

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

Cilt. XV, Ekim-2011, Sayı 4

Vol: XV, October-2011, No: 4



**ANKARA
Ekim-2011**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University

Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Editörler: Editors :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Değer KANYILMAZ Değer KANYILMAZ

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Gazi Üniversitesi Matbaa İşletmesi ve Ahşap İmalathanesi Müdürlüğü
Gölbaşı/ANKARA

Tel: 0312 484 10 94 **e-mail:** gazi-bas-mevil@hotmail.com

Basım Tarihi : Ekim 2011

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Baskı. Basıldığı Yer: Yıl. Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007. İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü: Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü: AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır: Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır: AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 51

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 15 Ekim 2011 Sayı 4

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket
Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri
Mustafa Erdem CAN.....1-24
- Uluslararası Fikri Mülkiyet Rejiminin Çarpık
Mimarisi ve Az Gelişmiş Ülkeler İçin Olasılıklar
Şeref Gökay COŞKUN.....25-64
- Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi
Dilşad KESKİN.....65-84

KAMU HUKUKU

- Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu
Süheyla ALICA.....87-120
- Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma:
Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru
Öykü Didem AYDIN.....121-170
- Marsilius'un Siyaset Kuramı: Defensor Pacis Üzerine
Celalettin GÜNGÖR.....171-222
- Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza
Zeynel T. KANGAL.....223-252
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış
Belkıs KONAN.....253-288
- Milletvekillerinin Seçim Çevrelerine Dağıtım
Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin 2011/39 Sayılı Kararı
Hikmet TÜLEN.....289-326

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

Gazi University Faculty of Law Review
Volume 15 October 2011 Number 4

C O N T E N T S

A R T I C L E S*

PRIVATE LAW

- Obligations and Liabilities of the Partner of a Limited Company
According to the New Turkish Commercial Law
Mustafa Erdem CAN.....1-24
- Distorted Architecture of International Intellectual Property
Regime and Prospects for Less-Developed Countries
Şeref Gökay COŞKUN.....25-64
- The Sanction of Marriage Before the Marriageable Age
Dilşad KESKİN.....65-84

PUBLIC LAW

- Responsibility of Administrative Authority on Environment Inspection
Süheyla ALICA.....87-120
- A New Mechanism in Turkish Constitutional
Jurisdiction: Individual Application to the Constitutional Court
Öykü Didem AYDIN.....121-170
- Political Theory of Marsilius: On Defensor Pacis
Celalettin GÜNGÖR.....171-222
- Default Consent in Criminal Law
Zeynel T. KANGAL.....223-252
- An Analysis of Ottoman Empire in Terms of Human and Fundamental Rights
Belkıs KONAN.....253-288
- The Problem of Allocation of Representatives to the Constituencies
and a Decision of the Constitutional Court (Decision No: 2011/39)
Hikmet TÜLEN.....289-326

* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ BORÇLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Mustafa Erdem CAN *

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (Yeni TTK), limited şirket sermaye şirketi olarak sayılmaktadır. Ortak, şirketin borçlarından sorumlu tutulmamaktadır. Ortağın şirkete yönelik asıl yükümlülüğü, sermaye koyma yükümlülüğüdür. Yeni TTK, şirket sözleşmesinde sermayenin tümünün taahhüt edilmesini ve nakit kısmın kuruluşta ödenmesini istemekte, aynı sermayenin ödenmesi için de çeşitli tedbirler almaktadır. Yeni TTK, ortağın şirkete sermaye borcunu tamamen ödediğini varsaymaktadır. Bu yüzden sermaye açısından sorumluluk ve selef sıfatıyla sorumluluk hallerini düzenlememektedir. Şirket tarafından sermayenin geri verilmesi ve haksız kâr payı veya faiz ödenmesi hallerinde, ortak bunları iade etmekle yükümlüdür.

Ortağın şirkete bağlılık yükümlülüğü, şirket amaçlarına ve menfaatlerine uygun hareket edilmesi, zarar verici davranışlardan kaçınılması şeklinde anlaşılmaktadır. Şirket sırlarını koruma yükümlülüğü de bu kapsamdadır. Yeni TTK, seçilmiş yönetim organı sistemini benimsemekte ve ortakların rekabet yasağını müdürlerden bağımsız olarak düzenlenmektedir. Şirket sözleşmesinde öngörülmesi kaydıyla ortaklara ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü getirilmesine imkân tanımaktadır. Bu yükümlülüklerin kapsamı genişledikçe, ortakların şirkete karşı şahsi sorumlulukları artmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Limited Şirket, Ek Ödemeler, Kişisel Sorumluluk, Ortağın Sorumluluğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Sermayenin Ödenmesi, Sermaye Borcundan Dolayı Sorumluluk.

OBLIGATIONS AND LIABILITIES OF THE PARTNER OF A LIMITED COMPANY ACCORDING TO THE NEW TURKISH COMMERCIAL LAW

ABSTRACT

According to the new Turkish Commercial Code no: 6102 (new TCC), limited company is considered as a capital company. Partner is not held liable for the debts of the limited company. The main obligation of the partner towards the limited company is to put the capital. The new TCC stipulates that the entire of the capital is undertaken within the articles of association and the cash section is paid up at the establishment

* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

stage, and takes various precautions for the payment of the capital in kind. The new TCC assumes that the partner has paid capital debts completely. Therefore, the new TCC had not regulated the responsibility from capital deficit and as predecessor. In case the capital is returned back and in case of an unfair share of profits or interest is paid by the limited company, the partner shall be liable to return these items.

The loyalty liability of the partner to the limited company is understood as to act in accordance with the objectives and interests of the limited company, avoiding any damaging actions. The liability of protecting the secrets of the limited company is also under this scope. The new TCC adapts the selected management organ system and competition restrictions of the partners are regulated independently from the managers. On the condition that it is stipulated in the articles of association, it is allowed to provide the partners with the liability of an additional payment and supplementary performance. As the scope of this liability is enlarged, the personal liabilities of the partners to the limited company increase.

Key Words : *Limited company, additional payments, personal liabilities, liability of partner, Turkish Commercial Code no: 6102, payment of capital, liability of capital debt.*

I. GİRİŞ

Limited şirket, Türk Ticaret Kanunu'nda¹ belirtilmemekle birlikte sermaye şirketleri arasında sayılmaktadır. Birçok yönden şahıs şirketlerine özgü yönleri ihtiva etmekte, esas sözleşmede öngörülen hükümlerle şahıs şirketlerine daha da yaklaşması mümkün gözükmektedir. Yeni Türk Ticaret Kanunu² madde 124/2 hükmünde limited şirket, anonim şirket ve sermayesi paylara bölünmüş şirket ile birlikte sermaye şirketleri arasında sayılmaktadır. Şirket tüzel kişiliği, şirketin işlem ve fiilleri neticesinde doğan borçlar dolayısıyla tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu olmaktadır³. Türk Ticaret Kanunu madde 503/I hükmünde, sermaye koyma borcunu yerine getiren ortağın, şirket borçlarından sorumlu olmadığı ifade edilmektedir⁴.

¹ Makalemizde Türk Ticaret Kanunu (kısaca "TTK") ifadesi ile yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu (RG. 09.07.1956 tarih ve S. 9353) kastetmekteyiz.

² Makalemizde Yeni Türk Ticaret Kanunu (kısaca "Yeni TTK") ifadesi ile henüz yürürlüğe girmemiş olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu (RG. 14.02.2011 tarih ve S. 27846) kastetmekteyiz.

³ AYHAN, s. 59'da sorumluluğa konu malvarlığının, alacaklıların şirkete başvurduğu andaki malvarlığı olduğunu ifade etmektedir.

⁴ TTK m. 140, 503 vd. hükümlerinde "konulması taahhüt edilen sermaye" terimi kullanılmak-

Limited şirket ortağının sınırlı sorumluluğu ilkesi, anonim şirketteki tek borç ilkesine benzemektedir. Anonim şirket ortağı, şirkete karşı sadece sermaye taahhüdünü yerine getirmekle yükümlü olup fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulmamaktadır (TTK m. 405/1). Limited şirket ortağı şirkete karşı taahhüt ettiği sermayeyi ödemekle yükümlü olup öngörülen haller dışında şirkete ve şirket alacaklılarına karşı başka bir yükümlülük altına girmemektedir⁵.

Yeni TTK madde 602/1 hükmünde yer alan “şirket, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığıyla sorumludur” ifadesi, şirket borçlarından tüzel kişiliğin sorumlu olduğunu ve bunun tüm malvarlığı ile sorumluluk olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁶. Ortağın şirkete esas borcu sermaye koyma borcu olmakla birlikte, şirket sözleşmesinde öngörülmesi kaydıyla ortağa ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri getirilmesi de mümkündür (Yeni TTK m. 573/2).

Türk Ticaret Kanunu, karşılığı henüz ödenmemiş payların şirketçe devir veya rehin alınması halinde bunların satış bedellerinden karşılanamayan kısımdan, ortakları ikinci derecede ve müteselsilen sorumlu tutmaktadır. Sermaye koyma borcunu yerine getirmediği için ortaklıktan çıkarılan kişinin payının satışı ile elde edilen paranın çıkarılan ortağın borcunu karşılamaması durumunda, bu ortağın pay defterine kaydedildiği tarihten önce beş yıl içinde pay defterine kayıtlı olan tüm selefleri, aradaki farktan şirkete karşı ikinci derece sorumlu sayılmaktadır.

Makalemizde Yeni Türk Ticaret Kanunu sistemine göre ortağın borçları ve yükümlülükleri, Türk Ticaret Kanunu ile mukayeseli olarak incelenmektedir. Yeni Türk Ticaret Kanunu, ortağın şirkete sermaye borcu kalmasını öngörmediğinden, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen sermaye borcundan kaynaklanan açığı kapatma yükümü ve selef sıfatıyla sorumluluk konularını dü-

tadır. Yeni TTK m. 573 hükmünde ise “esas sermaye payı” terimi kullanılmaktadır. YILDIZ, s. 193’de yeni sistemde ortağın, sermaye koyma borcunu şirketin kuruluşunda tam olarak yerine getireceğini ifade etmektedir.

⁵ Y. 11. HD. 16.09.2002 tarih ve E. 3910, K. 7659 sayılı kararı; “TTK 503 ve 532 maddelerine göre limited şirket, sermaye ortaklığı olup ortakların sorumluluğu, koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlıdır. Sermaye borçlarını ödeyen ortakların, şirkete ve şirketin alacaklılarına karşı herhangi bir sorumlulukları bulunmadığından, kişisel yünden dava ve takip olunmazlar.” şeklindedir (YKD, Mayıs 2003, s.23).

⁶ Madde metninde şirketin “sadece malvarlığıyla” sorumlu olduğu ifadesi, “tüm malvarlığıyla” sorumlu olduğu şeklinde düzeltilmelidir.

zenlememektedir. Aynı şekilde TTK m. 540/I hükmünde düzenlenen, şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla müdür tayin edilmemesi halinde bütün ortakları müdür sayan özden yönetim ilkesi, Yeni TTK’nda terk edilmiş⁷ ve seçilmiş yönetim organı sistemini benimsemiş olduğundan, ortakların şirketi idare yükümlülüğü ortadan kalkmıştır. Buna karşılık Yeni TTK, şirket sözleşmesinde öngörülmesi kaydıyla ortaklara ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü getirilmesine imkân tanımaktadır.

II. ORTAĞIN MADDİ BORÇLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Limited şirket ortağı, şirkete karşı taahhüt ettiği sermayeyi ödemekle yükümlüdür. Sermaye, şirket tüzel kişiliğine ait olduğundan, sermayenin kısmen veya tamamen ortağa geri verilmesi halinde, ortağın bunu iade etmesi gerekir. Aynı şekilde ortak, haksız ödenen kâr payı ve faizi de şirkete iade etmekle yükümlüdür. Bu hallerde ortak, ödemediği veya haksız olarak kendisine ödenen miktarı şirkete ödemekle yükümlüdür. Ortak, anılan miktarı ödeme konusunda şirkete karşı doğrudan doğruya ve tüm malvarlığıyla sorumludur.

Limited şirketi tanımlayan TTK m. 503/I hükmünde yer alan “ortakların mesuliyetinin koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut” olduğu yönündeki ifade, ortakların şirket alacaklılarına karşı taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sorumlu oldukları yanılıgısı yaratmaktaydı. Yeni TTK m. 573/1 hükmünde limited şirketin tanımı verilirken, doğru bir yol tercih edilerek ortakların mesuliyetine ilişkin ifadeye yer verilmemiş, konu Yeni TTK m. 573/2 hükmünde “*Ortaklar; şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler*” şeklinde düzenlenerek ortakların şirket borçlarından sorumlu olmadıkları açıkça ifade edilmektedir. Ayrıca ortaklara, sermaye koyma borcu dışında, şirket sözleşmesinde öngörülmesi koşuluyla ek ödeme ve yan edim yükümleri getirilmesi hükme bağlanmaktadır.

B. Sermaye Borcunu Ödeme Yükümlülüğü

Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermaye payını şirkete ödemekle yükümlüdür

⁷ İsviçre Borçlar Kanunu, özden yönetim ilkesini sürdürmektedir. İsviçre kanun koyucusu, limited şirketi bir anlamda sınırlı sorumlu bir kolektif şirketmiş gibi mütalâa etmektedir. Bu ilkenin sakıncalı yönleri için bkz. Yeni TTK madde 623 gerekçesi.

(TTK m. 140/I ve Yeni TTK m.128/1). Ortak, sermaye koyma borcunu yerine getirdiği oranda sorumluluktan kurtulmaktadır (TTK m. 532/I, c. 1). Kanun, ortakların kuruluşta taahhüt ettikleri sermayenin ne kadarını ödeyeceklerini belirlememiştir. Sadece aynî sermaye bakımından, TTK m. 509 hükmünün atfı ile uygulama alanı bulan TTK m.285/II hükmünde, taşınırların mülkiyetinin şirkete geçeceği, taşınmazlar için de şirketin tescil talebinde bulunabileceği ifade edilmektedir. Buna karşın nakdî sermayenin ödenmesinden değil, taahhüt edilmesinden söz edilmektedir (TTK m. 510/IV). Hükümde, bunun hangi oranda yerine getirilmesi gerektiği gösterilmemektedir. Bu eksiklik Sanaî ve Ticaret Bakanlığı'nın 2003/III sayılı Anonim ve Limited Şirket Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁸ ile doldurulmuştur. Anılan Tebliğ'e göre "... sermayenin muvazaadan ari şekilde tamamen taahhüt edildiği ve nakdî sermayenin 1/4 'ünün ödendiği veya şirketin kuruluşunun tescilinden itibaren en geç 3 ay içerisinde, kalanın da en geç 3 yıl içerisinde olmak üzere ödeme zamanı belirtilecektir".

Nakdi sermayede ödeme, aynı sermayede ise aynı şirket malvarlığına intikali ile borç sona ermektedir. Esas sermayenin azaltılması hali dışında sermaye taahhüdünün ödenmesi tecil olunamaz ve ortaklar bu borçtan dolayı ibra edilemezler (TTK m. 528). Sermaye borcunu ödeme zamanı ya esas sözleşmede kararlaştırılır ya da şirket tarafından belirlenir. Şirkete bırakıldığı durumlarda bu yetki genel kurul veya sözleşmede belirtilmişse müdürler tarafından kullanılır⁹. Tebliğ uyarınca, bakiye sermaye borcunun 3 yıl içinde ödenmesi gerekmektedir. Sermaye borcunun ödenmesini talep hakkı, şirketin yetkili organlarına aittir¹⁰. Şirketin ifisahlı veya iflası halinde, bu yetkiyi tasfiye memurları veya iflas idaresi kullanır¹¹. Sermaye taahhüdünün yerine getirmemesi halinde ortağın Borçlar Kanunu madde 101 (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹² m. 117) hükmü çerçevesinde temerrüde düşmesi söz konusu olmaktadır. Buna göre, esas sözleşmede ödeme tarihi gösterilmekteyse, ihtara gerek

⁸ RG. 25.07.2003 tarih ve S. 25197.

⁹ AYHAN, s.71; YILDIRIM, s. 134; ARSLANLI/ DOMANIÇ, s.115; CERRAHOĞLU, s. 165.

¹⁰ Ortağın taahhüt edip ifa etmediği sermaye koyma borcu, şirket sözleşmesinden kaynaklanan bir borç olması dolayısıyla BK m. 126/IV çerçevesinde 5 yıllık zaman aşımını süresine tabidir. Kanaatimizce; haksız alınan kâr payının iadesine ilişkin TTK m. 535/III ve Yeni TTK m. 611/3 hükmü, özel bir düzenleme olduğundan burada uygulanmamalıdır.

¹¹ KARAYALÇIN, s. 381.

¹² RG. 04.02.2011 tarih ve S. 27836

olmaksızın ödemede bulunmayan ortak temerrüde düşer. Sermaye borcunun kalan kısmının ödeme zamanı sözleşmede müdürlere bırakılmışsa, müdürlerce ortağa ödeme gününün bildirilmesi halinde, ihtara gerek kalmaksızın ortak temerrüde düşer. Ödeme gününün ortaklar genel kurul kararı ile belirlenmesi halinde, bu günü geçiren ortak temerrüde düşer¹³. Temerrüde düşen ortağa TTK m. 529/II hükmü gereğince, noter aracılığı ile en az on beş gün süreli iki defa ihtarname gönderilir. İhtarnamelelere rağmen borcun ödenmemesi halinde, şirket, ya temerrüdün sonuçları ile birlikte sermaye alacağını icra yoluyla tahsil etme yoluna seçer ya da ortağı şirketten çıkararak ona ait payı paraya çevirir¹⁴. Çıkarma kararı, genel kurulda esas sermayenin yarısından fazlasını temsil eden ortakların salt çoğunluğu ile alınır (TTK m. 551/II-III).

Doktrinde bir fikre göre¹⁵; Türk Ticaret Kanunu kapsamında temerrüt nedeniyle çıkarma sadece nakdi sermaye borcu yerine getirilmediğinde söz konusu olur. Diğer fikre göre¹⁶; aynı sermaye borcu nedeniyle de temerrüt nedeniyle çıkarma söz konusu olur. Kanaatimizce ilk görüşe katılma imkânı yoktur. Bu iki sermaye çeşidine farklı sonuçlar bağlamayı haklı kılacak geçerli bir sebep bulunmamaktadır. Aksine aynı sermayeye bir değer biçilerek esas sermaye içindeki yerini alması sağlanır. Ortağın faiz, cezai şart ve primi ödemede temerrüde düşmesi hallerinde ise hakkında çıkarma kararı verilemez¹⁷. Çıkarma kararı, kurucu nitelikte ve ilgiliye ulaşması gerekli bir karar olduğundan, kanunda tebliğine dair bir hüküm olmamakla birlikte, kişisel ilgisi dolaşısıyla oylamaya da katılamayan ortağa tebliğ edilmesi gerekmektedir¹⁸.

Çıkarma halinde, çıkarılan ortağın payı TTK m. 530 gereğince diğer bir ortak tarafından gerçek değeri üzerinden alınmadığı takdirde açık artırma veya sair yollarla satılır. Payın paraya çevrilmesinden sonra eğer artan bir miktar varsa, bu kısım çıkarılan ortağa verilir. Satış bedelinin payın değe-

¹³ PULAŞLI, s. 477; CERRAHOĞLU, s. 165-166'da, ödeme zamanını belirleyen genel kurulun, ortaklara bildirim yapması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁴ PULAŞLI, s. 478; ARSLANLI/DOMANIÇ, s. 393; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 940-941; İNAN, s. 55.

¹⁵ ÖZTÜRK DIRİKKAN, s.56-57; BAUMBACH/HUECK, § 64, N. 21.

¹⁶ ÇAMOĞLU, s. 513; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 626'da anonim şirketlerde nakdi sermaye dışında aynı sermayenin ödenmesinde de ıskat prosedürünün uygulanmasını amaca uygun ve haklı görmektedir.

¹⁷ PULAŞLI, s. 477; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 626; İNAN, s. 55; ÖZTÜRK DIRİKKAN, s. 58.

¹⁸ ARSLANLI/DOMANIÇ, s.. 398; PULAŞLI, s.480; aksi görüşte CERRAHOĞLU, s. 177.

rinden az olması ve sermaye borcunu karşılamaması halinde, açık kalan kısım için selefere başvurulur. Payı açık artırma veya satış yolu ile alan kişi, açık artırma veya satış bedelini şirkete borçlanır. Bu şekliyle sermaye payı ve ona bağlı tüm haklar ve borçlar alıcıya geçer. Çıkarmadan sonra muaccel olan sermaye taksitlerinden yeni ortak sorumlu olur. Ancak yeni ortak taksitlerin ödenmesinde temerrüde düşerse, açık kalan kısım için eski ortağa başvurulabilir¹⁹.

Aleyhinde genel kurulda çıkarılma kararı verilen ortak, çıkarılmasına ilişkin kararların kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir. Hakkında koşulları gerçekleşmeden çıkarma kararı verilen ortak mahkemede bu durumu ispat ederse, çıkarma kararı iptal edilir. Mahkemece iptal davasının reddi halinde, çıkarılan ortağın sermaye borcundan dolayı sorumluluğu eskisi gibi devam eder.

Türk Ticaret Kanunu, esas sözleşme ile limited şirket ortağına sermaye koyma borcu dışında ek mükellefiyetler yüklenmesini öngörmemiştir²⁰. Bu bakımdan Alman PAOK m.3/2 ve eski İsviçre BK m. 772/2 düzenlemelerinden ayrılmıştır. Bununla birlikte ortakların sorumluluğunu genişleten kararların genel kurulda oybirliği ile alınmasına imkân tanımaktadır. Yeni TTK m. 603 hükmü ise; esas sözleşmede hüküm bulunması koşuluyla ek ödeme yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü öngörülebilmesine imkân tanımaktadır. Bu yeni düzenlemeler ileride incelenmektedir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, sermayenin şirketin kuruluşunda ödenmesine odaklanmıştır. Kurucuların, şirket sözleşmesinde sermayenin tamamını kayıtsız şartsız taahhüt etmeleri ve nakit kısmı hemen ve tamamen ödemeleri gerekmektedir (Yeni TTK m.585/1). Buna karşın aynı sermayenin ödenmesine ilişkin olarak Yeni TTK m. 585/1, c. 2 hükmü, madde 588/1 hükmünü saklı tutmaktadır. Buna karşın madde 585 hükmünün gerekçesinde, aynı sermaye hakkında 581/2 hükmü gereği 128'inci maddenin uygulanacağı ifade edilmektedir. Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu-

¹⁹ ÖNAL, s. 121; AYHAN, s. 81; CERRAHOĞLU, s. 118-120; ARSLANLI/DOMANİÇ, s. 401; PULAŞLI, 480.

²⁰ TTK m. 405/III hükmü; anonim şirket ortağına, esas sözleşme ile tekerrür eden para dışında ek mükellefiyetler yüklenmesine imkân tanımaktadır. ARSLANLI/DOMANİÇ, s. 39'da anonim şirket ortağı için öngörülen mükellefiyetin limited şirkette evleviyetle olması gerektiğini, hatta miktarı belirtilerek şirket zararının kapatılması borcunun da düzenlenebileceğini ifade etmektedir.

dur (Yeni TTK m. 128/1). Şirket sözleşmesinde bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler özel sicillerine kaydedildiği ve taşınırmlar güvenilir bir kişiye tevdi edildiği takdirde aynı sermaye kabul edilmektedir. Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti ortadan kaldırmaktadır (Yeni TTK m.128/2).

Aynı sermaye, Yeni TTK m. 128 hükmü çerçevesinde limited şirketin kuruluşunda taahhüt edilmektedir. Sermaye olarak taahhüt edilen ve mülkiyeti hâlâ taahhütte bulunan kişide olan bir taşınır mal, şirketin tesciline kadar güvenilir bir kişiye tevdi edilmekte, tescille tüzel kişilik kazanan şirket, vasıtasız zilyet konumundaki emin kişiden malın teslimini talep ederek malı teslim aldıktan sonra mülkiyetini kazanmaktadır. Aynı sermaye taahhüdünün herhangi bir sebeple ifa edilmemesi, şirketin bunlara malik olamaması veya tasarrufta bulunamaması halinde şirket, sermaye borcunun ifasını talep ve dava edebileceği gibi gecikmeden doğan zararının tazminini de talep edebilir (Yeni TTK m. 128/7). Eksik kalan ve tahsil edilemeyen kısım şirket zararı olarak gözükecektir. Bu zarar kaleminin, ortaklardan Yeni TTK m. 603 hükmü çerçevesinde ek ödeme yükümlülüğü olarak talep edilebilmesi mümkündür.

Şirket sözleşmesinde bir ortağın genel kurul kararı şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir (Yeni TTK m.640/I). Bu durumda, şirket sözleşmesinde öngörülmesi kaydıyla genel kurul kararı ile aynı ya da nakdi sermaye koyma borcunu ödemeyen ortağın şirketten çıkarılabilmesi mümkün gözükmektedir. Yeni TTK m. 640/I hükmünde, sözleşmede öngörülen çıkarma sebebi ve buna dayanarak genel kurulda alınan çıkarma kararı hakkında, “haklı sebep” veya “önemli sebep” bulunması koşulu aranmamaktadır. Buna karşın, madde gerekçesinde; “*Bu suretle bir taraftan şirkete, kendisi yönünden önemli olan sebeplerin varlığında şahsında bu sebepler gerçekleşen ortağı şirketten çıkarma ve istediği ortamı yaratma hakkı tanınmış diğer taraftan da ortaklar açısından hukuk güvenliği sağlanmıştır*” ifadesi yer almaktadır. Madde metninde bulunmayan, “*önemli sebeplerin varlığı*” kriteri, gerekçede yer almaktadır. Kanaatimizce; bu kriterin, TTK m. 551/II ve III hükümlerinde ortağa çıkma hakkı tanınması ve genel kurul kararıyla mahkemeden çıkarılmasının istenmesi hallerinde olduğu gibi madde metninde yer alması daha uygundur. Bu sayede Yeni TTK m. 640/1 hükmü, Yeni TTK m. 640/3 hükmünde düzenlenen, şirketin talebi ile ortağın, mahkemece “*haklı sebebe dayanarak*” çıkarılması düzenlemesi ile paralel hale gelecektir. Aksi takdirde, şirketin menfaati dışında hareket edilmesi kolaylaşabilir veya çoğunluğun keyfi ya da şir-

keti ele geçirme gibi kötünuyetli uygulamaları daha da artabilir, hatta azınlığın hakları ortadan kaldırılabilir.

Ortağın, sözleşmede yer alan sebeplerle genel kurul tarafından çıkarılması veya şirketin talebi üzerine haklı sebeple mahkeme tarafından çıkarılması halinde çıkarılan ortağa, Yeni TTK m.641-642 hükümleri çerçevesinde ayrılma akçesi ödenmelidir²¹. Ödenecek ayrılma akçesi, sermaye koyma borcu ile takas edilebilir. Esas sözleşmede öngörülen veya mahkeme kararıyla ortağın çıkması veya çıkarılması hallerinde şirket, Yeni TTK m. 612 hükmü çerçevesinde esas sermayesinin % 20'sine kadar bu paylarını iktisap edebilir. Esas sözleşmede öngörülen sebeplere dayanılarak aleyhinde çıkarma kararı alınan kişi, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir (Yeni TTK m. 640/II).

C. Geri Verilen Sermaye Payını İade Yükümlülüğü

Sermayenin karşılığını teşkil eden değerlerden ortaklara verilen avanslar, ödünçler, gereğinden fazla verilen ücretler, yolluklar, ortakların paylarının gerçek değerinin çok üzerinde bir bedelle şirket tarafından devralınması, ortağa ait bir taşınmazın emsal değerinin üzerinde bir fiyatla şirket tarafından satın alınması gibi haller esas sermaye pay bedelinin iadesi teşkil edebilir. Buna karşılık yedek akçelerden ortaklara yapılan ödemeler, sermayenin iadesi olarak nitelendirilemez²².

Limited şirket ortağı, koyduğu sermayenin kısmen ya da tamamen kendisine geri verilmesi halinde, aldığı miktarı şirkete iade etmekle yükümlüdür. Şirketin iadeyi talep hakkı, şirket sözleşmesinden doğan ortaksal bir kanuni talep hakkı niteliğindedir. Esas sermayeden doğrudan veya dolaylı iade niteliği taşıyan her türlü ödeme, eşdeğer bir karşılığı yoksa TTK m. 532 hükmüne aykırı ve batıl sayılır.

Anonim şirket payının devri halinde, devreden sermayeyi ödeme borcu TTK m. 419 hükmü gereği devralana geçmekte, devrin pay defterine kaydı ile birlikte, devralan şirkete karşı kalan sermaye borcunun borçlusuna haline gel-

²¹ Yeni TTK m. 641 hükmünün gerekçesinden anlaşıldığı üzere ayrılma akçesi; çıkma, çıkarılma ve pay sahibinin ölümü hallerinde ödenmektedir. Ayrılma akçesi, Yeni TTK m. 642 hükmü uyarınca özkaynaktan karşılanır. Bunun yetmemesi halinde işlem denetçisinin belirlediği miktarda esas sermayenin azaltılması kararı alınmalıdır. Ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, tüm alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur.

²² AYHAN, s. 72-73; ARSLANLI/DOMANIÇ, s. 427, 431-433; ÖNAL, s. 92.

mektedir. Bu düzenlemeyi kıyas yoluyla limited şirkete uygulamak suretiyle, iade yükümlülüğü dolayısıyla tekrar doğan sermaye koyma borcunun devralana ait olduğu kabul edilebilir²³.

Yeni TTK madde 601 hükmünde esas sermayenin azaltılması hali hariç esas sermaye payı bedelinin geri verilmeyeceği, ortakların sermaye koyma borcu dolayısıyla ibra edilemeyeceği hususları öngörülmekte, buna karşın borcun tecil edilmesine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Ayrıca, ibra yasağına aynen yer verilmesi, esas sermaye payı bedelinin nakit kısmının tümünün kuruluşta ödenmesinin öngörüldüğü bir sistemde (Yeni TTK m. 585/1), ortakların var olmayan nakdi bir borçtan ibra edilmesi söz konusu olmayacağı için gereksiz bir düzenleme olarak gözükmekte²⁴, ancak ödenmeyen aynı sermaye bakımından önem arz etmektedir. TTK m. 528/II ve Yeni TTK m. 601/I hükümlerinde tanınan istisna dolayısıyla; esas sermayenin azaltılması halinde, indirilen kısmın ortağın payına karşılık gelen miktarının ortağa geri verilmesi imkânı doğmaktadır.

D. Haksız Ödenen Kâr Payı ve Faizi İade Yükümlülüğü

Limited şirket ortağı, şirket kârından pay alma hakkına sahiptir. Şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça ortaklar, sermaye koyma borcunu yerine getirdikleri oranda, yıllık bilançoya göre, elde edilmiş olan safi kârdan pay alırlar (TTK m. 533/I). Limited şirketin malvarlığı, değer itibarıyla esas sermayeyi ve diğer pasifleri aşarsa kâr dağıtılabilir. Kârın gerçek olması ve yıllık bilançoda gösterilmesi gerekmektedir. Esas sözleşmede, dönem sonundaki safi kârın dağıtılmasına engel bir hüküm bulunmamalıdır. Dönem sonunda müdürler tarafından çıkarılan şirket bilançosu, ortaklar genel kurulunun onayına sunulur. Bilanço onaylandıktan sonra, kâr dağıtımının yapılıp yapılmayacağına yapılacaksa miktarı ve şekline ortaklar genel kurulu karar verir²⁵. Kararın alınmasında TTK m.536/III hükmü gereğince, ödenmiş esas sermayenin yarısından fazlasını temsil eden ortakların lehte oy kullanması gerekmektedir.

Kâr olmadığı halde ortaklara ödeme yapılması veya mevcut kârdan daha fazlasının ödenmesi haksız ödeme teşkil eder. Bu kapsamda, özellikle ortaklara, esas sermayeden veya kanuni yedek akçelerden yapılan ödemeler,

²³ DEMİRKAPI, s. 432-433.

²⁴ YILDIZ, s. 194

²⁵ ÖZTÜRK, s. 30.

esas sermayenin korunması ilkesini ihlal ettiğinden batıl kabul edilmektedir²⁶. Haksız yere kâr payı veya faiz ödenmesi halinde ortak, aldığı para nispetinde sorumludur (TTK m. 532/I). Haksız yere kâr alan ortak veya müdür, bunları şirkete geri vermekle yükümlüdür (TTK m. 535/I, Yeni TTK m. 611/1). Haksız alınan kâr payı, şirketin ortak veya müdüre karşı bir alacağı olarak ortaya çıkmaktadır²⁷. Yeni TTK m. 605 hükmü gereği, şirketin haksız kârları geri isteyebilmesi için, bu hususun işlem denetçisi veya özel denetçi raporu ile tespit edilmesi ve genel kurul kâr dağıtım kararının geri alınması gerekmektedir. Böyle bir karar alınamaması halinde, genel kurul kararının butlanı veya iptali davası açılmalıdır²⁸. Butlanın tespiti veya kâr dağıtım kararının iptali davasının reddi ya da iptal davasının süresinde açılmaması halinde, dağıtılan kâr haksız sayılmayacağı için iadesi de gerekmemektedir.

Haksız kâr ödenen ortağın -veya müdürün- iyi niyetli olması yani kârın haksız olduğunu bilmemesi halinde iade borcu, şirket alacaklılarının haklarını ödemek için gerekli olan miktarı aşamaz (TTK m. 535/II ve Yeni TTK m. 611/II). Kanun burada iyiniyetli ortak veya müdürü, aldığı tüm kârdan değil şirket alacaklılarının alacaklarını ödemek için gerekli olan miktardan sorumlu tutmaktadır. Her ortak ve müdür bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılarak iyiniyetli olmayanlar tüm haksız kârı, iyiniyetli olanlar ise ödenecek borcun payına isabet eden miktarı iadeyle yükümlü tutulmalıdır. Şirketin haksız alınan kârı geri alma hakkı, paranın alındığı tarihten itibaren beş yıl, alan kişinin iyiniyetli olması halinde iki yıl geçince zamanaşımına uğrar (TTK m. 535/III ve Yeni TTK m. 611/3).

Payın devri halinde, iade yükümlülüğünün devralana geçip geçmeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir fikre göre²⁹; iade yükümlülüğünün açıkça devre konu olmaması ve şirket tarafından bu işlemin onaylanmaması halinde kural olarak devredenin iade yükümlülüğü devam etmektedir. Diğer bir fikre göre³⁰; haksız kâr payı alan ortağın payını devretmesi halinde, payı devralan kişi iade yükümlülüğü altına girmektedir.

²⁶ HANDSCHİN/TRUNIGER, s.71; YILDIRIM, s.135.

²⁷ DEMİRKAPI, s.421.

²⁸ YILDIZ, s. 194; ÇEVİK, s. 226; ARSLANLI/DOMANİÇ, s. 436.

²⁹ DEMİRKAPI, s. 421.

³⁰ ARSLANLI/DOMANİÇ, s. 491. Diğer fikri savunan DEMİRKAPI, s. 422'de, haksız kâr alınmasının sermayenin iadesi anlamına gelecek şekilde gerçekleşmesi halinde, devredenin sermaye ödeme borcunun kanunen devralana geçtiğini, bu nedenle tekrar doğan sermaye koyma borcunun da devralana geçeceğini kabul etmektedir.

Ortaklara, koydukları sermaye için faiz verilemez (TTK m. 533/II). Benzer şekilde Yeni Türk Ticaret Kanunu madde 609/I hükmünde; esas sermayeye ve ek ödemelere faiz verilemeyeceği; şirket sözleşmesiyle hazırlık dönemi faizi ödenmesi öngörülebileceği ve bu durumda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. Yeni TTK, yeni düzenlediği ek ödemelere de faiz ödenmeyeceğini, ayrıca şirket sözleşmesinde hazırlık dönemi faizi ödenmesi öngörülebileceğini ifade etmektedir. Ortağın şirkete borç vermesi durumunda faiz öngörülmesi mümkündür.

III. BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE REKABET YASAĞI

Şirkete bağlılık yükümlülüğü, şirket amaçlarına ve menfaatlerine aykırı hareket edilmemesi, zarar verici davranışlardan kaçınılması şeklinde anlaşılmalıdır. Şirket sınırlarının korunması yükümlülüğü de bu kapsamdadır. Kişisel unsurları güçlü ve ortak sayısı az olan limited şirkette, bağlılık ve dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü önem kazanmaktadır. Yeni TTK m. 613/1 hükmüne göre; ortaklar, şirket sınırlarını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamaz.

Ortaklar, işletmenin ve şirketin durumu ile faaliyetlerine ilişkin sırları korumalı, başkalarına yaymamalı, kendi şahsi menfaatleri için kullanmamalı ve başkalarına da kullandırtmamalıdır. Şirket sınırlarının kapsamı, her bir şirkete göre değişmekte; faaliyet konusuna, alanına, müşteri çevresine, pazar yapısına, işletmenin sahip olduğu unsurlara ve hacmine göre farklılıklar arz etmektedir.

Ortaklar, şirket çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunmamalıdır (Yeni TTK m. 613/2, c. 1). Yükümlülüğe aykırı davranıldığına tespiti bakımından, şirket menfaatlerinin zarar görmesi ihtimali yeterli sayılmalıdır. Buna karşın, Yeni TTK m. 613/2, c.2 hükmünde, ortakların şirket amacına zarar veren ve kendilerine özel bir menfaat sağlayan işlemler yapması özellikle yasaklanmış bulunmaktadır. Kanaatimizce, evleviyet prensibi gereği ikinci cümle hükmü gereksiz gözükmektedir.

Türk Ticaret Kanunu, rekabet yasağını esas itibarıyla müdür bakımından öngörmüş, ortakların muvafakatiyle rekabet yasağının kaldırılmasına imkân tanımıştır³¹. Türk Ticaret Kanunu m. 547 hükmüne göre; “*Müdür olan ortak, diğer ortakların muvafakati olmadan şirketin uğraştığı ticaret dalında*

³¹ Ortaklar, şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla muvafakat edebilirler.

ne kendi ne de başkası hesabına iş göremeyeceği gibi, başka bir işletmeye mesuliyeti tahdit edilmemiş ortak, komanditer ortak veya limited şirketin azası sıfatıyla iştirak dahi edemez. Bu yasak, mukaveleye konulacak hükümle bütün ortaklara teşmil edilebilir”. Rekabet yasağı, müdürlerin kendisi veya başkası hesabına iş görmesi dışında, başka bir işletmeye sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak, komanditer ortak, limited şirket ortağı olması hallerini de kapsamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülen rekabet yasağı, tayin edilmemesi halinde bütün ortakları müdür sayan özden yönetim ilkesini benimseyen bir sistem bakımından anlaşılabilir niteliktedir. Kanun, şirket sözleşmesine konacak bir hükümle, yasağın tüm ortakları kapsayacak şekilde genişletilmesine imkân tanımaktadır. Sözleşmede öngörülmesi halinde, ortakların aynı ticaret dalında kendisi veya başkası hesabına iş görmesi, kendi başına veya adi ortaklık şeklinde bir işletme açması, bir başkasının açtığı işletmede yönetici ya da denetçi olması veya sınırsız sorumlu ortak, komanditer ortak, limited şirket ortağı olması yasaklanabilir. Sözleşmede gösterilmeyen durumlarda, ortak rekabet yasağına tabi değildir. Rekabet yasağı, anonim şirket ortağı olmaya engel teşkil etmemektedir. Türk Ticaret Kanunu, yasağa aykırı davranışın müeyyidesini öngörmemiştir. Davranışın haksız fiil teşkil etmesi halinde Borçlar Kanunu’nun 41 vd. (Türk Borçlar Kanunu m. 49 vd.) hükümlerinde yer alan haksız fiil hükümleri uygulanabilir. Ortağın, TTK m. 551/III hükmü uyarınca genel kurulun muvafakati ile haklı sebep dolayısıyla ortaklıktan çıkarılması mahkemeden istenebilir³².

Yeni Türk Ticaret Kanunu, seçilmiş yönetim organı sistemini benimsemiş olduğundan, ortakların şirketi idare yükümlülüğü ortadan kalkmıştır. Bu yüzden ortakların rekabet yasağı müdürlerden bağımsız olarak düzenlenmiştir³³. Ancak Türk Ticaret Kanunu’nda olduğu gibi, rekabet yasağının şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, rekabet yasağından söz edilemez. Ancak Yeni Türk Ticaret Kanunu, ortağın rekabet yasağına tabi olduğu statüleri tek tek saymak yerine, madde 613/2, c. 3 hükmü ile ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları hususunun şirket sözleşmesinde gösterilmesine imkân tanımıştır.

³² PULAŞLI, s.482; ARSLANLI/DOMANIÇ, s.681-682.

³³ Müdürlerin rekabet yasağı, ortak olmaları dolayısıyla rekabet yasağına tabi olmaları hali (Yeni TTK m. 613/2) dışında, Yeni TTK m. 613/3 hükmünün atfı ile Yeni TTK m. 626 hükmüne tabidir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, ortakların gerek sözleşmede öngörülen rekabet yapmama yükümlülüğünün, gerekse kanunda öngörülen sır saklama dışında kalan bağlılık yükümlülüklerinin, geri kalan ortakların tümünün yazılı onayı ile kaldırılmasına imkân tanımaktadır (Yeni TTK m. 613/4). Esas sözleşmede, anılan yasakların ortakların yazılı onayı yerine genel kurulun onayı ile kaldırılması esası benimsenebilir. Kanun, sır saklama yükümlülüğünün esas sözleşme veya genel kurul kararıyla kaldırılmasına izin vermemektedir.

V. ŞİRKET SÖZLEŞMESİNDE ÖNGÖRÜLEBİLEN EK YÜKÜMLÜLÜKLER

A. Ek Ödeme Yükümlülüğü

Eski İsviçre Borçlar Kanunu madde 772/II hükmünün son cümlesi Türk Ticaret Kanunu'na alınmadığı için, hukukumuzda limited şirket ortaklarının ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Limited şirket sözleşmesi, sözleşmede daha yüksek bir oran öngörülmemişse sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilmektedir (TTK m. 513/I). Limited şirket ortaklarının sorumluluğunun genişletilmesine ilişkin kararların ise oybirliği ile alınması gerekmektedir (TTK m. 513/II). Oybirliği ile alınacak kararlarla ortaklara ek ödeme yükümlülüğü veya yeni sorumluluklar getirilmesi mümkün gözükmemektedir³⁴. Genişletilen yükümlülüklerin nakdî ödeme şeklinde olması zorunlu değildir. Aynı ya da şahsî bir edim öngörülmesi de mümkündür.

Yeni Türk Ticaret Kanunu m. 573/2 hükmü, limited şirket ortaklarının şirket borçlarından sorumlu olmadıklarını; ortakların borçlarının şirkete karşı olduğunu ve bu borçların sadece taahhüt ettikleri sermaye borçlarını ödemek ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekten ibaret olduğunu ifade etmektedir. Ek ödeme yükümlülüğü konusu Yeni TTK m. 577, 603-605 ve 607 hükümlerinde düzenlenmektedir. Getirilen düzenleme, finansal yönden kötü duruma düşen, bilanço açığı bulunan şirketlere ortakların yapacakları ek ödemelerle yardımcı olmaları-

³⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 942'de ek ödemelerin sadece bilanço açıklarını kapatmada kullanılabileceğini ifade etmektedir; Aynı yönde BAŞTUĞ, s. 236; PULAŞLI, s. 1065; KAYAR, s. 321'de anonim şirkette TTK m. 388/I gereği pay sahiplerinin taahhütlerini arttırmak için oybirliği ile karar alınması gerektiğini, bu yöndeki esas sözleşme değişikliklerinin ancak oybirliği ile gerçekleştirilebileceğini; bu yüzden pay sahibinin ek ödemeye esas sözleşmeyle dahi zorlanamayacağını öngören TTK m. 405/I hükmünün, şirketin kuruluşunda esas sözleşmeye böyle bir hüküm konamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.

nı sağlamaya yöneliktir³⁵. Ek ödeme yükümlülüğü, Yeni TTK m. 577/1-c hükmünde şirket sözleşmesinde gösterilmesine imkân tanınan ihtiyari içerik kapsamında olup bağlayıcı hale gelebilmesi için, yükümlülükler ile bunların şekli ve kapsamının şirket sözleşmesinde gösterilmesi gerekmektedir. Yeni TTK m. 607/1 hükmü uyarınca genel kurulda ilgili tüm ortakların onayıyla gerçekleştirildikleri sözleşme değişikliği ile öngörülebilmesi de mümkün gözükmektedir. Aynı şekilde, sözleşmede yer alan ek ödeme yükümlülüğü, ortakların oybirliği ile aldığı kararlarla arttırılabilir.

Şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması, şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması, şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir durumun gerçekleşmiş olması hallerinde, sözleşmede içerik ve şekli gösterilmek şartıyla ek ödeme yükümlülükleri öngörülmesi mümkündür. İflasın açılması halinde ek ödeme yükümlülüğü muaccel olmaktadır (Yeni TTK m. 603/2). İflas hali mali açıdan yukarıdaki hallerden çok daha ağır bir durumdur.

Kanun, sözleşmede ek ödeme yükümlülüğü öngörülebilir halleri sayarak sınırlandırmakta ancak bunların kapsamını geniş tutarak zararları ve bilanço açıklarını kapatma gayesini aşan bir düzenleme öngörmektedir. Bu kapsam genişledikçe ortakların şirkete olan yükümlülükleri artacak ve sermayeyle sorumluluk ilkesinden uzaklaşılacaktır.

Ek ödeme yükümlülüğü öngörülürken sermaye payları esas alınmalı, belirlenen ek yükümlülük miktarı esas sermaye payının itibarî değerinin iki katını aşmamalıdır (Yeni TTK m.603/3). Kanaatimizce; esas sözleşmede kanuni miktarı aşan ek ödeme yükümlülüğü öngörülmesi halinde, emredici sınırı aşan miktar kısmî butlan yaptırımına tabi tutulmalı ve en yüksek had üzerinden yükümlülük getirildiği kabul edilmelidir. Her ortak, sadece kendi esas sermaye payına düşen ek ödemeyi yerine getirmekle yükümlüdür (Yeni TTK m. 603/4). Sözleşmede ortaklar arası eşit işlem ilkesine aykırı bir hükme yer verilmemeli, ortak kendi sermaye payı ile orantısız ve daha ağır bir ek yükümlülük altına sokulmamalı ve başka bir ortağın ödemediği miktardan sorumlu tutulmamalıdır.

Ek ödeme yükümlülüğünün koşullarının gerçekleşmesi halinde, ek ödeme yapılması şirket müdürü tarafından istenmelidir (Yeni TTK m. 603/5).

³⁵ TTK Tasarısı madde gerekçesi, paragraf 1.

Şirket tasfiye sürecinde ise tasfiye memurları, iflas halinde ise iflas idaresi, şirket kayyım idaresi altında ise kayyım tarafından talep edilmelidir³⁶. Şirketin kuruluşunda esas sözleşme ile ek ödeme yükümlülüğü öngörülmesi halinde Yeni TTK m. 603/6 hükmü gereği bu miktarın azaltılması veya kaldırılması ancak esas sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının zararları tamamen karşılaması hâlinde mümkündür. Yükümlülüğün azaltılmasına veya kaldırılmasına, esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Ek ödeme yükümlülüğünün sonradan öngörülmesi halinde; Yeni TTK m. 607/1 hükmü gereği, şirket sözleşmesi genel kurulda tüm ilgili ortakların onayı ile değiştirilerek yeni ek yükümlülükler ya da yan edim yükümlülükleri öngörülebilir veya mevcut yükümlülükler artırılabilir.

Şirketin, Yeni TTK m. 612 hükmü çerçevesinde esas sermayenin % 20'sine kadar kendi paylarını iktisap etmesi halinde, Yeni TTK m. 612/5 hükmü gereği şirket müdürü bu paylar şirketin elinde bulunduğu sürece ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesini isteyememektedir. Kanaatimizce; şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde paylar üzerindeki yükümlülük sona ermemektedir. Şirketin kendi paylarını satması halinde, alan kişiden yükümlülüklerin yerine getirilmesini talep etme imkânı doğmaktadır.

Ortakların ek ödeme yükümlülüğü, amaç yönünden sınırlı şahsi sorumluluğa benzemektedir. Her iki durumda da şirket borçlarını ödeyemediği takdirde ortaklara başvurulmaktadır. Ancak, burada ortaklar doğrudan şirket alacaklılarına karşı değil, şirkete karşı sorumlu olmaktadır. Ek ödeme temelde bilanço açıklarını kapatmak amacıyla öngörülmesine karşın, son zamanlarda bu sınırlama kalkmış ve limited şirketin ödeme darboğazını aşarak ayakta kalabilmesi için yeni bir imkân yaratılmıştır³⁷.

Payın devri halinde ek ödeme yükümlülüğünün devralana geçeceği kabul edilmektedir³⁸. Yükümlülük pay sahipliğine bağlı olup ortağın şirketten ayrılması halinde kural olarak sona ermektedir. Ancak Yeni TTK m. 604/1 hükmüne göre, ortağın şirketten ayrılmasının tescili tarihinden itibaren iki yıl içinde şirketin iflas etmesi halinde, ayrılan eski ortaktan ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi talep edilebilmektedir. Şirketin mali durumunun kötüye gittiğini fark ederek ortağın alacaklıların durumunu zayıflatacak şekilde

³⁶ KARAYALÇIN, s. 381; DEMİRKAPI, s. 455.

³⁷ Yeni TTK m. 603 hükmü gerekçesi.

³⁸ DEMİRKAPI, s. 452'de, devralanın sorumluluğunun devam etmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle bu sonuca ulaşmaktadır.

de ortaklıktan kötünietli ayrılma ve yükümlülükten kurtulma çabalarına geçit vermemek amacıyla kanun koyucu ayrılmanın tescili tarihinden itibaren iki yıl içinde gerçekleşebilecek iflas halinde dahi elinde pay bulunmayan ortakları ek ödemelerden sorumlu tutmaktadır. Buna karşın, ayrılan ortak ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmişse, payı alan yeni ortak ek ödeme yapmakla yükümlü olmamaktadır. Ayrılan ortak zamanında mevcut olan ek ödeme yükümlülüğü, yeni pay sahibi tarafından yerine getirilirse yine sorumluluk doğmamaktadır. Ancak Yeni TTK m.604/2 hükmüne göre; ek ödeme yükümlülüğü mevcut olup halef tarafından yerine getirilmediği takdirde, eski ortağın sorumluluğu, yükümlülüğü gerçekleştiği tarihte kendisine karşı ileri sürülebileceği ölçüde ve miktarda devam etmektedir.

Ek ödemeler, şirkete karşılıksız verilen sermaye değil, geçici zararları gideren bir ek finansman aracıdır. Şirketin mali durumunun iyileşmesi halinde ek ödemelerin kısmen veya tamamen geri verilmesi mümkündür. Bunun için Yeni TTK m. 605/1 hükmü gereği, tahsil edilen ek ödemelerin, serbest kullanılabilen yedek akçeler ile fonlardan karşılanabileceği işlem denetçisi tarafından tespit edilmiş olmalıdır. Kanun, geri verme işlemi gerçekleştikten sonra şirketin tekrar mali durumunun bozulması halinde ne yapılması gerektiği hususunda sessiz kalmıştır. Kanaatimizce; iade edilen miktar şirketin durumunu tekrar iyileştirmek için yeterliyse, bu tutar şirket tarafından tekrar talep edilebilmelidir. Bu miktardan fazla ödeme talep edilebilmesi için, esas sözleşmede değişiklik yapılarak yeni ek yükümlülükler öngörülmalıdır. Haksız ödeme talep edilmesi veya iade koşulları gerçekleşmeden iade yapılması durumunda yöneticilerin sorumluluğu yoluna gidilebilmeli ve zarar görenler tazminat talep edebilmelidir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde herhangi bir müeyyide öngörmemektedir. Kanaatimizce; şirket alacağı olması dolayısıyla doğmuş alacak miktarının, temerrüt faizi oranı belirlenmemişse ticari temerrüt (avans) faizinin ve şirket sözleşmesinde Yeni TTK m. 577/1-f hükmü uyarınca öngörülmesi halinde sözleşme cezasının (ceza şart) ödenmesi talep ve dava edilebilmelidir.

B. Yan Edim Yükümlülüğü

Limited şirkette ortakların temel yükümlülüğü, sermaye borcunu ödeme yükümlülüğüdür. Bununla birlikte, şirketin niteliği ortakların diğer bazı yükümlülükleri üstlenmesini gerekli kılabılır. Ortaklar, şirketin işletmesinin

ihtiyaç duyduğu buğday, ay çekirdeği, pancar, pamuk, şeker kamışı, süt, meyve ve sebze gibi ham ve/veya işlenmiş ürünleri üretilebilir; şirketin taşıma, pazarlama ve dağıtım gibi hizmetlerini yapabilir, şirkete depo, soğuk hava deposu veya park yeri vb. sağlayabilir; şirketin ürünlerini satın alabilir veya pazarlayabilir. Ortaklara bunlar dışında şahsi nitelikte yapma veya yapmama edimleri de yüklenebilir.

Türk Ticaret Kanunu, anonim şirket hisse senedi devrinin şirket muvafakatine bağlı tutulduğu hallerde, ortaklara sermaye koyma borcu dışında muayyen zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan bazı edalarda bulunma yükümlülüğü getirilmesine izin vermektedir (TTK m. 405/III). Buna karşın şahsi nitelikleri daha çok ön planda olan limited şirketler bakımından benzer bir yükümlülük öngörmemektedir. Hukukumuzdaki bu boşluğa rağmen, doktrinde limited şirket ortaklarına sermaye borcunu ödeme yükümlülüğü dışında yan edim yükümlülükleri getirilebileceği kabul edilmektedir³⁹.

Şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri öngörülmesi mümkündür (Yeni TTK m. 606/I). Yan edim yükümlülükleri başlangıçta şirket sözleşmesiyle öngörülebildiği gibi, Yeni TTK m. 607/1 hükmü uyarınca ortaklar genel kurulunda tüm ortakların oybirliği ile alınan şirket sözleşmesi değişikliği kararı ile de belirlenebilir. Şirket sözleşmesinde mevcut olan yan edim yükümlülüğü, ortakların oybirliği ile aldıkları kararlarla arttırılabilir. Yan edim yükümlülükleri limited şirketin bir taraftan kişisel öğelerden oluşan yönünü ön plana çıkarmakta diğer taraftan onu kooperatife yaklaştırmaktadır.

Yan edimler, ortağın esas sermaye payına bağlı ve tali nitelikte yükümlülüklerdir. Bazı paylara veya tüm paylara ya da pay kategorilerine yüklenebilen yapma, yapmama, katlanma, kullandırma edimlerinden oluşmaktadır⁴⁰. Bu edimler, şirketin konusunu gerçekleştirmesine hizmet ederler⁴¹. Madde gerekçesinde hatalı olarak ayrıca bu edimlerin, ortaklarının bileşiminin korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet edecekleri ifade edilmektedir. Gerekçeye yansıyan bu fazlalık, anılan hüküm İsviçre'den tam olarak alınmamasına karşın, gerekçenin yazımında İsviçre kaynaklarından yararlanılmasından kaynaklanmıştır.

³⁹ ULUSOY, s. 359; DEMİRKAPI, s.444-445; ARSLANLI/DOMANIÇ, s. 69; BAŞTUĞ, s. 235.

⁴⁰ ROWEDDER/SCHMIDT/LEITHOFF, s. 231-232; EMMERICH/SCHOLZ, s. 266; ALTMEPPE/ROTH, s. 49-50.

⁴¹ Yeni TTK m. 606 /1 hükmü gerekçesi.

Yan edim yükümlülüklerinin konusu, kapsamı, koşulları ile diğer önemli noktaları şirket sözleşmesinde belirtilir. Ayrıntıyı gerektiren konular genel kurul kararları ile belirlenebilir (Yeni TTK m. 606/2). Yan edimlerin açık, net ve belirli olması gerekmektedir. Ortaklara yüklenen yan edim yükümlülükleri karşılıksız değildir. Esasen Yeni TTK m.606/3 hükmü gereği şirket sözleşmesinde karşılığı açıkça gösterilmeyen veya uygun bir karşılığı bulunmayan ve özkaynak ihtiyacını karşılamaya hizmet eden nakdî ve aynî edim yükümlülükleri, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tâbî tutulmaktadır. Nakdî ve aynî edimler karşılıksız olmaları veya uygun karşılıkları bulunmaması halinde ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tâbî olmaktadır.

Yan edim yükümlülükleri payın devri ile birlikte kural olarak devralana geçerler. Ancak devreden şahsına bağlı bir tali yükümlülük söz konusu olması halinde, bu yükümlülük devralana intikal etmez, sona erer. Bu durumda şirket, payın devrini reddedebileceği gibi, payın devrine onay vermek için devralanın bu şahsi yükümlülükleri üstlenmesini talep edebilir⁴².

IV. SONUÇ

Limited şirket, Yeni TTK m.124/2 hükmünde sermaye şirketi olarak sayılmasına karşın şahıs şirketlerine özgü yönleri de mevcuttur. Limited şirket ortakları, Yeni Türk Ticaret Kanunu kapsamında şirket borçlarından sorumlu değildir. Ortakların borçları ve yükümlülükleri şirkete karşıdır. Ortakların şirkete karşı asıl borcu, sermaye koyma borcudur. Ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermaye payını şirkete ödemekle yükümlüdür (Yeni TTK m.128/1).

Kurucuların, şirket sözleşmesinde sermayenin tamamını kayıtsız şartsız taahhüt etmeleri ve nakit kısmı hemen ve tamamen ödemeleri gerekmektedir (Yeni TTK m.585/1). Nakdî sermaye, kuruluşta tamamen ödenmelidir. Aynî sermayenin ödenmesine ilişkin olarak, madde 585 hükmünün gerekçesinde, madde 128 hükmünün uygulanacağı ifade edilmektedir. Şirket sözleşmesinde bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler özel sicillerine kaydedildiği ve taşınırlar güvenilir bir kişiye tevdi edildiği takdirde aynı sermaye kabul edilmektedir. Taahhüt edilen aynî sermayenin ifa edilmemesi, şirketin bunlara malik olamaması veya tasarrufta bulunamaması halinde şirket, sermaye borcunun ifasını talep ve dava edebileceği gibi gecikmeden doğan zararının tazminini de talep edebilir (Yeni TTK m. 128/7).

⁴² DEMİRKAPI, s. 448-449.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, şirket sözleşmesinde tamamı taahhüt edilen sermayenin nakit kısmının kuruluşta ödenmesini istemekte, aynı sermayenin ifası açısından da çeşitli önlemler almış bulunmaktadır. Bu sayede, ortağın şirkete sermaye borcu kalmayacağı varsayımından hareketle, Türk Ticaret Kanunu'nda sermaye borcuna bağlı olarak öngörülen selef sıfatıyla sorumluluk ve açığı kapatma yükümlülüğü hallerini düzenlememektedir.

Sermaye, şirket tüzel kişiliğine ait olduğundan, sermayenin kısmen veya tamamen ortağa geri verilmesi halinde, ortağın iade yükümlülüğü doğmaktadır. Bunun dışında ortak, kendisine haksız ödenen kâr payı ve faizi şirkete iade etmekle yükümlüdür. Şirketin haksız kârları geri isteyebilmesi için, bu hususun işlem denetçisi veya özel denetçi raporu ile tespit edilmesi ve genel kurulun kâr dağıtım kararının geri alınması gerekmektedir.

Şirkete bağlılık yükümlülüğü, şirket amaçlarına ve menfaatlerine aykırı hareket edilmemesi, zarar verici nitelikteki davranışlardan kaçınılması şeklinde anlaşılmalıdır. Şirket sırlarının korunması yükümlülüğü de bu kapsamdadır. Yeni Türk Ticaret Kanunu, seçilmiş yönetim organı sistemini benimsemiş olduğundan, ortakların şirketi idare yükümlülüğü ortadan kalkmıştır. Bu yüzden ortakların rekabet yasağı, müdürlerden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanunu, şirket sözleşmesi ile ortaklara, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınma yükümlülüğü getirilmesine imkân tanımaktadır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, şirket sözleşmesinde öngörülmesi kaydıyla ortaklara ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü getirilmesine imkân tanımaktadır. Ek ödeme yükümlülüğü ile finansal yönden kötü duruma düşen, bilanço açığı bulunan şirketlere ortakların yapacakları ek ödemelerle destek olmaları amaçlanmaktadır. Yükümlülüğün bağlayıcı hale gelebilmesi için, öngörülen yükümlülükler ile bunların şekli ve kapsamı şirket sözleşmesinde gösterilmelidir. Şirket sözleşmesi ile başlangıçta öngörülebileceği gibi, Yeni TTK m. 607/1 hükmü uyarınca genel kurulda ilgili tüm ortakların onayıyla gerçekleştirildikleri sözleşme değişikliği ile de getirilebilir. Mevcut yükümlülükleri arttıran sözleşme değişiklikleri tüm ortakların onayı ile gerçekleştirilmelidir.

Şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması, şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması, şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir durumun gerçekleşmiş olması hallerinde, sözleşme-

de öngörülmesi kaydıyla ortaklara ek ödeme yükümlülüğü getirilebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamı genişledikçe, sermayeyle sorumluluk ilkesinden uzaklaşacağı muhakkaktır.

Şirketin mali durumunun iyileşmesi halinde ek ödemelerin kısmen veya tamamen geri verilmesi mümkündür. Bunun için Yeni TTK m.605/1 hükmü gereği, tahsil edilen ek ödemelerin, serbest kullanılabilen yedek akçeler ile fonlardan karşılanabileceği işlem denetçisi tarafından tespit edilmiş olmalıdır. Geri verme işleminden sonra şirketin mali durumunun tekrar bozulması halinde, iade edilen miktar şirketin durumunu düzeltmek için yeterli ise iade edilen tutar şirket tarafından bir daha talep edilebilmeli, yeterli değilse şirket sözleşmesi değiştirilerek yeni ek ödeme yükümlülüğü öngörülmelidir.

Şirket sözleşmesinde öngörülmesi kaydıyla, ortaklara, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri getirilebilir. Bu yükümlülükler, başlangıçta şirket sözleşmesinde öngörülebileceği gibi, Yeni TTK m. 607/1 hükmü uyarınca ortaklar genel kurulunda tüm ortakların oybirliği ile gerçekleştirecekleri sözleşmesi değişikliği ile de getirilebilir. Sözleşmede mevcut olan yan edim yükümlülüğü, ortakların oybirliği ile aldıkları kararlarla arttırılabilir.

KAYNAKÇA

ALTMEPPE, Holger/

Roth, H. Günter Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbH Gesetz Kommentar, München 2003.

ARSLANLI, Halil/

Domanıç, Hayri: Limited Şirketler ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, İstanbul 1989.

AYHAN, Rıza: Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, İstanbul 1992.

BAŞTUĞ, İrfan : Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir 1974.

BAUMBACH, Adolf/

- HUECK, Alfred Aktiengesetz, Kurzkommentar, 13. Auflage, München 1968.
- CERRAHOĞLU, Fadullah: Limited Ortaklıkta Ortağın Sermaye Borcunda Temerrüdü ve Temerrüdün Sonuçları, İTİD 1976.
- ÇAMOĞLU, Ersin: Limited Ortakların Selef Sıfatıyla Sorumluluğu, Batider, C. VI, S.3, Ankara 1972.
- ÇEVİK, Orhan Nuri: Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara 1994.
- DEMİRKAPI, Ertan: Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.
- EMMERICH, Wolker/
- SCHOLZ, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, Köln 2000.
- HANDSCHIN, Lukas/
- TRUNİGER, Christof: Die neue GmbH, B. 2, Zurich-Basel-Genf 2006.
- İNAN, Yusuf Ziya: Limited Şirketler, İstanbul 1968.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973.
- KAYAR, İsmail: Limited Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, B. 2, İstanbul 2001.
- KUMKALE, Rüknettin: Limited Şirketler, Ankara 2003.
- ÖZTÜRK, Bünyamin: Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı, Antalya 2007.
- ÖZTÜRK DİRİKKAN, Hanife: Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005.
- POROY, Reha/TEKİNALP,
- Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 11, İstanbul 2009.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku, Adana, 2008.
- ROWEDDER, Heinz/SCHMIDT,
- Karsten/LEITHOFF, Christian Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, München 2002.

Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yüklümlükleri

ULUSOY, Erol: Anonim Şirketlerde Tali Yükümler, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 1, İstanbul 1999.

YILDIRIM, Ali Haydar: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir 2008.

YILDIZ, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007.

BOŞ

DISTORTED ARCHITECTURE OF INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY REGIME AND PROSPECTS FOR LESS-DEVELOPED COUNTRIES

Şeref Gökay COŞKUN*

ULUSLARARASI FİKRİ MÜLKİYET REJİMİNİN ÇARPIK MİMARİSİ VE AZ GELİŞMİŞ ÜLKELER İÇİN OLASILIKLAR

ÖZET

Uluslararası fikri mülkiyet rejimi uluslararası ekonomi hukuku alanındaki en sorunlu hukuksal rejimlerden birisidir. Bahse konu rejimin kuruluşu yüzyıldan daha uzun bir süre öncesine gitmesine rağmen, bu rejimin istikrarlı bir hukuk düzeni olduğu ve devletlerin büyük çoğunluğunca kabul edildiği söylenemez. Ticarete İlişkin Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPS) uygulaması ve Anlaşma sonrasında imzalanmış ikili, çok taraflı ve bölgesel ticaret anlaşmaları da az gelişmiş ülkeler ile gelişmiş ülkeler arasındaki uluslararası fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin mevcut sorunları çözememiştir. Esasında, Dünya Ticaret Örgütü (DTO) üyeleri arasında Doha Ticaret müzakerelerinde oluşan çıkmazın temel nedenlerinden birisi de tarafların bu hukuki rejime yönelik farklı tutumlarıdır. Uluslararası bir hukuksal rejim olarak fikri mülkiyet sistemi taraflar arasında başlangıçta oluşan müzakere sorunlarından dolayı çarpık bir mimariye sahiptir. Bu alanda yeni bir hukuk rejiminin oluşturulması kısa ve orta vadede olası görünmese de TRIPS Anlaşmasının mevcut hükümleri kalkınma yanlısı bir şekilde yorumlanabilir ve az gelişmiş ülkeler tarafından TRIPS sonrası gelişmeleri şekillendirmek üzere yeni stratejiler benimsenebilir.

Anahtar Kelimeler: *Uluslararası fikri mülkiyet hakları, TRIPS Anlaşması, Dünya Ticaret Örgütü, Doha Ticaret Müzakereleri, anlaşma yorumu.*

DISTORTED ARCHITECTURE OF INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY REGIME AND PROSPECTS FOR LESS-DEVELOPED COUNTRIES

ABSTRACT

International intellectual property regime is one of the most problematic legal regimes in international economic law. Although its establishment goes back to more than one hundred years ago, it can not be argued that it is stable and accepted by

* Dış Ticaret Uzmanı, T.C. Ekonomi Bakanlığı. Bu yazıda ifade edilen görüş ve değerlendirmeler yazara ait olup hiçbir surette T.C. Ekonomi Bakanlığı'na atfedilemez. İletişim: coskuns@ekonomi.gov.tr , gokaycoskun@gmail.com .

the majority of the states. The implementation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and the bilateral, multilateral and regional trade agreements signed in the post-TRIPS period have not been able to stabilize the ongoing problems between less-developed and developed countries on the international intellectual property protection. In fact, the discrepancies on this regime is one of the main reasons that caused the current stalemate in the Doha Round negotiations among the WTO members. As an international legal regime, intellectual property system has a distorted architecture mostly stemming from the initial bargaining problems between the parties. Although the establishment of a new regime is highly unlikely neither in the short nor medium term, existing provisions of the TRIPS can be interpreted through a more developmental way and new strategies can be adopted by less-developed countries to shape the post-TRIPS developments.

Key Words: *International intellectual property rights, WTO, TRIPS Agreement, Doha Round negotiations, treaty interpretation.*

INTRODUCTION

Knowledge can be accepted as a public good. It is non-rival because use of it by a member of a society does not reduce anyone else's enjoyment and it is also non-excludable because it is not possible to prevent someone from benefiting from it; you can just reproduce it. Yet, like most of the other public goods, its original costs of production (creation) are high. Therefore, public goods can be subject to two kinds of inefficiencies: free riding and underprovision. Without any intervention (by the government) market mechanisms cannot be sufficient to overcome these inefficiencies. Governments can produce or provide funds for the production of knowledge; they can give subsidies to ease up the private costs of knowledge production or they can define ownership rights for the knowledge producers so that they can utilize these rights to meet their costs.

Normally, governments prefer to use a set of combination of these policy options. However, to be able to assign ownership rights they need to have an intellectual property regime to regulate and protect those rights. The TRIPS Agreement should be accepted as an initiative to protect this system at the international level.

Although having an international intellectual property regime makes sense within the explanation above, one of the most problematic issues discussed

within the WTO system is the international intellectual property regime. While developed countries are defending that the protection and enforcement levels provided by the existing international regime are not sufficient to protect the growing needs of their intellectual property- based industries, less developed countries¹ are claiming that their development process has been retarded by the continuously growing intellectual property protections. They argue that the existing regime is hindering their access to essential medicines, knowledge, information and communication technologies all of which have critical importance for their development.² Less-developed countries are also frustrated by the imposition of higher intellectual property protection standards through bilateral, plurilateral and regional trade agreements outside the existing multilateral regime because they believe that these developments have been limiting their policy space further.

The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), which is the core document of international intellectual property regime, was established at the ministerial meeting in Marrakesh in 1994 after a long negotiation process. However, the arguments over its possible effects had started even before its establishment. Before the Uruguay Round was finalized, Dani Rodrik had argued that TRIPS had a redistributive nature and “the impact effect of enhanced intellectual property rights protection would be a transfer of wealth” from developing countries to developed countries.³ There are studies showing that the transfer to industrialized countries is significant and TRIPS has a distorting effect on the net gains of the Uruguay Round Agreements.⁴

This study proposes that there are historical and systemic reasons of the discontent caused by the existing international intellectual property regime. These reasons can be traced back to the first multilateral attempts which date back more than a century. The imbalances in bargaining power, information and expectations between developed and less-developed countries caused a distorted architecture in the international intellectual property regime. Today, it is this distorted architecture that causes unrest among the actors

¹ Throughout this study the term “less developed countries” will be used to imply both developing countries and least developed countries.

² YU, Intellectual Property, p.1.

³ RODRIK, p.449.

⁴ HOEKMAN and KOSTECKI, p.411.

of the intellectual property system and there is no sign that there will be an improvement in a way that the system will provide more satisfactory results for especially less-developed countries.

This study traces the factors that created this distorted architecture in international intellectual property regime and explores whether the existing factors are sufficient to support the system. Part I describes the pre-TRIPS period and examines the historical reasons that contributed the above mentioned distorted architecture of global intellectual property regime. Part II focuses on the formation TRIPS Agreement and explores the motives in its establishment. It also discusses the post-TRIPS developments in international intellectual property regime such as the proliferation of bilateral, plurilateral and regional trade agreements that include TRIPS-plus provisions. Part III searches whether it is possible to eliminate the discontent within the existing regime and includes suggestions for reforming and /or restructuring the international intellectual property system.

I. PRE-TRIPS ERA: GHOSTS FROM THE PAST

A. First Attempts for Multilateralism

TRIPS Agreement is not the first attempt for multilateral cooperation in the field of international intellectual property rights protection. The Paris Convention for the Protection of Industrial Property and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, both of which were created in the 1880s, are the cornerstones of the international intellectual property regime. The main reason for their establishment was to patch up the divergent domestic intellectual property regimes of the participating states.⁵ Take the Paris Convention for example. It does not require that the participating states provide protection to specific forms of intellectual property. Neither does it stipulate minimum common standards for the protection of intellectual property.⁶ During negotiations, countries could not even agree on some important issues such as compulsory licenses and parallel importation.⁷ Main provision of the Convention was national treatment for the intellectual

⁵ GELLER, p.70.

⁶ RICHARDS, p.114.

⁷ YU, Intellectual Property, p.3.

property rules⁸ that emanated from other participatory countries.⁹ Taking into consideration the divergent attitudes of the participating countries, the Convention left a wide policy space accepting the existence of different intellectual property systems and did not try to establish a system with uniform rules and standards.

The early attempts for creating an international intellectual property regime were shaped mostly according to the need of developed countries of the time. The Conventions did not include any concerns about the different and challenging conditions in less-developed countries. In fact, since most of the less-developed countries were colonies in those days, they had no alternative option but to engage in the international intellectual property regime created by the colonial powers and other developed countries.¹⁰ Okediji describes these first multilateralism efforts as “the extension of intellectual property laws to the colonies for purposes associated generally with the overarching colonial strategies of assimilation, incorporation and control. It was also characterized by efforts to secure national economic interests against other European countries in colonial territories.”¹¹

When we look at the intellectual property laws of developing countries we could see that they were mostly the outcome of colonization period. Many developing countries have never had a full sovereignty to be able to set their own intellectual property standards for most of their history.¹²

⁸ It is interesting to note that some participating countries like Netherlands and Switzerland did not even have a patent system and some others (like Germany) were the supporters of the anti-patent movement. (YU, Intellectual Property, p.3.)

⁹ RICHARDS, p.114.

¹⁰ OKEDIJI, p.326. (stating that former colonies had no choice but to be engaged in the existing international system upon their independence. This was the case not only for the international intellectual property regime but also for other international regulations and regimes formed by the “Western tradition”).

¹¹ Ibid., p.325.

¹² DRAHOS, Developing Countries, p.766-67. Drahos also provides some interesting examples:

“In most cases, the transplant of intellectual property laws to developing countries has been the outcome of empire building and colonization. For example, in parts of pre-independent Malaysia, it was English copyright law that applied. (...) While the Philippines remained a Spanish colony, it was Spanish patent law that applied. After December 1898, when the United States took over the running of the Philippines, patent applications from there went to the U.S. Patent and Trademark Office and were assessed under U.S. law. Up until 1947, when the Philippines created an independent patent system, it largely followed U.S. patent law. In 1997

Colonialism also affected the expansion of copyright protection. Pursuant to Article 19 of the Berne Act for the Berne Convention “(...) these states (implying four colonial powers of the time, France, Spain, Germany and the United Kingdom) had the right to accede to the Convention at any time for their colonies or foreign possessions.”¹³ All of these four countries used Article 19 and included their colonies in their accession to the Berne Convention¹⁴. Even after the old colonies became independent states they found themselves in the Berne System which was established by former colonial powers in conformity with their own economic interests¹⁵.

These developments show the skewed foundation of the existing distorted architecture of the current international intellectual property regime. This historical power asymmetry between the parties is one of the reasons that cause discontent over international intellectual property system.

B. Awakening of Less-Developed Countries: Forum-Shifting Attempts

During 1960s and 1970s, less-developed countries began to question the international intellectual property standards shaped by the Paris and Berne Conventions. They defended that the existing system was ignoring their needs and became an obstacle for their development efforts.

During the Intellectual Property Conference of Stockholm in 1967, which led the establishment of the World Intellectual Property Organization (WIPO), less-developed countries led by India, requested adjustment and special treatment clauses in the international intellectual property regime. They claimed that the international rules should take into consideration their divergent developmental needs and their economic, technological, social and cultural conditions.¹⁶ The result was the inclusion of the Protocol Regarding Developing Countries in the Berne Convention.¹⁷

the Philippine Congress passed the Intellectual Property Code of the Philippines in order to comply with TRIPS. The case of the Philippines illustrates that many developing countries for most of their history have never exercised a meaningful sovereignty over the setting of intellectual property standards.”

¹³ DRAHOS, Developing Countries, p.767.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ YU, Intellectual Property, p.5.

¹⁷ YU, Currents and Crosscurrents, p.328.

In the 1970s less-developed countries began to demand a revision in the Paris Convention and requested lower minimum intellectual property standards for themselves and broader use of compulsory licenses.¹⁸ Working in cooperation within the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) less-developed countries also developed a draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology which was confronted with strong opposition of the United States.¹⁹

These developments and opposition of less-developed countries to the international intellectual property regime are not only important because of their impacts on the system but also important because of the means and strategies used by the actors. For the first time, less-developed countries tried “forum shifting” to enhance their bargaining power in international intellectual property negotiations by shifting law-making to a different international venue.²⁰

When the actors of an international regime/system begin to oppose existing norms the question of forum arises. One strategy for the opposing actors is to use the same regime and forum that generated the existing norms. Such a strategy, however, is likely to cause resistance from other actors who are benefiting from the existing rules and legal standards. Therefore, using the existing forum and its structures to change existing norms may be a less effective strategy than shifting to a different forum.²¹

Intergovernmental organizations, international institutions and even international legal regimes often restrain the actions of the hegemonic powers within the system. These venues provide opportunities for weaker states and even for non-state actors to affect the development of new principles, norms and rules. Procedural tools and voting can cause formation of networks and creation of cooperation among weaker states. When confronting resistance from weaker states, powerful actors can be expected to block those attempts by threatening to leave that international regime.²² However, it is not always

¹⁸ YU, *Intellectual Property*, p. 5. In the first version of the Paris Convention there was no provision on compulsory licenses. Such provisions were included during the subsequent revisions of the Convention.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ HELFER, p.18.

²¹ *Ibid.*, p.15.

²² *Ibid.*, p.13.

possible to bear the costs of such actions even for powerful states. Both the sunk costs of existing regimes and high set up costs for new regimes often prevent hegemonic powers from undertaking such actions.²³ Taking into consideration these constraints, both powerful and weaker states use “forum shifting” which can be defined “as an attempt to alter the *status quo ante* by moving treaty negotiations, lawmaking initiatives, or standard setting activities from one international venue to another”²⁴ as an important alternative strategy.²⁵

Less developed countries used “forum-shifting” strategy during the 1960s and 1970s.²⁶ In fact, the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) was established as a tool or “new venue” in line with this strategy. Since less-developed countries believed that the GATT system was insufficient to address trade and development issues, they used UNCTAD as a mediator to address those problems. UNCTAD was quite successful as a “forum organization” in assisting less-developed countries in

²³ Ibid., p.13.

²⁴ Ibid., p.14.

²⁵ Braithwaite and Drahos argue that “[f]orum-shifting increases the possibility of a victory over one’s opponents or prevents one’s opponents from gaining victory. Borrowing the vocabulary of game theory for a moment (but not its methods) we can say that the rules and modes of operation of an organization (particularly its formal and informal norms on voting) constitute the pay-offs that a state might expect to receive if it plays in that particular forum. The payoffs it actually receives depend on the decisions it and other players make. Pay-offs are thus collectively determined. Forum-shifting is a way of constituting a new game. Each international [venue] has different rules by which it operates one so offers different games and different pay-offs. Forum-shifting is a form of optimizing behavior. An actor avoids a suboptimal outcome by shifting to a new game in which it has a better shot at an optimal outcome.” BRAITHWAITE and DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 565.

²⁶ According to Braithwaite and Drahos “forum-shifting is a strategy that only the powerful and well- resourced [states] can use.” They claim that less powerful states have only the option to follow reactive strategies according to which they attempt to block disadvantageous forum-shifting by powerful states or advance their agendas as much as possible in the new forum. (BRAITHWAITE and DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 564-565). Helfer, however, argues that not only the powerful states but also weaker states, networks of states and even NGOs can use forum-shifting strategy even though their motivations and specific rationales may be different from those of well-resourced actors. Weaker states can use forum-shifting strategy effectively if they can act as a group and get enough support from sympathetic NGOs and intergovernmental organizations. (HELPER, p.17). Finally, Leebron claims that relatively weaker states can engage in “strategic linkage” by connecting issues in which their abilities and power is limited to the issues “on which they have a stronger bargaining position”. (LEEbron, p. 12.). For a counter argument see BENVENISTI and DOWNS, p.595. (They underline that proliferation of fora is advantageous for powerful states because it causes a rise in transaction costs for policy negotiation and co-ordination and this helps those countries to sustain the status quo).

their negotiations with developed countries on GATT issues.²⁷

We, however, have to underline that less-developed countries' attempts to use UNCTAD as an alternative forum was not successful in the field of international intellectual property system.²⁸ On the contrary, insistent demands of less-developed countries for amending the international intellectual property system to have a more preferential intellectual property regime and their opposition to creation of higher international intellectual property standards caused the United States and the European Communities to adopt forum shifting strategy in the 1980s.²⁹

C. Reaction of Developed Countries: Shifting from WIPO to GATT and TRIPS

Especially after the WIPO diplomatic conference held between 1980 and 1984 ended in deadlock upon the United States' opposition to any efforts and demands of less-developed countries for a revision of patent rules of the Paris Convention, the United States began to seek alternative venues for stronger intellectual property protection standards³⁰.

As Helleiner and Oyejide underlines, choosing an appropriate forum for international economic negotiations has an important effect on the outcomes and final agreements.³¹ Both the United States and the EC were under an increasing pressure from their intellectual property industries demanding higher intellectual property standards to protect their global competitiveness³² and since less-developed countries could successfully repelled proposals for stronger intellectual property protection forming opposition blocs in such fora as WIPO, UNCTAD and the United Nations Educational, Scientific and

²⁷ ANSARI, p. 224.

²⁸ A good example on success of the UNCTAD is Tokyo Round negotiations. During the Tokyo Round, the studies drafted by the UNCTAD Secretariat affected the negotiation strategies of less-developed countries. Although many analysts thought that the principle of special and differential treatment would weaken the international trade regime, it was accepted in Tokyo. (STEINBERG, p.357.)

²⁹ DRAHOS, *Developing Countries*, p.769.

³⁰ HELFER, p. 20.

³¹ HELLEINER and OYEJIDE, p.116.

³² HELFER, p.20. Intellectual property industries saw WIPO as a failure. Lou Clemente, Pfizer's General Counsel at the time explained their dissatisfaction as following: "Our experience with WIPO was the last straw in our attempt to operate by persuasion". (DRAHOS, *Developing Countries*, p.769.)

Cultural Organization, the United States and the EC began to defend that the intellectual property protection should be integrated to multilateral trade negotiations within the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).³³

Undoubtedly, the GATT was chosen deliberately because both the United States and the EC had a significant negotiating leverage in this forum. Since they had the largest domestic markets, they had the opportunity to use market access commitments and threats to shape trade bargains according to their economic interests³⁴. Furthermore, they used the principle of consensus as a “tool of domination” and legitimization of final treaty bargains³⁵.

Another reason to choose GATT as the negotiating forum of intellectual property standards was the opportunity to link intellectual property protection to other bargaining areas. By doing so, the United States and the EC could provide the agreement of less-developed countries which have divergent interests³⁶. To understand why less-developed countries, who had weak intellectual property laws and preferred weaker intellectual property protection for their development, agreed to stronger intellectual property standards we need to focus on this reason. They could be convinced thanks to the glitter of the “global package deal” offered by the GATT.³⁷

Last but not least, the dispute settlement system of the GATT was more effective than the mechanisms offered by the WIPO system. Even though during the GATT era the dispute settlement system was not as strong as the one offered by the WTO regime it was respected by its members³⁸.

Motivated by the above mentioned reasons, the United States and the EC pushed less-developed countries to change the forum for discussing the international intellectual property regime and as a result of their efforts,

³³ DRAHOS, Developing Countries, p.769

³⁴ HELFER, p.21.

³⁵ Ibid. p.21. Braithwaite and Drahos explain that as follow:

“Decision making under consensus means that a decision is made when no state objects to the decision. In practice (...) consensus does not require an affirmative act, merely the absence of objection. (...) A powerful state no longer needs to obtain positive majorities; it needs to obtain only the support of other powerful states and the silence of others.” (BRAITHWAITE and DRAHOS, Global Business Regulation, p.570.)

³⁶ HELFER, p.21.

³⁷ PETERSMANN, p.398-442.

³⁸ HELFER, p.22.

the Ministerial Declaration that launched the Uruguay Round negotiations included the trade-related aspects of intellectual property rights as a subject for negotiation³⁹.

II. DISTORTED ARCHITECTURE OF THE IP REGIME

A. Distortion in the Establishment

At the end of the Uruguay Round, the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights was established at the ministerial meeting in Marrakesh in 1994. It engaged intellectual property to trade which could not be achieved by the previous international regimes⁴⁰. It could achieve a new international consensus on the protection of some emerging technologies and issues which had never done before. For instance, for the first time computer programming technologies included within the intellectual property protection regime (Article 10.2) and special protection offered to geographical indications for wines and spirits pursuant to Article 23.

As mentioned above, the previous international intellectual property regime was like a patchwork which accommodated highly divergent protection standards in various national systems. The previous system provided a wider policy space for states. The TRIPS Agreement, on the other hand, created a new regime on international intellectual property area imposing a “supranational code” on the weaker members of the WTO despite their limited economic development⁴¹.

The TRIPS Agreement is not an international legislation that can be engaged directly into the national laws of the WTO members, rather it sets the minimum standards to be established and protected by all member states. It is also important to note that unlike other aspects of the WTO system, “TRIPS [Agreement] is a set of requirements for positive legislative action to establish the rights and protections mandated by its various articles, rather than merely requiring states to refrain from certain actions and practices”.⁴² In terms of the protection of the intellectual property rights, the agreement is concerned with the results, not the means.⁴³ More importantly, unlike the WIPO

³⁹ DRAHOS, *Developing Countries*, p.769.

⁴⁰ YU, *The Global Intellectual Property Order*, p.3.

⁴¹ YU, *Intellectual Property*, p.6.

⁴² SELL and MAY, p. 163.

⁴³ MAY, p.73.

regime, international intellectual property system was bound to a stronger enforcement thanks to the mandatory dispute settlement mechanism within the WTO regime. In other words, TRIPS promised a stronger and meaningful enforcement of intellectual property rights within the national legislations.⁴⁴

Although it increased the intellectual property protection standards significantly, the agreement also provided some safeguards, flexibilities and transitional measures for the benefit of less-developed countries which will be further examined in the last part of this study.

As explained in the first section, the negotiation history of the international intellectual property regime is troublesome and provides some insights to understand the distorted architecture of the current regime. However, it is not convincing to explain the current discontent over the international intellectual property regime just by looking at the history of the development of that regime. If this was the case, today we cannot even talk about any legitimate international legal order. Therefore, we need to find a reasonable explanation why less-developed countries are restless and defensive on the protection of intellectual property rights.

i. Distortion in the Bargaining Process

It can be argued that the TRIPS was an agreement established through bargaining among sovereign and equal States; therefore it was the product of compromise between developed and less-developed countries. Under normal circumstances no state enters into an international agreement if the expected net benefits are negative. Absolute and relative gains of the parties may differ; yet, reaching equal benefits is not a must to have a deal. This rational can be true for most of the international agreements but cannot be relevant for the WTO regime.

It would be naïve to claim that in an international negotiation the parties should have the equal bargaining power. This is especially relevant in international trade negotiations. During the Uruguay Round negotiations the parties had different levels of bargaining powers and different interests. Therefore they exchanged costly agreements with the beneficial ones. While some countries obtained higher benefits in both absolute and relative means, some of them obtained lesser benefits.

⁴⁴ See Article 41-46 of the TRIPS Agreement.

Taking this fact into consideration, WTO Agreements should be seen as a package deal. Under this regime, participating countries did not look for positive net benefits for each individual agreement; rather they tried to maximize their total net benefit from the package of agreements. In other words, the final deal can be explained by the cross sectoral gains not by mutual benefits in individual agreements.

With regard to the TRIPS Agreement, while developed countries received stronger protection for intellectual property rights and a reduction in restrictions over foreign direct investment, less-developed countries got lower tariffs on textiles and agriculture. More importantly, they obtained a protection against unilateral sanctions imposed by the United States and other developed countries.⁴⁵

Although there were significant differences in bargaining powers of the parties, it can be said that each group of countries could obtain what they assumed to be in their self-interests. For less-developed countries, textiles and agriculture are among the most important sectors even today, while the intellectual property related goods and services are essential for developed countries⁴⁶.

On the other hand, one of the motivations for less-developed countries to reach a deal through Uruguay Round negotiations was their seeking for a relief from the unilateral trade sanctions of the United States. In 1988 Congress amended the U.S. Trade Act of 1974. The section 301 of the act, which is known as “Special 301”, requires the United States Trade Representative (USTR) to identify foreign countries that deny adequate and effective protection of intellectual property rights or deny American intellectual property goods fair or equitable market access.⁴⁷ To be able to escape from the threat of unilateral

⁴⁵ MAY, p.71 and YU, Trips, p.371. YU underlines the difference between the protection obtained by the parties through the TRIPS Agreement and the Agreement on Textiles and Clothing. He explains that:

“While developed countries have to “phase out” their quotas on the most sensitive items of textiles and clothing on the last day of the ten-year transitional period, less developed countries are required to “phase in” product patents for pharmaceuticals on the first day of the identical transitional period. In addition, although the TRIPS Agreement required less developed countries to strengthen intellectual property protection, it guaranteed the prospects of neither technical assistance from developed countries nor increased foreign investment.”

⁴⁶ YU, Trips, p.372.

⁴⁷ DRAHOS, Developing Countries, p.773.

trade sanctions through mandatory dispute settlement process, less-developed countries gave their consent to TRIPS Agreement.

ii. Distortion Caused by Coercion

The bargain narrative is convincing when focusing on the exchanged items through the negotiations. However, it is necessary to understand that besides the significant difference in the bargaining powers, actions of developed countries (especially the United States) to increase their negotiation leverage shaped the outcomes and level of fairness of the deals.

In this regard, another argument on the TRIPS Agreement was that it was the result of the coercion of developed countries led by the United States. The defenders of this argument claims that the TRIPS Agreement was an unfair deal and imposed on less-developed countries by the powerful states. Agreement is coercive and does not take into consideration the special needs, conditions and interests of less-developed countries.⁴⁸

According to Drahos, the TRIPS negotiations do not meet the minimum conditions of democratic bargaining because they were mostly shaped by the coercive actions of the powerful states (especially the United States).⁴⁹ He underlines that Special 301 was a coercive instrument to get the consent of less-developed countries. He further claims that beside the threat of unilateral trade sanctions, the United States used Generalized System of Preferences (GSP) to convince less-developed countries.⁵⁰

⁴⁸ YU, Trips, p.373; RICHARDS, p.123-24; DRAHOS, Developing Countries, p.772-73.

⁴⁹ DRAHOS, Developing Countries, p. 771.

⁵⁰ He also gives some interesting examples:

“When the United States began to push for the inclusion of intellectual property in a new round of multilateral trade negotiations at the beginning of the 1980s, developing countries resisted the proposal. The countries that were the most active in their opposition to the U.S. agenda were India, Brazil, Argentina, Cuba, Egypt, Nicaragua, Nigeria, Peru, Tanzania and Yugoslavia. (...) Breaking the resistance of these “hard liners” was fundamental to achieving the outcome that the United States wanted. Special 301 was swung into action in the beginning of 1989. When the USTR announced the targets of Special 301, five of the ten developing countries that were members of the hard line group in the GATT found themselves listed for bilateral attention. Brazil and India, the two leaders, were placed in the more serious category of the Priority Watch List, while Argentina, Egypt and Yugoslavia were put on the Watch List. Opposition to the U.S. GATT agenda was being diluted through the bilaterals. Each bilateral the United States concluded with a developing country brought that country that much closer to TRIPS.

(...) The risk of losing GSP benefits was real. [The USTR], Clayton Yeutter, for instance, had written to a U.S. Senator stating that, if Mexico did not make

Although the arguments on the coercion are quite strong, it is hard to say that it is completely convincing. As mentioned before, it is neither possible nor appropriate to assume that there is a balanced power distribution among the actors. This is especially the case in trade negotiations. As the largest domestic markets and the biggest economic powers it is understandable that the United States and the EC countries have negotiation leverage over smaller economies.

On the other hand, as underlined before, it would be irrational to assess the agreements that established the WTO regime separately. It would be almost impossible to reach a multilateral deal if every participatory tried to reach a positive net benefit from each negotiation area. For example, it would probably not possible to establish a regime on agriculture or textile and clothing based on mutual gain. Economic theory suggests that unless you have a general regime on trade, product or sector specific deals cannot generate win-win solutions for each participatory.⁵¹ Since this is the case, whole WTO negotiations was based on cross-sectoral bargaining principle. Negotiators exchanged cross-sectoral concessions to reach a positive net total benefit from the whole package.

Undoubtedly, TRIPS Agreement has a special place among other WTO Agreements. It regulates an area which is interconnecting to almost every kind of economic, social and cultural activity. Besides, when we look at the history of the development of international intellectual property regime we can see the struggle between the less-developed and developed countries on this field. If we separate the development process of the international intellectual property regime from the WTO system, it is easy to reach a conclusion that the TRIPS Agreement is a clear victory for developed countries. However, if we assess this regime within the WTO system we need to mention the cross-sectoral concessions that less-developed countries have gained in other areas.⁵²

a substantial changes on intellectual property, 'I will not hesitate to recommend a significant reduction in Mexico's future level of GSP benefits.' In 1987 Mexico did lose GSP benefits to the sum of US\$ 500 million." (DRAHOS, Developing Countries, p.773-76)

Drahos provides further interesting cases to support his argument on coercion. He refers to another statement of Clayton Yeutter, according to which the Section 301 investigation of South Korea in 1985 was intended to send a message to GATT members.

⁵¹ Because if this was not the case, every state would want to liberalize only the trade of goods and services in which it has the competitive advantage.

⁵² YU, Trips, p.375.

iii. Distortion Caused by Ignorance

Another interesting argument is that the TRIPS could be established because less-developed countries were in ignorance about the possible effects of TRIPS and they did not understand the importance of intellectual property protection during the negotiations.⁵³ It is claimed that this ignorance caused many less-developed countries to misevaluate the likely consequences of the Agreement and higher intellectual property protection standards in critical areas such as agriculture, health, environment, education and culture.⁵⁴

Historical evidence shows that this argument is hardly true. As explained in the first section, less-developed countries and even the old colonies were very sensitive on the international regime of intellectual property. Beginning with 1960s and 1970s less-developed countries demanded for reforming the international intellectual property regime established by the Berne and Paris Conventions in favor of their specific needs and interests. As a counter argument it can be claimed that it was the awareness and demanding attitudes of less-developed countries that caused developed countries to look for alternative forum to reach higher intellectual property standards.

B. Distortion in the Implementation

If we accept that the TRIPS was the result of a bargaining process as mentioned above, empirical records⁵⁵ show that less-developed countries not only got a bad bargain but also a failed bargain.⁵⁶ It has been argued that the TRIPS was a compromise: developed countries promised to provide market access opportunities in the agricultural and textile areas in exchange for stronger intellectual property protection, however they have not honored their commitments.

It has been argued that even if less-developed countries were able to get what they were promised for during the Uruguay Round negotiations, the result would remain unfair because the net benefit they received from the WTO regime is negative. This is mostly because of the fact that gains from the

⁵³ Ibid. p.375; DRAHOS, *Developing Countries*, p.772. (Drahos claims that all States were in ignorance about the effects of the TRIPS not only less-developed countries).

⁵⁴ YU, *Trips*, p.375.

⁵⁵ For a good summary of empirical results of intellectual property protection on various aspects of economy see MALHOTRA, p.187.

⁵⁶ YU, *Trips*, p.379; HOEKMAN and KOSTECKI, p.411.

agriculture and textile would be insufficient to compensate the losses caused by the concessions given through the TRIPS agreement.

On the other hand, it is a fact that information technologies have become essential for almost every aspect of the economic, social and cultural life. While this spill-over effect is creating a share in the value addition process of various economic activities, it is also decreasing the net gains of the economic activities which were subject to negotiation during the Uruguay Round.

Take agricultural production as an example. Today it is not possible to separate agricultural sector from intellectual property regime because seed production is under the protection of patent system. This means that one of the essential inputs is now linked to the intellectual property regime.⁵⁷

As mentioned before, one of the motives for less-developed nations to participate in the TRIPS negotiations was their need for a relief from the threat of U.S. unilateralism. They also wanted to get rid of the risk of negotiating intellectual property regime bilaterally with the United States (and the EC). They knew that the result of a possible bilateral negotiation would be highly unfavorable for them because of the power asymmetry between them and the United States. However, the post-TRIPS period is a total disappointment for less-developed countries in these regards.

In 1994, the USTR announced that Section 301 “should be an even more effective tool as a result of the Uruguay Round Agreements”.⁵⁸ Section 301 became a tool for producing “TRIPS-plus” results without engaging in a formal agreement with the relevant less-developed country because that country “may simply decide to adopt a TRIPS-plus measure in order to avoid further action by the United States under the 301 process.”⁵⁹

⁵⁷ Braithwaite and Drahos explain this as follow:

“Increasingly, agricultural goods are the subject of intellectual property rights as patents are extended to seeds and plants. Agricultural countries will find that they have to pay more for the patented agricultural inputs they purchase from the world’s agro-chemical companies. In addition they will have to compete with the cost-advantages that biotechnology brings to US farmers (not to mention the subsidies that US and EU farmers continue to receive). By signing TRIPS, agricultural exporters have signed away at least some of their comparative advantage in agriculture.” (BRAITHWAITE and DRAHOS, *Information Feudalism*, p.11

⁵⁸ DRAHOS, BITS and BIPS, p.792.

⁵⁹ Ibid., p.792. Drahos also notes the following remark by a USTR official to explain the effectiveness of Section 301:

“One fascinating aspect of the Special 301 process occurs just before we make

Another disappointment for less-developed countries is the increasing bilateralism of the developed countries. Especially the United States and the European Union have been trying to sign bilateral agreements through which they have been seeking broader intellectual property protection and stronger enforcement rules which have been called as TRIPS-plus protection.

Pursuant to Article 1.1 of the TRIPS Agreement, “Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by [the] Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of [the] Agreement.” TRIPS also confers on its Members the discretion on the operation of some standards, to make a choice amongst standards or to decide when to adopt standards. For instance, rather than containing an exhaustive list of criteria for the registrability of trademarks Article 15.1 only establishes minimum principles for the eligibility of a trademark for registration and leaves the option to the member states to deny the registration pursuant to the grounds determined under the domestic law. As another example, pursuant to Article 27.3⁶⁰, Members can qualify the standard of patentability in Article 27.1⁶¹ by excluding some subject-matter from patentability. In this regard Article 27.3(b) allows Members to decide how to protect plant varieties. TRIPS also includes some transitional provisions in Articles 65 and 66 according to which developing countries and (under certain conditions) transition economies were given five years, until 2000.⁶² However, the bilateral agreements either require implementation of more extensive intellectual property protection standards or eliminate option of the Members allowed by the TRIPS standards. Bilateral agreements often

our annual determinations, when there is often a flurry of activity in those countries desiring not to be listed or to be moved to a lower list. IP laws are suddenly passed or amended, and enforcement activities increase significantly.”

⁶⁰ Text of Article 27.3:

“Members may also exclude from patentability:

- (a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;
- (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes.

⁶¹ Text of Article 27.1:

“Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application (...)”

⁶² Least-developed countries had 11 years, until 2006 — now extended to 2013 in general, and to 2016 for pharmaceutical patents and undisclosed information.

set new standards on the issues that TRIPS Agreement does not deal with.⁶³

However, for less-developed countries, the bilateral or plurilateral negotiation of intellectual property standards is highly disturbing because most of the subjects negotiated are not covered by the TRIPS Agreement. This decreases the total value of the TRIPS Agreement because non-compliance to those agreements may be subject to unilateral sanctions and in such a case less-developed countries would not be protected by the Agreement.

In October 2007, the United States announced its intention to negotiate a new Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) with its key trade partners.⁶⁴ Besides Japan and the European Union, Australia, Canada, Mexico, New Zealand, South Korea, Singapore, Morocco and Switzerland were included in the negotiations. On November 15, 2010, the USTR announced that the participants finalized the Agreement text.⁶⁵

On the other hand, besides the bilateral and plurilateral initiatives led by developed countries, there are also demands of developed countries especially on the strengthening of the enforcement mechanisms within the TRIPS regime. It can be seen that beginning with the mid-2000s, developed countries began to call for a discussion of enforcement mechanisms. For example, in June 2006 the EU submit a paper to the TRIPS Council demanding an “in

⁶³ Bilateralism provides significant advantages especially for the stronger parties. As Peter Drahos explains:

“In bilateral trade negotiations between States involving both a strong and a weak State, generally speaking the strong State comes along with a prepared draft text which acts as a starting point for the negotiations. Bilateral negotiations are complex and lengthy affairs, features which make them costly even for strong States. In order to lower the transaction costs of bilateralism, the United States has developed models or prototypes of the kind of bilateral treaties it wishes to have with other countries. For example, the BIT which the United States signed with Nicaragua in 1995 was based on the prototype that the United States had developed for such treaties in 1994. Similarly, the Free Trade Agreement (FTA) that the United States has negotiated with Jordan will serve as a model for the other FTAs.” (DRAHOS, BITS and BIPS, p.793-794.)

⁶⁴ YU, TRIPS and Its Achilles’ Heel, p.25.

⁶⁵ USTR, p.1. According to the press release, “ACTA aims to establish a comprehensive international framework that will assist Parties to the agreement in their efforts to effectively combat the infringement of intellectual property rights, in particular the proliferation of counterfeiting and piracy, which undermines legitimate trade and the sustainable development of the world economy. It includes *state-of-the-art provisions on the enforcement* of intellectual property rights, including provisions on civil, criminal, border and digital environment enforcement measures, robust cooperation mechanisms among ACTA Parties to assist in their *enforcement efforts*, and establishment of *best practices for effective IPR enforcement*.”[emphasis added]

depth discussion” of enforcement issues. During the follow up TRIPS Council meeting, the EU got the formal support of other developed countries such as Japan, Switzerland and the United States. Their requests mostly focused on the enforcement issues.⁶⁶

As can be expected, less-developed countries opposed to these demands of developed countries. Especially China and India strongly opposed to the initiatives of developed countries on the enforcement issues in the TRIPS Council. China, criticizing TRIPS-plus regulation efforts of developed countries, underlines that such efforts can cause serious systemic problems within the international trading system⁶⁷. Similarly India defends that “push for ACTA and other TRIPS-plus standards, [will] upset the balance in the TRIPS Agreement (...) [Intellectual Property Rights] negotiations in [regional trade agreements] and plurilateral processes like ACTA completely bypasses the existing multilateral processes. These negotiations harm multilateral trade by undermining the ‘systemic checks’ against trade protectionism that had been built into the WTO framework.”⁶⁸

Under normal circumstances, after the establishment of an international legal regime, it is expected to reach stability. However, as it was summarized above, the establishment of the TRIPS Agreement and a new international intellectual property regime did not eliminate the longstanding systemic problems and discussions between less-developed and developed countries. Rather, the developments in the post-establishment period have deepened the existing diversities and tensions between the parties. The belief of less-developed countries that they were deceived during the Uruguay Round negotiations also caused a confidence problem between the parties. Therefore, the reasons for the ongoing stalemate in Doha Round negotiations can be found in the previous deal.

III. CORRECTING THE DISTORTED STRUCTURE

International intellectual property regime has never been perfect. Taking into account the divergent needs, interests and conditions of the parties it can be argued that it is extremely hard to expect it to be close to the perfection in

⁶⁶ TRIPS Council, Joint Communication from the European Communities, United States, Japan and Switzerland, Enforcement of Intellectual Property Rights, IP/C/W/485 (November 2, 2006).

⁶⁷ YU, TRIPS and Its Achilles’ Heel, p.30.

⁶⁸ Ibid., p.30-31.

the short and medium term. However, if we accept the TRIPS Agreement and the existing international regime as they are, we can generate some suggestions to change the distorted architecture of the system and a more acceptable result for the less-developed countries. In other words, rather than calling for a complete abandonment or a radical revision of the regime, this paper looks for whether it is possible to use the existing system advantageously for less-developed countries.

