi kimyasal biyolojik ve adli araştırma yapılmadığı iddia edilmiştir. İddialara göre özellikle tükürük sıvabı hiç alınmamış, bu da aklanmalarını engellemiş, kendilerinde delillerin gizlenmeye çalışıldığı düşüncesini oluşturmuştur.

Cemal Başak 2002 yılında yeşil kart sürelerinin geçtiğini ve ablası tarafından Eminönü Kaymakamlığına yeşil kart başvurusunda bulunulduğunu, Kaymakamlık tarafından tutuklu ailelere yeşil kart verilmediği gerekçesiyle kendilerine yeşil kart verilmediğini ifade etmiştir. 2002 yılında çocukları Yılmaz Başak'ın birkaç defa havale geçirdiğini ancak hastane tarafından sağlık güvencesi bulunmaması nedeniyle tedavi yapılamadığını ifade etmiştir.

## DEĞERLENDİRME

Cinayet şüphesi nedeniyle 16.03.2002 tarihinde tutuklanan Bircan Başak ile 30.03.2002 tarihinde tutuklanan kocası Cemal Başak tarafından Mazlumder'e yapılan başvuru neticesinde dosyaları incelenmiş ve ciddi hak ihlallerinin varlığı tespit edilmiştir. Başvurucular 3 yıldan fazla haksız olarak tutuklu kalmış olup 07.06.2005 tarihinde tahliye edilmişlerdir. Başvurucular ancak 13.12.2010 tarihinde BE-RAAT ederek aklanmışlardır. Bu kapsamda başvuru sahiplerinin; Adil Yargılanma, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Özel Hayatlarının ve Aile Hayatlarının Dokunulmazlığı ve bu başlıklar altında yer alan hakları ihlal edilmiştir.

### Bahse Konu İhlalleri Somut Olarak Ayrıntılı İncelersek:

Soruşturma aşamasında, kişi hürriyetini sınırlayan Yakalama işlemi düzenleyen Yakalama Tutanağı başta olmak üzere, tutulan tutanaklar baştan savma olup çelişkilerle doludur. Buna Göre:



- 29.03.2002 tarihinde kendiliğinden teslim olan Cemal Başak hakkında bazı belgelerde bu yönde bilgilere yer verilirken bazı belgelerde takip neticesinde yakalandığı yönünde bilgilere yer verilmiştir.
- Savaş Kurtbaba ve Mustafa Yılmaz isimli kolluk görevlileri tarafından düzenlenen 01.03.2002 tarihli tutanakta “cesedin saat 11.00 sıralarında bulunduğu”; aynı şahıslarca imzlanmış olduğu tespit edilen 15.03.2002 tarihli farklı bir tutanakta ise “cesedin saat 10.15 sıralarında bulunduğu” ifade edilmiştir. Metin Dereci’nin imzası olan olay yeri inceleme raporunda “10.05’te olay yerinde şahsın ölü olduğu anonsunun yapıldığı”, 01.03.2002 gün ve 2002/0556 sayılı soruşturma evrakında ise saat “11.00’da cesedin bulunduğu” belirtilmiştir. 24.09.2008 tarihli iddianamede ise “saat 10.00 sıralarında ihbarın yapıldığını” belirtmiştir. Olay Yeri Krokisi başlıklı tutanakta Olay yerine varış saati 10.25 olarak gösterilmiştir. 20.03.2002 tarihli Kumkapı Polis Karakolu yazısında ise saat 9.30’da bir şahsın ölü olarak bulunduğu bildirildiği görülmüştür.
- Adli Tıp 18.02.2002 tarihli Otopsi Tutanağı başlıklı yazıda ölüm sebebi şeklindeki yer boş bırakılmış ve ölüm sebebi dahi belirtilmemiştir. Diğer belgelerde ise ölüme sebep olan eylemler sayılmış ve bunların hangi sıralamada gerçekleştiği ve kaç kişi tarafından gerçekleştirildiği ortaya konulamamıştır. Raporda birbirine bağlı eylemler zinciriyle 2 ayrı ölüm nedeni (şüpheli sayısı kadar!) belirtilmiş ve ikisi de aynı anda gerçekleştirilmiş gibi gösterilmiştir. Oysa neticede tek bir ölüm nedeni ve tek bir katil bulunduğu ortaya çıkmıştır. Ölüm konusunda tutulan tutanaklar ile raporlardaki tartışmalı hususlar bile tek başına Adli Tıp Kurumu’na güveni zedelemekte ve tamamen tarafsız raporlar verildiğini gözler önüne sermektedir.
- Gürsel Yollu’dan (Muhtar) 26.02.2002 tarihinde kollukça (Savaş Kurtbaba, Mustafa Yıldız) alınan tanık ifadesinde, maktulün daha önce kendisine Cemal Başak ve ailesince tehdit edildiğini söylediğini, olay günü cesede Cemal Başak’la baktıktan sonra Cemal Başak’ın kendisini ‘sakın ha benim

ismimi polise söyleme’ diyerek tehdit ettiğini ifade etmiştir.

Gürsel yollu kollukta alınan ifadesinin ve buna benzeyen savcılık ifadesinin aksine duruşmada tehdit beyanlarının kolluk tarafından yazıldığını ve kolluktan korktuğu için o şekilde ifade verdiğini ve o ifadelerin altına imza attığını beyan etmiştir.

#### **Aleyhe Deliller Yanında Lehe Delillerin de Toplanması Zarureti**

Cemal Başak maktulün cinsel taciz iddiasından sabıkalı olduğunu öğrenince maktul tarafından mağdur edilen kişi ya da kişilerin araştırılması gerektiğini, olay yerindeki bulguların söz konusu mağdurların bulgularıyla karşılaştırılmasını talep etmişse de mahkeme, maktulün hasma neden olacak sabıkasının olmadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Bu durum aleyhe deliller yanında lehe delillerin de toplanması gerektiği yönündeki ilkeye aykırıdır.

#### **Diş İzi Raporu’nun Niteliksizliği (Diş İzi Sayısı, Diş İzinin Tek Başına Delil Olamayacağı, Tükürük Sıvabının Alınmaması)**

Olay yerindeki inceleme raporunda ve otopsi raporu ile ölü muayene ve keşif tutanaklarında diş izlerinden bahsedilmemesine rağmen 01.03.2002 tarihli bir yazıda emniyet makamlarından alınan bilgiye dayanılarak diş izlerinden ilk defa söz edilmiştir. 29.03.2002 tarihli kesin otopsi raporunda maktulün yüzünde ekimoz olduğu ve yüzünde 4 kesinin bulunduğu belirtilmiştir.

Adli Tıp, 3 tanesi üst, 4 tanesi alt 7 adet diş izinin belirgin olarak izlendiğini raporlamış, söz konusu diş izlerinin ölümden önce mi yoksa sonra mı meydana geldiğini belirtmemiş, ısırik yerinden tükürük sıvabı almamıştır.

Bilimsel verilere göre sadece diş izi raporuna dayanarak hüküm kurulamayacak olmasına, diş izinin sadece masumiyeti kanıtlayıcı delil olup suçluluğun ispatında tek başına bir anlam ifade etmemesine rağmen başvurucular aleyhine kullanılan en önemli delil diş izi olmuştur.

### **Olay Yerindeki Bulgular (Parmak İzi, Kan İzleri, Sperm, Kıl Örneği)**

Ekspertiz raporlarında olay yerinde bulunan ve maktulden başka 3 farklı şahsa ait olduğu belirtilen bulguların hiçbirisinin başvuru sanıklara ait olmadığı hususunun ortaya çıkmasına rağmen sanıklar tutuklanmış ve yargılanmışlardır. Oysa maktulün parmağı üzerindeki kan boğuşma esnasında katilin yaralanmış olabileceği noktasında bir delil olarak dikkate alınmalıydı. Yine bu ve benzeri bulgular veri tabanına eklemeli ve soruşturma ve kovuşturma buna göre genişletilmeliydi.

### **Hakaret Davası**

Cemal Başak 26.10.2004 tarihinde yapılan duruşmada mahkeme heyetine karşı 3 defa "Adalet istiyorum!" diye bağırduğu, devamında "Çete başlarına beraat kararı veren sizin heytinizdir. (...) Gücünüz masumlara yetiyor!" şeklinde sözler sarf ettiği için salondan dışarı çıkartılmış ve hakkında Sulh Ceza Mahkemesinde hakaret nedeniyle dava açılmıştır. Bu davadan da "sarf ettiği sözlerin, suçsuz yere tutuklu yargılandığı inancı ile süregelen olumsuz psikoloji etkisi altında sarf edildiği, bu nedenle hakaret kastı bulunmadığı kanaatine varıldığından" BERAATİNE karar verilmiştir.

### **Başvurucuların Çocuklarının Sağlığının Bozulması**

Başvurucu/sanıkların üç çocuğundan en küçük oğulları olaydan önce epilepsi hastası olup, anne babasının 3 yıldan fazla tutuklu kalması dolayısıyla hastalık daha da ilerlemiştir. Anne baba sevgisine ve ilgisine muhtaç olan başvurucuların çocukları; okulda ve sosyal ortamlarda gördükleri kötü muamele, hor görülme, anne ve baba sevgisinden uzak kalışları, maddi ve manevi ihtiyaçlarının giderilememesi nedeniyle içe kapanıklık, kendilerini ifade edememe, özgüven duygusu eksikliği, hırçınlık gibi problemlere duçar olmuşlardır. Ayrıca sara hastası olan çocukları için yapılan yeşil kart başvurusu mevzuat gereği reddedilmiştir. Bu durum başvurucuların çocuklarının hem yaşam haklarının tehlikeye atıldığını hem de sağlık hizmetlerinden yararlanma haklarının ellerinden alındığını göstermektedir.

### **Osman Özer'in İtirafı**

Osman Özer'in 17.05.2005 tarihinde parmak izlerinin alınmış ve olay yerinde şişe üzerinde tespit edilen parmak izinin de ona ait olduğu 10.11.2005 tarihinde tespit edilmiş olmasına rağmen mahkemece ancak 03.06.2008 tarihinde hakkında soruşturma başlatılmasına karar verilmiştir.

Yine Osman Özer'in 24.10.2008 tarihli dilekçeyle suçun faili benim şeklinde itirafta bulunmasına rağmen mahkemeye 12.06.2009 tarihinde getirtilmesi, 09.07.2009 tarihinde olay yerindeki bulguların ona ait olup olmadığının araştırılma kararı alınması da mahkemenin suçluyu bulup Başak Ailesi'nin aklanmasını gerektirecek lehe delil araştırma zorunluluğuna zamanında uymadığını göstermektedir.

### **Basında Çıkan Haberler**

Basında ve yayın organlarında Bircan Başak'ın suçunu itiraf ettiği ve kocasıyla beraber söz konusu suçu işledikleri maktulün yüzünü ısırdığını şeklinde yalan yanlış haberler yapılmıştır.

Sanıkların resim ve kimlikleri kolluk tarafından açıkça ifşa edilmiş, başvuru basın-yayın organları eşliğinde adliyeye götürülmüş, basında haklarında katil oldukları, Rumlardan kalma eve sahip olmak için cinayet işledikleri vb. haberler yapılmıştır.

## **SONUÇ**

İnceleme konusu olay ve başvurucular ile ilgili olarak pek çok hak ihlali tespit edilmiştir.

Özetle, başvurucuların aleyhinde hiçbir ciddi delil bulunamamasına ve neticede BERAAT etmelerine rağmen, kolluk makamlarının bilinçli ya da bilinçsiz tuttukları tutanaklardan, savcılık makamınca toplanmayan ya da eksik toplanan delillerden, dayanak olarak alınan bilimsel değeri olmayan çelişkili Adli Tıp raporlarından, soruşturmanın gizliliği ve masumiyet ilkelerine aykırı olarak basında çıkan yönlendirici, yargılamayı etkileyici ve karalayıcı yalan yanlış haberlerden, yargılama makamlarının tutuklama kararı ve tutukluluk hâlinin devamına ilişkin kararları başta olmak üzere önyargılı ve tek yönlü delillere dayanarak verdikleri karar-

lardan ve başvuruçuların ancak makul olamayacak derecede uzun bir yargılama sonunda BERAAT etmelerinden de açıkça görüldüğü üzere başvuruçular açısından ciddi ve somut HAK İHLALLERİNİN bulunduğu saptanmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Özel Hayatlarının ve Aile Hayatlarının Dokunulmazlığı başta olmak üzere doğrudan doğruya başvuruçuların haklarının ve dar anlamda sanık haklarının çeşitli yönleriyle ihlal edildiği yukarıda açıklanmıştır. Özet olarak bir kez daha zikredersek:

- Başvuruçular/sanıklar hakkında bu yönde hiçbir mahkeme kararı olmadığı hâlde suçlu ilan ve afişe edildikleri, sanıkların çevrede korku, panik ve infiale sebep olan bir hüviyetle teşhir edildiği ve basın yayın organlarının bu yönde haber yapmalarına sebep olduğu, bu yönüyle sanıkların, evrensel masumiyet ilkesine aykırı olarak peşinen suçlu ilan edildikleri,
- Soruşturma Gizliliği ilkesi sanıklar aleyhine ihlal edilerek, olayın başından beri sanıkların infiale neden olacak şekilde suçlu olarak hedef gösterilmesi, fotoğraflarının ve diğer bilgilerinin basına sunulduğu,
- Yerel Mahkemede 9, Yargıtay'da 2 yıl olmak üzere toplamda 11 yıl süren yargılamanın her anlamda makul süre sınırlarını aştığı,
- Hukuken geçerli bir neden bulunmadığı hâlde sanıkların yakalanarak ve akabinde tutuklanarak hürriyetlerinden mahrum edildiği,
- Yargı makamlarının kişi hürriyetini sınırlayan işlemlerinin denetlenmesi [habeas corpus] ilkesinin etkin bir şekilde işletilmediği,
- Olayla ilgili düzenlenen tutanaklarda farklılıklar ve çelişkiler bulunduğu,
- Bizzat teslim olan başvuruçuların Cemal Başak'ın takip neticesinde yakalandığına ilişkin tutanaklar düzenlendiği,
- Maktulün cinsel tacizden sabıkalı olması dolayısıyla olay yerinden elde edilen delillerle maktul tarafından mağdur edilen kişilerin verilerinin karşılaştırılması yönündeki taleplerin reddedilmesi suretiyle lehe delillerin toplanmamış olması,

- Mağdur edilen başvuruçuların yaptıkları şikâyetlere rağmen bahse konu olumsuzlukların ve mağduriyetlerin oluşmasında bilinçli/bilinçsiz dahil olan kamu görevlileri ve yargı mensupları hakkında hiçbir ciddi adli ve idari işlem yapılmamış olduğu,
- Birçok vakada yaşandığı gibi burada da ebeveynleri cezaevine düşen çocuklar hakkında hiçbir ciddi önlem alınmamış, çocukların damgalanmasının önüne geçilmemiş, kaymakamlıktan talep edilen yeşil kart başvurusu mevzuat gereği reddedildiği için hasta çocukların bakımı yapılamamış, başvuruçuların çocuklarının yaşamı tehlikeye girmiş ve çocukların sağlık hizmetlerinden yararlanma haklarının ellerinden alındığı sonuçlarına varılmıştır.

Bütün bu dava süreci bize Adil Yargılanma Hakkının ve bu kapsamda özellikle "Masumiyet Karinesi"nin riayet edilmesi hâlinde, itham altında olanlara, ne kadar önemli ve hayati bir koruma sağladığını göstermektedir. Maalesef Türkiye'de en az riayet edilen haklardan olan Adil Yargılanma Hakkı, neredeyse her davada, polis-basın-yargı ve toplum tarafından sürekli ihlal edilmekte, karalanan insanlar BERAAT etseler dahi artık bu yaftayla yaşamak zorunda bırakılmaktadırlar. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde en çok ceza aldığı ihlal başlığı olan Adil Yargılama Hakkı İhlalleri maalesef giderek artmaktadır. Neticede lekelenen masumların, yıkılan yuvaların, harap edilen çocukların ahı bütün bir toplumun üzerinde bir yük olarak kalmaktadır.





# İstiklal Mahkemeleri ve Şeyh Sait Davası

Orhan GÖKÇE



## İSTİKLAL MAHKEMELERİ

Türkiye’de özellikle de yakın tarihteki kurumlara, şahıslara, devlet politikalarına bakıldığı zaman istismara son derece açık bir alan olduğu görülecektir. Bu istismarın en büyük nedeni ise tarihin kamu gücüyle tek yanlı bir anlatıma mahkûm edilmesidir. İstiklal Mahkemeleri de bu istismardan ve tarihe tek pencere bakıştan nasibini almıştır. Bu mahkemelerle ilgili yapılan çalışmaların büyük çoğunluğuna bakıldığı zaman yazarların sırf bu mahkemeleri ibra etmek için eserler vermiş olduğu görülecektir. Dolayısıyla bu mahkemelerle ilgili gerçekler insanların önüne tam olarak serilememiştir. Konunun açıklığa kavuşturulmasında karşılaşılan en büyük engellerden biri Meclis’te bulunan tutanakların incelenmesindeki yasaktan kaynaklanmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi arşivinde İstiklal Mahkemelerine ait olan 36 adet karar defteri, 129 adet kayıt defteri ve 6292 zarf dolusu mahkeme tutanağı bulunmaktadır. Ancak Osmanlıca olarak tanzim edilen dosyalar üzerinde araştırma ve inceleme yapılmasına izin verilmemektedir.<sup>1</sup>

İstiklal Mahkemeleri, Ankara’da kurulmuş olan TBMM Hükümeti’nin cephe gerisinde güvenliğini sağlamak ve asker kaçaklarını önlemek amacıyla kurulmuştur. Meclis’in açılmasından bir hafta sonra (29 Nisan 1920) çıkan Hıyanet-i Vataniye Kanunu İstiklal Mahkemelerinin kurulması fikrinin temelini hazırlar.<sup>2</sup> Bu kanunla Büyük Millet Meclisine karşı

düşünceleriyle veya yazdıklarıyla muhalefet ve bozgunculuk edenler vatan haini olarak kabul edilmiştir. Bu fiillerde ısrar edenlerin asılarak idam edileceği, halkı vatan hainliği suçuna teşvik edenlerin ise kürek cezasına çarptırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Hıyanet-i Vataniye Kanunu sivil mahkemeler ve harp divanları tarafından uygulanmış ancak hedeflenen amaç bu mahkemelerle sağlanamamıştır.<sup>3</sup> Bu nedenle Büyük Millet Meclisinde 11 Eylül 1920 tarihinde Fırariler Hakkında Kanun çıkarılarak İstiklal Mahkemelerinin kurulması adına en büyük adım atılmıştır.<sup>4</sup> Bu kanun İstiklal Mahkemelerinin pozitif temelini oluşturur. Kanunun birinci maddesiyle İstiklal Mahkemelerinin teşekkül edildiği, ikinci maddesinde mahkemelerin üye sayısı, dördüncü maddesinde kararlarının kesin olduğu yani bu mahkemelerin verdiği kararlara karşı temyiz yollarının işletilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nda idam cezaları meclisin onayına tabi iken, Fırariler Hakkında Kanun’da böyle bir onay mercii öngörülmemiştir. İdam gibi bir cezanın yerel mahkemece kesin olarak verilmesi, yaşam hakkına verilen değeri ve Cumhuriyet Rejimi’nin hukuk güvenliğine verdiği önemi göstermesi bakımından önemlidir.

Fırariler Hakkında Kanun’un uygulanması için mevcut hükümet, 18 Eylül 1920 tarihinde Meclis’e bir teklif sunarak on dört bölgede İstiklal Mahkemelerinin kurulmasını istemiştir. Meclis’te yapılan görüşmeler sonunda sekiz

<sup>1</sup> Mehmet Silay, *İskilipli Atif Hoca*, s. 209.

<sup>2</sup> Bkz.: Hıyanet-i Vataniye Kanunu.

<sup>3</sup> Hulusi Turgut, *Atatürk’ün Sırdaşı Kılıç Ali’nin Anıları*, s. 361.

<sup>4</sup> Bkz.: Fırariler Hakkında Kanun.

bölgede İstiklal Mahkemesi kurulmasına karar verilmiş ve bu mahkemeler için meclisten üye seçimine geçilerek yapılan oylamalar sonunda mahkeme üyeleri seçilmiştir. Aşağıda, kurulan mahkemeler ve üyeleri belirtilmiştir.<sup>5</sup>

#### **Ankara İstiklal Mahkemesi**

- Kılıç Ali Bey-Ayıntap
- İhsan Bey-Cebelibereket
- Hüseyin Bey-Elazîz
- Cevdet Bey-Kütahya

#### **Eskişehir İstiklal Mahkemesi**

- Rasih Efendi-Antalya
- Muhittin Baha Bey-Bursa
- Haydar Bey-Kütahya
- Yusuf Bey-Denizli

#### **Konya İstiklal Mahkemesi**

- Tevfik Efendi-Kengiri
- Osman Nuri Bey-Bursa
- Hacı Tahir Efendi-Isparta

#### **Isparta İstiklal Mahkemesi**

- Hamit Bey-Biga
- Hamdi Bey-Biga
- Hüsrev Sami Bey-Eskişehir
- Tahsin Bey-Maraş

#### **Sivas İstiklal Mahkemesi**

- Mustafa Necati Bey-Saruhan
- Emin Bey-Canik
- Necat Bey-Bursa
- Mustafa Zeki-Dersim

#### **Kastamonu İstiklal Mahkemesi**

- Refik Şevket Bey-Saruhan
- Dr. Fikret Bey-Kozan
- Yusuf Ziya Bey-Bitlis
- Necip Bey-Mardin

#### **Pozantı İstiklal Mahkemesi**

- Atıf Bey-Beyazıt
- Abdulkadir Kemali Bey-Kastamonu
- Şevki Bey-İçel
- Sırrı Bey-Ergani

#### **Diyarbakır İstiklal Mahkemesi**

- Sıtkı Bey-Malatya
- Şeyh Servet Efendi-Bursa
- Sıddık Bey-Çorum

İstiklal Mahkemeleri üyeleri mebuslardan seçildikten sonra üyeler; ertesi gün kendi aralarında toplantı yaparak bir beyanname yayımlamıştır. Asker kaçaklarına, teslim oldukları takdirde affedileceklerini, aksine hareket edenlerin en küçük memurundan en büyüğüne kadar yargılanacaklarını, İstiklal Mahkemelerinin hiçbir kanun maddesine bağlı olmadan karar verme yetkisine sahip olduğunu, İstiklal Mahkemelerinin seyyar olduğunu, lüzum gördüğünde kazaları, nahiyeleri, köyleri dolaşarak muhakeme yapacağını ve İstiklal Mahkemelerinin mücadelesinde yalnız Allah'tan korktuğunu<sup>6</sup> belirtmişlerdir.

Firariler hakkında kanun henüz uygulamaya geçmeden kanun metnine eklenmesi için 26 Eylül 1920 tarihinde Antalya Mebusu Rasih ve Cebelibereket Mebusu İhsan Beyler bir kanun teklifi<sup>7</sup> vermişler ve Meclis'te yapılan oylamada bu teklif kabul edilmiştir. Firariler Hakkında Kanun'a yapılan bu eklemeye mahkemelerin görev alanı genişletilmiş siyasi ve askeri casusluk yapanların da İstiklal Mahkemelerinde yargılanacağı hüküm altına alınmıştır.

İstiklal Mahkemelerinin yargılama faaliyetlerine başlaması için bu kanuni düzenlemeler tamamlandıktan sonra 1920 yılı Ekim ayının başlarında mahkemeler görevlerine başlamıştır. Ancak kış mevsimi ve Diyarbakır'ın Ankara'ya olan uzaklığı sebebiyle Diyarbakır İstiklal Mahkemesi teşekkül edememiştir.

İstiklal Mahkemelerinin baktığı davalarda temyiz hükümleri işlememiş, sanıklar ifade ve

<sup>5</sup> Ergün Aybars, *İstiklal Mahkemeleri*, s. 73.

<sup>6</sup> Turgut, a.g.e., s. 366.

<sup>7</sup> Bkz.: İstiklal Mahkemeleri Kanununun Birinci Maddesine Müzeyyel Kanun.

sorgulama sırasında avukat veya müdafii yardımını alamamış ve mahkemelerce verilen kararların infazına derhal geçilmiştir.<sup>8</sup> Mahkemeler, Meclis adına karar vermiştir. Mevcut anayasada idam cezalarının padişah tarafından onaylanmasının ardından infaza geçilmesi öngörülmüşken, İstiklal Mahkemelerinin verdiği kararlarda ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü durum gerekçe gösterilerek böyle bir usulü izlemekten vazgeçme yoluna gidilmiştir.<sup>9</sup>

İstiklal Mahkemeleri yaklaşık altı ay görev yaptıktan sonra Kastamonu İstiklal Mahkemesinin kendisine verilen olağanüstü yetkilerin de dışına çıkarak, misilleme ve müsadere yoluna gitmesi<sup>10</sup> Meclis'te tartışmalara yol açmıştır. Yapılan müzakereler neticesinde 17 Şubat 1921 tarihinde Büyük Millet Meclisi, Ankara İstiklal Mahkemesi dışında kalan mahkemelerin görevlerine, gerektiğinde yeniden kurulacağı kaydıyla son vermiş, mahkeme üyeleri Ankara'ya davet edilerek ellerindeki dosyalar dönemin yerel mahkemeleri olan Harp Divanlarına bırakılmıştır.

Aşağıda mahkemelerin kuruluş ve kapanış tarihleriyle, görev süreleri içerisindeki yargılama çizelgeleri verilmiştir.<sup>11</sup>

#### **Ankara İstiklal Mahkemesi**

Kuruluş Tarihi	: 01.10.1920
Kaldırılış Tarihi	: 31.07.1921
Yargılanan Sanık	: 13096
Âdem-i Mesuliyet	: 470
İdam	: 108
Müeccelen İdam <sup>12</sup>	: 279
Gıyaben İdam	: 48
Kal'abent ve Kürek	: 54
Çeşitli Cezalar	: 12137

<sup>8</sup> Turgut, a.g.e., s. 367.

<sup>9</sup> Ahmet Turan Alkan, *İstiklal Mahkemeleri ve Sivas'ta Şapka İnkılabı Duruşmaları*, s. 32.

<sup>10</sup> TBMM Gizli Celse Zabıtları, 2. cilt, s. 619.

<sup>11</sup> Aybars, a.g.e., Çizelge 2.

<sup>12</sup> Müeccelen İdam: Sanık hakkında idam cezasına hükmolünmüşken, bu cezanın infazına sanığın aynı suçu yeniden işlemesi durumunda geçilmesidir.

#### **Konya İstiklal Mahkemesi**

Kuruluş Tarihi	: 01.10.1920
Kaldırılış Tarihi	: 18.02.1921
Yargılanan Sanık	: 3600
Âdem-i Mesuliyet	: 575
İdam	: 2
Müeccelen İdam	: ---
Gıyaben İdam	: 1
Kal'abent ve Kürek	: 105
Çeşitli Cezalar	: 2917

#### **Eskişehir İstiklal Mahkemesi**

Kuruluş Tarihi	: 05.10.1920
Kaldırılış Tarihi	: 19.02.1921
Yargılanan Sanık	: 13489
Âdem-i Mesuliyet	: 1237
İdam	: 57
Müeccelen İdam	: 594
Gıyaben İdam	: 20
Kal'abent ve Kürek	: 272
Çeşitli Cezalar	: 11270

#### **Isparta İstiklal Mahkemesi**

Kuruluş Tarihi	: 09.10.1920
Kaldırılış Tarihi	: 23.03.1921
Yargılanan Sanık	: 555
Âdem-i Mesuliyet	: 248
İdam	: 7
Müeccelen İdam	: ----
Gıyaben İdam	: 6
Kal'abent ve Kürek	: 29
Çeşitli Cezalar	: 265

#### **Pozantı İstiklal Mahkemesi**

Kuruluş Tarihi	: ---
Kaldırılış Tarihi	: ---
Yargılanan Sanık	: ---

Âdem-i Mesuliyet	: ---	İdam	: 144
İdam	: 7	Müeccelen İdam	: 35
Müeccelen İdam	: ---	Gıyaben İdam	: 3
Gıyaben İdam	: ---	Kal'abent ve Kürek	: 78
Kal'abent ve Kürek	: ---	Çeşitli Cezalar	: 245
Çeşitli Cezalar	: 31		

#### **Diyarbakır İstiklal Mahkemesi<sup>13</sup>**

Kuruluş Tarihi	: ---
Kaldırılış Tarihi	: ---
Yargılanan Sanık	: ---
Âdem-i Mesuliyet	: ---
İdam	: ---
Müeccelen İdam	: ---
Gıyaben İdam	: ---
Kal'abent ve Kürek	: ---
Çeşitli Cezalar	: ---

#### **Sivas İstiklal Mahkemesi**

Kuruluş Tarihi	: 20.10.1920
Kaldırılış Tarihi	: 15.03.1921
Yargılanan Sanık	: 280
Âdem-i Mesuliyet	: 23
İdam	: 12
Müeccelen İdam	: 109
Gıyaben İdam	: 1
Kal'abent ve Kürek	: 34
Çeşitli Cezalar	: 101

#### **Kastamonu İstiklal Mahkemesi**

Kuruluş Tarihi	: 10.01.1920
Kaldırılış Tarihi	: 17.02.1921
Yargılanan Sanık	: ---
Âdem-i Mesuliyet	: 69

Türk ordusunun 1921 yılı Temmuz ayı içerisinde Kütahya-Eskişehir Savaşı'nda aldığı yenilgi ülkedeki görece rahat ortamı yeniden tedirginliğe bıraktırmıştır. Askerden kaçma olayları yeniden artmış ve bu firarları önlemek için İstiklal Mahkemelerinin teşekkülü yeniden gündeme gelmiştir. 23 Temmuz 1921 günü "Heyet-i Vekile Reisi" sıfatıyla meclis kürsüsüne gelen Fevzi Çakmak, mebuslara askerî durum hakkında detaylı bilgi vererek, Karadeniz Bölgesi ve Konya vilayeti çevresinde birer İstiklal Mahkemesi kurulmasını teklif etmiştir. Fevzi Paşa'nın bu teklifine Meclis'te muhalefet belirmemiş ve Kastamonu, Konya ve Samsun'da üç mahkemenin kurulması kararı alınmıştır. Bu üç mahkemeye 8 Eylül 1921 tarihinde Koçgiri Ayaklanmasını söndürmek amacıyla birde Yozgat İstiklal Mahkemesi eklenmiştir.<sup>14</sup> Bu mahkemeler için Meclis tarafından<sup>15</sup> seçilen üyeler aşağıda belirtilmiştir.

#### **Konya İstiklal Mahkemesi**

- Hacim Muhittin Bey-Karesi
- Muhittin Baha Bey-Bursa
- Saib Bey-Urfa
- Yusuf Bey-Denizli
- Ali Efendi-İçel

#### **Kastamonu İstiklal Mahkemesi**

- Mustafa Necati Bey-Saruhan
- Neşet Bey-Kengiri
- Hamdi Bey-Canik

<sup>14</sup> Alkan, a.g.e., s. 39.

<sup>15</sup> 5 Ağustos 1921 tarihli bir kararla Mustafa Kemal Paşa üç ay müddetle meclisin yetkilerini kendi uhdesinde toplamıştı. İstiklal Mahkemelerinin ikinci defa göreve başladığında meclisin yetkileri Başkumandan sıfatıyla Mustafa Kemal'e bırakılmıştır. Dolayısıyla bu tarihten sonra İstiklal Mahkemeleri Meclis'e değil Mustafa Kemal'in şahsına bağlanmıştır.

<sup>13</sup> Diyarbakır İstiklal Mahkemesinin tutanaklarına ulaşılamadığına dair bilgiler olmakla beraber bu mahkemenin kurulmamış olma ihtimali kuvvetle muhtemeldir. (Yazarın Notu)



- Mahmut Esat Bey-İzmir
- Hamdi Bey-Trabzon

#### Samsun İstiklal Mahkemesi

- Emin Bey-Canik
- Necati Bey-Bursa
- Veli Bey-Burdur
- Şevket Bey-Sinop
- Bahri Bey-Yozgat

#### Yozgat İstiklal Mahkemesi

- Refik Bey-Konya
- Ethem Fethi-Menteşe
- Ziya Hürşit Bey-Lazistan
- Mazhar Müfit Bey-Hakkâri

Sakarya Savaşı'ndan sonra Yunan ordusunun taarruz gücü kırılmış cephe gerisinde asayişin sağlamak oldukça kolaylaşmıştır. Ülkenin sosyal ve psikolojik açıdan kavuştuğu görece rahatlık ortamı yine İstiklal Mahkemelerinin gerekliliği konusunda tartışmalara yol açmıştır. Bu arada İcra Vekilleri Heyeti adına Reis Hüseyin Rauf Bey, Meclis'e verdiği tezkerede Amasya ve civarında yeniden İstiklal Mahkemelerinin kurulması için yetki istemiştir. Bu teklifin aleyhinde söz alan Sinop Mebusu Hakkı Hami Bey "Mahkemeler sırf asker firarilerini caydırmak için kurulduğu hâlde, sonradan görev alanının genişletilmesiyle 'tavuk hırsızlarını' bile kovuşturur hâle gelmiştir. Hâlbuki İstiklal Mahkemelerinin fevkalade hâllerde kullanılması gerekir ve ancak bu şartlar altında başarılı olabilir. Normal hukuk düzeni içindeki mahkemelerin takviye edilmesi bu ihtiyacı rahat bir şekilde giderir. Hukuk düzeninde çifte standarda yol açan bu uygulama artık sürmemeli, çünkü mevcut kanunlar işlenen suçları teskin etmeye yeterlidir. Bu mahkemeler artık Rusya'daki Çeka'lara benziyor."<sup>16</sup> diyerek İstiklal Mahkemelerine gerek kalmadığını, yerel mahkemelerin bu görevi yerine getirebileceğini ve İstiklal Mahkemelerinin kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>16</sup> Alkan, a.g.e., s. 45.

Daha sonra yine teklifin aleyhinde söz alan Erzurum mebusu Hüseyin Avni Bey "Öncelikle ilk günden beri İstiklal Mahkemelerinin aleyhinde olduğumu beyan ederim. İstiklal Mahkemelerine Meclis'in tanıdığı yetkiyi Cenab-ı Allah Peygamberine dahi vermemişti."<sup>17</sup> diyerek mahkemelere verilen olağanüstü yetkiler dolayısıyla kaldırılmaları gereğinden bahsetmiştir.

Teklifin lehine söz alan Karesi Mebusu Basri Bey ise "Mahkemeler firar hadiselerini önlemekte başarılıdır. Ordudan bazı neferler köylerine mektup yazarak İstiklal Mahkemelerinin kalkıp kalkmadığını sormaktadırlar. Bu, askerlerin bir anlamda yeniden firara hazırlandıkları anlamına gelir."<sup>18</sup> diyerek İstiklal Mahkemelerinin kaldırılması için henüz erken olduğundan beyan etmiştir.

Bu tartışmalardan sonra İstiklal Mahkemelerinin yeniden tatil edilmesi için yapılan oylamada 79 kabule karşılık 76 ret ve 8 çekimser oyuyla uzlaşmaya varılamamış ve mesele çözümlenmek üzere başkanlık divanına havale edilmiştir. Ertesi gün yapılan gizli oturumda İstiklal Mahkemelerini çalışma usullerini araştırmak amacıyla bir komisyon kurulması teklif edilmiştir. Bu komisyon İstiklal Mahkemi<sup>19</sup> adında bir kanun teklif etmiş ve 31 Temmuz 1922 tarihinde bu kanun kabul edilerek, Meclis'in ertesi gün aldığı bir kararla İstiklal Mahkemeleri yeniden tatil edilmiştir. Kabul edilen İstiklal Mahkemi Kanunu birinci maddesinde "Hükümet tarafından gösterilecek lüzum ve Büyük Millet Meclisinin salt çoğunluğu ile verilecek karar üzerine gerek görülecek bölgelerde İstiklal Mahkemeleri kurulur." diyerek Meclisin İstiklal Mahkemelerini gerekli gördüğü takdirde yeniden kurabileceğine işaret etmiştir. Zaten Şeyh Sait Davası'nda<sup>20</sup>, Gazeteciler Davası'nda<sup>21</sup>, İzmir Suikastı sonrasında<sup>22</sup>, Şapka İnkılabı'na muhalefet edenlerin yargı-

<sup>17</sup> A.g.e., s. 45.

<sup>18</sup> A.g.e., s. 46.

<sup>19</sup> Bkz.: İstiklal Mahkemi Kanunu.

<sup>20</sup> Bkz.: İlhami Aras, *Adım Şeyh Sait*.

<sup>21</sup> Bkz.: Alkan, a.g.e., s. 63.

<sup>22</sup> Bkz.: Gülten Savaşal Savran, *İzmir Suikastı ve İstiklal Mahkemeleri*, (Yüksek Lisans Tezi).

lanmasında<sup>23</sup> İstiklal Mahkemelerinin yeniden kurulacağı görülecektir. Bu mahkemelerin görev yaptığı her dava ayrı bir çalışmanın konusu olacak niteliktedir. Bu çalışmada ise Şeyh Sait Davası temele alınmıştır.

İkinci defa kurulan İstiklal Mahkemelerine ilişkin yargılama çizelgesi ve bu mahkemelerin kuruluş ve kapanma tarihleri aşağıda verilmiştir.<sup>24</sup>

#### Konya İstiklal Mahkemesi

Kuruluş Tarihi	: 12.08.1921
Kaldırılış Tarihi	: 31.07.1922
Yargılanan Sanık	: 14071
Âdem-i Mesuliyet	: 7217
İdam	: 166
Müeccelen İdam	: 1479
Gıyaben İdam	: ---
Kal'abent ve Kürek	: 368
Çeşitli Cezalar	: 4841

#### Kastamonu İstiklal Mahkemesi

Kuruluş Tarihi	: 19.08.1921
Kaldırılış Tarihi	: 31.07.1922
Yargılanan Sanık	: 9016
Âdem-i Mesuliyet	: 648
İdam	: 5
Müeccelen İdam	: ---
Gıyaben İdam	: 3
Kal'abent ve Kürek	: 69
Çeşitli Cezalar	: 7477

#### Samsun İstiklal Mahkemesi

Kuruluş Tarihi	: 20.08.1921
Kaldırılış Tarihi	: 27.12.1921
Yargılanan Sanık	: 2420
Âdem-i Mesuliyet	: 395
İdam	: 485

Muaccelen İdam	: ---
Gıyaben İdam	: 137
Kal'abent ve Kürek	: 240
Çeşitli Cezalar	: 1163

#### Yozgat İstiklal Mahkemesi

Kuruluş Tarihi	: 22.08.1921
Kaldırılış Tarihi	: 23.07.1922
Yargılanan Sanık	: 2637
Âdem-i Mesuliyet	: 862
İdam	: 56
Müeccelen İdam	: ---
Gıyaben İdam	: 24
Kal'abent ve Kürek	: 537
Çeşitli Cezalar	: 1194

İstiklal Mahkemelerinin birinci dönemi olarak kabul edilen 1920-1922 yılları arasında bu mahkemeler genelde Asker kaçaklarını önlemek için yargılama yapmıştır ve bazı bölgelerde kurulmuş sabit mahkemelerdir. Ancak ikinci dönem olarak adlandırılan, 1923 ve sonrasındaki süreçte sabit bir İstiklal Mahkemesi yoktur. Daha çok inkılapları halka kabul ettirmede bir baskı aracı olarak kullanılan bu mahkemeler, ikinci dönemde seyyar mahkeme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İkinci dönem İstiklal Mahkemeleri, Mustafa Kemal devrimlerine muhalefet edenleri yok etmek için görev yapmıştır.

### ŞEYH SAİT İSYANI (DAVASI)

Şeyh Sait İsyanı'nın çıkış sebebi hakkında yazarlar arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar bu isyanı Kürtçülük ayaklanması olarak ele almış,<sup>25</sup> bazı yazarlarca İngiliz kışkırtması olarak değerlendirilmiş<sup>26</sup>, bazı yazarlarca da yöneticilerin dine aldıkları tutuma karşı halkın gösterdiği bir tepki olarak

<sup>23</sup> Bkz.: Alkan, a.g.e.

<sup>24</sup> Aybars, a.g.e., Çizelge 2.

<sup>25</sup> Bülent Taşpınar, *Hakimiyet-i Milliye Gazetesinde Şeyh Sait Ayaklanması*, Yüksek Lisans Tezi, s. 23.

<sup>26</sup> Mehmet Aydoğan, *İç İsyanlar ve Şeyh Sait İsyanı*, s. 364.

telakki edilmiştir.<sup>27</sup> Kısacası konuyu araştıranlar objektiviteyi ortaya koymak yerine ideolojilerine bu isyanı malzeme yapmışlardır. İsmet İnönü'nün isyanla ilgili "Şeyh Sait, hareket esnasında dini kurtarmak davasını açıktan ortaya atmış bulunuyor. 'Hilafet kalkmıştır, din tehlikeydedir. Dini kurtarmak lazımdır.' Davaları bu."<sup>28</sup> sözleri konuyu açıklığa kavuşturmak anlamında ciddi bir öneme sahiptir. Ayrıca "Şeyh Sait İsyanı'nı İngilizlerin hazırladığı ve meydana çıkardığı hakkında kesin deliller bulunamamıştır. Şeyh Sait İsyanı'nın sebeplerini değerlendirirken dikkatli olmak gerektiği kanaatindeyim. Herhalde bunu bir millî hareket olarak kabul etmemek lazımdır. Millî Mücadele esnasında ve Lozan müzakereleri devam ederken, Kürtler umumi olarak Türk camiasında bulundular ve memleket birliğini muhafaza etmek millî hükümeti kuvvetli bulundurmak için arzu ile yardımcı oldular."<sup>29</sup> diyerek isyanın İngiliz destekli olmadığını ve etnik bir amaç taşımadığını belirtmiştir.

### Şeyh Sait Kimdir?

Palu'da 1865 yılında dünyaya gelen Şeyh Sait'in babası Mahmut Feyzi ve dedesi ise burada türbesi bulunan Şeyh Ali Septi Efendi'dir. Şeyh Ali Septi Efendi ise Palu'ya günümüzde Mardin ilinin Savur ilçesine bağlı Çılsütun (Kırkdirek) köyünden gelmiş ve Nakşibendi tarikatının lideri konumundadır. Şeyh Sait'te babası ve dedesinden dinî eğitim almış ve tasavvuf halkalarını yönetmek üzere yetiştirilmiştir.<sup>30</sup> İki evlidir ve geniş bir ailesi vardır. Büyük sürüleri vardır ve maddi durumu hayli iyidir. Doğu vilayetlerinde birçok aşiret reisini tanır ve bunlarla sıkı ilişki içindedir.<sup>31</sup>

### İsyanın Başlaması

Şeyh Sait, oğlu Ali Rıza Efendi ve beraberindeki bölge ileri gelenleriyle 6 Ocak 1925

tarihinde bölgede etkili bir isim olan Cibranlı Halit Bey'le görüşmüş ardından Solhan ilçesinin Melekan köyünde dayısı Şeyh Abdullah'la görüşmüş ve şu kararlar alınmıştır:

1. Şeyh Sait; Genç, Hani, Lice, Silvan, Ergani ve Diyarbakır'ın ileri gelenleriyle görüşmeler yapacak ve daha sonra Çapakçur'a dönerek kıyama başlatacaktır.
2. Ali Rıza Efendi; Solhan, Ömeran, Zikti aşiretleriyle görüşecek ve Muş halkına durumu bildirecek, Muş-Bitlis hattı kontrol altına alınacaktır.
3. Şeyh Abdullah; Solhan ve Ömeran gibi aşiretlerle Varto merkezini denetim altına alacaktır.
4. Şeyh Şerif; kıyamdan sonra Palu bölgesindeki aşiretlerle Elazığ denetimini sağlayacak ve Zaza aşiretleriyle Erzincan'a geçilecektir.<sup>32</sup>

Piran köyüne gelen Şeyh Sait burada kardeşi Şeyh Abdurrahim'in evinde kalmış, Şeyh'in ziyaretine civar köylerden ziyarete gelmiş ve Şeyh Sait burada konuklara önemli konuşmalar yapmıştır. Bu konuşmaların bir kısmı şöyledir:

"Ben köyde, hükümetin İslam dinine aykırı bazı hareketlerini ele alarak vaaz verdim ve dedim ki:

Medreseler kapatıldı. Din ve Vakıflar Bakanlığı kaldırıldı. Din mektepleri Millî Eğitim'e bağlandı. Gazetelerde birtakım dinsiz yazarlar dine hakaret etmeye, Peygamberimize dil uzatmaya cesaret ediyorlar. Ben bugün elimden gelse bizzat dövüşmeye başlar ve dinin yüksetilmesine gayret ederim."<sup>33</sup>

Şeyh'in bu konuşmaları yaptığı 13 Şubat 1925 tarihinde buldukları Meclis'e bir grup asker gelerek, evin içinde aranmakta olan bazı kişilerin bulunduğunu, onların kendilerine teslim edilmelerini istemişleridir. Şeyh Sait ise askerlere hitaben "Bunları cemaat dağıldıktan sonra ben size teslim ederim, şimdi bu yüzden burada kargaşa çıkabilir."<sup>34</sup> demişse de müfreze amiri ikna olmamış orada bulunan cemaatle askerler arasında karışıklık çıkmış-

<sup>27</sup> Bkz.: Aras, a.g.e.

<sup>28</sup> İsmet İnönü, *Hatıralar*, s. 201.

<sup>29</sup> İnönü, a.g.e., s. 202.

<sup>30</sup> Taşpınar, a.g.t., s. 18.

<sup>31</sup> Aras, a.g.e., s. 32.

<sup>32</sup> A.g.e., s. 60.

<sup>33</sup> A.g.e., s. 63.

<sup>34</sup> M. Şerif Fırat, *Doğu İlleri ve Varto Tarihi*, s. 168.

tır.<sup>35</sup> Bu karışıklık üzerine bütün hareket planları vaktinden önceye dönüşür bir yıl sonra planlanan hareket hazırlıksız başlamış ve 13 Şubat 1925 günü silahlar ve tekbir sesleri birbirine karışmış<sup>36</sup> ve böylece isyan planlanandan yaklaşık bir yıl erken başlamıştır.<sup>37</sup>

Hareket dört merkezden komuta edilmiştir.

**Birinci Bölge:** Şeyh Sait 16 Şubat 1925'te Genç'e gelerek Hacı Sadık, Ömer Faro, Botan aşiretleriyle 20 Şubat 1925'te Lice merkezi ve çevresini denetime aldirmiştir. Buradan Hini'ye geçilmiş, Hinili Salih Bey'in kuvvetleriyle birlikte Hini Boğazı'ndan Diyarbakır'a yürünmüştür. Hini Boğazı'ndan geçerken Şeyh Sait kardeşi Abdurrahim'in yanına önemli bir kuvvet vererek kendisini Elazığ/Maden üzerine sevk etmiştir. Şeyh Sait kuvvetlerinin Diyarbakır'a doğru yürüdüğünü öğrenen Silvan kuvvetleri önderi Şeyh Şemseddin Efendi de kuvvetlerini Şeyh Sait kuvvetleriyle birleştirmiştir. Böylece 20 bine yakın bir birikim olmuştur.

Şeyh Sait kuvvetleri karargâhı 28 Şubat günü Diyarbakır'ın kuzeyine Tâlâ mevkiine kurulmuş ve aynı zamanda kıyama katılmaları için Viranşehir'de bulunan Milanlı İbrahim Paşaoğulları'na bir mektup yazılmıştır.

Mektuptan sonra toplanan kuvvetler 2 Mart 1925'te şehre yürümüş, dışarıdaki kuvvetlerin yanı sıra şehrin içindeki halktan da birtakım destek alınmıştır. Ancak, planlı ve örgütlü bir birikim olmadığından her kuvvet başına buyruk hareket etmiş, dolayısıyla hareket başarısızlıkla sonuçlanmış ve kuvvetler Darahini'ye çekilmek zorunda kalmışlardır.<sup>38</sup>

**İkinci Bölge:** Elazığ ve havalisini denetim altına alan Gökdereli Şeyh Şerif ve cemaati ile Gökdere, Palu halkının oluşturduğu kuvvetler, Elazığ'a yaklaşmış ve 5 Mart 1925 tarihinde 5. Fırka Komutanı Kaymakam Nazım Bey ve

askerî birlikler yaklaşan kuvvetleri dağıtmıştır.<sup>39</sup>

**Üçüncü Bölge:** Bu bölge Çapakçur ve Kiği kısımlarını içermektedir. Bölgeyi denetiminde bulunduran Çan Şeyhleri Mustafa ve İbrahim Efendiler 17 Şubat 1925 tarihinde Çapakçur İlçe Merkezini Çanlı Şeyh Hasan Efendi'ye teslim etmişlerdir. Bölgede bulunan Hormek aşireti devletten yana tutum izlemiş ve dolaşısıyla kıyam amacına ulaşamamıştır.<sup>40</sup>

**Dördüncü Bölge:** Melekanlı Şeyh Abdullah, Hasananlı Halit Ali Rıza Efendi ve Cibran ileri gelenleriyle Solhan, Varto, Malazgirt, Muş havalisinin denetim altına almış, daha sonra ise Hasananlı Halit ve Ali Rıza ile Bitlis'te tutuklu bulunan Cibranlı Halit Bey'i kurtarmak için Bitlis'e geçmişlerdir. Çünkü Halit Bey, aşiretler ve kuvvetler arası birliği sağlayacak tek şahsiyettir. Şeyh Abdullah tarafından Hormek Aşireti'ne "bize katılın" çağrısı yapılmış, ancak bu çağrıya Hormek aşireti olumlu yanıt vermemiştir. Devlet kuvvetlerinin de müdahalesiyle kıyam bu bölgede de amacına ulaşamamıştır.<sup>41</sup>

Şeyh Sait Ayaklanması'nın geniş çaplı bir ayaklanma olduğunu anlayan Ankara Hükümeti başında bulunan Fethi Bey kendince gerekli gördüğü önlemleri hemen almıştır. Askerin isyan bölgesine seferber edilmesi ve 21 Şubat 1925 tarihinde çıkarılan İdare-i Örfiye Kanunu ile sıkıyönetim ilanı alınan önlemler arasındadır. Hükümetin sıkıyönetim ilan durusu şöyledir:

"Ergani vilayetinin bir kısmında devletin silahlı kuvvetlerine karşı meydana gelen isyan Diyarbakır, Elazığ, Genç vilayetlerine de geçmiş ve genişlemeye müsait görülmüş olduğundan; Muş, Ergani, Dersim, Diyarbakır, Mardin, Urfa, Siverek, Siirt, Bitlis, Van, Hakkâri vilayetleri ile Erzurum vilayetinin Kiği ve Hınıs kazalarında bir ay müddetle Örfi İdare ilan edilmiştir ki Anayasa'nın 86. maddesi gereğince keyfiyeti yüksek Meclis'in tasdikine arz eylerim."<sup>42</sup>

<sup>35</sup> Şeyh Sait ve Müfreze Amiri arasında geçen konuşma hakkında kaynaklardaki bilgiler arasında farklılıklar mevcuttur.

<sup>36</sup> Fırat, a.g.e., s. 169.

<sup>37</sup> Eric Jan Zürcher, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, s. 253.

<sup>38</sup> Aras, a.g.e., s. 66.

<sup>39</sup> Fırat, a.g.e., s.177.

<sup>40</sup> A.g.e., s. 179.

<sup>41</sup> A.g.e., s. 183.

<sup>42</sup> Aras, a.g.e., s. 84.

Sıkıyönetim ilan edilen illere ertesi gün çıkarılan bir kararname ile Malatya'da dâhil edilmiş ve kanun Meclis'ten oybirliği ile geçmiştir. Olayı yakından takip eden Mustafa Kemal ayaklanmayı bastırma planı için hükümetle hiç alakası olmayan İsmet Paşa'yı Ankara'ya davet etmiş, Paşa'yı tren garında karşılamış ve çıkan isyan hakkında alınacak önlemleri konuşmak üzere Çankaya'ya geçmişlerdir.<sup>43</sup>

Başbakan Fethi Okyar isyanı Şark vilayetlerine ait olarak telakki etmiş ve sıkıyönetimin ilan edilmesiyle isyanın bastırılacağını düşünmüştür. Oysa İsmet Paşa, isyanın bastırılması için İstiklal Mahkemelerinin kurulmasını ve Cumhuriyet Devrimi'ne muhalefet eden dergi ve gazetelerin kapatılarak sahiplerinin cezalandırılmasını öngörmüştür. Nitekim Halk Partisi Meclis Grubu 2 Mart 1925'te yaptığı toplantıda konuyu bütün ayrıntılarıyla ele almış, Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal'de bu toplantıyı takip etmiş ve toplantıda özellikle İsmet Paşa'nın öngördüğü tedbirler üzerinde durulmasını istemiştir. Başbakan Fethi Okyar alınan tedbirlerin kâfi olduğunu savunmuşsa da yapılan uzun tartışmalar sonunda "Cumhuriyetin en uzak tehlikelerden dahi korunmasını ve halkın sükûn ve tam rahata kavuşmasını, hükümetin kendisine düşen görevleri yapmada çok azimli ve ileri görüşlü olmasını..."<sup>44</sup> isteyen bir önerge Meclis'e sunulmuştur. Bu önerge 60 muhalife karşı 94 oyla kabul edilmiş, bu önergenin kabulünü kendisine güvensizlik olarak addeden Başbakan Fethi Okyar istifa etmiştir.<sup>45</sup>

3 Mart 1925 günü yeni hükümeti kurma görevini üstlenen İsmet İnönü 24 Mart'ta kurduğu kabineyle beraber isyan için aldığı tedbirleri Cumhuriyet Halk Fırkası gurubuna takdim etmiş ve Meclis'ten güvenoyu istemiştir. Yapılan oylamada Meclis, yeni hükümete 23 ret, 2 çekimser ve 155 kabul ile güvenoyu vermiştir. İnönü'nün isyan için aldığı tedbirler şunlardır:

1. Örfi İdare bölgelerindeki suçlar için İstiklal Mahkemeleri teşkil edilecektir. Örfi İdare bölgesi dışında kalan memleket parçaların-

da işlenen siyasi ve asayiş suçlarına bakmak üzere de Ankara'da ayrıca ikinci bir İstiklal Mahkemesi kurulacaktır. İsyân bölgesindeki İstiklal Mahkemesi kararları derhal, Ankara İstiklal Mahkemesi kararları Meclis tasdikinden sonra yerine getirilecektir.

2. Her türlü teşkilat, tesisat ve neşriyat hükümetin isteği ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile yasaklanabilir.<sup>46</sup> Böyle iç politika ile ilgili yayın yapan gazeteler kapatılabilecek, bunların sahip ve yazarları Ankara İstiklal Mahkemesinde hesaba çekilecektir.<sup>47</sup>

## Takrir-i Sükûn Kanunu

Güvenoyunu alan İnönü Hükümeti, ilk iş olarak 4 Mart 1925 tarihinde 578 sayılı Takrir-i Sükûn Kanunu'nu Meclis'ten geçirmiş, bu kanun sadece isyanın bastırılmasında değil, basın âleminin de kontrol altına alınmasında kullanılmıştır. Bu tarihe kadar, bu kadar kapsamlı ve iktidara çok geniş yetkiler veren başka bir kanun yoktur. Kanun iki yıllığına çıkarılır ancak iki yıl daha yürürlükte kalması sağlanır.<sup>48</sup> Muhafazakâr, liberal hatta Marksist birçok gazete Takrir-i Sükûn gerekçe gösterilerek kapatılmış,<sup>49</sup> Ayrıca İsmet Paşa Hükümeti, 1922 tarihli İstiklal Mahkemeleri Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanarak Meclis'e İstiklal Mahkemelerinin kurulmasını ve idam kararlarının derhal infazını öngören bir öneri sunmuştur. İsmet Paşa'nın bu önerisi de kabul edilmiş ve Ankara'da biri sabit biri seyyar olmak üzere iki İstiklal Mahkemesi için üye seçilmesine karar verilmiştir.<sup>50</sup> Meclis'te yapılan üye seçimlerinde Ankara'da sabit olacak mahkeme için:

Başkan	: Ali Çetinkaya
Savcı	: Mustafa Necati Bey
Üye	: Kılıç Ali
Üye	: Dr. Reşit Galip
Üye	: Ali Zırh

<sup>46</sup> Bkz.: Takrir-i Sükûn Kanunu.

<sup>47</sup> Aras, a.g.e., s. 100.

<sup>48</sup> Ahmet Cemil Ertuğ, *Cumhuriyetin Tarihi*, s. 100.

<sup>49</sup> Zürcher, a.g.e., s. 255.

<sup>50</sup> Aydoğan, a.g.e., s. 393.

<sup>43</sup> İnönü, a.g.e., s. 198.

<sup>44</sup> Aydoğan, a.g.e., s. 390.

<sup>45</sup> Aras, a.g.e., s. 99.

Seyyar olarak yargılama yapacak mahkeme için:

Başkan	: Mazhar Müfit Kansu
Savcı	: Süreyya Orgeevren
Üye	: Lütfi Müfit Özdeş
Üye	: Avni Doğan
Üye	: Ali Saib Ursavaş

Seçilir ve seyyar mahkeme heyeti Doğu illerinde çıkan Şeyh Sait İsyanı'nın faillerini cezalandırmak üzere Diyarbakır'a ulaşarak fiilen göreve başlamıştır.

16 Nisan 1925 sabahı Siverekli Şeyh Eyüp Efendi ile Diyarbakırlı Dr. Fuat Bey'in yargılamaları başlamış, Şeyh Sait'in Şeyh Eyüp'e gönderdiği ve isyana katılmasını istediği mektup Şeyh Eyüp aleyhine en büyük delili teşkil etmiş ve Şeyh Eyüp idam cezasına çarptırılmıştır. Dr. Fuat ise Kürt milliyetçiliği yapmakla suçlanmış ve o da idam cezasına çarptırılmıştır. Bu iki karar mahkemece verilen ilk idam kararlarıdır.<sup>51</sup>

Şeyh Sait ve arkadaşlarının yakalandığı haberi 16 Nisan 1925 tarihinde mahkemeye ulaşmış, 26 Mayıs 1925 Salı günü Diyarbakır sinema binasında Şeyh Sait ve arkadaşlarının muhakemesi başlamış ve Şeyh Sait'in sorgusuna geçilmiştir.<sup>52</sup>

***Ayağa kalkınız, kaç yaşındasınız, nerede tahsil gördünüz?***

Altmış küsur yaşındayım, medresede okudum. Palu'da amcam Şeyh Hasan yanında, Muş'ta Müftü Mehmet Emin Efendi, Malazgirt'te Abdulhalim ve Hınıs'ta Musa Efendiler yanında okudum.

***İsyan hareketini nasıl düşündünüz? Size ilham mı geldi?***

Hâşâ, ilham gelmedi. Kitaplarda gördüm ki, imam şeriattan saparsa isyan vaciptir. Hükümete şeriat sorununu anlatmak istedik. Hiç olmazsa bir kısmının uygulanmasını isteyecektik. Allahu Teâlâ'nın kaderi

beni bu işe düşürdü. İçine bir düştüm, bir daha çıkamadım.

***Buyurdunuz ki, "İmam şeriattan saparsa isyan vaciptir." Bunun şartı yok mu?***

Şartını bilmiyorum. Şeran vaciptir deniliyor.

***Bu hâlin imamdan kaynaklanmasına bir Müslüman isyan eder mi?***

Benim niyetim böyle değildi. Bil mecburiye oldu.

***Demek ki siz, şeriattan sapma olduğu için kıyam ettiniz. Amacınız ne idi?***

Kitap, kıyam vaciptir diyor. Kitap, cinayet, zina, müskirat gibi durumları yasaklıyor. Hepimiz Müslümanız.

***Şeyh Efendi, onları bırakın. Özellikle kıyâmın nedenini söyleyiniz.***

Piran'da bir olay oldu. Çatışma çıktı. Bu da bana mal edildi.

***Şeyh Efendi, Piran'a gelmeden önce din meselesinden dolayı kıyâmı düşünüyor muydunuz?***

Kalbimde düşünüyordum. Fakat savaşla değil, broşürler yazıp Meclis'e göndererek, yasaların şeriata uygun düzenlenmesini istemeyi düşünüyordum.

***Niçin yapmadınız?***

Kader beni Piran'a sürükledi. Piran olayı çıktı; önünü alamadık.

***Şeriat uygulanmadığı için isyanı çıkardınız, öyle mi?***

İmam eğer şeriata uygulamazsa dedim, bu, şeriata göre isyanın gerekçesidir. İsyan meydana geldikten sonra, hiç olmazsa günahkâr olmayız, dedim.

***Müslümanların kardeş olduğunu söylediniz. Müslümanın Müslüman üzerine "kıtal" göndermesi caiz mi?***

Evet, birbirinin kardeşidir. İmama kıyam etmek, muharebeyi intaç etmez mi? Kitap öyle diyor.

***Müslümanlar kardeş olduklarına göre, nasıl birbirinin üstüne sevk ettiniz?***

<sup>51</sup> Aras, a.g.e., s. 115.

<sup>52</sup> Savunma metninin tamamı için bkz.: Aras, a.g.e., s. 134-146; Aydoğan, a.g.e., s. 407-423; Metin Toker, *Şeyh Sait ve İsyanı*, s. 120-128.

Hız. Ali'nin savaştıkları da Müslüman değil miydi? Yine kardeş kalırlar.

**Kıyam vaciptir buyurdunuz. Küffar Kur'an'ı çiğnerken cihat nedir?**

O da cihattır, farzdır.

**Yunanlılar memleketimizi işgal ederken, topladığınız o 4 bin kişi ile üstlerine neden yürümediniz?**

O zaman çok perişandık. Zamanımız olsaydı durmazdık. Balkan Savaşı'na katılmak istedik, istemediler. Bu savaşta muhacir ve fakirdik.

**İsyanı kimlerle ve nerede hazırladınız?**

Önceden hazırlık yoktu. Piran olayı ile alevlendi. Biz de içine düştük ve işe başladık. Ben Lice'ye geldim. Kimseye bir şey söylememiştim.

(...)

**Ayaklanma oldu da, ondan sonra mı başına geçtiniz?**

Ben Darahini'ye gelmeden önce muhasara başlamıştı.

**Şeyh Efendi, isyanın nedeni jandarma değildir. Propagandalar, açıklamalar yapılmıyormuş.**

Jandarmalar olmasaydı, kitapla belki bir sene sonra olurdu, belki altı ay sonra olurdu. Yahut olmazdı.

**Jandarma meseli düşüncelerinizi eyleme dönüştürdü. Olmasaydı, altı ay sonra olurdu değil mi?**

Hayır, jandarma olmasaydı, belki olmazdı. Allah kader saydıysa olurdu.

**Her şeyi kaza ve kadere mal ediyorsunuz. Sizin iradeniz yok muydu?**

Hayır, irade de var. Ben boş değilim. Benim de dahlim var. İnkâr edemem.

**İsyanı tek başınıza başlattığınıza inanmıyorum. Herhalde sizi teşvik edenler vardır.**

Ne içerden, ne de dışardan teşvik eden yoktur. Hariçten dediğim ecnebidir.

(...)

**Fetihden sonra bağımsız bir Kürdistan kralığı ilan edecektiniz, öyle mi?**

Krallık bizim niyetimizde yoktu. Şariat kurallarını uygulama idi. Ben ne başkanlık kabul ederdim, ne de elimden gelirdi.

(...)

**Bu isyanın esası nedir?**

Esasını kime atfedeyim?

**Lice'ye yazdığınız mektuba göre önceden düşünmüşsünüz.**

O yazı benim değildir. İmza da benim değildir. O ifade zaten benim değildir.

(...)

**Bu hareketiniz bir tertip eseri değil midir? İsyân her tarafta birden patlıyor. Bu size bir yakın zan vermez mi?**

Hayır! Tertip eseri olamaz.

(...)

## ŞEYH SAİD'İN SON SAVUNMASI

Heyet-i Âliye-i Adliye-i İstiklaliyemize son maruzatımdır:

Havalimiz ahalisi ilim, fen ve yeniliklerinden habersiz olduklarından din akideleri, fıkıh ve hadisten başkasını bilmez. Medreselerin, meşihatın, din mahkemelerinin, içki yasağı kanununun kaldırılması, nikâhta boşanma hükümlerinin değiştirileceğine dair şayialar çıkması bura halkının kalbinde teessürler uyandırmıştı. *Sebilürreşad* gibi gazetelerde böyle havadislerle ammenin fikirlerini bozuyorlardı.

Piran hadisesi çıkınca her taraftan Kürtler galeyana, heyecana geldiler. Önünü alamadım. Hadisenin gidişine olduktan sonra tabi oldum. Civarımızdaki bazı şeyhlere, beylere, muhtarlara mektup yazdımsa da sonra kanaat ettim ki, kâğıtlarımın zerre kadar tesiri olmadı. Herkes kendi keyfine göre tek başına hareket ediyordu. Çünkü kâğıt gönderdiğim şahıslardan bazısı itaat etmiyordu. Haber vermediğim aşiretler koşa koşa gelip iştirak ettiler.

Ben bu hareketin ne önündeyim, ne de arkasındayım. Herkes gibi içindeyim. Binnefs kumanda etmedim. Harbi ne uzaktan, ne de yakından görmedim. Aşiretler kendi akıllarıyla hareket ediyorlardı. Kimse kimsenin sözüyle hareket etmiyordu. Benim hizmetim ahaliye zulmetmemek, esirlere iyi muamele etmek, vaaz ve nasihatte bulunmaktı. İyi ahlaklılar zulmetmiyorlardı. Geriye kalanlar da zaten sözümü dinlemiyorlardı. Bizim hadiseye katılmaktan maksadımız din hükümlerinin tatbikini rica yolu ile hükümete arz etmektir. Zannımız buydu. İnşallah kabul buyurulur. Zira onlarda bizim gibi, hatta daha fazla Müslümandırlar. Din ehlidirler. Hatta Teşkilat-ı Esâsiyye Kanunu içerisinde “Türkiye Cumhuriyetinin dini İslam’dır” diye yazılıdır. Din hükümlerinin yerine getirilmesi de yazılıdır. Maksadımız da ancak buydu. Elhamdülillah Türkiye’nin ricali dindardır.

## KARAR

Dava ve dosya evraklarının incelenmesinden sonra 28 Haziran 1925 tarihinde Şeyh Sait ile birlikte 49 kişinin idamına karar verilmiştir. Ertesi günün sabahında kararların infazına geçilmiş, darağacına getirilen Şeyh Sait son söz olarak “Benim ölümüm Allah ve din için ise darağacında asılmama pervaya etmem.” demiştir.

## SONUÇ

Toplamda 49 yargıcın görev yaptığı İstiklal Mahkemelerinde, bu yargıçlardan sadece on iki tanesinin hukuk eğitimi almış olması ve bunların mebuslardan seçilmesi, bizatihi yargılama olgusuna aykırı bir durumdur. Çünkü bir yargılamadan bahsedebilmek için tarafsız ve bağımsız bir hâkimin varlığı ön şarttır. Ancak istiklal Mahkemelerinde görev yapan yargıçların tarafsız ve bağımsız olduklarını söylemek çok güçtür; çünkü yargıçlar mevcut iktidar tarafından seçilmiş, mahkemelere M. Kemal birçok defa doğrudan talimat vermiştir. Yargıçların seçilmesi esnasında liyakat ilkesi göz ardı edilmiştir. Ayrıca hâkimin önceden

belirlenmiş hukuk kurallarını önündeki somut olaya uygulayabilecek usuli ve maddi hukuka ilişkin yeterli bilgiye sahip olması gerekirken, görev yapan 37 hâkim hukuk eğitimi almadan yargıçlığa kuşandırılmıştır.

İstiklal Mahkemelerinde delile ihtiyaç hissedilmemiş, yargıçların vicdani kanaatlerine göre karar verilmiş, verilen kararlara karşı itiraz veya temyiz yoluyla bir denetim usulü öngörülmemiştir. Hatta yargıçlar kendi iradelerini, kanunların bile üstünde görmüşlerdir. Bu mahkemelerde görev yapan Lütfi Müfit’in “Bizim muayyen millî gayemiz vardır. Ona varmak için ara sıra kanunun üstüne de çıkarız.”<sup>53</sup> Sözü bu gerçeği ortaya koyması bakımından önemlidir.

İstiklal Mahkemeleri ile ilgili belgelere, mahkeme tutanaklarına, mahkeme üyelerinin anılarına ve mahkemeler hakkında yazılan eserlere bakıldığında çok açık olarak görülecektir ki, bu mahkemeler adaletli bir muhakeme amacı gütmemiştir. Yeni kurulmuş olan “Cumhuriyet Rejimini” korumak adına on binlerce insan yargılanmış ve binlerce masum insan idam cezasına çarptırılmıştır. Mustafa Kemal’in Meclis’te yaptığı bir konuşma sırasında:

“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 edilmeye mahkûmdurlar...”<sup>54</sup>

Söylediği bu sözler Cumhuriyet Rejimi’nin manifestosu niteliğindedir. İnkılâp kanunlarına muhalefet edenler, olağanüstü bir muhakeme usulü benimseyen İstiklal Mahkemeleri aracılığıyla derdest edilmiştir. Dolayısıyla İstiklal Mahkemeleri, yakın tarihin en beylik kurumlarından biri olarak, tarih sayfalarında yerini almıştır.

<sup>53</sup> Avni Doğan, *Kurtuluş, Kuruluş ve Sonrası*, s. 174.

<sup>54</sup> Muharrem Balcı, “Tanzimat’tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci”, *Birikimler 1*, s. 30.



## Kaynakça

- Alkan, Ahmet Turan; *İstiklal Mahkemeleri ve Sivas'ta Şapka İnkılabı Duruşmaları*, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2011.
- Aras, İlhami; *Adım Şeyh Sait*, 4. Baskı, İlke Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Aybars, Ergün; *İstiklal Mahkemeleri*, 1. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1975.
- Aydoğan, Mehmet; *İç İsyenlar ve Şeyh Sait İsyeni*, 2. Baskı, Nokta Kitap, İstanbul, 2011.
- Balcı, Muharrem; "Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci", *Birikimler I*, Danışman, İstanbul, 2003.
- Doğan, Avni; *Kurtuluş, Kuruluş ve Sonrası*, Dünya Yayınları, İstanbul, 1964.
- Ertunç, Ahmet Cemil; *Cumhuriyetin Tarihi*, 6. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, 2011.
- Fırat, M. Şerif; *Doğu İlleri ve Varto Tarihi*, Beşinci Baskı, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.
- İnönü, İsmet; *Hatıralar-2*, 1. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1987.
- Savran, Gülten Savaşal; *1926 İzmir Suikastı ve İstiklal Mahkemeleri*, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006.
- Sılay, Mehmet; *İskillipli Atıf Hoca*, 3. Baskı, Düşün Yayınları, İstanbul, 2011.
- Taşpınar, Bülent; *Hâkimiyet-i Milliye Gazetesinde Şeyh Sait Ayaklanması*, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010.
- TBMM Gizli Celse Zabıtları*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.
- Toker, Metin; *Şeyh Sait ve İsyeni*, Akis Yayınları, Ankara, 1968.
- Turgut, Hulusi; *Atatürk'ün Sırdışı Kılıç Ali'nin Anıları*, 8. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2007.
- Zürcher, Eric Jan; *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, 26. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.





# İdari Yargıda Tespit Davası Sorunu

Esra ÇETİNKAYA



## GİRİŞ

İdari yargı sistemimizde dava türleri zaman içerisinde değişiklik göstermiştir. 24 Aralık 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanununa göre; iptal davası, tam yargı davası, yorum davası<sup>1</sup> ve temyiz davası olmak üzere dört farklı dava türü bulunmakta idi. Ancak, 1982 yılında 521 sayılı Danıştay Kanununun yürürlükten kalkması ve yeni hukuki düzenlemeler neticesinde, idari yargı sistemimizdeki dava türlerinin azaldığına şahit olmaktayız. Hâlihazırda idari yargı davaları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2'nci maddesinde düzenlenmiş olup, bu idari dava türleri; iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden doğan davalardır.<sup>2</sup> Görüldüğü üzere, idari yargı mevzuatımızda tespit davalarına yer verilmemiştir. Bu hususa ilişkin incelemelerimize başlamadan evvel, cevaplanması gereken sorular; tespit davasının ne olduğu, böyle bir dava türüne niçin ihtiyaç duyulduğudur.

Tespit davası; davacının, bir hukukî ilişkinin varlığının<sup>3</sup> veya davalı tarafından iddia edilen bir hukukî ilişkinin yokluğunun<sup>4</sup> saptanmasını sağlamak için açtığı davadır; hukukî ilişkide bir kaygı, güvensizlik ve endişe olan hallerde başvurulabilecek nitelikte bir dava türüdür.

Bu dava türüne başvurmak ile hukuki ilişki hakkındaki tereddütler giderilir. Tespit davaları, hakların istikrarını temin etmekle toplumsal bir yarar sağlar. Bu davanın amacı, hukuki belirsizliği gidermek ve bu yolla hukuki barışı sağlamaktır.<sup>5</sup> Tespit davalarının işlevine ilişkin olmak üzere, Uyuşmazlık Mahkemesi kararına<sup>6</sup> konu olmuş şu olay örnek gösterilebilir:

"Davacı vekili tarafından; gayrimenkulün Çeşme belediye sınırları içerisinde olduğu, tüm yıllara ilişkin emlak vergilerinin anılan belediyeye ödendiği, Çeşme Kadastro Müdürlüğü ve Çeşme Belediye Başkanlığının yazılarında gayrimenkulün Çeşme belediye sınırları içerisinde kaldığının belirtildiği, buna göre Alaçatı Belediye Başkanlığının bu gayrimenkule ilişkin olarak emlak vergisi tahsil etme yetkisinin bulunmadığı, tapuda... adına kayıtlı olan gayrimenkule ilişkin olarak oğlu... adına ihbarname düzenlenip tebligat yapılarak usulsüz işlemler tesis edildiği, bu işlemlerin devam etmemesi ve müvekkilinin mağdur olmaması iddialarıyla; 'taşınmazın hangi belediye sınırları içerisinde kaldığının tespitine karar verilmesi' istemiyle, ...gününde adli yargı yerinde dava (tespit davası) açılmıştır."

Olayda davacı, Alaçatı Belediye Başkanlığının, gayrimenkulüne ilişkin olarak emlak vergisi tahsil etme yetkisinin bulunup bulunmadığının tespiti için tespit davası açmıştır. Davacının, hukuka uygun davranması için, açtığı tespit davasının kabulü gerekir; zira somut olayda vergi kaçırmaktan ziyade, haksız bir vergi olduğu düşünülerek ödememe durumu söz konusudur. Asıl uyuşmazlık; vergiyi ödeme noktasında değil, emlak vergisi tahsil

<sup>1</sup> Yorum davaları, bir idari işlemin anlamının ve kapsamının belirlenmesi olarak geçmişte Türk İdari Yargılama Hukukunda yer almıştır. Tespit davaları, yorum davalarını da kapsayan bir dava türüdür.

<sup>2</sup> Mehmet Altundış; "İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti", *TBB Dergisi*, Sayı 69, 2007, s. 349, (Çevrimiçi) [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2007-69-307.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2007-69-307.pdf), 15.01.2013.

<sup>3</sup> Müspet tespit davası.

<sup>4</sup> Menfi tespit davası.

<sup>5</sup> Baki Kuru-Ali Cem Budak, *Tespit Davaları*, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 68-69.

<sup>6</sup> Uyuşmazlık mahkemesi (Hukuk Bölümü), T. 7.7.2008, E. 2007/304, K. 2008/184; RG 24.7.2009, sayı 27298; aktaran Kuru, a.g.e., s.265-267.

etme yetkisinin bulunup bulunmadığı noktasındadır. Tespit davası açma hakkının tanınması durumunda, uyuşmazlık işin başında çözülmüş olacak ve ortaya çıkması muhtemel birçok olumsuz durum da önlenecektir. Burada gayrimenkul sahibine, ilk önce istediği gibi hareket etmesi ve ondan sonra aleyhine açılacak davayı beklemesi önerilemez. Durumun bir bilirkişiye tespit ettirilmesi de, bilirkişi raporunun bağlayıcı olmaması dolayısıyla, isabetli bir yol değildir. En isabetli yol, gayrimenkul sahibine tespit davası açma hakkı tanınması ve uyuşmazlığın baştan giderilmesidir.

Ancak, taşınmazın hangi belediye sınırları içerisinde kaldığının tespitine karar verilmesi için adli yargıda açılan tespit davasına ilişkin kararda Uyuşmazlık Mahkemesi; idari makama veya idari yargıda açılacak bir davada idare mahkemesine ibraz edilmek ve bu makam ve mahkemeyi hukuken bağlayacak nitelikte işlem tesis etmek amacıyla açılan tespit davasının, idari yargıda görülmesi gerektiğine ve fakat idari yargıda tespit davası şeklinde bir dava türü olmadığına, idari bir dava açıldıktan sonra ancak delil tespiti kapsamında incelenebileceğine karar vermiştir. Yerleşik içtihatlarından anlaşıldığı üzere, Danıştay'ın da görüşü bu yöndedir. Bunun sonucu olarak, idari yargıda tespit davası tanınmamaktadır; ancak yukarıda belirtilen hususlardan dolayı, adli yargıda olduğu gibi, idari yargıda da tespit davasına yer verilmesi gerekir.

## İDARİ YARGIDA TESPİT DAVASI SORUNU

Özel hukuka ilişkin bir hususun tespitinin talep edilmesi durumunda birtakım koşulların<sup>7</sup> da varlığı hâlinde adli mahkemelerce işin esasına girilerek karar verildiği bilinen bir husustur. Ancak kamu hukukuna dair hukuki bir durumun tespiti taleplerine karşı farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Belirtelim ki, tespit davalarına konu olan istemler; geçmişte çalışılan

hizmet süresinin tespiti<sup>8</sup>, aile efradından bir kimsenin muhtaç veya bakılma zarureti içinde bulunduğu tespiti<sup>9</sup> gibi hususlardır. Bu tür idari işlerdeki tespit talepleri daha önce adli yargıda incelenirken 15.9.1983 tarihli Yargıtay 4. HD'nin yerleşik hâle getirdiği görüş uyarınca artık adli yargıda dinlenememekte ve idari yargı yerlerinin görevli olduğundan bahisle görevden reddedilmektedir.

Yargıtay 4. HD ilgili kararında;<sup>10</sup> tespit davasının, eda davasının öncüsü niteliğinde olduğundan, eda davasının görüleceği mahkemede açılması gerektiğini, somut olayda davacının tespit kararına dayanarak idareye müracaat ile işlem istihsal etmek<sup>11</sup> istediğini, buna göre doğacak olumsuzluğun da dava olarak idari yargıya götürüleceğini, bütün bu sebeplerle tespit talebinin idari yargı yerince incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 4. HD'nin vermiş olduğu görevsizlik kararından hemen sonra idari yargı yerlerinin tutumunu inceleyecek olursak, netice itibarıyla, farklı bir manzara ile karşılaşacağımızı söyleyemeyiz. İdare mahkemelerinin görüşlerine göre; İYUK madde 2'de sınırlı olarak sayılan dava türleri içinde tespit davasına yer verilmemiştir, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkındaki Kanunun "İdare Mahkemelerinin Görevleri" başlıklı 5. maddesinde de İYUK madde 2'deki dava türleri aynen belirtildiği ve ayrıca özel kanunlarda Danıştay'ın görevli olduğu belirtilen ve İYUK ile idare mahkemelerinin görevli kılındığı davaların yer aldığı görülmektedir. Bütün bu hususlar dolayısıyla idare mahkemeleri, adli yargıda açılan ve görevsizlik kararıyla gelen tespit davalarını kendi görev alanı içerisinde görmemekte ve görevsizlik kararı vermektedir. Bu durumda, farklı yargı düzenleri arasında olumsuz görev uyuşmazlığı

<sup>7</sup> Tespit davasının görülebilmesi için iki özel dava şartı aranmaktadır: Davanın konusunu bir hukuki ilişki oluşturmalı, davacının bu hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının derhal tespitinde hukuki menfaati olmalı. (H. Yavuz Alangoya-M. Kâmil Yıldırım-Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2009, s. 202-206.

<sup>8</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, T: 21.10.1985, E: 85/14 K: 85/26; aktaran Celâl Erkut, "Tespit Davasının İdari Bir Dava Türü Olarak Kabulüne İlişkin Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı" *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Yıl 11, Sayı 1-3, 1990, s. 5.

<sup>9</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, T: 16.02.1987, E: 86/54, K: 87/3; aktaran Erkut, a.g.m., s. 5-6.

<sup>10</sup> Yargıtay 4. HD 15.9.1983 gün ve 7453 sayılı kararı; Akt.: Kırdar Özsoylu, "İdari Yargıda Tespit Davalarının Yeri", *Danıştay Dergisi*, Yıl 18, Sayı 68-69, 1988, s. 136-137.

<sup>11</sup> Hâsil etme, ele geçirme.

doğması nedeniyle, konu Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gitmektedir. Belirtmek gerekir ki, Uyuşmazlık Mahkemesinin konuya yaklaşımı da benzer şekildedir.

Daha önce adli yargıda dinlenen idari işlemlere ilişkin tespit davalarını, adli yargıda dinlenemez hâle getiren, 1986 yılında yayımlanan bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararı,<sup>12</sup> Yargıtay 4. HD'nin yukarıda özetlenen görüşlerini aynen paylaşmaktadır. Buna göre; tespiti istenen hukuki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olması ve tespit davasının eda davasının öncüsü niteliğinde olması sebebiyle tespit talebinin eda davasının görüldüğü mahkemede dinlenmesi gerekmektedir. Buna ek olarak, davacı tespit kararına dayanarak idareye müdacaat ile işlem istihsal etmek düşüncesindedir ve buna göre doğacak olumsuzluk da dava olarak idari yargıya götürülecektir. İleri sürülen bütün bu hususlar dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesine göre de, tespit talebinin idari yargı yerince incelenmesi gerekir. Mahkeme, ayrıca, alternatifli bir çözüm de üreterek idari nitelikteki müstakil tespit davasının idari yargı yerinde incelenip incelenmeyeceğinin takdirinin idari yargıya ait olduğuna karar vermiştir. Buna göre; idari yargı ya adli yargıda olduğu gibi kanunda açık bir hükümle düzenlenmemiş olmasına rağmen tespit davalarının bir dava türü olarak idari yargıda kabul edilebileceği sonucuna ulaşacak ve elindeki tespit davasını karara bağlayacak ya da idari yargıda müstakil bir tespit davası açılmayacağını belirterek idari dava türlerinden hiçbirine uymayan davanın inceleme kabiliyetinin bulunmadığını beyanla davayı reddedecektir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, yukarıda özetlenen görüşünü 16.2.1987 tarihli ve E: 1986/54, K: 1987/3 sayılı kararında da tekrarlamış; ancak 2001 yılına gelindiğinde, 24.12.2001 tarih ve E: 2001/192, K: 2001/100 sayılı kararıyla idari nitelikteki tespit davasının hem adli yargıda hem de idari yargıda bütünüyle reddedileceği yönündeki görüşünü hükme esas almıştır. Yukarıda çeşitli kararlar ile de belirttiğimiz benzer görüşler

gereğe gösterilerek, adli yargıda açılan tespit davasının görev yönünden reddi gerekeceğine değinen Uyuşmazlık Mahkemesi, hemen ardından idari yargının görev alanına ilişkin olmak üzere şöyle devam etmiştir:

"Bu durumdaki tespit davasının idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesi gerekmekeyse de müstakil bir dava olarak açılması hâlinde idari yargı yerince, idari yargıda böyle bir dava türü olmadığı ve ancak bir idari dava açıldıktan sonra bu davaya ilişkin delil tespiti kapsamında incelenebileceği noktasından reddedilmesi uygun olacaktır."<sup>13</sup>

Konumuz açısından önem teşkil eden bir Danıştay kararı ise şu şekildedir:

"Öğretmen olan davacı, kimsesiz ve bakıma muhtaç durumdaki annesinin ikamet ettiği Giresun iline naklen atanmasının yapılması için yapacağı başvuruya dayanak olmak üzere annesine bakmakla yükümlü olduğunun tespiti talebinde bulunmuştur... Trabzon İdare Mahkemesinin 6.7.1987 günlü, E: 1987/570; K: 1987/541 sayılı kararıyla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde idari dava türlerinin sayıldığı, idari yargıda 'tespit davası' niteliğinde bir dava türü bulunmadığı gerekçesiyle inceleme olanağı bulunmayan istemi reddetmiştir. Davacı bu kararın temyizen bozulmasını istemektedir... 2577 sayılı İYUK'nin 'İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı' başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında... tespit davası şeklinde bir dava türüne idari yargıda yer verilmemiştir. Aynı yasanın 'Taraflar idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemelerinden isteyebilirler' şeklindeki hüküm<sup>14</sup> ise, münhasıran madde 2/1'de sayılan idari davalardan birinin açılması halinde bu davayla ilgili 'delillerin' tespitinin de yine idari yargı mercilerinden istenebileceğine işaret etmektedir.

Davacının, kimsesiz ve bakıma muhtaç durumda olduğunu öne sürdüğü annesinin ikamet ettiği ... iline naklen atanmasının yapılmasını sağlamaya yönelik olan istemi ancak, naklen atanmasının yapılmaması yolunda davalı idarece bir işlem tesis edilmesi ve bu iş-

<sup>12</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, T: 21.10.1985, E: 1985/14, K: 1985/26; aktaran Hasan Dursun, "İdari Yargıda Tespit Davasına Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur", *Tezrazi Hukuk Dergisi*, Sayı 24, Ağustos 2008, s. 132.

<sup>13</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, 24.12.2001, E: 2001/92, K: 2001/100; aktaran Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C: 2 İdari Yargılama Hukuku, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 269.

<sup>14</sup> "İdari Davalarda Delillerin Tespiti" başlıklı 58. maddesinde yer alan hüküm.

leme karşı iptal davası açılması halinde incelenebilecek nitelik taşımaktadır. Trabzon İdare Mahkemesinin... sayılı kararı açıklanan nedenlerle usule uygun olduğundan... ONANMASINA, 3.2.1988 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”<sup>15</sup>

Bir başka tespiti gereken olay için ise Danıştay 8. Dairesi kararının konumuzla ilgili kısmı şöyledir:

“Davacıların babalarından veraset yoluyla intikal eden... minibüsün... durak hakkının bulunduğu tespiti... istemiyle açılan davada; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının, ...başlıklı 2. maddesinde, idari dava türleri arasında tespit davası olarak bir dava türüne yer verilmediği, idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu<sup>16</sup>, idari bir davadan bağımsız olarak açılan tespit isteminin ve idari işlem veya eylem mahiyetinde karar verilmesi<sup>17</sup> yönündeki... hakkının kullanılmasına... isteminin inceleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar veren Zonguldak İdare Mahkemesinin... sayılı kararının; davanın görümünün idare mahkemesinin görevinde olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir... İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından... anılan kararın ONANMASINA... oybirliği ile karar verildi.”<sup>18</sup>

Öğretide; tespit davaları, iptal ve tam yargı davalarıyla karşılanamayan taleplerin

karşılanması, etkin ve kapsamlı bir hukuki koruma sağlanması bakımından uygun bir araç olarak görülmektedir. Buna karşılık, idari yargıda tespit davasını tanımanın çeşitli sakıncalarına dikkat çekerek, idari rejimi değiştirmeden idari yargıya tespit davası adı altında bir dava türünün sokulmasının mümkün olamayacağını düşünen de vardır: Turgut Candan. Belirtelim ki; idari yargıda müstakil bir tespit davasının kabul edilemeyeceğini savunan Turgut Candan, bu düşüncesinde yalnız kalmıştır. Ancak Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarının Candan'ı desteklediği de unutulmamalıdır. Turgut Candan'a göre tespit davası, “maddi vakıaların bir yargı kararına hüküm fıkrası oluşturacak şekilde saptanmasıdır.”<sup>19</sup> Bu tanımdan anlaşılmaktadır ki; Candan tespit davasının tanımında, henüz işin başında, yanılmaktadır; zira tespit davasının yukarıda verdiğimiz tanımından da anlaşıldığı üzere, Candan'ın vermiş olduğu tanım tespit davasını ifade etmemektedir. Verilen tanım incelendiğinde görülecektir ki, ilgili tanım ile tespit davası değil, tespit davası ile isim benzerliğinden başka hiçbir benzer yanı olmayan delillerin tespiti<sup>20</sup> ifade edilmiştir. Candan, tespit davasına ilişkin olarak yaptığı yanlış tanımdan sonra şöyle devam etmektedir: İdari yargıda tespit davası adı altında yeni bir dava türü kabul etme hâlinde; idarenin faaliyetleri idari yargının ön iznine tâbi kılınarak idari rejime ters düşülmüş olunur. Bunun sonucu olarak kendisini hacir altında hisseden idare, idari yargıya tepki göstererek, kararlarına uymama eğilimini artıracaktır. Bu durum ise idari yargının kamuoyundaki güven ve itibarını yitirmesiyle sonuçlanacaktır. Şu hâlde, idari yetki ve alanlar ile yargı yetki ve alanları karışır ve yargıçlar idaresi oluşur. Yargı ayrılığı ilkesi zedelenerek, idari yargının adli yargıya yaklaştığı görülür ve bunun sonucunda, iki ayrı yargı düzenine ihtiyaç olup olmadığı sorusu gündeme gelir. Son olarak Candan'a göre; bütünü

<sup>15</sup> Danıştay 5. Dairesi, T: 3.2.1988, E: 1987/2333, K: 1988/408, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 27.12.2012.

<sup>16</sup> “İdari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu”, yargı yetkisinin üst sınırı olarak kabul edilmelidir; bu durumda yargı yetkisi içinde, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi yetkisi dışında başka yetkiler, örneğin tespit ve yorum yetkisi de yer alacaktır. (Burak Oder-Taner Ayanoğlu, “Yorum ve Tespit Davaları”, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/9-YORUM%20VE%20TESPIT%20DAVALARI.htm>, 14.01.2013.)

<sup>17</sup> İdari işlemler, teknik bir terim olarak “icrai” işlemler olduğu için yargı yeri tarafından yapılacak tespitler, bu kapsama girmeyecektir. (Oder, a.g.m., (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/9-YORUM%20VE%20TESPIT%20DAVALARI.htm>, 14.01.2013.)

<sup>18</sup> Danıştay 8. Dairesi, T: 16.3.2004, E: 2003/5495, K: 2004/1314, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 27.12.2012.

<sup>19</sup> Turgut Candan, “Tespit Davası ve İdari Yargı,” *Danıştay Dergisi*, Yıl 19, Sayı 72-73, 1989, s. 3.

<sup>20</sup> Delillerin tespiti; açılmış veya açılacak bir davada ileri sürülmek üzere kaybolacağı veya değiştirileceği ihtimali bulunan delillerin toplanarak tespiti; yani güven altına alınmasıdır. Tespit davasının konusunu yalnızca hukuki ilişkiler oluştururken; delillerin tespitinin konusunu maddi vakıalar oluşturur. Delillerin tespiti, tespit davasından farklı olarak, dava niteliğinde değildir.

bu olacıklara karşın idari yargı düzenine tespit davasını sokmaya çalışmanın, tüm uyumsuzluklara rağmen organ transplantasyonunda<sup>21</sup> ısrar ederek canlıyı öldürmekten farkı yoktur.<sup>22</sup> Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, Candan'ın çizmiş olduğu bu zincir tespit davasının idari yargıya sokulması hali değil, idari dava açılmadan delillerin tespitinin istenmesi hali için öngörülmüş olmaktadır ki, bunun da konumuzla ilgisi yoktur.

İdari yargıda tespit davasına yer verilmesi gerektiği Türk öğretisinde ilk defa Kırdar Özsoylu tarafından savunulmuştur. Özsoylu, görev uyuşmazlığının giderilmesinde Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemeleri kararlarında verilen görüşleri benimsemekle beraber, idari yargı mevzuatının konunun idare mahkemelerinde ele alınmasına imkân tanımadığını<sup>23</sup> belirtmiştir. Özsoylu'ya göre, davacıların haklı ve yasal gerekçelere dayanan hukuki durumları taleplerine rağmen yargı yerlerinde tespit edilememekte ve bu sorunun çözümü olarak, gerekli yasal düzenlemelerin yapılarak idare mahkemelerinin görevleri ve idari dava türleri içerisinde idari uyuşmazlıklara esas olacak nitelikteki tespit davaları dâhil edilmelidir.<sup>24</sup>

İdari yargıda tespit davasına yer verilmesi gerektiği düşüncesini geliştiren ve ayrıntılı bir şekilde gerekçelendiren ise Celal Erkut'tur. Erkut'a göre, tespit davalarının idari yargı düzeninde kabul görmesi zorunluluğu, çağdaş hukuk ilkelerinin olması gereken sonucudur. İdari yargı düzeninde müstakil bir tespit davası açılmayacağını düzenleyen herhangi bir pozitif normun bulunmaması karşısında, tespit davalarının idari yargıda dinlenemeyeceğine ilişkin görüşün hiçbir şekilde hukuk mantığı ile bağdaşmadığı aşikârdır. Tespit davalarının kabul edilmesine karşı çıkan görüşün dayandığı pozitif hukuk normu olan 2577 sayılı İYUK madde 2'de ise sadece idari yargının

kendisine özgü yapısından kaynaklanan iptal ve tam yargı davaları şeklinde idari dava türleri belirlenmiş; ancak idari nitelikteki uyuşmazlıkların sadece bu iki dava türü ile gündeme getirilebileceğini vurgulayan ve hatta ima eden en küçük bir ipucu dahi bulunmamaktadır. Erkut'a göre tam tersine; Anayasanın 155. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeden Danıştay'ın sadece idari davaları değil, aksine idari uyuşmazlıklardan doğan her türlü davayı çözümlenmekle görevli olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu bağlamda, 2577 sayılı İYUK 2'inci maddesinin 1. fıkrasındaki kısıtlamanın sadece dava formatı bakımından bir değer taşıdığını, dava türlerinin sınırlandırılmasının taleplerin de sınırlandırılması anlamına gelebileceğini ifade etmektedir. Erkut, konumuz açısından önem taşıyan hususun uyuşmazlığın niteliği olduğunu, uyuşmazlığın kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanması hâlinde idari yargı düzeni içerisinde çözümlenmesi gerektiğini, böyle bir uyuşmazlığın yargı önüne hangi tür dava ile getirildiği sorununun ise bu bağlamda bir hukuki değer taşımadığını ifade etmektedir. Buna göre, tespit talepleri iptal davaları içerisinde de tam yargı davaları içerisinde de incelenebilecektir. Sonuç olarak Erkut, adli yargı düzeninde olduğu gibi idari yargı düzeninde de içtihatların tespit davasının varlığını belirlemesi ve giderek sorunu kökeni itibarıyla çözüme kavuşturması gerektiği görüşündedir.<sup>25</sup>

İdari yargıda tespit davası sorununa ilişkin mahkeme kararlarına ve bahsi geçen görüşlere yer verdikten sonra vardığımız neticeyi şu şekilde özetlemek mümkündür: Kanaatimizce, İYUK madde 2'de düzenlenen idari dava türlerinin "sınırlı sayı" [numerus clausus] ilkesine bağlı olarak sayıldığı ve bunlar arasında yer almayan tespit davasının idari yargı düzeninde bulunmadığı görüşü isabetsizdir; aksi takdirde medeni usul hukukunda sadece inşai davaların kabul edilmesi gerekirdi. Zira, Kuru'nun da belirttiği gibi, HUMK'da<sup>26</sup> tespit davalarından ve eda davalarından açıkça bahsedilmemiştir. Buna rağmen eda davalarının varlığının tartışmasız kabul edildiği medeni usul hukukunda, tespit davaları da Yargıtay

<sup>21</sup> Naklinde.

<sup>22</sup> Candan, a.g.m., s. 3-6.

<sup>23</sup> Özsoylu bu görüşüyle, idari yargı mevzuatında yer almayan bir dava türüne idari yargıda yer verilemeyeceğini düşünmektedir. Buna göre, kanunda düzenlenmeyen bir dava türünün idari yargıya sokulması ve idari yargının görev konusunu yorum ve muhtelif değerlendirmelerle genişletmek mümkün değildir. (Özsoylu, a.g.m., s. 137.)

<sup>24</sup> Özsoylu, a.g.m., s. 138-139.

<sup>25</sup> Erkut, a.g.m., s. 12-17.

<sup>26</sup> T: 12.1.2012, 6100 sayılı HMK'da tespit davaları açıkça düzenlenmiştir. (Madde 106,107)

tarafından ilk defa 1962 yılında<sup>27</sup> tanınmıştır. Erkut'un haklı olarak ifade ettiği gibi, ilgili maddedeki dava türleri tahdidi değil, idari yargının kendisine özgü yapısından kaynaklanan dava türleridir. İdari dava türlerinin sadece bu dava türleri kapsamında dinlenebileceğine ilişkin pozitif bir düzenleme yoktur. Aksine Anayasa madde 155 uyarınca Danıştay, idari uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir. Bu sebeptendir ki, İYUK madde 2'nin sınırlı sayı ilkesine tabi olduğunu kabul eden, yukarıda da bir kısmına değindiğimiz mahkeme kararlarına katılmıyoruz. Ancak belirtelim ki, Erkut'un adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da tespit davasının içtihatlar ile tanınması yönündeki neticesi itibarıyla doğru olan görüşünün, tespit talebinin yargı önüne hangi tür dava ile getirildiğinin hukuki değer taşımadığına ilişkin kısmına da katılmıyoruz; çünkü bu durum; iptal davalarında tespit ve işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırma, tam yargı davalarında ise tespit ve hak ihlali şeklindeki birbirinden ayrılması imkânsız unsurlar dolayısıyla mümkün görünmemektedir.

İdari yargıda tespit davasının tanınması görüşünde olan Özsoylu'yu ise bu görüşünde haklı bulmakla beraber, İYUK madde 2'de sayılan dava türlerinin sınırlı sayıda olduğu ve bu sebeple gerekli yasal düzenlemelerin yapılarak idari yargıda tespit davasına yer verilmesi gerektiği yönündeki görüşlerini, yukarıda genişçe izah ettiğimiz gerekçelerle isabetli bulmuyoruz; zira kanaatimizce, adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da Danıştay içtihatlarıyla tespit davasının kabul edilmesi mümkündür. Ancak, Dursun'un da haklı olarak ifade ettiği gibi<sup>28</sup>, gerekli yasal düzenlemelerin yapılması da "hukuksal güvenlik" ve "hukuki istikrar" ilkeleri açısından faydalı olacaktır.

Candan'ın görüşlerine gelince, çalışmamızın hacmini genişletmemek amacıyla, tespit davasına ilişkin tanımının yanlış olduğunu<sup>29</sup> ve

buna bağlı olarak, yaptığı değerlendirmelerin konumuzla ilgisinin olmadığını söylemekle yetiniyoruz. Belirtelim ki; aynı görüşün hükmüne esas alındığı Danıştay 5. Dairesinin kararı da, aynı gerekçelerle, isabetli bulmuyoruz.

Yargıtay 4. HD'nin, tespit davalarının idari yargının görev alanına girdiğine ilişkin kararı son derece isabetlidir; ancak belirtelim ki, yukarıda da belirttiğimiz, tespit davasının idari yargıda kabul edilmesi hususunu Danıştay'ın takdirine bırakan 1985 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararı ile bundan da vazgeçip tespit davasının idari yargı düzeninde yer almaması sebebiyle Danıştay tarafından reddinin uygun olacağını belirten 2001 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, isabetli olmakla birlikte,<sup>30</sup> bu kararla Uyuşmazlık Mahkemesi görevinin sınırları dışına çıktığının kabulü gerekir.<sup>31</sup> Zira Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun 1'inci maddesine göre, "Uyuşmazlık Mahkemesi; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir." Ancak, görüldüğü gibi, Uyuşmazlık Mahkemesinin her iki yöndeki kararı da, uyuşmazlığı kesin olarak çözmek yerine, çözümsüzlük üretmektedir.

## SONUÇ

İdari yargıda tespit davası sorununa ilişkin olarak, yargı kararları ve bu hususta öne çıkan bazı görüşler ışığında yapılan değerlendirme neticesinde görülmektedir ki; idari yargıda tespit davasının kabul edilmesi bir zorunluluktur. Zira İYUK madde 2'deki sınırlı sayıda olduğu iddia edilen dava türleri ile mahkeme-

<sup>27</sup> Y HGK T: 5.2.1962, E: 24, K: 2 sayılı İBK; T: 23.3.1962, 11064 sayılı RG (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11064.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11064.pdf>, 14.1.2013.

<sup>28</sup> Bkz.: Dursun, a.g.m., s. 116-120.

<sup>29</sup> Candan, tespit davalarını, Özsoylu'nun aksine maddi vakıaların tespiti olarak anlamaktadır. Bu anlama,

yaygın kanının dışındadır, çünkü yaygın kanı, tespit davalarının —adli yargıda olduğu gibi— bir hukuksal ilişkiyi konu aldığı yönündedir. Bunun yanında, maddi vakıaların tespiti, delil tespiti niteliğinde olduğundan, İYUK 58/1 kapsamına girmektedir.

<sup>30</sup> Tespit davasının, açılacak olan iptal davası için güvenilir ve kısa zamanda elde edilen delili sağlayacağı için, Uyuşmazlık Mahkemesinin bu görüşüne katılmanın kolay olmadığı için bkz.: Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, Ankara, Beta, 2008, s. 296.

<sup>31</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dursun, a.g.m., s. 134.



den her çeşit hukuki korumanın sağlanması mümkün olmamaktadır. Şu hâlde; engelleyici herhangi bir yasal düzenleme bulunmaması sebebiyle, adli yargıda olduğu gibi, idari yargıda da tespit davası Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmelidir. Ancak; hukuki güvenlik ve hukuki istikrarın sağlanması için, yine adli yargıda olduğu gibi, gerekli yasal düzenlemeler de yapılmalıdır. Aksi takdirde; davacıların haklı ve yasal gerekçelere dayanan hukuki durumlarının, taleplerine rağmen yargı yerlerinde tespit edilmediği mevcut düzen dolayısıyla, Anayasamızın hak arama hürriyetini düzenleyen 36'ncı maddesi ihlal edilmeye devam edecektir.

### Kaynakça

- Alangoya, H. Yavuz-Yıldırım, M. Kâmil-Yıldırım, Nevhis Deren; *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2009.
- Altundış, Mehmet; "İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti", TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, (Çevrimiçi) [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2007-69-307.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2007-69-307.pdf), 15.01.2013.
- Candan, Turgut; "Tespit Davası ve İdari Yargı", *Danıştay Dergisi*, Yıl 19, Sayı 72-73, 1989.
- Dursun, Hasan; "İdari Yargıda Tespit Davasına Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur," *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 24, Ağustos 2008.
- Erkut, Celâl; "Tespit Davasının İdari Bir Dava Türü Olarak Kabulüne İlişkin Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı", *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Yıl 11, Sayı 1-3, 1990.
- Gözübüyük, Şeref-Tan, Turgut; *İdare Hukuku*, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, 4.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Kuru, Baki-Budak, Ali Cem; *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Oder, Burak-Ayanoğlu, Taner; "Yorum ve Tespit Davaları", (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/9-YORUM%20VE%20TESPIT%20DAVALARI.htm>, 14.01.2013.
- Özsoylu, Kırdar; "İdari Yargıda Tespit Davalarının Yeri", *Danıştay Dergisi*, Yıl 18, Sayı 68-69, 1988.
- Yıldırım, Turan; *İdari Yargı*, İstanbul, Beta, 2008.

### Diğer Kaynaklar

<http://www.kazanci.com>

23.3.1962 tarihli, 11064 sayılı Resmî Gazete, (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11064.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11064.pdf>, 14.1.2013.





# Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi

Bilâl KILINÇ



## GİRİŞ

Ölüm, her insanın ürpertiyle yaklaştığı bir olaydır. Bu ürperti insandan insana farklılık gösterse de ölümün soğuk bir tarafının olduğu hakikattir. Ölüm solmak, can vermek, hayatın sona ermesi, hayatın sönmesi<sup>1</sup> vb. anlamlarına gelen ve dünyayı terk etme tasavvurunun elbise giydirilmiş hâlidir. Ölümün olduğu yerde canlılık yoktur; ancak canlılığın olduğu yerde her zaman bir ölüm mevzu bahistir. Bu nedenledir ki diğer canlılardan akıl, irade ve gönül sahibi olmalarıyla ayrılan insanlar ölümden çok daha fazla etkilenmektedir. Bu vasıfları dolayısıyla insanlar “ne güneşe ne de ölüme göz kırpmadan bakabilirler.”<sup>2</sup> Buna rağmen, tedavisi o anki imkânlara göre mümkün olmayan ve ıstırap verici bir hastalığa دچار olmuş bir insan ölümü seçebilmektedir. Bu seçim farklı görünüşler altında tezahür etmektedir. Ölmek iradesini ortaya koyan bir insan ya intihar etmekte ya da öldürülmeyi talep etmektedir. İşte bunlardan ikinci kategoriye giren ötenazi, çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir.

Şüphesiz ötenazinin psikolojik, biyo-tıp etiği<sup>3</sup>, felsefi, tarihi ve hukuki boyutları bulunmaktadır. Bu kavramın tam olarak anlaşılabilmesi için bütün boyutlarına titizlikle eğilmek gerekmektedir. Ancak çalışmamız öta-

nazinin hukuki açıdan, daha özeldede ceza hukuku açısından hangi bağlantı noktalarına sahip olduğu ile ilgilidir. Elbette ki çalışmamızın kapsamına uygun düştüğü ölçüde diğer boyutlarına da değinilecektir.

Ötenazinin hukuki boyutunun açıklanması ceza hukuku açısından büyük önem arz etmektedir. Nitekim hem suçta ve cezada kanunilik ilkesi hem de suçların belirliliği ilkesi açısından ötenazinin suç teşkil edip etmediğinin tespiti elzemdir. Aksi takdirde hukuk devletinin esaslarından olan bu iki husus geçilmiş olacaktır. Bu ilkelerin hukuk devletinin gereklerinden olduğu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir:<sup>4</sup> “...Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı, hukuk devleti ilkesinin gereklerindedir.” Meselenin bu yönü özellikle ötenazi uygulayıcıları bakımından önemlidir. Zira “bir hastanın ıstırabını dindirmek için hareket eden kişinin cezai sorumluluğuna gidilecek midir?” sorusu ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Bir devletin hak ve özgürlükleri korunmak için suç ve ceza siyasetini elverişli şekilde belirlemesi gerekmektedir. Yaşam hakkı 1982 Anayasası<sup>5</sup> ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda<sup>6</sup> güvence altına alınmış en temel haklardan bir tanesidir. İşte bu sebeple yaşam hakkına yönelebilecek fiiller

<sup>1</sup> *Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1991.

<sup>2</sup> François de La Rochefoucauld'dan nakleden: Gilles Veinstein, *Osmanlılar ve Ölüm*, (Çev.: Elâ Güntekin), İletişim Y., İstanbul 2011, s. 11.

<sup>3</sup> Burada biyo-tıp etiğinden kastedilen “insan sağlığı alanındaki tutum ve davranışların, iyi ya da kötü türünden değerlendirilmesi etkinliği”dir. Bkz.: Sevtap Metin, *Biyo-tıp Etiği ve Hukuk*, On İki Levha Y., İstanbul 2010, s. 1.

<sup>4</sup> Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, *Gereğelli Ceza Kanunları*, Ankara 2009, s. 10.

<sup>5</sup> 1982 Anayasası'nın 17. maddesi şu şekildedir: “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

<sup>6</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi şu şekildedir: “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır.”

TCK'nın özel hükümlere ilişkin ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Hayata Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde (81. vd. maddelerinde) suç olarak tanımlanmıştır. Bunun gerekliliği yine hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini şöyle tarif etmektedir:<sup>7</sup> "Hukuk Devleti, insan haklarına saygı duyan ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran, bu düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve anayasa-ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir." Meselenin bu yönü de iyileşme imkânı bulunmayan hastalığa yakalanmış hasta ve onun yakınları bakımından önemlidir. Zira burada da "hastanın yaşam hakkı ötanazi kapsamında dahi koruma altında mıdır?" sorusu gündeme gelmektedir. Kısaca "insanların ölme hakkı var mıdır?" sorusuna verilecek cevap belirleyici olacaktır.

Ceza hukukunun hem suç ve cezaların belirliliğini sağlama hem de hak ve özgürlükleri (çalışmamız özelinde yaşama hakkını) güvence altına alma fonksiyonunu vurguladıktan sonra ötanazinin suç teşkil edip etmediği ve yaşam hakkının iyileşme imkânı bulunmayan bir hastalığa tutulmuş olan kişinin kendi rızasıyla ölmek istemesi karşısında korunup korunmayacağı sorunu, çalışmamızın temel hukuki bağlantı noktasını oluşturmaktadır. Bu soruya verilecek cevaplardan ilki yaşam hakkının kişinin kendisine karşı dahi korunması gerektiği ve böylece ötanazinin suç teşkil eden bir fiil olduğudur. Peki, bu suç kasten insan öldürme veya kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesiyle aynı kefedede mi değerlendirilecektir, yoksa ayrı bir suç türü olarak tarif edilip daha az ceza mı öngörülecektir?

Yaşam hakkı bağlamında verilecek cevaplardan ikincisi ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde ölme konusunda rızanın hukuken geçerli bir rıza olduğu ve böylece ötanazinin bir suç olmasının mümkün olmadığını. Bu seçeneği işaretleyen bazı ül-

ke mevzuatları olsa da dünyada hâlâ ağır basan cevap birincisidir. Türkiye'deki mevcut hukuki düzenlemelerin dünyanın diğer ülke mevzuatlarıyla paralellik taşıdığı rahatlıkla söylenebilir. İşte bu ikilem ötanazi sorunsalını ortaya koymaktadır.

Çalışmamızda öncelikle ayrıntısıyla ötanazi kavramına değinilecektir. Burada kavramın anlamı ve etimolojisi, tarihçesi, türleri, bazı kavramlardan farkı ve meşruiyetine ilişkin tartışmalar ele alınacaktır. Daha sonra ötanazinin mukayeseli hukuktaki durumu incelenecektir. Bu bölümde de genel olarak dünyanın meseleye yaklaşımı, Hollanda, Belçika, Lüksemburg, İsviçre ve İslam Hukukundaki durum anlatılmaya çalışılacaktır. Son olarak da Türk Ceza Hukuku'nda ötanazinin nereye oturduğu tespit edilmeye çalışılacaktır. Burada kasten insan öldürme ve ihmali davranışla kasten öldürme suçları açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

## ÖTANAZİ KAVRAMI

### 1. Kavramın Anlamı ve Etimolojisi

İlk defa Francis Bacon tarafından kullanıldığı aktarılan ötanazi, "eu: güzel" ve "tanasium: ölüm" kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Böylece güzel ölüm, iyi ölüm, rahat ölüm, kolay ölüm, ıstırapsız ölüm, tatlı ve acısız ölüm gibi anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır.<sup>8</sup> Türk Dil Kurumu sözlüğünde ise ötanazi, "ölme hakkı" olarak gösterilmektedir.<sup>9</sup> Belirtmek gerekir ki "ölme hakkı" karşılığı, kelimenin anlamını tam olarak ifade etmekten uzaktır. Çalışmamızda da yukarıda kelimenin etimolojik özelliklerine sadık kalarak verdiğimiz anlamlar esas alınacaktır.

Ötanazi kavramı doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan birkaçına bakmak yararlı olacaktır. Bir tanıma göre ötanazi, "tıbbi usullerin hafifletemediği sürekli ve da-

<sup>7</sup> 21.04.1992 tarihli bu karar için bkz.: Güneş Müftüoğlu, *Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti*, Saypa Y., Ankara 1996, s. 335.

<sup>8</sup> Mehmet Emin Artuk-Ahmet Caner Yenidünya, *Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y., İstanbul 2011, s. 107-140.

<sup>9</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50cc471727a4d1.-61189863](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50cc471727a4d1.-61189863) (E. T.: 15.12.2012).

yanılmaz acıların işkencesi altında bulunan ve hastalığının iyileştirilmesini bugünkü tıbbın gerçekleştiremediği hastaların ıstıraplarına, onların öldürülmesi ile son vermek”tir.<sup>10</sup> Başka bir tanımda ise ötanazi, “ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı bulunmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin rızasına dayalı olarak tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi” olarak ifade edilmektedir.<sup>11</sup>

## 2. Ötanazinin Tarihçesi

Hastalık, insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Oldukça karmaşık bir yapıya sahip olan insan gerek fizyolojik gerekse de psikolojik sayısız hastalığa maruz kalmış ve tedavi edilemediği için çok fazla acılar çekerek nihayetinde ölmüştür. Tıbbın gelişmesiyle birlikte birçok hastalığın sebep olduğu ıstıraplar minimize edilmiş ve ölüm geciktirilmiştir. Bugüne kadar olan süreçte tıp sürekli bir gelişme içerisinde olmuş ve çok kısa bir zaman önce tedavisi mümkün olmayan hastalıkların tedavisi de mümkün hâle gelebilmiştir. Bununla birlikte her dönemde tedavisi mümkün olmayan hastalıklar kategorisi söz konusu olmuştur. Bu hakikat de tedavisi mümkün olmayan hastalığa düçar olmuş ıstıraplar içerisinde kıvranan hastaların kendilerine ötanazi uygulanmasını talep etme veya hasta yakınlarının ya da hekimlerin hastaya acıdığı için ötanazi uygulaması durumunu ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte gayri insani duygularla tedavisi imkânsız hasta ve akıl hastalarının ötanaziye maruz bırakıldıkları dönemler de yaşanmıştır. İşte bu başlık altında elimizde olan sınırlı bilgilerle ötanaziye ilişkin tarihi bir perspektif ortaya koymaya çalışacağız. Lucien Febve, “aşkın, ölümün, acımanın, zulmün, sevincin tarihine sahip değiliz”<sup>12</sup> derken belki de bu sınırlılığı kastediyordu.

