

I
S
S
N

2

1

4

6

–

7

1

2

9

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW



Cilt: 6, Sayı 1-2, Yıl 2016, ISPARTA

Vol: 6, No 1-2, Year 2016, ISPARTA

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Haluk SONGUR

Editör / Editor

Prof. Dr. Haluk SONGUR

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Yüksel METİN

Doç. Dr. Fahrettin ÖNDER

Yrd. Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof.Dr. Haluk SONGUR	Arş.Gör. Esin YÜĞRÜK
Prof.Dr. Faruk TURHAN	Arş.Gör. Esra DURSUN
Prof.Dr. Yüksel METİN	Arş.Gör. Fatma SIRTAKAYA
Prof.Dr. Metin TOPCUOĞLU	Arş.Gör. Fırat KESKİN
Doç.Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Arş.Gör. Gamze KIRLIOĞLU
Yrd.Doç.Dr. Vahdettin AYDIN	Arş.Gör. Güler Berna ŞENTÜRK
Yrd.Doç.Dr. Süleyman DOST	Arş.Gör. İsmail AKBAŞ
Yrd.Doç.Dr. Burcu ÖZKUL	Arş.Gör. Meliha AKGÜL ALTIKAT
Yrd.Doç.Dr. Abdurrahman KAVASOĞLU	Arş.Gör. Merve AKKAYA
Yrd.Doç.Dr. Meltem İNELİ CİĞER	Arş.Gör. Mustafa Can ERMIŞ
Yrd.Doç.Dr. Selim CİĞER	Arş.Gör. Neslihan DEMİRKOL
Yrd.Doç.Dr. Mücahit AYDIN	Arş.Gör. Numan TEKELİOĞLU
Arş.Gör.Dr. Belma BULUT	Arş.Gör. Ömer ÇON
Arş.Gör. Abdurrahim ALTIKAT	Arş.Gör. Ömer YILDIRIM
Arş.Gör. Aylin ÇIRAKÇI	Arş.Gör. Özge DEMİRÖR
Arş.Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş.Gör. Özgenur YİĞİT
Arş.Gör. Betül AZAKLI	Arş.Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN
Arş.Gör. Burak ERECE	Arş.Gör. Şulenur GÖZTEPE
Arş.Gör. Damla GÜNDOĞDU	Arş.Gör. Veli ÇIÇEKKAYA
Arş.Gör. Didem ERDOĞAN	Arş.Gör. Zehra KORKMAZ
Arş.Gör. Efe BİLKE	Arş.Gör. Zühre ELVAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayınlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

S.D.Ü. Basın ve Halkla ilişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

e-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu/ Advisory Board

Prof.Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof..Dr.Dr.h.c.Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Kültür Üniversitesi
Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Cumhuri ŞAHİN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ethem ATAY	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Feridun YENİSEY	İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Güzin ÜÇİŞİK	Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İlyas DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Timur DEMİRBAŞ	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yavuz ATAR	Yüksek Öğretim Kurulu Üyesi
Prof.Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof.Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster
Dr.Lisa MARDIKIAN	University of Portsmouth

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayınlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.

Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı

- 1- ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 2- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 3- Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.2 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, **hukuk@sdu.edu.tr** adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
- 4- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 5- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 6- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007), s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, “5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım” (internet linki, 23.02.2011)

(4) Yargıtay kararları

Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler

ESER, Albin, “Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri”, Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslar arası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucularımız,

2011 yılında yılda iki kez yayınlanmak üzere yayın hayatına başlayan hakemli SDÜ Hukuk Fakültesi dergimiz yayın hayatında beş yılını tamamlamış ve altıncı yılına girmiştir. Bu bağlamda birçok yeni hukuk fakültesinin kurulduğunu da hesaba katarak bu arenada artık kalıcı, devamlı ve uzun soluklu yayınlardan biri olma yolunda azimle ilerliyoruz. 2016 yılı 1-2 sayıları aynı anda bir arada yayınlanmaktadır.

Akademik dergilerin sadece akademisyenlere yönelik olduğu düşünüle gelmiştir. Dergimizin hukukun kaynaklarından biri olarak kabul edilen doktrin (bilimsel görüşler)içerisinde yer alıyor olması bir yana bugüne kadar edindiğimiz tecrübeler ve geri dönüşler sonucu akademik yayınlar ve dergimiz özellikle hukuk uygulayıcıları tarafından da takip edilmesi bizim için sevindirici bir durumdur. Bu bağlamda paylaşılmayan yaygınlık kazanmayan bilgi sosyolojisi bakımından varlık sahasına çıkmış değildir. Biz de bu nedenle dergimizi başından itibaren Fakültemiz web sayfasında (hukuk.sdu.edu.tr) yayınlamaktayız. Ayrıca paydaşlarımıza Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve barolar pek çok kütüphaneye de göndermekteyiz.

Dergimiz de özellikle yabancı dilde yayınlara yer vermeyi hedeflemekteyiz. Uzun uğraşlar ve çabalar sonucu oluşturulan dergimizin bu sayısında Numan Tekelioğlu'nun "Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi" adlı makalesi sizleri ilkyazı olarak karşılamaktadır. Hemen ardından "Reformation of Islamic Law: Can Sharia Disentangle From Fiqh", (İslam Hukukunda Reformasyon: Şeriat Fıkıhtan Kurtarılabilir mi?) adlı İngilizce makale İsmail Mutlu tarafından kaleme alınmıştır. Kısa bir süre önce Türkiye Cumhuriyeti Hükümet Sistemi ile ilgili bir anayasa referandum süreci yaşadık. Üniversite öğrencilerin büyük çoğunluğu bu referandumda oylarını kullandılar. Halkımızın yanı sıra üniversite öğrencilerinin, hükümet sistemleri ile ilgili tutum ve tavırlarına ilişkin saha araştırmasına da içeren bir çalışmaya bildiğim kadarıyla sahip değildik. Hatice Çoban, "Süleyman Demirel Üniversitesi Öğrencilerinin Hükümet Sistemleri Karşısında Tutum ve Davranışları" adlı çalışmasıyla bu alana önemli bir katkı sağlamaktadır. Eşya Hukuku, Mukayeseli hukuk üzerine araştırma ve çalışmaları ile tanınan ünlü Amerikalı hukukçu John

Makdisi'nin, "Legal Logic and Equity in Islamic Law" adlı makalesi Haluk Songur'un, "İslam Hukuku'nda Hukuksal Mantık ve Equity" adlı çevirisi ile okuyucuya sunulmuştur. Dergimizin bu sayısında ayrıca bir kitap kritiği ve karar incelemesi de siz değerli okuyuculara sunulmuştur.

Umarım dergimizin yeni kapak tasarımını ve düzenlemesi beğenilir. Dergimizin yeni yüzü ve içeriğinin oluşmasında katkılarını esirgemeyen başta değerleri yayın sahiplerine, dizgi ve tashih ile Araş. Gör. Veli Çiçekkaya'ya, Yard. Doç. Dr. Meltem İneli Ciğer başta olmak üzere Editör Yardımcılarımıza ve değerli yayın kuruluna teşekkürü bir borç bilirim.

Dergimizin akademik yayın camiasına katkı yapması umuduyla yeni sayımızda görüşmek üzere.

Prof. Dr. Haluk Songur

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

SORUMSUZLUK ANLAŞMALARINA İLİŞKİN YARGITAY KARARI İNCELEMESİ

Ar. Gör Numan Tekelioğlu1-34

REFORMATION IN ISLAMIC LAW; CAN SHARIA DISENTANGLE FROM FIQH?

İsmail Mutlu.....35-51

DİĞER MAKALELER

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ ÖĞRENCİLERİNİN HÜKÜMET SİSTEMLERİ
KARŞISINDA TUTUM VE DAVRANIŞLARI

Hatice Çoban53-94

MAKALE ÇEVİRİSİ

JOHN MAKDISI, 'LEGAL LOGIC AND EQUITY IN ISLAMIC LAW'

Çeviren Prof. Dr. Haluk Songur.....95-132

KİTAP İNCELEMESİ

AHMET AKBABA, İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA ÜÇÜNCÜ KUŞAK HAKLAR

Derya Sınakçı.....133-141

KARAR ÖZETİ

BABAJOV/TÜRKİYE KARARINDA BAŞVURUCUNUN AIHS MADDE 3 İLE İLGİLİ
İDDİALARININ İNCELENDİĞİ BÖLÜMÜNÜN ÖZETİ

Ömer Buyrukçu.....143-147

CONTENTS

PEER-REVIEWED ARTICLES

AN ANALYSIS OF A TURKISH SUPREME COURT DECISION ON EXCLUSION OF LIABILITY CONTRACTS

Numan Tekelioğlu.....1-34

REFORMATION IN ISLAMIC LAW; CAN SHARIA DISENTANGLE FROM FIQH

İsmail Mutlu.....35-51

ARTICLES

VIEWS OF THE STUDENTS STUDYING AT THE SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY ON THE GOVERNMENTAL SYSTEMS

Hatice Çoban53-94

ARTICLE TRANSLATION

TRANSLATION OF JOHN MAKDISI'S ARTICLE 'LEGAL LOGIC AND EQUITY IN ISLAMIC LAW'

Prof. Dr. Haluk Songur.....95-132

BOOK REVIEW

AHMET AKBABA, THIRD GENERATION HUMAN RIGHTS.

Derya Sınakçı.....133-141

CASE SUMMARY

BABAJOV V. TURKEY JUDGMENT SUMMARY IN LIGHT OF APPLICANT'S CLAIMS RELATING TO ARTICLE 3 OF THE ECHR

Ömer Buyrukçu.....143-147

HAKEMLİ MAKALE

SORUMSUZLUK ANLAŞMALARINA İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARI İNCELEMESİ

Ar. Gör. Numan TEKELİOĞLU*

ÖZET

Bu çalışmanın konusu, Türk Borçlar Kanunu Madde 115 ve Madde 116'da düzenlenen sorumsuzluk anlaşmalarıdır. Sorumsuzluk anlaşmaları, alacaklının ileride ortaya çıkması muhtemel bir tazminat alacağıнын, sorumluluğun doğmasından önce yapılan bir anlaşma ile ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Sözleşme hukuku alanında var olan "sözleşme serbestisi" ilkesi, böyle bir anlaşmanın yapılmasına cevaz vermektedir. Ancak sözleşmenin tarafları arasındaki güç dengesinin bir taraf aleyhine bozulması durumunda, yapılan bir sorumsuzluk anlaşması, sakıncalı bulunarak kesin hükümsüz kabul edilmektedir. Çalışmada öncelikle sorumsuzluk anlaşmasının teorik çerçevesi ele alınmış, daha sonra ise bir Yargıtay kararı incelenerek uygulamanın yaklaşımı değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Sorumsuzluk, Sözleşme, Alacaklı, Borçlu, Yargıtay*

*Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
numantekelioglu@gmail.com

AN ANALYSIS OF A SUPREME COURT DECISION ON CONTRACTS EXCLUDING LIABILITY

Numan TEKELİOĞLU*

ABSTRACT

The subject of this study is contracts excluding liability, which are regulated in Articles 115 and 116 of the Turkish Code of Obligations. Contracts excluding liability include the elimination of a possible liability claim, which may occur in the future before the action which leads to the liability happens. The freedom of contract principle allows for conclusion of contracts excluding liability. However, when such contracts lead to inequality between parties' powers, they are considered as invalid. This study will first examine theoretical framework concerning contracts excluding liability, then will explore these contracts in practice by reviewing a Supreme Court decision.

Key Words: *Exclusion, Contract, Creditor, Debtor, Supreme Court.*

*Süleyman Demirel University Faculty of Law, Civil Law Department.

1. GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 112 hükmü, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının bundan doğan zararının borçlu tarafından giderilmek zorunda olduğunu açıkça belirtmektedir. Borçlunun bu sorumluluktan kurtulabilmesi için, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmesi gerekmektedir. Temel kural bu olmakla birlikte, tarafların önceden yapacakları bir anlaşma ile borçlunun borca aykırı davranışından doğan sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldırmaları mümkündür. Zira sözleşme hukuku alanında var olan “sözleşme serbestisi” ilkesi gereğince, herkes dilediği kişiyle, dilediği tür ve içerikte sözleşme yapma hakkına sahiptir. Ancak sözleşme serbestisi ilkesi, kişilere mutlak bir serbestlik tanımaz. Başka bir deyişle, bu serbestinin sınırları kanun koyucu tarafından çizilmiştir. İşte sorumsuzluk anlaşmaları da bundan nasibini almış ve kanun koyucu genel olarak TBK m.115 ve m.116 hükümlerinde, özel olarak ise çeşitli sözleşme türlerindeki hükümlerle (TBK m.214/3, m.221, m.301) bu anlaşmaların sınırları belirlenmiştir.

2. SORUMLULUK KAVRAMI, SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ TANIMI, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ, KURULMASI VE ŞEKLİ

2.1.Sorumluluk Kavramı

Hukuki bir kavram olarak sorumluluk, birbirinden farklı iki anlama sahiptir¹. Birinci anlamda sorumluluk, bir kimsenin başka bir kimseye karşı gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiilden veya borca aykırı davranışından dolayı tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmesi demektir.² Öğretide bu anlamdaki sorumluluk “...den

¹Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.26; Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s.23;

²Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.15; VonTuhr, Andreas/Peter, Hans, *AllgemeinerTeildesSchweizerischenObligationenrechts*, ErsterBand, DritteAuflage, Zürich, 1974, §2, s.9.

sorumluluk” olarak da ifade edilmektedir.³ İkinci anlamda sorumluluk ise, edimini ifa etmeyen borçlunun malvarlığının devlet organları vasıtasıyla alacaklının el koymasına konu olması demektir.⁴ Yani edimin ifa edilmesinin borçlunun arzusuna bırakılmayıp, cebri icra yoluyla borçlunun borcunu ödemeye zorlanabilmesi anlamına gelir. Bu anlamdaki sorumluluğa “...ile sorumluluk” denmektedir.⁵

2.2.Sorumsuzluk Anlaşmasının Tanımı ve Amacı

Sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen TBK m.115 ve m.116 hükümleri bu anlaşmaya dair bir tanım öngörmemekte, yalnızca sorumsuzluk anlaşmalarının sınırlarını düzenlemektedir. Öğretide ise sorumsuzluk anlaşması, “sözleşmenin ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce, alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine doğması muhtemel bir tazminat isteminin oluşmasına tamamen veya kısmen engel olan hukuki işlem” olarak tanımlanmaktadır.⁶ Ancak söz konusu bu tanım, sorumsuzluk anlaşmalarının yaygın örneğini oluşturan kusur türüne bağlı olarak sorumluluğun kaldırılması şeklindeki anlaşmaları tanımlamaktadır. Bu tür tipik sorumsuzluk anlaşmaları “dar anlamda sorumsuzluk anlaşması” olarak ifade edilmektedir.⁷ Bunun dışında kusur türüne bağlı olarak yapılmayan, ancak sözleşme ilişkisinde alacaklının hukuki durumunu zayıflatan sözleşme şartlarının da sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Bu tür anlaşmalara da “geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması” denmektedir.⁸

³ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.79; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.26; Yıldırım, Abdülkerim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.26.

⁴ Eren, s.78; Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz/Emmenegger,Susan, *SchweizerischesObligationenrechtAllgemeinerTeil*, Band I, 9.Auflage, Zürich, 2008, s.25.

⁵Eren, s.79; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.27; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.27; Yıldırım, s.28.

⁶Akman, Sermet, *Sorumsuzluk Anlaşması*, İstanbul, 1976, s.7; Erten, Ali, *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, Ankara, 1977, s.38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, C.2, s.1174; Eren, s.1042.

⁷Başalp, Nilgün, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.10.

⁸Başalp, s.14.

Sorumsuzluk anlaşması yapan tarafların amacı, borçlunun ileride herhangi bir tazminat talebiyle karşılaşmasının önüne geçmektir. İlk bakışta, taraflar arasında bir sorumsuzluk anlaşması yapılmasının mantıksız olduğu düşünülebilir. Zira böyle bir anlaşma, borçlunun sorumluluğunun kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması sonucu doğuracağına göre, alacaklı tarafından kabul edilmesi ihtimal dışı gözükmemektedir. Her şeyden evvel, sözleşme hukukunda var olan sözleşme serbestisi ve buna bağlı olarak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, bu türde bir anlaşmanın yapılabilmesi yolunu açmaktadır. Taraflar kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmadığı müddetçe diledikleri içerik ve konuda sözleşme yapabilirler. Şu halde taraflar sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluğun sınırını, şartlarını, miktarını ve sonuçlarını henüz zarar ortaya çıkmadan kararlaştırabilirler.⁹

Öte yandan sözleşme ilişkilerinde taraflardan birinin diğer tarafa nazaran daha güçlü konumda olması halinde, sözleşmenin diğer tarafına böyle bir anlaşmayı mecbur kılması pekâlâ mümkündür. Zaten TBK m.115 ve 116 hükümleriyle çeşitli sözleşme tiplerindeki hükümler bu durumdan yola çıkarak sorumsuzluk anlaşmalarının güç dengesizliği yaratmasını engellemeye çalışmaktadırlar. Genel İşlem Koşulları olarak ifade edilen, bir tarafın hazırlayıp diğer tarafa sunduğu ve karşı tarafın üzerinde müzakere etmeksizin kabul etmek durumunda kaldığı sözleşme şartlarının denetimi de bu anlamda önem taşımaktadır.

2.3.Sorumsuzluk Anlaşmasının Hukuki Niteliği

Sorumsuzluk anlaşması, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan iki taraflı bir hukuki işlemdir.¹⁰ Bu anlaşma ile alacaklı, hâlihazırda mevcut olmayan ancak gelecekte doğma ihtimali bulunan bir hak üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşması, alacaklının

⁹ Eren, s.1042.

¹⁰ Eren, s.1043; Karabağ Bulut, Nil, Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları, *Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.831; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1176.

gelecekteki tazminat hakkı üzerindeki tasarruf işlemidir.¹¹ Henüz doğmamış, ancak gelecekte doğması muhtemel olan haklar üzerinde tasarruf işlemi yapılabilir.¹² Ancak söz konusu tasarruf işlemi, hakkın doğumu ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmasının sonuçları da, borçlunun tazminat yükümlülüğünün doğmasıyla birlikte gündeme gelecektir.

Sorumsuzluk anlaşmasıyla birlikte, borçlunun malvarlığında muhtemel bir azalmanın gerçekleşmesi engellenmektedir. Bu sebeple böyle bir anlaşma borçlu yönünden bir kazandırıcı işlem niteliğindedir.¹³

2.4.Sorumsuzluk Anlaşmasının Kurulması

Sorumsuzluk anlaşmasının kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının var olması zorunludur. Ancak söz konusu bu irade beyanları açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir.¹⁴

Hukuki işlemlerin temelinde, iradenin bir sonuca yönelmiş olması yer almaktadır.¹⁵ İradenin yönelmiş olduğu sonucun hiçbir tereddüde yer vermeyecek derecede net olarak tespit edilebildiği durumlarda, açık bir irade beyanının var olduğu söylenebilir. Sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasına ilişkin iradenin açık olması halinde herhangi bir problem yoktur. Ancak, söz konusu iradenin açık olarak tespit edilememesi halinde bazı sorunlarla karşılaşılabilir.

Bir irade beyanının hukuk âleminde sonuç doğurabilmesi için muhakkak açık olmasına gerek yoktur. Aksi bir deyişle, açık olmayan sözler veya fiiller de bir

¹¹Akman, s.13; Eren, s.1043; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1175.

¹²Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.302.

¹³Akman, s.13; Eren, s.1043; Erten, s.90; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1175.

¹⁴Hatemi, Hüseyin/ Gökayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.30; Karabağ Bulut, s.836; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, C.2, s.1174.

¹⁵Tekinay, S.Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s.97.

irade beyanı niteliğine sahip olabilir.¹⁶ Ancak bu gibi durumlarda iradenin varlığını tespit edebilmek için özel hal ve şartların da bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Öyleyse açık bir irade beyanının söz konusu olmadığı durumlarda, sorumsuzluk anlaşmasının varlığının tespit edilmesi gerekmektedir.

“Örtülü kabul” başlıklı TBK m.6 hükmüne göre, “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır*”. Şu halde sorumsuzluk anlaşmasının örtülü irade beyanını ile kurulup kurulmadığının tespitinde, önerinin kimden geldiğine göre bir değerlendirme yapılabilir. Uygulamada sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin öneri çoğunlukla borçludan gelmektedir¹⁷. Bu durumda alacaklının açık bir kabulde bulunmamasına rağmen sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek işin özelliğine ters düşecektir¹⁸. Zira bu anlaşma esasen alacaklı aleyhine yapılan bir anlaşmadır. Hayatın olağan akışı ve normal iş ilişkileri çerçevesinde, çıkarlarını düşünen hiçbir alacaklı kendi aleyhine olarak haklarından vazgeçmeye yönelmeyecektir. Dolayısıyla örtülü bir beyanla sorumsuzluk anlaşması kurulmasına mesafeli yaklaşılmalıdır¹⁹. Alacaklının susmasının örtülü kabul olarak nitelendirilebilmesi için, sorumsuzluk anlaşmasının alacaklıya net bir şekilde bildirilmiş ve alacaklının itiraz etme imkânı olduğu halde itiraz etmemiş olması gerektiği belirtilmektedir²⁰.

Örtülü kabul ile ilişkili başka bir mesele de ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmalarıdır. Genellikle seyahat firmalarının servis araçlarında rastlanan “Eşyalarınızın kaybindan firmamız sorumlu değildir” şeklindeki yazılar buna örnek gösterilebilir. Erten’e göre, ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği, sözleşmenin akdedilmesinden önce alacaklı tarafından görülüp görülmediğine bağlıdır.²¹ Buna göre eğer alacaklı sözleşmenin

¹⁶ Tekinay, s.97.

¹⁷ Akman, s.33.

¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1177.

¹⁹ Aynı yönde Başalp, s.23.

²⁰ Akman, s.34; Erten, s.99.

²¹ Erten, s.111.

akdedilmesinden önce sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin ilanı görmüşse, bunu kabul etmiş olduğu varsayılmalıdır.²² Akman'a göre ise, ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmaları hiçbir şekilde bağlayıcılık kazanamaz.²³ Zira bu tür sorumsuzluk anlaşmaları çoğunlukla ekonomik olarak kendisinden daha güçlü olan borçlu karşısında alacaklıyı zor durumda bırakmakta ve alacaklının içinde bulunduğu durum gereği itiraz imkânı bulunmamaktadır. Yazara göre bu gibi durumlarda, 818 sayılı BK m. 480 (TBK m.578) hükmü genel bir kural derecesine yükseltilmeli ve kıyasen uygulanmalıdır.²⁴ TBK m. 578 hükmü, konaklama yeri işletenlerin sorumluluğunun kalkmasını düzenlemektedir. Kural olarak, otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar (TBK m.576/1). Ancak konaklayan zararını öğrenir öğrenmez işletene bildirmezse talep hakkını kaybeder (TBK m.578/1). Konaklama yeri işleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu bu kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile sorumluluktan kurtulamaz (TBK m.578/2). Söz konusu bu görüş, ileri sürüldüğü dönem açısından tutarlı olmakla birlikte, hâlihazırdaki mevzuat açısından kanaatimizce TBK m.578/2 hükmünün kıyasen uygulanmasına ihtiyaç yoktur. Zira ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmaları çoğunlukla bir tarafın hazırlayıp diğer tarafa sunduğu ve onun da herhangi bir tartışma yahut müzakere olmaksızın kabul ettiği kayıtlar olduğuna göre, "Genel İşlem Koşulları"na ilişkin TBK m. 20 vd. hükümleri burada uygulanabilir.

Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin önerinin alacaklıdan gelmesi durumunda, borçlunun bu öneriyi uygun bir sürede reddetmemesinin örtülü kabul olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.²⁵ Zira kendi menfaatine bir anlaşma önerisine karşı borçlunun açık bir ret beyanında bulunmaması, işin özelliği gereği onun bu öneriyi kabul ettiğinin göstergesi olabilir.

²²Erten, s.112.

²³Akman, s.38.

²⁴Akman, s.38.

²⁵Akman, s.33.

Sorumsuzluk anlaşması bağımsız bir sözleşme olarak kurulabileceği gibi, genellikle uygulamada tercih edildiği üzere, mevcut bir sözleşmenin içerisine eklenen bir hüküm ile de kurulabilir.²⁶ Ancak burada önemli olan husus, sorumsuzluk anlaşmasının zararın meydana gelmesinden önce kurulmuş olmasıdır.²⁷ Borca aykırı davranışla zararın meydana gelmesi ve sorumluluğun doğmasından sonra, borçlunun tazminat yükümlülüğünü kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak için yapılan anlaşma sorumsuzluk anlaşması değildir.²⁸ Ancak bir sulh veya ibra sözleşmesi niteliğinde olabilir.²⁹ Burada zararın meydana gelmesiyle birlikte artık borçlunun sorumluluğu doğmuştur. Taraflar daha sonra bu sorumluluğu bertaraf etmek üzere anlaşabilirler. Sorumsuzluk anlaşması ise, henüz sorumluluk doğmadan onu bertaraf etmeyi amaçlamaktadır.

2.5.Sorumsuzluk Anlaşmasının Şekli

Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir (TBK m.12/1). Sorumsuzluk anlaşmaları da bu temel kural gereğince, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılabilir. Ancak taraflar, kanunen şekle tabi olmayan bir sözleşmenin, belirli bir şekilde yapılması konusunda anlaşmış olabilirler. Buna iradi şekil denmektedir.³⁰ Şu halde taraflar sorumsuzluk anlaşmasının belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler. Öte yandan, tarafların kanunen şekle tabi olan bir sözleşmede sorumsuzluk anlaşmasına yer vermiş olmaları da mümkündür.

2.5.1.İradi Şekil ve Sorumsuzluk Anlaşması

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir (TBK m.12/2). Ancak kanuni şekilden farklı olarak, iradi şekilde tarafların

²⁶Karabağ Bulut, s.841.

²⁷Akman, s.43; Eren, s.1043; Hatemi/Gökyayla, s.277; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1178.

²⁸Akman, s.43; Oğuzman/Öz, s.421; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1178.

²⁹Eren, s.1043; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1178.

³⁰Erdoğan, İhsan, Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1,1997, s.115.

kararlaştırdıkları şeklin geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğu hususunda yine taraf iradeleri dikkate alınacaktır.³¹ Ancak taraf iradelerinden bu husus anlaşılamiyorsa TBK m.17/1 hükmü devreye girecektir. Buna göre, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Şu halde, tarafların kararlaştırdıkları şekle uymadan yaptıkları sorumsuzluk anlaşması hüküm ifade etmeyecektir. Ancak taraflar sorumsuzluk anlaşmasını şeklin kapsamı dışında tutmuşlarsa artık herhangi bir şekle tabi değildir.³² Zira sorumsuzluk anlaşması, esas sözleşmedeki hükümlere nazaran yan anlaşma niteliğindedir.

2.5.2.Kanuni Şekil ve Sorumsuzluk Anlaşması

Kanunen şekle tabi olan bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, şeklin sözleşmenin objektif ve sübjektif tüm esaslı noktalarını kapsıyor olması gerekmektedir.³³ Aksi takdirde sözleşme hükümsüz olur. Sorumsuzluk anlaşmasının bir yan anlaşma niteliğinde olması durumunda şekle dâhil edilmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Başka bir deyişle, esas sözleşme kanunen şekle tabi bir sözleşme olsa bile, sorumsuzluk anlaşması şekle tabi olmaksızın yapılabilir. Ancak sorumsuzluk anlaşması sözleşmenin esaslı noktası haline getirilmişse, kanunen uyulması zorunlu olan şekil şartının kapsamına sorumsuzluk anlaşması da girecektir.³⁴

3. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ GEÇERLİLİK SINIRLARI

3.1.Genel Olarak

TBK m.26 hükmü, *“taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”* dedikten hemen sonra bu sınırların genel

³¹Akman, s.43; Başalp, s.44.

³²Akman, s.43.

³³Oğuzman/Öz, s.128. Sözleşmenin yalnızca objektif esaslı noktalarının şeklin muhtevasına dâhil olduğu yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1177.

³⁴Başalp, s.42.

olarak neler olduğunu düzenlemiştir. Buna göre, “kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” (TBK m.27). Şu halde sorumsuzluk anlaşmasının kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması gerekmektedir. Kanunda ifade edilen bu kavramlar tüm sözleşmelerde olduğu gibi, sorumsuzluk anlaşmasının da sınırlarını çizmektedir. Ancak çalışmanın kapsamı açısından her bir kavram açıklanmayacak, yalnızca “kanunun emredici hükümleri” çerçevesinde TBK m.115 ve 116’da getirilen sınırlamalar üzerinde durulacaktır.

3.2.TBK m.115 Hükümünde Getirilen Sınırlamalar

TBK m.115 hükmü, borçlunun kendi davranışından kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarını düzenlemektedir. Buna göre, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür(TBK m.115/1). Kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmasının içeriğine ilişkin emredici bir hüküm getirmiştir³⁵. Söz konusu bu hüküm, sorumsuzluk anlaşmasının geçerlilik sınırını olaydaki kusur derecesine göre belirlemektedir. Ancak 818 sayılı BK m.99/1 hükmünden farklı olarak, “hile” kavramına yer verilmemiş, sadece “ağır kusur” ifadesi kullanılmıştır. Madde gerekçesinde yer almamakla beraber, “ağır kusur” kavramının kastı kapsamı sebebiyle hile kavramını da içine aldığı ifade edilmektedir.³⁶ Şu halde “ağır kusur” kavramını “kast” ve “ağır ihmal” kavramlarını içinde barındıran bir üst kavram olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Eğer borçlu, borca aykırı davranışı bilerek ve sonuçlarını isteyerek gerçekleştirmişse kasten hareket ettiği söylenebilir³⁷. Borca aykırı sonucun ortaya çıkmasına kasten sebep olan borçlu, verdiği zarardan dolayı sorumludur. TBK

³⁵Karabağ Bulut, s.842.

³⁶Oğuzman/Öz, s.421; Yeniocak, Umut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2013, s.140.

³⁷Oğuzman/Öz, s.55; Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.46.

m.115/1'in emredici hükmü gereği bu sorumluluğun bir sorumsuzluk anlaşması ile bertaraf edilmesi mümkün değildir. Aksi bir sonuç, alacaklının tamamen borçlunun iradesine bağlı kılınması ve taraflar arasında sözleşmeden ötürü ortaya çıkan güvenin zedelenmesi anlamına gelecektir. Ağır kusurda yalnızca sorumluluğu ortadan kaldıran değil, tazminatı sınırlandıran veya talep şartlarını ağırlaştıran sözleşme kayıtları da kesin hükümsüz olacaktır³⁸.

Borçlu borca aykırı sonucu arzu etmemiş, fakat bu sonucun ortaya çıkmaması için gerekli olan iradeyi yeterince gösterememişse ihmal söz konusu olur. Yani burada bir "özen eksikliği" mevcuttur. Borçlunun göstermesi gereken özenin ölçüsü, somut olayın gereklilikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir³⁹.

İhmal, "ağır ihmal" ve "hafif ihmal" olmak üzere iki kısımdır. Ağır ihmal, hukuka aykırı sonuca yol açan fiilin işlenmesi sırasında, o fiili işleyen herkesin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir⁴⁰. Hafif ihmal ise, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği özenin gösterilmemesidir. Daha açık bir ifadeyle, ağır olmayan her ihmal, hafif ihmaldir⁴¹. Ağır ihmal-hafif ihmal ayrımı, sorumsuzluk anlaşmaları açısından önem taşımaktadır. Zira sorumsuzluk anlaşması yoluyla tıpkı kastta olduğu gibi, borçlunun ağır ihmali ile verdiği zararlardan sorumlu olmayacağı kararlaştırılmaz⁴². Hâlbuki TBK m.115/1'in karşıt anlamına göre, borçlunun hafif kusuru halinde borca aykırılıktan sorumlu olmayacağı yönünde bir sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkündür. Ancak TBK m.115/2-3 hükümleri hafif kusurdan sorumluluğun dahi bertaraf edilemeyeceği halleri düzenlemektedir.

3.2.1. Borçlu İle Alacaklı Arasında Hizmet Sözleşmesinden Doğan Bir Borç Bulunması

TBK m.115/2 hükmüne göre, "*Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden*

³⁸Oğuzman/Öz, s.422.

³⁹Tandoğan, s.50.

⁴⁰Eren, s.537; Oğuzman/Öz, s.56; Tandoğan, s.54.

⁴¹Eren, s.537; Oğuzman/Öz, s.56; Tandoğan, s.55.

⁴²Akman, s.53; Erten, s.208; Oğuzman/Öz, s.422.

yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür". Bu hüküm çerçevesinde, alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borç varsa, bu borçtan kaynaklanan sorumluluğu bertaraf eden her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Sorumluluğun kasttan, ağır ihmalden veya hafif ihmalden kaynaklanması arasında hiçbir fark yoktur.

818 sayılı BK m.99/2'de alacaklının borçlunun hizmetinde olması şartına bağlı olarak, borçlu lehine yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmasının hâkim tarafından batıl kabul edilebileceği hüküm altına alınmaktaydı. Ancak TBK m.115/2 hükmü, "alacaklının borçlunun hizmetinde olması" şartına yer vermemiştir. Dolayısıyla bu hüküm çerçevesinde hem işçi lehine, hem de işveren lehine olan sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz olacaktır.⁴³ Hâlbuki 818 sayılı BK m.99/2 hükmü, yalnızca işveren lehine olan sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılabileceğini düzenlemekteydi. Zira sorumsuzluk anlaşması yapılırken alacaklı işçinin borçlu işverene bağımlı olmasından ötürü baskı altında böyle bir anlaşmayı kabul etmiş olabileceği varsayımından hareket edilmekteydi.⁴⁴ TBK m.115/2 hükmüyle bu ifadenin değiştirilerek, işverene karşı işçinin sorumluluğunu daraltan anlaşmalarda işverene de aynı korumanın sağlanması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir.⁴⁵ Çözüm olarak ise burada örtülü bir boşluk olduğu, hükmün amacı ve kanunun ruhu dikkate alınarak sadece işçi aleyhine olan sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılıp, işveren aleyhine olan anlaşmaların geçerli sayılması gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁶

Öte yandan 818 sayılı BK m.99/2 hükmünde sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılması noktasında hâkime tanınan takdir yetkisinin TBK m.115/2 hükmüyle kaldırılması da eleştiri konusu olan bir başka husustur.⁴⁷ Zira hâkimin somut olayın koşullarını değerlendirerek, gerektiğinde sözleşmeyi ayakta tutma

⁴³Oğuzman/Öz, s.423.

⁴⁴Ertuş, Şeref, Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi, *Cevdet Yavuz'a Armağan*, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s.313; Oğuzman/Öz, s.423.

⁴⁵Başalp, s.189; Oğuzman/Öz, s.424.

⁴⁶Başalp, s.368; Oğuzman/Öz, s.424.

⁴⁷Başalp, s.189.

imkânı tamamen ortadan kaldırılmış ve bu tür anlaşmalar kesin olarak hükümsüz sayılmıştır.

3.2.2.Uzmanlığı Gerektiren Bir Hizmet, Meslek veya Sanatın Bulunması

TBK m.115/3 hükmüne göre, “uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”. Bu hükmün uygulanabilmesi için iki temel şart söz konusudur.

Birinci şart, ortada uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın bulunmasıdır. Örneğin avukatlık, noterlik, doktorluk, mimarlık, mühendislik, veterinerlik vb. işler uzmanlığı gerektiren mesleklerdir. İkinci şart ise, uzmanlığı gerektiren faaliyetin kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir iş olmasıdır. Söz konusu bu şartlar alternatif değil kümülatiftir. Yani her iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir⁴⁸. Şu halde, uzmanlığı gerektiren faaliyet, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir faaliyet değilse, sorumsuzluk anlaşması geçerli olacaktır.⁴⁹ Ressamlık, heykeltıraşlık, müzisyenlik, sahne sanatçılığı vb. faaliyetler buna örnek olarak verilebilir.⁵⁰

818 sayılı BK m.99/2 hükmü, “hükümet tarafından, imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından” bahsetmekteydi. Sahip olduğu imtiyaza dayanan borçlunun alacaklı karşısında oldukça güçlü durumda bulunduğu ve bu sebeple kanun koyucunun alacaklıyı bu tür sorumsuzluk anlaşmalarından korumak istediği ifade edilmekteydi.⁵¹ Ancak maddede yer almasa da, icrası resmi bir ruhsat veya izne bağlı olan meslek ve faaliyetler açısından borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair yapılan anlaşmaların da batıl sayılabileceği ileri sürülmekteydi.⁵²

⁴⁸Ertay, s.314.

⁴⁹Ertay, s.314.

⁵⁰Oğuzman/Öz, s.425.

⁵¹Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.1181.

⁵²Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.1182.

TBK m.115/3 hükmü, söz konusu bu belirsizliği ortadan kaldırmakla beraber, “yetkili makamlar” kavramı içi doldurulmaya muhtaç bir kavram durumundadır. Zira hükmün geniş yorumlanması halinde yetkili makamın resmi olmayan özel bir makam olarak kabul edilmesi, bu sebeple de neredeyse her meslek ve sanatın hükmün kapsamına sokulması ihtimal dâhilindedir.⁵³ Bu sebeple, “yetkili makamlar” kavramının, amacı aşan bir yorumdan uzak tutularak “resmi makamlar” şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır.⁵⁴

3.3.TBK m.116 Hükmünde Getirilen Sınırlamalar

Günümüzün toplum yapısı ve iş ilişkileri, borçluyu, borç ilişkisinden doğan edimlerin ifasında yardımcı kişilerden faydalanmaya yöneltmektedir.⁵⁵ Nitekim TBK m.83 hükmüne göre, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmek zorunda değildir. Ancak bu durumda, borca aykırılığın borçlunun değil de yardımcı kişilerin fiillerinden doğmuş olması halinde sorumluluğun kime ait olacağı problemiyle karşılaşılır.⁵⁶ İşte TBK m.116 hükmü, bu probleme çözüm getirmeye çalışmaktadır. Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zarar gidermekle yükümlüdür (TBK m.116/1). Şu halde kanun koyucu, yardımcı kişi kullanarak etkinlik alanını genişleten borçlunun, aynı zamanda bunun külfetine de katlanması gerektiğini düzenlemiştir.⁵⁷

⁵³Ertaş, s.314.

⁵⁴ Aynı yönde Başalp, s.456.

⁵⁵Eren, s.1027; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1191.

⁵⁶ Rusch, Arnold/Bornhauser, Philip, KorrektivzurFreizeichnungvon der Hilfspersonenhaftung, *AktuelleJuristischePraxis*, Zürich, 2010, s.1228 (http://www.arnoldrusch.ch/pdf/101006_ajp1.pdf, Erişim:21/10/2016).

⁵⁷Ayrıntılı bilgi için bkz: Şenocak, Zarife, *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Dayımlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995.

Hal böyle olmakla birlikte, TBK m.116/2 hükmü, yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabileceğini ifade etmektedir. TBK m.115/1 hükmünden farklı olarak, yardımcı kişilerin ağır kusurundan dahi borçlunun sorumlu olmayacağına yönelik sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. 818 sayılı BK m.100/2 hükmünde de, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun tamamen veya kısmen kaldırılması yolunda anlaşma yapılması imkânı mevcuttu. Gerek BK m.100/2, gerekse de TBK m.116/2 hükmü bazı adaletsiz sonuçlara yol açtıkları ve kanun koyucunun ilk fıkrada verdiğini ikinci fıkrada alarak çelişkiye yol açtığı yönünde eleştirilmiştir.⁵⁸

Borçlunun yardımcı kişilerin fiilleri için sorumsuzluk anlaşması yapma imkânı, TBK m.116/3 hükmü ile daraltılmıştır. Buna göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.⁵⁹ Kusurun ağır veya hafif olması arasında bir fark gözetilmemiştir. Söz konusu bu hüküm, TBK m.115/3 hükmüyle benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak TBK m.115/2 hükmünde, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalara getirilen sınırlama, TBK m.116'da yer almamaktadır. Bu durum, hizmet ilişkilerinde yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılabileceği yorumunu akla getirmektedir. Ancak bu yorum yanlıcıdır. Zira TBK m.115 ve 116'nın birlikte ele alınması ve TBK m.115/2 hükmünün hem borçlunun kendi fiilinden doğan sorumluluğunu hem de yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu kapsadığı yönünde yorumlanması gerekmektedir.⁶⁰

Son olarak belirtmek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olabilmesi için, yardımcı kişi kullanmanın borca

⁵⁸Akman, s.76; Başalp, s.458; Erten, s.221.

⁵⁹Özdemir, Hayrunnisa, *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu*, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, S.1-2, 2011, s.219.

⁶⁰Başalp, s.209.

aykırı olmaması gerekir.⁶¹ Başka bir deyişle, borç ilişkisinin mahiyeti gereği, yardımcı kişi kullanılması mümkün olmalıdır. Aksi takdirde borçlunun, yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğunu daraltan veya kaldıran anlaşmaya dayanması söz konusu olmayacaktır.

3.4.Geçersizliğin Sözleşmeye Etkisi

Sorumsuzluk anlaşmasının geçerlilik sınırlarını düzenleyen TBK m.115 ve 116 hükümleri, söz konusu sınırlara aykırı olan sözleşmelerin “kesin hükümsüz” olduğunu düzenlemektedir. EBK m.99/2’de yer alan “takdiri butlan”, yani sözleşmenin hâkimin takdiri sonucu hükümsüz sayılması imkânına ise TBK’da yer verilmemiştir.

Bir hukuki işlemin kurucu unsurları mevcut olduğu halde, geçerlilik şartlarında bir eksiklik var olduğunda, kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olur.⁶² Bir sözleşmenin kesin hükümsüz olmasını gerektiren sebepler, ehliyetsizlik, sözleşmenin konusunun emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olması, şekle aykırılık ve muvazaadır.⁶³ Kesin hükümsüzlük yaptırımının hukuki sonuçları şunlardır⁶⁴:

- a) Hukuki işlem yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür.
- b) Hükümsüzlüğün sonradan düzelmesi ve hukuki işlemin geçerlilik kazanması kural olarak mümkün değildir.
- c) Kesin hükümsüzlüğe, hukuki durumları etkilenen herkes dayanabilir.