A. Using the TRIPS Agreement Itself

It can be claimed that the ideal solution to overcome the problems on international intellectual property regime is to redesign of the whole system taking into account the development (and especially public health needs) of less-developed countries. However, by looking at the power asymmetry in the WTO system, it is not hard to foresee that it is almost impossible to reach such a solution.⁶⁹ On the contrary, the TRIPS Agreement is likely to stay and the imposition of stronger protection standards through bilateral, regional and plurilateral agreements may be the case in the future.

i. Interpreting the Agreement

When we look at the TRIPS Agreement we see that WTO members agreed upon various issues such as minimum standards of intellectual property protection and mandatory dispute settlement process. Yet, the Agreement should be interpreted in a way to see the issues that the parties could not agree on. For example, the parties could not reach an agreement on the exhaustion of intellectual property rights⁷⁰. Therefore, it can be argued that there are some ambiguities⁷¹ in the Agreement and these can be used to interpret the Agreement in a more pro-developmental manner.

It cannot be expected from an international agreement to explain every item or concept in detail. Thus the interpretation of the text will have great importance in defining the rights and obligations of the parties. Therefore it is essential to interpret the TRIPS Agreement “through a pro-developmental lens”.⁷²

⁶⁹ YU, Intellectual Property, p.15.

⁷⁰ According to Article 6 of the TRIPS Agreement “(...) nothing in [the] Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights.” (YU, Trips, p.387.)

⁷¹ Ibid. p.387. YU calls this “constructive ambiguities”.

⁷² Ibid., p.388.

Although there is not a specific provision in the TRIPS Agreement about treaty interpretation, it is included in Appendix 1 of the Dispute Settlement Understanding (DSU) as one of the covered agreements for which the DSU is applicable.⁷³

Pursuant to Article 3.2 of the DSU, it serves

“to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.” (emphasis added).⁷⁴

This provision (and Article 19.2 of the DSU) underlines the limited nature of the Dispute Settlement Body in clarifying Members’ rights and obligations under the WTO Agreements. Furthermore, Article IX:2 of the WTO Agreement emphasizes that “The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements”.

In *Japan-Alcoholic Beverages* the Appellate Body clarified that Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁷⁵ constituted

⁷³ See Article 1.1 of the DSU.

⁷⁴ A similar language can be found in Article 19.2 of the DSU:

“In accordance with paragraph 2 of Article 3, in their findings and recommendations, the panel and Appellate Body cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.”

⁷⁵ Article 31: General Rule of Interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so

customary rules of interpretation of public international law for the purposes of Article 3.2 of the DSU.⁷⁶

As mentioned before, there are some ambiguities in the TRIPS Agreement and it leaves discretion to the member states in domestic implementation of some obligations of the Agreement. For example, pursuant to Article 1.1 of the TRIPS Agreement, “Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice”. Furthermore, it is important to underline that the obligations within the Agreement set minimum standards for international intellectual property protection. Therefore, it would be appropriate to adopt a broad approach in interpretation of the obligations in the TRIPS, leaving considerable discretion to member states for their domestic legislation. As J.H. Jackson claims there is “a more deferential attitude by the Appellate Body towards national government decisions (or in other words more deference to national sovereignty) than sometimes has been the case for the first-level panels or the panels under GATT. In some sense, therefore, the Appellate Body has been exercising more “*judicial restraint*” (emphasis added).⁷⁷ However, when especially the exceptions in the TRIPS Agreement are the case, having a broader interpretation can be problematic because this may cause the basic obligations become ineffective.

In *India-Patent Protection* case, the question of whether the TRIPS Agreement should be interpreted by applying the same principles applicable to other covered agreements was answered by the panel as follow:

“[W]e must bear in mind that the TRIPS Agreement, the entire text of which was newly negotiated in the Uruguay Round and occupies a relatively self-contained, *sui generis* status in the WTO Agreement, nevertheless is an integral part of the WTO system, which itself builds upon the experience over

intended.

Article 32: Supplementary Means of Interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

⁷⁶ Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, Report of the Appellate Body, p.10-12.

⁷⁷ JACKSON, p. 342.

nearly half a century under the General Agreement on Tariffs and Trade 1947. [...] Indeed, in light of the fact that the TRIPS Agreement was negotiated as a part of the overall balance of concessions in the Uruguay Round, it would be inappropriate not to apply the same principles in interpreting the TRIPS Agreement as those applicable to the interpretation of other parts of the WTO Agreement.”⁷⁸

Now we can look at the principles of interpretation embodied in Vienna Convention on the Law of Treaties. Pursuant to Article 31, the first principle is effectiveness. The Appellate Body confirmed in the *United States-Gasoline* case that this principle is applicable to the covered agreements. According to the Appellate Body:

“One of the corollaries of the ‘general rule of interpretation’ in the *Vienna Convention* is that interpretation must give meaning and effect to all the terms of a treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility.”⁷⁹

The Appellate Body showed consistency on this issue in *India-Patent Protection* reversing the panel’s assessments on good faith interpretation. After referring to the Article 31(1) of the Vienna Convention, the panel concluded that good faith interpretation “requires the protection of legitimate expectations derived from the protection of intellectual property rights provided for in the [TRIPS] Agreement.”⁸⁰ However, the Appellate Body rejected the interpretation of the panel and concluded that:

“The Panel misapplies Article 31 of the *Vienna Convention*. The Panel misunderstands the concept of legitimate expectations in the context of the customary rules of interpretation of public international law. The legitimate expectations of the parties to a treaty are reflected in the language of the treaty itself. The duty of a treaty interpreter is to examine the words of the treaty to determine the intentions of the parties. This should be done in accordance with the principles of treaty interpretation set out in Article 31 of the *Vienna Convention*. But these principles of interpretation neither require nor condone

⁷⁸ *India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Panel, p.52.

⁷⁹ *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Appellate Body, p.23.

⁸⁰ *India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Panel, paragraph 8.18.

the imputation into a treaty of words that are not there or the importation into a treaty of concepts that were not intended.”⁸¹

In other words, according to the Appellate Body, the language of a treaty determined the limit of any teleological interpretation. This interpretation of the Appellate Body has important implications for less-developed countries because by underlining that the legitimate expectations of a party to a treaty are reflected in the treaty language itself it has clarified that TRIPS-related complaints can only be based on claims of violations of the express terms of the Agreement. By accepting this approach, the Appellate Body closes the door to TRIPS-related non-violation cases. Therefore, WTO members are free to adopt public policy objectives to pursue their development goals as long as they respect their obligations under the Agreement.

Because of the considerable ambiguity of many provisions of the TRIPS Agreement, legal interpretation has a critical role in the clarification of rights and obligations of the WTO members. The obligations of the Agreement may become more burdensome either on less-developed or developed countries “depending on whether a panel stresses more the purpose of intellectual property protection or of certain public policies such as the transfer of technology [...] Here it is important to have recourse to methods of interpretation acceptable to all Members.”⁸²

Obviously, a textual interpretation can not be sufficient every time to clarify the extent of the rights and the obligations of the parties; thus it may be necessary to adopt a teleological interpretation taking into consideration the object and purpose of a specific provision.⁸³ At this point, the interests of less-developed countries can be taken into account by the panels and the Appellate Body. In this regard, the developmental and technological objectives of the TRIPS Agreement as mentioned in the preamble and Articles 7 and 8 should be underlined by the panels and the Appellate Body. Undoubtedly, this does not mean that their interpretations can contradict the clear language of a certain provision. Yet, after securing an effective protection of intellectual property rights a balance of interests can be seek in a more developmental way.⁸⁴

⁸¹ India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Report of the Appellate Body, paragraph 45.

⁸² UNCTAD-ICTSD, p.704.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

ii. Establishing Model Systems

Another option to have a more development friendly system is to develop a set of model intellectual property systems taking into account the special needs and interests of less-developed countries.⁸⁵ These model sets will be useful to determine the limits of the international negotiations and especially the bilateral and plurilateral free trade agreements. Such an approach can also diminish the discontent caused the system and build confidence between parties for further progress in the negotiations.

It is also important to underline that many of less-developed countries and especially the least developed countries are struggling with the lack of experience and human capital required to have an efficient domestic intellectual property regime compatible with the international intellectual property system. Therefore developing a model for domestic legal regimes may enhance the capabilities of those countries to engage in the international regime of intellectual property easing up the tensions stemming from the disparities between different legal regimes.

iii. Flexibilities, Safeguards, Transitional Provisions and Capacity to Participate

It is important to mention that besides the obligations, the TRIPS Agreement also includes some flexibilities, public interest safeguards and transitional periods. For example, pursuant to Article 7 of the Agreement:

“The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.”

Article 8, on the other hand provides flexibility to WTO members to “adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement”. Article 27(2), on the other hand, allows members to “exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect public

⁸⁵ YU, Trips, p.388.

order or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment.” Article 30 enables WTO members to “provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent”⁸⁶. Article 31 states under what conditions WTO members can use patented products without authorization of the right holder. Finally, article 73 mentions the security exceptions. It is very important to highlight these flexibilities, public interest safeguards and transitional provisions in the Article. These provisions should be brought to the agenda not only in the political venues but also in the WTO judicial processes.

To date, in only seven cases the provisions of the TRIPS Agreement have been invoked.⁸⁷ Taking into consideration the ambiguities that the Agreement includes, it is important to develop WTO jurisprudence through the dispute settlement process and clarify those ambiguities with a developmental point of view.⁸⁸

Undoubtedly, it is necessary to mention that there are serious problems within the dispute settlement process. The suggestion to use dispute settlement with regard to the TRIPS issues can only be meaningful if the technical and financial difficulties confronted by less developed countries can be overcome. However, it is a fact that the effective use of the dispute settlement by less-developed countries will affect their leverage in negotiations and can create a

⁸⁶ On the conditions mentioned in the Article 30.

⁸⁷ India — Patents (US) WT/DS50; Indonesia — Autos WT/DS54, WT/DS55, WT/DS59, WT/DS64; India — Patents (EC) WT/DS79; Canada — Pharmaceutical Patents WT/DS114; US — Section 110(5) Copyright Act WT/DS160; Canada — Patent Term WT/DS170; US — Section 211 Appropriations Act WT/DS176.

⁸⁸ Gregory Shaffer underlines the importance of the WTO jurisprudence as follow:

“Participation in WTO judicial processes is arguably more important than is participation in analogous judicial processes for shaping law in national systems. The difficulty of amending or interpreting WTO law through the WTO political process enhances the impact of WTO jurisprudence. WTO law requires consensus to modify, resulting in a rigid legislative system, with rule modifications occurring through infrequent negotiating rounds. Because of the complex bargaining process, rules often are drafted in a vague manner, thereby delegating de facto power to the WTO dispute settlement system to effectively make WTO law through interpretation. As a result of the increased importance of WTO jurisprudence and the rigidity of the WTO political process, those governments that are able to participate most actively in the WTO dispute settlement system are best-positioned to effectively shape the law’s interpretation and application over time” (SHAFFER, p. 470.)

policy space for their domestic intellectual property regimes.⁸⁹

As Shaffer properly underlines, “participation in WTO political and judicial processes are complementary”.⁹⁰ Judicial decisions and the interpretation of specific provisions of the WTO Agreements by panels or the Appellate Body affect not only the multilateral trade talks but also bilateral trade negotiations. Bearing this in mind, less-developed countries should clarify their public goods interests and coordinate their efforts in both political and judicial processes so that they can effectively advance their interests in the bargaining process of international intellectual property regime. In this way, “they will be better prepared to exploit the flexibilities of the TRIPS Agreement, tailoring their intellectual property laws accordingly, and will gain confidence in their ability to ward off U.S. and EC threats against their policy choices”.⁹¹

Finally, it will be useful to remind the provisions of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. Upon the request of less-developed countries to meet their needs to have access to affordable drugs in their struggle against public health crisis, the Declaration clarified article 31 of the TRIPS Agreement and underlined each WTO member’s “right to grant compulsory licenses and the freedom to determine the grounds on which such licenses are granted.”⁹² According to the Declaration, Members have “the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.”⁹³ The Declaration also “recognize[s] that WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement.”⁹⁴

When we look at the WTO system, we can see that the existing regime is not completely disadvantageous for less-developed countries. On the contrary,

⁸⁹ Ibid., p.477.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

⁹² World Trade Organization, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, 5(b).

⁹³ Ibid., 5(c).

⁹⁴ Ibid., 6.

there are significant flexibilities and opportunities within the system to reach a more development-friendly regime. Surely, it is hard to claim that the system is exempted from the provisions that ignore the needs and conditions of less-developed countries. However, as we mentioned before, it may be extremely hard to reach a win-win deal in such issues. This is especially the case with regard to the public good problems. For a free-rider, there is no way to reach a more profitable deal preventing him from free-riding. The TRIPS and its discontents should be viewed in this regard. The best way to have a respected international regime will be to balance the costs and the benefits of the regime between the parties. In these balancing efforts, the flexibilities and ambiguities of the Agreement can be used in favor of the less-developed countries.

B. Forum-Shifting as an Alternative Strategy

As mentioned in the first part, both developed and less-developed countries used forum-shifting strategy to improve their bargaining positions. Although it can be argued that regime shifting can only be used by powerful actors effectively, it can be an option for less-developed countries as well. Laurence Helfer argues that “regime shifting has been a pervasive feature of international intellectual property lawmaking at least since the shift from WIPO to GATT to TRIPS. [D]eveloping nations, aided by NGOs and officials of intergovernmental organizations have used regime shifting to serve different normative and strategic goals.”⁹⁵

In this regard, less-developed countries can utilize language used in other regimes to enhance their negotiating positions. Through a successful forum-shifting strategy, they can develop counter-regime norms and therefore can change the “minimum standards” rhetoric to “maximum standards of intellectual property protection”.⁹⁶ However, it is obvious that it is highly difficult to find appropriate international venues that have a connection with the international intellectual property regime and provide less-developed countries more advantageous positions against powerful actors of the system. Moreover, most of the times forum-shifting is a costly alternative and can only be adopted by less-developed countries as long as the expected net benefit of such an action is higher than the net benefit of staying in the same regime. Nevertheless, we need to say that, even though less-developed countries

⁹⁵ HELFER, p.82.

⁹⁶ Ibid., p.14.

have limited ability to increase their bargaining powers by shifting forums they have successfully used this strategy by using the language used in other regimes such as the biodiversity regime or the human rights regime.

Especially the developments in international human rights regime are quite interesting in this regard. The rights of indigenous peoples and a response to the TRIPS Agreement have been two main international intellectual property issues within the United Nations human rights regime. In particular, the antagonistic approach adopted by the United Nations human rights bodies “has led to the adoption of non-binding declarations and interpretative statements that emphasize the public’s interest in access to new knowledge and innovations and assert that states must give primacy to human rights over TRIPS where the two sets of obligations conflict.”⁹⁷

Intellectual property lawmaking is occurring in a variety of different United Nations fora such as the Commission on Human Rights, its Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, the U.N. High Commissioner for Human Rights and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (the ICESCR Committee).

For instance, legal mechanisms to protect the intellectual property of indigenous communities were first considered by the Commission on Human Rights and its Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights (Sub-Commission) in the early 1990s and in 2007 the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (U.N. Declaration) were adopted by the U.N. General Assembly. The Declaration recognizes the right of indigenous peoples to “maintain, control, protect and develop their intellectual property” and imposes an obligation to states to “take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.”⁹⁸ Furthermore, pursuant to Article 11 of the Declaration states are obliged to “provide redress through effective mechanisms, which may include restitution, developed in conjunction with indigenous peoples, with respect to their intellectual [...] property taken without their free, prior and informed consent or in violation of their laws, traditions and customs.”⁹⁹

⁹⁷ Ibid., p.46.

⁹⁸ Article 31 of the Declaration.

⁹⁹ Ibid., Article 11.

Since the implementation of the TRIPS Agreement has become burdensome and controversial for many less-developed countries a “more comprehensive area of intersection between human rights and intellectual property” protection emerged as a reaction to the TRIPS Agreement.¹⁰⁰ Less-developed countries, getting support from NGOs and intergovernmental organizations, have used the U.N. human rights system to pass resolutions and reports critical of the TRIPS Agreement.¹⁰¹ In 2000, members of the Sub-Commission adopted a unanimous resolution on “Intellectual Property Rights and Human Rights”.¹⁰² The resolution underlines that “actual or potential conflicts exist between the implementation of the TRIPS Agreement and the realization of economic, social and cultural rights”¹⁰³ and asked national governments, intergovernmental organizations, U.N. human rights bodies and NGOs to address the issues stemming from the intersection of international intellectual property regime and human rights.¹⁰⁴ Most importantly, the resolution reminds “the primacy of human rights obligations over economic policies and agreements.”¹⁰⁵ As a response to the invitation of Sub-Commission, the U.N. human rights bodies took various actions and produced some documents which are mostly critical of the existing international intellectual property regime established by the TRIPS Agreement.¹⁰⁶

¹⁰⁰HELFER, p.49.

¹⁰¹Ibid., p.49. (noting that the first human rights reaction to the TRIPS regime was initiated by an NGO consortium in July 2000. The Lutheran World Federation, Habitat International Coalition, and the International NGO Committee on Human Rights in Trade and Investment submitted a statement to the Chair of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights entitled “The WTO TRIPS Agreement and Human Rights”).

¹⁰²Res. 2000/7, U.N. ESCOR Commission on Human Rights,

¹⁰³Ibid.

¹⁰⁴Ibid.

¹⁰⁵Ibid.

¹⁰⁶These are some examples of actions taken: resolutions adopted by the Commission on Human Rights on “Access to Medication in the Context of Pandemics such as HIV/AIDS” which were initiated by Brazil; an official statement by the ICESCR Committee which is defending that intellectual property rights “must be balanced with the right to take part in cultural life and to enjoy the benefits of scientific progress and its applications” and underlines that “national and international intellectual property regimes must be consistent with a human-rights based approach” (Committee on Economic Social and Cultural Rights, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Follow-up to the day of general discussion on article 15.1 (c), Monday, 26 November 2001, Twenty Seventh Session, Agenda Item 3.

Less-developed countries have also been using UNCTAD as an alternative forum to address their concerns with respect to the implementation of the TRIPS Agreement and post-TRIPS developments in international intellectual property protection through multilateral treaties and regional and bilateral free trade agreements. To this end, a joint Project by UNCTAD and the International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) on Intellectual Property Rights and Sustainable Development was initiated. The aim of the project is to improve the understanding the implications of international intellectual property regime on development and increase the capacity of less-developed countries to participate in multilateral, regional and bilateral negotiations. Furthermore, the project also aims to assist national authorities in the implementation of their commitments on international intellectual property protection.

Finally, we need to underline that forum-shifting is not an exclusive strategy for less-developed countries. Increasing bilateralism of developed countries should also be seen as forum-shifting efforts. Upon the discontent on the TRIPS Agreement and increasing opposition of less-developed countries to stronger enforcement rules within the WTO system, developed countries began to use bilateral, regional and even multilateral venues to bypass the resistance of less-developed countries against a stronger international intellectual property regime.

C. Changing Payoffs of the Game with Coalition Building

Recent proliferation of free trade agreements and bilateral and plurilateral negotiations can be seen as the “divide and conquer” strategy.¹⁰⁷ As USTR Robert Zoellick explained after the failure of the WTO Ministerial Conference in Cancun, “the United States will separate the can-do countries from the won’t-do and will move towards free trade with [only] can-do countries.”¹⁰⁸

As it was explained in the second part, this strategy was used before especially during the TRIPS negotiations. The United States used “Special 301” sanctions and GSP privileges to isolate and convince the opposition countries.

¹⁰⁷YU, Trips, p.403.

¹⁰⁸Ibid.

As a counter strategy, less developed countries can develop a “combine and conquer strategy”¹⁰⁹ acting in coordination and building coalitions. This strategy successfully implemented by the Group of 21 during the Cancun Ministerial and prevented the members from reaching agreement on investment, competition policy, government procurement and trade facilitation.¹¹⁰

We can compare the possible payoffs of coordinated strategy and bilateral negotiation. Suppose that the United States and a less-developed country are negotiating over a bilateral agreement on higher intellectual property protection standards (TRIPS-Plus provisions). If less-developed country agrees on the provisions imposed by the United States it will get a negative net benefit.¹¹¹ If it does not agree on higher standards requested by the United States, it will again get negative net benefits. However, this time the loss will presumably be higher because of the possible sanctions of the United States. In other words, in any case, -excluding the possibility of compensatory cross-sectoral gains- the less-developed country will have to bear a loss and the magnitude of the loss will be higher if it refuses the United States’ proposal.

If, on the other hand, less-developed countries can act in a coalition, the rules and pay-offs of the game can change significantly. Firstly, such a strategy will increase the cost of sanctions for the United States. Secondly, the emergence of such a coalition may eliminate the power asymmetry in the WTO negotiations depending on the characteristics and tightness of that coalition because a loose formation, which has been employed by less-developed countries to date, cannot maximize the capacities and bargaining power of this coalition.¹¹²

However, when the cross-sectoral bargaining principle comes into the equation it is almost impossible to set such a strong coalition among less-developed countries because their interests are not homogenous. For example, while India is insisting on the protection of domestic agricultural producers, Brazil, as a Cairns Group member, is demanding further liberalization of

¹⁰⁹Ibid.

¹¹⁰Ibid., p.404.

¹¹¹The model does not presume cross-sectoral gains. In fact, by doing this we are testing the claim that the Uruguay Round negotiations are a failed bargain in spite of the cross-sectoral gains principle.

¹¹²DRAHOS, Developing Countries, p.784.

agriculture¹¹³. In other words, as long as the cross-sectoral bargaining tradition does not change, which is definitely not likely, keeping a coalition will be serious problem for less-developed countries.

CONCLUSION

Especially after the recent financial crisis that hit the biggest economies of the world, many commentators claimed that this would change the balance of power in international relations and international economy.¹¹⁴ The ongoing Doha Round negotiations are being used to support this idea and to give an example of the decline in the U.S.' compulsory power and the increase in other actors' deterrence power.¹¹⁵ However, attitudes of less-developed countries such as India and Brazil should be assessed in itself without comparing what happened 15 years ago. Those countries are well aware of the costs of the Uruguay Round Agreements for themselves. They gave the biggest concession to the EU and U.S. accepting the TRIPS agreement and they could not reach to the "promised land" of a freer and more advantageous trade. The reason for their resistance to the demands from the U.S. and EU should be found in the results of the last deal not in the shift of power.

It is obvious that less-developed countries could not get the benefits that they were expecting during the Uruguay Round negotiations. The result was a misevaluation of the cross-sectoral gains. Moreover, they could not get everything what they were promised. However, given the differences in the bargaining power between developed and less-developed countries, reaching an unfair deal is not a surprise. While it is extremely hard to get a win-win deal especially in trade issues, it is harder to have an agreement through which each party receives equal benefits. While this is the case, it is its spilling-over effect on almost every economic activity makes the TRIPS Agreement more problematic than any other WTO Agreements.

It is clear that in the short and medium it is not reasonable to expect a radical change in the international intellectual property regime established by the TRIPS Agreement because there is still a significant power asymmetry

¹¹³ YU, Trips, p.404.

¹¹⁴ For an example of such arguments see BEESON.

¹¹⁵ See DREZNER.

between the parties. Moreover, the divergent interests of the parties push the possibility of having a satisfactory deal away.

Existing regime has a distorted architecture in many respects. Historically, it contains the tensions between developed and less-developed countries. Although it can be claimed that it is the result of a bargaining process and compromise between the parties, there are strong evidences of coercion that diminish the value of the deal as a democratic bargain. It contains use of compulsory power by stronger actors. It also contains the feeling of deception. Under these circumstances it is hard to defend that the regime is stable and robust.

It is a fact that less-developed countries are living within an intellectual property paradigm shaped by developed countries and their policy space in the intellectual property area has been drastically shrunk by the proliferation of bilateral and regional agreements. Given the ongoing initiatives of the United States and the EU and increase in TRIPS-plus agreements, it is highly likely that less-developed countries will get very few concessions on intellectual property issues in either a bilateral or multilateral context. There is no sign to have a reasonable expectation that the distorted architecture will be improved in the future. Under these circumstances, less-developed countries have to learn to live within the TRIPS regime by utilizing its ambiguities and flexibilities and they also have to look for other strategies such as forum-shifting and coalition building especially in their struggle against TRIPS-plus arrangements.

BIBLIOGRAPHY

- ANSARI, Javed A, *The Political Economy of International Economic Organization*, Brighton, 1986.
- BEESON, Mark, Comment: Trading places? China, the United States and the Evolution of the International Political Economy, *Review of International Political Economy*, 16: 4, (2009): p. 729 – 741.
- BENVENISTI Eyal and DOWNS, George W., The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law, *Stanford Law Review*, Vol.60. (2007): p. 595-633.

BRAITHWAITE John and DRAHOS, Peter, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000.

BRAITHWAITE John and DRAHOS, Peter, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy*, London, 2002.

Committee on Economic Social and Cultural Rights, *Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Follow-up to the day of general discussion on article 15.1 (c)*, Monday, 26 November 2001, Twenty Seventh Session, Agenda Item 3, (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/statements/E.C.12.2001.15HRIntel-property.pdf>, viewed on April 29, 2011).

DRAHOS, Peter, BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property, *The Journal of World Intellectual Property*, Vol.4-6, (2001): p. 791-808.

DRAHOS, Peter, Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting, *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 5, (2002): p. 765-789.

DREZNER, Daniel W., *The End of Power*, (http://drezner.foreignpolicy.com/posts/2011/02/08/the_end_of_power, viewed on 9 February 2011).

GELLER, Paul Edward, From Patchwork to Network: Strategies for International Intellectual Property in Flux, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 9, (1998): p. 69-91.

HELPER, Laurence R., Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Law Making, *Yale Journal of International Law*, Vol.29-2. (2004): p. 1-85.

HELLEINER, Gerald K. and OYEJIDE, Ademola, Global Economic Governance, Global Negotiations and the Developing Countries, *Background Papers Human Development Report 1999*, UNDP, New York, Vol. 1, (1999): p. 109-122.

HOEKMAN, Bernard M. and KOSTECKI, Michel M., *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*, Third Edition, New York: Oxford University Press, 2009.

India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical

- Products, WT/DS50/R, Report of the Panel, September 5, 1997. (<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/50R.WPF>, viewed on April 27, 2011).
- India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WT/DS50/AB/R, Report of the Appellate Body, 19 December 1997 (<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/50ABR.WPF>, viewed on April 27, 2011).
- Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, Report of the Appellate Body, WT/DS8-10-11/AB/R, 4 October 1996. (<http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/8ABR.WPF>, viewed on April 27, 2011).
- JACKSON, John H., Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems, *Journal of International Economic Law*, Vol.1-3, 1998: p. 329-351.
- LEEBRON, David W., Linkages, *American Journal of International Law*, Vol. 96-5, (2002): p. 5-28.
- MALHOTRA, Kamal (ed.), Making Global Trade Work for People, UNDP Publication, 2003 (http://content.undp.org/go/cms-service/stream/asset/?asset_id=1948200, viewed on March 04, 2011).
- MAY, Christopher, The Global Political Economy of Intellectual Property Rights, Routledge, New York, 2010.
- OKEDIJI, Ruth, The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Country Participation in the Global Intellectual Property System, *Singapore Journal of International & Comparative Law*, Vol.7, 2003: p. 315-385.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, Constitutionalism and International Organizations, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 17, (1997): p. 398-470.
- RICHARDS, Donald G., Intellectual Property Rights and Global Capitalism: The Political Economy of the TRIPS Agreement, New York, M.E. Sharpe Inc., 2004.
- RODRIK, Dani, Comments on Maskus and Eby-Konan, in *Analytical and Negotiating Issues in the Global Trading System*, A.Deardorff and R

- Stern (eds.), Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, 1994.
- SELL, Susan K., MAY, Christopher, Intellectual Property Rights: A Critical History, London, Lynne Reiner Publishers, 2006.
- SHAFFER, Gregory, Recognizing Public Goods in WTO Dispute Settlement: Who Participates? Who Decides? The Case of TRIPS and Pharmaceutical Patent Protection, *Journal of International Economic Law*, Vol. 7-2, (2004): p. 459-482.
- STEINBERG, Richard H, In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO, *International Organizations*, Vol. 56-2, (2002): p. 339-374.
- The Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights (2000), Intellectual Property Rights and Human Rights, Sub-Commission on Human Rights resolution 2000/7 (<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/c462b62cf8a07b13c12569700046704e?Opendocument>, viewed on April 29, 2011).
- TRIPS Council, Joint Communication from the European Communities, United States, Japan and Switzerland, Enforcement of Intellectual Property Rights, IP/C/W/485 (November 2, 2006).
- UNCTAD-ICTSD, Resource Book on TRIPS and Development, New York: Cambridge University Press, 2005.
- United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Report of the Appellate Body, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, p.23 (<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/2ABR.WPF>, viewed on April 27, 2011).
- USTR (2010), Press Release, Participants Finalize Anti-Counterfeiting Trade Agreement Text, (November 15, 2010). (<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2010/november/us-participants-finalize-anti-counterfeiting-trad>, Viewed on April 17, 2011).
- World Trade Organization, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2 (20 November 2001). (http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm, viewed on April 27, 2011).

- YU, Peter K., Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 38, (2004): p.323-443.
- YU, Peter K., Trips and Its Discontents, *Marquette Intellectual Property Law Review*, 10:2, (2006): p. 369-410.
- YU, Peter K., The Global Intellectual Property Order and Its Undetermined Future, *The WIPO Journal*, Vol. 1, (2009): p.1-15.
- YU, Peter K., TRIPS and Its Achilles' Heel, *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 18. 2011 (<http://ssrn.com/abstract=1765808>).
- YU, Peter K., Intellectual Property Rulemaking in the Global Capitalist Economy, in *The Intellectual Property Right Domain in Contemporary Capitalism*, ANDERSEN, Birgitte (ed.), Routledge, 2011. Also Available at <http://www.peteryu.com/andersen.pdf> (Viewed on 03/12/2011).

BOŞ

KÜÇÜK YAŞTA EVLENMENİN MÜEYYİDESİ

Dilşad KESKİN*

ÖZET

Evlenme yaşı, MK m. 124'te erkek ve kadın için onyediyedi olarak belirlenmişse de, bu yaşı tamamlamadan evlenenlerin durumu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum ise doktrinde fikir ayrılıklarına yol açmıştır. Butlan sebeplerinin kanunda tahdidi olarak belirlenmiş olmasından hareket eden bir görüş, bu evliliklerin geçerli olduğunu savunmakta; buna karşılık başka bir görüş, bu evliliklere MK m. 153 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Küçük yaşta evlenmenin batıl olduğu görüşü ise butlanın dayandırıldığı gerekçe itibarıyla ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi, butlanın kanuna aykırılıktan kaynaklandığını savunurken; ikinci görüş, butlanı ayırt etme gücünün yokluğuna dayandırır.

Anahtar Kelimeler: *Evlenme yaşı, evlenme ehliyeti, evlenmenin butlanı, ayırt etme gücünün yokluğu, kanuna aykırılık.*

THE SANCTION OF MARRIAGE BEFORE THE MARRIAGEABLE AGE

ABSTRACT

The marriageable age is determined by the Turkish Civil Code as "completion of seventeen years", but the Code didn't regulate the sanction to be applied to marriages which break this rule, and this situation has caused the disagreements in the literature. According to an opinion based on the fact that the diriment impediments to a marriage are regulated restrictively by the Turkish Civil Code, these marriages are valid, but there are different opinions about the validities of these marriages. One of them advocates that article 153 of Turkish Civil Code is applicable to them. The other opinions which defend that these marriages are not valid are different from each other in terms of the reasons. The first one of them grounds the invalidity of the marriage on the breach of law, and the second one on the lack of the judicial faculty.

Key Words: *Marriageable age, marital capacity, invalidity of the marriage, lack of the judicial faculty, breach of law.*

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Evlenmede yaş meselesi MK m. 124 ile hükme bağlanmıştır. Buna göre: “Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez.” Aynı maddenin ikinci fıkrasında olağanüstü evlenme yaşı belirtilmektedir: “Ancak, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.”

Kanuna göre normal evlenme yaşı, kadın ve erkek için onyediyi yaşın tamamlanması, olağanüstü evlenme yaşı ise yine kadın ve erkek için onaltı yaşın tamamlanmasıdır. Bu durumda onaltı yaşın tamamlanmasından önce yapılan evlenme MK m. 124’e aykırıdır. Evlenme yaşına erişilmemiş olduğu halde gerçekleştirilen evlenmelerle ilgili problem, kanunda, bunlara uygulanacak müeyyidenin ne olacağına açıkça belirtilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Evlenmenin yokluğuna ve butlanına yol açacak sebeplerin kanunda tahdidi olarak sayılmış olmasına rağmen, yaş küçüklüğünün ne yokluk ne de butlan sebepleri arasında zikredilmemesi, böyle bir evliliğin tabi olacağı müeyyidenin tespitini zorlaştırmaktadır. Küçük yaşta evlenen kişinin velayet ya da vesayet altında olması ihtimalinde velinin ya da vasinin, kendilerinden izin alınmaksızın yapılmış evlenmenin iptali için dava açma hakları düzenlenmiş (MK m. 153/I) ise de bunların iptal davasını artık açamayacakları durumların söz konusu olması ya da evlenmenin zaten veli ya da vasinin iznine dayanması halinde, her nasılsa yapılmış olan bu evliliğin yaş küçüklüğüne rağmen varlığını devam ettirmesi kaçınılmazdır. Bu durum ise evlenme yaşının, kanun koyucunun iradesi hilafına fiili olarak öne çekilmesi gibi sakıncalı bir sonucu beraberinde getirmektedir.

II. EVLENME YAŞI VE KÜÇÜK YAŞTA EVLENME KAVRAMI

Evlenecek kimsenin geçerli bir evlenme sözleşmesi yapabilmesi için sahip olması gereken yeterlilik “evlenme ehliyeti” kavramı ile ifade edilir¹. Bir kimsenin evlenmeye ehil olması, o kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmasını, kanunun evlenme için öngördüğü yaşa ulaşmış bulunmasını ve eğer bu kimse ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcinin izni de almış olmasını gerektirir.

¹ HAUSHEER/GEISER/MÜLLER, s. 43.

A- Evlenme Yaşı

Evlenmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, evlenecek olan kimsele-
rin kanunda belirlenen yaşı tamamlamış olmaları aranmıştır. Evlenmek için
böyle bir yaş sınırının varlığı, bir yandan tarafların fiziksel açıdan evlenmenin
gerektirdiği koşulları sağlayabilmeleri, diğer yandan da fikri olarak evlenme-
nin mahiyetini ve beraberinde getireceği birtakım sorumlulukları kavrayabil-
mek için gerekli olgunluğa sahip olabilmeleri açısından zorunludur².

1) Olağan Evlenme Yaşı

Medeni Kanun olağan evlenme yaşını, erkek ve kadın ayırımı yapmaksızın, onyediy olarak belirlemiştir. Buna göre kural olarak onyediy yaşını tamamlamamış olan bir kimsenin evlenmesi mümkün değildir³.

Medeni Kanunun evlenme ehliyeti için aradığı yaş, genel olarak erginlik için aranan yaştan farklıdır. Bu sebeple, henüz onsekiz yaşını tamamlamamış olduğu için erginliğine ulaşmamış bir küçük, onyediy yaşını tamamlamış olmak kaydıyla, evlenme ehliyetini haizdir. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, evlenmenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğini taşımasına rağmen, onyediy yaşını tamamlamış olsa bile henüz tam fiil ehliyeti bulunmayan ayırt etme gücüne sahip küçüğün, evlenme işlemini kendi başına gerçekleştirmesinin mümkün olmadığıdır. Böylece evlenme ehliyeti bakımından onsekiz yaşını tamamlamış olan ayırt etme gücüne sahip bir kimse “evlenmeye tam ehliyetli” şeklinde nitelendirilebilirken, onyediy yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip küçük, “evlenmeye sınırlı ehliyetsiz”dir⁴.

Evlenmenin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği, evlenmeye sınırlı ehliyetsiz olan bu kimselerin evlenme iradesini bizzat açıklamasını zorunlu kıl-

² Hukukumuzda evlenebilmek için bir üst sınır (en yüksek yaş sınırı) öngörölmüş değildir. Esasen kanun koyucunun evlenme yaşını belirlemekteki amacı dikkate alındığında, böyle bir üst sınır getirilmesinin çok anlamlı olmayacağı da görölmektedir. Böylece ayırt etme gücüne sahip olduğu müddetçe, ileri yaştaki kimselerin de evlenmesi mümkündür. Aynı yönde değerlendirme için bkz. AKINTÜRK/KARAMAN, s. 64; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 48; HONSELL/GEISER/VOGT, s. 622; OĞUZMAN/DURAL, s. 62; GÖTZ, s. 51.

³ Eski Medeni Kanun’un ilk halinde evlenme yaşı erkekler için onsekiz, kadınlar için de onyediy yaşın tamamlanmış olması şeklinde belirlenmiş, bu düzenleme 1936 yılında değiştirilmiş ve erkeğin onyediy, kadının ise onbeş yaşını tamamlamak kaydıyla evlenebileceği hükme bağlanmıştı. Halihazırda geçerli olan düzenleme ile kadın ve erkek arasındaki yaş farklılığı ortadan kaldırılmıştır.

⁴ Buna göre evlenme erginliğine erişmemiş olanlar ve evlenme yaşına erişmiş olsalar da ayırt etme gücüne sahip olmayanlar da “evlenmeye tam ehliyetsiz”dirler. Bu ayırımı için bkz. TEKİNAY, s. 65-66; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 48; OĞUZMAN/DURAL, s. 65-68.

masına rağmen, kanun koyucu sınırlı ehliyetsizin evlenmesini yasal temsilcisinin iznine bağlamıştır⁵. Yasal temsilcinin evlenmeye rızasını gösteren irade açıklamasının, mutlaka evlenme merasiminin gerçekleşmesinden önce, yazılı olarak yapılması ve şarta bağlı olmaması gerekir⁶. Velayet altındaki ayırt etme gücüne sahip küçük bakımından, iznin velayet hakkına sahip bulunan anne ve baba tarafından birlikte verilmiş olması zorunludur; bunlardan sadece birinin evlenmeye rıza göstermiş olması yeterli değildir⁷. Evlenme yaşını tamamlamış olan sınırlı ehliyetsiz, evlat edinilmiş olduğu takdirde ise, evlenme izninin sadece evlat edinen tarafından verilmesi yeterli olacaktır, artık evlat edinilenin asıl anne ve babasının izni aranmaz⁸.

Bir kimsenin onyediyi yaşını tamamlamadan önce MK m. 12 hükmüne göre mahkeme kararı ile erginliğini kazanması halinde, henüz evlenme için öngörülmüş olan yaş tamamlanmış olmadığından, evlenmenin gerçekleştirilmesi mümkün değildir; mahkeme kararıyla erginlik, bu kimseyi evlenmeye tam ehliyetli hale getirmez⁹. Ancak mahkeme kararıyla ergin olmuş bir kimse, onyediyi yaşını tamamlamış olduğu takdirde, artık yasal temsilcisinden izin almaksızın evlenebilir¹⁰.

⁵ Yasal temsilcinin evlenmeye razı olduğu yolundaki irade açıklaması, onyediyi yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip küçüğün evlenme iradesini açıklamasından tamamen farklıdır. Başka bir ifadeyle sınırlı ehliyetsizin evlenmesinde yasal temsilci, evlenecek olan sınırlı ehliyetsizin yerine geçerek irade açıklamasında bulunmaz, evlenme iradesinin sınırlı ehliyetsiz tarafından bizzat açıklanması, her halde zorunludur.

⁶ VELİDEDEOĞLU, s. 47; HONSELL/VOGT/GEISER, s. 624; GÖTZ, s. 52; OĞUZMAN/DURAL, s. 67.

⁷ TEKİNAY, s. 72; GÖTZ, s. 52; VELİDEDEOĞLU, s. 46; EGGER, s. 48; OĞUZMAN/DURAL, s. 66.

⁸ Tam fiil ehliyeti için aranan onsekiz yaşını tamamlamış olsa bile kanunda sayılan sebeplerden birine dayanılarak kısıtlanmış olan ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin durumu da, ayırt etme gücüne sahip olup da evlenme yaşını tamamlamış küçüğün durumu ile aynıdır. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlı da ancak yasal temsilcisinin izni ile evlenebilir (MK m. 127).

⁹ AKINTÜRK/KARAMAN, s. 69; TEKİNAY, s. 71; GÖTZ, s. 50; OĞUZMAN/DURAL, s. 68.

¹⁰ Hakimden aldığı izne dayalı olarak yaptığı evlilik henüz onsekiz yaşını tamamlamadan önce sona ermiş olan bir kimse için de aynı esas geçerlidir. Bu durumda evlenme ile kazanılmış olan erginlik, evlenmenin sona ermesinin ardından da devam eder ve bu arada evlenme yaşını tamamlamış olan kişiyi yasal temsilcinin iznine bağlı olmaktan kurtarır. Böyle bir kimsenin hakimden aldığı izne dayalı olarak yaptığı evlilik henüz onyediyi yaşını tamamlamadan önce sona erdiği takdirde ise durum değişir. Bu ihtimalde hakim izni ile yaptığı evlilik kişinin erginliğini elde etmesini sağlar ise de henüz evlenme yaşını tamamlanmamış olduğundan, hukuki işlem ehliyeti bakımından ergin sayılan ve tam fiil ehliyetine sahip olan bu kişinin, yasal temsilcisinin izni olsa bile, hakimden yeni bir evlenme izni almadan geçerli bir (ikinci) evlilik yapmasına imkan yoktur (OĞUZMAN/DURAL, s. 68).

2) Olağanüstü Evlenme Yaşı

“Olağanüstü evlenme yaşı”, MK m. 124/II hükmü ile düzenlenmiştir. Hüküm, basitçe, henüz evlenme yaşına gelmemiş bir kimsenin, hakim izni ile evlenebilmesini sağlamaya yöneliktir.

Kanun koyucu, hakim evlenme iznini vermesini üç şartın gerçekleşmesine bağlamıştır. Birinci olarak, evlenme erginliğine ulaşmamış olan erkek veya kadının, onaltı yaşını tamamlamış olması gerekir. Onaltı yaşını tamamlamış ve ayırt etme gücüne sahip olan bu kişi, fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsiz durumda olmakla birlikte, evlenmeye izin isteme kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliği taşıdığından, yasal temsilcisinin katılımı olmaksızın, kendi başına mahkemeye başvurabilir¹¹. İkinci olarak evlenme izninin talep edilmesi, olağanüstü bir durumun ve pek önemli bir sebebin varlığından kaynaklanmalıdır. Olağanüstü durumun ve pek önemli sebebin somut olayda mevcut olup olmadığına takdir hakime bırakılmıştır¹². Hakim, onyedinci yaşın tamamlanmasından önce evlenme izni verebilmesi için, karardan önce “olanak buldukça” ana ve baba veya vasiyi dinlemesi gerekir. Bu üçüncü şart, eski Medeni Kanunda “yasal temsilcinin dinlenmesi” şeklinde yer alıyordu; böylece sınırlı ehliyetsizin ana babası veya vasisi dinlenmeden evlenme izninin verilmesi mümkün değildi. Yeni Medeni Kanun, yasal temsilcinin dinlenmesini, evlenme izninin verilmesinde zorunlu şart olarak düzenlenmemiştir. Hakim mümkün olduğu takdirde ana babayı veya vasiyi dinler; ancak evlenme izni konusundaki kararını, onların görüşleri ile bağlı olmaksızın verir¹³.

¹¹ Esasen bu durumda sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin mahkemeye başvurarak evlenme izni talep etmesi mümkün değildir (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 49). Bununla birlikte Yargıtay 2. HD. 2004/3737 E., 2004/4675 K. sayılı kararında şu ifadeye yer vermiştir: “Bu madde gereğince, mümeyyiz küçük ya da onun yasal temsilcileri davayı açabileceklerdir. Yasal temsilci tarafından açılan davada, mümeyyiz küçük de dinlenecek, evlenme için gerekli kişiliğe, bedeni ve fikri olgunluğa erişip erişmediği hakim tarafından gözlenecektir.” Yargıtay 2. HD.’nin, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin de evlenme izni için mahkemeye başvurabileceğine işaret eden başka kararları da vardır: 2009/16479 E., 2010/18720 K.; 2009/4262 E., 2010/8639 K. (kararlar için bkz. www.hukukturk.com).

¹² Burada hakim takdir yetkisi, olağanüstü bir durumun ve pek önemli bir sebebin var olup olmadığına tespiti ile birlikte evlenmeye izin verip vermemek hususunu da kapsar. Somut olayda olağanüstü bir durum gerçekleşmiş olsa ve pek önemli bir sebep de bulunsa bile, bu suretle taraf menfaatlerinin ihlal edileceği, hatta daha doğru bir ifade ile evlenme izni verilmesinde “bir fayda bulunmadığı” kanaatine varan hakim, evlenme iznini vermeye mecbur değildir. Bu yönde bkz. AKINTÜRK/KARAMAN, s. 68; VELİDEDEOĞLU, s. 60; ÖĞÜZMAN/DURAL, s. 63.

¹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 50; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 68. Yargıtay da aynı yönde

Onaltı yaşın tamamlanması üzerine hakimın izni ile evlenme hakkını kazanmış olan bir kimsenin, bu karardan sonra artık genel ve soyut olarak evlenmeye ehil olacağı söylenemez. Hakimın evlenmeye izin veren kararı, ancak evlenme izni için talepte bulunan kişinin, kararda belirtilen kişi ile evlenmesini sağlar; yoksa onaltı yaşını tamamlamış olan talep sahibini evlenmeye tam ehliyetli hale getirmez. Kararda belirtilen kişi ile herhangi bir sebepten evlenememiş olan bu kişinin, artık bu izne dayanarak bir başkası ile evlenmesi mümkün değildir¹⁴. Bu esas, böyle bir kimsenin hakimden izin alarak yaptığı evlilik henüz onyediyi yaşını tamamlamadan önce sona erdiği takdirde de geçerlidir; hakim tarafından verilen izin, belirli bir kişi ile evlenmeye ilişkin olduğundan ve genel evlenme ehliyeti sağlamadığından, aynı izne dayalı olarak başka bir kimse ile ikinci bir evlilik yapılması da söz konusu olamaz¹⁵.

B- Küçük Yaşta Evlenme Kavramı

Medeni Kanunun erginlik yaşı ile ilgili düzenlemesi sebebiyle kural olarak onsekiz yaşını tamamlamamış olanlar küçük sayılırlar. Evlenme söz konusu olduğunda ise “küçük” kavramı tespit edilirken, kanundaki evlenme yaşının da dikkate alınması gerekir.

Onsekiz yaşını tamamlamış, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlanmamış olan bir kimse, hukuki işlem ehliyeti bakımından olduğu gibi evlenme ehliyeti bakımından da tam ehliyetlidir. Ancak kanunda evlenme yaşı olarak belirlenmiş olan onyediyi yaşın tamamlanması, ayırt etme gücüne sahip küçüğe, yasal temsilcisinin izni olmadan geçerli bir evlilik yapma ehliyetini sağlamaz; dolayısıyla normal evlenme yaşı olan onyediyi yaşını tamamlamış olsa bile, yargısal erginlik ya da evlenme yoluyla ergin olmamış bir kimse, evlenmeye tam ehliyetli kabul edilemez. Olağanüstü evlenme yaşı olarak belirlenen onaltı yaşın tamamlanmasında da durum aynıdır. Olağanüstü evlenme yaşının tamamlanmış olması, ayırt etme gücüne sahip küçüğün evlenmeye tam ehliyetli olduğu anlamına gelmez; küçüğün evlenebilmesi için hakimın evlenmeye izin vermesi şarttır. Buna karşılık henüz onsekiz yaşını tamamlamamış olsa bile, yargısal erginlik kararı ya da evlenme yoluyla erginliğini kazanmış bir kimsenin evlenmeye tam ehliyetli olarak nitelendirilmesi için onyediyi yaşını tamamlama-

çok sayıda karar vermiştir. Bunlardan bazıları: 2006/3187 E., 2006/10108 K.; 2007/19532 E., 2009/2335 K.; 2007/19533 E., 2009/2336 K.; 2006/6047 E., 2006/14205 K. (kararlar için bkz. www.kazanci.com).

¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 49.

¹⁵ ÖZTAN, s. 107; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 49.

miş olması gerekli ve yeterlidir. Bu duruma göre “küçük yaşta evlenme” kavramı, esasen onsekiz yaşın tamamlanmasından önce yapılan evlilikleri kapsar. Bununla birlikte kendilerine uygulanacak müeyyide itibarıyla problem yaratan evlilikler, kanun koyucunun evlenme yaşı olarak belirlediği yaşın tamamlanmasından önce yapılan evliliklerdir. Gerçekten, onyedinci yaşını tamamlamış olup da yasal temsilcisinin iznini almadan evlenen kimsenin evliliği MK m. 153 hükmü gereği, nispi butlan ile sakattır. Onaltı yaşını tamamlamış olduğu halde hakimnin izni olmaksızın evlenen kimseler ile henüz onaltı yaşını bile tamamlamamış olduğu halde bir şekilde evlenmiş olanların yaptıkları evliliğin hukuki akıbeti ise kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiş değildir. Bu sebeple bu evliliklerin “küçük yaşta evlenme” kapsamında değerlendirilmeleri ve tabi olacakları müeyyidenin tespiti gerekir.

III. KÜÇÜK YAŞTA EVLENMENİN HÜKMÜ

Kanun koyucu, küçük yaşta evlenmenin kamu düzenine aykırı olduğu görüşünü benimsemeyerek yaş küçüklüğünü butlan sebepleri arasında saymamış; bu tutumun sonucu olarak da, henüz evlenme yaşını tamamlamadan evlenmiş olan ayırt etme gücüne sahip kimselerin yaptıkları evliliğin hükmü, tartışmalara konu olmuştur.

Evlenme ehliyetinin diğer şartlarının yokluğu halinde, evlenmeye uygulanacak müeyyidenin kanunda açıkça tespit edilmiş olmasına rağmen¹⁶ kanun koyucunun evlenme yaşı meselesinde susması, doktrinde farklı görüşlerin savunulmasına yol açmıştır. Bu görüşlerden ilki, evlenme yaşının tamamlanmamış olmasına rağmen yapılan evliliğin geçerli olacağını savunur. Diğer görüşler ise böyle bir evliliğin geçersiz sayılması gerektiği hususunda hemfikir olmakla birlikte, geçersizliğin türü ile ilgili olarak ayrılığa düşmüşlerdir.

A- Küçük Yaşta Evlenmenin Geçerli Olduğu Görüşü

Evlenmenin mutlak butlanına yol açan sebepler MK m. 145 hükmünde sayılmıştır. Buna göre; eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması ya da sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması, eşlerden birinin

¹⁶ Evlenme ehliyetinin birinci şartı ayırt etme gücünün varlığıdır. Ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunan bir kimsenin evlenemeyeceği MK m. 125 hükmünde açıkça belirtilmiş, ayrıca MK m. 145/2’de eşlerden birinin sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olması hali evlenmenin butlanına yol açan sebepler arasında sayılmıştır. Evlenme ehliyetinin ikinci şartı, ayırt etme gücüne sahip olan ve evlenme yaşını da tamamlamış bulunan küçük ile kısıtlının yasal temsilcilerinin iznini almış olmalarıdır. Yasal temsilcinin izninin alınmamış olması, MK m. 153’te bir nispi butlan sebebi olarak zikredilmiştir.

de evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması ve eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması hallerinde yapılan evlilik mutlak butlanla sakat bir evlilik olur. Görüldüğü üzere eşlerden birinin evlenme sırasında henüz evlenme yaşını tamamlamamış olması durumu, mutlak butlan sebepleri arasında sayılmamıştır. Madde hükmünde anılan sebeplerin tadadı olmayıp tahdidi oldukları hususunda bir fikir ayrılığı yoktur¹⁷; dolayısıyla burada sayılan sebeplerin dışında kalan bir durumun evliliğin mutlak butlanına yol açacağı kabul edilemez. Bu durum sebebiyle doktrinde, evlenme yaşını tamamlamamış olduğu halde evlenen kimsenin yaptığı evliliğe mutlak butlan hükümlerinin uygulanamayacağı, dolayısıyla böyle bir evliliğin geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸.

Kanaatimizce “erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez” hükmünü getiren MK m. 124 karşısında, evlenme yaşı tamamlanmamış olduğu halde her nasılsa gerçekleştirilmiş olan bir evliliğin geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Küçük yaşta evlenmenin müeyyidesinin kanunda açıkça düzenlenmemiş oluşu ya da her nasılsa evlenmiş olan küçüğün ve bu evlilikten doğması muhtemel çocuğun menfaatlerinin korunması düşüncesi de bu görüşün kabulü ile söz konusu evliliklerin geçerli kılınması için yeterli değildir¹⁹. Bu şekilde evlenme yaşının tamamlanmış olup olmamasına bakılmaksızın, çok kere ailelerin rızası ve hatta zorlamasıyla gerçekleştirilen evliliklerin geçerli kabul edilmesi, bu uygulamaların devamına ve dolayısıyla evlenme erginliğinin elde edilmesi için onyediyi yaşın tamamlanmasını arayan MK m. 124 hükmünün uygulanamaz hale gelmesine yol açacaktır²⁰.

¹⁷ OĞUZMAN/DURAL, s. 92; HONSELL/VOGT/GEISER, s. 623; GÖKTÜRK, s. 35; VELİDEDEOĞLU, s. 252; TEKİNAY, s. 123; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 46.

¹⁸ HONSELL/VOGT/GEISER, s. 623; TEKİNAY, s. 163.

¹⁹ Esasen özellikle böyle bir evlilik içerisinde doğmuş çocuğun menfaatleri açısından, evliliğin geçerli kabul edilmesiyle geçersiz sayılması arasında bir farklılık olmayacağı belirtilmelidir. MK m. 156 hükmü gereğince evlilik batıl olsa bile, butlan kararı verilinceye kadar geçerli bir evlilik gibi hüküm ve sonuç doğurur. Böylece batıl bir evlilik içinde doğmuş olan çocuk da geçerli bir evlilik içinde doğmuş çocuk gibi olur. Butlan kararının çocuk üzerindeki etkisi, boşanmanın etkisinden daha farklı değildir (OĞUZMAN/DURAL, s. 107; TUOR/SCHNYDER, s. 157; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 49; TEKİNAY, s. 173).

²⁰ Evlenme yaşının 3453 sayılı kanunla erkek için 18’den 17’ye, kadın için de 17’den 15’e indirilmesinin, son derece isabetli olarak “geleneğin, toplumsal ve biyolojik durumun kanunu zorladığı ve nihayet onu alt ederek kendine uydurduğu bir durum” şeklinde değerlendirilmesi için bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 45.

B- Küçük Yaşta Evlenmenin Geçersizliğine İlişkin Görüşler

Doktrinde, evlenme yaşını tamamlamamış olduğu için evlenme ehliyetine sahip olmayan, buna rağmen her nasılsa evlenmiş olan bir kimsenin yaptığı evliliğin geçersiz olduğunu kabul eden, ancak bu geçersizliğin türü ve gerekçesi itibarıyla birbirinden ayrılan üç görüş vardır²¹. Bu görüşlerden ilki nispi butlan görüşüdür ve böyle bir evlilik söz konusu olduğunda, nispi butlan başlığı altında yer alan ve yasal temsilcinin dava hakkını düzenleyen MK m. 153'ün olaya kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır²². Nispi butlan görüşünün dışındaki iki görüşün aynı neticeye farklı yollardan ulaştıkları söylenebilir. Bunlardan birincisine göre, onyediyi yaşını tamamlamamış olduğu halde evlenme iradesini açıklamış olan kimsenin yaptığı evlilik, erkek veya kadının onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceğini açıkça hükme bağlamış olan MK m. 124'e aykırı davranılmış olduğundan, bizatihi kanuna aykırılık sebebiyle mutlak butlan müeyyidesine tabi olmalıdır²³. İkinci görüş ise yaş küçüklüğünün evlenmenin mutlak butlanına yol açan sebeplerin sayıldığı MK m. 145 hükmünde zikredilmediği vakıtasından yola çıkarak, bu durumda evlenmenin yaş küçüklüğü sebebiyle batıl sayılamayacağını, ancak yaş küçüklüğünün evlenecek kimsenin evlenme için gereken ayırt etme gücüne sa-

²¹ Burada belki dördüncü bir görüş olarak “yokluk” müeyyidesi değerlendirilebilirdi. Esasen Yargıtay 2. HD.’nin 14.09.1945 tarihli ve 2786/4001 sayılı kararında “akit tarihinde onyediyi yaşını ikmal ile evlenme ehliyeti iktisap etmeyen taraflar arasındaki evlenme akdi keelenmeye-kundur” denilmek suretiyle yokluk görüşü benimsenmiştir (VELİDEDEOĞLU, s. 76). HATEMİ de olağanüstü evlenme yaşının altında olan bir kimsenin yaptığı evliliğin aslında yok evlilik sayılmasının isabetli olacağını ifade etmiştir. Aksi halde evlilik batıl bile olsa hakim kararına kadar geçerli bir evlilik gibi hüküm ve sonuç doğuracak ve kişi evlenme ile erginlik kazanmış olacaktır (HATEMİ/SEROZAN, s. 111). Buna karşılık VELİDEDEOĞLU’na göre; henüz evlenme ehliyetini kazanmamış küçüklerin evlenme konusundaki rızalarının hükümsüz olacağı, dolayısıyla bunlar arasındaki evlenmenin de yasal temsilcilerinin izni bulursa bile, hiç meydana gelmemiş olduğu düşünülebilir. Ancak böyle bir sonuç, Medeni Kanunun lafzına ve ruhuna uymamaktadır. Kanun koyucu, ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunanların evliliğini yok saymayarak batıl kabul etmiştir. Küçük bir çocuk, evlenme ehliyetini haiz olmadığı gibi, evlenme bakımından ayırt etme gücüne de sahip değildir. Bu durum, ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluk şeklinde değerlendirilmeli ve böylece yokluk müeyyidesi bunların evliliği hakkında söz konusu edilmemelidir (VELİDEDEOĞLU, s. 248). Kanaatimizce de evlenme yaşının tamamlanmamış olması, evliliğin yokluk müeyyidesine tabi tutulması için yeterli değildir. Karşı einsten iki kişinin evlendirme memuru önünde evlenme hususundaki iradelerini açıkladıkları andan itibaren artık evliliğin yok olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte yalnızca henüz evlenme hususunda bir iradeleri oluşması mümkün olamayacak kadar küçük çocuklar açısından, ortada bir irade açıklaması bulunamayacağından, yokluk düşünülebilir.

²² AKINTÜRK/KARAMAN, s. 232; GÖTZ, s. 61; EGGER, s. 41.

²³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 50.

hip olmaması sonucunu da doğuracağını, böylece söz konusu evliliğin de ayırt etme gücünün sürekli olarak bulunmaması sebebiyle batıl olacağını ileri sürmektedir²⁴.

1) Nispi Butlan Görüşü

Medeni Kanunun “batıl olan evlenmeler” başlıklı dördüncü ayrımında mutlak butlan ve nispi butlan sebepleri ayrı ayrı sayılmış; nispi butlan sebepleri düzenlenirken de “eşlerin dava açma hakkı” ile “yasal temsilcinin dava açma hakkı” birbirinden ayrılarak farklı hükümlere tabi tutulmuştur. Yasal temsilcinin dava hakkını düzenleyen MK m. 153 hükmüne göre, “küçük veya kısıtlı, yasal temsilcisinin izni olmadan evlenirse, izni alınmayan yasal temsilci evlenmenin iptalini dava edebilir”.

Nispi butlan görüşü, henüz evlenme yaşını tamamlamamış olduğu halde her nasılsa evlenenlerin durumuna, evlenme yaşını tamamlamış küçüklerin izinsiz evlenmeleri ile ilgili MK m. 153 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır²⁵.

Olağanüstü evlenme yaşını tamamlamış olduğu halde hakim iznini almadan evlenmiş olanlarla henüz olağanüstü evlenme yaşını dahi tamamlamadan evlenen kimselerin, yasal temsilcilerinin izni olmaksızın gerçekleştirdikleri evlilikler bakımından MK m. 153 hükmünün uygulanması ve yasal temsilciye butlan davası açma hakkının tanınması mümkündür. Bununla birlikte, bu hükmün evlenme yaşının tamamlanmamış olduğu durumların tamamı için genel bir müeyyide olarak kabulü isabetli değildir. Öncelikle MK m. 153 hükmü, evlenmenin yasal temsilcinin izni alınmaksızın gerçekleştirilmesinin müeyyidesi olarak öngörülmüştür. Yasal temsilcinin izniyle yapılan evlenmelerde, yasal temsilcinin sonradan iptal talebinde bulunması söz konusu olamaz²⁶. İkinci olarak, yasal temsilcinin izni alınmamış olsa bile, yapılan evliliğin iptal edilemeyeceği durumlar vardır ve bunlar kanunda açıkça düzenlenmiştir. Gerçekten MK m. 153/II hükmü uyarınca, yasal temsilcisinin izni olmaksızın evlenen kimse, sonradan onsekiz yaşını doldurmak suretiyle ergin olur, kısıtlı olmaktan çıkar veya karı gebe kalırsa, evlenmenin iptaline karar verilemez. Bir diğer problem de, küçüğün evlenmesi halinde iptal davasının

²⁴ OĞUZMAN/DURAL, s. 95; kısmen VELİDEDEOĞLU, s. 249; ÖZTAN, s. 108; HATEMİ/SEROZAN, s. 111.

²⁵ AKINTÜRK/KARAMAN, s. 232; EGGER, s. 41; GÖTZ, s. 61.

²⁶ OĞUZMAN/DURAL, s. 95; OĞUZMAN/AYBAY/SARI, s. 34.

yalnızca yasal temsilcisi tarafından açılabilir olmalıdır; yasal temsilci sıfatını taşıyan anne-babaları tarafından evlenmelerine rıza gösterilen -ya da evlenmeye teşvik edilen- küçükler ya da durumdan haberdar olan üçüncü kişiler ve cumhuriyet savcısı, MK m. 153/II hükmüne dayanarak evliliğin iptalini isteyemez. Kanaatimizce bu husus, nispi butlan görüşünün en önemli sakıncasını teşkil eder. Bu şekilde, anne-babanın, teşviki bir parça aşan ancak tehdit seviyesine de ulaşmayan zorlamalarına ya da toplumun bu yöndeki dayatmasına karşı koyamayarak evlenmeye mecbur olan küçüklerin korunması imkansız hale gelmekte ve çok daha ciddi bir problem olarak, küçük yaşta evlendirdiği çocuğunun evliliği hakkında butlan talebinde bulunmayan anne-babalar vesilesiyle evlenme yaşı, fiilen, kanun koyucunun ancak olağanüstü durumlarda ve hakimnin izniyle evlenmeyi mümkün gördüğü onaltı yaşın bile altına çekilmiş olmaktadır.

2) Mutlak Butlan Görüşü

Evlenme yaşının tamamlanmamış olmasına rağmen, her nasılsa yapılmış olan evliliklerin mutlak butlan ile batıl olduğunu savunan görüşü, gerekçeleri bakımından iki ayrı başlık altında değerlendirmek gerekir.

a- Kanuna Aykırılığa Dayanan Görüş

Küçük yaşta evlenmenin mutlak butlan ile batıl oluşunun gerekçesini kanuna aykırılıkta bulan görüş, evlenme yaşına gelmemiş olanların evliliklerinin geçersiz olmasını, bunların, kanunun aradığı evlenme yaşına gelmedikleri için, evlenme hakkına sahip olmayışlarına dayandırmaktadır²⁷.

Esasen teknik olarak son derece yerinde olan bu fikre karşı ileri sürülebilir yegane husus, kanun koyucunun aile hukukunda benimsediği katı tutumdur. Gerçekten aile hukukundaki hükümlerin çoğu emredici niteliktedir. Kanun koyucunun evlenme için onyediyi yaşın tamamlanmasını ya da olağanüstü durumlarda onaltı yaşın tamamlanması ile hakimnin izninin alınmasını öngören iradesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Onyediyi yaşın tamamlanmasından önce ya da onaltı yaş tamamlanmış olsa bile hakimnin izni olmaksızın evlenme iradesini açıklamış olan bir kimsenin evliliği, kanunun emredici hükmüne aykırı bir hukuki işlem niteliği taşımaktadır. Böyle bir işlemin de kanuna aykırılık sebebiyle batıl addedilmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Bununla birlikte, Medeni Kanunun evlenmenin mutlak butlanını gerektiren hal-

²⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 50.

leri düzenlediği MK m. 145 hükmünün de emredici niteliği tartışmasızdır. Ayrıca bu hükümde sayılan durumların örnek kabilinden sayılmadıkları, aksine tahdidi mahiyette oldukları açıktır. Hal böyle olunca, ilgili hükümde sayılmamış bir durumun evliliğin butlanına yol açacağına kabulü, mümkün görünmemektedir²⁸.

b- Ayırt Etme Gücünün Yokluğuna Dayanan Görüş

Kanunun yaş küçüklüğünü ayrı bir butlan sebebi olarak düzenlememiş olduğu ve kanunda sayılan sebepler dışında bir sebeple evlenmenin butlanına karar verilemeyeceği dikkate alındığında, küçük yaşta evlenmenin batıl addedilmesinin gerekçesi, ancak, küçük yaşta evlenen kimsenin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunduğunun kabulü olabilir²⁹.

Ayırt etme gücünün yokluğunun evlenme ehliyetine etkisi, kanunda açıkça düzenlenmiştir. MK m. 125 uyarınca, “ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemezler”. Eşlerden birinin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması, MK m. 145/II hükmünde de, evlenmenin mutlak butlanına yol açan sebeplerden biri olarak zikredilmektedir. Bu iki hüküm dikkate alındığında öncelikle belirlenmesi gereken husus, “ayırt etme gücü”nden anlaşılması gerekenin ne olduğudur³⁰.

Ayırt etme gücü, MK m. 13’te olumsuz biçimde tanımlanmıştır. Madde hükmü şu şekildedir: “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” Tanıma göre ayırt etme gücünün esası, akla uygun biçimde davranma yeteneğidir. Akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksunluğun sebeplerinden biri de yaş küçüklüğüdür. Bu noktada ayırt etme

²⁸ Kanunda mutlak butlan sebeplerinin tahdidi olarak sayılmış olmasından dolayıdır ki, bir evlenmenin muvazaa sebebiyle ya da evlenme iradesinin açıklanmasıyla güdülen gayenin ahlaka ve adaba aykırı olduğu veya evlenmede bir hakkın kötüye kullanıldığı iddiasıyla batıl sayılması mümkün değildir (GÖKTÜRK, s. 35, dñn. 1).

²⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 95; VELİDEDEOĞLU, s. 249.

³⁰ Burada söz konusu olan, “evlenme bakımından” ayırt etme gücüdür ki; o da evlenmenin amacı ve anlamı ile evlenmeyle birlikte ortaya çıkacak sorumlulukları kavrama yeteneğine işaret eder (TUOR/SCHNYDER, s. 150; OĞUZMAN/DURAL, s. 64; HONSELL/VOGT/GEISER, s. 623; EGGER, s. 43; VELİDEDEOĞLU, s.43). Ergen olan küçüklerle olmayanlar arasında bir ayırım yaparak birincilerde evlenme hususunda ayırt etme gücünün bulunduğunu kabul ederek, ergen bir küçüğün evlenmesini nispi butlan ve ergen olmayanın evlenmesini de mutlak butlan hükümlerine tabi kılmak gerektiği hakkında bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 249.

gücünün nispi bir kavram olduğunu ve olaydan olaya, kişiden kişiye değişebileceğini belirtmek gerekir. Kişinin hangi yaştan itibaren ayırt etme gücüne sahip olacağını söylemek, ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bir asgari yaş belirlemek, hukuk sistemlerinde çok tercih edilen bir uygulama değildir³¹. Bununla birlikte kanun koyucunun bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesi için belirli bir yaşın tamamlanmasını öngördüğü durumlarda, genel olarak fiil ehliyetinin şartlarını da göz önünde bulundurarak, bu belirlenen yaşın tamamlanmış olmasının, kişinin o işlem bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğuna dair bizzat kanun koyucu tarafından kabul edilmiş bir faraziye niteliği taşıdığı söylenebilir³². Bu düşünce biçiminin evlenme yaşına uygulanması, küçük yaşta yapılan evlenmelerin MK m. 145/b.2 hükmü uyarınca mutlak butlan ile batıl olduklarının kabulünü gerektirir. Gerçekten de kanun koyucu, evlenme yaşını bu konuda ayırt etme gücünün başlangıç sınırı olarak belirlemiş ve asgari evlenme yaşı koymakla, bir kimsenin evlenmenin mahiyetini ve neticelerini idrak edebileceği asgari yaşı, bir faraziye olarak kabul etmiştir³³. Evlenme yaşını tamamlamamış olanlar evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip sayılamayacaklarından, butlan sebepleri arasında ayırt etme gücü dışında bir de yaş küçüklüğünün ayrıca zikredilmesine gerek görülmemiştir. Böylece evlenme için öngörülen yaşın tamamlanmamış olmasına rağmen gerçekleştirilen evlilikler, mutlak butlan ile sakat evliliklerdir³⁴.

Konuyla ilgili bir başka önemli nokta, olağanüstü evlenme yaşı meselesidir. Kanun koyucu, onyediyi yaşın tamamlanmasını olağan evlenme yaşı olarak belirlemiş; ancak olağanüstü durumların varlığı halinde, hakimnin iznini almak kaydıyla, onaltı yaşını tamamlamış kimsenin de geçerli bir evlilik ya-

³¹ Bazı Medeni Kanunlarda ayırt etme gücüne sahip olma yönünden belirli yaş sınırları getirilmiştir. BGB §104, 828 uyarınca fiil ehliyeti yönünden yedi yaşın tamamlanması gerekir. AGBG §21'de de yedi ile ondokuz yaş arasında derecelendirme yapılmıştır. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, yaşın ayırt etme gücüne etkisine ilişkin olarak kesin bir sınır konulmasının mümkün olmadığını, her olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğini çeşitli kararlarında belirtmiştir (DURAL/ÖĞÜZ, c.II, s. 55).

³² Kanuni faraziye kavramı, belirli bir olaya kanunun kesin bir sonuç bağladığı durumları ifade eder. Kanuni faraziyenin aksi iddia ve ispat olunamaz. Bu sebeple kanuni faraziye için “kanuni kesin karine”, “kesin yasal karine” veya “kanuni karine” ifadeleri de kullanılmaktadır (GÖNENÇ, s. 143).

³³ Kanunun asgari evlenme yaşı koymakla kabul ettiği bir karine değil kanuni faraziye olduğundan, aksinin ispat edilebilmesi de mümkün değildir (OĞUZMAN/DURAL, s. 64; HATEMİ/SEROZAN, s. 111).

³⁴ HATEMİ/SEROZAN, s. 111; OĞUZMAN/DURAL, s. 95; OĞUZMAN/AYBAY/SARI, s. 34; ÖZTAN, s. 108, 242.

pabileceğini hükme bağlamıştır. Bu durumda, ayırt etme gücünün yokluğuna ilişkin faraziye açısından, olağan evlenme yaşı ile olağanüstü evlenme yaşı arasında bir fark gözetilip gözetilmeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulması ve onaltı yaşını tamamlamış olduğu halde hakimin iznini almadan evlenen kimse ile henüz onaltı yaşını bile tamamlamamış olduğu halde, mesela yalnızca yasal temsilcisinin iznini alarak evlenen kimsenin durumunun da aynı olup olmayacağını belirlenmesi gerekir.

Kanaatimizce kanun koyucu, olağanüstü evlenme iznine ilişkin MK m. 124/II hükmü ile onaltı yaşını tamamlamış bir kimsenin evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olabileceğini kabul etmiştir. Aksi takdirde varılacak sonuç, kanuni faraziye gereğince, onaltı yaşını tamamlamış bir kimsenin de evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip bulunmadığı olacaktır ki; böyle bir sonuç, MK m. 124/II hükmüyle çelişir. Kanun koyucunun evlenme bakımından ayırt etme gücünün varlığı için belirlediği asgari yaşın onyediyedi yaşın tamamlanması olduğunun kabulü, henüz normal evlenme yaşını tamamlamamış olduğu için kanunen, aksi ispat edilemez bir biçimde, evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edilmiş bir kimse hakkında hakimin, evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip bulunduğu yolunda bir değerlendirme yaparak, ona evlenme izni vermesinin mümkün olamayacağı anlamına gelir. Oysa kanun koyucu, onaltı yaşını tamamlamış küçüğün geçerli bir şekilde evlenebileceğini, MK m. 124/II ile açıkça öngörmüş bulunmaktadır. Bu duruma göre; onaltı yaş -olağanüstü de olsa- evlenme yaşı olarak kanunda zikredilmiş olduğundan, onaltı yaşını tamamlamış kişiler, evlenme yaşının altında olanların ayırt etme gücüne sahip bulunmadıkları kanuni faraziyesinin dışında kalmaktadırlar. Bununla birlikte onaltı yaşın tamamlanması üzerine hakim izniyle evlenme “olağan” bir hal değildir. Buna bağlı olarak onaltı yaşını tamamlamış olan küçüğün, evlenme bakımından ayırt etme gücünün bulunmadığı kanuni faraziyesinin dışında olması da, onun her halde evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip bulunduğu anlamına gelmez. Böyle bir evliliğin yapılabilmesini olağanüstü durumun ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde hakimin izin vermesi şartına bağlayan MK m. 124/II hükmü, hakime, evlenme izni verilecek küçüğün, evlenmenin anlamını ve mahiyetini, kendisine yükleyeceği sorumlulukları anlayabilecek yeteneğe sahip olup olmadığının değerlendirilmesini de kapsayan, çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Hakim, somut olayda evlenmeye izin verilmesini gerektirecek olağanüstü bir durumun ve pek önemli sebebin varlığını araştırarak, bunun yanı-

sıra evlenme izni verilecek küçüğün, evlenmenin anlamını ve mahiyetini, kendisine yükleyeceği sorumlulukları anlayabilecek yeteneğe sahip bulunup bulunmadığını da değerlendirerek evlenme izni verilmesinin küçüğün menfaatine olup olmadığını takdir edecektir. Kanun koyucunun, onaltı yaşın tamamlanmış ve olağanüstü bir durumun da mevcut olduğu durumlarda dahi hakimi evlenme iznini vermeye mecbur etmeyişi, onaltı yaşını tamamlayan küçüğün evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıнын her somut olayda değerlendirilmesi yönündeki iradesinin tezahürüdür. Böylece onaltı yaşını tamamlamış olsa bile, küçüğün evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıнын tespiti hakim tarafından yapılacak ve ancak hakim bu hususta olumlu kanaat sahibi olması ve diğer şartların da gerçekleşmesine dayanarak evlenme izni vermesiyle, evlenme mümkün olabilecektir³⁵. Onaltı yaşını tamamlamış olan bir kimsenin hakim iznini almamış olduğu halde bir şekilde evlenmesi halinde, yapılan evliliğin tabi olacağı müeyyideye ilişkin bir hüküm ise kanunda bulunmamaktadır. Bu hususta, yapılan evliliğin geçersiz olmayacağı, sadece kadın hamile değilse ve bu arada normal erginlik yaşına henüz erişmemişse, kurulan evlenme akdinin akıbetinin ne olacağına ilişkin bir hüküm kanunda bulunmadığından, bu boşluğun MK m. 153/II hükmünden yararlanılarak kıyasen doldurulmasının ve yasal temsilciye nispi butlan davası açma hakkının verilmesinin isabetli olacağı savunulmuştur³⁶. Her ne kadar onaltı yaşını tamamlamış küçüğün hakim izni olmaksızın evlenmesi durumunda sadece yasal temsilciye evliliğin iptali talebinde bulunma hakkının tanınması, bu tür evliliklerin önemli bir kısmının zaten yasal temsilcinin rızasına dayanmakta oluşu sebebiyle yeterli değilse de, kanaatimizce de kanundaki düzenlemeler karşısında başka bir çıkış yolu görünmemektedir. Hakimin izninin bulunmaması, küçüğün evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıнын tespit edilmediği anlamına gelir; ancak bu durumun her halde ayırt etme gücünün bulunmadığı şeklinde değerlendirilmesi ve evlenmenin bu sebeple batıl sayılması mümkün değildir. Mutlak butlan sebep-

³⁵ Küçüğün evlenmesine izin verme hususunda geniş bir takdir yetkisine sahip olan hakim dikkat edeceği en önemli noktanın, evlenme izni isteyen küçüklerin bu evlenme için gereken bedeni ve fikri olgunluğa sahip bulunup bulunmadıkları meselesi olduğuna dair bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 49; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 70; ÖZTAN, s. 107. Yargıtay 2. HD'nin 2003/6480 E. ve 2003/7586 K. sayılı kararında da evlenme izni için açılacak davada, "küçüğün evlenme için gerekli kişiliğe, bedeni ve fikri olgunluğa erişip erişmediği hakim tarafından gözlemlenerek, gerekirse bu konularda uzman bilirkişiden rapor alınacaktır" ifadesine yer verilmiştir.

³⁶ ÖZTAN, s. 108.

lerini düzenleyen MK m. 145'teki sınırlı sayı esas karşısında, evliliğin geçerliliği için kanunda öngörölmüş şartların gerçekleşmediğinden bahisle mutlak butlan müeyyidesini uygulamak da isabetli bir çözüm olmayacaktır³⁷.

Henüz onaltı yaşını tamamlamamış küçük bakımından ise durum farklıdır. Burada kanuni faraziye geçerli olduğundan, yapılan evlenme, ayırt etme gücünün yokluğu sebebiyle geçersizdir. Bu durumda hakimin, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını takdir ederek -olağanüstü bir durumun varlığından ya da küçüğün evlenmekteki menfaatinden bahisle- küçüğe evlenme izni verme yetkisi yoktur³⁸. Başka bir ifadeyle küçük, henüz onaltı yaşını tamamlamamış ise, her halde evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edildiğinden, evliliği MK m. 145/b.2 uyarınca mutlak butlan ile geçersizdir³⁹.

Olağanüstü evlenme yaşını dahi tamamlamamış küçüklerin evliliği ile ilgili olarak temas edilmesi gereken son husus, bunların hakimden izin almak suretiyle evlenmeleri durumunda yaptıkları evliliğin tabi olacağı müeyyidenin niteliğidir. Onaltı yaşını tamamlamamış küçüğe evlenme izni verilmesine ilişkin olarak, ilk derece mahkemelerinin sıklıkla verdikleri müspet yöndeki kararların çok zaman temyize gidilmeden kesinleşmesine rağmen Yargıtay, bu türden kararlar hakkında kanun yararına bozma müessesesini işletmekte ve böylece onaltı yaşın tamamlanmasından önce hakim izni ile evlenmenin mümkün olamayacağı şeklindeki isabetli görüşünü net biçimde ortaya koymaktadır. Kanaatimizce de henüz onaltı yaşını tamamlamamış küçüğün bir şekilde hakimden izin almış olması, yaptığı evliliği geçerli kılmaz; hakim onaltı yaşın tamamlanmasından önce olağanüstü durum söz konusu olsa bile evlenme izni vermeye yetkisi bulunmadığı gibi, kanun koyucu da onaltı yaşını tamamlamamış küçüğün evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip bulunmadığını bir faraziye olarak kabul etmiştir⁴⁰.

³⁷ Kanunun kesin bir sayımla sınırladığı mutlak butlan sebeplerinin “genel hükümlere dayanılarak” çoğaltılmayacağı hakkında bkz. TEKİNAY, s. 131.

³⁸ Olağanüstü evlenme yaşını tamamlamamış bir kimsenin yaptığı evliliğin yok evlilik sayılmasının isabetli olacağı hususunda bkz. HATEMİ/SEROZAN, s. 111.

³⁹ Bu noktada onbeş yaşını tamamlamış ve mahkeme kararıyla ergin olmuş kimseler söz konusu olduğunda ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tartışılması tereddüt yaratabilirse de, hatırlamak gerekir ki; “yargısal erginlik evlenme yaşını beraberinde getirmez, çünkü bir kimsenin bir işi yapabilecek veya bir işletmeyi idare edebilecek fikri olgunluğa ulaşması, onun aynı zamanda bir ailenin kaderini de düzenleyebileceği anlamına gelmez” (ÖZTAN, s. 104; GÖTZ, s. 50).

⁴⁰ OĞUZMAN/DURAL, s. 95.

Evlenme yaşını tamamlamamış küçüğün butlan davasına kadar evlenme yaşını tamamlamış olması halinde, yaşının küçüklüğü dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip bulunmadığı hakkındaki faraziye ortadan kalkar. Bundan sonra artık butlan davasının her ilgili ve cumhuriyet savcısı tarafından açılabilmesi mümkün değildir; MK m. 147/II hükmü uyarınca dava açma hakkı yalnız eşlere aittir⁴¹.

IV. SONUÇ

Evlenme ehliyetinin şartlarından biri evlenme yaşıdır. Medeni Kanuna göre, erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple hakim, onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir.

Evlenme ehliyetinin diğer iki şartı (ayırt etme gücünün bulunması ve belirli durumlarda yasal temsilcinin izninin alınmış olması) bulunmadığı takdirde söz konusu evliliğe uygulanacak müeyyideyi açıkça düzenleyen kanun koyucu, evlenme yaşının tamamlanmasından önce her nasılsa yapılmış olan evliliklerin akıbetine kanunda yer vermemiştir.

Küçük yaşta evlenmenin müeyyidesi ile ilgili olarak doktrinde üç farklı görüş savunulmaktadır. Bunlardan birincisine göre, evlenme yaşının tamamlanmamış olması, evliliğin mutlak ya da nispi butlanına yol açan durumlar arasında sayılmadığından, küçük yaşta evlenme geçerlidir. İkinci görüş, küçük yaşta evlenmelere, yasal temsilcinin izninin alınmaması halini düzenleyen MK m. 153 hükmünün kıyasen uygulanmasını savunmaktadır. Üçüncü görüş ise küçük yaşta evlenmelerin mutlak butlan ile batıl olduğunu ileri sürer. Evlenme yaşının tamamlanmamış olmasının, evliliği mutlak butlan ile saktatlamasının gerekçesiyle ilgili de iki ayrı görüşten söz edilebilir. Birinci görüş, bu evliliklerin, evlenme yaşını düzenleyen MK m. 124 hükmüne aykırılık sebebiyle batıl olduğunu söylerken, bizim de katıldığımız ikinci görüş, küçük yaşta evlenen tarafın ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunduğu ve evliliğin MK m. 145/II hükmü gereğince batıl olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Gerçekten de kanun koyucu, MK m. 124 hükmü ile bir evlenme yaşı belirlerken, aynı zamanda, evlenecek kimselerin evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmamalarıyla ilgili bir kanuni faraziye de kabul et-

⁴¹ OĞUZMAN/AYBAY/SARI, s. 35.

miş olmaktadır. Buna göre, evlenme yaşını tamamlamamış kimselerin evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadıklarını kabul etmek zorunludur. Böylece küçük yaşta evlenmenin müeyyidesi, MK m. 145/II hükmü uyarınca mutlak butlan olarak ortaya çıkmaktadır.

KISALTMALAR

AGBG	: Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya : Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İstanbul 2010.
- BERKİ, Şakir : Medeni Hukuk: Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, İstanbul 1969.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2010.

- EGGER, August : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. 2
Das Familienrecht Abt. 1 Das Eherecht Art. 90 – 251, Zürich 1936.
- GMÜR, Max/GÖTZ, Ernst :Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das
Familienrecht: 1. Teilband, 1. Hälfte, Die Eheschliessung: Art. 90-136
ZGB, Bern 1990.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni : Medeni Hukuk II Aile Hukuku, Ankara 1943.
- GÖNENÇ, Fulya İlçin : Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler,
Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2 (2008), s.
137-155.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona : Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/
- AEBI-MÜLLER, Regina E. : Das Familienrecht des Schweizerischen
Zivilgesetzbuches, Bern 2007.
- HONSELL, Heinrich/
- VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas : Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht, Basel 1996.
- OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa : Aile Hukuku, İstanbul 1998.
- OĞUZMAN, Kemal/AYBAY, Aydın/
- SARI, Suat : Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, İstanbul 2004.
- ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, Ankara 2004.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi : Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,
Zürich 1986.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku
Cüz 1, İstanbul 1960.

BOŞ

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

ÇEVRE DENETİMİNDE İDARENİN SORUMLULUĞU

Süheyla ALICA*

ÖZET

İdare çevreyi koruyucu yasal ve idari düzenlemeleri yürürlüğe koyduktan sonra bunların ne ölçüde uygulanıp uygulanmadığını denetlemek ve uygulamada ortaya çıkan sorunları tespit ederek buna yönelik önlemleri almak zorundadır. Bu çerçevede çevresel denetimin kapsamını ve usulünü belirlemek ve uygulamak çevrenin korunmasında en etkili yöntemdir. Çevre denetiminin öneminin, yasal ve kurumsal çerçevesinin tartışıldığı çalışmamızın ana konusu, idarenin çevre denetimindeki sorumluluğu ve bu sorumluluğu gereğince yerine getirmezse, tazminata mahkum edilip edilemeyeceği hususudur. Bu nedenle konuya ilişkin yargı kararları incelenmiş ve idarenin denetim hizmetlerini yerine getirmemesi dolayısıyla ortaya çıkan çevre zararı sorunu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Çevre denetimi, idarenin sorumluluğu, çevre zararı.

RESPONSIBILITY OF ADMINISTRATIVE AUTHORITY ON ENVIRONMENT INSPECTION

ABSTRACT

Inspections are an important instrument to ensure the implementation and enforcement of environmental legislation. An environmental inspection is an assessment of the nature and risk of harm to the environment posed by an industrial process or activity, waste, substance or noise. Public administration is now using a tool to manage the organization. Environmental inspection is also tool to assist in assessing the condition of the environment. Public administration can influence prioritise actions to reduce risks to the environment as a result of their activities or to demonstrate accountability to third parties. Nowadays, environmental inspections are being routinely conducted within companies to define the extent of their liabilities towards the environment, to check compliance with environmental legislation, to test newly acquired land or buildings, and to assess environmental risks, employees' safety, energy consumption, waste streams or pollutant emissions.

Key Words: Environmental inspection, responsibility of administration, environmental damage.

* Dr. Süheyla Suzan ALICA Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Çevre Hukuku Öğretim Görevlisi email: salica64@yahoo.com.tr

GİRİŞ

Çevre kirliliğinin giderek artması ve doğal kaynakların azalması günümüzün en önemli küresel sorunlarından biri haline gelmiştir. Dünyamızın gelecekte yüz yüze kalabileceği tehditlere ilişkin varsayımların daha kısa sürede gerçekleşebileceği ihtimali karşısında, çevresel önlemlerin önemi artmıştır. Endüstriyel faaliyetlerden kaynaklanan kirlilik sorunuyla başa çıkmaya yönelik çabalar, küresel ve bölgesel çalışmaların önemini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede çevre koruma politikalarına ilişkin sorumluluk kurallarının oluşturulmasına ilişkin hukuki düzenlemelerin yürürlüğe girmesi büyük bir gelişme olarak kabul edilmektedir. Bu sorumluluk kurallarının arkasında farklı yaklaşımlar bulunmakla beraber tartışılması gereken iki hususun bulunduğu düşünülmektedir. Bunlar; uzun süreçte kirliliğin kabul edilebilir risk düzeyleri nedir? Bu düzeyde kirliliğin ve riskin azaltılması için en uygun araçlar nelerdir?

Doğal kaynakların dengeli ve sürdürülebilir kullanımı, farklı sektörel politikaların çevreyi göz ardı etmeden belirlenmesi ile mümkün olabildiğinden, çevre sorunları ile mücadelede çevresel sürdürülebilirlik çok önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda politika ve hedeflerin gerçekleştirilmesinde, devlet hem kural koyucu ve belirleyici, hem de uygulayıcı olarak sorumludur. Anayasa'nın 56 ncı maddesinde de çevrenin geliştirilmesi ve korunması görevi vatandaşlarla birlikte devlete verilmiştir. Bu çerçevede devletin bu görevini yerine getirirken elinde bulunan en önemli araçlardan biri çevreyi korumaya yönelik "düzenleme yapma" ve "denetim yetkisi" dir. İdare çevreyi koruyucu yasal ve idari düzenlemeleri yürürlüğe koyduktan sonra bunların ne ölçüde uygulanıp uygulanmadığını denetlemek ve uygulamada ortaya çıkan sorunları tespit ederek buna yönelik önlemleri almak zorundadır. Bu çerçevede çevresel denetimin kapsamını ve usulünü belirlemek ve uygulamak çevrenin korunmasında en etkili yöntemdir.

I-ÇEVRE DENETİMİ, YASAL VE KURUMSAL ÇERÇEVE

1. Çevre Denetimi Kavramı

Çevre denetimi; bir işletmenin faaliyetlerinin gözden geçirilmesi ile çevresel kurallara uyulup uyulmadığının değerlendirilmesi faaliyetlerine ilişkin bir süreçtir. Çevre denetiminin kapsamına tüm endüstriyel ve ticari faaliyet alanları girmektedir¹. En geniş anlamıyla çevre denetimi; çevre ile ilgili

¹ Environmental Audit, <http://www.answers.com/topic/environmental-audit>. (erişim tarihi 16.03.2011)

mevzuata uymak zorunda bulunan faaliyet ve tesislerin uygunluğunu kontrol ve tespit etmek, bu faaliyet ve tesislerin çevre mevzuatına uygunluğunu sağlayabilmek amacıyla gerekli yaptırımlara (izinlerin değiştirilmesi veya iptal edilmesi, idari para cezalarının uygulanması gibi) gereksinim olup olmadığını belirlemek üzere, çevre üzerindeki etkilerini izlemek amacıyla yapılan işlemlerdir. Görüldüğü üzere çevre denetimi sürecinin üç önemli aşaması bulunmaktadır. Bu aşamalardan ilki çevre ile ilgili mevzuata tabi faaliyet ve tesislerin, mevzuatın gerektirdiği kurallara uygun davranıp davranmadığının kontrol edilmesi, ikincisi faaliyetlerin çevre üzerindeki etkilerinin izlenmesi ve sonunda da bu faaliyetler neticesinde mevzuata aykırılık bulunması durumunda yaptırım uygulanmasıdır. Bu süreç kapsamında faaliyete ilişkin bilgilerin tarafsız ve objektif bir biçimde toplanıp değerlendirilerek raporlanması ve yetkili kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve eşgüdümün sağlanması denetimin başarısı açısından önemlidir. Kapsamlı bir şekilde yapılan bir başka “çevre denetimi” tanımına göre; çevre denetiminin çevresel gereklerin karşılanmasına ilişkin olarak, faaliyet gösteren özel sektör ve kamu kuruluşlarının bu faaliyetlerinin nesnel, belgeye dayalı ve belli aralıklarla tekrarlanmak suretiyle incelenmesidir². Bu aşamaların usul ve esaslarının mevzuatta açık ve net olarak belirlenmesi ise, denetimin meşruluğunu ve etkinliğini sağlayacaktır.

Bütün bu çevre denetimi tanımlarında vurgulanan başlıca husus; çevre mevzuatına uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesine ilişkindir. Çevrenin korunmasına ve kirliliğin önlenmesine ilişkin getirilen kurallar manzumesi günümüzde o kadar artmıştır ki, hem bu kuralları yürürlüğe koyan ve uygulayan idare, hem de bu kurallarda getirilen yükümlülüklere uymak zorunda olan kişi ve kuruluşlar bir karmaşa içerisinde yollarını bulmaya çalışmaktadırlar. Bu karmaşaya çevre yönetiminde yaşanan kaos ve belirsizlik de eklendiğinde, çevre ile ilgili mevzuata uymak zorunda bulunan faaliyet ve tesislerin uygunluğunu kontrol ve tespit etmek, gerekli yaptırımları uygulamak yerine getirilmesi gittikçe zorlaşan ve ağırlaşan kamu hizmetleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Çevre mevzuatının kapsamının bu kadar geniş olması, yürütülecek denetim hizmetinin kapsam ve önemini de artırmaktadır. Bu hizmetin en önemli sonucu ise, öncelikle çevreyi koruyucu gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak, bunun yanı sıra caydırıcılık ve tazmin etkisi olan yaptırımların uygulamaktır.

² Çevre Denetimi, s.3.

Avrupa Birliği'ne aday ülke olarak "çevre denetiminin" Avrupa Birliği mevzuatında nasıl düzenlendiği ve uygulandığı önem arz etmektedir. Avrupa Birliği üye ülkelerinde ve ülkemizde, hemen hemen bütün endüstriyel tesislerin kurulabilmesi ve faaliyete geçebilmesi izin sistemine bağlanmıştır. Ancak bazı direktifler dolaylı olarak çevre denetimini içermekle³ beraber, çevre denetimine ilişkin özel bir AB Direktifi henüz bulunmamaktadır. Sadece, üye ülkelerde çevre denetiminin minimum ölçütlerini sağlamak için, 4 Nisan 2001 tarihli Avrupa Parlamentosunun ve Konseyi'nin Tavsiye Kararı⁴ geliştirilmiştir⁵. 2001/331/EC sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Birliği'ne üye ve aday ülkelerin çevre denetimlerinde izlemesi gereken aşamaları öngörmektedir. Söz konusu Kararda yer alan minimum ölçütler, elektrik santralleri ve atık bertaraf tesisleri de dahil olmak üzere bütün sanayi kuruluşlarının denetimleri için yetkili idareler tarafından gerçekleştirilen her türlü çevresel denetime ilişkindir⁶.

2. Türkiye'de Çevre Denetiminin Yasal ve Kurumsal Çerçevesi

Öncelikle çevre yönetiminin en etkili araçlarından biri olarak çevre denetiminin yasal çerçevesinin belirlenmesi gerekir. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun "çevre denetimine" ilişkin 12 nci maddesi, denetim gibi önemli gücün idare tarafından kullanılabilmesinin yasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu madde genel nitelikli bir hüküm getirmekte, denetimin usul ve esaslarını Yönetmeliğe bırakmaktadır. Söz konusu madde, Çevre Kanunu hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisini Çevre ve Orman Bakanlığı'na⁷ vermiştir. Denetimler, Bakanlığın belirlediği "denetim usul ve esasları"

³ Seveso Direktifi (82/501/EEC sayılı Belli Endüstriyel Faaliyetlerin Başlıca Kaza Tehlikeleri Üzerine Konsey Direktifi) <http://www.ess.co.at/HITERM/REGULATIONS/82-501-ec.html> (erişim tarihi 20.07.2011), Seveso-II Direktifi (96/82/EC sayılı Başlıca Kaza Tehlikelerinin Kontrolü Üzerine Konsey Direktifi) <http://ec.europa.eu/environment/seveso/legislation.htm> (erişim tarihi 20.07.2011) ve IPPC Direktifi (96/61/EC sayılı Entegre Kirliliğin Önlenmesi ve Kontrolü Üzerine Konsey Direktifi). http://europa.eu/legislation_summaries/environment/waste_management/128045_en.htm (erişim tarihi 20.07.2011)

⁴ Recommendation of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 providing for minimum criteria for environmental inspections in the Member States (2001/331/EC). <http://impel.eu/wp-content/uploads/2010/01/RMCEI-2001-331-EC.pdf> (erişim tarihi 21.07.2011)

⁵ Çevre ve Orman Bakanlığı, *Çevre Denetçileri El Kitabı*, Ankara 2007, s.6. <http://www.cygm.gov.tr/CYGM/Files/yayinlar/kitap/denetim-el-kitabi.pdf> (erişim tarihi 20.07.2011)

⁶ ÖZER, s.6.

⁷ Çevre ve Orman Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Orman ve Su İşleri Bakanlığı olmak üzere iki ayrı bakanlığa ayrılmıştır. Her iki Bakanlığın da Çevre Kanunu uyarınca yetki ve görevi bulunmaktadır. Ancak denetim yetkisinin ayrıntılı bir biçimde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na verildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle bundan sonra makalemizde ilgili ba-

çerçevesinde yapılacaktır. Ancak bu genel kuralın dışında, askerî işyerlerinin, askerî bölgeler ve tatbikatların bu Kanun çerçevesindeki denetimi ve neticelerine ait işlemlerin; Genelkurmay Başkanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak yönetmeliğe göre yürütüleceği öngörülmüştür. Türk Silahlı Kuvvetleri Çevre Denetimi Yönetmeliği⁸ olarak yürürlüğe giren yönetmeliğin amacı; çevrenin korunması için, askerî birlik, bölge, tesis, işyeri ve tatbikatlarda faaliyet süresince çevre denetiminin usul ve esaslarını; denetimi yapacak personelin, çevre yönetim kısmı ile çevre yönetim işlem sorumlusunda aranacak şartlar ile görevlerini düzenlemektir. Yönetmeliğe göre, Türk Silahlı Kuvvetlerinin bütün birlik, kurum, karargah, tesis, bölge ve işyeri faaliyetleri ile tatbikatlar dahil her türlü askerî maksatlı faaliyetler, çevre mevzuatı hükümleri doğrultusunda çevre denetimine tabidir.

Çevre Kanunu'nun 12 nci madde hükmüne göre denetim yetkisi gerektiğinde; il özel idarelerine, çevre denetim birimlerini kuran belediye başkanlıklarına, Denizcilik Müsteşarlığına, Sahil Güvenlik Komutanlığına, Karayolları Trafik Kanununa göre belirlenen denetleme görevlilerine veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara devredilebilecektir. Anılan maddede geçen, "*Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara*" ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal gerekçesinde, Anayasa'nın 7 nci maddesinde yer alan "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*" ve 123 üncü maddesinde yer alan "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*" maddelerine dayanılmıştır. Kararda "idarenin kanuniliği" ilkesinin, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde yasayla düzenlenmesini gerekli kılacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre; Çevre Kanunu'nun 12 nci maddesinde Kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Çevre ve Orman Bakanlığına verilmiştir. Bakanlığın gerektiğinde bu yetkiyi devredilebileceği kamu kurum ve kuruluşları tek tek sayıldıktan sonra, iptal konusu hükümde, Kanunda belirtilen kurum ve kuruluşlar dışında Bakanlığın uygun göreceği diğer kurum ve kuruluşlara da denetleme yetkisinin devredile-

kanlık olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı göz önüne alınacaktır.

⁸ RG. 24.07.2009 tarih ve 27298 sayı.

bileceği öngörülmüştür, Ancak denetleme yetkisinin hangi kurum ve kuruluş devredileceği hususunun Kanunda açıkça belirtilmeksizin Bakanlığın takdirine bırakılması, Anayasa'nın 7 nci ve 123 üncü maddelerine aykırılık teşkil etmektedir⁹.

Söz konusu hüküm çerçevesinde, denetim yetkisini devralmanın hükmü ve sonuçlarına da değinmekte yarar bulunmaktadır. Denetim yetkisini devralan kamu kurumunun idari yaptırım kararını verme yetkisini de devralması söz konusudur. Çevre Kanunu'nun 24 üncü maddesine göre; bu Kanunda öngörülen idarî yaptırım kararlarını verme yetkisi Çevre ve Şehircilik Bakanlığına¹⁰ ait olmakla beraber bu yetki, 12 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği, yukarıda belirtilen kurum ve merciler tarafından da kullanılacaktır¹¹.

644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin¹² 2/c maddesinde düzenlenen, “*Faaliyetleri sonucu alıcı ortamlara katı, sıvı ve gaz halde atık bırakarak kirlilik oluşturan veya oluşturmaya muhtemel her türlü tesis ve faaliyetin, çevresel etkilerini değerlendirmek; alıcı ortamlar ile ilgili ölçüm ve izleme çalışmalarını yapmak; bahse konu tesis ve faaliyetleri izlemek, izin vermek, denetlemek ve gürültünün kontrol edilmesini sağlamak*” hükmü uyarınca Bakanlıkta denetim görevini yürütmek üzere Çevresel Etki Değerlendirmesi, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü kurulmuştur.

Mevzuatta Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın çevre denetimi konusunda asıl yetkili kamu kurumu olduğu açık bir biçimde yer almakla beraber, tüm denizlerde, korunan alanlarda, kirliliğin yoğun olduğu bölgelerde bu görevin tam olarak yerine getirilmesi mümkün olmadığından, kanunla yetki devrine¹³ gidilebilmesinin önü açılmıştır. Hangi durumda yetkinin devredile-

⁹ Anayasa Mahkemesi K. 15.01.2009 tarih ve E.2006/99, K. 2009/9. RG. 08.07.2009 tarih ve 27282 sayı.

¹⁰ Çevre Kanunu'nun 24. maddesine göre; Kanunda öngörülen idarî yaptırım kararları Bakanlık merkez teşkilatında genel müdürler, taşra teşkilatında il müdürlerince verilir.

¹¹ Bu hüküm uyarınca denetim yetkisine sahip kurum ve merciler tarafından verilen idarî para cezalarının yüzde ellisi, bu Kanun uyarınca yapılacak denetimlerle ilgili harcamaları karşılamak ve diğer çevre hizmetlerinde kullanılmak üzere bu kurumların bütçesine, yüzde ellisi ise genel bütçeye gelir olarak kaydedilecektir.

¹² RG. 04.07.2011 tarih ve 27984 (mükerrer) sayı.

¹³ Çevre ve Orman Bakanlığı yetki devrini Genelgelerle yapmıştır. Örneğin Türkiye'nin yargılama yetkisine tâbi olan deniz yetki alanlarında; 2872 sayılı Çevre Kanunu hükümlerine uy-

ceğine¹⁴ de Bakanlık karar vermektedir.

Denetim yetkisinin devri konusunda yapılan bu açıklamalar çerçevesinde; Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı da göz önüne alınarak, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın çıkardığı iki yönetmelik çerçevesinde idare denetime ilişkin görevini yerine getirmektedir.

Çevre Kanunu'nun denetim maddesinde belirtilen usul ve esaslar *Çevre Denetimi Yönetmeliğinde* düzenlenmiştir.¹⁵ Amacı, çevrenin korunması için tesis veya faaliyetin çalışmaya başlamasından sona erdirilmesine kadar olan süreçte çevre denetiminin usul ve esaslarını; denetim yapacak personelin, çevre yönetim birimi/çevre görevlisinin, çevre hizmeti konusunda yetkilendirilmiş firmaların nitelikleri ile yükümlülüklerini düzenlemektir. Ancak Yönetmelik, askeri işyerleri, askeri bölgelerin ve tatbikatların¹⁶, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu uyarınca Atom Enerjisi Kurumunun yetki alanına giren kurum, kuruluş ve işletmelerin denetimi ile İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü kapsamına giren konuların denetiminde uygulanmayacaktır.

lup uyulmadığının denetlenmesi için yetki devri yapılan kurumların belirlenmesi ve bu kurumlarda yapılacak iş ve işlemlere ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla (2009/ 13) sayılı Yetki Devri Genelgesi yayımlanmıştır. Anılan Genelge ile 2872 sayılı Çevre Kanunu hükümlerine uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve aynı Kanunun 24 üncü maddesi hükmüne göre idari yaptırım kararı verme yetkisi aşağıda belirtilen kurumlara yetki alanları belirtilerek devredilmiştir:

- a) Denizcilik Müsteşarlığı ve Bölge Müdürlüğü bağlısı Liman Başkanlıklarına,
- b) Sahil Güvenlik Komutanlığı, Bölge Komutanlığı bağlısı Bot Komutanlıklarına,
- c) İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına, ,
- d) Kocaeli Büyükşehir Belediye Başkanlığına,
- e) Antalya Büyükşehir Belediye Başkanlığına,
- f) Mersin Büyükşehir Belediye Başkanlığına,

¹⁴ Denizlerde idarî para cezası vermeye yetkili kurum veya kuruluşların, görevli oldukları alanlarda sürekli olarak izleme yapmaları, kontrol, izleme ve haberleşme için gerekli her türlü tedbiri almaları bir Genelge ile belirlenmiştir. Kurumların yetkili oldukları konu ve alanlarda yapmaları gereken 24 saat esaslı izleme ve denetim çalışmalarında, aksaklıkların Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilmesi durumunda, aksaklıkların gözden geçirilerek düzeltilmesi istenecektir. Aksaklıkların giderilmemesi veya tekrarı durumunda denetim yetkisi iptal edilebilecektir.