Babil ve Asurlar’da iyileşmesi mümkün olmayan hastaya hekimin müdahalesi yasak-

lanmıştır.<sup>13</sup> Bu da bugünkü isimlendirmeye “pasif ötanazi” uygulamasının söz konusu olduğunu göstermektedir.

Eski Roma’da bir hekimin hastasının çektiği acılara son vermek için onu öldürmesi kasten insan öldürme suçu sayılırdı.<sup>14</sup> Böylece Eski Roma’da hekimin saikinin suç vasfını değiştirmedeği anlaşılmaktadır. Bu tutum bugünkü genel temayülle uygunluk göstermektedir. Bununla birlikte Romulus zamanında, hilkat garibesini çocukların komşularının beşinin görüşü alınarak ölüme terk edilmesi tarzında bir ötanazi tatbik edildiği de aktarılmaktadır.<sup>15</sup> Anlıyoruz ki Roma’da pasif ötanaziye yaklaşan uygulamalar yaşanmıştır. Romalı düşünür Seneca’nın şöyle dediği aktarılır:<sup>16</sup> “... Doğanın belirlediği zamanı beklememizi söylüyorlar. Ancak bunu söyleyen kişi özgürlük yolunun kapandığının farkında değil... Eziyetin ortasından ayrılacak, sorunlarımdan kurtulabilecekken hastalık ya da insan işkencesini beklemek zorunda mıyım? Bir neşterle büyük özgürlüğe ulaşacak, bir iğne yardımıyla huzura erişeceksiniz.”

Eskimoların, yaşlılarını buzullara terk etmek suretiyle onları kutup ayılarının yemesini sağladıkları bilinmektedir. Daha sonra da bu ayıları kendileri yiyerek yaşlılarına yeniden kavuştuklarına inanıyorlardı. Japon kır geleneklerinde de ötanazi izlerine rastlanmaktadır. Yaşlılar ve cüzamlılar doğa koşullarına terk edilerek ölmeleri sağlanıyordu.<sup>17</sup> Eski İsrail’de de iyileşmesi mümkün olmayan hastaların çabuk ölmesi için “frankincense” bitkisinin günlük olarak verildiği bilinmektedir.<sup>18</sup> Eski Türklerde hayata büyük önem verilirdi. Hunlarda bir kişiyi öldüren ölüm cezasına çarptırılıyordu. Kazak ve Kırgızlarda intihar edenler de ayrı bir mezarlığa gömülüyordu.<sup>19</sup>

<sup>10</sup> Hakan Hakeri, *Tip Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2010, s. 344.

<sup>11</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>12</sup> Veinstein, a.g.e., s. 11.

<sup>13</sup> Osman Kaşıkçı, “*Hukuk Tarihinde Ötanazi*”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S: 6, 2008, s. 85-99.

<sup>14</sup> Kaşıkçı, a.g.m.

<sup>15</sup> Ömer Ömeroğlu, “*Ötanazi*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 2, 1993, s. 187-205.

<sup>16</sup> Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, On İki Levha Y., İstanbul 2011, s. 262.

<sup>17</sup> Ömeroğlu, a.g.m.

<sup>18</sup> Kaşıkçı, a.g.m.

<sup>19</sup> Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947, s. 72, 73.

Antik Yunan'da asiller, yaşlı veya hasta bir beden içinde olmanın alçaltıcı bir durum olduğunu düşünürlerdi. Bu da ötanazi uygulamalarına sebep olurdu; fakat yine de ötanazi toplum nezdinde hoş karşılanmazdı. Ötanazinin Hipokrat yemininde de hoş karşılanmadığını görmekteyiz. Dönemin önemli filozoflarından Platon ve Aristo hasta yetişkinlerin gönüllü olmasalar dahi polislin kaynaklarını gereksiz yere tüketmemeleri için öldürülmeleri veya bakımsızlıktan ölmeleri gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu düşüncede de aktif ve pasif ötanazinin izlerini görmek mümkündür. Ayrıca ölmek isteyen bir kimse Senatoya geçerli bir neden göstererek izin belgesi alabilmekteydi. Bu belgeyi alanlar hâkime başvurur ve hâkim de baldıran zehiri ile ölümü gerçekleştirdi.<sup>20</sup> Burada hâkim zehiri bizzat içiriyor idiyse bir ötanaziden bahsedilebilecektir. Şayet hâkim sadece baldıran zehirini ölmek isteyen kimseye veriyor ve o kimse zehiri bizzat içiriyor idiyse yardımcı intihardan bahsetmek mümkündür. Bu dönemde ötanaziye bir nevi tarafsızlık söz konusudur.<sup>21</sup>

Antik Yunan'da ötanaziye tarafsız bakılırken Hıristiyanlığın kabulü ve yaygınlaşması ile bu tarafsızlığın yerini ne olursa olsun insanın canını tanrı almadan kendisi de dâhil olmak üzere kimsenin alamayacağı tasavvuru almıştır.<sup>22</sup> Devletler de ötanaziye karşı tavır almaya başlayınca ötanaziye aydınlanma dönemine kadar ütopyalarda rastlanabilecektir. Tam da burada Thomas More'un *Ütopya*'sını hatırlamak gerekmektedir. *Ütopya*'da yer alan şu ifadeler ötanazinin hayallerde canlı olduğunu

göstermektedir:<sup>23</sup> "Hastalar *Ütopya*'da büyük şefkat görürler. Tekrar sağlıklarına kavuşabilmeleri için kendilerinden hiçbir şey esirgenmez. Çaresiz hastalığı olanlara her türlü manevi yardımı yapabilmek için birbirleri ile yarışır, ancak hastalık hem çaresiz hem ıstırap verici ise o zaman şöyle bir yol izlerler. Böyle bir hasta yaşayan ölü olduğu için hem başkalarına yük olur, hem de kendi acı çeker. Böyle hastalara rahipler ve devlet adamları ölüme razı olup, acılarından kurtulması için öğüt verirler. Eğer hasta hayatına kendi eliyle son vermiyorsa, o zaman kendi adına başka birisinin yapmasına izin verirler. Bu erdemli bir davranıştır ve *Ütopya*'da yüksek saygı görür. Ancak kimsenin iznini almadan kendini öldürenler aşağılanırlar ve pis bir bataklığa atılıp, gömülme hakkını yitirirler."

Aydınlanma dönemi, Avrupa bakımından Antik Yunan düşüncesinin canlanmaya başladığı bir dönemdir. Ötanazinin de 17. yüzyılda pek çok Avrupa ülkesinde sözlüklere girmeye başladığı aktarılmaktadır.<sup>24</sup> Bundan sonra ötanazi kavramsallaştırılmış<sup>25</sup> ve her şeyin ölçüsü ve ölçütü olan insanın kendi geleceğini belirleyebilme hakkı kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır. İngiltere'nin önde gelen hukukçularından olan Francis Bacon, hekimin görevinin sadece hastayı sağlığına kavuşturmak ve acısını hafifletmek olmadığını, aynı zamanda hastaya kolay ve rahat bir ölüm sağlamak görevinin de bulunduğunu ifade etmiştir.<sup>26</sup> İskoç filozof David Hume, bireyin yaşamını sona erdirmeye hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır. İngiltere'nin önde gelen bir başka hukukçusu olan Jeremy Bentham, bireyin vücudu üzerinde yegâne söz sahibi olduğunu, yaşamak yerine ölmeyi seçebileceğini ve yasaların da hiçbir şekilde bu özerkliğe karışamayacağını ifade etmiştir. Almanya'dan yükselen ses ise kişinin özerkliğinden başka bir noktaya kayan ve gayri insani bazı düşünceler ihtiva eden bir mahiyete bürünmüştür.

<sup>20</sup> Kaşıkçı, a.g.m.; Ömeroğlu, a.g.m.

<sup>21</sup> Ayşegül Yıldırım, "Yaşamın Kutsallığı ve Yaşama Hakkından Vazgeçme", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, S: 1, 2004, www.insanbilimleri.com (E.T.: 22.01.2013).

<sup>22</sup> İncil'de şöyle deniyor: "Kendine şekil verenle çekişenin vay başına! Yerin çömlek parçaları arasında bir çömlek parçası! Balçık kendisine şekil verene: Ne yapıyorsun? Yahut senin elinin işi sana: Elleri yok, der mi? Babaya: Dünyaya getirdiğin nedir? Yahut kadına: Ağrısını çektiğin nedir? Diyenin vay başına! İsrail'in Kuddüsü ve ona şekil veren RAB şöyle diyor: Gelecek şeyleri benden sorun; oğullarım için ve ellerimin işi için bana emredin. Dünyayı ben yaptım ve onun üzerinde insan yarattım; gökleri benim ellerim yaydı ve onların bütün ordusuna emrettim." İncil, Yeşaya 45: 9-12, <http://incil.info/kitap/Yesaya/45> (E.T.: 22.01.2012).

<sup>23</sup> Thomas More, *Ütopya*, (Çev.: T. Gökçen Sağnak), Gün Y., İstanbul 1999, s. 77-78.

<sup>24</sup> Kaşıkçı, a.g.m.

<sup>25</sup> Yukarıdaki "Kavramın Anlamı ve Etimolojisi" başlığında bakınız.

<sup>26</sup> Adnan Öztürel, "Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, S: 1-4, s. 261-273.

Friedrich Nietzsche şöyle demektedir:<sup>27</sup> “Hasta toplum için parazittir. Muayyen bir durumdan sonra daha uzun yaşaması uygun değildir. Yaşama zevki kaybolduktan sonra boşu boşuna ömür sürmek, doktorların müdahalelerinin esiri olmak anlamsızdır. O hâlde yaşama hakkı, toplumun tahkir nazarları önünden çekilmelidir.” Aydınlanma dönemi Avrupası’nda atılan bu düşünsel temeller üzerinde insanlık tarihinin utanç duyacağı binaların yükselmeye başlaması gecikmeyecektir. Weimar Cumhuriyeti Dönemi’nde (1919-1933), sadece teorik olarak tartışılan ötanazi, Nasıyonel Sosyalistlerin iktidara gelmesiyle resmî politika hâlini almaya başlamıştır.<sup>28</sup> Siyaset sahnesinde yükselmeye başlayan ırkçı yaklaşımlar saf ırk yaratmanın peşine düşmüştür. Adolf Hitler’in “yaşaması yararsız ve bozuk bünyeli insan, toplumdan atılmalıdır” dediği aktarılmaktadır.<sup>29</sup> Adolf Hitler’in işbaşına gelmesi ile Almanya’da ırkçı düşüncelerin hayata geçirildiği Nazi Dönemi başlamıştır. Dünya 1933 ila 1945 yılları arasında daha önce belki de hiç şahit olmadığı bir vahşete şahit olmuştur. Halkın bilinçaltını yapılacak katliamlara hazırlamak için *Ich Klage An* [Itham Ediyorum] isimli bir film çevrilmiş ve ötanazinin gerekli ve akla yatkın bir uygulama olduğu fikri yayılmıştır.<sup>30</sup> Ötanazi operasyonları t-4 koduyla Berlin’den yönetilmiş ve “Sanatoryum Kontrolcüler ve Hemşire Evleri” adlı bir organizasyona yönlendirilen kişiler bir hekim kontrolünden geçirilerek ölmesi gerekenler öldürülmek üzere Almanya’da bulunan beş ötanazi kampından herhangi birine veya Avusturya’da bulunan Linz’e gönderilmiştir. Buna ilişkin ilk resmî kaydın bir Nazi Partisi üyesinin tek bacağı bulunmayan kör kızı için ötanazi talep etmesi ve bu talep sonucunda özürsüz çocuğun öldürülmesi olduğu aktarılmaktadır. Özürsüz kişilerin toplu olarak öldürülmeleri ise 1939’da Polonya’da gerçekleştirilmiştir.<sup>31</sup> Bütün

bu yaşananların ciddiyeti ve boyutu, Nürnberg Ceza Mahkemelerinde hekimler davası olarak anılan davanın neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu yargılama neticesinde insanlık, 200.000 hasta çocuğa “morfin-scopolamin” zerk edilmek suretiyle veya gaz odalarında bırakılarak öldürüldüğü gerçeği ile yüz yüze kalmıştır.<sup>32</sup>

1906 tarihinde Ohayo’da ve 1907’de Iowa’da hastalığın ıstırabı içinde kıvranan hastaların öldürülebilmesi için kanun tasarıları hazırlanmış ve fakat Federal Devletin onayı alınmadığı için yürürlük kazanamamıştır. 1947 yılında da iki bin New Yorklu doktor ötanazinin yasal hâle gelmesi için bir beyanname imzalamıştır.<sup>33</sup> Ancak bu beyanname ötanaziye yasal hâle getirmek için yeterli olmamıştır. Ötanaziye ilk olarak 2001 tarihinde Hollanda yasal hâle getirmiş, bunu 2002 tarihinde Belçika izlemiştir. Son olarak da 2009 tarihinde Lüksemburg ötanaziye yasal hâle getirmiştir.<sup>34</sup>

Görülüyor ki bütün bir tarih boyunca değişik felsefelerden ve dinlerden etkilenen insanlığın ötanaziye yaklaşımı farklılık göstermiştir. Ancak genel olarak denilebilir ki hastalığın ve ıstırabın olduğu yerde insanları yaşama bağlayacak daha üst bir değer olmaması durumunda ötanaziye ilişkin talepler artış göstermiştir. Nihai aşamada da fiili olarak uygulanmakta olan ötanazinin bazı ülkelerde yasal hâle getirildiğine şahit olmaktayız.

### 3. Ötanazi Türleri

#### a. Dar Anlamda-Geniş Anlamda-En Geniş Anlamda Ötanazi

“Dar anlamda ötanazi”, ıstıraplar içinde ölmekte olan bir kimsenin ıstıraplarının hayatının kısaltılmasıyla hafifletilmesidir. Dikkat edilirse burada kişi ölüme oldukça yakındır. Şayet bu tür ötanazi kabul edilirse ancak ve

<sup>27</sup> Arın Namal, *Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları-Neden Henüz Küçük Bir Alev?, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y., s. 71-105; Ömeroğlu, a.g.m.

<sup>28</sup> Namal, a.g.m.

<sup>29</sup> Ömeroğlu, a.g.m.

<sup>30</sup> Behçet Tahsin Kamay, “Ötanaziler (Ölümü Yaklaşan Hastayı İstıbarsız Öldürme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, C: 8, S: 93-94, Ankara 1952, s. 1-6.

<sup>31</sup> Tacir, a.g.e., s. 17-18.

<sup>32</sup> Öztürel, a.g.m.

<sup>33</sup> Kaşıkçı, a.g.m.

<sup>34</sup> Yener Ünver, *Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y., İstanbul 2011, s. 27-69.

ancak ölmek üzere olan bir kimseye ötanazi uygulanabilecektir.

“Geniş anlamda ötanazi”, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış kimse- nin acılarını dindirmek için ölüme neden olacak icrai bir hareketin yapılmasıyla gerçekleştirilen ötanazidir. Bu tür ötanazide hastanın ölümün eşliğinde olup olmaması önemli değildir. Daha uzun süreler yaşayabilme imkânı olan bir hastaya dahi ıstıraplarının dindirilmesi için ötanazi uygulanabilecektir.<sup>35</sup>

“En geniş anlamda ötanazi” ise, yaşamaları değersiz görülen insanların imha edilmesi olarak ifade edilmektedir. Bu tür uygulamalara tedavisi imkânsız akıl hastaları, bedensel özürllüler ve bitkisel hayata girenlere uygulanan ötanazi gösterilebilir.<sup>36</sup> Tarihte bunun örneklerine rastlamak mümkündür.<sup>37</sup> Bu tür ötanazi, “gerçek olmayan ötanazi”<sup>38</sup> veya “cinai ötanazi”<sup>39</sup> olarak da adlandırılmaktadır. Ceza hukuku açısından bu tür ötanazinin cinayet olduğu aşîkârdır. Bu uygulamaların hiçbir meşru ve insani dayanağı yoktur.

### ***b. İradeye Bağlı Ötanazi- İrade Dışı Ötanazi***

“İradeye bağlı ötanazi”, hastanın bilinci yerindeyken istekte bulunması üzerine uygulanan ötanazidir. İradeye bağlı ötanazi, hastanın talebi üzerine olabileceği gibi, onun muvafakati ile de uygulanabilir. Birinci durumda hasta hekimi zorlarken ikinci durumda ise hekim hastaya ötanazi fikrini sunmakta ve hasta da bunu kabul etmektedir.<sup>40</sup> Her iki durumda da iradeye bağlı ötanaziden bahsedilmektedir. Kural olarak özgür irade hukuken muteberdir<sup>41</sup> ve

hukuki sonuç doğurur. Burada hasta, temyiz kudretini haiz ve bilinci açık iken iradesinin sakatlanmasına yol açabilecek nedenlerin (hata, hile ve tehdit) tesiri altında kalmadan ve özgürce ötanazi talebinde bulunmaktadır.<sup>42</sup>

Peki, burada irade açıklamasının yazılı veya sözlü olmasının bir ehemmiyeti var mıdır? Bu soruya 1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği’nin<sup>43</sup> “Tedaviyi Reddetme ve Durdurma” başlıklı 25. maddesi ışığında cevap vermek mümkündür. 1219 sayılı Kanun’un 70. maddesine göre, büyük cerrahi ameliyatlara için alınacak rızanın yazılı olması zorunludur. Ötanazi, cerrahi ameliyatlardan daha hafif bir uygulama değildir ve evleviyet kuralı gereğince ötanazi için de yazılı bir irade açıklaması zorunludur. Yönetmeliği 25. maddesine göre ise, bir hasta tedaviyi reddetme ve durdurma hakkına sahiptir; ancak bunun için yazılı beyanına ihtiyaç vardır. Belirtmek gerekir ki hastanın tedaviyi reddetmesi ve durdurması durumunda doğabilecek sonuçlar itibarıyla pasif ötanaziye yaklaşılmaktadır. Kanaatimizce pasif ötanazi uygulamasında yazılı irade açıklaması gerekiyorsa aktif ötanazinin uygulanabilmesi için de evleviyetle yazılı irade açıklaması gerekmektedir.<sup>44</sup>

Konuyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek bir başka mesele de hasta irade açıklayamayacak durumda ise, daha önce açıkladığı yazılı beyanının iradeye bağlı ötanazi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Buna ilişkin olarak doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş daha önceden açıklanan yazılı beyanın muteber olduğu yönündedir.<sup>45</sup> Ancak belirtmeliyiz ki yaşama hakkından feragat etmeyi içeren bu irade açıklamaları sadece ötanazi türünün iradeye bağlı olarak nitelendiril-

<sup>35</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>36</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>37</sup> Yukarıdaki “Ötanazinin Tarihçesi” başlığına bakınız.

<sup>38</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>39</sup> Kamay, a.g.m.

<sup>40</sup> Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Y., İstanbul 1972, s. 150.

<sup>41</sup> Bu konuyla ilgili olarak, rızanın hukuka aykırılığı ortan kaldırıp kaldırmadığına ilişkin açıklamalarımız saklıdır. Bunun için aşağıdaki “Türk Ceza Hukukunda Ötanazi” başlıklı bölüme bakınız.

<sup>42</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>43</sup> R. G., T. 01.08.1998, S. 23420.

<sup>44</sup> Aksi görüş için bkz.: Yasemin Oğuz, *Ötanazi’ye Etik Yaklaşım, Tıp Etiği Açısından Yaşamın Son Döneminde Karar Verme Süreçleri, Medikal Etik (Doğum, Ölüm Süreçleri ve Yaşamın Anlamı)*, Ed.: Hüseyin Hatemi-Hanzade Doğan, Yüce Y., İstanbul 2001, s. 61-67.

<sup>45</sup> Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Y., İstanbul 2003, s. 148; Artuk-Yenidünya, a.g.m.



mesini sağlar; yoksa ötanaziye yasal ve meşru hâle getirmez.

“İrade dışı ötanazi” ise, hastanın irade açıklamasında bulunamayacağı ve dolayısıyla iradesinin ne yönde olduğunun saptanamadığı durumlarda, yakınlarının irade açıklamasıyla gerçekleştirilen ötanazidir. Bu durumlara örnek olarak hastanın bilincinin kapalı olması, temyiz gücünü haiz bulunmaması ve yaşının küçüklüğü dolayısıyla irade açıklamaya ehil olmaması gösterilebilir.<sup>46</sup> Belirtmek gerekir ki genelde hukuk sistemleri, irade dışı ötanaziye cevaz vermemektedir. Hukukta hak ehliyetine sahip varlıklara kişi denir.<sup>47</sup> Bu tanımda yer alan hak kavramı kişinin iradeye sahip olduğunu anlatmaktadır. Kişilik denince de, “kişi ile birlikte, kişinin hukukun korumaya değer bulduğu, hukukî, manevi nitelikteki varlıkların tümü” anlaşılır.<sup>48</sup> Kişilik, çocuğun sağ ve tamamiyle doğumuyla başlar ve ölünceye kadar devam eder.<sup>49</sup> Yukarıda örnek olarak sayılan durumların hiçbirinde ölüm gerçekleşmediği için kişilik sona ermemiştir ve sadece hastanın irade açıklaması üzerine harekete geçmek mümkündür.

Kişilik haklarından mal varlığı alanına ilişkin olanları kişinin irade beyanı veya kanunun öngördüğü durumlarda ilgili diğer kişiler tarafından kullanılabilir. Ancak kişi varlığı alanıyla ilgili haklar kural olarak münhasıran kişinin irade açıklamasıyla kullanılabilir. Yine bunun bazı kanuni istisnaları vardır; ancak yaşama hakkından vazgeçme konusunda bir istisna bulunmamaktadır. Kişi varlığı alanı, “para ile ölçülemeyen ve kişilik haklarının koruması kapsamına giren değer alanı” olarak tanımlanmaktadır.<sup>50</sup>

Ötanazi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan yaşama hakkı ve dolayısıyla kişi varlığı alanı ile ilgilidir. Bu nedenle hastanın kendisinin bir irade açıklaması olmadan yakınlarının irade

açıklamasıyla uygulanan ötanazi, yaşama hakkına müdahale teşkil etmektedir.<sup>51</sup> Üstelik yaşama hakkından bilinci açık olsa da bizzat hastanın bile feragat edemeyeceği ifade edilmektedir. Bu özellik nedeniyle, bilinci kapalı olan ve ölüm neticesinin kaçınılmaz olduğu bir hastanın, önceden ötanazi uygulanması yönünde bir vekâletname vermesinin dahi hukuken bir kıymeti harbiyesi yoktur. Nitekim bu vekâletname yokluk sebebiyle geçersizdir.<sup>52</sup> Kanaatimizce bu vekâletname olsa olsa hastanın bilinci açıkken yaptığı yazılı bir irade açıklaması olarak değerlendirilebilir. Böyle bir durumda yine iradeye bağlı ötanaziden bahsedilebilir.

### c. Aktif Ötanazi-Pasif Ötanazi

“Aktif ötanazi”<sup>53</sup>, “hekimin derin bir sakinleştirmeyi takiben, ani ölüm yapacak nitelik ve dozdaki ilacı uygulamak suretiyle hastanın

<sup>51</sup> Hastanın ötanaziye ilişkin rızası hiçbir şekilde alınmıyor ve daha önceden de konuya ilişkin olumlu veya olumsuz bir beyanın olmadığı durumlarda Amerikan Yüksek Mahkemesi verdiği bir kararında objektif kriterler tespit etmiştir. Buna göre, tedavinin neden olduğu kaçınılmaz ve ciddi acı, tedaviye insanlık dışı bir nitelik veriyorsa artık tedaviye son verilebilecek ve böylece ötanazi uygulanabilecektir. Karar için bkz.: Çakmut, a.g.e., s. 148.

<sup>52</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu, “Ötanazi ve Yaşam Destek Ünitelerine Bağlı Hastaların Durumu, 12. Yüzyıl Başında Yaşam Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler”, 2. Uluslararası Tıp Etiği ve Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 2009, s. 85-92; aksi görüş için bkz.: Metin, a.g.e., s. 324-325. “... Şayet hasta resüsitasyonun alıkonulma kararını kendisi verme yeteneğine sahip değilse bu olasılıkta karar, hastanın önceden vekil olarak belirlediği kişi veya kişiler tarafından verilir. Eğer hastanın bu husustaki tercihi bilinmiyorsa ya hastanın hekimi, hastanın detaylı tercihlerini [advance directives] göz önüne alır yahut uygun bir vekil tarafından resüsitasyon kararı verilebilir. Detaylı tercihler ile kastedilen, hastanın sağlığında konu ile ilgili arkadaşları, akrabaları, hekimi ile yaptığı konuşmalar ve düşünce açıklamalarını, şahitleri içerir. Seçilen vekilin taşıması gereken vasıflar vardır ve bunların başında vekil olacak kişinin, hastanın değerlerini, inançlarını, hayattan beklentilerini bilmesi ve bu değerlere saygılı olmasıdır. Genellikle uygun vekil bir akraba yahut yakın bir arkadaş, eğer hasta bir çocuk ise anne ve babadır. Karar verme yeteneklerini kaybetmiş ve herhangi bir yakını olmayan hastaların yerine kimin karar vereceği önemli bir etik ikilemdir...”

<sup>53</sup> Aktif ötanazi, İngilizceden Türkçeye “acıyarak öldürme” olarak çevrilebilecek “mercy killing”dir. Bkz.: Namal, a.g.m.

<sup>46</sup> Sibel İnceoğlu, *Ölme Hakkı-Ötanazi*, Ayrıntı Y., İstanbul 1999, s. 217 vd.

<sup>47</sup> Mustafa Dural-Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, C: 2, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 5.

<sup>48</sup> Dural-Öğüz, a.g.e., s. 8.

<sup>49</sup> A.g.e., s. 15.

<sup>50</sup> Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Y., İstanbul 2011, s. 136; M. Kemal Oğuzman-Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Beta Y., İstanbul 2002, s. 102.

yaşamına son vermesi” olarak tanımlanmıştır.<sup>54</sup> Ortada icrai bir hareket vardır ve ölüm neticesi bu icrai hareketin sonucunda doğmaktadır.<sup>55</sup> Ölüm sonucunu doğuracak bir ilaç veya ölümcül dozda bir zehrin hastanın ıstıraplarını sona erdirmek amacıyla hastaya zerk edilmesi suretiyle gerçekleştirilen ötanazi, bu türe örnek olarak gösterilebilir. Aktif ötanazi, hastanın isteği üzerine uygulanırsa iradeye bağlı ötanazi (gönüllü ötanazi) olarak isimlendirilir.<sup>56</sup> İradeye bağlı aktif ötanazi Hollanda, Belçika, Lüksemburg, Uruguay ve Meksika dışında diğer ülkelerde ya kasten insan öldürme suçu ya da daha az cezayı gerektiren ayrı bir suç olarak kabul edilmektedir.<sup>57</sup> Şayet aktif ötanazi hastanın isteği olmaksızın gerçekleştirilirse irade dışı ötanazi olarak isimlendirilir. İrade dışı aktif ötanaziye örnek olarak hasta çocukların ve bebeklerin, bilinci kapalı hastaların, akıl hastalarının tıbbi yöntemlerle öldürülmesi gösterilebilir. Böyle bir ötanazi dünya genelinde gayri meşru olarak kabul edilmektedir. Ne var ki Hollanda’da ağır anomalilerle dünyaya gelen yeni doğan bebeğin öldürülmesine dayanan pediatrik ötanazi 2006 tarihinden beri yasaldir.<sup>58</sup>

Aktif ötanazi intihardan ve intihara yardımdan farklıdır. Zira aktif ötanazide ölüm neticesini doğuran fiili hekim veya bir başkası gerçekleştirilmektedir. Şayet ölüm neticesini doğuran tıbbi yöntemi bizzat hasta uygularsa bu bir intihardır ve hastaya bu konuda bir yardım söz konusu ise ortada intihara yardım vardır. Genellikle aktif ötanazi hekimler tarafından tasvip görmemekte ve bu nedenle “hekim yardımcı intihar” veya “pasif ötanazi” ön plâna çıkmaktadır.<sup>59</sup>

“Pasif ötanazi”<sup>60</sup>, “hayat desteğini sağlayan ilaç ve araçları kesmek veya bunları al-

mamak ya da tedaviyi kabul etmemek” suretiyle gerçekleştirilen ötanazi türüdür.<sup>61</sup> Dikkat edilirse burada ölüm neticesi ilgililerin hareketsiz kalması ile ortaya çıkmaktadır.<sup>62</sup> Belirleyici özelliğinin ihmali hareket ile icra edilmesi<sup>63</sup> olduğu ifade edilmektedir.<sup>64</sup> Kısacası hasta, ölüme terk edilmektedir. Pasif ötanazinin temel olarak yaşamı sürdürecektedir tedaviye başlamama<sup>65</sup>, teknik tedavinin kesilmesi ve yapay beslemeden vazgeçme şeklinde gerçekleştirildiği ifade edilmektedir.<sup>66</sup> İfade edelim ki, yaşam destek ünitesine bağlı olarak hayatta kalabilen hastaya verilen yaşam desteğinin çekilmesinin pek de pasif olmadığı, bilakis aktif olduğu da belirtilmektedir.<sup>67</sup> Birçok ülkede pasif ötanazi sorunsalı, tedaviyi reddetme veya durdurma hakkı çerçevesinde çözümlenmektedir. Buna göre pasif ötanazi, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Özellikle tedavinin hastaya şiddetli ıstıraplar vermesi ve gayri insani olması durumunda hastanın talebi üzerine tedaviye son verilmektedir. Böylece hasta her an ölüme yürümektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 25. maddesi tedaviyi reddetme ve durdurma hakkını düzenlemektedir. Madde metni şöyledir: “Kanunen zorunlu olan hâller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulan-

ye “tedavinin kesilmesi ya da sınırlandırılması” olarak çevrilebilir. Bkz.: Namal, a.g.m.; pasif ötanazi, hastanın hayatını uzatan müdahalenin yapılmaması anlamında “ortötanazi” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz.: Bayraktar, a.g.e., s. 150.

<sup>61</sup> Bertil Emrah Oder, *Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y., İstanbul 2011, s. 1-26; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C: 1, Beta Y., İstanbul 2007, s. 29.

<sup>62</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>63</sup> Aşağıda “Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi: TCK Madde 83” başlığına bakınız.

<sup>64</sup> Hakeri, a.g.e.

<sup>65</sup> Yaşamı destekleyen tedavilere örnek olarak şunlar gösterilebilir: Organ nakilleri, mekanik ventilasyon, canlandırma [kardiyopulmoner resüsitasyon], böbrek diyalizi, tüple besleme, damar içine sıvı verme, kemoterapi ve antibiyotik tedavileri. Bkz.: Metin, a.g.e., s. 324.

<sup>66</sup> Namal, a.g.m.

<sup>67</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.; karşı görüş için bkz.: Hakeri, a.g.e., s. 350.

<sup>54</sup> Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara 2002, s. 248.

<sup>55</sup> Hakeri, a.g.e., s. 348.

<sup>56</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>57</sup> Ünver, a.g.m.

<sup>58</sup> Erdem Özkara, “Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika’da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 78, 2008, s. 105-122.

<sup>59</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>60</sup> Pasif ötanazi, İngilizcede “Non-Treatment Decision” (NTD) olarak ifade edilmektedir. NTD, Türkçe-

ması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu hâlde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.” Bu da gösteriyor ki, hasta tedaviyi red veya durdurmanın neticeleri hususunda aydınlatıldıktan sonra özgür iradesiyle tedaviyi reddeder veya durdursa, bunun neticesinde meydana gelebilecek bir ölüm nedeniyle hekimin cezai sorumluluğuna gitmek mümkün olmayacaktır.<sup>68</sup> Ancak hasta bilincini kaybetmişse ve hayati tehlike de varsa hekim, müdahale etmek zorundadır.<sup>69</sup> Şayet bu durumda hekim hareketsiz kalır ve müdahale etmezse, diğer şartları da varsa, ihmali davranışla kasten insan öldürme suçunu işlemiş olur.

Belirtmek gerekir ki pasif ötanazi, hukuk sistemlerince aktif ötanaziye göre çok daha kolay kabul görmektedir. Bunun nedeni pasif ötanazinin doğrudan ve kasıtlı bir öldürme içermemesi olarak gösterilmektedir.<sup>70</sup> Buna rağmen, pasif ötanazi hukuki ve etik bir çok problemi bünyesinde barındırmaktadır.

#### **d. Kazai Ötanazi-Medikal Ötanazi**

“Kazai ötanazi”, uygulanabilmesi mahkeme kararına bağlı olan ötanazi türüdür. Burada kazai (yargısal) bir faaliyet ile ötanazi gerçekleştirildiği için böyle bir isimlendirme yapılmıştır. Ötanazinin uygulanabilmesi için mahkemeden izin istenmekte ve mahkemenin izin vermesi hâlinde uygulanması mümkündür.

“Medikal ötanazi” ise, uygulanabilmesi için hekimin veya bir hekimler kurulunun aldığı kararlarla gerçekleştirilen ötanazi türüdür. Medikal ötanazide, mahkemeden izin alama zorunlu-

luğ yoktur. Mesela Hollanda böyle bir uygulamayı tercih etmiştir.<sup>71</sup> Hollanda’da bir doktor mahkeme kararı olmaksızın meslektaşlarıyla konsültasyon yaparak ötanaziye karar verebilmektedir.

#### **e. Dolaylı Ötanazi**

“Dolaylı ötanazi”, “hekimin hastanın acısını azaltmak üzere kullandığı ve kullanılmasının tıp bilimi tarafından öngörüldüğü bir ilacın kaçınılmaz bir yan etkisi olarak hastanın yaşamının kısılması durumu” olarak tarif edilmektedir.<sup>72</sup> Görüldüğü gibi burada sadece hastanın ıstıraplarını dindirmeye matuf olarak uygulanan tedbirlerin “dolayısıyla da olsa” yaşamı kısıltması söz konusudur.<sup>73</sup> “Çifte etki doktrini” olarak da adlandırılan ötanazinin bu türünde, hastaya verilen ilaç hem acıları dindirmekte hem de ölümü neticelemektedir. Belirtelim ki aktif ötanazinin farklı bir versiyonu olan böyle bir durumda da hastanın aydınlatılmış onamının alınması zorunludur. Yani hastaya verilecek ilaçların acıyı hafifletmekle birlikte ölüm neticesini de getirdiği açıkça ve ayrıntılı olarak anlatılmalıdır. Bu aydınlatma üzerine alınacak bir rıza ile acıyı hafifleten bu ilaçlar tatbik edilebilecektir. Bu tür ötanazi Hollanda, İngiltere, Avustralya, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri’nde hukuka uygun addedilmektedir.<sup>74</sup> Ayrıca bu tür ötanazinin Almanya’da da cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir.<sup>75</sup> Alman Ceza Kanunu’nun 216. maddesinin ölmek üzere olan bir hastaya kendisinin açık ve ciddi isteği üzerine ve ölüm hedefine yönelik olarak ölümcül dozda ağrı kesici veya rahatlatıcı ilaç tatbik etmeyi yasakladığı ifade edilmektedir. Buna göre, hekim ön plânda ağrıların dindirilmesi amacını tutmuşsa ve ölümü hızlandıran yan etkiyi bilmesine rağmen sineye çekmişse dolaylı ötanazi vardır. Dikkat edilirse dolaylı ötanaziyi, yasaklanmış aktif ötanaziden ayıran husus kastın derecesidir. Dolaylı ötanazide, hekim ölüm

<sup>68</sup> Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 445.

<sup>69</sup> Doğan Soysalan, “**Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu**”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Yıl 1, S: 1, Ankara Barosu Y., Ankara 2009, s. 119-137. Ayrıca “İradeye Bağlı Ötanazi-İradeye Bağlı Olmayan Ötanazi” başlığına bakınız.

<sup>70</sup> Oder, a.g.m.

<sup>71</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>72</sup> Hakeri, a.g.e., s. 348.

<sup>73</sup> Muharrem Özen-Meral Ekici Şahin, “**Ötanazi**”, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 2010/4, s. 15-36.

<sup>74</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>75</sup> Hakeri, a.g.e., s. 349.

sonucunu bilmesine rağmen olursa olsun diyerek olası kastla hareket etmektedir. Şayet hekim, doğrudan doğruya ölümü amaçlamışsa Alman Ceza Kanunu 216. maddede tanımlanmış suç işlemiştir.<sup>76</sup>

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesinde, sağlık personelinin hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstererek hastanın hayatını kurtarmak ve sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi ıstırapını azaltmak veya dindirmeye çalışmakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Böylece en başta hekim, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış hastanın daha az ıstırap çekmesi için elinden gelen bütün tedbirleri almaktadır. Burada alınan tedbirler hastanın yaşamını kısaltsa dahi hekimin bundan kaçınmamaacağı ifade edilmiştir.<sup>77</sup> Tabii burada önem taşıyan hukuki kurum hastanın rızasıdır. Hasta kendisine uygulanacak tedbirlerin muhtemel neticeleri hakkında aydınlatılmalı ve rızası alınmalıdır.

#### 4. Ötanazinin Bazı Kavramlardan Farkı

##### a. Ötanazi ve Talep Üzerine Öldürme/Rıza İle Öldürme

"Talep üzerine öldürme", temel olarak talebin öldürülen kimseden gelmesini ifade etmektedir. Burada mağdur, kendi talebi üzerine bir başka kimse tarafından öldürülmektedir. Öldürülme fikri mağdurdan çıkmakta, bu fikir talebe dönüşmekte ve talebin yöneldiği kişi bizzat öldürme fiilini gerçekleştirmektedir.<sup>78</sup> "Rıza ile öldürme" ise, öldürme fikrinin öldürülmek istenene sunulması ve onun rızası ile öldürülmesini ifade eder. Dikkat edilirse burada öldürme fikri failden çıkmakta ve bu fikir mağdura sunulmaktadır onun rızası istenmek-

tedir. Talep üzerine öldürmeden farkı öldürme isteğinin failden gelmesidir.<sup>79</sup> Görüldüğü gibi ötanazi, talep üzerine öldürme ve rıza ile öldürmenin oluşum şekillerinden sadece bir tanesidir. Talep üzerine öldürme veya rıza ile öldürme, tedavisi imkânsız olan bir hastalığa düşer olmuş, büyük ıstıraplar içinde kıvranan bir hastanın acılarını dindirmek amacıyla gerçekleştirilirse ötanazi adını almaktadır. Bu nedenlerle ötanazi ile talep üzerine öldürme veya rıza ile öldürmenin eş anlamlı olarak kullanılması doğru değildir.<sup>80</sup>

##### b. Ötanazi ve İntihara Yardım

"İntihara yardım", temel olarak bir kimse- nin intihar etmesine yardım etmek olarak tarif edilmektedir. İntihara yardımı ve ötanaziden farkını anlayabilmek için öncelikle intiharın ne olduğuna kısaca değinmek gerekmektedir. İntihar, Arapçada kurban anlamına gelen "nahr" kökünden türetilmiş bir kelimedir. İstilah olarak intihar, "kişinin kendini bilerek ve isteyerek öldürmesidir."<sup>81</sup> Psikolog Erwin Stengel'in "insanoğlu evrimin bir aşamasında sadece hemcinslerini ve hayvanları değil, kendisini de öldürebileceğini keşfetmiş olmalıdır" dediği aktarılmaktadır.<sup>82</sup> Anlıyoruz ki intihar, insanoğlunun öldürme fiilinden daha sonra keşfettiği bir olgudur ve bu keşiften sonra tarihin her döneminde intihar ile karşılaşmak müm-

<sup>76</sup> Henning Rosenau, "Aktif Ötanazi", (Çev.: Ali İhsan Erdağ), *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, 28 Şubat-1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 109-121.

<sup>77</sup> Muharrem Özen-Meral Ekici Şahin, a.g.m.

<sup>78</sup> Talep üzerine öldürmeye örnek olarak; hasta (A), hekim (B)'ye ölmek istediğini söylüyor ve ondan kendisini öldürmesini talep ediyor. Hekim (B) de bu talebi yerine getiriyor ve hasta (A)'yı öldürüyor.

<sup>79</sup> Rıza ile öldürmeye örnek olarak; hekim (B) öldürmeyi öneriyor ve hayattan bezmiş olan hasta (A) öldürülmeyi kabul ediyor. Bunun üzerine hekim (B), hasta (A)'yı öldürüyor.

<sup>80</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>81</sup> Émile Littré intiharı, "kendisini öldüren insanın eylemi" olarak tanımlamıştır. Bu tanım, kaza ile zehir içen insanı canına kasten kıyan insandan ayırmamaktadır. Émile Durkheim ise intiharı, "bir insanın doğuracağı sonucu bilerek olumlu veya olumsuz bir eylemle doğrudan veya dolaylı olarak kendini ölüme sürüklemesi" olarak tarif etmektedir. Bu tanıma göre kaza ile gerçekleşen ölüm intihar olarak adlandırılmayacaktır. Dolaylı intihara örnek olarak, din ve gelenek gibi faktörlerle intihar etmekten korkan kimsenin, ölüm cezasını gerektiren bir davranışta bulunarak ölüm sonucuna ulaşmak gösterilmektedir. Bkz.: Émile Durkheim, *İntihar*, (Çev.: Özer Ozankaya), Cem Y., İstanbul 2011; Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>82</sup> Zuhâl Ağilkaya, *İntihar Girişiminde Bulunanlarda Dini Tutum ve Davranışlar*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Ana Bilim Dalı Din Psikolojisi Bilim Dalı, İstanbul 2008, s. 2.

kündür. İşte bu keşif iledir ki intihar felsefesinin<sup>83</sup>, psikolojinin<sup>84</sup> ve hukukun ana tartışma konularından bir tanesi hâline gelmiştir.

En temel güdülerinden biri hayatta kalmak olan canlıların “kendilerini kurban etmelerinin” çeşitli sosyal, kültürel, ekonomik ve psikolojik nedenleri vardır. Bu nedenlerden ilk

üçünün intihara zemin hazırladığı ve dördünün ise intiharın bitiricisi olduğu ifade edilmektedir.<sup>85</sup> İnsanların psikolojileri sosyal, kültürel ve ekonomik nedenlerle intihara hazır hâle gelmekte ve neticede zihninde intihar fikri uyanan bir insan ya kendi başına intihar etmekte ya da başka bir kimseden yardım istemektedir. İşte tam da burada intihar fiilinin gerçekleşmesi için bir yardımcıya ihtiyaç duyulmakta ve intihara yardım gündeme gelmektedir. Tarihsel süreçte cezalandırıldığı görülen intihar fiilinin, modern ceza hukukunda suç olmadığı kabul edilmektedir. Buna rağmen bir kimsenin intiharına yardım eden kimsenin cezalandırıldığı görülmektedir. Gerek 765 sayılı TCK’da gerekse de 5237 sayılı TCK’da intihara yardım bir suç olarak düzenlenmiştir.<sup>86</sup>

İntihara yardımda, hayata son verme fiili bizzat intihar eden tarafından gerçekleştirilmektedir. Ötenazide ise tedavisi imkânsız bir hastalığa düşer olmuş ve ıstıraplar içinde kıvranan mağdur, hayatına son verilmesi konusunda talepte bulunmakta ve fail de öldürme fiilini gerçekleştirmektedir.

## 5. Ötenazinin Meşruiyetine İlişkin Tartışmalar

### a. Ötenazinin Gayrimeşru Olduğunu ve Suç Olması Gerekliğini Savunanlar

Ötenazinin gayri meşru olduğunu savunanların ceza hukuku açısından yaklaşımları ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan bir kısmı ötenazinin kasten insan öldürme suçu olduğunu bir kısmı da kasten öldürmeden ayrı ve bağımsız bir suç olduğunu savunmaktadır. Dikkat edilirse bu iki görüşe göre ötenazi insana yönelmiş gayri meşru bir harekettir ve cezalandırılması gerekir. Ancak ikinci görüş taraftarlarına göre ötenazideki öldürme fiili hasta-

<sup>83</sup> Antik Çağ’dan önce toplumsal dayatmaya bağlı olarak intiharlara rastlanırken Antik Çağ’dan sonra ise daha çok bireysel intiharın meşruiyeti tartışılır olmuştur. Bu dönem düşünürlerinden Protagoras’a göre, insan haytayken Tanrı’yı memnun etmeye çalışmalıdır, eğer insan Tanrı’nın canını almasını beklemek yerine intihar ederse Tanrı’ya karşı bir ayaklanma gerçekleştirmiş olur. Bir başka düşünür Platon, intihara dini bir perspektiften bakarak karşı çıkmıştır; ancak bazı eserlerinde “kişinin ölümünün kendisi için daha iyi olması durumunda kişi niye engellenmektedir?” diye sormaktan geri durmamaktadır. Aristoteles, intiharın devlete karşı bir saldırı olduğunu ifade ederek kızgınlıkla kendini bıcaqlayan kişinin bunu yaşam hakkına aykırı olarak yaptığını vurgulamaktadır. Bkz.: İnceoğlu, a.g.e., s. 17 vd.; ayrıca intiharın saçma olduğundan bahisle intiharı tanımlamanın gereksizliğine vurgu yapan Albert Camus, şöyle demektedir: “Ortada bir tek ciddi felsefi problem vardır, o da intihardır. Hayatın yaşamaya değer olup olmadığına karar vermek, felsefenin temel sorusunu cevaplandırır. ...Bu sorunun neden bütün diğer sorunlardan daha elzem olduğunu sorduğumda ise kendime şu cevabı veririm: Mecbur kıldığı eylem dolayısıyla. Ontolojik kanıt için kendi canına kıyan kimseyi tanımıyorum. Çok önemli bilimsel bir gerçeğe vakif olan Galile, hayatını tehdit ettiği anda bu bilgiyi büyük bir kolaylıkla inkâr etmiştir. Bir açıdan doğrusunu yapmıştır. Bu bilgi yakılmaya değmezdi. ...Diğer taraftan hayatı yaşamaya değer bulmadıkları için birçok insanın öldüğünü görüyorum. Başkaları ise paradoks bir biçimde kendilerine yaşamak için sebep teşkil eden fikirleri ve illüzyonları uğruna kendilerini öldürüyorlar (yaşamak için de bir sebep ölmek için de fevkalade bir sebeptir). Böylece hayatın anlamına dair sorunun en önemli soru olduğu kanaatindeyim. ...Bir melodramda olduğu gibi kendini belli bir niyetle öldürmek bir itirafta bulunmak demektir: Hayata yenilmenin ya da hayatı anlamamanın itirafı. ...Aslında bu basitçe hayatın ‘değer olmadığı’ itirafıdır. Yaşamak doğası gereği kolay değildir. Birçok sebepten dolayı ama en çok da alışkanlıktan dolayı, varlığın gerektirdiği birçok şey yapılır. Gönüllü ölümün şartı, en azından içgüdüsel olarak bu alışkanlıkların günlüklüğünü, yaşamak için herhangi bir derin sebep eksikliğini, bu günlük eylemlerin anlamsızlığını, acı çekmenin yararsızlığını anlamış olmaktadır.”

<sup>84</sup> Sigmund Freud, intiharı “ölüm içgüdüsünün etkinlik kazanarak kişinin kendi üzerine çevrilmesi” olarak tarif etmektedir. Görüldüğü gibi Freud, intiharın içsel faktörlerine yönelmiştir. Bkz.: <http://www.intihar.de/frame.htm> (E.T.: 27.01.2013). Psikiyatrist Karl Menninger, intiharı üç unsur gerektiren özel bir ölüm şekli olarak görür. Bunlar, ölme arzusu, öldürme arzusu ve öldürülme arzusudur.

<sup>85</sup> Zuhâl Ağilkaya, “İntihar ve Din: İntihar Girişiminde Bulunanlar Üzerine Empirik Bir Araştırma”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S: 23, 2010, s. 173-202.

<sup>86</sup> İntihara yönlendirme suçu hakkında ayrıntılı bilgi için aşağıda “İntihara Yönlendirme Suçu: TCK Madde 84” başlığına bakınız.

nın talebiyle veya acıma duygusuyla işlenmektedir.<sup>87</sup> İşte bu farklılık ötanaziyi kasten insan öldürme suçundan ayırmakta ve cezası daha az olan bir suç vasfına dönüştürmektedir.

### Ötanazinin Kasten İnsan Öldürme Suçu Olduğu Görüşü

“Bir insanı öldürmek ile ölmesine izin vermek arasında hiçbir farkın olmadığını”<sup>88</sup> savunanlar ötanaziyi kasten insan öldürme suçu olarak değerlendirmiş ve birçok açıdan eleştirmiştir. Aşağıda bu eleştirilere değineceğiz.

En başta gelen eleştiri insanın başlı başına bir değer olduğu ve insanlığın gelişimi hastaların öldürülmesi ile değil, onların elden geldiğince bakım görmeleriyle mümkün olduğudur. Buna göre, bir toplumda bulunan en güçsüz ve çaresiz gruplardan biri olan hastaların mümkün olduğunca yaşatılması insani bir haslettir.<sup>89</sup> Bu hasletin hukuk dünyasına yansiyarak ötanazinin kasten insan öldürme suçu olması gerekmektedir.

Bir başka eleştiri meselenin tıbbi boyutu ile ilgilidir. Buna göre tıpta her zaman bir hata olasılığı vardır. Hastalığın şifasız olduğunun kesin bir şekilde tespit edilmesi olanaksızdır. Daha birkaç yıl önce tedavisi bilinmeyen bir hastalık bugün tedavi edilebilir hâle gelebilmektedir. Hatta hekimlerin hayatlarından ümit kestikleri hastaların iyileştikleri görülebilmektedir. Bu sebeple iyileşmesi bugünkü şartlara göre imkânsız gözükken bir hastaya ötanazi tatbik edilmesi hiçbir şekilde kabul edilemez.<sup>90</sup> Doktrinde bu görüşü savunan Fransız Doktor E. Forgue'nin meslek hayatında karşılaştığı bir hadise aktarılmaktadır: Bir gün Paris'teki muayenehanesine bir hasta gelir ve çok fazla acı çektiğinden söz ederek muayene edilmesini ister. Muayene neticesinde

doktor hastaya “mide kanseri” teşhisi koyar. Doktor hastanın kurtulmasının imkânsız olduğunu düşünerek, sadece onu teselli için bazı ilaçlar verir. Aradan birkaç yıl geçtikten sonra hasta doktorun yanına tekrar gelir ve kendisini iyileştirdiği için teşekkür eder. Doktor hastayı tekrar muayene ettiğinde ise mide kanserinin tamamen iyileştiğini görür.<sup>91</sup>

Yapılan bir diğer eleştiri dinî perspektiflidir. Bu eleştiriler bazılarınca anlamsızdır; zira onlar için insanlık tarihi sadece aydınlanma çağı ve sonrasında oluşmaktadır. Hâlbuki aydınlanma düşüncesi dışında da canlı olan düşünceler vardır ve bu sebeple dinî perspektiften yapılan eleştiriler bir kenara bırakılamaz. İslâm itikadında Allah bütün bir kâinatı yaratan tek bir Rab (kural koyucu, kanun koyucu) ve İlah (egemenlik sahibi)'tir. Her bir zerre O'nun yaratmasıyla olmuştur ve olmaktadır. O'ndan izinsiz hiçbir hadise cereyan edemez. Bu sebeple hastalık da O'ndan izinsiz zuhur edemez. Ayrıca hiçbir canlı canını O'nun izni olmadan teslim edemez. Bu çerçevede İslâm düşüncesinde ötanazinin meşruiyetinden bahsedilemez.<sup>92</sup> İslâm Hukuku'nda hâkim olan görüş bir kimseyi rızası varken öldürmek suçu insan öldürmeden başka bir vasfa büründürmez; sadece cezası daha hafif olur.<sup>93</sup> Hıristiyan Katolik Kilisesi de 24.02.1957 tarihine kadar hayatın kısaltılmasını reddetti. Bu tarihte 9. İtalyan Anestezi Kongresi yapılmış ve Papa burada bir konuşma yapmıştır. Bu konuşmasında Papa, esas olarak ötanaziyi reddetmiştir. Ancak narkotik ilaçların verilmesinin iki etkiye yani bir taraftan acıların dindirilmesine diğer taraftan da hayatın kısaltılmasına neden olursa buna müsaade edileceğini vurgulamıştır.<sup>94</sup> Buna rağmen 1962-1965 yılları ara-

<sup>87</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.; faildeki saikin kasten insan öldürmeden farklı olduğu yönünde bir görüş için bkz.: Çakmut, a.g.e., s. 19.

<sup>88</sup> Herbert Schlögel, “Ötanazi ve Teoloji”, Çev: Osman Taştan, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 43, S: 1, 2002, s. 293-299.

<sup>89</sup> Tefik Özlü, “Hasta Hakları”, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Trabzon 2007, s. 1-7.

<sup>90</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>91</sup> Ömeroğlu, a.g.m.

<sup>92</sup> Maide Suresi 32. ayet şöyledir: “Bu yüzden şu hükümü yazdık İsrailoğullarına: Şüphe yok ki bir insanı öldürmesine, yahut yeryüzünde bozgunculuk etmesine karşılık olmayarak birisini öldüren, bütün insanları öldürmüş gibidir ve kim, birisini kurtarır, diriltirse bütün insanları diriltmiş gibidir. Andolsun ki peygamberlerimiz, onlara apaçık delillerle geldiler de gene onların çoğu, bundan sonra yeryüzünde hadlerini aştılar.” Bkz.: <http://www.kuranmeali.com/ayetkarsilastirma.asp?sure=5&ayet=32> (E.T. 04.04.2013)

<sup>93</sup> Konuyla ilgili olarak aşağıda “İslâm Hukuku” başlığına bakınız.

<sup>94</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

sında yapılan II. Vatikan Konsili'nde "her ne surette olursa olsun adam öldürme, soykırım, kürtaj, ötenazi ve intihar" kınanmıştır.<sup>95</sup>

Konuya yaklaşılacak bir başka açı da hastanın rızasının hukukten muteber olup olmadığı ile ilgilidir. Buna göre, hastalığın ıstırapları içinde olan bir hastanın verdiği rıza hukukten muteber değildir. Ayrıca yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunulabilecek bir hak kategorisi söz konusu değildir. Bu sebeple de rıza muteber değildir.<sup>96</sup>

### Ötanazinin Ayrı ve Bağımsız Bir Suç Olduğu Görüşü

Bu görüşü savunan müelliflere göre ötanazi ile kasten insan öldürme suçu arasında nitelik ve suçun saiki bakımından büyük farklar vardır. Bir kere acıma duygusuyla insan öldürenler "tehlikeli suçlu" değildirler. Ötanazi fiilini icra edenlerde ahlaki redadet [ahlaki düşkünlük] bulunmamaktadır.<sup>97</sup> Hâl böyle olmakla birlikte böyle suçluların da cezasız bırakılmaması gereklidir. Ancak bu ceza insan öldürme suçunun cezasına nazaran daha hafif olmalıdır. Bu sebeple ceza kanunlarında ötanazi ayrı ve bağımsız bir suç olarak tanımlanmalı ve karşılığında daha hafif ceza öngörülmelidir. Bu görüşü savunan Fransız müellif-

lerinden Georges Vidal ve Joseph Magnol'un şöyle dediği aktarılmıştır: "İhtirasın etkisiyle körleşmiş olarak, rıza gösteren mağduru öldüren ve bundan sonra bizzat kendisini öldürmeye teşebbüs eden veya şifası olmayan bir hastalığa yakalananın yalvarması üzerine onu öldürerek acı ve ıstıraplarına son veren kimseyle herhangi bir adam öldürme fiilini işleyen bir tutulamaz. Bu demek değildir ki, fiil cezasız kalmalıdır. Fiilin cezalandırılmaması kanunun korkutuculuk etkisine aykırıdır. Adam öldürmenin içinde mütalaa da adil değildir. Hafifletici sebepler yeterli olmadıklarından genellikle jüriler beraat kararı vermektedirler. Hakikat ikisinin arasındadır (yani hakikat cezalandırmama ile tam cezalandırma arasındadır)."<sup>98</sup>

### b. Ötanazinin Meşru Olduğunu ve Suç Olmaması Gerektiğini Savunanlar

Ötanazinin suç olmaması gerektiğini savunmak için kullanılan ilk argüman kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde yaşamını ne zaman sona erdirebileceğini de belirlemesinin mümkün olduğudur.<sup>99</sup> Buna göre yaşama hakkı, kişinin yaşamını ne zaman sona erdireceğini de belirlemesini içermektedir.<sup>100</sup> Bir kimse yaşamak istemiyorsa ona zorla yaşayacaksınız denilmemelidir. Bu itibarla ıstırap çeken bir hastanın yaşamına son vermesi mümkün olmalıdır ve hukuk sistemleri ne hastaya ne de ötanaziyi tatbik edene bir

<sup>95</sup> "İnsan yaşamı bütün iyiliklerin temelidir ve insanın her türlü faaliyetinin ve bütün toplumun zorunlu kaynağı ve şartıdır. İnsanlar 'yaşam hediyesini' muhafaza etmek ve verimli kılmak ile yükümlüdür." Bkz.: Austin Flanney, "Ötanazi Üzerine Beyanname", Çev.: Osman Taştan, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C: 43, S: 2, 2002, s. 405-412.

<sup>96</sup> Faruk Erem-Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., Ankara 1973, s. 405; Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Y., İstanbul 2007, s. 42; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Y., İstanbul 2008, s. 319; Veli Özer Özbek-M. Nihat Kambur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara 2010, s. 315; Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2007, s. 136; Bahri Savcı, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1980, s. 16; Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C: 2, İstanbul Üniversitesi Y., İstanbul 1978, s. 89.

<sup>97</sup> Gürkan Sert, *Hasta Hakları Uluslararası Bildirgeler ve Tip Etliği Çerçevesinde*, Babil Y., Erzurum 2004, s. 254.

<sup>98</sup> Artuk-Yenidünya, a.g.m.

<sup>99</sup> "Kişiyi bazı durumlarda yaşamaya zorlamak insan hakları felsefesi ile bağdaşmayan bir yaptırım olarak nitelendirilmeye açıktır." Bkz.: Tacir, a.g.e., s. 359.

<sup>100</sup> Bu görüşe karşı çıkan bir başka görüş şöyledir: "Aktif ötanaziyi bir 'insan hakkı' olarak tanımlamak, hem hak kavramının ayrılmaz bir parçası olan ödev unsuru açısından hem de temel bir insan hakkı olan yaşama hakkının vazgeçilmezliği açısından önemli kavramsal ve kuramsal zorluklara yol açmaktadır.. Aktif ötanazi, kavramın tanımı gereği, kişinin öldürülmesi talebinin fiilen karşılanmasını gerektirmektedir; ama bütün doktorların bu talebi reddetme hakkına sahip oldukları düşünülüğünde, ötanazi talep eden kimsenin talebinin bağlayıcı olmadığı görülmekte, dolayısıyla bu tür bir talebin hakkın ödev unsuru içermediği ortadadır." Bkz.: Ertuğrul Cenk Gürkan, "Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 60, S: 2, 2011, s. 255-280.

yaptırım öngörmemelidir. Nitekim bu kişiler meşru olanı istemektedir.

Ötanazinin suç olmaması gerektiğini savunmak için kullanılan argümanlardan birisi de ötanazi ile intiharın bir farkının olmadığıdır. Nasıl ki intihar cezalandırılmıyorsa bunun üçüncü kişi eliyle gerçekleştirilen şekli de cezalandırılmamalıdır.<sup>101</sup> Belirtmeliyiz ki bu görüş isabetli değildir. Zira intiharın cezalandırılmasının bir mantığı yoktur ve ötanazi yardımlı intihardan da farklıdır. Ötanazide fiili mağdurdan başka bir kişi tarafından icra edilmektedir. İntihara yardımda ise fiili gerçekleştiren mağdurdur; intihara yardım eden fiili icra etmemektedir.

Ötanaziyi illiyet bağı açısından değerlendiren başka bir görüşe göre ise, ölümün sebebi ötanaziyi tatbik edenin fiili değil, bundan önce gelen tabii fizyolojik sebeptir.<sup>102</sup> Kronolojik olarak ötanaziyi tatbik edenin fiilleri önce ve fizyolojik sebepler daha sonradır. Ancak ifade etmeliyiz ki bu görüş isabetli değildir. Nitekim zaten her zaman bir insanı öldürme fiili önce ve buna bağlı olarak gelişen fizyolojik nedenler sonradır. Ölüm neticesi elbette ki öldürme fiiline bağlı olarak gelişen fizyolojik nedenlerle gerçekleşmektedir.

Konuyla ilgili bir başka görüş ötanaziyi gerçekleştirenin suçun manevi unsuru bakımından da cezai sorumluluğuna başvurulamayacağı yönündedir. Bu görüşü savunanlar kasten insan öldürme suçunda kastın bilerek ve isteyerek bir kimseyi öldürerek ona zarar vermek olduğunu öne sürerler. Ötanazide ise zarar verme kastının değil, hastanın acılarına son verme kastının bulunduğunu ifade ederler. Bu sebeple kasten insan öldürme suçunun oluşmayacağını iddia ederler.<sup>103</sup> İfade etmeliyiz ki bu görüş de isabetli değildir. Zira kasten insan öldürme suçunda kast, bilerek ve isteyerek bir insanın yaşamına son vermektir. Failin kastının öldürmeye yönelik olması yeterlidir.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> Bayraktar, a.g.e., s. 151.

<sup>102</sup> Sevim Tunç, "Ötanazi", *Ankara Barosu Dergisi*, 1955, S: 3, s. 485.

<sup>103</sup> Bayraktar, a.g.e., s. 152.

<sup>104</sup> Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C: 3, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 2043.

Bir görüş de hukuk tarihine kara bir leke olarak geçen Nazi Dönemi ötanazilerine yol açabilecek derecede hukuki temelden yoksundur. Buna göre, "biçimsiz, beyinsiz, gerçek bir hayvan, basit bir bitkisel hayatı olan, hiçbir içgüdüsel tepkisi olamayan, ölüme kadar kaderi sadece uyumak, yemek yemek, içmek, inlemek ve çürümek olan kimselerin" yaşamının anlamı bulunmamaktadır. Böyle "insanlar"ın ömrünü uzatmak yerine, onlara rahat bir ölüm sağlamanın daha insani olduğunu ifade eden bu görüş sahipleri bu gibi durumlarda hekimlerin de görevinin sona erdiğini rahatlıkla dillendirebilmektedirler.<sup>105</sup>

## MUKAYESELİ HUKUKTA ÖTANAZİ

### 1. Genel Olarak

Ötanazi, dünya genelinde (birkaç ülke hariç) hukuk sistemlerince kınanan ve karşılığında cezai yaptırım öngörülen bir harekettir. 20. yüzyılda ötanaziyi yasal hâle getirmek için birçok girişimde bulunulmuş; ancak birkaç istisna dışında kabul görmemiştir. Aşağıda bazı ülkelerin ve İslam hukuk sisteminin meseleye yaklaşımı ele alınacaktır. Söz konusu ülkelerin incelenmesinin sebebi Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'un ötanaziyi yasal hâle getirmiş olması ve İsviçre'nin ötanaziyi suç kabul etmekle birlikte intihara yardımı yasallaştırarak enteresan bir görüntü çizmesidir. İslam hukuk sistemini ele almamızın sebebi ise rızanın söz konusu olduğu öldürmelerde daha düşük cezanın öngörülmüş olmasıdır.

### 2. Hollanda

10 Nisan 2001 tarihinden itibaren Hollanda'da hekim destekli intihar ve ötanazi yasaldir. Aslında bu kanun fiilen var olan bir ötanazi geleneğini yasal bir zemine oturtmuştur. Kanun, çok özel durumlarda, çok özel koşullar altında aktif ötanazi gerçekleştiren hekimlerin cezai sorumluluğunun olmayacağını hüküm altına almaktadır.<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Bayraktar, a.g.e., s. 152.

<sup>106</sup> Ünver, a.g.m.



Ötanazinin yasal olabilmesi için şu şartların varlığı aranmaktadır:<sup>107</sup> 1) Hasta dayanılmaz ve sürekli acılar içinde olmalıdır, 2) hasta ölüm isteğini açıkça dile getirmeli, ikinci bir hekimden görüş alınmalıdır, 3) hastanın hayatına uygun tıbbi yöntemlerle son verilmelidir. Belirtelim ki 12 yaşından küçük çocuklara ölüm yardımı yapılamamaktadır. 16 yaşından küçük çocukların ölüm talebinin dikkate alınabilmesi için velisinin veya vasisinin izni gerekmektedir.

### 3. Belçika

28 Mayıs 2002 tarihinden itibaren Belçika'da ötanazi yasaldır. İlgili kanun ötanazinin tatbikini çok özel koşullara bağlamış durumdadır. Bu şartlar şunlardır:<sup>108</sup> 1) Hasta 18 yaşından büyük olmalıdır, 2) hastanın talebini bilinçli ve kendi iradesiyle yapması gereklidir, 3) hasta talebini düşünerek birkaç defa yanıtmalıdır, 4) hasta fiziki veya psikolojik açıdan, tıbbi olarak sürekli ve dayanılmaz acılar içinde bulunmalı ve hastalık sürecinin çaresiz bir aşamaya gelmiş olması gereklidir, 5) hekimin hastayla derinlemesine görüşmesi ve ötanaziden başka bir çare kalmadığı konusunda hastayla mutabakata varması gereklidir, 6) hastanın talebi ile ötanazi tatbiki arasında en az bir ay olmalıdır, 7) Federal Kontrol Komisyonunun (16 üye, 8 tıpçı, 4 hukukçu, 4 ilgili hastalıkla ilgilenen bir gruptan) nihai kararı vermesi şarttır.

Kanun yukarıdaki şartları saymış ve bu şartlar altında ötanazi tatbik edilebileceğini belirtmiştir. Ancak hiçbir hekimin ötanazi tatbikine mecbur bırakılmayacağı da hükme bağlanmıştır.

### 4. Lüksemburg

19 Mart 2009 tarihinden itibaren Lüksemburg'da ötanazi yasaldır. Böylece Hollanda ve Belçika'dan sonra ötanaziyi yasalaştıran üçüncü Avrupa Birliği üyesi ülke olmuştur. Kanun genel olarak ölümcül bir hastalığa ya-

kalanmak ile iki doktor ve bir bilirkişinin onayını aramaktadır.<sup>109</sup>

### 5. İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nda ötanazi, kasten insan öldürme suçundan ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Ötanazinin cezası kasten insan öldürme suçunun cezasından çok daha azdır. Bununla birlikte İsviçre'de intihara yardım belli şartlarla yasal kılınarak ötanazi meselesi aşılmış gibi görünmektedir.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 115. maddesine "kişisel menfaat temin etmek için, bir kişiyi intihar etmeye teşvik eden veya intihar etmesine yardım eden kişi, intiharın gerçekleşmesi veya intihara teşebbüs etmesi hâlinde 5 yıla kadar hapis cezasıyla" cezalandırılacağını öngörmektedir. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden yardım alan kimsenin rıza ehliyeti varsa ve yardım eden kişinin bu yardımı kişisel menfaat (mirasçı olma, şöret edinme, ticaret, intikam, kin) elde etmek için yapmıyor olması durumunda intihara yardım suç olmaktan çıkmaktadır.<sup>110</sup>

İsviçre Federal İstatistik Ofisi'nin verilerine göre, İsviçre'de 1995-2010 yılları arasında bir yılda ortalama 1312 kişi intihar etmiştir.<sup>111</sup> Bu intiharların üçte biri İsviçre Ceza Kanununun bıraktığı açık kapıdan faydalanarak kurulan intihara yardım örgütleri vasıtasıyla gerçekleşmiştir.<sup>112</sup> Belirtelim ki bu örgütlerin kurulması İsviçre'deki intihar sayısında bir artışa neden olmamıştır.

İsviçre'de dört farklı intihar örgütü vardır. Bunlar EXIT-Deutsche Schweiz<sup>113</sup>, EXIT-

<sup>107</sup> Özkara, a.g.m.

<sup>108</sup> Özkara, a.g.m.

<sup>109</sup> Ünver, a.g.m.

<sup>110</sup> Julian Mausbach, Assisted Suicide in Switzerland – Legal Aspects, *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y., İstanbul 2011, s. 141-160.

<sup>111</sup> Bkz.: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/-themen/14/02/04/key/01.html> (E.T. 04.04.2013)

<sup>112</sup> Mausbach, a.g.m.

<sup>113</sup> Yalnızca İsviçre vatandaşlarına ve İsviçre'de ikamet eden yabancılara hizmet vermektedir. Bkz.: [www.exit.ch](http://www.exit.ch)

ADMD Suisse Romande<sup>114</sup>, EX International<sup>115</sup> ve Dignitas<sup>116</sup>'tir. Örgüt eliyle intihar yardımı almak için yukarıda sayılan kurumlardan birine üye olmak gereklidir. Çoğunlukla hekimler tarafında İsviçre Narkotik Maddeler Kanunu uyarınca reçete edilebilen Sodyum-Pentobarbital damardan veya mide tüpü ile alınmak suretiyle intihar gerçekleştirilir. Ayrıca önemli bir meblağı da ödemek gerekmektedir. Bu meblağ idari bir takım girişimlerde kullanıldığı için kâr amacının güdümediği ifade edilmektedir.<sup>117</sup>

İntihar turizmi tartışmalarının başlaması üzerine Temmuz 2008'de İsviçre Hükümeti, adliye ve polis teşkilatından örgüt eliyle gerçekleştirilen yardımlı intihara ilişkin kanunların güncellenmesinin gerekip gerekmediğini konusunda bir rapor istemiştir. Bu rapor üzerine hükümet, kamu tartışması açarak yardımlı intiharın kötüye kullanılma tehdidi ve intihar kararının yeterince düşünmeden alınabileceği konularında kamuoyu oluşturmaya başlamıştır.<sup>118</sup>

## 6. İslâm Hukuku

İslam Hukuku'nda insan öldürme suçu ve karşılığındaki ceza bizzat Kur'an-ı Kerim tarafından öngörülmüştür.<sup>119</sup> Buna göre bir kimseyi kasten öldüren kimseye kısas tatbik edilir; ancak mağdur veya diğer ilgili kişiler kısastan vazgeçip diyet (tazminat) talep edebilmekte ve hatta diyetten de vazgeçebilmektedir. Bu durumda yetkili merciler ta'zir cezasına hükmedebilmektedirler. İşte bu nass ve "şüpheli bulunan yerde had cezasını kaldırınız" hadisi sebebiyle mağdurun "öldürmeye rızası"nın cezai sorumluluğa etkisi konusunda

farklı görüşler ortaya çıkmıştır.<sup>120</sup> Yine de belirtelim ki İslam hukukunda, mağdurun suçun işlenmesine rızasının, o suçu mübah hâle getirmeyeceği genel bir ilkedir.<sup>121</sup> Tartışma konusu had cezası olan kısasın uygulanıp uygulanmayacağıdır.

İslam hukukunda kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarrufu yoktur. Yaşam hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran herhangi bir sözleşmeye hukuki kıymet atfedilmemiştir. Konuyla ilgili olarak Sava Paşa önemli bir olay nakleder:<sup>122</sup> "Halife Mansur, Musul ahaliyle bir mukavele akdederek, şartı mukaveleye göre, bu memleket halkının, halifece cürüm addedilebilecek bir hareketi vuku bulduğu takdirde, bütün ahalinin kılıçtan geçirileceği kararlaştırılmış idi. Musul ahalisinin böyle bir cürme teşebbüs etmeleri dolayısıyla, halife sefer ilan etti. Ancak Musul ürerine yürümeden önce bu hususta müttehaz nizam üzere, bütün ulemayı bir içtima davetle mukaveleyi kendilerine arz ederek kararlaştırılmış olan cezanın şekli icrası hakkında reylerine müracaat eyledi. Mukavele öyle sarıh bir hükmü ihtiva etmekte idi ki, İmamı Azam'dan başka diğer bütün ulema, mukavele hükmünün tatbik olunması reyinde bulundular. Yalnız İmamı Azam, halifenin icrasını arzu eylediği mukavenin tarzı tahririne göre vacibül ittiba ise de mukavelei mezkûrenin esasının batıl bulunduğu itirazını serd eyleyerek bu iddiasını, İslâmiyet'te ferdin kendi hayatına tasarruf hakkı bulunmadığı kaidesine istinat ettirdi. Bu mukavele iradei ilâhiyeye mugayirdir. Tetkik olunan mukavele yazılış bakımından her ne kadar sahihi addedilmek iktiza eder ise de, esasatı İslamiyeye âdemi mutabakati bakımından gayri meşru addedilmesi lâzım gelir."

Hanefi Mezhebi hukukçuları şer'i bir nass bulunmadıkça kişilerin canlarına dokunulmayacağı genel ilkesi etrafında toplanmakta ve mağdurun rızasının suçu suç olmaktan çıkar-

<sup>114</sup> Yalnızca İsviçre vatandaşlarına ve İsviçre'de ikamet eden yabancılara hizmet vermektedir. Bkz.: [www.exit-geneve.ch/](http://www.exit-geneve.ch/)

<sup>115</sup> Hem İsviçre vatandaşlarına hem de yabancılara hizmet vermektedir. Bkz.: [www.exinternational.ch/](http://www.exinternational.ch/)

<sup>116</sup> Hem İsviçre vatandaşlarına hem de yabancılara hizmet vermektedir. Bkz.: [www.DIGNITAS.ch](http://www.DIGNITAS.ch)

<sup>117</sup> Mausbach, a.g.m.

<sup>118</sup> Mausbach, a.g.m.

<sup>119</sup> Bkz.: Bakara Suresi 178. ayet.

<sup>120</sup> Abdulkâdir Udeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C: 2, Çev.: Ali Şafak, Kayıhan Y., İstanbul 2012, s. 110.

<sup>121</sup> Yaşar Yiğit, "İslam Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi", *İslami Araştırmalar* dergisi, C: 16, S: 3, 2003, s. 337-349.

<sup>122</sup> Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, C: 1, Çev.: Baha Arıkan, Kitabevi Y., İstanbul, s. 89-90.

mayacağı ifade etmektedir. Mağdurun rızasına rağmen fiil hâlâ yasaktır, hukuk düzenince kınanmaktadır. Mağdurun rızasının faile verilecek cezaya etkisi bakımından; Ebû Hanife, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed kısas cezasının düşeceğini ifade etmiş ve fakat İmam Züfer rızaya rağmen bir kimseyi öldürenin kısas cezası ile cezalandırılması gerektiğini savunmuştur.<sup>123</sup>

Şafii mezhebi hukukçuları da mağdurun rızasının öldürme fiilini suç olmaktan çıkaramayacağı konusunda hemfikirdirler. Ancak bir kısmı kısas cezasının düşeceğini ve bir kısmı da kısasın düşmeyeceğini ifade etmektedir.<sup>124</sup>

Maliki mezhebi hukukçularına göre mağdurun rızası öldürme fiilini suç olmaktan çıkarmadığı gibi kısas cezasını da düşürmektedir.<sup>125</sup>

Hanbeli mezhebi hukukçuları mağdurun rızasının öldürme fiilini suç olmaktan çıkarmadığını ve fakat kısas cezasının düşmesi gerektiğini savunurlar. Buna göre affetme mağdurun hakkıdır, öldürmeye izin de öldürme cezasından affetmeye eşittir.<sup>126</sup>

## TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÖTANAZİ

### 1. Genel Olarak

Ötanazinin ceza hukuku açısından tartışma konusu yapılabilmesi için asgari altı şartın varlığı aranmaktadır.<sup>127</sup> Bunlardan ilki her şeyden önce ortada bir hastanın bulunması gerektiğidir. Bulunması gereken ikinci şart, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığın söz konusu olmasıdır. Aranan üçüncü şart, hastalığın dayanılmaz acılara yol açan bir hastalık olmasıdır. Söz konusu dayanılmaz acılar maddi veya manevi olabilir. Dördüncü şart, öldürme fiilinin hastanın ıstıraplarından bir an

önce kurtulması amacıyla işlenmesi gerekmektedir. Beşinci şart, hastanın ötanazi uygulamasına ilişkin rızasının bulunmasıdır. Doktrinde tartışmalı olsa da bulunması gereken altıncı şart ise, ötanazi uygulayıcısının hekim olması gerektiğidir.<sup>128</sup> Burada da uygulayıcın tek bir hekim mi yoksa uzman bir kurulun mu olması gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce uzman kurulun olması gerekmektedir. Nitekim insan karmaşık bir yapıya sahiptir ve tek bir uzmanlık dalında ihtisas yapmış hekimin ötanazi gibi zor bir karara tek başına imza atması doğru görünmemektedir. Zira bir hasta ameliyata alınırken dahi farklı uzmanların konsültasyonu gerekiyorsa, ötanazi uygulamasında evleviyetle konsültasyona ihtiyaç vardır. Bu şartları taşımayan herhangi bir uygulamanın ötanazi olarak adlandırılmayacağı açıktır ve tartışma konusu yapılacak tarafı bulunmamaktadır.

765 sayılı TCK'da değişiklik öngören birçok tasarıda ötanazinin insan öldürme suçunun bir türü olarak ayrı bir maddede düzenlendiği ve daha hafif bir ceza ile cezalandırıldığı görülmektedir. Örneğin, 1997 Tasarısının "acıyı dindirme saiki" başlıklı 137. maddesinde "iyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası"nın verileceği düzenlenmiştir.<sup>129</sup> Bu düzenleme 2003 Tasarısının 140. maddesinde aynen yer almaktadır.<sup>130</sup> Madde gerekçesinde ise şöyle denilmektedir:<sup>131</sup> "Maddede, iyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede acı veren çekilmez derecede ağırlı bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin ıstıraplarına son vermek maksadıyla işlenen insan öldürme hâline ilişkin ceza gösterilmektedir. Böylece öldürmenin özel bir şekli meydana getirilmiş bulunmaktadır. Her türlü kötüye kullanmayı önlemek amacıyla maddede,

<sup>123</sup> Yiğit, a.g.m.

<sup>124</sup> Yiğit, a.g.m.

<sup>125</sup> Abdulkâdir Udeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C. 1, Çev.: Ali Şafak, Kayıhan Y., İstanbul 2012, s. 460.

<sup>126</sup> Udeh, a.e., s. 461.

<sup>127</sup> Çakmut, a.g.e., s. 145.

<sup>128</sup> Ömeroğlu, a.g.m.

<sup>129</sup> Çakmut, a.g.e., s. 152.

<sup>130</sup> <http://ilef.ankara.edu.tr/akildefteri/gorsel/dosya/1054800792cezatasarisi.pdf> (E.T. 08.04.2013)

<sup>131</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss66-4m.htm> (E.T. 04.04.2013)

bu tür insan öldürmenin gerçekleşmesi bakımından koşulların nelerden ibaret bulunduğu ayrıntılı olarak gösterilmektedir. Yabancı ülkelerin bazılarında bu tür öldürmelere ceza verilmemektedir. Ancak, dikkat edilmelidir ki maddenin öngördüğü bu hâl ötanazi değildir. Ötanazi, ayrı hükümlerle düzenlenen ve doktorlar tarafından gerçekleştirilen bir hâldir ve failine ceza verilmemektedir. Tasarının bu maddesi ise, saptadığı koşullarla insancıl nitelikteki kast hâlinde faile daha az ceza verilmesini öngörmektedir.” Tasarının kanunlaşması aşamasında bu madde kanun metninden çıkarılmıştır ve ayrık bir düzenleme de yapılmadığı için aktif ötanazi uygulaması söz konusu ise TCK'nın 81. maddesinde düzenlenen “kasten insan öldürme” suçu, pasif ötanazi uygulaması söz konusu ise TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen “ihmalî davranışla kasten öldürme” suçu vücut bulabilecektir.

Türk Ceza Hukukunda aktif ötanazi hiçbir şekilde meşru olarak görülmemekte ve kasten insan öldürme suçunu oluşturduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak pasif ötanazinin, hastanın tedaviyi reddetme hakkı çerçevesinde hukukun kabul gördüğünü söylemek mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”nin 5. maddesine göre, “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.” Bu kapsamda ölümcül bir hastalığa yakalanmış kimse tedaviye rıza göstermezse tedavi edilemeyecek ve günden güne ölüme sürüklenecektir. Sözleşmenin aynı maddesinin 3. fıkrasının “ilgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir” düzenlemesi karşısında hekimin tedaviye devam etme şansı yoktur.<sup>132</sup> Ancak “tedavi başlamış ve yaşamı veya yaşamsal önemi olan organlardan birisini tehdit eden acil bir durum varsa muvafakatin geri alınmasının” mümkün olmaması gerekir.<sup>133</sup> Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinde de “rızanın mü-

dahale başladıktan sonra geri alınması” ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması koşuluna bağlanmıştır. Bütün bu şartlarla hastanın tedaviyi red hakkı çerçevesinde pasif ötanazinin Türk Ceza Hukuku bakımından suç teşkil etmediği söylenebilir.

Zikredilmesi gereken bir başka pozitif düzenleme de 13.01.1960 tarih ve 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konulan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'dir.<sup>134</sup> Nizamnamenin 2. maddesinde hekimin görevinin insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine özen ve hürmet göstermek olduğu hükme bağlanmıştır. 13. maddenin 3. fıkrasında hekimin, teşhis, tedavi veya korumak amacı olmaksızın hastanın arzusuna uyararak ya da başka bir nedenle akli ve bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şeyi yapamayacağı belirtilmiştir.<sup>135</sup>

Konuyla ilgili bir başka pozitif düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliğinin 13. maddesidir. Mezkûr maddeye göre, ötanazi yasaktır. Maddede ayrıca tıbbi gereklerden bahisle veya her ne surette olursa olsun hayat hakkından vazgeçilemeyeceği ifade edilmiştir.

Bütün bu düzenlemelerden çıkan bir sonuç vardır: Türk hukukunda ötanazi yasaktır. Ötanazi bütün bir hukuk düzeni (Anayasa, milletlerarası düzenlemeler, kanun, nizamname, yönetmelik) ile çatışık durumundadır.

## 2. Kasten İnsan Öldürme Suçu: TCK Madde 81, 82

Kasten insan öldürme suçu ile korunan hukuki değer, diğer hakların kullanılması için de zorunlu olan yaşama hakkıdır.<sup>136</sup> Yaşama hakkı ihlâl edilen kimsenin aslında diğer hakları da elinden alınmıştır. Bu sebeple TCK'nın 81. maddesinde suçun temel hâli düzenlenmiş ve 82. maddesinde nitelikli hâlleri hüküm altına alınmıştır.

<sup>132</sup> Sözleşme için bkz.: Hakan Hakeri-Yener Ünver-Özlem Yenerer Çakmut, *Tip/Sağlık Hukuku Mevzuatı*, Seçkin Y., Ankara 2010, s. 15-28.

<sup>133</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 326.

<sup>134</sup> RG, T. 19.02.1960, S. 10426

<sup>135</sup> Çakmut, a.g.e., s. 152.

<sup>136</sup> Necati Meran, *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Y., Ankara 2005, s. 29.

## a. Suçun Unsurları Bakımından İnceleme

### Maddi Unsur

Kasten insan öldürme suçu, suç tipi açısından fiilin icrai davranışla gerçekleştirilmesi ile işlenebilir. Aktif ötanazide hekim veya bir başkası icrai bir davranışla hastanın hayatına son vermektedir. Ayrıca bu suç, serbest hareketli bir suçtur. Kanunda fiilin ne şekilde işlenmesi gerektiği yönünde herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu itibarla aktif ötanazinin ne şekilde gerçekleştirildiği önemli değildir; yeter ki öldürmeye elverişli bir fiil bulunsun. Fail bu fiili bizzat kendisi gerçekleştirebileceği gibi 3. kişiye yahut mağdura da yaptırabilir. Örneğin hastaya manevi baskı yaparak kendini öldürmeye icbar eden kimse TCK'nın 84. maddesinin 4. fıkrasının atfıyla kasten insan öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.<sup>137</sup>

Kasten insan öldürme suçunda, ceza normu tarafından yasaklanan netice "ölüm"dür. Ölüm lügatte, "bir insan, bir hayvan veya bitkide hayatın tam ve kesin olarak sona ermesi, ahiret yolculuğu, ebedî uyku, emrihak, irtihal, memat, mevt, vefat" olarak tarif edilmiştir. Fiilin ölüm neticesini meydana getirip getirmediğini tespit edebilmek için ölüm anının tespiti önem arz etmektedir. Bu konuda ilk olarak "kalbin işleme hâle gelişi, soluğun kesilişi, hareketin duruşu, zekânın yıkılışı, beş duyunun gayri faal hâle gelmesi"<sup>138</sup> olarak tanımlanan biyolojik ölüm akla gelmektedir. Ne var ki reanimasyon (yeniden canlandırma) tekniklerinin gelişmesine bağlı olarak ölüm anının tespiti konusunda dikkatler vücut fonksiyonlarının işleyişini sağlayan beyne yönelmiştir. 1959 yılında 23. Uluslararası Nöroloji Kongresi'nde beyin ölümü "beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönülemez kaybı" olarak tanımlanmıştır.<sup>139</sup> Türk hukukunda da kabul edilen kıstas beyin ölümü kıstasıdır.<sup>140</sup> Dolayısıyla öldürme fiilinin hayatta olan bir insana yönelmiş olması ve

neticesinde beyin ölümünün gerçekleşmesi suçun işlenmesi bakımından yeterlidir.

Suçun faili herkes olabilir.

Suçun mağduru yaşayan bir kimse olmalıdır. Beyin ölümü gerçekleşmiş bir kimse suçun mağduru olamaz. Bu da gösteriyor ki beyin ölümü gerçekleşmiş bir kimseye ötanazi tatbik edilemez; zira o kimse zaten hayatta değildir. Mağdurun belli sıfatlara sahip olması (altsoy, üstsoy, eş) ise TCK'nın 82. maddesinin d bendinde nitelikli hâl olarak gösterilmiştir.

Suçun konusunu yaşayan bir insan oluşturmaktadır.<sup>141</sup> İnsan olma ise doğumla başlar.<sup>142</sup> Cenine ötanazi tatbik edilemez.<sup>143</sup> Ancak anneye ötanazi tatbik edilirse ve annenin gebe olduğu biliniyorsa bu durumda TCK'nın 82. maddesinin f bendine göre ceza ağırlaştırılarak verilecektir. Bir kimse aslında ölmüş bir hastanın damarlarına zehir zerk ederek ötanazi uyguladığını düşünürse burada "mefruz suç" vardır. Suçun maddi unsuru eksik olduğu için kasten insan öldürme suçu oluşmamıştır.

### Manevi Unsur

Kasten insan öldürme suçunun manevi unsuru kasttır. TCK'nın 21. maddesine göre kast, "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." Bu itibarla ötanaziyi tatbik edenin hastanın öleceğini bilmesi ve bu sonucu istemesi gerekmektedir. Örneğin bir hastaya sadece rahatlaması için verilen bir ilacın ölüm neticesini doğuracağını bilinmemesi ve de hastanın ölmesi durumunda burada kast yoktur. Böyle bir durumda diğer şartları da varsa gereken dikkat ve özen gösterilmediği için taksirle insan öldürme suçu oluşabilir.

Kasten insan öldürme suçu olası kastla da işlenebilen bir suçtur.<sup>144</sup> TCK'nın 21. madde-

<sup>137</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C: 3, s. 2038.

<sup>138</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (E.T. 08.04.2013)

<sup>139</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C: 3, s. 2039.

<sup>140</sup> Bkz.: 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun.

<sup>141</sup> Basına hasta hayvanlara da ötanazi uygulandığı yansımaktadır. Ancak tabii ki böyle bir hareket suç teşkil etmez. Şartları varsa 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununa göre bir kabahat teşkil edebilir ve karşılığında idari para cezası uygulanabilir.

<sup>142</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C: 3, s. 2042.

<sup>143</sup> Tezcan-Erdem-Önok, a.g.e., s. 119.

<sup>144</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C: 3, s. 2043.

sinin 2. fıkrasına göre olası kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen” fiilin işlenmesidir. Örneğin bir hastaya verilen ilacın onu rahatlatmakla birlikte öldürebileceğinin bilinmesine rağmen bu ilaç hastaya verilir ve ölüm neticesinin gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda nötr olunursa burada ötanazi olası kastla gerçekleştirilmiştir.<sup>145</sup> Şayet ölüm neticesinin gerçekleşebileceği biliniyor ve fakat tek amaç hastanın rahatlaması ise, yani ölüm neticesi istenmiyor ise TCK’nın 22. maddesinin 3. fıkrası uyarınca burada bilinçli taksirle öldürmekten bahsedilecektir.

### Hukuka Aykırılık Unsuru

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi ötanazi bütün bir hukuk düzeniyle çatışki içindedir.<sup>146</sup> Ötanazi uygulaması yapan bir kimsenin eylemini hukuka uygun hâle getirecek herhangi bir meşru sebep yoktur, yani hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır.

Bir kimsenin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı kabul edilmektedir.<sup>147</sup> Dolayısıyla ilgilin ötanaziye rıza göstermesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak addedilemez. Rıza, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlâli onaylaması ve razı olmasıdır.<sup>148</sup> Belirtelim ki sadece hak sahibi olmak yeterli değildir, aynı zamanda bu hak üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olmak gerekir.<sup>149</sup> Nitekim TCK’nın 26. maddesinin 2. fıkrasında açıkça rızanın konusunu “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği” bir hakkın oluşturabileceği hükme bağlanmıştır.<sup>150</sup> Şayet bir kimsenin yaşama hakkı üzerinde tasarrufunun olduğu kabul edilmiş olsaydı ötanazi konusundaki rızası hukuken

muteber olacak ve ötanazi suçu olmaktan çıkaracaktı.

Hekimin mesleki olarak ötanazi tatbik etme gibi bir “hakkı” da yoktur. Dolayısıyla “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk sebebi tıbbi müdahalede olduğu gibi ötanazi uygulamasında da vardır denilemeyecektir; hekimin derin ıstıraplar içerisinde bulunan bir hastaya ötanazi tatbik etme görevinin bulunduğu söylenebilir.<sup>151</sup> İlgilinin rızası muteber olmadığı için bu rızaya göre ötanazi tatbik eden hekimin cezai sorumluluğu yine de doğacaktır.

### b. Suçun Nitelikli Hâlleri

#### Suçun Tasarlayarak İşlenmesi

Yargıtay tasarlamayı şöyle tarif etmektedir:<sup>152</sup> “Tasarlama ani kast türünün dışında kalmakta, düşünce kastına girmektedir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalı ise de, Yargıtay’ın duraksamasız uygulamalarına göre, tasarlamadan bahsedilebilmesi için failin bir kimsenin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğüne karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu karardan vazgeçmeyip, sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması belli ve kurgu dâhilinde fiili icra etmesi gerekmektedir.”

Ötanazi tatbik eden bir kimse öncelikle aklında “hastanın ölmesinin” gerekli olduğunu tasavvur eder. Ona göre acı çeken hastanın acıları dindirilmelidir. Bu da onu artık acı çekemeyecek duruma getirmekle mümkündür. Bütün bunlar failin aklına geldikten bir süre geçmesine rağmen fail hâlen ruhi bir sükûnetle hastanın ölmesi gerektiğini düşünmekte ve en nihayetinde önceden belirlediği bir araçla hastayı öldürmektedir. Görüldüğü gibi böyle bir durumda söz konusu nitelikli

<sup>145</sup> Rosenau’ya göre “ön plânda ağrıların dindirilmesi olup, ölümün hızlandırılması amaçlanmamış bir yan etkiyse hekimin bu durumu sineye çekmesi dolayısıyla olası kastla hareket ettiğinden” bahsedilir. Bkz.: Rosenau, a.g.m.

<sup>146</sup> Yukarıda “Türk Ceza Hukukunda Ötanazi” başlığı altında “Genel Olarak” başlığını bakınız.

<sup>147</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 446.

<sup>148</sup> Özbek-Kambur-Bacaksız-Doğan-Tepe, a.g.e., s. 313.

<sup>149</sup> Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara 2009, s. 271.

<sup>150</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 84.

<sup>151</sup> Kendilerine ötanazi tatbiki noktasında bir görev verilse uygulamada yer alırdı diyen hekimler ve sağlık personelleri vardır. Bkz.: Selma Tepehan, *Yoğun Bakım Servislerinde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Bakışı, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul 2006, s. 90.

<sup>152</sup> Yargıtay C.G.K., T. 10.10.2006, E. 2006/1-30, K. 2006/210.

hâlin oluştuğunu duraksamadan söylemek mümkündür.

### **Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Kişiye Karşı İşlenmesi**

Hasta lügatte, "sağlığı bozuk olan, esenliği yerinde olmayan"<sup>153</sup> olarak tarif edilmiştir. Sağlık ise Dünya Sağlık Örgütüncü "kişinin beden, ruhen ve sosyal yönden tam bir iyilik hâlinde" olması olarak tanımlanmıştır. Beden, ruhen ve sosyal olarak tam bir iyilik içinde bulunmayan, yani hasta olan bir kimsenin kendini savunabilmesi pek mümkün değildir. Nitekim hasta bir kimse kendini "eksik" görmekte ve de kendine yönelebilecek tehlikelere karşı koyabilecek durumda olmadığını düşünmektedir.

Ötenazi bir hastaya tatbik edildiğine göre aynı zamanda kendini bedenen ve ruhen savunamayacak durumda bulunan bir kimseye tatbik edilmektedir. Bu sebeple 82. maddenin e bendinde gösterilen nitelikli hâl söz konusu olacaktır.

### **Suçun Özel Görünüş Şekilleri Bakımından İnceleme**

Kasten insan öldürme suçu teşebbüse elverişlidir. TCK'nın 35. maddesine göre, kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması hâlinde suça teşebbüs söz konusudur. Ötenazi bir hastanın acıma saikiyle kasten öldürülmesi olduğuna göre hastanın ölmesini sağlayacak araçlarla (yüksek dozda ilaç vs.) doğrudan doğruya icra hareketlerine başlansa ve fakat elde olmayan nedenlerle hasta ölme suçu teşebbüs aşamasında kalır.

## **3. Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi: TCK Madde 83**

Suçun maddi unsurlarından olan fiil, insanın dış dünyaya yansıyan ihmali ya da icrai bir davranışıyla gerçekleştirilir. Yani fiil iki biçimde

ortaya çıkabilir: "Bir şeyi yapmak veya yapmamak."<sup>154</sup> Ceza hukuku tekniği açısından, esasen icrai bir davranışla işlenebilen suç, ihmali bir hareketle gerçekleştirilirse "ihmal suretiyle icra suçu"ndan bahsedilir.

Kasten insan öldürme suçu esasen icrai bir davranışla işlenebilen bir suçtur. Bununla birlikte TCK'nın 83. maddesinde yer alan şartların varlığı hâlinde ihmali hareketle işlenebileceği de kabul edilmiştir. Maddenin 1. fıkrası şöyledir: "Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirilmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir." Maddenin 2. fıkrasında da icrai ve ihmali davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için bazı şartlar kabul edilmiştir. Buna göre kişinin, "belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması" gerekmektedir. Buradan anlamamız gereken, belli bir neticenin (ölüm neticesinin) gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan failin bu neticenin gerçekleşmesine doğrudan neden olmasa bile engel olmadığı için ihmali davranışla kasten insan öldürme suçunu işlemiş olduğudur.<sup>155</sup>

Pasif ötenazinin hayat desteğini sağlayan ilaç ve araçları kesmek veya bunları almamak ya da tedaviyi kabul etmemek suretiyle gerçekleştirilen ötenazi olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda hastanın ölmesi hareketsiz kalmakla olmaktadır. Hastanın yaşamı için gerekli olan ilaçları vermemek, yaşam destek ünitesini çalıştırmamak, hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda<sup>156</sup> (bazı hâllerde) hastayı tedavi

<sup>153</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (E.T. 08.04.2013)

<sup>154</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C: 3, s. 2223.

<sup>155</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C: 3, s. 2223.

<sup>156</sup> Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinde "rıza'nın müdahale başladıktan sonra geri alınması" ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması koşuluna bağlanmıştır. Böyle bir tehlikenin varlığı hâlinde hastanın rızası muteber değildir ve tedaviye devam edilmelidir. Şayet hareketsiz kalırsa ihmali davranışla kasten insan öldürme suçu oluşabilir.

etmemek birer ihmali davranışa örnektir. Saydığımız ihmali hareketler icrai hareketlere eşdeğerdir; zira kanun hem hekimlere hem de hasta kimsenin yakınlarına bir yükümlülük yüklemektedir. İşte bu ihmali (pasif) hareketler neticesinde ölüm meydana gelirse ihmali hareketle kasten insan öldürme suçu vücut bulabilecektir.

## SONUÇ

Çalışmamızda öncelikle ötanazi kavramının anlamına değindik ve bazı kavramlarla olan farkına vurgu yaptık. Daha sonra ötanazinin meşruiyetine ilişkin tartışmaları aktarmaya gayret ettik. Akabinde karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukundaki durumu değerlendirdik.

Kanaatimizce insan hayatının değeri ve dokunulmazlığı karşısında ötanazinin meşru bir dayanağı bulunmamaktadır. Ötanaziye taraftar olanlar birçok argüman ileri sürebilirler; ancak bu argümanların karşısına konulacak yaşamın dokunulmazlığı argümanı hepsine galebe çalar. Nitekim insan yaşarken bu dünyaya iz bırakabilmekte, sevinebilmekte, üzülebilmekte ve diğer haklarını kullanabilmektedir. Sağlıklı olan insanların görevi, hasta olan insanların acısını onları öldürerek değil, yaşatarak dindirmenin yollarını aramak olmalıdır. Kısacası insanlık “Lokman Hekimini kaybetmeli”dir.

## Kaynakça

- Ağılkaya, Zuhâl; “İntihar ve Din: İntihar Girişiminde Bulunanlar Üzerine Empirik Bir Araştırma”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S: 23, 2010.
- Ağılkaya, Zuhâl; *İntihar Girişiminde Bulunanlarda Dini Tutum ve Davranışlar*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Ana Bilim Dalı Din Psikolojisi Bilim Dalı, İstanbul 2008.
- Arsal, Sadri Maksudi; *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner; *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C: 3, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin-Yenidünya-Caner, Ahmet; *Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y., İstanbul 2011.
- Bayraktar, Köksal; *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Y., İstanbul 1972.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem; *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C: 1, Beta Y., İstanbul 2007.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem; *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Y., İstanbul 2008.
- Çakmut, Özlem Yenerer; *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Y., İstanbul 2003.
- Çakmut, Özlem Yenerer; *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Y., İstanbul 2003.
- Demirbaş, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara 2002.
- Donay, Süheyl; *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Y., İstanbul 2007.
- Dönmezer, Sulhi-Erman Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C: 2, İstanbul Üniversitesi Y., İstanbul 1978.
- Dural, Mustafa-Öğüz, Tufan; *Türk Özel Hukuku*, C: 2, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- Durkheim, Emile; *İntihar*, (Çev.: Özer Ozankaya), Cem Y., İstanbul 2011.
- Erem, Faruk-Toroslu, Nevzat; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., Ankara 1973.
- Flanney, Austin; “Ötanazi Üzerine Beyanname”, Çev.: Osman Taştan, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C: 43, S: 2, 2002.
- Gürçan, Ertuğrul Cenk; “Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 60, S: 2, 2011.
- Hakeri, Hakan; *Tıp Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2010.
- Hakeri, Hakan-Ünver Yener-Çakmut, Özlem Yenerer; *Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı*, Seçkin Y., Ankara 2010.



- Hatemi, Hüseyin; *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Y., İstanbul 2011.
- İnceoğlu, Sibel; *Ölme Hakkı-Ötanazi*, Ayrıntı Y., İstanbul 1999.
- Kamay, Behçet Tahsin; "Ötanaziler (Ölümü Yaklaşan Hastayı İstirabsız Öldürme)", *Ankara Barosu Dergisi*, C: 8, S: 93-94, Ankara 1952.
- Kaşıkcı, Osman; "Hukuk Tarihinde Ötanazi", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S: 6, 2008.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara 2009.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami; "Ötanazi ve Yaşam Destek Ünitelerine Bağlı Hastaların Durumu, 12. Yüzyıl Başında Yaşam Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler", *2. Uluslararası Tıp Etiği ve Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, 2009, s. 85 – 92.
- Mausbach, Julian; *Assisted Suicide in Switzerland – Legal Aspects, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, 12 Levha Y., İstanbul 2011.
- Meran, Necati; *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Y., Ankara 2005.
- Metin, Sevtap; *Biyo-tıp Etiği ve Hukuk*, On İki Levha Y., İstanbul 2010.
- More, Thomas; *Ütopya*, (Çev.: T. Gökçen Sağnak), Gün Y., İstanbul 1999.
- Müftüoğlu, Güneş; *Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti*, Saypa Y., Ankara 1996.
- Namal, Arın; *Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları-Neden Henüz Küçük Bir Alev?, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y.
- Oder, Bertil Emrah; *Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y., İstanbul 2011.
- Oğuz, Yasemin; *Ötanazi'ye Etik Yaklaşım, Tıp Etiği Açısından Yaşamın Son Döneminde Karar Verme Süreçleri Medikal Etik (Doğum, Ölüm Süreçleri ve Yaşamın Anlamı)*, Ed.: Hüsrev Hatemi-Hanzade Doğan, Yüce Y., İstanbul 2001.
- Oğuzman, M. Kemal-Barlas, Nami; *Medeni Hukuk*, Beta Y., İstanbul 2002.
- Ömeroğlu, Ömer; "Ötanazi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 2, 1993.
- Özbek, Veli Özer-Kambur, M. Nihat-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray-Tepe, İlker; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara 2010.
- Özen, Muharrem-Şahin, Meral Ekici; "Ötanazi", *Ankara Barosu Dergisi*, S: 2010/4.
- Özkara, Erdem; "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 78, 2008.
- Özlü, Tevfik; *Hasta Hakları*, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Trabzon 2007.
- Öztürel, Adnan, "Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, S: 1-4.
- Rosenau, Henning; *Aktif Ötanazi*, (Çev.: Ali İhsan Erdağ), *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.
- Sava Paşa; *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, C: 1, Çev.: Baha Arıkan, Kitabevi Y., İstanbul.
- Savcı, Bahri; *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1980.
- Schlögel, Herbert; "Ötanazi ve Teoloji", Çev.: Osman Taştan, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1, 2002, s. 293-299.
- Sert, Gürkan; *Hasta Hakları Uluslar arası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde*, Babil Y., Erzurum 2004.
- Soysalan, Doğan; *Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Digestası*, Y. 1, S: 1, Ankara Barosu Y., Ankara 2009.
- Tacir, Hamide; *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, On İki Levha Y., İstanbul 2011.
- Tepehan, Selma; *Yoğun Bakım Servislerinde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Bakışı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul 2006.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2007.
- Tunç, Sevim; "Ötenazi", *Ankara Barosu Dergisi*, 1955, S. 3, s. 485.
- Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1991.
- Udeh, Abdulkâdir; *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C: 2, Çev.: Ali Şafak, Kayıhan Y., İstanbul 2012.
- Udeh, Abdulkâdir; *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hü-*

*kümler*, C: 1, Çev.: Ali Şafak, Kayıhan Y., İstanbul 2012.

Ünver, Yener; *Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Der.: Nur Centel, On İki Levha Y., İstanbul 2011.

Veinstein, Gilles; *Osmanlılar ve Ölüm*, (Çev.: Elâ Güntekin), İletişim Y., İstanbul 2011.

Yıldırım, Ayşegül; "Yaşamın Kutsallığı ve Yaşama Hakkından Vazgeçme", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, S: 1, 2004.

Yiğit, Yaşar; "İslam Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi", *İslami Araştırmalar* dergisi, C: 16, S: 3, 2003.

### Elektronik Kaynakça

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://incil.info/kitap/Yesaya/45>

[www.insanbilimleri.com](http://www.insanbilimleri.com)

<http://www.intihar.de/frame.htm>

<http://www.bfs.admin.ch>

[www.DIGNITAS.ch](http://www.DIGNITAS.ch)

[www.exinternational.ch/](http://www.exinternational.ch/)

[www.exit-geneve.ch/](http://www.exit-geneve.ch/)

[www.exit.ch](http://www.exit.ch)

<http://ilef.ankara.edu.tr>

<http://www.tbmm.gov.tr>



# *Bir Vesayet Kurumu: Yüksek Seçim Kurulu*

*Seçim Dönemlerinde Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Gölge<sup>(\*)</sup>*

*Necmettin AYDIN*



## **GİRİŞ**

**T**ürk hukuk ve yönetim sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet organları arasında işbölümü ve işbirliği sağlamayı amaçlamaktadır. Anayasa'nın başlangıç bölümünde belirtildiğine göre, yasama, yürütme ve yargı organları arasında üstünlük sıralaması yoktur, üstünlük ancak anayasa ve kanunlardır.

Kuvvetler ayrılığı ile ilgili bu esasların mevzuata ve uygulamaya yansımaları farklı bir şekilde gerçekleşmiş olup yasama ve yürütmenin yargının alanına müdahale etmemesi gerektiği şeklinde sınırlı ve tek tarafı keskin bir kılıç gibi düzenlenip uygulanmıştır.

Yasama ve yürütmenin bazı yetkilerinin yargı organlarına verilmesi suretiyle bu ilkeye aykırı davranılması hususunda ise aynı hassasiyet gösterilmeyerek pek çok yetki devri yapılmış, bunun yetmediği durumlarda da arzu edilen sonucu sağlamak üzere yargı organları tarafından yerindelik denetimi, olmayan yetkilerin üretimi ve kıymeti kendinden menkul emrivaki niteliğinde kararlar alınması şeklinde uygulamalara gidilmiştir.

Bu hususta, vesayetçi kurumlar, seçilmişler tarafından oluşturulan yasama ve yürütme organ ve kurumlarının işlevlerini sınırlama,

kendi arzuladıkları ve/veya kodlandırıldıkları doğrultuda kararlar verme hususunda işbirliği hâlinde ve adeta nöbetleşerek görev icra etmişlerdir. Sırası gelen kurum, vesayet düzeninin devamı için elinden geleni yaparak vesayet sisteminin devamına hizmet etmişlerdir. Bu hususta Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) ve ÖSYM gibi vesayet kurmakla görevli kuruluşların arşivleri zengin örneklerle doludur.

Nitekim bu karar ve uygulamalar ile kurumların vesayetçi nitelikleri kamuoyunda çokça tartışılmış ve bu kararlara zemin hazırlayan asıl sorumluluğun vesayet kurucu sistemde olduğu ortaya konulmuştur.

Esas olarak 1961 Anayasası ile oluşturulmuş olan ve 1982 Anayasası ile de sürdürülen vesayet kurucu kurumların bu işlevlerinin ve genel olarak da vesayet düzeninin ortadan kaldırılması amacıyla hazırlanan anayasa değişiklikleri, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması ile kabul edilmiştir. Bu halkoylamasında yapılan anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi, HSYK gibi o dönemde vesayet odağı olduğu düşünülen ve bu nitelikleri tartışılan bazı kurumların yapısında değişiklik ve düzenlemeler yapılmıştır. Ne var ki bu düzenlemeler yapılırken Yüksek Seçim Kurulu (kısaca YSK) gibi önemli bir kurum ile ilgili herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Böylece "Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz." (1982 Anayasası, madde 79/2.f son c.) şeklindeki anayasa hükmü, varlığını sürdürmüştür.

(\*) Bu makalenin kısa özeti niteliğinde bir yazı, 10.07.2011 tarihli *Star* gazetesinin "Açık Görüş" ekinde "Bir Vesayet Kurumu Olarak YSK" başlığı ile yayımlanmıştır.

Nitekim halkoylamasına sunulan anayasa değişikliği hazırlanırken vesayetçi<sup>1</sup> konumu unutulmuş görünen Yüksek Seçim Kurulu, bu konumunu zaman kaybetmeden hatırlatmış ve sahip olduğu yetkilerin ne denli geniş olduğunu bir kez daha ortaya koymuştur.<sup>2</sup>

Anayasa ile bu şekilde kararları aleyhine başka bir merciye başvurulamayacağı dolayısıyla YSK'nın kararlarının kesin olduğu yönünde düzenleme yapılırken, kanun hükümleri ile de radyo ve televizyon yayıncılığı alanında seçim dönemleri için geçerli olmak üzere YSK'ya olağan denilemeyecek başkaca yetkiler bahşedilmiştir.

Bu makale, bir yargı organı olan Yüksek Seçim Kurulunun, yasama organından devralmış olduğu yetkileri ve bu yetkileri de fiilen aşarak sahip olduğu işlevi kullanmak suretiyle yasama ve yürütmenin alanına yaptığı müdahaleleri konu edinmektedir.

Sınırlandırılmış konusu itibariyle bir gazete yazısı<sup>3</sup> haricinde, alanında bir ilk çalışma niteliğinde olan bu makalede seçim dönemleri için radyo ve televizyon yayınlarının izlenmesine ilişkin yetki devrinin niteliği değerlendirilecek

ve YSK'nın verdiği kararlar aleyhine başka bir merciye başvurulamamasının ortaya çıkardığı sorun ve sonuçlar 12 Haziran 2010 tarihinde yapılan halkoylaması döneminde verilen YSK kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

## RADYO VE TELEVİZYON YAYINLARI İLE İLGİLİ HUKUKİ REJİM

### 1. YSK'ya Yetki Verilmesi Süreci ve RTÜK

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), 13.04.1994 tarih ve 3984 sayılı<sup>4</sup> kuruluş kanunu ile radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesi konusunda yetkili üst kurul olarak kurulmuştur.

Bu kanunla radyo ve televizyonların yayınlarında riayet etmekle yükümlü oldukları ilkeler ve bu ilkelerin ihlalinde RTÜK tarafından uygulanacak yaptırımlar belirlenmiş; kurul kararları, (idari) yargı denetimine tabi tutulmuştur.<sup>5</sup>

Ne var ki 3984 sayılı Kanunla RTÜK'e verilmiş olan yetkilerin seçim dönemleri için geçerli olmadığı hususunda aynı kanunun "Seçimlerde Siyasi Partilerin Yayınları" başlıklı 27. maddesi<sup>6</sup> ile düzenleme yapılarak seçim dönemleri için radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin gözetim, denetim ve değerlendirilmesi yetkisi Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir.

Seçim dönemleri bakımından Yüksek Seçim Kurulunun radyo ve televizyon yayınları alanında yetkilendirilmesi, 3984 sayılı kanunun kabulünden kısa bir süre önce çıkarılmış olan 28.12.1993 tarih ve 3959 sayılı<sup>7</sup> Kanun

<sup>1</sup> Osman Can, "YSK kararı anakronizmin muhteşem geçit törenidir", *Star*, Açık Görüş, 20.04.2011; Vahap Coşkun, "Vesayetin Yüksek Seçim Kurulu", *Star*, Açık Görüş, 24.04.2011; Zafer Aydın, "Vesayet Rejiminin Restorasyonu", *Radikal*, 15.05.2011; Hüseyin Murat Işık, "Yeni Anayasa Tartışmaları Işığında Yüksek Seçim Kurulu", *SDE Analiz*, Ed.: Dr. Murat Yılmaz, <http://www.sde.org.tr/userfiles/file/YENI%20ANAYASA%20YSK.pdf>.

<sup>2</sup> YSK, 13.05.2010 tarih ve 317 sayılı kararında; 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunun 2. maddesinde yer alan 120 günün 60 güne, 6. maddesinde yer alan 40 günün 20 güne indirilmesine ilişkin 03.03.2010 tarih ve 5955 Sayılı Kanunla yapılan değişikliği, seçim kanunlarında yapılan değişiklik niteliğinde saymış ve Anayasanın 67. maddesinin "Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz." şeklindeki son fıkrası doğrultusunda, halkoylamasının 60 gün içerisinde yapılmasına ilişkin düzenlemenin, yapılacak ilk halkoylamasında uygulanmayacağına karar vermiştir. 13.05.2010 tarih ve 27580 Mükerrer sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan bu karar, eleştirilmiş ise de Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi hükümünden dolayı bu karar aleyhine herhangi bir yargı yoluna gidilememiştir.

<sup>3</sup> "RTÜK ve YSK" *Millî Gazete*, 02.06.2007. [www.milligazete.com.tr/haber/RTUK\\_ve\\_YSK/259382](http://www.milligazete.com.tr/haber/RTUK_ve_YSK/259382). Er.T:29/3/2013.

<sup>4</sup> Yayımlandığı *Resmî Gazete*'nin tarih ve sayısı (RG): 20.04.1994 - 21911.

<sup>5</sup> 3984 sayılı Kanun madde 39: "Üst Kurul aleyhine açılacak idari davalarda Ankara mahkemeleri yetkilidir."

<sup>6</sup> "Seçim dönemlerindeki yayınlar, kanunla Yüksek Seçim Kuruluna verilen yetkiler çerçevesinde Yüksek Seçim Kurulu tarafından düzenlenir. Üst Kurul, seçim dönemlerindeki yayınlarını Yüksek Seçim Kurulunun kararları doğrultusunda denetler."

<sup>7</sup> 30.12.1993 tarih ve 21804 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmış olan 3959 sayılı Kanunun tam ismi

nun seçim mevzuatına ek hükümler getiren maddeleri ile gerçekleştirilmiştir.

Anılan 3959 sayılı Kanun'un 2'nci<sup>8</sup> maddesi ile 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanuna 55/A numaralı bir madde eklenerek, seçimlerin başlangıç tarihinden oy verme gününün bitimine kadarki dönemler bakımından 2954 sayılı<sup>9</sup> kanunun ilgili hükümlerine göre özel radyo ve televizyonların yayın ilkelerinin belirlenmesinde Yüksek Seçim Kurulunun görevli ve yetkili olduğu kabul edilmiştir.

Aynı kanunun 8 inci<sup>10</sup> maddesinin 298 sayılı Kanuna eklemiş olduğu 149/A numaralı

şöyledir: Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun ve Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.

<sup>8</sup> 3959 sayılı Kanun Madde 2: 26.04.1961 tarih ve 298 Sayılı Kanuna 55'inci maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

Özel Radyo ve televizyonlarla Yayın

Madde 55/A: Seçimlerin başlangıç tarihinden oy verme gününün bitimine kadar özel radyo ve televizyon kuruluşları yapacakları yayınlarda 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 5, 20, 22, 23'üncü maddeleri ile 31'inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerine tabidir.

Yukarıdaki fıkra hükümlerine göre özel radyo ve televizyonların yayın ilkelerinin belirlenmesinde Yüksek Seçim Kurulu görevli ve yetkilidir.