⁶¹Karaca, Mehmet, İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.49, 2010, s.51; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1203.

⁶²Kırkbeşoğlu, Nagehan, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.28; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.580; Oğuzman/Öz, s.179.

⁶³Eren, s.285; Kırkbeşoğlu, s.29; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.529; Oğuzman/Öz, s.180.

⁶⁴Başalp, s.384;Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.581; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.505; Yıldırım, s.165.

d) Kesin hükümsüzlük, sadece karşı tarafa değil herkese karşı ileri sürülebilir.

e) Hâkim kesin hükümsüzlüğü kendiliğinden dikkate alır.

Kesin hükümsüzlük tam ve kısmi olmak üzere iki türüdür. Kısmi hükümsüzlük, bir sözleşmenin bazı hükümlerinin sakat olması halinde, yalnız bu kısmın hükümsüz olup sakat olmayan diğer kısımların geçerliliğinin korunmasıdır.⁶⁵ TBK m.27/2 hükmüne göre, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın, sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur. Şu halde bir sözleşmede yer alan sorumsuzluk kayıtlarının hükümsüz olması, sözleşmenin tamamen hükümsüz olması sonucunu doğurmaz. Ancak burada borçlunun TBK m.27/2,c.2'ye dayanıp dayanamayacağı sorusu akla gelebilir. Buna olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Zira hem dürüstlük kuralı hem de alacaklının korunması düşüncesi, borçlunun bunu ileri sürerek sözleşmeyi tümünden hükümsüz saymasına imkân vermemektedir.⁶⁶

3.5.Sorumluluk Anlaşması İle Haksız Fiil Sorumluluğunun Kaldırılması

Borçlunun borca aykırı davranışının aynı zamanda haksız fiil mahiyetinde olması mümkündür. Bu durumda, borçlunun haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması yoluyla ortadan kaldırılmasının mümkün olup olmadığı akla gelmektedir. İlk bakışta, haksız fiilin genel davranış kurallarının ihlali sonucu ortaya çıkması ve haksız fiil hükümlerinin de kamu düzenini koruma amacının bulunması sebebiyle⁶⁷, bu sorumluluğun anlaşmayla ortadan kaldırılamayacağı düşünülebilir. Ancak haksız fiilin mevcudiyeti için evvela ortada bir hukuka aykırı fiil bulunmalıdır. Fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bazı sebepler vardır. Bunlardan biri de

⁶⁵Başpınar, Veysel, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s.29.

⁶⁶Karabağ Bulut, s.855; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1183.

⁶⁷Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.480 vd; Oğuzman/Öz, s.5.

zarar görenin rızasıdır. Yani hukuka aykırı bir fiil sonucu zarar gören kişinin bunda rızası varsa, söz konusu rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Dolayısıyla artık fail bundan dolayı sorumlu tutulamaz. Bu sonucun ortaya çıkması için, zarar görenin rızasının belirli özellikleri taşıması gerekir:

- a) Rıza verenin fiil ehliyeti bulunmalıdır.
- b) Rızaya ilişkin beyan sıhhatli olmalıdır.
- c) Rıza kişilik haklarına aykırı olmamalıdır.
- d) Rıza, zararın doğmasından önce verilmiş olmalıdır.

Bu özellikleri taşımayan bir rıza beyanı, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Ancak bunun aksine olarak, sorumsuzluk anlaşmasının geçerli bir rıza beyanı olarak kabul edildiği durumlarda, haksız fiil sorumluluğunun da sorumsuzluk anlaşması ile daraltılmasının veya kaldırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁸

4. ÖZEL HÜKÜMLERDE YER ALAN SORUMSUZLUK KAYITLARI

4.1. Satış Sözleşmesi

Satış sözleşmesine ilişkin hükümlerde, sorumsuzluk anlaşmasına yer verilen iki madde vardır. Bunlardan birincisi, zapttan sorumluluğa ilişkin TBK m.214/3 hükmü, ikincisi ise, ayıptan sorumluluğa ilişkin TBK m.221 hükmüdür.

Zapttan sorumluluk, satılan malın üçüncü kişinin ileri sürdüğü üstün bir hak dolayısıyla alıcının elinden alınmasından veya alıcının malı gereği gibi kullanamamasından dolayı satıcının sorumlu tutulmasını ifade etmektedir.⁶⁹

⁶⁸Akman, s.113; Erten, s.166; Tandoğan, s.538.

⁶⁹Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.107; Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.148; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2015, s.109;

Zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler emredici değil, düzenleyici nitelikte hükümlerdir.⁷⁰ Bu nedenle taraflar aralarında yapacakları sorumsuzluk anlaşması ile satıcının zapttan sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldıracırlar. Ancak TBK m.214/3 hükmü, zapttan sorumluluğa ilişkin yapılacak sorumsuzluk anlaşmasına bir sınırlama getirmiştir. Buna göre satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Burada satıcının, üçüncü kişinin hakkı konusunda alıcıyı kasten aldatmış olması aranmaktadır⁷¹. Satıcının kastı bulunmayıp, ağır ihmalinin bulunduğu durumlarda da TBK m.115/1 hükmü gereğince sorumsuzluk anlaşması yine kesin hükümsüz olacaktır.

Ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler de, zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler gibi düzenleyici niteliktedir.⁷² Şu halde, burada da taraflar sorumsuzluk anlaşması yaparak satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilir.⁷³ Ancak TBK m.221 hükmüne göre, satıcı satılanı devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. TBK m.115/1 hükmüne paralel olarak düzenlenen bu hüküm gereğince, satıcının kasten veya ağır ihmalle hareket ettiği durumlarda, artık sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır. Satıcının, satılan malda aslında var olmayan bir niteliğin var olduğunu söylemesi veya alıcıdan maldaki bir noksanlığı gizlemesi durumunda kasten hareket ettiği söylenebilir.⁷⁴ Satıcının gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı ayıbı bilebilecek olması durumunda ise ağır ihmali vardır. Her iki durumda da sorumsuzluk anlaşması geçersizdir.

Zevkililer, Aydın/Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.141.

⁷⁰Eren, Borçlar Özel, s.126; Tandoğan, C.I, s.149; Yavuz/Acar/Özen, s.110.

⁷¹Eren, Borçlar Özel, s.127.

⁷²Eren, Borçlar Özel, s.182.

⁷³Becker, Herman, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*(Çeviren: A.Suat Dura), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1993.

⁷⁴Eren, Borçlar Özel, s.183.

4.2.Kira Sözleşmesi

TBK m.301 hükmüne göre, kiraya veren kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz. Kiraya verenin kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma uygun bir biçimde kiralayana teslim etme borcu, kira sözleşmesinde kiraya verenin en temel borcunu teşkil etmektedir. Kiraya verenin kiracıyla sorumsuzluk anlaşması yaparak, özellikle tazminat ödenmesi gereken durumlar için sorumluluğu kısmen veya tamamen kaldırması mümkündür⁷⁵. Ancak TBK m.301/c.2 hükmü, bu imkânı iki yönden sınırlandırmıştır.

İlk olarak, kiraya verenin kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli olarak teslim etme ve sözleşme süresince bu durumda bulundurma yükümlülüğünün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir.⁷⁶ Dolayısıyla kiraya verenin, kiralananın teslimi amındaki ayıplarla, teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardan sorumluluğu da sözleşme ile ortadan kaldırılamaz.⁷⁷ Bu yönde yapılacak bir sorumsuzluk anlaşmasının yaptırımını kesin hükümsüzlük olacaktır.

İkinci olarak ise, konut ve çatılı işyeri kiralaları dışındaki kiralarda genel işlem koşulları yoluyla kiracı aleyhine sorumluluğun daraltılması veya kaldırılması yasaklanmıştır. Bilindiği üzere, genel işlem koşulları düzenleyen ilerde çok sayıda sözleşmede kullanmak üzere tek taraflı olarak hazırlayıp karşı tarafa sunduğu sözleşme metinleridir.⁷⁸ Genel işlem koşullarında yer alan hükümler, karşılıklı

⁷⁵Eren, Borçlar Özel, s.363.

⁷⁶Aydemir, Efrail, *Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2013, s.95; Gümüş, Mustafa Alper, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.97;

⁷⁷Eren, Borçlar Özel, s.364; Gümüş, s.98.

⁷⁸Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku*, Beta, Ankara, 2016, s.48; Atamer, Yeşim, *Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*, Türk Hukukunda Genel

görüşme ve müzakere yapılmaksızın tamamen kabul veya reddedilmesi (*take it orleave it*⁷⁹) için diğer tarafa sunulmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu, genel işlem koşulları yoluyla sorumsuzluk anlaşmasının kiraya veren tarafından kiralayana dayatılmasını ve kiraya verenin sorumluluktan kurtulmasını engellemiştir.

5. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ SONUÇLARI

Tarafların birbirine uygun irade beyanları ile kurulan sözleşmeler, bazı yükümlülüklerin doğmasına sebep olur. Zira her borç ilişkisi, içerisinde bir veya birden fazla edim yükümlülüğünü ihtiva eder. Edim, borç ilişkisine dayanarak alacaklının borçludan talep etmeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır.⁸⁰ Edim yükümlülükleri, asli ve yan edim yükümlülükleri olarak iki kısma ayrılabilir. Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin temelini ve birinci derecede amacını oluşturan edim yükümlülüğüdür. Yan edim yükümlülüğü ise, sözleşmenin asıl amacına ulaşmasına hizmet eden edimleri ifade eder.⁸¹

Sorumsuzluk anlaşması, borçlunun borca aykırı davranışından doğan zararın tazmini yükümlülüğünü ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Borçlunun söz konusu bu tazmin yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu ortaya çıkan bir yan yükümlülüktür.⁸² Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmasının konusu, sözleşmedeki asli yükümlülükler değildir. Bu sebeple, sorumsuzluk anlaşması, borçluya sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini ifa edip etmeme gibi

İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s.12; Eren, s.272; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.226; Oğuzman/Öz, s.165; Şenyüz, Doğan, *Borçlar Hukuku*, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2016, s.31; Yeniocak, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013(107), s.78;

⁷⁹ Nelson, William Alan, 'Take It or Leave it: Unconscionability of Mandatory Pre-Dispute ArbitrationAgreements in the Security Industry' *University of Pennsylvania Journal of Business Law* (2015) Vol.17, s.594.

⁸⁰Eren, s.89; Oğuzman/Öz, s.6.

⁸¹Eren, s.90 vd.

⁸²Karabağ Bulut, s.863.

bir serbestlik tanımamaktadır.⁸³ Hiç şüphesiz taraflar aralarında anlaşarak bir tarafın sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünü yerine getirip getirmemekte serbest olduğunu karara bağlayabilirler. Ancak böyle bir anlaşma sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilemez.⁸⁴ Ezcümle, borçlu lehine geçerli bir surette sorumsuzluk anlaşması yapılmış olsa bile, esas sözleşmeden doğan asli ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır.

6. YARGITAY KARARINA KONU OLAN OLAYIN ÖZETİ, HUKUKİ PROBLEM, MERCİLERİN ÇÖZÜMÜ VE DEĞERLENDİRME

6.1.Yargıtay Kararına Konu Olan Olayın Özeti

Yargıtay kararına⁸⁵ konu olan olayda, davacı şirketle davalı şirket arasında alt yüklenicilik ilişkisi söz konusudur. Davalı şirket Ulus-Keçiören metro inşaatının asıl yüklenicisidir. İnşaat çalışmaları sırasında iş kazası meydana gelmiş ve bir işçi hayatını kaybetmiştir. İşçinin mirasçıları tarafından tazminat davası açılmış ve dava sonunda hükmedilen tazminatın tamamı alt yüklenici şirket tarafından ödenmiştir. Tazminat davasında yer alan bilirkişi raporuna göre asıl yüklenici %50, alt yüklenici %40, üçüncü kişiler %10 kusurludur. Alt yüklenici şirket de söz konusu bu rapora dayanarak, ödedikleri tazminatın %50'sinin asıl yüklenici şirket tarafından kendilerine geri ödenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Asıl yüklenici şirket ise, alt yüklenici şirketle aralarındaki sözleşmenin 18. Maddesinde yer alan "Alt yüklenici, işçisinin veya 3. şahsın uğrayacağı kaza sonucu ortaya çıkan zarar, ziyan veya kanunen ödenmesi gereken tazminat ve masraflardan münhasıran sorumlu olacak ve yükleniciye hiçbir sorumluluk yüklemeyecektir" hükmü gereğince sorumluluklarının bulunmadığını ileri sürmektedir.

⁸³Karabağ Bulut, s.864.

⁸⁴Akman, s.18; Erten, s.38.

⁸⁵ Yargıtay 11.HD, 2011/11607 E., 2013/13004 K., 21.06.2013 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim:07/11/2016).

6.2.Hukuki Problem

Alt yükleniciyle asıl yüklenici arasındaki dava esasen bir rücu davasıdır. İşçinin mirasçıları tarafından açılan tazminat davasında alt yüklenici, asıl yüklenici ve üçüncü kişilerin müteselsilen sorumlu oldukları yönünde karar verilmiş ve tazminatın tamamı alt yüklenici tarafından ödenmiştir. Alt yüklenici, olayda asıl yüklenicinin de kusuru bulunduğundan hareketle kusur oranına göre ödemiş olduğu tazminatın kendilerine geri verilmesi gerektiğini ileri sürerek dava açmıştır. Asıl yüklenici ise, alt yüklenici ile aralarında yer alan sözleşmedeki bir maddeye dayanarak sorumlu olmadıklarını ileri sürmektedir. İşte hukuki problem, söz konusu sözleşme maddesinin bir sorumsuzluk anlaşması olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

6.3.Mercilerin Çözümü

6.3.1.Ankara 18.Asliye Hukuk Mahkemesinin Kararı

İlk derece mahkemesi, Ulus-Keçiören metro inşaatında meydana gelen iş kazası sonucunda hayatını kaybeden işçinin mirasçıları tarafından Ankara 17. İş Mahkemesinde açılan davada verilen karar sonucunda yapılan icra takipleri sebebiyle davacı alt yüklenici tarafından ödeme yapıldığı, ödemeye esas kararda benimsenen bilirkişi raporunda, davalıların oluşturduğu ortaklığın ölüm olayının meydana gelmesinde %50 oranında kusurlu bulunduğu, davalıların doğan zarardan kusurları oranında sorumlu olacaklarının yerleşik içtihatlar ve sorumluluk hukukunun gereği olduğu, bu sebeple davalıların davacı tarafından ölen işçinin mirasçılarına ödenen tazminat miktarından kusurlarına isabet eden kısmını ödemelerinin gerektiği, taraflar arasındaki sözleşmenin 18. ve İş Kanununun 2. maddesinin davalılar lehine uygulanabilmesi olanağının bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar vermiştir. Yani ilk derece mahkemesi alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmede yer alan sorumsuzluk anlaşmasını dikkate almamış ve asıl yüklenicinin kusur oranına karşılık gelen miktarı ödemesi gerektiğine hükmetmiştir. Karar davalı asıl yüklenici vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

6.3.2.Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Kararı

Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmenin 18. maddesinde "Alt yüklenici, işçisinin veya 3. şahsın uğrayacağı kaza sonucu ortaya çıkan zarar, ziyan veya kanunen ödenmesi gereken tazminat ve masraflardan münhasıran sorumlu olacak ve yükleniciye hiçbir sorumluluk yüklemeyecektir." hükmünün yer aldığı, davalar tarafından da bu madde kapsamında sorumlu olmadıklarının ileri sürüldüğünü belirtmiştir. Yüksek mahkeme, bu durumda taraflar arasında yapılan sözleşmenin değinilen hükmünün, sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı BK'nın 99. Maddesinde düzenlenen sorumsuzluk anlaşması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durularak sonuca gidilmesi gerekirken, davanın kabulüne karar verilmesinin doğru olmadığını belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁸⁶. Dolayısıyla Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan hükmün, geçerli bir sorumsuzluk anlaşması olarak kabul edilip edilmeyeceğinin ve buna bağlı olarak davalı asıl yüklenicinin sorumluluktan kurtulup kurtulmayacağına mahkemece değerlendirilmesini istemektedir.

6.4.Değerlendirme

Taraflar arasında bir "alt yüklenicilik (müteahhitlik) sözleşmesi" vardır. Alt yüklenicilik sözleşmesi, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan eser sözleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan, asıl yüklenicinin işin mahiyeti gereğince kişiliğinin önemli olmadığı durumlarda, kendi nam ve hesabına anlaşma yaptığı alt yükleniciyle işin bir bölümünün veya tamamının ifa edilmesi amacıyla kurduğu sözleşmedir.⁸⁷

⁸⁶ Yargıtay ayrıca davalı asıl yüklenicinin yargılama sırasında her iki tarafın tacir olmasından bahisle davanın ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde itirazda bulunduğu, ilk derece mahkemesinin bu durumu göz önüne almaksızın itirazı reddetmesinin de doğru olmadığını belirtmiştir. Ancak bu husus inceleme konumuzun dışında olduğundan değerlendirilmemiştir.

⁸⁷ Erişen, Muhammet, *Alt Müteahhitlik Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2011, s.7.

Alt yüklenicilik sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesidir.⁸⁸ Eser sözleşmesinde yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür (TBK m.471/3). Bu hüküm şahsen ifa zorunluluğunun bulunmadığına ilişkin TBK m.83 hükmünün bir istisnasıdır. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olmaması halinde, yüklenici işi başkasına da yaptırabilir (TBK m.471/3). İşte alt yüklenicilik ilişkisi, kanunun sağlamış olduğu bu imkân çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu suretle asıl yüklenici, işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye(taşeron) yaptırmaktadır.

Alt yüklenicilik sözleşmeleri genellikle inşaat sektöründe karayolu, köprü, metro, alışveriş merkezi, hava limanı gibi büyük ölçekli inşaat projelerinde yaygın olarak yapılmaktadır.⁸⁹ Zira bu tarz büyük projelerin tamamlanabilmesi için farklı konularda uzman olan kişilerin yardımına ihtiyaç vardır. Yüklenicinin, bütün uzmanlık alanlarında yetkin olan çalışanları bünyesinde barındırması çoğu zaman mümkün olmaz. Bu durumda yüklenici, işin bir kısmını veya tamamını alt yüklenici veya yüklenicilere yaptırma yoluna gider. Dolayısıyla bu projeler açısından yüklenicinin kişisel özelliklerinin ön planda olmayıp, işin gereği gibi yerine getirilmesinin esas olduğu söylenebilir.⁹⁰

Alt yüklenici, asıl yükleniciden bağımsız olarak kendi hesabına hareket etme yetkisine sahip olan bir ifa yardımcısıdır.⁹¹ Bu sebeple asıl yüklenici, alt yüklenicinin fiillerinden dolayı iş sahibinin uğradığı zararlardan TBK m.116 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulacaktır. Ancak dava konusu olayda, iş sahibinin zarara uğraması söz konusu değildir. Dolayısıyla meselenin çözümündeki dayanak noktası, yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluğa ilişkin TBK m.116 hükmü olmayacaktır.

⁸⁸Eren, Borçlar Özel, s.604; Eren, *Borçlar Özel*, s.605; Yavuz/Acar/Özen, s.1011; Zevkliler/Gökyayla, s.503.

⁸⁹Erişen, s.5.

⁹⁰Kılıçoğlu, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.32, s.195.

⁹¹Eren, *Borçlar Özel*, s.605; Yavuz/Acar/Özen, s.1011; Zevkliler/Gökyayla, s.503.

Alt yüklenicilik sözleşmesinde yer alan sorumsuzluk anlaşmasının, asıl yüklenicinin işçinin uğradığı zarardan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmadığının da irdelenmesi gerekmektedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (İşK.m.2/6). Görüldüğü üzere kanun koyucu, işçiyi korumak amacıyla asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde asıl işvereni de müteselsilen sorumlu tutmuştur.⁹² Alt işverenin sorumluluğu sözleşmeden kaynaklanırken, asıl işverenin sorumluluğu doğrudan doğruya kanundan kaynaklanmaktadır. Zira alt işverenin işçisiyle asıl işveren arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Asıl işveren bu duruma dayanarak öncelikle alt işverenin sorumlu tutulacağını ileri süremez.⁹³ Şu halde, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan “alt yüklenici, işçisinin veya 3. şahsın uğrayacağı kaza sonucu ortaya çıkan zarar, ziyan veya kanunen ödenmesi gereken tazminat ve masraflardan münhasıran sorumlu olacak ve yükleniciye hiçbir sorumluluk yüklemeyecektir” maddesi kanunun emredici hükmüne aykırıdır. Bu sebeple, söz konusu sorumsuzluk anlaşması TBK m.27 gereğince kesin hükümsüzdür. Ancak söz konusu hükümsüzlük, asıl işverenin işçiye karşı sorumluluğunda ortaya çıkar. Başka bir deyişle, işçinin mirasçılarının açmış olduğu davada asıl işveren kendisinin sorumlu olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Olayda ise, işçinin mirasçılarının hak ettikleri tazminat ödenmiştir. Artık burada iş ilişkisinden doğan dava bulunmamaktadır.

Öte yandan TBK m.115/1 hükmü, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın kesin hükümsüz olduğunu açıkça belirtmektedir. Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sorumsuzluk anlaşmasında yer alan, asıl yükleniciye hiçbir sorumluluk yüklenmeyeceği şeklindeki kayıt söz konusu hükme ilk bakışta aykırı gözükmektedir. Zira bu ifade, asıl yükleniciyi ağır

⁹² Akın, Levent, Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60(4), 2011, s.743; Boydak, Alptekin Burak, Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.7, S.24, 2016, s.230.

⁹³Akın, s.746.

kusurundan dahi sorumlu tutmamayı amaçlamaktadır. Ancak alt yüklenicilik sözleşmesindeki bu kayıt, asıl edim yükümlülüğüne ilişkin bir kayıt değildir. Taraflar alt yüklenicinin işçisinin veya 3. şahısların uğrayacağı zararlardan sorumluluğa dair bir anlaşma yapmışlardır. Bu ise, kapsam itibarıyla bir yan edim yükümlülüğüdür. TBK m.115/1 hükmünün yan edim yükümlülüğüne ilişkin bir sorumsuzluk anlaşmasını kesin hükümsüz saymasını kabul etmek, kanaatimizce hükmün geniş yorumlanması sonucunu doğurur. Bunun yerine, kesin hükümsüzlük yaptırımının sözleşmedeki asli yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden doğan sorumlulukta uygulanması daha makul gözükmektedir. Bu sebeple, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sorumsuzluk anlaşması geçerli kabul edilmelidir.

Başka bir açıdan bakılacak olursa, alt yüklenici ve asıl yüklenici tacirdir. 6102 sayılı TTK m.18/2 hükmüne göre “her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir”. Bu ölçüde göre basiretli bir tacirin, tedbirli, ileriye görebilen, karar vermeden önce bunun sonuçlarını öngörebilen bir iş adamı olması gerekmektedir⁹⁴. Basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeyen tacir bunun sonuçlarına katlanmak durumundadır. Şu halde, asıl yüklenici ile sözleşme yapan alt yüklenicinin, bir tacir olarak sözleşme şartlarının sonuçlarını ve ileride ortaya çıkabilecek etkilerini öngörmüş ve buna göre sözleşme yapmış olması kendisinden beklenebilir. Dolayısıyla alt yüklenici, sözleşmede yer alan sorumsuzluk anlaşmasının sonuçlarına katlanmak durumundadır.

7.SONUÇ

Sorumsuzluk anlaşması ilk bakışta hiç kimsenin kolayca kabul etmeyeceği bir sözleşme türü olarak görülmektedir. Zira bu sözleşme ile alacaklı ileride doğması muhtemel bir tazminat alacağından vazgeçmekte, borçlunun sorumluluğunun ortadan kalkacağını kabul etmektedir. Ancak tarafları sözleşme yapmaya iten pek çok sebep, böyle bir anlaşmanın kabul edilmesi sonucunu doğurabilir. Örneğin

⁹⁴Gülerci, Altan Fahri, *Sorumluluk Hukuku Bakımından Bankacılıkta Risk Kavramı*, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, İstanbul, 2015, s.165.

alacaklının borçluya nazaran zayıf durumda bulunması, esas sözleşmenin kendisi için daha önemli olması veya alacaklının genel işlem koşulları içerisinde yer alması sebebiyle sorumsuzluk anlaşmasından haberdar bile olmaması ihtimal dâhilindedir.

Borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, tarafların bu tarz bir anlaşma yapmalarına imkân tanımaktadır. Ancak kanun koyucu, TBK m.115 ve m.116 hükümlerinde sorumsuzluk anlaşmalarının geçerlilik sınırlarını çizmiştir. Bu sınırlara aykırılığın yaptırımını ise kesin hükümsüzlük olarak belirtmiştir.

İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında, alt yüklenicilik sözleşmesi içerisinde yer alan bir sorumsuzluk anlaşması söz konusudur. Uygulamada çoğunlukla yapıldığı üzere burada da sorumsuzluk anlaşması bağımsız bir sözleşme olarak değil, esas sözleşme içerisindeki bir madde olarak yer almaktadır. Anlaşmaya göre, alt yüklenicinin işçilerinin uğradığı zarardan asıl yüklenici sorumlu olmayacaktır. İlk derece mahkemesi, asıl yüklenicinin ileri sürdüğü sorumsuzluk anlaşmasının onun lehine olarak dikkate alınamayacağını ifade ederek alt yüklenicinin davasını kabul etmiştir. Ancak Yargıtay, sözleşmede yer alan hükmün geçerli bir sorumsuzluk anlaşması olup olmadığının incelenmesi gerektiği görüşündedir.

Burada zarar gören kişi iş sahibi olsaydı alt işverenin asıl işverenin ifa yardımcısı kabul edilmesi sebebiyle TBK m.116 çerçevesinde sorumluluğu tartışılabilirdi. Ancak zarar gören kişinin işçi olması sebebiyle çözüm yolunun burada aranması söz konusu olamaz. Ayrıca sorumsuzluk anlaşması, alt işverenle işçi arasında yapılmadığından TBK m.115/2 hükmüne gidilmesi de mümkün değildir.

İş Kanunu m.2/6 hükmünün emredici ifadesi karşısında, asıl işverenin alt işverenin işçisinin uğradığı zarardan sorumlu olmadığını ileri sürmesi mümkün değildir. Ancak karara konu olan olayda iş kazasından kaynaklanan sorumluluğa dair bir dava bulunmamaktadır. Asıl yüklenici ile alt yüklenicinin kendi aralarında yapmış oldukları sorumsuzluk anlaşması tartışılmaktadır. Bu sebeple İş Kanunu m.2/6 hükmü burada uygulanamaz. Diğer yandan, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların kesin hükümsüz olacağını düzenleyen

TBK m.115/1 hükmü de, sözleşmedeki yan yükümlülüklerle ilişkin bir sorumsuzluk anlaşmasına uygulanabilecek mahiyette değildir. Ayrıca, TTK m.18/2 hükmünde yer alan tacirin “basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü” alt işverenin sorumsuzluk anlaşmasının sonuçlarına katlanması gerektiği kanaatini uyandırmaktadır. Sonuç olarak, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sorumsuzluk anlaşması geçerli olup, alt yüklenici müteselsil sorumluluk çerçevesinde ödemiş olduğu tazminatın asıl yükleniciye düşen kısmı için ona rücu edemez.

KAYNAKÇA

Akın, Levent, Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60(4), 2011, ss.733-774.

Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku*, Beta Basım Yayın, Ankara, 2016.

Akman, Sermet, *Sorumsuzluk Anlaşması*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Atamer, Yeşim, *Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, ss.9-73.

Aydemir, Efrail, *Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2013.

Başalp, Nilgün, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Başpınar, Veysel, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998.

Becker, Herman, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*(Çev.A.Suat Dura), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1993.

Boydak, Alptekin Burak, Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.7, S.24, 2016, ss.227-243.

Erdoğan, İhsan, Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, 1997, ss.114-123.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Erişen, Muhammet, *Alt Müteahhitlik Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2011.

Ertaş, Şeref, Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi, *Cevdet Yavuz'a Armağan*, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, ss.309-343.

Erten, Ali, *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz/Emmenegger, Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 9.Auflage, Zürich, 2008.

Gülerci, Altan Fahri, *Sorumluluk Hukuku Bakımından Bankacılıkta Risk Kavramı*, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, İstanbul, 2015.

Gümüş, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Karabağ Bulut, Nil, Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları, *Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss.826-883.

Karaca, Mehmet, *İfa Yardımcısının Filinden Borçlunun Sorumluluğu*, Terazi Hukuk Dergisi, S.49, 2010, ss.47-62.

Kılıçoğlu, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.32,S.1, 1975, ss.185-199.

Kırkbeşoğlu, Nagehan, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Nelson, William Alan, Take It or Leave it: Unconscionability of Mandatory Pre-Dispute Arbitration Agreements in the Security Industry, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol.17(2015), ss. 573-618.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Özdemir, Hayrunnisa, Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, S.1-2, 2011, ss.177-229.

Rusch, Arnold/Bornhauser, Philip, KorrektivzurFreizeichnungvon der Hilfspersonenhaftung, *AktuelleJuristischePraxis*, Zürich, 2010, s.1228 (http://www.arnoldrusch.ch/pdf/101006_ajp1.pdf, Erişim:21/10/2016).

Şenocak, Zarife, *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995.

Şenyüz, Doğan, *Borçlar Hukuku*, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2016.

Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Tekinay, S.Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.

Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

VonTuhr, Andreas/Peter, Hans, *Allgemeiner Teildes Schweizerischen Obligationenrechts*, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich, 1974.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2015.

Yeniocak, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013(107), ss.75-96.

Yeniocak, Umut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2013.

Yıldırım, Abdülkerim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Zevkililer, Aydın/Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014

REFORMATION IN ISLAMIC LAW; CAN SHARIA DISENTANGLE FROM FIQH?

İsmail MUTLU*

ABSTRACT

After modernisation, numerous new phenomena played a significant role for all of humankind. These phenomena paved the way for novel dilemmas for all people, especially Muslims. These new systems were created by Western civilisation and imposed on other civilisations, and Muslims confront the dilemma of how they can lead a Muslim life under the pressures of modern notions such as the nation-state and devices -like technology. In that context, they need to identify the relationship between religious faith and modern ways of life. This identification, generally, has been discussed in the respect of reformation. This article will discuss the reformation of Islamic law in terms of Sharia and fiqh, and will further cover the similarities and differences between these terms. At the same time, it will attempt to answer the question of whether fiqh is able to disentangle from Sharia and whether or not, in order to reform Islamic law, this is necessary in various circumstances.

Key words: *Shariah, fiqh, islamic law, reformation, modernisation*

HAKEMLİ MAKALE

İSLAM HUKUKUNDA REFORMASYON: ŞERİAT FIKIHTAN AYRILABİLİR Mİ?

İsmail MUTLU*

ÖZET

Modernizasyon süreci ile birlikte yeni olgular tüm insanlığın hayatında çok önemli roller oynamaya başladı. Bu olgular, pekçok toplumda, özellikle de Müslüman toplumlarda yeni açmazlara yolaçtı. Modernizasyon süreci özünde batı medeniyetinin bir ürünü olarak ortaya çıktığı ve diğer toplumlara farklı vasıtalar ile empoze edilmeye çalışıldığı için Müslümanlar, kendi inançlarına uygun bir hayat sürmek ile modern olgulara, sözgelimi modern devlet ve teknoloji gibi, dayalı bir dünyada ayakta kalmak arasında bir ikilemde kaldılar. Bu bağlamda, Müslümanlar, dini inançları ile modern hayatında yattığı yaşam tarzı arasında yeni bir ilişki tanımlamaya ihtiyaç duydular. Bu tanımlama tartışmaları genellikle reformasyon bağlamında yapıldı. Bu makale bu eformasyon tartışmalarının, islam hukukuna bakan cihetini Şeriat ve fıkıh kavramları ışığında tartışacaktır ve bu iki kavram arasındaki benzer ve farklı yönlere atıflar yapacaktır. Daha özelden ise fıkıh Şeriattan ayrı bir kategori olarak tanımlanabilir mi sorusunu ele alarak islam hukukunda gerçekleştirilecek bir reformasyon için bu kategorizasyonun gerekli olup olmadığı sorgulanacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Şeriat, Fıkıh, İslam Hukuku, Reform, Modernleşme*

INTRODUCTION

The central theme of this dissertation can be expressed by the following questions: can Sharia disentangle from fiqh and what are the implications of this issue in the context of reformation of Islamic law? The work aims to examine the concept of Sharia and fiqh in respect of reformation and modernisation process of Islamic law. To do this, I will discuss the basics of this matters and attempt to analyse these concepts in the context of reformations debates. Law is a quite broad and complex phenomenon that may be interpreted in various ways. The concept of law is constantly shifting in terms of place, time, people and culture. The notion of Islamic law initially brings to mind Islamic culture and Muslims. Since the time of its first revelation, the Quran and its commands have been the principle foundation that Muslims shape their lives upon. The Prophet's Sunnah (the practice of the Prophet expressed in actions, oral pronouncements, or concurrence in action by others¹) is the second significant foundation of Muslims' lives, as Muhammed is God's messenger and the best human being in terms of applying God's commands and worshipping Him. After the Prophet's death, Muslims needed to interpret the Quran and Sunnah in order to live as Muslims in different places and times. In order to do this, they developed Islamic sciences like Kalam, as well as Islamic law.

After modernisation, numerous new phenomena played a significant role for all of humankind. Not only technological, scientific and cultural transformations but also philosophical, sociological, ideological and economic changes can be observed. These developments paved the way for novel dilemmas for all people, especially Muslims. These new systems were created by Western civilisation and imposed on other civilisations, and Muslims confront the dilemma of how they can lead a Muslim life under the pressures of modern notions such as the nation-state and devices -like technology. In that context, they need to identify the relationship

*LLM Student at Birkbeck College University of London

¹BADR, Gamal and BASSIOUNI, Cherif 'The Shari'ah: Sources, Interpretation and Rule Making' (2002) 1 UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law p.135

between religious faith and modern ways of life. In this sense, the issue of reformation has become prevalent and controversial topic among Muslim scholars.

Islamic law plays a central role in this debate, as in every society law governs individuals' ways of life and Islamic law is the emblem of Islamic thought. However, from a modern perspective Islamic law is very old, disappointing and inefficient. The world in which Islamic law was created has gone; in this sense, a question arises about whether a form of Islamic law can be created from within or without the ruins of the old system. The identities of so many Muslims have been transformed into the Western model of rationality and secularism. Their vision of the world is shifting toward a more modern identification in terms of perceptions of the cosmos, humanity and God.

It must be also noted that a person who would like to understand Islamic law intrinsically should avoid two main problems: anachronism and Whiggism. Researchers whose perspectives are bound to modern notions have to be aware of predicaments in Islamic law that were created a long time ago when its scholars lived in a different culture, with different thoughts and a different conceptual world. As long as the focus remains on Islamic law within today's concepts and values and study is organised in a way that shows today's results, it is clear that genuine Islamic law will not be fully understood.

After analysing these points, I will now discuss the reformation of Islamic law in terms of Sharia and fiqh, and will further cover the similarities and differences between these terms. At the same time, I will attempt to answer the question of whether Sharia is able to disentangle from fiqh and whether or not, in order to reform Islamic law, this is necessary in various circumstances. Firstly, I will briefly discuss the basic terms and main features of Islamic law to provide a framework enabling deeper understanding. Following this, I will focus on the concept of reformation as well as the reformation process.

BASIC TERMS OF ISLAMIC LAW

The relationship between Islamic law and the term 'Sharia' is complex, and its precise definition remains a matter of discussion among scholars. Fundamentally, God created human beings and the most complete knowledge of human matters belongs to Him; therefore, God alone has right to decide and identify all individuals' way of life and other essential matters. Moreover, God's Prophet Muhammed is not only his messenger, but also the best role model in terms of *modus vivendi*. Hence, "The Sharia was as much a way of living and of seeing the world as it was a body of belief and intellectual play."² To be more precise, Sharia is not only an Islamic law or legal doctrine, but further encompasses all layers of life including moral, spiritual, cultural, and economical structures. It must also be noted that, in this context, Sharia is a living process in different times and regions, and among various cultures, customs, and nations. As such, one might observe many interpretations and applications implemented in the name of Sharia.

Since Sharia is a way of life given by God to humankind, and one that can be understood and applied in various ways, Muslims were in need of a method and conceptual framework that makes it easier to understand and apply Sharia principles. This necessity paved the way for determining a new concept and device, which became known as *fiqh*. "Fiqh was a process of understanding"³, and it was the intellectual activity of the school doctrine, attempt to perceive all possible ways of reasoning in, and interpretation of, a particular case. *Fiqh*, initially came into existence in the form of individual opinions, and incorporated various methods such as *ijtihad* and *ijma*. However, individual opinions did not organise law in the modern sense; rather, their law was an interpretive project,⁴ not a "body of rules of actions or conduct prescribed by a controlling authority".⁵ *Fiqh* was the intellectual work of

²HALLAQ, Wael, *An introduction to Islamic law*, Cambridge University Press 2009, p.164

³HALLAQ, Wael, 'What is Sharia?' (2007) 12 *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 151–80

⁴ *ibid* p.168

⁵ *ibid* p.168

private individuals whose education was informal and accessible to all interested individuals;⁶ the legal activities of these individuals did not involve the pressure of state power. Their authority depends on epistemic, religious, and moral basics. In practice, the main actor of fiqh, namely the qadi, mediated between social and moral imperatives—of which he was a participant—and the demands of the fiqh, which served to morally ground social relations.⁷ The mufti, who contributed to the spread of legal knowledge, was a member of the local community and his ties to the community enhanced the strong relationship between the court and the surrounding population.⁸ Moreover, it should be noted that the main purpose of the qadi was to prevent the occurrence of conflicts between individuals and to try to maintain social reality so that the litigating parties may continue to coexist peacefully.

CHARACTERISTIC FEATURES OF ISLAMIC LAW

In order to view Islamic law through an appropriate lens, one should be aware that it has been interpreted by people who lived in different cultural settings and thought using a different framework, and must also recognise differences between Islamic law's notions and the modern concept of law. "It would be a mistake then to equate the Sharia and its so-called law with law as we conceive and practice in our world of modernity."⁹ For instance, the concept of law, as it exists in Islamic law, can be associated with the concept of morality, while, in the modern sense, law bears little or no association with morality or other abstract notions, as the modern perception of law cannot be recognised regardless of modern state which is centrist, nation-based, and authoritative. Fundamentally, there are conceptual contradictions

⁶ *ibid* p.156

⁷ *ibid* p.163

⁸ *ibid* p.158

⁹ HALLAQ, Wael, *An introduction to Islamic law*, Cambridge University Press 2009, p.165

between Sharia and the legal systems of modern states specifically in terms of their principal features, such as institutional and juristic systems. Each of these distinct legal systems is legally productive but with different ways; namely, while the modern state creates laws as a legal sovereignty, and ensures that citizens adhere to these laws, Islamic law does not set out a comprehensive statement of what must be done, or how to manage and regulate society. Rather, the legal system of modern state has always and everywhere been to restore individuals and be sure that they remain one of the most valid generalisations.¹⁰ Islamic law did not constitute legal sovereign, but modern states are unable to determine legal matters without a legal sovereign.¹¹ It has improved numerous legal concepts, both specific and generic, which have been derived from abstract thought rather than from the concrete realities of legal life.

Another well-known characteristics of Islamic law is that “it was highly individualistic, giving rise to an extreme version of ‘jurist law’.¹² Each case was determined on its own merits and identified according to its own social context. Legal theory was based on the study of the law as an intellectual activity, and existed primarily as an individual practice. The jurist’s role in creating legal rules is unique to Islamic law, setting it apart from other legal systems in which the role of jurisprudence is very limited and the rule of law is the sole domain of a secular authority.¹³ Moreover, the foundation of Islamic law is not contained in the books of jurists, but rather exists as a changeable and soft application of rules that is integrated in a complicated social structure. Therefore, the Muslim adjudicatory process was never distinct from the social lives of litigating parties; in other words, Muslim courts were embedded in the social fabric.¹⁴

¹⁰ HALLAQ, Wael, 'What is Sharia?' (2007) 12 Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 151–80 p.170

¹¹ *ibid* p.170

¹² *ibid* p.159

¹³ BADR, Gamal and BASSIOUNI, Cherif 'The Shari'ah: Sources, Interpretation and Rule Making' (2002) 1 UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law p.137

¹⁴ HALLAQ, Wael, 'What is Sharia?' (2007) 12 Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 151–80 p.165

A further point of substance warrants attention in relation to this topic. Traditional Islamic law used the casuistical method, which is related to the structure of its legal concepts and analogical method. “Fiqh developed an elaboration of highly speculative discourses, often concerning hypothetical cases with no practical application, what has been termed ‘casuistry’.”¹⁵ Due to its ‘sacred law’ character, ‘Sharia’ is based on divine authority, and while jurists created and developed the laws, they need not to the state authority and scholarly handbooks that hold the force of law. Furthermore, as Hallaq has crucially pointed out, “the law was not abstraction, it did not apply equally to all individuals were not seen as equal to each other”.¹⁶ Jurists deemed each individual and circumstance to be unique, requiring *ijtihad* that is context-specific. As a result, “Islam never accepted the notion of blind justice”;¹⁷ furthermore, there was no need to state the law in the same manner as many modern codified legal systems.¹⁸ In addition to this, *fiqh* provided a pluralistic structure, due to a strong sense of judicial relativism. This pluralism is very significant, as it represents the essence of Islamic law, which has never come to agreement with the spirit of codification or modern means of homogenising the law.¹⁹

Islamic law has a distinctive process of creating and amending laws, as well as a unique set of concepts that are used in this process. In order to create or revise legal rules, jurists need to take into account specific supplemental sources, including consensus (*ijma*), analogy (*qiyas*), public interest (*maslaha*), and custom (*urf*). Throughout this process, they must not contravene a norm or outcome derived from one of the two primary sources, namely the Quran and the Sunnah. However, “the impact of this constraint is limited because of the relatively small number of norms

¹⁵ ZUBAIDA, Sami, *Law and power in the Islamic world*, London 2003, p.11

¹⁶ HALLAQ, Wael, 'What is Sharia?' (2007) 12 *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 151–80 p.168

¹⁷ HALLAQ, Wael, *An introduction to Islamic law*, Cambridge University Press 2009, p.166

¹⁸ HADDAD, Yvonne and Stowasser, Barbara eds., *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, Walnut Creek 2004, p. 25

¹⁹ *ibid* p.26

found in the Quran and Sunnah” as compared to the whole body of Islamic law.²⁰ Besides, Islamic law does not have a dogmatic character, but rather encourages the application of new rule-making frameworks. For instance, the message of Umar, the second caliph, to his qadi states: "Use your brain about matters that perplex you and to which neither Quran nor Sunnah seem to apply. Study similar cases and evaluate the situation through analogy with them."²¹ Moreover, *ijtihad* and the public good (*maslaha*) are open-ended sources of new legal rules and provide stability and continuity against the pressures of time and place. Islamic law has always considered customary rules and adopted them within its logic. *Maslaha* is also considered in the context of local values, and Islamic law has been constantly reshaped according to place and culture.