¹⁵ RG. 21.11.2008 tarih ve 27061 sayı.

¹⁶ Bu faaliyetler “Türk Silahlı Kuvvetleri Çevre Denetimi Yönetmeliği” kapsamında denetlenmektedir.

RG. 24.07. 2009 tarih ve 27298 sayı.

Anılan Yönetmeliğe göre “Çevre Denetimi”; tesis veya faaliyetlerin çalışmasının Çevre Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe giren yönetmeliklere uygunluğunu kontrol etmek için, bu mevzuatın yetkili kıldığı kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyon sağlanarak, faaliyetlere ilişkin bilgilerin tarafsız bir şekilde toplanmasını, değerlendirilmesini, rapor haline getirilmesini ve idari yaptırım kararı ile yetkilendirilmiş makama bildirilmesini ifade etmektedir. Çevre denetimi hizmetinin yerine getirilmesi için idare tarafından yürürlüğe konulan diğer düzenleme ise, Çevre Görevlisi ve Çevre Danışmanlık Firmaları Hakkında Yönetmeliktir¹⁷. Söz konusu Yönetmelikte tanımlanmış yetki, görev ve sorumlulukları düzenlenen “çevre görevlisi”; faaliyetleri sonucu çevre kirliliğine neden olan ve/veya neden olabilecek ve Çevre Kanununa göre yürürlüğe konulan düzenlemeler uyarınca denetime tâbi kurum, kuruluş veya işletmelerin faaliyetlerinin mevzuata uygunluğunu, alınan tedbirlerin etkili olarak uygulanıp uygulanmadığını değerlendiren, tesis içi yıllık iç tetkik programları düzenleyen tesiste veya çevre yönetim hizmeti veren çevre danışmanlık firmasında çalışan görevlidir. Bu kişiler çevre denetimi açısından önemli sorumlulukları bulunan, Bakanlık tarafından yetkilendirilen ve özel nitelikleri bulunan görevlilerdir.

II. İDARENİN SORUMLULUĞU VE ÇEVRE ZARARI

1. İdarenin Sorumluluğunun Şartları

Çevre denetimi konusunu düzenleyen söz konusu hükümler ve Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisine verdiği önem, idarenin denetim yetkisini kullanırken çok özenli davranmasını gerektirmektedir. Esasen çevre denetim görevinin yerine getirilmemesinin yol açabileceği sorunlar nedeniyle, konunun idarenin sorumluluğu çerçevesinde ele alınmasını ve sorumluluğun sınırlarının net biçimde belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Şu noktanın altını çizmekte de fayda vardır ki, idarenin sorumluluğu çevre zararına neden olan işletmenin sorumluluğunu sonlandırmamaktadır. Aslında bu önerme çift yönlü olarak doğrudur, yani idarenin kusuru işletmenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi, işletmenin kusuru da idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır¹⁸. İdarenin sorumluluğunun temelinde “hukuk devleti” ilkesi bulunmakla beraber, idarenin sorumluluğunun dayanağına ilişkin çeşitli görüş-

¹⁷ RG. 12.11.2010 tarih ve 27757 sayı.

¹⁸ SEVGİLİ, s.348.

ler¹⁹ ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşlerin hiç biri, tek başına idarenin sorumluluğunu açıklamaya yetmemekte, hukuk devleti ilkesi ise, idarenin kusura dayanan sorumluluğunun dayanağını açıklayacak güç ve yeterlilikte görülmektedir²⁰.

1982 Anayasası'nın “yargı yolu” başlıklı 125 inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu öngörülmüş ve idarenin “kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu” hükmü getirilmiştir. Bu kuralın temelinde Anayasanın 2 nci maddesinde devletin niteliklerinden biri olarak belirtilen “hukuk devleti” ilkesi bulunmaktadır. Bu ilkeye göre idare, işlem ve eylemlerinde hukuk kurallarına uygun davranmak zorundadır. Bu çerçevede idari yargı, hukuka aykırı idari işlemi iptal etmenin yanı sıra tam yargı davası yoluyla, idare hukuku alanında ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesi, ya da uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkin uyuşmazlıkları da çözüme bağlamaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinin 1/(b) bendinde belirtildiği gibi, “*idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar*” tam yargı davasını açabilirler. Tam yargı davasının en belirgin ve önemli özelliği, idarenin eylemi, işlemi, ihmali gibi çeşitli nedenlerle hakları zarara uğrayanların, idari yargı yerlerinde, idareye karşı dava açarak, kendilerine karşı yapılmış olan haksızlığın giderilmesini isteyebilmeleridir²¹. Hukuki sorumluluğun müeyyidesi, idari faaliyetler yüzünden bozulmuş olan mali dengeyi düzeltilmesi²² olup, genel anlamı ile tam yargı davası; idari faaliyetten ötürü hakları zarara uğrayanlar tarafından²³ devlet veya diğer bir idari tüzel kişi aleyhine açılan tazminat davalarıdır. İdari bir işlemde doğan zarara karşı, zarara uğrayan kişi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12 nci maddesi uyarınca tam yargı davası açabilir. 12 nci maddeye göre; “*İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halin-*

¹⁹ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.653.

²⁰ GÖZÜBÜYÜK-TAN, 653.

²¹ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 611-612.

²² BAŞPINAR, s.482.

²³ Medeni haklardan yararlanma ve medeni hakları kullanma yeteneği olan kişiler tam yargı davası açabilirler. Tam yargı davalarında davada taraf olma ve dava açabilme yeteneği bakımından genel kurallar uygulanmaktadır.

de verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlarından dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.” Söz konusu Kanun’un 13 üncü maddesi uyarınca da ilgililer doğrudan doğruya tam yargı davası açabilirler. Buna göre; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilir.

Çevre Kanunu’nun 30 uncu maddesinde düzenlenen hüküm ilgililerin idareye ve yargıya başvurabilmelerine ilişkindir. Maddeye göre; “Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir.

Herkes, 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahiptir. Ancak, açıklanması halinde üreme alanları, nadir türler gibi çevresel değerlere zarar verecek bilgilere ilişkin talepler de bu Kanun kapsamında reddedilebilir.”

Bu madde zarar görenlerin yanı sıra “haberdar olanlar” için de idareye başvurarak faaliyetle ilgili “gerekli önlemlerin alınmasını” veya “faaliyetin durdurulmasını” isteme hakkını vermektedir. Ancak bu kişilerin zararın ödenmesini isteme hakları var mıdır? Bu kişilerin ancak, idare hukukunun sorumluluk ilkeleri uyarınca idareyi tazminat ödemeye mahkum ettirebilecekleri²⁴ açıktır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2 nci maddesinin 1/(b) bendi gereğince idari eylem ve işlemlerden dolayı “*kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar*” tam yargı davasını açabileceklerinden, Çevre Kanunu’nun 30 uncu maddesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Esasen çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyet sonucu oluşan bir çevre zararında, o çevrede yaşayanlar, hatta çok uzaklarda yaşayanların dahi zarar görebileceği kesin olup (nükleer santral kazalarında olduğu gibi), kimin kişisel hakkının zarara uğra-

²⁴ GÜRAN, s. 198.

dığı hususu, her olaya göre ele alınmalıdır²⁵. Bu çerçevede “zarar gören” ile “haberdar olan” kişilerin aynı şekilde tam yargı davası açıp açamayacakları hususu tartışılmış²⁶ olmakla birlikte, aşağıda inceleyeceğimiz “çevre zararı” kapsamına geleneksel sorumluluk kuralları çerçevesinde sadece “malvarlığı zararı” girdiğinden, pratik olarak uygulamada bu tartışmanın çok yerinde olmadığı düşünülmektedir. Çünkü haberdar olan kişi tam yargı davasını açabilse bile, bir zararı söz konusu değilse, idareyi tazminata mahkum ettirmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü hem adli yargı hem de idari yargı kararlarında sözü edilen “çevre zararı” kişinin doğrudan mahrum kaldığı “malvarlığı zararı” (kişisel zarar) olarak kabul edilmektedir²⁷.

Ancak iptal davası açma konusunda anılan maddeye dayanılarak çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten “haberdar olan herkesin” menfaatinin olduğu değerlendirilmesi yapılabilir. Zira Anayasa’nın 56 ncı maddesi çevre hakkının “herkes”in hakkı olduğunu ifade etmektedir. Konuya ilişkin yargısal ve bilimsel içtihatlar da bu yöndedir.

Fransız hukukunda idarenin sorumluluğu, kamu gücünün sorumluluğu olarak tanımlanmakta ve kamu yararı ya da kamu gücü ayrıcalıklarının doğru- dan kullanan kişilere uygulanan kurallar olarak kabul edilmektedir²⁸. Bu nedenle idarenin en ayrıcalıklı kamu güçlerinden biri olan denetim hizmetini hiç yerine getirmemesi veya eksik/kötü yerine getirmesi nedeniyle bir zarar oluşması durumunda, idarenin sorumluluğunun niteliğinin ve kapsamının belirlenmesi sorunu önem kazanmaktadır. İdarenin çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi çerçevesinde pek çok görev ve sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak çalışmamızda yargı kararları ışığında, idarenin “çevre denetimi” görevini yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi durumunda sorumluluğu incelenecektir.

İdarenin sorumluluğu, “sözleşmeye dayalı sorumluluk” ve “sözleşme dışı sorumluluk” olarak ikiye ayrılmakta²⁹ ve idarenin sözleşme dışı sorum-

²⁵ MEMİŞ, s.480.

²⁶ GÜRAN, s.198; GEMALMAZ, s.88.

²⁷ Fransa’da 2008 yılında alt derece mahkemesi tarafından Erika adlı geminin batması nedeniyle ortaya çıkmış olan çevre zararı nedeniyle açılmış ve kazanılmış olan tazminat davasını 30 Mart 2010 tarihinde Paris İstinaf Mahkemesi onaylamış ve böylece Fransız hukukunda bir ilk gerçekleştirerek “ekolojik zarar” kabul edilmiştir. Cour d’appel de Paris, 30 Mart 2010, *Erika*, aktaran : SEVGİLİ, s.350.

²⁸ ATAY, Avrupa Birliği Ülkelerinde İdarenin Sorumluluğunun Temel İlkeleri. s.554.

²⁹ ÇAĞLAYAN, R., s.452.

luluğu ise, “kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk” olarak incelenmektedir. İdarenin sorumluluğu genel olarak kusur koşulunun gerçekleşmesine bağlı olmakta ve idarenin kusursuz sorumluluğuna çok fazla dayanılmaktadır. İdari sorumluluk nedeni olarak kusur, idarenin kuruluşundan ya da işleyişinden doğan nesnel nitelikli bir aksaklık ya da bozukluk, hizmet kusuru kavramından ise, kamu görevlileri tarafından yerine getirilmekle birlikte, idareye ve yürüttüğü hizmetlere ilişkin kusurlu davranışlardan dolayı idarenin sorumlu olması³⁰ anlaşılmaktadır. Kusurlu sorumluluk, idarenin hukuka aykırı bir eylem ya da işlemi dolayısıyla verdiği zararın giderilmesi sorumluluğu olarak da kabul edilmekte olup, idarenin kusur sorumluluğu, yargısal içtihadta “hizmet kusuru”³¹ olarak yer almıştır. Bir Danıştay kararına göre³² “hizmet kusuru sebebiyle, idare aleyhine tazminata hükmolunabilmesi için, idarenin ifaya mecbur olduğu hizmetin idarece yapılmaması, geç yapılması veya kusurlu ifası” gerekmektedir. Hizmet kusuru, “idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde, tertibinde, teşkilatın bünyesinde, bu hizmete ayrılan araçlarda, hizmette görevli olan şahıslarda, hizmetin yerine getirilmesi sırasında verilen emir ve talimatlarda ayrıca yine gereken tedbirlerin alınmaması, kontrolün, denetimin ve gözetimin yapılmaması nedeniyle bir aksaklık bir bozukluk ortaya çıkması” olarak³³ kabul edilmektedir. Hizmet kusuru çok geniş kapsamlı olup, kusur herhangi bir kişiye yüklenemese bile idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Bu çerçevede idarenin denetim hizmetinden doğan ve çevre zararlarına yol açan sorumluluk kuralı olarak, idarenin hizmet kusuruna dayandırılmaktadır.

Bilindiği üzere, idarenin sorumluluğu genel olarak kusur koşulunun gerçekleşmesine bağlı olup, hukuka aykırılıktan doğan kusur, her zaman idarenin sorumluluğunu gerektirmez. Kaldı ki, bir işlemin hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmiş olması, hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. Bir idari işlemin tazminata yol açması için hukuka aykırı bulunması zorunlu ise de, her sakat işleminden dolayı idarenin tazmin sorumluluğu söz konusu olmaz. Danıştay’a³⁴ göre; bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kuralla-

³⁰ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.655.

³¹ ÇAĞLAYAN, R., s. 452.

³² Danıştay 8. Dairesi K. 03.07. 1962 tarih ve E.1961/3207, K.1962/3280. Aktaran GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.656.

³³ AYKIN, s.530.

³⁴ Danıştay 8. Dairesi K. 28.06.1990 tarih ve E.1990/981, K.1990/812. Danıştay Bilgi Bankası, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/KelimeArama.jsp> (Erişim tarihi.15.09.2011)

rına aykırı görülerek iptal edilmiş olması, hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. İdari işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur. İdari işlemin yapılmasında ve uygulanmasında hizmet kusuru söz konusudur diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuru sayılmaz. Hizmet kusurunun oluşabilmesi için saptanan yanlışlık ve aykırılığın, hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır ve belirgin olması gerekir.

Yukarıda belirtildiği üzere idarenin özellikle denetim hizmetinin iyi işlememesi nedeniyle sorumluluğuna hükmedilmesinin, olumlu olduğu kadar, olumsuz tarafları da bulunmaktadır. Esasen idarenin denetim görevini yerine getirmemesinin yargısal denetime tabi tutulması, denetim görevinin iyi işlemediği yönünde bir belirlemeyi de beraberinde getirmektedir. Bu durum ise, denetim görevinin kapsamının ve araçlarının kurumsal ve yasal olarak kesin çizgilerle belirlenmesini, görevin gerektirdiği personelin seçimi ile göreve getirilmesinin objektif kriterlere göre yapılmasını ve bu görevlilerinin performanslarının denetlenmesini gerektirmektedir. İdarenin denetim görevini yerine getirmemesi sonucu oluşan zararın tazminine ilişkin bir uyuşmazlıkta Danıştay; Belediye Yasası uyarınca beldeye su getirmenin, suları sıhhi ve temiz tutmanın belediyenin görevi olduğunu, tesisin ömrü ile teknik özelliklerinin göz önüne alınarak denetim ve bakımının yapılması, tamirata gereksinimi bulunan durumların ortaya çıkması halinde de gerekli tamiratın yapılmasının belediyenin görevi olduğunu, bu nedenle de belde su şebekesine ait borulardan birindeki hasar sonucu oluşan zarardan dolayı idarenin (belediyenin) sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır³⁵.

2.Çevre Denetimi Hizmeti ve İdarenin Sorumluluğu

Çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevrenin korunmasında merkezi ve yerel idare teşkilatında, pek çok kurum ve kuruluş yetkili kılınmıştır. Bu görevler sebebiyle söz konusu kamu kurum ve kuruluşlarının denetim ve kontrol yetkilerinin olduğu da kuşkusuzdur. Bu durumda çevre ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının, çevre denetim hizmetinin iyi işlememesi veya hiç işlememesine dayanarak sorumlu tutulmaları yönünde karar verilmesi aşamasında, hangi kamu kurumuna görev ve yetkinin verildiği ve sorumluluğunun kapsamı

³⁵ Danıştay 8. Dairesi K. 17.09.1990 tarih ve E.1989/353, K.1990/909. (Yayımlanmamıştır)

nın belirlenmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır. İdareye yasal düzenlemelerle verilen korumaya veya çevre kirliliğini önlemeye ve gidermeye ilişkin tedbirlerin alınmaması, denetim görevinin yerine getirilmemesi ya da bunların zamanında yapılmaması durumunda “zarara uğrayanlar” tam yargı davası açıp, idari yargıdan zararın tazminini isteyebilecek midir? Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çevre sorunlarının kaçınılmaz bir takım temel nedenlere dayandığı, bunlardan dolayı ne devlete, ne de onun adına hareket edenlere kusur yüklenmesinin doğru olmadığı, görüşlerinin³⁶ yanı sıra, aksi görüşler de bulunmaktadır. Danıştay’ın konuya ilişkin tam yargı davaları kararlarında, kirlenenin idare olmadığı durumlarda bile, çeşitli sebeplerle kirlenmeden doğan zararın tazminine ilişkin sorumluluğu idareye yüklemektedir. İdare yasal görev ve yükümlülüklerini, özellikle denetim görevini etkin bir biçimde yerine getirmemesi nedeniyle zararı önleyememişse, kusurlu görülmekte ve bu nedenle oluşan zarardan sorumlu tutulmaktadır. İdarenin bu anlamda sorumlu tutulması, çevrenin korunmasında daha etkin olunabileceği ve hukuk devleti ilkesini yaşama geçireceği düşünceleri ile olumlu bulunmakla birlikte, özellikle “kirlenen öder” ilkesinin uygulanması açısından bazı “kirlenenleri” teşvik edebileceği düşüncesiyle sakıncalı da bulunabilir. Ancak bu husus Çevre Kanunu’nun 3/g maddesinde çözüme bağlanmıştır. Maddeye göre; kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar kirlenen veya bozulmaya neden olan taraftan karşılanır. Kirlenenin kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması durumunda, “*bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması*” öngörülmekte ve “*bu nedenle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamaların 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edileceği*” hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme ile Kanun, idareye gerekli durumlarda “kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri alma” sorumluluğunu yüklemiş bulunmaktadır.

Bu çerçevede idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, kamusal bir hizmetin görülmesi sonucu ortaya çıkan bir zarar ve zarar ile idarenin eylemi arasındaki nedensellik bağı dışında bir durum söz konusudur. İdare doğrudan zarar verici eylemi gerçekleştirirse bile yasadan doğan görev ve sorumluluklarını yerine getirmediği için özellikle, gerekli önlemleri almasına yönelik denetim ve kontrol görevini yapmadığından dolayı sorumlu olacaktır. Çev-

³⁶ MERİÇ, s.94.

re ile ilgili davalarda (kirlilik nedeniyle ürün kaybına uğranılması durumunda) idarenin bu tür sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, daha önce de vurgulandığı üzere idarenin yetki, görev ve sorumluluk sınırlarının iyi çizilmesi gerekmektedir.

Kirletenin bir kamu kuruluşu olması durumunda ise önleme ve sınırlama yükümlülüğünün kapsamı tartışmalıdır. İdarenin yerine getirdiği hizmete dair araçların dışındaki sebeplerden doğan ve genellikle “mücbir sebep” olarak nitelenen durumlarda, idare bu husustaki sorumluluğunun gereklerini kirletene bir yükümlülük ve ödev biçiminde yükleyebilir mi? İdarenin bütün tedbirleri almış olması idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğunu kaldırmaktadır. Fransız Danıştay’ı (Conseil d’Etat) kanunun öngördüğü listeye girmediği gerekçesiyle idarenin denetimden kaçındığı, ancak zarara yol açan bir firma ile ilgili uyuşmazlıkta, bu denetimden kaçınma sonucu doğan zararın tam yargı davası ile istenebileceğine ve idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir³⁷. İdarenin çevresel denetim görevini yerine getirmemesi sonucu idarenin sorumluluğunu öngören eski tarihli bu karar (26 Temmuz 1985 tarihli) idari yargının, çevre sorunlarının çözümü yönünde olumlu etkisini göstermesi açısından önemlidir. Gerçekten de Fransa idari yapısında çevresel konularda denetim yapan özel merkezi kolluk birimleri bulunmaktadır. Bu özel kolluk birimleri dışında bulunan belediye zabıtasının ise her türlü kirliliği gerekli önlemleri alarak önleme yükümlülüğü Yerel Yönetimler Genel Kanunu’nun L.2112-2 maddesinde öngörülmüştür. Ortaya çıkan çevre kirliliği durumlarında, kirliliğe neden olan işletmeyi denetleme yetki ve yükümlülüğü merkezi idareye ait dahi olsa, belediyenin acil durumlarda müdahale etme zorunluluğu bulunduğu³⁸, Fransız Danıştay’ı devletin yanında belediyenin sorumluluğuna da kusurları oranında gidilmesi gerektiğini kabul etmektedir³⁹.

Bu kapsamda Avrupa Birliği’nin Çevresel Sorumluluk Direktifinde (2004/35/EC)⁴⁰ kamu makamlarının yetki ve görevlerini düzenleyen hükmü de yol gösterici olabilir. Direktif çevresel zararın önlenmesi ve telafi edilme-

³⁷ AKILLIOĞLU, s.75-76.

³⁸ Yerel Yönetimler Genel Kanunu L.2212-4 üncü madde.

³⁹ SEVGİLİ, s. 221 vd.

⁴⁰ Direktifin ana amacı çevresel zararı önlemek ve gidermektir. Direktif, korunan türler ve doğal yaşam ortamları zararını tanımlayan “çevresel zarar” önleme ve telafi etmeyi hedeflemektedir. Sorumlu taraf esas itibarıyla bir mesleki faaliyeti yerine getiren gerçek veya tüzel kişi olarak işletmecisi olup, Direktifte listelenen belli tehlikeli faaliyetlerin neden olduğu çevresel zarardan kusursuz olarak sorumludur

si amacı ile “kirleten öder” ilkesine dayanan bir çevresel sorumluluk çerçevesi çizmiştir. Kirleten öder ilkesinin⁴¹ uygulanması temel amacını içeren ilk AB düzenlemesi olan Direktif, toprak ve su kaynakları, doğal yaşam ortamları ile hayvanlar ve bitkiler üzerindeki zararın önlenmesi ve telafi edilmesi için ortak bir çatı kurmuştur⁴². Anılan Direktife göre; muhtemel kirleticilerin tanımlanması, yüklenilmesi, finanse edilmesi ve Direktifte ayrıntılı biçimde belirtilen önleyici ve telafi edici tedbirlerin alınması konularında kamu otoriteleri (idare) yetkilidir. Sivil toplum kuruluşları gibi kamuya yararlı faaliyette bulunan gruplar, kamu otoritelerinden gerekli biçimde davranmasını talep edebilecekler ve hukuka aykırı olduğu düşünülen kararlarına karşı yargı yoluna gidebileceklerdir.

Bütün bu açıklamalar ışığında, bir sorumluluktan bahsedebilmek için öncelikle ortada idarenin işlemi veya eylemi şeklinde bir fiilin bulunması gerekmektedir. İdari işlemler çok değişik şekillerde ortaya çıkabilmekte, idari eylemler ise olumlu (icrai) veya olumsuz (ihmalî) şekilde olabilmektedir. İkinci olarak idarenin fiilinin “kusurlu” olması (kusur sorumluluğunda) gerekmektedir⁴³. Hizmet kusuru olarak adlandırılan ve yukarıda kısaca değinilen bu durum hizmetin kuruluş ve işleyişinde bozukluk olarak kabul edilmekte ve idarenin gerektiği gibi davranmadığı zaman ortaya çıkmaktadır⁴⁴. İdarenin sorumluluğundan söz edebilmek için en önemli şart ise ortada bir zararın bulunmasıdır. Bu zarar gerçekleşmiş ve kesin olmalı, hukuken korunan bir menfate yönelik ortaya çıkmalıdır⁴⁵. Bunun yanı sıra idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesinin son koşulu, zarar ile zarar veren olay arasında neden-sonuç ilişkisinin (illiyet bağının) bulunmasıdır. Zarar unsuru çalışmamızın konusu açısından önemli olup, ayrı bir başlık altında “çevre zararı” üzerinde durulmuş ve mevzuatta düzenlenen ve yargı kararlarında kabul edilen tanımı açıklanmıştır.

3.Çevre Zararı Kavramı

Zarar kavramı, bilimsel ve yargısal içtihatlarda yerleşmiş olmasına rağmen “çevre zararı” kavramı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Çev-

⁴¹ TURGUT, s.607-654.

⁴² MATERIALS EC Directive on Environmental Liability, s.420-421.

⁴³ Kusursuz sorumluluk hallerinde idare bir kusuru olmasa bile meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadır.

⁴⁴ GÖZLER, s. 756.

⁴⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. GÖZLER, s.758-762; ATAY- ODABAŞI-GÖKCAN, s.335, ÇAĞLAYAN, T., s.138-139.

re zararı,⁴⁶ çevresel sorumluluk, kirleten gibi kavramlar daha çok özel hukuk uyuşmazlıklarında kullanılsa da idari yargıda görülen tam yargı davaları açısından da önemli ve geçerlidir. Adli yargıda görülen hukuki sorumluluğa ilişkin davalarda “çevre zararı” kavramının kullanımına pek sık rastlanmasa da “zarar” kavramı açıklanmış⁴⁷ ve “çevre kirliliği nedeniyle uğranılan zarar” ifade edilmiştir. Çevre hukukuna ilişkin zarar sorumluluğu, ortak kaynakların aşırı kullanımı veya kirliliğin yol açtığı çevresel zararın önlenmesi ve iyileştirilmesiyle ilgili olup günümüzde önemi gittikçe artmaktadır⁴⁸. “Çevresel Sorumluluk” kavramı gelecek kuşaklar için bu günkü kuşakların emanet olarak yaşadıkları çevrenin korunması sorumluluğunu içeren “sürdürülebilirliğe” dayanmaktadır. Bu kavram yasal ve finansal araçlarla koruma masraflarını karşılayan sorumlular ile çevresel zararın giderilmesi amacını taşıyan yeni çevresel ilke ve tanımları kapsama yolunda gelişmesini sürdürmektedir. Diğer taraftan sorumluluk kavramı çevreyle ilgili olarak tanımlanmakta ve davranışları değiştirme, masrafların ekonomik hesaplanması için yeni kuralların oluşturulması ve kamu yararının gözetilmesine ilişkin sorumluluğun uygulanması yönünde değişime ve gelişime uğramaktadır.

Çevre Kanunu’nda, “çevresel zarar” kavramı kullanılmasına rağmen, büyük bir eksiklik olarak bu kavramın tanımına yer verilmemiştir. Çevre Kanunu’nda çevresel zarar tanımına yer verilmemesine rağmen, bu kavramla ilgili olarak pek çok farklı kavramın tanımı yer almıştır. Bu kavramlar arasında çevre; “canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamı” ifade ettiğine göre, bu ortamların bozulmasına ve tahribine neden olan zarar da çevresel zarar olarak ortaya çıkmaktadır. Zararın en önemli etkeni olan “çevre kirliliği” ise, “çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkiyi” anlatmaktadır. Kanunda kirlilik faaliyetini yapan kişi yani kirleten,

⁴⁶ Bu konuda geniş bilgi için bk. ÇÖRTOĞLU, Sahir, “Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, *Yargıtay Dergisi*, 1986, c.XII, sa.1-2, s.77-100. ve “Kirleten Öder İlkesi ve Ekolojik Zarar Kavramı” *Yeni Türkiye Dergisi*, 1995, sa.5, s.347-356; SİRMEN, Lale, “Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, sa. I, s. 22-30; TÜMBAŞ, Yaşar, “Çevreye Zarar Verici ve Kirletmeye Yol Açan Rizikoların Sigortası”, *Sigorta Dünnyası Dergisi*, 1983, c.XXIV, sa.281, s.7-37.

⁴⁷ Ulusal sorumluluk rejimi kapsamında gerek adli yargı sistemi gerek idari yargı sistemi içerisinde kişi ve malvarlığı zararının karşılanmasına ve bu kavramların tanımlanmasına ilişkin yargı kararları bulunmaktadır.

⁴⁸ BASSE, s.34.

“faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişiler” olarak belirlendiğine göre “çevresel zararı”, “çevrenin kirletilmesine ve çevrenin bozulmasına yol açan faaliyetler” oluşturmaktadır. Çevre kirliliği ya da bozulması ise; *“doğal kaynakların aşırı ve yanlış kullanılması, tahrip edilmesi sonucunda çevrede dengenin olumsuz yönde bozulması ve birtakım sorunların ortaya çıkması”*⁴⁹ olarak tanımlanabilir. Kanun’un kirletenin sorumluluğunu düzenleyen 28 inci maddesinin 1 inci fıkrasında düzenlenen *“Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar.”* hükmü uyarınca da çevre zararını, *“kirlenme ve bozulmadan doğan zarar”* olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır.

Geniş anlamda çevre zararı kavramı, doğrudan çevrede meydana gelen zararları ifade etmekte ve bu zararı tanımlamak üzere “birincil (asli) çevre zararı”, “gerçek çevre zararı”, “doğrudan çevre mallarında meydana gelen zarar veya çevre mallarının ekolojik boyutunun olumsuz etkilenmesi”, “genel çevre zararı”, “doğrudan çevre zararı”, “çevrenin olumsuz etkilenmesi”, “doğal kaynak zararları” ve çoğunlukla da “ekolojik zarar” kavramları kullanılmaktadır⁵⁰. Çevre zararı kavramının çevre kirliliği sonucunda ortaya çıkan kişi, mal veya malvarlığı zararları ile sınırlı kullanımı, “dar anlamda çevre zararı” veya “sorumluluk hukuku anlamında çevre zararı” olarak adlandırılmaktadır. Bu anlamda çevre zararı “kişisel zarar” olarak kabul edilebilecektir. Çevre zararı olarak adlandırılan zararlar, çevre kirliliği nedeniyle doğrudan çevrede ortaya çıkan zararlar ile üçüncü kişilerin uğrayacakları kişi, mal veya malvarlığı zararları⁵¹ olarak tanımlanmaktadır.

III. ÇEVRE KİRLİLİĞİNİN NEDEN OLDUĞU ÜRÜN ZARARININ TAZMİNİNE İLİŞKİN TAM YARGI DAVALARI

1. Ergene Nehri Kirliliği ve Ürün zararına İlişkin Tazminat Davaları

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, çevre kirliliğinin yol açtığı zararın tazminine ilişkin davaların genel olarak ürün kaybı nedeniyle açıldı-

⁴⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü

⁵⁰ YONGALIK, s.25-26.

⁵¹ YONGALIK, s.24.

ğı görülmektedir. Bu uyuşmazlıkların en önemli örneklerinden biri Ergene Nehri'nin kirliliğine ilişkindir.

Ergene Nehri kirliliği nedeniyle farklı dönemlerde açılan bir dizi davalar açılmış olup, bunlara ilişkin yargı kararlarında bazı farklılıklar bulunmaktadır.

İlk dönemdeki davalarda, davacılar⁵² ettikleri çeltik ürünlerinin kuru-ması üzerine, Ergene Nehri'nin kirli sularıyla sulanması neticesinde oluşan zarara; idarenin Anayasa ve kanunlardan doğan görev ve yükümlülüklerini yerine getirmemesinin sebebiyet verdiğiinden bahisle, maddi tazminatın (toplam 22.315.930.000 TL) tahsili talebiyle idare (Çevre Bakanlığı) aleyhine talepte bulunmuşlardır.

Edirne İdare Mahkemesi⁵³, çevre kirliliğinin önlenmesi için idare tarafından genelge ve talimatların yayımlandığını, genelge ve talimatlar doğrultusunda bölgedeki Valiliklerce Ergene Nehri Havzasındaki bütün sanayi tesisleri tespit ettirildikten sonra Çevre Kanunu ve ilgili yönetmelikler uyarınca denetimlerin yapıldığını, aykırı davranışları tespit edilen kuruluşlara bir takım yasal müeyyidelerin uygulandığını hükme bağlamıştır. Bir başka ifadeyle idare ilgili mevzuat uyarınca kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş görünmekle birlikte, mahkeme kararında, bölgede üretim yapabilmesi için başlangıçta sahip olması gerekmesine rağmen arıtma tesisi hiç bulunmayan, yapımı devam eden veya eksik kapasiteyle çalışan birçok sanayi kuruluşunun bulunduğu ve bunların atık sularını doğrudan Ergene Nehri'ne dökülmeye devam ettiği, sonuçta söz konusu Nehrin kirlilikten kurtarılamadığı ifade edilmiştir. Ayrıca kararda, Edirne İl Çevre Müdürlüğüne hazırlanan "Ergene Nehri Kirlilik Raporunda" Ergene Nehri'nin 4. sınıf kirli su özelliğinde olduğu, özellikle tarımsal amaçlı sulamalarda hiç bir şekilde kullanılmayacağı, davacının ettiği çeltiğin ise Ergene Nehri'nin kirli suları ile sulanması neticesinde zarar gördüğü hükme bağlanarak tazminata karar verilmiştir⁵⁴.

⁵² Zarara uğrayan vatandaşlar ile Yenicegözü Köyü Tarımsal Kalkınma Kooperatifi.

⁵³ Edirne İdare Mahkemesi K. 30.04.1998 tarih ve E.1997/136, K.1998/306. (Yayımlanmamıştır)

⁵⁴ Söz konusu davalarda, idare savunmasında; dava konusu kirliliğin yöredeki özel işletmelerin faaliyetlerinden kaynaklandığını belirterek, davanın adli yargıda bu işletmelere karşı açılması gerektiğini, iddia edilen kirliliği önlemekle ve gerekli müeyyideleri uygulamakla Valilikler, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı'nın da görevli ve sorumlu olması nedeniyle husumetin zikredilen kurum ve kuruluşlara da yöneltilmesi gerektiği öne sürülmüşse de itirazlar dikkate alınmamıştır.

Çevre sorunlarına ilişkin olarak idarenin sorumluluğunu vurgulayan anılan kararlar⁵⁵ emsal niteliğindedir. İdarenin davacının uğramış olduğu zararını tazmin etmesinin sosyal hukuk devleti ve hakkaniyet ilkesinin bir gereği olduğunu hükme bağlayan İdare Mahkemesi ve kararı onayan Danıştay, öncelikle idarenin çevreye olumsuz etkileri bulunan her türlü faaliyeti ülke bütününde izlemek ve denetlemek, ülkedeki kirlenmenin mevcut olduğu bölge ve sektörleri tespit ederek izlemek ve bu problemlerin çözümü için çalışmalar yapmak; atıklar ile ekolojik dengeyi bozan, suda ve toprakta kalıcı özellik gösteren kirleticileri çevreye zarar vermeyecek şekilde bertarafını sağlamak için denetim yapmak gibi yükümlülükleri olduğunu hatırlatmaktadır. Kararda bu yükümlülükleri olan davalı idarenin, 2872 sayılı Çevre Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelik hükümlerinin uygulanması hususunda gerekli önlemleri zamanında ve etkin bir şekilde almamış olmasının zararı doğurduğuna vurgu yapılmıştır. Neticede, Tekirdağ, Kırklareli ve Edirne il sınırları içerisinde kalan çok sayıda endüstriyel kuruluş atıklarını doğrudan veya dolaylı olarak Ergene Nehri'ne boşaltmış, davacının ekimini yaptığı çeltiğin en fazla ihtiyaç duyduğu suyun o bölgedeki alternatifsiz tek kaynağı olan Ergene Nehri'nin oldukça kirli hale gelen suyu ile sulanması sonucu hasat edilemez veya az ürün alınabilir duruma düşmesiyle zarar doğmuştur.

Kararda ayrıca, mahallin en büyük mülki idare amirlerinin ve bu arada valilerin yetkileri ve sorumlulukları da tartışılmış ve Çevre Bakanlığı'nın görevlerini düzenleyen Teşkilat Yasası'nın 2 nci maddesi, 5442 sayılı İl İdare Kanunu'nun 9 uncu maddesindeki valinin ilde ayrı ayrı her Bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtası olduğu, Bakanlıkların talimat ve emirlerini yürütmekle ödevli bulunduğu yolundaki hükmü belirtilmiştir. Bu çerçevede, idarenin bütünlüğü ilkesinden hareket edilerek Tekirdağ, Kırklareli ve Edirne il sınırları içerisinde kalan Ergene Nehri'nin kirliliği nedeniyle uğranılan zarardan Çevre Bakanlığı'nın sorumlu olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anılan kararda öncelikle idarenin görev ve yetki alanı içerisinde yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği göz önüne alınmış, idarenin görevlerini yerine getirmediği kanaati doğrultusunda, sosyal hukuk devleti ve hakka-

⁵⁵ Söz konusu kararlara karşı, idare tarafından temyiz yoluna başvurulmuş, Danıştay tarafından ilk derece Mahkemesinin kararındaki gerekçelere dayanılarak Mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir. Danıştay 6. Dairesi K. 17.10.2000 tarih ve E.1999/2949, K.2000/5145 sayı. (Yayımlanmamıştır)

niyet ilkesi çerçevesinde ve idarenin sorumluluğu gereğince zararı tazmin etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Söz konusu kararlarda, gerekli her türlü zirai hazırlık ve masrafların yapılarak çeltik ekiminin gerçekleştirildiği, bu yerin Ergene Nehrinden sulandığı, adı geçen nehirden alınan sulama suyundaki kirlilikten dolayı ekilen çeltiğin kuruyarak zarar gördüğü ve bu hususun Sulh Hukuk Mahkemesince yapılan tespit sonucu düzenlenen bilirkişi raporlarında da belirtildiği vurgulanmıştır. Ayrıca meydana gelen zararın tazmini için idareye yapılan başvurunun yasal süresinde cevap verilmeyerek reddedildiği, Ergene Nehrinin çeşitli zehirli ve kimyasal atıklarla kirlenmesinden doğan birçok zararın meydana geldiği, bu zararın davalı idarenin anayasal ve yasal görev ve yükümlülüklerini etkin bir biçimde yerine getirmemesinden dolayı önlenemediği de iddia edilmiştir. Önemle üzerinde durulması gereken ve yargı kararında da üzerinde durulan husus, idarenin mevzuatın kendisine yüklediği görevleri yerine getirmediğinden kusurlu olduğu ve bu nedenle oluşan zarardan sorumlu tutulmasının gerektiğine ilişkindir.

Mahkeme kararında açıkça vurgulandığı üzere, 1982 Anayasası'nın 125 inci maddesinin son fıkrası uyarınca idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle ve üstlendiği kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmekle yükümlü olup, devletin işleyişi ve hizmetin yerine getirilişi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması ve hizmetin iyi işlememesi nedeniyle kişilerin uğradığı zararın idarece giderilmesi hukukun gereğidir.

Davalı idare ise; Çevre Kanunu'nun 3 üncü maddesinin (a) bendine göre çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesinin gerçek ve tüzel kişilerle vatandaşların görevi olduğunu; (e) bendi gereğince, kirlenmenin önlenmesi, sınırlandırılması ve mücadele için yapılan harcamaların kirlenme tarafından karşılanmasının esas olduğunu; 28 nci maddesi uyarınca da, çevreyi kirlenmelerin ve çevreye zarar verenlerin sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan kusur şartı aranmaksızın sorumlu olduklarını ve kirlenmenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğunun saklı olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla bu hükümler ve idare hukukunun genel ilkeleri gereğince davanın idari yargı yerinde değil, adli yargıda ve Ergene Nehrini kirlenmek suretiyle davacının zararına sebebiyet veren gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri (sanayi kuruluşları sahipleri) aleyhine açılması gerektiği iddiasında bulunmuştur. Ancak mahkeme bu iddiaları yerinde görmemiştir.

Ergene Nehri kirliliğine ilişkin yukarıda incelenen ilk grup davadan daha sonra açılan davalarda da yine aynı şekilde davacıların çeltik ekinlerini suladığı Ergene Nehri'nin, davalı idarenin yasa ile kendisine verilen denetim görevini yerine getirmemesi nedeniyle kirlenmesi sonucunda, davacıların alması gereken ürünü alamadıklarından bahisle uğradıkları zararın ve bu zararın tespiti için yapılan masrafın tazmini⁵⁶ istemine ilişkindir. Bunun yanı sıra, idarenin yasa ile kendisine verilmiş görevleri yerine getirmemesi nedeniyle Ergene Nehri'nin asitli çamur tabakası halini aldığı, çeltik ürününün Ergene Nehri dışında sulanması olanağının bulunmadığı, bu Nehrin Trakya'da bulunan bütün sanayi ve evsel atıklarla kirlendiğinin ve 4. sınıf kirlı su olduğunun hazırlanan bir raporla da tespit edildiği vurgulanarak idarenin kusurundan dolayı zararı tazmin etmesinin anayasal bir zorunluluk ve sosyal hukuk devleti ilkesi gereği olduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu davada Edirne İdare Mahkemesi yukarıda tartışılan ilk grup davalardan farklı olarak idarenin konuyla ilgili yaptığı bütün çalışmaları göz önüne alarak sorumluluğunu saptama yoluna gitmiştir. Bu kapsamda kararda, 2001 yılının kurak geçmesi nedeniyle davacıların çeltik sulaması yaptığı Ergene Nehri'ne 2000 yılına oranla %50 oranında daha az su verilebileceğinin, bu sebeple Ergene Nehri'nde zaten var olan kirliliğın artacağına ilgililere duyurulduğu, dolayısıyla, olayda davacıların beklenmedik veya öngörülmeıyen zararlarının doğduğundan söz edilemeyeceği hususu ifade edilmiştir. Mahkemeye⁵⁷ göre; esas olarak 3039 sayılı Yasada açıklıkla vurgulandığı üzere, gerek ülkenin gereksinim duyduğu çeltik ürünü doğrultusunda ve gerekse iklimsel, sulama ve benzeri olguların birlikte değerlendirilerek hangi miktarda ve kimlerin çeltik ekeceğini belirlemek Çeltik Komisyonlarının yasa ile kendilerine verilmiş görevleri arasında olup, 2001 yılında gerek barajlardan verilen su miktarının %50 oranında azalması ve gerekse yağış miktarının azalması sonucunda çeltik ekilen arazilerin yeterli ve gerekli düzeyde sulamasının yapılamayacağı ve birim alandaki kirlilik oranının yükseleceği doğal sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Kararda; çiftçilerin kendilerini ilgilendiren bir konuda önceden uyarılarak, çeltik ekim alanlarının daraltıldığı ve az miktarda çiftçiye çeltik ekimi için izin verildiği, davacıların çeltik ekimi için izin verilenler arasında olmadığına açık olduğu, davacının kendi kişisel kusurundan dolayı ortaya çıkan zarardan davalı idarenin sorum-

⁵⁶ Konuya ilişkin 76 adet dava açılmış olup, davaların açıldığı tarihte toplam olarak istenilen tazminat miktarı o günün parası ile yaklaşık 2 trilyon TL. dir.

⁵⁷ Edirne İdare Mahkemesi K. 06.06.2002 tarih ve E.2001/1078, K.2002/286. (Yayımlanmamıştır)

lu tutulmasının hukuki olmadığı vurgulanmaktadır. Esasen zararın meydana gelmesine, zarar görenin fiili sebep olduğunda illiyet bağı kesildiğinden, idarenin sorumluluğunun sona ereceği ve zarar görenin kusurlu olduğu doktrinde ve yargı içtihatlarında kabul edilmektedir⁵⁸. Olayımızda da çiftçilerin önceden uyarılması, çeltik ekim alanlarının daraltılması ve çeltik izninin verilmemesi gibi hususlar mahkeme tarafından tespit edilerek zarar görenin kusurlu olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Bu durumda zarara uğrayanın bilerek üstlendiği riskin sonucu doğan zarara katlanması gerektiği düşünülmektedir.

Görüldüğü gibi Mahkeme idarenin işlem ve eylemi ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisini çok sıkı bir biçimde incelemiş ve bu sonuca ulaşmıştır. Karara göre; davalı idarece gerekli denetim ve işlemlerin yapılmış, gerek Ergene Nehri'nin ve gerekse Trakya'nın kirlilikten kurtulması için projeler üretilerek yaşama geçirilmiştir. Esasen bir nehrin ya da geniş bir coğrafyaya yayılan alanın yaşanan olumsuzluklardan kısa bir zaman süresi içinde kurtulmasını beklemek mümkün değildir.

Bu nedenlerle, davacının uğradığı zararın *idarenin hizmet kusurundan* kaynaklanmadığı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır. Bu karar, idarenin sorumlu olduğuna ilişkin yukarıda incelenen ilk grup Ergene Nehri davalarından ayrılmaktadır. İkinci grubu oluşturan bu davalarda, yargı idarenin kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirdiğini düşünmüştür. Gerçekten de Ergene Havzası'na bu dönemde özel önem verilmiş, bu yörenin çevre düzeni planı yapılmış, sanayi kuruluşlarının denetimi sıkılaştırılmıştır.

Ancak kararın temyizi üzerine Danıştay ilk derece mahkemesinin aksine idarenin hizmet kusurunun bulunduğu karar vermiştir. Karara göre; Ergene Nehrindeki kirliliğin devam ettiği, sanayileşme ve şehirleşmenin yarattığı kirliliğin önlenemediği, bu durumun söz konusu bölgedeki çeltik üretimini olumsuz yönde etkilediği ve olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıktır. Bu itibarla, kirliliğin önlenememesinden doğan zararın, Çeltik Komisyonunun verdiği izne dayanarak, *izin sınırlarını aşmayan* alanda çeltik ekimi yapanlar üzerinde bırakılmayıp tespit raporunun da değerlendirilmesi suretiyle tazmini gerekmektedir. Ancak, çeltik ekimi 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu uyarınca izne tabi olduğundan tamamı izinsiz ekilen çeltik nedeniyle doğan zararın, zarara uğrayanın tutumundan kaynaklanması nedeniyle idarenin sorumluluğu ortadan kalkacağından, tazminata hükmedilmesi mümkün olma-

⁵⁸ IŞIKLAR, s. 608.

dığı gibi izin verilen saha aşılarak çeltik ekimi yapılmış ise tazminata hükmedilirken ilgilinin kusurunun da dikkate alınması gerektiği tabiidir. Bu durumda, izinli, izinsiz ya da verilen izin aşılarak çeltik ekimi⁵⁹ yapılmasına göre tazminat istemi hakkında karar verilmesi gerekmektedir.

Danıştay kararında⁶⁰, Çevre Kanunu'nun 28 inci maddesine atıfta bulunularak, çevreye zarar verenlerin kusur şartı aranmaksızın sorumlu olacaklarının hükme bağlandığı, ancak idarenin sorumluluğuna ilişkin esasların bu yasada düzenlenmediği, Anayasa'nın 125 inci maddesinde ise, idarenin kendi eylem ve işlemlerden doğan zararlardan doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağladığı belirtilmiştir. Danıştay idare mahkemesi kararında davalı idarenin, mevzuatın kendisine yüklediği hangi görevi yerine getirmediğinin ve hizmet kusurunda bulunduğu açıkça belirtilmediğini ifade etmiştir. Ayrıca dosyaya sunulan Çeltik Komisyonları yazılarının değerlendirilmesinden anlaşılmaktadır ki, yağış miktarı ile çeltik ürününde alınan verim arasında doğru orantı bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, kaçak ekim yapan davacılar, izinli ekim yapan davacıların da zarara uğramasına neden olmuştur. Bir başka deyişle, zararın oluşmasında kuraklık ve kaçak ekim yapılması büyük rol oynamıştır.

Bu çerçevede Danıştay, ürün zararının oluşmasında idarenin yanı sıra davacıların da sorumluluğunun olduğuna karar vererek bu hususun ayrıntılı biçimde araştırılmasını istemiştir. İdarenin sorumluluğu başlığı altında incelediğimiz "illiyet bağı" kısmen veya tamamen kesen durumların varlığında, idarenin sorumluluğunun da kısmen veya tamamen ortadan kalkacağı açıktır. Danıştay zararın oluşmasında, kuraklığın (mücbir sebep) ve kaçak ekimin (zarar görenin davranışının), zararın oluşmasında etkisi olduğunu düşünerek, bunların da araştırılmasını istemiştir. Mücbir sebep; idarenin iradesi dışında oluşan, önceden öngörülemez ve karşı konulamayacak olaylar olup, deprem, fırtına, sel, heyelan, yıldırım düşmesi gibi olaylardır⁶¹. Ancak bir olayın mücbir sebep olarak görülebilmesi için, olayın idarenin iradesinin dışında

⁵⁹ Yağış miktarının fazla olduğu yıllarda çeltik ürününde kuruma ya da zarar bulunmaz iken, 2001 yılındaki yağış miktarındaki azlığa bağlı olarak çeltik ürününde kuruma ve zarar ortaya çıkmıştır. Ayrıca, mevsimin oldukça kurak geçtiği ve barajlardan bırakılan suyun yarıya yakın azaldığı da dikkate alındığında, yapılan kaçak ekimler nedeniyle Çeltik Komisyonlarınca öngörülenlerden çok daha geniş bir alanda ekim yapılması sonucu, sulama suyu miktarı iyice azalmış ve verim kaybı meydana gelmiştir.

⁶⁰ Danıştay 6. Dairesi K. 31.03.2004 tarih ve E.2002/6748, K.2004/1834. (Yayımlanmamıştır)

⁶¹ GÖZLER, s. 764.

oluşması, öngörülemeyen ve karşı konulamaz olması gerekir⁶². İdareye atfı kabul olmayan bu olaylar nedeniyle idare sorumlu tutulamayacaktır.

Diğer taraftan, oluşan ürün zararı, zarar gören kişinin tamamen kendi davranışı neticesinde ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda; tamamıyla zarar gören kişinin kusurlu davranışından kaynaklanan bir zararın varlığı halinde idarenin sorumluluğunun söz konusu olamayacağı, buna karşılık zarar gören kişinin kendi kusurlu davranışı zararın oluşmasına katkıda bulunmuş veya ağırlaştırmış ise idarenin sorumluluğunun hafifleyeceği⁶³ ve sorumluluğun paylaşılacağı kabul edilmektedir. Ortaya çıkan zarara idare ve zarara uğrayan birlikte sebep olmuşsa, müterafik davranış (kusur) vardır⁶⁴.

Bu kapsamda incelediğimiz Danıştay'ın bozma kararlarından sonra ilk derece Mahkemesince;

“... Tam yargı davasında, idarenin eylem veya işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi yapıp idari faaliyet karşısında ilgililerin durumu belirlenerek idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı saptanırken, öncelikle olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun, hizmet kusurunun bulunmaması halinde ise, kusursuz sorumluluk ilkesinin olayda uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmesi gerekmektedir. Öte yandan, zararın, zarara uğrayanın tutumundan doğması halinde idarenin sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da duruma göre yönetimin kısmen sorumlu olacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.

...

Ergene Nehri'ndeki kirliliğin devam ettiği, sanayileşme ve şehirleşmenin yarattığı kirliliğin önlenemediği, bu durumun söz konusu bölgedeki çeltik üretimini olumsuz yönde etkilediği ve olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıktır. Bu itibarla, kirliliğin önlenememesinden doğan zararın Çeltik Komisyonu'nun verdiği izne dayanarak, izin sınırlarını aşmayan alanda çeltik ekimi yapanlar üzerinde bırakılmayıp tespit rapo-

⁶² ATAY, İdarenin Sorumluluğu, s.1094-1095; GÖZLER, s. 764-765.

⁶³ GÖZLER, s. 768.

⁶⁴ ATAY, İdare Hukuku, s.600.

runun da değerlendirilmesi suretiyle tazmini gerekmektedir. Ancak, çeltik ekimi 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu uyarınca izne tabi olduğundan, izinsiz veya verilen izin aşılmak suretiyle ekilen çeltik nedeniyle doğan zararın, zarara uğrayanın tutumundan kaynaklanması nedeniyle idarenin sorumluluğu ortadan kalkacağından tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığı açıktır.”

gerekçesi ile davacını gerçek zararının bulunabilmesi için ekin zarar görmeseydi elde edilecek toplam hasıllattan, yapılması gerekirken ürünün yok olması nedeniyle yapılmayan masrafları düşülmüş, kararda belirtilen ilkeler çerçevesinde hesaplamalar yapılarak davalı idarenin davacıya ödemesi gereken miktar belirlenmiştir⁶⁵. İlk derece mahkemesince verilen kararlar Danıştay⁶⁶ tarafından onanmış ve davalı idare davacıların zararını tazminine hükmedilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, oluşan zararda, zarar görenin davranışı katkıda bulunmuş ve artmasına sebep olmuş yani zararın doğumunda esaslı rol oynamış⁶⁷ ve illiyet bağı kısmi olarak kesmiştir. İlliyet bağı tamamen veya kısmen kesecek hal ve sebeplerin takdirinin idare yargıcına ait olduğu⁶⁸ hususu, yukarıda verilen kararda da açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

2. İdarenin Sorumluluğuna İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı

Büyük bir çevresel felaketin yaşandığı ve sonrasında idarenin sorumluluğunun tartışıldığı Ümraniye-Hekimbaşı çöp toplama alanında 28.4.1993 tarihinde meydana gelen patlama sonucunda doğan uyuşmazlık nedeniyle verilen yargı kararları da incelemeye değerdir. Patlama sonucu yakınlarını kaybeden ve zarara uğradığını öne süren vatandaşlar tarafından, İçişleri Bakanlığı, Çevre Bakanlığı, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı ve Ümraniye Belediye Başkanlığı birlikte davalı olarak gösterilerek bir dizi tazminat davaları açılmıştır. İdare Mahkemelerince, olayın bu boyutlara gelmesinde tüm idarelerin zaman içinde artarak çoğalan kusurları bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat istemlerinin kısmen kabulüne, destekten yoksun kalma taz-

⁶⁵ Edirne İdare Mahkemesi K, 19.02.2007 tarih ve E. 2005/785, K.2007/126. (Yayımlanmamıştır)

⁶⁶ Danıştay 6. Dairesi K. 02.03.2009 tarih ve E.2007/4916, K.2009/1958. (Yayımlanmamıştır)

⁶⁷ IŞIKLAR, s.610.

⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.324.

minatı istemlerinin de reddine karar verilmiştir⁶⁹. Söz konusu kararların temyizi üzerine, Danıştay'dan da onama kararları⁷⁰ çıkmıştır.

Bilindiği üzere, belediye ve büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde oluşan çöp ve katı atıkların toplanması, taşınması, değerlendirilmesi ve imhası görevleri, büyükşehir belediyeleri ile belediyelere ait bulunmaktadır. Bu görevlerin dayanağı ise, anılan davanın görüldüğü tarihte yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanunu ile 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanundur. Ayrıca Valiliğin ve Sağlık Bakanlığının da bu konuda icrai yetkisi bulunmaktadır.

Ümraniye Çöplüğü ile ilgili olarak açılan davalarda verilen kararlardan tatmin olmayan davacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur⁷¹. AİHM ise, Ümraniye'de meydana gelen patlamanın yol açtığı ölümleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 nci maddesi ve 1 nolu Protokolün 1 inci maddesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme, ailesinden 9 kişiyi çöplük patlaması sonucunda yitiren davacı tarafından yapılan başvuru sonucunda Türkiye'yi, davacının yakınlarının ölümünden sorumlu bularak sözleşmenin 2 nci maddesinin ihlal edildiğine ve konuyla ilgili iç hukukta alınan önlemlerin “yeterli ve etkili” olmamasından dolayı 2 nci maddede öngörülen usuli yükümlülüklerin yerine getirilmediğine karar vermiştir⁷². Mahkeme ayrıca, patlamada evini ve eşyalarını yitiren başvurucunun, mülkiyet hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 nci maddesi ile bütün hakların ve özgürlüklerin varlığı için ön koşul olan “yaşama hakkı” koruma altına alınmıştır. Maddenin 1 inci fıkrasında düzenlenen “herkesin yaşam hakkı sözleşmenin koruması altındadır” hükmü ile genel kural getirilmiş ve aynı fıkranın 2 nci cümlesi ile birlikte, maddenin 2 nci fıkrasında genel kuralın istisnaları belirtilmiştir. Bilindiği üzere “yaşama hakkı” ile “çevre hakkının” doğrudan ilgisi bulunmakta ve bu ilgi, çevreye ilişkin sorunların çözümünde yol gösterici olmaktadır. Yaşam hakkının sınırları, “üçüncü kuşak haklar” olarak

⁶⁹ İstanbul 5. İdare Mahkemesi K. 30.11.1995 tarih ve E.1993/1610, K.1995/1446 sayı. (Yayımlanmamıştır)

⁷⁰ Danıştay 8. Dairesi K. 21.04.1998 tarih ve E.1996/2559, K.1998/1341. Daha sonra karar düzeltme yoluna başvurulmuş ve kararlar onanmıştır. (Yayımlanmamıştır)

⁷¹ Önerıldız/Türkiye Davası, başvuru no. 48939/99

⁷² AİHM'nin (Section I) 18 Haziran 2002 tarihli kararı. <http://www.echr.coe.int> (erişim tarihi 20.07.2011)

bilinen çevre hakkı, barış hakkı, kütleli yok edici silah yasağı gibi kolektif haklar nedeniyle teorik olarak genişletilmiştir.

AİHM'nin, devletin Sözleşme kapsamındaki “pozitif ödevi”ni giderek genişletme eğiliminde olduğu⁷³, devletin üstlendiği yaşama hakkını koruma ödevine ilişkin yükümlülüğün gerektiğinde somut önlemlerle yaşamın somut bir tehlikeden korunmasını ve adam öldürme fiilinin caydırıcı bir yaptırıma bağlanıp yasaklanmasını ve bu yasağa uyumun sağlanmasını gerektirdiği⁷⁴ belirtilmektedir. Devlet, ciddi ölüm tehdidi altında bulunan kişiyi, kendi olanakları çerçevesinde önlemleri alarak korumaya çalışacak; ayrıca adam öldürme fiilini suç olarak düzenleyerek, bu suçun işlenmesi halinde, faile tespit için gerekli soruşturmayı yapıp suçluların cezalandırılmasını sağlamaya çalışacaktır⁷⁵. AİHM bu davada olduğu gibi söz konusu görevin ihmali, 2 nci maddenin ihlali olarak yorumlamaktadır.

Davacının adıyla bilinen “Öneryıldız kararında” Mahkeme, Sözleşmenin “yaşam hakkı”na ilişkin 2 nci maddesinin yukarıda belirtildiği üzere, devlete pozitif ödevler yüklediğini, bu maddenin davada uygulanabilir olduğunu ifade etmiş, davacının yakınlarının ölümünden devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Devlet yetkililerinin patlamayı önlemek amacıyla aldıkları önlemler ile halkın bilgilendirilme hakkı kararda incelemiştir. Kararda, olaydan önce bir rapor ile Ümraniye çöplüğü çevresinde patlama tehlikesine dikkat çekildiği ve çöplüğün teknik standartlara uygun olmadığı tespit edildiği, bunun belediye yetkililerinin bilgisi dahilinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra Mahkeme, yetkililerin metan gazı patlaması sonucu uğranılabilecek tehlikeler hususunda halkı bilgilendirmediklerini saptamış ve sonuç olarak, çöplük çevresinde yaşayan insanların yaşamlarının “gerçek bir tehlike” ile karşı karşıya olduklarının yetkili mercilerce bilindiği ya da bilinmesi gerektiğini, bu tehlikeden kaçınmak için yetkililerin herhangi bir önlemi almamış ve denetim yapmamış olmalarını AİHS'nin 2 nci maddenin ihlali olarak kabul etmiştir⁷⁶.

Kararda ayrıca, Sözleşmenin 2 nci maddesinin kapsamına giren usule ilişkin yükümlülükler de incelenmiş ve devlet bu bakımdan da sorumlu bulun-

⁷³ ÖZDEK, s.155-156.

⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s.160.

⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s.160.

⁷⁶ ÖZDEK, s.156.

muştur. Diğer taraftan, AİHM Öneriyıldız davasındaki iç yargısal yolların yeterli ve etkili olmadığı görüşündedir.

Görüldüğü üzere, AİHS’nde, açıkça çevrenin korunmasına ilişkin hükümler bulunmamasına rağmen, çevre kirliliğini önlemeye yönelik hizmetlerin düzgün işlememesi sonucunda ortaya çıkan kişisel zararların tazmini hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çok geniş bir yorum getirilmekte ve tazminata hükmedilmektedir. Bu nedenle de yönetimin özellikle atık yönetimi gibi çevre ile ilgili görevlerini yerine getirirken ve denetim yaparken daha dikkatli ve sorumlu davranması gerekeceği açıktır. Diğer taraftan dikkatli ve sorumlu davranmayan idare teşkilatı içerisinde idari işlemleri veya eylemleri yapan kişinin sorumluluğu ne olacak sorusu üzerinde de durulması gerekmektedir. Bu konuda Anayasa’nın 129 uncu maddesi ile Devlet Memurları Kanunu’nun 13 üncü maddesi yol göstericidir. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Sonuç olarak idare, kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle ortaya çıkan zararlarda, hizmet kusuruna dayanarak zarara uğrayanın zararını tazmin ettikten sonra, zararın kişisel kusurdan kaynaklanan miktarı için, ödediği tazminatı kamu görevlisine rücu eder⁷⁷. Birden çok kamu görevlisi zarara neden olmuşsa, kişisel kusuru bulunan kamu görevlileri zarara neden olan kusurları oranında sorumludurlar⁷⁸.

Çevre denetim hizmetinin yerine getirilmemesi veya yetersiz bir şekilde yerine getirilmesi sebebiyle doğan ve idarenin tazminini gerektiren zararlarda, hangi oranda kamu görevlisine rücu edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kusurlu kamu görevlisi sadece kasıt ve ağır ihmalden mi yoksa hafif ihmali de dahil olmak üzere tüm kusurlu davranışlarından mı sorumlu olacaktır? 1982 Anayasası’nın 40/2 ve 129/5 maddelerinde böyle bir sınırlama getirilmediği anlaşılmaktadır. Anayasa’nın anılan maddeleri uyarınca kamu görevlisinin kusurlu davranışı sebebiyle idare aleyhine açılan davada idari yargı mercii, idarenin kusurunu ve sorumluluğunu tespit edip, tazminata karar verirken kişisel kusuru bulunan kamu görevlisinin kusurunu, bu kusurun zararın oluşumuna katkısını da araştırarak, idarenin kamu görevlisine rücu miktarını da belirlemelidir⁷⁹.

⁷⁷ AKYILMAZ, s.1057.

⁷⁸ AKYILMAZ, s.1057.

⁷⁹ Danıştay 12. Dairesi K. 17.06.1968 tarih ve E.1966/2529, K.1968/1400. Aktaran AKYILMAZ, s.1057.

SONUÇ

Görüldüğü üzere, çevrenin korunması, çevre kirliliğinin ve bozulmasının önlenmesi konusunda idarenin mevzuattan kaynaklanan pek çok görevi bulunmaktadır. Bu görevleri yerine getirmek üzere idarenin elinde bulunan en önemli araç olan “denetim yetkisinin” kullanılmasının önemi çalışmamızda açıklanmaya çalışılmıştır. Dayanağı Anayasa’nın 56 ncı maddesinde bulunan devletin sorumluluğunun kapsamı çevre sorunları konusunda oldukça geniştir. Ancak kanaatimizce ne idare edenler, ne de idare edilenler sorumluluk kapsamının bu kadar geniş olduğunun farkındadırlar. Çevre teşkilatı kurulurken ve dönem dönem teşkilat yapısı değiştirilirken yeni bir takım yetki ve görevlerin üstlenilmek istendiğine tanık olunmaktadır. Ancak tüm canlıların yaşamı için önemli olan bu görevlerin yerine getirilmemesi durumunda, idarenin sorumluluğuna gidilerek zararın tazmin edilmesi hususlarında henüz yeterli yargısal içtihat bulunmadığı da bilinmektedir. Bu konulardaki bilinçlenme ile birlikte idareyi zorlayıcı yeni talep ve başvuruların olacağı, idarenin sorumluluğuna hükmeden yargısal kararların verileceği kuşkusuzdur.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin : “İdare Hukuku Açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanunu’nun Uygulanması, TÇSV Yayını, Ankara 1987, s.71-93.
- AKYILMAZ, Bahtiyar : “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 1043-1060.
- ATAY, E. Ethem : “İdarenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, 1061-1098.
- ATAY, E. Ethem : İdare Hukuku, Ankara, 2006.
- ATAY, E. Ethem : “Avrupa Birliği Ülkelerinde İdarenin Sorumluluğunun Temel İlkeleri”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2009, s.553-568.
- ATAY, E. Ethem- ODABAŞI, Hasan-GÖKCAN, Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.

- AYKIN, Yunus, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara, s.529-536.
- BASSE, Ellen Margrethe, Environmental Liability – Modern Developments, s.34, <http://www.cenneth.com/sisl/pdf/41-2.pdf>, (erişim tarihi 01.05.2009)
- BAŞPINAR, Recep, “Tam Yargı Davaları”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Bası, Ankara, 1986.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2009, s.451-495.
- ÇAĞLAYAN, Turgut, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Adil Yayınevi, Ankara 2007.
- Çevre Denetimi, Sayıştay Başkanlığı, Aralık 1999.
- Çevre ve Orman Bakanlığı, Çevre Denetçileri El Kitabı, Ankara 2007. <http://www.cygm.gov.tr/CYGM/Files/yayinlar/kitap/denetim-el-kitabi.pdf> (erişim tarihi 20.07.2011)
- ENVIRONMENTAL AUDIT, <http://www.answers.com/topic/environmental-audit>, (erişim tarihi 15.07.2011)
- GEMALMAZ, M. Semih, “Çevre Koruma Sorunu, Çevre Yasasının Düşündürdükleri” İstanbul Barosu Dergisi, C.61, sa.1-2-3, 1987.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref-TAN, Turgut, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, c.2, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- GÜRAN, Sait, “Çevre Kanunu’nun 30. Maddesi”, Lütfi Duran’a Armağan, 1988, S:1-3.

IŞIKLAR, Celal, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.569-636.

MEMİŞ, Emin, Çevre ve Çevre İdare Hukuku (Teori ve Pratik), Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

MERİÇ, Osman, “Yorum”, Çevre Kanunu’nun Uygulanması, TÇSV Yayını, Ankara, 1987, s.94-107.

ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AIHS Sistemi AIHM Kararlarında Türkiye, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derlem Merkezi, Ankara 2004.

ÖZER, Erdem, “Çevre Denetimi” Konusunun AB ve Türkiye Kapsamında Ele Alınması, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, 47. Dönem AB Eğitim Kursu, Ankara, 2011.

SEVGİLİ, F. Didem, La responsabilité de l’Etat et des collectivités territoriales. Les problèmes d’imputabilité et de répartition, (Devlet ve Yerel Yönetimlerin Sorumluluğu. İsnat ve Taksim Problemleri), Doktora Tezi, Jean Moulin Lyon-3 Üniversitesi, 2011.

TURGUT, Nükhet, “Kirlenen Öder İlkesi ve Çevre Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 70. Yıl Armağanı (c.44, s.1-4, 1995) 1996, s.607-654.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü

YONGALIK, Aynur, Çevre Sorumluluk Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998.

MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi K. 15.01.2099 tarih ve E.2006/99, K. 2009/9. RG. 08.07.2009 tarih ve 27282 sayı.

AIHM’nin (Section I) 18 Haziran 2002 tarihli kararı. <http://www.echr.coe.int>

Danıştay 8. Dairesi K. 03.07. 1962 tarih ve E.1961/3207, K.1962/3280.

Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu

- Danıştay 6. Dairesi K. 17.10.2000 tarih ve E.1999/2949, K.2000/5145.
Danıştay 6. Dairesi K. 31.03.2004 tarih ve E.2002/6748, K.2004/1834.
Danıştay 8. Dairesi K. 21.04.1998 tarih ve E.1996/2559, K.1998/1341.
Danıştay 6. Dairesi K. 02.03.2009 tarih ve E.2007/4916, K.2009/1958.
Danıştay 8. Dairesi K.. 28.06.1990 tarih ve E.1990/981, K.1990/812.
Danıştay 8. Dairesi K. 17.09.1990 tarih ve E.1989/353, K.1990/909.
Edirne İdare Mahkemesi K. 30.04.1998 tarih ve E.1997/136, K.1998/306.
İstanbul 5. İdare Mahkemesi K. 30.11.1995 tarih ve E.1993/1610, K.1995/1446.
Edirne İdare Mahkemesi K. 06.06.2002 tarih ve E.2001/1078, K.2002/286.
Edirne İdare Mahkemesi K. 19.02.2007 tarih ve E. 2005/785, K.2007/126.

BOŞ

TÜRK ANAYASA YARGISINDA YENİ BİR MEKANİZMA: ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU

Öykü Didem AYDIN*

ÖZET

Makale ile Türk Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu düzenleyen yeni anayasal (148. madde) ve yasal hükümler (6216 sayılı kanunun 45-51. maddeleri) incelenmektedir. Bu çerçevede bireysel başvuru yoluyla korunan temel hak ve özgürlüklerin hangileri olduğu, bireysel başvurunun işlevi ve nitelikleri, bireysel başvuruya hakkı olanlar, alayhine bireysel başvuruda bulunulabilecek kamu gücü işlem ve ihmalleri, ihlal kavramı, başvuru ehliyeti, başvurunun safhaları, (kabul edilebilirlik, incelenme ve karar) ortaya çıkması muhtemel bazı uygulama sorunları gözetilerek değerlendirilmiş ve tartışılmıştır. Bazı ülkelerde devam eden anayasal pratik ve doktriner pozisyonlara da karşılaştırmalı olarak işaret edilmiştir. Bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önemi vurgulanmış ancak anayasaya aykırı yasaların doğrudan doğruya uygulanmasından doğan temel hak ve özgürlük ihlallerine karşı bireysel başvuru konusunda yasa koyucunun kasten bıraktığı boşluk eleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, anayasa şikayeti, Anayasa Mahkemesi, temel hakların korunması, özgürlükler

A NEW MECHANISM IN TURKISH CONSTITUTIONAL JURISDICTION: INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The article examines the new constitutional (Art. 148) and statutory (Art. 45-51 of the Law No. 6216) provisions concerning individual application to the Turkish Constitutional Court. Within this context, the rights and liberties which are protected by the individual application mechanism, the function and nature of the individual application, the types of actions and omissions of State authorities against which the applicant may lodge an application with the Court, the concept of violation, ability to seek remedy through the Constitutional Court, the main states in the process of constitutional review for individual applications (admissibility, review and decision) have been examined and discussed with a view to controversial issues that might arise in the future. Constitutional practice as well as doctrinal positions in various States have also been comparatively pointed out to. While the significance of the institu-

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, oy-kudidemaydin@hacettepe.edu.tr.

tion of the individual application has been emphasized strongly, the legal lacuna -intentionally left by the lawgiver- concerning individual applications against violations of rights and liberties directly caused by the implementation of unconstitutional laws has been critized.

Key Words: *Individual application, constitutional complaint, Constitutional Court, protection of basic rights, liberties*

I.Giriş

Türkiye’12 Eylül 2011 tarihinde kabul edilen anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) mekanizması ihdas edilmiştir.

1982 Anayasasının 2. maddesi Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu öngörmektedir. Yine Anayasanın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” sayılmıştır.

Devletin amaçlarından biri, “temel hak ve özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak” olduğuna göre, bu özgürlüklerin en başta kamu gücü tarafından ihlal edilmesini önlemek, temel hak ve özgürlük ihlallerini ortadan kaldırmak veya bu ihlalleri müeyyideye bağlamak da “insan haklarına saygılı” bir “hukuk devletinin” temel amaç ve görevlerindedir. Bu nedenle anayasa yargısı hukukunda “bireysel başvuru” yolunun kabul edilmesini, Anayasanın 2. ve 5. maddesinin öngördüğü ilkelerin daha da güçlendirilmesi yolunda önemli bir adım olarak kabul etmek gereklidir. Gerçekten birey-

sel başvuru yolunun, pek çok uygar ülkede¹ anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiği vurgulanmıştır.²

Kıta Avrupası ve Latin Amerikan hukuk sistemleri içinde yer alan pek çok ülkenin kabul ettiği bireysel başvuru müessesesi, Anglo-Amerikan hukukunda teknik anlamda bulunmasa da bireysel başvuruya benzer kanun yolları bu sisteme dahil ülkelerde de mevcuttur.³

Bu çalışmada yeni Türk bireysel başvuru mekanizması, Anayasanın 148. maddesi ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 30 Mart 2011 tarihli 6216 sayılı kanunun 45-51. maddeleri bağlamında incelenecektir.⁴

¹ Karşılaştırmalı hukuk açısından anayasa mahkemesine bireysel başvuru hukuku ile ilgili olarak bkz. Venedik Komisyonu Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması, Venedik, 17-18 Aralık 2010 [European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Study on Individual Access To Constitutional Justice Adopted By The Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010)] = <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29039rev-e.pdf> (Erişim 15 Ağustos 2011; Çalışma tüm Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde ve Avrupa dışı bir dizi ülkede anayasa yargısına başvuru mekanizmalarını ele almakta, bireysel başvuruya da merkezi tema olarak incelemektedir); ayrıca bkz. ALİYEYEV, *Anayasa Şikayeti* (İstanbul: Beta Yayınları, 2010); Bahadır KILINÇ, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 25, Yıl 2008; PACZOLAY, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar”, s. 194-203; PACZOLAY, *Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?*, s. 313-320; MELLINGHOF, s. 283-292 = http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf ; Maria Emilia Casas BAAMONDE, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 26, Yıl 2009, s. 101-110; Kim JONG-DAE, “Anayasa Şikayeti Sistemi: Kore Deneyimi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 26, Yıl 2009, s. 145-153; Gerhart HOLZINGER, “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 26, Yıl 2009, s. 61-79; Genaro David Gongora PIMENTEL: “Amparo Ne İçindir?” *Anayasa Yargısı*, Cilt 26, Yıl 2009, s. 163-227; Valery Zorkin, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 26, Yıl 2009, s. 283-292; Herbert HALLER, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar” (Avusturya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), *Anayasa Yargısı*, Cilt 21, Yıl 2004, s. 179-193; Winfried HASSEMER, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar” (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), *Anayasa Yargısı*, Cilt 21, Yıl 2004, s. 164-178; Yavuz SABUNCU / Selin Esen ARNWINE, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 21, Yıl 2004, s. 229-246; Mehmet TURHAN ve Diğerleri, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli” (Panelistler: Burhan KUZU, Fazıl SAĞLAM, Zafer GÖREN, Hikmet Sami TÜRK), *Anayasa Yargısı* Cilt 21, Yıl 2004, s. 248-295; Hakan PEKCANITEZ, “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 12, Yıl 1995, s. 257-287; GÖREN, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 11, Yıl 1994, s. 97-134.

² SABUNCU/ARNWINE, s. 229-246.

³ Bireysel başvuru müessesesinin kabul edildiği ülkeler hakkında bkz. KILINÇ, s. 23 vd.

⁴ 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru ile ilgili

II. Bireysel Başvuruyu Düzenleyen Normlar

1982 Anayasasının, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesi bireysel başvuru yolu ile ilgili olarak aşağıdaki düzenlemeyi öngörmüştür:

MADDE 148- (Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar..,

...

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir...

...”

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 30 Mart 2011 tarihli 6216 sayılı kanunun 75. Maddesinin 1. fıkrası 10/11/1983 tarihli ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu yürürlükten kaldırmıştır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki yeni kanun, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını öngörmüştür.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hukuku usulü, ayrı bir bölüm olarak, kanunun 45 ile 51. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun geçiş hükümlerini düzenleyen 1. Geçici Maddesinin (8) numaralı bendi mahkemenin, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceğini hükme bağlamaktadır.

düzenlemeden önceki tartışmalar ve müesseseye ilişkin öneriler için bkz. ALİYEV, s. 39 vd.

6216 sayılı kanununun 45. maddesi aşağıdaki hükmü öngörmektedir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

(2) İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

(3) Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.”

Öncelikle bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 6216 sayılı Kanunun dördüncü kısmında yer alan inceleme ve yargılama usulleri arasında düzenlenen iptal davası ve itiraz yolu gibi bir “dava” olduğunu belirtmekte yarar vardır. Aslen Anayasa Mahkemesi; “iptal davası”, “itiraz yolu”, “siyasi parti kapatma”, “dokunulmazlığın kaldırılmasının iptali” ve “yüce divan yargılaması” olarak adlandırılabilir davalara bakmakla görevliydi, şimdi bunlar arasına öğretide ve uygulamada uzun yıllardan bu yana ihtiyacı hissedilen bireysel başvuru müessesesi de katılmıştır.

III. Bireysel Başvurunun Niteliği ve İşlevi

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin açabilecekleri bir dava türü, ancak ikincil ve yardımcı nitelikteki olağanüstü bir hukukî çaredir. Kılınç, bireysel başvuruyu, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlamaktadır.⁵

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklerin ulusal düzlemde korunması amacıyla başvurulabilecek son hukukî çaredir. Aslen, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasal normlar, diğer anayasa hükümleri gibi yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Bu nedenle yasama, yürütme ve yar-

⁵ KILINÇ, s. 23.

gı organları kamu gücünü kullanırlarken temel hak ve özgürlüklere saygı göstermekle yükümlüdürler.

Anayasaca koruma altına alınmış temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir kanun anayasa aykırıdır ve soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Aynı şekilde temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir yürütme işlemi, idari işlem ve eylemler de ya dayandıkları kanuna ya da anayasaya aykırılık oluştururlar. Bunların da yargı organları tarafından iptal edilebilmeleri mümkündür. Yine, temel hak ve özgürlükleri ihlal eden yargı kararları da nihai olarak istinaf, temyiz gibi kanun yolları sayesinde bozulabilirler. Kamu gücünün suç teşkil eden temel hak ve özgürlük ihlalleri, ceza kovuşturmasının ve yargılamasının konusu olabilir. Gerek ceza, gerek idare gerekse medeni hukukta kamu gücü tarafından yapılan temel hak ve özgürlük ihlallerinin suç, haksız fiil veya sair zararlı veya tehlikeli fiiller olarak nitelenip tazminat müeyyidesiyle karşılanması mümkündür. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla korunması tüm bu 'çare'lerin bir fayda getirmediği veya bunlara başvurulmadığı durumlarda kullanılabilecek son bir çıkış olanağı, temel hak ve özgürlüklerin hukuk devletindeki vazgeçilmez öneminden kaynaklanan son bir telafi imkanı olarak değerlendirilmelidir. İşte bireysel başvurunun işlevi de bu görünümü içinde ortaya çıkar. Gerçekten, bireysel başvurunun subjektif ve objektif olarak değerlendirilen iki temel işlevi olduğu belirtilmektedir. Bireysel başvurunun subjektif işlevi, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin anayasa yargısı yoluyla korunmasıdır; objektif işlevi ise, hukuk düzeninin korunması ve anayasa yargısı içtihatlarının geliştirilmesidir.⁶ Bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklerin korunması yolunda nihai bir ulusal hukuksal çare olması ve bireylerin temel haklarının korunması için en yüksek yargısal düzeyde çaba gösterilmesi bireysel başvurunun subjektif hakları koruma işlevinin uzantısıdır. Öte yandan anayasal içtihat yaratma konusunda en yetkin organ olan Anayasa Mahkemesinin temel hak ihlallerine ilişkin vereceği kararlar, temel haklar hukukunun tüm ülke içinde objektifleşmesine, belirlileşmesine, parçalılıktan ve muğlaklıktan uzaklaşmasına, yekneseklaşmasına ve devletin tüm organları bakımından daha tutarlı ve önceden öngörülebilir bir şekilde uygulanmasına önemli katkılarda bulunabilir. Bu işleve de hukuk devletinin objektif korunması işlevi adı verilebilir. Çeşitli yasal ve yargısal düzenler, yerine göre birinci ya da ikinci işleve ağırlık verebilirler.⁷

⁶ KILINÇ, s. 26.

⁷ Bkz. genel olarak Venedik Komisyonu Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması. Bi-

Türkiye açısından bireysel başvuru mekanizmasının kabulünün, Türkiye'den AİHM önüne götürülecek bireysel başvuruların sayısını azaltacağı ve bir “filtre” işlevi göreceği de vurgulanmıştır.⁸ Gerçekten AİHM'nin önündeki dava sayısının günden güne mahkeme tarafından baş edilemez bir şekilde artmasının önünün alınmasının, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde insan hakları alanında etkili iç hukuk yolları ihdası yoluyla mümkün olacağı AİHM yolunun ikincil niteliğinin altını çizen Interlaken Bildirisi'nde de ifade edilmiştir.⁹

IV. Bireysel Başvuru Mekanizması

A. Bireysel Başvurunun Konusu

1. Genel Olarak

Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrası herkesin, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini öngörmektedir. Paralel bir şekilde 6216 sayılı kanunun 45. maddesinin 1. fıkrası da herkesin, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini öngörmüştür. Söz konusu kanun, Anayasal hükmü daha somutlaştırmış ve temel hak ve özgürlüklerden salt AİHS kapsamındakileri değil, Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındakileri de bireysel başvuru konusu olarak kabul etmiştir.

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin İhlali

a) Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Kapsamında Korunan Temel Hak ve Özgürlükler

Anayasanın 148. maddesi ve 6216 sayılı kanunun 45. maddesi çerçevesinde bireysel başvuru hakkı kapsamında korunan temel hak ve özgürlük-

reysel başvurunun subjektif ve objektif işlevleri Alman “anayasa şikayeti” müessesesi bağlamında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nce de tanınmış ve benimsenmiştir. Ayrıntı için bkz. GÖZTEPE, ayrıca bkz. KILINÇ, s. 26 vd.

⁸ Venedik Komisyonu Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması, s. 25, paragraf 85.

⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Başkanı İsviçre'nin girişimi ile 18-19 Şubat 2010 tarihinde Interlaken'da toplanan Yüksek Düzeyli Konferans Bildirisi'nin 4. paragrafı.

ler Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Türkiye'nin taraf olduğu, ek protokolleri kapsamında bulunanlarıdır. Buna göre Anayasada güvence altına alınmış her temel hak ve özgürlük değil, bu temel hak ve özgürlüklerden aynı zamanda AİHS ve AİHS'nin Türkiye'nin taraf olduğu ek protokolleri kapsamında korunanlar bireysel başvurunun konusudur. Bu temel hak ve özgürlüklerin hangileri olduğunu bilebilmek için öncelikle Anayasa ile AİHS'ni¹⁰ ve AİHS'nin Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerini karşılaştırmak ve her iki düzleme ortak olan koruma alanını belirlemek gerekir.

AİHS'nin birinci bölümünde bu sözleşmeyle korunan temel hak ve özgürlükler düzenlenmiştir. Buna göre yaşam hakkı (Madde 2), işkence yasağı (madde 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (madde 4), özgürlük ve güvenlik hakkı (madde 5), adil yargılanma hakkı (madde 6, fıkra 1), masumiyet karnesi (madde 6, fıkra 2), sanık hakları (madde 6, fıkra 3), suç ve cezaların kanuniliği (madde 7); özel ve aile hayatına saygı (madde 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (madde 9), ifade özgürlüğü (madde 10), toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (madde 11), etkili başvuru hakkı (madde 13) ve ayrımcılık yasağı (madde 14) Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kapsamında da korunan temel hak ve özgürlüklerdir.

AİHS ile korunan bu temel hak ve özgürlüklerin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında karşılık geldiği hükümler şunlardır:

- 1) Yaşam Hakkı (AİHS, madde 2) = Anayasanın “kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı 17. maddesinin 1. fıkrası
- 2) İşkence Yasağı (AİHS, madde 3) = Anayasanın “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı 17. maddesinin 3. fıkrası
- 3) Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı (AİHS, madde 4) = Anayasanın “Zorla çalıştırma yasağı” başlıklı 18. maddesinin 1. fıkrası

¹⁰ Sözleşme metnine yapılan atıflarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü'nün AİHM'nin web sitesinde bulunan Türkçe çeviri esas alınacaktır.: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TUR_CONV.pdf (Erişim: 14. 07. 2011).

- 4) Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS, madde 5) = Anayasanın “Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19. maddesi
- 5) Adil Yargılanma Hakkı, Masumiyet Karinesi, Sanık Hakları (AİHS, madde 6) = Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesi, “Kanunî hâkim güvencesi” başlıklı 37. maddesi
- 6) Suç ve Cezaların Kanuniliği (AİHS, madde 7) = Anayasanın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesi
- 7) Özel ve Aile Hayatına Saygı (AİHS, madde 8) = Anayasanın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20., “Konut dokunulmazlığı” başlıklı 21. ve “Haberleşme hürriyeti” başlıklı 22. maddesi
- 8) Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü (AİHS, madde 9) = “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlıklı 25., “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24. maddesi
- 9) İfade Özgürlüğü (AİHS, madde 10) = “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26, “Bilim ve sanat hürriyeti” başlıklı 27. maddesi
- 10) Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü (AİHS, madde 11) = Anayasanın “Dernek kurma hürriyeti” başlıklı 33., Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı başlıklı 34. maddesi
- 11) Etkili Başvuru Hakkı (AİHS, madde 13) = Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesi, “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesi
- 12) Ayrımcılık Yasağı (AİHS, madde 14) = Anayasanın Kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesi

AİHS ve Ek Protokolleri 14 protokol olup bunlardan 9 adedi Türkiye tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiş, 4 tanesi imzalanmış fakat yürürlüğe girmemiş olup, 1 tanesi ise hiç imzalanmamıştır.

4. Protokol, 7. Protokol, 9. Protokol, 12. Protokol Türkiye tarafından imzalanmakla birlikte yürürlüğe girmemiş olanlardır. 10. Protokol ise imzalanmamıştır.

Koyulan çekinceler ise şunlardır: 1. Protokolün 2. maddesine çekince koyularak, 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Yasası kurallarının saklı tutulduğu belirtilmiştir.

1, 4, 6, 7, 12, 13, 14 No'lu Protokoller, AİHS'e taraf devletlerin imzasına açıktır.

2 No'lu Protokol, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrılmaz parçası olduğundan, artık imza ve onaya açık değildir.

3 No'lu Protokol, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrılmaz parçası olduğundan, artık imza ve onaya açık değildir.

5 No'lu Protokol, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrılmaz parçası olduğundan, artık imza ve onaya açık değildir.

8 No'lu Protokol, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrılmaz parçası olduğundan, artık imza ve onaya açık değildir.

9 No'lu Protokol, 1 Kasım 1998 tarihinde 11. Protokol yürürlüğe girdiği için feshedilmiştir.

10 No'lu Protokol, 1 Kasım 1998 tarihinde 11. Protokol yürürlüğe girdiği için anlamını kaybetmiştir.

11 No'lu Protokol, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrılmaz parçası olduğundan, artık imza ve onaya açık değildir.

Buna göre öncelikle 1 Numaralı Protokol (Ek Protokol), 6 Numaralı Protokol ve 13 Numaralı Protokol Türkiye'nin imzaladığı, onayladığı ve yürürlüğe koyduğu protokoller¹¹ olduğundan bu protokollerce güvence altına alınan mülkiyetin korunması (Ek Protokol Madde 1), eğitim hakkı (Ek Protokol Madde 2), serbest seçim hakkı (Ek Protokol Madde 3); ölüm cezasının kaldırılması (6 Numaralı Protokol, madde 1) ölüm cezasının kaldırılmasının sözleşmenin 15. maddesine dayanılarak askıya alınması yasağı (6 Numaralı Protokol, madde 3); ölüm cezasının (savaş hali vb. dahil) her durumda kaldırılması (13 Numaralı Protokol, Madde 1) ve ölüm cezasının her durumda kaldırılmasının askıya alınması yasağı (13 Numaralı Protokol, Madde 2), Ana-

¹¹ Türkiye Ek Protokolü 18 Mayıs 1954 tarihinde, 6 Numaralı protokolü 1 Aralık 2003 tarihinde, 13 numaralı protokolü 1 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe koymuştur.

yasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerden olacaktır.

Bu çerçevede akla gelen bir soru, Türkiye'nin imzaladığı, ancak onaylayıp yürürlüğe koymadığı protokoller çerçevesinde korunan temel hak ve özgürlüklerin de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru konusu olup olamayacağıdır. Bu sorunun pratik önemi büyüktür. Çünkü Türkiye'nin imzaladığı ancak henüz onaylayarak yürürlüğe koymadığı ek protokoller arasından özellikle 4 Numaralı Protokol, 7 Numaralı protokol ve 12 Numaralı protokoller kapsamında korunan borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı (4 Numaralı Protokol, Madde 1), serbest dolaşım özgürlüğü (4 Numaralı Protokol, Madde 2), vatandaşların sınırdışı edilmeleri yasağı (4 Numaralı Protokol, Madde 3), yabancıların topluca sınırdışı edilmeleri yasağı (4 Numaralı Protokol, madde 4), yabancıların sınırdışı edilmelerine ilişkin usulü güvenceler (7 Numaralı Protokol, madde 1), cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (7 Numaralı Protokol, madde 2), adli hata halinde tazminat hakkı (7 Numaralı Protokol, madde 3), eşler arasında eşitlik (7 Numaralı protokol, madde 5), ayrımcılığın genel olarak yasaklanması da önemli temel hak ve özgürlüklerdir. Bu soruya yanıt ararken Anayasasının 148. maddesinin 3. fıkrasında ve 6216 sayılı kanunun 45. maddesinde geçen "Türkiye'nin taraf olduğu" ifadesini referans alarak bir değerlendirmeye varmaya çalışmak gerekir kanısındayız. Türkiye, mezkur protokolleri, henüz onaylayıp yürürlüğe koymamış olsa da uluslararası hukuka göre o protokollere "taraf" olmuştur.

Aynı bağlamda akla gelen bir başka soru AİHS'nin 15., 16., 17. ve 18. maddesinde yer alan ve olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınması, yabancıların siyasal etkinliklerin kısıtlanması, hakları kötüye kullanma yasağı ve haklara getirilecek kısıtlanmaların sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru çerçevesinde de uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Daha genel bir ifade ile, Anayasasının 148. maddesinde ve 6216 sayılı kanunun 45. maddesinde sözü edilen temel hak ve özgürlükler, sadece "koruma alanı" açısından mı bireysel başvuru konusudur yoksa, söz konusu temel hak ve özgürlükler AİHS'nde düzenlenen ve koruma alanı ile sınırlar sistemini de içeren bütün "rejimleri" açısından mı bireysel başvuru konusudur? Anayasasının 148. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Anayasa-da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri" ifadesinden bireysel başvuru konusu olabilecek hak ve özgürlüğün AİHS bir bütün olarak koruma alanına gi-

ren hak ve özgürlüklerin anlaşılması gerektiği kanısındayız. Öte yandan 148. maddenin 1. fıkrası “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler” biçiminde düzeleme öngörürken “bireysel başvuruları karara bağlar” hükmünü öngörmektedir. Bu çerçevede bireysel başvuruyu karara bağlamak, bireysel başvuru konusu olan ve kamu gücü tarafından yapılan işlem, eylem ya da ihmalin sadece Türk Anayasasının temel hak düzenine uygun olup olmadığını değil, aynı zamanda ve özellikle AİHS’ne de uygun olup olmadığını denetlemektir. Söz konusu olan bir “uygunluk denetimi” değil, “karar” neticesi doğuracak olağanüstü bir kanun yolu, bir “dava”dır. Ayrıca Anayasasının 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesi usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir. 148. madde ile 90. maddenin son fıkrasının birlikte değerlendirilmesinden Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerinde AİHS hukukunu da doğrudan gözeteceği ortaya çıkmaktadır.

Bir hak ve özgürlük Anayasada güvence altına alınmışsa, aynı özgürlük için AİHS’nde kullanılan başka bir terimin kullanılması, bireysel başvuru mekanizması bakımından önemli değildir. Şüphesiz o hak ve özgürlük de bireysel başvuru konusu olabilir.

Ek protokoller de göz önünde tutulduğunda yukarıda sayılan temel hak ve özgürlüklerin yanında aşağıda sayılan temel hak ve özgürlükler de bireysel başvuruya esas olacak temel hak ve özgürlüklerden olacaklardır:

13) Mülkiyet hakkı (AİHS 1 Numaralı Protokol, madde 1) = Anayasasının 35. maddesi¹²

14) Eğitim ve öğrenim hakkı (AİHS 1 Numaralı Protokol, madde 2)¹³

¹² SABUNCU/ARNWINE’e göre AİHM kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesini de mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla Anayasasının kamulaştırma ve devletleştirme ilişkin düzenlemeleri (md. 46 ve 47) de bu bağlamda önem taşımaktadır (SABUNCU/ARNWINE).

¹³ Hükmün birinci cümlesi eğitim hakkını güvenceye almaktadır. SABUNCU/ARNWINE, AİHM kararına göre ilgili hükmün aynı zamanda ailenin çocuğu yetiştirme hakkını ve devletin, ailenin çocuğun nasıl yetiştirilmesi ve ne tür eğitim verilmesine ilişkin düşüncelerine saygı duyması zorunluğunu da içermekte olduğunu vurgulamıştır. İkinci cümle ise “ebeveynin bu eğitimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre temin etme” hakkından söz etmektedir.

- 15) Serbest seçim hakkı (AİHS 1 Numaralı Protokol, madde 3)¹⁴
- AİHS'nin Türkiye'nin imzaladığı 4. ve 7. protokollerinde yer alan, aynı zamanda Anayasada da yer alan ve bu nedenle bireysel başvuruya esas olmasını savunduğumuz hak ve özgürlükler ise şunlar olacaktır:
- 16) Sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı (4 Numaralı Protokol, madde 1) = Anayasanın 38. maddesinin 8. fıkrası
- 17) Seyahat ve yerleşme özgürlüğü (4 Numaralı Protokol, madde 2) = Anayasanın 23. maddesi
- 18) Vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı (4 Numaralı Protokol, madde 3) = Anayasanın 23. maddesinin 6. fıkrası
- 19) Eşler arasında eşitlik (7 Numaralı Protokol, madde 5) = Anayasanın 41. maddesinin 1. fıkrası
- 20) Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasağı ile meşru yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usulî güvenceler, yabancıların keydi olarak sınır dışı edilmeleri yasağı (4 Numaralı Protokol, madde 4; 7 Numaralı Protokol madde 1) = Anayasanın 16. maddesi (milletlerarası hukuka uygun olma koşulu)

Anayasanın 174. maddesi uyarınca, Tevhid-i Tedrisat Kanununun hiçbir hükmü Anayasaya aykırı olarak anlaşılabilir ve yorumlanamaz. Türkiye, söz konusu protokolü Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tutarak onaylamıştır (SABUNCU/ARNWINE).

¹⁴ Sözleşmenin ilgili maddesine göre “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.” Bu çerçevede serbest ve gizli oyla seçim yapılması ile bireysel seçim hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın seçme ve seçilme hakkını (67. madde.); TBMM seçimlerinin genel oyla yapılmasını (75. madde) öngören hükümler bu maddenin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki karşılığıdır. SABUNCU/ARNWINE buna ek olarak milletvekili seçilme yeterliğini (76. madde); TBMM'nin seçim dönemini (77. madde); seçimlerin geriye bırakılmasını ve ara seçim usulünü (78. madde); seçimlerin genel yönetimini (79. madde); TBMM başkanlık divanının kuruluşu ve işleyişini (94. madde); Cumhurbaşkanı seçilme yeterliğini (101. madde); seçimini (102. madde); görev ve yetkilerini (104. madde); yapılacak genel seçimler öncesinde geçici bakanlar kurulu oluşturulmasını (114. madde); ve TBMM seçimlerinin Cumhurbaşkanı'nca yenilenmesini (116. madde) düzenleyen hükümlerinin söz konusu serbest seçim hakkına ilişkin olduğunu ifade etmektedir (SABUNCU/ARNWINE). Anayasanın 67. maddesinin 2. fıkrası “yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının” oy hakkını garanti etmektedir.

- 21) Bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma hakkı (7 Numaralı Protokol, madde 2) = Anayasanın 36. maddesinin 1. fıkrası ve 40. maddesinin birinci fıkrası (hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma)
- 22) Haksız hüküm giyen kişiye tazminat hakkı (7 Numaralı Protokol, madde 3) = Anayasanın 40. maddesi
- 23) Aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama (7 Numaralı Protokol, madde 4) = Anayasanın 36. maddesinin 1. fıkrası, 38. maddesi.

Halihazırdaki anayasal ve yasal düzene göre bu sayılanlardan olmayan temel haklar için bireysel başvuru imkanı bulunmamaktadır. “Evlenme hakkı” örneğinde olduğu gibi AİHS’de düzenlenip Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yer almayan hak ve özgürlükler için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı söz konusu olamayacaktır.¹⁵ Bununla beraber herhangi bir hak, Anayasa tarafından korunan ve bireysel başvuruya konu olabilen başka bir hakkın koruma alanı içinde ise, bireysel başvuru yolu o hak için de mümkün olabilmelidir.¹⁶

b) İhlal Kavramı

Anayasanın 148. maddesi ve 6216 sayılı kanunun 45. maddesi, belirli temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından *ihlal* edilen kimselerin Anayasa Mahkemesine bireysel olarak başvurabileceğini düzenlemiştir. Bu çerçevede ihlalin ne anlama geleceği de tartışılmalı ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun konusu olan temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi gereklidir.

Başvuru konusu olabilecek temel hak ve özgürlüklerden birinin “ihlal edildiği iddiasıyla” Anayasa Mahkemesine başvurmak, başvuru dilekçesinde başvuru konusu olarak bir temel hak ve özgürlük ihlalinin göstermeyi gerektirir. Bireyin, güvence altına alınan temel hak ve özgürlüğün koruma alanına giren ihmali veya icrai bir davranışta bulunması kamu gücü tarafından önemli ölçüde zorlaştırılıyor veya olanaksız kılınıyorsa ve kamu gücünün bu zorlaştırması veya olanaksız kılması bir hukuka uygunluk sebebine dayanmıyorsa ortada bir ihlal vardır.¹⁷

¹⁵ Aynı yön. SABUNCU/ARNWINE.

¹⁶ Aynı yön. SABUNCU/ARNWINE.

¹⁷ Bkz. BVerfG, 1 BvR 670/91 vom 26.6.2002, Absatz-Nr. 77 ff.).

İhlal kavramı ile anlatılmak istenen bir temel hak ve özgürlüğün koruma alanına yapılan hukuka aykırı bir müdahaledir. Bu müdahale, bir işlem, eylem ya da ihmal biçiminde ortaya çıkabilir [6216 sayılı kanun, m. 46 (1)]. Bu çerçevede ihlal, temel hak ve özgürlük olarak güvence altına alınmış bulunan belirli bir davranışın herhangi bir hukuka uygunluk sebebine dayanmadan veyahut geçersiz bir hukuka uygunluk sebebine dayalı olarak zorlaştırılmasıdır. Zorlaştırma, davranışa getirilen bir sınırlamadır, bu sınırlama temel hak ve özgürlükten yararlanmak isteyen davranışına getirilen yasak veya müeyyide olabileceği gibi, yasak ya da müeyyide sayılmayan bir başka külfet ya da zahmet de olabilir.

Örneğin ceza hukuku uygulamaları bakımından bir ihlalden söz edebilmek için, ceza yasasının amacının (önemli kamusal veya bireysel değerleri koruma) gerçekleştirilmesi yolunda bir temel hak veya özgürlüğün meşru olarak sınırlanıp sınırlanmadığının belirlenmesine yönelik olarak kabul edilmiş olan “ölçülülük” temel ilkesine uyulup uyulmadığının belirlenmesi de gerekir. “Ölçülülük” ilkesinin alt ilkeleri olan “elverişlilik”; “zorunluluk-gereklilik” ve “orantılılık” tahlili bu açıdan önem taşır. Bu ilkelerin somutlaştırılmasında, ceza yasasıyla korunan hukuksal değerlerin önemi ile cezanın ağırlığı arasında doğru orantı kurulabilmelidir.¹⁸

“Elverişlilik” tahlili; işlemin ya da eylemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik bir tahlildir. Sınırlayıcı işlemin ya da eylemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını tahlil edilmesi “zorunluluk-gereklilik” tahlilidir. İşlemin veya eylemin amacı ve o amaca ulaşmak için kullanılan araç gözetilerek bireye ölçüsüz bir yükümlülük getirilip getirilmediğinin belirlemesi ise “orantılılık” tahlilidir. Bu çerçevede ihlal, bir temel hak ve özgürlüğe ölçüsüz (elverişsiz veya lüzumsuz veyahut orantısız) biçimde müdahale eden bir işlem ya da eylemdir.¹⁹ “... Temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge kurulmalıdır.”²⁰ Bu dengenin gözetilmediği yerde ihlal söz konusudur.

¹⁸ Bkz. örneğin düşünce özgürlüğü bakımından Öykü Didem AYDIN: “YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış”, *Hukuki Perspektifler Dergisi-HPD* (Mayıs 2006), ss. 119–144.

¹⁹ AYDIN, a.g.e.

²⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.1999/1, K.1999/33, T. 20.7.1999, AMKD Sayı 36, s.579.

İhlalin var olup olmadığını belirleyebilmek için öncelikle herhangi bir temel hak ve özgürlüğün koruma alanına müdahalenin söz konusu olup olmadığını belirlemek gerekir. Aslen, çoğunlukla temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilen kişiler bireysel başvuru yoluna gidecek ve aleyhine bireysel başvuruda bulunulan müdahalenin bir ihlal olup olmadığını Anayasa Mahkemesi belirleyecektir. 6216 sayılı kanunun 45. maddesinin 1. fıkrası da bir ihlal iddiasından söz etmektedir. İhlalin var olup olmadığı incelenmeye başlanmadan önce, başvurucunun temel hak ve özgürlüklerine kamu gücü tarafından *müdahale* edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekir. Kamu gücünün ihmali bir davranışı aleyhine bireysel başvuruda bulunulmuş ise bu ihmalin en başta kamu gücünün yükümlülüğü kapsamında bulunması gerekir ki bir ihmalden söz edilebilsin. Öte yandan kamu gücünün yükümlü olduğu bir davranışta bulunmamasının belirli bir temel hak ve özgürlüğü sınırlamış olması gerekir.

Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği için (6216 sayılı kanun, madde 46 (1) ihlale yol açan işlem, eylem ya da ihmali başvuru sırasında mevcut veya yürürlükte veyahut başvuran açısından hüküm ve sonuçlarını sürdürmekte olmalıdır. Ancak bu durum, cezanın infazı, belirli bir para cezasının ya da tazminatın ödenmiş olması vb. gibi hüküm ve sonuçlarını tamamlanmış bazı işlem, eylem ya da ihmallerden dolayı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamamasını gerektirmez.

c) Kamu Gücü Tarafından İhlal

Bireysel başvuru mekanizmasıyla korunan temel hak ve özgürlüklerin ihlali kamu gücü tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır. Kamu gücünden kasıt, en başta yasama, yürütme ve yargı organları²¹ ve bu organlara tabi olan mercilerdir. Bireysel başvuru kamu gücünün icrai ya da ihmali bir eylemine ya da işlemine karşı yapılacaktır. Kendisine karşı bireysel başvuruda bulunulan kamu gücü, Türkiye Cumhuriyeti'ne ait olmalı veya Türkiye Cumhuriyeti adına kullanılmalıdır. Yabancı, uluslararası veyahut uluslar-üstü kamu gücü kullanımlarına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacaktır. Türkiye Cumhuriyetinin kamu gücünü tanımlarken AİHS'nin 1. maddesinde geçen "yetki alanı" kavramından ve "yetki alanı" ile ilgili olarak uluslar arası insan hakları hukukunda gelişen içtihatlardan yararlanılabilir. Bu itibarla Türkiye'nin yet-

²¹ GÖZTEPE, s. 22.

ki alanı içinde, Türkiye kamu gücüne atfedilebilir biçimde gerçekleşmiş temel hak ve özgürlükler ihlalleri konu edilerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilecektir. AİHM *Banković* davasında AİHS'nin 1. maddesi bağlamında “yetki alanı”nı tartışırken uluslararası hukuk perspektifinden değerlendirmelerde bulunmuş, mahkemenin devletin yetki alanını belirlerken uluslar arası hukukun ilgili her kuralını göz önüne alması gerektiğini ve ona göre uluslar arası hukuka egemen olan ilkeler muvacehesinde devletin sorumluluğunu belirlemesi gerektiğini, bununla beraber sözleşmenin bir insan hakları sözleşmesi olarak özel karakterini de gözardı etmemesi gerektiğini ifade etmiştir.²² Gerçekten uluslararası hukuk düzeni perspektifinden herhangi bir devletin yetki alanını belirlemek için kullanılan ölçütlerle o devletin tabir caiz ise “insan hakları yetki alanı”nı belirlemek için kullanılan ölçütler örtüşmeyebilir. Çünkü bir devletin egemen yetkilerini uluslararası hukuk çerçevesinde kullanmasının normatif olarak belirlenmesi ile bir devletin insan hakları yükümlülüklerini ilgilendirebilecek ölçüde kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığının fiili olarak belirlenmesi birbirlerinden farklı tahliller olabilir. Devletin uluslararası hukuk çerçevesindeki egemen yetkileri ile insan hakları yükümlülükleri çerçevesindeki egemen yetkileri ayrı ayrı değerlendirilmelidir.²³

Alman “anayasa şikayeti” sisteminden farklı olarak, yeni Türk bireysel başvuru sisteminde yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru imkanı yoktur. Bununla birlikte düzenlemelere dayanan uygulanma işlemlerinin temel haklara aykırılığı, salt düzenleyici işlemlerin temel haklara aykırı olmasından kaynaklanmışsa kanımızca Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla bunların da bir ihlale yol açtığını tespit edebilmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Anayasa Mahkemesi'nin bu durumda, somut ihlale yol açan kanunun veya düzenleyici idari işlemin anayasaya aykırılığını değil, bireysel başvuru mekanizmasıyla korunan temel haklara aykırılığını inceleyecektir.