Yapılacak yayınların yukarıdaki esaslara uygunluğunun gözetim, denetim ve değerlendirilmesinde ülke çapında yayın yapan özel radyo ve televizyonlar için Yüksek Seçim Kurulu; bunun dışında yayın yapan özel radyo ve televizyonlar için yayının yapıldığı yer ilçe seçim kurulları görevli ve yetkilidir.

İlçe seçim kurullarının verdiği kararlara karşı 24 saat içinde il seçim kurullarına itiraz edilebilir, seçim kurulunun kararı kesindir.

Ülke çapında yayın yapan özel radyo ve televizyonların hangileri olduğunu belirlemeye Yüksek Seçim Kurulu yetkilidir. Yüksek Seçim Kurulunun buna ilişkin kararı *Resmî Gazete*'de yayımlanır.

<sup>9</sup> Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu. *Resmî Gazete*, 14.08.1983-18221 (2. Mükerrer).

<sup>10</sup> 3959 sayılı Kanun Madde 8: 26.04.1961 tarih ve 298 Sayılı Kanuna 149'uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

Özel Radyo ve Televizyon Yayınlarına İlişkin Suçlar

Madde 149/A: Bu kanunun 55/A maddesine ve Yüksek Seçim Kurulunca belirlenen esaslara aykırı olarak ülke genelinde yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınlarının beş günden on beş güne

madde ile de yayın ilkelerinin ihlalinde radyo ve televizyon kuruluşlarına idari yaptırım niteliğinde ceza verilmesine ilişkin yetkiler Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir.

Bu şekilde YSK'ya verilmiş olan radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin yetkilerin, kararları idari yargı denetimine tabi olan RTÜK'e kuruluş kanunu olan 3984 sayılı Kanunla verilmesi, bu kanunun hem daha sonraki tarihli olması, hem de radyo ve televizyon yayınları ile ilgili özel kanun hükmünde bulunması sebebiyle hukuken mümkün ve idari nitelikte olan bu yetkinin olması gereken merciye iadesi yönünden gerekli de olmasına rağmen, bu yola gidilmemiştir.

## 2. YSK'ya Tanınan Yasama ve Yürütme İle İlgili Yetkiler

Yüksek Seçim Kurulu, Anayasa'nın 79. maddesine göre altısı Yargıtay, beşi Danıştay tarafından seçilen yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşan bir yüksek yargı organıdır. YSK, bu yapısı itibarıyla özellikle de 12 Eylül 2010 halkoylamasından önceki dönem için tıpkı HSYK gibi yüksek yargı piramidinin içinde kurgulanmış olan bir yargı bürokrasisi kuruluşudur.

Asıl görevli ve yetkili olduğu seçimlerin genel yönetim ve denetimini yapma işini dahi hukuka göre değil, vesayetçi sistemin ihtiyaçlarına göre gerçekleştirdiği tartışılan<sup>11</sup> Yüksek

kadar durdurulmasına Yüksek Seçim Kurulunca, yerel yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınlarının üç günden yedi güne kadar durdurulmasına ilçe seçim kurulunca karar verilir.

Bu kararlar ilgili en yüksek mülki amirlerce derhâl yerine getirilir.

Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket eden özel radyo ve televizyon kuruluşlarının sorumluları bir milyar liradan beş milyar liraya kadar, yerel yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarının sorumluları on milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezasıyla ilgili mahkemesince cezalandırılır. Tekerrürü hâlinde bu cezalar üç misli olarak uygulanır.

Bu fıkraya göre verilecek cezalarda Türk Ceza Kanununun 119'ncu maddesi uygulanmaz.

<sup>11</sup> "Türkiye'de yüksek yargıdan söz ederken bununla gerçekten de "yargı"yı kastedemeyeceğimizi; hukuk devletinden söz ederken, darbe düzenlemelerinden müteşekkil mevzuatın oluşturduğu iskelete gerçekten de "hukuk" diyemeyeceğimizi biliyoruz. Buna rağmen

Seçim Kuruluna, seçim dönemleri bakımından, tamamen idari bir iş niteliğinde olup RTÜK'e ait olan radyo ve televizyon yayınlarının gözetim, denetim ve değerlendirilmesi yetkisi de tevdi edilmiştir.

Bir yetkinin yargı organlarına verilmiş olmasının onun hukuka uygun olarak yerine getirilmesi anlamına gelmediği, tam aksine önemli konularda çoğu zaman hukuka aykırı sonuçlara yol açtığı acı tecrübelerle<sup>12</sup> görülmüş olduğu hâlde YSK'ya yürütmeye dahil bulunan RTÜK'ün görev ve işlevinin yüklenmesinin ne denli absürt sorun ve sonuçlara yol açabileceği, bu makalenin son bölümünde değinilen YSK kararları ile de açıkça görülmektedir.

Buna karşın RTÜK ise, radyo ve televizyon yayınları konusunda uzman bir üst kurul olarak alanında uzman bir kuruluştur. RTÜK üyeleri Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan partilerin milletvekili sayıları oranında gösterdikleri adayların içinden TBMM tarafından seçilir (6112 sayılı Kanun, madde 35).

Bir yargı organı olan Yüksek Seçim Kuruluna bir idari kuruluş olan RTÜK'ün yetkilerinin devredilmesi başlı başına bir sorun oluşturmakla beraber yapılan yetki devri, bu kadarla da sınırlı değildir.

TBMM'nin çıkardığı kanunlar ile; YSK'ya riyeti zorunlu olan kurullar koyma, bu kurullara uyulmasını gözetleme ve bunlara uyulma-

---

seçimlerin yargı denetimi ve güvencesinde yürütüleceğine ilişkin darbe anayasasının hükmünü gerçekten de "denetim, yönetim ve güvence" olarak algılamak ideolojik körlük olmasa bile cehaletle açıklanabilir." Osman Can, a.g.m.

<sup>12</sup> "Türkiye'de seçimlerin "yargı güvencesi"nde yapılması, kimileri bakımından bir "güven" duygusu yaratabilir. Ancak demokrasi ve özgürlük talepleri bakımından objektif anlamda bir güvensizlik kaynağı oluşturduğu çok açık. 1961 darbesiyle üretilen Anayasa Mahkemesinin özgürlükleri ve demokrasiyi koruma dışında her türlü "yüce" misyonu üstlendiği, bu bağlamda Türkiye'yi ideolojik gerekçelerle iptal edilen yasalar ve kapatılan partiler mezarına çevirdiği, Yargıtay ve Danıştay'ın "yargı tarafsız olmalı, amma..." üstenci söylemleriyle adaleti, birey ile devletin ideolojik muhafızlarının karşı karşıya kaldığı her durumda yok etmesi; diğer yandan referandumdan önceki HSYK'nın "Karargâh" ile eşgüdüm içinde yargıçları ideolojik silah olarak kullanma merkezi gibi çalışması derken, şimdilerde Yüksek Seçim Kurulunu yeniden tartışmaya başladık." Osman Can, a.g.m.

ması hâlinde yaptırım uygulama yetkileri de tanınmıştır.

Gerek yürürlükten kaldırılmış olan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 27 ve 32. maddeleri, gerekse de bu kanunu ilga eden ve hâlen yürürlükte bulunan 15 Şubat 2011 tarih ve 6112 sayılı<sup>13</sup> Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 30. maddesi ve seçimlere ilişkin temel kanun olan 298 sayılı Kanun'un 55/A, 55/B ve 149/A hükümleri ile;

Yüksek Seçim Kuruluna,

- 1) Yasama yetkisi niteliğinde radyo ve televizyonların riayet edecekleri ilke kararlarını alma yetkisi,
- 2) Bir yürütme yetkisi olan bu kararlara uygulanmasını gözetme yetkisi,
- 3) Yine bir yürütme işlevi olan bu kararlara uyulmaması hâlinde idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiştir.

Seçim dönemlerindeki radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin olarak bir yargı organı olan Yüksek Seçim Kurulunun yetkilendirilmesi mutlaka söz konusu olacaksa, idare mahkemesine ait olan RTÜK kararlarının hukuki incelemesini yapma yetkisinin seçim dönemleri için devredilmesi amaca muvafık olabilirdi. Ancak bunun yerine yasamaya ilişkin boyutuyla, idari boyutuyla seçim dönemlerindeki radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin her türlü yetkinin Yüksek Seçim Kuruluna verilmesi yoluna gidilmiştir. Aşağıda bu durumun değerlendirilmesi yapılarak YSK'nın yetkileri tartışılacaktır.

### a. YSK'nın Yasama Yetkisi

Radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınlarında riayet etmekle yükümlü oldukları yayın ilkelerini belirleme yetkisi TBMM'ye ait olup, bu konu TBMM tarafından 6112 sayılı Kanun'un "Yayın Hizmet İlkeleri" başlıklı 8'inci maddesi ile düzenlenmiş olduğu hâlde seçim dönemleri için yayın ilkelerini belirleme yetki-

---

<sup>13</sup> Resmî Gazete ile Neşir ve İlanı: 03.03.2011-27863.

si, 298 sayılı Kanun'un 55/A maddesinin 3. fıkrası ile Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir.

"Yukarıdaki fıkra hükümlerine göre özel radyo ve televizyonların yayın ilkelerinin belirlenmesinde, Yüksek Seçim Kurulu görevli ve yetkilidir." şeklindeki bu fıkra hükmüne göre YSK, yayın ilkelerini belirleme yetkisine sahiptir. Keza YSK, aynı Kanununun 55/B maddesinin 3. fıkrasına göre "... yapılacak propagandaların ve yayınların ilkeleri"ni belirleme yetkisine de sahiptir.

Yüksek Seçim Kurulunun seçim dönemlerinde bu yetkiyi kullanarak verdiği ilke kararlarının, kanunların TBMM tarafından çıkarılması zorunluluğunu ifade eden şekil unsurunun dışında kalmakla beraber özel radyo ve televizyon kanallarının tümüne şamil olması sebebiyle genel ve soyut kural olma şartlarını yerine getirdiği ve bu ilkelerin ihlalinin yaptırıma tabi olduğu nazara alındığında, kanun hükmünde olduğu, dolayısıyla Yüksek Seçim Kurulunun seçim dönemlerinde radyo ve televizyonların uymak zorunda olacakları "kanun hükmünde ilke kararları"<sup>14</sup> alma yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

#### Seçim Dönemi Kavramı

Yüksek Seçim Kuruluna yayın ilkelerini belirleme yetkisini veren 298 sayılı Kanun'un 55/A maddesine göre, bu yetki, "seçimlerin başlangıç tarihinden oy verme gününün bitimine kadar" devam eden dönem için geçerlidir. Bu tanıma göre seçim döneminin belirlenebilmesi için, öncelikle seçimlerin başlangıç tarihinin tespit edilmesi gerekir.

Bu hususta seçimle ilgili değişik kanunlarda, seçimlerin başlangıç tarihinin bu kanunların düzenlediği seçimin türüne göre farklılık arz eden süre ve süreçleri belirttiği görülmektedir. Bu bağlamda, 18.01.1984 tarih ve 2972<sup>15</sup> sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, beş yılda bir yapılan mahalli idare seçimlerinin

başlangıç tarihi, "her seçim döneminin beşinci yılındaki 1 Ocak günü" olup, "aynı yılın Mart ayının son Pazar günü de oy verme günüdür." Dolayısıyla 2972 sayılı Kanun bakımından seçim dönemi, seçimin yapılacağı yılın 1 Ocak günü ile Mart ayının son Pazar günü arasındaki süreyi ifade etmektedir.

19.10.2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi<sup>16</sup> Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Cumhurbaşkanı seçim dönemi", Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından önceki altmışıncı gün, makamın herhangi bir şekilde boşalması hâlinde ise boşalmayı takip eden gün başlayıp altmış gün içinde tamamlanacaktır. Buradan 6271 sayılı Kanun bakımından seçim döneminin altmış günlük bir süre olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan uygulamada Yüksek Seçim Kurulu, her bir seçim bakımından o seçim döneminin ne zaman başlayacağını, verdiği ilke kararları ile belirlemektedir.

#### YSK'nın Seçim Dönemleri İçin Aldığı İlke Kararlarının Hukuki Denetimi

Özel radyo ve televizyon kanallarının seçim dönemlerinde uymakla yükümlü oldukları ilkeleri, kanun hükmünde ilke kararları çıkararak belirleyen Yüksek Seçim Kurulunun bu kararları, biçim yönünden kanun olmadığından, bu kararların anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılması mümkün değildir.

Keza Yüksek Seçim Kurulunun kabul ettiği kanun hükmünde ilke kararları hakkında Anayasanın 152. maddesinde düzenlenmiş olan somut norm denetimi yoluna başvurulması da mümkün değildir. Anılan anayasa hükmüne göre somut norm denetimi için bir mahkemenin bir davaya bakmakta olması ve ayrıca mahkemenin olaya uygulayacağı ancak hakkında anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü hükmün de bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükmü olması şarttır. Ancak bu ilkelerin ihlal edilmesi hâlinde ilgili radyo ve televizyon kanalı hakkında herhangi bir mahkemede bir yargılama yapılmadan yine Yüksek Seçim Kurulu tarafından doğrudan

<sup>14</sup> "İlke kararı" deyimi, bizzat YSK'ya ait olup (bkz.: ysk.gov.tr) mevcut hukuki garipliği başarıyla ifade edebileceğini düşündüğümüz "kanun hükmünde ilke kararı" şeklindeki kavramlaştırma ise, tarafımıza aittir.

<sup>15</sup> Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, *Resmî Gazete* ile Neşir ve İlanı: 18 Ocak 1984 - Sayı: 18285 (Mükerrer).

<sup>16</sup> *Resmî Gazete* ile Neşir ve İlanı: 26 Aralık 2012 - Sayı: 28185.

doğruya idari yaptırım uygulandığı gibi anılan anayasa hükmü, kanun ve kanun hükmünde kararname hükümleri dışındaki bir norm hakkında anayasaya aykırılık düşüncesi ile Anayasa Mahkemesine başvurulmasını engellemektedir.

Bu şekilde Anayasa Mahkemesinin iptal veya somut norm denetimi yoluyla yaptığı anayasaya aykırılık denetiminin dışında bulunan Yüksek Seçim Kurulunun ilke kararları, Anayasa'nın 79. maddesi uyarınca başkaca bir merciin de incelemesine kapalı bulunmaktadır.

Böylece soyut, genel, riayeti zorunlu ve ihlali yaptırıma tabi olan ve ayrıca aleyhine başka bir merciye başvurulamayan Yüksek Seçim Kurulunun kabul ettiği kanun hükmünde ilke kararlarının, bu yönüyle anayasaya aykırılık denetimine tabi olan kanunlardan bile daha etkili bir güce sahip olduğu görülmektedir.

#### **YSK'nın Yetki Veren Kanununun Anayasaya Uygunluğu Sorunu**

Yürürlükteki 1982 Anayasası, 7. madde hükmü ile TBMM'nin yetkilerinin münhasır olduğunu düzenlemekte ve bu yetkilerin başkalarına devrini yasaklamaktadır. Bu husustaki anayasa hükmü oldukça sarih: "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez."

Böylece Yüksek Seçim Kurulunun seçim dönemlerinde alacağı kanun hükmünde ilke kararlarının dayanağı olan kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte bu kararlar aleyhine başka bir merciye başvurulmadığından, bu kararların anayasaya, kanunlara veya hukuka aykırı olduğu düşüncesi ile uygulamada somut ve pratik herhangi bir hukuki sonuç elde edilmesine imkân bulunmamaktadır.

#### ***b. İdari İş Yargı Takibi – YSK'nın Kendi Kararlarını Uygulama Yetkisi***

Yukarıda açıklandığı şekilde kanun hükmünde ilke kararları alma yetkisine sahip kılınmış olan YSK, bu kararlara uyulmasını RTÜK'ün "sekreteryası"nda gözetleme (6112

sayılı Kanun, madde 32) ve bu kararlara riayet edilmemesinin yaptırımlarını uygulama (298 sayılı Kanun, madde 149/A) yetkisine de sahiptir.

Seçim işleri ile ilgili bir yargı organı olarak kurulmuş bulunan YSK, bu hususta önüne gelen konularda kararlar verirken, radyo ve televizyon yayınları ile ilgili yetkisini kullanmak için önüne iş gelmesini beklememekte; RTÜK'ün verdiği cezanın kanunlara ve hukuka uygunluğunu denetlemekle yetinmesi gerekirken, kanunlara ve kendisinin kabul ettiği kanun hükmünde ilke kararlarına riayet edilmesini RTÜK'ün sekreteryasında ve bizzat gönderdiği görevliler eliyle gözetleyerek, işin kendi önüne getirilmesini sağlamaktadır.

Sorun RTÜK'ün, idari bir kuruluş, YSK'nın ise bir yargı organı olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınlarının izlenmesi ve değerlendirilmesi görevi, idari bir iş ve işlem olup RTÜK'ün verdiği kararların hukuka uygunluk denetimi de idari yargının görev alanına girmektedir. Ancak söz konusu yetkilendirme ile idari bir iş, bir yargı organı olan YSK'ya seçim dönemleri için verilerek yürütmenin alanına müdahale edilmiştir.

Bu durum Yüksek Seçim Kurulunun yüksek yargı organlarının alışkın olduğu yerindelik denetimini yapmasına da ihtiyaç bırakmamış, YSK'yı doğrudan doğruya idari yetki ile donatmıştır.

Bu yetki devrinin içerdiği diğer bir sorun ise, seçim dönemlerindeki yayınlarına ilişkin olarak radyo ve televizyon kuruluşlarına verilen cezaların yargı denetiminden yoksun bırakılmış olmasıdır. Türkiye'de benimsetilmek istenen vesayetçi anlayışın aksine, bir idari iş veya işlemin idari bir merci yerine bir yargı organı tarafından yapılması, o işlemin hukuka uygunluğu için gerekli ve yeterli değildir; aksine çoğu zaman böyle bir uygulamanın hukuka aykırılıklara daha çok kapı araladığını görmekteyiz. Zira doğrudan bir idari merci tarafından verilen bir karar idari yargının denetimine tabi iken, bu karar idare yerine ikame edilen bir yargı organı tarafından verildiğinde, hukuka uygunluk denetiminin dışında bırakılmış olmaktadır.



### c. YSK'nın Yargı Yetkisinin Hukuki Denetimi

Anayasa ile Yüksek Seçim Kurulu, seçim işlerinin yürütülmesi ile görevli ve yetkili olmak üzere kurulmuştur ve seçim sisteminde YSK, ilçe ve il seçim kurullarının üstünde bir son karar mercii olarak konumlandırılmıştır.

Seçim işlerine ilişkin olarak Yüksek Seçim Kurulunun ilçe seçim kurullarının kararlarına karşı bir yargı yolu mercii olarak verdiği kararların kesin olması anlaşılabilir ise de yukarıda da açıklandığı üzere sorun, idari bir iş ve işlem niteliğinde olan bir yetkinin doğrudan doğruya bir yargı organına verilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece bir yargı organı olan bu merciiye asli işlevinin yanı sıra hem yasama hem de yürütme işlevlerine tekabül eden yetkiler bahşedilmiştir. Sonuçta bu yetki devri ile radyo ve televizyon kuruluşlarının ve ilgililerin hak arama hürriyeti ortadan kaldırılmıştır.

### 3. 6112 Sayılı Kanun Düzenlemeleri

Yukarıda kronolojik gelişimi hakkında bilgiler verilen YSK'nın seçim dönemlerindeki radyo ve televizyon yayınları ile ilgili yetkisi ile ilgili olarak asıl dikkati çeken nokta ise, sözü edilen yetki devrinin, 15 Şubat 2011 tarihinde kabul edilmiş olan 6112 sayılı 17 Radyo ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da da aynen tekrarlanmış olmasıdır.

Yasama organını temsil eden TBMM'nin sahip olduğu yetkileri devralmış ve/veya kendisine tanınmış olan yetkileri daha da geliştirerek yasama ve yürütme organları üzerinde hukuki ve fiili üstünlük tesis etmiş olan vesayet kurumlarının bu işlevlerinin ortadan kaldırılarak asli işlevlerine döndürülmesine çalışılan bir dönemde Yüksek Seçim Kuruluna vesayet imkânı sağlayan hukuki rejimin, yeni çıkarılan kanun hükmü ile bilinçli bir şekilde aynen sürdürülmesi, vesayetten kurtulma çabalarına gölge düşürmüştür.

Sınırsız denilebilecek genişlikte ve hukuki denetimin tamamen dışında bulunan bu yetkilerin yeni dönemde ve yine bir yasama iş-

lemi ile teyit edilmiş olması, seçim dönemleri için radyo ve televizyon yayıncılığı üzerindeki vesayet düzeninin devam etmesine sebep olmuştur.

Bu durum aşağıdaki soruları akla getirmektedir:

Acaba bu düzenlemeyi yapan TBMM, üyelerini kendisinin seçtiği idari bir kurul olan RTÜK'ün meşruiyetine mi inanmamaktadır? Ya da bu düzenleme yapılırken meşhur deyimle seçimlerin selameti düşünüldü ise bu kuruluşun kararlarının zaten yargı organlarının (idari yargı) denetimine tabi olması yeterli güvence mi sayılmamıştır?

Soruların çoğaltılması mümkün ancak 6112 sayılı Kanun tasarısı hâlinde TBMM'ye sevk edilirken hazırlanmış olan madde gerekçesine bakıldığında, kanunu hazırlayanların bu kanuna 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ile Seçmen Kütüklerinin Yenilenmesi Hakkında Kanunun 55/A ve 149/A maddelerinin uygulanmasını gösteren tüzük-yönetmelik gibi bir alt norm muamelesi yapmış olduğu anlaşılmaktadır.

Gerçekten de hâlen yürürlükte bulunan 298 sayılı Kanunun ilgili 55/A ve 149/A maddelerine; hukuki anlamda özel kanun niteliğine sahip ve sonraki tarihli olan kanunlardan daha üstün bir norm muamelesi yapıldığı, 6112 sayılı Kanunun 32'nci maddesinin aşağıda belirtilen gerekçesinden<sup>18</sup> açıkça anlaşılmaktadır.

"Madde ile 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ile Seçmen Kütüklerinin Yenilenmesi Hakkında Kanunun 55/A ve 149/A maddelerinin uygulanmasına yönelik hükümler düzenlenmektedir. Getirilen düzenlemeye göre seçim dönemi yayınları Yüksek Seçim Kurulunca belirlenen ilkeler çerçevesinde Üst Kurul tarafından izlenip denetlenecektir.

Denetleme sonucunda Üst Kurul tarafından Yüksek Seçim Kurulu kararlarına aykırı yayın yaptığı değerlendirilen yayınlara ilişkin izleme raporları Yüksek Seçim Kuruluna gönderilecektir."

şeklindeki gerekçe, kanun koyucunun, 6112 sayılı Kanuna, 298 sayılı kanunun bazı hü-

<sup>17</sup> Resmî Gazete ile Neşir ve İlanı: 3 Mart 2011 - Sayı: 27863.

<sup>18</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss-568.pdf>.

kümlerinin uygulanmasını gösteren alt norm muamelesi yaptığını göstermektedir.

#### 4. Olağanüstü ve Sıradışı Yetki Kullanımının Sonuçları

Bu bölümde 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması döneminde YSK'nın aldığı ve uyguladığı kararların kısa bir değerlendirilmesine yer verilecektir.

##### a. YSK'nın 31.05.2010 Tarih ve 353 Sayılı İlke Kararı

###### 1. Dayanak Kanuna Aykırılık

YSK, halkoylaması döneminde halkoylamasına ilişkin olarak yapılacak yayınlarla ilgili olarak 31 Mayıs 2010 tarihinde 353 sayılı<sup>19</sup> ilke kararını almıştır.

Bu kararın 1. maddesi, —o zaman yürürlükte olan— 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yayın ilkelerine, 3. maddesi ise, hal-

koylomasında oy verme gününden önceki yirmi dört saatlik süre içindeki yayın yasaklarına riayet edilmesi gerektiğini ifade etmektedir ki bu hükümler, kanunlarda belirtilen ilke ve kuralların uygulanması sadedindedir.

Ancak Yüksek Seçim Kurulunun söz konusu ilke kararının

“31 Mayıs 2010 tarihinden itibaren başlayan dönemde radyo ve televizyon kuruluşlarının, halkoylaması döneminde; a) Anayasa değişikliği ile ilgili tek yönlü, taraflı yayın yapamayacakları ve fırsat eşitliğini sağlamak zorunda oldukları; b) Halkoylaması ile ilgili reklam yayınlamayacakları.”

şeklindeki 2. maddesi, kanunlarda yer alan bazı yasaklamalar getirmiştir.

Oysa Yüksek Seçim Kurulunun, ilke kararları alma yetkisi sınırsız değildir. Zira bu yetkinin dayanağı olan 298 sayılı Kanun'un “Özel Radyo ve Televizyonlarla Yayın” başlıklı 55/A maddesinin üçüncü fıkrası, “yukarıdaki fıkra hükümlerine göre” demek suretiyle bu yetkiyi maddenin önceki fıkralarındaki hükümlerle sınırlandırmıştır. Bu fıkra hükümleri şöyledir:

Madde 55/A 1. fıkrası: “Seçimlerin başlangıç tarihinden oy verme gününün bitimine kadar özel radyo ve televizyon kuruluşları, yapacakları yayınlarda 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 5, 20, 22 ve 23 üncü maddeleri ile 31 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerine tabidir.”

2. fıkrası:<sup>20</sup> “Seçimin başlangıç tarihinden itibaren oy verme gününden önceki yirmi dört saate kadar olan sürede, siyasi partiler veya adaylar radyo ve televizyonlarda birlikte veya ayrı ayrı açık oturum, röportaj, panel gibi programlara katılarak görüşlerini açıklayabilirler. Siyasi partiler veya adayların açık veya kapalı yer toplantıları, radyo ve televizyonlarda canlı olarak yayınlanabilir.”

31 Mayıs 2010 tarihli bu ilke kararının 2. maddesinin, yetki kanununun açık hükümlerine aykırı olduğu, kanunun radyo ve televizyon kuruluşlarına verdiği yetkiyi ortadan kaldırdığı açıkça görülmektedir.

<sup>19</sup> 31.05.2010 tarih ve 27597 Mükerrer sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmış olan kararın sonuç kısmı şöyledir:

“1) 31 Mayıs 2010 tarihinden itibaren başlayan dönemde radyo ve televizyon kuruluşlarının, 3984 sayılı Yasanın değişik 4 üncü maddesinde saptanan yayın ilkelerine titizlikle uymaları gerektiğine;

2) Halkoylaması döneminde;

a) Anayasa değişikliği ile ilgili tek yönlü, taraflı yayın yapamayacakları ve fırsat eşitliğini sağlamak zorunda olduklarının;

b) Halkoylaması ile ilgili reklam yayınlamayacaklarının; radyo ve televizyon kuruluşlarına duyurulmasına,

3) Halkoylamasında oy verme gününden önceki yirmi dört saat içinde her türlü haber, röportaj gibi programlar veya reklamlar yoluyla kamuoyu araştırmaları, anketler, tahminler, bilgi iletişim telefonları yoluyla mini referandum gibi adlarla Anayasa'da yapılan değişikliklerin lehinde veya aleyhinde veya vatandaşın oyunu etkileyecek yayınlarda bulunulmayacağına,

4) Karar örneğinin *Resmî Gazete*'de yayımlanmasına, il-ilçe seçim kurulu başkanlıklarına, Yüksek Seçim Kurulunca tespit edilen siyasi partilerin genel başkanlıkları ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkanlığına gönderilmesine, karar özetinin Başkanlık duyurusu olarak yayımlanmasına,

31.05.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

<sup>20</sup> 10.04.2010 tarih ve 27548 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 08.04.2010 tarih ve 5980 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile kanuna eklenmiştir.

## 2. Kanun Gücünde Yasak Koyma Yetkisi

Yüksek Seçim Kurulu, 31 Mayıs 2010 tarih ve 353 sayılı ilke kararının 2. maddesinin "b" bendi ile reklam yayınlama yasağı koymuştur. Ancak bu kararın verildiği tarihte, seçim döneminde siyasi parti reklamlarını yasaklayan bir hüküm mevzuatta bulunmamaktadır.<sup>21</sup>

## 3. Radyo ve Televizyon Yayıncılığına Yabancı Bir Mantık

31 Mayıs 2010 tarihli kararın 2. maddesi uygulanma alanı ve imkânı bakımından değerlendirildiğinde, kararın hakkaniyetle uygulanmasının zor hatta imkânsız olduğu da görülmektedir.

Zira halkoylamasında kişilerin seçimi söz konusu değildir; halkoylamasında kişiler değil, anayasada yapılmak istenen değişiklik maddeleri ile ilgili oylama yapılmaktadır. Dolayısıyla milletvekili seçimlerindeki aksine bu halkoylamasının süjesi, kişiler değildir. Bu bakımdan yapılacak radyo ve televizyon yayınlarında eşitlik ilkesinin uygulanacağı rakip milletvekili adayları ve/veya siyasi partiler de bulunmamaktadır. Kaldı ki istense bile radyo ve televizyon yayınlarındaki haber bülten ve programlarında ve diğer tartışma programlarında bir konunun tarafları arasında tam bir eşitliğin sağlanıp uygulanması da mümkün değildir.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Daha sonra 15 Şubat 2011 tarih ve 6112 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile yayın yasaklarının başlayacağı saate kadar siyasî parti ve aday reklamlarının yayınlanamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

<sup>22</sup> "Televizyon ve radyolar programlarına hangi konuğu alırlarsa tarafsız yayın yapmış olacaklar, kimi ekrana çıkartırlarsa tarafsızlık ilkesini çiğnemiş olacaklar, bunun bir ölçüsü var mı?

Haber bültenlerinde elbette partilerin seçim çalışmaları ile ilgili haberlere yer verilecektir. Peki ama haber editörleri bunu hangi sıralamayla bültenlerine koyacaklar, hangi partinin haberine kaç dakika ayıracaklar, mitingdeki kalabalıkları veya boş yerleri gösterecekler mi, yüzde 1'lik dilime bile giremeyen partilerin haberlerini vermediklerinde tarafsızlık ilkesine aykırı mı hareket etmiş olacaklar?

Bu sorular önemli sorular ve bunların cevapları ise herkese göre farklı? Bu nedenle RTÜK'ün raporları doğrultusunda YSK'nın televizyon ve radyolara vereceği kapatma cezaları ciddi tartışmalara yol açabilecektir. Hele seçim öncesinde ulusal kanallara verilen kapatma cezaları, iletişim özgürlüğüne vurulan ağır

## d. YSK'nın Kararlarının Kesinliği

Seçim dönemleri için radyo ve televizyon yayınları ile ilgili ilke kararları alma yetkisini veren kanun hükmüne aykırı davranmak suretiyle bu yetkiyi de aşan ve mevzuatta bulunmayan bir yasak hükmü de getiren Yüksek Seçim Kurulunun bu kararı aleyhine başka bir merciye başvurulmasını anayasanın 79. maddesi engellemektedir.

## 2. YSK'nın Uygulamaya İlişkin Bir Kararı

Yüksek Seçim Kurulunun ilke kararlarına aykırı davrandığına karar verdiği radyo ve televizyon yayınları için sahip olduğu büyük cezalar uygulama yetkisini, çoğu zaman haksız ve kendi verdiği kararlara da uymayan bir tarzda kullanabildiği görülmektedir. 12 Eylül 2010 tarihindeki halkoylaması döneminde YSK tarafından verilen ve aşağıda değinilen karar bu duruma çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir.

Söz konusu kararı ile YSK, bir televizyon kuruluşuna 24 Temmuz ve 12 Ağustos 2010 tarihindeki yayınları ile ilgili olarak "halkoylamasında oy verme gününden önceki yirmi dört saatlik süre içindeki yayın yasaklarına aykırı" yayın yapılmasından dolayı "program yayınının 3 kez durdurulmasına" karar vermiştir.<sup>23</sup>

Bir başka anlatımla YSK, seçimlerin yapılacağı son 24 saat içerisinde (11-12 Eylül 2010 günü) yapılacak yayınları düzenleyen bir kurulu, bu sürenin işlemesinden aylar önce (24 Temmuz ve 12 Ağustos 2010 tarihlerinde) yapılmış yayınlara uygulamıştır.

Ne var ki bu karara muhatap olan yayıncı kuruluş, YSK kararlarının kesin oluşundan dolayı mevzuata ve hukuka açıkça aykırı olan bu kararın denetlenmesini sağlayacak bir mekanizma bulunmadığından, bu kararın gereğini yerine getirmek zorunda kalmıştır.

bir darbe olarak yorumlanacak, demokratik toplumlarda özgür olması zorunluluk olan medyanın susturulmak istendiği gibi bir algı ortaya çıkacaktır." "RTÜK ve YSK" *Milli Gazete*, 02.06.2007.

<sup>23</sup> YSK'nın 21.08.2010 tarih ve 2010/621 sayılı kararı.

## SONUÇ

Yüksek Seçim Kurulunun seçim dönemle-  
rindeki radyo ve televizyon yayıncılığı ile ilgili  
olarak RTÜK üzerinde bir vesayet kurumu ol-  
duğu görülmektedir. O kadar ki YSK, kanun  
hükmünde ilke kararları alma hakkına sahip  
bulunmakta ve bu kararların yaptırımını da yi-  
ne herhangi bir merciin denetlemesine tabi  
olmaksızın kendisi uygulayabilmektedir. Yük-  
sek Seçim Kurulu kararları, anayasa hükmü  
gereği olarak başkaca bir merciin denetleme-  
sine kapalı olduğundan radyo ve televizyon  
kuruluşlarının ve ilgililerin hak arama hürriyeti  
de bertaraf edilmektedir.

Bu sebeple bir an önce seçim dönemle-  
rindeki radyo ve televizyon yayınlarının dü-  
zenlenmesine ilişkin değişik kanunlardaki hü-  
kümler yeniden ve birlikte ele alınmalı; radyo  
ve televizyon yayınları ile bu yayınlar hakkında  
uzman kuruluş tarafından verilecek kararlar,  
seçim dönemlerinin dışındaki zamanlarda ol-  
duğu gibi hukuki denetime kavuşturulmalı;  
Yüksek Seçim Kuruluna ve benzeri kurum ve  
kuruluşlara devredilen yasama ve yürütme  
yetkileri iptal edilmeli ve anayasa yapımında  
da bu tür vesayet kurucu yetki devirlerini içe-  
ren ve bazı kurumlara sınırsız yetkilendirme  
yapan düzenlemelerden kaçınılmalıdır.



# Cevap ve Düzeltme Hakkı

Esra ÇETİNKAYA



## GİRİŞ

**B**asin teknolojisindeki modern gelişmeler, sayıları artan iletişim araçları, dijital bir evrimle giderek yaygınlaşan televizyon ve radyo kanalları, hızla ilerleyen internet yayıncılığı neticesinde küreselleşen dünyamızda, bahsedilen kitle iletişim araçları ile yapılan kişilik hakkı ihlallerinin de arttığı bilinen bir gerçektir. Bu büyüme ve gelişmeye paralel olarak bireyler, kişilik hakkını oluşturan değerlerin (haysiyet ve şeref, özel hayat vb.) kitle iletişim araçlarıyla daha kolay ihlal edilebilme ihtimali sebebiyle, korumasız kalabilmektedirler. Şu hâlde, kişilik hakkına yapılan saldırılara etkisiz hâle getirebilme, kişiliğe yapılan saldırıya cevap verebilme ve şeref ve haysiyeti ihlal eden ilgili asılsız ya da çarpıtılmış haber veya yorumu düzeltebilme ihtiyacı gündeme gelmektedir ki, bu da cevap ve düzeltme hakkının doğmasına yol açan başlıca amili teşkil etmektedir. Abdullah Güzel'in de isabetli olarak ifade ettiği gibi, kişilik hakkına kitle iletişim vasıtasıyla yapılan saldırının etkilerini aynı vasıta ile azaltmanın en etkin yolu cevap ve düzeltme hakkıdır.

Cevap ve düzeltme hakkı, hukuk sözlüğünde<sup>1</sup>, "Bir kişinin saygınlığına ve onuruna dokunan veya kendi yararlarını çiğneyen gerçeğe aykırı bir yayın yapılması durumunda, aleyhine yayın yapılan kimsenin... bu yayına cevap vermek ve düzeltmeyi istemek hakkı vardır; tekzip hakkı; yalanlama hakkı." şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide, cevap ve düzeltme hakkını tanımlayan yazarların bazılarının sadece basına karşı gönderilecek cevap ve düzeltme metin-

lerine uygun tanım yaptıkları; kimi yazarların ise kitle haberleşme araçlarını esas alarak tanım yaptıkları görülmektedir. Bu tanımlar, internet yayınları ve içeriğin yayından çıkarılması talebi karşısında eksik kalmaktadır. Abdullah Güzel'in yapmış olduğu tanım ise bütün bu durumları kapsayıcı bir tanım olarak dikkat çekmektedir. Bu tanıma göre cevap ve düzeltme hakkı; kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayınlar üzerine hakları haleldar olan kişilerin belli şartlar dâhilinde kullandıkları, kişiye aynı kitle iletişim aracı ile cevap veya düzeltmesini yayınlama, içeriğini yayından kaldırma imkânını ücretsiz olarak sağlayan bir haktır.<sup>2</sup>

Cevap ve düzeltme hakkına yapılan en önemli eleştirilerden bir tanesi ifade ve basın özgürlüğünü kısıtlama iddiasıdır. Buna karşılık özgürlüklerin haklar karşısında sınırsız olmadığı modern hukukun reddetmediği bir gerçektir. İfade ve basın özgürlüğünün şahısların haysiyet ve şereflerini ihlal etmesi noktasında, cevap ve düzeltmeye ilişkin düzenleme, hak ve özgürlük arasındaki çatışmaya yapılan hukuki bir müdahale olarak gözükmese dahi, özgürlüğün de sınırlarının olabileceği gerçeği karşısında düzenlemenin bir müdahaleden çok, kişilik hakkına vaki müdahalenin aynı vasıta ile kaldırılması (ref'i) veya önlenmesi (men'i) olarak kabul edilmelidir.<sup>3</sup>

Türk Hukuku'nda anayasal bir hak olan cevap ve düzeltme hakkı, her bir kitle iletişim aracı için ayrı kanunlarda, kazuistik yöntemle düzenlenmiştir. Kitle iletişim aracının çeşidine göre, yasal düzenlemelerin dört yasayla yapıldığı görülmektedir. Bu yasalar;

<sup>1</sup> Ejder Yılmaz, *(Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 122.

<sup>2</sup> Abdullah Güzel, *Cevap ve Düzeltme Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 23.

<sup>3</sup> Güzel, a.g.e., s. 2.

- 09.06.2004 tarihli 5187 sayılı Basın Kanunu;
- 11.11.1983 tarihli 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu (TRT Kanunu);
- 15.02.2011 tarihli 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun;
- 04.05.2007 tarihli 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (İnternet Kanunu)'dur.

Çalışmamızda, birinci bölümde cevap ve düzeltme hakkının ortaya çıkışı ve Türk Hukuku'ndaki gelişim süreci incelenmek suretiyle cevap ve düzeltme hakkının tarihçesine yer verilmiştir. İkinci bölümde ise cevap ve düzeltme hakkının hukuki niteliği incelenmiştir. Cevap ve düzeltme hakkına ilişkin hukuki düzenlemeleri içeren üçüncü bölüm, çalışmamızın en geniş bölümünü teşkil etmektedir. Bu bölümde öncelikle 1961 ve 1982 Anayasalarındaki konumuza ilişkin düzenlemeler ele alınmış, ardından yürürlükten kaldırılmış yasalarla mukayeseler de yapmak suretiyle yürürlükteki yasal düzenlemeler incelenmiştir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, cevap ve düzeltme hakkı, kitle iletişim araçlarına göre dört farklı kanunda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Çalışmanın hacmini genişletmemek amacıyla, cevap ve düzeltme hakkına ilişkin koşullar ve doktrindeki tartışmalı noktalar, kanunların bu şekilde bir değerlendirme yapabilecek düzeyde benzer olması dolayısıyla, bahsi geçen dört kanunu kapsayacak şekilde 5187 sayılı Basın Kanunu'na ayrılan bölümde Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmiştir. Cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen diğer üç kanun için açılan başlıklarda ise, bu kanunların Basın Kanunu'ndan farklı olan yanlarına değinilmiştir.

## CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ TARİHÇESİ

### Genel Olarak

Kavram olarak cevap ve düzeltme hakkına ilk olarak on yedinci yüzyılın ilk yarısında rastlanmaktadır. O tarihlerde makale, eleştiri, ya-

lan veya doğru haberlere cevap vermek için gazeteler yayımlanmaktaydı. Bunun örneğini 1631 yılında Théophraste Renaudot tarafından çıkarılan *Gazette*'te görmekteyiz. Ancak bu uygulama daha ziyade pratik bir önem taşımaktaydı, zira herhangi bir kanunda cevap ve düzeltme hakkı henüz düzenlenmemişti.<sup>4</sup>

Cevap ve düzeltme hakkının tarihsel kökeni 1789 Fransız İhtilali'dir; zira ihtilali izleyen yıllarda siyasal fikir mücadelesi ortamı içinde basın özgürlüğü kötüye kullanılmaya başlanmış ve basında çıkan iftira niteliğindeki suçlamalara cevap verilmeme tehlikesi belirmişti. Bu tehlikeyi sezinleyen Puy-Dôme milletvekili Duluare tarafından Beşyüzler Konseyi'nde, 1799 yılında Meclis'e düzeltme hakkının yasal kişilere tanınması önerisinde bulunmuştur.<sup>5</sup> O tarihte Fransız Meclisi tarafından reddedilen bu öneri, ancak 1822 Fransız Basın Kanunu'na girmiş ve düzeltme hakkının ilk yasal kaynağını Fransa'da bu kanun oluşturmuştur. Fransa'nın ardından Avrupa'nın çeşitli ülkeleri değişik tarihlerde cevap hakkını benimsediler. Belçika 1831, İsviçre Tessin Kantonu 1834, Schaffhausen Kantonu 1837, Graubünden Kantonu 1837, Waudt Kantonu 1941 tarihinde, Danimarka 1951, Osmanlı İmparatorluğu 1864, Lüksemburg 1869, Norveç 1902 tarihinde cevap ve düzeltme hakkını kabul etmiştir.<sup>6</sup>

ABD'de Nevada (1911 Kanunu) dışında yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkı kabul edilmiş değildir. Keza İngiltere'de cevap hakkı genel bir kural olarak hükme bağlanmamıştır.<sup>7</sup> Bu hakkın, Anglosakson hukuk sisteminden

<sup>4</sup> Freitas Nobre, *Le droit de réponse et la nouvelle technique de l'information*, Nouvelles Editions Latines, Paris, 1973, s. 37-38; Akt.: Mehmet Sinan Altunç, "Cevap ve Düzeltme Hakkı", Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2004, s. 9, (Çevrimiçi) <http://www.belgeler.com/blg/204e/cevap-ve-dzeltme-hakki-le-droit-de-reponse-et-de-rectification>, 7 Ocak 2013.

<sup>5</sup> Altunç, a.g.t., s. 0.

<sup>6</sup> Güzel, a.g.e., s. 23-25

<sup>7</sup> Kayıhan İçel, *Yener Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku: Basın-Radyo-Televizyon-Sinema-Video-İnternet*, Yenilenmiş 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 195-196.

çok, Kıta Avrupası'nda düzenlemeye tâbi tutulduğu görülmektedir.<sup>8</sup>

## Türk Hukuku'nda Cevap ve Düzeltme Hakkı

Ülkemiz hukuk tarihinde cevap ve düzeltme hakkına ilişkin düzenlemeler evvela yazılı basın hakkındaki düzenlemelerde yer bulduğundan, Türk basın tarihi bu anlamı ile cevap ve düzeltmenin tarihi hakkında da bize bilgi ve fikir vermektedir.

### 1. Osmanlı Dönemi

Osmanlı Devleti'nde basına ilişkin ilk hukukî düzenleme, 19.10.1864 (1281) tarihli Matbuat Nizamnamesi'dir.<sup>9</sup> Fransız Basın Kanunu esas alınarak çıkarılan bu nizamnamede "cevap hakkı" kavramı kullanılmış (madde 8 ve 12); II. Abdülhamid'in tahta çıkmasının hemen ardından, Mithat Paşa'nın sadrazamlığı sırasında 2.5.1877 tarihli Matbuat Kanunu'nda ise nizamnamedeki yaklaşım aynen korunmuş ve "cevap ve tekzip" tabiri yer almıştır (madde 18 ve 19).<sup>10</sup> 1864 tarihli nizamnamenin öngördüğü düzenlemeye göre, gazetenin sorumlu müdürü, hükümet tarafından gönderilen resmî yazıları ve yayında adları geçen kişilerce gönderilen cevabî yazıları yayınlamak zorundadır (madde 8). Cevap hakkının engellenmesi ise, para cezası yaptırımına bağlanmaktadır (madde 12). 1877 tarihli Kanunun öngördüğü düzenlemeye göre ise, bir gazetede veya süreli yayında, nitelikli kâğıtta açık veya ima yoluyla hakkında yayın yapılan bir kimsenin vereceği cevabı, o gazete veya mevkute nitelikli kâğıdın sahibi, ilk veya ikinci yayımlanacak sayıya koymak zorunda-

dır. Cevabın yayınlanmaması durumunda düzenleme, sorumlu müdür yönünden para cezasını öngörmekteydi. Ancak, kanun yürürlüğe girememiştir.<sup>11</sup>

Mebusan Meclisi tarafından hazırlanan 18.7.1909 tarihli 287 sayılı Matbuat Kanunu'nda ifade edilen cevap ve düzeltme hakkı hükmü (madde 21) ise, önceki düzenlemelerin benimsediği çizgiden ayrılmaktadır. Kanun koyucu cevap ve düzeltme hakkını, kişiler yönünden yalnızca "aleyhe yazılmış yazılar" bakımından tanıırken; hükümet içinse, sadece "gerçeğe aykırı" yazılar nedeniyle kabul etmektedir. Böylece, 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesince öngörülen ve iktidarın basına müdahalesini kolaylaştıran sistem, ilk kez sınırlandırılmıştır. 1913 yılında ise, 1909 Tarihli Matbuat Kanununun Bazı Maddelerini Tadil Eden Kanunu Muvakkat ile 1909 yılında getirilen düzenleme değiştirilerek, genişletilmiştir. Benimsenen yeni düzenleme gereğince, gazetelerde veya günlük broşür ve süreli yayınlarda bir kişi aleyhinde gerçekleşecek yayın, o kişi tarafından veya ölmüş bir kişiye ilişkin ise çocuğu ve torunları tarafından söz konusu yayının iki katını geçmemek şartıyla yazılacak cevabın, ayrıca hükümetin gerçeğe aykırı gördüğü yayın hakkındaki yalanlama yazısının, gazete ve günlük broşürün ilk çıkacak sayısının aynı sütununa ve aynı harfler ile yayınlanması zorunluluğu kabul edilmiştir.<sup>12</sup>

### 2. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet Dönemi'nin ilk yasal düzenlemesi 08.08.1931 tarihli 1881 sayılı Matbuat Yasası'nda yapılırken, ilk anayasal düzenleme ise 1961 Anayasası ile gerçekleştirilmiştir.<sup>13</sup>

Matbuat Kanunu'nun öngördüğü ve cevap hakkına oldukça geniş yer verilen düzenlemede, bir memurun görevi ile ilgili eylemlere ilişkin yayın yapılması durumunda memurun veya yetkili makamın göndereceği cevabın yayınlanmasının zorunlu olduğu (madde 48/1); ayrıca yayının devlet memurunun şahsına ilişkin olması durumunda da memurun (madde

<sup>8</sup> Güzel, a.g.e., s. 26.

<sup>9</sup> Adem Sözüer, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1996, s. 57.

<sup>10</sup> Atilla Coşkun, *Gazete Radyo ve Televizyon Yayınlarında Cevap Hakkı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 28; Sena Coşkun, "Cevap ve Düzeltme Hakkı ve Yeni Boyutları", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo-Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Master Tezi), Ankara, 2006, s. 17; (Çevrimiçi) <http://www.belgeler.com/blg/stj/cevap-ve-dzeltme-hakki-ve-yeni-boyutlari-right-to-reply-and-rectification-and-new-dimensions>, 7 Ocak 2013.

<sup>11</sup> Atilla Coşkun, a.g.e., s. 28.

<sup>12</sup> A.g.e., s. 28-29; Sena Coşkun, a.g.t., s. 18.

<sup>13</sup> Güzel, a.g.e., s. 33.

48/3) ve yayında adı geçen gerçek ve tüzel kişilerin (madde 48/4) cevap hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Öte yandan, “devlet memuru veya yetkili makam” tarafından gönderilen cevapların yayımlanmaması, para cezası ile karşılaşılan bir suç sayılmaktadır (madde 48/7).<sup>14</sup>

15.7.1950 tarihli 5680 sayılı Basın Kanunu’nda “cevap ve düzeltme hakkı” tabirinin de kullanılması suretiyle, köklü değişiklikler yapılmıştır. Hakkın varlığı, belirli koşulların oluşmasına bağlanırken, söz konusu hakkın belli bir prosedür içinde kullanılması gerektiği öngörülmüş ve hak konusunda köklü değişikliklere gidilmiştir (madde 19, 29). Keza bu yasa ile sorumlu müdüre bazı şartlarda cevap ve düzeltme hakkını yayınlamaktan çekinme hakkının benimsenmiş olması, bu gibi durumlarda hâkim denetiminin kabul edilmesi, bu hakkı devlet daireleri ve tüzel kişilere de tanınmış olması gibi önemli değişiklikler yapılmış ve bu kanun ile 1950’li yıllara kadar devam eden ve siyasi iktidarların basına müdahalesini kolaylaştıran sistemden köklü bir ayrılma sağlanmıştır.<sup>15</sup>

5680 sayılı Basın Kanunu’nda 07.06.1956 tarihinde 6733 sayılı Kanun ile bazı değişiklikler yapılarak cevap ve düzeltme metnini yayınlama hakkı hâkimden alınarak yeniden savcıya verilmiştir. 19.11.1960 tarihindeki 143 sayılı Kanun ile 5680 sayılı Kanun’da değişiklikler yapılarak, cevap ve düzeltme hakkının hâkime yapılması usulü tekrar kabul edilmiştir.

1960 darbesi sonucu 9.7.1961 tarihinde kabul edilen Anayasa’da “düzeltme ve cevap hakkı” terimi kullanılmış (madde 27) ve söz konusu hak, o güne dek ilk kez anayasal düzeyde hükme bağlanmıştır. 1961 Anayasası’nın 27. maddesi ile düzeltme ve cevap hakkı, kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hâllerine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Ayrıca yine aynı maddeyle düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğinin hâkim tarafından karara bağlanacağı benimsenmiştir.

1982 Anayasası’nda da cevap ve düzeltme hakkı ile 1961 Anayasası’nda benimsenen sistem aynen sürdürülmüştür (madde 32).

Kitle iletişim araçlarının çeşitlenmesi ve sırasıyla toplumsal hayatın içine radyo, televizyon ve internetin girmesiyle birlikte Türk Hukuku’nda radyo, televizyon ve internet alanında yapılan yayınlara karşı da cevap ve düzeltme hakkı tanınmıştır.

Türk hukuk uygulamasında cevap ve düzeltme hakkı; basılı eserler için 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 14 ve 18. maddelerinde; özel radyo ve televizyonlar için 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu’nun 8 ve 18. maddelerinde; İnternet üzerinden yapılan yayınlar için 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9. maddesinde ve nihayet 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 27. maddesinde düzenlenmiştir.

## CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Cevap ve düzeltme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar cevap ve düzeltme hakkını, savunma hakkının bir türü; yani bir tür meşru müdafaa hakkı olarak tanımlamaktadırlar.<sup>16</sup> Bu görüşün karşısında olanlar ise, meşru müdafaaadan yararlanabilmek için kanunda suç olarak belirtilen bir fiilin olması gerektiğini, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasında ise böyle bir zorunluluk olmadığını belirtmektedirler.<sup>17</sup> Aksi fikirde olanların bir diğer gerekçesi ise meşru müdafaaadan yararlanmanın şartlarından birisinin “savunmada zorunluluk bulunması” şartı olmasına karşın, basın tarafından saldırıya uğrayan kişinin hak-

<sup>14</sup> Atilla Coşkun, a.g.e., s. 30.

<sup>15</sup> A.g.e., s. 31.

<sup>16</sup> Sulhi Dönmezer, *Basın ve Hukuku: Genel Prensipler - Basın Hürriyeti - İdari Rejim - Ceza Rejimi*, 4. Bası, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1976, s. 317.

<sup>17</sup> Ahmet Danişman, “Cevap ve Düzeltme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, C: 2, S: 2, Ocak-Haziran 1989, s. 110, (Çevrimiçi) [http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/images/linli\\_dos/dergi/cilt\\_2\\_sayi\\_2.pdf](http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/images/linli_dos/dergi/cilt_2_sayi_2.pdf), 7 Ocak 2013.



kını her zaman mahkeme huzurunda, gerek hakaret davası gerekse hukuk davası açmak suretiyle arayabilmemesinin mümkün olduğudur.<sup>18</sup>

Bazı yazarlara göre ise cevap ve düzeltme hakkı, tecavüzün durdurulması davasının özel bir şeklidir. Bu görüş sahipleri bu hakkın gerçek dışı beyanlarla meydana gelen tecavüz durumunu ortadan kaldırmayı hedeflediğini belirtmektedirler.<sup>19</sup>

Kanaatimizce, şu görüş cevap ve düzeltme hakkının hukuki niteliğini, isabetli olarak, bütün yönleriyle ifade etmiştir:

“Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması ile toplumun gerçekleri öğrenmesi ve kamuoyunun oluşumuna katkıda bulunulması bu hakkın kamusal niteliğini göstermektedir. Buna karşılık cevap ve düzeltme hakkı, basın yoluyla yapılacak gerçek dışı veya haysiyet kırıcı yayınlara karşı kişilik haklarının korunması yönüyle kişisel nitelikte haktır. Bu nedenledir ki söz konusu hakkın *sui generis* bir nitelikte olduğu kabul edilmektedir.”<sup>20</sup>

## CEVAP VE DÜZELTME HAKKINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

### Anayasal Düzenleme

Cevap ve düzeltme hakkı, 1982 Anayasası'nın 32. maddesinde yer almaktadır. Bu hak anayasanın temel hak ve ödevler başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümü olan kişinin hak ve ödevleri bölümündeki 32. maddede yer almıştır. Anayasa'nın 32. maddesinin başlık is-

mi ise düzeltme ve cevap hakkıdır. Bu düzenlemenin bulunduğu yer, anayasadaki basın ve yayımla ilgili maddelerin sonuncusudur (Anayasa, madde 28-32). Görüldüğü gibi anayasal düzenlemede cevap ve düzeltme hakkı, temel hak ve ödevlerden birisi olarak düzenlenmiştir.<sup>21</sup>

Anayasanın cevap ve düzeltme hakkını temel haklar içerisinde düzenlenmesinin önemli bazı sonuçları vardır. Bunlardan bir tanesi, anayasanın 91. maddesi gereği cevap ve düzeltme hakkı kanun hükmünde kararname ile düzenlenemezler. Bir tanesi de, bu hak anayasanın 13. maddesi gereğince ancak anayasada belirtilen sebeplerle ve kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasanın 32. maddesine göre, cevap ve düzeltme hakkı geneldir, yani herkes için kabul edilmiştir; ancak mutlak değildir. Yani, cevap ve düzeltme hakkı, madde metninde yazılı sadece iki hâlde kullanılabilir; bunlardan birinci hâl “Kişilerin haysiyet ve şerefine dokunulması”, ikinci hâl ise, “Kişilerin kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılması” hâlidir. Ayrıca, bu maddenin özelliği, sadece yazılı basına karşı değil, bütün kitle haberleşme araçları ile yapılan yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkını tanımış olmasıdır.

1961 Anayasası'nda cevap ve düzeltmenin hâkim tarafından yayınlanmasına ilişkin herhangi bir süre öngörülmezken, 1982 Anayasası'nda cevap ve düzeltme hakkının süruncemede bırakılmaması amacıyla “en geç yedi günlük” bir süre öngörülmüştür. Madde gerekçesi şu şekildedir;

“Kitle haberleşmesi faaliyetini yürüten organların bu faaliyetlerinde serbest kalması esastır. Bu serbestiyi kısıtlayan unsurlardan biri de, süreli yayınlarda zorunlu yayın denilen yayınlardır. Bunlar yayın organına dış çevreden gönderilen ve organca yayını mecburi olan mütalaa ya da mülahazalardır. Böylece süreli yayının sınırlı hacmi doldurulmakta ve serbest yayına yer kalmamaktadır.

İkinci olarak süreli haberleşme organının hizmet gereklerinden biri de kamuoyuna doğru haber ve bilgi sunmaktır.

<sup>18</sup> Altunç, a.g.t., s. 12-13.

<sup>19</sup> Ahmet Kılıçoğlu, *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 268.

<sup>20</sup> Seitz/ Schmitd/ Schoner, *Der Gegendarstellungsanspruch*, 3. Aufl. München, 1998, s. 6-7; Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 1998, s. 173; Akt.: Adem Sözüer, “Cevap ve Düzeltme Metninin Yayınlanmasına İlişkin Yargı Kararı Cebri İcra Yoluyla İnfaz Edilebilir mi?” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, Beta Basım, İstanbul, C: 17, S: 1-2, 1997-1998, s. 376, (Çevrimiçi) <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmhb/article/view/File/3118/2706>, 7 Ocak 2013.

<sup>21</sup> Güzel, a.g.e., s. 59-60.

Nihayet süreli haberleşme organları faaliyetlerinde kişilerin haysiyet ve şereflerine saygılı olmakla yükümlüdürler.

Maddenin birinci fıkrasında bu üç gerekçe yerine getirilmekte, diğer bir deyimle düzeltme ve cevap hakkı sınırlanmakta, kişilerin şeref ve haysiyetleri de korunarak gerçeğe aykırı yayınlar düzeltilmekte veya cevaplanmaktadır. Kişilere tanınan bu hakkın kullanılış şartlarını kanun düzenleyecektir.

Birinci fıkradaki nitelikleri belirtilen düzeltme ve cevap yazılarının yayını zorunludur. Fakat süreli yayına ilgililer tarafından gönderilecek bu tür yazıların gerçekten belirtilen niteliğe sahip olup olmadığı konusunda, düzeltme ve cevap hakkını kullandığı iddiasında olan kişi ile yayıncı arasında görüş ve değerlendirme farkı olabilir. Bu hâlde ihtilaf, bağımsız ve tarafsız hakem konumunda olan hâkim tarafından çözümlenecektir. Bu husus da maddenin ikinci fıkrasında öngörülmüş bulunmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasına, düzeltme ve cevap yayınlanmadığı takdirde yayınlanmasına gerek olup olmadığına hâkim tarafından en geç yedi gün içinde karar verilmesi hükmü getirilmek suretiyle, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasının sürüncemede kalmaması öngörülmüştür.<sup>22</sup>

1982 Anayasası 1961 Anayasası'ndan farklı olarak yedi günlük bir süre getirmiştir. Bu süre, hakkın niteliği gereği hızlı kullanılması gerektiğinden getirilmiş bir hükümdür. İleride de inceleyeceğimiz gibi cevap ve düzeltme hakkının düzenlendiği kanunlarda, hâkimin anayasada belirtilen yedi günlük süreden daha kısa süreler içerisinde karar vermesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>23</sup> Buradaki yedi günlük süre maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı gibi cevap ve düzeltme hakkının kullanılıp kullanılmayacağı konusunda hızlıca karar verilmesi ve hakkın etkinliğinin sağlanması amacıyla getirilmiştir. Yani bir anlamda bu süre kişilik hakkını korumayı amaçlayan bir süre olduğundan, kanunlarda bu süre daha

kısa tutulabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2001/228 esas 2002/9 karar sayılı kararında 5680 sayılı Kanun zamanında hâkime iki gün içerisinde cevap ve düzeltme hakkının kullanılıp kullanılmayacağına karar verme yükümlülüğünü getiren hükmü anayasaya uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında "Haberleşme organlarının kamuoyuna doğru haber ve bilgi sunmaları hizmet gereklerinden olup, bu faaliyetlerinde de, kişilerin haysiyet ve şereflerine saygılı olmakla yükümlüdürler. Anayasanın 32. maddesinde belirtilen yedi gün azami süredir. Gerçeğe aykırı, şeref ve haysiyeti kırıcı bir yayımın hafızalardaki etkisi henüz silinmeden mümkün olan en kısa zamanda, karşı bir yayım ile doğrunun bildirilmesi amacıyla yasa ile yedi günden daha kısa süre öngörülmesinde anayasaya aykırılık bulunmamaktadır." diyerek bu duruma açıklık getirmiştir.

## Yasal Düzenlemeler

Daha önce de bahsettiğimiz üzere, hâlihazırda kitle iletişim aracı çeşitlerine göre cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen dört farklı kanunumuz vardır. Bunlar:

### 1. 5187 sayılı Basın Kanunu

5187 sayılı Basın Kanunu'nun<sup>24</sup>, "Düzeltilme ve Cevap" başlıklı 14. maddesinde cevap ve düzeltme hakkı düzenlenmiştir. Aynı kanunun 18. maddesi ile de kesinleşmiş mahkeme kararına rağmen cevap ve düzeltmenin yayınlanmaması durumu düzenlenmiştir.

#### a. Koşullar

Bu hak mutlak bir hak değildir. Yani hem anayasa ile hem de 5187 sayılı Basın Kanunu ile belirli şartlara bağlanmıştır. Oysaki bu hak, doğduğu ülke olan Fransa'da mutlaktır. Yani bir kişinin bir yayında adının geçmesi ya da bu kişinin net bir şekilde ima edilmesi, cevap ve

<sup>22</sup> *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, Haziran 2011, s. 60-61, (Çevrimiçi) [https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli\\_1982\\_anayasasi.pdf](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf), 7 Ocak 2013.

<sup>23</sup> Yargıtay buradaki süreyi, düzenleyici bir süre olarak kabul ederek kanunun tayin ettiği süreler olmasına rağmen uyulmaması hâlinde müeyyidesinin olmadığını ifade etmektedir. (Y. 7. CD., 27.01.1994, E. 1993/9211, K. 1994/604).

<sup>24</sup> Bu kanun, seçim sürecindeki yayınlar için de uygulanacaktır. 298 sayılı Kanun 176. madde seçim süresi içinde açık veya kapalı mevkutelerde yapılan yayınlardan dolayı cevap ve düzeltme hakkı için Basın Kanunu'nun 14. maddesine atıfta bulunmaktadır.

düzeltme hakkının kullanılması için yeterlidir. Türk Hukuku'nda ise gerek anayasamız gerek ise basın kanunumuz bu hakkın doğumunu belirli şartlara bağlayarak sınırlı bir hak olarak düzenlemişlerdir. Bahsedilen şartlar şu şekilde sıralanabilir<sup>25</sup>:

### **Yayım Koşulu**

Cevap ve düzeltme hakkının doğması için ilk önce bir yayımın olması gerekir. 5187 sayılı Basın Kanunu tanımlar başlıklı 2. maddesinde yayım; "Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması" şeklinde belirtmiştir. Basın Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasında "Sürelili yayınlar..." ibaresi kullanıldığından sürelili olmayan yayınlara karşı bu hak kullanılamaz. Keza Basın Kanunu'nun 2. maddesinde sürelili yayım; "Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayımları", olarak tanımlanmıştır.

Buradan cevap ve düzeltme hakkına ilişkin iki temel koşul çıkarılabilir. Birincisi, bir yayım olmalı ve bu yayım kitle iletişim araçları ile yapılmalıdır.<sup>26</sup> İkincisi ise bu yayım, sürelili bir yayım olmalıdır. Kanun koyucunun sürelili olmayan yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkını kabul etmemesi genelde iki sebebe dayandırılmaktadır. Bunlardan bir tanesi, sürelili yayınların sürelili olmayan yayınlara nazaran daha büyük kitlelere seslenebilmeleri ve dolayısıyla etkinliklerinin daha çok olmasıdır. Diğer sebep ise sürelili olmayan yayınların cevap ve düzeltmenin en kısa sürede yayınlanmasına müsait olmamalarıdır. Örneğin bir romanda bir kişinin haysiyet ve şerefine ihlâl edilmesi veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması hâlinde, kişi, ilgili yargı organından cevap ve düzeltme metninin yayımlanması noktasında bir karar elde etse dahi, romanın devamı olmadığından bu kararın yerine getirilebilmesi maddi olarak imkânsız olacaktır.<sup>27</sup> Gerçekten de cevap ve düzeltme hakkının aynı kitle iletişim araçlarıyla ve niteliği gereği hızlı yayınlanması gerekliliği bu hak-

kın dönemsel olarak tekrarlanmayan yayınlarda kullanılmasını zorlaştırmaktadır.

14. maddenin yayımın türü bakımından koyduğu tek koşul, yayımın sürelili, dönemsel yayım olmasıdır. Kanunumuzun sistematikliğine göre, yapılan yayımın haber değerlendirme ya da eleştiri niteliğinde olması cevap ve düzeltme hakkının doğması bakımından önem taşımaz. Keza yayımın resim, yazı, karikatür veya bilimsel nitelik göstermesi de önemli değildir.<sup>28</sup> Bu anlamda her ne kadar doktrinde tartışılmış ise de, ilan, reklam ve okur mektupları gibi yayınlara karşı da cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir.<sup>29</sup>

### **Kişilerin Şeref ve Haysiyetinin İhlali Koşulu**

Toplum içinde kişiyi küçük düşüren, hor gören kin ve düşmanlık duyguları uyandıran, saygınlığını zedeleyen veya üçüncü kişilerin onunla temas etmesine engel olan her türlü davranış biçimi haysiyet ve şerefi ihlal edici

<sup>28</sup> Kayıhan İçel-Yener Ünver, *Kitle Haberleşme Hukuku*, Yenilenmiş 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 202.

<sup>29</sup> Çiftçi'nin belirttiği üzere, cevap ve düzeltme hakkının sürelili yayında çıkan ilan ve reklamlara karşı kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, bu hakkın ilan ve reklamlara karşı da kullanılabileceğini savunurken, diğer görüş, bu hakkın varlık sebebinin ilan ve reklam şeklindeki yayınlarda bulunmadığını ileri sürmektedir. Üçüncü görüş ise, ilan ve reklamlar arasında ayırım yaparak, ticari nitelikteki ilan ve reklamlara karşı cevap ve düzeltme hakkının kullanılmayacağı, bunun dışında kalan ilan ve reklamlara karşı kullanılabilmesi yönündedir. Çiftçi'ye göre, Basın Kanunu yayımın türü bakımından bir ayırım ve sınırlama yapmadığından, ilan ve reklamlara karşı cevap hakkının tanınması hakkın niteliği ve amacıyla bağdaşır. Keza, yayımlanmaları zorunlu olan ilanlara karşı da diğer temel şartlar bulunmak kaydıyla cevap hakkının tanınması gerekir. Sürelili yayımın bu tür yayınlardan sorumlu olmaması, cevap hakkının kişileri koruyucu niteliğini bertaraf etmemelidir. Ancak sürelili yayınların ilan ve reklam sahife ve sütunlarının bu haktan faydalanarak sürekli şekilde ücretsiz kullanılmasını ve böylece hakkın suiistimalini önlemek için, ilan ve reklamlara karşı cevap hakkının kanuni düzenlemeye tabi tutulması gerekir. (Ahmet Çiftçi, "3445 sayılı Kanunla Değiştirilen Basın Kanununun 19. Maddesine Göre Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı", AÜHFD, Ankara, AÜHF Yayını, C: 42, S: 1-4, 1991-1992, s. 65, (Çevrimiçi) <http://auhfd.ankara.edu.tr/dergiler/-auhfd-arsiv/AUHF-1991-1992-42-01-04/AUHF-1991-1992-42-01-04-Ciftci.pdf>, 7 Ocak 2013.]

<sup>25</sup> Zafer Aydön, *Türk Pozitif Hukukunda Cevap ve Düzeltme Hakkı*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Adalet Hizmetleri Yüksek Lisans Programı, Uzmanlık Projesi, İstanbul, 2011, s. 17 vd.

<sup>26</sup> Güzel, a.g.e., s. 49.

<sup>27</sup> Sena Coşkun, a.g.t., s. 80.

niteliktedir.<sup>30</sup> Şeref ve haysiyeti ihlal etme tabiri, hakaret suçundan daha geniş bir anlam taşımaktadır.

Cevap ve düzeltmeye sebep olan yayın, kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelikte ise cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir. Yayının objektif haber verme niteliğinde olması veya başka bir kaynaktan iktibas edilmiş olması, cevap ve düzeltme hakkının doğması yönünden önemsizdir.<sup>31</sup> Yayın gerçek bile olsa, cevap ve düzeltme hakkının kullanılması engellenmemelidir; zira hiç kimsenin başkasının haysiyet ve şerefini, herhangi bir nedenle rencide etme hakkı bulunmamaktadır.

Şeref ve haysiyet ihlalini içeren yayının aynı zamanda hakaret suçunu oluşturması durumunda, kişi ayrıca ceza davası açılması istemiyle Cumhuriyet Savcılığına başvurabilecektir. Keza bu ihlal suç oluştursa da oluştuysa da şeref ve haysiyeti ihlal edilen kişi hukuk davası yolu ile tazminat davası da açabilecektir. Burada cevap ve düzeltme hakkı, diğer hukuki yollarla bir yarışma içinde değildir.<sup>32</sup> Belirtelim ki, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 13.6.2012 tarihinde vermiş olduğu karar, daha önce vermiş olduğu kararların aksi istikametindedir. Yargıtay bahsi geçen kararda, cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen 5651

sayılı Kanunun 4721 sayılı Medeni Kanun'a göre özel yasa durumunda olduğunu kabul etmiştir.<sup>33</sup> Kanaatimizce, Yargıtay'ın cevap ve düzeltme hakkının, diğer hukuki yollarla yarışmasının kabulüne dair 13.6.2012 tarihli kararı isabetli değildir; zira ilerleyen bölümlerde de belirteceğimiz üzere, cevap ve düzeltme hakkına ilişkin olarak objektif kriterlere göre yapılan yargılamada, hâkim hükmüne maddi gerçeği değil görünen gerçeği esas almaktadır. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasından beklenen yararın tam olarak gerçekleşmesi için izlenen bu yöntem neticesinde verilen kararın, maddi gerçeği yansıtmayabileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir. Bu sebeptendir ki, cevap ve düzeltme hakkının kullanımına ilişkin yapılan yargılama, maddi gerçeğin araştırıldığı bir yargılama ihtiyacını ortadan kaldırmamaktadır. Buna rağmen Yargıtay'ın aksi yönde verdiği karar, kabul edilebilirlikten çok uzaktır.

Belirtelim ki, ilgili yayının kişinin şeref ve haysiyetini ihlal edip etmediği noktasında, hakkın tarafları arasında bir anlaşmazlık yaşanır ve cevap ve düzeltme sorumlu müdür tarafından yayınlanmaz ise, söz konusu yayının kişilik hakkını ihlal edip etmediğine hâkim karar verecektir. Hâkim basın özgürlüğünün<sup>34</sup> unsurlarından olan haber verme, eleştirme ve yorumlama hakkı kapsamında kalan bir yayının şeref ve haysiyeti ihlal etmediğine karar verecektir.

<sup>30</sup> Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternetteki Kişilik Haklarının Korunması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 36.

<sup>31</sup> İçel-Ünver, a.g.e., s. 197.

<sup>32</sup> "...Yerel mahkeme 5651 sayılı Yasa'nın 9. maddesi gereğince... kişinin yerleşim yeri Sulh Ceza Mahkemesine başvurması gerektiği gerekçesiyle mahkemenin görevsizliği yönünde karar vermiştir.

Medeni Yasa'nın 25. maddesinde kişilik hakkının korunması için açılacak davalara yer verilmiştir. Buna göre davacı, yargıçtan saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini ve bu davalarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını isteyebilir. Bu tür istemlerle açılan davaların görülme yeri de genel mahkemelerdir. Şu durumda davacı istemi gözetilerek işin esasının incelenerek varılacak sonuca göre karar vermesi gerekirken yerinde olmayan hukuki niteleme ile görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın ... BOZULMASINA... oybirliği ile karar verildi." (Y. 4. HD. E. 2009/8571, K. 2009/9921, T. 15.9.2009; (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 10 Ocak 2013.)

<sup>33</sup> "...5651 sayılı yasa, internet ortamındaki yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 sayılı Medeni Kanun'a göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı hâlinde öncelikle uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa somut olaya ilişkin görev yönünden mahsus bir düzenleme de içermektedir... Şu hâlde, 5651 sayılı yasadaki özel düzenleme gözetildiğinde bu konuda görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Yerel Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın... BOZULMASINA... oyçokluğuyla karar verildi." (Y. 4. HD. E. 2012/6581, K. 2012/10331, T. 13.6.2012; (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 10 Ocak 2013.)

<sup>34</sup> 5187 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde basın özgürlüğü şu şekilde tanımlanmıştır, "Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir."

Burada dikkat edilecek bir husus da; eleştiri sınırının belirlenmesi sırasında politikacılar ve sanatçılar gibi ünlü diye tabir edilen kendilerini toplumun eleştirisine sunmuş kişilerin özel hayat alanlarının, diğer kişilerin hayatlarına nazaran daha dar olduğunun kabul edilmesi gerektiğidir. Bu kişiler, yayın yolu ile normal vatandaşlara göre daha ağır eleştirilere peşinen rıza göstermiş sayılırlar. Bu nedenle, bu kişiler açısından haber ve eleştiri hakkı kullanılırken, hakkın sınırları (gerçeklik, kamu yararı, aktüellik) içinde kalınması, basın özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğurabilir.<sup>35</sup>

### **Gerçeğe Aykırılık Koşulu**

Basın Kanununun 14. maddesi “Kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması” hâlinde de cevap ve düzeltme hakkının doğacağını belirtmiştir. Bu düzenleme haber alma, haber verme ve doğru haber dolaşımının hukukten korunması amacının gereği olarak kabul edilmiştir.

Gerçeğe aykırılık hususunda dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, gerçeğe aykırılığın sadece *ilgili kişiye* bu hakkı tanınmasıdır. Kanun koyucunun bu sınırlamayı yapmaması durumunda, gerçeğe aykırı yayınlara karşı herkesin cevap ve düzeltme talebinde bulunması mümkün olabilecektir ki, bu basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına sebep olan sonuçlar doğurabilir.

Kanunun “ilgili kişi” koşulunu araması, bu ilginin derecesinin tespiti sorununu da beraberinde getirmektedir. Gerçekten, bir kişinin cevap ve düzeltme hakkının konusu olan yayım ile ilgili olduğu nasıl tespit edilecektir? Bahsi geçen ilginin genel mi; yoksa bireysel bir ilgi mi olması gerekir? Örneğin, gerçeğe aykırı bir yayına karşı, tüm ev sahiplerinin ya da tüm tacirlerin cevap ve düzeltme hakkının doğduğu ileri sürülebilecek midir? Bu konuda kanunun genel bir ilgiyi yeterli görmeyerek “bireysel ilgiyi” aradığını kabul etmek gerekir. Aksi bir düşüncenin kabulü hâlinde, herkesin siyasal, ekonomik, kültürel veya dinî görüşlerine aykırı yazılara karşı cevap ve düzeltme hakkını kullanabilmesi gibi bir neticeye varılmış olur ki, böyle bir sonucun; hakkın amacıyla

la bağdaşmadığı aşikârdır. Şu hâlde bir kişinin; cevap ve düzeltme hakkının konusu olan yayım ile ilgili olduğu, “bireysel ilgi kriteri” esas alınmak suretiyle belirlenecektir. Bu durumda ortaya çıkacak bir diğer sorun ise, bahsedilen bireysel ilginin, doğrudan mı; yoksa dolaylı bir bireysel ilgi mi olacağı hususundadır. Buna, her iki durumu da kapsayıcı biçimde cevap vermek mümkündür; yani ilginin doğrudan doğruya olması gerekli değildir. Bir başka ifadeyle, bireysel ilginin dolaylı bireysel ilgi olması hâlinde de cevap ve düzeltme hakkı doğacaktır.<sup>36</sup> Aksi bir kabulün varlığı hâlinde; isim vermeden, ancak bir şekilde ilgili kişinin tanınması sağlanarak o kişi hakkında gerçeğe aykırı yayımlar yapılmasının önü açılmış olur ki, bu da hakkın tanınmasıyla korunan hukuki menfaati zedeler.

Gerçeğe aykırılığın nasıl tespit edileceği de bu konuda önemli bir noktadır. Tespitte kullanılmak üzere doktrinde savunulan iki kriter vardır: sübjektif kriter ve objektif kriter. Sübjektif kriterde, haberin gerçekliğinin fiili zorluklar nedeniyle sübjektif açıdan tespit edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre hâkim kısa zamanda haberin doğruluğunu araştıramayacağı ve ilgilinin hakkındaki yayını gerçeğe aykırı görmesinin yeterli olacağı görüşünden hareketle gerçeğin araştırılmasında sübjektif kıstasın kullanılmasına taraftarlar.<sup>37</sup> Buna rağmen, gerek doktrinde<sup>38</sup> (tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı olarak) gerekse uygulamada<sup>39</sup> gerçeğe aykırılığın objektif kri-

<sup>36</sup> Kayıhan İçel, “Cevap ve Düzeltme Hakkı Yönünden ‘İlgi’ ve ‘Gerçeğe Aykırılık’ Koşulları”, İÜHFM, C: 42, S: 1-4, 1977, s. 722.

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Coşkun Ongun, “Cevap ve Düzeltme Hakkı”, THD, S: 16, Aralık 2007, s. 162.

<sup>38</sup> Gerçeğe aykırılık şartı bakımından sadece ilgilinin kendi görüşünün yeterli kabul edilmesinin cevap ve düzeltme hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayabileceğini; ancak böyle bir durumda doğru olarak verilmiş haberlere karşı dahi, bu hakkın kullanılmasının söz konusu olabileceği ve bu suretle, haber verme hakkının ciddi bir biçimde sınırlandırılmış olacağı hakkında bkz.: Adem Sözüer-İzzet Özgenç, “Basın Hürriyeti Kavramı, Basın Yoluyla İşlenen Suçlarda Sorumluluk Rejimi İle Cevap ve Düzeltme Hakkı Üzerine Düşünceler”, *Yeni Türkiye*, S: 11, Eylül- Ekim 1996, s. 279.

<sup>39</sup> Yargıtay 7’nci Ceza Dairesinin 16.07.2007 tarih ve 2006/17637 E. 2007/5753 K. Sayılı kararında “... cevap ve düzeltme hakkının kişilik haklarına saldırı ve gerçeğe aykırı yayım yapılmasına karşı düzenlenmiş

<sup>35</sup> Güzel, a.g.e., s. 69.

tere göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yani ilgili yayında belirtilen konunun, gerçek olup olmadığı hususu, cevap ve düzeltme başvurusunda bulunan kişinin şahsi telakkilerine göre değil, tarafların sundukları bilgi ve belgeler ışığında, objektif kriterlere göre belirlenecektir.

Hâkimin önüne gelen olayı objektif kıstasa göre değerlendirirken maddi gerçeği mi; yoksa görünen gerçeği mi hükmüne esas alacağı meselesi de doktrindeki bir diğer tartışmalı husustur. Basın Kanunu kapsamında hâkime, cevap ve düzeltme hakkının yayınlanıp yayınlanmaması hususunda karar vermesi için verilen süreler çok kısa tutulmuştur. Her ne kadar bu süreler düzenleyici süreler olup hâkimin yaptırım altında tutulması da, gerek bu sürelerin varlığı, gerek iş yükü, gerek hâkimin dosya üzerinden ve duruşmasız karar verecek olması, gerekse maddi gerçeği araştırmanın muhtemel bir zaman kaybına sebep olarak, cevap ve düzeltmeden beklenen yarar azaltacağı dikkate alındığında, hâkimin maddi gerçekliği değil görünen gerçeği arama gerekir. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 14.10.1993, 1993/4911-5847 E. K. sayılı kararında;

“Haberin gerçekliğine yönelik hâkim incelemesinin objektif ölçülere dayanması, ilgisince gerçeğe aykırı sayılmasının değil, basının haber verme hakkının ve toplumun bilgi edinme olanağının sınırlandırılmasına yol açmayacak biçimde görünürdeki gerçeğe uygun olup olmadığının asıl alınması; maddi gerçek araştırılma durumunda olmadığı için ortada görünen durum ve tarafların iddialarını kanıtlamak için sundukları bilgi ve belgeler değerlendirilmek üzere sonuca ulaşılması, hukuksuzlukta cevap ve düzeltme sistemimizce benimsenen yöntem olmasına göre...”

diyerek cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili olarak maddi gerçeğin değil, görünürdeki gerçeğin aranacağı, hâkimin bu durumu tespit

ederken de tarafların sundukları bilgi ve belgelere göre karar vereceğini net bir şekilde ortaya koymuştur.

Belirtelim ki, gerçeğe aykırılık ilk etapta sorumlu müdür tarafından değerlendirilecektir. Sorumlu müdür cevap ve düzeltme metnini yayımlamaz ise, gerçeği aykırılığı belirleme görevi hâkime düşecektir.<sup>40</sup>

Ayrıca belirtmek gerekir ki, haberin cevap veren lehine olması, onu yüceltmesi; haberin gerçeğe aykırı olması koşuluyla, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasına engel sayılmaz. Örneğin; “X hoca çok parlak bir derece ile profesör oldu” gibi bir haber yayınına karşı X, “profesörlüğe değil doçentliğe yükseldiği veya bu akademik yükselmelerde derecelenmenin söz konusu olmadığı” biçiminde bir cevap verme hakkına sahiptir.<sup>41</sup>

## b. Cevap ve Düzeltme Hakkının Tarafları

Mülga 5680 sayılı Basın Kanunu, “Kişiler, devlet daireleri, kamu müesseseleri ve tüzel kişiler” olarak bu hakkı kullanabilecekleri ayrıntılı olarak saymıştır. 5187 sayılı Basın Kanunu ise yalnızca kişilerden bahsetmiştir. İşte her iki kanundaki bu düzenleme farkından giderek ve ayrıca 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 14. maddesinin son fıkrasındaki “Düzeltilme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi hâlinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir” ifadesindeki “ölmesi” ibaresinden yola çıkan bir görüş yalnızca gerçek kişilerin bu hakkı kullanabileceklerini savunmuştur.<sup>42</sup> Bir başka görüşe göre ise, mülga 5680 sayılı Basın Kanunu’nda tüzel kişilerden bahsedilmişken 5187 sayılı Basın Kanunu sadece kişilerden bahsederek cevap ve düzeltme hakkını kullanabilecek olanları genişletmek istemiştir. Bu yüzden tüzel kişi olmayan gruplar da bu hakkı kullanabileceklerdir.<sup>43</sup>

bir hak olduğu bunun haber verme hakkının sınırlandırılmasına yol açacak yaygınlıkta kullanılamayacağı, ilginin gerçeğe aykırılık iddiasının objektif ölçülere dayanılarak değerlendirilmesi gerektiği...” belirtilerek bu husus açıklanmıştır. (Benzer bir karar için bkz.: Yargıtay 7. CD’nin 2005/8476 E. 15460 K. Sayılı kararı.) Akt.: Kerim Tosun-Mustafa Artuç, *Türk Hukukunda Suçlar ve Kabahatler ile Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Ceza Yasaları*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, C: 1, Ankara, 2008, s. 563.

<sup>40</sup> Cevap ve düzeltme yazısının öncelikle sorumlu müdüre gönderilmesi gerektiği hakkında bkz.: Y. 7. CD. E. 2005/8472, K. 2006/15141, T. 20.9.2006; (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 10 Ocak 2013.

<sup>41</sup> Sena Coşkun, a.g.t., s. 71.

<sup>42</sup> İçel, Ünver, a.g.e., s. 200.

<sup>43</sup> Sena Coşkun, a.g.t., s. 72.

Kanaatimizce<sup>44</sup>, yukarıda zikredilen her iki görüşe de katılmak mümkün değildir. Kişiler tabirinden, hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin anlaşılacağı, ayrıca tüzel kişiler tabirinin de hem kamu hukuku tüzel kişilerini hem de özel hukuk tüzel kişilerini kapsayacağından kuşku duymamak gerekir. Bu nedenle 5187 sayılı Kanun'da yer verilmeyen, tüzel kişiliği haiz olmayan devlet daireleri veya kamu müesseseleri kendi aleyhlerindeki yayımlara karşı cevap ve düzeltme hakkını kullanamayacaklardır. Bu hususla ilgili olarak, doktrinde, tüzel kişiliği olmayan toplulukları, meslek gruplarını hedef alan yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkının kullanılıp kullanılmayacağı hususu ele alınmıştır. İçel, haklı olarak, tüzel kişi niteliğinde olmayanların bu hakkı kullanamayacaklarını belirtmiştir. Yazara göre, koşulları mevcutsa topluluğu oluşturan kişilerin bu hakkı kendileri için kullanabilmeleri mümkün olacaktır. Hatta bireylerden birisinin cevap ve düzeltme hakkı kullanması durumu açıklığa kavuşturuyorsa, topluluğun diğer mensuplarının bu hakkı kullanmaları mümkün olacaktır.<sup>45</sup>

Bir başka husus, ölmüş kişilerin durumudur. Basın Kanunu'nun 14. maddesinin son fıkrasında "Düzeltilme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi hâlinde bu hakkın, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilmesi" belirtilmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır ki, o da ölen kişinin mirasçılarının bu hakkı kullanabilmeleri için ölen kişi bakımından cevap ve düzeltme hakkının doğmuş olması; yani yayımın ilgili kişi ölmeden evvel yapılmasıdır. Bu anlamda olmak üzere, kişi öldükten sonra cevap ve düzeltme hakkının doğumuna sebep olacak bir yayımın gerçekleşmesi durumunda, mirasçılar bu hakkı kullanamayacaklardır. Kanunda mirasçılardan bahsedildiğine göre, buradan hem kanuni mirasçıları hem de ölüme bağlı tasarruf ile mirasçı durumuna gelenler anlaşılmalıdır.<sup>46</sup> Ölen kişi yerine cevap ve düzeltme hakkını kullanacak kişinin, miras hukuku kurallarına göre hukuken "varis" niteliğine sahip olması

gerekeceğinden, mirası reddeden varisin cevap ve düzeltme hakkı yoktur.<sup>47</sup>

Mirasçının ölen adına cevap ve düzeltme hakkını kullanması durumunda, cevap ve düzeltme hakkının kullanılması için öngörülmesi olan yayım tarihinden itibaren işlemeye başlayacak iki aylık düzeltme ve cevap hakkı süresine bir ay daha ilave edilir. Kanuna göre bu hak mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Bu anlamda kanun, mirasçıların bu hakkı hep birlikte kullanması zorunluluğunu getirmemiştir.

Bir başka husus ise yabancıların durumudur. Gerek 1982 Anayasası'nda, gerek ise 5187 sayılı Basın Kanunu'nda cevap ve düzeltme hakkını yabancıların kullanıp kullanamayacakları hususunda bir düzenleme yoktur. Aksine hüküm bulunmadığından yabancıların ve hatta vatansızların bu hakkı kullanabilecekleri hususunda tereddüt etmemek gerekir. Coşkun'a göre de, cevap ve düzeltme hakkı temel hak ve özgürlüklerden olup, yabancıların da temel hak ve özgürlüklerden yararlanabileceğini ileri süren 1982 Anayasası'nın 16. maddesi burada işletilerek ve referans alınarak yabancıların da bu hakkı kullanabilecekleri sonucuna varılmalıdır.<sup>48</sup>

Cevap ve düzeltme hakkı, yayına hedef olan kişi tarafından şahsen kullanılabilir, kişiye sıkı biçimde bağlı temel bir haktır. Hakkın doğrudan ilgili tarafından kullanılması gerekir. Bu anlamda küçükler ve ehil olmayanlar cevap ve düzeltme hakkını bizzat kullanabilecekleri gibi, kanuni temsilcileri aracılığı ile de kullanabilirler. Bazı yazarlara göre ise, vekâletle özel hüküm olmak kaydıyla vekil de cevap hakkını kullanabilecektir.<sup>49</sup> Altunç'a göre ise, cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilmesi için, her halükarda ilgilinin rızası aranmalıdır. Dolayısıyla, vekâletnamede genel yetki bulunsa dahi, vekil, müvekkilin talebi üzerine harekete geçmeli veya en azından, cevap ve düzeltme hakkının doğduğuna inandığı hâllerde, durumdan müvekkili haberdar ederek, onun onayını aldıktan sonra cevap ve düzeltmeyi göndermelidir. Böylece, cevap ve düzeltme

<sup>44</sup> Aynı görüş için bkz.: Altunç, a.g.t., s. 81-82; Güzel, a.g.e., s. 72.

<sup>45</sup> Benzer görüş için bkz.: Sena Coşkun, a.g.t., s. 44; Altunç, a.g.t., s. 82-83; Güzel, a.g.e., s. 72.

<sup>46</sup> A.g.t., s. 83.

<sup>47</sup> Çiftçi, a.g.m., s. 69.

<sup>48</sup> Sena Coşkun, a.g.t., s. 43.

<sup>49</sup> İçel-Ünver, a.g.e., s. 201.

başvurusunun sadece vekilin imzasıyla yapılması, müvekkilin rızası, imza dışında başka bir yolla da ispat edilebildiği sürece, sakınca yaratmayacaktır.<sup>50</sup> Uygulamada vekilin avukat olması durumunda, genel dava vekâletinde ayrıca bu hususa ilişkin özel yetkinin sulh ceza hâkimlerince aranmadığı müşahede edilmiştir.<sup>51</sup>

### c. Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılma Usulü ve Süreleri

Cevap ve düzeltme hakkının doğması hâlinde hak sahibi, hazırlayacağı cevap ve düzeltme metnini ilgili sorumlu müdüre göndermelidir. Cevap ve düzeltme metninin sorumlu müdüre gönderilmesi öncelikli bir şart olup cevap ve düzeltme hakkının yayınlanıp yayınlanmayacağına karar verecek ilk mercii sorumlu müdürdür. Cevap ve düzeltme metninin sorumlu müdüre gönderilmeksizin doğrudan yayınlanmasına karar verilmesi amacıyla mahkemeye başvurulması durumunda bu başvuru reddedilecektir. Ayrıca sorumlu müdürün bu cevap ve düzeltme metnini yayınlamaması da suç oluşturmayacaktır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.03.1986 tarihli 1985/7-401 E. 1986/89 K. sayılı kararında "Cevap ve düzeltme yazısı hazırlayıp yayınlamak isteyen gazete ve derginin sorumlu yazı işleri müdürüne başvurusu, yasanın ön koşuludur. Bu başvuru yapılmadan doğrudan istemle karşılaşan Sulh ceza hâkiminin, 'ilk başvurusunun sorumlu yazı işleri müdürüne yapılması gerektiği' gerekçesiyle istemi reddetmesi gerekir. Sorumlu yazı işleri müdürüne başvurulmadan cevap ve düzeltme yazısının yayınlanmasına karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda, söz konusu yazıyı yayınlamayan sorumlu yazı işleri müdürünün eylemi suç oluşturmaz."<sup>52</sup> diyerek bu durumu açıkça ortaya koymuştur.

Sürelî yayının sorumlu müdürünün birden fazla olması durumunda ise, bu yükümlülük, cevaba konu olan yazı veya resmin yayınlandığı kısmın sorumlu müdürüne aittir. Doktrinde<sup>53</sup>, haklı olarak, cevap veya düzeltmeyi gerektiren yazı veya resmin çıktığı nüshanın sorumlu müdürünün sonradan değişmesi hâlinde, cevabın yayınlanacağı sıradaki sorumlu müdürün bu konuda yükümlü olması gerektiği düşünülmektedir.

Cevap ve düzeltme hakkı sahibi ilgili yayının yapılmasından itibaren iki ay içerisinde hazırlayacağı metni sorumlu müdüre göndermelidir. Buradaki iki aylık süre hak düşürücü süredir.<sup>54</sup> Bu iki aylık sürenin geçirilmesinden sonra bu hak kullanılamayacaktır.<sup>55</sup> Bu sürenin başlangıç tarihi cevap ve düzeltmeye sebep olan eserin yayım tarihidir. Bu anlamda cevap ve düzeltme hakkını kullanmak isteyen kişinin, bu yayımdan haberinin olmaması ya da kusuru bulunmaksızın dahi iki aylık süre içinde bu hakkı kullanamaması sonucu değiştirmez.<sup>56</sup> İki aylık süre hak düşürücü süre olduğundan durması ya da kesilmesi mümkün değildir. Hâkim önüne gelen davada bu süreyi resen dikkate almalıdır. Kanun koyucunun cevap ve düzeltme hakkı bakımından böyle bir hak düşürücü süre koyması cevap ve düzeltme hakkının mahiyeti gereğidir. Cevap ve düzeltme hakkı, hak sahibine aynı kitle iletişim aracıyla en kısa sürede cevap verme olanağı tanıyarak, hak sahibi hakkında yapılan yayımın etkinliğini azaltmayı amaçladığından, belirli bir sürenin geçmesinden sonra güncelliğini ve aktüelliğini yitiren bu yayımlarda artık bu menfaatin olmadığını kabul etmek gerekir.

İki aylık sürede olduğu gibi, sulh ceza hâkimine başvuru için konulan on beş günlük süreler hak düşürücü sürelerdir. Sulh ceza hâkimi üç gün içinde duruşma yapmaksızın talebi karara bağlar. Bu üç günlük süre düzen-

<sup>50</sup> Altunç, a.g.t., s. 87.

<sup>51</sup> Güzel, a.g.e., s. 72.

<sup>52</sup> Kararın Yargıtay'ca 5860 sayılı Kanun döneminde verilmesine rağmen, cevap ve düzeltme metninin önce sorumlu müdüre gönderileceği sisteminin 5187 Sayılı Basın Kanun'unda da sürdürüldüğü gözetildiğinde Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen kararının hâlâ geçerli olduğu açıktır. Bkz.: Y. 7. CD. E. 2005/8472, K. 2006/15141, T. 20.9.2006; (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 10 Ocak 2013.

<sup>53</sup> İçel-Ünver, a.g.e., s. 204.

<sup>54</sup> Güzel, a.g.e., s. 73; Cevat Özel, *Kitle İletişim Araçları ve Kişilik Haklarının Korunması*, 1. Basım, Arion Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 37.

<sup>55</sup> Bkz.: YGHK. E. 2012/4-96, K. 2012/276, T. 4.4.2012; (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 10 Ocak 2013.

<sup>56</sup> Benzer görüşler için bkz.: İçel, Ünver, a.g.e., s. 214-215; Mehmet Sinan Altunç, a.g.t., s. 90-91; Sena Coşkun, a.g.t., s. 74.



leyici süre olduğu için hâkimin daha geç karar vermesi de mümkündür. Bu karara karşı acele itiraz<sup>57</sup> yoluna gidilerek asliye ceza mahkemesinde itiraz etmek mümkündür.

Bu aşamada uygulamada var olan önemli bir eksikliği belirtmekte fayda vardır. Sulh ceza hâkimi, cevap ve düzeltme talebini kabul ederse, bu sorumlu müdürün aleyhine verilmiş bir karar olduğundan, bu karar mahkemece sorumlu müdüre tebliğ edilecektir. Böylelikle sorumlu müdür, sulh ceza hâkiminin verdiği karardan haberdar olacak ve 5187 sayılı Kanun'un 14/5 maddesi gereğince gerekli gördüğü takdirde bu karara itiraz edebilecek ve savunma hakkını kullanmış olacaktır. Fakat tersi olduğunda, yani özellikle bazı basit belgeler (ihtar metni, yayın, vs.) olmaksızın, eksik belge ile cevap ve düzeltme talebinde bulunulduğunda, sulh ceza hâkimi talebi reddedecektir. Bu karar, uygulamada sorumlu müdürün lehine bir karar olduğundan, sorumlu müdüre tebliğ edilmemektedir. Talebin reddi kararı, cevap ve düzeltme talebinde bulunanın aleyhine bir karar olduğundan, talepte bulunanın karara itiraz hakkı vardır. Bu karar ise, talebi reddedilen ilgiliye tebliğ edilecek, ilgili ise bu eksik belgeleri tamamlayarak bir üst mahkemeye itiraz ettiğinde itiraz mercii şartları var ise itirazı kabul edecektir. İşte burada itiraz mercii'nin verdiği karar kesin olup, sorumlu müdürün itiraz hakkı kalmamaktadır. Sulh ceza hâkiminin cevap ve düzeltme talebinin reddi kararının sorumlu müdürün lehine bir karar olduğu gerekçesiyle tebliğ edilmemesi neticesi, itiraz aşamasında bu karardan haberi olmayan sorumlu müdürün savunma hakkı kısıtlanmakta; yani bir nevi itiraz hakkı niteliği gereği çalıştırılmamaktadır. Kolaylıkla kötüye kullanılabilir bu durum ile ilgili, kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>58</sup> Güzel'e göre, bu problemin halli için sulh ceza hâkiminin kararının her iki tarafa da tebliğ edilmesi gerekir.<sup>59</sup> Bu hususa örnek teşkil edebilecek nitelikteki 07.05.2009

tarihli *Haber Türk* gazetesi Ekonomi ekinde verilen tezkibe, gazetecinin verdiği tepki ilgi çekicidir; zira gazeteci öncelikle cevap ve düzeltme metnini yayımlamış, yayımın hemen altında ise "Tekzibe Tekzip" başlığı ile "... İlk başvuruda birinci mahkemenin (sulh ceza mahkemesi) kabul etmeyip reddettiği tekzip metnini, nasıl olmuşsa ikinci mahkeme kabul etmiş ve bize savunma hakkı tanımadan yayımlanmak üzere gazetemize göndermiş... Maalesef hilaf-ı hak olsa da adaletin kestiği parmak acımaz düsturu icabı yayınlamak zorundayız." şeklinde itirazlarını ifade etmiştir.<sup>60</sup>

Her ne kadar kanun koyucu cevap ve düzeltme metninin "ilgili yazıdan" uzun olamayacağını belirtmiş ise de, aslında buradaki ilgili yazıdan uzun olamaz ibaresini, "yazının cevap ve düzeltme hakkı sahibiyile ilgili kısımdan uzun olamaz" şeklinde anlamak gerekir. Mademki kanun koyucu cevap ve düzeltmeye sebep olan eser ile cevap ve düzeltme hakkı arasında bir denge kurmak istemektedir, bu nedenle buradaki hükmü bu şekilde anlamak gerekir. Nitekim Yargıtay da bir kararında "... Tekzip metninin ilişkin olduğu yazının cevap vereni ilgilendiren kısmından fazla olamayacak biçimde düzenlenmesi zorunluluğuna da uyulmadığı gözetilmeden..." diyerek bu ilkeyi benimsediğini göstermiştir.<sup>61</sup>

Burada değinilmesi gereken önemli bir konu da sulh ceza hâkiminin cevap ve düzeltme metnine müdahale edip edemeyeceğidir. İleride anlatacağımız gibi, TRT kurumunun yayınlarına karşı cevap ve düzeltmeyi düzenleyen 2954 sayılı Kanun'un 27. maddesinde açıkça hâkimin cevap veya düzeltme metnine müdahale ederek metni değiştirebileceğini öngören bir düzenleme 5187 sayılı Basın Kanunu'nda bulunmamaktadır. Coşkun, 5187 sayılı Kanunda hâkimin metne müdahalesinin düzenlenmediğini, fakat kanunların özülüyle ve sözüyle yorumlanacağı kuralı gereği hâkimin cevap ve düzeltme metnine müdahil olabilmesi gerektiğini savunmuştur.<sup>62</sup> Kanaatimiz-

<sup>57</sup> 5271 sayılı CMK madde 7/2 ile acele itiraz yolu kalktığı için, buradaki acele itiraz ibaresinden itiraza ilişkin hükümleri anlamak gerekir. İtiraz usulü ve inceleme mercileri hakkında bkz.: 5271 sayılı CMK madde 268.

<sup>58</sup> Güzel, a.g.e., s. 77.

<sup>59</sup> Anayasa.

<sup>60</sup> Guntay Şimşek, "Tekzibe Tekzip", *Haber Türk* gazetesi Ekonomi Eki, 07.05.2009, s. 4; (Çevrimiçi) <http://www.haberturk.com/yazarlar/guntay-simsek/-218482-cevap-ve-duzeltmedir>, 10 Ocak 2013.

<sup>61</sup> Yargıtay 7'nci CD. E. 2006/17637, K. 2007/5752, T. 16.07.2007; Akt.: Tosun, Aruç, a.g.e., s. 563.

<sup>62</sup> Sena Coşkun, a.g.t., s. 78-79.

ce, hâkim cevap ve düzeltme ile ilgili olarak, kanun metninden de anlaşılabilirliği gibi üç şekilde karar verebilecektir. Hâkim, ya cevap ve düzeltmenin yayınlanmasına veya yayınlanmamasına ya da kanuna aykırı yayımlandığı iddia ediliyorsa, kanuna uygun şekilde yayınlanmasına karar verebilir. Hâkim bunun dışında bir karar veremez. Örneğin, hâkim cevap ve düzeltme metninde bir suç unsuru bulmuş ise cevap ve düzeltmenin yayınlanmamasına karar verecektir. Cevap ve düzeltme metnine müdahale ederek suç unsurunu metninden çıkaramaz. Aksi bir sonuca varmak için, yani hâkimin metne müdahalesini kabul edebilmek için TRT kanunundakine benzer yasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Üstünde durulması gerekli bir diğer husus ise, cevap ve düzeltmeye konu olan yayımdan dolayı ilgiliden özür dilenmesinin veya bu hususla ilgili olarak ilgilinin cevap ve düzeltme niteliğinde olmayan görüşlerine yer verilmesinin, cevap ve düzeltmeyi yayınlama zorunluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesinin bu konuya dair 12.2.2004 tarihli kararı dikkat çekicidir. Mahkeme, gazete tarafından ilgiliden özür dilendiğini ve görüşlerinin kamuoyuna aktarıldığını belirterek, cevap ve düzeltmenin yayınlanmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Kanaatimizce, mahkemenin bu kararı yerinde değildir; zira ilgilinin görüşünün gazete tarafından bir şekilde yayımlanmış olmasının cevap ve düzeltme hakkını ortadan kaldıracığı veya gereksiz kılacağı iddiası doğru kabul edilmemelidir. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması (aynı punto gibi) birtakım koşullara bağlanmıştır ve bu koşullar, hakkın kullanılmasıyla hedeflenen amaca ulaşılmasını sağlar. Bu koşulların varlığı olmaksızın tamamen gazetenin kendi iradesiyle yaptığı bu yayının, cevap ve düzeltmenin yerine geçmesi kabul edilemez.<sup>63</sup>

#### d. Cevap ve Düzeltme Metninin Yayınlanmaması

Cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması suçu, 5187 sayılı Kanun'unun 18. maddesinde<sup>64</sup> düzenlenmiş ve birtakım yaptırımlara

bağlanmıştır. Belirtelim ki, cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması suçu bir basın suçudur. Doktrinde basın suçları çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur.<sup>65</sup> Yapılan bu ayrıma göre, cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması suçu, basın düzenine karşı suçlar kapsamına girmektedir. Bu suçun oluşması için ise, cevap ve düzeltmenin yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmalıdır.

5187 sayılı Basın Kanunu'nda, 5680 sayılı Basın Kanun'undan farklı olarak, ilgilinin talebi üzerine, şekil ve şartlara uyulmadan cevap ve düzeltme yayımlanması cezalandırılmamaktadır. Şu hâlde, sadece hâkim kararına uymamak söz konusu olduğunda yaptırım uygulanmaktadır.<sup>66</sup>

Belirtelim ki, kesinleşmiş hâkim kararına uymama, yayımlanmasına karar verilen cevap ve düzeltme yazısını hiç yayımlamama şeklinde olabileceği gibi, 14. maddede belirtilen süreler geçtikten sonra veya aynı maddenin birinci fıkrası hükmüne aykırı yayımlama şeklinde de olabilir.

lu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili on milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ağır para cezası, bölgesel süreli yayınlarda yirmi milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda elli milyar liradan az olamaz.

Sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilen ağır para cezasının ödenmesinden yayın sahibi, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Düzeltilme ve cevap yazısının yayımlanmaması veya 14 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlara uyulmaksızın yayımlanması hâllerinde hâkim ayrıca, masraflar yayın sahibi tarafından karşılanmak üzere, bu yazının tirajı yüz binin üzerinde olan iki gazetede ilân şeklinde yayımlanmasına da karar verir.

<sup>63</sup> İçel ve Ünver, basın suçlarını ikiye ayırmaktadır: basılmış eserin içeriğine ilişkin suçlar ve basın düzenine karşı suçlar. Basılmış eserin içeriğine ilişkin suçları da kendi içinde "dar anlamda basın suçları" ve "basın yoluyla işlenen suçlar" olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Dar anlamda basın suçları sadece basılmış eserle işlenebilen, başka bir eserle işlendiğinde cezalandırılmayan suçlardır. Basın yoluyla işlenen suçlar ise, her türlü araçla işlenmesi olanağı bulunan suçların fiilen basılmış eserle işlenmesidir. Basın düzenine karşı suçlar ise, kanunların basın faaliyetinin yürütülmesi yönünden koyduğu koşullara ve yüklediği yükümlülüklerle aykırı davranışlardan doğan suçlardır. (Bkz.: İçel-Ünver, a.g.e., s. 255, 256.)

<sup>64</sup> Madde 18: Düzeltme ve cevabın yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş hâkim kararlarına uymayan sorum-

<sup>65</sup> Altunç, a.g.t., s. 102.

<sup>63</sup> Altunç, a.g.t., s. 93-94.

<sup>64</sup> Madde 18: Düzeltme ve cevabın yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş hâkim kararlarına uymayan sorum-

5187 Sayılı Basın Kanunu, mülga 5680 Sayılı Basın Kanunu'na göre cevap ve düzeltmenin yayımlanmamasını daha ağır müeyyidelerle bağlamıştır. Korunan hukuki menfaatin yargının otoritesi olması sebebiyle, mahkeme cevap ve düzeltmenin yayımlanmamasında sorumlu müdürün haklı sebebe dayanıp dayanmadığını göz önüne alamaz.<sup>67</sup>

Sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilen adli para cezasının ödenmesinden yayın sahibi, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Hâkim karar verirken ilanın yayımlanacağı gazete isimlerini belirtmeyecektir. Bu hususta mahkeme Basın İlan Kurumuna yazı yazacaktır, aksi takdirde infaz sınırlanmış olur.<sup>68</sup> Hangi gazetenin yüz binin üzerinde tiraja sahip olduğunu, Basın İlan Kurumu belirleyecektir.<sup>69</sup>

#### e. Cevap ve Düzeltme Metninin Yayımlanmasına İlişkin Yargı Kararının Cebri İcra Yolu İle İnfazı

Cevap ve düzeltme metninin yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş yargı kararının sorumlu müdür tarafından uygulanmaması durumunda, acaba sadece Basın Kanunu'nun 18. maddesindeki müeyyidelerin uygulanması yeterli olacak mıdır? Bir başka ifadeyle, 18. maddedeki müeyyideler, kararın infazını da kapsayıcı nitelikte midir? Kanaatimizce 18. madde, yargı kararının uygulanmaması ile bozulan basın düzenini yeniden tesis edici mahiyettedir; yoksa cevap ve düzeltme hakkını doğuran yayın ile oluşan ihlali ortadan kaldıracı nitelikte değil. Cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması ile oluşan yayından kaçınma suçunun basın düzenine karşı suçlardan olması da bunu destekleyici niteliktedir; zira 18. madde ile uygulanan müeyyideler; cevap ve düzeltme hakkı

doğuran yayın sebebiyle değil, yargı kararı ile kesinleşen cevap ve düzeltme metninin yayımlanmaması suretiyle basının idari düzenini bozması sebebiyle öngörülmüştür. Sadece bu müeyyidelerle yetinilmesi durumunda, cevap ve düzeltme hakkı doğuran yayın ile oluşan hak ihlali müeyyidesiz kalmış olacaktır; buna ek olarak, yargı otoritesinin de zedeleneceği de açıktır. Şu hâlde, sorumlu müdür tarafından cevap ve düzeltme metnin yayımlanmaması durumunda, ilgili metnin yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş yargı kararının cebri icra yoluyla infaz edilmesinin kabulü gerekir. Bu durumda sorulması gereken soru ise bu tür bir infazın hukuken mümkün olup olmadığıdır ya da göreceğimiz üzere sorulabilecek en doğru soru belki de şudur: Cevap ve düzeltme metnine ilişkin kesinleşmiş yargı kararının cebri icra yolu ile infaz edilmesine *hukuken* bir engel var mıdır?

Bu soruya cevap vermeden önce, Adem Sözüer'in konuya ilişkin karar tahlilinden<sup>70</sup> de faydalanarak, cevap ve düzeltme metninin yayımlanmasına ilişkin kararın hukuki niteliğine açıklık getirelim:

Sözüer bahsi geçen karar tahlilinde, Yargıtay'ın konuya ilişkin 23.12.1998 tarihli kararını incelemiştir. İlgili kararda Tetkik Mercii Hâkimliği, Basın Kanunu'nda ceza mahkemesince verilen tekzip ilamları hakkında icrai takibata geçileceği hususunda bir açıklık bulunmadığı gerekçesiyle icra takibinin iptaline hükmetmiştir. Bu kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise cebri icranın ancak ekonomik değeri olan ve başkalarına devredilebilen mallar için mümkün olduğu ve ayrıca ilgili kararın yerine getirilmesinin durumunda müeyyidesinin Basın Kanunu'nda öngörülmüş bulunması gerekçesiyle Tetkik Mercii Hâkimliğinin kararını hukuka uygun bulmuştur.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Sahir Erman- Çetin Özek, *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 4. Baskı, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 239.

<sup>68</sup> Tosun-Artuç, a.g.e., s. 569.

<sup>69</sup> 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanunun 34'üncü maddesi ilk fıkrası şu şekildedir: Madde 34: Resmî ilan verilecek mevkutelerin vasıfları: a) Mündercat, b) Sayfa sayısı ve ölçüsü, c) Kadro, ç) Fiili satış, d) En az yayın hayatı süresi, Bakımlarından ve uygun görülecek diğer yönlerden Basın-İlan Kurumu Genel Kurulunca tespit olunur.

<sup>70</sup> Adem Sözüer, "Cevap ve Düzeltme Metninin Yayımlanmasına İlişkin Yargı Kararı İcra Yoluyla İnfaz Edilebilir mi?", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, Beta Basım, C: 17, İstanbul, S: 1-2, 1997-1998, s. 373-391, (Çevrimiçi) <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmhb/article/viewFile/3118/2706>, 7 Ocak 2013.

<sup>71</sup> Y. 12. HD, E. 1998/14067, K. 1998/14926, T. 23.12.1998; Akt.: Sözüer, a.g.m., s. 374.

Belirtelim ki; cevap ve düzeltme metninin yayımlanmasına ilişkin karara yönelik muhakeme, uyuşmazlığı esastan çözmeye yönelik değildir. Başka bir ifadeyle; buradaki inceleme yayının hukuka aykırı olup olmadığı değil, ilgilinin cevap ve düzeltme hakkını kullanmasına yönelik olarak ilgili kanunda öngörülen şartların bulunup bulunmadığının belirlenmesidir. Şu hâlde bahsi geçen karar, ceza yaptırımını niteliğinde bir karar olmayıp, yayının ilgili bakımından cevap ve düzeltme hakkını doğurduğunu tespit eden ve sorumlu müdüre ilgili metni yayımlama edimini yerine getirme zorunluluğu yükleyen bir karar olmaktadır.<sup>72</sup> Bu durumda, cevap ve düzeltme kararının ilamların icrası yolu ile infaz edilmesi için kanunilik şartı arayan Tetkik Mercinin kararı, isabetsizdir; zira Anayasamızda<sup>73</sup> da düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezai nitelikteki hükümler için geçerlidir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi, konumuza ilişkin karar cezai nitelikte olmayan ve bir edimi içeren mahkeme ilamı niteliğindedir ve bu sebeptendir ki, bu kararın yerine getirilmesi için ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur; zira ilgili kurallar zaten İcra İflas Kanunumuzda düzenlenmiştir. Öte taraftan Yargıtay, cebri icranın ancak ekonomik değeri olan ve başkalarına devredilebilen mallar için mümkün olduğunu iddia etmiştir; ancak cebri icranın ekonomik değeri olmayan konularda da mümkün olduğu durumlar vardır.<sup>74</sup> Yargıtay bunun yanında, kararın yerine getirilmemesi durumunun müeyyidesinin Basın Kanununda öngörülmüş olduğunu iddia etmektedir ki, bu hususa ilişkin yukarıda belirttiğimiz gerekçeler sebebiyle, bu iddiayı da isabetli bulmuyoruz.<sup>75</sup>

Cevap ve düzeltme metnine ilişkin kesinleşmiş yargı kararının niteliğine dair yaptığımız kısa açıklama neticesinde, asıl sorumuza gelelim; ilgili kararın cebri icra yolu ile infaz edilmesine hukuken bir engel var mıdır? Belirtelim ki, İİK hükümlerine göre<sup>76</sup> ilamların icrası

bakımından öncelikle bir ilamın<sup>77</sup> bulunması gerekir. İlamların ise hukuk, ceza veya idare mahkemelerince verilmesi mümkündür. Mahkeme ilamlarının icra yoluyla infaz edilebilmesi için o ilamın mutlaka bir hukuk mahkemesince verilmesine gerek yoktur.<sup>78</sup> İlamlı takip için aranan diğer bir şart ise ilamın bir edimi içermesi gerektirir.<sup>79</sup> Konumuz açısından bir değerlendirme yaparsak, ilamın ceza mahkemesince verilmesi ve ilgili ilamın bir edimi<sup>80</sup> içermesi dolayısıyla, cevap ve düzeltme metnine ilişkin kesinleşmiş yargı kararının cebri icra yolu ile infaz edilmesine hukuken herhangi bir engelin bulunmadığını görmek güç olacaktır.<sup>81</sup>

## 2. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon (TRT) Kanununun "Düzeltilme ve Cevap Hakkı" başlıklı 27. maddesinde<sup>82</sup> TRT'deki yayınlara

<sup>77</sup> Yargılama sonucunda mahkeme tarafından verilen karar yazılarak taraflara imzalı ve mühürlü olarak verilir. Bu yazıya "ilam" adı verilir.