To sum up, *Sharia* is a set of rules of divine origin and also represents ‘the way’ of life. *Fiqh* is a human activity and the effort of men to understand and formulate the divine will. However, *fiqh* is not merely law, in the modern sense, but also a comprehensive discourse of religion, morality, and justice.²² Islamic law has its own historical background and frameworks and also differs from other legal systems, particularly those in existence today. These differences have emerged as a challenge and, in this sense, the concept of reformation is an especially controversial topic among Muslim scholars.

REFORMATION IN ISLAMIC LAW

Here, I will focus on the notion of reformation in Islamic law, in terms of *Sharia* and *fiqh*, and will also attempt to answer a specific question: in order to achieve reform in Islamic law is it essential to disentangle *Sharia* from *fiqh*? It must

²⁰ BADR, Gamal and BASSIOUNI, Cherif ‘The Shari’ah: Sources, Interpretation and Rule Making’ (2002) 1 UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law p. 147

²¹ *ibid* p.155

²² ZUBAIDA, Sami, Law and power in the Islamic world, London 2003, p.11

also be noted that I will discuss the basic terms again in this section, although this will be in the context of the above question.

To begin with, Sharia refers to divine authority, which has many binding elements and it is very limited against different interpretations in the context of the question. In addition, Sharia is an old system, being based on two main sources (the Quran and the Sunnah) that originated many centuries ago. However, fiqh is a method of interpretation and human effort, and sometimes takes the form of positive laws and legal rulings, thereby crossing the boundaries of Sharia. Furthermore, fiqh is changeable and fallible, while Sharia is constant and always right. These determinations generate the first style of argumentation.

In this context, the concept of reformation in Islamic law brings up two possible approaches according to our determinations. Firstly, one may argue that reformation in Islamic law means that it must be modernised constantly through modern concepts such as codification, and, in order to do this, one may use the fiqh perspective, which is more suitable than Sharia in terms of constituting a new legal system. Another determination of reform in Islamic law is that Islamic law should be transformed into today's conditions and thus needs to be free of binding elements of Sharia so that it may be interpreted by the fiqh perspective, which is more flexible and changeable. To be more precise, in the first approach, reformation in Islamic law is understood to entail codification, canonisation, and the state of constituting positive law, which represent the main characteristic features of modern legal systems. However, under the second approach, reformation in Islamic law simply involves a transformation and realignment with the needs of the modern world, which must continue to be satisfied using concepts of Islamic law, with the exclusion of modern notions.

The second style of argumentation is that Sharia refers to an entire legal system, encompassing the principles that relate to all believers and all aspects of their lives. In contrast with Sharia, fiqh is interested in particular situations that are

experienced in people's daily lives. In other words, while Sharia can be existed in the whole body of life and is a kind of ethos, fiqh is the interpretation of particular cases and may not encompass the totality of life. In addition to this, the modern world presents very complex social structures, cultures, and technologies; as such, it imposes a new ethos that could never be compatible with that of Sharia. In this sense, Islamic law cannot be existed with its ethos against the modern ethos, which encompasses all individuals' lives and offers many attractive advantages, such as technology, over the ethos of Sharia. However, Muslims who would like to follow their own religious rules should refer to the fiqh perspective, which does not constitute an ethos but rather focuses on particular cases and presents practical solutions.

In consideration of the foregoing, scholars have commenced discussion of reformation in Islamic law in terms of the dilemma between religious law—or Sharia—and jurisprudence—or fiqh. Coulson stated that “freed from the notion of a religious law expressed in totalitarian and uncompromising terms, jurisprudence would approach the problem of law and society in a different light”.²³ He argued that Islamic jurisprudence may apply, in practical and modernist terms, its unique ideal way of life based on the command of God.

From my point of view, the first style of argumentation can be seen as understandable, as the fiqh perspective is more appropriate than the Sharia perspective in terms of transforming old rules. However, modernising all methods in Islamic law might pave the way for the erosion of its character—in this case, Islamic—which, as discussed earlier, has been developed through its unique historical process and conceptual world. Provided that reformation can be understood in the context of today's necessities rather than modern notions, it may be the case that fiqh can provide Muslims an opportunity to respond to today's problems without compromising the distinctive character of Islamic law. However, if

²³ COULSON, J. Noel, *A History of Islamic Law*, Edinburgh 1978, p.225

such present day problems require more intricate solutions specifically ones related to Weltanschauung, fiqh can find itself up against the wall, unless it is losing its own character in this context Islamic.

When it comes to the second style of argumentation, in my perspective, the concept of law represents worldview and the entire philosophical and sociological legal system. The law is in a permanent relationship with individuals and their Weltanschauung, which represents people's perception of cosmos, humanity, and God. These perceptions have been developed through a unique historical process and conceptual world; therefore, attempts to pursue reformation in this context cannot divide this whole structure. To be more precise, the law has its roots in humans' conceptual world, which is distinct in each society. This world has seen the creation of complete and indivisible legal systems, which can exist solely as a whole system or not at all. Therefore, in my opinion, the second argumentation cannot possibly be applicable or realistic. Having made these assertions, I will now focus on the reasoning behind my ideas and attempt to explain my arguments through historical experiences.

Throughout the process of modernisation, Muslim scholars and states seek to transform their legal systems, which are based on Islamic law. In the late Ottoman period, there were remarkable advances with regard to the discussion of reformation. The Mecelle was written in modern—specifically, European—form; in other words, Islamic law was codified by means of French methodology and format, though its substance was derived from Islamic law.²⁴ Hallaq stated that “the ‘form’ is European, but the ‘content’ Muslim”. However, he asked “to what extent does the content survive the form?”²⁵ In this regard, it must be noted that codification, as a modern legal tool, entails the rupturing of Islamic law and its historical background, and further paves the way for the demise of its specific character.²⁶ As mentioned

²⁴ ZUBAIDA, Sami, *Law and power in the Islamic world*, London 2003, p.131

²⁵ HALLAQ, Wael, 'What is Sharia?' (2007) 12 *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 151–80 p.177

²⁶ *ibid* p.176

above, the main characteristic feature of Islamic law is 'jurist law', which means that a qadi attends judgement with no generalised codes but rather with reference to principles and interpretations. Moreover, codified law is the law of state and, in this sense, jurists serve as functionaries of the state, rather than revealing new rules and making new interpretations, as is the case for Islamic law. The transformations of Islamic law into a code-like genre, which represents modernity, and its rural, bureaucratic, administrative, military, centralising, homogenising and cultural powers marked the demise of Sharia and its fiqh as they were known and practised by Muslims until two centuries ago.²⁷ As a result of the transformations, the Muslim social order, along with its practitioners and institutions, such as the judicial procedure of the qadi court and madrasa, were replaced by modern equivalents, such as modern law faculties and modern adversarial court systems.²⁸ In addition to this, the law is now subject to bureaucratic and political logic, and judges' responsibility is to the state and the law, not to God and their consciences.²⁹ Islamic law took its breaths through social harmony and its unwavering compatibility with local moral values and customs; however, such codification has sealed the airway through which Islamic law drew its breaths and has removed it from social harmony. Moreover, this process has assimilated Islamic law into modern positive law, which is essentially irreconcilable with its own ethos.

In order to understand the relationship between Islamic law and modern law, one ought to make efforts to enquire with the right perspective. For instance, the concept of natural rights, as we understand it today, never existed in Islam.³⁰ These rights arose in Western Europe, during the Enlightenment, and had no reason to materialise in other cultures. "The question to be asked therefore is not why it did not arise in Afro-Asian civilisations but why it arose in Europe in the first place?"³¹

²⁷ *ibid* p.177

²⁸ ZUBAIDA, Sami, *Law and power in the Islamic world*, London 2003, p.221

²⁹ *ibid* p.221

³⁰ HALLAQ, Wael, 'What is Sharia?' (2007) 12 *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 151–80 p.163

³¹ *ibid* p.163

The fundamental logic behind this is that each civilisation has its own identity and worldview. Each civilisation leads their life into its own conceptual framework, common historical experiences, and customs. In this sense, each civilisation is unique. Their historical developments, necessities, problems, and solutions are also sui generis. Hence, the question of why this solution did not arise in this civilisation is inappropriate, as it lacked the problem that necessitated the solution. Consequently, it is misguided to enquire about Islamic law using modern concepts of law.

Early Muslims instituted laws and a legal system in the absence of the modern concepts espoused by foreign hegemonic powers, and free from the effects of colonial forces; rather, they spoke and conducted themselves with confidence. They were concerned only with their own problems, and referred exclusively to their main sources of legal guidance, namely the Quran and the Sunnah. Their motivations related to the accurate understanding of sources and the proper application of Islamic law. In other words, one might argue that early Islamic jurisprudence was characterised by an effort to effect change and improvement starting from the inside to the outside. This was done by initially understanding the main sources and then applying these to external conditions. However, the present situation is significantly different, as modernity is essentially a product of Western civilisation. This relatively recent development has created a dominant power that is pressing other civilisations. In this sense, Muslims perceive themselves as dominated, and Muslim scholars have attempted to safeguard their perceptions of law against the new reality. In contrast to early times, there now appears to be an effort to effect change from the outside inward. To be more precise, in the present day, Muslim reformers are, firstly, under the influence of the Western drive for modernity; following this, they can just try to improve reactions urgently. In Islam's early years, scholars held a proactive attitude while, today, reformers produce reactions as a result of being drawn into the mainstream of modernity. Therefore, modern reformers must face the dilemma of being subjects of modernity, and should

animate Islamic law regardless of its very system that has produced the entire sociology of legal knowledge. In this regard, it must also be noted that disentangling Sharia from fiqh may pave the way for the loss of Islamic law's essence, owing to the strong influence of modernity.

CONCLUSION

In the world today, many Muslim countries face a host of problems, whether legal, economic, ideological, cultural, etc. Such problems are often related to modernity. These challenges encourage Muslim scholars to interrogate their historical accumulations. They improve various kinds of responses and discourses. To reject modernity completely is plainly impossible, as modernity is not "merely a material phenomenon but primarily one that effected a systematic restructuring of psychology and epistemology, among many other things".³² Muslims must face modernity in the sense of every areas such as cultural and identical but, in my opinion, this is a long and difficult period.

Islam and Sharia still play a key role in the national heritage of Muslims. All parties, from liberalist to utilitarianist, discuss modern situations in the name of Sharia. Interest in and importance of traditional Islamic law is not affected by these changes,³³ and it continues to inspire even some secular leaders. However, the application of Islamic law in modern states is understood in various ways by different parties. For instance, liberals tend to read the main sources of Islamic law with historical relativism, such that they read these in the sense of time and place, making the argument that Muslims must understand holy texts in their own terms and interpret them in accordance with their spirit and intentions.³⁴ Radical Islamists

³² HADDAD, Yvonne and Stowasser, Barbara eds., *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, Walnut Creek 2004, p.48

³³ SCHACHT, *An introduction to Islamic law*, Oxford 1964, p. 111

³⁴ ZUBAIDA, Sami, *Law and power in the Islamic world*, London 2003, p.222

and conservatives generally recite the text with apparent meanings. Their perspective is strict and cannot allow for new interpretations. In this regard, the perspective that advocates disentangling Sharia from fiqh is, in my opinion, closer to the position of liberal Muslims, as this perspective represents an openness to interpretation in reading holy texts, as is the case with the liberal perspective.

Modernist criticism initially face to Islamic law as a traditional form not religious character.³⁵ These critics concede that Islam, as a religion, encompasses the sphere of law, though they would like to liberate the body of doctrine that has been developed by Muslim scholars over a long period of time. They seek to be freed from the baggage that comprises the contributions of numerous scholars, books, and cases, and they desire to create a new Islamic jurisprudence in place of the old one. As far as I am concerned, this aim is also similar to the perspective that is the main topic of discussion in this essay. A person who would like to reform in specific area, they would not like to face an entire traditional literature rather they have a tendency regarding facing small number of things and studying into this literature freely. However, this ambition can cause some damage, such as the loss of the distinctive character of Islamic law, as discussed above.

Most Muslim countries have secularised their governments and institutions, along with their legal systems and cultural fields. People attend cinemas and music concerts, and use new cutting-edge technological products; they are also consumers of Western entertainment markets, and wear Western style suits instead of their traditional clothing. These developments cannot be halted through direct resistance but, equally, they should not be understood to signal the death of other cultures. In my opinion, the central feature of Islamic law is legal plurality and, in today's globalised world, this feature can potentially provide a new framework through which people can safeguard their diversity.

³⁵SCHACHT, *An introduction to Islamic law*, Oxford 1964, p.100

BIBLIOGRAPHY

AN-NA'IM AA, 'Globalization and Jurisprudence: An Islamic Law Perspective' (2005) 54 Emory Law Journal 25–51

Islam and the secular state: Negotiating the future of Shari'a (Harvard University Press 2008)

BASSIOUNI MC and Badr GM, 'The Shari'ah: Sources, Interpretation and Rule-Making' (2002) 135(181) 1 UCLA J. Islamic & Near Eastern L.

COULSON NJ, *A History of Islamic Law* (Edinburgh University Press 1978)

HADDAD YY and STOWASSER BF (eds), *Islamic law and the challenges of modernity* (AltaMira Press 2004)

HALLAQ WB, 'What is Sharia?' (2007) 12 Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 151–80

An introduction to Islamic law (3rd edn, Cambridge University Press 2009)

SCHACHT J, *An introduction to Islamic law* (Oxford University Press 1964)

ZUBAIDA S, *Law and power in the Islamic world* (I. B.Tauris& Company 2003)

DİĞER MAKALELER

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ ÖĞRENCİLERİNİN HÜKÜMET SİSTEMLERİ KARŞISINDA TUTUM VE DAVRANIŞLARI

Hatice ÇOBAN*

ÖZET

Bu çalışmada, Süleyman Demirel Üniversitesi öğrencileri ile yapılmış olan 'SDÜ Öğrencilerinin Hükümet Sistemleri Karşısında Tutum ve Davranışlarını Belirlemek' konulu anketin sonuçları değerlendirilmiştir. Öğrencilerin hükümet sistemleriyle ne kadar ilgili oldukları konusu araştırılarak, konuya öğrencilerin gözünden bakılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Hükümet Sistemleri, Anket çalışması, Parlamenter Sistem, Başkanlık sistemi, Yarı Başkanlık Sistemi, Özgü başkanlık sistemi*

* Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi. Bu çalışma TÜBİTAK 2209-Üniversite Öğrencileri Yurt İçi/Yurt Dışı Araştırma Projeleri Destekleme Programı tarafından desteklenmiştir.

**VIEWS OF THE STUDENTS STUDYING AT THE SULEYMAN DEMIREL
UNIVERSITY ON THE GOVERNMENTAL SYSTEMS**

Hatice OBAN*

ABSTRACT

This study assesses the results of the survey conducted at the SDU titled 'Views of the SDU students' on the presidential system' with a view to establishing how interested the students studying at the SDU are with governmental systems.

Keywords: *Governmental systems, survey, study, parliamentary system, presidential system, semi-presidential system*

*Graduate Student at the SDU Institute of Social Sciences. This study is supported by the Turkish Research Council (TÜBİTAK).

1.GİRİŞ

Demokratik bir sistemde, halkın seçtiği temsilcilerin hangi devlet organını veya organlarını oluşturduklarına bakıldığında, farklı hükümet sistemleriyle karşılaşılmaktadır. Hükümet sistemleri, devletin “yasama” ve “yürütme” organlarının yapısına ve birbirleriyle olan ilişkilerine göre belirlenmektedir.¹ Anayasa Hukuku’na göre, hükümet sistemleri, yasama ve yürütme kuvvetlerinin aynı elde toplanması veya bu kuvvetlerin ayrı organlara tevdi edilmeleri yönünden ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki kuvvetler birliği, ikincisi ise, kuvvetler ayrılığı sistemlerini ifade etmektedir. ² Kuvvetler birliğine dayalı sistemlerden, kuvvetlerin yasama organında toplanması halinde İsviçre’ de ve 1921 Anayasası’na göre Türkiye’de olduğu gibi meclis hükümeti sisteminden; kuvvetlerin yürütme organında toplanması halinde mutlak monarşi ya da diktatörlük gibi antidemokratik rejimlerden söz edilir.

Kuvvetler ayrılığı sistemlerinde ise, hükümet sistemleri, kuvvetler arasındaki ilişkinin yoğunluğuna göre, başkanlık hükümeti ve parlamenter hükümet olarak ikiye ayrılmaktadır.³ Kuvvetler birbirinden sert bir biçimde ayrılmış, yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ilişkiler son derece sınırlı ise başkanlık hükümeti sistemi; kuvvetler yumuşak bir şekilde birbirinden ayrılmış, yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ilişkiler yoğun ise parlamenter hükümet sistemi söz konusu olur ve nihayet yasama ve yürütmenin birbirinden ayrı olmasının yanı sıra yürütme içinde devlet başkanına ağırlık verilmişse yarı başkanlık sisteminden söz edilir. ⁴

¹ ONAR, Erdal; “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?”; Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005,71-103, s.71.

²YAZICI, Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002. , s.2.

³ PARSAK, Mehmet; “Parlamenter, Başkanlık, Yarı Başkanlık Hükümet Sistemlerine Genel Bir Bakış Ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümet Sistemi ”, (http://tasav.org/usr_img/yayinlar/makaleler/shy_makale_1_hukümet_sistemleri_parsak_son.pdf 12 Şubat 2014), s.2.

⁴ TUNÇ, Hasan-YAVUZ, Bülent; “Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi” (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-81-492>, 12 Şubat 2014)

Hükümet sistemleri “amorfl” bir olgudur. Onu “ete kemiğe” büründüren, toplumun siyasal kültürü, mevcut demokratik yapı, hukuk devleti, insan-devlet ilişkisinden doğan yapıdır.⁵ Buradan hareketle demokrasinin yaşama şansını değerlendirdiğimizde, hükümet sistemleri türlerinden çok, siyasi parti sistemi, anayasa kuralları, seçim sistemleri gibi diğer kurumlarla ilişkilidir. Ayrıca her ülkenin içinde bulunduğu iktisadi, siyasi, tarihi, sosyolojik ve kültürel faktörlere bağlı olan çok değişkenli bir yapıdadır, denilebilir.⁶ Türkiye’nin yakın tarihinde yaklaşık 90 yıl boyunca parlamenter sistem uygulanmıştır. Bu süre içerisinde zaman zaman demokrasi darbeler sonucunda kesintiye uğramıştır. Bu kesintiler sonucunda da yeni anayasalar oluşturulmuştur. Ancak bu sonuçların doğmasını tamamıyla hükümet sistemlerine yüklemek, doğru bir düşünce olmayacaktır.

Hükümet sistem değişikliği ile ilgili tartışmalar, 1980 yılından sonra başlamıştır. Zaman zaman devlet başkanları tarafından başkanlık sistemi lehine görüşler ileri sürülmüştür. Ahmet Necdet Sezer’den sonra cumhurbaşkanının seçilememesi üzerine 2007 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle birlikte, 1982 Anayasası’na cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceği maddesi eklenmiştir. Yapılan bu değişiklik, parlamenter sistemden uzaklaşıldığının bir göstergesi olmuştur.⁷ Doktrinde Türkiye’nin hükümet sisteminin ne olduğu ile ilgili birçok düşünce ortaya atılmıştır ortaya atılmıştır. Doktrindeki çoğunluğun görüşüne göre, Türkiye’nin hükümet sistemi, yarı başkanlık sistemine daha yakındır. Fakat cumhurbaşkanının Fransa’daki yarı başkanlık sisteminde olduğu gibi sistemin temel unsuru hâline geldiği söylenemez. Nitekim cumhurbaşkanının kendi takdirine bağlı olarak yasama organını feshedebilmesi 16 Nisan halk oylamasından önce mümkün

⁵YILDIZ, Hüseyin; “Türkiye’de Parlamentarizm Uygulamaları”, (http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/huseyin%20oyildiz%204_1%20tam.pdf, 12 Şubat 2014)

⁶ Yazıcı, s.3.

⁷ GÖNENÇ, Levent; “Türkiye’de Mevcut Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği”, (http://www.tepav.org.tr/upload/files/1303138962-5.Turkiyede_Hukümet_Sistemi_Tartismalarina_Kisa_Bir_Bakis_ve_Mevcut_Hukümet_Sisteminin_Niteli gi.pdf, 12 Şubat 2014) s.2.

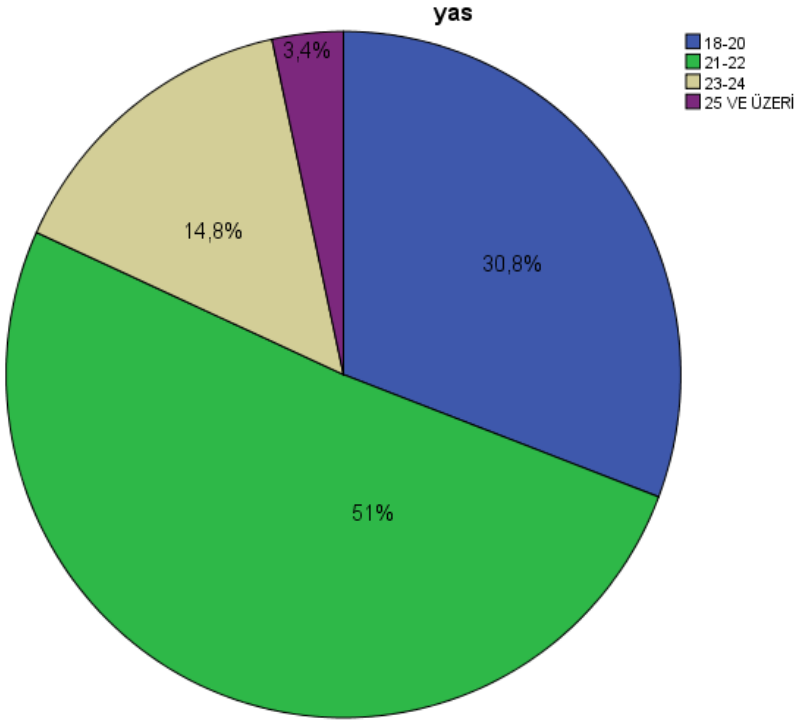
değildi.⁸ 16 Nisan 2017 halk oylaması ile birlikte Türkiye'nin hükümet sistemi partili cumhurbaşkanlığı sistemi olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan anket 19 Eylül 2016 ve 9 Ekim 2016 tarihleri arasında, söz konusu değişiklikten önce uygulanmıştır. Anket sonucunda elde edilen veriler, doktrinde yer alan çoğunluk görüş dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

Bu çalışmanın yapılaş nedeni, ülkemizde yıllardır yapılmakta olan hükümet sistemi tartışmasında lisans öğrencilerinin ne düşündüğü ve bu konuda ne kadar bilgi sahibi olduğunun saptamaktır. Anketin sadece öğrenciler üzerinde uygulanmasına rağmen, dolaylı olarak halkın da bu konuda ne kadar bilgi sahibi olduğu anlaşılmaya çalışılmıştır. Hükümet sistemi değişikliği konusunda siyasetçiler ve bilim adamlarının düşüncelerinin ne yönde olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Ancak halkın düşüncesinin ne olduğu anlaşılammamaktadır. Bu kapsamda bu çalışmada Süleyman Demirel Üniversitesi öğrencileri ile yapılmış olan 'SDÜ Öğrencilerinin Hükümet Sistemleri Karşısında Tutum ve Davranışlarını Belirlemek' konulu anketin sonuçları değerlendirilerek bu belirsizliğe az da olsa bir açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Hükümet sistemi konusu birçok kişi tarafından incelenmektedir. . Bu çalışmada ise öğrencilerin hükümet sistemleri konusuna karşı ilgisi ve tutumu değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmıştır. . En önemlisi de öğrencilerin hükümet sistemleri konusunda ne kadar bilinçli oldukları ortaya çıkarılmıştır.

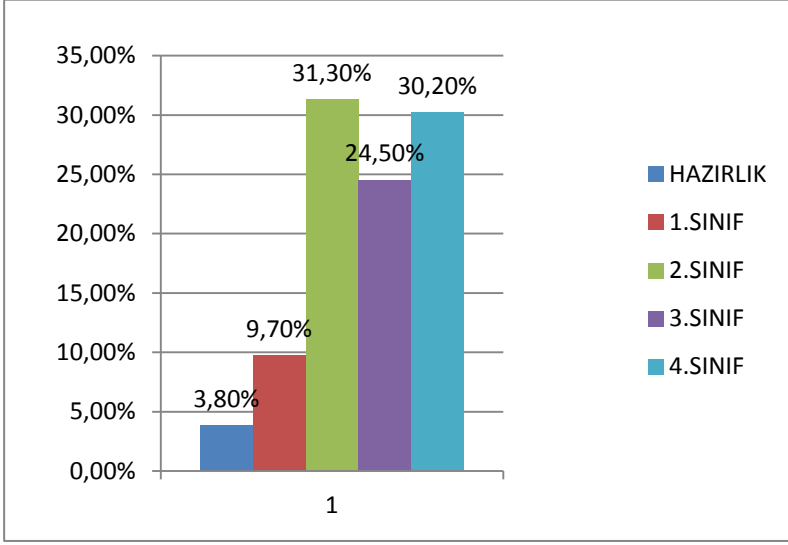
Araştırmanın Evreni örnekleme olarak Süleyman Demirel Üniversitesi'nin 16 fakültesi seçilmiştir. Örnekleme temsiliyetine göre lisans öğrencilerini kapsayan 18 yaş ve üzeri 36.996 kişiyi temsil etmektedir. Araştırma Yöntemi de Kantitatif Araştırmadır. Veri Toplama Tekniği olarak yüz yüze anket tekniği kullanılmıştır. Öğrencilerin Fakülte, Sınıf, Cinsiyet, Yaş Dağılımı şu şekilde olacaktır:

⁸ ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku (15. baskı). Yetkin Yayınları Ankara, 2014,s.362.

Aşağıda yer alan tablo, 261 kadın (%52,2)239 erkek (%47,8) üzerinde gerçekleştirilen anketin sonuçlarını içermektedir. Yaş ve sınıf dağılımı verilerek grafik oluşturulmuştur.



Grafik 1:Sınıf



Grafik 2:Yaş

FAKÜLTE	ÖĞRENCİ SAYISI
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi	116
Mühendislik Fakültesi	114
Fen - Edebiyat Fakültesi	71
Teknoloji Fakültesi	30
İlahiyat Fakültesi	30
Sağlık Bilimleri Fakültesi	26
Ziraat Fakültesi	20
Tıp Fakültesi	20
Orman Fakültesi	10
Hukuk Fakültesi	10
Mimarlık Fakültesi	10
Güzel Sanatlar Fakültesi	10
Diş Hekimliği Fakültesi	10

Eğitim Fakültesi	10
Teknik Eğitim Fakültesi	5
İletişim Fakültesi	5

Anket fakültelele toplam öğrenci sayısıylal orantılı olarak uygulanmıştır. Bu şekilde fakültelele orantılı temsil edilmiş olup, üniversite genelini kapsayıcı sonuçlar elde edilmiştir.

Tablo 1: Fakültelele

Çalışmamızda öncelikle, üniversite öğrencilerinin hükümet sistemleri hakkındaki bilgi düzeyinin ne oranda olduğu ele alınmıştır. Ardından Türkiye'de şuan da uygulanan hükümet sisteminin ne olduğunun ve hangi fakültelele bu konuda bilgi sahibi olduğunun karşılaştırmalı değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu anlamda, öğrenciler tarafından hangi sistemin ne tür gerekçelerle savunulduğu ortaya çıkarılmıştır. Son olarak da üniversite öğrencilerinin güncel olarak tartışılan Türkiye'nin hükümet sistemi hakkında sergiledikleri tutumları ve hükümet sistemleri hakkında öğrencilerde var olan bilgi eksikliğinin giderilmesi için neler yapılması gerektiği ortaya konulmuştur.

2.HÜKÜMET SİSTEMLERİ İLE İLGİLİ BİLİNÇ DÜZEYİNİ ÖLÇMEK AMACIYLA SORGULANAN KRİTERLER

2.1.Hükümet Sistemleri Hakkında Bilgi Sahibi Olduğunu Düşünme Durumu

Anketin ilk sorusunda öğrencilerin hükümet sistemleri hakkında bilgi sahibi olup olmadıkları değerlendirilmiştir. Verilen cevaplar ışığında öğrencilerin yarısından fazlasının (55,4%) hükümet sistemleri hakkında bilgi sahibi olduğu

anlaşılmıştır. Ancak diğer sorulara verilen cevaplar kapsamında bu oranın aslında yandan az olduğu görülmektedir. Öğrencilerin hükümet sistemleri hakkında hangi kaynaklardan bilgi sahibi oldukları aşağıdaki kriterler ışığında ortaya konulacaktır.

	Hiç katılmıyorum	Kısmen katılmıyorum	Kararsızım	Kısmen katılıyorum	Tamamen katılıyorum
Hükümet sistemleri hakkındaki bilgilere Televizyon programlarından takip ederek ulaşabiliyorum.	11,80%	19,90%	20,10%	28,70%	19,10%
Hükümet sistemleri hakkındaki bilgilere Bilimsel araştırmalardan (makale, dergi, kitaplar...) takip ederek ulaşabiliyorum	13,50%	21,10%	23,70%	23,50%	15,70%
Hükümet sistemleri hakkındaki bilgilere sosyal medya üzerinden takip ederek ulaşabiliyorum.	7,80%	11,40%	17,30%	31,30%	28,70%
<i>Tablo 2:Hükümet sistemleri hakkındaki bilgilere hangi kaynaktan ulaşıldığı</i>					

Grafik 3

2.2. Hükümet Sistemleri Hakkındaki Bilgilere Hangi Kaynaklardan Ulaşılmaktadır?

Çalışmamızın bu kısmında öğrencilerin hükümet sistemleri hakkında bilgi sahibi olmak için çaba harcıyıp harcamadıklarını ve hangi kaynaklardan bilgi sahibi oldukları belirlenmeye çalışılmıştır.

Tablodan da anlaşılacağı üzere, öğrencilerin en fazla sosyal medyadan bilgi sahibi oldukları görülmektedir. Bu durumda eğer öğrencilerin hükümet sistemleri

hakkında bilgilendirilmesi isteniyorsa sosyal medya üzerinden daha verimli olacağı söylenebilir. Televizyon programlarının oranı da sosyal medyaya yakın olarak görülmektedir. Televizyon Programlarının hükümet sistemleri ile ilgili bölümlerinin reklamının sosyal medyada yapılarak ilgi artırılabilir. Bu durumların yanı sıra, öğrencilerin bilimsel araştırmalardan yararlanmadıkları görülmektedir. Dolayısıyla hükümet sistemleri hakkında yazılmış olan kitap ve makalelerin öğrenciler üzerinde çok bir etkisi olmadığı söylenebilir.

2.3. Türkiye'nin Şu Andaki Hükümet Sistemini Bilme Durumu

2007 Anayasa değişikliğinden sonra Türkiye'deki hükümet sisteminin yarı başkanlık ile parlamenter sistem arasında yer aldığını görülmektedir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmiş olması durumu göze alındığında Parlamenter sistemden uzaklaştığı da açıktır. Doktrindeki baskın görüşe göre; parlamenter sistem açısından güçlü bir cumhurbaşkanlığı yapısına sahip olan Türkiye, yarı başkanlık sistemine daha yakın olarak görülmektedir⁹. Ancak doktrinde Türkiye'nin hükümet sistemi, Başkanlı Parlamenter sistem olarak adlandırılmaktadır¹⁰. Ancak bu adlandırma konuyla ilgili araştırmada bulunmayanlar tarafından bilinmediği için ankete alınmamıştır. Bu araştırmada Türkiye'nin hükümet sisteminin Yarı Başkanlık sistemine yakın olduğu doğru kriter olarak alınmıştır.

⁹ ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, s.362.

¹⁰ GÖNENÇ, Levent; "Türkiye'de Başkanlık Sistemi Tartışmaları", s.2.

	Hiç Katılmıyorum	Kısmen Katılmıyorum	Kararsızım	Kısmen Katılıyorum	Tamamen Katılıyorum
Türkiye'nin şu andaki sisteminin başkanlık sistemine yakın olduğunu düşünüyorum.	16,90%	12,00%	22,50%	23,30%	24,90%
Türkiye'nin şu andaki sisteminin parlamenter sisteme yakın olduğunu düşünüyorum	25,10%	18,30%	30,30%	17,70%	8,20%
Türkiye'nin şu andaki sisteminin yarı başkanlık sistemine yakın olduğunu düşünüyorum	23,50%	17,10%	31,10%	14,90%	11,00%
Türkiye'nin şu andaki sistemin belirsiz olduğunu düşünüyorum.	28,50%	13,10%	17,10%	12,70%	27,90%

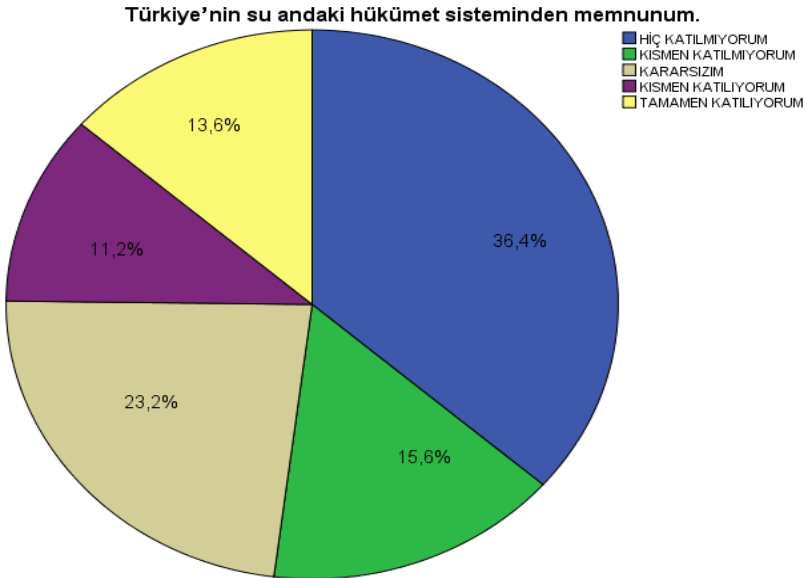
Tablo 3: Türkiye'nin şu andaki hükümet sistemini bilme durumu.

Tablodaki kriterler ışığında öğrencilerin Türkiye'nin şu andaki hükümet sistemini bilip bilmedikleri anlaşılmalı çalışılmıştır. Sonuçlara göre, öğrencilerin birçoğu, Türkiye'deki hükümet sisteminin başkanlık sistemine yakın olduğunu düşünmektedir. Tablodan, öğrencilerin hükümet sistemi denildiğinde mevcut hükümetin hangi sistemi istediği düşünülmüş olabilir. Öğrencilerin verdiği cevaplar, anayasada yer alan kurallar kapsamında değildir. Yarı başkanlık sistemine yakın olduğunu düşünenler, diğerlerine oranla daha düşüktür. Buna göre, öğrencilerin, Türkiye'nin şu andaki hükümet sistemini bilme oranının düşük olduğu söylenebilir.

3.HÜKÜMET SİSTEMİ TARTIŞMALARINDA SDÜ ÖĞRENCİLERİ NASIL BİR TUTUM SERGİLEMEKTEDİR?

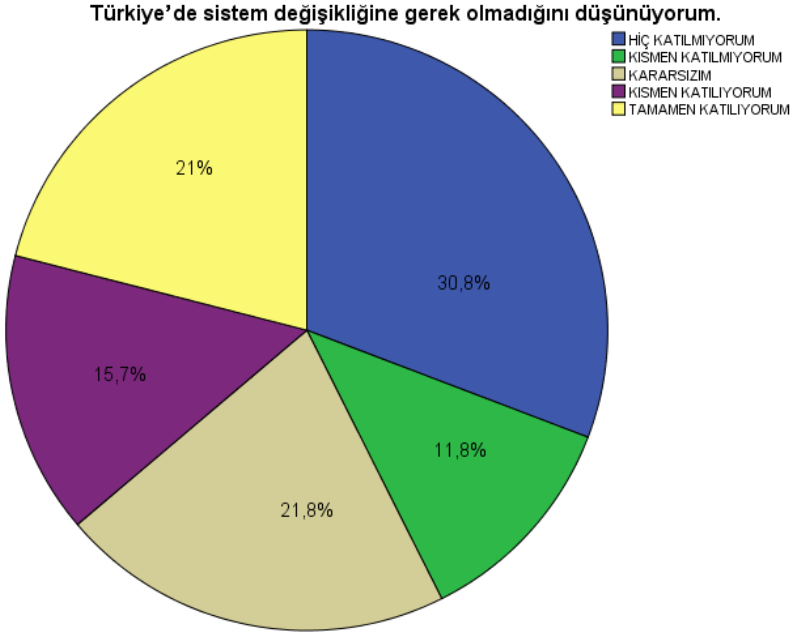
Bu soru ile öğrencilerin şu anki hükümet sisteminden memnun olup olmadıkları açığa çıkarılmıştır. Sistem değişikliğine gerek olmadığını düşünenlerin, hükümete istikrar kazandırmaya yönelik araçlarla, sistem iyileştirmelerine gidilip gidilemeyeceği araştırılmıştır. Ayrıca farklı sistemler ve bu sistemlerin olumlu olumsuz özellikleri sunulularak bir derecelendirme yapması istenmiştir. Çalışmanın bu kısmında anket sonuçlarının grafikler ışığında değerlendirilmesi esas alınmıştır.

3.1. Öğrencilerin Türkiye'nin Şu Andaki Hükümet Sisteminden Memnun Olma Ve sistem Değişikliği Olması Gerektiğini Düşünme Oranı



G

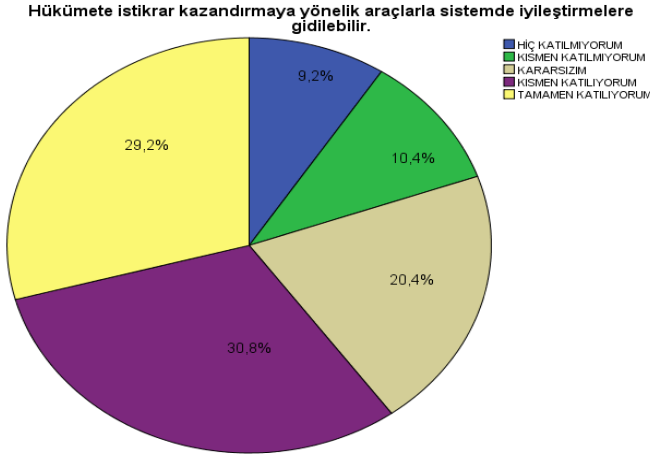
Grafik 4



Grafik 5

Yukarıdaki grafikleri karşılaştırdığımızda hükümet sisteminden hiç memnun olmayan öğrencilerin oranı,36,4% olarak görülmektedir. Ancak sistem değişikliğinin gerektiğini düşünen öğrencilerin oranı, 21%'dir. Veriler değerlendirildiğinde, mevcut sistemden hem memnun olmayıp hem de sistemin değişmesini istemeyen öğrenciler bulunmaktadır. Bu durum mevcut sistemin değişmesi halinde yeni gelecek sistemin getirilerinin ne olacağını belli olmamasından kaynaklanmaktadır. Ya da öğrencilerin muhafazakâr davranıp, sistem değişikliğine gerek olmadığını düşündükleri söylenebilir.

Sistem değişikliği istemeyen öğrencilerin hükümete istikrar kazandırmaya yönelik araçlarla sistemde iyileştirmelere gidilmesini isteyip istemedikleri araştırılmıştır.



Grafik 6

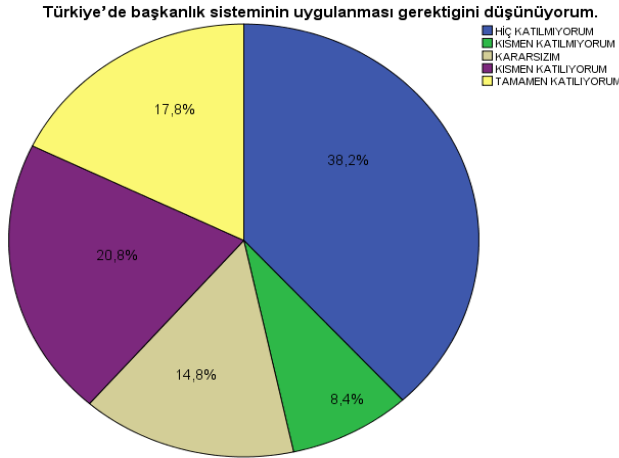
Hükümetlere istikrar kazandırmak için; hükümetlerin kurulmasını kolaylaştırmak, düşürülmesini ise zorlaştırmak yolları kullanılmaktadır. Hükümetlerin kurulmasını kolaylaştırmanın araçları; hükümetin güven oylamasız göreve başlaması, zımnî güven, hükümetin kurulması ve düşmesi için gerekenden daha düşük bir çoğunluk aramak şeklindedir. Hükümetlerin düşürülmesini zorlaştırmının araçları ise; güvensizlik önergesi verme hakkının sınırlandırılması, güvensizlik oyuunda üye tamsayısının salt çoğunluğunun aranması, yalnızca güvensizlik oylarının sayılması, yapıcı güvensizlik oyu vefesih tehdidi altında güvenoyudur.¹¹

Grafikten anlaşıldığı üzere, öğrencilerin yarıdan fazlasının hükümete istikrar kazandırmaya yönelik araçlarla sistemde iyileştirme yapılabileceğini düşünmektedir. Bu durumda öğrencilerden sistem değişikliği istemeyenlerin oranı, çoğunluktadır.