²² *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application no. 52207/99, ECtHR GC,

Decision (12 December 2001) paragraf 57.

²³ Bkz. AİHM kararı hakkında farklı bir değerlendirme ama neticede aynı yön. Rain LIIVOJA, “Review of Jurisdiction in International Law by Cedric Ryngaert”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 18 (2008), ss. 397-401, s. 397. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=rain_liivoja&seid=1#search=%22Review%20Jurisdiction%20International%20Law%20by%20Cedric%20Ryngaert%22 (Erişim 25. 07. 2011). Bu hususta genel ol. bkz. Marko MİLANOVIĆ, ‘From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties’, *Human Rights Law Review*, vol. 8 (2008), ss. 411-448.

Bireyler için bağlayıcı ve emredici kamu gücü işlemleri bireysel başvuru konusu olabilir. Bağlayıcı olmayan yönergeler, kurum içi görüş bildirimleri, bilirkişi raporları, bireysel başvuru konusu olamaz.²⁴

Öte yandan ihlale yol açtığı ileri sürülen eylemin ya da işlemin kendisi kamusal bir işlem olarak geçerli olmak zorunda değildir, bireysel başvuruya konu olabilmek bakımından eylemin ya da işlemin “kamu gücü tarafından” gerçekleştirilmesi yeterlidir. Bu, eşyanın tabiatı gereğidir çünkü örneğin işkence, kötü muamele vb. temel hak ihlallerinin kamusal bir işlem ya da eylem sayılması mümkün değildir. İdam, işkence, kötü muamele vb. işlem ve eylemlerin herhangi bir kanuna, yönetmeliğe veyahut bir emre dayanması, dayanabilmesi söz konusu olmadığından, bu eylemleri gerçekleştirenler aslen ‘keyfi muamele’de bulunmakta, geçerli bir kamusal görev ifa etmemektedirler. Kamu gücünü elinde bulunduranların işledikleri bu gibi ‘suç’lar da şüphesiz, kamu gücüne mensup kimseler tarafından gerçekleştirildikleri için bireysel başvuruya konu olacaklardır. Bu gibi “suç”lar doğrudan kamu görevlileri tarafından değil de onların bilgi ve talimatı ile özel kimseler tarafından işlenmeleri halinde de bireysel başvuru mümkündür.

Kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmaline dayanak olarak gösterdiği kanunun ya da düzenleyici idari işlemin, temel hak ve özgürlüklere uygun olduğu durumlarda gerçekleştirilen her temel hak ve özgürlük ihlali aslen dayanak kanuna ya da düzenleyici idari işleme de aykırı olacaktır. Bu açıdan bakıldığında her temel hak ve özgürlük ihlali, aynı zamanda ya bir kanuna ya da anayasaya aykırılıktır. Her temel hak ve özgürlük ihlali aynı zamanda bir suç olmak zorunda değilse de ihlaller arasında suç teşkil eden çok sayıda işlem ya da eylem olacaktır. Bu nedenle 6216 sayılı kanunun 50. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak Anayasa Mahkemesi’nin suç teşkil eden insan hakları eyleminde bulunan kimseler hakkında ceza kovuşturması başlatılabilesine de hükmedebilmesi gerekir. 50 maddenin 1. fıkrası “Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir” biçimindedir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru genellikle bir yargı organı kararına karşı veya başka bir kamu gücü tarafından gerçekleştirilen ihlal nedeniyle karşı başvuru olan yargı organlarından bir netice alınmaması halinde yapılacaktır.

²⁴ Aynı yön. Alman hukuku açısından GÖZTEPE, s. 44.

Yargı organının ihmaline karşı bireysel başvuru mümkündür. Göztepe'nin Alman "anayasa şikayeti" kurumu ile ilgili olarak ifade ettiği gibi yeni Türk bireysel başvuru hukukunda da Anayasanın öngördüğü somut norm denetiminin koşulları mevcutken, hakimin sorunu Anayasa Mahkemesi'ne götürmemesi, davanın ilgili tarafını doğal hakiminden mahrum bırakmak anlamını taşır ve "anayasa şikayeti"nin konusu olabilir.²⁵

Eğer temel hak ve özgürlük ihlali olarak kabul edilebilecek bir idari işlem ya da eylem, daha önce anayasaya aykırılığı iddia edilmemiş, ancak anayasaya (temel haklara) aykırı bir kanuna dayanıyorsa, bu idari işlemin ya da eylemin iptali için başvurulmuş yargı organının talebe rağmen somut norm denetimi yoluna başvurmaması (yani işlem ya da eylemin dayandığı kanunu Anayasa Mahkemesi önüne götürmemesi) de bireysel başvuru konusu olabilir. Bu noktada, yargılama sırasında idari işlemin dayandığı düzenleyici işlemin anayasaya aykırı olduğu yolunda bir iddia ortaya koyup somut norm denetimi talep etmeyen davacıların dava sonunda uygulanan yargı kararı aleyhine yaptıkları bireysel başvuruda, idari işlem veya eylemin dayandığı düzenleyici işlemin temel haklara aykırı olduğu iddiasında bulunup bulunamayacakları da tartışma konusu olabilir. Kanımızca bu gerekçeyle bireysel başvuru mümkün olabilmelidir. Çünkü bir dava sürerken ortaya konabilen anayasaya aykırılık iddiası, bir yargısal başvuru yolu değil, bir yargısal başvuru yolu içinde bulunan bir taleptir. Böyle bir talebin, bir yargısal yolda ileri sürülmemiş olması, o iddianın ortaya konabileceği olağanüstü bir yargısal yol olan bireysel başvuruyu etkileyememelidir. Varsayalım bir ceza normu, ifade özgürlüğünü anayasaya aykırı olarak sınırlıyor olsun. Normun öngördüğü suçu işlediği iddiasıyla yargılanan sanık, yargılama boyunca, yargılamaya dayanak olan kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunmuyor. Sanık mahkum oluyor ve cezası kesinleşiyor. Mahkum, kesin mahkumiyet kararına karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunurken, mahkumiyete dayanak olan kanunun temel haklara (örneğinimizde ifade özgürlüğüne) aykırı olduğunu ileri sürebilmeli ve Anayasa Mahkemesi de kanunun ifade özgürlüğünü anayasaya aykırı olarak sınırlayıp sınırlamadığını tahlil edebilmelidir. Bununla beraber Alman anayasa şikayeti mekanizması bakımından sistemi şikayet sahibinin olağan yargı yerlerinde usulüne uygun olarak dava konusu etmediği bir temel hak ihlaline karşı Federal Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvurunun Federal Anayasa Mahkemesi tarafından işin esasına girilmeksizin reddedileceği belirtilmiştir.²⁶

²⁵ GÖZTEPE, s. 48.

²⁶ MELLINGHOF, s. 43 = http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf

Yine Alman “anayasa şikayeti” müessesesi bakımından Anayasa ve ilgili kanunda idari işlemlere karşı da “anayasa şikayeti”nde bulunulabileceği belirtilmekle beraber, bunun pratikte çok ender gerçekleşebilmekte olduğu kaydedilmiştir.²⁷ Çünkü bu çerçevede öncelikle kanun yollarına başvurularak kanuna ya da anayasaya aykırılık giderilmeye çalışılmalıdır.²⁸ Kanun yollarından sonuç alınmadığı durumlarda, “anayasa şikayeti”ne başvurulabilir.²⁹ Fakat o noktada artık davanın konusu yalnızca idari işlem ya da ihmal değil, başvuru kanun yollarında ihlali gideremeyen mahkeme kararlarıdır.³⁰ Doğrudan idari işleme karşı “anayasa şikayeti”ne, ancak kanun yollarının tüketilmesi koşulunun istisna hallerinde başvurulabilir.³¹

Herhangi bir mahkeme kararı, kamu gücünün uygulanması anlamına geldiğinden iki özel hukuk kişinin karşı karşıya olduğu özel hukuk yargılamasında verilen mahkeme kararlarına karşı da bireysel başvuru geçerlidir.³²

d) Bireysel Başvuru Konusu Olamayacak İşlemler

(1) Temel Hak İhlâlinin Kanun Veya Kanun Hükmünde Kararname Hükmünden Kaynaklanması Meselesine Dair Bir Tartışma

6216 sayılı kanunun 3. fıkrası yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine

doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvurunun konusu olmayacağını öngörmektedir.

Yasama işlemleri, yasama organı tarafından yapılan işlemlerdir. Bunlar parlamento kararları ve kanunlardır. Buna göre parlamento kararları ve kanunlar aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacaktır.

Parlamento kararları ve kanunlar aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamaması, bunlar aleyhine yapılacak dolaylı temel haklara aykırılık iddialarını etkileyememelidir. Yukarıda değindiğimiz gibi, bireysel başvuruda bu-

²⁷ GÖZTEPE, a.g.y.

²⁸ GÖZTEPE, a.g.y.

²⁹ GÖZTEPE, a.g.y.

³⁰ GÖZTEPE, a.g.y.

³¹ GÖZTEPE, a.g.y.

³² HASSEMER, “V. Anayasal Denetimin ve Kararın Kapsamı” başlıklı bölüm.

lunan kimsenin bir temel hak ve özgürlüğünün ihlali, anayasanın temel hak ve özgürlükler rejimine aykırı olan bir kanundan kaynaklanıyorsa, Anayasa Mahkemesi, bu aykırılığı da tespit edecektir. Peki bu durumda Anayasa Mahkemesi kanunu iptal edebilecek midir? 6216 sayılı kanunun 50. maddesi, esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verileceğini, ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceğini öngörmektedir. Özellikle temel haklara aykırı yasaların uygulanmasından doğan temel hak ve özgürlük ihlalleri bakımından verilecek kararlarla ilgili olarak bu hükmün pek de isabetli olmadığını ifade etmek gerekir. Aslen örneğin Federal Alman veya Azerbaycan³³ sisteminde olduğu gibi bireylerin kanunlar aleyhine de Anayasa Mahkemesi nezdinde doğrudan bireysel başvuru yapabilmeleri yolunun benimsenmesi daha doğru olurdu. Bu yolun seçilmemiş olması bir tarafa, kanundan kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlalleri söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesinin kanunu iptal edebileceğinin öngörülmemiş olması da isabetsizdir. 50. maddenin 1. fıkrası “ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere” hükmedileceğini öngörmektedir ancak bu hükmün tartışma konumuz açısından kime nasıl hitap edeceği pek de açık değildir.

Eğer bizatihi kanunun temel haklara aykırı olmasından kaynaklanan bir işlem nedeniyle ihlal halinde Anayasa Mahkemesi, kanunu doğrudan iptal edemeyecekse muhtemelen ya 50. maddenin 2. fıkrasına göre “ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere” dosyayı ilgili (yani tartışma konusu kanunu uygulayan) mahkemeye gönderecek ya da kanunun yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılmasına, ilga edilmesine hükmedecektir. Birinci durumda dosya kendisine geri gönderilen mahkeme, yürürlükteki bir kanunu uygulamak zorunda olduğundan Anayasa Mahkemesince ihlal sayılmış bulunan aynı kararı vermek durumunda kalabilecektir. Şüphesiz mahkeme, Anayasa Mahkemesinin geri gönderme işleminden sonra başlattığı yeniden yargılama esnasında tartışma konusu kanunu somut norm denetimine tabi tutabilir. Bu kere kanun somut norm denetimi yoluyla yeniden Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilir. Bu durumda mahkeme 6216 sayılı kanunun “Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi” başlıklı 40. maddesine göre itiraz yoluna gitmiş olur. İkinci olasılıkta Anayasa Mah-

³³ ALİYEV, s. 63; Azerbaycan'da “yasama ve yürütmenin normatif hukukî işlemleri”nin anayasa şikayetine konu olabileceği düzenlenmiştir (Aliyev, s. 64).

kemesi temel haklara aykırı kanunun ilga edilmesine hükmedebilir. Bu ilga işlemini gerçekleştirecek organ yasama organı olduğuna göre, Mahkeme yasama organına bir eylemde bulunmasını hükmetmiş demek olacak, yasama organının bu hükme uymayan üyeleri muhtemelen yargı kararlarını yerine getirmekten dolayı sorumlu olacaktır.

Aslen kanunun tasarısında bu sorunun çözümü öngörülmüştü. Başbakanlıkça 11. 01. 2011 tarihinde TBMM'ne gönderilen Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı gerekçesinde³⁴ bölümlerin, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varmaları durumunda, bu düzenlemelerin iptali istemiyle konuyu itiraz yoluyla Genel Kurula götürme imkânından bahsedilmişti. Gerçekten hükümet tasarısında toplam 9 fıkradan oluşan 49. maddenin 6. fıkrası olarak aşağıdaki düzenleme bulunuyordu:

“(6) Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.”

11.01.2011 tarihinde TBMM'ne gönderildikten sonra Anayasa Komisyonununun 26 Ocak 2011 tarihli toplantısında görüşülmesine başlanılan “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı” (1/993)’nın bir alt komisyonda değerlendirilmesine karar verilmiştir. Alt Komisyon 27, 28 Ocak, 1, 2, 3, 9 ve 17 Şubat 2011 tarihli toplantılarında Adalet ve Maliye Bakanlıkları ile Anayasa Mahkemesinden yetkililerin katılımıyla Tasarıyı incelemiştir.³⁵ Alt komisyon söz konusu fıkraı metinden çıkarmıştır.

Kanun alt komisyonda tartışılırken 49. maddenin 6. fıkrasının metinden çıkarılmasının nedeni ve buna önyak olan milletvekili İsa Gök’ün görüşleri şöyle açıklanmıştır:

“...İsa Gök, komisyonlar ve bölümlere Yargıtay’a dahi verilmeyen birlikliği ve keşif imkanı verilmesine itiraz etmiştir. Ayrıca altıncı fıkra da Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası açma imkanı yaratıldığını söyle-

³⁴ TBMM Resmi İnternet Sitesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf> (Erişim 27. 07. 2011).

³⁵ TBMM Resmi İnternet Sitesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf> (Erişim 27. 07. 2011); S 14.

miştir. Anayasa Mahkemesi hem hakim hem savcı durumuna düşürülmemelidir. Diğer üyelerimiz de bu itirazlara aynen katılmışlardır. Ayhan Sefer Üstün bölümlerde görev yapan üyelerin genel kurula da katılacaklarını bunun, sakinliği olacağını, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapması gerektiğini söylemiştir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır. Bu görüşler doğrultusunda maddenin üçüncü fıkrasının, bilirkişi incelemesi ve keşifle ilgili bölümü ayrıca altıncı fıkrası metinden çıkarılmıştır...³⁶

Bu şekilde oluşan metin daha sonra Anayasa Komisyonu'nda da, komisyonun 7/3/2011 tarihli raporundan³⁷ anlaşıldığı gibi bir tartışma olmadan benimsenmiş ve Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği metinde hükümet tasarisında bulunan 49. maddenin 6. fıkrası bulunmamıştır.³⁸ Neticede Anayasa komisyonunun kabul ettiği metinde 49. madde 8 fıkradan oluşmuştur.

Kanun koyucunun, Anayasa Mahkemesinin, incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığını tespit ettiği durumlarda ne şekilde hareket edileceğini, hangi karara varacağını boşlukta bırakması çok yanlış olmuştur. Böyle durumların bireysel başvurularda sık sık ortaya çıkacağını tahmin etmek bir kehanet sayılmamalıdır.

Her durumda –bir yasama işlemi aleyhine doğrudan bireysel başvurunun kabul edilmemiş olması yüzünden- “iptal”in 50. maddeye göre verilecek kararlar arasında sayılmamış olması, başvuranın, tartışma konusu kanunun anayasaya aykırı olması nedeniyle temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini öne sürebilmesini engellememelidir. Böyle bir durumda inceleme yapan Bölüm acaba, kanunda yer almamasına rağmen durumu Genel Kurul'a götürebilir mi? Bu kabul, kanunun yapılış süreci göz önüne alındığında kanun koyucunun amacına ters görünmektedir. Fakat önemli bir meseledir. O hal-

³⁶ TBMM Resmi İnternet Sitesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf> (Erişim 27. 07. 2011).

³⁷ TBMM Anayasa Komisyonu'nun 7.3.2011 tarihli Raporu, Esas No.: 1/993, Karar No.: 23, TBMM Resmi İnternet Sitesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf> (Erişim 27. 07. 2011).

³⁸ TBMM Resmi İnternet Sitesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf> (Erişim 27. 07. 2011), s. 127.

de bu mesele nasıl çözülecektir? Kanun koyucunun amacı gözetilerek bir karara varılacak olursa böyle durumlarda Mahkemenin dosyayı “itiraz” yoluna başvurması gerektiği hükmü ile “ilgili mahkeme”ye geri göndermeli ve ilgili mahkeme de Anayasa Mahkemesi’nin hükmüne uygun olarak somut norm denetimi (itiraz) mekanizmasını işletmeye başlamalıdır. 50. maddenin 2. fıkrasına göre yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar verecektir. Ancak 50. maddenin 2. fıkrasına göre tespit edilen ihlâl *bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa*, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Bu dolambaçlı çözüm de ihlalin mahkeme kararından değil, kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklanması durumunda pek uygun görünmemektedir.

Biz her durumda tartıştığımız sorunda böyle dolambaçlı yolların işletilmesine gerek olmadığını düşünüyor ve temel haklara aykırı bir kanunun uygulanmasından doğan ihlallerde bölümlerin de “itiraz” yoluyla durumu Genel Kurul önüne getirebilmesini ve Genel Kurul’un da kanunun ya da kanun hükmünde kararnamenin doğrudan iptali yolunun açılabilmesini savunuyoruz. Bu yorum, kanun koyucunun amacına aykırı görülebilir ancak Anayasanın “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî

kanaatlerine göre hüküm verirler” yolundaki 138. maddesi hükmüne, 148. maddesinin 3. fıkrasına ve 152. maddesinde düzenlenen somut norm denetimi mantığına ve ruhuna uygundur. Çünkü herhangi bir mahkeme (örneğin tek hakimden oluşan bir sulh hukuk ya da sulk ceza yargıçısı) bir davada uygulaması gereken bir kanunu somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirebiliyorsa, Anayasa Mahkemesi’nin, bir dava³⁹ sayılan, bireysel başvuruya bakan bir bölümü de, bireysel başvuru davasında anayasaya aykırı bulduğu (temel haklara aykırı bulduğu) bir kanunu Genel Kurul önüne evleviyetle götürebilmelidir. Şüphesiz, bölümler bireysel başvuruları inceleme kapsamında herhangi bir kanunu uygulamadıkları için bu yorumumuzun özellik-

³⁹ Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce iptal ve itiraz davalarında kendisini “davaya bakan mahkeme” olarak görmüyordu. Bununla birlikte yürürlüğün durdurulması meselesinin tartışma konusu olduğu 1993/40-2 sayılı kararında, görülmekte olan işin bir dava olduğunu, mahkemenin de davaya bakmakta olan mahkeme olduğunu kabul etmiştir (Esas 1993/33, Karar 1993/40-2, AMKD, 29/1, s. 564-604); Ayrıntılar iç. bkz. BAŞLAR, V. Bölüm, s. 81 vd.

le 6216 sayılı kanunun “Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi” başlıklı 40. maddesinin çerçevesine pek uymayan zorlama bir yorum olduğu iddia edilebilir. Çünkü 40. maddenin 1. fıkrası bir davaya bakmakta olan mahkemenin, *bu davada uygulanacak* bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesinden veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmasından bahsetmektedir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyu inceleyen bölümünün bireysel başvuru davasına bir kanun ya da kanun hükmünde kararname uygulayacak değildir. Bununla beraber Anayasanın bireysel başvuruyu düzenleyen hükümleri de Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasına uygun olmak zordur. 148. maddenin 3. fıkrası herkesin, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini öngörmüştür. Yasama organının da kamu gücü olduğu gerçeğinin yadsınamaması karşısında, bir kanunun ya da kanun hükmünde kararnamenin anayasaya aykırı olması yüzünden temel hak ve özgürlükleri ihlal edilenler bireysel başvuruda bulunabilmelidir. Peki bu yol pozitif hukukun sınırları içinde nasıl açılabilir?

Kanımızca, öncelikle, 6216 sayılı kanunun, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını öngören, 45. maddesinin 3. fıkrasının anayasaya aykırı olduğunu tespit etmek gerekir; çünkü Anayasanın 148. maddesi “kamu gücü tarafından” yapılan ihlallerden bahsetmekte ve bu çerçevede yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemleri bireysel başvuru mekanizması dışında tutmamaktadır. Şu halde, Anayasa Mahkemesinin herhangi bir bireysel başvuruya bakmakta olan bölümü, temel hak ihlalinin doğrudan doğruya bir kanun hükmünden kaynaklandığını tespit etmişse bu kanun hükmünü iptal etmeden önce bizatihi 6216 sayılı kanunun yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine bireysel başvuruda bulunulamayacağını öngören 45. maddesinin 3. fıkrasını (bu fıkra davada, yani bölüm nezdinde görülen bireysel başvuruda, uygulanacak norm olduğundan) somut norm denetimi yoluyla Genel Kurul önüne getirebilir. Bir kere somut norm denetimi yolu ile Genel Kurul önüne getirilen 45. maddenin 3. fıkrası iptal edildikten sonra artık doğrudan doğruya yasalardan kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlalleri de tespit edilip Anayasa Mahkemesinin bu yasaları iptal edebilme olanağı da doğmuş olur. Paralel bir yorum kanun hükmünde kararnameler açısından yapılabilirse de idarenin düzenleyici idari iş-

lemleri açısından temel hak ihlalinin doğrudan doğruya düzenleyici işlemde kaynaklandığı hallerde, bir “uygulanan işlem” de tahayyül edilebileceği için Anayasa Mahkemesi, uygulanan işlemin temel haklara aykırı düzenleyici idari işlemde kaynaklandığını tespit ettikten sonra dosyayı örneğin uygulanan işlemi inceleyen son yargı merciine –genellikle Danıştay’a- geri gönderebilir ve Danıştay da bu kere düzenleyici işlemi anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edebilir, hatta Anayasa Mahkemesi’nin hükmüne uyararak iptal etmek zorundadır.

Sonuç olarak temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı haller, tartışılmaya ve bir sonuca bağlanmaya muhtaç bir boşluk, kanun koyucunun çözüme kavuşturmamakla pek isabetsiz davrandığı bir mesele olarak ortada durmaktadır. Aslen, en doğrusu, 6216 sayılı kanunda bir değişiklik yapılarak hükümet tasarısında yer almış bulunan eski 6. fıkranın ihdasının sağlanmasıdır.

(2) Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar, Olağanüstü Hal, Sıkıyönetim ve savaş Hali Kanun Hükmünde Kararnameleri ile İnkılâp Kanunları

Anayasaya göre usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar (Anayasa, madde 90) , olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (Anayasa m. 148) ve İnkılâp Kanunları (Anayasa m. 174), anayasaya uygunluk denetiminin alanı dışında kalırlar.

6216 sayılı kanun da “İptal ve İtiraz Davalarına İlişkin Ortak Hükümler” başlıklı 42. maddesi altında Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecek düzenlemeleri öngörmüştür. Bunlar

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar [m. 42 (1) ile ayrıca a) 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun, b) 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunun, c) 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Sedine ve Türbedarlıklar ile Birtakım Unvanların Men ve İlğasına Dair Kanunun, ç) 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medeniyesiyle kabul edilen, evlenme aktinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı Kanunun 110 uncu maddesi hükmünün, d) 20Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmîlel Erkamın Kabulü Hakkında Kanunun, e) 1

Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanununun, f) 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lâkap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanununun, g) 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanununun, 7 Kasım 1982 gününde yürürlükte bulunan hükümleridir.

e) Kanunda Öngörölmüş İdari Ve Yargısal Başvuru Yollarının Tamamının Bireysel Başvuru Yapılmadan Önce Tüketilmiş Olması

6216 sayılı kanununun 45. maddesinin ikinci fıkrası ihlale neden olduğu ileri sürölen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Başvuru yollarının tüketilmesi, özellikle yargı kararları söz konusu olduğunda başvuru konusu işlem ya da eylemin (yargı kararının) kesinleşmesi demektir. Bununla birlikte Alman “anayasa şikayeti” müessesesi çerçevesinde bazı ara kararlara karşı “anayasa şikayeti”nde bulunulabilmesi mümkündür. Eğer ara karar artık hiç kaldırılamayan ya da kısmen kaldırılabilen bir karar ise ve ilgili aleyhine sürekli bir hukukî durum yaratıyor ise ve ara karar, davanın ileriki aşamaları için önemli bir hukukî sorun oluşturuyor ve bu aşamalarda denetlenebilme ve düzeltilebilme olanağı bulunmuyor ise ara kararlara karşı bireysel şikayette bulunulabileceği belirtilmiştir.⁴⁰

Federal Almanya’da içtihata dayalı olarak ortaya konulan üç koşuldan birinin varlığı halinde Mahkemenin, başvurunun kabulü için yargı yolunun tüketilmesi koşulunun gerçekleşmesini her zaman aramadığı bilinmektedir. Aşağıdaki koşulların varlığı halinde başvuranın “anayasa şikayeti”ne başvurmadan önce diğer başvuru yollarını tüketmesine gerek bulunmamaktadır:

1) Kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınmasının beklenmemesi

2) Kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesi, başvuran açısından ağır ve telafisi imkansız bir zarara yol açacak olması

3) Anayasa şikayetinin karara bağlanmasının, tüm toplumu ilgilendirecek, genel öneme sahip bir soruna ışık tutacak olması

⁴⁰ GÖZTEPE, s. 49 (Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin “BVerfGE 1, 324 vd.” ile “BVerfGE 24, 61; st. Rspr.” künyeli kararlarına atıfla).

Ülkemizde de bu şekilde bir yaklaşım benimsenmesine bir engel olmasa gerektir. Bu çerçevede idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi başvuran bakımından ağır ve katlanılamaz bir zararı da beraberinde getirecekse, başvuran bu yollar yerine Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvurabilmelidir.⁴¹

Başvurucunun, Anayasa Mahkemesine başvurmadan önce hukuk düzeni içinde bulunan olağanüstü kanun yollarına başvurmasının gerekmediğini düşünüyoruz.⁴² Bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından da kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi için öngörülen “ikincil yetki” ilkesi gereğince, başvuran, davaya sebep olan maddi vakıaları ve delilleri olağan mahkemeler önünde yeterli biçimde ortaya koymuş olmalıdır. Bu nedenle davaya ilişkin olarak olağan mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler Anayasa Mahkemesi'ne sunulamayacaktır. İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı Anayasa Mahkemesi önüne getirilecek temel hak yargılamasında ortaya konulabilecek bu gibi unsurların daha önce de ortaya konulmuş olmasını gerektirmektedir.⁴³ Aynı şekilde, olağan yargı yerinde itiraz konusu olmayan usul hataları da Anayasa Mahkemesi nezdinde şikayet konusu edilemeyecektir.

B. Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanlar

1. “Herkes” Kavramı ve Yabancılar ile Medeni Hakları Kullanma Ehliyeti Olmayanların Başvuruları

Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasına göre herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

6216 sayılı kanunun 46. maddesi bireysel başvuru hakkını somutlaştırmıştır. Buna göre bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem,

⁴¹ Kore uygulaması bakımından başvuranın haklı gerekçelerle hukuk yollarını kullanamamış olması ya da bireyin uğradığı zararın kanunla öngörülen hukuk yollarıyla giderilmesi ihtimalinin pek düşük olması hallerinde, başvuran bütün hukuk yollarını tüketmemiş olsa dahi, Anayasa şikayeti esastan incelenebilir (DAE, s. 148).

⁴² Örneğin İspanya'da bu şart değildir.

⁴³ Federal Alman anayasa şikayeti kurumu bakımından MELLINGHOF, s. 42 = http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf

eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir (madde 46, 1. fıkra). Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir (madde 46, 2. fıkra). Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz (madde 46, 3. fıkra).

6216 sayılı kanunun bireysel başvuru hakkını düzenleyen 45. maddesinin 1. fıkrasında geçen “herkes” kavramından ne anlaşılması gerektiği öngörülmediğinden bu kavram alanını belirlemek gereklidir. Herkes teriminin öncelikle temel hak ve özgürlüklere sahip tüm bireyler olduğunu belirtmek gerekir. Bu aşamada yurttaşlar ile yabancılar arasında bir ayrıma gitmeye gerek yoktur. Bununla birlikte 6216 sayılı kanunun 46. maddesinin 3. fıkrası, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuru yapamayacağını öngörmüştür. Pratikte bu hükmün anlamı var mıdır? Çünkü Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden aynı zamanda AİHS kapsamında korunan haklardan yaşam hakkı (Madde 2), işkence yasağı (madde 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (madde 4), özgürlük ve güvenlik hakkı (madde 5), adil yargılanma hakkı (m. 6), suç ve cezaların kanuniliği (m. 7); özel ve aile hayatına saygı (madde 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (madde 9), ifade özgürlüğü (madde 10), toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (madde 11), evlenme hakkı (madde 12), etkili başvuru hakkı (madde 13) ve ayrımcılık yasağı (madde 14) yabancıların da yararlandığı haklardandır. Bununla birlikte durum, AİHS'nin Türkiye'nin taraf olduğu ek protokolleri kapsamında korunan haklar açısından, özellikle mülkiyetin korunması (Ek Protokol Madde 1), eğitim hakkı (Ek Protokol Madde 2), serbest seçim hakkı (Ek Protokol Madde 3) serbest dolaşım özgürlüğü (4 Numaralı Protokol, Madde 2) ile vatandaşların sınırdışı edilmeleri yasağı (4 Numaralı Protokol, Madde 3) açısından yabancılar için özellik arzedebilir.

Öte yandan yabancıların topluca sınırdışı edilmeleri yasağı (4 Numaralı Protokol, madde 4) ve yabancıların sınırdışı edilmelerine ilişkin usulü güvenceler (7 Numaralı Protokol, madde 1) de bir anlamda yabancıların yararlanacağı haklar olduğundan vatandaş olmadıkları gerekçesiyle yabancıların bu haklardan mahrum edilmesi mantıksız olur. Türkiye'nin imzalamış bulunduğu ancak henüz onaylamadığı protokoller çerçevesinde tanınan bu gibi hakların ihlaline karşı da bireysel başvuruda bulunulabilmesini savunduğumuzu yineleyelim.

Vatansızlar da bireysel başvuru hakkına, kanımızca, yabancılara tanınan sınırlar içinde, başvurma hakkına sahiptirler.

Ceninin ve temel hakkın niteliğine göre ölmüş kimselerin adına bireysel başvuruda bulunulup bulunulamayacağı tartışmalı olabilir. Göztepe, Alman “anayasa şikayeti” hukuku bakımından bunun mümkün olduğunu ifade etmekte⁴⁴ ancak konu üzerinde bir uzlaşılma olmadığını da eklemektedir.⁴⁵

Kanımızca tüzel kişiliği bulunmayan kişi gruplarının bireysel başvuruda bulunmaları da mümkündür ancak bu durumda başvuranların hepsinin ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenmiş olmalıdır. Bu olanak özellikle bir tek işlem, eylem ya da ihmalden topluca etkilenenler açısından tanınmalıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 57. maddesi ihtiyari dava arkadaşlığını düzenlemekte ve 1. fıkrasıyla birden çok kişinin, aşağıdaki hâllerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabileceğini öngörmektedir:

a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.

b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri.

c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması.

Aynı kanunun 58. maddesinin 1. fıkrası da ihtiyari dava arkadaşlığında, davaların birbirinden bağımsız olduğunu, dava arkadaşlarından her birinin, diğerinden bağımsız olarak hareket edebileceğini öngörmüştür. Şu halde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusunda da başvuru konusu ihlale ilgili olarak HUMK’nda gösterilen koşullar bulunuyorsa kişi grupları, HUMK’na kıyasla, ihtiyari dava arkadaşı olarak başvuruda bulunabilir. Ancak anayasa yargısının özellikli olduğu ve diğer usul hukuku kurallarının anayasa yargısına uygulanamayacağı da iddia edilebilir. Gerçekten, 6216 sayılı kanunun öngörmediği hususlarda genel olarak HUMK geçerlidir denebilir mi? Kanımızca bu tartışmada, söz konusu usulî kuralın niteliği ve temel hakların anayasal önemi karşısındaki yeri düşünülerek bir karara varılmalıdır. Her usulî kural olmasa da temel hak ve özgürlüklerin anayasal koruması bakımın-

⁴⁴ GÖZTEPE, s. 50.

⁴⁵ GÖZTEPE, s. 51.

dan olumsuz etki yaratmayacak, bilakis o korumanın etkisini arttırabilecek usulî kuralların anayasa yargısına da kıyasen uygulanabilmesi gerekir. Kaldı ki 6216 sayılı kanunun 7. fıkrası bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir.

Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan her gerçek ve tüzel kişi, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olup olmadığına bakılmaksızın, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkına sahiptir. Ancak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların durumu temel hakların korunması yoluyla bireysel başvuru bağlamında özellik arzedeilmelidir. Bu çerçevede özellikle ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, kısıtlılıklar ve küçükler bakımından Alman hukukunda ortaya atılan “temel hakları kullanma ehliyeti” kavramı önemlidir. Gerçekten Alman öğretisinde ortaya atılan “temel hakları kullanma ehliyeti” (Grundrechtsmündigkeit) kavramına dayalı olarak Alman Federal Mahkemesi askerlik ödeviyle yükümlü olan küçüklerle vicdani red hakkına ilişkin disiplin yargılamalarında ve askerlikle ilgili diğer yargılamalarda verilen kararlara karşı *anayasa şikayeti* hakkı tanımıştır.⁴⁶

Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre

“...Federal Anayasa Mahkemesine Dair Kanun dava ehliyeti konusunda genel bir hüküm öngörmemiştir. Anayasa yargısının kendine özgüllüğü yüzünden, başka usul kanunlarının dava ehliyetini, medeni hakları kullanma ehliyetine bağlayan hükümleri de mücerret kıyasen uygulanamaz. Bu itibarla, anayasa şikayeti çerçevesinde, gerekli usulî işlemleri yapabilme ehliyeti, tartışma konusu temel hakların çerçevesine ve temel hakların [anayasa şikayetine vücut veren] süreçte tartışmalı olan hukukî ilişkiyle irtibatına göre belirlenmelidir.”⁴⁷

Gerçekten küçükler bir tarafa, ayırt etme yeteneğine sahip olmayanların veya kısıtlıların dava ehliyetine sahip kabul edilmemeleri, özellikle kendilerini bu ehliyetten yoksun kılan kararlara, özellikle kısıtlılık kararlarına, karşı açabilecekleri davalar bakımından ve bu davaların neticesinde yapacakları bireysel başvuru bakımından bir paradoks yaratmamalıdır. Küçüklük (vesayet altında bulunma, Medeni Kanun, madde 404)), akıl hastalığı, akıl zayıflığı (Medeni Kanun, madde 405); savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde ba-

⁴⁶ DÖRR, s. 24.; BVerfGE 28, 243 [255].

⁴⁷ BVerfGE 28, 243; BVerfGE 1, 87 [88 f.]; 10, 302 [306]; 19, 93 [100 f.].

ğımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (Medeni Kanun, madde 406), özgürlüğü bağlayıcı ceza (Medeni Kanun, madde 407) nedenleri yüzünden Medeni Kanununun 14. maddesine göre fiil ehliyeti bulunmayanların da somut olayın özelliği içinde kendi temel haklarını korumak üzere bireysel başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmelidir. Aksi durum, örneğin bir yıl veya bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza aldığı için kısıtlanan kimsenin bu cezanın temel bir hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine vasi yoluyla başvurabilmesi, şahsen başvurusunun engellenmesi anlamına gelebilir ki bu durum hak arama özgürlüğünün zarurî bir neden olmadan kısıtlanması demek olur.

Öte yandan örneğin Medeni Kanununun 435. maddesine göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturduğu gerekçesiyle -ve kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde- tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilen ergin kişinin bu işleme itiraz hakkı bulunduğu gibi ulusal hukuk yollarının tüm aşamalarında da dava ve nihayetinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ehliyetine sahip olduğu kabul edilmelidir.⁴⁸ Aynı yaklaşım bu kimse-lerin kendi durumlarıyla ilgili olarak kamu gücü tarafından yapılan tüm işlem, eylem veya ihmaller konusunda da geçerli olmalıdır.

2. Tüzel Kişilerin Başvuru Hakkı

6216 sayılı kanununun 46. maddesinin 2. fıkrasına göre kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.

Özel hukuk tüzel kişilerinin de kendi yapıları ve etkinlik alanları gözetilerek temel hak ve özgürlüklere sahip olabilecekleri kabul edilmektedir. Bireysel başvuru mekanizmasıyla korunan temel haklardan pek çoğuna (ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, adil yargılanma, etkili başvuru hakkı vb) özel hukuk tüzel kişileri de yararlanabilir. Özel hukuk tüzel kişilerinin kendi tüzel kişilikleri ile ilgili olmayan, üye ya da mensuplarına yönelik ihlâl iddiaları, bireysel başvurunun kapsamı dışındadır.⁴⁹

⁴⁸ Aynı yönde Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararı iç. Bkz. BverfGE 10, 302 306], Dörr, s. 25.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), TBMM resmi internet sitesi <http://www.tbmm.gov.tr/sira-sayi/donem23/yil01/ss696.pdf> (Erişim: 27. 07. 2011).

Kanun kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacağını öngörmüştür. Kamu tüzel kişilerinin kamu gücünü uyguladıklarından bahisle bireysel başvuruda bulunamayacakları genellikle kabul edilmektedir ama örneğin bir kamu gücünün bir başka kamu gücüne karşı gerçekleştirdiği temel hak ihlallerinin neden başvuru konusu olamadığı yine de daha ayrıntılı olarak açıklanmaya muhtaçtır. Bilindiği gibi devlet idaresinin hiyerarşik örgütlenmesi her kamu tüzel kişinin konumunun bir diğerine göre önceden belirlenmesini, hak ve yetkiler ile yükümlülüklerin idari teşkilat yapısı içinde düzenlenmesini ve işlem ve eylemlerin kanuna dayanan yönetmelikler, yönetmeliklere dayanan diğer düzenleyici işlemler ve tüm bu düzenleyici işlemlere dayanması gereken işlem ve eylemleri somutlaştıran talimat ve emirlerle gerçekleştirilmesini gerektirir. Bir kamu gücünün diğer kamu gücüne karşı giriştiği temel hak ihlali aslen idari teşkilatın hiyerarşik yapısı, emirler, talimatlar ve disiplin sistemi içinde çözülebilecek bir mesele olmasına karşın temel hak ve özgürlüklerin korunmasının neden yargı merci yerine idari teşkilat ve hiyerarşi içinde çözümlenecek bir konu olmasının gerekeceği açık değildir. Bu nedenle Federal Almanya'da kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru hakları konusunda hem kamu tüzel kişiliğinin niteliğine hem de kullanılan hakkın özelliğine göre bir ayrıma gidilmektedir.

Federal Alman öğretisinde en azından üniversiteler, enstitüler, radyo, televizyon gibi devlet yapısı ile bağlantılı olmalarına rağmen, belirli bir dereceye kadar devletten bağımsız faaliyet yürüten kuruluşların taşıyıcısı oldukları haklarla (bilgi edinme hakkı vb.) sınırlı olarak “anayasa şikâyeti” yapabilecekleri kabul edilmektedir.⁵⁰ Ayrıca Federal Almanya'da kamu tüzel kişileri de taraf olduktan bir davada yasal yargıçlarından mahrum bırakıldıkları ya da hak arama özgürlüklerinin sınırlandığı gerekçesiyle “anayasa şikâyeti”nde bulunabilirler.⁵¹ Yani yukarıda sayılan kamu tüzel kişileri dışındaki tüzel kişiler de adil yargılanma gibi bir temel hak söz konusu olduğunda başvuru ehliyetine sahip kabul edilmektedirler.

Siyasal partiler de kanımızca anayasal statülerini düzenleyen anayasal normlara değil, bireysel başvuru konusu edilebilecek temel haklara dayalı olarak bireysel başvuruda bulunabilmelidirler.⁵²

⁵⁰ KILINÇ, GÖZTEPE, s. 50-55.

⁵¹ GÖZTEPE, s. 54.

⁵² Bu yönde genel ol. TURHAN et al, Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Tartışma Paneli, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/tiasm.pdf “Süre” Başlığı altında (Eri-

3. Eylem ya da İhmal Nedeniyle Güncel ve Kişisel Bir Hakkı Doğrudan Etkilenenler

Başvuranın güncel ve kişisel bir hakkı kamu gücünün eylem ya da ihmal yüzünden doğrudan etkilenmiş olmalıdır. Bu koşul, öncelikle potansiyel veya gelecekte sahip olunması muhtemel bir hakka dayalı olarak başvuruda bulunulamayacağını anlatır. Yine hak sahipliği “kişisel” olmalıdır. Kişisellikten kasıt bireysel hak sahipliğidir. Öte yandan hak, kamu gücünün eylem ya da ihmalden doğrudan etkilenmiş olmalı, dolaylı veya ikincil nitelikte bir müdahale görmüş olmamalıdır. Doğrudanlık şartı çok sıkı uygulanmamalıdır. Çünkü örneğin “yaşam hakkı” vb. ihlallerde, hakkı doğrudan etkilenenler değil, çoğunlukla onların yakınları bireysel başvuruda bulunabilecek durumdadır. Velî ve vasiler velayet ve vesayet altında bulunanlar adına bireysel başvuruda bulunabileceklerdir.

C. Bireysel Başvuru Usulü

1. Başvuru Mercî

Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir [6216 sayılı kanun, madde 47 (1)].

2. Başvuru Dilekçesinde Belirtilmesi Gerekenler

Başvuru dilekçesinde başvuru ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır (6216 sayılı kanunun, madde 47 (3)). Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir (6216 sayılı kanun, madde 47 (4)). Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin

şim 27.07.2011).

tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir (6216 sayılı kanun, madde 47 (6)).

3. Başvuru Süresi

Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuruçunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder (6216 sayılı kanun, madde 47, 5. fıkra).

6216 sayılı kanununun 47. maddesinin 2. fıkrası bireysel başvuruların harca tabi olduğunu öngörmüş, bu çerçevede 64. maddeye göre harç istisnası öngörülen iptal ve itiraz davalarından farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu hüküm, bireysel başvuruların mahkemenin iş yükünü hayli arttıracığından yola çıkıldığını göstermektedir. “Başvuru hakkının kötüye kullanılması” başlıklı 51. madde de bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuruçuların aleyhine yargılama giderlerinin dışında, ayrıca iki bin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebileceğini öngörmektedir.

Sürenin otuz gün gibi görece kısa sayılabilecek bir süre olarak belirlenmesi, kanunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuruçunun önemli bir zarara uğramadığı başvuruları önleme, başvuru hakkının kötüye kullanımlarını engelleme eğilimine ters düşmektedir. Sürenin biraz daha uzun tutulması, örneğin iptal davasına paralel olarak altmış gün olarak belirlenmesi nitelikli bir dava dilekçesi hazırlamayı kolaylaştırabilir, daha soğukkanlı düşünmeyi gerçekleştirebilir⁵³ ve böylece kanunun genel amacına daha iyi hizmet edilebilirdi.

⁵³ “Başvuru dilekçesinde başvuruçunun ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır.” (6216 sayılı kanun, madde 47, 3. fıkra).

D. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi

1. Kabul Edilebilirlik Kararı

Anayasa Mahkemesi önüne getirilen her bireysel başvuruyu esastan incelemeye başlamayacaktır. Önce bir ön-inceleme mahiyetinde bireysel başvurunun kabul edilmesi gereklidir. Bireysel başvurunun kabul edilebilir bulunması için başvurunun 6216 sayılı kanunun 45 ila 47. maddeleri arasında öngörülen şartları taşıması gerekir. [6216 sayılı kanun, madde 48 (1)]. Bu şartlar, genel olarak şunlar olacaktır:

- 1) Başvuranın başvuru hakkına sahip olup olmadığı (m. 46),
- 2) Başvuru usulüne riayet edilip edilmediği, özellikle başvuru dilekçesinde belirtilmesi gerekenlerin belirtilip belirtilmediği [m. 47 (3)]⁵⁴
- 3) Başvuru süresine riayet edilip edilmediği [m. 47 (3)].
- 4) Bireysel başvuru mekanizması ile korunan bir hakkın ihlalinin başvuru konusu edilip edilmediği [(m. 45(1)]
- 5) Başvuranın kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamını bireysel başvuru yapılmadan önce tüketip tüketmediği [m. 45 (2)],
- 6) Aleyhine başvuru yapılan kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmalinin, aleyhine Anayasa mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilecek işlem, eylem ya da ihmallerden olup olmadığı [m. 45 (3)]

Bu şartlara uyan her başvuru hakkında kabul edilebilir kararı verilmek zorunda değildir. 6216 sayılı kanunun 48. maddesinin 2. fıkrası, mahkemenin, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuruçunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir. Bununla beraber, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımama kabul edilemezlik kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Önem taşımama ile birlikte başvuruçunun önemli bir za-

⁵⁴ Alman “anayasa şikayeti” müessesesi bakımından HASSEMER, “V. Anayasal Denetim ve Kararın Kapsamı” başlıklı bölüm.

rara uğramadığı da belirlenmiş olmalıdır. Aynı şekilde başvuranın önemli bir zarara uğramamış olması hali de tek başına kabul edilemezlik kararı verilebilmesi için yeterli olmaz. Bunun yanında anayasal uygulama ve yorumlama veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımama şartının gerçekleşmesi gerekir. Öte yandan her iki şart gerçekleşse dahi, Anayasa Mahkemesi, kabul edilemezlik kararı vermek zorunda değildir. 6216 sayılı kanunun 48. maddesinin 2. fıkrasında geçen “verebilir” ifadesi bunu anlatmaktadır.

Mahkeme, ayrıca, açıkça dayanaktan yoksun başvuruların da kabul edilemezliğine karar verebilir [6216 sayılı kanun, madde 48 (2)].

Kabul edilebilirlik bakımından önem taşıma veya başvurucunun önemli bir zarara uğramış olması gibi şartlar Alman ve İspanyol anayasa şikayeti düzenlemelerinde de bulunmakta, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14 üncü protokolü ile AİH yargılamasında da kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de yer alan, önemli bir zarar görmüş olmak şartını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarından yararlanarak somutlaştıracaktır.

2. Kabul Edilebilirlik İncelemesi Yapacak Mercî

Kabul edilebilirlik incelemesi mahkemenin komisyonlarınca yapılır. Bu komisyonlar 6216 sayılı kanunun “Teşkilat” başlıklı 20. maddesinde bahsi geçen komisyonlardır ve yine aynı maddede bahsi geçen bölümlerden oluşacaklardır. Kanunun” Bölümler ve komisyonlar” başlıklı 22. maddesinin 1. fıkrası mahkemede, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında yedişer üyesi olan iki bölüm bulunacağını ve bölümlerin, bir başkanvekilinin başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanacağını öngörmüştür. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre bölüm ve komisyonların oluşumu ve iş bölümü ile ilgili hususlar içtüzükle düzenlenecektir. Komisyonların, bölümler içinden oluşturulacak inceleme birimleri olduğu, kanunun “Başkanvekillerinin görev ve yetkileri” başlıklı 14. maddesinin 2. fıkrasının c bendinden anlaşılmaktadır.

Komisyonların bir başvuruyu kabul edilemez bulabilmeleri için karara oy birliği ile varmaları gerekmektedir (Madde 48, 3. fıkra). Oy birliği sağlanamayan durumlarda dosya bölümlere havale edilecek ve kabul edilebilirlik incelemesini bölümler yapacaktır (Madde 48, 3. fıkra, son cümle). Bu şekilde

komisyonların ya da bölümlerin verdiği kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilecektir (Madde 48, 4. fıkra).

Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenecektir (Madde 48, 5. fıkra).

E. Esas Hakkındaki İnceleme

1. Anayasal Denetimin Kapsamı

Bireysel başvuru ek bir kanun yolu olmayıp, olağandışı bir kanun yoludur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin denetimi, anayasa hukukunda özel bir ihlal alanı ile, temel hak ve özgürlüklerin ihlaliyle sınırlandırılmıştır.⁵⁵ Biz, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru müessesesi çerçevesinde yaptığı incelemeye anayasaya aykırılık incelemesi değil, *korunan temel haklara aykırılık incelemesi* adını vermek istiyoruz. Bu nedenle muhakeme usulü, özellikle çeşitli delillerin değerlendirilmesi; yasaların uygulanışı, hatta temel hak ve özgürlüklerin dışındaki kurallar açısından anayasanın uygulanışı, anayasal normlar arasında bulunmayan normların olaya uygulanışı denetlenmeyecektir. Bu çerçevede denetim, anayasanın ihlal edilip edilmediğine yönelik olarak değil, korunan bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğine yönelik olarak yapılacaktır. Dava konusu kamusal veya kamu gücü tarafından gerçekleştirilen işlem ya da eylem, temel haklar rejimine uymamalıdır ki bir ihlalden bahsedilebilsin.

Bireysel başvuru mahkeme kararlarına karşı yapılıyorsa, Anayasa Mahkemesi görevli ve yetkili mahkemelerin kanun yolları aşamalarından geçerek kesinleşmiş kararlarını inceleyecektir.

Temel haklara uymayan işlem ya da eylem anayasaya aykırı bir kanuna dayalı olabileceği gibi anayasaya uygun bir normun anayasaya aykırı bir yorumundan ya da uygulamasından da kaynaklanabilir. İkinci durumda mahkeme, şikayet konusu karar ya da kararları kaldırarak, davayı yeniden görülmek üzere geri çevirecektir. Birinci durumda ise mahkeme, kanunun geçersizliğini ya da anayasa ile bağdaşmazlığını karara bağlayabilmelidir.⁵⁶

⁵⁵ Hassemer'in Alman "anayasa şikayeti" müessesesi bakımından yaptığı bu tespite yeni Türk bireysel başvuru sistemi açısından da katılıyoruz (bkz. HASSEMER, "V. Anayasal Denetimin ve Kararın Kapsamı" başlıklı bölüm).

⁵⁶ Alman "anayasa şikayeti" müessesesi bakımından HASSEMER, "V. Anayasal Denetimin ve Kararın Kapsamı" başlıklı bölüm.

Bireysel başvuru sadece mahkeme kararının içeriği yönünden temel hakların uygulanmaması, yani yargıcın temel hakların etkisini tespit etmeyi ihmal etmiş olması ya da temel hakların koruma alanlarını veyahut sınırlarını anayasaya aykırı olarak değerlendirmiş bulunması halinde söz konusu olmaz. Bireysel başvuru, yargılama usulüne karşı da yapılabilir.⁵⁷ Bu çerçevede tabii hakim ilkesi, savunma hakkı, adil yargılanma, etkili başvuru hakkı, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (AİHS'ne ek 7 Numaralı Protokol, madde 2), adli hata halinde tazminat hakkı (AİHS'ne Ek 7 Numaralı Protokol, madde 3) gibi “yargısal temel haklar” önemli rol oynar.

2. Esas Hakkında İnceleme Mercii

Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Başkan iş yükünün bölümler arasında dengeli bir şekilde dağıtılması için gerekli önlemleri alır (Madde 49, 1. fıkra).

3. Bilgi İçin Adalet Bakanlığına Gönderme

Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir (Madde 49, 1. fıkra).

6216 sayılı kanun tasarısının genel gerekçesinde bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvuru esnasında sunulanların dışında gerekli görülen bilgi, belge ve delillerin başvurudan, diğer ilgililerden ve özellikle de kamu otoritelerinden istenilmesinin ve bireysel başvurular da kamu adına yapılması gereken savunmaların Adalet Bakanlığınca koordine edilmesinin öngörüldüğü ifade edilmiştir. Bu durumda Adalet Bakanlığı'nın kabul edilen bir bireysel başvurudan haberinin olması doğaldır. Ancak maddedeki “bilgi için” ifadesi kafa karıştırmaktadır. Adalet Bakanlığı, savunmaları koordine edecekse, aslen bireysel başvuru davasında devleti temsil edecek tüzel kişilik olacaktır. Yani davanın davalı tarafı Adalet Bakanlığı olacaktır. 49. maddenin 1. fıkrası, sanki bireysel başvuruda bir davalı olmayacakmış gibi kaleme alınmıştır.

Öte yandan böyle bir fıkranın gerekliliğini ileride AİHM'ne de götürülmesi muhtemel bir ihlal iddiasında, Türkiye Cumhuriyeti'ni AİHM önünde savunacak olan Adalet Bakanlığı'nın hazırlıklı olması gereği ve gerekli ol-

⁵⁷ Venedik Komisyonu Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması, s. 5, paragraf 7.

duğu takdirde ihlali gidermeye önceden başlaması zorunluluğu ile açıklanmıştır⁵⁸.

Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir (Madde 49, 3. fıkra).

Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir (Madde 49, 4. fıkra).

Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar (Madde 49, 5. fıkra).

Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz (Madde 49, 6. fıkra).

Bireysel başvuruların incelenmesinde, 6216 sayılı Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır (Madde 49, 7. fıkra).

Esas hakkında incelemenin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir (Madde 49, 8. fıkra).

F. Anayasa Mahkemesinin Vereceği Kararlar

1. İhlale İlişkin Karar

Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu olan temel hak ve özgürlüğün kamu gücü tarafından ihlal edildiği kanaatine varmışsa *ihlal kararı* verir. İhlal kararının kapsamı içinde ihlalin ve sonuçlarının kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmesi gereklidir. [6216 sayılı kanun, madde 50 (1)].

2. İhlal Kararı Halinde Yapılması Gerekenlere Hükmetme

Anayasa Mahkemesinin yapılması gerekenlere ilişkin hükmünün mu-

⁵⁸ **Alt Komisyon Raporu**, TBMM İnternet Sayfası, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>, s. 20 (Erişim 29.07.2011).

hatabı genellikle işlem ya da eylemi veyahut ihmalî gerçekleştiren kamu gücü olacaktır. Bu hüküm işlemin ya da eylemin geri alınmasına hükmetme biçiminde tezahür edebileceği gibi ihmal söz konusu ise belirli bir işlem ya da eylem gerçekleştirme yükümlülüğü getirme biçiminde de tezahür edebilecektir. “Yapılması gerekenlere hükmetme” oldukça geniş kapsamlı bir ibaredir. Bundan başvuru sahibinin ihlal edilen temel hak ve özgürlüğünü kullanabilmesinin sağlanması anlaşılabilir gibi eğer artık o temel hak ve özgürlük kullanılmayacak durumda ise başvuru sahibinin uğradığı zararın giderilmesine hükmetme de anlaşılabilir. Anayasa Mahkemesi, örneğin yargılamanın haddinden fazla uzun sürdüğü ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatine varırsa yargılamanın hızlandırılmasına yönelik önlemlerin alınmasına hükmedebilmelidir.⁵⁹

Kanunlar ve parlamento kararları gibi yasama işlemleri ile kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge vb. düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan (soyut) bireysel başvuru yapılamayacağı öngörülmüş ise de bireysel başvuru hakkı çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu düzenleyici işlemleri, bunların başvuru sahibine uygulanmış olması halinde anayasallık denetimine tutacağı açıktır. Eğer bireysel başvuru mekanizmasının koruması altında bulunan temel bir hak ve özgürlük, belirli bir kanunun ya da düzenleyici idari işlemin başvuru sahibine uygulanmış olması nedeniyle ihlal edilmiş ise, yani ihlalin nedeni salt temel hak ve özgürlüklere aykırı kanun ya da düzenleyici idari işlem ise, Anayasa Mahkemesi bu ihlalin ve sonuçlarının kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedecektir. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru mekanizması ile korunan temel hak ve özgürlüklere aykırı (yani başvuru sahibinin bir temel hak ve özgürlüğünü düzenleyici işlemi iptal etmeye yetkisi olup olmadığını tartışmıştı).

3. Mahkeme Kararından Kaynaklanan İhlal Halleri

a) Genel Olarak

Bireysel başvuruya konu olacak temel hak ve özgürlük ihlali bir mahkeme kararından da kaynaklanabilir, hatta 6216 sayılı kanun, ihlalin daha ziyade mahkeme kararlarından kaynaklanacağı düşüncesiyle kaleme alınmıştır, denebilir. Mahkeme kararı ile ihlal, aslen kendisi temel hak ve özgürlüklere uygun olan bir kanunun veyahut düzenleyici bir idari işlemin temel hak ve özgürlüklere aykırı olarak uygulanması veyahut temel hak ve özgürlüklerin yar-

⁵⁹ Venedik Komisyonu Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması, s. 5, paragraf 7.

gılama sürecinde göz ardı edilmesidir. Sadece genel mahkemeler değil, İdare Mahkemeleri, Vergi Mahkemeleri, Ticaret Mahkemeleri, Ceza Mahkemeleri, Çocuk Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri, Tüketici Mahkemeleri, İş Mahkemeleri, İcra Tetkik Mercileri gibi özel mahkemeler de bireylerin Anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren, bu temel hak ve özgürlüklere müdahale eden kararlar verebilmektedirler. Bu tür mahkeme kararlarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınması, Anayasa Mahkemesi ile uzmanlık mahkemeleri arasında işbölümü sorununu ortaya çıkarmaktadır.⁶⁰ Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesinin, mahkemelerin bütün kararlarını her türlü hukuka aykırılık sorunu açısından inceleyebilecek bir “süper temyiz makamı” olmadığı vurgulanmıştır.⁶¹ Federal Almanya’daki “anayasa şikayeti” kurumu gibi Türkiye’deki bireysel başvuru kurumu da, Anayasa Mahkemesi’nin bir temel hak ihlali iddiasını sadece Anayasa hukuku ve temel haklar açısından incelemesine olanak sağlayan bir olağanüstü yargı yoludur. Bir yargılamada usul meseleleri hakkında karar verilmesi, maddi vakıaların ortaya konması ve değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve somut uyumsuzluğa uygulanması görevli ve yetkili mahkemelerin işidir ve Anayasa Mahkemesi’nin yetkisi dışında olacaktır.⁶²

Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin diğer yargı kolları karşısında sahip olduğu yetkinin sınırını belirten bir formül ilk kez Alman Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinden Karl Heck (1954-1965) tarafından ifade edilmiştir ve onun adıyla anılmaktadır. Bu formüle göre Federal Anayasa Mahkemesi sadece “bir temel hakkın anlamı konusunda, özellikle de koruma alanının sınırları konusunda, ilke olarak yanlış bir değerlendirmeden kaynaklanan ve somut uyumsuzluk için belirleyici önem taşıyan bir yorum hatası olup olmadığına bakar.”⁶³

b) Yeniden Yargılama İçin İlgili Mahkemeye Geri Gönderme

Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilecektir [6216 sayılı kanun, m. 50 (2)]. Yeniden yargılama, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yapılacak ve her halükarda

⁶⁰ Aynı yön. MELLINGHOF, s. 39 = http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf

⁶¹ MELLINGHOF, a.g.e.

⁶² MELLINGHOF, a.g.e.

⁶³ MELLINGHOF, s. 40.

yeniden yargılama yapacak olan mahkeme Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı ile uyumlu bir nihai karara varacaktır. Aksi durumda başvuru için ayrı bir bireysel başvuru davası açma imkanı doğacaktır. Mahkeme açısından dosya üzerinde karar verilerek bu uyumu sağlamak mümkünse dosya üzerinde karar verilecektir. Bu çerçevede dikkat edilmesi gereken bir nokta Anayasa Mahkemesinin, hukuka aykırılık incelemesi değil temel haklara aykırılık incelemesi yapacak olmasıdır. Bu itibarla örneğin bir ceza mahkemesi belirli bir temel hakka müdahale edecek biçimde haddinden fazla cezalandırmaya gitmiş, soyut ceza müeyyidesinin üst sınırını uygulamış ise Anayasa Mahkemesi, bu kararı “ölçülülük” ilkesine aykırı görerak mahkemeye geri gönderebilir. Temel haklara müdahale ettikleri ölçüde Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerin kullandığı takdir yetkilerini de denetlemelidir kanısındayız.

c) Tazminat veya Genel Mahkemelerde Dava Açılması Yoluna İşaret

Yeniden yargılama yapılmasında hukukî yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir [6216 sayılı kanun, m. 50 (2)]. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verecektir [6216 sayılı kanun, m. 50 (2)].

4. Anayasa Mahkemesi İstemle Bağlı mıdır?

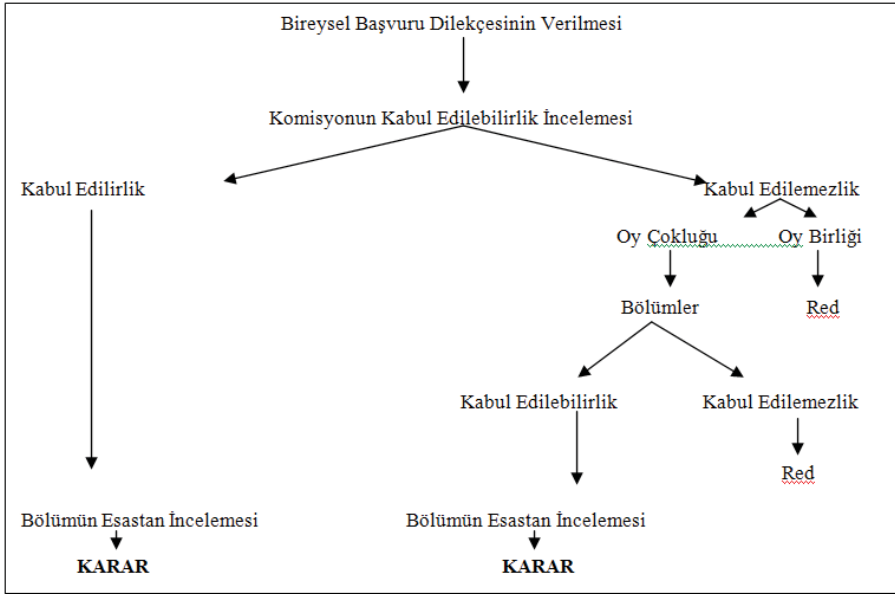
Anayasa Mahkemesi, istemle bağlı mıdır? Başvuranın talep ettiği ihlal iddiasına yönelik bir karar mı vermelidir yoksa başvuran talep etmese de başka temel haklara ihlali tespit edip ona göre karar verebilir mi? Bireysel başvuru mekanizması ile korunan bir hakkın ihlalinin başvuru konusu edilmesinin gerekmesi [(6216 sayılı kanun m. 45(1)]; başvuranın kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamını bireysel başvuru yapılmadan önce tüketmesinin gerekmesi [m. 45 (2)], aleyhine başvuru yapılan kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmalinin, aleyhine Anayasa mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilecek işlem, eylem ya da ihmallerden olmasının [m. 45 (3)] gerekmesi istemle bağlılığa yol açacaktır diye düşünölebilir. Bununla birlikte gerek Anayasa gerek 6216 sayılı kanununun 48. maddesinin 2. fıkrasının, mahkemenin, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyan başvuruları kabul edeceğinden bahsetmesi bireysel başvurunun objektif olarak insan haklarına saygılı devleti güvence altına alma işlevinden hareket ettiğini göster-

rir. Bireysel başvurunun böyle bir işlevi var ise Anayasa Mahkemesi de bu işleve uygun olarak davayı, davacının işaret ettiği ihlallerin ötesindeki açık ihlalleri de tespit edebilecek biçimde sonuçlandırabilmelidir.

Alman anayasa şikayeti mekanizmasında Anayasa Mahkemesi istemle bağlı değildir; yani, söz konusu işlemi başvuruda zarara uğradığı iddia edilen temel hak açısından değil, Anayasada koruma kapsamında sayılan temel haklar ve temel hak benzeri hakların tamamı açısından, re'sen değerlendirir.⁶⁴

5. Davadan Feragat ve Düşme Kararı

Davadan feragat halinde davanın düşeceğinin öngörülmesi, kanun koyucunun bireysel başvurunun objektif işlevinin yanında subjektif işlevini de kabul ettiğine yorulabilir. Bu ayrımın feragat imkanı açısından pratik bir önemi vardır. Alman uygulamasında tartışıldığı gibi eğer anayasa şikâyetinin subjektif özelliği ağır basıyorsa başvurunun geri alınabilmesi, objektif yönü ağır basıyorsa geri alınamaması söz konusudur.⁶⁵



⁶⁴ MELLINGHOF, s. 37 = http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf

⁶⁵ KILINÇ, s. 26-27.

Venedik Komisyonu, başvurunun geri alınması halinde de kamu menfaati gerektiriyorsa davaya bakılmaya devam edilmesini tavsiye etmiştir. Öte yandan eğer başvuru konusu işlem geçerliliğini yitirmiş ise davanın devam etmesi için bir neden olmayacaktır.⁶⁶

Şematik olarak özetler isek Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun şöyle bir görünüm arz etmektedir:

6. Başvuru hakkının kötüye kullanılması

6216 sayılı kanun bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru sahiplerinin aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebileceğini öngörmüştür (m. 51, 1. fıkra). Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdine taşınan bireysel başvuruların sayısı düşünüldüğünde⁶⁷ Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilecek bireysel başvuru sayısının da oldukça fazla olacağını tahmin etmek zor değildir. Bu nedenle şüphesiz Anayasa Mahkemesinin iş yükü de hayli artacaktır. Bu tahminle başvuru hakkının kötüye kullanılmasını önlemek yasa koyucu açısından meşru sayılabilecek bir amaçtır. Bununla birlikte müessesenin Türk anayasa yargısına henüz yeni girdiği bir zamanda ve bireylerin bireysel başvuru haklarını netice itibarıyla ne derece özenli kullandıkları tespit edilmeden (bir ceza müeyyidesi ihtiyacının doğduğu belirlenmeden) başvuruların kötüye kullanılması ihtimaline karşı işin en başından ceza müeyyidesi getirmek pek de isabetli bir tercih olmamıştır kanısındayız. Unutulmamalıdır ki böyle bir ceza müeyyidesi tehdidi AİHM önüne götürülebilecek başvurular bakımından da, ileride, AİHM'nin adil yargılanma ilkesi bakımından yapacağı değerlendirmelerde rol oynayabilir. “Kötüye kullanma” oldukça muğlak bir terimdir ve Anayasa Mahkemesinin başvuru hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirleme imkanı da, bireysel başvuru davası, 51. maddede tanımlanan türden bir eyleme para cezası biçip biçmemeye hasredilmiş bir para cezası yargılaması olmadığından, oldukça kısıtlıdır. Her durumda bu normun, Anayasa Mahkemesinin iş yükünün olması gereken ölçüde tutulması ile bireylerin bireysel başvuruda bulunmaktan alıkonmamaları, bireysel başvuruda bulunmaktan çekinmemelerini güvence altına almak hedefleri arasında ideal bir denge gözetilerek uygulanması gereklidir.

⁶⁶ Venedik Komisyonu Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması, s. 5, Paragraf 10.

⁶⁷ AİHM önündeki dava sayısının 2010 itibarıyla 120.000 olduğu bildirilmiştir (Venedik Komisyonu Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması, s. 24, paragraf 82).

Kötüye kullanmaktan kaynaklanan bir para cezası türü Federal Alman bireysel başvuru mekanizmasında da bulunmakta ve kötüye kullanma başvurunun yapılmasında hukukî özen yükümlülüğünü ihlal etmek olarak tanımlanmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre bir başvuru açıkça kabul edilemez veya dayanaksız ise ve makul olan hiç kimse bu başvuruda bir başarı şansı görmüyorsa kötüye kullanmadan bahsedilebilir.⁶⁸ Bu çerçevede mahkeme, başvuranın vekilinin de anayasa hukuku konuları ile uğraşmış olması, Anayasa Mahkemesinin ortaya konulan meselelerle ilgili içtihatlarını gözden geçirmiş ve niyet edilen başvurunun başarı şansını etraflıca tartmış olması gerektiğini kabul etmiştir.⁶⁹

V. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUNUN ETKİLİLİĞİ SORUNU

1951 yılından bu yana “anayasa şikayeti” adı altında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu da öngören Federal Almanya’da 1951-2005 yılları arasında Anayasa Mahkemesi önüne gelen 157.233 başvurudan 151.424’ünün “anayasa şikayeti” olduğu ve bu şikayetlerden sadece 3.699’ünün kabul edildiği belirtilmiştir. Buna göre, hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın “anayasa şikayeti”nde başarı oranı % 2,5 gibi düşük bir orandır.⁷⁰ Demek ki başvuranların “ihlal algısı” ile Alman “Anayasa Mahkemesi”nin “ihlal algısı” oldukça farklıdır. Şüphesiz bu düşük başarı oranına rağmen anayasa şikayetleri ile ilgili olarak verilen kararların bireylerin ötesine geçen hukuk yaratıcı anlamları çok önemlidir. Bu gibi kararlar müessesenin kabul edildiği ülkelerde bir insan hakları hukuku oluşmasına büyük ölçüde katkıda bulunmaktadır.

Düşük başarı istatistiklerine rağmen Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa şikayeti üzerine verdiği kararların çoğunun, toplumun tamamı için büyük önem taşıyan temel sorunlarla ilgili olduğu vurgulanmıştır.⁷¹ Bu çerçevede Federal Almanya’da toplumsal politika açısından çok tartışmalı konuların neredeyse tamamı Anayasa şikayeti yolu ile Federal Anayasa Mahkemesi’ne taşındığı ve Federal Anayasa Mahkemesi’nce

⁶⁸ BverfG, NJW 1986, 2101 (Dörr, s. 182).

⁶⁹ BverfGE 88, 382 (384) (Dörr, s. 182).

⁷⁰ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Web Sitesi, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb.html>, Erişim: 14. 07. 2011; HASSEMER, s. 164.

⁷¹ MELLINGHOF, s. 32 = http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf

karara bağlandığı belirtilmiştir.⁷² Federal Anayasa Mahkemesi'nin kürtaj, vicdani red, nüfus sayımı, ortam dinleme, kamu okullarında türban takılması, yüksek öğretime giriş sistemi, sigara yasağı, Avrupa Birliği tutuklama emri, nükleer enerji, işçilerin yönetime katılması, asgari geçim standardı ya da eşcinsel evlilik konularında verdiği kararlar buna örnek gösterilmiştir.⁷³

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun bireyler üzerinde bir hukuk devletinin egemenliği altında yaşama bilincinin ve hukuk ve adalet duygularının pekişmesi yolunda önemli bir psikolojik katkı sağladığı bir gerçektir.⁷⁴ Aslen 6216 sayılı kanunun kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesini düzenleyen 48. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucağının önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verilebileceğinin öngörölmüş olması da bireysel başvuru mekanizmasının yeknesak bir temel hak hukuku oluşmasına katkı ve temel hak ve özgürlükler rejiminin belirginliğini sağlama işlevinin ön plana alındığını göstermektedir. Bununla beraber 6216 sayılı kanunla getirilen bireysel başvuru hukuku bütünü itibarıyla ele alınırsa, bireyleri başvuruya özendirilmekten ziyade başvuru hakkının fazla kullanılmasının önünün alınmasını güvenceye almak amacıyla kaleme alınmış olduğu düşünülebilir. Çünkü kabul edilebilirlik şartları oldukça sıkı olduğu gibi Mahkemenin denetiminin kapsamı da oldukça sınırlıdır. Her şeyden önce kendileri temel hak ve özgürlüklere aykırı olan kanunlara veya kanun hükmünde kararnamelere karşı ne yapılacağı pek de açık değildir. Hakkın kötüye kullanılması adı altında başvurucağın yıldırabilecek bir para cezası öngörölmüştür. Bireysel başvuru mekanizmasıyla korunan temel hak ve özgürlüklerin kapsamı da Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bizatihi tanıdığı temel hak ve özgürlükleri içerecek şekilde değil, tek tek daha geniş olarak korunabilseler de genel olarak bakıldığında daha sınırlı sayıda özgürlükleri içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi esas alınarak belirlenmiştir.

Kore'de yakın tarihte ülke çapında yapılan bir kamuoyu araştırmasına göre, Kore halkının Anayasa Mahkemesi'ni en çok güven duyulan devlet organı olarak gösterdiği belirtilmiş ve bu teveccühün, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal düzeni ve bireylerin temel haklarını koruma hususunda ortaya koy-

⁷² MELLINGHOF, a.g.y.

⁷³ MELLINGHOF, a.g.y.

⁷⁴ GÖZTEPE, s. 20.

duğu bağımsız tavır ve gösterdiği samimi çabadan kaynaklanmakta olduğu vurgulanmıştır.⁷⁵ Gerek yurttaşların gerek Türkiye Cumhuriyeti'nin kamu gücünün işlem ve eylemlerine muhatap olan yabancıların ve vatansızların Yüce Mahkemeye aynı güveni duymalarını sağlayabilecek tek etken de Türk Anayasa Mahkemesinin benzer bağımsız bir tavır ve temel hak ve özgürlükleri koruma hususunda samimi bir çaba gösterip gösteremeyeceğine bağlı olacaktır.

KAYNAKÇA

AİHM ve Türkiye - II: Anayasa şikayeti ve AİHM: Uluslararası Sempozyum 10 Aralık 2010, Ankara = ECtHR and Turkey - II: Constitutional complaint and ECtHR: International symposium [Uluslararası sempozyum (2.: Ankara : 2010)] / Ed. Ahmet Taşkın

ALİYEV, Cabir: Anayasa Şikayeti (İstanbul: Beta Yayınları, 2010).

Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi, http://www.echr.coe.int/echr/homepage_EN

BAŞLAR, Kemal: Anayasa Yargısında “Mahkeme” Kavramı, Ankara, Roma, 2005.

Casas Baamonde, Maria Emilia: “Amparo Başvurusu”, Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009, s. 101-110.

DÖRR, Dieter: Die Verfassungsbeschwerde in der Prozeßpraxis, 2. Auflage, Verlag Dr.OttoSchmidt, Köln, 1997.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/>

GÖREN, Zafer: “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)”, Anayasa Yargısı, Cilt 11, Yıl 1994, s. 97-134.

GÖZTEPE, Ece: Anayasa Şikayeti Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530 AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998.

⁷⁵ JONG-DAE, s. 146.

- HALLER, Herbert: “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar” (Avusturya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı, Cilt 21, Yıl 2004, s. 179–193.
- HASSEMER, Winfried: “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar” (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı, Cilt 21, Yıl 2004, s. 164-178.
- HOLZINGER, Gerhart: “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009, s. 61-79
- JONG-DAE, Kim: “Anayasa Şikayeti Sistemi: Kore Deneyimi”, Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009, s. 145-153.
- KILINÇ, Bahadır: “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu Ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı, Cilt 25, Yıl 2008, s. 19-59.
- LIİVOJA, Rain: “Review of Jurisdiction in International Law by Cedric Ryngeaert”, Finnish Yearbook of International Law, vol. 18 (2008), ss. 397-401.
- MELLINGHOF, Rudolf: “Federal Almanya Cumhuriyet’inde Anayasa Şikayeti”, Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009, s. 283-292 = http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf
- MİLANOVIĆ, Marko: ‘From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties’, Human Rights Law Review, vol. 8 (2008), ss. 411-448.
- PACZOLAY, Peter: “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar” (Venedik’te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı, Cilt 21, Yıl 2004, s. 194-203.
- PACZOLAY, Péter: “Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?”, Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009, s. 313-320.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, Anayasa Yargısı, Cilt 12, Yıl 1995, s. 257-287.

PIMENTEL, Genaro David Gongora: “Amparo Ne İçindir?” Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009, s. 163-227.

SABUNCU, Yavuz / Selin Esen ARNWINE: “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, Anayasa Yargısı, Cilt 21, Yıl 2004, s. 229-246.

TBMM Resmi İnternet Sitesi

TURHAN, Mehmet ve diğerleri.: “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli” (Panelistler: Burhan Kuzu, Fazıl Sağlam, Zafer Gören, Hikmet Sami Türk), Anayasa Yargısı Cilt 21, Yıl 2004, s. 248-295.

Venedik Komisyonu Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması [European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Study on Individual Access To Constitutional Justice Adopted By The Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010)] = <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29039rev-e.pdf>

ZORKIN, Valery: “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı, Cilt 26, Yıl 2009, s. 283-292.

MARSİLİUS'UN SİYASET KURAMI: DEFENSOR PACIS ÜZERİNE

Celalettin GÜNGÖR*

ÖZET

Defensor pacis [Barış Savunucusu, 1324], siyasette modernliği başlatan temel yapıtlardan biridir. Bu modernlik bağlamı, dindışı temellendirilen devlet olgusudur. Yapıt, siyasetin özerkliğini, sivil toplumun özerkliğinden çıkarır.

Devlet, sadece yaşama uğruna değil, iyi yaşama uğruna ortaya çıkmış, kendine tam yeterlilik sınırında olan yetkin bir topluluktur. Ona göre Aristoteles, bu tanım-daki “sadece yaşama uğruna değil, iyi yaşama uğruna ortaya çıkmış olma” ile devletin yetkin son nedenini göstermişti.

Politika’da “Devlet, özgür adamların topluluğudur” denmişti. Öyleyse her yurttaş, özgür olmak ve bir başkasının despotizmine, yani kölece efendiliğine uğramamak zorundaydı. Fakat bu, bir veya birkaç yurttaşın kendi keyfine göre yurttaşların bütününe yasa verdiği durumda gerçekleşmezdi. Yasaların yapımına bütün yurttaşlar katılmalıydı. Yasalar doğru olarak yapıldığında, ortak yararın büyük bir kısmı korunurdu. Kötü yasalar, yurttaşlara ancak dayanılmaz bir kölelik, eziyet ve düşkünlük getirirdi. Bunun sonucu ise devletin yıkılmasıydı.

Aristoteles için, demokrasinin veya yığınların yönetimi kötü bir yönetimdi. Çiftçilerin, sanatkarların ve para kazananların oluşturduğu ayaktakımı, katı anlamda devletin parçası değildi. Ama Marsilius’ta, yasama erki tamamen bütün yurttaşlar kuruluna bırakıldığı gibi, hükümet de bu kurul tarafından seçilecek ve ona karşı sorumlu olacaktı. Yine, hükümet yasalara sıkı bir bağlılıkla yönetecek ve yasaları çiğneyenler; bütün yurttaşlar kurulu tarafından cezalandırılacaktı. Bu öğreti, Aristoteles’in özgün öğretisinden çok daha demokratik görünür.

Anahtar Kelimeler: laik, demokrasi, yurttaş, eksiksiz güç, yasamacı.

POLITICAL THEORY OF MARSILIUS: ON DEFENSOR PACIS

ABSTRACT

Defensor pacis [Defender of the Peace, 1324] is one of the main works that got modernity started in politics. This context of modernity is the fact of the state established as secular. The work tries to infer autonomy of politics from autonomy of civil society.

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü
e-posta: gungorce@yahoo.com

The state was a self-sufficient competent community which first came into being not only for living but also for good living. According to him, Aristotle had showed the competent last-cause of the state with phrase “not only for living but also for good living” in this definition.

In Politics, it is written that “the state is the community of free men”. Therefore every citizen must be free of despotism of others and of being exposed to highhandedness. But this can not be realized in such a case that one or several citizens arbitrarily enact a law for all citizens. All citizens must be participated in legislation. When laws are made accurately, the huge part of common good is preserved. Egregious laws only bring insufferable slavery, pain and weakness to citizens. The result of this is to collapse of the state.

According to Aristotle, democracy or the rule of masses is a bad way to administrate. Dregs, which is formed by farmers, artisans and moneymakers, are not a part of the state solidly. But as for Marsilius, power of legislation is handed over to the board of all citizens as government is elected by and is accountable to this board. And yet, government rules adhering strictly to laws and those who offense against laws are punished by the board of all citizens. This doctrine seems much more democratic than Aristotle’s original doctrine.

Key Words: *secular, democracy, citizen, plenitude of power, legislator.*

GİRİŞ

Defensor pacis [Barış Savunucusu, 1324], siyasette modernliği biçimlendirmeyi başlatan temel yapıt olduğundan, ortaçağda siyaset kuramı üzerine yazılan en özgün kitaplardan biridir. Bu modernlik bağlamı, modern devlet düşüncesini derinden etkilemesinde görülür. Dolayısıyla bu modernlikteki ilk vurgu, laik yani dindışı temellendirilen devlet olgusudur. Yapıt, siyasetin özerkliğini, yani dindışı bir etkinlik olduğunu, tanrısal bir boyut taşımadığını kanıtlamaya çalışır. Siyasetin bu özerkliği, ancak sivil (uygar) toplumun özerkliğinden çıkartılabilirdi. Toplum, yani devlet, onu oluşturan insanın doğasının gelişimi ise o zaman yetkin topluluk için tanrısal içerimi önerilen ruhbanının siyasi iktidar savı, boştu. Öyleyse yapıt, teokratik söylemin dayanağı olan papalığın eksiksiz güç (*plenitude of power*) öğretisini yıkmak üzerine kurulmuştu. İnsanların sitesinin insanlardan sorulması, bir başka deyişle siyasetin laik kavrayışı, Marsilius’u, yasa ve yasamacı sorununa götürmüştü. Bu bağlamdaki çözümlenmeleri, önermeleri, Marsilius’u, halk egemenliği veya

demokrasi kuramı açısından, belki daha anlamlı deyimle cumhuriyetçiliği açısından da değerli bir tartışmanın içine sokar.

Defensor pacis, Marsilius'un "filozofların birincisi", "tanrısal filozof" dediği Aristoteles'in düşüncelerinin, özellikle Politika yapıtının sıkı kılavuzluğunda hazırlanmıştır. Bu çalışma, yöntem olarak, *Defensor pacis*'i, ele aldığı temel sorunlar bağlamında, doğrudan kendinden tanımak üzerine kurulmuştur. Böyle olunca, üç tezden (kısmıdan) oluşan yapıtın, asıl ilgili birinci tezi [*Discourse One*] kullanılmıştır. Yalnız, yapıtın bütün içeriğinin bu formatta ele alınabilmesi, birkaç makalenin daha yazılması ile mümkün olabilir.

Marsilius'un düşüncesi üzerine İngilizcedeki ilk önemli kitap¹, Alan Gewirth tarafından 1951'de yayınlanmıştır. Bunu, 1956'da Gewirth'in *Defensor pacis*'in, her hangi bir modern dile ilk tam çevirisi olan İngilizce çevirisi izlemiştir. Bu çeviri, C. W. Previté-Orton'un hazırladığı *Defensor pacis* metninden² yapılmıştır. *Defensor pacis*, 1363'den önce Fransızcaya, 1363'de de İtalyancaya çevrilmiştir. İtalyanca çeviri, çevirinin Fransızca çeviriden yapıldığını bildirir. Fakat bu Fransızca çeviri kayıptır. Yapıtın ikinci ve üçüncü tezleri, 1545'te Almancaya çevrilmiştir. İngilizce çevirisi³ ise Kral VIII. Henry'ye yardımı dokunacağı düşünüldüğünden, yaklaşık beşte biri atlanılarak, William Marshall tarafından 1535'de yapılmıştır.

Marsilius, Aristoteles ve Kutsal Kitap'tan çok yoğun alıntı yapmıştır. Politika'dan yapılan alıntılar, Moerbekeli William'ın Latince çevirisindedir. Kutsal Kitap'tan alıntıları da St. Jerome'nin yaptığı Latince (Vulgata) çevirisindedir.

Defensor pacis'in ilk iki tezi, sivil barış ve kavganın nedenleri ile ilgilidir. Fakat birinci tez, "olağan ve genel nedenleri" ele alırken, ikinci tez papalığın eksiksiz güç savından doğan eylem ve kurumunu⁴, yani "olağandışı ve biricik" nedeni ele alır. Dolayısıyla birinci tez, normal olanın hastalıklı olana bağlantısındaki gibi, ikinci teze de bağlantılıdır: Birinci tez, devletteki insan doğası ve aklın "olağan" işleyişini, ikinci tez ise papalığın büyüklemeinden

¹ GEWIRTH, Alan, Marsilius of Padua: The Defender of Peace, Volume I: Marsilius of Padua and Medieval Political Philosophy, New York, 1951.

² Marsilius of Padua, Defenser pacis, Edited by C. W. PREVITÉ-ORTON, Cambridge, 1928.

³ The defence of peace lately translated out of laten in to englysshe, with the kynges moste gracyous privilege, London, 1535.

⁴ pretensions / büyükleme

doğan o işleyişe “engeli” ele alır⁵. İki tez arasındaki bu farktan, yöntem bakımından olan bir başka fark doğar: Birinci tez, Aristoteles’in desteğinde insan aklına dayandırılan kanıtları sunarken, ikinci tez o kanıtları İncil’in otoritesi ile “doğrular”. Sivil barış ve kavganın genel nedenleri, doğaüstüne hiçbir göndermeye gerek duymadığından, vahiyden destek alınmaksızın akılla bilinebilir. Öte yandan papalığın sivil kavganın “biricik nedeni” olduğu çözümlenmesi, papalık savlarının çürütülmesi bağlamında iman ve vahiy malzemesine başvuru ile de bağlantılıdır. Bu açıdan akıl ve vahiy, Aristoteles ve İncil, tamamen uzlaşmış görünür. Çünkü bunların hepsi, papazlığın veya devletin başka herhangi bir parçasının, yönetim parçasının işleyişi ile çatışmamak zorunda olduğunu bildirir. Üçüncü tez ise sonuçların çok kısa bir özetidir.

I. DEFENSOR PACIS’İN YAZILDIĞI POLİTİK BAĞLAM:

DEĞİŞEN ORTAÇAĞ TOPLUMU

Marsilius’un düşüncelerinin içinde geliştiği dönem, ortaçağın 1050 ile 1300 yılları arasındaki kilise-devlet krizidir. Ortaçağın bu sorunu, gerçekten de çok karmaşıktır. Bununla birlikte, bu dönemdeki herhangi bir kronolojik gelişme, ne Kilise’nin ne de devletin duruşunu çok değiştirmiştir. 1050’lerde aşırı kralcılar da aşırı papacılar da, zaten yeterince güçlüydüler. 1300’e gelindiğinde her iki taraf da görüşlerinde, aradaki farklı tonlarla birlikte, hala etkin şekilde savlarına bağlıydılar. Yalnız, akan zaman, kullanılan savunuları artırırken, bu savunuları daha da işlenmiş hale getirmişti. Fakat kilise-devlet krizi derken, 11. yüzyılda ortada gerçek bir devlet fikrinin olmadığı belirtilmelidir. Yasama ve vergilendirme gibi egemen iktidarı kullanan, akılcı bir hukuk sistemine göre tekbiçimli yasaları işleten bir kamu otoritesi anlamında devlet, henüz ortada yoktu.

13. ve 14. yüzyıllarda ortaçağ toplumu, papalık monarşisinin - hala büyük güç sahibiydi - altını oyan bir değişime uğramıştı. Belki en köklü kültürel değişim, okuryazarlığın yaygınlaşmasıydı. Papalığın desteğindeki üniversiteler, aydınların yetiştiği yerlerdi. Bunlar, yeteneklerini sıklıkla işverenleri olan laik hükümdarlar çıkarına kullanırlardı. 11. yüzyılın başlangıcında, soyut düşüncelerle uğraşabilen tek eğitilmiş zümre, ruhbanın seçkinleriydi. Fakat kilise, karmaşıklığı artan toplumda, eğitimdeki tekeline gittikçe kaybetmişti; ay-

⁵ Yapıtın özgün tez başlıkları şöyledir:

“Birinci Tez: Akıl İle Kurulan Devletin Normal Yapısı İle Gösterildiği Gibi Sivil Barış ve Kavganın Genel Nedenleri”.

“İkinci Tez: Sivil Kavganın Biricik Nedeni: Papalığın Eksiksiz Güç Savı”.

dınları da artık dünyayı açıklamak için yeteneklerine gerek duyulan tek topluluk değildi.

1300 yılına gelindiğinde, avukatlar, noterler, yargıçlar ve diğerleri, kilisenin hak iddiaları karşısında, kendilerinin ve işverenlerinin çıkarlarını savunabilecek kadar güçlü, toplumsal statülerinden de gurur duyan meslek sahipleriydi. Toplumun orta katlarından sayılan, gerek dini canlanmanın gerek iş ve hükümet gereklerinin sürüklediği tüccarlar, kentliler ve bürokratlar arasındaki artan okuryazarlık, papalığı da kapsayacak şekilde kilisenin ahlaki kusurlarını, parasal doyumsuzluğunu ve siyasi hırslarını fark edip eleştirebilecek insanları yaratmıştı. Bunlar, sayıları sınırlı da olsa, yalnızca kilise ve papalığa sıradan bir karşıtlık içinde değil, aynı zamanda İncil'in idealleri ile günün kilise gerçekliği arasındaki kışkırtıcı aralığın da bilincine varmışlardı.

İzleyen 13. ve 14. yüzyıllarda papalık monarşisine en doğrudan tehdit, uyrukları üzerindeki iktidarlarını pekiştiren laik hükümetlerdi. 12. yüzyılda seçkinlerin bağılılıkları, yerel güçler ile bölgesel güçler (kabaca, krallıklar) arasında bölünmüştü. 12. yüzyıl papaları, pratik amaçlar için yaygın sadakati sağlayan ilk ortaçağ hükümdarlarıydı. 1200'e kadar papalık, yasama iktidarı, mahkemeleri, bürokrasisi, yöntemleri, yazılı kayıtları, vergi, bağış ve gelirleri ile Avrupa'daki en gelişmiş ve en yaygın hükümet örgütüydü. 13. yüzyıl boyunca laik hükümetler, belirtildiği gibi, papalığa göre daha az gelişmiş olsalar da, yasaları yapma, adalet dağıtma, düzeni koruma ve para toplama konusunda kendi mekanizmalarını kurarak, devlet işlerinin görülmesinde ilerleme göstermişlerdi. 13. yüzyılın Fransa ve İngiltere krallıkları, en gelişmiş laik devletlerdi ve bu istikrarlı krallıklar sınırları içinde yaşayan insanların bağılılık odağı olmuştu⁶.

Aslında devlet, çok kesin ve modern bir tanımlamaya hapsedilmemelidir. Bir toprak üzerinde bir yönetime itaat eden bir topluluk var olduğunda, devlet vardır demek, mantıklıdır. Fakat konumuz açısından 14 ve 15. yüzyıllar, artık modern devletten konuşulabildiği yüzyıllardır. Öyleyse, modern devletin ayırıcı niteliği, egemenliktir. Gerçekten de modern devlet ve ortaçağ devleti arasındaki fark, bu kavram üzerinden kurulur. Ortaçağın sorunu, iktidar sorunu, iktidar öznesinin ne olduğu, yani hukuken ve fiilen siyasi iktidarı elinde tutanın kim olduğu sorunuydu. Ortaçağ, egemenliği, iktidarın bir boyutu olarak algılamıştı. Dolayısıyla 10. yüzyıldan sonra Batı'yı etkileyen çatışma,

⁶ LYNCH, s. 320.

Papa'nın iktidarı ile prensin veya imparatorun iktidarı arasındaki güç çatışmasıydı. Papa VII. Gregorius (s. 1073-1085), papalık yönünden bunu en açık biçimde, eksiksiz güç⁷ öğretisi ile ortaya koymuştu. Kaynağını, Aziz Pavlus'un "Tanrı'dan olmayan yönetim yoktur" sözlerinden alan bu teokratik iktidar anlayışının, modern egemenlik kavramı ile ilgisi yoktu.

Papanın veya imparatorun egemenliğinden konuşulmasının nedeni, yalnızca geçmişe yönelik yanlıdır. Ruhani bir iktidarın, ötekine üstün ve yüce olduğunu savunduğu bir çatışma, bir egemenlik çatışması değildi: Egemenlik, yalnızca dindışı iktidar olarak kendini düşünen veya öyle uygulanan bir iktidar için uygundur. Oysa yalnız 14. ve 15. yüzyıllarda değil, daha önceki yüzyıllarda da yaşayanların aklına, iktidarın dindışı temellendirilebileceği gelmemişti. Yalnız ortaçağ değil, daha eski çağlar da, iktidarı, hep kutsal ve tanrısal olanla birleştirmişti. İki iktidarın çatışması, papa ile imparatorun hangisinin Tanrı tarafından atandığını belirlemek içindi. Oysa modern egemenlik kavramı, iktidara ilişkin tamamen laikleştirilmiş bir anlayışı ve yalnızca dindışı bir güç olarak tanımlanmayı gerektirir⁸.

Monarşik iktidarın mevcut kuramsal tek savunması, imparator veya papanın yeryüzünde Tanrı'nın görevlisi olduğu ve böyle olduğu için de insanların bütün işlerini yönetmeye hak kazandığı şeklindeki tanrıbilimsel savdı. Nitekim papacılar gibi imparatorcular da tartışmalarını bütünüyle Kutsal Kitap'tan veya ilk Kilise Babalarından seçilmiş birkaç metne dayandırmışlardı. Fakat 1300 yılına gelindiğinde durum kökten değişmişti:

13. yüzyılın ilk yarısı boyunca, yeni düşünceler Avrupa üniversiteleri yoluyla yayılıyordu. Bu yeni düşünceler, sonunda dindışı iktidarın⁹ kuramsal savunmasını, önceden mevcut olan herhangi bir taneden, çok daha yeterli olarak sağlayacaktı... Bunlar, Aristoteles'in düşünceleriydi. Yazılarının büyük kısmı, 12. yüzyılın sonuna kadar Batı'da bilinmiyordu. O zamanlar, felsefe, çeşitli bilimler, etik ve siyaset üzerine Aristoteles'in çalışmalarından çeviriler görülmeye başlamıştı. Bunun siyaset düşüncesi alanındaki en önemli sonucu, tanrıbilimsel önermelere hiçbir başvuru gerektirmeyen bir devlet felsefesi kuramının gelişmesini uyarmak olmuştu. Belki papalık savunularını kesinlikle çürütmemişti ama onları oldukça gereksiz kılmıştı¹⁰.

⁷ plenitudo potestatis / plenitude of power/ tam iktidar

⁸ MAIRET, s. 217.

⁹ lay power

¹⁰ TIERNEY, s. 159.

12. yüzyılın akışı boyunca canlanan Roma hukuku araştırmaları, krallık ve papalık iktidarı kuramcılarının hukuk düşüncesinde yeni bir dünya açmıştı. Papalar, nasıl kilise hukukçuları ve savunucularına sahipse, krallar ve imparatorların da laik veya ruhban kendi hukukçu ve yayıncıları vardı. Belirtildiği gibi, asıl 13. yüzyılda Aristoteles'in çalışmalarının günışığına çıkması, özellikle 1260 dolaylarında Latinceye çevrilen Politika'nın yeniden keşfi, devletin doğası üzerine olan düşüncelere yeni bir felsefi temel sağlamıştı. İşte her şeyin başlangıcı buradaydı.

Aristoteles, insanı, doğasından toplumsal bir varlık olarak görmüştü. Bu, siyasi topluluğun köklerinin, insanın doğasında saklı olmasıydı. Bu anlayışın karşısındaki kilisenin geleneksel Augustinusçu savunusunda ise siyasi topluluk, insanın cennetten kovuluşu ve kötülüğünün karşılığı olan tanrısal bir düzenlemeydi. Bu, siyasi iktidarın, insanın doğal gelişiminin değil, aşkın bir kaynağın takdiri olmasıydı. Hıristiyanlığın Augustinus'tan sonraki ismi Aziz Thomas (1225-1274) bile, Aristoteles'in yanında olmuş ve onun yaptığı gibi dünyevi topluluğun tamamen özerk ve kendisinde bir amaç olduğunu benimsemişti. Gerçekten 13. yüzyılın sonuna gelindiğinde, artık Kutsal Kitap yorumlarından çok, akılcı yargılamalara daha fazla dayanan bir devlet iktidarı kuramının inşası mümkün olmuştu. Ortaçağın kilise-devlet ilişkileri tarihinin en önemli gelişmelerinden biri, devlet düşüncesinin yeniden doğuşuydu.

12. ve 13. yüzyıl boyunca kilise, laik¹¹ hükümetler karşısında iktidar mücadelesinin genelde kazananıydı. Fakat 14. yüzyılın başlarında bu değişmişti. Bu mücadelede kiliseye karşı daha başarılı olanlar, Fransa ve İngiltere krallıklarıydı. Bunlar, Almanya'daki imparatorluktan daha küçük ve daha yönetilebilir oldukları gibi, İtalyan kent devletlerinden de daha büyük ve daha nüfusluydular.

14. yüzyılın başında Roma hukuku ve Aristoteles'e dayandırılan savunular, Papa VIII. Boniface (1294-1303) ile Fransa Kralı IV. Philip (1285-1314) arasındaki çatışmada önemli rol oynamıştı. Bu çatışma, papalığın uluslararası siyasetteki baskın rolünü hiç olmadığı şekilde sonlandırırken, siyasi iktidar üzerindeki tartışmayı da ateşlemişti.

Papalık savunucuları, laik iktidarın yükselişinin durdurulması çabasında, papalık taleplerini, "geçici ve dünyevi şeylerin, manevi ve dini olan şeylere aşağı olduğu" anlayışını benimseyen kilise hukukuna dayandırmışlar-

¹¹ secular

dı. Papa Boniface'nin 18 Kasım 1302'de yayınladığı ulusal kiliselerin devlet kontrolüne karşı son savunması olan, dünyevi iktidarın Kilise'nin manevi iktidarına tabi olduğunu bildiren fermanı *Unam sanctam*'ın hayalet yazarı Romalı Giles, "Kilise İktidarı Üzerine" adlı yapıtını 1301'de yayınlamıştı. Bu, gerçek egemenlik ve dindarlığın biricik topluluğu olarak görülen ruhban sınıfı, siyasi topluluğun üzerine çıkartmıştı:

Bütün dünyevi şeylerin, Kilise'nin egemenlik ve iktidarı altına yerleştirildiğini, bu bölümde açıklamak isteriz... Üstün papa iktidarı ruhları yönetir. Ruhlar da haklı olarak bedenleri yönetmelidir. Yoksa bedenler, ruha, zihne veya akla itaat etmeyen parçada olduğu gibi, kötü yönetilecektir. Fakat dünyevi şeyler, bedenlerimize hizmet eder. Öyleyse bundan, ruhları yöneten papazlık iktidarının bedenleri ve dünyevi şeyleri de yönettiği çıkar¹².

Viterbolu Jacobus (yaklaşık, 1255-1308), "Hıristiyan Yönetim Üzerine"¹³ yapıtında, Augustinusçu keşiş Giles gibi, kiliseyi yeryüzündeki tek yetkin "krallık" (*regnum*) olarak betimlemiştir. Düşmüş insanın mükemmelliğe ulaşmak için tanrısal iyiliğe gerek duyduğu gibi, dünyevi krallık da kendisini tamamlamak için yetkin kilise krallığına gerek duyardı. Bütün insanlık iktidarı, manevi iktidar tarafından biçimlendirilip yetkinleştirilmedikçe, eksik ve biçimsizdi. Bu yalnızca Aziz Augustinus'un kiliseden ayrı, devleti küçültücü anlayışının yeniden açıklaması değil, aynı zamanda Aziz Thomas'ın "Tanrısal iyilik doğayı yetkinleştirir" ilkesinin ruhban yönünden siyasi formülüydü. Aziz Thomas'ın kendisi, "belki, manevi ve dünyevi her iki otoritenin zirvesini tutan papada olduğu gibi, dünyevi iktidar maneviye katılmadıkça", sivil hükümete ait işlerde, manevi olana değil, dünyevi olana itaati savunmuştu¹⁴. Büyük varlık zincirindeki her şeyin düzenlenişinin Tanrı'ya göre olduğu ortaçağ tanrıbilimsel inancı, papanın ısrarı ile papalık siyaset kuramında kendisini şöyle bulmuştu: Bütün insanlık, papalığa ikincildir¹⁵.

Papalık iktidarının bu görüşlerini, kralların taleplerini savunarak çürüten krallık savunucularının en etkili iki ismi, "Krallık ve Papalık İktidarı Üzerine"¹⁶ kitabının yazarı Parisli John (1269-1306) ile Padova'lı Marsilius'tu.

¹² Romalı Giles'in *De Ecclesiastica Potestate* (1301)'sinden aktaran, TIERNEY, s. 199.

¹³ *De regimine Christiano* (1301-1302)

¹⁴ "Sezar'ın" dediler. O zaman İsa, "Öyleyse Sezar'ın hakkını Sezar'a, Tanrı'nın hakkını Tanrı'ya verin" dedi, [Matta 22:21].

¹⁵ OZMENT, s. 148.

¹⁶ *De Potestate Regia et Papale* (1302-1303)

Fransız bir Dominiken olan Parisli John, Aristoteles'in iyi bir öğrencisiydi ve papalığın üstünlüğünü savunan bildik savunuları altüst etmede ilk adımı atarak, ruh-beden benzetmesinin kilise-devlet ilişkisine uygulanmasını reddetmişti. Ona göre doğal toplumsallaşmanın zorunlu bir sonucu olan devlet, yalnız maddi sorunlarla değil, iyi yaşam için gerekli ahlaki ilkelerle de ilgiliydi. Dolayısıyla papalık savunucularının, siyasi iktidarı maddi alan ile sınırlı tutup, onu bedeninin ruha bağımlı olması şeklinde manevi iktidarın hükmü altına sokmaya kalkışmaları, büyük bir yanılıydı. Üstelik siyasi toplum, doğal olduğundan kiliseden önceydi. Bu, Fransa'da Hıristiyanlıktan çok önce kralların bulunması demek olduğundan, kralı papanın boyunduruğu altına sokmak, doğru değildi¹⁷.

