SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a

ARMAĞAN

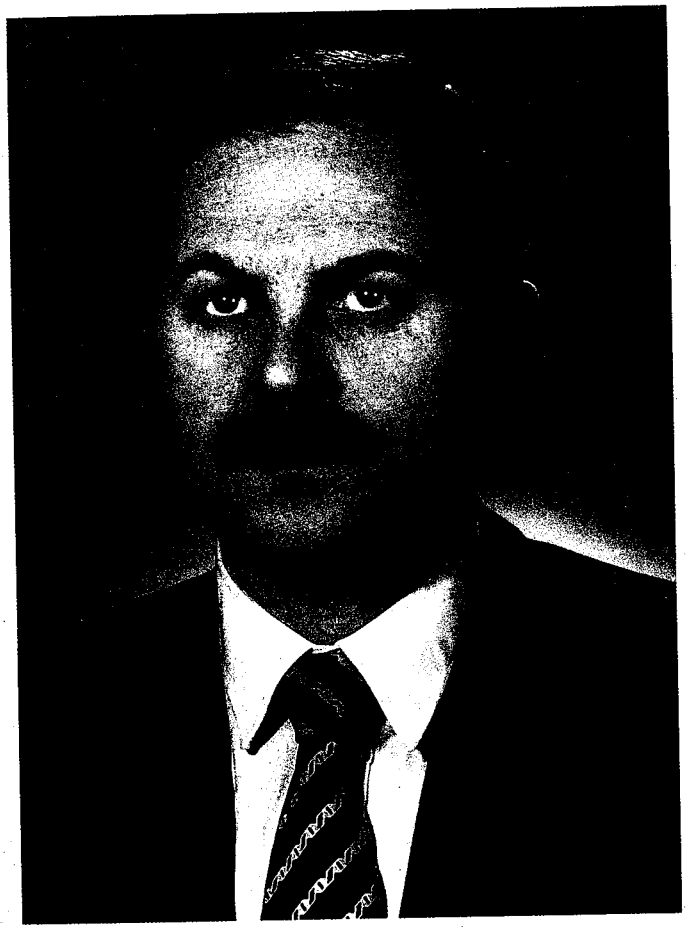
Cilt : 6 1998 Sayı : 1-2

BASKI

GÜRCAN OFSET

Tlf : 0. 332. 342 02 03 - 342 02 04

KONYA



İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

SUNUŞ

"Bir tel kopar ahenk ebediyyen kesilir"

Kim bilebilirdi ki bir gün Hukuk Fakültesi Dekan Vekili olarak sevgili kardeşim, kıymetli dostum, merhum Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'ın; hem de Hukuk Fakültesine yıllarca Dekanlık yapan, damgasını vuran o güzel insanın, aziz hatırasına ithaf olunan bir Armağan'a sunuş yazısı yazayım. "Alınyazısı"!

Merhum ARSLAN'ı asıl olarak Dekan olduktan sonra tanıdım. Dürüst, çalışkan, kararlı ve insancıl kişiliğiyle sadece beni değil, tüm çevresini etkiledi. Devletine bağlılığı ve milletine duyduğu sevgiyi, Anayasa Mahkemesi üyeliği ile ilgili karşılaştığı hukuk dışı tutum karşısında sergilediği, Devletinin çıkarlarını her türlü şahsi çıkarın üstünde tutan onurlu davranışıyla bir kere daha gösterdi. O, örnek bir devlet adamıydı.

Aceleci tavrı hayatına da yansımıştı. Kırkdokuz yıllık ömre, bir insanın sığdıramayacağı kadar çok, başarılı görev sığdırdı. Aramızdan ayrılırken de yine görevi başındaydı, yine aceleciydi.

Bugün emsalleri arasında müstesna bir yerde olan ve yöneticisi olmakla gurur duyduğum Hukuk Fakültesi'nin kurumlaşmasındaki katkısı, öğretim elemanlarının yetiştirilmesinde oynadığı rol inkar edilemez. Onların, bu armağanın hazırlanmasındaki çabaları da bunun en güzel göstergesi.

Aziz dostum. Başta da belirttim. Alınyazısı. Hayat insana neler gösteriyor. Ancak herhalde asıl önemli olan, hep sevgiyle, saygıyla anılmak; senin gibi derin izler bırakmak. Ne mutlu sana. Bu eser, seni sevenlerden küçük bir Armağan.

Prof. Dr. Oktay YAZGAN
Dekan V.

PROF. DR. SÜLEYMAN ARSLAN'IN HAYATI VE ESERLERİ

Merhum Prof. Dr. Süleyman ARSLAN, 1947 yılında Ankara'da doğmuştur. İlk, orta ve lise tahsilini Ankara'da tamamladıktan sonra 1964 yılında A.Ü. Hukuk Fakültesine kaydolmuş ve 1968 yılında buradan mezun olmuştur. Daha sonra avukatlık stajını tamamlayan Süleyman ARSLAN, 1969 yılında Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'ne "İdare Hukuku" asistanı olarak girmiştir. 1974 yılında Doktora tez araştırması yapmak üzere bir yıl süreyle London School of Economics de bulunmuştur. "Türkiye'de ve İngiltere'de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi" konulu tezi ile 1976 yılında Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nden "doktor" almıştır. "Bakanlar Kurulunun İktisadi ve Mali Alandaki Görev ve Yetkileri" isimli tezi ile 1979 yılında Doçent olmuştur.

1982 yılında Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Müdürlüğü'ne tayin edilmiş ve 1986 yılına kadar bu görevi sürdürmüştür. 30.4.1987 tarihinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne İdare Hukuku Profesörü olarak atanmış, aynı tarihte bu Fakülteye dekan yardımcısı, 20.10.1987 tarihinde de Dekan olmuştur. Hukuk Fakültesi dekanlığı görevini üç yıl süre ile yürütmüştür.

8.9.1992 tarihinde 92/22 No'lu Karar ile Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi Asıl Üyeliğine seçilmiştir. Ancak dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanınca hukuka aykırı yetki kullanımı suretiyle göreve başlatılmamıştır. Bu yüce makamdaki gerginliğin Devleti zedeleyeceği düşüncesiyle Anayasa Mahkemesi Asıl Üyeliği görevinden 5 ay sonra istifa etmiştir.

6.8.1993 tarihinde, YüksekÖğretim Denetleme Kurulu Üyeliği'ne seçilmiştir. Prof. Dr. Süleyman ARSLAN, vefat ettiğinde bu görevi yürütmekteydi.

Öğretim üyeliği sırasında, iki yıl süre ile (1980-1982) Eskişehir Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademisi'nde, dört yıl süre ile (1982-1986) Kara Harp Okulu'nda, sekiz yıl süre ile (1982-1990) Polis Akademisi'nde, bir yıl süre ile (1990-1991) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, bir yıl süre ile A.Ü. Adalet Yüksekokulu'nda ve çeşitli Yükseköğretim Kurumlarında İdare Hukuku ve Türk İnkılâp Tarihi derslerini okutmuştur.

Gazi Üniversitesi, Selçuk Üniversitesi ve Ankara Üniversitesi'nde, İdare Hukuku, Kamu Hukuku, Kamu Yönetimi ve Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Anabilim Dallarında çok sayıda yüksek lisans ve doktora çalışmaları yönetmiş; bu programlarda desler vermiştir.

Başbakanlık Uzmanlık Sınavı, İçişleri Bakanlığı Kaymakamlık Kursu (1984-1991 arası bütün kurslar), Mülkiye Müfettişleri Semineri, Belediye Başkanları Semineri, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Uzmanlık Sınavı ve Hizmetiçi Eğitimi, Devlet Planlama Teşkilatı Hizmetiçi Eğitimi, M.E.G. ve S. Bakanlığı Yurtdışı Doktora Sınavı gibi, birçok kamu kuruluşunun hizmetiçi eğitim ve sınavlarında görev almıştır. Ayrıca Devlet Planlama Teşkilatı "Vakıflar Özel İhtisas Komisyonu" nda ve T.R.T. tarafından yürütülen kamuoyu araştırmalarının bir kısmında görev yapmıştır.

Danıştay'ın 125. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen "II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bilimsel Danışma Kurulu" üyeliğinde bulunmuştur.

Çok iyi derecede İngilizce bilen ve mensup olduğu bilim dalı ile ilgili 4 kitabı ve 30 civarında makalesi bulunan Prof. Dr. Süleyman ARSLAN, evli ve iki çocuk babasıydı.

Vefatından sonra, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'ın adı, oluşumunda büyük katkıları olan S.Ü. Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'ne verilmiş ve ayrıca ailesi tarafından bağışlanan kitapları ile bir Kamu Hukuku Kütüphanesi oluşturulmuştur.

Merhum Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a, Allah'tan rahmet, ailesi yakınları, dostları ve çalışma arkadaşlarına başsağlığı dileriz.

PROF. DR. SÜLEYMAN ARSLAN'IN ESERLERİ

A. KİTAPLAR

1-Türkiye'de ve İngiltere'de Merkezi İdarenin Mahalli ɜler İzerindeki Denetimi, AİTİA Yayını, Ankara1978.

2-Bakanlar Kurulunun İktisadi ve Mali Alandaki Görev etkileri, AİTİA Yayını, Ankara1982.

3-İdare Hukuku, Ankara 1991.

4-İdare Hukuku Mevzuatı (AKYILMAZ, SEZGİNER ve 'A ile birlikte), 2. Bası, Konya 1998.

B. ÇOĞALTMALAR

1- İdari Teşkilat (Merkezi İdare), Ankara 1979.

2- Mahalli İdareler Ders Notları, Ankara 1980.

3- İdari Vesayet, Ankara 1984.

C. MAKALELER :

1- İdarî Yargı Reformu, Ankara İktisadi ve Ticari ıler Akademisi Dergisi, c. 3, sy. 2, 1971.

2- Belediye Meclisinin Feshi, İller ve Belediyeler gisi, c. 27, sy. 311,1 Eylül 1971.

3- Atatürk Milliyetçiliği, 100. Yıl Atatürk Konferansları, ɜara 1981.

4- Mahalli İdarelerin Mali Yardımlar Yoluyla ıetlenmesi ve Bu Konuda İngiltere Örneği, Gazi .versitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Dergisi, sy. 6, 1984.

15- Mahalli İdareler Üzerinde Merkezi İdareye Tanınan İdari Denetimin Kapsadığı Yetkiler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 2, sy. 2, Konya 1989.

16- Siyasi Rejimler Karşısında Gençlik, Devlet Bakanlığı ve Erciyes Üniversitesi, Türk Toplumu ve Gençlik Sempozyumu Bildirileri, (3-5 Nisan 1989) Kayseri 1989.

17- Bakanlar Kurulunun İktisadi ve Sosyal Politikayı Tespit Yetkisinin Kapsamı, Konya Ticaret Odası Dergisi, yıl 1, sy. 22, Şubat 1989.

18- İdari Vesayet Denetimi ve Türkiye Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap (Kamu Yönetimi), Ankara 1-4 Mayıs 1990.

19- Devletin Ekonomik Alana Müdahalesi ve Kamu Ekonomi Hukuku, Konya Ticaret Odası Dergisi, yıl 3, sy. 29, Temmuz 1990.

20- İngiltere'de Mahalli İdarelerin Hesaplarının Teftişi, Mali Hukuk Dergisi, sy. 33, 1991.

21- Bütçe Konusunda Bakanlar Kurulunun Görev ve Yetkileri, Konya Ticaret Odası Dergisi, yıl 3, sy. 36, Şubat 1991.

22- Mahalli İdarelerin Parlamento Tarafından Denetimi, Konya Ticaret Odası Dergisi, yıl 4, sy. 37, Mart 1991.

23-23 Nisan 1920 Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Açılışı, Konya Ticaret Odası Dergisi, yıl 4, sy. 8, Nisan 1991.

24- 1961 ve 1982 Anayasalarında Milliyetçilik Anlayışı, I. Uluslararası Atatürk Sempozyumu, (21-23 Eylül 1987) Ankara 1994.

25- Adlî Yardım (Müzahareti Adliye), Konya Barosu Dergisi, yıl 21, sy. 10, Mayıs-Haziran 1993. Ayrıca, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, yıl 1, sy. 3, Şubat 1996.

26- Toplum ve Yönetimi Komisyonu Raporu, İkinci Türk Devlet ve Toplulukları Dostluk, Kardeşlik ve İşbirliği Kurultayı,(21-23 Ekim), TİDEV Vakfı, Ankara 1996.

27- HUMK'nun Karşı Dava İle İlgili Hükümlerinin İdari Yargıya Uygunluk Derecesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Şakir Berki Armağanı, c. 5, sy. 1-2, Konya 1996.

Hocamız
Prof. Dr. Merhum Süleyman ARSLAN'ın
Aziz Hatırasına İthaf Olunur

DEĞERLİ DOST, PROF. DR. SÜLEYMAN ARSLAN'I ANARKEN

Prof. Dr. Fikret EREN*

Prof. Dr. Süleyman ARSLAN, gerçek ve değerli bir dosttu. 1968 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirmiş, 1969 yılında Ankara İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde "İdare Hukuku" asistanı olmuştu. 1976 yılında "doktor" ünvanını kazanan Süleyman ARSLAN, 1987 yılında İdare Hukuku Profesörü olarak Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesine atanmıştı.

Doktora Tez'inin konusu, "Türkiye'de ve İngiltere'de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi" idi. ARSLAN, doktora çalışmaları sırasında bir yıl süre ile Londra'da London School of Economics'de bulunmuştu.

Prof. Arslan ilmin çileli yollarında yıllarını geçirmişti. Bilimsel kariyer yanında zengin bir yönetim kariyeri de kazanmıştı. Süleyman ARSLAN 1982-1986 yılları arasında Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Müdürlüğü görevini, daha sonra da Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığını yapmıştı.

Değerli Dost ARSLAN'ın aydınlık, ışıklı bir yüzü vardı... O'nun yüzündeki bu ışık ve aydınlık, ruhundaki ışık ve aydınlığın bir uzantısı, bir yansımasıydı. İnsancıl bir ruha sahipti. Görev aşkı ve sorumluluk, onun en belirleyici iki yönüydü; hoşgörülü ve demokrat bir kişiliğe sahipti.

Değerli Dost SÜLEYMAN, bilinçli bir Türk Milliyetçisi, büyük bir yurtseverdi. Millet ve ülke bütünlüğü onun için vazgeçilmez değerlerdi; en büyük ideali, Türkiye'nin ve Türk insanının kalkınması; Türk toplumunun ileri sanayi ve bilgi toplumuna geçmiş olmasıydı.

Son görevi, Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyeliğiydi. Bu göreve Anayasa Mahkemesi üyeliğinden istifa

---

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fükültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

ederek, 1993 yılında gelmişti. Bu Kurul adına bir üniversiteyi denetlerken, çok kısa, fakat onur ve erdem dolu, 50 yıllık ömrünü tamamlıyor; Ebedi Gerçekliğe göç ediyordu. Artık o, hiç şüphesiz, bir hizmet şehidiydi.

Aziz Dost, Değerli Kardeş! Seni kaybetmenin üzüntüsü içindeyiz, seni sevgi ile anıyoruz. Allah'ın rahmet ve esenliği üzerine olsun! Nur içinde yat!

PROF. DR. SÜLEYMAN ARSLAN'I ANARKEN

Prof. Dr. Eyüp G. İSBİR*

Meslektaşım Prof. Dr. Süleyman Arslan'ı anlatmak için neler yazabileceğimi uzun süre düşündüm. Nereden başlayabileceğimi bilemedim. Çünkü hâla vefat ettiğine inanamıyorum.

1967 yılında başlayan arkadaşlığımız, kader birliğimiz, ve meslekî hayattaki beraberliğimiz hafızamda o kadar taze ki "ölüm"ünün gerçekliğini kabul etmememi engelliyor.

Ankara Hukuk Fakültesi'nden mezuniyet, arkasından asistanlık günlerimiz, beraberce aynı odayı paylaştığımız ve akademik çalışmalarımızı yaptığımız 1970'li yıllar; yurt dışına gidiş gelişlerimiz, doktora tezimizi hazırlayışımız, tez savunmasının sitres ve heyecanı, "doktor" ünvanını almamız. Ara vermeden doçentlik çalışmalarımız ve altışar ay ara ile doçent oluşumuz. Akabinde her ikimizin de yöneticilik hayatı. Farklı birimlerde yönetiçiydik ama her zamanki beraberliğimiz ve yardımlaşmamız devam ediyordu. 1986 yılında Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne birlikte Profesör olarak geçişimiz ve Konya'daki çileli! akademik ve yöneticilik yıllarımız. Yine ayrılmamıştık. Birbirimize destek olmamız ve ve yardımlaşmamız devam ediyordu. Gün geldi ben Fırat Üniversitesi'ne, Süleyman da Yüksek Öğretim Kurumu'na geçti. Sık sık görüşebiliyorduk. Diğer bir deyimle yine beraberdik. Gönlümüz vatan ve millet sevgisiyle dolu olarak hizmet etmeye çalışıyorduk. Bir gün ansızın Süleyman'ı kaybettiğimi duydum. İnanamadım ama gerçekti. Kendimi inandırmak için hemen Ankara'ya gittim. Evet Süleyman artık

---

* Fırat Üniversitesi Rektörü

yoktu. Ancak onunla paylaştığım değerlerin devamlılığı, birlikteliğimizi yine sürdürmeme sebep olacaktı.

Süleyman kardeşim, sen ebedi istirahatgahında rahat uyu. Tanrı'dan sana rahmet diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN
7.3.1989 t. ve 1989/1, K. 1989/12 s.lı Kararı
-GEREKÇENİN TAHLİL VE TENKİDİ-

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN*

Değerli Kardeşim Prof. Dr.
Süleyman
ARSLAN'I
rahmetle anıyorum

Giriş

Bir mahkeme kararı, bu arada Anayasa Mahkemesinin kararı, çeşitli bakımlardan tahlile tabi tutulabilir:

a- Kararın esası (muhtevası) bakımından,
b- Usul bakımından, ve
c- Kararın gerekçesi bakımından.

Biz, ayrı bir makalede Anayasa Mahkemesinin, 7.3.1989t. ve E.1989/12 s.lı kararını esas yani muhteva bakımından tahlilini yapacağız. Burada ise, sadece gerekçesini ele alacağız.

Bilindiği gibi, mahkeme kararlarının gerekçeleri bağlayıcı değildir. Gerekçe ,, bir kararın netice kısmına, ki bağlayıcı olan bu kısımdır, Mahkemeyi götüren bu düşüncelerdir. Önce bu düşünceleri almak ve sonra da varılan neticeyi muhteva bakımından değerlendirmek daha kolay olacaktır.

1. Konu:

Kararın konusu, 2547 s.lı YÖK Kanununa, 10.12.1988 t. ve 3511 s.lı K. ile eklenen 16. md.sinin iptali istemidir. Bu madde şöyledir:

---

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Profesörü

"Yüksek Öğretim Kurumlarında, dershane, laboratuar, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir."

Bu md.ye karşı iptal davasını zamanın Cumhurbaşkanı Kenan Evren açmıştır. Neticede bu 16. ek md. çoğunlukla iptal edilmiştir.[1]

Daha sonra çıkartılan[2] 25.10.1990 t. 3670s. K. ile 2547 s. K.na ek 17 md. eklenmiş ve böylece yüksek öğrenimdeki kız öğrencilerin başlarını örtmeleri tekrar(?!) serbest bırakılmıştır. Bu md. şöyledir:

"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile, Yüksek Öğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."

Bu defada bu kanuna karşı Sosyal Demokrat Halk Partisi T.B.M.M. Grubu adına Erdal İNÖNÜ iptal davası açmıştır. Dava, bu md. Anayasaya aykırı olmadığı için, çoğunlukla

---

1 Bkz. R.G. 5.7.1989-20216

2 İptal kararı, Yüksek Öğrenim gençliği, özellikle kız öğrencileri arasında büyük bir infiale ve şaşkınlığa sebep olmuştur. Ayrıca anne-babalar tarafından ve medyada değişik yorumlar ortaya atılmıştır.Bunun üzerine T.B.M.M., o zamanki iktidar partisi ANAP, bu kanunu meclise sevkederek, çıkartmıştır. Böyle bir düzenlemeye neden gerek duyulduğu ANAP Grubu adına konuşma yapan Ülkü SÖYLEMEZOĞLU tarafından şöyle açıklanmıştır: "1982 senesinden beri bu konuda, yani Yüksek Öğretim Kurumlarında kılık kıyafetle ilgili beş yönetmelik, iki de kanunla düzenleme getirilmeye çalışıldı.İki kanundan bir tanesi Cumhurbaşkanlığından, diğeri Anayasa mahkemesinden döndü. Sonunda yükseköğretim kurumu yönetmelik hükmünü de kaldırdı ve iş ortada kaldı. Şöyle bir görüntü var; 29 üniversiteden 19'unda kılık kıyafet serbest, 10 tanesinde yasaklama getirilmiş görülüyor, 2'si bu yasaklamayı kullanmıyor. Böylesine belirsizlik, böylesine keyfilik, böylesine üniversiteyi yönetenlerin her birinin kendine göre tefsiri doğrumudur? Teşrii organının görevi bu gibi belirsizlikleri gidermek değilmidir? Bunu yapmamız doğru değilmidir?

reddedilmiştir[3].

2. Konunun Önemi:

Bu karar ve karara esas teşkil eden ilgili kanun maddesi, bir kaç bakımdan önemlidir:

1- Çünkü, temel haklar ve hürriyetler ile yakından ilgilidir.

2- Karar, % 99'u müslüman olan bir ülkede, Yüksek Öğrenimdeki kız öğrencilerin, anayasal haklarını kullanarak başlarını örtmelerine izin verilmesi yolundaki K.unun iptali olduğu için, şok tesiri yaratmıştır.

3- Kararın gerekçesi son derece tutarsız, gayri-ilmidir.

4- Karara tekaddüm eden senelerde, bu konu ve bu karar memleketimizde çok konuşulmuştur. Denilebilir ki, Din ve Vicdan Hürriyeti ile ilgili olarak memleketimizde üzerinde çok konuşulan bir kaç konudan biridir. Halen de konuşulmaktadır. Gerek Anayasa Mahkemesi Başkanı ve gerekse YÖK yetkilileri ile siyasi parti liderleri ve milletvekilleri uzun zamandır bu mevzuu üzerinde açıklama yapmaktadırlar. Başbakanlar, defalarca vatandaşların başörtüsünün serbest olduğunu, kimsenin buna engel olmayacağını v.b. yolunda açıklamalar yapmışlardır.

Gerçi 2547 sayılı K.nun Geçici 17 md.si yürürlüktedir ve yüksek öğrenimde kılık kıyafetin serbest olduğunu açıkça belirtmektedir. Ama başörtüsü, nedense devamlı bir tahrik mevzuu yapılmış ve maalesef, Anayasa Mahkemesi Başkanı da yaptığı bazı açıklamalar ile yersiz ve gereksiz bir münakaşa ortamına girmiştir.

---

3 Bkz. E. 1990/36, K. 1991/8 s.lı ve 9.4.1991 t. karar (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, s. 27, c. 1, Ankara, 1993, sh. 285 vd.)

Kararın Gerekçesinin Tahlili:

Gerek bu karar ve gerekse bundan sonra verilen, yukarıda zikrettiğimiz kararın ilmî tahlili bugüne kadar yapılmış değildir. Kararın verildiği günü takip eden gazetelerde bir iki gazete sütununda[4] çıkan tenkitler dışında, ilmî olarak ele alınmamıştır[5].

Biz kararın esas bakımdan değerlendirmesini yaptık, yayınlayacağız. Ayrıca bir makalemiz ile, bu konunun, yani Yüksek Öğrenimde başörtü kullanmanın, Anayasa Hukuku ve Din ve Vicdan Hürriyeti açısından değerlendirmesini yapmış ve Yüksek Öğrenimdeki kız öğrencilerimizin başlarını örtmelerinin, bir kanunî müsaade(!) olmasa dahi, mümkün olduğunu ortaya koymuş bulunuyoruz[6]

Burada ise, adı geçen kararın sadece gerekçelerini ele alacağız. Böylece bu kadar sakat gerekçelerle, nasıl bir neticeye varıldığını belirtmek istiyoruz.

Şimdi Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararından, daha doğrusu kararın gerekçesinden bazı nakiller yapacağız. Bu nakiller üç grupta yapılacaktır:

I. Gerekçede gayri-ilmî tesbitler başlığı altındadır,

II. Gerekçede yer alan dinsizce ibareler, dine karşı ve ateist mana taşıyan, ibarelere işaret edilecektir, ve

III. Gerekçede çok geçen çağdaşlık tabiri üzerinde olacaktır.

---

4 Bkz. Ahmet TAŞGETİREN, "Anayasa Mahkemesi Kararına Göre Sistemin İdeolojik Çerçevesi", 26/8/1989 t. Zaman Gazetesi.

5 İlim adamlarımız bu konuya belki de şu gerekçe ile yanaşmamışlardır: Anayasa Hukuku açısından tutarsız, ve % 99'u müslüman bir ülkede bu kadar yanlış bir karar nasıl olsa tatbik kabiliyetinden mahrumdur!..

6 Bkz. Üniversitelerimizdeki başörtüsü meselesi hakkında bir değerlendirme, Dicle Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, s.6/1993

I. Gerekçedeki İlmî Olmayan İbareler-Tesbitler:

Evvela Anayasa Mahkemesi kararından (gerekçesinden) cümleler alacağız, daha sonra bunların niçin ilmî olmadığını belirteceğiz[7]

1. Karara göre: Laiklikte düzenlemelerin kaynağı din olmadığı için, "dine uygunluğunun aranması şartı yoktur."(sh.25)

İlk anda doğru gibi görünen bu cümle aslında yanlış. Şöyle ki: Yukarıda da değindiğimiz gibi, bazı düzenlemeler vardır ki o memleket halkının gelenekleri, değer hükümleri, hatta o ülkede câri din kaidelerine uygunluğu aranır. Mesela, bir Ramazan Bayramını düzenlerken tabii ki İslam dinindeki Ramazan Bayramının esaslarına uygun hareket etme mecburiyetindesiniz. Aksi halde o düzenleme tatbik edilemez. Bir Kurban Bayramını düzenlerken yine aynı şekilde hareket etmeye mecbursunuz. Ramazanla ilgili bir düzenleme getirirken yine aynı şekilde o düzenlemenin dine muayyen derecede uygunluğunu aramak gerekir. Aksi halde tatbiki zorlaşır. Diğer kanunlardaki düzenlemelerde de, hele konu din ve vicdan hürriyeti ile ilgili ise, kamu düzeni, v.b. aykırı olmamak şartıyla din kaidelerine uygunluğunu araştırmak gereklidir.

2. "Cumhuriyet ve demokrasi Şeriat düzeninin karşıtıdır...Laiklik ümmetten ulusa geçmenin itici gücü olmuştur." (sh.27, 30, 31)

Bu cümle ve bu cümlenin içindeki mana çok tekrar ediliyor. Aslında son derece yanlış ve ilmi esaslara aykırı bir manayı ihtiva ediyor çünkü:

---

7 Parantez içindeki rakamlar, Anayasa Mahkemesi kararının yayımlandığı Resmi Gazetenin sayfa numaralarıdır.

Dar manada laiklik, din ve devlet işlerinin ayrılması, geniş manada ise, din ve vicdan hürriyeti olduğunu yukarıda belirttik. Cumhuriyet ise bir devlet şeklidir; daha doğrusu Cumhurbaşkanının seçimle iş başına geldiği devletlere verilen isimdir. O halde bir devletin şekli cumhuriyet olabilir, ama aynı zamanda dini (yani dini esaslara dayalı) bir devlet de olabilir. Bir devletin halkı, devlet başkanını seçimle göreve getirebilir ama o devletteki hâkim kaideler ve bu kaidelerin dayandığı değerler dini olabilir. Bu iki kavram arasında hiç bir aykırılık yoktur. Nitekim günümüzde İran İslam Cumhuriyeti gibi, Pakistan İslam Cumhuriyeti gibi bir çok cumhuriyet vardır ki, ismi cumhuriyettir, hukuken ve fiilen cumhuri bir idareye sahiptir ve fakat dini esaslara, muayyen derecede de olsa, dayanmaktadır. Yani, cumhuriyetin din devleti ile bağdaşmayacağı ve cumhuriyet ve laikliğin ayrı şey olduğu yolundaki görüş ve yorum tamamen ilim dışı bir tesbittir ve bir hatadır.

Aynı şekilde laiklik de öyle: Bir devlet monarşi olabilir, yani cumhuriyet değildir, fakat laik olabilir. Yani laikliğin devlet şekli ve tipleri ile ilgili bir tarafı yoktur; devlet sistemi ve hükümet sistemi ile ilgili bir kavramı değildir. Laiklik devlet idaresinde ve faaliyetlerinde düzenlemelerin ve kamu hizmetlerinin din kaidelerine ne derece dayandığı konusu ile ilgilidir. Mesela, bugün İngiltere monarşidir, meşruti monarşidir ama İngiltere Kralı (Kraliçesi) Anglikan Kilisesine mensup olmalıdır, hatta Anglikan Kilisesinin tabii başkanıdır. Yani İngiltere laik değildir. Aynı şekilde Danimarka bir krallıktır, bir monarşidir. İsveç ve Norveç, bunlarda birer monarşidirler ve Anayasalarında ve diğer kanunlarında Hristiyan dinine mensup oldukları ve belli bir derecede, Hristiyan dinine dayanarak devlet idarelerini yürüttükleri belirtilmiştir.

Laiklik ve Cumhuriyetin birer zıt kavram olmadığına dünyadaki, hem cumhuriyet ve hem de laik olmayan (İran,

Pakistan, Endonezya, v.b.) devletler şahittir. Zaten Anayasa Hukukunda bunlar iki zıt kavram olarak kabul edilmiyorlar.

3. "Laiklik dinsellikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dininin bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır." (sh.27)

Bu cümle de ilmi verilere aykırıdır. Bir defa laiklikle dinselliğin ve bilimselliğin birbirinden ayrılma konusu tamamen yanlıştır. Bir konu hem dinsel olabilir, hem de bilimsel olabilir.

Mesela, çok basit bir misal: oruç dini bir hükümdür, emirdir; Kur'anda belirtilmiştir, Peygamber (ASM) emretmiştir ve fakat ilmi olarak faydalı olduğu tesbit edilmiştir. Gerek mideye, bağırsaklara ve gerek diğer organlara orucun faydalı olduğu ispat edilmiştir.

Diğer bir dini hüküm olarak, mesela zekat vermek dini bir hükümdür, Kur'anda ve hadislerde belirtilmiştir. Zekatın sosyal barışı temin ettiği, sosyal kalkınmayı gerçekleştirdiğini ve toplumdaki sınıflar arasındaki gerginliği ve münafereti giderdiği, sosyal siyaset uzmanları tarafından belirtilmiştir.

Yine bir dini hüküm olan, mesela anne babaya hürmet hadislerde belirtilmiştir. Sosyal psikoloji bakımından bununda ilmi olduğu, yani ilmi verilere göre kabul edilebilir, faydalı ve teşvik edilmesi gereği tesbit edilmiştir.

Yine bir dini hüküm olan fakir fukarayı gözetmek, komşuların hal ve ahvalini sorup, muhtaç iseler, onlara yardım elini uzatmak; yetimlere ve dullara yardım etme yolundaki ayetlerde ve hadislerde bulunan hükümler de dini hükümlerdir ve fakat bunlar sosyal güvenliği sağlayan müesseselerin ta kendisidir. Ve ilmi olarak bunların faydalı olduğu tesbit edilmiştir.

Yine vakıflar mesela, dini bir kaynaktan esasını alır, hatta tamamen dini bir müessesedir. Ve fakat vakıfların bir toplumda sayısız faydaları olduğu ilmi olarak ispat edilmiştir ve zaten yazılan eserler de bunu göstermektedir.

Diğer taraftan, dinin bilimin, bilimin de dinin yerine geçmesi ilk anda insana cazip gibi görünen cümleler ise de çok defa manası olmayan kof cümlelerdir. Çünkü eğer dinden kastettiğimiz Kur'an-ı Kerim ve Peygamberimizin hadislerinde belirtilen şeyler ise, ki öyledir, hiç biri dine aykırı değildir. Bu ayetlerin ve hadislerin hiç biri günümüzdeki ve geçmiş senelerdeki ilmi gelişmelere aykırı değildir, bilakis hepsi, ilmi verilere uygunluğu ispat edilmiş hükümlerdir. Ayrıca bilimin dinin yerine geçmesi, ya da dinin bilimin yerine geçmesini önlemek tabirleri de, manasız ne olduğu açık olmayan, ve dinsizlik ve dine yabanilik istikametinde yersiz kelime ve sıralamalardır.

4. Uygarlık yürüyüşünü hızlandırma ve yavaşlatma konusuna gelince:

Belirtelim ki medeniyet dediğimiz gelişme bilimselliğe dayanma ve ilmi araştırmalara dayanması şart olan bir süreçtir. Öyle olmadığı müddetçe o devletteki nizam ister dini olsun ister laik olsun, medeniyet ile hiçbir ilgisi olmaz ve olmamıştır. Mesela dini esaslara dayanmayan başta Sovyetler Birliği olmak üzere, diğer eski demir perde gerisi devletlerde uygarlık yürüyüşünün yükseldiği ve hızlandığını hiç kimse söylemiyor. Hata dini bir 'afyon' kabul eden ve din aleyhine yapılan propagandaları destekleyen bir zihniyetteki Arnavutluk Anayasasında bu hükümler belirtilmesine rağmen, uygarlık düzeyinde hiçbir adım atmadığı da yine ilmi tesbitlerden anlaşılmıştır. Kızıl Çin'de durum yine öyledir. Hatat dini esaslara hiç uymayan, hatta ateist ve tamamen bâtıl bir inançla yürüyen Afrika'daki çok geri kalmış devletlerdeki durum da hiç bir zaman uygarlık olarak tevsif edilemez. Semavi dinler,

peygamberler ve onların tebliğ ettiği Allah'ın emirleri ile hiçbir bağlantıları olmayan, Afrika ve diğer kıtalardaki aşırı geri kalmış (underdeveloped) devlet ve toplumların, medeniyet ve kalkınmışlıktan nasipleri hiç yoktur.

5."Laiklik din devlet işleri ayrılır biçiminde daraltılamaz...Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiyenin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemi, (bir) insanlık idealidir." (sh.27)

Belirtelim ki laikliğin insanlık ideali olduğuna dair bir hükmü ben bilimsel kitaplarda görmedim. Laiklik, devlet idaresi ile ilgili bir kavramdır. Bazı devletlerde uygulanmaktadır ama bir insanlık ideali olduğu tamamen safsatadan ibaret bir cümledir. Bu cümleyi günümüzde medeniyet ve kalkınmışlık seviyesine ulaşmış devletlerin idarecileri ve hukukçularına söyleseniz, herhalde size gülerler.

6 "Dinsel eğitim bile laik devlet anlayışına uygun bir biçimde yapılır...Laik eğitim öğretim ile laik yönetim birbirinden ayrı düşünülemez." (sh.28)

Hemen belirtelim ki dini eğitimin laikliğe uygun olarak yapılması ne demektir anlayamadım. Mesela, Kur'an-ı Kerim öğrenmek bir dini öğrenimdir, bir insanın dinini öğrenmesi, peygamber nedir, âhiret nedir, hayır ve şer nedir gibi kavramları öğrenmesi dini bir öğrenimdir. Bunun öğretilmesi ise bir öğretimdir. Bu konuda ders alan bir kimsenin öğretmen-öğrenci şeklindeki faaliyeti ise eğitim sayılır. Bunun laikliğe uygun olarak nasıl yapılacağını sormak isterim. Kur'an-ı Kerim öğreniyorsanız nasıl öğrenilmesi ile ilgili kaideleri var ona göre öğrenir veya öğretirsiniz. Peygamber nedir, Kutsal Kitaplar nedir gibi sorular da yine dinin koyduğu esaslara göre öğretilmeye ve ortaya konmaya mecburdur. Laik bir şekilde bunların öğretilmesi nasıl yapılır, hiçbir cevabı olmayan ve

tamamen ilmilikten uzak bir iddiadır!

7. "Anayasadaki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz." (sh.29)

Bu da yukarıdaki cümleler gibi gayri-ilmi hatta gayri-ciddi bir ibaredir. Çünkü mesela, bazı hak ve hürriyetleri ele alalım ve bunların laiklik ile ilgisi olmadığını ve fakat demokratik bir hak olduğunu da ortaya koyalım:

Mesela grev hakkı Anayasada belirtilmiştir (md.45), ama grev hakkının gerek Anayasada ve gerekse kanunlarda düzenlenmesinin laiklikle hiçbir ilgisi yoktur. Ve demokratik bir haktır ve bütün modern devletlerde yirminci asırda demokratik bir hak olarak kabul ediliyor.

Mesela seyahat hürriyeti demokratik bir haktır, ama laiklikle hiçbir ilgisi yoktur. Laikliğe karşı değildir, laikliğe uygun da değildir. Uygun ve aykırı olmasını araştırmaya gerek de yoktur. Bu haklar Temel Haklar paketi içinde yer alan birer haktır.

Aynı şekilde, basın hürriyetinin laiklikle leyh'de ve aleyhde hiçbir münasebeti yoktur, ama demokratik bir haktır.

Bunun gibi diğer bütün demokratik hakları sıralarsak, hepsi bir temel hak ve hürriyet olarak ortadadır ve fakat laiklikle doğrudan hiçbir bağlantıları yoktur.

8. "Laiklik herhangi bir dinin teolojik baskısına uyulmasını önler" (sh.30).

Laiklik aslında hiç bir şeyi önlemez. Daha doğrusu sadece, din ve devlet ayrılığı ve kamu hizmetlerinde dini esaslara dayanmama ve uymama şeklinde uygulanan bir prensiptir. Yoksa bir dine tabi olmayı veya olmamayı önleme gücünde olan bir prensip değildir.

Mesela bazı örnekler verelim: Şu anda Türkiye Cumhuriyeti Laiktir (Anayasa md.2), ve fakat Kurban Bayramını kutluyoruz. Devlet başkanımız Cuma namazına gidiyor, bayram namazına gidiyor. Memleketimizde Diyanet İşleri Başkanlığı vardır ve 80 binden fazla kamu görevlisi

vardır. Bu görevliler devlet bütçesinden para alırlar, çünkü vatandaşlara Kur'an-ı Kerim öğretiyorlar, namaz ve cuma namazı kıldırıyorlar. Milyonlarca insanın dini sorularına müftüler cevap veriyor. İşte gördüğümüz gibi laiklik var ve fakat dinin teolojik baskısına uyulmasını önleme diye bir şey söz konusu değil, böyle bir şeye ihtiyaç ta yok.

9. "Laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz" (sh.31).

Bu cümle de yukarıdaki cümleler gibi tamamen gayri-ilmidir.

Yukarıda verdiğimiz misallerde görülüyor ki Laiklik ve diğer temel hak ve hürriyetler ayrı konulardır ve temel hak ve hürriyetlerin laiklikle bağdaşması veya bağdaşmaması diye bir hedef ve Anayasal bir emir yoktur[8]. Kaldı ki özgürlüğün savunulamayacağı ve korunulamayacağını ilk defa bir Anayasa Mahkemesi kararında görüyorum. Her özgürlük, Her hak ve hürriyet savunulur. Çünkü temel hak ve hürriyettirler, birer insan hakkıdırlar. Bunlar Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinde (10 Aralık 1948), Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunda (4 Kasım 1950) ve Anayasalarda belirtilmiştir. Bunların hiç birinde de laikliğe uygun olmayan hürriyetler savunulamaz ibaresi yoktur ve olamaz.

10. "Laik devlet ancak (?), yurttaşların din ve vicdan özgürlüğünü sağlayıcı ve koruyucu önlemleri alır ve bu konulardaki hak ve özgürlükleri güvenceye bağlar." (sh.28)

Bu da yukarıdaki cümleler gibi tamamen gari-ilmi ve Anayasada dayanağı olmayan bir cümledir. Yukarıda, laikliğin Temel Hak ve Hürriyetler ile doğrudan bağlantısı ve yaptırım gücü olmadığını, söyledik. Laiklik bir prensiptir ve fakat önlem alma ve güvenceye bağlama özelliği yoktur.

---

8 Sadece Din ve Vicdan Hürriyetini düzenleyen 24. md. Son fıkrada, kimsenin devletin temel düzenini din kurallarına dayandırma amacıyla dini istismar ve kötüye kullanamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bkz. A. md. 14/1.

11. Giyim eğer çevre şartları, kişisel görüşler, kültür ve geleneğe bağlı değil de dine bağlı olarak düzenleniyorsa devrim yasalarını ilgilendirir. (sh.24)

Belirtelim ki Anayasa Mahkemesi kararında, başörtüsüyle ilgili bir düzenlemenin norm kontrolü yapıldığı için, giyimden sık sık bahsediliyor. Aslında gerekçede giyim yerine başörtüsü tabiri kullanılması gerekiyordu, çünkü norm kontrolü yapılan kanun başörtüsü ile ilgilidir giyim ile ilgili değildir. Mesela bir kimsenin bluz giymesi, pantolon giymesi; bir kızın entari giymesi bu kanunla düzenlenmiyor, düzenlenmediği için Anayasa Mahkemesi kararında giyim konusu, gerekçeye malzeme yapılarak ele alınamaz. Zaten bir kız öğrencinin entari veya bluz giymesi veya pantolonla üniversiteye gidip gelmesini Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı bulmuyor. O sebeple gerekçe tamamen gayeyi saptırmış ve hatta kendisinin önüne gelen kanunun muhtevasından habersiz olarak, sözde gerekçeler (aslında iddialar) ortaya koymuştur.

Gerekçenin gayri-ilmiliğine gelince: Giyim bir modadır ve moda da çevre şartlarından, diğer insanların davranışından ve günün adetlerinden etkilenir. Bugün kız öğrenciler pantolon giyiyorsa şu andaki modanın böyle olmasından ileri geliyor. Bundan otuz sene evvel, daha evvelki senelerde ve bizim öğrencilik yıllarımızda kız öğrenciler pantolon giymiyordu. O zamanın modası öyle değildi, diğer değişik kıyafetler giyiliyordu. Bir köy mıntıkasına gitseniz tarlada çalışan ve geçimini rençberlikle idame ettiren kız ve kadınlara baksanız, bunların daha çok şalvar giydiklerini görürsünüz. Çünkü o bölgenin hayat şartları ve meşguliyetleri onu gerektirmektedir.

Kaldı ki kıyafetlerimizin hepsi dinidir diyemeyiz. Mesela şalvar giymek veya entari giymek arasında dini kaideler bakımından bir fark yoktur. Din sadece belli yerlerin kapatılmasını emretmiş ve insanları tahrik eden giyimleri

yasaklamıştır, yoksa şunu giyeceksin veya şuna bağlı olarak giyineceksin diye bir kaide, ayet ve hadis yoktur. Mesela bir kimsenin bluz yerine gayet bolca bir hırka kullanması, bir entari kullanması İslam dinine uygundur, ona aykırı değildir. Daha doğrusu dinin emirleriyle ilgisi olmayan bir davranıştır. Görüldüğü gibi tamamen gayri-ilmi ve gayri-ciddi bir iddia ileri sürülmüş bulunuyor.

II- Ateist Bazı İbarelerin Varlığı:

İkinci grupta ise, dinsizce, dine hasmane veya ateist bazı ibarelerin bulunduğunu belirteceğiz. Bu grubun misallerini gösterecek olursak daha iyi anlaşılacaktır:

1. "Devlet laik olunca ulus çoğunluğunun belli bir dine bağlı olması da düzenlemelerin dinsel gereğe dayanmasını haklı kılamaz." (sh.35)

Türkçesi bozuk olan bu cümlede laiklikle milli hakimiyet ve laiklikle dini gereklere dayanıp dayanmama konusu tamamen karıştırılarak ifade edilmiştir. Kısacası bu cümlede devlet idaresinde ve kamu hizmetlerinde dini gereklere dayanmanın hiç bir zaman haklı olamayacağı, yani dinin unutulması gerektiği ve dinin tamamen göz ardı edilmesi gerektiği belirtiliyor ki, kanaatimizce, bir hayli dinden uzak, bir hayli dine yabani ve hasmane bir tabirdir.

2. Bir diğer misal: "Anayasa yönünden din, kimi haklara sahip olmanın koşulu değildir." (sh.31)

Ne demek olduğu pek anlaşılmayan ve fakat dinin bazı haklara sahip olmanın şartı olmadığını anlatmak isteyen bir cümle, ama tamamen dinsizce bir ibaredir. Çünkü şu anda 1982 Anayasasında gerek 14., gerekse 24. Maddelerde din ve vicdan hürriyeti düzenleniyor, ama bu din ve vicdan hürriyetine sahip bir kimse aynı zamanda grev hakkını kullanan bir işçi olamaz mı? Olur. Dindar olan bir kimse veya dini kaidelere dayanan bir

kimse seyahat hakkını kullanamaz mı? Kullanır. Aynı zamanda bu kimse okula gidemez mi? Gidebilir. Öğrenim ve öğretim hürriyetinden istifade edebilir. Mülkiyet hakkından istifade edemez mi? Edebilir. Görüldüğü gibi din, bazı haklara sahip olmanın koşulu değildir demek, manasız olması bir yana, tamamen dine yabancı bir görüşü de ortaya çıkarmıştır, ama Anayasaya uygun değildir.

3. Bir diğer misal: "Yüksek öğretim kurumlarında giysilerin, başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır." (sh.32)

Görüldüğü gibi burada da sadece başörtüden ve türbandan bahsedilmesi gerekirken giysilerden yani giyimden bahsedilmektedir ki, maksadı aşan bir iddiadır ve zâhit bir endişe mahsulüdür. Çünkü ilgili kanunda böyle giysiler düzenlenmiyor ve tabiatıyla bunların Anayasaya uygunluğu da söz konusu değildir. Kaldı ki, burada bir kimsenin dini inançlarına göre başını örtmesinin çağın gereklerine aykırı olma neticesi çıkıyor ki tamamen dine yabani bir görüştür. İslam dini Kur'an-ı Kerim'de ve Sünnette esasları belirtildiğine göre, giyim gibi kısmen modaya, geleneklere ve kısmen de vicdan hürriyetine bağlı bir konunun sadece ve tamamen çağın gereklerine uygun olup olmaması herhalde aranmayacaktır. Diyelim ki, çağın gerekleri, Sovyet Rusya'da olduğu gibi, açık saçıklık, tamamen üryan gezmeyi gerektirse, müslüman insanlarda Kur'an hükmünü bırakıp üryanmı gezecekler? Tabii ki hayır.

4. Diğer bir misal: "Dinsel giyim esaslarını içeren düzenleme... devlet düzenine giyim nedeniyle dinsel bir el atmada bulunmadır." (sh.33)

Burada da dine karşı hasmane bir tavır, dine karşı düşmanca bir davranış görülmektedir. Çünkü bir kimsenin dini bir esasa uygun ve vicdani hürriyeti gereği başını örtmesi,

katiyen devlet düzenine el atma değildir. Dinden o kadar korkuluyor ki bu cümlede kız öğrencilerin başlarını örtmesinin devlet idaresine; mesela Devlet Planlama Teşkilatına, Sağlık Bakanlığı Teşkilatına, Maliye Bakanlığı Teşkilatına, ve hatta Dışişleri Bakanlığının Yurtdışı Teşkilatlarına v.s. bir el atma olarak görülüyor(!). Bu ifadeler herhalde dinden korkan ve dine hasmane bir mana ifade eder.

5. "Giysi durumu salt bir biçimsel görünüm konusu değildir. Laiklik düşünsel yapının değiştirilmesidir... Kişi iç ve dış dünyasıyla bir bütündür... Giysi kişiliği yansıtan bir araçtır. Dinsel olsun olmasın çağdaşlığa aykırı, devrim yasalarının öngördüğü düzenleme ile çelişen giysiler uygun karşılanamaz. Dinsel nitelikteki giysiler ayrıca laiklik ilkesine ters düştüğünden daha yoğun bir aykırılık oluşturur." (sh.33)

Burada da aynı özellik görülüyor. Bir defa, Laiklik düşünsel yapının değiştirilmesi değildir. Laiklik insanların fikri yapılarını değiştirmez. Nerede, kimi değiştirilmiştir bir tek misal gösterilsin. Laik dünyalarda yaşayıp da dindar olan milyonlarca insan bulunuyor. Tersine dini devlet idarelerinde yaşayıp da laik düşüncede olan kimselerde var. Diğer taraftan dini giyimlerin laikliğe ters düşmesi şeklinde tesbitte yine dinden korkan bir mana taşımaktadır.

III- Üçüncü gruptaki misaller ise, çağdaşlık ve benzeri kavramları yerli yersiz kullanıldığına örnek teşkil etmektedir.

1. Türkiye'nin laikliği Batı ülkelerinden farklıdır. Çünkü laiklik ülke ve din şartlarından etkilenir. Türkiye sosyal şartlar itibariyle Batı toplumlarından, İslam'da din olarak Hıristiyanlıktan farklıdır. Onun için Batı tipi laikliği aynen almamız söz konusu olamaz. (sh.25)

Burada yanlış olan nokta şudur: Çağdaşlık muassırlık demektir, yani aynı asırdaki medeniyet seviyelerinin ulaştığı

düzey ve bu düzeyde uygulanan davranışlar ve değerleri benimsemek demektir. Bugün, sık sık bütün münevverlerimizin tekrar ettiği gibi, Batıdaki ilmî ve teknolojik seviyeye ulaşma hedef olarak gösterilmektedir. Avrupa Birliğine girmek için gayretler sarfediyoruz ve devamlı olarak Avrupa devletlerinin Anayasalarından ve demokratik uygulamalarından misaller veriyoruz. Adeta bütün hükümet Avrupalılaşmaya endekslenmiş bir biçimde görevini devam ettiriyor. Yani her şeyi ile batıya adapte olmaya çalışıyoruz, hatta bu gayretlerimiz yarım asırdan fazladır devam ediyor. Buna rağmen, Batı tipi laikliği almamızın söz konusu olmadığı nereden çıkıyor anlaşılmıyor. Yani her şeyini aldığımız Batının niçin laikliğini almayacağımız, onların çağdaş düzenlemelerine niçin gitmeyeceğimiz hakikaten anlaşılır gibi değildir. Çağdaşlık kavramına aşağıda (sh.) yine temas edeceğiz.

2. Bir diğer misal: "Eğitim ve öğretimde dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez." (sh.29)

Yukarıda belirttik ki, bilakis devlet özel bir katkı vermeye mecburdur çünkü dini eğitim ve öğrenim vatandaşın bir ihtiyacıdır, bir kamu hizmetidir. Bu kamu hizmetini yerine getirmek devletin bir vazifesidir. Bugün binlerce Kur'an Kursu, 500'den fazla İmam Hatip Okulu, 15 İlahiyat Fakültesi ile tamamen devlet bütçesinden mali ve ayni katkılar sağlanarak bir eğitim ve öğretim hizmeti sunulmaktadır. Devletin dini inanca ve dini öğretime niçin katkı sağlamayacağı, sağlamaması gerektiği anlaşılır mantık değildir. Olsa olsa, bu mantık ve uygulama ateist düzenlerde özlenen bir durum olabilir.

3. "Egemenliğin bağsız koşulsuz ulusta olması ilkesi dinde olmadığının delilidir." (sh.31)

Ne demek olduğu pek açık değil ama öyle anlaşılıyor ki hâkimiyet millettedir, dinde değildir demek istiyor. Kanaatimce

yukarıda belirttiğimiz gibi hâkimiyetin millette olması dinle bağdaşır bir davranıştır. Bir diğer deyişle dünya idaresi olan devlet idaresi ve bu idarenin gelişme seyri, egemenliğin millete ait olması, milletin egemenliğinin seçimle yani temsili demokrasiyle ortaya çıkması mümkündür (A. md. 6/2). Bu durum dini kaidelerle katiyen ve hiçbir zaman çatışmaz. Bir İslam Cumhuriyeti düşünsek, bu İslam Cumhuriyetinde çıkarılacak kanunların genellikle dini esaslara uygun olması düzenlenmişken ve fakat millet de egemenliğe sahip olup dört veya beş senede bir seçim sandığına gitmesi, vekillerini seçmesi hatta belediye ve İl Genel Meclisi üyelerini seçmesi gibi bir davranışta bulunabilir, bunların ikisi birbiri ile çelişmeyen durumlardır.

4. "Devlet yönetiminde din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz. Din kurallarının kaynağı Tanrıdır. Tanrı iradesidir[9]. Hukukun kaynağı ise ulus iradesidir. Din, ulustan kaynaklanan bir irade olmadığından ulus iradesinin oluşturduğu bir düzende hukuk kaynağı sayılamaz. Ulus iradesi ile ilahi irade arasında ilişki kurulamaz. Egemenlik insana dayanır. Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir." (sh. 30)

Görüldüğü gibi burada da milli hakimiyet teorisi, kamu hizmeti, temsili demokrasi ve benzeri kavramlar tamamen karıştırılmış ve çağdaşlıktan ne anladığını anlatamamış bir ibare söz konusudur. Çünkü, yukarıda da değindiğimiz gibi, bir İslam Cumhuriyetini ele alalım. Bu İslam Devletinde millet, vekillerini seçecektir ve seçtiği vekiller, kendisini yüce dini esaslara göre ve zamanın, yani asrın yerleşmiş kaidelerine göre idare ediyorsa, işte bu durumda hem hakimiyet millettedir, millet temsili demokrasi ile kendisini idare edeceği kimseleri

---

9 Kararın Türkçesi iyi değildir; bir çok uydurma kelimelerle kurulmuş cümleler vardır (irade yerine "istenç" kullanılması gibi). Üstelik bir yüksek Mahkemenin, hele bir Anayasa Mahkemesinin seviyesine hiç uygun değildir.

seçmektedir ve hem de ortaya konulmuş kaideler dini esaslara dayalı kaidelerdir. Görüldüğü gibi, hukuksal düzenlemeler dünya işidir din işi değildir demek, tamamen gayri-ilmi ve üstelik dinin mânâ ve mahiyetine çok yabancı ibarelerdir.

Mesela Kur'an-ı Kerim'de (tamamı 6666 ayet) 250 kadar hukuk kaidesi bulunuyor. Hadislerde de yüzlerce hukuki düzenleme ile ilgili ifade var. Mesela, miras, kefalet, vekalet ile ilgili, evlenme ve boşanma ile ilgili yüzlerce kaide var. İşte hem hukuki bir düzenleme hem de, insanlığa Allah tarafından gönderilen Son Peygamberin (ASM) ağzından çıktığı için dini bir düzenleme, yani İslam Dininin bir düzenlemesi söz konusudur.

IV. Ve Büyük Bir Tezat:

a- Son olarak bir tezata (çelişkiye) işaret etmek isterim. O da şudur: yukarıda denildiği gibi, hukukun (düzeninin olması gerekir) kaynağı ulus (millet) iradesidir. Aynı zamanda "Milletin bir dine bağlı olması da, düzenlemelerin dinsel gereklere bağlı kılınmasını haklı kılamaz." denilmektedir. Demek ki bir taraftan hukuk düzeni milletin iradesinden çıkıyor diyoruz, diğer taraftan da eğer millet çoğunluğu bir dine bağlı ise, düzenleme dinsel (dini) olamaz diyoruz. Yani, pratik bir misal verecek olursak: Bir milletin %99'u İslam dinindedir, yani müslümandır (Türk halkı gibi), ama düzenlemelerin dine dayanması gerekmez, dine dayanmasını kabul edemeyiz. Ama aynı millet dinsiz olsa veya farklı dinlere inanmış kimseler olsalar, iradesi hukuki düzenlemelerin kaynağı olabilecektir. Görüldüğü gibi, son derece tutarsız ve son derece çelişkili bir ifade ve mantıktır.

b- Bir başka tezat da şudur: Anayasa Mahkeme kararının hemen her sh. Ve paragrafında, bazen iki satırda bir, Yüksek Öğrenimdeki kız öğrencilerin başlarını örtmelerine izin veren ilgili md. nin Atatürkçülük ve Atatürk Devrimlerine aykırı

olduğu defalarca belirtilmiştir. Böylece kararın gerekçesinin en sağlam delilini teşkil etmiştir. Şimdi biz de, bir kitaptan, hem de Genel Kurmay Başkanlığının neşrettiği, "Atatürkçülük, 1. Kitap, Ankara, 1982." adlı kitaptan aldığımız şu satırlarla Anayasa Mahkemesinin ne kadar büyük ve affedilmez bir tezata düştüğünü göstermek isteriz.

Atatürk'ün şu sözlerini aşağıya aktarıyoruz:

"İcab-ı din olan tesettür, kısaca ifade etmek lazım gelirse, denebilir ki, kadınların külfetini mucip muhalif-i âdap olmayacak şekl-i basitte olmalıdır. Şekl-i tesettür kadını hayatından, mevcudiyetinden tecrit edecek şekilde olmamalıdır.

Tesettürü şeri kadınlar için mucibi müşkilat olmayacak, kadınların hayat-ı içtimaide, hayatı-i maişette ve hayatı ilmide erkeklerle teşriki faaliyet etmesine mani bulunmayacak bir şekl-i basittedir. Bu şekl-i basit heyeti - içtimaiyyemizin ahlak ve adabına mugayir değildir." (sh.12)

Yüksek Öğrenimdeki kız öğrencilerin başlarını örtmeleri ise, onların ilim tahsil etmek ve hatta hayatlarını kazanmak için atıldıkları ilim ve sosyal hayatta söz konusu olup, erkeklerle bir arada bulunmalarına engel olmadığı da açıktır.

*

* *

Bu karar Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe girdikten sonra çeşitli çevreler onu alkışlamış, fakat ciddi ve ilmi bir tahlil ve tenkidi yapılmamıştır. Bazı müslüman yazarlar ise Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile cari sisteme ideolojik bir çerçeve koyduğu ve bu çerçevenin dışına Müslümanların çıkmasına engel olduğunu söyleyerek acı bir dil ile tenkit etmişlerdir. Ve demişlerdir ki, "Anayasa Mahkemesinin bu kararı" az veya çok İslami duyarlılığı olanlar tahlil etmelidir. Bu hangi ortamda yaşanıldığının belirlenmesi için zaruridir. Onun için az veya

çok İslami duyarlılığı olanlar Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararını çoğaltıp, altını çize çize tahlil edebilir. Ve sisteme sahip olan herkese soru olarak yöneltebilirler. Böylece, Anayasa Mahkemesinin ideolojik çerçevesini kimlerin benimsediği de ortaya çıkmış olur[10].

10 Bkz. Ahmet TAŞGETİREN' in makalesi.

ÇEVRE KORUNMASI
VE
TOPLUM VEYA DEVLET HAYATI

Prof.Dr. Servet ARMAĞAN*

GİRİŞ

Son zamanlarda yeni bir moda memleketimizde hüküm sürüyor. Bu moda kılık kıyafetle ilgili değil. Tersine davranışlarla ilgilidir. Bu modanın ismi, "**çevrenin korunması**" dır. Veya "**çevrenin korunması için gönüllü olarak çalışmaktır**". Bu yazımızda ve aşağıdaki satırlarda bu modanın, bu davranışın kısa bir tahlilini yapacak ve bazı görüşlerimizi belirteceğiz.

1- Bu modada çeşitli sektörlerde çalışan münevverlerimiz yer alıyor. Bilhassa kadınların rol aldığı görülüyor. Belli olgunluk yaşına ulaşmış kadınlarımız çevrenin korunması için gönüllü olarak hareket etmekte, rozetler dağıtmakta, toplantılar düzenlemektedir. En azından, medyada çevreyi koruyan kimse veya çevre aşığı, çevre için mücadele eden isimler olarak anılmaktadırlar.

2- Bu mücadele çeşitli vasıtalarla yapılıyor. Tabii büyük ölçüde medya kullanılarak yapılıyor. Yani, gazeteler, dergiler ve radyo-televizyon aracılığıyla seslerini duyuruyorlar. Hatta bu uğurda çeşitli kamu kuruluşları aleyhine, bu arada bakanlara ve bakanlıklara karşı davalar açıyorlar. Hatta bu mücadele o kadar şiddetleniyor ki; küfür ve istihza etme, şahsiyet hakları ile uğraşmaya kadar varıyor. Yani çevrenin korunması uğruna gönüllü olarak çalışan kimseler ve bu arada kadınlar, bakanlara ve ilgili belediye başkanlarına küfürler etmekte, şahsiyetlerini küçük düşürücü beyanlarda bulunmaktadırlar.

---

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Profesörü

3- Basın bütün bunları destekliyor. Gerek yazılı basın gerek görsel basın geniş ölçüde bu konudaki davranışlara ve modaya yer ayırıyor. Hatta ilim adamlarının bir kısmı kendisini çevreye adamış, çevre için hayatını feda etmiş gibi vasıflarla basında anılıyor. Bakanlardan bir kısmı da, sadece çevre bakanı değil, çevrenin korunması için özel gayret sarfettiklerini ve edeceklerini ve bu uğurda herşeyi yapacaklarını belirtiyorlar. Ve bu şekilde basında kendilerini gösteren ve bir nevi bu konunun öncüsü olarak ortaya çıkıyorlar.

4- Sözün burasında şu soruyu sormak lâzım: Acaba memleketimiz bütün hayatı çevrenin korunması üzerinde mi dönüyor? Veya Dönmeli midir? Bir diğer deyişle kadınımız, erkeğimizle, gencimiz, ihtiyarımızla; bilim adamlarımızla,, bakanlarımızla birlikte sadece ve sadece çevre korunmasıyla ilgili mi gayret sarfetmemiz gerekiyor? Veya gerekmektedir? Bir diğer deyişle, günümüzde çevre korunması veya çevrenin temiz tutulması için o kadar güzel sloganlar ve güzel beyanlar ileri sürülüyor ki, insan hatırına ister istemez bu soru geliyor. Acaba Türkiye'nin bütün meselesi çevrenin korunması mıdır?

Ben bu konuda daha önce bir kaç teşebbüste bulundum ve yayınlar yaptım. Bunlar İstanbul Hukuk Fakültesi tarafından yayınlanan Prof. Dr. Reha POROY'a armağan ile Prof. Dr. Hayri DOMANİÇ'e armağan 1995- İstanbul, isimli kitapta yayınlandılar. Ayrıca çeşitli toplantılarda İslâm Çevre Hukukunun genel esaslarını ifade eden konferanslar verdim ve hala da bu konu üzerinde amatörce çalışıyorum. Aşağıda da bu konudaki düşüncelerimi açıklamaya çalışacağım.

I- TOPLUM HAYATINDAKİ DENGE

Herhangi bir toplumda dengeli bir hayat vardır. Bir diğer deyişle toplumu idare eden dinamikler, topluma yön veren değerler toplumun üzerine kurulmuş olduğu ihtiyaçlar ve korunması gereken değerler arasında denge vardır. Denge,

zaman zaman biri aleyhine diğeri lehine gelişebilir. Ama herhalde bir dengeden bahsetmek mümkündür. Yani artısı ve eksisiyle bir arada bulunan bir denge. Müsbet tarafı ve menfi tarafıyla birarada bulunan, bulunması gerekli ve bulunması normal olan bir denge sözkonusudur. Toplum hayatında sadece artı olacak, yani sadece kârlı taraflar cereyan edecek, etmelidir diye genel bir kaide yoktur. Müsbet taraflar da olur, olmalıdır, ama menfi taraf da olacaktır; her türlü unsuru, gelişmeyi ve değerlendirmeyi yok saymak mümkün değildir.

Şimdi aşağıdaki misalleri genel olarak sosyal ve hukuk felsefesi açısından değerlendirelim.

A- Mesela toplumda **suçlu** vardır. Tabi suçlu olunca **polis** sözkonusu olur ve **mahkemeler** söz konusu olur. İnsanlar, istenmemekle birlikte, suç işliyorlar. Gerek ceza sahasında **suç** ismini verdiğimiz, gerekse medeni hukuk alanında **hukuk ihlalleri** sözkonusu oluyor. Tabii bütün bu ihlallere karşı bir mahkeme kuruluyor, bir hakim var ve görev yapıyor ve bir polis bu konularla ilgili rol alıyor. İnsanlar arasındaki bu kabil ihtilaflar hukuk ilminin ortaya çıkmasına sebep oluyor.

Bir diğer misal: **Hasta** vardır toplumda, tabi **hastahane** oluyor ve **doktor** sözkonusu oluyor. Yani insanın hastalanmaması kabil değil. Mutlaka hastalanıyor. Hastalıklar olduğu için tıp ilmi gelişmiş ve ortaya çıkmıştır. Durup dururken herkes doğumundan ölümüne kadar tamamen sağlıklı olarak yaşasa ve ölse, tabii tıp ilmi doğmadığı gibi, hastane denen bir müessese de ortaya çıkmazdı.

Bir diğer misal: pislik her toplumda vardır. Gerek evlerde, lokantalarda, gerekse cadde, sokak ve park yerlerinde tabi çöp vardır, çöpcü vardır. Bu çöpcüler pisliği gidermek için çalışır. Hijyen ilmi, pisliklerin zararları ve ondan kurtulma çarelerini bize anlatan bir ilmin ismidir.

Biraz daha yakından topluma bakalım: Mesela istihdam diye bir kavram var. İstihdam: insanların belli sahalarda çalışması ve çalıştırılması demektir, çalışabilme imkânlarının düzenlenmesi demektir. İktisat ilminin bir konusu olan istihdam her toplumun bir hedefidir. tam istihdam için her toplum çalışır, her devlet çalışır. ama hiç bir devlette işsizlik oranı % 0 olmuyor. Şu veya bu sebeple olamıyor: insanlar işini beğenmiyor, çalışmadan ürküyor v.s. Bütün bu durumlar iktisat ilminin bir konusu ve iktisat ilminin bir sahasını teşkil ediyor.

Aynı şekilde istihdam yapılırken yani fabrikalar kurulurken, işyerleri açılırken çevrenin korunması hatıra geliyor. Yani istihdam yapalım derken fabrika kuruyoruz. O fabrikada yüzlerce, binlerce insanı çalıştırma yoluna gidiyoruz. Ama bu fabrika çevreyi kirletme neticesi doğuruyor. Bu kaçınılmaz bir netice. Şimdi: bir taraftan istihdam ediyoruz fabrika kurulması için çalışıyoruz. Devlet teşvik uyguluyor, ucuz elektrik veriyor, yer tahsis ediyor, vergiden muaf tutuyor yatırımcıları. Ama çevreyi kirletmeyelim diye o kadar büyük tedbirler alınıyor ki, bu tedbirlerin büyüklüğü o fabrikanın kurulmasına engel oluyor. Yani çevre kanunları şu şu şartları yerine getireceksin, şu şartları yapacaksın diye şartlar koyuyorlar. Fakat bu şartlar o kadar tafsilatlı, o kadar pahalı ki, o fabrika kurulamıyor!

B- Mesela **sanayi** diye bir kavram var. Sanayi bakanlığının sahasına giren fakat **iktisat ilminin** de konusu olan bir konu. Şimdi sanayi olunca veya sanayi ihtiyacı olunca kalkınmaya doğru bir gidiş başlıyor, sanayileşmek suretiyle kalkınma isteğimiz var. Bütün dünyada var, bizde de var. Tabi sanayi olması demek, sanayi tesis etmemiz demek, enerjinin olması demektir. Sanayiye elektrik, yakıt, hammadde gibi diğer kaynakların bulunması lâzım. Bir taraftan sanayi faydalı bir davranış, diğer taraftan enerjinin ortaya çıkması da diğer bir problem: onun masraf var. Etrafa saçtığı kirlilik var. Petrolden

elektrik üretimi gibi, nükleer enerji santralleri gibi Enerji ihtiyacını gidermek için bütün bunların yapılması lâzım ki, sanayinin damarları tıkanmasın.

C- Yine sanayi denildiği zaman vergi hatıra geliyor. Tabi sanayi olduğu zaman büyük bir üretim, büyük bir istihdam, büyük bir ciro ortaya çıkıyor. Ortaya çıkan cironun neticesinde kârlardan vergi alınıyor. Vergi sanayi olunca ve büyük gelirler olunca sözkonusu oluyor. Olmadığı takdirde vergi olmuyor. Verginin olması için sanayinin olması lâzım.

D- Sanayinin olması demek ticaretin olması demek, mali ve hukuki düzenlemelerin olması demektir. Sanayi tesislerinin şartları, vergi düzeni, burada çalışan insanların hayatı, hakları ve borçları gibi mali ve hukuki düzenlemeler, hatta sınırlamalar getiriliyor. Şimdi diyebilirmiyiz ki sanayi olsun ve fakat düzenleme olmasın. Diyemeyiz. Hem sanayi olacak hem de mali ve hukuki düzenlemeler getirilecek. Hatta bazı sahalarda sınırlamalar getirilecek. Gerek işyerlerine ait sınırlamalar, gerek işverenlere ve gerekse işçilere ait sınırlamar. Yine sanayinin olması demek bankanın olması demek, ticaretin olması demektir. Bankanın olması demek, bankalara ait düzenleme olması demek ve nihayet bütün bu durumlarda bir sınırlama getirilmesi mânasına geliyor.

E- Diğer sektörlerde de aynı şey söz konusudur.

Özetleyecek olursak, toplumdaki dengelerde; gerek iktisadi, gerek sosyal hayatın çeşitli sektörlerinde hukuki, mali v.b. alanlarında artısı, eksisiyle; müsbeti, menfisiyle bir kontrast manzarası vardır. Yani "**tezatlar dünyası**", "**suçlu-polis**" gibi, "**hastalık-hastane**" Hiç bir zaman hatıra getirilmesin ki hiç bir suçlunun bulunmadığı bir toplum vardır. Öyle bir şey hayalden geçerse de ve ideal ise de gerçekleşmiyor.

II- DENGE MUHAFAZA EDİLMELİ DENGESİZ DAVRANIŞLARDAN KAÇINILMALIDIR

Yukarıdan beri verdiğimiz misallerin zorunlu olarak şu neticeleri ortaya çıkardığı söylenebilir:

1- Suçlu vardır. Mahkemeler de vardır, polis te olacaktır. Ama sadece suçlulara iyi muamele yapalım ve bu uğurda her türlü fedakârlığa katlanalım gibi bir davranış toplumda yerleşemez. Neden? Batı dünyasında ve bilhassa Amerika'da görülen bir cereyan şudur: suçlulara hapishanede iyi oda temin etmek,sıcak ve soğuk su temin etmek, televizyon vermek, her türlü hastalığı gidermek, eşinin yanına gelmesine müsaade etmek, hatta zaman zaman dışarıya çıkmasına müsaade etmek v.b.

Bu şekilde suçu unutan, mağduru unutan bir zihniyetle hareket etmek herhalde dengesiz bir davranıştır. Suçlu suç işlediği için mahkum olmuştur ve bu ismi almıştır. Bu sebeple hapishaneye konmuştur. Bu suretle suçlunun ıslah olması hedeflenir. Mağdurun rahat etmesi hedeflenir. Yoksa mağduru düşünmeliyim. Sadece suçluyu düşünelim demek dengesiz bir davranış ortaya çıkarır. Düşünün ki bir insanın kafasını taşla ezen, bir insanın karnını bıçakla deşen bir kimse etrafta gözü yaşlı, ve üzüntülü bir sürü insan bırakıyor. Hapishaneye girdiği zaman da televizyonuyla, sıcak suyuyla ve eşiyle görüşme gibi her türlü rahatlığı sağladığımız takdirde, herhalde o mağdur rahat edemiyecektir. Çünkü hapishane bu gibiler için aranan bir yer olacaktır. Hele toplumumuz gibi hayat seviyesi düşük olan yerlerde hapishane daima aranacaktır.

2- Polis kimseyi dövmesin, göstericilere mani olmasın dersek yine dengesiz hareket etmiş oluruz. Polisin vazifesi kamu düzenini korumaktır, mağduru korumaktır. Suç işlemesine engel olmaktır. Devlet düzenini korumaktır v.s. Bu konuda kanunlar, yönetmelikler çıkarılmıştır, ama polis

kimseyi dövmesin diye genel bir kaide söylemek mümkün değil. Polis zaten haksız dövmüş ise kendisine karşı dava açılabilir. Ona emreden kimseye de dava açılabilir. Ama polis, hiç bir göstericiyi dövmeyecek, hiç bir kadını saçından yakalamayacak, hiç bir talebeyi kolundan tutup sürüklemeyecek diye bir kaide yoktur. Suç işlerse herkesin kolundan tutabilir, herkesi bir binadan dışarı çıkarabilir. Hatta bir hukuk profesörü de suç işlerse onu da yine polis yakalar, yeter ki şartları ortaya çıksın. Çünkü görevinin mahiyetinde yakalama ve dövme fiili vardır. Arzu edilmez kimseyi dövmesi ve kaide değildir kimseyi dövmesi, ama gerektiği zaman döver.

Şimdi toplu gösterilerde, belli yerlerde, belli hakları, belli görüşleri ileri sürmek için gösteri yürüyüşü yapılıyor, ama göstericilere belli sınırları aşmaması ve belli sahalara tecavüz etmemesi telkininde bulunuyor. Polis bir yasak koyuyor. Kaymakam veya valiler yasaklar koyuyor ama bu yasaklara riayet etmeyen bir gösterici tabiiki ya sürüklenecek, ya da coplanacak. Polislere taş atan, şişle saldıran, yumrukla saldıran bir gösterici elbette yakalanacak ve sürüklenecektir.

3- Mesela her talebe üniversiteye girme imkanına kavuşmalıdır. Bu cümle güzel bir cümledir ama dengesiz bir cümledir. Çünkü herkesin üniversiteye girmesi dünyanın hiç bir yerinde gerçekleşmemiş bir olaydır. Gerçekleşmesi ideal de değildir. Böyle bir şey olamaz. Niye? Çünkü herkes üniversitede okuyamaz, zeka seviyesi müsait değildir, herkesin okumasına malî imkânlarda müsaade etmez çok büyük tesisler lazım. Hiç bir devlet bu yükün altından kalkamaz, böyle bir hedef de yoktur. Yani herkes üniversite mezunu olacaktır diye bir hedefin gösterilmesi doğru olmaz.

4- Her mezuna iş bulunması lâzım, hiç bir mezun işsiz kalmamalıdır. Bu çok güzel bir cümledir. Çok vatansever bir cümledir, ama dengesiz bir cümledir. Çünkü her mezuna, mezun olur olmaz iş bulunması imkânı ancak insan

hayalinden geçer. Bir iş sahası açılmalı ve ama mutlaka bir gecikme olur. Ve bu gecikmeler sebebiyle mezunlar tam istihdama kavuşamazlar v.s.

Görülüyor ki denge muhafaza edilmeli dengesiz davranışlardan kaçınmalı dediğimiz zaman hem müsbet tarafı ile hem de menfi tarafı ile zorunlu olan dinamikleri nazara alıyoruz.

III- ENERJİ AÇIĞI KONUSU

22 Haziran 1996 günü TRT 1 kanalı 13.00 haber bülteninde Sayın Başbakan Mesut Yılmaz'ın bir konuşması verildi. Sayın başbakanımızın beyanına göre Türkiye büyük bir enerji darboğazındadır. Enerji darboğazını atlatabilmek için 3 milyar dolarlık bir yatırım şarttır. Şimdiden tedbir almamız lâzım dedi, ve ondan sonraki gazetelerde de Eylül 1996'dan itibaren Türkiye'de karartmaların başlayacağı belirtiliyordu.

Şimdi enerji açığının nasıl ortadan kaldıracağız dediğimiz zaman, dünyaya bakıyoruz. Türkiye'de olan bu durum dünyada da var. Hatta gelişmiş sanayi devletleri olan Almanya'da da, Fransa'da da var. Diğer devletlerde de vardır. Çünkü yukarıda dediğimiz gibi sanayi devamlı enerji isteyen bir sektördür. Bu enerjinin de belli kaynakları vardır. Katı yakıtlar, sıvı yakıtlar ve nükleer kaynaklar v.b. vardır. Almanların meşhur Speigel dergisi 1976 yılında bir inceleme yayınladı. Zannediyorum iki sayı arka arkaya dünyadaki ve Almanya'daki enerji darboğazlarını dile getirdi. Ve bunların tek çıkış yolunun nükleer enerji santralları olduğunu belirtti. Çevre yeşil kalsın, kelebekler uçuşsun, ceylanlar koşsun diye enerji tesisi yapmayacağız, yollar açmayacağız diye bir davranışta bulunmak memleket menfaatine değildir diye bir uzun rapor yayınladı.

IV- KARŞI PROTESTOLAR

Şimdi meseleyi buraya getirdiğimiz zaman: Almanya'daki ve Türkiye'deki bazı çevre koruma istikâmetindeki protestolara rastlıyoruz ve bazı sert değerlendirmelere tesadüf ediyoruz. Bunların bir kısmını ele alalım.

Almanya'da bilhassa 1970'li yıllardan itibaren çevre korunması için büyük protesto yürüyüşleri oldu ve toplantılar düzenlendiği görüldü, ve halen de devam ediyor. Bunlara göre otobahn yapılmamalıdır. Çünkü tabiatın güzel manzaraları yok ediliyor, çiçekler, ağaçlar, yeşil alanlar muhafaza edilsin. Nükleer enerji kurulmamalıdır. Çünkü zehir saçıyor v.s. Diğer ülkelerde de aynı şeyler görülüyor.

Memleketimizde son olarak Gökova nükleer santrali ile ilgili olarak bir takım protestolar değerlendirmeler, ve röportajlar yayınlandı ve bu santralı kuranların mesul olduğu, çünkü insanları öldürecek bir tesis olduğu belirtildi. Hatıra şu sorular geliyor. Gökova santrali durup dururken kurulan bir santral değildir:

1- Bir enerji ihtiyacını karşılamak için düşünülmüştür. Enerji darboğazını aşmak için düşünülmüştür.

2- Bu santralin projesi yapılmıştır. Bu santral projesi birtakım mühendislerin elinden geçmiş yatırım olduğu için Devlet Planlama Teşkilatından geçmiştir. Bakanlar kurulundan herhalde geçmiştir. Ve bir sürü mühendis, uzman, ve memleket çocuğunun imzası ile bu projenin gerçekleşmesi sağlanmış böylece santralin ortaya çıkması gerçekleşmiştir. Ve bu gerçekleşme trilyonlarca liraya mal olmuştur. Şimdi biri kalkıp dese ki "bu santral çevreye zarar veriyor yıkalım, yapmayalım". Bu soruları nasıl cevaplandıracağız bilemem. Devlet Planlama Teşkilatı nasıl buna "evet" demiştir. Mühendisler nasıl "evet" demiştir. Bir de bakanlıklar bu konuda nasıl müsbet raporlar vermiştir.

Soruları açıkta kalıyor. Yine son bir iki aydır bir taraftan merhum Cumhurbaşkanı Turgut ÖZAL, diğer taraftan da halen Devlet Başkanı olan Cumhurbaşkanı Süleyman DEMİREL bu santrale bazen sahip çıkan bazen de kaldırılmasını isteyen beyanlar sergilimektedir. Gazetelere bakınca; insan hangisinin doğru, hangisinin ne zaman yapıldığına karar vermekte güçlük çekmektedir.

Şimdi diyoruz ki bir taraftan enerji açığı var ve diğer taraftan enerji açığının gidermek için tedbirler alınıyor ve bu tedbirlerin alınmasında Türk münevverlerinin; mühendisi ile, doktoruyla, kimyageriyle, hukukçusuyla, planlamacısıyla çalışıyor ve bir tesis ortaya geliyor. Arkasından bir çevreci veya birkaç çevreci "bu santral zararlıdır. Engel olalım" diye, ortaya bir fikir(!) atıyor ve böylece bu santralin yok olması ve yıkılması ile karşı karşıya geliyoruz ki böylece müsbet bir netice doğurmayan ve memleketimizin gerçeklerine uymayan bir durum sözkonusu olmaktadır.

NETİCE

Yukarıdan beri belirttiğimiz esaslardan şu neticeyi çıkarmak mümkündür.

1- Çevre herşey demek değildir. Bir diğer deyişle Türkiye'deki insanların ihtiyaçlarının tamamı ve yegânesi çevreyi korumak değildir. Mesela bir enflasyon problemi vardır. Herkesi ilgilendirir en az çevre kadar önemlidir. Bir fuhuşla mücadele sektörü vardır. Devlet sosyologuyla, polisiyle, hakimiyle, bu sahada çalışmalar yapıyor. Bir uyuşturucu madde yaygınlaştırılması gayreti vardır. Devletin çeşitli sektörleri bu uğurda çalışıyorlar. Bunlar en az çevrenin korunması kadar önemli ve en az onlar kadar insanlara zarar veren konulardır.

2- İş bulma, yani tam istihdam en az çevrenin korunması kadar önemli bir konudur. İşsiz binlerce, milyonlarca insan

sokaklarda dolaşırken ve kahvelerde aylak aylak otururken, bütün bunların derdini görmemek ve bir çare aramamak ve fakat çevreyi koruyalım diye, sadece bu açıdan hareket etmek gerçekçi olmaz. Bir diğer deyişle, insanlar işsiz ve aç sefil bir şekilde hayatta iken ve bunların sayısı milyonları aşarken "çevreyi koruyalım, çevreyi koruyalım" diye devamlı olarak bir takım vatansever (sözde) beyanlarda bulunmak "realite" değildir.

İş bulunduğu takdirde, fabrikalar kurulduğu takdirde insanlar sevinecektir ama tabiki kirlilik de olacaktır. İmkanların el verdiği ölçüde kirlilik giderilmelidir.

Yakın bir dostum anlatmıştı: "Almanya'da çevre korunması hakkındaki kanun o kadar çok şartlar ileri sürmüş ki, o kadar çok şey istiyormuş ki, artık bir fabrikanın yapılması imkansız hale geliyormuş. Sadece çevrenin korunması için milyonlarca mark yatırım yapılması gerekiyor. Tabi bu yatırımlar maliyeti arttıracak, fiyatları arttıracak ve piyasa şartlarına uyamayacak kimse.

3- Karanlıkta kalma bir enerji darboğazı neticesidir. Eğer biz çevreyi temiz tutalım ve mutlaka temiz tutalım, hiçbir şey düşünmeyelim derken karanlıkta kalmayı da kabul ediyoruz demektir. İster nükleer enerji tesisleri olsun, ister diğer tesisler, meselâ, termik santraller olsun, elbette kirlilik çevreye yayılacaktır. Ama bize bir enerji sağlayacaktır. Bu enerjinin sağlanması başka türlü olmuyor.

4- Sözün burasında bir felsefî noktaya temas etmek gerekir.

a- İnsanlar adalet yapayım derken, bazen çok ileri gitmekte ve hatta hiç yoktan masum insanları zarardide etmektedirler.

İnsanlar temizlik yapayım derken hiç yoktan kendilerini ve başkalarını perişan etmektedirler. (Temizlik hastası birtakım

kadınlar gibi). İnsanlar düzenli hareket edeyim derken birçok kalp kırılmakta, huzursuzluklar meydana gelmektedir.

5- Roma'nın meşhur filozofu ve hukukçusu Çiçero'un şöyle bir cümlesi var "Summum Jus summa Injuria" kısaca tercümesi: **"En üstün hukuk en büyük haksızlıktır.** En üstün hukuk nasıl en büyük haksızlık oluyor diyeceksiniz. İşte sayın okuycularım, bir insan kılı kırk yararcasına ve adalet için herşeyi terkeden bir istikamette hareket ettiği zaman herhalde büyük haksızlıklara sebep olur. O haksızlıkların ortadan kaldırılması da son derece zor. Onun için **"En büyük hukuk en büyük haksızlık olur"** sözü yerindedir.

Tenkid etmek kolaydır, çare bulmak zordur. Çevrenin kirliliğini ileri sürmek kolay bir davranıştır. Ama çevreyi kirletmeyelim ve kirliliğe nasıl mani olalım ve diğer dengeleri nasıl muhafaza edelim sorusuna cevap vermek her zaman kolay mı?

Şimdi: Türkiye'nin enerji darboğazında olduğu kesin. Bu enerji darboğazını gidermek için belli başlı kaynaklar var. Sıvı yakıtlar var, hidroelektrik santralleri var ve nükleer santraller var. Bunların hepsinin sahası belli, hacmi belli, kapasitesi belli ve bütün bunlar belli ve ortada iken çevre kirlenmesin demek; enerji darboğazına bir çare göstermek demek değildir. Enerji darboğazını bir başkası düşünsün demek de bir çare demek değildir. Karanlıkta kalalım fakat temiz bir çevrede yaşayalım demek de asla bir çare değildir. Bu sebeple tenkidi yapanlar bu konularda bir düzenleme getirmeli ve bir teklifte bulunmalıdırlar.

6-Kısacası çevre kirliliği ve çevre korunması uğruna yapılan mücadeleler takdire değer olmakla birlikte, eksik tarafı çarelerin gösterilmemesidir. Veyahutta 1996 Eylül ayından itibaren Türkiye'nin karanlıkta kalması kaçınılmaz olacağı kabul edilmelidir. Nitekim yaklaşık bir yıldır sık sık elektrik

kısıntısı ve yetersizliği, İstanbul gibi metropollerde de görülmeye başlandı.

7- Buraya kadar söylediklerimiz bir taraftan hukuki, bir taraftan sosyolojik değerlendirmeler, hatta bir kısmı da felsefi değerlendirmelerdir. Yeri gelmişken ve mana irtibatı içerisinde İslam Hukuku'nun bazı kaidelerini, ki temel hukuk kaideleridir ve felsefi bir muhtevaya sahiptir, buraya almak isterim:

a- İslam hukukuna göre:

"Ehven-i Şerreyn ihtiyar olunur."

Yani ortada iki zarar varsa daha az zarara katlanırız, büyük zarardan sakınırız. Yukarıdaki misalde de gördük ki, bir taraftan çevre kirliliği bir zarardır. Bir taraftan da enerji darboğazı veya işsizlik gibi bir başka zarar ve felaket vardır. İşte bunlardan birine katlanmak ve birine belli ölçülerde katlanmak gerekeceği tabiidir. Bu kaide 13 asır önce belirtilmiştir.

b- İkinci kaide şöyledir: **"İki zarar tearruz ettikte ehaffı irtikâb ile âzamının çaresine bakılır".**

Yani iki büyük zarar ve felaket aynı anda geliyor bu durumda insanoğlu daha az zarar verecek olanına katlanır, büyüğünün çaresine bakmak için. Şimdi bu kaideyi yukarıdaki misallere uygulayacak olursak: Bir taraftan çevrenin kirliliği, bir taraftan da işsizlik belası karşısında birine katlanmamız gerekir. Başka türlü de bir kararı almanız söz konusu olamaz veya bu istikamette müsbet bir gelişme kaydedilemez. Ancak ikisini birden ortadan kaldıramadığımız zamanlarda söz konusu olan bu İslam hukuku kaideleri yüzlerce, binlerce insanı rahatlatmaktadır.

c- Bir diğer kaide şöyledir: **"Hayrı kesir için şerri kalil'e katlanılır."**

Yani büyük bir hayır, büyük bir menfaat ve fayda gelmesi için bazı küçük zararlara katlanılır. Katlanılması normaldir. Bir diğer deyişle: Şerri kalil gelecek diye hayrı kesire gitmemek akılsızlık olur.

Yukarıdaki misallere uygulayacak olursak: gerçekten de işsizlik büyük bir bela. Memleketi bu büyük beladan kurtarma için fabrikalar açıyoruz, bir takım insanlar evlerine sıcak ekmek götürmeye ve çorba pişirmeye başlıyorlar. Ama o fabrika etrafa pislik saçıyor. Şu veya bu derece insanlara zarar veriyor. Öbür taraftan da milyonlarca kişi işsizlikten kurtuluyor.

Yine aynı şekilde milyonlarca insan karanlıkta kalmaktan kurtuluyorken, diğer taraftan bazı zararlar da ortaya çıkar. Bu durumda zararların giderilmesi için çalışmamız lazımdır. Ve bu zararları önlemenin de çarelerini göstermemiz lazım. Yoksa meseleyi sadece bir tarafı ile bakmak doğru olmaz. Tabiiki her müsbet işin bir menfi tarafı vardır. Her toplumdaki artı işin bir menfi tarafı vardır. Önemli olan bu denkliği kurmaktır. Menfi ve müsbetler arasında, kâr ve zarar arasında, **benefit and cost** arasında, bu denge kurulmadığı sürece çevre korunması, çevrecilerin gayretleri tabirleri çok plâtonik, çok havada, çok temelsiz bir kavram haline gelmektedir.

Tam ilkel yaşamak istiyorsanız, dağlarda mağaralarda, derelerde yaşamanız mümkündür. Ama kimse böyle bir hayata ne katlanabilir ne de ister; en cahilinden en münevverine, en zengininden en cahiline kadar. Elektrik istiyor, su istiyor, telefon istiyor hatta cep telefonu istiyor, çünkü bunlar faydalı vasıtalar. Bunlar **benefit**'tir, fakat bütün bunların **cost**'u da var. Akşam en köylümüzün, en cahilimizin evinde dahi çeşitli özel kanalların sergilidiği filimler seyrediliyor. O elektriği meydana getirmek büyük bir maliyete sebep oluyor. Ve büyük bir kirliliğe sebep oluyor. Ama hiçkimse dağbaşında ilkel bir hayat yaşıyayım ne elektrik, ne televizyon ne de telefon isterim, çevremiz temiz olsun demiyor. Demesi de gerekmez. Hiçkimse

demez ki, sokaklarımız çöplerle dolmasın ama ben de karpuz yemeyeceğim. Kavun kabuğu atmayacağım. Böyle bir hayat olmaz. Mademki hayat vardır, hava kirliliği de olacaktır. Para geliri de olacaktır, istihdam da olacaktır. Enerji pisliği de olacaktır. Tüm bunlar tam bir kontras halinde toplumun içinde devam etmektedir.

DOĞU TÜRKİSTAN RAPORU VE İNSAN HAKLARI İHLALLERİ

Doç. Dr. Burhan KUZU*

I- DOĞU TÜRKİSTAN

1944-49 yılları arasında kurulan bu devlet Çin'in önce Japonya ile sonra da iç savaşla uğraştığı yıllarda ayakta kalabilmiş kendini toparlayamayınca dağılmıştır. 1859'a kadar bağımsız kalan Doğu Türkistan 1863 ve 1933 yıllarında iki bağımsızlık denemesi daha geçirmiş; ancak hiçbiri uzun ömürlü olamamıştır[1].

Son yıllarda Çin'de yaşanan ekonomik liberalleşmenin, siyasi liberalleşmeyi beraberinde getireceği ileri sürülmekte ve bu görüş Sovyetler Birliği'nin dağılmasına dayandırılıyor ise de bu tahmin pek isabetli görünmüyor. Bir kerre, Çin'in nüfus yapısı Sovyetler Birliği'ninkine pek benzemiyor; ülkede 50 ayrı etnik grubun bulunduğu doğrudur. Ancak, 1 milyar 200 milyonluk Çin nüfusunun yüzde 90'dan fazlasını "Han" denen Çin'in asıl unsurunu oluşturan etnik unsur teşkil ediyor. Nüfus ülkenin doğusunda yoğunlaşmış, Doğu Türkistan ve Tibet'in yer aldığı Batı bölgeleri boş ise de yıllardır uygulanan asimilasyon politikaları doğrultusunda doğudaki nüfus zorla Batıya göç ettirilerek, bu bölgelerde çoğunluğun "Han"ların eline geçmesi için büyük çaba gösteriyorlar. Doğu Türkistanda, Uygur-Han oranı 2'ye 1 Uygurlar lehine ise de, örneğin İç Moğolistan'da yerel halkın 6 katı Han bölgeye yerleştirilmiştir. Aynı iskan politikası Tibet'te de sürüyor.

Çin'in resmi kaynaklarına göre Çin'de 20 milyon

---

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Bkz. Aksiyon Dergisi 22-28 Şubat 1997, Yıl:3 sy.116, s.45

müslüman vardır. Bunun 8 milyonu Uygur Türk'üdür. Doğu Türkistan'lılar ise kendi nüfuslarının 22 milyon olduğunu ileri sürüyorlar[2].

II- SON OLAYLAR NASIL BAŞLADI

Olaylar, Doğu Türkistan'ın Kuzey-Batısında yer alan Kazakistan sınırına 40 km. uzaklıktaki İli (Gulca) şehrinin kenar bir mahallesindeki Karadong-Karatepe mescitde başlamıştır. Kadir gecesi münasebetiyle küçük bir mescitte toplanan 30'un üzerindeki kadın Kur'an okurken, Çin Milis Güçleri buraya gelerek kadınları demir sopalarla döverek, yerde sürüklüyerek mescitten çıkarıp emniyet merkezine götürürler. Mahalle sakinleri emniyete giderek kadınların serbest bırakılmasını talep ederler. İçeriden, işkenceyle öldürülen üç kadının cesedini emniyet önünde toplanan 100 kişilik grubun önüne "işte istedikleriniz" diye atarlar. Bunun üzerine "Allahüekber" nidalarıyla galeyana gelen grup hemen oracıkta iki çin polisini linç ederek öldürürler ve şehir merkezine doğru yürümeye başlarlar[3].

Olayın olduğu gece tüm mescit ve camilerde ibadet eden binlerce soydaşımız bu haber üzerine "Vatanga Azatlık", "Yaşasın Erkinlik" sloganları atarak şehir merkezine doğru yürüyüşe geçerler. Bu arada Kominist Partisi binaları ateşe verilir. Çin Milis Kuvvetleri alanda toplananların üzerine ateş açmaya başlar. Bunun üzerine meydanda toplanan 5000 kadar kişi de karşı saldırıya geçer. Bu arada, 45 yıldır bağımsızlık ve özgürlük yanlısı yeraltında faaliyet gösteren Doğu Türkistan İslam Partisi ile Doğu Türkistan Halk Partisi mensupları

---

2 İbid. Doğu Türkistan'ın tarihi ve mücadelesi konusunda bkz. FAKIOĞLU, O., Doğu Türkistan ve Varoluş Mücadelesi, Kurultay Gazetesi, 28.5.1997; GİRİTLİ, İ., Doğu Türkistan'da Etnik Karışıklık mı? Türkiye Gazetesi, Mart, 1997.

3 Bkz. Türk Hukuku Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2, sy.16, Mart 1997, s.22

devreye girerek, Kızıl Çin askerlerinin silahlı saldırısına karşılık gerilla usulü sokak savaşlarını başlatırlar.