¹¹ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için; GÖZLER, Kemal; "Türkiye'de Hükümetlere Nasıl İstikrar Ve Etkinlik Kazandırılabilir?" (Başkanlık Sistemi Ve Rasyonelleştirilmiş Parlamenterizm Üzerine Bir Deneme), Türkiye Günlüğü, Sayı 62, 2000 S.25-47(www.anayasa.gen.tr/istikrar.htm adresinden erişildi.)

3.2. Türkiye’de Başkanlık Sisteminin Uygulanması Gerektiğini Düşünme Oranı

Başkanlık sistemi; kuvvetler ayrılığı prensibini sert bir şekilde uygulayan, kuvvetleri birbirine kontrol ettirmekle beraber icra organının üstünlüğünü sağlayan temsili bir hükümet sistemidir.¹² Başkanlık sisteminin ortaya çıktığı ve en iyi şekilde uygulandığı ülke, Amerika Birleşik Devletleri’dir. Bu yüzden sistemin temel özellikleri bu ülkede görülebilir¹³. Sartori’nin tanımıyla: (i)Başkanın halkoyuyla belirlenmesi, (ii)Önceden belirlenmiş görev süresi içinde (bu dört yıl ile sekiz yıl arasında değişebilir) parlamenton oyuyla görevden uzaklaştırılmaması, (iii) Atadığı hükümetlere başkanlık etmesi veya onları farklı şekilde yönlendirmesi



gerekmektedir¹⁴.Başkanın halkoyuyla belirlenmesi iki şekilde gerçekleşir: Doğrudan veya doğrudana benzer seçimle. Amerika Birleşik Devletleri, -adaylardan hiçbirinin halkın oylarının mutlak çoğunluğunu alamaması halinde başkanın halk tarafından seçildiği-

Arjantin,-Allende’ye kadar- Şili, yarı doğrudan bir yolla başkanın halk tarafından seçilmesine örnek gösterilebilir¹⁵. Başkan yürütme görevini yerine getirirken kendi

¹² KUZU, Burhan; Her Yönü İle Başkanlık Sistemi, Babıâli Kültür yayınevi, İstanbul, 2016, s.20.

¹³ PARSAK, s.6.

¹⁴SARTORİ, Giovanni; Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, (çev: Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 1997. s.115.

¹⁵Yazıcı, S.21.

atadığı sekreterlerinden yardım almaktadır. Bu sekreterleri azletme yetkisi de başkana aittir.¹⁶ Başkanlık sistemi kısaca bu şekilde açıklanabilir.

(Grafik;7) Grafiğe baktığımızda öğrencilerin 46,2%'i başkanlık sistemini kısmen veya hiç istememektedir. Başkanlık sisteminin uygulanmasını kısmen veya tamamen isteyen öğrencilerin oranı 38,70%'dir. Bu durumda öğrencilerin çoğunluğunun Başkanlık sisteminin uygulanmaya konulmasını istemediği söylenebilir.

Bu çalışmada başkanlık sistemini isteyen öğrencilerin, nasıl bir başkanlık sistemi istediklerinin tespiti için belirli kriterler ışığında değerlendirme yapılmaları istenmiştir.

	Hiç Katılmıyorum	Kısmen Katılmıyorum	Kararsızım	Kısmen Katılıyorum	Tamamen Katılıyorum
Türkiye'de ABD tarzı başkanlık sistemi uygulanması gerektiğini düşünüyorum.	38,00%	12,00%	20,00%	14,00%	16,00%
Türkiye'de Latin Amerika tarzı başkanlık sistemi uygulanması gerektiğini düşünüyorum.	55,00%	10,00%	23,00%	8,00%	4,00%

¹⁶ KABOĞLU, İbrahim Ö. ; Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Legal Yayınevi, İSTANBUL, 2005, s.121.

Türkiye'de Türkiye'ye özgü başkanlık sistemi uygulanması gerektiğini düşünüyorum.	12,00%	6,00%	10,00%	16,00%	56,00%
Türkiye'de partili devlet başkanı sistemin uygulanması gerektiğini düşünüyorum.	26,00%	7,00%	25,00%	21,00%	21,00%

Tablo 4

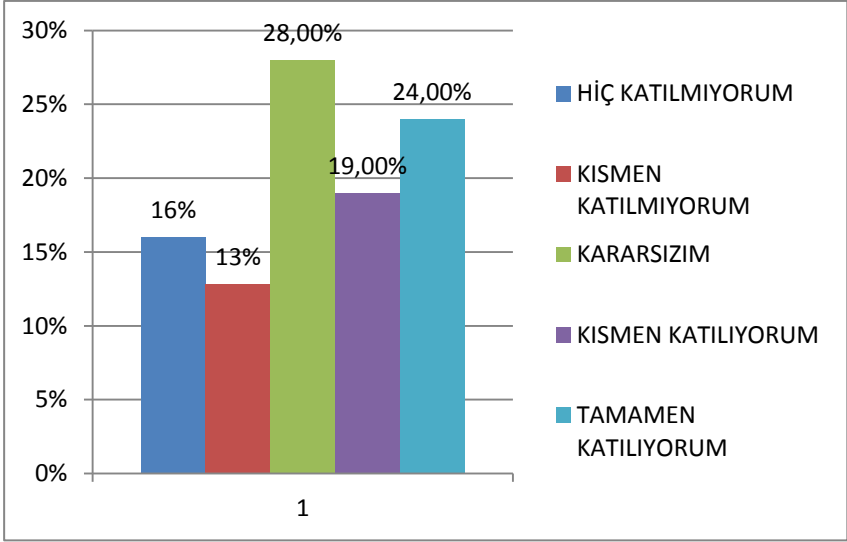
Tabloya göre, öğrenciler 56% oran ile tam olarak Türkiye'ye özgü başkanlık sistemi uygulanması gerektiğini düşünmektedir.. Ancak yüz yüze anket yapılırken bu sistemin nasıl olacağı sık sorulan soruların arasındadır. Böylelikle öğrencilerin çoğunluğunun bu sistemler arasındaki farkların neler olduğu konusunda bilgi sahibi olunmadığı görülmektedir.

Başkanlık sisteminin hangi gerekçelerle uygulanması gerektiğini düşündüklerini belirlemek için bazı kriterler belirlenmiştir. Bu kriterlerin de dışında birçok kriter bulunmaktadır. Araştırma kapsamına 4 tanesi ele alınmıştır.

3.2.1. Parti disiplininin olduğu ülkelerde başkanlık sisteminin tam olarak işlemeyeceğini düşünme durumu

Parti disiplininin olduğu ülkelerde başkanlık sisteminin işlemeyeceğini düşünen yazarlar bulunmaktadır. Buna gerekçe olarak da Kıta Avrupa'sındaki tüm parti sistemlerinden farklı olarak, ABD'de yer alan partiler arasında ideolojik ayrılığın olmadığı, bu ülkede parlamenterler parti grup kararlarına bağlı olmadıkları için, başkanlar ve kongre çoğunluğu farklı partilerden olsalar da yasama yürütme arasında

işbirliğinin sağlanabileceğini ileri sürülmektedir¹⁷. Bu yüzden Türkiye gibi parti disiplini olan ülkelerde başkanlık sisteminin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir.



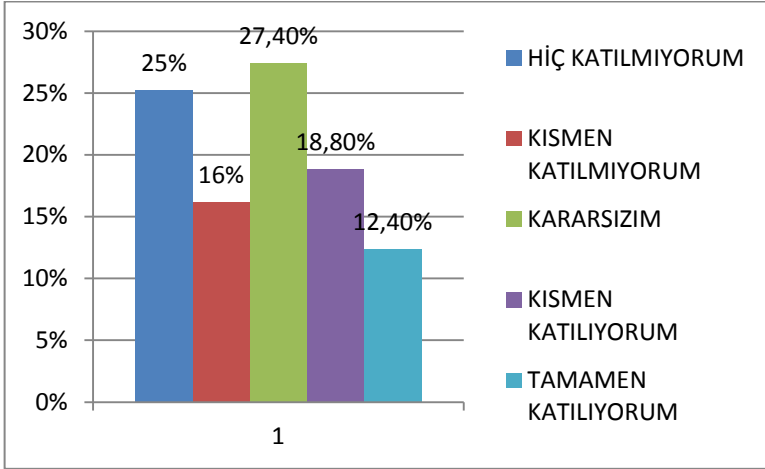
Grafik 8: Parti disiplininin olduğu ülkelerde başkanlık sisteminin tam olarak işlemeyeceğini düşünüyorum.

Grafiği dikkate aldığımızda Parti disiplininin olduğu ülkelerde, başkanlık sisteminin işlemeyeceğini düşünen öğrencilerin 16 %, kararsız olanların ise 28% olduğu görülmektedir. Parti disiplini konusunda öğrencilerin bilgi sahibi olmadıkları için kararsız olduğu söylenebilir.

¹⁷ YILMAZ, Sait; “Başkanlık Sistemi; ABD Türkiye’ye Örnek Olabilir mi?” (http://usam.aydin.edu.tr/analiz/baskanlik_sistemi_abd_turkey.pdf, 12 Şubat 2014), S.3.

3.2.2. Başkanlık Sisteminde Milletvekilleri Daha Çok Yasama İle İlgileneceği İçin Onları Gerçek Anlamda Aktif Kılacağını Düşünüyorum.

Parlamente sistemde ise araya koalisyonlar ve Devlet Başkanı girebilir. Varsa koalisyon ortakları suçu birbirlerine atabilir. Bu husus başkanlık sisteminin hesap sorulabilirlik özelliği ile açıklanmaktadır¹⁸. Başkanlık sisteminde parlamentonun önemi daha da artmaktadır., Günümüzde tamamen yürütmeye ait olan bütçe hazırlama konularında, meclis daha etkili bir konuma geçebilir. Parlamento sistemlerde hükümetten gelen kanun tasarıları, başkanlık sisteminde meclisten gelmektedir. ABD'liler; kongrenin sistem üzerindeki ağırlığı nedeniyle sistemlerine "Kongre Hükümeti" demektedirler¹⁹.



Grafik 9: Başkanlık sisteminde milletvekilleri daha çok yasama ile ilgileneceği için onları gerçek anlamda aktif kılacağını düşünüyorum

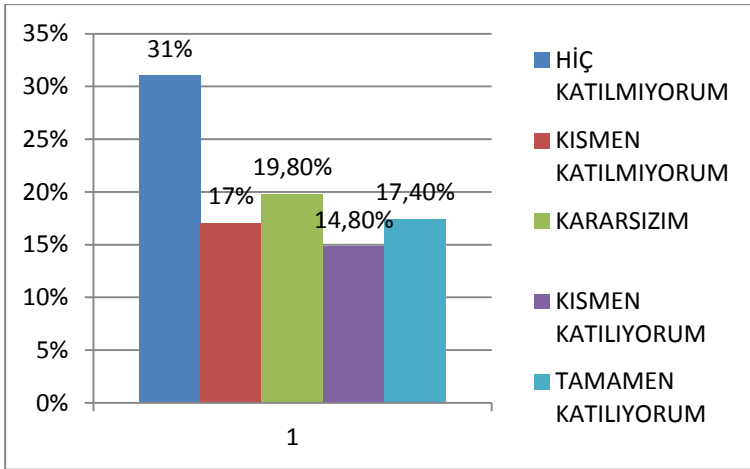
¹⁸ GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin, 2010, Cilt I, s. S.582.

¹⁹ FENDOĞLU, Tahsin; Türkiye'de Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.171

Başkanlık sisteminde milletvekillerinin daha aktif rol alacağı konusunda, öğrencilerin %27,40'ı kararsız kalırken; % 25'i bu durumu reddetmektedir.

3.2.3. Başkanlık Sistemi Yürütmenin Güçlenmesini Sağlayarak Hükümetin İstikrarını Sağlayacağını Düşünme Durumu

Doktrinde kabul edilen genel görüşe göre, başkanlık sistemi istikrarlı bir yönetim yaratır. Başkanlık sisteminde başkan belli bir süre için seçildiğine ve bu süre içinde güvensizlik oyuyla görevden alınmadığına göre, başkanlık sisteminde hükümet krizlerinin ortaya çıkması ihtimal dışıdır. Keza, başkanlık sisteminde hükümet, tek bir kişiden oluştuğuna göre, bu sistemde koalisyon hükümetlerinin olması da söz konusu değildir.²⁰



Grafik 10: Başkanlık sistemi yürütmenin güçlenmesini sağlayarak hükümetin istikrarını sağlayacağını düşünüyorum

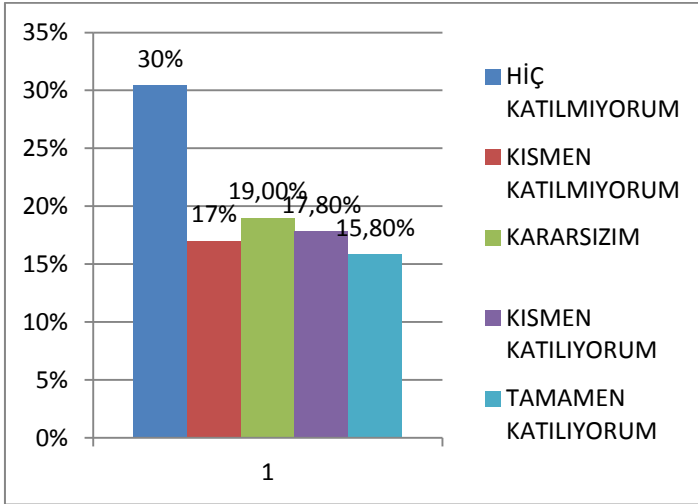
Grafığe göre öğrencilerin 31%'i Başkanlık sisteminde, yürütmenin güçlenerek hükümet istikrarının sağlanacağını düşünmemektedir. Bu kriter

²⁰ GÖZLER, Kemal; "Türkiye'de Hükümetlere Nasıl İstikrar Ve Etkinlik Kazandırılabilir?"

doktrinde başkanlık sistemini savunan-savunmayan bir çok yazar tarafından kabul edilmektedir. Ancak öğrencilerin, başkanlık sistemini reddetmek için bu gerçeği görmezden gelmektedir.

3.2.4. Başkanlık Sisteminde, Seçmenin Doğrudan Hesap Soracağı Tek Kişinin Başkan Olduğu İçin Hesap Sorulabilirliğinin Kuvvetli Olduğunu Düşünme Durumu

Doktrindeki bazı yazarlara göre; Başkanlık sisteminde sorumluluğun kimde olduğu açıkça bellidir. Yürütme tek kişinin (başkann) elinde toplandığına göre, istenilen sonuç elde edilemediğinde halkın sorumlu tutacağı kişi bilinir..Başkanlık sisteminde ise iki seçim dönemi arasında hükümet değişmeyeceği için, o dönemdeki sorumluluğun sahibi açıkça teşhis edilebilecek ve sonuçları izleyen seçim döneminde ortaya çıkacaktır.²¹



Grafik 11: Başkanlık sisteminde, seçmenin doğrudan hesap soracağı tek kişinin başkan olduğu için hesap sorulabilirliğinin kuvvetli olduğunu düşünüyorum.

²¹GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukununun Genel Esasları Dersi Kitabı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2016, s.239.

Başkanlık sisteminde, seçmenin doğrudan sorumlu tutacağı kişinin başkan olduğunu kolayca belirleyebilmesinden ötürü hesap sorulabilirliğin kuvvetli olduğu düşüncesi, öğrencilerin %30'u tarafından kabul edilmemektedir. Yine bu kriter doktrinde başkanlık sistemini savunan ve savunmayan bir çok yazar tarafından kabul edilmektedir.

Grafikler tek tek incelendiğinde görüleceği üzere, öğrenciler, başkanlık sisteminin doktrinde güçlü özellikleri olarak kabul edilen kriterlerine katılmamakta, , zayıf özelliklerin bulunduğu kriterlerde ise oran yüksek olmaktadır.. Buna göre öğrencilerin objektif bir değerlendirmede bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı söylenebilir. Bir sistemin tamamen mükemmel ya da uygulanamaz olduğu kesin çizgilerle belirlenemez.

3.3.Öğrencilerin Parlamenter Sistemin Uygulanması Gerektiğini Düşünme Oranı

Parlamenter sistem, hukuken ve siyaseten sorumsuz devlet başkanının başkanlığında yürütme organı ile yasama organı arasındaki kuvvetler ayrılığının yumuşak olduğu, organları arasındaki hukuki ilişkinin eşitlik ve dengeye dayandığı bir temsili rejimdir²². Parlamenter sistem, adını parlamentonun egemenliğine borçludur. Parlamenter sistem, hükümetlerin, parlamentonun oyu ile atanmasını ve azledilmesini gerektirir.²³

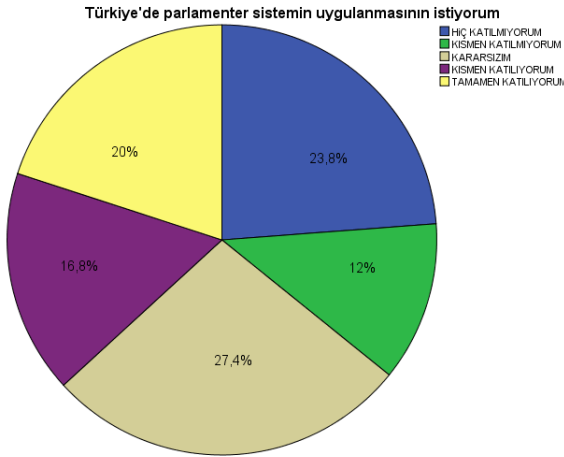
Epstein, parlamenter sisteme ilişkin “yürütme iktidarının yasama iktidarından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi tipi” olarak tanım yapmıştır.²⁴ Epstein'in bu tanımını esas alan Lijpart, parlamenter sistemin iki ayırıcı unsuru olduğunu kabul etmektedir. Bu unsurlardan ilki,

²²TEZİÇ, Erdoğan; Anayasa Hukuku,13. Baskı, Beta Yayınevi ANKARA, 2009, s.420.

²³ FENDOĞLU,s.81.

²⁴ ULUŞAHİN, Nur; Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınevi, ANKARA, 1999, s.28.

yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olması; ikincisiyse, yürütmenin başı olan başbakanın yasama organı tarafından seçilmesidir²⁵. Bu temel özelliklere, bakanlar kurulunun yani kabinenin de kolektif bir yapıya sahip olduğu eklenebilir. Parlamenter sistemin genel özelliklerini özetleyecek olursak yürütmenin iki başlılığı, devlet başkanının siyasi açıdan sorumsuzluğu, bakanlar kurulunun kolektif sorumluluğu ve yürütmenin yasamayı feshi olarak söylenebilir.²⁶ İngiltere’de kralın temsilcisi olan hükümet ile halkın temsilcisi olan parlamento arasında, 1215 tarihli Magna Carta’dan günümüze kadar süren mücadele, İngiliz siyasi sisteminin ve parlamenter hükümet sisteminin bugünkü şeklini almasına etki etmiştir.²⁷ Parlamenter sistem oldukça yaygın bir sistemdir. Parlamenter sistemler farklı kontrol ve denge mekanizmalarıyla, değişik parti yapıları ve seçim sistemleri altında büyük çeşitlilik göstermektedir. Uygulamanın getirdiği farklılıklar, sınırları temel



özellikler tarafından çizilen bir işleyiş ve denge mekanizması içinde kalacağı sürece sistem parlamenter sistem olarak adlandırılmaktadır.²⁸

(Grafik 12)

²⁵, s.252., Yavuz, s.58.

²⁶ ASILBAY, Halil; “ Parlamenter Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme” (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1250> 12 Şubat 2014), s.52. , Okşar, s.57, ERDOĞAN, Mustafa; Başkanlık Hükümeti mi? (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/453/511.pdf> 2 Şubat 2014)s.1.

²⁷ YAVUZ, Bülent; A. Parlamenter Sistem 1. İngiltere, Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, AK Parti, Ar-Ge Başkanlığı, Ankara,2013, s.17. ; ÖZER, Attila; Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara, 1981, s.66-67,

²⁸ OKŞAR, Mustaf

Bu grafikte kararsız öğrencilerin oranının başkanlık sistemindeki kararsız öğrenci sayısından daha fazla olduğu görülmektedir. Bu duruma, parlamenter sistemin geçmişteki uygulamalarında yaşanan sorunların etkili olmuştur.

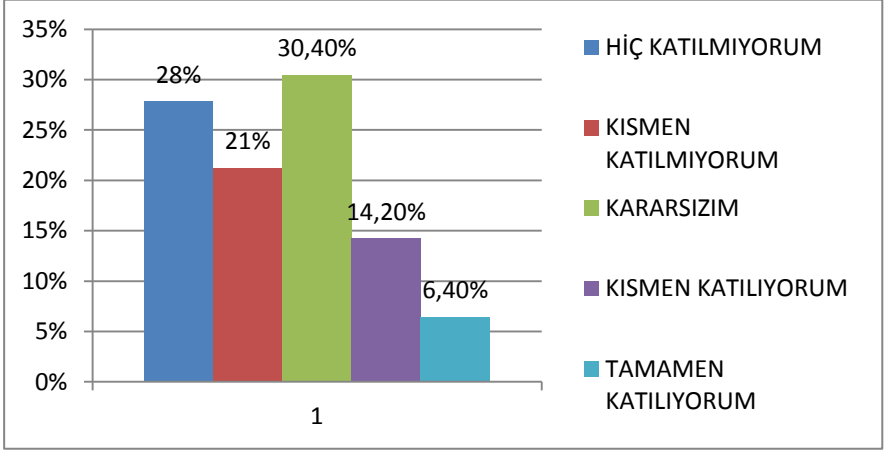
Parlamenter sistemin hangi gerekçelerle uygulanması gerektiğini düşünüp düşünmediğini belirlemek için belirli kriterlerle değerlendirmeye alınmıştır. Bu kriterlerin de dışında birçok kriter bulunmaktadır. Araştırma kapsamına bu kriterlerden yalnızca 5 tanesi ele alınmıştır.

3.3.1. Parlamenter Sistemin Koalisyon Dönemlerinde İstikrarsız Ve Zayıf Hükümetlere Yol Açabileceğini Düşünme Ve Parlamenter Sistemin Düşük Nitelikte Bir Demokrasiye Yol Açabileceğini Düşünme Durumu

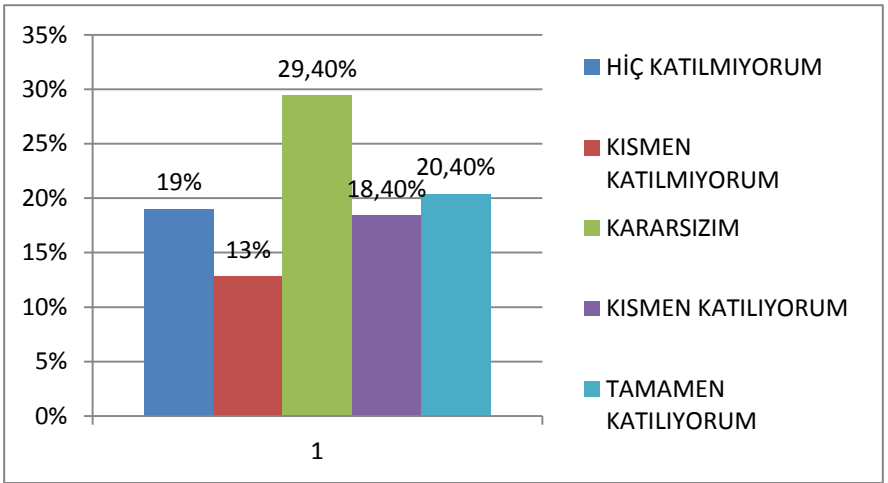
Doktrinadaki genel görüşe göre parlamenter sistem genellikle koalisyon hükümetlerine yol açar. Koalisyon hükümetleri ise güçsüz hükümetlerdir. Çünkü koalisyon hükümetleri birden fazla partiden oluşmuştur. Bu partiler doğal olarak birbirinin rakibi durumundadır. Dolayısıyla bu hükümeti oluşturan partiler arasında şu ya da bu şekilde bir uzlaşmazlık vardır. Diğer yandan koalisyon hükümetleri hızlı karar alamaz. Ayrıca koalisyon hükümetlerinde ortaya çıkan anlaşmazlıklar çok zor çözülür. Koalisyon hükümetlerinde icraat, uyumsuzluk yaratır²⁹. Ayrıca Doktrinadaki bazı yazarlara göre; parlamenter sistem daha düşük nitelikli bir demokrasiye yol açmaktadır. Hükümet istikrarsızlığı da sorumluluğun belirsizleşmesine yol açmaktadır. Kısa süre iktidarda kalmış partilerden hesap sorulması oldukça güçtür³⁰.

²⁹ GÖZLER, Kemal; "Türkiye'de Hükümetlere Nasıl İstikrar Ve Etkinlik Kazandırılabilir?" ...

³⁰ GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun..., 2016



Grafik 13: Parlamenter sistemin düşük nitelikte bir demokrasiye yol açabileceğini düşünüyorum

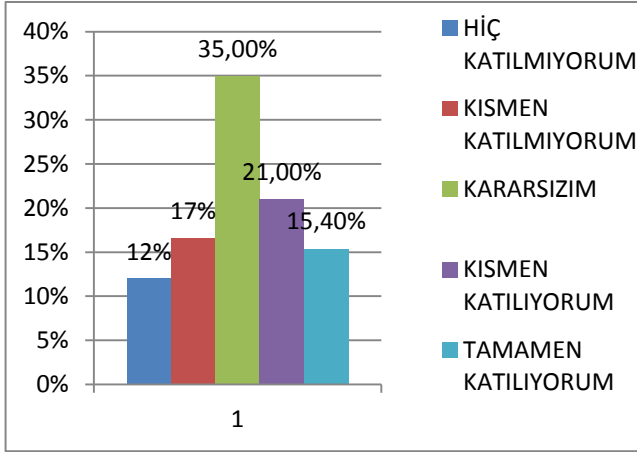


Grafik 14: Parlamenter sistemin koalisyon dönemlerinde istikrarsız ve zayıf hükümetlere yol açabileceğini düşünüyorum

Her iki grafiğe göre, öğrencilerin ortalama %29 - %30,4 oranında kararsız oldukları görülmüştür. Bu sonuca Türkiye'nin yakın siyasi tarihinde yaşanan olayların etkili olduğu söylenebilir. Öğrenciler bu konuda yeterli bilgiye sahip olmadıkları için de net bir görüş bildirmedikleri söylenebilir.

3.3.2. Parlamenter Sistemde Yürütme Organını Anayasal Sınırları Aşma Olasılığı Daha Düşük Olduğunu Düşünme Durumu

Birçok yazara göre parlamenter sistemde, sistemin despot bir yönetim biçimine dönüşme ihtimali düşüktür. Yani anayasal sınırları aşma olasılığı düşük olduğu söylenebilir. Çünkü yasamanın yürütmeyi gerektiğinde "güvensizlik oyu" ile düşürebilme riskinden dolayı yürütmenin otoriter bir yönetime kapı aralayan eğilimlere giremeyeceği söylenebilir³¹.



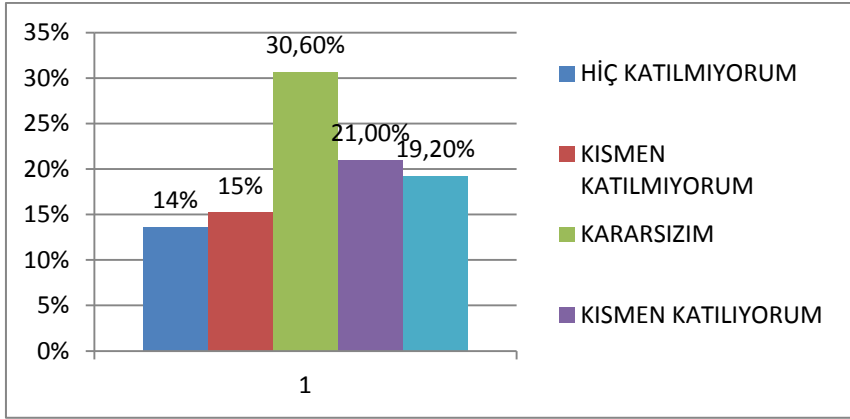
Grafiğe göre öğrencilerin %35 oranıyla kararsız oldukları görülmektedir. Öğrencilerin anayasal sınırları aşma konusunda bilgi sahibi olmadıklarının sonucu etkilediği söylenebilir.

Grafik 15:Parlamenter sistemde yürütme organını anayasal sınırları aşma olasılığı daha düşük olabilir.

³¹ YILDIZ, Hüseyin; "Türkiye'de Parlamentarizm Uygulamaları" (http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/huseyin%20yildiz%2004_1%20tam.pdf, 20 Şubat 2014).

3.3.3. Parlamenter sistem esnek olduğu için tıkanıklıklara çözüm yolu üretilebileceğini düşünme durumu

Doktrindeki bazı görüşlere göre parlamenter rejimlerde (koalisyonlardan oluşmuş bir hükümet değilse) yasama ile yürütme arasındaki tıkanıklıklar giderilebilir. Eğer koalisyon varsa ve aralarında çıkan sorunu çözemiyorlarsa sistem kilitlenmeden ve siyasal bir krize yol açmadan ya yeni bir hükümet oluşturulur ya da seçimler yenilenir³².



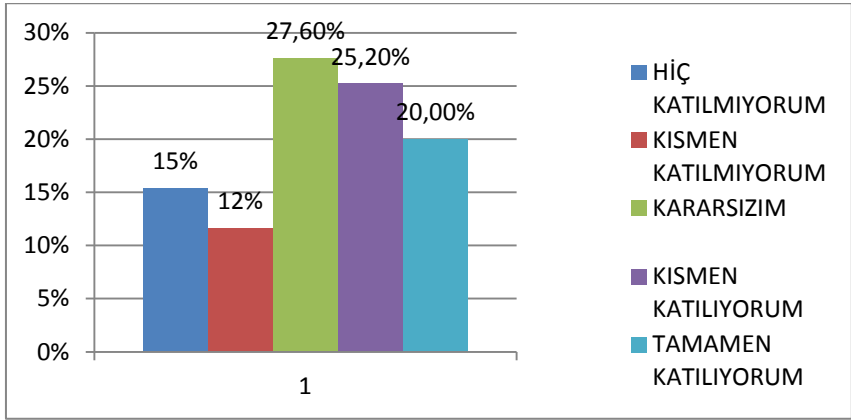
Grafik 16 Parlamenter sistem esnek olduğu için tıkanıklıklara çözüm yolu üretilebileceğini düşünüyorum.

Grafiğe göre öğrencilerin 30,60% oranında kararsız oldukları görülmüştür.

³² Uluşahin, s.84-92.

3.3.3.Parlamenter Sistemde Cumhurbaşkanının İlmılaştırıcı Ve Uzlaştırıcı Bir Rolü Olduğunu Düşünüyorum.

Parlamenter sistemde, Cumhurbaşkanı, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme yükümlülüğü altındadır³³. Bu yükümlülük dolayısıyla Cumhurbaşkanı ilmılaştırıcı ve uzlaştırıcı bir rol oynayabilir.



Grafik 17: Parlamenter sistemde Cumhurbaşkanının ilmılaştırıcı ve uzlaştırıcı bir rolü olduğunu düşünüyorum.

Tüm grafiklerden de anlaşılacağı üzere bütün kriterlerde öğrencilerin çoğunluğunun kararsız olduğu-görülmektedir. Parlamenter sistemin uygulanması konusunda gösterilen kararsızlık parlamenter sistemin özellikleri konusunda da mevcuttur.

³³ Fendoğlu,s.83.

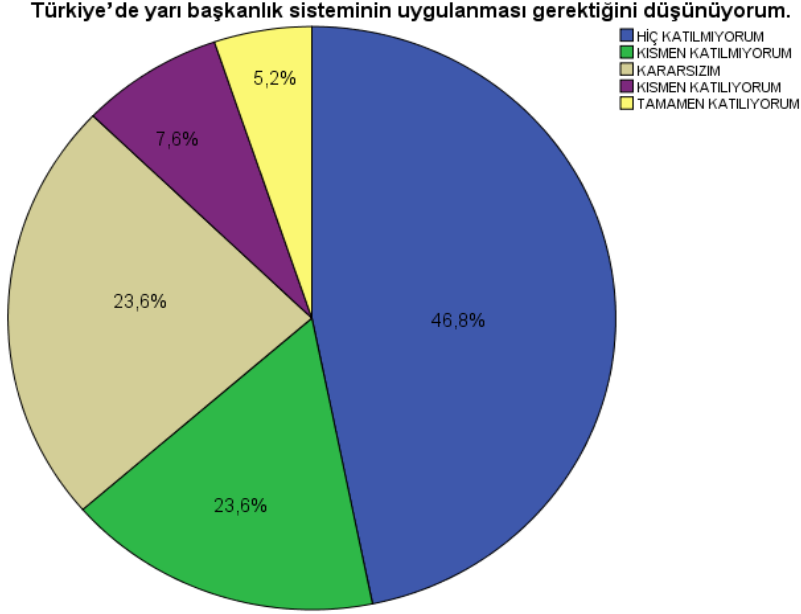
3.4. Türkiye’de Yarı Başkanlık Sisteminin Uygulanması Gerektiğini Düşünme Oranı

Başkanlık sistemi ile parlamenter sistemin bazı unsurlarını birleştiren bir sistemdir. Devlet başkanı sabit bir dönem için genel oyla seçilir ve yürütme yetkisini bir başbakanla paylaşır. Devlet başkanı parlamentondan bağımsız olmakla beraber yalnız başına veya doğrudan doğruya hükümet etmeye yetkili değildir. Başbakan veya kabinesi parlamentoya bağımlı olup devlet başkanından bağımsızdırlar. Bunlar aynı zamanda güvenoyuna tabidirler. Ve parlamento çoğunluğunun desteğine ihtiyaçları vardır³⁴. Sartori’ ye göre yarı başkanlık sisteminin tanımlayıcı özelliklerini ele alırsak: (i)devlet başkanı sabit bir dönem için doğrudan veya dolaylı olarak genel oyla seçilir.(ii) devlet başkanı yürütme yetkisini bir başbakanla paylaşır. (iii) başkan parlamentodan bağımsız olmakla beraber yalnız başına veya doğrudan doğruya yürütme işlevini göremez (iv) başbakan ve kabinesi ise parlamentoya bağımlı olup başkandan bağımsızdırlar. (v)ikili otorite yapısı ikili otorite yapısı, her birimin bağımsızlık potansiyeli devam etmek kaydıyla farklı dengelere ve yürütme güç kaymasına izin verir.³⁵ Son özelliği dikkate aldığımızda şöyle bir sonuç ortaya çıkıyor: devlet ile parlamento çoğunluğu aynı siyasi eğilimi paylaştığı takdirde, siyasi süreç yarı başkanlık sisteminin kurallarına göre işlediği halde devlet başkanı ile parlamento çoğunluğunun farklı eğilime sahip olması durumunda süreç parlamenter sisteme benzer şekilde işlemektedir.³⁶

³⁴ METİN, Yüksel; “Federal Almanya”, Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Ak Parti yayınları, Ankara, 2013,53-88,s

³⁵ Erdoğan, s.24

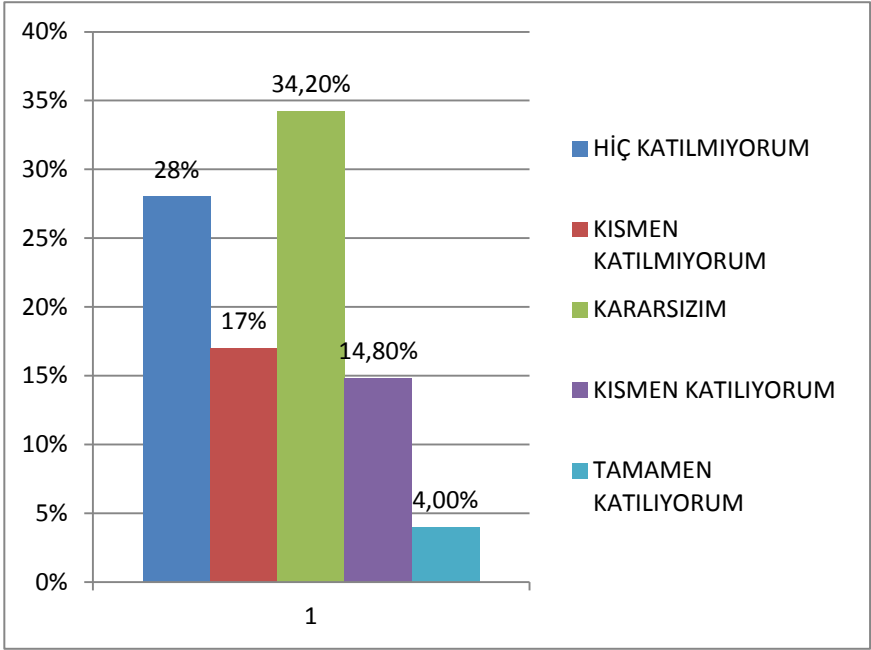
³⁶ Okşar, s.94. , Yazıcı s.93.



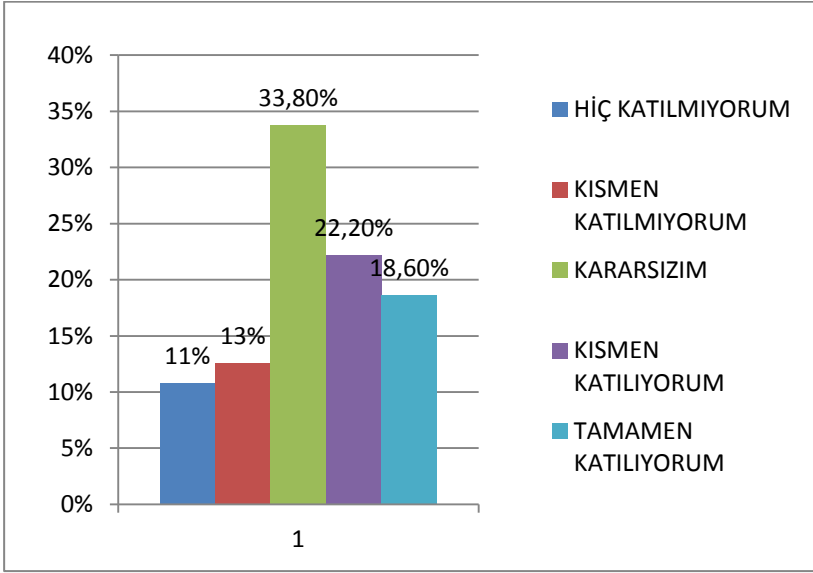
Grafik 18

Grafikten anlaşıldığı üzere yarı başkanlık sisteminin uygulanmasını hiç istemeyen öğrencilerin oranı 46% gibi oldukça yüksek bir oranda olduğu görülmektedir. Bu oran başkanlık sistemini istemeyenlerden (bkz. Grafik-7) oranı daha fazla bir orana sahip olduğu söylenebilir. Öğrencilerle yüz yüze anket yaparken en çok sorulan sorulardan biri de yarı başkanlık sisteminin özellikleri olmuştur.

Yarı Başkanlık sistemin hangi gerekçelerle uygulanması gerektiğini düşünüp düşünmediğini belirlemek için belirli kriterlerle değerlendirmeye alınmıştır.



Grafik 19:Yarı başkanlık sisteminde yürütme güçlü olacağı için siyasi etkinlik ve istikrarı sağlayacağını düşünüyorum.



Grafik 20: Yarı-Başkanlık hükümeti sisteminde Başkan seçimleri ile parlamento seçimleri ayrı ayrı yapıldığı için yasama ve başkan açısından iki ayrı meşruiyet kaynağı meydana geleceği için kutuplaşma ve tıkanıklıklara sebep olacağını düşünüyorum.

Öğrencilerin Yarı Başkanlık sisteminin uygulanmasını 46% oranla hiç istemediği Grafik 18 de görülmüştü. Yarı Başkanlık sisteminin olumlu bir özelliği değerlendirilen Grafik 19 de hiç istemeyen ve kararsız olma oranları yüksek ve birbirine yakın şekildedir. Öğrencilerin kararsız olma oranı sisteminin olumsuz bir özelliği olan Grafik 20 de daha yüksektir. Öğrencilerin kararsız olmasının nedeni yarı başkanlık sistemi hakkında bilgi sahibi olmaması olduğu söylenebilir. Bu durumda öğrencilerin Yarı başkanlık sisteminin uygulanmamasını isteme gerekçesini tam olarak ortaya koyamamaktadır.