<sup>78</sup> Ceza mahkemelerince tazminata veya yargılama giderlerine ilişkin kararlar ilamlı takip yolu ile infaz edilmektedirler.

<sup>79</sup> Ceza niteliğindeki bir hükmü içeren ilamlar, ilamlı icraya konu olamazlar.

<sup>80</sup> Cevap ve düzeltme metnini yayımlama edimi.

<sup>81</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sözüer, a.g.m., s. 384-390.

<sup>82</sup> Madde 27: Yayınlarda bir kişinin haysiyet ve şerefine dokunulması veya kendisi ile ilgili olarak gerçeğe aykırı hususlar bulunması hâlinde; a) Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu, o kişinin yayın tarihinden başlayarak yedi gün içinde göndereceği düzeltme ve cevap metnini, Genel Müdürlüğe alınmasından başlayarak üç gün içinde yayınlamakla yükümlüdür. b) Bu düzeltme ve cevap metninde, yayının niteliğinin yukarıdaki fıkra kapsamına girdiği, yayında kendisine gerçeğe aykırı olarak bir husus atfedildiği veyahut şeref ve haysiyetine dokunulduğu veya gerçeğin ne olduğu kısaca açıklanır. Cevap ve düzeltme metni, cevap ve düzeltmeye esas olan yayının süresinin ilgili bölümünün süresini aşamaz. c) Düzeltme ve cevap metninin bu Kanun hükümlerine uygun olmaması veya suç niteliğindeki ifadeler taşıması veyahut yeni bir düzeltme ve cevap hakkı doğurur nitelikte olması hâlinde, Genel Müdürlük bu talebi reddettiğini, yayınlamakla yükümlü olduğu üç günlük sürenin bitiminden itibaren iki gün içinde ilgisine bildirir. d) İlgili, bu ret kararına karşı, iki gün içinde Ankara Sulh Ceza Hâkimliği nezdinde itiraz edebilir. Hak sahibi, itirazını, Ankara Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmek üzere

<sup>72</sup> Oysa 5187 sayılı Kanunun 18'inci maddesi uyarınca verilen kararlar, cezai niteliktedir.

<sup>73</sup> Bkz.: Anayasa, madde 38.

<sup>74</sup> Bkz.: "Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilamlar" başlıklı İİK, madde 30.

<sup>75</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sözüer, a.g.m., s. 384-390.

<sup>76</sup> Bkz.: İİK, madde 24-41.

karşı kullanılabilir cevap ve düzeltme hakkı düzenlenmiştir. Doktrinde bazı yazarlar,<sup>83</sup> 3984 sayılı Kanun'un<sup>84</sup> cevap ve düzeltme hakkını, 2954 sayılı TRT Kanunu'ndan sonra yeniden düzenlediğinden ve 3954 sayılı Yasa bir sınırlama getirmediğinden, TRT yayınlarını da kapsayacağı, bu nedenle TRT Kanunu'nun 27. maddesinin uygulanamayacağını belirtmişlerdir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Keza ne mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ne de 6112 sayılı Radyo ve Televiz-

yonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu açıkça bu şekilde bir mülgayı düzenlemiştir. Ayrıca TRT Kanunu, gerek 3984 gerekse 6112 sayılı Kanunlara göre daha özel bir alanı düzenlemektedir.

TRT yayınlarının şekli, cevap ve düzeltme hakkının doğması bakımından önemli değildir. Kanun herhangi bir kısıtlama getirmediği için, ön hazırlıktan geçen veya geçmeyen yayınlara, canlı veya canlı olmayan yayınlara karşı da cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir. Keza, yayının haber, yorum, eğlence türünde olması da sonucu etkilemez. Hatta doktrinde, TRT tarafından yayınlanmaları zorunlu bulunan yayınlara karşı da cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilirliği ve bu yayınlardan TRT personelinin sorumlu tutulmamasının, kişilerin cevap hakkını ortadan kaldırmaması gerektiği belirtilmiştir. Zira cevap ve düzeltme hakkı, bir tür savunma hakkı olduğuna göre, yayını yapanın sorumluluğu ya da sorumsuzluğu ile ilgili değildir.<sup>85</sup>

Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında, cevap ve düzeltme hakkını kişilerin kullanabileceğinden, ikinci fıkrasında da özel hukuk tüzel kişilerinin kullanabileceğinden bahsetmiştir. Kanunun ayrıca özel hukuk tüzel kişilerinden bahsederken, kamu hukuku tüzel kişilerinden bahsetmemesi bu hakkı kamu hukuku tüzel kişilerin kullanamayacağı anlamına gelmez.<sup>86</sup> Keza kişi tabiri hem gerçek kişileri hem de tüzel kişileri, tüzel kişi tabiri de hem özel hukuk tüzel kişilerini hem de kamu hukuku tüzel kişilerini kapsamaktadır. Tüzel kişiliğe sahip bulunmayan kuruluşlar yönünden ise, haysiyet veya şeref kırıcı ya da gerçeğe aykırı bir yayın söz konusu olduğu takdirde, bu kuruluşlardaki gerçek kişilerden yayına dolaylı biçimde hedef olanlar cevap ve düzeltme hakkını kendileri için kullanabilirler.<sup>87</sup>

bulunduğu yer mahkemesine de verebilir. e) Ankara Sulh Ceza Hâkimi, en geç iki gün içinde düzeltme ve cevap metnini; suç niteliği olup olmadığı, yayın ile ilgili bulunup bulunmadığı, bu maddede yazılı şartlara uygun olup olmadığı, yeni bir düzeltme ve cevap hakkı doğurur nitelikte olup olmadığı ve süresi içinde Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna gönderilip gönderilmediği yönlerinden inceleyerek karar verir. Hâkim cevap veya düzeltme metninin aynen yayınlanmasına karar verebileceği gibi uygun göreceği değişiklikleri bizzat yaptıktan sonra yayınlanmasına da karar verebilir. Bu kararın birer örneği taraflara gönderilir. f) Taraflar, bu karara, kendilerine tebliğinden başlayarak iki gün içinde Ankara Asliye Ceza Hâkimliği nezdinde itiraz edebilirler. Bu itiraz ve karar hususlarında yukarıdaki (d) ve (e) bentleri hükümleri aynen uygulanır. g) Asliye Ceza Hâkiminin verdiği karar kesindir. Bu kararın Genel Müdürlüğe tebliğinden itibaren en geç iki gün içinde cevap ve düzeltmenin yayınlanması zorunludur. h) Düzeltme ve cevap hakkını kullanmadan ölen kimsenin bu hakkını mirasçıları birlikte veya bunlardan yalnız ilk başvurunu kullanabilir. i) Bu madde uyarınca ilgililere yapılacak tebligatlarda 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.

Özel hukuk tüzel kişilerin gönderilecek düzeltme ve cevap metinleri hakkında da bu madde hükümleri uygulanır.

Bu Kanunun 19'uncu maddesi uyarınca yapılan yayınlar nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan fakat Hükümete dâhil olmayan siyasi partiler, düzeltme ve cevap hakkı taleplerini yayın tarihinden başlayarak üç gün içinde Ankara Sulh Ceza Hâkimliği nezdinde yaparlar. Bu talepler hakkında bu maddenin (d), (e) ve (f) bentleri hükümleri uygulanır.

Siyasi partilerin radyo ve televizyondan özel kanunları uyarınca yapacakları seçim propaganda konuşmaları ile bu Kanunun 18'inci maddesi uyarınca yayınlanan Hükümet bildirisini veya konuşmaları hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz.

<sup>83</sup> İçel-Ünver, a.g.e., s. 418, 419.

<sup>84</sup> 3984 sayılı kanun 03/03/2011 tarih ve 27863 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 15/02/2011 tarih ve 6112 sayılı "Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun" 48'inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6112 sayılı Kanun ile doktrindeki görüşleri değiştirecek düzeyde yenilik yapılmadığı için, 3984 sayılı Kanun döneminde doktrinde belirtilen görüşler güncelliğini korumaktadır.

<sup>85</sup> İçel-Ünver, a.g.e., s. 383.

<sup>86</sup> Atilla Coşkun'a göre "Kişi tabiri hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsamaktadır. Radyo ve televizyon yayıncılığı bakımından uluslararası hukuk metinlerindeki anlam da bu yöndedir. Nitekim Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne uygun olarak onaylanarak *Resmî Gazete*'de yayımlanan o nedenle iç hukuk kuralı niteliğinde sayılan Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi hiçbir ayırım yapmaksızın tüzel kişileri cevap hakkı sahibi yapmaktadır." diyerek aynı yönde görüş beyan etmiştir. Atilla Coşkun, a.g.e., s. 80-81.

<sup>87</sup> İçel-Ünver, a.g.e., s. 384.

TRT yayınlarına karşı cevap ve düzeltme hakkını kullanmak isteyen kişi, yayın tarihinden başlayarak yedi gün içinde cevap ve düzeltme metnini, TRT Genel Müdürlüğüne göndermelidir. Buradaki yedi günlük süre hak düşürücü süredir.<sup>88</sup> Bu anlamda basın Kanunundaki iki aylık süreye ilişkin hususlar bu süre bakımından da geçerlidir.

TRT Kanunu'nun 27. maddesinin (e) bendine göre, "Ankara Sulh Ceza Hâkimi, en geç iki gün içinde düzeltme ve cevap metnini; suç niteliği olup olmadığı, yayın ile ilgisi bulunup bulunmadığı, bu maddede yazılı şartlara uygun olup olmadığı, yeni bir düzeltme ve cevap hakkı doğurur nitelikte olup olmadığı ve süresi içinde Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna gönderilip gönderilmediği yönlerinden inceleyerek karar verir. Hâkim cevap veya düzeltme metninin aynen yayınlanmasına karar verebileceği gibi uygun göreceği değişiklikleri bizzat yaptıktan sonra yayınlanmasına da karar verebilir. Bu kararın birer örneği taraflara gönderilir." Altunç'a göre, hâkim buradaki incelemesini cevap ve düzeltme metni üzerinde yapacak, başka bir ifadeyle hâkim, cevap ve düzeltme hakkının doğup doğmadığına bakamayacaktır.<sup>89</sup> Kanaatimizce, hâkim burada cevap ve düzeltme hakkının doğup doğmadığına da bakmalıdır. Her ne kadar kanunun lafzından Ankara Sulh Ceza Mahkemesinin sadece cevap ve düzeltme metnini inceleyebileceği ve sadece yukarıda belirtilen sebeplerle sınırlı olacak şekilde inceleyebileceği sonucuna varılabilirse de, aslında kanun metninde geçen cevap ve düzeltme metni ibaresini, "kanundaki koşullara uygun olup olmadığı" şartının gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından "cevap ve düzeltme hakkı" olarak anlamak gerekir. Aynı şekilde, hâkimin önüne gelen dosyada cevap ve düzeltme hakkının doğup doğmadığı hususunu, örneğin "şeref ve haysiyete dokunan" ya da "gerçek dışı" bir yayın olup olmadığı hususunu inceleyemeyeceğini ileri sürmek, TRT'deki her türlü yayına karşı cevap ve düzeltme metni yayınlatılabilmesinin önünü açacaktır. Kanun koyucunun ise bunu amaçlamadığı ortadadır. Nitekim Ankara Sulh Ceza Mahkemesi de bir kararında "... yapılan yorum ve değerlendirmelerin,

muhatapı tahkir ve tezyif amacına yönelik bulunduğu, ...Kanunun 27. maddesindeki düzeltme ve cevap hakkını doğurduğu inancına varılmış olmakla tekzip talebinin kabulüne" diyerek cevap ve düzeltme hakkının doğup doğmadığını incelemiştir.<sup>90</sup>

Kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte, cevabın aynı yayın saatinde yayınlanması gerekir ve böylece, hakkın kullanılmasından beklenen yararın gereği ve hakkın kullanımına neden olan yayının, izleyicilerine ulaşabilme olasılığı artırılmış olacaktır.<sup>91</sup>

TRT Kanunu'nun 27. maddesinin son fıkrası, iki tür yayına karşı cevap ve düzeltme hakkının kullanılmayacağını belirtmiştir. Bunlardan biri; siyasi partilerin radyo ve televizyondan özel kanunları uyarınca yapacakları seçim propaganda konuşmaları, diğeri ise TRT Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yayınlanan hükümet bildirisi veya konuşmalarıdır.

TRT Kanunu'na göre, düzeltme ve cevap hakkını kullanmadan ölen kimsenin bu hakkını mirasçıları birlikte kullanabilecekleri gibi, mirasçılardan yalnız ilk başvurunu da kullanabilir.

Basın Kanunu'nun aksine, TRT Kanunu cevap ve düzeltmenin kesinleşmiş hâkim kararına rağmen yayınlanmaması durumunda özel bir ceza hükmü getirmemiştir. Bu durumda doktrinde de kabul edildiği gibi, haklı olarak meseleye genel esaslar çerçevesinde bakmak gerekecektir.<sup>92</sup> TRT; devlet eliyle kurulan, ka-

<sup>88</sup> Atilla Coşkun, a.g.e., s. 84.

<sup>89</sup> Altunç, a.g.t., s. 116.

<sup>90</sup> Konuyla ilgili Ankara Sulh Ceza Mahkemesinin 21.3.1994 tarih ve 1994/2 sayılı kararında, "Tekzibe konu yayında Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın 12 Eylül 1980'den sonraki dönemde yargılanarak delil yetersizliğinden beraat ettiği açıklanması ile yetinilmeyip, dava konusu olayla ilgili olarak program sunucularının normal haber sınırlarını aşarak birtakım özel yorumlar getirdiklerini, yapılan bu yorum ve değerlendirmelerin, muhatapı tahkir ve tezyif amacına yönelik bulunduğu, kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu, bu tür yayınlara, 2954 sayılı TRT Kanununun yayın esaslarını içeren 5. maddesinin (j) ve (m) bentlerine aykırı hareket edildiği, böylece aynı Kanunun 27'inci maddesindeki düzeltme ve cevap hakkını doğurduğu inancına varılmış olmakla tekzip talebinin kabulüne, düzeltme ve cevap metninin aynı programda ve aynı saatte, aynen ve tamamen yeniden yayınlanmasına karar verildi." Akt.: Sena Coşkun, a.g.t., s. 102, dph.: 152.

<sup>91</sup> Sena Coşkun, a.g.t., s. 103.

<sup>92</sup> Altunç'a göre "TRT yayınlarında cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması hâlinde, bununla ilgili özel bir

mu tüzel kişiliğine sahip ve kamu hizmeti gören bir kurumdur. TRT personeli de devlet memuru statüsündedir.<sup>93</sup> TRT bu anlamda idari bir kurumdur. Anayasanın 138/son<sup>94</sup> maddesine göre idare, mahkeme kararlarına uymak zorunda olup, ayrıca mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. TRT de idari bir kuruluş olarak mahkeme kararlarına anayasanın bu hükmüne göre uymak yükümlülüğü altında olduğuna göre, cevap ve düzeltmenin yayınlanmasına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararına uygun davranmayan TRT personeli, kendisine anayasa ile verilen bu görevini yerine getirmemiş olacaktır. İşte burada kesinleşmiş mahkeme kararını uygulamayan TRT personeli şartları varsa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde düzenlenen "Görevi Kötüye Kullanma" suçunu işlemiş olacaktır. Sorumlunun kim olduğu noktasında da 2954 sayılı Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel Müdürlük sadece genel müdürü değil, teşkilatın tamamını kapsayacak bir yapılanmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla sorumlu kişi, Ceza Kanunu'nun genel ilkelerine göre tespit edilecektir.<sup>95</sup>

### 3. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "Düzeltilme ve Cevap Hakkı" başlıklı 18. maddesinde<sup>96</sup> özel radyo ve televizyonlara karşı cevap ve düzeltme hakkı düzenlenmiştir.

düzenleme mevcut değildir. o vakit, yapılması gereken meseleye genel esaslar çerçevesinde çözüm bulmaya çalışmaktır." Altunç, a.g.t., s. 118.

<sup>93</sup> 2954 sayılı kanununun 50/1 maddesi şu şekildedir. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu personeli aşağıda düzenlenen hükümler dışında kamu iktisadi kuruluşlarının personel rejimine tabidir.

<sup>94</sup> Anayasanın 138/son maddesi şu şekildedir; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

<sup>95</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sena Coşkun, a.g.t., s. 105.

<sup>96</sup> Madde 18: (1) Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlâl edici veya gerçeğe

Mülga 3984 sayılı Kanun'a göre cevap ve düzeltme hakkı "kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayınlar ile gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen yayınlara karşı" kabul edilmişti. Bu düzenleme, doktrinde cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen Anayasanın 32. maddesindeki düzenlemeye aykırı olduğu gerekçesi ile haklı olarak, eleştirilmekteydi.<sup>97</sup> Anayasanın

aykırı yayın yapılması hâlinde, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltme ve cevap yazısını ilgili medya hizmet sağlayıcıya gönderir. Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, cevap ve düzeltmeye konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılacak biçimde düzeltme ve cevabı yayınlar. Düzeltme ve cevap hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullanılır. Düzeltme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir. (2) Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirtilen süre içinde yayınlanmaması hâlinde bu sürenin bitiminden; birinci fıkrada hükümlerine aykırı şekilde yayınlanması hâlinde düzeltme ve cevabın yayınlandığı tarihten itibaren on gün içinde ilgili kişi, mahkemeden cevap ve düzeltmenin birinci fıkrada hükümlerine uygun olarak yayınlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yetkili ve görevli mahkeme; başvuru sahibinin ikamet ettiği yerdeki sulh ceza mahkemesi, başvuru sahibinin yurt dışında ikamet etmesi hâlinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesidir. (3) Sulh ceza hâkimi, istemi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde yetkili asliye ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye ceza mahkemesi itirazı üç iş günü içinde inceleyerek kesin karara bağlar. (4) Hâkim tarafından düzeltme ve cevabın yayınlanmasına karar verilmesi hâlinde, birinci fıkradaki yedi günlük süre, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten; itiraz edilmişse asliye ceza mahkemesi kararının tebliği tarihinden itibaren başlar. (5) Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin bu hakkı kullanmadan ölmesi hâlinde, bu hak mirasçılarının biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, ölümün altmış günlük düzeltme ve cevap hakkı süresi içinde gerçekleşmiş olması kaydıyla, kalan düzeltme ve cevap hakkı süresine otuz gün ilâve edilir. (6) Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlâl eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı, medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yapımcısı müştereken ve müteselsilen sorumludur. (7) İlgili kişi birinci fıkrada belirtilen cevap ve düzeltme hakkını, aynı süreler içinde doğrudan sulh ceza mahkemesinden isteyebilir.

<sup>97</sup> İçel ve Ünver, 3984 sayılı kanundaki "Kişilik hakkına saldırı" koşulunu "haysiyet ve şerefe aykırılık" olarak sınırlandırarak uygulamak gerektiği görüşünde idiler.

32. maddesi "kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması" hâlinde cevap ve düzeltme hakkının doğacağını belirtmekte iken; 3984 sayılı Kanun "kişilik hakları" tabirini kullanarak "haysiyet ve şerefe dokunma"dan çok daha geniş bir ölçüt kabul etmekteydi. Ayrıca 3984 sayılı Kanun "gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen" tabirini kullanarak, sanki gerçeği belirleme konusunda sübjektif sistemi kabul ettiği izlenimini uyandırmaktaydı.<sup>98</sup> 6112 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, gerçek ve tüzel kişilere, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlâl edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması hâlinde cevap ve düzeltme hakkını tanınarak, hem anayasanın 32. maddesine uygun hem de 5187 sayılı Basın Kanunu ve 2954 sayılı TRT Kanunu'na paralel bir düzenleme getirmiştir.<sup>99</sup>

6112 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, gerçek ve tüzel kişilerden bahsedilmiştir. Tüzel kişi tabirinden, hem özel hukuk tüzel kişilerinin hem de kamu hukuku tüzel kişilerinin anlaşılması gerekir.

Belirtelim ki, mülga 3984 sayılı Kanun'da, mirasçılarının bu hakkı kullanabileceklerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. 6112 sayılı Kanun bu eksikliği gidermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus olarak, mirasçılarının bu hakkı kullanabilmesi için ölen için cevap ve düzeltme hakkının doğmuş olması gerekir.

Kanun koyucu, mülga Kanundaki 10 günlük süreyi 60 gün olarak düzenleyerek cevap ve düzeltme hakkının kullanımını kolaylaştırdığı gibi, yine 5187 sayılı Kanun ile paralel bir düzenleme getirmiştir. Ayrıca, 6112 sayılı Kanun 3984 sayılı Kanun'dan farklı olarak, cevap ve düzeltme hakkı sahibine, isterse doğrudan cevap ve düzeltme hakkının yayınlanması için yargıya başvurma olanağının yanı sıra, cevap ve düzeltmeyi medya hizmet sağlayıcısına göndererek ondan da cevap ve dü-

zeltmenin yayınlanmasını isteyebilme olanağını vermiştir. Böyle ikili bir sistem, cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen diğer kanunlarda bulunmamaktadır.

6112 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile medya hizmet sağlayıcılarına, yaptıkları her yayının kaydını bir yıl süreyle muhafaza etme yükümlülüğü getirilmiştir. Gerçek ve tüzel kişiler yapacakları işlemlere esas olmak üzere bu süre içinde yazılı olarak RTÜK'e başvurmak ve RTÜK'çe belirlenecek ücreti ödemek suretiyle yayın kaydından bir kopya alabilirler. İlgili görüntü ya da ses bant kayıtlarının bir kopyasının saklanmaması veya yayıncı kuruluşun bir kopyasını RTÜK'e göndermemesi gibi durumlarda, ilgilinin doğrudan kendisinin tespit ettiği ve doğruluğu anlaşılan yayın bantları kanıt sayılabilmektedir.<sup>100</sup>

Belirtmek gerekir ki, mülga 3984 sayılı Kanun'a göre, mahkeme kararının ilgili kuruluşa tebliğ edildiğinin ertesi günü cevap ve düzeltme yayınlanmak zorundaydı. Yayım için çok kısa bir süre öngören mülga Kanun yerine, yedi günlük süre getiren 6112 sayılı Kanun'daki düzenleme, daha doğru bir düzenleme olmuştur.

6112 sayılı Kanun cevap ve düzeltmenin yayınlanmaması veya kanuna uygun şekilde yayınlanmaması durumunda adli anlamda özel bir cezai hüküm getirmemiştir. Buna rağmen, cevap ve düzeltmenin yayınlanmamasının tamamen yaptırımsız olduğu söylenemez; zira 6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinde<sup>101</sup>, radyo ve televizyonların uymaları ge-

İçel-Ünver, a.g.e., s. 420. Benzer görüş için bkz.: Sena Coşkun, a.g.t., s. 109-110.

<sup>98</sup> Benzer görüş için bkz.: Altunç, a.g.t., s. 122.

<sup>99</sup> 6112 sayılı kanunun 18'inci maddesinin gerekçesinde de bu durum; "madde ile düzeltme ve cevap hakkı anayasanın 32'nci maddesi ve uluslararası sözleşmeler esas alınarak yeniden düzenlenmiştir" denilerek izah edilmiştir.

<sup>100</sup> Kartal 2'nci Sulh Ceza Mahkemesinin 04.10.1994 tarih ve 1994/165 Müteferrik sayılı kararı ve Kartal 3'üncü Sulh Ceza Mahkemesi'nin 09.11.1994 tarih ve 1994/132 Müteferrik sayılı kararı, Akt.: Atilla Coşkun, a.g.e., s. 93.

<sup>101</sup> 6112 sayılı Kanununun 8'inci maddesi şu şekildedir: "(1) Medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla bu fıkra da yer alan ilkelere uygun olarak sunarlar. Yayın hizmetleri; a) Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı olamaz. b) İrk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturamaz. c) Hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olamaz. ç) İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira



reken “yayın hizmet ilkeleri” belirlenmiştir. Bu

niteliğinde ifadeler içeremez. d) Terörü övemez ve teşvik edemez, terör örgütlerini güçlü veya haklı gösteremez, terör örgütlerinin korkutucu ve yıldırıcı özelliklerini yansıtıcı nitelikte olamaz. Terör eylemini, faillerini ve mağdurlarını terörün amaçlarına hizmet eder şekilde sunamaz. e) Irk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, özürllülük, siyasi ve felsefi düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içeremez ve teşvik edemez. f) Toplumun millî ve manevî değerlerine, genel ahlaka ve ailenin korunması ilkesine aykırı olamaz. g) Suç işlemeyi, suçluyu ve suç örgütlerini övücü, suç tekniklerini öğretici nitelikte olamaz. ğ) Çocuklara, güçsüzlere ve özürllülere karşı istismar içeremez ve şiddeti teşvik edemez. h) Alkol, tütün ürünleri ve uyuşturucu gibi bağımlılık yapıcı madde kullanımı ile kumar oynamayı özendirici nitelikte olamaz. ı) Tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerini esas almak ve toplumda özgürce kanaat oluşumuna engel olmamak zorundadır; oluşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberler, oluşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanamaz; haberin verilisinde abartılı ses ve görüntüye, doğal sesin dışında efekt ve müziğe yer verilemez; görüntülerin arşiv veya canlandırma niteliği ile ajanslardan veya başka bir medya kaynağından alınan haberlerin kaynağının belirtilmesi zorunludur. i) Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilân edilemez veya suçluymuş gibi gösterilemez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz. j) Haksız çıkarılara hizmet eden ve haksız rekabete yol açan unsurlar içeremez. k) Siyasî partiler ve demokratik gruplar ile ilgili tek yönlü veya taraf tutar nitelikte olamaz. l) Genel sağlığa, çevrenin ve hayvanların korunmasına zarar verecek davranışları teşvik edemez. m) Türkçenin, özellikleri ve kuralları bozulmadan doğru, güzel ve anlaşılır şekilde kullanılmasını sağlamak zorundadır; dilin düzeysiz, kaba ve argo kullanımına yer verilemez. n) Müstehcen olamaz. o) Kişi veya kuruluşların cevap ve düzeltme hakkına saygılı olmak zorundadır. ö) Bilgi iletişim araçları yoluyla yarışma veya lotarya içeremez, dinleyici ve seyircilere ikramiye verilemez veya ikramiye verilmesine aracılık edemez. p) Medya hizmet sağlayıcı tarafından yapılan veya yaptırılan anket ve kamuoyu yoklamalarının, hazırlık aşamasından sonuçların ilânına kadar noter nezaretinde gerçekleştirilmesi zorunludur. r) Kişileri fal veya batıl inançlar yoluyla istismar edemez. s) Toplumsal cinsiyet eşitliğine ters düşen, kadınlara yönelik baskıları teşvik eden ve kadını istismar eden programlar içeremez. ş) Şiddeti özendirici veya kanıksatıcı olamaz. (2) Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamaz. (3) İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin, bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlüdür.”

ilkelerden bazıları cevap ve düzeltme hakkı bakımından çok önemlidir. Kesinleşmiş bir mahkeme kararına rağmen medya hizmet sağlayıcısı, cevap ve düzeltmeyi yayınlamazsa, bahsetmiş olduğumuz 8. maddedeki birçok ilkeyi ihlal etmiş olacaktır. 6112 sayılı Kanun’un 32. maddesinde ise, aynı Kanunun 8. maddesindeki ilkelerinin ihlali durumunda “idari yaptırımlar” düzenlenmiştir. Cevap ve düzeltmenin yayınlanmaması durumunda başta 8. maddenin “o” bendi olmak üzere yukarıda bahsedilen birçok bentteki ilke ihlal edilmiş olduğundan, 32. maddedeki idari yaptırımlar ilgili kuruluşa uygulanabilecektir.

#### **4. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun**

5651 sayılı Kanun’da, öncelikle dikkat edilmesi gereken husus olarak, aslında bu kanun ile iki ayrı hakkın düzenlenmiş olmasıdır. Bunlardan birincisi “kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılması” hakkıdır. Bu hak, cevap ve düzeltme hakkından ayrı ve yeni bir hak olmakla birlikte internet ortamının niteliği gereği cevap ve düzeltme hakkı ile birlikte tanınması ve düzenlenmesi şarttır. İkinci hak ise cevap hakkıdır. Her ne kadar madde başlığında yalnızca cevap hakkından bahsedilmiş ise de cevap hakkından “cevap ve düzeltme hakkını” anlamak gerekir.<sup>102</sup>

5651 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesinin birinci fıkrasında, “İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi” tabiri kullanılmıştır. Güzel’e göre, “kişinin hakları” tabirinden “kişilik haklarının” anlaşılması gerekir.<sup>103</sup> Kanaa-

<sup>102</sup> Çiftçi’ye göre; söz konusu maddenin kenar başlığında ve metninde sadece “cevap hakkı” ibaresi mevcut olup, ayrıca “düzeltme hakkı”na yer verilmemiştir. İnternet yayınlarında da “cevap hakkı” kadar “düzeltme hakkı” da kullanılabilir. Bu bakımdan, yapılacak kanun değişikliği ile madde kenar başlığına ve metnine açıkça “cevap ve düzeltme hakkı” ibaresi getirilmelidir. Bkz.: Ahmet Çiftçi, Bilgi Üniversitesi ve İnternet Teknolojileri Derneği tarafından İstanbul’da 12-13 Aralık 2009 tarihlerinde düzenlenen XIV. Türkiye’de İnternet Konferansında sunulan bildiri, s. 3.

<sup>103</sup> “...Hakları ibaresi ile kişilerin, kişilik hakkından dolayı sahip olduğu her türlü hak olarak anlamak maddenin

timizce de ilgili madde hükmünde “kişinin hakları” tabiri ile “kişilik haklarının” anlaşılması gerekir. Şu hâlde, 5651 sayılı Kanun’da getirilen “İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi” tabiri anayasa ile getirilen “kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması” ölçütlerinden çok daha geniş olup, Anayasanın 32. maddesine açıkça aykırıdır.<sup>104</sup>

Sürelî yayınların internette yayınlanmaları hâlinde, cevap ve düzeltme hakkının bunlara karşı kullanılıp kullanılmayacağı önem arz etmektedir. Gazete ve dergilerin internet sayfalarındaki yayınlara karşı da cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilirdir. Bu durumda ise 5651 sayılı Kanun ve 5187 sayılı Kanun hükümlerinden hangisinin uygulama alanı bulacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Çiftçi’ye göre, elektronik yayın ve kitle iletişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucu, sürelî yayınların artık internet sayfaları olduğuna ve pek çok bakımdan bunların sürelî yayının (gazete veya dergi) özelliklerini taşıdıklarına göre, bu konuda Basın Kanunu’nun 14. maddesi uygulanmalıdır.<sup>105</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, yazının bu düşüncesine katılmak mümkün değildir. İnternet ortamında yapılan ve anonim hitap eden bu tür yayınlara karşı da cevap ve düzeltme hakkı 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 14. maddesine göre değil, 5651 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesine göre kullanılabilir. Aksi bir düşünce hem Kanunun 9’uncu maddesinin lafzına aykırı olacak, hem de hakkı ihlâl edilen kişilerin “içeriğinin yayından çıkarılması” talebinde bulunamamalarına sebebiyet verecektir.

5651 sayılı Kanun’un 9/1 maddesinde “içerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi” tabiri kullanılmıştır. Bu sebeple, bu hakkı hem gerçek hem de kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin kullanabileceğini söylemek mümkündür.

---

düzenleme gayesine ve ruhuna uygun bir yorum teşkil edecektir.” Bkz.: Güzel, a.g.e., s. 118.

<sup>104</sup> Çiftçi’ye göre, “İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi” ibaresinin, iki şartı da barındıracak ve ifade edecek şekilde, “İçerik nedeniyle şeref ve haysiyetine dokunulan kişi veya içerikte kendisi ile ilgili gerçeğe aykırı ifadeler bulunan kişi” olarak anlaşılması gerekir. Bkz.: Ahmet Çiftçi, a.g.m., s. 3.

<sup>105</sup> Çiftçi, a.g.m., s. 4.

Belirtelim ki, internet ortamında yapılan yayınlara karşı hakkın kullanılması için hak düşürücü bir süre öngörülmemiştir. İnternet ortamındaki yayın erişilebilir olduğu müddetçe bu hak kullanılabilir.<sup>106</sup> Her ne kadar içerik ve yer sağlayıcıya başvuru için bir süre öngörülmemişse de yargıya başvuru için süre düzenlemesi mevcuttur. Talebin içerik ve yer sağlayıcıya ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde yerine getirilme zorunluluğu olduğundan bu talep bu süre içinde yerine getirilmediğinde reddedilmiş sayılır ve bu aşamada on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvuru süresi başlamaktadır. Bu sürenin hak düşürücü süre olmasından dolayı kaçırılması hâlinde yanlış içeriğin yayında kalma riski ile kişinin karşılaşabileceğini söylemekte fayda vardır.<sup>107</sup>

5651 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesinin 4. fıkrasına göre, “Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması hâlinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır.” Maddede sorumlu kişiden bahsedilmektedir; sorumlu kişi ceza hukukunun prensiplerine göre belirlenecektir. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması hâlinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanacaktır.

## SONUÇ

Cevap ve düzeltme hakkı, kitle iletişim araçları ile haklarında şeref ve haysiyeti ihlâl edici veya gerçeğe aykırı yayım yapılan kişilerin belli koşullar dâhilinde kullandıkları, aynı kitle iletişim aracı ile cevap veya düzeltmeyi yayımlama, içeriğini yayından kaldırma imkânını ücretsiz olarak sağlayan hızlı ve etkin bir korumadır. Hakkın kullanılmasıyla toplumun gerçekleri öğrenmesi ve kamuoyunun oluşumuna etkisi olması dolayısıyla bu hak,

---

<sup>106</sup> Çiftçi’ye göre “...İnternet ortamında yapılan yayınlara karşı kanunda bir süre öngörülmemiştir. Bunun anlamı, cevap ve düzeltme hakkının doğumuna yol açan internet ortamındaki yayının herhâlde mevcut olması yani erişilebilir olmasıdır.” Bkz.: Çiftçi, a.g.m., s. 5.

<sup>107</sup> Abdullah Güzel, a.g.e., s. 117.

kamusal nitelikte; ancak kitle iletişim aracı ile yapılan yayım neticesinde ihlal olan hakları koruması dolayısıyla da bahsi geçen hak, kişisel niteliktedir. Bu yönleriyle cevap ve düzeltme hakkı, hem kamu hem de özel hukuk alanına giren, kendisine özgü [sui generis] nitelikte bir haktır.

Anayasada cevap ve düzeltme hakkı, temel hak ve ödevlerden birisi olarak düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak cevap ve düzeltme hakkı kanun hükmünde kararnameyle düzenlenememekte (Anayasa, madde 91), ancak anayasada belirtilen sebeplerle ve kanunla sınırlandırılabilir (Anayasa, madde 13).<sup>108</sup> 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, hakkın sürüncemede bırakılmasını engellemek amacıyla cevap ve düzeltme metninin hâkim tarafından yayımlanmasına ilişkin "en geç yedi günlük" bir süre öngörülmüştür. Ayrıca belirtmek gerekir ki; anayasal bir hak olan cevap ve düzeltme hakkı, mutlak nitelikte bir hak değildir. Başka bir ifadeyle, gerek anayasada gerekse de kanunlarda hakkın doğması birtakım koşullara bağlanmıştır. Bunlardan biri, ilgili yayının kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelikte olmasıdır. Buna göre, yayın gerçek bilgilere bile dayalı olsa, hakkında şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikte yayın yapılan kişi açısından cevap ve düzeltme hakkı doğacaktır. Hakkın doğacağı bir başka koşul ise ilgili kişi hakkında gerçeğe aykırı yayım yapılması hâlidir. Burada asıl önem teşkil eden nokta ise gerçeğe aykırılığın tespitidir. Geçtiğimiz bölümlerde bahsettiğimiz üzere, istikrarlı Yargıtay kararlarında da belirtildiği şekilde, gerçekliğin tespitinde objektif kıstas uygulanmakta ve görünen gerçek, hükme esas alınmaktadır.

İşte tam da bu noktada, önem kazanan bir husus olarak cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasının diğer hukuki yollarda yarışıp yarışmadığı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği gibi, Yargıtay'ın bu hususta birbiriyle çelişen, her iki yönde kararları vardır. Hâlbuki görünen gerçeğin hükme esas alındığı cevap ve düzeltme hakkına ilişkin yargılamanın, maddi gerçeğin araştırıldığı diğer yargılamaların yerine kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Cevap ve düzeltme hakkı, hak sahibine aynı kitle

iletişim aracıyla *en kısa sürede* cevap verme olanağı tanıyarak hak sahibi hakkında yapılan yayımın etkinliğini azaltmayı amaçladığından, görünen gerçeğin araştırılması amaca uygundur. Ancak özel bir amaca hizmet eden böyle bir yargılama ile yetinilmesi, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır nitelikte değildir; zira cevap ve düzeltme metnini yayımlamasına karar verilen sorumlu müdürün, hakkını maddi gerçeğin araştırıldığı yargı alanlarında aramasına müsaade edilmesi gerekir. Bu sebeple, hukuken engel bulunmayan bu husus, Yargıtay kararları ile de desteklenmesi gerekir.

Cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili olmak üzere uygulamadaki problemlerden en önemlisi ise, cevap ve düzeltme metninin yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş yargı kararlarının cebri icra yoluyla infaz edilmesi meselesidir. İlgili bölümde de bahsettiğimiz üzere, bu yola başvurmak hususunda hukuken bir engel bulunmamaktadır; aksine, cevap ve düzeltme hakkından beklenen yararın gerçekleşmesi ve yargı otoritesinin sarsılmaması için ilgili karar, İİK hükümleri çerçevesinde cebri icra yolu ile infaz edilmelidir. Şu hâlde, kişilik hakkını koruyan ve bunun yanında kamusal niteliği de haiz olan cevap ve düzeltme hakkının etkin bir şekilde kullanılması sağlanmış olacaktır. Bu durum, ilgilinin ölümü hâlinde dahi cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasının yollarını düzenleyen kanunlarımız ile de paralel bir uygulama tesis edecektir.

## Kaynakça

- Altunç, Mehmet Sinan; "**Cevap ve Düzeltme Hakkı**", Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2004, (Çevrimiçi) <http://www.belgeler.com/blg/204e/cevap-ve-dzeltme-hakki-le-droit-de-reponse-et-de-rectification>, 7 Ocak 2013.
- Aydön, Zafer; **Türk Pozitif Hukukunda Cevap ve Düzeltme Hakkı**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Adalet Hizmetleri Yüksek Lisans Programı, Uzmanlık Projesi, İstanbul, 2011.
- Coşkun, Atilla; **Gazete Radyo ve Televizyon Yayınlarında Cevap Hakkı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- Coşkun, Sena; "**Cevap ve Düzeltme Hakkı ve Yeni Boyutları**", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler

<sup>108</sup> Bkz.: A.y.

- Enstitüsü Radyo-Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Master Tezi), Ankara, 2006, (Çevrimiçi) <http://www.belgeler.com/blg-stj/cevap-ve-dzeltme-hakki-ve-yeni-boyutlari-right-to-reply-and-rectification-and-new-dimensions>, 7 Ocak 2013.
- Çiftçi, Ahmet; *Tarihlerinde Düzenlenen XIV. Türkiye’de İnternet Konferansında Sunulan Bildiri*, Bilgi Üniversitesi ve İnternet Teknolojileri Derneği Konferansı, İstanbul, 12-13 Aralık 2009.
- ; “3445 sayılı Kanunla Değiştirilen Basın Kanununun 19. Maddesine Göre Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı”, AÜHFD, Ankara, AÜHF Yayını, C: 42, S: 1-4, 1991-1992, s. 47-80, (Çevrimiçi) <http://auhfd.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1991-1992-42-01-04/AUHF-1991-1992-42-01-04-Ciftci.pdf>, 7 Ocak 2013, s. 47-80.
- Danişman, Ahmet; “Cevap ve Düzeltme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, C: 2, S: 2, Ocak-Haziran 1989, s. 109-132, (Çevrimiçi) [http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/images/linli\\_dos/dergi/cilt\\_2\\_sayi\\_2.pdf](http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/images/linli_dos/dergi/cilt_2_sayi_2.pdf), 7 Ocak 2013.
- Dönmezer, Sulhi; *Basın ve Hukuku: Genel Prensipler - Basın Hürriyeti - İdari Rejim - Ceza Rejimi*, 4. Baskı, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1976.
- Erman, Sahir-Özek, Çetin; *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 4. Baskı, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2000.
- Güzel, Abdullah; *Cevap ve Düzeltme Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- İçel, Kayıhan; “Cevap ve Düzeltme Hakkı Yönünden ‘İlgi’ ve ‘Gerçeğe Aykırılık’ Koşulları”, İÜHF, C: 42, S: 1-4, 1977, s. 717-724.
- İçel, Kayıhan-Ünver, Yener; *Kitle Haberleşme Hukuku: Basın-Radyo-Televizyon-Sinema-Video-İnternet*, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet; *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Ongun, Coşkun; “Cevap ve Düzeltme Hakkı”, THD, S: 16, Aralık 2007.
- Özel, Cevat; *Kitle İletişim Araçları ve Kişilik Haklarının Korunması*, 1. Basım, Arion Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Özel, Sibel; *Uluslararası Alanda Medya ve İnternetteki Kişilik Haklarının Korunması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Sözüer, Adem; *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1996.
- Sözüer, Adem; “Cevap ve Düzeltme Metninin Yayınlanmasına İlişkin Yargı Kararı Cebri İcra Yoluyla İnfaz Edilebilir mi?”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, İstanbul, Beta Basım, C: 17, S: 1-2, 1997-1998, (Çevrimiçi) <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmh/b/article/viewFile/3118/2706>, 7 Ocak 2013.
- Sözüer, Adem-İzzet Özgenç, “Basın Hürriyeti Kavramı, Basın Yoluyla İşlenen Suçlarda Sorumluluk Rejimi İle Cevap ve Düzeltme Hakkı Üzerine Düşünceler” *Yeni Türkiye*, S: 11, Eylül- Ekim 1996.
- Şimşek, Güntay; “Tekzibe Tekzip,” *Haber Türk* gazetesi Ekonomi Eki, 07.05.2009, s. 4; (Çevrimiçi) <http://www.haberturk.com/yazarlar/guntay-simsek/218482-cevap-ve-duzeltmedir>, 10 Ocak 2013.
- Tosun, Kerim-Artuç, Mustafa; *Türk Hukukunda Suçlar ve Kabahatler ile Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Ceza Yasaları*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, C: 1, Ankara, 2008.
- Yılmaz, Ejder; *(Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

## Diğer Kaynakça

<http://www.kazanci.com>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, Haziran 2011, [https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli\\_1982\\_anayasasi.pdf](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf)



# Modernleşme, Modernlik ve Ulusçuluk Bağlamında Türkiye’de Muhafazakârlık

Ömer Faruk KARAGÜZEL



*Her çağda yapılması gereken, gele-  
neği, onu alt etmek üzere olan kon-  
formizmin elinden bir kez daha kur-  
tarmak için çaba harcamaktır.*

—Walter Benjamin

*Niçin bugünü yaşamıyorsun Mümtaz?*

*Neden ya mazidesin ya istikbaldesin.  
Bu saat de var.*

—Ahmet Hamdi Tanpınar

“**M**odern, siyasal ve popüler” te-  
rimleri etrafında toplanabilecek  
olan modern siyasal ideolojiler:  
Liberalizm, sosyalizm, pozitivism, komünizm,  
nationalizm ve muhafazakârlığın çıkışı aslında  
1789 ile 1945 yılı arasına sıkışır. Belli bir dö-  
nem, belli bir tarih, belli bir toplumsal ortam  
ve belli bir mekân içinde ortaya çıkan bu kav-  
ramların, sözlük tanımları olmaz. Sözlük ta-  
nımları olamaz çünkü bu kavramlar bahsetti-  
ğimiz durumların ortasında tarihin sürekliliği  
içerisinde, her mekâna göre farklı tavırlar or-  
taya koymuşlardır. Değişmez, az değişir, te-  
mel tanımlamaları olsa da bir kavramın içine  
tarih şırınga ettiğiniz zaman, o kavram mu-  
hakkak tarihsel değişimden etkilenecektir.

Muhafazakârlığın özelliklerini ve bu kav-  
ramın içeriğini araştırmak, faşizm, komünizm,  
liberalizm gibi katı ideolojilere göre oldukça  
sorunludur. Kavramın kullanış biçimlerindeki  
iki arada bir dereliği, bizzat kavramın zihinler-  
de net bir yere konulanamayışına sebep ol-  
duğunu söylemek mümkündür. Liberalizm ve  
hatta demokrasi denildiğinde zihinde beliren  
eşitlik, özgürlük ve toplumun üstünlüğü gibi  
yanlış algılar bizzat “muhafazakârlık” dendi-  
ğinde de bir karmaşayı ortaya çıkarır. Faşizm

veya pozitivism gibi ideolojilerin aynadaki gö-  
rünümü nettir fakat muhafazakârlık kavramı  
hareket eden bir nesnenin aynadaki görünü-  
mü gibidir.

## Niyet

Her kavram, her modern, siyasal ve popü-  
ler ideoloji, zihne ilk verdiği ve uyandırdığı al-  
gı ile bilinçte ilk karşılığını bulur. Kavramları  
karşılayan sözcükleri de bu anlamıyla kesin  
olarak kabul etmek yanlış olacaktır. Muhafa-  
zakârlık kavramı geçtiğinde zihinde beliren ilk  
karşılık tutuculuk, modernleşmeye, modernli-  
ğe ve yeni olana düşmanlık, gelenekselcilik,  
bazen gericilik ve hatta bazen bağnazlıktır.  
Muhafazakârlığın kavramlaştırılması çabası  
önündeki en büyük sorun da zihinlerde uyan-  
dırdığı bu önbilgidir. Bu önbilginin koşullanmış  
ve orta yol bir sentezi kabul eden muhafa-  
zakâr aydınların tavır, düşünüş ve reaksiyoner  
yaklaşımlarının etkisi yadsınamayacak dere-  
cededir.

İki farklı görüşün muhafazakârlığın kav-  
ramsallaştırılmasındaki bu sorunsalı ortaya çı-  
kardığını söyleyebiliriz. Birincisi, geçmişin hik-  
meti üzerinden yapılan tanımlama ile gelecek,  
geçmişin referansları ve birikimi ile açıklan-  
maktadır. İkincisi ise, yine geleceğe yönele-  
rek, değişimi esas alan tüm yeniliklere karşı  
temkini ve karşı direnci içinde barındıran bir  
düşünce geleneğini temsil etmesidir. Her iki  
durumda da yeni olana karşı verilecek tepki-  
de bir belirsizlik hâli vardır.

Çalışmamızda; kavramın zihinlerde yarat-  
tığı sorunsal hatta paradoks ve son yüzyılda  
özellikle liberalizm ve onunla dönemsel olarak  
ilişki içerisinde olan muhafazakârlığın ne olup,

ne olmadığı ve muhafazakârlığın hem Türkiye’de hem de Batı’da bu denli yükselişinin sebepleri üzerinde duracağız. Modernleşme ve modernlik ile muhafazakârlık ideolojileri arasındaki bağı irdeleyerek, kavramın anlaşılmasının önündeki engelleri kaldırmaya çalışıp kavramın Türkiye’deki görünüm biçimlerini irdelemeye çalışacağız. Bu yol haritasını da öncelikle kavramın içeriğini ve Batı’daki görünüş biçimleri üzerinde durarak başlatmak faydalı olacaktır.

## Kavram

Muhafazakârlık, etimolojik olarak “*saklamak, korumak, bellekte tutmak*” anlamlarında Arapça *hıfz* kökünden türetilmiştir. Muhafazakârlık kavramıyla vurgulanan, mirasın korunması, *toplumsal hafızanın diri tutulması yani sürekliliktir.*

Fransız Devrimi sonrasında siyasal anlamda kullanılan bu terim, reformlara tedrici ve temkinli olarak verilecek desteği ifade eder. 18. yüzyıl Avrupasında belirginleşen ve Aydınlanmanın etkisiyle toplumsal ve siyasal yaşamın her alanında yerleşik kalıpları yıkarak önce Avrupa’da, sonra da tüm dünyada tarihin yönünü değiştirecek olan insan ve evren tahayyüllerini üreten bir zihinsel dönüşüme verilecek “*akıl*” temelli tepkilerden biri de muhafazakârlıktır.

Huntington, “Bir İdeoloji Olarak Muhafazakârlık” adlı makalesinde muhafazakârlığın ideal bir toplum arayışı sunmadığını ifade ederek bir “*muhafazakâr ütopya*”dan söz edilemeyeceğini belirtir. Huntington’a göre “muhafazakârlık, gelenekselden feodale, ondan liberal ve kapitalist ve sosyal demokrat olana kadar her türlü farklı kurumsal düzenleme çeşitlerini savunmak için”<sup>1</sup> kullanılan bir düşünüş biçimidir. Asıl olan içerik değil yöntemdir; muhafazakârlık, siyasal dönüşümleri tetiklediğinde değişimci yanını gösterir. Bilinenin aksine, muhafazakârlık liberalizmin karşıtı değildir. Huntington muhafazakârlığın kendisinin de liberalizm gibi değişimci bir radikalizme

sahip olduğunu savunur: “Muhafazakârlık ani değişikliklerin zorluk ve tehlikesini; istikrar, devamlılık ve tasarrufun önemini vurgulayan argümanlar sürer, radikalizm ise yenileşmeye ve değişimi kucaklama cüretkârlığına dair heyecan ve iyimserlik ifade eder.”<sup>2</sup>

Karl Mannheim muhafazakârlığı tanımlarken onun “*rasyonelleşmiş bir gelenekçilik*” olduğunu ifade etmiştir. Aydınlanma, Sanayi Devrimi ve Fransız İhtilali’nin etkilerine karşı üretilmiş modern bir siyasal ideoloji olarak muhafazakârlık, yine Aydınlanma aklının statükoyu itidalli bir biçimde restore etme isteğinin bir uzantısıdır.

## Aydınlanma Düşüncesi ve Muhafazakârlık

Rasyonalist epistemolojinin hâkim olduğu 18. yüzyıl Avrupasının en önemli düşüncesinin başında “*akıl*” ve “*yeni evren tasarımı*” gelmektedir. İnsan, aklının maddi boyutları itibarıyla anlaşılabilir bir evrenin nesnesi idi. Deizmin ve septisizmin yükselişe geçtiği bu yıllarda, artık akıl, insan ruhu ile ilahi ilham arasındaki bir beraberlik olarak kabul edilmiyordu. Bu dönem, Allah ile insan arasındaki ilişkinin tersine çevrilmesi ve Allah’ın insana bağımlı olarak düşünülmesi, yeni-teolojinin yükselişini de ifade etmekteydi.

Aydınlanma düşüncesinin merkezindeki evreni ve insanı kurgulayan tek faktör olarak rasyonalist düşünce biçimine ve Fransız Devrimi’nde somutlaşan devrimci siyasetin pratiğine, devrimci hayalî sosyalist hareketlere ve Sanayi Devrimi sonrasında şekillenen yeni toplumsal yapıya duyulan tepkiler, muhafazakârlığın doğuşuna yol açan faktörler olarak gösterilebilir.

Aydınlanma aklına yöneltilen eleştiriler, muhafazakârlığın felsefi temelini oluşturan önemli kaynaklardandır. Bu eleştiriler saf aklın eleştirisini içinde barındıran ve devrimciler ile modern olana duyulan bir özlemi ifade etmektedir. Bu eleştiriler, akıl çağında gözden düşürülmek istenen değerlere tutunarak potansiyel bir muhalefeti öngörüyordu. Örneğin,

<sup>1</sup> İsmail Safi, *Türkiye’de Muhafazakârlığın Düşünsel ve Siyasal Temelleri*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2005, s. 45.

<sup>2</sup> Owen Harries’den aktaran İsmail Safi, a.g.e., s. 45.

Krallık devrilmeli idi, fakat Kral sembolik olarak İngiliz Devrimi’ndeki gibi varlığını sürdürmeliydi.

Aydınlanma aklının “kibirliği”ne yönelik temel eleştiriler, felsefi olarak onun aşkın ve metafizik olanı dışlamasından, pratikte ise geleneksel dinî kurumları, özellikle de Katolik Kilisesini zayıflatmada veya yıkmada oynadığı rolden kaynaklanmaktadır. Aydınlanma değerlerinin, dinin vazettiği felsefeden tamamen ayrı bir zeminden hareket ediyor olmasından dolayı, bu süreçte dinin uğradığı tahribattan ve bunun olumsuz sonuçlarından kaynaklanan dinî bir vurgunun varlığı görülmektedir.

Aydınlanmaya yöneltilen eleştirilerin önemli bir bölümü de, aynı zamanda muhafazakârlığın kendisinden türediği bir kaynak olarak da gösterilen romantik tepkide belirginleşmektedir. Fransız Devrimi gerçekleşmeden başlamış olan ve Aydınlanmanın değerlerine, özellikle rasyonel aklının “soğuk analizlerine” karşı yaşamın deneyimini, yüceltilen akıl yürütmeye karşı vahiy ve sezgiyi, toplumsal olana karşı bireysel olan değerleri ön plâna çıkaran düşünsel, edebî ve sanatsal bir akım olarak romantizm, var olan dünyanın eleştirisi için zengin bir kaynağı işaret ediyordu.<sup>3</sup>

### Batı’da Muhafazakâr İdeolojinin Görünüş Biçimleri

Batı siyasal düşüncesi Aydınlanmadan mülhem ve birbirini farklı alanlarda tamamlayan dört gurupta toplamak mümkündür; Sosyalizm, Liberalizm, Milliyetçilik [Nationalism] ve Muhafazakârlık. İfade etmekte yarar var, muhafazakârlığın düşüncede yarattığı yanılsama diğer üç kavramdan ayrı olarak bir karşı çıkışı ifade ediyormuş gibi görünse de diğer kavramların ve Batı kültürünün özelliklerini özümsemiştir.

<sup>3</sup> Muhafazakârlık sıklıkla Aydınlanma karşıtı bir akım olarak tanımlansa da, aslında ikisi arasında kesin bir çizgi çekmek mümkün görünmemektedir. Muhafazakârların çoğunun Aydınlanmayı açıkça mahkûm etmiş olmaları, David Hume gibi hem Aydınlanmanın hem de muhafazakârlığın içinde adı geçen düşünürlerin varlığı gerçeğini değiştirmemektedir, öte yandan Muller’in de belirttiği gibi “Aydınlanma içinde pek çok akım vardır ve bunlardan bir kısmı muhafazakârdır. İsmail Safi, a.g.e., s. 65.

Muhafazakâr düşüncenin oluşmasında en etkili isim Fransız düşünür Edmund Burke (1729-97)’tür. Burke, modern siyasal ve toplumsal muhafazakârlığın felsefi babası olarak kabul edilebilir. Muhafazakârlığın kurucu babalığı sıfatını, Devrim öncesi tarihlerde yazdığı eserlerle almıştı. Burke’nin siyasal düşünce tarihi içindeki önemi, toplumu soyut ilkeler doğrultusunda akıl eksikliğini kurmak için yapılan Fransız İhtilali’nin ne tür bir seyir izleyeceğini önceden görmesinde yatmaktadır. Ancak ona bu konudaki ününü getiren, Fransız Devrimi hakkında yazdığı *Reflections of the Revolution in France* başlıklı eseridir. Burke, *Reflections*’da muhafazakâr düşüncenin temel özelliklerini altı temada özetler:

- Dinin toplumsal hayatta önemi,
- Reform adına kişilere haksızlık yapılması tehlikesi,
- Rütbe ve görev ayrımlarının gerçekliği ve arzu edilirliliği,
- Özel mülkiyetin dokunulmazlığı,
- Toplumun bir mekanizmadan ziyade bir organizma olduğu görüşü,
- Geçmişle kurulan sürekliliğin değeri.<sup>4</sup>

Edmund Burke, toplumun yüzyıllar süren arka planında bazı birikimlere sahip olduğunu, bunun ani olarak değişmesi durumunda sosyal dengede problemler ortaya çıkacağını söyler. Fransız Devrimi sonrası ortaya çıkan kaos, Burke’nin düşüncelerinin bir ekol hâline gelmesinde etkindir. Gerçekte Burke değişime karşı değildir, bunun doğal süreçte özümsemekle yavaşça değişmesini [evulasyon] savunur, ani gerçekleşen devrime [revulasyon] karşıdır. Örneğin; Burke Fransız Cumhuriyet fikrine karşı Birleşik Krallığı desteklemesine karşı, aynı Birleşik Krallığa karşı Amerikan Bağımsızlık Savaşı’nı destekler.

Muhafazakârlığın kurucu babası Edmund Burke için Fransız devrimcileri, medeniyeti ve devamlılığı tehdit eden bütünsel bir yıkımın mimarlarıdır. Fransa, geleneğe ve tarihe yani devamlılığa saygılı olan tedrici bir değişimin yerine tarihle kesin bir kopuşu tercih etmiştir. E. Burke, toplumu ve siyasal hayatı jakoben

<sup>4</sup> İsmail Safi, a.g.e., s. 65.

bir tavırla ve spekülâtif önermeleriyle yeniden inşa etmeyi amaçlayan Fransız devrimcilerini bu tutumları nedeniyle “aşırılar” olarak nitelendirmiştir. Fakat o, bu eleştirisiyle devrim fikri yerine evrim düşüncesini —aşamalı bir modernleşme sürecini— savunmuştur. Toplumun kendi kazanımları olabilecek bir yönetim ve düzeni. Modernleşelim, felsefi bir alt-yapı ile kiliseyi de modernleştirelim. Yıkma, asıp kesmek yerine toplumla birlikte modernleşelim. Bir anlamda Burke, devrimin devrim oluşuna karşı çıkmıştır. Tutucu değil, değişimden yana bir tavır sergilemiş fakat devrimin amaçlarını da doğru bulmadığını söylemekten de çekinmemiştir. Burada salt eleştiri devrimin kendisi değil gerçekleşme biçimidir.<sup>5</sup> O modernleşme süreci olarak İngiliz modernleşmesinin savunucularındandır. Burke, “Kralın kendisinin bir önemi yoktur.” der, fakat İngiliz Kraliyetinin sürmesinin simgesel olarak dahi kalmasının İngiliz toplumu için olmazsa olmaz görür. Tutucu tavır tam bu noktada, insan doğasına aykırı kutsallarda kendini gösterirdi.

### Kıta Avrupası Muhafazakârlığı

Alman muhafazakârlığın şekillenmesinde öncü olan isim ise Hegel’dir. Hegel, var olan muhafazakârlık anlayışını, felsefi bir biçimde temellendirmiştir. Onun düşünceleri üzerine bina olan Alman muhafazakârlığına bakıldığında, verili muhafazakârlık anlayışına sadık kalmakla birlikte Fransız muhafazakârlığının üstünde bir felsefi derinliğe sahip olduğu görülür. Alman tipi muhafazakârlık anlayışı, sadece bir siyaset biçimi ya da pratiğe dönük bir tavır değil, Anglosakson tipi muhafazakârlıkta olduğu gibi felsefi derinliği olan bir anlayıştır. Daha sonra faşizmin ortaya çıkışına da zemin hazırlayacak olan, devleti toplumsal hayatın merkezinde bütün yaşam alanlarını kuşatan ve belirleyen bir konuma yerleştiren hiyerarşi merkezli bir muhafazakârlık anlayışına sahip olan Hegel’in aksine, başta St. Augustine olmak üzere Fransız muhafazakârlığı kilise otoriteleri üzerinden dinsel kaynaklara uzanarak, bu kaynaklardan faydalanır. Bundan dolayı “Muhafazakâr siyasette Tanrı, din, kili-

<sup>5</sup> A.g.e., s. 63.

se, gelenek, ön plandadır. Her iki muhafazakârlık da otoriter bir nitelik taşır.”<sup>6</sup>

Klasik muhafazakârlık Kıta Avrupası’nda gelişmiş olmakla birlikte tüm kıtanın özelliklerini tam olarak taşımaz. Çünkü kıtada biri Fransız [Frankofon], diğeri Alman [Germeno-fon] olarak adlandırılan iki tür muhafazakârlık gelişmiştir. Diğer muhafazakârlık biçimlerinden farklı olan tarafı daha radikal, katı, uzlaşmaz ve reaksiyoner özellikler taşımasıdır. Frankofon muhafazakârlık gelenekleri, monarşiyi, kilise eksenli cemaat yapılarını savunan, devrim ve ilerleme düşüncesini şiddetle eleştiren, reddeden bir muhafazakârlıktır. “Aydınlanma düşüncesini reddetmekle birlikte, onun kullandığı üsluba yakın bir üslup kullanarak kolektivist, bütüncül ve uzlaşmaz bir tutum sergilemiştir.”<sup>7</sup>

### Anglo-Amerikan Tipi Muhafazakârlık

Muhafazakârlık Fransız İhtilali’nin ürünü olmakla birlikte Amerikan tecrübesi Fransız Devrimi’nden oldukça farklı bir nitelik arz eder.<sup>8</sup> Aydınlanma aklına karşı en köklü eleştiriler Angloamerikan siyaset felsefesini temsil eden düşünürlerden gelmiştir. Bu düşünürler arasında Burke, Hume, Montesquieu, Churchill, Qakeshott, Salisbury gibi isimler bulunur. “*Burke’çu muhafazakârlık*” ya da “*Ampirik muhafazakârlık*” olarak da adlandırılan bu siyasi düşünce, devrimci olmaktan çok evrimci, dogmatizmin ve mutlakçılığın saptırmasına karşı, akılcı olmaktan öte makul olmayı temsil eder. Aynı zamanda Aydınlanma aklının çıkmazlarını ampirik olarak da gösterebilmişlerdir.

Rusesel Kirk’in “Amerikan muhafazakârlığının kurucu babası ve gerçek önderi” şeklinde lanse ettiği düşünür John Adams (1737-

<sup>6</sup> Ramazan Akkır, *Türkiye’de Din ve Muhafazakârlık*, Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Yayınları, Adana 2006, s. 23.

<sup>7</sup> Fatime Yalınkılıç, *Modernizm ve Muhafazakârlık Düşünce Akımlarının Sosyolojik Analizi*, Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Yayınları, Adana 2007, s. 32.

<sup>8</sup> Philip Davies’den aktaran Mehmet Vural, *Siyaset Felsefesi Açısından Muhafazakârlık*, Elis Yayınları, Ankara 2007, s. 50.



1826)’tir. Federalist bir kökene sahip olan, karamsar görüşleriyle dikkat çeken Adams, İngiltere ile sömürgeleri arasında vergilere bağlı anlaşmazlık çıkınca hukuk bilgisi ve cesaretini kullanarak yıldızını parlattı. 1774 ve 1777 kongrelerine katılan Adams, Fransız Devrimi’ne yönelik kuşkularıyla tanınıyordu. Fransız Devrimi’ni çok aşırı bulan ve ABD’deki özgürlük hareketlerinin olabildiğince sessiz ve muhafazakâr bir düzlemde gerçekleşmesini savunan Adams, Jefferson’la birlikte bağımsızlık bildirgesini kaleme alan heyette yer almıştı. 1785’de ABD’nin İngiltere nezdinde ilk büyükelçisi de olan Adams, 1788 ve 1792 yıllarında ABD Başkan Yardımcılığı görevini yürüttü. 1797’de hararetle savunduğu Washington’un halefi olarak gösterilen Adams, daha sonra ABD Başkanlığına da yükseldi. Ancak Adams’ın başkanlık hayatı pek parlak geçmedi.

Pozitivistlerin, Atatürk ilke ve inkılâpları çerçevesinde çizilen toplumsal projeyi, Aydınlanmanın kendisi olarak sunmaları karşısında, muhafazakâr düşünürler Anglosakson değerlere başvurarak, onu tarih ve gelenekle kültürel bağlantısını bulmaya ve toplumsal meşruiyetini sağlamaya çalışmışlardır.

Edmund Burke’nin yaklaşımlarıyla şekillenen bu muhafazakârlık türü Kıta Avrupası muhafazakârlığına göre daha parlamenter ve daha dengeli bir hükümetten yanadır. Amerika’daki sürecin etkileriyle gelişen bu yeni muhafazakârlık, Fransız Devrimi’nden tevarüs eden “soyut, rasyonalist devrimci niteliğini” eleştirerek modern dünyaya ait kurumları geleneksel yapı çerçevesinde tanımlamaktadır. *Genel hatlarıyla Angloamerikan tipi düşünce geleneği liberaldir.* Bundan dolayı Amerikan muhafazakârları Maistre ve Bonald gibi, modern toplumun kurucu ilkelerini reddetmek yerine anayasal demokrasiyi ve serbest piyasa sonuna kadar desteklerler. Bu anlamda Amerikan muhafazakârlığını bir “muhafazakâr-liberalizm” olarak tanımlayanlar da vardır.

“Genel olarak İngiliz muhafazakârlığı merkezi otoritenin yasama gücünü, siyasal birliği, seküler toplumsal erdemleri vurgularken, Amerikan muhafazakârlığı yerel otoriteleri, cemaatçiliği, dinsel değerleri vurgulamakta-

dır.”<sup>9</sup> Gerek İngiliz muhafazakârlığı gerekse Amerikan muhafazakârlığı siyasal alanı ve devletin bu alandaki rolünü ileri sanayi toplumuna siyasal bir çerçeve çizerek yeniden tanımlamaktadır. Bu iki modelin ortak noktaları olarak, kanun hâkimiyeti aracılığıyla sınırlı devleti savunmak ve “doktriner ve dogmatik olandan hoşlanmamak” sayılabilir.

Her iki muhafazakâr tutumun ortak noktası siyasal alanı ve devletin rolünü ileri sanayi toplumunu siyasal olarak sınırlayarak yeniden tanımlamaktır. Bu, kanun hâkimiyeti yoluyla sınırlı devleti savunmak, doktriner ve dogmatik olandan hoşlanmamak olarak özetlenebilir. Mehmet Vural, bu bağlamda Amerikan muhafazakârlığının siyaset felsefesinin temel özelliklerini şu şekilde özetlemektedir.<sup>10</sup>

- a) **Devamlılık:** Bu siyaset felsefesinde düzen ve değişimin hızı önemli bir yer tutar. İstikrar esas olduğu için geniş ve köklü değişimlere karşıdırlar. Muhafazakârlığın ana teması olan geleneklere saygı burada da çok önemlidir. Çünkü geçmiş, istikrar ve akıl birikimi taşır. Rossister’e göre iyi bir toplum özelliğini düzen, birlik, eşitlik, istikrar, devamlılık, güvenlik, uyum ve değişimin sınırlılığı gibi etmenlere dayanır.
- b) **Otorite:** Amerikan muhafazakârlığında devletin gücü ve sınırlarının belirlenmesi önemli bir yer tutar. Buna devletin gücü ve sınırlarının belirlenmesi önemli bir yer tutar. Buna göre devletin temel işlevi dış tehditlere karşı savunma, içeride ise düzeni koruma olmalıdır.
- c) **Toplum:** Toplumsal kurumların yerinden yönetimi ideal bir muhafazakâr devlette çok önemlidir. Buna göre kilise, sendika, üniversite, gazete vb. sivil toplum kuruluşları, kurum ve bölgesel birlikler, merkezî otoritenin gücünü dengeler. Bu tür yerel kuruluşlar, ihtiyaçları devletten daha iyi karşılayabilir.
- d) Tanrı, insan ve ahlak, birbiriyle yakın ilişkisi olan muhafazakârların çok değer verdikleri kavramlardır.

<sup>9</sup> Mehmet Vural, a.g.e., s. 67.

<sup>10</sup> A.g.e., s. 44.

- e) **Görev, Haklar ve Sorumluluklar:** Bu ilkeye göre görev haktan öncedir.
- f) **Demokrasi:** Bu anlayışta demokrasi sınırlı egemenlik ve anayasayı içermektedir.
- g) **Mülkiyet:** Ekonominin rolü liberaller kadar olmasa da toplumsal yaşamda önemli bir yer tutar. Amerikan muhafazakârlığında özel mülkiyete büyük inanç vardır. Genel olarak ekonomi ile ilgili düşünceleri Locke'a dayanır.
- h) **Özgürlük:** Amerikan muhafazakârlığında özgürlük, eşitliğin büyük kardeşi olarak tanımlanır ve özgürlüğe büyük önem verilir. Muhafazakârlıkta temel bir değer olarak özgürlük, kişisel girişimciliğin, bağımsız çalışma ve gelir elde etmenin en doğal güvencesi olarak pratik ve vazgeçilmez önemi vardır. Bu anlamda mülkiyet ile özgürlük arasında kopmaz bir bağ vardır.
- i) **Meritokrasi:** Muhafazakârlarda en iyi yönetim konusunda mutlak bir birliktelik yoksa da önder sınıfın yönetimi olan meritokrasiyi en iyi bir yönetim tarzı olarak görme eğilimi söz konusudur. Muhafazakâr düşünceye göre doğal aristokrasi toplumda düzeni sağlayan elit bir sınıftır. ABD'nin 2. Başkanı (1787-1801) ve siyaset felsefecisi olan John Adams (1735-1820)'a göre, üstünlük ve yeteneklerini kullanıp çok çalışan her insanın girebileceği doğal aristokrat bir sınıf her toplumda bulunabilir.

### Batılı Muhafazakârlığın Din Hakkındaki Görüşleri

Muhafazakâr düşünüşte din vazgeçilmez bir kaynak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu noktada din muhafazakârlar tarafından modern bir müdahaleye tabi tutularak dünyevi bir mantıkla yeniden kurgulanır.<sup>11</sup> Muhafazakârlar, otorite açısından gerekli gördükleri dini araçsallaştırırlar; din toplum düzeyinde kolektif bir birliktelik sağlar. Protestanlığa karşı çıkmalarının sebebi, dinî söz konusu kolektif işlevinden uzaklaştırarak ancak toplum ta-

rafından şekillendirildiğinde anlamı olan bireyin vicdanına hapsedmeye çalışmasıdır. Dinin önemi geçmişte olduğu gibi günümüz muhafazakârlık anlayışlarında da yerini korumaktadır. Öyle ki, din de toplumu bir arada tuttuğu, sıradan insanı bile iyi davranışa ikna ettiği ve aidiyet bilinci sağladığı ölçüde "ateist muhafazakârlar" için bile vazgeçilmez bir toplumsal kurum olarak saygıyı hak etmektedir. Bu bağlamda, bir kısım muhafazakâr düşünürün dindar olmadıklarını bilmekteyiz. Meselâ, Burke dindardı ama Hume değildi. Günümüz muhafazakâr düşünürlerden Kristol dindardı ama Oakeshott ve Strauss değildi. Ama ister inansın, ister inanmasın muhafazakârların hemen tamamı dine büyük önem atfederler. Mevcut düzen kutsallaştırıldığı ve Tanrı'nın iradesinin bir tecellisi olarak görüldüğü sürece açıktır ki kendi de güçlenecektir. Çokları Irvin Kristol'le muhafazakârlığın en önemli direğinin din olduğu konusunda hemfikirdirler. Çünkü ona göre, uzun vadede "insanların karakterini şekillendiren ve motivasyonlarına yön çizen tek güç dindir."

David Hume da dinin toplumsal bütünlüşmeyi sağlayan işlevini önemsemiştir. Ona göre dinin varlık sebebi toplumsal işleyişteki rolüyle önemlidir. Önemli olan itikadi bağlamı değil, kolektiviteyi sağlamasıdır. Muhafazakâr olmak dindar olmak mıdır sorusuna verilecek en güzel cevabı da, inanç olarak deist olan fakat dini olmazsa olmaz olarak gören David Hume'dur. Toplumsal dokuyu güçlendirmesi anlamında dinin toplumdaki işlevi ve gerekliliğini sorgulayan ve daha sonraları muhafazakâr bir duruşa sahip olan diğer düşünür de Durkheim'dir. Durkheim'e göre dinin kökenini, özünü ne bireysel inançta ne Tanrı'da bulur. İncanın kökeni kendine özgü bir gerçekliği olan [sui generis] toplumdur."<sup>12</sup>

Kilisenin tek-boyutlu dogmatizmi ile rasyonel düşünce arasındaki mücadele, özellikle David Hume'dan sonra, biri birleriyle uzlaşması ya da zıtlığına gerekmeden iki ayrı epistemolojik alana dönüşmüş ve tek-boyutlu bakış açıları, ister dinî ister seküler olsun, din adamı-bilim adamı farklılaşması ile kendi özerk alanlarında düşünce tarzları geliştiren

<sup>11</sup> Bahadır Kurbanoglu, "Din-Devlet İlişkileri Bağlamında Muhafazakârlık", *Haksöz* dergisi, Sayı: 208, s. 38.

<sup>12</sup> Ramazan Akkır, *Türkiye'de Din ve Muhafazakârlık*, Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Yayınları, Adana 2006, s. 45.

entelektüel prototiplerin oluşmasına yol açmıştır. Böylece mucizeleri ve kilisenin kendisinden menkul epistemolojik otoritesini bilimsel bir çerçeveye oturtamayan bilim adamı da, kilisenin tanrısal özünden güç alan yanılmaz azizlerin dünya ile ilgili görüşlerini açık bir şekilde çökerten objektif bilimsel gerçeklik karşısında şaşırın din adamı da, kendi tek-boyutlu epistemolojileri tarafından meşru kılınan farklı prototipler oluşturmuşlardır. Aslında, gizli bir sürekliliği kendi içinde barındıran bu farklılaşma, Batı medeniyetinin prototipindeki epistemolojik çatlamayı da beraberinde getirmiştir ki, bu durum modernizm ile kilise arasındaki temel çatışma alanını oluşturmuştur. Tek-boyutlu sürekliliğin ortaya çıkardığı epistemolojik farklılaşma felsefi ve siyasî sekülerizmin temellerini dokumuştur.

Muhafazakâr düşünürler genel olarak din konusunda devletin dine müdahalesini savunurken bazıları ise devletin dine müdahalesini onaylamaz. Geniş temelli dinî geliştirmek devletin sorumluluğunda olmadığı gibi bazılara göre toplum asla geniş temelli bir din olmaksızın ayakta kalamaz. Durkheim de Protestanlıktan ve Protestan inancın birey tasavvurundan nefret eder. Bütün muhafazakârların dindar olmadığı kaydını düşerek, bazı muhafazakârlara göre din ile muhafazakârlığın bağı şöyle açıklanabilir: din, ahirette ödüller vaat ettiği ölçüde insanların saldırganlığına ve bencil içgüdülerine gem vurabilir.<sup>13</sup> Ayrıca, insanların bu mukadderat çizgisindeki konumuna isyan etmek yerine onunla barışık olmasını sağlar. Bu anlamda muhafazakârlığın en önemli direğinin din olduğu açıktır. Çünkü onlara göre din insanların karakterini şekillendiren ve aynı zamanda motivasyonlarına yön çizen tek güçtür. Tabii buradaki din, tarihî devamlılığı olan “*verilli din*”dir.

## SİYASAL MODERNLEŞMENİN GERİSİNDE TÜRKİYE’DE MUHAFAZAKÂRLIĞIN SİYASAL TEMELLERİ

*Yeni bir hayat lazım... Fakat sıçrayabilmek, ufuk değiştirebilmek için dahi bir yere basmak lazım.*

Ahmet Hamdi Tanpınar

Varlığını “*modernliğin*” kalkış noktalarına gösterdiği tepkiye borçlu olan muhafazakârlık, Hegelci söylemle ifade edecek olursa, “muhafazakâr tin, kendi bilincine modernliğin maddi olarak karşısına almakla ulaşmıştır.”<sup>14</sup> Modernleşme ideolojisi karşısında muhafazakârlığın, bir çatışmadan ziyade modernleşme ile melez bir ilişki kurması önemlidir. Muhafazakârlık, antagonistik bir karşıtlığı çağrıştıran kimi tezlerine karşın, kapitalist modernleşmenin bir alt ideolojisi ya da refakatçisi biçiminde gelişmiştir. Başka bir deyişle, muhafazakârlığın modernleşmeye karşıtlığı güçlü değil, hatta yoktur ve hatta modernleşmenin tarihsel gelişiminin bir veçhesi olarak kavramsallaştırılabilir. Onun karşıtlığı modernleşmeye değil, modernliğin baskıcı ve radikal koluna dir: Toplumu *tabula rasa* olarak gören, kökten değişimci, kurucu rasyonalist ve tarihsel açıdan kopuşçu ideolojilere. Buna karşılık, Türk muhafazakârlığı konusuna gelindiğinde, çözümlenmesi zor bir metodolojik problemler yumağıyla karşılaşırız. Teorik bakımdan sorunun önemli bir bölümü, modernleşme literatüründeki temel eğilimlerden ve sosyal bilimcilerin modernleşmeci tutumlarından doğmaktadır.<sup>15</sup> Sosyal bilimleri uzun bir dönem boyunca kayıtlı kılan geleneğe yönelik körlük, metodolojik sorunların önemli bir kısmını açıklama yeteneğine sahiptir. Bu görme kaybı, modernleşme teorilerinin pozitivist yöntemlerinden kaynaklanır ve radikal modernliğin geleneğe verdiği negatif anlamı anlatır.

Muhafazakâr ideolojinin modernlik ve Kemalizm’le kurduğu ilişkiden evvel, modernleşme düşüncesine felsefi anlamda yaklaşım bi-

<sup>13</sup> Fatime Yalınkılıç, a.g.e., s. 23.

<sup>14</sup> Fırat Mollaer, *Muhafazakârlığın İki Yüzü*, Dergâh Yayınları, İstanbul 2009, s. 185.

<sup>15</sup> Mustafa Şekip Tunç, “*Descartes Kongresine Hitap*” *Bilgi Xi*., 1958.

çimlerini örgütleyen, sistematüğini kuran, felsefi alt yapısını oluşturan ve Türk muhafazakârlığı bağlamında Bergson felsefesi olarak adlandırılan *sezgi felsefesine* değinmekte fayda var.

## Türk Muhafazakârlığına Bergson'un Etkileri

1937 yılında Hilmi Ziya Ülken ile birlikte Paris'te Descartes Kongresi'ne katılan Mustafa Şekip Tunç'a yöneltilen, "Türk modernliğinin muhafazakâr siyasal-felsefi dil içerisinde hangi kaynaklar yolu ile temsil edildiği" şeklindeki soruya "Türkiye Bergson'un ettiği yolda kendini kurmaktadır"<sup>16</sup> şeklinde cevap vermiştir.

Muhafazakârlığın düşünce tarihinde Fransız filozof *Henri Bergson'un*<sup>17</sup> özgün bir yeri vardır. Bergson Felsefesi'nin özü, *zekânın* eleştirisinde ve *surre'nin* kavranmasında yatmaktadır. "Tarih Bergsonca sezilebilir." der Peguy. Bergsonculuğun getirdiği anlayışın başında anti-materyalist ruhçu temelde din konusu gelmektedir.<sup>18</sup> Bergsoncu felsefenin Aydınlanma aklına karşı getirdiği sert eleştiri, 1990'lü yılların başından itibaren Avrupa'nın

birçok yerinde edebiyat ve siyaset alanlarında kendini iyiden iyiye hissettirmiştir. Bu durum aynı yıllarda Türkiye'de de kendini hissettirmiştir. Bergsonculuk *pozitivist, inşacı, rasyonalist* ve *devrimci* yaklaşımlara alternatif, felsefi bir akım olarak yeni tezler sunma imkânı sağlayan ve Türk muhafazakârların da destekçisi olan bir akım olmuştur.

Türk muhafazakârlığının en önemli özelliği de Bergsoncu oluşudur. Fransız felsefeci Bergson Türkiye'deki muhafazakâr isimleri derinden etkilemiştir. Osmanlı'nın son döneminde Jön Türkler eliyle düşünce hayatına giren, İttihat Terakki ile bir devlet ideolojisi hâline gelen pozitivism, Kemalist ideolojinin de en belirgin özelliğini oluşturur. Cumhuriyet aydını üzerinde pozitivismin yoğun bir etkisi vardır. Bu etki günümüz aydınları üzerinde bile devam etmektedir. Cumhuriyetin ilk yıllarında pozitivism hem akademik alanda hem de düşünce alanında toplumu dönüştürmenin ideolojik aracı görevini görüyordu. Türk muhafazakârlığının en zorlandığı noktalardan biri pozitivist yapıyla mücadele olmuştur. O yere göge sığdıramadıkları *gelenek, tasavvuf, Anadolu ruhu* pozitivism bir cevap üretemeyince, onu aşabilme imkânı sağlamayınca Batılı bir düşünceyi kırabilmek için bir başka Batılı düşünceye sarılmışlardır.

Akımın felsefe alanında getirdiği yeni anlayışın başında anti-materyalist ruhçu temelde "din" konusu gelmektedir. Nazım İrem'e göre Türkiye'de, Bergson'un katkıları ile dinin modern toplum içerisinde yeri ve canlanma olanakları din-bilim ilişkisi, inancın sosyolojik kavramsallaştırılması, din ile sosyalizm ilişkisi gibi konular üzerine yoğun tartışmalar yapılmıştır.<sup>19</sup> Ayrıca, Bergson'un zihincilik karşıtı ve epistemolojik olarak sezginin üstünlüğünü savunan görüşü, pozitif bilim anlayışını tamamen yıkamamış ancak döneminin bilimcilik düşüncesini derinden sarsmıştır. Bergson'a göre; ilmî bilginin dışında felsefi bilgi olduğu gibi, sezgi de zekâdan ayrı bir bilgi vasıtasıdır.<sup>20</sup> Zekâ, madde âleminde mutlak hakikate ulaşabilir. Ancak, hayatın bilgi vasıtası zekâ

<sup>16</sup> Nazım İrem, "Muhafazakâr Modernlik, Diğer Batı, Türkiye'de Bergson'culuk", *Toplum ve Bilim*, Sayı: 82, s. 156.

<sup>17</sup> Bergson zamanında geçerli görüş ve moda eğilimler hep maddeci idi. Tamamen materyalist bakış açısı revaçtaydı. Önceleri Bergson bu akımlara kapıldı ve tanrı-tanımaz olarak tanındı. Ona göre bilime "sığınmak", "ümit ve cesaretini kaybeden yorgun kafaların" işiydi. "Bergson'a göre, gerçekten var olan şey madde cansız varlık değildir; gerçeklik süre [durre]dir ve bunu yalnızca sezgi kavrayabilir. Zaman bir birikimdir. Gelecek, hiçbir zaman geçmişin aynısı olamaz, zira her adımda yeni bir deneyim ortaya çıkar. Bergson bilinçli bir varlık için var olmanın değişmek olduğunu kabul eder, zira değişmek olgunlaşmak; olgunlaşmak ise, sonsuzca kendi kendini yaratmak demektir. Bu, yalnızca bilinçli insan varlığı için değil, bütün gerçeklik için öyledir. Bergson gelişmeyi, ancak süre olarak anladığımız takdirde her şeyi berraklığa kavuşturabileceğimizi söyler." Bergson'a göre sezgi, aklın iradeyi hapsettiği çemberden içgüdü vasıtasıyla kurtulur ve bu suretle hayatı doğrudan doğruya bilir. Şu hâlde metafizik bilgi, bölüp parçalamadan, anlık bir ışımayla içeriden bilen vasıtasız bir bilgidir. Metafizik, sezginin hükümlerinde olduğu böylelikle akışın dinamik bir biçimde kavrandığı doğrudan bilgi alanıdır. Mehmet Vural, a.g.e., s. 135.

<sup>18</sup> Mehmet Vural, a.g.e., s. 150.

<sup>19</sup> Nazım İrem, a.g.m., s. 143.

<sup>20</sup> İsmail Safi, *Türkiye'de Muhafazakârlığın Düşünsel-Siyasal Temelleri ve 'Muhafazakâr Demokrat' Kimlik Arayışları*, s. 147.

olmadığından bu alandaki mutlak hakikate ancak sezgi ile ulaşılabilir. Bu iki vasıta kendi alanları dışına çıktıkları zaman hiçbir şey göremez, boşlukta kalırlar. Bu yüzden Bergson’un felsefesine “*sezgi felsefesi*” denilebilir.

Bergson Felsefesi’ni ilk defa Türkiye ile tanıştıranların başında Ahmet Şuayip ve Rıza Tevfik gelir. Rıza Tevfik’in 1913 yılında *İçtihad* dergisinde yayınlanan “Henri Bergson ve Felsefesi” isimli makalesi Türk düşünce tarihinde bu konu ile ilgili yazılmış ilk çalışma olarak kabul edilmektedir.

Özetle ifade etmemiz gerekirse; muhafazakâr düşünce geleneğinin Bergsoncu ayağı, modernliğin düz, çizgisel ilerleyen zaman anlayışından rahatsızlık duyduğu açıktır; yıkan, tahrip eden ve yeniden yapan modernleşmeye karşı değişmez, sürekliliğin arayışı içerisindedir. Kemalist Modernleşmenin geçmişten tümenden bir kopuşu hedefleyerek, geçmiş ötekileştirmek isteyişi, muhafazakâr yönelimlerin felsefi bir derinliğe ihtiyaç duyusunu derinleştiriyordu. Türkiye’de Bergson felsefesinin takipçileri bu ihtiyaçlarını Bergson’un özellikle *durre* kavramı ile modern zaman algısıyla ilgili olan gerilimlerini çözmekte ve geçmişin konacağı yerle ilgili endişelerini gidermekte çok işlevsel olmuştur.

## Türkiye’de Modernleşme İdeolojisi

### *Kemalizm’le Kurulan Diyalektik İlişkisi Bağlamında Muhafazakârlık*

Bütün modernleşmeler trajiktir. Sadece Türkiye’de değil, Japonya’da ve Rusya’da, Doğu’da da benzer süreçler yaşanıyor. Bir topluma dayatılan yenilik de olsa, o toplum buna kaçınılmaz bir tepki veriyor; baskı arttıkça tepkisellik de artıyor. Batılılaşarak modernleşmeye çalışan bir ülkenin İstiklal Marşı’nda benzemeye çalıştığı medeniyeti “*tek dışı kalmış canavar*” olarak nitelendirmesi bir trajedi değildir de nedir? Sürekli kendisi olmak ile başkası olmak arasında radikal seçimler yapma durumunda kalmak.<sup>21</sup> Bizim modern ol-

mamız için başka tür bir takvim, alfabe ve başka bir tür şapkaya, başka bir dine ihtiyacımız olmuştur. Bu ülkenin modernleşmesi bir tür kendimiz olmaktan utanmanın hikâyesidir aslında. Bu gerçekten trajik bir meseledir. Bu nedenle bizim memleketin modernleşmesinin biliminden çok sanatı yapılıdır.

Modernleşme, aslında modernlikle belli bir ilişki kurma tarzına tekabül ediyor. Ancak bizde modernleşme modernleşmeyi Batı ile bir saymakla eşdeğerdir. Batı, bu anlamda modernleşmemiştir. Modernleşme; modernliğin ve kendisinin modern olmadığına bilincine varma durumudur. Modernleşme bizim gibi ülkelerin, yani modernliğin kıyasında yaşayan toplumların modernliğe verdiği bir tepkidir. Modernleşme siyasal bir projedir. Modernleşme hissiyatı bir “*geri kalmışlık*”, bir “*gecikmişlik*”, hatta bir “*yenilgi*” bilincidir. Bu nedenle bizim modernleşme geleneğimizin temel sorusu genelde devletin nasıl kurtulacağı olmuştur. Modernleşme doğası gereği demokratik bir süreç değildir. Devletin, birtakım seçkinler aracılığıyla toplumu biçimlendirmesidir. Bugün, Türkiye’deki modernleşmecilerin (ulusalcıların) cumhuriyeti, demokrasinin karşısına koymaları aslında bu açmazın bir itirafıdır.<sup>22</sup>

Dünya tarihinde gerçekleşen modernleşme süreçlerine bakıldığında Batı medeniyetinin “*öteki*” karşısındaki dönüştürücü ve tahakkümcü tavrı açık bir biçimde görülür. Toynbee’nin Batı medeniyetinin tarih anlayışını tasvir etmek için kullandığı *ben-merkezci yanılısama* tabiri bütün bir insanlık tarihini Batı medeniyetinin tarihî akış seyrine bağlayan bu bakış açısını çok iyi bir şekilde ortaya koymaktadır. Türkiye’de siyasal modernleşmeciler aynı şekilde toplumun değerlerini ve birikimlerini “*öteki*”leştirerek, tepeden inme modernleşme süreci işletmişlerdir. Bu tepeden inme yaklaşım, Aydınlanma aklının, karşısındaki hor gören dayatmacı karakterinin Türkiye ölçeğindeki yansımalarıdır. Tıpkı Batı’da olduğu gibi muhafazakârlar da toplumu çağdaştırma ülküsü etrafında dinî ve halka ait değerleri bütünüyle reddeden Kemalistlerin temsil ettiği jakoben zihniyetin yıkıcılığını yumuşatmaya soyunmuşlar ve bizzat Kema-

<sup>21</sup> Besim F. Dellaloğlu, *Ahmet Hamdi Tanpınar, Modernleşmenin Zihniyet Dünyası, Bir Tanpınar Fetişizmi*, Kapı Yayınları, İstanbul 2012.

<sup>22</sup> Besim F. Dellaloğlu, a.g.e., s. 35.

list ideolojinin modernleşme ayağına itidalli bir modernleşme önerisi getirmişlerdir.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> "Basil Mathews'in *Young Islam on Trek: A Study in the Clash of Civilizations* [Hareketlenen Genç İslam: Medeniyetler Çatışması Üzerine Bir Çalışma] başlığını verdiği çalışması ile Huntington'ın "Clash of Civilizations [Medeniyetler Çatışması] makalesinde, daha sonrasında yayınladığı kitabında, *The Clash of Civilizations and The Remaking of World Order* [Medeniyetler Çatışması ve Dünya Düzeninin Yeniden Kurulması] başlığını verdiği çalışması arasında diğer medeniyetlerle ve özellikle de İslam medeniyeti ile ilgili bir tahayyülât sürekliliği vardır ve birinin misyoner diğerinin akademisyen olması da, birinin asrın başında, diğerinin asrın sonunda yaşamış olması da çok büyük bir farklılık doğurmamaktaydı. Bu iki eserin çağrıştırdığı mukayese açısından bakıldığında, Basil Mathews'in İslam dünyasındaki modernleşme hareketlerini bir ihtida ve dönüş olarak tanımlaması ile Huntington'un Batı ve diğerleri şeklindeki kategorik ayrımı aynı psikolojinin ve bakış açısının ürünüdür. "Batı medeniyetinin maddi alanda eriştiği âlemşümül başarısından kaynaklanan yanılısamanın ötesinde — medeniyetin sadece bizim içinde olduğumuz tek bir akışı vardır ve diğerleri ya ona bağımlıdır ya da çöl kumları arasında kaybolmaya mahkûmdur— varsayımını içeren *tarihin birliği* temelli yanlış kavramsallaştırma temelde üç kaynağa indirgenebilir: Benmerkezcilik yanılısama, *değişmeyen Doğu* yanılısaması ve düz bir çizgi üzerinde seyreden ilerleme yanılısaması." Bu ben-merkezcilik yanılısama hem Mathews'in hem de Huntington'ın modernleşme ve Batılılaşma tahlillerinde açık bir şekilde kendini göstermektedir. Mathews'in eserini kaleme aldığı günlerdeki Türk modernleşmesi hakkındaki gözlemleri ile Huntington'ın Türkiye'yi medeniyet aidiyeti açısından parçalanmış ülke [*torn country*] olarak değerlendirmesi arasında bu açıdan ciddi benzerlikler vardır. Mathews o dönemdeki Türk modernleşmesini dinî, bir kavramsal çerçeve içinde ele alırken düşünce yapısının arka planındaki medeniyet ben-idrakini de yansıtıyordu: "Genç Türkiye'nin gözlerini batıya çevirmesi de çok derin ve önemli bir gerçeğin sembolüdür. Genç Türkiye'nin baktığı Hıristiyan âlemdir, Hıristiyanlık değil. Onlar ulusal güç, ticari genişleme, ülkeler arasında saygın bir yer ve daha dolu ve zengin bir hayat istiyor. Onlar bu güçlerin sahiplerinin, yerkürenin yerleşilebilir alanlarından onda dokuzunun ve her yedi Müslüman'dan altısının hâkimi olan batı Hıristiyanlığının ırkları olduğunu görüyor. O zaman biz, tarihte nadir görülen müteharrîk olaylardan biri ile karşı karşıyayız -*ulusal bir ihtida* [*national conversion*]. Burada kullanılan ihtida kelimesi gerçek anlamında, yani dönme ve bambaşka bir istikamete yönelme anlamında kullanılmıştır. Bugünkü Türk devrimi bir medeniyetin ve hayat tarzının terki ve diğer birinin benimsemesidir. (...) Onlar açık bir şekilde, Türk halkının yedi yüz yıl önce İslam'ı benimsemiş olmasının, onları ilerleme ve medeniyet yolundan çıkararak bir çıkmaz sokağa sokan büyük bir hata olduğunu söylemektedir."

Arnold Toynbee 1930'lu yıllarda yazdığı *A Study of History* adlı eserinde insanlık tarihinde etki kurmuş yirmi altı medeniyetten Mısır, And, Çin, Minoa, Sü-

Osmanlı-Türk siyasetinde modernleşme hareketleri 17. yüzyılda başlamış olsalar da geleneksel sistem üzerindeki yıkıcı etkileri ancak 20. yüzyılın başlarında belirgin hâle gelmiştir. Bu anlamda, muhafazakâr düşüncenin Türkiye'de kökenlerini incelemek ve Türkiye'de muhafazakâr düşüncenin serencamı hakkında söz söyleyebilmek, öncelikli olarak Cumhuriyet elitinin "*medeniyet projesi*" üzerinde değerlendirme yapmak anlamını taşır.

Modernleşmenin Batı-dışı toplumlara aşılacağı en önemli proje, kendi şartlarında oluşan *ulus devlet ve ulus toplum* modeli oldu. Dağılan Osmanlı devlet yapısında ilk batılı ve kurumsal açılım Mustafa Kemal'in "*Ümmetten bir millet yarattık*."<sup>24</sup> cümlesi ile özetlenebilirdi. Çoğunlukla Osmanlı askerî akademilerinde Batılı tarzda pozitivist bir eğitime geç-

mer, Maya, Hint, Hitit, Suriye, Helen, Babil, Meksika, Arap, Yukatan, Sparta ve Osmanlı medeniyetlerini kapsayan on altısının ölmüş ve tarihin derinliklerine gömülmüş olduğunu, geriye kalan ve varlığını idame ettirmeye çalışan Hıristiyan Yakın Doğu, İslam, Hıristiyan Rus, Hindu, Uzak Doğu Çin, Japon, Polinezya, Eskimo ve Göçebe medeniyetlerinin ise Batı medeniyeti tarafından imha ve asimile edilme tehdidi altında can çekişmekte olduğunu ifade etmişti. Bu sınıflama ve tespit bir taraftan batı medeniyetinin nihâi hâkimiyetini, diğer taraftan da yok edici tekelci özelliğini vurguluyordu. O dönemin sömürgeci sistemi ve bu sistemi hukukileştiren felsefi ve zihni altyapı ile bütünleşen bu tespit, II. Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşen sömürge devrimleri sonrasında geliştirilen modernleşme teorileri çerçevesinde etkisini sürdürdü. Birçok düşünür ve siyasetçi batı medeniyetinin düşünce yapısının, hayat tarzının, siyasi, iktisadi ve sosyal kurumlarının zamanla yerel kültür çevrelerine aktarılacağını ve bu kültür çevrelerinin çizgisel tarihî ilerlemenin kaçınılmaz bir sonucu olarak kendi kendini üretebilme güçlerini kaybedeceklerini düşünüyordu. Modernleşme, bu teoriler çerçevesinde bir üst hâkim medeniyete intibak etme anlamında bir değer yargısı içeriyordu. Bu anlayışa göre modernleşme, hem kaçınılmaz bir gereklilik hem de bir medeniyet transferiydi. Soğuk Savaş sonrası dönemde diğer medeniyet birikimlerini Batı karşısında tek bir kategoride değerlendiren ve çatışma teorileri üreten Samuel Huntington'ın 1960'lı yıllarda modernleşme olgusunu teoriye dönüştürmeye çalışan siyaset bilimcilerin başında gelmiş olması bu açıdan hiç de şaşırtıcı değildir. Ahmet Davutoğlu, "*Medeniyetlerin Ben İdraki*", *Dünya* dergisi, İstanbul 1991, s. 7.

<sup>24</sup> Hamza Türkmen, *Ulusçuluk Çıkmazı: Kürtler ve Çözüm Arayışları*, Ekin Yayınları, İstanbul 2009, s. 12. Hamza Türkmen'e göre, başta Namık Kemal olmak üzere Jön Türkler, halkın zihninde olumlu çağrışımlara sahip olan Kur'anî bir kavram olan "*millet*"i bilinçli bir şekilde "*nation*" [ulus] anlamında kullanarak tahrif etmişlerdir.

miş askerler olan Kemalist seçkinler 1920 ve 1930’lu yıllarda yeni Türkiye için tepeden inmece radikal çağdaştırma projesini uygulamaya koymuşlardı.

Diğer sömürge sonrası ulus-devletler gibi, Türkiye’nin kurulma tarihinin de “çağdaşlaşma istemi” olarak “Batılılaşma tarihi” olduğu açıktır. Kurulma süreci, “çağdaş Batı uygarlık seviyesine yetişmek” için gerekli siyasal, ekonomik ve ideolojik ön-koşulların Kemalist seçkinler tarafından yaşama geçirilme girişimini içerir: diğer bir deyişle, *çağdaşlaşma istemi ulus-devlet, sanayileşme ve modern-laik-ulusal kimlik üçgeni üzerine yükselecek “modern bir ulus kurma”* girişimini simgeler. Bu anlamda, çağdaşlaşma istemi, Batı modernitesinden türemiş bir söylemdir: modern Türkiye’nin kurulması, Batı modernliğinin bilşsel ve ahlaki hegemonyasını kabul eden ve kendisine içselleştiren bir modern-ulus kurma girişimidir.<sup>25</sup> Şerif Mardin’e göre Kemalizm’in anlamı “Türkiye Cumhuriyeti’nin tam bir ulus-devlet olarak kavramsallaştırılmasında ortaya çıkar”<sup>26</sup>, kendi ifadesi olmayan bir modern toplum imgesini bir “benzetme” olarak sanki varmış gibi varsayarak hareket eder ve bu varsayım üzerinde modern toplum-ulus devlet entegrasyonuna dayalı organik bir toplum inşa etmeyi amaçlar.<sup>27</sup> Türk modernleşmesine hakim olan paradigma, yani Kemalizm, kuşkusuz kendisi hakkında bilinci itibarıyla muhafazakârlığa ve kendini muhafazakâr olarak algılayan konumlara karşıttır; inkılâpçidir, ilericidir, cumhuriyetçidir ve modernisttir.

Türk modernleşme serüveni, Cumhuriyet döneminde Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda gerçekleştirilmek istenen projenin uygulanması ve toplumsal meşruiyetini kazanmasında birbirlerine mesafeli olsa da temelde birbirini tamamlamaya çalışan iki düşünce vardır. Birincisi, geçmişi reddeden ve değişimi temel alan *pozitivist* toplumsal projedir. Buna göre Batı toplumları, aklın verilerini esas alarak medenileşmiştir. Batılılaşmanın

gereği, rasyonel ilkeler doğrultusunda toplumun yeniden vücut bulmasıdır. Bu aşamada her türlü girdi araçları, aklın süzgecinden geçirilecektir. Akıl yoluyla kurgulanan toplum, tarihin verilerini reddetmekte ve yeni bir tarih yaratılarak birey, toplum ve devlet ilişkileri yeniden düzenlenmektedir. İkincisi, kendini Batı’ya değil, Batı’nın dayatmacı pozitivist düşüncesine karşı konumlandırın ve toplumsal projeye, tarihin hikmetlerini yükleyerek toplumdaki meşruiyetini sağlamayı amaçlayan düşüncedir. Her iki görüşü birleştiren ortak nokta ise, Cumhuriyet projesinin modern-ulus devlet inşasına yönelik amacında yatmaktadır. Burada devlet iktidarını kullananlar, otoriter niteliği ile siyasal yapıya yönelik birtakım unsurları değiştirmeyi amaçladığında, bu değişimin topluma benimsetilmesi görevini üstlenecektir. Türkiyeli aydınının, rejimin mantığının topluma benimsetilmesi ve rejimin belirlediği parametreler çerçevesinde hareket etme gibi iki temel sorumluluğu vardır.

Çağdaş sosyal ve siyasal teorinin kavramsal araçlarına dayanarak Kemalist hareketin fikri ve siyasal kökenleri ve sınırlarını tayin etme girişimlerinde ortaya çıkan en genel eğilim bu hareketin bir geç Aydınlanma projesi olarak, amaç-koyucu, eğitici, değişimci ve tepeden-inmece bir hareket olduğu yönündeki tespitlerden güç almaktadır. Buna göre aydınlanma akılcılığı ve pozitivist-ilerlemeciliğin melezlenmesi sonucunda geliştiği düşünülen Kemalist modernite anlayışı, Batılılaşma/uygarlaşma yönünde ilerleyen köklü bir değişim projesi olarak, toplumun daha ileri bir sosyal örgütlenmeye doğru ilerlemesini hedefleyen siyasal ve kültürel devrimler ve tepeden-inmece öncü siyasetine dayanarak, Türk modernliğinin radikal-modernist sınırlarını çizmiştir. Bu yaklaşıma göre, ulus-devlet ve kapitalizm-merkezli modernite siyaseti, 19. yüzyıl klasik Avrupa modernliğinin pre-kapitalist ve Batılı-olmayan bir formasyon içinde ortaya çıkan “zoraki bir model” olması hasebi ile Türk siyasasında yerel olanın yaratacağı “alternatif modernlik projelerinin” gelişmesini de engellemektedir. Klasik Kemalist modernite anlayışının siyasal programının hedefi, “ulus-devlet projesinin” gerçekleşmesi iken sözü edilen inşa siyaseti de “laiklik ve rasyonelleşme ile özdeş” tutulmaktadır. Bu çerçevede Türk dönüşümü, ulus-devlet mer-

<sup>25</sup> Fuat Keyman, “Kemalizm, Modernite, Gelenek: Türkiye’de Demokratik Açılım Olasılığı”, *Toplum ve Bilim* dergisi, Birikim Yayınları, İstanbul 1997, s. 72.

<sup>26</sup> Şerif Mardin, *Din ve İdeoloji*, İletişim Yayınları, İstanbul 2007, s. 23.

<sup>27</sup> Şerif Mardin, a.g.e., s. 56.

kezli bir modernite projesinin gerçekleştirildiği bir süreç olarak kurgulanmaktadır. Fuat Keyman'ın belirttiği gibi, Kemalist ilkeler, "Kemalist modernite projesine siyasal, kurumsal ve kültürel bir 'bütünlük' verme işlevi görek (... ) yukarıdan aşağıya doğru topluma nüfuz ettirilmeye çalışılan bu pratikler (ilkeler), toplumun çağdaşlaşma istemine endeksli 'eğitilmesi' ve bu temelde bir 'ulusal kimlik' yaratılması amacı gütmüştür."<sup>28</sup> Gerçekten de devrim dönemi siyaseti, Keyman ve Şerif Mardin gibi Türk siyasal hayatının önde gelen araştırmacılarının vurguladıkları gibi, bir "inşa dönemi" olarak değerlendirilebilecek nitelikler göstermektedir. Dönemin siyaseti içinde öncelikli bir konum kazanan modernleştirici seçkinler, aydınlanmacı öncü siyasetinin araçları olarak yukarıdan-aşağı bir değişim politikası izlemişlerdir. Ne var ki, Süleyman Seyfi Ögün, "inşa siyaseti olarak Kemalizm'in" milliyetçi dayanakları üzerine yaptığı değerlendirmede, Kemalizm'in daha ziyade politik bir proje olduğunu ve "anti-empyralist ve anti-kolonyalist bir içeriği olmakla beraber milliyetçilikle ilişkisinin son derece zayıf olduğunu" vurgulamaktadır. O'na göre Kemalizm, "tercihini 'politik toplum(un) inşasından yana yapmış' ve 'geleneğe' ile temellenen ve 'tarihsel süreklilik' kavramının biçimlendirdiği 'ulus inşası' düşüncesinden vazgeçmiştir." Kemalizm, Ögün'ün vurguladığı gibi, "milliyetçilik ve popülizm yapmadan" giriştiği "politik toplum inşası aracılığı ile yeni bir birleştirici bağ olarak 'yurttaş' ilişkilerini 'kurumsal anlamda geçerli kılmayı' hedeflerken, bu bağların sağlamlığını aydınlanmacı esaslara dayanan bilimci bir siyasal teori içinde kurmaya çalışmıştır."<sup>29</sup> Osmanlı-Türk modernliği içinde on dokuzuncu yüzyılın ilerlemeci siyasetinin ideolojik geleneği olarak yükselen pozitivizmin siyasal ve sosyal teorisi çerçevesinde gelişen bu anlayışa göre, bireysel gelişmenin ve toplumsal ilerlemenin şartı, cehaletin kaldırılması, akıl ve bilim ölçülerine uymayan önyargıların ve geleneklerin yok edilerek, özgür insanın yaratılmasıdır. Yurttaşlar arasında yerleştirilmeye çalışılan yeni ve medeni bağların temel-

leri aklın zaruretleridir. Aklın gerekleri kendi ölçülerini, sadece üretim ve teknik alanında değil; siyasal, sosyal ve kültürel alanlarda da Kemalist inkılapçı siyaset yolu ile geliştirecektir.<sup>30</sup> Gerçekten de bu anlayışa bağlı Kemalist modernleşmeci kuşağın içinden bir kısım aydın Batı medeniyetinin ilerlemeci-bilimsel yüzüne gözlerini çevirmişlerdir. Buna göre, halk egemenliğine dayalı cumhuriyet rejimi içinde yurttaşlık bilinci ile devlete bağlanacak olan ulusun, canlı bir varlık olarak ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel alanlarda nefes alacağı yeni alanların açılması ve bu alanların devletin bütünleştirici siyaseti yolu ile korunması, halk ile ulus-devletin bütünleşmesini sağlayacak en önemli siyasal hedef olarak görülmektedir.

1930'lu yılların başında Kemalist modernleştirici seçkinler arasında özellikle devrimlerinin hızının yavaşlamaya başladığı yılların başında yeni parçalanmalar başlamıştır. "Siyasal bir topluluk olarak ulus" inşası projesinin dayandığı halkçı ve milliyetçi temelleri daha 1930'lu yıllarda yeterince sağlam bulmayan bir grup cumhuriyetçi aydın, "politik bir proje olarak ulus" anlayışını, zihincilik anlayışının ürünü olan soyut bir reformizmin örneği olarak görerek, İsmail Hakkı Baltacıoğlu'nun düsturlaştırdığı gibi "bir devlet kurma(nın) kolay, bir ulus yapma(manın) çok zor, bir geleceği yaratmanın (ise) imkânsız," olduğu düşüncesinden hareketle, Kemalist modernlik hareketini kültürcü temeller üzerine bina etme çabasına girişmişlerdir. 1930'lu yıllar içinde çeşitli fikir tartışmaları içinde daha da çeşitlenen bu girişimi Kemalist modernliğin Batılı kaynaklarının gözden geçirilmesinden başlayarak, genel olarak Kemalist modernliğin doğası üzerine yoğun ideolojik ve bilimsel tartışmalar içinde gelişmiştir. Türk fikir hayatı çalışmalarında şimdiye kadar üzerine yeterince değinilmediğini düşündüğüm ve bir fikir hareketi olarak Türk cumhuriyetçi muhafazakârlılığının doğuşunu hazırlayan bu tartışmaların kökenlerine dikkati çeken Hilmi Ziya Ülken'in *Türkiye'de Çağdaş Düşüncenin Tarihi* adlı kitabında, Mütareke döneminde gelişmeye başlayan Bergsoncu ve ruhçu fikir hareketlere

<sup>28</sup> Fuat Keyman, *Türkiye'de Radikal Demokrasi*, Bağlam Yayınları, İstanbul 1999, s. 183.

<sup>29</sup> Süleyman Seyfi Ögün, "Türk Muhafazakârlılığının Açık İktisatları Üzerine", *Doğu Batı* dergisi, Sayı: 3, s. 75-77.

<sup>30</sup> Nazım İrem, "Muhafazakâr Modernlik, Diğer Batı ve Türkiye'de Bergsonculuk", *Toplum ve Bilim* dergisi, Sayı: 73, s. 45.



işaret etmektedir.<sup>31</sup> Ülken’i İttihat ve Terakki hareketi ile Genç Türk çevresinde etkin pozitivist siyasal ve sosyal felsefesine tepki olarak özellikle Türkçü eğilimli aydınlar arasında gelişen romantik-ruhçu tepkinin, *Dergâh* (1921-1924) dergisi etrafında bir araya gelen Baltacıoğlu, Mustafa Şekip Tunç ve Mehmet İzzet gibi aydınların faaliyetleri ile açık siyasal bir içerik kazandığını da belirtmektedir. Muhafazakâr modernleşmeci temalar Cumhuriyetin ilk yıllarında İsmail Hakkı Baltacıoğlu, Mustafa Şekip Tunç, Hilmi Ziya Ülken, Peyami Safa gibi yazarlar ile Yahya Kemal ve Ahmet Hamdi Tanpınar gibi şair ve edebiyatçılar tarafından dile getirilmiştir.

Bergsonculuk ve Fransız ruhçu felsefesi ve Alman romantizmine yönelerek, Kemalizm’in katı modernleşmeci yönüne karşılık, Kemalizm’in içinden çıkan erken dönem cumhuriyetçi muhafazakârları, eski rejime tepkili olarak Kemalizm’in kendiliğindenci ve iradeci felsefelerini Millî Mücadele’nin özgürlükçü hedefleri ile birleştirmiş ve siyasallaştırmıştır. Mustafa Şekip Tunç, İsmail Hakkı Baltacıoğlu, Hilmi Ziya Ülken, Peyami Safa, Ahmed Ağa-oğlu’nun ideolojik çalışmaları değerlendirildiğinde, ilk dönem muhafazakâr grubun cumhuriyetin kurulması ile birlikte kültür seçkinleri arasında yer aldığını, Bergsoncu, romantik-ruhçu eğilimlere dayanarak, klasik Kemalist modernlik siyaseti içinde Kemalizm’e felsefi bir alt yapı hazırladıklarını söyleyebiliriz.

Bu bağlamda Türkiye’de modernleşme sürecine damgasını vuran tek bir Kemalizm olmadığını söyleyebiliriz. Bu dönüşüm ve değişim içerisinde fikri ve siyasi anlamda birbirleriyle bazen çatışan bazen yarışan farklı Kemalizmler olduğunu ve bunlara bağlı olarak da modernite anlayışları olduğunu söylemek mümkündür. Süreci günümüze kadar uzattığımızda saptamalarımızın daha net bir şekilde anlaşılabilirliğini söyleyebiliriz. Osmanlı’nın son döneminden bugüne kadar olan süre içerisinde Kemalizm’in tahakkümcü tavrının modernleşme düşüncesiyle sırt sırta vermeyen ve onun içinden çıkmayan tek bir ideoloji vardır, o da İslamcılık. Muhafazakârlığın aydınlanmacı-ilerlemeci anlayış ile tarih, gele-

nek, siyaset, ekonomi anlayışı pozitivist modernleşme felsefi köklerinden yararlanmışlardır. Formüle etmeye çalıştığımız sav, muhafazakâr düşüncenin Türkiye’de bizzat Kemalizm’in içinden varlık bulduğudur.

Türkiye’de cumhuriyetçi muhafazakârlık, Kemalist modernleşme düşüncesine bir tepki olarak 1930’lu yılların başında güçlenen felsefi ve siyasal bir harekettir. Bu tepkiyi Peyami Safa’nın yayınladığı *Türk Düşünce Dergisi*’nde “Kaderimizi doğru olarak kendisine bağladığımız Batı medeniyetinin ne olduğunu bilmezsek onu nasıl benimseyeceğiz?” diye sorduğunda değişim ve modernleşme sürecinde, muhafazakâr aydınların duydukları şüpheyi ve eleştirilerinin saç ayaklarını tespit edebiliriz. Kemalizm’le kurdukları bağ modernleşme düşüncesinde iken, yarıştıkları nokta ise, nasıl ve ne şekilde modernleşmeliyiz noktasındadır.

Kemalizm’in ya da onun temsil ettiği radikal modernleşmeci hareketin tarzına tepki olarak ortaya çıkan Türk muhafazakârlığı aynı zamanda modernleşmeyi ve Batılılaşmayı savunarak Kemalizm’in radikal modernleşmesine karşı daha yavaş ve tedrici bir süreci öngörmüş ve geleneği de modernleşme sürecine dâhil etmeyi arzulamıştır. Buradan kalkacak olursak Türk Muhafazakârlığı bahsettiğimiz gibi Cumhuriyet elitlerinden ayrı bir bölümü oluşturan, fakat Cumhuriyet elitlerinden ayrılmayan ve karşılığı olarak Kemalizm gibi halk desteği olmayan, toplumsal karşılığı olmayan bir düşüncedir.

Tüm bu tespitler bağlamında, Türkiye’de muhafazakâr düşünce Kemalizm’e bir tepki olarak ortaya çıkmasına karşın aynı zamanda Kemalist bir hareket olarak doğmuştur savını ortaya atmak mümkündür. İlk muhafazakâr aydınların hemen hepsi ne Kemalizm’le ne Mustafa Kemal’le ne de onun düşünceleriyle ciddi bir çatışmaya girmemiş, aksine Mustafa Kemal’i onaylayan ve yücelten bir tavır sergilemişlerdir. Onların bu tavrını bir adet olarak anlatılan Cumhuriyetin ilk yıllarının baskıcı ortamıyla, muhaliflere şiddet politikası ile ya da muhaliflerin sürgüne gönderilmesi veya kaçmak zorunda kalmasıyla açıklamak doğru değildir. Bu tavrın asıl ve doğru nedeni Türk muhafazakârlığının kendi modernleşme meş-

<sup>31</sup> Nazım İrem, “Kemalist Modernizm ve Türk Gelenekçi-Muhafazakârlığının Kökenleri”, *Toplum ve Bilim* dergisi, Sayı: 74, s. 52.

ruiyetini Kemalizm’de bulması ya da Kemalizm üzerinden sağlamasıdır. Yani; Türkiye’de bir Türk muhafazakârlığının varlık bulması için, hâli hazırda mevcut rejimin Kemalizm gibi sert ve otoriter bir yapıya sahip olması gerekirdi. “*Toplum ve devlet tüm alanlarıyla modernleşmeli*” tespiti ilk dönem muhafazakârlarının Kemalistlerle ortak tespitlerindendi, fakat Türk muhafazakârlığının Kemalizm’den ayıran fark bu modernleşmenin nasıl olacağı sorunsalı üzerinde yatıyordu. Türk muhafazakârlığı Kemalizm’in içindeki köksüzlüğü, alt yapı eksikliğini felsefi bir temelle destekleyerek, kendi meşruiyetini Kemalizm üzerinden sağlama yoluna gitmiştir.