4 Şubat 1997 gecesi başlayan çatışmalar 7 Şubat gününe kadar sürer. Sabah Gulca şehri merkezinden 196 mücahidin cesedi toplanır; 100'e yakın çin askeri öldürülmüş, 140 ağır yaralı tesbit edilmiştir. 1000 kadar soydaşımızın yaralı olduğu ve bunların tedavilerinin yapılmadığı gelen haberler arasında. 4-7 Şubat tarihleri arasında 3500'den fazla soydaşımız tutuklanarak temerküz kamplarına sevkedilmişlerdir[4].

Örgüt mensuplarıyla yapılan bağlantıda tutuklananların hayatından endişe edildiği belirtilerek 8 şubat sabahı itibariyle tüm bölgede silahlı direnişi başlatma kararı aldıkları öğrenilmiş ve hepimizin bildiği gibi,8 şubat sabahı İstanbul'da Çin Konsolosluğu önünde gösteri yapılmıştır. Gösterinin yapıldığı saatlerde bölgede resmen silahlı direniş başlamıştır. O gün bayram namazı kılmaları engellenmiş,, sadece başkent Ürümçir'de iki camide kılınmıştır. İstanbul'da yapılan gösteri, Doğu Türkistan'da duyulduktan sonra direniş örgütlerinin silahlı mücadelesine halk sopalarla, taşlarla katılarak sokağa dökülmüşlerdir. "Yaşasın Türkiye", "Yaşasın İstanbul", "Yaşasın Türk'ün Birliği", "Yaşasın İslamın Vahdeti", "Yaşasın Atatürk", "Allahüekber" sloganları atarak halkımızı asimile etmek amacıyla bölgeye yerleştirilen, Çin göçmenlerinin evleri, dükkanları, arabaları, polis karakolları yakılmaya başlanmıştır. 9 Şubat'ta Karakaş, Guma ve Kargalık ilçelerindeki tüm çinli polis ve memurlar, şehir dışına sürülmüş, bu üç ilçe Çinlilerden temizlenerek "kurtarılmış bölge" olarak ilan edilmiştir. Bu üç ilçe Çin ordusu tarafından abluka altına alınmış durumda. 7 Şubat tarihi itibariyla İliçi ve Lop ilçeleri de Çinli asker ve polislerden arındırılmıştır[5].

---

4 İbid, s.23

5 İbid

Bu arada, Çinli göçmenlerin buldukları arabalarla kuzeye doğru kaçtıkları haberi alınmıştır. Yaklaşık 4 bin kadar Çinli'nin Doğu Türkistan'ı terkettikleri bildirilmiştir.

Bu olaylar sırasında, Doğu Türkistanda, Doğu Türkistanı Çine bağlayan demiryolu hattı üzerinde direnişçiler tarafından bombalı saldırı yapılmıştır. Yer yer hatlar kesilmiştir. Kumul Vilayetine yakın bir noktada tren hattının geçtiği önemli bir köprünün havaya uçurulduğu haberi ulaşmıştır. Ayrıca, ülkenin Kuzeyini güneye bağlayan önemli bir geçidin dinamitlerle kullanılamaz duruma getirildiği, böylece Çin askeri birliklerinin hareket kabiliyetinin engellendiği haberi alınmıştır. Bu köprünün "Yedikuk Köprüsü" olduğu tesbit edilmiştir. 18 Şubat Sabahı mücahitler Tarım Toplama Kampı'na baskın yaparak 186 Çinli askeri öldürerek, kamta bulunan yüzlerce müslüman Türk'ü kurtarmışlardır.

III- DOĞU TÜRKİSTAN'DA İNSAN HAKLARI İHLALLERİ

Bölgede, 1949 yılından beri yoğun bir şekilde, insan hakları ihlali suçu işlenmektedir. İnsan hakkı ihlallerinin çoğunun baskıcı kanunlardan ve Çin hükümetinin resmi politikasından kaynaklandığı tesbit edilmiştir. Çin'deki göstermelik ekonomik yapılanma, ülkenin siyasi yapısına yansımış değildir. Çin'in büyük bölümü dünyadan kopuktur. İnsan hakları kuruluşlarının bölgede açık bir şekilde faaliyet göstermesi yasaktır. Sosyal eylemler, gereksizce ve insafsızca bastırılmaktadır. Çin hükümeti, "insan Hakları" konusu gelince uluslararası işbirliğinden adeta kaçmaktadır.

Binlerce rejim muhalifi insan hakları savunucuları, din adamları, sadece düşüncelerini ifade ettikleri için, cezaevlerinde, askeri çalışma kamplarında, gayri sıhhi şartlar altında tutulmaktadırlar. Bu durum Uluslararası Af Örgütü raporlarında mevcuttur. Nitekim, Doğu Türkistanda etnik

gruplara mensup olanların temel insan haklarının şiddetle bastırıldığı, çoğu zaman yargılanma olmaksızın tutuklandıkları, siyasi tutukluların ise uluslararası adalet standartlarından çok uzak olan yargılanmalar neticesinde uzun süre mahkum edildikleri, temerküz kamplarında ortaçağdaki gibi kürek cezasına tabi tutuldukları, mahkumların toprak üstünde ya da bir parça saman üzerinde yatırıldıkları, hatta tuvalet ihtiyaçlarını bile yemek kamplarına yapmaya zorlandıkları ve her yıl yüzlerce müslüman Türk'ün stadyumlarda bir şova dönüştürülerek idam edildikleri, uluslararası kuruluşların raporlarında belirtilmektedir.

Uluslararası Af Örgütü resmi raporuna göre kominist parti kontrolündeki "yargı" tek celsede ölüm kararı verebilmektedir. Doğu Türkistan'da yoğun olarak uygulanan "ölüm cezası" ise halkı sindirmek için yaygın ve keyfi olarak infaz mangaları önünde gerçekleştirilmektedir. Bu kararlar verilirken suçun tesbiti cihetine gidilmemektedir.

Bütün bunların dışında Türk-Müslüman hamile kadınları zorla evlerinden alınıp, gayri sıhhi şartlar altında tavuk kesercesine kısırlaştırma ve toplu kürtaj ameliyatları yapıldığı, kota fazlası doğan bebeklerin ana karnındayken veya doğar doğmaz öldürüldükleri tesbit edilmiştir. Keza, infazı gerçekleştirilen mahkumların böbrek, kalp, kornea, göz gibi organlarının satılmak üzere operasyonla alındakları, cesetlerinin ise oracıkta veya belli fırınlarda yakıldıkları görülmüş ve bu hususlar İnsan Hakları Örgütlerince yerinde tesbit edilmiştir[6].

Bugün tutuklu sayısı bir hayli artmıştır. Nisan 1996-Aralık 1996 tarihleri arasında 58 bin olan tutuklu sayısının son olaylardan sonra 70 bine ulaştığı tahmin edilmektedir. Merkezi New York'ta bulunan Doğu Türkistan-Amerikan İnsan Hakları Komitesi'nin 13 Şubat tarihli haberine göre son olaylarda 5000'e

---

6 İbid, s.24

yakın kardeşimiz tutuklanmıştır. 17 Şubat tarihi itibariyla bütün hapishanelerin ve toplama kamplarının tamamen dolduğu diğer tutukluların soğuk hava depolarına yerleştirildikleri öğrenilmiştir. Sağlıksız şartlarda bulunan soydaşlarımızın açlık ve soğuk nedeniyle ölüm tehlikesiyle karşı karşıya bulundukları belirtilmiştir.

Yaralı sayısı binlerle ifade edilmektedir. Çünkü çatışmada yaralananların hükümet hastanelerine gitme imkanı olmadığından evlerinde gelişigüzel tedavileri yapılmaktadır. Yaralılar kan kaybından ölmekte ve ölenlerin cesetleri yakılmaktadır. Bu haberi Hong-Kong'da yayınlanan Ming Bao Gazetesi ve yerel televizyonu da doğrulamıştır. Son olaylarda 1500'ü aşkın şehit verilmiştir.

4-18 Şubat tarihleri arasında tutuklanan yaklaşık 5000 kişinin nerede oldukları bilinmemektedir. 16 Şubat günü 9000 kadar mücahit çırılçıplak soyunuk vaziyette 50'şer kişilik gruplar halinde tüm şehir meydanlarında teşhir edilerek zorla toplanan halkın önünde işkenceye tâbi tutulmuşlardır. Böylece psikolojik açıdan Doğu Türkistan halkının cesaretinin kırılması amaçlanmıştır.

Çin'de "yaşama hakkı" hiçe sayılarak çiğnenmektedir. Ölüm cezası kabahat türü suçlara da uygulanmaktadır. Örneğin 1994 yılında iki köylü kendilerine ait 36 adet ineği devlet çiftliğinden çaldıkları için idam edilmişlerdir. Hatta 18 yaşın altında oldukları için idam cezaları tecil edilin gençlerin daha sonra idam edildikleri görülmektedir. Uluslararası Af Örgütü 1994 yılında Çin'de 2780 ölüm cezası verildiğini, bunun 2050'sinin infazının gerçekleştirildiğini tesbit etmiştir. Bu sayı, bütün dünyada gerçekleştirilmiş infazın üç katıdır. 1995 yılının ilk altı ayı içinde tesbit edilen infaz sayısı 1147'dir. Bunların dışında, ayrıca Çin Güvenlik Mensupları toplu halde bulunan müslüman halkın üzerine keyfi ateş etmektedirler. Örneğin 1990'da Barın mevkiinde camide dua etmekte bulunan halkın

üzerine binden fazla Çin güvenlik mensubu ateş açmış yüze yakın insan öldürülmüştür. Bu yollarla ayrıca "organ nakli" amaçlanmaktadır. İnsan Hakları Örgütlerinin bu raporlarına göre, böbrek naklinin % 90'ı bu şekilde sağlanmaktadır. Bir böbreğin satışından yaklaşık 15 bin dolar elde edilmektedir[7].

İşte bütün bu ve benzeri olaylar, Doğu Türkistan huzursuzluğunun başlıca sebepleridir. 48 yıldır bu zulüm devam etmekte ve karşı mücadele yapılmaktadır.

IV- MİLLETLERARASI PLATFORMDA NELER YAPILABİLİR

1- Bir defa yapılan zulmün herşeyden önce Çin Anayasası ve Özerklik Kanununa aykırı olduğu açıktır. Bu dile getirilebilir. Gerçekten Çin Anayasası 38. maddesine göre "Birkaç milliyetin birlikte yaşadığı özerk alanlarda, her milliyete uygun temsil hakkı verilmiştir." Aynı maddeye göre "Halk Kongreleri ve devrim komiteleri; özerk bölgelerin özerk illerin ve özerk ilçelerin özyönetim organlarıdır". 39. maddeye göre "yerel devlet organlarının yetki ve görevlerini de yerine getirirler". Aynı maddeye göre "ulusal özerk alanlardaki özyönetim organları, milliyet ya da milliyetlerin kendilerine verilmiş alanlardaki politik, ekonomik ve kültürel özelliklerin ışığı altında özel düzenlemeler de yapabilirler. Özerk alanlardaki özyönetim organları görevlerini yerine getirirken, bölgedeki milliyet veya milliyetlerin çoğunlukla kullandıkları yazı ve konuşma dili veya dillerini kullanırlar". Anayasanın 40. maddesine göre "Devletin daha yüksek yargı organları, ulusal özerk alanlardaki özyönetim organlarının,. özerklik uygulamasını, tamamen güvence altına alır, çeşitli azınlık milliyetlerin ihtiyaçları; azınlık milliyetlerinin subaylarının eğitimine gayret gösterir."

Çin anayasası, ayrıca Temel Haklar ve Ödevler Bölümünde md. 44-59 arasında insan haklarını sıralamıştır.

---

7 İbid, s.26-27

Örneğin 45. maddeye göre "Vatandaşlar, söz, haberleşme, basın, toplanma, dernek kurma, yürüyüş ve gösteri yapma hürriyetine ve fikirlerini açıkca söylemek, yaymak, tartışmak ve afiş asmak hakkına sahiptirler.

Keza, 46. maddede "Vatandaşlar, bir dine inanma özgürlüğünü ve bir dine inanmaya ve bir tanrı tanımazlığı yayma hürriyetini kullanırlar". 47. maddeye göre "Vatandaşların kişi ve konut özgürlüğüne dokunulamaz. Vatandaşlar, halk mahkemesinin kararı veya halk prokürüralarının onayı olmaksızın tutuklanamaz ve tutuklama ancak kamu güvenlik organlarınca yapılabilir."

İşte Çin Anayasasında mevcut bu hükümler milletlerarası platformda yasal dayanaklar olarak kullanılabilir.

2- İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ

Bilindiği gibi, bu Beyanname 1948'de yayınlanmıştır[8]. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca oylanmıştır ve hiçbir itirazla karşılaşılmamıştır. Aralarında Çin'in de bulunmadığı 8 devlet bazı maddelerine çekince koymuştur.

Bu bildiride yer alan şu hükümler Çin'in aykırı tutumunu açıkça ortaya koymaktadır:

a) Hiç kimsenin suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı mahkum edilemeyeceği,

b) Her şahsın özel ve ailevi hayatına, meskenine saygı gösterilmesi gereği,

c) Her insanın düşünce, vicdan ve din hürriyetine sahip olduğu

d) Her ferdin düşüncelerini açıklama hürriyeti bulunduğu (md.10)

---

8 Beyannamenin Metni İçin Bkz. RG. 27.51949-7217

e) Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır. (md.3)

f) Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz. (md.5)

Bildirinin 28. maddesinde şöyle denilmektedir: "Herkesin, işbu beyannamede..... edilen hak ve hürriyetlerinin tam tatbikini sağlayacak bir sosyal ve milletlerarası nizama hakkı vardır."

29. maddede "Bu hak ve hürriyetler hiç bir şekilde Birleşmiş Milletlerin amaç ve prensiplerine aykırı olarak kullanılamaz."

Bildirinin Dibacesinde ise imza atan devletlerin taahhütlerini içeren ayrıca şu hatırlatmalar da bulunmaktadır:

"İnsan ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına"

"İnsan haklarının tanınması ve hor görülmesinin insanlık vicdanını isyana sevkeden vahşiliklere sebep olmuş bulunmasına, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların içinde söz ve inanma hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulması en yüksek amaçları olarak ilan edilmiş bulunmasına."

Şu düzenleme ile de üye devletlerine, insan haklarını takip yükümlülüğü getiriyor: "Üye Devletlerin, Birleşmiş Milletler Teşkilatı ile işbirliği ederek insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünyaca gerçekten saygı gösterilmesinin teminini taahhüt etmiş olmalarına"

Nihayet, bildiri devletlerin, öngörülen hak ve hürriyetleri yerine getirmeme halinde "Direnme Hakkı"nın doğacağını

belirtmektedir. Şöyle deniliyor: "İnsan istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunması esaslı bir zaruret olmasına."

Bütün bunlara ilave olarak 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşması ülkelere şu yükümlülüğü yüklemiştir: "Milletlerarasında milletlerin hak eşitliği prensibine ve kendi mukadderatlarını kendilerinin tayin hakkına saygı üzerine kurulmuş dostane münasebetler geliştirmek ve dünya barışının sağlamlaştırılması için elverişli her türlü diğer tedbirleri almak."

3- SÖMÜRGE İDARESİ ALTINDAKİ ÜLKELERE VE HALKLARA BAĞIMSIZLIK VERİLMESİNE İLİŞKİN BİLDİRİ

Sovyetler Birliği Bakanlar Kurulu Başkanı Kruşçev, 23 Eylül 1960'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Başkanına gönderdiği bir mektupta, VX. Genel Kurul Toplantısının gündemine "Sömürge Ülkelerine Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildirinin konulmasını istedi[9].

Kruşçev mektubunda 100 milyondan fazla insanın sömürge rejimi altında olduğunu, bu duruma bir son verilmesi gerektiğini belirtmekteydi. Neticede ABD ve Avrupa ülkeleri bu bildiriye çekince koydular. Asya ve Afrika devletleri "evet" dedi. Avrupalı sayılırsak, bu bildiriye "evet" diyen tek Avrupa ülkesi Türkiye olmuştur.

Bildirinin "Dibace" kısmında şöyle denilmektedir: "Bütün halkların eşit haklarına ve ırk, cinsiyet, dil veya din ayrımı yapmadan, herkes için insan haklarına ve temel hürriyetlerine evrensel saygı ve riayet ilkelerine dayalı, barışçı ve dostane

---

9 Sözleşmenin metni için bkz. GÜNDÜZ, A., Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 2. baskı, İstanbul 1994, s.186

ilişkilerin şartlarını oluşturma ihtiyacının bilincinde olarak... Bütün bağımlı halkların ihtiras halindeki hürriyet isteğini ve onların bağımsızlıklarını elde etmedeki belirleyici rolünü kabul ederek.... Bu halkların hürriyetlerinin inkarından veya onun önündeki engellerden, gittikçe artan ihtilafların ortaya çıktığını, bunun dünya barışı için ciddi bir tehlike teşkil ettiğinin farkında olarak... Birleşmiş Milletlerin vesayet altındaki ve özerk olmayan ülkelerde bağımsızlık hareketini kolaylaştırmadaki önemli rolünü gözönünde tutarak... Dünya halklarının ateşli bir şekilde bütün tezahürleriyle sömürgeciliğin sona ermesini arzu ettiğini kabul ederek.... Sömürgeciliğin.... bağımlı halkların sosyal, kültürel ve ekonomik gelişmesini engellediğine ve Birleşmiş Milletlerin evrensel barış idealine aykırı olduğuna inanarak.... Halkların doğal zenginliklerini ve kaynaklarını.... serbest bir şekilde kendi amaçları için tasarruf edebileceklerini teyid ederek.... Kurtuluş sürecinin karşı konulmaz olduğuna ve ciddi buhranlardan sakınmak için sömürgeciliğe ve onunla bağlantılı bütün ayırma ve ayrım yapma uygulamalarına son verilmesi gerektiğine inanarak.... Son senelerde çok sayıda bağımlı ülkenin hürriyet ve bağımsızlığa kavuşmalarını alkışlayarak ve bağımsızlığı henüz kazanmamış olan bu ülkelerde gittikçe artan güçlü hürriyet temayülünü kabul ederek.... Bütün halkların devredilmez tüm hürriyet, egemenliklerini kullanma ve milli ülkelerinin tamlığı hakkına sahip olduklarına kani olarak, sömürgeciliği bütün şekil ve tezahürleriyle çabuk ve şartsız olarak sona erdirme zaruretini resmen ilan eder... ve bu amaçla şu hususlarını beyan eder:

a) Halkların yabancı tahakkümüne, hakimiyetine ve sömürüsüne tabi bulunması temel hakların inkarıdır. Birleşmiş Milletler Şartına aykırıdır ve Dünya barış ve işbirliği için bir engeldir.

b) Bütün halkların kendi kaderini kendilerinin tayin etme hakları vardır; o hakka binaen serbest bir şekilde siyasi

statülerini tesbit ederler ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini serbestçe takip ederler.

c) Siyasi, ekonomik, sosyal veya eğitsel hazırlığın yetersiz olması hiçbir suretle bağımsızlığı geciktirmenin bir mazereti olmamalıdır.

d) Bağımlı milletlerin tam bağımsızlık haklarını barışçı bir şekilde ve serbestçe kullanmalarına imkan vermek için, onların aleyhine yönelmiş olan bütün silahlı hareketler veya her çeşit baskıcı tedbirler sona erecektir; milli ülkelerin bütünlüğüne saygı gösterilecektir.

e) Vesayet altında ve özerk olmayan ülkelerde veya bağımsızlıklarını henüz elde edememiş diğer bütün ülkelerde tam bağımsızlık ve hürriyet haklarını kullanmalarına imkan vermek için, onların serbestçe açıklanmış irade ve arzularına uygun şekilde herhangi bir ırk, itikad veya renk ayrımı yapmadan bütün yetkilerin bu ülkelerin halklarına şartsız ve kayıtsız bir şekilde devri için tedbirler alınacaktır.

Çin, bu bildiriye imza atmış ve hiçbir çekince koymamıştır. Birleşmiş Milletler Teşkilatı nezdinde bu bildirinin Doğu Türkistan'ı da içine aldığı isbatlanır ve tartışma açılabilir.

4- KİŞİSEL VE SİYASAL HAKLAR ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ (New York 1996)

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan bu sözleşmenin Başlangıç kısmında şöyle denilmektedir: "Birleşmiş Milletler andlaşmasında ilan edilen ilkeler uyarınca insanlık ailesinin tüm üyelerinin niteliğinden gelen onurunu ve eşit ayrılmaz haklarını tanımanın dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu gözönünde bulundurmak.... Bu hakların insan kişiliğinin niteliğindeki onurdan kaynaklandığını bilerek... Birleşmiş Milletler Antlaşmasına göre Devletlerin, insan hak ve özgürlüklerine karşı evrensel saygıyı geliştirme yükümlülüğü

üstlendiklerini dikkate alarak...." şu hükümler üzerinde uzlaşmıştır:[10].

a) Bütün halklar, kendi kaderlerini, tayin etmek hakkına sahiptir. Bu hak uyarınca kendi siyasi statülerini serbestçe oluştururlar ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini serbestçe sağlarlar." (md.1/1)

b) Bütün halklar... kendi amaçlarına uygun olarak doğal zenginlik ve kaynaklarını serbestçe tasarruf edebilirler. Bir toplum hiçbir durumda, kendi varlığını sürdürmek için gerekli olan araçlardan yoksun bırakılamaz." (md.1/2)

c) ....Özerk olmayan ve vesayet altında bulunan ülkelerin yönetilmesinden sorumlu olan devletler de dahil, bu sözleşmeye taraf olan devletler, halkların kendi kaderlerini tayin etme hakkının gerçekleştirilmesini destekleyecek ve bu hakka, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının hükümleri uyarınca saygı göstereceklerdir." (md.1/3)

d) Bu sözleşmeye taraf olan devlet, kendi ülkesinde bulunan ve yargı yetkisine tabi olan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, din, dil, siyasi ya da başka fikir, milli ya da toplumsal bir köken, mülkiyet ya da başka bir statü vs. bakımından hiçbir ayrım gözetmeksizin bu sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi ve bu hakları sağlamayı taahhüt eder." (md.2/1)

e) "Mevcut yasal tedbirlerin ya da başka tedbirlerin henüz yeterli olmadığı durumlarda, bu sözleşmeye taraf olan devlet, kendi anayasal kurallarını ve bu sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, bu sözleşmede tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan yasama tedbirlerini ve öteki tedbirleri almakla yükümlüdür" (md.2-2)

f) "Bu sözleşmede yer alan hiçbir hüküm herhangi bir

---

10 Sözleşmenin metni için bkz. Çev. Öztekin TOSUN, Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk araştırmaları Dergisi, 1973, Yeni Seri, Yıl: 7, sy.10, S.281

devlete;... gruba ya da kişiye, burada tanınmış olan özgürlüklerin herhangi birinin yok edilmesine ya da bu sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlanmasına yönelik herhangi bir eyleme ya da bu yönde bir davranışta bulunma hakkını içerir şeklinde yorumlanamaz." (md.5/1)

g) Bu sözleşmeye taraf olan herhangi bir Devlet yasa, adet üzere düzenleme, ya da teamül yoluyla tanınmış ya da mevcut olan temel insan haklarından hiçbiri, bu sözleşmenin böyle hakları tanımadığını gerekçesiyle sınırlama veya bunlara aykırı şekilde hareket edilemez" (md.5/2)

Sözleşmede bu genel ilkelerden sonra III. bölümde temel kişi hak ve hürriyetlerini sıralamıştır:

a) Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkı vardır... Hiç kimsenin yaşamı keyfi olarak elinden alınamaz. (md. 6/1)

b) "Ölüm cezaları ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş kesin bir karar üzerine uygulanabilir." (md.6/2

c) Ölüm cezası onsekiz yaşının altındaki kimseler tarafından işlenen suçlar için verilemez ve gebe kadınlar üzerinde infaz edilemez." (md.6/5)

d) "Hiç kimse işkenceye ya da zulmedici, insanlık dışı ya da küçük düşürücü uygulamalara ya da cezalara çarptırılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi serbest rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz" (md.7)

e) Herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği vardır. Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz veya tutulamaz. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamaz." (md.9/1)

f) Özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve

kişinin doğuştan sahip olduğu onuruna saygı gösterilerek işlem yapılacaktır." (md.10/1)

g) "Reşit olmayan sanıklar, reşit olanlardan ayrı tutulacaklar ve durumlarının karara bağlanması için mümkün olan en kısa sürede mahkeme önüne çıkarılacaklardır." (md.10/2)

h) "Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da kanunsuz olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şerefine ya da toplumda sahip olduğu şöhrete yasal olmayan saldırıda bulunulamaz." (md.17/1)

ı) "Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin ister tek tek, isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını, tapınma, ayin, uygulama ya da öğrenme bakımından açık ya da kapalı şekilde ortaya koyma özgürlüğü de içerir." (md.18/1)

j) Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu kabul etme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıyla karşı karşıya bırakılamaz." (md.18/2)

k) Herkes müdahale olmaksızın düşünce hakkına sahiptir." (md.19)

l) Herkesin düşüncelerini ifade özgürlüğü vardır.

m) Herkes kanunlar önünde eşittir ve hiçbir ayrım gözetilmeksizin kanunlar tarafından eşit derecede korunur." (md.26)

n) "Etnik, dinsel azınlıkların veya din azınlıklarının bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup olan kişiler, kendi gruplarının öteki üyeleri ile birlikte kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma ve bu dine göre ibadet etme

veya kendi dillerini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz." (md.27)

Sözleşmede bu doğrultuda sıralanmış olan çok sayıda hak mevcuttur. Bu haklara aykırılığın takibi için bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Bu üyeler hakim gibi "kişisel" sıfatlarıyla seçilmektedirler. Her devletin göstereceği iki aday arasından Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca salt çoğunlukla ve gizililikle seçilmektedir. Komiteye aynı devletten birden fazla kimse giremez. Komite üyelerinin seçiminde hakkaniyete uygun ..... dağılım esası ve farklı uygarlık biçimleri ile belli başlı hukuk sistemlerinin temsili esası gözönünde bulundurulur. Dört yıllık bir süre için seçilir. Tekrar seçilebilirler.

Sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmeye aykırı insan hakları ihlallerini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirirler. Genel Sekreterlikte bu raporları incelemek üzere Komiteye sunar. Ancak konu Komiteye gelmeden önce şikayetçi devlet ile insan hakları nı ihlal ettiği iddia edilen devlet arasında yazışmalarla çözülmeye çalışılır. Kendisine iletilen herhangi bir sorunu komitenin ele alması ancak, bu sorun konusunda milletlerarası hukukun genel olarak kabul edilmiş olan ilkelerine uygun olarak bütün iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Komite konunun çözümü için evvela "dostça çözüm" yolunu dener. Bu yolla sonuca varılamamışsa bir Uzlaşma Komisyonu kurarak bu iş için görevlendirir. Bir yıl içinde mesele bir rapor halinde Genel Sekreterliğe Komite tarafından sunulur.

1976'da yürürlüğe giren Ek Protokol ile[11] Komiteye hakkı ihlal edildiği iddiasında bulunan kişiler de bir dilekçe ile başvurabileceklerdir. Burada da tüm iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Komite durumu ilgili devlete bildirir ve

---

11 Bu ek protokolün metni için bkz. GÜNDÜZ, A., a.g.e., s.209

bilgi ister. Durum yine yıllık bir raporla Genel Sekreterliğe bildirilir.

5- JENOSİT'İN (SOYKIRIMI) ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI HAKKINDA SÖZLEŞME

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 11 Aralık 1946 tarihinde alınan karar ile bu sözleşme ilan edilmiştir. 9 Aralık 1948 tarihini taşımaktadır[12]. Sözleşmeye göre, soykırımı (Jenosit), milli, etnik, ırkî veya dini bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek maksadıyla şu fiillerden herhangi birinin işlenmesidir: Bu gruba mensup kişilerin öldürülmesi, bedeni ve akli dengelerine verilen zararlar, bedeni varlığın kısmen veya tamamen imhasına sebep olacak ortamlarda tutmak, bu grup içinde doğumları sekteye uğratacak tedbirler alınması, ayrıca soykırım hususunda anlaşma, bu yönde tahrik, teşebbüs ve ortak olma yasaklanmıştır.

Bu suçu işlemiş olan özel şahıslar, memur, hükümet ricali cezalandırılacaktır. Taraf devletler bu suçu iç düzenlemelerinde göstermek ve cezasını belirlemekle yükümlü kılınmışlardır. Bu yolla cezalandırılmayan şahıslar Milletlerarası Ceza Divanı'na sevkedileceklerdir. Taraf devletler bu gibi hallerde suçluyu iade etmek zorundadır.

Jenosit fiilini devletlerin işlemesi durumunda taraflar arasında çıkan ihtilaflar Milletlerarası Adalet Divanına getirilecektir.

Nürünberg Mahkemesi Senedi'nde ve Mahkemenin kararlarında Tanınan Milletlerarası Hukuk Prensiplerine göre, Milletlerarası hukuk çerçevesinde suç teşkil eden bir fiil için iç hukukun ceza öngörmemesi fiili işleyen kimseyi milletlerarası sorumluluktan kurtarmaz. Keza, böyle bir kişinin devlet başkanı veya sorumlu hükümet memuru sıfatıyla hareket etmiş

---

12 Sözleşmenin metni için bkz. GÜNDÜZ, A., a.g.e., s.186

olması durumu değiştirmez. Aynı şekilde devlet yetkililerinden emir alarak bu tür suçları işlemek sonucu değiştirmez.

6- DİNE VE İNANCA DAYALI MÜSAMAHASIZLIĞIN VE AYRIMCILIĞIN BÜTÜN ŞEKİLLERİYLE ORTADAN KALDIRILMASI HAKKINDA BİLDİRİ (1981)

Bu bildirinin[13] Başlangıç kısmında İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin ve Medeni "Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmenin ayırım yapmamayı ve kanun önünde düşünce, din veya inanç hürriyetini ilan ettiği" hatırlatılarak şöyle denilmektedir: "Din veya inancın, sahip olan için, hayat anlayışının temel unsurlarından birisi olduğunu ve din veya inanç hürriyetine bütünüyle saygı gösterilmesi ve garanti edilmesi gerektiğini mülahaza ederek; Din ve inanç hürriyeti ile ilgili meselelerde anlayışı, müsamaha ve saygıyı geliştirmenin ve din veya inancın Birleşmiş Milletler Andlaşması, Birleşmiş Milletlerin diğer ilgili belgeleri ve işbu bildirinin amaç ve prensipleri ile bağdaşmayan amaçlar için kullanılmasının kabul edilemez olduğu vurgulanmaktadır.

Bu genel giriş sonunda sıralanan bazı hükümler şunlardır:

1- "Herkes düşünce, vicdan ve din hürriyeti hakkına sahiptir. Bu hak, Bir dine veya kişinin kendi seçimi olan herhangi bir inanca sahip olma hakkını ve gerek bireysel olarak, gerekse başkaları ile birlikte ve alenen veya hususi olarak dinini veya inancını, tapınma, ibadet, uygulama ve öğrenme biçimlerinde açıklama hürriyetini kapsar." (md.2)

2- "Hiç kimse, bir dine veya kendi seçimi olan br inanca sahip olma hürriyetini zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz." (md.1/2)

---

13 Bildirinin metni için bkz. GÜNDÜZ, A., a.g.e., s.189

3- "Hiç kimse, din veya diğer inançlar sebebiyle herhangi bir devlet, kurum, insan grubu ve kişiler tarafından ayrıma tabi tutulamaz." (md.2/1)

Bildiride yer alan din veya inanca dayalı müsamahasızlık ve ayrımcılık" ifadesinin ne anlama geldiği şöyle açıklanır: "din veya inanca dayanan, amacı veya sonucu insan haklarının ve temel hürriyetlerinin eşitlik esasına göre tanınmasını, bunlardan yararlanmayı veya bunların kullanılmasını ortadan kaldıracak veya zedeleyecek her türlü farklılaşma, dışlama, sınırlama veya tercih demektir". (md.2/2)

"İnsan arasında din veya inanç sebebiyle ayrımcılık yapma, insan onuruna karşı bir hareket Birleşmiş Milletler Andlaşmasının prensiplerini inkar etme teşkil eder ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde ilan edilen ve İnsan Haklarına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler detayları ile vazedilen insan haklarının ve temel hürriyetlerin bir ihlali ve milletlerarasında dostça ve barışçı ilişkileri kurmanın bir engeli olarak mahkum edilecektir."

"Ebeveyinler veya çocuğun kanuni temsilcileri aile içi hayatı din ve inançlarına uygun bir şekilde eğitimden yararlanma hakkına sahiptir ve ebeveyinlerinin veya kanuni temsilcilerinin isteklerine aykırı bir şekilde din veya inanç konusunda eğitim almaya mecbur edilemeyecektir." (md.5/2)

"Çocuk, din veya inanca dayalı her türlü ayrımcılığa karşı korunacaktır. Anlayış, müsamaha, halklar arasında dostluk, barış ve evrensel kardeşlik, başkalarının din veya inancına saygı ruhu içinde yetiştirilecektir." (md.5/2)

Sözleşmede din, vicdan ve inanç hürriyetinin neleri kapsadığı 6. maddede özetle şöyle sıralanmıştır:

Tapınma, bu amaçla toplanma ve yerler açma; ayinle ilgili madde ve malzemeyi yeterince tedarik etmek; bu alanlarda ilgili

yayınları yazmak, neşretmek ve dağıtmak, öğretmek, öğrenmek, bu amaçla gerekli liderleri eğitmek, tayin etmek, seçmek veya veraset yoluyla belirlemek, din veya inanç emirlerine uygun olarık dinlenme günlerini idrak etmek, tatilleri ve merasimleri kutlamak, din veya inanç meselelerinden milli ve milletlerarası düzeyde bireylerle ve cemaatlarla iletişimi tesis etmek ve sürdürmek.

7- HELSİNKİ NİHAİ SENEDİ (1973-1975)

Bu senedin[14], VIII. bölümü, "Halkların Eşit Hakları ve Self-Determinasyonu" başlığını taşımaktadır. Şöyle denilmektedir: "Bütün halklar istedikleri zaman dış müdahale olmaksızın iç ya da dış siyasi statülerini tam bir özgürlük içinde tayin etme ve istedikleri siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmeyi arama (takip) etme hakkına her zaman sahiptirler.

8- AVRUPA GÜVENLİK VE İŞBİRLİĞİ KONFERANSI (TOPLANTISI) AGİK (AGİT) PARİS ŞARTI (1990)

1991'de Berlin'de, 1992'de Prag'da, yine 1992'de Helsinki'de, 1993'de Stockholm'de yapılan toplantılar sonunda muhtelif kararlar alındı. Bu AGİK sürecidir. Bu çerçevede 1990'da Paris Şartı imzalandı[15]. Bunun "Gelecek İçin Rehber İlkeler" bölümünde "İnsani Boyut" başlığı altında şöyle denilmektedir: "Ulusal azınlıkların toplumlarımızın hayatına zengin katkılarını arttırmak azmiyle, durumlarının daha da iyileştirilmesine çalışacağız. Barış, adalet, istikrar ve demokrasinin yanısıra halklarımız arasında dostane ilişkilerinde ulusal azınlıkların etnik, kültürel, dil ve dini kimliklerinin korunmasını ve bu kimliğin kuvvetlendirilmesi için gerekli şartların oluşturulması gerektiğine ilişkin derin inancımızı teyit ederiz. Ulusal azınlıklarla ilgili sorunların

---

14 Senedin metni için bkz. TAŞKENT, S., İnsan haklarının Uluslararası dayanaklrı, İstanbul 1993, s.388

15 Şartın metni için bkz. İbid, s.391

ancak demokratik bir siyasi çerçevede tatminkar olarak çözümlenebileceğini beyan ederiz. Ulusal azınlıklarla mensup fertlerin haklarına evrensel insan haklarının bir parçası olarak, bütünüyle saygı gösterilmesi gerektiğini de kabul ediyoruz. Ulusal azınlıkların daha iyi korunması ve ulusal azınlıklar konusundaki işbirliğinin arttırılması yönündeki acil ihtiyaçları müdrik olarak..."

9- KOPENHANG TOPLANTISI BELGESİ (1990)

AGİK çerçevesinde kaleme alınmış bir belge de Kopenhang Belgesidir[16]. Bu belgenin 30-40 arası maddeleri Azınlıklar konusuna ayrılmıştır.

Bu belgede şöyle denilmektedir: "Evrensel düzeyde tanınmış insan haklarının bir parçası olarak, ulusal azınlıklara mensup kişilerin azınlık haklarına saygının, katılan devletlerde barış, adalet, istikrar ve demokrasi için temel bir unsur olduğunu teyid ederler." Daha sonra şu önemli hükümler sıralanmıştır:

31- Ulusal azınlıklara mensup kişiler, insan hakları ve temel özgürlüklerden tamamıyla ve etkin şekilde, yasa önünde eşit olarak ve hiçbir ayırıma uğramaksızın yararlanma hakkına sahiptirler.

Katılan devletler, gerektiği takdirde, ulusal azınlıklara mensup kişilerin, insan hakları ve temel özgürlüklerden diğer vatandaşlar gibi tam eşitlik içinde yararlanabilmeleri için gereken önlemleri alacaklardır.

32- Bir ulusal azınlık mensubu olmak kişinin biriysel seçim konusudur. Bu yönde seçim yapılması yüzünden herhangi bir dezavantaj ortaya çıkamaz.

---

16 Belgenin metni için bkz. GÜNDÜZ, A., a.g.e., s.572

Ulusal azınlıklara mensup kişiler, etnik, kültürel, dilsel veya dinsel kimliklerini bütün yönleriyle ve iradeleri dışındaki her türlü asimilasyon girişiminden ari olarak serbestçe ifade, koruma ve geliştirme hakkına sahiptirler. Ulusal bir azınlığa mensup kişiler özellikle şu haklara sahiptirler:

32.1- Ana dillerini hem özel olarak hem de alenen serbestçe kullanabilmek.

32.2- Ulusal mevzuata uygun olarak, kamu yardımı, gönüllü mali ve diğer tür katkılar talep edebilen yapıda eğitim, kültürel ve dinsel kurumlarını,, örgütlerini ve birliklerini oluşturmak.

32.3- Dini araç-gereçleri edinmek, mülkiyetini almak, kullanmak ve kendi anadillerinde dinsel eğitim faaliyetleri yürütmek dahil, dinlerini ifade etmek ve uygulamak.

32.4- Azınlık mensuplarının aralarında ve ülke sınırları dışında ortak etnik veya ulusal köken, ortak dinsel inanç veya kültürel miras paylaştıkları diğer ülke vatandaşları ile kısıtlama olmaksızın temaslar kurmak ve muhafaza etmek.

32.5- Ana dillerinde bilgi yaymak, elde etmek ve mubadele etmek.

32.6- Ülkelerinde dernek ve örgüt kurmak ve muhafaza etmek, uluslararası hükümet dışı kuruluşların faaliyetlerine katılmak.

Ulusal azınlıklara mensup kişiler, haklarından, hem kişisel hem de grubun diğer mensuplarıyla ortak olarak yararlanabilirler. Bu hakları kullanması veya kullanmaması yüzünden ulusal azınlığa mensup bir kişi için herhangi bir dezavantaj ortaya çıkamaz.

33- Katılan devletler ülkelerindeki ulusal azınlık etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerini koruyacaklar ve bu kimliğin geliştirilmesi için gerekli koşulları oluşturacaklardır. Bu amaçla, bu tür azınlıkların örgüt veya dernekleriyle temaslar da dahil olmak üzere her devletin karar alma usullerine uygun danışmalar yapıldıktan sonra gerekli önlemleri alacaklardır.

Bu tür önlemler, ilgili katılan devletin diğer vatandaşları bakımından eşitlik ve ayırım gözetilmemesi ilkelerine uygun olmalıdır.

34- Katılan devletler, ulusal azınlıklara mensup kişilerin ilgili devletin resmi dilini veya dillerini öğrenme gereğinden bağımsız olarak, kendi ana dillerini öğrenme gereğinden bağımsız olarak, kendi ana dillerini öğrenme ve kendi ana dillerinde öğrenim görmelerini, mümkün ve gerekli olduğu takdirde, yürürlükteki ulusal mevzuata uygun olarak, resmi makamlarla ilişkilerinde kendi anadillerini kullanabilmelerini temine gayret edeceklerdir. Katılan devletler, tarih ve kültür deslerinde ulusal azınlıkların tarih ve kültürlerini de dikkate alacaklardır.

35- Katılan devletler, ulusal azınlıklara mensup kişilerin kamu işlerine ve özellikle bu azınlıkların kimliklerinin korunması ve gelişmesine ilişkin faaliyetlere etkin şekilde katılma haklarına saygı duyacaklardır.

36- Katılan devletler, ulusal azınlıklara ilişkin sorunlar hakkında yapıcı işbirliğinin geliştirilmesinin özel bir önem taşıdığını kabul ederler.Bu tür bir işbirliğinin amacı karşılıklı anlayış ve güveni, iyi komşuluk ve dostane ilişkilerin ve uluslararası barış, güvenlik ve adaleti idame etmektir.

Katılan devletler, bazı ulusal azınlıkların etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerini geliştirmeye yarayacak koşulları oluşturmak üzere, bu hedeflere ulaşma yollarından biri olarak,

ilgili devletin politikasına uygun şekilde sözkonusu azınlıkların özel, tarihsel ve toprak durumlarına tekabül eden yerel veya özerk yönetimler kurulması suretiyle gösterilen çabaları not ederler.

Katılan her devlet, etnik veya dinsel amaçlı inanç ayrımı yapmaksızın kendi ülkesinde yaşayan kişilerin hepsi arasında anlayış, karşılıklı sevgi, işbirliği ve dayanışma ortamı geliştirecektir. Ayrıca, sorunların hukuk devleti ilkelerine dayalı diyalog yoluyla çözümlenmesini teşvik edecektir.

37- Burada kayıtlı taahhütlerin hiçbiri, devletlerin toprak bütünlüğü ilkesi de dahil olmak üzere BM Yasası'nın ilke ve amaçları, Nihai Senet hükümleri ve uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerle çelişecek herhangi bir hak içerebileceği şeklinde yorumlanamaz.

38- Katılan devletler, ulusal azınlıklara mensup kişilerin haklarını korumaya ve geliştirmeye yönelik çabaları sırasında, mevcut insan hakları sözleşmeleri ve diğer uluslararası belgeler çerçevesinde taahhütlerine tamamıyla bağlı kalacaklardır. Eğer henüz yapmadılarsa, bireysel şikayet hakkı tanıyanlar da dahil olmak üzere konuyla ilgili sözleşmelere taraf olmayı düşüneceklerdir.

39- Katılan devletler, BM ve uygun olduğu takdirde Avrupa Konseyi de dahil olmak üzere, üyesi bulundukları ve ulusal azınlıklara ilişkin sorunların görüşüldüğü uluslararası kuruluşların bünyesinde bu kuruluşların ulusal azınlıklarla ilgili halen devam etmekte olan çalışmalarını gözönüne alarak yakın işbirliğinde bulunacaklardır.

Ayrıca, ulusal azınlıklar konusunu derinlemesine tartışabilmek için bir uzmanlar toplantısı düzenlenmesi imkanını da araştıracaklardır.

40- Katılan devletler, totaliter idareyi, ırkçı ve etnik temele dayalı husumeti, antisemitizmi yabancı düşmanlığını ve herhangi bir insana karşı ayrımcılığı, ideolojik ve dini nedenlere dayalı her türlü zulmü açıkça ve tereddütsüz kınarlar. Bu çerçevede, çingenelerin özel sorunlarını kabul ederler.

Katılan devletler, bu tür olaylarla mücadele için gösterdikleri çabaları yoğunlaştırmaya kesin niyetli olduklarını beyan ederler. Bunun sonucu olarak,

40.1- Katılan devletler, anti-semitizm dahil ulusal, ırksal, etnik veya dinsel ayrıma, husumete veya nefrete dayalı şiddeti tahrik eden her türlü harekete karşı korunmayı sağlamak amacıyla, uluslararası yükümlülüklerine ve anayasal sistemlerine uygun gerekli kanunları çıkarmak da dahil olmak üzere, etkili önlemler alacaklardır.

40.2- Etnik, ırksal, kültürel, dilsel veya dinsel kimlikleri nedeniyle ayrım, husumet veya şiddet fiillerine veya tehditlerine maruz kalan kişi veya grupları ve bunların mülkiyetlerini korumak için uygun önlemler almayı taahhüt edeceklerdir.

40.3- Anayasal sistemlerine uygun olarak, ulusal, bölgesel ve yerel düzeylerde, özellikle eğitim, kültür ve enformasyon alanlarında olmak üzere, anlayış ve hoşgörüyü arttırmak için etkin önlemler alacaklardır.

40.4- Eğitim amaçları arasında ırksal ön yargı ve husumet sorunu üzerinde önemle durulmasını sağlamaya çalışacaklardır.

40.5- Bireyin maruz kaldığı haksızlığı fiilen giderme hakkını kabul ederler ve ilgili kişi ve grupların, ayrımcı hareketleri, ırk ve yabancı düşmanlığı fiilleri de dahil olmak üzere, şikayet etme hakkına sahip olduklarını ulusal mevzuata uygun olarak kabul etmek için gayret sarfedeceklerdir.

40.6- Eğer şimdiye kadar yapmamışlarsa, ayırımcılık sorununa ilişkin uluslararası belgelere taraf olmayı mütalaa edecekler ve bu belgelerde yer alan yükümlülüklere, dönemsel rapor sunma da dahil olmak üzere tümüyle uyulmasını sağlayacaklardır.

40.7- Devletlere ve kişilere, ayrımcılık hareketlerine ilişkin bildirimleri uluslararası mekanizmaları kabul etme imkanını da inceleyeceklerdir.

41- Katılan devletler, AGİK'in insani boyutuna bağlılıklarını teyid ederler ve bunun Avrupa'da işbirliği ve güvenlik konusunda dengeli bir yaklaşımın ayrılmaz bir parçası olarak taşıdığı önemin altını çizerlir. AGİK İnsani Boyut Konferansı'nın ve Viyana Kapanış Belgesi'nin AGİK İnsani Boyutuna ilişkin bölümünde tanımlanan insani boyut mekanizmasının, diyaloğun ve işbirliğinin geliştirilmesinde ve belirli sorunların çözümünde katkı sağlayan yöntemler olarak değerlerini kanıtladıkları hususunda mutabıktırlar. Bu yöntemlerin uygulanmasının sürdürülmesi ve genişleyen bir AGİK sürecinin parçası olarak geliştirilmesi gerektiğine ikna olduklarını ifade ederler.

42- Katılan devletler, Viyana Kapanış Belgesi'nin AGİK İnsani Boyutuna ilişkin bölümündeki 1-4 paragraflarında tanımlanan yöntemlerin etkinliğini daha da arttırmak gerektiğini kabul ederler. Bu çerçevede şu hususlara karar verirler:

42.1- Birinci paragraf çerçevesinde, diğer katılan devletlerce yazıyla yapılan bilgi talepleri ve girişimlere mümkün olan en çabuk şekilde, ancak 4 haftadan daha geç olmamak üzere yazıyla cevap vermek.

42.2- İkinci paragrafta bahsekonu ikili toplantıların en kısa zamanda, kural olarak, başvuruyu izleyen üç hafta içerisinde yapılması.

42.3- İkinci paragrafa uygun olarak yapılmış bir ikili toplantı sırasında, iki taraf da mutabık olmadığı takdirde, toplantı konusuyla ilgisi olmayan sorunları ortaya atmaktan kaçınmak.

43. Katılan devletler, AGİK İnsani Boyutuna ilişkin taahhütlerin uygulanmasını iyileştirmeye yönelik yeni önlemleri içeren somut önerileri incelemişlerdir. Bu çerçevede, özel vakaları ve durumları incelemek için gözlemci gönderilmesi, araştırma yapmak ve uygun çözümler tavsiye etmek üzere raportör tayini, AGİK İnsani Boyutu için bir komite kurulması, kişi, kurum ve kuruluşların araştırma yapmak ve uygun çözümler tavsiye etmek üzere insani boyut mekanizmasına daha geniş şekilde katılması ve ilgili sorunların çözümüne yönelik ikili ve çok taraflı çabaların arttırılmasına ilişkin önerileri değerlendirmişlerdir.

AGİK'in gelecek toplantılarında, İnsani Boyut mekanizmasını güçlendirmek için öngörülen bu ve diğer önerileri derinlemesine incelemeye devam etmeyi ve AGİK sürecinin ileriki safhalarında yeni önlemler almasını mütalla etmeyi kararlaştırırlar. Bu önlemlerin yeni ve etkin gelişmelerin gerçekleşmesine ve AGİK İnsani Boyut çerçevesinde güven tesis edilmesine ve çatışmaların önlenmesine katkıda bulunması gereği üzerinde mutabıktırlar.

9- MİLLİ AZINLIKLAR UZMANLAR TOPLANTISI RAPORU (1991)

AGİK çerçevesinde1991'de Cenevre'de yapılan bu toplantıda milli azınlıklar sorunu detaylı bir şekilde ele alınmıştır[17].

Milli azınlıkların olduğu devletlerde demokrasinin milli azınlıklara mensup olan kimseler de dahil olmak üzere

17 Raporun metni için bkz. GÜNDÜZ, A., a.g.e., s.589

herkesin hakları ve temel hürriyetleri bakımından tam ve etkin eşitliğe sahip olması ve hukukun üstünlüğü ile demokratik kurumlardan yararlanmasını gerektiğine kani olan,

Ülkelerindeki durumların ve anayasal sistemlerin çeşitliğinin farkında olan ve bu sebeple Milli azınlıklara ilişkin AGİK vaadlerinin yerine getirilmesi hususunda çeşitli yaklaşımların uygun olduğunu kabul eden,

Bilhassa demokratik kurumların pekiştirildiği ve Milli azınlıklara ilişkin sorunların özel bir önem taşıdığı alanlarda, milli azınlık meselelerini ele almak için çaba sarfetmenin önemini akılda tutan, Milli azınlıkların, içinde yaşadıkları devlet topluluğunun ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiklerini ve devletin ve toplumun zenginleşme faktörü olduklarının farkında olan,

Bağlı olabilecekleri milletlerarası belgelerde belirtilen insan hakları ve temel hürriyetler sahasındaki yükümlülüklerine saygı gösterme ve onları bütünüyle ve adil bir şekilde yerine getirme ihtiyacını teyid eden,

Helsinki Nihai Senedi'nde, Madrid Sonuç Belgesi'nde ve Viyana Sonuç Belgesi'nde, AGİK İnsani Boyut Konferansı Kopenhag Toplantısı Belgesi'nde, Krakov Kültür Mirası Sempozyumu Belgesi'nde ve de yeni bir Avrupa için Paris Şartı'nda yer alıp milli azınlıklar ve bu azınlıklara mensup kimselere ilişkin bütün vaadlere saygı gösterme ve bunları bütünüyle uygulama hususundaki kuvvetli kararlılıklarını yeniden teyid eden Katılan Devletler vardıkları sonuçları aşağıda sunarlar.

Katılan devletlerin temsilcileri, ilgili AGİK İnsani Boyut Konferansı Kopenhag Toplantısı Belgesi'nde yer alıp, kendilerinin bütünüyle yeniden teyid ettikleri vaadlerini çalışmalarının esas temeli olarak almışlardır.

Katılan devletler, milli azınlıklara mensup kişiler hakkındaki AGİK vaatlerinin yerine getirilmesinin tümüyle gözden geçirilmesinin (incelenmesinin) süreklilik arz eden önemini vurgularlar.

Milli azınlıklara mensup kimselerin haklarının korunması ve iyileştirilmesinin temelinin insan hakları ve temel hürriyetleri olduğunu tebarüz ederler. Milli azınlıklara mensup kimselerin sorunlarının, ancak işleyen bağımsız bir yargıya sahip, hukukun üstünlüğüne dayalı, demokratik, siyasi bir çerçevede tatmin edici bir şekilde çözülebileceğini ayrıca beyan ederler. Bu çerçeve, milli azınlıklara mensup kimseler de dahil olmak üzere bütün vatandaşların insan haklarına ve temel hürriyetlerine, eşit hak ve statülerine tam saygıyı, bunların meşru menfaat ve emellerinin serbestçe ifade edilmesini, politik çoğulculuğu, sosyal müsamahayı ve hükümet gücüne etkin sınırlamalar getiren hukuk kurallarının icrasını, garanti eder.

Milli azınlıklara ilişkin meseleler ve keza bu azınlıklara mensup kimselerin haklarına ilişkin milletlerarası yükümlülükler ve vaadler, meşru bir milletlerarası yönü olan meselelerdir ve bu sebeple sadece ilgili devletin iç işini oluşturmazlar.

Bütün etnik, kültürel, dilsel ve dinsel ayrılıkların zaruri olarak milli azınlıkların oluşturulmasına yol açmadığını not ederler.

Milli azınlıklara mensup kimselerin etkin bir şekilde kamu yönetimine katılmaları hakkına saygı gösteren katılan devletler, milli azınlıkların durumu ile ilgili sorunlar kendi ülkelerinde tartışıldığı zaman, azınlıkların kendilerinin ülkedeki karar alma prosedürlerine uygun bir şekilde, tartışmalara katılma hususunda etkin olanaklara sahip olmaları gerektiği görüşündedirler. Ayrıca, milli azınlıklara

mensup kimselerin veya bunların temsilcilerinin kararalma veya danışma organlarına (kurumlarına) demokratik bir şekilde katılmalarının, kamu yönetimine etkin bir şekilde katılmalarının önemli bir unsurunu teşkil ettiği görüşündedirler.

Milli azınlıklara mensup kimselerin durumunu iyileştirmek amacıyla, spesifik problemleri yapıcı bir şekilde görüşme ve danışmanlar vasıtasıyla yürütülecek bir diyalog yoluyla çözmek için özel çabalar sarfedilmesi gerektiği görüşündedirler.Devletler arasında ve devletlerle milli azınlıklara mensup kimseler arasında diyalogu iyileştirmenin, bütün taraflar arasında serbest bir şekilde bilgi ve fikir akışının olması halinde çok başarılı olacağını kabul etmektedirler. Hükümetlerin milli azınlıklara ilişkin AGİK vaadlerini aktif bir şekilde yerine getirilmesinin etkinliği arttırmanın yollarını araştırma hususundaki tek taraflı, iki taraflı ve çok taraflı çabalarını teşvik ederler.

Katılan devletler, ayrıca insan haklarına ve temel hürriyetlere, bütün toplumda ayırım yapmaksızın saygı gösterilmesi gerektiği görüşündedirler. Milli azınlıklara mensup kimselerin esas itibariyla yaşadığı yerlerde, o azınlığa mensup kimselerin ve bu alanlarda yaşayan diğer azınlıklara mensup kimselerin, insan hakları ve temel hürriyetleri aynı şekilde eşit olarak korunacaktır.

Milli azınlıklara mensup kimselerin kendi etnik, kültürel, dinsel veya dilsel kimliklerini serbestçe ifade etme, muhafaza etme ve geliştirme ve kendi rızaları olmasızın her türlü asimülasyon teşebbüsünden uzak bir şekilde kültürlerini bütün yönleriyle muhafaza etme, geliştirme hakkına sahip olduklarını teyid ederler.

Yetkili mercilerine, Serbest Seçimler Ofisi'ni milli düzeyin altında yapılan seçimler de dahil olmak üzere ülkelerdeki bütün

planlı genel seçimlerden haberdar etme iznini verirler. Katılan devletler, milli azınlıkların yaşadığı alanlarda yapılanlar da dahil olmak üzere milli düzeyin altında yapılan seçimlerde gözlemci bulundurulmasını, hukukun (kanunun) izin verdiği ölçüde, hayırhahlıkla görüşeceklerdir.

Katılan devletler, milli azınlıklara mensup kimselerin kamu hayatına, iktisadi faaliyetlere ve toplumlarının geliştirilmesine etkin bir şekilde katılması hususunda eşit fırsata sahip olmaları için (gerekli) şartları oluşturacaklardır.

Katılan Devletler, Kopenhang Belgesi'nin 31. paragrafına uygun bir şekilde bireyler aleyhinde ayrım yapılmasının, bilhassa istihdam, barınma ve eğitim alanında bir milli azınlığa mensup olma veya olmama sebebiyle ayrım yapılmasını önlemek için zaruri tedbirler alacaklardır.

O çerçevede, bir milli azınlığa mensup olması veya olmaması sebebiyle ayrımcı muamele gören bireylerin başvurabilecekleri etkin kanun yolları imkanını verecek tedbirleri alacaklardır.

Bu kanun yolarına ayrımcılığın bireysel mağdurlarına başvurabilecekleri geniş idari ve yargısal kanun yollarının sağlanması da dahildir.

Katılan devletler, milli azınlıkların değerlerinin ve kültür miraslarının korunmasına, bu gibi azınlıklara mensup kimselerin katılımını (müdahil olmalarını) gerektirdiğine ve farklı kültürlere karşı müsamaha ve saygının bu bakımdan çok önemli olduğuna kani bulunmaktadır. Buna göre, milli azınlıklar ve azınlıklara mensup kimselerin ilgili kültür materyallerinin üretimini engellemekten kaçınmanın önemini teyid ederler.

Katılan devletler, milli azınlığa mensup olan kimselerin,

toplumun diğer kesimi ile aynı haklardan yararlandıklarını ve aynı vatandaşlık görevlerine sahip olduklarını doğrularlar.

Katılan devletler, gerektiğinde, milli azınlıklara mensup kimselere, diğer vatandaşlarla eşit bir şekilde insan haklarını ve temel hürriyetleri kullanmayı ve bunlardan yararlanmayı sağlayacak özel tedbirleri almanın önemini yeniden teyid ederler. Ayrıca, ülkelerinde bulunan milli azınlıkların etnik, kültürel, dinsel ve dilsel kimliğini koruyacak zaruri tedbirleri alma ve kimliğin iyileştirilmesi şartlarını oluşturma ihtiyacını hatırlamaktadırlar. Bu gibi tedbirler, ilgili katılan devletin diğer vatandaşları bakımından eşitlik ve ayrım yapmama ilkeleri ile uyum içinde olacaktır.

Milli azınlıkların, diğerleri yanında, tarihi ve ülkesel durumlarını (şartlarını) dikkate alan bu gibi tedbirler, demokratik kurumların pekiştirilmekte olduğu ve milli azınlık konularının özel bir önem arzettiği alanlarda bilhassa önemli olduğunu tanılar.

Kendi alanlarındaki farklılığın ve değişik anayasal sistemlerin varlığının ve bu durumun bir tek yaklaşımı zaruri olarak genellikle uygulanabilir kılmadığının farkında olan katılan devletler, kendi aralarında bulunan, bazı devletlerin uygun düşen demokratik tarzda olumlu sonuçları, diğerleri yanında, aşağıdaki yollarla elde ettiğini ilgi ile not ederler:

a- Azınlıkların, bihassa eğitim, kültür ve din konularındaki istişari ve kararalma organlarında temsil edilmeleri;

b- Serbest ve periyodik seçimler yoluyla seçilen istişari, teşrii ve icrai organların mevcudiyeti de dahil olmak üzere ülkesel bazda özerklik ve otonomi ve keza milli azınlık işleriyle ilgili olarak seçilmiş organlar ve meclisler, mahalli ve özerk otonom idare;

c- Ülkesel bazda özerkliğin uygulanmadığı durumlarda (milli azınlık) kimliğine ilişkin hususiyetlerin (yönlerin) milli azınlıklar tarafından idaresi;

d- Adem-i merkeziyetçi veya mahalli yönetim biçimleri;

e- Milli azınlıklara mensup kimselere, bunların sayıları, coğrafi yerleşim özellikleri ve kültürel gelenekleri gerektirdiği şekilde dikkate almak suretiyle, kendi ana dillerinde yeterli tip ve seviyelerde eğitimi verilmesi;

f- Halka (kamu oyuna) azınlık dillerin öğretilmesinin finansmanı ve de özellikle milli azınlıklara mensup kimselerin yaşadığı bölgelerde eğitim-öğretim yapan kurumlara azınlık dillerinin dahil edilmesi;

g- Ülkelerinde belli bir alanda (konuda) eğitimin azınlık diliyle bütün seviyelerde sağlanmadığı durumlarda, o dilde bitirilen (tamamlanan) bir ders için dışarıdan verilen diplomaları tanımanın yollarını bulmak için gerekli tedbirleri alma;

h- Eşit haklar ve ayrım yapmama ile ilgili kanunlarını gözden geçirerek ve bilgiyi yayacak devlet araştırma kurumlarının kurulması;

ı- İsteyen milli azınlık mensubu kimselere eğitsel, kültürel ve dini kurumlarını, örgütlerini ve cemiyetlerini kurmak haklarını kullanmaları için mali ve teknik yardım yapılması;

j- Ayrımcı uygulamalara ilişkin mahalli zorlukları ele almak için devlet yardımı (mesela, vatandaş ilişkileri hizmeti) yapılması;

k- Azınlık cemaatları arasında çoğunluk ve azınlık cemaatları arasında ve aynı sınırları paylaşan komşu cemaatlar arasında mahalli gerginliklerin ortaya çıkmasını

önlemeyi ve ihtilaflar ortaya çıkarsa, bunları barışçı şekilde ele almaya yardım etmeyi amaçlayan temel (köklü) cemaat ilişkilerini teşvik etme;

l- Sınır bölgeleri arasında devam eden diyaloğu kolaylaştırmak için ya devletlerarası ya da bölgesel düzeyde daimi karma komisyonların kurulmasını teşvik etmek;

Katılan devletler, bunların veya diğer yaklaşımların, tek başlarına veya bir arada, kendi ülkelerindeki milli azınlıkların durumlarını iyileştirmede faydalı olabileceği görüşündedirler.

Katılan devletler, milli azınlıklara mensup kimselerin tek başlarına veya başkaları ile birlikte, ülkelerinde örgüt veya dernek kurma ve bunları idame ettirme ve gayriresmi milletlerarası örgütlere katılma haklarını kullanma ve bunlardan yararlanma hakkına saygı gösterirler.

Katılan devletler, milli azınlıklara mensup kimselerin kendi eğitsel, kültürel ve dinsel kurumlarını, örgütlerini ve derneklerini kurma ve bunları idame ettirme hakkını yeniden teyid ederler ve bu hakkın kullanılmasını engelleyemezler.

Bu hususta, bireylerin, gayri-resmi örgütlerin, dini ve diğer grupların karşılıklı kültür anlayışını geliştirmede ve toplumun bütün seviyelerinde ve de millelerarası sınırların ötesinde ilişkileri iyileştirmede oynayacağı büyük bir hayati rolü kabul ederler.

Bu gibi örgüt, grup ve bireylerin birinci elden gözlemleri ve tecrübelerinin, milli azınlıklara mensup kimselerle ilgili AGİK vaatlerini yerine getirilmesini iyileştirmede büyük bir değeri haiz olduğuna inanırlar. Bu sebeple, bu gibi örgüt, grup ve bireylerin çalışmasını teşvik edecekler ve engelleyemeyeceklerdir ve bu alandaki katkılarını alkışlayacaklardır.

Irkçı, etnik ve nefretin, Yahudi düşmanlığının, yabancı

düşmanlığının ve ayrımcılığın yayılmasından kaygı duyan Katılan devletler, herhangi bir kimseye karşı bu gibi hareketlerin (yapılmasını), devamlı bir şekilde kınama kararlılıklarını vurgularlar.

Bu çerçevede, Roma'nın (Çingenelerin) özel problemlerini kabul ettiklerini yeniden teyid ederler. Kendi ülkelerinde normal şekilde mukim olan Romanlarla, mukim olan nüfusun geri kalan kısmı arasında tam bir fırsat eşitliğini sağlamak için etkin tedbirler almaya hazırdırlar. Romanların karşılaştıkları özel problemlere ilişkin araştırma ve incelemeleri teşvik edeceklerdir.

Ülkelerindeki değişik kökenden gelen bireyler arasında müsamaha, anlayış, fırsat eşitliği ve ilişkileri iyileştirmek için etkin tedbirler alacaklardır.

Ayrıca, katılan devletler, Yahudi düşmanlığı da dahil olmak üzere ulusal, ırksal, etnik veya dinsel ayrıma, Düşmanlığa (husumete) veya nefrete dayanan şiddeti teşvik eden hareketleri yasaklayacak kanunları, bu gibi kanunları uygulayacak politikaları,eğer daha önce yürürlüğe koymamış iseler, anayasa hukuklarına ve milletlerarası yükümlülüklerine uygun bir şekilde yürürlüğe koymak da dahil olmak üzere etkin tedbirler alacaklardır. Dahası, halkın önyargı ve ve nefret konusundaki bilincini geliştirmek, nefretle bağlantılı suçlara karşı kanunların icrasını iyileştirmek ve toplumda nefret ve önyargıyı ele almak için başka türlü çabaları daha da ileri götürmek için ülkelerinde ırk, etnik kimlik veya din ile ilgili önyargıya dayalı suçlar hakkında verileri ve bu gibi verilerin toplanmasında kullanılan yönlendirici kuralları, düzenli bir şekilde toplamak, yayınlamak ve kamuoyuna sunmak için her türlü çabayı sarfedeceklerdir. Bu verilerin herhangi bir şahsi bulguyu kapsamaması gerekir.

AGİK'in gelecek toplantılar da dahil olmak üzere

Milletlerarası düzeyde önyargı ve nefretin kanıtlarını sergiliyen suçlar hakkında danışmalarda, görüş ve bilgi alışverişinde bulunacaklardır.

Milli azınlıklara mensup kimselerin haklarını korumanın, bilgi akışı ve fikir alışverişini zaruri kıldığına kani olduğuna katılan devletler, kamu yetkililerinin müdahalesi olmadan ve sınırlara bakmaksızın milli azınlıklara mensup kimseler arasında iletişimin önemini vurgularlar. Bu gibi hakların kullanılması sadece(ancak) kanunla koyulan ve milletlerarası standartlara uygun olan sınırlamalara tabi tutulabilir. Milli bir azınlığa mensup olan hiçbir kimse, ülkesi içinde veya dışında temaslar yaptığı için sırf böyle bir azınlığa mensubiyetine binaen, cezai veya idari müeyyidelere tabi tutulmayacaklardır.

Basından yararlanma bakımından, herhangi bir kimse aleyhinde etnik, kültürel, dinsel ve dilsel sebeplere dayalı ayrım yapmayacaklardır. Elektronik yayın araçlarının programlarında milli azınlıkların etnik, kültürel, dinsel ve dilsel kimliklerini dikkate almalarına yardım etmek amacıyla bu gibi araçlardan yararlanma ile ilgili bilgi sağlayacaklardır.

Milli bir azınlığa mensup kimseler arasında engelsiz temasları ve de bir azınlığa mensup olan kimselerin sınırların ötesinde kendileriyle aynı etnik veya milli kökeni, kültür mirasını veya dini inancı paylaştıkları kimselerle temas sağlamalarının ve idamesinin karşılıklı anlayışa katkıda bulunduğunu ve iyi komşuluk ilişkilerini iyileştirdiğini yeniden teyid ederler.

Bu sebeple, milli, bölgesel ve mahalli seviyede, diğerleri yanında, sınır geçişleri, tarihi abidelerin ve yerlerin korunması ve bu gibi yerleri ziyaret etme, turizmin, trafiğin iyileştirilmesi,

ekonomi, gençlerin değişimi, çevre korunması ve bölge komisyonlarının kurulması konularında sınırötesi işbirliği düzenlemelerine teşvik ederler.

Ayrıca, milli azınlıkların yaşadığı yerlerde milli azınlık sorunları tartışma, bu gibi konularda tecrübe değişiminde ve tekliflerinde bulunma hususunda gayri - resmi çalışma düzenlemelerinin (mesela, hem katılan devletler içinde hem de bu gibi devletler arasında seminerler ve komiteler, yapılmasını teşvik edeceklerdir.

Milli azınlıkların fiili durumları hakkındaki bilgileri iyileştirmek amacıyla, katılan devletler isteğe bağlı olarak AGİK sekreterliği vasıtasıyla diğer katılan devletlere kendi ülkelerindeki azınlıkların durumu ve de o husustaki milli politika hakkında bilgi dağıtacaklardır.

Katılan devletler, Milli azınlıklar AGİK Uzmanlar Toplantısı Genel Kurulunda yapılan konuşmaların kamuya duyurulmasını istedikleri kopyalarını AGİK Sekreterliğinden tevdi edeceklerdir.

Katılan devletler, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi temsilcilerinin Cenevre Milli Azınlıklar Uzmanlar Toplantısına Yaptıkları katkıları takdir etmektedirler. Bu örgütlerin çalışma faaliyetlerinin AGİK'in Milli azınlık sorunlarını incelemesinde sürekli bir önemi haiz olacağını not ederler.

Katılan devletler, milli azınlıklarla ilgili sorunları ele almada münasip AGİK mekanizmalarının önemli olacağını not ederler. Ayrıca AGİK İnsani Boyut Konferansı 3. Toplantısının İnsani Boyut Mekanizmasının Genişletmeyi incelemesini tavsiye ederler. Milli azınlıklara mensup olan kimselerinkiler de dahil olmak üzere bireylerin haklarının korunmalarına olan katkılarını iyileştireceklerdir.

Nihayet Katılan devletlerin temsilcileri Toplantının İcra Sekreterinden bu raporu AGİK İnsani Boyut Konferansının üçüncü toplantısına gönderilmesini rica ederler. Katılan devletlerin temsilcileri, Cenevre toplantısının mükemmel organizasyonu için ve toplantıya katılan delegasyonlara gösterilen sıcak misafirperverlik için İsviçre halkı ve hükümetine derin şükranlarını ifade ederler.

10- EĞİTİMDE AYRIMCILIĞA KARŞI SÖZLEŞME (PARİS, 1960)

Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür örgütü tarafından alınmış ve imzalanmıştır[18]. Sözleşmenin amacı bakımından ayrımcılık terimi: "...ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka bir görüş ulusal ya da toplumsal köken, ekonomik koşul ya da doğuş temeli üzerinde, eğitimde davranış eşitliğini kaldırmak ya da bozmak amacı ya da sonucuyla ve özellikle a) Herhangi bir kişi ya da grubu eğitim görmekten yoksun bırakmak, b) Herhangi bir kişi ya da grubu standart bir eğitimle sınırlamak.

İhtilaflar Adalet Divanı'nda çözülecektir.

11- HER TÜRLÜ IRK AYRIMCILIĞININ KALDIRILMASI ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ (NEWYORK, 1965)

Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın gayretleriyle gerçekleştiril-miştir[19]. Sözleşmenin başkanlık kısmında bu alana ilişkin bir çok atıflar yapılmaktadır. Sözleşmenin 1. maddesinde "ırk ayrımcılığı" ifadesinin ne anlama geldiği şöyle açıklanmıştır: " Siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel alanda ya

---

18 Sözleşmenin metni için bkz. SENCER, M., Belgelerle İnsan Hakları, İstanbul 1988, s.276

19 Sözleşmenin metni için bkz. İbid., s.97

da toplum yaşamının başka bir alanında insan hakları ve temel özgürlüklerin eşitlik temeli üzerinde tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanmayı önlemek ya da zedelemek amaç ya da sonucuyla ırk, renk, soy ya da ulusal etnik kökene dayalı herhangi bir ayrım, dışlama, kısıtlamada bulunma anlamına gelir."

"Taraf her devlet, kişilere, kişi gruplarına karşı ırk ayrımcılığı eylem ve uygulamasına girişmeyi ulusal ya da mahalli tüm resmi mekanların ve kamu kurumlarının bu yükümlülüğe uygun davranmasını sağlamayı üstlenir" (md.2/a).

"Taraf her devlet, kişiler ya da örgütlerce ırk ayrımı yapılmasını arkalama, koruma ya da desteklemekten kaçınmayı yüklenir" (md.2/b).

"Taraf her devlet, hükümet politikasıyla ulusal ve mahalli politikalarını gözden geçirmek ve nerede ırk ayrımcılığı oluşturan ya da bunu sürdüren yasa ya da düzenlemeler varsa bunları değiştirmek, kaldırmak ya da hükümsüz saymak üzere etkin tedbirler alır" (md.2/c).

"Taraf devletler, ırk ayrımcılığını kınayarak, yargı yetkileri içinde bulunan ülkelerde bu nitelikleri tüm uygulamaları yasaklar ve kökten yok eder." (md.3)

Sözleşmeye taraf devletlerden seçilecek 18 kişilik bir Irk Ayrımcılığı Kaldırma Komitesi kurulmuştur. Komite, taraf devletlerden aldığı bilgilere ve kendi araştırmalarına dayanarak zaman zaman Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine raporlar sunmaktadır. Gerekirse bir Uzmanlaşma Komisyonu kurulur. Komisyon konuyu enine boyuna inceledikten sonra taraflar arasındaki soruna yer veren ve dostça çözüm yolunu gösteren bir rapor hazırlayarak Komiteye sunar.

12- KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ (NEW-YORK, 1979)

Birleşmiş Milletlerin girişimiyle hazırlanmıştır[20]. Kadınlara karşı yapılan muhtelif ayırımları önlemek amaçlanmıştır. Sözleşmenin ihlali durumunda takip amacıyla Kadınlara Karşı Ayrımı Ortadan Kaldırma Komitesi kurulmuştur (md. 17).

13- TUTUKLULARA EN AZINDAN UYGULANMASI GEREKEN DAVRANIŞ STANDARTI KURALLARI (1955)

Bu kurallar, önce 1955'te Cenevre'de belirlenmiş; 31 Temmuz 1957'de onaylanmıştır[21]. Bu kurallar, tutuklulara davranış konusunda genel olarak geçerli sayılan ilke ve uygulamaları tesbit etmekte ve gözaltında ya da tutklu bulunanların kötü muamelelere karşı korunması amacıyla Birleşmiş Milletlerce uygun görülen asgari şartları dile getirmektedir. Bu kuralların uygulanmaya geçirilmesini takip için 1975'te Komite kurulmuştur.

14- İŞKENCE VE BAŞKA ZALİMCE, İNSANLIK DIŞI YA DA ONUR KIRICI DAVRANIŞ YA DA CEZAYA KARŞI SÖZLEŞME (NEWYORK, 1984)

Birleşmiş Milletlerin girişimiyle hazırlanmıştır[22]. Sözleşme "işkence" terimini şöyle açıklıyor: "Bir kimseye kendisinden ya da üçüncü bir kişinin işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden ötürü onu cezalandırmak, kendisine ya da üçüncü bir kişiye gözdağı vermek ya da onları zorlamak amacıyla ya da herhangi bir başkası tarafından ya da

---

20 Sözleşmenin metni için bkz. İbid., s.119

21 Sözleşmenin metni için bkz., İbid., s.166

22 Sözleşmenin metni için bkz. İbid., s.155

onun kışkırtması ya da oluru ya da izniyle bilerek maddi ya da manevi ağır acı vermek ya da niyette bulunmaktır" (md.1).

Bu sözleşmeyi takip için bir Komite kurulmuştur.

Benzer bir sözleşme aynı isim altında 1987 yılında Bölgesel bazda Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde imzalanmıştır[23].

15- ÇOCUK HAKLARI BİLDİRGESİ (1959)

1924'de Cenevre'de ilk kez Çocuk Hakkı bildirgesi imzalanmıştır. Yine Birleşmiş Milletler Cenevre'de yeni bildirgenin[24] başlangıç kısmında "Bedensel ve zihinsel bakımdan henüz olgunlaşmamış olan çocuk, doğumdan önce olduğu gibi doğumdan sonra da uygun yasal korunma dahil özel gözetim ve bakıma ihtiyaç duyduğu" vurgulanmakta ve şöyle denilmektedir: "Çocuğun mutlu bir çocukluk geçirmesi ve kendisinin ve toplumun iyiliği için burada öne sürülen hak ve özgürlüklerden yararlanması amacıyla bu Bildirgeyi ilan eder ve ana-babaları, kadın-erkek herkesi, gönüllü örgütleri, yerel makamları ve hükümetleri bu hakları tanımaya ve aşağıdaki ilkeler uyarınca gidecek alınacak yasal ve başka önlemlerle bu hakları gözetmeye çağırır."

Bildirgenin 1. maddesi şöyle diyor: "Her çocuk, kendisinin ya da ailesinin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka bir görüş ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş ve başka bir statü bakımından herhangi bir ayrım yapılmaksızın bu haklara yetkilidir."

Bundan sonra çocukları özel olarak korumaya yönelik haklar sıralanmıştır.

Tüm bu sıralanan ve Birleşmiş Milletlerin öncülüğü ile

---

23 Sözleşmenin metni için bkz. İbid., s.468

24 Bildirgenin metni için bkz. s. 267

imzalanan sözleşmelerin benzerleri Avrupa, Amerika ve Afrika İnsan Hakları Belgeleri doğrultusunda bölgesel planda da imzalanmıştır.

V- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME:

1- Çin'in Doğu Türkistan halkına yapmış olduğu muamelelerin İnsan Hak ve Hürriyetlerine aykırı olduğu çok açıktır. Zira, insanların doğuştan kazandıkları bir takım hak ve hürriyetler en tabii haklarıdır. Bunlar hiç bir ülke tarafından halkına bahşedilmemiştir. Yaşama hakkının, vücut bütünlüğünün olmadığı bir ülkede diğer hiç bir hak ve hürriyetin kıymeti olamaz. Yaşayan insanlara karşı yapılan işkence, keyfi yakalama ve tutuklama, sövme ve hakaretler, edebe aykırı olarak yapılan teşhis, çocuklara ve kadınlara uygulanan eylemler, kısırlaştırma, tıp dışı yollarla yapılan kürtaj vs. birlikte düşünüldüğünde, Doğu Türkistan halkına yapılanların tam bir Jenosit: (Soykırım) olduğu ortadadır.

2- Durum böyle olunca, milletlerarası alanda ne yapılabilir? Bir defa belirtelim ki, artık insan hakları alanında dünya ortak bir takım ilkeleri belirlemiştir.Hiçbir devlet "bu benim insanım size ne" diyememektedir. Yine bilinmektedir ki, devletleri insan hakları ile suçlamak, onları milletlerarası platformda güç durumda bırakmaktadır. Bu alanda suç işlemek istese bile, bunun gizli kalmasını arzulamaktadır. Ne var ki, bugün gelişmiş olan iletişim teknolojisi karşısında Devletlerin bunu tam olarak gizleyemedikleri görülmekte, tabir caizse "er geç kokusu çıkmaktadır".

3- Şu halde yapılacak iş Çin'in yapmış olduğu bu zulmü mutlaka dünya kamuoyuna duyurmaktır. Bunun en önemli yolu çarpıcı sahnelerin fotoğraflarını dünya basınına bir şekilde nakletmektir.

Bunun dışında Çin hakkında Milletlerarası yaptırım mekanizmaları çalıştırılabilir mi? Bilindiği gibi Avrupa ve

Amerika İnsan Hakları Sözleşmeleri bölgesel bazda İnsan Hakları İhlallerini İnsan Hakları Komisyonu veya Adalet Divanı yoluyla takip etmektedir. Bu denetimde etkili olduklarını söylemek mümkündür. Ancak, Çin bu tür bir bölgesel oluşum içinde bulunmadığından böyle bir mekanizmayı çalıştırmak mümkün olamamaktadır. Bu durumda konuyu ancak Birleşmiş Milletler bünyesinde ele almak gerekir. Yukarıda özetleyerek belirttiğimiz gibi Birleşmiş Milletler girişimiyle insan hakları alanında bazı belgeler imzaya açılmıştır. Ne var ki, Çin bunların neredeyse tamamını imza etmemiştir. Tesbit ettiğimiz kadarıyla sadece 1948'de imzalanan ve 1951'de yürürlüğe giren Jenosit'in Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşmeyi imzalamıştır. Esasen, Çin'in Doğu Türkistan'da uyguladığı muamelenin sistematik bir soykırım olduğunda şüphe yoktur. Bu sözleşmeden yukarıda bahsettik. Kanaatimizce yapılacak ilk iş Çin'in bu sözleşmeye aykırılıkları gerekçesiyle Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ni ya da Genel Kurulunu harekete geçirmektir.

Her ne kadar Çin, Güvenlik Konseyi'nin "veto" hakkı olan beş daimi üyesinden biri ise de, kendileri ile ilgili konularda bu yetkilerini kullanamamaktadırlar (md.27/3). Burada bir hususu belirtmek gerekir ki, veto hakkı sadece Çin'in insan hakları konusunda ihlallerinin tesbit edilmesine karşı kullanılmamaktadır; yoksa, neticede bir somut yaptırım uygulanacaksa (ör. ekonomik ambargo gibi) o zaman veto hakkını kullanabilir ki, Çin aynı zamanda Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna getirilebilir. Keza, Adalet Divanı'na intikal ettirilebilir. Tabii ki, bütün bu yolları ancak devletler çalıştırabilir. Veto yetkisi yüzünden Güvenlik Konseyini'nin tıkanması durumunda çözüm yolu olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 377 (V) sayılı ve 3 Kasım 1950 tarihli "Barış İçin Birleşme Kararı"na gidilir[25]. Genel Kurul, esas itibariyle, bir tartışma ve müzakere organıdır. Güvenlik Konseyi milletlerarası barış ve güvenliği

25 Kararın metni için bkz. GÜNDÜZ, A., a.g.e., s.58

koruma ile ilgili asli görevini yaptığı sürece ihtilaflı konuları tartışsa bile, bu konularda karar alamaz. Meğer ki, Güvenlik Konseyi bunu kendisinden istemiş ola (md.12).

1950'li yıllarda Kore hadisesi sırasında, Güvenlik Konsey'inde "veto" yetkisinin kötüye kullanıldığı ve milletlerarası uyuşmazlık konusunda kararların alınmadığı görülünce, Genel Kurul'un devreye sokulması çareleri alınmıştır. İşte "Barış İçin Birleşme Kararı" bu amaçla Genel Kurul tarafından 1950 yılında 302. toplantısında kabul edilmiştir. Buna göre "Güvenlik Konseyi Milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazası ile ilgili görevlerini, veto yetkisinin köküye kullanılması dolayısıyla yerine getirmezse, Genel kurul barışın ihlal edilmesi veya saldırı fiilinin varlığı halinde, silahlı kuvvetlerin kullanılması da dahil, üye devletlere uygun olan tedbirleri tavsiye etmek için meseleyi derhal ele alacaktır. Bu kararın, Birleşmiş Milletler Şartı'nı fiilen ve usulüne aykırı bir şekilde değiştirdiği görüşü ileri sürülmüştür. Ancak, Genel Kurul zaman zaman bu karara dayanarak tavsiyelerde bulunmuştur. Bu işi Barış Gözlem Komitesi yürütmektedir.

Belirttiğimiz gibi, Çin'in yukarıda özetlediğimiz birçok belgeye imza atmamış olması bu mekanizmaların çalışmasını bir hayli zorlaştırmıştır. Fakat Çin'in bir Birleşmiş Milletlerin Kuruluş amacı ve statüsünde insan haklarını korumak, mazlum milletlere ve topluluklara yardımcı olmak belirtilmiştir. Nitekim, 3. maddede Birleşmiş Milletlerin amacı şöyle tesbit edilmiştir: "Milletlerarasında, milletlerin hak eşitliği prensibine ve kendi geleceğini kendilerinin belirleme hakkına saygı üzerine kurulmuş dostane münasebetler geliştirmek ve dünya barışının sağlamlaştırılması için elverişli her türlü diğer tedbirleri almak; ekonomik, sosyal, fikri ve insani mahiyetteki milletlerarası davaları, çözerek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine karşı saygıyı geliştirerek ve teşvik ederek, milletlerarası işbirliğini geliştirmek, milletlerin bu müşterek

amaçlara doğru sarfettikleri gayretlerin ahenkleştiği bir merkez olmak" Yine Andlaşma Metni'nin 55. maddesi ise benzer amaçları ifade ettikten sonra, Şöyle denilmektedir: "Irk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünya da bilfiil saygı gösterilmesini kolaylaştırmak."

Çin, Birleşmiş Milletler üyesi olarak bu ilkelerin altına imzasını atmıştır. Hiçbir şey yapılmasa bile bu hükümlerden hareket edilerek Doğu Türkistan meselesi Birleşmiş Milletler'e götürülebilir.

Şunu da biliyoruz ki, İnsan hakları alanında Devletler çifte standart uygulamakta ve insan haklarını politize etmektedir. Gerçekten bugün İnsan Haklarının siyasallaşması olgusu ile karşı karşıya bulunuyoruz. Uluslararası ilişkilerde, özellikle Birleşmiş Milletler bünyesi içinde devletlerin insan hakları konusunda tutum ve davranışlarını belirleyen başlıca etken politika etkeni olmaktadır. Bu alanda devletler pasif ve hareketsiz kalmakta, ya da harekete geçmeden önce birtakım siyasi konjoktür hesaplarına girişmektedirler. İnsan haklarını ihlal ettiği ileri sürülen devlet, dünyadaki ittifak sistemleri veya nüfuz bölgeleri içinde hangi "kampta" yer alıyor? Bizden mi, değil mi? Girişimde bulunmak milli çıkarlar açısından yarar olur mu olmaz mı? Bundan bir ters tepki doğar mı doğmaz mı? Siyasi bir avntaj sağlar mı sağlamaz mı? İşte genellikle devletlerin, özellikle de büyük devletlerin tutum ve davranışlarını etkileyen hesaplar bunlardır. Ve bu hesaplar yüzünden çoğu zaman kendilerine düşen ve beklenen "İnsan haklarının gözetecisi" rolünü oynamakta çekingen davranmaktadırlar.

Devletler arası ilişkilerde sürüp giden çıkar çatışmalarının, bloklaşmanın ve karşılıklı güvensizlik havasının, insan haklarının gelişmesi açısından elverişli bir ortam oluşturduğu söylenemez. Bir devletin, uluslararası

mekanizmalardan insan haklarının sağlanması amacıyla değil de, sırf çıkar çatışması içinde bulunduğu başka bir devleti "köşeye sıkıştırmak" ve onu zor durumda bırakmak amacıyla yararlanmaya kalkışmasının, insan haklarına dünya ölçüsünde geçerlilik kazandırma çabalarını olumsuz yönde etkileyeceğinden, şüphe edilmemelider. Nitekim, bu yöndeki kaygılar Birleşmiş Milletler çerçevesinde oluşturulan sözleşmelerde daha etkin bir denetim sisteminin kabulü konusunda devletleri isteksiz ve çekingen davranmaya zorlamıştır.

Böyle olmakla beraber, bir gerçeğin altını da çizmek gerekir: Günümüzde insan hakları konusu bir "iç mesele" olmaktan çıkmıştır. O, artık milli sınırları aşan, milletlerarası alanı ilgilendiren bir konudur. Bugün hemen hemen hiçbir devlet, herhangi bir sözleşmeye bağlı olmasa bile, insan hakları konusunda tamamen kendi başına buyruk hareket edemiyor. "Vatandaş benim vatandaşım değil mi, istediğimi yaparım, kimse bana karışamaz" demek, diyebilmek giderek güçleşiyor. Bunu çağımızın önemli bir gelişmesi olarak kabul etmek gerekmektedir. Uygarlık bu yolda ilerledikçe "egemenlik" ve "içişlerine karışmama" gibi kavramlar da ister istemez etkisini kaybetmektedir.

Doğu Türkistan'da yapılan insan hakları ihlallerini önlemede yukarıda sırıladığımız bazı kolaylık ya da güçlüklerle karşılaşılacaktır. Devletlerin bu tür politik yaklaşımları karşısında "Devlet dışı Uluslararası Baskı Kuruluşları" olarak isimlendirilen "İnsan Hakları Gönüllü Bekçileri" olarak vasıflandırılan, bir takım sivil insan hakları kuruluşlarından yararlanmak mümkündür[26].

Hiçbir devlete bağlı olmaksızın tümüyle özel nitelikte

---

26 Bu hususlar hakkında bkz. KAPANİ, M.; İnsan Haklarının Uluslararası boyutları, İstanbul 1987, s.67-74

kişiler ve gruplarca meydana getirilen bu gönüllü kuruluşlar (kısaca NGO) insan hakları ile ilgili çeşitli alanlarda faaliyet göstermektedirler. Dünya ölçüsünde insan haklarına saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla çaba harcayan bu örgütlerin hayli etkili oldukları da görülüyor. Herhangi bir resmi sıfatları olmadığı halde bunların nasıl olupta etki sağlayabildikleri akla gelebilir. Bu sorunun karşılığını şurada aramak gerekir sanırız: Günümüzde genel olarak devletler, demokratik olsun ya da olmasın dünya kamuoyunda "insan haklarına saygılı görünmek" konusunda oldukça hassas davranmaktadırlar. Hiçbir devlet dışarıya karşı açıktan açığa insan haklarını çiğnediği görüntüsünü (imajını) vermek istemiyor ve bundan olabildiğince kaçınıyor. İşte devletlerin, bu alanda nisbi de olsa gösterdikleri duyarlılıkları, uluslararası gönüllü kuruluşların en büyük kozunu oluşturmaktadır. Bu kozu kullandıkları başlıca yöntemleri de, devletlerin kendi ülkelerinde insan haklarına gerçekten saygılı olmalarını sağlayacak biçimde dıştan bir kamuoyu baskısı kurmak istiyor. Devlet dışı gönüllü kuruluşlar, bu yöntem bakımından "uluslararası baskı grupları" olarak nitelendirmek herhalde yanlış olmaz.

Herbiri insan hakları ile ilgili değişik alanlarda çalışmalarını yoğunlaştıran devlet dışı kuruluşlar adeta aralarında işbirliği yapmışçasına gayret gösterirler. Sayıları da oldukça fazladır. Bunların en önemlilerinden bazıları şunlardır:[27]

1- Uluslararası Kızılhaç Komitesi:

Bu tip kuruluşların en eskisi sayılır. 1863 yılında Henri Duanant tarafından İsviçre'de kurulan ve o günden bugüne gelişerek çalışmalarını sürdüren bu komite, tamamen apolitik, sırf insancıl amaçlarla hizmet veren bir örgüttür. Başlıca çalışma alanı, savaş esirlerinin ve yaralıların korunmasıdır.

---

27 Bu hususlar hakkında bkz. KAPANİ, M; a.g.e. s.67-74

Bu konularda savaş dönemlerinde taraf devletlerin uymakta zorunlu oldukları kuralları belirleyen 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanmasını denetler. Bu arada, zaman zaman siyasi tutukluların bulundukları cezaevlerinin denetlenmesi gibi, görevler üstlendiği de görülmektedir.

Bu kuruluş, çalışmalarında diğer devlet dışı kuruluşlardan farklı olarak kamuoyu baskısı oluşturma yöntemine başvurmaz ve "sessiz diplomasi" yolunu tercih eder. Uluslararası standartlara aykırı bir durum tesbit ettiği zaman, bu konuda düzenlediği raporu doğrudan doğruya kısmen ve sadece kendi işine gelen bölümlerini yayınlanması halinde, raporu tümüyle dünya kamuoyuna açıklar.

2- Uluslararası Hukukçular Komisyonu:

Merkezi Cenevre'de bulunan bu kuruluş komünist ülkeler dışında kalan ülkelerden değişik hukuk sistemlerin temsil eden seçkin hukukçulardan oluşmaktadır. Ayrıca 60'dan fazla ülkede ulusal şubeleri vardır. Başlıca amacı "hukukun üstünlüğü" ilkesine saygı gösterilmesini sağlamak ve insan haklarını hukuk yoluyla korumaktır. Bu amaçla uluslararası kongreler, konferanslar ve seminerler düzenler. Üç ayda bir yayınlandığı periyodik dergi dışında, güncel konularda araştırmalar yapar ve raporlar yayınlar. Görülmekte olan siyasi nitelikli davalara gözlemciler gönderir. Örneğin Türkiye'de görülen Disk ve Barış Derneği davalarında olduğu gibi. Bu gözlemcilerin görevi, davanın adalete uygun bir biçimde yürütülüp yürütülmediğini ve özellikle savunma hakkına saygı gösterilip gösterilmediğini tesbit etmektir.

Bunun dışında, insan haklarına aykırılık iddiaları karşısında, bu iddiaları yerinde incelemek ve rapor vermek üzere heyetler gönderirler. Bu heyetler aracılığı ile ilgili hükümetler nezdinde özel girişimlerde bulunurlar. Gereken

hallerde, insan haklarının çiğnenmemesi iddialarına ilişkin bulgularını basına açıklar.

Uluslararası Hukukçular Komisyonu, tam bir tarafsızlık ve titizlikle sürdürdüğü bu çalışmalarıyla hayli etkili olmaktadır. Uluslararası formlarda sözü edilen bu kuruluşun Birleşmiş Milletler, UNESCO ve Avrupa konseyi nezdinde "danışman statüsü"ne sahip bulunduğunu da ayrıca belirtmek yerinde olur.

3- İnsan Hakları İçin Uluslararası Birlik:

1942 yılında ABD'de kurulan bu örgüt, önceleri Avrupa'daki mülteciler sorunu ile ilgileniyordu. Daha sonraları ilgi alanını insan haklarının bütün dünyada korunmasını içine alacak biçimde genişletti. Merkezi New York'ta bulunan bu kuruluş, çalışmalarını Birleşmiş Milletler Örgütü içinde yoğunlaştırır. Zaten daha başlangıçta, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin hazırlanmasında katkısı olmuştur. Birleşmiş Milletler bünyesi içindeki insan hakları ile ilgili komisyon ve alt komisyonlarda sürekli olarak gözlemci bulundurur; danışman sıfatıyla onlara görüş ve öneriler sunar. Dünyanın çeşitli ülkelerinden kendisine yapılan başvuruları kendi imkanları ölçüsünde araştırır. Bu konularda rapor hazırlar ve basın toplantıları düzenler. Önemli bazı olaylarda, ilgili hükümetlerden olumlu bir cevap alamadığı zaman, konuyla ilgilenmesi için Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne başvuruda bulunur.

4- Uluslararası Şairler, Denemeciler ve Romancılar Kulübü (PEN Kulübü):

1921 yılında İngiltere'de kuruldu. PEN, dünyanın çeşitli ülkelerindeki PEN Kulüplerinin katılmasından oluşun yazarlar birliğidir. Bu kuruluş özellikle, düşünce, anlatım ve basın özgürlüğünün sağlanması ve yazarların haklarının dünya ölçüsünde korunması uğrunda çaba gösterir. Belirli aralıklarla

düzenlenen Uluslararası PEN Kongrelerinde, öncelikle hükümetlerin yazarlar karşısındaki tutumları, sansür ve hapisteki yazar lar konuları ele alınır ve bu konularda yayınlanan çağrı ve bildirilerle bir dünya kamuoyu oluşturulmaya çalışılır.