4. HUKUK VE İKTİSADİ VE İDARİ BİLİMLER FAKÜLTELERİNİN DİĞER FAKÜLTELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

	Diğer Fakültelerin öğrencileri					İİBF ve Hukuk Fakültesi Öğrencileri				
	Hiç Kabulmüyorum	Kesmen kabulmüyorum	Kararsızım	Kesmen Kabuluyorum	Tamamen Kabuluyorum	Hiç Kabulmüyorum	Kesmen kabulmüyorum	Kararsızım	Kesmen Kabuluyorum	Tamamen Kabuluyorum
Hükümet sistemleri hakkındabilgi sahibi olduğumu düşünüyorum.	7%	16,10%	25,50%	33,90%	17,50%	7,30%	7,30%	18,50%	42,70%	24,20%
Türkiye'nin şu andaki sisteminin başkanlık sistemine yakın olduğunu düşünüyorum.	17,60%	11,40%	23,40%	17,30%	7,70%	15,30%	13,70%	20,20%	23,40%	27,40%
Türkiye'nin şu andaki sisteminin parlamenter sisteme yakın olduğunu düşünüyorum	24,70%	18,90%	31,70%	17,30%	10,10%	26,60%	16,90%	27,40%	19,40%	9,70%
Türkiye'nin şu andaki sisteminin yarı başkanlık sistemine yakın olduğunu düşünüyorum	23,10%	17,80%	31,90%	17%	10,10%	25%	15,30%	29%	16,90%	13,70%
Türkiye'nin şu andaki sistemin belirsiz olduğunu düşünüyorum.	27,70%	12,30%	18,60%	12%	29%	31,50%	15,30%	12,90%	15,30%	25%
Türkiye'de başkanlık sisteminin uygulanması gerektiğini düşünüyorum.	38,00%	9,30%	15,40%	19,70%	17,60%	38,70%	5,60%	12,90%	24,20%	18,50%
Türkiye'de yarı başkanlık sisteminin uygulanması gerektiğini düşünüyorum.	47,30%	17,30%	23,90%	8%	3,50%	45,20%	15,30%	22,60%	6,50%	10,50%
Türkiye'de parlamenter sistemin uygulanması gerektiğini düşünüyorum.	23,90%	13,30%	29%	16,20%	17,60%	23,40%	8,10%	22,60%	18,50%	27,40%

Tablo5:Hukuk ve İktisadi ve İdari bilimler Fakültelerinin Genel ile Karşılaştırılması

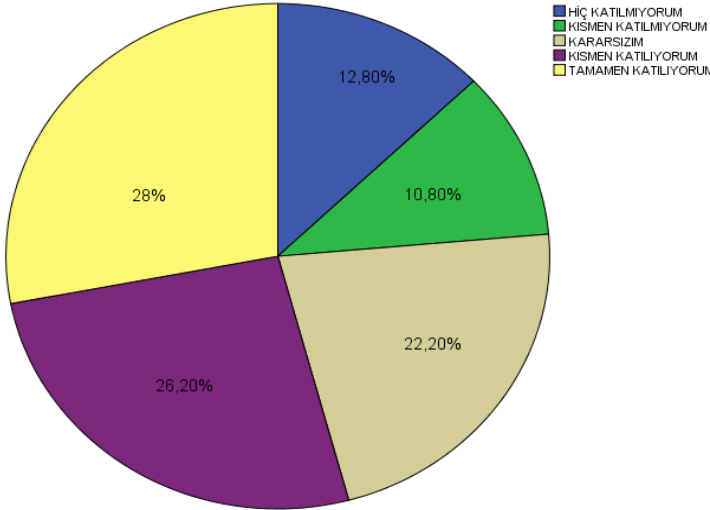
Ders içeriklerinde hükümet sistemleri ile ilgili konular olan fakülteler Hukuk ve İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleridir. Bu başlığın açılmasının sebebi hükümet sistemleri hakkında bilgi sahibi olması gereken Fakülteler ile diğerlerinin görüşleri arasında bir farklılık olup olmadığını araştırmaktır.

İİBF ve Hukuk Fakültesi öğrencilerinin diğer fakültelerin öğrencilerinden daha fazla hükümet sistemleri hakkında bilgi sahibi olduklarını düşündüklerini tablodan anlaşılmaktadır. Tüm fakültelerdeki öğrencilerden çoğu Türkiye'nin hükümet sistemini tam olarak bilmedikleri tablodan anlaşılmaktadır. Sistemi yarı başkanlığa yakın olarak gören öğrenci sayısı oldukça az olduğu görülmektedir. Ancak Türkiye'nin hükümet sisteminin belirsiz olduğunu düşünen öğrenci sayısı diğer fakültelerde fazla(42%) iken, İİBF ve Hukuk fakültesi öğrencilerinde bu sayı o kadar fazla değildir(40%). Öğrencilerin çoğunluğu belirsiz olmadığını düşünmektedir.(46,80%)

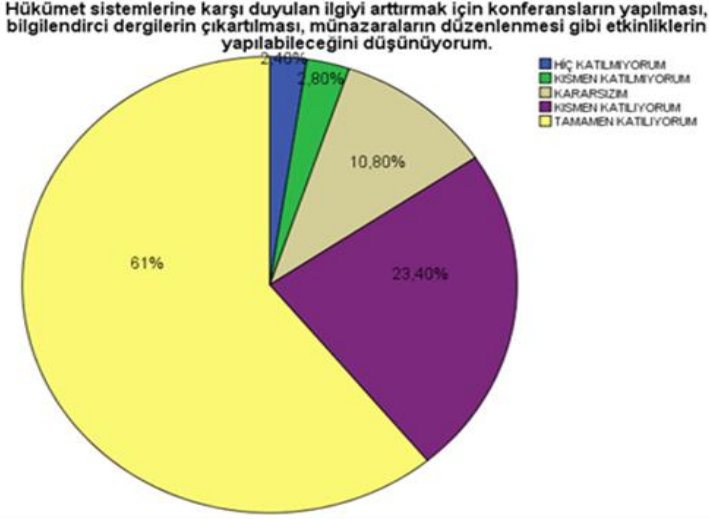
Başkanlık sisteminin uygulanmasını diğer fakülte öğrencilerinin 47,30%' istememekteyken, İİBF ve Hukuk fakültesi öğrencilerinin 44,30%'u istememektedir. Başkanlık sisteminin uygulanmasını diğer fakülte öğrencilerinin 36,20%' si düşünürken, İİBF ve Hukuk fakültesi öğrencilerinin 42,70%'si düşünmektedir. Yan Başkanlık sistemini ise her iki grup açısından da oldukça fazla bir çoğunluk istememektedir.

Parlamente sisteminin uygulanmasını diğer fakülte öğrencilerinin 37,20%' istememekteyken, İİBF ve Hukuk fakültesi öğrencilerinin 31,50%'i istememektedir. Parlamente sisteminin uygulanmasını diğer fakülte öğrencilerinin 33,80%' i düşünürken, İİBF ve Hukuk fakültesi öğrencilerinin 45,90%'nı düşünmektedir. Bu sonuçlar ışığında hükümet sistemleri hakkında daha fazla bilgi sahibi olan öğrenciler parlamente sistemin uygulanmasını başkanlık sisteminden daha fazla istediği sonucuna varılmaktadır. Ancak bu farkın çok da fazla olduğu söylenemez.

Üniversite öğrencilerinin hükümet sistemlerine ilgi duymadıklarını düşünüyor.



Grafik 21



Grafik 22

5.HÜKÜMET SİSTEMİ KONUSUNA KARŞI SDÜ ÖĞRENCİLERİ İLĞİ DÜZEYLERİ

Grafığe bakıldığında öğrencilerin yarıdan fazlası üniversite öğrencilerinin hükümet sistemlerine ilgi duymadıklarını düşünmektedir. Bu durumun öğrenciler de farkındadırlar. Bu ilgisizliğin nedenini öğrencilerin araştırma yapma çabasına girmemesinden kaynaklandığı söylenebilir. Anket sonuçlarından da anlaşılacağı üzere (Tablo 2) öğrenciler hükümet sistemleri hakkındaki bilgilere daha çok hazır bilgi diyebileceğimiz sosyal medyayı takip ederek ulaşmaktadırlar. Ayrıca bir çaba harcaayıp bilimsel araştırmalardan bilgi edinme yolunu daha az tercih etmektedirler. Grafik 22'ye bakıldığında öğrencilerin çoğu Hükümet sistemlerine karşı duyulan ilgiyi arttırmak için konferansların yapılması, bilgilendirici dergilerin çıkartılması, münazaraların düzenlenmesi gibi etkinliklerin yapılabileceğini düşünüyor. Gerçekten de üniversitelerde bu tür çalışmalar yapılarak öğrencilerin bu konuya

dikkatlerinin çekilmesi ve bu sayede bilgi sahibi olmaları da sağlanabilir. Çünkü bu çalışma sonucu öğrenciler sandıklarından daha az bilgi sahibi oldukları görülmüştür.

6. SONUÇ

Hükümet sistemleri konusunun çok geniş ve önemini hiçbir zaman yitirmeyecek bir konu olduğu söylenebilir. Türkiye 16 Nisan 2017'ye kadar sistem değişikliğinin nasıl olması gerektiği konusunu tartışmıştır. Referandumla halk tarafından da oylanarak Türkiye'ye özgü bir sistem olan partili cumhurbaşkanlığı sistemi Türkiye'nin yeni hükümet sistemi olarak kabul edilmiştir. Bu yeni sistem 3 Kasım 2019 tarihinde yapılacak olan seçimle uygulamaya konulacaktır.³⁷ Referandum sonrası da artık bu kabul edilen yeni sistem hakkında tartışmalar devam edecektir. Bu çalışmada hükümet sistemi tartışmalarına öğrencilerin gözünden bakılmaya çalışılmıştır. SDÜ öğrencilerinin hükümet sistemi hakkında görüşleri, tutum ve davranışları, bilinç düzeyleri ele alınmıştır.

Referandum için sandığa kayıtlı yurt içi ve yurt dışı seçmen sayısı 58.291.898 kişidir³⁸. Bu çalışmaya konu anket sadece üniversite öğrencileri ile yapılmıştır. YÖK verilerine göre yükseköğretim kurumlarında okuyan öğrenci sayısı 6 milyon 62 bin 886'dır³⁹. Bu durumda, anketin yapılmış olduğu kesim seçmen sayısının 10,40%'ını oluşturmaktadır. Bu çalışmanın esas amacı referandumda öğrencilerin hangi oyu verdiğiolmayıp, öğrencilerin hükümet sistemleri karşısındaki tutum ve davranışları birçok boyuttan incelenmeye çalışılmıştır.

³⁷ 6771 sayılı kanun, MADDE 17- 2709 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 21- A) Türkiye Büyük Millet Meclisinin 27'nci Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi 3/11/2019 tarihinde birlikte yapılır. Seçimin yapılacağı tarihe kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ve Cumhurbaşkanının görevi devam eder. Meclisin seçim kararı alması halinde, 27'nci Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.

³⁸ (<https://sonuc.ysk.gov.tr/module/sspsHalkoylamasiYeni.jsf>, 11.06.2017)

³⁹ (<http://www.memurlar.net/haber/516925/6-milyon-ogrenci-universite-okuyor.html>, 11.06.2017)

Referandum sonuçları hakkında birçok araştırma şirketi anketler yapmaktadır. Bu anketlerden birkaç tanesiyle bu çalışma sonuçlarını karşılaştıracak olursak; SONAR'a göre referandumda yüzde 51.2 'Hayır,' yüzde 48.8 'Evet' oyu vereceği; KONDA'ya (katılımcı sayısı: 3,462) göre ise yüzde 51.5 'Evet', yüzde 48.5 'Hayır' oyu vereceği ileri sürülmüştür.⁴⁰ Bu anketlerin nasıl yapıldığı seçmenin hangi kesimi ile yapıldığı ve seçmenin referandumda evet veya hayır oylarından hangilerini vereceği sorusunun yanı sıra, hangi hususların araştırıldığı konusunda ayrıntılı bilgiler paylaşılmamıştır.

Anket yapan araştırma şirketleri kararsız oyları orantılı olarak paylaşmaktadır. Ancak bazı araştırma şirketleri başka bazı etkenleri de göz önünde bulundurarak kararsız oyları yorum yoluyla paylaşmaktadırlar. Bu çalışmada üniversite öğrencileri 38,6%'sı başkanlık sisteminin uygulanması gerektiğini düşünüyorken, 46,6%'sı uygulanmaması gerektiğini düşünmektedir. Öğrencilerin 14,8%'i de kararsız durumdadır. Bu durumda kararsız oyların oranının diğerlerine oranlanarak dağıtılması sonucunda öğrencilerin çoğunluğunun başkanlık sisteminin uygulanmaması gerektiğini düşündüğü görülmektedir. Yukarıdaki paragrafta bahsedilen şirketlerin anket çalışmalarının sonuçları ile bu çalışmaya konu anketin sonuçları sadece başkanlık sisteminin uygulanmasını isteyip istememe konusunda karşılaştırma yapılabilir. Bu durumda bu çalışmaya konu anket sonuçları SONAR araştırma şirketinin varmış olduğu sonuçlara yakın olduğu görülmektedir.

Referandum sonuçlarına göre sandığa giden ve geçerli oy kullanan 48.936.604 seçmenin 49,6%'sı hayır (23.779.141), 51,4%'ü evet (25.157.463) oyu kullanmıştır⁴¹. Halk oylamasında oy kullanan üniversite öğrencisi seçmenlerinin yüzde kaçının evet yüzde kaçının hayır oyu kullandığı belirlenmemektedir. Bu yüzden genel seçmen kitlesinin vermiş olduğu oylarla bu çalışmaya konu anket

⁴⁰ (<http://gazetekarinca.com/2017/04/referanduma-uc-gun-kala-konda-ve-sonar-anketleri-ne-diyor/>,11.06.2017)

⁴¹ (<https://sonuc.ysk.gov.tr/module/sspsHalkoylamasiYeni.jsf>, 11.06.2017)

sonuçları karşılaştırıldığında çoğunluğunun başkanlık sistemi istememesine rağmen referandumda evet oyu fazladır. Bu durumda kararsız olan öğrencilerin çoğu referandumda oy kullanırken evet oyu kullanmış olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Bu çalışmaya konu anket sonuçlarının değerlendirilmesi sonucunda özetle; SDÜ öğrencilerinin hükümet sistemleri hakkında bilinç düzeyinin düşük olduğu görülmektedir. Öğrencilerin büyük çoğunluğu anketin yapıldığı dönemdeki hükümet sisteminden memnun olmadıkları görülmüştür. Ancak sistem değişikliğine gerek olduğunu düşünenlerin oranı memnun olmayanların oranından düşüktür. Ayrıca öğrencilerin yarıdan fazlası hükümete istikrar kazandırmaya yönelik araçlarla sistemde iyileştirmeye gidilebileceğini düşünmektedir. Bu durumda öğrencilerin çoğunluğunun sistem değişikliğinden yana olmadığı görülmektedir.

Hükümet Sistemi tartışmalarında SDÜ öğrencilerinin tutumu ise; Başkanlık Sisteminin uygulanmasını çoğunluğun istemediği, parlamenter sistemin uygulanması konusunda da kararsız oldukları, Yarı başkanlık sisteminin uygulanmasını da büyük çoğunluğun istemediği görülmektedir.

Hükümet sistemi konusunu içeren derslerin işlendiği fakülteler ile içermeyen fakülteler arasında anket sonuçları açısından bariz farklıklar bulunmadığı söylenebilir. Öğrencilerin çoğunluğu, üniversite öğrencilerinin hükümet sistemleri konusuna ilgi duymadığını düşünmektedir. Öğrencilerin birçoğuhükümet sistemlerine karşı duyulan ilgiyi arttırmak için konferansların yapılması, bilgilendirici dergilerin çıkarılması ve münazaraların düzenlenmesi gibi etkinliklerin yapılabileceğini düşünmektedir.

Hükümet sistemleri dünya tarihi boyunca farklı ülkelerde farklı gelişimler göstermiştir. Her ülke tarihsel seyri boyunca kendi sistemini oluşturmuştur. Ancak küreselleşmenin ve diğer bazı etmenlerin de etkisiyle günümüzde bazı ülkeler hükümet sistemi değişiklikleri yapmaktadır. Hükümetler ülkelerinin daha iyi bir sistemle daha demokratik bir ortamda yaşayacaklarını ileri sürerek sistem değişikliği önermektedir. Sistem değişikliği için yöneticilerin yanında halkın da söz sahibi

olması gerekmektedir. Elbette halkın söz sahibi olabilmesi için öncelikle hükümet sistemleri ilgili bilgi sahibi olmaları gerekir. Bu çalışma üniversite öğrencileri üzerinde uygulanan anket sonucu ortaya konulmuştur. Üniversite öğrencilerinin hükümet sistemine karşı az olan bu ilgilerini arttırmak için üniversite geneli çalışmalara gidilebilir. Bu çalışmalar çok çeşitli olabilir. Konferansdüzenlemek, münazaraların yapılması, öğrencilere sosyal medya üzerinden hükümet sistemleri hakkında bilgilerin sunulması, bilgilendirici yazıların, dergilerin bastırılıp ilgililere dağıtılması vb. şeklinde birçok çalışma yapılabilir. Ancak şu anda bu şekilde yapılacak olan çalışmalar referandum sonuçlarına bir etkiye bulunamaz. Sadece 2019'da uygulanmaya başlayacak olan Türkiye'nin yeni sistemi olan partili cumhurbaşkanlığı sisteminin uygulanması hakkındaki tereddütleri gidermek, eleştirilere cevap vermek ve bu sistemin gelecekteki uygulayıcısı olacak öğrencilerin bilgilendirilmesi için gerekli çalışmalar yapılabilir.

KAYNAKÇA

FENDOĞLU, Tahsin; Türkiye'de Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015

GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin, 2010, Cilt I

GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Esasları Dersi Kitabı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2016

KABOĞLU, İbrahim Ö. ; Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Legal Yayınevi, İSTANBUL, 2005

KUZU, Burhan; Her Yönü İle Başkanlık Sistemi, Babıali Kültür yayınevi, İSTANBUL, 2016

METİN, Yüksel; "Federal Almanya", Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Ak Parti yayınları, Ankara, 2013

ONAR, Erdal; "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?"; Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005

ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku (15. baskı). Yetkin Yayınları Ankara, 2014

ÖZER, Attila; Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara, 1981

SARTORİ, Giovanni; Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, (çev: Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 1997

TEZİÇ, Erdoğan; Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi ANKARA, 2009

ULUŞAHİN, Nur; Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınevi, ANKARA, 1999

YAZICI, Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002

YAVUZ, Bülent; A. Parlamenter Sistem 1. İngiltere, Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, AK Parti, Ar-Ge Başkanlığı, Ankara, 2013

İNTERNET KAYNAKLARI

ASİLBAY, Halil; “ Parlamenter Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme” (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1250> 12 Şubat 2014)

ERDOĞAN, Mustafa; Başkanlık Hükümeti mi? (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/453/511.pdf> 12 Şubat 2014)

GÖNENÇ, Levent; “Türkiye’de Mevcut Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği”, (http://www.tepav.org.tr/upload/files/1303138962-5.Turkiyede_Hukümet_Sistemi_Tartismalarına_Kisa_Bir_Bakis_ve_Mevcut_Hukümet_Sisteminin_Niteliği.pdf, 12 Şubat 2014)

GÖNENÇ, Levent; “ Türkiye’de Başkanlık Sistemi Tartışmaları” (http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/makaleler/turkiyede_baskanlik_sistemi_tartismalari_2011.pdf, 16 Şubat 2014)

GÖZLER, Kemal; “Türkiye’de Hükümetlere Nasıl İstikrar Ve Etkinlik Kazandırılabilir?” (Başkanlık Sistemi Ve Rasyonelleştirilmiş Parlamenterizm Üzerine Bir Deneme) , Türkiye Günlüğü, Sayı 62, 2000 S.25-47(www.anayasa.gen.tr/istikrar.htm, 15 Şubat 2014)

OKŞAR, Mustafa; “1982 Anayasası Çerçevesinde

, 13 Şubat 2014)

PARSAK, Mehmet; “Parlamentarizm, Başkanlık, Yarı Başkanlık Hükümet Sistemlerine Genel Bir Bakış Ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümet Sistemi”, (http://tasav.org/usr_img/yayinlar/makaleler/shy_makale_1_hukümet_sistemleri_parsak_son.pdf 12 Şubat 2014)

TUNÇ, Hasan-YAVUZ, Bülent; “Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi” (<http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-81-492>, 12 Şubat 2014)

YILDIZ, Hüseyin; “Türkiye’de Parlamentarizm Uygulamaları” (http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/huseyin%20yildiz%204_1%20otam.pdf, 20 Şubat 2014)

YILMAZ, Sait; “Başkanlık Sistemi; ABD Türkiye’ye Örnek Olabilir mi?” (http://usam.aydin.edu.tr/analiz/baskanlik_sistemi_abd_turkey.pdf 12 Şubat 2014)

YILDIZ, Hüseyin; “Türkiye’de Parlamentarizm Uygulamaları”, (http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/huseyin%20yildiz%204_1%20otam.pdf, 12 Şubat 2014)

MAKALE ÇEVİRİSİ

JOHN MAKDISI

İSLAM HUKUKU'NDA HUKUKSAL MANTIK VE EQUITY

Prof. Dr. Haluk Songur*

İRRASYONEL HUKUK İMAJI

Joseph Schacht, kitabının giriş kısmında şunları söyler: “*İslam Hukuku, İslam düşüncesinin bir hulasası, İslam yaşam biçiminin en tipik manifestosu, bizatihi İslam'ın öz ve esasıdır. Fıkıh, 'bilgi' terimi göstermektedir ki; ilk dönem İslam'da, kutsal hukuk bilgisi mükemmel bilgi olarak ele alınmaktadır*”.¹

İslam Hukuku'nun bu şekildeki karakterizasyonu (tanımlanması) İslamcılar² arasında genel kabul görmüştür. Fakat Amerikan hukuk çevrelerinde, tuhaf ve yanlış

* Prof. Dr., SDÜ Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Hukuk Tarihi Anabilim dalı öğretim üyesi. hasongur@hotmail.com. Ayrıca tercümenin son halini almasında çok önemli katkıları olan yüksek lisans öğrencim Furkan Aşvar'a teşekkür ederim.

John Makdisi, “The American Journal of Comparative Law”, vol:33, 1985, sayfa 63-92 sayfalarında yer alan “Legal Logic and Equity in Islamic Law” adlı makalenin çevirisidir. (Taraflımızdan yapılan ilave katkılar ÇN. (çevirenin notu) şeklinde belirtilmiştir).

John Makdisi, Cleveland-Marshall Üniversitesi Hukuk bölümünde Yardımcı Doçent'tir. Bu çalışma için fon, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Pennsylvania Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Franklin B. Gowen Anma Bursu) ile (Uluslararası İletişim Ajansı tarafından finanse edilen) Mısır'daki Amerikan Araştırma Merkezi tarafından hibe yoluyla sağlanmıştır. Makalenin değişik bir versiyonu 10 Şubat 1983'te Ohio Devlet Üniversitesi'nde ve 11 Ekim 1983'te Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ders olarak verilmiştir. (Taraflımızdan yapılan ifadeler ÇN. (çevirenin notu) şeklinde belirtilmiştir).

¹ Schacht, *An Introduction to Islamic Law* 1 (1964). *Fıkıh* (veya *fikh*) pozitif İslam hukuku için kullanılan Arapça bir terimdir. (Arapça terimler, düzyazı olarak tırnak içinde ve dipnotlarda değilse metinde vurgu imleriyle birlikte düzenlenerek aktarılmıştır.)

² Bkz, ör; Anderson, *Law Reform in the Muslim World* 1 (1976); Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law* 16 (4. Baskı, 1974); Gibb, *Mohammedanism: An Historical Survey* 7 (Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 1970); Makdisi, *The Rise of Colleges: Institutions of Learning in Islam and the West* 284 (1981); Ramadan, *Islamic Law: Its Scope and Equity* 24 (2d ed. 1970).

"İslamcı" (*islamist*) terimi bu makalede bir İslam araştırmacısı olan âlimi betimlemek için kullanılır; "İslam hukukçusu" (*Islamic jurist*) veya "hukuk âlimi" (*juristconsult*) ise bir yargı sistemi içinde yalnızca

bir İslami Yargıç (*kadı*) imajı sürüp gitmektedir. Birleşik Devletler yargıçları *kadı adaleti* terimini rastgele hukukun bütünüyle inkârı olacak bir şekilde, kuralsız, kişisel menfaate uygun, keyfi hukuk yapımını sembolize etmek için kullanırlar.

Dördüncü Bölge İstinaf Mahkemesi yargıcı Dobie, bir Virjinya yasasının lafzının yasa koyucunun niyetinin aksine yorumlanmasını reddederken şöyle söylemiştir: “*Bu kelimeleri, her şekilde ifade edilen ama belirsiz fantastik manalarıyla tahrif edemeyiz; sert fakat kurulgan biçimde beliren yasamaya ilişkin ayırt edici özelliği asla göz ardı edemeyiz. Bütün bunlardan sonra, bizler (yargıçlar) kişisel, başıboş, keyfi kurallara göre kaba ve hazırlop bir hakkaniyet dağıtan eski doğu kadısı olarak değil, hukuka göre adalet dağıtan bir istinaf mahkemesi olarak karar veririz*”.³

Sekiz yıl sonra Temyiz hâkimi Frankfurter, *Terminiello v. Chicago*⁴ kararındaki muhalif görüşünde, daha önce ne eyalet mahkemelerinde ne de yüksek mahkemede görülmemiş bir federal davaya mahkemenin bakamayacağını ileri sürdü. Sonra şunu ilave etti: “*Bu bir tetkik mahkemesidir, kurallarla bağlı olmayan bir mahkeme değildir. Bizler mahkemede, bir ağaç altında kendi kişisel kanaatlerine göre adalet dağıtan bir kadı gibi davalara bakmıyoruz*”.

Benzer görüşler diğer mahkemeler tarafından da dile getirilmiştir.⁵

davaları hükme bağlayan *kadının* aksine İslam hukuk sisteminin yorumlanması (oluşturulması) ve geliştirilmesine faaliyetinde bulunan âlimi ifade eder. (Yazarın İslamcı diye ifade ettiği İslamcı alimlerden zaman zaman şarkiyatçıları kastettiği anlaşılıyor. Ç.N.)

³ Clark v. Harleysville Mut. Casualty Co., 123 F.2d 499, 502 (1941). Bu istinaf kurumunun İslam'da olmaması dikkat çekicidir. Bkz, Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* 194-222 (1981).

⁴ 337 U.S. 1, 11 (1949).

⁵ Ör; Colonial Trust Co. v. Goggin, 230 F.2d 634, 636 (9th Cir. 1955); Boston and Maine Corp. v. Illinois Central R.R. Co., 396 F.2d 425, 425 (2d Cir. 1968); U.S. of A. v. Murray, 621 F.2d 1163, 1169 (1st Cir. 1980).

Amerikan yargıçlarının *kadı adaletine* ilişkin ifadeleri İslamcıların eleştirileri ile yeni karşılaşmıştır. Profesör Farhat Ziadeh, bu türden atıflarla açığa vurulmuş önyargılı görüşler hakkında fikrini söylemiş ve “ispat ile usule dair katı kurallara uygun olarak tarafların haklarının korunmasında kadının hassasiyetine” dikkat çekmiştir. “Presidential Lecture - MESA 1980,” 15 *M.E. Stud. Ass'n. Bull.* 1-2 (Temmuz 1981). Benzer şekilde Lawrence Rosen, Yargıç Frankfurter'in ifadesinde, keyfi veya systemsiz olmaktan uzak *kadı adaleti* anlayışımızdaki sınırlamaları belirttiğini iddia etmektedir. Rosen, “Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System,” 15 *L. & Soc. Rev.* 217, 218 (1980-81).

Yargıya ait *kadı adaleti* kavramı, daha önceleri Max Weber'in İslam Hukuku'na dair "kutsal hukuk" tanımlamasını anımsatır. Max Weber orada şöyle söyler: "hukuki yeknesaklığı veya tutarlılığı hedefleyen sistematik bir kanun yapımı imkânsızdır".⁶ Weber'e göre İslam hukukçularının görüşleri "*herhangi bir rasyonel gerekçeden yoksun verilmişler ve böylece onun rasyonelliğine bir nebze katkıda bulunmaktan ziyade kutsal hukukun irrasyonelliğini artırmışlardır*".⁷

⁶ Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, s. 241, 1954 (Weber'den tercüme, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Baskı, 1925. Max Weber'in İslam hukuku tartışması şu eserde ciddi bir şekilde tenkit edilmiştir: Turner, *Weber and Islam: A Critical Study*, 1974.

⁷ Rheinstein (ed.), a.g.e. s. 241, 1954. Kanun yapımındaki rasyonel-irrasyonel ikilemi Weber tarafından aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır: "*Kanun yapma ve vaz-ı kanun kavramlarının her ikisi de rasyonel ya da irrasyonel olabilir. Biri, kanun yapımı ya da kanun bulma (icadını) faaliyetini gerçekleştireceğinde ki örneğin başvuru kaynak zorunlu olarak akılla denetlenemeyen (akıl-dışı, akl aşkın) olan vahiy ve benzeri (ilham) olacağı için 'şekil (usûlî) bakımından irrasyonel' olacaktır. Öte yandan, genel normlardan ziyade kararın politik, duygusal ya da etik bir temelde değerlendirilen belli bir vakıanın somut faktörlerinden birinden etkilenmesi boyutuyla kanun yapma ya da kanun bulma 'maddi bakımdan (esâsen) irrasyonel'dir. 'Rasyonel' kanun koyma ile vaz-ı kanun şekli veya maddî bir nitelikte olabilir. Resmi hukukun tanımı hiç değilse nispeten şekli bakımdan rasyoneldir. Hukuk, maddî ve usulî meseleler bakımından 'şekli' olmasına rağmen, vakıanın yalnızca belirsizliğe mahal vermeyen genel unsurlarının özellikleri göz önüne alınır. Bu şekilcilik de iki farklı şekilde olabilir. Hukuki bakımdan ilgili özelliklerin maddî bir niteliğinin olması mümkündür. Başka bir deyişle, duyu verileri olarak algılanabilirler. Unsurların harici özelliklerine bu bağlılık, örneğin bazı sözcüklerin telaffuzu, bir imzanın yürürlüğe konulması veya karışık anlamı olan bazı sembolik hareketlerin sergilenmesi, hukuki formalizmin en katı şeklini temsil eder. Şekilci hukukun diğer bir türü, anlamın mantıksal analizi vasıtasıyla ortaya çıkarılan unsurların hukuki açıdan ilgili özellikleri ile düzenlenen ve uygulanan son derece soyut kurallar şeklindeki karmaşık hukuki kavramlarda ortaya çıkar. Bu 'mantıksal rasyonalite' süreci harici elementlerin önemini azaltır ve böylelikle maddî şekilciliğin katılığını yunusatır. Fakat aksine 'maddî bakımdan rasyonalite'yi keskinleştirir çünkü bu; hukuki meselelere ilişkin kararın, anlamın soyut yorumlarının mantıksal genellemesi vasıtasıyla elde edilen farklı normlardan etkilenmesi anlamına gelir. Baskınlığı uyumlu hale getiren maddî bakımdan rasyonel normlar, tümü mantıksal soyutlamada kullanıldığı kadar çeşitlilikte 'harici özelliklerin' şekilciliğinden sapan etik zorunluluklar, faydacılık anlayışı ve diğer yarar amacı güden kuralları ve politik faydaları içerir. Modern düşüncede, hukuka, alışılmışın dışında profesyonelce, kanunlara harfiyen bağlı ve soyut yaklaşılmasına rağmen bu sadece hukukun şekli karakteri ölçüsünde mümkündür. "Duyu-veri karakteristiği"ne göre mutlak şekilcilik sınıflandırması bir dereceye kadar geçerli olur; bu, vicdan muhasebesinde kendi kendini tüketir. Sadece anlamın mantıksal yorumunu benimseyen bu soyut yöntem, spesifik olarak sistematik bir vazîfenin icrasına olanak sağlar. Başka bir deyişle, soyut yasal önergelerin dâhilî, tutarlı bir birleşimi bakımından, yasalarca geçerli olarak tanımlanmış muhtelif bütün*

Bu *kadı adaleti* imajı, klasik İslam Hukuku için tamamen bir yanılgıdır. Yargıcın takdir yetkisi, kendisinin de bir parçası olduğu fıkıh mezheplerinin ileri düzeyde gelişmiş ve ayrıntılı doktrinleri tarafından sıkı bir kontrol altındadır.⁸ İslam'ın ilk yıllarını dışarıda bırakacak olursak,⁹ yargıç herhangi bir hukuk geliştirme ve yorumlama yetkisi olmaksızın, sürekli bu doktrinlerle bağlıydı. İslam Hukuk

kuralların mantiki vasıtalarla derlenmesi ve rasyonelleştirilmesidir". A.g.e. s. 63-64 (vurgular ilave edilmiştir).

Daha sonra, Weber hukuk ilminin azami ölçüde metodolojik ve mantıksal rasyonelleştirmeye devam edeceğini iddia ederek beş önermeden bahseder: "...İlk olarak her somut hukuk kararı, soyut bir hukuk önermesinin, somut bir 'vakıa' için "uygulanması" olur. İkincisi, her somut olayda hukuksal mantık marifetiyle, soyut hukuk önermelerinden bir karar elde etmek mümkün olmalıdır. Üçüncüsü, hukuk gerçekten ya da fiilen hukuki önermelerden 'boşluksuz' bir sistem oluşturmalı veya en azından boşluksuz bir sistemmiş gibi işlemelidir. Dördüncüsü, her ne ki hukukun rasyonel terimlerle "anlamlandırılmıyorsa"; o aynı zamanda yasal açıdan da mevzu dışıdır. Beşincisi, insanın her sosyal eylemi daima ya hukuki önermelerin bir "uygulama" veya "icra"sı olarak ya da bunlarla ilgili bir 'ihlal' olarak görselleştirilmelidir". A.g.e. s. 64.

⁸ Dört Sünni hukuk ekolü Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli'dir. Şii ekolleri ise şunlardır: İbadiye, Zeydiye, İsnâ Aşeriye ve İmamiye. Coğrafi konumları hakkında bilgi için bkz. Schacht, a.g.e. s. 65-67; Liebesny, *The Law of the Near & Middle East*, 22, s. 44-45, 1975.

⁹ *Introduction to Islamic Law*, s. 25-26, 1964, adlı eserinde Joseph Schacht şöyle der: "Emeviler yönetimindeki memurlar olan ilk Müslüman kadınlar, kararlarıyla İslam hukukunun temel esaslarını oluşturdular. Kadınların isimleri bilinmekle beraber, onların hayatları ile hükümlerine dair kayda değer miktarda bilgi bulunmaktadır; ancak hangilerinin gerçek olduğunu hangilerinin imgesel olduğunu ayırt etmek zordur. İslam'ın birinci yüzyılına kadar tarihlendirilebilen hukuk doktrinleri ender rastlanır olsa da, doğruyu söylemek gerekirse, bu kadulara atfedilen ve sonraki ölçütlere göre usulsüz olan bazı hükümlerin bu erken döneme kadar götürülebilmesi mümkündür. Çok az bir süre sonra, hicri ikinci asrın başında, hukuki teamüllerden kaynaklanan tanık delilinin münhasır kullanımı karşılığında, davacıya bir koruma tedbiri olarak yemin ettirilmesi temayülünün nasıl olduğunu gerçekten anlayabilmekteyiz. İlk Müslüman kadınlar, uygun olduğunu düşündükleri ölçüde, tabiatıyla idari düzenlemeleri bünyesinde barındıran örfi teamülleri kendilerine esas almanın yanı sıra, Kuran hükümlerinin lafzı ve ruhu ile İslam inancına ait diğer muteber normları da göz önünde bulundurarak kendi sağduyularına/temyiz güçlerine (discretion) ya da isimlendirildiği üzere 'fikir yürütme'ye (sound opinion) (rey) göre kararlarını verdiler. Kadınların başvurduğu örfi teamül, yargı yetkileri altındaki topluluğun ya da kendi bölgelerindeki insanların teamülüdür ve bu ikinci durumdaki vakalarda ihtilafların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Hukuki konular henüz büyük ölçüde Kuran'da ulaşılan seviyenin ötesindeki bir boyutta İslamleştirilmesine rağmen bizzat kadılık makamı, başlangıç düzeyinde yönetimsel etkinliğin hedeflendiği ve İslami düzen getirmeye çok yaklaşan Emeviler dönemine ait özgün bir İslami müessesedir. İlk kadınların onun temellerini oluşturmada oynadığı rolün, nihai olarak yürürlükte olan hukuk teorisi doktrininde tasvip edilmemesi ile önceki bir yargı kararının salahiyeti anlamına gelen kazai içtihat kavramının gelişme göstermemesi, İslam hukukunun sonraki inkişafına istinaden görünürlük kazanacaktır".

Külliyatı, hukukun iki asli kaynağı olan Kur'an ve sünnet¹⁰ ile teyit edici bir kaynak olan icmadan¹¹ çeşitli hukuki akıl yürütme yöntemlerini uygulayan İslam Hukukçuları tarafından geliştirilmiştir. Akıl yürütme yöntemleri, öncelikle *kıyası* (analoji yoluyla akıl yürütme), ikincil olarak *istishabı* (devamlılığın öngörülmesi), *istislahı* (kamu yararının gözetilmesi) ve özellikle Hanefi mezhebindeki *istihsanı* içerir.

HUKUKUN BİR KAYNAĞI OLARAK EQUITY İMAJİ

Amacımız, İslam Hukuku'nun düşünsel muhtevasını açıkça olduğundan daha eksik bir durumda gösteren *kadı adaleti* imajını incelemek değildir. Bu imaj zaten pek çok defa eleştirilmiş ve İslam Hukukunun rasyonalitesi sağlam bir şekilde tesis edilmiştir.¹² Esas gayemiz İslam hukukunun diğer bir yorumunu incelemektir.

¹⁰ Müslümanların kutsal kitabı Kur'an'dır ki onlar ilahi bir şekilde Peygamber Muhammed'e tecelli ettiğine inanırlar. "Sünnet", bir yaşam biçimi demektir; daha açık bir ifadeyle, klasik İslami nazariyede Peygamber'in örnek davranışdır. Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, s. 58, 1953. Sünnet, muhtelif derlemelerde yer alan hadislerin somut bir şekilde dışa vurulmasıdır. Bunlardan altısı Sünniler arasında bilhassa güvenilirdir; bunlar Buhari, Müslim, İbn Mace, Ebu Davud, Tirmizi ve Nesai'nin eserleridir.

¹¹ *İcma*, Müslüman toplumun hukuk âlimlerinin fikir birliğidir. Bu kaynağın ilk harici gerekçelendirmesi, hususi bir kararla ilgili ifadeye bulunan Şeybani (Hanefi hukukçu, 189/804) tarafından yapılmıştır: "Müslümanlar bunun üzerinde mutabık kaldılar ve onu tasdik ettiler. Bu, Allah'ın Müslümanlar için bir şeyin iyi ya da kötü olduğuna onay veren Peygamber'in otoritesi ile ilgilidir". A.g.e s. 86. İslam hukuku, Lawrence Friedman'ın terminolojisinde kapalı bir sistemdir: *The Legal System: A Social Science Perspective*, s. 234-247, 1975. Karar vericiler, kararlarını sadece "yasal" önermelere dayandırmak zorundadır; yani Kuran ve sünnete. Ancak, Friedman'ın İslam hukukunu gelişmeyi reddeden bir kutsal hukuk olarak sınıflandırma teşebbüsüne rağmen İslam hukuku, gelişmeyi onaylayan Hukuk Bilimi olarak adlandırdığı sınıfta yer alır. *İstihsan* bahsinde göstereceğimiz üzere "hukukçular yeni önermeler 'keşfedebilirler', eskilerini geliştirebilirler ve yeni bağlantılar gösterebilirler." A.g.e. s. 241.

¹² Çok sayıda yazar İslam hukukunda analogiyle akıl yürütme sürecini izah etmiştir ve süreç, Yunan ile Roma hukuk sistemlerindeki kullanımıyla karşılaştırılmıştır. Bkz. örneğin, Abdel-Rahman, "L'argument a maiori et l'argument par analogie dans la logique juridique musulmane", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, s. 127, 1971; Aghnides, *Mohammedan Theories of Finance with an Introduction to Mohammedan Law and a Bibliography*, 1916; Brunschvig, "Logique et droit dans l'Islam classique", 2

Bu ikinci yorum şunu iddia eder: Kur'an ve sünnetten çıkan hukukun gelişiminde analogiyle akıl yürütmenin önceliğine rağmen, "equity" (hakkaniyet) üzerine dayanan ve onun tarafından doğrulanmış bir hüküm lehine, bu tür bir akıl yürütmeyle (analojik) çıkarsanmış fıkhi bir çözüm, İslam Hukukçuları tarafından reddedilebilir. Hâlbuki bizim bildiğimize göre batıdaki equity kavramı, bütün hukuk, Kur'an ve sünnet vasıtasıyla Allah'tandır İslami görüşünün antitezidir. Equity, pozitif hukuktan bağımsız ve önceden elde edilmiş bir dizi norm olarak adalet hissine dayanan ahlaki kaideler üzerine temellendirilmiştir. Bununla birlikte o, iyi düzenlenmiş karmaşık kurallar, prensipler ve pozitif hukukun bir parçası olan kararlar şeklinde de olabilir. (Nitekim Birleşik Devletler'de böyledir.) Equity meşruiyetini, doğal hak inancından veya pozitif hukuku aşan bir adaletten alır. Bu kavram, İslam Hukukunun en temel prensibi olan hukukun biricik öncelikli kaynağı olarak Kur'an ve sünnette vahyedilmiş olan Allah'ın kelamına bütünsel inanç prensibiyle çelişir.

Bazı İslam Hukuku araştırmacıları, equity kavramının, *istihsan* kavramında vücut bulduğunu (mücessem hale geldiğini) iddia ettiler. Kelime olarak *istihsan*, *hasen* kökünden gelir ve "(bir şeyi) iyi saymak" anlamındadır, hukuki anlamı ise tanımlanması daha zor ve hatta İslam hukukçuları arasında bir tartışma konusu olagelmıştır. Bununla birlikte, bizim göstereceğimiz üzere, *istihsan* hiçbir zaman İslam Hukukçuları tarafından Kur'an ve sünnetten bağımsız olacak şekilde equity temeline dayalı bir akıl yürütme olarak kabul edilmemiştir. Bu makalede öncelikle *istihsan*, 'equity'ye dayalı bir akıl yürütme olarak yanlış yorumlayan İslamcılarının çalışmaları incelenecek, ardından, kavramı İslam Hukuk Sistemi içerisinde kullanan İslam Hukukçularının gözüyle *istihsan*ın mahiyeti hakkında bir soruşturma

Etudes d'Islamologie, s. 347, 1976; Chehata, "Logique juridique et droit musulman", 23 *Studia Islamica*, s. 5, 1965; Goldziher, "Fikh", *Shorter Encyclopaedia of Islam*, s. 102, 1953; Kourides, "Traditionalism and Modernism in Islamic Law: a Review", 11 *Colum. J. Transnat'l L.* s. 491, 1972; Makdisi, "The Scholastic Method in Medieval Education: An Inquiry into its Origins in Law and Theology", 49 *Speculum*, s. 640, 1974; Rabie, *La Doctrine Comme Source Créatrice de la Règle Juridique en Droit Musulman*, 1949(?); Tyan, "Méthodologie et sources du droit en Islam (Istihsan, Istislah, Siyasa sar'iyya)", 10 *Studia Islamica*, s. 79, 1959; Weiss, "Interpretation in Islamic Law: The Theory of *Ijtihad*", 26 *Am. J. Comp. L.* s. 199, 1978.

yapılacaktır. Son olarak da Amerikan Hukukunda *istihsana* mukabil benzer bir kavramın karşılaştırmasını yapan analizden çıkarsama yapılarak *istihsan* için hukuki bir tanım yapılmaya teşebbüs edilecektir.