Muhafazakârlığın tabiatı gereği devrime karşı çıkması gerekirken Kemalizm’i içselleştiren Türk muhafazakârlığı, liberal Kemalizm ya da sol Kemalizm gibi Kemalizm’in yorumlarından biri olmuştur. Kemalizm’in bir kolu olarak Türk muhafazakârlığı, İslamcılık’a karşı bir konumda yer alması ve tıpkı Kemalizm gibi ümmete karşı milliyetçi, dinin otoritesine karşı da laik bir tavır takınmışlardır.

Türk muhafazakârlığı Kemalizm’in radikal modernist yaklaşımını frenlemeyi amaçlayan, bunun istenmeyen sonuçlar doğurabileceğini ve modernleşmenin evrimci ve tedrici bir biçimde gerçekleşmesini savunan bir ideolojidir. Modernleşmeye karşı değildir. Yahya Kemal’in<sup>32</sup> “*Kökü mazide olan atiyim*” dizesinde olduğu gibi geçmişe dönmeyi değil, geçmiş bugün ve gelecek için kullanmayı ister. Türk muhafazakârlığı bu yönüyle Kemalizm’i Müslüman halkla adeta barıştırmış ve Kemalizm’in zorlandığı modernleşme sorununu bu yolla

çözmüştür. Eğer Türkiye’de muhafazakâr düşünce olmasaydı Kemalizm’in başarılı olma şansı çok daha az olurdu.

## Türk Muhafazakârlığının Temel Özellikleri

### *Hars ve Medeniyet Ayırımı*

Türkiye’de muhafazakâr düşüncenin şekillenmesinde Ziya Gökalp’in önemli bir yeri vardır. Onu bu anlamıyla özel kılan muhafazakârlar açısından bir düstur hâline gelen medeniyet ve hars ayırımıdır. Batı’dan alınacak bilim ve teknoloji ile millete ait olan hars değişmeden muhafaza edilmeliydi. Hars ve medeniyet ayrımının temel düsturu “*Batı’nın fennini alıp yaşam tarzını reddetme*” düşüncesinin bir başkaca söylemi idi. Ziya Gökalp’te de modernleşme düşüncesine bir karşı çıkış yoktu fakat *hars* bu modernleşmede bizim temel kalkış noktamız olmalıydı. Muhafazası sağlanacak hars ile Batı medeniyeti sayesinde modernleşmek ve millî kimliğin korunması bizi modernleşme anlamında daha başarılı kılacaktı. Gökalp bu düşüncesini şu şekilde sentezler: “Bir millette hars asıldır, medeniyet ise alınır... Biz, Osmanlı medeniyeti sahasında inkılâpçiyız, Türk harsı sahasında da muhafazakârsınız... Türk inkılâpçılığı, medeniyet hususunda muhafazakârlığı asla kabul edemez. Türkçülük ancak harsta muhafazakârdır.”<sup>33</sup>

Ziya Gökalp’in sentezlediği bu düşünce Tanzimat ile başlayan ve hâlâ günümüzde devam eden Türkiye’nin modernleşmesi serüveninde muhafazakârlar açısından bir dünya görüşü olagelmıştır. Türk muhafazakârlığının en önemli düşüncelerinden biri hatta temeli budur denebilir.

Gökalp’e göre milletlerin siyasi hayatında muhafazakârlığın önemli bir yeri olduğunu belirterek, inkılâpçıların ananeleri yıkıp onların yerine mefkûreleri ikame etmeye çalışırken, muhafazakârların yalnız cansız ananeleri yıkmada konusunda inkılâpçılara destek verdiğini, canlı ananelerin yıkılması karşısında ise onlara cephe aldıklarını ifade etmektedir.

<sup>32</sup> “Bu minvalde, Türkiye’de muhafazakârlığın öncülerinden sayılabilecek olan Yahya Kemal ile Mustafa Kemal arasındaki bir diyalogu hatırlatmakta fayda var: Yahya Kemal, Müslümanlığı önemsiyor, ulusal kimliğin yapıcısı olarak kendi kültürüyle yoğurup yeneden şekillendirdiği Müslümanlığı görüyordu. Millî Mücadele sonrasında bu fikirlerini bir Meclis’te yan yana oturduğu Mustafa Kemal’e anlatmış, inkılapların esaslısının dinde yapılacağını duyunca “ama paşam” demişti, “İnkılapları yaparken Türk milletinin Müslüman olduğunu gözden irak tutmamak lazımdır!” Burada muhafazakârlar ve Kemalistler arasındaki ittifaka şahit olunabilir. Yahya Kemal Mustafa Kemal’e yanında oturacak kadar yakın bir mesafededir ve “Paşa”sına reformların ılımlı bir çizgide olması istemini dillendirmektedir.” Beşir Ayyazoğlu’ndan aktaran Fırat Mollaer, a.g.e., s. 185.

<sup>33</sup> Mehmet Vural, a.g.e., s. 56.

## Doğu-Batı Sentezi

Türk muhafazakârlığının oryantalist söyleme yenilerek Doğu-Batı çatışması sorunsalı ve bir sentez yoluyla bunun aşılması temel özelliklerinden bir diğeridir. Özellikle Peyami Safa'nın<sup>34</sup> Doğu ve Batı düşünceleri ile Ahmet Hamdi Tanpınar ve Nurettin Topçu da rastladığımız bu ayırım ve daha doğrusu ruh hâli bizzat oryantalizmin içinde kalmış bir Türk muhafazakârlığını da bize gösterir. Çünkü dünyayı Doğu ve Batı şeklinde kategorize eden oryantalizmdir. Modern zamanlar için geçerli ve işlevsel olanı Batı'ya, geri kalmışlığı, geçerliliğini yitirmişliği Doğu'ya teşmil etmiştir. Türk muhafazakârlığı da oryantalizmin Doğu imgesini ve Doğulu kimliğini sahiplenmiştir.<sup>35</sup>

Türk inkılâplarına ve Kemalizm'e bakış açısı, geçmiş ve gelecek veya Doğu ile Batı arasında kurmak istediği sentez/köprü, Peyami Safa'nın *Türk İnkılâbına Bakışlar* adlı eserinde savunduğu temel düşünceleridir. Türkiye'nin geri kalmışlığını düşünsel temelde açıklamayı amaç edinmiş ve bunu, başından sonuna kadar bütün eserlerinde görülen ve belirli bir süreklilik izleyen, "Batı" ve "Doğu" karşılaştır-

masıyla yapmaya çalışmıştır. "Ona göre "Batı" ve "Doğu" birbirinden ayrı düşünülemez bir bütündür. "Doğu"nun geri kalmasının sebebi, "mistisizme" saplanması ve kör inançlar içinde "modern" olanı yakalayamamasıdır. Kemalizm bunu yakalamıştır, ona göre. Kemalizm'i, "mistik görüşten riyazi görüşe ve step cemiyetinden site cemiyetine geçiş hamesi olarak da tarif edebiliriz." diyerek olumlarken, bilinçli olarak Kemalizm'in hangi özelliklerini ön plana çıkartacağını hesaplamaktadır. "İki Kökten Gelme İnkılâp Hareketleri" başlıklı bölümde "Medeniyetçilikten Doğan İnkılâp Hareketleri" adı altında, daha önce *Fatih-Harbiye*'de karşı çıktığı "Darülelhan'dan alaturka kısmın kaldırılıp yalnız garp musikisi öğreten konservatuarın tesisi" çok kısa bir biçimde geçiştirilirken, milliyetçilik ve özellikle "Türk Tarih Tezi" üzerine görüşleri geniş yer tutmaktadır. Bu kitaptan anlaşıldığı kadarıyla, "Türk Tarih Tezi" ve "Güneş-Dil Teorisi" gibi yeni Türk toplumunun kökenlerine ilişkin kaynak arayışı, Peyami Safa tarafından daha önceki kaygılarını giderecek unsurlar olarak görülmektedir. Daha sonraları bile Peyami Safa, bu tezin daha da derinleştirilmesi için çaba gösterecektir.

Batı medeniyeti akli, bilimi, gücü ve tam anlamıyla bir medeniyeti temsil etmekteydi Peyami Safa'ya göre. Doğu ise bilgeliği, bireylerinin münzevi olduğu bir hayatı, ruhu, geri kalmışlığı, maneviyatçılığı, temsil etmekteydi. Batı bilimde ve maddede, Doğu ise maneviyatta takılıp kalmıştır. Türkiye'nin ise kendisine bu iki hâlden ayrı bir yol çizmesi gerekecekti, Peyami Safa'da muhafazakârlar açısından bir düstur hâline gelen Doğu-Batı sentezini oryantalizmin tam ortasında kurgulamıştır. Burada günümüz muhafazakârlarının laiklik ve demokrasiyle yönetilen tek Müslüman ülke olan Türkiye'nin İslam ve çağdaş değerleri birleştiren model ülke olduğunu sık sık tekrarladıklarını hatırlatmakta fayda var. Peyami Safa'nın Doğu-Batı sentezciliğinden maksadı ne Doğu'yu kurtarmaktır ne de Batı'yı. Onun amacı aslında devrim yobazlığıyla irtica arasında sıkıştığını söylediği Türk inkılâbını kurtarmaktır. Doğu-Batı sentezi sayesinde Türk inkılâbı yine Safa'nın ifadesiyle "Frenk ve Arap maymunluğu"na dönüşmeden gerçekleşecektir. Peyami Safa ideal sentezin nasıl olması gerektiğini romanlarında göstermeye çalışmıştır.

<sup>34</sup> Peyami Safa (1899-1961)'da Cumhuriyetin ilk dönem edebiyatçı ve düşünürlerindedir. Kurucusu, sahibi ve neşriyatı fiilen idare eden olduğu *Türk Düşüncesi* dergisinde, Peyami Safa'nın görüşlerinin birçok eserinde olduğu gibi *Türk Düşüncesi*'nde de bulabiliriz. "Server Bedi" imzasıyla hafif yazılar ve roman tefrikaları yazan, kırk yıl boyunca aralıksız çok sayıda dergi ve gazetede hem başyazarlık hem de köşe yazarlığı yapmış bir gazeteci, yazar ve fikir adamıdır Peyami Safa. Peyami Safa, 1920'lerde yayımlamaya başladığı ilk yazılarında politik olaylardan daha uzak bir görüntü sergilemektedir. Doğumuyla ölümü arasındaki çalkantılı süreçler Peyami Safa'nın fikirlerinin de değişmesine sebep olmuştur. Çok okunmasının bir sebebi olarak Fransız literatürünü yakından takip etmesi etkili olmuştur. Zaman zaman fikirlerindeki değişim muhafazakârlığın tabiatına uygundur. Kendisini hem muhafazakâr hem de inkılâpçı olarak nitelemiş, izlemiş olduğu milliyetçilik çizgisi 1930'larda Kemalist nitelik taşıırken 1940'larda konjktüre bağlı olarak belli ölçüde faşizme kaymış, 1950'lerde ise ılımlı bir kültür milliyetçiliğine dönüşmüştür. Devrime karşı veya yandaş tavırlar geliştirme biçimlerinin, söz konusu edilen dönemlerin kendine özgü ikliminden etkilendiğini görmemiz gereken birinci unsurdur.

<sup>35</sup> Ufuk Aktaşlı, "Muhafazakârlık ve Kemalizm", *Doğu Batı* dergisi, "Türk Muhafazakârlığının Eleştirisi", Sayı: 58, s. 157.

Atatürk ilke ve inkılâplarını Doğu-Batı sentezi olarak yorumlayan Safa, Kemalizm'in skolastik düşünceyi aşmış bir dindarlık, ırkçılıktan arınmış bir milliyetçilik ile uzlaşan toplumsal bir program olduğu düşüncesindedir. Atatürk ilke ve inkılâplarını Doğu-Batı sentezi olarak yorumlayan Safa, Kemalizm'in skolastik düşünceyi aşmış bir dindarlık, ırkçılıktan arınmış bir milliyetçilik ile uzlaşan toplumsal bir program olduğu düşüncesindedir. Safa'ya göre Kemalist medeniyet projesi aklın ve karizmatik bir liderin düşüncesi değil, tarihî ve geleneksel bağlarına oturan rasyonel bir toplumsal kurgudur. Safa'nın inkılâbı canlı bir tarihe benzetmesi, muhafazakârlığı siyasal bir düşünce tarzı olarak sistematize eden İngiliz düşünür ve devlet adamı Edmund Burke'ün Fransız Devrimi'ne karşı İngiliz kurumlarını ve 1689 Devrimi'nin [Glorious Revolution] hakikatten çıktığını vurgulaması ile bir paralellik söz konusudur. Safa da tek parti dönemindeki uygulamalar karşısında, toplumsal meşruiyeti sağlama konusunda Anglosakson ile Kıta Avrupası muhafazakâr düşünce yapılarının etkili olduğu söylenebilir. Muhafazakârlık bakımından Safa'nın önemi, Cumhuriyetin ilk dönemlerinde Kemalizm'in pozitivist boyutuna Anglosakson düşüncesinin akıl-gelenek uyumunu taşımaya çalışmasıdır.

### ***Eski ve Yeni Ayrımı / Kültür, Tarih ve Gelenek***

Yeni ve modern olan için eskiye dair kalan ne varsa kötölemek, yeniye atılacak adımlar için bir ilham kaynağıdır. Türkiye'de Kemalizm'in muhafazakâr ideoloji ile yine ortak bir nokta bulunduğu hâl bu durumda ortaya çıkar. Yahya Kemal'e göre<sup>36</sup> eski bitmiştir: "Şark öl-

müştür." Şiir şikkında, bu eski ve kapalı toplum mükemmeliyete erişmiş ve bu şiir sona ermiştir. Çünkü mükemmeliyet, adı üstünde, mümkün olan bütün olasılıkların hesaplandığı, tüm yolların tüketildiği bir "son"dur. O "son"a varılmıştır. Mükemmeliyet, bitmiştir: Sonrası ise yavandır. Yahya Kemal'in ifadeleriyle, eski Türk cemiyeti, kapalı ve ahenkli bir bütündür; bu bütün belirli bir anda, en azından sanatsal ifadesinde mükemmeliyete erişti, yani bitti. Şark, evet, böylece ölmüştür. Ona göre eski toplum bir kara deliktir artık. Yeni toplum ise bu kara delikten doğacak olan, doğması beklenen yavru-evrendir.<sup>37</sup>

Babanzade Ahmed Naim, Yahya Kemal'in "Bir Rüya-da Gördüğümüz Eyüp" başlıklı makalesini şiddetle eleştirmiştir. Yahya Kemal ise eserine yapılan bu eleştirileri şöyle anlatmaktadır: "Derlerden yeni çıkmıştık. Ahmed Naim Bey birdenbire dedi ki; 'İslamiyet'e sizin ettiğiniz zararı bu aralık kimse etmiyor.' 'Niçün, nasıl, ne gibi...' dedim. 'Mesela bugünkü yazınız gibi yazılardan' dedi ve ilave etti; 'Zaten delalete düşmüş bu zavallı milleti daima şaşırtıyorsunuz. Bir zamanlar Türkçülükle, şimdi de İslamiyet'i efsaneler üzerine kurulmuş bir din gibi göstererek. Bizim Abdullah Cevdet'in dinsizliğinden korkumuz yoktur, çünkü o sarahatle dinsizdir ve maddidir, İslamiyet'i yıkamaz. Hâlbuki sizin *Tevhid-i Efkâr*'da bir seneden beri çıkan yazılarınız İslam akaidini ve esâsâtını baştanbaşa tahrif ediyor. Beyefendi! İslamiyet'te ölümlere ibadet, mezarlara muhabbet, ölmüş insanları filan veya falan semtte hazır ve nazır zannetmek gibi itikatlara yer yoktur. Peygamber sallallahu aleyhi ve sellem efendimiz hazretlerinin kendi naşı bile İslam'da takdis olunmaz. İşte İslam'ın Hıristiyanlığa ve diğer dinlere bir fâikiyeti de bundandır, böyle ebatına İslam'da inanılmaz."

Yahya Kemal makalesi için yapılan bu eleştiriye şöyle karşılık verir: "Bütün bir Türk milletinin hatıralarına ne karşılırsınız! Türk milleti dinini istediği gibi benimsemiştir. Diyanetini vatanının toprağına tahayyül ettiği şekilde karıştırmıştır. 'Biz' dediğiniz zevat kalıp da: 'Ey Türkler, İslamiyet sizin vatan toprağına bigânedir, sizin milliyetinizi ve diğer milletlerin milliyetini de tanımaz. Zaten milliyet tanımaz. Sizin filan ve falan 'vatan'a İslamiyet'in ruhaniyetini şu bu şekilde, hulasa putperesthane bir itikat bakiyesiyle izafe edilmesini İslamiyet istemez!' demenizle emin olunuz ki şu memlekette bir yaprak kıvılcıdamaz. Evet, bu millet, İslamiyet'i kendi mizacına göre kabul etmiş ve çok eski putperestliğiyle karıştırmış ve öyle sever; onun uğruna yalnız bu sebeplerle ölür. İslamiyet'i olsun, Hıristiyanlığı olsun, diğer dinleri olsun bütün milletler daima kendi hilkatleriyle, temayülleriyle, muhayyileleriyle, ihtiyaçlarıyla karıştırarak kabul etmişler ve başka türlü almalarına zaten imkân yoktur."

<sup>36</sup> *Muhafazakârlığın İkt Yüzü* isimli kitabı Dergâh Yayınlarından çıkan Fırat Mollaer, kitapta İsmail Kara'ya şükranlarını bildiren ve genel temayülü İslamcılara karşı muhafazakârlardan yana olan bu diyalogu aktardıktan sonra şu önemli tespitlerde bulunuyor: "Türk muhafazakârlığı İslamcılarının çok da tepkisini alan bidat ve hurafelere olan özel ilgisiyle tebarüz etmiştir." Hurafeleri kültürel bir zenginlik olarak değerlendirmekten çekinmeyen muhafazakârların tepkisi, sadece radikal Batılılaşma yanlılarına değil, ümmete gönderme yaparken Türk kültürünü arka plana iten İslamcılara karşı da yönelmiştir. İslamcılarının evrenselciliği, hem yerel değerlere karşı bir saldırganlık, hem de Araplaşma olarak değerlendirilmiştir.

<sup>37</sup> Ahmet Hamdi Tanpınar, *Yahya Kemal*, Dergah Yayınları, İstanbul, 1995, s. 19.

Muhafazakârlık en genel tanımıyla tarihsel bir birikimle ortaya çıkan bir geleneğin muhafazasıdır. Ancak bu gelenek modern paradigma içinde yeniden üretilmiş ve modernleşmeye engel teşkil etmeyen geleneğin, faydalı kısmıdır.

Toplum eski ve yeni olarak bir ayrıma gidilirse, modernleşme daha tedrici ve ılımlı bir aşamaya doğru gidecektir. Eskiye öldüren, yerine de her alanda yenilik peşinde gidenler öne çıkarılırsa toplum bu yeni durumu daha çok benimseyecektir. Yahya Kemal’e göre bu güç için yolu eski ile yeni arasında kurulacak sentezin gerekliliğidir. Eski gizli bir kötülenme yoluna gidilmeli yeni olan topluma tercih ettirilmeli ve bu durum üzerinden bir ruh hâli ve toplum psikolojisi yaratılmalıydı. Bu ruh hâli içinde tarih ve gelenekle devamlı birikerek değişecek bir toplum geleceğe yönelebilecektir. Yahya Kemal bu durumu da “Kökü mazide olan atiyim” dizesiyle sloganlaştırmıştır.

Yahya Kemal bu hâliyle eskiye karşı cephe alırken, onu yok sayanlara da tepkisini göstermiştir. Ortada Kemalizm’in yok farz ettiği bir tarih ve kendisine savaş açılan bir kültürün sözcüsü ve yaşatıcısı olmuştur. Yahya Kemal’in belki de hiç istemeden yüklendiği misyon, yani Osmanlı tarihi ve kültürüyle Cumhuriyet arasında köprüler kurma misyonu, onu kültürel muhafazakârların adeta bir idolü hâline getirecektir.

### Örf ve Ananecilik

Türkiye’de muhafazakârlığın öncü isimlerinden biri olan İsmail Hakkı Baltacıoğlu’na göre Tanzimat’tan Cumhuriyete devam eden modernleşme çabalarının yol açtığı en temel sorun “*ahlaki buhran*”dır. Toplum içinde ortaya çıkan bu ahlaki buhran geçmişten kopmayarak geleceğe sarılmak anlamına gelen “*Ananecilik*”<sup>38</sup> ile mümkündür.

<sup>38</sup> Baltacıoğlu’na göre ananeler, “kolektif vicdanın sabitleşmiş parçaları, ananecilik de zamanla canlılığını koruyan bu unsurların tanınması iken, muhafazakârlık, zamanla değişmek zorunda kalan ölü örflere bağlılık” olmaktadır. Onun bu tanımlamalarından anane ve ananecilik kavramlarını değişim içerisinde sürekliliği sağlamaya yönelik formülasyonlar ya da muhafazakâr bir değişim anlayışının öğeleri olarak algılamak mümkündür.

Muhafazakârların en temelde kafa yordukları şey modernleşmenin toplum ve devlet bağlamında onun yarattığı sorunlardır. En az zararlar atlatılmak istenen bu süreçlere kafa yormayı kendilerine görev edinen muhafazakârlar “*Ananecilik*” düşüncesinden bu anlamıyla faydalanmışlardır. Örf ve adetler ile Ananecilik modernleşmenin merkezinde, bazen onlara da müdahale ederek modernleşme gerçekleşmeliydi. Ölü tapıcılığı olarak da değerlendirilen bu düşünce, örfü ve âdeti, eskiyi, toplumun özünde olan ile modernleşme düşüncesini buluşturmaktır.

Dönemin aydınlarını anane düşmanlığı ile suçlayan Baltacıoğlu, onları, irtica ve muhafazakâr nitelemelerinden çekindikleri için bunu yaptıklarını ifade eder. O derecede ki “*anane*” fikri “*irtica*” fikriyle eş anlamlı olmuştur! Oysa anane demek millete nevi belirtilen belkemiği demektir. Anane değişmedikçe millet de değişmez. Onun “*anane*” kavramını şu şekilde maddeler hâlinde özetleyebiliriz: Ananeler tabiatları bakımından örflerdir, ananeler örfler gibi sık sık değişici değildirlir, ananeler örfler kadar canlı olgulardır, anane ırktaki kafatası gibidir; kültürle soyu tayin eder, ananenin orijini mitolojiye dayanır, anane dış akıl bir mevzudur.

Gelenekçi muhafazakârlardan Baltacıoğlu kendini, irtica ve muhafazakârlıktan ayırmakta ve gelenekçi [traditionalist] olarak tanımlamaktadır. Medeniyet-kültür ayırımına bağlı kalan Baltacıoğlu kültürün yapılacak değil, yaşanacak bir hikmet olduğunu belirtir. Ona göre kültürün maddesi gelenektir. Gelenek, bütün zamanlarda canlı kalan örflerdir. Türk modernleşmesi, gelenek yoluyla öz dinamiklerini açığa çıkaracak ve modern toplum oluşacaktır. Ona göre Kemalizm, özü bakımından ananecidir. Kemalist ulusal gelenek, modernitenin evrensel kurumlarını oluşturan kapitalizm ve ulus-devlet ile onun modern siyasal örgütlenme biçimlerine kendi toplumsal yapısında mevcut olan kendine özgü tarihî içeriklerini vererek modernleşmesini gerçekleştirecektir.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Tanıl Bora, *Türk Sağının Üç Hali Milliyetçilik, Muhafazakârlık ve İslamcılık*, Birikim Yayınları, İstanbul 1998, s. 74.

## Türk Milliyetçiliği ve Anadoluçuluk

Peyami Safa'ya göre "Fransız milliyetçiliği nasıl 1870 felaketinden, Alman nasyonal-sosyalizmi ve Hitler'in zaferi nasıl Büyük Harp zilletinden, Osmanlı Türk milliyetçiliği nasıl Balkan faciasından doğmuşsa, Kemalist Türk milliyetçiliği de Mütareke acılarından doğmuştur. Kemalist Türk milliyetçiliği, sosyalistlerin zannettiği gibi, mesela İtalyan emperyalizmiyle mücadele eden Habeşistan ve Japon emperyalizmiyle mücadele hâlindeki Çin milliyetçiliği gibi yarı sömürgecilikten kurtuluş hareketi değildir. Türk milliyetçiliği faşist ve nasyonal sosyalist hareketler taşımaz; çünkü harpler bütün ülkelerde özellikle orta sınıfları ezmektedir; İtalya'da faşizm, Almanya'da ise nasyonal sosyalizm, ekonomik krizlerin yaşandığı dönemde en fazla ezilen orta sınıfın isyanının bir sonucudur. Türkiye'de İtalya'da olduğu gibi büyük sermaye hareketleri ve Almanya'da olduğu gibi işçi kesafeti yoktu; bunun için had safhaya ulaşmış sınıf tezatlarından ve kavgalarından söz edilemez. Dolayısıyla bu iki ülkedeki ekonomik şartların bulunmadığı Türkiye'de milliyetçiliğin faşist ve sosyalist karakter taşıması mümkün değildir."<sup>40</sup>

*Düşünen Adam* Dergisi'nde yazdığı, "İrkçiyiz, Milliyetçi mi?" başlıklı makalesinde Safa, dar manasıyla ırkçılığı ve milliyetçiliği kabul etmediğini vurgulayarak, bu konuda; "Dar manasıyla ırkçı olmadığımız için aynı prensipler ve haklar içinde başka milletlerin gizli ve aşikâr ırklarına da düşmanız. Kendi ırklarını muhafaza edip bizim milliyetçiliğimizi hoş görmeyenler bizi milli intihara sevk etmek isteyenlerdir. Eğer bunlara bütün enerjimizle 'Hayır' diyorsak, bu sofu bir milliyetçi olduğumuz için değil milli varlığımızı müdafaa etmek içindir. Türk gençliğini de bunun için milliyetçi olmaya çağırıyoruz." demiştir. Safa kendisini faşistlikle suçlayanlara da "Tepemden topuğuma kadar milliyetçiyim. Bana faşist diyen rezillerin dili kurusun (ve kuruyacak). Bunu böyle bileler."<sup>41</sup> diyerek milliyetçiliği savunduğunu vurgular.

<sup>40</sup> Peyami Safa, "İnkılabın Mimarisi", *Türk Düşüncesi*, Sayı: 20, C: 4.

<sup>41</sup> Peyami Safa, "Program", *Türk Düşüncesi* dergisi, Sayı: 1, C: 1.

İttihat ve Terakki Partisi iktidarıyla bir devlet politikası hâline gelen Türk milliyetçiliği, Balkanlar'dan Orta Asya'ya kadar olan coğrafyayı bir Turan ülkesi olarak görmüş ve Osmanlı'nın kaybettiği topraklarla birlikte vizyonunu Anadolu toprakları ile sınırlandırmıştır. Bu nokta itibarıyla modern düşünce içerisinde tarihsel olaylar ile geçmişin bugünle kurduğu değerlerine vurgu yapmak milliyetçilik ve muhafazakârlığı ortak alanlarda buluşmaya yönlendirmiştir. Cumhuriyetin kurulması sürecinde ise resmî ideolojinin benimsediği en büyük özellik Türk ırkçılığı [nation] olmuştur. Kemalizm damarlarımızdaki asil kandan bahsederken, oluşturmaya çalıştığı Türk tarihi ile soyumuzu beş bin yıl öteye Hititlere kadar uzandırmayı becermiştir. Kan ve soy bağına dayanan Türk ırkçılığı, belli dönemler içerisinde Batı'yla rekabet içinde ve ona özenerek beyaz ırk, sarı ırk tartışmaları yaşamıştır. Neticte itibarıyla Türk ırkının da beyaz ırk olduğu Kemalistlerce ispatlanmış oldu.

Kemalizm'in Türk milliyetçiliğine nazaran daha ılımlı ve kültür milliyetçiliğini savunan Türkiye muhafazakârlığı ise, Türklerin bin yıl önce Anadolu topraklarına gelişini, bin yıllık Türk Tarih Tezi'ne karşı geliştirmeye çalışmışlardır. Türk muhafazakârlığı, Turancılığa da ırkçılığa da sıcak bakmayan bir kültürel milliyetçiliği savunmuştur. Yahya Kemal'in eğitim için Fransa'ya gittiği yıllarda oradaki derslerde Fransız hocalarından sık sık duyduğu "*Fransız toprağı bin yılda bir Fransız ulusu yarattı.*" sözünü Türkiye'ye uyarlayıp Malazgirt Savaşı'ndan bu yana Anadolu toprağının bin yılda bir Türk ulusu yarattığına dair sözü Türk muhafazakârlığının milliyetçilik görüşünü çok iyi yansıtır. Türk muhafazakârlığı bin yıllık tarih tezini Türk Tarih Kurumunun 1930'lu yıllarda hazırladığı faşizan Türk tarih tezinin karşısına oturtmuştur. Anadolu'yu kutsallaştıran bin yıllık tarih tezine göre Malazgirt Savaşı ile başlayan süreçte Anadolu toprağı burada yaşayan farklı milletleri, etnisiteleri adeta bir hamur gibi yoğurmuş ve onu bir Türk milleti hâline getirmiştir. Anadoluçuluk Kemalizm'in ırkçı milliyetçiliği yerine kültürel bir milliyetçiliği savunmuştur. Ümmetçilik anlayışını tamamen dışlayan Anadoluçuluk, Türk muhafazakârlığının modernleşmecî karakterinin en başat göstergelerindedir. Anadoluçuluk, muhafazakâr düşünce içinde Anadolu'ya ve onun değerle-

rine bir imana kadar varmıştır. Anadoluçuluk akımının en radikal isimlerinden Nurettin Topçu bir Anadolu Rönesansı yapmaktan bahseder. Avrupa’da eski Yunan ve Roma kültürüne dönülerek gerçekleştirilen Rönesans’ın, Türkiye’de de Anadolu ruhuna, onun düşünce, sanat ve inancına dönerek gerçekleşebileceğini iddia eder. Resmî ideolojinin etnisist milliyetçiliğine karşı muhafazakârlığın Anadolu milliyetçiliği daha ayağı yere basan bir düşüncedir. Denilebilir ki Türkiye’de bir ulus yaratma projesini başaran ideoloji Kemalizm’den çok muhafazakârlık olmuştur.<sup>42</sup>

### Tasavvufçu İslam Anlayışı

Anadolu ruhunun ürettiği din İslam’dır. Osmanlı medreselerine tasavvufun egemen olması, Osmanlı sanat ve edebiyatının tasavvuf üzerine kurulması, Türkiye’deki muhafazakâr aydınları da etkisi altına almıştır. Denebilir ki muhafazakâr düşüncenin Türkiye’deki bütün önemli isimleri tasavvufçu bir İslam algısı içindedir. İslamcılar ile muhafazakârlar arasındaki çatışma burada başlar. Muhafazakârlar, İslam’ı İslamcılarının evrenselciliği yedeleyen tutumlarına karşılık, İslam’ı gelenek ve ulusallıkla telif etme bakımından daha ısrarlı olmaları bunun en önemli örneğidir. Bu hâliyle, muhafazakârların, yerelci İslam çabalarıyla, Kemalizm’e yakın bir eğilim oluşturdukları düşünülebilir. Kemalizm, ilk düzeyde, metafiziği boş bir uğraş olarak telakki eden pozitivistime yakın görünse bile, “ulus inşası”na katkı yapacak bir din konusunda teklifsiz değildiler; dinin ulusal inşayı destekleyici kısımları işlevselleştirilebilir. Bu yolla muhafazakârlık bir Anadolu/Türk İslam’ı anlayışını geliştirerek resmî ideolojinin Arap düşmanlığı politikasına yardımcı bile olmuştur.

“Anadolu tasavvufu Türk telakkisine, Türk hissiyatına en uygun din olarak görülmektedir. Fuat Köprülü’ye göre Ahmet Yesevi, Yunus Emre gibi mutasavvıflar İslam’ı Türk ruhuna uyarlamış ve İslam’ı kabul eden Türkleri Araplaşmaktan veya Acemleşmekten korumuştur. Mevlana ve Şeyh Galip, Türk muhafazakârları için sembol isimlerdir. Mevlevilik Anadolu İs-

lamı’nın ürettiği yüksek bir kültür olarak değerlendirilir ve yüceltilir. Kemalizm’in yaratmaya çalıştığı Batı kültürünü özümsemiş seçkin bir aydın ve bürokrat sınıfa karşı Mevlevilik kültürü, divan şiiri, tasavvuf musikisinden ve aşk estetiği gibi kavramlardan hareketle muhafazakâr bir seçkinlik oluşturulmaya çalışılmıştır.”

“Türkiye’de muhafazakâr düşüncenin oluşumunda tasavvufun önemli bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. Çünkü İslamiyet muhafazakârlığa ancak tasavvufçu bir İslam algısı üzerinden dâhil edilebilir. Tevhidî bir İslam anlayışının muhafazakârlığa dâhil edilmesi mümkün değildir. Ancak tasavvufun siyasal ve toplumsal boyutu olmayan, içe dönük ve durağan din anlayışı İslam’ı muhafazakâr söylemlerin içine rahatça sokmuştur.”<sup>43</sup>

Tüm bu tespitler bağlamında Cumhuriyetçi muhafazakârların dinî kültür ve ahlak olarak anlamak suretiyle yaptıkları din vurgusu, İslam’ın klasik paradigmasından yerli bir din algısı, içinde hurafelerin ve tasavvuf ile milliyetçiliğin iç içe girdiği farklı bir çerçevededir.

### Demokrat Parti ve Muhafazakârlık

1945 yılına gelindiğinde Cumhuriyet Türkiye’sinde Kemalist ideolojiyi koruyarak kitlelere taşıyacak kadro ve kurumlar şiddet, baskı ve tepeden inmece metotlarla da olsa oluşturulmuştur. Kemalist ideolojinin niteliği ve Batı tipi toplum yaratma amacı demokratikleşmeyi gerektiriyordu. Ve Batı da Türkiye’yi kendi içine alabilmek için düzenini demokratikleşmeye zorluyordu. Ayrıca II. Dünya Savaşı sonunda baskı rejimleri yenilmiş ve yıkılmıştı. Türkiye halkı rejime, genellikle küskün gibiydi. Özellikle rejimin işleyişine yönelik bir siyasal katılım söz konusu değildi. Ülke içinde kapitalist sınıfın da belirginleşmesiyle demokratikleşme sürecine geçişin temelleri oluşmuştu. Artık halkın iradesi yönetimde kendisini gösterirebilirdi. Ve halk rejimin işleyişinde aktif hâle getirilebilirdi. Demokratikleşme sürecini başlatmakta herhangi bir endişeye mahal yoktu. Nasıl olsa askerî idare ve yargı Kemalist ideolojinin elinde bulunuyordu. Bu şartlarda Demokrat Parti doğdu ve T.C. siyasi hayatında yerini aldı.

<sup>42</sup> Ufuk Aktaşlı, “Muhafazakârlık ve Kemalizm”, *Doğu Batı* dergisi, “Türk Muhafazakârlığının Eleştirisi”, Sayı: 58, Ankara 2011, s. 159.

<sup>43</sup> Ufuk Aktaşlı, a.g.m., s. 159.

Çok partili hayata geçişle birlikte başlayan Kemalizm'in gölgesindeki yeni dönem, muhafazakârlık açısından Kemalizm'in çok partili siyasi ortamdaki yorumudur. Bu dönemde muhafazakâr ideoloji hızla yükselişe geçmiştir. Muhafazakâr kesimin bu dönemde söylemlerini rahat şekilde ifade etmesi Demokrat Parti'nin kendisini liberal olarak tanımlaması ve özgürlüklere değer verdiğini ifade etmesinin de etkisi olmuştur. Ayasofya'nın ibadete açılması, bir yönüyle buna bağlı bir talep olan ezanın eskisi gibi Arapça okunması ve benzeri talepler çok partili sisteme geçişin getirdiği nispi özgürlük ortamında seslendirilmiştir.

Cumhuriyet döneminde Türkiye'de muhafazakâr düşüncenin toplumsal tabanın olmadığından hareketle, çok partili sistem ile birlikte Demokrat Parti'nin liberal, sağcı ve halktan yana tavrı, 27 yıllık baskı ve şiddet politikalarının ardından halk nezdinde muhafazakârlığın ve sağcılığın yükselişe geçtiği savını ileri sürebiliriz.

DP, temelde muhafazakârlığı temsil ediyordu ve Tek Parti döneminin değerler sistemini revizyona tabii tutmak için toplumu bürokratik merkeze karşı seferber ediyordu. CHP'nin halkın gözünde Batılılaşma ile Batılı yaşam biçimi, dolayısıyla dinsizlik ve geleneksel değerlerin yitimiyle özdeşleşmiş olması ve o dönemde yaşanan ekonomik sorunların, yoksulluğun, devletçi geleneğin getirdiği bir dezavantaj olarak algılanması CHP'yi güçsüzeleştirirken, DP'yi bu siyasal kimlik karşısında bir alternatif olarak ön plana çıkarıyor ve geleneği savunan liberal yapısıyla halka umut ve güven veren DP'nin CHP karşısında yükselmesinin sağlıyordu. Bu durum muhafazakâr kesimin de CHP'ye karşılık DP yanında yer almasını ve modernleşme konusundaki olumsuz görüşlerini daha rahat dile getirebilmelelerini sağlamıştır.

Cumhuriyet devrinin kökleşmesi dönemi olarak nitelendirebildiğimiz DP dönemi, "Yeter! Söz Milletin" sloganı ile, çoğunlukla milletin değerlerini siyasal iktidara taşıma vurgusu olarak manipüle edilerek pragmatik bir işlev taşımış olsa da, aynı zamanda devrimin 'milletle maledilmesi' çabasına ve hatta alternatif bir 'millet' tanımına gönderme yapıyordu.

Her şeye rağmen Kemalizm'in içinden çıkan Demokrat Parti halka mal edeceği bir

devleti halk ile birlikte gerçekleştirmenin derdi içerisindeydi. Halkın Cumhuriyet'in ve modernleşmenin geliş tarzına karşı bir karşı çıkışı vardı ve Demokrat Parti bu büyük itirazı kendi bünyesinde toplamayı başardı. Cumhuriyet'in seküler ve Batıcı bir modernleşme projesi olması dolayısıyla dinî değerlere uzak durması koşullarında gelişen DP hareketi ilk olarak, halkın, modernleşme ve uluslaşma projesi ile yeni kültürel, yerel sembol ve değerlerle barıştırmaya çalışmak oldu. Cumhuriyet'in ulusal kimlik tanımına karşı, toplum tarafından daha kolay kabul edilip benimsenebilir bir alternatif kimlik, dinî, kültürel, yerel sembol ve değerlerle olabildiğince barışık, daha doğrusu bu sembol ve değerleri işin içine katmaya özen gösteren bir ulus tanımı ve kimliğidir. Alternatif millî kimlik, cumhuriyetin giriştiği ulus devlet ve kimliği inşasının revizyonu ve sağ yorumunun ürünü olmuştur.<sup>44</sup> Bu anlamıyla, Kemalizm'in radikal modernist tavrı yanında modernleşmeyi kendi mecrasına bırakan, kendine özgü bir yola sokan Türkiye'deki muhafazakâr siyaset DP ile başlamıştır. Kemalizm'i kendine göre dönüştürerek, Kemalizm'in sağ kolunu başlatan bu süreç, aynı zamanda başta Nakşilik ve Nurculuk olmak üzere tarikat ve İslami cemaatlerin 50'li yıllarla birlikte muhafazakârlaşmaya başlaması sürecidir.

## AK PARTİ VE MUHAFAZAKÂRLIK

*Yumuşak başlı isem kim demiş uysal koyunum?*

*Kesilir belki, fakat çekmeye gelmez boynum.*

*Kanayan bir yara gördüm mü yanar ta ciğerim*

*Onu dindirmek için kamçı yerim, çifte yerim*

*Adam aldırma da git diyemem, aldırırım,*

*Çiğnenirim çiğnenirim Hakkı tutar kaldırım.*

—Mehmed Âkif

Türkiye 2000'li yılların başından itibaren çok önemli bir kriz yaşıyor. Bu Krizi iki ana başlıkta toplayabiliriz: İlki, Siyasal modernleşme ile toplumsal modernlik arasındaki derin çatışma. İkincisi, *Türkiye'nin artık, mo-*

<sup>44</sup> Nuray Mert, "Muhafazakârlık ve Laiklik" *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce*, İletişim Yayınları, cilt: 5, İstanbul 2004, s. 232.



*derleşmeden modernliğe doğru geçiş sürecidir.* Türkiye’de Kemalizm’in modernleşme/modernleştirme deneyimi bir toplumsal deneyimsizlik olarak ortadadır. Yaşanan hayatla, gündelik hayatla Kemalizm’in bağları giderek kopmaktadır.<sup>45</sup> Bugün Türkiye’de yaşadığımız kriz: Modernleşme projesinin ardındaki siyasal seçkinler ile yeni gelmekte olan toplumsal modernliğin ardındaki sınıflar arasında yaşanan çatışmadan kaynaklanmaktadır. Bu çatışma yakın tarihimizin en önemli siyasal süreçlerinden biridir aslında. Türkiye uzun süredir modernleşmiştir ama modern olamamıştır. Modernleşmek için Batılı modernlere benzemek yeterli olabilir. Ancak bu memleketin modern olabilmesi için kendisiyle yeni bir ilişki kurması şarttı ve kendisiyle, geçmişle barışması, elzemdir. Batı sadece değişerek değil aynı zamanda devam ederek modern olmuştur. AK Parti içinde yeşeren muhafazakâr kimlik tam anlamıyla modernleşme ile modernlik arasında kurulan ilişkide anlaşılabilir olacaktır.

Türkiye’de daha evvel bir araya getirilmemiş iki kavramdan yararlanan, kullanacağı iki kavram ile Türkiye siyasetindeki diğer partilerden ayrı ve özgün olarak, kendini, kadrolarını ve seçmen tabanını diğer partilerden ayırmayı hedefleyen AK Parti, 2002 genel seçimleri öncesinde bu yolla farkını ortaya koymaya çalıştı. Bir araya getirilmemiş bu iki kavram “Muhafazakâr Demokrasi” idi. Muhafazakârlık ve demokratlık nitelikleri, aslında daha önce birçok parti tarafından benimsenmiş, pek çok bağlamda dile getirilmişti. AK Parti bu kimliğin ne anlama geldiğini açıklarken, bazı kavramları da kullanmak durumunda kaldı. 1960’lı yılların eylemlilik alanı içinde kullanılan “katılımcılık”, “çokkültürlülük”, “müzakereler” kavramları bunların başında gelmektedir.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Besim F. Dellaloğlu, a.g.e., s. 187.

<sup>46</sup> “AKP milletvekillerinin konuşmaları, 3 Kasım 2002 seçimlerinden 3 Ekim 2005 tarihine kadar olan dönemdeki TBMM tutanakları üzerinden “muhafazakâr demokrasi”, “muhafazakâr”, “katılımcı demokrasi”, “hoşgörü”, “uzlaşma”, “çokkültürlülük”, “sivil toplum”, “laiklik”, “çoğulcu demokrasi” kavramları aracılığıyla yapılan anahtar sözcük taraması sonucunda incelenmiştir. Böylece, milletvekillerinin konuşmalarında bu sözcüklerin geçtiği bağlamlarda ortaya konulan demokrasi anlayışının temel yönelimleri üzerinde durulmuştur.” Ülkü Doğanav, “AK

Türkiye’de 28 Şubat post-modern darbesi sonrasında sistem ciddi bir tıkanıklık içine girmişti. Gerek darbenin baskıcı ortamı, gerek TSK’nın uğradığı itibar ve güven kaybı, gerek 2001 yılındaki ekonomik kriz, sistemi köşeye sıkıştırmıştı. Dinî olana kıymet vererek, din üzerinden siyaset yapmayacaklarını kurulma aşamasında ifade eden ve devleti ideolojik olarak dönüşüme uğratmayı asla doğru bulmadıklarını ifade eden AK Parti Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın partisi, 3 Kasım 2002 tarihinde girdiği ilk genel seçimlerde %34,4 oy desteği ile hükümet oldu. 22 Temmuz 2007 genel seçimlerinde ise AK Parti %47’ye yaklaşan oy desteği sağladı. Batı basını AK Parti’nin üst üste elde ettiği seçim zaferlerini genellikle “*Yeni İslamcılığın Türkiye’deki Başarısı*” olarak nitelenmiş olsa da Genel Başkan her platformda bu yorumları reddederek, İslamcı bir parti olmadıklarını, “Muhafazakâr ve Demokrat” bir parti kimliğine sahip olduklarını ifade ederek, dönüşüklerini, yenilendiklerini, “*Millî/Ulusal İslamcılığı*” ifade eden “*Millî Görüş*” gömleğini çıkarttıklarını, laik bir parti olduklarını ve dindarlığın insanla Allah arasında bireysel bir tercihi ifade ettiğini sürekli olarak vurguladılar. Aslında bu tavir ve tepkilerin tamamı, modernliğin başlangıcı olan bir Türkiye’ye ve onun partisine işaret ediyordu. Kendilerini sert çizgilerle İslamcı bir parti olmaktan uzak tuttıklarını, kırmızı ajandalarının olmadığını anlatırken, 2007 seçimlerinde bu kavrama verdikleri değeri açıkça gösterdiler. 2007 seçimlerinde parlamenter olmak için partiye başvuran aday adaylarına partinin seçici kurulu tarafından yöneltilen standart sorulardan birisi de “*Muhafazakâr demokrat kimlikten ne anlıyorsunuz?*” sorusuydu.

“Milletimizin bahtı açık, yüzü ak olsun” sloganıyla seçimlere hazırlanan AKP Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın iktidara geldikten sonra 59. Hükümet’in kuruluşu için 18 Mart 2003’de Hükümet Programı Hakkında TBMM Genel Kurulunda yaptığı “Ak Parti Siyasal Kimliğini Muhafazakâr Demokrat Olarak Tanımlamaktadır” başlıklı konuşmasında

**Partinin Demokrasi Söylemi ve Muhafazakârlık**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Sayı: 62, Ankara 2007, s. 14.

partisinin siyasal perspektifine ilişkin verdiği bilgiler özetle aşağıdaki gibidir;<sup>47</sup>

- AKP siyasi kimliğini “muhafazakâr demokrat” olarak tanımlamaktadır.
- Kimliklerine referansla siyaset bir uzlaşma alanı olarak görülmektedir.
- Toplumsal çeşitlilik ve farklılık siyasal olarak kabul edilmekte ve siyasetin tarafları her zeminde uzlaşmaya davet edilmektedir. AKP’ye göre farklılıklar zenginliktir.
- Türk toplumundaki kültürel farklılıkların çoğulcu demokrasiyi zenginleştirecek unsurlar olduğuna inanılmaktadır.
- AKP’nin muhafazakârlık anlayışına göre siyasal otorite, hukuki ve siyasi meşruluğun ötesinde bir meşruluk temeline oturmaktadır. İşlevlerini onun irade ve değerlerine uygun olarak yürütmesi gerektiğini belirtmektedir.
- Sadece sayısal güce dayanan bir yönetim anlayışı benimsenmemektedir. AKP toplumsal mutabakattan güç alan bir siyaset anlayışından yanadır.
- AKP siyasal otoritenin sınırlandırılması taraftarıdır. Hükümetin rolü, barışı, anayasal düzeni ve adaleti korumakla sınırlı olmalıdır.
- Kanunların hâkimiyeti önceliklidir.
- Katılımcı demokrasi siyasal davranışların temelidir.
- Demokratik toplumun gerekliliği sivil toplum kuruluşlarının önemini vurgular.
- Muhafazakâr kimliklerinin temel felsefesi ve siyasal kaygısı, bireyi koruyabilecek bir aile olan toplumsal organizmayı sağlıklı bir şekilde bir arada tutabilmektir.
- Toplumun yapı taşı olan ailenin sosyalleştirilmesi misyonu kaçınılmaz görülmektedir.
- Demokratik kültür siyasetin ana unsuru olarak görülmektedir.

Türkiye, 3 Kasım 2002 seçimleri sonunda halkın tercihiyle, uzun zamandır görülmemiş bir duruma şahit olmuş ve mecliste bir sağ bir de sol parti ile temsil edilir hâle gelmiştir.

## Sahih Olan Yerine Reel Olanın Siyaseti

1970’li yıllardan itibaren devletçi, sağcı, milliyetçi ve mezhepçi İslam algısından uzaklaşmaya başlayan Türkiye’deki tevhidi uyanış süreci; reformcu, Vahhabi, mezhepsiz, İrancı, kökü dışarda, fundamentalist, sünnetsiz, modernist, siyasal İslamcı, radikal ve son olarak da İslamcı olarak, resmî ideoloji, emperyalizm ve muhafazakârlar tarafından nitelendirildi. Hamza Türkmen, Türkiye’deki tevhidi uyanış sürecindeki arınmanın en büyük handikabı; “aşmış olduğu milliyetçi mukaddesatçı gelenek tarafından yeniden kuşatılması riski” olarak işaret etmiştir. Türkmen’e göre bu süreç: “Tevhidî uyanış sürecinde rol almış kesimlerin/“İslamcılarının” kendi süreçlerini geliştirmek ve şartları aşmak noktasında yaşadıkları yetersizlikleri, güç olma ideallerindeki başarısızlıkları, özellikle 28 Şubat süreciyle birlikte moral bozukluklarını besledi ve süreçte savrulmalar yaşandı. Öte yandan İslami duyarlılık bazında kendini İslamcılıkla nitelendirmekle beraber, din algısı açısından milliyetçi-muhafazakârlığı aşamamış olan Millî Görüşçüler ise, bağlı oldukları RP’nin hükümet olmasına rağmen iktidar olamaması karşısında büyük düş kırıklıkları yaşadılar ve harekete olan inançlarını kaybetmeye başladılar.”<sup>48</sup> Post-modern darbe şartlarının hâkim olmaya devam ettiği bir süreçte kurulan AK Parti’ye en büyük destek, güç ve iktidar olma konusunda moral bozukluğu içinde istikametlerinde savrulan eski Millî Görüşçü ve İslamcı bu gruplar olmuştu.

Modern olanla kucaklaşıp, sol, sağ, liberal, demokrat ve o güne kadar kullandığı kavramları merkeze siyaset yapmak adına kullanan AK Parti tasarımı, Türkiye’de sahîh bir siyaset yapmak yerine reel olanın kavranması gerekliliğinin altını çizerek, ekonomik kalkınmaya endeksledi. Refah, ekonomik büyüme ve

<sup>47</sup> Tuğçe Gürel, *Türk Siyasi Tarihinde Muhafazakârlık Kimliği*, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 164.

<sup>48</sup> Hamza Türkmen, “AK Parti İslami Aldiyetleri Ertiyor”, *Haksöz* dergisi, Sayı: 170, s. 22.

AB’ye uyum taleplerini ön sıralara çekerek, “diklenmeyip dik duran” bir siyasetle, 28 Şubat darbe süreciyle gündemde yerini koruyan sorunları arka plana itmeyi tercih etti.

Muhafazakârlık kavramını kullanan diğer partilere nazaran AK Parti, muhafazakâr ideolojiden aldığı özellikleri sonucunda, Kemalizm’in devletin toplum üzerindeki hiç tartışmasız gücü ve devletin toplumu dönüştürme iddiasına karşı, toplumu yüceltme ve toplumsal modernliğin kendisini temsil etmesi gerektiğini belirtmektedir. Türkiye’de modernleşmenin tek mümkün yolunun muhafazakârlık olduğunun ya da ülkede İslamcı bir kimlikle siyaset yapmanın mümkün olmadığını farkına varan AK Parti’nin millet anlayışı Kemalizm’deki anlayışa çok benzer. Halk burada apolitik ve edilgen bir öznedir. Lider ve parti’nin inkılapçılığı doğrultusunda yaptığı hizmetlerden yararlandığı ve politika yapmadığı sürece özne olabilen vatandaşlardır. Millet ve AK Parti’nin bulunduğu, halkın istemsiz olarak apolitikleştiği bu noktada AK Parti’ye karşı güçlü bir muhalefetin çıkmamasının nedeni de budur.

## NİHAyet

Muhafazakâr düşünce Batı’da ortaya çıkışı itibarıyla aristokratik bir köke sahiptir. Fransız Devrimi’ne ve onun radikal müdahalelerine, geleneksel tarım toplumunun değişmesine karşı, yine “akla” dayalı karşı bir tez geliştirmek üzere doğmuştur. Muhafazakârlık kavramını reaksiyoner tavrı ile bir “tutum”, Aydınlanma ve Fransız Devrimi’nin bazı noktalarına karşı ürettiği tezler ile bir “ideoloji” olarak tanımlamak mümkündür.

Cumhuriyetin ilk yıllarında Kemalizm’in içinden çıkararak inkılapların radikalliğine karşı sığınmacı bir tutumla tepki göstermek de Türk muhafazakârlığının temeli olmuştur. Türkiye’de modernleşme ideolojisinin Osmanlı ülkesinin son döneminden başlayarak Cumhuriyetin ilk yıllarındaki süreçte muhafazakâr tutumla karşılaşmak mümkündür. Bu iki fark modernleşmeye bakış açısidir. Modernleşme dendiğinde Türkiye’de artık iki siyasal ideoloji vardır: Kemalizm ve Muhafazakârlık. “Muhafazakârlık Kemalizm’in sağ yorumudur” dene-

bilir. Kemalizm’in ilke ve değerlerini toplumda kurumsallaştırmayı amaçlayan dergilerde Muhafazakâr aydınlara rastlamak mümkündür. Kemalizm Aydınlanma düşüncesi üzerinden *Kadro* dergisinde, muhafazakârlık, hem dinsel ve geleneksel değerlerin savunmasını hem de Batı’nın teknolojik gelişmesinin alınmasına yönelik değişimi isteyen *Dergâh*, *Kültür Haftası*, *Türk Düşüncesi* gibi dergilerde modernleşme üzerine düşüncelerini aktarmıştır. “Muhafazakâr modernleşmeci” ya da “cumhuriyetçi muhafazakârlar” olarak nitelenebilecek bu kuşağın temel felsefi yaklaşımları takipçileri tarafından günümüze kadar benimsenerek süregelmiştir.

Bu anlamıyla modernleşen Türkiye’nin tarihini kavramak bu iki siyasal ideolojinin tanımlanması ile mümkün olacaktır. Her iki kavram da modernleşmecedir. Tek fark modernleşmenin biçimindedir. Kemalizm modernleşme sürecini radikal ve tasfiyeci bir yolla yaparken, muhafazakârlar bazı alanlarda Kemalizm’den daha çok modernleşmeye özlem duyarak, bunun yalnızca tedrici ve geleneğin korunarak gerçekleştirilmesini ister. Önemli bir sav da şudur: Her iki ideoloji de sekülerleşmecedir. Yine her iki ideoloji de Batıcıdır. Her iki ideoloji de laikliğe bağlıdır. Muhafazakâr ideoloji yalnızca laikliğin ve modernleşmenin topluma dayatılma biçimine karşıdır.

## Kaynakça

- Akkır, Ramazan; *Türkiye’de Din ve Muhafazakârlık*, Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Yayınları, Adana 2006.
- Aktaşlı, Ufuk; “Muhafazakârlık ve Kemalizm”, *Doğu Batı* dergisi, “Türk Muhafazakârlığının Eleştirisi”, sayı: 58, Ankara 2011.
- Bora, Tanıl; *Türk Sağının Üç Hâli Milliyetçilik, Muhafazakârlık ve İslamcılık*, Birikim Yayınları, İstanbul 1998.
- Davutoğlu, Ahmet; “Medeniyetlerin Ben İdraki”, *Divan* dergisi, Sayı: 12, İstanbul 1991.
- Dellaloğlu, Besim F.; *Ahmet Hamdi Tanpınar, Modernleşmenin Zihniyet Dünyası –Bir Tanpınar Fetisizmi*, Kapı Yayınları, İstanbul 2012.
- Doğanav, Ülkü; “AK Partinin Demokrasi Söylemi ve Muhafazakârlık”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı: 62, Ankara 2007.

- Gürel, Tuğçe; *Türk Siyasi Tarihinde Muhafazakârlık Kimliği*, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, İstanbul 2007.
- İrem, Nazım; “Kemalist Modernizm ve Türk Gelenekçi-Muhafazakârlığının Kökenleri”, *Toplum ve Bilim* dergisi, Sayı: 74, İstanbul 1997.
- ; “Muhafazakâr Modernlik, Diğer Batı ve Türkiye’de Bergsonculuk”, *Toplum ve Bilim* dergisi, Sayı: 73, İstanbul 1999.
- ; “Muhafazakâr Modernlik, Diğer Batı, Türkiye’de Bergsonculuk”, *Toplum ve Bilim* dergisi, Sayı: 82, İstanbul 1999.
- Keyman, Fuat; “Kemalizm, Modernite, Gelenek: Türkiye’de Demokratik Açılım Olasılığı”, *Toplum ve Bilim* dergisi, Birikim Yayınları, İstanbul 1997.
- ; “Türkiye’de Radikal Demokrasî”, Bağlam Yayınları, İstanbul 1999.
- Kurbanoglu, Bahadır; “Din-Devlet İlişkileri Bağlamında Muhafazakârlık”, *Haksöz* dergisi, Sayı: 208, İstanbul 2008.
- Mardin, Şerif; *Din ve İdeoloji*, İletişim Yayınları, İstanbul 2007.
- Mert, Nuray; “Muhafazakârlık ve Laiklik”, *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce*, İletişim Yayınları, cilt: 5, İstanbul 2004.
- Mollaer, Fırat; *Muhafazakârlığın İki Yüzü*, Dergâh Yayınları, İstanbul 2009.
- Safa, Peyami; “İnkılabın Mimarisi”, *Türk Düşüncesi* dergisi, Sayı: 20, cilt: 4, İstanbul 1955.
- Safa, Peyami; “Program”, *Türk Düşüncesi* dergisi, Sayı: 1, Cilt: 1, İstanbul 1953.
- Safi, İsmail; *Türkiye’de Muhafazakârlığın Düşünsel ve Siyasal Temelleri*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2005.
- Tanpınar, Ahmet Hamdi; “Yahya Kemal”, Dergâh Yayınları, İstanbul 1995.
- Tunç, Mustafa Şekip; “Descartes Kongresine Hitap”, Bilgi Xi, 1958.
- Türkmen, Hamza; “AK Parti İslami Aidiyetleri Ertiyor”, *Haksöz* dergisi, Sayı: 170, İstanbul 2005.
- ; *Ulusçuluk Çıkmazı: Kürtler ve Çözüm Araştırmaları*, Ekin Yayınları, İstanbul 2009.
- Vural, Mehmet; *Siyaset Felsefesi Açısından Muhafazakârlık*, Elis Yayınları, Ankara 2007.
- Yalınkılıç, Fatime; *Modernizm ve Muhafazakârlık Düşünce Akımlarının Sosyolojik Analizi*, Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Yayınları, Adana 2007.



# *Büyük Birader ve Gözetim Devleti*

*Hasret AK*



## **GİRİŞ**

İngiliz yazar George Orwell, 1984 adlı eserinde, totaliter yönetimin otoriteyi korumak için kendine uygun gördüğü aslında var olmayan kişiliğe “Büyük Birader” adını vermiştir. Bu ifade bundan sonra da devletlerin vatandaşlarını gözetlemek ve kontrol altında tutmak için yaptığı uygulamaları sembolize etmek için kullanılmıştır. Yazının amacı 1984 adlı eserden günümüz dünyasına yansımış olduğunu düşünebileceğimiz kurumları gözetim kavramı ve gözetim devletlerine özgü uygulamalar üzerinden açıklayabilmektir.

**Anahtar Kelimeler:** Gözetim, suçla mücadele, hukuk devleti, önleyici kolluk faaliyetleri, ceza muhakemesi hukuku

## **1984 VE GÖZETİM KAVRAMI**

Gözetim başlı başına bir iktidar kaynağıdır. George Orwell’in 1984 adlı kitabı vatandaşların tüm faaliyetlerinin izlendiği kara bir ütopyadır. Toplum mühendisliği konusuna en iyi örneklerden biri bu romandır diyebiliriz. Sosyal bilimler alanında birçok yerde bu romana atıfta bulunulmuş, birçok tez ve makalede önemle incelenmiştir. Bu romanı bu derece önemli kılan şey; yaşamış olduğumuz topluma yön veren, disipline eden kurallar ile bu kuralları koyan iktidarın yönetmiş olduğu vatandaşlarını korumak (!) uğruna, bilinçli veya istem dışı nasıl zarar verdiğini açıkça anlatıyor olmasıdır.

1984, Okyanusya adlı bir yerde geçer. Okyanusya yurttaşları, gündelik hayatlarının en ufak ayrıntısını bile dev bir bürokratik aygıtta teslim etmişlerdir. “Düşünce Polisi” her yerdedir. 24 saat gözetim yapan tele-screenler

Okyanusya’nın sakinlerini kuşatır, yönlendirir, onların yaşantılarının her anına müdahale eder. Toplumun konuştuğu dile Newspeak denir. Bu dilin en büyük özelliği/amacı insanlardaki kelime haznesini azaltmak, konuşmaları belirli bir sayıdaki —ve sürekli azaltılan— kelime ile gerçekleştirmektir. Mesela, iyi gibi bir sözcük varken kötü demeye gerek yoktur; onun yerine iyi değil demek gerekir veya harika, olağanüstü ve benzerleri gibi sözcükler yerine artı iyi, çift artı iyi denilebilir. Bu yolla hedeflenen nihai amaç düşünmeyi yok ederek düşünce suçunu ortadan kaldırmak ve bu suçun hiçbir şekilde işlenmesini olanaksız kılmaktır.

İnsanlar sürekli çalışmaktadır ve toplumu sürekli tele-screenlerden izleyen Büyük Birader’e kusursuz bir saygı duymaktadır. Her yerde “Büyük Birader Seni İzliyor” yazılı posterler asılıdır. Düşünmek suçtur; sorgulamak, şüphe duymak bir yana rutin işlerin dışında farklı bir hareket bile cezalandırılmaya sebepdir. Gazetelerdeki haberler her gün düzenli olarak Büyük Birader’in otoritesini destekleyecek nitelikte düzeltilmekte/değiştirilmektedir. Uydurma rakam ve istatistiklerle haberler yazılmakta, hayali kişiler ortaya atılmaktadır. İnsanlar “nefret saatlerinde” Büyük Birader’i devirmek isteyen bir grubu tele-screenden izleyerek ona karşı nefretlerini ve hırslarını artırıp dakikalarca bağırarak, küfürler ederek rahatlamakta (!) iken içlerinde büyük bir kin biriktirmektedir. Özellikle bu nefret saatleri içinde insanlar şuurlarını kaybetmiş olur ve onlara o an verilen bir emirle her şey yaptırılabilir. Geçmişe dair hiç kimse bir şey bilmemekte, geçmişini anlatan her türlü şey imha edilmektedir. Kitaptaki şu sözler durumu çok daha iyi anlatıyor: “Geçmiş silindi, silinme unutuldu. Bir yalan gerçek oluyor ve sonra tekrar yalan oluyor.”

Görüldüğü gibi toplumu kontrol altına almak isteyen iktidarın bunu yaparken kullandığı birçok yöntemi roman bize gösteriyor. Bu yöntemlerden de en önemli olanı halka onu "izlendiğini" hissettirmek.<sup>1</sup> Buna benzer bir durumu sosyolojide "gözetim" konusunda görmekteyiz.

Post endüstriyel dönemde Karl Marx ve Max Weber gözetim konusu üzerine analizler yapmışsa da konu hakkındaki en kapsamlı ve önemli analizi Michel Foucault yapmıştır.<sup>2</sup> Foucault toplumdaki gözetim konusunu anlatmak için Panopticon Hapishanesi örneğini kullanmıştır. Aslında Foucault'dan önce de bu kavramı Jeremy Bentham'ın kullanmış ve kendi hapishane projesine bu ismi vermiştir. Bu projeyi kısaca açıklamak gerekirse; hapishane hücreleri bir daire etrafında dizilmiştir. Hücrenin ortasında büyük bir kule vardır ve kuledeki gardiyan tarafından mahkûmlar tek yönlü olarak gözetlenmektedirler. Yani mahkûmlar bu gözetleme kulesinde bulunup bulunmadığını bilmezler.<sup>3</sup> Bu durum Veysel Bozkurt'un deyimiyle; mahkûmlar bir bilginin nesnesidirler fakat bir iletişimin öznesi olmamaktadırlar. Bu sebepten dolayı da gözetlenme ihtimaline karşı kendi kendilerini kontrol altında tutarlar ve davranışlarında hep bir temkinli davranma söz konusudur. Panopticon'un en büyük etkisi de bu "görünmezlik" ve "bilinmezlik" durumundan ortaya çıkar. Amaç, tutukluda iktidarın otomatik işleyişini sağlayan bilinçli ve sürekli görünülebilirlik hâli yaratmaktır. Bu durumdan yola çıkarak Foucault, gözetim kavramının modern ve postmodern toplumlarda iktidarın en büyük silahı ve yönetmekte olduğu halkı kontrol etme aracı olarak nitelmiştir.

Panopticon'daki bu bir nevi görünmez iktidarı toplumun en küçük birimlerine kadar her yerde görmemiz mümkündür. Hastanelerde, hapishanelerde, okullarda hatta evlerimizde bile. Mesela şehrin her köşesine konulan mobese kameraları, dükkânlardaki alışve-

riş merkezlerindeki güvenlik kameraları... Veya toplumumuzdaki göze çarpan bazı simitçilerin sivil polis olduğunu bilmemiz (!) veya onu o şekilde görmemizde örnek olarak gösterilebilir.

Gözetim kavramı, değişmekte ve gelişmekte olan dünyada internetin de gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla birlikte başka bir hâl almıştır. Artan enformasyon teknolojileri gözetimi daha da kolaylaştırır hâle gelmiştir. İnternet ve sosyal medya, toplumu gözetimciler için bilinmeden ve görünmeden izlenebilir hâle getirmiştir. Yani internet ve bağlı teknolojiler üzerinde toplanan verilerin büyüklüğü ve işlenmesinin kolaylığı, toplumsal denetim olanaklarını son derece artırmakta ve gözetim toplumunu olanaklı hâle getirmektedir.<sup>4</sup>

Tanım olarak gözetim iki farklı anlamda ele alınabilir. Birinci anlamıyla gözetim, hakkında toplandığı bireylerin davranışlarını yönetmek üzere kullanılabilen şifrelenmiş bilgi birikimini ifade ederken; ikinci anlamıyla, bazı bireylerin davranışlarının bunlar üzerinde otorite kuran diğer bazı bireyler tarafından doğrudan izlenmesini içerir.<sup>5</sup> Bunlardan ilkinin *depolayarak gözetim*, ikincisini ise *izleyerek gözetim* şeklinde isimlendirilir.

Gözetim kavramı sadece içinde bulunduğumuz döneme ait bir kavram değildir. İnsanlar tarih boyunca, ne yaptıklarını kontrol etmek, kaydettikleri ilerlemeyi görmek ve daha önemlisi toplumsal örgütlenme ve koruma amacıyla diğerlerine bakmışlar, onları gözetlemişlerdir. Antik dönem yöneticileri, Mısır'da olduğu gibi vergi, askerlik hizmeti ve göç gibi amaçlarla nüfus kayıtlarını tutmuşlardır. İsrail'in göçebe halkında bile, MÖ 15. yüzyılda topluluğa ilişkin ayrıntıları kaydetmek üzere birden fazla nüfus sayımı yapıldığı görülmektedir. Ancak bu dönemde söz konusu gözetim, sadece bu kısıtlı faaliyetlerden ibaretti. Askerlik hizmetini düzene koymak, vergileri düzgün olarak toplama amaçları dışında etkin

<sup>1</sup> Raşit Gürdilek, "Echelon", *Bilim Teknik* dergisi, (Ekim-2001), s. 36.

<sup>2</sup> Veysel Bozkurt, "Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?", *Birikim* dergisi, (Ağustos 2000), s. 71.

<sup>3</sup> Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev.: M. Ali Kılıçbay, 2. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2000, s. 285.

<sup>4</sup> Muhittin Tataroğlu, "E-Devlet'te Kullanılan Gözetim ve Kayıt Teknolojilerinin Mahremiyet Üzerindeki Etkileri", *Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C: 18, S: 1, 2009, s. 102.

<sup>5</sup> Anthony Giddens, *Ulus Devlet ve Şiddet*, (Çev.: Cumhuriyet Atay), Kalkedon Yayınları, Yer Belirtilmemiş, 2008, s. 24 vd.

bir gözetimin varlığından söz etmek mümkün değildi.

Devletin toplum ve ülkesi üzerindeki gözetimi, etkin bir şekilde modernizmin erken dönemleriyle birlikte ortaya çıkmıştır.<sup>6</sup> Modern öncesi cemaat toplumlarında bireylerin güvenliğini sağlama adına etkin bir devlet gözetimi olmadığı için, bu dönemdeki insanların güvenliklerini sağlamak ve tehlikeye karşı savaşmak için kullanmayı öğrendikleri tek silah kendi yoğun sosyallikleriydi. Bir köy ya da kasabanın sakinleri, bu yoğun sosyalleşme nedeniyle, birbirlerini rahatlıkla ve yakından tanıyabiliyorlardı. Çünkü birbirlerini yaşamın değişik koşullarında ve çok farklı durumlarda izleme olanağına sahiptiler. Bu bağlamda söz konusu küçük yerleşim alanlarında inanılmaz bir şeffaflık söz konusuydu. Ancak şeffaflığın sağladığı bu güvenlik hissi de, sadece birbirini tanıyan bireylerin oluşturduğu bu küçük yerleşim alanlarının içerisiyle sınırlıydı. Dolayısıyla bu dönemde, cemaat şeklinde örgütlenmiş bireylerin, birbirlerine karşı uyguladıkları denetim, sadece izleyerek gözetimden ibaretti.

## MODERN DEVLETTE GÖZETİM

Sosyal hayatın kurumsallaşmış bir şekilde yaygın olarak gözetimi *modernizm*<sup>7</sup> ile birlikte ortaya çıkmıştır. Ancak bu modern dönem aynı zamanda demokrasiye ilişkin değerlerin de hızla yükseldiği dönemdir. Bu itibarla gözetim, paradoksal biçimde aydınlanma ve demokrasiyle paralel olarak yaygınlaşmıştır. Dolayısıyla tarihsel olarak gözetimin gelişmesi karmaşıktır. Kimin kimi gözetlediği ve bunun etkilerinin ne olduğu sorusu, belirli bir dönemdeki belirli sosyal durumlara atıf yapılmaksızın cevaplanamıyor.

İnsanlık tarihinin modernliğe denk gelen bölümü boyunca devlet, egemenliği altındaki insanları, koyduğu yasalarla uyumlu bireyler-

den oluşan bir toplum hâline getirmeyi kendine misyon edinmiştir. Akla dayalı, rasyonel şekilde oluşturulan böyle bir toplum, modern devletin nihai amacı olarak görülmekteydi<sup>8</sup> ve hâlâ da görülmektedir. Rasyonel bir toplum oluşturma amacıyla modern devlet, toplumsal yaşamın birçok alanına el atmış durumdadır. Doğrudan el atmadığı sosyal alanları ise çoğu kez gözetlemektedir.

Modern devlet rasyonel toplumu oluşturmak için sosyal hayatın büyük bir bölümüne müdahale ederken ve toplumu istediği şekilde yönlendirmek için kurallar koyarken, bir taraftan da bunlara uyulup uyulmadığını denetlemek ve kendi öngördüğü toplum düzenine karşı gizli bir takım faaliyetler yürütülüp yürütülmediğinin bilgisine sahip olmak ister. Tıpkı kitabımız 1984'te görüldüğü gibi.

Ayrıca toplumda baş gösteren rahatsızlıklar ve sosyal gerilimler de ancak iyi bir gözetimle önceden öngörülebilecektir. Bu nedenle modernizmin getirdiği tüm teknolojik imkânları kullanarak, toplum içerisindeki gözetimi sürekli kılabilmek, modern devlette görülen en güçlü eğilimlerdenidir.

Burada da belki bir değerlendirme yapmak gerekirse, modern toplumda demokrasi ve gözetimin eş zamanlı yükselişini de makul karşılamak gerekir. Çünkü demokratik toplumlarda genel olarak güven ve refah içinde yaşama arzusu, kamusal hizmetleri kaliteli ve rahat alabilme isteği bireysel önceliklerin başlarında yer alır. Modern devletin bunu sağlayabilmesi ise ancak herkese bir numara verilmesi (kimlik numarası, sosyal güvenlik numarası, vs.), bireylerin kayıt altına alınması, güvenlik amacıyla bazı doğrudan ve dolaylı gözetim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi sayesinde olur.

Ayrıca modern toplumlarda, devlet, demokrasinin de yükselişiyle birlikte söylem olarak hiçbir gözetimi kendisi ve devamlılığı için yapmıyor. Hemen her gerçekleştirilen gözetim faaliyetinde kamunun güvenliği ve menfaati söz konusudur. Bir yönüyle özgürlükleri kısıtlayan hemen her kanunun gerekçesinde ve iktidarı elinde bulunduranların

<sup>6</sup> Hakan Karakehya, "Gözetim ve Suçla Mücadele", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 58, S: 2, 2009, s. 325.

<sup>7</sup> Modernizm, 17. yüzyılda Avrupa'da başlayan ve sonrasında neredeyse tüm dünyayı etkisi altına alan, toplumsal yaşam ve örgütlenme biçimini ifade eder. Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Çev.: Ersin Kuşdil), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004, s. 11.

<sup>8</sup> Zygmunt Bauman, *Modernlik ve Müphemlik*, (Çev.: İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 24.

açıklamalarında, bu genel güvenlik ve kamusal menfaat kavramlarına atıf yapıldığı görülmektedir. Bu da demokratik kitleleri ikna etmek için etkili bir yoldur. Dolayısıyla demokratik toplumlarda gözetimin bu kadar artmasına ve modern zamanlarda gözetimle demokrasinin başat ilerlemesine çok da şaşırılmaması gerekir.

## “DEVLET NEDEN GÖZETLER”

İktidarla bilgi arasında çok sıkı bir ilişki olduğu saptanmıştır. Çoğunlukla ifade edildiğine göre her iktidar bilgiye gereksinim duyar. Bilgi, iktidara meşruluk ve etkinlik kazandırır. Bilgiye sahip olmak iktidar olmaktır.<sup>9</sup>

Nitekim bir nesneyi, bireyi ya da bireylerden oluşan toplumu kontrol etmek amacındaysanız, öncelikle onu iyi tanımanız ve bilmeniz gerekir. Kontrol edilmek istenen nesneyi, bireyi ya da toplumu bilmek ise onu gözetlemekten geçmektedir. Bu nedenle iktidarlardan toplumu kontrol etmek için onu daha çok tanımak ve bilmek ihtiyacı içindedirler. Bunun için de ellerinde olan imkânlar dâhilinde toplumu gözetlerler.

Foucault'a göre, bu iki kavram arasındaki ilişki sadece tek yönlü değildir. Bilgi ya da bilmek, iktidarın varlığı ve devamlılığı için zorunludur; iktidarın da bilgi ürettiği görülmektedir. Örneğin<sup>10</sup> bir devletteki resmî dil daha önce Fransızca olsa ya da bir coğrafi alan başka bir adla ifade edilse bile, iktidarı elinde bulunduranların resmî dilin İngilizce olduğunu söylediği, söz konusu coğrafi alanın ismini değiştirdiği andan itibaren artık sosyal alandaki bilgi değişmiştir; bir başka deyişle bilginin yenisi iktidar tarafından üretilmiştir. Ayrıca siyasal iktidarlardan tarih, sosyoloji gibi sosyal bilimlerin alanlarında kendi ideolojileri ile örtüşen bir söylem geliştirdikleri ve bunu ellerinde bulunan eğitim sistemi vasıtasıyla geniş kitlelere bilimsel olarak yayma eğiliminde oldukları da görülmektedir.

<sup>9</sup> Karakeyha, a.g.e., s. 333.

<sup>10</sup> A.g.e., s. 334.

## GÖZETİM AÇISINDAN ÜLKEMİZDEKİ BAZI HUKUKİ DÜZENLEME VE UYGULAMALAR

### TCK Madde 278: Suçu Bildirmeme Suçu

5237 sayılı ve 2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'nda, toplumdaki bireylerin, devlet tarafından gerçekleştirilecek gözetimde, birer araç olarak kullanılmasına ilişkin üç hüküm hemen göze çarpmaktadır. Bunlar;

- Madde 278'deki suç haber vermeme<sup>11</sup>,
- Madde 279'daki kamu görevlisinin suç haber vermemesi<sup>12</sup> ve
- Madde 280'deki sağlık mesleği mensuplarının suç haber vermemesi<sup>13</sup> suçlarıdır.

Bunlardan ilki her vatandaş tarafından işlenebilen bir suç tipiyken, ikincisi sadece kamu görevlileri tarafından, üçüncüsü ise sade-

<sup>11</sup> Madde 278: Suçu bildirmeme

- 1) İşlenmekte olan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.
- 3) Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürülü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

<sup>12</sup> Madde 279: Kamu görevlisinin suç bildirmemesi

- 1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

<sup>13</sup> Madde 280: Sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi

- 1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.



ce sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilen suçlardır.

Her üç suç tipi de, bireylere devletin yetkili organlarına suçu bildirme ödevi yüklemektedir. Dolayısıyla bu suç tipleriyle kanun koyucu, söz konusu hükümlerin muhatabı bireyleri, devletin gözetleyen birer organı konumuna getirmektedir. 279 ve 280. maddeler bakımından söz konusu suç tipleri nispeten anlaşılabilir düzenlemelerdir. Nitekim bu suç tipleri bakımından, devletin, belirli kamusal görevleri yerine getirecek kimselere böyle bir yükümlülüğü getirdiği, bu yükümlülük altına girmek istemeyen bireylerin söz konusu kamusal görevlerin yerine getirilmesinde çalışmayabileceği ileri sürülerek, bireylerin seçme hakkının bulunduğu ve bu düzenlemelerin makul olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte özellikle sağlık mensuplarına böyle bir yükümlülüğün getirilmesinin birçok olayda, acil tıbbi yardıma muhtaç suç faillerinin veya suçun adliyeye intikal etmesini istemeyen suç mağdurlarının sağlık hizmeti almaktan çekinmeleri sonucunu doğuracaktır. Ayrıca sağlık mesleği mensubunun mağdur veya suç faili olma ihtimali bulunan hastasıyla ilgili suçu ihbar etme yükümlülüğü altında olmasının, sağlık gibi önemli bir kamusal hizmet alanında özellikle hasta-doktor ilişkisini ne kadar olumsuz etkileyeceği de tartışmaya açıktır. Ancak dediğimiz üzere bu alanlarda en azından bireylerin bu meslekleri yapmama gibi bir seçme hakkı vardır.

Buna karşın 278. maddede yeni TCK ile birlikte suç sayılan suçu bildirmeme suçu bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Nitekim söz konusu düzenlemeyle bireylere, şahit oldukları işlenmekte olan suçlar bakımından, ihbarcı konumuna gelmemek gibi bir şansın verilmesi de söz konusu değildir. Bu hüküm, “bu ülkede yaşayan bir bireysen, mecbursun iktidarın gören gözü olacaksın” mantığının en önemli yansımalarından birisidir. Dolayısıyla hem suç işlemek hem de ihbarcı konumuna gelmek istemeyen bireyler için, işlenmekte olan veya neticeleri sınırlandırılabilir durumda bulunan suçlar bakımından artık böyle bir imkân kalmamıştır. Nitekim bilgisine sahip oldukları böyle bir suçu haber vermedikleri her hâlde suç işlemiş olacaklardır. Bu düzenlemeyle, adeta “her yurttaş gözletmen” olacaktır.

### Polisin Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi ile Önleme Araması Bağlamında Huzur Operasyonları

Önleyici (idari) kolluk faaliyetleri, daha suç işlenmeden önce, suç işlenmesinin önüne geçilmesi, tehlikenin önlenmesi ve kamu düzeninin devamının sağlanması için yürütülen faaliyetlerdir.<sup>14</sup> Gözetime ilişkin olarak en tartışmalı konular da genelde bu alandaki düzenlemelere ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim yukarıda örneğini de incelediğimiz üzere, ceza hukuku, sadece belirli suç tipleri bakımından bireylere gözetleme yükümlülüğü getirebilirken, ceza muhakemesi bağlamında gözetleme hemen her zaman belirli suç şüphesi altında bulunan bireylere yönelik olarak uygulanmaktadır. Buna mukabil, idari kolluk faaliyetlerinin konusunu oluşturan gözetleme uygulamaları, toplumdaki hemen her birey bakımından söz konusu olabilmektedir. Nitekim bu şekilde gözetime muhatap olacak bireylerin, belirli ve somut bir suçu işledikleri şüphesi altında olmaları da gerekli değildir.<sup>15</sup>

Muhakkak önleyici kolluk faaliyetlerinin de suçla ve suçlulukla mücadele bakımından etkin olarak uygulanması gereklidir. Ancak bu faaliyetlerin kapsamının sınırlandırılmamış ve idari mercilerin takdirine bırakılmış olması kabul edilemez.

Gözetimin önleyici kolluk faaliyetleri bakımından ilk önemli yansıması, polise tanınan durdurma ve kimlik sorma yetkisiyle, bazı

<sup>14</sup> Kolluk, genel ve özel kolluk olmak üzere ikiye ayrılır. Genel kolluk polis ve jandarmadır. Özel kolluk ise, özel kanunlara göre kurulan ve belli alanlarda hizmet yapan kuvvetlerdir. Genel kolluğun görevleri, suç öncesi ve suç sonrası olmak üzere ikiye ayrılır. Suç öncesi görev, kendini koruma, önleme ve yardım şeklinde gösterir. Bu görevleri yapan kolluğa idari kolluk denir. Suç sonrası görev ise, suçların ve suçluların araştırılmasıdır. Bu görevleri yapan kolluğa ise adli kolluk adı verilmektedir. Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s. 260-61.

<sup>15</sup> Ceza muhakemesine ilişkin olarak gerçekleştirilecek işlemlerin yapılabilmesi için muhakkak belirli bir şüphe derecesinin varlığı gereklidir. Kanun farklı işlemler bakımından farklı şüphe derecelerinin varlığını aramıştır. Ceza muhakemesinde yargılanacak uyuşmazlığın şüpheliliği ve şüphe dereceleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s. 250 vd.

mercilerin iznine bağlanmış olan önleme aramasıdır.

Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun (PVSK'nın) 4/A maddesine göre; polis, kişileri ve araçları, bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek gibi maddede belirtilen amaçlarla durdurabilir. Ayrıca durdurduğu kişilerin kimliğini sorma yetkisine de sahiptir. Bunun dışında PVSK madde 9'a göre ise, polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır.

Yukarıdaki her iki düzenleme de, kanunda yer aldıkları biçimiyle, toplumsal yaşamın güvenlik içerisinde sürdürülebilmesi bakımından gerekli düzenlemelerdir kanaatindeyiz. Ancak uygulamada "huzur operasyonları" adı altında, polisin belirli caddelerde dağılarak veya kontrol noktaları oluşturarak önüne geleni durdurup kimlik sormasını ya da belirli eğlence mekânlarına haftanın birkaç günü giderek kimlik kontrolü yapmasını, bu maddeler kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim her iki madde kapsamında öngörülen faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi için, bu durumu gerekli kılan bir takım verilerin olması gereklidir. Eğer toplumsal düzen bakımından tehlikeye işaret eden belirli bir şüphe derecesi söz konusu değilse; önleme araması kapsamında hâkim veya mülki amirin uygulamaya izin vermemesi gerekirken, polisin de kendiliğinden PVSK madde 4/A'ya dayanarak durdurma ve kimlik sorma faaliyetlerini gerçekleştirememesi gerekir. Bireylere, normal yaşamın akışı sırasında sıklıkla otoritenin temsilcisi polis tarafından kimlik sorulması, Orwell'in romanında olduğu üzere, her yerde, sürekli iktidarın varlığını hatırlatan "büyük birader seni izliyor" yazısının görünmesinden farksızdır.

### Polisin Parmak İzi Alma Yetkisi

Önleyici kolluk faaliyetleri bağlamında deplamak suretiyle gözetimin en etkin görü-

nümlerinden birisi de, PVSK'nın 5. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre;

"Polis;

- a) Gönüllü,
- b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan,
- c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen,
- ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan,
- d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi hâlinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı,
- e) Gözaltına alınan, kişilerin parmak izini alır."<sup>16</sup>

Görüldüğü üzere herhangi bir suç şüphesi altında olsun veya olmasın birey, yukarıdaki işlemlerden herhangi birini yaptırmaya kalktığı anda, polis onun parmak izini alabilecektir. Söz konusu düzenlemenin uygulaması biraz zaman alacaktır; ancak çok geçmeden, hiçbir adli olaya karışmamış olanlar da dahil olmak üzere, toplumdaki hemen tüm bireylerin parmak izinin poliste olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

### MOBESE (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu) Uygulaması

Salt kamusal alanları izliyor diye herhangi bir kanuni düzenlemeye dayanmaksızın her yerde giderek artan şekilde kurulan MOBESE (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu) kameralarından da bahsetmek gerekir. Özellikle terör örgütü faaliyetleri kapsamında ülke genelinde araç yakma olaylarının yaşanması ve bu fiilleri gerçekleştiren bazı failerin MOBESE kameralarınca tespit edilmesi sonucunda, bu kameralar gündemde daha çok yer almaya başladılar. Gelişen süreçte bu tür faydalı başkaca sonuçların da elde edilmesiyle birlikte, MOBESE kameralarının sayısının arttırılması ve neredeyse mümkün olan her yerin bu ka-

<sup>16</sup> Gönüllülük hali hariç olmak üzere bu düzenleme kapsamına giren kimselerin ayrıca fotoğrafları alınarak, parmak izi ile birlikte sisteme kaydedilir (PVSK madde 5/5).

meralarca gözetlenmesi yönünde büyük bir kamuoyu desteği oluştu. Hatta Eskişehir örneğinde olduğu gibi bu sistemlerin finansmanı da, kampanyalar aracılığıyla halk tarafından yapılmaya başlandı.<sup>17</sup> Ancak kamuya açık hemen her alanın gözetlendiği bir çevrede yaşamak durumunda olan bireylerin kendilerini ne kadar özgür hissedebilecekleri; bu bireylerin ruhsal durumlarının ne kadar dengeli olacağı ve böyle bir ortamda yetişen bireylerin oluşturduğu toplumun ne kadar sağlıklı gelişebileceği son derece tartışmaya açıktır. Nitekim toplumsal alandaki bu tür müdahaleler belki bir oranda suç işlenmesini engelleyebilir; ancak hiçbir zaman için bireyleri özgürleştirmez ve toplumsal gelişimin önünü açmaz.

Sonuç olarak suçla etkin mücadele için MOBESE kameraları gereklidir ve bu uygulamadan kamusal menfaat açısından son derece faydalı sonuçlar da elde edilmektedir. Ancak sırf kamusal alanı gözetliyor diye bu uygulamayı herhangi bir kanuna dayanmaksızın yürütmek ve mümkün olan hemen her yere MOBESE kamerası kurmak makul değildir. Bunlar nerelere kurulabilir, çekilen görüntüler nasıl saklanır, görüntüler ne kadar zaman sonra imha edilmelidir? Tüm bu sorulara cevap verir nitelikte kanuni düzenlemenin yapılması zorunludur kanaatindeyiz. Aksi takdirde bu tür kameraların kurulması ve kayıtlarının muhafazası idari makamların takdirine bırakılmış olacaktır ki, bu da demokratik bir toplumda kabul edilebilir değildir.

<sup>17</sup> Eskişehir'de yerel bir televizyon kanalı Eskişehir'e de MOBESE sistemi kurulması için kampanya başlatmış, işadamları ve halkın önemli desteğiyle beklenenin üzerinde bir başarı toplanarak kampanya başarıya ulaşmıştır. Şu an için sistemin kurulmasına yönelik çalışmalar sürmektedir. Yerel bir gazetede kampanyaya ilişkin, "Haydi Eskişehirli Kentine Sahip Çık" başlıklı bir makalede, kampanyanın amacı şu sözlerle ifade edilmektedir: "Son günlerde şehrimizde meydana gelen araç kundaklama olaylarının artmaması, daha güvenli ve daha huzurlu bir Eskişehir için şehrimizin güvenliği açısından çok büyük önem taşıyan (MOBESE) kameralı takip sistemini şehrimize kazandırmak için... yardım kampanyası başlattık." [http://www.ikieylul.com.tr/yazar\\_goster.asp?ne=y48&sira=4312](http://www.ikieylul.com.tr/yazar_goster.asp?ne=y48&sira=4312)

### İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi

Önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi yetkisi hukuk sistemimizde, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1, 2 ve 3. maddelerindeki düzenlemelerle, sırasıyla polis<sup>18</sup>, jandarma<sup>19</sup> ve Millî İstihbarat Teşkilatı<sup>20</sup> tanınmıştır. Her üç kurum tarafından ya-

<sup>18</sup> 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun, 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı kanunla değişik ek 7. maddesinin söz konusu yetkiyi düzenleyen bölümü şu şekildedir:

Ek Madde 7 /2 vd: Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250'nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir... Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır...

<sup>19</sup> 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı kanunla değişik ek 5. maddesinin söz konusu yetkiyi düzenleyen bölümü şu şekildedir:

Ek Madde 5: Jandarma, bu Kanunun 7'nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250'nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edilebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır...

<sup>20</sup> 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun, 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı kanunla değişik 6. maddesinin söz konusu yetkiyi düzenleyen bölümü şu şekildedir:

Madde 6/2 vd: Bu Kanunun 4'üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlike-

pılacak denetim faaliyetleri kural olarak hâkim kararına bağlanmıştır. Bu kararları vermek bakımından yetkili hâkim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer bakımından yetkili, CMK madde 250'deki suçları yargılamakla görevlendirilmiş Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin üyesi olarak belirlenmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, ilgili kanunlarda belirtilen idari mercilerin de denetime karar verebilmeleri mümkündür. Bu mercilerin verdiği kararlar 24 saat içinde yetkili hâkimin onayına sunulmalıdır.

Önleme amaçlı denetim suç sayılan tüm fiillerin değil; sadece ilgili kanunlarda tahdidi olarak sayılan fiillerin önlenmesi amacıyla gerçekleştirilebilecektir. Her ne kadar söz konusu kanunlarda net olarak vurgulanmamış olsa da, yetkili mercilerin bu tür kararları verebilmesi için söz konusu suçların işlenebileceğine ilişkin elde bir takım somut verilerin ve tehlikenin olması gerekir. Nitekim bu koşullar olmaksızın gerçekleştirilecek uygulamalar, Anayasanın 20 ve 22. maddelerinde teminat altına alınan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlali sonucunu doğuracaktır.

Gerçekten de bu tür devlet faaliyetlerinin belirli sınırlarının olması ve tehlikeye ilişkin somut bazı verilerin varlığı hâlinde ve sınırlı bir alanda gerçekleştirilebilmesi gereklidir. Aksi takdirde, "suça karışmamış olsam da, suç işlenmesi tehlikesiyle bir ilgim olmasa da, birileri beni dinliyor olabilir" endişesiyle, toplumdaki bireylerin paranoyak hâle gelmesi söz konusu olabilecektir.

## SONUÇ

Modernizmin bir takım nimetlerinden faydalanılması, toplumsal hayatın düzenlenmesi ve suçla etkin mücadelenin sağlanabilmesi bakımından, gözetim artık günümüz toplumlarının olmazsa olmazıdır. Bu bağlamda gözetim, belirli bir noktaya kadar olması gereken bir devlet faaliyetidir.

Ancak temel haklar ve özellikle de özel hayatın gizliliği kavramıyla yakından ilişkili olan gözetim faaliyetinin belirli sınırlarının olması gereklidir. Aksi takdirde gözetlenme psikolojisiyle hayatının her anını tedirgin geçiren bireyler topluluğuna dönüşmek kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca iktidarın eline gereğinden fazla gözetim yetkisi vermek, onu fazla bilgilendirmek de gereğinden fazla güçlendirmek sonucunu doğuracaktır. Böylelikle Hobbes'in Leviathan'ı da günümüzde yeniden hayat bulacaktır.<sup>21</sup>

Bu bağlamda Türkiye'deki duruma baktığımızda, her birey işlenmekte olan suç ihbar yükümlülüğü altına sokulmuş ve devlet ajanı hâline getirilmiştir. Polise hiçbir adli olaya karışmayan bireylerin bile değişik yollarla parmak izlerini toplama yetkisi verilmiştir. Huzur operasyonları neredeyse gündelik hayatın sıradan, rutin faaliyetleri hâline gelmiştir. Etrafımızda giderek artan MOBESE kameraları görülmeye başlanmıştır. Tüm bunları üst üste koyduğumuzda ortaya çıkan durum, *büyük biraderin* bizi giderek daha çok gözetlemeye başlaması ve gelecek adına sivil kaygıların daha da artması yönündedir.

nin varlığı hâlinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır...

<sup>21</sup> Hobbes'a göre insan temelde kötü bir varlıktır ve bitmek bilmeyen bir kudret arzusuyla doludur. Bu nedenle toplumsal refah ve huzurun sağlanması için, bireylerin disipline edilmesi ve güçlü bir otorite tarafından emir altında tutulması gereklidir. Bu bağlamda toplumdaki bireylerin çok kudretli, egemen bir kişi veya heyet tarafından idare edilmesi gereklidir. Bu çok kudretli ve geniş yetkilere sahip kişi veya heyetle birlikte vücut bulacak ejderha devlet ise Leviathan'dır. Hobbes'un insana, onun disipline edilmesi gerekliliğine ve ejderha devletine ilişkin görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1995, s. 76 vd, 127 vd.

## Kaynakça

- Bauman, Zygmunt; *Modernlik ve Müphemlik*, (Çev.: İsmail Türkmen), Ayrıntı Yay., İstanbul, 2003.
- Bozkurt, Veysel; "Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?", *Birikim* dergisi, (Ağustos 2000), s. 70-79.
- Foucault, Michel; *Hapishanenin Doğuşu*, (Çev.: M. Ali Kılıçbay), 2. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2000.
- Giddens, Anthony; *Ulus Devlet ve Şiddet*, (Çev.: Cumhuriyet Atay), Kalkedon Yay., 2008.
- ; *Modernliğin Sonuçları*, (Çev.: Ersin Kuşdil), Ayrıntı Yay., 2004.
- Gürdilek, Raşit; "Echelon", *Bilim Teknik* dergisi, (Ekim-2001), s. 36-37.
- Hobbes, Thomas; *Leviathan*, (Çev.: Semih Lim), Yapı Kredi Yay., İstanbul, 1995.
- Karakehya, Hakan; "Gözetim ve Suçla Mücadele", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 2, 2009.
- Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Tataroğlu, Muhittin; "E-Devlet'te Kullanılan Gözetim ve Kayıt Teknolojilerinin Mahremiyet Üzerindeki Etkileri", *Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C: 18, S: 1, 2009.
- Toroslu, Nevzat-Feyzioğlu, Metin; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.
- [http://www.ikieylul.com.tr/yazar\\_goster.asp?ne=y48&sira=4312](http://www.ikieylul.com.tr/yazar_goster.asp?ne=y48&sira=4312)





# *Tarihî Uyanışın Mimarı: Prof. Dr. Fuat Sezgin*

*Aybüke EKİCİ*



**E**n klasik tanımıyla, geçmiş zamanlarda yaşayan insan topluluklarının her türlü faaliyetlerini yer ve zaman bildirerek, sebep-sonuç ilişkisi içinde anlatan tarih, geçmiş anlattığı söylene de aslında bugünü anlamlandıran, günümüze ışık tutan, yolumuzu çizen en önemli bilim dalıdır. Bilimler tarihi de medeniyetleri, ülkeleri ve halkların tarihini anlatırken bilimin, tarihin her dönemindeki önemi ve gelişimini de anlatmak gerekliliği üzerine doğmuş; bilim ve teknoloji tarihi de diyebileceğimiz bu alan insanın keşfetme ve icat etme özelliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Zira daha kolay avlanabilmek, daha iyi yaşayabilmek için aletler icat eden insan-  
noğlu, bilim ve teknolojinin gelişimini böylece başlatırken çıktığı bu yolculuğu artık dünya ile yetinmeyerek uzaya, kâinatın en uçtaki sınırlarına kadar götürmeye çalışmıştır.

İnsanoğlunun bu tarih yolculuğunda, MS 7. yüzyıldan 17. yüzyıla kadar yaklaşık on asırlık bir döneme damgasını vuran İslam Bilimler Tarihi ise hak ettiği değerini ne yazık ki bulamamıştır. İslam Bilimler Tarihi'nin on asırlık bu parlak dönemi pek çok bilim otoritesi tarafından adeta yok sayılmakta, bilimler tarihi Eski Yunan'dan başlatılarak Orta Çağ'daki Rönesans dönemine adeta bir sıçrama ile geçmekte, Rönesans döneminden sonra 15-17. yüzyıl arasındaki zaman Avrupa'daki bilimsel gelişmelere bağlanmakta; ancak İslam Bilimler tarihinin asırlar süren bilim önderliği ve icatlarla dolu dönemi hiçe sayılmaktadır.

Prof. Dr. Fuat Sezgin işte bu hiçe sayılmanın karşısına çıkarak, adeta tarihi bir uyanışı gerçekleştirmektedir. İçinde bulunduğumuz gerilik ve Batı karşısındaki çaresizlik duygularının yıkılmasını, tarih ilminin yukarıda değini-

len aydınlatıcı vasfıyla yerine getirmeye çalışan ve yılmak bilmeyen bir bilim adamı olan Prof. Dr. Fuat Sezgin, tarih ilmini teoriden pratiğe döndürmüş ve bugün müzelerde sergilenen, yüzyıllar önce İslam bilim adamlarının icat ettikleri aletlerin yeniden gün yüzüne çıkmasını ve her biri ayrı bir başucu kitabı niteliğindeki eserleriyle İslam Bilimler Tarihi'nin dünyaya anlatılmasını sağlamıştır.

## **Prof. Dr. FUAT SEZGİN KİMDİR?**

1924 yılında Bitlis'te dünyaya gelen Prof. Sezgin, ilkokulu Doğubayazıt'ta, ortaokul ve liseyi Erzurum'da tamamlamıştır. 1943 yılında mühendis olma isteğiyle geldiği İstanbul'da yaşadıkları, onun bu isteğini değiştirmesine, adeta büyük bir aşkla bağlandığı Bilimler Tarihi alanına yönelmesine yol açmıştır.

Bir akrabasının da etkisiyle Sezgin, çok iyi derecede Arapça bilen bir Alman bilgininin seminerine gitmesiyle hayatının en önemli kararını verir. Sonradan üniversitede hocası olacak olan bu ilim adamı, büyük oryantalistlerden Hellmut Ritter'dir. Bu ilim adamının verdiği seminerin etkisiyle mühendis olma fikrinden vazgeçen Prof. Sezgin, kayıt zamanını da geçirdiği hâlde İstanbul Fen Edebiyat Fakültesi'ne girer.

Hocası Hellmut Ritter'in "Bilgin olmak istiyorsan 13-14 saat çalışmak yetmez." tavsiyesi üzerine günde 17 saat çalışan, çalıştığı süre boyunca sürekli eserler veren, 70 yaşına kadar da bu temposunu devam ettiren bir bilim adamıdır Prof. Sezgin.

Prof. Sezgin'in 27 dil bildiği söylenmektedir. Onun özellikle dil öğrenme konusunda bir

hassasiyeti olduğu açıktır. Yine kendi ifadesine göre dili, bilimler tarihinde bir vasita olarak öğrenmektedir.<sup>1</sup> Bugün Türkiye'deki öğretmenlerin ve öğrencilerin en büyük eksiğinin de dil öğrenmedeki tembellikleri olduğunu söyleyen Prof. Sezgin, üzerinde dikkatle durulması gereken başka bir hususu da şöyle belirtir: "Maalesef ben ilkokul 3. sınıftayken dönemin kültür bakanı tarafından gramer kaldırıldı. Bana babam dedi ki: "Saf-ı Türki'yi öğreteyim sana." O zamanlar gramere Saf-ı Türki denirdi. Bugün belki bilimler tarihçisi olabilirdim, babamın Saf-ı Türki'yi öğretmesinin çok büyük etkisi vardır. Türklerin gramer bilgileri yok, o yüzden dili öğrenemiyorlar, bazen iyi konuşuyorlar fakat yazamıyorlar. Bu bizim milletimizin önemli problemlerinden biridir."<sup>2</sup> Ona göre gramer bilgisinin öğrenilmesi hem dil öğrenilmesinde hem de ilmi anlamada büyük önem taşımaktadır.

### Yeni Bir Dönem: Almanya Günleri

1954 senesinde doktora tezini veren Prof. Sezgin, 1960 senesinde 147'likler olarak bilinen ve darbe yönetimine okuldan uzaklaştırılan akademisyenler arasındadır. Prof. Dr. Sabri Orman'a göre, onun uğradığı bu haksızlık Allah tarafından bir lütfü çevrilecek, çalışmalarını günümüz akademisyenlerinin aksine teoride kalmayacak, tarih gibi bir bilim dalını pratiğe dökülecektir.<sup>3</sup>

Prof. Sezgin, 147'likler arasında üniversiteden uzaklaştırılması ile ilgili şunları söyler:

"1960 yılında, bir hükümet darbesi oldu. Askerler devletin idaresini ele geçirdiler. Millî Eğitim Komitesi diye bir komite kurdular. Bir gün bunlar 'hangi profesörler zararlıdır?' diye bir liste çıkarmışlar. Bunların listeleri kanun gibiydi. Gazeteler, 147 profesörün atıldığını yazıyordu. Benim de adım vardı. Askeri idarenin, bir mülki idareyi bertaraf ederek devletin başına geçmiş olmasından memnun olmadım. Birçok şeyler bekliyordum, ama bir gün üniversiteden atılacağımı beklemiyordum.

Hatta Türkiye'yi kendiliğimden terk etmeyi de düşünmüyordum. Çünkü memleketime çok bağlıydım. Bu hadiseden bir yıl evvel, Almanya'da misafir doçent olarak bulunuyordum. Bana orada, doçentlik yapmamı teklif ettiler. Bu teklifi gülererek reddedtim. 'Ben İstanbul'u, Türkiye'yi nasıl terk ederim?' dedim. Özür dilediler. Gazetede 'zararlı profesörler' listesini ve ismimin bu listede olduğunu görünce, ülkeden gitmemin, artık benim iradem dışında olduğunu anladım."<sup>4</sup>

Prof. Sezgin, 1961 yılında Almanya'ya gider. Aynı yıl Frankfurt Üniversitesinde çalışmaya başlayan Prof. Sezgin bundan sonra Almanya'da yaşayacak, burada evlenecek, bütün eserlerini de burada verecektir. Almanya'yı tercih etme sebebini ise kendisi şöyle açıklamaktadır:

"1960'ın sonlarına doğruydu, bir gün evimden dışarıya çıktım. Baktım gazete satan çocuklar bağırıyordu; 'Yazıyor, yazıyor, 147 profesörün üniversiteden atıldığını yazıyor.' diye. Ben de enstitüye gidiyordum. Gazeteyi aldım, baktım, benim de adım yazılıydı. Gazeteyi alıp çantama koydum, enstitüye değil Süleymaniye Kütüphanesine gittim. Kitap okumaya başladım... Memleketimi çok seviyordum. Çok şeyler yapmak istiyordum. Bir enstitü kurmuştum, saat gibi işliyordu. Tamamıyla Avrupa'da öğrendiğim her şeyi oraya getirmiştim... Süleymaniye'ye gittim. Amerika'daki, Almanya'daki dostlarıma birkaç kısa mektup yazdım. 'Bugünden itibaren ben üniversiteden atılmış bir insanım, yanınızda çalışmak isterim, benim için bir yer var mıdır?' diye. Aşağı yukarı 10-15 gün içerisinde üç üniversiteden cevap geldi: Frankfurt Üniversitesi, Berkeley Üniversitesi ve Yale Üniversitesi. Düşündüm, taşındım. Daha kitabımın (*İslam Bilim Tarihi*) bütün malzemelerini toplama işim bitmemişti. İstanbul'dan uzaklaşmak istemiyordum. Doğu'dan, yani Mısır'dan, İran'dan uzaklaşmak istemiyordum. Çünkü daha toplamam gereken bir sürü malzeme vardı. Frankfurt'ta karar kıldım. Çünkü dünyanın tek bilimler tarihi enstitüsü oradaydı... Yavaş yavaş işlerimi bitirip oraya gittim."<sup>5</sup>

Prof. Sezgin, Frankfurt Üniversitesine misafir profesör olarak çağrılır. Sadece 6 ay sü-

<sup>1</sup> *Bilim Tarihi Sohbetleri Fuat Sezgin*, Konuşan: Sefer Turan, Timaş Yayınları, İstanbul, Mart 2012, s. 56.

<sup>2</sup> A.g.e., s. 37.

<sup>3</sup> <http://www.dunyabizim.com/index.php?aType=haber&ArticleID=2287>, Enes ALBAY. "Fuat Sezgin'i İTÜCÜ Konferansından İzlemek".

<sup>4</sup> [http://www.yaklasansaat.com/dunyamiz/bilim\\_ve\\_teknoloji/fuat\\_sezgin\\_kimdir.asp](http://www.yaklasansaat.com/dunyamiz/bilim_ve_teknoloji/fuat_sezgin_kimdir.asp), "Prof. Dr. Fuat Sezgin Kimdir?"

<sup>5</sup> *Bilim Tarihi Sohbetleri Fuat Sezgin*, Konuşan: Sefer Turan, s. 64.



reyle bu üniversitede kalacağını ise Almanya'ya gittikten sonra öğrenir. Kendisine davetiye gönderen ve sadece altı ay için üniversitede kalabileceğini söyleyen Prof. Willy Hartner'e söyledikleri gerçekten etkileyicidir:

"Ben hayatımı daima planladım. Liseyi şu zamanda bitireceğim diye planladım. Üniversiteyi öyle... Şu yaşta doçent olacağım dedim ve bütün bunlarda muvaffak oldum. Baktım her şeyde muvaffak oluyorum, bende bir şımarmaya başladı. Ondan sonra bir askeri darbe geldi. Bir balığın üzerine atılan ağ gibi ben de o ağın içinde kaldım. O zaman baktım ki beşer olarak benim irademın bir sınırı varmış. İşte o olaydan sonra ben şuna karar verdim: Hayatımda eğer altı haftalık bir geleceğim garanti edilse, yani o kadar yaşayabilecek kadar maddi imkânım varsa, yedinci haftayı düşünmeyeceğim. Onun için önümde iki ay daha var. Para da biriktirdim, onları düşünmüyorum dedim. Adamcağız bana baktı, baktı... Ayağa kalktı, beni kucakladı. Bana dedi ki: "Ben ateistim, Allah'a inanmıyorum. Fakat bu kadar inanan bir insana ne kadar gıpta ediyorum."<sup>6</sup>

### Doçentlik Tezi "Buhari'nin Kaynakları"

İslam'ın asli kaynaklarından hadislerin, yaygın görüşe göre sözlü yani rivayet usulüne göre kayıt altına alındığı, günümüze kadar da bu yolla ulaştığı tezi genel kabul gören bir görüştür. Ancak Prof. Dr. Fuat Sezgin, 1950'li yıllarda hazırladığı doçentlik tezinde adeta tabuları yıkarak, hadis kaynaklarının en önemlilerinden kabul edilen Buhari'nin hadis kitabının sözlü değil yazılı kaynaklara dayandığını; bu yazılı kaynakların İslam'ın erken dönemine, hatta 7. yüzyıla kadar gittiğini ileri sürmüştür.

Ona göre önceleri şimdiki gibi kitaplarda dipnot olarak kaynak eser gösterilmez, şahıs ismi yazılır, bir rivayet zincirine göre sıralanır; ama aynı zamanda da yazılı bir kaynağa dayanılırdı. Onun bu tezi üzerindeki tartışmalar hâlen devam etmektedir.

Prof. Sezgin bu tezinden yola çıkarak şunları da belirtir: "Müslümanlar matematikte, astronomide, fizikte nasıl büyük merhaleler kat etmişlerse, tarih ilminde de Yunanlılardan sonra bütün Avrupa'nın tanyamadığı bir mer-

haleye ulaşmışlar aslında. Biz bunu gözden kaçıırıyoruz. Bugün maalesef bu durumu müdafaa edecek bir Müslüman yok. Zaten Avrupalılar da henüz bunu tamamıyla kabul etmediler. Bunu tanımlayamadığımız müddetçe biz bütün İslam bilimlerinin nasıl geliştiğini anlayamayız, kavrayamayız."<sup>7</sup>

### İlimler Tarihindeki Çalışmaları ve "İslam Bilimler Tarihi" Eseri

Prof. Sezgin'in ilimler tarihi alanını seçmesinde, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Şarkiyat Enstitüsündeki hocası Hellmut Ritter'in etkisi büyüktür. Ritter'in derslerinde, İslam coğrafyasında yetişmiş olan bilim adamlarının, Avrupa'nın en büyük bilimadamları seviyesinde olduğunu dile getirmesi<sup>8</sup>, Prof. Sezgin'in ilimler tarihi alanında çalışmalar yapmasına ilham olmuştur.

Hellmut Ritter'in bu sözlerinin Prof. Sezgin üzerinde bu kadar etki etmesinde, ilkokul öğretmeninin anlattıkları ile taban tabana zıt bilgiler sebeptir. Zira Prof. Sezgin'in ilkokuldaki öğretmeni öğrencilerine, Müslüman âlimlerin dünyanın öküzün boynuzunda olduğuna inandıklarını söylemektedir. İşte ilkokulda öğrendiği bu bilgiler ile üniversitedeki Alman bilimadamlarının bilgileri Prof. Sezgin'i ilimler tarihini ve dolayısıyla İslam Bilimler Tarihi'ni araştırmaya yönlendirmiştir.

Prof. Sezgin ilimler tarihi alanında ilk olarak, hocası Hellmut Ritter'in tavsiyesi ile kaynak kitap olarak kullandıkları Karl Brockelman'ın beş ciltlik *Arap Edebiyatı Tarihi* isimli kitabın tashihi üzerinde çalışma yapmaya başlamıştır. Prof. Sezgin, hocası Hellmut Ritter'in bu kitap hakkındaki "Bu kitabın noksanlarının artık tamamlama zamanı gelmiştir, birinin bunu tamamlaması lazım."<sup>9</sup> isteğini kendi üzerine almıştır. Çalışmalarına 1954 yılında Türkiye'de başlayan Prof. Sezgin, 1961 yılında Almanya'ya gidişinden sonra da çalışmalarını sürdürür. Ancak çalışması devam ettikçe kitabın tashihten çok yeniden yazılması gerektiğini düşünür ve çalışmalarını bu yolda

<sup>6</sup> A.g.e., s. 66.

<sup>7</sup> A.g.e., s. 75.

<sup>8</sup> A.g.e.

<sup>9</sup> A.g.e., s. 70.

devam ettirir. Prof. Sezgin, hocası Hellmut Ritter'e bu kitabın eksikliklerini gidermek yerine yeniden yazacağını söyler. Hellmut Ritter: "Yazamazsınız, bunu hiç kimse yapamaz. Zor, bu işe girmeyiniz, mütevazı olunuz."<sup>10</sup> diyecektir. Ancak Prof. Sezgin yılmadan devam ettiği çalışmada büyük başarı sağlayacak, hocasının da takdirini kazanacaktır.

Kitabının hazırlanması aşamasında Prof. Sezgin 60 ülkenin kütüphanesine gider, 400.000 cilde yakın yazma eser görür, inceler. Konuyla ilgili yazılan makaleleri de inceleyen Prof. Sezgin incelediği makaleleri ve eserleri daha iyi anlayabilmek için o eserin yazıldığı dili de öğrenir. Öğrendiği dillerin 27 ulaştığı rivayet edilmektedir.

Prof. Sezgin'in azimli çalışmasına bir örnek olarak kendi aktardığı bir anıyı paylaşmak önemlidir. İstanbul kütüphanelerindeki araştırma çalışmalarıyla ilgili şu anıyı paylaşmaktadır: "Hocamla kütüphanelere gidiyorduk, yazmaları taniyorduk. İstanbul'da o zaman 200.000'den fazla yazma eser vardı. Onların hemen hemen hepsini görmek lazımdı. Ne yapıyordum? Kütüphanelerin muayyen temizlik günleri vardı. O temizlik günlerini ben kaydedirdim. Kütüphanecilere derdim ki: "Lütfen başladığınız zaman bana haber verin, ben de gelip o yazmaları görmek istiyorum." Bu bir fırsattı benim için. Onlar 1'den başlayıp 2 bin, 3 bin ciltlik kütüphaneyi temizliyorlardı. Ben de onların eline geçen her yazmayı elime alıyordum. Yazmalara bakıp çok mühimlerini kaydedip ondan sonra bir daha gidip o yazmaları görüyordum."<sup>11</sup>

60'ın üzerindeki ülkenin kütüphanesi ve 400.000'i aşkın yazmanın incelenmesinden sonra, yaklaşık on yıllık bir çalışmanın ardından *İslam Kültür Tarihi* kitabı nihayet 1967'de yayınlanır.