5- Uluslararası AF Örgütü:

Uluslararası AF Örgütü, devlet dışı gönüllü kuruluşlar içinde dünyanın birçok ülkesinde ve bu arada Türkiye'de adı belki en çok duyulan ve en fazla tanınmış olanıdır. Böyle olduğu halde, onun gerçek nitelik ve özellikleri konusunda pek sağlam bilgilere sahip bulunulduğu söylenemez.

AF Örgütü öncekilere nazaran daha yenidir. 1961'de Londra'da bir İngiliz hukukçusunun öncülüğünde kuruldu. İnsan haklarını genel bir platformda savunarak yerine, çalışmalarını belirli alanlarda yoğunlaştıran dünya çapında bir hareket ortaya çıktı. Örgüt, şiddete başvurmamış ve şiddete başvurulmuş olmasını savunmamak şartı ile, dini, dili, etnik kökeni, rengi ve inancı ne olursa olsun, sırf düşünce ve inançları yüzünden tutuklanarak hapse atılmış insanların serbest bırakılmaları uğrunda çaba gösterir.

Bunun dışında örgüt, kayıtsız ve şartsız olarak her türlü işkenceye ve ölüm cezasına karşıdır. Ayrıca, siyasi tutuklular için adil ve gecikmesiz bir yargılamadan yanadır. Haklarında herhangi bir iddia olmaksızın tutuklananlar, hiç yargılamasız tutuklu bulunanlar ya da cezaları bittikten sonra tutuklulukları sürdürülenler için çaba sarfeder. Dünyanın her yerinde, Birleşmiş Milletlerin "Evrensel İnsan Hakları", "tutuklulara davranışta standart asgari kurallar" ve "tüm insanların işkenceden ve başkaca zulmedici, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza ve davranışlardan korunmasına ilişkin bildirisinde uyulmasını sağlamaya çalışır.

Örgüt statüsü gereğince, bu çalışmalarını herhangi bir hükümet, siyasi grup, ideoloji, ekonomik çıkar ve dinsel inançtan bağımsız olarak sürdüren ülkeler ve rejimler arasında bir ayırım yapmaksızın ve taraf tutmaktan titizlikle kaçınmaya çalışır.

AF Örgütünün çalışma ve yöntemleri oldukça değişik ve ilginçtir. Londra'daki Genel Sekreterlik daha çok bir bilgi toplama ve koordinasyon merkezi olarak görev yapar. Düşünce tutuklularının serbest bırakılması uğrundaki asıl çabalar, dünyanın çeşitli ülkelerinde kurulmuş küçük çalışma gruplarınca yürütülür. Bunlara "Koruma Grupları" adı verilmektedir. Bugün dünya'da 50'den fazla ülkede, AF Örgütünün bu ülkelerde mevcut Ulusal Şubelerine bağlı olarak çalışan 3000'i aşkın korumu grubu vardır. Ayrıca, 150'yi aşkın ülkedeki üyelerinin, destekleyicilerinin ve abonelerinin sayısı 50.000'i bulmaktadır. Genel Sekreterliğin araştırma bürosuna her ay koruma gruplarına, batıdan, kominist ülkelerden ve üçüncü dünya ülkelerinden birer tane olmak üzere üç tutuklunun adı verilir. Böylece, politik ve ideolojik farklılıklar arasında bir denge gözetilmesi çalışılmaktadır. Koruma Grupları, kendilerine adları bildirilen tutukluların salıverilmesini sağlamak için çeşitli yollardan çaba gösterirler. Bu yollardan biri de tutuklunun bulunduğu ülkenin yöneticilerine tek tek kişisel mektuplar göndermektir. Böylece ilgili sorumlulara her ay dünyanın dört bir köşesinden binlerce, onbinlerce mektup yağar. Bu sürekli mektup yağmurunun çoğu zaman küçümsenmeyecek psikolojik bir etki doğurduğu söylenebilir. AF Örgütünün ilgili hükümetleri güç durumda bırakmamak için açık rakam vermekten kaçınmasına karşın, bugüne kadar 10.000 dolayında siyasi tutuklunun serbest bırakılmasını sağladığı tahmin edilmektedir.

Bu faaliyetlerine ek olarak, dünyanın çeşitli ülkelerinde insan haklarının durumu ile ilgili olarak yayınladığı yıllık raporlar dışında, belli zamanlarda, belli ülkelerde insan

haklarının sistematik olarak çiğnenmesine kamuoyunun dikkatini çekmek üzere özel raporlar yayınlar. Ayrıca ölüm cezalarının kaldırılması gibi belli konularda kampanyalar açar.

Uluslararası AF Örgütü hakkında şimdiye kadar iyi kötü pek çok şey söylenmiştir. Bu örgütün hükümetlerle arası pek iyi değildir. Tabii bu rejimlere ve tutumlara göre az veya çok değişir. Bazı ülkelerde, bu arada Sovyetler Birliği'nde AF Örgütü "afaroz" edilmiştir. Bu ülkede ona bağlı şube açılmasına asla Koruma Grupları kurulmasına izin verilmez.

AF Örgütü'nün siyasi kimliği ve tarafsızlığı da tartışma konusu olmuştur. Ancak bu konudaki görüşler hayli çelişkilidir. Sağcı iktatörlüklere göre faşist eğilimli askeri yönetimlere göre bu örgüt "solcu" bir kuruluştur; hatta "uluslararası kominizmin bir ajanıdır". Buna Rusya Komünist Partisi'nin organı olan Pravda Gazetesi, onu "batı dünyasının antisovyet propagandası yapan önde gelen kuruluşlardan biri" olarak nitelendirmiştir.

Türkiye'de genellikle olağanüstü dönemlerde adını duyuran AF Örgütü hakkında iktidar çevrelerinde pek olumlu düşünceler beslendiği söylenemez. 12 Eylül'den sonra işkence konusunda yayınlamış olduğu rapor büyük tepki uyandırmış ve ona "kasıtlı olarak asılsız iddialarda bulunan bir fesat örgütü" olarak bakılmıştır. Ancak, aradan bir süre geçtikten sonra aynı örgüt, bu defa Bulgaristan'da Türklere karşı yapılan insanlık dışı baskıları belgeleyerek kınayan bir rapor yayınladığı zaman, tutum biraz değişmiş ve bu rapora TRT'de geniş yer verilmiştir.

Tüm bu çalışmaları karşılığında AF Örgütü 1977'de Nobel Barış Ödülü'ne layik görüldü.

6- Fransa'da Yeşiller Harekatı

Bu kuruluş çevreyi korumada öncülük etmektedir. Özellikle nükleer denemelere karşı mücadele vermektedir.

Çin'in bu tür faaliyetlerine karşı da bu kuruluş harekete geçirilebilir.

Netice itibariyla, Doğu Türkistan'da insan hakları alanında soykırıma yönelik açık ihlaller ve yapılan işkence ve zulmü bir şekilde milletlerarası platforma taşımak ve dünya kamuoyuna mal etmek şarttır. Bölgesel andlaşmalardan başlayarak, Birleşmiş Milletlerin girişimiyle imzalanmış olan sözleşmeler bir şekilde çalıştırılmalıdır. Bu amaçla her türlü iletişim araçlarından yararlanırken, insan hakları alanında faaliyet gösteren gönüllü kuruluşları da harekete geçirmek gerekmektedir.

Türkiye'yi olur olmaz meselelerle dünya kamuoyunda köşeye sıkıştırmaya çalışan tüm milletlerarası örgütleri Çin'deki soykırıma seyirci kalmamaya davet ediyoruz.

Elbette ki, Doğu Türkistan'da gerçek çözüm, tıpkı Sovyet Rusya'da olduğu gibi yapılacak bir demokratikleşme süreci ile bağımsızlığın sağlanmasıdır. Yani Çin'de ekonomik alanda görülen liberalleşme siyasi alanda da yapılmalıdır. Esasen Çin'in başka da çaresi yoktur. Zira sorun sadece Doğu Türkistan sorunu değildir; Çin içinde özerk bölgelerde tüm bu sorunlar farklı boyutlarda da olsa yaşanmaktadır. Demokratikleşme meselesi Çin'in kendi halkı için de sözkonusudur. Kısacası er-geç bu süreç tamamlanacaktır. Ne var ki, bunun tamamlanmasına kadar milletlerarası platformda gerekli mücadele, yukarıda belirttiğimiz doğrultuda sürdürülmelidir. Bir Türk topluluğunun kurulması ve bunun 21. yüzyılda gerçekleşeceği ümidi Türk Dünyasının tüm ortak sorunlarının çözümü için beklenmektedir. Ancak bunun sağlanması için de "Güçlü Bir Türkiye" şarttır.

BİR TELHİS ÖRNEĞİ

Doç. Dr. S. Gül AKYILMAZ*

I. GİRİŞ

Elimizdeki belge II. Mahmut dönemine aid 1237(M. 1821/1822) tarihli ve Başbakanlık Osmanlı Arşivi "Hâttı-ı Hümayun Tasnifi" Numara 23581'de yeralan bir telhisdir. Hâtt-ı Hümayun tasnifi Başbakanlık Arşivi'nin en önemli tasniflerinden birisidir[1]. Hâtt-ı Hümayun kelime anlamı olarak Osmanlı padişahı tarafından herhangi bir mesele hakkında sadır olan yazılı emir, buyruk demektir [2]. Osmanlı padişahlarının Hâtt-ı Hümayunları 4 şekilde olabilirdi[3]. Bunlardan birincisi tevcihâtı tamamen padişaha aid olan Enderûn-ı Hûmâyûn nakil ve tayinleri ile "çıkma" olarak adlandırılan Enderundan dışarı hizmete çıkarılmalar hakkındaki yazılardır [4]. İkinci tür Hâtt-ı Hümayunlar resen hükümdarın her hangi bir mesele hakkında doğrudan doğruya vezir-i âzama emir vermesi veya ondan mütalaa istemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır [5]. Bir başka hâtt-ı hümayun çeşidi ise kendisine önemli bir iş tevdî edilen bir şahsa - bir vali, serasker v.b olabilir. teşvik için Divan-ı Hümayun'dan çıkan tuğralı fermanın üzerine padişahın bizzat kendisi tarafından

---

* S.Ü. Hukuk Fak. Türk Hukuk Tarihi A.B.D. Öğretim Üyesi

1 Başbakanlık Osmanlı Arşivinde Hatt-ı Hümayun tasnifidışında, belgeler konu ve özelliklerine göre Ali Emiri Tasnifi, İbnülemin Tasnifi, Cevdet Tasnifi, Fekete Tasnifi, İrade Tasnifi, Kamil Kepeci Tasnifi, Yıldız Tasnifi, Vakfiyeler Tasnifi, Maliyeden Müdevver Defterler Tasnifi v.b tasniflere tabi tutulmuşlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇETİN Atilla, Başkbakanlık Arşivi Kılavuzu, İstanbul 1979.

2 ÇETİN, s.12.

3 UZUNÇARŞILI İ.H, "Hatt-ı Hümayun" İ.A.C. 5/1, İstanbul. s. 374.

4 UZUNÇARŞILI İ.H, Osmanlı Devletinin Saray Teşkilatı Ankara. 1984, s. 333.

5 UZUNÇARŞILI, Hat, s. 374, ÇETİN, s.12.

yazılan hatt-ı hümayundur ki bu çeşit belgelere "hatt-ı hümayun ile müveşşah" yani padişahın el yazısı ile bezenmiş ferman denirdi [6].

Hatt-ı Hûmayun tasnifi içinde yeralan son gurub belge ise herhangi bir mesele hakkında vezir-i âzamların telhis veya takrir denilen arzlarının üzerine bizzat padişah tarafından yazılan mütaalalardır [7]. Reis-i ül- küttâbın kalem teşkilâtı içinde yer alan Amedi kaleminde hazırlanan telhisler gerekli evraklarla birlikte padişaha sunulur ve padişah tarafından bizzat incelenirdi. Bu incelemeden sonra padişah konu hakkındaki düşünce ve görüşleriyle, vereceği emirleri el yazısı ile telhisin üst kısmına yazardı[8]. İşte, elimizdeki belge bu tarife uyan güzel bir örnektir. II. Mahmut'un vezir-i âzamı bazı önemli konuları arzetmek üzere padişaha bir telhis sunmuş, II. Mahmut'da telhisin üzerine kendi mütâalasını eklemiştir. Telhis'in üst kısmında yer alan padişahın görüşleri hem son derece ilginç tesbitleri ortaya koymaktadır hem de II. Mahmut'un izlediği iç siyasetin ana çizgilerini yansıtması açısından önemlidir. Ayrıca padişahın uyarıları günümüz bürokrasisinde yaşanan belli sıkıntıların o dönemde de yaşandığını göstermektedir. Belgenin orjinal metnine ve değerlendirmesine geçmeden önce "telhis" in Osmanlı diplomatiği içinde ne tür bir belge olduğu konusunda açıklayıcı bilgiler vermek yararlı olacaktır. Ardından belgede de açık yansımaları görüldüğü üzere dönemin özellikleri ve II. Mahmut'un izlediği iç politika üzerinde durulacaktır. Böylelikle elimizdeki telhis örneğinin değerlendirilmesi daha da kolaylaşacaktır.

---

6 UZUNÇARŞILI, Saray, s. 282.

7 UZUNÇARŞILI, Hat. s. 374.

8 Bu konuda ayrıntınlı bilgi diğer ait başlıklarda verilecektir.

II. TELHİS KAVRAMI VE MUHTEVASI

Telhis kelime olarak Arapça "lahhasa" kökünden gelmekte olup özetledi, kısalttı, açıkladı demektir [9]. Osmanlı resmî yazışma sisteminde ise devlet yönetimine ilişkin en ayrıntılı meselelerin sadrazam tarafından padişaha anahatları ile özetlenerek - telhis edilerek - arzedildiği belgelere denmektedir [10].

Fatih Sulltan Mehmet devrine kadar padişahlar Divan-ı Hümayun toplantılarına bizzat başkanlık ederken, bu dönemden itibaren yavaş yavaş bu yetki vezir-i âzamlara devredilmiş, kanuni döneminden sonra ise toplantılar tamamen sadrazamın başkanlığında yapılmaya başlanmıştır. Vezir-i azamlar hükümdarın katılmadığı toplantılarda görüşülen konuları arz odasında padişaha bildirerek onun müzakerelerden haberdar olmasını sağlamışlardır. XVII. yüzyıl sonlarına doğru ise Divan-ı Hümayun iyice yozlaşarak önemini kaybetmiş ve bir merasim aracı haline gelmeye başlamıştır [11]. Bu tarihden sonra Divan-ı Hûmayun elçilerin kabul edildiği ve yeniçerilerin üç aylıklarının verildiği günlerde toplanmış ve yetkileri vezir-i azamın kendi dairesinde toplanan ve bizzat onun divanı olan İkindi Divanına devredilmiştir. Devlet işlerinin çoğu Bâb-ı Asafi'de görüşülmeye başlanmıştır[12]. Böylelikle vezir-i azamların hükümdarla görüşmeleri gitgide azalmış ve Bâb-ı Ali'den saraya gönderilen telhis veya takrir adı verilen belgelerle padişahlara önemli devlet meseleleri hakkında bilgi verilerek onayları alınmıştır. Anlaşıldığı üzere telhis mekanizmasının

---

9 ORHONLU Cengiz, Osmanlı Tarihine Aid Belgeler Telhisler (1597- 1607), İstanbul 1970, s XVIII; ORHONLU Cengiz, "Telhis", İ.A., c. 12/I, istanbul 1979, s. 148; GIBB/ BOWEN, Islamic Society and the West, V.I, s. 364, dipnot: 3.

10 ORHONLU, Belgeler s XVIII; ORHONLU, Telhis, s 148; GIBB/BOWEN s. 364 dipnot: 3.

11 MUMCU Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara 1986, s 29.

12 ORHONLU, Belgeler, s XVIII; MUMCU, s 30.

gelişmesiyle Divan-ı hümayun güçsüzleşmiş ve devlet işleri artık birçok önemli devlet görevlisinin yeraldığı bir divanda danışılarak değil, vezir-i azam ve padişah arasında görüşülerek halledilmiştir [13].

Telhisler kanun, nizam, tevcih, usül, adet ile tayin edilmiş olan ve hükümdarın onaylamasına ihtiyaç gösteren hususlara aid olan vezir-i azam arzıdır. Yani telhis ile herhangi bir mesele hakkında kendi fikrini beyan eden vezir-i azam hükümdarın da o konudaki düşüncesini sormaktadır [14]. Telhisler tevcihat (tayin işleri), hazineden para çıkması, bazı devlet görevlilerine verilecek cezalar, devletin dış politikası v.b konularda olabilirdi [15]. Önemli işlerde hüküm veya ferman çıkarmak için ilk önce vezir-i âzamın telhisi yoluyla hükümdarın rızası alınırdı. Ayrıca vezir-i âzam belli bir konuda karar vermekten çekinirse, sorumluluğu tamamen üzerine almamak için konuyu telhis yoluyla padişaha arzererek onayını alırdı [16].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere telhisde vezir-i âzam ilgili mesele hakkındaki kendi görüşünü açıklar ve hükümdarın fikrini sorardı. Hükümdar da istinai durumlar hariç telhisin üst kısmına çok kısa bir şekilde mütaalasını yazardı [17]. Padişah

---

13 MUMCU, s 146; Özellikle dipnot 20.

14 ORHONLU, Belgeler, s XIX.

15 UZUNÇARŞILI, Omanlı Devleti"nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984, s 133, s, 150-151. Örneğin Osmanlı Devletinde tayinlerin yapıldığı Şevval ayı yaklaşınca sadrazam yapmak istediği tayinleri gösteren iki veya üç cedvel düzenleyerek bir telhis ile padişaha arz ve takdim eder ve padişahın yapmak isteyeceği degişiklikleri telhisin üzerine işaret etmesini beyan ederdi. Padişah da gerekli değişiklikleri yaptıkdan sonra tevcihata müsaade ettiğini telhisin üzerine düştüğü notla açıklardı.

16 MUMCU, s 128, 146.

17 B.B.A H.H.T. No: 12466 T-1214 belgede III. Selim vezir-i azam tarafından Avni Efendi'nin büyük tezkireciliğe atanması ile ilgili oarak gönderilen telhisin üst tarafına görüşünü şu ekilde belirtmiştir. "Benim vezirim İbrahim Avni Efendi'yi eyidesin". Bir başka örnekte müteveffa reis-ül küttab Mehmet

genellikle "ihsan-ı hümayunum olmuştur","mucibince amel eyleyesin","izn-i hümayunum olmuştur","malum oldu", "manzurum oldu", "malum oldu, tedarük üzere olasun", "verilsün", "zemanı değildur", "öyle edesun", "malüm oldu güzel olmuş "gibi ifadelerle fikri sorulan konudaki düşüncesini belirtirdi [18]. Bazan da padişah elimizdeki telhis örneğinde olduğu gibi uzun sayılacak mütalealar beyan ederdi [19]. Burada belirtilmesi gereken hususlardan birisi de doğrudan doğruya padişaha telhis gönderip, önemli devlet meselelerini arzedebilme yetkisinin sadece sadrazama aid olmasıdır. Diğer vezirlerle devlet ricali ise önemli bir meseleyi ancak dolaylı yoldan vezir-i azamın telhisi yoluyla padişaha arzedebilirlerdi [20].

Sadaret makamından padişaha gönderilen tüm telhisleri hazırlama görevi reis-ül küttaba aiddi. Tevkii Abdurrahman Paşa kanunnamesinde "...Kanuna müteallik olan telhisleri yazmak... reis-ül küttab efendiye mahsusdur"[21] sözleriyle durum belirtilmiştir.

Telhisleri amedi efendinin yardımıyla hazırlayan reis-ül küttab [22] bunları sadrazama arzeder, sadrazam gördükten

---

Dürri Efendi'nin Muhellefat ve hanesinin mirascılarını terkine dair telhisin üst tarafına padişah "mühri fek olunup veresesine verile" yazmıştır B.B.A. H.H.T No: 57686 t: 1207.

18 UZUNÇARŞILI, Merkez, s 133; ORHONLU, Belgeler, s. XIX.

19 Bu konudaki bir başka örnek olarak B.B.A. H.H.T. No:23339 T:1253'li belgeyi gösterebiliriz. Vezir-i azamın II. Mahmut'a tevcihat usulünün terki ile ilgili olarak sunduğu telhisin üst tarafına padişah "Benim vezir-i işbu telhisin manzur ve meali malum-ı hümayunum olmuştur, hariciyye nazırı müşarunileyh ile bilmüzakere takririnde beyan ve istizan olunduğu veçhile tevcihat usulünün ba'dezin terk ve ilga olunduğu Mukaddematı münasebeti ile Takvim-i Vekaiye derc..." şeklinde uzun bir mütalaa eklemiştir.

20 Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, s. 499.

21 Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, s. 517.

22 ".....ve alel husus makam-ı sadaret-ı uzmadan mübarek rikab-ı mu'alla elkab Hazret-i Cihandariye arz-u takdim olunan telhisat... Amedi Odasında tahrir

sonra telhisci ya da kapıcılar kethüdası tarafından padişaha götürülürdü. Daha az önem taşıyan konulardaki telhisleri amedi hazırlarken önemli devlet meseleleriyle, yeniçerilere ulüfe dağıtımına ilişkin telhisi sadrazamın ağzından Reis Efendi bizzat kaleme alırdı [23]. Hazırlanan telhisler telhis kesesine konularak mühürlenir sonra da makrame denilen el peşkirine sarılırdı .

Divan-ı Hümayun'un toplandığı günlerde reis-ül küttab divanhaneye girip üst kürkünün yenlerini toplayarak yavaş yavaş defterdarların oturdukları tarafdan gelip, vezir-i azamın eteğini öptükden sonra sağ tarafına telhis kesesini koyardı [24]. Divandan sonra arza girilecekse telhisi padişaha kapucular kethüdası götürürdü. Arza girilmeyecekse telhisi telhisci götürürdü. Telhisi reis-ül küttab sadrazamın yanında bağlayıp sadaret mührü ile mühürledikden sonra götürmesi için telhisciye verirdi.

Telhis veya takrir yazılması usulü 1248 (1832) senesinden itibaren kaldırılmıştır. Bundan sonra vezir-i azam tarafından padişaha arz ve takdim edilen evrak başkatip tarafından padişaha okunmuş, şifahi iradesi alınarak gereğinin yapılması Bab-ı âliye yazılmıştır [25].

III. II. MAHMUT'UN İZLEDİĞİ İÇ POLİTİKA

II. Mahmut'un tahta çıktıktan sonra iç politikada gerçekleştirmek istediği en önemli hedef merkezi otoriteyi sağlamak olmuştur. Tahta çıkışına sebeb olan gelişmeler ve hükümdarlığının hemen başında ayanlarla imzalamak zorunda kaldığı Sened-i İt-tifak padişahın bu konudaki kararını

---

ve tebyiz ve sebt ve kayt olunmakta olduğuna binaen....." B.B.A Meclis-i Tanzimat Defterleri, Kalem Nizamnamesi, No:27. s.20.

23 İNALCIK Halil, "Reis-ül Küttab" İ.A., c. IX, s. 676.

24 Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, s. 517.

25 UZUNÇARŞILI, Hat, s. 374.

pekiştirmiştir. Merkezi otoritenin sağlanması programının en önemli parçasını ise yönetim merkezini Bab-ı Ali'den yeniden saraya taşımak oluşturmakdadır.

Fatih Sultan Mehmet devrinden itibaren "vekil-i mutlak"[26] sıfatını taşımaya başlayan vezir-i azamlar zaman içinde güçlenerek, yürütmenin gerçek başı haline gelmişlerdir. Köprülülüler dönemiyle birlikte vezir-i azam dairesi saraydan tamamen ayrılarak hükümet işlerinin esas merkezi haline gelmiş ve İkindi Divanı'nın çekirdeğini oluşturduğu yeni yönetim merkezine Babı-ı Ali yada Avrupalıların deyimiyle "Sublime Porte" denilmeye başlanmıştır [27]. İşte II. Mahmut vezir-i azamların nüfuzlarını kırıp, padişahlığı yeniden güç ve yetki merkezi yapmak için bir dizi reform yapmıştır. Vezir-i azamı çağdaş devletlerdeki başbakan seviyesine indirebilmek için de - Osmanlı idari teşkilatı içinde vezir-i azam başbakandan çok daha fazla hak ve yetkilere sahiptir- bir yandan sivil bürokrasinin kurulmasını sağlayacak tedbirler alırken, öte yandan da sadrazamın güç ve yetkilerini değişik şahıslar ve kurumlar arasında paylaştırmıştır.

II. Mahmut sivil bürakrasinin doğuşu için ilk olarak tevcihat sistemini değiştirmiş [28] ve düzenli maaş usulüne geçmiştir. 1838 yılında, yıllık tevcihat sistemi tamamen ilga edilerek, hiç bir memurun sebepsiz yere görevinden

---

26 Bu terime ilk kez Fatih'in Teşkilat Kanunnamesinde rastlanmaktadır. "Bilgil ki, evvela vüzera ve ümeranın vezir-i azam başıdır. Cümlenin ulusudur. Cümle umurun vekil-i mutlakıdır...". ÖZCAN Abdülkadir, "Fatih'in Teşkilat Kanumamesi ve Nizam-ı Alem için Kardeş Katli Meselesi". Tarih Dergisi sy. 33, İstanbul 1982, s.30.

27 FINDLEY Carter, Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire The Sublime Porte, 1789-1922, Princeton 1980, s. 55 u.d.

28 Osmanlı Devletinde 1834 tarihine kadar üst düzey görevliler yıllık tevcihet sistemine tabiydiler. Göreve bir yıl için tayin edilirler, her yılın sonunda bir yıl daha görevde kalabilmeleri için yeniden tayinleri gerekirdi. Yani bir yıl sonra işlerini kaybetme tehlikeleri vardı. Bu da devlet görevlileri arasında güvensizlik yaratarak, bozulmanın en önemli sebeblerinden birisi olmuştur.

azledilmemesi esası benimsenmiştir [29]. Aynı yıl rüşvete imkan sağlayan memurların belli hizmetler karşılığında topladıkları "tekalif-i örfiye" adındaki ücretleri kaldırılmış ve memurlara hazineden düzenli maaşlar bağlanmıştır[30]. Sivil bürokrasinin yaratılması için atılan bir diğer önemli adım 1838 yılında memurin için çıkartılan ceza kanunnamesidir. Bu kanunname ile müsadere ve siyaset-i örfiye cezaları kaldırılmıştır [31]. Yani artık devlet memurlarına yargılanmadan ölüm cezası verilemeyecek ve mal varlıklarına el konulamayacaktır.

1839 yılında ise, sivil bürokrasiye eleman yetiştirmek için laik nitelikteki eğitim kurumları olan Mekteb-i Maarif-i Adliye ve Mekteb-i Ulum-i Edebiye açılmıştır [32].

II. Mahmut sivil bürokrasiyi oluşturacak düzenlemelerle birlikte vezir-i azamların "vekil-i mutlak" sıfatlarını ellerinden almak için 1836 yılından itibaren Osmanlı'da kabine sistemine geçerek nezaretler ihdas etmiştir. Bu çerçevede ilk olarak Hariciye Nezareti, Mülkiye Nezareti, Deavi Nezareti, Maliye Nezareti, Evkaf ve Ticaret Nezaretleri kurulmuştur [33]. Böylelikle vezir-i azamın bir kısım yetkileri nazırlara geçerken vezir-i azamlara da "başvekil " denmeye başlanmıştır [34].

II. Mahmut vezir-i azamın yürütme alanındaki

---

29 FINDLEY, s. 144; UZUNÇARŞILI, Merkez s. 157; B.B.A. H.H.T No:23339 t:1253'li belge de Tevcihat usülünün kaldırıldığına ilişkindir.

30 FINDLEY, s.144-145.

31 MUMCU Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet, İstanbul 1985, s. 276; FINDLEY, s.145 - 146.

32 ERGİN Osman, Türkiye Maarif Tarihi, İstanbul 1939-1943, c.2, s.324-330.

33 SERTOĞLU Midhat, "Tanzimat'a Doğru", Sultan II. Mahmut ve Reformları Semineri, istanbul 1990, s 4-5; KARAL E.Z., Osmanlı Tarihi, c.V (Nizamı Cedid ve Tanzimat Devirleri) Ankara 1988, s.153; FINLEY, s.140.

34 Bu ünvan II. Mahmut'un ölümü üzerine terk olunmuş, 4 Şubat 1878 tarihinde tekrar kullanılmış, aynı yılın 28 Mayısında yine terkedilmiş, 29 Haziran 1879 tarihinden 2 Aralık 1882 tarihine kadar yine kullanılıp, bu tarihden sonra tamamen bırakılmıştır. SERTOĞLU, s.5.

fonksiyonlarını nazırlar arasında paylaştırmakla yetinmemiş, yasama ve yargı alanında sahip olduğu sınırlı yetkilere de el atmıştır. Bu çerçevede iki yeni organ kurulmuştur. Bunlardan Dar-ı Şuray-ı Bab-ı Ali vezir-i azamın sınırlı yasama yetkisini devir alırken, Topkapı Sarayında toplanan Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'de sadrazamın yargı alanındaki yetkilerine ortak olarak ülkedeki en yüksek yargı organı olmuştur [35].

II. Mahmut'un iç siyasetine hakim olan merkezileşme ve tüm yetkilerin yeniden padişahın elinde toplanması ilkelerinin ip uçlarını elimizdeki telhis örneğinde de görmek mümkün olmaktadır. Padişah telhisin üst kısmına bizzat kendi el yazısı ile yazdığı uzunca sayılabilecek mütalasında sert bir üslupla vezir-i azamı eleştirmekte ve gerekli tedbirleri almasını istemektedir. Kullandığı ifadeler güç ve yetki merkezinin padişah olduğu ve vezir-i azamın hükümdarın sıkı denetimine girdiğini ortaya koyar niteliktedir.

IV. TELHİS VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Makalemizin son bölümünde Hatt-ı Hümayun tasnifi No: 23581'de yer alan telhisin orijinal metnini vermek ve kısa bir değerlendirmesini yapmak istiyoruz.

Padişahım.

Benim Vezirim,

Tezkirecilik için ehil olan birkaç adam bilmülahaza intihab ve arzeyleyesin; ibtida kendi rical-i devletimizi terbiye itmeyüp herbirinde birer türlü na seza tavır olduğundan aharini terbiye itmeğe yüzümüz kalmıyor. Ben senin kimseye nefsaniyet etmeyeceğini biliyorum. Gerek bu mekule ef'ale ve gerek tama' ve irtikaba cesaret idenleri niçin Taraf-ı Hümayünuma ifade itmezsin. Hep benden olmasun diyerek işte

35 KARAL, s. 153; FINDLEY, s. 141.

devletimiz bu hali kesb eyledi. Bundan sonra vâkıf olduğun bu mekule su-i hareket her kimden zuhur ederse Taraf-ı Hümayunuma ifade eyleyesin. İşte sana tenbih ederim.

Şevketlü Kerametlü Mehabetlü Kudretlü Veliyyi nimetim Efendim.

Beyaz üzerine mehabet efzayı sudur olan Hatt-ı Hümayun Şevket Makrun-ı Şahaneleri mucibince riyaset hidmeti tezkire-i evvel Muhammed Sadık Efendi kullarına tevcih ile hil'atı ilbas olunmuş ve selefi Hamid Bey derhal Bab-ı Ali'den kaldırılup hanesine dahi uğradılmayarak doğru Sivas'a nefy ve icla kılınmış olduğu ve münhal olan tezkirecilik için vaktiyle Devlet-i Aliyyeleri işine yarayacak hacegândan ve aklamdan münasibi olanlar mülahaza olunmakda olmağla bundan sonda puslası Hakpay-ı Hümayun Cihanbanilerine arz ve istizan olunacağı ve sair emr ve irade-i keremetade-i mülükanelerinin bitıpkıha icrasına ibtidar olunarak her halde tahsil-i rızay-ı meyamin-i iktiza-ı hilafetpenahileri ferizasına sarf-ı mahasal vus'ü iktidar kılınacağı muhat-ı ilm-i alileri buyuruldukda. Emr-ü ferman Şevketlü Kerametlü Mehabetlü Kudretlü veliyyinimetim Efendim Padişahım Hazretlerinindir.

Elimizdeki telhis bu konudaki klasik bir örnektir. Belgenin ikinci kısmı devrin vezir-i azamı tarafından kaleme alınarak bazı önemli konularda fikrini almak üzere padişaha arzedilmiştir. Telhis olarak nitelendirilen kısım budur. II. Mahmut'un vezir-i azamı gerekli hitabları yaptıkdan sonra padişaha iki konuyu arzetmektedir. Bunlardan ilki reis-ül küttablığa Padişahın verdiği emir gereğince birinci tezkireci Muhammed Sadık Efendi'nin tayin edilip hilatının (kürkü) giydirildiği ve bir önceki reisül küttab Hamit Beyin ise Bab-ı Ali'den alınıp evine dahi uğramasına izin verilmeden Sivas'a sürgüne gönderildiğidir. Padişaha arzedilen ikinci konu ise tezkire-i evvel Muhammed Sadık Efendi'nin reis-ül küttab olması üzerine bu göreve kimin tayin edileceği konusunun

düşünülmekte olduğudur. Hacegân [36] rütbesine sahip olanlar ve divan katipleri arasından göreve uygun olabilecek kişilerin araştırıldığı ve bu konuda padişaha bilgi verilerek, padişahın emirleri doğrultusunda hareket edileceği bildirilmektedir.

Vezir-i azamın telhisi üzerine padişah kendi el yazısı ile görüşlerini eklemiştir ki bu kısım makalemizin "Giriş" bölümünde de üzerinde durduğumuz gibi "Hatt-ı Hümayun" olarak nitelendirilmekdedir. III. Mahmut, tezkirecilik için uygun olan birkaç adayın dikkatle seçilip kendisine sunulmasını istedikten sonra, vezir-i azama bazı uyarılarda bulunmaktadır. Üzerinde durduğu konular duraklama döneminden itibaren idari teşkilat içinde yaşanan sıkıntılar ve bunun sonucunda ortaya çıkan bozulup, yozlaşmadır.

Osmanlı Devletinin ekonomisinin günden güne bozulması devlet kapısında memurluğu cazip hale getirmiş, bürokrasiye girme konusundaki baskılar artmış ve bunun sonucunda devletin yazı işlerini yürüten kalemlerdeki personel sayısı ihtiyacın üstünde artarken, niteliği de bozulmuştur. Loncavari geleneklerin etkilerinin kuvvetli bir biçimde hissedildiği kalemlerde genellikle görevler miras yoluyla devredilmiştir [37]. Katiplerin oğulları liyakatlerine bakılmaksızın ve harhanği bir sınavdan gecirilmeksizin kalemlere alınmışlardır. İşe almada

---

36 Hacegânlık, Devletin resmi yazışmalarını yürüten kalem teşkilatında çalışan katiplerin terfi ederek elde edebilecekleri bir nütbe idi ve mesleki kariyer açısından bir dönüm noktası teşkil etmekteydi. Bir katip hacağenlık rütbesini elde ettiği an törenlerde ve teşrifatta özel bir yeri olan, Beylikçi, Mektubi, Amedi Kalemleri gibi önemli birimlerin şefliğini yaptıkdan sonra reis-ül küttablık hatta sadrazamlıga yükselebilirdi. LALOR Bernard, "Promotion Patterns of Ottoman Bureaucratic Statesmen from the Lale Devri until Tanzimat", Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, c.I, İstanbul 1972, s.79. H.H.T. No:48806, T:1232 tarihli telhise göre hacegân rütbesine sahip olanlar erbab-ı manasıbtan sayılmışlar ve ricali devletle birlikte kendilerine hilat ilbas olunmuştur.

37 CHAMBERS Richard, "Turkey", Political Modernization in Japan and Turkey (Edited by: Ward Robert- RUSTOW Danwark) Priceton 1964, s.309.

"rica ve şefaat", "rüşvet ve iltimas" liyakatın yerini alarak birinci derecede rol oynar olmuştur [38]. Kalemlerde üst düzeydeki bir görevlinin akrabalık, rüşvet gibi yollarla desteğini elde eden kişiler kolayca işe girebildikleri gibi kısa sürede hiyerarşik basamakları atlayarak yükselmeye başlamışlardır.

Kalemlerin aşırı kalabalıklaşması, katiplerin kalitesinin düşmesi ve işe girmede gitgide artan oranda kayırmacılık, rüşvet gibi yöntemlerin benimsenmesi "devlete hizmet amacının tahribi"ne yol açmıştır. Yıllık tevcihat sistemi yani devlet memurlarının her yıl yeniden tayine tabi tutulması problemleri daha da ağırlaştırmıştır. Belli mevkileri ele geçiren kişiler görevde kaldıkları kısa süre içinde ne yaparlarsa kâr saymışlar ve kendilerini emniyet altına alacak bir birikim sağlamaya çalışmışlardır. Bütün bu olumsuzluklar alt düzeydeki katiplerde disiplinsizlik, yüksek statüdeki görevlilerde ise yetki ve nüfuzunu satma (irtikab) biçiminde ortaya çıkan devlete hizmet amacının tahribine yol açmıştır [39].

II. Mahmut'un telhisin üzerine yazdığı görüşlerden yukarıda üzerinde durduğumuz bozuklukların hala devam ettiği anlaşılmakdadır. II. Mahmut, devlet adamları arasında uygunsuz davranışlarda bulunanlar olduğunu - bunlardan biri telhisden anlaşıldığına göre sürgüne gönderilen eski reis-ül küttab Hamid Bey'dir - bunlar hakında zamanında tedbir alınmadığı için benzer kötü örneklerin sık sık tekrarlandığını vurgulamaktadır. Bu arada vezir-i azamı devlet malını yiyenleri, irtikaba cesaret edenleri zamanında kendisine bildirmediği için eleştirmekte ve bundan sonra benzer durumlarda derhal haberdar edilmesini istemektedir. II. Mahmut'un kullandığı ifade şeklinden makalemizin III.

---

38 FINDLEY Carter, "The Foundation of the Ottoman Forreign Mnistery the Beginnings of Bureaucratic Reform under Selim III. and Mahmut II", International Jourmal of Mıddle East Studies, vol:3 1972, s. 390, CHAMBERS, s. 303.

39 FINDLEY, "The Foundation ", s. 389.

Bölümünde üzerinde durduğumuz iç siyasetinin ana çizgilerini yakalamak mümkündür. Padişah devletin gerçek başının, güç ve yetki merkezinin kendisi olduğunu ortaya koyarak vezir-i azamını yetkilerinin sınırlarını aşmadan görevlerini yerine getirmesi için uyarmaktadır.

"rica ve şefaat", "rüşvet ve iltimas" liyakatın yerini alarak birinci derecede rol oynar olmuştur [38]. Kalemlerde üst düzeydeki bir görevlinin akrabalık, rüşvet gibi yollarla desteğini elde eden kişiler kolayca işe girebildikleri gibi kısa sürede hiyerarşik basamakları atlayarak yükselmeye başlamışlardır.

Kalemlerin aşırı kalabalıklaşması, katiplerin kalitesinin düşmesi ve işe girmede gitgide artan oranda kayırmacılık, rüşvet gibi yöntemlerin benimsenmesi "devlete hizmet amacının tahribi"ne yol açmıştır. Yıllık tevcihat sistemi yani devlet memurlarının her yıl yeniden tayine tabi tutulması problemleri daha da ağırlaştırmıştır. Belli mevkileri ele geçiren kişiler görevde kaldıkları kısa süre içinde ne yaparlarsa kâr saymışlar ve kendilerini emniyet altına alacak bir birikim sağlamaya çalışmışlardır. Bütün bu olumsuzluklar alt düzeydeki katiplerde disiplinsizlik, yüksek statüdeki görevlilerde ise yetki ve nüfuzunu satma (irtikab) biçiminde ortaya çıkan devlete hizmet amacının tahribine yol açmıştır [39].

II. Mahmut'un telhisin üzerine yazdığı görüşlerden yukarıda üzerinde durduğumuz bozuklukların hala devam ettiği anlaşılmakdadır. II. Mahmut, devlet adamları arasında uygunsuz davranışlarda bulunanlar olduğunu - bunlardan biri telhisden anlaşıldığına göre sürgüne gönderilen eski reis-ül küttab Hamid Bey'dir - bunlar hakında zamanında tedbir alınmadığı için benzer kötü örneklerin sık sık tekrarlandığını vurgulamaktadır. Bu arada vezir-i azamı devlet malını yiyenleri, irtikaba cesaret edenleri zamanında kendisine bildirmediği için eleştirmekte ve bundan sonra benzer durumlarda derhal haberdar edilmesini istemektedir. II. Mahmut'un kullandığı ifade şeklinden makalemizin III.

---

38 FINDLEY Carter, "The Foundation of the Ottoman Forreign Mnistery the Beginnings of Bureaucratic Reform under Selim III. and Mahmut II", International Journal of Mıddle East Studies, vol:3 1972, s. 390, CHAMBERS, s. 303.

39 FINDLEY, "The Foundation ", s. 389.

Bölümünde üzerinde durduğumuz iç siyasetinin ana çizgilerini yakalamak mümkündür. Padişah devletin gerçek başının, güç ve yetki merkezinin kendisi olduğunu ortaya koyarak vezir-i azamını yetkilerinin sınırlarını aşmadan görevlerini yerine getirmesi için uyarmaktadır.

İNSAN HAKLARI VE ADLİ KOLLUK*

Doç. Dr. Hasan T. Fendoğlu**

Sayın Prof. Dr. Süleyman ARSLAN, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ders vermiş, son olarak da YÖK Denetleme Kurulu Üyesi olarak Üniversitemize teşrif etmişlerdi. Hocamıza Allah'tan rahmet dileyerek başlamak istiyorum.

I. GİRİŞ

"Adli Kolluk Üzerine" isimli makalem[1]den sonra, aynı konu üzerindeki bu ikinci yazım, insan hakları ile adli kolluk arasındaki ilişkiyi irdelemeyi hedeflemiş bulunmaktadır. Konunun önemi, insan haklarıyla ilgisinden ileri gelmektedir. Zaten hukuk devleti, insan haklarına ve adalete saygılı olan devlettir. Adli kolluk, yarım yüzyıldır hukukçular, yargı mensupları, kamu yönetimi uzmanları ve polis çevrelerinde tartışılmaktadır. Adli kolluğun tanımı, amacı, kapsamı, işlevi, yetki ve sorumluluklarının ne anlama geldiği konusunda doktrinin 'consensus' halinde olduğu söylenemez. Savcıya bağlı

---

* Bu makale, Antalya Barosu ile Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 12-13 Temmuz 1997 tarihinde Antalya'da düzenlenen **"Uluslararası Adli Kolluk Kuruluş ve Görevleri Sempozyumu"**nda sunulmuş, daha sonra, yeniden ele alınmıştır.

** D.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanı.

Not: Bu konuda yazı yazmak için ceza hukukçusu olma gereğini duymadım. Uzun yıllar avukatlık yapmış ve Polis Okulunda bir süre ders anlatmış olmamın da önemli olmadığını düşünüyorum. Konu, insan haklarını, kamu yönetimini ve konu ile ilgili düşünürleri ilgilendirir fikrindeyim. Zaten Hukuk Fakültelerinde "Adli Kolluk" diye bir ders de bulunmamaktadır.

1 "Adli Kolluk Üzerine", Yargıtay Dergisi, Ankara, Temmuz-1997.

adli kolluğun kurulmasını isteyenler, -genelde- adli kolluğun yönetim ve denetimini illerde Cumhuriyet Başsavcılığı'na vermek üzere alternatif bir kolluk oluşturmak istemektedirler. Bunlar da iki gruba ayrılabilir; **birincisi**, adli kolluğun adliye binasında konuşlandırılmasını isteyenlerdir. Adalet Bakanlığının hazırladığı hiçbir tasarıda böyle bir görüşe itibar edilmemiştir. **İkincisi** ise, adli kolluğun idari kollukla içiçe olmasını ama savcının adli kolluk üzerinde daha çok yetkisinin gerekliliğini savunan görüştür. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 1972, 1992[2] ve 1997 tarihli kanun tasarıları, bu ikinci görüşe göre düzenlenmiştir.

Bir adli vakıanın, genelde, dört aşaması vardır. Bu aşamalar, adli kolluk tarafından yapılan "**tahkikat aşaması**, savcı[3] tarafından yapılan "**itham aşaması**", yerel mahkemeler -Yargıtay tarafından yürütülen "**yargılama aşaması**" ve karar kesinleştikten sonraki "**infaz aşaması**"dır. Bu aşamaların hepsinde ayrıca "**savunma makamı**" da görev yapar. İlk tahkikat, bu sürecin ilk ve önemli bir aşamasıdır ve adli kolluk tarafından yapılmalıdır. Çünkü suça en yakın olan aşama, -genelde- tekniğe dayalı olan ilk soruşturma aşamasıdır. Bu dört aşamadan her biri diğerini etkiler. Bu aşamaların her birinin insan haklarına uygun olması için ayrıca savunmaya önem vermek gerekmektedir. Bu aşamalarda görev yapan aktörler, genelde, adli kolluk (polis ve jandarma), savcı, hakim ve avukattır.

Adli polis, suç işlendikten sonra olaya el koyan, suçun iz ve delillerini tesbit eden, cumhuriyet savcısı adına soruşturmayı yürüten[4], geniş anlamda sanık ile suç delillerini adli mercilere

---

2 1992 tarihli AKKT nın Başbakanlığa sevk tarihi, 2 Mayıs 1992'dir.

3 Bugün savcılık makamının -genelde-kriz içerisinde bulunduğu, delil toplamayı polise, delil değerlendirmeyi hakime terkettiği belirtilebilir. Ama aslında Savcı, hazırlık soruşturmasının kralıdır.

4 Bk. CMUK, md. 90/1 ve 97/1: "Savcıların muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları".

gönderen polistir (Bk. CMUK. md. 154, 2559 sayılı 1934 tarihli Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PVSK) md.2). Adli polis, sıradan bir polis memurunun yapamayacağı işlemleri yapabilir; -hakimden karar almak gecikecekse- zabıt işlemi (CMUK. 90/1), ve **arama** işlemlerini (3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu (ETK), md. 9; CMUK. md 97) icra edebilir. Sıradan bir polis memuru ise adli görevle ilgili olarak **arama ve el koyma yapamaz. Sadece önleme görevi çerçevesinde** arama ve el koyma yapabilir (PVSK. md.9). Almanya'daki, aramael koyma ve gizli ajan sokma gibi yetkileri savcı adına kullanan bazı özelliklere sahip olan "Savcı Yardımcısı Polis" kavramı için CMUK'da değişiklik yapılabilir. (Bk. CMUK. 90, 97). Adli polis, idari polise göre daha **teknik** çalışmak durumundadır. Bir kan damlasının veya bir parmak izinin polis laboratuvarında incelenmesi gibi teknik araştırmalarla suçlu ortaya çıkarılabilir. Adli polisin görevi, fiile ve faile ilişkin araştırma işlemlerinin yapılmaya başlanmasıyla başlar (Bk. CMUK. md. 154 "adli görevler"). Adli polis, iz bilimi bilgisini haiz, sanık ve mahkumun niteliklerini bilen ve suçu aydınlatabilen kişidir.

İdari ve adli polis, **konu ve amaç** bakımından farklıdır; (i) İdari polis, suç işlenmezden önce görev yapar; adli polis ise suç işlendikten sonra işe başlar (konu bakımından farklılık). (ii) Amaç bakımından da farklılık vardır; idari kolluk, suç işlemeyi önler; adli kolluk ise suç ve suçlunun izlerini bulmaya çalışır. Bir suçun işlendiği öğrenilince, öncelikle **bilgi edinme aşaması** başlar, suç hakkında bilgi edinilir (CMUK, md.156). Sonra, **suçun izleri** araştırılır. **Suçtan ve delillerden suçluya doğru gidilir.** Önce fiil, sonra fail araştırılır. Yoksa suçludan delile gidilmez.

İlk soruşturmanın önemi nedeniyle, adli kolluğun kendi alanında uzmanlaşması, daha fazla yetkili kılınması, savcının adli kolluk üzerindeki yetkisinin sadece denetim ve gözetimle sınırlı olması, Batıda bazı ülkelerdeki gibi, polise bazı

davalarda, gerektiğinde doğrudan doğruya dava açabilme yetkisinin tanınmasının, savcının iş yükünün azaltılmasının, davaların daha çabuk sonuçlandırılması açısından, yerinde olacağı kuşkusuzdur. Mahkemeye de **iddianameyi red yetkisinin** tanınması halinde iddianamelerin daha özenle hazırlanacağı doğaldır. Bugün ülkemizdeki iddianamelerin sağlıksız olduğu, hemen hemen iddianamelerin yarısının beraatle sonuçlanmasından da anlaşılmaktadır. İddianameyi tanzim eden savcının, davayı muhakeme aşamasında da takip etmesi yerinde olur. Günümüzde, suçlar arasından iki tanesinin, özellikle temayüz ettiğini görmekteyiz; terör suçları ve ekonomik suçlar. Bu iki suç türünde, kolluğun daha özenli ve daha fazla yetişmiş olmasının gerekliliği açıktır.

Bu konuda önemli olan hususun, adli kolluğun, nereye bağlı olması gerektiği değil de, ihtisaslaşması olduğu bellidir. Emniyet Müdürlüğü bünyesindeki "**Olay Yeri İnceleme Bürosu**"nun sadece İstanbul-Ankara ve İzmir'de bulunduğu bilinmektedir. Olay yeri inceleme raporlarının insan hakları açısından önemi ortadadır. Delilden suçluya gidilmesi ve işkencenin önüne geçilmesi, insan haklarının gerçekleşmesi için önemli bir etkendir. Kişinin sanık haline gelmeden teşhir edilmesi de insan haklarına aykırıdır. Bizde polisin daha çok **ifade aldığı** görülmektedir; oysa polis, daha fazla **olay araştırması** yapmalıdır. Çok iyi yapılmış bir ilk soruşturma ile, duruşma tek celsede bitirilebilir ki, sistemimizin özü de budur. Duruşma tek celsede bitirilmelidir. Adli polisin idari polisten ayrı olarak ayrıca bir Genel Müdürlük halinde teşkilatlandırılması düşünülebilir.

Bizde **ifade alma** konusunda CMUK. 135. madde uygulanır. alınırken ifade sahibinin dinç ve rahat olması için

gereken önlemler alınmalıdır. Delil yasaklarına dikkat edilmelidir. Delil elde etme yöntemlerinin insan kişiliğini rencide etmemesi şarttır[5]. Sorguda ön mülakat ve ifade ayrımı yapılmamalı, müdafi tüm aşamalarda bulundurulmalıdır. İfade alırken, müdafi de mutlaka bulundurulmalı, müdafi gerekli zamanlarda müdahale edebilmelidir. Halen yürürlükte bulunan "Sorgu ve İfade Alma Talimatnamesi" günün şartlarına uygun olarak yeniden düzenlenmelidir. Sorgulama karakola gelince başlamalıdır. "**İnsan kendisini, kendi evinde güçlü hisseder**" sözü gereği, sanığın savunması, kendi mülkünde değil, karakolda alınmalıdır. Sanık dinç değilse, ifadesi alınamaz. Çünkü polisin hatası, davayı neticede, haksız olarak beraat veya mahkumiyete götürebilir.

Kişi teminatı açısından "son soruşturma açılması kararı"yeniden getirilmelidir. Dava açma için **basit şüphe** ile yetinilmemeli, **yeterli şüphe** ile dava açılmalıdır. Yeterli şüphenin olduğuna ABD'de **büyük jüri**, Almanya'da Mahkeme, bizde 1985 öncesinde sorgu hakimi karar vermekte idi. Bizde de buna benzer bir sistemin getirilmesi, kişi teminatı açısından gereklidir.

Adli polis acele hallerde re'sen (CMUK. md. 156) veya savcının emriyle (CMUK. md. 154/2) harekete geçer. İdari polis, re'sen veya savcının talebi üzerine adli polise yardım etmek zorundadır (ETK. md. 12/1). Kolluğun görevlerini sadece polis ve jandarmanın yaptığını söylemek de mümkün değildir. Mesela, memurlarla ilgili ilk soruşturmayı Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkata (MMHK) göre ilgili

---

5 Bk. CMUK. md. 135/a: (Yasak sorgu yöntemleri): "İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz (f.1). Kanununa aykırı bir menfaat vaat edilemez (f.2). Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez". Ayrıca bk. CMUK. md. 254/son.

soruşturmacı, Üniversite personeli hakkındaki soruşturmayı Üniversite mevzuatındaki yetkili soruşturmacı yapar.

Bütün karakollarda halen adli polis kısmı bulunmaktadır. Bazı batı ülkelerindeki adli kolluk konusunda şunlar söylenebilir. **İngiltere**'de polis ve savcı bağımsız olarak çalışır. İngiltere'de savcılık 1986 yılında kurulmuştur. Polis, şüpheli gördüğü şahısları gözaltına alabilme yetkisine sahiptir. Buradaki gözaltına almada, sadece, "**makul şüphe**" aranır. Bu ülkede, polis sorgulamalarının kaset ve bantlara kaydı şarttır. Çok masraflı olmasına rağmen, her karakolda bir avukat bulunur (bu avukat devlete bağlı değildir). Sanığın konuşmama hakkı vardır. **ABD**'de savcı (ve polis), yürütmenin parçasıdır. Savcı, yargının parçası değildir. Başsavcıyı Devlet Başkanı tayin eder; eyalet başsavcıları ise seçimle gelir. Her eyaletin ayrı Anayasası vardır. Adli kollukta esin kaynağımızın **Fransa** olduğu belirtilebilir. Fransa'da, jandarma, kırsal kesim ayrımı yapılmaksızın tüm ülkede görev yapmaktadır. Fransa'da adli kolluğa sadece savcı değil, hazırlık ve yargılama aşamasında hakim de emir verebilmektedir. Fransa, Almanya ve İngiltere gibi ülkelerde polisin bizdeki gibi İçişleri Bakanlığına bağlı olduğu, Hollanda, İsviçre gibi ülkelerde ise polisin Adalet Bakanlığına bağlı olduğu bilinmektedir. Bazı batı ülkelerinde polis, bizdeki önödeme (TCK. 119) kapsamındaki suçlarda olduğu gibi, doğrudan doğruya dava açma yetkisine sahiptir.

II. ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN 1997 YILINDA HAZIRLANAN ADLİ KOLLUK KANUN TASARISI

Diğer iki tasarıyla benzer olan ve Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Adli Kolluk Kanun Tasarısı (AKKT-'97), 18 maddeden ibarettir. AKKT'yi genel gerekçe ve madde gerekçeleri açısından incelemek gerekmektedir.

Genel Gerekçe. AKKT-'97'ye göre, cumhuriyet başsavcısının yönetimi ve denetiminde, herhangi bir suçla ilgili

olarak verilen soruşturma işlemlerini yerine getirmek, suçlarla ilgili bilgi toplamak, suç faillerini araştırmak, delilleri toplamak-saklamak ve verilen diğer görevleri yapmak için taşradaki polis ve jandarma birimlerinde "adli kolluk" birimlerinin oluşturulması gerekmektedir.

Adli kolluğun görevi, suçları kovuşturma, suçluları yakalama, suç kanıtlarını toplama ve adli makamlara teslim etmektir. 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, "adli polis"i, genel zabıta içinde ayırmıştır. "adli polis", hem adli makamların hem de üstlerinin emrine tabidir. Yani adli polisin iki amiri vardır: Yargı ile ilgili amiri **savcı**, yürütme içindeki amiri ise **vali** veya **kaymakamdır**. Bu durum hizmetin etkinliğini engellemektedir. Bu tasarı ile adli kolluk genel kolluk bünyesinde kurulmak istenmektedir. Adli ve idari kolluk arasında kopukluk olmaması için, genel kolluk, ivedi hallerde ve gerektiğinde adli kolluğun görevlerini üstlenecek, gereğini yerine getirecektir (md. 11).

Madde Gerekçeleri. Adli kolluk, Cumhuriyet Başsavcısının denetim ve gözetimi altında olmalıdır. Hazırlık soruşturması yapan Cumhuriyet Savcıları da, kolluğa doğrudan emir verebilir (md. 4). Adli kolluğa adli makamlar dışındaki üstleri (Vali ve kaymakamlar dahil), adli görevleri konusunda emir vermezler (md. 4). Ancak olağanüstü hallerde Vali veya kaymakam, Cumhuriyet Başsavcısına bilgi vererek adli kolluktan yararlanabilir (md. 5). Cumhuriyet Başsavcısı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nda bulunan laboratuvar personeline adli görevler konusunda emir verebilir. Cumhuriyet Başsavcısı, adli kolluğun görevden doğan veya görev sırasında işlediği suçları için doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapabilir (md. 10).

Adli polis memur ve amirlerinin atamalarını İçişleri Bakanlığı, kollukla görevli olan jandarmanın atamalarını ise Jandarma Genel Komutanlığı yapacaktır. Bilindiği gibi

jandarma, emniyet ve asayiş bakımından İçişleri Bakanlığına, silahlı kevvetlerle ilgili görevleri ile eğitim ve öğretimi açısından Genelkurmay Başkanığı'na bağlıdır (2803 sayılı Kanun, 4. md). Kolluk işlevi bakımından polis ile jandarma arasında hiçbir fark yoktur. Halen kolluk, suç işleninceye kadar, vali veya kaymakamın -suç işlendikten sonra- Cumhuriyet savcısının emrindedir. İçişleri Bakanlığı, adli polisleri atamadan önce, Adalet Bakanlığı'nın olumlu görüşünü arayacaktır (md. 11). Cumhuriyet Başsavcısı, adli kolluk hakkında ek sicil raporu düzenleyebilir (md. 12). Cumhuriyet Başsavcısı, adli kolluğa uyarma ve kınama cezaları verebilir, şayet başka suçları varsa, gereği takdir edilmek üzere, ilgilinin dosyası Emniyet Genel Müdürlüğü'ne gönderilir (md. 13). Diğer hususlarda ise Adalet ve İçişleri Bakanlığı'nca müştereken hazırlanacak Yönetmelik hükümleri uygulanır[6].

III. ADLİ KOLLUK KANUN TASARISI HAKKINDA İÇİŞLERİ BAKANLIĞININ GÖRÜŞÜ

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan adli kolluk kanun tasarısı, İçişleri Bakanlığı tarafından benimsenmemiştir. Kolluk hakkında ek sicil düzenlenmesi, uyarma ve kınama cezaları verilmesi, kriminal laboratuvar personelinden doğrudan görev istenmesi, adli kolluk personeli çin doğrudan soruşturma yapılması (AKKT, md. 10) konularında Cumhuriyet Başsavcılarına; adli kolluğa ayrılacak personel için Adalet Bakanlığı'na yetki verilmesi, vali ve kaymakamların adli kolluk için ek sicil düzenleme yetkilerinin[7] ellerinden alınması, İçişleri Bakanlığı'nca kabul edilmemiştir.

---

6 Bk. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğünün, 23. 01. 1997 tarih ve 86 sayılı Bakan imzalı kanun tasarısı takdim yazısı.

7 Ek-Sicil raporlarını Başsavcıların doldurması istenmişse de, bu raporları başsavcının doldurmaya zamanı yeter mi? Yoksa, yetkililer bunu bir başkasına doldurması için yetki mi verir? İkinci halde ek-sicil yetkisinin savcıya verilmesinin pratikte hiçbir önemi kalmıyacaktır.

İçişleri Bakanlığı, kabul etmeme gerekçesini şöyle açıklamıştır: Cumhuriyet savcısına verilmiş mevcut yetkiler, görev yapması için yeterlidir, yeni yetkilerin verilmesini gerektiren nedenler bulunmamaktadır. CMUK'un 154. maddesi savcılara adli kolluk üzerinde yeterli yetkiyi vermektedir. Verilmesi istenen yeni yetkilerin tartışılması gerekir. Kaldı ki tasarıdaki gibi adli kolluk genel kolluktan ayrılırsa, polisin gücü parçalanmış olur, etkinliği azalır. Genel kolluk-idari kolluk ayrımı da yeterince açık değildir. Yargı camiası yeni yetkiler istememeli, mevcut yetkilerin yerinde ve etkin biçimde kullanılması sağlanmalıdır. Asıl olan yeni yetkilerin verilmesi değildir. Kolluk personelinin eksikleri görüldüğünde müdahale edilmeli, destek olunmalı ve yön verilmelidir.

İçişleri Bakanlığı şunları da belirtmektedir; şayet bütün bunlara rağmen Adalet Bakanlığı ayrıca "adli kolluk" teşkilatı kurmak istiyorsa, bunu kendi bütçesiyle-personeliyle yapabilir. Halen İçişleri Bakanlığı tarafından, Adalet Bakanlığına bağlı cezaevlerinin dış güvenliği sağlanmakta, günde ortalama üç bini aşkın hükümlü ve tutuklu sevkedilmekte, duruşmalara çıkarılmakta ve hastanelere nakledilmektedir; bütün bu hizmetleri şayet istiyorsa Adalet Bakanlığı yapabilir.

Görüldüğü gibi İçişleri Bakanlığı, mevcut adli kolluk yapısının uygun olduğunu, gerekiyorsa bunun reforme edilebileceğini ama yapısal değişikliğe gitmenin mantığı bulunmadığını belirtmektedir[8].

IV. SONUÇ

İnsan hakları açısından adli kolluğa, özellikle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 1972, 1992 ve 1997 tarihli Adli

---

8 Bk. İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı'nın **28. 01. 1997** tarih ve 23872 sayılı "Bakan adına Müsteşar" imzalı yazısı ve özellikle İçişleri Bakanlığı APK Kurulu Başkanlığının 21. 02. 1997 tarih ve 59 sayılı ve aynı daire çıkışlı 04. 06. 1997 tarih 171 sayılı Bakan imzalı yazıları.

Kolluk Kanun Tasarılarına bakıldığında, şu sonuçlara ulaşmak mümkündür;

1. Öncelikle belirtilmesi gereken, rasyonellik ve etkinlik açısından **tahkik fonksiyonu**nun kollukta olmasıdır. Bu nedenle öncelikle adli kolluğun bağımsız bir kurum olarak eğitilmesi, güçlendirilmesi, yeni teknik donanımlara kavuşturulması gerekir. Savcının adli kolluk üzerindeki denetimi, insan haklarının daha teminatlı olması açısından önem taşımaktadır. Adli kolluk, tahkik fonksiyonunu insan haklarına uygun olarak yapmalıdır. Adli kolluğun atama, nakil gibi özlük sorunları için yetkili ve Anayasal statüde olmak üzere, Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'na benzer bir "Yüksek Kolluk Kurulu" kurulmalıdır. Önemli olan nokta, adli kolluğun tarafsız ve etkin olmasıdır.

2. Türkiyede "idari kolluk"la birlikte uygulanan bir "adli kolluk" sistemi vardır. Mevcut adli kolluk sisteminin işleyişindeki aksaklıkların giderilmesi için gerekiyorsa konunun, uygulamada iki tarafını teşkil eden savcılar ile polis amirlerini kapsıyan araştırmalar yapılmalıdır. Araştırmaların sonucuna göre, adli kolluk sistemi reforme edilmelidir.

3. Mevcut "Polis Okulları"nın; **Polis Yüksek Okulları** haline dönüştürülmesi, bu okullarda "insan hakları hukuku"nun daha etkin olarak okutulması ve adli kollukla ilgili eğitimin verilmesi, verilecek konferanslarda insan haklarıyla ilgili konuların seçilmesi, ihtiyaca uygun modern adli kolluğun temelinin Polis Yüksek Okulları ile atılması düşünülmelidir.

4. Ülkemizin bugünkü şartları içerisinde Jandarmanın çok büyük bir hizmeti hiç de pahalı olmıyacak şekilde ifa ettiği bilinmektedir. Jandarmanın bu hizmetini polisin yapması, -bugün için- mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte, polis ve jandarmadan oluşan adli kolluğun tedricen (20-30 sene içerisinde), sadece polisten ibaret olması düşünülebilir. Teknik

bir iş olan adli kolluğun "jandarma er"leriyle yürütülemeyecek kadar organizeli olduğu görülmektedir. Eğer jandarma adli kolluğu yürütecekse, uzmanlaşması şarttır ama bu, askerlik görevini jandarma eri olarak yapan biri için zordur. Bu nedenle, uzun bir zaman sonra da olsa, jandarma ve polisin birleştirilmesi, "kır polisi"nin teşkilatlandırılması uygun olur. Gelişen teknolojiye böylece adım uydurulmuş, jandarmanın da yurt savunmasındaki görevini daha iyi yapması sağlanmış olur. Ancak bunun için de oldukça fazla sayıda yeni polis kadrosuna ihtiyaç vardır.

5. Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı üç adet Adli Kolluk Kanun Tasarıları'nın birbirine benzer yönlerinin daha çok olduğu söylenebilir. Bu üç kanun tasarısına hakim olan yön, **insan haklarını** daha iyi korumak için savcının polis üzerinde daha etkin olmasını sağlamaktır. Çünkü **savcı**, polis müdürüne göre daha teminatlı bulunmaktadır. 1997 tarihli Adli Kolluk Kanun Tasarısının, daha önce hazırlanan aynı isimli tasarıya göre, bazı eksik tarafları olmakla birlikte daha ılımlı ve hukuk sistemimize daha uygun olduğu söylenebilir. En azından onbeş bin adet soruşturma müfettişi gibi hukuk sistemimize olumlu katkıda bulunması çok zor konular yoktur. Bu nedenle AKKT-1997'nin daha olumlu olduğunu kabul etmek mümkündür.

TÜRKİYE'DE ASKERİ DARBELER, MUHTIRALAR VE SİVİL TOPLUM KURULUŞLARININ TEPKİLERİ

Doç. Dr. Hasan TUNÇ*

Giriş

Türkiye'nin demokratikleşmesinde en önemli görev sivil toplum kuruluşlarına düşmektedir. Bireyin lehine devletin gücünün, alanının ve yetkisinin sınırlandırılmasını amaçlayan bu kuruluşların Batı'da ve Türkiye'de gelişimi ayrı bir araştırmanın konusu olsa da bu gelişmeye kısaca değindikten sonra, çalışmamızda ağırlıklı olarak sivil toplum kuruluşlarının Türkiye'de darbeler ve muhtıralar karşısındaki tavırları incelenmektedir.

Bilindiği gibi sivil toplum kuruluşlarının darbe ve muhtıralar karşısındaki tavırları, Türkiye'de demokrasinin yerleşmesi ya da yerleşmemesi sürecinde belirleyici olmuştur.

İki bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde sıklıkla kullanılan kavramlar ele alınmaktadır. Çalışma boyunca atıfta bulunulacak "demokrasi", "darbe", "ihtilal", "muhtıra", "sivil toplum", "sivil toplum örgütleri" gibi kavramları herkesin kendine göre tanımlaması, zaman zaman yanlış anlamalara yol açabileceği gerçeğinden hareketle, kavram kargaşasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Çalışmamız, 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 askeri darbeleri ile 12 Mart 1971 ve 28 Şubat 1997 askeri muhtıraları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

I. Kavramların Tanımlanması

I.i. Demokrasi

Demokrasi, her ne kadar "her kullananın kendine göre bir

---

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

anlam verdiği ve onun yarattığı olumlu duygulardan yararlanmayı amaçladığı bir sözcük"[1] olsa da çoğulculuk, katılımcılık ve açıklık demokrasinin temel ilkeleri olarak kabul edilirler. Demokrasilerin olmazsa olmaz şartı seçimlerdir. Bireylerin özgür iradeleriyle yaptıkları tercihler seçimler yoluyla ülke yönetimine yansır. Seçimlerde her türlü görüşün temsil edilmesi esastır. Halka birden fazla ve değişik yelpazede alternatifler sunulmalıdır. Sonuçta herkes halkın verdiği karara saygı duymalıdır. Açıklık ilkesi gereği yönetimler, halkın taleplerine karşı duyarlı olmalıdır. Demokrasilerde yönetimlerin yegane meşruluk kaynağı halk desteğidir.

Demokratik bir rejimde sivil toplum örgütleri, devlet idaresine karşı toplumun egemenliğini koruma işlevini yerine getirirler. Bilgin'e göre demokrasi tanımlarının olmazsa olmaz şartı "devlet karşısında, devlete rağmen; toplumdan bireye kadar uzanan zatiyetlerin[2]" haklarının garanti altına alınmasıdır. Topluma karşı devlet değil, devlete karşı toplum korunmalıdır. Bu da büyük ölçüde sivil toplum kuruluşlarının çabaları ile mümkündür. Demokratik rejimler, aynı zamanda her çeşit sivil toplum kuruluşlarının var olduğu rejimlerdir. "Demokrasinin bir toplumda var olabilmesi, çağdaş olgunluğa ulaşabilmesi, sivil toplum güçlerinin yaygın örgütlenmeleri ve demokrasi yönünde tavır almalarına bağlıdır."[3]. Yaptırım ve baskı mekanizmalarını kullanan ve başka olana hayat hakkı tanımayan totaliter devletin aksine sivil toplum iknaya, diyaloğa ve uzlaşmaya dayanır.

Belge'ye göre "demokrasi ancak, politik iktidar karşısında sivil toplumun geliştirilmesi..., toplum ve devletin ayrı tözden olduğunun kabulüyle, başka olanın tanınmasıyla mümkün

---

1 İlter Turan, **Siyasal Demokrasi, Siyasal Katılma, Baskı Grupları ve Sendikalar** (İstanbul: Belediye-İş Sendikası. 1987), s.14.

2 Vedat Bilgin, "Ordu, Siyaset ve Demokrasi" **Köprü,** (Güz'96), s.3.

3 Petrol-İş Sendikası, **Demokrasi,** (İstanbul:Petrol-İş Yayını, 1993) s.49.

olur, toplumsal alanda belirecek hak ve istekler ve bu istekler çerçevesinde oluşan otonom gruplaşmalarla gelişebilir [4]".

I. ii. Darbe (Coup d'êtat)

Zaman zaman ihtilal kelimesinin yerine kullanılsa da darbe ile ihtilal farklı şeylerdir. "**Coup d'etat**"ın karşılığı olarak kullanılan darbe "daha ziyade kuvvet kullanılması yoluyla iktidarın değiştirilmesi, hükümetin devrilmesidir"[5]. Çoğu zaman ordu tarafından ya da ordunun desteği ile küçük bir grup tarafından iktidarın ele geçirildiği[6] darbeler sonucu, mevcut yapıda köklü bir değişiklikten ziyade yönetici sınıf değiştirilir[7].

Erkanlı'ya göre Türkiye'deki "askeri darbelerin değişmez özelliği, gizli örgütler tarafından gerçekleştirilmiş olmalarıdır". Erkanlı'nın tesbitiyle, "memleket buhrana girdiği zaman orduda birbirinden habersiz örgütler kurulur, bunların bir kısmı tesadüflerle birleşir, bir kısmı kaybolur gider[8].

Demokrasilerde ordunun görevi ülkeyi dış düşmanlara ve içte de siyasi iktidarı demokrasi dışı bir yöntemle değiştirmeye kalkan militan güçlere karşı savunmaktır. Yoksa ordunun siyaset yapma, siyaseti yönlendirme, etkilemeye çalışma, eğitimden turizme kadar her alana müdahale etme gibi bir fonksiyonu yoktur.

Ancak Türkiye örneğinde, "devlet meşruiyetini toplumsal bir sözleşmeyle toplumdan almadığı için, siyasal meşruiyeti de

---

4 Murat Belge. **Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi.** Cilt 7, (İstanbul: İletişim, 1985), s.1920.

5 Kemal Girgin.**Politika Sözlüğü** (İstanbul: Hür Yayıncılık, 1982), s.135.

6 **Cossel Dictionary of Modern Polities.**(London: Cassel. 1994).

7 David Robertson. **A Dictionary of Modern Polities** (London: Europe Publications Limited, 1993), s.118.

8 Orhan Erkanlı. **Anılar Sorunlar Sorumlular** (İstanbul: Baha Matbaası, 1982), s.12

dayandığı ideolojik unsurlarla belirleyecek bir yapıda teşekkül etmiştir[9]". Bu yapıda devletle halk arasında sağlıklı bir ilişki olduğunu söylemek güçtür. Halkın talepleri devletin ideolojisi için kabul edilemez olduğunda ordu devreye girip sivil toplumun akışını bir süre durdurur. Devlete halk, başka bir ifadeyle devletin resmi ideolojisi ile halkın değerleri barıştırılmadığı, uzlaştırılmadığı sürece bu mücadele devam eder.

I. iii. İhtilal (Revolution)

İhtilal darbeden farklı olarak bir ülkede "politik, ekonomik ve sosyal durumu köklü bir biçimde değiştirmek amacıyla, az veya çok ölçüde kuvvet kullanılması neticesi, iktidarın ve düzenin eğiştirilmesi"[10] şeklinde tanımlanmaktadır. İhtilalin sürükleyici gücü darbedeki etkili azınlıktan ziyade geniş halk kitlesidir. Aynı şekilde sadece yönetici sınıf değil tüm siyasi ve sosyal yapıda köklü değişiklikler[11] olur. Bu bakımdan dünya tarihinde darbelerin sayıları çok fazla iken ihtilallerin sayıları çok azdır. 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 harekatları köklü değişikliklerden ziyade yönetici sınıfın değiştirilmesi ve harekatı yapan kadronun liderinin cumhurbaşkanı seçilmesi dolayısıyle darbe olarak adlandırılmalıdır. Fransız İhtilali ya da Rus İhtilali örneklerindeki geniş halk desteğine ve katılımına bakıldığında Türkiye'deki askeri müdahalelerin doğru tanımının darbe olduğu görülecektir. Bazı yazarlar ve aydınlar 27 Mayıs 1960 harekatını ihtilal olarak adlandırsalar[12] da her iki müdahale de darbeden başka birşey değildir.

---

9 Bilgin, s.5.

10 Girgin. s.210

11Ed. Adam Kuger and Jessica Kuper, **The Social Science Eneyelopedia** (London: Routledge & Kegal Paul, 1985), s.705.

12 Türk aydınları, askeri müdahaleleri daha çok öznel olarak değerlendirmiştirler. Çoğu zaman yalnızca gerçeğin ortaya konulmasından çok, taraflı yazılarla kişisel düşüncelerini ve sempatilerini öne çıkarırlar. Örneğin Kemal Girgin, kendi hazırladığı **Politika Sözlüğü**'nde yaptığı

I.iv. Muhtıra

Belli konularda uyarı niteliği taşıyan ve yazılı belge olan muhtırada "diplomasinin klasik yazışma türü olan notalardaki giriş ve bitişteki nezaket cümlesi yoktur"[13]. Batılı kaynaklarda Türkiye'deki anlamıyla (askerin verdiği) muhtıraya rastlanılmamaktadır. Askeri muhtıra büyük ölçüde Türk siyasi hayatına özgüdür diyebiliriz.

I.v. Sivil Toplum

Batı'dan farklı alarak askeri toplum ve militarizm karşıtlığı olarak algılansa da sivil toplum "toplumu oluşturan unsurlar lehine devletin gücünün ve etkisinin mümkün olan en asgari seviyeye çekildiği"[14] bir yapıya karşılık gelmektedir. Çeşitli sivil toplum tanımları içerisinde "siyasal iktidarın otoritesinden (sultasından) kurtulmuş"[15], "devlet güdümünde olmayan, resmi ideolojinin en az etkisini gösterdiği müesseselerin yaygın olduğu"[16], "ilişkilerin yukarıdan aşağı değil, aşağıdan yukarı geliştiği"[17], "yönetilenlerin karar alma süreçlerinde yer aldığı"[18], "kendisi ile ilgili kararları hiçbir dış müdahaleye maruz kalmadan kendisinin aldığı"[19], "başta yasama olmak üzere ekonomi, eğitim, sağlık, ticaret, sanat, spor vb. bütün alanların topluma devredildiği"[20] bir toplum kastedilmektedir.

"ihtilal" tanımına uymamasına rağmen aynı eserde 27 Mayıs 1960 harekatını ihtilal olarak tanımlamaktadır.

13 Girgin, s.309.

14Mehmet Ferid, "Sivil Toplum Kavramı ve Türkiye'deki Gelişmeleri", **Hak-İş Dergisi,** S.16(1991), s.12.

15 Davud Dursun, **Hak-İş Dergisi,** s.20.

16 Burhan Kuzu, **Hak-İş Dergisi,** s.20.

17 Eyüp Sanay, **Hak-İş Dergisi,** s.21.

18 Mehmet Altan, **Hak-İş Dergisi,** s.17-18.

19 Toktamış Ateş, **Hak-İş Dergisi,** s.16.

20 Ali Bulaç, **Hak-İş Dergisi,** s.17.

I.vi. Sivil Toplum Örgütleri

Sivil toplum örgütleri, sınırlı amaçları gerçekleştirmek için kurulurlar. Bu özellikleriyle siyasal partilerden ayrılırlar. Siyasal partilerin toplumu ilgilendiren her alanla ilgili planları, politikaları varken sivil toplum örgütlerinin her biri özel bir alana yönelik olarak çalışırlar. Petrol-İş sendikasının yaptırdığı bir çalışmada sivil toplum örgütlerinin amacı şöyle tanımlanmaktadır:

"Bu örgütlerin amacı, toplumun yönetiminde, merkezileşmiş dikey yapılarda bulunma olmayıp sendika, gençlik, kadın, din, basın, çevreci, sanat evleri vb. örgütlenmeleri ile hem kendi özerk alanlarında faaliyet göstermek ve hem de siyasal yapıyı kendi amaçları doğrultusunda etkilemek, yönlendirmektir[21]".

Mardin'e göre sivil toplum örgütleri; a) "devlet dışındaki hayatın akışının garanti altına alınması", b) "iktisadi faaliyetlerin milli hayatın çerçevesi içinde bile bir özerkliğe sahip olması[22]" için çaba gösterirler.

Geçmişte kamuoyuna yansımayan, dışa vurul(a)mayan tepkilerin bugün ölçülmesi mümkün değildir. O nedenle tüm sivil toplum kuruluşlarının tepkilerinin bu çalışmada ortaya çıkarıldığını söylemek doğru olmaz. Örneğin tarikatların (veya din kaynaklı kitle örgütlerinin) Türk siyasi hayatına etkilerini ölçmek, darbe ve muhtıra karşısındaki tavırlarını ölçmekten çok daha kolaydır. Siyasi destek sözü karşılığı A veya B partisinden milletvekilliği kontenjanı alan ya da değişik taleplerini kabul ettirebilen anılan kitle örgütleri, darbe ve muhtıralar karşısında sessiz kalmayı tercih etmiştirler. Çalışmamızda, suskun kalan sivil toplum kuruluşlarına fazlaca yer verilmemiştir. Bu

---

21 Petrol-İş Sendikası, s.45.

22 Şerif Mardin, **Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi,** Cilt 7, (İstanbul: İletişim, 1985), s.1920.

nedenle de, sivil toplum kuruluşları yerine daha çok sivil toplum örgütleri ifadesi kullanılmıştır.

II. Türkiye'de Sivil Toplumun Gelişimi

Batı'da sivil toplumun temeli aklın üstünlüğü üzerine inşa edilen Aydınlanma Felsefesi ile kapitalist sermaye birikimi ve Sanayi Devrimi'ne dayanır. Türk toplumu her iki süreci de doğrudan yaşamadığı için bugün sivil toplum konusunda sıkıntıları vardır. Osmanlı İmparatorluğu'nda vakıflar, loncalar, ahi teşkilatları ve tarikatların bir çeşit sivil toplum örgtü fonksiyonu gördükleri kabul edilse de devletin gücünün birey lehine sınırlandırılması konusunda çabaları olmadığı için Batı'daki sivil toplum örgütlerine benzememektedirler. Batı'nın aksine, Osmanlı İmparatorluğu'nda devletin tüm toplumsal alanı kapladığı kanaati yaygındır. Örneğin Vergin'e göre "özel hayatın dahi kamu iktidarınca düzenlenip tertiplendiği bir ortamda, birey ve bireysel insiyatiflerle gerçekleşebilecek olan sivil toplumun baş göstermesi kolay değildir[23]".

Cumhuriyetin kurulmasından Demokrat Parti iktidarına kadar olan döneme baktığımızda ise "halka rağmen halkçı" elit bir kadronun "yeni bir halk yaratma[24]" çabaları içinde sivil toplum örgütlerinin de devlet tarafından oluşturulduğu görülür. Gerçekte kurulan örgütler (halk evleri vb.) tek parti(CHP)nin yan kuruluşlarından başka birşey değildi. Bu dönemde "siyasi gücün paylaşılmasında Türk toplumunun

---

23 Nur Vergin, "Demokrasi ve Sivil Toplum" **Yeni Gündem,** (16-31 Temmuz 1981), Ek no: 5, s.37.

24 CHP Genel Sekreteri ve İçişleri Bakanı Recep Peker'in şu sözleri dikkate değerdir: "Biz, düşünen, yazan, söyleyen, çalışan ve kazanan ve aynı zamanda cemiyeti korumak ve yaşatmak için lazım olan bütün kayıtları tanıyan, devlet otoritelerinin, milli şeflerininhükümlerine candan uyan ve inanan disiplinli bir cemiyet kurma davasındayız". D. Mehmet Doğan, **Halka Karşı Demokrasi** (İstanbul: Beyan, 1988), s.26.

alttaki tabakalarına etkin bir rol tanınmamıştır"[25]. Karatepe'nin ifadesiyle "bizim aydınımız ve politikacımız, bir tür misyoner olmuştur. Kendi değerlerini topluma götürüp kabul ettirmeye çalışıyor[26]". Devlet eliyle kurulma, devletin gücünün sınırlandırılmasını hedefleyen sivil toplum örgütlerinin doğasına aykırıdır. Belge'nin ifadesi ile "sivil toplum yasa ile yaratılamaz. Oysa Türkiye'nin kendi özgül biçimlenmesinde sürekli olarak bu yol denenmiştir"[27]. Küçükömer, Türkiye'de sivil toplumun yokluğunun temel nedenini felsefe geleneğinin olmayışı olarak görmektedir. "Toplumu değiştirelim de düşüncesi sonradan gelsin"yaklaşımına karşı çıkan Küçükömer[28], düşüncenin değişimi olmadan toplumun değişemeyeceği görüşündedir. Bu bağlamda 1950 yılı, sivil toplum örgütleri için bir kırılma noktası olarak kabul edilebilinir.

III. Türkiye'de Darbeler, Muhtıralar ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Tepkileri

Kavramsal tanımlamalar ve sivil toplum örgütlerinin amaçları hakkındaki açıklamalar ışığında, somut olarak Türkiye örneğini inceleyebiliriz. Öncelikle, iki askeri darbe ve iki de muhtıra geçiren Türk siyasi hayatında sivil toplum örgütlerinin ağırlığı, teorik açıklamalarla ne derece uyuşmaktadır sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Çok partili hayata geçişten günümüze kadar olan zaman diliminde (1997 ortaları) yönetimin sivillerle askerler arasında

---

25 Kemal Kahraman, "Sivil Toplum Kavramı ve Türkiye Üzerine Değerlendirmeler: Bir Yeniden Bakış" **Türkiye Günlüğü,** (Bahar 1990), Sayı:10, s.11.

26 Şükrü Karatepe, **Demokrasi Sivil Toplum ve İşçi Hareketi,** (Ankara: Öz Gıda-İş Sendikası, 1993), s.30.

27 Belge, s.1920.

28 İdris Küçükömer, "Liberal Değil Sivil Toplum" **Yeni Gündem,** Sayı 21, (1-15.5.1985), s.18.

1950 ile başlayan bu iktidar mücadelesinde aydın, bürokrat ve asker üçlüsü halka karşı ittifak içinde olmuştur. Darbeler ve muhtıralar, bu bağlamda, halkın tercihini içine sindiremeyen aydın-bürokrat ittifakının halk nezdinde bulamadığı çözümü orduda aramasının sonucudur denilebilinir. Bu nedenle, seçimlerde başarılı olamayanlar için ordu müdahalesi her zaman bir alternatif olarak görülmektedir.

Türkiye, demokrasinin ordu tarafından korunduğu ve bunun için zaman zaman askeri müdahalelerin yapıldığı ender ülkelerden birisidir. Hiçbir demokratik ülkede ordu, siyasi hayatta Türkiye'deki kadar etkin rol oynayamaz. Cumhuriyeti, Atatürk ilke ve inkılaplarını korumak adına yapılan darbeler ve verilen muhtıralar, demokrasiyi engelleyen girişimler olarak değerlendirilmektedir. Siyasi iktidarların yanlışlarının halktan başka bir kurumun hakemliği ile çözülmeye çalışılmasını demokratik değerlendirmek, aydın olmaktan çok taraflı bir bakış açısının ürünü olabileceği kanaatindeyiz.

III.i. 27 Mayıs 1960 Darbesi ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Tepkileri

27 Mayıs 1960'da yapılan askeri müdahale bir kısım yazarlara göre ihtilal, milli inkılap, milli bayram. "gerçek bir demokrasi ve tam bir tolerans devrinin de sadece ilk adımı"ydı[33]. İlk bölümde yapılan tanımlara sadık kalarak, ordunun çok partili seçimler sonucu değil fakat "kuvvet kullanılması yoluyla"[34] iktidarı ve hükümeti değiştirdiği dikkate alınırsa, bu tanımların gerçekten ziyade temennileri yansıttığı görülür. Askeri müdahale sonunda "politik, ekonomik ve sosyal durum", "köklü bir şekilde" değiştirilmediği ve arkasında geniş halk kitlesinden çok azınlığın desteği olduğu için de, 27 Mayıs'ta yapılan müdahale ihtilal olamaz.

---

33 Haldun Taner. "Sonuç Değil Başlangıç" **Tercüman** (28.5.1960).

34 Girgin. s.135.

Dolayısıyla 27 Mayıs 1960'ı en iyi tanımlayan sözcük darbedir. 27 Mayıs darbesinin demokrasi ve özgürlük adına yapıldığını iddia etmek, onun bir ihtilal, "milli inkılap", "milli bayram" olduğunu söylemek kadar gerçekten uzaktır.

27 Mayıs, Türk demokratik hayatında darbe ve askeri müdahale geleneğini başlatmış olması açısından talihsiz bir oluşumdur. Erkanlı'nın itirafı ile "27 Mayıs yalnızca DP iktidarını yıkan ve yeni bir anayasa düzeni kuran bir hareket olarak değil, Türk Silahlı Kuvvetlerini politikaya sokan, sık sık sivil idareye müdahale arzu ve geleneği yaratan bir olay olarak incelenmelidir[35]".

27 Mayısçılar, müdahaleye gerekçe olarak 10 Haziran 1935 tarih ve 2771 sayılı Ordu Dahili Hizmet Kanunu'nu göstermişlerdir. Bu kanunun 37. maddesine göre "Ordunun vazifesi, Türk yurdunu ve Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile tayin edilmiş olan Türk Cumhuriyeti'ni korumak ve kollamaktır". Bu kanun darbeden sonra Milli Birlik Komitesi tarafından, 4 Ocak 1961'de Kurucu Meclis'in oluştulmasından 2 gün önce çıkarılan 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ile değiştirilmiştir. Yeni kanunun 35. maddesi, eski kanunun 34. maddesi gibidir: "Silahlı kuvvetlerin vazifesi, Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyeti'ni korumak ve kollamaktır". Sonraki darbe ve muhtıralara değişmez gerekçe oluşturan 211 sayılı kanun, "... parlamento tarafından değil, hatta Kurucu Meclis tarafından da değil, fakat ihtilal idaresi tarafından çıkarılmış bir kanundur"[36].

27 Mayıs'ı darbe olarak adlandıran Burçak, bu darbenin "emir-komuta zinciri" içinde gerçekleştirilmediğini söylüyor: "Müdahaleyi 38 kişilik bir cunta gizlice hazırlamış ve bir darbe

---

35 Erkanlı. s.3.

36 Rıfkı Salim Burçak, **Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Düşündürdükleri,** (Ankara: GÜ BYYO Matbaası, 1988), s.38.

şeklinde gerçekleştirilmiştir"[37]. Genelkurmay Başkanı Rüştü Erdelhun ile Hava Kuvvetleri komutanı Tekin Arıburun'un, Demokrat Parti milletvekillerinden önce gözaltına alınması bunun göstergesidir. Burçak'a göre partiler arası mücadelenin tehlikeli boyutlara varmış olduğu gerekçe gösterilse bile, 27 Mayıs darbesi gerçekte Demokrat Parti'ye karşı yapılmıştır[38]. Darbenin lideri Cemal Gürsel'in 28 Mayıs sabahı, muhalefet partisi CHP'nin lideri İnönü'yü arayıp "Emirleriniz bizim için daima Peygamber buyruğudur[39]" demiş olması, 27 Mayıs'ın yanlılığını göstermesi açısından dikkat çekicidir.

27 Mayıs 1960 darbesine gösterilen olumlu tepkilerin temelinde DP iktidarı ve Menderes karşıtlığı vardır. Bu dönemde sivil toplum kuruluşları yaygın olmadığı için, Türk-İş, Gazeteciler Cemiyeti ve birkaç gençlik teşkilatı ile basının tavrı incelenmiştir. Hepsindeki ortak nokta, sağlıklı değerlendirmelirden uzak şekilde, çeşitli beklentiler dolayısıyle darbeye tam olarak destek verir bir görüntü çizmiş olmalarıdır.

Kamuoyunu tarafsız olarak bilgilendirmekle görevli Türk basını, halkı fazla dikkate almadan kendi beklentileri doğrultusunda, bilgilendirmeden çok yönlendirme gayreti içinde olmuştur. 1960'dan 1997'ye kadar olan dönemdeki siyasi gelişmeler incelendiğinde basının bu arzusunda çok fazla bir değişiklik olmadığı görülmektedir.

Türk basınının 27 Mayıs darbesine karşı tavrı aşırı destek ve övgünün ötesinde zaman zaman anlaşılması güç boyutlara varmıştır. Darbeyi desteklemek ve meşruluğunu arttırmak için çoğu zaman öznel ve/veya abartılı haber yazılırken Demokrat Parti ve Menderes'e karşı "vurun abalıya" politikası izlenmiştir. Darbeciler, demokrasi kahramanları olarak baştacı edilirken,

---

37 Burçak, s.38.

38 Burçak, s.39.

39 Metin Toker, **İsmet Paşa'yla On Yıl,** 3. Cilt 1960-1961, (İstanbul: 1966), ss.12-13.

zaman zaman ölçü kaçırılmıştır. Örneğin Aydınlıların Menderes'i hemşehrilikten çıkardıkları, adı Menderes olan bir köyün adını Hürriyet olarak değiştirdiği[40], evinde yapılan aramada Menderes'in ayakkabılarının altında Kuran-ı Kerim bulunduğu gibi komik ihaberlerin yanında Harp Okulunun basılacağı, öğrenci cesetlerinin kıyılıp toz haline getirildiği[41] gibi haberlerin DP ve Menderes'i halkın gözünden düşürmekten başka amacı olmayacağı açıktır.

Türk basını, Mazıcı'nın ifadesiyle "... darbeyi büyük bir sevinç ve coşku ile karşılayıp benimseyerek, hatta darbeyi ihtilal nitelemesi yaparak haber vermekte ve köşe yazıları ve yorumlar da bu doğrultuda ele alınmaktadır[42].

Basında 27 Mayıs darbesine yönelik ciddi bir eleştirinin çıkmamasında askerlerin muhalif basına bakışı etkili olmuştur. Menderes'i yerden yere vuran darbe yanlısı basın "27 Mayıs Akdevriminin nurlu ikliminin yaratılmasında çok büyük hisseleri vardır[43]" gibi sözlerle takdir edilirken, darbeye destek vermeyenler "bir kısım kiralık veya satılmış kalem, birkaç besleme paçavara" olarak adlandırılmıştır. Milli Birlik Komitesi'nin, Türk basın ailesine "minnet ve şükran hislerini sunmayı" ihmal etmemesi dikkat çekicidir.

27 Mayıs darbesinin ertesi günkü gazetelerin manşetleri şöyleydi:

* **Hürriyet** "Türk Ordusu Vazife Başında, Silahlı Kuvvetlerimiz Bütün yurtta İdareyi Fiilen Ele Aldı"-

* **Tercüman** "Milletçe Bayram Sevinci İçindeyiz"

***Cumhuriyet** "Kahraman Türk Ordusu, Bütün Memlekette Dün Gece İdareyi Ele Aldı"

---

40 **Tercüman,** (11.6.1960).

41 **Hürriyet,** (1.4. 1960).

42 Nurşen Mazıcı, **Türkiye'de Askeri Darbeler ve Sivil Rejime Etkileri** (İstanbul: Gür Yayınları, 1989) s.158.

43 **Türk Basınında 27 Mayıs,** MBK Yayını.

* **Milliyet** "İdare Orduda"

Tercüman Gazetesi'deki başyazısında Haldun Taner, 27 Mayıs'ı "...talihsiz bir devrin sonu, ama gerçek bir demokrasi ve tam bir tolerans devrinin de sadece ilk adımı[44]" olarak değerlendirmiştir. Diğer gazeteler gibi ordunun müdahalesi göklere çıkarılırken, Demokrat Parti ve Menderes yerden vurulmuştur. Ordunun "demokrasi ve hürriyet düşmanlarına karşı" tavrını anlatırken askerin halka ve DP'lilere, layık olmadıkları halde ne kadar nazik davrandığına dikkat çekilmiş ve DP' lilerle ordu iki ayrı millete mensup gibi gösterilmiştir. İlgi konudaki şu haber dikkat çekicidir; "Subayın, Harbiyelinin, askerin yüreği pekti. Kararı kat'i idi. Hepsi geceden abdest alıp şehitliği kabullenerek bu yola çıktı[45]". Bu ve benzer çabalarla, Demokrat Parti ve Menderes'i devirmek için mücadele ederken hayatını kaybedebilecek olanlara basın tarafından şehitlik mertebesinin verilmeye çalışıldığı görülmektedir. Gazetecilerin detaylara bu derece vakıf olmaları, darbe planına katkıda mı bulundular sorusunu akla getirebilmektedir. Tahminlere biraz da temennilerin karıştırıldığı haberlerdeki maksat, halkın gözünde darbenin meşruluğunu arttırmak olsa gerektir. Belirsizlik ortamından duyulan korku da gazetelerin tek tip yayın politikasında etkili olmuş olabilir.

Dünya Gazetesi başyazarı Atay'a göre "Son inkılabımız bütün dünya halk efkarında Türk Milletine medeni bir itibar sağlamıştır[46]". Demokrat Parti'nin yanlışlarını ve suistimallerini yeni yönetime anlatan Atay, öç almaya karşı çıkıyor. Ancak aksine görüş sergilemekten de kaçınıyor; "sırf aylıklarını koparmak ve efendilerine hoş görünmek için Anayasaya aykırı kanunlara" oy veren milletvekilleri "gelecek nesillere misal teşkil edecek bir ceza görmelidirler[47]".