Tyan

Konu hakkındaki özgün eserlerden birini kaleme alan Emile Tyan, equity üzerine temellendirilmiş bir akıl yürütme olarak *istihsan* yorumunu destekleyen İslamcılar arasındadır.¹³ Tyan, *istihsanı* İslam hukukunun *corpus jurisine* (hukuk külliyatına) yeni kuralları sokmanın (kabul etmenin) bir yöntemi veya zaruret, ihtiyaç, maslahat, kolaylık ve fayda gibi pratik sosyal değerlendirmelere dayalı olarak önceden beri var olan kuralların yorumunun genişletilmesi ya da daraltılması şeklinde tanımlar.¹⁴ Tyan'a göre *istihsan*, *kıyas* kavramının sınırlı kullanımını dengelemek (telafi etmek) için geliştirilmiştir. Esas itibarıyla *kıyas*, analogi (benzetme), *a fortiori* (evleviyet), *a majore ad minus* (büyükten küçüğe), *a minore ad majus* (küçükten büyüğe) ve *a contraria* (mefhumu muhalif-zıt kavram) argümanları gibi öncelikli kaynaklar vasıtasıyla akıl yürütülen değişken bir kavramdı.¹⁵ Bu, *kıyas* yoluyla akıl yürütme yöntemi, hukukta esnek bir gelişme sağlamak noktasında yeterli genişliğe sahipti ve o, bütün türleriyle birlikte, önceden beri var olan kuralların daraltılmasına ve genişletilmesine müsaade etti. Bununla birlikte *kıyas*, gerçek anlamının yanlış yorumlanmasıyla hukukun dar veya lâfzî yorumuyla sınırlandırıldı. Tyan'a göre *istihsan*, insan ihtiyaçlarının karşılanmasını temin eden hukukun temel sosyal ve manevi gayelerini geliştirerek bu (kıyastaki) sonraki daralmayı telafi için geliştirilmiştir.¹⁶

Tyan, *istihsanın* İslam Hukukçuları tarafından hukukun dar biçimde uygulanması anlamına gelen "açık" *kıyasın* tersine "gizli" *kıyas* olarak

¹³ Tyan, "Méthodologie et sources du droit en Islam", 10 *Studia Islamica*, s. 79, 1959.

¹⁴ A.g.e. s. 84-85.

¹⁵ A.g.e. s. 82.

¹⁶ A.g.e. s. 85, 88, 93-94.

isimlendirildiğini belirtir. İslam Hukukçularının eserlerinden klasik bir *istihsan* örneği nakleder: “Bir kuralın esası, vahşi, etobur hayvanların arttığı olan suların necis olduğunu hükme bağlar. Keza, birisi iki mesele arasındaki açık analogi deliline dayanarak kıyas yoluyla, etobur yırtıcı kuşların arttığı suların da necis olduğunu söyleyebilir: etobur (kuş) vahşi bir hayvan gibi vahşi bir kuştur; onun eti, etobur (hayvan)unki gibi necistir. Bu, ‘açık kıyas’ın ulaştığı sonuçtur. Ancak meselenin daha dikkatli incelenmesiyle şu fark edilecektir ki, etobur (hayvanın) içtiği su, hayvanların dilleriyle yalamalarından dolayı ve salyanın oluşumu etle bağlantılı olduğu için onu necis hale getirir. Diğer taraftan, kuş ise necis olmayan, kemikten oluşan gagasıyla suyu alır. İşte bu daha önceki açık analogi delilini kaldıran ‘gizli’ delildir. İkinci durumda suyun temizliğinin ‘gizli kıyas’ olarak adlandırılan *istihsan* yoluyla olduğu kabul edilecektir”.¹⁷

Hukukçular (jurist) "gizli" kıyas işleyişiyle, *istihsan* yöntemiyle ulaşılmış ve İslam Hukukunun kabul edilen kaynaklarına dayandırılan fikhî çözümleri doğrulayabilirler. Tyan bu dayandırılmayı, önceki yerleşik kuralların lafzına değil de bu kuralların amaçlarını da dikkate almayı gerektiren hukukun ruhuna dayanmak olarak yorumlar.¹⁸

*İstihsan*ın "açık" kıyasa karşıt bir biçimde "gizli" kıyas olarak tanımlanmasında bir sorun yoktur. İslam Hukukçuları bu terimleri kendileri kullanmışlardır. Bununla birlikte Tyan'ın şunu iddia ettiği görülür; *istihsan*ın "gizli" kıyas biçimi, kendisiyle aynı olan equity prensibinin Batı Hukuk sistemlerinde uygulandığı şekliyle uygulanır.¹⁹ Tyan, "kamu yararı" ve "ortak menfaat" gibi düşünceler de dâhil Kur'an ve sünnetten çıkarılan hakkaniyet prensiplerinin müphem (kapalı-muğlâk) oluşuna işaret eder. Böylece bu prensipler üzerine inşa edilen *istihsan*ın kendisi, analogik akıl yürütmeye hatta Kur'an veya sünnetten doğrudan bir kural yoluyla farklı çözümlerin bulunduğu bir durumda fikhî bir soruna

¹⁷ A.g.e. s. 88-89 (yazarın tercümesi).

¹⁸ A.g.e. s. 82-83, 87-88, 93-94.

¹⁹ Bkz. dipnot 109.

çözüm bulmak amacıyla pratik ihtiyaçlar, örf ve adet²⁰ gibi farklı durumları dikkate almayı gerektirdiği için "sübjektif" ve "göreceli"dir.²¹ (Tyan'ın *istihsan* hakkındaki "sübjektif" nitelemesi, bu noktada Amerikan Yargısının *kadı adaleti* kavramıyla²² örtüşmektedir). Tyan'a göre, *istihsan* yöntemiyle hataya düşmeksizin birden fazla çözüm mümkündür; öte yandan tamamen önceki yerleşik kuralların metnine (lafzına) dayalı olmasından ve şartların değişimiyle çeşitlenmemesinden dolayı *kıyas* yöntemiyle ancak tek bir çözüm mümkündür.²³ *İstihsan*'ın bu yorumu, "equity"nin durumunun, Kur'an ve sünnetin buyruklarından çok hukukçuların vicdanına bağlı olduğunu iddia eder.

Diğer İslamcılar

Bir hukuk kaynağı olarak equity kavramı (diğer yandan kamu yararı veya ortak iyi olarak da ifade edilir) diğer bazı İslamcıların yazılarında da destek bulur. Noel Coulson şunu ifade eder: "*Şâfi'nin tezi, İslam Hukuk teorisinin klasik yorumunun temelleri oldu. Onuncu yüzyıl ve sonrasında hukuki icma' (juristic consensus), Kur'an veya sünnetten istidlal edilmesi gereken ya da bu ikisinden analogik tümdengelime ulaşılan bir hukuk prensibiydi. Klasik hukuk teorisi tarafından tanınan bir ek vasıtasıyla, bazı durumlarda sert analogik akıl yürütme (kıyas) adaletsizliğe yol açabilir ve öyleyse daha serbest bir akıl yürütme formuna müsaade edilebilir. Diğer yandan, bu durum eskilerin reyine benzer bir hale gelmiş oldu, şimdi o (rey) daha sofistike terminoloji ile donatılmış ve istihsan ('en uygun çözümü arama') veya istislah ('umumun menfaati için en iyi çözümü arama') olarak isimlendirilmişti. Fakat bu durum artık teoride insan aklına ilahi bir rol verme olarak algılanmıyordu. Artık 'equity' ve 'kamu yararı', Kur'an ve sünnette özel-tikel bir talimatın bulunmaması*

²⁰ Tyan, 13. dipnotta a.g.e. s. 95.

²¹ Bkz. ör; a.g.e. s. 85-87.

²² Başka bir deyişle, belki doğru olmayan fakat elverişli bir hüküm verilmesi.

²³ A.g.e. s. 95.

halinde gerçekleştirilmesi hukuk biliminin görevi olan Allah'ın amaçları (murad-ı ilahi) olarak görülmekteydi".²⁴

A. Qadri daha da ileri giderek şunu ifade eder: "İstihsan prensibi, İngiliz Equity'si ile mukayese yapılabilmesi maksadıyla geliştirildi".²⁵

Bazı İslamcılar ise *istihsanı*, equity ile akıl yürütme olarak açıkça eşleştirmekten kaçınır, ancak onların *istihsanın* mahiyeti hakkındaki fikirleri kavramı kapalı bırakır. S. Mahmasani *istihsanı*, metnin "önceliği" ve zayıfın yerine daha güçlü hukuki dayanak olarak tanımlar. Hanefilerin bunu, gizli analoginin (açık ve bariz analogiyle kıyastan ayrı olarak) önceliği düşüncesi olarak kullandıklarını tespit eder: "Onlar bunu 'yorumcunun iç dünyasında oluşan ve kendisini kelimelerle ifade etmekte veya başka araçlarla izahta aciz kalacağı (hukuk için) bir kaynak' ya da 'analogiyi bir tarafa bırakıp insanlar için daha faydalı olanın araştırılması' yahut örf, kamu yararı, zaruret veya güçlüğün hafifletilmesi dolayısıyla belirli bir (hukuki) kaynaktan vazgeçilmesi olarak açıkladı".²⁶ (dipnot kaldırılmıştır)

Paret & Schacht

R. Paret, *istihsanı* kabul eden İslam Hukukçularının onu şöyle tanımladıklarına dikkat çeker: "Onların bir takım meselelerde kıyastan ayrılmaları ve *istihsanı* kullanmaları, -onların söylemiyle- kişisel eğilimle kararlaştırılmış veya sistemli düşünmedeki eksiklikten kaynaklanan bir durum değildir, tam tersine bütünüyle hukukun öngörmüş olduğu malzemenin dikkate alınmasıdır. Bu 'gizli kıyas'tır (kıyas-ı hafî), haricen açık kıyastan, dâhili ve kendinden şartlanmış karara dönüşür. *İstihsanı* tercihin sebebi Kur'an'dan, sünnetten, icma'dan veya zaruret (gereklilik) kaidesinden olabilir fakat her haliükarda genellikle kabul görmüş ispat yöntemleri tarafından tasdik

²⁴ Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, s. 6-7, 1969.

²⁵ Qadri, *Islamic Jurisprudence in the Modern World*, s. 77-78, 1963. Ayrıca bkz. Goldziher, "Fikh", *Shorter Encyclopaedia of Islam*, s. 102, 105, 1953; Rahim, *The Principles of Muhammeden Jurisprudence*, s. 163-166, 1911; Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, s. 72, 1926.

²⁶ Mahmassani, *Falsafat al-Tashri fi al-Islam: The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, s. 85-86, Ziadah tercümesi, 1961.

*edilmelidir. Ne (metinde aynı böyle geçer) istihsanın kökeninin tahsis (daraltıcı yorum) prensibine kadar götürülebileceği ne de böylelikle özgün kıyasın alanı içerisine dâhil edilebileceği doğrudur. Aslında o, bu dar alanın dışında kalır ve bu nedenle tündengelimini özel bir şekli olarak kabul edilmelidir”.*²⁷

Joseph Schacht önce Tyan'ın "hukukçunun kendi yerindelik fikri doğrultusunda kişisel tercihini gösteren" ve "kamu yararı, maslahat veya benzeri gerekçelerle katı analoginin ihlali anlamına gelen" bir muhakeme olarak ifade ettiği *istihsan* tanımını takip etmiştir.²⁸ Fakat daha sonra Paret'in görüşüne yaklaşmıştır: "İlk dönem fakihlerinin görüşleri içerisine hakkaniyet ve yerindelik mülahazaları girmiş olsa da, tam anlamıyla gelişmiş sistemde, *istihsan* (ve *istislah*) prensibi, çok dar bir alanla sınırlandırılmıştır ve hiçbir suretle esas kaynakların (Kur'an ve sünnet) muteber kurallarının, bunların ilk dönem otoriteleri tarafından kabul görmüş yorumlarının ve onlar tarafından çizilmiş kaçınılmaz sonuçlarının yerini alamaz; bu çoğu zaman yalnızca ilk dönem otoriteleri tarafından ortaya konulmuş olan görüşler arasından birini tercih etmek anlamına gelmektedir ki buna ihtiyar (tercih) denir".²⁹

Schacht'ın görüşü değerlendirecek ve Paret'in görüşünü kabaca özetleyecek olursak; yaygın bir şekilde var olan *istihsan*, equitydir görüşünün aksine, *istihsan* sıkı bir biçimde Kur'an ve sünnetin sınırları içinde kontrol altına alınmıştır. Tyan ve diğerlerinin işaret ettiği gibi böyle bir kavram hukukun üstünde midir veya Schacht ve Paret'in öngördüğü gibi hukukun kontrolü altında mıdır? Chafik Chehata bu sorunu, *istihsan* kavramının kullanıldığı doktrin ve davalarla ilgili bir çalışmasında irdeler.³⁰ Onun araştırması Schacht ve Paret'in doğruya daha yakın olduğunu göstermektedir.

²⁷ Paret, "Istihsan and Istislah", 4 *Enc. of Islam*, s. 255, 256, 1978.

²⁸ Schacht, 10. dipnotta a.g.e. s. 98-99. Schacht, 9. dipnotta a.g.e. s. 37 ile uyumludur.

²⁹ Schacht, 9. dipnotta a.g.e. s. 204.

³⁰ Chehata, "L' 'équité' en tant que source du droit hanafite", 25 *Studia Islamica*, s. 123, 1966.

Cehata

Cehata, "İslam Hukuku tabii hukuka referansı tamamen engeller"³¹ önermesiyle başlar. Hukuk, Kur'an ve sünnet metninin temelleri üzerine kurulmalıdır. Bu nedenle, analogi bu metinlerdeki belirli meselelerden hukuk üretmek için kullanılabilir,³² fakat hukuk üretmek için tek başına birinin inisiyatifine başvurulmasına müsaade edilmemiştir. Çünkü analogi bazen çok ağır sonuçlar doğurabilir, ancak *istihsan* hafifletici bir etken olarak öne sürülmüştür.

Cehata'ya göre *istihsan*, adalet ve yarar görüşlerini içeren kompleks bir kavramdır.³³ Fakat o equity temelli bir akıl yürütme midir? Eğer equity, yazılı veya geleneksel yasal düzenlemelerin üstünde olan bir doğal hukuk olarak tanımlanacak olursa, bu mümkün değildir. Çünkü İslam Hukukunda tabii hukuk düşüncesi yoktur.³⁴ Bu nedenle Cehata *istihsanı* bu şekilde tanımlamaz, daha ziyade bütün bunlarla uyum içinde yeni vakıaları düzenleyecek bir bakış açısıyla hukuk metinleri içerisinden hukuk teorilerinin ruhunu (özünü) -o bunu *ratio legis* olarak deyimler-bulup çıkarmak için bir yöntem olarak tanımlar.³⁵ Cehata'ya göre *istihsan*, metinlere uygun, yakın çözümleri bulup çıkarmak için hukukun belirgin (zahir) yargılarını kullanan analogiyle akıl yürütme yönteminin tersidir. Hatta bu gizli analogi (kıyas) karşısında açık analogi de (kıyas) değildir. O, analogi işlemi sınırları dâhilinde bulunamayan bir çözümü benimser.³⁶

Cehata'nın yorumu Tyan'dan farklılık gösterir. Tyan, *istihsanı* bir kuralın ruhu (*esprit*) içerisinde kalmak olarak tanımlar, fakat beşeri ihtiyaçların giderilmesi prensibi gibi, hukukta yaygın biçimde bulunduğu varsayılan müphem prensiplere

³¹ A.g.e. s. 123 (yazarın tercümesi). Bu önermenin dayanaklarının ayrıntılı açıklaması için ayrıca bkz. Cehata, "Logique Juridique et Droit Musulman", 23 *Studia Islamica* 5, s. 7-8, 24, 1965.

³² Cehata, 30. dipnotta a.g.e. s. 123.

³³ A.g.e. s. 136.

³⁴ A.g.e. s. 137.

³⁵ A.g.e. s. 138. Cehata tarafından alıntılanmış olan *fikh* üzerine yapılmış çalışmalardaki vakıalara bakınız. A.g.e. s. 129-135.

³⁶ A.g.e. s. 135, 138.

atıfta bulunur.³⁷ Diğer yandan Chehata, *istihsan*ın hukuk metninden hukuk teorilerinin ruhunu (*l'esprit des théories légales*) bulup çıkarmanın bir yöntemi olduğunu ifade eder ve bu "ruh"un (öz) hukuk metninin bizatihi içinde aranması gerektiği hususu üzerinde durur.³⁸ Böylece Kur'an ve sünnet hükümlerinin yorumlanması konusunda, Chehata'nın yaklaşımı, Tyan'a göre, Kur'an ve sünnetin direktifleri üzerine daha fazla vurgu yapar bir konumdadır. Fakat buna rağmen *istihsan*ın, analogiyle kıyastan daha değişken olan hukuk metninin şahsi bir yorumu olarak meşrulaştırabileceğini ileri sürer.

Cehata'nın söylediklerinden şu neticeyi çıkarabiliriz: *İstihsan*, hukuktan bağımsız bir şekilde var olan tanımlanmış kurallar bütünü şeklindeki bir equity anlamında bir akıl yürütme olmadığı gibi ona göre, hukuki metninden analogiyle akıl yürütme de değildir. O, analogiyle akıl yürütme yöntemiyle elde edilmiş çözümlerin tersine, hukuki metin ve çözüm prensiplerinin ruhu üzerine temellendirilmiş bir doğrulama (meşrulaştırma) yöntemidir. Öyleyse *istihsan*la elde edilen çözümün yöntemi nedir? *İstihsan*ın kullanımı (uygulanması), analogiyle akıl yürütmeye veya aksi yönde (analogiyle akıl yürütme *istihsana*) üzerine hangi sınırları koyar? *İstihsan*ın zıddı, hukuki akıl yürütme tekniği olarak ikincinin durumu yani analogiyle akıl yürütme üzerindeki ne tür bir etkisi vardır? Eğer *istihsan* gerçekten diğer muteber bir *kıyas*a baskın idiyse, en azından Hanefi Mezhebinde, neden *kıyas* gibi aynı yöntemlerle tanınmadı?

İSLAM HUKUKÇULARINA GÖRE İSTİHSAN

İslam hukukçularının çalışmalarının incelenerek,³⁹ genel akademik görüşün aksine *istihsan*ın equityden doğan bir akıl yürütme olmadığına ortaya konulması bu

³⁷ Tyan, 12. dipnotta a.g.e. s. 88, 91-94.

³⁸ Chehata, 30. dipnotta a.g.e. s. 136-138.

³⁹ Chehata, hukukçular için *istihsan*ın, belirli bir vakiada bize en iyi çözüm olduğunu söyleyen bir sezgiyi ifade edeceğini ileri sürerek onların teliflerini küçümsemektedir. Chehata, 30. dipnotta a.g.e. s.

makalenin iddiasıdır. *İstihsan*, hukuki bir problemin şu gerekçelerden biri temelinde çözümünün belirlenmesidir; (1) Kur'an, sünnet veya icmadan doğrudan bir hükümle ya da (2) bu üç kaynaktan biri üzerine analogik kıyasla. Hukuki akıl yürütme yöntemi olarak *kıyastan* (analogik akıl yürütme) farklı olan mantık, *istihsan*la ulaşılan çözümün, aynı olay için analogik akıl yürütmenin diğer bir işleminin önermiş olduğu çözüme aykırı olabileceği faktörünün ilave edilmiş olmasıdır. Kur'an, sünnet veya bir icma' hükmü analoginin önerdiği çözümden daha üstün olabilir veya analogik akıl yürütmenin bir işlemi bir diğerine üstün olabilir. Bu işlemin *istihsan* olarak isimlendirilmesinin tek sebebi, Kur'an, sünnet, icma' veya analogiyle akıl yürütmeye aykırı olarak bir çözümün diğerine karşı "hukuki evleviyet"⁴⁰ (*juristic preference*) gerektirmesidir. Bununla beraber izah edeceğimiz üzere bu evleviyet, vicdana (adalet duygusu) başvurarak değil Kur'an ve sünnet tarafından belirlenmektedir.

Şâfi'

Dört Sünni mezhebin fakihleri, *istihsan*ın hukuki tanımı üzerinde uzlaşamadılar ve onların bu ihtilafı *istihsan*ın gerek bir kaynak olarak gerek bir hukuki akıl yürütme yöntemi olarak kullanımı konusunda ciddi anlaşmazlıklara sebebiyet verdi. Şâfi'ye göre *istihsan* İslam hukukunun bağımsız bir kaynağı olarak var olamaz.⁴¹ İslam Hukuk Teorisi buna müsaade etmez. Müslüman'ın içinde bulunduğu her durum, Kur'an, sünnet veya icma' tarafından bağlayıcı bir hukuk normu (*hükmü lazım*) ile belirlenmiştir. Durumla ilgili doğrudan bir hukuk normu yoksa dahi en azından bu üç kaynaktan (Kur'an, sünnet, icma) birinde ilgili duruma bir işaret (*delale*) vardır. Böyle bir durumda, hukuk normunun delaleti yerleşik

127-128, 137. Bu metinlerle ilgili benim çalışmam onların *istihsan* hakkındaki tahlillerinin Chehata'nın onlara verdiği payeden çok daha fazla derinlikli olduğunu göstermektedir.

⁴⁰ "Hukuki evleviyet", birtakım İslamcı müellif tarafından *istihsan*ı tanımlamak için kullanılmıştır fakat can alıcı soru neyin tercih edilecek olduğudur. Bkz. ör; Mahmassani, 26. dipnotta a.g.e. s. 85-87; Schacht, 10. dipnotta a.g.e. s. 98; Tyan, 13. dipnotta a.g.e. s. 84.

⁴¹ Şâfi', *Kitab ar-Risala*, s. 66, (4-5, 18-20), 69 (17-18), 70 (31-33), H. 1321. (tercümesi; Khadduri, *Treatise on Moslem Jurisprudence*, 1961); 7 Şâfi', *Kitab al-Umm*, s. 270 (33) - 271 (3), 271 (15), 272 (30-33), H. 1325. Şâfi', (v. 204/820) İslam hukukunun dört Sünni ekolünden birine adını vermiştir ve fıkıh ilminin öncüsü olarak anılmaktadır. Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 61, 1964.

içtihatlardan akıl yürütme (istidlal) yoluyla bulunacaktır. Şâyet karşı karşıya kaldığımız olay, yerleşik bir içtihadın anlamına (*mana'*) dâhilse bu olayın hukuki hükmü (yerleşik içtihat) belirler; eğer karşı karşıya kaldığımız olay birden fazla yerleşik içtihadı benzer ise bu durumda en çok benzeyen içtihadın hükmü belirleyici olur. Bu akıl yürütme işlemi Şâfiî' tarafından *ıctihat* olarak adlandırılır ve bu ona göre analogiyle akıl yürütmeye (*kıyas*) denk görülür. Bir dava hakkında hüküm verirken (*hüküm*) veya fikhî görüş beyan ederken (*fetva*) Kur'an, sünnet, icma' veya analogiyle akıl yürütme yöntemleri dışında başka bir akıl yürütme yöntemi yoktur. Bu nedenle *istihsana* başka bir terim anlamıyla da olsa müsaade edilmemiş ve bir *hata* olarak telakki edilmiştir. *İstihsanın* bağımsız bir hukuk kaynağı olarak kullanımının yasaklanmasıyla Şâfiî', keyfi görüşün (*rey*) bir ifadesi olarak onun kullanılmasına karşı olduğunu beyan etmiştir.⁴²

Gazâlî

Şâfiî' doktrini taraftarları *istihsan* konusundaki tartışmayı devam ettirdiler. 1109 yılının yazında meşhur usul eseri *Kitabu'l-Mustesfa* ortaya çıktı. Şâfiî' bir hukukçu olan Gazâlî tarafından yazılan bu eserde Gazâlî, *istihsanın* üç farklı anlamını tanımlamış ve keyfi görüş mülahazasını bünyesinde barındıran bu anlamları sistematik bir biçimde reddetmeyi sürdürmüştür.⁴³

Onun *istihsan* için var olduğunu iddia ettiği ilk tanım şöyledir: "*anlayışa (akla) ilk gelen şeydir*".⁴⁴ Gazâlî, ilahi hukukun (*şeriat*) böyle bir tanım yapmadığı gerekçesiyle bir hukuk kaynağı olarak bu tür bir *istihsanın* geçerliliğini reddetmiştir ve hatta konsensüs (*icma'*) bize bir alimin, hukukun kaynaklarının (*şeriat*) yönlendirmesinden bağımsız bir şekilde kendi duygu ve düşüncelerine dayanarak hüküm veremeyeceğini öğretir. Çünkü bu kaynakları bilgisiyle imtiyaz eden âlimin

⁴² Bkz. Schacht, 10. dipnotta a.g.e. s. 120-122.

⁴³ 1 *Ghazali, Kitab al-Mustasfa*, s. 274-283, H. 1322. (Bundan sonra *Mustasfa* olarak alıntılanacaktır.) (Profesör Roger Arnaldez'e Gazali'nin *Mustasfa*'sındaki bazı bölümlerin aydınlatılmasındaki yardımı için şükranlarımı sunarım.)

⁴⁴ "*Al-ladhi yasbiq ila 'l-fahm.*", *Mustasfa*, s. 274 (5).

içtihat (sadece önde gelen İslam âlimlerinin yapabileceği kişisel akıl yürütme için güçlü bir çaba gösterilmesi) etmesine müsaade edilmiştir.⁴⁵

İkinci tanım ise, "*müçtehidin* (*içtihat* eden kişi) zihninde canlanan fakat ifade edemediği veya açığa çıkaramadığı bir delil" şeklindedir.⁴⁶ Bu tanım da Gazali tarafından reddedilmiştir. Çünkü ortaya konulamayan şey olsa olsa bir hayal ürünüdür. Şâyet onun meşru olup olmadığı bilinmek istenirse, hukukun kaynakları temeli üzerinde test edilmelidir.⁴⁷

Gazali *istihsanın* "sezgisel" bu iki tanımını reddederken, Kur'an veya sünnetten çıkarılmış bir işarete (*delil*) dayanarak belli bir analogiyle akıl yürütmeye muhalefet ediyor olsa bile, üçüncü tanımını da kabul ediyor değildir.⁴⁸ Bu *delil* öyle bir şey ki, önümüzdeki meseleye uygulanması gereken fikhi hükmün, o meselenin benzerlerinin hükmünün olmaması gerektiğine, buna karşılık önümüzdeki meselenin Kur'an veya sünnetteki bir kural tarafından doğrudan düzenlendiğine işaret eder. Örneğin, analogiyle akıl yürütmeye (kıyasa) göre bir kişi "benim malım sadakadır" dediğinde bütün malının sadaka olarak verilmesi sonucu doğar. Fakat Kur'an'daki belirli bir ayet, onun sadaka olarak verdiğini, *zekât* olarak isimlendirilen sadaka vergisi miktarıyla sınırlandırmasına izin verir.⁴⁹

Şâfiî'ye Gazali'nin, keyfi görüşün bir enstrümanı olarak *istihsanın* kullanılmasına karşı oldukları açıktır. Sonuçta *istihsan* olacaksa bile o sadece, önümüzdeki meseleye analogiyle akıl yürütmenin (kıyas) dikte ettiği çözüm yerine Kur'an veya sünnetin uygulanmasının evleviyeti için olabilir. Bu perspektiften

⁴⁵ *Mustasfa*, s. 275 (1) - 276 (2).

⁴⁶ "*Dalil yanqadihu fi nafsi 'l-mujtahid la tusa'iduhu 'l-'ibara 'anhu wa la yaqdir 'ala ibrazihi wa izharthi.*" *Mustasfa*, s. 281 (1).

⁴⁷ *Mustasfa*, s. 281 (1-3).

⁴⁸ *Mustasfa*, s. 282 (5).

⁴⁹ *Mustasfa*, s. 282 (4) – 283 (5). Fakat bkz. Tyan, 13. dipnotta a.g.e. s. 87.

baktığımızda, Gazali'nin onu niçin mevhum delil (*el-usûlü'l-mevhume*) olarak isimlendirdiği kolayca anlaşılır.⁵⁰

Pezdevî ve Serahsî

Şâfiî'nin reddetmesine karşın *istihsan*, Ebu Hanife⁵¹ taraftarları nezdinde hukuki akıl yürütmenin varlığını sürdüren bir kavramdı. Pezdevî (v. 482/1089)⁵² ile Serahsî'nin (v. 483/1090)⁵³ çalışmaları *istihsan*ı yeniden tanımladılar ve bu kavramı ilgili yerlerdeki detaylı tartışmalarda birçok örnekle meşrulaştırmaya çalıştılar. Onlara göre *istihsan* şu iki şeyden biri olabilirdi: (1) (a) Kur'an veya sünnetteki bir gelenek (*athar*), (Gazali'nin üçüncü tanımında kabul ettiği anlamda) ya da (b) icma' veya zaruret (*darura*)⁵⁴ nedeniyle analogiyle kıyasın terk edilmesi yahut (2) iki kıyastan (analogiyle akıl yürütme) daha güçlü olanı. Her iki durumda da *istihsan* bir delile diğer delil karşısında öncelik verilmesidir. Bu, belli bir olay hakkında hukuki delillerin dikte ettiği hukuki çözümün yerine equity nosyonunun dikte ettiği hukuki çözümün tercih edilmesi sorunu değildir. Hüküm olan (uygulanan) çözüm, İslam Hukukunun muteber bir delili ile temellendirilmiş ve bir delilin diğerine olan önceliği ya daha önceden belirli öncelikler ya da hukukun gerekçeli yorumu üzerine dayandırılmıştır.

Pezdevî ve Serahsî tarafından tanımlanan birinci tür *istihsana* gelince, burada Kur'an, sünnet veya icma' tarafından dikte edilen çözümün analogiyle akıl

⁵⁰ *Mustasfa*, s. 274 (4).

⁵¹ Ebu Hanife (v. 150/767), İslam hukukunun Sünni bir ekolüne adını vermiştir.

⁵² *Pezdevî, Kanız al-Wusûl ila Ma'rîfat al-Usûl*, 4 Buhari, *Kashf al-Asrar*, s. 1125 (1) - 1126 (10), (şerhte) H. 1307. [bundan itibaren (şerhe işaret ettiğimizde) Pezdevi olarak aktarılacak ve Buhari (metne işaret ettimizde)]. Buhari'nin çalışması, Pezdevî'nin şerhi üzerine yorum (şerh) çalışmasıdır.

⁵³ 2 *Serahsî, Usûl as-Sarakhsi*, s. 202 (20-21), 204 (1-2), 1973. (Bundan sonra *Usûl as-Sarakhsi* olarak atıf yapılacaktır.) Serahsî'nin vefat tarihi kesin değildir. Farklı olarak 438, 483, 490 ve 500 tarihleri verilmektedir. Bkz. Brockelmann, *Geschichte der Arabischen Litteratur*, Supplementband I, s. 638, 1937.

⁵⁴ Zaruret, hukukun bir kaynağı değildir ancak hüküm için Kuran, sünnet ve icmadan elde edilen meşru bir dayanaktır. Bkz. metnin devamı s. 14-15. Zarurete ilişkin vakialara bakıldığında katı bir zorunluluk ve kamu politikası olmadığı anlaşılmaktadır.

yürütmenin dikte ettiği çözüme olan önceliği, bu kaynaklardan olan asli delillerin tali delillere olan önceliği üzerine temellendirilmiştir. Şâyet birisi unutarak oruçlu iken bir şeyler yerse, analogiyle akıl yürütmeye (kıyasa) göre o kişinin orucu bozulur, fakat onun orucunun geçerli olduğu ve devam etmesi gerektiğine dair Peygamberden bir hadis vardır.⁵⁵ Aynı şekilde analogiyle akıl yürütmeye (kıyasa) göre, akit yapılırken akdin mevzuunun mevcut olması gerektiği kuralı, selem akdine (akdin mevzuunun tesliminin sonra gerçekleşmesi üzerine yapılan akit) cevaz veren bir hadisle aşılmıştır.⁵⁶ Kıyas kira akdinin geçerliliğini de reddeder. Çünkü akit henüz varlığı olmayan bir menfaatin yani zamanın geçmesi üzerinedir. Tam iki taraflı akitler zamanın geçmesi üzerine yapılamaz. Fakat bu konudaki bir hadis kıyası bozar ve akde izin verir.⁵⁷

İcma' lehine *kıyastan* ayrılışın en tipik örneği iş görme akdidir. Bir kişi ayakkabıcıya giderek ondan bir çift ayakkabı yapmasını isterse, kıyasa göre burada ürünün son haliyle ilgili ortaya çıkabilecek olan bir hata ihtimali nedeniyle bir alışveriş akdi yoktur. Akdin konusu hakkında nizaya sebebiyet verecek bir belirsizlik olduğu için akit geçersizdir. Hâlbuki insanların ticari örfüyle bu meseledeki muhtemel hataların tolere edilebileceği konusunda ittifak oluşmuş ve akde izin verilmiştir.⁵⁸

Zaruret halinin gerektirdiği bir çözüm, analogiyle akıl yürütmeye (kıyas) göre ortaya konulan bir çözümden üstün telakki edilir. Örneğin, bir kuyu necis atıklarla kirletilmişse suyun içilip içilemeyeceği sorusu gündeme gelir. Normalde fıkha göre kirli su içilemez. Necis atıkların kuyu suyuna karışması onu kirli hale getirecektir. Fakat kuyunun suyu kirli kısmın ayrıştırılmasıyla artılamamaktadır. Buna rağmen

⁵⁵ Pezdevî, s. 1125 (3-4), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1125 (20-23); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 202 (21-24).

⁵⁶ Pezdevî, s. 1125 (3), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1125 (13-17); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 203 (1-2).

⁵⁷ Pezdevî, s. 1125 (3), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1125 (17-20). Serahsî, bu örneği zaruret başlığı altında tasniflendirir. *Usûl as-Sarakhsi*, s. 203 (12-13). Bkz. Mahmassani, *Falsafat al-Tashri fi al-Islam: The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, s. 85-86, Ziadah tercümesi, 1961 ki bu eser böyle bir durumda "evleviyet"i, metinlere ve zayıf olan karşısında güçlü olan hukuki dayanaklara öncelik tanınması olarak izah eder.

⁵⁸ Pezdevî, s. 1126 (2), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1125 (24) – 1126 (1); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 203 (3-7).

birçok insanın bu suya ihtiyaç duyması sebebiyle fikhın kirli su hakkındaki genel çözümü, kıyas yoluyla zaruret lehine reddedilir.⁵⁹

Zaruret halinin bizzat kendisi elbette İslam hukukunun bir kaynağı değildir. Buhari (v. 730/1329), Pezdevî'nin çalışmaları üzerine yaptığı şerhinde, zaruret dolayısıyla akıl yürütmenin Kur'an ve sünnet tarafından ortaya konulan bir prensip olarak meşrulaştırıldığına dikkat çekmiştir.⁶⁰ O, bunun icma ile savunulduğunu belirtmekle beraber⁶¹ *icma* kavramı yerine *ittifak* kavramını kullanır.⁶² Öyleyse zarureti esas alan bir çözümü tercih, hukukçunun hukukun muteber kaynaklarıyla bir bağı olduğunu reddetmez.

Pezdevî ve Serahsî tarafından tanımlanan istihsanın ikinci türü, eldeki bir olayda mevcut olduğu görülen iki analogiyle akıl yürütmeden "güçlü" olanın diğerine tercih edilmesidir. Davayı hükme bağlamak için gerekli yasal norm tespit edilirken bir çözüm, analogiyle akıl yürütme yoluyla belirgin hale gelebilir. Ancak derinlemesine bir incelemeyle şu daha net bir hale gelir ki çözüm için esas alınan hadis zayıf iken bariz olmayan diğer bir hadis daha güçlü olabilir yani daha uygun olarak kabul edilebilir. Bu gizli ama daha güçlü hadisten analogiyle akıl yürütme, *istihsan* olarak, zayıf olan hadisten analogiyle akıl yürütmeye üstün kabul edilir. Bu durumda güçlülük ya da zayıflığa, gerek hadisteki hukuki norma (hüküm) vücut veren sebebin (illet) doğru bir şekilde tespit edilip edilmediğinin ve somut olayı çözmekte olup olmadığının gerekse eldeki vakıa ile hadis arasında sadece yüzeysel

⁵⁹ Pezdevî, s. 1126 (3-4), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1126 (2-7); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 203 (8-12).

⁶⁰ Buhari, s. 1126 (7).

⁶¹ Ancak bkz. Tyan, 13. dipnotta a.g.e. s. 84.

⁶² Ebu Hanife'yle (Allah rahmet eylesin) karşıt görüşte olanların, hadis, icma veya zaruret vasıtasıyla *istihsam* inkâr etmediklerini bilmekteyiz çünkü bu delillere (*dela'il*) dayanarak, analogiyle akıl yürütmeden (*kıyas*) ayrış genel (*ittifak*) bir kabul görmüştür (*müstahsen*). Bilakis, onlar, Ebu Hanife'nin tersine kanaat (*rey*) ile *istihsam* kabul etmediler. *Wa-'lam aydan an al-mukhalifin lam yankiru 'ala Abi Hanifa -rahimahu'llah- al-istihsan bi 'l-athar wa 'l-ijma' aw ad-darura li-anna tarka 'l-qiyas bi hadhihi 'd-dala'il mustahsan bi 'li-ttifaq wa innama ankaru 'alayhi 'l-istihsan bi 'r-ra'y*. Buhari, s. 1124 (5-7) (yazarın tercümesi).

bir benzerliğin olup olmadığının belirlenmesiyle karar verilir.⁶³ Bu gerekçeli açıklamaya dayanan bir kıyas diğerine tercih edilir.

Örneğin, Pezdevi ve Serahsi'ye göre ve “gizli” bir kıyas olarak Tyan tarafından ilişkilendirilen vakıa anımsanırsa, İslam hukuku yırtıcı hayvanların artıklarının yenmesini yasaklar çünkü bu tür hayvanların etleri temiz değildir (necis) ve bu, onların temas ettiği besinleri necis hale getirir. Bu ilkeye istinaden analogiyle akıl yürütme yoluyla şahin, doğan gibi yırtıcı kuşlardan arta kalan besinlerin de yasak olduğu, bunların etlerinin necis olması sebebiyle ileri sürülebilir. Bu hayvanların ve kuşların etleri yırtıcı oldukları için necis kabul edilir. Bununla birlikte İslam hukuku yırtıcı hayvanların ve kuşların belirli kullarımlarına ruhsat vermektedir; bunların derileri, kemikleri ve tüyleri temiz kabul edilir. Bunların sadece etleri necis kabul edilir ve yenmeleri yasaktır. Mademki bir kuşun gagası temiz o zaman neden gagasıyla dokunduğu besin necis olmaktadır? İstihsan ile akıl yürütme yırtıcı hayvanlardan arta kalan besinlerin necisliğindeki gerçek sebebi (illet) derinlemesine araştırır. Yırtıcı hayvanların ve kuşların necis etleri ile bu etlerden kaynaklanan salya, yırtıcı hayvanların dokunduğu besinleri necis haline getirmekte ve bunların yasaklanmasına sebep olmaktadır. Yırtıcı kuşlardan arta kalan besinler bu salya ile karışmamaktadır çünkü bunlar salya salgılamayan gagaları ile yer ve içerler. Bu nedenle, bu gizli (hemen anlaşılamayan) ama güçlü analogiyle akıl yürütme vasıtasıyla bunların dokundukları besinler temizdir. İstihsan, belirgin fakat daha zayıf analogiyle akıl yürütmeden üstün kabul edilir.⁶⁴

⁶³ Pezdevî, s. 1122 (1) – 1124 (5), 1126 (6-19), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1122 (2) – 1123 (5), 1124 (22) -1125 (8), 1126 (7-15); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 201 (18-20), 203 (16-21), 204 (1-2); 10 *Sarakhsi, Kitab al-Mabsut*, s. 145 (8-10), 1978. Chehata, “Pezdevî'ye göre bu böyledir..., istihsan, kıyas olarak isimlendirilen analogiden daha güçlü bir analogidir.... Bütün tümevarımların kökten temizlenmesini ihtiva eden bir akıl yürütmeyi gizlemek için o, “haft” nitelemesiyle bezenmiştir. Aslına bakılırsa iki benzer olayda, açık bir sebep olmaksızın yani herhangi bir benzerlik ileri sürmeden, bir çözümden diğerine geçilmiştir” derken Pezdevî'ye açık çek vermiyordu. Chehata, 30. dipnotta a.g.e. s. 126-127, (kendi tercümem).

Kıyasın kurucu unsurlarının (asli (orjinal) vakıa, fer'i (yeni) vakıa, illet (sebeup) ve hükiim (norm) bir izahı için bkz. Nour, “Qias as a Source of Islamic Law”, 5J. Islamic & Comp. L. 18, s. 22-30, 1969-76.

⁶⁴ Pezdevî, s. 1126 (23) – 1127 (12), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1126 (20) – 1127 (27); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 204 (1-9).

Amidi

İstihsan, İslam hukukunun muteber kaynakları kapsamında elde edilen yasal çözümlerden, somut olaya dair olası iki çözümden birini seçmek için kullanılan bir yöntemdir. En azından kavramsal düzlemde, bu kavramın kullanımı üzerinde Şafii'ler ve Hanefiler arasında ihtilaf olmadığı görülmektedir. Ancak Şafii'nin eleştirisini daha çok onun (istihsanın) suistimaline, doğrusunu söylemek gerekirse onun bir *kadı adaleti* biçimi almasına yönelttiği görülür. Sonraki bir Şafii yazar bu konuda iki okulun görüşlerini uzlaştırmak için çalışmıştır. Amidi (v. 631/1233),⁶⁵ Gazali'nin İslam hukukundan herhangi bir dayanağı olmaksızın, duygular veya sezgilerden meydana gelen olarak nitelendirdiği istihsanı reddetmesine katılmaktadır. Ancak bunun fukaha arasında ihtilafı bir konu olmadığını belirtmiştir.⁶⁶ Keyfi görüş herkes tarafından reddedilmiştir. Amidi, istihsanı, müçtehidin zihninde doğan ve açıklamaktan aciz olduğu bir kanaat olarak tanımlayan bazı Hanefiler olduğunu ifade etmiş fakat istihsanın bu anlamının meşruluğunu haksız bularak reddeden Gazali'nin aksine farklı bir sonuca ulaşmıştır: Müçtehidin zihnindeki kanaatin dayanağının hukuk olduğu şüpheli ise ya da sadece bir heves ise bu düşüncenin reddedilmesi hususunda herkes hemfikirdir. Buna mukabil İslam hukukunda bunu destekleyen bir delilin varlığı kesinse buna müsaade edildiği hakkında hiçbir tartışma yoktur. Herhangi bir pürüz varsa bu sadece istihsanın terminolojik bir adlandırmasındadır.⁶⁷ Hakeza, bir olayda analogiyle akıl yürütmeden daha güçlü olan bir diğeri için vazgeçilir, Amidi ikincisinin etkinliğini Kur'an, sünnet veya icmadan bir metne (referansa) bağlı olmasına dayandırır ve istihsanın isimlendirilmesi dışında bu kavram üzerinde hiçbir ihtilafın olmadığını belirtir.⁶⁸

⁶⁵ 1 *Amidi, Al-Ihkâm fî Usûl al-Ahkâm*, s. 136-138, (bundan sonra *Ihkâm* adıyla atıfta bulunulmuştur).