Marsilius'a gelince, ortaçağın siyaset üzerine en önemli kitabı *Defensor pacis*'in yazılması, kilise-devlet arasındaki üç çatışma bağlamında düşünülebilir. Bunların ilki, Padova kent kurullarının¹⁸ onlarca yıl süren mücadelesiydi. Bu mücadele, yerel ruhbanı, yurttaşlık yasalarının denetimine soktuğu gibi, papalığın kentin yaşamına karışmasını da kısıtlamıştı. 1283'de kent, bu tutumundan dolayı papalığın dinsel dışlamasına uğramıştı. Fakat Padovalılar, direnmişler ve sonunda da ruhbanlarını sivil denetime bağlamayı başarmışlardı. Belki bu açıdan *Defensor pacis*, başarılı Padova çözümünü, bütün Avrupa'ya uygulama çabasıydı. İkinci çatışma, 1296-1303 yılları arasında yaşanmıştı. Fransa Kralı IV. Philip'in kilise mülklerini vergilendirmek ve bir din adamını yargılamak istemesinden ve buna da Papa VIII. Boniface'nin karşı çıkmasından doğmuştu. Üçüncü çatışma ise *Defensor pacis*'in içeriğinden dolayı Marsilius'un kendisinin de bir parçası olduğu, Bavyera Kralı Ludwig¹⁹ ile imparatorluk tacı davasında Ludwig'in Habsburg rakibini destekleyen Papa XXII. John arasındaki çatışmaydı²⁰. Bu çatışma, 1334'te Papa'nın ölümünden sonra da neredeyse değişmeden XII. Benedict ve VI. Clement'in papalıkları boyunca sürmüş ve ancak Ludwig'in 1347'de ölümü ile sona ermişti. Ludwig öldüğünde, 1324'te Papa John'un ona vermiş olduğu ceza hala üzerindeydi. Papa Benedict, kaçınılmaz sonuçlardan onu ürpertici sözlerle uyarmıştı. Papalığın acımasızlığı, hiç gevşemeden kalmıştı: Ludwig, ölümünden sonra bağışlanmayacaktı. Bu, çatışmanın uzlaşmaz doğasının bir göstergesiydi.

¹⁷ AĞAOĞULLARI, s.19.

¹⁸ councils

¹⁹ LOUIS / LEWIS

²⁰ OZMENT, s. 150.

19. yüzyılın büyük ortaçağ Roma tarihçisi Ferdinand Gregorovius'un gözünde, bu çatışma, eğer insan düşüncesinin ilerleyişine şaşırtıcı tanıklıkla bir arada olmuş olmasaydı, "büyük geçmişin tamamen dayanılmaz bir karikatürü" olmuş olacaktı. Gregorovius, diğer pek çok bilgin gibi, bu kuramsal ilerlemenin esasen papalık karşıtı tarafta meydana geldiğini düşünmüştü. Gregorovius'un değerlendirdiği kitaplar arasında en başta gelen, *Defensor pacis*'ti²¹.

II. MARSİLİUS'UN YAŞAMI VE DEFENSOR PACIS SERÜVENİ

Marsilius, Bonmatheus de Maynardino'nun oğlu olarak 1278'de doğmuştu. Johannes de Mainardinis'in oğlu Bonmatheus, Padova Üniversitesi'nde noterdi. Marsilius [Marsiglio de Maynardino], gençliğini İtalya'da, yetişkinliğini Fransa'da ve yaşlılık çağını Almanya'da geçirmişti. Padova Üniversitesi'nde, tanrıbilim değil, tıp eğitimi aldı. Sonra hukuk ile tıp arasında kaldığında, asker olmayı seçmiş ve Roma Kralı Henry'nin hizmetine girmişti. Fakat askerliği uzun sürmemişti. 1312 yılının sonunda Paris Üniversitesi'ne rektör olmuş ve bu görevde Aralık sonundan 1313 Mart sonuna kadar sadece üç ay kalmıştı. Marsilius'un, Orleans'ta hukuk okuyup okumadığı açık değildir. Bunun tek kanıtı, 1336'da İmparator IV. Ludwig'in, "kendisine değerli oldukları gerekçesi ile aforoz edilmiş sapkınlar olan Padovalı Marsilius ve Jandunlu John'u hukukçu olarak hizmetinde tuttuğundan", Papa XII. Benedict'ten özür dilemesidir²².

Marsilius, Paris Üniversitesi rektörlüğünden ayrıldıktan sonra doktörlük yapmak ve çalışmalarını sürdürmek üzere Paris'te üç yıl daha kalmıştı. Bu sırada, Jandunlu John, Casaleli Ubertino, Cesenalı Michael ve Ockhamlı William gibi seçkin yazarlarla tanışmıştı.

1315 yılında kardinaller, Avignon'da XXII. John'u yeni papa seçmişlerdi. Yetmiş yaşındaki Papa, başlangıçta Marsilius ve arkadaşı Jandunlu John için bir talihti. Marsilius, memleketi Padova'ya üstünlüklerinin ödüllendirildiği 14 Ekim 1316 tarihli papalık emri ile kilise üyesi²³ olarak atanmıştı. Arkadaşı Jandunlu John da aynı şekilde 13 Kasım 1316'da Senlis papazlar kuruluşuna atanmıştı. Marsilius, 5 Nisan 1318'de Papa XXII. John'un emri ile de-

²¹ GARNETT, s. 2.

²² BRAMPTON, s. 505.

²³ canonry

ğerli oğlu ve Padova kilise üyesi olarak Padova piskoposluğunda bir göreve atanmıştı²⁴.

1318'den 1327'ye olan dönem, üç bölüme ayrılır: *Defensor pacis*'in tamamlanması, iki yazarın Ludwig'e kaçıışı ve Papa XXII. John'un onları aforoz etmesi. Bu iki arkadaşın, bir zamanlar kilisenin sadık üyeleri iken, kendilerini daha sonra Almanya'da aforoz edilmiş bulmaları gerçekten ilginçtir. Onları, görüşlerini değiştirmeye, bir kitap yazmaya ve güvenli görevlerini belirsiz ve tehlikeli bir kariyerle değiştirmeye neyin sevkettiği, gerçekten merak konusudur. Marsilius'un 1318'den sonra papazlığının keyfini sürmeye Padova'da ne kadar kaldığı belli değildir. Onu, kilisenin reform gereğine inandıran şey, belki kilisenin iç işleyişindeki birinci el bilgisiydi. Bu neden, Luther'in Roma'ya benzer bir ziyaretinin papalık sarayının çürümüşlüğüne onda nefret doğurması gibi, Avignon'a ziyareti de olabilirdi.

Marsilius'un *Defensor pacis*'i yazması, ona bütün zamanını veremesinden ve Jandunlu John'un da Senlis'te olması ve ayrı bir kitap çalışmasıyla uğraşması yüzünden, birkaç yıl almıştı. Kitap, 24 Haziran 1324'de tamamlanmıştı. Jandunlu John hala Senlis papazlar kurulu üyesiydi²⁵ ve 4 Kasım 1324'e kadar ilginç çalışması *De Laudibus Parisius*'u tamamlamış ve Marsilius'a yardım edebilmek için yaklaşık altı ay için serbest kalmıştı.

Yazarların, kitabı tamamlayınca Almanya'ya kaçıışları, acele ve beklenmedikti. Ayrılışları, 1326 ilkbaharıydı ve "lanetin iki oğlu" - İtalyan Padova'lı Marsilius ve Fransız Jandunlu John - eğitimleri ile ün kazandıkları Paris'ten, Baviera Dükü Ludwig'in yanına Nuremberg'e kaçıışlardı. Yazarların adlarını öğrenmek, Parislilerin iki ayını almıştı. Paris'in eğitilmiş adamları, yazarları suçlayıp, kitapları yakmışlardı. Bununla birlikte 1330'a kadar Paris'te *Defensor pacis*'in hiçbir resmi suçlaması yoktu. Papa XXII. John'un, ilk kez 3 Nisan 1327 tarihinde "iki sapkın" yazarı saptadığı düşünüldüğünde, kitapların yakılması ilginçtir. Yazarlar, suçlamayı beklemiş olsalardı, Ludwig ile XXII. John arasındaki düşmanlık göz önüne alındığında, asla kaçamayabilirdi²⁶. Bavyalı Ludwig, Marsilius ve Jandunlu John'u onlarla Paris'te tanışmış ailesinden insanların sayesinde tanıyarak dostlukla karşılamıştı.

²⁴ BRAMPTON, s. 506.

²⁵ canon

²⁶ BRAMPTON, s. 509

Marsilius, 1326 yılı sonunda Bavyera’da papa aleyhine vaaz ettiği sırada, Ludwig silahların gücüyle imparatorluk tacını elde etmek için Roma’ya bir sefer hazırlığındaydı. Selefî VII. Henry’nin tersine, hiçbir barışçı niyeti yoktu. 1322’deki Mühldorf savaşında rakibi Avusturya kralı Frederic’i yenmesi ve sonrasındaki üç yıllık uzlaşma, ona çekinmeden geride bırakabileceği birleşik bir Almanya vermişti²⁷.

Ludwig, önce Milano’ya yürümüş ve 30 Mayıs 1327’de orada Lombardy demir tacını takmıştı. Milano’dan sonra, halkının da davet ettiği Roma’ya 10 Ocak 1328’de girmiş ve halk tarafından imparator ilan edilmişti. Halkın temsilcisi olarak Sciarra Colonna’nın, altından imparatorluk tacı taktığı Ludwig, iki piskopos (Venedikli Albert ve Alerialı Gerard) tarafından kutlanmıştı. Ludwig, papa veya papanın elçisi olmayan herhangi biri tarafından taç giydirilen ilk imparatordu. Törenin böyle hazırlanmasında, Marsilius’un etkisi belirtilir. Ona göre Roma halkının bu biricik nedenle uyguladığı iktidar, yani imparatorlarını tercih etmek hakkına sahip olması, sıradan bir şeydi. Ludwig’in düşmanı, yenik Papa XXII. John’a gelince, artık kentin manevi papazı (*vicar*) olan Marsilius ve arkadaşı Casaleli Ubertino tarafından yapılan kışkırtıcı bir konuşmadan sonra, halk tarafından İsa’nın yoksulluğu öğretisini yalanlayan bir sapkın olduğu suçlamasıyla tahttan indirilmiş ve manevi Fransisken olan Corbaralı Pierre, V. Nicholas olarak papa [karşı-papa]²⁸ seçilmişti. Marsilius da asla oturamadığı bir makam olan Milano Başpiskoposluğu ödülünü almıştı²⁹. Fakat ahali, hem imparatorundan hem karşı-papadan çabuk bıkacaktı.

Jandunlu John, imparatorundan onu Ferrara piskoposluğu ile ödüllendiren 1 Mayıs 1328 tarihli bir mektup almıştı. Yeni görevine başlamak için yola çıkan Jandunlu John, bu yolculuğunda Mayıs ayı çıkmadan, Todi’de ölmüştü.

1328 yılından sonra Marsilius, gözden uzaklaşır. Ludwig ile Lombardiya’dan ayrılmış ve yaşamının kalanını Münih’te Ludwig’in sarayında doktor olarak geçirmiştir. 1342’de Marsilius, Tyrollü Henry’nin kızı Margaret ile Moravialı Henry’nin boşanmasını kolaylaştırmak için, imparatorun istediği şekilde boşanmayı savunan bir kitapçık yazmıştı. Bu çalışmasını, görüşlerini özeti olacak şekilde genişleterek *Defensor Minor* adını vermişti. VI.

²⁷ BRAMPTON, s. 510.

²⁸ antipope

²⁹ PREVITÉ_ORTON, C. W., “Marsiglio of Padua: Part II. Doctrines”, *The English Historical Review*, Vol. 38, No. 149 (January, 1923), s. 5.

Clement'in öylesini tanımadığım en kötü sapkın dediği Marsilius, 10 Nisan 1343'ten önce ölmüştü. Ludwig de 1347'de ölmüştü. İki yıl sonra da son kalan "sapkınlar" - Ockhamlı William, Bergamolü Bonagratia ve Cesenalı Michael - ölmüştü³⁰.

III. MARSİLİUS'A GÖRE DEFENSOR PACIS'İN AMACI

Cassiodorus'tan yaptığı alıntı ile kitabının amacını ortaya koyar:

Halkların içinde serpillendiği ve ulusların refahının korunduğu huzur³¹, her devlet için kesinlikle arzulanır olandır. Çünkü bu, güzel sanatların soylu anasıdır. Ölümlüler ırkının sürekli artışına imkan vermekle, onların gerek güçlerini artırır gerekse geleneklerini çoğaltır. Bunun arayışında olmayı kavramayan, böyle önemli sorunların cahilidir³².

Hiç kimse, barış ve dinginlik olmaksızın, insanın en büyük iyiliği olan yaşamın yeterliliğine ulaşamazdı. Cassiodorus da bu şekilde insanda bir değeri ile barış içinde olmak arzusunu uyandırarak, dinginliği sağlamak istemişti. Cassiodorus'un bu amacı, Eyüp'ün sözleriyle (Eyüp 22:21) de uyumluydu: "Barış içinde olun, böylece en iyi meyvelere sahip olacaksınız". Bu nedenden, "Tanrı'nın oğlu İsa, barışın, kendisinin yeniden doğuşunun işareti ve habercisi olacağını bildirmişti". Yine İncil'den başka ayetlerle (Luka 2:14, Yuhanna 14:27, Yuhanna 20:19, Markos 9:50, Matta 10:12) esenliğe (barışa) yapılan vurguyu pekiştirmişti³³.

Bununla birlikte, devletler, "karşıtlar, karşıtların üretkenidir" gereği, ayrılıktan (dinginliğin karşıtı) en kötü meyve ve belaları toplarlardı. Bunun doğru örneği İtalyan devletiydi. İtalya yerleşikleri, barış içinde birlikte yaşadıklarında, barışın anılan tatlı meyvelerini topladıkları gibi, gösterdikleri büyük ilerleme ile de bütün yerleşik dünyaya egemen olmuşlardı. Fakat aralarında ayrılık ve kavga çıktığında, devletleri, her türlü zorluk ve bela ile kuşatılarak azgın düşmanlarının egemenliğine düşmüştü. İtalya yerlileri, ayrılık yüzünden yanlış yola sokulduklarından, aradıkları huzurun yerine en ağır zorluklara uğrayarak, yeterli yaşamdan yoksun kalmış ve özgürlük yerine tiranla-

³⁰ tranquillity/ dinginlik

³¹ Marsilius of Padua, *Defensor pacis* [Barış Savunucusu], Translated by Alan GEWIRTH, University of Toronto Press, Toronto, 1992, [DP] I, 1:1 (3) [Cassiodorus *Variae* I. i (MGH, *Auctores antiqui*, XII, 10)].

Yapıt, artık DP I, 1:1 (3) şeklinde kısaltılacaktır: DP, adının kısaltmasıdır; sonraki I, birinci tez; 1 ise paragraf numarası; ayrıca içindeki sayı, kitabın sayfa numarası demektir.

³² DP I, 1:1 (4).

³³ DP I, 1:2 (4).

rın acımasız boyunduruğuna uğramışlardı. Bu yüzden, başka devletlerin yurttaşlarından çok daha mutsuzdular”³⁴.

Bu sözlerin ardından Aristoteles’in Politika ’sına yönelerek, onun üzerinden düşüncelerini geliştirir. Gerçekten de Marsilius, siyaset felsefesinin ilkeleri bakımından “tanrısal filozof” veya “pagan bilge” olarak andığı Aristoteles’in sıkı bir izleyicisiydi. Dolayısıyla hiç kimse, *Defensor pacis*’de, tam bir siyaset felsefesi sunuşu aramamalıdır. *Defensor pacis*, temelde sivil toplumun hastalıklarıyla uğraştığını belirttiği Aristoteles’in Politika adlı yapıtının o bölümüne bir tür ek olarak değerlendirilmelidir³⁵.

Marsilius’a göre mutsuz insanlar, bir hayvan hastalığına benzer ayrılık ve kavga yüzünden, o uğursuz kötülüğe çekilirlerdi. Fakat bu, sivil rejimin hastalıklı bir eğilimiydi. Kavganın kaynaklandığı pek çok neden vardı ve neredeyse onların tamamını, filozofların birincisi Politika’da [V. 4] tanımlamıştı. Fakat bunların yanında, Roma imparatorluğunun uzun süredir belası olan ve hala da uğraştığı çok seçilemeyen tek bir neden daha vardı. Bu neden, başka kent ve devletlerin hepsine sızmaya yatkın ve bulaşıcıydı. Zaten açgözlülüğüyle onların çoğunu istila etmeyi denemişti. Bu nedenin ne kaynağını ne türünü, Aristoteles bulamadığı gibi, çağdaşı başka bir filozof da bulamamıştı. Çünkü bu neden, Aristoteles’in zamanından çok sonra ulu ve doğaüstü bir oluşumdan alınan belirli bir saptırılmış düşünceydi. Saygın ve yararlı kılığına bürünmüş, insan ırkı için tamamen yıkıcı olan bu işlenmiş düşünce, eğer durdurulamazsa, sonunda her kent ve ülkeye büyük zarar verecekti³⁶.

Dolayısıyla, Tanrı’nın yardımıyla amacım, sadece kavganın bu tek nedenini açığa çıkartmaktır. Aristoteles’in ileri sürmüş olduğu o nedenlerin sayı ve doğasını tekrarlamak, gereksiz olacaktır. Fakat Aristoteles’in bilemediği, ondan sonra da kimsenin bilemediği bu nedenin araştırılması üstlenilmiştir. Bundan sonra bütün devletler veya kentlerden istenerek dışlansın, erdemli hükümdarlar ve uyruklar çok daha güvenli şekilde huzur içinde yaşasınlar diye, maskesini düşürmeyi diliyoruz. Bu, hem bu çalışmanın başlangıcında amaçladığım arzulanan sonuç hem de bu dünyadaki insana mümkün arzulanan hedeflerin en iyisi ve insan eylemlerinin nihai amacı görünen sivil mutluluğun tadını çıkartacak olanlar için gerekli sonuçtur³⁷.

³⁴ Strauss, Leo, *Liberalism Ancient & Modern*, The University of Chicago Press, Chicago, 1989, s. 186.

³⁵ DPI, 1:3 (5).

³⁶ DPI, 1:7 (7).

³⁷ STRAUSS, s. 188.

Yukarıda belirtildiği gibi, Aristoteles, Politika'da rejimlerin korunması, dağılması ve bunlara yol açan nedenlerle uğraşmıştı. Aslında daha çok, şiddete dayalı değişim, yani devrim üzerinde durmuştu. Aristoteles'in uğraştığı "kavganın nedenleri" (devletin hastalıkları), iyi hükümeti olanaksız kılan şeylerdi. Oysa Marsilius'un *Defensor Pacis*'de ilgilendiği hastalık, aslında başkaydı: Marsilius'da bu hastalık, herhangi bir hükümeti olanaksız kılanlardı. Çünkü hükümetin ve hukuk düzeninin birliğini yıktığı gibi, Hıristiyanların bu dünyada çatışmak zorunda olan iki hükümete (manevi ve dünyevi) bağlı olduğu inancı nedeni ile sürekli anarşi doğururdu. Bu hastalık, yalnızca devletin uğruna var olduğu iyi yaşam veya barışın meyvelerini değil, aynı zamanda devletin gerçek amacının gerçekleşmesi için yalnızca gerekli koşul olan hayat veya barışı tehlikeye atardı. Yapıtının adı bile buna uygundu: Kitap, imanın değil, barışın savunucuydu. Çünkü barış, en yüksek iyi veya tek siyasi iyiydi. Öyleyse, günün kitabı da, esasen günün hastalığı ile uğraşmalıydı. Bu, Marsilius'u, önemini reddetmeksizin, en iyi rejimle ilgili sorudan uzaklaştırmıştı: Herhangi bir rejim, anarşiden daha iyiydi. Bu yüzden iyi yasalar veya en iyi yasalardan çok, yasa olarak yasayla, yalnız yasa ile daha çok uğraşmıştı. Yine aynı şekilde, en iyi hükümetten çok, yalnız hükümetle daha çok uğraşmıştı. Meşruluk ölçütü olarak da yalnız rıza ile yetinmişti. Aristoteles, Marsilius'un açmazına karşı hazırlıklıydı. Marsilius, yasa olarak yasanın iyi veya adil olmaya gerek duymadığını, oysa yetkin yasanın adil olmak zorunda olduğunu söylediğinde, bir hükümdarın adaletsizce yönettiğinde daha az hükümdar olmadığını söyleyen Aristoteles'le tamamen uzlaşmıştı. Marsilius, devletin erdeme yönelik düzenlendiği olgusundan sıklıkla uzaklaştığında, neredeyse bütün kentlerin erdemle ilgili olmadığı Aristoteles'in gözlemi-ne [Aristoteles'i kötü kentleri "kent" adlandırmaktan alıkoymayan gözlem] tamamen uygun davranmıştı³⁸.

IV. DEVLETİN ÇEŞİTLİ ANLAMLARI İLE DEVLETTEKİ HUZUR ÜZERİNE

Marsilius, devlet veya kentin huzuru ile onun karşıtı olan huzursuzluğunun³⁹ ne olduğunu göstermek ister: Bunların her ikisi de, kent veya devletin eğilimleriydi. Fakat en başta devlet veya kentin ne olduğu ve nedeni ortaya konmalıydı. Böylece diğer iki kavram, daha anlaşılır hale gelirdi:

³⁸ intranquillity

³⁹ krallık

Devlet (*regnum*)⁴⁰ kavramının, çok anlamı vardır. Bir anlamda, bir rejim altında toplanılan bir kısım kent (*civitatum*) veya eyalet demektir. Bu anlamda devlet, nicelik bakımından olmak dışında, politik bir birim türü olarak bir kentten farklılaşmaz. Bir başka anlamda “devlet” kavramı, Aristoteles’in “ılımlı monarşi” adlandırdığı, ılımlı bir politik birim veya rejimin belirli bir türünü gösterir. Bu anlamda bir devlet, tek bir kentten olduğu gibi, sivil toplulukların doğuşu zamanındaki örneklerde olduğu gibi pek çok kentten de oluşabilir. Çünkü o zamanlar tek bir kentte çoğunlukla bir kral vardı. Devlet kavramının üçüncü ve en bilinen anlamı, birinci ve ikinci anlamlarının bir birleşimidir. Devletin dördüncü anlamı ise tek bir kentte veya fazlasında olsun, ılımlı bir rejimin her türüne yaygın bir şeyi ifade eder⁴¹.

Marsilius, artık dinginlik ve karşıtını tanımlamak zorundayız diyerek, Politika’daki gibi [I. 2 ve V. 3], devletin, canlı bir doğa veya hayvan gibi düşünülmesini önerir: Doğadaki bir hayvanın, karşılıklı düzenlenmiş ve işlevleri bağlantılı belirli orantılı parçalardan oluştuğu gibi, bir devlet de iyi düzenlendiğinde ve akla uygun kurulduğunda, böyle belirli parçalardan oluşurdu. Buradan hareketle devlet ve parçalarının dinginlikle ilişkisini, hayvan ve uzuvlarının sağlıklı ilişkisine benzetir: Bir hayvanın doğa ile uyumda sağlığı nasıl en iyi durumsa, aynı şekilde dinginlik de akla uygun kurulmuş bir devlette en iyi durumdu. Üstelik fizikçilerin onu tanımladıkları gibi, sağlık, bir hayvanın iyi durumuydu. Bu sayede hayvanın her bir parçası, doğasına ait işleri mükemmel şekilde yerine getirirdi. Öyleyse dinginlik, bu benzetme üzerinden, kent veya devletin iyi durumuydu. Bu sayede bunların parçalarının her biri, üstlendikleri işleri akıl ve kuruluşlarına uygun, eksiksiz yerine getirebilirdi.

İyi bir tanım, karşıtları ortaya koymalıydı. Böyle olunca da huzursuzluk, bir hayvanın hastalığı gibi, devletin bütün parçalarını veya bir kısmını, üstlendikleri işleri ya kısmen ya da tamamen yerine getirmekten alıkoyan kent veya devletin hastalıklı durumuydu⁴².

V. SİVİL TOPLULUKLARIN KÖKENİ ÜZERİNE

Devlet, yetkin topluluktan⁴³. Böyle olduğu için, devlet ve çeşitleri tartışılmadan önce, sivil topluluklar ve rejimlerin kökeni ile yaşam biçimlerinin izi

⁴⁰ DP I, 2:2 (8).

⁴¹ DP I, 2:3 (9).

⁴² perfect community

⁴³ DP I, 3:3 (10).

sürülmeliydi. Aristoteles'in *Fizik* yapıtına başvurarak, insanların, yetkin olmayan çeşitlerden, yetkin topluluklara, rejimlere ve yaşam biçimlerine ilerledikleri belirtir. Çünkü az yetkinden daha yetkine gitmek, her zaman hem doğanın hem onun taklitçisi sanatın yoluydu. İnsanlar, "ilk nedenleri ve ilk ilkelere elementlere kadar götürüp bilmedikçe" [Fizik, I. 1], her bir şeyin bilimsel bilgisine sahip olduğu düşünülemezdi.

Sivil topluluklar, bu yöntemi izleyerek, farklı bölge ve zamanlardaki küçük başlangıçlardan, gittikçe büyüyerek sonunda tam olmuştu. Zaten, doğanın ve sanatın her sürecinde, tam da söylendiği gibi olan buydu. Nitekim kendisinden diğer birleşmelerin doğduğu, insanların ilk ve en küçük birleşimi, filozofların birincisinin Politika'da [I. 2.] belirttiği gibi kadın-erkek birleşmesiydi. Bu birleşmeden, bir aileyi ilk kuran diğer insanlar meydana gelmişti. Bu insanların oluşturdukları aynı tür başka birleşmelerden de, bir çocuk bolluğu meydana geldiğinden, bunlara tek bir aile yetemezdi. Böylelikle, başka ailelerin kurulması gerekmişti. Bu şekildeki birkaç aile, köy adlandırılmıştı. İşte bu, ilk topluluktaki⁴⁴.

İnsanlar, tek bir ailede kaldıkça, özellikle artık "sivil" adlandırılacak olan onların bütün eylemleri, yasalar ve geleneklerle değil de, aralarında çok daha bilge olan yaşlılarca düzenlenmişti. Çünkü yasa ve gelenekler, henüz keşfedilmemişti. Sadece tek bir aile değil, köy adlandırılan ilk topluluk da bu şekilde yönetilmişti. Bununla birlikte, bazı köylerin durumu, farklıydı. Çünkü tek bir aile reisi, tamamen kendi istek ve zevkine göre aile-içi haksızlıkları bağışlama ve cezalandırma yetkisine sahip olsa da, bu aynı yetki köy adlandırılan ilk topluluk reisine, verilmemişti. Bu ilk toplulukta yaşlılar, bazı mantıklı emir veya sözde doğal yasalarla⁴⁵ adalet ve çıkar sorunlarını düzenlemişti⁴⁶.

Bir ailedeki ve bir köydeki rejimin bu farkının nedenini, şöyle koymuştu: Tek ve ilk ailedeki birisi, kardeşini öldürmüş olduğunda, aile reisi bundan doğan herhangi tehlikeli bir sonuç olmaksızın suçluya aşırı bir ceza veremeyebilirdi. Çünkü bu haksızlık, yalnız bu kötülüğü bağışlayan babaya yapılmış görünürdü. İnsan azlığı nedeniyle, iki oğlundan birini kaybetmek, bir baba için daha az keder ve talihsizlik demektir. Nitekim Marsilius'a göre, ilk ata Adem de, ilk oğlu Kayın [Kabil], kardeşi Habil'i öldürdüğünde bu şekilde

⁴⁴ quasi-natural law: İlkel ve yazılı olmayan bir "hukuk" (lex naturalis) anlamındadır.

⁴⁵ DP I, 3:4 (10).

⁴⁶ DP I, 3:4 (11).

de davranmıştı. Aristoteles'in belirttiği gibi, bir babanın, oğlu ile ilişkisinde yerinde olarak hiçbir sivil adalet söz konusu değildi. Öte yandan ilk topluluk olan köyde, buradaki durum aileden farklı olduğundan, böyle bir uygulamaya izin verilmemişti. Gerçekten de haksızlıklar, yaşlılarca intikamı alınmadıkça veya denkleştirilmedikçe, köylülerin ayrılmasına ve kavgaya neden olacaktı⁴⁷.

Çoğalan köyler ve artan çoğalmayla daha da büyüyen topluluk, ya sağduyulu insan eksikliğinden ya da Politika'da yazıldığı gibi başka nedenlerden, hala tek adamla yönetiliyordu. Bununla birlikte hükümdar, yaşlı veya daha iyi olarak kabul edilen bir adamdı. Gerçi, bu toplulukların düzenlemeleri, tek bir köyü düzenleyen düzenlemelerden, daha az kusurluydu. Bu ilk topluluklar, sonradan yetkin topluluklarda tedricen bulunacak olduğu gibi, parçaların sıralanış ve farklılaşmasındaki mükemmelliğe veya gerekli sanatların çokluğu ile yaşama kurallarına sahip değildi. Nitekim bazen aynı adam, İbrahim ve ondan sonraki diğer başkaları gibi, hem hükümdar hem çiftçi veya çobandı. Fakat yetkin topluluklarda, bu ne uygundu ne de buna izin verilmişti⁴⁸.

Bu topluluklar gittikçe büyürken, insanların deneyimi artmış; daha yetkin sanat ve kurallar ile yaşam şekilleri keşfedilirken, bu toplulukların parçaları iyice farklılaşmıştı. Sonunda yaşama ve daha iyi yaşama için gerekli olan şeyler, insanın akıl ve deneyimi sayesinde tam bir olgunluğa erişmişti. Bu şekilde farklı parçaları ile devlet adlandırılan yetkin topluluk kurulmuştu⁴⁹.

VI. DEVLETİN SON NEDENİ VE PARÇALARININ FARKLILAŞMASI ÜZERİNE

Marsilius, Politika'dan, devletin, sadece yaşama uğruna değil, iyi yaşama uğruna ortaya çıkmış, kendine tam yeterlilik sınırında olan yetkin bir topluluk olduğunu aktarır. Ona göre Aristoteles, bu tanımdaki "sadece yaşama uğruna değil, iyi yaşama uğruna ortaya çıkmış olma" ile devletin yetkin son

⁴⁷ DPI, 3:4 (11).

⁴⁸ DPI, 3:5 (12).

⁴⁹ liberal functions. Antik okul sisteminde "yedi özgür sanat" (septem artes liberales), şunlardı: Gramer, diyalektik, retorik, aritmetik, geometri, müzik, astronomi. Bunların karşısında da özgür insana (yurttaş) yakışmayan bedenlen çalışılan mesleki ve teknik sanatlar (artes illiberales) vardı. Yurttaş olmayanlar (köleler, yabancılar ve kadınlar), yaşamak için gerekli değerleri yaratırken, yani çiftçilik, hayvancılık, demircilik, marangozluk yaparken, efendileri, bedenlen çalışmayı gerektirmeyen zihin işlerini (liberal functions) yapacaktı. Antik çağın bu anlayışı, Batı'da ortaçağın feodal örgütlenmesinde [yönetenler (ruhban ve soylular) & yönetilenler (çalışanlar)] de sürdürülmüştü.

nedenini göstermişti. Çünkü sadece yaşamayan (hayvanlar ve köleler de aynı-sını yapıyordu) ama sivil [uygar/siyasi] bir yaşamı yaşayanlar, iyi yaşayanlardı. İşte bunların, ruhun erdemlerinin hem pratik hem teorik uygulandığı özgür işler⁵⁰ için boş zamanları vardı.

Devletin amacının yaşama ve iyi yaşama olarak belirlenmesinin, önce yaşama ve yaşam şekillerinin ele alınmasını gerektiğini belirtir. Bunun için gerek devletin uğruna oluşturulduğu amaç, gerek devlette mevcut ve insanların birliği ile yapılan bütün şeyleri gerekli kılanın ne olduğu bilinmeliydi. Marsilius, burada her şeyin esası olarak herkesin benimseyip, inandığı bir ilkeyi önerir: Bu, insanların akıl sağlıkları bozulmadıkça veya engellenmedikçe, doğal olarak yeterli bir yaşamı arzulamaları ve ona zararlı olan şeyden kaçınmalarıydı. Bu, sadece insan için değil, her tür hayvan için de geçerliydi. İnsan için geçerli olan yaşama ve iyi yaşam, biri geçici veya dünyevi, öteki sonsuz veya öte dünya adlandırılan iki türe ayrılırdı. Sonsuz olan ikinci tür, kendisinde açık olmadığı için filozoflar onun araçları üzerinde kafa yormamışlardı. Yaşama ve iyi yaşamın ilk türüne gelince, şanlı filozoflar onun gerekli araçları üzerinde neredeyse eksiksiz düşünmüşler ve iyi yaşamın kazanılması için sivil topluluğun gerekliliği sonucuna varmışlardı. Sivil toplum olmaksızın, yeterli yaşam elde edilemezdi. Nitekim Aristoteles de Politika'da, bunu söylemişti: "Bütün insanlar, doğal bir dürtüyle öyle bir birliğe çekilirler"⁵¹.

Bu sözlerden sonra toplumun nedenine daha yakından eğilir: İnsan, karşıt elementlerden kurulu olarak doğmuştu. Karşıt eylem ve tutkuları nedeniyle, maddesinin bir kısmı sürekli yok olurdu. Üstelik acı ve yıkım getiren ortam ve başka elementler karşısında, çıplak ve korunmasız doğmuştu. Sonuç olarak uğrayacağı zararlara karşı farklı tür ve cinsten sanatlara gerek duyardı. Fakat bu sanatlar, yararlı olan şeyi elde etmek ve zararlı olan şeyden kaçınmak için ancak bir diğeri ile işbirliğinde olan sayıca çok insanla yapılabilirdi. Fakat bu şekilde toplanmış insanlar arasındaki tartışma ve kavgalar, eğer bir adalet kuralı ile düzenlenmezse, sonunda devletin yıkımını getirirdi.

⁵⁰ liberal functions. Antik okul sisteminde "yedi özgür sanat" (septem artes liberales), şunlardı: Gramer, diyalektik, retorik, aritmetik, geometri, müzik, astronomi. Bunların karşısında da özgür insana (yurttaş) yakışmayan bedenen çalışılan mesleki ve teknik sanatlar (artes illiberales) vardı. Yurttaş olmayanlar (köleler, yabancılar ve kadınlar), yaşamak için gerekli değerleri yaratırken, yani çiftçilik, hayvancılık, demircilik, marangozluk yaparken, efendileri, bedenen çalışmayı gerektirmeyen zihin işlerini (liberal functions) yapacaktı. Antik çağın bu anlayışı, Batı'da ortaçağın feodal örgütlenmesinde [yönetenler (ruhban ve soylular) & yönetilenler (çalışanlar)] de sürdürülmüştü.

⁵¹ DPI, 4:3 (13).

Yeterli yaşam uğruna toplanmış insanların, bir diğeri ile gereksinim duyduklarını değiştikleri, eksiksiz ve kendine yeterlilik sınırına ulaşmış bu birlik, devletti. Yeterli yaşamı arzulayan insanlara, farklı şeyler gerekli olduğundan, bunlar da tek bir tabaka⁵² veya görev tarafından karşılanamayacağından, bu birlik içinde farklı şeyleri sunan ve yerine getiren farklı tabaka ve işlevler olmalıydı. Bu çeşitli tabaka ve işlevler, devletin ayrı ve pek çok parçasından başka hiçbir şey değildi.

Marsilius, Politika'ya [VII. 8] göndermede bulunarak, devletin altı parçasını (çiftçiler, sanatkarlar, askerler, maliyeciler, papazlar ve yargıçlar⁵³) aktarır:

Bunlardan üçü olan papazlar [din adamları], savaşılar ve yargıçlar, katı anlamda devletin parçalarıdır ve bunlar sivil topluluklarda genellikle saygın sınıf (*honorabilitatem*) olarak adlandırılır. Diğerleri ise kavramın geniş anlamında sadece parça adlandırılır. Çünkü bunlar, Politika'da Aristoteles'in öğretilerine göre devlete gerekli işlevlerdir ve bu işlevlere ait olan çokluk genellikle sıradan yığın (*vulgaris*) olarak adlandırılır. Öyle ise bunlar, bütün diğerlerinin uygun şekilde onlara indirgenebildiği kent veya devletin çok daha bildik parçalarıdır⁵⁴.

Marsilius'un bu parçalar hakkında verdiği belirli ayrıntılar, onun kurguladığı toplumun organik örgütlenmesini daha iyi ortaya koyar. Bedeni ele alarak açıklamasını sürdürür: Beslenmenin durması, hem bireyin hem de türün tamamen yıkımı olacağından, çiftçilik ve hayvan besiciliği oluşturulmuştu. Bunlara, kara, deniz ve hava hayvanları avcılığının bütün türleri ile gıdanın aracılıkları yoluyla elde edildiği bütün diğer sanatlar da eklenebilirdi. Böylelikle beden, kaybettiği maddeyi yerine koyar ve insan doğanın izin verdiği ölçüde ölümsüz varlığını sürdürürdü.

Bedenin eylem ve tutkularını doyurmak için, Aristoteles'in Politika'da sanatlar dediği genel mekanik sınıf keşfedilmişti. İplik eğirmeciliği, deri üretimi, ayakkabı yapımı, her tür inşaatçılık ve genelde devletin başka işlevlerini geliştiren bütün diğer mekanik sanatlar, bu sınıfa aitti. Politika'da belirtildi-

⁵² order / part / bölüm

⁵³ Bu sıralama Türkçe açısından işlevler bakımından değil, işlevlerin karşılık geldiği meslekler bakımından yapılmıştır. İngilizce metinde işlevlere göre yapılan özgün sıralama şöyledir: "The agricultural, the artisan, the military, the financial, the priestly, and the judicial".

⁵⁴ DPI, 5:1 (15).

ği gibi, sanatların bir kısmı zorunluluk nedeniyle mevcut iken, diğer bir kısmı zevk ve iyi yaşama içindi. Öyleyse bu sanatlar, bir ressamın sanatı veya buna benzer diğerleri gibi yaşam için bir zorunluluk olmaktan çok, zevk ve iyi yaşama içindi. Mimarlık ve tıp uygulaması da bu sınıf içindeydi⁵⁵.

Başkalarının yararı veya zararına olan aşırılıkların yatıştırılması için devlette ister istemez bir parça veya işlev oluşturulurdu. Bu parça, anılan aşırılıkları düzeltir ve gereğini yapardı. Böyle bir düzeltme olmaksızın, aşırı davranışlar kavga doğurur, bu da yurttaşların ayrılığına, sonunda da devletin yıkımına ve yeterli yaşamın yitirilmesine neden olurdu. Aristoteles, işlevi, adalet ve ortak yarar sorunlarını düzenlemek olan devletin bu parçasını, eklentileriyle birlikte yargı veya yönetim parçası olarak adlandırmıştı⁵⁶.

Yeterli yaşama, yabancıların güdümünde olan köleleştirilmiş yurttaşlarca ulaşılamazdı. Ayrıca devlet içinde yaralayıcı ve asi insanlara karşı yargıçların hükümleri, zorlayıcı güçle yerine getirilmek zorundaydı. Bunun için devlette, mekaniklerin pek çoğunun da destek olacağı, savaşçı (koruyucu) bir parçanın kurulması gerekliydi. Devlet, yaşama ve iyi yaşama uğruna kurulduğuna göre, buna köle kılınmış yurttaşlarca erişilemezdi. Nitekim “Usta” Aristoteles, köleliğin, devletin doğasına aykırı olduğundan, askeri parçanın zorunlu olduğunu belirtmişti:

Yurttaşlar, eğer istilacıların kölesi olmayacaksa, diğer parçalardan daha az gerekli olmayan savaşçıları olan beşinci bir sınıf vardır. Çünkü bir devlet kendine yeterli olduğundan, bir köle ise kendine yeterli olmadığından, doğasında kölece olan bir şeyin “devlet” adına yaraşır olması kadar gerçekten olanaksız bir şey yoktur⁵⁷.

Marsilius, savaşçı sınıftan sonra bir başka sınıf olan maliyecileri⁵⁸ ele alır. Yeryüzünde hasat, bazı yıllarda çok, bazı yıllarda azdı. Devlet, komşularıyla kimi zaman barışta, kimi zaman savaştaydı. Yollar, köprüler ve benzeri yapıların yapım ve onarımı gibi ortak hizmetler de gerekliydi. Öyleyse bütün bu şeyleri, devlette zamanı geldiğinde sağlayacak bir parça olmalıydı. Aristoteles, bu sınıfa para ile değiştirilen her şeyin haznedarı olduğundan “para

⁵⁵ DP I, 5:6 (17).

⁵⁶ DP I, 5:7 (18).

⁵⁷ DP I, 5:8 (18).

⁵⁸ a treasure-keeping part

sınıfı”⁵⁹ demişti. Bu parça, servetleri, sikkeleri, şarapları, yağları ve ortak yarar için gerekli bütün şeyleri her yerden toplar, korur ve gelecek ihtiyaçlar için hazırlardı.

Maliyecilerden sonra, din adamları parçası vardı. Marsilius için, Aristoteles’in sivil toplumun olağandışı ağır tek hastalığının farkında olmayışı, onun din adamlığı ile ilgili öğretisinin tamamen yanlış olması demek değildi. Aksine, siyaset felsefesi içinde bu öğreti esasta doğrudu. Aristoteles, din adamlığının devletin gerekli parçasını, hatta soylu bir parçasını oluşturduğunu, fakat yöneten parçası olmadığını görmüştü: Papazlar, yönetmek ve yargılamak iktidarına sahip olamazlardı. Hıristiyan vahyi, bu öğretiye karşıt değildi. Çünkü vahiy, akla karşı değil, fakat gerçekten aklın üzerindeydi. Bu hepsi de değildi. Aristoteles, yalnızca tanrısal vahiy olabilen din adamlığının doğru zeminini gerçekten bilmemişti. O, bir pagandı. Fakat Aristoteles değilse bile, öte dünyaya inanmayan diğer filozoflar, öte dünyadaki yaptırımlara eşlik eden sözde tanrısal yasalar icat etmişler veya kabul etmişlerdi. Çünkü onlar, böyle yaptırımları, filozof olmayanları, bu yaşamda erdemleri geliştirmeye ve kötülüklerden kaçınmaya kandırabilmek için benimsemişlerdi⁶⁰. Nitekim bütün toplumlar, Tanrı’ya tapınmak yanında, bu dünya ve öte dünya algısından doğan yararlar için bir din adamları sınıfının oluşturulmasında uzlaşmışlardı.

Antik çağdan Hesiod, Pythagoras ve benzeri filozoflar, tanrısal yasaların veya dinlerin ileri sürülmesinde bambaşka bir nedeni vurgulamışlardı. Bu, toplulukların ahenk ve dinginliğinin, nihayetinde de bu dünyada yeterli yaşamın neredeyse tamamen ona bağlı olduğu insan davranışlarının iyiliğinin güvence altına alınmasıydı. Böyle yasaları ve dinleri kuran filozofların bir kısmı, insanın dirilişine ve sonsuz adlandırılan o yaşama inanmamış olsalar da, onun varlığına inanmış görünüp başkalarını da oradaki hazlar ve acıların bu ölümlü yaşamdaki insan eylemlerine göre olduğuna inandırmışlardı. Çünkü yasama-
cının⁶¹ insan yasası ile düzenleyemeyeceği, belirli davranışlar vardı. Bu davranışlar, birisine varlığı veya yokluğu kanıtlanamayan, ama Tanrı’dan gizlenemeyen davranışlardı. Bu filozoflar, onlara öte dünyada iyilik yapanlara ödül, kötülük yapanlara ceza tehdit ve vaadi altında bu yasaların yapıcısı ve uygulayıcısı görünmüştü. Bu filozoflara göre, yanlış davranan insan ruhları, kötülüklerinin derecesine uygun, oburların domuz bedenine, sekse çok düşkün olan-

⁵⁹ “Money class”.

⁶⁰ STRAUSS, s. 187.

⁶¹ legislator / yasakoyucu

ların keçi bedenine girmesi gibi, çeşitli hayvan bedenlerine girecekti. Bu filozoflar, yanlış yapanlara, sürekli susuzluk ve obur Tantalus'un açlığı gibi çeşitli işkenceler de öngörmüşlerdi. Tantalus, su ve meyveler ona yakın olduğu halde, onlara ulaşamazdı. Çünkü onlar, Tantalus'un onları yakalayabileceğinden çok daha hızlı kaçarlardı. İşkence yeri olan cehennem, derin ve karanlıktı. Bu korkular nedeniyle yanlış yapmaktan sakınan insanlar, dindarlık ve acıma gibi erdemli davranışlara özendirilirdi. Böylelikle, topluluklarda pek çok tartışma ve kavga önlenirdi. Aynı şekilde bu dünyada devletlerin barış veya dinginliği ile insanların yeterli yaşamı da daha kolaylıkla korunurdu. Bu da böyle yasaları ve dinleri yerleştiren bu bilge insanların amaçladığı sonuçtu⁶².

Putperest⁶³ papazlar, dinin kurallarını kuşatan kuşağa aktarmışlardı. Dini esasların öğretilmesi için tapınaklar kurulmuş; bu öğretilerin öğretmenleri olan papazlar atanmıştı. Tanrısal tapınmaya yarayan kitap, sunu, vazo ve benzeri şeyler de icat edilmişti. Sıradan, saygın olmayan birileri, inanç ve ayinlerden sorumlu papaz olarak atanamazdı. Bu görevlere, ancak yaşları dolayısıyla sivil yükümlülük ve görevlerden ayrılmış emekli asker ve yargıç gibi erdemli yurttaşlar, atanabilirdi. Yaşları ve ahlaki saygınlıklarından ötürü büyük güven beslenen, tutkularından arınmış böyle adamlar, tanrıların ululanması ve kutsal sorumluluklar için aşağı ve kirletici işleri yapan sanatkar ve çıkarıcılardan daha uygundu. Aristoteles de zaten Politika'da bunu belirtmişti: "Ne bir çiftçi ne bir sanatkar, papaz [din adamı] yapılmalıdır"⁶⁴.

Marsilius, "Tanrı ile ilgili doğru görüşlerin", Katolik Hıristiyanlık ve Musa yasası dışındaki öğretiler ve putperest dinlerce benimsenmediğine dokunduktan sonra, din adamları parçasının, son nedenini açıklamaya çalışır: Bu, insan aklı ile kanıtlanması olanaksız olan Tanrı vahyi ile gösterilmişti. İlk insan olan Adem, dünya yaşamından sonra sonsuz mutluluğa katılabilsin diye, Tanrı'nın şanı için bütün diğer yaratıklar gibi, Tanrı'nın suret ve benzerliğinde yaratılmıştı. Yaratıldığında, ilk günahsızlık, adalet ve merhamet durumunday-

⁶² DPI, 5:11 (20).

⁶³ gentile / Musevi olmayan.

⁶⁴ DPI, 5:13 (20); "Önceden yaptığımız listeden kalan, papazlar sınıfıdır. Buradaki düzenleme de çok açıktır: Hiçbir çiftçi veya mekanik [ticaretle uğraşan] papaz yapılmamalıdır. Çünkü tek doğru ve uygun olan, tanrılara yurttaşlar tarafından tapınması gerektiğidir. Şimdi, yurttaşları askeri ve sivil [*the deliberative*] iki parçaya böldüğümüz gibi, uzun hizmet yılları geçirmiş olanların, tanrılara hizmet etmelerinin ve emekliliklerinin tadını çıkartmalarının doğru ve uygun olduğudur. Papaz görevlerine atanması gerekenler, bunlardır", ARISTOTLE, s. 417. [The Politics VII. 9. 1329a 27].

dı. Fakat Adem, bu konumda kalmış olsaydı, sivil görevlerin kuruluş ve farklılaşması, ne ona ne de nesline gerekli olacaktı. Çünkü doğa, Adem için herhangi bir ceza veya acı olmaksızın, yeryüzünde veya cennette bu yaşamın üstünlük ve tatlarını ona sunmuş olacaktı. Fakat Adem, yasak meyveyi yiyerek ilk masumluluğu, adalet ve merhameti bozmuştu. Bu şekilde ilahi emri çiğnemekle, aniden günah ve perişanlığa düşmüş, şanlı Tanrı'nın iyiliği ile bütün nesline emredilmiş o sonsuz mutluluktan kovularak cezalandırılmıştı. Bu emri çiğnemesinin karşılığı, bütün neslinin şehvetle üremesiydi. Adem'den sonra her insan, şehvetten doğmuş ve bununla da Hıristiyanların yasasında “ilk” denilen günaha yakalanmıştı. Bunun tek istisnası, herhangi bir günah veya şehvet olmaksızın, Kutsal Ruh'tan gebe kalan Bakire Meryem'den doğan İsa Mesih'ti. Böylece onun kişiliğinin birliğinde üçte olan tek, insan doğasını oluşturmuştu. İlk büyüklerinin bu itaatsizliğinin bir sonucu olarak, önceden eksiksiz sağlık, masumluk ve merhamet durumunda yaratıldığı halde, artık bütün insanlık nesli, ruhen zayıf ve güçsüz doğardı⁶⁵.

Tanrı, mutlu ve sonsuz bir yaşam vaat ettiği insan ırkı için şefkatliydi. Dolayısıyla, “hiçbir şeyi asla boşuna yapmayan ve asla bir ihtiyaca gerek duymayan” Tanrı, insana, gerek itaat edip yerine getireceği, gerekse itaatsizliğini karşılayacak ve ondan doğan günah hastalığını iyileştirecek belirli emirler vererek, insanın düşkünlüğüne çare bulmayı dilemişti.

Tanrı, ilk olarak yeryüzünün ilk meyvesi ve hayvanların ilk doğanından özveride bulunulmasını emretmişti. Eski babaların Tanrı'ya saygı ve şükürle yerine getirdikleri bu ibadet, İbrahim'in zamanına dek inerti. Tanrı ona, ilkinden çok daha zor olan bir emir daha vermişti: Bu, bütün erkek cinsinin sünnet olmasıydı. Bu emirle Tanrı, insanın pişmanlık ve itaatini çok daha şiddetle sınamıştı. Bu emirler, Musa zamanına dek uygulanmıştı. Musa, bu yasanın sorumluları olarak papazlar atamıştı. Bütün önceki emirler ile Musa yasasını yerine getirmenin yararı, ilk veya fiili veyahut da özgürce işlenmiş olsun, suç veya günahattan arınmış olmanın yanısıra, bu emirleri yerine getirmekle birlikte sonsuz mutluluğa layık olmayanları, öte dünyadaki cezadan esirgemekti.

Şefkatli Tanrı'nın insan ırkına emretmiş olduğu, düşünüş sonrasında onarmayı dilediği bu mutluluk, uygun bir düzeni izliyordu. Nitekim Tanrı, hepsinin en yenisi, gerçek Tanrı ve gerçek insan olan oğlu İsa Mesih'le İncil yasasını göndermişti. Onun gereklerinin yerine getirilmesi ile insanlar, yalnızca ce-

⁶⁵ DP I, 6:2 (22)

zadan esirgenmeyecek, aynı zamanda Tanrı'nın merhameti ile sonsuz mutluluğa ereceklerdi⁶⁶.

Marsilius göre devlet, Hıristiyanlık inancı temelinde, hem bu dünyalık mutluluğa hem öte dünyalık kurtuluşa yönelmişti. Dolayısıyla öte dünyaya ilişkin ceza ve ödüllere olan inanç, siyaseten yararlıydı. Öyleyse, pagan filozofların öte dünya üzerine kurguları, doğrudu ve böyle oldukları için de siyasi öğretinin bir parçasıydı. Bu kurgunun getirdiği, bir toplumun belirli bir tanrısal yasaya inançla veya belirli bir dinle kurduğu, Marsilius'un da benimsediği, felsefi "mezhep" anlayışıydı. Bu anlayış, doğru dinin gerçekliği felsefeden felsefe olarak kaçtığından, bütün sözde tanrısal yasalar ile bütün gerçek tanrısal yasaları eşit şekilde kucaklardı. Bu dini olarak yansız mezhep anlayışı, Farabi'nin siyaset kuramının olduğu gibi, Marsilius'un da siyaset kuramının esas parçasıydı. Bu, din adamlarının hükümdarlar veya yargıçlar değil, esasen öğretmenler olduğu akılcı din adamlığı anlayışına kapıyı açmıştı: Herhangi bir tanrısal yasadaki papazların asıl işlevi, öte dünyaya ilişkin yararlı öğretiyi veya daha genel olarak toplumlarının inanmak için meydana getirdiği tanrısal yasayı öğretmektir. Papazlar, devletin bir parçasını öğretmenler olarak oluşturan sadece öğretmenlerdir. Yalnız burada Marsilius'un Aristoteles'ten ayrıldığı noktalar vurgulanmalıdır: Aristoteles'e göre din adamının eylemi, hükümdarın eyleminden daha az soyluydu. Fakat Hıristiyanların yasasında ve sadece o yasada din adamının eylemi hepsinin en mükemmeliydi. Bir başka nokta, Aristoteles'te yalnızca yurttaş olan üst sınıftan yaşlı adamlar, din adamı olurdu. Hıristiyanlık bunu reddederdi: Hıristiyan din adamları, İsa'ya benzemeliydi ve bu yüzden İncil'in yoksulluğu ve tevazuunda yaşamaları gerekliydi. Bu da Sezar'ın olan şeylerle yapacak herhangi bir şeylerinin olmaması demektir⁶⁷.

VII. YÖNETİMLER: TÜRLERİ VE SINIFLANDIRILMARI ÜZERİNE

Devletin parçalarının, başka nedenleri de vardı. Bunlar, maddi, biçimsel ve etken nedenlerdi. Madde, insan zihni ile tamamlanan şeylerde, fiilen biçimden önce mevcuttu. Görevlerin ruhun alışkanlıkları demek olması gereği, farklı görevlerin uygun maddesi, doğuştan farklı sanat ve disiplinlere yönelen insandı. Doğa, ihtiyaç gereğinde olmadığından, çok daha soylu olana istekliydi. Bozulur şeyler arasında, en soylu, insan türüydü ve farklı parçalar ve disiplinler

⁶⁶ DP I, 6:4 (22)

⁶⁷ STRAUSS, s. 188.

linlerle mükemmelleşmişti. Doğa, insanın yaradılışında kimini çiftçiliğe, kimini askerlik ve başka tür sanatlarla yönelirken, bu farklılaşmayı kendisi başlatmıştı⁶⁸.

Devlet işlevlerinin biçimsel nedenleri, bunların insan zihninin alışkanlıkları olmalarına uygun olarak, bu alışkanlıklardan başka hiçbir şey değildi. Bu alışkanlıklar, onlara sahip olanların kendi biçimleriydi. Onlar, doğada mevcut olan insan eğilimlerini yerine getirirler ve mükemmelleştirirlerdi. Politika’da da her sanatın ve disiplinin doğanın eksikliğini duyduğu şeyi sunmayı amaçladığı yazılmıştı. Haliyle devletin parçalarının biçimsel nedenleri, etken nedenin devlette belirlenmiş işleri yapmaya atanmış insanlara verdiği emirlerdi.

İşlevlerin etken veya üretken nedenleri, bunlar ruhun alışkanlıkları demek olduğundan, insanların bireysel veya toplu düşünce ve istekleri yoluyla akıl ve iradeleri idi. Ayrıca belirli işlevler örneğinde, ilave bir ilke, beden organlarının hareket ve uygulamasıydı. İşlevlerin etken nedeni, onların devletin parçaları olmasına uygun, sıklıkla ve çoğu örnekte, insan yaşamacıydı. Gerçi, eskiden, nadiren ve çok az örnekte, doğrudan etken, insan belirleyiciliği olmaksızın, Tanrı idi⁶⁹.

Devletin parçalarının kuruluş ve farklılaşması, zaten belirtildiği gibi, yaşamacı denilen etken nedenle ortaya çıkartılırdı. Aynı yaşamacı, doğanın hayvanlarda yaptığı gibi, bu parçaları kurar, farklılaştırır ve ayırırdı. Devlette ilk kurulan parça, yönetim veya yargı parçasıydı ve bu doğasının gereği devletin diğer parçaları da onun eliyle oluşturulurdu.

Yönetim parçalarının veya hükümetlerin, biri ılımlı diğeri hastalıklı olmak üzere iki türü⁷⁰ vardı. Marsilius, Politika’dan bunu aktardıktan sonra, kendisi, hükümdarın uyruklarının iradesine uygun, ortak yarara göre yönettiği türü “iyi huylu”⁷¹, bu açıdan yetersiz kalan öteki türü ise “hastalıklı” adlandırmıştı. Bu türlerin her biri, tekrar üçe bölünmüştü: İlimli olan, kralca monarşi⁷², aristokrasi ve *politeia*⁷³ şeklinde; hastalıklı olan ise tiranca monarşi, oligarşi

⁶⁸ DP I, 7:1 (25)

⁶⁹ DP I, 7:3 (26)

⁷⁰ temperate ve diseased

⁷¹ well tempered

⁷² kingly monarchy

⁷³ polity / “constitution” / “anayasa” / çoğunluğun doğru yönetimi.

ve demokrasi şeklinde üç karşıt cinse bölünmüştü. Bunların her biri tekrar alt cinslere bölünmüştü ama şimdiki işi bunu ayrıntılı tartışmak değildi. Aristoteles, zaten bunu Politika'da ayrıntılı anlatmıştı⁷⁴.

Bu hükümet türlerinin, daha iyi anlaşılması için bunların her biri Aristoteles'in görüş noktasından tanımlanmalıydı. Uyrukların irade ve oluru-na uygun, ortak yarar için yöneten tek bir hükümdarın hükümeti, kralca monarşi idi. Bunun karşıtı hastalıklı bir hükümet olan tiranlık, tek bir hükümdarın uyruklarının iradesinden ayrı, kendi özel çıkarı için yönetmesiydi. Aristokrasi (*honorabilitas*), saygın sınıfın, uyrukların irade ve rızasına uygun, ortak yarar için tek başına yönettiği ılımlı bir hükümetti. Bunun karşıtı olan oligarşi, bir kısım zengin veya çok güçlülerin, uyrukların iradesinden ayrı kendi çıkarları için yönettiği hastalıklı bir hükümetti. *Politeia*, bir anlamda her tür rejime ortak bir şey olmakla birlikte, bir başka anlamda her yurttaşın ortak yarar için rütbe, yetenek ve durumuna göre sırasında toplantılara katıldığı, belirli bir ılımlı hükümet türüydü. Oligarşinin ve demokrasinin iyi yönlerini birleştiren bir yönetimdi. Bunun karşıtı olan demokrasi, yığınların (*vulgus*) veya muhtaç çokluğun, hükümeti kurduğu ve diğer yurttaşların irade ve rızasından ayrı, uygun orana göre bütünüyle ortak yarar için değil, tek başına yönettiği bir hükümetti. İlimli hükümetlerin yönetimi, en iyi iken, hastalıklı hükümetlerin yönetimi, en kötüydü⁷⁵.

VIII. YÖNETİMLERİN KURULMA YÖNTEMİ VE HANGİ YÖNTEMİN DAHA MÜKEMMEL OLDUĞU ÜZERİNE

Bu tartışma, devletin yönetim parçasının kurulması üzerineydi. Örnekler üzerinden yönetim parçasını kuran neden ve eylemlerin değerlendirilmesiydi. Bununla birlikte, önce, bu parçayı geçmişte kurmuş olan yöntem ve neden gösterilmeliydi. Gerçi, hükümetin pek çok örnekte kurulduğu o nedenin, insan kanıtıyla açıklanabilmesi, nadirdi. Çünkü eski yöntemin hiçbir kesin kavrayışı kanıt yoluyla edinilemezdi. Devletin yönetim parçası veya diğer parçalarını, özellikle din adamlığını, geçmişte oluşturan bu yöntem veya eylem, doğrudan nedeni ile birlikte, tanrısal iradeydi. Bunu, belki kendisi ya tek başına doğrudan ya da tek bir varlığın elçiliği yoluyla yapmıştı. Tanrısal irade, İsrail halkının hükümetini, Musa'nın ve ondan sonra belirli diğer yargıçların kişiliğinde bu yöntemle kurmuştu. Bu neden ve eylemin, neden böyle iş-

⁷⁴ DP I, 8:2 (27)

⁷⁵ DP I, 8:3-4 (28)

lediği konusuna kanıt yoluyla bir şey denemezdi. Bu, ancak akıldan ayrı basit inançla benimsenirdi.

Bununla birlikte hükümetleri kurmanın bir başka yöntemi vardı. Bu hükümetler, doğrudan insan zihninden çıkardı. Gerçi bunlar da belki uzak neden olarak bütün dünya hükümdarlıklarını bağışlayan Tanrı'dandı. Yuhanna⁷⁶, Pavlus⁷⁷ ve Aziz Augustinus⁷⁸, bunları açıklamıştı. Böyle olsa da Tanrı, her zaman doğrudan davranmazdı. Gerçekten de pek çok örnekte, neredeyse her yerde, öyle oluşumlar için takdiri iradesini bağışladığı insan zihinleri aracılığıyla hükümetleri kuruyordu. Bu ikinci nedene gelince, onun ne olduğu ve hangi tür eylemle öyle şeylerin kurulduğu, kesinlikle söylenebilirdi. Öyleyse, kanıtlarla kesin bilgisi edinilemeyen yöntem atlanmalı ve doğrudan insan iradesinin etkilediği hükümet kurma yöntemlerine geçilmeliydi⁷⁹.

Öncelikle kralca monarşinin kuruluş yöntemlerini, kökenleri üzerinden sıralayacağını ve bu hükümet türünün oldukça bildik ve aile yönetimi ile doğrudan bağlantılı olduğunu belirtir. Politika'ya [III. 14]⁸⁰ göre, (kralca) monarşilerin (krallıkların) beş kuruluş yöntemi vardı:

1. Topluluğu yönetme bakımından bir monarkın, ordu liderliği gibi belirli bir görev için atanmasıydı. Bu atama, ya irsi bir ardılığa bağlı olur ya da yalnızca kendi yaşam süresi için olurdu. Yunanlılar, Agamemnon'u bu yöntemle ordu lideri yapmıştı. Bu ordu liderinin barış zamanında hiçbir yargısal gücü yoktu. Fakat ordu savaştığında, öldürmek veya saldırganları cezalandırmak yüksek otoritesine sahipti.

2. Belirli monarkların Asya'da yönettiği yöntemdi. Bu monarklar, efendilik otoritelerini⁸¹ irsi ardılıktan alırlardı. Sözde, yasaya göre yönetirlerdi ama bu yasa despotların yasası gibiydi. Yasalar, topluluğun yararına değil monarkın yararınaydı. Böyle yönetime uyruklar, hem barbar, köle doğaları hem de geleneğin etkisi yüzünden "protestosuz" katlanırlardı. Bu yönetim, ülkeye yerli olduğundan ve gönüllü uyruklar üzerinde kurulduğundan kralca yöne-

⁷⁶ Yuhanna 19:11 [İsa, "Sana gökten verilmeseydi, benim üzerinde hiçbir yetkin olmazdı" diye karşılık verdi. "Bu nedenle beni sana teslim edenin günahı daha büyüktür".]

⁷⁷ Romalılar 13:1 [Herkes, baştaki yönetime bağlı olsun. Çünkü Tanrı'dan olmayan yönetim yoktur. Var olanlar Tanrı tarafından kurulmuştur.]

⁷⁸ Aziz Augustinus *De civitate Dei* v. xxi (PL 41. 167).

⁷⁹ DP I, 9:2 (29)

⁸⁰ Politika'da bu bölüm başlığı, "Beş Krallık Tipi"dir, Politics III. 14 (s. 216).

⁸¹ their dominating authority

timdi. Bunun nedeni, monarkın atalarının, bölgeye ilk yerleşenler olmasıydı. Fakat bu yönetim, yasalar tamamen ortak yarar için değil, monarkın yararına olduğundan, bir anlamda da tirancaydı⁸².

3. Hükümdar, otoritesini irsi ardılıktan değil seçimden alır ve ortak yarar için olan yasalara göre değil, tiranların yasası gibi monarkın çıkarına olan yasalarla yönetirdi. Bu nedenden Aristoteles, bu hükümet türüne, tiranlık, “seçimli tiranlık” demişti. Çünkü yasa, despotikti ve yönetim gönülsüz uyruklar üzerinde olmadığından seçimliydi.

4. Hükümdar, izleyen bir irsi ardılıkla seçilir ve tamamen ortak yarar için olan yasalara göre yönetirdi. Bu yöntem, Aristoteles’in belirttiği gibi, “kahramanlık günleri”nde kullanılırdı. Kahramanlık diye anılan o günlerin hükümdarları, şunlardı: Yıldızlar, olağanüstü erdemlerinden dolayı tanrısal bilinen adamları, o zaman yaratırdı. Tanrısal adamlar, parçalanmış bir çokluğ u bir araya getirip onu sivil bir topluluğ a birleştirdikleri olağanüstü erdemleri ve yararlı işleri sayesinde hükümdar olurdu. Kahramanlar, istilacılardan bölgeyi özgürleştirir veya başka uygun yöntemlerle bölgeyi ele geçirerek onu uyrukları arasında bölerdi.

5. Bu yöntem, bir aile başkanının kendi hanehalkında her şeyi iradesine göre düzenlemesi gibi, hükümdarın, kendi isteğ ine göre insanları ve nesneleri düzenlediğ i, toplulukta her şey üzerinde efendi (*dominus*) yapıldığı bir yöntemdi⁸³.

Marsilius’a göre, Aristoteles’in bu kavramlarını belirginleştirmek ve başka hükümet türlerinin kurulma yöntemlerini özetlemek için, her hükümetin ya gönüllü ya da gönülsüz uyruklar üzerinde kurulu olduğunu söylemek yeterdi. İlki, iyi huylu; ikincisi ise hastalıklı hükümetlerdi. Bu türlerin her biri, önceden belirtildiğ i üzere, üç çeşide ayrılırdı⁸⁴. İyi huylu hükümet türünün ilki, belki de daha mükemmel olanı, kralca monarşiydi. Bu kralca monarşi türünün her biri, daha çok gönüllü uyruklar üzerinde ve uyrukların ortak yararı için yapılan yasalara göre oldukça, çok daha fazla gerçek krallıktı. Bu özelliklerden - uyrukların rızası ve ortak yarar için yapılan yasalar - ayrıldıkça da daha çok tiranlıktı. Bundan dolayı monarşiler, Politika’da [IV. 10] ya-

⁸² DPI, 9:4 (30)

⁸³ DPI, 9:4 (31)

⁸⁴ İyi huylu yönetimler: 1. Kralca Monarşi [Monarşi] 2. Aristokrasi 3. *Politeia*.
Hastalıklı yönetimler: 1. Tiranca Monarşi [Tiranlık] 2. Oligarşi 3. Demokrasi.

zıldığı gibi, kralcaydı. Çünkü yasaya göreydi ve gönüllü uyrukları yönetirdi. Öteki monarşilerse, yani despotça ve monarkların kendi yargılarına uygun yönetilenlerse, tirancaydı. Aristoteles'te görüldüğü gibi bu iki özellik, ılımlı yönetimi hastalıklı yönetimden ayırırdı ama mutlak olan ayırıcı ölçüt, uyrukların rızasıydı.

Seçilmiş ya da seçilmemiş olsun, kralca monarklar, gönüllü uyrukları yönetirdi. Fakat seçilmemiş krallar, ortak yarar için daha az siyasi olan yasalarla⁸⁵ yönetirken, uyrukları da barbarlar örneğinde olduğu gibi, daha az gönüllüydü. Öte yandan seçilmiş krallar, çok daha gönüllü uyrukları, ortak yarar için yapılmış çok daha siyasi yasalarla yönetirdi.

Bu değerlendirmeden, sonuçta açık olan şeydu: seçilmiş hükümet türü, seçilmemiş olandan üstündü. Bu, Aristoteles'in de görüş noktasıydı. Bu hükümet kurma yöntemi, yetkin topluluklarda⁸⁶ daha sürekliydi. Bazı zamanlar için, hükümet kurmanın başka yöntemleri arasından, karıştına değil, ama buna başvurmak gerekli olurdu. Örneğin: irsi ardıllık başarısız kaldığında veya bazı nedenler yüzünden çokluk, bir aile yönetiminin aşırı kötülüğünü taşıyamadığında, o zaman onlar insan nesli kaldıkça asla başarısız kalmayacak olan seçim yöntemine dönmek zorundaydılar. Üstelik en iyi hükümdar, tek başına seçim yöntemi ile elde edilirdi⁸⁷.

Diğer ılımlı hükümet çeşitlerini kurma yöntemi, genellikle seçimdi. Bazı örneklerde hükümdar, izleyen irsi bir ardıllık olmaksızın kur'a ile seçilirdi. Oysa hastalıklı hükümetler, genellikle ya hile ya zor ya da her ikisi ile kurulurdu.

Marsilius, burada şu soruları sorar:

1. "İlimli hükümetlerin hangisi daha iyidir: Monarşi mi yoksa diğer iki çeşitten (aristokrasi veya *politeia*) biri mi"?

2. "Yine, monarşilerin hangisi, seçimli olan mı yoksa seçimsiz olan mı, daha iyidir"?

Ona göre bu şekilde uzayan, "akılcı bir kuşku ve sorgulama isteyen" bu sorular zincirinin, "kuşkusuz, gerçeklik ve Aristoteles'in açık görüşü ile uyumlu olan yanıtı", seçimin, hükümetin çok daha kesin standardı olmasıydı⁸⁸.

⁸⁵ by laws which are less politic for the common benefit

⁸⁶ perfect communities.

⁸⁷ DP I, 9:7 (33)

⁸⁸ DP I, 9:9 (33).

Bununla birlikte, farklı zaman ve yerlerde farklı çokluklar, Aristoteles'in Politika'da belirttiği gibi, *politeia* ve hükümetin farklı türlerine yönelirdi. Yasamacılar ve hükümet kurucuları, bu gerçeği anlamak zorundaydı. Bazı insanların kendilerine uyan disiplin veya çalışmaya değil de olmayacak olana yönelmesi gibi, bazı zaman ve yerde de çokluk, en iyi hükümet türünü kabul etmeye yönelmeyebilirdi. Bunun için yönelim önce çok daha uygun olan ılımlı hükümet türüne olmalıydı. Örneğin, Julius Caesar⁸⁹ monarşisi öncesinde Roma halkı, çok uzun zaman, irsi ardılık veya birinin yaşam boyu atanması şeklinde bile olsa, belirli bir monarşiye karşı olmuştu. Bunun nedeni, onlar arasında aile veya birey olarak hükümdarlık için değerli kahraman insanların büyük sayısıydı.

O zaman bu bulgulardan bir kent veya devlet için hangi monarkın - seçimle yöneten veya irsi ardılılıkla yöneten - daha iyi olduğunu soranların, soruyu uygun şekilde sormadıkları açıkça ortaya çıkar. Doğru şekilde önce sormaları gereken şey, seçilmiş veya seçilmemiş olsun, hangi monarkın daha iyi olduğudur. Eğer seçilmişse, bu yine ya izleyen bir irsi ardılılıkla atanmış bir monark ya da irsi ardılık olmaksızın atanmış bir monarktır. Gerçi, seçilmemiş bir monark, neredeyse her zaman hükümdarlığı varisine aktarırken, her seçilmiş monark öyle yapmaz... O zaman bunların hükümet kurma yöntemleriyle ilgili bulgularımız olduğuna ve daha iyi yöntemin de kesinlikle seçim olduğuna izin veriniz⁹⁰.

Gerçekten de burada Marsilius'un halkçılık ile mutlak monarşi arasındaki kararsızlığının anlamı sorulabilir? Halk, başka bir şeye değil, ama ruhbanla karşıtlık olarak algılandığında halkın yanında olduğu; fakat papaların karşısında da eski veya ortaçağın Roma imparatorlarının yanında olduğu söylenebilir. Bu, *Defensor pacis*'in ruhban karşıtlığından başka bir şeyle esinlenmediği yaklaşımıdır. Ama bu güçlükten çıkış yolu bulmak için Marsilius'un öğretisinin siyasi tanrıbilimden de, tanrıbilim karşıtı saplantılardan da etkilenmediği değerlendirilmelidir⁹¹.

Krallığın, "belki" en iyi hükümet biçimi olduğunu söyler. Yukarıdaki ikinci soruya olan yanıtı, belirtildiği gibi, seçimli monarşiydi. Bu karar, onu papaya fakat daha büyük olasılıkla o zaman papa ile şiddetli bir kavgaya tutu-

⁸⁹ Sezar.

⁹⁰ DP I, 9:11 (34).

⁹¹ STRAUSS, s. 193.

şan ve Marsilius'u korumasına alan Alman imparatoruna beğendirebilirdi. Fakat bu karar, Fransız kralını hoşnut edemezdi. Bununla birlikte, papanın eksiksiz güç savının ve onu hatırlatan her şeyin ortadan kaldırılmasını amaçlayan serüveninin başarısı için, bütün laik hükümdarların desteğini elde etmesi gerekiyordu. Bundan dolayı irsi monarşi üzerinde seçimli monarşi tercihinin, son siyasi öğretisine ait olduğu ileri sürülebilir. Fakat seçimli krallık lehindeki savunusu (*argument*), tek bir değerlendirmeye indirgenemez. İnsan ilişkilerinin sonsuz çeşitliliği, yasalarla yeterli bir düzenlemeye izin vermediğinden ve sağduyu kalıtımla geçmediğinden, hükümdarın en önemli niteliği, sağduyuydu. Pratik bilgelik olan sağduyu, moral erdemden ayrılabilir değildi ve ayrıca iyi ve adil yasaların yapımı için özellikle gerekiyordu. Fakat bu büyük önemden olan sağduyu, nadirdi ve doğa insan ırkının ancak bir kısmını sağduyuya yatkın yaratmıştı. İrsi krallık, gayr-i meşru değildi ama seçimli krallığın altındaydı. Seçimli krallık, yetkin ve uygar devlete uygun olduğundan, irsi krallığa üstündü. Oysa irsi krallık, hala yetkin olmayan veya iyileştirilemez uygar olmayan bir topluma uygundu.

Bu değerlendirme, yetkin veya uygar bir devlette, sağduyulu adamların bir kısmının yönetiminin, yani aristokrasinin, seçimli bir monarşiden bile daha uygun olduğu sonucuna götürür. Çünkü yetkin bir devlette bir kısım sağduyulu adam mevcut olduğunda, bunların biri dışında hepsinin en yüksek onurdan dışlanması, yani hükümetteki adil paylarının haksız şekilde verilmemesi, haklı olarak onları asiliğe yöneltecekti. Hükümetin bir adam yerine bir kısım adamdan kurulması, onun vazgeçilmez birliğini hiçbir şekilde zayıflatmazdı. Krallıklar, belki Roma cumhuriyetinin son zamanları örneğinde olduğu gibi, yalnızca devleti yönetmeye uygun adamların aşırı kıtlığının olduğu yer ve zamanlar için uygundu. Monarşi, yetkin sivil toplumlar için değil, hanehalkları için uygun hükümet türüydü. Krallıktan farklı olarak aristokrasinin, yalnızca en lehte koşullar altında mümkün olduğu ve bu yüzden de çok nadir olduğu, aristokrasinin en doğal rejim olduğu olgusu ile hiçbir şekilde çelişmezdi.

Marsilius için aristokrasi, bir anlamda iki kötü [tiranlık ve demokrasi] arasında doğru orta idi. Mutlak kralların yasama iktidarının lehinde söyledikleri, bir kentin, her biri konumlarını halkın seçimine değil emsallerinin atamasına borçlu olan sağduyulu adamlardan kurulu olduğu egemen hükümetin de yararınaydı. Fakat "bütün yurttaşlar kurulunun üstün parçası"nın yasama iktidarının lehinde söyledikleri, gerçekten her kentteki üstün parçanın yararına işlerdi. Bu parça, siyasi mükemmellik için ne çok genç veya küçük, ne de çok

yaşlı veya geniş olan en erdemli ve sağduyulu yurttaşlardan oluşurdu. Onun desteklediği rejim, gerçekten demokrasiye değil, ama krallığa olduğundan *politeiaya* daha yakın olan halk egemenliği idi ve onu savunduğunda krallık lehine konuşmaktan kaçınırdı. Marsilius, halkçı savunusunda, halk egemenliğinin bariz kusurlarını, *politeia* ve aristokrasi üzerinden göstermişti. Aristokrasi, yalnızca en sağduyulu ve erdemli yurttaşların yönetimi olarak gerçek bir aristokrasinin doğal niteliklerinden dolayı değil, aynı zamanda nüfusun zayıflıklarına da saygı duyduğundan, nüfus için kabul edilebilirdi. Marsilius, büyük farkla çağının en acil ödevi olarak benimsediği ruhban karşıtı politikaya yeterli geniş zemini sağlamadığından, aristokrasi savunusunu, istekle sunamıyordu. Dahası, aristokrasi lehindeki savunu, siyasi iktidarın hak olarak en bilgelere ait olduğunu gösterdiğinden, çağdaşlarının çoğunluğunca ruhbanın yararına kullanılmıştı. Çünkü bunu izleyen anlayış belliydi: Siyasi iktidar, insan bilgeliğinin bilgelerinden çok, tanrısal bilgeliğin bilgelerine ait olabilirdi⁹².

IX. YASA KAVRAMININ ANLAMLARI VE HANGİ ANLAMIN EN UYGUN OLDUĞU ÜZERİNE

Marsilius için, yasanın değişik anlamlarının karışıklığa yol açmaması için, önce yasa kavramının anlam ve amacı belirginleştirilmeliydi. Yasa, bir anlamda bazı eylem ve tutkulara olan doğal bir yönelimdi. Bu, Pavlus'un Romalılara mektupta, "Ama bedenimin üyelerinde bambaşka bir yasa görüyorum. Bu da aklımın onayladığı yasaya karşı savaşıyor ve beni bedenimin üyelerindeki günah yasasına tutsak ediyor" [7:23] dediğinde kullandığı şekildi. Bir başka anlamda bu yasa kavramı, her hangi bir üretken alışkanlık ve genelde zihinde mevcut, üretilebilir bir şeyin her biçimi demektir. Bundan, bir örnek veya ölçü olarak sanatla yapılan şeylerin biçimleri doğardı. Bu, Peygamber Hezekiel'de⁹³ kavramın kullanıldığı şekildi.

Yasanın üçüncü anlamı, iradi insan davranışları için uyarıları içeren standart olmasıydı. Şan ve cezalar, öte dünyada bu standarda göre sunulurdu. Bu anlamda İncil yasası⁹⁴ tamamında bir yasa adlandırılırken, Musa yasası kısmen bir yasaydı. Nitekim İbranilere mektupta, "Çünkü elçilik⁹⁵ değişince,

⁹² STRAUSS, s. 195.

⁹³ "Tapınakla ilgili yasa şudur: Dağın çevresinde tapınağı çevreleyen bütün alan çok kutsal olacak, işte tapınakla ilgili yasa böyle. Arşın ölçüsüyle sunağın ölçüleri şunlardır", [Hezekiel 43:12-13].

⁹⁴ evangelical law

⁹⁵ Türkçe İncil'de kahinlik, İngilizce baskıda priesthood.

Yasa da zorunlu olarak değişir” [7:12] denmişti. Bu anlamda yasa, Yakup’un mektubunda da kullanılmıştı: “Oysa mükemmel yasaya, özgürlük yasasına yakından bakıp ona bağlı kalan, unutkan dinleyici değil de etkin uygulayıcı olan kişi, yaptıklarıyla mutlu olacaktır” [1:25]. Yasa kavramının bu anlamında Muhammed’in veya İranlıların dini gibi bütün dinler, tam veya kısmen yasa adlandırılırdı. Gerçi bunlar arasında sadece Musa yasası ve İncil, gerçekliği içerirdi. Aristoteles de Metafizik’te “Yasalar, geleneğin gücünün nasıl büyük olduğunu gösterir” yanında, “Öteki öğretiler, yasalara itaat etmek için insanları ikna etmeye mit olarak eklenmiştir” dediğinde dinleri “yasalar” adlandırmıştı⁹⁶.

“Dördüncü ve en bildik anlamında bu yasa kavramı, gerek sivil adalet ve yarar sorunlarının, gerek bunların karşıtlarının bilimi, öğretisi veya genel hükmü” demektir. Bu son anlamında alınan yasa, iki şekilde düşünülürdü. İlkinde yasa, kendinde değerlendirilir ve yalnızca adil veya adil olmayan, yararlı veya zararlı nedir onu gösterirdi. Böyle olmakla da hak⁹⁷ (*juris*) bilimi veya öğretisi adlandırılırdı. İkinci şekilde ise yasa, yerine getirilmesi bakımından düşünülürdü. Burada, “bu dünyada” dağıtılan ceza ve ödül yoluyla zorlayıcı bir emir söz konusuydu. Yasa olarak adlandırılmaya en uygun düşünülen, bu şekildi. Aristoteles de “Yasa, zorlayıcı güce sahiptir. Çünkü o sağduyu ve anlayıştan doğan söylemdir”⁹⁸ dediğinde yasayı bu anlamda tanımlamıştı. Öyleyse yasa, adalet, yarar ve bunların karşıtı sorunlarla ilgili, “zorlayıcı gücü” olan ve sağduyu ile yapılmış bir emirdi⁹⁹.

Bu yüzden sivil adalet ve yarar sorunlarının bütün gerçek bilgisi, böyle gerçek bilgi mükemmel bir yasa için ister istemez gerek duyulmakla birlikte, yerine getirilmeleriyle ilgili zorlayıcı bir emir söz konusu olmadıkça veya bir emir şeklinde yapılmadıkça, yasa değildi. Gerçekten, adil ve yararının bazen yanlış bilgisi, onları yerine getirmek için bir emir bulunduğu veya onlar bir emir yoluyla yapıldığında, yasa olurdu. Bunun bir örneği, bir katilin sivil suç ve cezasının para cezası ile kaldırıldığı, belirli barbar bölgelerinde bulunurdu. Ne var ki bu, kesinlikle adil değildi ve sonuç olarak da böyle barbarların yasaları kesinlikle mükemmel değildi. Bu yasalar, uygun biçime, yani yerine getirilmelerinin zorlayıcı emrine sahip olmakla birlikte, adaletin uygun ve doğru emri demek olan koşuldan yoksundular.

⁹⁶ DP I, 10:3 (35)

⁹⁷ right / adalet

⁹⁸ Nicomachian Ethics x. 9. 1180a 21.

⁹⁹ DP I, 10:4 (36)

Yasanın bu anlamı, gelenekler, düzenlemeler, halkoylaması ve kararlar gibi insan otoritesi ile kurulan sivil adalet ve yararın bütün standartları ile insan otoritesine dayandırılan bütün benzer kuralları içerirdi¹⁰⁰.

X. YASALARI YAPMA GEREĞİ VE ERDEMLİ HİÇBİR HÜKÜMDARIN YASALAR OLMAKSIZIN YÖNETMEMESİ ÜZERİNE

Marsilius, yasanın çeşitli anlamlarını ortaya koyduktan sonra, son ve en uygun anlamında yasanın amacını (gereğini) açıklamaya yönelir. Ona göre yasanın ilk amacı, sivil adalet ve ortak yarardır. İkinci amacı ise hükümdarların güvenliğiydi. Bu, uzun süren hükümetler ile özellikle irsi ardılığın hükümdarları içindi.

Yasanın asıl gerekliliği şuydu: Onsuz sivil yargılamaların tam bir doğrulukla yapılamadığı yasa, devlette tesis edilmeliydi. Ki bu sayede, yargılamalar uygun şekilde yapılır ve insan gücünün yettiğince eksiklikten korunurdu. Bir şey, hükümdar sivil yargılamaları ona uygun yapmaya yöneldiğinde, yasaydı. “Bundan dolayı, yasanın kurulması devlette gerekli” idi. İyi yargılama yapmak için, yargıçların doğru duygusu ile yargılanan sorunların gerçek bilgisine gerek vardı. Bunun aksisi, sivil yargılamaları bozardı. Yargıç, nefret, aşk ve açgözlülük gibi sapma duyguların esiri olmamalıydı. Yargıç veya hükümdar, yasalara göre yargılamaya yöneldiğinde, böyle duygular yargılamadan uzak tutulmalıydı. Yasaların, böyle sapma duygulara ihtiyacı yoktu. Yasalar, ne dostlar ne düşmanlar, ama sivil davranışları iyi veya kötü yapan herkes için yapılırdı. Bütün diğer şeyler, yasaların dışında ve ona rastlantısaldı. Ama bunlar, benzer şekilde yargıcın dışında değildi. Yargılanan kişiler, hediye veya vaat ile yargıca dost veya düşman oldukları gibi, yararlı veya zararlı da olabilirlerdi. Başka şekillerde de yargıcın yargılamasını bozacak hissiyatı uyandırabilirlerdi. Sonuç olarak, mümkün olduğunca hiçbir yargılama, yargıcın takdirine bırakılmamalıydı. Aksine, yasaya göre belirlenmeli ve ona uygun bildirilmeliydi¹⁰¹.

Marsilius için bu, tanrısal Aristoteles'in de Politika'daki [III. 15] görüşüydü. Nitekim en iyi yasalarla mı yoksa yasadışı en iyi adamla mı yönetilmenin devlet için daha iyi olduğunu sormuştu.

¹⁰⁰ DP I, 10:6 (36)

¹⁰¹ DP I, 11:1 (38)

Dolayısıyla yasa, sivil yargılamada yanlıştan kaçınmak ve doğru yargılama için pek çok kavrayıcının düşünülmüş kavrayışı, yani pek çok gözden oluşan bir gözdür. Bu yargılamaların, yargıcın takdirine göre değil, yasaya göre yapılması daha güvenlidir. Bu nedenden, eğer devletler (*politeia*) sivil adalet ve yarar açısından en iyi düzenlenecekse, yasayı oluşturmak gereklidir. Ancak yasa yoluyla sivil yargılamalar, yargıçların bilgisizlik ve sapma duygularından korunur¹⁰².

Nitekim Aristoteles, hiçbir yargıç veya hükümdara, yasa ile kararlaştırılabilen sivil işlerle ilgili yasadışı emir vermek veya yargılama yapmak takdiri yetkisinin bağışlanmaması gerektiğini tavsiye etmişti. Bundan sonra Aristoteles'in değişik kitaplarından alıntılarla yasanın akıl boyutunu vurgular: “İnsanın yönetmesine, akla, yani yasaya uygunluk dışında, izin vermeme liyiz”. “Doğru yapılmış yasalar, yönetmelidir. Yani, hükümdarlar yasaya uygun yönetmelidir”. “Zekaya yönetmek için emreden, yönetmek için Tanrı’ya ve yasalara emreder görünür”. Fakat yasadışı, kendi takdirine göre “insana yönetmek için emreden, bir hayvanı kışkırtır” [Politika III. 16. 1287a]. Yasanın akıl veya duygusuz bilgi olduğu söylenmişse, “bundan dolayı yasa, tutkusuz akıldır”. “Yasaların yönetmediği yerde”, yani hükümdarların yasaya uygun yönetmediği yerde, “devlet (*politeia*), yoktur”, yani ılımlı olan bir tane. Dolayısıyla “yasa, her şeyi yönetmelidir” [Politika IV. 4. 1292a31]¹⁰³.

Marsilius, bütün hükümdarların, özellikle irsi ardılıkla yöneten monarkların, yasadışı değil, yasaya göre neden yönetmeleri gerektiğinin bir başka nedenini göstermeye çalışır: Hükümdarlar, yasaya göre yönettiğinde, yargılamaları, bilgisizlik ve sapma duyguların neden olduğu kusurdan korunurdu. Dolayısıyla hükümdarlar, yurttaş uyruklarla ilişkilerinde kontrollü olurlar ve kötü eylemlerinden hükümetlerinin uğrayacağı kışkırtma ve yıkımdan daha az acı çekerlerdi. Zaten Aristoteles de bunu Politika’da [V. 10. 1312b38] açıkça belirtmişti:

Bir krallık, en az dış güçler tarafından yıkılır. Yıkımı, genellikle en çok kendi içinden gelir. İki şekilde yıkılır: Biri, yönetici iktidarı paylaşanların kendi aralarında kavga etmeleridir. Diğeri ise kralların işleri, daha çok şeyi de-

¹⁰²DPI, 11:3 (40)

¹⁰³Marsilius, “Where laws do not rule, there is no constitution” ifadesinde, *constitution* kelimesini *polity* yapmıştır. Aristoteles’in kendisi burada, *constitution* ile “ılımlı” veya “hastalıklı” herhangi türden bir devleti kasteder.

netleyerek ve yasaya aykırı davranarak, tiranca yönetmesidir. Krallıklar¹⁰⁴ artık bugünlerde ortaya çıkmaz. Fakat monarşiler ortaya çıkarsa, bunlar aksine tiranlıklardır¹⁰⁵.

Hükümdarların, kendi takdirlerine göre sivil yargılamaları yapmaları yerine, yasa ile (tarafından) kendilerini denetleme ve sınırlandırmalarının asıl çözüm olduğunu belirtir. Nitekim bu, seçkin Aristoteles'in bütün hükümdarlara, çok az önem verdikleri önerisiydi. Aristoteles, bunun için kendisine bağışlanan iktidarın bir kısmından vazgeçen Theopompus adlı sağduyulu bir kralı kanıt göstermişti. Marsilius, çağlar boyu neredeyse başka birinde rastlanmamış bu hükümdarın eşsiz ve çarpıcı erdeminin Aristoteles'in sözlerinden aktarılmasının yerinde olduğunu belirtir [Politika V. 11 1313a 18]:

Monarşilerin korunmasına gelince, karşıt nedenler hala geçerliliğini korur. Fakat özel ilkeler her birine uygulanabilir. A. Krallıklar, ılımlılığa daha çok yönelmekle korunur. Kral iktidarının egemen olduğu etkinlik alanı daha azaldıkça, rejim zayıflamadan kaçınılmaz olarak daha uzun yaşayacaktır. Monarkların kendileri daha az efendi gibi olurlar ve kişiliklerinde daha çok uyruklarına benzerler ve bundan dolayı da onlar arasında daha az çekememezlik doğururlar. Bu, Molossos krallığının uzun yaşamasının sırrıdır. Lacedaemonialılara gelince, ilk olarak en baştan yönetimin iki kral arasında bölündüğünü belirtebiliriz. İkinci olarak Theopompus, başka ılımlılık önlemlerine ilaveten, bir denetim olarak *Ephorlar* makamını kurmuştu. Krallık iktidarının bu azalışı, uzun dönemde krallığı güçlendirme etkisi göstermişti. Böyle olduğu için bir anlamda Theopompus, krallık iktidarını zayıflatmamış ama artırmıştı. Nitekim kendisi bunu, karısı, babasından miras aldığı krallığı, çocuklarına daha küçük bir devlet olarak geçirmeye utanıp utanmadığını sorduğunda, yanıt olarak açıklamıştı. “Kesinlikle hayır”, “Devrettiğim krallığım, çok daha kalıcıdır”.

Marsilius, aktardığı(mız) bu alıntıyı şu sözleriyle değerlendirir:

Uyrukları üzerinde yasalardan ayrı iktidar çokluğunu [eksiksiz güç] kullanmayı isteyen herkes tarafından önemsenmesi gereken, Theopompus'un duyulmamış sağduyusundan gelişen ne kahramanca bir ses! Bu sesi önemsemeyen pek çok hükümdar, yıkıldı. Biz kendimiz, modern zamanlarda hiç de az olmayan krallıkların, bu sese dikkat eksikliğinden, hükümdarları uyrukları-

¹⁰⁴ kingdoms

¹⁰⁵ DP I, 11:5 (42)

na olağandışı ve yasadışı vergiler dayatmak istediklerinde, neredeyse devrime uğradıklarını görüyoruz. O zaman söylediğimiz şeyden, eğer devletler (*politeia*) tamamen doğrulukla düzenlenecekse ve hükümetleri çok daha kalıcı olcaksa, yasaların devletlerde gerekli olduğu açıktır¹⁰⁶.

XI. İNSAN YASASININ ETKEN NEDENİ ÜZERİNE

Marsilius, bu bağlamda, geçmişte çok etkili olan, insan iradesinden ayrı, Tanrı'nın doğrudan eylemi veya elçisi¹⁰⁷ tarafından yürütülen yasaları yapma yöntemi ile uğraşmayacaktı. Bu yöntem, Musa yasasının oluşturulduğu yöntemdi. Yeryüzünün konumu için sivil davranışlar bakımından buyruklar içerdiğinde bile, bu yasayla uğraşmayacaktı. Yalnızca, insan zihninin doğrudan kararından doğan yasa ve hükümetlerin kuruluşunu tartışacaktı.

Herhangi bir yurttaşın keşfetmeye nüfuz edebildiği, sivil adalet ve yarar bilimi şeklinde üçüncü anlamında alınan yasa ile başlayacaktı. Bununla birlikte böyle bir araştırma, çok daha uygun ve tam olarak, yaşamın gereklerini üretmek çabalarına yönelmek zorunda kalan mekaniklerden¹⁰⁸ çok, “sağduyulu adamlar” adlandırılan, yaşlı ve pratik ilişkilerde deneyimli, serbest zamanı olan adamlarca yapılabilirdi. Adil ve yararlı ile bunların karşıtlarının gerçek bilgisi ve keşfi, son ve en uygun anlamındaki yasa değildi. Bu, yerine getirilmeleri için zorlayıcı bir emir olmadıkça veya birinin otoritesi yoluyla çiğneyenlerin cezalandırıldığı bir emir şeklinde yapılmadıkça, insan sivil davranışlarının ölçü aracıydı. Öyleyse, böyle emirleri yapmak ve çiğneyenleri cezalandırmak otoritesi olan yasamacı veya yasa yapıcı¹⁰⁹ incelenmeliydi¹¹⁰.

Aristoteles'in Politika'daki [III. 11. 1281a 39] öğüdü ve gerçeklikle uyumlu olarak yasamacı, yani yasanın birincil ve uygun etkeni, seçim yoluyla veya yurttaşlar genel kurulunda sözlü açıklanan iradesi yoluyla, dünyevi acı ve ceza altında insan sivil davranışları bakımından yapılacak veya kaçınılacak olanı belirleyen veya buyuran halk¹¹¹ yani bütün yurttaşlar kurulu veya

¹⁰⁶ DP I, 11:8 (44)

¹⁰⁷ oracle / kahin: Eski Yunan'da gelecek hakkında kehanette bulunan veya insanlara belirli bir durum hakkında doğruyu anlatan din adamı veya kadını.

¹⁰⁸ aslında “emekçiler” (çalışanlar) demek istiyor.

¹⁰⁹ legislator or the maker of the law

¹¹⁰ DP I, 12:2 (45).

¹¹¹ people

onun ağırlıklı parçasıdır¹¹². “Ağırlıklı parça” ile yasanın yapıldığı toplulukta-ki kişilerin nitelik ve niceliğinin hesaba katılmasını kastediyorum. Anılan bütün yurttaşlar kurulu veya onun ağırlıklı parçası, ister kendi başına doğrudan yasayı yapsın isterse kesin anlamda yasamacı olan veya olmayan biri veya birilerine - yalnızca görelî bir anlamda ve belirli bir dönem için ve asıl yasamacının otoritesine uygun - yasanın yapımını bıraksın, yasamacı kendisidir. Ve daha ilerisini söylüyorum: Seçim yoluyla oluşturulan yasalar ve başka bir şey olsun, gerekli onaylarını, başkasından değil, o aynı birincil otoriteden almak zorundadırlar. Yani seçme sorunlarının varlığı için değil fakat onların iyilikleri için gerek duyulan belirli tören ve ayinleri yapan otoriteler, bu törenler yerine getirilmemiş olsa bile, seçim¹¹³ daha az geçerli olmayacağından, onay için gerekli değildir. Üstelik ancak aynı birincil otorite, seçim yoluyla oluşturulan yasalar ve diğer şeyleri, yer, zaman ve başka koşulların getirdiği zorunluluk altında, ortak yarar için ekler, çıkartır, değiştirir, kaldırır ve askıya alır. Ayrıca yasalar, aynı otorite tarafından yapılması sonrasında, uygulanmalarından doğan suçlu hiçbir yurttaş ve yabancının, bilmemeleri mazereti doğmasın diye, açıklanıp duyurulmak zorundadır¹¹⁴.

Marsilius, yurttaşı Aristoteles'e uygun tanımladığını belirtir. Onun için Marsilius'un göndermeleri, sorunun önemi açısından, kaynağından yani Politika'dan daha geniş aktarılmalıdır: Aristoteles'e göre, devlet adamı veya yasamacının etkinlikleri bütünüyle devletle ilgiliydi ve bir anayasa devletin yerleşiklerinin bir tür örgütüydü. Pek çok parçadan yapılan herhangi bir bütün gibi devlet de karma bir şeydi. Dolayısıyla devlet bir yurttaşlar toplamı olduğu için, önce yurttaşları yalıtılmalıydı. “Öyleyse, sormak zorundayız, yurttaş kimdir? Ve kimleri yurttaş adlandırmamız gerekir?”. Yurttaşı meydana getiren şey konusunda hiçbir uzlaşma ve oybirliği olmadığından, bir demokraside yurttaş olan biri, bir oligarşide yurttaş değildi. Yalnızca bir yerdeki yerleşim de yurttaşlığı sağlamazdı. Nitekim yerleşik yabancılar ve köleler, ülkede oturdukları halde, yurttaş değildiler¹¹⁵. Yurttaşı, bütün diğerlerinden etkin ayıran şey, yargılamaya ve kamuda görev almaya katılmasıydı. Bazı görevler, süre bakımından ayrılırdı. Bunların bir kısmı her koşul altında aynı kişi tarafından iki kez yapılamazken, diğer bir kısmı belirli bir zaman kesintisinden

¹¹² weightier part thereof / onun daha ağır parçası.

¹¹³ election

¹¹⁴ DP I, 12:3 (45).

¹¹⁵ The Politics III. 1. 1274b32 [s. 168].

sonra ancak yapılabilirdi. Bir jüri veya meclis¹¹⁶ üyeliği gibi olan diğerlerinde ise böyle bir sınırlama yoktu. Böyle kişilerin, gerçek görevliler olmadığına ve bu işlerin kamu görevine katılmak sayılmadığına itiraz edilebilirdi. Fakat bu görevliler en tam egemen iktidara sahiptirler ve onların kamu görevine katılımını inkar etmek gülünç olurdu¹¹⁷.

Marsilius'a göre, bu tanımla, farklı şekillerde de olsa, çocuklar, köleler, yabancılar ve kadınlar yurttaşlık dışında tutulmuştu. Yurttaşların çocuklarına gelince, onların yurttaşlıkları ileriki yıllarda gerçekleşeceği için, bu yalnızca bir zaman sorunuydu. Yurttaşların ağırlıklı parçası, ya *politeiaların* saygın geleneğine uygun görülmeli ya da Aristoteles'in *Politika*'daki öğretilerine uygun belirlenmeliydi.

Marsilius, yurttaş ve yurttaşların ağırlıklı parçasını tanımladıktan sonra asıl amacımıza, yani "yasaları yapacak insan otoritesinin, yalnızca bütün yurttaşlar kuruluna veya onun ağırlıklı parçasına ait olduğunu kanıtlamaya" dönemim der. İlk kanıtı, şuydu:

"İnsan yasalarını yapacak veya oluşturacak kesinlikle birincil insan otoritesi, en iyi yasaların tek başına yalnızca onlardan doğabileceği adamlara aittir. Fakat bunlar, bütün yurttaşlar kurulu veya bütün kişileri tek bir karar üzerinde uzlaştırmak zor veya olanaksız olduğundan, o bütün kurulu temsil eden onun ağırlıklı parçasıdır. Çünkü bazı adamlar, kötülükleri veya bilgisizlikleri nedeni ile ortak bir kararda uzlaşamayan çarpık bir doğaya sahiptir. Bununla birlikte bu adamların akıldışı protesto ve muhalefetleri yüzünden, ortak yarar engellenmemeli veya savsaklanmamalıdır. Dolayısıyla yasaları oluşturmak veya yapmak otoritesi, yalnızca bütün yurttaşlar kuruluna veya onun ağırlıklı parçasına aittir¹¹⁸.

"En iyi yasalar, yalnızca bütün bir çokluğun toplantı ve buyruğu yoluyla yapılır" diyerek, bunu *Politika*'dan "En iyi yasa, yurttaşların ortak yararına yapılan yasadır" sözü ile destekler. Fakat buna, en iyi yalnızca bütün yurttaşlar kurulu veya aynı şey olarak varsayılan onun ağırlıklı parçası ile ulaşılabilirdi. Ama bütün yurttaşlar kurulu, yasanın doğruluk ve ortak yarar sorununu çok daha kesinlikle belirleyebilirdi. Şöyle ki önerilen bir yasadaki kusura, onun herhangi bir parçası yerine, daha büyük bir sayı tarafından daha iyi dik-

¹¹⁶ assembly / kurul

¹¹⁷ The Politics III. 1. 1275a22 [s. 169].

¹¹⁸ DP I, 12:5 (46).

kat edilebilirdi. Çünkü her bütün veya en azından her fiziki bütün, ayrı olarak alınan herhangi bir parçasından kütle ve erdemde daha büyüktü. Üstelik bütün bir çokluk, bir yasanın ortak yarar sorununu, daha iyi görebilirdi. Çünkü hiç kimse bilerek kendini yaralamazdı. Önerilen bir yasanın, topluluğun veya başkalarının yararından çok, bir veya birkaç kişinin yararına yöneldiğini herkes görebilir ve bunu protesto edebilirdi. Ama bu durum, topluluğunkinden çok, kendi özel çıkarını düşünen bir veya birkaç kişi tarafından yapılan yasalar için söz konusu değildi¹¹⁹.

Marsilius, yasa yapımında ulaştığı bu sonuçları, başka savunularla daha da güçlendirmeye çalışır: Yasaları yapmak otoritesi, yalnızca bütün bir yurttaşlar kurulundadır. Bu olgu, yasalara daha iyi uyulmasını sağlardı. Bir yasa, uygulanmadıkça, yararsızdı. Politika'da "Devlet, özgür adamların topluluğudur" denmişti. Öyleyse her yurttaş, özgür olmak ve bir başkasının despotizmine, yani kölece efendiliğine uğramamak zorundaydı. Fakat bu, bir veya birkaç yurttaşın kendi keyfine göre yurttaşların bütününe yasa verdiği durumda gerçekleşmezdi. Çünkü yasaları yapanlar, diğerlerinin despotları olduğundan, böyle yasalara, iyi olsalar da, yurttaşların büyük bir kısmınca - hepsi değilse de - gönülsüzce katlanırdı. Öte yandan bütün bir çokluğun toplantı veya onayıyla yapılan bir yasa, daha az yararlı olsa bile, yurttaşlar ona uyardı. Çünkü yasaları uygulamaya koyanlar, kendileri olduğundan, onu protesto etmek yerine, olgunlukla karşılardı.

Yasalar, bu hayatta yurttaşların ortak yeterliliği açısından önemliydi. Onun için yasaların kötü yapılması, topluluk için bir tehditti. Öyleyse, yasaların yapımına bütün yurttaşlar katılmalıydı. İnsanlar, yeterli bir yaşam için yararlı olan şeyi kazanmak, karıştırdan da kaçınmak için sivil toplulukta bir araya gelmişti. Yasalar doğru olarak yapıldığında, insanların ortak yararının büyük bir kısmı korunurdu. Kötü yasalar, yurttaşlara ancak dayanılmaz bir kölelik, eziyet ve düşkünlük getirirdi. Bunun nihai sonucu ise devletin (*politeia*) yıkılmasıydı¹²⁰.

Strauss, Marsilius'un insan yasası bağlamındaki öğretisinin, Aristoteles'in görüşleri ile uzlaşmayan, o görüşleri aşan, Usta'yı değişik sunan bir içeriğe ulaştığını belirtir: Temel siyasi iktidar olan insan yaşamının iktidarı, sadece bütün yurttaşlar kuruluna değil, onun üstün (ağırlıklı) parçası-

¹¹⁹ DP I, 12:5 (47).