---

44 Taner, a.g.m.

45 "Milletçe Bayram Sevinci İçerisindeyiz", **Tercüman.** (28.5.1960)

46 Falih Rıfkı Atay. "Öç Alma: Hayır! Hesap: Evet!". **Dünya,** (31.5. 1960)

47 Atay, agm.

5 Haziran 1960 tarihli Milliyet gazetesinin "Durum[48]" köşesinde çıkan bir yazıda, geçici hükümet, anayasa ve tahkikat

---

48 12 Haziran 1960 tarihli Milliyet Gazetesi'nin Durum köşesinde çıkan yazının tam metni şöyledir:

"Inkılabın Şayanı Hayret Neticeleri

Hükümet darbesi veya ihtilal gibi hareketlere sahne olan ülkelerde huzursuzluk ve siyasi istikrarsızlık hüküm sürer.

Siyasi istikrarsızlık iktisadi istikrarsızlığa yol açar. Her türlü mala, bilhassa gıda maddelerine karşı talep artar. Altın gibi sabit kıymetli madenlere hücum olur ve dolayısıyle bütün bunların fiyatları yükselir. Neticede memleket parasının kıymeti düşer.

27 Mayıs tarihinde memleketimizde vuku bulan inkılap hareketi, tarihi gerçeklerle taban tabana zıt şayanı hayret neticeler yaratmıştır.

1. UCUZLUK

Hükümet darbesini takip eden günlerde ne gıda maddelerine, ne de diğer mallara karşı bir hücum olmuştur. Bilakis D.P. iktidarının devrilmesiyle istikbalde herşeyin daha bol ve ucuza sağlanacağı kanaati umumileştiğinden, talep azalmış ve fiyatlar gerilemeye başlamıştır. Gerçi bazı esnaf, fiyatları bizzat kendileri düşürerek ucuzluğun gerçekleşmesine yardım etmiştir. Fakat fiyatların gerilemesinde hakiki saik, milletin istikbela daha büyük emniyet ve ümitle bakması ve her ihtilal hareketinin akabinde rastlanan stokçuluğa iltifat etmemesidir.

2. ALTIN FİYATLARINDA DÜŞÜŞ

D.P. iktidarının bilhassa son yıllarında altın fiyatlarında büyük artışlar görülmüştür. Bunun sebebi, güdülen enflasyoncu politika neticesinde paranın değerinin düşmesiydi. 4 Ağustos kararları dahi altın fiyatlarında bugün görüldüğü gibi kendiliğinden bir düşüşü sağlayamamıştı.

İnkılap hareketlerinden henüz iki hafta geçmeden altın fiyatlarında kaydedilen büyük düşme, halkın istikbale artık endişe ile bakmadığını ve yeni hükümetin enflasyoncu politikaya kesin olarak veda ettiğine inandıklarını ortaya koymaktadır.

Altın fiyatlarının düşmesiyle Türk parasının iç kıymeti de yükselmektedir.

3. TÜRK PARASININ DEĞERLENMESİ

Paramızın dış piyasalardaki değeri bütün tedbirlere rağmen büyük düşüşler kaydetmiş ve serbest dünya pazarlarında hiç itibar görmemeye başlamıştı. Son krediler sayesinde paramızın dış kıymetinde nispi bir yükselme kaydedilmişse de, bu, geçici olmuş ve Türk parasının değeri yine düşmüştür. Son olarak Zürih borsasında 1 Dolar satın almak için 15 Türk Lirası ödemek icap ediyordu.

gibi konularda askerler aydınlatılmaya çalışılmaktadır. Aynı köşede 12 Haziran'da çıkan yazı ise darbe yandaşlığının boyutlarına ışık tutmasından ilginçtir. İktisat bilimine yeni katkılar (!) yapabilecek orijinallikte olan yazıda piyasalardaki ucuzluk, altın fiyatlarındaki düşüş ve Türk parasının değer kazanması, "inkılabın şayanı hayret neticeleri" olarak değerlendirilmektedir. "Hükümet darbesinin gerektirdiği tabii bir sonuç, paramızın dış kıymetinin sukutu idi. Halbuki bu hususta da görülmemiş bir netice tecelli etmiş ve paramızın değeri dünya piyasasında da süratle yükselmiştir [49]".

Türk basınının darbe sevgisi MBK'nın yayınladığı "**Türk Basınında 27 Mayıs**" isimli kitapçıkta ilginç boyutlara ulaşmaktadır. Dünya Gazetesi, Demokrat Parti partizanlarının "binlercesi evlerinde kalmıştır" diyerek tutuklamaları yetersiz bulurken, Akşam Gazetesi Milli Birlik yönetiminin etrafında toplanmanın çağdaşlığın gereği olduğunu belirtmiştir[50]. Bu konuda yerel basın da ulusal basından farklı bir tavır sergilememiştir. Örneğin Isparta'da çıkan Devrim Gazetesi'ne göre ilk gün kesilecek başlar, ilk dakikada asılacak, kurşuna

---

Hükümet darbesinin gerektirdiği tabii bir sonuç paramızın dış kıymetinin sukutu idi. Halbuki bu hususta da görülmemiş bir netice tecelli etmiş ve paramızın değeri dünya piyasasında da süratle yükselmiştir. Nitekim Zürih'te bugün 1 Dolar almak için artık 15 Lira değil, yalnız 13 Lira 25 kuruş ödemek kafidir. Gerçi paramızın dış piyasalarda değerlenmesinde yabancı memleketlere seyahatler için konan tahdidin bir rol oynadığı düşünülebilir. Nitekim İzmir'de de efektif olarak karaborsada satılan Doların alıcı bulmayıp 10 Liraya kadar düştüğüne dair haberler gelmektedir. Ancak paramızın serbest piyasalarda derhal değerlenmesini sadece seyahat tahdidi sebebine bağlamak mümkün değildir. Hakikat şudur ki, Demokrat Parti hükümetinin iktidardan düşürülmesi, içerde olduğu gibi dışarda da Türk parasına karşı itimatsızlığın kalkmasını ve emniyetin uyanmasını sağlamıştır.

Yeni hükümet iktisadi istikrarın tesisi yolunda attığı ilk adımlara azimle devam ederse, Dolar karaborsasının tamamen ortadan kalkacağı gün uzakta kalmayacaktır."

49 "Durum", Milliyet, 12.6.1960.

50 Türk Basınında 27 Mayıs, s.7.

dizilecek, sokaklarda linç edilip sürünecekler vardı. Ancak 27 Mayıs ihtilali "kan dökmedi, gözyaşı döktürmedi. Ter döküyor, ter döktürecek[51]". Konya'da çıkan Yeni Konya Gazetesinde yer alan bir yorumda "27 Mayıs zaferi, yalnız Türk ordusunun değil, hatta yalnız ordusu ile beraber Türk milletinin değil, bütün insanlığın öğündüğü ve öğüneceği bir zaferdir[52]" denilmektedir. Anılan kitapçıkta ulusal ve yerel basından darbeyi öven haber ve yorumlar yer almaktadır.

Sendikalar ve gençlik teşkilatlarının tavırları incelendiğinde, vakit kaybetmeden yeni yönetime bağlılık mesajı verme çabasında oldukları görülmektedir. Darbenin hemen ardından Türkiye Milli Gençlik Teşkilatı (TMGT) ve Milli Türk Talebe Birliği (MTTB) temsilcileri, Milli Birlik Komitesi, Org. Cemal Gürsel ve Silahlı Kuvvetler Komutanlığına çektikleri telgraflarla darbeden duydukları sevinci ifade edip, "sonsuz iman ve güvenlerini" arz etmişlerdir. Her iki örgüt de mesajlarını, "emirlerine amade" olduklarını belirtmişlerdir.

Türkiye Milli Gençlik Teşkilatı Bildirisi

"*Sevgili yurdumuzda yerleşmesini candan dilediğmiz demokrasi ve kardeşlik anlayışının gerçek yoluna girmesini temin eden Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlılığımızı ve inancımızı bir kez daha teyit etmekle bahtiyarız.*

Demokrasi mücadelesinde Türk gençliği ile Silahlı Kuvvetlerinin işbirliği yapmış olması memleketimizi mutlu yarınlara götürecek yolda milletçe aşamıyacağımız bir engel bulunmadığını bütün dünyaya göstermiştir.

Genç arkadaşlarımızı heyecanla kucaklar, temsil ettiğimiz Türk gençliği adına bütün Silahlı Kuvvetler

---

51 Türk Basınında 27 Mayıs s.17.

52 Türk Basınında 27 Mayıs s.27.

mensuplarına ve değerli kumandanlarına sonsuz hürmet, bağlılık ve sevgilerimizi sunarız [53]"

TMGT'nin telgrafı askerlere bağlılığın ifadesini daha ileri boyutlara götürmektedir:

"*Sayın Orgeneral Cemal Gürsel Milli Birlik Komitesi Başkanı ve Türk Silahlı Kuvvetler Komutanı*

Temsil ettiğimiz Türk gençliği adına size sonsuz imanımızı ve güvenimizi arzeder, hürmetle ellerinizden öperiz"

MTTB ise telgrafında 27 Mayıs darbesini "milli inkılap hareketi" olarak değerlendirdikten sonra darbecilerin emirlerine amade olduklarını belirtmiştir:

Silahlı Kuvvetler Komutanlığı

İSTANBUL-ANKARA

Türk Yüksek Tahsil Gençliği olarak bundan bir müddet önce girişmiş olduğumuz hürriyet savaşına karşı ordumuzun göstermiş olduğu anlayışlı hareketi ve bunun neticesinde insan hak ve hürriyetlerine harfiyen riayet edileceği teminatı ile girişmiş olduğu milli inkılap hareketini bütün gücümüzle tasvip ederr, bu hususta gençliğin emirlerinize amade olduğunu bildirir, hürmetlerimizi arzederiz.

MTTB Genel Başkanı
Yaşar Özdemir
MTTB Genel Sekreteri
Hüseyin Sağıroğlu
MTTB İst. İcra Konseyi Bşk.
Mete Akıncı

---

53 Gençliğin Silahlı Kuvvetlere Teşekkürü". **Cumhuriyet**. (28.5.1960).

Telgraflarda dikkat çeken bir başka husus ise gençlik temsilcilerinin orduyu demokrasinin teminatı olarak görüyor olmalarıdır. MTTB, Haziran ayında yayınladığı bir bildiri ile Atatürkçü, uyanık üniversiteli kardeşlerin tahriklere ve tertiplere kapılmaması çağrısında bulunmuştur. Bildiride "milli inkılabın gerçekleşmesi için bütün Türk gençliğinin güçbirliği, iman ve düşünce birliğiyle kendine düşeni eksiksiz olarak ifa ettiği[54]" belirtilmişlerdir.

Sendikalar da gençlik örgütleri gibi darbe yanlısı bir tavır göstermişlerdir. Türk-İş içerisinde aykırı yaklaşımlar olduysa da, kısa sürede bunlar kapatılıp orduya bağlılık mesajları verilmiştir. 12 Haziran tarihli Akşam gazetesinin haberine göre "Sabık iktidarın türlü baskıları altında kalan idareci sendikacılar, İnkılap Hükümetinin getirdiği serbesti imkanları içinde, eski iktidarın kuklası haline gelen ve haris menfaatleri uğruna, işçi davalarını dejenere eden sendikacılara karşı, geniş bir mücadele kampanyası açmışlardır[55]". İstanbul'da biraraya gelen ve Onlar Grubu[56] olarak adlandırılan sendika başkanları "milli inkılap hareketini tasvip ettiklerini, orduya olan bağlılık ve güvenlerini bildirmişlerdir[57]".

Türk-İş İdare Kurulu, darbeden birkaç gün sonra kamuoyuna açıkladığı kararlarla darbeyi desteklediğini belirtmiştir. Alınan kararlar arasında "...Türk-İş Genel Başkanı Nuri Başer'in başkanlıktan ıskatı, kendisinin ana tüzüğe aykırı hareket ettiği, sakıt başbakan Menderes'e bağlılık telgrafı çektiği gerekçesiyle Haysiyet Divanına sevki[58]"de vardır.

---

54 **Dünya**, (22.6.1960).

55 "10 Sendika Başkanı Kukla Sendikacılara Cephe Aldı", **Akşam**, (12.6.1960).

56 Onlar Grubu şu sendikalardan oluşmuştur: İstanbul Tekstil Sendikası, Teksif Federasyonu, Oleyis Sendikası, Gıda Sanayii Sendikası, Şeker Sanayii Sendikası, Lastik-İş, Maden-İş, Su İşçileri, Tütün İşçileri ve Basın Teknisyenleri Sendikası.

57 **Akşam**, (12.6.1960).

58 "Türk-İş İdare Kurulu Mühim Kararlar Aldı", **Cumhuriyet**, (16.6.1960).

Ayrıca "bütün sendikalara bir genelge gönderilerek, bütün Türk işçileri birer günlük yevmiyesini Hazineye vermeye davet olunmuştur". İdare Heyeti de Hazineye bağışlanmak üzere alyanslarını Maliye Bakanı Ekrem Alican'a teslim etmeyi kararlaştırmıştır.

Gazete sahipleri, yazı işleri müdürleri ve meslek mensupları, 1 Haziran'da Gazeteciler Cemiyetinde toplanarak bir Basın Beyannamesi yayınlamışlardır. Beyannamede, 27 Mayıs "Türk Silahlı Kuvvetlerinin, memleketin bütün idealistleri adına tahakkuk ettirdiği inkılap" olarak değerlendirilip "aleyhte her türlü zararlı neşriyattan sakınılması lüzumunda tam bir ittifaka varıldığı" açıklanmıştır. Bildiride Türk basını "... son milli hareketle uğrunda çetin mücadelelerde bulunduğu hak ve hürriyetlere kavuşmanın derin sevincini bütün memleketle beraber duymuştur[59]" denilmiştir.

İstanbul Gazeteciler Sendikası İdare Heyeti'nin 15 Haziran'da yaptığı toplantı sonucu yayınlanan tebliğde "inkılap hareketi ile hürriyete kavuşmaktan duyulan sevinç ve şükran[60]" ifade edilmiştir.

III. ii. 12 Mart 1971 Muhtırası ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Tepkileri

Genelkurmay başkanı Orgeneral Memduh Tağmaç ve Kara, Hava ve Deniz Kuvvetleri komutanlarının imzalarıyla Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi Başkanlarına verilen muhtıranın gerekçesi "anarşi, kardeş kavgası, sosyal ve ekonomik huzursuzluklar" olarak açıklanmıştır. Demirel hükümetini istifaya zorlayan muhtırada, "mevcut anarşik durumu giderecek ve Anayasanın öngördüğü reformları Atatürkçü bir görüşle ele alacak ve

---

59 **Milliyet**, (2.6.1960).
60 **Milliyet**, (16.6.1960).

inkılap kanunlarını uygulayacak kuvvetli ve inandırıcı bir hükümetin" kurulmaması halinde doğrudan müdahale tehdidinde bulunulmuştur[61].

Burçak'a göre muhtıra metninde "Anayasa'da öngörülen reformların yapılmaması sonucu ülkenin sürüklendiği buhran" gerekçe gösterilse de gerçek hedef komünizm tehlikesini bertaraf etmekti. Aynı yazara göre, "Genelkurmay Başkanı Tağmaç, müdahaleyi ordudaki radikal solun önünü kesmek gibi bir düşünce ile ehven-i şer olarak kabul etmiştir[62]".

Adalet Partisi hükümetinin yerine kurulacak yeni hükümetin tarafsız (!) başbakan adayı Nihat Erim olmuştur. Cumhurbaşkanı Cevdet Sunay'ın 19 Mart'ta adını "tarafsız bir Başbakan" olarak açıkladığı Erim, aynı günün sabahına kadar CHP Kocaeli milletvekilidir. Partisinden istifa ederek tarafsız -daha doğru bir ifade ile bağımsız- kalan Erim, öğleden sonra Cumhurbaşkanlığı köşküne giderek Başbakanlık teklifini kabul ettiğini bildirmiştir. Sunay'ın parti liderlerine bir mektup

---

61 12 Mart Muhtırasının tam metni (**Cumhuriyet**,13.3.1971): "Parlamento ve hükümet süregelen tutum, görüş ve icraatı ile yurdumuzu anarşi, kardeş kavgası, sosyal ve ekonomik huzursuzluklar içine sokmuş, Atatürk'ün bize hedef verdiği çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmak ümidini kamuoyunda yitirmiş ve Anayas'nın öngördüğü reformları tahakkuk ettirememiş olup, Türkiye Cumhuriyeti'nin geleceği ağır bir tehlike içine düşürülmüştür.
Türk milletinin ve sinesinden çıkan silahlı kuvvetlerin bu vahim ortam hakkında duyduğu üzüntü ve ümitsizliği giderecek çarelerin partilerüstü bir anlayışla meclislerimizce değerlendirilerek mevcut anarşik durumu giderecek ve Anayasa'nın öngördüğü reformları Atatürkçü bir görüşle ele alacak ve inkılap kanunlarını uygulayacak kuvvetli ve inandırıcı bir hükümetin demokratik kurallar içinde teşkili zaruri görülmektedir.
Bu husus süratle tahakkuk ettirilemediği takdirde Türk Silahlı Kuvvetleri kanunların kendisine vermiş olduğu Türkiye Cumhuriyeti'ni korumak ve kollamak görevini yerine getirerek idareyi doğrudan doğruya üzerine almağa kararlıdır.
Bilgilerinize.
Memduh Tağmaç- Faruk Gürler- Celal Eyiceoğlu- Muhsin Batur.

62 Burçak, s.49.

göndererek "Erim'in şartsız desteklenmesini" istemesi ile yeni hükümet güvenoyu sorununu rahatlıkla aşmıştır. Yeni kabine 5 AP'li, 3 CHP'li, 1 MGP'li, 1 Milli Birlik Komitesi üyesi ve Parlamento dışından atanan üç bakandan oluşmuştur.

Gerekçesi ne olursa olsun, 12 Mart'ta Türk demokrasisi yeniden asker etkisi dahilinde yönlendirilmiştir. Seçimle gelen hükümet seçimle değil, ordunun açık uyarısı ile gitmiştir. Demirel'in ifadesi ile "Ordu, Anayasa'daki yerinden, parlamentonun ve hükümetin emrinden çıkmıştır[63]".

27 Mayıs'la karşılaştırıldığında 12 Mart sonrası basında daha bir çokseslilik görülür. Hürriyet, Milliyet ve Cumhuriyet gazeteleri muhtırayı beklenen bir gelişme olarak değerlendirip olumlu karşılarken, Son Havadis ve Tercüman gazeteleri, Demirel'in muhtırayı eleştiren demeçlerine manşetten yer vermişlerdir[64].

1971 yılına gelindiğinde sivil toplum örgütlerinin sayısında 1961 Anayasası'nın sağlamış olduğu ortamın da etkisiyle artma olmuştur. Ancak ordu ve askerin siyasi hayata müdahalesi konusundaki yaklaşımlarda fazla bir değişiklik olmamıştır. Gençlik örgütleri, meslek kuruluşları ve sendikalar, 27 Mayıs'ta

---

63 **Son Havadis**, (24.3.1971).

64 Örneğin 11 Nisan 1971 tarihli Milliyet gazetesinde, gazetenin Genel Yayın Yönetmeni Abdi İpekçi'nin sorularını cevaplayan Demirel, "büyük bir üzüntü ve hayal kırıklığı" ile karşıladıkları 12 Mart muhtırasıyla memlekette bir anayasa ve rejim buhranı meydana getirdiğini söylemiştir. Demirel'e göre seçimle gelen seçimle gitmeliydi.
Son Havadis gazetesinin 24 Mart 1971 tarihli nüshası Demirel'in "Ordu Anayasa'daki yerinden, parlamentonun ve hükümetin emrinden çıkmıştır" sözünü manşet yaptı. AP Genel Başkanı, zincirin her halkasının maharetle yerine konulması gerektiğini belirtmiştir. Aynı gazetenin 5 Nisan 1971 tarihli nüshasının manşetinde AP Grubunda konuşan Demirel'in "Hürriyeti almağa kimsenin gücü yetmeyecek" sözlerine yer verdi. Demirel, konuşmasında millet hakimiyetinin olmadığı bir ülkede Cumhuriyet'in de olamayacağını beyan etmiştir.

olduğu gibi, 12 Mart'ta da halkın temsilcisi olan hükümetin değil askerin yanında olmayı tercih etmişlerdir.

Muhtıranın AP hükümetine karşı verilmiş olması dolayısıyle, sol görüşlü örgütler hemen desteklerini açıklamışlardır. Muhtıranın ertesi günü biraraya gelen Devrimci 15 kuruluş[65], devrimci girişimlerin (kendi) örgütleri tarafından destekleneceğini ilan etmişlerdir. Demirel hükümetinin emperyalizmin işbirlikçisi olmakla suçlandığı ortak bildiride, 12 Mart muhtırası, halkın ileride yeniden emperyalizmin kucağına düşmemesi için atılmış bir adım olarak tanımlamıştır. Bildiriye imza koyan Dev-Genç lideri Ertuğrul Kürkçü, ordunun tutumunu olumlu karşıladıklarını, sorunların Parlamento yoluyla çözülemeyeceğini, çözümün parlamento dışında aranması gerektiğini söylemiştir[66]. Gençlik teşkilatı olarak adlandırılan ve halkın sömürülmesine karşı mücadele ettiğini iddia eden bir örgütün liderinin çözümü halkın temsil edildiği parlamento dışında araması kendi içinde çelişkili ve düşündürücüdür.

Türkiye Milli Gençlik Teşkilatı (TMGT), Türkiye Emekli, Malül, Müstafi Assubaylar Yardımlaşma Cemiyeti (TEMAY) ve Türk Demirdöküm İşçileri vakit geçirmeden 13 Mart'ta birer açıklama yaparak muhtıraya destek vermiştir. TMGT, muhtırayı cumhuriyetin ve halkın geleceği açısından olumlu karşıladığını belirtmiştir.

---

65 **Cumhuriyet,** (14.3.1971). Devrimci 15 kuruluş: T.Ö.S., Devrimci Avukatlar Derneği, Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, Türkiye Milli Gençlik Teşkilatı, Teknik Personel Sendikası, Üniversite Asistanları Sendikası, Mimarlar Odası, Türk Hukuk Kurumu, Elektrik Mühendisleri Odası, İnşaat Mühendisleri Odası, ODTÜ Mezunları Cemiyeti, Dev-Genç, Maden Mühendisleri Odası, Orman Mühendisleri Odasıve Türkiye Orman Yüksek Mühendisleri Sendikası.

66 **Cumhuriyet,** (14.3.1971)

TÜRK-PERSEN, TÖS'e bağlı Ankaralı Öğretmenler ve Türk Kadınlar Birliği 1 günlük gecikme ile 14 Mart'ta yaptıkları açıklamada Atatürk devrimlerinin koruyucusu olarak gördükleri muhtıranın Anayasaya aykırı olmadığını dile getirmişlerdir[67]. Sosyal Demokrasi Dernekleri Federasyonu 2. Başkanı Şemsettin Şen, muhtırayı yerinde bir davranış olarak nitelendirmiştir.

TMGT Genel Başkanı Bozkurt Nuhoğlu ile Türk Devrim Ocakları Genel Başkanı Ahmet Güryüz Ketenci tarafından Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarına çekilen telgrafta, "yaptığınız Türkiyeci ve Mustafa Kemalci müdahale, ordumuzun devrimci geleneğinin doğal bir sonucudur[68]" denilmiştir.

Türk Edebiyatçılar Birliği ve Türkiye Sanatçılar Birliği'nin Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet komutanlarına hitaben ortaklaşa yayınladıkları bildiride[69], verilen "şerefli ültimatomun" emekçilere bağımsızlık getirmesi ümidi dile getirilmiştir.

Sol görüşlü örgütlerin aksine sağ görüşlü örgütler muhtıraya daha temkinli yaklaşmıştır. Yapılan açıklamalarda açık destek beyanları yerine, muhtıranın solu dengelemesi temennisi dile getirilmiştir. Örneğin Din Görevlileri, İmam-Hatip Okulları Mezunları, İslam Enstitüleri Talebeleri, İlahiyat Fakültesi Mezunları Federasyonları yayınladıkları ortak bildiride, "muhtıranın anarşistlere "dur" işareti verdiği"

---

67 **Cumhuriyet,** (15.3.1971)

68 **Milliyet,** (16.3.1971).

69 Bildirinin metni şöyledir: "Emperyalizme karşı zaferle sonuçlanan örnek bir Kurtuluş Savaşı vermiş halkımızın namuslu asker evlatları olarak tüm halkımızın gerçek mutluluğuna adanmış olduğuna inandığımız şerefli ültimatomunuza ve onun getireceğini umduğumuz emekçilerimizden yana bağımsızlık eylemine, yoksul bırakılmış fedakar halkımızın acı dolu sanatçıları, yazarları ve düşünürleri olarak yürekten saygılıyız".

belirtilip "ordunun bu çevrelere karşı tutumunun dikkatle izleneceği[70]" açıklanmıştır.

İşçi kuruluşlarına bakıldığında DİSK'in muhtırayı ilk gün tamamen desteklediği görülür. Yayınlanan bildiride ordunun davranışının "işçi kesiminin devrimci kesiminde büyük bir ferahlık yarattığı" belirtilmiş ve "DİSK, Atatürk devrimlerinin ve Anayasa ilkelerinin korunmasında, uygulanmasında, geliştirilmesinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin yanında olduğunu belirtmekten kıvanç duyar[71]" denilmiştir. DİSK'e göre "... devrimci Türk ordusu, Anayasa'ya ters düşen tutum ve davranışları ile meşruiyetini yitiren işbirlikçi sermaye sınıfının Amerikan emperyalizminin vesayeti altındaki siyasi iktidarına ve onun parlamentosuna 'dur' demiştir... Sermaye sınıfının iflası belgelenmiştir... gün, çalışan emekçi sınıfınındır"[72].

14 Mart'ta bir açıklama yapan Türk-İş Başkanlar Kurulu, "memleketimizin geleceği bakımından bir dönüm noktası teşkil eden muhtıra ve bu muhtıranın siyasal sonuçları"nın benimsendiği[73] yönünde görüş bildirmiştir. Muhtıranın yurt çıkarlarının gereği olduğuna inanan Türk-İş, devrim kanunlarının tam olarak uygulanmasını ve bir koalisyon kurulmasını istemektedir[74].

Türk-İş, Erim hükümetine de açık destek vermiştir. Genel Başkan Seyfi Demirsoy, gazetecilerin hükümetle ilgili sorularına "... Prof. Erim'in kuracağı hükümetin başarıya ulaşması için başta siyasal partilerimiz olmak üzere, demokratik rejimin bütün kuruluşlarınca desteklenmesi en büyük yurtseverlik görevi haline gelmiştir[75]" demiştir.

---

70 **Cumhuriyet**, (17.3.1971).
71 **Milliyet 1971**, s.67.
72 Burçak, s.96.
73 **Milliyet**, (15.3.1971)
74 **Tercüman**, (15.3.1971)
75 **Cumhuriyet**, (21.3.1971).

Demirsoy'a göre "12 Mart muhtırası ile demokrasiye geçiş yolunda yeşil ışık yanmıştır[76]".

Türkiye Teknikerleri Sendikası Merkez Yürütme Kurulunca yapılan açıklamada muhtıranın "kardeş kavgasını önlemek ve anarşik ortama son vermek için" yapıldığı belirtilmiştir. Teknikerlerin mesajı da sömürü düzenine çatmaktadır: " Sömürü düzenine, emperyalizmin her türüne, tefeciliğe, ağalığa, mezhep kavgasına, ırkçılığa engel olacak tedbirlere ivedilikle başvurulmalıdır[77]". Türkiye Ziraat Mühendisleri Odası tarafından yapılan açıklamada "1961 Anayasasının öngördüğü reformların yapılmadığı gerekçesiyle Türk Silahlı Kuvvetlerinin uyarıcı müdahalesini bütün içtenlikleriyle destekledikleri[78]" bildirilmiştir.

III. iii. 12 Eylül 1980 Darbesi ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Tepkileri

12 Eylül 1980 darbesinin en önemli gerekçesi ülkede anarşi ve terörün artmasıdır. Darbeden birkaç saat önce son sürat devam eden ve binlerce insanın ölümüne neden olan çatışmaların, darbenin ardından mucizevi bir şekilde sona ermesi "darbe olmadan terör bitirilemez miydi" sorusunu akla getirmektedir. Ancak sonuçta Türk Silahlı Kuvvetleri, "... iç hizmet kanununun verdiği Türkiye Cumhuriyeti'ni kollama ve koruma görevini yüce Türk milleti adına emir ve komuta zinciri içinde ve emirle yerine getirme kararını almış ve ülke yönetimine bütünüyle el koymuştur[79]". Türk Silahlı Kuvvetleri "... ülke bütünlüğünü korumak, milli birlik ve beraberliği sağlamak, muhtemel bir iç savaşı ve kardeş kavgasını önlemek, devlet otoritesini ve varlığını yeniden tesis etmek ve demokratik düzenin işlemesine mani olan sebepleri ortadan kaldırmak"

---

76 **Milliyet**, (12.4.1971).

77 **Cumhuriyet**, (19.3.1971)

78 **Cumhuriyet**, (19.3.1971)

79 **Tercüman**, (12.9.1980).

için parlamento ve hükümeti feshetmiş, parlamento üyelerinin dokunulmazlığını kaldırmış ve bütün yurtta sıkıyönetim ilan etmiştir. 12 Eylül'le birlikte Türk siyasi hayatına "her 10 yılda bir askeri müdahale" geleneği damgası vurulmuştur.

1960'dan 1980'e kadar yirmi yıl geçmiş olmasına rağmen sivil toplum örgütlerinin askeri müdahale karşısındaki tavırlarında fazla bir değişiklik olmamıştır. Kapatılmayıp faaliyetlerine izin verilen örgütler darbeyi desteklerken, kapatılanların herhangi bir açıklaması bulunmamaktadır. 1960 ve 1971 müdahalelerinde muhatabın sağ hükümetler olması, sol örgütlerin müdahalelere desteğine yol açmıştı. Karatepe'ye göre, 1960 ihtilalini yapanlar kendilerine bürokratları, üniversite mensuplarını, gazetecileri ve sendikacıları ortak olarak almış, onlarla ittifak yapmışlardır. 12 Eylül'ü yapanlar ise sermaye ile işbirliği yapmayı tercih etmişlerdir[80].

12 Eylül sonrasındaki gazeteler incelendiğinde, sivil toplum örgütlerinin tepkilerine rastlamak mümkün değildir. Kapatılan işçi sendikaları DİSK, HAK-İŞ ve MİSK'in darbe hakkında bir açıklaması olmamıştır. Genel Sekreteri Sadık Şide'nin, darbe sonrası kurulan hükümette Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı olduğu Türk-İş ise, darbeyi desteklediğini 1983'teki 13. Genel kurulunda açıkça ortaya koymuştur[81]

12 Eylül darbesine tepkileri, darbe sonrası bir açıklama yapılamadığı için, daha çok Danışma Meclisi'ne gönderilen Anayasa taslağı metinlerinden çıkarmaya çalışacağız. 1990'daki Anayasa değişikliği çalışmaları sırasında, özellikle olağanüstü hale (OHAL) ilişkin görüşler de, sivil toplum örgütlerinin ordunun otoritesine ilişkin düşünceleri yansıtmaktadır.

---

80 Karatepe, (1993). s.87.

81 Mazıcı, s.192.

Türk-İş'in Anayasa Komisyonuna gönderdiği kısa metinde genel ilkelere yer verilirken, OHAL'e ilişkin bir öneri sunulmamıştır[82]. Mart 1990'da TBMM Başkanı, Başbakan ve siyasi parti liderlerine sunulan raporda daha çok çalışma yaşamını ilgilendiren konulara değinilirken, olağanüstü rejim konusu es geçilmiştir[83]. Benzer şekilde diğer işçi sendikası HAK-İŞ de 1990 yılında sunduğu metinde OHAL'e değinmemiştir. Herşeyden önce çalışma hayatını kısıtlayan, grev ve diğer sendikal hakları askıya alan OHAL'e ilişkin işçi sendikaları tarafından bir öneri üretilememiş olması bir eksikliktir.

İşveren kesiminin temsilcisi TİSK, 1987'de yayınladığı bir raporda 12 Eylül öncesinde ülkenin içinde bulunduğu kötü şartlar gündeme getirildikten sonra darbe hakkındaki görüşler açıkça ifade edilmiştir:

"*İşte, geçtiğimiz dönemin yaşanan bu ağır şartlarına milletimizin kahraman ordusu, tarihi bir görev üstlenerek 12 Eylül 1980 harekatı ile son vermiştir....*

12 Eylül 1980, iç ve dış düşmanların bu ülkeyi parçalamaya, yok etmeye ve yabancı ellere teslim etmeye yönelmiş komplolarına karşı hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğini ortaya koyduğu bir tarihtir.

12 Eylül 1980 tarihi, bu milletin ve devletin yabancı ideolojilere teslim edilmeyeceğinin, devletin bir sahibi bulunduğunun iç ve dış düşmanlara bir kere daha ilan edildiği bir tarihtir[84]".

---

82 Yaşar Gürbüz, **Anayasa Görüşler Taslak**, (İstanbul: Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, 1982), ss.230-232.

83 Semih Gemalmaz, **Anayasada Olağanüstü Rejim, Demokratikleşmede Sivil Toplum** (istanbul: Kavram Yayınları, 1995). s.116.

84 Türkiye İşverenler Sendikası Konfederasyonu, **Kamuoyunda TİSK** (Anakara: Ajans Türk Matbaası, 1987), ss.8-9.

Bilindiği gibi TİSK, 12 Eylül'den sonra kapatılmadığı gibi açıklama yapması da yasaklanmamıştır. 1982 Anayasası için görüş bildiren sivil toplum kuruluşları arasında en çok TİSK'in görüşlerine anayasada yer verilmiştir[85].

MESS İşveren Gazetesi'nde 1983'te çıkan bir yorumda; 12 Eylül, Türk milletinin kurtuluşu, TSK da kurtarıcısı olarak tanımlanmıştır[86].

Gemalmaz, TÜSİAD, TİSK, Basın Konseyi, Gazeteciler Cemiyeti, Odalar Birliği, Türkiye Barolar Birliği, TMMOB, Türk-İş ve HAK-İŞ'in sundukları anayasa tekliflerinde olağanüstü rejime yaklaşımlarını incelemiştir. İncelemeye göre; Basın Konseyi'nin sunduğu teklifin 15. maddesinde olağanüstü durumlarda "temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir" denilmiştir. Odalar Birliği, Devlet başkanının belirli bir süre Anayasayı askıya alabileceği görüşünü desteklemiştir. TÜSİAD ise olağanüstü rejim halinde, temel hak ve özgürlüklerin tamamen değil de kısmen durdurulmasını teklif etmiştir[87]. Gazeteciler Cemiyeti, TMMOB ve Türkiye Barolar Birliği, OHAL' e doğrudan değinmemişlerdir.

Gemalmaz, 1990-1994 yılları arasında sivil toplum örgütlerinin sunduğu anayasa değişikliği metinlerinde olağanüstü rejim sorununa yaklaşımları ile ilgili şu sonuca varmaktadır: "Görüş bildiren sivil toplum örgütlerinin hepsi olağanüstü hal kurumunun yeni Anayasa'ya yerleştirilmesi ve etkin ve işler hale getirilmesinden yanadırlar[88]". Olağanüstü rejim konusunda suskun kalanların Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulmasından yana olmaları, olağan yargı

---

85 Mazıcı, s.196.

86 Mazıcı, s.196.

87 Gemalmaz. 122.

88 Gemalmaz, s.87.

kurumlarına duyulan güvensizliğin bir göstergesi olması gerekir.

Sermaye ve işveren temsilcisi örgütler, işçi örgütlerine göre hak ve özgürlüklerin daha çok kısıtlanması eğiliminde olmuşturlardır. Bu çerçevede, TİSK ve TÜSİAD'ın mevcut düzenden büyük ölcüde memnun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu konuda daha duyarlı olması beklenen işçi ve basın temsilcilerinin sessiz kalmasını açıklamak da güçtür.

Her ortamda bireyin hak ve özgürlüklerini siyasi otorite karşısında savunması gereken sivil toplum örgütleri, sistemle çatışmayı ya da sisteme muhalif olmayı göze alamamışdırlar. Aksine sivil toplumun aleyhine de olsa bazıları darbe yönetimini desteklemişlerdir. Bu da, Türkiye'deki sivil toplum örgütlerinin gerçekte ne kadar sivil oldukları, toplumsal talepleri ne derece yansıttıkları konusunda şüphe doğurmaktadır.

III. iv. 28 Şubat 1997 Muhtırası ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Tepkileri

"Refah-Yol" iktidarı sonrasında, medyada bu Hükümete ve programına yönelik yoğun tartışmalar başlamıştır. Anılan iktidar, basının da katkılarıyla MGK toplantılarının önemini arttırmıştır. 28 Şubat 1997'ye kadar kamuoyunun ancak 30 Ağustos'taki Yüksek Askeri Şura toplantısından haberi olurken, 28 Şubat sonrasında her MGK toplantısı ülkenin en önemli gündem maddesi haline gelmiştir. Bu bağlamda 28 Şubat 1997 tarihli MGK kararları, içerik olarak adeta bir muhtıra özelliği taşımaktadır. Dilek ve temennilerin ötesinde, genel tanımlar ışığında daha sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek mümkündür. Girgin'in tanımında muhtıra, belli konularda uyarı niteliği taşıyan yazılı belge olarak nitelendirilmektedir. Tanıma göre muhtırada, "... diplomasinin klasik yazışma türü olan notalardaki giriş ve bitişteki nezaket

cümlesi yoktur[89]". 28 Şubat'ta MGK'nın askeri kanadının, cumhurbaşkanının da desteğiyle hükümete yönelttiği kararlar, 12 Mart muhtırasının aksine hükümetin istifası ile sonuçlanmamışsa da, atanmışların seçilmişlere zorlamalarda bulunup, süre tanımasının tek geçerli tanımı muhtıra olabilecektir. 28 Şubat tarihli MGK bildirisi, Özsever'in ifadesiyle, "vesayetçi bir anlayışı savunan, sadece hükümete değil parlamentoya da yaptırım öngören bir nitelik taşımaktadır[90]".

28 Şubat kararları özetle laikliğin korunması, bunun için mevcut yasalar yeterli değilse yenilerinin yapılması, tarikatlara bağlı özel yurt ve okulların Milli Eğitim Bakanlığı'na (MEB) devredilmesi, zorunlu eğtimin kesintisiz 8 yıla çıkartılması, tarikatların faaliyetlerine son verilmesi, irtica nedeniyle ordudan atılan personelin başka yenlerde istihdamının engellenmesi, devrim kanunlarının ve kılık kıyafet kanunlarını uygulanmasını kapsamaktadır[91].

Sivil toplum örgütlerinin tepkilerine geçmeden önce sivil cumhurbaşkanının tepkisi ile ilgili bir karşılaştırma yapmakta fayda vardır. 12 Mart muhtırasının muhatabı olan Süleyman Demirel, 28 Şubat kararlarının altına cumhurbaşkanı olarak imzasını atmıştır. Demirel, 12 Mart'ta askerleri oldukça sert eleştirmiştir: "Seçimle gelen seçimle gitmeliydi[92]", "Hürriyeti Almağa Kimsenin Gücü Yetmeyecek[93]", "Ordu Anayasa'daki yerinden, parlamentonun ve hükümetin emrinden çıkmıştır[94]", "Hukuka sadık olmaktan başka suçumuz yok[95]". 28 Şubat'taki

---

89 Girgin, s.309.
90 Atilla Özsever, **Milliyet** (10.3.1997).
91 **Sabah**, (19.3.1997).
92 **Milliyet**, (11.4.1971).
93 **Son Havadis**, (5.4.1971).
94 **Son Havadis**, (24.3.1971).
95 **Tercüman**, (15.3.1971)

Demirel'e göre ise, hükümetin MGK kararlarını uygulamaktan başka seçeneği yoktur. Dönemin Cumhurbaşkanı Cevdet Sunay'a göre ise ordu muhtıra vermekte haklı idi[96].

Sivil toplum kuruluşlarının tepkileri dikkate alındığında 28 Şubat muhtırasının önceki darbe ve muhtıralardan ayırmak gerekir. Hepsinin sağ iktidarlara karşı veya onların döneminde yapılmış olmasına ve çoğu halde destek görmelerine karşılık, ilk defa 28 Şubat 1997'de sivil toplum örgütleri içerisinde darbe karşıtı sesler yükselmiştir. Bu gelişme Türk demokrasisi için sevindiricidir. Ancak sivil toplum örgütlerinin çoğunluğu askeri müdahaleye destek verip, çözümü sivil toplumun temsil edildiği parlamento dışında aramakta bir sakınca görmemiştir. Basının teşviki ve biraz da hükümetin yıkılacağı beklentisiyle sivil toplum örgütlerinin çoğunluğu askeri otoriteden yana tercih yapmışlardır.

27 Mayıs ve 12 Eylül darbelerini açıkça destekleyen ve 12 Mart muhtırasına onay veren Türk-İş, geleneksel darbe ve muhtıra yanlısı tavrını koruyarak 28 Şubat muhtırasına da açık destek vermiştir. MGK kararlarının ardından Erzurum'da bir açıklama yapan Türk -İş Genel Sekreteri Şemsi Denizer'in "Darbe gerekiyorsa destekleriz[97]" sözü, temsil ettiği işçi sınıfından çok darbe lobisini sevindirmiştir. Rejimin tehdit altında olduğuna inanan Denizer kendilerini rejimin teminatı olarak görmektedir. "Eğer darbe gerekiyorsa, (Türk) Silahlı Kuvvetleri devreye girer, biz de bunu destekleriz. Atatürk ilke ve inkılaplarından kimse taviz veremez" diyebilen birisinin sivil toplum temsilcisi olması düşündürücüdür.

Türk-İş başkanı Bayram Meral, köktendinci tehlikeye dikkat çekerken kişisel eğilimini de gözönüne sermiştir: "Yılda 1.500 cami, sınırsız imam-hatip okulu açılıyor. Sağ örgütler(e),

---

96 **Tercüman,** (15.3.1971)

97 **Hürriyet,** (3.3.1997).

tarikatlar(a), vakıflar(a) ve dışardaki düşmanlar kaynak aktarıyor[98]".

DİSK ve esnafların temsilcisi TESK, Türk-İş'le birlikte MGK kararlarını açıkça desteklemişlerdir. Her üç örgüt, yayınladıkları ortak bildiride, "Türkiye'de laik ve çağdaş cumhuriyet rejimi tehlikededir. Bu nedenle MGK kararlarını destekliyoruz[99]" demektedirler. 12 Eylül öncesi Türk-İş ve DİSK başkanları bir araya gelselerdi darbenin olmayacağını söyleyen Meral, ortak hareket kararını "ülkenin birliğini, bütünlüğünü, halkımızın mutluluğunu savunmak ve bunlara çözüm üretmek için" aldıklarını belirtmiştir. MGK kararlarına aynen katıldıklarını ve deste kleklerini belirten DİSK başkanı Rıdvan Budak' a göre silahlı kuvvetler görevini yapmıştır. TESK başkanı Derviş Günday, rejim tehlikesi ve RP konusunda daha çok endişelenmiştir: "Erbakan yıllardır hareketlerine göz yumulduğu için ülkeyi bu noktaya getirdi...RP öyle planlı ki, Müstakil Esnaf Dernekleri, yani MÜSİAD ve MESDER kurup bizleri bölmek istiyor. Bilinçli şekilde laik, demokratik, çağdaş hukuka dayalı Türk Cumhuriyeti'ni yıkıp İran rejimini getirmek istiyorlar. Biz TESK olarak yobazlara, irticaya karşıyız ve çözümü meclisten bekliyoruz[100]". Türk-İş, DİSK ve TESK milletvekillerine ortak bir mektup göndererek "ulus ve ülke için yaşamsal önemi bulunan konularda parti farkı gözetmeksizin biraraya gelmeleri[101]" çağrısında bulunmuşlardır.

Türk-İş, DİSK ve TESK kendilerini darbe rüzgarına o kadar kaptırmışlar ki, sivil toplum örgütünden çok askeri kuruluş görüntüsü vermektedirler. Bu üç örgütün birlikte kurdukları MGK Kararlarını Uygulama İzleme Komitesi, sivil toplum örgütlerinin görevleri arasına MGK kararlarının uygulanmasını denetlemek gibi bir maddeyi de eklemektedir.

---

98 **Hürriyet**, (5.3.1997).
99 **Hürriyet**, (5.3.1997).
100 **Hürriyet**, (5.3.1997).
101 **Yeni Yüzyıl**, (7.3.1997).

Türk-İş başkanı Meral ve Genel Sekreter Denizer'in aksine Sağlık-İş Sendikası başkanı Mustafa Başoğlu, rejimin tehlikede olduğu görüşüne katılmamakta ve çözüm mercii olarak hükümeti görmektedir. "...Sorunlarımızın muhatabı hükümettir, icraatını beğenmezsek eylem yaparız, isteklerimizi yerine getirmezse eylem yaparız, ama MGK'yı destekleyelim gibi bir çağrının gereği yok, toplumsal barışa katkısı da yok[102]".

Teksif Sendikası başkanı Zeki Polat, tutunacak tek dal olarak orduyu görmüş ve halkı hükümet gidinceye kadar mücadeleye davet etmiştir[103].

28 Şubat kararından önce hazırlattıkları "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri" isimli raporda MGK'nın anayasal bir kuruluş olmaktan çıkartılması, Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanlığına bağlanması, 12 Eylül yönetiminin icraatının yargılanmasını önleyen Anayasa'nın geçici 15. maddesinin kaldırılması gibi tekliflerde bulunan TÜSİAD, muhtıranın ardından kendi raporunu savunmadaki tutumunu değiştirmiştir.

TÜSİAD'ın MGK kararlarına ilk tepkisi bildirinin hükümete ve Meclis'e yönelik bir muhtıra, bir dayatma olduğu ve demokrasinin yara aldığı şeklindedir. Sonraki açıklamalarda ise MGK'nın anayasal bir kuruluş olduğu, dolayısıyle böyle bir yaptırım talebinin doğal olduğu belirtilmiştir[104]. Başkan Muharrem Kayhan'a göre MGK "... ister anayasal olsun, ister yasal olsun bu onun söylediklerinin ehemmiyetini, ağırlığını değiştirmez[105]".

---

102 **Milliyet**, (24.3.1997).

103 **Sabah**, (7.3.1997).

104 **Milliyet**, (10.3.1997).

105 Ekonomi Muhabirleri Derneği'nce Hyatt Regency Otel'de düzenlenen "Türkiye'de yeni arayışlar konulu bir toplantıda konuşan Kayhan, demokratikleşme ile ilgili 180-190 sayfa olan raporun 7-8 sayfasını teşkil eden askeri hiyerarşi ve MGK ile ilgili kısmının tartışılmasına tepki gösterdi.

Bir kısım sivil toplum örgütleri MGK kararlarını laik, demokratik Türkiye'nin teminatı olarak değerlendirmiştir. TOBB yönetim kurulu, parlamenterlere çağrı yaparak laik, demokratik cumhuriyete sadık kalacakları şeklindeki yeminlerine bağlı kalmalarını istemiştir[106].

Sivil toplum örgütlerininbir kısmı 28 Şubat Muhtırasına dolaylı tepki göstermiştir. Başka bir ifade ile doğrudan MGK kararlarının tamamını eleştirmek yerine bazı kararlar için değerlendirmeler yapılmıştır. Bu çerçevede İnsan Hakları Derneği başkanı Akın Birdal'ın, MGK kararları arasında yer alan devrim kanunlarının kaldırılması şeklindeki görüşlerine yöneltilen tepkiler, sivil toplum örgütlerinin muhtıra karşısındaki tavırlarına ışık tutmaktadır.

28 Şubat tarihli MGK toplantısından çıkan sonucu "doğrudan doğruya ekonomik, politik, demokratik gidişata bir müdahale" olarak değerlendiren Birdal, devrim kanunlarının da çağdışı olduğunu ve yürürlükten kaldırılmaları gerektiğini ileri sürmüştür[107]. Birdal'a göre toplumsal gelişmenin gerisinde kalan bu kanunlar, demokratik hakların kullanımını engelleyici niteliktedir. Muhtıraya "demokrasi adına" destek veren sivil toplum örgütlerinin aksine Birdal, militarizmin demokrasiye hiçbir katkısı olamıyacağı görüşündedir[108].

Kayhan anayasal veya yasal olmasının MGK'nın ağırlığını değiştirmeyeceğini söylemiştir (**Yeni Yüzyıl**, 7 Mart 1997). Oysa TÜSİAD'ın hazırlattığı "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri" isimli raporda MGK'nın anayasal bir kuruluş olmaktan çıkartılması, Genelkurmay Başkanı'nın Milli Savunma Bakanı'na bağlanması, 12 Eylül yönetiminin icraatının yargılanmasını önleyen Anayasa'nın geçici 15. maddesinin kaldırılması öngörülmektedir.

106 **Hürriyet**, (5.3.1997).

107 **Son Çağrı**, (6.3.1997).

108 **Aydınlık**, (9.3.1997).

Bazı sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinin Birdal'ın devrim kanunlarının kaldırılması görüşüne sert tepki göstermişlerdir. Eğitim-Sen Genel Başkanı Kemal Bal'a göre devrim yasaları bugün de tehdit altındadır ve korunmalıdır[109]. Türk-İş 1. Bölge Başkanı Faruk Büyükkucak'a göre devrim kanunlarına "çağdışı diyen zihniyetin kendisi çağdışıdır. Kaldırılması da o kadar kolay değildir[110]". Mülkiyeliler Birliği Genel Başkanı Alper Alkan, devrim kanunlarının uygulanmasından yanadır. Öğretim Elemanları Derneği Genel Başkanı Alparslan Işıklı'ya göre "devrim yasalarının kalkmasını istemek, gerçekte demokrasiyle taban tabana zıt bir özlemin ifadesidir[111]". Işıklı olayı egmenliği kayıtsız şartsız millete veren Kemalizm ile bu egemenliği Tanrı'ya veren ve "Suudi Arabistan'daki gibi bir emperyalizm kuklası bir rejim hortlatmak isteyen Yeni Osmanlılar" arasında "büyük bir hesaplaşma" olarak değerlendirilmektedir. Işıklı toplumu iki kampa ayırmakta bir sakınca görmektedir. "Demokrasiden ve sosyal adaletten yana olanlar bu hesaplaşmada, Kemalizmle aynı saflarda olmalıdırlar[112]". Çağdaş Hukukçular Derneği Başkanı Şanal Sarıhan da, ülkenin bugünkü temel ihtiyacının Cumhuriyet Devrimi yasalarının savunulması olduğu görüşündedir.

TİSK, muhtıra tartışmalarının ortasında kalmayı tercih etmiştir. Başkan Refik Baydur, MGK bildirisinin milletin ortak vicdanını yansıttığını ancak Türkiye'de bir rejim sorunu olmadığını söylemiştir. Baydur'a göre "sadece şeriatı özleyenlerin tahrikleri vardır[113]". Demokrasi dışı arayışların

---

109 **Aydınlık**, (9.3.1997), s.4.
110 **Aydınlık**, (9.3.1997), s.4.
111 **Aydınlık**, (9.3.1997), s.5.
112 **Aydınlık**, (9.3.1997), s.5.
113 **Sabah**, (7.3.1997).

doğru olmadığını söyleyen Baydur'a göre çözüm yeri Meclis'tir[114].

28 Şubat muhtırasının karşısında olanların tepkilerini iki grupta toplamak mümkündür. Hak-İş ve Mazlum-Der, doğrudan ve açık bir şekilde MGK kararlarını eleştirirken başta MÜSİAD olmak üzere bazı sivil toplum örgütleri, İHD örneğinde de görüldüğü gibi kararların bir kısmına karşı tavır almışlardır.

İşçi Sendikaları içerisinde MGK kararlarına karşı çıkan ve bu konuda tavır sergileyen tek sendika Hak-İş olmuştur. Hak-İş genel Başkanı Salim Uslu, ülkede rejim sorunu olduğu görüşüne katılmaktadır. Ancak Uslu'ya göre, sorun "militarist mi yoksa demokratik mi olma[115]" sorunudur. Hak-İş, yayınladığı bildiride Türk-İş ve DİSK'in aksine sorunların çözümü için parlamentoyu adres göstermiştir. Bildiride "bizim seçtiğimiz sivillerin sigaya çekilerek paylanmasını içimize sindirmemiz beklenmemelidir" denilmiştir. Türk-İş, DİSK ve TESK'in kurduğu MGK Kararlarını Uygulama İzleme Komitesine, Hak-İş tepki göstermiştir. Kendilerinin teklif ettiği Demokrasi İzleme Komitesine katılmayan Türk-İş ve DİSK'i "darbe çağrılarını ve muhtıra tehditlerine çanak tutmakla[116]" suçlamışlardır.

---

114 **Zaman**, (3.7.1997).

115 **Hak-İş Basın Bürosu**, "Hak-İş MGK Bildirisini Değerlendirdi", (1.3.1997).

116 **Hak-İş Basın Bürosu**ndan 5 Mart 1997'de "Hak-İş'in Demokrasi İzleme Komitesine Karşılık vermeyen DİSK ve Türk-İş, MGK Kararlarını İzleme Komitesi Kurdu" başlığıyla yapılan açıklamada şöyle denildi:
"... Sivil toplum örgütlerinin, demokrasiye sahip çıkmak ve demokrasinin üzerindeki gölgeleri, kamburları, ayıpları ve vesayetleri reddetmek gibi temel ve ilkesel işlevlere, sorumlulukla sahip olmaları gerekirken Antidemokratik dayatmalara, darbe çağrılarına ve muhtıra tehditlerine çanak tutmak, destek olmak, yüreklendirmek ve bilinç altında meşruiyet kazandırmak gibi bir işlevi olamaz.

28 Şubat muhtırasına tepki göstererek sivil toplum örgütlerinin çoğu, açıktan ve net bir eleştiriden ziyade dolaylı yollarla tepkilerini ortaya koymuşlardır. Bu bağlamda organizasyonu gerçekleştiren örgütlerin yanı sıra yüzden fazla sivil toplum örgütünün katıldığı Sultanahmet Mitingi[117] en geniş katılımlı bir oluşum olmuştur. Anılan mitingde daha çok 28 Şubat kararlarına tepki gösterilirken, uygulanmamaları yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Olayın en ilginç yönü de budur.

Sonuç

Devlet karşısında bireyin haklarını savunmayı amaçlayan sivil toplum kuruluşları, demokrasinin kilometre taşlarındandır. Eğitimden sanata, dine, kültüre kadar birçok alanda sivil toplum kuruluşları yaygınlaştıkça demokrasi daha iyi gelişir ve yerleşir. Öte yandan askeri müdahaleler, demokratik rejimler için kesintidirler. Demokratik teoriler uyarınca, demokrasiye korumak ve yaşatmanın yolu darbe yapmak değil, çareyi parlamentoda ya da sandıkta aramaktır.

Türkiye örneğini incelediğimizde, demokratikleşme açısından sivil toplum kuruluşlarının çok fazla fonksiyonel oldukları söylenemez. Bu nedenle tam sivil olamayan

---

Hele, darbelerden öncelikle işçi hakları, sendikal haklar, temel hak ve özgürlüklerin zarar gördüğü ve on yedi yıldır telafisinin de mümkün olmadığı net bir biçimde görülmüşken,
Kavram kargaşası ve rant kavgası ile Türkiye'yi kalkınma yarışından ve demokratikleşme sürecinden alıkoymaya kimsenin hakkı yoktur.
İşçi sendikalarının da demokrasi açığını kapatmak varken kendilerinin totaliter arzulara dolgu maddeleri gibi kullanmaları düşünülemez".

117 Mitinge aralarında Birlik Vakfı, ESAM, ESAV, Ensar Vakfı, Gökkuşağı Kadın Platformu, Hak-İş Sendikası, Hekimler Birliği Vakfı, Hukukçular Birliği Vakfı, MGV, MÜSİAD, ODTÜ Mezunlar Birliği Vakfı, Türk Ocakları Kültür ve Eğitim Vakfı, Türkiye Yazarlar Birliği'nin de bulunduğu yüzden fazla sivil toplum kuruluşu katılmıştır.

kuruluşlar, çoğunlukla askeri müdahalelere sıcak bakmışlardır. Bunun sebebinin Batı'daki sivil toplum sürecinin Türkiye'de yaşanmamış ve bir sivil toplum geleneğinin tam anlamıyla yerleşememiş olması olduğu açıktır.

Sendikaların darbe ve muhtıralar karşısındaki tavırları incelendiğinde, en istikrarlı kuruluşun Türk-İş olduğu görülür. Türk-İş her askeri müdahaleye destek vermiştir. Benzer şekilde DİSK de 12 Mart ve 28 Şubat muhtıralarını desteklemiş, kapatıldığı için 1980 darbesine tepki verememiştir. Bu çerçevede 28 Şubat kararlarına işçi kuruluşlarından farklı tavır sadece Hak-İş'ten gelmiştir.

Gemalmaz'ın tesbitiyle "işçi örgütleri, rejimin demokratikleşmesine ilişkin sistemli ve bütünlüklü istemler ya da öneriler paketleriyle ortaya çıkmadıkları gibi, özel olarak da olağanüstü rejim sorununda büyük ölçüde suskundurlar[118]".

İşveren veya sermaye kesimini daha çok ticari endişeler ve beklentiler yönlendirmiştir. Bu bağlamda, liberalizmin demokrasi, insan hakları eşitlik gibi siyasal yanlarından çok ekonomik boyutu ile ilgili olmuşlardır. Hiçbir zaman askeri müdahalelere karşı tavır almadıkları gibi çoğu zaman desteklemişlerdir.

Benzer şekilde gençlik teşkilatları da 27 Mayıs ve 12 Mart müdahalelerinde ordunun yanında olmuşlardır. Bunun nedeninin orduyu kendi ideolojilerine yakın görmeleri ya da müdahalelerin kendi görüşlerine karşıt bir iktidarı düşünmek için yapılmış olduğunu düşünmeleri ihtimali yüksektir.

İlk defa 28 Şubat muhtırasının ardından sivil toplum örgütlerinin karşı tavırları ortaya çıkmıştır. Ancak yine de ideolojik nedenlerle birçok sivil toplum kuruluşu muhtıraya destek verip çözümü Parlamento dışında aramaya devam

118 Gemalmaz, s.139.

etmiştir. Birçok "sivil general", orduyu demokrasi dışı çözümler için teşvik etmiştir. Karatepe'nin ifadesiyle "egemen ideolojinin devamından yana olan kesimler... siyasi sisteme katılma talebinde bulunan grupların bastırılabilmesi için orduyu darbe yapmaya teşvik etmektedir[119]".

Türk siyasi hayatında darbe, ne yazık ki seçimle iktidara gelemeyenler için bir alternatif konumundadır. 1950'lerdeki muhalefet ile 1997'deki muhalefet arasında askeri müdahaleyi bir çözüm olarak görme açısından fazlaca bir fark olmasa gerektir. O dönemde Halk Partisi, iktidarı doğal hakkı olarak algıladığından lideri İsmet İnönü, darbeyi meşru kabul etmiştir: "Şimdi arkadaşlar, şartlar tamam olduğu zaman milletler için ihtilal meşru haktır. İhtilal, meşru hak olarak kullanılacaktır[120]". Darbe yerine ihtilal kelimesi kullanılmıştır. Bugünkü muhalefetin tavırları incelendiğinde de benzer yaklaşımları görmek mümkündür.

Sivil toplum kuruluşları kriz anlarında devreye girip toplumun lehine bir çözüm için çalışmalıdırlar. Bu demokrasinin ve sivil toplumun gereğidir. Türkiye'deki sivil toplum örgütleri, ideolojik hesapları bir kenara bırakıp, sivil toplum örgütü olmanın sorumluluğu içerisinde bulunmalı ve gereğini ifa etmelidirler.

---

119 Karatepe, (1997), s.9.

120 Cem Eroğul, **Demokrat Parti (Tarihi ve İdeolojisi)**, (Ankara: İmge, 1990), s.155.

İDARİ YARGIDA TAZMİNAT ŞEKİLLERİ VE HESAPLANMASI

Yrd. Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

I. GİRİŞ

Tazmin yükümlülüğü, hukuki sorumluluğu tespit edilen hukuk sujesine yargı organınca yüklenen maddi ödevi ifade eder. Başka bir anlatımla, hukuki sorumluluğun doğal bir sonucu ve müeyyidesidir[1]. Devletin tazmin yükümlülüğü ise genel olarak, idari faaliyet sonucunda, idarenin kusuruyla ya da kusursuz olarak, faaliyetin muhatabının veya üçüncü şahısların, şahıs ya da malvarlığında meydana gelen eksilmenin, idare tarafından giderilmesi yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük sebebiyle idari yargıda, ilgililerin subjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak, idare hukukuna özgü tazmin, telafi ve geri alma davalarından oluşan tazminat davaları[2], tam yargı davaları içinde yer almıştır.

Tazminat davaları, idare hukukunun temel hedefi olan hukuk devleti ilkesi bakımından da idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun denetiminde, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan, vazgeçilmez, etkin bir denetim aracı ve önemli bir müeyyidedir[3].

---

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 **ESİN,** Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1976, s. 441; **YENİCE** Kazım-**ESİN** Yüksel, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 107.

2 D.10.D., KT 28.10.1994, E 93/4139, K 94/5234 (Yayınlanmadı).

3 **GÜRAN** Sait, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 152.

Ülkemizde genel olarak tazminat davaları, toplumun gelir düzeyinin düşüklüğü ve yargı yerlerinin "hak ihlali" konusundaki dar yorumları ve çekingen tutumları sebebiyle, caydırma, zarar göreni tatmin ve hukuka uygunluğun sağlanması gibi fonksiyonlarını tam olarak yerine getirememektedir. Toplumun her kesimini etkileyen "enflasyon", tazminat davalarının etkinliğini azaltan bir başka unsur olarak karşımıza çıkmaktadır[4]. Zira, enflasyon gerçeği göz ardı edilip, gerçek yaşamın gerisinde kalınarak yapılan yargı denetiminin etkinliğinden ve müeyyide gücünden bahsetmek mümkün değildir.

İster özel hukukta, ister kamu hukukunda olsun, bugün çeşitli hukuki düzenlemeler, enflasyon olgusu dikkate alınarak yapılmaktadır. 3095 sayılı Kanuna dayanan "kanuni faiz" uygulaması da bu düzenlemelerden bir tanesidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, paranın elde bulundurulması nedeniyle yoksun kalınan geliri karşılamak amacıyla getirilen bu uygulama, niteliği ve miktarıyla Türk lirasında enflasyon sebebiyle oluşan değer kaybını karşılamamaktadır.

Zarar görenin, uğramış olduğu zararının aynen telâfisi ya da eski halin iadesi talebinde bulunmasının mümkün olmadığı idari yargılama usulümüzde, tazminat davası açanların, tazminini istedikleri zararı, para olarak ve Türk lirası cinsinden tanımlamaları zorunludur[5]. 2577 sayılı Kanun'un m.3/2-d hükmü gereği olan bu zorunluluk, idari yargı yerinin tazminatın hesabında "dava tarihi itibariyle talep edilen zarar

---

4 D.10.D., KT 29.11.1993, E 92/4084, K 93/4748 (Yayınlanmadı).

5 "...Dolayısıyla bir zararının aynen telâfisi ve eski halin iadesi yolları bulunmayan idari yargıda, tazminat davası açan ilgililerin, tazminini istedikleri zararı para olarak ve Türk lirası cinsinden tanımlamaları zorunludur." D.10.D., KT 28.10.1994, E 93/4139, K 94/5234 (Yayınlanmadı).

miktarı" nı dikkate alması[6], tam yargı davalarının uzun sürmesi ve 3095 sayılı Kanun'la öngörülen kanuni faizin yetersiz kalması sonucu, enflasyon karşısında paradaki değer kaybı sebebiyle gerçek zararın tazminini engellemektedir[7]. Oysa, tazminat davalarının hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği sonuçları doğurabilmesi, ilgililerin idari eylem veya işlem sebebiyle uğradıkları kişisel ve olağanüstü "gerçek zararın" tesbiti ve giderilmesiyle mümkün olabilir.

İdare hukukunda zararın tazmini şekilleri, tazminatın tespiti ve hesaplanması hususunda uygulanan esaslar büyük ölçüde genel sorumluluk hukuku esaslarıdır[8]. Fakat belirtmek

---

6 D.10.D., KT 10.10.1996, E 95/934, K 96/5933, D.D., Y. 27, Sy. 93, 1997, s. 524.

7 Kaçak olduğu zanniyla zapt edilen ve kesinleşen yargı kararıyla iadesine hükmedilen otomobilinin kendisine teslim edilmemesi sonucu uğradığını ileri sürdüğü 17.000.000 TL. maddi zararın tazmini talebiyle ilgili açılan davayı kısmen kabul ederek 250.000 TL. zararın tazminine hükmeden İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 30.12.1992 gün E 88/391 ve K 92/1703 sayılı kararının temyizen incelenmesinde Danıştay tetkik hakiminin görüşü, konuyla ilgili olarak bir gerçeği ortaya koymaktadır: "Davacının 1977 yılında zapt edilen 1975 model mercedes marka otomobilinin, Türk lirası karşılığı değerini, tazminat davası açıldığı 1988 yılında aynen muhafaza ettiğini söyleyebilmek mümkün değildir. 1992 yılında, aracın 1977 yılındaki değerinin 250.000 TL. olduğunun tespit edildiğinden bahisle, yargılama giderlerinin bile çok altında kalan bu tutarın tazminine hükmedilmesi hukuka açıkça aykırı bulunmaktadır." D.10.D., KT 28.10.1994, E 93/4139, K 94/5234.

8 **DAGTOGLOU** Prodromos, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1970, rdn. 218 vd.; **MAUNZ** Theodor-**DURIG** Günter, Grundgesetz Kommentar, B. II, München 1987, rdn. 210; **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref-**DİNÇER** Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1996, m.2/sn.258. Ancak bu, tazminat hukuku ile ilgili olarak özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelmez. Zira idare hukukunda tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturmaktadır. Bu sebeple bir idari yargı mercii, özel hukuktan esinlenebilir, ancak doğrudan Borçlar Kanunu'na dayanarak tazminata hükmetmesi hukuken doğru değildir. D.5.D., KT 5.12.1991, E 91/3619, K 91/2346, D.D., Y. 22, Sy. 84-85, 1992, s. 347.

gerekir ki, özel hukuktan farklı olarak idari faaliyet sonucu ortaya çıkan bütün zararlarda idarenin tazmin borcu yalnızca para borcudur[9]. Bu sebeple zarar gören bundan başka bir talepte, örneğin aynen ifa, eski halin iadesi gibi taleplerde bulunamaz. Aksini düşünmek, uygulamada bir takım güçlükler doğurmak bir tarafa, idare hukuku ilkelerine de ters düşer. Zira bu gibi talepler yargı merciinin idareye vereceği emir ile yerine getirilebilir. Oysa bu durum idari rejimde faal idarenin yargı organı karşısında bağımsızlığı ilkesi ile bağdaştırılamaz[10].

İdarenin tazmin yükümlülüğü, idare hukukunun temel ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Bir Danıştay kararında da belirtildiği gibi, "kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana gelen zararın belirli bir veya birkaç kişiye yükletilmesine olanak bulunmadığı gibi, ortaya çıkan zararın kamuca yüklenilmesi de idare hukukunun hak, adalet ve eşitlik ilkeleri gereğidir"[11].

Anayasanın 125. maddesinde, "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür", hükmüyle düzenlenen idarenin zararı tazmin yükümlülüğü, devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin, kamu yararı gereği giriştikleri bazı müdahalelerle şahıslara verdikleri zararların tazmin yükümlülüğünden, kapsam olarak farklılık gösterir. Alman hukukunda zararın tazmini (Schadenersatz) ve tazminat

---

9 **WOLFF** Hans J.-**BACHOF** Otto, Verwaltungsrecht, B. I, 9. Aufl., München 1974, s. 567; SCHMIDT Bruno-**KLEIN** Bleibtreu, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Bonn 1973, s. 411; **MEYER** Wolfgang, "Art 34 Haftung bei Amtspflichtverletzung", in: Grundgesetz Kommentar, Hrg. **MUNCH** Ingo von, B. II, München 1976, rdn. 61; **KREFT** Friedrich, "Art 839", in: Das Bürgerliches Gesetzbuch, Hrg. **FISCHER** R. vd., B. II, 2. Aufl., Berlin 1960, Anm. 51; **MAUNZ-DURIG**, rdn. 210; **DAGTOGLOU**, rdn. 218

10 **ESİN**, s. 14-15; **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER**, m.2/sn.371.

11 D.10.D., KT 7.6.1990, E 89/2476, K 90/1342, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 356.

(Entschaedigung) diye iki farklı kavramla ifade edilen bu tazmin şekilleri, esas olarak da birbirinden farklıdır[12]. Kamulaştırma, devletleştirme ve benzer müdahalelerden zarar gören, diğer şahıslara göre kamu külfetlerinde eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacak şekilde özel ve olağan dışı bir fedakârlıkta bulunmakta ve bunun sonucu uğradığı zarar, bir tazminat ile karşılanmaktadır. Kamu yararı düşünülerek verilen zararın tazmininde hak sahibi şahsın menfaatleri göz önünde bulundurulmakta ve tazminat miktarı toplumun ve şahısların menfaatlerinin adalete uygun olarak dengelendirilmesi yolu ile tespit edilmektedir[13]. Buna karşılık, idarenin kamu hizmetinin ifası sırasında ya da kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davranışları ile sebep oldukları zararlarda sadece zarar görenin menfaatleri göz önünde bulundurulmakta, uğradığı zarar tam olarak hesap edilmekte ve idare bu zararı tazmin etmektedir. Yine bu son halde kamulaştırma ve benzeri müdahalelerde ödenen tazminattan farklı olarak, zarar görenin uğradığı manevi zararlar da göz önünde bulundurulmakta ve yargı organı tarafından manevi tazminata da hükmedilebilmektedir[14]. Biri, idari faaliyet sonucu uğranılan zarar sebebiyle yargı önünde görülen bir davaya konu olan; diğeri ise doğrudan özel kanuni bir düzenlemeye dayanan tazmin yükümlülüğü ile ilgili olarak bizde, Alman hukukundakine benzer kavramsal ayırım bulunmamaktadır[15].

---

12 Bu konuda bkz. **SCHOLZ** Georg-**TREMML** Bernd, Staatshaftungs und Entschaedigungsrecht, 5. Aufl., München 1994, s. 4; **DAGTOGLOU**, rdn. 226-230.

13 **SCHOLZ -TREMML**, s. 145. Örneğin kamulaştırmada tazminat, mülkiyeti terk yükümlülüğünün dengelenmesidir.

14 **MAUNZ-DURIG**, rdn. 211; **DAGTOGLOU**, rdn. 229; **MEYER**, rdn. 62; KREFT, Anm. 51.

15 Genellikle karşımıza kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak çıkan ve devletin kişinin mülkiyet hakkına el atması niteliğindeki

II. TAZMİNAT VE ÇEŞİTLERİ

Bilindiği gibi zarar, zarar görenin malvarlığı veya şahısvarlığını oluşturan hukuki değerlerde iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Tazminat ise, bu eksilmenin giderilmesine yönelik olarak sorumluluğu tespit edilen kişiye, yargı yeri tarafından yüklenen ödevdir. Bu ödev, zararın maddi ya da manevi olmasına göre maddi tazminat yahut da manevi tazminat şeklinde olabilir.

---

kamulaştırma ve devletleştirme, sadece özel bir Kanunla düzenlenmekle kalmamış, Anayasa'da da hüküm altına alınmışlardır. Buna karşılık, çoğu personel hukukuna ilişkin olan özel kanunlar, kamu hizmetinin gerektirdiği normal riskten daha fazla risk alan, görevi gereği toplumun diğer kesimlerinden daha fazla tehlike altında bulunan bazı kişilere "tazminat" ödenmesini zorunlu kılmaktadır. 19.2.1963 tarih ve 203 sayılı "Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Uçucularına Verilecek Uçuş Tazminatı Hakkında Kanun" (RG 28.2.1963 Sy. 11343), 7.5.1964 tarih ve 466 sayılı "Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun" (RG 15.5.1964 Sy. 11704), 3.11.1980 tarih ve 2330 sayılı "Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" (RG 6.11.1980 Sy. 17152), 23.4.1981 tarih ve 2453 sayılı "Yurt Dışında Görevli Personele Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" (RG 25.4.1981 Sy. 17321) ve 28.2.1982 tarih ve 2629 sayılı "Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu ve 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetler Personel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (RG 28.2.1982 Sy. 17619 Mükerrer) bu tür tazminata dayanak olan Kanunlara örnek olarak gösterilebilir. Bu Kanunlarda genellikle görevli personele ödenen tazminat, iş riski ve iş güçlüğü sebebiyle görev sırasındaki "yıpranma tazminatı" niteliğindedir. Ancak görevlerinden dolayı (hatta, 2453 sayılı Kanun'un m. 1/a ve 2330 sayılı Kanun'un m. 1 hükmüne göre görevleri sona ermiş olsa bile)

A. MADDİ TAZMİNAT

Maddi tazminat, bir şahsın malvarlığında, iradesi dışında meydana gelen eksilmenin karşılanması için, zarardan sorumlu olanın yerine getirmekle yükümlü olduğu edimdir[16]. Maddi tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmemiş olsaydı, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak

---

ölüm, sakatlık, yaralanma sonucu uğranılan zararlar için ödenecek tazminat miktarları da bu Kanunlarla düzenlenmektedir. Tazminat miktarları, Kanunların büyük bir kısmında açıkça belirtilmiştir. (203 sayılı Kanun m. 1-4; 2330 sayılı Kanun m. 3-7; 2453 sayılı Kanun m. 1; 2629 sayılı Kanun m. 4-9, 13-14.) Ancak tazminat miktarının düzenlenecek hasar tespit raporuna dayanacağını hüküm altına alan (2453 sayılı Kanun m. 2) veya uğranılan her türlü zararın tazmini için yargıya başvurulmasını öngören düzenlemeler (466 sayılı Kanun m. 2) de bulunmaktadır. Görüldüğü gibi Türk Hukuku'nda "tazminat" kavramı, Alman Hukuku'ndaki iki anlamı da içerir şekilde kullanılmaktadır. Bu yaklaşıma örnek teşkil etmesi bakımından yukarıda bahsettiğimiz 2368 sayılı Kanun'un 1. maddesinin şu hükmü ilginçtir: "...Kanun gereğince ...aldıkları tazminatların net toplamı, yukarıdaki fıkra gereğince ele geçecek miktardan fazla olduğu takdirde aradaki fark kendilerine tazminat olarak ödenir". Kanuni düzenlemeye dayanan tazminatların kapsam ve niteliğini göstermesi açısından 2330 sayılı Kanun'un 1. maddesi önemlidir: "Bu kanunun amacı; barışta güven ve asayişi korumak, kaçakçılığı men , takip ve tahkikle görevli olanların bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya sakat kalmaları halinde ödenecek nakdi tazminat ile birlikte bağlanacak aylığın ve bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerinin düzenlenmesidir". O halde Alman Hukuku'nda zararın tazmini (Schadenersatz) ve tazminat (Entschaedigung) diye iki farklı kavramla ifade edilen bu tazmin şekilleri, dayanak ve kapsam olarak birbirlerinden ayrıdırlar. Buna karşılık zararın kapsamı bakımından aralarında esaslı bir farklılık bulunmamaktadır. Zira Yine 2330 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre; "...ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı, uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır".

16 **BREHM** Roland, Das Obligationenrecht B. IV, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1990, Art 43, rdn. 5.

idiyse, o durumu maddi değeri itibarı ile yeniden kurmaktır. Dolayısıyla idari yargıda, "bir hukuk sujesinin mal varlığında görülen ve parayla değerlendirilebilen azalma veya çoğalma olanağından yoksunluk", idarenin hukuka aykırı eylem veya işlemiyle, doğan zarar arasında nedensellik bağının bulunması halinde maddi tazminat davasının konusunu oluşturur.[17] Daha önce de belirttiğimiz gibi idari yargıda, zararın tazmini sadece para ile olabilir. Bu konuda, maddi tazminat çeşitlerinden olan aynen tazmin[18] şekli ise uygulanmaz.

İdare hukuku bakımından maddi tazminatın, zarar görenin malvarlığında meydana gelen ne tür eksilmeleri kapsayacağı[19] ve bunların nasıl hesaplanacağı hususunda

---

17 D.5.D., KT 8.5.1990, E 88/470, K 90/929, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 179.

18 Bu konuda bkz. **BREHM**, Art 43, rdn. 19-21; **DESCHENAUX** Henri-**TERCIER** Pierre, Sorumluluk Hukuku, Çev. **ÖZDEMİR** İbrahim, Ankara 1983, s. 183-184; **EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, II., Ankara 1988, s. 358 vd.; **KARAHASAN** Mustafa Reşit, Tazminat Davaları, Ankara 1981, s. 953 vd.; **TANDOĞAN** Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 252 vd.

19 Maddi tazminat kapsamına, "bedeni sakatlık nedeni ile kişinin çalışma, kazanma gücünde kayıp, tedavi giderleri, işten geri kalma, mesleğinde ilerleyememe, üretim giderleri, tohum ve atım-ekim giderleri, hapiste haksız geçen sürede çalışamamış olma, veya değirmenin çalışamadığı günlerde uğranılan net kazanç kaybı, araç kazasında hem toplam onarım giderleri hem de onarım süresince elde edilemeyen kazanç, varsa araçtaki kıymet kaybı, annelerinin ölümü nedeniyle infak, iaşe, ibate ve yarım kalmış öğrenimlerine devam bakımından tek destek ve yardımdan yoksun kalma, ölüm nedeniyle mahrum kalınan iktisadi destek ve menfaatler bedeni sakatlık yüzünden pasif göreve alınan makinistin munzam gelir kaybına uğraması, tahrip olunan çayırlığın eski haline beş yılda gelebilmesi nedeniyle onbeş ton ot zararı, yıkılan dükkânın yerine bir süre dükkân bulunamamasından ve yeni dükkânın kırk aylık kira bedelinden doğan zarar, mahrum kalınan aylıklarla ikramiyeler , yan ödemelerle ek gösterge farkları, hizmet evinden çıkarılma nedeniyle ödenen rayiç kira tutarı, karısı öldüğü için bazı ev işlerinin para ile yaptırılması... gibi" zararların girdiği Danıştay'ın muhtelif kararlarından anlaşılmaktadır. **GÜRAN**, s. 153-154.

herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığı için uygulamada, diğer bazı hususlarda olduğu gibi bu konuda da genel olarak Borçlar Kanunu hükümlerinden faydalanılmaktadır[20].

Mala ilişkin zararlar, kişinin sahip olduğu taşınır ve/veya taşınmazın hasara uğraması, herhangi bir şekilde değerinin azalması veya kullanılmaz hale gelmesi neticesi malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Fiili zarar veya yoksun kalınan kâr şeklinde görülebilecek bu zararların tazmini, maddi tazminat niteliğindedir. Mala ilişkin zararların tazmini kadar, adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlâli sonunda malvarlığında meydana gelen eksilmeleri ifade eden kişiye verilen zararların tazmini de maddi tazminat kapsamındadır. Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinde belirtildiği üzere ölüm sebebi ile maddi tazminat, ölümden önceki tedavi masrafları, cenaze ve defin masrafları ile destekten yoksun kalma unsurlarını ihtiva eder. Beden bütünlüğünün ihlâli sebebiyle uğranılan zararların giderilmesine yönelen maddi tazminat ise yine aynı Kanunun 46. maddesinde belirtilen tedavi masrafları ile çalışma gücünün azalması veya yok olmasından (iş göremezlik) doğan zarar unsurlarını kapsamaktadır. Çeşitli Danıştay kararlarında maddi tazminat bakımından bu unsurların dikkate alındığı kolaylıkla tespit edilmektedir[21].

---

20 Benzer durum Alman Hukukunda da vardır. **SCHOLZ -TREMML**, s. 85-86.

21 D.12.D., KT 23. 2. 1966, E 65/3921, K 66/546, D.12.D.K., C. II, kn. 2675; D.12.D., KT 9. 3. 1966, E 66/468, K 66/866, D.12.D.K., C. II, kn. 2676; D.12.D., KT 29. 11. 1966, E 65/2635, K 66/3385, D.12.D.K., C. II, kn. 2679; D.12.D., KT 17. 12. 1966, E 66/3641, K 66/3525, D.12.D.K., C. II, kn. 2680; D.12.D., KT 31. 1. 1968, E 66/1044, K 68/186, D.12.D.K., C. II, kn. 2689; D.12.D., KT 29. 3. 1968, E 65/3645, K 68/735, D.12.D.K., C. II, kn. 2694; D.8.D., KT 20. 1. 1983, E 82/443, K 83/75, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 383-384; D.10.D., KT 22. 6. 1983, E 82/775, K 83/1596, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 490-494; D.10.D., KT 11. 5. 1983, E 82/2483, K 83/1106, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 494-497; D.5.D., KT 16.2.1987, E 86/1111, K 87/221, D.D., Y. 18, Sy. 68-69, 1988, s. 347; D.6.D., KT 27.5.1987, E 87/451, K 87/590, D.D., Y. 18, Sy. 68-69, 1988, s. 446; D.5.D., KT

B. MANEVİ TAZMİNAT

Manevi tazminat, zarar görenin şahısvarlığını oluşturan değerlerde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin, yâni manevi zararın giderilmesi, tazmin ve telâfi edilmesidir[22]. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı ya da yetersiz kalışı yargı yerini, manevi zararı, parasal olarak belirlemeye zorlamaktadır[23]. Manevi tazminat gerçekte bir tazmin aracı değil tatmin aracıdır[24]. Manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu ıstırap, üzüntü ve sarsıntı sebebi ile yaşama zevki azalan kişiye, manevi tazminat adı ile bir miktar para verilerek onun bu yolla tatmin edilmesi sağlanır[25].

11.2.1988, E 86/744, K 88/461, D.D., Y. 19, Sy. 72-73, 1989, s. 279; D.10.D., KT 15.9.1990, E 87/1324, K 90/278, D.D., Y. 21, Sy. 80, s. 418; D.5.D., KT 8.5.1990, E 88/470, K 90/929, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 179; D.10.D., KT 7.6.1990, E 89/2476, K 90/1342, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 357; D.10.D., KT 27.4.1992, E 90/3519, K 92/1587, (yayınlanmadı); D.10.D., KT 14.10.1992, E 91/2944, K 92/3603, D.D., Y. 23, Sy. 87, 1993, s. 538; D.10.D., KT 6.12.1993, E 92/3057 K 93/4149, D.D., Y. 25, Sy. 89, 1995, s. 296; D.10.D., KT 12.7.1995, E 94/7359, K 95/3559, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1112-1115; D.10.D., KT 3.5.1995, E 94/3258, K 95/2379, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1121-1122; D.10.D., KT 15.11.1995, E 95/2598, K 95/5629, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1133; D.10.D., KT 6.2.1997, E 95/5477, K 97/275, D.D., Y. 28, Sy. 94, 1998, s. 687-688. Ayrıca bkz. **ESİN**, s. 441-450.

22 **EREN**, s. 364; **DESCHENAUX-TERCIER**, s. 209; **TANDOĞAN**, s. 330; **KARAHASAN**, s. 1142. Manevi zararları da kendi içinde "maddi etkileri olan manevi zararlar" ve "salt manevi zararlar" olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Bunların her ikisinin de giderimi, manevi tazminatın konusunu oluşturur. **GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER**, m.2/sn.345.

23 D.10.D., KT 20.4.1989, E 88/1042, K 89/857, D.D., Y. 20, Sy. 76-77, 1990, s. 784; D.10.D., KT 10.4.1992, E 90/3954, K 92/1362, D.D., Y. 23, Sy. 86, 1993, s. 584.

24 Manevi tazminatın amacı konusunda doktrinde birlik yoktur. Manevi tazminatı "ceza" olarak değerlendirenler yanında, tatmin aracı olarak ya da bir çeşit onarım yolu olarak görenler de bulunmaktadır. Geniş bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU** Ahmet, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", ABD, Y. 1984, Sy. 1, s. 15-21.

25 **BREHM**, Art. 47, rdn. 4, 9; **OSER** H.-**SCHÖNENBERGER** W., Borçlar Hukuku, Çev. **SEÇKİN** Recai, 2. Kısım, Ankara 1950, s. 428; **BAŞPINAR**

Bir Yargıtay kararında manevi tazminatın amacı, çekilen acıları kâfi miktarda dindirmek, hayata bağlamak yolu ile ruhi dengeyi yeniden sağlamak şeklinde ifade olunmaktadır[26]. Yine aynı karara göre bu sebeple manevi tazminat olarak takdir edilecek paranın tutarı bu amacın gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olmalıdır. Bu konuda mahkemenin söz konusu olan takdir yetkisi ise adalete uygun olarak kullanılmalıdır. Danıştay da bu konuda Yargıtay'dan farklı düşünmemektedir. Yüksek mahkemeye göre "manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olayın gelişimi ve sonucu ilgilinin durumu itibarı ile manevi zarara karşılık mahkemece takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması zorunlu bulunmaktadır"[27].

Ferdin şahısvarlığındaki değerlerde eksilme çeşitli sebeplerden ileri gelebilir. Medeni Kanunun 24. maddesi, "şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse" nin maddi tazminattan başka manevi tazminat da isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Benzer bir şekilde Borçlar Kanununun 49. maddesi

---

Recep, "Tam Yargı Davaları", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 501 vd.; **ESİN**, s. 450; **YENİCE-ESİN**, s. 108. Danıştay kararlarında da aynı husus vurgulanmaktadır. D.5.D., KT 8.5.1990, E 88/470, K 90/929, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 179; D.10.D., KT 27.4.1992, E 89/141, K 92/1618, D.D., Y. 23, Sy. 86, 1993, s. 588; D.10.D., KT 2.2.1994, E 93/4354, K 94/411, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1084-1085; D.10.D., KT 12.7.1995, E 94/7359, K 95/3559, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1114; Ayrıca bkz. **GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER**, m.2/sn.346-358.

26 Y.15.H.D., KT 24. 12. 1975, E 75/4356, K 75/5124, Y.K.D., C. I, 1976, s. 880-881.

27 D.10.D., KT 20. 4. 1989, E 88/1042, K 89/857, DKM. Aynı yönde bkz. D.10.D., KT 10.4.1992, E 90/3954, K 92/1362, D.D., Y. 23, Sy. 86, 1993, s. 584.

ise "şahsi menfaatleri haleldar olan kimse(nin)... manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ itasını dava edebi" leceğini belirtmektedir. Yine Borçlar Kanununun 47. maddesinde şu hükme yer verilmiştir: "Hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir".

Danıştay, şartları gerçekleştiğinde beden bütünlüğü bozulan veya yakınlarından biri ölen ya da kişilik hakları tecavüze uğrayan kişi lehine manevi tazminata hükmetmekte ve söz konusu hükümlerden ilham almaktadır[28].

Manevi tazminatın önemli kaynaklarından birini teşkil eden kişilik hakları, özgürlük, namus, şeref, haysiyet, özel hayata ve aile hayatına ait sırlar ve hatıralar, meslek sırları, isim ve fotoğraf üzerindeki haklar, sosyal ve siyasi hakları v.s. gibi unsurları kapsamaktadır. Bunlardan birine yapılan tecavüz sebebiyle üzüntü ve ıstırap duyan, ruhi sarsıntı geçiren kişiye manevi tazminat vermek gerekir. İdari yargı merciilerinin uygulaması da bu yöndedir[29].

---

28 D.10.D., KT 22. 6. 1983, E 82/775, K 83/1596, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 490-494; D.10.D., KT 11. 5. 1983, E 82/2483,83/1106, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 494-497; D.10.D., KT 8. 3. 1984, E 82/587, K 84/534, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 401-404. "... İdare hukukunda ölüm nedeniyle kişilerin manevi tazminat isteyebileceği konusunda bir kural ve kayıt bulunmadığından, özel hukuktan, Borçlar Kanunu'nun manevi tazminata ilişkin hükümlerinden esinlenmek gerekir." (karşı oy), D.10.D., KT 2.2.1994, E 93/4354, K 94/411, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1085; "...Borçlar Yasasının 47. maddesinde yargıcın özel durumları göz önüne alarak tinsel zarar karşılığı olarak..." (tetkik hakimi düşüncesi), D.10.D., KT 12.7.1995, E 94/7359, K 95/3559, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1109. Ayrıca bkz. **ESİN**, s. 450 vd.

29 **YENİCE-ESİN**, s. 108-109.; D.10.D., KT 8. 3. 1984, E 82/587, K 84/534, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 403; D.5.D., KT 27.10. 1986, E 84/1307, K 86/1108, D.D.,

III. TAZMİNATIN KAPSAMI VE HESAPLANMASI

Danıştay kararlarından anlaşılacağı üzere[30], tazminata karar verilebilmesi için ortada mutlak ve kesin olarak hesabı mümkün bir zarar bulunmalıdır. Zira ihtimâle dayanan zararlar tazminat davasına konu olamazlar[31]. Başka bir ifadeyle ihmâl, idare tarafından tazminat ödenmesi için yeterli bir hukuki sebep teşkil etmemektedir. O halde idare için tazminatın kapsamı olay anında, madde âleminde, tamamen idari tasarrufun yol açtığı, sebep olduğu, fiilen doğmuş zararlar ile, olayın uzantısı olarak ileride doğması kesinlik taşıyan "gerçek zarar" lardır[32]. Nitekim Danıştay da özellikle destekten yoksun kalma örnekleri başta gelmek üzere, hayat boyu süren, olayın uzantısı zararların giderilmesi için irat şeklinde maddi tazminata karar vermektedir[33]. O halde tazmin yükümlülüğünden bahsedebilmek için ortada gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği kesin olan bir zarar bulunmalıdır. Danıştay'a göre, "gerçekleşmesi olası bulunan zararların tazmin sorumluluğu doğurmayacağı açıktır"[34].

Y. 17, Sy. 66-67, 1987, s. 247; D.10.D., KT 20. 4. 1989, E 88/1042, K 89/857, DKM.

30 D.8.D., KT 23. 6. 1969, E 68/810, K 69/2620, **ESİN**, s. 315; D.12.D., KT 10. 2. 1970, E 68/1578, K 70/287, **ESİN**, s. 199; D.8.D., KT 13. 6. 1973, E 73/1076, K 73/2502, D.D., Y. 3, Sy. 12-13, 1974, s. 391; D.8.D., KT 8. 1. 1975, E 74/1229, K 75/44, D.D., Y. 6, Sy. 20-21, 1977, s. 468; D.11.D., KT 5. 2. 1976, E 75/1086, K 76/428, D.D., Y. 7, Sy. 24-25, 1977, s. 511; D.D.D.K., KT 16. 6. 1972, E 71/661, K 72/646, AİD, C. 5, Sy. 4, 1972, s. 201; D.10.D., KT 14.10.1992, E 91/2944, K 92/3603, D.D., Y. 23, Sy. 87, 1993, s. 538; D.10.D., KT 25.10.1994, E 93/5339, K 94/5161, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1102-1103.

31 D.8.D., KT 13.6.1973, E 73/1076, K 73/2502, D.D., Y. 3, Sy. 12-13, 1974, s. 391.

32 **GÜRAN**, s. 156; **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER**, m.2/sn.336-343, 358.

33 D.12.D., KT 25. 9. 1968, E 67/1268, K 68/1667, **ESİN**, s. 171-172; D.12.D., KT 8.5.1969, E 68/374, K 69/895, **ESİN** s. 150-151; D.12.D., KT 4.4.1972, E 70/2007, K 72/1037, **ESİN**, s. 173-174.

34 D.10.D., KT 15.9.1990, E 87/1324, K 90/278, D.D., Y. 21, Sy. 80, s. 418.

Bir ferdin şahısvarlığını oluşturan değerlerde meydana gelen eksilmeyi tespit etmek ne kadar güçse, bu eksikliğin tazminatla giderilmesi de o kadar güçtür. Bu gerçeği göz önünde bulunduran Danıştay, manevi tazminatın kapsamını da şöyle belirlemektedir[35]: Bir kere burada mutazarrırın hem henüz çektiği, katlandığı, duyduğu manevi zararlar hem de ileride çekeceği, katlanacağı, duyacağı manevi zararlar tazmin edilecektir. Hükmolunacak tazminat ise, çekilen üzüntü ve ıstırabı silmesi imkânsız olmakla birlikte kısmen olsun telâfi edebilecek nitelikte olmalıdır. Böylece manevi tazminatta, gerçek zarar, hâlen gerçekleşmiş ve ilerde devam edecek manevi zararı ihtiva etmekle beraber, hem zararın miktarı, hem de buna karşılık ödenecek rakam bakımından kesinlik arz etmeyen, ölçülemeyen, zararın tamamını kapsayamayan bir nitelik taşımaktadır.

Diğer taraftan maddi tazminatla manevi tazminat birbirlerinin devamı değillerdir. Zira, konularının, kapsamlarının ve amaçlarının ayrı olması bir tarafa, yargı yerince idarenin zararın tazmini ile yükümlü olup olmadığının değerlendirilmesinde, birazdan görüleceği üzere farklı kriterler kullanılmaktadır[36].

---

35 **GÜRAN,** s. 157.

36 Danıştay, maddi ve manevi tazminat davalarını birbirlerinin doğal ve ayrılmaz uzantısı gibi değerlendiren idare mahkemesi kararını, "maddi ve manevi tazminat davalarının konularının, kapsamlarının ve amaçlarının birbirinden tamamen ayrı olması ve idarenin doğan zararları tazminle yükümlü olup olmadığının değerlendirilmesinde, farklı ölçütlerin kullanılmasının gerekli bulunması" gerekçesiyle isabetli bulmamıştır. D.5.D., KT 8.5.1990, E 88/470, K.90/929, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 179. Ayrıca bkz. **ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İstanbul 1966, s. 1754 vd.; **GÜRAN,** s. 160 vd.; **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER,** m.2/sn.345-357; **YENİÇE-ESİN,** s. 109 vd.; **MÜDERRİSOĞLU** Hakkı, Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü, Ankara 1978, s. 754 vd.