Kitap o kadar yankı uyandırır ki "Bu kitabı bir Türk yazamaz!" şeklinde tepkiler almaya başlar. Çünkü "Brockelmann'ın eserinin tamamlanması gerektiğini düşünen tek kişi Fuat Sezgin değildir. Avrupalı oryantalistler de benzer bir niyeti hayata geçirmeye çalışmaktadır. Arapça eserlerin tercümelerini yayımla-

yan Brill Yayınevi'nin önderliğinde, 1950'li yıllarda Avrupalı şarkiyatçılardan oluşan bir ekip aynı işe koyulmuştur ve büyük bir heyetin yardımı ve UNESCO'nun maddi desteğiyle Brockelmann'ın eserini hem tamamlama hem de daha ileri götürme adına bir ek yazmak istemektedirler. 1966'da Brockelmann'ın eserini genişletmek için kurulan ekip araştırma yapılacak konuları tespit etmiş ve bilim dünyasına dağıtmıştır. Prof. Sezgin'in de konu ile ilgilendiğini öğrenince meraklanırlar. Hollanda Leiden'de bir yayınevi Prof. Sezgin'i davet eder. Prof. Sezgin, Fransız, Alman ve İngiliz 10'dan fazla bilim adamından kurulan heyetçe imtihan edilir. Heyet, Sezgin'den etkilenmesine rağmen önyargılarını kıramadığı için "Müslüman, Türk birisi bu kitabı yazamaz" kanaatinden vazgeçmez. Batılı bir ilim adamı, Sezgin'e "Alman olmadığın için karşı çıkıyorlar." değerlendirmesini yapar. Sezgin daha bir azimle çalışmalarına devam eder. 1967'de *Arap-İslam İlimleri Tarihi* kitabının ilk cildi basılır. Sezgin, oryantalist komitenin baskı sonrası tavrını şöyle özetler: "Kitabın basılmış hâlini gördükten sonra bir toplantı daha yaptılar. 'Bizim devam etmemize lüzum yok' diyerek komisyonu lağvettiler." Hocası Ritter'e de bir nüsha gönderir. Sezgin'e gelen ve eşi tarafından saklanan cevabi mektupta "Böyle bir kitabı kimse yazamamıştı, yazmamıştı ve yazamazdı da." ifadeleri yer almaktadır. Hocasının mektubu ona büyük manevi destek olur. Alman bilim adamı Prof. Gerhard Anders onun bu başarısını anlatırken şu ifadeleri kullanıyordu: "Şahsen onun kadar istikametli ve bütün hayatını sadece bilimsel çalışmaya adanmış çok az kişi tanıyorum. Sezgin bu zor işi tek başına başardı. Sahip olduğu o kadar kapsamlı malzemeler vardı ki Brockelmann'ın sınırlarını aşmıştı. El-Biruni, el-Kindi, Farabi, İbn-i Sina gibi isimleri Brockelmann gibi sadece bir yan konu olarak ele almayı uygun ve yeterli görmüyordu. Başta fen bilimleri olmak üzere bütün bilimleri belirli disiplinler altında ele almaya karar vermişti."<sup>12</sup>

*Türkçeye İslam Kültür Tarihi/İslam Bilimler Tarihi* adıyla çevrilen *Geschichte Des Arabisc-*

<sup>10</sup> A.g.e., s. 70.

<sup>11</sup> A.g.e., s. 71.

<sup>12</sup> [http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail\\_get-NewsById.action?newsId=31324](http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_get-NewsById.action?newsId=31324), Mahmut Çebi, "Yitik Hazinenin Peşinde Bir Medeniyet Kâşifi: Fuat Sezgin", 19 Aralık 2011.

hen *Schrifttums* kısa adıyla *GAS* olarak bilinen eser bu gün 13 cilde ulaşmıştır ve 14 ve 15. ciltleri de yayınlanmak üzeredir. Prof. Sezgin'in eserindeki önsözlerinde de belirttiği gibi bu eser Müslümanların ilimler sahasındaki yerlerini göstermeye yöneliktir. Eserlerdeki konulara örnek olarak şunları verebiliriz: birinci ciltte tefsir, hadis, akide, kelam gibi dinî ilimler; ikinci ciltte edebiyat ve özellikle Arap şiiri, üçüncü ciltte tıp, zooloji, veterinerlik; dördüncü ciltte simya, kimya, botanik ve ziraat, yedinci ciltte astroloji, meteoroloji, onuncu ciltte matematiksel coğrafya.

### İslam Bilim Tarihi Müzesi ve İstanbul İslam Bilim ve Teknoloji Tarihi Müzesi

Prof. Sezgin, İslam Bilimler Tarihi alanında Almanya'da ders verirken çalışmaların ve malzemelerin yetersiz olduğundan hareketle, o dönemde kazandığı Kral Faysal Ödülü'nü finansman olarak kullanıp Almanya'da "Arap-İslam Bilimleri Tarihi Enstitüsü"nü kurar.

Enstitünün kurulmasından sonra Prof. Sezgin'in amacı artık İslam Bilimler Tarihi'nin bilimler tarihindeki yerini göstermektir.<sup>13</sup> Bunu gerçekleştirmek üzere projeler üreten Prof. Sezgin, Müslümanların icat etmiş oldukları aletleri ortaya çıkararak bunları sergilemek üzere bir müze kurulması fikrini hayata geçirir. İslam bilginlerinin 800 yıllık yaratıcı devrinde yaptıkları aletlerin modelleri -bizzat kendisi tarafından da birkaç örneği yapılarak- ortaya çıkarılmıştır. Prof. Sezgin'in bu gayretleri sonucunda günümüzde bu aletlerin sayısı 800'ü bulmuştur. Almanya'daki bu müzenin bir benzeri ise "İslam Bilim ve Teknoloji Müzesi" adıyla 2008 yılında İstanbul'da açılmıştır.

Müzenin kuruluşu safhasında, sergilenecek olan aletlerin yapımı hiç de kolay olmamıştır. Aletlerin yapımında ilk başlarda kendisi de bizzat çalışan Prof. Sezgin, daha sonra pek çok ülkedeki ilim adamı ve ustadan yardım almıştır. Müzenin safahati hakkındaki bilgileri Prof. Sezgin şöyle anlatmaktadır: "Bugün bu Enstitü'de 800'den fazla alet var. Ya-

vaş yavaş öğreniyordum, bunu da söylemeliyim. Yani bütün bunları, Arapça, Farsça, Türkçe yazmalardan çıkardım. Bunların, Latince ve İspanyolca tercümelerini çıkardım. Benden önce bu konuda çalışan oryantalistler olmuş. Onlar da bu konuda araştırmalar yapmışlar. Mesela Prof. Dr. Wideman diye büyük bir Alman bilimadamı vardır. Bu adamcağız, tam elli sene İslam bilimler tarihi ile uğraştı. Birçok aletleri, o da, yazmalardan buldu. Hatta ilk alet taklidine başlayan kişi Wideman'dır. Bu aletlerden bir kısmını İspanya'da, büyük bir kısmını da Almanya'da yaptırıyordum. Bizim bir atölyemiz var. Aletlerin bir kısmının parçalarını, atölyede yapıyoruz. Birçok parçalarını da Mısır'da, yaptırıyoruz, burada birleştirip tamamlıyoruz."

"Her aletin yapımının, kendine mahsus bir hikâyesi vardır. Mesela bazı saatler var. Ta-kiyyüddin denen bir Osmanlı bilgini vardı. On tane saati tarif eden bir kitap yazmış. Onların ikisini yapmaya gayret ettik. Bunu Türkiye'de, İspanya'da, Hollanda'da, Almanya'da, Mısır'da herkese sordum. Hiç kimse yapamadı. Sonra Bremen şehrinde, saatçilikten profesörlüğe girmiş olan bir astronomi profesörü vardı, ona yaptırdım."

"Sabit yıldızlar gök haritasını, bin yıllarında yazılmış bir yazmaya dayanarak yaptık. Çok zordu. Bütün yıldızların koordinatları vardır. Bu koordinatları, Kahire'de bir türlü tam veremediler. Astronomi tarihi ile uğraşan, Bremen'de bir Alman bilgini vardı. Ona götürdüm. Biz bir küre yaptık. Küreyi ona gönderdim. Kurşun kalem ile bu resimleri çizerek yıldızların yerlerini belirtti. Bunu alıp, Kahire'ye götürdüm. Ondan sonra bunu işlediler."<sup>14</sup>

### TARİHİ UYANIŞ: İSLAM BİLİMLERİNİN DÜNYAYA TANITILMASI

Dünyanın ve Avrupa'nın günümüzde ulaştığı teknolojik ve bilimsel gelişmenin yüksek seviyesi pek çok İslam ülkesinin gözlerini kamaştırmaktadır. Zira Orta Doğu başta olmak üzere dünya üzerindeki pek çok İslam ülkesi —ki

<sup>13</sup> *Bilim Tarihi Sohbetleri Fuat Sezgin*. Konuşan: Sefer Turan, s. 21.

<sup>14</sup> [http://www.yaklasansaat.com/dunyamiz/bilim\\_ve\\_teknoloji/fuat\\_sezgin\\_kimdir.asp](http://www.yaklasansaat.com/dunyamiz/bilim_ve_teknoloji/fuat_sezgin_kimdir.asp), "Prof. Dr. Fuat Sezgin Kimdir?"

Müslümanların yoğunlukla yaşadığı ülkeleri göz önüne alırsak— hem bilim hem de teknoloji bakımından Batılı ülkelerin çok gerisindedir.

Avrupalı ya da Batılı düşünür ve aydınlar haklı olarak bu gelişmişliğin gururunu yaşamakla birlikte Müslümanlar açısından bu üzüntü verici bir durumdur. Çünkü yüzyıllarca bilimin ve teknolojik gelişmelerin yaratıcısı olan Müslüman bilim adamları artık yetişmemekte, rasathanelerin, hararetili bilimsel tartışmaların yaşandığı medrese ve üniversitelerin bulunduğu İslam coğrafyaları artık savaşlar ve yoklukların yaşandığı ülkeler olarak anılmaktadır.

İşte burada Prof. Sezgin'in bilimler tarihi alanında yaptığı çalışmaların önemi ortaya çıkmaktadır. Zira Batı karşısında eziklik hissine kapılan Müslümanların geçmişindeki o parlak bilimsel çağı anlatan, bugünkü teknolojinin temellerinin daha 9. yüzyılda belki de daha öncelerinde Müslüman bilim adamlarınca atıldığını hatırlatan İslam bilgin ve eserlerini, Prof. Sezgin gün yüzüne çıkarmaktadır.

Prof. Sezgin'in de belirttiği gibi geçmişteki bu başarılı ve parlak dönemi hatırlamak geçmişe saplanıp kalmak, boş gurura kapılarak bugün hiçbir ilerleme kaydetmemek değildir. Aksine İslam Bilimler Tarihi'ni öğrenmek Batı karşısındaki ezik duruşun atlatılarak geçmişinden ve köklerinden aldığı güçle bugünün dünyasına şekil vermektir. İşte bu yüzden İslam Bilimler Tarihi Müslümanların tarihi uyanışına vesile olacak, eserleri ile de Prof. Sezgin bu uyanışın mimarı olacaktır.

İslam bilim ve kültürünü dünyaya tanıtmak için yıllar süren çalışmaları sonucunda Prof. Sezgin, bugün 15 cildi hazırlanmış olan *İslam Kültür Tarihi* adlı eseri ortaya çıkarmıştır. Eserde coğrafyadan, matematik ve astronomiye, tıptan felsefe, müzik, nümizmatik ve tarih yazıncılığına kadar pek çok farklı konu yer almaktadır. Prof. Sezgin'in bu eseri dışında bilimler tasnifinden ve bu konuda araştırmalar yapmış olan batılı bilim adamlarının çalışmalarının yeniden basımlarını içeren ve seriler hâlinde yayınlanan 1300 cilt civarındaki eserleri de günümüz araştırmacıları için eşi bulunmaz bir kaynaktır.

Prof. Sezgin'in tüm bu çalışmalarının en önemli amacı şudur: İslam âlimlerinin bilimler tarihindeki yaklaşık 800 yıllık yaratıcı devirleri-

nin ve bilimler tarihinde İslam medeniyetinin yerinin dünya tarafından bilinmesini sağlamak. Prof. Sezgin'in bu alandaki gayretlerinin ve çalışmalarının en iyi şekilde anlaşılabilmesi yine onun kendi ifadeleri ile mümkün olabilecektir.

Prof. Sezgin'e göre bilimler tarihi birbirini izleyen medeniyet ve/veya devletlerin birbirini etkilemesi ve devamı sonucunda oluşmuştur. Yunan bilimlerinin temelleri Mısır ve Babilonya bilimlerine dayanırken, İslam bilimlerinin temeli de Yunan bilimlerinden gelmektedir. Aynı şekilde Batı'nın bugünkü ulaştığı bilimin temellerinde de İslam bilimleri yer almaktadır.

"Ben altmış yıllık çalışma hayatım sırasında her gün biraz daha fazla İslam uygarlığını tanımanın ve tanıtmanın Batı dünyasına ulaşma davası bakımından en sağlam, daha doğrusu tek yol olduğuna inandım. Bugünkü bilgime göre —ki bunu gerçeğe oranla çok yoksul buluyorum— genç Batı uygarlığını İslam uygarlığının değişik coğrafi ve iktisadi şartlar altında gerçekleşen devamı olarak görüyorum."<sup>15</sup>

"Eğer şartlar 13 ve 14. yüzyıllarda bilimlerin İslam kültür dünyasındaki gelişme hızına uygun kalsaydı sanırım ki bilimler günümüzdeki düzelmelerine çok daha erken bir dönemde kavuşmuş olabilirdi."<sup>16</sup>

Prof. Sezgin İslam bilimlerini tanıtırken özellikle şu konuya dikkat çekmektedir ki İslam bilimlerinin anlatılması bir dine davet anlamı taşımamaktadır. İslam bilimlerinin gerçeğini tanıtmak, İslam topluluğuna bağlı Müslüman olsun ya da olmasın herkesi benlik duygularını kaplayan yanlış yargılardan kurtaracak ve onlara ferdin yaratıcılığına inancı kazandıracaktır.<sup>17</sup>

Günümüzde hâlâ pek çok yerli ve yabancı aydın, Müslümanların içinde bulunduğu geriliğin sebebi olarak İslam'ı, genel olarak dinî görmekte iseler de din/İslam geriliğin sebebi değildir. Yüzyıllarca bilime önderlik etmiş Müslüman aydınlar ve İslam coğrafyasının tarihi gözlerimizin önündeyken, bunu tüm dünyaya en açık şekilde anlatan Prof. Sezgin de dinin geriliğin sebebi olmadığını açıklamaktadır.

<sup>15</sup> Fuat Sezgin, *İslam Bilimler Tarihi Üzerine Konferanslar*, s. 11.

<sup>16</sup> A.g.e., s.19.

<sup>17</sup> A.g.e., s. 12.

“Geriliği müşahede edenler, buna çare arayanlar, bu gerilik çağının geçmişinde bir üstünlük, hatta çok büyük bir üstünlük çağının bulunduğunu, Avrupa’daki bilim ve teknolojinin İslam dünyasındaki 800 yıl boyunca kazanılan başarıların başka verimli koşullar altındaki bir gelişmesi olduğunu bilmiyorlardı. Bunun neticesi olarak ferdin yaratıcılığına olan inanç ve benlik duygusu, yerini Avrupa uygarlığı karşısında büyüyen bir aşağılık duygusuna bırakıyordu.”<sup>18</sup>

“20. yüzyılda gerekli reformları başarmış bir milletin İslam uygarlığı içinde bilimsel ve politik açıdan 10. yüzyıldan itibaren geniş çapta omuzladığı zengin bir geçmişten kaçmasına, onu tanımamazlıktan gelmesine gerek olmadığı inancını taşıyorum. Daha 20. yüzyılın başlarında ve biraz daha önceleri, Batı dünyası ile bilim ve teknik alanındaki gittikçe büyümekte olan farkın sebeplerinin İslam dininin kendisi olduğu şeklindeki bir düşünce, Türk aydınlarının arasında yayılmaya yüz tutmuştu. Bu düşünce günümüze kadar genişlemeye devam ediyor. Bu düşüncenin öncüleri ve onları takip edenler, dinî organizasyonların ve din adamlarının geri kalmış olmasına bakarak verilmiş olan ve gittikçe gelişmekte olan yargıyla hareket ederken, hemen hemen bütün müesseselerdeki geriliği gözden kaçırmıyorlar veya bu gerçeği görüyorlarsa da onun da sorumlusunu din olarak görüyorlardı ve görüyorlar.”<sup>19</sup>

“Müslüman dünyasındaki gerilemeye İslam’ın sebep olduğu iddiası doğrulansaydı 60 yılı bulan araştırmalarımda bu gerçeği kabul etmek zorunda kalırdım. Gerileyişin sebebi din değildir. Başka tarihî sebepler var. Müslümanlar, 8-16. yüzyıllar arasında tüm ilim dallarında önemli buluşlara sahiptir. Papazlar, Müslüman âlimlerin kitaplarını Latinceye tercüme ederek bilimsel gelişmenin ilk adımlarını atıyordu. Avrupa’da başka okuma yazma bilen yok gibiydi. Bu arada, Batı bilimini, sandığının aksine, din adamlarına borçlu. Avrupalılar; Sicilya ve Endülüs’te tercüme edilen İslam bilginlerinin eserlerini kaynak göstermeden intihal ediyorlardı.”<sup>20</sup>

“İslam’a göre bilginin kaynağı bilimdir. İslam dünyasında Kur’an’ı bilimsel gelişmelerin so-

nuçlarıyla tefsir etme çalışmalarına tamamıyla karşıyım. Kur’an bir bilim ansiklopedisi değil. Kur’an insanlara yeni bir iman, yeni bir ahlak getirir. Fakat onun getirdiği yeni bir atmosfer ilmin başka kültür dünyalarından alınanlara nispetle çok ileriye gitmesini sağlamıştır.”<sup>21</sup>

Prof. Sezgin’e göre İslam âlimlerinin bilimler tarihindeki yeri, Avrupalı tarihçiler tarafından göz ardı edilmektedir. Rönesans görüşü de denilen görüşe göre Batı dünyası bugünkü ilerlemeye doğrudan Yunanlılardan aldıkları birikimle ulaşmıştır. Avrupa’da ortaya çıkan bu Rönesans görüşünün, bilimleri, 12. yüzyıldan 16 ve 17. yüzyıl sahnesine çıkaran birkaç yüzyıllık uzun gelişme merhalesini Avrupa’nın Yunan bilimlerini tanıma, benimseme ve özümseme sürecinin sonucu olarak görülmüş ve böyle tanıtılmıştır; ancak bu anlayış his ve temayüllerden ibaret, gerçeklerden uzak bir görüştür.<sup>22</sup>

Bu gerçeklikten uzak Rönesans görüşünün yanlışlığını yine Avrupalı oryantalistler ve 19. yüzyılda Avrupa’da ortaya çıkan hümanizm akımının temsilcileri ortaya koymaktadır. Avrupa’nın bilim ve kalkınma yapısının Müslümanlar üzerine kurulu olduğu gerçeğini savunanlardan en ünlüleri Alexander von Humboldt (1769-1859), Johann Gottfried von Herder (1744-1803), Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832)’dir.

“18. yüzyılda kendini Avrupa’da göstermeye başlayan ilk bilim tarihçiliği çabalarında Rönesans diye adlandırılan bir dünya görüşü ortaya çıktı. Bu görüş, bilimleri, Avrupa’nın ortaçağdaki 12. yüzyılın eşiklerinden 16 ve 17. yüzyıl sahnesine çıkaran birkaç yüzyıllık uzun gelişme merhalesini, Yunan bilimlerini tanıma, benimseme ve özümleme sonucu olarak görüyor ve tanıtıyordu.

Bu sadece his ve temayüllerin dikte ettirdiği ve gerçeğe dayanmaktan çok uzak olan ve bugüne kadar esas karakter ve tutumunu değiştirmemiş bulunan bilim ve medeniyetçiler tarihçiliği devam edegelmekteyken, da-

<sup>18</sup> A.g.e., s. 62.

<sup>19</sup> A.g.e., s. 63-64.

<sup>20</sup> [http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail\\_getNewsById.action?newsId=31324](http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_getNewsById.action?newsId=31324), Mahmut Çebi, “Yitik hazinenin peşinde bir medeniyet kâşifi: Fuat Sezgin”, 19 Aralık 2011.

<sup>21</sup> [http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail\\_getNewsById.action?newsId=31324](http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_getNewsById.action?newsId=31324), Mahmut Çebi, “Yitik hazinenin peşinde bir medeniyet kâşifi: Fuat Sezgin”, 19 Aralık 2011.

<sup>22</sup> <http://www.dunyabizim.com/index.php?aType=haber&ArticleID=2287>, Enes Albay, “Fuat Sezgin’i İTÜ-CÜ Konferansından İzlemek”.

ha 19. yüzyılda ortaya çıkan hümanist bir anlayışın temsilcileri, Avrupa'da gözleri gittikçe daha çok kamaştıran bilim ve teknolojik kalkınma yapısının İslam dünyasına uzanan temeller üzerine kurulduğu gerçeğini savunuyordu.”<sup>23</sup>

“Bilim ve teknolojinin 20. yüzyılın başından beri hızlanan ve hızını gittikçe arttıran gelişimi, binlerce yıl arkada kalan bir geçmişin merhalelerinin gerçeğe yakın bir şekilde tanımlanıp değerlendirilmesinde kendini gösteremedi. Bazı yönlerde ileri adımlar atılmış olmasına rağmen, bundan habersiz veya bunu inkâr ederek atılmış geriye dönüş adımları, geçen bir veya iki yüzyıldan beri tanınan inatçı tutumu değiştirmede etkili olamadı. Bu dile getirdiğim tutum, inatçılığını özellikle Müslümanların bilimler tarihine katkısını tanımamak ve kabullenmemekte gösteriyor.”<sup>24</sup>

“Tanıdığımız bütün uygarlıklar ya çok uzun veya biraz uzun yahut da kısa bir süre insanlık tarihindeki büyük veya küçük rollerini oynadıktan sonra yerlerini daha gençlerine bıraktılar. Bilimler tarihi onların önemini yaşadıkları zaman süresine göre değil de bilim ve teknolojideki kreatif verilerine göre değerlendiriyor. Bilimlerin İslam'ın adına bağlı olan kreatif merhalesi en az sekiz yüzyıl kadar sürdü. Onun bilimler tarihindeki büyük yerini değerlendirirken sadece bu sekiz yüzyıllık kreativitayı değil de bilimlerin bu evreye sıkı sıkıya bağlı olarak yeni çağın gittikçe hızını arttıran baş döndürücü gelişmesini gözden kaçırmamalıyız. Bu gerçeği tıp tarihçisi Heinrich Schipperges 1961 yılında şu şekilde dile getiriyordu: 'İslam bilimlerinin Avrupa'ya taşınması yüzlerce yıl çok güçlü etkilerde bulunan ve hâlâ da etkilerine devam eden ve onsuz modern dünyanın kuruluşunu kavrayamayacağımız bir fenomendir.' Müslümanlar, bu değişen dünyada çok önemli bir yer almak istiyorlarsa, kendilerinin insanlığın ortak bilimler tarihinin çok önemli bir yeri olduğu inancını kazanmaları ve bunu yeniden gerçekleştirecek şartları kazanma sorusu üzerinde ciddi olarak durmaları gerekiyor.”<sup>25</sup>

“Türkler ve diğer Müslüman toplumlar, bilimler tarihinde çok önemli yerleri olduğunu çok kısa zamandan beri öğrendiler veya öğrenmeye başladılar. Bu kaba bilgi onlara oryantalistlerin uzun bir geçmişe dayanan çalışma

sonuçları olarak ulaştı. En çok Türkiye'de kısmen de diğer İslam ülkelerinde, kendilerine, Müslümanların bilimler tarihindeki yerleriyle ilgili ulaşan bilgilere karşı şüpheli ve reddedici bir eğilim var. Onların İslam'a karşı inanç açısından taşıdıkları reddedici tutumları bütün bilimler tarihinin bir gerçeğini kabullenmemelerine götürüyor. Şöyle ki onlar İslam'a inanma veya inanmamadaki doğal hakları bir tarafa, ispat edilen tarihi bir realiteyi kabullenmeme üzerinde fanatik bir direnme gösteriyorlar.”<sup>26</sup>

“Yunanın duraklamaya girmesiyle ilimler tamamen durmuş değildi. Özellikle Akdeniz havzası içerisinde büyük kültür merkezleri vardı. Fakat bunlar büyük bir 'yaratıcı' hamlede bulunamıyordu. İşte İslamiyet'in gelişyle böyle bir muhit oluştu. İslam tüm kültür merkezlerini kendi içerisinde topladı. Bu ilimlerin temsilcilerini hürmetle karşılayan İslamiyet onlara ecnebi muamelesinde bulunmadı. İlmî teşvik etti. Düşünebiliyor musunuz, çölden gelen bedeviler, bir anda ilme önem veriyor ve okuryazar oluyorlar. Benim kanaatime göre, 8. yüzyılın sonlarına doğru İslam dünyasında gelişen okuma yazma oranı, tüm dünyadaki toplumların okuma yazma oranından daha fazla idi. Müslümanları yanlış düşünce ve kompleksten kurtarmak lazım. Müslümanların kimya, fizik, tıp, sosyoloji ve tarih alanlarında ortaya koyduklarını kimse bilmiyor. Bundan dolayı modern bilim tarihi yeniden yazılmalı.”<sup>27</sup>

Prof. Sezgin'i tanımak elbette ki tüm bunlarla sınırlı kalamaz. Ancak hem bu anlatılanlar hem de yazmış ve yayınlamış olduğu eserler hem Prof. Sezgin'i tanımamızı hem de kimliğimizi oluşturan temel yapı taşı olan İslam'ın, bilimler tarihindeki yerini öğrenmemizi sağlayacaktır. Hocanın çalışmalarına da ilham olan İslam Bilimler Tarihi'nin dünyaya tanıtılması ve özelde de İslam ülkelerinde ve Türkiye'de hakkıyla bilinmesi bizleri Avrupa karşısındaki kompleksten kurtaracağı gibi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin sağlanacağı, daha parlak ve mutlu günlerin yaşanacağı bir gelecek için anahtar da olacaktır.

<sup>23</sup> Fuat Sezgin, *İslam Bilimler Tarihi Üzerine Konferanslar*, 56-57.

<sup>24</sup> A.g.e., s. 112.

<sup>25</sup> A.g.e., s. 97.

<sup>26</sup> A.g.e., s. 140.

<sup>27</sup> [http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail\\_getNewsById.action?newsId=31324](http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_getNewsById.action?newsId=31324), Mahmut Çebi, “Yitik hazinenin peşinde bir medeniyet kâşifi: Fuat Sezgin”, 19 Aralık 2011.

## Kaynakça

Fuat Sezgin; *İslam Bilimler Tarihi Üzerine Konferanslar*, Timaş Yayınları, İstanbul, Nisan 2012.

Konuşan: Sefer Turan, *Bilim Tarihi Sohbetleri Fuat Sezgin*, Timaş Yayınları, İstanbul, Mart 2012.

Mahmut Çebi; "Yitik Hazinesinin Peşinde Bir Medeniyet Kâşifi: Fuat Sezgin", [http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail\\_getNewsById.action?newsId=31324](http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_getNewsById.action?newsId=31324)

Enes Albay; "Fuat Sezgin'i İTÜCÜ Konferansından İzlemek", <http://www.dunyabizim.com/index.php?aType=haber&ArticleID=2287>

Der.: "Hülya Aras, Prof. Dr. Fuat Sezgin Kimdir?" [http://www.yaklasansaat.com/dunyamiz/bilim\\_ve\\_teknoloji/fuat\\_sezgin\\_kimdir.asp](http://www.yaklasansaat.com/dunyamiz/bilim_ve_teknoloji/fuat_sezgin_kimdir.asp)







# *Neden Buradayız?<sup>(1)</sup>*

## *—Atölye Çalışması—*

### Sunucular

*Muharrem BALCI - Orhan Seyfi GÜNER - Sezgin TUNÇ*  
*Yasin DIVRAK - Kaya KARTAL*



### SÖZLÜ SUNUMA TAKDİM

**G**enç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nda yapılan sunumlar yazılı olarak gelir ve sunulur. Bilahare bu sunumların yayınlanmaya hazır hâle getirilenleri *BİRİKİMLER* içinde yer alacak şekilde yayınlanır. Sunumların bir kısmı atölye çalışması şeklinde hazırlanır ve sunulur. Bir kısmı da yine atölye çalışması gibi, sunanlar arasında mütalaa edildikten sonra derste sunulur. Kayda alınan bu sunum bilahare deşifre edilerek yayına hazırlanır. Nitekim burada okuyacağınız bu sunum ile hemen sonrasındaki sunum sözlü atölye çalışmasının deşifre edilerek yayıya geçirilmiş halidir.

Sunum günün koşulları ve gelecek öngörülerini kapsamında değerlendirmeler içermektedir. Bu nedenle, özellikle gelecek öngörülerinin bu bakışla değerlendirileceğini umuyoruz. Sunumda okuyucunun düşüncelerinin paylaşılmadığı yerler de olabilir. Takdir edilmelidir ki, atölye çalışmasında, çalışmaya katılanlar kendi düşüncelerini sergilemişler ve tartışmaya açmışlardır. Sunum içinde derse katılanların da tartışmalarda yer aldığı görülecektir.

Bu yılı 15. yılını idrak ettiğimiz Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nun, yaşadığı yüzyılı ve geçmişi değerlendirmesi, gelecek öngörülerini tartışması, gelecek tasavvurlarının oluşması anlamında çok önemli idi. Bu yüzdendir ki uzun zamandır “Neden Burada-

yız?” sorusu zihinlerimizi meşgul etmekte idi. Nihayet bir atölye çalışması ve tüm öğrencilerin katılımı ile “Neden Buradayız?” sorusuna birlikte cevap aramaya çalıştık.

Temennimiz odur ki, “Neden Buradayız?” sorusu çok sık gündemimize gelmez, ancak bu soruyu sürekli hafızamızın ve çalışmalarımızın bir yanında tutmaya çalışalım.

### NEDEN BURADAYIZ

#### *—Atölye Çalışması—*

#### ÖZET BAŞLIKLAR

##### Global Dünya Krizleri ve Global Planlar

- Ülkeler Bazında
- Kıtalar Bazında
- Medeniyetler Bazında

##### Batı'nın Kendini Tanımlaması ve Konumlandırması

- İslam Karşıtlığı
- Pozitivizm
- Sekülerizm/Sekülerleştirme

##### Biz Kimiz

- Coğrafya
- Toplum
- Medeniyet

<sup>(1)</sup> 17 Ekim 2009 tarihinde Genç Hukukçular Hukuku Okumaları Grubu'na sunum.

### Türkiye Neresi-Biz Neresindeyiz?

- Sistemsizlik
- Hicret mi Kaçış mı?
  - ◆ Hicrette Durum Nedir?
  - ◆ Nasıl Kabul Edilirsiniz?
- T.C. Kurucu Felsefesi
  - ◆ İslam Karşıtlığı
  - ◆ Milliyetçilik/Kürt Karşıtlığı

### Dünya Coğrafyası Projeleri

- Ortadoğu
- Uzak Doğu
- Hint ve Çin
- Kafkasya
- Balkanlar
- Afrika
  - ◆ Enerji Projeleri
- Kültürel Projeler

### Projeler İçin Genel İtibariyle Hazırlama

- Uluslararası Ölçekte Hazırlık
  - ◆ Toplumlara Baskı
    - Terör
    - Moral Değerler
  - ◆ İktidarlara Baskı
    - Siyasi
    - Ekonomik
- Ulusal Ölçekte Hazırlık
  - ◆ Orduya
  - ◆ Aydınlara
    - Merkez Sağ
    - Merkez Sol (Kemalistler)
  - ◆ Siyasi Partilere
  - ◆ Baskı Guruplarına
    - Sivil Toplum Kuruluşları
    - Basın
  - ◆ Cemaatler
    - Zenginleştirme
    - Uyumlulaştırma

### Genç Hukukçular Bu Planların Neresinde

- Misyona ve Vizyona
- Ne Yapmaya Çalışıyoruz
- İdrak Sorunumuz
- Öncül/Önceliklerimiz
- Evhamlarımız
- Donanımlarımız
- Tarihi Gerçekleşimiz
- Gelecek Tasavvurumuz

### Alan Çalışmalarımız

- Üniversitelerde
  - ◆ Lisans
  - ◆ Hukuk Kulüpleri
  - ◆ Yüksek Lisans
  - ◆ Doktora
- Genç Hukukçular Hukuk Okumalarında
  - ◆ Salı Gurubu
  - ◆ Çarşamba Gurubu
  - ◆ Tebliğler
  - ◆ Atölye Çalışmaları
  - ◆ Raporlar
- Sair Hukuk Zeminlerinde
  - ◆ Meslek Kuruluşlarında
    - Barolar
    - Avukat Dernekleri
- Sivil Toplum Kuruluşlarında
  - ◆ Genel İnsan Hakları İhlalleri
  - ◆ Tüketici Hakları
  - ◆ Hasta Hakları
  - ◆ Sağlık ve Gıda Güvenliği
  - ◆ Engelli Hakları
- Cemaatlerde
  - ◆ Avukat Dernekleri
  - ◆ Yardım Kuruluşları

### İhtiyaçlarımız

- Zaman
- Zemin
- Çevre
- Maddi İlişkiler
- Moral Değerler ve İlişkiler

### Olmazsa Olmazlarımız

- Ciddiyet
- İstikrar
- Algı
- İlgi
- İletişim
- İman Amel Bütünlüğü
  - ◆ Birikim
  - ◆ Aktarım
  - ◆ Şık Adamlık ve Zeminleri
  - ◆ Örgütlenme
    - Genç Hukukçular-Salı ve Çarşamba Araştırma - İnceleme - Sunumlar
    - Etkinlikler - Geziler - Seçimler
    - Sivil Toplum Mutfak Çalışmaları
    - Hukuk Vakfı

### AÇIŞ KONUŞMASI

**Orhan Seyfi GÜNER:** Değerli arkadaşlar; hepiniz hoş geldiniz. Bu 17 Ekimlerin herhâlde bizim için güzel bir anlamı olmalı. Bundan altı sene önceydi; yine bir 17 Ekim gününde, *Birikimler-I*'in tanıtım gecesini yapmıştık Darüzziyafe'de. O günden aramızda bazı arkadaşlar var ama bazıları da yok tabi. Daha sonra katılanlar var aramızda. Bugün de bir 17 Ekim sabahı ve yoğun bir kalabalıkla buradayız. Normalde sabahın bu saatinde yapılan bu tür programlarda bu kadar büyük bir kalabalığı bulmak, aslında çok kolay değil ama "Genç Hukukçuların" bir özelliği olsa gerek, bu kalabalığı bulmakta zorlanmıyoruz. Ben, geçtiğimiz salı günü sınıfı saydım, derste 93 kişi

vardı; yani muhteşem bir kalabalık. Bir tarihte Prof. Ferit Hakan Baykal (2004 yılı seçimlerinde Baro Başkanı Adayı —Marmara Üniversitesindeki hocalarınızdan biri) Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nda misafir konuşmacı olarak bir konuşma yaptığında bana demişti ki, "Ya, biz 30 kişi bulsak; 30 kişiyle uluslararası sempozyum yaparız." Biz, 93 genç hukukçu; işte aramızda bizimle yan dal çalışan uluslararası ilişkilerden, tarihten, iktisattan, siyasal bilimlerden arkadaşlar da var. Diğer bilim dallarından arkadaşlar var, bayağı bir kalabalığız burada.

**Kaya:** 17 Ekim, başka bir şeye de tekabül ediyor; onu da...

**Orhan:** Evet, 17 Ekim ayrıca Muharrem Ağabeyin doğum günü.

**Dinleyiciler:** (Aaaaa...)

**Muharrem BALCI:** Tamamen bir tesadüf, arkadaşlar...

**Orhan:** Bu tesadüf, hakikaten tesadüf; öyle denk geldi.

Evet, Özdemir Özok (Barolar Birliği Başkanı) çok kızmış sizlere; bugün Barolar Birliği toplantısına gitmeyip de buraya geldiğiniz için. Tesadüf oldu, denk geldi diyelim bugün için. Biz bu çalışmayı, bir atölye çalışması olarak planlamıştık. Muharrem Ağabeyin bu konuda birtakım hazırlıkları vardı. Sonra bu hazırlıkları bizlerle paylaşınca, bunu bir atölye çalışması şeklinde sunalım istedik. Zira öyle bir süreçten geçiyoruz ki arkadaşlar; adeta yeni bir dünyanın kurulduğuna şahit oluyoruz son zamanlarda. Artık eski sağın ve eski solun olmadığı bir dünyaya şahit oluyoruz; dindarların da "dünyevileştiği" bir dünya bu aynı zamanda. Öyle bir ekonomik kriz geçirdi ki bu dünya geçtiğimiz günlerde; bu yaşanan ekonomik kriz, 1929'da Amerika'da yaşanan büyük bunalımdan daha kapsamlı sonuçlara yol açan bir kriz. Yeni bir dönemin başladığına, işte okuduğunuz zaman gazeteleri, dergileri; işte dinlediğiniz zaman çeşitli kişileri, ekonomistleri, entelektüelleri, siyasetçileri... Bunu görmemiz mümkün. Yeni bir dünya, yeni bir dönem başlıyor adeta. Yani 1989'da Fransız İhtilali ile başlayan, sanayileşme dönemiyle de devam eden ve aydınlanma çağıyla eşleşen bir dönemin sona erdiği adeta. Son 30 yılın kapitalist anlayışı, mutlak piyasa egemenliği-

nin her türlü sorunu çözeceği şeklinde idi. Ama yaşadığımız son finans kriziyle bunun çöktüğünü görüyoruz. Şimdi artık dünya, kendi kurallarını koyduğu ve müdahale ettiği, denetleyebildiği bir kapitalizme gitmeye çalışıyor.

Ve iki sürecin hızla başladığını görüyoruz: Bunlardan birincisi, küreselleşme; diğeri de bilgi ekonomisine geçiş —ki, bunları birazdan ayrıntılı bir şekilde tartışacağız, konuşacağız.

Bu küreselleşme sadece ekonomide değil, her alanda küreselleşme; yani ekonomide, hukukta, yönetimde vs. bütün alanların global hâle gelmesi. Çünkü son krizle birlikte çok sık şunu duyduk; bu, bütün dünyanın sorunudur. Bu sadece işte Avrupa'nın veya sadece Amerika'nın sorunu değil, bütün dünyanın sorunudur; dolayısıyla "çözümün de global hâle gelmesi gerekiyor" diye çok sıklıkla bunu duyuyoruz. Ve dolayısıyla, "dünyadaki bütün güçler bir araya gelmeden, anlaşmadan ve mutabakata varmadan hiçbir sorun çözülemez" deniyor; işte G-7 ülkeleri vardı, G-20 ülkeleri deniyor. Yani bütün devletler bir araya gelip artık ortak kararlar almak, ortak finansal denetim yapmak zorundalar. IMF'ye, Dünya Merkez Bankası rolü biçiliyor ki, IMF'nin geçtiğimiz günlerde Türkiye'de bir toplantısı olmuştu; yani bu toplantının Türkiye'de olmasının da özel bir anlamı olduğunu ben düşünüyorum. Özellikle bu finansal büyük krizden sonra, Türkiye'ye biçilen misyonla da alakalı görüyorum. Yani, "global soruna, global çözüm için, global yönetim gerekiyor" diye lanse ediliyor diyelim biz, uluslararası sistem tarafından.

Yine "bilgi ekonomisine geçiş" dedik; artık ekonomide değer üreten, değer yaratan güç bilgili kişi. Yani eskiden sermaye idi; sermaye makine alırdı, işçiler vasıtasıyla değer üretilirdi. Şimdi öyle değil; artık bilgili kişi ve onun sosyal ilişkileri. Yani mesela işte görev aldığımız şirketlerde, yönettiğimiz şirketlerde; mesela reklâm pazarlamacıları alacağız; ona soruyoruz, "Arkadaş, portföyün ne?" Yani onun portföyünün zenginliği ve teknik bilgisi bizim için önem arz ediyor. Dolayısıyla bilgili kişinin ihtiyacı olan şey, bir bilgisayar ekranı ve bir klavye. Yine şirketler arası, kişiler arası, kurumlar arası bilgi paylaşımının da had safhaya

geldiğini görüyoruz, bir network ağı oluşturdıklarını görüyoruz kendi aralarında.

Ve böyle olunca da özgürlük ve adalet gibi iki söylemle karşı karşıyayız. Özgürlük ve adalet söyleminin dünyaya hızla yayıldığını görüyoruz. Bu nedenle az önce işte "eski sağ" ve "eski sol"un olmadığı bir dünya demiştim; çünkü globalleşen dünyada, küreselleşen bu dünyada herkesin globalleşmeyi okuyabilmesi gerekir. Ne "eski sağ" ne de "eski sol" bu globalleşmeyi, bu anlamda okuyamayacaktır; Çünkü bunlar "ulus devlet" anlayışının ürünüdür. Yeni söylemde globalleşmenin mutlaka adil olması gerekiyor, sosyal güvenliği içermesi gerekiyor; çevrenin, ekolojinin güvenliğini gözetmesi gerekiyor. Yani çok eksikliğini görmek gerekiyor; sağ ve sol ise, tek eksikliğini hareketler olarak bugüne kadar gelmiştir.

Yine eski tarz ulus devletlerin bittiğini söyledik; artık kendi sınırları içerisinde mutlak şekilde hâkim olan, diğer ülkelerle daha çok işte düşmanca ilişkiler sürdüren ve bu düşmanlık, bu karşıtlıklarla kendini ifade eden, kendini tanımlayan ve sadece kendi halkının yönetimiyle sınırlı milliyetçilik üzerine kurulu olan ve tek bir ulusal kimlikle tarif edilen bir devlet formunun yavaş yavaş bittiğini görüyoruz.

Ekonominin küreselleşmesi, dünyanın global çapta yönetilmesi ve herkesin birbirine karışması ihtiyacını beraberinde getiriyor. Ve çok uluslu örgütlerin (IMF, Dünya Bankası gibi) giderek önem kazandığını görüyoruz. Yani dünya adeta kendine yeni bir politik kültür arıyor diyebiliriz. Bu kapsamda da Türkiye'ye yeni bir rol biçildiğini, son dönemlerde sık sık duyar olduk. İşte geçtiğimiz günlerde Neşe Düzel'in yaptığı bir röportaj vardı, eski MİT'çi Cevat Öneş'le. Okumadıysanız, mutlaka okumanızı tavsiye ediyorum; gruba gönderilmişti zannediyorum bu. Ama okumamış olan arkadaşlarımız bu röportajı okusunlar. Şöyle bir şey diyor "Türkiye'ye yeni bir rol biçildi." diyor. "Amerika'nın Irak'tan çekilmeyi planlaması, Orta Doğu'da yeni güçler dengesinin kurulacağını işaretini verdi." diyor. "Küresel kriz ile birlikte, kapitalizm artık kendini onarmaya çalışacak ve küresel güç dengeleri yeniden oluşturulacak." diyor. Ve "Dünyadaki güçler dengesinin artık Avrupa'dan daha çok Doğu'ya, Avrasya'ya kaydığını" söylüyor. Ve Türkiye'den bir şeyler bekleniyor.

İşte nedir bu? Müslüman bir ülke olarak Batı-Doğu arasında denge kuran; Balkanlarda, Kafkaslarda, Orta Doğu'da barışçı politikalar üretmesi beklenen ve özellikle enerji geçişini sağlayan, yine "İlimli İslam" politikalarıyla da Batı'ya tehdit oluşturmayan bir ülke olması isteniyor. Ve dolayısıyla bu rolü üstlenebilmek için; işte Türkiye'nin iç istikrarını sağlaması gerekir, güvenilir olması gerekir, demokratik atılımlarını yapması gerekir ve demokrasi standartlarını evrensel düzeye yükseltmesi gerekir.

Geçtiğimiz son 8-9 yıla bakacak olursak; gündemin, dünyada ama özellikle de Türkiye'de çok hızlı değiştiğine şahit oluyoruz. Türkiye üzerinden bakacak olursak; yani bulunduğumuz coğrafyadan bakacak olursak 19 Şubat 2001'de bir kriz yaşadık. Yani dünyanın bugün büyük çapta yaşadığı krizi, biz 2001'de Türkiye'de yaşamıştık. Ne olmuştu o gün? Ahmet Nejdet Sezer —sabık Cumhurbaşkanı— sabıka işlemişti; o gün dönemin başbakanı Ecevit'e bir anayasa kitapçığı fırlatmıştı. Ve o gün "Kara Çarşamba" olarak Türk ekonomi tarihine geçti, ekonomist arkadaşlar da buradalar; o günleri daha iyi tahlil edebileceklerdir. O gün "Kara Çarşamba" İMKB'de yüzde 14,6'lık bir tarihî düşüş yaşadı. Gecelik fazizler yüzde 7.500'lere kadar çıktı. Merkez Bankasından 7,6 milyar dolarlık bir döviz çıkışı oldu. Ve arkasından çok ciddi bir bankacılık krizi yaşandı ve Türkiye'de o dönemde, (Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kuruluydu; sonra Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu olarak ikiye ayrıldılar), BDDK ve TMSF olarak 24 bankaya el konuldu. Çok ciddi bir sonuçtu; yaklaşık 50 milyar dolarlık bir mevduat açığı vardı. O mevduat açıkları hazine tarafından, sonra ödendi. Ve bu tabii, bu durum aynı zamanda siyasal krizle paralel gelişti; yani "birbirini tetikledi" cümlesini kullanmıyorum, paralel olarak gelişti. Arkasından 3 Kasım 2002'de bir seçim yapıldı. Ve AK Parti, yüzde 35 oranında bir oy alarak tek başına iktidar oldu. Ve gelir gelmez AK Parti, rotayı işte AB'ye çevirdiğini ilan etti; uyum yasaları hızla çıkarılmaya başlandı, iç istikrarın temelleri atılmaya bu şekilde çalışıldı. "Eski sağ" ve "eski sol" artık olmayacak demiştik ya başta; AK Parti bu süreci de görerek artık kendini merkeze konumladı ve "Muhafazakâr Demokrat Parti" tanım-lamasını yaptı kendine.

2007'ye gelindiğinde, cumhurbaşkanlığı seçimleri vardı ve o seçimler de —çok iyi hatırlayacaksınız— büyük bir krize neden oldu. Hemen o dönemde; yine, 27 Nisan'da bir "E-Muhtıra" verildi bir gece yarısı. Arkasından bir seçime girildi; 22 Temmuz 2007 Seçimlerinde AK Parti yüzde 46 ile iktidar oldu büyük ezici çoğunlukla. 22 Temmuz seçimlerinden 40 gün önce Ümraniye'de bir evde birtakım patlayıcı maddeler bulundu; yani "Ergenekon Davası" sürecinin ilk başladığı zaman, bu zamandır (12 Haziran 2007). Ve burada bulunan bu bombaların, *Cumhuriyet* gazetesine atılan bombalarla aynı olduğu tespit edildi ve bu kapsamda soruşturma genişletildi; "Kuvayi Milliye Derneği" başkanı ve bazı emekli askerler gözaltına alındı. 21 Ocak 2008 tarihinde ciddi bir dalga daha oldu; işte Veli Küçük, Fikri Karadağ, Sevgi Erenrol, Kemal Kerinçsiz gibi isimler gözaltına alındılar. Ardından bir dalga daha; işte Doğu Perinçek, İlhan Selçuk'lar; sonraki dalgada Şener Eruygur, Hurşit Tolon gibi generaller gözaltına alındılar. Sonra darbe planlarının iddianamede yer aldığını gördük; iddianame açıklanınca. Türkiye'de çok ciddi darbe planları yapılmış; işte "Sarıkoz", "Ayışığı", "Yakamoz" ve "Eldiven" gibi, basına da yansıyan bu darbe planları iddianamede yerini buldu.

Tabii bu dönem o kadar karmaşık bir gündeme sahip —ki, Türkiye'de sürekli birçok alanda değişimler yaşanıyor. İşte o dönemde birtakım medya değişimleri de gerçekleşti. "Kanaltürk" Tuncay Özkan'ın kanalyken, Akın İpek tarafından satın alındı. Kanal 24 kuruldu, *Star* gazetesi o dönemde Hasan Doğan tarafından alındı. Yine en son 2008 Ocakındaydı zannediyorum, "ATV, *Sabah*" el değiştirdi. Bir anlamda bu tarz değişimler Türkiye'de oldu. 5 Kasım 2008'e geldiğimizde; yok daha öncesinde, Mayıs ayında (14 Mayıs 2008'de) İngiltere Kraliçesi Türkiye'ye geldi; yani birazdan konuşacağımız şeyler olduğu için bunlar, süreci ben bir gözünüzde toparlamak için bunlardan bahsediyorum. Muharrem Abi çok ayrıntılı bir şekilde anlatacak bunları az sonra. Kraliçe bir anda Türkiye'ye geldi, 14 Mayıs 2008'de. Enteresan bir ziyaret ve enteresan sonuçları olan bir ziyaretti bence. Değişimlerin o tarihten sonra hızlandığını görüyoruz.

Ardından Amerika'da bir başkanlık seçimi yaşandı ve bu başkanlık seçimi sonucunda,

Amerika'nın da "kırmızı" çizgilerinden biri olan; işte "siyahlarla ilişkiler" değişti. Bir siyahî lider, Amerikan başkanı oldu, 5 Kasım 2008'de. Sonra Obama Türkiye'ye geldi ve İslam dünyasına vereceği ilk mesajları buradan vereceğini açıklamıştı; öyle de oldu. Ardından demokratik açılımların hızla yapılmaya başladığını görüyoruz. Türkiye'nin adeta eski "kırmızı çizgileri"nden, korkularından sıyrılmaya başladığını görüyoruz. "TRT-Şeş TV" ile "Kürt Açılımı"nın ilk sinyalleri verildi ki, Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı ilk kez "TRT-Şeş Hayır be" dedi; Kürt arkadaşlar çok şaşırıldılar bu duruma. Herkes çok şaşırıldı; ama Kürtler daha çok şaşırıldı, ben de çok şaşırıldım.

Yine 29 Ocak 2009'da bir "One Minut" krizi yaşandı Davos'da. İsrail ile ilişkiler gerildi, gerilmeye başladı. Ardından 29 Mart yerel seçimleri yapıldı, AKP'nin yüzde 7,6'lık bir oy kaybı vardı. Seçimin de işte enteresan sonuçları oldu; AKP, özellikle deniz kıyılarını kaybetti, büyük şehirlerde kaybetti. CHP, MHP, AKP; saflar, biraz daha netleşmeye ve belirginleşmeye başladı adeta. Sonra "açılım sağanağı" başladı; işte bir "mozaik açılımı" yapıldı. Türkiye'nin değerlerinden söz edildi; Said Nursi'den Nazım Hikmet'e, işte Ahmedî Hanî'den Mehmet Akif'e kadar kimselerin, Türkiye'nin mozaik değerleri olduğu söylendi.

Yine "Kürt açılımı" devam etti, TRT-Şeş ile başlamıştı. Çok ciddi bir şekilde "Kürt açılımı" devam etti, ardından bir "Ermeni açılımı" söz konusu oldu; bir anda Suriye ile kapılar açıldı, pasaportlar kaldırıldı. Irak ile ilişkiler geliştiriliyor; işte geçtiğimiz günlerde Irak'a iki yeni kapı daha açacağımızı öğrendik. Yine Rusya ile ilişkilerin hızlandığını görüyoruz, bu dönemde. Yani eskiden "dört tarafı düşmanla çevrili"ydi bu ülkenin; şimdi öyle olmadığını görüyoruz. Artık dört tarafı "düşman"la değil, "dört tarafı dostla çevrili" bir ülke haline geliyor Türkiye. Yine İsrail'le geçtiğimiz günlerde tatbikat iptal edildi; "one minut"di, bu da "two minut" oldu herhâlde. Yine bu dönemde Apo'dan enteresan bir mesaj geldi, İmralı'dan; "Kürt Barış Grubu Türkiye'ye gelsin!" dedi. İşte, "Kürtlerin haklarını konuşmak, savunmak için Türkiye'ye gelsinler!" dendi. Başbakan Irak'a ve Kürdistan'a ziyarete gideceğini söyledi.

**Kaya:** Kürdistan dedi mi?

**Orhan:** Kürdistan demedi; ama yakın süreçte buradan biz de münecimliğimizi yapmış olalım. Başbakan bölgeye gidecek ve orda Kürt liderlerle Barzani ve Talabani ile görüşecek diye ben, şahsen tahmin ediyorum, süreci okuduğum zaman. Yani tüm bunlar dünyada ve Türkiye'de birçok şeyin değiştiğini gösteriyor. Bizler tüm bu olup-bitenlerin anlamını doğru okumak zorundayız. Gelişmeleri analiz ederken; ya çok abartılı bir iyimserlikle karşı karşıyayız, ya da her şeyi olumsuzlayan bir bakış açısıyla karşı karşıyayız. Bizler geleceğin hukukçuları olarak; —hukukçulara burada vurgu yapmamın nedeni arkadaşlar özellikle tekrar vurgulayayım— hukukçuların çoğunlukta olmasıdır. Ama buradaki arkadaşlarımızın hepsini biz zaten hukukçu kabul ediyoruz; çünkü birçoğu aktivist, işte "Sağlık ve Gıda Güvenliği Hareketi Aktivistleri", "Hasta Hakları Aktivistleri" var, Mazlumder'den arkadaşlarımız var, Tüketici Haklarından arkadaşlarımız var. Buradaki arkadaşların hepsi aktivist, hak arayıcıları; o yüzden hepsini hukukçu sayıyorum.

Bu süreci anlamalıyız, açıklamalıyız ve yorumlamalıyız ve yönlendirebilmeliyiz; bu da perspektifimizin sağlam olması, sağlam bir zemine dayanmasıyla olur ki, sonucunda uygulanabilir bir siyaset üretebilelim hukukçular olarak. Belki, "yakın tarih okumalarını bu süreçte artırmalıyız" diye düşünüyorum. Yani; "geçmiş, günümüz ve gelecek bağlantısını kuracak olan bir derinliği yakalamalıyız" diye düşünüyorum. Biz bunu çok önceden; işte "tarihî gerçeklikten gelecek tasavvuruna, süreç işçiliği" olarak tanımlamıştık ve Muharrem Abi bu konuda birçok sunum yapmıştı, gerek Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nda, gerek Mazlumder'de ve diğer derneklerde, kurumlarda. Ve hukukçuluk mesleğini böyle tanımlamıştık biz; "Tarihî Gerçeklikten Gelecek Tasavvuruna, Süreç İşçiliği" olarak tanımlamıştık. Bu mesleği icra ederken özgüveni yüksek hukukçular olarak yetişmek zorundayız. Süreci okumak tek başına yetmiyor; süreci okurken süreci yazma, yani "tarihi yazma" ideali ve iddiasında olan hukukçularız. Bu nedenle bugün, "Neden Buradayız?" diyorum Muharrem Abi; "Neden burada bu arkadaşlar?"

Ben tabi toparlama yaptım; ama "korsan" tebliğimi de sunmuş oldum bu arada.

## SUNUM

### Global Dünya Krizleri ve Global Planlar

- Ülkeler Bazında
- Kıtalar Bazında
- Medeniyetler Bazında

**Muharrem BALCI:** Evet arkadaşlar; hoş geldiniz. Şimdi Orhan Abinizin açış konuşmasındaki görüşlerine katılıyorum. Aslında bizim, günümüze söyleyecek çok sözümüz var, geleceğe söyleyecek daha fazla sözümüz var; ama tarihe söyleyecek çok çok fazla sözümüz var.

Niye böyle söylüyorsunuz?

Gününü iyi yaşayanlar, iyi değerlendirenler, gereğini yapanlar, üzerine düşen vazifeyi yapanlar tarihe çok şey söylerler; çünkü günü iyi yaşayanlar mutlaka tarihten iyi beslenenlerdir. Tabi günü iyi yaşayanlar, geleceğe çok söz söyleyebilecek insanlardır. Buradan hareketle böyle bir özgüvenle söylüyorum ve buradan başlamış olalım. Ve sizin kuşağınız, şu kuşak, tarihin en şanslı kuşaklarından biri; Çünkü tarih yeniden yapılandırılıyor. Gün; yani günümüz, geleceğe dönük olarak yeniden bir yapılanma içinde. İkinci Dünya Savaşı'ndan hemen sonraki döneme benzer; ama bir farkla ki, o zaman sıcak savaşın bitiminde yapılan bir organizasyon. Ama günümüzde de soğuk savaşın bitmesinden sonra bir rahavet dönemi oluşmuş ve bu rahavet döneminin arkasında, yaşanan krizle beraber meydana getirilen yeni bir oluşum. Böyle dönemleri her kuşak yaşamaz; ama sizin kuşağınız şimdi böyle bir dönemi yaşıyor, yeniden bir küresel yapılanma dönemi bu.

Sadece dünya ölçeğinde değil, ulusal ölçekte de şu yaşadığımız ülke topraklarında da yeniden bir yapılanma yaşıyoruz. Benim, "Birinci Tanzimat'tan, İkinci Tanzimat'a" başlıklı bir tebliğim vardı; okuyanlar var mı? Çok az; niye? Orda şöyle bir iddiam vardı: Tansu Çiller Hükümeti ile birlikte başlayan, Mesut Yılmaz'la devam eden süreci yani siyasi hayatı / siyasasını "II. Tanzimat" olarak adlandırmıştım. Ben bunu 2000 yılında, Osmanlı'nın 700. yıl kuruluş etkinlikleri kapsamında Türkiye

Millî Kültür Vakfı'nın düzenlediği Osmanlı'nın 700. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu'nda bildiri olarak, tebliğ olarak sunmuştum. Daha sonra Etyen Mahçupyan, sanıyorum 2003 veya 2004'de *İkinci Tanzimat* diye bir kitap çıkardı; öyle mi? Türkiye'nin hukuk ve siyasasında AB uyum yasalarının çıkmasıyla beraber bir gelişme yaşandı ve ben ona, "II. Tanzimat" adını vermiştim. O günün siyasilerine ve aydınlarına da "II. Tanzimat Paşaları" demiştim.

Benzerlik şuydu: I. Tanzimat Paşaları Batı kökenli-temelli düşünce yapısıyla; ama İslamcılık (ümmet, hilafet anlamında) ekseninde bir politika izleyerek Tanzimat Dönemi'ni ortaya koydular ve yaşadılar. Bunu, Tanzimat Fermanı'nı, Islahat Fermanı'nı okuyarak, Mecelle'yi okuyarak çok rahat görebilirsiniz, okuyabilirsiniz. II. Tanzimat Paşalarımız da yine Avrupa Birliği'nin dayatmasıyla palyatif, içten gelmeyen, zorlamayla oluşturulmuş bir havayla "Uyum Yasaları" çıkardılar. Ama bu "uyum yasaları" bizim, kendi öz enerjimizle, kendi içimizden gelen bir birikimle, donanımla yaptıklarımız değil, hâlâ daha değil.

Yani demem o ki, bugünkü "Demokratik Açılım", "Mozaik", "Kürt Açılımı"; bunların hiçbiri orijin temelli değil, millî temelli değil, tamamen "çakma!" Yeni tabir argo, yerleşti dilimize; tamamen çakma! İyi, güzel de bir gelişme var, biz de bunun tam ortasındayız hukukçu aydınlar olarak. O zaman bir tanımlama yapmamız lazım: "Biz" deyince, "kimiz", "Neredeyiz, bura neresi, biz niye buradayız?" veya "burada ne işimiz var?"

Bunları yaparken, değerlendirirken; önce şöyle genel anlamda, bir dünyayı tanımamız lazım. Dünyada ne oluyor? Başta da söyledik; yeni bir yapılanma oluyor. Neden? Çünkü, dünya bir global kriz yaşadı. Öyle bir kriz ki, yıllardır bütün dünyaya enjekte edilmeye çalışılan; ama özelde de Batı'nın, kendi içinde yaşadığı o kapitalist sistemin çöktüğünü gördük. Devlet müdahaleciliği, kapitalizmin pratiği haline geldi; yani o yaptıkları putları, Batı yemeye başladı. Bu bir kriz; ama bu krizin gelişi, medeniyetler savaşının dünyaya takdiminden belliydi. Müslümanlar buna karşı çıkmışlardı; ama Batı, o krizi yaşadığını ta o günlerde belli etmeye başlamıştı. Demek ki dünyada bir global kriz var; tabi, kriz varsa çözüm

arayışları da var. Çözüm arayışlarını kim yapacak? Bugüne kadar olduğu gibi, I. ve II. Dünya Savaşları'ndan hemen sonrası dönemlerde (Yalta ve Tahran Konferanslarında) nasıl ki, küresel aktörler bir araya gelerek bir paylaşım, bir coğrafya (cetvellerle çizilmiş) yaptılar; yine günümüzde de bu küresel aktörler, yeni bir dizayn içeresindeler.

Şimdi, kriz sayılarını arttırabilirsiniz; ama ben bunu üç noktada incelemeye çalışıyorum:

Ülkeler bazında bir kriz var,

Kıtalar bazında kriz var,

Medeniyetler bazında kriz var.

Sondan başlarsak; medeniyetler bazındaki kriz; işte o "medeniyetler çatışması" tezi, o krizi çok net olarak ortaya çıkardı.

Kıtalar bazında kriz: Bu yeni bir şey değil, kuzey-güney farklılaşması uzun yıllardan bu tarafa söylenen ve yaşanan bir şey; ama burada şimdi artık "kuzey-güney" olmaktan çıktı, Asya ve Avrupa veya Uzak Doğu'yla-Batı gibi değişik tanımlamalarla bu kıtalar arasındaki kriz okunmaya başlandı. Fakat şimdi bu yaşadığımız küresel kriz, sadece Batı'nın bir krizi değil; bu, dünya çapında bir kriz, ama Batı kaynaklı bir kriz. Yani Batı'nın ilkelerinden ve uygulamalarından doğan bir kriz; Batı'nın emperyalist karakterinden, sömürgeci karakterinden doğan bir kriz. Sonuçta bumerang gelmiştir, kendilerini vurmıştır.

Peki, burada, bu kriz karşısında kıtalar ne yaptılar? Elbette ki, Doğu Bloku, çok fazla bir şey yapacak durumda değildi. Yine bu küresel krizi, küresel aktörler; yani Batılı aktörler çözmeye, tabi çözerken de yeni bir dizayn oluşturmaya çalıştılar. Biraz önce Orhan'ın söylediği gibi bu küresel aktörler, İngiltere Kraliçesini kullandılar. Ve Batı'nın çok fazla önem vererek öne çıkarttığı veya çıkartacağı bir Türkiye'ye önemli bir görev verilebilmesi, ancak kendi içinde ve çevresinde gelişmiş, sorunlarını çözmüş bir Türkiye dilemekle ve oluşturmakla mümkün olabilirdi. İngiltere Kraliçesi, bunu sağlamak için Türkiye'ye geldi; arkasından "Ergenekon çıbanı" patladı. Yani kıtalar arasındaki kriz, Batı'nın en önemli aktörlerini devreye sokarak, sonrasında da Obama (yine Orhan onu söyledi) faktörü bu krizin çözüm-

leri için veya krizden sonra yeniden yapılanma için, iki önemli aktördür.

Tabi küresel aktörlerden, neyi kastettiğimizi herhâlde anlıyorsunuz; uluslararası sermaye; yani burada sadece siyasi aktörler değil, onların da hepsinin üzerinde kapitalizmin bir karakteri gereği, uluslararası sermaye. Dolayısıyla bu global kriz ve global planlar içerisinde küresel planlar ve aktörler var, bir de ülkeler bazında aktörler var. Burada da en önemli aktör Türkiye ve Rusya. Türkiye, işte bir enerji koridoru olması gerekir, Batı'nın menfaatlerini korumak veya devamını sağlamak açısından. Yine Orta Doğu'da ve İslam dünyasında kendilerine karşı şiddetli veya muhalefeti eritme noktasında Türkiye'ye verilecek görev açısından Türkiye'nin çok önemli bir rolü var.

Buraya daha sonra tekrar döneceğiz; ama önce Batı, bütün bunları planlarken hangi temel ölçütler üzerinde hareket ediyor?

### Batı'nın Kendini Tanımlaması ve Konumlandırması

- İslam Karşıtlığı
- Pozitivizm
- Sekülerizm/Sekülerleştirme

Batı, oldum olası üç şeyi önemsiyor:

Birincisi İslam karşıtlığı: Şimdi bakın, dünyada geçmişten bu yana epeyce medeniyet geldi-gitti; Hint medeniyeti, Çin medeniyeti, Slav medeniyeti, Batı medeniyeti, İslam medeniyeti. Fakat bunlardan iki tanesi ayakta, Batı medeniyeti ve İslam medeniyeti. Dolayısıyla Batı, son birkaç yüzyıldır kendisine rakip olarak İslam medeniyetini görmekte. Batı, kendini tanımlarken veya herhangi bir şeyi siyasal ortamda formüle ederken İslam karşıtlığı tezinden vazgeçebilmesi mümkün değil. Burada hayale kapılmanın bir âlemi yok; Batı'da Hıristiyanlık kendini konumlandırırken, İslam karşıtlığı üzerine konumlandırdı. Çünkü tek ve en büyük rakibi İslam'dı. Tarih hiçbir zaman değişmiyor; yani o noktada çok fazla "yeşil" olmanın bir âlemi yok.

İkincisi, pozitivizmdir: Bunu kitaplarda okuyoruz; ama Batı'ya gidenler, Batı'da eğitim



yapan arkadaşlarımız veya orada çalışanlar pozitivizmi çok net olarak görebiliyorlar. Yani Batı, hiçbir şekilde bize, hangi suretle yaklaşırsa yaklaşsın pozitivizmin dışında (pozitivist olmanın dışında) başka bir yüzle bizim karşımızda olmayacaktır. Farklı maskeler takabilecektir; ama o maskenin altında pozitivizm vardır.

Üçüncüsü, sekülerleşme veya sekülerleştirme: Yine "Hukuk Mesleği" başlıklı tebliğimizde (Orhan o tebliğden bahsetti, biraz önce) sekülerleşme veya sekülerleştirmeden bahsettik. Bu, bize çok yabancı bir kavram değil; fakat inanç temelinde bize çok yabancı bir kavram. Amel temelinde de sürekli çatışmada olduğumuz; bizim her an yanımızda, önümüzde, arkamızda, karşımızda, tepemizde, altımızda, her yanımızda olan bir kavram. Ve bizi sürekli ihata eden, etmeye çalışan; yani bugün tam anlamıyla, şeytanın ta kendisi. Bugün gerçekten de bizi bekleyen en önemli tehlike; özellikle sizleri (biz yolun sonuna yaklaştık) bekleyen en büyük tehlike sekülerleşmedir. Bu, bir nevi şeytanın iğvası gibi, sizden olarak size yaklaşan bir fenomendir. Sizin gibi görünerek size yaklaşan bir fenomendir. Hangi şekillerde ortaya çıkar? Öncelikle, konformizm olarak ortaya çıkar ve sizi sarar; sadece meslek sahibi yapar. Sizi inançlarınızdan alıkoymaz, inançlarınızın ameli olarak bütün gereklerini yaparsınız, ama sekülerleştiğinizde, siyasi duruşunuz olmaz. Omurganız hep 90 derecedir; 180 derece omurgaya sahip olamazsınız, sekülerleştiğinizde. Ve bugün İslam dünyasında; ama özellikle de Türkiye'de, bizim inceleme alanımız olarak sekülerleşme bütün Müslümanları kavramış durumda.

Dolayısıyla Batı kendini tanımlarken bu üç esas üzerine tanımladığında; bu üç esası da bize bir şekilde enjekte etmeye çalışıyor. Ancak İslam karşıtlığını bize enjekte edemiyor; pozitivizmi de edemiyor. Bakın Türkiye'de, resepsiyon yoluyla bütün kanunlar değişti; ama şimdi kanunlar geri dönüş yapıyor, İslam umdelerine doğru. Bu, bilinçli bir şey değil belki; ama denendi olmadı, bu yapıya uymadı, şimdi yavaş yavaş geri dönüşüm başladı. Fakat sekülerleşme böyle değil; bu çok apayrı bir şey, bu çok sinsî bir şey. Ve bunu ben kendi kuşağımda, kendi dostlarımda, kendi arkadaşlarımda çok yakın teneffüs eden in-

sanlardan biriyim. Şeytan artık sağdan yanaşmıyor.

### **Biz Kimiz**

- Coğrafya
- Toplum
- Medeniyet

Evet, dünyada böyle bir kriz var; bizi bekleyen bazı tehlikeler var. Şimdi "Biz" deyince, bu 'Biz'i bir tanımlamak lazım. Farkındaysanız son dönemde, çalışmalarda, Ankara'da ve İstanbul'da. Bir dakika; 'Ankara' deyince; Ankara'dan gelenler bir ayağa kalksın bakayım! Ankara'dan gelenleri bir görelim. Evet, bu arkadaşlar Ankara [Çarşamba] Grubu'ndan sekiz kişi. Bu sabah buraya geldiler, ayaklarınıza sağlık. Oturun!

**Orhan:** Hoş gelmişler...

**Muharrem BALCI:** Her iki çalışmada da sık sık vurguladığım bir şey var, isim vererek; yani örneklendirme olarak şöyle söylüyorum:

Diyelim ki, Neriman Dilek, kimdir?

Mardinlidir, İstanbul'da eğitim görüyor.

Mardin neresi? İstanbul neresi?

Türkiye'nin birer şehri; üstelik İstanbul payitaht. Mardin de tarihin en eski şehirlerinden bir tanesi. Evet, burası, bu şehirler Türkiye'nin şehirleri.

Türkiye neresi?

Orta Doğu'nun bir bölgesi, parçası.

Orta Doğu neresi?

İslam coğrafyasının bir parçası.

İslam coğrafyası neresi?

Müslümanların, kardeşçe bir arada yaşamak üzere ahitleştiği; ezelde ahitleştiği bir coğrafya.

Peki, içinde yaşadığımız toplum hangi toplum?

Biz burada İstanbul'da, değişik şehirlerde yaşıyoruz; burası Türkiye toplumu, şimdi "mozaik" oldu. Daha önce Türk toplumduydu, şimdi mozaik oldu; böyle bir mozaikte yaşıyoruz.

Peki, bu mozaik neyin bir parçası?

En geniş anlamda, İslam toplumunun bir parçası; yani o coğrafyada yaşamaya, birlikte yaşamaya ahdetmiş, söz vermiş insanların tamamını ifade eden ümmetin bir parçası.

Şimdi, bu kavramları çok uzun zamandır kullanmıyor Müslümanlar; bunlar tu-kaka kavramlardı. Ama Batı kullanıyor. Batı bunu kullanınca ayrımcılık mı yapıyor? Batı, "Batı toplumu" diye kullanıyor; insanlık falan demiyor, "Batı toplumu" diyor, "modern toplum" diyor, "kapital toplumu" diyor, "risk toplumu" diyor. Yani çok değişik ifadeler kullanıyor; ancak bunu kullanırken bütün dünyayı ifade etmiyor. Ayrımcılığın kökeni, zaten Batı. Biz, inanç temelinde ve amel temelinde bir "ümme" ifadesi kullanıyoruz; dolayısıyla içinde yaşadığımız toplumun, İslam ümmetinin içerisinde bir parçayız biz.

Bir üçüncü unsur medeniyettir; yani bizim, kendimizi varlık nedenimize referans olarak gösterebileceğimiz bir yer. Bizi, "Biz" yapan değerlerin kültürleştiği bir yapıdan bahsediyoruz. Evet, bizim inanç temellerimiz var, değerlerimiz var; ama bu değerler ne yapıyor? Kültür hâline geliyor, ideoloji hâline geliyor ve bizi sarmalıyor; bizim o iman temellerimizi amelî sahaya döküyor, iman-amel bütünlüğünü sağlıyor. İşte bu, kültürdür. Ve biz, bu anlamda medeniyet olarak bu coğrafyada, bu İslam ümmetinin yaşadığı tarihi birikimi "medeniyet" olarak adlandırıyoruz. Yani Neriman Dilek, Mardin'de ve İstanbul'da; ama İslam coğrafyasının içerisinde, İslam toplumunun bir ferdi olarak ve ümmetin bir parçası olarak yaşayan bir fenomen, bir insan teki. Fakat sadece bir insan teki değil; o topluluğun bir parçası, o toplulukla özdeşleşmiş bir insan, bütünleşmiş bir insan. Bireysel olarak özellikleri var, hakları var; ama "toplumsal olarak aidiyeti" var, bunun altını özellikle çizmek istiyorum.

Dolayısıyla kendimizi tanımlarken, sadece Hukuk Fakültesi öğrencisi veya sadece şahsi rızığımızı veya ailemizin rızığını temin etmek için çalışan avukat, muhasebeci, iktisatçı, ekonomist olarak görmüyoruz. Bunları, bu söylediklerimizi kazanmak çok basittir; çok basit insanların da hedefidir ve yapabileceği şeylerdir, yaptıklarıdır. Ama olay bu değil; olay, kendimizi böyle bir tanımlama içerisinde

görmek. Niye? Dünyada muazzam bir gelişme var ve biz de bu dünyadaki düşünen varlıklar içerisinde kendini önemseyen ve önemsemesi gereken insanlarız. Böyle bir yapıya sahip olduktan sonra şu "coğrafya, toplum ve medeniyet boyutunu" es geçemeyiz.

Yine sizlere örnekleyerek anlattığım çok güzel bir şey vardır; önemsiyorum. İnsanın üç boyutlu ilişkilerinden bahsederek sürekli, deriz ki:

İnsanın insanla,

İnsanın tabiatla,

Ve insanın Allah'la olan ilişkisi vardır.

Bu, Alak Suresinde çok nefis bir şekilde ifade edilir ve Allah rahmet eylesin Elmalı'lı Hamdi Yazır bu ilişkileri Alak Suresinin tefsirinde çok güzel izah eder. Sadeleştirilmiş metninden okuyabilirsiniz, okumalısınız. Orada "Alak" veya "Alaka" kavramını "Rahim cidarına yapışmış bir nutfe" motamot tercümesinden sonra der ki, "Bu, alakadır, bu ilişkidir; insanın üç boyutlu, 'Sünnetullah'a dayalı ilişkisi"dir. İnsanın insanla, insanın toplumla, insanın Allah'la ilişkisi.

Bütün bunlara baktığınızda; insanın insanla ilişkisinde "ümme" bağına çözemeyiz, terk edemeyiz, koparamayız. İnsanın tabiatla ilişkisini, İslam coğrafyası bazında devreden çıkaramayız. İnsanın Allah'la olan ilişkisini, o kültürleşmiş de olsa "din" bazında insanla Allah arasındaki ilişkiyi bozamazsınız; bozduğunuzda Sünnetullah'a müdahale etmiş olursunuz, onu bozmuş olursunuz, onu yok etmeye veya ona karşı çıkmaya çalışmış olursunuz. Bunu yapan toplumların da akıbetlerini zaten söylemeye gerek yok; biliyorsunuz...

## Türkiye Neresi-Biz Neresindeyiz?

- Sistemsizlik
- Hicret Mi Kaçış Mı?
  - ◆ Hicrette Durum Nedir?
  - ◆ Nasıl Kabul Edilirsiniz?
- T.C. Kurucu Felsefesi
  - ◆ İslam Karşıtlığı
  - ◆ Milliyetçilik/Kürt Karşıtlığı

Şimdi burada farklı bir yere geliyoruz. Şimdi Türkiye neresi? Söyledik. Biz bu Türkiye'nin neresindeyiz? Örneğin; yine, aslında bu çalışmanın izdüşümlerini son birkaç aydır ben derslerde, böyle satır aralarında vermeye çalışıyorum farkındaysanız. Bu sunum, bunların bir hamulesi.

Şimdi, yurtdışına giden arkadaşlarımız var; burada görüyorum birkaç kişi. Hâlâ yurtdışında olanlar var; onlarla da yazıyoruz. Daha önce gidip gelmiş olan arkadaşlarımız var. Hep oradaki sistemli yapıdan, sistemli yaşayıştan bahsediyorlar; çok doğru, her şey düşünülmüş, her şey sistematize edilmiş. Trafik tabelaları bile aptallara göre yapılmış; yani aptal bile baktığı zaman anlasın, dolayısıyla akıllılar zaten yararlanır. Ama sistemin bütün işleyişi en alt düzeydeki insana hitap edecek kadar ve de insani, kendi toplumları için; tırnak içinde onu söylüyorum, 'kendi toplumları için' son derece insani.

Şimdi oradan buraya baktığınızda; burası bir kargaşa, burası bir curcuna, burası bir savaş alanı, burası bir hurda yığını. Trafik kurallarıyla, kanunlarıyla, tüzükleriyle, yönetmelikleriyle, SGK teminatsızlığıyla; aklınıza gelecek her şeyde bir sistemsizlik var, bu doğru. Bu doğru; ama bu doğru bize, o sisteme âşık olmayı gerektirmiyor veya o sisteme payanda olmayı da gerektirmiyor. Çünkü o sistemi çok iyi biliyoruz ki, bizim kanımızla ve terimizle kurdular. O sömürge mantığıyla ve işlevselliğiyle bunu kurdu Batı; kendiliğinden olmadı. Avrupa'da maden yok, Avrupa'da petrol yok; bunların hiçbiri yok. Nerden geliyor? Bizden geliyor. Adam küçücük bir bilgisayar parçası satıyor; senin birkaç dönümlük arsadan, tarladan elde ettiğin ürünün tamamına eşit, bu bir sömürü.

Şimdi bunun karşısında iki yol tercih ediliyor; ağırlıklı olarak tercih edilen (belki yüzde 98 boyutunda) hicret etmek, yani orda yaşamak. Hicret etmek derken; bunu sembolik anlamda söylüyorum, bu kavramı. Orada yaşamak, Batı'da yaşamak, rahat yaşamak. Geleceği teminat altında olmak. Hiçbir gelecek endişesi olmadan; çoluğu-çocuğu, toruntorbası hepsi Batı'da yaşasın, hiçbir şey yapmazsa işsizlik maaşı alsın ve böylece geçinsin. Bu, bir yol! Güzel de; hicret ettiğinizde sizi kabul ediyorlar mı, sahiden? Yani hicret

ettiğinizde, orda yaşadığınızda sizi insan yerine koyuyorlar mı?

**Orhan:** Cem Uzan'ı kabul ettiler.

**Muharrem BALCI:** Cem Uzan'ı kabul ettiler tabi; eğer onurunuzdan hiçbir şey götürmek-sizin oraya gitmek isterseniz, sizi kabul ederler tabi. Çünkü Batı, bir kölecilik toplumu; elbette kabul ederler. Bütün şahsi onurlarınızı, şerefınızı burada bırakırsanız; oraya giderse-niz, sizi kabul ederler tabi. Kaldı ki, şerefinizle gitseniz bile; o sisteme sizin vereceğiniz bir şey yok. Ama insan olma onuruyla (o, insanın üç boyutlu ilişkisiyle) içinde bulunduğunuz topluma, coğrafyaya ve medeniyete verebileceğiniz çok şey var.

Burada bir başka çıkmazımız daha bizi sarmalıyor; Türkiye Cumhuriyeti içinde yaşıyoruz. Bu cumhuriyetin bir kuruluş felsefesi var. Bu felsefede iki ana unsur; yani Türkiye Cumhuriyeti iki temel üzerine kuruldu: Birincisi, İslam karşıtlığı; ikincisi, milliyetçilik —ki, o zaman Kürt topluma karşı, Kürt unsura karşı bir oluşum anlamında, iki temel esas üzerinde kurulmuştur Türkiye Cumhuriyeti. Bu, bir iddia değil; bu Türk aydınının, Türkiye'deki aydının geldiği en son noktada yaptığı yorumdur. Genel itibarıyla böyledir; ama bu, bir kader değildir. Çünkü ayrımcılık esas değildir, istisnadır; esas olan, ayrımcılık yapmamaktır. Genel olan budur; tali olan, istisna olan ayrımcılıktır. İstisnalar bir gün mutlaka, aslına rücu edecektir.

Şimdi, gelinen noktada biz bunu gerçekleştiremedik; yani Milliyetçilik ve Kürt karşıtlığı unsurunu kendi irademizle, kendi orijin gayretimizle düzeltmedik. Geldi elin gâvuru kulağımızdan tuttu; dedi ki, "Siz mozaiksiniz; niye farkında değilsiniz?" Hâlbuki onlar ayrımcılığı sokmuşlardı; şimdi diyorlar ki, "Burada bir demokratik açılım yapın, şu Kürt kardeşlerimizle!"

Biz demokratik açılımı, zaten böyle bir isim koymaksızın yapmıştık; asırlardır yapmıştık, hâlâ da yapıyoruz. Benim damadım Kürt; ben, Laz'ım. Ama şimdi biz, genel anlamda bu açılımı bir türlü bir aydın hamulesi oluşturup, topluma benimsetemedik; ama elin gâvuru geldi, şimdi bir metazori tavırla bize bu demokratik açılımı dayattı. Bu da bir şans, bunu yadsımıyorum; ama bunun, bizim ira-

demizle olmasıydı önemli olan. O zaman şahsiyetli, onurlu bir toplum olurduk.

İslam karşıtlığına gelince; Batı'nın, Türkiye Cumhuriyeti kurulurken dayattığı ve bizim o zamanki Batıcı aydınlarımızın benimsediği o İslam karşıtlığı, İslam'ın kendi gücünden kaynaklanan nedenlerle tutmadı. Devlet İslam karşıtı oldu, bürokrasi İslam karşıtı oldu; ama millet, bir türlü İslam karşıtı olmadı. Aksine gelişen süreç, hep İslam'dan ve Müslümanlardan yana gelişti. Beyazıt'ta, Hukuk Fakültesi 1. sınıf öğrencisiydim. Beyazıt Camii'nden çıkan Hukuk Fakültesi öğrencilerinden böyle genç birkaç kişi çıksa da tanışsak diye can attığımız günlerdi, sene 1972. Yoktu yani. Sonra, Şubat ayına kadar 35 arkadaşla tanışmıştım. Sıkıyönetim şartlarında, iki-üç kişi bir araya gelemiyorsunuz; dördüncü kişi bakıyorsunuz bir "kulak", arkanızda dolaşiyor, yanınızda dolaşiyor, öyle günlerdi. Yani, 71 Muhtırasından sonraki sıkıyönetim dönemi. Biz de ortalarda gezmezdik, Yenikapı'ya üçer-beşer arkadaşları gönderir, kayıklara bindirir; denizin ortasında miting yapardık. Çünkü insanların buna ihtiyacı vardı; dışarıda yapamadığımızı, denizin ortasında kimse görmüyordu, ama deşarj oluyorduk. Ve çok şey öğrenmiştik. Öyle günlerden geldik; ama mezun olduğum yıl Beyazıt Camii'nin avlusunda bir musafaha yaptık, 1200'ün üzerinde insan vardı. Bu, sadece bir göstergedir. Yusuf Öcalan burada şimdi, Süleymaniye'de caminin avlusunda bayramlarda veya işte Cuma günlerinde musafaha yapardık; bütün o bahçeyi iki kere dolaşırdı kuyruk, 80'li yıllardan bahsediyorum. Yani o, İslam karşıtlığı millette tutmadı; dolayısıyla bunları bizim bilmemiz lazım.

## Dünya Coğrafyası Projeleri

- Ortadoğu
- Uzak Doğu
- Hint ve Çin
- Kafkasya
- Balkanlar
- Afrika
  - ◆ Enerji Projeleri
- Kültürel Projeler

Şimdi, kendimizi de bu şekilde basit bir tanımlama yaptıktan sonra; dünya coğrafyasında hangi projeler uygulanıyor? Bunları siz artırabilirsiniz; ama genel itibarıyla, Orta Doğu projesi var. Bakın, Orta Doğu projesi bu projeler içerisinde en önemlisi. Diğerleri önemsiz değil; ama Orta Doğu, biliyorsunuz bütün dinî kültürlerin çıkış merkezidir. Dolayısıyla toplumları hiçbir zaman dinlerinden soyutlamak mümkün olamayacağına göre; bu dinlerin çıkış merkezi olan yerlerde yapılacak olan düzenlemeler çok önemli. Ve tabii asırlardır Orta Doğu üzerinde epeyce de oynamışlar; şimdi son gelinen kerte de yine bir oynama söz konusu. Burada en önemli rol; bütün bu Orta Doğu devletleri içerisinde en güçlü görünen ve tabii bir Hilafet merkezi olması dolayısıyla potansiyel anlamda yine geleceğin en önemli devleti veya otoritesi olmaya aday görünen, böyle bir olasılığı fazla olan Türkiye. Dolayısıyla, Orta Doğu deyince akla Türkiye gelir ve de İsrail gelir birincil anlamda; ondan sonra diğer devletler gelir. Tabii Orta Doğu dendiğinde de akla İslam gelir, İslam toplumu gelir; yine Orta Doğu dendiğinde İslam medeniyeti gelir.

Şimdi bir diğer şey, bakın diğerlerinin hepsine Uzak Doğu, Hint, Çin, Kafkasya, Balkanlar, Afrika... Bunların hepsi; İslam medeniyetlerinin şu an bile üzerine ayaklarını bastıkları yerlerdir ve dünya projeleri buralarda yapılıyor. Mesela Güney Amerika'da yapılıyor, Kuzey Amerika'da yapılıyor, Avrupa'da yapılıyor, Akdeniz havzasında falan yapılıyor; buralarda yapılıyor. Çünkü dünyanın sorunlu yerleri buralar; çünkü küresel aktörler tarihten bu tarafa hep, buraları sorunlu yerler haline getirmişlerdi. Şimdi burada yeniden bir dizayn öngörülüyor. Buradaki global projeleri görmez isek, geleceğe dönük herhangi bir tasavvurumuz mümkün olamaz. Bu projeleri bizim iyi okumamız lazım. İşte Uzak Doğu ile alakalı veya Rusya'nın "yumuşak karnı"yla alakalı; Amerika'nın Afganistan'da bulunmasının, Kafkaslarda...

Burada bir şeye dikkat çekeyim; Suriye ile sınırlarımızı açtık, vizeyi ortadan kaldırdık; peki niye? Suriye, tarihiyle alakalı bir özür mü diledi? Bir pişmanlık mı duydu? Halepçe'den, Halepçe düşüncesinden, Hama'dan vaz mı geçti? O alçaklığı Müslümanlar unuttu mu? Bu onursuzluğu, o şerefsizliği, o katliamı Müslümanlar sineye mi çekti? Hangi düşün-

cesinden vazgeçti, Suriye'nin Baas Partisi? Ve Türkiye burayla bir ilişki kurdu. Ve ne derece samimi bir ilişki bu? Tek taraflı samimi ilişkiyi nasıl izah edeceğiz?

Bu soruları hepimiz sormamız lazım. Gelişen noktayı hiç kimse inkâr etmiyor; elbette ki, o Müslümanlarla bu Müslümanların arasında böyle bir sınır olmaması lazım. Ama tarihi de okumamız lazım. Ve Türkiye, Suriye ile olan bu ilişkisinde neyi kullandı? Var mı cevap verecek olan? Siyasi atraksiyondan önce neyi kullandı Türkiye? Evet... Sivil toplum kuruluşlarını kullandı! Sivil toplum kuruluşlarını önce gönderdi. Sivil toplum kuruluşlarının, oradaki meslektaşlarıyla ilişkiyi geliştirme anlamında bir gidiş-geliş oldu; ama elbette ki, bu gidiş-gelişi düzenleyen veya formatlayan insanlardan çok azı bunun farkındaydı.

Şimdi, birkaç gün önce Çeçenistan'a sivil toplum örgütleri gitti; TGTV de gitti, Kadirov'la beraber cami açılışı yaptılar. Bunu nasıl okuyacağız? 300 bin insan Çeçenistan'da şehit oldu, binlerce insan şu an dağlarda ölümle karşı karşıya. Kadirov denen hain, İslam'la hiç alakası olmadığı hâlde ve işte hac ibadetinde veya camilerde göstermelik programlar yaparken, beri tarafta —affedersiniz— ahlaksızlık âlemlerinde de poz verirken, bizim buradan arkadaşlarımız TGTV olarak Çeçenistan'a ziyarette bulundular, Kadirov'un davetlisi olarak. Bunu da okumamız lazım. Burada "niyet" sorgulamıyorum, arkadaşlarımız gitmişler; ama bunun arkasında bir şey var! Bakın, bir-iki ay sonra da Çeçenistan'la siyasi ilişkilerimiz gelişecek, belki orda vizeyi kaldırmayacağız; ama Çeçenistan üzerinden Rusya ile ilişkilerimiz düzelecek. Çünkü global dünya projesinde Rusya, Batı'nın yanında yer almakla görevlendirildi.

Şimdi bunu böyle okuduğunuzda, sivil toplum kuruluşlarının amaçlarından nasıl saptırıldığını göreceksiniz; görüyorsunuz... Bu, bizim işimiz değil; bizim işimiz Dışişleri Bakanlığının taşeronluğu değil, bu çok yanlış bir şey. Ha, sonuçta Çeçenistan'la ilişkiler iyi olursa, fena mı olur? Yoo, iyi olur; ama benim işim değil bu. Orada herkes kendi alanını, kendi sınırlarını belirlemesi lazım; aksi hâlde biz, kendi amaçlarımızın dışına çıktığımızda bir müddet sonra, başka işler yaptığımızı görürüz. Birçok şeyi mubah görürüz; Avrupa'dan

fonlanmayı mubah gördüğümüz gibi. Sonra kredili alımlarla derneklerimizi, vakıflarımızı beslediğimiz gibi. Sonra Dışişleri Bakanlığının taşeronu olarak çalıştığımız gibi; daha sonra, daha sonra başka şeyler. Dolayısıyla bu global projeleri okuduğumuzda bizim, nerelerde kullanılabileceğimizi de matematik işleminin kenarına; elde bir, iki diye mutlaka yazmamız lazım.

Afrika projeleri dedik; bir de bütün bunların hepsiyle de alakalı olarak, enerji projeler ve kültürel projeler var. Enerji projeleri; biliyorsunuz, Afganistan'dan Hindistan'a inen bir koridor, yine Orta Doğu'nun veya işte İran ve daha ötesinde Türkiye üzerinden geçecek enerji koridoru. Bunların hepsinde Türkiye'ye çok önemli roller biçiliyor; dolayısıyla Türkiye'nin rolü, öncelikle İran'la uyumluluk ve İran'ın biraz daha Batı'ya akredite edilmesi bu proje içerisinde var. Türkiye yeni bir oyun oynuyor burada; hazır böyle bir görev verilmişken bize, İsrail'le ilişkilerimizi biraz daha "adam gibi" hâle getirelim, İsrail'e olan bağımlılığımız azaltalım anlamında "one minute bir", "one minute iki" durumunu yaşıyoruz şu an. Güzel bir şey, yani sonuçta güzel bir şey; ama bunları da böyle kendiliğinden oluşmuş şeyler olarak görmeyelim. Fırsattan istifade Türkiye, dış politikası olarak güzel bir şey yapıyor; öyle değerlendirelim.

## **Projeler İçin Genel İtibariyle Hazırlama**

- Uluslararası Ölçekte Hazırlık
  - ◆ Toplumlara Baskı
    - Terör
    - Moral Değerler
  - ◆ İktidarlara Baskı
    - Siyasi
    - Ekonomik
- Ulusal Ölçekte Hazırlık
  - ◆ Orduya
  - ◆ Aydınlarla
    - Merkez Sağ
    - Merkez Sol (Kemalistler)

- ◆ Siyasi Partilere
- ◆ Baskı Guruplarına
  - Sivil toplum kuruluşları
  - Basın
- ◆ Cemaatler
  - Zenginleştirme
  - Uyumlaştırma

Şimdi bu projelere birtakım hazırlıklar var. Niye “hazırlama” veya “hazırlanma” dedik? “Hazırlananlar” var, bir de “hazırlayanlar” var; biz neredeyiz, bunu bir görmemiz lazım. Şimdi uluslararası ölçekte hazırlıklarda önemli bir şey var; biraz önce yine Orhan söyledi, Amerika’da Obama’nın çok ekstrem bir şekilde Amerikan başkanı olması, gerçekten çok önemli bir proje. Biliyorsunuz, İngiltere Kraliçesi uluslararası seyahat genelde yapmaz; yaptığı zaman tarih yazar. Yani tarihi yazmak üzere yapar, kendini böyle konumlandırmıştır. Üzerinde güneş batmayan imparatorluğun anlamı budur. Dolayısıyla Türkiye’ye gelişi, gerçekten bu şekilde okumak lazım; yoksa işte Kapalıçarşı’dan iki tane yüzük veya bilezik almaya gelmedi bu kadın.

O halde uluslararası ölçekte hazırlık, sadece bu söylediklerimiz değil; bunlar herkesin görebildiği. Ha, bir de bizim belki irdeleyerek, inceleyerek göreceğimiz şeyler var: Bir, toplumlara baskı; ikincisi, iktidarlara baskı. Toplumlara baskıyı biliyoruz; terör oluşturarak biktırıcı, caydırıcı ve ondan sonra da teslim alıcı faaliyetlerde bulunmak. Türkiye’yi işte görüyorsunuz; otuz senedir PKK belasıyla boğuşturulduktan sonra, şimdi ortaya koyacağı proje bizim için can simidi. Öyle ya; şimdi Kürt açılımında PKK ortadan kalkıyor, Apo içeri alındı diskalifiye edildi. Gerçi birkaç sene sonra meclis başkanvekili olacak; ama o zamana kadar vaziyeti idare edelim. Ancak bir terör belasıyla baş edebilmek için, caydırıcı bir unsur anlamında, önümüze gelen projeyi şimdi biz kabul etmek zorundayız.

İkincisi, moral değerler üzerinde baskı. Bu çok önemli, “Bizden adam olmaz!” Biraz önce söyledim özellikle yurtdışına giden arkadaşlarımız, oradan baktıklarında söyledikleri şey, “Bizden adam olmaz!” “Bu Türkiye’den

bir şey olmaz!” gibi böyle moral çöktürücü projeler uluslararası ölçekteki hazırlıkların bir parçası olarak sayılabilir.

Yine, iktidarlara baskı anlamında siyasi ve ekonomik... Biliyorsunuz Türkiye, siyasi anlamda gerçekten yıllardır çok büyük baskı altında; yani özellikle işte çok kısa bir dönemde üç ihtilal, dört ihtilal dönemi geçirmiş olan bir Türkiye’den bahsediyoruz. Bu ihtilallerin hiçbiri kendi orijinleri üzerinde, kendi milli değerleri üzerinde düşünülmüş, kotarılmış ihtilaller, darbeler değil. Bunların tamamı dış kaynaklı, dış beslemeli veya dış oluşturmali çalışmalar ve sonuçlar. Bu anlamda baktığımızda iktidarlarda üzerinde gerçekten uluslararası ölçekte çok büyük baskılar var.

Bir de ekonomik baskılar var; yani o anayasa fırlatmasından ilk yararlanan kim oldu? Yabancı kapital, kendi parasını çekti; çekilen 7,5 milyar dolar bir gecede, o paradır. Ondan sonra bu batık bankalar üzerinden 50 milyar dolar (aşağı-yukarı) para çekildi. Bu paralar buharlaşmadı; işin kötüsü bu paraları bu bankacılar da yemediler. Şimdi hepsinin mal varlığını biliyorsunuz. Yani dışarıda belki bir-iki milyar parası olan vardır; ama bu, giden paranın yanında deveye kulak. Nereye gitti bu para? Yani bu dışarı çıkan para, içerde dolaşımında olsaydı zaten bu kriz yaşanmazdı; bu dışarı çıkan para, bu da ekonomik anlamda gerçekten çok önemli bir baskı. Sonuçta bu baskı, bizim üzerimizde.

Burada bizi en çok ilgilendiren, ulusal ölçekte hazırlıklar. Şimdi bunları biz bölümlere ayırdık:

- Ordu üzerinde baskılar,
- Aydınlar üzerinde baskılar,
- Siyasi partiler üzerinde baskılar,
- Baskı gurupları üzerinde baskılar,
- Ve cemaatler üzerinde baskılar;

veya bunlar üzerindeki hazırlıklar diyelim, baskıdan da öte bunlar üzerinde yapılan projeler var.

Şimdi, ordu üzerinde yapılan projelerden başladık; niye? Çünkü Türkiye ve benzeri ülkelerde en büyük güç, silahlı güç! En büyük terörist, silahlı olandır. En çok silahlı olan, en

büyük teröristtir; bu da her devletin kendi ordusudur. Çünkü silah gücü kimdeyse terör ondadır. Ha, bu Batı'da demokratikleşerek absorbe edilmiştir, bizde olmamıştır; bizde de şimdi yeni yeni, bu demokratik açılımla beraber yerleştirilmeye çalışılıyor. Yani Türk Silahlı Kuvvetleri, kışlasına sokulmaya çalışılıyor. Güzel bir sonuç; keşke bunu biz yapabiliydik. Yani ordunun temsilcileri, aydınların temsilcileri, siyasiler, hukukçular, bürokrasi, bunlar bir araya gelerek, kendi içlerinde bunu halletmiş olsalardı, bu sancıları bugün belki bu kadar şiddetli yaşamamış olurduk. Ama gelişen noktada en son MGK bildirisinden de anladığımız kadarıyla, demokratik açılımı kerhen de olsa destekleme mesajından biz, ordu üzerinde de böyle bir çalışmanın yapıldığını zaten şuradan da görmüştük; "Ergenekon çıbanı"nın patlatılması orduya çok önemli bir mesajdı ve hizaya getirme işiydi. Çünkü Ergenekon'un beyni ordunun bizzat içerisindeydi. Bu ortaya çıkarıldı; fakat ordu buna rağmen kendini belli bir düzene sokmakta gecikince, direnince demokratik açılımla beraber bu işlev tamamlanmaya çalışılıyor.

Yine bu global krizlerde veya krizde veya planlamada, yapılandırmada küresel aktörler ulusal ölçekte bizim aydınlarımıza da önemli görevler yüklüyorlar. Hangi görevleri yüklüyorlar? Burada iki aydın unsurundan bahsedebiliriz. Genel itibarıyla, kategori olarak: Merkez sağ aydınlar, merkez sol aydınlar. İslamcılar burada yer almıyor görüyorsunuz; onlara henüz taşeron olarak bir görev verilmiş değil. Merkez sağdakiler, zaten "muhafazakârlık" ekseninde veya temelinde ülke için yararlı gösterilen (yararlı olan demiyorum) her projenin altına imza atmakta bugüne kadar bir beis görmediler. Bu merkez sağ aktörleri de, rahmetli Aliya İzzetbegovic'in "Tebaa Zihniyeti" kategorisinde değerlendirebilirsiniz. Ve bunlar; özellikle kendileri için, kendi yaşamları için hayırlı olacağını düşündükleri projelere imza atmaktan veya oraya taşeron olmaktan kendilerini alıkoyamazlar. Son, TGTV'nin Çeçenistan çıkarmasını da bu kapsamda değerlendirebilirsiniz.

Yine merkez sol; yani "Kemalist" dediğimiz unsur, çok enteresan... Şimdi Türkiye'de sistemin sahibi kim? Kemalistler; yani sistemin asıl sahibi olarak kendini gören bunlardır. Biz, öyle değil; biz kendimizi bu ülkenin sahibi

olarak görüyoruz, sistemin değil. Kemalistler de kendilerini bu sistemin sahibi olarak görüyorlar, dolayısıyla devletin sahibi. Fakat geldikleri noktaya bakın; Kemalistler, İslamcılarla barışmak istiyorlar. Akif Emre'nin gruba gönderdiğim yazısını herhalde okumuş olmanız lazım; Kemalistler, İslamcılarla niye barışıyorlar? Kemalistler İslamcı mı oldular? Müslüman mı oldular? Namaza mı başladılar? Hayır, işlerine falan mı sardılar kendilerini? Cami idare heyetlerine falan mı girdiler? Ne yaptılar yani? Hidayete mi erdiler?

Kemalistler, bir milim yerlerinden oynamadılar; inanç ve amel itibarıyla. Peki, İslamcılarla nasıl barışacaklar? Yani, onların deyişimiyle İslamcılarla (ben o İslamcı'lardan değilim), Müslüman kesimle, muhafazakâr kesimle nasıl barışacaklar?

**Kaya:** O zaman İslamcılar da bir oynama var, Muharrem abi?

**Muharrem BALCI:** Evet, yani şimdi Müslüman kesimle barışmaları için, birinin öbürüne doğru yaklaşması lazım; kim, kime yaklaşıyor? Elbette ki, kendilerine yaklaştırmayı düşündükleri için barışmak istiyorlar. Ne kadar yaklaştırdılar, o konuda ben bir hüküm vermek istemiyorum; ama sisteme sahip olma aşkı, hevesi itibarıyla baktığınızda Müslümanların önemli bir kesimi Kemalistlere yaklaşıma çalışıyor, dolayısıyla Kemalistler de bundan çok fazla rahatsız değiller. Evet, kendileri sistemi sürdüremedikleri için birbirlerine lanet okuyorlar, bundan rahatsızlar. Ama üretmeyince, kendileri formüle edemeyince bu işi yapmak üzere kendini görevlendirmiş olan muhafazakâr kesime de, "Ne yapalım, buyurun gelin; ama gelirken de işte şöyle gelin, biraz tıraş olun, biraz törpülenin, kalıba girin" gibi... Ve gerçekten de bunu çok başarmış olmasalar bile; buna teşne olan insanlarımız az değil. Dolayısıyla aydınlar üzerindeki proje, bu anlamda çok önemli.

Siyasi partiler üzerinde de aynı hazırlık var; ne yapıyor siyasi partiler üzerinde? Bir kısmını muhafazakârlaştırıyor, bir kısmını o aşırı Kemalizm'den biraz yumuşatmaya çalışıyor. Ve göreceksiniz, bu demokratik açılım dolayısıyla bugün çok yoğun muhalefet yapan iki muhalefet partisi bir müddet sonra yumuşayacak. Ha, şimdi niye yumuşamıyor? E, bütün müşteriler ellerinden gidiyor. Şimdi demokratik

açılım olduğunda MHP kimi muhatap alacak; karşısına, karşıt unsur olarak? İşleri bitti; o da kendi dükkânına çekilecek ve kapatacak dükkânını. CHP, CHP için de aynı şey söz konusu; yani kendi varlık nedenleri ortadan kalkacağı için şu an tepki veriyorlar. Belki, daha sonraki bir operasyonda AK Parti üzerinde yapılacak bir operasyonda; bu partileri biraz daha yeşillendirebilirler veya başka operasyonlar olabilir. Burada bir komplo teorisi yaratmanın bir âlemi yok; ama siyasi partiler üzerinde de önemli bir planlama var, “muhafazakâr demokrat” kavramı ve “muhafazakâr demokratik sistem” öngörüsü bu planın bir parçasıdır, bunu unutmayın. Çünkü kendini “Müslüman” olarak tanımlayan hiçbir aydın, hiçbir siyasetçi, hiçbir hukukçu, hiçbir ekonomist; ne dersiniz deyin buna, toplumun hiçbir aydın kesimi kendine “Müslüman” dedikten sonra buna bir başka sıfat eklemeyebilir, ekleyemez. Eklediğinde, kendi değerlerinden bir kısmına ihanet ettiğinin farkına varır; ama Aliya'nın o tanımladığı “tebaa zihniyeti”, bunu yapar. Eğer “tebaa”laşırsanız, sonuçta bunu kabul ederseniz.

**Orhan:** Abi hep karamsarlıktan bahsediyorsunuz; güzel şeylerden de bahsedebilirsiniz herhâlde?

**Muharrem BALCI:** Bahsedeceğiz; yalnız saatte beni uyarın, fazla uzatmayalım. Evet, baskı grupları üzerinde STK'lara örnek verdim; herhâlde başka örnek vermeye gerek var mı? Dün size bir mail gönderdim gruba yine, AB'den fonlanan STK'larda... Bakın orda o kuruluşların projelerini mutlaka okuyun; hangi projelere para vermiş Avrupa Birliği. Ya, okudukça insanın beyni yerinden çıkıyor; korkunç bir şey ya! Adam niye para versin bunlara? Şimdi altındaki yorumları; ben dedim ki, yorumlar bize ait değil, o haberi yapan arkadaş kimse, gazetecinin yorumları. Katılırız, katılmayız; ben hepsine katılmıyorum. Ama yorumların üstünü okumak bile, sizin farklı yorumlar yapmanıza yetiyor. Orda Mazlumder de iki tane fon almış bir kuruluş; geçmiş dönemde, Ayhan Bilgen döneminde, onun hesabını sormuştuk biz. Ve Mazlumder, iki gün önce İHOB'a (Orhan'ın araya girmesine cevap olarak, “Ben söyleyeceğim merak etme”)...

**Bir dinleyici:** Cevat Özkaya döneminde...

**Muharrem BALCI:** Cevat Özkaya dönemi değil o, yanlış yazmışlar; Yılmaz'ın dönemi o; İzmir Şubesiyle, Genel Merkez almıştı o zaman. İHOB, bir üst kuruluş; insan hakları üst kuruluşu. Kuruluşunda Mazlumder de vardı. Mazlumder bu kuruluştan çıktı, nedeni de şu; çok geç olarak anlaşıldı ki, İHOB, Belçika Hükümetinin maddi desteğiyle veya onların maddi teminatıyla (sözle de olsa) kurulmuş bir yapı, bir çatı kuruluş.

**Orhan:** Danimarka...

**Muharrem BALCI:** Neyse, Danimarka. O nedenle, manifestoya benzer kısa bir mektupla bu kuruluştan çekildi. Dolayısıyla, fonlarla veya ülkenin âli menfaatleri tamlamalarıyla/tanımlamalarıyla, yönlendirmeleriyle sivil toplum kuruluşlarına bu global planlarda yer vermeye çalışıyorlar.

Basın, hakeza zaten bunu söylemeye gerek yok; basın bu planların neresinde olduğu son derece açık.

Bizi en çok ilgilendiren, en son cemaatler üzerinde de bu anlamda planlamalar var. Siyasi anlamda yönlendirmelere burada değinmeyeceğim; niye değinmeyeceğim, onu da söyleyeyim, burada bir politika yapmıyorum. Cemaatler bu toplumun bir gerçeğidir, toplumun bir bölümünü temsil ederler; kazandıkları veya kazanacakları temel bölümü temsil ederler. Dolayısıyla geleceğe dönük politikaları vardır, global politikalarıdır; o politikaları gerçekleştirirken kendilerine has stratejileri vardır, taktikleri vardır, bunlar herkesi ilgilendirmez. Ama bizler kişisel olarak yorumlarda bulunabiliriz. O siyasi yönlendirmeler bir ihanet çemberi anlamında değerlendirilmez. Cemaatin bir projesi vardır, bir hedefi vardır kendince; ama başkalarının hedeflerine de denk düşebilir bazen. Siz burada bir şey yapmayı istersiniz; ama burada benzer bir şeyi bir başkası da yapmak ister. O zaman sizi partner olarak, yardımcı unsur olarak veya taşeron olarak çok değişik maksatlarla, gayelerle sizi burada değerlendirebilir; bu kötü niyetle de olabilir, gayet iyi niyetle gerçekten buranın hayrına da olabilir. Orda politikalarınız denk düşerse, birlikte bu işi yaparsınız veya “farkında olmadan” birlikte yaparsınız.

Dolayısıyla siyasi yönlendirmeye girmeyeceğim; ama burada cemaatler üzerinde son



dönemlerde (28 Şubat döneminde) gördüğümüz çok önemli bir şey var, zenginleştirme ve kurumlaştırma. Zenginleştirme; 28 Şubat süreci/olgusu —biliyorsunuz— Müslüman kesim üzerinde yoğunlaşan bir şeydi; hatta yoğunlaşan demeyelim, asıl hedef oydu. Ama şunu gördüm ben, 28 Şubat sürecinde cemaatlerden en az büyüyen, yüz misli büyüdü. “Ben 28 Şubat döneminden çok az yararlandım.” diyen, yüz kat büyüdü; ötekilerini, varın siz değerlendirin. Ama bu zenginleşme bireysel anlamda müritlere, üyelere, cemaat mensuplarına yansıdı. Bu yansıma tebaa zihniyetini kaşıyan çok önemli bir yansımadır.

İşte o zenginleşmeyle gelen konformizm; beraberinde sekülerleşmeyi, arkasından Protestanlığı getirir. Bakın arkadaşlar, Protestanlığı mutlaka okuyun! Protestanlık, bir Batı projesi değil; sadece kendi üzerinde bir proje değil, böyle çıkmıştır. Ama Batı için bugün, “Bütün dünya Protestanlaştırılmalıdır”; bu, sekülerleşmeyle beraber olur. Sekülerleşme, konformizmle beraber gelir. Bugün Türkiye’deki cemaatlerin (maalesef) içinde bulunduğu yapı, bir konformizmdir ve bir sekülerleşmedir. Dediğim gibi, çok sinsi gelen bir şeydir. Ve tabi sekülerleşince, Protestanlaşınca, zenginleşince; sırtınızda taşıdığınız o küfenin içerisindeki yumurtaların kabukları da incelik, ondan sonra böyle sek sek yürürsünüz, kırılmasınlar diye. Muhalefet etmezsiniz, karşı çıkmazsınız, itiraz etmezsiniz, edemezsiniz.

Bir anımı anlatayım; Cihad, arkadaşlarıyla öğrenci evinde kalıyorlar. Bir akşam dediler ki, “Ya baba gel de çiğ köfte yiyelim.” Gittik, Fatih de vardı. Gençlerden bir tanesi; işte herhangi bir cemaatin şurasında veya burasında, mensubu, sempatizanı. Dedi ki, Fatih’e;

“Ya siz şimdi Mazlumder’de çalışıyorsunuz, meydanlarda bağıriyorsunuz; ne elde ediyorsunuz ki, bağıriyorsunuz da ne oluyor?”

Evet, bu önemli bir soru; ama önemli bir açmaz. Bu, “uyumlaştırma” politikalarının ne kadar başarılı olduğunu gösteriyor.

Ben de şunu söyledim; dedim ki, burada bir arkadaş grubu olarak kalıyorsunuz. İcinizde herhangi birinin bir derdi var ve sen bu derde ortak olmuyorsun, onun için bir şey

yapmıyorsun, onun için sesini yükseltmiyorsun, onun için bağırmıyorsun. Bu, onursuzluğun en büyüğü değil mi? Arkadaşlık ne demek? Şurayı beraber paylaşıyorsunuz; biz, bu coğrafyayı beraber paylaşıyoruz, bu coğrafyada derdimiz var, sevincimiz var, üzüntümüz var, ağlıyoruz, gülüyoruz, oynuyoruz. Birbirimizin düğününe gidiyoruz, kız alıp veriyoruz, hediyeleşiyoruz, birbirimizi hastalandığında ziyaret ediyoruz, yardım ediyoruz. Peki, zulüm gördüğünde onun için bir şey yapmayacak mıyız? Bu bir onursuzluk değil mi? Bu, şerefsizlik değil mi? Bir delikanlıya böyle bir şerefsizlik yakışır mı? Bütün bunları düşün, bunlar bilinçli bir şey değil; ama bunu düşünmemek, bu onursuzluğu gündemine almamak, bu uyumlaştırma politikasının çok başarılı olduğunu gösteriyor. Ve tabi zenginleşmeyi de yine aynı şekilde bu açıdan değerlendirebilirsiniz.

## **Genç Hukukçular Bu Planların Neresinde**

- Misyon ve Vizyon
- Ne Yapmaya Çalışıyoruz?
- İdrak Sorunumuz
- Öncül/Öncelik/lerimiz
- Evhamlarımız
- Donanımlarımız
- Tarihi Gerçekliğimiz
- Gelecek Tasavvurumuz

Şimdi, bütün bunlardan sonra; “Biz, bu planların neresindeyiz?” Yani, “Ne arıyoruz ve ne işimiz var burada?” Bakın, 12 yıldır “Genç Hukukçular Hukuk Okumaları” çalışmaları kesintisiz, tatilsiz bu günlere geldi. Bu sene 12. yıla başladık, Ankara’da da 2. yıla başladık. Peki, biz burada “avara kasnak” dolaşmak için mi, yuvarlanmak için mi buradayız? Elbette ki, “Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu” kurulurken kendine böyle bir manifesto hazırlamadı; bu doğru. Ama yaşadığımız süreç, bir manifesto gibi geldi; böyle geldik ve her gün gelişerek geldik. Ve hep şunu söyledim; hep bu gelişimizde kendimizi bir tarihi gerçekliğe refere ettik, ayağımızı bir yere bastık. Bu tarihi

gerçeklik, en genel anlamda Hz. Âdem'den bu yana; ama daha özel anlamda "Asrı Saadet"e ayağımızı basarak geldik. Ve "Asrı Saadet"ten günümüze kadar gelen, bize öncülük yapan, öncüllük yapan, bize üstatlık yapan, bize ışık saçan o Müslüman önderleri, "yaşayan sünnet olarak", "yaşayan sünnetin basamakları" olarak değerlendirdik. Ve kendimize bir misyon çizdik; dedik ki, "Biz, gelecek tasavvuruna bu tarihi gerçekliğe basarak giderken, bu yaşayan sünnetin basamakları üzerinde yürüyerek, kendimizi onlara refere ederek gideceğiz; ama bir gün, o basamaklardan biri de biz olacağız.

Bakın, tarihte kötülerin ismi anılmaz, Sadam pisliklerinin ismi de anılmaz. Kahramanlıktan bahsetmiyorum. Ama "Öncüller ve önceliklerimiz" diye bir bahis açtık. Bizim öncülerimiz var. Aliya'nın kitabından ve Aliya'yla arkadaşlarının yazmış olduğu *İslami Beyanname*'deki o içerikten size bir sunum yapmıştık, üç hafta. Benim 11 yıl boyunca anlattıklarım, orda gördükleriniz arasında çok fazla benzerlik var; sebebi, aynı kaynakları referans aldığımız için. Aynı yerleri okumuşuz, aynı şeyleri düşünmüşüz; ama onlar çok güzel formüle etmişler, artı onlar bu formülasyonu yaşamışlar ve orada, Batı'nın göbeğinde bir "Kudüs"ü yaşatmaya devam etmişler. Kendinize böyle bir misyon biçtiğinizde ne görürsünüz biliyor musunuz? 80 yıldır, "resepsiyon" anlamında çalışan bir hukuk sisteminin tek revize edicisi; ama orijinini ortaya koyan olarak kendinizi görebilirsiniz.