¹²⁰ DP I, 12:7 (48).

na da bırakılmıştı. Bu üstün parça, asla niteliksiz çokluk değildi. Aristoteles'in demokrasi anlayışında, sıradan insanlar tamamen görüşme ve yargılamaya katılırdı. Oysa Marsilius, bu işlevleri bütün yurttaşlar kurulu veya onun üstün parçasından anlaşıldığı gibi, yönetim (hükümet) parçasına saklamıştı. Zaten bu, insan yasamacının yasama erkini bir veya birkaç adama delege etmesinde de açıktı. Bununla Marsilius, halk egemenliğinin bütünüyle ölgün kalmasına yol açmıştı. Dahası, halk egemenliği ilkesinden döndüğü bile ileri sürülebilir. Siyasi bedendeki yönetim parçasını, insan bedenindeki kalbin yerine koymuştu. Bu parça, siyasi bedenin bütün diğer parçalarını biçimlendiren parçaydı. Fakat bu, böyle anlaşılınca, yönetim parçası, siyasi bedenin uygun oranda bütün parçalarından oluşan halktan, yani önceden mevcut olan egemenden doğmazdı. Fakat o, aksine sözde egemenin nedeniydi. Buna uygun olarak Marsilius, devletteki yönetim parçasını, Aristoteles'in Tanrısına [evrendeki İlk Hareket Ettirici] benzetmişti. Buradan, tek kelimeyle, insan yasamacının (egemen), yönetim parçası (hükümet) ile özdeş olduğu veya buna uygun üstün parçanın yönetim parçası ile özdeş olduğu Aristotelesçi görüşe dönmüştü. Çünkü her istikrarlı siyasi düzende, bir kişi, birkaç kişi ve bir çokluktan oluşan yönetim parçası, doğal olarak üstün parçaydı. Roma imparatorlarını yasamacı adlandırarak hükümdarı açıkça yasamacıyla bile özdeşleştirmişti. Eğer yönetim parçası, yasamacıysa, basitçe yasaya bağlı olamazdı. Hiçbir bireyin yasamacı olmadığı ve bundan ötürü de yasanın üzerinde olmadığı bir cumhuriyette bile, Cicero'nun Catilina tertibini bastırırken yaptığı gibi, bir yöneticinin cumhuriyeti korumak için bazen yasadışı şekilde davranması gerekliydi. Yönetim parçası (hükümet), yasamacıysa (egemense), halkçı varsayımda egemen halkın cezaya bağlı olmadığı aynı nedenden, hükümet kötü eylem durumunda cezaya bağlı değildi¹²¹.

O zaman sağduyu, hükümdar olan bir adam için gereklidir. Çünkü bu, gerek sivil yarar ve adalet sorunlarının yargısında gerekse doğru çalışmasında onu görkemli şekilde yetenekli kılar. Eylemin kendisinin veya biçiminin yasayla kararlaştırılmadığı bu sivil insan eylemlerinde, sağduyusuz yanlışa düşeceği hükmün infazında olduğu gibi, hükümdarı, eylemini yargılamasında, biçiminde veya her ikisinde, sağduyu yönlendirir. Sallust'un Catilina örneği verilmelidir: Eğer Konsül Cicero, güçlü Roma yurttaşları olan Catilina'nın işbirlikçileri, cumhuriyete karşı tertibe giriştiğinde ve bundan dolayı ölüm cezası şüphelisi olduklarında, geleneksel zaman, yer ve tavırdaki yasaya uygun on-

¹²¹ STRAUSS, s.192.

ları cezalandırmamış olsaydı, bu tertipçiler konsül ve diğer yöneticilere karşı halk arasında asiliği kışkırtıklarından, çok muhtemelen devlette yıkıcı iç savaş çıkacaktı¹²².

Strauss'a göre, Aristoteles için en iyi devlet, kentlerini yöneten soyluların yönetimi olan aristokrasiydi. Onlar, yönetmek için yeterliydi çünkü zengin adamlardı. Böyle adamların, papazların ve Kilise'nin söz konusu olduğu yerde, yani papazın etkinliğinin hükümdardan çok daha soylu olduğuna inanılan Hıristiyan bir toplumda, hükümdar olmaları nasıl düşünülebilirdi? Marsilius, Aristoteles'in ilkesini [en soyluların yönetmesi], Hıristiyanlığın ilkesi [papaz etkinliği, soylularınkinden üstündür] ile uzlaştırma sorununu, papalığın eksiksiz güç öğretisi ile kesin şekilde çözebilirdi. Oysa Marsilius, bunu, her devlette asıl siyasi otoritenin hükümet veya yönetim parçası değil, fakat insan yaşamacı olduğu, bunun da zaten halk olduğu öğretisi ile aşmıştı. Marsilius için tek meşru egemen halktı fakat bu egemen hükümetten farklıydı. Böylece Hıristiyan papazları papaz olmayanlara¹²³, Hıristiyan aristokrasiyi de Hıristiyan yığma¹²⁴ ikincil kılmıştı. Bu şekilde düşünmekle, saygın ustasının öğretilerinden çok sapmıştı. Çünkü Aristoteles, egemeni hükümetle özdeşleştirmesinin yanında, asıl soyluların egemenliği veya hükümetini (aristokrasi), halk hükümeti veya egemenliğine (demokrasi) tercih etmişti¹²⁵.

Aristoteles için, demokrasinin veya yığınların yönetimi kötü bir yönetimdi. Çiftçilerin, sanatkarların ve para kazananların¹²⁶ oluşturduğu ayaktakımı, önceden de belirtildiği gibi, katı anlamda devletin parçası değildi. Ama Marsilius'ta, yukarıda sunulduğu üzere, yasama erki tamamen bütün yurttaşlar kuruluna bırakıldığı gibi, hükümet de bu kurul tarafından seçilecek ve ona karşı sorumlu olacaktı. Yine, hükümet yasalara sıkı bir bağlılıkla yönetecek ve yasaları çiğneyenler, bütün yurttaşlar kurulu tarafından cezalandırılacaktı. Bu öğreti, Aristoteles'in özgün öğretilerinden çok daha demokratik görünür. Marsilius'un onu anladığı gibi ayaktakımının bütün yurttaşlar kurulunda büyük rolünün olması, bunun hayati bir rol olması demek değildi. Strauss'a göre, Marsilius'un ayaktakımı lehinde akıl yürüterek desteklediği öğretisi, Aristoteles'in kötü rejimlerden aristokrasiyeye (veya krallığa) çıkış yönünde de-

¹²² DP I, 14:3 (57).

¹²³ laity / din adamı olmayanlara

¹²⁴ populus / demos

¹²⁵ Strauss, s.189.

¹²⁶ money-makers

mokrazi lehinde savunusu ile neredeyse özdeşti. Marsilius, Aristoteles'in demokrasi karşıtlığına da sessiz kalmıştı. Bu, Aristoteles kaynak gösterilmeden yapılmıştı. Halk karşıtı tek otorite olarak gösterdiği kaynak, Kutsal Kitap'tan "Aptalların sayısı, sonsuzdur"¹²⁷ sözüydü. Marsilius, Kutsal Kitap'tan demokrasi lehinde bir alıntıda bulunmadığı halde, bu alıntı ile Kutsal Kitabı, aristokrasiden yanaymış gibi sunmuştu. Fakat bu sözünden de, Pavlus'un "Bu dünyanın bilgeliği, Tanrı'nın karşısında aptallıktır"¹²⁸ sözü ile dönmüştü. Marsilius'un artık demek istediği şeydu: İmanlı adam ve dolayısıyla bütün imanlı çokluk, gerçekten bilgeydi ve böyle olduğu için de kralları ve yöneticileri seçmeye mükemmelen yeterliydi¹²⁹.

XII. İNSAN YASASININ YÖNTEMİNE İTİRAZLAR VE ÇÜRÜTÜLMESİ

Marsilius, yasaları yapmak otoritesinin bütün yurttaşlar kuruluna ait olduğu önermesine itirazları ele alarak, onları çürütmeye çalışır. Buradaki ilk itirazın, çoklukla kötü ve kavrayışsız olanların yasayı yapmaması gerektiği olduğunu belirtir. Bunlar, kötülükleri ve bilgisizlikleri nedeniyle yaşamadan dışlanmak zorunda oldukları gibi, sivil yargılamadan da uzak tutulmalıydı. Vaiz'de "Aptalların sayısı, sonsuzdur"¹³⁰ denmişti. İnsanlar, çoğunlukla kötü ve aptal oldukları için, halk veya bütün yurttaşlar kurulu, bu iki günaha sahipti. İkinci itiraz da şeydu: Kötü ve ahmak pek çok kişinin görüşlerini uyumlaştırmak, çok zor veya olanaksızdı. Fakat bu, azlık ve erdemliler için geçerli değildi. Böyle olduğu için yasaların, bütün yurttaşlar kurulu veya onun aşırı çoğunluğu tarafından değil, birkaç kişi tarafından yapılması daha yararlıydı. Her sivil toplulukta bilge ve bilgililer, bilgisiz çoklukla karşılaştırıldığında azıcık-

¹²⁷"the number of the fools is infinite", Strauss'un kendi metninden.

¹²⁸"the wisdom of this world is foolishness with God", Strauss'un kendi metninden.

¹²⁹STRAUSS, s.190.

¹³⁰Bu ayet, bu şekli ile Kutsal Kitap'ta bulunamamıştır. Strauss'un da aynı şekilde göndermede bulunduğu ayet, ayet numarasına göre şudur: "Eğri olan doğrultulamaz, eksik olan sayılamaz", [Vaiz, I:15]. Fakat bu haliyle de, anlaşıldığı gibi, üzerinden aptallıkla ilgili çıkarımda bulunabilecek durumda değildir. Ayetin İngilizce metni de farksızdır: "You can't straighten out what is crooked; you can't count things that aren't there". Tuhaftır, Vaiz'in bütününde de, Süleyman'ın Özdeyişleri'nde de bu ayetin anlamını sağlayacak bir metin bulunamamıştır. Marsilius'a göre, Vaiz'deki "aptal", az bilgili olanlar veya liberal işler için serbest zamanı olmayanlardı. Fakat böyle olsa da, serbest zamanı olanlarla eşit derecede olmamakla birlikte, pratik sorunların anlayış ve yargısını paylaşırlardı. Belki bilge yazar, "aptal"la, dünyalık bilimlilerle fazla bilmekle birlikte, Pavlus'un sözlerine uygun olarak, mutlak anlamda aptal olan inanmayanları [kafirleri] kastetmişti: "Bu dünyanın bilgeliği, Tanrı'nın karşısında aptallıktır", DP I, 13:4 (53); ayet için, [1Krointlilere 3:19].

tı. Öyleyse yasa, bilgisiz ve aydınlanmamışlar tarafından değil, bilge ve bilgililer tarafından yapılmalıydı. Yasaları yapmak otoritesi, herkese veya çokluğa değil, azlığa ait olmalıydı¹³¹.

Marsilius'a göre, bu kitabında kanıtladığı bütün şeylerin ilkesi, bütün insanların yeterli yaşamı arzulanması ve bunun aksinden de kaçınmasıydı. İnsanların sivil birliği, böyle bir birlik yoluyla olabildiği kadar yeterli yaşamı elde edebilmek üzerine kuruluydu. Bu birlik olmaksızın, yeterli yaşam elde edilemezdi. Aristoteles de Politika'da "Böyle bir topluluğa [yani, sivil topluluğa] yönelik doğal bir dürtü, bütün insanlarda vardır"¹³² demişti. Aristoteles, bu gerçeğin ardından bir başka gerçeği de sunmuştu: "Önce, onların hepsine genel olarak uygulanabilen bir ilkeyi kavramak zorundayız. Bu, şudur: Anayasanın sürekliliğini isteyen parça, istemeyen parçadan daha güçlü olmak gereğindedir"¹³³. Birey üyelerin çoğunda ve hemen aynı zamanda aynı özgül doğa tarafından, bir şeyin yıkımı, böyle bir arzu amaçsız olduğundan, arzulanmazdı. Nitekim devletin yıkımını isteyenler, yabancılar gibi, yurttaşlar arasında değil, köleler arasında sınıflandırılırdı. Nitekim Aristoteles de Politika'da buna değinmişti:

Bir nedenler çeşidinden dolayı herkes yönetme ve yönetilme işini sırası ile benzer şekilde paylaşmak zorundadır. Çünkü eşitlik, benzer olanlara aynısını vermek demektir ve kurulu anayasa adalete aykırı olursa, güçbela uzunca sürdürülebilir. Aksi takdirde bütün ülkedeki her bir kimse, yenilikler getirmek hırsında yönetilenlerle birleşir ve böyle bir birleşmeye karşı durmak için yeteri kadar güçlü olmak, sayısız bir yurttaşlar kurulu için bile oldukça imkansızdır¹³⁴.

¹³¹DPI, 13:1 (50).

¹³²"O zaman devletin, hem doğal hem bireyden önce olduğu açıktır. Bir birey, ayrılmadan sonra tamamen kendine yeterli olmadığından, diğer örnekte parçaların yaptığı gibi, bütünle aynı ilişkide kalacaktır. Devlet dediğimiz birliğe katılma yeteneği olmayan her ne ise (örneğin dil-siz bir hayvan ve aynı şekilde eksiksiz olarak kendine yeterli ve hiçbir gereksinimi olmayan her ne ise sözgelimi bir tanrı), asla devletin bir parçası değildir. O zaman bütün insanlar arasında bu türden bir birliğe yönelik doğal bir dürtü vardır. Devleti kuran ilk adam, sağladığı çok büyük yararardan dolayı övülmeyi hak eder", The Politics I. 2. 1253a29 [s. 61].

¹³³The Politics IV. 12. 1296b13 [s. 271]. Yalnız buradaki anayasayı, Marsilius kendi metnine *polity*, güçlü / *stronger* kelimesini de *weightier* olarak almıştır. Aristoteles'in sözleri Marsilius'un metninde şu şekildedir: "that part of the state which wishes the polity to endure must be weightier than the part which does not wish it".

¹³⁴The Politics VII. 14. 1332b12 [s. 432].

Dolayısıyla isyancıların, yani sivil bir yaşama özen göstermeyenlerin, siyasi bir yaşamı sürdürmek isteyenlerden daha çok olması olanaksızdı. Bunun aksi, doğanın yanıldığı veya çoklukla yetersiz olduğu demektir. Öyleyse, insanların ağırlıklı çokluğu, devleti sürdürmeyi istediğinde, devletin kuşaktan kuşağa aktarılan adil ve yararlı standardı olan yasadışı yaşayamayacağını da bilirdi. En iyi yönetilen, yani erdeme göre yönetilen devlet için, yasalara göre iyi düzenlenmemiş olmak imkansızdı. Bundan ötürü, devletin ağırlıklı çokluğu, yasaya sahip olmak isterdi.

“Her bütünü, parçasından daha büyük olduğu”, zihnin açık kavrayıştı. Bundan çıkan gereklilik, bütün yurttaşlar kurulu veya onun aynı sayılması gereken ağırlıklı parçasının, seçilmesi ve reddedilmesi gereken şeyde, ayrı olarak alınan herhangi bir parçasından daha iyi olabilmesiydi¹³⁵.

İlk itiraza, yani yasaları yapmak otoritesinin, çoğu örnekte kötü ve kavrayışsız olanlara verilmemesine gelince, bu kabul edilmişti. Fakat bütün yurttaşların böyle olduğu eklendiğinde, bu yalanlanmak zorundaydı. Çünkü yurttaşların çoğu, ne kötü ne de kavrayışsızdı. Onların çoğu veya hepsi, sağlam zihinli, akıllı oldukları gibi, devlet (*politeia*) için gerekli yasa ve başka düzenlemelere, doğru istekleri de vardı. Ne her bir yurttaş ne de yurttaşların büyük kısmı, yasaların keşfedicileri olmasa da, her yurttaş başka birileri tarafından keşfedilen ve ona sunulan şeyi yargılayabilir, eklenen, çıkarılan veya değiştirilen şeyi anlayabilirdi. “Kavrayışsız” göndermesi ile kastedilen - yurttaşların çoğunun kendi başlarına yasaları keşfedemeyecekleri, bu yüzden de yasaları yapmamaları gerektiği - , açık yanlış olarak reddedilmeliydi. Nitekim çoğu insanın, resim, ev, gemi ve başka sanat çalışmalarının nitelikleri hakkında, bunları keşfetmek ve üretmek yetenekleri olmasa bile, doğru yargıda bulunduğu görülebilirdi. Aristoteles de önerilen bu itirazı yanıtlarken, bunu şu sözleri ile onaylamıştı: “Bir şeyler hakkında onları yapan adam, tek veya en iyi yargıç değildir”. Aristoteles, bunu sanatın pek çok türünde kanıtlarken, aynıısının bütün diğerlerinde de doğru olduğunu göstermişti.

[Ne var ki Marsilius’a göre] bu anlayış, az olan bilgelerin, pratik sorunlarda çokluğun kalanının yapabildiğinden, yasalaştırılması gereken şeyi daha iyi kavrayabildiğini söyleyenler için geçersizdir. Oysa bu, gerçek olsa bile, bundan bilgelerin daha az bilgililerle birlikte bulunduğu bütün çokluğun yapabildiğinden, yasalaştırılması gereken şeyi bilgelerin daha iyi kavrayabi-

¹³⁵ DP I, 13:2 (51).

leceği çıkmazdı. Çünkü her bütün, gerek eylemde gerek sezgide parçasından daha büyüktür. Kuşkusuz, bu, Aristoteles'in Politika'daki (III. 6) görüşüydü: "Çokluk, çok daha önemli sorunlarda haklı olarak baskındır". Yani, çokluk veya bütün yurttaşlar kurulu veyahut da burada Aristoteles'in "çokluk" kavramı ile gösterdiği onun ağırlıklı parçası, devletin çok daha önemli sorunlarında haklı olarak baskın olmalıdır ve bunun için Aristoteles'in gösterdiği neden şudur: "Halk; kurulu, yargıyı ve saygın sınıfı içeren pek çok kişiden meydana gelir ve bunların hepsi birlikte, yüksek hükümet görevlerini tutan bir avuç yöneticiyi içeren her hangi bir kişi veya gruptan çok daha büyüktür"¹³⁶.

Marsilius'a göre Aristoteles, halkın (*people*) veya birlikte alınan devletin veya kentin (*city*) bütün gruplarından oluşan çokluğun, onun ayrı olarak alınan herhangi bir parçasından daha büyük olduğunu ve sonuç olarak onun hükmünün¹³⁷ herhangi bir parçasınınkinden çok daha güvenli olduğunu kastetmişti. Bu herhangi bir parça(sı) şu parçalar olabilirdi: (1). Çiftçiler, sanatkarlar veya o çeşitten başkaları olarak "burada" kurul (*consilium*) kavramı ile gösterdiği sıradan yığın (*the common mass*). (2). Avukatlar veya noterler gibi yargısal işlerde hükümdara yardımcı görevliler yani yargı parçası. (3) En yüksek hükümet görevlerine uygun şekilde seçilen birkaç kişi veya tek kişiden oluşan en iyi adamlar grubu, yani "saygın sınıf" ("honorable class"). (4). Devletin ayrı olarak alınan herhangi bir başka parçası. Üstelik gerçekten doğru olan şey - az bilgililerin bazısının önerilen bir yasayı veya bir başka pratik sorunu, bilgililerin aynı sayısının yaptığı gibi aynı şekilde yargılayamayacağı - varsayılsa bile, az bilgililerin sayısı hala onların bu sorunları, aynı şekilde daha bilgili olan azlık gibi, hatta daha iyi yargılayabileceği öyle bir boyuta artırılabilirdi. Aristoteles de bu görüşü dillendirmişti:

¹³⁶DPI, 13:4 (52); Bu alıntının Politika'dan [The Politics III. 11. 1282a32 (s. 205)] doğru metni şudur: "[Öyleyse halk yığınının, daha önemli şeylerde egemen kontrolünün olması gerektiği oldukça doğrudur.] Çünkü halk, kurul ve mahkemenin hepsi, pek çok kişiden oluşur. Aranılan mülkiyet niteliklerine gelince, bunların hepsinin sahip olduğu mülkiyetin toplamı, tek tek veya birkaç meslektaşla birlikte, en yüksek görevleri tutanlarınkinden daha çoktur". Burada Marsilius açısından sorun, bu anılan alıntıya, metinde olmayan "saygın sınıfı" eklemesidir. Bu yanlışlık, başka deyişle Marsilius'un bu alıntıyı yanlış yorumlaması, diğer ortaçağ Aristotelesçileri gibi, Moerbekeli William'ın çevirisinden kaynaklanır. Marsilius, saygınları [*honorabilitas*], mülkiyet toplamı [*assessed property*] yerine, saygın sınıfı (*the honorable class*) ifade etmek üzere yorumlamıştı.

¹³⁷ its judgment

Şu an bir görüşün ileri sürüldüğü görülecektir: Bu, az olan en iyilerin yerine, halk yığınının egemen olması gerektiğidir. Fakat bu, sorunsuz değildir; belki kendisinde doğruluk payı da vardır. Tek tek alındıklarında hiçbirinin düzgün adam olmadığı çokluk, bununla beraber hep birlikte alındığında, tek tek değil ama toplu olarak azlıktan daha iyi olabilir. Aynı şekilde, herkesin katkıda bulunduğu bir ziyafet, bir kişinin karşıladığından daha iyidir¹³⁸.

Marsilius, burada “az ağırlık taşıyan” ikinci itirazı, yani yasaları yapmak otoritesinin, çokluğa değil azlığa ait olmasını ele alır. Az kişinin görüşlerini uyumlaştırmak, çokluğunkine nazaran daha kolay olsa da, bundan azlığın görüşlerinin onun bir parçası olduğu bütün çokluğunkine üstün olduğu çıkmazdı. Çünkü azlık, bütün yurttaşlar çokluğunun yaptığı gibi ortak yararı aynı derece ne kavrar ne arzuları. Yasaları yapmayı azlığın takdirine bırakmak, gerçekten güvenli bir yol değildi. Çünkü azlık, ruhban buyruklarını yapanlarda açıkça görüldüğü gibi, birey veya grup olarak muhtemelen kendi özel çıkarını kollardı. Bu şekilde yol, oligarşiye çıkardı; tıpkı, yasaları yapmak iktidarının tek başına bir adama verildiğinde, tiranlık fırsatının doğması gibi¹³⁹. Marsilius’un buradaki azlık yönündeki itirazı, yani halkçı tezi, ruhban yapılan göndermeden anlaşıldığı üzere, onun ruhban karşıtlığından doğmuş görünür.

Marsilius’a göre, bütün yurttaşlar kurulunun, sağduyulu ve deneyimli olanlara, araştırmayı, keşfi, standartların sorgulanmasını, sivil adalet ve yararlarla ilgili çıkarılacak yasa ve düzenlemeleri, ortak yük ve zorlukları ve diğer benzer sorunları bırakması, uygun ve epey de yararlıydı. Bu sağduyulu ve deneyimli adamların bir kısmı, devletin asıl parçaları¹⁴⁰ tarafından her bir parçanın oranına göre seçilmeliydi. Böyle yapılmazsa, bütün bu adamlar, birlikte toplanan bütün yurttaşlar tarafından seçilmeliydi. Bu yöntem uygun ve yararlıydı; bu şekilde çokluğun kalanına¹⁴¹, yani anılan standartların araştırılmasında çok az yardımcı dokunacak az bilgili olanların zararına olmaksızın bir araya gelinirdi.

¹³⁸ DP I, 13:4 (53); The Politics III. 11. 1281a39 (s. 202).

¹³⁹ DP I, 13:5 (53).

¹⁴⁰“Bunlardan üçü olan din adamları, savaşçılar ve yargıçlar, sivil topluluklarda genellikle saygın sınıf (*honorabilitatem*) olarak adlandırılır. Diğerleri ise sadece parça adlandırılır. Çünkü bunlar, Politika’da Aristoteles’in öğretisine göre devlete gerekli işlevlerdir ve bu işlevlere ait olan çokluk genellikle sıradan yığın (*vulgaris*) olarak adlandırılır”, DP I, 5:1 (15).

¹⁴¹ the rest of the multitude

Anılan bu süreç çerçevesinde keşfedilip hazırlanan yasa tasarıları, onaylanmaları için bir kurul olarak toplanmış yurttaşların önüne getirilirdi. Herhangi bir yurttaş, sunulan öneri hakkında bir şeyin eklenmesini, çıkartılmasını, değiştirilmesini veya tamamen reddedilmesini düşünürse, bunları orada dile getirirdi. Yasalar, böyle çıktığından daha eksiksiz olurdu. Bu yöntemde, az bilgili yurttaşlar, yasaların kendisini keşfedemeyen kişiler olsalar da, önerilen bir yasada düzeltilmek zorunda olan bir şeyi görebilirlerdi. Ayrıca, yasalar bu şekilde, bütün bir çokluğun toplantı ve oluru ile yapıldığından, daha kolay uyuldukları gibi, yurttaş protestosu ile de karşılaşmazdı.

Bu standartlar ve çıkacak yasalar, böylece kamunun malı yapılırdı. Yurttaşlar genel kurulunda, bunlar hakkında makul açıklamaları olan yurttaşlar dinlenirdi. Sonra nitelikli adamların¹⁴², tekrar, yukarıda gösterilen yöntemle, seçilmesi gerekirdi. Bu olmazsa, yukarıda belirtilen adamlar doğrulanmak zorundaydı ve onlar, bütün yurttaşlar kurulunun konum ve otoritesinin temsilcisi olarak, araştırılan ve önerilen yukarıda belirtilmiş standartları, kısmen veya tamamen onaylayacak veya onaylamayacaktı. Bu olmazsa, öyle dilerlerse, bütün yurttaşlar kurulu veya onun ağırlıklı parçası, bu aynı şeyi kendi başına yapardı. Ancak bu onaydan sonra, önce değil, yukarıda belirtilen standartlar, yasa olur ve öyle adlandırılmayı hak ederdi. Yayınlanmaları ve ilanlarından sonra, bunlar, çiğneyenlerinin sivil suç ve cezaya konu olduğu insan buyrukları arasında olurdu¹⁴³.

Marsilius, bu şekilde, yasaları yapmak ve uyulmaları bakımından emir vermek otoritesinin etken neden olarak yalnızca bütün yurttaşlar kuruluna veya onun ağırlıklı parçasına, bu olmazsa, bütün yurttaşlar kurulunun bu otoriteyi bağışladığı kişi veya kişilere ait olduğunu yeterli derecede gösterdiğini düşünür.

Görüldüğü üzere, Strauss'un da belirttiği gibi, "Özetlenirse, Marsilius'un halkçı öğretisi, kesin tonuna rağmen, Aristoteles'in Politika'sındaki demokratik savunu kadar kararsız veya geçici" idi¹⁴⁴.

¹⁴² men of the qualities

¹⁴³ DP I, 13:8 (55).

¹⁴⁴ STRAUSS, s.192.

SONUÇ

Defensor Pacis'i (1324), “*Prens*” (1513), “*Devletin Altı Kitabı*” (1576) ve “*Leviathan*” (1651) gibi modern devlet gerçeğinin düşüncede belirlediği yapıtlarla değerlendirmek gerekir. Bu yapıtlardaki modernlik, yani yenilik vurgusu, siyaseti, dünya ve insan ötesi bir bağlamdan, tanrısal bir belirlenimden arındırma kavgasıdır. Bu kavga, siyasetin yeniden kurgulanması, yani dünyevi olarak düzenlenmesidir. Machiavelli, siyaseti, iktidarın elde edilmesi ve korunması sanatı olarak düşünmüştü. Bu uğraşın meşruluk dayanaklarında, doğüstü ve insan ötesi bir göndermeye başvurmamıştı. Bodin, mutlak monarşiyi savunduğu egemenlik kuramında, “kralların kutsal hakkı” sömürüsünü reddetmişti. Onun devlet iktidarı olarak kavramlaştırdığı egemenlik kuramı, laik yani temellerinde dindışı kurgulanmıştı. *Prens*'in üzerinde papanın üstünlüğü yoktu. Hobbes, siyaset kuramını, toplumun başlangıcından devletin kurulmasına ve dünyevi iktidarın teklifine, dindışı temellendirilmişti. Böylelikle ortaya çıkan, mutlak güçle donatılmış merkezi siyasi iktidar, yani *Leviathan*, modern devletin kendisiydi.

Siyasetin özerkliğinin bilinci her şeyin başlangıcıydı. Kavga, kurulu çarpık kilise öğretilerine karşı verilmeliydi. Bunun yolunu, 12. yüzyılda canlanan Roma hukuku araştırmaları ve 13. yüzyıldaki Aristotelesçi devrim açmıştı. Aristoteles'in düşünceleri, özellikle Politika'sı, toplum, siyasi iktidar, rejimler, yasa gibi sorunların dindışı çözümlerini içermekteydi. *Defensor pacis*, ilk tezinde Aristoteles üzerinden bu fikri kavgayı vermişti. İkinci tezde de bu çarpık öğretilerin mimarı papalık hedef alınarak, bu kurumun Hıristiyanlık yönünden temelsizliğini kutsal kaynaklar üzerinden kanıtlamaya yönelmişti. Marsilius, papalığa, yani Roma-Katolik Kilisesine karşı verdiği bu kavga ile gerçekten Protestan Reformasyonunun da öncülerindendir.

Padovalı Marsiglio, laik devlet haklarının en büyük şampiyonudur. Fakat Marsiglio, epeydir baskın bir kuramın tamamlanmış bir yapısını bize sunmaz. Çok şaşırtıcı değilse, onun ortaya çıkışı, Hildebrand'la [VII. Gregorius] başlayan mücadelenin son sahnelerine daha çok uyar. Çünkü izleyen dönemlerin habercisidir, yalnızca Fransız Devrimi'nden beri genel bir uysallıkla benimsenen yeni kuramların bildiricisidir... Michelangelo'nun bitmemiş heykelleri gibi, kavradığı devlet, kendisini mermerden canlı çıkarır¹⁴⁵.

¹⁴⁵ PREVİTÉ-ORTON, s. 2.

Yalnız burada, Georges de Lagarde'ın, Marsilius'u cumhuriyetçiliğin bir kuramcısı olarak etiketlenmenin “anakronistik bir yanlış” olduğu savı aktarılmalıdır. Ona göre birinci tezdeki halk egemenliği öğretisi, papalığın dünyevi monarşik yapılarına muhalefette, imparatorun siyasi iktidarının kuramsal temellerini yerleştirmeyi amaçlayan bir aldatmacaydı. *Defensor pacis*, “sözde cumhuriyetçi görünümüne rağmen”, imparatorun otoritesini güçlendirmek ve haklılaştırmak için tasarlanmıştı¹⁴⁶. Çalışmamızın bulguları açısından, buna katılmıyoruz. Her ne için tasarlanmış olsa da, algılandığı boyutla, *Defensor pacis*, modern devlete giden yolun tartışmasız yapıcısıydı.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali ve Köker, Levent, Tanrı Devletinden Kral-Devlete, İmge Kitabevi, Ankara, 1991
- ARISTOTLE, The Politics, Translated by T. A. Sinclair, Penguin Books, New York, 1984.
- ARISTOTELES, Politika, Çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1983.
- BRAMPTON, C. Kenneth, “Marsiglio of Padua: Part I. Life”, The English Historical Review, Vol. 37, No. 148, October, 1922.
- GARNETT, George, Marsilius of Padua and “The Truth of History”, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Goods News Bible, Today's English Version, Canadian Bible Society, Toronto, 1984.
- Kutsal Kitap, Eski ve Yeni Antlaşma (Tevrat, Zebur, İncil), Yeni Yaşam Yayınları, 2009.
- LYNCH, Joseph H., The Medieval Church: A Brief History, Longman Publishing, New York, 1993
- MAIRET, Gérard, “Padovalı Marsilius'tan Louis XIV'e Laik Devletin

¹⁴⁶ GARNETT, s.12.

Doğuşu”, Devlet Kuramı içinde, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, Ankara, 2000.

MARSILIUS of Padua, Defensor Pacis, Translated by Alan Gewirth, University of Toronto Press, Toronto, [ilk baskı 1956] 1992.

OZMENT, Steven, The Age of Reform 1250-1550, Yale University, New Haven, 1980.

PREVITÉ-ORTON, C. W., “Marsiglio of Padua: Part II. Doctrines”, The English Historical Review, Vol. 38, No. 149, January, 1923.

STRAUSS, Leo, Liberalism Ancient & Modern, The University of Chicago Press, Chicago, 1989.

TIERNEY, Brian, The Crisis of Church and State 1050-1300, University of Toronto Press, Toronto, 1988.

CEZA HUKUKUNDA VARSAYILAN RIZA

Zeynel T. KANGAL*

ÖZET

Varsayılan rıza Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu nedenle kanun üstü bir hukuka uygunluk nedenidir. Varsayılan rıza, ilgilinin gerçek iradesinin alınamadığı durumlarda, ilgiliye sorulabilse idi, müdahaleye rıza gösterirdi şeklindeki bir tahmine dayanmaktadır. Varsayılan rıza izin verilen risk görüşüyle açıklanabilir. Başkasının hukuksal alanına yapılan müdahalenin varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olabilmesi için, ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği bir hakkının bulunması ve rıza açıklamaya ehil olması, ilgilinin rızasının alınmaması ve failin ilgilinin veya kendi yararına hareket etmesi gerekmektedir. İlgilinin gerçek iradesinin bulunduğu durumlarda varsayılan rızaya dayanılmaz. Failin kendi ve üçüncü bir kişi yararına hareket ettiği durumlarda da, sınırlı da olsa, varsayılan rıza kabul edilmektedir. Varsayılan rızanın maddî koşullarında hata ve sınırın aşılması hâlinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Rıza – İzin verilen risk – Hukuka uygunluk – Tıbbî müdahaleler – Vekâletsiz iş görme.

DEFAULT CONSENT IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Default consent is not regulated in Turkish Criminal Code. Therefore, its legal justification is considered superior to existing law. Default consent is based on the prediction that relevant person allow offender's intervention when his/her real consent could have been taken. Default consent can be explained in relation to acceptable risk. In order to justify the intervention to someone's legal field on the basis of default consent; relevant person must have a right to be concerned over the power of disposition in absolute terms and must be competent to explain consent or consent could not have been taken and the offender must have acted on his/her behalf or on behalf of the relevant person. When the relevant person's real consent is known, default consent has no application. Although to a limited extent, default consent is accepted as a justification when the offender acts on his/her behalf or behalf of the third person. In case of mistake on the objective conditions of default consent and exceeding the limit, the relevant provisions of Turkish Criminal Code will be applied.

Key Words: Consent – Acceptable Risk – Justification – Medical Interventions – *Negotiorum Gestio* (acting without authority)

* Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (zeynelkangal@yahoo.com).

I. Giriş

TCK md. 26/2’de ilgilinin rızası düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”. Bu düzenleme gereğince, ilgilinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak vermiş olduğu rıza üzerine kanunî tipte tanımlanmış bir fiili gerçekleştiren kişi hukuka uygunluktan yararlanabilecektir. Yine bazı suç tiplerinde ilgilinin rızası tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak öngörülmüştür (Örneğin, TCK md. 116). Somut olayda ilgilinin rızasının alınmadığı durumlarda hukuka uygunluk ise, yazılı olmayan, böylece örf âdet hukuku tarafından kabul edilmiş olan varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni ile sağlanabilir¹. İlgilinin tipikliği ortadan kaldıran rızası veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızası o anda alınmıyorsa, somut olayın bütün koşullarının değerlendirilmesi, ilgiliye sorulabilse idi, rıza açıklamasında bulunurdu şeklinde bir tahmini haklı kılmaktaysa, varsayılan rızadan bahsedilebilir².

Varsayılan rızada ilgilinin bir rıza açıklaması bulunmamaktadır. Varsayılan rızada fail, başka birine ait bir konuya izinsiz bir şekilde müdahale ederek kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiili gerçekleştirmektedir. Ancak bu müdahale bakımından ilgilinin rızası objektif bir değerlendirmeye göre varsayılmak suretiyle fiilin hukuka uygunluğu kabul edilmektedir. Müdahale edilen konunun sahibinin gerçek iradesi ile fail tarafından varsayılan iradesi çatıştığı takdirde, hukuk düzeni, müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren varsayılan bir rızayı, her ne kadar konunun sahibinin gerçek iradesinin başka olduğu sonradan ortaya konmuş olsa bile, objektif kriterlere göre saptamak suretiyle bir çözüm bulmaktadır³. Varsayılan rızanın klişeleşmiş örneğini burada tekrarlayacak olursak; ağır yaralı olarak bilinçsiz bir şekilde hastaneye getiri-

¹ LK-StGB¹¹ (HIRSCH)], Vor § 32, No: 129; NK-StGB³ (PAEFFGEN)], Vor §§ 32 ff, No: 157; LACKNER/KÜHL, Vor § 32, No: 19; KÜHL, § 9, No: 46; ZIESCHANG, s. 80; WESSELS/BEULKE, No: 380; HEINRICH, No: 474.

² S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 54; KREY/ESSER, § 18, No: 677; FISCHER, Vor § 32, No: 4; SCHMIDT, No: 464; HAFT, s. 79-80; TRIFFTERER, 11/172; FABRIZY, § 90, No: 7. 2007 yılında kapsamlı bir değişiklik geçiren Portekiz Ceza Kanunu 38. maddesinde rızayı düzenledikten sonra 39. maddesinde de varsayılan rızaya yer vermiştir. Bu düzenleme şu şekildedir; “1. Varsayılan rıza gerçek rızayla bir tutulur. 2. Failin içinde bulunduğu durum, hukuken korunan yararın sahibi fiilin işlendiği koşulları bilseydi fiile geçerli rıza gösterirdi makul tahminini haklı kılmaktaysa, varsayılan bir rıza mevcuttur” (bkz. FERNANDES, s. 53).

³ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 18, No: 3; KINDHÄUSER, § 19, No: 2.

len hastanın tıbbî nedenlerden dolayı derhal ameliyata alınması gerekmektedirse, durumu bilmiş olsaydı rıza gösterirdi düşüncesiyle ameliyata alınması hukuka uygundur⁴.

İlgilinin rızası tipikliği ortadan kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza şeklinde ikiye ayrılabilirken, varsayılan rıza her zaman bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü bazı suç tiplerinde rıza tipikliğe dâhil bir unsur olarak gösterilmiştir ve ilgili rıza gösterdiği takdirde tipe uygun bir fiil bulunmadığından artık hukuka aykırılık değerlendirmesi yapmaya gerek kalmayacaktır. Bu tür suç tiplerinde ilgilinin gerçek rızası yoksa, varsayılan rızaya dayanılarak tipikliğin değil, hukuka aykırılığın ortadan kalktığı kabul edilebilir. Örneğin, komşusunun su basan evine onun rızasıyla girerek vanayı kapatan kişi bakımından konut dokunulmazlığının ihlâli suçunun (TCK md. 116) tipe uygun fiil unsuru oluşmaz. Buna karşılık fail, komşusunun yokluğunda evine girerek vanayı kapatırsa, fiil varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olacaktır⁵.

Varsayılan rıza, Alman hukukunda hekimin özel hukuk sorumluluğu için geliştirilen hipotetik rızadan (hypothetische Einwilligung) ayrılır. Hipotetik rıza, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle hastanın tıbbî müdahaleye rızasının geçerlilik kazanmadığı; ancak yeterli derecede aydınlatılsa idi, tıbbî müdahaleye aynı şekilde razı olabileceği, böylece rızanın da geçerli olabileceği olaylarda sözkonusu olmaktadır⁶. Başka bir ifadeyle hipotetik rızada, kurallara uygun bir bilgilendirme olmadan hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığının, usulüne uygun bir bilgilendirmenin (aydınlatmanın) yapılmış olması hâlinde de hastanın tıbbî müdahaleye rıza göstereceği sonucuna varıldığı takdirde, ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁷. Böylece hekim hastayı kurallara uygun olarak aydınlatmış olsaydı,

⁴ JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII, 1; SEELMANN, s. 65; ÖNDER, s. 260.

⁵ LK-StGB¹² (RÖNNAU)], Vor § 32, No: 216; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 131; KREY/ESSER, § 18, No: 677; TRIFFTERER, 11/172. Karşı düşünceye göre, varsayılan rıza madem ki gerçek rızanın alınmadığı durumlarda onun yerine üçüncü kişiler tarafından ikame edilen bir iradedir, öyleyse ilgili normun özelliğine göre tipikliği kaldıran varsayılan rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran varsayılan rıza şeklinde ayrılmalıdır (Bkz. DISPUT, s. 96, 98, 199; LUDWIG/LANGE, s. 450).

⁶ LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 230; FREUND, § 3, No: 44b; WESSELS/BEULKE, No: 384a.

⁷ KREY/ESSER, § 18, No: 682; MOSENHEUER, s. 69. Örneğin, hekim ameliyatta hastanın karnında bir ameliyat malzemesini unuttur. Hastaya bunu açıklamamak için ikinci bir ameliyatın yapılmasını zorunlu kılan başka koşulların bulunduğunu ifade eder ve hastanın rızası-

hasta tıbbî müdahaleye rıza göstermeyecekti sonucuna ulaşıldığı takdirde, hekim yapmış olduğu tıbbî müdahaleden dolayı kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır. Çünkü yerine getirilmemiş olan aydınlatma yükümlülüğünün koruma alanına dâhil olmayan bir risk gerçekleşmektedir⁸. Varsayılan rızada gerçek (ve geçerli) bir rızanın elde edilmesi mümkün olamazken (varsayılan rızanın gerçek rıza karşısında ikincilliği ilkesi); hipotetik rızada hastanın yeterince aydınlatılarak geçerli bir rızanın elde edilmesinin her hâlde mümkün olması, ancak bunun yapılmaması sözkonusudur⁹. Kanaatimizce hipotetik rıza, varsayılan rızadan farklı olarak fiili hukuka uygun hâle getirmemektedir. Hipotetik rıza, hukuka aykırılık aşamasından daha önce incelenmesi gereken ve objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir neden olarak ele alınabilir¹⁰.

II. Hukukî Niteliği

Varsayılan rıza, ilgilinin rızası ile zorunluluk durumu hukuka uygunluk nedenlerinin arasına sıkışmış, kendine dar bir uygulama alanı bulabilen bir hukuka uygunluk nedenidir¹¹. Bununla birlikte, varsayılan rızada hukuka uy-

nı olarak ikinci ameliyatı yapar. Burada varsayılan rıza yoktur. Çünkü hastanın ameliyattan önce bilgilendirilerek rızanın alınması olanağı mevcuttu. Hasta önceden doğru bilgilendirilseydi bile, rıza verecekti sonucuna ulaşıldığında hipotetik rıza sözkonusu olmaktadır. Burada eksik aydınlatma ile rızanın nedenselliği sabit olmamaktadır (KINDHÄUSER, § 19, No: 15; MOSENHEUER, s. 69-70, 71).

⁸ ROXIN, *Stafrecht*, § 13, No: 119, 121.

⁹ LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 230; KREY/ESSER, § 18, No: 682. *Kuhlen*, Almanya'da özel hukuk alanında geliştirilen hipotetik rıza kavramını ceza hukuku alanına taşımak istemiştir. *Kuhlen*, hipotetik rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir neden olarak ele almaktadır. Yazara göre, aydınlatılması olanaklı bulunmasına rağmen bilgilendirilmeyen kişinin yine de bir müdahaleye rıza gösterecek olması yükümlülüğe aykırılıkta hiçbir değişiklik yapmamakta, ilgilinin yükümlülüğe uygun bir şekilde aydınlatılması hâlinde de müdahalenin yapılacak olmasından dolayı, bu yalnızca, neticenin yükümlülüğe aykırı harekete objektif olarak isnad edilmesini ortadan kaldırmaktadır (KUHLEN, *Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung*, s. 227). Yazar, hastanın özellikle düşünülebilecek tedavi alternatifleri konusunda eksik aydınlatılması hâlinde gerçek rızanın kapsamına girmeyen tıbbî bir müdahalenin, hasta eksiksiz bir aydınlatılma hâlinde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleye rıza göstermeyecekti ise, yalnızca kasten yaralama olarak isnad edilmesi gerektiği önerisini getirmiştir. Bu kesin olarak saptanamadığı takdirde, hekimin lehine bir uygulama yapılmalıdır – şüpheden sanık yararlanır ilkesi – (KUHLEN, *Hypothetische*, s. 713, 718). Ancak hipotetik rızanın ceza hukuku alanına aktarılması doktrinde eleştiriyi karşılanmıştır. Öncelikle hipotetik rıza kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ihlâli olarak görülmektedir. İkincisi medenî usul hukukunun ispat kuralları ve amacı ceza hukukundan ve ceza muhakemesi hukukundan farklıdır. Dolayısıyla özel hukukta geliştirilen bir kavramın ceza hukukuna aktarılması hatalıdır (MOSENHEUER, s. 75-77, 78-79, 80).

¹⁰ Bkz. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 13, No: 122.

¹¹ MAURACH/ZIPF, § 28, No: 4.

gunluğun hangi esasa dayandığı doktrinde tartışmalıdır. Bu bağlamda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

1. İlgilinin Rızasına Dayanan Görüş

Varsayılan rızayı ilk ortaya atan ya da en azından isim babası olan *Mezger*, bu hukuka uygunluk nedenini ilgilinin rızasına yakın bir şekilde ele almıştır. Yazara göre, varsayılan rızada ilgilinin iradesinin yönünün somut koşullara göre yorumlanması sözkonusudur¹². Varsayılan rızanın koşullarının ve sonuçlarının ilgilinin rızasıyla aynı olduğunu ifade eden *Mezger*, yapısında da yürürlükteki hukuka göre kabul edilen rıza düşüncesinin genişletilmesinin sözkonusu olduğunu ileri sürmüştür¹³.

Hruschka da varsayılan rızayı ilgilinin rızası çerçevesinde açıklamaya çalışmaktadır. Gerçek ve varsayılan rızanın birbirlerini tamamlayan bir ilişki içinde olduklarını belirten *Hruschka*'ya göre, varsayılan rıza, bizatihi hukuka aykırı olan bir davranışın, ilgilinin hâlihazırda kendisine yüklenebilirliğini açıklayamadığı yararına gerçekleştirilmesi hâlinde daima mevcuttur. Müdahalenin ilgili tarafından yasaklanması hâlinde, onun yararına gerçekleşmeyeceğinin ortaya çıkacağını ifade eden yazar, somut koşullardan bu “*potansiyel iradenin*” ortaya konulabilmesinin varsayılan rızanın kabulünün koşulu olduğunu, hareket noktalarının ilgilinin müdahaleye makul şekilde rıza göstermesinin gerekip gerekmediği düşüncelerinden de elde edilebileceğini ileri sürmüştür¹⁴.

Varsayılan rızayı ilgilinin rızası çerçevesinde açıklayan bu görüş eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, ilgilinin rızasında gerçek iradenin açığa vurulması sözkonusu iken, varsayılan rıza normatif bir yapıya sahiptir¹⁵. Varsayılan rızada ilgili ya fiili tasvip eden bir irade oluşturmamakta ya da en azından bunu açıklamamaktadır. Varsayılan rızada ilgili, tipe uygun bir fiile rıza göstermesi için kendisini motive edecek bir durumun ortaya çıkacağını bilmemektedir. Böyle bir durum ortaya çıktığında, ilgili herhangi bir nedenden dolayı iradesini oluşturma veya rıza açıklama yeteneğini kaybetmektedir. Böylece fiilin gerçekleştirildiği anda ilgilinin tipe uygun fiille o anda iradî ilişkisi eksiktir¹⁶.

¹² MEZGER, s. 220.

¹³ MEZGER, s. 221.

¹⁴ HRUSCHKA, s. 205.

¹⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 4.

¹⁶ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 115.

2. Zorunluluk Durumuna Dayanan Görüş

Varsayılan rızanın zorunluluk durumunun bir alt olayı olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur. Bu bağlamda *Welzel*'e göre; “*Hukuka uygun hâle getiren asıl neden, yararın mağdur tarafından genel olarak feda edilmesi (böylece rıza) değil, aksine onun yararına pozitif olarak hareket edilmesidir. Varsayılan rızanın sınırlı gerekliliği, yalnız üçüncü kişilerin işgüzar yardımlarını engellemelidir. Bu noktada rızaya ilişkin yaklaşımlarla maddî hak görüşünün kombinasyonu mevcuttur (maddî olarak ilgilinin yararına hareket edilmişse, şekli hak ihlâli de yoktur)*”¹⁷.

Schmidhäuser de, varsayılan rızayı zorunluluk durumunun koşul ve ilkeleri üzerinde şekillendirmektedir. Yazara göre, başkasının otonom alanına tipe uygun-konuyu ihlâl eden bir müdahale, failin, ilgilinin acil yararı için hareket etmesi hâlinde hukuka uygundur. *Schmidhäuser*, ilgiliye ait bir konunun tehlikeye düşmüş olmasını ve bunun yalnızca ilgiliye ait konulardan objektif olarak daha az önemdeki başka bir konuya müdahale edilmek suretiyle kurtarılabilir olmasını varsayılan rızanın koşulları arasında saymaktadır¹⁸.

Yine *Schlehofer* varsayılan rızayı ağır basan yarar ilkesine dayandırmaktadır. Yazara göre, daima iki olasılık vardır; ilgilinin rıza gösterme olasılığı veya göstermeme olasılığı. Böylece fiilin işlenmesindeki yararlar (ilgilinin hareketin konusunun korunmasındaki potansiyel yararı ile) çatışan bir yararın mevcut olduğunu ifade eden *Schlehofer*, bu çatışmanın çözüme kavuşturulması için yararların birbirleriyle karşılaştırılmalarını ve ağır basan yarara öncelik verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁹.

Varsayılan rızayı zorunluluk durumuna dayandıran görüş de eleştirilmiştir. Buna göre, varsayılan rıza, hukuka uygunluğu yararların objektif olarak karşılaştırılmasına değil, hareketin konusunun sahibinin varsayılan iradesine bağlı olması nedeniyle zorunluluk durumundan ayrılır. Varsayılan rızada, ilgili kişi olayı tam olarak bilseydi, kendi açısından harekete izin verirdi şeklindeki bir olasılık yargısı sözkonusudur. Varsayılan rızada ilgilinin asıl yararına neyin uygun düştüğü değil, makul olmasa bile, tahminî olarak neyi isteye-

¹⁷ WELZEL, § 14 V.

¹⁸ SCHMIDHÄUSER, 9/49. Aynı şekilde *Heidner* de, hastanın rıza vermeye ehil olmadığı durumlarda sağlığına ilişkin yararlarının, kendi kararını vermeye ilişkin yararlarından önemli derecede ağır basması hâlinde hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun mevcut olduğunu ifade etmiştir (HEIDNER, s. 163-164).

¹⁹ MünchKommStGB (SCHLEHOFER)], Vor §§ 32 ff., No: 137. Aynı yönde bkz. OTTO, s. 682.

bileceği araştırılmaktadır²⁰. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu, yapılan müdahalenin ilgilinin karşı iradesine önem atfedilmeksizin hukuka uygun kılındığı veya yalnızca rıza gösterilmesinin tek başına yeterli olmadığı olaylarla ilgilidir. Bu nedenle de hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun katı koşulları varsayılan rıza olaylarına uygun düşmemektedir²¹. Ayrıca varsayılan rızada çoğu zaman korunan yarar ve ihlâl edilen yarar aynı kişiye ait olmakta²² ve yararlar karşılaştırması ilgilinin kendi geleceğini belirleme hakkına yönelmektedir²³. Bununla birlikte, varsayılan rızanın zorunluluk durumu kapsamında açıklanmasını reddedenler de, olayların çoğunda bir hakkına müdahale edilen kişinin varsayılan iradesinin zorunluluk durumundaki yararlar karşılaştırmasının sonucuyla örtüşmesi dolayısıyla, her iki kurumun birbirine yaklaştığını kabul etmektedirler²⁴. Ancak yararlar karşılaştırmasının varsayılan iradenin elde edilmesinde yardımcı bir araç vazifesi gördüğü dile getirilmiştir²⁵.

3. Vekâletsiz İş Görmeye Dayanan Görüş

Varsayılan rızanın özel hukuktaki vekâletsiz iş görmeden türetilen bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönünde görüşler de ileri sürülmüştür²⁶.

Varsayılan rızanın hukukî niteliğini *Jakobs*, özel hukuktaki vekâletsiz iş görme kavramının, zorunluluk durumunun ve ilgilinin rızasının bakış açılarını kaynaştırmak suretiyle açıklamaya çalışmaktadır. *Jakobs*'a göre, vekâletsiz iş görmede olduğu gibi, varsayılan rızada da (pozitif bir neticenin garantisi olarak) yarar ve (işgüzar bir ilgiden koruma olarak) varsayılan irade bir araya gelmek zorundadır. Yazara göre, müdahale, gerçi müdahale edene veya üçüncü kişiye yaradığında, fakat gerçekleştirilmesi aynı zamanda en azından, yerine getirilmesi varsayımsal olarak istenmiş olan resmî olmayan (hukukî olmayan) bir borca uygun düştüğü takdirde sınır durumu olarak kabul edilebilir²⁷.

²⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 5; ROXIN, Claus: "Über die mutmaßliche Einwilligung", s. 451-452; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 129; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 214; DISPUT, s. 92.

²¹ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 129; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 214.

²² JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 a).

²³ KINDHÄUSER, § 19, No: 2.

²⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 5.

²⁵ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 129, 132; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 214, 217.

²⁶ Vekâletsiz iş görmenin ceza hukukunda da genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi yönündeki bir öneri için bkz. SCHROTH, s. 479.

²⁷ JAKOBS, 15/17.

Trechsel/Noll da varsayılan rızanın vekâletsiz iş görmeden türetilen bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunmaktadırlar. Yazarlara göre, fail hem ilgilinin yararına hem de varsayılan iradesine göre onun hukuksal alanına müdahale ettiğinde, fiilin hukuka uygunluğu borçlar hukuku kurallarından çıkarılabilir²⁸.

Türk ceza hukuku doktrininde de *Koca/Üzülmez*, vekâletsiz iş görmeye dayandığını belirttikleri varsayılan rızanın, özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan “*uydurma*” bir kavram olduğunu, varsayılan rızanın bulunduğu kabul edilen olaylarda aslında diğer hukuka uygunluk nedenlerinin veya mazeret nedenlerinin söz konusu olduğunu ifade ederek, varsayılan rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabulüne karşı çıkmaktadırlar²⁹.

Varsayılan rızayı vekâletsiz iş görmeye dayandıran bu görüş doktrininde eleştirilmiştir. Bu görüşün, ilgilinin iradesine uygun düşen bir hareketin için yalnızca, bu iradenin objektif üçüncü bir kişinin düşüncesine göre ilgilinin gerçek yararına hizmet etmediği için cezalandırılabilmesi sorusuna yanıt vermediği belirtilmiştir. Bu eleştiriye göre, ilgili, hukuksal alanına müdahale eden kişinin davranışına rıza göstermişse veya bundan hoşnut kalmışsa, devlet faili cezalandıramaz. Ayrıca özel hukukun bir hukuka uygunluk nedeninden istediği dar koşullar, bu hukuk dalında vekâletsiz iş gören kişinin sarf ettiği emek ve para için tazminat isteme hakkının söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Vekâletsiz iş görmede tek başına varsayılan iradeye dayanılmamakta, aksine yarar ve iradeye kümülatif olarak dayanılmaktadır. Üstelik iş görmenin üstlenilmesindeki yarar *ex-post* bir yaklaşımla değerlendirilirken, varsayılan rızada değerlendirme yöntemi her zaman *ex-ante*'dir. Bu nedenle de, varsayılan rıza ceza hukukuyla sınırlı olan ceza haksızlığını ortadan kaldıran bir nedendir³⁰. Vekâletsiz iş görmeye ilişkin kurallar, irade unsurunu merkez konuma yerleştiren varsayılan rızaya göre daha dar bir hukuka uygunluk alanı yaratmaktadır³¹.

²⁸ TRECHSEL/NOLL, s. 141. Aynı yönde bkz. TRECHSEL/JEAN-RICHARD, , Art. 14, No: 14; RIKLIN, , § 14, No: 69-70.

²⁹ KOCA /ÜZÜLMEZ, s. 287. Varsayılan rızayı reddeden görüşün eleştirisi için bkz. HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, s. 306.

³⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 7, 8; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 130; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 215; S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 55; STRATENWERTH, § 10, No: 26; RIEGER, s. 70.

³¹ RIEGER, s. 70-71.

4. İzin Verilen Riske Dayanan Görüş

Varsayılan rızayı izin verilen risk görüşüyle açıklayan yazarlardan *Roxin*'e göre, kural olarak izin verilen risk, suç tipini ve böylece objektif tipikliğe isnadiyeti ortadan kaldıran bir faktördür. Çünkü trafiğe katılma, endüstriyel kuruluşların yapımı gibi riskli hareketlere yasal düzenlemelere uyulduğunda genel olarak, başka bir ifadeyle somut olaya ilişkin yararlar karşılaştırılması yapılmaksızın, izin verilmektedir. Bununla birlikte *Roxin*, bir suç tipinin gerçekleştirilmesine, çatışan noktaların somut olarak karşılaştırılmasına göre riske dayanılarak izin verildiği hukuka uygunluk nedenlerinin istisnaî olarak mevcut olduklarını kabul etmektedir. Yazara göre, varsayılan rızada başkasına ait bir konuya sadece varsayılan bir rıza temeline ve bu kişinin gerçek iradesiyle ters düşme tehlikesine dayanılarak müdahale edilebilmektedir³².

Varsayılan rızanın hukuka uygunluk etkisini izin verilen riskle açıklayan görüş de eleştiri almaktan kurtulamamıştır. Bu eleştiriye göre, izin verilen risk görüşüne dayanan yazarlar, olayın fail tarafından yükümlülüğe uygun bir incelenmesinden hareket etmektedirler. Oysa ki, hareket ilgilinin varsayılan rızasına uygun düşmekte ise, hukuka uygunluk fail tarafından yapılan ek bir incelemeye bağlı değildir. Buna karşılık, *ex-ante objektif* bir bakış açısıyla belirlenmesi gereken irade olasılığı ile örtüşme eksiğe, yükümlülüğe uygun bir inceleme de failin davranışını hukuka uygun hâle getiremez³³.

5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Varsayılan rıza, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin bir alt olayı değildir. Çünkü varsayılan rızanın en önemli koşulu, ilgilinin açık veya örtülü bir irade beyanının elde edilememesidir. Dolayısıyla da varsayılan rızada fail ilgilinin iradesi hususunda bir değerlendirmede bulunmaktadır. İlgilinin elde edilebilir bir irade beyanı varsa, artık böyle bir değerlendirme yapmanın da anlamı kalmamaktadır.

Varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun da alt olayı değildir. Yararlar karşılaştırması varsayılan rızada önemli bir yardımcı araç olarak vazife görmekle birlikte, varsayılan rızanın yararlar karşı-

³² ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 1; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 453. Aynı yönde bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 116-118; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 217; GROPP, § 6, No: 203; RIEGER, s. 75-76.

³³ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 132.

laştırılması, bu bağlamda da ağır basan yarar ilkesi üzerinde temellendirilmesi doğru değildir. Çünkü zorunluluk durumunda yararlar objektif olarak karşılaştırılmakta ve ağır basan yarara önem verilmektedir. Bazı durumlarda mağdurun iradesine önem verilmiş olsa bile, bu irade zorunluluk durumunda ağır basan yararın tespitinde tek başına yeterli olan bir faktörü ifade etmemektedir. Buna karşılık varsayılan rızada, bir rıza varsayımının leh ve aleyhindeki noktaların birlikteliği vasıtasıyla varsayılan irade araştırılmaktadır. Başka bir ifadeyle, ilgilinin somut olayda iradesinin ne yönde olabileceği araştırılır ve bu varsayılan iradesi her zaman onun yararına uygun düşmek zorunda değildir. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu başka bir kişiyle toplumsal dayanışma yükümlülüğü düşüncesine dayanmasına karşın, varsayılan rızada bir çatışma durumunun ilgilinin varsayılan subjektif tercihine göre çözüme kavuşturulması sözkonusudur. Ayrıca zorunluluk durumu olayla ilgisiz üçüncü bir kişinin sahip olduğu bir konuya zarar verdiği için somut bir olayda başvurulması gereken en son hukuka uygunluk nedeni olmalıdır. Bu nedenle de varsayılan rıza, koşulları varsa zorunluluk durumuna göre öncelikle uygulanmalıdır³⁴.

Varsayılan rızayı vekâletsiz iş görme kurallarıyla açıklayan görüşlerde de isabet yoktur. Varsayılan rızada önemli olan nokta, ilgilinin tahminî iradesinin ortaya konulmasıdır. Oysa vekâletsiz iş görmede hukuksal alanına müdahale edilen kişinin yararı ve varsayılan iradesi birlikte bulunmalıdır (TBK md. 526). Dolayısıyla vekâletsiz iş görme varsayılan rızaya göre daha dar koşullara sahiptir. Ayrıca varsayılan rızada, sınırlı da olsa, failin kendi yararına hareket etmesi kabul edilmektedir. Oysa ki, vekâletsiz iş görme failin kendi yararına hareket etmesini tamamen reddetmektedir. Her ne kadar TBK md. 530 failin (işgörenin) kendi yararına hareket edebileceğini kabul etse bile, iş sahibinin iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahip olduğunu ifade ederek vekâletsiz iş görmenin esas itibarıyla iş sahibinin menfaatine hareket edilmesi ilkesine dayandığını teyit etmektedir.

Varsayılan rızanın izin verilen riske dayanan, kanun üstü bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşündeyiz. Buna göre ilgilinin gerçek rızasına ulaşılamayan durumlarda, bu rızanın beklenmesinin yol açacağı risk ile rızanın beklenmeden müdahalede bulunulması sonucu ilgilinin iradesine aykırı davranmadan doğacak risk karşılaştırılarak, bunlardan daha az olanı se-

³⁴ KANGAL, s. 206-208.

çilmelidir. Eğer başkasının hukuksal alanına derhal müdahale edilmemesinin meydana getireceği risk, ilgilinin iradesine aykırı olarak müdahaleden kaynaklanan riskten daha yüksek ise, bu müdahale varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olacaktır³⁵.

III. Hukuka Uygunluğun Koşulları

1. İlgilinin Üzerinde Mutlak Surette Tasarruf Edilebileceği Bir Hakkının Bulunması ve Rıza Açıklamaya Ehil Olması

Varsayılan rızanın sözkonusu olabilmesi için, hukuk düzeninin ilgilinin rızasına geçerlilik tanıdığı bir konunun bulunması gerekir³⁶. Çünkü varsayılan rıza, ilgilinin gerçek iradesine ulaşılabilen durumlarda onun yerine ortaya çıktığından, ilgilinin rızasına ilişkin koşulların, rıza açıklamasına ilişkin koşul hariç olmak üzere, varsayılan rızada da kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hakkın sözkonusu olması ve iradesi varsayılan kişinin rıza açıklamaya ehil olması koşulları varsayılan rızada da aranır³⁷. Böylece, varsayılan rızada müdahale edilen konunun sınırları da TCK md. 26/2 tarafından çizilmektedir. Buna göre varsayılan rıza, hukuksal alanına müdahale edilen kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği bir hakkına ilişkin olarak kabul edilebilir.

2. İlgilinin Rızasının Alınmaması

Varsayılan rıza yalnızca, ilgilinin (veya yasal temsilcisinin) gerçek rızasının mevcut olmaması hâlinde devreye girebilecek olan bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu nedenle, varsayılan rıza sadece, ilgilinin gerçek rızası çerçevesinde hareket edilmesinin olanaklı olmadığı durumlarda sözkonusu olabilir³⁸. Bu nedenle varsayılan rıza, gerçek rıza karşısında ikincil niteliktedir (Subsidiarität)³⁹. Hukuksal alanına müdahale edilmesi lüzumu doğan kişinin

³⁵ Aynı yönde bkz. ERMAN, s. 147, 149, 238; YENERER-ÇAKMUT, s. 211, 212-213; KANGAL, s. 195; ÖZTÜRK/ERDEM, No: 261.

³⁶ MAURACH/ZIPF, § 28, No: 11; SCHMIDT, No: 465; ERMAN, s. 149.

³⁷ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 135; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 220; NK-StGB³ (PAEFFGEN), Vor §§ 32 ff, No: 160; S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 54; KREY/ESSER, § 18, No: 677; KLESCZEWSKI, No: 308; KINDHÄUSER, § 19, No: 4; ZIESCHANG, s. 80; MÜLLER-DIETZ, s. 282.

³⁸ JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1; JAKOBS, 15/16; MAURACH/ZIPF, § 28, No: 12; SCHMIDHÄUSER, s. 9/49; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 136; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 222; NK-StGB³ (PAEFFGEN), Vor §§ 32 ff, No: 159, 160; KREY/ESSER, § 18, No: 678; HAFT, s. 80, 81; SEELMANN, s. 65.

³⁹ S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 54; KÜHL, § 9, No: 46;

rızasının alınmasının mümkün olduğu durumlarda, onun gerçek iradesine ulaşamama riskinin göze alınması için bir sebep bulunmamaktadır. Örneğin, bayılmış olan bir hastanın sağlığı bakımından herhangi bir zarar meydana gelmeden uyanması beklenebiliyorsa, hekim, bu bilinci yerinde olmayan hasta üzerinde varsayılan rızaya dayanarak tıbbî bir operasyona girişemez⁴⁰.

Doktrinde bir görüş, hafif veya önemsiz ihlallerde ilgilinin fikrinin sorulması olanağı bulunsa bile, varsayılan rıza sayesinde bir hukuka uygunluk kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş, bu tür yarar eksikliğinin bulunduğu hâllerde, rızaya riayet edilmesi için zorunluluk bulunmadığı yaklaşımından hareket etmektedir⁴¹. Ancak bu görüş doktrinde eleştiriyile karşılanmıştır. Bu eleştiriye göre, ya burada önceden ilgilinin gerçek rızasının bulunduğu ortaya konulabildiğinde (örneğin uygun ön davranışlar sayesinde), artık varsayılan rızayı araştırmaya gerek kalmayacağından mesele hukuka uygunluk içerisinde çözüme kavuşturulabilir⁴². Ya da diğer olaylardaki hafif ihlallerde varsayılan rıza çerçevesinde bir hukuka uygunluk değerlendirmesi yapmaya gerek kalmayacaktır. Bu tür hafif ihlallerde amaca uygun dar yorum yapıldığında tipiklik zaten oluşmamaktadır. Ancak tipiklik meydana geldikten sonra, ilgilinin açıkça belirttiği iradesi karşısında caiz olmayan ve cezalandırılabilir bir fiilin gizlice ve ilgiliye sorulmadan gerçekleştirilebileceğinin neden olanaklı olduğunu kavramak mümkün değildir⁴³.

Önemli olmayan bir tehlike bakımından varsayılan rıza esas itibariyle sözkonusu olmaz. Bu bağlamda, hemen veya daha sonra bir müdahalede bulunulmadığı takdirde, hastanın yaşamı veya sağlığı bakımından önemli bir tehlike meydana gelecekse, varsayılan rızayı kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, önemli bir tehlike mevcut olsa bile, bir ameliyat hastanın fikri alınmak suretiyle daha sonra da yapılabilecekse, varsayılan rıza kabul edilmemelidir⁴⁴.

GROPP, § 6, No: 204; ZIESCHANG, s. 80; RENGIER, § 23, No: 57; MÜLLER-DIETZ, s. 282.

⁴⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 10; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 461; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 118; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 136.

⁴¹ Bu görüş *Tiedemann* tarafından ortaya atılmış (TIEDEMANN, s. 109-110) ve doktrinde az da olsa taraftar bulmuştur. Bkz. S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 54; JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1.

⁴² LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 136.

⁴³ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 11; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 461; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 136, 139; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 228.

⁴⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 12; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No:

Hekim hastanın rızası ile gerçekleştirdiği ameliyat sırasında karşılaştığı bir bulgu karşısında, hastanın rızasının kapsamını genişleterek bu yönde bir tıbbî müdahalede bulunamaz. Çünkü hekim ameliyattan önce hastayı her türlü risk ve komplikasyonlar bakımından bilgilendirmek zorundadır (hekimin aydınlatma yükümlülüğü). Bu bilgilendirmeden sonra böyle bir ihtimal hâlinde nasıl davranması gerektiği konusunda hastanın rızasını alabilirdi. Hasta ameliyatın belirli kısmına veya belirli yöntemlere rıza göstermemişse, ameliyat sırasındaki bir komplikasyon durumunda hekim varsayılan rızaya artık dayanamaz⁴⁵. Bununla birlikte hekim, önceden öngörmediği bir bulgu veya komplikasyonla ameliyatta karşılaşmışsa, ameliyatın yarıda bırakılmasından doğabilecek risk, ameliyatın genişletilmesi riskinden yüksek ise, genişletmiş olduğu ameliyat varsayılan rıza kapsamında hukuka uygun olacaktır⁴⁶. Bunun için yaşam tehlikesinin bulunması şart değildir⁴⁷.

Doktrinde tartışmalı olan bir husus da failin, ilgilinin önceden mevcut olan açık bir rızasını alma olanağından taksirle faydalanmamışsa, taksirli nedeninde hukuka aykırı fiil (actio illicita in causa) yaklaşımı bakımından cezalandırılabilirliğinin sözkonusu olup olamayacağıdır⁴⁸. Doktrinde ağır basan görüşe göre, burada varsayılan rıza hukuka uygunluk etkisini yitirmez. Çünkü fail daha önce mevcut olan ilgilinin açık iradesini alma olanağını taksirli olarak kullanmamıştır. Yine de, bu görüşe göre, neticeli suçlarda bizatihi fiilde bir hukuka uygunluk bulunmasına rağmen, netice genel ilkelere göre isnad

221.

⁴⁵ JAKOBS, 15/16.

⁴⁶ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 168-169.

⁴⁷ “Tıbben uygun olan hekim müdahalelerinde, özellikle de ameliyatın genişletilmesinde, hastanın varsayılan rızası temelinde hekimin hareketinin caizliği yaşamsal endikasyon hâllerıyla sınırlı değildir. Gerçi hastanın açık veya zımnî rıza göstermediği, fakat varsayılan rızasına uygun düşen tıbbî müdahaleler yalnızca halen mevcut olan yaşam tehlikesini savuşturmak için gerçekleştirilemezler. Hekim, hastanın rızasıyla başlanan bir ameliyatı genişletip genişletmemesi veya durdurup durdurmaması veya hastayı, belki büyük tehlikeler barındıran, fakat her halükarda başka fiziksel ve ruhsal zararlara yol açan yeni bir riske maruz bırakıp bırakmaması gerektiği sorunuyla karşıya bulunduğu anda mevcut olup olmadıklarıdır” [Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2. Ceza Dairesi’nin 25.03.1988 tarihli kararı, BGHSt 35, s. 249 (246-251)].

⁴⁸ NK-StGB³ (PAEFFGEN), Vor §§ 32 ff, No: 162.

edilebiliyorsa, taksirli nedeninde hukuka aykırı fiil yaklaşımı açısından cezalandırılabilirlik ortadan kalkmaz. Ancak bu sadece, ilgiliye daha önce inceleme yükümlülüğüne uygun bir şekilde sorulsa idi, varsayılan rızasından farklı bir karar verirdi sonucuna ulaşıldığında, yükümlülüğe aykırılıktan dolayı mümkündür⁴⁹.

İlgilinin fikrinin alınmasının olası olmasına karşın, varsayılan rıza görünümüne sahip bazı durumlarda, aslında zımnî ya da yorum yoluyla elde edilen gerçek bir rıza söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir yerde gazete okuyucularının, sahibinin kısa süreli yokluğunda büfeden gazeteleri parasını bırakarak izinsiz olarak alıp gitmeleri yerleşmişse, bu fiil varsayılan rıza ile değil, gerçek rıza ile (zımnî rıza veya yorum yoluyla ulaşılan rıza ile) hukuka uygun hâle gelmektedir. Yine bir hastanede hastaların beklentilerinin aksine, basit tıbbî müdahalelerin bir hekim tarafından değil, aynı kabiliyete sahip tıp öğrencileri tarafından gerçekleştirilmesinin hukuka uygunluğu, bununla ilgili olarak fikri alınabilir olup da, fikri alınmayan hastanın varsayılan rızasına değil, gerçek rızasına dayanır. Çünkü işin esasına uygun olarak yapılan bir yorumda hastanın genel olarak tıbbî müdahaleye gösterdiği rızanın ehil bir tıp öğrencisi tarafından yapılan tedavileri de kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁰.

3. Failin İlgili veya Kendi Yararına Hareket Etmesi

a) Failin İlgilinin Yararına Hareket Etmesi

Varsayılan rıza öncelikle ilgilinin yararına bir fiilin gerçekleştirilmesi ihtimalinde ortaya çıkabilmektedir. Burada fail, üçüncü bir kişinin yararına olarak onun hukuksal alanına müdahale etmektedir⁵¹.

Fail varsayılan rıza çerçevesinde ilgilinin gerçek iradesine uygun bir sonuca ulaşmaya çalışarak hareket etmelidir. Hareketin yapılmasında rızanın beklenebilir olup olmamasının tespitinde *ex-ante objektif* bir kriter kullanılmalıdır. Buna göre, failin yerindeki makul üçüncü bir kişinin bakış açısından rızanın varsayılabirliğine ilişkin isabetli karar ortaya çıktığında, ilgilinin rıza göstermeyeceği sonradan ortaya çıkmış olsa bile, fiil hukuka uygun ola-

⁴⁹ S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 59.

⁵⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 13; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 463; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 134, 138; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 219; KINDHÄUSER, § 19, No: 12.

⁵¹ STRATENWERTH/KUHLEN, § 9, No: 32.

caktır⁵². Failin somut olaya ilişkin bilgisi de bu değerlendirmeye dâhil edilmelidir. Buna karşılık, faili başarısız bir şekilde aydınlatmaya çalışan, olaya dâhil olmayan üçüncü bir kişinin özel bilgisinin ne dereceye kadar önem taşıdığı, bu çabanın makul üçüncü bir kişinin kararını değiştirip değiştirmemesine bağlıdır⁵³.

Üçüncü bir kişinin yaşamı hakkında verilen kararlar bakımından varsayılan rızaya dayanılıp dayanılmayacağı sorununun öncelikle ele alınması gerekmektedir. Bilinçsiz bir şekilde kendisine getirilen hastayı ameliyata alan bir hekim, hastanın kendine gelmesine ve fikrinin alınmasına kadar beklenmesi sağlığı bakımından bir tehlike yaratmayacaktı ise, varsayılan rızaya dayanamaz. Aynı şekilde hasta bilincini yitirmeden önce ameliyata alınmasını açık bir şekilde reddetmişse, varsayılan rıza artık sözkonusu olamaz⁵⁴.

Hastanın bilinçsizliği uzun süreli bir durum olup da, derhal müdahale edilmemesi sağlığı bakımından bir kötüleşme riski taşımamakta ise, sulh hukuk mahkemesine başvuru olarak bu konuda bir karar istenmelidir⁵⁵.

Acil müdahale edilmesi gereken ve iradesini açığa vurma yetisine o anda sahip olmayan bir hastanın yaşamını kurtarmaya yönelik bir ameliyat varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmelidir⁵⁶. Çünkü bu tür durumlarda derhal müdahale edilmediği takdirde doğabilecek zarar riski, müdahalenin yapılması ile doğabilecek zarar riskinden daha büyüktür⁵⁷. İlgilinin gerçek iradesiyle ters düşme riskinin göze alınmasına izin verildiği için, tipe uygun davranışın gerçekleştirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Bu riskin gerçekleşmesi hâlinde, başka bir ifadeyle failin ilgilinin gerçek iradesiyle uyum göstermediğinin sonradan ortaya çıkması hâlinde, hukuka uygunlukta hiçbir değişiklik olmaz⁵⁸.

⁵² LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 137; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 223; KLESCZEWSKI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, No: 311; KINDHÄUSER, § 19, No: 14; ZIESCHANG, s. 81; WESSELS/BEULKE, No: 382; RENGIER, § 23, No: 51.

⁵³ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 137, dn.: 252; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 223, dn.: 903.

⁵⁴ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 117; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 10, 12, 23; ROXIN, "Über die mutmaßliche Einwilligung", s. 468-469; FRISTER, 15/32.

⁵⁵ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 166, 167.

⁵⁶ JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 a); WESSELS/BEULKE, No: 381; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 117; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 24; FRISTER, 15/32; STRATENWERTH/WOHLERS, , Vor Art. 14 ff. No: 3.

⁵⁷ YENİSEY, s. 875-876.

⁵⁸ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 117.

Bilinci yerinde olmayan hasta hakkında daha önce elde edilmiş ve onun genel yaklaşımını ortaya koyan bilgilerin veya belirtilerin nasıl değerlendirileceği sorunu da ortaya çıkmaktadır. Bu noktada özellikle kan verilmesi gibi bazı tıbbî müdahaleleri reddeden bir dinin veya mezhebin mensubu olan kişilere bilinci yerinde olmadığı zaman tıbbî müdahalede bulunulup bulunulmayacağı sorununun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu soruna ilişkin iki çözüm tarzı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, varsayılan rızada hekim, öncelikle hastanın iradesini belli edebilecek olsaydı, bunu ne yönde yapacağını gözönünde bulundurmalıdır. Hastaneye bilincini kaybetmiş bir şekilde getirilen ve üzerinde yehova şahidi olduğunu gösteren bir evrak veya dinî simge bulunan kişiye yapılacak müdahalede, bu kişinin bilinci yerinde olsaydı, kendisine kan naklinde bulunulmasını istemeyeceğini hekim düşünmeli ve yapacağı müdahalede bunu belirli sınırlar içinde dikkate alarak davranmalıdır. Ancak hekim, varsayılan rızası araştırılan kişinin iradesinin ne yönde olduğu konusunda hiçbir belirtiye ulaşamadığında, anlayışlı bir hasta ölçütüyle bu kişinin objektif olarak en yararına olan çözümü benimseyebilecektir⁵⁹. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, bir yehova şahidinin iradesinin alınmasının mümkün olmadığı bir vaziyette hastaneye getirilip de, hekimin kendisine kan vermesiyle yeniden hayata döndürülmesinde, bu tıbbî müdahale varsayılan rızaya dayandırılmalıdır. Hekimin hastanın yehova şahidi olduğunu bilmesi varılan sonucu değiştirmez. Çünkü normal koşullarda bilinci açık olmayan bir hastaya yapılan tıbbî müdahale, kendisine sorulabilse idi, tedaviye rıza gösterirdi şeklindeki bir düşünceye dayanmaktadır. Başka deyişle hastanın rızası varsayılmaktadır. Hasta daha sonra bilinci açık olsa idi bu tedaviyi aslında istemeyeceğini ifade etse bile, hekimin müdahalesi varsayılan rızadan yararlanır. Hastanın yehova şahidi olması, bilinci açık olmadığı zamanda kan nakline rıza göstermeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Bu sadece bir olasılıktır. Çünkü bu kişi, yaşamını din kurallarına göre şekillendirmeyen biri de olabilir. Ayrıca bir insanın ölüm karşısında gerçekten nasıl karar verebileceği de asla bilinemez. Daha önce sakat veya hasta bir vaziyette yaşamaktansa ölmeyi tercih edeceğini ifade etmiş olsa bile, ölümle burun buruna geldiği zaman kararını tekrar gözden geçirebileceği ve yaşamaya devam etmek isteyebileceği gözönünde bulundurulmalıdır. Hekimin müdahale etmemesi çok daha ağır sonuçlara yol açabileceğinden, müdahalenin varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi gerekir⁶⁰.

⁵⁹ ERMAN, s. 140; SEELMANN, s. 65; TRECHSEL/NOLL, s. 141.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. STRATENWERTH/KUHLEN, § 9, No: 35; ROXIN, *Strafrecht, All-*

Bazı somut olaylarda, objektif bir karşılaştırmada ilgilinin açıkça ağır basan yararını dikkate alan kişi varsayılan rızaya dayanabilir. Böyle durumlarda ilgili daha sonradan rızasının olmadığını beyan etse bile, fiilin hukuka uygunluğu etkilenmez. Örneğin, bir fırtınanın çıkması üzerine evde olmayan komşusunun arazisine girerek terasta bulunan koltuğu güvenli bir yere götüren veya komşusunun evini su basması hâlinde eve girerek vanayı kapatan kişi varsayılan rızadan yararlanır⁶¹. Bu tür ağır basan yararın korunmasına yönelik ilgilinin varsayılan rızası, üçüncü kişilerin işgüzar müdahalelerine karşı bir sınırlama fonksiyonu görmektedir⁶². Varsayılan rızanın koşulları oluştuğu zaman hareketin yapılmasına izin verildiğinde, kurtarmanın, yalnızca başarı

gemeiner Teil, § 18, No: 24; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 469; YENERER-ÇAKMUT, s. 232-233; HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 168. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi’nin 2 Ağustos 2001 tarihli bir kararı da bu görüşü desteklemektedir. Karara konu olayda, bir yehova şahidi olan hasta cerrahî bir operasyona rıza gösterirken kendisine kan verilmemesini yazılı bir beyanla şart koşturmuştur. Normal koşullarda kan nakli yapılmadan gerçekleştirilebilecek bir operasyon olan müdahalenin yürüyüşü sırasında bir komplikasyon ortaya çıkar ve hasta kan verilmeksizin kurtarılmayacak hale gelir. Bunun üzerine Alman MK § 1896’daki sağlığın korunması düzenlemesine dayanılarak hastaya vasi atanması için başvuru mahkeme, hastanın kocasını vasi olarak atamış, vasiinin izniyle hastaya kan verilmiş ve yaşamı kurtarılmıştır. Hasta iyileştikten sonra mahkemenin kararının kendi vücut bütünlüğüne aykırı sonuç doğurduğunu iddia etmiş, Anayasa Mahkemesi ise bunu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin kararına göre, hekime müdahale öncesinde verilen yazılı beyan, ölüm tehlikesinin doğumundan önceki iradeyi yansıtmaktadır; elinde hastanın dinsel inanışından başka veri bulunmayan mahkeme, hastanın tehlikenin ortaya çıkmasından sonra da aynı iradeyi sürdürüp sürdürmeyeceği konusunda şüpheye düşmekte haklıdır ve bu konudaki kararı kendisi vermeyip yasal ölçülere göre belirlenen vasiye bırakmakla da kişi haklarını mümkün olan en az ölçüde ihlâl ederek sonuca ulaşmıştır (Karar için bkz. ERMAN, s. 161-162.)

⁶¹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 20; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 465; JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 a); SCHMIDHÄUSER, 9/49; GROPP, § 6, No: 202; FUCHS, 16/38. “Sanığın, davacının oturduğu evin sahibi olduğu ve aynı çatı altında, diğer bir dairede kendisinin ikamet ettiği, müşterilerin oturduğu kısım duvarlarından rutubet dışarıya vurunca, su borularındaki patlama ihtimali ve böylece binanın tahribini önlemek için, bir defasında evde olan müdahilin muvafakatiyle, sanığın getirdiği usta ile birlikte eve giderek arıza mahiyetini öğrendikleri, tamir için ikinci defa başka bir usta ile gelince, esasen memur olan müşteki ve eşinin evde bulunmadıklarını görünce, bir başka anahtarla kapıyı açarak, aralarındaki ilişkilere ve evvelce de aynı maksatla girmesine güvenen sanığın, bu defa da getirdiği bu usta ile eve girerek, yeniden arızayı görüp çıktıkları, eve girdiğini akşam öğrenen müdahilin, sanığın eşi ile bu konuda tartıştığı, ancak ertesi sabah dairesine kadar giden sanık, müdahilin eşine; eve girmeye mecbur kaldığını izah ettiği, böylece evini tamir etmeye matuf gerçek ve özel kastının mesken masuniyetini ihlâl olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, TCK.nun 45. maddesi açıklığına göre, eylemde suç kastı bulunmadığını izah eden mahkemenin, oluşa uygun olan kabul ve takdiri usule ve yasaya uygun bulunmuştur” (CGK 31.03.1975, E. 1975-53/K. 1975-72, SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 820-821). Bu durumda Yargıtay, varsayılan rızanın fiili hukuka uygun hâle getirmesi gerekçesine dayanmak yerine, yanlış bir yaklaşımla, kastın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

⁶² STRATENWERTH/KUHLEN, § 9, No: 35.

şansı mevcut olduğunda, başarılı olup olmaması önem taşımamaktadır⁶³. Bununla birlikte, fail, ilgilinin karşı düşüncede olduğunu gösteren koşulları biliyorsa, artık varsayılan rıza sözkonusu olmaz⁶⁴. Failin fiili işlemle birlikte göze aldığı, bunun ilgilinin iradesine ters düşebileceği riski, bu tür durumlarda önemli derecede azalmakta veya ortadan kalkmaktadır⁶⁵. Buna göre, koltuk örneğinde yardım eden kişiye, koltuğun, maliki tarafından hava koşullarına dayanıklılığını test etmek için bilerek dışarıda bırakıldığı bilgisi diğer komşu tarafından verildiğinde, artık konut dokunulmazlığını ihlâl suçu oluşacaktır⁶⁶. İlgilinin tutum ve yaklaşımları, toplumda egemen olan ortalama makul davranışlardan sapıyor olsa bile, dikkate alınmalıdır⁶⁷. Çünkü burada kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı öncelik kazanmaktadır⁶⁸.

Bazı somut olaylarda ise, ilgilinin bireysel görüşü ön plâna çıkmaktadır. Bu tür durumlarda özel koşullar, ilgilinin müdahaleye rızası bulunduğu kabulünü akla yatkın hâle getirmediği sürece, failin varsayılan rızaya dayanması mümkün değildir. Örneğin seyahatte olan komşusuna gelen acil bir mektubu açan ve bu sayede de muhatabı olası zararlardan korumak isteyen kişi, onun yaklaşımı hakkında hiçbir şey bilmediği takdirde, TCK md. 132/1'e göre cezalandırılacaktır. Buna karşılık, bir kişi eşine veya bir patron sekreterine, kendisinin yokluğunda gelen mektupları açmasına öteden beri izin vermemekteyse, yeni bir seyahatin başlangıcında eş ya da patron postaların açılması konusunda hiçbir şey söylemediği takdirde, gelen mektupların açılması varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olacaktır. Çünkü böyle bir rızayı açıklamayı sadece unutmuş da olabilir. Her ne kadar bu kişiler, bu defa başkaları tarafından okunmasını istemedikleri bir mektup beklediklerini daha sonra söylediler de, mektubun açılması yine hukuka uygun olacaktır⁶⁹.

⁶³ SCHMIDHÄUSER, 9/49.

⁶⁴ SCHMIDT, No: 466; RENGIER, § 23, No: 58; FRISTER, 15/30; HEINRICH, No: 475; FUCHS, 16/39.

⁶⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 116.

⁶⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 20; ROXIN, "Über die mutmaßliche Einwilligung", s. 465.

⁶⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 121; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 137; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 223; JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 2; MünchKommStGB (SCHLEHOFER), Vor §§ 32 ff., No: 139; S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 57, KINDHÄUSER, § 19, No: 9, 13.

⁶⁸ KREY/ESSER, § 18, No: 677; KÖHLER, s. 259; MÜLLER-DIETZ, s. 282.

⁶⁹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 21; ROXIN, "Über die mutmaßliche Einwilligung", s. 466-467; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 224; NK-StGB³ (PAEFFGEN),

Rızası varsayılan kişi ile hareketin konusunun sahibi aynı kişi olmalıdır. Hiç kimsenin başkasının yaralanmasına rıza gösterdiği varsayılamayacağından, başkasının çocuklarının tedip ve terbiye edilmesi ebeveynlerin varsayılan rızasıyla hukuka uygun hâle gelemez. Bununla birlikte, yaş küçüklüğü nedeniyle henüz rıza göstermeye ehil hâle gelmemiş bir çocuğun yasal temsilcisinin irade açıklamasına da o anda ulaşılamıyorsa, bu temsilcinin varsayılan rızasına dayanılabilir. Örneğin bir trafik kazasında beş yaşında bir çocuk ve ebeveynleri ağır yaralanarak bilinçlerini kaybetmişlerse, çocuğun acil bir ameliyata alınması ebeveynlerin varsayılan rızası gereğince hukuka uygun olacaktır⁷⁰.

b. Failin Kendi Yararına Hareket Etmesi

Varsayılan rızanın asıl şekli, failin hukuksal alanına müdahale ettiği kişinin yararına hareket etmesidir. Failin kendi yararına olarak başkasının hukuksal alanına müdahale etmesinin varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, failin kendi yararına (veya üçüncü kişi bir yararına) hareket etmesi hâlinde varsayılan rıza sözkonusu olmaz. Bu görüşteki yazarlardan *Jakobs*'a göre, başkasının yararlarının denkleştirilemez şekilde eksiltilmesine izin verilmesi, yalnızca ilgilinin varsayılan rızasıyla sınırlıdır. Varsayılan rızanın fail veya üçüncü kişi yararına olarak da kabul edilmesi çok risklidir. Öncelikle cömertliğiyle tanınan kişiler bakımından potansiyel lehtarların kendine hizmetinin ceza hukukunun kapsamının artık dışında kalacağını ifade eden *Jakobs*, herkesin her hediye vermede, varsayılan rıza çerçevesinde ortaya çıkan istenilmeyen sonuçları savuşturmak istediğinde, davranışının emsal teşkil etmediğini aşırı derecede vurgulamaya zorlanacağını belirtmektedir. Bu tür durumlarda genelde basit haksızlıkların sözkonusu olduğunu kabul eden *Jakobs*, sonuçta bunların da birer haksızlık olduğunu vurgulamaktadır⁷¹. Yine ilgilinin egemenlik sahasına bu tür müdahalelerin hukuka uygun olmayacağını ifade eden *Schmidhauser*, aksi takdirde bu tür davranışların başkalarının üzerinde egemenlik kullanımını sonuçlayacağını, dolayısıyla bu tür durumlarda rızanın varsayılmamasına önem verilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür⁷². *Se-*

Vor §§ 32 ff, No: 160.

⁷⁰ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 120; MAURACH/ZIPF, § 28, No: 19; ZIESCHANG, s. 80.

⁷¹ JAKOBS, 15/18.

⁷² SCHMIDHÄUSER, 9/50.

elmann ise, bu tür durumlarda değerlendirmenin varsayılan rıza çerçevesinde değil, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu kriterlerine göre yapılacağını dile getirmektedir⁷³.

İkinci görüşe göre, failin kendi yararına bir fiili gerçekleştirdiği durumlarda da varsayılan rıza kabul edilmelidir. Ancak böyle bir durumda son derece dikkatli olmak gerekir. Failin kendi yararına hareket ettiği durumlarda varsayılan rızanın tamamen reddedilmesi doğru değildir. Zira varsayılan rıza ilgilinin sadece hipotetik iradesine dayandığı için, bir kişinin başka bir kişiye küçük bir iyilik yapmak isteyebileceği tahmininin hiçbir zaman gerekçelendirilemeyeceği söylenemez. Ayrıca başkasının dostluğuna ve yardım severliğine haklı bir güven sonucunda gerçekleştirilen bir hareketin cezalandırılması suç politikası açısından da yanlıştır ve uygulanma kabiliyeti de bulunmamaktadır⁷⁴.

Failin kendi yararına hareket etmesinde varsayılan rıza, somut olayın koşulları ilgilinin rıza göstereceği hususunda çıkarımda bulunulmasına müsaade etmiyorsa, kabul edilmemelidir. Çünkü failin kendi yararına hareket etmesi hâlinde ilgili sadece zarar gördüğünden, fail onun yaklaşımı konusunda hiçbir bilgiye sahip değilse, asla rızasından hareket edilemez. Fakat bu tür olaylarda hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun koşulları mevcutsa, fiil bu hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilecektir. Bu bağlamda sahibinin seyahatte olduğu bahçeden ağaç dibine düşmüş ve bir süre sonra çürüyecek olan meyveleri toplayan komşu varsayılan rızadan yararlanamaz⁷⁵.

İlgilinin rızasının bulunduğuna ilişkin somut bilgi ve belirtilerin mevcut olması hâlinde, varsayılan rıza kabul edilmelidir. Malik meyvelerinin toplanması için komşularına daha önce izin vermişse, onun seyahatte olduğu dönemde meyve toplayan komşu varsayılan rızadan yararlanır. İlgiliyle yakınlık ilişkisi ise, sadece, ilgilinin yararının ihlâlinin tamamen hafif olması

⁷³ SEELMANN, s. 66. Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, No: 261.

⁷⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 17; JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 b); LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 133; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 218; MünchKommStGB (SCHLEHOFER), Vor §§ 32 ff., No: 136; S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 55; KREY/ESSER, § 18, No: 679; LACKNER/KÜHL, Vor § 32, No: 19; STRATENWERTH/KUHLEN, , § 9, No: 32; RENGIER, § 23, No: 53; HEINRICH, No: 474; FUCHS, 16/42; MÜLLER-DIETZ, s. 282.

⁷⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 27.

hâlinde varsayılan rızaya ilişkin bir çıkarımı haklı kılabilir⁷⁶. Acil bir arama için telefonunu kullanmak üzere evde olmayan komşunun evine girilmesi de bu bağlamda ele alınmaktadır⁷⁷. Yine önemli bir randevusuna geç kalmamak için bir arkadaşının bisikletini izinsiz olarak kullanan kişi varsayılan rızadan yararlanır⁷⁸.

Failin kendi yararına değil de, üçüncü bir kişi yararına hareket etmesi hâlinde de aynı şekilde düşünmek gerekir. Örneğin, hizmetçinin ev sahibinin uzun zamandan beri giymek istemediği ve yıpranmış olan bir elbiseyi bir fakire vermesi varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygundur⁷⁹.

IV. Hata

Varsayılan rıza bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan, failin bu hukuka uygunluk nedeninin maddî koşullarında hataya düşmesi hâlinde TCK md. 30/3 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre; *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”*.

Varsayılan rızanın maddî koşullarının oluşmamasına rağmen, fail bu koşulların oluştuğunu zannederek fiili gerçekleştirmişse, TCK md. 30/3 gereğince kastı ortadan kalkar. Failin tasavvuru gerçekle örtüşmüş olsaydı, gerçekleştirdiği fiil de bir haksızlık teşkil etmeyecekti. Somut olayı yanlış değerlendiren fail başkasının hukuksal alanına girdiğini bilmekle birlikte, kanunun davranışına izin veren koşulların gerçekleştiğine inanmakta ve hukuka uygunluk durumu içerisinde bulunduğunu zannetmektedir. Varsayılan rızanın maddî koşullarında kaçınılmaz hata durumunda failin kastı ortadan kalkar. TCK md. 30/3 bunu belirtmemiş olmakla birlikte, sınırlı kusur teorisi gereğince boşluk

⁷⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 28; ROXIN, “*Über die mutmaßliche Einwilligung*”, s. 473-474. “... katılan ile sanık kardeş olup, aynı evde ayrı ayrı odalarda oturmakta dırlar. Olay gecesi sanık katılanın kullandığı odaya girmiştir. Sanık ile katılanın ayrı ayrı kullandıkları odalara, birinin diğerinin odasına girmeyeceği konusunda açıkça iznin bulunmadığı belirtilmediği sürece, yaşamın doğal akışına göre birbirlerinin odalarına girmelerinde rızanın var sayılması gerekir. Katılanın, sanığa odasına girmemesi konusunda rızasının bulunmadığını önceden açıkladığına ilişkin bir iddiası ve bu yönde bir kanıt bulunmaması karşısında, sanığa atılı konut dokunulmazlığını bozmak suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden ...” (2. CD., 31.01.2008, E. 2007-13957/K. 2008-1503, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.08.2011).

⁷⁷ STRATENWERTH/KUHLEN, § 9, No: 32.

⁷⁸ KREY/ESSER, § 18, No: 679; RENGIER, § 23, No: 54; ÖNDER, s. 260.

⁷⁹ JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 b).

bulunduğu takdirde fiilin maddî koşullarında hataya ilişkin TCK md. 30/1 uygulama alanı bulacaktır. Varsayılan rızanın maddî koşullarında hatanın kaçınılabilir olup olmadığının tespiti gerekir. Bu da taksir kriterlerine göre yapılır. Buna göre, fail gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, maddî koşullarda hataya düşmeyecekti sonucuna varılıyorsa, hata kaçınılmaz değildir. Dolayısıyla taksirle işlenmiş bir haksızlık sözkonusu olur. Ancak bu taksirli haksızlığın cezalandırılabilmesi için zarar verilen hukuksal değer taksirle ihlâlinin de kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekmektedir. Örneğin, bir hekim ameliyatın genişletilmesini hastanın yararına olarak zorunlu addeder ve ilgilinin o anda sorulsaydı rıza vereceğini yanılarak varsayarsa, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninin maddî koşullarının mevcudiyeti hakkında hataya düşmüş olur. Bu durumda kasten yaralama olarak değerlendirilecek bir fiil işlememiştir. Hekimin ameliyatın başlamasından önce, ileride gerçekleşecek genişlemiş bir müdahalenin zorunlu olacağını ve hastanın uygun bir şekilde aydınlatılması hâlinde bu müdahaleye rıza göstermeyeceğini öngörmesi gerekmedikçe, hata taksirli davranışına dayandığından, hekim taksirle yaralama suçundan dolayı sorumlu olur⁸⁰. Buna karşılık hekim, hastanın rızası ol-

⁸⁰ Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2. Ceza Dairesi'nin 25.03.1988 tarihli kararına konu olan olay şöyle gelişmiştir; Sanık Dr. O. 2 Ekim 1979 tarihinde E. Hastanesinin jinekoloji bölümünde M.'ye sezaryen ameliyatı uygular. M. bu ameliyatla sağlıklı bir kız çocuğu dünyaya getirir. Dar bir kalça kemiğine sahip olan hasta aynı hastanede daha önce de iki defa (8 Şubat ve 22 Aralık 1977 tarihlerinde) sezaryen yoluyla doğum yapmıştı. Dr. O. 2 Ekim 1979'daki operasyonun başlamasının hemen öncesinde beklentisinin tersine karın boşluğunda güçlü bir karışıklık şeklinde tehlikeli bir bulguyu tespit eder. Kadının rahmi alt bölgede karın derisi ve sidik torbası ile tamamen birbirine dolanmıştı. Bu da ameliyatın genişletilmesini gerektirmekteydi. Bu sorundan dolayı Dr. O. yeni bir hamilelik ve kaçınılmaz bir sezaryen durumunda yaşamı tehlikeye atan rahim yırtılmasından endişe duyar. Yeni bir hamileliğin mutlaka önlenmesi gerektiği inancıyla Dr. O. ve danıştığı Dr. D., yaşamsal endikasyondan dolayı yumurta kanalını kesmeye karar verirler. Böyle bir müdahaleye, O. ve D.'nin tespitlerinden sonra bile, M.'nin açık bir rızası bulunmamaktaydı. M. yapılacak sezaryen operasyonunun riskleri konusunda aydınlatılmamıştı. Başka bir çocuk isteyip istemediğini veya sterilizasyonu reddedip etmeyeceğini hekimler bilmemektedirler. Bu operasyona rağmen M. daha sonra yeniden hamile kalır ve 15 Eylül 1985 tarihinde son derece ağır bir sezaryen operasyonunun ardından yeni bir kız çocuğu dünyaya getirir. Mahkeme bu olayda, hekimlerin varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninin maddî koşullarının mevcudiyeti hakkında yanıldıkları için kasten hareket etmediklerini belirtmişlerdir. Mahkemeye göre, iki hekim de sezaryen operasyonu sırasında saptadıkları bulgudan dolayı yeni bir hamileliğin anne ve çocuğun yaşamı bakımından tehlikeli olacağı ve yumurta yolunun kesilmesinin tıbben uygun olacağından hareket etmişlerdir. Bu yüzden de derhal müdahale edilmesini zorunlu saymışlardır. Çünkü onların bakış açısından daha sonra yumurta yolunun kesilmesi yüksek tehlikeli bir müdahale olabilirdi. Hekimlerin varsayılan rızanın maddî koşullarında taksirli hataya düştüklerini kabul eden Mahkeme, bu suç bakımından ise dava zamanaşımının dolduğu sonucuna ulaşmıştır [BGHSt 35, s. 250-251 (246-251)]. Bu somut olayın aslında kaçınılabilir bir yasak hatası çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. MÜLLER-DIETZ, "Mutmaßliche, s. 285-286.

madığını bilmekte, fakat yine de müdahaleyi kendisine tıbbî bakımdan amaca uygun ve izinli görüldüğü için caiz saymış ise, yasak hatası sözkonusudur⁸¹.

V. Sınırın Aşılması

Varsayılan rızanın sınırının kasten aşılmasında fail, hareketin konusuna bilerek ve isteyerek gereğinden fazla zarar vermektedir. Başka bir ifadeyle, fail kanunun öngördüğü ölçülülüğü bilerek ve isteyerek aşarak amaç dışına çıkmaktadır. Bu durumda varsayılan rızanın yerine getirilmesi artık hukuka uygun olmayacağından faile gerçekleştirmiş olduğu fiile uyan suç tipinin cezası tam olarak uygulanır. Fail sınırın aşılmasında doğrudan kastla hareket etmiş olabileceği gibi, olası kastla da hareket etmiş olabilir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının taksirle aşılması TCK md. 27/1’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur*”. Varsayılan rızanın sınırının taksirle aşılması da bu bağlamda ele alınmaktadır. Varsayılan rıza kapsamında gerçekleştirilen fiil, failin objektif özen yükümlülüğüne uymaması nedeniyle gerekli ölçüyü aşmış olabilir. Fail gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, varsayılan rızanın hukuka uygunluk sınırını aşmayacaktı sonucuna varılıyorsa, sınır taksirle aşılmış demektir. Ancak sınırın taksirle aşılması durumunda failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için, fiilin taksirle işlenebilen hâlinin de kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekmektedir. Fiilin kanunda kasten işlenebilen hâli düzenlenmiş, taksirli şekli düzenlenmemişse, hukuka uygunluğun sınırı taksirle aşmış olsa bile, failin cezalandırılmasına imkân yoktur. Sınırın taksirle aşılması hâlinde, fiilin de taksirle işlenebileceği kanunda öngörülmüşse, TCK md. 27/1 gereğince, fail hakkında suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunacaktır.

VI. Hukuka Uygunluğun Sonuçları

1. Ceza Hukukuna İlişkin Sonuçları

Varsayılan rıza çerçevesinde gerçekleştirilen fiil, tipe uygun olmasına karşın, hukuka aykırılık niteliğini taşımaz. Bu durumda hukuk düzeni, bu fiilin hareketin konusu üzerinde yol açtığı zarara izin vermektedir. Hareketin konusunun zarar görmesinin bu şekilde tasvip edilmesi sonucunda tipikliğin

⁸¹ KÜHL, § 9, No: 47; MÜLLER-DIETZ, s. 285.

uyarı fonksiyonu mevcudiyetini muhafaza etmektedir⁸². Fiil hukuka uygun olduğundan faile sadece ceza değil, kusur yeteneği olmasa ya da kısıtlı olsa bile, güvenlik tedbirleri de uygulanamaz⁸³.

Varsayılan rıza çerçevesinde işlenen fiil hukuka uygun olacağından, bu fiile azmettirme ve yardım etme de cezalandırılmaz. Bağlılık kuralını düzenleyen TCK md. 40/1, “suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” ifadesini kullanarak bunu vurgulamıştır. Buna göre, varsayılan rıza çerçevesinde gerçekleştirilen hukuka uygun fiile azmettirme ve yardım etme de hukuk düzeni tarafından tasvip edilmektedir. Bununla birlikte, bağlılık kuralı dolaylı faillik bakımından uygulama alanı bulamayacağından, araç kişi olarak fiili gerçekleştiren kişi varsayılan rıza çerçevesinde bir hukuka uygunluk içerisinde bulunsa bile, bu araç kişiyi fiili gerçekleştirmeye sevk eden arka plândaki kişi dolaylı fail olarak tipe uygun fiilden sorumlu tutulacaktır⁸⁴.

Varsayılan rıza çerçevesinde gerçekleştirilen fiile karşı meşru savunma hukuka uygunluk nedenine başvurulamaz. Çünkü TCK md. 25/1 anlamında haksız bir saldırı bulunmamaktadır. Varsayılan rıza çerçevesinde hukuksal alanına müdahale edilen kişi lehine gerçekleştirilen savunma fiili meşru savunma ile hukuka uygun hâle gelmez.