Tam yargı davalarında tazminat miktarı, davacının talebi ile sınırlıdır[37]. Başka bir ifade ile hükmolunacak tazminat miktarı hiçbir zaman davacının talep ettiği miktarı aşamaz[38]. Bu durum yargı merciinin, tarafların iddia ve savunmaları dışında, talebi aşan bir karar verememesi yolundaki usul hukuku esasının[39] bir gereği olmasından başka, istenen tazminat miktarının dava dilekçesinde gösterilmesini zorunlu kılan 2577 sayılı Kanun'un m.3/2-d hükmü sonucudur. Ancak, uygulamada zaman zaman bir takım haksızlıkların ortaya çıktığı da görülmektedir. Son derece teknik bir konu olan ve mahkemece dahi bilirkişi marifetiyle tespit edilen zarar miktarının davacı tarafından belirlenmesi, özellikle destekten yoksun kalma, hayat boyu süren veya olayın uzantısı zararların giderilmesine yönelik tazminat taleplerinde "gerçek zararın tesbiti" açısından sağlıklı bir belirleme olmamaktadır [40]. Bu bakımdan tam yargı davalarında davanın başlangıcında

---

37 **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER,** m.2/sn.372.

38 Ameliyat sırasında oksijen gazı yerine yanlışlıkla karbondioksit gazı verilmesi sonucu yakınlarını kaybeden davacılardan, ölenin oğlunun 35.000.000 TL, kızının ise 50.000.000 TL talebiyle açtıkları tam yargı davasında, bilirkişi incelemesi sonucu, oğlu için 122.570.000 TL, kızı içinse 94.279.000 TL zarar doğduğu anlaşılmasına rağmen mahkeme, "...istemi aşan tazminata hükmedilmesine olanak bulunmadığından" , istekle bağlı kalarak tazminata hükmetmiştir. KT 3.5.1995, E 94/3258, K 95/2379, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1121.

39 "İddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağı", medeni yargılama usulünün en önemli ilkelerindendir. Bu ilke, dilekçe sahibinin dilekçesiyle bağlılığını; davacı için, talep sonucunun genişletilememesi, niteliğinin değiştirilememesi, taraflarda değişiklik yapılamaması ve dava sebebinin genişletilememesi/değiştirilememesi konularını; davalı içinse savunma nedenlerinin sonradan genişletilememesi/değiştirilememesi anlamını taşır. **YILMAZ** Ejder, "İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/ Değiştirilmesi Yasağı", ABD, Y. 1983, Sy. 3-4, s. 11-12.

40 Bazen gerçek zararla, talep edilen zarar arasında uçurumlar olabilmektedir. Sol kalça kemiği ameliyat edilmesi gerekirken, sağ kalçasının ameliyat edilmesi sonucu uğradığı 4.000.000 TL zararın tazmini talebiyle açtığı davada,

davacının teknik tazminat hesaplama bilgisine sahip olmaması, uğramış olduğu zarar sebebiyle konu üzerine dikkatinin yoğunlaşamaması, hukuki bilgisinin eksikliği gibi sebeplerle tazminat miktarını tam olarak tespit edememesi halinde "istekle bağlılık ilkesi" nin katı bir şekilde uygulanması, hem idari yargılama usulünün temel özelliklerinden olan "re'sen tahkik ilkesi" ile [41] hem de tam yargı davalarının hukuk devleti ilkesi bakımından idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun denetiminde, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan, vazgeçilmez, etkin bir denetim aracı ve önemli bir müeyyide olması özelliğine aykırıdır [42].

---

davacının gerçek zararının, mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda 853.000.000 TL olduğu, yani 213 kat daha fazla olduğu tespit edilmiştir. D.10.D., KT 10.10.1996, E 95/934, K 96/5933, D.D., Y. 27, Sy. 93, 1997, s. 524.

41 Aslında 2577 sayılı İdari yargılama Usul Kanunu, hukuki nitelendirme konusunda hakime serbesti tanıyan "re'sen tahkik ilkesi" nin sonucu olarak, "taraf hakimiyeti prensibi" nin geçerli olduğu medeni usul hukukundan pek çok konuda farklı düzenlemeler getirmiştir. Örneğin idari yargıda, davacının dilekçesinde yanlış hasım göstermiş, hatta hiç hasım göstermemiş olması, onun için hak kaybına sebep olmamaktadır. Medeni usul hukukunda davalının yanlış gösterilmesi davanın reddi sebebi iken 2577 sayılı Kanun'un m 15/1 (c) bendine göre idari yargı mercii, "... davanın hasım gösterilmeden ya da yanlış hasım gösterilerek açılması halinde , dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine" kendiliğinden karar verir. Benzer durum idari merci tecavüzü ve idari yargının kendi içindeki görev ve yetki konusunda da geçerlidir.

42 **YILMAZ** , s. 24-30. Zabunoğlu ise, "iddia ve savunmanın teksifi" nin ilk bakışta idari yargı hukuku ile bağdaşmaz gibi görünmekle birlikte, aslında davaların hızlandırılması, taraflara davayı savsama ve uzatma olanağının verilmemesi amacına yönelik olduğunu, bu sebeple de istekle bağlılık ilkesinin tam yargı davalarında bile ilke olarak re'sen tahkik ilkesine feda edilmemesi gerektiği görüşündedir. **ZABUNOĞLU** Yahya, "İdari Yargılama Usulü Genel İlkeler Pozitif Düzenlemeler", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-12 Haziran 1982, s. 95, 96-97. Ancak Zabunoğlu, bir soruyu sormaktan da kendini alamamaktadır: "... vergi uyuşmazlıklarında veya bir kısım tam yargı davalarında, re'sen tahkik ilkesinin varlığı, davacının pek iyi veya özenli bir

Günümüzde medeni yargılama usulü sistemlerinde, "iddia ve savunmanın değiştirilmesi, genişletilmesi yasağı" (istekle bağlılık ilkesi), yargı yerlerince katı bir şekilde uygulanmamakta, hatta bu konudaki kural, istisna haline gelmiş görünmektedir[43]. Yargılama usulü ile ilgili kurallar, yargılamanın amacı olan "maddi gerçekliğe" ulaşmada amaç değil, araçtırlar. Bu sebeple iddia ve savunmanın değiştirilmesi, genişletilmesi yasağına istisna getirilmeli[44]; davacının tam yargı davasını açarken tazminat miktarını yanlış hesap etmiş, dava sırasında ise bilirkişinin zarar miktarını talep edilenden fazla belirlemiş olması durumunda, ya "fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması" kabul edilmeli ya da yeni talep üzerine başlangıçta istenen miktarın artırılmasına imkân tanınmalıdır.

Uygulamada istekle bağlılık ilkesini, "kamu görevlilerini ilgilendiren mevzuat dolayısıyla zararın tespit edilememesi

---

biçimde belirtemediği dava ve istemini, ëdavacının asıl istediği veya muradı budur' biçiminde bir anlayışla bir çeşit iyileştirmeye olanak verebilir mi?", s. 97.

43 **YILMAZ**, s. 22-23.

44 İddia ve savunmanın değiştirilmesi, genişletilmesi yasağının medeni yargılama usulündeki en önemli istinası "ıslah" tır. Islahla yasağın ortaya çıkardığı sakıncalar giderilmekte ve yasak yumuşatılmaktadır. **YILMAZ**, s. 20. Istekle bağlılık ilkesini İdari Yargılama Usul Kanunu (Verwaltungsgerichtsordnung) 88. maddede "Mahkeme, davada talepten fazlaya karar veremez; ancak, dava dilekçesiyle de bağlı değildir" şeklinde düzenleyen Alman İdari Yargılama Hukukunda usul ekonomisi ve tarafları korumak düşüncesinden hareketle ilkeye istisna getirilerek, aynı Kanun'un 91. maddesinde "davanın ıslahı" hüküm altına alınmıştır. Maddeye göre: "Diğer taraf kabul ederse veya mahkeme uygun görürse davanın değiştirilmesi (ıslahı) mümkündür". **KOPP** Ferdinand O., Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl., München 1992, § 91, rdn. 1, **EYERMANN** Erich-**FRÖHLER** Ludwig-**KORMANN** Joachim, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Aufl., München 1989, § 91, rdn. 1-6; **KUHLA** Wolfgang-**HİTTENBRINK** Jost, Verwaltungsprozess, München 1995, E, rdn. 82-90.

nedeniyle uyuşmazlık konusu miktarın dilekçede gösterilmemiş olmasının iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasını engellemeyeceği" içtihadı dışında, katı bir şekilde uygulayan Danıştay[45], çözümü idari yargının görev alanına girdiği halde adli ya da askeri yargıda açılan ve görev noktasından reddedilerek 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra otuz gün içinde görevli ve yetkili idari yargı merciinde açtığı davada dahi, görevsiz mahkemede talep edilen miktarla kendini sınırlamaktadır[46]. Buna karşılık, medeni yargılama usulünde iddia ve savunmanın değiştirilmesi, genişletilmesi yasağı, iddianın yapıldığı tarihten itibaren başlamaktayken idari yargıda 2577 sayılı Kanun'un m.16/4 hükmü uyarınca davacı, dava açma süresi içinde yeni bir talep de bulunabilecektir[47].

Tazminat davalarında talep, sadece paradır. Zira idari yargıda maddi ve manevi tazminat ancak parayla

---

45 Aslında Danıştay da kuralın katı bir şekilde uygulanmasının sakıncalarının farkındadır. "Tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın, buna ilişkin kararlarda da hükmedilen tazminatın miktarının gösterileceğine ilişkin kuralların katı bir biçimde ve mutlak olarak yorumlanması halinde, bazı işlemler karşısında yasanın tam yargı davası için açtığı yollar işlerlik kazanamamaktadır. Örneğin yasanın iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılabilmesi için tanıdığı imkân, memurlarla ilgili idari işlemler söz konusu olduğunda kullanılamaz hale gelmektedir. ...yasaya işlerlik kazandırmak için, uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde, hükmedilen tazminat miktarının ilâmda gösterileceğine ilişkin hükümleri daha yumuşak yorumlamak, yani bu hükümlerin zarar miktarının davanın açıldığı tarihte tespit edilebildiği halleri kapsadığını kabul etmek gerekir." D.İ.B.K., KT 29.12.1983, E 83/1, K 83/10, D.D., Y. 14, Sy. 54-55, 1984, s. 132-133.

46 D.12.D., KT 9.3.1966, E 66/468, K 66/866, D.12.D.K., C. II, kn. 2656; D.12.D., KT 29.5.1971, E 69/2489, K 71/1396, D.12.D.K.., C. II, kn. 2762; D.12.D., KT 20.3.1968, E 66/1173, K 68/612, D.12.D.K., C. II, kn. 2829; D.9.D., KT 23.12.1972, E 71/2862, K 72/2310, D.D., Y. 3, Sy. 11, s. 320.

47 **YILMAZ**, s. 18.

karşılanmaktadır[48]. Bu konuda Türk Danıştayı, Fransız Danıştayı gibi, paranın dışında diğer tazmin yollarına gitmemektedir[49].

A. MADDİ TAZMİNATIN HESAPLANMASI

Tazminat hesaplanırken yargı mercii, olayın özelliklerini, yerini, zamanını göz önünde bulundurmakta bir takım objektif ölçülere müracaat etmektedir. Güran bu ölçütlerin önemli bir bölümünü Danıştay kararlarından örneklerle şu şekilde belirtmektedir[50]: " ... Zarar görenin gelir vergisi beyannameleri ve geçmiş ...defterleri, mal stoku bildirimleri, eksilme payları, o çaptaki ticarethanenin kasa mevcudunun ne olması gerekeceği; araçta, evde ayrıca değer kaybı olup olmadığı; ölüm nedeniyle ilerde yoksun kalınacak yardım; infak, iaşe, ibate ve yarım kalmış öğrenimin devam ettirilmesi; eylemle irtibatlandırılabilen diğer giderler; kamulaştırmada rızaen satışta anlaşmaya varılan fiyatın arazinin gerçek değerinden az olabileceğinin de hesaba katılması; olayın ağırlığının zararın ağırlığının tazminat miktarını da etkileyebileceği; çalışma gücünde sakatlık nedeniyle meydana gelen kayıp yüzdesi; rayiç ücretlere, aylıklara, fiyatlara itibar edilmesi; zararın miktarını saptarken önceki benzer durumlarla rakamların nazara alınması... gibi".

Maddi tazminatın konusunu oluşturan maddi zararlar,

---

48 **GÜRAN,** bu durumu eleştirmekte ve şöyle demektedir: "Halbuki verilen maddi ya da manevi zararın giderimi konusunda parasal tazminata mahkumiyetin yetersiz kalabileceği veya fazla bir anlam ifade etmeyeceği ve âdeta yegâne çözümün belli bir miktar TL ödenmesinden ibaret olmayacağı durumlarda, tam yargı davalarının diğer giderim yollarından yararlanılması düşünülmeli; örneğin İdareyi bir edimde bulunmaya mahkum eden yöntemler geliştirilmelidir". s. 158-159.

49 **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER,** m.2/sn.371.

50 **GÜRAN,** s. 160.

mala ya da beden bütünlüğüne yönelik olabilir [51].

1. Mala Yönelik Zararlarda Maddi Tazminat

İdarenin faaliyeti, iktisadi değere sahip olan bir malın tamamen yok olmasına sebebiyet verebileceği gibi, hasara uğramasına ya da kullanılamamasına neden olabilir. Tamamen yok olma, malın bir daha kullanılamayacak, onarılamayacak derecede tahrip olmasıdır[52]. Malın yok olmasında maddi tazminat miktarını hesaplarken, o malın olağan kullanıma göre değer kaybedip kaybetmediğine bakmak gerekir. Örneğin bir tabloda olduğu gibi eğer malın değerinde bir azalma olmuyorsa, tazminatın hesabında, malın "ikame" değeri esas alınır [53]. Bina, otomobil gibi zamanla kullanılma sonucu değer kaybeden mallarda ise, malın maddi ve hukuki niteliği de dikkate alınarak, "yıpranma payı" düşülür [54].

Bir malın kısmen yok olması ya da tahrip olması ise onun tamir edilebilir nitelikte hasara uğradığı anlamına gelir[55]. Bu gibi durumlarda maddi tazminat kapsamına tamir

---

51 **BREHM**, Art 41, rdn. 77.

52 **BREHM**, Art 42, rdn. 25; **EREN**, s. 318. Bu anlamda malın tamir masrafının, değerinden fazla olması halinde de mal, yok olmuş sayılır.

53 **DESCHENAUX -TERCIER**, s. 185.

54 "...davacıların... Otelin, ... Restaurantın ve 1971 model Ford marka otomobilin yanması sonucu uğradıkları maddi zararın tesbiti açısından ...yeni yaptırılacak bilirkişi incelemesinde otelin iki yıldızlı, restaurantın 2. sınıf restaurant turizm işletme belgesine sahip olduğu da dikkate alınmak ve yıpranma payları düşülmek suretiyle maddi zararın tesbiti gerekir." D.10.D., KT 12.7.1995, E 94/7359, K 95/3559, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1113-1114. Danıştay, bir başka kararda ise "on senelik araba için değer düşmesi" olmayacağı düşüncesindedir. D.12.D. KT 14.9.1966, E 65/3579, K 66/2505, D.12.D.K.., C. II, kn. 2813.

55 **BREHM**, Art 42, rdn. 20; **EREN**, s. 319.

masrafları[56] ve meydana gelen hasar sebebiyle maldaki değer kaybı girer[57].

Ekonomik değer taşıyan bir hakkın kullanılamaması [58] ya da ondan yararlanma oranının azalması sebebiyle yoksun kalınan kâr[59] ve gelir kaybı mala yönelik zararlar arasındadır[60]. Hakkın kullanılması sırasında kişinin iyiniyetle yaptığı harcamalar da tazminatın hesabında dikkate alınır [61].

---

56 D.12.D. KT 20.4.1970, E 68/2122, K 70/818, D.12.D.K.., C. II, kn. 2670. Danıştay, tamir masraflarının tazminine karar verirken, eleştiriye açık bir şekilde, zorunlu durumları dikkate almaktadır. Davacının tuğla yapım yerinin idarenin kusuru sebebiyle su baskınına maruz kalması sonucu uğranılan zararın tazminine karar veren Danıştay, "...yaz mevsimi nedeniyle toprağın suyu emeceği gözönüne alınarak suların boşaltılması için istenen masraf tutarına ilişkin istemin reddine" karar vermiştir. D.12.D. KT 10.3.1973, E 71/3366, K 73/709, D.12.D.K., C. II, kn. 2798.

57 "... arabanın değerinin 45.000 lira olup, tamir sonucunda % 5 değer kaybına uğrayacağı bildirildiğinden 2.250 lira değer kaybı karşılığı olarak, cem'an 28.097 lira tazminatın davalıdan alınarak..." ." D.12.D., KT 19.4.1972, E 71/334, K 72/1150, **ESİN** s. 127; D.12.D., KT 31.5.1966, E 66/738, K 66/2049, D.12.D.K., C. II, kn. 2872; D.12.D., KT 13.2.1973, E 71/1718, K 73/330, D.12.D.K., C. II, kn. 2879.

58 D.D.D.K., KT 6.1.1967, E 66/494, K 67/7, D.D.D.K.K., kn. 841; D.8.D., KT 23.11.1967, E 62/1785, K 67/ 3797, D.8.D.K., kn. 1605.

59 D.D.D.K., KT 16.2.1973, E 71/611, K 73/128, D.D.D.K.K., kn. 852. Ancak yoksun kalınan kârın, hukuki sebebe dayanması gerekir. Bu nedenle Danıştay 6831 sayılı Kanun'a göre el konulan Kamyonu sebebiyle davacının, yoksun kalınan kâr talebini reddetmiştir. D.12.D. KT 9.5.1967, E 66/1835, K 67/778, D.12.D.K.., C. II, kn. 2801. Danıştay bir başka kararında ise yoksun kalınan kârın, idare hukuku ilkelerine göre tazmininin mümkün olmayacağını belirtmiştir. D.8.D., KT 23.11.1967, E 62/1785, K 67/3797, D.8.D.K., kn. 1605.

60 D.12.D. KT 6.11.1967, E 67/517, K 67/1776, D.12.D.K.., C. II, kn. 2727; D.12.D. KT 26.1.1970, E 69/1930, K 70/141, D.12.D.K.., C. II, kn. 2728; D.12.D., KT 8.5.1968, E 67/85, K 68/1070, D.12.D.K., C. II, kn. 2846; D.12.D., KT 20.3.1968, E 66/1088, K 68/609, D.12.D.K., C. II, kn. 2803. Ancak Danıştay, davacının kiralamış olduğu ılıcaya, idarenin kusurlu faaliyeti sonucu soğuk suların karışması ile ılıcanın kullanılamaz duruma gelmesi üzerine açılan davada, yoksun kalınan kârı dikkate almayarak, kira bedeli üzerinden tazminata

Danıştay, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu yangın sebebiyle oteli ve restoranı tamamen yanan davacının sadece zarar sebebiyle meydana gelen hasarın değil, otel ve restoranın yeniden işletmeye açılmasına kadar geçecek olan sürede uğranılan gelir kaybının da idarece tazminine karar vermiştir[62]. Yine Danıştay'a göre idarenin, kamu görevlisinin göreve atama işlemini geciktirmesi sebebiyle uğradığı maaş kaybı ve buna bağlı parasal haklarını tazminat olarak ödemesi gerekir[63]. İdare mahkemesinin, davalı idarenin gerekli işlemleri geç yürütmesi sebebiyle davacının fabrikasını kuramaması sonucu uğradığını iddia ettiği "kar mahrumiyeti ve iktisadi kayıp" için açtığı tazminat davasında, bu talebi, doğmuş gerçek bir zarar olarak görmeyip reddetmesi üzerine Danıştay, "fabrika makinalarının geç teslimi nedeniyle fabrikanın kurulamaması sonucu davacı şirketin iktisadi kayba uğradığı" nın açık olduğundan bahisle idare mahkemesi kararının bu kısmını bozmuştur[64].

---

hükmetmiştir. D.12.D., KT 14.10.1967, E 65/3254, K 67/1581, D.12.D.K., C. II, kn. 2900.

61 D.8.D., KT 23.11.1967, E 62/1785, K 67/ 3797, D.8.D.K., kn. 1605.

62 Danıştay'a göre "...bir ticari kurumun belirli bir dönemde ne kadar gelir elde edeceği hususu tamamen teknik ve ticari bir konu olması nedeniyle ...otelin ve restaurantın vasıfları ile çevrede o dönemki iş yoğunluğu, emsal araştırması yapılmak suretiyle konunun uzmanı bilirkişilere yaptırılacak inceleme sonucu karar verilmesi gerekir." D.10.D., KT 12.7.1995, E 94/7359, K 95/3559, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1114.

63 D.5.D., KT 16.2.1987, E 86/1111, K 87/221, D.D., Y. 18, Sy. 68-69, 1988, s. 347; D.10.D., KT 14.10.1987, E 85/274, K 87/1631, D.D., Y. 18, Sy. 70-71, 1988, s. 560; D.D.D.K., KT 18.3.1977, E 76/408, K 77/137, D.D.D.K.K., kn. 850; D.D.D.K., KT 4.10.1974, E 74/153, K 74/660, D.D.D.K.K., kn. 861; D.D.D.K., KT 31.1.1969, E 67/727, K 69/78, D.D.D.K.K., kn. 845; D.D.D.K., KT 18.3.1977, E 76/408, K 77/137, D.D.D.K.K., kn. 850;

64 D.10.D., KT 27.4.1992, E 90/3519, K 92/1587, (yayınlanmadı). Kararda Danıştay, fabrika arsasının ve binalarının değerinin çok altında satılmış olmasını da iktisadi kayıp içinde değerlendirmiştir. Danıştay bir başka

2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Zararlarda Maddi Tazminat

Beden bütünlüğüne yönelik zararlarsa, zarar görenin fiziksel bütünlüğünün veya aktivitesinin ya da akıl sağlamlığının eksilmesini ifade eder[65]. Bunlar karşımıza bir uzvun kırılması, yaralanması, fonksiyonlarını yerine getiremez hale gelmesi, sinir bozuklukları, çirkinleşme gibi şekillerde çıkabilir. Bu durumda zararın kapsamına, zarar görenin çalışma yeteneğini tamamen veya kısmen kaybetmesi sonucu uğradığı zarar, ekonomik geleceği açısından söz konusu olan zararlar ve tedavi harcamaları girer[66].

Çalışma gücünün kısmen veya tamamen kalkması durumunda tazminat miktarı, ileriye yönelik olarak ve çalışma gücündeki azalmanın oranına[67], zarar görenin muhtemel çalışma ve yaşam süresine, o ana kadar ki tedavi giderleri ve kendisine ileride tıbbi müdahale ve tedavi gerekip gerekmediğine ve başka bir iş yapabilme yeteneğine göre tespit edilecektir[68].

---

kararında ise baraj inşaatı yapımı sırasında dolgu ve hafriyat çalışmalarının davacının alabalık tesislerindeki suyun kirlenmesine yol açması sonucu balıklarının ölümüne sebep olması üzerine açılan davada, sadece tesisin devamlılığı ve kapasitesi göz önünde bulundurularak hasarın değil, işletmedeki kurtarma çalışmalarında kullanılan su motorlarının yakıt ve elektrik masraflarının da tazminatın hesabında dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. D.10.D., KT 7.6.1990, E 89/2476, K 90/1342, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 356-357.

65 **BREHM**, Art 46, rdn. 6; **DESCHENAUX -TERCIER**, s. 188.

66 D.12.D., KT 16.1.1968, E 67/1143, K 68/28, D.12.D.K., C. II, kn. 2824; D.12.D., KT 12.9.1968, E 66/814, K 68/1606, D.12.D.K., C. II, kn. 2865; D.10.D., KT 16.9.1992, E 90/3640, K 92/3033, D.D., Y. 23, Sy. 87, 1993, s. 543.

67 "... Yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen ...bilirkişi raporunda, dava konusu olay dolayısıyla % 56 fonksiyon kaybı olan davacının maddi zararı..." D.10.D., KT 16.1.1985, E 82/2908, K 85/26, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 461-462.

68 **ESİN** s. 448. Ayrıca bkz. D.10.D., KT 10.10.1996, E 95/934, K 96/5933, D.D., Y. 27, Sy. 93, 1997, s. 524.

Beden bütünlüğüne yönelik olmakla birlikte, çalışma gücünde azalmaya sebep olmayan, fakat zarar görenin mesleği gereği kendisinde fiziki etkiler bırakan bazı zararların da tazmin edilmesi gerekir[69].

3. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat

İdari yargıda maddi tazminat sebeplerinden bir tanesi de ölümdür. Ölüm sonucu ortaya çıkan zararlarsa, defin giderleri ve ölenin, sağlığında destek olduğu kişilerin uğramış oldukları zararlardır.

Ölüm sonucu defin giderleri, taşıma, mezar yeri, dini tören ve yemek harcamaları gibi giderleri kapsamaktadır. Bu harcamalar terekede eksilme meydana getirdiği için mirasçılar tarafından talep edilebilecek giderlerdir. Ancak, tazmin talebinde bulunulacak bu giderlerin, ölen kişinin ekonomik ve sosyal durumuna, dini inancına uygun olması gerekir[70]. Danıştay da ölenin hastane, nakil ve defin harcamalarına karşılık maddi tazminata hükmetmektedir[71].

İdarenin, faaliyeti sonucu ölen kişinin, hayattayken maddi yardım ve desteğindeki kişilerin zararlarını da, tazmin etmesi gerekir. Bu gibi durumlarda idarenin tazminle yükümlü tutulacağı ölüm olayı nedeniyle uğranılan maddi zarar, ölenin desteğinden yoksunluk olarak gerçekleşmektedir. Bu zararın tazmin edilebilmesi içinse, tazmin talebinde bulunanın, ölenin sağlığında maddi desteğinden faydalandığının tespit edilmesi

---

69 Örneğin bir sinema yıldızının güzelliğinin bozulması, sunucunun ses tellerinin zedelenmesi gibi. **TANDOĞAN**, s. 292.

70 **EREN**, s. 331-332.

71 **ESİN** s. 81; D.12.D. KT 18.11.1968, E 67/2767, K 68/2118, D.12.D.K.., C. II, kn. 2774; D.12.D. KT 7.11.1967, E 67/1236, K 67/1779, D.12.D.K.., C. II, kn. 2684.

farkı gözetmeksizin, eşinin ölümü üzerine destekten yoksun kalan diğer eş[78]; fiilen destek olunması ve bu desteğin ispat edilebilir olması halinde, kardeşler de destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler[79]. Danıştay, bazı kararlarında tazminata hükmetmek için ölenle talepte bulunan arasında nafaka yükümlülüğü ilişkisi aramakta ve "bakmakla yükümlü olunan kişiler" in belirlenmesi konusunda kendine Medeni Kanun'un 315. maddesini dayanak almaktadır[80]. Buna karşılık Danıştay, ölenle aralarında hukuki evlilik bağı bulunmayan,

---

78 D.10.D., KT 24.11.1982, E 82/2425, K 82/2354, **GÜLEÇ**, s. 39; D.12.D., KT 15.12.1970, E 69/2521, K 70 /2314, **ESİN**, s. 115.

79 **BREHM**, Art 45, rdn. 154,184-185; **EREN**, s. 337. Kardeşlere ödenecek destekten yoksun kalma tazminatı konusunda Danıştay'ın daha hassas davrandığını, derinlemesine araştırma yaptığını görüyoruz. Bekâr olan ve anne-babasının ölümü sebebiyle çocukluğundan beri dul ablasıyla birlikte oturan kişinin, askeri eğitim uçağının eğitim sırasında üzerine düşmesi sonucu ölmesi üzerine, ablasının açtığı tam yargı davasında Danıştay, ablanın destekten yoksun kalma sebebiyle dava açabileceğini kabul ederek, "bu zararın tazmin edilebilmesi içinse , tazminat isteminde bulunanın, ölenin sağlığında maddi desteğinden faydalandığının saptanması zorunludur" diyerek, "ölenin ... bir tüp gaz bayiinde tüp dağıtıcısı olarak ayda brüt 27.000 lira ücretle çalıştığı; Davacının ise yine ölüm tarihinde, vefat eden eşinden dolayı sosyal güvenlik kurumundan 30.818 lira dul aylığı aldığı eşinin sağlığında işlettiği büfenin işleticiliğine devam ettiği ve kendi beyanına göre ayda net 10.000 lira gelir elde ettiği büfeyi ... 600.000 lira hava parası karşılığı devrettiği anlaşıl(dığından) ...ölenin, kendi masraflarından ayrı olarak davacıya desteğinin bulunmadığı ... asıl itibariyle davacının maddi desteğiyle yaşamını sürdürdüğü" gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiştir. D.10.D., KT 6.12.1993, E 92/4392, K 93/4999, D.D., Y. 25, Sy. 89, 1995, s. 596.

80 "Ölenin üvey annesi Melek Sert'in tazminat isteminin, Medeni Kanun'un 315. maddesi gereğince ölenin bakmakla yükümlü olmaması nedeniyle reddine..." D.10.D., KT 22.5.1985, E 82/3322, K 85/1065, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 466. Danıştay, aynı davada manevi tazminat talebini kabul etmiş ve üvey anneye manevi tazminat verilmesine hükmetmiştir. "... ölenin kardeşleri olan ...'ın maddi tazminat istemlerinin ... Medeni Kanunun nafaka hükümlerini düzenleyen maddesi uyarınca ... reddine" D.10.D., KT 11.5.1983, E 82/2483, K 83/1106, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 496.

ancak ölümden önce birlikte yaşayan ve ölümle yardım ve destekten yoksun kalan kadın ile çocuklara tazminat ödenmesine karar vermektedir[81].

İdarenin sorumluluğu ile hukuki sorumluluğun birbirlerine yaklaşma eğilimi içinde oldukları şüphesizdir[82]. Hatta idarenin sorumluluğuna ilişkin bazı hükümler, medeni kanunlarda yer almaktadır[83]. Ancak idari rejimde idari yargı yerlerinin, doğrudan, idarenin sorumluluğu ile ilgili olmayan özel hukuk hükümlerine dayanarak karar vermesi kabul edilemez. Bu hükümlerden, idarenin sorumluluğu konusunda ancak esinlenilebilir. O halde, destekten yoksun kalma tazminatı konusunda da Danıştay'ın içtihadıyla gelişen uygulama çerçevesinde tazmin yükümlülüğünü, ölenle, talepte bulunan arasındaki kanuni ilişkilerle sınırlamak yerine, talepte bulunanın, ölenin sağlığında maddi desteğinden faydalanıp, faydalanmadığının tesbitine dayandırmak uygun olacaktır.

4. Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Önemli Hususlar

Bazı özel durumlar ve şartların varlığı halinde tazminat miktarında indirim yapılması ya da tazmin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkması mümkündür. Bunların başında,

---

81 "Her ne kadar davacılardan Muradiye Eylik'in ölen kişi ile aralarında nikâh akdi bulunmamakta ise de, bu iki kişinin uzun süre karı-koca gibi yaşamaları sonucunda üç çocuklarının bulunduğu, bunların bakım ve gözetimlerinin ölen kişi tarafından yapıldığı dosyadaki belgelerden anlaşılmakta olup, bu nedenle davacı Muradiye Eylik'in ölen kişinin desteğinden yoksun kaldığı ve zarara uğradığı açık bulunmaktadır." D.8.D., KT 24.12.1984, E 82/1857 K 84/1618, D.D., Y. 15, Sy. 58-59, 1985, s. 303-304. Ayrıca bkz. D.12.D., KT 21.10.1967, E 65/2767, K 67/1664, **ESİN**, s. 207; D.12.D. KT 29.3.1968, E 65/3645, K 68/735, D.12.D.K.., C. II, kn. 2694.

82 **DESCHENAUX -TERCIER**, s. 3.

83 Türk Medeni Kanunu, m. 819, 836, 917; İsviçre Federal Medeni Kanunu, m. 42, 426, 955; Alman Medeni Kanunu m. 839 gibi.

meydana gelen zararda, zarar görenin de kusurunun bulunması gelir[84]. Zarar görenin kendi kusuru, (ortak kusur, birlikte kusur, müterafik kusur) kendisine karşı yönelen idari faaliyetten zarar doğmasına ya da bu sebeple doğan zararın artmasına sebep olan kusurdur[85]. Zarar görenin tutum ve davranışı, zararla idare arasındaki illiyet bağını kesecek nitelikte ise idarenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır[86]. Zararın meydana gelmesinde idarenin yanında zarar görenin ortak kusuru da bulunuyorsa, başka bir ifadeyle zarar görenin tutum ve davranışı, zararın doğumuna yol açan tutum ve davranışlardan birisi ise, bu durum, idarenin tazmin yükümlülüğünde, zarar görenin ortak kusuru[87] oranında indirim yapılmasına neden olur[88].

---

84 Danıştay'a göre de "tazminata hükmedilirken, olayın meydana geliş şekline göre zarara uğrayan kişinin de kusurlu olup olmadığının araştırılması gerekmektedir". D.10.D., KT 7.6.1980, E 89/2476, K 90/1342, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 357.

85 Zarar görenin kendi kusurunun varlığından söz edebilmek için kendi davranışı ile zarara sebep olan olayın gerçekleşmesini kolaylaştırmış veya meydana gelen zararı önleyecek ya da azaltacak tedbirleri almamış olması gerekir. Y.H.G.K., KT 22.2.1984, E 81/ 4-652, K 84/132, Y.K.D., C. X, Sy.), 1984, s. 1334-1337.

86 D.10.D., KT 19.4.1983, E 82/589, K 83/893, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 500-501; D.10.D., KT 31.10.1983, E 82/2725, K 83/2125, D.D., Y. 14, Sy. 54-55, 1984, s. 391; D.8.D., KT 21.9.1984, E 82/2256, K 84/1193, D.D., Y. 15, Sy. 58-59, 1985, s. 306; D.10.D., KT 23.12.1992, E 92/365, K 92/4534, D.D., Y. 23, Sy. 87, 1993, s. 549; D.8.D., KT 21.12.1994, E 93/2838, K 94/3894, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 901-902; D.10.D., KT 6.11.1995, E 94/4415, K 95/5152, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1127; D.10.D., KT 20.11.1995, E 94/5015, K 95/5773, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1131-1132; D.10.D., KT 30.10.1996, E 95/5846, K 95656434, D.D., Y. 27, Sy. 93, 1997, s. 528-529.

87 Ortak kusur, orta zekada makul bir kimsenin kendi yararına sakınmak zorunda olduğu, düşüncesiz dikkatsiz hareket tarzıdır. Bu hareket tarzı kastî olabileceği gibi, ihmali de olabilir. **EREN**, s. 348. Ortak kusurun tesbitinde zarar görenin, zarardan sakınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçülere göre (kusurun objektifleştirilmesi) bir kusur

Kural olarak idare dışında yer alan üçüncü kişilerin vermiş olduğu zararlarda idarenin tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır[89]. Ancak idarenin gözetim ve denetimi altında iş gören imtiyaz sahibi, müteahhit gibi kişilerin, idare adına yürüttükleri işlerden doğan zararlar için idarenin tazmin yükümlülüğü devam etmektedir. İdarenin faaliyeti sonucu meydana gelen zarara, üçüncü kişilerin kusurunun katılması halinde ise idarenin sorumluluğu kendi kusuru oranındadır. Bu gibi durumlarda üçüncü kişiye karşı idari yargıda dava açmak mümkün olmadığı için kusura dayanan sorumlulukta idare, kusuru oranında tazminata mahkum edilmekte; kusursuz sorumluluk hallerinde ise üçüncü kişiye rücu hakkı saklı kalmak üzere zararın tamamından sorumlu olmaktadır[90].

Maddi tazminat miktarı hesaplanırken dikkat edilen hususlardan birisi de mücbir sebep ve beklenmeyen durumun varlığıdır. Mücbir sebep, önceden öngörülemeyen, normal hayat şartlarına göre önüne geçilemeyen, tamamen kişi ve idarenin iradesi dışında gelişen olayları; beklenmeyen durum ise yine öngörülemeyen, kişi ve idarenin iradesi dışında gerçekleşen ve fakat onun faaliyet alanı içinde olan, bu sebeple de aslında daha dikkatli olunabilirse önüne geçilebilecek olayları anlatır[91].

---

sayılıp sayılmayacağının açıklığa kavuşturulması gerekir. Y.4.H.D., KT 30.4.1984, E 84/3198, K 84/3471, Y.K.D., C. X, Sy. 7, 1984, s. 1028.

88 D.12.D., KT 26.2.1974, E 71/402, K 74/511, D.D., Y. 5, Sy. 16-17, 1975, s. 442; D.8.D., KT 26.1.1983, E 82/2490, K 83/120, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 389.

89 Danıştay da idareye atfı mümkün olmayan üçüncü şahsın kusurunun idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı görüşündedir. Bkz. D.12.D.K., C. II, kn. 3033-3040 arasında yer alan kararlar. **ESİN**, s. 233-237 de yer alan kararlar. **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER**, m.2/sn.367-370 deki kararlar.

90 **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER**, m.2/sn.366.

91 **YAYLA** Yıldızhan, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 48-49. Ayrıca bkz. **GÖZÜBÜYÜK** A. Pulat, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977.

Zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran, bu sebeple de idare ile zarar arasındaki illiyet bağını kesen mücbir sebep tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırır[92]. Beklenmeyen durum ise idarenin kusura dayanan sorumluluğunda, "kusur" söz konusu olmadığı için mücbir sebeple aynı sonucu doğurur. Buna karşılık beklenmeyen durumda olay, idarenin faaliyet alanı içinde geliştiğinden idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemez[93].

Maddi tazminat miktarını azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran bir başka durum ise zarar görenin, idarenin eylem veya işlemiyle hakkının ihlal edildiği dönemde, bu hak ihlaline bağlı olarak elde ettiği gelirdir[94]. Objektif esaslara göre tespit edilen zarar ve tazminatın miktarında, zarar görenin durumu ve olayın özel şartları göz önünde bulundurularak indirim yapılabilir. Bu hususta "denkleştirme" esası uygulanır. Yani zarar miktarı, ortaya çıkan zarar ve yararların denkleştirilmesi suretiyle tespit edilir. Bu durum bir Danıştay kararında çok güzel ifade edilmiştir: "İdari işlem veya eylem sonucu zarar gören ilgililerin malvarlığında aynı idari işlem veya eylem nedeniyle bir artış meydana gelmişse, bu artışın da göz önüne alınması, ortaya çıkan zarar ve yararın denkleştirilmesi suretiyle maddi zarar miktarlarının saptanması gerekir. Ancak böyle bir denkleştirilme yapılabilmesi için de, ilgilinin uğradığı zarar gibi, sağladığı yararında idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran idari eylemi veya işlemin uygun ve normal bir sonucu olması, zararla yarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması zorunludur. Zararı doğuran idari eylem veya işlemin sonucu olarak değil, başka bir nedenle ilgililerin malvarlığında

---

92 D.10.D., KT 11.11.1992, E 91/15, K 92/4321, D.D., Y. 23, Sy. 87, 1993, s. 546.

93 YAYLA, s. 49; **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER**, m.2/sn.361.

94 D.D.D.K., KT 31.1.1969, E 67/727, K 69/78, D.D.D.K.K., kn. 845; D.D.D.K., KT 25.6.1976, E 75/100, K 76/177, D.D.D.K.K., kn. 849.

bir artış olmuşsa, meydana gelen bu artışın, maddi zarar miktarından düşülmesi kabul edilemez"[95]. Dava konusu zararla ilgili olarak sigorta şirketi tarafından zarara karşılık ödenen sigorta bedelleri[96] ve varsa vergiler[97] de tazminat miktarından düşülür. Diğer taraftan tazminatın hesabında kullanılamaz hale gelen malın enkaz değeri de düşülür[98].

Tazminat davalarında, tazminatın tesbiti hususunda dayanılan delillerin önemi büyüktür. İdari yargı merciileri, objektif delillere göre değerlendirme yapar. Bu sebeple, zararın ve tazminat miktarının kolay ve doğru bir şekilde belirlenebilmesi için, doğduğu ileri sürülen maddi zararın kabul edilebilir, yani gerçek zararı tayine yeterli, inandırıcı belgelerle belgelendirilmesi gerekir[99]. Bunlar, keşif sonucu düzenlenmiş

---

95 D.10.D., KT 28.3.1984, E 83/945, K 84/663, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 407. İptal kararının geç uygulanması sebebiyle mağaza işletememek, satış yapamamak suretiyle uğranılan zararın tazmini için açılan davada Danıştay, bu dönemde karavanla yapılan satıştan elde edilen gelirin, mağaza işletmek suretiyle elde edilecek gelirden düşülmesi gerekeceğini ifade etmiştir. D.10.D., KT 25.10.1994, E 93/5339, K 94/5161, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1104. Ayrıca bkz. D.5.D., KT 12.12.1984, E 80/2745, K 84/4364, D.D., Y. 15, Sy. 58-59, 1985, s. 178. Bazen tazminata da hükmedilmeyecektir: "Davacının açıkta kaldığı süre içinde çalıştığı eğitim kurumundan elde ettiği gelir, iptal edilen idari işlem nedeniyle uğradığı maddi zarardan fazla olduğundan ortada idarenin tazminat ödemekle yükümlü tutulmasını gerektirir bir durum da bulunmamaktadır." D.5.D., KT 11.2.1988, E 86/744, K 88/461, D.D., Y. 19, Sy. 72-73, 1989, s. 279.

96 D.10.D., KT 20.11.1995, E 94/5015, K 95/5773, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1111.

97 D.D.D.K., KT 24.10.1969, E 69/387, K 69/705, D.D.D.K.K., kn. 847.

98 D.8.D., KT 23.11.1967, E 62/1785, K 67/ 3797, D.8.D.K., kn. 1605.

99 Danıştay da tazmini talep edilen harcamaların belgelenememesi durumunda, tazminat taleplerini reddetmektedir: "... yapıldığı iddia olunan bu harcamanın belgelendirilememesi karşısında, anılan meblağın tazminine olanak görülmemektedir. D.10.D., KT 1.5.1984, E 84/1041, K 84/910, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 400. Ayrıca bkz. D.D.D.K., KT 16.10.1970, E 69/616, K 70/ 538, D.D.D.K.K., kn. 859; D.10.D., KT 27.6.1994, E 93/1755, K 94/3100, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1094.

tutanak ve raporlar, bilirkişi raporları, vergi beyannameleri, işlem dosyaları, sağlık raporları, resmi kayıtlar ve makbuzlar ile buna benzer belgeler olabilir[100]. Bu durum ilk bakışta idari yargıdaki re'sen araştırma ilkesi ile çelişir gibi gözükmektedir. Ancak bu ilke tam yargı davalarında, özellikle sorumluluğun tesbiti ve taraflarca ileri sürülen iddia ve ortaya konulan delillerin araştırılması ile ilgili olarak karşımıza çıkar[101]. Buna karşılık, savunma ve karşı savunmaların davayı etkileyebilmesi için delillerin ve belgelerin en iyi şekilde ortaya konulması, böylece mahkemeye yardımcı olunması gerekir[102]. Zarar görenin, uğradığı maddi zararı ispat edecek belgeleri temin edememiş veya zamanında etmemiş olması durumunda ise idari yargı yeri, şartları değerlendirmek suretiyle uygun bir tazminatı takdir etmek yoluna gider.

Tazminat davalarında idari yargı yeri, zararın tesbiti ve hesaplanmasının özel bir bilgi gerektirmemesi ya da talep edilen zarar miktarının, ilk bakışta uğranılan zarardan daha az olduğunun anlaşılması[103] durumunda, tazminata kendisi, "takdiren" ve "maktuen" hükmetmektedir[104]. Zarar miktarının

---

100 **GÜRAN**, s. 161.

101 **ÇIRAKMAN** Erol, "Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-12 Haziran 1982, s. 110; **ZABUNOĞLU**, s. 96. "Tazminat istemiyle açılan davada hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk veya sosyal hasar kuramlarının uygulanabileceği koşulların olup olmadığının ise idarî yargı yerince re'sen inceleme yetkisi de kullanılarak saptanması zorunlu bulunmaktadır." D.10.D., KT 11.11.1992, E 90/361, K 92/3943, D.D., Y. 23, Sy. 87, 1993, s. 552.

102 **ÇIRAKMAN**, s. 110.

103 "Ortaya çıkan maddi zararın talep edilen zarardan çok fazla olduğu kanaatine varıldığından bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek görülmeyerek davacı tarafından talep edilen miktar olan ... liranın maddi tazminat olarak ... davacıya verilmesine..." D.6.D., KT 9.10.1984, E 83/365, K 84/2813, D.D., Y. 15, Sy. 58-59, 1985, s. 209.

104 Bkz. D.12.D.K., C. II, 2685, 2705, 2720, 2733, 2741, 2760, 2801, 2811, 2841, 2848, 2884, 2901 no'lu kararlar.

belirlenmesinin özel bilgi gerektirmesi[105], özellikle ölüm sebebi ile destekten yoksun kalma taleplerinde[106] ise sıkça karşımıza çıkan yol, bilirkişi incelemesidir[107]. Tazminat tutarının bilirkişi incelemesini gerektirdiği durumlarda, bazen mahkeme, bilirkişi incelemesinin kapsamını da belirlemektedir[108]. Tazminat miktarı belirlenirken idari yargı yerinin zaman zaman bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bazı resmi raporlara dayandığı da görülmektedir[109]. Ancak hemen belirtmek gerekir ki tazminata

---

105 **SKOURIS** Wassilios "Grundfragen des Sachverstaendigenbeweises im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess", AÖR, B. 107, 1982, s. 229.

106 **GÜRAN,** s. 162; D.10.D., KT 6.12.1993, E 92/4392, K 93/4999, D.D., Y. 25, Sy. 89, 1995, s. 596; D.10.D., KT 5.10.1994, E 93/4353, K 94/4566, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1086.

107 Bkz. D.12.D.K., C. II, 2682, 2687, 2691, 2698, 2712, 2722, 2736, 2745, 2749, 2753, 2755, 2758, 2775, 2777, 2778, 2779, 2781, 2790, 2792, 2797, 2799, 2814, 2832, 2842, 2849, 2852, 2855, 2859, 2864, 2868, 2870, 2877, 2888, 2891, 2893 no'lu kararlar. Ayrıca bkz. **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER,** m.2/sn.380-384 deki kararlar.

108 "Bilirkişi incelemesinde, otelin iki yıldızlı, restaurantın 2. sınıf restaurant turizm işletme belgesine sahip olduğuda dikkate alınmak ve yıpranma payları düşülmek suretiyle maddi zararın tesbiti gerekir. ... Bir ticari kurumun belirli bir dönemde ne kadar gelir elde edeceği hususu tamamen teknik ve ticarî bir konu olması sebebiyle ... otelin ve restaurantın vasıfları ile çevrede o dönemki iş yoğunluğu, emsal araştırması yapılmak suretiyle konunun uzmanı bilirkişilere yaptırılacak inceleme sonucu karar verilmesi gerekir." D.10.D., KT 12.7.1995, E 94/7359, K 95/3559, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1114.

109 Danıştay, polis tarafından düzenlenen trafik kazası tespit tutanağında gösterilen tahmini bedele dayanarak tazminatı belirleyen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görmemiş (D.10.D., KT 14.10.1992, E 91/2944, K 92/3603, D.D., Y. 23, Sy. 87, 1993, s. 538); buna karşılık davacının iki sene çalıştıramadığı değirmeni yüzünden uğradığı zararın, Ticaret ve Sanayi Odası yazısında belirtilen miktar üzerinden (D.12.D., KT 8.5. 1968, E 67/85, K 68/1070, D.12.D.K., C. II, kn. 2846); görevli jandarma erinin silahının patlaması sonucu uğradığı iş görme kaybına esas olarak da Devlet Hastanesince verilen sağlık kurulu raporundaki orana göre (D.10.D., KT 15.11.1995, E 95/2598, K 95/5629, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1133) tazminata karar vermiştir.

hükmedecek olan mahkeme, bilirkişi raporu veya resmi raporlarla bağlı değildir[110]. Davada önce bu bilirkişi raporları tartışılmakta ve gerekli görülürse, dikkate alınmadan ya başka bir ölçü göz önünde bulundurularak ya da takdiren tazminata hükmedilmektedir[111].

İdari yargı yeri, davalı idarenin ödeyeceği tazminata "kesin" ve "net" miktarlarda hükmeder. Yani bütün indirimler

---

110 "Buna göre, hakimin bilirkişi raporunda yazılı olan bilgi ve açıklamalardan, bu raporun sonucunun doğru olmadığını takdir edebilecek ölçüde bilgi sahibi olduğu ve konuyu bu bilgilerle çözümleyebildiği kanısına varılabiliyorsa, yeni bir bilirkişi incelemesi yoluna gitmeden de, bilirkişi raporundaki sonucun aksine bir karar verebileceği kabul edilmelidir. Başka bir deyimle yargıç bilirkişi raporunda varılan sonucu yeterli ve uygun görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik açıklamaların, kendisine bu dava için başlangıçta eksik olan özel ve teknik bilgiyi sağladığı, yani bu bilgilere raporu okuduktan sonra sahip olduğu kanaatine ulaşırsa, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan raporun aksine de karar verebilir. ...Bilirkişilik Müessesesi, hakime, önüne gelen ihtilafı çözmek için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi sağlamak amacı ile ortaya çıkmıştır. Yoksa bilirkişi raporunun sonucu, davayı sona erdirebilecek nitelikte bir karar değildir. Uyuşmazlığı çözen kararı verme görev ve yetkisi sadece hakime aittir." D.7.D., KT 20.11.1984, E 84/61, K 84/1778, D.D., Y. 15, Sy. 58-59, 1985, s. 230.

111 Danıştayca iptal edilen sinema tarifesinden dolayı uğradığı zararın tazmini için sinema sahibinin açtığı davada Danıştay, idarenin iptal edilen tarifenin hazırlanışındaki kusurunu da dikkate alarak, "eski ve yeni tarifeye göre sinemaya gidecek seyirci sayısı değişebileceğinden, iptal edilen tarifeye göre sinemaya gitmiş bulunan seyirci sayısı esas alınarak yapılan hesaba göre tazminata hükmedilemeyeceği" gerekçesiyle zarar karşılığı olarak takdiren tazminata hükmetmiştir. D.D.D.K., KT 16.2.1973, E 71/611, K 73/128, D.D.D.K.K., kn. 852. Ayrıca bkz. D.12.D., KT 5. 11. 1971, E 68/2563, K 71/2130, **ESİN**, s. 87; D.12.D., KT 30. 11. 1971, E 71/3311, K 71/2967, **ESİN**, s. 273; D.12.D., KT 15. 6. 1972, E 71/3141, K 72/1661, **ESİN**, s. 69; "yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda daha fazla meblağ belirtilmekle beraber, ölenin müterafik kusuru göz önünde tutularak takdiren ..." D.12.D., KT 3.2.1970, E 68/640, K 70/215, D.12.D.K., C. II, kn. 2705; "bilirkişi raporundaki miktara itibar edilmeyerek takdiren ve maktuen ..." D.12.D., KT 16.10 1967, E 65/4111, K 67/1591, D.12.D.K., C. II, kn. 2733.

veya ilâveler yapılarak nihai rakam ortaya konulur[112]. Zarar miktarının tesbitinde de kural olarak zararın doğduğu gün dikkate alınır[113]. Ancak tazminat davasında, davanın karara bağlanmasının gecikmesi ya da zararın geç öğrenilmesi halinde, dava tarihindeki zararın dikkate alındığı da görülmektedir[114].

---

112 **GÜRAN**, s. 166.

113 D.10.D., KT 29.11.1993, E 92/4084, K 93/4748 (Yayınlanmadı). Kararda muhalefet şerhi olan Erol **DÜNDAR** haklı olarak şöyle demektedir: "Kişinin istemi, dava tarihindeki zararın Türk Lirası karşılığını ifade etmektedir. Bu istemin karar tarihindeki reel değerinin tazmin edilebilmesi için ayrıca bir yasal dayanak aranmasına gerek yoktur. Anılan istemlerin, hakkaniyet ve nasafet ilkeleri çerçevesinde yargı yerinde değerlendirilmesi gerekir. ... Ülkemizde yaşanan enflasyon olgusu toplum yaşamının her kesimini etkilemektedir. Çalışanların aylık ve ücretleri enflasyona göre belirlenmeye çalışılmakta; özel hukukta ve gerekse kamu hukukunda enflasyon olgusu dikkate alınarak düzenlemeler yapılmaktadır. Kronikleşip, kurumlaşan enflasyon olgusunun, idare hukukunda da dikkate alınması zorunludur. Enflasyon olgusu göz ardı edilip, gerçek yaşamın gerisinde kalınarak yapılan idari yargı denetiminin etkinliğinden yaptırım gücünden söz etmeye olanak görülmemektedir. ...İdari yargıdaki tazminat davalarında da enflasyon olgusu değerlendirilip, gerçek zararın tazmini yoluna gidilmelidir. Davanın açıldığı tarihle davanın karara bağlandığı tarih arasında Türk lirasında meydana gelen değer kaybının davacı üzerine bırakılması, hakkaniyet ve nasafet ilkeleriyle bağdaştırılamaz.

114 "Ülkemizde yaşanan ve kronikleşip, kurumlaşan enflasyon olgusu nedeniyle Türk lirasında meydana gelen ve gerek niteliği, gerekse miktarı itibariyle 3095 sayılı Yasada düzenlenen yasal faizle karşılanamayan değer kaybının yol açtığı maliyetin davacıya yükletilmesi; hukukun genel ilkeleri ve idari yargıdaki tazminat davalarının amaçlarıyla bağdaştırılamaz. Bu durumda, tazminini istediği zararı para olarak ve Türk Lirası cinsinden tanımlamak zorunda olan davacının, uğradığı maddi zarar; kesinleşen yargı kararına rağmen iade edilemeyen otomobilin dava tarihindeki Türk Lirası karşılığı değeri olup; otomobilin 1977 yılındaki değerinin o tarihteki Türk Lirası karşılığı zararın tazmini yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." D.10.D., KT 28.10.1994, E 93/4139, K 94/5234 (Yayınlanmadı).

5. Maddi Tazminatta Faiz Uygulaması

Açılan tazminat davalarında, davacı tarafından dava dilekçesinde "faiz" talebinde bulunulmuşsa, idari yargı yeri, hükmettiği tazminata ek olarak faiz verilip verilmeyeceğine; verilecekse hangi tarihten itibaren verileceğine karar verir.

Danıştay, faiz konusunda da tazminata ilişkin kararlarda olduğu gibi, davacının talebiyle kendini bağlı hissetmemekte, buna karşılık, davacının talebini aşar şekilde faize hükmedilmesini de kabul etmemektedir[115].

Uygulamada, tazminat davalarında, faiz ödenmesinin hukuki dayanağı olarak, 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı Kısmi Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun' un kabul edildiği görülmektedir[116]. Kanun'un 1. maddesi ile o tarihe kadar % 5 olan kanuni faizi, % 30 a çıkarılmıştır[117]. 3095 sayılı Kanun' a göre bu oranı değiştirme yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulu, 97/9807 sayılı kararla bu oranın 1.1.1998 den itibaren % 50 ye çıkarılmasını kararlaştırmıştır. Yargı yerlerinin bilinen iş yükü sebebiyle, açılan davaların sonuçlanmasının uzun zaman alması, özellikle iptal davasından sonra açılan tam yargı davalarında, uzayan karar süresi sebebiyle davacının lehine sonuçlansa bile dava sonucu davacının gerçek zararının giderildiğini söylemek mümkün değildir. Tazminatla birlikte hükmedilecek % 30 faizin, ülkemizdeki enflasyon karşısında ne

---

115 D.5.D., KT 13.5.1991, E 91/938, K 91/877, D.D., Y. 22, Sy. 84-85, 1992, s. 349.

116 R.G., 19.12.1984, Sy. 18610

117 Danıştay, geçiş dönemine ilişkin davalarda faiz miktarını belirlerken Kanun'un yürürlüğe girdiği 19.12.1984 tarihine kadar % 5, bu tarihten sonrası içinse % 30 oranını uygulamak suretiyle faiz ödenmesine karar vermiştir. D.10.D., KT 10.10.1996, E 95/934, K 96/5933, D.D., Y. 27, Sy. 93, 1997, s. 524; D.10.D., KT 16.1.1985, E 82/2908, K 85/26, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 462.

derece yetersiz olduğu açıktır[118]. Bu gerçek karşısında aslında aynı zamanda hukuk devletinin bir aracı olan tam yargı davalarının, kendilerinden beklenen işlevi yerine getiremediği gerçektir.

Uygulanacak olan faiz, yargı yerince karara bağlanan dava sonucu hükmedilen tazminat miktarına ilişkindir. Yani, mahkeme hangi miktarda tazminata hükmetmişse ancak bu miktar için faiz ödenmesine karar verebilir. Bu anlamda, tazminatın neye ilişkin olduğunun önemi yoktur[119].

Bir dönem, faize başlangıç tarihi olarak olay tarihini[120] dikkate alan Danıştay, daha sonra dava tarihini[121] esas alarak faize hükmetmiştir. Son zamanlarda idarenin "temerrüt" tarihine göre faize karar veren Danıştay, bazı kararlarında idarenin yapılan başvuruyu reddettiği tarihi[122] başlangıç tarihi olarak kabul etmişse de ağırlıklı olarak "idareye başvuru tarihi" ni[123] göz önünde bulundurmaktadır.

---

118 D.İ.B.K., KT 29.12.1983, E 83/1, K 83/10, D.D., Y. 14, Sy. 54-55, 1984, s. 132-133.

119 Bir üyenin "faize faiz yürütülmesinin hukuki dayanağı yoktur" şeklindeki karşı oyuna rağmen Danıştay,idare tarafından haksız olarak tutulduğu tespit edilen meblağın, banka ticari faizinden yoksun kalındığı iddiası ile açılan davada faiz cinsinden tanımlanan zararın tazminine ve %30 kanuni faiz uygulanmasına karar vermiştir. D.10.D., KT 13.3.1997, E 95/6699, K 97/908, D.D., Y. 28, Sy. 94, 1998, s. 694-695.

120 D.6.D., KT 22.3.1982, E 78/4027, K 82/676, D.D., Y. 13, Sy. 48-49, 1983, s. 207; D.6.D., KT 7.11.1982, E 78/1400, K 82/3761, D.D., Y. 14, Sy. 50-51, 1983, s. 285; D.6.D., KT 7.4..1983, E 79/2653, K 83/1450, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 288.

121 D.8.D., KT 24.12.1984, E 82/1857, K 84/1618, D.D., Y. 15, Sy. 58-59, 1985, s. 304.

122 D.10.D., KT 7.6.1990, E 89/2476, K 90/1342, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 357; D.10.D., KT 21.12.1992, E 91/2327, K 92/4491, D.D., Y. 23, Sy. 87, 1993, s. 543.

123 D.5.D., KT 13.5.1991, E 91/938, K 91/877, D.D., Y. 22, Sy. 84-85, 1992, s. 349; D.10.D., KT 12.7.1995, E 94/7359, K 95/3559, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1115; D.10.D., KT 3.5.1995, E 94/3258, K 95/2379, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1122.

Danıştay'ın faizle ilgili yukarıda belirtilen uygulaması, çeşitli bakımlardan çelişkiler taşımaktadır. Tazminat genel olarak, zarardan, borçlunun sorumlu olduğu miktardır. Zarar miktarının belirlenmesinde ise kural olarak zararın doğduğu gün dikkate alınır. Tazminat miktarının olay anında ödenmesi imkânı olmadığı için olay tarihi ile ödeme tarihi arasında alacaktan yoksun kalmak sebebiyle bir "ek-zarar" oluşmaktadır[124]. Bu ek zarar, tazminatın ürünü olması sebebiyle temerrüt faizi olmayıp "tazminat faizi" dir[125]. Yargıtay içtihadına göre tazminat faizi, borçlunun temerrüdü ile ilgili olmayan ve tazminatı miktar itibarı ile tamamlamayı amaç tutan ve her geçen gün yeniden doğan bir ek zarardır. Başka bir anlatımla zararın karşılığının geç ödenmesi sebebiyle ortaya çıkan ek zararın karşılığıdır[126]. O halde tazminat faizi, doğrudan hükmolunan tazminat miktarı ile ilgilidir. Bunun doğal sonucu olarak da herşeyden önce idarenin temerrüdü dikkate alınarak değil, tazmin konusu zararın ortaya çıktığı an dikkate alınarak, yani olay anından itibaren hesaplanmalıdır[127]. Tazminat davalarının hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği sonuçları doğurabilmesi, uğranılan "gerçek zararın" tesbiti ve giderilmesiyle mümkün olacağına göre tazminat faizi oranının da gerçek zararı karşılar nitelikte belirlenmesi gerekir. Bu anlamda tazminat faizine, kanuni faiz oranını uygulamak, gerçek zararın belirlenmesi ilkesine uygun düşmemektedir. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesi, kanuni faizin uygulanma alanını, "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken haller" olarak belirlemiştir. Dolayısıyla idari yargıda tazmin borcuna, 3095

---

124 **İYİMAYA** Ahmet, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990, s. 192.

125 **BREHM**, Art 41, rdn. 99.

126 İYİMAYA, s. 193, dn. 5.

127 **BREHM**, Art 41, rdn. 99.

sayılı Kanun' daki kanuni faiz oranının uygulanması hukuki bir zorunluluk değildir[128]. İdareye tazminat talebiyle yapılan başvuruları, temerrüt faizindeki "ihtar şartı" nın gerçekleştirilmesi gibi değerlendirerek faizin başlangıcı olarak kimi zaman başvuru tarihini, kimi zamanda cevap tarihini dikkate alarak faiz oranı olarak, yine aynı Kanun' un 2. maddesindeki temerrüt faizi oranının[129] uygulanması da doğru değildir. Herşeyden önce idareye başvuru, idareye yapılan bir ihtar olmadığı gibi, temerrüt faizinin başlangıcı da temerrüdün varlığının ihtara gerek gösterip göstermemesine bağlı olarak ya ihtarın yapıldığı tarih ya da borcun "muaccel" olduğu tarih olmaktadır[130].

İdari yargı yerleri, tazminat davalarında tazminata faiz uygulamasında, "gerçek zararın belirlenmesi" ilkesine uygun olarak, mutlaka, ülkemizde yaşanan ve artık "kronik" hale gelen enflasyon olgusunu da dikkate alarak tazminat faizini belirlemelidirler. Zira, devletin alacaklarına, 6183 sayılı Kanun' un 51. maddesi uyarınca aylık % 9 faiz uyguladığı düşünüldüğünde kendi faaliyeti sebebiyle sorumlu olduğu tazmin borcuna, enflasyonun çok altında bir faiz oranı uygulaması hakkaniyete de aykırıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin 9 Temmuz 1997 tarihli, Türkiye' yi tazminata

---

128 Ancak hemen belirtmek gerekir ki özellikle Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tazminat faizinin, temerrüt faizinden farklı olduğunu benimsemiş olmasına rağmen uygulamada tazminat faizine temerrüt faizi oranlarını uygulamaktadır. **İYİMAYA**, s.202.

129 3095 sayılı Kanun, temerrüt faizi oranını, 1. Maddeye atıf yapmak suretiyle kanuni faiz oranı ile aynı olarak belirlemiştir.

130 **KARAHASAN**, s. 998. Yargıtayın istikrar kazanan içtihadına göre, haksız fiil sebebiyle açılacak davalarda ihtara gerek olmadığı gibi temerrüt, olay tarihinden itibaren başlayacaktır.

mahkum eden "Akkuş Kararı" nda[131] da, bu adaletsizlikten bahsedilmiş ve enflasyon oranının çok altında olan tazminat faizinin, tazminat tutarının ilgiliye geç ödenmesiyle birleşince, doğrudan kişinin mülkiyet hakkının zedelenmesi sonucunu doğurduğu vurgulanmıştır.

B. MANEVİ TAZMİNATIN HESAPLANMASI

Zarar görenin şahısvarlığını oluşturan değerlerde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin, yâni manevi zararın giderilmesi, duyduğu ıstırap, üzüntü ve sarsıntı sebebi ile yaşama zevki azalan kişiyi, maddi olarak tatmin etmeye yönelik olan manevi tazminat, konusu, kapsamı, amacı ve niteliği bakımından maddi tazminattan farklıdır[132]. Bu farklılık tazminatın hesaplanmasında ve uygulanacak ölçütlerde de karşımıza çıkar.

Manevi tazminatın kapsamına zarar görenin hem henüz çektiği, katlandığı, duyduğu manevi zararlar hem de ileride çekeceği, katlanacağı, duyacağı manevi zararlar girmektedir[133]. Hükmolunacak tazminat, çekilen üzüntü ve ıstırabı tamamen ortadan kaldırmamakla beraber, kısmen olsun telâfi edebilecek nitelikte olmalıdır. Böylece manevi tazminatta, gerçek zarar,

---

131 Türkiye' nin başını çok ağrıtacağa benzeyen bu kararda, enflasyonun % 70 lerin üzerinde olması karşısında, kamulaştırma bedelinin artırılması talebiyle ilgili davalarda, tazminat tutarının, taşınmazın kamulaştırıldığı andaki değerine göre belirlenmesinin ve bu tarihten itibaren kanuni faize hükmedilmesinin, kanuni faizin eflasyonun çok altında bir oran olmasının; taşınmaz malikininse, tazminata, normal sayılamayacak bir sürede kavuşmasının, Türkiye'nin 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun' la onayladığı "İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek 1 No' lu Protokol' ün 1. maddesine aykırı olduğunu belirtmektedir. Karar metni için bkz. İnternet Adres: http:// 194.250.50.200/eng/AKKUS.html.

132 D.5.D., KT 8.5.1990, E 88/470, K 90/929, D.D., Y. 21, Sy. 81, 1991, s. 179.

133 **GÜRAN**, s. 157.

hâlen gerçekleşmiş ve ilerde devam edecek manevi zararı içermekle birlikte, hem zararın miktarı, hem de buna karşılık ödenecek rakam bakımından kesinlik arz etmeyen, ölçülemeyen, zararın tamamını kapsayamayan bir nitelik taşımaktadır.

İdari yargı yerleri, maddi tazminatın hesaplanmasında olduğu gibi manevi tazminatın hesaplanmasında da temel ilkeler bakımından özel hukuk hükümlerinden esinlenmektedirler[134]. Ancak hemen belirtmek gerekir ki tazminatın hesaplanmasında esas olarak özellikle Danıştay içtihadıyla gelişen ve idare hukukunun gerektirdiği objektif kriterler uygulanmaktadır. Buna göre Danıştay, manevi zarar ve tazminat hesaplamalarında emsal olaylardan yararlanmakta ve karşılaştırmalar yapmaktadır[135]. Yine bu konuda zarara sebep olan idari eylem veya işlemin haksızlık derecesi, davacıda yarattığı maddi-manevi ıstırabın yoğunluğu ve sürekliliği, söz konusu tasarrufun zarar göreni ve sosyal çevresini etkileme derecesi ile zarar görenin sosyal durumu ve statüsünü dikkate almaktadır.

Zarara sebep olan idari faaliyet, kişinin vücut ve sağlık bütünlüğünü ihlal ediyorsa, bir özgürlüğünün elinden alınması ya da kişilik haklarına saldırı niteliğindeyse manevi tazminatın konusunu oluşturur[136]. Bu sebeple Danıştay içtihatları

---

134 Güran, haklı olarak, doğrudan Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine dayanan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararını eleştirmekte ve aslında Mahkemenin kendisinin ve Danıştay'ın geliştirdiği ilkelere dayanarak adalete, hakkaniyete ve nasafete uygun, başarılı çözümlere ulaşabileceğini ifade etmektedir. **GÜRAN** Sait, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne Göre Manevi Tazminat", İİSBFD, Y. 1, Sy. 1, 1983, s. 161 (dn. 14).

135 **GÜRAN,** s. 162. Benzer durum Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bakımından da geçerlidir. **GÜRAN,** Manevi Tazminat, s. 162.

136 **SCHOLZ -TREMML,** s. 145.

doğrultusunda manevi tazminatı gerektiren olayları, kişinin ölümü, beden bütünlüğüne yönelik zararlar, kişilik haklarına yönelen saldırılar ve mala yönelik zararlar olarak gruplandırabiliriz[137].

1. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat

İdarenin faaliyeti sonucu meydena gelen ölüm olayında, ölenin yakınları bakımından söz konusu olan manevi zararın giderilmesi için Danıştay, ölüm nedeniyle duyulan "acı ve elemden dolayı"[138], "elem ve ıstırabın karşılığı olarak"[139] ya da "elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmek" ve "acı ve üzüntünün kısmen de olsa karşılanması amacıyla"[140] manevi tazminata hükmetmektedir.

Ölüm nedeniyle manevi tazminatta, "olayın oluşum biçimi ve günümüz ekonomik koşulları da gözönünde bulundurularak"[141] tazminat hesaplanmaktadır. Ameliyat esnasında kendisine, oksijen yerine karbondioksit gazı verilerek ölümüne sebep olunan kişinin yakınlarının idare aleyhine açtıkları davada idari yargı yeri göz önünde bulundurulması gereken hususları şöyle belirlemiştir: "...idarenin ağır hizmet

---

137 Esin, ölüm, bedensel zarar ve kişilik haklarına saldırı ayırımı yapmakta, maddi bir mala verilen zararın kural olarak manevi tazminata yol açmayacağını, ancak kişi için çok özel olan ve zarara uğraması yüzünden kişinin manevi varlığında eksilme meydana getiren eşyaya yönelik zararın manevi tazminat gerektirebileceğini belirtmektedir. **ESİN,** s. 450, 453.

138 D.10.D., KT 11. 5. 1983, E 82/2483, K 83/1106, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 496.

139 D.10.D., KT 22.5.1985, E 82/3322, K 85/1065, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 466.

140 D.10.D., KT 28. 3. 1984, E 83/945, K 84/663, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 409; D.10.D., KT 16.1.1985, E 82/2908, K 85/26, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 462.

141 D.10.D., KT 2.2.1994, E 93/4354, K 94/411, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1084.

kusurunun tartışma gerektirmeyecek kadar açık olması, yanlış gaz solutma olayından sonra hastanın ...ölümü, ölenin ve davacıların yaş ve meslekleri ve oluşturdukları ailenin sosyal yapısı gibi etkenler"[142]. Kararda dikkati çeken husus tazminat hesabında, sadece ölenin değil, yakınlarının da statülerinin ve sosyal durumlarının etkili olduğudur[143]. Kararda vurgulanan diğer bir husus, idarenin kusuru ile meydana gelen ölüm olayında "ağır hizmet kusuru" nun varlığıdır[144]. Ancak manevi tazminat açısından kusurun derecesinin ya da varlığının önemi yoktur. Yani, ağır hizmet kusuru söz konusu olmasa[145] ya da olayda idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılsa[146] dahi ölüm sebebiyle tazminata hükmetmek mümkündür.

Destekten yoksun kalma tazminatında genellikle Borçlar Kanunu'nun nafaka ile ilgili hükümlerine dayanan Danıştay, ölüm nedeniyle manevi tazminatta, doğru bir yaklaşımla kendi geliştirdiği ilkeleri uygulamaktadır[147]. Ancak ölüm nedeniyle

---

142 D.10.D., KT 3.5.1995, E 94/3258, K 95/2379, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1121.

143 Danıştay bir başka kararında da doğrudan davacının sosyal durumu ve yaşama şartlarını dikkate alarak manevi tazminata hükmetmiştir. D.8. D., KT 20.10.1966, E 66/1609, K 66/2754, D.8.D.K., kn.1612.

144 Danıştay, başka kararlarında da zaman zaman ağır hizmet kusurunu vurgulamıştır. D.10.D., KT 2.2.1994, E 93/4354, K 94/411, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1084.

145 D.10.D., KT 22. 6. 1983, E 82/775, K 83/1596, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 493; D.10.D., KT 11. 5. 1983, E 82/2483, K 83/1106, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 496; D.10.D., KT 28. 3. 1984, E 83/945, K 84/663, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 409.

146 D.8. D., KT 5.5.1965, E 65/557, K 65/1974, D.8.D.K., kn.1609; D.10.D., KT 22.5.1985, E 82/3322, K 85/1065, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 466; D.10.D., KT 15.11.1995, E 95/2598, K 95/5629, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1133.

147 "Tazminatın hesabında aynı zamanda idare hukukunun özelliklerinin gözönünde tutulması gerekmektedir. Adli yargıdaki kurallar, ancak genel hukuk kuralları oldukları oranda ve idare hukuku alanında uygulanabildikleri ölçüde uygulama olanağı bulurlar. Bu itibarla Yargıtayın belli bir konuda verdiği kararın Danıştayı bağlayacağını düşünmek mümkün

manevi tazminatın ölenle hangi tür ilişki içinde bulunanlara verileceği konusunda Danıştay kararlarında birlik bulunmamaktadır[148]. Danıştay, bazı kararlarında, akrabalık durumunun manevi tazminata hükmolunması için yeterli olmadığı gerekçesiyle ölenin kardeşlerinin manevi tazminat taleplerini reddetmiştir[149]. Buna karşılık özellikle son yıllarda verdiği kararlarında, "yakınlarının ölümü nedeniyle ve idarenin tazmin sorumluluğu doğduğu iddiasıyla manevi tazminat isteminde bulunanların, ölenle çok yakın kan ya da sıhri hısım olmalarına ölenin mirasından yararlanabilme koşullarını taşımalarına gerek bulunmamaktadır"[150] diyerek ölenin kardeşlerinin ve hatta üvey annesinin manevi tazminat alabileceğini kabul etmektedir[151].

Zarar görenin uğradığı zararını herhangi bir belge ile belgelendiremediği maddi tazminat davalarından başka, bütün

---

değildir." D.12.D., KT 13.12.1979, E 78/1386, K 79/4784, D.D., Y.10, Sy.38-39, 1980, s. 412.

148 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu konuda ölçüyü şu şekilde belirlemiştir: "...üzücü olayların uzak veya yakın tesirini duyan hemen herkes manevi tazminat isteme hakkına sahip değildir. ...özellikle akrabaların az ya da çok bir üzüntü ve acı duyması tabiidir. Ancak mücerret böyle bir acı için manevi tazminat gerekmez. Bu tazminatta hukuki ölçü, duyulan acının niteliği ve süresi yönünden istek sahibinin tüm benliğini sararak kaplamış olmasıdır. Yoksa sadece amca, teyze, dayı, üvey anne gibi ölenin yakını olmak, mahiyeti belirtilen acıların duyulduğuna delil sayılamayacağı gibi, manevi tazminat isteyen kimselerin acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaş ve akli yeterlik içinde bulunmaları da şarttır". AYİM 2.D., KT 30.6.1982, **GÜRAN,** Manevi Tazminat, s. 160.

149 D.10.D., KT 22. 6. 1983, E 82/775, K 83/1596, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 493; D.10.D., KT 11. 5. 1983, E 82/2483, K 83/1106, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 496.

150 D.10.D., KT 28. 3. 1984, E 83/945, K 84/663, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 408.

151 D.10.D., KT 22.5.1985, E 82/3322, K 85/1065, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 466; D.10.D., KT 2.2.1994, E 93/4354, K 94/411, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1084.

manevi tazminat davalarında da idari yargı merciileri tazminata, olayı ve sonuçlarını, talep sahiplerinin sosyo-psikolojik durumlarını göz önünde bulundurarak "takdiren ve maktuen" karar vermektedir. Kendilerine yakınlarının ölümü sebebiyle manevi tazminat verilmesine hükmolunan kişilere, tazminatın hangi oranlarda verileceği konusunda ise genelleme yapılabilecek belli bir ölçüt bulunmamaktadır[152].

2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Zararlarda Manevi Tazminat

Beden bütünlüğüne yönelik her zarar, manevi tazminatı gerektirmez. Manevi tazminat için zararın konusu olan ihlalin önemli olması şarttır[153]. Ayrıca beden bütünlüğüne yönelik zararla sağlığı tehlikeye düşen kişi, bu sebeple ağır ruhsal bunalıma ve üzüntüye de uğramış olmalıdır[154]. Bu sebeple idari

---

152 "Ölenin eşi ...'na 100.000, çocukları ...'na ve ölenin anne ve babası ...'na 50.000 er lira ..." D.10.D., KT 22. 6. 1983, E 82/775, K 83/1596, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 493; Anne baba ve kardeşlere, "... ayrı ayrı takdiren ve maktuen 100.000 er (yüzbin) lira..." D.10.D., KT 8. 3. 1984, E 82/587, K 84/534, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 403; "Ölenin annesi, eşi ve kızı olan davacılar(a) ... 100.000 er lira, kardeşleri olan davacılar(a) ... ise takdiren 50.000 er lira..." D.10.D., KT 28. 3. 1984, E 83/945, K 84/663, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 408; "Ölenin babası ... için 100.000 lira, ... üvey anne ... için 50.000 lira, ... kardeşleri olan ... için 50.000 er lira ..." D.10.D., KT 22.5.1985, E 82/3322, K 85/1065, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 466; "Eşi için 15.000.000 lira, çocukları ... için 10.000.000 ar lira, annesi için 5.000.000 lira, kardeşleri ... için 2.000.000 ar lira ..." D.10.D., KT 2.2.1994, E 93/4354, K 94/411, D.D., Y. 26, Sy. 90, 1996, s. 1084; "(Eşi) için 200.000.000 lira, (kızı) için 200.000.000 lira, (oğlu) için 200.000.000 lira ..." D.10.D., KT 3.5.1995, E 94/3258, K 95/2379, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1121; "Ölen çocuğun annesi için 5.000.000 lira, babası için 10.000.000 lira, iki kardeşin herbirine 7.500.000 lira..." D.10.D., KT 15.11.1995, E 95/2598, K 95/5629, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1133.

153 **BREHM**, Art 47, rdn. 161.

154 **BREHM**, Art 47, rdn. 161; **ESİN**, s. 452. Danıştay da manevi tazminatın ön koşulu olarak, beden bütünlüğüne yönelik zararla sağlığı tehlikeye düşen kişinin, bu sebeple ağır ruhsal bunalıma ve üzüntüye de uğramış olmasını

yargı, yeri yapılan muhakeme sonucunda uğranılan zararı, küçük bir tıbbi-nazari maluliyet olarak görecek olursa, manevi tazminata hükmetmeyecektir.

Hakim, manevi tazminat miktarını belirlerken; zarar görenin ağır ruhsal bunalım ve üzüntüsünün, uzun süre devam edip etmediğini; maddi olarak uğramış olduğu zarar sebebiyle duyduğu elem ve ızdırabın yanında, uzun süren tedavi sebebiyle maddi bir yükümlülük altına girip girmediğini; mesleki faaliyetini yapamayacak duruma gelmişse, yaşını, kariyerini, zarara uğramasaydı daha ne kadar faaliyetini yürütebileceğini; zararın sadece çalışabilir olmasını etkilemesi dışında, hayata olan bağlılığını etkileyip etkilemediğini; fiziki görüntüsüne yönelik zararın, aşağılık duygusuna yol açıp açmadığını, gelecek korkusu yaratıp yaratmadığını, serbestçe kılık kıyafet seçmesini engelleyip engellemediğini dikkate alır[155].

Miktarı, yukarıda belirtilen hususlar göz önünde bulundurularak "davacının içinde bulunduğu durum ve olayın niteliğine göre"[156] belirlenen manevi tazminat, "davacının duyduğu elem ve ızdırabın kısmen de olsa karşılanması amacı(na)"[157] yöneliktir. Bu sebeple, hükmedilecek manevi tazminatın, beden bütünlüğüne yönelik zarar sonucu duyulan acı ve elemle orantılı olması gerekmektedir[158].

---

aramaktadır. D.10.D., KT 8. 3. 1984, E 82/587, K 84/534, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 403; D.10.D., KT 10.4.1992, E 90/3954, K 92/1362, D.D., Y. 23, Sy. 86, 1993, s. 585; D.10.D., KT 16.1.1985, E 82/2908, K 85/26, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 462. Benzer uygulama Askeri Yüksek İdare Mahkemesi için de geçerlidir. **GÜRAN,** Manevi Tazminat, s. 159.

155 **BREHM,** Art 47, rdn. 166-184.

156 D.10.D., KT 10.10.1996, E 95/934, K 96/5933, D.D., Y. 27, Sy. 93, 1997, s. 524.

157 D.10.D., KT 16.1.1985, E 82/2908, K 85/26, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 462.

158 "... çıkan yangın sonucunda her iki eli ve yüzü yanan, ellerinin doğal görünümü bozulan davacının olay sonrası durumundan dolayı ömür boyu acı ve ızdırap çekeceği açık olduğundan hükmedilecek manevi tazminatın da

Manevi tazminata hükmedebilmek için beden bütünlüğüne yönelik zarara sebep olan idarenin faaliyetinde hizmet kusurunun bulunması şart değildir[159]. Danıştay kusursuz sorumluluk hallerinin bulunduğu durumlarda da manevi tazminat isteklerini kabul etmektedir[160].

Beden bütünlüğünün ihlâli halinde kural olarak sadece zarar gören manevi tazminat isteyebilir. Ancak Danıştay, davacıların murislerinin gözaltında tutulduğu emniyet müdürlüğünde rahatsızlanarak ölmesi üzerine, ölüme polis memurlarınca yapılan işkencenin sebep olduğu iddiasıyla açılan tazminat davasında, adli tıp tarafından verilen bilirkişi raporunda, ölen kişiye yönelik darp fiilinin hayati tehlikeye yol açmayacak ve iş gücünü engellemeyecek nitelikte olduğunun belirlenmesi üzerine, ölüm olayının işkenceye bağlanamayacağından bahisle maddi tazminat isteğini reddetmiştir. Aynı davada manevi tazminat talebini kabul eden Danıştay'ın kararının gerekçesi ise şöyledir: "...oğullarının, ...kardeşlerinin davalı idarenin yürüttüğü kamu görevi için kurduğu teşkilat içinde bulunan karakolda maruz bırakıldığı kötü muameleden dolayı elem ve ıstırab duymadıklarını söylemek de mümkün değildir. ...oğul ve kardeşlerinin maruz bırakıldığı kötü muameleden dolayı duydukları elem ve ıstırabı kısmen olsun giderebilmek amacıyla takdiren ve maktuen ...

---

olaydan dolayı duyulan acı ve elemle orantılı olması gerekir." D.10.D., KT 10.4.1992, E 90/3954, K 92/1362, D.D., Y. 23, Sy. 86, 1993, s. 585

159 Danıştay'ın manevi tazminatın ön şartı olarak hizmet kusuru aradığı içtihatları, bu konudaki Yargıtay içtihadındaki değişmeye paralel olarak 1965 den sonra değişmeye başlamıştır. **ESİN**, s. 452. Ancak kusurun niteliği manevi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkat edilecek ölçütlerden birisidir. D.10.D., KT 10.4.1992, E 90/3954, K 92/1362, D.D., Y. 23, Sy. 86, 1993, s. 584.

160 D.12.D., KT 15.4.1968, E 66/1597, K 68/922, D.12.D.K., C. II, kn. 2848; D.10.D., KT 15.11.1995, E 95/2598, K 95/5629, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1133; D.10.D., KT 9.10.1995, E 94/1682, K 95/4256, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1139.

manevi tazminatın ...davacılara verilmesine..."[161]. Görüldüğü gibi Danıştay, (belki biraz da adli tıp raporundan tam olarak tatmin olmamış olacak) beden bütünlüğüne yönelik zararın, zarar görenin anne-baba ve kardeşlerinde büyük bir üzüntüye sebep olması durumunda, katlanılan ve ilerde katlanılacak elem ve ızdırabın karşılığı olarak onlara da manevi tazminat ödenmesini kabul etmektedir[162].

3. Kişilik Haklarına Yönelik Zararlarda Manevi Tazminat

Kişilik hakkı, pek çok kişilik değerlerinden oluşur[163]. Bu değerler içinde yer alan kişisel, cinsel ve siyasal özgürlüklere; namus, şeref ve haysiyete; isim ve resim üzerindeki haklara; ticari, mesleki ve sosyal saygınlığa yönelik saldırılar sebebiyle uğranılan manevi zararlar, kişilik haklarına yönelik saldırılar sebebiyle manevi tazminatın konusunu oluşturur[164].

Danıştay'a göre sadece, idarenin zarara neden olan davranışından hareketle, manevi zararın doğduğunu kabul etmek mümkün değildir. Olayda zarara sebep olan idarenin faaliyetinin, ilgiliyi ne ölçüde etkilediğinin dikkate alınması zorunludur[165]. Bu anlamda örneğin "idarenin hizmet kusuru

---

161 D.10.D., KT 8. 3. 1984, E 82/587, K 84/534, D.D., Y. 15, Sy. 56-57, 1985, s. 402-403.

162 D.12.D., KT 9. 9. 1966, E 65/2739, K 66/2483, **ESİN**, s. 470; D.12.D., KT 14. 3. 1967, E 65/ 50, K 67/388, **ESİN**, s. 491. Ayrıca bkz D.12.D., KT 20.3.1973, E 72/25, K 73/856, D.12.D.K., C. II, kn. 2775.

163 **EREN**'e göre bu değerler, hukuki korumanın konusuna göre, hayat hakkı, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü, cinsel özgürlük gibi hak ve özgürlüklerden oluşan "fizik (maddi) kişilik değerleri", toplumsal ilişkiler, aile birliği gibi "duygusal kişilik değerleri" ve şeref, haysiyet gibi "sosyal kişilik değerleri" diye ayrıma tabi tutulabilirler. **EREN**, s. 388-389.

164 **BREHM**, Art 49, rdn. 45-74; **ESİN**, s. 453; **EREN**, s. 389.

165 Bu bakımdan Danıştay'ın Borçlar Kanunu m. 49 dan yola çıkarak "kusurun özel ağırlığı" nı dikkate aldığını söylemek yanlış olmaz. Kusurun özel ağırlığı

oluşturan tutum ve eylemlerinin daha önce ortaya çıkmış bir olaya ilişkin olması yeni bir durum yaratmaması halinde idarenin hizmet kusuru sonucu ilgilinin manevi değerlerinde eksilmeye neden olunduğundan söz edilemez"[166]. O halde salt hizmet kusuru, zarar görenin kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilemeyecek, ilgilinin kişilik değerlerinin, idarenin kusurlu faaliyetinden etkilenmiş olması şartı aranacaktır[167].

Kişilik haklarına yönelik zararlarda manevi tazminata hükmedilmesi için Danıştay, olayda biraz da zararın niteliğini dikkate alarak, "ağır hizmet kusuru" aramakta[168], manevi zararın idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden

---

konusunda Borçlar Kanunu m. 49 daki düzenleme ile ilgili olarak bkz. **EREN**, s. 379-380. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun bizdeki uygulamayı yansıtan eski durumu ile 1984 değişikliğinden sonraki kusurun özel ağırlığı şartını kaldıran son durumu hakkında bkz. **BREHM**, Art 49, rdn. 5-14.

166 D.10.D., KT 27.4.1992, E 89/141, K 92/1618, D.D., Y. 23, Sy. 86, 1993, s. 588.

167 "... genel müdür yardımcısı hizmetinin gereği, geniş bir çevreye sahip olması itibariyle bu işlemden dolayı duyduğu üzüntü ve çektiği acı karşılığı olmak üzere ... lira manevi tazminat...(ödenmesine)" D.12.D., KT 29.5.1973, E 71/1646, K 73/1693, D.12.D.K., C. II, kn. 2772. Ayrıca bkz. D.12.D., KT 8.4.1968, E 67/578, K 68/802, D.12.D.K., C. II, kn. 2757; D.12.D., KT 24.2.1968, E 66/984, K 68/399, D.12.D.K., C. II, kn. 2767; D.12.D., KT 3.5.1971, E 68/1875, K 71/1150, D.12.D.K., C. II, kn. 2770.

168 D.10.D., KT 20.4.1989, E 88/1042, K 89/857, D.D., Y. 20, Sy. 76-77, 1990, s. 784. Kararda MİT den kaynaklanan ve herhangi bir şekilde dayanak gösterilmeyen suçlamalarla karşı karşıya kalan davacının manevi tazminat talebi üzerine Danıştay, "bu suçlamalardan dolayı kamuoyunda hakkında şüphe ve tereddütler doğan davacının, toplumdaki her birey gibi onurlu ve saygın yaşama hakkı ağır bir şekilde zedelenmiştir. Davacının kişilik haklarının ağır biçimde saldırıya uğramasını, davacının geçmişte ifa ettiği önemi, davalı idarenin olaydaki ağır hizmet kusurunu dikkate alan Kurulumuzca, ...duyduğu acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilmesi amacıyla takdiren" manevi tazminata hükmedilmiştir. Benzer durum yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle uğranılan manevi zararlar için de söz konusudur. D.D.D.K., KT 25.6.1976, E 75/315, K 76/182, D.D.K.K., kn. 864; D.D.K.K., KT 22.10.1976, E 75/150, K 76/220, D.D.D.K.K., kn. 865.

doğması[169] ya da idareye yüklenebilecek bir kusur bulunmaması durumunda manevi tazminat taleplerini reddetmektedir[170].

Esin'in de belirttiği gibi[171], kişilik değerlerindeki zararın gideriminde idari yargı yeri, hizmet kusurunun ağırlık derecesi, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumu, zarara sebep olan idari faaliyetin niteliği ve doğurduğu sonuçlarla; maddi tazminatta olduğu gibi, zarar görenin kusurunun olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

4. Mala Yönelik Zararlarda Manevi Tazminat

Manevi tazminat, manevi değerlerinde eksilme meydana gelen, duyduğu elem, acı, ızdırap, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye, bu durumu kısmen de olsa azaltmak amacıyla hükmedilen bir tazminat olduğu için, kişi üzerinde belirtilen etkileri yapan zarar doğurucu faaliyetler, manevi tazminata hükmedilmesi için yeterlidirler. Yani manevi tazminatta, zarara neden olan faaliyetin neye yönelik olduğunun önemi bulunmamakta; bu faaliyet sonucu kişinin manevi değerlerinde azalma olup olmadığı önemli olmaktadır. O halde mala yönelik bir zarar, zarar görenin manevi değerlerinde eksilmeye neden olmuş ve kişinin yaşama bağlılığında azalmaya yol açmışsa manevi tazminatın konusu olacaktır[172].

---

169 D.12.D., KT 27.2.1967, E 66/778, K 67/293, D.12.D.K., C. II, kn. 2931.

170 "Davacı, hırsızlık yaptığı iddiasıyla yakalanıp zabıtaca halkın arasında dolaştırılarak onuru kırıldığını ileri sürerek, ... manevi tazminat verilmesi isteğiyle davayı açmışsa da,... idarenin kusurlu bulunduğunu ispatlayamamış olup, ... idareye yüklenebilecek bir kusur bulunmadığından, idare hukuku ilkelerine uyarlığı olmayan davanın reddine..." D.12.D., KT 28.10.1971, E 69/2245, K 71/2418, D.12.D.K., C. II, kn. 2958. Ayrıca bkz. . D.D.D.K., KT 31.1.1969, E 67/727, K 69/78, D.D.D.K.K., kn. 858.

171 **ESİN,** s. 453.

172 Esin ise, kişilik hakkına konu teşkil etmeyen maddi bir eşyaya yönelik saldırının kural olarak manevi zarar doğurmayacağı görüşündedir. **ESİN,** s. 453.

Mala yönelik zararlarda idarenin kusurunu arıyan Danıştay, idarenin hizmet kusuruyla "baba yadigârı" bir eşyaya zarar vermesi durumunda maddi tazminat yanında manevi tazminata da hükmetmektedir[173]. İdarenin hizmet kusuruyla meydana gelen olaylar sonucunda, otelleri ve restorantları yanan davacıların duydukları üzüntü sebebiyle kendilerine manevi tazminat ödenmesi yolundaki idare mahkemesi kararını uygun bulan Danıştay, olay anında diğer iki ortaktan farklı olarak otelde bulunan kişi için, "otelde bulunması nedeniyle diğer iki davacıya karşın duyduğu elem ve üzüntü ile orantılı olarak manevi tazminata hükmedilmesi gerekir" gerekçesiyle bütün ortaklara aynı miktarda manevi tazminat verilmesini uygun görmemiştir[174].

5. Manevi Tazminatla İlgili Hususlar

Danıştay, tüzel kişilerin de manevi tazminat isteyebileceklerini kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre, "idari eylem ve işlemden zarar gören, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir ve tüzel kişinin uğradığı maddi ve manevi zarar, idare hukukunun tazminat ile ilgili kuralları çerçevesinde idarece giderilir"[175]. Görüldüğü gibi, tüzel kişilik lehine manevi tazminata hükmedilebilmesi, doğrudan tüzel kişiliğin bir özgürlüğünün elinden alınması ya da kişilik haklarına saldırı olmasına bağlıdır. Bu sebeple örneğin, "idari eylem nedeniyle maddi ve manevi zarar gören kişinin avukat olması aynı zamanda baronun manevi kişiliğinin de zarara uğraması sonucunu doğurmaz"[176].

---

173 D.12.D., KT 13.10.1967, E 66/2365, K 67/1546, D.12.D.K., C. II, kn. 2821.

174 D.10.D., KT 12.7.1995, E 94/7359, K 95/3559, D.D., Y. 26, Sy. 91, 1996, s. 1114.

175 D.12.D., KT 28.6.1979, E 77/3288, K 79/2828, D.D., Y. 11, Sy. 40-41, 1981, s. 383. Ayrıca Bkz. D.12.D., KT 1.3.1971, E 70/2980, K 71/512, **ESİN**, s. 66.

176 D.12.D., KT 28.6.1979, E 77/3288, K 79/2828, D.D., Y. 11, Sy. 40-41, 1981, s. 384.

Danıştay, maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminat isteklerinde de iddia ve savunmanın genişletilmesi, değiştirilmesi konusundaki hiçbir esneklik tanımayan katı yasağını sürdürmektedir[177]. Bir davada, dava dilekçesinde manevi tazminat isteği bulunmayan davacının, kararda manevi tazminat talebi karşılanmadığı gerekçesiyle yaptığı düzeltme başvurusu Danıştay tarafından, "sonradan iddia ve savunmaların genişletilmesine hukuken imkân bulunmadığı" gerekçesiyle reddedilmiştir[178].

Tazminata faiz uygulaması konusunda Danıştay, maddi tazminatla manevi tazminat arasında ayırım yapmakta bir kaç istisna karar dışında[179] manevi tazminata faiz yürütülmesine yer olmadığına karar vermektedir[180]. Ancak maddi ve manevi tazminatta faize hükmederken dayanılan hukuki gerekçelerin farklı olmaması karşısında, böyle bir ayırımın hukuka uygun olduğunu kabul etmek mümkün görülmemektedir[181].