⁶⁶ *Ihkâm*, s. 136 (25-29).

⁶⁷ *Ihkâm*, s. 136 (30) - 137 (1).

⁶⁸ *Ihkâm*, s. 137 (2-28). Gelenekten (*adet*) analogiyle akıl yürütmeden vazgeçiş için bir sebep olarak bahsedilir ancak icma kavramı dâhilinde yer aldığı görülmektedir. *Ihkâm*, s. 137 (3, 8-9, 25-28).

Şatibi

Maliki mezhebine bakacak olursak, Maliki⁶⁹ doktrininin takipçileri *istihsan* kavramı ile önemli ölçüde ilgilenmemişlerdir. Onlar daha çok hukuk boşluklarını doldurmak için kullanılan hukuki bir akıl yürütme süreci olarak *istislah*⁷⁰ kavramı üzerinde durmuşlardır. *İstihsan* kavramı şu kapsamda tartışılmıştır; Maliki hukukçular, hukuki bir çözüm olarak tercihen *istihsan* kabul ettiler ancak olası hukuki çözümler, *istislah* olarak bir hukuki akıl yürütme yöntemi olan *istidlal mürsel* (kamu yararının gözetilmesi) yoluyla elde edilenleri de içermektedir. Bir Maliki müellif Şatibi (v. 790/1388), Maliki doktrininde “*genel kanaatin aksine istihsana özel bir ilgi ile bağlılık olduğunu iddia etmektedir. Bu, analogiyle akıl yürütmeyle kıyaslandığında tercihen istidlal mürsele başvurulmasını gerektirir*”.⁷¹ Şatibi *istihsan*ı daha güçlü kabul edilen diğeri lehine vazgeçilen bir kaynak olarak tanımlamış ancak daha güçlü delilin yalnızca sarıh (açık) olmadığını aynı zamanda zımni (gizli) de olduğunu vurgulamıştır ve *istislah* ikinci kategoride yer almıştır.⁷² Doğruyu söylemek gerekirse Maliki ekolü olası alternatifler üzerinde *istislah* yoluyla çözümlemeyi tercih ederek *istihsana* yeni bir boyut kazandırmıştır. *İstislah* sadece kişinin hislerine dayalı olmamakla birlikte daha ziyade bir bütün olarak Kanun koyucunun maksadından

⁶⁹ Malik, (v. 179/795) İslam hukukunun Sünni bir ekolüne adını vermiştir.

⁷⁰ Tyan, makalesinde (13. dipnotta a.g.m. s. 96) *istislah* kavramını şöyle tanımlar: “*Orjinal yapısı içinde bu yöntem şu ifadelerle özetlenebilir: İdarenin meseleleri düzenlemedeki amacını gösteren genel “menfaatler” (mesalih) üç sınıfa ayrılır. İlki hukukun yazılı ve muayyen metinleri tarafından etkin bir şekilde kabul edilmiş ve düzenlenmiştir. İkinci sınıfta yer alanlar muayyen bir metinde yer almasalar da hukukta atıfta bulunulmuş olanlardır. Üçüncü sınıftakiler ise yazılı ve muayyen bir düzenlemede yer almadığı gibi herhangi bir hükmün konusu da olmayan meseleleri temsil etmektedir*”. Bu son sınıftaki menfaatler *mesalih-i mürsele* (herhangi bir yazılı hükümle “bağı olmayan menfaatler”) olarak isimlendirilir. Buna binaen insan aklı, yazılı hükmün yokluğunda, kendi menfaatlerinin himayesi bakımından zorunlu hale gelen muhtelif hukuk kuralları bulmak için kaynaklarını azaltarak, kendiyile baş başa kalır. Ayrıca, benzer şartlar altında uygulanacak normların ve yargısal çözümlerin tesis edilmesinde yol açan akıl yürütme, hükme “bağı olmayan (:istidlal mürsel)” bir araştırma yöntemi olarak nitelendirilir. (yazarın tercümesi)

⁷¹ 4 Şhâtibi, *Al-Muwâfaqât fi Usûl ash-Shari'a*, s. 205 (17) - 206 (2), (bundan sonra *Muwâfaqât* ismiyle atıfta bulunulmuştur): “*Al-akhdh bi-maslaha juz'îya fi muqâbalat dalil kulliy. Wamuqtadâhu 'r-rujû' ulâ taqdim al-istidlâl al-mursal 'alâ 'l-qiyâs.*”

⁷² Bkz. *Muwâfaqât*, s. 207 (18) - 209 (2).

derlenir,⁷³ Malikiler haricindeki *istihsan* tasavvuru Kuran ve sünnet tarafından bu kadar bağlayıcı bir şekilde sınırlandırılmış gibi görülmemektedir.

Örneğin, borç prensipte faizdir çünkü dirhem⁷⁴ dirhemle takası bir zaman faizidir. Fakat borç akdine zorda kalanların ihtiyaç ve zorunluluğu olduğu için müsaade edilmiştir. Aksi takdirde, sorumluluk altında olanlar üzerinde baskı olurdu.⁷⁵ Baskının hafifletilmesi faiz kuralından daha önemlidir çünkü iyilik ilkesini savunan yasanın ruhu, bu yasanın lafzına göre daha saygındır.

İstislah kavramı detaylıca ele alınmadan Maliki tanımındaki kaynağın İslam hukuk ruhu olduğu fark edilmeyebilir, en yakını şu olabilir ki *istihsan* diğer kaynaklara karşı istislahı tercih yoluyla *equity*nin nosyonlarını yerine getirebilir. Bununla birlikte, istislahın dayandığı genel ilkeler kişinin bağımsız olarak kendi vicdani yorumu vasıtasıyla değil vahyi kaynaklardan zımnen çıkarılır. Kuşkusuz, istislahın keyfi görüş için bir araç olmaktan hangi ölçüde sınırlandırıldığının saptanması adına bu alanda daha fazla araştırma yapılması gerekir.

İbn-i Teymiyye

Dört Sünni ekolden son olarak Hanbelî ekolünü ele alacağız. İbn-i Hanbel⁷⁶ doktrininin savunucuları arasında Şafî eğilimi, *istihsan* kavramını çürütmek için yeniden ortaya çıkar.⁷⁷ Ancak, İbn-i Teymiyye'nin (v. 728/1328)⁷⁸ çalışması birkaç Hanbelî âlimin bu kavramı kabul ettiğini gösterir. İbn-i Hanbel, *mudarebe*

⁷³ *Muwâfaqât*, s. 206 (2-3).

⁷⁴ Gümüş madeni para.

⁷⁵ *Muwâfaqât*, s. 207 (3-5, 7-8).

⁷⁶ İbn-i Hanbel (v. 241/855) İslam hukukunun dört Sünni ekolünden birine ismini vermiştir.

⁷⁷ Bkz. ör; İbn Qudâma (v. 620/1223) Gazali'nin üç yönlü *istihsan* tasvirinin esasını neredeyse kelimesi kelimesine yeniden şekillendirmiştir. İbn Qudâma, *Rawdat an-Nâzir wa Junnat al-Munâzir*, s. 407-411, H. 1343.

⁷⁸ İbn Taymiya, *Mas'alat al-Istihsan*, editör: Makdisi, "İbn Taimiya's Autograph Manuscript on *Istihsan*: Materials for the Study of Islamic Legal Thought", Makdisi (ed.), *Arabic and Islamic Studies in Honor of Hamilton A. R. Gibb*, s. 446, 1965, (bundan sonra *İstihsan* adı ile atıfta bulunulmuştur).

sözleşmesi,⁷⁹ *teyemmüm*,⁸⁰ Sevad -Irak'ın eski adı- arazisinin elde edilmesi⁸¹ ve ekim için araziye el konulması⁸² olaylarında analogiyle akıl yürütmeden (kıyas) ziyade *istihsan* yoluyla çözümü savunmaktadır. Kadı Ebu Ya'la (v. 458/1066), Ebu'l-Khattab el-Kalwadhawî⁸³ (v. 510/1116) ve İbn-i Akil (v. 153/1119) gibi Hanbelî hukuk âlimleri *istihsan*, Kuran, sünnet veya icma nezdinde daha üstün addedilen bir hukuki normun (*hüküm*) diğeri için terk edilmesi olarak açıklamışlardır. Bir esastan tündengelimli akıl yürütme (*istidlal*) diğerinden daha büyük öneme sahip olduğu için iki kıyas (analogiyle akıl yürütme) arasında daha tercihe şayandır.⁸⁴

⁷⁹ *Mudarebe* sözleşmesinde temsilci, vekâlet vereni dinlemeyip onun siparişi haricinde bir şeyler satın alırsa, analogiyle akıl yürütmeye göre, kâr, vekâlet verenin; hakkaniyete uygun bir ücret de temsilcinin olmalıdır. *İstihsan*, vekâlet veren ile temsilcinin her ikisine de kârdan pay verecekti. İbn Hanbel, kârın vekâlet verenin olması gerektiği fikrini savunan ilk kişi idi ve kendisi *istihsan* yoluyla daha farklı bir sonuca varmıştı. *İstihsan*, s. 456 (14-16).

Bu sermaye anlaşmasının bir açıklaması için bkz. Udovitch, *Partnership and Profit in Medieval Islam*, s. 170-248, 1970.

⁸⁰ *Teyemmüm*, su bulunmadığı durumlarda, temiz toprak veya kum ile temizlenmektir. *The Holy Qur'an*, s. 242/704, tefsir ve tercüme eden Ali, 1946. Analogiyle akıl yürütmeye göre toprak, su bulununcaya kadar bu statüye sahiptir. Ancak İbn-i Hanbel'in *istihsan* yoluyla yaptığı muhakemeye göre *teyemmüm* her ibadet için uygulanabilir. *İstihsan*, s. 456 (17-18).

⁸¹ Sevad (Irak) arazisinden gelir elde edilmesine müsaade edilmiştir ancak satın alınması söz konusu değildir. Analogiyle akıl yürütme bir nesnenin onun sahibi olmayan bir kişiden alınmasına izin vermez fakat İbn-i Hanbel *istihsan*ın bu vakıda arazinin satın alınmasına müsaade edilmesi için benzer şekilde; Kuran'ın satışının yasak olmasına rağmen, Kuran nüshalarının satın alınmasına olanak tanınması hususuna başvurduğunu ifade eder. *İstihsan*, s. 456 (19) - 457 (2).

⁸² Zorla birinin arazisine el koyarak üzerinde ekim yapmaya ilişkin olarak İbn-i Hanbel, *istihsana* göre ve analogiyle akıl yürütmeye zıt olarak; bitkilerin arazi sahibine kalacağını fakat masrafları el koyan kişiye ödemesi gerektiğini ifade eder. *İstihsan*, s. 457 (3-4).

⁸³ Metinde, "Ebu'l-Khattab el-Kalwadhawî (v. 510/1116) şeklinde aktarılan isim Ebu'l-Hattab Mahfûz b. El-Hasen el-Kelvezânî el-Bağdâdî olmalıdır. 432/1041 tarihinde dünyaya geldi. Nisbesinden çok Ebu'l-Hattab künyesiyle tanınmıştır. Zirikli kaynak göstermeden Bağdat'ta doğduğunu söylemektedir. Ancak eserlerini yayımlayan araştırmacılar klasik kaynaklardaki "Kelvazalı, sonra Bağdatlı" ifadesinden hareketle Bağdat'ın ı fersah güneyindeki Kelvezâ köyünde doğmuş ve küçük yaşta Bağdat'a göç etmiş olmasını daha kuvvetli bir ihtimal olarak görmektedir". Geniş bilgi için bakınız: Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), Kelvezânî maddesi, (2002), cilt:25, s. 217-218. Buradan hareketle Kelvezâ beldesine nisbet, metinde "Kelvezâvî" şeklinde, DİA'da ilgili maddede ise "Kelvezânî" olarak yapılmıştır.. (ÇN.)

⁸⁴ *İstihsan*, s. 457 (5-10).

Eğer bir olayda, kıyas (analojiyle akıl yürütme) ile *istihsanı* ayırt edebilmek için ciddi bir dayanak varsa, İbn-i Teymiyye, bu tür bir *istihsanın* meşruluğu hakkında herhangi bir ihtilaf olmadığını belirtmiştir. Örneğin, dini usule göre kesilmemiş haldeki etin tüketilmesine, zaruret gerekçesiyle yemek durumunda kalanlar müstesna, kural olarak müsaade edilmez. Bu olayda, kıyasa (analojiyle akıl yürütme) sınırlama gerektiren önemli dayanak zarurettir (*darura*).⁸⁵ Ancak, ne zaruretin ne de herhangi bir haklı dayanağın olduğu *istihsan* hakkında, kıyastan (analojiyle akıl yürütme) ayrıştığı yönünde bir ihtilaf olmuştur ve bu *istihsan* kavramı hakkında illetin tahsisi (*tahsis el-'illa*) şeklinde bir tartışmayı ortaya çıkarmıştır.

İlletin tahsisi kavramı, İslam hukuk ilminin başlarında ortaya çıkmıştır. İbn-i Teymiyye'nin tezine geçmeden önce bunun kökeninden bahsetmek yararlı olacaktır. Pezdevî ve Serahsî bu fikri, ilk Hanefi müelliflerden Kerhi'ye (v. 340/952)⁸⁶ dayandırdılar. Bu, "illetin varlığına bir mani nedeniyle hukuk normunun (fıkhi hüküm) mevcut olmaması"⁸⁷ manasında anlaşılmıştır. Diğer bir deyişle, Kur'an ya da sünnetteki bir olaya ilişkin hukuk normu, kendi üzerine bina edildiği illeti açıkça belirten bir metin olmadan var olabilir. Hukuk âlimleri sonra onu bir illete bina etmiş ve bu illetin diğer olaylarda mevcut olduğu görüldüğünde analojiyle akıl yürütme (kıyas) asıl olaydaki hukuk normunun (hükmün) yeni meselede de uygulanması gerektiğini belirler. Ancak bazı olaylarda diğer muteber kaynağın hükümleriyle çelişmesi hukuk normunun uygulanmasına bir engel teşkil edebilir. Bu durum meydana geldiğinde yeni meselede (fer') illetin varlığı bulunur ama asıl olaydaki hüküm uygulanmaz. Başka bir deyişle, asıl olayın temelindeki kaideler

⁸⁵ *İstihsan*, s. 458 (3-5). İletin tahsisi meselesiyle ilgili bakınız: Songur H., "From Mu'tazila-Hanafi Tradition to Maturudi-Hanafi Tradition: The Case of Specificization (Takhsisu'l-İllah)", BRISMES Annual Conference, Faith, Politics and Society, 23-26 July 2006, Dept. Of Teology & Religion University of Birmingham, Birmingham, England. (ÇN.)

⁸⁶ Pezdevî, s. 1133 (9-11), Buhari, s. 1123 (21-26) – 1160 (9-14); *Usûl as-Sarahsi*, s. 207 (19-20).

⁸⁷ "*Wujûd al-'illa ma'adam al-hukm li-mani*." Buhari, s. 1160 (10-11).

mantıksal olarak yeni olayda uygulanabilir ancak diğer bir kaynağa dayalı elde edilen karşıt pozitif norm (diğer fihhi hüküm) önceliklidir.

İbn-i Teymiyye illetin tahsisinin bu nosyonundan bahsetmiş ve bunu Ebu Hanife takipçilerine isnat etmiştir. Ayrıca, illetin tahsisinin, illeti yok edeceğini iddia edenler ile istihsan kavramını kabul etmekle beraber istihsanın illetin tahsisi kavramı olduğunu reddedenlerden söz etmiştir.⁸⁸ İbn-i Teymiyye tarafından değinilmeyen Pezdevî ve Serahsî bu ikinci grupta yer alır gibi gözükmemektedir ancak onlar ayrıca bir inceleme gerektirir. Onlar, (asıl meseledeki hükmün yeni meseleye uygulanmasındaki) engelin varlığının, asıl olay için yanlış illet belirlenmesi anlamına geleceğini iddia ederek illetin tahsisi kavramı varlığını reddetmişlerdir. İletinin tespiti, hatası olağan insani akıl yürütmeye dayanır ve hata, hukukun diğer bir kaynağıyla hukuki normun tatbikinin yeni olayda karşı karşıya gelmesiyle ispatlanmış olur.⁸⁹ İletinin ortaya çıktığı her olayda hukuki normun tatbikine olanak sağlayacak yeni bir illet bulunmalıdır.

İbn-i Teymiyye'nin akıl yürütmesi (içtihadı) Pezdevî ve Serahsî ile uyum içindedir ama o illetin tahsisine dair yeni bir anlayışı benimser ve dolayısıyla onu, istihsanın bir tanımı olarak kabul edilebilir hale getirir. İbn-i Teymiyye'ye göre analogiyle akıl yürütme bünyesindeki bileşik tasım (*tard*) geçerli bir illete (*'illa sahiha*) dayanmalı ve bu geçerli illet bir İslam hukuku metnine aykırılık ile yerini almamalıdır. Bu durumda metin dayanakları ve analogiyle akıl yürütme hükümsüz (*fasid*) olur.⁹⁰ Bu cihetle bir İslam hukuku metninin aleyhine olarak yerini alan analogiyle akıl yürütmeye izin veren her istihsan telakkisi hükümsüzdür.⁹¹ Böyle bir durumda analogiyle akıl yürütmenin hükümsüzlüğünü gerekçelendirme Pezdevî ve Serahsî'nin söz ettiği ile aynıdır. İslam hukuk metinleri, hususi bir olaydaki hukuki normu meydana getiren illeti her zaman ayrıntıları ile belirtmez ve arka planındaki

⁸⁸ *İstihsan*, s. 458 (5, 13-17), 458 (19) - 459 (4), 459 (10-11).

⁸⁹ Bkz. Pezdevî, s. 1160 (1-21), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1160 (12-26); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 213 (4-13), 215 (8-16).

⁹⁰ *İstihsan*, s. 455 (6-8).

⁹¹ Bkz. *İstihsan*, s. 454 (22-24), 455 (2-5).

anlamı açıklamaz. İslam hukukunda illetin neler olabileceğine ilişkin yani; benzerlik (*munasaba*) ya da hükmün belirleyici faktörü (*manat al-hukm*)⁹² olarak kabul edilen illet ve hukuki tesir arasındaki diğer bazı ilişki türleri gibi bir işaret (*dalil*) olabilir ancak yanılması olağan beşeri düşünce nihayetinde hukuki normun (fikhi hükmün) üzerine bina edildiği illetin arkasındaki manayı tespit eder. Yeni bir olayda illetin varlığının anlaşılması ve hukuk normunun İslam hukukunun diğer metinlerine aykırılık teşkil etmeden uygulanamamasına binaen mevcut olması için kısmen veya tamamen değiştirilebileceği başlangıçta belirlenmiş olan illet, anlamı bakımından uygun bir şekilde sınırlandırılabilir.

İlletin tamamen terk edileceğini veya sadece belli olayları kapsayacak şekilde değiştirileceğini belirleyen faktör, İslam hukukundan elde edilebilen ve yeni olayı asıl olaydan ayırt edebilen illete dair bir anlamın (ma'na) var olmasıdır. İki olay yeterince ayırt edilebilirse, illet, asıl olayın mevcut dar anlamının yerini alan olaylar hakkındaki hukuki çözümler değiştirilmeden sınırlanabilir. İki olay arasında kural olarak herhangi bir ayırım yapılamazsa, illet külliyen geçerli olmadığı için akim kalması gerekir. İbn-i Teymiyye istihsanı ya illetin tahsisinin değiştirilmesi ya da bütünü geçersizliği olarak adlandırır. Ayırt edici bir faktör ile izah edilemeyen illeti haiz olduğu olaydaki hukuk normunun uygulanması hakkında bir istisna olarak kabul etmek mümkün değildir.⁹³

⁹² Brunshvig'de tarif edildiği şekliyle İbn-i Teymiyye'nin, Gazali'nin 'illa tasavvuru ile uyumuna dikkat ediniz; "Valeur et fondement du raisonnement juridique par analogie d'après al-Gazali", 2 Brunshvig (ed.), *Études d'Islamologie*, s. 363, 370-371, 1976: "Diğerlerinden çok daha fazla ihtimam edilmiş ve detaylandırılmış olan kıyas al-'illa (kıyas ash-shabah'ın aksine olarak), temel sorunda, 'normun belirleyici faktörü' (manat al-hukm) olan bir 'sebe'p' veya 'illa ile ilgili olarak sırasıyla mevcudiyete ya da seçime göre hüküm verilmesi üzerine tesis edilen bir iç hiyerarşiyi kabul eder. Elbette, bu ne bir maddi sorun ne de bütünüyle rasyonel bir nedendir fakat hukuki saik -ratio legis- dini-yasal bir düzlemedir ki bu İslam'dır. Bu 'illa tarafından, otorite ve itibar sırasını azaltmak ve İslam hukuku kaynaklarının alışılmış olan sınıflandırmasını yeniden yapılandırmak suretiyle, kabul ve tesis edilen -bu eylem ta'lil olarak isimlendirilir- yöntemler üç çeşittir: yazılı kaynak (nakil), konsensüs (icma), mantıksal çıkarım (istinbat)". (yazarın tercümesi). Bu üç tür hakkındaki bir açıklama için bkz. a.g.e. s. 371-386.

⁹³ Bkz. *İstihsan*, s. 459 (21), 460 (4-11), 463 (1), 464 (6-8, 13-19), 468 (7-10), 469 (9-13).

Doğru analogiyle akıl yürütme, benzer şeylerin eşleştirilmesi ve farklı şeylerin ayrıştırılmasıdır. İstihсан, İslam hukuku dâhilinde çalışırken meydana gelmiş bir hatanın veya ihmalin düzeltilmesine elverişli metodolojik bir araç olarak bu çerçeve kapsamına girer.⁹⁴ Çok geniş olarak tasavvur edilmiş illeti sınırlar ve istisnai olay için izin verecek ekilde yeniden tanımlar.⁹⁵ İbn-i Teymiyye'nin ifade

Gazali'nin Brunschvig'de izah edilen *tahsis el-'illa* görüşüyle karşılaştırınız, 91. dipnotta a.g.e. s. 383-384.

⁹⁴ Bkz. *İstihсан*, s. 464 (20-23), 469 (2-13).

⁹⁵ *İstihсанın* doğasına ait bu açıklamayla, İbn-i Teymiyye, Ahmed bin Hanbel'in analogiyle akıl yürütmeye zıt olarak yorumladığı *istihсан* vakalarının yeniden değerlendirmeye devam etmektedir. Bkz. 79-82 dipnotlar. İbn-i Teymiyye şu sonuçlara ulaşmaktadır:

(a) *Mudarebe* sözleşmesi vakasında, analogiyle akıl yürütme ile *istihсан*, ilk olayın sebebi olmanın yanı sıra sonraki olayın da ayırt edici yorumu olarak hâsıl olmuşlardır (*mustanbat*). Sebeplerin biri ya da her ikisi -asıl *kıyas* ve yeni *kıyas* (*istihсан*)- geçersiz olabilir. Bu vakada, tatbik edilen *istihсан* isabetlidir çünkü analogiyle akıl yürütme, temsilcinin bedel karşılığında hareket eden bir kişi olduğu görüşünü esas kabul etmektedir, fakat aslında o, kazanca ortaktır. İşte bu, ayırt edici yorumdur. Bir bedel karşılığında hareket eden kişi kendisine tevcih edilenden başka bir şey yapmaya yetkili değildir fakat bu, onun eyleminin neticesiz olduğu anlamına gelmez. Bu durum vekâlet verenin icazet vermesi koşuluna bağlıdır. Vekâlet veren kendi kazancını elde edebilmek için temsilcinin bağımsız tasarrufuna onay vermek durumundadır aksi takdirde satış hükümsüzdür. Temsilcinin fiiline icazet verildiğinde o, kendi hakkını yani ücretini, vekâlet veren de kendi hakkı olan kazancı elde eder. Ancak, kazanca ortak olan temsilcinin eyleminin onaylanması, onun örneğin kazançtan belli bir pay gibi kendi hakkını alabilmesine müsaade edildiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle o, hakkı olan bedeli almaktansa bu payı alır. *İstihсан*, s. 472 (16) - 474 (17). Fakat bkz. Udovitch, 79. dipnotta a.g.e. s. 245-246; Şeybânî'ye atıfla (v. 187/803, Hanefi bir müellif), temsilcinin, sermaye sahibinin kendisine getirdiği meşru bir kısıtlamayı ihlal etmesi hâlinde, *mudarebe* sözleşmesinin bir kira (*icare*) akdi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

(b) *Teyemmüm* vakasında, *istihсан* değil; analogiyle akıl yürütme sahihtir. *İstihсан*, s. 469 (19) - 472 (15).

(c) Bir kimsenin arazisine el konulması ve ekim yapılması olayında *istihсан*, bir *hadise* dayanır ve *istihсанla* çelişen analogiyle akıl yürütme geçersizdir çünkü onun sıhhatini gösteren hiçbir belge yoktur. Analogiyle akıl yürütme, ekim yapan kişiyi gasıp olarak değerlendirdiği için masraflar hakkında onu sorumlu tutar, fakat aslında böyle değildir çünkü ektiği tohumlar ona aittir. Dolayısıyla kendisi araziye ne kattıysa geri almak hakkına da sahiptir. *İstihсан*, s. 475 (10) - 476 (9).

(d) Sevad arazisinin elde edilmesi olayında, satım ile elde etme arasında bir ayrım yapılır çünkü haklı neden ilkinde değil, ikincisinde mevcuttur. Elde etme (purchase/iştirâ) dünyevi bir amaç için olmadığından cevaz verilebilir. *İstihсан*, s. 476 (10) - 477 (1).

ettiği gibi "İslam hukukunda doğru bir analogiyle akıl yürütme aleyhinde herhangi bir şey yoktur."⁹⁶

Hukuki muhakeme sürecinde istihsanın kullanımı hususunda İslam hukuk âlimleri arasındaki tartışma, hakkında görüş birliği olan asgari iki öncülü ortaya çıkarır. İstihsan, doğru biçimde kullanıldığında, eldeki olay hakkında İslam hukukunun muteber dört kaynağından⁹⁷ herhangi birine dayanan iki veya daha fazla olası çözüm arasında bir seçim yöntemidir (Kur'an ve sünnetin zımni manasına dayanan bir kaynak olarak istislahı içeren Maliki tanımı hariç olmak üzere⁹⁸). Buna ek olarak, bu seçimin yapılmasına ilişkin yöntemin bir dizi tutarlı önceliklere ya da kuralların temelindeki anlamın mantıksal analizine dayalı bir rasyonelliği olmalıdır.

“İÇTİHATTAN GEREKÇELİ AYRILIŞ”

Esas itibarıyla, sadece karşıt taraflar arasındaki uyumsuzluğu değil aynı zamanda hukuki karar verme yoluyla birbiriyle çatışan hukuk normları arasında uyumsuzluğun da çözümlenmesi düşüncesi hukukun doğasında vardır. Çatışma sabit hukuk kaideleri arasında ortaya çıkarsa hukuki belirlilik, süreklilik ve tutarlılık mefhumları bu kaidelerin uzlaşmasını veya birinin lehine diğerinin reddini icap ettirir. Amerika Birleşik Devletleri'nde bu çatışma bir mahkeme içtihatı (case precedent) ile yeni yasalaşmış bir hüküm arasında olabilir ki bu durumda bir hukuk kaynağı olarak daha büyük önceliğe sahip olarak yasa geçerli olacaktır. Çatışma iki içtihat arasında da olabilir ki bu durumda nadir ve olağandışı olanın diğeri lehine geçersiz kılınması yoluna başvurulmadan önce onların esaslarını uzlaştırmak için bir

⁹⁶ "Laysa fi 'sh-shari'a ma yukhalifu qiyasan sahi han." Ibn Taymiya, *Al-Qiyas fi 'sh-Shar' al-Islami wa Ithbat annahu lam Yarid fi 'l-Islam Nass Yukhalifu 'l-Qiyas as-Sahih*, s. 7 (5-6), H. 1346, Fransızca'ya Laoust tarafından tercüme edilmiştir; *Contribution a une étude de la méthodologie canonique de Taki-d-Din Ahmad b. Taimiya*, s. 113-115, 1939. (Accord) *İstihsan*, s. 465 (4-5).

⁹⁷ Kuran, Sünnet, İcma ve Kıyas (analogiyle akıl yürütme).

⁹⁸ Bkz. bu metin s. 6-10.

girişimde bulunulur.⁹⁹ Birbiri ile çelişen iki içtihadın esaslarını uzlaştırma süreci, Anglo-Sakson hukukunda çok geniş bir kabul görmüş olan hukuki akıl yürütme yöntemini (teknikliğini) kullanır. Bu yöntem "içtihadattan gerekçeli ayrılış" olarak 1958 yılında Henry Hart ve Albert Sacks tarafından tanımlanmıştır.¹⁰⁰ Hukuki muhakemenin rasyonel bir yöntemi olarak istihsanı değerlendiren karşılaştırmalı bir temel oluşturmak için bu tekniği ilk olarak *Berenson v. Nirenstein*¹⁰¹ (davası) örneğinde inceleyeceğiz.

Berenson & Nirenstein

Berenson davası, bir şirketin hisse senetlerini "satın almak için arayış içinde olan davacı namına temsilcilik ve komisyonculuk yapmak üzere" teklifte bulunan bir davalıyı ihtiva eder. Davacı, "hisselerin alımını gerçekleştirmek üzere davalıyı (Nirenstein) temsilcisi ve komisyoncusu olarak tutmuş... Ve davalı (Nirenstein) komisyoncu ve temsilci sıfatıyla davacı adına hareket etmek ve söz konusu hisse senetlerini satın almak için elinden gelenin en iyisini yapmak üzere anlaşmışlardır."¹⁰² Davacı tarafından 4704 hisse için hisse başına 70\$ olacak şekilde kesin bir teklifte bulunmak üzere yetkilendirilmiştir. Fakat bundan sonra davalı, adına hareket ettiği davacıyı temsil etmesine rağmen hisseleri kendi adına satın almak için şirketin belli başlı mütevellileri ile yazılı bir anlaşma yapmıştır. Davacı, ihtiyati tedbir ile diğer mağduriyetlerinin giderilmesi talebinde bulunmuş ama ilk derece mahkemesi *Salter v. Beal*¹⁰³ arasındaki bir davayı emsal olarak gösterip başvurusunu reddetmiştir. Dava, aralarında bariz bir çatışma sorunu ortaya çıkan

⁹⁹ "İçtihat birliği" ilkesine uyma zorunluluğu, yargıçların emsal kararları hükümsüz bırakacak eğilimlerini katı bir şekilde sınırlamaktadır.

¹⁰⁰ Hart & Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, s. 407-426 (yayınlanmamış eser, 1958).

¹⁰¹ 326 Mass. 285, 93 N. E. 2d, s. 610, 1950. Bu dava, Hart & Sacks'te bahsedilen tekniği örneklendirerek açıklamak için kullanılmıştır.

¹⁰² 93 N. E. 2d, s. 610-611, 1950.

¹⁰³ 321 Mass. 105, 71 N. E. 2d, s. 872, 1947.

Salter anlayışı ile diğer bir yaklaşımı içeren *Spritz v. Brockton Savings Bank*¹⁰⁴ davalarına da bakmış olan Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesi'ne gelmiştir.

Salter davası, her ne kadar davacı tarafından bazı makinelerin son tasarımlarının alımı hakkında bilgilendirilmek için istihdam edilmiş olsa da makineleri kendi için satın alan davalının güven sorumluluğunun olmadığını ispat ettiğini hükme bağlamıştır. Davanın esasında *“bir başkası adına alımda başka bir kanut göstermeye ihtiyaç duyulmadan yalnızca bir taahhüdün, güven ilişkisi tesis ettiği kabul edilemez”*¹⁰⁵ şeklinde karara varılmıştır. Diğer taraftan, Spritz davasının olaylara yaklaşımı komisyoncuya vekâlet verilmesi ilişkisinin bazı yükümlülükleri içerdiğini tespit etmektedir: *“Davacı (komisyoncu) müşteri temin ederken ve emlak satışı gerçekleştirirken sadece davalının (vekâlet veren) menfaatine hareket etmekle bağlıdır. Kendisi alıcı konumuna gelemez, yükümlülüğüyle çelişecek herhangi bir şekilde alıcıyla gizli bir anlaşma da yapamaz. Bütün iyi niyetiyle davalının çıkarını gözetmeyi üstlenmiştir”*.¹⁰⁶

Davalardaki bu iki yaklaşımı uzlaştırmak ile karşı karşıya kalan Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesi görülmekte olan davayı Spritz olayındaki yaklaşım içinde değerlendirip Salter olayındaki yaklaşımı uygun görmeyerek alt mahkemenin kararını bozmuştur. Bunun hukuki argümanları aşağıda belirtildiği biçimde okunabilir: *“Mülk alımı ya da satımında tam manasıyla komisyoncu gibi hareket eden birinin vekâlet verene karşı güven sorumluluğu, varlığında yüksek kamu yararı bulunan ticari ahlak ve itibar gibi temel ilkelere dayanır ve bozulmaması korumak mahkemelerin zorunlu görevidir. Olaya ilişkin karar verirken (Salter içtihadındaki görüşte) vekâlet veren ile komisyoncu arasında tam bir ilişkinin bulunduğu dair bir düşüncenin mahkemenin zihninde var olduğu kanısında değiliz. ... Burada en azından vekâlet veren ve komisyoncunun iradesiyle, alıcı ile satıcı arasındaki anlaşmanın sürdürüleceğini içeren tam bir ilişki meydana gelmiştir.*

¹⁰⁴ 305 Mass. 170, 25 N. E. 2d, s. 155, 1940.

¹⁰⁵ Salter v. Beal, 321 Mass. 105, 71 N. E. 2d, s. 872-873, 1947.

¹⁰⁶ Spritz v. Brockton Sav. Bank, 25 N. E. 2d, s. 155-156, 1940.

Komisyoncunun vekâlet verene karşı olan ödevini ihlal edecek şekilde kendisi adına iktisap ettiği mülkiyetin, temsil olunan lehine değerlendirilmesi yönünde yoruma dayanan bir itimada mahal veren hususi ve güvene dayalı bir ilişkinin ortaya çıkması söz konusudur. Katiyen ilk dosyadaki tüm olgular hakkında hatalı bir şekilde karar verildiği iddiasında değiliz ancak davada da ifade edildiği üzere "bu tür ifadeler burada söylenenler bağlamında anlaşılmalı" denildiği üzere bunlardan bazılarındaki genel ifadeler nedeni ile farklı düşünülebilir".¹⁰⁷

Böylelikle Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesi, emsal kararların vakaya yaklaşımındaki ayırt edici unsurun davaların tarafları arasındaki ilişkinin doğasında mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, bir güven ilişkisi kurulabilmesi için temsil olunan ile komisyoncu arasında yeterli bir ilişkinin olmasını gerekli görmüştür. Burada, Spritz kararında mevcut olan fakat Salter kararında bulunmayan "vekâlet veren ile komisyoncu arasındaki tam bir ilişkiden" söz edilmektedir. Bu nedenle vekâlet verenin komisyoncuya dava açması uygun bulunmuştur.

Kazai Takdir Yetkisi

Berenson davasında bir hukuki muhakeme tekniği olarak "içtihadattan gerekçeli ayrılış" ne kadar rasyoneldir? Spritz yaklaşımı çizgisindeki kararlarda genel olarak ifade edilen prensibin sınırlandırılmasıyla Salter kararının esası ile olan uyumsuzluğu giderilecektir. Böylece üst mahkemenin kararlardan birini bozması suretiyle emsal karar mefhumu ihlal edilmeden ve hukuki yeknesaklık muhafaza edilmiş olarak ihtilaf çözülecektir. Hukuk ilkelerinin nasıl bir şekilde daraltıldığı veya genişletildiği derinlemesine incelenirse, eldeki bir vaka için hukuken isabetli verilmiş içtihat kararlarında gerçek olayda bulunmasa bile olgusal benzerliklere ve farklılıklara dair kayda değer bir vurgunun yapıldığı görünür hale gelir. Yargıç elindeki vakaya ilişkin başvurabileceği emsal davalardaki ilkeleri ayıklayıp seçerek takdir yetkisini kullanabilmek için belirli bir hareket alanına sahiptir ve yargıcın gidebileceği sınırlar açıkça tanımlanmış değildir. Hart ve Sacks şöyle ifade etmiştir:

¹⁰⁷ Berenson v. Nirenstein, 326 Mass. 285, 93 N. E. 2d, s. 610- 612, 1950.

“Davacının veya davalının delillerinden bazılarının onaylanması ya da reddedilmesi gerektiğini farz edersek hangi tarafın bu işlemlere tabi olacaktır? Söz konusu düzenlemelerin başlıca hususi etkinliğinin işlevi, bilinen topluluk tutumları ve karşılaştırılabilir problemler hususunda hukukun yerleşik politikaları dikkate alındığında bu soru büyük bir güvenle cevaplanabilir demek bir abartı mıdır?”¹⁰⁸

Yargıcın içtihadından çıkarsama yapıp hukuki bir karar verirken kullandığı takdir yetkisi salt kıyas ile hukuki kıyas arasında bariz bir ayrımın yapılmasını gerektirir. Bu durum şu ifadelerle örneklendirilebilir: Bütün insanlar ölümlüdür; Sokrates bir insandır; bu nedenle Sokrates ölümlüdür. Hesaba katılması gereken bir dizi rakip değişken bulunduğu için hukuki mantık bu şekilde çalışmaz. Karar verme sürecinde bu değişkenlerin önceliği en nihayetinde yargıcın o husustaki kendi eğilimlerine göre tayin edilebilir. Aslına bakılırsa yargıcın sezgisine dayanarak kararını verip daha sonra bunu destekleyecek hukuki bir gerekçe bulup bulmadığı ya da kararını hukuki normlardan çıkarsama yoluyla meydana getirip getirmediği konusu gündeme gelmektedir. Süreç her iki yaklaşımın bir bileşimi gibi görünmektedir: *“Esasen insanlar düşünmeye öncüllerle değil, görünüşte alternatif çözüm ve uygulama olanakları sağlayan, muğlak ve karmaşık bazı olay (dava) ile başlarlar. Öncüller sadece toplam durum analiziyle tedricen su yüzüne çıkarlar. Sorun, verilen öncüllerle bir sonuç çıkarmak değildir ki bu, (öyle olsaydı ÇN.) klavye kullanılarak ruhsuz bir makine parçası tarafından en iyi şekilde yapılabilirdi. Sorun, öncüllerin işlevini görecektir değerinde olan ifadelerin genel esasını ve hususi durumunu tespit etmektir. Doğrusu biz fülüyatta genellikle bazı anlaşılması güç öngörüler içeren bir hükümle (veya alternatif asgari hükümlerle) başlarız ve peşi sıra bunu destekleyecek ya da karşıt hükümler arasında bize akıllıca seçim yapma olanağı sağlayacak esasları ve verileri araştırırız. Hiçbir avukat müvekkilinin davasını bir kıyas işlemi olarak değerlendirmez. Elbette o müvekkilini tatmin edecek bir hükme ulaşma niyetiyle harekete geçer ve sonra lehte bir ifade tesis edebilecek malzemeyi bulmak, küçük bir önerme meydana getirmek için duruma dair olguları inceler. Aynı zamanda, emsal*

¹⁰⁸ Hart & Sacks, 99. dipnotta a.g.e. s. 420.

olarak ileri sürülebilecek kararlarda kullanılmış, olguları açıklayacak ve araştırmayı kati bir şekilde destekleyecek hukuk kurallarını tespit etmek için önceki davaları gözden geçirir. Ayrıca önceki davalarda hükmedilmiş, tatbik edilebilir hukuk kurallarına aşinalığı arttıkça muhtemelen ispata ilişkin bilgileri oluşturmak amacıyla olguları ayıklama sürecinde bakış açısı ve vurgusu değişiklik gösterecektir. Davaya ilişkin daha fazla olguyu öğrendikçe de davasını dayandırdığı hukuk kuralları seçiminde değişiklik yapabilir.

Bu usulü asla bilimsel yöntemin bir modeli olarak ileri süremem; bu durum böyle bir modelin hususi ve taraflı kararlar tesis etmesine de hizmet eden bir yol açılmasına sebep olur. Ancak bu durum, noksanlığına rağmen burada yapıldığı gibi hususi bir noktayı (meseleyi) tanıtmamaktır yani; öyle ki düşünme, delalet ettiği sonuca nispetle belirsiz ve müphem olan az çok karışık bir durumdan yola çıkar ve bu durumun ve öncelikli kuralların analizi esnasında büyük ve küçük her iki önermenin formasyonu geçici ve bağlantılı olarak işler. Kabule şayan önermeler verilmesiyle beraber, kuşkusuz yargıç ve jüri de sonuç olarak bunların yerinde olduğuna katılır ve karar verilir. Kuralcı bir mantıkta, önermelerden bir karar elde edilmez; kararlar ve önermeler aynı şeyi belirten iki yoldur. Düşünme, önermelerin geliştirilmesi faaliyeti olduğu kadar bir kararın geliştirilmesi faaliyeti olarak da tanımlanabilir”¹⁰⁹

KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

Herhangi biri hukuki muhakeme kavramını, emsal olayın kıyasla (syllogistic) yorumlanması ve öncüllerin sonucu olabildiği kadar şekillendirmesi gerektiği görüşünü kabul ederse de bu yol rasyonel olarak tanımlanabilir. "İçtihatın gerekçeli ayrılış" bahsinde belirtildiği gibi, sistemin istikrarına katkıda bulunan hukuk prensiplerinin tatbikinde geçmişle tutarlılık ve süreklilik sağlayan belirli

¹⁰⁹ Dewey, "Logical Method and Law", 10 *Cornell L. Q.* s. 17-23, 1924. Dewey, daha sonra bu süreci okyanustaki fırtınalı bir dizi dalgaya benzetir: "öneriler uzanır ve bir çarpışmada kırılır ya da işbirliği içindeki bir dalgayla ileri doğru taşınır." Dewey, *Art as Experience*, s. 38, 1934.