Nasıl görürsünüz? Uluslararası ölçekteki planlar burada, bazı taşeronlarla veya partnerlerle çalışıp; sistemi, uluslararası sisteme entegre ettiklerinde/etmeye çalıştıklarında daha önceden bugüne kadar olduğu gibi (biraz önce de söyledim, İslam karşılığında başarılı olamadılar), daha önceden de dediğim gibi bir kan uyuşmazlığını gidermek için size ihtiyaçları olacaktır, hukukçuya ihtiyaçları olacaktır. Hiçbir düzenleme, hiçbir siyasi yapılanma, hukuk düzeni sağlanmadan, hukuka intikal ettirilmeden; yani kanunlaştırılmadan, yasalaştırılmadan gerçekleşmez. Bunu kim yapacak? Bunu Şvarslar yapamayacak, bunu Hırş'ler yapamayacak; onlar gitti, bunu siz yapacaksınız. Ama bunun yolu öncülerinizin olması ve öncüllerinizin olması. Eğer, öncülleriniz yoksa tebaa zihniyetindeyseniz, itizal

denen kavramı içselleştirmediyse, itizal, edemiyorsanız, muhalefeti beceremiyorsanız, aklınızdan geçiremiyorsanız, ev arkadaşınızın derdine sahip çıkamıyorsanız, hastanızın haklarını savunamıyorsanız, kapıdan aldatılan insanlara ışık olamıyorsanız, işkence görmüş adama, cezaevinde bilmem ne olana, sokakta itilip-kakılana, bütün mazlumların derdini kendinize dert etmemişseniz öncülleriniz yoktur. Bunu yapan insanları dışlarsanız, tarihte bunu yapan insanları tanımazsanız öncülleriniz yoktur. Manifesto anlamında, koyduğunuz ilkelere yoksa öncülleriniz yoktur; dolayısıyla idrak sorununuz da vardır.

Bütün bunları olmayan insanın, neyi idrak edebileceğini bir tasavvur edin. Sadece gördüğünü, yaşadığı o anki dünyayı idrak edecektir bir "at gözlüğü"yle; yani hukuki anlamda söylerseniz, bir "icramatik" olacaktır. Sabahleyin erkenden bürosunu açan, akşama kadar "it" gibi çalışan, akşam olunca da stajyerleriyle, yanında çalışan avukatlarla gece saat 10'a, 12'ye kadar konsültasyon yapan; gece saat 4'e kadar da dilekçe yazdıran, sabahleyin de o elemanın 8'de tekrar işbaşına gelmesini isteyen ve dünyadan bihaber bir "icramatik" olursunuz. Dolayısıyla bu "icramatik"lerin bir tek kaderi vardır; yolda tekme atılan "çakıltaşı" olmak. Hiçbir şekilde tarihe kayıt düşmeyecekleri gibi, isimleri de zikredilmeyecektir; hiçbir gelecekleri yoktur. Eğer zenginler tarihte yer alsalardı, hepsinin adı "Karun" olurdu; bir tane Karun var, en kötü örnek olarak Allah'ın bize gösterdiği bir tiptir, bir tipolojidir.

Ve tabii evhamlarımız var; bu evhamlarımızı değerlendirmemiz lazım. Bakın, Anadolu'dan yeni gelen arkadaşlar var birinci sınıf. Herkes kendine sorsun; gelirken neler söylediler kendilerine: "Aman evladım, hiçbir şeye karışma; etli-sütlü senin şeyin olmasın sakın. Sen git okulunu bitir, mezun ol, doktora yap, stajını yap, askerliği bitir, evlen, dükkânı kur; ondan sonra bir siyasi partiye üye olursun, biraz daha yaşlanınca bir cami idare heyetine girersin, ondan sonra biraz daha yaşlanınca artık camiye beş vakit gitmeye... Böyle yönlendirilerek insanlar geliyor artık okullara, üniversitelere; bunu görelim bir.

İkincisi; özellikle avukatlığa başlamış arkadaşlarımız için söyleyeyim, müthiş bir gelecek

endişesi sarmalıyor insanları. Sanılıyor ki, “icramatik” olunmazsa para kazanılamaz, mal-mülk sahibi olunamaz; tamamen yanlış. Rızık kavramını biz burada, “Risk toplumu ve Rızık toplumu”nu burada bedava işlemedik, boşuna işlemedik. İş olsun diye de her sene Orhan abiniz burada anlatmıyor. Allah’ın “Rızık veren” olduğunu unuttuğunuz anda, kendinizi “Risk toplumu”nun çok önemli, ama çok vesveseli bir üyesi olarak görürsünüz ve o can, boğazınızda sürekli hep pır pır eder, sürekli can boğazınızdadır. Bir müminin eminliğini, bir müminin rahatlığını yaşayamazsınız ve gerçekten de bizim meslekte, bizi en çok bekleyen en önemli tehlikelerden bir tanesi bu evhamlarımızdır, gelecek endişemizdir. Ve burada değerlendirmemiz gereken donanımlarımız. İçinizde tebliğ sunmuş, bu çalışmalara belli bir dönem devam etmiş insanlar üniversite veya meslek arkadaşlarıyla kendi aralarındaki farkı görecekler ve görüyorlar; bunu unutmayın! Sıradan insanlarla kendi aranızdaki çizgiyi görebileceksiniz. Donanım sahibi olacaksınız ki, yarın bir gün iş size tevdi edildiğinde veya edilebilsin.

### **Alan Çalışmalarımız**

- Üniversitelerde
  - ◆ Lisans
  - ◆ Hukuk Kulüpleri
  - ◆ Yüksek Lisans
  - ◆ Doktora
- Genç Hukukçular Hukuk Okumalarında
  - ◆ Salı Gurubu
  - ◆ Çarşamba Gurubu
  - ◆ Tebliğler
  - ◆ Atölye Çalışmaları
  - ◆ Raporlar
- Sair Hukuk Zeminlerinde
  - ◆ Meslek Kuruluşlarında
    - Barolar
    - Avukat Dernekleri
- Sivil Toplum Kuruluşlarında

- ◆ Genel İnsan Hakları İhlalleri
- ◆ Tüketici Hakları
- ◆ Hasta Hakları
- ◆ Sağlık ve Gıda Güvenliği
- ◆ Engelli Hakları
- Cemaatlerde
  - ◆ Avukat Dernekleri
  - ◆ Yardım Kuruluşları

Bütün bunlardan sonra, “Ne yapmaya çalışıyoruz?”un cevabını şurada vereceğiz. “Ne yapmaya çalışıyoruz?” Bir kere;

1) Biz, bir alan çalışması yapıyoruz; bu bir cemaat çalışması değil, bu bir siyasi platform çalışması değil, bu bir ekonomik birliklilik değil; bu, geleceğe bir meslektaş dayanışması olarak bakmak falan-filan hiç değil. Bunlar yapılabilir, bunlar yapılıyor, bunlar farklı çalışmalar. Buralarda da yer aldığımız zeminler var; ama burası, bir alan çalışmasıdır ve bu alanın ismi de hukuktur. Ve biz bunu hangi zeminlerde yapıyoruz? Üniversitelerde yapıyoruz, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları’nda yapıyoruz, diğer hukuk zeminlerinde yapıyoruz. Sivil toplum kuruluşlarında ve cemaatlerde yapıyoruz; şimdi bunları görelim:

- Üniversitelerde lisans öğrencisi olarak bulunuyorsunuz ve bu çalışmada beraberiz. Bir kısmınız bu okullarda hukuk kulüplerinde görev alıyorlar, yüksek lisans yapıyorlar ve doktora yapıyorlar. Bunlar üniversite faaliyetleri içerisinde, donanımlarımız açısından çok önemli. Lisans zaten mecburen bulunuyorsunuz; ama diğerlerinde de bulunmayı mutlaka düşünmelisiniz, bunlar önemli zeminler.
- Yine ayrıca burada kendi çalışma bütünlüğümüzde Salı ve Çarşamba grubumuz var biliyorsunuz. Buralarda tebliğler hazırlıyoruz, sunuyoruz; atölye çalışmaları yapıyoruz, raporlamalar yapıyoruz.

Bakın, bu tebliğler çok önemli. Bu tebliğleri sizler yapıyorsunuz. Burası yine söyleyeyim, bir seminer çalışması değil; buraya seminer dinlemeye gelen varsa, şu andan itibaren buraya gelmesin. Burası bir seminer çalışması değil, burası sizin kendi orijin emeklerinizin,

kendi gayretlerinizin temerküz ettiği ve sunulduğu bir zemin. Burası benim, hocalarınızın, üstatların gelip burada kendilerini ifade ettiği veya konu anlattığı bir zemin değil; sizin ha, böyle görmeyin? Dolayısıyla en kısa zamanda, arkadaşlarımız kendilerine konu alarak hem buraya katkılarını, hem de kendilerine katkılarını düşünsünler.

Atölye çalışmaları yapıyoruz, raporlar yapıyoruz. Bakın, şimdi üç bayan arkadaşımız rapor hazırladı “Yardımcı Üreme Teknikleri Raporu”. Hasta Hakları kurullarında ve Hasta Hakları Aktivistleri Derneğinde çalışan üç genç hukukçu bayan arkadaşımız, Dr. Nagehan Kırkbeşoğlu’nun da katkılarıyla mükemmel bir rapor hazırladılar. Raporun bir bölümünü ben incelediğim için; son şeklini de ben verdim, oradan iyi biliyorum, mükemmel bir rapor. Daha önce de Behiye; yine Hasta Haklarında, “Sezeryan Raporu” yapmıştı. Bugüne kadar “Sezeryan” üzerine yapılan en güzel çalışmadır. Yine burada daha önce geçmişte iki tane...

**Orhan:** Abi bu raporlardan haberimiz olursa, biz de elimize düşsen...

**Muharrem BALCI:** Olacak, “Yardımcı Üreme Teknikleri” pazartesi günü (bugün hatta) elimize gelecek; burada hem sunulacak, hem dağıtılacak. Televizyonda da görebilirsiniz. “Sezeryan Raporu” çıktı birkaç kere; ama sonra hemen o günlerde de doğum yaptı Behiye. Onun için o rapor bir şansızlığa da uğradı; yine de değerlendirebilirsiniz.

Yine “Tüketici Koruma Kanunu”yla alakalı bir kitap çalışmasını da burada iki genç, üçüncü sınıf öğrencisi bayan arkadaşımız yapmıştı. Böyle bir zemin başka yok, onu söyleyeyim.

Evet, diğer hukuk zeminlerinde, meslek kuruluşlarında çalışıyoruz; baroların değişik komisyonlarında çalışabiliriz. Bir de avukat dernekleri var, buralarda da bazı arkadaşlarımızın çalışmaları var.

**Bir dinleyici:** Mesela hangi dernekler?

**Muharrem BALCI:** Mesela “Hukukçular Derneği”.

Evet, sivil toplum kuruluşlarında, işte genel insan hakları ihlalleri anlamında Mazlumder’de çalışmalar var; Tüketici Hakları anlamında, Tü-

ketici Hakları Merkezi TÜMER var; Hasta Haklarında kurduğumuz dernek var, biliyorsunuz. Sağlık ve Gıda güvenliğinde yine kurduğumuz dernek var, benim büronun altıncı katında. “Engelli hakları” dedik; ama bunu “Hasta Hakları” içerisinde şimdilik değerlendiriyoruz, inşallah bunu daha geniş iyi bir platforma kavuşturma imkânımız olur.

Evet, cemaatlerde de çalışan arkadaşlarımız var. Bu cemaatlerdeki hukuk çalışmalarını iki bölümde görüyorum ben:

- Avukat derneklerinde çalışan arkadaşlar var,
- Yardım kuruluşlarında çalışan, hukukçu arkadaşlarımız var.

Tabi bu avukat derneklerinin, hukuk dernekleri yani meslek dernekleri olarak değil, hukuk üreten hukuk zemini olmalarını istiyoruz. Ama maalesef avukatlar, meslek derneği olmakta ısrar ediyorlar; dolayısıyla buralarda çalışan arkadaşlarımız da var.

## İhtiyaçlarımız

- Zaman
- Zemin
- Çevre
- Maddi İlişkiler
- Moral Değerler ve İlişkiler

Bu çalışmalarda ihtiyaçlarımızı ben özetle söyleyeyim:

• Zaman, çok önemli bir ihtiyaç; zamanınızı mutlaka iyi değerlendirin. Yani sabaha kadar hükümet kurup-yıkan, sabah namazına bir saat kala yatıp, öğlenleyin kuşluk namazı kılan tipler gibi olmayın. Bizim dönemlerimizde böyle çok tip vardı, ben iyi biliyorum.

• Zemin çok önemli. Zeminler, sizin donanımınızı artıracak zeminler olmalı; hem birikiminizi, hem donanımınızı, hem de sizin kendinizi ifade edebileceğiniz zeminler olsun. “Yukardan üfleme” zeminler, size bir şey kazandırmıyor. Onlar gerekli mi? O ayrı bir şey, gerekli; ama sizin, kendinizi birikimli ve donanımlı hâle getirebileceğiniz, ortaklaşa çalışmalar yapabileceğiniz ve kendinizi ifade edece-

ğiniz zeminler olsun. Kendinizi ifade edemezseniz, mesleğe atıldığınızda hep sizin adınıza başkaları konuşur. Ama şu sıraları iyi değerlendirirseniz; siz, kendi adınıza konuşur, kendiniz olursunuz. Türkiye’de bu çok, gerçekten çok önemli bir sorun özellikle cemaatler açısından. “Cemaat müritleri” kendileri olmakta zorlanırlar; bu işin kendi yapısında bu vardır çünkü.

• Çevre çok önemli. Bu çevre ilişkileri maddi ilişkiler, moral değerler ve ilişkiler olarak da bunları değerlendirirsiniz; bunu biraz hızlı geçiyorum, vakit daraldı. Çünkü şurası çok önemli.

### **Olmazsa Olmazlarımız**

- Ciddiyet
- İstikrar
- Algı
- İlgi
- İletişim
- İman Amel Bütünlüğü
  - ◆ Birikim
  - ◆ Aktarım
  - ◆ Şık Adamlık ve Zeminleri
  - ◆ Örgütlenme
    - Genç Hukukçular – Salı ve Çarşamba Araştırma – İnceleme – Sunumlar Etkinlikler – Geziler – Seçimler Sivil Toplum Mutfak Çalışmaları
    - Hukuk Vakfı

Evet; olmazsa olmazlarımız:

Bir kere, bir ciddiyet şart; yani boşa dönmek için buralara gelmeyin: “Ya, işte Salı Grubu’nda da bu akşam güzel bir sunum varmış; aaa bizim arkadaş da sunuyormuş gidelim, ayıp olmasın!” Bu tip gelişleri kesinlikle hiç önemsemiyorum ve kabullenmiyorum. Bugün orda sunum yapacak arkadaşınızın yerinde, yarın siz olacaksınız ve olmalısınız. Sizi nasıl ciddiyetle dinlemelerini istiyorsanız, siz de onları dinlerken aynı ciddiyeti takınmanız la-

zım, savunmanız lazım; aksi hâlde o aradaki saygıyı, iletişimi kaybetmiş oluruz ve istikrar çok önemli. Canı istediği zaman gelip, canı istediği zaman gelmeyince benim elime bir markör geçiyor, şöyle kalın bir markörle üzerinizi çiziyorum, gruplardan çıkarıyorum; mail grubundan, telefon trafiğinden. Ondan sonra, üç ay sonra geliyor; “Ya, bana mail gelmiyor, mesaj da gelmiyor!” diyor. Niye gelsin ki! Bakın, burası bir dernek değil. Buranın üyeleri yok, kayıt-kuyut yok; orda imzaladığınız liste, iletişim bilgilerinizin sağlıklı olarak devamını kontrol ediyoruz, size mesajlarımızı iletebilelim diye. Bir de bakıyoruz, portföyümüzde kimler var; yoksa bu bir üyelik sistemi değil. Burası bir dernek değil, canın istediği zaman geleceğiniz. Eğer istikrarlı gelecek arkadaşlar varsa, gelsinler; istikrarlı gelmeyi düşünmeyen arkadaşlarımız zahmet buyurmasınlar, hiçbir popülizmimiz yok. Bizim o anlamda insana ihtiyacımız yok; bizim birikim sahibi olacak, donanım sahibi olacak, sorumluluk alacak insana ihtiyacımız var. Sadece bizim değil, bu memleketin ihtiyacı var. Biz kendimizi ümmetin bir parçası olarak tanımlıyoruz; ümmetin ihtiyacı var. Dolayısıyla ciddiyet ve istikrarı algılayamadan bu çalışmadan biz herhangi bir şey sağlayamayız.

Evet; algı eksikliğimiz olmamalı. Biz, hem bu zeminleri iyi algılayıp, hem de hukuku iyi algılamamız lazım. Burada hukukçu arkadaşlarımız (burası için söylemiyorum) müthiş bir algı yanılması içerisindedir; hukukla alakalı ve hukukçulukla alakalı ilgi ve iletişimi sürekli derslerde anlatıyoruz. Onun için burada bir şey söylemeyeceğim; ama burada iman-amel bütünlüğü bizim için çok önemli. Bakın, birikimden bahsettik; ancak aktarılmayan birikim, sizi “kitap yüklü eşek”lere döndürür. Öğrendiğinizi mutlaka kendi çapınızda, arkadaşlarınıza aktarın, evinizde aktarın, aktaracak zeminler bulun. Bunun için sizleri Hasta Hakları Aktivistleri Derneğine, Mazlumder’e, değişik derneklerin mutfaklarına yönlendiriyoruz. Buradaki birikimi, oradaki insanlarla paylaşın; hem orda iş yapmış olmanın onurunu yaşayın, hem bir hayrınız olsun insanlara, hem de kendinizi geliştirin. Gerçekten de bu zeminlerde çalışan arkadaşlarımızla, o zeminleri paylaşmayan arkadaşlarımızın arasındaki farkı ben çok net görüyorum, sizler de görürsünüz; bu çok önemli.

Bu, “şık adamlık” ne demek?

Ahmet Mercan’ın, rahmetli Aydın Durmuş’la alakalı bir sözüdür bu. Aydın Durmuş, 29 yaşında kanserden ölen bir genç avukat arkadaşımızdı. Nerede bir hak arama mücadelesi var, orda biterdi. Yazıhanesinde de tek başınaydı; ne sekreter vardı, ne stajyeri vardı. Yazıhaneyi kapatırdı ve oradaydı; özellikle bayan arkadaşlarımız, eskiler çok iyi bilirler. Ve üzerine düşeni hakkıyla yerine getiren insanlardan bir tanesiydi. Vefat ettiğinde (Allah rahmet eylesin) Ahmet Mercan dedi ki,

“Buradan şık bir adam geçti; şimdi herkes daha dikkatli!”

Ben bu sözü herhalde hayatım boyunca unutmuyacağım; ama o adamı, o güzel “şık” insanı yetiştiren zemin önemli. Bakın, Mazlumder’de bir “Hukuki Yardım Merkezi” kuruldu. O merkezin asli elemanlarından bir tanesi de rahmetli Aydın’dı. O zemin Aydın’ı da geliştirdi. Şimdi bana bir arkadaşımız, Aliya sunumundan çıktıktan sonra; “Ya, Aliya çok büyük bir adammış abi!” dedi. Ben dedim ki, “Hayır, Aliya ve arkadaşları büyük insanlar.”; çünkü Aliya’yı, “Aliya” yapan, on altı yaşından beri beraber ve en sonunda da o *İslami Beyannameyi/Manifestoyu* yazan insanlardı. Hiç kimse (Peygamberler hariç) Allah’tan vahiyle şekillenmemiş, formatlanmamış; ama biz, birbirimizi formatlıyoruz, bakın dikkat edin. Biz, yaptığımız çalışmalarla, sunumlarla, raporlarla, araştırmalarla, tebliğlerle birbirimizi formatlıyoruz. Farkında olmadan bilgilendiriyoruz, donanım sahibi yapıyoruz ve her bir verdiğimiz yeni bilgi, verilen yeni bilgi bize, artı bir sorumluluk getiriyor; bu çok önemli. Öğrendiğimiz şey bize sorumluluk getirmiyorsa, biz zaten onun onurunu yaşamıyoruz. Ama her öğrendiğimiz bize bir sorumluluk getirdiğinde o zaman biz, onurlu insanlar oluyoruz, o zaman değerli insanlar oluyoruz. Ve bu değerli insanlar, bu zeminler —ki, bu zeminlere o “şık” adamlara izafeten “şık zeminler” diyoruz— bu şık zeminleri artırmalıyız ve tabii kalitesini de artırmalıyız.

Bir örgütlenme. Bu bir şema değil, bu yaptığımız çalışmaları çok böyle spesifik şey yapmıyoruz, sponten yapmıyoruz; ne yapıyoruz? “Salı/İstanbul ve” ve “Çarşamba/Ankara” diye iki grubumuz var. Bu grup içerisinde araştırmalar yapıyoruz, incelemeler ve su-

numlar yapıyoruz; bu bir faaliyet şekli. Etkinlikler, geziler yapıyoruz, seçimlerde görevler alıyoruz; bu da bir faaliyet türü. Sivil toplum mutfak çalışmaları yapıyoruz. Biraz önce söyledim, her birinizin görev aldığı sivil toplum mutfak çalışmaları var; buralarda örgütleniyoruz. Salı Grubu örgütlenmiyor; ama Salı Grubu üyeleri bu yan dallarda, yan alanlarda örgütleniyor. Bakın, belki yakın bir gelecekte yapacağımız şeyi de şimdiden söyleyeyim. Şimdi aramızda iktisatçılar var, bankacılar var, ekonomistler var; başka kimler var? Uluslararası ilişkilerde okuyan insanlar var. Mühendis var mı?

**İzleyiceler:** Mühendisler var...

**Muharrem BALCI:** Kim var ya? Ne işin var senin burada Furkan?

## EKOL/OKUL OLMA

Şimdi size ekolleşmeden (okul olmadan) bahsediyorum son zamanlarda. Hukuk çalışmalarımızı ekonomistlerle beraber yapacağız, iktisatçılarla beraber yapacağız, işletmecilerle beraber yapacağız; sosyologlarla, felsefecilerle beraber yapacağız. Yani hukuku yan dallarıyla besleyerek bu memlekete, bu insanlara ve tabii nihai tahlilde bu ümmete, önünü açacak hukuki düzenlemelerde görev alabilecek insanlar olacaksınız. Sadece hukukçu olmanız sizi “icramatik” yapıyor; ama ekonomist hukukçu, iktisatçı hukukçu veya bunların bir araya gelerek oluşturduğu daha geniş zeminler, daha anlamlı çalışmalara imza atacaktır. Bu da bir sonraki aşamamız olacak diye düşünüyorum, İnşallah becerebilirsek...

Şemayı tamamladık; ama içini doldurmakta yetersiz kalıyoruz, zaman buna müsait değil. Bu arada sizin sorularınızı veya katkılarınızı da alalım. Ekipteki arkadaşlar da bu anlamda eksik kalan yerleri tamamlasınlar.

## SORULAR VE CEVAPLAR

**Çarşamba/Ankara Grubu’ndan bir öğrenci:** Ben bir şey sorabilir miyim? Bu işte bize dayatılan çeşitli projelerle ilgili, bir kısmına “güzel neticeler verdi” dedik, “keşke biz yapsaydık; ama neticede güzel oldu” dedik. Yine bazı çekincelerimiz var. Sonuç olarak, nihaye-

tinde hani bu tür projelerin bizim üzerimizde uygulanması, iyi neticeler mi verecek; yoksa hani ne tür sakıncaları vardır, bunu bir somutlaştırabilir miyiz? Hani, ne bileyim cemaatler üzerinde ya da ondan öte bir ordu üzerinde bir baskının olması; işte siyasi kanatların merkeze çekilmesi. Hani bahsettik, bu tür projelerin bir kısmına dedik, güzel neticeler verdi diye. Bunların ne gibi zararı veya faydası olur? Hangisi daha baskındır?

**Muharrem BALCI:** Sezgin cevap versin.

**Sezgin:** Şimdi ben sadece bu soruyla ilgili değil, bu arada genel bir şeyler de söyleyeyim. Yıllar önce Saray Pidecisinde yaptığımız bir toplantı var; böyle yerde falan oturmuştuk.

**Muharrem BALCI:** Yarısı yerde; ama o zaman 30 kişiydik, şimdi 90-100 kişi oluyoruz.

**Sezgin:** Onun dışında birkaç konu var, bu soruya da tabi cevap vereceğim; daha doğrusu ben cevap vereyim dedim özellikle. Şimdi bu tür zeminler; elbette yani biz hukukçuyuz, burada çok sayıda hukukçu var. Bu niyetle, belki de bizim hassasiyetlerimizle, tam olarak bizim baktığımız yerden olmasa da başka yerlerde de birileri uğraşiyor. Kur'an'da da ifadesi var; işte; "Aranızda işi iyi bilen, kötülükten sakınan bir topluluk bulunsun." Yani o topluluk öyle sınırları belirlenmiş (X) Cemaati, (X) grubu falan değil; bu işi yapan herkeştir. Yani bu topluluğun fertleri zaman ve mekân sınırlaması olmaksızın her yerde olabilir, her türlü zeminlerde olabilirler. Değişik zamanlarda da olabilirler. Bunu üstlenen birileri hep vardır, olacaktır. Biz bu topluluktan birileri olmaya talibiz; yani böyle bir niyetle burada, böyle bir arada böyle bir şey yapıyoruz. Bunun bence şu anlamına dikkat çekmek lazım; biz, "Neden buradayız?" sorusunu sorarken, kendimizi bir yere konumlandırıyoruz. Bu konumlandırmada bir medeniyeti, bir aidiyeti vurguluyoruz. Ve bu vurgu, bu bütün içerisinde bizim, attığımız küçük bir adımın bile bu büyük binanın bir tuğlası ya da harcı olduğu anlamına geliyor. Ve bu yüzden bu kadar anlamlı, bu kadar önemli, bu kadar büyük aslında bu soruya verdiğimiz cevap... Yaptığımız uğraşları, bu anlamda hiç küçük görmemek, farkında olmak önemli tam da bu nedenle...

Soru bölümüne geleyim. Bir sürü proje uygulanıyor, çok sayıda uluslararası siyaset yü-

rütülüyor; bu arada bir sürü stratejik analizler falan da yapılıyor, Amerika'nın projesi, AB'nin projesi... Yani herkes bir şeyler yapar elbette, herkesin bir projesi, hesabı vardır, herkes bir siyaset yürütür; ama burada biz kendimizi nerde görüyoruz? Nasıl görüyoruz? Yani ben şuna karşıyım; sonunda bu stratejiler bu projeler karşısında kendimizi çok edilgen bir konuma yerleştiriyoruz. Bu çok yanlış. Yani bugün olan biten her şeyi işte diyelim ki, Amerika'nın projesi ve biz orda bir şeyiz, sadece yönlendirilen, üzerinde matematik hesabı yapılan bir unsuruz. Amerika ya da AB ya da İsrail ya da Rusya vs. bunlar ne istiyorsa, biz o doğrultuda yol ve rol alıyoruz. Bu, kendini yok saymaktır. Özneyi yani kendimizi yok ediyoruz. AB, ABD, burada bir iş yapmaya niyetlendiğinde, buranın en güçlü, en dinamik unsurlarıyla iş tutmaya çalışacaktır. Şu an bu ülkede Müslümanların daha etkin olduğu bir iktidar var. Çünkü Müslümanlar/İslamcılar bu ülkede güçlü ve dinamik. Yani gerçekten bu ülkenin yerli unsurları daha etkin, daha hâkim bir konumda oluyorlar yavaş yavaş. Süreç değişiyor. Bu değişim durup dururken olmadı. Yıllarca sürdürülen bir mücadele vardı, çaba vardı; birileri bir şeyleri ayakta tutmaya çalıştı ve bazı kurumları oluşturmaya çalıştılar. Hani birileri işte gençleri sandallara bindirip, diyelim ki denize açılıp denizde miting yaptılar. Bunlar basit şeyler değil, bunlar küçük şeyler değil. Ya da şey de enteresan...

**Muharrem BALCI:** Şimdi çok basit geliyor tabi de.

**Sezgin:** Süleyman Hilmi Tunahan'ın da benzer şeyleri var. Mesela Kur'an...

**Orhan:** Vagonlarda...

**Sezgin:** Kur'an eğitimi yapacak (Kur'an eğitimi yasak) taksi tutuyor, takside Kur'an dersi veriyor.

**Muharrem BALCI:** Trenle Ankara'ya gidip geliyor.

**Sezgin:** Bu arada trende vagona ya da takside ya da tarlada ırgatlarla Kur'an dersi yapıyor vs. Bu örnekleri çok arttırabiliriz. Yani bunlar hem çok basit şeyler değil hem de ciddi bir karşılığı var bu güne dair... Bütün bunlar kaybolan çabalar da değil. Elbette bunun bir sonucu olacak, bir getirisi olacak; yani burada/piyasada şu an olanlar yerden bitmiş

adamlar değil. Ve birileri bunlarla aynı siyaseti tutmaya, siyaset yapmaya, iş tutmaya niyetlendiğinde; buradaki aktörlerin yapay bir şeyle oluşturulduğu anlamına gelmiyor. Yani bu açıdan biz, kendimize haksızlık etmeyelim. Ben bu bakış açısını; yani olan-biten her şeyi “büyük güçlerin isteğiyle”, “Amerikan ya da falancanın şeyiyle oluyor” düşüncesini, akidevi bir problem olarak değerlendiriyorum. Hani neredeyse “şirk” diyeceğim de; bu biraz ağır olacak. Bu problemleri yaklaşım biçimi Allah’ın vasıflarını bu “büyük güçlere” izafe etmek anlamına geliyor. Yani onları “Tanrısallaştırmak” adeta... Çünkü hep onların istediği oluyor, onların istediği olmasa bile, olan yine de onların isteğiyle oluyor düşüncesi yani... Her planları tutuyor, çok enteresan! Ama değil. Her istedikleri olmuyor. Onlar “ol” deyince oluveriyor yani...

**Çarşamba/Ankara Grubu’ndan bir öğrenci:** Böyle bir propaganda da var, değil mi?

**Sezgin:** Evet, hem bu var, hem de bugün bizim bir özgüven problemimiz var. Hani diyelim ki, bir “Orta Doğu Projesi” diyor; ama tutmuyor. Ya da Irak’ı işgale geliyor, işgalde umduğunu gerçekleştiriyor/bulamıyor aslında. Ya da Afganistan’a gidiyor, yıllarca orda; ama yapamıyor. Rusya da yapamadı, Rusya Afganistan’a girdiğinde dağıldı. Yani işte bu aktörleri çok böyle Tanrısal bir konuma yerleştirmemek, kendimizi de küçültürüp —ki tamamen bir özgüven problemi tezahürdür bence— kendi kendimizi sıfırlamamız lazım. Hani bu son süreçlerde de; yani Kürt açılımı ya da işte bu Ermeni açılımı gibi konularında da bence kendimize o kadar haksızlık etmeyelim. Yani Türkiye’deki mevcut siyasi iktidarın da bir başarısı olabilir, Türkiye’nin dış politika vizyonundaki değişikliğin de bu bir başarısı olabilir.

**Orhan** (kısık sesle): Saat, saat...

**Muharrem BALCI** (kısık sesle): 12...

**Sezgin:** Dışişleri Bakanını övmek için söylemiyorum ama Dışişleri Bakanı’nın diyelim ki, Suriye’ye ya da Irak’a sadece birkaç ayda 30-40 gezi yapmış olması, yani ABD’nin o proje içerisinde ona biçtiği konumla açıklanamaz. Yani sadece üç defa da gidebilir. Orda kişisel bir şey var; bir aidiyet meselesi, bir iddia var. Yani bu kişisel bu gayret neyi ifade ediyor?

Diğer konulara da yine bu bağlamda bakmamız lazım; yani birileriyle ajandalar kesişmiş olabilir. Yani işte enerji koridoru olması bakımından, işte Türkiye’de bu anlamda istikrarının sağlanması gerekliliği; tamam olabilir. Ama burada da böyle yıllardır ama biz bu istikrarın mücadelesini vermiyor muyuz? Yani bu eğer zaman ve ajandalar kesişmişse bu bizim için bir fırsat olmaz mı?

**Çarşamba/Ankara Grubu’ndan bir öğrenci:** Diğer güçler de istikrar istiyorlar; öyleyse yanlış, kötü bir şeydir demek...

**Sezgin:** Tabi ki değil; yani senaryoyu mesela şöyle okuyalım. Eğer Türkiye’de sivil siyasetin alanını genişletmeye yönelik bu girişimler, bu çabalar eğer sonuçsuz kalsaydı ya da yeterli derecede çaba sergilenmemiş olsaydı Türkiye’de hem aktif, hem güçlü; diyelim ki, siyasi aktör şu anda Müslümanları da temsil eden, “muhafazakâr demokrat” fark etmez, bir siyasal iktidar olmasaydı, yani eğer bu siyasal aktör bugünkü duruma gelemeseydi, daha az çaba göstermiş olsaydı kesinlikle askeri bürokrasi daha güçlü olacaktı. Dahası uluslararası güçler bu sivil ve askeri bürokrasiyle iş tutmaya devam ederlerdi; sen bir aktör olarak ortaya çıkmasaydın eğer... Yani şu an diyelim ki, hani Ermeni açılımı yapamıyorduk, yani Kürt açılımı yapmak bile istemeyecektiler. Buradaki aktörün durumu önemli; buradaki siyasi aktörün hem temsil ettiği kitleler, hem de siyasi vizyonu bakımından bazı özellikleri var. Sen burada güçlüsün ve o seninle iş yapmak zorunda/mecburiyetinde kalıyor. Hani burada kendimize haksızlık yapmamak lazım; sorunun cevabını vermiş oldum mu?

**Mahir ORAK:** Ben de gelecek tasavvuruyla ilgili bir şey sorayım: Bugünlerde yaşanan şeyle hani tarihe “değişim” olarak yansıyabilir, öyle ifade edilebilir de; biz, grubumuz açısından (gerçi Muharrem Abi arada çok güzel ifade etti ama) şimdi neyiz, burada niçin varız, çok iyi ifade ettik. Ama geleceğe dair ne tasavvurlarımız var; ne olacak, ne olmalıyız ya da ne kalmalıyız? Bunu arada söylemekle beraber bunu derli-toplu bir başlık halinde ifade ederseniz iyi olur.

**Kaya:** Yani bu biraz da, ne olduğumuzla alakalı zaten; ondan bağımsız bir şey değil bana göre.



**Mahir Orak:** Öyle; ama şimdi, bir de “Ne kalmalıyız?” da var; yani burada böyle mi kalacağız, yoksa bir değişim hareketi yaşayacak mıyız, değişecek miyiz? Bir evrimleşme yaşayacak mıyız; yoksa yani biz, halimizi korumak da bir gelecek tasavvurdur en nihayetinde, bu anlamda...

**Kaya:** Bu soruya da cevap verebilir miyim?

**Muharrem BALCI:** Şimdi ben bir şey söyleyeyim; tekrar sana vereyim istersen.

Mesela ben hiç şöyle düşünmedim; “insanların hayatını, geleceklerini biz belirleyelim!”, bu çok yanlış bir şey. Ben kendi çocuklarımla bile geleceklerini belirleme noktasında hiç müdahil olmuyorum. Ama hep “tarihî gerçeklikten, gelecek tasavvuruna” ifadesini kullanırken aradaki zaman ve zemin boşluğunu doldurmaya çalışıyoruz. Bugünden geriye doğru tarihi gerçekliğe giderken, neyi kastettiğimizi anlattık; burada bir ihtilaf yok. Burada şahsi bir beklenti falan da yok, geçmiş bunlar; ama gelecekle ilgili öngörümüzü, tasavvurumuzu belirlerken bugün ne yaptığımızı ve ne yapmamız gerektiğini işlemeye çalışıyoruz. Şu an yaptığımız şey, çok mevzi bir şey; bir araya geliyoruz, tebliğler yapıyoruz. Ama hak arama zeminlerinde çalışıyor olmamız, buraları da işletiyor olmamız bizim gelecekle alakalı gerçekten hak arama bilincine sahip bir toplum oluşturma çalışmalarımızın bir parçası. Bunu çok önemsiyoruz; hem kendi kişisel onurumuz açısından, hem toplumun onuru ve geleceği açısından çok önemsiyoruz.

Biraz önce Sezgin dedi ki, “Yani o küresel aktörler, burada iş tutacak adama göre proje yaparlar”; çok doğru. Türkiye’de İslamlaşmanın önüne geçemediler; eğer İslamlaşmanın önüne geçselerdi, tutsaydı o proje bugün bunlar askerlerle, ihtilalcilerle iş tutacaklardı. Onların istikrarlılaştırdığı; yani sivil ve asker bürokrasinin hâlâ hüküm sürdüğü, diğer bütün insanların tebaa zihniyetine sahip olduğu bir istikrarlı ülkeden bahsediyor olacaktık. Ama bu yapı, bunu kaldırmadı zaten. Nasıl kaldırmadı? Kemalistlere rağmen, Müslümanların çalışmalarıyla hem siyasi aktörler ürettik hem cemaatsel aktörler ürettik, hem farklı alanlarda aktörler ürettik ve bunlar sivil hayatın alanını genişlettiler, askeri alanı biraz daha daralttılar. Ve hepimizin bir beklentisi vardı, bir gelecek öngörümüz vardı; “Türkiye’nin istikrarlı bir ülke

olması”, ama Müslüman bir ülke olması, komşularıyla Müslümanca ilişkiler içinde olması ve dünyayı kuşatacak fikri derinliğe sahip olması gibi. Daha bir şeyler sayabilirsiniz.

Şimdi, bütün bunlar toplumda karşılığını buldu; az veya çok. E, şimdi küresel aktörler bizim toplumumuz veya coğrafyamız üzerinde bir şeyler yapmaya kalktıklarında veri olarak hangisini alacaklar? Merkez Kemalistleri veya Sol Kemalistleri almıyorlar; bitirmişler çünkü onların düşünsel enerjilerini yok etmişler. Ama bu tarafta son derece diri, aktif, bir şeyler yapmaya çalışan, kendini aşmaya çalışan bir insan topluluğu var; ama cemaatsel, ama bireysel. Şimdi bunlar üzerinden bu projeyi gerçekleştirecek. Ama ben diyorum ki, bunu yaparken bu küresel aktörlere partnerlik yapacak olan siyasetçiler veya değişik sivil aktörler yanlış yapabilirler ola ki, eksik yapabilirler veya yapamayabilirler.

Bununla birlikte biz her halükarda; ister cemaat üyesi olalım, ister free olalım ama her halükarda birikimli ve donanımlı olmalıyız, yanlışları görebilmeliyiz. Yanlışları görmek için dünyayı okumamız gerekiyor; tarihimizi okumamız, coğrafyayı okumamız. Bunları iyi bilirsek, yanlışları görebiliyoruz; bunları okumasak, yanlışları göremiyoruz bir. Bir de hak arama bilincine sahip olmadığımızda da yanlışları göremiyoruz. O zaman tebaa oluyoruz. Tebaa olduktan sonra bunları konuşmaya gerek yok ki; onlar yapsınlar, biz uygulayalım. Böyle olmadığımız için, bu yapıya uygun bir dizayn düşünüyorlar; bizim projemizle çakıştı bu, işin doğrusu çakıştı. Ama bu çakışmadan kimin galip gelmesi gerekiyor? Bizim!

Nasıl galip geleceğiz? Kendi alanımızda iyi alan çalışmaları yapacağız; kendi alan çalışmalarımızı yan dal alanlarla birleştireceğiz ve kendi ülkemizin daha sonra da İslam coğrafyasının alanlarını kuşatacak çalışmalar ortaya koyacağız. Ve biz varken yanlış yapamayacaklar; işte o “şık adam” dediğimiz şey o! Biz varken yanlış yapamayacaklar ve biz varken birilerine görev veremeyecekler. Biz varken Şwartz gelemeyecek, biz varken Hırş gelemeyecek; memleketin sahibi biziz, bu çalışmaları biz yapıyor olacağız. Ama biz yapıyor olmak için ciddiyet, istikrar, algı, iletişim, donanım, birikim; bunların hepsini gündemimize alıp, gerçekleştirmemiz lazım, özet bu.

**Kaya:** Bu soruyla da alakalı olacak birazda, Sezgin ağabeyin açıklamalarıyla da alakalı. Ya şimdi bu bahse konu bir özgüven problemi var; evet, özellikle milliyetçi çevrelerde yaygın bir şekilde dillendirilen. Buna kapılmamız gerektiği noktasında zaten hemfikiriz. Ama bu, tersinden bir özgüven problemleri etmemeli bizi; yani işleri iktidara havale etmek, işte iktidarın bu dış politikadaki gücüne kapılmak, bir yandan da dış politikaya eklenmiş bir aydın bakışı üretmek, bu da bizim işimiz olmamalı. Nihayetinde biz, kendi işimizi yapıyoruz; işte hukukçuyuz, Türkiye’de bulunan bir hukukçuyuz, Orta Doğu’da, İslam dünyasında bulunan bir hukukçuyuz. Sorumluluklarımız var. Biz bu sorumluluklarımızı yerine getirdiğimiz müddetçe (hesapsız olarak özellikle); doğaldır, bazen çatışmalar olacaktır. Bunlar, artık o anki pozisyonumuza göre cevap vereceğimiz durumlardır; ama eğer çakışma hesabıyla veya çakışma olsun diye bir seyir haline getirirsek çalışmalarımızı, bu bence daha büyük bir problem. Yani o bahse konu özgüven probleminden daha büyük bir problem; buna da dikkat etmek gerekiyor, diye düşünüyorum.

**Yasin:** Şimdi ben, Muharrem ağabeyin anlattıklarından çıkarttığım bazı sonuçlar var. Muharrem Abi bir Batı medeniyetinden söz etti, Alak Suresinden bahsetti; onurdan ve onursuzluktan bahsetti. Şimdi, Batı medeniyeti, bir medeniyet olma iddiasıyla bizim karşımıza çıktığı vakit, karşısında bir sağlam İslam medeniyeti buldu ve elbette ki, bu İslam medeniyetiyle bir çatışma içerisine girmesi gerekiyordu. Karşısında sağlam bir medeniyet bulunca kaçınılmaz olarak bu medeniyetle çatışması ve neticesinde de kendi medeniyetini kurması ve kendi medeniyeti için bu medeniyeti bir şekilde yok etmesi gerekiyordu. Bunun için bize en büyük dayatım olarak “birey”i sundu; “birey hakları”nı sundu.

Benim kanaatimce İslam medeniyetinin en önemli unsuru şudur? Biz, öncelikle kuluz; daha sonra ümmetiz, daha sonra da bireyiz, daha doğrusu öncelikle Allah’ın bizim üzerimizde hakları var, daha sonra ümmetin bizim üzerimizde hakları var. Ve en sonunda bizim haklarımız gelir. Maalesef, Batı’nın bize dayattığı medeniyet tarzında ise şu vardır; öncelikle siz bireysiniz, öncelikle sizin haklarınız var. Bunun yanında zaten Allah’ın bizim üzerimizdeki haklarını, Yaraticının haklarını bir şe-

kilde yok sayan bir medeniyet algısı var Batı’nın. Bunun haricindeki diğer insanların bizim üzerimizdeki haklarını da çok sınırlı gören bir yaklaşımı var. İşte en sonunda da batının bize dayattığı birey olma duygusu, birey içgüdü bizi onursuzluğa iten sebeplerden bir tanesi oldu.

Bu anlamda son birkaç yüzyıla baktığımızda; —Ben Batı medeniyeti derken bunu çok eski Avrupa’da veya işte kurulmuş medeniyetler olarak algılamıyorum, Batı’nın son birkaç yüzyılda medeniyet olma iddiasıyla ortaya çıktığı zamanları değerlendiriyorum— kanaatimce Batı medeniyeti bir medeniyet değildir, medeniyet olma sürecini tamamlayamamıştır.

Neden bir medeniyet olamamıştır? Çünkü Batı, maalesef kendi insanının dışındaki insanlara hiçbir şey vaat etmemiştir. Batı medeniyeti bu iddiayla ortaya çıktığında, Muharrem ağabeyin de dediği gibi emperyalizm, sömürü düzeni ve kendisinden olmayanları yok saymak gibi bir algısı ve anlayışı vardı ve hâlen bu devam etmekte; dolayısıyla da medeniyet olma sürecini tamamlayamamıştır. Batı medeniyeti ortaya çıktığında karşısında sağlam duran (işte Muharrem ağabeyin de dediği gibi) tek bir medeniyet buldu; bu da İslam medeniyetiydi. Ve bu medeniyeti yok etmek noktasındaki çabalarında da bize maalesef birkaç yüz yıldır dayattığı sekülerizm, pozitivizm ve konformizm dediğimiz şeyin, esasında bireysellik var, bireycilik var. İşte bugün bizim, memleketimizden gönderirken; “Ya kardeşim, sen hiçbir şeye karışma, git, okulunu tamamla...” diyen anne-babalarımızın ya da etrafımızdaki bizzat benim arkadaşlarımdan şahit olduğum akşam evine giden ve bu ümmetin derdiyle dertlenmeyen insanların en büyük problemleri, onların artık birey olarak hayata bakmalarıdır.

Dediğim gibi “Neden buradayız?” sorusunun cevabı da bence bu ve bütün Muharrem Abi’nin anlattıklarının özeti de esasında bu. Biz, bu onursuzluğa karşı çıkmak için buradayız, biz bu onursuzluğu yapmamak için buradayız; biz “birey” değiliz, biz bir “ümmetiz”. Allah’ın bizim üzerimizde hakları var, ümmetin bizim üzerimizde hakları var; en sonunda bizim haklarımız gelir ki, benim sıralamamda da, kanaatim de budur. Öncelikli olan Allah’ın üzerimizdeki haklarıdır, sonra ümmetin hakla-

rıdır; en sonunda bizim haklarımız gelir. Benim söyleyebileceklerim bunlar.

**Orhan:** Salondan soru sormak isteyenler vardı, söz almak isteyenler vardı.

**Veli GÜRBÜZ:** Bir şey sormak istiyorum, sömürü düzeniyle alakalı. Ve karşısında İslam medeniyet var. Batı medeniyeti şu anda İslam medeniyetini şekillendiriyor. Burada az önce olumlu şeyler geçti; Batı medeniyeti bizi çok mu seviyor?

**Yasin:** Yani esasında bu sorunun cevabı tam tersi bir şey. Batı bizi sevmiyor. Kendisi bir medeniyet olma çabasıyla ortaya çıkmış bir toplum. Ve Abdurrahman Aslan'ın çok güzel bir sözü var; diyor ki, "Bu Batı medeniyeti, medeniyet olamamıştır, medeniyet de olamayacaktır; çünkü artık bir çöküş içerisindedir." Biz Batı'ya baktığımız zaman hani; bizde, bizim toplumumuzda şöyle bir algı var; Batı'nın kendi insanının yaşam tarzına veya Batı'nın kendi insanına sunduğu o konformizme bakarak oradaki yaşamın veya o toplumun modern bir toplum olduğu veyahut da medeniyet olduğu algısına, kanaatine varyyoruz ki, bu medeniyet için yeterli bir şey değil. Ahlaken, vicdanen çökmüş bir Batı var bugün ve Abdurrahman Aslan'ın söylediği söz de o idi. Diyordu ki; "Batı medeniyeti bir medeniyet olamayacaktır, hiçbir zaman da olamamıştır ve sonu da çok yakındır. Ve tarihteki medeniyet olma iddiasıyla ortaya çıkmış ama bu sürecini tamamlayamadan tarihten silinmiş en kısa süreli medeniyet başlangıcı gibidir" diyor. "Ama benim tek bir korkum var. O da, bu medeniyetin Müslümanlar eliyle tamamlanmasıdır" diyor. Ve "eğer böyle giderse Batı medeniyeti, kendisini Müslümanlar eliyle tamamlayacaktır" diyor. İşte sorduğunuz sorunun cevabı bu, Batı maalesef kendi medeniyetini tamamlayamayacak ve bunu Müslümanlar eliyle yapmak için uğraşılıyor, yoksa bizi sevdiğinden falan değil.

**Muharrem BALCI:** Ben bir ekleme yapayım. Şimdi Batı medeniyeti derken bir tanımlama yaptık. Burada İslam medeniyetine, dolayısıyla İslam âlemine, Müslümanlara düşmanlık besleyen böyle bir temel kalkışmayla yola çıkan bir medeniyetten veya medeniyet teşebbüsünden bahsediyoruz. Ve tabii nihai tahlilde Batı, bizi çok sevdiği için bizim burarlarda planlama yapmıyor. Bu organizasyonlar,

planlamalar bizi sevdiği için değil kendi rahatlığını devam ettirmek için buraları yeniden bir dizayn etmeye çalışıyor. Bizim de, içinde bulunduğumuz bu kaostan kurtulmak gibi bir niyetimiz var, düşüncemiz var, çalışmamız var; Müslümanlar da Türkiye'de bunun için bir çalışma yapıyor. Elbette ki, onlar daha büyük güç olarak burada planlama yaparken biz de kendi planımızı uygulamaya çalışıyoruz, denkleştiriyor; ama şunu unutmamak gerekiyor, Batı'nın Allah'a savaş açmış bir topluluk olduğu ki, (sekülerleşme bu demektir) bunu unutmamak gerekiyor. Ve Allah bir ayet-i kerimede diyor ki, "*Allah, sizin elinizle onları cezalandırmak ister.*" Bakın bu çok önemli, "*Allah sizin elinizle...*" Yoksa Allah'ın onları kahretme iradesi, gücü yok mu? Ama bunu sizin elinizle yapmak ister. Peki, bizim elimizle nasıl yapacak? Yani bizim elimizde o silahlar yok, atom yok, füzemiz yok; yani o devasa uçak gemilerimiz yok. Ama Allah, "Onlara sahip olursanız bunu yaparsınız" demiyor. Allah'a kulluk ederseniz, Allah sizin elinizle onları cezalandırmak ister.

Aliya sunumunda bir şey söylemiştim; demiştim ki, "Belki de Allah Boşnak Müslümanlara o zaferi, sadece bunu düşündükleri için vermiş olabilir. Sadece o tüneli açma fikrini bir Müslümanın ortaya atması dolayısıyla vermiş de olabilir. Veya o tüneli ilk kazmayı vuran irade veya o niyet, o gayrete de; buna karşılık da vermiş olabilir." Yani bizim herhangi bir hayır emelimiz ve amelimiz Allah'ın, onları kahretmesi için yeter neden de olabilir. Ama bu niyeti ve bu ameli, bu gayreti taşımamız gerekiyor; olay bu, onların bizi sevmesi-sevmemesi önemli değil. Allah bizim elimizle onları cezalandırmak ister; bu Allah'ın sözü. Şimdi bu söze uygun olanı; yani çok net, biz "kendimize yakışanı" yapmamız gerekiyor, ondan sonrası O'nun bileceği iş. Biz, tarihte bunun hep örneklerini gördük; Allah'ın çok önem verdiği bir ameli işleyen Müslüman'ın, o amelinin yüzüsuyu hürmetine düşmanlarını kahrettiğini biliyoruz. Allah'ın çok içten bir duaya, nasıl cevap vererek çok büyük güçleri kahrettiğini biliyoruz. Yine Allah'ın, mazlum insanların ahına binaen medeniyetleri kahrettiğini biliyoruz; ama o kadar içten dua, o kadar içten amellerle gerçekleşecek olduğunu biliyoruz. Ancak ben hukukçu olarak benim, üzerime düşeni yapmam halinde Allah onları benim elimle cezalandıracak. Bu inançta

olduktan sonra, bunun arkasından iman-amel bütünlüğü gelir. Orada işte bize birikim gerekiyor, donanım gerekiyor, aktarım gerekiyor, örgütlenme gerekiyor ve bu zeminleri daha çok sayısal olarak artırmamız; ama keyfiyet olarak da zenginleştirmemiz gerekiyor. Yapalım, bakalım ne olur? Yapmadık ki; ama bunu yaptığımızda, bunun sonuçlarını alacağız.

**Kaya:** Abi, yani burada Batı'nın veya iktidarın planlarıyla çakışmak için de özel bir gayret göstermemek gerekiyor. Böyle bir yönelim de var; zira işte TGTV örneği belki bu anlamda önemli bir örnektir. Yani; evet birileri kendi işini yapsın, yapıyorlar da zaten, yani bize rağmen. Biz burada kendi işimize bakmalıyız.

**Muharrem BALCI:** İktidar yapıyor, hoşumuza gidiyor bazı şeyler; ama bir sivil toplum kuruluşu olarak iktidarın gençlik kolları veya dernekleri olmamalıdır. Kendi planımız, projemizi uygulayalım; iktidar da kendi işini yapsın. Yok, öbür türlü yapacaksak; o siyasete gidip, orda yapmak gerekiyor. Öbür türlü yaptığınızda iktidarın, yanlışları da sizin hesabınıza kaydolur. İktidar, başarılarını sizinle paylaşmıyor; iktidar, genel itibarıyla (istisnalar hariç) insanlarla temsil ediliyor. Ben o insanların yanlışlarını paylaşmak keyfiyetinde olmamalıyım. Doğrularını; Ahmet Davutoğlu çok güzel şeyler yapıyor, hatta bir ifadeyle "ümmetin dışişleri bakanı". Çok güzel. Ama benim, "emr-i bi'l-ma'ruf" gibi, İslam'ın altıncı şartı diyebileceğim bir görevim var. Ben bunu Ahmet Davutoğlu'na karşı da yaparsam görevimi yapmış olurum. "Emr-i bi'l-ma'ruf" müminin, mümine uyarısıdır. Eğer bunu yapmayacaksam; Ahmet Davutoğlu benim kardeşimdir, işte hükümetin dışişleri bakanıdır, kol kırılır yeni içinde falan, böyle bir şey yok. Ben sözümü söylerim; ama onu alkışlarım, severim, yüreğime basarım, bu ayrı bir şey. "Ama arkadaş ben böyle düşünüyorum" da demeliyim. Bunu demek için bağımsız olmalısınız; bağımlı olursanız, diyemezsiniz. Suriye'de hukukçularla iş tutarsanız, iktidardan önce oraya gider iş tutarsanız bunu bir daha diyemezsiniz. İktidara anayasa yaparsanız, bunu diyemezsiniz. Çeçenistan'a ziyarete gidip Kadırov'u alkışlatırsanız bunu diyemezsiniz; yapamazsınız! Yapacağımız o kadar çok iş var ki? Bunları, bırakın iktidar yapsın.

**Çarşamba/Ankara Grubu'ndan bir öğrenci:** Peki, bir şey sorayım; hani uzun vadeli hedef

olarak işte kanunların yeniden yorumlanması şeklinde bir şey geçti, yanlış hatırlamıyorsam. Hani bunun da yapılma yolu, sonuçta hükümetler adına kanunlar yapmakla olur. Siz de dediniz, hükümetin kanunculuğunu yapmamak; hani birbiriyle çatışmıyor mu?

**Muharrem BALCI:** Şimdi orda ben, "şipariş almama" ifadesi kullandım. Bizim işimiz o siparişleri almak değil. Biz hukuk üreteceğiz tabii; ama bugüne kadar yaşadığımız bir tecrübemiz var. O zeminleri, o niyetlerle paylaşan arkadaşların düşünceleri kaim olmadı, hesaba katılmadı, bu bir. İkincisi; bu tip uygulamalar, çok palyatif uygulamalar. Bir kere sizin sözünüzün bir kıymet-i harbiyesi olması için, sizin tanınmanız ve kabul görür olmanız lazım. Yani, kendinize bakacaksınız; "Ben neyim, ben bunu yapabilecek durumda mıyım?" "Anayasa çalışması yapıyoruz, yirmi kişi lazım; çalışmak isteyenler buyursun!" Öyle bir şey olur mu? "Yirmi anayasa hukukçusu arıyorum!" demek lazım, "yirmi tane amele" değil. Ne oldu sonra? Bu çalışmalar geberdi, gitti.

Buna benzer bizim, "sağ muhafazakâr" kuruluşlarımızın yaptığı bir sürü yanlış var. Birlik, donanım, okul olacaksınız ve sizin söylediğiniz işaret olacak. "Adam gibi adam" olarak söyleyeceksiniz! Sizi öyle kabul etmiyorlar ki. Göstermelik sivil toplum kuruluşlarını bir araya getiriyorlar, "Arkadaşlar ne düşünüyorsunuz bu hususta?" Sonra bildiklerini yapıyorlar. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı kanun hazırlıyor, hiç kimseye de sormuyor; sorduğu zaman da "iş olsun" diye soruyor. Ya bu adamlar ne yapıyorlar? Bugüne kadar tek bir kere hak arama işlevine şahit olmadığımız insanlar bu kurullarda görev yapıyorlar; sonra da bize gelip diyorlar ki, "Arkadaşlar bize yardım etsenize!" Senin neyine yardım edeyim ben! Sen bu amaçla, bu niyetle, bu gayretle orda değilsin; sen bürokratsın, sen karnını doyuruyorsun, sen geleceğini düşünüyorsun. Ben bu alanları teptiğimde, bu alanlarda dayak yediğimde, taş yediğimde; sen, çok farklı düşünüyordun, o biraz evvel söylediğim çocuk gibi, "Meydanlarda bağırıp da ne olacak!" diyen adama ben kanun yapmam ki! "Sivil toplum kuruluşları Gazze vurulurken neredeydi?" diyen bir başbakana, kanun yapmam ki! Başbakan o düşüncesinden vazgeçtiğinde, benim eylemimi kutsadığında ben ona kanun çalışmasında yardımcı olurum. Bunlar o in-

sanların zaafıdır; bunları söyleyeceğiz, o söylemlerinden geri adım atacaklar. Hak arama bilincine sahip çıkacaklar, bize sahip çıkacaklar, meydana sahip çıkacaklar; Ceylan'a sahip çıkacaklar, 12 yaşındaki çocukların mahpushanelerde çürümelerine sahip çıkacaklar. Hâlâ kanun çıkmadı, hâlâ engel olmadılar; benden anayasa bekliyor. Ne yapacaksın benim anayasamı; nereye koyacaksın? Ne işe yarayacak bu anayasa? Yaptım mı, oldu; yaptınız mı oldu, bunlar çok yanlış. Biz, geleceğimiz için çalışıyoruz; başbakan için değil, Davutoğlu için değil, AK Parti için değil, Amerika için değil, Türkiye için değil. Biz Müslümanız, Allah'ın rızasını kazanmak için çalışıyoruz.

Şu saydığım düşüncedeki insanlara kanun yapılamaz, yapsanız da bir harbiyesi olmaz. Sizin bu yaptığınız onların düşüncelerini değiştirmez. Onları başka ortak platformlarda ben yanımda görmeliyim. Benim yanımdaki gençleri alıp siyaset sahnesine, 18-20 yaşında soktuklarında ben onların karşısında dururum. Benim hukuk çalışmama, ekonomi çalışmama, siyaset çalışmama, uluslararası çalışmama güç verdiğinde, yardımcı olduğunda, orada bizzat bulunduğunda ben onunla kardeş olurum. Ama siz, "Siyasetin dengelerini kendimiz koruyacağız, ekonominin dengelerini kendimiz koruyarak biz kendimize devşireceğiz." dediğinizde, ben sana ekonominin kurallarını yönetecek kanunlar yapmam; yaparsam, o zulme ortak olurum ve ortak oluyoruz. Bu siyasi duruşu gösteremeyen arkadaşlarımız, hep ortak oldular ve sağcılaştılar.

Bakın, on iki yıldır bu çalışmayı yapıyorum ben. İsmi zikredebileceğimiz hiçbir avukat arkadaşım, "Burada ne yapıyorsun?" diye bana sormadı, on iki yıldır; biliyor musunuz bunu? İsmi zikredebileceğiniz hiçbir avukat ağabeyiniz, üstadınız. Bu ne anlama geliyor, söyler misiniz? Bana sordular da bu arkadaşlara sordular mı; size sordular mı? Niye sormuyorlar? Biz burada çelik-çomak mı oynuyoruz, topaç mı çeviriyoruz? Rüyalarına giremeyen bir çalışma yapıyoruz, arkadaşlar! Evet, bunu çok ısrarla ve iddialı olarak söylüyorum. Mazlumder'de bu işleri yapıyoruz, Hasta Haklarında insanların ümidi oluyoruz, Tüketici Haklarında oluyoruz; her zeminde şu ümmetin ümidi oluyorsunuz. Peki, bu insanların gözünde bir değeri var mı, söyler misiniz? Biz konuşurken burada istisnaları koyuyoruz,

genel profili çiziyoruz; diyoruz ki, "Falancalar istisna!" diyoruz, cemaatlerle ilgili rezervimizi koyuyoruz, siyasetçilerle ilgili rezervimizi koyuyoruz. Onlar hiçbir istisna göstermiyorlar. Buna layık değiller. Bizim, bu anlamdaki düzenleme yapma çalışmamıza layık değiller; kaldı ki, onların layık olduğunu düşünen arkadaşlarımız da, o çalışmaya layık değiller.

*Bir dileyici* (sesi duyulmuyor): (...)

*Muharrem BALCI:* Yok, ortak değiller de siyasi duruş yok, siyasi bakış yok; yani şimdi biz diyoruz ki, "Neden buradayız?" Bu soruyu sormazsanız, her şeye maydanoz olursunuz; bu soruyu sorarsanız, işinizi yaparsınız. Onun için, "Neden buradayız, ne işimiz var burada?" bunu anlatmaya çalışıyoruz. Yani biz burada bir şeyler yapmalıyız, yapıyoruz; "Niye buradayız?" bu soruyu sormazsak, her işi yaparız, herkesin işini yaparız. Vakit...

*Orhan:* Beş dakikamız, beş-on dakikamız var.

*Bir bayan dinleyici* (sesi ilk anlarda duyulmuyor): (...)

*Orhan:* Yalnız bu korsan tebliğ olmasın.

*Yüce YILMAZOĞLU:* Yani kâinatta insanın varlığı; hayatı ve ölümü açıklayacak cevaptan Batı yoksun. Bu cevaba en yakın duranlar da, bu İslam medeniyetinin külleri üzerine oturan İslam ümmetinin çocukları olarak özellikle bu cevapları özenle bizden saklayan bir rüzgârın gelip yıktığı o medeniyetin üzerinde oturan bizler, tekrar bunu oluşturmaya çalışacağız; ama bu nasıl olacak? Bize bir mercek verildi; başarılarımızı gölgeleyen, bütün başarısızlıklarımızı büyüten bir mercekten dolayı hepimiz özgüven eksikliği hastalığına yakalandık. Ama bunu terse çevirecek şey de şu olmamalı; yani boş bir özgüven pompalamasıyla, hiçbir donanımına sahip olmaksızın, hiçbir konuda çalışma yapmaksızın, "Biz bu büyük medeniyetin varisleri" diyerek her çalışmaya girsek başarısızlıkla çıkacağımız kesin. Ve başarısızlık da bizi umutsuzluğa götürecektir. Allah, Muharrem Abi'nin ve birçok insanın bu şekilde başlattığı çalışmaların inşallah, Rabbim tarafından bereketlendirileceğine inanıyorum. Bizlerin de o noktada buna layık olabilmesi duasıyla bitirmek istiyorum. Bizi bekleyen en büyük tehlikenin sekülerlik olduğunu da burada tekrar ben altını çizeyim; çünkü bu cevabı verebil-

memiz için, sekülerleşmeden uzakta durmamız gerekiyor. Çünkü seküler dünya algısı sadece dünyayı açıklamaktan bile nerdeyse yoksun; çünkü hayatı, ölümü ve ölüm sonrasını açıklamaktan tamamen yoksun bir anlayış. Bizim geniş bakmamız gerekiyor. İki uçlu, iki kutuplu bir hayat algısıyla bizim hareket etmemiz gerekiyor. Bence sınırlı dünya hayatı için geliştireceğimiz projeler, planlar ve yapacağımız çalışmalar çok sınırlı, kıt ve dar bir anlayış ürünü olacak ve ona göre meyve verecek. Rabbim çalışmalarınızı bereketlendirsün inşallah.

**Orhan:** Âmin.

**Bir erkek dinleyici:** Ben bir şey diyecektim siyasete ilişkin; ama Muharrem Bey kızınca vazgeçtim.

(Gülüşmeler...)

**Muharrem BALCI:** Bir dakika, ben kızmadım; ama bazı şeyleri özellikle sert söylemek ihtiyacı hissediyorum. Farklı söylemleri dillendirenlerin hiçbirinin mücadele hayatı benim kadar eski değil. Benim siyasi hayatım yok değil; ben, dibine kadar siyaset yapıyorum burada. Politika yapmıyorum; ama siyaset yapıyorum. Her şeyin bir siyaseti var; hukukun da siyaseti var, insan hakları söyleminin de mücadelesi ve siyaseti var. Hepsinden fazla, siyasi hayatım var benim. Ama ben, bildiğim doğruları “Emr-i bi'l-ma'ruf” olarak söylemek zorundayım. Bu, Başbakan da olsa, Ahmet Davutoğlu da olsa, Hüsnü Tuna da olsa; kim olursa olsun, Mehmet Akif Aydın da olsa. Bildiğiniz, toplumda öne çıkmış bütün insanlar için bu geçerli; onlar için de, bana karşı da geçerli. Herkes bir işlev ortaya koyuyor; diyorum ki, “Arkadaşlar, böyle bir tehlike var, kendimize vaziyet alalım!” Kim olursak olalım; ama söylemlerinize dikkat edin. “Bir başbakan olarak bunu söylememen gerekir” diyorum. Söyledi, geçti; unuttum gitti, ayrı bir şey. Yeri geldiğinde hatırlatırız; ama o benim hasmım değil, düşmanım değil. Davutoğlu her şeyi doğru yapacak bir şey değil; ama Akif Emre nasıl ikaz ediyor. Akif Emre Ahmet Davutoğlu'nun, kendisi kadar bunları düşüneceğini bilmiyor mu? Ama bizim de bir görevimiz var canım, bu toplumda. Yapılanların nasıl değerlendirilmesi gerekir, bir görüşümüz var; eğer bunu söylemezsek, herkes yapılan her şeye âşık olur. Bizde âşık olma diye bir şey yok; biz tasvip ederiz, tasdik ederiz veya red-

dederiz, itiraz ederiz, itizalciler oluruz. Böyle olmalıyız; her şeye “Eyvallah!” diye bir şey yok. Ha, “Hükümetimiz daha iyi düşünür!” Hayır. Ha, biz çok iyi politika da bilmiyoruz işin doğrusu; onun için motamot söylüyoruz.

Size bir Oflu hikâyesi anlatayım: Hikmet Sami Türk (Adalet Bakanı), kendisi Oflu ya. Yayla şenliklerine gidiyor, orda etrafında da partililer. İşte şenlikler bitiyor, ayrılacaklar; herkese soruyorlar, bilhassa köyün yaşlılarına:

— “Emice, nasıl gidiyor işler, hükümetle aran nasıl, devletle aran nasıl?” Herkes,

— “Allah devlete, millete zeval vermesin!” böyle devam ediyor. En sonunda, uzakta 80 küsur yaşlarında bir çoban görüyor, “Bir de ona soralım!” diyorlar, yanına gidiyorlar. Popülizm yapacaklar ya...

— “Emice nasilsun?”

— O da, “Allah razı olsun” diyor.

— Hükümetle, devletle aran nasıl?”

— “Allah hükümete, devlete zeval vermesin; ama şu Rus hükümetinden şikâyetçiyim!” diyor: “Rus hükümetinden!” Şaşırıyorlar tabi.

— “Ne alakası var Rus Hükümetinin burasıyla emice?” diyorlar. O da şöyle diyor:

— “Ha buraya bir yol yaptılar, 80 sene oğune; gelip de bakmayiler oğal!” diyor.

Biz, bunlar kadar güzel söyleyemiyoruz; bu “çarıklı erkân-ı harp” söylemidir. Biz de 80 yaşına geldiğimizde, herhalde onlar gibi söyleyebiliriz; ama biz de böyle dikine söyleyeceğiz, ne yapalım. Burada söyleme değil, içeriğine takılmak gerekiyor. Herkes farklı söylüyor; kimisi yumuşak, kimisi sert, kimisi bağırarak. Kızmak yok; siyasette “kızmak” diye bir şey yok. Ama siyasette de “yaltaklanmak” diye bir şey de yok, o zaman politika oluyor. Biz, politika yapmıyoruz; diyoruz ki, “Arkadaşlar biz hukukçuyuz, üzerimize düşen bu; bunu yaparken de bazı ilkelerimiz var, bu ilkelere saygı gösterin” diyoruz. İlla da, “Sahip çıkın, bunu yapın” demiyoruz; saygı gösterin, insan hakları mücadelesine saygı gösterin, insan hakları mücadelesini sahiplenin. Bakın, “Yardımcı olun!” demiyoruz; bakın “sahiplenin, bu söylem var, bu söylemi reddetmeyin, görmezlikten gelmeyin, 12 yaşındaki çocukları hâlâ hapiste süründürmeyin.”

Buna "Açılım" diyorsunuz; niye peki, daha önce bu çocukları hapisten çıkaracak düzenleme yapmadınız, Meclis'te buna karşı çıkan var mıydı? Söyleyin, var mıydı? MHP'den başka yoktu; niye çıkmıyor hâlâ? "Şimdi çıkacak..." Niye şimdi çıkacak arkadaşlar? APO'yu hapisten çıkaracağınız zaman mı çıkaracaksınız? Benim çocuğum da yapabiliirdi aynı şeyi, onların çocukları da yapabiliirdi. Nitekim benim yaşadığım dönemde hep bunları yaptık; belimizde silahla gezdik, adam da vurabiliirdik, dağa da çıkabiliirdik. Bu sistemin, insanları dağa çıkaracak o kadar çok nedeni var ki; o kadar çok var ki; ama sekülerleşmiş, rahata ermiş, konformist olmuş ailelerin çocukları bu suçları işleyemezler. Ama Anadolu'da bu suçu işleyecek dünya kadar insan var, İstanbul'da bu suçu işleyecek dünya kadar insan var. Benim konformist arkadaşlarımın çocukları bu suçları işlediler, içerde yattılar; yattılar... Doğudakiler de yatıyor... Peki, bu nasıl hükümet anlayışı, bu nasıl iktidar anlayışı; hâlâ bu çocuklar içerde yatıyorlar ve hâlâ yatıyorlar ya! On dakikalık bir düzenlemede hallolacak bir işi, niye halletmiyorlar; talimat mı bekliyorlar?

Bu soruları yumuşak soramazsınız; kimse dinlemez bunları, mıy mıy mıy söylediğinizde. Böyle söyleyeceksiniz ve husumetse, husumet kazanacağız. PKK eğer orda silahlı mücadele vermeseydi, "Kürt Açılımı" olacak mıydı? "Demokratik Açılım" olacak mıydı; söyler misiniz? Olur muydu? 30 bin tane insanın ölmesi mi gerekiyordu? Gerekiyordu. Aliya diyor ki; "Eğer bütün bunlar olmasaydı, biz gerçekleri göremezdik." diyor: "Biz topluma bunları anlatamıyorduk." "Bu savaş olmalıydı; ama bu katliam olmamalıydı, o başka bir şey. Ama bu savaş kaçınılmazdı, savaş olmasa bu toplum bitmişti"; böyle söylüyor.

Şimdi, bütün bu tarihi gerçeklikleri gördükten sonra; illa da bu toplumda, 30-40 bin kişinin ölmesi mi gerekiyordu bu savaşı durdurmak için, "Kürt Açılımı" yapmak için, "Demokratik Açılım" yapmak için. Niye DTP liderine üç ay önce randevu vermediniz; var mı bunun izahı, söyler misiniz? Niye Başbakan, Ahmet Türk'e randevu vermedi? Şimdi veriyor... Şimdi Dışişleri Bakanı görüşüyor, kendisi de görüşecek; niye vermedi, ne oldu 3-4 ay önce de şimdi iş değişti? Daha önce verseydin bunu; başkalarının projesine değil, kendi projene hizmet ederdin. Bunu sorarlar adama? Bu

hükümet politikası yanlıştır, yanlıştı; ha, şimdi düzeliyor. E, güzel de; ama biz de o tarihi sorgulamayacak mıyız? Bu yanlışı bu insanlar yapmadılar mı? Bunlar melek mi? Bunlar siyasi melek olarak tepemize mi gönderildiler?

Evet, bunlar arkadaşlarımız, kardeşlerimiz bu ayrı bir şey; ama ben bunu eleştireceğim ki, aynı şeyi yapmasınlar bir daha. E, şimdi birileri çıkar; derse ki, "Bu proje dış kaynaklıdır" diye, nasıl adama bir şey söyleyebilirsiniz? Diyecek ki, arkadaş niye bu adama randevu vermediniz? Kürt açılımına Kürtlerin siyaseti demişsin. E şimdi kanun çıkaracaksın, beraber hareket edeceksin "Demokratik Açılım" açısından. O oy vermezse çıkmıyor. Onunki de yetmiyor ya. Ama o olmazsa çıkmayacak. İhtiyacın var. Bunu sormayacak mıyız? Niye bu kadar kan döktüdü? Demokratik açılım adına PKK'yı dağdan indirmek için kanuni düzenleme yapıyorsun da; içerde yatan Müslümanlar için ne yapıyor-sun? Söyler misiniz? Onlar için "Demokratik Açılım" var mı gündemde? Yok; niye yok?

Orhan: Evet değerli arkadaşlar, programımızın sonuna geldik; ama son olarak ben de bir iki şey söyleyeyim, öyle kapatalım. Allah-u Teala ayet-i kerimede diyor ki: "*Bir toplum kendinde olanı değiştirmedikçe, Allah da o toplumu değiştirmez.*" Bugün burada konuştuğumuz şeyler, anlattığımız şeyler hep o makro plandan haberdar olmak içindi, makro planı görmek içindi; ama bütün makro planların üstünde de daha büyük bir makro plan vardır ki, o da Allah'ın planıdır. Herkesin bir planı vardır, herkesin bir oyunu vardır; ama Allah'ın oyunu, her oyunu bozar. Ben de istikbalde en yüksek ve gür sadanın, İslam'ın sadası olacağına inanıyorum; amma, "*Ey iman edenler, iman ediniz.*" ayet-i kerimesini de asla unutmamak lazım: "*Ey iman edenler, iman ediniz!*" Bunu Müslümanlara söylüyor, iman edenlere söylüyor; dolayısıyla "herkes, kendine yakışanı yapmalı" arkadaşlar. Herkes kendine yakışanı yapmalı; farkında olmalıyız. Hz. Ebu Bekir, "Ben yanlış yaptığımda, bana ne yaparsınız?" dediğinde; "Seni eğri kılıçlarımızla düzeltiriz!" diyen bir sahabe topluluğu vardı karşısında. Tüm bunları düşünmeliyiz, bunların anlamını düşünmeliyiz, farkında olmalıyız.

Allah'a emanet diyorum; hayırlı günler. İlgiyle ve dikkatle dinlediniz; hepinize teşekkür ediyorum.

## OKUMA PARÇASI

### HİZMET VE ISLAH

Dr. Ali ŞERİATİ

**B**ir seminerimde “hizmet” ve ıslah” kavramlarından söz etmiştim. Buna ilaveten de hizmet eden ile ıslahatçı arasındaki fark üzerinde durmuşum. Çünkü bu iki kavram birbirinden ayrı olduğu kadar, çoğu zaman da birbirleriyle çelişir anlamlar ifade etmektedirler. Fakat genelde benzeştiklerinden bu iki kavram, birbirinin yerine kullanılmaktadır. Örneğin bir hizmet vardır ki, yalnız ıslah etmekle kalmaz, ihanet derecesine varıncasına bozgunculuk yapar. Bir mahpusu özgürlüğüne kavuşturmak, ona bir hizmettir. Ancak eğer bu mahpus ıslah olmamışsa, toplum için bu hizmet değil, ihanettir.

Belediye, hizmet ile sınırlı bir kurumdur. Başka bir deyimle Pasteur, Edison gibi bilginler, dahi ve mucitler birer hizmetçidirler. Fakat Buda ile Aristo, Ali ile Ebu Ali Sina, Mesih ile Batlamius, Robespierre ile Lavoisier, Bacon ile Newton veya yazar ile tabip, filozof ile mühendis arasında mutlak bir “fark” vardır. Bireysel ilişkiler ve düşünsel çabalarınızla birisinin yaşam ve düşünce biçimini değiştirerek onu bozulma ve çöküşten kurtarıyorsunuz. Bazen de herhangi bir ihtiyacını karşılıyor veya ona bir otomobil hediye ediyorsunuz. Ya da hayatındaki bir sorununu zaman ve para sarf ederek gideriyorsunuz. Bu iki iş bir değildir. Sözün burasında, hayati önemi olan, basit ve fakat çoğunlukla unuttuğumuz temel bir noktayı belirteyim: “Her ıslahatçı aynı zamanda hizmetçidir de. Fakat her hizmetçi asla ıslahatçı olamaz!”

Bilimde bile bu tür anlam bölümlenmesi söz konusudur ki bunun en büyük tanığı yine bilimdir. Hizmetçi bilimler, “var olan insan” a yönelikken, ıslahatçı veya reformist bilimler, “olması gereken insan” a yöneliktir. Biri, “vakıa” ile ilgiliyken, diğeri “hakikat” ile ilgilidir. Biri, insanın ilerlemesi, takviyesi rahatı ve mutluluğuyla ilgilenirken diğeri insanın tekâmül, ululuk, olgunluk ve hareketiyle ilgilenir. Biri insanın hizmetçisiyken diğeri onun kılavuzu! Birinin işi işçilik iken, diğerininki yol göstericilik, yani peygamberane bir işlev! Tarih boyunca topluma mesaj taşıyan peygamberler ile bilginler arasındaki ana ayırım noktası budur.

berler ile bilginler arasındaki ana ayırım noktası budur.

Bugün de bu ayırım, bu aykırılık bir başka biçim ve tonda düşünürler arasında gözlemlenmekte! Bağımsızlık hareketlerinin, anti-sömürgeci ve özgürlükçü hareketlerin düşünce önderi başka, filozoflar-bilginler-edebiyatçılar-uzmanlar-kâşifler ve dâhiler başkadır. Çağımızda Seyyid Cemal, Mirza Hasan Şirazi, Gandhi, İkbâl, Seyyid Kutub gibilerin yaptığı iş birinci türden iken, Apollo’nun mucidi, yapıcısı Von Brown’un yaptığı ikinci türdendir.

Sözün burasında dilimizde çokça kullanılan ancak genellikle, müphem, karışık, öz anlamından uzak, yanlış bir biçimde kullanılan “aydın” ve “entelektüel” kavramlarını da açıklayabiliriz. Entelektüel<sup>1</sup> kavramı mefhum olarak, beyin işi yapan kişi anlamındadır. Farsçada bunu “Tahsil —okumuş, eğitim görmüş—” sözcüğüyle ifade etmekteyim. Çünkü bugün hiçbir entelektüel yoktur ki tahsil<sup>2</sup> yapmamış olsun! İşte biz bu kavramın yerine yanlışlıkla “aydın” kavramını kullanıyoruz ki bu asla doğru değildir. Çünkü entelektüel ile aydın arasında anlam benzerliği ve birlikteliği yoktur. Ancak, mantık ehlinin kurabileceği şu genel ve özel ilişki söz konusu olabilir: Bazı entelektüeller aydındır, bazı aydınlar da entelektüeldir. Ya da bunun zıddı olarak; çoğu entelektüeller aydın değildir, çoğu aydınlar da entelektüeldir.

İşte bu nedenle “aydın” kavramı için —ki bunlar seçkin bir gruptur— başka bir tanımlamayı kullanmak gereklidir. Burada kapsamlı ve mantık yargısını engelleyici bir tanımlama, özgün bir tanımlamayı bulabilecek noktada değildir. Fakat burada karşı çıkılmaz gerçek şudur: Aydın, değiştirici ve kıvrak bir güce ve kavrama yeteneğine sahip; içinde yaşadığı toplum ve zamanın durum ve şartlarını bilen, onlara uygun mantıklı çözümlenmeler getirebilen ve bunların tarihî, sınıfsal, insani ve ulusal duygularla bağlantısını kurabilen; somut sosyal tespitlerde bulunabilen ve tüm bu sorum-

<sup>1</sup> Özgür düşünce [Libre Penseur] ile “aydın görüş” [Clairvoyant] kavramlarını birbirine karıştırarak, bundan “aydın” kavramını türetiyorlar. Ondan sonra da bu kavramı entelektüel kavramı yerine kullanıyorlar!

<sup>2</sup> Tahsil yapmış-egitim görmüş. Fransızcadaki Lettré olarak kullanılır.



luluğunu ve bilincini, eriştiği bilgi ve uyanıklıktan alan kimsedir. Yani kendini, toplumunu ve dünyayı bilmek ve bunları duyumsamak!.. Bunlar olgun bir bireyin kişiliğinde belirebilen seçkin ve yüce bir insanlık göstergesidir. Bu bilgi, felsefe, tabiat, psikoloji, antropoloji, sanat, edebiyat ve kökeni uzmanlığa dayalı herhangi bir bilgi değildir. Bu, ideolojik bir bilgidir ki eskiler buna; hidayet, peygamberlik bilinci ve rehberlik, derler. Ve bu bilgiye ancak peygamberlere özgü çizgiyi izleyenler sahip olabilir. Bu, Peygamberin (s.) deyimiyle; “Allah’ın, dilediğinin kalbine yerleştirdiği aydınlık” olan bilgisidir. Söz konusu ettiğimiz bilgi de budur.<sup>3</sup> Kur’an’da çoğunlukla “Kitab” ile birlikte<sup>4</sup> kullanılan, Allah vergisi ve peygamberlerin insanlığa taşıdığı “hikmet” işte budur.<sup>5</sup>

Promethe’nin tanrılar göğünden kaçırıp, kışın dondurucu soğuk ve karanlığında olan insanlara verdiği ateş de bu aydınlık olsa gerek!

Sokrat’ın; “Her kim ona sahip olursa tehlikelerden korunmuş olur” diye söz ettiği ve talebelerinin sürekli aradığı da budur.

Pythagoras’un; “Biz ona sahip değiliz, belki onu sevenleriz” dediği “Sophia”, bu bilim-ötesi bilgidir.

Tüm dünya ulusları da bu bilginin peşindedir.

“Vidya”, Hinduların kutsal hikmetidir. Hint-Avrupa dil grubunda ortak bir kullanıma ve bakış açısı anlamına sahip “Voi” de budur.

Buda’nın özel ağacı “Bodhi”, lügat anlamıyla görüş ve akıldır. İşte Bodhi de bu bilgidir.

Zerdüş’tün niteliklerinden olan “Spend” kutsal akıl, beyaz akıl anlamındadır. [İslahatın

yol ve alternatiflerini arayan, kavrayış sonrası bakış açısına sahip olan akıl anlamında.]

Ve bizim “irfan” kavramımız, eğitim, bilim ve teknik üstü bir tanıma ve bilmedir.

Kuşkusuz bilimler bu bilginin, olgunluk, zenginlik ve gücüne yardımcı olabilir ama o, bilimler yoluyla elde edilemez. Bu “bilgi”yi elde tutup büyük hamleler gerçekleştirenler ünlü ve büyük ümmilerdir. Ebu Zer, bu “bilgi”ye sahipken Ebu Ali Sina ondan yoksundur. Çoban olan Musa (a.) buna sahipken, filozof Philon asla yetişip elde edememiştir.

“Hareket”i ayakta tutan bu bilim üstü bilgidir. Yeni bir toplumu oluşturan da bu harekettir. Bir hedef sahibi, eylemci ve dipdiri bir bedene benzeyen toplumda bu noktadan sonra medeniyet oluşur. İnsan bireyleri bu noktaya ulaşıncaya gerçek anlamıyla medeni olurlar. Her ne kadar doktor, mühendis, mimar, fizikçi olmamışlarsa da... Her ne kadar evlerinin, giyeceklerinin, şehirlerinin biçim ve görünüşünü değiştirmemişlerse de... Burada medeniyetin tüm görüntüleri ve eserleri ile kültürel olgunlaşması için ortam elverişlidir. Artık zamana, hem de uzun olmayan zamana ihtiyaç vardır yalnızca.

Tarihi tanımayan ve geçmiş büyük medeniyetlerin oluşumundan habersiz olanlar, geri kalmış, sömürge ve hatta donuk topluluklara bakabilirler. Bu toplumlar, şu çağda, ulusal, sınıfsal ve toplumsal bir ideolojinin izleyicileri olarak bu dünyada kıyametler koparmış ve yarım asırdan da az bir sürede çok parlak bir ilerleme, güç ve medeniyet seviyesine ulaşmışlardır. İdeolojik bilgi, güçlü bir ruh gibi, bir soyun, toplumun ve bir ulusun ölmüş ruhuna girer. Çökmüş, köle ve donuk ruhlu kabile, toplum ve ulusun bireylerini ansızın kitleler halinde harekete geçirir. Felsefe, sanat, bilim, kültür, deha, zekâ, yapıcılık, hareket ve eylemden oluşan bir kıyameti koparır. Evet, gerçek medeniyet, böyle oluşur ve bir ulusun, halkın bağrından coşkun bir biçimde fıskırır.

Bu insanlığa özgü bilgiyi halka kim verebilir? Bir ulusun gamlı, suskun, mezarlığa dönüşmüş bünyesine bu ruhu üfleyecek, hangi İsrail’dir? Kuşkusuz aydın! İslam’daki “Hatemiyet” [sonunculuk] kavramından ben şu anlamı çıkarıyorum: Son peygamber Muhammed (s.)’e kadar peygamberlerin yüklendiği

<sup>3</sup> “Allah hikmeti kime dilerse ona verir. Kime de hikmet verilirse gerçekten ona çok hayr verilmiştir. Salim akıl sahiplerinden başkası iyi düşünmez.” (Bakara, 269)

<sup>4</sup> “Nitekim kendi içinizden bir peygamber gönderdik ki O, size ayetlerimizi okuyor, sizi [şirk ve günahtan] arındırıyor, size kitap ve hikmeti öğretiyor. Bilmediğinizi size bildiriyor.” (Bakara, 151)

<sup>5</sup> Hikmet; söz ve isabet, peygamberlik, ilim-amel, doğru işlere yönelmek, ilahî huylarla huylanmak, ilahî emirleri düşünmek, her şeyi doğruya döndürmek, eşyayı tam yer ve mertebesine koymak, ilahî işaret gibi anlamlara gelir. [Ç. Notu]

ve uluslara ulaştırdığı mesajı, bundan sonra sürdürülecek ve yüklenecek olan aydınlardır!

Aydınlar, herhangi bir bilimsel dalda söz sahibi olan kişiler değil, belki “peygamberlik mesajı”nın bilincine sahip düşünürlerdir. Çök-müş, dağınık ve putperest insanları, muhacir olarak yola koyan ve onlara eski, büyük, mad-di-manevi kültür ve medeniyetlerden birini, belki de en büyüğünü kurduran bilinç... Her şeyi elinden alınmış olarak Firavunun zillet ve esaretinde yaşayan yabancı ulusa (İsrailoğulları), kurtuluş bağışlayan ve onları Filistin’in güzel, engin ve büyük kültürünün, medeniyetinin yapımcıları yapan bilinç.

Roma toplumunun kasvetli ve korkunç yapısına, dehşet verici gladyatör alanlarına, Sezar’ın karanlık zulüm ve cinayet zindanlarına, insanlık dolu, latif ve rahatlatıcı ruhu üfleyen; silahın, kin ve kanın ülkesini, toprağını, yüce bir maneviyat, iman ve duygunun toprağına dönüştüren bilinç.

Sert, yitlik ve vahşi sahranın bedevilerini; en büyük dünya hareketiyle insanlık tarihinin ve medeniyetinin en zengin kültürünün öncülerini yapan bilinç.

İnsanlık ve toplumu değiştiren, bilim-ötesi, insanlığa özgü bir bilinç.

Bu bilinç, doğa-üstü bakış açısı, “sorumlu ve yapıcı” bilgisi ile kendi hayat ve hareketi sonucunda yaratıcı ve toplumu değiştiren insan tipini doğurur.

İşte, bu sorumlu, ağır ve tehlikeli mesajı yüklenen ve yarının tarihinin iplerini elinde tutanlar, “aydınlardır”. Bu aydınları ille de bilginler arasında aramak gerekmez. Aydınların belgesi, tahsil ve tasdik değildir. Bilimsel ve teknik veriler de değildir. Yüce değerlere sahip olma, toplum bilgisine sahip olma, yol arayabilme, yapıcılığa özgü yetenek, hidayet ve hakikati tanımadır aydın için aslanan!

Bu gerçekler, felsefi, bilimsel, sanatsal ve teknik bilinmeyenler değil, belki, toplumsal realiteyi, zamanı, zorlukları, hareket, kemal ve kurtuluş yollarını arama gerçekleridir. Bu bilgi, kendine özgü yapısıyla teknik ve akıl ötesidir. Aynı zamanda toplum yapıcı, medeniyet doğurucu başarıya ulaşmış bir ulusun, düşünsel ve toplumsal dirilişi ile hareketinin etkenidir de. Şu an bile, belli bir oranda bu tavrı bulmak

mümkündür. Bilimsel bilgi ile bilim-ötesi bilgiyi teşhis etmek, ya da sosyal, politik ve diğer bir deyimle ideolojik bilgiyi, bilimsel bilgiden ayırt etmek artık kolaydır. Her birimiz, çağ-daş, tanınmış çehreleri bu ölçüye göre tahlil edebiliriz. Pasteur, Koch, Watt, Marconi, Marx, Newton, Darwin, Einstein bir tarafta iken Seyyid Cemal, Abduh, Kevakibi, İkbâl, Gandi, Seyyid Kutub, Julius Nyerere, Aime Cesaire, Fanon, Che Guevara, Ömer Mevlud ve ismini sayamayacağımız diğerleri diğer tarafta...

Bu bilgiyi, bu eyleme geçirici görüşü, ideal yapıcı ve yaratıcı bilgiyi; genel anlamıyla ideolojiyi, “insanın kendinden bilgisi”, “toplumsal ve tarihsel bilgi”, “kemal ve önderlik bilgisi”, “değiştirici ve devrimci bilinç”, “ekol ve meslek idraki”, “hidayet dokusu”, “hedef ve idealin kavranması”, “toplumun dirilmesi” diye adlandırabiliriz. İşte bu, aynı zamanda bilimler ve teknikler ötesi bir marifettir. “Oluşu”nda değil “olması gereken”de insana yöneliktir. Ben bu nedenle, anlata geldiğim bilgiyi: “Hikmet, kutsal akıl, peygamberane aydınlık” olarak adlandırıyorum. Onun bilim ötesi kutsallığı da buradan gelmektedir. Bunun kolaylığını seviyorum ve onu Eflatun’un deyimiyile “politik haber” olarak da adlandırıyorum.

Eflatun diyor ki: “İnsan politik bir hayvandır.” Bu söz çok derin bir anlam taşımaktadır. Metin kavramada kendini çok üst düzeylerde görenler(!) kendi hayallerince bu sözü “sosyal bir hayvan” diye anlamlandırıyorlar. Onlara göre politika, ayağa düşen bir iş, kötü ve çirkin bir iştir. Politika; hile, zulüm, sulta arayıcılığı, halka hükmedebilme gücü, halkı her durumuyla aşağılama işi ve maddi şeyler ürünüdür. Oysa insanı hayvandan ayırt eden en somut özellik, insanın “fiil”idir. Bu nedenle de üstadın bu zayıf ve eksik sözünü tadil ederek “politik” yerine “sosyal” deyiverdiler. Oysaki Yunancada “sosyal” ve “politik” kelimeleri bağımsız ve farklı iki anlamı yüklenen iki kelime-dir. Hatta bugün bile değişik Avrupa dillerinde bu iki kelime farklı anlamlarıyla kullanılmaktadır.

“Sosyal” olmak yalnız insan fiili değildir. Balıkları ile karıncalar ve diğer birçok hayvan vardır ki, “sosyal hayvandırlar. Hatta balansı, insandan daha da “sosyal”dır. Aslında insan denilen yaratık türüne özgü olan özellik, “po-

litik” olmaktadır. Siyaset, pis ve çirkin manevraların, ahlaksız temaların, rakibi yenip koltuğu elde etmek için her çeşit dolabı çevirmekten çok öte bir şeydir. Siyaset, hükümet olmanın da ötesinde halka tasallut etmek değildir. Siyaset, bir toplum ve bilgiye olan bağlılıktır, topluma karşı duyarlılıktır, toplumun yazgısına ve konumuna ilişkin bilgi ve topluma karşı sorumluluk duygusu taşımaktır, bir “grup” veya bir “toplum” vicdanına sahip olmaktır. Bireyin, yaşadığı toplumun çile, hareket ve hayatına her yönden ortak olmasıdır; toplumun duygu ve yazgısına katıksız katılmadır. Heidegger’in deyimiyile; “vicdan sahibi olduğunu, evrendeki varlığını bilen ve varlık okyanusunda bulunduğunu duyan yalnızca insandır.” Ekzistansiyalistlerin diğer bir deyimiyile: “Varlık sözcüğünün yüklediği anlamı bilen salt insandır.” Hatta bu sözcük [birey/insan] toplumda, varlık yerine de kullanılabilir.

İnsan da birçok hayvan gibi “sosyal”dir, yani bir “toplum”da yaşamaktadır, fakat bir toplumda yaşadığının bilincini taşıyan yalnızca insandır. Yani insan “başkalarının arasındaki varlığının diğerleriyle ortak ve ilişkilerinde toplumun bireylerinden biri olduğunun ve içinde yaşadığı “toplumsal kişiliğin” farkında olandır. Kanımca “siyaset” diye adlandırılan da bu bilgidir. Buna rağmen eğer ille de Eflatun’un ünlü sözünün anlamını kaydırmak istiyorsak, o zaman “İnsan sosyal bir hayvandır” sözü yerine “İnsan sosyal ve toplumsal bilgi sahibi bir hayvandır” yani “siyasi”dir. İşte bu noktada “aydın”ın titiz bir tanımı için yeni bir veri elde ediyoruz. Aydın her durumda bilgin insanın en bilginidir ve siyasi bir düşündürdür. “Aydınlık”, sıfat olarak da bu anlamı içerir. Yani nerede olduğunu bilen insan! Kendi “konum”unu aydınlık bir biçimde bilmektedir.

Sözün burasında kavramları, belleğimize yerleşmiş anlamının ötesinde ele alabilirsek “ıslahat” ve “hizmet” terimlerini, sosyolojik deyimiyile “fayda” ve “değer” terimlerini birbirinden ayırt edebiliriz. Faydalı ve hizmet eden bilimler, insanın “olduğu durumuyla doğaya egemen olmasını sağlamak, ona refah vermek; yani onu “mutlu” kılmak için çabalar. Bu, genelde entelektüellerin işidir. Öte yandan, “sosyal bilgi sahibi” olan aydın, kendine özgü anlamıyla, iman, ideoloji, toplumsal ekol, insanlar için yüce idealler taşıyan meslek, ulus ve sınıfta tecelli eden, “siyasi bilgi”

sahibi olan bir aydındır. Evet, aydın, “birey” ve “toplum” olarak insanı, olduğu durumdan “olması gerekene ulaştırmak ve dosdoğru bir hedef belirlemek ister. Bunu da onun doğaya egemenliği ve mutluluğu için değil, belki, hareket, devrim, kemal ve manevi gücüyle insanın kendi benliğine egemen olmasını sağlamak için yapar. Bilimler, insanı, tabiatı kendi istediği biçime yatkın kılabilmesi ve tabiata egemen olması için güçlendirir. İdeoloji; irade gücü, seçme yeteneği, iman ve bilgiyle insanı donatır. İnsanı olgunlaştırarak “olması gereken” biçimi almasını sağlamaya çabalar. Bilim gücüyle “tabiat”, “tarih” ve “toplum” zindanlarından özgürlük ve yazgısını kurtaran insan, iman ve hikmetin olağanüstü gücüyle de en zorlu zindan olan “benlik” zindanından kurtulabilir. Böylece; kendini, toplumun, tarihin ve doğanın yapıcı etkeni haline getirebilir. Yani “misali” ve “olgusal” insan tipinden “gerçek” insan tipine; “Allah’ın yeryüzündeki halifesi” biçimine yücelebilir.

İlahî ve peygamberlere özgü mesajı, tarihin akışı içinde insan toplumları arasında yüklenenler, geçmişte peygamberlerdi. Vahy asrının bitiminden; Resul (s.)’ün vefatından sonra ise aydınlardır.

**Kaynak:** Ali Şeraiti, *Öze Dönüş*, Çev.: Kerim Güney, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 1991, s. 173-182.





# *Masumiyet Algısına Karşı Farkındalık/Bağımsızlık Manifestosu\**

*Muharrem BALCI*



*Hoş geldiniz.*

**B**u akşam size *Bağımsızlık Manifestosu*'nu anlatacağım. Tabii eski Yeşilay'ı anlatmayacağım ama bu *Bağımsızlık Manifestosu*'nun Yeşilay'la ilgisi olduğunu hepimiz biliyorsunuz. Yeşilay'a bir manifesto yazdık: *Bağımsızlık Manifestosu*. Fakat bu anlatacağım şey kurumsal anlamda değil, daha çok bireysel ve toplumsal anlamda bir açıklama olacak.

İnsanların algısında çok önemli bir zafiyet var. Aslında bu zafiyet, iyilikler için kullanıldığında müthiş bir sinerjidir. Fakat zararlı alışkanlıklar veya kötülükler ya da ifsat edici işler için kullanıldığında çok yıkıcıdır. Bunun adı *masumiyet algısı*dır.

## **Masumiyet Algısı**

Masumiyet (veya berat-ı zimmet asıldır), evrensel, aynı zamanda İslami bir kural. Asıl olan suçsuzluktur. Buna suçsuzluk karinesi de diyorsunuz hukukta. Bir kötülüğü, bir ifsat ediciliği, birey veya insanlara zarar verici herhangi bir madde veya olguyu, zararını, kötülüğünü, ifsat ediciliğini bile bile bir masumiyet içerisinde sunmak veya onu bir masumiyet kalıbına sokmak ya da onun her türlü tehlikeye azade olmadığını bildiği halde “bu önemli değil, bundan fazla bir şey çıkmaz” gibi bir hâle sokmak masumiyet algısıdır ve insanlara en büyük kötülük de masumiyet algısıyla beraber gelir.

## **Bağımlılık Beyin Hastalığıdır**

Konumuz bağımsızlık. Bağımsızlığı tarif etmeye gerek yok ama bağımlılığı tarif etmeye ihtiyacı var. Çünkü insanlar kendilerinin bağımlı olduğunu bir türlü kabul etmiyorlar. Konumuz sadece sigara, alkol veya madde bağımlılığı değil. Bizim için olmazsa olmaz olan her şey veya onsuz yaşamadığımız (bu bir madde olabilir, bu bir kişi olabilir, bu bir makam da olabilir, bir olgu da olabilir) her şey olabilir... Bizim için olmazsa olmaz veya “biz onsuz yaşayamıyoruz” dediğimiz her şey bizim için bir bağımlılıktır. Bu hâliyle baktığımızda tıp, bağımlılığı bir beyin hastalığı olarak tarif ediyor. Yani her bağımlılık bir beyin hastalığıdır. Aşk da böyledir. Madde bağımlılığı da böyledir. Bir makama olan aşırı sevgi ve bağlılıkta böyledir. Gelecekteki hesaplara olan bağlılıkta böyledir. Maddi bir şeye bağlılıkta böyledir. İnsan kendini ona o kadar şartlar ki, artık onsuz olamayacağını, o hedeften sapamayacağını, onun söylediğinden çıkmayacağını düşünür ve kendini bağımlı tutar. Bu hâliyle baktığınızda bağımlılık bir nevi köleliğe dönüşüyor.

Diyelim ki, akşam karnınız çok acıktı, evde de ekmek yok. Ne yapıyorsunuz? Gidip ekmek mi alıyorsunuz? Genelde almıyorsunuz. “Bir bardak su içeyim, sabaha kadar idare ederim” diyorsunuz. Ben, karnı acıkıp da gece yarısı dışarıya ekmek almaya çıkan adam pek fazla duymadım. Belki çocukları için çıkabilir. Fakat bir sigara bağımlısı, alkol bağımlısı veya madde bağımlısı böyle değil. Ne yapıyor? Gecenin bir yarısında bırakın kendisi gitmeyi, çocuğunu gönderip sigara veya alkol aldırabiliyor. Bu nedir? Normal zamanda ço-

(\*) Bilim Sanat Vakfı'nda 15.05.2012 de Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Dersinde sunulmuştur.

cuğunu hiçbir yere göndermez, gözünden sakınır. Sorduğunda da canından çok sever çocuğunu. Canı bir yana, çocuğu bir yana. Peki, gecenin bir yarısında birçok olası tehlikeye rağmen niçin gönderiyor çocuğunu? Çünkü bağımlı!.. Bu bir beyin hastalığı. Bunu bir aşk olarak da değerlendirebilirsiniz.

Makam da böyledir... Normal şartlarda, — onu öyle tanıyorsunuz— karıncaezmez, o kadar masum, o kadar müşfik, o kadar saygıdeğer, o kadar sevecen bir adam. Fakat birileri ona bir mevki, makam vadediyor veya oraya ulaşabileceğini düşünüyor. Gösterdiği tavırlara bakınca görüyorsunuz ki, o sizin sevecen, o sizin müşfik, o sizin infak edici özellikleriyle tanıdığınız adam olmaktan çıkmış. Niye? Çünkü artık bir yere kilitlenmiş, bağımlı hâle gelmiş. Onsuz yapamıyor. Orayı hedefliyor.

## İlk Günkü Haz

Bağımlılığın en önemli özelliklerinden bir tanesi de ilk günkü hazdır. Mesela aşk böyledir. Birisi ile göz göze gelirsiniz ve hep o hazı tatmak istersiniz ve o vuslata kadar veya belki ömür boyu devam eder. Madde bağımlılığı da böyledir. Herhangi bir maddeye bağlanan veya kullanan bir insanda vücut her seferinde biraz daha fazlasını ister. Çünkü ilk aldığı hazzı ulaşması için arttırması gerekiyor. Bir müddet sonra da bağımlı hâle geliyor ve artık beyin hastalığı oluyor.

Peki, bağımlılığın böyle bir şey olmadığını bilen var mı? Benim şu anlattıklarım herhalde sizin için ilk anlatım değil. Yani bunlar herkesin bildiği şeyler. Yeni bir vecize yok. Yeni bir buluş, icat yok. Amerika'yı keşfetmiyoruz. Peki, bunlar bilindiği hâlde niye insanlar hâlâ kendilerine zarar veriyorlar? Bunları herkes biliyor. Anlatıyorsun, "arkadaş bak böyle böyle" diyorsun, "bir nargilemiz var, akşamdan akşama çekiyoruz, bari buna karışma" diyor. O zaten seni gideceğin en kötü yere götürmek için yetiyor. Daha başka kötülüğe gerek yok. Başka bir kötü maddeye, bir alışkanlığa ihtiyacın yok zaten. O seni götürüyor götürüleceği yere. Veya "sigarama dokunma" diyor. Veya çok anlamsız bir sevgi içerisinde, aşk içerisinde o alana kimseyi sokmuyor. Bu, tam anlamıyla bir bağımlılıktır.

## Her Bağımlılık Özgürlüğümüzü Çalar

### Özgürlük Nedir?

Peki, bağımlılığın olduğu yerde insan neleri kaybediyor? Daha önce burada anlatmıştım. Dünya Sağlık Örgütü'nün Avrupa Ofisi alkolün zararlı kullanımına karşı (çünkü oralarda alkol haram olmadığı için doğrudan alkolle bir mücadele yok, onun aşırı, zararlı kullanımına karşı bir mücadele var 2000'den bu tarafa) Polonya'da yürütülen kampanyanın sloganı şu: "Alkol özgürlüğümüzü çalar." Burada alkol bir sembol. Yani "her bağımlılık özgürlüğümüzü çalar". Yani bizi sınırlar.

Özgürlük nedir? Özgürlük, insanın bütün bir dünya nimetlerinden herhangi birini veya hepsini işaretleyebilmesine deniyor. Peki, bir insan kendisini bunlardan sadece birini işaretlemeyi özgürlük sayarsa, bir maddeyi kullandığında, birini sevdiğinde, bir makama kilitlendiğinde, bir hedefe, sadece bu hedefe kilitlendiğinde, tek seçeneği oylama özgürlüğüne kavuşmuş olmuyor mu? Bunun siyasetteki veya hukuktaki karşılığı nedir? *Plebisit*. Plebisit, tek seçeneği oylama özgürlüğüdür.

Peki, insanların, siyasi veya anayasa anlamında değil de günlük yaşamlarında tek seçeneği oylama özgürlüğüne ne diyeceğiz? *Bağımlılık* diyeceğiz. Yani birileri bize diyor ki: "Bırak bu dünyanın nimetlerini." Şu an dışarıya baktığımızda gökte, yerde, suda, tabiatta, ağaçta... Her yerde sayısız imkânlar ve nimetler var. Fakat diyor ki birisi bize: "Bırak onların hepsini, şu hâpi aldığında bütün dünya toz pembe olacak, hayaller göreceksin. Dertlerini unutacaksın. Tamam, nimetleri var dünyanın ama bu nimetler zaten herkese paylaştırılmış. Sen herkesten daha mutlu yaşayacaksın." Ondan sonra da bünye, alıştırdığı zaman dilimlerinde, bunları hep isteyecek. Hep istediği için de başka bir şey yapmaya vaktiniz ve imkânınız olmayacak. İşte buna bağımlılık diyoruz.

Peki, kendisine dayatılan plebisiti, 1982 Anayasası'nı kabul etmeyip karşı çıkan Müslüman zihin, Müslüman aydınlarımız, kendilerine tek seçenek olarak sunulan ve bağımlı hâle getirildiği sigara veya nargileyi nasıl değerlendiriyorlar? Bu plebisit değil midir? Bir yönüyle plebisit değil mi bu? Nasıl değerlendirilir?

diriyorlar? Kendilerini özgür hissedebiliyorlar mı sahiden? “Ben bağımlı değilim, istediğim zaman bırakırım” diyor. Bırak! Bende bırakıyordum. Günde yüz defa bırakmıştım. “Sigara bırakmak kolay mı değil mi?” diye sorduklarında “çok kolay, ben yüz kere bıraktım”. Fakat yüz bir defa başlamışım. Normalde, insanlar bağımlı olduklarını kabul etmiyorlar.

## Müslüman Hukukçu Bilinci

### *Yaşam Hakkının Kutsallığı - Sabitelerimiz*

Tabii bu dersin veya bu anlatımın konusu sigara bağımlılığını veya alkol bağımlılığını anlatmak değil. Şu an konuştuğum insanların hiçbiri zaten sigara içmiyor veya herhangi bir maddeye bağımlı değil. *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nun* gayesini hepinize anlatarak derse kabul yapıyoruz. “Müslüman Hukukçu bilinci” diyoruz. Bu anlattığımız şeyler Müslüman Hukukçu bilinci içerisinde değerlendirilecek.

Biz muhataplarımızı, kendimizi, çocuklarımızı ve çevremizdekileri bu bağımsızlık düşüncesi ile donatmadıktan sonra, bizim için Yaşam Hakkı kutsal ise, bu hakkımıza bizim etrafımızdaki insanlar da ulaşmadıktan sonra, yani hemen en yakınımızdaki insanlardan başlayarak, bütün çevremizdeki insanlar yaşam haklarını kullanabilir hâle gelmedikten sonra bizim yaşam hakkımızı kullanabilmemizin imkânı yoktur. Peki, biz başkalarının yaşam hakkını kullanmalarını sağlayabiliyor muyuz?

Hatırlayın, bireysel ve toplumsal sorumluluklarımız hakkında burada çok sunum yapıldı. Biz insanız, insani değerlerimiz var ve bu insani değerlerimizin çok büyük bir kısmı İslami değerlerimizden, yani sabitelerimizden geliyor. O sabiteler bize bir birey olarak bazı görevler yüklüyor. Ama bizim bir de toplumsallık yanımız var. İnsanın toplumsallık yanını ortadan kaldırdığınızda ne kalıyor geriye? Hiçbir şey. İnsan kalmıyor. Eğer kalabilseydi seküler zihin *Robinson Crusoe'nun* yanına bir Cuma koymazdı. Tek başına bir adada yaşatamadı onu. Yanına bir Cuma koydu. Hâlbuki Cuma onun için neydi? Bir eşyaydı. Sahildeki çakıl taşlarından biriydi. Ama onsuz yaşaya-

mayacağını anladı. Birey olarak, tek başına tabiatla hiçbir varlık olmadığını anladı ve Cuma'ya kerhen değer verdi. Fakat Cuma'ya değer verdikçe kendi değerini görmeye başladı. Aslında kendisi değerlendirildi.

Seküler zihnin yakaladığı bu olguyu Müslüman zihin ne zaman yakalayacak? Ne zaman Türkiye'deki Müslümanlar veya İslam Ümmeti içerisindeki aydınlar başkalarının yaşam hakkını düşünerek kendi yaşam haklarına sahip çıkacaklar. Konumuz sadece Yeşilay değil. Konumuz bu. Buradaki birçoğumuz veya burada olmayan, olmama statüsünü kazanmış arkadaşlarımız hiç bu yönüyle bakıyorlar mı? Baktılar mı? Bakmadılar. Olaya hep sağlık yönüyle baktılar. Hem dünya istikbarından bahsedeceğiz, dünya emperyalizminden, uluslararası sermaye şirketlerinin insanların özgürlüklerini çaldıklarından, onların iradelerine çöküp, ifsat ettiğinden bahsedeceğiz, hem de onların bitini kanlandıracağız. Onlara parasal destek vereceğiz. Coca-Cola içmiyoruz, Amerikan şirketi diyeceğiz. Marlboro içeceğiz. Öyle mi? Veyahut onu da içmiyoruz, tamam Marlboro içmiyoruz ama yerli sigara içiyoruz. Yerli alkol kullanıyoruz veya insanları ifsat edici herhangi bir şeyi, parasal olarak veya moral olarak destekliyoruz.

## İnsanlık Onuru

Bakın! *Karşı çıkmadığınız şey aslında desteklediğiniz bir şeydir.* Eğer mahallede yangın varsa ve siz bu yangını söndürmüyorsanız, o yangını körüklüyorsunuz demektir. Çünkü insan olma onuru, insan olma erdemi o yangını söndürmek için gayret gerektirir. Çünkü o yangın senin evini de yakacak. Peki, buna karşı duyarsız bir insanın o toplum içerisinde erdeminden veya onurundan bahsedilebilir mi? Bahsedilemez. Peki, bu ülkenin 11-13 yaşındaki kız çocukları internette çakmak gazı soluyarak ölüyor. Kimin çocukları bunlar? Ayşe Hanım'ın kızı, Mehmet Bey'in oğlu. Böyle mi? Kimin evine girmez peki bu? Veya AMATEM merkezlerinde Toplumsal Ruh Sağlığı Merkezlerinde 12-13 yaşında çocuklar bağımlılık tedavisi görüyor. Kimin çocukları bunlar? Sokaktaki çocuklar. Taciz edilen, tecavüz edilen, ırzına geçilen çocuklar. Mendil satıp para kazanmaya çalışan çocuklar. Orada burada, so-

kakta, köprü altında yatan sokak çocukları... Bunlar kimin çocukları?

## İnfak-Ötekinin Hakkı İçin

İnsanlar niye infak ederler? Toplumsal bir yarayı iyileştirmek için infak edilir. İnfakın karşılığı bu değil mi? Bir toplumsal yara vardır, erdemli insanlar infak ederler. Peki, bu ne? Bu toplumsal bir yara değil mi? Komşunuzun alkolik olması bir toplumsal yara değil mi? Birilerinin çocuğunun uyuşturucu bağımlısı olması? Birakalım onu, içinde bulunduğumuz sistemin, toplumu ifsat ediyor olması bir toplumsal yara değil mi?

Peki, bu Müslümanlar bu sisteme karşı değiller miydi bir dönem? Nüfus kâğıtlarını yakmadılar mı? Bankayla iş yapmamak için çek defterlerini yırtmadılar mı? vs. vs. Ne oldu şimdi bu Müslümanlara? O günkü toplumsal yara onlardı, peki bugün toplumsal yaraları neler?

Mazlumder, Özgür-Der, İHH veya benzeri toplumsal kuruluşlarda görev yapan arkadaşlarımız, ötekinin hakkını ararken kendine zarar vermeyi nasıl aklına uygun bulabiliyor? Birileri birilerine zarar veriyor ve biz o zararı gidermeye çalışıyoruz, doğru mu? Mazlumder'de yapılan bu değil mi? İHH'da yapılan bu değil mi? Çocuklar savaşlarda yetim bırakılıyor, İHH o yetimlere sahip çıkıyor. Veyahut Özgür-Der bir mücadele yapıyor. Bildiğiniz isimleri söylüyorum. Hasta Hakları'nda arkadaşlarımız bir şeyler yapıyor. Sağlık Gıda'da, Yeşilay'da, şurada burada bir mücadele var. Bu hep İnsan Hakları mücadelesi. Hep ötekinin hakkı için değil mi? Peki bu insanlar kendi haklarının yenilmesine nasıl müsaade ediyor. Yani biz insanları sadece bir silahlı zulümden mi koruyoruz? İnsanları bağımlı olmaktan korumak gibi bir yükümlülüğümüz yok mu? İnsanları sömürden engellemek için bir yükümlülüğümüz yok mu, söyler misiniz?

Bu ülkede yılda 120 bin kişi sigaraya bağlı kanserden ölüyor. 70 bine yakın insan da alkolle bağlı hastalıklardan ölüyor. Bu gece saat 12'yi vurduğunda 328 kişi sigaraya bağlı hastalıklardan ölmüş olacak. Ortalama bu. Bu bizi ilgilendirmiyor mu? Ailesinde kanserden ölmeyen kimse var mı? Ya da kaç kişi var?