---

177 Benzer durun Askeri Yüksek İdare Mahkemesi için de söz konusudur. **GÜRAN,** Manevi Tazminat, s. 159.

178 D.12.D., KT 18.11.1967, E 67/ 1327, K 67/1802, D.12.D.K., C. II, kn. 2939. Ayrıca Bkz. D.12.D., KT 28.9.1966, E 65/3309, K 66/2659, D.12.D.K., C. II, kn. 2984.

179 D.8.D., KT 24.12.1984, E 82/1857 K 84/1618, D.D., Y. 15, Sy. 58-59, 1985, s. 304.

180 D.10.D., KT 11. 5. 1983, E 82/2483, K 83/1106, D.D., Y. 14, Sy. 52-53, 1984, s. 496; D.10.D., KT 16.1.1985, E 82/2908, K 85/26, D.D., Y. 16, Sy. 60-61, 1986, s. 462.

181 **GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER,** m.2/sn.390.

SONUÇ

1. Başta da belirtildiği gibi, tazminat davaları, hukuk devleti ilkesi bakımından idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun denetiminde, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan, vazgeçilmez, etkin bir denetim aracı ve önemli bir müeyyidedir. Ancak ülkemizde genel olarak tazminat davaları, toplumun gelir düzeyinin düşüklüğü ve idari yargı yerlerinin "hak ihlali" konusundaki dar yorumları ve çekingen tutumları sebebiyle, caydırma, zarar göreni tatmin ve hukuka uygunluğun sağlanması gibi fonksiyonlarını tam olarak yerine getirememektedir.

2. Tazminat davalarının etkinliğini azaltan bir diğer faktör toplumun her kesimini etkileyen "enflasyon" olgusudur. Enflasyon gerçeği göz ardı edilip, gerçek yaşamın gerisinde kalınarak yapılan yargı denetiminin etkinliğinden ve müeyyide gücünden bahsetmek mümkün değildir. Genel olarak bütün tazminat davalarında, tazminat miktarına geç ulaşılması ve kabul edilen tazminat faizi oranının enflasyonun altında kalması nedeniyle Türk lirasında oluşan değer kaybı karşılanamamaktadır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türk Hükümetini de güç durumda bırakmaktadır.

3. Tazminat davalarında davanın başlangıcında davacının teknik tazminat hesaplama bilgisine sahip olmaması, uğramış olduğu zarar sebebiyle konu üzerine dikkatinin yoğunlaşamaması, hukuki bilgisinin eksikliği gibi sebeplerle tazminat miktarını tam olarak tespit edememesi halinde "istekle bağlılık ilkesi" nin katı bir şekilde uygulanması, hem idari yargılama usulünün temel özelliklerinden olan "re'sen

tahkik ilkesi" ile hem de tam yargı davalarının hukuk devleti ilkesi bakımından idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun denetiminde, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan, vazgeçilmez, etkin bir denetim aracı ve önemli bir müeyyide olması özelliğini zedelemektedir. Bu sebeple, ıslah kurumunun olmadığı idari yargı sistemimizde, davacının tam yargı davasını açarken tazminat miktarını yanlış hesap etmiş, dava sırasında ise bilirkişinin zarar miktarını talep edilenden fazla belirlemiş olması durumunda, ya "fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması" kabul edilmeli ya da yeni talep üzerine başlangıçta istenen miktarın artırılmasına imkân tanınmalıdır.

4. İdari rejimde, idari yargı yerlerinin, idarenin sorumluluğunu düzenlemeyen özel hukuk hükümlerine dayanarak karar vermesi doğru değildir. Bu hükümlerden, idarenin sorumluluğu konusunda, ancak esinlenilebilir.

5. Tazminat davalarının hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği sonuçları doğurabilmesi, uğranılan "gerçek zararın" tesbiti ve giderilmesiyle mümkündür. Bu anlamda tazminat faizine, kanuni faiz oranını uygulamak, gerçek zararın belirlenmesi ilkesine uygun düşmemektedir. İdari yargı yerleri, tazminat davalarında tazminata faiz uygulamasında, "gerçek zararın belirlenmesi" ilkesine uygun olarak, mutlaka, ülkemizde yaşanan ve artık "kronik" hale gelen enflasyon olgusunu da dikkate alarak tazminat faizini belirlemelidirler.

6. Tazminata faiz uygulaması konusunda Danıştay' ın, maddi tazminatla manevi tazminat arasında ayırım yapması da doğru değildir. Maddi ve manevi tazminatta faize hükmedilirken dayanılan hukuki gerekçeler farklı olmadığına göre, manevi tazminatta faiz uygulanmaması yönündeki kararlara katılmak mümkün değildir.

7. Tazminat davalarında hükmedilen tazminat miktarları, özellikle manevi tazminat bakımından Batılı ülkelerle karşılaştırılamayacak kadar düşük ve mütevazi rakamlar olarak görülmektedir. Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Danıştay'a nazaran daha cesur davranması övgüye değerdir. Ancak yine de tazminat davalarının kendilerinden beklenen fonksiyonları tam olarak yerine getirmeleri, maddi tazminat açısından "gerçek zarar" ın tesbiti, manevi tazminat açısından da manevi değerlerinde eksilme olan kişiyi gerçekçi bir şekilde tatmin etmekle mümkün olacaktır.

CEZA MUHAKEMESİNDE UZLAŞMA

Yrd. Doç Dr. Cumhur ŞAHİN*

-Karşılaştırmalı Hukukta Durum ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Üzerine Bir Deneme-

I. Giriş

Ceza muhakemesinin amacı; insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, adaletin gerçekleştirilmesi ve hukuki barışın sağlanmasıdır[1]. Bununla birlikte, 19. yüzyılın liberal anlayışının ürünü olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CMUK) amacı ve kanunun karakteristiğini ortaya koyan temel muhakeme ilkelerinin günümüzdeki fonksiyonları tartışılmaya başlanmış[2], ceza muhakemesinde yapısal bir değişimden ve medeni muhakeme ile yakınlaşmanın gereğinden sözedilmeye başlanmıştır[3].

Ceza muhakemesinin amacı ve yapısındaki bu kaymanın en belirgin göstergelerinden biri de; bazı ülkelerde açıkça yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olan, bazı ülkelerde ise henüz kamuoyunun gündeminde olup, yoğun bir biçimde tartışılan ve

---

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Genişletilmiş-Güncelleştirilmiş 2.Bası, İstanbul 1997, s.11; Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.Bası, Ankara 1994, s.5; Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Yenileştirilmiş-Geliştirilmiş 6.Baskı, İstanbul 1996, s.3 vd.

2 Eser, Albin, Funktionswandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur"Reprivatisierung"des Strafverfahrens, ZStW 104(1992), s.361 vd.

3 Eser, ZStW 104/1992, s.396 vd.; Wolter, Jürgen, Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007, München 1991, s.13 vd.

uygulamada da önemli bir yer tutan uzlaşmadır[4].

Anlaşma, uyuşma, pazarlık, pazarlıklı adalet, sulh gibi kavramlarla da ifade edilen ve bizim "uzlaşma" demeyi tercih ettiğimiz, ceza muhakemesinde sujeler arasındaki işbirliğinin bir çeşidi sayılabilecek uygulamada amaç, bir yargılama kararına ulaşılmamasını sağlamak değil, tarafların, işbirliği halinde belirli bir sonucu elde etmeyi denemeleridir[5]. Sanığın ikrarı ve gerektiğinde savunma makamının bazı delillerin ikamesinden vazgeçmesi veya daha önce ikame edilmiş delillerini geri alması karşılığında muhakemenin durdurulması ya da muhtemel cezaya nazaran daha hafif bir ceza, cezanın infazında birtakım taahhütler veya başka avantajlar sözkonusu olmaktadır[6].

Anglo-Amerikan ceza muhakemesi sisteminin geçerli olduğu ülkelerde pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuş olan ve

---

4 Bilebildiğimiz kadarıyla ülkemizde bu konuda bir araştırma bulunmadığından, verilen örnekler diğer ülkeler açısındandır. Sözgelimi Alman uygulamasında giderek artan ölçüde, tahminen uyuşmazlıkların % 30-40 kadarında, muhakemeye katılanlar arasında uzlaşmaya yönelindiği gözlenmektedir. Bu gelişimin, özellikle ticari suçlara bakan mahkemelerde olduğu üzere, ağır iş yükü olan mahkemeler nezdinde artarak devam ettiği belirtilmektedir. Ekonomik ve uyuşturucu suçlarında pazarlığın (uzlaşmanın) alışılmış bir uygulama olduğu, buna karşılık cebir suçlarında kural olarak bu yola gidilmediği araştırmalarla da ortaya konmuş bulunmaktadır. Bkz. Kremer, Stefan Hubertus, Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozess, Bonn 1994, s.1; Gerlach, Götz, Absprachen im Strafverfahren, Frankfurt am Main ua. 1992, s.20; Dahs, Hans, Absprachen im Strafprozess, NStZ 1988, s.153

5 Kremer, s.4; Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 24.Auflage, München 1995, s.88

6 Schünemann, Bernd, Absprachen im Strafverfahren. Grundlagen, Gegenstaende und Grenzen, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag, München 1990, s.B 15; Kühne, Hans-Heiner, Strafprozesslehre, 4.Auflage, Heidelberg 1993, s.269 vd.; Siolek, Wolfgang, Verstaendigung im Strafverfahren - eine verfassungswidrige Praxis, DRiZ 1989, s.321.

genellikle ekonomik suçlar, çevre suçları, vergi suçları ve diğer mala karşı suçlar, uyuşturucu suçları ile trafik suçlarında gündeme gelen[7] uzlaşmanın Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan ceza muha-kemelerinde de mümkün olup olmadığı ve sınırları, muhakeme hukuku ilkelerinin bu uygulama ile ihlal edilip edilmediği tartışıl-maktadır.

II. Ceza Muhakemesinde Uzlaşmaya Yöneliş Nedenleri

Genel yürüyüş şeması içinde cereyan edecek bir ceza muhakemesi yerine bazı alanlarda uzlaşmanın tercih edilmesinin birçok nedeni bulunmaktadır. Bu nedenler her suje cephesinden değişiklik arzetmektedir. Burada genel bazı nedenlerden sözedilecektir.

1. Yargının Ağır İş Yükü.

Uzlaşmaya yönelişin en başta gelen nedeni olarak adliyenin ağır iş yükü zikredilmektedir[8]. Hemen her ülkede adliyenin kapasitesinin üzerinde bir iş yükü ile karşı karşıya olduğu gerçeği her türlü tartışmanın dışındadır[9].

Sosyal ve ekonomik yaşamın karmaşıklaşmaya başlaması, klasik suçlar yanında yeni suçluluk şekillerini de ortaya çıkarmıştır. Ekonomik suçlar, çevre suçları, trafik suçları ve uyuşturucu alanındaki suçlar bunlardan sadece birkaçıdır[10].

---

7 Kremer, s.15 vd.

8 Bkz. Kremer, s.23 vd.; Gerlach, s.21 vd.; Schmidt-Hieber, Werner, Verstaendigung im Strafverfahren, München 1986, s.9; Roxin, s.88

9 Türkiye'de 1996 yılı itibariyle, adli yargıda bir yargıca düşen dava sayısının 700 civarında olduğu düşünülecek olursa, ülkemiz açısından da sorunun önemi kolayca anlaşılabilir. (Bkz. Kalemli, Mustafa, Türk Yargı Sisteminin Sorunları, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 14 vd.).

10 Eser, ZStW 104 (1992), s.371; Wolfslast, Gabriele, Absprachen im Strafprozess, NStZ 1990, s.409.

Bu durum zorunlu olarak ceza koğuşturma makamlarının gücünün üstünde bir iş yüküyle karşı karşıya kalmaları sonucunu doğurmuştur. Bu iş yüküne paralel olarak adli personel ve teknik donanım artışı sağlanamadığı için, adliyenin iş yükü daha fazla artmakta, dava süreleri uzamaktadır. Bunun sonucunda ceza hukukunun gereği gibi uygulanamaması bir yandan hukuka olan güveni sarsmakta, diğer yandan ise hukuki barışı tehlikeye sokabilmektedir[11].

2. Muhakeme Hukuku Haklarının Kötüye Kullanılması.

Kanunun özellikle ispat hukukuna ilişkin mevcut düzenlemeleri adeta ceza muhakemesi sujelerini uzlaşmaya teşvik etmekte, hatta zorlamaktadır. Gerçekten, müdafi isterse delil ikamesi suretiyle davayı dilediği kadar uzatabilir. Şu örnek sorunu bütün açıklığıyla ortaya koyacak niteliktedir: İçinde 50 yolcu olan bir otobüs kaza yaptığında, yolculardan üçü, otobüsün kırmızı ışıkta durduğu hususunda tanıklıkta bulunurlarsa, kural olarak diğer 47 kişiyi dinlemeye gerek yoktur. Fakat müdafi diğer yolcuların da dinlenmesini, zira onlara göre ışığın kırmızı olmadığını söylerse, mahkeme, doğru hükme ulaşabilmek için bunları da dinlemek zorundadır[12]. Aynı şekilde, muhakemeyi kilitleme ve karşı tarafı uzlaşmaya zorlama aracı olarak sıkça başvurulan yollardan birisi de hakimin ve/veya bilirkişinin reddi kurumu olmaktadır[13].

3. Suçluluğun İspatındaki Zorluklar.

Şeffaflıktan kısmen de olsa uzak iş ilişkilerine dayanan günümüz ekonomik yaşamının karmaşıklığı, sürekli olarak yer

---

11 Eser, ZStW 104 (1992), s.371.

12 Kremer, s.27 vd.

13 Bu konudaki istatistiki bilgiler için bkz. Gerlach, s.24 vd.; ayrıca bkz. Kremer, s.32.

değiştirebilme imkanlarının artması, suçluların sempatizanları arasında rahatlıkla saklanabilmeleri gibi hususlar suçluluğun ispatını daha da zorlaştırmaktadır[14]. İspat hususundaki bu güçlükler adeta ceza muhakemesinde uzlaşmayı teşvik etmektedir.

Bu noktada ilk akla gelenler, genellikle çok kapsamlı araştırmaları gerektiren ekonomik suçlar ve uyuşturucu madde suçlarıdır. Bu tür suçlar çoğunlukla tek bir yerde işlenmezler. Hatta farklı ülkelerde işlendiklerinden, ayrıca yurtdışında araştırma yapmayı da gerektirirler. Bu suçların failleri eylemlerini kamufle edebilmek için genellikle birçok aracıları da olan karmaşık bir uluslararası işletme sistemi kurarlar ve onların suçlarının ortaya çıkarılması hem çok zor hem de uzun bir zamanı gerektirir[15].

Buna karşılık fazla araştırma gerektirmeyen basit suçlarda uzlaşma arzusu pek görülmez. Bunlar içinde sadece, işleniş biçimi itibariyle aydınlatılması zor olanlarda uzlaşma isteği olabilir[16].

4. Sujelerle İlgili Nedenler.

Uzlaşmaya yönelinmesinde asıl faktör, özellikle savcı, hakim ve avukat gibi muhakeme sujesi hukukçuların kişisel yararlarıdır. Zira her üçü de duruşmalı yargılamanın doğuracağı muhtemel bir zaman kaybı riskinden kurtulmuş olacakları gibi, uzlaşmayı, profesyonel meslek onurları açısından daha güvenli bir yol, daha mütevazi fakat ideal bir

---

14 Wolfslast, NStZ 1990, s.410; Gerlach, s.25.

15 Kremer, s.30; Gerlach, s.25 vd.

16 Bkz. Kremer, s.31; Hassemer, Raimund/Hippler,Gabriele, Informelle Absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens, StV 1986, s.363.

kazanç olarak görmektedirler[17].

Savcı, bir biçimde bir mahkumiyet kararı elde etmiş ve muhtemel bir beraatin getireceği itibar kaybından kurtulmuş olmaktadır[18]. Ayrıca savcının suçların aydınlatılması başarısı noktasında yüksek bir orana ulaşma arzusu da uzlaşmayı onun açısından cazip kılmaktadır[19].

Hakim, bütün taraflarca kabul edilebilecek bir çözüm bulmuş olacağı gibi, uzlaşılan bu kararların denetim merciine götürülüp bozdurulması ihtimali hemen hiç bulunmadığından, kariyeri açısından önem taşıyan uyuşmazlık sonuçlandırma oranını yükseltmiş olmaktadır[20].

Aynı şekilde müdafi de uyuşmazlığın bir uzlaşma ile sona ermesini arzu eder. Zira sanık bakımından, ilk olarak iddia edilenden daha basit bir isnad veya soyut cezanın üst sınırına göre daha az, önceden bilinebilir ve kabul edilebilir bir müeyyide elde etmiş olmaktadır[21]. Böylece başarılı bir avukat imajı elde edeceği gibi, icabında çok uzun sürebilecek bir muhakeme kısa zamanda sonuçlanacağı için zamandan tasarruf etmiş olur[22]. Kaldı ki müdafi, savunma makamının sahip bulunduğu yargısal ve idari denetim gücünü, ceza muhakemesinin zayıf noktalarını, örneğin delil ikame hakkını veya red kurumunu kötüye kullanmak suretiyle muhakemeyi uzatma tehdidiyle iddia ve yargılama makamlarını uzlaşmaya zorlama imkanına da sahiptir[23].

---

17 Weigend, Thomas, Absprachen in auslaendischen Strafverfahren, Freiburg i.Br. 1990, s.54

18 Weigend, s.54.

19 Kremer, s.22.

20 Weigend, s.54; Kremer, s.22.

21 Weigend, s.54.

22 Gerlach, s.28.

23 Kremer, s.22,31 vd.

Sanık açısından soruna yaklaşıldığında ise, hiç veya aynı konuda daha önce bir sabıkasının olmaması, yargılamanın uzamasının ve yargılama sırasındaki tartışmaların getireceği gerginlik, stres, sonucun belirsizliği gibi, özellikle sanık üzerinde olumsuz etkisi olan duruşmaya bağlı faktörlerin de uzlaşmayı cazip kıldığı söylenebilir[24]. Ayrıca, sanığın kimi koruma tedbirlerine katlanmak zorunda olması, yargılama süresince medya kanalıyla kamuoyuna teşhir endişesi ve bu teşhirin onun aile hayatı, iş ilişkileri üzerindeki muhtemel etkileri sanığı bir an önce ve muhtemelen daha lehine olacak şekilde, uzlaşma sonucu ortaya çıkan bir hüküm elde etmeye sevketmektedir[25].

Görüldüğü üzere, bir hukuk düzeninin izin verdiği veya açıkça yasaklamadığı durumlarda, uzlaşma ile sonuca ulaşmada genellikle profesyonellikle ilgili ve fakat kısmen de maddi gerekçeler motivasyon nedeni olmaktadır. Böylece, sujelerin yargılmadan kaynaklanacak psişik külfetlere muhatap olması, sanık için herhangi bir şekilde ilave mağduriyetlerin gündeme gelmesi, taraflardan birinin işi çıkmaza sürüklemek şeklindeki kötüniyetli girişimleri uzlaşmada gündeme gelmez. Aksine, normal yargılamadakinden daha uygun bir sonucun tüm taraflar için sözkonusu olduğuna inanılır[26].

5. Diğer Nedenler.

Yukarıda zikredilenlerin dışında, tarafları uzlaşmaya teşvik eden, hatta zorlayan daha birçok neden bulunmaktadır.

---

24 Weigend, s.54; Schmidt-Hieber, s.10 vd.; Schünemann, Bernd, Die informellen Absprachen als überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, FS für Jürgen Baumann, Bilefeld 1992, s.367.

25 Kremer, s.22 vd.; Gerlach, s.26 vd.

26 Weigend, s.55; Schünemann, FS-Baumann, s.367.

Bunlardan birisi, toplumsal anlayıştaki değişikliktir. Kamusal otoritenin giderek azalmasına, şeffaflaşmasına paralel olarak, kamusallık vasfı ağır basan ceza muhakemesinde de, mağdurun daha fazla ön plana çıkması, tarafların iradelerinin daha fazla belirleyici olması ve karşılıklı iletişime dayalı bir muhakeme anlayışı telaffuz edilmeye başlanmıştır[27]. Kişilerin, özellikle mağdurun ceza muhakemesi içinde daha etkili rol oynaması ile birlikte, mağduru koruyucu, onun zararını daha çabuk ve tatmin edici bir biçimde giderici bir ceza adaleti sağlanmış olacaktır[28].

Ayrıca, maddi gerçeğe mutlaka ve ancak duruşma yapmak suretiyle ulaşmaya çalışmak yerine, suç işlenmekle bozulan hukuki barışın uzlaşarak yeniden tesisinin ceza muhakemesinin amacı olabileceği anlayışı, dahil olduğumuz hukuk sisteminde de yaygınlaşmaya başlamıştır[29]. Bu anlayış değişikliğinde, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sistemi üzerindeki etkileri gözardı edilemez[30].

Ayrıca, ulusal ve uluslararası olmak üzere çok fazla sayıda mevzuat ile karşı karşıya olunması, bunların çoğunun karmaşık ve teknik oluşu, suçların tanımlanmasında açık olmayan kavramlara yer verilmesi ve eylemin farklı

---

27 Eser, ZStW 104 (1992), s.391 vd.; Schünemann, FS-Baumann, s.361 vd.

28 Yarsuvat, Duygun, Marmara İniversitesi Hukuk Fakültesi ile Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından Türk Hukukçu Kadınlar Derneği'nin katılımı ile tertiplenen "Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu", 26-28 Ekim 1992, Facultatis Decima Anniversaria, Marmara İniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ce Çocuk Suçluluğu Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 1993, Prof. Dr. Albin Eser'in"Ceza Muhakemsi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?"isimli tebliğine ilişkin tartışmalar bölümü, s.59 vd.

29 Schünemann, Bernd, Die Verstaendigung im Strafprozess- Wunderwaffe oder Bankroterklaerung der Verteidigung, NJW 1989, s.1898.

30 Bkz. Eser, s.396; Kremer, s.23.

yorumlanabilmesi, suçun mevcudiyeti veya niteliği konusunda belirsizliğe yolaçması gibi hususlar, uygulamacıları, hatalı yargılama yapma riskini azaltmak arzusuyla, herkes tarafından kabul edilebilen, üzerinde uzlaşılmış bir hüküm vermeye sevketmektedir[31].

Adliye cephesinden soruna yaklaşıldığında ise, iş yükünün ağırlığı, delil durumu ve hukuki durumun belirsizliği, savcılık ve mahkemelerin personel ve teknik donanım yetersizlikleri gibi faktörler dışında daha başka nedenlerin de iddia ve yargılama makamlarını uzlaşmaya sevkedebileceği söylenebilir[32]. Muhakeme faaliyetinin zaman ve para itibariyle maliyetinin çok yüksek olacağı endişesi, müeyyide bakımından önem taşıdığı için faili suça iten nedenlerin, onun kişiliğinin ayrıntılı araştırılması zorunluluğunun muhakemenin uzaması sonucunu doğurması, yürütülmesi gereken diğer soruşturma ve yargılamaların savcılık ve mahkemeler üzerindeki süre baskısı bunlardan sadece birkaçıdır[33]. Uzlaşma ile uyuşmazlığın sona erdirilmesinin davaları kısalttığı ve normal yargılamaya göre daha ucuz olduğu şüphesizdir.

III. Uzlaşmanın Tarafları, Konusu, Zamanı.

Uzlaşmanın tarafları ceza muhakemesinde yer alan iddia, savunma ve yargılama makamlarıdır.

Uzlaşma genellikle üç hususta uygulama alanı bulmaktadır: Muhakemenin yürütülmesi, yargılama konusunun belirlenmesi, muhakemenin sonuçları.

---

31 Gerlach, s.23 vd.; Kremer, s.29.

32 Kintzi, Heinrich, Verstaendigungen im Strafrecht, JR 1990, s.313.

33 Kremer, s.22, 29; Schmidt-Hieber, s.9.

Müdafi, hakim ve savcı için uzlaşmanın en sıradan neticesi, örneğin randevular konusunda uyuşma veya tanıkların dinlenmesindeki sıranın belirlenmesinde olduğu gibi, muhakemenin yürütülmesine ilişkin olmaktadır[34]. Bu alanda bir işbirliği olmaması halinde muhakemenin icrası en azından belli bir süre gecikebilir veya muhakeme yapılamaz hale gelebilir. Aslında kanun bu anlamda bir uzlaşmayı öngörmektedir. Gerçekten CMUK m. 238/4' e göre, savcı ile sanık ve varsa müdahilin birlikte talep etmeleri halinde mahkeme bazı delillerden vazgeçebilmektedir.

Tarafların uzlaşma yoluyla yargılama konusunu belirleyebilmeleri hususu tartışmalıdır[35]. Bununla birlikte CMUK, kısmen, uzlaşma suretiyle taraflara yargılama konusunu belirleyebilme imkanı veren hükümler içermektedir (CMUK m. 259). Asıl tartışmalı olan nokta, tarafların anlaşarak bir suçun niteliğini değiştirip değiştiremeyecekleridir. Örneğin asliye cezalık bir cürmün, sulh ceza mahkemesinin madde itibariyle yetki alanına ve dolayısıyla ceza kararnamesi kapsamına dahil edilecek şekilde vasıf değişikliğine uğratılması, etkisini asıl olarak yargılamanın sonuçları noktasında gösterecektir[36]. CMUK'nda yargılama konusunun değiştirilmesi, daraltılması ya da genişletilmesi anlamında bir değişikliğe imkan verecek herhangi bir hüküm bulunmadığından, bu yöndeki bir uzlaşma hukuka uygunluk noktasından şüpheli olmaktadır[37].

Uzlaşma daha çok muhakemenin sonucuna ilişkin

---

34 Kremer, s.5.
35 Kremer, s.8.
36 Kremer, s.9.
37 Kremer, s.9.

olmaktadır[38]. Ceza miktarının azaltılması veya ceza türünün değiştirilmesi, tecil kapsamında kalacak bir cezaya hükmedilmesi veya cezanın infaz şekline ilişkin birtakım pazarlıklar yapılmakta ve böyle bir anlaşma çerçevesinde dava konusu sınırlandırılmaktadır[39].

Uzlaşma önsoruşturmada veya sonsoruşturmada olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, duruşma dışında veya duruşma esnasında uzlaşma yolu denenebilmektedir[40].

Önsoruşturma safhasında uzlaşma özellikle sanık bakımından önemli olabilir, zira daha işin başında iddianamenin kapsamının sınırlanması ya da hiç dava açılmaması daha kolay olabilir[41]. Böylece, önsoruşturma safhasında iddia makamı lehine olan dengesizliğin, savunma makamı ile iddia makamı arasında varılacak bir uzlaşma yoluyla kısmen düzeltilmiş olabileceği belirtilmektedir[42].

Sonsoruşturmanın duruşma hazırlığı devresinde savunma makamı ile mahkeme arasında iletişim kurulması imkanı özellikle CMUK m. 212 uyarınca mümkün olmaktadır. Henüz duruşma başlamadan önceki bu aşamada kurulan iletişim sonucunda her iki makam açısından da zaman, masraf ve benzeri hususlarda uygun bir sonuç elde edilmiş olabilir[43].

Duruşma devresinde uzlaşma imkanı ise, diğer hususlar yanında, delil ikamesinin kapsamı ve yargılamanın sonuçları

---

38 Koch, Karl-Heinz, Absprachen im Strafprozess, ZRP 1990, s.250; Bode, Hans Jürgen, Verstaendigung im Strafprozess, DRiZ 1988, s.283.

39 Cramer, Peter, Absprachen im Strafprozess, FS-Rebmann, München 1989, s.145.

40 Wolfslast, NStZ 1990, s.409; Hassemer/Hippler, StV 1986, s.361.

41 Kremer, s.11; Koch, ZRP 1990, s.250.

42 Kremer, s.12.

43 Kremer, s.13.

ile ilgili olarak düşünülebilir.

Asıl olan uzlaşmanın duruşmada gerçekleşmesidir. Uzlaşmanın duruşma dışında cereyan etmesi ve duruşmada tarafların sadece sessiz kalmak suretiyle muvafakat etmiş olmaları doğru değildir. Böyle bir uygulama ayrıca kamuoyunda da uzlaşma konusunda bir güvensizliğe yol açar. Mahkemenin taraflarla yapacağı görüşme mutlaka duruşma içerisinde olmak zorundadır. Böylece mahkeme, aynı zamanda, sanığın müdafi tarafından tam ve doğru bilgilendirilip bilgilendirilmediği konusunda da ikna olur. Ayrıca sanık, kendisine kesin bir söz verilmediğini, sadece bir bakış açısı sunulduğunu bizzat öğrenmiş olur. Keza kamuoyu da ne olup bittiğini farkeder[44].

Duruşmada gerçekleştirilecek olan bu hukuki görüşme mutlaka daha önce yapılmış olan bir ön görüşmenin sonucunda olmalıdır. Başka bir ifade ile, iddia ve savunma makamları, duruşma sırasında bir hukuki görüşma yapılıp yapılmayacağını ve yapılacaksa zamanını bilebilmelidirler. Yargılamanın muhtemel sonucuna ilişkin mahkemenin açıklamalarının geçici nitelikte ve tahmini olduğu, bağlayıcı olmadığı[45] hususu duruşmadaki hukuki görüşmede, ama daha önce de ön görüşmede ortaya konmalıdır. Ancak kesinlikle somut bir ceza miktarı telaffuz edilmemelidir. Buna karşılık, o ana kadar bazı deliller ikame edilmişse, mevcut delil durumuna göre, belli bir üst sınır söylenerek bunun aşılmayacağı ifade edilebilir[46].

Bu ve benzeri esalara uyulduğu takdirde, hukuk devletinden bahisle uzlaşma uygulamalarına karşı

---

44 Böttcher, Reinhard/Widmaier, Gunter, Absprachen im Strafprozess, JR 1991, s.355 vd.

45 Kremer, s.14.

46 Böttcher/Widmaier, JR 1991, s.356.

çıkılmasının haklı bir tarafı olamaz[47]. Davaların uzaması asıl olarak hukuk devletini zedeler. Sorumluluk bilinci ile gerçekleştirilen uzlaşmalarda kazanan hukuk devleti olur[48].

Muhakeme sujeleri arasındaki işbirliğinin mutlaka maddi gerçeğin ve adaletin ihlali anlamına geleceği söylenemez. Uzlaşma sonucu ortaya çıkan bir hüküm taraflarca da daha fazla kabul görür ve hazmedilir. Kamuoyu ise dürüstçe belirlenmiş, sonucu oylanmış ve hiçbir şeyin gizlenmediği bir işbirliğine dayalı muhakemeyi kolayca kabullenebilir[49].

Bununla birlikte, böyle bir uygulamada Devletin ceza verme hakkından kısmen de olsa feragat ettiği, maddi gerçeğin araştırılmasından vazgeçildiği, zira aslında suçsuz olan bir sanığın, beraatin kesin olmaması endişesiyle, suçlu sayılırsa alacağı cezaya nazaran çok hafif bir cezaya razı olacağı, ayrıca, gerçekten suçlu olan sanığın muhtemel cezasına nazaran yüksek bir indirimden yararlanacağı ve bu durumda da ceza muhakemesinin hukuki barışı sağlama fonksiyonunun tehlikeye düşürülmüş olacağı da ifade edilmektedir[50].

IV. Uzlaşmanın Taraflar Açısından Bağlayıcılığı ve Uzlaşmadan Dönme.

Uzlaşma resmi olmayan görüşmeler sonucunda gerçekleşeceği için, taraflar açısından hukuki bir bağlayıcılık sözkonusu değildir. Ancak ahde vefa esası ya da dürüst işlem ilkesi çervesinde fiili bir bağlayıcılık olabilir[51].

---

47 Koch, ZRP 1990, s.250.

48 Böttcher/Widmaier, JR 1991, s.356.

49 Böttcher/Widmaier, JR 1991, s.354.

50 Eser, ZStW 104 (1992), s.393 vd.

51 Bununla birlikte, uygulamada tarafların genellikle uzlaşmanın gereklerine uydukları belirtilmektedir. Bkz. Gerlach, s.131 vd.; Siolek, Wolfgang, Neues zum Thema Verstaendigung im Strafverfahren, DRiZ 1993, s.425.

Bununla birlikte, çeşitli nedenlerle uzlaşmadan dönülebilir[52]:

-Müdafi, savcı ve hakimin anlaştıklarının üzerinde bir cezaya hükmedilmiştir.

-Savcı ve müdafi, davayı uzatmamak amacıyla delil ikame etmeme hususunda anlaşmalarına rağmen mahkeme, olayın yeterince aydınlanmadığı düşüncesiyle, CMUK m. 237/3 uyarınca re'sen delil toplanmasına karar vermiştir.

-Savcı ve/veya müdafi, delil ikame etmeme hususundaki anlaşmalarına uymamışlardır.

-Sanığın ikrarı karşılığında belli bir ceza veya tecil konusunda uzlaşılmış olmasına rağmen, daha sonra sanık ikrardan kaçınmıştır,

-Savcı, ikrar halinde yargılama konusunu sınırlı tutabileceğini belirtmesine rağmen, daha sonra bunu yapmamıştır.

-Birden fazla sanıklı uyuşmazlıklarda uzlaşma sadece birisiyle ya da savcı bulunmaksızın sağlanmıştır.

-Cezanın infazı konusunda yapılan taahhütlere uyulamamıştır.

-Uzlaşma sonucu ortaya çıkan hükme karşı kanunyoluna gidilmemesi hususunda da anlaşılmış olmasına rağmen kanunyoluna gidilmiştir.

Hukuki sonuç doğuracak bir bağlayıcılığı olmadığından, uzlaşmaya rağmen tarafların bundan dönmesi ve

---

52 Bkz. Gerlach, s.37 vd.; Cramer, FS-Rebmann, s.151.

muhakemenin normal şekilde devamını sağlaması mümkündür. Ayrıca, uzlaşma sonucu ortaya çıkan hükmün taraflarca kanunyoluna gidilmek suretiyle ortadan kaldırılması da talep edilebilir[53]. Bununla birlikte, tarafların sözünde durduğu, dolayısıyla sonuca ulaşılan bir uzlaşmada kanunyoluna gitme ihtimali normalde düşünülemez. Bu nedenle, taraflardan birisi, hukuka aykırı uzlaşma yapıldığı iddiasıyla kanunyoluna başvurmadığı sürece, uzlaşmanın hukukilik denetiminin yapılabilmesi mümkün değildir. Bunun tek istisnası, taraflardan birinin, yapılan anlaşmadan pişmanlık duyması halinde sözkonusu olabilir[54].

Tarafları uzlaşmanın gereklerini yerine getirmeye zorlayabilmek ve yanlış anlaşılmalardan dolayı uzlaşmanın bozulmasının önüne geçebilmek için, kanuni düzenleme yapmak suretiyle, uzlaşmaya ilişkin hukuki görüşmelerin duruşmada yapılmasının[55] ya da hiç olmazsa tutanağa bağlanmasının öngörülmesi[56] düşünülebilir ama zorunlu değildir. Böyle bir görüşmenintartışmanın duruşmada yapılması, kanunda açıkça yer verilmemiş olsa da, mevcut ceza muhakemesi sisteminde zaten mümkündür[57]. Kaldı ki bu tür bir düzenlemenin tek faydası, böyle bir görüşmeyi zorunlu hale getirmekten ibaret olacakken, sakıncası daha fazla olabilir. Her şeyden önce taraflar, uzlaşma öncesi yapılan görüşmelerin, niyetlerinin açıkça telaffuz edilmesini istemeyebilirler. Zira taraflar, bu görüşme sırasında tam bir taktik savaşı verirler ve kendileri için en uygun sonucu elde etmeye çalışırlar. Her bir

---

53 Gerlach, s.39.

54 Cramer, FS-Rebmann, s.150.

55 Baumann, Von der Grauzone zur rechtsstaatlichen Regelung, NStZ 1987, s.157 vd. (Cramer, FS-Rebmann, s.152, dn.21'den naklen).

56 Gallandis, Anm. zu LG Kassel, Urteil v. 12. Juni 1986, StV 1987, s.291 (Cramer, FS-Rebmann, s.152, dn.22'den naklen).

57 Cramer, FS-Rebmann, s.152.

taraf nereye kadar ilerlemek istediğini sadece kendisi bilir ve bu noktada karşı taraf belirsizlik içinde bırakılır. Örneğin, sonuçta üç yıllık hapis cezasını kabul edecek olan müdafi önce tecil sınırı içinde kalacak bir ceza için direnir; buna karşılık savcı muhtemelen dört yıllık bir ceza önerisi ile başlar[58]

Ayrıca, böyle bir hukuki görüşmeyi düzenleyecek bir kanun hükmü, bilgilerin hangi anda verilmesi gerektiği hususunu, her ilişki için ayrı ayrı belirlenmek üzere, açık bırakmak zorundadır. Zira eğer duruşma başlamadan önceki bir zamanda görüşmenin yapılması istenirse, tarafların görüşmeye hazır olup olmadığı delil ikamesinin durumuna göre değişecektir. Delil ikamesi bittikten sonra yapılacak bir görüşme içinse geç kalınmış olur. Buna karşılık delil ikamesinden hemen önce vukubulacak bir görüşme erken sayılabilir. Çünkü bu aşamada henüz davanın nasıl bir seyir izleyeceği kural olarak bilinmemektedir. Bu nedenle her bir taraf, bu aşamada, dava ne kadar uzun sürerse sürsün, bunu göze almış, buna razı ve hazırmış gibi davranır. Örneğin mahkeme duruşma için çok uzun bir süre öngörür, savcı çok uzun bir tanık listesi verir, müdafi de olabildiğince çok sayıda delil toplanmasını talep eder. Fakat her biri davanın uzlaşma yoluyla kısaltılabileceğini bilmekte ve bunu ümit etmektedirler. Ancak uzlaşma başlayıp sonuçlanıncaya kadar da, uzlaşmanın başlangıcı olacak görüşmeye karşı gibidirler[59].

Uzlaşmayı tutanağa geçirmek ise, hem gereksizdir hem de işlemleri zorlaştırabilir. Zira taraflar bir yandan uzlaşma konusunda fikir birliği içinde olmaya çalışacak, diğer yandan ise tutanakta yer alacak hususlarda uzlaşmak zorunda kalacaklardır. Ayrıca, taraflar bazı düşüncelerinin gizli kalmasını, tutanak marifetiyle aleniyete dökülmemesini arzu

---

58 Cramer, FS-Rebmann, s.152.

59 Cramer, FS-Rebmann, s.153.

edeceklerdir[60].

IV. Mevzuatta Yeralan Uzlaşma Benzeri Kurumlar.

1. Genel Olarak.

Açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, CMUK uzlaşma anlayışına tamamiyle yabancı değildir[61]. Aksine, sujeler arasında uzlaşmayı ve işbirliğini şart koşan çok sayıda örnek kanunda yeralmaktadır[62]. Kanunun birçok hükmünde, muhakeme sürecinde sanığın ya da diğer sujelerin muvafakati açıkça aranmaktadır ki, sujeler arasında önceden bir uyuşma olmadan ise böyle bir muvafakat zaten düşünülemez[63].

CMUK'nda yer alan bazı uzlaşma benzeri hususlar şöyle sıralanabilir[64]:

-Hakim dışında, arama yapan görevlilerin elde edilen kağıtları inceleyebilmeleri zilyedin rızasına bağlıdır (CMUK m.102/1).

-Yargılama neticesinde sanığa verilecek cezanın onun diğer bir suçundan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu veya diğer bir suçtan dolayı göreceği cezaya bir etkisi olmamasına rağmen sanık hakkında önceden dava açılmışsa, savcının talebi üzerine mahkeme davanın durmasına karar verebilir (CMUK m.149/2).

-Savcı ile sanığın ve varsa müdahilin birlikte talep etmeleri

---

60 Cramer, FS-Rebmann, s.153 vd.

61 Schmidt-Hieber, s.4 vd.

62 Bode, DRiZ 1988, s.282.

63 Gerlach, s.33 vd.; Kremer, s.6

64 Kaynak Alman CMUK'nda daha uzun bir liste verilmekte olup, kanunumuzda olmadığı halde orada yer alan diğer maddeler şunlardır: 61, 153, 153a, 153b, 153e, 154a, 249, 251, 265a, 380, 411, 470.

halinde mahkeme bazı delillerden vazgeçebilir (CMUK m.238/4).

-Sanığın başka bir suç daha işlemiş olduğu görülmekte olan davanın duruşması sırasında ortaya çıkarsa; savcının talebi, sanığın muvafakati ve hakimin kararıyla bu suç, duruşması yapılmakta olan işle birleştirilebilir (CMUK m.259).

-Kanunyoluna müracaat üzerine verilecek karar duruşma ile verilecekse, bu müracaatın geri alınması ancak karşı tarafın muvafakatiyle olabilir (CMUK m.296).

-Şahsi davanın geri alınması suretiyle yargılama sona erdirilebilir (CMUK m.412).

2. Ceza Kararnamesi.

İnsanların ve suç sayılarıyla türlerinin artması dolayısıyla ceza mahkemelerinin görevine giren işlerin fazlalığı, devletleri bazı basit işlerde klasik muhakeme tipinden vazgeçmeye ve seri muhakeme usulü ile davaların halline zorlamıştır[65]. Önceleri yine bir ceza hakiminin duruşma yapmadan ceza vermesi şeklinde ortaya çıkan bu uygulamanın, ihtiyacın zorlaması ile daha sonra, belli kayıt ve şartlarla savcılar ve hatta idari makam ve memurlarca da yerine getirilebilmesi kabul edilmiştir[66]. Sadeliği, çabukluğu ve ucuzluğu sebebiyle Devlet açısından faydalı görülen ceza

---

65 Önder, Ayhan, Sulh Ceza Hakiminin Ceza Kararnamesi, İstanbul 1966, s.3; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş 10.Bası, İstanbul 1998, No 427 II.

66 Burada ceza kararnamesi başlığı altında ele alacağımız kurumların niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, inceleme konumuzla doğrudan ilgili olmaması nedeniyle biz bu tartışmaların dışında kalmayı ve kim tarafından uygulandığına bakmaksızın bütün bu kurumları ceza kararnamesi başlığı altında birleştirmeyi daha uygun bulmaktayız. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Önder, s.10 vd.; Kunter/Yenisey, No 427 vd.

kararnamesi uygulaması sanık açısından da faydalıdır. Gerçekten sanık böylece bir yandan aleni duruşmanın vereceği sıkıntıdan kurtulurken, diğer yandan da zaman, emek ve masraf kaybı en aza indirilmiş olacaktır[67].

a) Sulh Ceza Hakiminin Ceza Kararnamesi.

Sulh ceza hakiminin ceza kararnamesi CMUK m.386 vd. da düzenlenmektedir. Sulh ceza mahkemesinin madde itibariyle yetkisine giren işlerde duruşma yapmaksızın, çabuk ve kolayca karar verme ve ceza tayin etme amacıyla[68] öngörülmüş olan ceza kararnamesi kabule bağlıdır (CMUK m. 388). Ceza kararnamesi ile, yargılama ve savunma makamları arasında uzlaşmayı amaçlayan geçici bir karar, bir "mahkumiyet kararı tasarısı"[69] veya "taslak halinde bir sonkarar"[70] verilmiş olmaktadır[71]. Kabul etmeme (karşıgelme, itiraz) üzerine, hafif hapis cezası sözkonusu ise, ceza kararnamesi otomatik olarak kaldırılıp duruşma yapılır, buna karşılık hafif hapisten başka ceza sözkonusu ise asliye ceza mahkemesi başkanı itirazı inceler (CMUK m. 390). Karşı gelmenin amacı sadece kabul etmemek değil, aynı zamanda duruşmalı muhakeme istemektir[72]. Duruşma sonunda ise genel hükümlere göre bir sonkarar verilir. Süresi içinde itiraz edilmeyen ceza kararnamesi kesinleşir (CMUK m. 389).

b) Önödeme.

Hafif suçlarda ve özellikle kabahatlerde savcılık ile sanık

---

67 Taner, M.Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3.Basım, İstanbul 1955, s.416; Kunter/Yenisey, No 427 II; Önder, s.4 .

68 Kunter/Yenisey, No 427 II.

69 Kunter/Yenisey, No 427 III.

70 Kunter/Yenisey, No 428 VI.

71 Kremer, s.95.

72 Kunter/Yenisey, No 428 IV.

arasında kamu davası açılmaması konusunda uzlaşma imkanı öngören bir kurum da önödeme[73], "savcının ceza kararnamesi"[74] olmaktadır. Savcı, henüz kamu davası açmadan önce, para cezasının ödenmesi için ceza kararnamesinin tebliği niteliğinde bir tebligat yapmaktadır ve bu tebligat bir önermeyi içermektedir. Ödeme ilgilinin kabulüne bağlıdır. İlgili, savcının önermesini kabul edip para cezasını öderse kamu davası açılmaz, kabul etmez yani ödemezse dava açılır (TCK m. 119/1-5).

Önödeme dava açıldıktan sonra da sözkonusu olabilir (TCK m.119/6). İlkinde dava açılmadan önceki bir aşamada yapılan bir önödemeden sözedilmekte iken, burada, özel kanunlar uyarınca işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi yoluyla[75] dava açıldıktan sonra fakat duruşmada sanık sorguya çekilmeden önce yapılan ve açılmış davayı düşüren önödeme sözkonusudur. Ancak burada da önödeme hakim nitelendirmesine dayanmadığı[76], savcının nitelendirmesine bakıldığı ve sanığın, iddianamedeki nitelendirmeye göre belirlenen para cezasını ödemek zorunluluğu olmadığı için,

---

73 "Önödeme, kamu davasının açılmasını önlemek, açılmışsa düşürmek için, hakimden başka bir sujenin önerdiği para cezasını kabul edip ödemektir"(Bkz. Kunter/Yenisey, No 431 II).

74 Kunter/Yenisey, No 430.

75 Örneğin Karayolları Trafik Kanununa, Hafta Tatili Kanununa göre yetkili memurca düzenlenen tutanakların sulh mahkemelerine tevdi olunmasındaki gibi. Bu tutanaklar iddianame yerine geçmiş olmaktadır. Bkz. Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.232 vd., dn.13; Kunter/Yenisey, No 434.

76 Önödemenin ayrıca iki çeşidinin de 11.4.1983 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile ortaya çıktığı söylenebilir. Bunlar; savcının, fiilin önödeme kapsamında olduğunu görmeyerek veya göremeyerek kamu davasını açması durumunda sözkonusu olan önödeme ve iddianamede gösterilen suç vasfının duruşmada değişip, fiilin önödeme kapsamına girdiğinin anlaşılması durumunda sözkonusu olan önödeme. Bkz. YKD 1983/7, s.945 vd.

savcının ceza kararnamesinden sözetmek mümkündür[77]. Mahkeme bu önödeme için süre vermekle, savcının yaptığı nitelendirme çerçevesinde belirlenecek bir para cezası karşılığında davanın sona erdirilmesini teklif etmektedir.

c) İdari Ceza Kararnamesi.

İdari makamların çeşitli kararlarla ceza verme uygulamaları da idari ceza kararnamesi olarak ifade edilebilir[78]. Suçların çoğalması ve yargılama makamlarının iş yükünün aşırı derecede artması gibi pratik zorunluklar, bir kısım hafif suçların cezalarını idarenin tayin etmesini gerektirmiştir[79]. Örneğin bu bağlamda, en büyük mülki amirler[80], gümrük komisyon veya idareleri[81], belediye makamları[82], orman işletme şeflikleri[83] zikredilebilir. Ancak cezaların yerine getirilmesi ilgilinin kabulü şartına bağlı olduğundan, idari makamların ceza kararnamesi de uzlaşmanın mevzuatımızda düzenlenmiş bir türü sayılmak gerekir. Bizzat "uzlaşma" tabirinin de

---

77 Kunter/Yenisey, No 431 II.

78 Bu tür kararlara konu olan suç ve cezaların niteliği konusundaki tartışmalar için bkz. Kunter/Yenisey, No 429.

79 Kunter/Yenisey, No 429.

80 Örneğin 1956 tarih ve 6831 sayılı Orman Kanununun 1983 tarih ve 2896 sayılı Kanunla değiştirilen 105. maddesindeki suçun para cezası, (sulh mahkemesine) itiraz edebilmek (kabule bağlı olmak) kaydı ile vali veya kaymakam tarafından verilmektedir. Ayrıca bkz. 1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanununun 1986 tarih ve 3301 sayılı Kanunla değişik 24 ve 25. maddeleri.

81 Bkz. 1932 tarih ve 1918 sayılı Kaçakçılık Kanununun 1985 tarih ve 3215 sayılı Kanunla değişik 55, 56. maddeleri; 1972 tarih ve 1615 sayılı Gümrük Kanununun 158. maddesi.

82 Bkz. 1930 tarih ve 1608 sayılı Umuru Belediyeye Müteallik Ahkamı Cezaiye Hakkında 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanununun 3 vd. maddeleri.

83 Bkz. 1956 tarih ve 9831 sayılı Orman Kanununa 1988 tarih ve 3493 sayılı Kanunla eklenen 111a maddesi.

mevzuatta kullanıldığı görülmektedir. Gerçekten, vergi cezalarında karşımıza çıkan ve ceza kararnamesine çok benzeyen bu kurumda ilgili makamlar, ilk önerilerinde, sanığın başvurusu üzerine onun lehinde değişiklik yapabilmekte, vergi cezasının miktarı üzerinde sanıkla uzlaşabilmektedirler (VUK ek m. 1-12). Amaç, yargı makamlarına gitmeden, uyuşmazlığın daha ilk doğuş sırasında taraflar açısından anlaşma ve uzlaşma ile ortadan kaldırılmasıdır[84]. Ancak uzlaşma sağlanamaması, yani idari makamın ceza önerisinin sanık tarafından kabul edilmemesi halinde ilgili yargı organına gidilebilmektedir.

Sözgelimi trafik suçlarında olduğu gibi, bazı hallerde kolluk memurlarının düzenlediği ceza tutanakları da ceza kararnamesi niteliğinde görülmektedir. Zira burada da, kolluk memurunun idari bir işlemle verdiği ceza kabule bağlı olup, kabul edilmezse mahkemeye gidileceğinden, ceza tutanağının ceza kararnamesi niteliği ortadan kalkacak, yerini mahkemenin kararı alacaktır. Kabul edilip ödenmesi ise önödemenin sonuçlarını doğuracak, yani kamu davası açılmayacak veya açılmışsa düşürülecektir[85].

3. Pişmanlık Kanunu.

Uygulamada kısaca "Pişmanlık Kanunu" olarak bilinen bazı düzenlemeler uzlaşmanın özel bir şekline yer vermektedirler. Bazı suç faiilerinin verecekleri bilgi veya ortaya koyacakları bazı davranışlar karşılığında ya hiç ceza almamaları ya da indirilmiş ceza almaları sözkonusu olmaktadır. Burada uzlaşmanın özelliği, failin kendi isteğiyle Devletle işbirliğine yanaşması halinde bunun faile nasıl

---

84 Erginay, Akif, Vergi Hukuku, İlkeler, Vergi Tekniği, Türk Vergi Sistemi, 11.Baskı, Ankara 1984, s.120.

85 Kunter/Yenisey, No 429 III.

yansıyacağının tarafların görüşmeleri sonucunda değil de önceden kanun tarafından belirlenmiş olmasındadır[86].

Bu tür düzenlemelerle teşekkül, silahlı çete veya cemiyet üyeleri arasındaki örgüt ilişkisi zayıflatılmak, içinde yeraldığı örgütten uzaklaşmak istemekle birlikte, örgüt üyesi olmak ve/veya bu çerçevede daha başka suç işlemiş bulunmak gibi sebeplerle Devletle işbirliğinden çekinen failleri işbirliğine teşvik etmek, bu suretle sözü geçen oluşum tarafından işlenmiş suçları ortaya çıkarmak ve işlenecek olanların önüne geçmek amaçlanmaktadır.

Uzlaşmaya genelde karşı çıkanlar bile, uzlaşmanın özel bir şekli olan itirafçılıkta isnadın veya cezanın azaltılmasını kaçınılmaz ve kriminalistik nedenlerin zorunlu bir gereği olarak kabul etmektedirler. Zira, "içeriden" bu kişilerin vereceği bilgiler olmadan, örneğin uyuşturucu suçları, ekonomik suçlar veya terör suçları ile mücadele ve faillerini cezlandırabilme çok zordur. Bu nedenle bu kişilerin vereceği bilgiler karşılığında onlara yönelik isnadı önemli ölçüde azaltmak meşru sayılmalıdır[87]. Kaldı ki bu kişilerin katkısı sadece bir ikrarda bulunmaktan ibaret olmayıp, adaletin etkin bir biçimde sağlanmasına daha başka katkıları da olabilmektedir[88].

---

86 25 Mart 1988 tarih ve 3419 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun, 30.3.1988 tarih ve 19770 sayılı RG, 1992/3853 sayılı Kanun ile değişik; 28.2.1995 tarih ve 4085 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 8.3.1995 tarih ve 22221 sayılı RG.

87 Bkz. Weigend, s.51.

88 Bu nedenle ABD Yüksek Mahkemesi bir kararında, ceza koğuşturma makamlarıyla işbirliğinden kaçınmayı cezayı artırıcı sebep olarak kabul etmiştir. (Bkz. Weigend, s.51, dn.162).

V. Uzlaşmanın Hukukiliği, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleriyle Bağdaşırlığı Sorunu.

1. Uzlaşmanın Hukukiliği Sorunu.

Bu sorunu farklı hukuk sistemlerine göre ayrı ayrı ele almak gerekir. Zira Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi arasındaki anlayış ve uygulama farklılığı çok fazladır.

Anglo-Amerikan ceza muhakemesi sisteminde gerçeğe ve adalete ulaşma faaliyeti, davacı ile davalı arasındaki yarışmaya bağlanmış bir taraf muhakemesi anlayışına dayanmaktadır. Bu açıdan soruna yaklaşıldığında, uzlaşmanın hukukiliğini araştırma gereksiz hale gelmektedir. Zira taraf muhakemesi anlayışı, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini içermekte ve sanık ikrarda bulunarak, ithama karşı çıkma hakkından ve davacıyı delil ikamesine zorlamaktan vazgeçebilmektedir. Failin suçluluğu konusunda anlaşma sağlanmışsa, artık uyuşmazlıklı bir yargılama gereksizdir. Zira yargılama sonuçta bir uyuşmazlığı çözme aracıdır. Uyuşmazlıklı yargılamadan uzlaşma suretiyle vazgeçme bir eksiklik değil, aksine uzlaşmanın olumlu bir yönüdür. Çünkü anlaşarak ulaşılan adalet daha iyi adalettir. Bu nedenle, medeni muhakemede olduğu gibi, muhakemenin amacı olan tarafların tatminine uzlaşmayla daha basit, daha çabuk, daha ucuz ve daha güvenilir bir biçimde erişilebilir[89].

Kıta Avrupası ceza muhakemesi hukukunun temel esasları ve bazı anayasal ilkelerle uzlaşmanın bağdaşıp bağdaşmayacağı hususunda ise peşinen ve toptancı bir

---

89 Bkz. Weigend, s.49 vd.

yaklaşım yanıltıcı olabilir[90]. Ayrıca, kanunda açıkça zikredilmediği için, sırf bu sebeple hukuka aykırı saymak da[91] doğru değildir[92]. Bazı ceza muhakemesi işlemleri, bazı hükümler kanunen öngörülen uzlaşmanın gereği taraflarca yerine getirildiği içindir ki varlıklarını sürdürebilmektedirler. Kanunun bazı hükümlerinde açıkça düzenlenen durumlarda, sahip olduğu haklardan sanığın vazgeçmeye razı olması, muhakemenin çabuklaştırılması için gereklidir. Örneğin sözlü dava (CMUK m.259) açabilmek için sanığın rızasına ihtiyaç vardır ve bu rıza ile sanık hazırlık soruşturmasındaki haklarından vazgeçmiş olmaktadır[93]. Aynı şekilde, bir davanın (veya bir müracaatın) geri alınması bazen sanığın muvafakati ile olur (CMUK m.296, 390/1).

Bu nedenle, sadece kanunda açıkça zikredilen anlaşma-uzlaşmaların hukuki, diğerlerinin tamamiyle hukuka aykırı olduğu sonucuna varılamaz. Ceza muhakemesi hukuku, muhakemenin işleyişi konusunda sadece bir çerçeve belirler, içinin doldurulması ise sujelere ve özellikle mahkemeye-hakime bırakılmış olan değerlendirme ve takdir yetkisinin kullanılması suretiyle olur[94].

2. Uzlaşmanın Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleriyle Bağdaşırlığı Sorunu.

a) Kamu Davasının Mecburiliği İlkesi ve Uzlaşma.

Bir fiilin işlendiğinin haber alınması üzerine derhal araştırmaya başlanıp, yapılan hazırlık soruşturması sonunda

---

90 Dahs, Hans, Absprachen im Strafprozess, -Chancen und Risiken-, NStZ 1988, s.159.

91 Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Cramer, FS-Rebmann, s.145, dn.2.

92 Schmidt-Hieber, s. 5 vd.

93 Cramer, FS-Rebmann, s.147 vd.

94 Cramer, FS-Rebmann, s.148; Schmidt-Hieber, s. 5 vd.

şüphelerin ciddi olduğunun belirlenmesi üzerine kamu davasının açılmasını ifade eden ilkeye kamu davasının mecburiliği ilkesi denmektedir[95]. Maslahata ugunluk mülahazalarıyla sözkonusu ilkeye bazı istisnalar getirilmiş bulunmaktadır[96]. Bununla birlikte, kaynak Alman CMUK'nda olduğu gibi, kimi kanunlarda istisnalar bir hayli arttırılmış ve adeta, bazı basit suçlar bakımından kamu davasının mecburiliği ilkesi istisna haline gelmiştir[97].

Uzlaşma halinde özellikle kamu davasının mecburiliği ilkesinin ihlal edildiği çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Zira koğuşturma makamları, sanığın bir karşı edimde bulunması kaydıyla koğuşturma yapmaktan veya mahkumiyet kararı vermekten vazgeçmektedirler[98].

Uzlaşmanın sözkonusu ilkeye aykırı olmadığını savunan görüş ise, ceza muhakemesinde neye izin verildiğine değil, neyin yasak olduğuna bakmak gerektiğini, yani kanunen yasaklanmamış olanın serbest olacağını, bu açıdan bakıldığında da uzlaşmanın açıkça yasaklanmadığını belirtmektedir[99]. Ayrıca, maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olabileceği durumlarda da uzlaşmanın koğuşturma mecburiyeti ilkesi ile bağdaşacağı kabul edilmektedir[100].

---

95 Ayrıntı için Gbi bkz. Öztürk, (1991), s.5 vd.

96 Ayrıntı için Gbi bkz. Öztürk, (1991), s.195 vd.

97 Eser, ZStW 104 (1992) s.369 vd.

98 Rössner, Dieter/Engelking, Christian, Der praktische Fall: Strafprozessrecht-Der"Vergleich"im Strafverfahren, JuS 1991, s.665; Dencker, Friedrich/Hamm, Rainer, Der Vergleich im Strafprozess, Frankfurt am Main 1988, s.52; Eser, ZStW 104 (1992) s.373; Kremer, s.109; Koch, ZRP 1990, s.250.

99 Bkz. Kremer, s.107.

100 Kremer, s.170.

b) Aleniyet İlkesi ve Uzlaşma.

Uzlaşmanın duruşma dışında gerçekleşmesinin[101], uzlaşmanın sonucunun[102] ya da esaslı noktalarının[103] duruşmada bildirilmemesinin aleniyet ilkesi ile çeliştiği belirtilmektedir[104].

Karşı görüşe göre ise, uzlaşma aleniyet ilkesiyle çelişmemektedir. Aleniyet ilkesi, sujelerin güven ilişkisine dayalı bir görüşme yapmalarını yasaklamamaktadır[105]. Uzlaşmanın aleni bir biçimde olmaması ve daha sonra da kamuoyunun bilgilendirilmemesi aleniyetin ihlali sayılmaz. Aleniyet, yani kamuoyu yoluyla kontrol sadece duruşmada sağlanmalıdır. Aleniyet kuralı, oturumda verilen araları ya da iki oturum günü arasındaki zamanı kapsamaz. Muhakemenin zorunlu bir parçası olmadığından, sağlanan bu uzlaşmanın daha sonra da kamuoyuna bildirilmesi gerekmez. Sadece, bu uzlaşmaya dayanarak yapılan, örneğin sanığın ikrarı ya da mahkemenin ceza tayinine ilişkin açıklamaları gibi ceza muhakemesi işlemleri aleni duruşmaya aittirler. Uzlaşmanın gereğinin bu şekilde duruşmada yapılmış olması, aleniyet ilkesini sağlamak için yeterlidir[106].

c) Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi ve Uzlaşma.

Ceza muhakemesi faaliyeti, somut olayda Devletin

---

101 Wolfslast, NStZ 1990, s.415; Kintzi, JR 1990, s.315 vd..

102 Bkz. Kremer, s.120.

103 Schmidt-Hieber, StV 1986, s.356; Koch, ZRP 1990, s.251.

104 Schünemann, Bernd, Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozesskultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums, StV 1993, s.658; Rössner/Engelking, JuS 1991, s.666.

105 Schmidt-Hieber, Werner, Der strafprozessuale"Vergleich"- eine illegale Kungelei?, StV 1986, s.356.

106 Cramer, FS-Rebmann, s.149.

cezalandırma hakkının doğup doğmadığını belirlemek için yapılır. Bunun için de olayın aydınlatılması ve böylece gerçeğin araştırılması gerekir[107]. Uzlaşma sonucunda maddi gerçeğe ulaşılmamakta, mahkeme, sanığın suçu ikrar etmesine karşılık olarak maddi gerçeği araştırmaktan vazgeçmektedir[108]. Böylece uzlaşma ile ceza kanunu da değersiz hale getirilmektedir, zira sanık hiç işlemediği ya da işlediğinden farklı, üzerinde "uzlaşılmış" bir suçu kabul etmektedir. Oysa görüşlerin herkesin gözüönünde tartışılması ve her bir görüşün karşı görüş tarafından değerlendirilip kontrol edilmesi, tez ve antitezin tartışılması suretiyle gerçeğe ulaşılabilir[109].

d) Re'sen Araştırma İlkesi ve Uzlaşma.

Uzlaşma halinde yargılama makamı ayrıca delil araştıramamakta, doğru olup olmadığı belli olmayan sanığın ikrarı ile kendini bağlı saymaktadır[110]. Ayrıca, savcının müeyyide noktasında da belirleyici olduğu durumlarda, tarafsız olan hakime ait ceza belirleme fonksiyonu, kendisi bizzat taraf olan savcıya aktarılmaktadır. Böyle bir uygulamanın keyfi olarak eşit işlem görmeme tehlikesi doğurması yanında, hakime hukuken verilmiş olan yetkilerin elinden alınması ve bu durumda sanığın kaderinin, tarafların dışında ve üzerinde yer alan birisi olarak hakimin değil, muhakemede bizzat taraf olan,

---

107 Schünemann, Bernd, Informelle Absprachen und Vertrauensschutz im Strafverfahren, JZ 1989, s.985.

108 Eser, ZStW 104 (1992) s.373; Niemöller, Martin, Absprachen im Strafprozess, StV 1990, s.37; Rex, Erhard, Verstaendigung im Strafverfahren, DRiZ 1991, s.32.

109 Schlüchter, Ellen, Zur Relativierung der gerichtlichen Aufklaerungspflicht durch Verstaendigung im Strafverfahren, FS für Günter Spendel, Berlin ua.1992, s.752 vd.; Niemöller, StV 1990, s.38.

110 Schlüchter, FS-Spendel, s.737 vd.; Schünemann, s. B 80 vd.; Koch, ZRP 1990, s.250 vd.

sanığın karşısında yeralan savcının elinde tutulması sonucu doğar. Bu ise, itham edenle yargılayanın aynı kişi olması demek olan tahkik sisteminin fiilen ortaya çıkmasıdır[111]. Bununla birlikte, mahkemenin sanığın suçluluğuna kanaat getirdikten sonraki bir safhada uzlaşma yoluna gidilmesi ve böylece sanıktan bir ikrar elde edilmesi hukukidir[112].

e) Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ve Uzlaşma.

Hakimin tarafsızlığı, onun yargılama bitmeden önce yargılamanın muhtemel sonucu hakkında tahminde bulunmasını engellemez. Başka bir ifadeyle, mahkeme, duruşma bitmeden ve sanığa son söz verilmeden önceki bir aşamada, kendini bağlayacak bir biçimde somut bir sonuca ulaşamaz ise de[113], yargılamanın sonucu hakkındaki düşüncesini önceden açıklaması hukuken mümkündür. Nitekim durma kararlarında ya da tutukluluğun devamı yönündeki kararlarda bu görüş ortaya konmaktadır[114]. Bu nedenle, bütün ilgililerin yeraldığı bir uzlaşma görüşmesi sırasında, somut cezanın tam olarak belirtilmemesi kaydıyla, hakimin yargılamanın sonucu hakkında geçici bir kanaate sahip olması ve duruşma dışında olsa dahi bunu beyan etmesi hukuka aykırı olmadığı gibi[115], tarafsızlık ilkesiyle de çelişmemektedir[116]. Aksine, böyle bir durum, muhtemel bir ikrarın sonuca etkileri hususunda sanığı aydınlatma ve dolayısıyla dürüst yargılamanın bir gereği sayılmalıdır[117].

---

111 Bkz. Weigend, s.57, s.97.

112 Kremer, s.170.

113 Hamm, Rainer, Absprachen im Strafverfahren, ZRP 1990, s.339.

114 Böttcher/Widmaier, JR 1991, s.354 vd.

115 Bkz. Böttcher, Reinhard/Dahs, Hans/Widmaier, Gunter, Verstaendigung im Strafverfahren, -eine Zwischenbilanz, NStZ 1993, s.375 vd.

116 Schmidt-Hieber, StV 1986, s.356.

117 Böttcher/Widmaier, JR 1991, s.353.

f) Masumluk Karinesi ve Uzlaşma.

Sanığın suçlu olduğu varsayımına[118] dayanan uzlaşmanın masumluk karinesinin kurumsal ve sistematik bir ihlal şekli olduğu görüşü, masumların da cezalandırılabilmesini mümkün kıldığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Zira yargılanma baskısı gerçek suçlulardan çok masumlar üzerinde etkili olmakta ve bu baskı uzlaşma yoluyla daha hafif olarak atlatılmak istenebilmektedir[119]. Özellikle mahkumiyet ihtimalinin düşük olduğu durumlarda savcının önerisi oldukça cazip olabilmekte ve insanlar suçsuz da olsalar, sonucun belirsizliğinden kaynaklanan bir endişe ile, son derece cazip ve belirli olan teklife yönelebilmektedirler. Araştırmalar, beraat edebileceğini düşünen veya kendilerini suçlu görmeyen sanıkların önemli bir bölümünün uzlaşmayı kabul ettiğini göstermektedir[120]. Uzlaşma kurumu adeta suçsuzu cezalandırma ihtimalini artırmaktadır. Böyle bir durumda uzlaşmanın amacından uzaklaşılmış olmaktadır. Zira burada artık suçlu ile suçsuzu ayırmak ve koğuşturma makamlarına ikrarı ile yardımcı olan gerçek suçluya daha hafif bir ceza vermek değil; maddi gerçeğe aykırı bir biçimde, itiraz edilemeyecek, hızlı, belki sadece istatistiksel açıdan önemli olacak şekilde uyuşmazlıkları sonuçlandırma gibi bir rahatlık ve kolaycılık tercih edilmektedir[121]. Bununla birlikte, delil durumunun sanığın suçluluğunu açıkça ortaya koyduğu durumlarda, ikrarda bulunması hususunda sanıkla anlaşmanın masumluk karinesi ile çelişmeyeceği kabul edilmektedir[122].

---

118 Kremer, s.172.

119 Rönnau, s.176; Dencker/Hamm, s.53.

120 Bkz. Weigend, s.69.

121 Weigend, ZStW 104 (1992) s.69 vd.; Eser, s.373.

122 Kremer, s.142 vd.

g) Doğrudan Doğruyalık ve Sözlülük İlkeleri ve Uzlaşma.

Yargılama makamının duruşmada delillerle bizzat temasa gelmesi ve her şeyin duruşmada tartışılması sonucunda kanaate ulaşması gerekir (CMUK m. 254/1). Oysa, bir görüşe göre, uzlaşma halinde hüküm duruşma dışında belirlenmekte, duruşmada sadece bunun tespiti ile yetinilmektedir[123]. Ayrıca, hakimin uzlaşma görüşmelerine katılması ile de bu ilkeler ihlal edilmektedir[124].

Karşı görüş ise uzlaşmanın delillerin doğrudan doğruyalığı ve sözlülük ilkelerine aykırı olmadığı kanaatindedir. Zira uzlaşma ile mahkeme kesin bir karara ulaşmış olmadığı gibi, mahkemenin hüküm vermesini sağlayacak kanaat bizzat uzlaşmadan edinilmemekte, asıl olarak, delil ikamesinin sonucunda yapılacak olan değerlendirmeden hareketle, yani duruşmada yapılan ikrara dayanılarak kanaate ulaşılmaktadır. Uzlaşma olmasa idi mahkeme bir ikrarı nasıl değerlendirecek ve kanaate ulaşacak idiyse, uzlaşma üzerine verilen ikrarda da aynı durum sözkonusudur[125].

h) Adalet İlkesi ve Uzlaşma.

Günümüzde yargı toplumsal barışı sağlamada Devletin sahip olduğu araçlardan birisidir. Toplumsal barış amacına hizmet eden bir diğer araç ise, sujeler arasında sağlanacak bir uzlaşmadır[126]. Geciken adaletin adaletsizlik olduğu bir gerçektir. Bu nedenle, örneğin sanık; geri alınmamış, sağlam,

---

123 Schünemann, StV 1993, s.658; Schünemann, s. B 87; Kremer, s.171

124 Rönnau, Thomas, Die Absprache im Strafprozess, Baden Baden 1990, s.157.

125 Cramer, FS-Rebmann, s.149; Schmidt-Hieber, StV 1986, s.356

126 Widmaier, Gunter, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1986, s.359; Cramer, FS-Rebmann, s.148

doğruluğuna mahkemece kanaat getirilmiş bir ikrarda bulunmak suretiyle delil ikamesini önemli ölçüde azaltmışsa, bu durumda artık sanığın hangi saikle hareket ettiğine bakmadan, bu itirafın cezayı hafifletici bir etkiye sahip olduğunu kabul etmek gerekir[127].

Dolayısıyla, tarafların uzlaşması adalet anlayışı ile çelişmez[128]. Anlaşarak ulaşılan adalet daha iyi adalettir. Bu nedenle, uyuşmazlıklı yargılamadan uzlaşma suretiyle vazgeçme uzlaşmanın bir eksikliği değil, aksine, olumlu bir yönüdür[129]. Hakim, savcı ve müdafi arasında sağlanmış bir konsensus, adil olarak nitelendirilebilecek bir kararın ortaya çıkacağı yönünde kuvvetli bir belirtidir. Sonsuza kadar sürecek olan davaların, mahkemelerin aşırı iş yükünün adalet ilkesine aykırılığı, suçun failce üstlenildiği ve muhtemelen bu durumda, normal şekilde yargılandığında alacağından biraz daha az ceza aldığı münferit bir kararın adalet ilkesine aykırılığından çok daha fazladır[130].

ı) Cezaların Şahsileştirilmesi İlkesi ve Uzlaşma.

Uzlaşma ile, somut cezanın sadece fiilin ağırlığına göre değil, ayrıca failin kişiliğine de uydurulması ve bu nedenle çoğunlukla katlanılabilir bir düzeye indirilmesi demek olan cezanın şahsileştirilmesi gözardı edilmektedir[131].

i) Eşitlik İlkesi ve Uzlaşma.

İşlemlerin resmi olmayışı, denetim yoluna gidilememesi gibi sebeplerle uzlaşmanın hukukun uygulanmasında eşitsizlik

---

127 Cramer, FS-Rebmann, s.148.

128 Aksi görüş Siolek, DRiZ 1989, s.323.

129 Bkz. Weigend, s.50.

130 Cramer, FS-Rebmann, s.148 vd.; Bkz. Weigend, s.50.

131 Weigend, s.50 vd.

yaratacağı, benzeri uyuşmazlıkların aynı şekilde ölçüye bağlanabilmesi imkanını ortadan kaldıracağı belirtilmektedir[132]. Keza, ispatı zor veya uzun sürecek uyuşmazlıklarda uzlaşma yolu tercih edilmek suretiyle bu tür suçların faillerine bazı avantajlar sağlanırken, ispatı kolay veya daha kısa sürede sonuçlandırılacak küçük suçların faillerine ceza kanunu tavizsiz bir biçimde uygulanmakta ve bu suretle failler arasında eşitsizlik yaratılmaktadır[133]. Ayrıca, koğuşturma makamları ile işbirliği yapan fail, muhakeme hukuku haklarını kullanmakta ısrar edene nazaran daha hafif ceza aldığında eşitlik ilkesi ihlal edilmektedir[134].

j) Kusur Sorumluluğu İlkesi ve Uzlaşma.

Kusur sorumluluğu esasına dayanan ceza hukukunda, ancak kusurlu kişi ve kusuru oranında sorumlu olacaktır. Oysa uzlaşma halinde kusur ile ceza arasındaki orantı sağlanmamaktadır. Zira failin gerçekten işlediği suça uygun bir ceza değil, pişmanlıktan kaynaklanmadığı halde, ikrarı cezanın hafifletilmesi nedeni sayarak daha düşük bir ceza tayin edilmektedir[135]. Bu nedenle uzlaşma sonucu ortaya çıkan ceza daima yanlış cezadır. Gerçekten, eğer sanık suçsuz ise uzlaşılan ceza çok yüksek, isnad edilen suçu gerçekten işlemişse, bu durumda da çok düşüktür. Her iki halde de kanun koyucunun iradesine aykırı davranılmış olur. Ancak genel bağlayıcı kriterler ortaya konmak suretiyle bütün sanıklar için aynı şekilde uygulanırsa, eşitlikçi bir uzlaşma sistemi gerçekleştirilmiş olur[136].

---

132 Kremer, s.153.
133 Kremer, s.153, s.172.
134 Eser, ZStW 104 (1992) s.373.
135 Eser, ZStW 104 (1992) s.373.
136 Bkz. Weigend, s.59.

k) İrade Özgürlüğü, Delil Yasakları ve Uzlaşma.

Uzlaşma halinde sanık muhakeme hukukuna ilişkin birçok hakkından vazgeçmektedir. Bu vazgeçişin iradi olabilmesi için sanığın yeterli ve doğru bilgi edinme imkanına sahip olması, kararının muhtemel sonuçları konusunda yanlış bir tasavvura sahip bulunmaması ve serbest karar veremeyecek yoğunlukta baskı altında kalmaması gerekir[137]. Aksi halde bu durum bir delil yasağına yolaçabilir. Sanık, avukatının yardımıyla, uzlaşmanın avantaj ve dezantajlarını, duruşma yapılması halinde varılabilecek sonucun avantaj ve dezavantajlarıyla gerçekçi bir biçimde tartabiliyorsa iradilikten sözedilebilir. Başka bir ifadeyle, irade açıklamasında bulunan sanık, neden vazgeçtiğini, bu vazgeçmenin hukuki sonuçlarının ne olduğunu ve vazgeçmezse durumunun ne olacağını tam olarak bilmek suretiyle bunu yapmakta ise vazgeçmesi iradidir[138]. Amerikan Yüksek Mahkemesi de, tehdit,psikolojik baskı, aldatma vb. uygulamalara dayanmadığı sürece uzlaşmada iradiliğin bulun-duğunu kabul etmektedir[139].

Uzlaşma, uzlaşılan cezanın duruşma sonucunda ortaya çıkacak cezadan daha hafif olacağı varsayımına veya taahhüdüne dayanır. Ancak böyle bir beklenti veya taahhüt insanları ikrara zorlayacağından, kanuna aykırı bir menfaat vaadi şeklinde, haklardan vazgeçmedeki iradiliği ortadan kaldırıcı bir etkiye sahip olabilir[140]. Uzlaşmaya yanaşılmaması halinde daha ağır bir ceza ihtimali bizatihi bir tehdit olup, bu durumda yapılan uzlaşmanın iradiliğini tartışmalı hale

---

137 Dencker/Hamm, s.54.
138 Bkz. Kremer, s.135 vd.
139 Bkz. Weigend, s.65.
140 Weigend, s.62.

getirmektedir[141].

VII. Uzlaşmaya Mevzuatında Yer Veren Ülkelerde Durum

1. Genel Olarak.

Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğe ulaşmak olarak belirlendiği ve son soruşturmada mahkemenin re'sen araştırma hususunda birincil derecede yükümlü kılındığı, dava açma mecburiyetinin öngörüldüğü hukuk sistemlerinde, ceza muhakemesinin anlaşarak sonuçlandırılması, fiilen bazı ülkelerde uygulanmakla birlikte[142], böyle bir anlaşma hukuken tarafları bağlayıcı etki gösteremez. Bununla birlikte mahkemelerin aşırı iş yükü, büyük davalarda delil elde etmede ortaya çıkan zorluklar, muhakemenin basitleştirilmesi tartışmalarını gündeme getirmekte ve uzlaşma yoluyla ceza muhakemesinin sona erdirilmesini kabul etmiş bulunan hukuk sistemlerini incelemeye sevketmektedir.

Önsoruşturmada sanığın taktik olarak temel hedefi, genellikle, aleyhinde bir dava açılmasını engelleyebilmektir. Ancak sanığın bu amacına ulaşabilmesi, koğuşturma makamlarının dava açma konusunda sahip bulundukları takdir yetkisi ile orantılıdır. Her ne kadar koğuşturma mecburiyeti olan ülkelerde[143] de dava açmaktan vazgeçme veya bazı hususlarda uzlaşma mümkünse de, hukuki ortamın maslahata uygunluğa

---

141 Amerika'da bu sorun pek tartışılmıyor ve ikrar genellikle failin pişmanlığının ve koğuşturma makamlarıyla işbirliği arzusunun bir göstergesi olarak görülüp, cezayı hafifletici bir neden sayılıyor (bkz. Weigend, s.67 vd.)

142 Roxin, s.88.

143 Örneğin Almanya, Avusturya, İtalya, İspanya ve Yunanistan'da katı bir biçimde koğuşturma mecburiyeti ilkesi geçerlidir. Bununla birlikte İtalya, İspanya ve Avusturya'da hazırlık soruşturmasında uzlaşmayı mümkün kılacak düzenlemelere son yıllarda yer verilmiştir (bkz. Weigend, s. 9 vd.).

yer veren ülkelerdekinden[144] daha az elverişli olduğu bir gerçektir[145].

Maslahata uygunluğun kısmen kabul edildiği ülkelerde, sanığın belli yükümlülükleri yerine getirmesi şartıyla önsoruşturmada koğuşturmanın sona erdirilmesi mümkün olabilmektedir. Bu yükümlülükler; kamuya yararlı bir işte çalışma, mağdurun zararının tazmini ya da belirli bir meblağın[146] ödenmesi şeklinde olabilmektedir[147].

Aslında bu gibi durumlarda, Fransa'da egemen olan anlayışa göre, bir uzlaşmadan ziyade, idarenin elinde, basit suçlarda kolay ve etkili bir biçimde sonuca ulaşabilmenin bir aracı, bir çeşit ceza kararnamesi imkanı bulunmaktadır[148].

Benzer bir durum, özellikle trafik suçları bakımından, Hollanda'da sözkonusudur. Hollanda Ceza Kanunu'na (m. 74 c) göre, 16 yaşından büyük sanık polisin belirlediği meblağı öderse koğuşturma sona erdirilir[149]. Savcı da, altı yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren bütün suçlarda, duruşma başlayıncaya kadar sanığa önödeme (uzlaşma) imkanı sunabilir

---

144 Maslahata uygunluk ilkesi asıl olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, kısmen de Fransa, Hollanda, Japonya ve Güney Kore'de geçerlidir (bkz. Weigend, s.11).

145 Weigend, s.9.

146 Belirlenen miktarda para önerilmesi hali bir kusursuz sorumluluk durumu ortaya çıkarabilir. Ceza koğuşturması tehdidinden kurtulmak isteyen sanık ödemeyi kabul etmekle kusurlu olduğunu da kabul etmiş olmaktadır (Weigend, s.14 vd.)

147 Weigend, s.12 vd.

148 Weigend, s.15; Vitu, Andre, Die Grundzüge des französischen Strafverfahrens, Der Strafprozess im Spiegel auslaendischer Verfahrensordnungen, Herausgegeben von Heike Jung, Berlin-New York 1990, s.42 vd.

149 Hollanda'da 2.7 milyon düzeyindeki olayın 1.7 milyonunun bu yolla sonuçlandırıldığı belirtilmekdir (bkz. Weigend, s. 16 vd.).

ve eğer sanık kanunda yer alan para cezasının üst sınırına göre belirlenen bir miktarı öder veya suçtan elde ettiği elkonulmuş kazançtan vazgeçer ya da mağdurun zararını tazmin ederse ceza koğuşturması sona erdirilebilir (Hollanda CK m. 74-74 b)[150]. Sanığın savcının önerisini kabul etmek zorunda değildir[151]. Sanık kabul etmemesi de savcıyı dava açmaya mutlaka zorlamamakta, savcı isterse takipsizlik kararı verebilmektedir. Keza sanığın kabul etmemesi nedeniyle savcının dava açması halinde de, savcı tarafından daha önce önerilmiş olan miktar son soruşturmada mahkememyi bağlamamaktadır. Mağdur, savcının önödeme önerisinin sanık tarafından kabulü suretiyle koğuşturmanın son erdirilmesi kararına itiraz ederek koğuşturmanın devamını talep edebilir. İtiraz mercii bu talebi kabul ederse, uzlaşma geçmişe yönelik olarak ortadan kalkar (Hollanda CK m. 74 b)[152].

Sanık açısından bağlayıcı bir etkiye sahip oluşu, aleni olmayışı gibi eleştirilere rağmen, bu önödeme modeli, duruşmaya gerek kalmaksızın, uzlaşılarak uyuşmazlıkların son erdirilmesi modelleri arasında daha düzenli, daha akılcı ve daha adil bir yol olarak kabul edilmektedir. Zira sanığın, sözgelimi savcının önerisini kabul etmesi kendi suçluluğunu da kabul anlamına gelmemekte, önödeme sınırı içinde kalan bütün sanıklar bu yoldan eşit şekilde yararlanabilmektedirler. Ayrıca önerinin sanık tarafından kabulü halinde savcının üstlendiği karşı edim objektif ve keyfilikten uzak bir biçimde düzenlenmiştir ve son soruşturmaya geçilmesiyle birlikte

---

150 Weigend, s.16.

151 Ancak sanıkların pek azının savcının bu önerisini reddettiği ifade edilmektedir (Weigend, s.16 vd.).

152 Bu tür önödeme yoluna hırsızlık, alkollü araç kullanma ve diğer trafik suçlarında yaygın bir biçimde başvurulduğu belirtilmektedir (Weigend, s.17).

uzlaşma imkanı sona ermektedir[153].

İtalya'da ceza kararnamesi ve cezanın türü-miktarı, Almanya'da olduğu gibi, savcı tarafından talep edilir (İtalyan CMUK m. 459/1). Bunun üzerine sorgu hakimi şu kararları verebilir: Sanığa hiç ceza vermemek, talep doğrultusunda ceza kararnamesi ile ceza tayin etmek, talep konusunda hiç bir karar vermeden dosyayı savcıya iade etmek. Ceza kararnamesi yolu, İtalyan CMUK'ndaki koğuşturmayı kısaltma veya hızlandırmanın çok çeşitli araçlarından sadece birisidir. Sanık ceza kararnamesine itiraz etmekle normal yargılanmayı ya da kanunda öngörülmüş diğer seri yargılama yollarından birine göre yargılanmayı talep etmiş olur (İtalyan CMUK m. 461)[154].

Avusturya[155] ve Fransa'da[156] olduğu gibi, hakimin taraflarla önceden görüşmeksizin karar verebildiği hallerde uzlaşma daha sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Avusturya CMUK m. 460 uyarınca, delil durumu bu konuda karar vermeye yeterli ise ya da sanık ikrarda bulunursa, hakim para cezasına veya müsadereye hükmedebilir[157].

Ceza kararnamesini doğrudan doğruya hakimin verebildiği ülkelerden biri de Japonya'dır. Savcı herhangi bir ceza talep etmediğinden, tıpkı sanık gibi, kararnameye itiraz ederek normal yargılama isteyebilir. Savcının ceza kararnamesi talep edebilmesi için önce sanığı seçenekler konusunda

---

153 Weigend, s.18.

154 Weigend, s.21 vd.

155 Moos, Reinhard, Grundlinien und Standordbestimmung des österreichischen Strafprozessrechts, Der Strafprozess im Spiegel auslaendischer Verfahrensordnungen, Herausgegeben von Heike Jung, Berlin-New York 1990, s.47 vd.

156 Vitu, s.42 vd.

157 Benzeri bir düzenleme için bkz. Fransız CMUK m. 525 vd. (Weigend, s.19).

aydınlatmalı ve bunun üzerine sanığın açıkça yazılı muvafakatini almalıdır (Japon CMUK m. 461/2, 464, 465)[158].

Birçok ceza muhakemesi sisteminde, mahkumiyete ulaşmanın normal yolu olan çekişmeli yargılama yanı sıra, önemsiz ve/veya usul noktasından fazla sorunlu olmayan hadiselerde gündeme gelebilen ve aslında sözlü fakat büyük ölçüde basitleştirilmiş ve kısaltılmış bir yargılama formu mevcuttur. Örneğin Danimarka hukuku sanığın ikrarı halinde son soruşturmayı farklı oluşturmaktadır. Sanık tam ikrarda bulunur ve basit muhakeme konusunda rıza gösterirse, dava halktan hakimlerin iştiraki olmaksızın, meslekten hakim huzurunda görülür. İddia makamını savcının değil bir polis memurunun temsil ettiği bu durumda delil ikamesi de bir hayli sınırlandırılmıştır (Danimarka CMUK m. 925)[159].

İngiltere'de ise, Crown Court huzurunda cereyan eden normal yargılama yanında, Magistrates Court tarafından yürütülen basitleştirilmiş bir yargılama imkanı da mevcuttur. Ağır suçlarda Magistrates Court sadece iddianın sağlamlığını (çürütülemezliğini) kontrol etmekte ve gerekiyorsa uyuşmazlığı Crown Court'a havale etmektedir. Buna karşılık çoğunluğunu trafik suçlarının oluşturduğu basit işlerde tamamen Magistrates Court yetkilidir. Orta büyüklükteki, örneğin müessir fiil, hırsızlık, nası ızrar, evrakta sahtecilik gibi suçlar her iki mahkemede de görülebilir. Bu suçlar için kanun normal yol olan jürili yargılamayı kabul etmiştir. Bununla birlikte mahkeme, ihlalin ağırlığını gözönüne alarak basit yargılamayı tercih edebilir. Ancak savcı, başsavcının muvafakatini almak kaydıyla, normal yargılamada ısrar edebilir[160].

---

158 Weigend, s.20
159 Weigend, s.23
160 Weigend, s.23

Magistrates Court'da yargılanma sanık açısından oldukça elverişlidir. Aslında burada Crown Court'da geçerli olan ve tamamen delillere dayanan bir duruşma yapılmamakta ve sanık jürili yargılamada sahip olabileceği daha fazla beraat şansından vazgeçmektedir; fakat diğer taraftan da, jürili yargılamaya nazaran oldukça hafif bir ceza tehdidi ile karşı karşıyadır. Zira Magistrat Court'da bir fiil için en fazla altı ay hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilebilir ve birden fazla suçun varlığı halinde de bir yıllık hürriyeti bağlayıcı ceza sınırı aşılamaz[161].

Danimarka hukukundan farklı olarak burada sanığın basit muhakemede yargılanmak için ikrarda bulunması, suçu kabullenmesi gerekmemektedir. Sanık asıl olarak, halkın da görev aldığı, usuli esaslara göre cereyan eden ve özellikle ispat imkanlarıyla donatıldığı bir yargılanma hakkından vazgeçmektedir[162]. Bununla birlikte, çok zayıf da olsa, basit yargılamada da sanığın suçsuzluğunu ispatlayabilme ve beraat etme şansı mevcuttur[163].

Seçme imkanı konusunda İngiliz hukukundakine benzer bir düzenleme ABD hukukunda da mevcuttur. Gerçi ABD'de mahkemeler ikiye ayrılmamakta, fakat sanık, halktan üyelerin de yer aldığı bir mahkemede yargılanma hakkından vazgeçip, bir tek (meslekten) hakimin verebileceği bir kararla yetinebilmektedir. Bu tür bir yargılamada ise ispat hukukuna

---

161 Örneğin evrak sahteciliği suçunda alınabilecek ceza basit yargılamada en fazla altı ay iken, normal yargılamada on yıl olabilmektedir (Bkz. Weigend, s.24, dn.64).

162 Tarafların mahkemeyi basit yargılama yerine normal yargılamaya zorlama imkanı bulunduğundan, basit yargılama ve hafif ceza veya normal yargılama arasında tercih imkanından hareketle İngiltere'de de uzlaşmanın varlığından sözedilmektedir (bkz. Weigend, s.25)

163 Weigend, s.24.

ilişkin kurallar önemli ölçüde uygulanmamakta ve yargılama bir hayli kısalabilmektedir. Her ne kadar tek hakimin de jürili yargılamadakinin aynı ceza belirleme imkanı mevcut ise de, araştırmalar, sanığın normal-jürili yargılamadan vazgeçmesinin çoğunlukla ceza tayininde onun lehinde gözönünde bulundurulduğunu göstermektedir[164].

İtalya'da da anlaşma sonucu yargılamanın basitleştirilmesi imkanı bulunmaktadır(İtalyan CMUK m. 438-442). Sanık, savcının da muvafakati ile, önsoruşturma sonucuna göre hüküm verilmesini hakimden talep edebilir. Hakim, dosyanın durumuna göre bir karar verebileceği gibi, dosyanın durumu henüz bir karara ulaşmaya müsait değilse talebi geri çevirir ve normal yargılamaya devam edilir.

İtiraf eden sanık açısından basitleştirilmiş yargılama imkanı 1988'den bu yana İspanya'da da mevcuttur. İspanyol CMUK'nun 779 vd. maddelerine göre, 12 yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmeyen suçlar kısaltılmış yargılamada hükme bağlanabilir. Bu yargılama çeşidinde önce hakim tarafından bir ön soruşturma yapılmakta ve bunun sonucunda fiilin ceza hakiminin verebileceği bir ceza sınırı içinde kaldığı (6 yıl hapis cezasını aşmayacağı) görülürse, sorgu hakimi, dosya üzerinden derhal hüküm vermesi için ceza hakimine havale edebilmektedir. Ancak bu yola gidilebilmesi için, bir müdafiye sahip sanığın önemli hususları itiraf etmiş olması ve savcının bu tür bir yargılamaya rıza göstermesi gerekir. Uygulamada bunlara ilave olarak bir de zararın telafisi talep edilmektedir[165].

İspanyol CMUK (İtalya'dan farklı olarak) kısaltılmış yargıla-mada sanığa cezada bir indirim taahhüt etmemektedir. Bununla birlikte hakimin alt sınırdan ceza tayini mümkündür.

---

164 Weigend, s.25.

165 Weigend, s.26

Ayrıca savcı da, özellikle ikrarın varlığı halinde, ceza miktarında bir azaltma talep edebilir. Fakat bütün bunlar olmasa da, bizatihi yargılamanın ve varsa buna bağlı olarak da tutuklamanın kısa sürmesi sanık açısından başlıbaşına bir avantajdır[166].

Fransa'da ağır suçlar için halktan hakimlerin de görev yaptığı yargılama kanunen zorunlu kılındığı halde, masraflı ve uzun süren bu yargılama şeklinden uygulamada vazgeçilebilmektedir[167]. Bunun nedenlerinden biri, aslında ağır olmayan birçok fiili de Fransız CK'nun ağır suçlar arasında saymasıdır. Bu ise bir yandan halktan hakimli mahkemelerin iş yükünü çok artırırken, diğer yandan da, halktan hakimlerin alt sınırın üzerinde ceza vermekten kaçınmaları nedeniyle, adil olmayan beraat veya mahkumiyet kararlarına sevketmektedir. Keza savcılar da, ceza hukukundaki ağır cezaların etkisini hafifletebilmek için, ağır suçlara ilişkin davaları hafif suçları yargılamaya yetkili mahkemelerde açmaktadırlar. Ancak bütün sujeler sessiz kalarak ve iddianamenin yanlışlığını ileri sürmeyerek bu yola işlerlik kazandırabilirler. Bu mahkemeler daha hızlı ve daha az masrafla çalıştıkları gibi, halktan hakimli mahkemelerin hafifletici sebepleri gözönünde bulundurarak verecekleri cezanın aynısını verebilmektedirler[168].

Bu tür bir yargılamada ispat hukukuna ilişkin kurallar önemli ölçüde uygulanmamakta ve yargılama bir hayli kısalabilmektedir. Bununla birlikte, çok zayıf da olsa, basit yargılamada da sanığın suçsuzluğunu ispatlayabilme ve beraat etme şansı mevcuttur[169]. Daha çok ikrarda bulunan sanık açısından sözkonusu olabilen seri yargılama imkanı, bazı

---

166 Weigend, s.27 ve dn.74.
167 Bkz. Vitu, s.43 vd.
168 Weigend, s. 27 vd.
169 Weigend, s.24

ülkelerde sadece basit suçlarda değil, ağır suçlarda da mevcuttur[170].

Görüldüğü üzere, sonsoruşturmadan önceki aşamada uzlaşma imkanı istisnadan çok kural halindedir. Bu durum öncelikle, savcının gerek hukuken gerek fiilen olsun, takdir yetkisine sahip bulunduğu ülkelerde geçerlidir. Sanığın belli şartları yerine getirmesine, örneğin talep edilen parayı ödemesine bağlı olarak, alacağı muhtemel cezadan sarfınazar edilmesi suretiyle sanık açısından daha uygun bir karara varılması imkanı, dava açmak veya koğuşturmayı sona erdirmek arasında bir seçim yapma yetkisine sahip olmasıyla mümkündür. Dava açıp açmama hususunda savcının takdir yetkisinin bulunmadığı ya da somut olayda bu yetkinin koğuşturmanın sona erdirilmesi yönünde kullanılmadığı durumlarda insiyatif daha çok savunma makamına geçmekte ve böylece örneğin yazılı, basitleştirilmiş sözlü ya da tamamen sözlü yargılama yollarından birisi gündeme gelebilmektedir. Bu gibi durumlarda genellikle, yargılama ne kadar basitse öngörülecek cezanın da o ölçüde basit olacağı anlayışı geçerlidir. Hatta bu anlayış, örneğin İtalya'da normatif bir kural halini almıştır[171].