Varsayılan rıza kapsamında gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olacağından haksızlık karakterini de taşımaz. Bu nedenle hukuksal alanına müdahale edilen kişi, kendisine yönelik haksız bir fiil bulunmadığı için, bu müdahaleye tepki olarak işlemiş olduğu suç bakımından haksız tahrik indiriminden yararlanamaz.

2. Ceza Muhakemesine İlişkin Sonucu

Varsayılan rıza çerçevesinde işlenen fiil hukuka uygun olacaktır. Böylece bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması dolayısıyla CMK md. 223/2-d gereğince beraat kararı verilir. Bu düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır; “Beraat kararı ... yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, ... Hallerinde verilir”. Bu düzenlemeden tipikliğin sanık tarafından gerçekleştirildiği tespit edildikten son-

⁸² Bkz. KANGAL, s. 208-209.

⁸³ Bkz. KANGAL, s. 210.

⁸⁴ Bkz. KANGAL, s. 209.

ra fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması dolayısıyla beraat kararı verileceği sonucu çıkmaktadır. Beraat kararı verildiği takdirde, sanığa sadece ceza değil, güvenlik tedbirlerinin de uygulanması olanağı ortadan kalkmaktadır.

3. Özel Hukuka İlişkin Sonuçları

Varsayılan rıza çerçevesinde gerçekleştirilen fiil aynı zamanda vekâletsiz iş görmenin de kapsamına girmekteyse, sorun yoktur. Başka bir ifadeye, fail hukuksal alanına müdahale ettiği kişinin menfaatine ve varsayılan iradesine göre fiili gerçekleştirmişse, TBK md. 526 uygulama alanı bulacağından failin tazminat sorumluluğu doğmayacak, tam tersine yapmış olduğu masrafları ve uğramış olduğu zararları iş sahibinden talep etme hakkına sahip olacaktır (TBK md. 529).

Failin kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına hareket etmesi hâlinde ise, TBK md. 63/2'deki "*daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ... hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz*" ibaresi gereğince bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, failin kendi veya üçüncü bir kişi yararına olarak başkasının hukuksal alanına müdahale etmesi durumunda, kendisinin veya üçüncü kişinin bu yararı hukuksal alanına müdahale ettiği kişinin yararından daha üstün nitelikte ise, fiili TBK md. 63/2 gereğince hukuka uygun olacaktır.

Eğer failin başkasının hukuksal alanına müdahalesi vekâletsiz iş görmenin (TBK md. 526) veya daha üstün nitelikteki yararın korunmasının (TBK md. 63/2) kapsamına girmemekteyse, hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince bir çözüm yolu bulunmalıdır. Buna göre, hukuk düzeni bir bütün olduğundan ceza hukuku bakımından hukuka uygun olan bir fiil hukukun diğer dalları bakımından da hukuka uygun olacaktır. Varsayılan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen fiilin hukuka uygunluğu özel hukuk sorumluluğunu da ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- DISPUT, Anja: *Die (mutmaßliche) Zustimmung des Rechtsgutsträgers und deren Auswirkungen auf die Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestandes*, Frankfurt am Main 2009.
- ERMAN, Barış: *Ceza Hukukunda Tibbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003.
- FABRIZY, Ernst Eugen: *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 10. Auflage, Wien 2010.
- FERNANDES, João Manuel: *Das portugiesische Strafgesetzbuch*, Berlin 2010.
- FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011.
- FREUND, Georg: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009.
- FRISTER, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009.
- FUCHS, Helmut: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008.
- GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005.
- HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004.
- HAKERİ, Hakan: *Tip Hukuku*, Ankara 2007.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HEIDNER, Hans-Hermann: *Die Bedeutung der mutmasslichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs*, Göttingen 1988.
- HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010.
- HIRSCH, Hans-Joachim: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff (son güncelleme: 01.04.1994)*, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Berlin 2003.

- HRUSCHKA, Joachim: “*Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*”, Festschrift für Eduard DREHER, Berlin-New York 1977, sh: 189-210.
- JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I: §§ 1-51*, München 2003.
- KANGAL, Zeynel T.: *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010.
- KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009.
- KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans-Ullrich: *Nomos Kommentar; Strafgesetzbuch, Band I (§§1-145d)*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010. [K1saltma: NK-StGB (PAEFFGEN)].
- KLESCZEWSKI, Diethelm: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bonn 2008.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010.
- KÖHLER, Michael: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997.
- KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011.
- KUHLEN, Lothar: “*Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen*”, JR 2004, sh: 227-230.
- KUHLEN, Lothar: “*Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung*”, JZ 2005, sh: 713-718.
- KÜHL, Kristian: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2008.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011.
- LUDWIG, Ingo/LANGE, Jérôme: “*Mutmaßliche Einwilligung und willensbezogene Delikte – Gibt es ein mutmaßliches Einverständnis?*”, JuS 2000, sh: 446-450.

- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992.
- MEZGER, Edmund: *Strafrecht*, 2. Auflage, München-Leipzig 1933.
- MOSENHEUER, Andreas: “*Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza*”, (Çev.: Hakan HAKERİ), V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, sh: 69-80.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz: “*Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung*”, JuS 1989, sh: 280-286.
- OTTO, Harro: “*Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*”, Jura 2004, sh: 679-683.
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006.
- RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München 2010.
- RIEGER, Gregor: *Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch*, Frankfurt am Main 1998.
- RIKLIN, Franz: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Zürich 2002.
- ROXIN, Claus: “*Über die mutmaßliche Einwilligung*”, Festschrift für Hans WELZEL zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1974, sh: 447-475.
- ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, München 2006.
- RÖNNAU, Thomas: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Band: 2, Berlin 2006.
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, c:1, 3. Baskı, Ankara 1999.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Tübingen 1975.
- SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010.

- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010.
- SCHROTH, Ulrich: “Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht”, JuS 1992, sh: 476-480.
- SEELMANN, Kurt: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Basel 2009.
- STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005.
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011.
- STRATENWERTH, Günter/WOHLERS, Wolfgang: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 2. Auflage, Bern 2009.
- TIEDEMANN, Klaus: “Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder”, JuS 1970, sh: 108-113.
- TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zürich 2008.
- TRECHSEL, Stefan/NOLL, Peter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Zürich 1998.
- TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien-New York 1994.
- WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, 10. Auflage, Berlin 1967.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40. Auflage, Heidelberg 2010.
- YENERER-ÇAKMUT, Özlem: *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003.
- YENİSEY, Feridun: “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, sh: 868-879.
- ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009.

BOŞ

İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN OSMANLI DEVLETİNE BAKIŞ

Belkıs KONAN*

ÖZET

Bu çalışmada amacımız, insan haklarını teorik olarak açıklamak değil, sadece bu hakkın içine giren, bir başka deyişle insan hakları olgusunu ortaya çıkaran bazı temel hakların Osmanlı Devleti'ndeki durumunu incelemektir. Bu kapsamda incelenecek olan haklar can güvenliği, mülkiyet hakkı, namus ve şerefın korunması, din ve ibadet özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, gibi en temel haklar olup; siyasi haklar, çalışma hakkı gibi haklar konumuz dışında tutulmuştur. Çalışmamızda insan hakkı terimi yerine zaman zaman temel hak ve özgürlük ibaresini de kullanmayı tercih ettik. Osmanlılar, görünüş itibarıyla bir İslam devleti olmakla beraber, kendisinden önce kurulmuş olan tüm Türk Devletlerinin insani gelenekleri ve örflerinde yoğurarak insan haklarına yeni bir bakış açısı getirmiştir. 19. yüzyılın 2. yarısından itibaren Avrupa'dan etkilenen bazı düşüncelerle bu bakış açısı daha da geliştirilmiştir. Bu nedenle, Osmanlı Devletinde insan hakları kavramını ve gelişimini değerlendirirken, hem eski Türklerde insani değerlere yaklaşım, hem de İslam Hukukunda insan hakları araştırılmış, daha sonra Tanzimat sonrası dönemde yapılan kanunlaştırma hareketleri incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** İnsan Hakları, Temel Hak ve Özgürlük, Osmanlı Devleti, İslam Hukuku, Adalet.*

AN ANALYSIS OF OTTOMAN EMPIRE IN TERMS OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

The aim of this study is not to discuss human rights theoretically, but to observe the use of basic rights that help the concept of human rights to emerge. In this context, the basic rights such as life safety, right of possession, protection of honor, freedom of religion and pray and inviolability of domicile are discussed. Political rights and rights to labor are beyond the scope of this article. In this article the term "basic rights and freedom" is often replaced the term human rights. Ottomans, apparently an Islamic state, has kept its heritage of former Turkish states on humanist traditions and brought a new point of view to the concept of human rights. This point of view

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

was further developed after the second half of the 19. century with the addition of new opinions brought from Europe. Hence, to evaluate the human rights in the Ottoman Empire, in this article both the approach the humanist values and the concept of human rights in Islamic law were explained and the legal reforms after the Tanzimat are analyzed.

Key Words: Human Rights, Basic Rights and Freedom, Ottoman Empire, Islamic law, Justice.

GİRİŞ

İnsan hakları kavramı, tarifi kesin olmayan ve kişiden kişiye değişen bir kavram olup, sosyolojik, felsefi ve hukuki açılardan farklı olarak ele alınabilir. İnsan haklarını en yaygın tanımıyla tanımlamaya çalışırsak, kişinin sadece insan olduğu için sahip olduğu haklar olarak tanımlayabiliriz.¹ Bunlar dil, din, ırk ayrımı yapılmaksızın her insanın koşulsuz şartsız yararlanabileceği haklardır. Hukukta “kamu özgürlükleri”, “kamu hürriyetleri”, “temel hak ve özgürlükler” şeklinde de kullanılan insan haklarının uluslararası belgelerde ya da anayasalarda kesin bir tanımı bulunmamaktadır.² İster insan hakları terimini kullanalım, ister “kamu özgürlükleri”, ya da “temel hak ve özgürlükler” terimini, insanın doğuştan getirdiği vazgeçilmez olarak görülen yaşama, ikamet etme, eziyet ve işkenceye tabi tutulmama, mülk edinme, inanç özgürlüğü gibi en temel haklar bu kavramın özünü oluşturur. İnsan hakları uygulamada iki grupta değerlendirilmektedir. Birinci grubu insanlara sadece insan olduğu için verilen haklar oluşturur ki buna “*statü hakları*” denmektedir. Yaşama, eziyet görmeme, inanç özgürlüğü, mülk edinme hakkı gibi haklar bu gruba girer. İkinci grubu ise “*görev ve liyakat hakkı*” denilen haklar oluşturur. Bu çalışmada daha çok statü haklarını ele alınmıştır.

Bir başka açıdan, insan hakları konusunda iki temel yaklaşım söz konusudur. Yaygın görüş insan haklarını doğal hukuk ürünü olarak kabul etmekte-

¹ DONNELLY, s. 19.

² İnsan hakları, temel haklar ve kamu özgürlükleri açısından teknik olarak fark bulunmamaktadır. Fransız hukukunda ortaya çıkan yaklaşım gereği devlet tarafından güvenceye bağlanmış haklara kamu özgürlükleri adı verilmiştir. *Libertes Publiques* anlayışında kamu özgürlükleri kanunun güvencesindedir. Bu açıdan bakıldığında doğal hukuk anlayışı ile çok bağdaşmıyor gibi görülmektedir. Doğal hukuku reddetmemekle birlikte, hakların devlet güvencesine bağlanması ancak devlet tarafından tanınmasına şartıyla olmaktadır. AKILLIOĞLU, s.7- 9.

dir³. İnsan haklarının özü itibarıyla Doğal Hukuktan kaynaklandığı kabul edilse de bu haklar ancak yazılı olarak düzenlendiğinde güvence altına alınabileceğinden, Pozitif hukukun rolü de hakların varlık kazanmasında asıldır. Çalışmamızda öncelikle insan hakkı kavramının Batı’da ve Eski Türklerde ortaya çıkışı kısaca açıklandıktan sonra, Osmanlı Devletinde İnsan haklarının Tanzimat öncesindeki görünümü İslam Hukuku çerçevesinde çizilecek, daha sonra Tanzimat Dönemi ile başlayan kanunlaştırma döneminde insan haklarını ilgilendiren hükümlerin ferman ve yasalarda yer alması incelenecektir. Cevdet-i Adliye defterlerinde yer alan bazı belgeler de Osmanlı yönetiminin insana verdiği önemi yansıtmaya açısından incelemeye sunulmuştur.

I-Batı Felsefesinde İnsan Hakları

İnsan haklarının gelişimi eski Yunan uygarlığına kadar giden bir süreçtir. Eski Yunan düşünürlerinden Sofistler insan hakları üzerinde durmuşlar ve insanların daha rahat ve özgür yaşamaları için yeteneklerinin geliştirilmesi gerektiğini savunmuşlardır. İnsanlık tarihi kadar eski olan insan hakları tartışmaları Batıda ilk defa Magna Carta Libertatum ile ortaya çıkmıştır. 1215 yılında İngiltere Kralı John ile asiller arasında imzalanan ve 63 maddeden oluşan Magna Carta Libertatum bugün anladığımız anlamda bir insan hakları belgesi olmasa bile, ilk olarak devlet gücünün sınırlandırıldığı göz önüne alınarak bir çok araştırmacı tarafından İnsan Haklarının yazılı olduğu ilk belge kabul edilir⁴. Magna Carta’da kral ve baronlar arasındaki ilişkide yetki ve haklar belirlenmişti. Bu belge, bireylerin haklarını belirlemekten daha çok, toplumdaki güçler dengesinde kralın sonsuz yetkilerini halk ve din adamları lehine sınırlayan bir belge olarak nitelendirilebilir. Magna Carta’nın konumuz açısından en önemli özelliklerinden biri, Kralın keyfi olarak vergi yükü getirememesidir. Bir diğer önemli özelliği, 39. maddesinde yer alan özgür insanların sebepsiz yere yakalanarak hapse atılmayacağı ve zor kullanılmayacağıdır.⁵

³ Donnelly, insan hakları kavramının aslında hukukun üstünde olduğunu , gerekirse insanların bu hakları elde etmek için mevcut hukuki duruma karşı çıkmak ve olanı değiştirme hakkı olduğunu ileri sürer. DONELLY, s. 24-25. Akıllıoğlu da, Doğal hukuk çerçevesinde İnsan haklarının kapsamının ne olduğu sorusuna şu kısa yanıt verir. “Her insan bunları yüreğinde hissettiği için bilir”, AKILLIOĞLU, s. 1.

⁴ İslam hukukçuları Magna Carta’dan çok daha önce Veda Hutbesinde insan haklarının kapsamlı bir biçimde ele alındığını savunurlar. Veda Hutbesinde, korunması gereken beş kutsal varlık Can, Mal, Namus, Din özgürlüğü ve Akıl emniyeti olarak gösterilmektedir. Baş, s. 65-99.

⁵ CİN/AKYILMAZ, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, s. 129, 132, 135. Fendoğlu, Voltaire’in “özgürlük anayasası” olarak nitelendiği Magna Car-

Bu özelliklere ek olarak 40. maddede yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi, 28, 30 ve 31. maddelerinde “el koyma işleminin yasaklanması” ve 23. maddesinde yer alan “angarya yasağını” sıralayabiliriz.

Ortaçağ’a geldiğimizde, Avrupa’da toplumların düzeni din ve Tanrı odaklı olduğu için insan hakları düşüncesinin çok da gelişmediğini söyleyebiliriz. İnsanın salt insan olmasından dolayı doğumdan itibaren bazı haklara sahip olduğu düşüncesi 17. yüzyıl sonlarından itibaren, kişinin devlete karşı korunması ile birlikte gündeme gelmiştir. Yasama ve yürütme gücünün kısıtlanması ile ortaya çıkan bu gelişim sonucunda insan hakları kişinin, diğer kişilere ve devlete karşı hukukla korunan ayrıcalıkları olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Daha sonra karşımıza “*Bill of Rights*” adıyla 1689 tarihli İngiliz Parlamentosunun “İnsan Hakları Bildirisi” çıkar.⁶ Bildiriye göre, insanlar eşit olarak, özgür doğar. Yaşama, özgürlük, mülkiyet, güvenlik hakkı gibi doğuştan getirdiği bu haklar vazgeçilmezdir, sözleşme yoluyla devredilemezler. Halk ortak yararı gerçekleştirilemeyen siyasal iktidarı değiştirme yetkisine sahiptir. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Bildirinin en önemli maddelerinden biri de hiç kuşkusuz ceza davalarında bireylerin kendilerine isnat edilen suçu öğrenme ve jüri önünde adil ve hızlı yargılanma hakkıdır.⁷

Aydınlanma çağıın en önemli temsilcisi sayılan Jean-Jacques Rousseau’ya göre, insanlar sadece doğal ortamında özgürdür. Ancak toplumsal hayata geçtikleri zaman bir arada yaşayabilmek için bu özgürlüklerinden ödün vermişler ve sözleşme yaparak devlet kurmuşlardır. Toplum sözleşmesi denilen ve toplumla devlet arasında yapılan bu yazısız sözleşme, insan hakları fikrinin Batı’da gelişmesinde etkili bir rol oynamıştır. İlk etkisi 1776 yılında Amerika’da yapılan Virginia Haklar Bildirisinde, görülür. 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisinde yaşam hakkı tüm doğal haklar içinde başta gelir. Bildiride ilk maddede yaşam hakkına değinilirken, mülk edinme, mutluluğu ve güvenliği arama hakları yaşam hakkının getirdiği özgürlük hakkı içinde görülmüş ve bunlara ek bir gelişme olarak da, halkın kamu yararı adına hükümeti değiştirme hakkı olduğundan bahsedilmiştir.

ta belgesine gereğinden fazla önem verildiğinin, 1118 tarihinde İspanya Kralı IX. Alfons’un tanıdığı hak ve özgürlüklerin daha önemli olduğundan bahsetmektedir. FENDOĞLU, s. 41. Karşıt görüş için bkz: AKILLIOĞLU, s.122. GENÇ, s. 10

⁶ MOSCA, s. 33,39.

⁷ SAVCI, s. 158-159; LÜTEM s.76-78, AKILLIOĞLU, s.122-123, GENÇ, s. 10-14. Ayrıca, bu bildirinin, kuvvetler ayrılığını Montesque’dan özgürlük kistasını ise Locke’dan aldığı ileri sürülmektedir FENDOĞLU, s. 43.

Ancak Batıda insan hakları ile ilgili en önemli gelişim tartışmasız 1789 tarihli “*Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisi*” ile olmuştur.⁸ 1789 İnsan hakları Bildirisinde, özgürlük, mülkiyet, güvenlik, zulme karşı direnme gibi en temel haklar özlü bir biçimde sıralanmıştır. Bu belge Kamu hukukumuzu yakından etkilemiş olup, bildirinin 16. maddesinde geçen “güçler ayrılığının belirtilmediği, hakların güvence altına alınmadığı bir toplum anayasadan yoksun sayılır” hükmü Osmanlı Anayasacılığı için de belirleyici olmuştur. Bildirinin adına bakıldığında sadece Fransız vatandaşlarını ilgilendiriyor gibi algılansa da, 17 maddeden oluşan bu metinde yeralan “*insanlar hukukun özgür ve eşit olarak doğarlar, özgür ve eşit yaşarlar*” hükmü daha sonra 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesinin⁹ ilk maddesinde yer alan “*Bütün insanların özgürlük, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar*” ifadesi ile karşımıza çıkar.

II-İslam Öncesi Türk Toplumlarında İnsan Haklarına Bakış

Tüm eski Türk devletlerinde devlete ve hukuka uymak bir devlet geleceğiydi. Hanların ve hakanların devlet yöneticisi olarak toplumun mutluluğunu sağlayarak, adaletli davranmaları, bir devlet töresi olmasının ötesinde, başlıca görevleri kabul edilirdi. Devletin halkına adaletli davranması devlet yönetiminin ilk şartıydı. Eski Türklerde Hakan bile kanuna aykırı davranırsa cezalandırılırdı. Kanunun bu kadar üstün tutulması bozkır şartlarında yaşayan göçebe bir toplumun idare edilebilmesi ve bir arada tutulabilmesi açısından bir gereklilikti. Hunlara baktığımızda suç işleyenlerin devlet tarafından cezalandırıldığını, bir başka deyişle şahsi öç biçiminde cezalandırma olmadığını görürüz. Bu durum aslında hukuk ve kanuna gösterilen saygıyı da ifade eder.

Diğer yandan, devlet görevlilerinin de bir suç işlediği zaman aynı cezalarla cezalandırılmaları, yani farklı bir muameleye tabi tutulmamaları, bize kanun önünde eşitlik ilkesinin Hunlarda yerleştiğini gösterir. Hun devletinde halk ve yönetici sınıf arasında Hindistan’dakine benzer bir sınıf ayrılığı (kast sistemi) olmamıştı. Savaşta tutsak edilenler ise köle olarak yetenekleri doğrultusunda çeşitli işlerde kullanılırdı. Ancak kölelere çağdaşı olan diğer topluluklardan farklı olarak iyi davranılırdı. Hatta Hunlara karşı savaş kaybeden

⁸ MİRAS, 16 vd..Akıllıoğlu, haklar listesinin belirlenmediği, ayrı meclisi ve yargı organı olmayan bir toplumda adına anayasa dense de anayasa olmayacağını belirtmektedir..AKILLIOĞLU, s.123.

⁹ KAPANİ, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s.25; SAVCI, 160 ; GENÇ, s. 14-15.

Çinli generallerin, ülkelerine dönüp esir olmaksansa, Hun Devletine sığındıkları yolunda belgelere bile rastlanmaktadır.¹⁰

Göktürk Devletinde, kişilerin şahsi hakları ve özellikle mülkiyet hakkı korunmuş, sosyal hayatta halk arasında bir sınıflaşma görülmemiştir. Kanunları ifade eden törelere uymak ise esastır. Göktürklerde insana verilen önemi Bilge Kağan yazıtında yazan şu sözler açıkça gösterir. “*Türk milleti için gece uyumadım, gündüz uyumadım....çıplak milleti giydirdim, fakir milleti zengin ettim. Başka kağanlı milletler arsında onları pek üstün kıldım.....*”¹¹ Uygur Türklerinin devlet ve siyasi yapısı hakkında bilgi veren Kutadgu Bilig de haklara saygı, kanuna uymak “... *beyler örf ve kanuna nasıl riayet ederlerse, halk da aynı şekilde örf ve kanuna itaat eder. Kanun himayesinde halk sevinç içinde yaşmalıdır*”¹² sözleriyle karşımıza çıkar. Uygurlarla ilgili bazı belgeler Hakanların halkın isteğini ön planda tuttuğunu göstermektedir.¹³

III-Osmanlı Devletinde İnsan Hakları ve Temel Haklar Kavramı

Genel Olarak

Osmanlı Devletinde insan hakları kavramının ortaya çıkışı ve gelişimi değerlendirilirken, öncelikle İslam dininde insan hakları kavramının ele alınması gerekmektedir.

İslam dininde insan hakları bir başka deyişle temel hak ve özgürlükler kavramı Avrupa’da gelişen insan hakları kavramından farklılık gösterir. İnsan haklarını, insanların sadece insan olmaları nedeniyle doğuştan sahip oldukları haklar olarak çok genel bir şekilde tanımlamıştık. Ancak İslamda, insanların sahip olduğu hak ve hürriyetler Batı’da olduğu gibi doğuştan gelmeyip, onlara Tanrı tarafından verilen ayrıcalıklar olarak kabul edilmektedir.¹⁴ Bir başka fark ise, Batı felsefesinde insan haklarının bireysel bir anlam ifade etmesine rağmen, İslamda insan hakları kavramının daha çok toplumda güvenliğin sağlanması ve toplum huzuruna hizmet etmesidir.¹⁵ İslamda insan hakları-

¹⁰ TÜRKEİ, 81-83.

¹¹ TAŞAĞIL, s.101-105.

¹² TANERİ, s. 339 Kutadgu Bilig’te halk asıl halk ve alimler olmak üzere öncelikle ya daha sonra kendi aralarında başka sınıflara ayrılmışlardır. Ancak bu bölümlere rağmen kast sınıfı yoktur. CİN/AKYILMAZ, s. 42

¹³ ÇANDARLIOĞLU, 127-128.

¹⁴ LÜTEM, s.72-73.

¹⁵ KAPANİ, İnsan Haklarının Uluslar arası Boyutları, s. 121-123.

nın bu derece dar yorumlanmasının nedenini Cahiliye döneminde aramak gerekir. İslam öncesi dönemlerde Arabistan'da varolan kaos ve güvensizlik ortamını ortadan kaldırmayı amaçlayan İslam dininde hak ve özgürlükler konusunda önceliğin kişiden önce toplumsal bazda düşünülmesi son derece doğaldır. İnsan hayatının önemli olmadığı bir durumda zaten insan haklarının diğer boyutları olan mülkiyet, inanç özgürlüğü gibi kavramların bir değeri olmayacaktır. İnsanların can ve mal güvenliği daha çok ceza ve korkutma yoluyla sağlanmaya çalışılmıştır. Örneğin can güvenliğini sağlamak için “kıyas” cezası öngörülmüş, mülkiyetin korunması da hırsızlara verilen el ayak kesilmesi gibi cezalarla sağlanmıştır.¹⁶ İslam Hukukunda bireyin güvenliği amacına hizmet eden bu temel haklar, eşitlik hakkı, adalete kavuşma hakkı, suçlunun cezalandırılmasını isteme hakkı, namusu ve şerefın korunması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Şimdi, bu genel bilgiler doğrultusunda Osmanlı Devletinde temel hak ve özgürlükleri sınıflandırarak inceleyelim.

1-Yaşama Hakkı

İnsan haklarının özünü yaşam hakkı oluşturur. Bireysel kişilik haklarından olan yaşam hakkı, kişinin beden bütünlüğü yanında, manevi bütünlüğünün korunmasını da içerir. Yaşam hakkı en genel kapsamıyla önce insanın fizik-biyolojik-psikolojik varlığını arızasız olarak sürdürebilmesi için gerekli olan sağlık ve bütünlük içinde dünyaya gelmesini, daha sonra bu fiziksel-biyolojik varlığına eklenecek olan kendini geliştirmesine imkan veren olanaklara sahip olabildiğini ifade eder. Sonuçta fizik-biyolojik-psikolojik-moral bütünlüğünü sağlamış insan varlığının toplumun yararı adına da olsa doğa yasalarından gelenden başka hiçbir önlem, zor ile sınırlandırılmaması, etkilenmemesi yok edilmemesi anlamına da gelir. Bu da hukukta “beden bütünlüğüne dokunulmazlık” kuramı ile kendini gösterir.¹⁷

İslam'da yaşam hakkı dokunulmazdır. İnsan haklarının özünü oluşturan yaşama hakkı açısından İslam hukuku, diğer dinlerde olduğu gibi başkalarını öldürmeyi kesin olarak yasaklamıştır. Müslüman olsun olmasın İslâm ülkesinde yaşayan her ferдин hayatı ve güvenliği hukuken teminat altına alınmıştır.¹⁸

¹⁶ ANSAY, s. 317; 326, KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 86-87.

¹⁷ SAVCI, s. 7,14 vd.

¹⁸ EKİNCİ, s. 196; Konuyla ilgili iki ayetden bahsedilmektedir. Maide suresinin 32. Ayeti, “Kim, bir can karşılığı, yahut yeryüzünde fesat çıkarmasından dolayı olmaksızın bir canı öldürürse, sanki bütün insanlığı katletmiş gibi olur. Kim, bir nefsi ihya ederse sanki bütün insanlığı ihya etmiş gibi olur.”

Ölenin yakınları (akilesi) affetmediği sürece adam öldürmenin cezası ölümdür. Yine kısas cezası gereği kişilerin vücut bütünlüğü de korunmaktadır. İslam dini bireylere ayırım yapmaksızın yaşam hakkını tanımının ötesinde bu hakka yönelik tecavüzleri önleyici tedbirler de getirmiştir. Bunun dışında kişilerin asgari yaşamlarını sürdürebilmeleri için, yardımlaşmaya dayalı bir toplum düzeni de kurmuştur. İslamda, soykırım yasaklanmıştır. Savaş halinde dahi kaçan ve yaralı olanlar öldürülmez, fiilen savaşa girmeyenlere, kadın, çocuk, din adamları ve işçilere dokunulmaz. Hayvanlara ve bitkilere zarar verilmaz. İslam dinine göre “Bir masumun hayatı ve kanının bütün insanlık için de olsa feda edilemeyeceği” kuralının esas olduğuna değinir.¹⁹

Tanzimat öncesinde, Osmanlı Devleti İslam dininde önemle korunan bu kutsal hakka kural olarak saygı duymuştur. Yaşam hakkının yasalarla güvence altına alınması ise ancak Tanzimat döneminde sağlanabilmiştir. Tanzimat Fermanı ile herkesin can güvenliğine sahip olduğu vurgulanmış; asıl güvence ise 1858 tarihli Ceza Kanunu ile sağlanmıştır. Çünkü bu kanunda idam cezasının verileceği haller tek tek sayılarak, bu haller dışında kişilerin öldürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır.²⁰ 1858 tarihli Ceza kanunu’nda aynı zamanda kişi güvenliğini sağlayan maddeler de yer alır. Ama bu maddelerde, kişilerin hakları devlet görevlilerine karşı korunmamış olup, devlet görevlilerine karşı güvence altına alınması için 1875 tarihli talimatı beklemek gerekecektir.²¹

Tanzimat öncesi dönemde özellikle kul sınıfı²² üzerinde uygulanan bazı müeyyideler tartışmalara konu olmuştur. Şöyle ki, yaşama hakkı bireyin sadece hayatta kalmasını değil, aynı zamanda yaşamını istediği gibi yani özgürce devam ettirme hakkı anlamını da ifade eder. Bu bağlamda, Osmanlı uygula-

Nisa Suresi 93. Ayette “Kim bir mü’min, kasten öldürürse cezası içinde temelli kalacağı cehennemdir.” Denerek manevi bir caydırıcılıktan bahsedilmektedir. Tabii ki kısas gereği ayrıca cezalandırılacaktır. BAŞ, s. 65

Yine Maide suresinin 5. Ayetinde(5/28), “Andolsun ki sen, öldürmek için elini bana uzatsan ben sana, öldürmek için el uzatacak değilim” ifadesi yaşam hakkının ne derece korunduğunu bize göstermektedir.

¹⁹ BAŞ, s. 68-70

²⁰ 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi için bkz: Düstur, I. Tertip, C.1, s. 400.

²¹ ALPKAYA, s. 169-170.

²² Osmanlı Devletinde halk genel olarak reaya ve askeri sınıfı olarak ikiye ayrılırdı. Reaya müslüman ve gayrimüslim vatandaşlardan oluşurdu. Bunun dışında askeri sınıf olarak adlandırılan grup içine kullar ve ulema girerdi. Kul dediğimiz sınıfı oluşturanlar Padişaha bağlı, onun kişisel kulu kölesi olan kişilerdi. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s.210-211, Mumcu, siyaseten Katl, s. 51-52.

masında yaşama hakkını incelerken Tanzimat dönemine kadar olan dönemde “Siyaseten Katl” ve “Devşirme” sistemleri üzerinde durmak gerekmektedir.

a) Siyaseten Katl

İslam hükümdarının mutlak otoritesine dayanarak verdiği en ağır ceza olan siyaseten katl, Osmanlı Devleti tarafından da Tanzimat Dönemine kadar sıklıkla uygulanan bir müeyyide olmuştur.²³ Bu müeyyide, bir hukuki kurum olarak Abbasilerden gelmekle birlikte, köklerini eski Arap geleneklerinden almaktadır. Emeviler zamanında da kısmen kullanılan siyaseten katl, Sasani ve Bizans gelenekleri ile birleşmesi sonucunda kurumsallaşmıştır. Türkler, Osmanlı Devletine gelene kadar bu kurumu zaten benimsemiş olduklarından, Osmanlı Devletinde de siyaseten katl kurumu kolaylıkla benimsenmiştir.²⁴ Siyaseten katlin , hükümdarın emri ile bir kişinin öldürülmesine sebep olduğundan, şer’i hukukla bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmalıdır. Çünkü islamiyette kişinin öldürülebileceği haller ve suçlar belirlidir. Bunların dışında ölüm cezası verilmesi, siyaseten katlin İslam hukuku ile bağdaşıp bağdaşmadığı meselesini doğurur.²⁵ Bu sorunun cevabını İslam hukukunda aramak gerekir. İslam ceza hukukunda bazı suçlara değişmez ve belirli cezalar verilirken bazı fiillerin cezaları belirtilmemiş, hatta cezalandırılması gereken bazı fiiller de suç olarak belirlenmemiştir. İşte bu gibi durumlarda yargılamayı yapan kişiye bir takdir yetkisi verilir. Ta’zir adı verilen bu yetki sayesinde Kur’anda düzenlenmeyen bazı fiiller suç sayılmış veya cezası belirlenmemiş olan fiillere ceza verilerek toplum ihtiyaçları ve gelişmeler doğrultusunda eksiklikler tamamlanabilmiştir. İslam Ceza hukukunda ölüm cezasını gerektiren hallerin çok az olması, devletin sorumlu makamlarında bulunanların, yine, fikhın ta’zir kurumundan yararlanarak idam hükmü vermelerini sağlamıştır. Bir zaruret gereği olarak da hükümdarın ta’zir hakkı çok genişlemiş ve siyaseten katl müessesesi hukuki kurum haline gelmiştir.²⁶ Ancak tazirle ölüm cezası verilmesi-

²³ Mumcu, siyaseten katl, s. XIX-XXI. Mumcu siyaseten katlin dar ve geniş olarak iki anlamda kullanıldığını, dar anlamda siyaseten katlin sadece hükümdar ailesi fertleri için söz konusu olurken, geniş anlamda siyaseten katlin tüm tebaa için kullanıldığını üzerinde durmaktadır.

²⁴ Hatta bazı yazarlar günümüzde işkence kavramını açıklarken bunun kökeninde, Osmanlı düzeninde yerleşik bir uygulama olan siyaseten katl kurumunun bulunduğunu söylemiş ve siyaseten katlin temelinde ki şiddet ve korkuyu günümüzdeki resmi ve özel hoyratlıkların tarihsel-pikolojik sebebi olarak görmüşlerdir. Konuyla ilgili bkz: TANÖR, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s.81.

²⁵ Siyaseten Katlin İslam hukuku ile bağdaşıp bağdaşmadığı hakkında ki tartışmalar için bkz: MUMCU, siyaseten katl,s. 24-26.

²⁶ MUMCU, Siyaseten Katl,s.183.

nin mümkün olmaması siyaseten katlin meşrulaştırılmasında bir sorun olarak mevcuttur.

Osmanlı Devletinde siyaseten katlin bir başka uygulaması kardeş katlidir.²⁷ Kardeş katli Osmanlı hükümdarlarınca, Fatih Sultan Mehmet tarafından kanunlaştırılmadan önce de uygulanmıştır. Örneğin, I. Bayezid, Kosova Savaşında kardeşi Yakub'u vezirlerin onayını da alarak idam ettirmiştir. II. Murat, kardeşi Mustafa'yı, öldürtmüş, Fatih Sultan Mehmet tahta çıkar çıkmaz kardeşi Ahmet'i öldürtmüş ve kardeş katlini "*karındaşların nizam-ı alem için katl etmek münasibtir, ekser ulema dahi tecviz etmiştir.*" hükmü ile meşrulaştırmıştır.²⁸ Fatih'in Osmanlı toplum düzenini koruyabilmek için ulemanın bile bu durumu uygun gördüğünü belirtmesi ve kanununun meşruiyetini buna dayandırması konumuz açısından önemlidir. Burada, dikkat edilmesi gereken ikinci husus, kardeş katlinin sadece Osmanlı Devleti tarafından yaratılan ve uygulanan bir sistem olmayışıdır. Kardeş katli de Osmanlı Devletinden önce diğer İslam ve Türk devletlerinde sıklıkla uygulanmıştır.

Tanzimat'a kadar olan dönemde, siyaseten katli kurumuyla, sadece değil hükümdarın, mutlak vekilinin veya diğer yetkililerin de özellikle 16. yüzyıl sonundan itibaren, şahısların canı üzerinde mutlak yetkiye sahip olmaları insan haklarının özü olan "yaşam hakkının" korumasız kalmasına neden olmuştur. Kanımızca, her ne sebeple olursa olsun siyaseten katli, pragmatik bir uygulama olup, İslam hukukunun ana prensipleri ile çelişmektedir. Bu nedenle, Tanzimat dönemiyle birlikte, kimsenin yargılamadan suçlu bulunamayacağı cezalarının infaz edilemeyeceği ilkesinin yerleşmesi ile siyaseten katli ve müsadere uygulamasına son verilmesi, hukuk devleti olma alanında atılmış çok önemli bir adımdır.

b) Devşirme Sistemi

14. yüzyılın sonunda ortaya çıkan bu sistemle ,askeri ihtiyaçlardan doğan zorunlulukla Osmanlı Devleti gayrimüslim ailelerin erkek çocukları arasından çok sıkı uygulanan kurallar gereğince her yıl bazılarını devşirmiş ve ai-

²⁷ Kardeş katli en genel tanımıyla, tahta geçen Osmanlı padişahının "nizam'ı alem" için hayatta bulunan kardeşlerini öldürtmesine denir. Burada katli derken kastedilen, tahta geçen padişahın kendisine başkaldıran veya onun yerine geçmek isteyen şehzadelerin öldürülmesi değil, böyle bir davranışa yeltenmeyen hatta yaşı gereği yeltenecek yaşta dahi olmayan şehzadelerin öldürülmesidir. AYDIN, s. 137.

²⁸ İNALCIK, Adaletnameler, s. 35. CİN/ AKYILMAZ, Türk Hukuk Tarihi, s.112-113, MUMCU, Siyaseten Katli, s., 171-180; AYDIN, s. 140.

lelerinde koparmıştır. İnsan haklarına, kişinin yaşam ve özgürlük hakkına tamamen aykırı olan bu sistem aynı zamanda İslam hukuku esaslarına da tamamen ters düşmektedir.²⁹ Çünkü devşirme yoluyla ergenlik çağına bile gelmemiş olan bir çocuk, iradesi dışında ailesinden alınmakta, ailesi ile bağları koparılmakta, zorla dini değiştirilerek müslüman ailelerin yanına verilmektedir. Bu kurum, açıkça zimmet anlaşmasına aykırıdır. Daha önce hiçbir İslam devletinde uygulaması olmayan bu sistemin Osmanlı Devletinde İslami esaslara uygunluğunun sağlanması meselesi tartışmalı olmakla birlikte konumuz açısından tartışmasız söyleyebileceğimiz tek şey, Devşirme uygulamasının insan hak ve özgürlüklerine tamamen aykırı olmasıdır. Ancak, bu kurumu sınıf atlama, devletin yönetici sınıfına girmenin bir yolu gibi görüp, çocuğunu devşirmeye yazdırmak için uğraşan ailelerin varlığı da bilinmektedir. Devşirmeyi, her çocuk için kendi yeteneğine göre değerlendirileceği bir fırsat olarak görenler de bulunmaktadır.³⁰ Fatih Sultan Mehmet zamanında devşirme sistemi daha da geliştirilerek “Devşirme-Kul” sistemine geçilmiştir. Padişah, kulu ve kölesi sayılan devşirme –kulu istediği zaman öldürme hakkına sahip olup, malları müsadere edilebiliyordu. Yani kendisine üstün yetkiler verilen bu kulların bir anlamda hiçbir güvencesi de yoktu. Bu durum yine İslam hukukunda efendi-köle arasındaki ilişkiye tamamen aykırıdır.

2-Eşitlik Hakkı

İnsan haklarının en önemli unsuru olan eşitlik kavramı, insan haklarının kendisi gibi tanımlanması zor ve göreceli bir kavramdır. Eşitlik kavramı beraberinde insana saygıyı da getirmektedir.³¹ Hukuki eşitlik bir diğer deyimle kanun önünde eşitlik ise kamu otoritelerinin hiçbir ayırım gözetmeden herkese eşit muamele yapmasını ifade eder. Bu ise, hem herkese eşit davranılması, hem de kanunların herkes için genel olması demektir.

Osmanlı hukuk sisteminin temelini oluşturan İslam hukukunun, eşitlik prensibine bakışı araştırmamız açısından çok önemlidir. Eşitlik kavramı tüm insanlara tanınan en önemli haklardandır. İslam dini yaratılış açısından tüm insanları bir görür. İslamın ana kaynağı olan Kur’anda insanların eşit olduğu, “*Ey insanlar, doğrusu biz sizleri bir erkek ve bir dişiden yarattık. Sizi milletler ve kabileler halinde koyduk ki, birbirinizle kolay tanışasınız. Şüpheli-*

²⁹ MUMCU, siyaseten katl, s. 52-55.

³⁰ BELGE, s.180-181.

³¹ Eşitlik hakkındaki tartışmalar için bkz: AKYILMAZ, Osmanlı Devletinde Eşitlik Kavramının Gelişimi, s. 4-8

siz ki sizin Allah nezdinde en şerefliiniz takvaca en ileri olanınızdır.” “Ey insanlar sizi bir tek nefisten yaratan ve ondan eşini yaratıp ikisinden bir çok erkekler ve kadınlar üreten Rabbinizden korkun” , “Bizim işlerimiz bize, sizin işleriniz size aittir. Bizimle sizin aranızda bir tartışma yoktur.” ayetleri ile yer bulur.³²

İslam hukukunun ana kaynaklarından hadislere baktığımızda, Hz.Muhammed, hadislerinden birinde «*Dinî hususlar müstesna, Araplar ile Arap olmayanlar arasında üstünlük aşağılık farkı yoktur*», “ *Allah insanların cahilane öğünmesini, ecdatlarıyla iftiharında bulunmasını İslam ile kaldırmıştır. Çünkü insanlar Ademdenidir. Adem ise topraktır. Onların Allah tarafından en şerefliisi takvaca en ileri olanıdır.*”³³ diyerek İslam hukukunda, müslüman olsun olmasın tüm insanların eşit olduğunu vurgulamıştır.

Eşitlik ilkesinin Osmanlı Devletindeki uygulamasında tartışmak istediğimiz konular; köleliğin Osmanlı toplumunda eşitsizlik yaratıp yaratmadığı ve müslümanlar ve gayrimüslimlerin toplumda eşitliği sorunlarıdır.

a) Millet Sistemi ve Eşitlik Kavramı

Osmanlı Devletinde halk,müslümanlar ve ehl-i kitap olan gayrimüslimler olmak üzere iki ana sınıfa ayrılırdı. Kural olarak bu iki sınıf eşit değildi. En başta kamu hizmetlerine yani devlet hizmetine girmek ve askerlik yapmak için müslüman olmak gerekirdi. Bunun dışında iki sınıf halktan alınan vergiler farklıydı. Gayrimüslimlerin gündelik hayatlarında müslümanları rahatsız etmeden yaşamaları gerekirdi.

Zimmilerin hukuki statüleri millet sistemi adı verilen bir çerçevede belirlenmişti.³⁴

Zimmi adı verilen gayrimüslim guruplar sosyal ve ekonomik ilişkilerini İslam Hukukunun onlar için belirlediği bir hukuki zeminde sürdürmüşlerdir. Osmanlılar, bu toplulukları asimile etmemiştir. Millet sistemi sayesinde Müslim ve gayrimüslim nüfus birbiriyle yüzyıllarca yan yana sorunsuz yaşamıştır. Bu sistem sayesinde gayrimüslimler kendi özel hayatlarında tamamen

³² AKYILMAZ, Osmanlı Devletinde Eşitlik Kavramının Gelişimi, s. 21-22.

³³ LÜTEM, s 72, UDEH, C.1, s. 33.

³⁴ MUMCU, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 154; BOZKURT, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, s. 9 vd.; Osmanlı Devletinde Rum Milleti, Yahudi Milleti ve Ermeni Milleti olmak üzere üç millet bulunurdu. Rum ve Bulgarlar eğer Ortodoks ise Rum milleti üyesi sayılırdı.

kendi kurallarına ve dinlerine göre yaşayıp, cemaatleri tarafından yönetilirken Osmanlı Devletine ödediği vergilerle can ve mal güvenliğine sahip olmuşlardır. Millet sistemi içinde, Osmanlı Devletinde yaşayan gayrimüslimler hak ve özgürlüklerden aynı Müslümanlar gibi yararlanmışlardır. Zimmilerin can, mal güvenliği, konut dokunulmazlığı, din ve ibadet özgürlükleri, eğitim hakları zaten zimmet sözleşmesi ile garanti altına alınmıştır. Ancak sosyal hayatta karşılaştıkları bazı kısıtlamaların bu hakkın uygulamasına ne derece zarar verdiği sorusu da karşımıza gelebilir. Örneğin, Zimmiler genellikle şehrin kenar semtlerinde kendilerine ayrılan mahallelerde, taşrada ise kendi köylerinde yaşarlardı. Müslümanlara kutsal sayılan bazı bölgelere yerleşmeleri fermanlarla kısıtlanmış, evlerinin renk ve yüksekliğinin müslüman evlerle aynı olamayacağı, belirtilirken, şapka ve kavuklarının renginden hamamlarda kullandıkları havluların renklerinin farklı olması gereği düzenlenmişti.³⁵ Zimmilere sosyal hayatta getirilen kısıtlamaların nedeni, daha çok hangi millete mensup olduklarının kolayca belirlenmesi içindir. Askere alınmama ve devlet hizmetine girememeleri eşitlik açısından tartışılabilir. Neden olsa da, Islahat Fermanı ile bu kısıtlamalar kaldırılmıştır. Ancak, sonradan görüldüğü gibi kendileri de askere gitme ve devlet hizmetine girme konusunda çok istekli davranmamışlardır.

b) Kölelik

İlkçağlardan beri hemen her uygarlıkta rastlanan bir kurum olan kölelik, bir insanın hukuki, ekonomik ve sosyal bakımdan özgür insanlara göre farklı ve aşağı bir statüde yer almasını ifade eder. Kölelik, İslamiyetin ortaya çıktığı dönemde hem Arap toplumu, hem de komşu devlet ve topluluklarda yerleşmiş bir kurumdur. İslam dini de köleliği kabul etmiş; en azından yasaklamamıştı. Kölelik kurumunun İslam hukuku açısından yasaklanmamış olması “kölelik, eşitlik ilkesinin uygulamasını ortadan kaldırmıyor mu” sorusunu akla getirmektedir. Her ne kadar İslam Hukuku köleliği yasaklayıp, kaldırmamış olsa da köleler iyi muamele yapılması, eziyet ve işkence edilmemesi, hatta köleleri özgür kılacak olan pek çok yolun açık tutulması gibi düzenlemeleri içermektedir. Örneğin efendisine çocuk doğuran kadın Ümmül veled sayılarak azad edilir. Yine kölenin özgürlüğüne kavuşabilmesi amacıyla gereken parayı ödeyebilmesi için dışarıda çalışmasına izin verilmiştir. Hata ile adam öldürüldüğü zaman kefarete köle azad etmek belirlenmiştir.³⁶ Kö-

³⁵ BOZKURT, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, s. 18-20. Bozkurt, “Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar”, s. 50-51; Aydın, s. 160-163.

³⁶ KARAMAN, s.309-310. Karaman, İslamda kölelere iyi davranılmasının esas olduğunu, on-

leliğin İslamda neden kaldırılmadığı konusunda, bazı İslam hukukçuları bunun zaruret sonucu olduğu görüşünü paylaşmaktadır. Bu görüşe göre, köleliğin en önemli nedenlerinden biri, savaşta ele geçirilen düşmanların köle haline getirilmesidir. Eğer, fidye karşılığı serbest bırakılmazsa düşman öldürülür. Köleliğin kalkması halinde fidye alınamayacak düşman için tek yol ölüm görünmektedir. Bu durumda, köleliğin, ölümü engellemek için kaldırılmadığını savunulmaktadır. Ayrıca, savaşta tutsak düşen müslümanlar köle yapılırken, müslüman toplumun da bunu düşman ulus esirlerine uygulaması da doğal görülmüştür.³⁷ Görüldüğü gibi, İslam dini köleliği yasaklamasa bile köleliği kaldırmaya teşvik etmiş, diğer yandan mevcut kölelere iyi davranılmasını emretmiştir.³⁸ Osmanlı Devletinde de kölelik konusunda İslam hukuku kuralları uygulanmıştır. Kölelerin haklarını korumak için Osmanlı yetkililerince önlemler alındığı bile olmuştur. Örneğin, 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda kölelere kötü davranmayı yasaklayan hüküm konulduğu gibi, yoksul kölelere nafaka bağlanılmasını gösteren mahkeme kayıtlarına dahi rastlanmaktadır. İslamiyetin kölelik ile ilgili yaptığı tüm olumlu düzenlemelere ve Osmanlı uygulamasındaki hoşgörüyü rağmen, kölelerin hak ve fiil ehliyeti olmayışı, mal gibi alınıp satılabilmeleri mülkiyet ve miras haklarının bulunmaması, hür insanlarla eşit olmadıklarını bir başka deyişle kölelik kurumunun hukuki eşitlik ilkesine aykırı olduğunu göstermektedir.

3-Mülkiyet Hakkı

İslam Hukukuna göre, başkalarının malına el uzatmak haram sayılmış ve hırsızlık çok şiddetli bir şekilde cezalandırılmıştır. Bunun dışında gasp cezası Kur’anda cezası kesin olan en ağır suçlardandır. Malın korunması konusunda Bakara suresinin 282. Ayeti delil olarak gösterilir. Bu ayet Kur’anda geçen en uzun ayettir. Ayrıca, mülkiyet hakkının korunmasının en büyük güvencesi, hırsızlık suçuna getirilen cezanın ağırlığıdır. Osmanlı Devleti de şahısların mülkiyet hakkının korunmasına önem vermiş; hırsızlığı ve eşkiyalığı cezalandırmıştır.³⁹ Ancak en kutsal haklardan biri olan mülkiyetin korunması konusunda müsadere sistemi sorunu çıkmaktadır.

lara” kölem cariyem” değil, “oğlum, kızım” denilmesinin önerildiği, kendileri ne yer ne giyer ise, kölelere de aynısının yapılmasının emredildiğinden bahseder. Akyılmaz, Osmanlı Devletinde Eşitlik kavramının Gelişimi, s. 29-33. CİN/ AKYILMAZ, 267-268.

³⁷ AYDIN, s. 250-251, FENDOĞLU, 209.

³⁸ AYDIN 255-256.

³⁹ BAŞ, s. 76-77

a)Müsadere sorunu

En genel tanımıyla müsadere, hukuk literatüründe işlenen bir suçun karşılığı olarak, suçlunun mal varlığının bütünü veya bir kısmı üzerindeki mülkiyet hakkına son verilmesi ve bu mülkiyetin kamusal bir karakter gösteren bir oluşuma devredilmesi olarak tanımlanabilir.⁴⁰ Abbasiler zamanında teknik bir kelime olarak kullanılan müsadere kelimesi o dönemde daha çok zimmetine para geçiren devlet görevlileri için uygulanan bir yöntemdi. İslamiyet öncesinde eski Türklerde müsadere sisteminin uygulanması ile ilgili kesin bir bilgi yoktur.⁴¹ Osmanlılar öncesinde diğer Türk devletlerinde de görülen müsadere sistemi, Fatih Sultan Mehmet zamanında kul sisteminin oluşturulmasına kadar olan dönemde sadece isyancılar ile zimmetine para geçiren devlet görevlilerine ceza olarak uygulanmış, hatta bu ceza tepkilere neden olmuştur. Bunun sebebi, islam hukukunda mülkiyetin kutsal olmasıdır. Kul sisteminin ortaya çıkması ile, müsadere sistemi sadece ceza olmanın ötesinde tüm yönetici sınıfa uygulanan bir sistem haline gelmiştir. Yani yönetici sınıfa dahil olanlar sadece suç işlediklerinde değil, eceliyle öldüklerinde de malları müsadereye tabi tutulmuştur. ⁴²Reaya için de müsadere uygulamaları söz konusu olsa da, her şeyden önce yönetici sınıf kadar sık oranda karşımıza çıkmamaktadır. Ayrıca bir ceza uygulanacağında genellikle yapılan yargılama sonucunda, kadının verdiği karardan sonra mallara el konulabilmiştir.⁴³ Eceliyle ölüm halinde müsadere ise reaya açısından kural olarak geçerli olmamıştır. Müsadere yönetici sınıf için bir ceza olarak uygulandığında genellikle yargı süreci işlemeden, kişi dokunulmazlığı ilkesine aykırı olarak padişah tarafından keyfi olarak verilirdi. Ölüm halinde müsadere, İslam Hukukunca da önem verilen husus, mülkiyet ve miras haklarının hiçe sayılarak ilgili kişilerin terekelelerinin zapt edilmesidir. Başlangıçta sadece devşirme kökenli yönetici sınıf için geçerli olan bu kurallar, Kanuni'den itibaren ulema dışında kökenine olursa olsun bütün devlet adamlarını içine alacak şekilde genişletilmiştir. Müsadere yöntemi II. Mahmut zamanında kaldırılmıştır. Vaka-i Hayriye'nin hemen arkasından aynı yıl çıkartılan fermana⁴⁴, "kim olursa olsun vefat edenlerin te-

⁴⁰ AKYILMAZ, Osmanlı Devletinde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması, s. 391

⁴¹ ARSAL, 342-343.

⁴² AKYILMAZ müsadereyi ölüm halinde müsadere ve ceza olarak müsadere olarak ikiye ayırmıştır. Osmanlı Devletinde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması , s.392 vd.

⁴³ MUMCU, siyaseten katl, s. 131-132.

⁴⁴ Filibe Kadılığı tarafından fermanın ilan edildiğini gösteren 4 Haziran 1831 tarihli belge için bkz: MUMCU, siyaseten katl, s.212.

rekelerinin artık müsadere edilmeyeceği, mirasçılar arasında bölüştürüleceği, devletin mirastan kuruşta bir para alacağı” yazılıdır. Fakat görüldüğü gibi bu ferman sadece ölüm halinde müsadereyi kapsamakta, ceza olarak kullanılan müsadere yöntemini kaldırmamaktadır. II. Mahmut döneminde müsadere konusunda atılan ikinci önemli adım 1838 (1254) memurlar için çıkarılan ceza kanunnamesi ile olmuştur. 1838 yılında memurlar için çıkarılan ceza kanunnamesiyle “memurinin keyfi surette katl ve müsadere gibi şekillerle cezalandırılması tamamen kaldırılarak, her suça şeriat

ve kanun çerçevesinde ceza verileceği” belirtilmiştir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere sadece usulüne uygun olarak yapılacak bir yargılamanın sonucunda ve yasalara uygun olarak –şer ve kanun dairesinde- müsadere mümkün olabilecektir. Bu durumda müsadere yönetici sınıf için sadece bir ceza olarak varlığını sürdürmekte olup, ölünce terekeye devlet adına el konulması uygulaması kaldırılmış olmaktadır. Nihayet 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile mahkeme kararı olmaksızın ve ayırım yapılmaksızın hiç kimsenin malının müsadere edilemeyeceği esası kabul edilmiştir.⁴⁵ İslam hukukunda en kutsal haklardan biri olan mülkiyet hakkının önündeki en önemli engel olan müsaderenin kaldırılması aynı zamanda fermana yer verilen kişi dokunulmazlığı ilkesinin bir sonucudur. Yapılan bu değişiklikler ile örfi hukuk uygulaması olan ve şeriata aykırı nitelik taşıyan müsadere yöntemi kaldırılarak, İslam Hukukunda dokunulmaz olan mülkiyet ve miras hakları güveneye alınmıştır.⁴⁶

4-Din ve İbadet özgürlüğü

Her insanın istediği dine inanma veya inanmama, inanyorsa o dinde ibadet etme, dininin gereklerini yerine getirme, din değiştirme, dini eğitim verme ve alma hakkı olarak tanımlayabileceğimiz din ve vicdan özgürlüğü Osmanlı Devletinden çok tartışılan ve Batılı devletlerin müdahalesine açık olan bir hak olmuştur. Batı’da dinsel özgürlükler için uzun mücadeleler verildiği halde, Osmanlı İmparatorluğunda Batı’daki biçimiyle bir dinsel özgürlük mücadelesi görülmemektedir. Batı’da dinsel özgürlükler için mücadele, siyasal ve bireysel özgürlükleri kazanılmasında esaslı bir dönüm noktası olmuştur. 18. Yüzyılın sonundan itibaren, siyasal bağımsızlık birlikte insan haklarının

⁴⁵ MUMCU, *Siyaseten Katl*, s. 153-155; AKYILMAZ, *Osmanlı Devletinde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması*, s. 69-72.

⁴⁶ AKYILMAZ, *Osmanlı Devletinde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması*, s. 415-417.

yükselişinde insan haklarının ve bireysel özgürlüklerinden yükselişinin kökeninde yatan nedenlerin başlıcası, dinsel özgürlük ihtiyacı idi. Batı ortaçağının despotik dinsel kurumlarının burada bulunmayışı müslüman olmayanların dinsel hoşgörü ve ayrıcalıklardan yararlanmalarını sağlıyordu⁴⁷. Osmanlı İmparatorluğunda Osmanlı Devletinde bu özgürlüğü, müslümanların din ve vicdan özgürlüğü, diğer yandan gayrimüslimlerin din ve vicdan özgürlüğü olarak iki açıdan incelememiz gerekir.

a) Müslümanlar Bakımında Din ve İbadet Özgürlüğü

Doğal olarak İslam topraklarında yaşayan müslümanların din ve ibadet özgürlükleri sınırsızdır. Vicdan özgürlüğü açısından, İslam Hukuku müslümanlara din değiştirme hakkını vermez. Hatta bir müslümanın İslamiyeti terkedip başka dine geçmesi ölümle cezalandırılır⁴⁸. Aslında Bakara suresinde dinde zorlamanın meşru olmadığı belirtilmektedir.⁴⁹ Ama bu ayet, müslümanlar için değil, müslüman olmayan kimseler için anlam ifade eder. Konumuz açısından, müslüman bir kişinin İslamiyet'ten Hıristiyanlığa geçmesi halinde bu durumun din özgürlüğü kapsamında ele alınıp alınmayacağı meselesi önemlidir. Serbest irade ve temyiz gücüne sahip bir kişinin İslam dini ile ilgisini sona erdirecek nitelikteki söz, fiil ve düşünceleri benimsemesi ve bunları alenen açıklaması anlamına gelen ve İslam hukukçuları tarafından da ayrıntılı olarak düzenlenen hatta Hadd suçları arasına alınan İrtidat suçu Osmanlı Devleti'nde misyonerlik faaliyetlerinin yaygınlaşması ile artmıştı. Bu durum yerli halk içinde tepkilere yol açıyordu. Diğer dinlere gösterilen, hoşgörüye rağmen, İslamiyette inanç özgürlüğünün müslümanlar için, mutlak anlamda var olduğunu söyleyemeyiz. Osmanlı uygulamasına baktığımızda, Osmanlı Devletinde müslümanların din değiştirmesi kesin olarak yasaktır.

b) Gayrimüslimler Bakımından Din ve İbadet Özgürlüğü

İslam Kamu Hukuku açısından bütün dünyayı İslamiyet'e davet zorunlu olsa da, din konusunda zor kullanılmazdı. Kuran'da geçen "*Leküm dini-*

⁴⁷ KONAN, Osmanlı İmparatorluğunda Yabancıların Din ve Vicdan Özgürlüğü, s. 167-168.

⁴⁸ İslamiyette bir müslümanın dinden dönmesi had suçları arasında yer almaktadır. Cezası da genellikle ölüm olarak kabul edilir. Aslında Kur'anda dinden dönmenin cezasının ölüm olduğu yolunda açık bir ayet yok. Ancak uygulamada mürtedlerin ölümle cezalandırılmasının sebebi vatana ihanet suçuna benzetilerek dine ihanet ettiklerinden kamu düzeni ve İslami toplum yapısını bozmak olarak algılanmaktadır. Ansay, ayrıca Bakara suresinin 56. ayetinde geçen "Lâ ikrahe fi'ddin" ayeti ile irtidat suçuna verilen ölüm cezasının Kuran'da olmadığını icma ile kabul edildiğini söyler. ANSAY, s.72 dn.167.

⁴⁹ Bakara 2/256, ayrıca enam 6/109, Maide 5/93.

küm veliyedin” (Sizin için bir din, bizim için de bir din vardır) ve *“La ikrahe fi’ddin*” (diyanet konusunda cebir ve ikrah yok) kuralları gereğince Müslüman olmayan kişilerin dinlerine saygı göstermek bir zorunluluktur. Başka dine mensup kişilerin inancına saygı göstermek, dini birer emir olarak Hıristiyanlık ve Musevilikte de mevcuttur. İslam Hukuku’na göre yabancılar İslam dinine girmeye ve ibadete zorlanamazdı.⁵⁰ *“Dinde zorlama yoktur”, “Rabbin dileseydi yeryüzündekilerin hepsi elbette iman ederdi, o halde inanmaları için insanları zorlayacak mısın”* ayetleri de din özgürlüğü konusunda Kur’an da yer alan ayetlerdir.⁵¹

Osmanlı’da gayrimüslimler açısından din ve ibadet özgürlüğünün çerçevesini yukarıda kısaca açıkladığımız millet sistemi belirlemektedir. Millet sistemi içinde, gayrimüslimler ibadetlerini ancak müslümanları rahatsız etmeden yapabilmiş, yeni kilise inşa etmeleri ise yasaklanmıştır. Ayrıca kiliselerini tamir edebilmeleri için de Osmanlı yönetiminin izin vermesi şartı aranmıştır. Bu durumu ibadet özgürlüğüne aykırı bulanlar olabilir. Ancak, bu durum hiçbir zaman gayrimüslimlerin ibadet yapma hakkına engel olmamıştır. Sonuçta Osmanlı Devletinde gayrimüslimler, kendi inançlarını koruma ve ifade etme, dini ayinlerini yapabilme diğer yandan da dini inançlarını çocuklarına öğretebilme bakımından din ve ibadet özgürlüğünün tüm boyutlarına sahiptiler.⁵²

5- Konut Dokunulmazlığı Hakkı

İnsanların özel hayatları kendine özel olup, kimsenin bu alana girme yetkisi bulunmamasını ifade eden özel hayatın gizliliği, bireyin özel yaşam alanına ve aile hayatına saygı gösterilmesini içerir. Özel hayatın gizliliği somut olarak konut dokunulmazlığı hakkı ile ortaya çıkar. Kişilerin izni olmadan ev ve işyerlerine zorla girilememesini ifade eder. İslam hukukunun temel kaynağı olan Kur’an, başkasının evine onun izni olmadan girmeyi yasaklar. Hz. Peygamber buna ek olarak bir başkasının evini dışarıdan gözetlemeyi de yasaklamıştır. Osmanlı Devletinde, İslam Hukuku gereği kişilerin meskenlerine zorla girilemeyeceğinden konut okunulmazlığı hakkı korunmuştur. Bu konuda yapılan kapsamlı ilk yasal düzenleme Tanzimat Dö-

⁵⁰ ANSAY, s. 72-73.

⁵¹ AKYILMAZ, Osmanlı Devletinde Eşitlik kavramının Gelişimi, s. 109.

⁵² AYDIN, 148-150. Fendoğlu bu konuda Yavuz Sultan Selim’in Rum başkaldırısı karşısında Rumlara “ya İstanbul’u terk edin ya da Müslüman olun” çağrısı yapıldığını ancak Şeyhülislam Zenbilli Efendi’nin bu davranışın insan hak ve özgürlüğü ile bağdaşmadığını söylemesi üzerine Yavuz’un kararından vazgeçtiği örneğini vermiştir. FENDOĞLU, s. 259.

neminde, 1867 tarihli Ecnebi Talimatnamesidir. Konut dokunulmazlığı ile ilgili olarak, Kânun-i Esasî'nin 22. maddesi “*Memâlik-i Osmaniye’de herkesin mesken ve menzîli taarruzdan masûndur. Kanunun tayin eylediği ahvâlden mâ’ada bir sebeble hükûmet tarafından cebren hiç kimsenin menziline giremez.*” hükmü bulunmaktaydı. 1858 tarihli Ceza Kanunu’nun 105. maddesinde de “*kanunen muayyen olan usul ve şerait haricinde âharın ikametgâh veya müştemilâtına duhûl cünha nev’inden olmak üzere derecât-ı muhtelifyede mücâzat-ı istilzâm eylemektedir.*” ifadesi yer almaktaydı. Hangi durumlarda bir kimsenin ikametgâhına girilmesine izin verileceği ise Ceza Usul Kanunu ve bazı kanunlarda düzenlenmekle beraber, ne şekilde uygulanacağı konusunda bir açıklık getirilmemişti. Ceza Kanunu’nun 105. maddesindeki bu hükümlere aykırı hareket edilmesi halinde yetkililere 6 aydan 3 sene hapis cezasının verileceği hüküm altına alınmıştı.⁵³

6-Seyahat ve Oturma Hakkı

Kendisinden önce kurulmuş olan tüm İslam Devletlerinde olduğu gibi, Osmanlı Devletinde de, bugünkü anlamda uyrukluk sistemi olmadığı için her müslüman milliyetine bakılmaksızın imparatorluk topraklarında serbestçe gezebilir ve istediği yere yerleşebilirdi. Ancak bu konuda tımar sisteminde köylünün durumu incelenmelidir. Dirlik adıyla da anılan tımar⁵⁴, devletin miri araziden belirli yıllık bir gelirin tamamını veya belli bir kısmını belli hizmetler karşılığında bir şahsa tevcih etmesidir. Burada, tımar sahibi olan sipahi, araziyi reayaya işletmek üzere bırakır, araziyi kendisi işleyemez. Hukuki anlamda bu işlem bir akit olup, miri toprağın çıplak mülkiyeti devlette kalır, ama toprağın tasarruf hakkı belli bir bedel karşılığında ve süresiz olarak şahıslara devredilir. Tımar sistemi gereğince sipahi ile anlaşarak toprağı işleme sözü veren köylü artık o toprağı bırakıp gidemez⁵⁵, tımarlı sipahi toprağını bırakıp getiren köylüyü zorla getirilebilir⁵⁶ İşte bu durumun, kişinin oturacağı yeri serbestçe belirleyeceği anlamına gelen oturma hakkı ile bağdaşır bağdaşmadığı sorusu akla gelebilir. Bu sorunun yanıtını bize çift bozan vergisinin tanımını vermektedir. Toprağını bırakıp giden köylüden “Çift Bozan Resmi” adı altında alınan para aslında reayanın toprağını işlememesi karşılığında verdiği zararın bir

⁵³ Konan, Yabancıların Hukuki Durumu, s. 52-53

⁵⁴ Tımar sistemi ile ilgili geniş bilgi için bkz: CİN/ AKYILMAZ, Feodalite ve Osmanlı Düzeni, s. 261-332

⁵⁵ CİN/ AKYILMAZ, Feodalite ve Osmanlı Düzeni, s. 299.

⁵⁶ CİN/ AKYILMAZ, Türk Hukuk Tarihi, ,s.438-439, 448.

tazminidir. Öte yandan tımar, yukarıda da kısaca değindiğimiz gibi devlet ile reaya arasında yapılan bir akiddir. Yani köylü, tımarı alırken devlete o bölgede oturup toprağı işleyeceği sözünü de vermektedir. O halde, tımar sisteminde köylünün toprağına bağılı olması, toprağını bırakıp gidememesi serbestçe dolaşma ve mesken edinme hakkına aykırılık teşkil etmez.

7) Kişi Dokunulmazlığı

Yaşama hakkını sağlayan ve onu tamamlayan bir hak olan kişi dokunulmazlığı, hem devletin hem de diğer kişilerin bir insanın vücut bütünlüğüne zarar vermemesi ve eziyet ve işkence etmemesini güvene altına alan bir haktır. İslam hukukunda işkence ve zulüm kesin olarak yasaklanmıştır. Kur'an da zulüm ve işkence ile ilgili birçok ayet bulunmaktadır.⁵⁷

Bu hak, zaruret durumları hariç, zorla çalıştırılmamaları yani angarya yasağını da kapsamaktadır. İslam Hukukunda, kişi dokunulmazlığı hakkının titizlikle korunduğunu görüyoruz. Karaman, Hz. Peygamberin suçlulara suçlarını itiraf ettirmek için bile işkence yapılmasını yasakladığından bahsetmektedir. Ahzab suresi, 58. Ayetinde “*Mümin erkek ve kadınlara işlemedikleri ve yapmadıkları bir suçtan dolayı eziyet edip işkence eyleyenler, hem bir buhtan suçu işlemiş ve hem de çok açık bir günah yükünü yüklenmiş olurlar.*”⁵⁸ ifadesi ile İslam hukukunda eziyetin açıkça yasaklandığını gözlemlemekteyiz. Eziyet ve işkence görmeme hakkının yanında kişi dokunulmazlığı hakkının tamamlayıcısı olan angarya, Osmanlı Devletinde genel olarak yasaktır. Bazen reayaya yüklenmiş ve adet haline gelmiş uygulamalara rastlanmakla beraber⁵⁹ angarya karşısında reayanın şikayet hakkı vardı.

Kişi dokunulmazlığı ancak, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kabulü ile sağlanabilir. İslam Hukukuna göre, bir insanın suçluluğı ispat edilmedikçe tutuklanamayacağına ilişkin Hz. Ömer'in “*İslamda hiç kimse haksız ola-*

⁵⁷ “...Zulmedenleri azaplandırınız, sonra da rabbinin tapısına götürülür ve rabbi onu şiddetli bir azaba uğratar. “, “...o (Allah) zulmedenleri sevmez. Kim zulme karşı savunursa bu kişiler suçlu sayılmaz. Ancak halka zulmedenleri ve haksız yere , yeryüzünde azınlıkta bulunanları suçlu saymaya yol var, onlardır elemli azap” denilir. Ayet ve hadisler için bkz: MUMCU, zulüm, s. 5-6.

⁵⁸ KARAMAN, s. 310, Baş, s. 70

⁵⁹ Örneğin, reayanın sipahi için anbar yapmaları adet iken, ev yapmaları zorunlu değildir. Ev yapma hizmeti sadece bazı hallerde olağanüstü durumlarda uygulanabilir. Bunun dışında sipahinin reayayı ev yapmaya zorlaması angarya olarak değerlendirilir. Yine, reaya, sipahilere ayrılan çayırları biçerek yerinde yığarlar ama sipahilerin evine kadar taşımam zorunluluğı yoktur. İNALCIK, Adaletnameler, s. 97

rak tevkif edilemez, bir mahkeme kararı olmadan kimsenin hürriyeti kısıtlanamaz” sözleri, Kuranda Fatır suresinin 18. ayetinde geçen yer alan “hiçbir suçlu başkasının cezasını çekemez” hükmünün bir ifadesidir.⁶⁰ *Ey İnananlar zannın çoğundan sakının, çünkü zannın azı bile suçtur.*⁶¹ Osmanlı uygulamasına ise bu ilke ancak Tanzimat döneminde girebilmiştir.

İşkence ve eziyet görmeme, angarya yasağı gibi kişi dokunulmazlıklarına ait olan haklar, Osmanlı Devletinde, İslam dininin özelliklerine uygun olarak (adaletin sağlanması için çıkarılan) adaletnameler ile sağlanırdı. Adaletname, devlet otoritesini temsil edenlerin reyaya karşı bu otoriteyi kötüye kullanmalarını olağanüstü önlemlerle yasaklayan beyanname şeklindeki padişah hükümleri olarak tanımlanabilir.⁶² Adaletnameler ile, hükümdarın tüm kanun ve kuralların üstünde olan otoritesi, bir haksızlığı ortadan kaldırmak için son tedbir olarak uygulanırdı. Gerek Osmanlı Devleti, gerek diğer İslam ve Türk Devletlerinde Divan-ı ala, Divan-ı Mezalim gibi mahkemelerde hükümdar hiçbir usul ve formaliteye bağlı kalmaksızın hemen orada kesin hükmünü vererek adaletsizliği kaldırırdı.⁶³ Bu mahkemelerde daha çok kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin hükümlerin yanında, kadı hükümlerinin yerine getirilmemesi, hatta kadılar aleyhine yapılan şikayetler görülürdü. Ülke çapında yapılan genel teftişlerde, saptanan zulüm ve haksızlığın kaldırılması için de adaletnameler çıkarılırdı. Sonuçta, adaletnameler, yaygın hale gelen bazı haksızlıkların kaldırılması ve kişi dokunulmazlıklarının sağlanması yolunda Osmanlı Devletinde sıkça başvuru bir yöntem olmuştur.

IV-Tanzimat Döneminde İnsan Hakları Konusunda Yapılan Düzenlemeler

1-Sened-i İttifak

Osmanlı Devletinde can mal güvenliği, şeref ve haysiyetin korunması, angarya ve işkenceden uzak kalma gibi en temel haklar ancak 19 yüzyılda gündeme gelir. Tanzimat dönemi öncesinde, insan haklarının gelişimi açısından

⁶⁰ ARMAĞAN, s. 89 vd.

⁶¹ 49 *Hucurat 12 suresi*. FIĞLALI, s.278-279; EKİNCİ, s. 196-197.

⁶² İNALCIK, Devlet-i Aliyye, s. 324. İNALCIK, Devlet Hukuk Adalet, s. 76-78.

⁶³ Her ne kadar adaletnameler divanlarda çıkarılsa da padişahlar, divan dışında halkın şikayeti ni duyduğu ve gördüğü yerde de adaletname çıkarırdı. H. 999 yılında Kanuni Sulatan Süleyman, deniz kenarındaki yazlık sarayında iken, galata halkı kayıklarla karşısına gelip Galata kadısı aleyhinde doğrudan doğruya şikayette bulunmuş ve padişah kendilerini dinleyince Galata kadısının azline karar vermiştir. İncik, Adaletnameler, s. 77

karşımıza çıkan ilk yazılı belge bazı hukukçu ve tarihçiler tarafından Sened-i İttifak olarak kabul edilmektedir. Rusçuk ayanı Sadrazam Alemdar Mustafa Paşa ve ayanlar arasında imzalanan 7 şarttan oluşan bu belgede⁶⁴ özellikle syoksulların ve reayanın korunmasının esas olduğunu vurgulayan “ayanların yönettikleri bölgede asayiş ve vergilerin ezici olmamasına, haksız vergi alınmayacağına” dair son hüküm konumuz açısından önem taşımaktadır.⁶⁵ Bu senet ile Padişahın yetkisi ilk kez ayanlar lehine sınırlandırılmış, yoksullar ve halk için güvenceler getirilmişti.⁶⁶ Bazı yazarlara göre,kişi dokunulmazlığı, keyfiliğin önlenmesi ve suç ve cezalarda yasallık açısından sened-i ittifak ile getirilen düzenlemeler bir anlamda Magna Carta’yı anımsatmaktadır. Bu nedenle Sened-i İttifakı Osmanlı’nın Magna Cartası kabul ederek anayasal hareketin başlangıcı kabul edenler bulunmaktadır. ⁶⁷ Ancak, bizim de katıldığımız görüşe göre sened-i ittifak ile tanınan haklar doğrudan halk için değil, ayanları memnun etmek için tanınmış olduğundan bu belgenin hiçbir şekilde anayasal hareketin başlangıcı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.⁶⁸

2-Tanzimat Fermanı

Tanzimat Fermanına geçmeden önce, Osmanlı devlet adamlarının Avrupa’nın o dönemde tabii haklara bakışını yansıtmaları açısından önemli gördüğümüz bir rapordan bahsetmek istiyoruz. 1837 yılında Viyana’da elçilik yapan sadık Rıfat Paşa’nın göndermiş olduğu bu raporda Sadık Rıfat, Reform davasının her şeyden önce bir düşünce olayı olduğunu, geleneğe bağlı, keyfi bir sistemden farklı olarak Avrupa’da rasyonel bir devlet yapısı bulunduğunu belirterek bu yönetimin insan tabiatına, insanın tabii haklarına dayandığını yazar.⁶⁹ Sadık Rıfat’ın yaptığı en önemli tespit henüz Osmanlı’da kullanılmayan “Civilization” teriminin aslında yaşam, mülkiyet, haysiyet gibi hakların, yani insan haklarının gerçekleştirilmesi olduğudur. Ona göre insan haklarının

⁶⁴ Sened-i İttifak, metin için bkz: KİLİ-GÖZÜBÜYÜK, s. 3-7

⁶⁵ TANÖR, s. 46

⁶⁶ Sadrazamın keyfi eylemlerinin yasaklanması (4. Şart), yoksulların ve reayanın korunması (7. Şart), vergilerin keyfi olmaması (7. Şart), zulmün yasaklanması (7.Şart), soruşturma yapılmadan suçluya ceza verilememesi (5. ve 7. Şart). İçin bkz: TANÖR, s. 45-46.

⁶⁷ TANÖR, s. 58-59, BERKES, s. 138-140

⁶⁸ Mumcu, belgede özgürlük ve siyasal haklar konusunda bir düzenleme yapılmadığına da değinerek Sened-i İttifak’ın Türk demokrasi tarihinde hiçbir olumlu etkisi olmadığı gibi geleneksel Türk devlet yapısını yok etme özelliğinden bahsetmektedir. MUMCU, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 152 dn.24

⁶⁹ Berkes, s.202.

gerçekleşmesi için hükümetin halkın haklarına ve kanunlara uygun şekilde çalışması gerekir. Aslında, Viyana elçisinin bu tespitleri Batıdaki temel haklar ile Osmanlıda temel hakların karşılaştırmasıdır ve Tanzimat Fermanının ve onunla başlayacak olan dönemin ilkelerini özetlemektedir.

Tanzimat Döneminde, Osmanlı Devletinde, temel hak ve özgürlükler açısından en önemli gelişme kuşkusuz 3 Kasım 1839 tarihinde ilan edilen ve döneme adını veren Tanzimat Fermanıdır. Bazı yazarlarca “**ilk temel haklar beyannamesi**” olarak nitelendirilen bu fermanla “can güvenliği”, “mal güvenliği ve namus güvenliği”, “kişi güvenliği”, “yargılamasız suç ve ceza olamayacağı ilkesi”, ve en önemlisi din ayrımı yapılmaksızın sayılan hakların imparatorlukta yaşayan herkes için geçerli olduğu söylenerek “**eşitlik**” ilkesi getirilmişti.⁷⁰ Eski İslam geleneklerinden köklü bir şekilde ayrılışı ifade eden ‘imparatorlukta yaşayan herkes için geçerli olması’ ifadesi müslümanların duygularını inciten bir ifade olmuştur. Tanzimat Fermanı ile siyaseten katl ve müsadere yöntemleri de kaldırılmıştır. O döneme kadar bu kavramların yaygınlığı düşünüldüğünde, kul sistemine dahil olanların hiçbir şekilde yargılama yapılmadan insanların öldürüldüğü ve mallarına el konulduğu bir sistemde can ve mal güvenliği getirilmesi ve mahkemeler önünde yargılama yapılmadan kimsenin suçlu sayılmayacağı ve idam edilmeyeceği esası, kelime anlamının çok ötesinde bir anlam ifade eder.⁷¹ Ancak yukarıda kısaca değindiğimiz Batıda ortaya çıkan belgelerle karşılaştırıldığı zaman Tanzimat Fermanında getirilen güvenceler çok sınırlı kalmaktadır. Fermanında yaşama hakkı “*emniyet-i can*” olarak ifade edilirken⁷² aslında birbiri ile bağdaşmayan mülkiyet hakkı ile namus güvencesi aynı ibare altında “*mal ve namus ehliyeti*” olarak yer almış, daha da önemlisi kişinin doğuştan sahip olduğu yaşama hakkının sebebi “*devlet ve milletine hüsn-i hizmette bulunmak*” olarak görülmüştür.⁷³ Yine, fermanında yer alan “*her ferdin emlak ve kudretine göre*

⁷⁰ ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 331-333. LEWIS, s. 107. AKILLIOĞLU’na göre, Tanzimat fermanının temel düşüncesi yasal yönetim kurulması bu nedenle yasalar yapılmasıdır. İkinci önemli yaklaşım kişi haklarıdır. AKILLIOĞLU, s. 126. FENDOĞLU da Tanzimat Fermanının Anayasa olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürer. s.112

⁷¹ ORTAYLI, s. 99-100. 1810 tarihli ceza kanununda ise müsadere cezası sadece devletin emniyetini ihlal ve kalpazanlık suçlarıyla sınırlı tutulmuş, 1814 yılında ise tamamen ortadan kaldırılmıştır. Öğün, 371.

⁷² “Dünyada candan, ırz ve namustan eazz bir şey olmadığından” ifadesi ile can emniyeti getirilmektedir. Abadan, s. 53, TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişimi, s. 72., Savcı, s. 163-164, MUMCU, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 164.

⁷³ ALPKAYA, s. 168. Ferman metni için bkz: Düstur, I. Tertip, C.1, s. 2.

bir vergi-i münasib tayin olunarak kimseden ziyadesi alınamaz” ifadesi, mali güce göre vergilendirme ilkesinin kabulü anlamına gelmektedir. Ayrıca fermanda, insanların eşit ve özgür olarak doğduğu prensibine hiç değinilmemiştir. Düşünce özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma hakkı gibi haklardan da söz edilmemiştir. Bunun Tanzimat Fermanı ile her ne kadar halkın can, mal, ırz güvenliği ile ilgili hükümler yer alsada da, bu ilkelerin yerine getirilebilmesi için yeni çıkarılacak olan kanun ve düzenlemelere ihtiyaç vardı. Bu nedenle Fermanda, çıkarılacak ilk kanunun ceza kanunnamesi olduğundan da bahsetmektedir. Nitekim 1840 yılında çıkarılan Osmanlı Ceza Kanunnamesi ile “*Dağdaki bir çobanla vezirin eşit olduğu*” hükmü aslında Tanzimat Fermanıyla getirilmek istenen ceza açısından eşitliğin özet ifadesidir.⁷⁴

3-İslahat Fermanı

1856 yılında çıkarılan ve Tanzimat Fermanının tamamlayıcısı olduğu düşünülen İslahat Fermanı⁷⁵ ise, Osmanlı Devletinde yaşayan gayrimüslimlerle müslümanlar arasında eşitliği daha açık şekilde vurgulayan bir ferman olmuştur. İnsan haklarını adalete hale getirebilmek için tutukluluk ve hükümlülük koşullarının bir an önce iyileştirilmesi, işkence ve eziyete bir son verilmesi, bunu devlet memurları yapar ise şiddetle cezalandırılmaları da fermanda geçen çok önemli konulardır. ⁷⁶Kamu hizmetlerine ve askerlik hizmetine girmede eşitlik, kanun önünde eşitlik, vergi ve eğitim alanında eşitlik sözü verilirken gayrimüslimlerin ibadetlerini rahatça yapabilecekleri de hüküm altına alınmıştı.⁷⁷ Tanzimat Fermanı ile getirilen güvenceler yani can, mal, ırz ve namusa dokunulmaması, yargılamasız ceza olmaz ilkelerinin yanı sıra müsadere yasağı açıkça konmakta, eziyet ve işkencenin önlenmesine ilişkin hükümlerle İslahat Fermanı, Tanzimat Fermanından biraz daha fazla güvence getirmektedir. Tüm bunlara rağmen yine de Batıdaki anlamda bir haklar bildirisi sayılamaz. Gayrimüslimlere özellikle mahkemeler karşısında verilen bazı imtiyazlar, eşitliğin sağlanması açısından dengeyi Müslümanlar aleyhine bozmuştur⁷⁸. Bu nedenle amaçlanan eşitlik ve özgürlük bu fermanla da sağlana-

⁷⁴ Mumcu, İslam hukukunda ceza açısından eşitliğin zaten bulunduğunu söylemiştir. 1840 tarihli yasa ile getirilmek istenen eşitliğin zaten İslam hukukunun temel ilkesi olduğuna değinerek Osmanlı Devletinde can güvenliğinin ne denli zedelenmiş olduğuna da dikkat çekmektedir. Mumcu, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 159. MUMCU, Zulüm, s. 34-35.

⁷⁵ Metin için bkz: KİLİ-GÖZÜBÜYÜK, s. 14-18.

⁷⁶ ALPKAYA, 173-174.

⁷⁷ KARAL, s. 1-4; LEWIS, s. 116-118.

⁷⁸ ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 335, EKİNCİ, 558.vd.

mamıştır. Ancak unutmamak gerekir ki, müslümanlarla gayrimüslimlerin eşit olarak görülmesi, vergide, askerlikte, devlet memuru olmada eşitlik, işkence ve angaryanın önlenmesi, mahkeme önüne çıkmadan suç sabit olmadan kimsenin suçlu sayılmayacağı ilkeleri, eyalet ve merkez meclislerinde gayrimüslimlerin yer alması esaslı Tanzimat döneminde haklar açısından getirilen çok büyük yeniliklerdir.

4-Kanun-i Esasi ve 1908 Değişiklikleri

İnsan hakları konusunda Osmanlı Devletinde fermanlarla başlayan gelişimi 1876 Anayasası takip etmiştir. 1876 Kanun-i Esasinin 8 ve 26. maddeleri arasında düzenlenen “**temel hak ve hürriyetler**” başlıklı bölümde din ve mezhep ayrımı yapmaksızın herkesin Osmanlı sayıldığı (m.8), hak ve özgürlükler açısından herkesin eşit sayıldığı (m. 17) kişi dokunulmazlığına sahip olup yasaların dışında cezalandırılmayacakları (m. 10) konut masuniyeti (m. 22), Kamu yararı gerektirmediği ve parası ödenmediği sürece kimsenin malının elinden alınamayacağı yani mal mülk edinme özgürlüğü (m. 21), Türkçe bilmek kaydıyla herkesin devlet memuriyetine girebileceği (m. 18), düzenlenmiştir. Mumcu, her türlü eziyet, işkence, müsadere ve angaryanın yasaklandığı 24. ve 26. maddeleri, modern insan hakları doktrinine tam olarak uyan maddeler şeklinde değerlendirmiştir.⁷⁹ İnsan haklarının en önemli unsurlarından bir olan “*tabii yargı*” ve “*tabii hakim*” güvencesi de anayasa ile sağlanan güvenceler arasındadır. (m. 23, 82,83,84,85,89).⁸⁰ Anayasanın 11. maddesinde, din özgürlüğünün tanındığını ancak düşünce özgürlüğüne yer verilmediğini görüyoruz. Yine Basın özgürlüğü “*matbuat kanun dairesinde serbesttir*” ibaresi ile “sözde” kalmaktadır.⁸¹ Güvenceler, anayasanın 113. maddesi ile anlamını yitirmiştir. 113. maddede Padişaha devletin güvenliğini ihlal edenlere polis soruşturması sonucunda sürgüne yollama yetkisini vermektedir. O halde, yargılama yapılmaksızın ve suç sabit olmaksızın sadece polis raporu uyarınca kişiler sürgüne gönderilebilecekti. Bu bağlamda, hiç kimsenin açıkça yargılanmadan cezalandırılmayacağı esasını getiren Tanzimat Fermanı bile kişi güvenliği açısından 1876 Anayasasından ileridedir.⁸² Ne acı bir tesadüftür ki

⁷⁹ Mumcu, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 167.

⁸⁰ TANİLLİ, s. 4-5. AKILLIOĞLU, bu anayasa da doğal hukuk görüşünün terk edilmediğini, ancak olan hukuk kavramının da anayasaya girdiğini ileri sürer. s. 13

⁸¹ İlk Anayasa olan Kanun-i Esasi, insan hakları ve özgürlükler konusunda son derece sınırlı kalmaktadır. Mumcu, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 167, ayrıca TANÖR, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 115-117.

⁸² LEWIS, 165-166. Bazı yazarlar, 113. Maddenin, Osmanlı Devletini Tanzimat Fermanının

Anayasanın mimarı olan Mithat Paşa da bu hüküm gereği sürgüne gönderilenler arasındadır. Görüldüğü gibi, Kanun-i Esasi’de “kanun Dairesinde” tanınan özgürlüklerin hepsi neredeyse sonsuz şekilde sınırlanabilir. Özgürlükleri düzenleyecek yasalar için hiçbir sınır ve ölçü konmadığından Padişah kesin olan yetkileri içinde yasama gücünü elde tutarak dilediği sınırlamayı koyabilir.

1876 Anayasası, II.Abdülhamit’in tahttan indirilmesinden kısa bir süre sonra ilk önce 1909 ‘da daha sonra 1912,1914,1916 yıllarında toplam sekiz kez değiştirilmiştir.1876 Anayasasında yapılan 1909 tarihli değişiklikler çerçevesinde temel hak ve özgürlüklere açısından en önemli yenilik, kişi güvenliğini yok eden 113.maddenin kaldırılmasıdır. Düşünce özgürlüğüne yine yer verilme bile Basın özgürlüğü basının ön denetime tabii tutulmayacağı ilkesi eklenerek, “matbuat kanun çerçevesinde serbesttir” hükmü biraz daha yumuşatılmıştır. Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü de yine getirilen yenilikler arasındadır. 1909 değişikliği sayesinde 1876 anayasasının temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümleri daha zengin içeriğe kavuşmuştur.⁸³

V-Cevdet-i Adliye Defterlerinden Bazı Örnekler

Cevdet-i Adliye defterlerinde yer alan bir belgeden anladığımız kadarıyla, Kudüs ilinde Seyid Kasım ve oğulları manastırlarda ayinlere giderek zimmi halkı birbirine düşürmektedir. Kudüsdeki zimmi halk ve Patrikliğin verdiği arzuhalle, daha önce fesatlık yapmamaları hakkında ferman çıkarılmış olduğu halde, adı geçenler eylemlerine devam ettiklerinden, zulüm ve fesatlarına son verilmesi için ferman hükmünün uygulanması talep edilmiştir. Arzuhale cevap olarak gönderilen fermanla, suçluların yakalanarak Magosa kalesine gönderilmesine ve kalebentlik cezasına çarptırılmalarına hüküm verilmiştir.⁸⁴ Bu belge hem zimmilerin din ve ibadet özgürlüğü konusunda

bile gerisine götürdüğüne değinirler. MUMCU, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 169-170, ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s, 340.

⁸³ MUMCU, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s.174-176.

⁸⁴ BOA, 29 Z 1123 H. , 77/4635, C.ADL, a.g.tt.. Fî evâil-i Ra sene 1123 tarihli Kudüs Paşası ve molasına gönderilen fermanla “*Seyyid Kasım ile oğlu mezkur Kudüs-i şerifden kaldırılıp diyâr-ı âhara nefy ve iclâ olunmaları babında emr-i şerifim rica eyledikleri ecilden vech-i meşruh üzere nefy ve iclâ olunmaları için emrim...*” buyurulmuş, yine, Şam Valisine gönderilen ferman ile de suçluların Kıbrıs eyaletinde Magosa kalesine hapsedilerek kalebent edilmeleri buyurulmuştur. “*Kudüs-i şerifin Rum patriği olan Hars Antos ve Rum rahibleri ve sair ehl-i zimmet re ‘âyâ taifesi ordu-yı hümayunuma adam ve arzuhal gönderip bundan akdem Kudüs-i şerif sakinlerinden Seyyid Kasım nam kimesne kendi halinde olmayıp daima re ‘âyâyı taciz ve celb-i mal ve ehl-i örfe tecrim ettirdiğinden gayrı müneccimlik edip ihtilâle bâ’is olmakdanla tedib olunmak üzere iken Kudüs-i şerifden firar ve Asitane-i saadetime ge-*

Osmanlı Devletinin duyarlılığını göstermekte, hem de kamu düzeninin ihlal edilmesi halinde verilen cezalar konusunda ışık tutmaktadır.

7 C 1179 H. tarihli bir belgede, Beypazarı sakinlerinden Ömer, kasap el-Hacı Ali, ve odabaşı Hasan isimli kişilerin ahaliye zulüm ve tecavüzde buldukları belirtilmiştir. Bunun üzerine, adaletin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla Beypazarı naibi, uleması ve kasaba eşrafi merkeze bir arzuhal göndermişlerdir.⁸⁵ Bu belge, adaletin sağlanması için hem halk, hem ulema hem de naipin birlikte hareket ettiğini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Anılan belge aynı zamanda, yukarıda adaletnameleri açıklarken üzerinde durduğumuz halkın şikayet mekanizmasını işletmesine de örnek oluşturmaktadır.

Defterlerde yeralan, ilginç bulduğumuz bir başka belge ise, Derbent reayası tarafından verilen bir arzuhaldir. Dilekçede, Kocaeli Sancağı valisinin kendisine bağlı adamları ve askerleri ile Derbent'e indiğinde, yöre halkının elinden geldiği kadarıyla ikramda bulunmuş olmasına ve saygıda kusur etmemesine rağmen, valinin yapılan ikramı ve saygıyı kusurlu bularak halktan bazı kimseleri darp ettirdiği, değnekle dövürdüğü, müdahale etmek isteyen zabıterleri bile hapse attırdığı, kasabada iki tane han varken halkın oturduğu evleri boşalttırıp kendisinin ve adamlarının yerleştirdiği yazmaktadır. Yine dilekçeye göre, Valinin adamları ahalden birini öldürmüş(kesmiş), yöre halkına her türlü tecavüz ve taaddide bulunmuştur. Bunun üzerine yöre sakinleri verdikleri bu dilekçe ile şikayette bulunarak "*adaletin icra edilmesini*" istemişlerdir.⁸⁶ İslam Hukukunda temel hak ve özgürlükler adalet kavramı ile özdeşleş-

lip yine kendi halinde durmayıp müneccimlik edip sū-i hal üzere olduğundan ahz olunup emr-i şerifimle Kudüs-i şerife nefy ve iclâ olunmuşken ol zamandan beri yine hâlî durmayıp daima kadı ve sair ehl-i örf re'âyâyı tecrim ve akçelerin alıp ve aldırmağa bâ'is ve manastırlarına varıp ayin ve adetlerine karışıp ve oğlu Salih dahi kendi halinde olmayıp kezâlik re'âyâ fukarasına zulm ve ta'addî edip ve mukaddema mezburların töhmet-i sabıkaları ve sū-i halleri der-i devlet medarımaya ilam olundukda fîmâ ba'd kendi halinde olup re'âyâ fukarasını rencide eylememek üzere tenbih ve tekidi müşîr emr-i şerifim sadır olmuşken mezkurlar itaat-i emr-i şerifim etmeyip bunlara evvelkiden ziyade arz ve yine her bar manastırlarına gelip re'âyâ fukarasını taciz ve kemâ fi ş-evvel ve kadı ve sair ehl-i örf taifesi yanlarına varıp re'âyâyı gamz ve tecrim ve akçelerin alıp ve aldırmağa ba'is ve mezburların bu misillü ef'al-i âdet-i müstemirraları olmakla bir vecihle şerhlerinden emin olmayıp mütezarrir oldukların bildirip ol babda hükm-i hümayunum rica eyledikleri ecilden sen ki vezir-i müşârun-ileyhsin mezkurların Kıbrıs ceziyesinde Magosa Kalesi'nde kalebend olunmaları için yazılmışdır. Ferman devletli sultanımdır."

Fi Evasıt-ı Ca sene 1123

⁸⁵ BOA, 7 C 1179 H. ,31/1828,C.ADL.

⁸⁶ BOA, 19 B 1189 H., 58/3519, C.ADL.

miş olduğundan her türlü kişilik hakları ihlal edilen halkın dilekçede haklarının yerine getirilmesi yerine “adaletin icrasını” talep etmesi şaşırtıcı değildir.

Halka yapılan zulüm ve eziyete devlet görevlilerinde katılabildiğine ilişkin bir başka belgede ise, Eğriboz’a bağlı Kızderbend? (Kızılhisar) kasabasında Ziveroğlu Mahmut’un, halkın mallarını gasbederek kasabadaki kızlara sarkıntılık ettiğinden dolayı kaleye hapsedildiği ancak daha sonra kaçtığı yazmaktadır. Sonrasında kasabanın naibiyle birlikte halkın malına ve namusuna izaç ve izrarda bulunmaya devam ettiğinden gasb ettikleri malların geri alınarak tutuklanması yolunda bir hükme rastlıyoruz.(g.tt) ⁸⁷

Bu belgeyle ilgili olarak, Ziveroğlu Mahmut’un gasb suçunu işlediği için İslam hukuku kurallarına göre ceza alması gerekirken neden sadece kaleye hapsedilmiş olduğu tartışmaya değer bir konudur. Bu durum bize, Osmanlı Devletinin şer’i hukuku ceza hukuku alanında yumuşatarak uyguladığını bir kez daha göstermektedir. Bu ve benzeri birçok örnek belgeden, Osmanlı İdaresi’nin devlet görevlilerinin rüşvet almaları ve görevlerini halka karşı kötüye kullanmaları durumunda, görevlileri görevinden almakla yetinmeyip genellikle başka bölgelere sürdüğünü de anlamaktayız.⁸⁸

Devlet görevlilerin görevlerini kötüye kullanarak halkı ezmemesi için çıkarılan 29 M 1172 H. tarihli bir belgede ise, mahkemelerde görev yapan memur ve mübaşirlerin halka zulüm ve eziyet etmemesinin sağlanması amacıyla vali tarafından tayin edilmeleri ve iyi halli kişiler arasından seçilmesine dikkat edilmesi yolunda hüküm verilmiş ve bu hüküm Anadolu ve Rumelinin tümüne duyurulmuştur. ⁸⁹

⁸⁷ BOA, 29 Z 1141 H., 15/951 ,C.ADL, g.tt. Kızılhisar halkının verdiği arzuhalde “..... *halimize merhameten sâ’iyân-ı bi’l-fesad olanlar Mahmud ile nâib Boşnak Mustafa müderisimizden ve ibadullahdan ve re’âyâ fukarasından hilâf-ı şer’ aldıkları akçelerin ve emval erzakların istirdâd ve ba’de’-t-tahsil sayirlerimize ibret-i âlem için kendilerini Kızılhisar kazasından nefy-i beled ve Eğriboz kapısından tard olunmak için Eğriboz valisine hitâben yedimizde olan fetvâ-yı şerif muccebince fermân-ı âli ihsan ve ahval-i perişanımızı der-i devlete arz ve ilam eyle deyü ilhâh ve ibramlarıyla dahi bu dâ’ileri taraf-ı şer’iden muhzur ile davet olundukda kat’â itaat etmeyip evvelki vâki haldir der-i devlete arz ve ilam olunur” denilerek, suçluların cezalandırılmaları istenmiştir. Bunun üzerine verilen ferman ve derkarnarda, malların geri alınarak hapsedilmelerine karar verilmiştir.*

⁸⁸ Örneğin, Bendekli Kazası naibi Mehmet Efendinin rüşvet alarak, halka eziyet ettiği anlaşıldığından görevine son verilerek Sinob’a sürgün edildiğine dair,5 Ş 1180 H., 73/4384, C.ADL.Devlet görevlilerine verilen cezalar ile ilgili bkz: MUMCU, s. 28-30.

⁸⁹ BOA, 29 M 1172 H., 32/1945,C.ADL. “*Memâlik-i mahrusamda olan fukarâ-yı ra’iyyet ve ahâl-i memleketin husul-i esbâb-ı rahatları ve ârıza-i mezâlîm ve ta’addiyâtdan emniyet ve selametleri matlub-ı hümayunum olmakdan naşi tahsil-i emn ve rahat-ı ibadullah irâ-*

Bir başka belgede, halka zulüm yaptığı için Çemişgezek katibi Kara naipzade Abdurrahman'ın görevinden alındığı belirtilmektedir. Anılan belgede “*feraizi diniyesini ifa etmeyip*”; “*av köpekleri ve şahin yetiştiren, her türlü fesatlarla halka eziyet eden*” ifadeleri yer alır. Bir İslam Devletinde, dinin gereğini ifa etmesi herhalde devlet görevlileri için olması gerekenler arasındadır. Katib Abdurrahman'ın sülük, 15-20 kadar av köpeği ve 2-3 tane şahin yetiştirdiği belgede belirtilmiştir. Belgeden gördüğümüz kadarıyla, mahkemelerde hiçbir şekilde görev yapamayacağı Defter-i Hakanide yazılı olmakla birlikte, Abdurrahman, rüşvet ve sair yollarla Çemişgezek kazasında mahkeme katibi olarak halka zulmetmiştir. Abdurrahman sadece kaza halkına zulmetmekle kalmamış, aynı zamanda başka yerlerden teftişe gelen kadılarına dahi “ben mahkeme katibiyim” diyerek rahat vermemiştir. Şikayetler üzerine Abdurrahman halka ibret olsun diye Samsun Kalesine sürgüne gönderilmiştir.⁹⁰

desiyle..... imdi mukaddemâ ve bu def'a şeref sudur olan evâmir-i şerife muciblerin-ce husus-ı mezbure ale'd-devâm itina ve dikkat ve ber-vech-i muharrer davâ-yı şer'îyye için vülât ve mütesellimler taraflarından buyuruldu ile mübaşir tayin olunmak lazım geldikde hafifü'l-meüne bir veya iki veyahut üç nihayeti beş nefer adam ile bir mübaşir tayin ve irsal ile ahâlî-i memleket bâzide-i hasar olmakdan sıyanet ve mübaşir-i merkurum memur olduğu hususun temşiyetine vardığı kazanın zabitan ve a'yân ve ahalisi dahi i'ânet ve husul-i maslahatı ile avdet etdirilmek ve eğer mübâşire adem-i itaat ile memur olduğu maddede ihkak-ı hak olunmaksızın ric'at ettirilmek zabitan ve ayan ve ahali taraflarından kusur ve rehavet sudur ider ise ol makulelerin nefy ve kale bend ve belki tertib-i ceza ile saire mucib-i ibret olmak için isim ve resimleri vülât ve mütesellimler taraflarından Dersaadet'ime arz ve işaret ve eğer anların i'ânet ve muzâheretde kusur etmeyecekleri ve hafifü'l-meüne mübaşir tayini ile maslahat husule geleceği melhuz iken ahali-i memlekete ve fukarâ-yı raîyyete isal-i hasaret için vülât ve mütesellimler taraflarından ziyade adam ve bayrak ile mübaşir tayin olunacak olur ise ol vakitde anların dahi haklarından gelinmek üzere keyfiyet ahali taraflarından alâ-vechi's-sihha arz ve mahzar birle işara mübaderet olunarak mübaşirler hususuna sabıkı üzere nizam verilip ilâ mâşaallâhi te'âlâ düsturü'l-amel tutulmak için nizam-ı merkurum işbu emr-i şerifimle cemî'-i mehâkimde sicillata sebt ve kayd ve mazmun-ı münifi cümleye ilan ve işâ'at ve nizâm-ı merkurum ser-i mu tağayyür ve ihtilâlden gayetü'l-gaye hazer ve mücânebet oluna şöyle ki nizam-ı merkurum bundan sonra hilafına hareket olunduğu haber alınır ise ol makule hilaf-ı nizam hareket her kimin tarafından zuhur eder ise bilâ-tereddüd ve 'idât-ı şedide-i şahaneme mazhar olacakları bi-ıştibâhdır ana göre amel ü hareket ve hilâfından tehâşi ve mücânebet olunmak babında fermân-ı âlîşânım sadır olmuştur.

Fî evâhir-i sene [1]172

⁹⁰ BOA, 29 Ş 1206, 26/1572,C.ADL.(g.tt) “..... **Defter-i Hakani'de Abdurrahman namına ve silsilesine kat'a kadı ve niyabet verilmesin deyü yeri terkin olunmuşken** turuk-ı hilede yed-i tülâsi olduğundan Asitane-i atabede kasaba-i Çemişgezek'den birkaç mürteşîye **rüşvet verip âhar memlekeden Abdurrahman namıyla kasabamız kadısı budur deyü ber-takrib tatbik düsürüp** ba'dehü müfşidlerin tasannu' fesâdlarıyla mürâsele-i kazâyı kendiyeye getirip fukarâ ve ra'îyyetin harabına bâdî ve bâ'is olduğundan **mâ'âdâ âhar memlekeden Çemişgezek'e gelen kuzâta dahi rahat vermeyip ben emr-i pâdişâhiyle mahkeme katibiyim deyü** bir müf-

İncelediğimiz bir başka belge ise Nevrapok kazasına a'yân olan *Bön-lü Hacı Beşo* demekle maruf *Hacı Ali* isimli kişinin zulmüne maruz kalan halkın şikayetlerini anlatmaktadır. Hacı Ali'nin eziyetlerine tahammülü kalmayan ve perişan olan kasaba halkının talebi üzerine , yargılama yapılarak A'yan Hacı Ali suçlu bulunmuş ve mahkemede halkın da onayı alınarak haksız yere elde ettiği paraların hayır işlerinde kullanılması yolunda şahitler huzurunda hüccet verilmiştir.⁹¹ Haksız yere el konan paraların hayır işlerine kullanılması takdir edilecek bir uygulamadır. Bu da bize Osmanlı Devletinde kamu hizmeti kavramının devlet tarafından bizzat yerine getirilmemekle birlikte yine de devletin teşvik etmesiyle yerine getirildiğine dair bir örnek oluşturmaktadır.