ölçüdeki mantığa bir bağlılık söz konusudur. İçtihat terk edildiğinde yargıç, kendi eliyle kararını kuralsızca, çıkarıcı veya keyfi olduğu ithamına açık hale getirir fakat yargıcın esasen karar verirken sahip olduğu bağımsızlığa rağmen içtihat birliği prensibine riayet bu ithamı ortadan kaldırır.

Diğerlerine kıyasla, çelişik kurallar (hükümler) mütalaa için yarıştığında İslami hukuk muhakemesinde istihsanın kullanımı kararların tespiti için rasyonel bir yöntem olarak tanımlanabilir. İstihsan hüküm yapımı İslam Hukukunun geçerli ve muteber bir deliline dayanır, istihsan sadece bu delilin seçimini belirler ve bunu öncelikler sistematığı ile ya da kavramların özündeki maksadın (anlamın) mantıksal bir analizi vasıtasıyla yapar. Maksadın analizi sıkı bir mantıki çerçevede olmayabilir. Berenson davasında, aracı ile temsil olunan arasında güvene dayalı bir ilişkinin bulunması karar için bir neden veya gerekçe (İslami terminolojide; illet) oluşturmuştur. Benzer bir şekilde, yırtıcı kuşların artığı besinler (onların bulaştığı gıdalar) olayında da necis et (kuşlar gaga ile besine dokunur, gaga da et değil kemiktir ÇN.) ile bir temasın olmayışı hüküm için bir gerekçe teşkil etmiştir. Her ne kadar vakalara ilişkin rağbet edilmeyen yaklaşımda ve Berenson davasında bir gerçeklik bulunuyor olsa da kuşların yırtıcılığının İslami vakalarda belirleyici olmadığı kabul edilmesinde olduğu gibi bir başkası namına alım yapmak için salt bir taahhüt de belirleyici değildir. Olayda muhtelif değerlendirmelere atfedilen öneme bağlı olarak farklı argümanlar farklı sonuçlara ulaşılmasını sağlayabilir. Fakat yine de takdir yetkisi için sağlanan bu hareket alanı İslam hukukunu irrasyonel hale getirmez. Bu, Amerikan hukuk sisteminde ve hukuki gelişmelerin topluma ayak uydurmaya çalıştığı her sistemde bulunur. Hukuki bir muhakeme yöntemi olarak istihsan mefhumu hakkaniyet (equity) kavramına tam bir tezat oluşturur. Hakkaniyet, İslam'da hukukun belirlenmesinin esası (dayanağı) olarak kabul edilebilir değildir. Oysa belki de hala istihsan ile hakkaniyet arasında bir benzerlik bulmak için bazı dayanaklar vardır. Her iki kavram da yarara yönelik bir araştırma fikrini içermektedir. Bu kavramların kullanılmasındaki motivasyon öncelikli olarak, mevcut bir hukuk kuralına uygun olmayan salt hissiyattan kaynaklanıyor olabilir.

Yarara yönelik araştırmayı bir kez hissiyat harekete geçirdi ise benzerlik orada sona erer. Equity, hukuki salahiyetinin dayanağını hukuk sistemi dışında mevcut olan birtakım yerleşik normlarda bulur.¹¹⁰ İstihsan ise dayanağını, mevcut hukuk kuralları altında yatan illetlerin tespitinde ve bu tespite esas alınan kurallar arasındaki bariz ihtilafların giderilmesinde bulur.

İstihsan, yeni bir hukuk kaynağı değildir. Sadece birinin vicdani tecrübelerinden kaynaklanan bir kavram değildir. Kamu yararının gözetilmesi, ihtiyacın dikkate alınması, zaruret, menfaat, uygunluk ve kolaylık gibi bir fayda vasıtasıyla harekete geçirilebilir ancak bir Kur'an, sünnet veya icma hükmü ya da bu kaynakların metinlerinin (nasların ÇN) incelenmesi vasıtasıyla çıkarılan bir sebeple (illet) gerekçelendirilebilir.¹¹¹ Tyan'ın beşeri menfaatlerin giderilmesi örneğinde ifade ettiği gibi istihsanı hukuk ruhundaki müphem genel esasların subjektif bir yorumu olarak göstermek meşrulaştırmak için yeterli değildir. Bu mefhumlar, kaynakların

¹¹⁰ *Black's Law Dictionary*, s. 634, 4. basım, 1968; equity kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: “*En geniş ve en genel ifadeyle, bu terim, hakkaniyet ruhu ve itiyadına, dürüstlüğü, insanoğlunun diğer insanlarla münasebetlerini tanzim eden adalet dağıtmına, -insanlara bize davranmalarını arzuladığımız şekilde muamele etmek ya da Justinian tarafından ifade edildiği gibi “dürüstçe yaşamak, hiç kimseye zarar vermemek, herkesin kendi görevini yapmasını sağlamak” düsturuna- delalet eder. (Institutiones 1. 1. 3) Dolayısıyla doğal hak ya da adalet kavramları ile eş anlamlıdır. Fakat bu bağlamda, onun kanuni açıdan ziyade etik açıdan bir zorlayıcılığı bulunur ve hakkındaki tartışmalar ahlaki alana ait bir husustur. Equity, pozitif hukukun herhangi bir müeyyidesi kapsamında değil vicdani ahlak ilkelerinde yer edinmiştir.*”

Dar anlamda bu sözcük, hakları veya iddiaları bakımından anlaşmazlık içinde olan iki insan arasında eşit ve tarafsız bir adalete ve böylelikle şematize edilmiş yürürlükteki hukuktan bağımsız olarak akt-ı selim ya da etik kavrayış ile adaletin ortaya çıkarılmasına işaret eder. Bu, hakkaniyeti gerçekleştiren mahkemelerin bir dereceye kadar onu yukarıda bahsedilen kurumları ortaya çıkarmak suretiyle araştırması ya da pozitif hukukun katı sınırlarının ötesinde hakkaniyete başvurması halleri dışında, terimin teknik bir manası değildir.”

¹¹¹ Becker'ın, Yargıç Cardozo'nun bir kararıyla ilgili (Hynes v. N.Y. Central Railway Co. 231 N. Y. s. 229, 1921) “*Analogy in Legal Reasoning*” (83 *Ethics*, s. 248-255, 1972-73) adlı makalesinde yer alan şu yorumu ilgi çekicidir: “*Virgulamak istediğim, politika düşüncelerinin, elverişliliğin ve adaletin bu kararda yer almaması değil, sadece onların mantığa aykırı şekilde ve daha belirgin bir biçimde analojik argümanlara zıt olarak kayda geçmemesidir. Doğrusu onlar, rekabet eden iki dinamik analojinin değerlendirilmesindeki unsurlar olarak tamamen uygun bir şekilde yazıldılar. Bence, bunu fark etmek, yargısal akıl yürütmeyi daha isabetli şekilde anlamaya yönelik ve yargısal kararlarda tesis edilen analojik argümanların meşruluk ölçütünün ayrıntılı bir şekilde izah edilmesine nasıl başlanılabileceğini kavramaya doğru çok önemli bir adımdır.”*

yorumlanmasında işin içine karışan insan unsurunun ifade edilmesi alışkanlığı haline gelmediği sürece Tyan'ın nitelendirmesinin aksine istihsan ne subjektif ne de tesadüfidir. Teorik olarak aynı problem için iki farklı çözüm istihsan yoluyla mümkün değildir. İbn-i Teymiyye, bir vakada “gizli” ve “açık” birer kıyas değil yalnızca bir tane muteber kıyasın olabileceğini savunur. İnsan unsuru, bir hukuksal olayda iki farklı hukukçudan iki farklı çözümün hâsıl olmasını mümkün kılarak probleme belirsizlik katsa da tek bir çözüm teorik olarak doğru olabilir.

Chehata, istihsan ile hakkaniyet arasındaki çatışmanın spesifik bir problemi olarak İslam hukukunun bir doğal hukuk düşüncesini kabul etmediğini ortaya atar. Bu nedenle İslam hukukunda hakkaniyet gibi bir kavramın olmadığından ve istihsanın hukuk metinlerinden hükmün amacını çıkarmak için kullanılan bir yöntem olduğundan bahseder. Ancak istihsanın analogiyle akıl yürütmeye (kıyas) benzediğini reddettiğinde onun açıklaması belirgin olmayan bir hâl alır.¹²²

Hanefi ekolünden Pezdevî ve Serahsî ile Hanbelî ekolünden İbn-i Teymiyye başta olmak üzere hukukçularla ilgili bir çalışma istihsanın Kur'an, sünnet veya icmaya aykırı bir hükmü ya da tutarsız bir kıyası esas alan kıyasın değiştirilmesi ya da terk edilmesi olabileceğini ortaya koymaktadır. Terk edilecek ya da değiştirilecek olup olmaması Kur'an, sünnet veya icmadan bir delile dayanılarak çatışan iki argüman arasında bir ayırım yapılabilecek olup olmamasına bağlıdır. Herhangi bir ayırım bulunamaz ise bu durumda kıyas terk edilmelidir. Bu bağlamda istihsan, hukukta mevcut hükümler arasındaki ihtilafı ortadan kaldırmak için kullanışlı bir yöntem haline gelir.

İstihsan, İslam hukukunun rasyonel bir ögesi midir? Weberyen

¹²² Chehata, Kuran, sünnet ya da *icmada* yer alan bir kuralın *kyasa* muhalif olduğu bir durumda neden *istihsana* başvurulması gerektiğini sorgular (30. dipnotta a.g.e. s. 125). Bu, *istihsanın* bir konuda emin olmak için doğru bir yöntem olduğunu ve sadece bu yöneme dayanarak geliştirilmiş bir çözüm olmadığını gösterecektir.

terminolojiye göre¹³ İslam hukuku rasyonel bir gerekçesi olmaksızın kendisini mantık dışı kılacak derecede ilahi kaynaklara bağlıdır. Kur'an ve sünnet hükümleri ilahi bir şekilde meydana getirildiğinden İslam hukukunda başka bir gerekçeye ihtiyaç duyulmamaktadır. Fakat bütün olarak ele alındığında bu hükümler genel yapının küçük bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu kaynaklardan kıyas yoluyla elde edilen ve istihsan yoluyla değiştirilen hukuk kuralları oldukça makul bir metodu kullanmaktadır. Bu şekilde elde edilen kurallar, İslam hukuk külliyyatında (*corpus juris*) büyük çoğunluğu teşkil etmektedir. Bazı Amerikalı bilim adamlarının görüşlerinin aksine,¹⁴ İslam'daki hukuki muhakeme yöntemi keyfi, takdiri veya sistemsiz değildir. O, istihsan biçimiyle Amerika'ya özgü içtihattan gerekçeli ayrılış kavramına oldukça benzemektedir. İstihsana Amerikan hukuk terminolojisi bağlamında bir tercüme yapılacak olursa "küyastan (analojiyle akıl yürütme) gerekçeli "ayrılış" olarak adlandırılabilir.

¹³ Bkz. 7. dipnotta a.g.e.

¹⁴ Bkz. bu metin, s. 1-2.

KİTAP İNCELEMESİ

AHMET AKBABA, İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA ÜÇÜNCÜ KUŞAK HAKLAR,
LEGAL YAYINEVİ, İSTANBUL 2016

Derya Sınakçı*

1. GİRİŞ

Çağdaş hukuk ve siyasetin en başta gelen konularından biri şüphesiz insan haklarıdır. İnsan haklarına saygı gösterilmesi talebi, çağımızın en yaygın ve etkili siyasi ahlak çağrısıdır. Teorik olduğu kadar pratik bir sorun olan insan hakları son yıllarda ulusal ve uluslararası gündemin baş sıralarına yerleşmiş bulunmaktadır. Sadece akademik literatürde ve insan hakları savunucularının bildiri ve açıklamalarında değil, bürokratik ya da politik kaynaklı resmi söylemlerde de bu konu çok daha fazla tartışmanın odağında yer almaktadır.¹

Tarihin derinliklerinden gelen ve günümüzdeki önemi her şeye rağmen gittikçe artan ve bütün insanlığı ilgilendiren bu konu, uluslararası bir nitelik taşımaktadır. İnsan hakları, durağan değil, zamana ve ihtiyaçlara göre değişen bir yapıya sahiptir. İncelememize konu olan kitap insan haklarının önemine dikkat çekmekte olan önemli bir eserdir.

Kitabın yazarı Ahmet Akbaba, hâkim olarak görev yaparken aynı zamanda akademik çalışmalarını da sürdürmüştür. Doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışma daha sonra kitaplaştırılarak Legal Yayıncılık tarafından Temmuz 2016'da 352 sayfa olarak yayımlanmıştır. Yazar çalışmasında üçüncü kuşak hakları ve bunların etkin bir biçimde yürürlüğe konulması hususunu uluslararası insan hakları hukuku bağlamında ele almıştır.

*SDÜ Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

¹ Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitapevi, Ankara, 2012.

Yazara göre, tarihsel gelişime bakıldığında insan onuru ve insan hakları kavramlarının ne ifade ettiğinin kolay anlaşılacağı görülmektedir. Oluşum sürecini halen tamamlayamayan bu hakların neler olduğu ve 'insan hakkı' olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği bu çalışmanın sorunsalını oluşturmaktadır. Yazar bu çalışmada, insan haklarının sahip olduğu nitelikler hakkında genel bilgi vermeyi amaçlamış, üçüncü kuşak haklar ile ilgili nitelikleri tartışmıştır. Bu bilgilere yer vermesindeki amaç; üçüncü kuşak hakların, insan hakları kategorisine kabul edilip edilemeyeceği konusunu aydınlatmaktır.² Gerek üçüncü kuşak haklara yönelik eleştirilerin cevaplandırılması gerekse insan haklarında var olan temel unsurların üçüncü kuşak haklarda da var olduğunun savunulması Eserin ana probleminin de bu olduğunu kanıtlar niteliktedir. Son bölümde yanıtlanmaya çalışılan, üçüncü kuşak hakların, doktrinde tartışılmaya devam eden ilkeler mi yoksa mahkemeler önünde ileri sürülebilen vazgeçilmez, devredilmez ve doğuştan kazanılmış bir 'insan hakkı' mı olduğu sorusu eserin belkemiğini oluşturmaktadır.

Yazarın bahsettiği hakları, ele aldığı sırayla kısaca tanımlayacak olursak;

Barış hakkı, herkesin uluslararası barış ve güvenlik şartları içerisinde yaşama hakkına sahip olduğu ve ekonomik, sosyal, kültürel haklar ile medeni ve siyasal haklardan bütünüyle istifade etme fikrini kapsayan bir kavram olarak tanımlanmaktadır.³ 1945 tarihli BM Şartı'nın BM'nin amaçları başlıklı 1. Maddesinde barış hakkı, 'Uluslararası barış ve güvenliğin temin edilmesi ve barışı korumak ve barışı tehdit eden faaliyetleri önlemek için etkili kolektif önlemler alınması' cümlesinde düzenlenmiştir. Barış hakkı adına önemli bir adım da, BM Şartı doğrultusunda kabul edilen Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası İlkeler Bildirgesidir. Bu bildirmede, uluslararası barışın korunması hususunda devletlerin işbirliği yapacağından bahsedilmiştir.⁴ Hakkın somut olarak

² Ahmet Akbaba, İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.3

³ Jason Morgan- Foster, 'Third Generation Right ; What Islamic Law Can Teach the International Human Rights Movement' 8(1) 'Yale Human Rights and Development Law Journal' 2005, s.9.

⁴ Bkz: Akbaba, 2016, s.42.

ve diğer haklardan bağımsız bir şekilde ele alınması 1984 tarihli BM Halkların Barış Hakkına Dair Bildirgesi'yle gerçekleşmiştir. Barış hakkı'nın temel unsuru olan *vicdani ret* AİHM kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. Maddesi olan 'din, vicdan ve düşünce özgürlüğü' ile ilişkilendirilmiştir.

Self determinasyon hakkı, son zamanlarda eski anlamından daha geniş kullanılmaktadır. Bu hakkın uluslararası hukuk doktrininde, demokrasi ile ilişkilendirilen iç ve ayrılma hakkını kapsayan dış yönü olmak üzere iki farklı yönü vardır.⁵ BM Şartı'nın 55. maddesinde ilke olarak düzenlenen self-determinasyon hakkının, İkiz sözleşmeler⁶ ile birlikte artık mevcut devletler için değil tüm milletler için tanındığı kabul edilmiştir.

Çevre hakkı'nın üzerinde uzlaşmış bir tanımı olmamakla birlikte bu hakkın konusunu; hava, su, toprak, doğal kaynaklar, flora ve faunanın korunması ve korunamamış olan çevrenin doğal haline kavuşturulması için gerekli tedbirlerin alınması oluşturmaktadır. Bu hakkı dolaylı da olsa tanıyarak insan hakları hukukuna kazandıran Stockholm Bildirgesi'dir. Bildirge her ne kadar bağlayıcı olmasa da 'sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşam hakkını vurgulamaktadır. Çevre konulu konferansların düzenlenmesi, birçok protokol imzalanması çevre hakkının gelişimi açısından mühim adımlardır. Bu önemli adımlardan biri de 1997 Kyoto Protokolü⁷'dür.

Gelişme hakkı, insan kişiliği ve beşeri özgürlüklerinin tüm olanak ve boyutlarıyla gelişmesi için toplumsal imkânlar oluşturulmasıdır. İHEB'de gelişmenin önemine yer verilmiş olup İkiz Sözleşmelerle ilk defa gelişme hakkı vurgulanmıştır. Düzenlenen pek çok bildirge arasında şüphesiz en önemlisi Gelişme Hakkına Dair BM Bildirgesi'dir.

⁵ Kuvılcım Turanlı Yücel, Barış Hakkı ve Hayata Geçirilmesi, 12 Levha yayıncılık, İstanbul, 2012, s.90.

⁶ Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

⁷ Sera gazı azatımı konusunda yükümlülükler getirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Faruk Bilir, Berkan Handemir, Çevre Hakkı ve Uygulaması, International Conference on Eurasian Economies, 2011, s 144.

2. DEĞERLENDİRME

Kitabın planına bakacak olursak, Birinci bölümde, insan haklarının sınıflandırılması ve üçüncü kuşak hakların ortaya çıkış nedenleri yer almaktadır. İkinci bölümde; barış hakkı, üçüncü bölümde; self determinasyon hakkı, dördüncü bölümde; çevre hakkı ve beşinci bölümde; gelişme hakkı olarak en belirgin üçüncü kuşak haklar incelenmiştir. Her bölümde üçüncü kuşak hakların kaynaklarına, gelişmelerine yardımcı olan unsurlara değinilmiştir. Altıncı bölümde, hakların öznesi ve yükümlüsü üzerinde durularak üçüncü kuşak hakların dava edilebilirliği, haklar arasındaki ilişki ve bu haklara getirilen eleştiriler aktarılmıştır. Son olarak, hakların hayata geçirilmesinin önündeki engeller incelenerek kabul edilmelerinin faydalarına değinilmiştir.

Eserde her bölüm başlangıcında ilgili bölümde değinilecek kavramlara öncelikle doktrindeki farklı tanımlar eşliğinde yer verilmiştir. İnsan haklarının, bireylerin etkin mücadelesiyle kazanıldığını savunan Akbaba, her bir hakkın tarihsel gelişimini detaylarıyla ele almıştır.. Hatta genel anlamda insan hakları kavramını açıklarken insan haklarının teorisinden başlamıştır. Bu anlamda aslında kitapta sadece insan hakları hukuku ve uluslararası hukuk kaynaklarından değil hukuk felsefesi ve sosyolojisi kaynaklarından da yararlanılmıştır. Bu anlamda yazarın her hususta doktrinlere yer verip, konuyu tartışmalar ve cevaplarıyla zenginleştirdiğini görmekteyiz.

Akbaba, insan haklarının niteliklerinden *bütüncül nitelikte olma* ilkesine ayrı bir önem vermiştir. Bu ilke, siyasal, politik, ekonomik, sosyal, kültürel haklar ve dayanışma hakları ayrımı yapmaksızın tüm insan haklarının bölünmez ve bütüncül nitelikte olması anlamına gelir.⁸ Yani her ne kadar insan hakları, içerikleri, işlevleri ve sınırlamaları bakımından birbirinden ayrılrsa da bu hakların tamamı bir bütünün parçaları olarak kabul edilmektedir. Burada yazara göre; küreselleşme sürecinin

⁸ Elizabeth Shaver Duquette, 'Human Right in the European Union: Internal versus External Objectives', 34(2) Cornell International Law Journal, 2001.

yoğun olarak yaşandığı 21. yüzyılda insan haklarının, ortaya çıkan sorunların çözümünde daha etkili rol oynayabilmesi bütüncül olma yönünün ön plana çıkarılmasına bağlıdır.⁹ Yazar aynı zamanda üçüncü kuşak hakların bazı birinci kuşak haklarla bağlantılı olduğuna değinmiştir. Buna örnek olarak çevre hakkının, *sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı* şeklinde ele alınmasını göstermiştir.¹⁰

Akbaba, üçüncü kuşak hakların gelişimine yardımcı olan unsurlara oldukça geniş yer ayırmıştır. Bu unsurlara çok önem verdiği gözlenmektedir. Hatta belki de bu unsurların ilerde dördüncü kuşak hakların gelişimine de yardımcı olabileceğini belirtmiştir. Yazara göretek tek unsurların tarihsel süreçlerinin ele alınması mühimdir. Zira bir araştırmanın doğru ve zengin olmasını sağlayan en önemli koşullardan biri önce ilgili konunun tarihini kavramak, gelişimini anlamlandırmaktır. Ayrıca yazar tüm bu unsurların Türkiye mevzuatındaki yerlerine de değinmiştir. Türkiye adına özel bir başlık açması eserin, uluslararası hukuk ve insan hakları hukukunu Türkiye bazında inceleyenlere kaynaklık edebileceğini ortaya koymaktadır. Türkiye'deki ilk vicdani ret eyleminden¹¹ bahsederken bu eyleme neden olanlar hakkında açılan kamu davasından ve aldıkları hapis cezasından, bu cezanın para cezasına çevrilmesinden de bahsetmiştir. Kamu davasının bu derece ayrıntısına girmesi yazarın mesleğinin hâkim olmasının, tezini ele alış şeklini etkilemiş olabileceği ile açıklanabilir.

Eserde konuya ve unsurlara ilişkin pek çok mahkeme kararı (AİHM Kararları) sunulmuştur. Örnek olarak çevre hakkında anlatılan, mahkemece davasında AİHM'in ilk defa çevre ile insanoğlunun yaşam kalitesi arasındaki ilişkiye vurgu yaptığı görülmektedir. Bunlar da hakların dava edilebilirliğini, uluslararası yargı alanında ne şekilde ele alındıklarını, nasıl karşılandıklarını ve

⁹ Suat Söylemez, 'Küreselleşen Dünyada Yoksulluk Sorununun İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi' İÜSBE Kamu Yönetimi ABD, Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s.164, Anayasa Mahkemesi Kütüphanesi, İnsan Hakları Bölümü.

¹⁰ Muhlis Öğütçü, Dayanışma Hakkı Olarak Yurttaşların Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 27, 2009, s.36.

¹¹ Akbaba, 2016, s. 56.

yorumlandıklarını bize gösteren önemli delillerdir. Ama aynı zamanda mahkeme kararlarının çok uzun aktarılmasa da sayıca fazla olmaları konuyu dağıtma tehlikesi taşımaktadır. Yargı kararları ayrı bir bölüm halinde işlenseydi daha sağlıklı bir anlam bütünlüğü sağlanabileceği kanaatindeyiz.

Eserde ayrıca çok fazla alıntı olduğundan anlatımın çok sade olduğu söylenemez. Self determinasyon hakkı bölümünde, içsel ve dışsal self determinasyonu örneklemek için Akbaba oldukça uzun bir dipnota yer vermiştir.¹² Konunun içinde bu kadar uzun bir örnek okuyucunun dikkatinin dağılmasına neden olabileceken en azından dipnotta yer vermesi doğru bir seçenek olmuştur. Yine de kendisi daha sonra uluslararası hukukta self determinasyon örnekleri başlığı açarak pek çok ülkede yaşanan örnekleri aktarmıştır. Burada da kitabın genelinde olduğu gibi çok çeşitli kaynaklardan yararlandığı görülmektedir.

Çevre hakkını incelediği bölümde aslında yazar niçin yargı kararlarına bu kadar fazlaca değindiğini açıklamıştır; yargı kararları sadece sağlıklı çevrede yaşama hakkının gelişiminde değil, bu hakkın destekleyicisi olan sürdürülebilir kalkınma gibi kavramların da gelişiminde önemli rol oynayan etkenlerden birisidir. Yargı kararlarını önemli görmesindeki bir diğer etkense, uluslararası sözleşmelerde yer almayan çevresel korumaya yargı kararları ile imkân tanınmasıdır.¹³ Bu sebepleri sunduktan sonra yazar tekrar çevre hakkında da fazlaca uyuşmazlığa yer verip bunların değerlendirmesini yapmıştır. Genel olarak çevre hakkını diğer haklara göre çok daha geniş ele aldığı görülmektedir. Bu da özellikle çevre hukuku alanında çalışan araştırmacılar için etkili bir birikim ve kaynak olabileceğini göstermektedir.

Üçüncü kuşak haklara getirilen eleştirileri sırasıyla cevaplandığı son bölümde; 1982 Anayasasında üçüncü kuşak hakların, Anayasanın birinci veya ikinci kuşak haklarına yerleştirildiğinden bahsetmiş ve bunun uygulamada birçok soruna

¹² Akbaba, 2016, s.99.

¹³ Akbaba, 2016, s.151.

neden olduğunu belirtmiştir.¹⁴ Fakat bu sorunları açıklamamıştır. Kavramları ve konuları son derece ayrıntılı ele alan Akbaba'nın bu hususu da açıklayarak sonlandırmasının daha yerinde olacağı düşünülebilir.

3. SONUÇ

İnsan hakları, insan onurunun korunması ve geliştirilmesi amacına hizmet etmektedir. İnsan haklarının hedefi, insan üzerindeki her türlü baskının ortadan kaldırılmasıdır. İlk iki kuşak haklarda olduğu gibi üçüncü kuşak hakların da kaynağı insan onurudur. Akbaba bu hakların, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların meşruluğunu tehlikeye atmayarak tam aksine dünyada yaşayan ve gelecekte yaşayacak tüm milletlerin bu haklara sahip olmasını ve hakları etkili bir şekilde kullanmalarını sağlayacağını belirtmektedir. Yazarın deyimiyle bu çalışmanın amacı; doktrinde bütüncül bir bakış açısıyla incelenmemiş, aralarındaki ilişkiler ve çatışmalar irdelenmemiş olan üçüncü kuşak haklardan bazılarının, tarihsel süreç içerisinde ilke olmaktan insan hakkı olmaya kadar varan evrim süreçlerinin tek bir çalışmada anlatılmasıdır.¹⁵ Üçüncü kuşak haklar hakkında oldukça az sayıda çalışmanın var olduğunu göz önünde bulundurduğumuzda, bu çalışmanın akademide önemli bir boşluğu doldurduğu görülmektedir.

Doktrinde üçüncü kuşak haklar arasında kabul edilen insanlığın ortak mirası ve azınlık haklarına eserde yer verilmemiştir. Üçüncü kuşak hakların tamamına yer vermenin tezin kapsamını genişleteceğinden yazar, çalışmasının doktora tezinin kapsam ve sınırlarını fazlasıyla aşacağından endişelenmiştir. Bu nedenle üçüncü kuşak haklar arasından en çok bilinen hakları ele alarak bir sınırlamaya gitmiştir. Sadece önemli ve gerekli görülen ilkelere değinen eser aslında çok iyi okunduğunda değinilmeyen haklar adına da aynı yöntemle bir çıkarımda bulunulabilecektir.

¹⁴ Akbaba, 2016, s.304.

¹⁵ Akbaba, 2016, s.8.

Dayanışma hakkı olarak da bilinen üçüncü kuşak hakları, diğer birinci ve ikinci kuşak hakların geçmiş olduğu aşamalardan geçmiştir. Yani bir konunun hak olarak hukuk âleminde yer alması için gerekli olan norm öncesi ve normatif aşama dayanışma hakları için de geçerlidir.¹⁶ Toplumsal ve uluslararası dengesizlik ve çatışmalar, çevre, gelişme ve barış hakları gibi üçüncü kuşak hakların hukuk öncesi temelini oluşturmuştur. Sömürgelerin bağımsızlık kazanmasının ardından barış hakkı ile kitlesel imhacılığa; çevre hakkı ile kapitalizmin doğayı sermaye artışı olarak gören algıya; gelişme hakkı ile emperyalizmin halklar üzerindeki baskısına ve bunun neticesinde ortaya çıkan yoksulluğa karşı çıkmıştır.¹⁷

Yazara göre, günümüzde bu hakların, talep sürecini geçerek norm öncesi devreyi aştıkları ve pozitif hukuk alanında tanındıkları ve mevcut hukuk düzenleriyle de çalışmadıkları görülmektedir. Akbaba'nın üçüncü kuşak haklar hakkında sunduğu bazı çözüm önerileri eserdeki amacını ortaya koyması adına önem arz etmektedir. Bu sayede diğer araştırmacılar da sadece bilgi edinmekle kalamayacak fikir de edineceklerdir. Teorinin yanında uygulamada da, üçüncü kuşak hakların artık tanındığının ve çeşitli ülkelerin hukuklarınca yer verildiğinin gösterilmesi gerekmektedir. Bu anlamda çevre hukuku alanından bahsedecek olursak; ulusal düzeyde, toplumun tüm tabakalarının özel çıkarlarından vazgeçerek, ortak menfaat kavramında birleşmeleri, uluslararası düzeyde ise yine hem milletlerin hem de çok uluslu şirketlerin özel çıkarlarından vazgeçerek insanlık için ortak menfaat içeren çevre hakkı kavramında birleşmeleri gerekmektedir.¹⁸ Akbaba tarafından bu alanda atılacak en önemli adımın, imzalanacak bir uluslararası sözleşme olduğu ileri sürülmektedir. Hatta imzalanacak bu sözleşmeyle birlikte Uluslararası Çevre Mahkemesi kurulabilirse, bunun devrim niteliğinde bir gelişme olduğundan bahsetmektedir.

¹⁶ Akbaba, 2016, s.180.

¹⁷ Akbaba, 2016, s.33.

¹⁸ Akbaba, 2016, s.310.

Gelişme hakkı alanında; *gelişme* kavramının hakkın istenen tek amacı olarak görülmesi gibi hususlar üzerinde çalışılması gerekmektedir. Gelişme hakkını etkili kılmak adına ise uygun kılavuz belgeler hazırlanması yazarın getirdiği bir diğer çözüm önerisidir.

Sonuç olarak, üçüncü kuşak hakların uluslararası insan hakları alanında birinci ve ikinci kuşak hakların sahip olduğu konuma kavuştuğu görülmektedir. Ancak bu hakların birinci ve ikinci kuşak haklar gibi ileri sürülebilmeleri için bu hakların herhangi bir muğlâklığa yer vermeyecek şekilde yeniden tanımlanmaları, kapsamlarının net bir şekilde belirtilmesi ve bağlayıcı uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmaları gerekmektedir

KARAR ÖZETİ

BABAĞANOV/TÜRKİYE KARARINDA BAŞVURUCUNUN AİHS MADDE 3 İLE İLGİLİ İDDİALARININ İNCELENDİĞİ BÖLÜMÜNÜN ÖZETİ

Ömer Buyrukçu *

Davanın Adı: Babajanov / Türkiye Davası

Başvuru Numarası: 49867 / 08

Tarih: 10 Mayıs 2016 (İkinci Daire)

Davanın temelinde 1975 tarihinde Türkiye’de doğmuş ve Türkiye’de yaşamakta olan Özbek vatandaşı Mohammed Kuranbay Babajanov’un (başvurucu) Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.

1. BAŞVURUCUNUN İDDİALARI:

Başvuranın iddiasına göre, başvuran İslami dini inançları ve eylemleri nedeniyle 1999 yılında polis baskını sonucunda Özbekistan’dan Tacikistan’a kaçmıştır. Eğer Özbekistan’da kalırsa devlet makamlarının zulmüne uğrayacağı ve sonunda hapse atılıp bazı Müslüman arkadaşları gibi işkence göreceğinden korkmuştur. Ayrıca bu durumu desteklemek için de Moskova’da bulunan bir sivil toplum kuruluşunun hazırlamış olduğu ve başvuranın da adının bulunduğu devlete karşı suç işlemekle suçlanan kişilerin listesini içeren bir belgenin nüshasını vermiştir. Başvuran, süre gelen zaman dilimi içerisinde Afganistan’a, Pakistan’a gitmiş ve daha sonra İran’a varmış ve bir süre Zahidan’ da kalmıştır. Ancak başvuran sınır dışı

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf öğrencisi.

tehditlerine müteakip İran'dan kaçmaya karar vermiştir ve daha sonra 18 Kasım 2007 tarihinde Van üzerinden yasadışı yollarla Türkiye'ye girmiş ve mülteci statüsü almak amacıyla Ankara'ya gitmiştir. Oradan Van BMMYK ofisine gönderilmiş, kendisine 24 Eylül 2008 tarihine kadar geçici ikamet izni verilmiş ve haftada üç kez polise imza atıp rapor vermesi istenmiştir. Başvuran 12 Eylül 2008 tarihinde rutinin bir parçası olan imzasını atmak için polis merkezine gittiğinde yirmi dokuz sığınmacı ile birlikte gözaltına alınmış, kimlik kartları, paraları, telefonları da dahil olmak üzere kişisel eşyalarına el konulup aynı akşam saat 21.00 civarında sınıra götürülmüş ve zorla İran'a sınır dışı edilmişlerdir. Başvuran sınır dışı etme sürecinde polis tarafından kötü muameleye maruz kaldığını ve tehdit edildiğini iddia etmiştir. Daha sonra başvuran diğer Özbek sığınmacılar ile birlikte yasadışı yollarla tekrar Van'a geri dönmüştür. İlerleyen bir zaman diliminde başvuran şans eseri İran'a tekrar sınır dışı edilmekten kurtulmuştur. Bu arada iddiaları ile ilgili lehine olmak üzere dosyasında birçok belge ve görüşe yer vermiştir. (Örneğin; Uluslararası Af Örgütü, Van Barolar Birliği, bir Türk Milletvekili, BMMYK Ankara Ofisi)

2. HÜKÜMETİN SAVUNMALARI:

Hükümet ise, başvuranın güvenli bir üçüncü ülke olan ve BMMYK tarafından mülteci olarak tanındığı İran'a sınır dışı edildiği ve başvuranın iddiasının aksine bir özgürlük kısıtlaması ya da kimlik belgelerine el koyma gibi bir durumun olmadığını ifade etmiştir.

3. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ:

Başvuran, geçerli ikamet izni olmasına rağmen sığınma talebi değerlendirilmeksizin ve sınır dışı etme emri olmaksızın İran'a sınır dışı edilmesinin Sözleşme'nin 3. ve 13. maddelerinde garanti altına alınan haklarını ihlal ettiğini

belirtmiştir. İran'dan alınıp siyasi görüşleri ve dini inançları nedeniyle işkenceye maruz kalıp idam edilmesi muhtemel olan Özbekistan'a sınır dışı edilmesine ilişkin gerçek bir riskin olduğunu ifade etmiştir.

Hükümet ise başvuranın iddialarına itiraz etmiş, İran'dan Özbekistan'a sınır dışı edilme riskinin olmadığını ve İran'ın güvenli bir üçüncü ülke olduğunu savunmuştur.

A. Kabul Edilebilirlik

Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a bendi kapsamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığına dikkat çekmektedir. Bununla birlikte, hiçbir şekilde kabul edilemez olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle, kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

B. Esas

Başvuran, İran'dan Özbekistan'a sınır dışı edilmesinin gerçek bir risk olduğundan, İran'a sınırdışı edilmesinin kendisini kötü muamele riskine maruz bıraktığını ifade etmiştir. Başvuran, Özbekistan'da Ceza Kanunu'nun 159. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Devletin anayasal düzenini şiddet yoluyla bozmaya teşebbüs etmek ile suçlandığını ve Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi uluslararası sivil toplum kuruluşlarının Özbekistan'daki tutukluların geniş çapta işkenceye ve diğer kötü muamelelere maruz kaldıklarını rapor ettiğini iddia etmiştir. Bununla birlikte, başvuran İran'ın sayısız mülteciyi **uyruklarının bulunduğu ülkelere sınır dışı ettiğini ileri sürmüştür. Başvuran, sığınma talebi değerlendirilmeksizin ve bir sınır dışı edilme emri olmaksızın İran'a sınır dışı edildiğini ve kendisine ait ikamet izni 24 Eylül 2008 tarihine kadar geçerli olması sebebiyle sınır dışı edilmesinin iç hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.**

Hükümet Mahkeme'nin Ghorbanov ve Diğerleri-Türkiye davasındaki kararına (28127/09 sayılı ve 24 Ağustos 2010 tarihli (karar)) atıfta bulunarak

başvuranın İran'dan Özbekistan'a sınır dışı edilme riskini taşımadığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte, Hükümet başvuranın Özbekistan'a değil İran'a sınır dışı edildiğini, İran'ın başvuranın BMMYK tarafından mülteci olarak tanındığı ve Türkiye'ye gelmeden önce yedi yıl yaşadığı güvenli bir üçüncü ülke olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, Mahkeme'nin de Ghorbanov ve Diğerleri-Türkiye davasındaki kararında İran'ı "güvenli bir üçüncü ülke" olarak düşündüğünü belirtmiştir. Hükümet, başvuranın 12 Eylül 2008 tarihinden önce sığınma başvurusunun sonucunu beklemeden Van'ı terk ettiğinden sığınma usulünü düzenleyen kurallara uymadığını ileri sürmüştür. Hükümet'e göre, 12 Eylül 2008 tarihinde başvuran kendisinin sığınma talebinin değerlendirilmesi sonrasında iç hukuka uygun olacak şekilde güvenli bir üçüncü ülkeye sınır dışı edilmiştir.

Mahkeme, öncelikle başvuranın hem Türkiye'deki BMMYK'ya hem de ulusal makamlara başvuruda bulunmuş ve sığınma talep ettiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, başvuranın 12 Eylül 2008 tarihinde haftalık rutininin bir parçası olarak emniyete imza için gittiği iddiasına Hükümet tarafından itiraz edilmemiştir. Bu nedenle Mahkeme, sınırdışı edildiği tarihte başvuranın Türkiye'de yasal olarak ikamet eden bir sığınmacı olduğu kanısındadır. Mahkeme başvuranın kendi kişisel durumuna ilişkin bazı detaylı bilgileri sağladığını ve kötü muameleden korkusunun nedenlerini bildirdiğini ve iddialarını belgelerle desteklediğini belirtmektedir. Başvuran tarafından sağlanan bilgi ve belgelere istinaden, Mahkeme başvuranın Özbekistan'a geri gönderilme riskiyle İran'a sınır dışı edilmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya kalacağına inanılmasına ilişkin önemli kanıtları delil gösterdiğini tespit etmektedir. Bu nedenle, Türk makamları başvuranın iddialarına cevap verme ve muhtemel kötü muameleye ilişkin tüm şüpheleri ortadan kaldırmak için başvuranın Özbekistan'a geri gönderilme riskiyle İran'a sınır dışı edilmesi durumunda kötü muamele riskini dikkatli bir şekilde değerlendirme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, başvuranın sığınma talebinin araştırılıp araştırılmadığı ve reddedilip reddedilmediği; sınır dışı edilmesi için bir sınır dışı etme emrinin verilip verilmediği

ve başvuranın sığınma talebinin reddedildiğine ilişkin bildirim alıp almadığı konularında bilgi verilmesinin Hükümetten açık bir şekilde talep edildiğini gözlemlemektedir. Hükümetten aynı zamanda ulusal makamlar tarafından yapılan değerlendirmeleri, sınır dışı etme emrini ve başvuranın sınır dışı edilmesine ilişkin resmi bildirim de içeren başvuranın sığınma talebine ilişkin belgelerin nüshalarını sunması istenmiş, ancak bunu yerine getirememiştir. Hükümet aynı zamanda Mahkeme'nin yukarıda bahsi geçen sorularına cevap verememiştir. Bununla birlikte, dava dosyasında başvuranın resmi sınır dışı etme emrini aldığını gösteren herhangi bir belge bulunmamaktadır. Hükümet yalnızca, değerlendirme sonucunu açıklamadan, başvuranın sığınma talebinin değerlendirildiğini belirtmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar, Mahkeme'yi bir sığınmacı olan ve Türkiye'de yasal olarak ikamet eden başvuranın hukuka aykırı sınır dışı etmeye karşı güvence sağlayan yasal usulün yokluğunda ve sığınma talebinin uygun değerlendirilmesi yapılmaksızın Avrupa Konseyi üyesi olmayan bir ülke olan İran'a sınır dışı edildiği sonucuna ulaştırmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesine verilen önem temelinde 3. madde ile garanti altına alınan hakkın mutlak karakteri ve kötü muamele riskinin ortaya çıkması halinde görülecek muhtemel zararın ortaya çıkması durumunda, ulusal makamların mümkün olduğunca titiz olması ve etkili olmadığı düşünülen iç hukuk yollarının yokluğunda, 3. maddeye ilişkin iddiaların dikkatlice incelemesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Sonuç olarak başvuranın İran'dan Özbekistan'a gönderilmesi durumunda 3. maddeye aykırı olan bir muameleye maruz kalmasına ilişkin gerçek bir riskin olduğu iddiasının ulusal makamlar tarafından araştırılmamış olması ve hukuka aykırı sınır dışı etmeye karşı güvence sağlayan yasal usulün bulunmaması nedeniyle Mahkeme başvuranın 12 Eylül 2008 tarihinde İran'a sınır dışı edilmesinin Sözleşme'nin 3. maddesine yönelik bir ihlal teşkil ettiğini düşünmektedir.