2. Sonsoruşturmada Uzlaşma.

Yakın zamana kadar sonsoruşturmada uzlaşma, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde geçerli tipik bir uygulama iken, son zamanlarda, koğuşturma mecburiyeti ilkeşinin geçerli olduğu bazı Kıta-Kvrupası ülkeleri mevzuatında da, özellikle İspanya ve İtalya'da, açıkça uzlaşmaya yer verilmektedir. Kıta-Avrupası hukuk ailesine mensup sözkonusu ülkelerde

170 Örneğin İtalya'da, ömür boyu hapis yerine 30 yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilebilir (Weigend, s.25 vd.).

171 Weigend, s.28 vd.

uzlaşmanın kanunda açıkça tanınmasının iki temel nedeninden sözedilmektedir; ceza uyuşmazlıklarının adli teşkilatın üstesinden gelemeyeceği ölçüde artması dolayısıyla, ceza muhakemesenin basitleştirilmesi arayışı ve şimdiye kadar geçerli olan katı tahkik sisteminden daha modern, demokratik-liberal anlayışı yansıtan taraf muhakemesi ilkesine ceza uyuşmazlıklarında da yöneliş[172].

a) Amerika Birleşik Devletleri.

Amerikan hukuçuları[173], sanığın sorumluluğunu kabul-suçunu ikrar ederek muhakeme hukukuna ilişkin haklarından vazgeçmesi halinde tam bir ceza muhakemesi yapılmasını anlamsız bir israf olarak görmektedirler[174]. Bu yaklaşım tarzı, Kıta Avrupasındakinden farklı bir ceza muhakemesi amacı anlayışından kaynaklanmaktadır. Muhakemenin amacı, gerçeğe ulaşmak değil, sonuçta uyuşmazlığın çözülmüş olması ve böylece hukuki barışın yeniden tesisidir. Hukuki barışın yeniden sağlanmasının öncelik kazandığı durumlarda maddi gerçek daha az, buna karşılık usul kurallarına riayet daha fazla belirleyici olmaktadır[175]. Muhakemenin varlık sebebi bir uyuşmazlığın mevcudiyetidir. Burada ceza muhakemesinin önemli ölçüde medeni muhakeme ile yakınlaştığı görülmektedir[176]. Amerikan ceza muhakemesinde davacı ve davalı kavramları Avrupa'daki gibi şekli kavramlar değil, maddi anlamda bir muhakeme şartıdır[177]. Bu nedenle, şayet

---

172 Bkz. Weigend, s.98.

173 Doktrindeki tartışmalar için bkz. Schmid, Niklaus, Das amerikanische Strafverfahren, Heidelberg 1986, s.62.

174 Damaska, Mirjan, Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen, StV 1988, s.401.

175 Cramer, FS-Rebmann, s.155 vd.

176 Massaro, Toni M., Das amerikanische Plea-Bargaining System: Staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Strafverfolgung, StV 1989, s.454.

177 Damaska, StV 1988, s.398.

davacı muhakemeden uzak durursa veya ceza iddiasının mevcudiyetine dair uyuşmazlık uzlaşma ile halledilirse ya da sanık bu iddiayı kabul ederse, hakimin bu andan itibaren yapması gereken sadece sonucu belirlemek ve tasdik etmekten ibaretttir[178]. Sanık davacının isnadını kabul etmezse, çekişmeli yargılamaya ve mahkeme kanalıyla uyuşmazlığın çözülmesine zorlamış olur. İsnadın kabulü halinde ise taraflar arasındaki uyuşmazlık sona ermiş olup, geriye sadece cezanın tayini kalır ki bu da ayrı ve özel bir mahkeme faaliyetinin konusudur. Taraf muhakemesinin bir gereği olarak ceza belirleme işi mahkemeye ait olmakla birlikte, uygulamada bu husus da uzlaşma yoluyla halledilmektedir[179].

19. yüzyılın ortalarına kadar ikrarda bulunmama ve dolayısıyla duruşmalı yargılama kural iken, günümüzde duruşmalı yargılama istisna haline gelmiş olup, suç çeşitlerine ve bölgesel farklılıklara bağlı sapmalar bir yana bırakılacak olursa, ABD'de uzlaşma yoluyla uyuşmazlıkların sonuçlandırılması oranı yaklaşık % 90 civarındadır[180]. Bu durum, şüphesiz ki, sanığın pişmanlık duymasından ya da uyuşmazlığın çözümü hususunda anlayışlı yaklaşım arzusundan kaynaklanan bir sonuç değildir. Burada daha çok, sanığın normal bir yargılama sonucunda ulaşılacak ve muhtemelen mahkumiyetle sonuçlanacak bir karardan daha elverişli bir durumu daha kısa sürede garanti etmesi

---

178 Hakimin sanığın ikrarını kabul etmeme, geri çevirme yetkisi de bulunmakla birlikte, uygulamada bu yola pek başvurulmadığı ve tarafların anlaşması doğrultusunda hareket edildiği belirtilmektedir (bkz. Damaska, StV 1988, s.398).

179 Weigend, s.35, ayrıca dn.88; Herrmann, Joachim, Der amerikanische Strafprozess, Der Strafprozess im Spiegel auslaendischer Verfahrensordnungen, Berlin-New York 1990, s.150.

180 Dielmann, Heinz J.,"Guilty Plea"und"Plea Bargaining"im amerikanischen Strafverfahren - Möglichkeiten für den deutschen Strafprozess, GA 1981, s.559; Schmid, s.61.

uzlaşmanın kanunda açıkça tanınmasının iki temel nedeninden sözedilmektedir; ceza uyuşmazlıklarının adli teşkilatın üstesinden gelemeyeceği ölçüde artması dolayısıyla, ceza muhakemesenin basitleştirilmesi arayışı ve şimdiye kadar geçerli olan katı tahkik sisteminden daha modern, demokratik-liberal anlayışı yansıtan taraf muhakemesi ilkesine ceza uyuşmazlıklarında da yöneliş[172].

a) Amerika Birleşik Devletleri.

Amerikan hukuçuları[173], sanığın sorumluluğunu kabul-suçunu ikrar ederek muhakeme hukukuna ilişkin haklarından vazgeçmesi halinde tam bir ceza muhakemesi yapılmasını anlamsız bir israf olarak görmektedirler[174]. Bu yaklaşım tarzı, Kıta Avrupasındakinden farklı bir ceza muhakemesi amacı anlayışından kaynaklanmaktadır. Muhakemenin amacı, gerçeğe ulaşmak değil, sonuçta uyuşmazlığın çözülmüş olması ve böylece hukuki barışın yeniden tesisidir. Hukuki barışın yeniden sağlanmasının öncelik kazandığı durumlarda maddi gerçek daha az, buna karşılık usul kurallarına riayet daha fazla belirleyici olmaktadır[175]. Muhakemenin varlık sebebi bir uyuşmazlığın mevcudiyetidir. Burada ceza muhakemesinin önemli ölçüde medeni muhakeme ile yakınlaştığı görülmektedir[176]. Amerikan ceza muhakemesinde davacı ve davalı kavramları Avrupa'daki gibi şekli kavramlar değil, maddi anlamda bir muhakeme şartıdır[177]. Bu nedenle, şayet

---

172 Bkz. Weigend, s.98.

173 Doktrindeki tartışmalar için bkz. Schmid, Niklaus, Das amerikanische Strafverfahren, Heidelberg 1986, s.62.

174 Damaska, Mirjan, Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen, StV 1988, s.401.

175 Cramer, FS-Rebmann, s.155 vd.

176 Massaro, Toni M., Das amerikanische Plea-Bargaining System: Staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Strafverfolgung, StV 1989, s.454.

177 Damaska, StV 1988, s.398.

davacı muhakemeden uzak durursa veya ceza iddiasının mevcudiyetine dair uyuşmazlık uzlaşma ile halledilirse ya da sanık bu iddiayı kabul ederse, hakimin bu andan itibaren yapması gereken sadece sonucu belirlemek ve tasdik etmekten ibaretttir[178]. Sanık davacının isnadını kabul etmezse, çekişmeli yargılamaya ve mahkeme kanalıyla uyuşmazlığın çözülmesine zorlamış olur. İsnadın kabulü halinde ise taraflar arasındaki uyuşmazlık sona ermiş olup, geriye sadece cezanın tayini kalır ki bu da ayrı ve özel bir mahkeme faaliyetinin konusudur. Taraf muhakemesinin bir gereği olarak ceza belirleme işi mahkemeye ait olmakla birlikte, uygulamada bu husus da uzlaşma yoluyla halledilmektedir[179].

19. yüzyılın ortalarına kadar ikrarda bulunmama ve dolayısıyla duruşmalı yargılama kural iken, günümüzde duruşmalı yargılama istisna haline gelmiş olup, suç çeşitlerine ve bölgesel farklılıklara bağlı sapmalar bir yana bırakılacak olursa, ABD'de uzlaşma yoluyla uyuşmazlıkların sonuçlandırılması oranı yaklaşık % 90 civarındadır[180]. Bu durum, şüphesiz ki, sanığın pişmanlık duymasından ya da uyuşmazlığın çözümü hususunda anlayışlı yaklaşım arzusundan kaynaklanan bir sonuç değildir. Burada daha çok, sanığın normal bir yargılama sonucunda ulaşılacak ve muhtemelen mahkumiyetle sonuçlanacak bir karardan daha elverişli bir durumu daha kısa sürede garanti etmesi

---

178 Hakimin sanığın ikrarını kabul etmeme, geri çevirme yetkisi de bulunmakla birlikte, uygulamada bu yola pek başvurulmadığı ve tarafların anlaşması doğrultusunda hareket edildiği belirtilmektedir (bkz. Damaska, StV 1988, s.398).

179 Weigend, s.35, ayrıca dn.88; Herrmann, Joachim, Der amerikanische Strafprozess, Der Strafprozess im Spiegel auslaendischer Verfahrensordnungen, Berlin-New York 1990, s.150.

180 Dielmann, Heinz J.,"Guilty Plea"und"Plea Bargaining"im amerikanischen Strafverfahren - Möglichkeiten für den deutschen Strafprozess, GA 1981, s.559; Schmid, s.61.

sözkonusudur[181]. Ayrıca uzlaşma konusunda bugün ulaşılan boyutta, isnadı genişletmek veya daraltmak suretiyle sanık üzerinde bir baskı kurabilme imkanına sahip amerikan savcısının pratikte denetimi pek mümkün olmayan geniş takdir yetkisinin rolü de çok fazladır[182]. Amerikan Yüksek Mahkemesi de 1970 ve 1971 yıllarında verdiği ve 1975 yılındaki ilk yasal düzenlemenin dayanağını oluşturan Brady ve Santobello davaları ile ilgili kararlarda, normatif mülahazalardan çok; işin hızla sonuçlandırılması, muhakemenin, özellikle tutukluluk süresinin kısaltılması gibi, hem sanık hem devlet lehine birtakım avantajlar ve zorunluluklardan hareketle uzlaşma kurumunu tanımıştır[183]. Ayrıca, üzerinde uzlaşılan ceza da sonuçta bir cezadır ve bu ceza, ceza muhakemesinin amacı olan hukuki barışın yeniden sağlanması bakımından en uygun olanıdır[184].

Birçok kıta avrupası muhakeme sisteminden farklı olarak ABD'de, genellikle, isnad ceza muhakemesinin hemen başlangıcında ortaya konur. Koğuşturma makamı, ki bu pratikte genellikle polistir[185], suç haberini alır almaz, belli bir sanık hakkında yeterli şüpheye ulaşmak için ön araştırmalara başlar. Şüphenin belli bir kişi üzerinde somutlaşmaya başlamasıyla birlikte o kişinin yakalanması ve özel itham safhası sözkonusu olur. Yakalama üzerine sanık derhal hakim önüne çıkarılır ve o anda davacı,-genellikle polistir veya bazen de suçtan zarar görendir-, isnadı belirtmek zorundadır. Burada genellikle en ağırından isnadda bulunulur ve bu aşamada mahkemeler isnadın savcılar tarafından ciddi bir biçimde kontrol edilmiş

181 Dielmann, GA 1981, s.559.
182 Weigend, s.36; Cramer, FS-Rebmann, s.155.
183 Bkz. Weigend, s.71 vd.; Cramer, FS-Rebmann, s.159; Herrmann, s.151.
184 Bkz. Cramer, FS-Rebmann, s.156.
185 Ayrıntı için bkz. Schmid, s.36 vd.

olmasını pek aramamaktadırlar[186]. Keza isnadın haklı olup olmadığı ve yargılama sırasında ispatlanabilip ispatlanamayacağı hususları genellikle sonradan araştırılır. İsnad, duruşma başlayıncaya kadar, genellikle mahkemenin muvafakatiyle değiştirilebilir[187].

Bir yandan geçici bir isnadın oldukça erken bir aşamada ortaya konması, diğer yandan da bu isnadın farklı aşamalarda kontrolü ve muhakemenin çeşitli safhalarında değiştirilebilir olması, iddia ve savunma tarafları arasında uzlaşmayı teşvik edici ideal bir ortam oluşturmaktadır[188].

Hakimin iddia makamının olaya ilişkin hukuki nitelendirmesi ile bağlı olması, yani isnad edilen suçtan başkasıyla sanığı mahkum edememesi ve genellikle eyalet ceza kanunlarında suçlar için farklı birçok cezalar öngörülmüş olması, bu cezalardan birini seçme konumunda olan savcılığı uzlaşma konusunda güçlü bir konuma getirmektedir[189]. Sanığın yakalanması ile duruşma arasındaki genellikle çok uzun süren zaman dilimi içerisinde müdafi isnadın sınırlandırılmasını sağlamaya çalışır ve isnadda gösterilmeyen hususlara karşılık olarak sanığın isnad edilen kısmı kabulünü teklif eder. Savcı ise, sanığın suçluluğunu kabul edeceğini belirtmesi halinde isnadı sınırlandırabilir. Bazen bu karşılıklı öneriler, iki tarafça da kabul edilebilir bir sonuca ulaşılıncaya kadar defalarca tekrarlanır. Savunmanın elinde güçlü kozları bulunmadığı durumlarda, savcı pazarlığa girmeksizin, sadece kabul veya sadece red biçiminde cevap verilmek üzere öneride bulunabilir[190].

---

186 Dielmann, GA 1981, s.560
187 Weigend, s.37.
188 Weigend, s.37.
189 Cramer, FS-Rebmann, s.155.
190 Weigend, s.38.

Uzlaşmanın kapsamı ve formaliteleri de çok çeşitli olabilir. Bazen hakim de uzlaşma görüşmelerinde hazır bulunabileceği gibi, savcı ile müdafi duruşma başlamak üzere iken mahkeme salonunun veya koridorun bir köşesinde ayaküstü birkaç şifre sözcükle anlaşmayı sağlayabilirler[191].

"Charge bargaining" uygulamasında savcı isnad edeceği suçu kesin olarak belirler, sanık da ikrarda bulunup bulunmayacağına karar verir. Burada cezanın türü-miktarı belirsizdir. Bu uygulamada hakim çok fazla kısıtlanamamakta ve cezanın belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Savcı ancak isteyebileceği en üst ceza sınırını telaffuz edebilmektedir[192]. Sanık burada artık ikrarı ile bağlıdır ve kanunyoluna da gidemez, zira birçok eyalette böyle bir durumda cezayı denetlettirebilme imkanı tanınmamaktadır[193].

"Sentence bargaining" uygulamasında ise sadece isnad değil, ceza da uzlaşmanın konusu olmaktadır. Bu uygulama ancak ceza belirlemesi sırasında hakimin de uzlaşmaya katılmasıyla ya da hakimin ceza tayini yetkisinden vazgeçerek tarafların ortak öneri halinde getirdikleri cezayı kabul etmesiyle gerçekleşebilir. ABD'de "sentence bargaining" in her iki şekli de uygulanmaktadır[194]. Savcının taahhüdüne uymaması halinde ikrarın geçersizliği kabul edilmektedir[195]. "Sentence bargaining"in karma bir uygulamasına Federal Yüksek Mahkemedeki yargılamada rastlanmaktadır. Burada hakim uzlaşmada yer almamakta, taraflar uzlaştıkları cezayı aleni

---

191 Weigend, s.38.

192 Weigend, s.39.

193 Bkz. Weigend, s.73.

194 Weigend, s.39

195 Uzlaşmanın savunma makamı tarafından ihlal edilmesi halinde nasıl hareket edileceğine dair bir hüküm bulunmadığı gibi, mahkeme kararları da farklı farklıdır. (Bkz. Weigend, s.73 vd.)

duruşmada hakimin muvafakatine sunmaktadırlar. Önerilen cezanın hakim tarafından uygun bulunmaması halinde sanık uzlaşma önerisini geri alarak duruşma talep edebilmektedir[196].

Uzlaşma görüşmelerinde sadece isnadın kapsamı ve/veya ceza miktarı değil, duruma göre, tutuklamanın derhal sona erdirilmesi, özel bir infaz şekli, şartlı salıverilme, sanığın yakınlarının veya arkadaşlarının koğuşturulmaması, gibi hususlar da gündeme gelebilmektedir[197].

Uzlaşmada belirleyici bir role sahip olan savcı, olabildiğince az itirazla, koğuşturma durdurulmadan ya da beraatle sonuçlanmadan sanığın mahkum edilmesini sağlamaya çalışır. Bunun için de fiilin ağırlığına, failin kişiliğine ve delillerin mevcut durumuna uygun, kabul edilebilir bir ceza belirlenmesi gerekir. Ayrıca ABD'de soyut cezaların Kıta Avrupası ceza kanunlarındakine göre daha yüksek olduğu düşünülecek olursa, savcı, fiilin en ağır şeklinden cezalandırmada ısrar yerine, savunma makamı tarafından da kabul edilebilecek daha hafif bir ceza önermeyi daha uygun görmektedir. Bu durum savcı açısından elverişli bir hareket alanı yaratmaktadır. Zira savcı kendi amaçlarını tehlikeye atmadan müdafiye isnad üzerinde müdahale imkanı vermekte ve böylece, sadece en üst kanuni cezadan daha aşağıda bir ceza önermekle, savunma makamının muhtemelen bir savunma taktiği olarak ortaya koyabileceği işbirliğine yanaşmama girişimlerinin de önünü kesebilmektedir. Kaldı ki savcı koğuşturmanın bu aşamasında araştırmaları müdafa makamına nazaran daha iyi bildiğinden, delil durumunu daha isabetli takdir edebilecektir[198]. Savcı açısından bu noktada tek

196 Weigend, s.40.
197 Dielmann, GA 1981, s.560 vd.
198 Weigend, s.41 vd.

belirsizlik hakimin tutumudur. Ancak hakimler de ceza tayini konusunda genellikle savcının teklifine uymaktadırlar. Kaldi ki ABD'de "kanuni hakim" ilkesi geçerli olmadığından, yetkili hakimi belirleme işi savcının takdirinde olup, savcı da bu yetkisini bazen savunmayı uzlaşmaya zorlama aracı olarak kullanabilmektedir[199].

Uzlaşma hukukçular arasında gerçekleşmekte, bizzat sanıkla uzlaşma yoluna gidilmemektedir. Bu nedenle uzlaşmadan, ancak sanığın bir müdafiinin olduğu durumlarda sözetmek yerinde olur. Savcının müdafi yerine sanık ile uzlaşması geçersiz sayılmaktadır[200].

Müdafi bakımından güçlük, muhakemenin sonucu konusundaki belirsizliktir. Beraat çıkabilecek bir uyuşmazlıkta uzlaşarak suçluluğu kabul etmek ya da mahkumiyetle sonuçlanabilecek bir durumda uzlaşmayı reddetmek ihtimali her zaman mevcuttur. Bu nedenle müdafi, öncelikle beraat şansı konusunda bir tahminde bulunarak davranış tarzını belirleyecektir. Müdafi delil durumu hakkında ne kadar çok bilgiye sahip olursa, tahmininin gerçeğe yakınlığı da o ölçüde artacaktır. Ancak müdafiin bizdeki anlamında bir dosya inceleme hakkı ABD'de bulunmadığından ve savcıdan çok sınırlı bir bilgi alma imkanı olduğundan, müdafi daha çok kendi kişisel gayretiyle olay ve dosya hakkında bilgi sahibi olmak zorundadır[201]. Bu nedenle müdafi kendi imkanlarıyla araştırma yapıp duruşmaya hazırlanmaktan çok, bütün çabasını savcı ile görüşmeye ve dolayısıyla uzlaşma arayışlarına yöneltir. Zira müdafi açısından, uzun süren araştırmalar sonrasında duruşmada sonuna kadar savunma yapmasına rağmen sanığı mahkumiyetten kurtaramama riski ile karşı

199 Weigend, s.42, dn.115.
200 Weigend, s.44.
201 Weigend, s.44 ve dn.124.

edilmesine kadar, birçok şekilde aktif faaliyette bulunabilmesi istenmektedir[207]. Bazı eyaletlerde hakimin uzlaşmaya aktif katılımı, en azından suskun kalınarak kabul edilirken, bazı eyalet kanunlarıyla federal muhakeme kanununa göre açıkça yasaktır[208].

Uzlaşmanın sonucundan doğrudan doğruya etkilenecek olan iki suje, sanık ve mağdur görüşmelerin dışında kalmaktadırlar. Gerekçe olarak ise, bu kişilerin oradaki varlığının, sorunların açıkça tartışılmasını engelleyebileceği, konu dışı, hissi veya başka bir biçimde önemsiz tartışmalara sevkedebileceği endişesid ileri sürülmektedir[209]. Bununla birlikte, sanık ve mağdurun da hazır bulunabileceği küçük bir duruşma çerçevesinde uzlaşma görüşmelerinin yapılması da önerilmektedir[210].

b) Kanada.

Uzlaşma konusunda Kanada ABD'ndeki sistemin bir benzerini[211], fakat daha az ayrıntılı düzenlenmiş şekliyle benimsemiştir.

Hemen her ülkede olduğu gibi Kanada'da da uzlaşma önce uygulamada yerini almıştır. 1975 tarihli hukuk reformu komisyonunun uzlaşma aleyhindeki görüşleri uygulamada itibar görmemiştir. Mahkemeler de, iddia tarafının uzlaşma ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde sanığa

---

207 Bkz. Weigend, s.47.

208 Bkz. Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 (e) (1) ve Pennsylvania Rules of Criminal Procedure, Rule 219 (b) (1) (Weigend, s.46, dn.137 ve dn.138).

209 Bkz. Weigend, s.48.

210 Bkz. Weigend, s.76.

211 Uzlaşma konusunda Kanada için ABD'nin "küçük kardeşi" nitelendirmesi kullanılmaktadır. (Weigend, s.80).

muhakemeye ilişkin haklarını sağlamak suretiyle, dolaylı bir biçimde uzlaşmanın varlığını tanımakta idiler. Bugün Kanada'da % 70 civarında uyuşmazlık yoluna gidildiği tahmin edilmektedir[212].

Uygulamada uzlaşma yaygın bir biçimde kullanılmakla birlikte, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, masumun cezalandırılması ve sanığın konumunun zayıflığı gibi gerekçelerle uzlaşmayı eleştirmektedir. Bazı yazarlar ise, açıkça gerçekleştirilmesi ve mahkemelerce izin verilmesi durumunda uzlaşmaya taraftar gözükmekteler[213].

Savcı ile müdafi arasındaki uzlaşmada savcı, hakimin muvafakati ile isnadını geri alıp sınırlandırabilmektedir. Ancak hakimin yer almadığı bir uzlaşma üzerine yapılan ikrarın cezayı azaltıcı sebep olarak açıkça düzenlenmemiş olması sebebiyle, sanık ikrarın riskini de üstlenmiş olmaktadır. Ayrıca uzlaşmada sanığın karşı edimi sadece kendi suçunu ikrardan ibaret olmayıp, ayrıca, örneğin muhbirlik veya tanıklık gibi, koğuşturma makamlarıyla işbirliğini de gerektirmektedir[214].

Tarafları uzlaşmaya sevkeden saik olarak, muhakemenin daha hızlı sonuçlandırılması ve uzlaşmaya katılan hukukçuların iş yükünü azaltması gösterilmektedir[215].

Polis de, savcının yapacağı isnadı ilk olarak belirlemesi itibariyle, bir biçimde uzlaşmada etkili olmaktadır. Böylece polis, bir yandan müdafiin kendisiyle görüşmesi gereken taraf konumunu edinebilmekte, diğer yandan da isnadı ağır tutmak suretiyle, savcı ile müdafi arasında gerçekleşecek görüşmelerde

212 Bkz. Weigend, s.81.
213 Bkz. Weigend, s.84.
214 Weigend, s.82.
215 Bkz. Weigend, s.82.

savcıya başlangıç noktası itibariyle adeta bir avantaj sağlayabilmektedir[216].

Hakim uzlaşmada yer almamaktadır. Onun bu çerçevede görevi, sadece, sanığın ikrarını geçerli saymak ve varsa savcının tavsiyelerini gözönünde bulundurarak cezayı belirlemektir. Hakim ikrarın iradiliğini ve sanığı ikrara iten nedenleri denetleyememektedir. Cezanın tespitinde bir rolü bulunmayan taraflar ise cezaya karşı kanun yoluna gidebilmektedirler. Savcı için bu yol ancak, önerdiğinden farklı bir ceza tayini halinde mümkündür[217].

c) İngiltere.

İngiltere'de uyuşmazlıkların önemli bir kısmı uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmaktadır. Bu oran Magistrates Court'un yetkili olduğu suçlar ile ilgili uyuşmazlıklarda yaklaşık % 93 iken, Crown Court'un madde itibariyle yetkisine dahil olan suçlarda % 75 civarındadır[218].

ABD ve Kanada uygulamasından farklı olarak, İngiltere'de iddia tarafı ceza konusunda bir görüş bildirmemektedir. Bu nedenle cezaya ilişkin taahhütlerin bir önemi yoktur ve uzlaşmanın tarafları da bu konuyu hiç konuşmazlar. Mahkemeler uzlaşılan uyuşmazlıklarda somut cezadan genellikle 1/3 veya 1/4 civarında bir indirim yapmaktadırlar. Sanığa avukatı tarafından sadece bu bilginin verilmesi yeterli sayılmaktadır[219].

"Charge bargaining" uygulamasında ilk olarak polisle

---

216 Weigend, s.83.
217 Weigend, s.83 vd.
218 Bkz. Weigend, s. 85 ve dn. 342.
219 Bkz. Weigend, s.86.

sanık arasında bir görüşme yapılmaktadır. Polis, suçu kabulü karşılığında; sorguya son verme, ithamın bir kısmından vazgeçme[220], tutuklama hususunda olumlu yaklaşım gibi değişik imkanları sanığa sunabilmektedir. Polis özellikle aydınlatılmasında güçlük çektiği suçlarda bu yolu sıkça kullanmaktadır Uzlaşmanın sonucunda, gerçekten işlenmiş suçtan değil, daha hafif "herhangi bir" suçtan dava açılmaktadır. Bu durum iki taraf için de cazip olmaktadır; zira polis suçları aydınlatma oranını sayısal olarak yükseltmekte, sanık ise çok hafif bir yaptırım ile karşı karşıya kalmaktadır[221].

Dava açıldıktan sonra isnadın sınırlandırılması yolu ancak, iddia makamının delillerinin tahmin ettiğinden daha yetersiz olduğu hallerde gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda savcı, sanığın isnadın kalan kısımlarını kabul etmesi halinde, ispatında zorluk olan kısımları iddiadan çıkarabilmektedir. Ancak sonradan yapılacak böyle bir isnad değişikliği için hakimin muvafakati gerekmektedir[222].

Hakimin ikrar halinde cezadan indirim yapabilmesinin temelinde, sanığın suçunu kabulün onun pişmanlığının bir göstergesi olduğu anlayışı yatmaktadır[223]. Buna karşılık, savunma delillerinin yetersizliği veya yokluğu anlaşıldıktan, suçun ispatlanacağı anlaşıldıktan sonraki bir aşamada, duruşma başlamadan hemen önce yapılan ikrarın pişmanlık saikiyle olmadığı kabul edilmektedir. Zira cezada indirimin amacı suçu kabul oranını yükseltebilmektir. Böylece erken yapılan bir ikrar, bir yandan koğuşturmayı kısalttığı için

---

220 Bu vazgeçme dava açıldıktan sonra da, mahkemenin muvafakati ile mümkündür (bkz. Weigend, s.86).

221 Weigend, s.87; Taylor, Peter, Aus auslaendischen Anwaltsblaettern - Plea Bargaining in England, AnwBl 1979, s.145

222 Weigend, s.87.

223 Taylor, AnwBl 1979, s.145.

devletin yararınadır, diğer yandan da tanık ve mağdurları duruşma külfetinden kurtarmaktadır. Bu nedenle, sanığı olabildiğince erken bir aşamada muhakeme haklarından vazgeçmeye zorlamak için, "son dakika ikrarları" ödüllendirilmemektedir[224].

İkrar halinde bir indirim oranı tahmin edilse de, somut ceza önceden tam olarak kestirilemeyeceğinden, ikrar halinde alınacak ceza kesin olarak bilinememektedir. Bu belirsizlik, müdafiyi, "sentence bargaining" uygulaması çerçevesinde hakim ile özel bir görüşmeye sevketmektedir[225]. Üst derece mahkemeler böyle bir görüşmeyi tasvip etmemekle birlikte açıkça yasaklamamaktadırlar. 1970 tarihli önemli bir kararda, hakimle müdafi arasında yapılan görüşmede ikrara bağlı olarak hakimce telaffuz edilen ceza miktarının avukat tarafından sanığa bildirilmesi yasaklanmaktadır. Böyle bir bildirimin sanığı etkileyebileceği ve ikrarını gayrı iradi, dolayısıyla da geçersiz kılacağı belirtilmektedir[226]. Diğer taraftan, hakimin müdafi ile görüşmesinde telaffuz ettiği ceza sadece bir vaad olup, ispat zorluğu bir yana, hukuken bağlayıcılık değeri de tartışmalıdır[227].Fakat ikrarda bulunmamanın ceza tayini konusundaki olumsuz sonuçları ile ilgili olarak müdafiin sanığı bilgilendirmesi mümkündür. Ayrıca müdafi, ikrarın varlığı ve yokluğu halinde sanığın alabileceği cezalarla ilgili kendi tahminini de bildirebilmektedir.

Doktrinde uzlaşmadan yana olan görüş, bu uygulamayı, ceza muhakemesinin akılcı, etkili ve bütün taraflar açısından avantajlı bir biçimde sonuçlandırılması yolu olarak

---

224 Weigend, s.89.
225 Taylor, AnwBl 1979, s.146.
226 Bkz. Weigend, s.89 vd.
227 Taylor, AnwBl 1979, s.147.

görmektedir[228]. Hatta, yargı kararlarının aksine, ikrarda bulunması halinde alacağı ceza ile ikrar etmemesi ve suçlu bulunması halinde alacağı cezayı sanığa hakimin açıkça bildirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, uzlaşmanın tehlikelerinden hareketle karşı çıkan yazarlar ise; bu uygulamanın suçsuz insanlar üzerinde bir baskı oluşturduğunu, uzlaşma halinde adalete aykırı bir biçimde ceza indirimi sözkonusu olduğunu ve duruşmada ısrar eden sujeye adeta ilave ceza verilmiş olacağını ileri sürmektedirler[229].

d) Avusturalya.

Adliyenin ağır iş yükü, iddia makamı açısından zaman ve emek tasarrufu, sanık açısından ise cezaların yüksekliği gibi snedenlerle Avusturalya'da uzlaşmaya yönelinmektedir. Ayrıca, isnadın sınırlandırılması konusunda önemli bir rol oynadığı için, muhbirler tarafından sıkça kullanılan bir yoldur[230].

İsnad Avusturalya'da çoğunlukla polis tarafından yapılmaktadır. Ayrıca 1984 yılından bu yana, koğuşturmayı yürütecek ve gerktiğinde sona erdirecek ayrı bir makam (Director of Public Prosecutions) bulunmaktadır. Gerek toplumsal gerek bireysel iddia makamı savunma makamı ile anlaşarak bir kısım isnadlardan vazgeçebilmektedir. Ancak birçok eyalette bunun için mahkemenin muvafakati gerekmektedir[231].

Hakimin uzlaşmaya katılması (sentence bargaining) kabul edilmemektedir. Yüksek Mahkeme kararlarında, tarafsız

---

228 Bkz. Taylor, AnwBl 1979, s.147.
229 Görüşler için bkz. Weigend, s.91.
230 Bkz. Weigend, s.93.
231 Bkz. Weigend, s.94.

olması gereken bir hakimin, ikrar halinde verilebilecek muhtemel ceza hakkında konuşması ve bu çerçevede müdafiye bir taahhütte bulunması yasaklanmaktadır[232].

Uzlaşmaya karşı çıkanlar; yargılama makamının fonksiyonunun sınrlandırıldığını, gizli pazarlıklar dolayısıyla aleniyetin ihlal edildiğini, fiile uygun ceza tayini ilkesinden uzaklaşıldığını ve gerçekten suzsuz insanların dahi herhangi bir suçu kabule zorlandığını belirtmektedirler[233]. Bununla birlikte, hukuk reformu komisyonu, ikrarın ceza tayini sırasında failin lehine gözönünde bulundurulmasını uygun bulmuştur. Zira ikrar sanığın pişmanlığının[234] bir ifadesi olarak cezada indirimi gerektirdiği gibi, ayrıca duruşmaya gerek kalmadığı için devletin yargılama ve tanıkların duruşmaya gelme külfetinden kurtarılmış olması sanık lehine değerlendirilmelidir[235].

e) İspanya.

Kural olarak koğuşturma mecburiyeti ilkesini[236] benimsemiş olan İspanya'da, 19. yüzyıldan beri bir şekilde uygulanan uzlaşma (conformidad), maslahata uygunluk ilkesinin bir çeşit ifadesi sayılmaktadır.

1982 yılında uzlaşma İspanya'da iki basamaklı olarak düzenlenmişti; önsoruşturmada (İsCMUK m.655) ve sonsoruşturmada duruşmanın hemen başlangıcında (İsCMUK

---

232 Bkz. Weigend, s.95.

233 Bkz. Weigend, s.93.

234 Bununla birlikte mahkemeler, sanığın delil durumunun mahkumiyete yeteceğini gördükten sonraki ikrarını, daha uygun bir ceza alma amacına yönelik olduğu gerekçesiyle, cezada indirim nedeni saymamaktadırlar (bkz. Weigend, s.94, dn.400).

235 Bkz. Weigend, s.93 vd.

236 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Öztürk, (1991), s.26 vd.

m.689/2). Altı yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmeyen suçlarda sanık suçlamayı kabul ettiğini açıklarsa, duruşma yapılmadan hüküm verilmekte idi. Ancak 1988 değişikliğiyle birlikte bu hüküm pratikteki önemini yitirmiştir. Zira artık kısaltılmış muhakeme imkanı getirilmiş ve oniki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda seri muhakeme kabul edilmiştir (İsCMUK m. 779 vd.)[237]. Böylece, altı yıla kadar cezayı gerektiren suçlarda, isnad edilen en yüksek ceza üzerinde uyuşma sağlanması halinde hakim, duruşma yapmaksızın hüküm vermek zorundadır. Buna karşılık altı yıldan fazla ve oniki yıldan az ceza gerektiren suçlarda hakim uzlaşma talebini reddedip duruşma yapabilir ya da uzlaşma talebini kabul ederek ceza miktarını kendisi serbestçe tayin edebilir[238].

Uzlaşmanın bir şekli olan sınırlı uzluşmada, savunma makamının tek taraflı olarak, hepsi aynı anda ikame edilebilen kamu davası, şahsi dava ve suç işlendiğini öğrenen her vatandaş tarafından açılabilen halk davasında (Popularklage) talep edilen cezalardan en ağırını kabul ettiğini açıklamasıyla dava sona ermektedir. Sanık burada bir ikrarda bulunmamakta, sadece, talep edilenlerden en yüksek cezayı kabul ettiğini açıklamaktadır (İsCMUK m.791/3 ve 793/3-1). Bu nedenle, sanığın cezayı kabul etmiş olması, aynı zamanda onun suçluluğu kabullendiği şeklinde anlaşılmamaktadır[239]. Ancak savcıların pratikte çoğunlukla üst sınırdan ceza önermeleri yüzünden sanıklar uzlaşma yerine duruşmayı tercih etmekte, buna karşılık zorunlu müdafiler, kendi açılarından rahat ve

---

237 Bkz. Sendra, Vicente Gimeno, Absprachen im spanischen Strafverfahren, ZStW 104(1992), s.223 vd.; Weigend, s.100.

238 Bkz. Sendra, s.231.

239 Sendra, ZStW 104 (1992) s.224.

sorunsuz bir biçimde muhakemeyi sona erdirme yolu olduğu için, daha çok uzlaşmayı tercih eder görün-mektedirler[240].

Bu uzlaşma tek taraflı bir irade açıklamasıdır ve sadece savunma makamı bu imkana sahiptir. Koğuşturma mecburiyeti ilkesi gereği, savcı, devletin cezalandırma yetkisi konusunda uzlaşma teklif edebilme imkanına sahip bulunmamaktadır. Bununla birlikte savunma makamı, uzlaşma açıklamasını savcının iddianamesiyle birlikte yazılı olarak sunabilmekte veya delil ikamesinden önce sözlü olarak talep edebilmektedir (İsCMUK m. 791/3). Böylece savcının, duruşmada sanığın uzlaşma açıklaması sunmasını teşvik edecek cazip bir ceza teklifinde bulunabilmesi sağlanmış olmaktadır (İsCMUK m. 793/3). Uzlaşma açıklaması ile birlikte, delil ikamesine gerek kalmaksızın yargılama sona ermektedir. Böylece uzlaşma bu şekliyle, İspanyol ceza muhakemesinde kısmi bir taraf özerkliğinin ifadesi olmaktadır[241]. Ancak savunma makamını işgal eden her iki sujenin de kabulü gerekmektedir. Bu nedenle, müdafi yargılamanın devamını uygun görmekte ise, sanığın iradesine rağmen hakim duruşma yapmak zorundadır[242]. Ayrıca yargılamanın bu yolla sona erdirilebilmesi için mahkemenin bir iznine veya onayına gerek olmadığı gibi, sanığın herhangi bir taahhütte ya da ifada bulunması da gerekmemektedir[243]. Ancak aşağıdaki iki husustan birinin varlığı halinde hakim, savunma makamının kabulüne rağmen duruşma yapılmasına karar verebilir: Fiilin dava açan belgedeki hukuki nitelendirmesini doğru bulmamakta ve altı yılı aşan bir cezayı gerektirdiğini düşünmektedir. İkinci olarak ise, suçun konusu hazırlık

240 Weigend, ZStW 104 (1992) s.99.

241 Weigend, s.99.

242 Ayrıca müdafiin ihtiyari veya zorunlu olması da farketmemektedir (bkz Sendra, ZStW 104 (1992) s.230; Weigend, s.99, dn.416).

243 Sendra, ZStW 104 (1992) s.225 vd.

soruşturması sırasında muhafaza altına alınamamış, suçun konusuna ulaşılamamıştır. Burada sanığın delilleri kararttığı varsayımından hareket edilmekte ve delilleri saklayan bir sanığın uzlaşma avantajından yararlanması uygun bulunmamaktadır[244].

Resmi bir istatistik bulunmamakla birlikte, uyuşmazlıkların % 15-30 kadarının bu yolla sonuçlandırıldığı tahmin edilmektedir. Ayrıca, bu tür bir uzlaşma yolunun usul ekonomisine ve bütün sujelerin beklentilerine de uygun olduğu söylenebilir. Zira her şeyden önce duruşmaya gerek kalmamaktadır. Savcı da daha fazla araştırma yapmak zorunda değildir. Sanık ise, aleni bir yargılamanın doğuracağı bazı sakıncalardan korunmuş olacağı gibi, duruşma yapılması halinde iddianamedekinden daha fazla ceza alma riski ve belirsizliğinden kurtulmuş olmaktadır. Bu sistem mağdur açısından da caziptir. Zira sanık tarafından mağdurun zararının hızlı bir biçimde telafisi ve mağdurun tatmininin bir an önce sağlanması sözkonusu olmaktadır. Şöyle ki; daha önce de belirtildiği gibi, savcının açacağı ceza davası yanında, suçtan zarar gören de şahsi dava açabilmektedir. Mağdur da dava açar ve altı yıldan fazla bir ceza talep ederse, sanık uzlaşma ile uyuşmazlığı sonuçlandırma imkanını kaybedecektir. Ayrıca, altı yıla kadar bir ceza talep etse bile, ceza miktarı savcının talebinden yüksek ise, sanık ancak yüksek olanını kabul ile uyuşmazlığı sona erdirebilecektir. Bu nedenle sanık bir an önce mağduru tatmin etmek ve dava açmamasını sağlamak isteyecektir[245].

Birden fazla sanık varsa, hepsini irade açıklaması bulunmadıkça uzlaşma olmaz. Yani sadece bazı sanıklar cezayı kabul

---

244 Sendra, ZStW 104 (1992) s.230.
245 Sendra, ZStW 104 (1992) s.226.

edip bazıları bu konuda talepte bulunmazsa, hepsi için duruşma yapılması gerekmektedir[246].

Kural olarak uzlaşma mağdurun özel hukuka ilişkin taleplerini de ortadan kaldırır ve mağdur bu durumda ayrıca tazminat talep edemez. Ancak mağdur duruşmanın başlamasından önce hukuk mahkemesinde dava açmış ise, uzlaşma sadece ceza davası ile sınırlı kalacaktır[247].

Sanık, buraya kadar açıklanan ve sadece cezayı kabul yoluyla uyuşmazlığı sona erdirebileceği gibi, "tam uzlaşma" diye ifade edilebilecek bir yolu da seçebilir. Burada sanık, savcı ile önceden görüşülmek suretiyle üzerinde anlaşılmış olan fiili işlediğini ikrar etmektedir. Bu yolla hızlandırılmış muhakeme devreye sokulduğu gibi, sanık, talep edilen cezanın önemli miktarda azaltılmasını da garanti etmektedir. Ayrıca sanık bu durumda hazırlık soruşturmasından ve koruma tedbirlerinden de kaçınmış olmaktadır[248]. Tam uzlaşma uygulamasında sanık, müdafiinin de hazır bulunduğu ilk hakim sorgusunda isnad edilen suçu kabul ederse, sorgu hakimi dosyayı ceza hakimine gönderir, o da derhal tarafları duruşmaya davet eder, aynı duruşmada taraflar delillerini ileri sürerler ve derhal hüküm verilir (İsCMUK m.789/5). Böylece sanık, ikrardan itibaren yirmidört saat içerisinde hüküm verilmesini mümkün kılmış olur. Ancak bu yolun geçerli olabilmesi için, sanık ve sorguda mutlaka bulunması gereken müdafiden meydana gelen savunma makamının tek taraflı irade açıklaması yetmemekte, ayrıca savcının ve sorguyu yapan hakimin de bunu uygun bulması gerekmektedir[249].

246Sendra, ZStW 104 (1992) s.227.

247 Sendra, ZStW 104 (1992) s.227.

248 Sendra, ZStW 104 (1992) s.228.

249 Sendra, ZStW 104 (1992) s.228

Tam uzlaşma uygulamasında savcı, mağdurun zararının telafi edilmiş olmasını arayacağı gibi, ikrarın sanığın samimi olarak pişmanlığını gösterdiğine de kanaat getirmelidir. Böyle bir ikrar halinde hakim, tarafların kanunyolundan vazgeçtiklerini açıklamaları şartıyla, iddianamede önerilen cezayı indirebilir, tecile, hatta beraate dahi hükmedebilir (İsCMUK m. 794/2)[250].

Böylece uzlaşmanın hukuki bir bağlayıcılığı sözkonusu olmakta ve taraflar artık kanunyoluna gidememektedirler. Ayrıca, mutlak uzlaşmada hem cezai hem hukuki açıdan karar verilmekte iken, sınırlı uzlaşmada, özel hukuka ilişkin talepler önceden ve ayrıca karşılanmış olmak şartıyla, sadece cezai uyuşmazlıkla ilgili hüküm verilmektedir (İsCMUK m. 695, 700/1)[251].

Koğuşturma mecburiyeti ilkesini uygulamada oldukça etkisiz kıldığı belirtilen[252] uzlaşma yoluyla, İspanya'da, mahkemeleri aşırı şekilde işgal eden küçük suçlara ilişkin uyuşmazlıkların önemli ölçüde yargılama makamı dışında çözülmesi nedeniyle, mahkemelerin yükü bir hayli azalmıştır. Ayrıca uzlaşma mağdurun zararının hızla telafisinde teşvik edici bir rol aynadığı gibi, sanığın topluma yeniden kazandırılmasında da faydalı olmaktadır. Bununla birlikte, sorgu hakimliğinin baskın rolünden dolayı savcılıkların pasif kalmaları, koğuşturma mecburiyeti ilkesinin mutlak bir biçimde geçerli olması gibi nedenlerden ötürü uzlaşma kurumunun pratikte yeterince kullanılamadığı belirtilmektedir[253]

---

250 Sendra, ZStW 104 (1992) s.229.
251 Sendra, ZStW 104 (1992) s.232.
252 Weigend, s.101.
253 Sendra, ZStW 104 (1992) s.233.

Oysa İspanya tecrübesi göstermektedir ki, ceza muhakemesinin amacı, adeta her suç haberi üzerine mutlaka yargılama yapıp faili mutlaka cezalandırmaktan ibaret olmamalıdır. Zira hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı yolunun suçluların topluma yeniden kazandırılmasında faydalı olamadığı görülmüştür. Ceza muhakemesinin amacı, öncelikle, suç işlenmekle ortaya çıkan toplumsal ve bireysel çatışmaları makul bir süre içerisinde çözmek olmalıdır. Uzlaşma ise bu konuda tek değil ama çok önemli bir araçtır. Zira bu yolla uyuşmazlık hızlı ve dostça bir çözüme kavuşturulmakta, mağdur etkin bir biçimde korunabilmekte, suçlu daha kolay topluma kazandırabilmektedir. Böylece, yavaş ve otoriter bir tarzda işleyen adalet yerine, taraflarca ve toplumun bütününce kabul edilebilecek bir yol izlenmiş olmaktadır[254].

f) İtalya.

İlk 1981 değişikliğiyle, fakat asıl olarak 1989 CMUK reformuyla, Anglo-Amerikan taraf muhakemesi anlayışı kısmen İtalyan ceza muhakemesi bakımından da benimsenmiş bulunmaktadır (İtCMUK m.444 vd.). Buna göre, "normal" muhakeme sadece, anlaşılarak sonuçlandırılamayacak önemli ve karmaşık uyuşmazlıklarda sözkonusu olmakta, diğer uyuşmazlıklar uzlaşma yoluyla çözülebilmektedir[255].

Üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda[256], sanık ve savcının anlaşması suretiyle isnad belirlenebilmektedir (patteggiamento). Uzlaşma tarafların

---

254 Sendra, s.233.

255 Weigend, s.103.

256 Takibi şikayete bağlı suçlarda uzlaşma konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır (bkz. Budde, Robert, Vereinbarungen im italienischen Strafprozess nach altem und neuem Recht, ZStW 102(1990), s.220).

önceden görüşmeleri üzerine olabileceği gibi, daha sonra diğer tarafın muvafakati şartıyla, savcı veya sanık tarafından yapılan bir talep biçiminde de gerçekleşebilir[257]. Talep ve muvafakat, dilekçe ile veya sözlü olarak, duruşma başlangıcına kadarki zaman dilimi içerisinde mümkündür. Taraflardan biri, karşı tarafın talebi hakkında olumsuz görüş açıklamış olsa bile, bu açıklama bağlayıcı olmadığından, duruşmaya kadar görüşünü değiştirip talebi kabul ile uzlaşmayı sağlayabilir (İtCMUK 446/4)[258]. Savcı sanığın uzlaşma talebine muvafakat etmek istemezse, bunun gerekçesini belirtmek zorundadır. Sanığın iradesi bizzat kendisi tarafından veya özel bir temsilci vasıtasıyla açıklanabilir. Hakim, sanığın talebinin ya da muvafakatinin iradiliği konusunda tatmin olmak isterse, hazır bulunmasını emredebilir[259].

Taraflardan birinin uzlaşma talebinde bulunup, diğer tarafın henüz muvafakat etmemiş olması halinde, hakim, bu tarafa görüşünü açıklaması için bir süre tayin eder. Süre dolmadan talep geri alınamaz ve değiştirilemez. Süre tayini üzerine ya da taleple birlikte muvafakatin sağlanması sonunda hakim, sadece bu konuya ilişkin özel bir görüşme düzenler[260]. Bunda amaç, duruşmayı beklemeksizin, tarafları dinledikten sonra talep hakkında bir karar vermektir. Böylece ceza muhakemesini henüz önsoruşturma aşamasında derhal sonuçlandırma imkanı sözkonusu olabilmektedir[261].

Uzlaşmaya göre para cezası ya da tecil edilmek üzere

---

257 Budde, ZStW 102 (1990) s.211.

258 Kanun koyucu bu suretle duruşmaya gerek kalmaksızın, muhakemeyi çabuklaştırma amacını açıkça ortaya koymuştur. (Bkz. Budde, s.215).

259 Budde, s.215.

260 Hazırlık dosyasının bu görüşmeden en az üç gün önce hakime ulaşmış olması gerekmektedir. (Bkz. Budde, ZStW 102 (1990) s.216).

261 Budde, ZStW 102 (1990) s.216.

hapis cezası talep edilebilmektedir. Talep edilecek ceza hürriyeti bağlayıcı ceza ise, iki yılı aşmaması gerekmektedir. Zira uzlaşma ancak üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda mümkündür ve uzlaşma halinde cezada indirim oranı en fazla 1/3 olabilmektedir. Ayrıca para cezasına hükmedilebilir ve bu durum uyuşmazlığın uzlaşma sınırı içinde kalmasını etkilememektedir[262]. Talepte cezanın türü ve miktarı açık olarak belirlenmelidir. Talep edilen cezanın türü ve miktarı konusunda bir takdir yetkisine sahip bulunmayan hakim ancak bu talebi kabul etmek ya da cezayı kanuna aykırı bulursa talebi reddederek yargılama yapmak zorundadır[263]. Fakat beraat kararı verilebilecek durumda ise, hakim, tarafların belirli bir ceza konusunda uzlaşmış olmalarına bakmaksızın re'sen beraat kararı verebilmektedir[264]. Uzlaşma halinde delil ikamesi sözkonusu olmamakta, ve ayrıca araştırma yapması gerekmeyen hakim, sadece dosyanın mevcut durumuna göre karar verebilmektedir. Hakim ancak uyuşmazlığa uygulanacak ceza normunun ve cezayı etkileyen nedenlerin doğru tayin edilip edilmediğini denetleyebilmektedir[265].

Sanığın ceza önerisinde bulunması bir ikrar olarak nitelendirilmekmektedir. Bununla birlikte, bu durumun masumluk karinesi ile çelişip çelişmediği hususu doktrinde tarışılmaktadır[266]. Ayrıca, tarafların uzlaşmasının hakimi bağlıyor olması da, hakimin bağımsızlığı noktasından tereddütle karşılanmaktadır[267].

---

262 Budde, ZStW 102 (1990) s.212.
263 Budde, ZStW 102 (1990) s.211, 213.
264 Budde, ZStW 102 (1990) s.212.
265 Budde, ZStW 102 (1990) s.212.
266 Bkz. Weigend, s.103.
267 Bkz. Budde, ZStW 102 (1990) s.220.

VII. Sonuç

Ceza muhakemesi hukukunda en adil olanı, herkesin fiilinin karşılığı olan cezayı almasıdır. Ancak dünyanın hiç bir yerinde bunun istisnasız uygulandığı söylenemez. Sanığın ceza koğuşturmasını kolaylaştırmasına veya zorlaştırmasına göre ona farklı davranıldığı evrensel bir vakıadır. Bunun sonucu olarak, bazı hukuk sistemlerinde sanığın ikrarı ceza tayininde açıkça veya uygulamada onun lehine gözönünde bulundurulmaktadır.

Ayrıca, ceza muhakemesi hukukumuza egemen olan bazı ilkelerin yeniden değerlendirilmesi gerekir. Bunların başında aleniyet ilkesi gelmektedir. Sanığın, mağdurun ve hatta tanığın özel hayatının duruşmanın gizliliği yoluyla korunması kısmen sağlanabilmektedir. Zira gizlilik halinde dahi, özel hayatın, duruşma öncesi veya sonrası yoğun bir medya ilgisi sonucunda kamuoyuna aktarılması suretiyle ihlali her zaman mümkündür. Böyle bir durumda özel hayata ilişkin ceza kanunu hükümleri ile kişilik haklarına ilişkin özel hukuk hükümleri de yeterince koruma sağlayamamaktadır. Kaldı ki, aleni duruşmanın kendisi bizatihi bir ceza olabildiği gibi, aleni yargılamanın teşhir etkisi sonucu, delil yetersizliğinden beraat adeta haksızlık gibi görülebilmekte ve muhtemelen ceza muhakemesinin gerçeğe ulaşma amacı bilerek saptırılabilmektedir[268].

Ceza muhakemesinin kamusal yönünün ağır basması sonucu, mağdurun özel yararlarının bu hukuk dalında ihmal edildiği görülmektedir. Ceza muhakemesine bağlı olarak yürüyen şahsi hak davası veya kimi ülkelerde kabul edilen mağdurun korunması hakkındaki kanunlarla öngörülen

---

268 Eser, ZStW 104 (1992) s.379.

tazminat ödeme modelleri, mağdurun menfaatini ikincil derecede bir konu olarak gördükleri ve Devletin cezalandırmadaki menfaati ön planda kaldığı için, işlerliği olan kurumlar değildir. Oysa mağdurun haklı çıkarlarının korunması ile sağlanabilecek olan hukuk barışı, hukuk devletinin başta gelen unsurlarından biridir[269]. Bunun içinse, ceza muhakemesi hukukunda mağdurun konumunun güçlendirilmesi gerekmektedir. Uzlaşma mağdurun zararının hızla telafisinde teşvik edici bir rol oynayabileceği gibi, sanığın topluma yeniden kazandırılmasında da faydalı olabilir.

Mağdurun durumunun kuvvetlendirilmesi, savcının konumunu zayıflatırken, sanığınkinin güçlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bunun sonucunda mağdur ve sanık hüküm verme faaliyetine eylemli bir biçimde katılabilirlerken, Devlet de, sahip bulunduğu ceza verme yetkisinden kısmen vazgeçmek zorunda kalabilecektir. Bu ise kamu davasının mecburiliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır[270]. Ancak, örneğin şahsi dava yoluyla koğuşturulan suçlarda olduğu gibi, mevcut istisnalar genişletilmek suretiyle, kamu davasının mecburiliği ilkesiyle uzlaşma kurumunun çelişmesi önlenebilir. Böylece, hangi hallerde uzlaşmaya gidilebileceği kanunen belirlenmek suretiyle, eşitlik ilkesine de uyulmuş olur.

Uzlaşma üzerine ikrarda bulunulması halinde, maddi gerçeğe ulaşma amacı ve buna bağlı olarak re'sen araştırma ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Zira, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, sanığın ikrarına daha fazla önem verilmesine engel değildir ve doğruluğuna inanılır bir ikrarı gözönünde tutmamak anlamsız olur. Kaldı ki, sanığın ikrarı hakimin araştırma yapmasını engellemez. Çünkü kendi içerisinde

---

269 Eser, ZStW 104 (1992) s.381.

270 Eser, ZStW 104 (1992) s.384.

tutarlı olmayan veya inanılabilirlikten uzak bir ikrarın varlığı halinde mahkemenin araştırma yapma mecburiyeti devam etmektedir. Böylece, mahkemenin araştırma yapma yetkisine dokunulmamakta, sadece, sanığa kendi aleyhinde olacak şekilde araştırmaların yapılmasından vazgeçebilme imkanı tanınmaktadır. Sanığın maddi gerçeğin araştırılması mecburiyetinden vazgeçebilmesi ise, sanığın deliller üzerinde tasarruf yetkisinin kabulü anlamına gelmez[271]. Kaldı ki, ceza kararnamesi uygulamasında maddi gerçeğin araştırılmasına ve masumluk karinesine ne ölçüde riayet edilmekte ise, uzlaşmada da bu ilkelere o ölçüde riayet edilmesi istenebilir.

Kusur sorumluluğu ilkesinden elbette vazgeçilemez, ancak, suçlunun hakettiği cezanın tam uygulanabilmesi her zaman mümkün olamamaktadır. Muhtemelen yeterli delil bulunamayacağı için şüphenin lehine yorumlanıp sanığın beraat edebileceği bu gibi durumlarda[272] uzlaşma yoluna gidilmesi halinde adalet idesi de zarara uğratılmış olmaz. Zira makul ve nispeten çabuk ulaşılacak bir hüküm, sujeler ve toplum tarafından daha fazla tasvip göreceği için, adaleti daha iyi tesis edecektir[273].

Mahkemelerin aşırı iş yükü ve bundan kaynaklanan davaların uzaması genel bir şikayet konusudur. Bu nedenledir ki, yargılamasız cezalandırmama ilkesini benimsemiş Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup birçok ülkede dahi, adliyenin iş yükünü azaltacak şekilde ceza kararnamesi ve seri yargılama imkanları yaygın bir biçimde öngörülmektedir[274].

---

271 Eser, ZStW 104 (1992) s.390.

272 Rex, DRiZ 1991, s.31.

273 Wolfslast, NStZ 1990, s.416.

274 Nitekim Türk Ceza Kanunu 1997 Tasarısı da (m.94), sınırı bir yıla çıkarmak suretiyle önödeme kapsamına girebilecek suçların sayısını bir hayli artırmaktadır.

Katılanların işbirliği ve anlaşması ile muhakemenin kısa bir sürede sonuçlandırılması herkesin yararınadır. Modern teknolojiyi ve iktisadi yapının karmaşıklığını kötüye kullanarak işlenen suçlarda uzlaşma yoluna gidilmesi nedeniyle, bu tür karmaşık ve ispatı zor suçların faillerinin, suçu kolay ortaya çıkarılabilen faillerden daha çok uzlaşmadan yararlanmaları ve böylece iktisadi durumu daha iyi olanlar lehine toplumsal sınıf adaleti yaratılması eleştirisi[275] belki doğru olabilir. Uzlaşmanın amacının bu olmadığı da bir gerçektir. Fakat diğer taraftan, bu tür suçların normal muhakeme yoluyla aydınlatılması ve faillerinin cezalandırılabilmesi ihtimali ya hiç bulunmamakta ya da çok uzun araştırma ve yargılamalar sonucunda belki mümkün olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, bu kişilerle uzlaşılmaması durumunda da yine, büyük ihtimalle, maddi gerçeğe ulaşılamamaktadır.

Şahsi davalık suçlarda uzlaşma imkanı zaten mevcuttur. Zira suçtan zarar gören dava açmayabilmekte veya açtığı davasını geri alabilmektedir. Böylece kanun, mağdurun tatmininin sadece failin cezalandırılmasıyla olmayabileceğini bu tür suçlar bakımından kabul etmiş bulunmaktadır[276]. Failin kanunen öngörülen cezayı tam olarak çekmesi halinde mağdurun kısmen tatmin edildiği söylenebilirse de, mağdur açısından asıl tatmin, uzlaşma sürecinde fail tarafından zararının giderilmesi suretiyle olacaktır.

Muhakemenin sonucu hakkında savcının ve/veya hakimin geçici, fakat güvenilir bir tahmini demek olan uzlaşma[277], yasal

---

275 Niemöller, StV 1990, s.36; Wolfslast, NStZ 1990, s.412; Eser, s.ZStW 104 (1992) 395.

276 Haas, Günter, Vereinbarungen im Strafverfahren - Ein Beitrag zur Lehre von den Prozesshandlungen, NJW 1988, s.1346 vd.

277 Schmidt-Hieber, Werner, Absprachen im Strafprozess - Rechtsbeugung und Klassenjustiz?, DRiZ 1990, s.322.

bir düzenlemeye kavuşturularak eşit bir biçimde uygulanabilir hale getirilebilir[278]. Özellikle duruşmada uzlaşma imkanı kanunen düzenlendiğinde; aleniyet, doğrudan doğruyalık ve sözlülük gibi duruşmaya ilişkin ceza muhakemesi ilkeleriyle uzlaşmanın çelişebileceği hususundaki tereddütler de giderilmiş olacaktır[279].

278 Schmidt-Hieber, DRiZ 1990, s.325.
279 Roxin, s.89.

YARARLANILAN ESERLER

Bode, Hans Jürgen, Verstaendigung im Strafprozess, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1988, s.281-288

Böttcher, Reinhard/ **Dahs,** Hans/ **Widmaier,** Gunter, Verstaendigung im Strafverfahren, -eine Zwischenbilanz, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1993, s.375-377

Böttcher, Reinhard/ **Widmaier,** Gunter, Absprachen im Strafprozess, Juristische Rundschau (JR) 1991, s.353-357

Budde, Robert, Vereinbarungen im italienischen Strafprozess nach altem und neuem Recht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 102(1990), s.196-221

Cihan, Erol/ **Yenisey,** Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Genişletilmiş Güncelleştirilmiş 2.Bası, İstanbul 1997

Cramer, Peter, Absprachen im Strafprozess, Festschrift für Kurt Rebmann (FS-Rebmann), München 1989, s.145-159

Dahs, Hans, Absprachen im Strafprozess, -Chancen und Risiken-, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1988, s.153-159

Damaska, Mirjan, Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen, Strafverteidiger (StV) 1988, s.398-402

Dencker, Friedrich/ **Hamm,** Rainer, Der Vergleich im Strafprozess, Frankfurt am Main 1988

Dielmann, Heinz J.,"Guilty Plea"und"Plea Bargaining"im amerikanischen Strafverfahren - Möglichkeiten für den

deutschen Strafprozess, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1981, s.558-571

Erginay, Akif, Vergi Hukuku, İlkeler, Vergi Tekniği, Türk Vergi Sistemi, 11.Baskı, Ankara 1984

Eser, Albin, Funktionswandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur"Reprivatisierung"des Strafverfahrens, ZStW 104(1992), s.361-397

Gerlach, Götz, Absprachen im Strafverfahren, Frankfurt am Main ua. 1992

Haas, Günter, Vereinbarungen im Strafverfahren - Ein Beitrag zur Lehre von den Prozesshandlungen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1988, s.1345-1351

Hamm, Rainer, Absprachen im Strafverfahren, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1990, s.337-342

Hassemer, Raimund/ **Hippler,** Gabriele, Informelle Absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens, Strafverteidiger (StV) 1986, s.360-363

Herrmann, Joachim, Der amerikanische Strafprozess, Der Strafprozess im Spiegel auslaendischer Verfahrensoednungen, Herausgegeben von Heike Jung, Berlin-New York 1990, s. 133-136.

Kalemli, Mustafa, Türk Yargı Sisteminin Sorunları, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, s.9-25

Kintzi, Heinrich, Verstaendigungen im Strafrecht, Juristische Rundschau (JR) 1990, s.309-316

Koch, Karl-Heinz, Absprachen im Strafprozess, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1990, s.249-252

Kremer, Stefan Hubertus, Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozess, Bonn 1994

Kühne, Hans-Heiner, Strafprozesslehre, 4.Auflage, Heidelberg 1993

Kunter, Nurullah/ **Yenisey,** Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş 10.Bası, İstanbul 1998

Massaro, Toni M., Das amerikanische Plea-Bargaining System: Staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Strafverfolgung, Strafverteidiger (StV) 1989, s.454-458

Niemöller, Martin, Absprachen im Strafprozess, Strafverteidiger (StV) 1990, s.34-38

Önder, Ayhan, Sulh Ceza Hakiminin Ceza Kararnamesi, İstanbul 1966

Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.Bası, Ankara 1994

Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991

Rex, Erhard, Verstaendigung im Strafverfahren, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1991, s.31-32

Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 24.Auflage, München 1995

Rönnau, Thomas, Die Absprache im Strafprozess, Baden Baden 1990

Rössner, Dieter/ **Engelking,** Christian, Der praktische Fall: Strafprozessrecht-Der"Vergleich"im Strafverfahren, Juristische Schulung (JuS) 1991, s.664-670

Schlüchter, Ellen, Zur Relativierung der gerichtlichen Aufklaerungspflicht durch Verstaendigung im Strafverfahren, Festschrift für Günter Spendel (FS-Spendel), Berlin ua.1992, s.737-756

Schmid, Niklaus, Das amerikanische Strafverfahren, Heidelberg 1986

Schmidt-Hieber, Werner, Absprachen im Strafprozess - Rechtsbeugung und Klassenjustiz?, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1990, s.321-326

Schmidt-Hieber, Werner, Der strafprozessuale"Vergleich"- eine illegale Kungelei?, Strafverteidiger (StV) 1986, s.355-357

Schmidt-Hieber, Werner, Verstaendigung im Strafverfahren, München 1986

Schünemann, Bernd, Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozesskultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums, Strafverteidiger (StV) 1993, s.657-663

Schünemann, Bernd, Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, FS für Jürgen Baumann (FS-Baumann), Bilefeld 1992, s.361-382

Schünemann, Bernd, Absprachen im Strafverfahren. Grundlagen, Gegenstaende und Grenzen, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag, München 1990

Schünemann, Bernd, Informelle Absprachen und Vertrauensschutz im Strafverfahren, Juristenzeitung (JZ) 1989, s.984-990

Schünemann, Bernd, Die Verstaendigung im Strafprozess- Wunderwaffe oder Bankroterklaerung der Verteidigung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1989, s.1895-1903

Sendra, Vicente Gimeno, Absprachen im spanischen Strafverfahren, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 104(1992), s.223-233

Siolek, Wolfgang, Neues zum Thema Verstaendigung im Strafverfahren, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1993, s.422-430

Siolek, Wolfgang, Verstaendigung im Strafverfahren - eine verfassungswidrige Praxis, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1989, s.321-330

Taner, M.Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3.Basım, İstanbul 1955

Taylor, Peter, Aus auslaendischen Anwaltsblaettern - Plea Bargaining in England, Anwaltsblatt (AnwBl) 1979, s.145-147

Vitu, Andre, Die Grundzüge des französischen Strafverfahrens, Der Strafprozess im Spiegel auslaendischer Verfahrensordnungen, Herausgegeben von Heike Jung, Berlin-New York 1990

Weigend, Thomas, Absprachen in auslaendischen Strafverfahren, Freiburg i.Br. 1990

Widmaier, Gunter, Der strafprozessuale Vergleich, Strafverteidiger (StV) 1986, s.357-359

Wolfslast, Gabriele, Absprachen im Strafprozess, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1990, s.409-416

Wolter, Jürgen, Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007, München 1991

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Yenileştirilmiş-Geliştirilmiş 6.Baskı, İstanbul 1996

İDARİ BELGELERE ULAŞMA HAKKI
-FRANSA ÖRNEĞİ-

Yrd.Doç.Dr. Murat SEZGİNER*

"Günışığında, saydam bir yönetim dileğiyle".

GİRİŞ

İnceleme konusu olarak seçilmiş bulunan "idari belgelere ulaşma hakkı", yönetimde demokrasi, kişi haklarının güvence altına alınması ve bu hakların eksiksiz kullanımı, kişi güvenliği, hukuka bağlı idare gibi birçok konuyla ilgilidir. İdari belgelere ulaşımın bir hak olarak tanınması, pozitif bir düzenlemeye konu olması son derece önemlidir.

İncelemede idari belgelere ulaşımın önemi belirtildikten sonra gerek idari işlem sürecinde uyulması gereken esasları belirleyen, yanı "İdari Usul Kanunu'na sahip olan ülkeler, gerekse ülkemiz ele alınacak, daha sonra da, Fransa örneği ayrıntısıyla incelenmeye çalışılacaktır.

I. Yönetimde Saydamlık (Günışığında Yönetim ya da Yönetimde Demokrasi)

Tarihsel süreç içinde, genel olarak devlet anlayışına baktığımızda, devlette kapalılığın, gizliliğin egemen olduğu görülebilir[1]. Yönetim Organlarının ellerinde bulunan bilgi ve belgeleri kıskançlıkla saklamaları, kamu hizmetinden yararlanan konumundaki, yönetim dışı kişilerle bunları temas

---

* S.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi

1 Akıllıoğlu, T: Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.806; Eken, M: Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı, AİD, C.27, S.2, Haziran 1994, s.26.

ettirmeyişleri, bunların adeta, idari karar alma tekelinin, kamu gücünün bir kaynağı şeklinde görülmesinin sonucudur.

Yönetimin elindeki bilgi, belge ve diğer verilerin açıklanmaması anlamına gelen gizliliğin[2], "belli sayıda kişilere yönelik açıklık" olarak tanımlanması mümkündür[3]. Yönetimde gizlilik ve kapalılığın[4], çeşitli sebepleri vardır[5]. Herşeyden önce yukarıda ifade edildiği gibi, idari karar alma tekeli ve kamu gücünün kaynağı olarak görülen bilgi, paylaşılmak istenmemektedir. Ülkeler arası rekabet, yöneticilerin daha güçlü olma eğilimi, devlet güvenliği, idari etkinlik gibi düşünceler idareyi kapalılığa ve gizliliğe itmiştir. Bu arada hemen belirtmek gerekir ki, belli bir oranda kapalılık ve gizlilik yararlı hatta zorunlu olabilecektir. Kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin, ticari ve sınai sırlar, vergi, para politikaları, uluslararası ilişkiler, devlet güvenliği ve milli savunmaya ilişkin sırların daima korunması gerekecektir. Zaten mutlak anlamda açıklık, kabul edilebilirliği ve uygulanabilirliği

---

2 Eken, Kamu Yönetiminde Gizlilik, s.26

3 Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık, s.807

4 "Gizlilik" ve "Kapalılık" farklı anlamlara sahiptir. Bu farklılık şu şekilde açıklanmıştır (Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık, s.807; "Kapalılık, etkinliklerin ve dosyaların yönetim dışından görünmemesi anlamına geliyor. Gizlilikte önemli olan bilginin ya da içeriğinin başkalarınca bilinmemesidir. Bu işlev de özellikle gizleme, saklı tutma ödevi bulunmaktadır". Kapalılıkla ilgili diğer bir tanımlama ise şu şekildedir (Eken Kamu Yönetiminde Gizlilik, s.26); Kapalılık, "kamu kurum ve kuruluşlarının dıştan gelen her türlü etkiye karşı duyarsız kalmasını, çoğu işlem ve eylemlerinin dıştan görülememesini ve alınan kararların gerekçelerinin açıklanmamasını ifade eder. Kapalılık, yönetimin hizmet yürüttüğü çevre ya da halka karşı duyarsızlığını ifade ettiği halde, gizlilik hem dış çevreye hem de yönetimin kendi içindeki kişi ve birimlere karşı izlediği bir politikadır". Kapalı bir yönetimin, gizlilikten en aşırı şekilde yararlanmaya çalışması da normaldir.

5 Eken, Kamu Yönetiminde Gizlilik, s.27.; Ayrıca Bk. Eken, M: Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı, AİD, C.27, sy.2, Haziran 1997, s.27 vd.

mümkün olmayan bir durumdur. Mutlak açıklığın birçok sakıncaları sıralanabilir[6]. Karar alma tekelinin dağılışı, kararın her türlü olumsuz etkiye açılması, karar makamının özerkliğinin zedelenmesi, yönetimin kendisi dışındaki örgütler karşısında varlığını ve bağımsızlığını koruyamayışı, yöneticilerin tarafsızlıklarının korunamayışı, olumsuzluklardan sadece birkaçıdır.

Yönetimde kapalılığın ve gizliliğin bu şekilde haklı birtakım gerekçeleri olmakla birlikte, bu alan, yönetim tarafından kolaylıkla genişletilebilmektedir. Bu sebeple de idarenin elindeki bilgi ve belgelerden[7] yararlanılması şartlarının ayrıntılarıyla düzenlenmesi son derece yararlıdır. Günümüz modern demokrasilerinde saydam, faaliyetlerinin kolaylıkla izlenebildiği, bilgilenmenin kolaylıkla sağlandığı bir yönetim tarzı geçerlidir. İdarenin elindeki bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, "Hukuk Devleti çizgisinin korunmasını sağlayan mekanizma"[8] olarak sunulabilir.

---

6 Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık, s.807 vd.

7 İdarenin elindeki "belge"lerden sözedilirken, bunun geniş anlamıyla idari işlemleri, rapor, etüdler, istatistikler, manyetik bantlar, mektuplar, filmler, bilgisayar kayıtlarını içerdiğini belirtmek gerekir. (Akıllıoğlu,T: Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara 1983, s.113). Fransa'da İdari Belgelere Ulaşma Hakkını Düzenleyen 17 Temmuz 1978 tarihli kanun (Loi no. 78-753) birinci maddesinde "idari belge" nin tanımını yapmaktadır. md.1 "Bu başlık altında idari belge olarak sayılmış olanlar pozitif bir hakkın açıklanması ya da idari bir usulün tasvirini, görüşleri, yazılı şekilde alınan kararları ve öngörüleri, görsel ya da işitsel kayıtları, kişisel olmayan bilgisayar kayıtlarının değerlendirilmesini ihtiva eden, tüm dosya, rapor, tutanaklar, istatistikler, direktifler, yönergeler, sirkülerler, bakanlık cevapları ve notlarıdır".

8 Güran, S: Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu, Anayasa Yargısı 9, Ankara 1993, s.23. Yazar, Vatandaşların İdarenin elindeki bilgi ve belgelere ulaşma hakkını, bireylerin kamu mallarından yararlanmak suretiyle düşüncelerini açıklamak, yaymak ve bu şekilde kamuoyunu ve idareyi etkilemek faaliyetleriyle birlikte, "idareye nüfuz edilmesi, etkilenmesi, denetlenmesi

Saydam Yönetim, aslında "Demokratik yönetim" ve "Yönetimde Demokrasi" kavramlarıyla ilgilidir[9]. Demokratik yönetimin gerçekleştirilmesinin temel şartı olan seçimden başka, yönetimin işleyişinde demokrasiyi, yani Yönetimde demokrasiyi gerçekleştirmenin üç unsuru olduğu söylenebilir. Bunlar, idari muameleler için geçerli genel idari usulün varlığı, Bilgi edinme hürriyeti ve Yönetimin karar almak üzere yaptığı toplantılarına isteyenlerin katılımının sağlanmasıdır[10]. Aslında ifade edilen her üç unsurda, birbirini tamamlamaktadır. Özellikle, idari usul kanununa sahip olan ülkelerde, sözkonusu kanunlarda ya genel olarak idari belgelere ulaşma hakkının[11] ya da kişilerin kendileri ile ilgili olarak yapılan işlem belgelerini öğrenme hakkının[12] düzenlendiğini görüyoruz. Ayrıca ABD başta olmak üzere yönetimin toplantılarının açıklığı, ilgililerin bu toplantılara katılabilmeleri[13] de usul kanunlarının düzenlediği hususlardır. Görüldüğü üzere her üç unsur birarada, yönetimin

---

suretiyle, bireyin hak arama hürriyetini kullanmasını ve hukuk devleti çizgisinin korunmasını sağlayan mekanizma" olarak görmektedir.

9 Özay, İ.H: Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.1-2. Yazar, "Saydamlık" yerine, günışığında yönetim teriminin kullanılmasını tercih ediyor. s.2.

10 Özay, s. 2-6

11 İspanya, 1992 tarihli "Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimini ve Genel İdari Usulü Düzenleyen Kanun" md. 37; 1990 tarihli İtalya, "İdari Usul ve İdari Belgelere Giriş Hakkında Kanun" md. 22-27.

12 1976 tarihli Federal Almanya İdari Usul Kanunu İşlem dosyasının incelenmesini, işlemde taraf konumunda bulunan kişiler bakımında tanıyor. md. 29. Kanun'un çevirisi için Bkz. Gemalmaz, M.S-Doğru, O: Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası(1976), İHİD, sy. 1-3, yıl 9, 1988, s. 127. Bu durumun, Alman İdari Usulündeki esasların, "sübjektif hakların korunmasına son derece yönelik" olmasının (Güran, Hak Arama Özgürlüğü, s. 32) bir sonucu olduğu söylenebilir.

13 Amerikan İdari Usul Kanunu, İdare tarafından yapılan toplantılar konusunda son derece ayrıntılı düzenlemeler yapmış, hatta toplantılara katılan kişilere bir takım haklar vermiştir. Kanunun çevirisi için Bk. Tarhanlı, İ: Amerikan İdari Usul Kanunu, İHİD, sy. 1-3, yıl 6, 1985, s. 225. İdarenin

demokratikleşmesini sağlamaktadır. Gerçekten de idarenin muamelelerine uygulanacak genel usul esaslarının belirlenmesi, kamu hizmetinden yararlananlar bakımından büyük bir güvence teşkil etmekle beraber, idarenin elinde bulunan bilgi ve ve belgelere ulaşma hakkının tanınmaması durumunda pek bir anlam ifade etmeyebilir[14].

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28 Eylül 1977 tarihli, "Bireyin Yönetsel İşlemler Karşısında Korunması Hakkındaki" kararında yeralan beş ilkeden birisi de "Bilgi Kaynaklarına Giriş" tir. İlke şu şekildedir[15]; "isteği üzerine, ilgiliye, yönetsel işlemden, bu işlemin yapılmasında kullanılan bütün ögeler hakkında verilmesi olanaklı her bilgi uygun biçimde iletilir". Görüldüğü üzere, idarenin tek yanlı karar alma, kamu gücünü kullanma yetkisi karşısında zayıf durumda bulunan kişi için korunma yollarından birisi de idari belgelere, yani bu belgelerdeki bilgilere ulaşma hakkıdır. Günümüz insanı bakımından "bilgi" vazgeçilemeyecek kadar önemlidir. Hatta bazı yazarlar tarafından, temel hak ve hürriyetler ile ekonomik ve sosyal hakları takiben "bilgi edinme hakkı", insan haklarında üçüncü aşama olarak

---

toplantılarına katılımın sağlanması, kişiler bakımından gerçekten önemli güvenceler getirmekle birlikte, toplantılara bir yetki ile katılmak, sağlanacak olan güvencenin en ileri boyutudur. Bu konuda Amerikan sisteminin üstünlüğünden bahseden Özay, şunları söylemektedir (Özay, s.5., 8 nolu dipnot); "... sadece önceden belli edilmiş "usul" ile bilgi ve belgelere ulaşabilme olanağı değil, asıl Meclis, encümen, kurul ve benzerleri gibi toplu karar organlarının görüşmelerini izleyebilme, giderek orada görüş açıklayabilme, yani bu üçüncü unsur yönetimi kapalı kapılar ardından "Günışığı"na çıkarmaktadır".

14 Özay, s. 3.

15 Akıllıoğlu, Savunma Hakları, s. 196. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Karar ekinde yeralan diğer ilkeler ise, "Dinlenilme Hakkı", "Hukuki Yardım ve Temsil", "Yönetsel işlemlerin gerekçeli olması", "İşleme karşı başvuru yollarının belirtilmesi"dir.

karşımıza çıkmaktadır[16].

Günümüz demokratik ülkelerinde, çeşitli düzeylerde, idarenin elinde bulunan bilgi ve belgelerden idare dışındaki kişilerin yararlanmasını düzenleyen hukuki metinler bulunmaktadır. Bu metinlerde yararlanılacak olan belgenin niteliği, ulaşılması mümkün olmayan belgeler, belgelerden yararlanacak olan kişinin niteliği belirlenmektedir.

II. İdari Usul Kanunlarında İdari Belgelere Ulaşma Hakkı

İdari Usul Kanunu'na sahip bulunan ülkelerde, idari belgelere ulaşma hakkı, genel olarak sözkonusu kanun içinde düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde Usul Kanunu'nun yanında idari belgelerde ulaşımı düzenleyen ayrı kanunların, hukuki düzenlemelerin var olduğu da görülmektedir[17].

İdari Usul Kanunları, asıl olarak işlem yapma yapma sürecini belli esaslara bağlamak, bu süreci sağlamlaştırmak suretiyle ilgiliye güven sağlarlar. Böylece idareye ait bulunan tek yanlı işlem yapabilme gücü, mukabil bir ağırlıkla dengelenecek[18], kişiler kendileri ile ilgili işlemlere katılabileceklerdir. Usul kanunlarının işleyin yapılış esaslarını belirlemesinin doğal bir sonucu olarak da, bilgi ve belgelere ulaşım hakkı, öncelikli olarak kişiyle ilgili yapılmakta olan işleme ait belgeler için sözkonusu olmaktadır. Bu durum, kişiye

---

16 Laserre, B-Lenoir, N-Strin, B: La Transparance Administrative, Paris 1987, s. VII vd.

17 Avusturya'da Genel İdari Usul Kanunu'nun yanında, 15.5.1987 tarihli "Bilgi verme yükümlülüğü kanunu" vardır. İspanya'da ise "Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimini ve Genel İdari Usulü Düzenleyen Kanun"a ek olarak, 9.2.1996 tarihli bir kararnameyle "İdari bilgi verme hizmeti" düzenlenmiş ve konuyla ilgili bir kuruluş oluşturulmuştur.

18 Güran, S: Yönetimde Açıklık,İhid, yıl 3, sy 1-3, 1982, s. 102.

sadece kendisiyle ilgili birel işlemler konusunda bilgi alma hakkı sağlayacağından yetkili sayılamaz[19]. Bu etkinliği gidermek üzere de kimi usul kanunlarında idari belgelere ulaşım hakkı yukarıda ifade edilen anlamın ötesinde geniş bir şekilde düzenlenmekte, bazı ülkelerde de ayrı bir düzenlemeye gidilmektedir.

25 Mayıs 1976 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Kanunu'nun 29. md.'si İşlem dosyasının incelenmesine ilişkindir. "Dosyaların Katılanlar Tarafından İncelenmesi" başlığını taşıyan madde şu şekildedir; "Yetkili makam, katılanların hukuksal yararlarını ileri sürebilmeleri ya da savunabilmeleri için bilgilenmeleri gerekli ise muamelelerle ilgili dosyaları incelemelerine izin verir. Bu, idari usulün bitirilmesine kadar mümkündür; ancak karar taslakları ya da doğrudan bunun hazırlanması ile ilgili çalışmalar da bu hükümden hariçtir". Görüldüğü üzere Alman İdari Usul kanunundaki hüküm genel bir "idari belgelere ulaşım hakkı"nı düzenlemektedir. Kanun, katılanların[20], hukuksal yararları ya

---

19 İdari Usul Kanunları, birel idari işlemlerin yapılış usulünün, yetki ve şekil kurallarını düzenlemektedirler. Bu çerçevede idarenin genel düzenleyici işlemleri, bir girişimci sıfatıyla yaptığı yaratıcı ve teknik faaliyetler, kamu hizmeti usul kanunlarının kapsamı dışında kalırlar. (Azrak, A.Ü.: İdari Usul ve Yasalaştırılması, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.823, Usul kanununun kapsamı dışında kalmakla beraber bu gibi konularda da bilgi sahibi olunabilmesi amacıyla, bilgi alma noktasında özel düzenlemeler kanunlar içinde yapılmıştır.

20 Kanun'un 10 md.'sinde Katılanlar şu şekilde belirtilmiştir "1) Başvuran ve karşılık veren, 2) Yetkili makamın idari muameleyi yöneltmek istediği ya da yönelttiği kişiler 3) Yetkili makamın bir kamu hukuku sözleşmesini kendileriyle aktettiği ya da aktetmek istediği kişiler 4) Yetkili makam tarafından usule iştirak ettirilen ikinci benddeki kişiler. 2. Bend, Yetkili makam re'sen ya da başvuru üzerine, usulün sonucunda hukuksal yararları etkilenenleri, katılanlar olarak toplar. Usulün sonucu bilindiği takdirde, başvuru sırasında katılan olarak çağrılırlar işlemin başladığından haberdar edilirler.

da savunmaları için belgeye ulaşma hakkı verilebileceğini ve bu durumda ancak usulün bitirilmesine kadar mümkün olabileceğini belirtmektedir. Kanunun 30. md.'sinde de "Tarafların özellikle özel yaşamları alanlarına giren sırlarının olduğu gibi, mesleki ve ticari sırlarının da, yasal bir yetkiye dayanılmaksızın ifşa edilmemesini isteme hakları vardır" denilmek suretiyle bilgi alma hakkının sözkonusu olamayacağı alanlar belirtilmiştir.

1991 tarihli Avusturya Genel İdari Usul Kanunu da, 17. md.sinde idari belgelere girişi düzenlemiştir. Buna göre ilgililer, idari belgeye ulaşabilir, inceleyebilir ve teknik bakımdan mümkünse kopya alabilir (17/1). İdari belgelere ulaşma usulün her safhasında mümkündür (17/2). İdari belgeler üzerindeki inceleme ilgili ya da üçüncü kişinin menfaatine zarar verecekse, idari usulün amacını tehlikeye düşürecekse, idarenin görevlerine yapmasına engel teşkil edecek, tehlikeye düşürecekse belge incelenemez.

Avusturya Genel İdari Usul Kanunu'nun idari belgeye ulaşma konusunda getirmiş olduğu düzenleme, işlem yapma sürecinde ilgililerin işlem dosyasına ulaşımıyla sınırlıdır. Yani bu düzenleme genel bir şekilde idari belgelere ulaşımı düzenlemektedir. Ancak, bir idari belgenin kişi tarafından doğrudan incelenmesi şeklinde olmamakla beraber, bu belgeler konusunda idareden bilgi istemek şeklinde genel bir düzenleme 15.5.1987 tarihinde "Bilgi Verme Yükümlülüğü Kanunu" ile kabul edilmiştir. Kanuna göre, idare bir kanuni sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmeyecek şekilde, kendi görev alanı ile ilgili konularda bilgi vermekle yükümlüdür. Bilgiler idarenin diğer görevlerinin yerine getirilmesine engel olmamak kaydıyla verilir, yine bilgi verme işi kanuni bir görevin düzenli şekilde yerine getirilmesine engel olmamalıdır. Bilgilenme talebi buna yönelik olarak açıkça maksatlı bir talepse yerine getirilmez (md.

1). "Herkes" bilgi alma talebini sözlü olarak, telefonla, telgrafla, yazılı veya görüntülü olarak bildirebilir. Bilgilenme talebinde bulunan, eğer talep edilen bilginin kapsamı veya içeriği açık bir şekilde anlaşılmıyorsa, sözlü olarak veya telefonla yaptığı bilgi alma talebinin yerine getirilmesi niteliğindeki işlemin yazılı olmasını isteyebilir (md. 2). Bilgiler talepten itibaren en geç sekiz hafta zarfında verilmelidir. Bu süreye uyulmalı ve anlaşılır bilgi verilmelidir (md.3).

Ayrıca Avusturya Devlet Memurları Kanunu'nda, memurların idari işlemin tarafı olmasa da, yetki alanına giren bir konuda talepte bulunan herhangi bir kişiyi, sübjektif hak teşkil etmemek koşuluyla bilgilendirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir[21].

26 Kasım 1992 tarihli İspanyol "Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimini ve Genel İdari Usulü Düzenleyen Kanun"un "Vatandaşların Hakları" başlığını taşıyan 35. maddesinin a) bendinde kişilerin, "ilgili olarak yer aldıkları herhangi bir idari usulün herhangi bir aşamasında, haber aldıklarında, ilgili dosyalardaki belgelerden kopya edinme hakları vardır" hükmü yeralmaktadır. Kişilerin kendileri ile ilgili olarak yapılmakta olan bir işleme ait belgelere ulaşımı düzenleyen bu madde dışında, Kanunun 37. maddesinde genel olarak arşiv ve kayıtlara ulaşım hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, idarenin arşivinde yeralan belgelere ve kayıtlara vatandaşların erişim hakkı vardır. Bu belge ve kayıtlar görüntülü, sesli, yazılı ya da başka destek materyallerinin içinde bulunabilir. Ancak bu belgelere ulaşılabilmesi için, istendikleri tarihte son bulmuş usullere ait olmaları gerekir. Kişilerin özel hayatlarıyla ilgili belgelere ulaşma hakkı sadece bu kişilere aittir. Bu kayıtların

---

21 Bochmann, S: Rigts of the Citizen vis -a- vis Public Administration 2-6, IIAS, Bruxelles, 1991, Güran, Hak Arama Özgürlüğü, s.33'den naklen.

eksik ya da yanlış olduğunun ilgili tarafından farkedilmesi halinde kişiler bunların düzeltilmesini ya da tamamlanmasını isteyebilirler. Bunun istisnası, belirli bir sonuca hizmet etmeyecek ve zamanaşımına uğramış olan belgelerdir (md.37/1-2). İdari belgelere ulaşma hakkı kamunun menfaatleri gerektirdiğinde kısıtlanabilir. Ayrıca üçüncü kişilerin haklarının korunması ya da kanunun emrettiği durumlarda ilgili idare gerekçeli bir şekilde belgelerin kullanılamayacağını açıklar.

Hiçbir şekilde incelemenin sözkonusu olamayacağı belge tipleri de sayılmak suretiyle gösterilmiştir (md.37/5). Bunlar, hükümetin ya da otonom bölgelerin anayasal görevleriyle ilgili konulardaki davranışlarıyla ilgili bilgiler içeren ve idere hukukuyla ilgili olmayanlar, devlet güvenliği ve milli savunma ile ilgili bilgi içerenler, bazı suçların soruşturulması aşamasında, yapılan araştırmanın sağlığına ya da üçüncü kişilerin özgürlüklerinin ya da haklarının korunmasını tehlikeye sokabilecek şekilde hazırlanmış olanlar, sınai ya da ticari sırlar ya da koruma altındaki maddelerle ilgili olanlar, para politikasıyla ilgili idari işlemlerle ilgili olan belgelerdir.

Ulaşımın sınırlı bir şekilde ve özel düzenlemeler çerçevesinde mümkün olduğu belgeler ise şunlardır (md.37/6); Hastalarla ilgili şahsi sağlık bulguları içeren dosya ve belgeler, seçim sistemiyle ilgili yasalar uyarınca tutulan arşivler, yalnızca istatistik amaçlı olarak devlet istatistik makamları tarafından tutulan arşivler, nüfus kayıtları, suçlulara ve isyancılara dair kayıtlar ve kullanımı kanuna bağlanmış diğer kamu kayıtları, tarihi arşivlerde bulunan kayıtlar.

Bi otonom bölgenin yasama organı üyeleri, yerel meclislerin üyeleri, senatörler ve millet meclisi üyelerinin

kamu idarelerine ait arşivlere ulaşımı da özel düzenlemeler çerçevesinde olacaktır (md.37/6-f).

İdari belgelere ulaşım hakkı, ilgililer tarafından kamu hizmetlerinin etkinliğini azaltmayacak şekilde ve bu nedenle başvurmak istedikleri belgeler için tek tek istek yapmak suretiyle kullanılacaktır[22]. Bu durumun tek istisnası, aynı konuyla ilgili bir grup belgenin istenmesi durumlarıdır ve bu tip istekler yetkililerin değerlendirmelerine bağlı olarak kabul edilebilir. Bununla beraber istekte bulunanlar, tarihi, kültürel ya da bilimsel amaçlarla hareket eden araştırmacılar olduklarında bu kişilerin doğrudan arşivlere ulaşımına da izin verilebilir. Bu durumda ise ön koşul belgelerde adı geçen kişilerin mahremiyetlerinin saklı kalmasıdır. Ulaşma hakkı ile birlikte ilgililere belgelerin kopyalarını alma hakkı da verilmelidir. İdarenin bu durumu denetleme hakkı vardır ve belirlenmiş ödemeleren peşinen yapılması zorunludur (md.37/7-8).

7 Ağustos 1990 tarihli İtalyan İdari Usul ve İdari Belgelere Giriş Hakkında Kanun, iki ayrı düzenleme yapmıştır. İlk olarak idari işlemin yapılması sürecinde katılan konumundaki kişilerin işlemle ilgili olarak belgelere ulaşması; diğeri de genel olarak, "idari belgelere giriş" başlığı altında idari belgelere ulaşımıdır.

Kanuna göre usulün çabukluk (aciliyet) gereklerinden kaynaklanan engel nedenlerinin olmadığı durumlarda usulün başlangıcı, idari işlemin doğrudan etkilemeye yönelik olduğu kişilere ve kanunen buna katılması gereken kişilere bildirilir. İdare, usulün başlangıç haberinin kişisel tebligatla

---

22 İdareden istenilen belgelerin adlarının belirtilmesi zorunluluğunun, genel mahiyetteki belgelere ilişkin bilgilerin talep edilmesi konusunda bir fren etkisi yaptığı belirtilmiştir. Güran, Hak Arama Özgürlüğü, s.32.

bildirilmesini sağlar. Tebligatta yetkili idare, kabul edilen usulün konusu, usulden sorumlu merci ya da kişi ve "belgelerin görüleceği büro" yeralır. Tebligat yapılan kişilerin, kanunun 24. maddesinde belirtilen sınırlama konuları içine girmemek şartıyla[23], usulün belgelerini görmek hakları vardır (md.7-8-9).

Kanunun V. bölümü "İdari Belgelere Giriş" başlığını taşımaktadır. Bu bölümde genel olarak idari belgelere ulaşım hakkı düzenlenmiştir. Buna Göre, idari faaliyetin açıklığını garanti altına almak ve tarafsız gelişimini sağlamak amacıyla, hukuksal olarak kayda değer durumların himayesi için alaka gösteren kişiye, işbu kanunun belirlediği şartlara göre, idari belgelere girme hakkı verilmiştir (md.22/1). Kanun "idari belge" kavramını da tanımlamıştır. Bu tanımlamaya göre, "Kamu İdaresince oluşturulmuş ya da idari faaliyet amacıyla kullanılan içişleriyle ilgili karar içeriklerinin yer aldığı belgeler de dahil olmak üzere, her türlü grafik, fotosinematografik, elektromanyetik canlandırma idari belge sayılır" (md.22/2).

Bu kanun çerçevesinde ulaşılması yasak olmayan idari belgelere giriş hakkı, sözkonusu belgelerin incelenmesi ve kopyalarının çıkartılması yoluyla olur. Belgelerin incelenmesinde ücret talep edilmez. Kopya verilmesi, kopya masrafının ödenmesi koşuluna bağlıdır. Belgelere giriş talebi, belgeyi oluşturan ya da sürekli olarak elinde bulunduran idareye yöneltilmeli ve gerekçeli olmalıdır (md.25/1-2).