Cevdet-i Adliye Defterlerinde yer alan bazı belgelerden ise çıkardığımız ortak sonuç, temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen halkın kendisine zulüm yapan, eziyet eden, canına malına ve namusuna tecavüzde bulunan herkese karşı (ki sıklıkla bu kişiler arasında devlet görevlileri olduğunu da görüyoruz) "**devletten korunma ve adalet**" talep edebilmiş olmasıdır. Ancak bu arzuhallerin sayısının çok kabarık olması aynı zamanda, bu tür sıkıntıların Osmanlı Devletinde yüksek boyutta olduğunu da düşündürmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, halkın idareye haklarının yerine getirilmesi için değil, adalet talep edilmesi yolunda başvuruda bulunmalarınıdır. Bu durum bize

sid katib Maden-i Keban'a nasb ve kendi ve kardeşi ve kardeşi oğlu dahi kasaba-i mezburede katib olup kitabet sevdasıyla kendi halinde olmayıp memleket voyvodasın ve ağavâtın ve köy ihtiyarların iğfal sanat-ı ifsadiyesiyle voyvoda ve ağavata tağallüb edip hânâtlardan nîm kaldırıp âhar hânâta tahmil ve rüşvet-i vâfire ile hânâtları tahrib ve bir tekâlif ve sâlyanelerde voyvoda olanlardan altışar yüz kuruş ve kasaba-i mezbure hâsırlarından iltizâmı altı yüz kuruşa olan karyesini meccânen alıp sâlyâne defterlerini temhir ve el altından nicelere hüccet ve mürâsele verip umur-ı hükümetimizi tatil ve halelden hâli olmadığı ve ol vechle perişan-ı fükarâ ve ihtilâl-i umûr-ı kazaya mütecâsir olduğu ecilden merâhim-i aliyye-i hüsvâniden mütemennâ ve mütezarri'dir ki ba'de'l-yevm....

⁹¹ BOA, 8 B 1197 H., 32/1930, C.ADL.(hüccet) ".....kazâ-i mezbure duhul ederler ise a'yân ve sair ağavat ile ma'an ve ber-vech-i muharrer hayyen ve meyten ahz ve hukkâm ve zabîtâna teslimde iğmaz ve ednâ tekâsül olunur ise hazine-i hümayuna elli bin kuruş nezzimiz olsun eğre merkûmün Hacı Beşo ve refikleri Tarlis karyesi sükkânından Ali Ve Mezol karyesi sükkânından Feyzullah Hoca ve Hüseyincik mahallesinde sakin Teşon karyeli demekle maruf Hasan'ın ahz ve teslimlerinde vech-i muharrer üzre iğmâz ve tekâsül gerek müvekkilimizden ve **gerek her birlerimizden zuhur eder ise nezzimiz olan elli bin kuruşu padişah-ı âlem-penâh rûy-ı zemîn -halledallâhu hilafetehu ilâ yevmi'd-dîn ve ebbede saltanatehû bi-du'âi'l-ulemâi's-sâlihîn- hazretleri taraf-ı hümayunlarından tahsil ve ebnâ-i sebîlin turuk-ı saliki tamir ve termimine harc ve sarf buyursunlar dediklerinde yükelâ-i merkâmunun nezr-i mezkur Başmuhasebe'ye kayd ve ebnâ-i sebîlin turuk ve mesâliki tamir ve termimine müte'allika kelamlarını mîr-i mûmâ-ileyh Veliyyüddin Bey hazretleri vicahen tasdik ve şifahen tahkik edicek mâ vaka'a gubbe't-tasdik bi'l-ibtigâ ketib ve tahrir olundu.**

Osmanlı Devletinin şer'î yapısı içinde adalet kavramının önemini, hatta temel hak ve özgürlüklerin aslında çıkarılan adaletnameler ile biçimlendiğini gösterir. Ancak suçlulara verilen cezaların kişi haklarının güvence altına alınmasında yeterli olup olmadığı tartışmalıdır.

SONUÇ

Günümüzde bile tam olarak tanımlanamayan özgürlük, insan hakkı gibi kavramlar ancak 19. yüzyılda Osmanlı Devletinde tartışılmaya başlanmıştır. Osmanlılar insan hakkı kavramını Tanzimat öncesi dönemde adalet kavramı içinde değerlendirmişlerdir. Padişahlar tarafından çıkarılan kanunnameler sadece Müslümanlar için değil, imparatorlukta yaşayan herkes için geçerlidir. Adaletin sağlanması, dolayısıyla insanların haklarını korumanın en güzel uygulamalarından biri de hiç kuşkusuz halkın hakkını aramak için saraya kadar gidip, Divan-ı Hümayuna bizzat çıkarak şikayette bulunabilmiş olmasıdır. Özellikle devlet görevlilerinin yaptığı zulümlere karşı bu yol oldukça etkili bir mekanizma olarak adaletin işlenmesini sağlamıştır. Özellikle 16. yüzyıl ve 17. yüzyıllarda asayişin sağlanması, kanuna aykırı vergi alınmaması, kamu görevlilerinin görevini kötüye kullanmamaları için adaletnameler çıkarılmıştır.

Tanzimat Döneminde, insan hakları ve temel haklar; çıkarılan fermanlar, Anayasa, ve diğer kanunlar içinde düzenlenmiştir. Osmanlı Devletinde insan hakları uygulamalarını değerlendirirken, konuyu olumlu ve olumsuz açılarından değerlendirmek gerekir. Osmanlı yönetiminin insan hakları ile bağdaşmayan olumsuz bazı uygulamaları olmuştur. Devşirme sistemi, kul sistemi, müsadere sistemi, devlet görevlilerinin yaptığı zulümler olumsuz açıdan en çok eleştirilen konulardır.

Olumlu açılardan baktığımızda, Osmanlı yöneticilerinin insan hakları uygulamasında son derece ileri bir görüşe sahip olduklarını söyleyebiliriz. Osmanlılar fethettikleri topraklarda gayrimüslimleri din değiştirmeye zorlamamışlar; zimmet kurumu çerçevesinde onlarla barış içinde yaşama yolunu tercih etmişlerdir. Diğer taraftan, zulmün önlenmesi için sürekli çıkarılan adaletnameler, ayrıca 19. yüzyılda yapılan yasal düzenlemeler, Osmanlı yönetiminin adil olma ve insan hakları konusundaki duyarlılığını göstermektedir.

Ayrıca yine üstünde önemle durmak istediğimiz bir başka nokta, 19. yüzyılda Batılılaşma hareketleri içinde insan haklarının çekirdeğini oluşturan can, mal, namus güvenliği ile din ve vicdan özgürlüğünün sadece Tanzi-

mat, Islahat Fermanları ve 1876 Anayasası ile değil, Cumhuriyete kadar olan dönemde yapılan kanunlaştırma hareketlerinin tamamı ışığında değerlendirilmesi gereğidir. Kanun önünde eşitlik, yargılamasız suç ve ceza olmaz, tabi hakim güvencesi, konut dokunulmazlığı gibi kavramlar anılan ferman ve Anayasa dışında Tanzimat dönemiyle birlikte başlatılan kanunlaştırma hareketleri ile Osmanlı hukuk mevzuatına girerek Osmanlı Devletini bir hukuk devleti olma yolunda ilerletmiştir.

Tüm bu tartışmalar sonunda, Osmanlı Devletinde insan hakları olgusunun doğal olarak günümüz anlamında algılanmadığını, ancak çağdaşı olan devletlerle birlikte değerlendirildiğinde o dönemde kabul edilen ölçülerde devletin insan haklarını gözettiği sonucuna varabiliriz.

KAYNAKÇA

- ABADAN, Yavuz , “Tanzimat Fermanının Tahlili”, Tanzimat I, İstanbul 1940, (s.31-58).
- AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları, I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 7, Ankara 1995.
- AKYILMAZ, Sevgi, Gül, Osmanlı Devletinde Eşitlik Kavramının Gelişimi, Profesörlük Çalışması, Konya 2000.
- AKYILMAZ, Sevgi Gül, “Osmanlı Devletinde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması”, GÜHFD, C. XII, Y. 2008, sa. 1-2, s. 389-420.
- ALPKAYA, Gökçen, “Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri”, İnsan Hakları Yıllığı, 1992. (s. 167-181).
- ANSAY, Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, b.4, Ankara 2002.
- ARMAĞAN, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987.
- AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 5. Bası, İstanbul 2005.
- BAŞ, Haydar, İnsan Hakları Açısından Veda Hutbesi, ve Evrensel Beyanname, İcmal Yayıncılık, İstanbul 1999.

- BELGE, Murat, Osmanlıda Kurumlar ve Kültür, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Haziran 2005.
- BERKES, Niyazi, Türkiye’de Çağdaşlaşma, Yayına Haz: Ahmet Kuyaş, YKY Yayınları, b.7, İstanbul 2004.
- BOZKURT, Gülnihal, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Türk Tarih Kurumu, b.2, Ankara 1996.
- BOZKURT, Gülnihal, “Türk “Hukuk Tarihinde Azınlıklar”, AÜHFD,1993, C.43 S.1-4, (s.49-61).
- C.ÜÇOK/A.Mumcu/G.Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, b.14, Ankara 2010.
- CİN, Halil/AKYILMAZ,Gül,Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Hukuk Düzeni, 1995, Konya.
- CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003.
- ÇANDARLIOĞLU,Gülçin,“Uygurlarda İnsani Değerler ve Hukuk”, Tarih Boyunca Türklerde İnsani değerler ve İnsan Hakları: Başlangıcından Osmanlı Dönemine kadar, 1. Kitap, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı, İstanbul 1992,(s. 117-130).
- DONNELLY, Jack, Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları, (Çev: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara 1995.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku -Adalet ve Mülk-, Arı Sanat Yayınevi, 1. Bası, 2008 İstanbul.
- FIĞLALI, Ethem Ruhi, “İslami Anlayışta İnsani Değerler”, Tarih Boyunca Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları: Başlangıcından Osmanlı Dönemine kadar, 1. Kitap, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı, İstanbul 1992, (s.257. 279).
- FENDOĞLU, Tahsin, Devlet Diplomasi ve İnsanın Özgürlük Mücadelesi, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.
- GENÇ, Mehmet, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri, Ulusal ve Uluslararası Temel Mevzuat, Bursa 1997.
- İNALCIK, Halil, Devlet-i Aliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar- I, Klasik Dönem(1302-1606)Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Bası Haziran 2009.

- İNALCIK, Halil, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayıncılık, İstanbul 2005.
- KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, b.7, Ankara 1993.
- KAPANİ, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, b.2,İzmir 1991.
- KARAL, Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, (Islahat Fermanı Devri) Türk Tarih Kurumu, C. VI ,b. 6. Ankara 2000.
- KARAMAN, Hayrettin, İslam Hukukunda Devlet, Fert ve İnsan Hakları, Tarih Boyunca Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları: Başlangıcından Osmanlı Dönemine kadar, 1. Kitap, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı, İstanbul 1992 (281-324).
- KİLİ, Suna-Gözübüyük,Şeref, Türk Anayasa Metinleri, Ankara 1985, Ankara 1985.
- KONAN, Belkıs, Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukuki Durumu, Ankara 2007.
- KONAN, Belkıs, “Osmanlı Devletinde Kapitülasyonlar Çerçevesinde Yabancıların Din ve Vicdan Özgürlüğü”, AÜHFD. C.57 sa.1, (s.167-185).
- LEWIS, Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Türk Tarih Kurumu Basımevi,8. Bası, İstanbul 2000.
- LÜTEM, İlhan, “Ferdin Milletlerarası Himayesi”, AÜHFD, Yıl 1952 C.9, sa.1-4,(s.68-125).
- MİRAS, Talat, “ İnsan ve Vatandaş Hakları Demeci”. İnsan Hakları Dergisi, sa.9, Eylül 1947.
- MOSCA, G-Çev: Mukbil Özyörük, “Magna Carta'dan 20. Asıra kadar İngiliz Anayasa Hareketleri”, AÜHFD, Yıl:1948,C.5,S.1-4,(s.43-58).
- MUMCU, Ahmet, Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, A.Ü.H.F.Yayınları No: 307, Sevinç Matbaası, 1972.
- MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, 3. Bası, Phoenix Yayınevi, 2007 Ankara.
- MUMCU, Ahmet-Küzeci, Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 5. Bası,

Ankara 2011.

ORTAYLI, İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Alkım Yayınevi, 25.Bası, İstanbul 2006.

TANERİ, Aydın, Türk Devlet Geleneği: Dün –Bugün, İstanbul 1993.

ÖĞÜN, Tuncay, “Osmanlı Devleti’nde Müsadere Uygulamaları”, Osmanlı C. 6 Teşkilat, Ankara 1999.

SAVCI, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, A.Ü.S.B.F.Yayımları, No: 449, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:1, Ankara 1980.

TANİLLİ, Server, Türk Anayasaları ve İlgili Mevzuat, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, b.9, İstanbul 2002.

TANÖR, Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu (Hukuk Ötesi Boyutlar), BDS Yayınları, İstanbul 1990.

TAŞAĞIL, Ahmet, “Göktürklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları”, Tarih Boyunca Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları: Başlangıcından Osmanlı Dönemine kadar, 1. Kitap, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı, İstanbul 1992,(s.103-116).

TÜRKELİ, Cevat, “Hunlarda İnsani Değerler ve Hukuk”, Tarih Boyunca Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları: Başlangıcından Osmanlı Dönemine kadar, 1. Kitap, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı, İstanbul 1992,(s.71-92).

UDEH, Abdülkadir, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, C.1, Ankara 1990.

Yararlanılan Arşiv Belgeleri

BOA, 7 C 1179 H. ,31/1828,C.ADL.

BOA, 19 B 1189 H. , 58/3519, C.ADL.

BOA, 29 Z 1123 H. , 77/4635, C.ADL.

BOA, 29 Z 1141 H. , 15/951,C.ADL.

BOA, 5 Ş 1180 H. , 73/4384, C.ADL.

BOA, 29 M 1172 H. , 32/1945,C.ADL.

BOA, 29 § 1206 H. , 26/1572,C.ADL.

BOA, 8 B 1197 H. , 32/1930, C.ADL.

MİLLETVEKİLLERİNİN SEÇİM ÇEVRELERİNE DAĞITIMI SORUNU VE ANAYASA MAHKEMESİNİN 2011/39 SAYILI KARARI

Hikmet TÜLEN*

ÖZET

Bu çalışma milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtımı sorunu ile ilgilidir. Çalışmada, konuyla ilgili mevcut yasal düzenlemeler üzerinde durulmuş ve Anayasa Mahkemesinin 2011/39 sayılı kararı irdelenerek bu kararın uygulamayı ne yönde etkilediği araştırılmıştır. Ayrıca mevcut dağıtım yönteminin daha farklı esaslar çerçevesinde kurgulanması halinde illerin çıkaracağı milletvekili sayılarının mevcut duruma nazaran nasıl bir farklılık göstereceği incelenmiştir.

Temsilde adaletin ve oyların eşit ağırlıkta olması ilkesinin gereği olarak parlamentoya seçilen her bir milletvekilinin mümkün olduğunca birbirine yakın sayıda nüfusu ya da seçmeni temsil etmesi gerektiği hususunda hiçbir tereddüt yoktur. Bu noktada, matematiksel ya da mutlak eşitlik sağlayan bir seçim sistemi arayışına girmek yerine, sübjektif sebeplerle temsilde adaletten ve oyların eşitliği prensibinden ayrılmayan bir seçim sistemini inşa etmeyi hedeflemek, daha anlamlı ve gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Eşit oy, temsilde adalet, seçim çevresi, milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtımı, Anayasa Mahkemesi'nin 2011/39 sayılı kararı.*

THE PROBLEM OF ALLOCATION OF REPRESENTATIVES TO THE CONSTITUENCIES AND A DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT (DECISION NO: 2011/39)

ABSTRACT

This paper deals with the question of allocation of seats to the constituencies. The present legal regulations pertinent to the subject have been dwelled upon and in what way the decision of the Constitutional Court (no: 2011/ 39), having been explicated, has affected the implementation has been inquired. Moreover, it has been examined what kind of a difference the number of Members of Parliament the cities send off makes in comparison with the present circumstances, in case that the present method of allocation is speculated within the framework of more different elements.

As a necessity of the principle of equal suffrage and fair representation, there is no doubt that each Member of Parliament elected into the Parliament should

* Yrd. Doç. Dr., Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

represent a nearly equal number of population or the electorate as much as possible. At this point, instead of seeking an electoral system which provides mathematical or absolute equality, aiming at the construction of an electoral system which does not deviate from the principle of equality of votes and fair representation on subjective grounds will be a more meaningful and realistic approach.

Key Words:*Equal suffrage, fair representation, constituency, allocation of seats to the constituencies, a decision of Constitutional Court (no: 2011/39).*

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi kararlarına isim vermek gibi bir uygulama olsaydı, Mahkemenin 10.2.2011 günlü, E.2009/88, K.2011/39 sayılı kararına “*Bayburt Kararı*” adının verilmesi isabetli olabilirdi. Zira bu kararla, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 4. maddesinde yer alan ve nüfusuna bakılmaksızın her ilin en az iki milletvekili ile temsil edilmesini hedefleyen bir düzenleme iptal edildi. Bu kararı takiben Yüksek Seçim Kurulunca, 2010 yılı nüfus verilerine göre yapılan hesaplama sonunda, 81 il arasında en az nüfusa sahip olan Bayburt ilinin nüfusunun sadece (1) milletvekili çıkarmaya yettiği tespit edildi. Anayasa Mahkemesinin sözü edilen iptal kararı olmasaydı, Bayburt, bir önceki seçimde olduğu gibi 2011 seçimlerinde de (2) milletvekili çıkaracaktı. Bu yönüyle iptal kararı, Bayburt’un, 2011 yılı seçimlerinde tek milletvekiline sahip yegâne il olarak tescillenmesi sonucunu ortaya çıkarmış oldu.

Bu yazıda, Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı irdelenecek ve sözü edilen iptal kararının uygulamayı ne yönde etkileyeceği sorusuna cevap aranacaktır. Fakat bu konuya geçmeden önce, temsilcilerin seçim çevrelerine dağıtımında dikkate alınması gereken hususların neler olduğu, benimsenecek dağıtım sisteminin seçim sonuçları üzerinde ne tür bir etkisinin olabileceği, bu bağlamda tarihsel tecrübenin ve diğer ülke uygulamalarının konuya nasıl bir ışık tuttuğu gibi konular üzerinde özetle durulacaktır. Ayrıca, Türkiye’deki cari seçim sistemi uyarınca milletvekillerinin illere hangi ölçütler çerçevesinde tahsis edilmekte olduğu hususu ele alınacak ve bu tahsis yönteminin unsurlarının değiştirilmesi halinde illerin milletvekili sayılarında ne gibi değişikliklerin olacağı araştırılacaktır. Bu bağlamda, milletvekillerinin illere dağıtımında örneğin nüfus ölçütünün yerine seçmen sayısının esas alın-

ması halinde nasıl bir tabloyla karşılaşılacağı ortaya konacaktır. Keza, milletvekillerinin illere dağıtımında ilk hesaplamada nüfusuna bakılmaksızın her ille birer milletvekili verilmesi uygulamasından vazgeçilip doğrudan illerin nüfusuna göre dağıtım yapılması halinde bunun, hâlihazırdaki dağılımı ne yönde etkileyeceği gibi hususlar üzerinde durulacaktır.

Bu çerçevede ilk olarak, hâlihazırda yürürlükte bulunan kurallar çerçevesinde seçim çevrelerinin çıkaracağı milletvekili sayısının nasıl belirlendiği izah edilecektir.

I- İllerin Çıkaracağı Milletvekili Sayısının Belirlenmesi

10.6.1983 günlü, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 5. maddesinde “*Seçim çevreleri ve her seçim çevresinin çıkaracağı milletvekili sayısı, Yüksek Seçim Kurulu tarafından, genel nüfus sayımı sonuçlarının açıklanmasından itibaren en geç altı ay içinde, 4 üncü madde uyarınca tespit edilerek Resmi Gazete, radyo ve televizyonla ilan edilir.*” hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere her seçim çevresinin çıkaracağı milletvekili sayısını tespit etmek görev ve yetkisi Yüksek Seçim Kuruluna aittir. Yüksek Seçim Kurulu bu görevini genel nüfus sayımı sonuçlarının açıklanmasından itibaren en geç altı ay içinde yerine getirecektir. Bilindiği üzere, önceki yıllarda genellikle her beş yılda bir genel nüfus sayımı yapılmaktaydı ve buna bağlı olarak da illerin çıkaracağı milletvekili sayısının her beş yılda bir yeniden tespit edilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, 2007 yılından bu yana illerin nüfusu ve Türkiye nüfusu Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi verilerine dayalı olarak her yıl yeniden tespit edilmektedir. Bu nedenle, Yüksek Seçim Kurulunun da illerin çıkaracağı milletvekili sayısını yıllık olarak belirlemesi gereği ortaya çıkmıştır.

Seçim çevrelerinin nasıl belirleneceği ve her bir seçim çevresinin çıkaracağı milletvekili sayısının hangi yöntemle tespit edileceği ise 2839 sayılı Kanunun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu 4. madde şöyledir:

“Seçim çevreleri ve çıkaracağı milletvekili sayısı:

İllerin çıkaracağı milletvekili sayısının tespitinde toplam milletvekili sayısından her il'e önce bir milletvekili verilir.

Son genel nüfus sayımı ile belli olan Türkiye nüfusu, birinci fıkradaki illere verilen milletvekili sayısı çıkarıldıktan sonra kalan milletvekili sayısına

bölünmek suretiyle bir sayı elde edilir. İl nüfusunun bu sayıya bölünmesi ile her ilin ayrıca çıkaracağı milletvekili sayısı tespit olunur.

*Nüfusu milletvekili çıkarmaya yetmeyen illerin nüfusları ile artık nüfus bırakan illerin artık nüfusları büyüklüklerine göre sıraya konular ve ilk he-
sapta iller arasında bölüştürülmemiş bulunan milletvekillikleri bu sıraya göre
dağıtılır. (Ek cümle: 22/10/2009 – 5922/1 md.) Şu kadar ki nüfusu iki mil-
letvekili çıkarmaya yetmeyen iller, artık nüfus sıralamasında da milletveki-
li sayısını ikiye çıkaramazsa, önce iki milletvekili çıkaramayan illere ikinci
milletvekili verilir.¹*

*Son kalan milletvekilliğinin verilmesinde, iki veya daha fazla ilin eşit
nüfus veya nüfus artışı göstermesi halinde, bunlar arasında ad çekilir.*

*Yapılan tespit sonunda, çıkaracağı milletvekili sayısı 18'e kadar olan
iller, bir seçim çevresi sayılır. Çıkaracağı milletvekili sayısı 19'dan 35'e kadar
olan iller iki, 36 ve daha fazla olan iller üç seçim çevresine bölünür. Bu seçim
çevreleri, numara sırasına göre adlandırılır.*

Bu illerin seçim çevreleri belirlenirken:

*a) Seçim çevreleri, mümkün olduğu ölçüde eşit veya birbirine yakın sa-
yıda milletvekili çıkaracak şekilde oluşturulur.*

b) Mümkün olduğu ölçüde ilçelerin mülki bütünlüğü dikkate alınır.

*c) Aynı seçim çevresinde yer alacak ilçelerin nüfus ve coğrafi yakınlık-
ları ile ulaşım imkanları gözönünde bulundurulur.*

*Bu illerin milletvekili sayısının seçim çevrelerine dağıtımında; seçim
çevrelerinin çıkaracakları milletvekili sayısı, nüfusları bakımından illerin
milletvekili sayısını tespit etmeye ilişkin esaslara göre belirlenir.”*

*Görüldüğü üzere maddede, kural olarak her ilin bir seçim çevresi sayı-
lacağı² belirtilmiş ve milletvekillerinin illere hangi ölçütler çerçevesinde dağı-
tımının yapılacağını gösterilmiştir. Bu çerçevede milletvekillerinin illere dağı-*

¹ 2839 sayılı Yasanın 4. maddesinin üçüncü fıkrasına 22.10.2009 günlü, 5922 sayılı Yasay-
la eklenmiş olan ve metinde vurgulu olarak gösterilmiş olan ek cümle, Anayasa Mahkemesi-
nin 10.2.2011 günlü, E.2009/88, K.2011/39 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve bu iptal kararının
18.2.2011 günlü, 27850 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla yürürlükten kalkmıştır.

² Çıkaracağı milletvekili sayısı 18'den fazla iller ise birden fazla seçim çevresine ayrılmaktadır.
Bu çerçevede, 2011 yılı itibarıyla üç ilimiz [İstanbul (3), Ankara (2) ve İzmir (2) olmak üzere]
birden çok seçim çevresine ayrılmış bulunmaktadır.

tımı ile ilgili esasları şöylece sıralamak mümkündür.

- Toplam milletvekili sayısı 550'dir. (Any., m.75; 2839 s.Y., m.3)

- Milletvekillerinin iller arasında dağıtımında gözetilecek olan temel kriter illerin nüfusedir. Diğer bir ifadeyle ilin nüfusu ne kadar büyükse sahip olacağı milletvekili sayısı da o kadar çok olacaktır. Görüldüğü üzere, tahsis işleminde, o ilde bulunan kayıtlı seçmen sayısı değil, ilin nüfusu esas alınmaktadır.

- Nüfus kriteri temel belirleyici olmakla birlikte, 1983 yılından bu yana yürürlükte bulunan 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda, nüfusuna bakılmaksızın her ile belli sayıda³ milletvekili tahsis edileceği yönünde bir kısım düzenlemelere de yer verilmiştir.

Şunu da hemen belirtelim ki -bugünkünden daha farklı bir hesaplama yöntemi içermekle beraber- pratikte nüfusa bakılmaksızın her ile en az bir milletvekilliği verilmesi sonucunu doğuran bir düzenlemenin, 1961 Anayasası döneminde yürürlükte bulunan 25 Mayıs 1961 günlü, 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda da yer aldığı görülmektedir. 1961-1980 yılları arasındaki dönemde milletvekillerinin illere dağıtılmasında, her ile nüfusuna bakılmaksızın önce birer milletvekili tahsis edilmemiş, aksine milletvekillerinin illere dağıtımında doğrudan illerin nüfusları dikkate alınmıştır. Buna karşılık, illerin artık nüfuslarının değerlendirilmesine gelince her ilin en az bir milletvekiline sahip olması sonucunu doğuran bir düzenlemeye de yer verilmiştir⁴.

- 1982 Anayasası döneminde bugüne kadar yapılan bütün milletvekili seçimlerinde 2839 sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca, nüfusa bakılmaksızın her ile bir milletvekili tahsis edilmiştir.

³ 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 4. maddesinde, nüfusuna bakılmaksızın her ile bir milletvekili tahsis edilmesini öngören bir düzenleme başından beri yer almaktadır. Bunun yanında 22.10.2009 günlü, 5922 sayılı Yasayla, nüfusuna bakılmaksızın her ilin en az iki milletvekiline sahip olması sonucunu doğuran ek bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Bununla birlikte sözü edilen bu son düzenleme, Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden hiçbir seçimde uygulanma imkanı bulamadan yürürlükten kalkmıştır.

⁴ 25 Mayıs 1961 günlü, 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 4. maddesinde illerin çıkaracağı milletvekili sayısının hesaplanma biçimi gösterilmiştir. Buna göre: "*Son genel nüfus sayımı ile belli olan Türkiye nüfusunun (450) 'ye bölünmesi suretiyle elde edilen rakam esas alınarak, her ilin çıkaracağı milletvekili sayısı, il nüfusunun bu rakama bölünmesiyle tespit olunur. Bu suretle hesaplanan milletvekillerinin sayısı (450) 'yi bulmadığı takdirde, nüfusu bir milletvekili çıkarmaya yeterli olmayan illere birer milletvekilliği verildikten sonra, artık nüfus bırakan iller, artıkların büyüklüğüne göre sıraya konur ve ilk hesapta iller arasında bölüştürülmemiş bulunan milletvekillikleri, bu sıraya göre dağıtılır.*" Bkz., TUNCER, s.59.

- Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararıyla iptal edilen 22.10.2009 sayılı, 5922 Yasayla getirilen düzenleme ise bu kuralı değiştirmiş ve nüfusa bakılmaksızın her ile en az bir değil en az iki milletvekilliği tahsis edilmesi sonucunu doğuran bir düzenlemeye yer vermişti.

- Milletvekillerinin illere dağıtımında izlenecek yöntem, 2839 sayılı Yasanın 4. maddesinin halen yürürlükte bulunan düzenlemeleri çerçevesinde şu şekilde özetlenebilir:

İllerin çıkaracağı milletvekili sayısının tespitinde her ile önce bir milletvekili verilir.

Daha sonra, son nüfus sayımı ile belli olan Türkiye nüfusu kalan milletvekili sayısına bölünmek suretiyle bir sayı elde edilir. İl nüfusunun bu sayıya bölünmesi ile her ilin ayrıca çıkaracağı milletvekili sayısı tespit edilir. Bu işlemler yapıldıktan sonra geriye, dağıtılmayan milletvekilleri ve milletvekili dağıtımında dikkate alınamayan il artık nüfusları kalacaktır. Dolayısıyla üçüncü bir işlem daha yapılması gerekecektir. Buna göre de;

Nüfusu milletvekili çıkarmaya yetmeyen illerin nüfusları ile artık nüfus bırakan illerin artık nüfusları büyüklüklerine göre sıraya konular ve ilk hesapta iller arasında bölüştürülmemiş olan milletvekilleri bu sıraya göre dağıtılır.

Son kalan milletvekilinin verilmesinde, iki veya daha fazla ilin eşit nüfus veya nüfus artışı göstermesi halinde, bunlar arasında ad çekilir.

Yukarıda aktarılan bu hesaplama yöntemine somut bir örnek olması için 2010 yılı nüfus verilerini dikkate alarak Ankara ilinin çıkaracağı milletvekili sayısını hesaplayalım.

2010 yılı Türkiye nüfusu: 73.722.988; toplam milletvekili sayısı: 550; toplam il sayısı: 81; Ankara ilinin nüfusu: 4.771.716'dır.

Nüfusuna bakılmaksızın her ile birer milletvekilliği verileceği için (550) sayısından (81) çıkarıldığında 469 sayısı bulunur.

Türkiye nüfusu 469'a bölünmek suretiyle bir sayı elde edilir. Buna göre; $73.722.988 : 469 = 157.191$. Çıkan bu sayıya "*tahsis sayısı*" adını verebiliriz.

Ankara ili nüfusunun "*tahsis sayısı*"na bölünmesi suretiyle Ankara ilinin çıkaracağı milletvekili sayısı tespit edilir. Buna göre; $4.771.716 : 157.191 = 30$.

Bu hesaplama sonucunda Ankara ilinin, milletvekili dağıtımı işleminde "*tahsis sayısı*"nın altında kalan ve değerlendirmeye alınamayan nüfusu (diğer

bir ifadeyle artık nüfusu) 55.960 olacaktır. Bu artık nüfus, diğer illerin artık nüfusları ile birlikte büyükten küçüğe sıraya konularak Türkiye genelinde dağıtılmamış olan milletvekilleri bu artık nüfus sırasına göre dağıtılacaktır⁵.

Nihai olarak, Ankara ili, ilk hesapta nüfusuna bakılmaksızın (1), ikinci hesapta nüfusuna oranla (30) olmak üzere toplamda (31) milletvekiline sahip olacaktır.

Milletvekili Seçimi Kanunu'nun milletvekillerinin illere dağıtım ile ilgili bulunan 4. ve 5. maddeleri hakkındaki bu açıklamalardan sonra, takip eden bölümde, başta "seçim sistemleri" ile "seçim çevresi" kavramları olmak üzere, seçim çevrelerinin hangi esaslar gözetilerek belirlendiği, seçim çevrelerine tahsis edilecek milletvekili sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususların neler olduğu gibi konulara kısaca temas edilecektir.

II- Milletvekillerinin Seçim Çevrelerine Dağıtım Sorununu İlgilendiren Diğer Bazı Konu Başlıkları

1. Seçim Sistemleri Hakkında Kısa Bir Giriş

Seçim sistemleri tabiri, dar anlamda, kullanılan geçerli oyların sandalyelere nasıl dönüştürüleceğini belirleyen teknik usulleri ifade etmektedir. Buna karşılık geniş anlamda seçim sistemleri deyimi, milletvekillerinin partiler arasında dağılımı ile ilgili hesaplama biçiminin yanında, seçim çevrelerinin genişliği ve seçim turlarının sayısı vb. hususları da kapsamına almaktadır.⁶ Bu çerçevede şu ayrımlar yapılabilir.

Çoğunluk Sistemi – Nispî Temsil Sistemi: Çoğunluk sisteminde, milletvekilliği ya da sandalyeler o bölgede en çok oy alan adaya ya da partiye verilir. Buna karşılık nispî temsil sisteminde, partilerin elde edecekleri milletvekili sayısı aldıkları oy oranına göre belirlenir. Bu iki sistem tek başlarına uygulanabileceği gibi, bu iki sistemin belli unsurları bir araya getirilerek hayli değişik karma sistemler de oluşturulabilir.⁷

⁵ 2010 yılı nüfus verilerini baz alarak yaptığımız hesaplamalara göre, illerin artık nüfusları büyükten küçüğe doğru sıralandığında Ankara ilinin artık nüfusu 55. sırada yer almaktadır. Buna karşılık ilk iki hesap sonucunda dağıtılmayan milletvekili sayısı ise 41'dir. Bu nedenle, dağıtılmayan sonuncu milletvekilini artık nüfusu itibarıyla 41. sırada bulunan il alacağından, artık nüfus sıralamasında 55. sırada bulunan Ankara ilinin artık nüfusu itibarıyla ilave bir milletvekili daha çıkarması söz konusu değildir. (Ayrıntılar için bkz., aşağıda Tablo-III)

⁶ Seçim sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEZİÇ, s.270 vd.

⁷ TEZİÇ, s.270.

Tek İsimli Seçim – Listeli Seçim: Bu kapsamda, seçimin yapıldığı çevre, daha doğrusu seçim çevrelerinin dar ya da geniş olmasına göre bir ayırım yapılır. Buna göre, dar bölge usulünde bir seçim çevresinden tek bir temsilcinin seçilmesi söz konusudur; buna karşılık liste usulünde seçim çevresinden birden fazla sayıda temsilci seçilir. “Tek isimli seçim, yalnızca çoğunluk sistemi ile uygulanabildiği halde, listeli seçim hem çoğunluk hem de nispî temsil sistemi ile uygulanabilmektedir.”⁸

Tek Turlu Seçim – İki Turlu Seçim: “Tek turlu seçimde, oyların basit çoğunluğunu elde eden aday, ya da liste seçimi kazanır. Buna karşılık iki turlu seçimde, adayların birinci turda seçilebilmeleri için, kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunu elde etmeleri gerekir. Aksi halde, kısa bir süre sonra (genelde ilk turu takiben bir ya da iki hafta içinde) ikinci tur seçim yapılır ve bu turda artık, kullanılan geçerli oyların basit çoğunluğunu elde eden aday seçilmiş sayılır”⁹.

Yukarıdaki unsurlar dikkate alınarak Türkiye’de milletvekili seçimlerinde halen uygulanmakta olan seçim sisteminin niteliği ortaya konulmak istenirse şu tespitler yapılabilir:

1- Çoğunluk sistemi değil, nispî temsil sisteminin bir türü olan d’Hondt sistemi uygulanmaktadır. Buna karşılık siyasi partilerin milletvekili dağılımından pay alabilmeleri için ülke çapında kullanılan geçerli oyların en az %10’u tutarında oy almış olmaları gerekir. Yani %10’luk bir “ülke barajı” söz konusudur.

2- Dar bölge usulü değil, liste usulü uygulanmaktadır. Yani seçim çevrelerinden birden fazla milletvekili seçilmektedir¹⁰.

3- İki turlu değil, tek turlu seçim usulü uygulanmaktadır. Zaten nispî temsil sistemi uygulandığı için iki turlu seçim usulünün uygulanmasına gerek kalmamaktadır.

⁸ TEZİÇ, s.270.

⁹ Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz., TEZİÇ, s.270 vd.

¹⁰ Türkiye’de halen listeli seçim usulü esastır; bu nedenle her bir seçim çevresinden (*İstanbul, Ankara ve İzmir illerinin birden fazla seçim çevresine bölünmüş olması dışında kural olarak her il bir seçim çevresidir*) birden fazla milletvekili seçilmektedir. Buna karşılık, nüfusu sadece bir milletvekili çıkarmaya yetebilecek durumda olan istisnai birkaç il yönünden listeli seçim usulünün geçerli olamayacağı belirtilmelidir. Bu çerçevede 2011 yılı itibariyle sadece Bayburt ili bu istisnanın kapsamına girmektedir. Bununla birlikte nüfus büyüklüğü itibariyle sonlarda yer alan birkaç ilin daha önümüzdeki yıllarda muhtemel nüfus hareketleri çerçevesinde sadece birer milletvekili çıkarmak durumunda kalabilecekleri görülmektedir.

İptal kararına konu olan yasa kuralı, yukarıda sözü edilen seçim sistemlerinin unsurlarından sadece seçim çevrelerinin büyüklüğü (seçim çevrelerinden tek bir temsilci mi, yoksa birden çok sayıda temsilci mi çıkacağı) sorunu ile ilintilidir. Bu nedenle, ülkemizde uygulanan seçim sisteminin detayları ve bu kapsamda d'Hondt usulüne göre milletvekillerinin partiler ya da adaylar arasında nasıl paylaştırıldığı vb. hususlar üzerinde durmadan bundan sonraki açıklamalarda, seçim çevrelerinin sınırları ile büyüklüklerinin nasıl belirlendiği ve bu bağlamda ne tür sorunların ortaya çıktığı gibi hususlar ele alınacaktır.

2- Seçim Çevresi Kavramı ve Seçim Çevresi Türleri

Seçim sistemleri tasarlanırken ele alınması gereken temel konulardan birisi de seçim çevrelerinin hangi esaslar çerçevesinde belirleneceği hususudur. Bu bağlamda demokratik rejimlerde, “ülkenin birtakım seçim çevrelerine bölünmesi ve her seçim çevresinden belirli sayıda milletvekili seçilmesi şeklindeki *coğrafi temsil*” yönteminin yaygın biçimde benimsendiği görülmektedir.¹¹

Coğrafi temsilin, “ulusal çevre”, “geniş çevre” ve “dar bölge” olmak üzere üç farklı biçimde uygulanabildiği görülmektedir. “*Ulusal çevre*” adını taşıyan uygulamada, ülkenin bütünü bir seçim çevresi oluşturur; yani ülkenin bütününden ibaret tek seçim çevresi vardır. Bu durumda, seçimlerde her parti, parlamento üye sayısının toplamı kadar aday adı taşıyan listelerle seçmenin karşısına çıkar.¹² Bu yöntemde, çoğunluk usulünün uygulanması durumunda, çoğunluğun oyunu alan parti bütün milletvekillerini kazanacağı için, parlamentoda muhalefetin temsili imkânı kalmayacaktır. Bu nedenle, ulusal çevre yönteminin nispi temsil yöntemiyle birlikte uygulanması zorunluluğu vardır. Ulusal çevre yönteminin uygulandığı kimi ülkelere Monako, İsrail, Hollanda, Japonya vd. örnek gösterilebilir¹³.

“Coğrafi temsilin ikinci uygulama biçimi, “*geniş çevre*” yöntemidir. Bu yöntemde ülke, birden çok milletvekilinin seçileceği seçim çevrelerine ayrılmaktadır.”¹⁴

“Coğrafi temsilin üçüncü uygulama biçimi ise, “*dar çevre*”, “*dar bölge*” veya “*tek isimli seçim*” adını taşımakta ve ülke, tek milletvekili çıka-

¹¹ Bkz., ARASLI, s.136-37.

¹² ARASLI, s.137.

¹³ Bkz., ARASLI, s.137.

¹⁴ ARASLI, s.138.

racak küçük seçim bölgelerine bölünmektedir.”¹⁵ Bu yöntem günümüzde İngiltere’de ve diğer bazı ülkelerde uygulanmaktadır. Dar bölge yöntemi nispi temsille bağdaşamayacağı için, beraberinde çoğunluk sistemini getirmektedir.

“Geniş ve dar bölge sistemleri, uygulamada, seçim çevrelerinin nasıl belirleneceği sorununu beraberlerinde getirmektedirler. Bu sorunun, seçim çevrelerinin ülkenin idari bölünüşüne uydurulması ya da idari bölünüşün dışında yapay seçim çevreleri oluşturması yollarıyla çözümlendiği”¹⁶ görülmektedir.

3- Seçim Bölgelerinin Belirlenmesi Sorunu: Tarihi Tecrübeye Bir Bakış

“Seçim bölgelerinin belirlenmesi, seçim bölgesi sayısının ve büyüklüğünün kararlaştırılması sürecidir. Burada seçim bölgesinin büyüklüğü denildiğinde, alansal büyüklük değil, o seçim bölgesinden çıkartılacak milletvekili sayısı kastedilmektedir.”¹⁷ Bu açıdan bakıldığında, yaygın olarak uygulanma durumu olmayan “ülke seçim çevresi” modeli bir yana bırakılacak olursa, seçim bölgeleri genelde, tek temsilcinin seçildiği “dar bölgeler” ve birden çok temsilcinin seçildiği “geniş bölgeler” olarak ikiye ayrılırlar.

Ülkenin seçim bölgelerine ayrılması kaçınılmaz olarak, sandalyelerin dağılımında temsil eşitsizliklerine yol açar. Bu eşitsizlikleri gidermek görevi ise öncelikle yasa koyucuya düşer. Bununla birlikte seçim bölgelerinin ayrılmasından kaynaklanan temsil eşitsizliklerinin düzeltilmesi çok kolay bir iş değildir. Öncelikle, daha önce var olan coğrafi ve yönetsel çevrelerin dikkate alınması gerekir. Ayrıca bu konudaki asıl güçlük, aynı demografik ağırlığa sahip seçim bölgeleri oluşturulmasında kendini gösterir. Aksi halde bazı seçim çevrelerinin diğerlerine oranla avantajlı bir konum elde etmeleri söz konusu olabilecektir.¹⁸ Oysa “seçimle gelmiş bir meclisin içinde temsilin mükemmeli olması gerekir. 1.000 kişi tarafından seçilen 10 üyeli bir mecliste, her üye 100 kişiyi temsil etmelidir. Bu durumda söz konusu grubun tüm üyeleri tam anlamıyla temsil edilmiş olacaktır. Buna karşılık, seçimle gelmiş (X) adlı kişi 50 kişi, (Y) adlı kişi 150 kişi tarafından seçilirse, (X)’in 50 seçmeninden her biri (Y)’nin 150 seçmeninden her birine göre üç defa daha iyi temsil ediliyor demektir”¹⁹.

¹⁵ ARASLI, s.138.

¹⁶ ARASLI, s.138.

¹⁷ NOHLEN, s.26.

¹⁸ Bkz.,COTTERET/EMERİ, s.29-30.

¹⁹ COTTERET / EMERİ, s.29.

Bu alanda yasa koyucunun ilgisiz davranışı sık rastlanan bir olgudur. Çok hızlı demografik değişikliklere rağmen yasa koyucunun seçim bölgelerinin milletvekili sayılarını bu değişikliklere uyarlayacak gerekli yasal düzenlemeleri uzun yıllar boyunca yapmaması temsil eşitsizliklerinin artmasına yol açmıştır. Bu bağlamda “Büyük Britanya’daki çürümüş kasabalar (*rotten boroughs*) iyi bilinen bir tarihsel örnektir. 16. yüzyılla 19. yüzyıl arasında, sanayi devrimine rağmen Avam Kamarası’nda sandalyelerin seçim bölgelerine göre yeniden dağıtımına gidilmemiştir. 1831’de Birmingham, Leeds ve Manchester’in (137.000 kişi) hiçbir milletvekili yoktu. Buna karşılık, (7) seçmenin bulunduğu ve seçim bürosunun konulacağı bir dam altının dahi bulunmadığı Old Sarum’un iki milletvekili vardı; (...) 19. yüzyıl boyunca liberal partinin ve işçi sendikalarının taleplerinin esası bu yapay seçim bölgelerinin zor da olsa kaldırılması, hiçbir temsilcisi olmayan yeni seçim bölgelerinin temsilciye kavuşturulmasıydı.”²⁰

4- Seçme Hakkının Eşitliği, “Tek Kişi, Tek Oy” İlkesi

“Seçme hakkının eşitliği veya tek kişi, tek oy ilkesinden seçim veya referandumlarda her seçmenin eşit ve tek oy kullanması anlaşılır. Başka deyişle, her seçmenin seçimlerde yalnız bir oyu vardır; hiçbir seçmen birden çok oy kullanmak hakkına sahip değildir.”²¹

Seçme hakkının eşitliği ilkesini temin etmek ve “eşit ve adil bir parlâmenter temsil sistemi kurabilmek için, ülkeyi idari, demografik vb. ölçütleri göz önünde tutarak seçim çevrelerine ayırmak ve bu suretle her milletvekili veya temsilcinin mümkün mertebe aynı sayıda seçmeni temsil etmesine fırsat vermek doğru olur. Ama, hemen belirtmek gerekir ki, parlamento üyeliklerinin çevre nüfusuna göre dağıtılmasında, matematik formüllere uygun tam ve kesin ölçüler bulmak imkansızdır. Bu konuda önemli olan matematik ölçülere ulaşmak değil, keyfi veya indî dengesizlikleri önlemektir.”²²

Bu sorunla ilgili önemli tartışmaların yaşandığı ABD’nde “Amerikan Yüksek Mahkemesinin 26 Mart 1962 tarihli *Baker v. Carr* kararı, tek kişi, tek oy ilkesi açısından bir dönüm noktası olmuştur. Çünkü Yüksek Mahkeme, o tarihe kadar siyasal temsil hakkının bölgelerin nüfuslarına göre dengeli bir şekilde bölüştürülmesi olayını, federe devletleri ilgilendiren siyasal nitelik-

²⁰ COTTERET / EMERİ, s.32-33.

²¹ KARAMUSTAFAOĞLU, s.129.

²² KARAMUSTAFAOĞLU, s.134.

te bir olay (bir hükümet tasarrufu) saymış ve yargı denetimine tabi tutmaktan kaçınmıştır.”²³ Mahkeme, sözü edilen kararında ise, önceki görüşünü değiştirmiş ve bölüştürme konusunun yargılanabilir nitelikte olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, 1964 yılında verdiği diğer bir kararda da bu yaklaşımını şu vurgulu ifadelerle ortaya koymuştur: “Meclislerdeki yasa koyucular ağaçları veya toprak dönümlerini değil, halkı temsil ederler. Yasa koyucuları seçenler seçmenlerdir; köyler, şehirler veya ekonomik çıkarlar yasa koyucuyu seçmezler. (...) Sistemimiz temsili bir hükümet sistemidir ve temsilcilerimiz doğrudan doğruya halk tarafından seçilen ve halkı temsil eden devlet organlarıdır. Öyleyse, temsilcilerimizi serbest ve eşit şekilde seçme hakkı siyasal sistemimizin temel bir unsurudur. Bu bakımdan belirli bir bölgede oturan kimsele-re ait oyların bir başka yerde oturan kimselerin oylarından daha ağır basması haklı görülmez. Herkesin oyu aynı değerdedir. Tek kişi, tek oy demokratik devlet düşüncesinin temel ilkesidir.”²⁴

5- Karşılaştırmalı Hukuk Verileri

Temsilcilerin seçim çevrelerine dağıtımı meselesinde temel ilke şudur: Milletvekillikleri (sandalyeler ya da temsilcilikler) seçim çevrelerine, bu çevrelerin nüfuslarına oranla dağıtılmalıdır. Her seçim çevresi nüfusuyla orantılı miktarda milletvekiline sahip olmalıdır. Bununla birlikte orantılı olmayan dağıtımlar da vardır. Örneğin ABD Senatosu ve İsviçre Devletler Konseyi’nde bütün eyalet ya da kantonlar nüfuslarına bakılmaksızın iki temsilciye sahiptirler²⁵. Bunun yanı sıra, azınlıkların parlamentoda temsiline imkân sağlamak üzere, nüfuslarına bakılmaksızın bunlara belli sayıda milletvekilliğinin tahsis edildiği örnekler de vardır. Örneğin Slovenya’da İtalyan ve Macar azınlık gruplarına, nüfuslarına bakılmaksızın birer milletvekilliği tahsis edilmektedir²⁶. Keza, İspanya’da (İsp. Any. m.68) kural olarak her ilin en az ikişer olmak üzere nüfusu oranında milletvekiline sahip olduğu, fakat (76.000 nüfuslu) Ceuta ve (66.000 nüfuslu) Melilla şehirlerinin nüfuslarına bakılmaksızın birer temsilciye sahip kılındıkları görülmektedir.

²³ KARAMUSTAFAOĞLU, s.135.

²⁴ Robert E. CUSHMAN, *Leading Constitutional Decisions*, New York, 1966, s.222’den aktaran: KARAMUSTAFAOĞLU, s.136.

²⁵ Venice Commission, “*Report On Electoral Systems*”, CDL-AD(2004)003, s.15-16

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., The European Centre for Parliamentary Research and Documentation (ECPRD), “*Electoral Systems in Europe: An Overview*”, <https://ecprd.secure.europarl.europa.eu/ecprd/getfile.do;jsessionid=0D8214277403556EB95B2350346AB87D?id=5063>

Nüfusa orantılı temsil ilkesine ayrıca kimi şartların daha ilave edilerek seçim çevrelerine tahsis yönteminin geliştirildiği örnekler de vardır. Örneğin ABD’nde Temsilciler Meclisi üyelerinin seçimi bağlamında, seçim çevrelerine tahsis edilecek temsilci sayısının belirlenmesinde şu ilkeler çerçevesinde hareket edilmektedir:

1. Toplam temsilci sayısının artması durumunda, her bir eyaletin sahip olacağı temsilci sayısında azaltmaya gidilemez. (Alabama Paradoksu)
2. Seçim çevrelerine tahsis edilecek temsilci sayısının belirlenmesinde sadece nüfus kotası belirleyici olacaktır.
3. Temsilciliklerin eyaletlere tahsisi işleminde bütün eyaletler için aynı yöntem uygulanacaktır.
4. Kullanılan yöntemin küçük ya da büyük eyaletler yönünden aşırı derece lehe ya da aleyhe olmaması gerekmektedir.
5. Her bir eyaletin en az bir temsilcisi olmalıdır.²⁷

Seçim çevrelerinin belirlenmesi sorunu ile ilgili olarak diğer ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında genel olarak şu gözlemler yapılabilir:

Bazı ülkelerde dar bölge usulü uygulanmaktadır ve her seçim çevresinden sadece bir milletvekili seçilmektedir. Örneğin İngiltere, Fransa ve Hindistan’da durum bu şekildedir. Dar seçim çevrelerinin sınırlarının belirlenmesinde ya ilçeler baz alınmakta ya da yapay seçim birimleri oluşturulmaktadır.

Bazı ülkelerde ise karma bir usul takip edilmekte ve temsilcilerin bir kısmı çoğunluk usulüne göre dar bölgelerden seçilmekte, bir kısmı ise nispî temsil yöntemine göre geniş bölge seçim çevrelerinden seçilmektedir. Örneğin Almanya ve İtalya’da bu yöntem uygulanmaktadır. Geniş seçim çevresinin sınırlarının nasıl belirleneceği hususunda ise bazen şehirlerin baz alındığı bazen de eyalet sınırlarının aynı zamanda seçim çevresinin de sınırlarını oluşturabildiği görülmektedir.

Bazı ülkelerde ise ülkenin tamamı tek bir seçim çevresi olarak işlem görmektedir. Örneğin Hollanda’da bu yöntem uygulanmaktadır.

²⁷ Venice Commission, “*Report On Electoral Systems*”, s.16

Şayet ülkenin tamamı tek bir seçim çevresi olarak belirlenmemişse gerek dar bölge yönteminin gerekse de geniş bölge usulünün uygulanmasında seçim çevrelerinin adaletsizliklere yol açmadan belirlenmesi temel sorunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan seçim çevrelerinin nüfusları itibariyle birbirlerine aşağı yukarı eşit olup olmadıkları önemli bir sorundur. Eğer bu eşitlik sağlanamıyorsa bu durum adalete uygun olmayan seçim sonuçlarıyla karşılaşılmasının başlıca nedenlerinden biri olacaktır. Seçim çevrelerinin sınırlarının çizilmesi ve büyüklüklerinin belirlenmesi uygun şekilde yapılmazsa bu durum çok dikkatli bir şekilde tasarlanmış olan seçim sisteminin alt üst olmasına yol açabilir²⁸.

III- Milletvekili Seçimi Kanunu'nda 22.10.2009 Günlü, 5922 Sayılı Yasayla Yapılan Değişikliğin Anayasaya Aykırılığının Tartışılması

1- Anayasaya Aykırılık İddialarının Özeti

Anamuhalefet partisi TBMM grubu adına grup başkanvekilleri tarafından 6.11.2009 tarihinde açılan iptal davasında, 10.6.1983 günlü, 2839 sayılı *Milletvekili Seçimi Kanunu*'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasına 22.10.2009 günlü, 5922 sayılı *Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un 1. maddesiyle eklenen cümlenin Anayasanın 2., 10., 67. ve 80. maddelerine aykırı olduğu iddiasına yer verilmiştir. Bu iddianın gerekçeleri ise özetle şu şekilde açıklanmıştır²⁹:

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda, dava konusu 5922 sayılı Yasayla yapılan değişiklik öncesinde her ilin en az bir milletvekili ile temsilinin öngörülmüş olduğu, iptali istenilen kuralın ise her ilin en az iki milletvekili ile temsil edilmesini esas aldığı,

Anayasanın 10. maddesinde eşitlik ilkesine, 67. maddesinde ise “eşit oy” ilkesine yer verilmiş olduğu, eşit oy ilkesinin seçmenlerin her birinin oyunun eşit ağırlıkta (değerde) olmasını gerektirdiği, keza alınan geçerli oylarla kazanılan sandalyeler arasında adil bir oranın bulunmasının gerekli olduğu; buna karşılık dava konusu kuralın bu ilkelerle bağdaşmadığı,

Değişiklik öncesindeki mevzuatta da her il'e, nüfusuna bakılmaksızın bir milletvekilliği verileceğine ilişkin kural bulunduğundan aslında “eşit oy”

²⁸ HOROWITZ, “*Electoral Systems: A Primer for Decision Makers*”, <http://www.redpartidos.org/files/JofDem%20Article%20on%20Electoral%20Systems%2011-03.doc>

²⁹ Bkz., 18.2.2011 günlü, 27850 sayılı Resmi Gazete.

ilkesini zedeleyen bir durumun önceden de olduğu; iptali istenilen kuralın ise bu dengesizliği daha da artırdığı,

İptali istenilen kural ile yapılan düzenlemenin, geçerli oylarla seçilen üye sayısı arasında adil bir oranın kurulmasını tümüyle ortadan kaldıran ve dolayısıyla “eşit oy” ilkesine aykırı düşen ve nüfusu oldukça az olan illerde kullanılan oyları ayrıcalıklı hale getiren bir düzenleme olduğu, bu durumun temsilde adalet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmadığı,

Ayrıca milletvekilinin temsil görevini, yere (seçildiği il’e) bağlayan söz konusu düzenlemenin, Anayasanın 80. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda, iptali istenilen kuralın, aşağıda özetlenecek olan gerekçelerle Anayasanın 2., 10. ve 67. maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkemenin iptal kararı esas olarak şu gerekçeye dayanmıştır. Dava konusu kuralla, nüfusu iki milletvekili çıkarmaya yetmeyen illere öncelikle ikinci milletvekilliği verilerek nüfusu az olan illerde kullanılan oyların daha ağırlıklı hale getirildiği, böylece bu illerde yaşayan seçmenlerle nüfusu daha fazla olan illerde yaşayan seçmenler arasında, kullanılan oyların ağırlığı konusunda farklılık yaratılarak eşitsizliğe yol açıldığı yönündeki tespit, iptal kararının temel gerekçesini oluşturmaktadır. Böylece nüfusu yetmeyen illere yasa ile ikinci milletvekilliği tahsis edilmekle geçerli oyların sayısı ile seçilecek milletvekili sayısı arasında olması gereken adil bir dengenin ortadan kaldırıldığı ve nüfusu düşük illerde kullanılan oylara ayrıcalık tanınarak oyların eşitliği ve temsilde adalet ilkelelerine aykırı bir durumun yaratılmış olduğu gerekçesiyle kuralın, Anayasa’nın 2., 10. ve 67. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

3- Kişisel Kanaatimiz

Anayasanın 67. maddesinin ikinci fıkrasında seçme hakkının genel kabul gören birtakım ilkelerine yer verilmiştir. Buna göre, “*Seçimler ve halk oylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır.*”

Bu maddenin altıncı fıkrasında ise, “*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.*” kuralına yer verilmiştir.

Anayasanın 80. maddesinde ise, “*Türkiye Büyük Millet meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.*” denilmektedir.

Seçme hakkına ve milletvekillerinin seçim bölgeleriyle bağlantısının ne şekilde kurulacağına ilişkin hususlarda Anayasada yer alan hükümler esas itibarıyla bunlardan ibarettir. Görüldüğü gibi, Anayasada, bir seçim sistemi vazedilmemiştir. Seçim sisteminin düzenlenmesi yasakoyucuya bırakılmıştır. Bu nedenle Anayasada, çoğunluk ya da nispi temsil sistemlerinden hangisinin uygulanacağı, ülke barajı ya da seçim çevresi barajı olup olmayacağı, seçim çevrelerinin hangi esaslara göre tayin edileceği, milletvekillerinin iller arasında hangi ölçülere dağıtılacağı gibi konularda herhangi bir belirleme yapılmamıştır.

Yukarıda zikredilen hususlar, Türk hukukunda, 10.6.1983 günlü, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nda düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu Yasanın dışında seçimlerle ilgili ve seçmen kütükleri hakkında diğer bazı yasal düzenlemelerin olduğu da malumdur.

Türk seçim sisteminde kural olarak her il’in bir seçim çevresi sayılacağı ve illere nüfusları oranında milletvekili tahsis edileceği esası benimsenmiştir. Ana ilke budur; iller nüfusları oranında milletvekiline sahip olacaklardır. Bununla birlikte, 2839 sayılı Yasanın 4. maddesinde, her ilin nüfusuna bakılmaksızın bir milletvekiline sahip olacağı kuralına yer verilmiştir; iptal kararına konu olan kural ise, nüfusu ne olursa olsun her ilin en az iki milletvekiline sahip olmasını öngörmekteydi. Bu düzenlemeler, illere, nüfuslarına göre milletvekilliği tahsis edileceğine ilişkin kurala istisna teşkil etmişlerdir.

Karşılaştırmalı incelemelere bakıldığında zaman, değişik ülkelerde de birtakım sebeplere dayalı olarak belli seçim çevrelerinin, nüfuslarına bakılmaksızın asgari belli bir sayıda temsilciye sahip kılındıkları görülmektedir. Kanatımızca, parlamentoda her il’in nüfusuna bakılmaksızın en az bir temsilcisinin olması, bu durum her ne kadar genel kurala bir istisna teşkil etse de, çok rahatsız edici olmayabilir ve bunun birtakım makul açıklamaları yapılabilir. Fakat öğretilerde bu görüşün aksini savunan yazarlar da vardır. Bu kişilere göre, ana ilkeden ayrılmak için bir neden yoktur; iller ancak nüfusları oranında milletvekiline sahip olmalıydılar; bu nedenle her il nüfusuna bakılmaksızın bir milletvekilliği tahsis edilmesi yöntemi uygun değildir. Çünkü seçim çevrelerinin ve çıkaracakları milletvekili sayılarının belirlenmesinde her il’e nüfusuna bakılmaksızın önce birer milletvekilliği tahsis edilmesi ve nüfus esasının geri

kalan milletvekilleri için uygulanması, küçük illerin lehine büyük illerin ise aleyhine sonuç doğurmaktadır. Küçük nüfuslu iller büyük nüfuslu illere oranla parlamentoda daha ağırlıklı olarak temsil edilmektedirler. Bu nedenle, milletvekillerinin illere dağıtımında “önce her ile bir milletvekili verilmesi” uygulamasından vazgeçilmelidir.³⁰

Görüldüğü üzere, her ilin nüfusuna bakılmaksızın en az bir milletvekiline sahip olmasına ilişkin kural bile tartışmalıdır. Hal böyle iken, iptal kararına konu olan kuralın, hangi gerekçelerle her ile en az iki milletvekili verilmesini öngördüğünü daha yakından incelemek gerekmektedir.

Kanun teklifinin gerekçesinde bu noktada şu hususlar öne çıkarılmıştır.

1- Her ilin sadece bir milletvekili ile temsil edilmesi durumunda, bu milletvekilinin vefatı ya da milletvekilliği sıfatının sona ermesi halinde o ilin temsilcisz kalacağı, bunun önlenmesi için en az iki milletvekili ile temsile ihtiyaç bulunduğu gerekçesi...

Kanaatimizce bu gerekçe tatmin edici değildir. Şöyle ki, Anayasanın 78. maddesine 27.12.2002 günlü, 4777 sayılı Yasayla eklenen son fıkraya göre “... bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılır. ...” Bu durumda, bir ilin tek milletvekilinin olması ve bu kişinin de vefat etmesi veya TBMM üyeliği sıfatının sona ermesi halinde, söz konusu ilin, o yasama döneminin sonuna kadar temsilcisz kalması söz konusu olmayacak; sadece, yenisinin seçimi için geçecek süre boyunca (yani üç ay kadar bir süre için) temsilcisi bulunmayacaktır.

2- Her ilin birden fazla milletvekiline sahip olması halinde o ilde yaşayan farklı görüş ve düşüncedeki seçmenlerin Mecliste birer temsilci ile temsil edilmelerine zemin sağlanmış olacağı, bu suretle de siyasi çoğulculuğa imkân verilmiş olacağı gerekçesi...

Bu yaklaşım, ilk bakışta makul bir hedefi işaret eder gibi görünmekle birlikte bazı sorunlu yönleri de içinde barındırmaktadır. Şöyle ki, bu görüşün mantıki sonucu, her ilde belli ölçüde oy almış olan adayların ya da siyasi partilerin mutlaka temsilcilik elde etmeleri gerektiğinin ileri sürülmesine ka-

³⁰ Bu yöndeki görüşler için bkz., ATAR, Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri Sempozyumu’nda sunulan tebliğ, içinde: *Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri (Sempozyum 18-19 Şubat 2005)*, TESAV Yayını, Ankara, 2005, s.144; Aynı görüşte, YÜZBAŞIOĞLU, aynı eser, s.154; TÜRK, aynı eser, s.247-248.

dar gidebilir. Pratikte bunun mümkün olamayacağı izahtan varestedir. Kaldı ki, %10'luk ülke barajı uygulamasının varlığı dikkate alındığında, bu barajı geçemeyen bir siyasi partinin belli bir seçim çevresinde oyların nitelikli çoğunluğunu elde etmesi halinde bile sandalye kazanamayacağı açıktır. Her şeyden önce, bir ilde milletvekilliklerinin siyasal partilere ya da bağımsız adaylara nasıl dağıtılacağı adayların alacakları oy sayısına bağlıdır. Bu itibarla bir ilin iki milletvekiline sahip olması halinde bu iki milletvekilinin her durumda farklı siyasal görüşler arasında paylaşılacağı söylenemez; tam aksine iki milletvekilini de aynı siyasal partinin elde etmesi uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur.

3- Yasa kuralının gerekçesinde ve meclis müzakerelerinde yapılan açıklamalarda bir kısım illerin nüfuslarının azalmakta olduğu ve bu illerin yakın bir gelecekte tek milletvekili ile temsil edilmelerinin muhtemel olduğu, bunun önlenmesi gerektiği ifade edilerek, iptal kararına konu olan kuralın, somut olarak herhangi bir il'in kayırılması ya da mağdur edilmesi amacıyla getirilmediği, söz konusu kuralın esasen konuyla ilgili bir ilkeyi saptadığı, diğer bir ifadeyle kuralın öznel amaçlar takip edilerek çıkarılmamış olduğu ifade edilmiştir.

Yasanın sadece belli bir il gözetilerek çıkarılmamış olduğu savunması doğru olabilir. Gerçekten de, önümüzdeki dönemlerde nüfus hareketlerine bağlı olarak, nüfusu azalan bir kısım illerin ikinci bir milletvekili çıkarmaya nüfusları yetmeyebilir. Bugünden bakıldığında hangi illerin böyle bir durumla karşılaşabilecekleri bilinemez; fakat 2010 yılı verilerine göre nüfus büyüklüğü sıralamasında sonlarda yer alan örneğin Bayburt, Tunceli, Ardahan (...) illerinin, önümüzdeki yıllarda nüfuslarının artmayıp azalması halinde tek milletvekili ile temsil edilmelerinin söz konusu olabileceği görülmektedir.

Bununla birlikte, yasanın amaç ögesi bakımından sakatlık içermemesi, yasanın diğer unsurları yönünden anayasaya aykırılığının tartışılmasına engel değildir. Buna göre;

Dava dilekçesinde ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiaları kanaatimizce iki grupta ele alınabilir. Bunlardan birincisi, kuralın, Anayasanın 80. maddesine aykırı olduğu iddiasıdır. İkinci grupta ise *eşitlik, eşit oy ve temsilde adalet* kavramları çerçevesinde kuralın, Anayasanın 2., 10. ve 67. maddelerine aykırı olduğu savı yer almaktadır.

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralın milletvekilinin temsil görevini, yere (seçildiği il'e) bağladığı, bu nedenle Anayasanın 80. maddesine aykırı-

rı olduğu ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, kuralın Anayasanın 80. maddesine aykırı olduğu yönündeki iddia isabetli görünmemektedir. Şöyle ki, Anayasanın 80. maddesinde milletvekillerinin seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil edecekleri belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasa, milletvekillerinin belli bir seçim bölgesine ait olmalarını öngörmekte fakat seçim bölgelerinin nasıl belirleneceği ile ilgili herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu durumda, ülkenin iller baz alınarak belli seçim çevrelerine ayrılmasını engelleyen aksi yönde anayasal bir düzenleme de olmadığına göre kuralın Anayasaya aykırılığı savı isabetli değildir.

Ayrıca, milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtımı sadece inceleme konusu kural yönünden değil tüm milletvekilleri açısından geçerlidir. Bu nedenle, milletvekillerinin seçim çevreleriyle ilişkilendirilmesinin Anayasaya aykırı olacağı şeklindeki bir görüşün kaçınılmaz sonucu Anayasada “ülke seçim çevresi” yönteminin emredilmiş olduğu neticesine varmak olacaktır ki böyle bir yaklaşımın isabetli olmadığı açıktır.

Konunun “eşit oy”, “temsilde adalet” ve “eşitlik” ilkeleri yönünden değerlendirilmesine gelince; parlamentoya seçilen her bir milletvekilinin mümkün olduğunca birbirine yakın sayıda nüfusu ya da seçmeni temsil etmesi gerektiği hususunda hiçbir tereddüt yoktur. Bu noktada, matematiksel ya da mutlak bir eşitlik aranmamaktadır ve bunun pratikte gerçekleştirilmesi de mümkün görünmemektedir. Burada asıl önemli olan, temsilde adalet ilkesinden keyfi sebeplerle ayrılmanın yasaklanmış olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, her ilin en az bir milletvekiline sahip olacağı şeklindeki bir düzenleme, tartışmalı olmakla birlikte yine de çok yadırgatıcı değildir ve bu yöndeki örneklerin başka ülkelerde de bulunduğu görülmektedir. Buna karşılık, nüfusuna bakılmaksızın her ilin en az iki milletvekili verilmesine ilişkin kuralın, seçme hakkının eşitliği ilkesinden ve temsilde adalet yaklaşımından uzaklaşmayı getireceği açıktır. Bu düzenlemenin hangi gerekçelerle vazedilmiş olduğuna yukarıda temas edilmişti. Bu bağlamda ileri sürülen gerekçeler kanaatimizce tatmin edici değildir. Hâlbuki eşitlik ve temsilde adalet ilkelerinden uzaklaşılması sonucuna varan bir düzenlemenin haklı kabul edilebilmesi için makul gerekçelere sahip olması gerekir.

Kaldı ki, her ilin en az iki milletvekili ile temsil edilmesinin uygun olacağı şeklindeki görüşün kabul edilmesi halinde, her ilin en az üç ya da daha fazla sayıda milletvekili ile temsil edilmesinin daha da isabetli olacağı şeklindeki bir başka yaklaşımın da gündeme gelebileceğini varsaymak ve buna tu-

tarlı bir şekilde ne cevap verilebileceğini ortaya koymak gerekir ki bu konuda objektif ve tatmin edici bir yanıt bulunması zordur.

Son olarak, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 33. maddesinde yer alan %10'luk ülke barajının temsilde adalet ilkesi yönünden dava konusu kuralla bir karşılaştırmasının yapılması gerekirse; %10'luk ülke barajının temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmadığı ve bunun diğer ülkelerdekine benzer şekilde daha aşağılarda bir oranda belirlenmesi gerektiği konusunda yaygın bir kanaatin olduğu görülmektedir. Buna karşılık, bu tür bir barajın varlığı, yönetimde istikrarın sağlanması hedefiyle savunulmaya çalışılmaktadır. Açıkçası %10'luk barajın, bugüne kadarki seçimlerde yarattığı ya da ileride yaratabileceği temsil adaletsizliği, her ilin en az iki milletvekiline sahip olmasını öngören inceleme konusu yasa kuralının yaratabileceği temsil adaletsizliğinden kat kat daha fazladır. Bununla birlikte %10'luk barajın anayasaya aykırılığının tartışılmasını ayrı bir konu olarak bir tarafa bıraktığımızda, inceleme konusu yasa kuralı bakımından dikkat çekilmesi gereken nokta, inceleme konusu düzenlemenin yönetimde istikrarın sağlanması argümanı ile pek bir ilgisinin bulunmamasıdır.

Sonuç itibarıyla, inceleme konusu yasa kuralı, kanaatimizce de, demokratik bir seçimin kurucu unsurlarından olan “eşit oy” ilkesi yönünden, diğer bir ifadeyle “kullanılan oyların eşit ağırlıkta olması” prensibi bakımından Anayasanın 2., 10. ve 67. maddeleri ile bağdaşmamaktadır.

IV- Anayasa Mahkemesinin 2011/39 Sayılı Kararının Uygulamaya Etkisi ve Alternatif Dağıtım Yöntemlerinin Sonuçları

Anayasa Mahkemesinin, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 4. maddesine 22.10.2009 günlü, 5922 sayılı Yasayla eklenen cümlenin iptaline ilişkin 10.2.2011 günlü, E.2009/88, K.2011/39 sayılı kararının 18.2.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra Yüksek Seçim Kurulu, 26.2.2011 tarihli ve 119 sayılı kararıyla seçim çevrelerinin çıkaracağı milletvekili sayılarını yeniden tespit etti³¹. Böylece, 81 il arasında en az nüfusa sahip olan Bayburt'un sadece (1) milletvekili çıkarabileceği, Bayburt dışında (1) milletvekiline sahip başka bir ilin olmadığı, (85) milletvekililiyle İstanbul'un en fazla milletvekiline sahip il olduğu, diğer illerin de nüfuslarına göre değişen sayılarda milletvekili çıkaracakları anlaşılmış oldu.

³¹ Bkz., 2.3.2011 günlü, 27862 sayılı Resmi Gazete.

Aşağıda (Tablo - I)'de, Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararının milletvekillerinin illere dağıtımını ne yönde etkilediği gösterilmektedir. Yaptığımız hesaplamalara göre, Mahkemenin söz konusu kararı nedeniyle Bayburt ilinin çıkaracağı milletvekili sayısı (1) azalmış, buna karşılık Elazığ ilinin çıkaracağı milletvekili sayısı ise (1) artmıştır. Diğer illerin durumunda ise herhangi bir değişiklik olmamıştır³².

Bu itibarla Mahkemenin iptal kararının, seçim sisteminin bütünü üzerinde oldukça sınırlı bir etkisinin olduğu söylenebilir. 2011 yılı seçimleri bakımından tablo budur³³. Önümüzdeki yıllarda yapılacak seçimler yönünden kararın nasıl bir etkisinin olabileceği hakkında ise kesin bir şey söylenemez. Bu-

³² Anayasa Mahkemesinin iptal kararı olmasaydı hâlihazırdaki tablodan farklı olarak Bayburt (1) değil, (2) milletvekiline sahip olacaktı; Elazığ ise (5) değil, (4) milletvekili çıkaracaktı. Bu sonuca nasıl vardığımızı kısaca izah edelim: Bilindiği üzere milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtımını konusu 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede gösterilen hesaplama yöntemi yukarıda ilgili bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu maddede gösterilen yöntem takip edilerek milletvekillerinin illere dağıtımında ilk olarak nüfusuna bakılmaksızın her il (1) milletvekili verildi. 550 milletvekilinden 81'i bu şekilde dağıtıldıktan sonra geriye 469 milletvekili kaldı. 2010 yılı Türkiye nüfusunun 469'a bölünmesi suretiyle 157.191 sayısı (*tahsis sayısı*) elde edildi. İllerin nüfuslarının tahsis sayısına bölünmesi suretiyle her bir ilin nüfusuna göre ayrıca çıkaracağı milletvekili sayısı belirlendi. Bu işlemler yapıldıktan sonra geriye, dağıtılmayan 41 milletvekili ile illerin milletvekili dağıtımında değerlendirilemeyen artık nüfusları kaldı. Bu 41 milletvekilinin artık nüfuslara dağıtımında ise illerin artık nüfusları büyükten küçüğe sıralandı ve ilk 41'e giren illere birer milletvekili daha verildi. Bu hesaplamalar sonunda ise iki milletvekili çıkarılmayan tek ilin Bayburt olduğu görüldü. 22.10.2009 günlü, 5922 sayılı Yasayla getirilen düzenleme iptal edilmemiş olsaydı Bayburt'un (2) milletvekiline sahip olmasını temin etmek üzere bu il'e, artık nüfusunun büyüklüğüne bakılmaksızın (1) milletvekili daha verilmesi gerekecekti ve bu durumda artık nüfuslara göre dağıtım yapılacak milletvekili sayısı 40'a düşmüş olacaktı. Artık nüfus sıralamasında 40. sırada yer alan Elazığ iline artık nüfuslara göre dağıtılacak sonuncu milletvekilinin verilmesi halinde ise sıralamada 41. sırada yer alan Tunceli ilinin milletvekili sayısı (1)'de kalacaktı. Oysa iptal edilen kural her ilin en az iki milletvekili ile temsil edilmesini öngördüğünden bu ilin milletvekili sayısının da ikiye yükseltilmesi gerekecekti. Bu durumda ise dağıtılacak artık milletvekili sayısı 39'a inecekti ve artık nüfusu itibarıyla en son milletvekilini 39. sırada olan Sakarya ili alacaktı. Sonuç itibarıyla 22.10.2009 günlü, 5922 sayılı Yasayla getirilen düzenleme iptal edilmemiş olsaydı Bayburt (1) değil (2) milletvekili çıkaracaktı; buna karşılık Elazığ (5) değil, (4) milletvekili çıkaracaktı. (Ayrıntılar için bkz, aşağıda (I) ve (III) numaralı tablolar.)

³³ Şunu da ekleyelim ki, illerin 2011 seçimlerinde çıkardıkları milletvekili sayıları ile 2007 seçimlerinde sahip oldukları milletvekili sayıları arasında önemli farklar olmakla birlikte bu değişimin sebebi Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı olmayıp, sözü edilen iki seçim dönemi arasında illerin nüfuslarında meydana gelen artış ya da azalışlar bu farkları yaratmıştır. Bu bağlamda örneğin İstanbul, 2007 seçimlerinde (70) milletvekiline sahipken 2011 seçimlerinde bu sayı (85)'e çıkmıştır; keza örneğin Konya, 2007 seçimlerinde (16) milletvekiline sahipken 2011 seçimlerinde bu sayı (14)'e inmiştir; fakat bu artış ve azalışların sebebi hiçbir şekilde Anayasa Mahkemesinin 2011/39 sayılı kararı değildir.

nunla birlikte, 2010 yılı verilerine göre nüfus büyüklüğü sıralamasında sonlarda yer alan birkaç ilin, önümüzdeki yıllarda nüfuslarının artmayıp aynı kalması ya da azalması halinde tek milletvekili ile temsil edilme durumlarının olabileceği anlaşılmaktadır.

Bu noktada şu hususu da belirtmek gerekmektedir: 22.10.2009 günlü, 5922 sayılı Yasayla getirilen düzenleme, temsilde adalet ve oyların eşit değerinde olması ilkesi yönünden Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Mahkemenin bu değerlendirmesi kanaatimizce yerindedir. Bununla birlikte, seçim sistemimizde oyların eşit ağırlıkta olması ilkesini zedeleyen başka unsurların var olduğu da görülmektedir. Örneğin, bir milletvekiline düşen ortalama seçmen sayısı yönünden büyük nüfuslu illerle küçük nüfusa sahip illerin karşılaştırılması dikkat çekici sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki, nüfus büyüklüğü bakımından ilk üç sırada yer alan İstanbul, Ankara ve İzmir’de yaklaşık 110.000 seçmene bir milletvekili düşerken, nüfus büyüklükleri itibarıyla son üç sırada yer alan illerden Bayburt’ta 50.022 seçmene bir milletvekili düşmekte, Ardahan ilinde ortalama 34.566 seçmen, Tunceli ilinde ise ortalama 28.796 seçmen bir milletvekili seçmektedir. (Bkz., Tablo-II)

Görüldüğü üzere büyük illerle küçük iller arasında, bir milletvekiline düşen seçmen sayısı yönünden ciddi farklar vardır ve sistem, küçük illerdeki seçmenlerin daha ağırlıklı olarak temsil edilmeleri sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, sözünü ettiğimiz küçük illerin kendi aralarında da adil bir dağılımın olmadığı görülmektedir. Şöyle ki, Bayburt, Tunceli ve Ardahan illerinin seçmen sayıları birbirine yakın olmasına rağmen Bayburt, tek milletvekiline sahiptir ve bu şehirde 50.022 seçmen bir milletvekili seçmektedir. Buna karşılık, iki milletvekiline sahip olan Ardahan’da ortalama 34.566 seçmen bir milletvekili seçmektedir. Nihayet Tunceli de iki milletvekiline sahiptir ve burada ise ortalama 28.796 seçmen bir milletvekili seçmektedir.

Daha önce de belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesinin 2011/39 sayılı kararına konu olan düzenleme, kullanılan oyların eşit ağırlıkta olması ilkesini zedelediği için iptal edilmiştir. Karar, milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtım sisteminde yaratılan bir adaletsizliği gidermekle beraber, yukarıda verilen örneklerden de görüleceği üzere, sistemde, oyların eşit ağırlıkta olması ilkesiyle bağdaşmayan diğer bazı öğelerin varlığı halen de devam etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararının uygulamayı ne yönde etkilemiş olduğuna ilişkin bu tespitlerden sonra, milletvekillerinin seçim çevrele-

rine dağıtılmasına ilişkin sistemin bir kısım bileşenlerinin değiştirilmesi halinde nasıl bir sonucun ortaya çıkacağı hususu üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda ilk olarak milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtımında, her ile nüfusuna bakılmaksızın bir milletvekili verilmesi uygulamasından vazgeçilerek dağıtımın doğrudan illerin nüfuslarına göre yapılması halinde nasıl bir sonuçla karşılaşılacağına bakılacaktır. İkinci olarak, milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtımının illerin nüfusuna göre değil de seçmen sayılarına göre yapılması halinde nasıl bir tablonun ortaya çıkacağı sorusuna cevap aranacaktır.

2010 yılı nüfus verilerini³⁴ baz alarak yaptığımız hesaplamalar, nüfusuna bakılmaksızın her ile bir milletvekili verilmesi uygulamasından vazgeçilmesi ve milletvekillerinin illere dağıtımında sadece illerin nüfuslarının dikkate alınması halinde mevcut dağıtım tablosunun şu yönde etkileneceğini göstermektedir:

i- Afyonkarahisar, Ağrı, Aksaray, Aydın, Batman, Bayburt, Bilecik, Çanakkale, Çorum, Denizli, Diyarbakır, Düzce, Edirne, Erzincan, Erzurum, Eskişehir, Kahramanmaraş, Karabük, Karaman, Kastamonu, Kayseri, Kırşehir, Malatya, Manisa, Mardin, Muğla, Osmaniye, Samsun, Sivas, Şanlıurfa, Tekirdağ, Tokat, Trabzon, Uşak, Van, Yozgat ve Zonguldak illerinin dahil olduğu toplam otuzyeddi il'in milletvekili sayılarının değişmeyeceği,

ii- Adıyaman, Amasya, Artvin, Bingöl, Bitlis, Bolu, Burdur, Çankırı, Elazığ, Giresun, Gümüşhane, Hakkari, Isparta, Kars, Kırklareli, Kütahya, Muş, Nevşehir, Niğde, Ordu, Rize, Sakarya, Siirt, Sinop, Tunceli, Kırıkkale, Şırnak, Bartın, Ardahan, Iğdır, Yalova ve Kilis illerinin içinde yer aldığı toplam otuziki ilin milletvekili sayılarının ise birer azalacağı,

iii- Buna karşılık, Antalya, Balıkesir, Bursa, Gaziantep, Hatay, Mersin, Kocaeli, Konya illerinin içinde yer aldığı toplam sekiz ilin milletvekili sayılarının birer artacağı; Adana'nın (2), İzmir'in (3), Ankara'nın (5) ve nihayet İstanbul'un milletvekili sayısının ise (14) artacağı görülmektedir.

Görüldüğü üzere, nüfusuna bakılmaksızın her ile bir milletvekili verildikten sonra kalan milletvekillerinin illerin nüfuslarına göre dağıtılması şeklindeki mevcut düzenleme, genel olarak küçük nüfuslu illerin lehine sonuçlar doğurmaktadır. Bu uygulamadan vazgeçilip dağıtımda tek kriter olarak il-

³⁴ 2010 yılı nüfus verileri için bkz., http://report.tuik.gov.tr/reports/rwservlet?adnksdb2=&ENVID=adnksdb2Env&report=turkiye_il_koy_sehir.RDF&p_kod=1&p_yil=2010&p_dil=1&desformat=html

lerin nüfusunun esas alınması halinde küçük nüfuslu illerin çoğunda milletvekili sayılarının birer azalacağı, buna karşılık büyük nüfuslu bir kısım illerin milletvekili sayılarının bir ya da daha fazla sayıda artacağı anlaşılmaktadır. (Bkz., Tablo - I)

2011 yılı kayıtlı seçmen sayılarını³⁵ baz alarak yaptığımız hesaplamalar ise, milletvekillerinin illere dağıtımında nüfus kriteri değil de seçmen sayısı kriterinin esas alınması halinde mevcut dağıtım tablosunun şu yönde etkileyeceğini göstermektedir:

i- Afyonkarahisar, Aksaray, Amasya, Bartın, Bayburt, Bilecik, Çanakale, Çorum, Denizli, Düzce, Edirne, Erzincan, Eskişehir, Hatay, Karabük, Karaman, Kastamonu, Kayseri, Kırklareli, Kırşehir, Kütahya, Ordu, Rize, Sakarya, Sinop, Sivas, Tekirdağ, Tokat, Trabzon, Uşak, Yalova ve Zonguldak illerinin dahil olduğu otuziki il'in milletvekili sayılarının değişmeyeceği,

ii- Adıyaman, Ağrı, Ardahan, Artvin, Batman, Bingöl, Bitlis, Bolu, Burdur, Çankırı, Elazığ, Erzurum, Gaziantep, Giresun, Gümüşhane, Iğdır, Isparta, Kahramanmaraş, Kars, Kırıkkale, Kilis, Malatya, Nevşehir, Niğde, Osmaniye, Siirt, Tunceli ve Yozgat illerinin dahil olduğu yirmisekiz il'in sahip olacakları milletvekili sayısının (1'er) azalacağı,

iii- Diyarbakır, Hakkari, Mardin, Muş, Şırnak ve Van illerinin çıkacakları milletvekili sayısının (2'şer) azalacağı; Şanlıurfa'nın ise (3) milletvekilinin azalacağı görülmektedir. Buna karşılık;

iv- Adana, Antalya, Aydın, Balıkesir, İçel, Kocaeli, Konya, Manisa, Muğla, Samsun illerinin milletvekili sayılarının (1'er) artacağı; Bursa'nın sahip olacağı milletvekili sayısının (3), Ankara ve İzmir'in (6'şar) İstanbul'un ise (18) artacağı görülmektedir.

Görüldüğü üzere, milletvekillerinin illere dağıtımında nüfus kriteri yerine seçmen sayısı kriterinin konulması halinde, otuziki ilin milletvekili sayısında bir değişiklik olmayacağı görülmekle beraber, diğer bazı iller yönünden mevcut dağıtım tablosunun önemli ölçüde değişeceği anlaşılmaktadır. Bu halde, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, Kahramanmaraş ve Urfa gibi istisnalarını ayrı tutmak kaydıyla, göreceli olarak büyük nüfusa sahip illerin milletvekili sayılarının genellikle artacağı görülmektedir. Buna karşılık büyük bölümü

³⁵ Bkz., <http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2011MilletvekiliSecimi/SecmenSandik2011.htm>

Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesinde yer alan bir kısım illerin milletvekili sayılarının (1'er) ya da (2'şer) azalacağı anlaşılmaktadır. (Bkz., Tablo - I)

Tablo - I: İllerin nüfusu, seçmen sayıları, iptal kararının etkisi vd...

İl Adı	Nüfusu	Seçmen Sayısı	MV. Sayısı (2011)	İptal Kararı Olmasaydı Kaç MV. Çıkaracaktı	Milletvekilleri Doğrudan Nüfusa Göre Dağıtılsa ...	Milletvekilleri Seçmen Sayısına Göre Dağıtılsa...
Adana	2.085.225	1.399.632	14	14	16	15
Adıyaman	590.935	364.382	5	5	4	4
Afyon	697.559	484.515	5	5	5	5
Ağrı	542.022	278.399	4	4	4	3
Amasya	334.786	234.223	3	3	2	3
Ankara	4.771.716	3.407.999	31	31	36	37
Antalya	1.978.333	1.387.511	14	14	15	15
Artvin	164.759	123.780	2	2	1	1
Aydın	989.862	727.658	7	7	7	8
Balıkesir	1.152.323	865.886	8	8	9	9
Bilecik	225.381	142.663	2	2	2	2
Bingöl	255.170	157.984	3	3	2	2
Bitlis	328.767	176.209	3	3	2	2
Bolu	271.208	200.271	3	3	2	2
Burdur	258.868	186.206	3	3	2	2
Bursa	2.605.495	1.875.825	18	18	19	21
Çanakkale	490.397	365.970	4	4	4	4
Çankırı	179.067	128.865	2	2	1	1
Çorum	535.405	385.482	4	4	4	4
Denizli	931.823	671.809	7	7	7	7
Diyarbakır	1.528.958	866.112	11	11	11	9

Edirne	390.428	300.301	3	3	3	3
Elazığ	552.646	377.955	5	4	4	4
Erzincan	224.949	146.463	2	2	2	2
Erzurum	769.085	480.932	6	6	6	5
Eskişehir	764.584	575.956	6	6	6	6
Gaziantep	1.700.763	1.002.362	12	12	13	11
Giresun	419.256	309.610	4	4	3	3
Gümüşhane	129.618	88.741	2	2	1	1
Hakkari	251.302	134.632	3	3	2	1
Hatay	1.480.571	933.346	10	10	11	10
Isparta	448.298	297.921	4	4	3	3
İçel	1.647.899	1.136.510	11	11	12	12
İstanbul	13.255.685	9.387.327	85	85	99	103
İzmir	3.948.848	2.904.169	26	26	29	32
Kars	301.766	185.182	3	3	2	2
Kastamonu	361.222	269.326	3	3	3	3
Kayseri	1.234.651	829.785	9	9	9	9
Kırklareli	332.791	254.154	3	3	2	3
Kırşehir	221.876	156.708	2	2	2	2
Kocaeli	1.560.138	1.094.965	11	11	12	12
Konya	2.013.845	1.345.566	14	14	15	15
Kütahya	590.496	418.417	5	5	4	5
Malatya	740.643	502.835	6	6	6	5
Manisa	1.379.484	965.118	10	10	10	11
K.maraş	1.044.816	655.903	8	8	8	7
Mardin	744.606	396.951	6	6	6	4
Muğla	817.503	603.985	6	6	6	7
Muş	406.886	213.935	4	4	3	2

Milletvekillerinin Seçim Çevrelerine Dağıtım Sorunu Ve Anayasa...

Nevşehir	282.337	196.657	3	3	2	2
Niğde	337.931	219.610	3	3	2	2
Ordu	719.183	508.306	6	6	5	6
Rize	319.637	232.112	3	3	2	3
Sakarya	872872	616.886	7	7	6	7
Samsun	1.252.693	880.271	9	9	9	10
Siirt	300.695	153.013	3	3	2	2
Sinop	202.740	150.868	2	2	1	2
Sivas	642.224	431.492	5	5	5	5
Tekirdağ	798.109	581.779	6	6	6	6
Tokat	617.802	416.739	5	5	5	5
Trabzon	763.714	543.663	6	6	6	6
Tunceli	76.699	57.593	2	2	1	1
Şanlıurfa	1.663.371	848.278	12	12	12	9
Uşak	338.019	248.432	3	3	3	3
Van	1.035.418	545.959	8	8	8	6
Yozgat	476.096	317.137	4	4	4	3
Zonguldak	619.703	455.379	5	5	5	5
Aksaray	377.505	246.885	3	3	3	3
Bayburt	74.412	50.022	1	2	1	1
Karaman	232.633	159.269	2	2	2	2
Kırıkkale	276.647	196.101	3	3	2	2
Batman	510.200	270.092	4	4	4	3
Şırnak	430.109	203.942	4	4	3	2
Bartın	187.758	139.936	2	2	1	2
Ardahan	105.454	69.132	2	2	1	1
Iğdır	184.418	108.390	2	2	1	1
Yalova	203.741	149.818	2	2	1	2

Karabük	227.610	164.158	2	2	2	2
Kilis	123.135	75.793	2	2	1	1
Osmaniye	479.221	312.432	4	4	4	3
Düzce	338.188	239.350	3	3	3	3
T ü r k i y e Toplamı	73.722.988	50.189.930	550	550	550	550

Tablo - II: Bir Milletvekiline Düşen Seçmen Sayısı İtibariyle Büyükten Küçüğe Sıralı İller Listesi

İl Adı	Seçmen Sayısı	MV. Sayısı (2011)	(1) MV.'ne Düşen Seçmen Sayısı
İzmir	2.904.169	26	111.698
İstanbul	9.387.327	85	110.439
Ankara	3.407.999	31	109.935
Balıkesir	865.886	8	108.235
Bursa	1.875.825	18	104.212
Aydın	727.658	7	103.951
İçel	1.136.510	11	103.319
Muğla	603.985	6	100.664
Edirne	300.301	3	100.100
Adana	1.399.632	14	99.973
Kocaeli	1.094.965	11	99.542
Antalya	1.387.511	14	99.107
Samsun	880.271	9	97.807
Tekirdağ	581.779	6	96.963
Afyonkarahisar	484.515	5	96.903
Manisa	965.118	10	96.511
Çorum	385.482	4	96.370

Milletvekillerinin Seçim Çevrelerine Dağıtımı Sorunu Ve Anayasa...

Konya	1.345.566	14	96.111
Eskişehir	575.956	6	95.992
Denizli	671.809	7	95.972
Hatay	933.346	10	93.334
Kayseri	829.785	9	92.198
Çanakkale	365.970	4	91.492
Zonguldak	455.379	5	91.075
Trabzon	543.663	6	90.610
Kastamonu	269.326	3	89.775
Sakarya	616.886	7	88.126
Sivas	431.492	5	86.298
Kırklareli	254.154	3	84.718
Ordu	508.306	6	84.717
Malatya	502.835	6	83.805
Kütahya	418.417	5	83.683
Gaziantep	1.002.362	12	83.530
Tokat	416.739	5	83.347
Uşak	248.432	3	82.810
Aksaray	246.885	3	82.295
Karabük	164.158	2	82.079
Kahramanmaraş	655.903	8	81.987
Erzurum	480.932	6	80.155
Düzce	239.350	3	79.783
Karaman	159.269	2	79.634
Yozgat	317.137	4	79.284
Diyarbakır	866.112	11	78.737
Kırşehir	156.708	2	78.354
Osmaniye	312.432	4	78.108

Amasya	234.223	3	78.074
Giresun	309.610	4	77.402
Rize	232.112	3	77.370
Elazığ	377.955	5	75.591
Sinop	150.868	2	75.434
Yalova	149.818	2	74.909
Isparta	297.921	4	74.480
Erzincan	146.463	2	73.231
Niğde	219.610	3	73.203
Adıyaman	364.382	5	72.876
Bilecik	142.663	2	71.331
Şanlıurfa	848.278	12	70.689
Bartın	139.936	2	69.968
Ağrı	278.399	4	69.599
Van	545.959	8	68.244
Batman	270.092	4	67.523
Bolu	200.271	3	66.757
Mardin	396.951	6	66.158
Nevşehir	196.657	3	65.552
Kırıkkale	196.101	3	65.367
Çankırı	128.865	2	64.432
Burdur	186.206	3	62.068
Artvin	123.780	2	61.890
Kars	185.182	3	61.727
Bitlis	176.209	3	58.736
Iğdır	108.390	2	54.195
Muş	213.935	4	53.483
Bingöl	157.984	3	52.661

Siirt	153.013	3	51.004
Şırnak	203.942	4	50.985
Bayburt	50.022	1	50.022
Hakkari	134.632	3	44.877
Gümüşhane	88.741	2	44.370
Kilis	75.793	2	37.896
Ardahan	69.132	2	34.566
Tunceli	57.593	2	28.796

Tablo - III: 2011 Seçimlerinde İllerin, Artık Nüfuslarına Göre Çıkardıkları Milletvekili Sayıları

Artık Nüfusun Büyüklük Sırası	İlin Adı	Artık Nüfusu	Artık Nüfusla Aldığı MV.
1	Samsun	152.350	1
2	Zonguldak	148.128	1
3	Tokat	146.227	1
4	Denizli	145.864	1
5	Kocaeli	145.412	1
6	Kars	144.575	1
7	Siirt	143.504	1
8	Erzurum	140.318	1
9	Eskişehir	135.817	1
10	Trabzon	134.947	1
11	Kayseri	134.308	1
12	Isparta	133.915	1
13	Gümüşhane	129.618	1
14	Gaziantep	128.845	1
15	Konya	127.543	1

16	Nevşehir	125.146	1
17	Kilis	123.135	1
18	Manisa	121.950	1
19	Kırıkkale	119.456	1
20	Adıyaman	119.360	1
21	Kütahya	118.921	1
22	Mardin	115.839	1
23	Şırnak	115.726	1
24	Diyarbakır	114.232	1
25	Bolu	114.017	1
26	Malatya	111.876	1
27	Ardahan	105.454	1
28	Giresun	104.873	1
29	Burdur	101.677	1
30	K.Maraş	101.665	1
31	Bingöl	97.979	1
32	Hakkari	94.111	1
33	Muş	92.503	1
34	Van	92.267	1
35	Antalya	92.031	1
36	Şanlıurfa	91.453	1
37	Bursa	90.426	1
38	Ordu	90.416	1
39	Sakarya	86.913	1
40	Elazığ	81.071	1
41	Tunceli	76.699	1
42	Edirne	76.045	-
43	İçel	75.981	-

44	Karaman	75.442	-
45	Bayburt	74.412	-
46	Ağrı	70.447	-
47	Karabük	70.419	-
48	Afyonkarahisar	68.792	-
49	Bilecik	68.190	-
50	Erzincan	67.758	-
51	Hatay	65.845	-
52	Kırşehir	64.685	-
53	Çorum	63.830	-
54	Aksaray	63.122	-
55	Ankara	55.960	-
56	Balıkesir	51.980	-
57	İstanbul	51.568	-
58	Kastamonu	46.839	-
59	Aydın	46.711	-
60	Yalova	46.550	-
61	Sinop	45.549	-
62	Adana	41.731	-
63	Batman	38.625	-
64	Muğla	31.544	-
65	Bartın	30.567	-
66	Iğdır	27.227	-
67	Düzce	23.805	-
68	Uşak	23.636	-
69	Niğde	23.548	-
70	Çankırı	21.876	-
71	Amasya	20.403	-

72	İzmir	19.052	-
73	Çanakkale	18.822	-
74	Kırklareli	18.408	-
75	Bitlis	14.384	-
76	Sivas	13.457	-
77	Tekirdağ	12.150	-
78	Osmaniye	7.646	-
79	Artvin	7.568	-
80	Rize	5.254	-
81	Yozgat	4.521	-

Sonuç

Bu çalışmada milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtım sorunu ele alınmıştır. Konuyla ilgili mevcut yasal düzenlemeler üzerinde durulmuş ve Anayasa Mahkemesinin 2011/39 sayılı kararı irdelenerek bu kararın uygulamayı ne yönde etkilediği araştırılmıştır. Ayrıca mevcut dağıtım yönteminin daha farklı esaslar çerçevesinde kurgulanması halinde illerin çıkaracağı milletvekili sayılarının mevcut duruma nazaran nasıl bir farklılık göstereceği incelenmiştir.

Temsilde adaletin ve oyların eşit ağırlıkta olması ilkesinin gereği olarak parlamentoya seçilen her bir milletvekilinin mümkün olduğunca birbirine yakın sayıda nüfusu ya da seçmeni temsil etmesi gerektiği hususunda hiçbir te reddüt yoktur. Bu noktada, matematiksel ya da mutlak eşitlik sağlayan bir seçim sistemi arayışına girmek yerine, sübjektif sebeplerle temsilde adaletten ve oyların eşitliği prensibinden ayrılmayan bir seçim sistemini inşa etmeyi hedeflemek, daha anlamlı ve gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

Bu açıdan bakıldığında, mevcut dağıtım yönteminde, milletvekillerinin seçim çevrelerine tahsis edilmesinde illerin nüfusunun esas alındığı görülmektedir. Nüfus ölçütü yerine kayıtlı seçmen sayısı kriterinin kullanılması da söz konusu olabilir. Yukarıda açıklandığı üzere, seçmen sayısı kriterinin uygulanması halinde bugünkünden oldukça farklı bir dağıtım tablosuyla karşılaşılacaktır. Böyle olmakla beraber, her ikisi de objektif kriterler olduğu için, se-

çim çevrelerinin sosyo-ekonomik durumlarını ve olası diğer gereklilikleri dikkate alarak, milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtılmasında nüfus kriterinin mi yoksa seçmen sayısı kriterinin mi esas alınacağı hususunda yasa koyucunun bir tercih yapmasında anayasal açıdan bir sakınca olmadığını düşünmekteyiz.

Buna karşılık, nüfus ölçütünü temel alan mevcut dağıtım yönteminde, seçim çevrelerinin çıkaracakları milletvekili sayılarının belirlenmesinde her il'e nüfusuna bakılmaksızın bir milletvekili verilmesi ve nüfus esasının geri kalan milletvekillerinin dağıtılmasında uygulanması, küçük nüfuslu illerin lehine büyük nüfuslu illerin ise aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle mevcut yöntem, oyların eşit ağırlıkta olması prensibini aşındıran bir etki göstermektedir. Dolayısıyla sistemin bu yönden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu noktada hemen belirtelim ki, şu anda olduğu gibi her ilin nüfusuna bakılmaksızın en az bir milletvekiline sahip olması yönünde bir kurala yer verilmesi kanaatimizce de anlaşılabilir gerekçelere sahiptir. Fakat böyle bir düzenlemeye yer verilecekse bunun oyların eşit ağırlık taşınması prensibiyle mümkün olduğu ölçüde bağdaştırılması da gerekir. Bu hususta, 1961 Anayasası döneminde yürürlükte olan ve detayları yukarıda belirtilmiş olan 25 Mayıs 1961 günlü, 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan düzenlemenin örnek alınabileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki sözü edilen düzenlemenin esas alınması halinde, milletvekillerinin illere dağıtılmasında, her il nüfusuna bakılmaksızın birer milletvekili tahsis edilmeyecek, aksine milletvekillerinin illere dağıtımında doğrudan illerin nüfusları dikkate alınacaktır. Buna karşılık, illerin artık nüfuslarının değerlendirilmesine geçmeden önce, nüfusu bir milletvekili çıkarmaya yetmeyen illerin bulunması halinde bu illere birer milletvekilliği verilecektir. Bu dağıtım yönteminin temsilde adaletin sağlanması ve oyların eşit ağırlık taşınması prensibi yönünden daha uygun sonuçlar ortaya çıkaracağı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- ARASLI, Oya: Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987), Ankara, 1989.
- ATAR, Yavuz: Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri Sempozyumu’nda sunulan tebliğ, içinde: Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri (Sempozyum 18-19 Şubat 2005), TESAV Yayını, Ankara, 2005, s.139-148.
- COTTERET, Jean-Marie /
- EMERI, Claude: Seçim Sistemleri, (Çev. Ahmet KOTİL), İletişim Yayınları, İstanbul, 1991
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, Ekin Yayınları, Bursa 2011.
- HOROWITZ, Donald L., “Electoral Systems: A Primer for Decision Makers”, (<http://www.redpartidos.org/files/JofDem%20Article%20on%20Electoral%20Systems%2011-03.doc>)
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer: Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, AÜHF Yayını, Ankara, 1970
- NOHLEN, Dieter: Seçim Sistemleri, Türkiye ve Avrupa’da Seçim Sistemleri, Friedrich Ebert Vakfı Yayını, İstanbul, 1996
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- TANÖR, Bülent, /
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi : 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- TANÖR, Bülent : Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 1997
- TEZİÇ, Erdoğan :Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- The European Centre for Parliamentary Research and Documentation

(ECPRD), “Electoral Systems in Europe: An Overview”, (<https://ecprd.secure.europarl.europa.eu/ecprd/getfile.do;jsessionid=0D8214277403556EB95B2350346B87D?id=5063>)

TUNCER, Erol : Osmanlı’dan Günümüze Seçimler (1877-2002), TESAV Yayınları, Ankara, 2003.

TUNÇ, Hasan, /

BİLİR, Faruk, /

YAVUZ, Bülent : Türk Anayasa Hukuku, 3. Bası, Berikan Yayınevi, Ankara, 2011.

TÜRK, Hikmet Sami : Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri Sempozyumu’nda sunulan tebliğ, içinde: Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri (Sempozyum 18-19 Şubat 2005), TESAV Yayını, Ankara, 2005, s.241-249.

Venice Commission, “Report On Electoral Systems”, CDL-AD(2004)003, Strasbourg, 2004.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi : Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri Sempozyumu’nda sunulan tebliğ, içinde: Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri (Sempozyum 18-19 Şubat 2005), TESAV Yayını, Ankara, 2005, s.149-155.

BOŞ