Yok mu sizin ailenizde kanserden ölen? Yoksa bile aileyi biraz genişlettiğinizde mutlaka var. Çünkü bu memlekette erkeklerin %49,5'i, kadınlarında %21,3'ü —ki ortalaması %33'lere geliyor— sigara bağımlısı. Erkeklerin üçte biri, kadınların da altıda biri sigaraya bağlı kanserden ölüyor.

## Hangi Devlet?

Peki, bu toplumsal faciayı kim önleyecek? Devlet değil mi? Hangi devlet? Ciğeri sıkıp katran göstererek insanları sigaradan alıkoymaya çalışan devlet. Beklenti bu değil mi? Herkesin hoşuna gidiyor. “Ne güzel bak, Sağlık Bakanlığı acayip kamu spotları yapmış” diyorlar. Ne olmuş yapmışta? Senin sorumluluğunu elinden almış mı? Aynı devlet Millî Pi-yango ve benzeri on bir dalda şans oyunları oynatırken ve bu toplumun bütün çocuklarını ve gençlerini ifsat ederken, sen o devletin sadece ciğeri sıkıp katran çıkarmasıyla nasıl iktifa ediyorsun? Bu nasıl bir Müslüman bilinç?

Aynı devlet *Alkolsüz Bira* adı altında 5-6 yaşındaki çocuklara sunulmuş ve marketlerin raflarına konmuş bir içeceği gıda kodeksine alarak meşrubat statüsüne koyduğu zaman hiç aklımıza bir şey gelmiyor mu? Bizim yapacağımız bir şey yok mu sahidten burada? İçinde biliyoruz ki *binde 26* promil alkol var ama ismi alkolsüz bira. Ne düşünüyor şimdi bize? Oturup sövelim. Söv ne olacak? Adam malı aldı götürüyor. Sadece malı götürmüyor. Bizim geleceğimizi götürüyor. Biraya geçişin kapısı olarak alkolsüz birayı icat etmiş. Devlette bunu gıda kodeksine almış. Öyle bir şeyi almış ki gıda kodeksine, toplu taşıma sürücülerinin promil tavanı binde 20. Yani bir otobüs sürücüsü yolda giderken alkolmetreyi dayadıklarında binde 20'nin üzerinde alkollü görülürse ehliyetine el konuluyor. Kanun böyle. Peki, onun altı puan yukarısı, binde 26 promil alkollü alkolsüz(!) birayı içen çocuklar ne oluyor? Toplu taşıma sürücüsü sarhoş oluyor, çocuklarımız olmuyor, onlar daha dirençli öyle mi? Kim bunu yapan? Sağlık yönünden bağımlılıklara karşı mücadele(!) eden devlet.

Şans oyunlarını, vergisi verildiği için kumar statüsüne sokmayan kim? Devlet. Yani “vergilendirilmiş kazanç kutsaldır” diyerek şans



oyunlarını kumardan çıkarıp kendisi oynatan devlet. Müslümanların medet umduğu devlet.

Öğretmenler okullarda şans oyunlarının, kumarın zararlı olduğunu anlatacaklar, çünkü Anayasa emrediyor. Milli Eğitim Temel Kanunu emrediyor. Anlatıyor ve çocukta gülüyor. Okulun alınındaki yazıyı gösteriyor: “Milli Piyango İlköğretim Okulu”. İçkinin zararlarını anlatıyorsunuz öğretmen olarak. Çocuk okulun üzerindeki “Efes Pilsen İlköğretim Okulu” yazısını gösteriyor. Spora yönlendiriyorsunuz, “Efes Pilsen Spor Okulları” var. Türkiye’de bütün erkek çocukları futbola yatıp kalkıyor. *Spor Toto Süper Ligi* var.

### Hukukçular-İnsanlığa Karşı Suçlar

Bütün bu paradoksu bize yaşatan kim? Devlet. Peki, hâlâ Müslümanlar bunun adını koymayacaklar mı, söyler misiniz? Bunun adını koymak kime düşüyor? En başta *hukukçulara* düşüyor. Size düşüyor. Peki, hukukçular bunun adını koyuyorlar mı? Hukukçular, hukuk üretiyorlar mı? Her zaman söylüyoruz, bizim işimiz şu: Biz hukuk teknisyeni olmayacağız, biz icramatik de olmayacağız, Hukuk üreticisi olacağız. Hukuk nerede ürüyor? Hukuk, alanda ürüyor. Bu alanda, mücadele alanında hukuk ürüyor. Masada oturarak hukuk üremiyor. Üreyen sadece kavramlardır. O kavramların da alana inmedikten sonra hiçbir şansı yoktur.

Ulusal ve uluslararası hukukta bir suç kategorisi var. *İnsanlığa Karşı Suçlar* kategorisi. Bunu bilmeyen var mı içerisinde? Her türlü taciz, tecavüz, işkence, insan ticareti, terör, soykırım ve yenilerde nefret suçları... Bunların hepsi İnsanlığa Karşı Suçlar kategorisine sokulmuş. II. Dünya Savaşı’ndan önce böyle bir suç kategorisi var mıydı? Hayır. Peki, nasıl olmuş bu? Bu suçların mağduru, mazlumu olan halkların —ki bunlar hep Üçüncü Dünya Ülkeleri— gayretleriyle Birleşmiş Milletler’de bu suç kategorisi isim olarak, mahiyet olarak kabul ettirilmiş. O büyük devletlere rağmen. Sonra bunun alt eylemleri, bu saydığımız suçlar olarak tespit edilmiş ve bu kategoriye sokulmuş ve denmiş ki: *İnsanlığa karşı suçlarda zamanaşımı yoktur*. Yani, suçun mahiyetinin vahametini göstermek için ve sonucunu da

bu vahamete bağlayarak bir kategorik suç ve bunun alt eylemleri oluşturulmuş. Peki, Türkiye’de hukukçular bunu bilmiyor mu? Bunu bilmeyen hukukçu var mı? Akademisyen veya pratisyen anlamda söylüyorum. Herkes biliyor.

Peki, ne yapıyor bu suçlar? Saydığımız 6-7 tür suç var. Bunların toplamından etkilenen insanları tahmin edelim. Soykırım, işkence, insan ticareti, terör, taciz ve tecavüz... Siz bir milyon deyin ben iki milyon insanın veya üç milyon insanın bundan etkilendiğini düşünelim dünyada. Sadece sigaraya bağlı hastalıklardan bir yılda 5 milyon kişi geçen yıl öldü. Bu sene 6 milyon bekleniyor. Alkole bağlı hastalıklardan iki buçuk milyon kişi öldü, bu sene üç milyon bekleniyor. Peki, bu ne? Birileri, birilerini taciz ediyor, tecavüz ediyor, işkence yapıyor, soykırım yapıyor, zamanaşımına tabi olmayan en ağır suçu işlemiş oluyor. Fakat birileri, bütün dünya insanlığını tedricen öldürüyor ama bu eylemin karşılığını kimse söylemiyor. Niye söylemiyor? Bu soruyu şu anlatım sırasında mutlaka elde bir olarak bir kenarda tutun, bunun üzerine sonra geleceğiz.

Yapmıyoruz bunu. Bunu bir suç olarak bile görmüyoruz. Niye? Çünkü ya ben, ya kardeşim, ya komşum, ya abim ya da canciğer bir arkadaşım sigara kullanıyor. Bir *masumiyet* algısı oluşmuş ve bunun en büyük işbirlikçisi de Türkiye’de devlet olmuş. Sigarayı, alkolü —Tekel anlamında— üreterek, satarak, pazarlayarak, reklamını, özendirmesini yaparak Devlet oluşturmuş.

Bir madde dünyada 6 milyon insan öldürüyorsa veya benim ülkemde 120 bin kişiyi bir yılda öldürüyorsa bu eylemin karşılığını kavramsal olarak benim bulup söylemem lazım. Müslüman Hukukçu bilinci bunu gerektiriyor. Bunu söyleyelim: “Bu insanlığa karşı suç işlemektir” diyelim. Bütün bir insanlığı hedef alan, bu topraklardaki insanları da hedef alan ve öldüren sigaranın üzerine “katildir” diye yazan da devlet. O sigara paketlerinin üzerine “katil” yazan devlet. Fakat aynı devlet başka katilleri es geçiyor. Alkolü, kumarı es geçiyor. Bunlar da birer katil. Bunların hepsi insanlığa karşı işlenmiş suçlar. Bu kategoriye girmesi gerekir. Kim yapacak bunu?

## Sosyal Sorumluluk-Allah Korkusu

Kumar sektöründeki şirketlerin yöneticilerinden bir tanesi, "Benim 3,7 milyar cirom var. Sosyal sorumluluk anlayışım olmasa ciromu 3-5 kat artırırım." diyor. Sosyal sorumluluk ne demek? Kim söyleyecek? Sosyal sorumluluk anlayışı ne demek? Yani siz "benim sosyal sorumluluk anlayışım var" dediğinizde ne kastediyorsunuz? Allah korkusu. "Benim sosyal sorumluluk anlayışım var, yani ben kendime bir engelleme yapmak istiyorum." Niye? Aklıma erdemlilik geliyor, aklıma sabitelerim geliyor, aklıma inancım geliyor. Onlar sosyal sorumluluk oluşturuyor. Bende soruyorum... Bu sosyal sorumluluk anlayışınız (Allah korkunuz) niye 3,7 milyardan başlıyor? 2,7'den başlamıyor? Niye 1 milyarken başlamadı Allah korkunuz da tavan yaptığınızda başladı. Kapisında +18 yazan şans oyunları bayilerinin önünde 12-13 yaşında çocuklar kumar oynadığı zaman niye aklınıza gelmiyor? Üstelik reklam yapıyorsunuz, teşvik ediyorsunuz, özendiriyorsunuz, televizyonlarda reklam ve çekiliş yapıyorsunuz, spora, eğitim-öğretime kumarı bulaştırıyorsunuz, bahis bulaştırıyorsunuz. Bir yere geliyor, akşam yattığınızda "Eyvah ben ne halt ettim, ben Allah'tan korkuyorum bunu 3,7'de bırakayım." diyorsunuz. Siz bıraktığınız için değil, o orada kalmış zaten.

Bir şey daha var. Biliyor musunuz, bu şirket yöneticilerinin çoğu beş vakit namaz kılıyor. Alayı sosyal sorumluluk anlayışı taşıyor. Kim olduğu önemli değil. Bir tanesi de *Yöneliş*'ten benim öğrencim çıktı işte. Bana telefon ediyor: "Abi, Millî Piyango okullarının isimlerini değiştirdik, haberin var mı?" diyor. "Sen nereden çıktın?" diyorum. "Ben Millî Piyango'nun yönetim kurulu üyesiyim." diyor. "Siz mi yaptınız onu?" dedim. "Biz yaptık." dedi. "Peki, bakan bu işi görüşmek için niye çağırdı sizi?" deyince "Onu bilmiyorum." dedi. "Peki, Bakan'a kim söyledi bunu? Dokuz ayrı şehirde 9 adet pilot davayı kim açtı? Bakan'ı buna kim zorladı? Bunları bilmiyorsan öğren." dedik. Bu da benim öğrencim işte. Bunu da bir yere yazın. Bunlar Müslüman zihin.

## Düzene Uygun Kafalar

Bir yere geleceğim şimdi. Burada bir şeyi tespit etmemiz gerekiyor. Ne oluyor bu insanlara? Bu masumiyet algısı nereden geliyor? Biz burada bazı kitaplar tavsiye ediyoruz. Bunlar boş beleş işler değil. Ortaokul öğrencisinin okuması gereken kitabı üniversite öğrencilerine tavsiye ediyoruz. Hâlâ buralardayız. "*Düzene Uygun Kafalar Nasıl Oluşturulur?*" Ortaokul kitabı. Bunu bile çoğunuz okumadınız. Burada dağıttığım hâlde okumadınız. Neden? Çünkü düzene uygun kafalar olarak yetişiyorsunuz. Düzen, sizi kendisine uygun kafalar olarak yetiştiriyor. Hangi düzen bu? Ulusal ve uluslararası düzen. Hiçbir ulusal düzen, uluslararası düzenden bağımsız değildir.

Peki, ne yapıyor uluslararası düzen? Oturuyor ve karar alıyor, istişare ediyor. Yıl 1986; "Sigaraya başlama yaş ortalamasını 5'e nasıl düşürürüz?" Bu kararı aldıklarında Türkiye'de sigaraya başlama yaş ortalaması 16. Şimdi kaç? 10. Başarı oranı nedir? 15 yılda neredeyse %50. Kim bunun sorumlusu? Sadece o kararı alanlar mı, söyler misiniz? Bu milletin askerine bedava bir kilo sigara istihkakı çıkaran devlet değil mi? Evet, devlet. Alkol konusunda; sigaranın her tarafını buzluyorsunuz, görüntüsünü yok ediyorsunuz ama alkolü resmen parlatıyorsunuz. Yazılı basında reklamını serbest bırakıyorsunuz. Televizyonda reklam amaçlı görüntüsü yasak, dizilerde filmlerde şakır şakır serbest. Niye? Orada marka yazmıyor çünkü. Algıya bakar mısınız? Kardeşim, bu memleketin alkol piyasasında herkesin payı belli değil mi? Belli. Üzerinde marka yazmayan şişe Behzat Ç.'nin önünde duruyorsa, herkes ondan kendi payına düşeni alıyor. Doğru mu? Önemli olan burada alkolün parlatılmasıdır. İlla da biranın isminin "Efes Pilsen" olarak gösterilmesi gerekmiyor. Bir bira şişesi varsa, Türkiye'deki bira sektörü kendi payına düşeni alıyor. Bunu bilmeyecek kadar aptal mı bu insanlar? Hayır! Peki, niye buna göz yumuyor?

Aynı şekilde, bütün dünyada bir teknoloji bağımlılığı oluşturuluyor. Hepimiz teknolojiyi kullanıyoruz. Telefonu amacının dışında kullandığınızda bağımlı oluyorsunuz. Eve gelir gelmez, çorabınızı çıkarmadan parmağınızı

bilgisayarın düğmesine takıyorsanız geçmiş olsun. Öyle değil mi? Yani giyineceksiniz, duş alacaksınız, yemek yiyeceksiniz ve bir saat sonra bilgisayarın başına oturacaksınız. Fakat gelir gelmez parmağınız düğmeye gidiyorsa geçmiş olsun. Bunu çocuk yapınca bağımlı oluyor, büyük yapınca alışkanlık oluyor. Doğru mu? Kendimize uyarladığımız bu masumiyet algısının nedeni hep o soru işaretlerinde.

## Bu Beden Benim?

### *Kimsenin Kendine Zarar Verme Özgürlüğü Yoktur*

Bir diğer husus, insanlarda “Bu beden benim, bunu tepe tepe kullanırım. Yakarım, yıkarım, atarım, intihar ederim, keserim, içerim, hasta ederim, öldürürüm, yaralarım, onursuz hâle getiririm.” algısı var. Böyle bir özgürlük alanı var mı? Hangi hukuk sistemi insana kendine zarar verme özgürlüğü tanıyor? Dünyada böyle bir sistem var mı? Yok. O hâlde kendine zarar verenlerin hepsi içinde buldukları ve diğer bütün hukuk sistemlerine aykırı davranmış olmuyor mu? Oluyor. Bizim mesleğimiz açısından bakalım; peki bunlar nasıl hukukçu oluyor? Hem kendine zarar verecek, bütün dünya hukuk sistemlerine aykırı bir şekilde kendine zarar verecek, sonra da ben hukukçuyum diyecek. Bir suç işleyene ceza vermiyor mu hukuk sistemi? Peki, bu düşüncenin sonuçlarına kim ceza verecek? Bu düşünce de değil, eylem hâline gelmiş.

Hadi birisi şimdi intihara kalksın şurada, ne yaparız? Engel oluruz. Çekip alırız oradan gücümüz yettiğince. Devlet engel oluyor, biz de engel oluruz. Niye engel oluyoruz? Böyle bir görevimiz mi var? Aslen var tabii. Yaşam hakkı, kutsal. O yaşam hakkına saygı göstermek, daha da ötesi o yaşam hakkını kullanabilmesini sağlamaktır. İnsanlık onuru budur. Peki, insan, madde kullanarak vadeye yayılmış bir ölümü nasıl tercih edebilir veya işaretleyebilir? Var mı böyle bir özgürlüğü? Hayır. Peki, hukukçuların bunun karşısında söyleyecek bir lafı var mı? Veya niye yok? Niye hukukçular (içen içmeyen, kullanan kullanmayan fark etmez), bunun literatürünü, bunun retoriğini, bunun hukuksal temel yapılarını oluşturamazlar? İstemedikleri için mi? Hayır! İste-

yemedikleri için. İstememek başka şey, istememek başka şey. Yapmamak başka, yapma iradesini kullanamamak başka bir şey.

## Yapmadıklarımızdan da Sorumluyuz

### *Mağdur ve Mazlumlar*

O zaman Abdurrahman Dilipak'ın sözüne geliyoruz. Diyor ki: “Sadece yaptıklarımızdan değil, yapmadıklarımızdan da hesaba çekileceğiz.” Yaptıklarımızdan hesaba çekileceğimizi herkes biliyor ama yapmadıklarımızdan dolayı da hesaba çekileceğiz. Allah bir yandan “Bunu niye yaptın?” diye hesaba çekecek ama “Bunu niye yapmadın?” diye de hesaba çekecek. Peki, bu ülkenin Müslüman hukukçuları nerede, söyler misiniz?

Milyonlarca insan tedricen kendini öldürüyor. Bazıları da altın vuruşlarla, şunlarla, bunlarla çok yakın zamanda öldürüyor. Bağımlılık bugün dünyanın en büyük tehlikesi. Bakın nükleer savaş bugün bu kadar büyük bir tehlike değil. Orada karşılıklı bir caydırıcılık var. Kimin ki kiminkinden fazla belli değil. “Ben on tane atarım ama bir tane yiyince de benimde imanım gevrer.” diye düşünüyor herkes. Peki, bağımlılık tehlikesi böyle mi? Bunun güçlü bir tek tarafı var; o büyük şirketler, devletler. Karşısında kimler var? Bireyler var. Tek tek birey iradeleri var. Hangi bireyler? Masum, mazlum ve mağdur bireyler. Bakın hâlâ hukuk sistemi bu insanların mağdur ve mazlum olduğunun tespitini yapmadı. Devlet, bağımlıların mağdur ve mazlum olduğunun tespitini yapmadı. Peki devlet yapmadı, Müslümanlar yaptı mı? Tarikatlar, cemaatler, siyasi partiler bunun adını koydular mı?

İktidar partisinin hükümet programını — üçüncüsü de dâhil olmak üzere— inceliyorum, geriye doğru gidiyoruz. Bağımlılıkla ilgili kelime dahi geçmiyor. Peki, 30 milyar vergi topladığın bir sektörün sana 60 milyar zararı varken bunu nasıl hükümet programına koymuyorsun? 15 milyar ondan, 15 milyar bundan, hatta diğerlerinden de saydığımızda 70-80 milyar lira gelir alacağım diye vergi koyduğun bir maddenin sana geri dönüşü üç misli zarar olduğu hâlde, hükümet programına bununla mücadeleyi niye koymuyorsun? Aklına gelmiyor. Niye gelmiyor? Çünkü o zihin

de mağdur ve mazlum. Bakın yeni bir şey söylüyorum: *Onu yapmayan zihin de mağdur ve mazlum*. Bunu da bir köşeye yazın, lazım olacak biraz sonra.

Aynı şekilde, devlet ne kendi tebaasıyla alakalı —hukuki, siyasi veya sosyal— bir tedbir alıyor, ne de tedbir düşünen zeminlere katkı yapıyor. Nedir bu şimdi? Biz bas bas bağıyoruz. Sadece biz değil toplumun bütün kesimleri mağduriyetini, mazlumluğunu dile getiriyor. Bir gün bu bürokrasi veya bu siyasetçi çıkıp da: “Hayır! Yanlış söylüyorsunuz.” demiyor. Peki, “Doğru söylüyorsunuz.” dediği veya sessiz kalarak doğruladığı bir konuyu niye gündemine almıyor? Ya da içimizden çıkan, beraber yurttta kaldığımız, okulda dirsek dirseğe verdiğimiz, evlerde beraber yatıp kalktığımız, kahvede beraber oturduğumuz arkadaşlarımız bürokrasiye veya siyasete gittiğinde, devleti kumarbaz yapan, çocuklarımızı kumarbaz veya ayyaş yapan ya da buna vesile olan konuma geldiklerinde biz onlara bir şey söylüyor muyuz? Söyledik mi? Hukukçu olarak bunlara karşı bir şey ürettik mi? Hayır. Fakat herkes Müslüman hukukçu olarak kasım kasım kasılıyor ve biz, hepimiz avukatlar olarak bu Müslüman camianın rantını yiyoruz. Bana gelen işlerin %70’i Müslüman camiadan, Müslüman avukat olduğum için geliyor. Hepinize de öyle geliyor. %30’u da dürüst insan, avukat olarak tanındığınız için geliyor. Çünkü bu toplumun büyük bir kesimi Müslüman ve insanlar seçerken kendisi gibi veya daha iyelerine yöneliyor, doğru olarak.

Peki, buna karşı biz ne yapıyoruz? İcramatlığın, teknisyenliğin ötesinde hukukçular bir şey yapıyorlar mı? Siyasetçiler bir şey yapıyorlar mı? Yapmıyorlar. Ben, bir mücadele yürütmeye kalktığım da bırakın destek olmayı köstek olmak için ellerinden geleni yapıyorlar. Bütün bu insan hakları mücadele zeminleri böyle değil mi? Peki, o insanlar oralara gitmeden evvel bu zeminlerde değiller miydi? Evet. Peki dillendiriyorlar mı gittikleri yerlerde? Hayır! Ama devletin verdiği her görevi alıyorlar mı? Alıyorlar. Bana telefonda birisi diyor ki: “Ben bürokratım, devlet bana bu görevi verdi, bende böyle yapıyorum ne yapayım?”. “Devlet insanlara daha kötü görevler de verebiliyor. Daha aşağılık, daha adi görevler de verebiliyor bazen. Onları da yapacak mısınız? Şu yaptığın zaten yeteri kadar adi bir

iş” dediğimde “benim başka seçim şansım yok” diyor. Fakat bunu bırakın bürokrasi olarak, sadece ticari olarak yapan insanlar da var. Onların mazereti ne? Onları da bırakın, biz kendi alanımızda buna ilişkin kavramsal bir mücadele yürütüyor muyuz? Bırakın eylemselliği, kavramsal mücadele var mı Türkiye’de? Yok.

## İnsanlık Onuru Farkındalıkla Başlar

İnsanlık onuru nerede, neyle başlıyor, söyleyen var mı? “Farkındalıkla” başlar. *İnsanlık onurunun kapısı farkındalıktır*. Farkında olmadan nasıl direneceksiniz? Nasıl güveneceksiniz? Nasıl mücadele edeceksiniz? Önce farkına varacaksınız, tehlikeyi göreceksiniz. Konu ne olursa olsun bir farkındalık gerekecektir. Farkındalık zaten sizi ayırıştırır. Önce o kötülükten ayrışsınız, sonra onun karşısına geçersiniz ve sonra onunla mücadele edersiniz. Sonra o alandaki insanları kazanmaya başlarsınız. Sonra da oraya gidişi engellersiniz, bir koruyucu hekimlik yaparsınız. “Felaketten Önce” dersiniz. Bunların hepsi farkındalıkla başlayan ve insanı onurlu kılan şeyler. Peki, Müslüman Hukukçuyu onurlu kılacak olan nedir, söyler misiniz? Bu kavramsal mücadeleyi yerine getirmeden, bunu eylemselliğe dönüştürmeden hangi Müslüman Hukukçu zihninden bahsediyoruz? Bahsedemiyoruz. Peki, niye bunları yapamıyoruz? Yine “Düzene Uygun Kafalar Nasıl Oluşturulur?” a geleceğiz.

Her siyasi sistem kullanabileceği insanları, yani tebaayı oluşturur. Bunun lamı cimi yok. Tebaayı oluşturur. Çünkü hayatini sürdürmek için kendi teorisine ve pratiğine uygun insanlar gerekir. Bunun için de bir eğitim sistemine ihtiyaç var. Aslında öğretim sistemi olması gereken sisteme de, “Millî Eğitim” diyor. *Eğitim adam yapmak demektir*, şekillendirmek demektir. Kabiliyetleri yöne/ltmek, yönlendirmek demektir. Öğretimse bilgilendirmek demektir. Sistem bilgilendirmiyor. Sistem eğitmiyor, adam yapıyor. Köşeli, yuvarlak, dikine, enine, boyuna, sekiz köşe, on köşe... Adam yapıyor yani. Fakat biz hâlâ bunun farkında değiliz. Hâlâ zihin kodlarımız devletin bizi eğittiği yönde gidiyor. İşte masumiyet algısının altında yatan neden bu. Onun için za-

rarlı olduğunu bildiğimiz hâlde karşısına geçmiyoruz. Çünkü masumiyet algısı var.

Masumiyet algısını kim pompalıyor? Sistem. Ama bu sistem, ama uluslararası sistem. Sonuçta, burada sistemli bir düşünce var. Peki, bireysel veya toplumsal zeminler olarak bizim sistemli düşüncemiz olmayacak mı? Buna karşı bir argüman geliştirmeyecek miyiz hâlâ? Hâlâ gelişmiyor işte. Geliştirenler de yalnız kalıyor, yalnız bırakılıyor. Böyle bir şey olabilir mi? Bakın, Allah resulü bir gün Mekke'de yüksek bir yere çıkıyor ve çağırıyor herkesi: "Ey Haşimoğulları, Ümeyyeoğulları, Abbasoğulları..." herkes gidiyor "Muhammed yeni bir şey söyleyecek" diyerek... Onlara soruyor: "Su dağın arkasında çok büyük bir güç var ve sizin üzerinize doğru geliyor desem inanır mısınız?" "Sen Muhammedü'l Emîn'sin, inanırız tabii ki" diyorlar. "Peki, o zaman size bir tehlikeyi haber veriyorum, şu yapıp ettiklerinizden dolayı Allah'ın azabı yakındır." Bunun üzerine müşrikler ne diyorlar?: "Kör olası, bunun için mi çağırдың bizi buraya?"

Bu zamanda insan hakları mücadeleleri aynı konumda değiller mi? Peygamber izleyicileri konumunda değiller mi, söyler misiniz? Kime sesleniyoruz biz? "Yaşam hakkı kutsal" diyoruz. "önce senin ki kutsal, benim ki değil" diyoruz. "Sen yaşam hakkına sahip olduğunda bende olacağım" diyoruz. Önceliği sana tanıyorum, "kör olası bunun için mi çağırдың beni" diyor. Bu Müslümanlar bunu söylüyor, başkası değil. Bu Müslümanlar bunu söylüyor. "Kör olası, bunun için mi çağırıyorsun bizi hakka, itizale" diyebilen zihniyete Müslüman zihin denebilir mi, söyler misiniz? Evet, buna çağırıyoruz. "Kendine zarar verme, üçüncü şahıslara zarar verme" diyoruz. Peki, karşılığında ne alıyoruz? Bütün insan hakları mücadeleleri bunu yapmıyorlar mı? Kaç kişi buna karşılık veriyor?

## Özgürlüklerin Farkına Varmak

Bütün bunların karşılığı yine aynı sorudur. Özgürlüklerin farkına varmak. Özgürlüğün ne olduğunu bilmek. Özgürlüğün ne olduğunu bilmezseniz her zaman bağımlı olmaya mahkûmsunuz. Bir savaş olduğunu söylemiştim biraz önce. Evet, dünyada bir savaş var.

İnsanlığa karşı açılmış ve yürütülen bir savaş var. Fakat bu savaşın bir gayesi var ama ne yazık ki bu ülkenin çocukları bilgilendirilmiyor. Savaşın ne olduğu onlara anlatılmıyor. Savaş karşılıklı kılıç şakırdatmak veya bomba atmak değildir. 1838'de yazmış ya adam, Alman savaş stratejisti Clausewitz *Savaş Üzerine* kitabında söylüyor: "Savaşın nihai tek bir gayesi vardır, hasmının iradesini yok etmek." İşte iradesi yok olmuş insanlara biz mağdur ve mazlum diyoruz. Bütün bağımlılardan veya bağımlıların bağımlılığıyla alakalı bir farkındalık oluşturmayanlardan, sürü, köle sürüsü olmuş insanlardan, topluluk bilincine, sorumluluğuna sahip olmamış, buna kavuşmamış insanlardan bahsediyoruz. Niye? Böyle bir savaş var ama birilerinin farkındalık yaratması ve "Arkadaş bir dakika, bu bir savaş. Bize açılmış bir savaş var, üzerimize gelen var ve bir de uyarılar var" demeleri gerekmiyor mu? Bunun farkına varan insan, insanlık erdemine, insanlık onuruna kavuşmuş sayılmıyor mu?

## Akletmez misiniz? Düşünmez misiniz?

Peki, ne zaman buraya geleceğiz biz? Ne zaman bizim irademize ipotek konulduğunun farkına varacağız? Bunun farkına varmayan zihne Müslüman zihin denir mi? Kur'an-ı Kerim'deki ayetlerin büyük bir kısmında "Akletmez misiniz?", "Düşünmez misiniz?" demiyor mu? Peki, Müslümanlar aklediyorlar mı? O duvar dibi nargile bağımlıları aklediyorlar mı? Cebindeki sigaranın üzerinde "öldürür" yazan adam, katili ile beraber gezerken aklediyor mu? Ya da şans oyunları oynayan Müslümanlar aklediyorlar mı? Ya da buna göz yuman, bunu hiç konuşmayan, dillendirmeyen Müslüman aklediyor mu, söyler misiniz? "Ülkede böyle bir yara var" diye feryat etmeyen Müslüman aklediyor olabilir mi, söyler misiniz? Akıl bu mu? Bunu mu gerektiriyor? Akıl susmayı mı gerektiriyor?

Peki, nerede bu Müslümanlar? Niye konuşmuyorlar? Niye bağırıyorlar? Bizim çocuklarımız bağımlı olmayacaklar mı? Kim garanti verdi, Allah "senin çocuğun bağımlı olmayacak. Senin çocuğun keş olmayacak. Senin çocuğun köprü altında ölmeyecek" diye teminat mı verdi? Böyle bir teminatı olan var

mı, söyler misiniz? Bu memleketin en büyük ve en önemli kanaat önderlerinden birinin kızı 17-18 yaşında uyuşturucu kullanılarak öldürülmedi mi? Peki, herkes çocuğuna sıra gelecek diye mi bekliyor? Bunu mu bekliyoruz? Ne zaman ötekinin çocuğuna sahip çıkacak bu Müslümanlar? Bunlar kimin çocukları? İlla da kapımıza yangın geldiği zaman mı ayılacağız? “Allah yapmadıklarımızdan bizi sorumlu tutacak” derken kastımız budur.

O zaman yapılacak bir şey var; bütün çocuklarımıza özgürlük ve bağımsızlığın ne olduğunu anlatmamız lazım. Özgürlük dünyanın en tatlı şeyidir. Dünyada hiç paylaşılmayan bir şeydir. Hiç kimse özgürlüğünü paylaşmaz. Hele de bir farkındalık yakalarsa özgürlüğünü kimseyle paylaşmaz. Bu farkındalığı yakalayamazsa, bir maddeyle, bir insanla, bir siyasi otoriteyle bu özgürlüğünü paylaşır. Özgürlüğünüzü paylaştığınızda tasmalı bir hayvandan farkınız kalmıyor. Tasmalı hayvan özgürlüğünü paylaşıyor. Çünkü onun aklı yok. Onda bilinç, irade yok.

Peki, insan olmanın ayrıcalığı? İki ayak üzerinde gezdirdiğimiz başı ne zaman kullanacağız, söyler misiniz? Ne zaman Müslüman camicia bunu kullanacak? Diğerlerini kastetmiyorum. İddiası olan insanları kastediyorum. Bu memlekete, bu topluma nizam, intizam, düzen vermeye çalışan Müslümanları kastediyorum. Bırakalım ötekileri, iddiası olan insanlara sesleniyoruz. Bu tehlikeyi ne zaman göreceksiniz? Bugün hiçbir siyasi parti, hiçbir tarikat ve cemaat bağımlılıklarla ilgili değil biliyor musunuz? Hiçbiri değil. Herkes kendi cemaati içerisindeki insanlara verdiği eğitimle yetiniyor. Peki, ötekiler ne olacak? Hep birbirimizden adam mı çalacağız? Ötekiler, onlar kimin çocukları?

## Amr-i bil ma'ruf, nehy-i anil münker

### İman-Amel Bütünlüğü

Peki, İslam'ın “emr-i bilmaruf, nehy-i anil-münker” ilkesini —ki ben bunu imanın bir şartı olarak kabul ediyorum— nereye koyuyor bu Müslümanlar? İyiliği emretmeyen adama Müslüman denir mi, söyler misiniz? Ona teslim olmuş denir. Allah öyle söylüyor: “İman ettik demeyin, teslim olduk deyin.” diyor. Pe-

ki, Kur'an bu ayırımı yaparken bu Müslümanlar kendilerini nerede görüyorlar? İman etmiş kısımda mı yoksa teslim olmuş kısımda mı? Sorduğumda kasım kasım kasılarak iman etmiş kısımda olduklarını söylerler.

Amelle bütünleşmeyen iman nedir? İman mıdır o? İman-amel bütünlüğünden 14 yıldır bahsetmemizin nedeni budur arkadaşlar. Müslüman Hukukçu bilinci, iman-amel bütünlüğünü yakalamadan gerçekleşemez. Sizi sadece herhangi bir bağımlılıkla mücadele etmeye çağırmiyorum. Bu duyarlılığı yaşayıp bağımlılıklara karşı üretmeye çağırıyorum. Olay budur. Biz, bütün bir neslimize, gelecek kuşaklara özgürlüğün ne kadar kıymetli bir şey olduğunu, bağımsızlığın ne kadar güçlü bir şey olduğunu, bağımlılığın da ne kadar büyük bir felaket olduğunu anlatmazsak, geleceğimizin karanlık olduğunu ve *yaşayan sünnetin basamağı* olmayacağımızı görmemiz lazım. Öyle kasım kasım kasılarak “yaşayan sünnetin basamağıyız biz, bir yerden bir yere götürüyoruz” diyorlar. Nereye götürüyorsunuz? Ülkenin veya dünyanın içinde yaşadığı sorunu, sıkıntıyı görmeden neyi nereye götürüyorsunuz? Bu sadece bölgesel olarak bir ülkenin komşularındaki sorunları bilmekle olmuyor, yetmez. Bütün bir dünyanın sancısını içinde çekmekle olur ve buna karşı bir fikir ve eylem üretmekle olur, uyumakla değil. Konuşmakla, tartışmakla olur.

Fakat şimdi bakıyoruz, her ailede bağımlı insanlar var. Her ailede bunun mağdurları var. Her ailede teknoloji bağımlıları var ve bütün bir zamanlarını, günlerini bilgisayar, internet, şu bu başında geçiren insanlar var. Akşamları gidip iki, üç saat nargile çeken entelektüel Müslüman aydınlarımız var. Kendisine “yarım saat nargile çekmek beş paket sigara içmektir” dediğimiz zaman suratımıza bakıp sırıtıyor. İsim vermeyeceğim ama bunları hep tanıyorsunuz siz. Bu ülkenin, hatta şu sosyal zeminlerin tepelerinde ki insanlar bunlar. Çok da güzel işler yapıyorlar ama. Bir yandan yapıyorlar, öbür taraftan bozuyorlar. *Yemin ediyorum Allah hidayet vermez*. Toplumu ifsat edici görüntü veren bir Müslümana Allah nureti vermeyecektir. Buna imanım kadar eminim. Bu ülkenin çocuklarına nargileyi gösteren adam Allah katında mesuldür. Sigarayı gösteren adam mesuldür. Alkol görüntülerine izin veren mesuldür. Çocuklarına kumar makine-

lerinin başında, şans oyunlarının başında kupon doldurtanlar Allah karşısında mesuldür. Beş vakit namaz kılmak ayrı bir şey. Toplumsal sorumluluk bizi Allah karşısında mesul hâle getiriyor. Bizi mutlaka bir farkındalıkla karşı karşıya getiriyor.

Kur'an'ı niye okuyoruz biz? Güya bütün Müslümanlar Kur'an okuyorlar ama toplumsal sorunlarla karşı karşıya kaldıklarında bunları es geçiyorlar. "Ben bu tarafıyla ilgileniyorum, öteki taraflara da başkası baksın." diyorlar. Hayır, böyle bir şey yok. Elbette ki herkes her alana yoğunlaşmayacak ama bunun ıstırabını, bunun sıkıntısını çekmeyen zihin nasıl Müslüman zihin olur, söyler misiniz? Bu mücadeleye katılmayan insanlar nasıl bir Müslüman zihne sahip olabilir. Sadece duymak yetmiyor, bir şeyler yapmak gerekiyor.

### **Bütün Senaryolarımız Mutlu Sonla Bitecek**

Bakın, bu dünyanın, bu ümmetin bütün çocuklarının geleceği *mutluz sonla sonlanmaya* doğru gidiyor. Peki, hangi Müslüman entelektüel çıkıp da "bütün senaryolarımız mutlu sonla bitecek" diye bağıyor? Var mı? Böyle bir ümit var mı? Böyle bir heyecan var mı? Peki, bu insanlar bunu hak etmiyor mu, söyler misiniz? Niye bizim geleceğimiz mutlu sonla bitmiyor veya "bitecek" diye bağırıyoruz? Niye böyle bir enerjiyi, sinerjiyi hâlâ kendimizde bulamıyoruz? Çünkü bizim de irademize çökmüşler. Özgürlüğümüzü elimizden almışlar. Onu parsellemişler. İşte savaşın gayesi buydu ve bu savaşı adamlar peyderpey kazanıyorlar. Müslümanlar da seyrediyor ve onlara karşı kendi zihinlerini tutsak hâle getiriyorlar. Sonra da emperyalizme karşı mücadele ettiklerini söylüyorlar. Hangi emperyalizme... Emperyalizm senin beynini ur gibi sarmış zaten.

Aydın olmanın gerekleri nedir? İçinde yaşadığın toplumun sorunlarını görmek ve buna çare üretmektir. Ayrıca bunu eylemselliğe kavuşturaktır. Yapabildiğin kadar tabi, gücünün yettiği kadar ama gücünün nereye kadar yettiğini nasıl anlayacaksın? Meydanlarda sınınanarak anlayacaksın, başka yerde bunun mihenk taşı yok. Mihenk taşı meydandır, der-

nektir, vakıftır, mücadele zeminleridir. Ve üretmektir, yazmaktır, çizmektir. Bakın şu Müslüman avukatlara, hâkimlere, savcılara; kaç tanesinin defteri kitabı var, söyler misiniz? Kaç tanesinin makalesi var? Kaç tanesi hakkı söyleyip de itiraz ediyor, söyler misiniz? Kaç tane örnek tanıyor sunuz? Peki, bu kader mi? Birilerinin bunları uarması gerekmiyor mu?

Peki, uyarmanın karşılığı "kör olası, bizi bunun için mi çağırıyor?" dercesine sessiz kalmak mı? Kim söyleyecek bunları? Siz söyleyeceksiniz, siz yayacaksınız bunları. En yakınınızdan başlayarak yayacaksınız. Müddessir Sûresi böyle söylemiyor mu? Müddessir Sûresi sadece Mekke'deki müşrikler karşısındaki Müslümanlara mı emir? Böyle mi düşünüyoruz? Kim dillendirecek bunları? Siz yapacaksınız, en yakınınızdan başlayarak yapacaksınız. Çünkü bugünün en büyük tehlikesi bağımlı olmaktır. Daha büyük bir tehlike yok şu an. 500 bin uyuşturucu bağımlısı olan bir ülkeden bahsediyorum. Evet, Türkiye'de 500 bin uyuşturucu bağımlısı var ve bunlardan sadece 2.600'ü tedavi edilebiliyor bir yılda. Fakat bir yılda belki 50-100 bin civarında yeni bağımlılar üüyor, biliyor musunuz? Yani bağımlılık oranı neredeyse geometrik olarak artıyor.

Tek tek milletin sigaralarını söndürün veya nargilesini kafasında kırın falan demiyorum, böyle bir şey yok. Bir bilinç oluşturmaktan bahsediyorum. İnsan hakları mücadelesinin zeminini oluşturmaktan bahsediyorum. Ayrıca konuştuğumuz her şeyin bir meşruiyet zemininin olduğundan bahsediyorum.

### **Adalet Mücadele Etmektir**

Adalet deyince kimse mangalda kül bırakmıyor. Adalet nedir? Burada çok kolay olsun diye amele tarifini bile verdik. *Bir şeyi kendine ait olan yere koymaktır*. Şu an bu ülkenin veya bu ümmetin insanlarına hatta insanlığın bütün çocuklarına ve gençlerine karşı bir savaş varsa burada adalet nedir? Ona karşı mücadele etmektir. Bir şeyi yerine koymak budur. Adalet burada mücadele etmektir. Adalet buna uygun bir zihin oluşturmak için kavram çalışması yapmak, bir hukuk çalışma-

sı, bir kanun çalışması yapmaktır vs. vs. Adalet işte budur. Yoksa “ben adilim”, “nasıl adilsin?”, “bana kötülük yapılıncaya ben karşı çıkarım”. Adalet bu değil, bu tamamen bireysel bir tepkidir. Adalet dediğimiz fitri bir olgu. Fitri olan dışı yayılındır, içe sokulan değil. Dışa yayılana fitrilik denir. Görünendir fitri olan. “Herhangi bir şeyin doğasında, fitratında şu var.” dediğinizde o görünendir, bilinendir. Bilinmeyen şeyin bunun doğasında olduğunu söyleyemezsiniz. İşte adalet, o görüneni kabullenmek, ona uygun davranmak, onun gereğini yapmaktır.

Nerede Müslümanların adaleti, söyler misiniz? Kaç kişi sokak çocuklarına sahip çıkıyor, söyler misiniz? Kaç kişi yetimhanelere gidip o çocukların başını okşuyor, söyler misiniz? Kaç kişi bağımlı insanları bağımlı olmaktan kurtaran bir çalışma yapıyor, söyler misiniz? Kaç kişi kapalı alanlarda içki, sigara içildiğinde müdahale ediyor, sesini yükseltiyor, söyler misiniz? Kaç kişiyi ilgilendiriyor bu?

Öyle bir hastalık olarak ilerliyor ki, bu kanser, bu ur hepimizi sarıyor. Saracakta. Zamanında hepimizin de, bu anlamda özgürlüklerinin farkında olmadığı için kapıldığı bir hastalıktır bu. Biz bu yollardan geçtik. Fakat buna, en azından bireysel olarak dur demek, bunu toplumsallığa dönüştürmek gibi bir görevimiz var mı, yok mu? Soru bu. Fakat bu görevi bize yaptırmayan şey bizim özgürlük anlayışımızı ketmeden, onu engelleyen propogandif unsurlardır. Uluslararası şirketlerin oluşturduğu masumiyet algılarıdır. Biz hâlâ çevremizdeki sigara içen arkadaşlara masumiyet algısı ile yaklaşıyoruz. Onları kendimizden farklı görmüyoruz. Onları bir hasta olarak kabul etmiyoruz. Hâlbuki adam sigarayı, alkolü vs. bırakmak için hastaneye gittiğinde protokol defterine kaydı yapılıyor. O defterde “Hasta” yazıyor. Oraya kim giderse gitsin orada karşısına “hasta” yazıyor. Arkadaşımızın hasta olduğunun farkına varmıyoruz veya biliyoruz ses çıkarmıyoruz. “O hastalıkla ölsün” diyoruz.

Maraş'ta anlattılar: Zihinsel özürlü bir vandaşa “Ahmet, ölsün mü?” diyorlar. “Ölmesin.” diyor. Mehmet'i soruyorlar: “Ölsün, ölsün.” diyor. “Niye?” diyorlar. “O sigara içiyor.” diyor. Yani “zaten ölecek” demek istiyor. Özürlü bir adam bunun farkında ama biz

yakınıımızdaki arkadaşların hasta olduklarını, bağımlı olduklarını ve ölüme terk edildiklerini ve bizim onları ölüme terk ettiğimizin farkında değiliz. Hâlâ onlara masumiyet algısında bulunuyoruz. Arkadaşlarımız nargile içiyor, onlara masumiyet algısı besliyoruz. “Ne yapsın, ara sıra takılıyor, vazgeçemiyor, vazgeçemiyoruz...” Böyle bir şey yok.

Peki, doğrudan kendine zarar veren, sağını solunu kesmeye kalkan birine müdahale etmiyor musunuz? İntihar edene müdahale etmiyor musunuz? Ötenaziye müdahale etmiyor musunuz? Ötenaziye müsaade etmeyeceksiniz, intihara müsaade etmeyeceksiniz ama bağımlı olarak ölmesine müsaade edeceksiniz. Bunlar aynı şey ama hâlâ biz arkadaşlarımız arasında bu ayırımı yapamıyoruz. En azından onlara uyarıcı bir şey anlatmıyoruz. Arkadaşlarımıza değilse bile bütün bir topluma dönük bir mücadele vermiyoruz.

Bu neye benziyor? 28 Şubat sürecinde gerçekten toplumda kadınıyla, erkeğiyle, kızıyla, çocuğuyla... Dünya kadar mağdur olan insan vardı. O dönemin bir grup Müslüman aydını, hukukçusu müdahale etmediler mi? Niye ettiler? Bu bir farkındalıktı, bu insanlık onuru gereği idi. Peki şimdi? Şimdi o insanlar aynı veya benzer şeyleri yapıyorlar mı? Kaç yapıyor? İnsanlık onuru dönemsel midir? Belli dönemlere has mıdır? 20 ile 30 yaş arasında veya 25-35 arasında gibi bir şey var mı? İnsanlık onuru musallaya kadar devam etmiyor mu? Müslümanlar bunu bilmiyorlar mı?

Bir katkı: “Sigara paketinin üzerinde ‘Sigara Öldürür’ yazıyor. Hatta resimler de koydular. Buna rağmen bir toplumsal bilinç oluşmuyorsa, adam o paketi alıp içiyorsa, bu toplumsal bilinç nasıl oluşturulacak? Buna rağmen farkındalığı nasıl oluşturabiliriz ki?”

Onu anlatmaya çalışıyorum işte. Onların mağdur ve mazlum olduğunu söylüyoruz. Çünkü iradeleri ipotek altına alınmış. Bunun sonucunu düşünmüyor. Bile bile kendisine zarar veriyor. “Bu beden benim, tepe tepe kullanırım.” diye düşünüyor. Hayır, kullanamaz ama birileri çıkıp da “Sen bu bedeni tepe tepe kullanamazsın.” itirazını ortaya koymuyor. Yani, akli metotlarla, akli yöntemlerle, bilimsel yöntemlerle “Sen bu bedeni tepe tepe kullanamazsın arkadaş!” demiyor.



## Sadece Sağlık Temelli Anlatım Yetmez

Bir katkı: “Birçok bilimsel argüman ortaya konuldu. Buna rağmen olmuyor...”

Kim koydu? Bu yeterli değil ki. Bunu anlatıyoruz işte. Sadece sağlık temelli bir anlatım burada yetmiyor. Hukukçuların da burada bir şey yapması gerekiyor, onu anlatmaya çalışıyorum. Yoksa Sağlık Bakanlığı güya üzerine düşeni yapıyor. Fakat bunun bir de hukuk tarafı var. Bunun bir siyasi sistem tarafı var. Sen, uluslararası sistemi besleyerek kendi siyasi sistemini küçültüp zayıflatıyorsun bir kere. Veya uluslararası sistemi zenginleştirerek kendi ülkeni fakirleştiriyorsun. Mesela; sigaraya verilen her 1 lira milyarlarca dolar zarar olarak bize geri dönüyor. Niye? Çünkü o 1 liralara besleniyor, biti öyle kanlanıyor. Herkes 1 lira veriyor ve adam devasa bir canavara dönüşüyor. Şimdi, o 1 lirayı veren herkes bundan sorumlu mu, değil mi? Sorumlu. Bu bilinci anlatmamız gerekiyor. Kastettiğim bu.

Adam kaçak sigaraya ucuz diye parayı veriyor. Eee kaçak sigaradan derin devlet elemanlarıyla, bilmem nesiyle %10 pay alıyor, PKK’da %10 pay alıyor. Peki, bütün bunlara karşı mücadele ettiğini söyleyenler o verilen her bir liranın askere giden kardeşine kurşun olarak döndüğünü bilmiyor mu, görmüyor mu? Kim söyleyecek bunu? Evet, kurşun olarak geliyor. Birilerinin bunu anlaması lazım. Birilerinin bunu bağırması lazım ama bunu bir hukuksal temele oturarak, bunun adına “insanlığa karşı suç” diyerek bu kategoriyi çalıştırmamız lazım. Böyle bir bilinç oluşturmamız lazım. Bu eylemlerin hepsini insanlığa karşı suçlar kategorisine sokmamız lazım. Bunu Birleşmiş Milletlere taşımamız lazım. Belki o zaman o bilinç bu mücadeleyi anlamlı kılar. Sadece sağlık yönünden değil.

İnsanlar düşünmüyor. Tamam, düşünmeyebilir ama birilerinin insanlık onurunu göstermesi lazım. Bir farkındalık ortaya koyması lazım. Bu, bizim açımızdan hukukçulara düşüyor. Yoksa adam cebinde katilini gezdiriyor veya gezdirmiyor, o işin başka bir tarafı.

## Trajikomik Örnekler

Ormancıların fidan dikme merasimine gittik. “Abi onur konuğumuz olur musunuz? Biz bir fidan dikme kampanyası yaptık.” dediler. Bizde gittik. 500 fidan dikeceğiz. 200 orman mühendisi aileleriyle, çocuklarıyla gelmiş ve piknik havasında geçiyor. Baktım, bazıları sigara içiyor. Bunların hepsi orman mühendisi. Sonra, açılış saati geldi ve bana “Bir açılış konuşması yapar mısınız?” dediler. Yani topu ayağıma verdiler. “Arkadaşlar, bu diktiğiniz fidanlar kaç yaşında?” dedim. “3-3,5 yaşında.” dediler. “Boyları kaç santim?” 35 santim. Yani 35 santime 3,5 yılda geliyor. “Peki, bunlardan kâğıt olur mu?” dedim. “Olmaz, kâğıt olması için daha fazla yaş gerekir.” dediler. “Peki, bazı arkadaşlar buraya gelene kadar kaç ağaç yaktılar? Bugün, dün, evvelsi gün veya sigaraya başladıktan bu yana kaç ağaç yakarak geldiniz?” dediğimde hepsinin kafası yere düştü. Bu mu orman mühendisliği, orman bilinci. Siz bunun daha çok içindesiniz, daha duyarlı olmanız gerekiyor. Bu mu şimdi? Binlerce ağacı yakarak geliyorsunuz ve onun kefareti olarak burada 35 santimlik bir hayır işliyorsunuz. 35 santimlik fidan dikiyorsunuz. Bu bilinç kaymasının nedeni bu insanların bağımsız düşüncelerinin ellerinden alınmasıdır. Onların özgürlüklerini çalmışlar, düşünemez hâle getirmişler. Adam bunu anlamıyor.

Standıma 25-30 yaşlarında bir adam geliyor. Elinde iki çocuk var. Sohbet ediyoruz. “Çok seviyorsun çocuklarını değil mi?” diyorum. “Canımdan çok severim.” diyor. “Essah mı?” diyorum. “Ne demek ya, insan çocuklarını canından çok sevmez mi?” diyor. “Tabi ki, bende benimkileri öyle seviyorum. Peki, bu çocuklara süt de alıyorsun herhalde?” diyorum. “Almaz mıyım.” diyor. “Kaç kilo süt alıyorsun?” diyorum, “Haftada 4-6 kilo alıyorum.” diyor. “Yani 10-12 lira süt parası veriyorsun haftada?” diyorum, “Tabi, tabi!” diyor. “Peki, sigaraya haftada kaç para veriyorsun?” deyince jetonu düşüyor. “Asgari 35 lira veriyorsun. Çocuklarını canından çok seviyorsun değil mi?” dediğimde ses çıkmıyor. Bu adam çocuklarını canından çok seviyor. Onlara 6 kilo süt alıyor, kendisine 5 paket sigara alıyor. Süte verdiği paranın 3-4 mislini sigaraya veriyor. Evet, çocuklarına süt alıyor ama o sütün yanına bir muz koyamıyor. Aldığı para asgari

ücretin üç beş kuruş fazlası. Görüyor musunuz bilinci? Bu ne şimdi? İnsanlar nasıl farkına varacaklar, söyler misiniz? Bu aymazlığın nasıl farkına varılacak? Spor Toto müdürünün söylediği sözle, bu adamın söylediği söz arasında fark var mı?

Evinde kedi köpek besleyenler var. Alışveriş merkezlerine gidiyorlar ve kedi, köpek maması alıyorlar. Bazılarının üzerinde “şu hayvana verildiğinde nezle yapar” yazıyor. O adamda köpeği nezle olmasın diye almıyor o mamayı ama cebindekinde “öldürür” yazıyor ve onu alıyor. Bu nasıl bir bilinç kayması? Köpeğim nezle olmasın ama ben gebereyim. Böyle bir mantık var mı ya? İnsan kendine böyle bir zarar verebilir mi? Niye bunları düşünmüyor insanlar?

Geçenlerde —Beylikdüzü’nde idi galiba— bir camide konuşma yapıyorum. Önde oturan cemaatten bir tanesi kâğıda bir şeyler yazmış, önüme koydu. Tam da bitmek üzere, ezanda okunuyor. Bu verdiğim örneği o yazmış kâğıda. “Ben, köpeğime mama alırken üzerinde ‘nezle yapar’ yazısı olan mamayı almadım, düşündüm: ‘Bu köpeğimi nezle yapıyor, öbürü beni öldürüyor. Köpeğimi koruyorum ama kendimi korumuyorum.’ Köpeğin canı kadar kendi canımın değeri yok. O gün sigarayı bıraktım hocam.” diye yazmış kâğıda. Bende bunu cemaate anlattım. Bu bilinç kayması nedir? Bu insanlar Müslüman, cemaatin de en ön safında oturuyorlar. Niye farkına varmıyor? Biz özgürlüklerimizin farkına varmıyoruz.

Bu yüzden ben lise ve üniversitelerde gençlere sigaranın, şunun bunun zararını anlatmıyorum. Beyinlerinin, iradelerinin bağımsızlığını, bağımsız olması gerektiğini anlatıyorum ve öğretmenlere “Lütfen bu çocuklara soru sormayı öğretin. Bunları eğitmeyin, bunları öğretin, bilgi verin, donanımlı yapın. O zaten kabiliyetini geliştirmek istediği zaman siz yardım edeceksiniz ama önce bunları öğretin. Soru sormayı öğrensin. Köpeği nezle yapan bir mamayı almayan adamın kendini öldüren bir maddeyi kullanmaması gerektiğinin bir mantık kuralı olduğunu öğretin.” diyorum.

## Aforizmalar

Fakat kim öğretecek? Öğretmen de sigara veya içki içiyor. Ona anlatmak zor ama bu toplumun aydınları var. Düşünmesi gereken aydınları var. Yazması gereken aydınları var. Bizler varız yani. Bir şey söyleyeyim. Bir Müslüman, gerçekten yürekte “Ah!” ettiği zaman yemin ediyorum Allah kıyametini koparır. Sırf o “Ah!” hürmetine bütün mazlumların kurtuluşuna vesile olursunuz ama bunu yürekte, canı gönülden yaparsanız olur. Dil ucuyla olmaz. Sadece vaaz vererek olmaz. Bunun mücadelesini yaparak olur. Gençlere soru sordurarak olur.

Kırşehir’de Polis Meslek Yüksekokulunda bir konferans verdim, geldim. 10-15 gün sonra aradılar ve “Bir daha gelir misiniz?” dediler. “Hayrola?” dedim. “Bizden sigarayı bırakan epeyce arkadaş oldu.” dediler. 500 öğrenci var. 240’ı sigara içiyor. Okul müdürü sigara bırakma kampanyası başlatmıştı. Bizi de takviye olsun diye çağırdı, konferans verdik. 24 kişi sigarayı bırakmış. Yani %10. Gittim. Bırakan çocuklara takdir anlamında sertifika hazırladık. Sordum çocuklara: “Niye bıraktınız sigarayı?” dedim. Önce anlamadılar veya cevap vermek istemediler ya da veremediler. “Sağlığınızda bir tehlike mi gördünüz veya bizim sağlık söylemlerimizden mi etkilendiniz?” dedim. Bir tanesi çıktı ve “Hayır. Sigaranın zararlı olduğunu bilmeyen yok, hepimiz biliyoruz. Zaten üzerinde ‘öldürür’ yazıyor, televizyonlarda, şurada burada da söylüyor. Fakat genç olduğumuz için bize hemen dokunacağını düşünmüyorduk.” dedi. “Fakat sizin bağımsızlık ve özgürlük anlamında söylediklerinizi düşündük ve 5 kişi sigarayı bıraktık. Sonra öteki arkadaşlara açıldık ve 24 kişi olduk. Yakın bir zamanda da elliye vururuz.” dediler. Geldim ben ve 2 ay sonrasında 55 olmuş sayıları. O zihne tesir eden şey *bağımsızlık ve özgürlük söylemleridir*. Bu önemli. Televizyonlardaki Mehmet amcanın görüntüleri benim yaşımdaykileri etkiliyor. “Eyvah geliyor. Ölüm geliyor.” diyor. Fakat genç adam bundan o kadar etkilenmiyor. Hemen zaplıyor. O hâlde bizim bu insanlara bir zihinsel devrim ve dönüşüm yaratmamız lazım.

## Üniversite: Her Tür Devrim ve Değişimin Ana Rahmi

Üniversiteye gidiyoruz, üniversiteli üniversitenin ne olduğunun farkında değil. “Biz buraya geleceğiz, Ticaret Üniversitesinde okuyacağız, hukuku bitireceğiz, avukat, hâkimsavcı olacağız.” diye düşünüyor. Peki, sadece bunu verirse, bu üniversite olur mu, söyler misiniz? Öncelikle üniversitenin ne olduğunu üniversite hocalarının anlatması lazım. Dersi verip kaçmakla olmaz. “Dünyadaki her türlü devrim ve değişimin ana rahmi üniversitedir. Üniversal zihin devrim ve değişimi üniversitede alır. Bunun öncüllerini lisede alır. Üniversiteye geldi mi 68 Kuşağı olur. İşte o zaman hayat güzel olur.” demesi lazım. Bu ne bu? Derse gir, sınava gir, mezun ol. Burada bir insanlık retorığı var mı, söyler misiniz?

68 Kuşağı olmasaydı bugün burada beni dinliyor olamazdınız. Üniversitede de ders dinliyor olamazdınız. 68 Kuşağı birçok yanlışına rağmen adam gibi adamların bize bıraktığı mirastır. Komünistyle, solcusuyla, sağcıyla, İslamcıyla... Nerede şimdi? 68 Kuşağı'nın izleri var mı içinizde? Var mı aranızda? Yok. Niye yok? O kuşağı taşıması gerekenler taşımadılar. Üniversiteyi üniversite olmaktan çıkardılar. Soru sorulan bir yer olmaktan çıkardılar.

Hangi hocanızın kapısını çalmadan içeri girebiliyorsunuz üniversitede söyler misiniz? Hepiniz üniversitelisiniz. Hangi hocanızın kapısı açık? Hatemi Hoca, Yücel Oğurlu, Ahmet Ulvi, Nagehan Hocanızdan başka? Özel üniversitelerde hocaların kapıları yok zaten. Çünkü dersi veren kaçıyor, orada oturan kimse az. Devlet üniversitelerinde de Hatemi Hoca gibi birkaç nesli tükenmiş kelaynak kuşları var. Kapısı açık, okuldayken gidiyorsunuz, sizi yemeğe götürüyor falan. Ötekiler ne yapıyor? Ne veriyor? Hukuktan başka —onu da vermiyorlar aslında ama— ne veriyorlar? Orada sadece teknik anlamda kanun bilgisi veriyorlar size. Soru sormayı, mukayese yapmayı öğretmiyorlar. Mukayeseli hukuku anlatıyorlar mı? Şu hukuksal düşünce yapısının İslam Hukuku'ndaki veya başka hukuklardaki yerini anlatıyorlar mı? Tövbe billah anlatmıyorlar. Anlatsalar izlerini sizlerde göreceğiz. Görmüyoruz. Size temel okumalar yaptırıyor-

lar mı? Hayır. Aksine okursanız başka taraflara saparsınız diye de engellemeye çalışıyor birçoğu. Hele de liselerde. Böyle bir şey olabilir mi?

Kim peki bunlar? Bunlarda bizim insanlarımız. Gökten zembille inmediler. Sibirya'dan, oradan buradan düşmediler. Bizim aramızdan çıkan insanlar gittikleri yerlerde kendilerinden sonra gelenlere bunu reva görüyorlar. Tek düşünceleri ders ücretinin üç kuruş daha artmasıdır. Olay bundan ibaret.

Peki, bunu siz tespit etmiyorsunuz. Veya etmeli değil misiniz? Buna karşı çıkmalı değil misiniz? Her şeyin böyle ip gibi düzenli ve intizamlı olmasını mı istiyorsunuz? O düzen ve intizamı muhafaza etmek isteyenlerin sizi bir kalıba soktuğunu görmüyor musunuz?

Çok ilginç. Fatih Üniversitesi'nin liderlik eğitim dersine beni konuşmacı olarak çağırdılar. Buradan kimse var mıydı orada? O konuşmayı takip eden var mı? Orada çocuğun bir tanesi bir çıkış yaptı orayı dinlediniz mi? Ben orada bunları anlattım. Şehir Üniversitesinden bir tanesi kalktı ve kendini tanıttı. Sonrasında da “Siz aydınları bir kalıptan çıkardınız, başka bir kalıba soktunuz.” dedi. Yani küçücük bir kalıp var orada ve ben atmosfer kalıbına sokmuşum onları. Düşünebiliyor musunuz zihni? Bu zihin ne yapar? Ne olur bu zihinden? Özgürlüğün bir kalıp olduğunu düşünüyor. Eğer özgürlük bir kalıpsa ortada insan kalmaz ki. Özgürlük bir kalıp değil. “Arkadaşlar, aranızda Hitler'i okuyan var mı?” diye soruyorum. İki kişi parmak kaldırıyor. *Kavgam*'i okuyan iki kişi var. Lenin'in *Ne Yapmalı*'sini okuyan var mı? Hiç kimse de ses yok. *Kara Gömlekliler İhtilal*'ni okuyan yok. Stalin'in *Örgüt Üzerine*'sini okuyan var mı? Yok. *Savaş Üzerine*'yi okuyan var mı? Yok. Bir sürü kitap soruyorum, hepsine yok, yok, yok... “Kur'an okuyan var mı?” desem herkes hafız olduğunu söyleyecek onun da anlamını bilen yok. Bu gençlik zaten kalıp içerisinde. Bilgidir kalıbı kıran. Bilgi olmayınca kalıp da kırılmıyor. Kendisini orada muhafaza ediyor. Kendisine açılım yapan söylemi de başka kalıp olarak algılıyor.

Oraya gelenlere “İçinizde lider olmak isteye var mı?” diye sordum. 5-6 kişi parmak kaldırdı. Lider olunur mu? Öyle çakma lider olunur mu? Lider doğulur. Lider olarak doğar-

sınız. Yoksa herkes lider olur dünyada. Millet birbirini yer. Kan gövdeyi götürür. Lider doğulur. Lider olarak doğan kendini, yeteneklerini geliştirir.

Bu NPL'ciler midir nedir? Ne zıkkım o? NLP'ciler, kişisel gelişim soytarıları herkesi lider yapmaya çalışıyor. Aslında anlattıkları şey yönetim bilimi, liderlik değil. "İnsanları nasıl yönetirsiniz?" diyorlar. Ticari şirketler nasıl yönetilirse, insanları da öyle yönetiyorlar. Bunu veriyorlar ve buna liderlik eğitimi diyorlar. Bakın, liderlik eğitimi adı altında size bunları veriyorlar. Bunlar yönetim bilimidir. Liderlik bilimi değil ki. Eğer liderlik öğrenmek istiyorsanız dünya liderlerini okuyacaksınız. Avrupa'da bir insan *Kavgam*'ı okumadan aydın olamaz. Bırakın lideri, aydın olamaz. İtalya'da Mussolini'yi bilmeyen aydın olamaz. Eğer hukukçuysa Cicero'yu bilecek. Bunlar liderler. Bunları bilmeyeceksiniz, birilerinin kişisel gelişim safsatalarıyla lider olmaya çalışacaksınız. Yönetici bile olamazsınız. Kendine tapmayı öğreten bir bilgi hamulesine bilim falan denmez. O kendine tapmayı öğretiyor. "Kendine güven, içindeki bilmem neyi şahlandır." falan diyor. Fakat biliyorum ki, benden sonraki birçok konuşmacı onlara liderlik eğitimi anlattı. Orada söylemeyi unuttum "Bülent Akyürek gelsin sizlere acayip bir ders çaksın." demeyi.

Kısaca demem o ki, farkında olmazsak onurumuz olmaz. Bağımsız düşünmenin yolu soru sormaktır ve soru soranlarla beraber olmaktır. Sorulara cevap arayanlarla beraber olmaktır. Uydum kalabalığa diyenlerden hiçbir numara olmaz. Kalabalıkları bir yere götürmek isteyen insanlardır onur kazanan. Tarihi kim yazar? Tarihi kim yapıyor? Bunun mücadelesini verenler yapıyor. Tarihin tekerrür etmesini istemeyenler tarih yazıyor. İsteyenler veya bunun içerisinde kaybolanlar tarih falan yazmıyor. Farkındalık, insanlık onuru da böyle bir şey.

## Hepimizin Bir Şehidi Olsun

Mutlaka gelecek kuşaklara bırakacak bir öncünüz/öncülünüz olsun. *Hepinizin bir şehidi olsun.* Hepinizin bir şehidi olsun. Her an bir şey yaptığınızda sizi engelleyecek, düzeltecek, yaşantısından, sözlerinden, davranışla-

rından bir şeyler aldığınız, tarih içerisinde yaşamış bir şehidiniz olsun. Yakın tarihten veya uzak tarihten ama bir şehidiniz olsun. O makam sizi yönlendirsün. Bakın o zaman dünyanın şekli nasıl değişir. Dünyanızın şekli nasıl değişir.

Hepinizin bir şehidi olsun. En az bir şehidi olsun. Çünkü en yüksek makamın bizi hizaya çektiği bir yer vardır. O yeri yakalamak, o örnekliliği yakalamaktan geçer. Allah niye kavramsal anlamda şehitliği tanıklıkla beraber ifade ediyor? Şehitlik çağına tanık olan insanın makamıdır. Peki, bir üniversal zihin çağına nasıl tanık olacak, söyler misiniz? Çağın sorunlarını düşünmeden ve onlara çözüm aramadan çağının tanıklığı nasıl olabilir? Çağına tanık olmayan insan kendini nasıl feda edebilir? Hangi özveriyi ortaya koyabilir?

Üniversite gençliği bunları düşündüğü zaman her türlü devrim ve değişimin ana rahminde yaşamadığı bir üniversiteli olur. Aksi halde "uydum kalabalığa" diyen sıradan insan haline gelir. Üniversite bu değil. Üniversal eğitim bu değil. Üniversal zihin bu değil. Müslüman hiç değil. Eğer "Müslümanım!" diyorsanız sabiteleriniz olacak. Sabitelerinize uygun kabul ettiğiniz şehitleriniz olacak ve siz bir yere bakarak hizaya geleceksiniz her zaman. Yanlış yaparken, kötü yaparken, birileri size veya başkalarına kötülük yaparken o makamdaki insanların örneklilikleri sizin aklınıza gelecek ve o ne yaptıysa benzerini yapmak gibi bir sorumluluk duyacaksınız. Aksi hâlde örnekleri, öncüleri ve öncülleri olmayan insanların yaşamaya hakkı yoktur. Hele onurlu yaşamaya hiç hakları yoktur. Onurlu yaşam öncü ve öncüllerle beraber olur. Tek başına bu hayat yaşanmıyor. Tek başına bu hayat düşünülemez. Toplumsal sorumluluğumuzu mutlaka yerine getirmeliyiz. Çağın yaşamadan, onun sorunlarına ilgi duymadan çağdaş olunamaz. Çağdaş olmayan insanda zaten bugünü de yaşamıyordur. O, tarihte yaşıyordur.

Teşekkür ediyorum. Hayırlı akşamlar.



# Dizin

12 Haziran 2007, 405  
1789 Fransız Devrimi, 21  
1984, 30, 49, 53, 188, 203, 327, 381, 383  
22 Temmuz 2007 Seçimleri, 405  
27 Mayıs 1960 Devrimi, 85  
27 Nisan, 405  
3. Uyum Paketi, 110  
5. Uyum Yasası, 110  
68 Kuşağı, 451  
II. Abdülhamid, 335  
XIV. Louis, 119

**A** Ali Ural, 219, 234  
A. Emre Zeybekoğlu, 120, 136  
A. Güneş, 237  
A. Ulvi Türkbağ, 30, 49  
Abduh, 434  
Abdulâ Rekban, 196  
Abdulcelil Kaya, 74, 78  
Abdulkadir Kemali Bey-Kastamonu, 278  
Abdulkâdir Udeh, 314, 315  
Abdullah b. Abdilhakem, 221, 225  
Abdullah Dinçkol, 39, 49  
Abdullah Güzel, 333, 354  
Abdurrahman Çetin, 230  
Abdurrahman el-Hâzinî, 31  
Abdurrahman Haçkalı, 215, 234  
Abdulaziz Bayındır, 195, 202  
Abdülkadir Şener, 215, 234  
Abdülkerim Ünalın, 188, 203  
Âdab eş-Şafîî, 216  
Adalet Kuramı, 45, 48  
Adem Sözüer, 335, 337, 341, 347  
Âdem-i Mesuliyet, 279, 280, 282  
Adil Yargılanma Hakkı, 138, 139, 140, 141, 144,  
148, 172, 174, 179, 184, 275  
Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, 249, 251  
Adnan Küçük, 125, 126, 127, 135

Adnan Öztürel, 302  
Adolf Hitler, 303  
Afrikalı İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 139  
Ahde vefa, 40, 42  
Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalanî, 216  
Ahmet Akgündüz, 195, 202  
Ahmet b. Hanbel, 220, 226  
Ahmet Cemil Ertunç, 285  
Ahmet Cevizci, 12, 119, 135  
Ahmet Cural, 53  
Ahmet Çiftçi, 339, 353, 354  
Ahmet Danişman, 336  
Ahmet Davutoğlu, 30, 31, 48, 366, 428, 430  
Ahmet Gökçen, 39, 48  
Ahmet İnsel, 242  
Ahmet Kemal Bayram, 128, 135  
Ahmet Nejdet Sezer, 405  
Ahmet Şuayip, 365  
Ahmet Taşkın, 82, 84  
Ahmet Turan Alkan, 279  
AİHM, 78, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111,  
112, 113, 114, 141, 142, 143, 144, 147, 148,  
161, 172, 173, 174, 184, 209  
AİHS, 103, 106, 107, 108, 109, 114, 139, 140,  
142, 143, 144, 145, 146, 147  
Aime Cesaire, 434  
AK Parti, 377, 378, 379, 380, 405, 416, 429  
Akif Emre, 415, 430  
Aktif direnme, 86  
Aktif ötanazi, 305, 306, 311, 317  
Alaeddin Şenel, 12  
Albert Camus, 309  
Albert Vincent Dicey, 116, 123, 126, 135  
Alev Alıtlı, 23, 126, 135  
Ali Bardakoğlu, 197, 202, 233  
Ali Bulaç, 48, 235, 236, 240, 241, 242, 244  
Ali Cem Budak, 176, 291  
Ali Çetinkaya, 285  
Ali Efendi-İçel, 280  
Ali İhsan Erda, 308, 321

- Ali Pekcan, 233  
Ali Rıza Çınar, 68  
Ali Rıza Çoban, 125, 126, 127, 135  
Ali Rıza Efendi, 283  
Ali Saib Ursavaş, 286  
Ali Şafak, 162, 174, 314, 315, 321, 322  
Ali Yeşilirmak, 151  
Ali Zırh, 285  
Aliya, 415, 416, 418, 422, 427, 431  
Alkolsüz Bira, 440  
Alternative Dispute Resolution, 150  
Alterum non leadere, 42  
Altı Gün Savaşları, 58  
AMATEM, 439  
Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 138  
Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, 138  
Amerikan muhafazakârlığı, 360, 361, 362  
Ampirik muhafazakârlık, 360  
Amr b. Selâme, 218  
Amr-i bil ma'ruf, nehy-i anil münker, 446  
Ana Dili, 137, 145  
Anadolu Rönesansı, 375  
Anadolu/Türk İslam'ı, 375  
Anastasio Somoza García, 53  
Andreina, 38  
Anglo-Amerikan Tipi Muhafazakârlık, 360  
Anil Çeçen, 32, 48, 123, 135  
Ankara İstiklal Mahkemesi, 278, 279, 285  
Anthony C. Arend, 56  
Anthony Giddens, 382, 383  
Antigone, 80  
Antonio Marongiu, 65, 77  
Arabulucu, 153, 155, 156, 157, 158  
Arabulucular Sicili, 157  
Arap-İslam Bilimleri Tarihi Enstitüsü, 395  
Arap-İslam İlimleri Tarihi, 394  
Arın Namal, 303  
Aristo, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 42, 48, 302, 432  
Aristoteles, 15, 309  
Arizona Eyalet Mahkemesi, 171  
Arnold Toynbee, 366  
Asrı Saadet, 204, 235, 418  
Atasoy Zer, 164, 174  
Ateist muhafazakârlar, 362  
Atif Bey-Beyazıt, 278  
Atilla Coşkun, 335, 336, 349, 350, 352  
Auguste Comte, 123  
Augustin, 41  
Austin, 44, 123, 311, 320  
Austin Flanney, 311  
Avni Doğan, 286, 288  
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 65, 66, 67, 68, 71, 72, 74, 78, 103, 104, 106, 107, 114, 139, 143, 148, 299  
Ayasofya, 376  
Aydın Taş, 217  
Aydınlanma, 15, 40, 302, 358, 359, 360, 364, 365, 367, 379  
Ayışığı, 405  
Aysun Altunkaş, 166, 174  
Ayşe Hür, 79  
Ayşe Nuhoğlu, 385  
Ayşegül Yıldırım, 302  
**B.** Güneş Türközer, 44, 49  
Bacon, 300, 302, 432  
Bağımsızlık Manifestosu, 437  
Bahadır Kurbanoğlu, 362  
Bahri Bey-Yozgat, 281  
Bahri Öztürk, 163, 164, 170, 174, 248  
Baki Kuru, 176, 185, 291  
Basil Mathews, 366  
Basit Şüphe, 248  
Bastille Hapishanesi, 23  
Başar Başaran, 138  
Başkan Bush, 60  
Başkan Kennedy, 60  
Batlamius, 432  
Behçet Tahsin Kamay, 303  
Benû 'Avf, 237, 239  
Benû Cuşem, 238, 239  
Benû Hâris, 237  
Benû Sa'lebe, 239  
Benû Sâide, 237  
Berâat-i Zimmet, 191  
Berat-ı zimmet, 437  
Bergson Felsefesi, 364, 365  
Bertil Emrah Oder, 306  
Bertrand Russel, 12  
Besim F. Dellaloğlu, 365, 377  
Beşir Ayvazoğlu, 370  
Beyaz akıl, 433  
Bihterin Vural Dinçkol, 12, 117, 135  
Bilal Aybakan, 215  
Bilal Canatan, 125, 126, 135  
Bilgi ekonomisi, 404  
Bilim Sanat Vakfı, 437  
Bill of Rights, 86, 126  
Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı, 69

Birmingham Hapishanesinden Mektup, 88  
 Birsen Çankaya, 32, 49  
 Bitâne, 239  
 Biyo-tıp etiği, 299  
 Boulainvilliers, 120  
 Brockelmann, 394  
 Bryan Magee, 37, 49  
 Buda, 432, 433  
 Buhl, 235  
 Burak Oder, 294  
 Burjuvazi, 10, 11, 22, 26  
 Bush Doktrini, 53, 59, 60, 63  
 Bülent Akyürek, 452  
 Bülent Tanör, 129, 136  
 Bülent Taşpınar, 282  
 Bünyamin Bezci, 120, 135  
 Büyük Birader, 381  
 Büyük Burjuvazi, 10, 11  
 Büyük Daire, 105

### Cahiliye Dönemi, 94

Calonne, 21  
 Caner Yenidünya, 39, 48, 299, 300, 307, 312  
 Carl Schmitt, 120, 135, 136  
 Caroline Testi, 57, 59, 63  
 Casim Avcı, 216  
 Ceantani, 235  
 Cefne ailesi, 239  
 Celâl Erbay, 190, 203  
 Celâl Erkut, 292  
 Cemal Şanlı, 149, 153  
 Cevat Akşit, 190, 202  
 Cevat Öneş, 404  
 Cevat Özkaya, 416  
 Cevdet Bey-Kütahya, 278  
 Cevr, 30, 31, 32  
 Charles O Mahony, 55  
 Che Guevara, 434  
 CHP, 376, 406, 416  
 Christine D. Gray, 62  
 Churchill, 360  
 Cıbranlı Halit Bey, 283, 284  
 Cicero, 41, 452  
 Clairoyant, 432  
 Clash of Civilizations, 366  
 Clausewitz, 445  
 Clinton, 60  
 Code Civil, 181  
 Comutare, 39

Conseil D'Etat, 128  
 Contrat social, 41  
 Coşkun Ongun, 341  
 Cumhuriyet Atay, 382, 389  
 Cumhuriyet Halk Fırkası, 285  
 Cündî, 221  
 Çetin Özek, 347  
 Çevre ve Gelişme Üzerine Rio Bildirgesi, 69  
 Çoğulcu demokrasi, 377, 378  
 Çokkültürlülük, 377

### Dağıtıcı adalet, 35, 39, 41

Daniel Webster, 57  
 Darüzzıyafe, 403  
 Darwin, 434  
 David Hume, 17, 302, 359, 362  
 David J. Haris, 57  
 David Schultz, 13  
 Davud b. Abdirrahman el-Attâr, 217  
 Dayanışma hakları, 66  
 De lege feranda, 37  
 De lege lata, 37  
 Dede Cöngü Efendi, 201, 205  
 Delil Sözleşmesi, 153  
 Demokrat Parti, 375, 376, 405  
 Deniz Gökkılıç, 126, 135  
 Deniz Meriç, 32, 49  
 Denkleştirici Adalet, 39  
 Derebeylik Meclisi, 22  
 Dergâh, 363, 369, 372, 379, 380  
 Dignitas, 314  
 Dikiosunê, 38  
 Diyarbakır İstiklal Mahkemesi, 278, 280  
 Doğan Özlem, 126, 136  
 Doğan Soysalan, 307  
 Doğu-Batı Sentezi, 371  
 Dolaylı ötanazi, 307  
 Donald Tannenbaum, 13  
 Dostça çözüm, 108  
 Dr. Fikret Bey-Kozan, 278  
 Dr. Reşit Galip, 285  
 Durmuş Hocaoğlu, 9  
 Dünya Çevre Zirvesi, 69  
 Dünya Doğa Şartı, 69  
 Dünya Sağlık Örgütü, 69, 319, 438  
 Düşünce Polisi, 381  
*Düşünen Adam* dergisi, 374  
 Düzene Uygun Kafalar, 442, 444

- E**bu Ali Sina, 432, 433  
Ebû İbrahim İsmail b. Yahya el-Müzenî, 221  
Ebu Musa el-Eş'ari, 204  
Ebû Osman Muhammed, 218  
Ebû Sevr İbrahim b. Halid el-Kelbî, 221  
Ebû Ubeyd, 220, 239  
Ebû Ubeyd Kâsım b. Sellâm, 220  
Ebû Ya'kûb Yûsuf b. Yahyâ el-Buveytî, 221  
Ebû Yusuf, 315  
Ebu Zehra, 36, 199, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 230, 231, 232, 234  
Ecevit, 405  
Edmund Burke, 359, 361, 372  
Ehl-i hibre, 190  
Ehven-i şer, 81  
Einstein, 434  
Ejder Yılmaz, 250, 333  
Ekrem Buğra Ekinci, 117, 190, 203  
el-Asl, 222, 228  
el-Asma, 217  
el-Beyhakî, 218  
el-Biruni, 394  
Eldiven, 405  
el-Hûli, 219  
el-Kindi, 394  
el-kuvvetü'l-gadariyye, 46  
el-kuvvetü'n-nâtika, 46  
el-kuvvetü's-şehvâniyye, 46  
Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, 35, 49, 191, 203  
el-Me'mun, 221  
el-Mebsût, 221  
el-Mecmu' fi'l-Fıkh, 222, 228  
el-Medînetü'l-Fâzıla, 46  
el-Melik el-Kâmil, 221  
el-Muvatta, 217  
el-Müceddidun, 219  
el-Müsned, 228  
*el-Umm*, 215, 234  
Emil, 17  
Emile Durkheim, 308  
Emin Bey-Canik, 278, 281  
E-Muhtıra, 405  
Ender Anaklı, 144  
Enerji Projeleri, 402, 412  
Ensar, 236  
Epikür, 44  
Equity, 32, 39  
Erdem Özkara, 306  
Erdoğan Teziç, 122, 136, 177, 178, 185  
Ergenekon Davası, 405  
Eric J. Hobsbawm, 9  
Eric Jan Zürcher, 284  
Ernst Hirş, 44, 49  
er-Red 'alâ İbn 'Uleyye, 228  
er-Red'alâ Muhammed b. El-Hasan, 228  
*er-Risâle*, 220, 221, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 233, 234  
Ersan Şen, 164  
Ersin Kuşdil, 383, 389  
Ertuğrul Cenk Gürcan, 124, 135, 311  
Eski Ahit, 119  
Eskişehir İstiklal Mahkemesi, 278, 279  
eş-Şeybânî, 217, 220, 222, 228  
Etat de droit, 116, 117, 128  
Etats Generaux, 22  
Ethem Fethi-Menteşe, 281  
Evren Kılıçoğlu, 171, 178, 185, 194, 203  
Evrensel akıl, 41  
EX International, 314  
EXIT-ADMD Suisse Romande, 314  
EXIT-Deutsche Schweiz, 313  
Eyüp Köktaş, 243  
Ezd Kabilesi, 216
- F.** Gölcüklü, 103  
Fadeyeve/Rusya, 69, 75  
Fahrettin Atar, 190  
Fanon, 434  
Farabi, 394  
Fârâbî, 46  
Farkındalık, 103, 437, 444, 452  
Faruk Erem, 311  
Fatih Selami Mahmutoglu, 305  
Fatime Yalınkılıç, 360, 363  
Fatma Taşdemir, 56  
Fénelon, 120  
Feridun Yenisey, 161, 170, 189, 203, 385  
Ferit Devellioğlu, 30, 49  
Ferit Hakan Baykal, 403  
Fethi Okyar, 285  
Fevzi Zülaloğlu, 30, 49  
Fezullah Avcı, 162  
Fırat Mollaer, 363, 370, 372  
Fiat justitia pereatmundus, 33  
Fidye-i necat, 237, 238  
Fikr, 46  
Fikri Karadağ, 405  
Firariler Hakkında Kanun, 277, 278



- François de La Rochefoucauld, 299  
 Frankofon, 360  
 Fransız İhtilali, 9, 21, 22, 27, 138, 334, 358, 359, 360, 403  
 Freitas Nobre, 334  
 Friedrich A. Von Hayek, 125, 135  
 Friedrich Julius Stahl, 127  
 Friedrich Nietzsche, 303  
 Fuat Sezgin, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399
- G**  
 Gandi, 87, 88, 432, 434  
 Gazzâlî, 46  
 Gelişen tehdit, 61  
 George Orwell, 381  
 George W. Bush, 61  
 Gerhard Anders, 394  
 Germenofon, 360  
 Geschichte Des Arabischen Schrifttums, 395  
 Gıyaben İdam, 279, 280, 282  
 Giacomelli/İtalya, 75, 78  
 Gizem Ersen Perçin, 150  
 Global Dünya Krizleri, 401, 407  
 Grimme, 235  
 Guillaume, 235  
 Gülten Savaşal Savran, 281  
 Güneş Müftüoğlu, 130, 136, 300  
 Güneş-Dil Teorisi, 371  
 Güney Dinç, 72  
 Güntay Şimşek, 345  
 Gürkan Sert, 311
- H**  
 Habeas Corpus, 137  
 Habeas-Corpus ACT, 86  
 Haber-i Vâhid, 231  
 Hacı Tahir Efendi-Isparta, 278  
 Hacim Muhittin Bey-Karesi, 280  
 Had cezaları, 139, 197  
 Had suçları, 187, 203, 206  
 Hak Arama Hürriyeti, 132, 179  
 Hak Arama Özgürlüğü, 179  
 Hakan Hakeri, 301, 316  
 Hakan Karakehya, 383  
 Hakan Pekcanitez, 154, 176, 178, 185  
 Hakem devlet, 242  
 Hakem-Bilirkişilik, 151, 153, 159  
 Hakkaniyet, 39, 49  
 Hakkı Hami Bey, 281  
 Haklar Dilekçesi, 86  
 Haklar Yasası, 126  
 Hâlid ez-Zencî, 217  
 Halife Mansur, 314  
 Halil Cin, 195, 202  
 Halil İbrahim Aydınli, 118, 135  
 Halil Kalabalık, 68  
 Halime Baş, 165, 194, 202  
 Halit Ali Rıza Efendi, 284  
 Halit Ünal, 222  
 Hamdi Bey-Biga, 278  
 Hamdi Bey-Canik, 280  
 Hamdi Bey-Trabzon, 281  
 Hamdi Yaver Aktan, 142  
 Hamide Tacir, 301  
 Hamide Zafer, 161, 168, 169, 189, 202, 249, 306  
 Hamit Bey-Biga, 278  
 Hamza Türkmen, 366, 378  
 Hans Kelsen, 44, 123, 127  
 Hanzade Doğan, 304, 321  
 Harun er-Reşid, 218  
 Hasan Dursun, 293  
 Hasan Tunç, 70  
 Hatemiyet, 433  
 Hatton ve Diğerleri/İngiltere, 73  
 Haydar Bey-Kütahya, 278  
 Hayreddin Karaman, 191, 203  
 Hayrettin Ökçesiz, 65, 78, 115, 122, 136  
 Hegel, 20, 128, 360  
 Hellmut Ritter, 391, 393  
 Henning Rosenau, 308  
 Henri Bergson, 364, 365  
 Henry David Thoreau, 87  
 Herbert Schölge, 310  
 Heyet-i Âliye-i Adliye-i İstiklaliye, 287  
 Heyet-i Vekile Reisi, 280  
 Hıfz, 46, 358  
 Hiyanet-i Vataniye Kanunu, 277  
 Hicaz Ekolü, 222  
 Hicaz-Suriye-Yemen Ekolü, 222  
 Hidayet dokusu, 434  
 Hikmet, 30, 33, 35, 46, 47, 96, 97, 373, 433  
 Hikmet Sami Türk, 430  
 Hilmi Ziya Ülken, 364, 368, 369  
 Hinili Salih Bey, 284  
 Hobbes, 42, 49, 118, 119, 120, 121, 123, 135, 388, 389  
 Honeste Vivere, 42  
 Hormek Aşireti, 284  
 Hoşgörü, 36, 243, 377

- Hugo Grotius, 42, 55  
Hukuk Devleti, 30, 49, 90, 115, 117, 122, 124, 125, 126, 127, 130, 134, 135, 136, 235, 236, 242, 244, 300, 321  
Hukuki istikrar, 296, 297  
Hukuksal pozitivizm, 43  
Hukukun Üstünlüğü, 240, 241  
Hulusi Turgut, 277  
Human Rights Act, 183  
Humprey Waldoock, 56  
Huntington, 358, 366  
Hürşit Tolon, 405  
Huzur operasyonları, 386  
Hücce, 221  
Hüseyin Bey-Elaziz, 278  
Hüseyin Cem Eren, 140  
Hüseyin Hatemi, 32, 49, 117, 126, 135, 237, 305  
Hüseyin Murat Işık, 324  
Hüseyin Oğuz, 139  
Hüseyin Rauf Bey, 281  
Hüseyn b. Ali el Kerâbisî, 220  
Hüsrev Sami Bey-Eskişehir, 278  
Hüzeyl Kabilesi, 217, 223, 226  
Hz. Ali, 204, 218, 287  
Hz. İsa, 80, 92  
Hz. Muhammed, 36, 91, 99, 102, 200, 226, 236, 237, 240, 241, 244  
Hz. Ömer, 191, 192, 200, 202, 204, 205, 206, 207
- I**ch Klage An, 303  
İlimli İslam, 405  
İonna Kuçuradi, 29, 49  
Irak Ekolü, 222  
İslahçı yaklaşım, 81  
İsparta İstiklal Mahkemesi, 278, 279
- İ**  
İ. Güneş Gürseler, 70  
İbn Âbidin, 200  
İbn Ebû Hatim, 216  
İbn Ferhûn el-Mâlikî, 190  
İbn Kayyim el-Cevziyye, 190, 197  
İbn Manzur, 31  
İbn Miskeveyh, 46  
İbn Sînâ, 46  
İbn Teymiyye, 190, 192  
İbni Ferhun, 204  
İbn-i Hişam, 235, 236, 244  
İbn-i Sina, 394  
İbrahim b. Yahyâ, 218  
İbrahim Kâfi Dönmez, 232  
İbrahim Özden Kaboğlu, 65, 66, 122, 124, 135  
İbrahim Tüfekçi, 30, 49, 199, 203  
İcramatik, 418, 419, 422, 441  
İffet, 46  
İHH, 440  
İHOB, 416  
İhsan, 30, 33, 36, 98  
İhsan Bey-Cebelibereket, 278  
İhsan Süreyya Sırma, 236, 243  
İhtilâfû Mâlik ve'ş-Şâfiî, 228  
İkbal, 432, 434  
İl Principle, 117  
İlber Ortaylı, 121, 136  
İlhami Aras, 281  
İlhan Özay, 65, 77  
İlhan Selçuk, 405  
İlhan Üzülmöz, 318  
İlker Tepe, 311  
İmam Abû Yusuf, 192  
İmam Evzâî, 218  
İmam Malik b. Enes, 217  
İmam Muhammed, 217, 219, 220, 315  
İmam Şafiî, 215, 217, 218, 219, 224, 228, 231, 233, 234  
İmam Züfer, 315  
İmamı Azam, 314  
İndian Opinian, 87  
İnfak, 440  
İngiliz Devrimi, 359  
İngiliz Haklar Bildirisi, 137  
İnhirâf, 30  
İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 138  
İnsanlığa Karşı Suçlar, 441  
İnsanlık onuru, 443, 444, 448  
İrfan, 433  
İskender Pala, 30, 49  
İskilipli Atıf Hoca, 277, 289  
İslam Bilim Tarihi, 392, 395  
İslam Bilim ve Teknoloji Müzesi, 395  
İslam Bilimler Tarihi, 391, 393, 394, 395, 396, 398, 399  
İslam Karşıtlığı, 401, 402, 408, 410  
İslam Kültür Tarihi, 394, 396  
İslamcılık, 369, 370, 373, 379, 407  
İslami Beyanname, 418, 422  
İsmail b. Ca'fer, 218  
İsmail Soysal, 22  
İsmail Türkmen, 383, 389

- İsmail Yerguz, 16, 27, 119, 136  
 İsmet İnönü, 283, 285  
 İsmet Özel, 42, 49  
 İsmet Paşa, 285  
 İsmet Sungurbey, 65, 122, 136  
 İsmet Zeki Eyuboğlu, 31, 49  
 İstihsan, 233, 234  
 İstiklal Mahkemeleri, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 285, 288, 289  
 İsyân hakkı, 81, 285  
 İtidal, 38, 46  
 İtiraflar, 17  
 İzmir Suikastı, 281, 289  
 İzzet Özgenç, 341, 356
- J.** J. Rousseau, 11  
 Jacqueline Russ, 119, 136  
 Jacques Chevallier, 124, 135  
 James Mulcahy, 55  
 Jean Bodin, 118  
 Jean-François Akandji-Kombe, 74  
 Jeanne Kirkpatrick, 58  
 Jeremy Bentham, 45, 302, 382  
 John Adams, 360, 362  
 John Locke, 12, 42, 119, 120, 121  
 John Rawls, 45, 48  
 John Stuart Mill, 45  
 Jön Türkler, 364, 366  
 Julius Nyerere, 434  
 Justicia commutativa, 39  
 Justitia distributiva, 39
- K**adılar Kitabı, 30, 49  
 Kadir-i Mutlak, 45, 46  
 Kadirov, 413, 428  
 Kallikles, 37  
 Kanun-i Esasi, 145  
 Kanunların Ruhu, 14, 27  
 Kara Çarşamba, 405  
 Kara Gömlekliler İhtilali, 451  
 Karl Mannheim, 358  
 Karl Marx, 382  
 Karl Menninger, 309  
 Kastamonu İstiklal Mahkemesi, 278, 279, 280, 282  
 Katılımcılık, 377  
*Kavgam*, 451, 452  
 Kavl-i Cedîd, 224, 225  
 Kavl-i Kadîm, 224, 225, 227  
 Kayıhan İçel, 334, 337, 339, 341  
 Kazai Ötanazi, 307  
 Kemal Kerinçsiz, 405  
 Kemal Oğuzman, 65, 122, 136, 305  
 Kemal Yakut, 9  
 Kerim Tosun, 342  
 Kevakibi, 434  
 Kılıç Ali Bey-Ayıntap, 278  
 Kılıç Ali, 277, 289  
 Kırdar Özsoylu, 292, 295  
 Kıyas suçları, 187, 188  
 Kıyas, 207, 208, 229, 232, 233, 234, 258  
 Kitâbu Mîzânî'l-Hikme, 31  
 Klasik muhafazakârlık, 360  
 Koch, 434  
 Konig-Almanya, 141  
 Konrad Löw, 117, 126  
 Konuta saygı hakkı, 66, 67, 69, 70, 72, 74, 75, 76  
 Konya İstiklal Mahkemesi, 278, 279, 280, 282  
 Koray Doğan, 311  
 Korehl, 235  
 Köksal Bayraktar, 304  
 Kral 16. Louis, 22  
 Kral Faysal Ödülü, 395  
 Kral John, 137  
 Kreon, 80  
 Kudüs, 418  
 Kutsal akıl, 433, 434  
 Kuvayi Milliye Derneği, 405  
 Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, 120  
 Kuvvetli Şüphe, 253  
 Kültür Haftası, 379  
 Kültürel Projeler, 402, 412  
 Kürek, 279, 280, 282  
 Kürşat Atalar, 243  
 Kürt Açılımı, 406, 407, 431
- L**aiklik, 27, 367, 371, 377  
 Laisizm, 27  
 Larry Arnhart, 128, 135  
 Lavoisier, 432  
 Lenin, 21, 451  
 Leon Duguit, 43  
 Léon Duguit, 128  
 Léon Michoud, 128  
*Leviathan*, 42, 49, 119, 120, 121, 126, 135, 388, 389  
 Leys b. Sa'd, 218, 221, 222  
 Libre Penseur, 432

- Logos, 41  
Lopez Ostra/İspanya, 74, 78  
Lord Ashley, 12  
Lucien Febve, 301  
Lucy Martinez, 56  
Lütfi Müfit Özdeş, 286
- M.** Âkif Aydın, 187, 202  
M. Gültekingil, 235  
M. Hamidullah, 235, 236, 237, 241  
M. J. Glennon, 63  
M. Kelly, 58  
M. Nihat Kambur, 311  
M. Salih Yavuzer, 196  
M. Şerif Fırat, 283  
M. Yaşar Kandemir, 217  
Macid Hadduri, 30, 49  
Macit Gökberk, 12  
Madde bağımlılığı, 437, 438  
Maddi hukuk devleti, 116, 123  
Magna Carta Libertatum, 86, 137  
Magna Charta, 125  
Mahatma Gandhi, 87  
Mahmut Çebi, 394, 397, 398, 399  
Mahmut Esat Bey-İzmir, 281  
Mahmut Koca, 165, 195, 203, 318  
Mahmut Osmanoğlu, 46, 49  
Makul sürede yargılanma hakkı, 138, 142  
Makul şüphe, 174, 249, 250, 251  
Malike Polat, 150  
Manifesto, 418  
Marconi, 434  
Martin Luther King, 88  
Marx, 434  
Mary Ellen O'Connell, 53  
Masumiyet Algısı, 437  
Masumiyet karinesi, 142, 143  
Matbuat Kanunu, 335  
Matbuat Nizamnamesi, 335  
Maurice Hauriou, 128  
Max Weber, 116, 122, 382  
Mazhar Müfit Bey-Hakkâri, 281  
Mazhar Müfit Kansu, 286  
Mazlumder, 261, 272, 406, 416, 417, 420, 421, 422, 429, 440  
Mecelle, 39, 49, 190, 191, 200, 203, 407  
Medeniyetler Çatışması, 366, 408  
Medikal Ötanazi, 307  
Medine Vesikası, 235, 236, 237, 240, 241, 242, 243, 244  
Mehmed Âkif, 376  
Mehmet Akad, 12, 117, 135  
Mehmet Akbaş, 189  
Mehmet Akman, 189, 202, 205  
Mehmet Ali Ağaoğulları, 118, 135  
Mehmet Ali Kılıçbay, 121, 135  
Mehmet Altundiş, 291  
Mehmet Aydoğan, 282  
Mehmet Doğan, 30, 49  
Mehmet Emin Artuk, 39, 48, 299, 300, 307, 312  
Mehmet Feyzi Bilgin, 45, 48  
Mehmet Kanar, 32, 49  
Mehmet Sılay, 277  
Mehmet Sinan Altunç, 334, 344  
Mehmet Vural, 360, 361, 364, 370  
Melekanlı Şeyh Abdullah, 284  
Menderes Gürkan, 215, 234  
Mensuh, 230  
Meral Ekici Şahin, 307, 308  
Meritokrasi, 362  
Mesih, 432  
Mete Tuncay, 12  
Metin Feyzioğlu, 143, 258  
Metin Toker, 286  
Mevlana, 88, 215, 375  
Mezheb-i Cedid, 215, 219, 224, 225, 227  
Mezheb-i Kadim, 215, 219, 220, 224, 225  
MHP, 406, 416, 431  
Mısır Ekolü, 222  
Michael Cox, 60  
Michel Foucault, 382  
Milanlı İbrahim Paşaoğulları, 284  
Millî Piyango, 440, 442  
Milliyetçilik, 359, 373, 379, 402, 410, 411  
Miranda Kararı, 170, 171  
Mirza Hasan Şirazi, 432  
Missisipi Eyalet Mahkemesi, 172  
Mithat Sancar, 47, 49, 122, 124, 136  
MOBESE (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu), 386  
Montesquieu, 11, 12, 14, 15, 16, 24, 25, 120, 242, 360  
Moreno Gomez/İspanya, 73, 78  
Muammer Çınar, 165, 174, 194, 202  
Muhafazakâr Demokrasi, 377  
Muhammed b. Ali Şevkânî, 191  
Muhammed b. Hasan b. Ziyad el-Lü'lüi, 220  
Muhammed Ebu Zehra, 30, 49, 199, 203, 215, 219, 222

- Muhammed Hamidullah, 215  
 Muhammet Özekes, 176, 178, 185  
 Muharrem Balcı, 2, 32, 48, 153, 288  
 Muharrem Özen, 307, 308  
 Muhittin Baha Bey-Bursa, 278, 280  
 Muhittin Tataroğlu, 382  
 Muhsin, 36  
 Muîn-ül-Hükkâm, 204  
 Musa, 215, 234, 245, 246, 259, 286, 433  
 Musa Özdemir, 215, 234  
 Mussolini, 21, 164, 452  
 Mustafa Artuç, 342  
 Mustafa Asım Köksal, 236  
 Mustafa Dural, 305  
 Mustafa Erdoğan, 124, 135  
 Mustafa Kemal, 280, 282, 285, 288, 366, 369, 370  
 Mustafa L. Bilge, 218  
 Mustafa Necati Bey-Saruhan, 278, 280, 285  
 Mustafa Ruhan Erdem, 114, 248, 311  
 Mustafa Şekip Tunç, 363, 364, 369  
 Mustafa Zeki-Dersim, 278  
 Müeccelen İdam, 279, 280, 282  
 Müfredat, 29, 35, 49  
 Müller, 235  
 Mürsel Haber, 231  
 Müslüman Hukukçu Bilinci, 439
- N**  
 Nagehan Kırkbeşoğlu, 420  
 Nakşilik, 376  
 Namık Kemal, 30, 366  
 Nami Barlas, 65, 122, 136, 305  
 Napolyon, 128  
 Nasfet, 39  
 Nasih, 230, 231  
 Nasuhi Ünal Karaarslan, 216  
 Nazım İrem, 364, 368, 369  
 Ne Yapmalı, 451  
 Necati Bey-Bursa, 278, 281  
 Necati Meran, 316  
 Necdet Adabağ, 117, 135  
 Necip Bey-Mardin, 278  
 Necip Bilge, 65, 122, 135  
 Necmeddin Berkin, 177  
 Necmi Yüzbaşıoğlu, 129  
 Neo-realist ekol, 59  
 Nesafet, 39, 40, 159  
 Neşet Bey-Kengiri, 280  
 Nevhis Deren Yıldırım, 175, 185  
 Nevzat Toroslu, 188, 203, 258, 311, 385
- Newton, 432, 434  
 Nicaragua v. United States of America, 53, 54  
 Niccolo Machiavelli, 117, 135  
 NLP, 452  
 Noel J. Coulson, 215  
 Normativist Pozitivizm, 44, 123  
 Nur Centel, 161, 168, 169, 174, 189, 202, 249, 300, 303, 306, 311, 313, 320, 321, 322  
 Nuray Mert, 376  
 Nurculuk, 376  
 Nurettin Topçu, 371, 375  
 Nurullah Kunter, 161, 174, 188, 189, 203, 385
- O**  
 Oğuz Atalay, 176, 178  
 Oliver Cromwell, 125  
 One Minut, 406  
 Oral Sander, 21, 121, 136  
 Osirak Reaktörünün Bombalanması, 58  
 Osman Can, 324, 326  
 Osman Doğru, 68  
 Osman Kaşıkçı, 301  
 Osman Nuri Bey-Bursa, 278  
 Osman Şahin, 228, 230, 234  
 Osman Taştan, 310, 311, 320, 321  
 Osman Yaşar, 247
- Ö**  
 Ölümsüz Müdafaa, 88  
 Ömer Mevlud, 434  
 Ömer Ömeroğlu, 301  
 Öngörücü meşru müdafaa, 60, 61, 62, 63  
 Önleyici meşru müdafaa, 56, 57, 59, 63  
 Örgüt Üzerine, 451  
 Özer Ozankaya, 308, 320  
 Özgün Öztunç, 172, 195, 203  
 Özgür Heval Çınar, 74, 78  
 Özgür-Der, 440  
 Özgürlük, 16, 24, 32, 41, 48, 80, 86, 89, 123, 125, 135, 242, 244, 362, 404, 438, 446, 451  
 Özlem Yenerer Çakmut, 304, 316  
 Öztekin Tosun, 178, 185
- P**  
 Pacta sunt servanda, 40, 42  
 Panopticon Hapishanesi, 382  
 Pasif direnme, 81, 86, 87  
 Pasif ötanazi, 306, 319  
 Pasteur, 432, 434  
 Pearl Harbour Baskını, 56

Petition of Rights, 86  
Petition of Rights, 125, 137  
Philip Davies, 360  
Pınar Bacaksız, 311  
Pir Sultan Abdal, 30  
Piran, 283, 286, 287  
Platon, 31, 38, 41, 46, 128, 135, 302, 309  
Plebisit, 438  
Post-modern darbe, 378  
Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, 73, 77  
Pozantı İstiklal Mahkemesi, 278, 279  
Pozitivizm, 123, 401, 408  
Promethe, 433  
Protogoras, 37  
Pythagoras, 433

**Q**akeshott, 360

**R** Murat Önok, 311  
Rab, 45, 46, 47, 310  
Ragıb el-İsfahani, 29, 49  
Ragıp Ege, 236, 242  
Rahmet, 30, 33, 36, 91, 95, 97, 410, 422  
Rahmi Çobanoğlu, 37, 48  
Ramazan Akkır, 360, 362  
Ranke, 235  
Rasih Efendi-Antalya, 278  
Raşit Gürdilek, 382  
Rechtstaat, 116, 117, 124, 126, 128  
Refik Bey-Konya, 281  
Refik Gür, 191, 203  
Refik Şevket Bey-Saruhan, 278  
Reflections of the Revolution in France, 359  
Resepsiyon, 409, 418  
Resmî dil, 145, 146  
Reviyye, 46  
Rıza Tefvik, 365  
Rızık toplumu, 419  
Rızık, 419  
Risk, 419  
Risk toplumu, 419  
Robert J. Beck, 56  
Robespierre, 432  
Robinson Crusoe, 439  
Romalıların Büyüklük ve Çöküş Nedenleri, 14  
Rule of law, 116, 124, 126, 129  
Rusesel Kirk, 360

**S**abır ekolü, 81  
Sabri Orman, 392  
Saddam Hüseyin, 58  
Sadri Maksudî Arsal, 118, 135  
Saf hukuk teorisi, 44  
Saffet Köse, 222  
Saffet Sancaklı, 99  
Sahip Beroje, 196, 202  
Sahir Erman, 311, 347  
Saib Bey-Urfa, 280  
Saim Üstündağ, 177, 178, 185, 188, 203  
Saint Barthelemy Kıyımı, 80  
Saint Thomas d'Aquin, 39  
Saint-Simon, 120  
Sakarya Savaşı, 281  
Salahattin Polat, 231  
Salih Tuğ, 236  
Salisbury, 360  
Sanayi Devrimi, 41, 52, 68, 358  
Sarıköz, 405  
Sarıtaç/Türkiye, 105  
Sava Paşa, 314, 321  
Savaş Üzerine, 445, 451  
Savunma Hakkı, 147, 148, 179  
Schek v. İsviçre, 172  
Schenk-İsviçre davası, 173  
Seçilmiş aristokrasiler, 19  
Seda Erten, 68  
Seda Gültekin Göktolga, 125, 135  
Sedat Bakıcı, 249  
Sefer Turan, 392, 395, 399  
Sekülerizm, 401, 408  
Sekülerleştirme, 401, 408  
Selma Tepehan, 318  
Semih Lim, 42, 49, 121, 135, 388, 389  
Sena Coşkun, 335, 339, 342, 343, 344, 345, 350, 351, 352  
Seneca, 301  
Serhat Sinan Kocaoğlu, 147  
Sertaç Başeren, 58  
Sevgi Erenerol, 405  
Sevim Tunç, 312  
Sevtap Metin, 299  
Seydi Kaymaz, 164, 194, 203  
Seyyid Cemal, 432, 434  
Seyyid Ebu'l-A'la el-Mevdûdî, 46, 49  
Seyyid Kutub, 244, 432, 434  
Sezaryen Raporu, 420  
Sezgi felsefesi, 364, 365

- Siddık Bey-Çorum, 278  
 Sırrı Bey-Ergani, 278  
 Sıtkı Bey-Malatya, 278  
 Sibel İncaoğlu, 172, 305  
 Sibel Özel, 340  
 Sigmund Freud, 309  
 Silahların Eşitliği İlkesi, 144, 148  
 Sivas İstiklal Mahkemesi, 278, 280  
 Sivil direniş, 87, 88  
 Sivil itaatsizlik, 87  
 Sivil toplum, 235, 242, 243, 361, 377, 378, 413, 416, 420, 422, 428  
 Sokrat, 433  
 Solmaz Zelyut Hünler, 37, 38, 49  
 Soner Duman, 232  
 Sophia, 38  
 Sôphrosunê, 38  
 Sosyal Adalet, 40  
 Sosyalist Parti, 85, 86  
 Spend, 433  
 St. Augustine of Hippo, 88  
 Stalin, 164, 451  
 Stoacı felsefe, 41  
 Sulhi Dönmezer, 311, 336  
 Sultan Üzeltürk, 67  
 Sururi Aktaş, 123, 135  
 Suum cuique tribuere, 42  
 Süfyan b. Uyeyne, 217, 225, 231  
 Süha Tanrıver, 150  
 Süheyl Donay, 311  
 Süleyman Hilmi Tunahan, 423  
 Süleyman Tülücü, 226  
 Süreyya Orgeevren, 286
- Ş**. Gözübüyük, 103, 112  
 Ş. Ünal, 103  
 Şamil Dağcı, 187, 203, 215  
 Şapka İnkılâbı, 281  
 Şecaat, 46  
 Şeniz Anbarlı, 87  
 Şeref Ünal, 114  
 Şerife Günaydın, 69  
 Şevket Bey-Sinop, 281  
 Şevki Bey-İçel, 278  
 Şeyh Abdullah, 283, 284  
 Şeyh Galip, 375  
 Şeyh Sait, 277, 281, 282, 283, 284, 286, 288, 289  
 Şeyh Sait İsyanı, 282, 286, 289  
 Şeyh Servet Efendi-Bursa, 278
- Şeyh Şemseddin Efendi, 284  
 Şeyh Şerif, 283, 284  
 Şeyhoğlu Mustafa, 32  
 Şeyhülislamı Mehmed Arif Efendi, 205  
 Şia Ekolü, 222
- T**. Bora, 235  
 T.S. ve F.S. v. İtalya, 173  
 Tacettin Kabatepe, 141  
 Tahayyül, 46, 372  
 Tahsin Bey-Maraş, 278  
 Takrir-i Sükûn Kanunu, 285  
 Taner Ayanoğlu, 294  
 Tanzimat, 27, 117, 288, 289, 370, 373, 407  
 Tarık Zafer Tunaya, 129, 136  
 Tarihu Bağdad, 216  
 Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu, 405  
 Taşra Soyluları, 11  
 Tazir suçları, 188  
 TBMM Gizli Celse Zabıtları, 279, 289  
 Tebaa Zihniyeti, 415  
 Tekin Akilloğlu, 65  
 Tevali et-Te'sis, 216, 220  
 Tevfik Dalgıç, 84, 87, 88  
 Tevfik Efendi-Kengiri, 278  
 Tevfik Özlü, 310  
 TGTV, 413, 415, 428  
 Theodor Beze, 82  
 Themis, 31  
 Theory of Justice, 45  
 Thomas Aquinas, 42, 80  
 Thomas More, 40, 49, 302  
 Thomas Paine, 82  
 Thomas Remler, 59  
 Thrasymakhos, 37  
 Tiers Etat, 10, 22, 23  
 Timur Demirbaş, 306  
 Toktamış Ateş, 21  
 Toplum sözleşmesi, 13, 18, 20, 41, 42, 81, 117, 119, 121  
*Toplum Sözleşmesi*, 16, 17, 27, 42, 43, 49, 121, 136  
 Totalitarizm, 235, 242, 244  
 TRT-Şeş TV, 406  
 TSK, 377  
 Tufan Öğüz, 305  
 Tuğrul Katoğlu, 66  
 Tunar Tuğcu, 12  
 Tuncay Özkan, 405

Turan Yıldırım, 296  
Turgut Candan, 294  
Turgut Tan, 293  
*Türk Düşünce* dergisi, 369  
Türk Tarih Tezi, 371, 374  
Türkey Demir, 9  
Türkiye Barolar Birliği, 70, 72, 78, 153, 158, 179, 301, 306, 308, 321

**U**fuk Aktaşlı, 371, 375  
Ulpianus, 42  
Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu, 58  
UNEF, 58  
Ursula Kilkelly, 75  
Uzlaşma, 152, 153, 156, 377  
Uzlaştırma, 153

**Ü**lker Gürkan, 14  
Ülkü Doğanav, 377  
*Ütopya*, 40, 49, 302, 321

**V**ahy-i gayr-i metluv, 230  
Vahy-i metluv, 230  
Vecdi Aral, 34, 44, 48, 122, 127, 135  
Vedat Günyol, 43, 49, 121, 136  
Veli Bey-Burdur, 281  
Veli Küçük, 405  
Veli Özer Özbek, 311  
Veysel Ayhan, 118, 135  
Veysel Bozkurt, 382  
Vidya, 433  
Vikont Simonds, 51  
Virginia Haklar Bildirgesi, 86, 137  
Von Brown, 432

**W**. Michael Reisman, 52  
Walter Bagehot, 126, 135  
Watt, 434  
Wensick, 235  
West Point konuşması, 60, 61  
Wideman, 395  
Wilhelm Friedrich Hegel, 128

William Ebenstein, 42, 49  
Willy Hartner, 393  
Wischnewski v. Almanya, 173

**Y**ahya b. Hassân, 218  
Yakamoz, 405  
Yasemin Işıқтаç, 122, 135  
Yasemin Oğuz, 304  
Yaşam hakkı, 299, 300, 314, 443, 445  
Yaşam Hakkının Kutsallığı, 439  
Yaşar Yiğit, 314  
Yaşayan sünnet, 418, 446  
Yavuz Abadan, 121, 135  
Yavuz Kaplan, 149  
Yener Ünver, 172, 303, 316, 334, 339  
Yeni Amerikan İmparatorluğu, 60, 61  
Yeşilay, 437, 439, 440  
Yeterli şüphe, 246, 247, 252  
Yevmu Buas, 236  
Yılmaz Altuğ, 337, 347, 356  
Yoram Dinstein, 56  
Yozgat İstiklal Mahkemesi, 280, 281, 282  
Yusuf Bey-Denizli, 278, 280  
Yusuf Göven, 70  
Yusuf Ziya Bey-Bitlis, 278  
Yüksek Seçim Kurulu, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332

**Z**afer Aydın, 324  
Zafer Aydön, 339  
Zalim, 30, 31, 45, 46, 80, 81, 83, 219  
Zaruriyyat, 187  
Zeki Mübarek, 227  
Zerdüş, 433  
Zeyd b. Ali, 222, 228  
Zia Modabber, 53  
Zikr, 46  
Zimmerman ve Steiner/İsviçre, 72, 77  
Ziya Gökalp, 370  
Ziya Hurşit Bey-Lazistan, 281  
Ziya Paşa, 31  
Zuhâl Ağilkaya, 308, 309  
Zulm, 30  
Zygmunt Bauman, 383