---

23 Kanunun 24. md.'si, idari belgelere giriş hakkının 24 Ekim 1977 tarih ve 801 sayılı kanunun 12. md.'si gereklerine göre, devlet sırlarının bulunduğu belgeler ve yönetmelikle değişik şekilde öngörülen ve ilan yasağı durumlarında geçerli olmayacağını belirtmektedir. Bunun yanında giriş hakkının sözkonusu olamayacağı belge içeriklerini de sıralamıştır. Bunlar, güvenlik, milli savunma ve uluslararası ilişkiler, parasal politika ve döviz politikası, kamu düzeni ve suçluluğun önüne geçilmesi ve bastırılması ve üçüncü kişilerle ilgili gizlilik taşıyan hususlardır.

İdari belgelere ulaşım konusunda, talebin reddi, ertelenmesi ve sınırlandırılması, kanunun 24. md.'sinde öngörülen sınırlamalar çerçevesinde olmalı ve mutlaka gerekçelendirilmelidir. İlgili kişinin talebine idare tarafından otuz gün içerisinde cevap verilmezse, talep, reddedilmiş sayılır. Gerek açık red kararı gerekse zımni red kararlarına karşı idari yargıda dava açılabilir. Mahkemede tarafların savunmalarını aldıktan sonra otuz gün içinde temyiz yolu açık olmak üzere kararını verir.

Kanun ayrıca, idari belgelere ulaşım konusundaki uygulamaları izlemek, ulaşımı kolaylaştırıcı tavsiyelerde bulunmak, konuyla ilgili rapor hazırlamak üzere bir komisyon da teşkil etmiştir (md.27) Komisyon, bakanlar kurulunun görüşlerini alan Başbakan'ın önerisi üzerine Cumhurbaşkanlığı'nın kararnamesiyle atanır. Komisyon onaltı üyeden oluşur. Bu üyeler ilgili meclislerince seçilecek olan iki senatör ve iki milletvekili ile hükümet tarafından seçilecek olan idare ve hukuk profesörlerinden dört kişi ve kamu kuruluşlarında yöneticilik yapmakta olan personel arasından seçilecek olan diğer kişilerdir. Komisyon üç yıllık bir süre için seçilir. Meclisin üç yıllık süre içinde süresini doldurması ya da erken feshedilmesi durumunda yeni milletvekili ataması yapılır. Komisyonun işleyişinden bakanlar kurulu sorumludur.

Komisyon, bu kanun çerçevesinde idari faaliyetlerin açıklığının gerçekleştirilmesini kontrolü altında tutar ve meclise ve başbakana sunulmak üzere kamu idaresinin faaliyetinin açıklığı hakkında yıllık rapor hazırlar. İdari belgelere ulaşım hakkına daha fazla teminat kazandırmaya yarayan değişiklikleri hükümete önerir.

Tüm idareler istenilen bilgi ve belgeleri -devlet sırrı olanların dışında- komisyonca belirlenen süre içinde komisyona bildirmekle yükümlüdür.

1968 tarihli İsviçre Federal İdari Usul Kanununa göre de[24] Taraf veya vekillerinin delil teşkil eden bütün işlemleri, bildirilen kararların kopyalarını, belirlenebilecek olan harçlar karşılığında inceleyebileceği öngörülmüştür (md.26). Mercinin dosyanın incelenmesine engel olabileceği durumlar ayrıca belirtilmiştir. Konfederasyonun veya kantonlarının önemli kamu menfaatleri, özellikle konfederasyonun iç ve dış güvenliği sırrın saklı kalmasını gerektiriyorsa, önemli özel menfaatler, özellikle karşı tarafın menfaatleri bir sırrın saklı kalmasını gerektiriyorsa, henüz tamamlanmamış resmi bir soruşturmanın selameti bakımından gerekli görüldüğünde, belgenin incelenmesine engel olunabilir. Belgeleri inceleme yasağı, gizli tutulması gereken evrak dışına taşamaz. İlgilinin kendi dilekçelerini, kanıt olarak verdiği belgeleri ve kendisine

---

24 20 Aralık 1968 tarihinde Federal İdari Usul Kanunun (Loi Fédérale sur la Procédure Administrative) kabul edilmiştir. Kanun, İsviçre idare hukukunun ve idari yapısının özellikleri dolayısıyle, hem idari usulü hem de idari yargı usulünü birlikte düzenlemiştir. "İsviçre federal hukukunda egemen olan idareci-hakim (administrateur-Juge) sistemi gereğince, kişilerin idere ile uyuşmazlıkları büyük ölçüde bizzat idare tarafından çözümlenir. Başında bakanlar kuruluna tekabül eden federal konsey olmak üzere, çeşitli kademelerdeki idari makamlar ve bu arada hakem ve itiraz komisyonları hem idari, hem Yargısal yetkilere sahiptirler. Bunlar hem idari müracaatları hem idari davaları karara bağlarlar. Gerçek anlamda idari yargı mercii olarak federal mahkemenin idare hukuku dairesi (chambre de droit administratif)nin yargısal yetkisi, ancak Federal Konsey'in, diğer belirli federal idari makamların ve nihai karar veren kanton makamlarının kanunla belirli bazı kararları üzerinde sınırlı olarak mevcuttur. İşte İsviçre idare sisteminin bu özelliği dolayısıyle, bu idari usul kanunu, idarenin idare edilenlere ilişkin hem idari hem yargısal işlemlerini kapsamına almış bulunuyor". Kıratlı, M: İsviçre'de İdari Usul Kodifikasyonu, AİD, c. 6, sy.2, s. 49-50.

bildirilen kararları incelemesine engel olunamaz (md.27).

İncelenmesi reddedilen bir belge, merci tarafından, esas muhtevası, sözlü veya yazılı olarak ilgiliye bildirilmedikçe ve düşüncesini bildirmek ve karşı kanıt gösterme imkanı verilmedikçe, ilgilinin aleyhine kullanılamaz (md.28).

Amerika Birleşik Devletleri İdari belgelere ulaşma hakkı bakımından başlı başına örnek olabilecek, önemli düzenleme ve uygulamalara sahip bir ülkedir[25].

11 Haziran 1946 tarihinde Amerikan İdari Usul Kanunu yürürlüğe girmiş[26], daha sonra bu kanunu tamamlar nitelikte, kendisine monte edilen 6 Eylül 1966 tarihli "Bilgi edinme hürriyeti kanunu"[27] ve 13 Eylül 1976 tarihli "Günışığında Yönetim Kanunu"[28] yürürlüğe girmiştir.

---

25 Amerika Birleşik Devletlerindeki düzenleme ve uygulama için Bk. Tarhanlı, s.225; Güran, Hak Arama Özgürlüğü, s.37-41.

26 Amerikan İdari Usul Kanunu, bütün yasal düzenlemeler içinde en mükemmeli olarak nitelendirilmiştir (Bk. Özay, s.3). Gerçekten de kanun, Amerikan hukukunda bir dönüm noktası olarak kabul edilmiştir. Bazı Amerikalı hukukçular bunu, "idarenin hukukundan", "idare hukukuna" geçiş şeklinde nitelendirmiştir (Tarhanlı, s.225). Kanunun çıkışını "şimdi bizim de Avrupa tipi bir idare hukukumuz oldu"şeklinde değerlendiren Amerikan hukukçularını haklı bulan Özay da "... kanımca bu çok doğrudur. Yasanın özelliği idarenin karar alma sürecini, tıpkı yargı alanında olduğu gibi taraflar ve her aşamaya katılım şeklinde ortaya çıkan bir usule bağlamış olmasıdır. Dolayısıyla da bu katılım ancak taraflardan biri olan idarenin elindeki bilgi ve belgelere sahip olunmakla gerçek bir biçimde sağlanabilir" demektedir. (Özay, s.3, 3 nolu dipnot).

27 Kanuna göre, idareye tüm kayıt, arşiv, evrak ve sair belgeleri istisnai durumlar dışında ilgililerin bilgisine sunma yükümlülüğü getirilmiş, ancak idarenin istisnai durumları bahane ederek ve çeşitli güçlükler çıkartarak yükümlülükten kaçması gibi, uygulamada görülen aksaklıklar üzerine 1974 yılında istisnai durumları sınırlandıran düzeltme ve ilaveler yapılmıştır. 1976'da da bu sınırlandırma devam etmiştir (Tarhanlı, s. 226). 1974 yılında yapılan değişikliklerden bazılarıyla, "belli kategori dökümanların

Amerika Birleşik Devletlerinde İdare, idareden bilgi edinilmesine ilişkin her türlü tedbiri alır. Kanun tarafından, istisna olarak belirtilen haller dışında her idare, bilgi ve belgeleri isteyen herkese bunları verecektir. İdarenin kendisine yapılan başvuru üzerine 10 gün içinde, sözkonusu istemin yerine getirilip getirilmeyeceği konusunda karar verip, gerekçelerini ve cevabın olumsuz olması halinde daha üst makama başvuruda bulunma hakkı olduğu belirtilerek ilgiliye tebliğ etmesi gerekir. İlgilinin üst makama, başvuru hakkını kullanması halinde 20 gün içinde duruma ilişkin bir karar verilir. Kararın olumsuz olması halinde yargısal yola müracaat edilebileceği başvurana bildirilir (md. 552/a-6).

İdari belgelerin başvuran kişiye verilmemesi üzerine yargısal yola gidildiğinde mahkeme, idareyi bu şekilde davranmaktan men'etmek ve şikayetçiden usulsüzce gizli tutulan belgelerin açıklanmasını emretmek yetkisine sahiptir. Bu sebeple açılmış bir davada mahkeme, gizli oturum yapmak suretiyle idari belgenin içeriğinin, kanun tarafından, gizli tutulması gereken bir konu olup olmadığını inceler. Bu konuda açılacak olan davalar, mahkemenin daha önemli saydığı davalar hariç, diğer tüm davalardan öncelikle görülür. Bunlarla ilgili oturum, duruşma ve tartışmalar mümkün olan en yakın tarihte yapılır ve muamelelerin hızlanması için tüm olanaklar kullanılır. Dava sonucunda davacının haklı olduğuna

---

endekslenmesi, başvuruların cevaplandırılmasına ilişkin uyulması zorunlu süre sınırları, bilgiye ulaşılmasını keyfi olarak engelleyen memurların disiplin cezasına çarptırılması, kongreye yıllık rapor verilmesi, harçların doğrudan giderlerle sınırlandırılması ve eğer bilginin verilmesinde kamu yararı egemen ise harç alınmaması veya indirilmesi gibi hususlar öngörülmüştür". (Breyer, S.G-Stewart, R.B.: Administrative Law and Regulatory Process, n.26-1060, Little Brown co. 1979, Güran, Hak Arama Özgürlüğü, s.39'dan naklen).

28 Günışığında Yönetim Kanunu", idarenin karar almak üzere yaptığı toplantıların, isteyenin yetkili olarak katılmaya hakkı bulunduğu şekilde açık olması"nı sağlayan bir düzenlemedir. (Özay, s.5).

hükmedilmesi halinde avukatlık ücreti ve yargılama masraflarının idare tarafından ödenmesine karar verebilir. Dava sonucunda, idarenin saklı tuttuğu belgeleri başvurana vermesi yönünde bir karara varıldığında mahkeme, idari belgenin verilmeyişinin, idari personelin keyfi veya ihmalî davranışları sonucunda ortaya çıkıp çıkmadığına ilişkin kanaatlerini içeren bir metin hazırlar. Bu durumu incelemekle görevli özel komisyon derhal, bu durumdan öncelikle sorumlu olduğu ileri sürülen memur ya da görevli hakkında bir disiplin soruşturması başlatır. Özel komisyonun raporu üzerine yetkili merci, gerekli işlemleri yapar (md. 552/a-4).

İdarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğünün istisnaları ise şunlardır (md. 552/b); 1) Ulusal savunma ve dış siyasete ilişkin menfaatlerin korunması amacıyla, yürütmenin bir düzenleyici işlemiyle belirlenmiş kriterlere uygun olarak gizli tutulması özellikle belirlenmiş ve fiilen bir yürütme işlemi kapsamına giren meseleler, 2) İdarenin salt iç düzen işlemleri, 3) Kamunun incelemesine kapalı tutulacak meseleleri hiç bir oranda takdir hakkı kullanılmayacak şekilde sarih olarak belirtmek veya gizli tutulacak olan meseleler için kriter getirmek veya böyle bir uygulamaya tabi tutulacak meseleler için örnekler vermek şartıyla, düzenleyici bir işlemle yasaklanmış konular, 4) ticari sırlar veya gizli tutulması koşuluyla bir kimseden öğrenilmiş ticari veya mali bilgiler, 5) İdare içi veya idareler arası yazışmalar 6) açıklanması halinde, özel hayatın gizliliği alenen ihlal edilmiş olacak şahsi veya tıbbi bilgiler 7) Soruşturma ve teftiş dosyaları ve belgeleri 8) Mali kuruluşların faaliyetlerinin düzenlenmesi veya denetlenmesiyle görevli bir idare tarafından veya onun adına veya onun kullanımı için hazırlanmış denetleme raporları, işletme faaliyet raporları ve sair raporlar 9) Haritalar da dahil olmak üzere, petrol kuyularına ilişkin jeolojik ve jeofiziki bilgiler ve veriler.

Her idare, her takvim yılının 1 Mart tarihinde, kongrenin gerekli komitelerine havale edilmek üzere, temsilciler meclisi sözcüsüne ve senato başkanına hitaben, bir önceki yıla ilişkin bir rapor hazırlar. Düzenleyeceği raporda idare,kendisine yapılmış olan bilgi ve belge taleplerinin reddedilenlerin adedi ve her birinin red gerekçesini, kendisine yapılan üst başvuru adedini, bunların sonuçlarını, red kararına maruz kalanların gerekçesini, kendisine bu madde gereği yapılmış başvurulardan red kararına maruz kalmış olanlarının sorumlulğunu taşıyan tüm kişilerin adlarını, ünvanlarını, usulsüz bir şekilde belgeleri gizli tutan görevli veya memur hakkında yapılan disiplin soruşturmasına ilişkin bir raporu veya böyle bir soruşturmaya neden gerek görülmediğini beliten açıklamayı yapar (md. 552/d). Aynı şekilde Başsavcı da bu konuda açılan davalar ve bunların sonuçlarına ilişkin olarak yıllık rapor yayınlar. Bu raporda ayrıca idarelerin kanuna uygun şekilde davranmaları için gerekli tedbirlere ilişkin görüşler de yer alır.

Kanun, kişiler hakkında tutulan kayıtlarla ilgili olarak da düzenlemeye gitmiştir. Bu kayıtlar, kişinin eğitimini, mali faaliyetlerini, tıbbi ve cezai ya da mesleki geçmişini, adı ya da kimlik numarasını, sembolünü ve kimliğini ortaya koyacak parmak izi, ses kaydı, fotoğraf ve sair bilgileri içerir. Hiçbir idare, bu bilgileri, ilgili olduğu kişinin yazılı bir başvurusu olmadıkça, veya önceden yazılı muvafakati bulunmadıkça açıklayamaz. Sözkonusu bilgiler, mümkün olduğu kadar bizzat ilgilisinden alınır. Bir kişinin kendisini ilgilendiren belgelerde düzeltme yapılması hususunda idareye başvurma hakkı vardır. İdare bu başvuru üzerine 10 gün içinde gerekli düzeltmeyi yapar. Düzeltme talebinin reddi halinde, red gerekçesi ve karara karşı başvuru yolları belirtilir.

Bir belge ya da bilgi, ilgili olan kimsenin bunları incelemek amacıyla başvurması halinde, bizzat seçtiği bir görevlinin

eşliğinde gözden geçirilir, tümü ya da bir kısmına ilişkin nüsha alınabilir (md.552a/d).

Görüldüğü üzere "açık toplantılar" la ilgili hükümlerle birlikte Amerikan sistemi, idarenin açıklığı, bilgi ve belgelere ulaşım konusunda gerçekten başlıbaşına örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

İdari belgelere ulaşma hakkı", yukarıda açıklanan ülkeler dışında da birçok ülkede düzenlemelere konu olmuştur. Bu hak bazı ülkelerde, İngiltere gibi[29], doğrudan kişisel bilgilere

---

29 İngiltere'de "idari belgelere ulaşma" konusunda genel bir düzenleme mevcut değildir. Konu, değişik kanunlarda düzenlenmiştir. Bunlar 1984 tarihli "Veri korumu kanunu", 1987 tarihli "Kişisel Dosyalara Ulaşma Kanunu", 1988 tarihli "Tıbbi Raporlara Ulaşma Kanunu", 1990 tarihli "Hastane ve Hekim Kayıtlarına Ulaşma Kanunu"dur. 1985 ve 1990 yılında çıkarılan "Yerel Yönetimler" ve "Çevre Koruma Kanunu"dur.
İngiltere ile ilgili olarak hazırlanan bir bildiride şu açıklamalara yer verilmiştir (Raab, C.D: Transparency in British Public Administration 3-4, 6-9, 13-15, 19-20, IIAS, Bruxelles, 1991, Güran, Hak Arama Özgürlüğü, s.34-35'den naklen); "Bilgiye ulaşma olgusu, kişisel olmayan verileri, raporları, siyasi bağlantılı dökümanları, hazırlık yazışmalarını, idari kuralları, ticari sırları ve benzerlerini ifade der. Bununla beraber bilgiye ulaşılması, ayrıca kişinin kendisi hakkında bilgi toplayan veya edinen mercilerden bunları sağlayabilme olanağını kapsar ki, örneğin, bilgi edinme özgürlüğü yasalarının yapıldığı ülkelerde adı geçen kişi dışında herkese kapalıdır. ABD, Kanada ve Avustralya örneklerinde, kişiler kendilerine ait bilgilere Bilgi Edinme Özgürlüğü Yasalarıyla ulaşma olanağı buldukları halde bu tür kanunların çıkmadığı İngiltere'de, bu olanak, ancak, doğrudan kişisel bilgilere ulaşmayı düzenleyen özel yasalarla tanınmaktadır... kişisel olan / olmayan bilgilere ulaşılmasını sağlamak üzere bir kaç temel sistem de yasalaştırılmıştır. Bu suretle, gizlilik dağları, aşama aşama törpülenmektedir... 1987 yılında çıkartılan Kişisel Dosyalara Ulaşma Yasası, bilgisayara girmeyen kişisel verilere ulaşılması hakkını kurarken, sağlık, eğitim, mesken, sosyal hizmetler, çocuk bakımevleri, şartlı salıverme, tutuklama ve mahkümiyet, muhaceret kayıtları ile kredibilite ve istihdam gibi alanları kapsamaktadır. Bu yasa ile vatandaşların, haklarındaki kayıtları bilmeleri, kopya almaları, yanlışların düzeltilmesini sağlamaları,zararlar için tazminat

ulaşmayı düzenleyen kanunlarla, Avustralya[30] gibi ülkelerde genel olarak bilgiye ulaşmayı düzenleyen kanunlarla, yukarıda düzenlemelerde olduğu gibi idari usul kanununa sahip olan ülkelerde ise Latin Amerika ülkelerinde olduğu gibi[31], bu kanunlar içinde düzenlenmiştir.

---

alabilmeleri olanağına kavuşturulması amaçlanmıştır... Aynı bağlamda, 1985 yerel yönetimler (Bilgiye Ulaşma) Yasası vasıtasıyla, yerel yönetimlerin organlarının, komitelerinin ve alt komisyonların toplantıları halka açıldığı gibi,belli gizlilik sırları saklı kalmak koşuluyla, bunlara ait ruznamelere,tutanaklara ve hazırlık raporlarına ulaşmak olanağı da yaratılmıştır. Son bir gelişme de, çevre koruma alanında olmuştur. Yönetim, çevre standartları ve güvenliği başlığı altında toplanabilen kirlenme, nükleer tehlikeler, gıda güvenliği ve değişik tür riskler konusunda bir hayli veri toplamakta ve raporlar düzenlemektedir. Ancak, bunlar, genelde ulusal güvenliğin korunması veya ticari sırlar gerekçesiyle kamunun erişiminden saklanmaktadır. Fakat, tüketici ve çevreci grupların ve saydamlık savunucularının sıklaşan ve geniş bir çeşitliliği kapsayan şikayetleri, bilgiye ulaşma yönünden yönetim bakımından fazla destek görmüş değildir. Ulaşmanın bir hak olarak tanınması yerine, yönetimin takdirine bağlı yararlanma olanağı yeğlenmiştir. Mamafih, 1988 Çevre ve Güvenlik Bilgi Edinme Yasası ile sektörel kapsamlı açıklık ve bilgiye ulaşma olanağı getirilmiş"tir.

30 Avustralya'da genel olarak belgelere ulaşımı düzenleyen 1982 tarihli "Bilgi Edinme Özgürlüğüne İlişkin Kanun" mevcuttur. Kanun öncelikle belge kavramını açıklamaktadır. Buna göre belge, yazılı her türlü kağıt ve materyal,
harita, plan, resim veya fotoğraf, uzmanı tarafından yayınlandığında bir anlamı olan işaret, sembol, figür gibi hususları taşıyan kağıt veya materyal, bir başka aracın yardımı ile veya bu olmadan ses görüntü veya yazının çoğaltılabileceği her türlü materyal, mekanik veya elektronik olarak üzerine bilgi kaydedilmiş veya depolanmış şeyler, diğer her türlü bilgi kaynaklarıdır (md.4). Bu kanun gereğince herkes, bakanlıkların veya bu kanun kapsamındaki yetkili kurumların muaf tutulmayan belgelerini inceleme hakkına sahiptir. Kişinin bu hakkı, kendisinin inceleme gerekçesinden veya ilgili bakanlık ya da kurumun var olduğunu farzettiği gerekçeden bağımsız olarak, bizatihi bir hak olarak mevcuttur (md. 11). İnceleme hakkı, ölü kişiler hakkında olanlar da dahil olmak üzere kişisel bilgi içeren belgeleri, kamusal bir tescil sistemi gereğince hazırlanıp bir ücret veya masraf karşılığı inceleneceği yasal bir düzenleme ile belirlenen beelgeleri ve satın alınabilecek nitelikteki belgeleri içermez (md. 12). Belgeleri inceletmek, doğrudan doğruya inceleme fırsatı verilmesi, fotokopi verilmesi, ses ve görüntü olarak kaydı yapılmış dökümanların duyulması veya görülmesini sağlamak, ses kayıtlarının yazılı

III. Türk Hukukunda İdari Belgelere Ulaşma Hakkı

Türk hukukunda, yukarıda düzenlemelerinden örnekler verdiğimiz ülkelerde olduğu gibi, bilgi ve belgelere ulaşma konusunda genel bir kanun veya belli bilgilere ulaşmayı düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Aşağıda da ifade

hale getirilmesi şeklinde olur (md. 20). Kendisine inceleme talebi yöneltilen kurum veya bakan, isteğin yerine getirilmesini, kurumun normal fonksiyonlarının icrasını engelleyecek bir kaynak tahsisini gerektirmesi halinde veya bakanın görevlerini icrasını makul sınırlar ötesinde zorlayacak nitelikte olması halinde reddedebilir. Red kararı, kişinin inceleme gerekçesine veya kurumun veya bakanın, başvuru nedeni hususundaki kanaat veya varsayımlarına bakılarak verilemez (md. 24). Kanun, inceleme muafiyeti getirilen dökümanları da belirtmiştir. Bunlar; Ulusal güvenlik, savunma veya uluslararası ilişkileri etkileyecek dökümanlar, Commonwealth ülkeleri arasındaki ilişkileri etkileyecek dökümanlar, Kabine resmi tutanakları, kabineye değerlendirmek üzere sunulan belgeler, kabinenin resmi kararları dışındaki müzakereleri içeren kabine dökümanları, kurum içi çalışma belgeleri, hukukun uygulanmasını ve kamu güvenliğinin korunmasını etkileyecek kararlar, kanunlarla hakkında gizlilik hükmü bulunan belgeler, Commonwealth'in finansmanı ve mülkiyetli ilgili çıkarlarını etkileyecek belgeler, özel hayatı ilgilendiren dökümanlar, iş ilişkilerine ilişkin dökümanlar, ulusal ekonomiyi etkileyecek belgeler, Şirketler ve kıymetli evrak ve tahvillerle ilgili dökümanlar (md. 32-47).. Dökümanların incelenme taleplerinin reddi üzerine ilgili, gerek idari gerekse yargısal yollara müracaat etme hakkına sahiptir (md. 53-66).

31 Venezuela, Kosta-Rika, Uruguay, Kolombiya gibi ülkelerde de konu, usul kanunları içinde, idari işlem yapma sürecinde, sözkonusu işlem dosyasına ulaşma şeklinde düzenlenmiştir. (Bk. Carias, A.R.B: Les Principes de la Procedure Administrative Non Contentieuse, Paris 1992, s.143-144). Düzenlemelerde işlem dosyasının bir bütün olarak tutulacağı ve bunun tümünün incelenebileceği öngörülmektedir. 1982 tarihli Venezuela İdari Usul Kanununun 31. md.'sine göre, farklı kamu kurumları veya farklı bakanlıklarda devam etmekte olan prosedürler sözkonusu olsa bile, muamelelerin tümü bir dosya şeklinde olmalı ve bu dosya bütünlük içinde işlemle ilgili tüm kararları kapsamalıdır. Kanunun 59. md.'sine göre de, ilgililer ve onların vekillerinin, usul hangi aşamada ya da durumda olursa olsun dosyanın tümünü inceleme hakları vardır. Gizli olarak nitelendirilecek olan belgeler bu düzenlemenin istisnasıdır. (Bu konudaki düzenlemeler, 1978 tarihli Kosta Rika Kamu İdaresine ilişkin Genel Kanun, md. 216, 272- 273; Kolombia 1985 tarih ve 57 sayılı kanunu md. 19; Uruguay 640 sayılı kararname md. 42.

edileceği üzere, idarenin elinde bulunan belgeleri verme yükümlülüğü, ancak dava konusu olmuş bir işlem bakımından yargısal süreç içinde mümkündür. Bu ise ilginin doğrudan değil, dolaylı olarak belgeye ulaşımını sağlar. Oysa idari belgelere ulaşma ve idareden bilgi alma hakkı yargısal uyuşmazlıklardan tamamen ayrı, hatta yargısal uyuşmazlığı önleyici bir mekanizma olarak değerlendirilir[32].

Hukukumuzda idare tarafından tutulmakta olan bazı resmi siciller bakımından, bu sicillere ulaşımın kendi konularında düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemeleri de, genel bir hak olarak değerlendirmek elbetteki mümkün değildir.

Türk hukukunda idari belgelere ulaşım konusunda son derece sınırlı düzenlemeler mevcutken, idarenin bilgi ve belge vermesini engelleyici birçok gizlilik kuralı mevcuttur. Bu kurallar çok çeşitli düzenlemelerde görülebilmektedir.

A. Yargısal Süreç İçinde İdari Belgelere Ulaşım.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dosyaların İncelenmesi" başlıklı 20. md.'si, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeyi kendilerinin yapacağını belirttikten sonra, "mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir" düzenlemesini hükme bağlamıştır.

İdari yargı alanında mahkemeler "re'sen araştırma

32 Langavant, E - Rouault, M.C: Le Contentieux Administratif, Paris 1987, s.7.

ilkesi"[33] uyarınca her türlü incelemeyi yapabilmekte, idareyi de dava konusu işlemle ilgili, her türlü belgeyi mahkemeye vermesi konusunda zorlayabilmektedir. İdare tarafından verilmiş bulunan belgeler karşı tarafın incelemesine sunulacağından, ilgili bakımından dolaylı bir şekilde belgeye ulaşılmış olacaktır. Ancak bu yolun, yukarıda da ifade edildiği üzere, normal bir yol olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca bu düzenleme biçimi, ilginin idari belgelere ulaşımı amacıyla değil, yargısal faaliyet bakımından, yani mahkemenin belgeye ulaşarak adil bir yargılama yapabilmesini sağlamayı amaçlamaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. md.'si 3. fıkra hükmü de verilemeyecek belgelerle ilgilidir. Buna göre, "Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, başbakan veya ilgili bakan[34], gerekçesini bildirmek suretiyle, sözkonusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir". Maddenin 1994 yılında 4001 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılan 4. fıkrası hükmü de "Getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf veya vekillerine incelettirilmez", ibaresi mevcuttu.

Bu düzenlemelerin belgeye ulaşma konusunda ciddi engel teşkil ettiği ortadadır. Herşeyden önce belgenin, devlet

---

33 "2577 sayılı yasanın 1. fıkrası karşısında, dosyadaki belgelerin hüküm kurulması için yeterli olmaması durumunda, mahkemenin gerekli araştırmayı, kendiliğinden yapması gerekir". D.İ.D.D.G.K, 24.12.1993, E. 93/279, K. 93/654, Danıştay Bilgi Merkezi. Bu konuda Bk. Yorgancıoğlu, E: Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi, İdari Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, I, s.218-253.

34 Sözkonusu yetkinin ancak Başbakan veya yetkili bakanca kullanılabileceği ifade edilmiştir. Yenice, K - Esin, Y: İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 543, 671/a nolu dipnot.

güvenliğine veya devletin yüksek menfaatlerine veya yabancı devletlere ilişkin olup olmadığı hususu idare tarafından takdir edilecektir. Bu takdir yetkisinin çok geniş bir yetki olduğu açıktır[35]. Ancak mahkeme kararlarında belge verilmemesi durumunda dosyada yeralan belgelere dayanılarak karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir[36]. Hatta basit bir idari işlem belgesinde, mesela küçük dereceli bir memurun bir yerden başka bir yere nakli işleminde göstermelik bir gerekçeyle işlem belgelerini mahkemeye teslim etmediğinde, "yargı denetimine imkan verilmemiş olması sebebiyle dava konusu işlemi iptal etmek yerinde olur" düşüncesi ileri sürülmüştür[37].

İdareye tanınmış olan devlet güvenliğine ilişkin belgeleri vermeme yetkisi ile gizli kaydıyla gönderilen belgelerin karşı tarafa incelettirilmemesi savunma hakkını olumsuz bir şekilde etkilemiş ve idarenin bunu kötü niyetli olarak kullanılması sonucunu doğurmuştur[38].

1994 yılında 4001 sayılı kanunla bu konuda önemli değişiklikler olmuştur. Bu çerçevede Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine ilişkin belgelerin idare tarafından verilemeyeceğini düzenleyen 3. fıkra hükmüne "Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre

---

35 Yenice - Esin, s.544.

36 "Açılan dava sırasında işleme dayanak alınan bilgi ve belgelerin idarece verilmemesi üzerine idare mahkemesi tarafından, dosyadaki bilgi ve belgelere göre yapılan değerlendirme sonucu karar verilmesi uygundur. D.10.D, 8.5.1991, E. 88/2407, K. 91/1740, DD, sy.84-85, s.790.

37 Yorgancıoğlu, s.246.

38 Aldan, M: İdari Yargıda Kısıtlanan Savunma Hakkı, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1990, s.269 vd; Yıldırım, T: İdari Yargılama Usulü Kanunundaki Son Değişiklikler, Hukuk Araştırmaları, c.8, sy. 1-3, 1994, s.114; Sezginer, M - Özkan, G: İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler, Prof.Dr. Halil cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s.122.

karar verilemez" cümlesi eklenmiş, gizli kaydıyla gönderilen belgelerin karşı taraf ve vekillerine incelettirilemeyeceğini düzenleyen 4. fıkra hükmü de tümden kaldırılmıştır. Bu değişiklikler savunma hakkının kullanımını daha etkin bir hale getirmeleri sebebiyle olumlu olmuş[39], davada taraf olanların da belgeye ulaşımını kolaylaştırmıştır. Gerçekten de bu değişiklikler, idareyi elinde bulunan belgeleri mahkemeye vermeye zorlar niteliktedir.

B. Resmi Sicillere Ulaşım Hakkı

Siciller, bazı konular veya kişiler hakkında tutulan, bunlarla ilgili bilgiler içeren kayıtlardır. Sözkonusu kayıtlardaki bilgilere ulaşabilmek, belge, kopya alabilmek hakkı, hukukumuzda sözkonusu sicilleri öngören düzenlemelerde ayrı ayrı belirtilmiştir.

Sicillerle ilgili olarak verilebilecek ilk örnek kişisel durum (ahvali şahsiye) sicil kayıtlarıdır. Medeni Kanununumuz 35. md.'sinde "Ahvali şahsiye, buna mahsus sicil kayıtları ile taayyün eder" denilmektedir. Kişisel duruma ilişkin bilgilerin belli bir sicilde kayıt altında tutulması yararlı ve gereklidir. Bu durum, ilgili kişi ve makamlara açıklık ve bilgi sunma, kişisel durumlarla ilgili konularda da kanıt kolaylığı ve güvence sağlama fonksiyonunu yerine getirir[40]. 1972 tarihli 1587 sayılı Nüfus Kanununda da, nüfus kütüklerinin, kişilerin kişisel ve ailasel durumlarının ve kimliklerinin belirlenmesi amacıyla tutulacağı belirtilmiştir (md. 48/1). Medeni Kanunda kişisel durum sicili olarak doğum (md.39), ölüm (md.41) ve evlenme (md.111/1) sicillerinden sözedilirken, 1587 sayılı Nüfus Kanununda doğum sicili, ölüm sicili, evlenme sicili, yer değiştirme tutanağı, boşanma, yaş düzeltme, kayıt düzeltme

---

39 Sezginer - Özkan, s.122; Yıldırım, s.115.

40 Zevkliler, A: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981, s.420.

belgeleri ve öteki kişisel durumlardaki değişikliklere ilişkin belgeler (md.6) ve aile kütüklerinden (md.41-45) sözedilmektedir.

Kişisel durum sicilleri kanunda belirtilen ilgili kişiler ile resmi görevliler tarafından incelenebilir ve bu kişiler belge alabilir. Sicildeki bilgilerin tamamen kişisel bilgiler olması sebebiyle ilgili kişiler dışında inceleme, mümkün kılınmamıştır. 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 61. md.'si hükmü şu şekildedir; "Her Nüfus Dairesi diğer nüfus dairelerinden, askerlik şubesi ve adalet mercilerinden istenilen bilgiler ve kopyaları onaylı olarak verir. Bunların dışında mahallin en büyük idare amirinin yazılı emri olmadıkca hiçbir daireye kopya, özet ve bilgi veremezler". Gene Kanunun 14. md.'si de, 61. md. kapsamında belirtilen kişiler dışında kimlerin inceleme ve belge alma hakları olduğunu belirtmektedir. Maddeye göre, "Nüfus kütükleriyle dayanaklarını, başmemur ve sorumlu memurlarla denetleme ve teftişe yetkili olanlardan başka hiç kimse göremez ve inceleyemez. 61. md. hükmü saklı kalmak şartıyla adli makamlarla resmi dairelere ve ilgilinin kendisi, karısı veya kocası, veli, vasi veya resmi vekili, usul ve füruu ve ikinci dereceye kadar olan civar hısımlarına nüfus kayıtları örnekleri istenildiğinde verilir. İlgili bütün nüfus memurları vazifeleri dolayısıyla aileler ve fertler hakkında öğrenecekleri halleri gizli tutmaya mecburdurlar.

Bir diğer sicil ise Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülmüş bulunan ticaret sicilidir. Ticaret sicilinde, tacirlerin ticari işletmesi, seçtiği ticari ünvanı ve Ticaret şirketleri kaydedilir. Ticaret Sicilindeki bilgiler herkes tarafından görülebilir. Ticaret Kanunu'nun aleniyet başlığını taşıyan 37. maddesinin 2. fıkrası, "Herkes ticaret sicilinin münderecatını ve dairede saklanan bütün senet ve vesikaları tetkik edebileceği gibi bunların tasdikli suretlerini de isteyebilir. Bu hususun sicilde kayıtlı olup olmadığına dair tasdikname dahi istenebilir"

hükmünü getirmiştir. Bu düzenleme daha ayrıntılı bir biçimde Ticaret sicili Nizamnamesi[41]'nin 11. md.'sinde yer almıştır. "Herkes ticaret sicilindeki yazıları ve tescil muamelelerinin dayandığı dilekçe, beyanname, senet, vesikalar ve ilanların yayınlandığı gazeteler gibi dairede saklanan bütün vesikaları inceleyebileceği gibi, bunların tasdikli örneklerini de isteyebilir. Bir vakıanın sicilde kaydı bulunup bulunmadığını gösteren tasdiknameler bile istenebilir. Gizli yapılan tahkikata ait vesikalar hiç kimse tarafından incelenemez. Bunların örneğide istenemez. Ancak, itiraz üzerine vesikalar kapalı bir zarf içinde mahkemeye gönderilir. Hakim tarafından açılıp incelendikten sonra yine kapalı zarf içinde sicil memurluğuna geri gönderilir. Vesikaların hakimlerden başka başkatip ve diğer kalem memurları tarafından açılıp incelenmesi caiz değildir".

Görüldüğü üzere ticaret sicilleri bakımından, gizli yapılan soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeler dışında, tam bir açıklık ve belgeye ulaşma hakkı sözkonusudur.

Taşınmazlara ilişkin kayıtların tutulduğu bir diğer sicil ise Tapu Sicilidir. Tapu sicili, "geniş anlamıyla memleket içerisinde özel kişilere ait bulunan taşınmazların, hukuki ve maddi niteliklerini belli eden resmi bir kuruluş tarafından tutulan resmi bir kütüktür"[42]. Tapu sicili taşınmaza ilişkin sınırları, yüzölçümünü, malikini, üzerindeki yapıtları, varsa sınırlı ayni hak yükümlülüklerini resmi surette ortaya koyar[43]. Bu sicil Medeni Kanun'un 910 ve devamı maddelerine göre tutulmaktadır. Kanunun 928. maddesi de Tapu sicilinin aleniyeti başlığını taşımaktadır. Maddeye göre, "Tapu Sicili alenidir. Alakası olduğunu ispat eden herkes, kendisince ehemmiyetli olan başlıca sahifelerin evrakı müsbitesiyle birlikte

41 Resmi Gazete, 8 Şubat 1957, sy.9530.

42 Gürsoy, K.T-Eren, F-Cansel, E: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s.169.

43 Gürsoy-Eren-Cansel, s.169.

tapu sicili memurlarından biri huzurunda kendisine irac edilmesini yahut bunların birer suretlerinin verilmesini istiyebilir. Kimse, tapu sicilinde mukayyet olan bir keyfiyetin kendisine, meçhul olduğu yolunda bir iddia dermeyan edemez".

Kanundaki düzenlemeye göre, Tapu sicilindeki bilgiye ulaşma bakımından kişi ile bilgi arasında bir "ilgi" olması gerekir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bir genelgesinde[44], "bu ilginin hukuken korunmaya değer bir menfaate dayalı olması da kazaî içtihat konusu olmuştur" ifadelerine yer verilmiştir.

Tapu Sicil Müdürlüklerinin "ilgili olmak" durumunu dar yorumlama eğilimi içinde olduğu ve uygulamada belgelerin inceletilmesi veya suret alınması konusunda çeşitli engeller çıkarttığı söylenebilir. Avukatların Tapu kayıtlarını incelemesi konusunda mutlaka vekaletname ibraz etmeleri yönündeki uygulama üzerine, Türkiye Barolar Birliğinin başvurusuyla Genel Müdürlük yukarıda sözü geçen genelgesini yayınlamış ve Avukatların yapmış bulundukları meslek gereğince tapu siciliyle ilgili olduğunun kabulünü istemiştir. Genelgede şu ifadeler yer almıştır; "Medeni Kanunun 928. maddesinin dar yorumlanması dolayısıyla avukatlardan tapu sicilini inceleyebilmeleri için mutlaka vekaletname göstermelerini istemek, avukatlık mesleğinin kamu görevi olma niteliğiyle bağdaşmaz...1136 sayılı yasanın 46. md.'sinin avukatlara vekaletname göstermeksizin dava ve takip dosyalarını inceleme imkanını sağlayan hükmü, tapu sicili ve evrakı müsbiteleri memur huzurunda inceleyebilmeleri açısından anlayışla uygulanmalıdır. Ancak, tapu sicilinden örnek istenilmesi halinde ise, avukatlardan vekaletname ibraz etmeleri

---

44 3.4.1981 tarih ve 4-1-9-7/1475-1476 sayılı genelge.

istenilmelidir"[45]. Bir başka genelgede ise[46], bilim adamlarının Tapu Sicillerinde bilimsel amaçlı olarak yaptıkları incelemelerde, yürürlük özelliği ve hukuki kıymetleri olan tapu kayıtları üzerinde mülkiyet durumları da dahil araştırma yapmaları ve bilgi almaları konusunda titiz olunması talimatı verilerek, kişilerin ilgisini isbat etmelerinin gerekçesi açıklanmaktadır; "isbat külfeti, herşeyden önce ilgisiz birtakım kişilerin tecessüslerini gidermek maksadıyla tapu dairelerini meşgul etmekten korumakta olup, çok daha önemli olanı ise tapu sicilinden elde edilen bilgilerin ve alınan örneklerin bir takım kötülüklerin malzemesi olarak kullanılmasını engellemektedir". Açılması düşünülen bir davada, davalıya ait taşınmazla ilgili belgelerin verilmesi de idarece mümkün görülmemiştir[47].

İdare tarafından tutlmakta olan sicillerle ilgili olarak açıklığın sözkonusu olduğunu söylemek mümkündür. Ancak sicillerin açıklığı, bilgi ve belge edinimi konusundaki düzenlemeler, sicillerin içerdiği bilgilerin mahiyetine de bağlı olarak farklı farklı düzenlenmiştir. Mesela Ticaret Sicilleri, bir ilgi şartı da aranmadan herkese açıkken, tapu sicilleri ilgili kişilere açıktır. Nüfus sicilleriyle ilgili olarak ise belge alabilecek olan kamu kuruluşları ile ilgililerin tek tek sayılması yoluna gidilmiştir.

C. Gizlilik Kuralları

Her ülke hukunuda belirli bilgi ve belgelerin

---

45 İbraz edilecek olan vekaletnameler, avukatın bizzat kendisi tarafından onaylanmış olan vekaletname sureti olabilir. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü 24.2.1973 tarih ve 4-1-9-7/1273-1279 sayılı Genelge.

46 7.9.1982 tarih ve 4-1-1-9/6409-6420 sayılı Genelge.

47 14.4.1997 tarih ve 192/1322 sayılı yazı.

açıklanmadığı, gizli tutulduğu görülebilir. Devlet güvenliği ve milli savunmaya ilişkin bilgiler, şahsi dosyalardaki bilgiler, ticari, sınaî sırlar, adli soruşturmalarla ilgili bilgiler gibi, belli kategorilerdeki bilgi ve belgeler genel olarak kamunun incelemesine kapatılmıştır. Ancak İdari belgelere ulaşım konusunu düzenlemiş olan ülkelerde, açıklığın kural, gizliliğin ise istisna olduğunu söylemek mümkündür. Genel olarak belgelere ulaşım konusunu düzenlendikten sonra, ulaşılması mümkün olmayan belgeler istisna olarak sayılmıştır.

Türk hukukunda ise, idari belgelere ulaşım konusu düzenleme altına alınmış değildir. Bu konuda bir boşluktan sözedilebilir[48]. Sadece, yukarıda da ifade edildiği üzere belirli siciller bakımından, o sicilde geçerli olacak şekilde bir belgeye ulaşım düzeni öngörülmüştür. Bilgi ve belgelere ulaşım konusunda bir düzenleme mevcut değilken, idarenin ve görevlilerinin uyması gereken birçok gizlilik kuralı vardır[49].

Gizlilik kurallarıyla ilgili olarak ilk sözedilmesi gereken Türk Ceza Kanunu'nun 132 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan "Devletin güvenliğine ya da iç yahut uluslararası siyasal çıkarlarına ilişkin işlemli kağıt ya da belgeler" ve yetkili makamların açıklanmasını yasakladığı belgelerle ilgili suçlardır. Buna göre sözkonusu belgeleri ele geçirmek (TCK. md.132/2), yetkili makamların yayımı ya da yayılmasını yasakladığı bilgiyi elde etmek (TCK.md.132/3), bu belgeleri açıklamak (TCK.md136) suçtur[50]. Devlet gizliliği,

---

48 Güran, S: Hak Arama Özgürlüğü, (Tartışma Bölümü), s.44.

49 Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık, s.807-815. Kapalılıktan farklı olarak gizlilikte önemli olan bilginin ya da içeriğinin başkalarınca bilinmemesidir. Bk. 4 nolu dipnot.

50 Bu maddelerle ilgili olarak Bk. Savaş, V- Mollamahmutoğlu, S: Türk Ceza Kanunu Yorumu, c.II. Ankara 1995, s.1439 vd.

tanımlanması güç[51], hatta bazılarına göre[52] mümkün olamayan bir kavramdır. Bu sebeple de ceza sorumluluğu bakımından elde edilen bilgilerin niteliğini ve devletin siyasi menfaatleriyle olan ilgisini hakimin takdir etmesi gerekecektir. 132. maddenin 3. fıkrasısındaki düzenlemede, devletin güvenliğiyle ilgisi aranmadan sadece yetkili makamların yayım ve yayılmasını yasakladığı bilgiler bakımından getirilen cezai sorumluluk, idareye tanınan belirsiz, geniş bir yetki alanını ortaya koymaktadır. Bir diğer suç ise memurun memurluğu sebebiyle kendisine verilen ya da bilgi edindiği belgeleri kararlar ve emirleri başkasına açıklamak, yayımlamak, kamuya duyurmak suretiyle işlediği suçtur. (TCK.md.229). Burada açıklanan bilgilerin gizli bilgiler olması gerekir[53]. Memuriyete ait olup da gizli kalması gereken bilginin, biçimsel olarak böyle nitelendirilmiş olması, yani yetkili makamların bu bilginin gizli kalması yönündeki kararları "gizlilik" nitelendirilmesi için yeterli sayılır. Yani yetkili makam, bilginin gizli kalması yönünde irade açıklamışsa, memurun memuriyet sebebiyle bu bilgiyi öğrenerek açıklaması suçun işlenmesi için yeterlidir[54].

Devlet Memurları Kanununda da memurların bilgi ve belge vermesini önleyici bir takım hükümler bulunduğu görülmektedir. Herşeyden önce Devlet Memurları Kanununun 48. md.si memuriyete giriş şartlarını belirtirken "Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak" durumunu da ifade etmiştir. Sözkonusu durum memuriyet görevini ifa sırasında işlenirse de, memuriyete son verilmesi gerekecektir (DMK. md. 98/b). Ayrıca devlet sırrı

51 Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık, s.808.
52 Savaş- Mollamahmutoğlu, s.1439.
53 Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık, s.808.
54 Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık, s.809.

niteliğini taşımamakla beraber idare makamlarınca "gizli" nitelendirilmesi yapılan bilgi ve belgelerin açıklanması da, "Devlet memurluğundan çıkarma" cezasını gerektiren bir fiildir (DMK.md.125/E-h)[55].

Bir diğer disiplin cezasını gerektiren fiil ise, "yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek"tir. (DMK. md. 125/D-g). Bu düzenlemede verilen bilgi ve belgenin devlet sırrı olması veya idare tarafından gizli nitelendirmesi yapılmış olmasının bir önemi yoktur. Yani bu fiil bakımından verilen bilginin niteliği dikkate alınmaz. Bu düzenleme ile memurların, basın organlarına kamusal konularda kurumun resmi açıklaması dışında bir açıklama yapması önlenmek istenmiştir[56].

IV. Fransız Hukukunda İdari Belgelere Ulaşma Hakkı

Fransız hukukunda idari belgelere ulaşım konusunda, farklı amaçlara hizmet eden iki ayrı düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki kişiler hakkında tutulan kayıtlarla ilgilidir. Özellikle son yıllarda bilgisayar kullanım (informatique) yoluyla bu kayıtların çok daha kolay ve ayrıntılı bir şekilde tutulabildiği

---

55 Sözkonusu disiplin suçunu gerektiren fiil, Türk Ceza Kanunu'nun 229. maddesinde de suç olarak nitelendirilmiştir. Bu sebeple de ceza kovuşturması neticesinde suçsuz bulunan kişiye, aynı konudan disiplin cezası verilmesi mümkün olmaz. "Bir kamu görevlisine isnat edilen disiplin suçu, aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliği taşıyorsa, ceza kanununa göre yapılan soruşturma ve yargılama sonunda suçsuz görülen ilgiliye isnat edilen suçu işlediği kabul edilemez" (D.10 D, 12.11.1984, E. 84/907, K. 84/1860, DD, sy.58-59, s.390) Devlet memurları emekli olduktan sonra dahi, gizli bilgileri açıklıyamazlar (DMK md.31); "Devlet memurlarının kamu hizmetleriyle ilgili gizli bilgileri görevlerinden ayrılmış bile olsalar, yetkili bakanın yazılı izni olmadıkça açıklamaları yasaktır".

56 Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık, s.811.

gözlenmektedir. Bu şekilde kişiler hakkında oluşmuş bulunan kayıtlar (fichiers) ve bunlara karşı kişilerin korunması amacıyla 6 ocak 1978 tarih ve 78-17 sayılı "Bilgi İşleme fişlere ve hürriyetlere ilişkin kanun (Relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés)[57] çıkarılmıştır. Bir diğer düzenleme ise kişiler adına tutulan kayıtlar dışında idarenin elinde bulunan her türlü bilgi ve belgeye ulaşılmasını konu edinmiştir. Kanun, İdare ile halk arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi (Portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public...) başlığıyla, 17 Temmuz 1978 tarih ve 78-753 sayıyla çıkmıştır[58]. Kanun idari belgelere vatandaşların ulaşımını, bunlar hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Kanunun ilk bölüm başlığı da "idari belgeler ulaşma hürriyeti" (De la liberte d'acces aux documents administratif) dir.

A. Kişiler Hakkında Tutulan İdari Kayıtlar ve Bunlara Ulaşma Hakkı

İsme bağlı (nominatif) olarak tutulan birçok kayıt mevcuttur. Vergi idaresi tarafından tutulan kayıtlar, içişleri bakanlığı tarafından tutulan Nüfus cüzdanlarına (Carte Nationale d'indentité) ilişkin kayıtlar, polis tarafından tutulan aranan kişilerle ilgili kayıtlar otomobiller ve bunların sahipleriyle ilgili kayıtlar gibi. Sözkonusu kayıtlar kişiler bakımından son derece tehlikeli sonuçlar doğurabilir.

---

57 La loi no. 78-17 du 6 Janvier 1978, "Relative à l'irformatique, aux fichiers et aux libertés". Bk. Journal officiel (Jo) du 7 Janvier, s.227; Ayrıca Bk. Code Administratif, Dalloz, Paris 1996, s.1259.

58 La loi no. 78-753 du 17 Juillet 1978, "Portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et la public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal" du 18 Juillet 1978, s.2851: Bk. Code Administratif, s. 1632. Bu kanunda 11 temmuz 1979'da değişiklikler olmuştur. Bk. Loi no. 79-587, JO. du 12 Juillet 1979, S.1711.

Fransa'da 1984 yılında havaalanında trafik cezasını ödemediği için bir kişinin uçağa binişinin engellenişi[59] bu konuda verilecek tipik bir örnektir. Görüldüğü üzere tutulacak olan kayıtlar, kişilerin hürriyetlerini dahi etkileyebilme gücüne sahip olduğuna göre bunların gerçeğe uygun olarak tutulmasının ve bunlar üzerinde düzeltmeler yapılmasını isteme haklarının güvence altına alınması gerekir. "İnsanın kendisi hakkında özel yaşamı ile aile mahremiyeti konusunda, başkalarının değer yargıları oluşturmalarına esas teşkil edecek bilgilerin kendisinden habersiz veya yanlış biçimde toplanması ve bunların düzeltilmesi olanağına sahip bulunmaması, zayıfın kevvetli tarafından ezilmesi sonucunu doğurur"[60]. Sözkonusu kayıtlarla ilgili olarak söylenmesi gereken bir diğer hususta bunların amaçları dışında kullanılabilmeleridir. Mesela Fransa'da mali amaçla tutulan kayıtlardaki adreslerden seçim propogandası amacıyla yararlanılması[61] gibi.

Konuyu düzenleyen 6 Ocak 1978 tarih ve 78-17 sayılı kanun, ilk maddesinde amacını belirtmektedir. Buna göre, "Enformatik her vatandaşın hizmetinde olmalıdır. Enformatiğin gelişmesi uluslararası işbirliği çerçevesinde gerçekleştirilmek zorundadır. Enformatik, ne insan kimliğine, ne insan haklarına, ne özel hayata ve ne de kişilerin veya kurumların hürriyetlerine zarar vermemelidir" (md.1). Kanunun 2. maddeside hiçbir adli, idari ya da özel bir makamın kararının, kişinin gerçek durumunu dikkate almadan, otomotize edilmiş bilgilere dayanamayacağını öngörmektedir. Gene kanuna göre herkes, kendisi hakkında tutulan kayıtları öğrenmek, bunlara

---

59 Langavant-Rovault, s.7.

60 Tezcan, D: Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s.536.

61 TLangavant-Rovault, s.8.

itiraz etmek, düzeltme yapılmasını istemek haklarına sahiptir (md.3).

Yukarıda belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere "bağımsız idari otorite" (autorité administrative indepéndante) şeklinde bir komisyon oluşturulmuştur (md.6). Hürriyetler ve Enformatik Ulusal Komisyonu (La Commission Notionale de l'İnformatique et des Libertés) "CNİL" adını taşıyan komisyon, gerçek kişilerin kimliğini belirten kişisel bilgilerin otomotize edilmesinin tüm yönleriyle ilgileniyor, kişilerin buradaki bilgilere ulaşma hakkını koruyor[62].

1. CNİL'in Yapısı ve Faaliyet Alanı

CNİL, şüphesiz bir devlet kuruluşudur, ancak tüzel kişiliği yoktur. Üzerinde herhangi bir şekilde vesayet denetimi sözkonusu değildir. Sadece düzenleyici mahiyetteki işlemleri üzerinde Conseil d'Etat'nın sonradan (a posteriori) bir denetimi ve bütçesi üzerinde de Sayıştay'ın (Cour des Comptes) denetimi sözkonusudur (md. 7)[63].

Burada hemen belirtmek gerekir ki CE, komisyon kararlarına karşı açılan davalara bakarak, CNİL'in, işlemleri CE'nın denetim içinde bulunan kuruluşları belirleyen 28 Kasım 1953 tarih ve 53-1169 sayılı kararname[64] kapsamındaki bir kuruluş olduğunu kabul etmiştir[65].

Komisyonun, bizzat kanun tarafından belirtilmiş (md.8) olan bağımsızlık özelliği, komisyon üyelerinin özellikleri, vesayet altında bulunmamaları, hiçbir makamdan emir

---

62 Leclercq, C- Chaminade, A: Droit Administratif, Paris 1992, s.64.

63 Langavant-Rouault, s.8.

64 Decret no.15-1169 du 28 Novembre 1953, md.2/9, Code Administratif, s.579.

65 CE. 12.3.1982, C.G.T. Rec.p.107; conclusions Dandoux, AJDA, 1982, s.541.

almamaları, yürütme tarafından görevden alınamamaları gibi hususlardan kaynaklanmaktadır. Komisyon 5 yıllık süreyle seçilmiş 17 üyeden oluşur. Bunlar, Ulusal meclis ve senatoca seçilmiş iki milletvekili ve iki senatör, Meclis tarafından seçilen ekonomik ve sosyal konseyin iki üyesi, Danıştay (conseil d'Etat), Yargıtay (Cour de Cassation) ve Sayıştay (Cour des Comptes) genel kurullarınca seçilecek ikişer üye, Meclis başkanı ve senato başkanının önerisi üzerine kararnameyle atanacak olan enformatik uygulaması konusunda bilgili kalifiye iki üye, Bakanlar kurulu tarafından atanacak olan üç kişiden oluşur. Komisyon 5 yıllık süre için kendi içinden bir başkan ve başkan yardımcısı seçer. Ayrıca komisyonda Başbakan tarafından görevlendirilmiş, geleneksel olarak enformatik görevinden gelen bir hükümet komiseri bulunur. Hükümet komiserinin oy hakkı olmayıp[66]; sadece komisyon tarafından alınmış bulunan bir kararın on gün içinde ikinci kez görüşülmesini isteme yetkisi vardır (md.9).

Komisyon üyeleri görevlerinin ifası sırasında hiçbir makamdan emir almazlar (md.13). Ayrıca komisyon üyeleri görev süreleri boyunca yürütme tarafından görevden alınamazlar[67]. Üyelerin üyelikle ilgili bir engellerinin olması ya da üyelikle bağdaşmayan bir görevde[68] bulunmaları hallerinde karar verme yetkisi bizzat komisyonun kendisine aittir (md.8).

Komisyonun görevlerini yapabilmesi bakımından gerekli olan ödenekler Adalet bakanlığı bütçesinden karşılanır (md.7).

Komisyon gerçek kişilerin kimliğini ortaya koyan kişisel

---

66 Langavant-Rovault, s.8.

67 Leclercq-Chaminade, s. 65.

68 Hükümet üyeliği, enformatik ve telekominikasyon alanında faaliyet gösteren veya bunlara malzeme temin eden işletmelerde pay sahibi olmak veya çalışmak komisyon üyeliği ile bağdaşmaz (md.8).

bilgilerin kayıtlarının tutulmasını kontrol ederek kişilerin haklarını korumaktadır. Ancak bu kontrol faaliyeti CNIL tarafından genişletici bir şekilde yorumlanmış, kimlik tespitine imkân vermeyen fişler de faaliyet alanı içinde kabul edilmiştir. Bunları istatistikler sonucunda oluşturulmuş fişler, maliklerinin adını içermeyen gayrimenkul sayımları gibi fişlerdir[69].

2. Kişisel Bilgilerin Tutulmasında Uyulacak Esaslar

İster özel sektör, isterse kamu kuruluşu olsun, kişilere ait bilgileri düzenli bir şekilde kaydetmek isteyen her kuruluş kanunun belirlediği esaslar çerçevesinde ve CNIL'ın koyduğu prensiplere uyarak faaliyet göstereceklerdir.

Kamu sektöründe yer alan bir kuruluş veya kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilmiş olan özel sektör kuruluşları, kanun tarafından fişlerin tutulmasıyla ilgili olarak açıkça bir yetkilendirme olması dışında, CNIL'ın uygun görüşü sonrası düzenleyici bir işlemle bu konuda yetkilendirilebilirler. CNIL'ın uygun görüş bildirmemesi durumunda ise CE'nın görüşü alındaktan sonra bir kararnameyle bu izin verilebilir (md.15). Özel sektör bakımından ise CNIL'e yapılacak olan bildirim yeterli olacaktır. Bildiriminde kuruluş, kanunun icaplarına uyacağı taahhüdünde bulunur (md.16).

CNIL kayıtların tutulması sırasında uyulacak esaslara ilişkin birtakım kurallar yayınlamaktadır. Sözkonusu kurallar düzenleyici işlem niteliğindedir ve CE'nın yargı denetimi içindedir[70].

Kanuna göre kişiler hakkında bilgi toplanması sırasında

---

69 Langavant-Rouault, s.9.

70 CE, 12.3.1982, C.G.T. Rec.p.107.

bu kişilerin bilgilendirilmesi mecburiyeti vardır (md.27). Yani bu bilgilerin toplanmasından kişilerin haberdar olması öngörülmüştür. Özel sektör de serbest ticaret hürriyetinin bir sonucu olarak müşterilerine ait kayıtları serbestçe tutabilir. Ancak kişilerin bu kayıtlardan kendilerini sildirmek hakları saklıdır. Ayrıca toplanması ya da kullanılması yasak olan, doğru olmayan, eksik olan kendisiyle ilgili bilgilerin düzeltilmesini, eksikliklerinin tamamlanmasını, açıklığa kavuşturulmasını herkes talep edebilir.

Toplanması ve kullanılması mümkün olmayan bilgi kategorileri de ortaya koyulmuştur. Buna göre, kişilerin ırkî kökenlerini veya siyasi, felsefi ve dini inançlarını veya bir sendikaya mensubiyetlerini veya etnik özelliklerini (geleneklerini) dolaylı ya da dolaysız ortaya koyan kişisel verileri, açık rızası hariç enformatik hafızaya koymak ve muhafaza etmek yasaktır (md.31). Kamu yararı gereklerinden dolayı CNIL'in uygun görüşü ya da teklifi üzerine CE kararıyla bu yasağın kaldırılması mümkündür.

Bununla birlikte kiliseler ve dini, felsefi, siyasi ya da sendikal nitelikli topluluklar üyelerinin ya da yazıştıkları kişilerin kayıtlarını tutabilirler (md.31/2).

Kişilerin kendileriyle ilgili olarak tutulan kayıtlara ulaşma hakkı da kanun tarafından güvence altına alınmıştır. Herkes kimliğini beyan ederek listesi kamuya açıklanmış olan otomatize edilmiş bilgi işlemlerin, kendisiyle ilgili gerçek bilgilere dayanıp dayanmadığını öğrenmek ve gerekirse bilgileri almak için bu muameleleri yapmakla görevli kuruluşa başvurmak hakkına sahiptir. Başvuru sahibi kendisiyle ilgili belgelere ulaşabilir ve CNIL tarafından tesbit edilerek Maliye bakanlığı tarafından onaylanan bir ücret karşılığında kopya alabilir (md.34-35).

Milli savunma ve devlet güvenliğine ilişkin fişler bakımından yukarıda ifade edilen ulaşma hakkı sınırlandırılmıştır. Böyle bir fişin sözkonusu olması durumunda ulaşım doğrudan değil dolaylı bir şekilde CNIL aracılığıyla olabilecektir[71]. Ulaşmak isteyen kişi CNIL'e başvurarak ve CNIL tarafından özel nitelikli belgeyi inceleyebilecek bir görevli (üyelerinden biri) tayin edilecektir. Belgeyi inceleyen görevli, milli savunma ve devlet güvenliğine zarar vermeyecek şekilde ilgiliyi bilgilendirecektir.

Kayıtlardan sorumlu memur, komisyona başvurarak taleplere verilecek olan cevaplar için gerekli süre konusunda bir karar alabilir. Ayrıca CNIL, sürekli olarak tekrarlanan, sistematik başvuruların, açıkça suistimal teşkil ettiğinin anlaşılması durumunda, bu taleplerin gözönünde bulundurulmaması ve cevap verilmemesi konusunda memura izin verebilir (md.35).

CNIL, her yıl cumhurbaşkanı ve parlamentoya sunulmak üzere bir rapor hazırlar ve bu rapor yayınlanır. Raporda komisyon tarafından o yıl yapılan çalışmalar ayrıntılarıyla yer alır (md.23).

Ayrıca kanunda CNIL'ın faaliyetlerini kolaylaştıracak her türlü tedbirin alındığı görülmektedir. Kişisel kayıtları tutmak durumunda olan kuruluşların komisyon faaliyetlerine yardımcı olması gerektiği belirtildikten sonra, bu görevini yerine getirmeyen, komisyon çalışmalarına engel olanlar için cezai hükümler de öngörülmüştür. Buna göre CNIL'ın çalışmalarına engel olmak 100.000 frank para cezası ve 1 yıl hapis cezası gerektiren bir suçtur. Çalışmalara engel olmak, yerinde yapılan bir denetleme işine karşı gelmek, komisyonun görevlileri

---

71 Langavant-Rouault, s.10.

tarafından istenen bilgilerin verilmesini reddetmek, bilgileri gizlemek veya yoketmek ya da yanlış bilgi vermek şeklinde olabilir (md.43).

B. Kişisel Olmayan Belgelere Ulaşma Hakkı

Kişilere bağlı olarak tutulan kayıtlar dışında idarenin elinde bulunan her türlü kişisel olmayan (non nominatif), bilgi ve belgeye ulaşma hakkı 17 Temmuz 1978 tarih ve 78-753 sayılı kanunla güvence altına alınmıştır. Ulaşım hakkı herhangi bir sınırlama getirilmeden herkese (toute persone) tanınmıştır. İdari belgenin tanımlaması ise şu şekilde yapılmıştır (md.1); İdari belge olarak sayılmış olanlar, pozitif bir hakkın açıklanması ya da idari bir usulün tasvirini, görüşleri (CE'nın ve idare mahkemelerinin görüşleri hariç), yazılı şekilde alınan kararları ve öngörüleri, görsel ya da işitsel kayıtları, kişisel olmayan bilgisayar kayıtlarının değerlendirilmesini ihtiva eden, tüm dosya, rapor, etüd, özet rapor, tutanaklar, istatistikler, direktifler, yönergeler, sirküler, bakanlık cevapları ve notlarıdır. Ancak bir idari belgenin incelenmesi, bu belge hakkında bilgi alınması, sayılacak olan hususlara zarar verecekse belgenin incelenmesi engellenebilir; Yürütme gücüne ait olan sorumlu otoriteler ve hükümet görüşmelerine ait sırlara; Dış politika ve milli savunmaya ilişkin sırlara; paraya, kamu kredilerine, kamu ve devletin güvenliğine; tıbbi ve şahsi dosyalardaki özel hayata ait sırlara, endüstriel ve ticari konulardaki sırlara, yetkili idareler tarafından yapılan mali ve gümrükle ilgili suç sayılan davranışlarla ilgili araştırmalara, genel olarak kanun tarafından korunan sırlara. Ulaşımın mümkün olamayacağı belge kategorileri Çonseil d'Etat tarafından genişletilmiştir. Mahkemenin kararlarına göre, İdarenin hazırlık çalışmalarına ilişkin, henüz kesinleşmemiş

işlemlerle ilgili belgelere[72], Yargısal faaliyetle ilgili belgelere[73], Noter işlemleri[74] ve özel hukuk sözleşmelerine ait belgelere[75] idari belgelere ulaşma hakkı çerçevesinde ulaşılması mümkün değildir. Ayrıca idarenin elinde bulunmakta olan kayıtlardaki (fichiers) bilgilere ulaşılmak istendiğinde genel olarak idari, belgelere ulaşımı düzenleyen usul değil daha önce açıklanmış bulunan kişisel kayıtlarla ilgili bilgilere ulaşmak için öngörülmüş bulunan usul kullanılmalıdır[76].

78-753 sayılı idari belgelere ulaşma hakkına ilişkin kanun, konuyla ilgili olarak çalışacak olan bir komisyon oluşumunu öngörmüştür (md.5); "İdari Belgelere Ulaşma Komisyonu" (Commission d'Accès aux documents administratif (CADA). İstediği belgeyi elde etmekte bir güçlükle karşılaşan herkes

---

72 CE. 11.2.1983, Ministre de l'urbanisme et du logement c. Assocation "Atelier libre d'urbanisme de la region Lyonnaise, Rec.p.56, Ayrıca Bk. Laubadère, A. de-Venezia, J.C- Gaudemet, Y: Traité de Droit Administratif I, Paris 1988, s.558.

73 CE. 9.3.1983, Association S.O.S. Dèfense, Droit Administratif Périodique, no.137, Bk. Laubadère-Venezia-Goudemet, s.558, Leclercq-Chaminade, s.70-71; AJDA 1983, s.433.

74 9.2.1983, Bertin, Rec. p.53, Bk. Langavant-Rouault, s.12.

75 CE. 26.7.1985, Amadou Robert, Bk. AJDA 1985, s.742; Laubadère-Venezia-Goudemet, s.558.

76 Rhône bölgesinde ikamet etmekte olan M.Bertin, Jandarma birliği şefine başvurarak kendisi hakkında tutulan kayıtlara ulaşmak, incelemek istediğini belirtmiştir. Milli savunma başkanı sözkonusu talebe herhangi bir cevap vermeyerek telabi zımni olarak reddediyor. Bunun üzerine açılan davada ilk derece mahkemesi kendisi aleyhine karar veriyor ve temyiz başvurusu üzerine CE'de aynı yönde kararı onuyor. CE'ye göre, idare tarafından düzenli olarak tutulmakta olan kayıtlardaki (Fichiers) bilgilere, İdari belgelere ulaşma kanununa dayanılarak ulaşılamaz. Böyle bir belge sözkonusu olduğunda Bilgi İşlem, fişler ve hürriyetlere ilişkin kanunda öngörülen usul kullanılmalıdır. Yani bu bilgiye ancak CNIL aracılığıyla ulaşılması mümkündür. (CE. 19.5.1983, Bertin, Rec.p.208, Bk. Langavant-Rovault, s.13).

CADA'ya başvurabilecektir[77]. Hatta birazdan da belirtileceği gibi, Belgeye ulaşma konusundaki talep idare tarafından reddedildiğinde, bu red kararına karşı yargı yoluna gitmeden önce CADA'ya başvuru zorunlu tutulmuştur[78]. CADA, Kanun tarafından öngörülmüş olan çerçevede idari belgelere ulaşma hürriyetine saygı gösterilmesini sağlamak, özellikle bir idari belgeye ulaşma konusunda güçlükle karşılaşmış olan kişinin başvurusu üzerine görüşlerini açıklamak, idari otoritelere öğütler vermek, idari belgelere ulaşım konusunda düzenleyici işlemlerde, yasama metinlerinde yararlı değişikliklerin yapılmasını tavsiye etmekle görevlendirilmiştir. Ayrıca komisyon CNIL'de olduğu üzere, kamuya açıklanan yıllık rapor hazırlar (md.5).

CADA'nın oluşumunun da bir kararnameyle ortaya koyulacağı kanun tarafından belirtilmiştir. Komisyonda yirmibir üye görev yapmaktadır. Bu üyelerden altı tanesi CE, Yargıtay (Cour de Cassation) ve Sayıştay (Cour des comptes) dan gelmektedir. Diğerleri ise iki senatör, iki milletvekili, üç Başbakanın temsilcisi, il genel meclisi ve belediye meclisinden gelen birer üye, yüksek öğrenimde görev yapan iki profesör, Arşiv hizmetinden gelen iki kişi, Fransız Dökümantosyonundan iki kişi ve Danıştay üyelerinden bir raportör[79].

İdari belgeye ulaşma usulü ise şu şekildedir; herşeyden önce idari belgeye ulaşmak üzere yetkili otoriteye başvurmak gerekecektir. Başvuruda istenilen idari belgelere ilişkin bilginin yer alması gerekir. Bu durum ilgili memurun belgeyi kolayca

---

77 Laubadère-Venezia-Goudemet, s.559.

78 Bk. Decret no. 88-465 du 28 Avril 1988 "Relative ò la procéduve d'accès aux documents administratif" md. 2, Bk. Code Administratif, s.1644. Ayrıca Bk. CE. 19.2.1982, Dame Commoret, Rec. p.78.

79 Langavant- Rouault, s.12.

bulabilmesini, idarenin zaman kaybetmesini önlemeyi sağlayacaktır. Yani belgeyle ilgili referans bilgilerin eksiksiz olması gerekir. CADA ve CE, idareye çok açık olmayan talepleri reddetme imkanını vermektedir. Elbetteki referans bilgilerin gösterilmesi mecburiyeti, belgeye ulaşacak kişi bakımından güçlükler yaratmakla beraber[80], idarenin yükünü hafifletici bir etki de yapmaktadır[81].

İdareye belgeye ulaşma konusunda yapılan başvuru olumlu karşılandığında, başvuru sahibi bu hakkını belgenin bulunduğu yerde inceleme ya da kopya almak suretiyle kullanır[82]. Başvurunun kabul edilmemesi (red) durumunda, idare red kararını yazılı ve gerekçeli bir şekilde tebliğ etmelidir (md.7). İdarenin yapılan başvuruya bir aydan daha fazla süre cevap vermeyerek sessiz kalması, başvurunun kabul edilmediği (zımnî red) anlamına gelecektir[83]. Açık, yazılı red kararına veya zımnî red kararına karşı yargı yoluna gitmek isteyen kişi, öncelikle, red kararının kendisine tebliğ edildiği veya zımnî red için gerekli sürenin dolması tarihinden itibaren iki aylık bir süre içinde CADA'ya başvurmak zorundadır. CADA, kendisine yapılan başvurudan itibaren bir ay içinde yetkili idari otoriteye görüşünü bildirir. İlgilinin CADA'ya başvurusundan itibaren iki aylık süre sonunda idareden bir cevap alamaması, talebinin

---

80 "Fransa'da, başvuru sahibinin istediği belgenin adını belirtmesi zorunluluğu, genel mahiyetteki belgelere ilişkin bilgilerin talep edilmesi konusunda bir fren etkisi yapmaktadır". Güran, Hak Arama Özgürlüğü, s.32.

81 Lavessière, J: L'accès aux documents administratif, İnformation et Transparence Administratives, Presses Universitaires de France, s.24, Eken, Bilgi Edinme Hakkı, s.70'den naklen.

82 Laubadère-Venezia-Gaudemet, s.559; Langavant- Rouault, s.11. Yerinde inceleme ve kopya alınması belgeye zarar vermeyecekse mümkündür. Aksi takdirde talebin reddedilmesi gerekecektir. Kopya çıkartılması durumunda da masraflar talep sahibine ait olacaktır (md.4).

83 88-465 sayılı Kararname, md.2.

reddedildiği anlamına gelecektir[84]. Bütün bu aşamalardan sonra ilgili kişi idari yargıda dava açma hakkını kullanacaktır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, CADA'nın kendisine yapılan başvuru üzerine açıklamış bulunduğu görüş, iptal davasına konu olabilecek bir işlem niteliğinde değildir[85]. Komisyonun olumsuz görüşünden sonra idare, elinde bulundurduğu belgeden yararlanılmasını engelliyorsa dava idareye karşı açılacaktır.

84 88-465 sayılı Kararname, md.2.

85 CE. 27.4.1983, Daniel Zanone, Leclercq-Chaminade, s.72.

Sonuç:

"İdari belgelere ulaşma hakkı", idare karşısında zayıf durumda bulunan gerçek ve tüzel kişilerin korunmasına, güvence içinde bulunmalarına hizmet eden bir kavramdır. Bu hakkın kullanımı sonucunda idarenin kapalı, ürküten yapısı yokolmakta, saydam, demokratik idarenin yolları açılmaktadır.

Görüldüğü üzere birçok ülkede idari belgelere ulaşma hakkı çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. Kimi ülkeler idari usul kanunu çerçevesinde, kimi özel durumlar için öngörülen düzenlemeler içinde kimisi de genel idari belgelere ulaşma kanunu çerçevesinde konuyu düzenlemiştir. Ülkemiz bakımından maalesef, konuyla ilgili olarak söyleyecek fazla birşey yoktur. Sadece birkaç resmi sicille ilgili olarak, bu sicillere ulaşımın mümkün olduğunu ifade eden düzenleme sözkonusudur. Bunların da idari belgelere ulaşım konusunda bir esas, usul getirmiş olduğu söylenemez. İdari belgelere ulaşım hakkının, genel bir düzenlemeye konu olarak, bir hak şeklinde ortaya konması demokratik, saydam idareyi gerçekleştirmek adına en büyük adım olacaktır.

KAST-TAKSİR KOMBİNASYONLARI

Dr.iur.İzzet ÖZGENÇ*

I- KAST KAVRAMI VE MUHTEVASI

Kanunda suç olarak tarif edilmiş fiilin haksızlık teşkil ettiğine dair unsurların bilinmesi halinde; fiil kasden işlenmiştir. Haksızlık olarak fiilin kanunî tarifde yer alan bütün unsurları kast kapsamına dahil edilmektedir. Ancak, suçun kanunî tarifinde yer almakla birlikte, fiilin haksızlık muhtevasında etkili olmayan hususlar kast kapsamına dahil edilmezler. Meselâ *objektif cezalandırılabilme şartı*nın arandığı suçlarda[1] bu şartın gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem arzetmemektedir. Çünkü, sözkonusu şartın gerçekleşip gerçekleşmemesinin işlenen fiilin haksızlık muhtevası üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

Suçun haksızlık muhtevasını belirleyen unsurlar fail tarafından bilinmeli ki, kasdının varlığından bahsedilebilsin. Bu unsurlar, *tanımlanabilir* (deskriptif) veya *değerlendirilebilir* (normatif)[2] nitelikte unsurlar olabilir.

---

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi

1 CK., mad. 343, f. 1: «*Her kim resmî bir varaka tanzimi esnasında kendisinin veya başkasının hüviyet ve sıfatı yahut mezkûr varaka ile sıhhati ispat olunacak sair ahval hakkında memurine karşı yalan beyanatta bulunursa,* ***bundan dolayı umumî veya hususî bir zarar husule geldiği takdirde, ... cezalandırılır.***»
Keza, CK., mad. 348: «Bir kimse tamamen veya kısmen bir varakanın aslını ... ortadan kaldırır veyahut bozar **ve bundan umumî veya hususî bir zarar neş'et ederse,** ... cezalandırılır.»
Bizatihî haksızlık teşkil eden "intihara teşvik ve yardım" fiilinin cezalandırılabilmesi için; Kanun, **"müntehirin vefatı(nın) vuku bul"masını** şart olarak aramaktadır: CK., mad. 454.

2 Kavramlar hakkında bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukukî esası ve Faillik, İstanbul 1996, 137.

Suçun değerlendirilebilir unsurlarıyla[3] ilgili bilginin tamı tamına bir bilgi olması gerekmez. Genel hatlarıyla, sathî, vasat bir bilgi yeterlidir. Meselâ resmî evrakta sahtekârlık suçunun teşkili açısıdan, sahte olarak tanzim edilen varakanın hukuken kendisine kıymet atfedilen belge olduğunun bilinmesi yeterlidir. Bu belgenin aynı zamanda "resmî evrak" niteliğini haiz olup olmadığının bilinmesi gerekmez.

Failin bilmesi gereken unsurlar, geçmişte veya halen mevcut olan bir hususa müteallik olabileceği gibi, ileride gerçekleşecek bir hususa da müteallik olabilir. Bu itibarla; işlenen fiilin neticesinin bilinmesi, kasdın varlığı açısından bir zaruret arzetmektedir.

işlenen fiilin haksızlık muhtevasını belirleyen unsurların bilinmesiyle, bu fiilin bizatihî haksızlık teşkil ettiğinin bilinmesi, mahiyet itibarıyla birbirinden farklılık arzetmektedir[4]. Kişi, gerçekleştirdiği fiilin bütün unsurlarını bilmesine rağmen, bu fiilin bir haksızlık ve dolayısıyla, suç teşkil ettiğini bilmeyebilir[5].

---

3 «Torununun gayrımeşru birleşme sonucu dünyaya getirdiği ... iki aylık çocuğu, S'nin *muhafaza yükümlülüğü(nün) bulunmamasına* ... (göre), tuvaletteki masanın üzerine bırakıp ... gi(tmesinden ibaret fiilinde) suçun kast unsuru bulunma»maktadır: CGK., 13.4.1987, 8-21/208 (Savaş/Mollamahmutoğlu IV, sh. 4734; İçel/Yenisey[4], sh. 810).

4 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Suça İştirak, 214 vd.

5 Meselâ 1475 sayılı İş Kanunu, mad. 85, f. 1'de "*(i)şçilere iş ve işlere işçi bulmak için, kazanç amacıyla olsun veya olmasın, faaliyet gösterilmesi, çalışılması veya büro açılması yasak*"lanmıştır. Aynı Kanunun 105. maddesinin 1. fıkrasına göre, "... *bu fiilleri yapanlar hakkında, eylem* (doğrusu, fiil) *başka bir suçu oluştursa dahi, ayrıca ... hapis ve ... ağır para cezası hükmolunur*". Dikkat edilmelidir ki; "bu fiillerin içten ve iyiniyetle yapılmış olması halinde dahi, suç oluşacaktır" (SELÇUK Sami: CGK.'nun 30.3.1987 tarih ve 6-441/154 sayılı Kararına muhalefet şerhi :Savaş/Mollamahmutoğlu I, sh. 1061 vd. [1070]). Bir başka ifadeyle; kişi bu fiilleri işlerken insanî mülahazalarla, başkalarının iş bulmasına yardımcı olmak amacıyla hareket etse dahi, Kanunda tarif edilen "suç" gerçekleşmiş olacaktır!

Kasdın varlığından bahsedebilmek için; a) kanunda suç olarak tarif edilmiş muayyen bir fiilin işlenilmesinin kararlaştırılmış veya bu fiilin neticesinin gerçekleşeceğinin mutlak bir surette müşahede edilmiş olması ya da; b) bu neticenin gerçekleşmesinin muhtemel addedilmesine rağmen, gerçekleşmesine katlanılmış olması gerekir[6]. Birinci durumda, *doğrudan kast;* ikinci durumda ise, *muhtemel* (gayrımuayyen) *kast* sözkonusudur. *Doğrudan kast*ın varlığı halinde, işlenemesi kararlaştırılan fiilin neticesi mutlak surette müşahede edilmektedir. Meselâ A'yı öldürmek için silahını bu şahsa tevcih eden ve ateşleyen B, bu fiilinin neticesinde A'nın öleceğini mutlak bir surette müşahede etmiştir.

Buna karşılık; işlenmesi kararlaştırılan fiilin, kanunen tarif edilen muayyen bir neticenin gerçekleşmesine sebebiyet vereceği muhtemel telâkki edilmiş ve müşahede edilmiş olmasına rağmen; bu neticenin gerçekleşmesine katlanılmış ise; *muhtemel kast* sözkonusudur. Muhtemel kast halinde, kanunî tarife uygun neticenin gerçekleşmesi olayın seyrine bırakılmaktadır. Kanunî tarife uygun neticenin meydana geleceği muhtemel addedilmesine rağmen, fail fiili işlemekten geri kalmamıştır[7].

---

6 Alman Ceza Kanunu 1962 Tasarısı, § 16.

7 «Sanığa ait evin cephesi hizasında 50'lik PTT telefon kablosu geçmektedir. Sanık, ... tarihli dilekçesiyle PTT ... Müdürlüğüne başvurarak, evini yıkacağı gerekçesiyle telefon hattının kaldırılmasını istemiş, bir gün sonra (da) yıkıma başlamış ve bu yıkım sırasında telefon kablosu kopmuş(tur). -/- ... (S)anık, evinin yıkılması sırasında, telefon kablosunun kopabileceğini öngörmüş, hatta tedbir alınması için PTT idaresine dilekçe vermiştir. Buna rağmen kendi iradesiyle evini yıktırmış, telefon kablosunun kopmasına sebep olmuştur. Gerçi bu kablonun kopmasını istememiştir. Ancak, kablonun kopması ihtimalinin çok kuvvetli olmasına rağmen hareketinden vazgeçmemiş, böylelikle kastın iki unsuru da ihtimal öngörülmesi şeklinde olayda gerçekleşmiştir.»: CGK.., 3.6.1985, 83/330 (Savaş/Mollamahmutoğlu I, sh. 554 vd.).

II- TAKSİR KAVRAMI VE MUHTEVASI

Kasden işlenen suçlarda olduğu gibi, taksirle gerçekleştirilen fiillerde de haksızlık ile kusur birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Taksir, artık mücerret, yalın bir kusurluluk şekli değil; haksızlığın bir gerçekleştiriliş şeklidir, kısaca, bir haksızlık şeklidir[8].

Taksirle gerçekleştirilen davranışın *haksızlık* unsurunu, *objektif özen yükümlülüğünün ihlâli*, oluşturmaktadır[9]. Taksirle gerçekleştirilen fiilin *haksızlık* özelliği, korunan hukukî değere ilişkin objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olmasında tezahür etmektedir[10]. Bu nedenledir ki; burada ihlâl edilen objektif özen yükümlülüğünün mutlaka belli bir hukukî değerle alâkalı olması gerekir. Belli bir hukukî değerden mücerret, soyut, özel bir özen yükümlülüğünün varlığından bahsedilemez[11]. Taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu oluşturan objektif özen yükümlülüğünün tayininde, failin şahsî kabiliyetleri gözönünde bulundurulmaksızın, *objektif* esastan hareket edilir[12]. Objektif özen yükümlülüğü, belli kişiden soyut, *gereklilik yargısını* ifade

---

8 JESCHECK, Lb., 509; WESSELS(19), 202; ROXIN, Allgemeiner Teil I, 24/1 vd., 47, 107; MAURACH/ZIPF I, 211, 212; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF II, 105 vd.

9 JESCHECK, Lb., 509/510, 521 vd.; WESSELS(19), 201/202, 203, 204; MAURACH/ZIPF I, 211, 212; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF II, 108 vd.; KAUFMANN Armin: Das fahrlässige Delikt (:ZfRV 1964, sh. 41 vd. Ancak, çalışmamızdaki atıflar, sözkonusu makalenin aynı yazara ait "Normentheorie" kısaltma adıyla zikrettiğimiz eserin 1988 yılındaki "1. basının genişletilmiş tekrar basımı"na [erweiterter Nachdruck der 1. Auflage] ilâvesine yapılacaktır), Normentheorie, sh. 317 vd.; "trafikte gerekli özen yükümlülüğünün ihlâli" olarak WELZEL, Das neue Bild, 32 vd.; aynı yazar, Lb., 132 vd. ROXIN, "objektif özen yükümlülüğü" kavramı yerine, "müsaade edilen riziko" kavramını kullanmayı tercih etmektedir: Allgemeiner Teil I, 24/11.

10 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF II, 98.

11 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF II, 109/110, 111.

12 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF II, 111.

etmektedir. Meselâ motorlu vasıta kullanımı sırasında ve genel olarak trafikte riayet edilmesi gereken kurallar, objektif özen yükümlülükleri olarak nitelendirilirler.

Taksirli davranışla gerçekleştirilen haksızlıklarda fail, kendi şahsî kabiliyetleri, idrak gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla, objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu kabiliyetlere şahsen sahip olan kişi, buna rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranması sonucunda bir hukukî değeri zarara uğratması veya muşahhas bir tehlikeye maruz bırakması durumunda, taksirli haksızlıktan dolayı kusurlu telâkki edilecektir[13]. Buna göre, kişi, objektif özen yükümlülüğünün mevcudiyetini ve muhtevasını idrak edebilecek ve aynı zamanda bu doğrultuda hareket edebilecek durumda olmalıdır[14]. Objektif özen yükümlülüğünün kişi tarafından idrak edilebilir olması, aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasını da ifade etmektedir[15].

Taksirle işlenen fiilin haksızlık unsurunun gerçekleşmesi, kasden işlenen haksızlıklarda olduğu gibi, kusurun emaresini teşkil etmektedir. Buna göre, kişinin akletme kabiliyeti bakımından, ruhî bakımdan bir malûliyetinin sözkonusu olduğu, objektif özen yükümlülüğünün şuurunda olmadığı veya içinde bulunduğu şartlar itibarıyla irade kabiliyetinin mevcut olmadığı hususlarında şayet muşahhas dayanak noktaları mevcutsa, taksirle işlenen haksızlıktan

---

13 JESCHECK, Lb., 510, 536 vd.; WESSELS(19), 203, 208, 216; ROXIN, Allgemeiner Teil I, 24/102 vd. Ancak, doktrinde bir görüş, objektif özen yükümlülüğünün müşahede edilebilir olmasını "taksirli suç"un, taksirli haksızlığın manevî unsuru olarak telâkki etmektedir: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF II, 112, 138 vd.

14 JESCHECK, Lb., 536 vd.

15 JESCHECK, Lb., 539.

dolayı failin kusursuz olduğu yargısına varabiliriz[16],[17].

III- UNSUR YANILGISI VE TAKSİRLE İLİŞKİSİ

Unsur yanılgısı, muşahhas bir hadisede suçun maddî unsurlarına müteallik hususlardaki bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgidir. Bir başka ifadeyle, faildeki muşahhas hadiseye ilişkin tasavvurun gerçekle bağdaşmamasıdır. Meselâ, bir kimse vestiyerden kendisininki zannederek başkasının paltosunu almıştır. Keza, bir kimse gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş etmiştir. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölmüş veya yaralanmıştır.

Bu yanılgı, kasdın varlığına engel olur. Bu yanılgı halinde kasden işlenmiş bir haksızlıktan bahsetmek mümkün değildir. Failin bilgisi veya tasavvuru gerçeğe uysaydı; işlediği fiilin bir haksızlık teşkil etmeyeceği muhakkaktır.

Ancak, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa; taksirle işlenmiş bir haksızlık sözkonusu olur. Eğer sözkonusu hukukî değerin taksirle ihlâli Kanunda suç olarak tarif edilmişse; failin bu nedenle cezaî sorumluluğu cihetine gidilir. Bu itibarla, yukarıdaki "palto" örneğinde taksirin varlığı sonucuna ulaşılsa bile; Kanunda hırsızlık fiilinin ancak *yararlanma kasdı*yla işlenebileceği belirtildiği için; fail cezaen sorumlu tutulmayacaktır.

Bu yanılgı aksi istikamette de olabilir. Meselâ kişi, müşterek ağıldan A'ya ait koyunu çalmak isterken, yanlışlıkla kendi koyununu çalmıştır. Kişi, hırsızlık suçunu işlemek

---

16 ROXIN, Allgemeiner Teil I, 24/113.

17 Taksir kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Suça İştirak, sh. 189 vd.

kimliğinde yanılmış olsa bile, kasden adam öldürme veya müessir fiil suçundan dolayı failin cezaî sorumluluğu cihetine gidilmelidir. Fakat gerçekte öldürdüğü şahıs meselâ babası ise; kasden adam öldürme suçunun bu mevsuf şekline ilişkin unsur (mağdurun baba olması) açısıdan failin kasdı mevcut değildir. Bu nedenle; failin kasden adam öldürme suçunun bu mevsuf şekline istinaden cezaî sorumluluğu cihetine gidilmeyecektir.

Kişi, babasını öldürmek isterken, yanılarak herhangi bir şahsı öldürmüş olabilir. Kasdı her ne kadar babasını öldürmeye yönelik ise de; kişi, gerçekleşen duruma göre, yani herhangi bir şahsı öldürmekten dolayı, cezaladırılacaktır[20].

---

20 Keza, hırsızlık suçunun "*1- (h)aklarında ayrılık kararı verilmemiş karı kocadan birinin, 2- (u)sul ve fürudan yahut bu derece sıhrî akrabadan birinin veya analık, babalık veya evlâtlığın, 3- (f)aille bereber bir dam altında yaşıyan erkek veya kız kardeşin zararına olarak işlenmiş*" olması halinde faile hiç ceza verilmemektedir (CK., mad 524, fıkra 1): *şahsî cezasızlık sebebi.* Ya da; bu suçun "*(h)aklarında ayrılık kararı verilmiş olan karı ve kocanın yahut faille beraber bir dam alatında yaşamıyan erkek veya kızkardeşin veya faille beraber bir dam altında yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede sıhrî akrabanın zararına olarak işlenmiş*" olması halinde faile Kanunda öngörülen cezaya nazaran daha az ceza verilmektedir (CK., mad. 524, fıkra 2): *cezayı azaltan şahsî sebepler.*
Bir başkasının malı çalınmak istenirken, yanlışlıkla birinci fıkrada belirtilen kişilerden birinin malı çalınmış ise; hırsızlık suçuna ilişkin haksızlık gerçekleşmiştir. Ancak, hırsızlık suçunu işleyen ile malı çalınan kişi arasında mevcut şahsî ilişki dolayısıyla; fail açısından bir şahsî cezasızlık sebebi mevcuttur. Bu nedenle, meseleyi yukarıdaki tersine unsur yanılgısına ilişkin izahlarımız çerçevesinde halletmek gerekir.
Hırsızlık suçunun yanlışlıkla ikinci fıkrada belirtilen kişilerden biri aleyhine işlenmesi halinde ise; şöyle düşünmek gerekir: Her ne kadar fail herhangi bir şahsın malını çalmak kasdıyla hareket etmiş ise de; yanılarak meselâ amcasının cüzdanını çalmıştır. Failin kasdına rağmen, gerçekleşen duruma göre; mağdur amcası olduğu için, failin cezasında 524. maddein 2. fıkrasıda öngörülen oranda indirim yapılması gerekir.
Tam tersi bir durumla da karşılaşılabilir: Meselâ kişi babasına ait bir malı çalmak isterken; herhangi bir şahsın malını çalmış olabilir. Kasdı her ne kadar

Ceza Kanunu'nun 52. maddesi hükmü, bu izahatımıza uygun bir çözüm şeklini öngörmektedir:

«Bir kimse bir hata veya sair bir ârıza yüzünden cürmü kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa; cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak; fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffifeden istifâde eder.»

IV- HEDEFTE SAPMA VE KAST-TAKSİR KOMBİNASYONU

Hedefte sapma halinde ise, bir yanılgı sözkonusu değildir. Hareket, neticesini istenen konu üzerinde değil, sapma sonucu bir başka konu üzerinde gerçekleştirmektedir[21].

Sapma halinde konular farklı nitelikte olabilir. Meselâ, camı kırmak için atılan taş, A'ya isabet eder. Bu durumda kişiyi teşebbüs derecesinde kalmış nası ızrar suçundan ve ayrıca, muhtemel kastla ya da taksirle gerçekleştirdiği müessir fiil suçundan dolayı sorumlu tutmamız gerekecektir.

---

babasına ait malı çalmaya yönelik ise de; kişi, gerçekleşen duruma göre, yani herhangi bir şahsın malını çalmaktan dolayı, cezaladırılacaktır.

21 «*Kişide hata:* Bu halde fail mağdurun şahsında hataya düşmektedir. Meselâ, öldürmek istediği kimsein yerine bir başka kişinin öldürülmesi gibi... -/- *Hedefte hata* (isabette hata): Fiil, failin işlemeyi kastettiği kimseden başka bir kişi üzerinde sonuç doğurabilir. Meselâ, fail öldürmek için A'ya ateş eder; fakat, kurşun herhangi bir arıza nedeniyle B'ye isabet ederse; hedefte hata sözkonusu olur. -/- *Hedefte hata hali, kişide hatadan tamamiyle ayrıdır. Burada fail kişiyi karıştırmamıştır. Hedeften sapan, failin iradesi değil, fiilidir*»: CGK., 10.12.1990, 1-310/333 (YKD, Kasım 1991, sh. 1700 vd.).
Yüce, "hedefte hata" ifadesini doğru bulmamaktadır (YİCE, Turhan Tûfan: Ceza Hukuku Dersleri, cilt I, Giriş: Genel Bilgiler. Ceza Hukukunun Yürürlüğü. Suç Teorisi, Manisa, 1982, sh. 326, dn. 77). Çünkü, hedefte sapma halinde bir yanılgı sözkonusu değildir (YİCE, Ceza Hukuku, sh. 325/326).

Konular aynı nitelikte de olabilir. Meselâ, A öldürülmek istenirken, mermi sekmesi sonucu B ölmüştür. Bu durumda kişiyi A açısından teşebbüs derecesinde kalmış adam öldürme suçundan ve ayrıca, B açısından tamamlanmış adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutmamız gerekir. Ancak hedefte sapma sonucu meydana gelen ölümden (B'nin ölümünden) dolayı faili sorumlu tutarken, bu ölümle alakalı olarak muhtemel kastla mı yoksa taksirle mi hareket ettiğini araştırmak gerekir[22].

Ancak, Ceza Kanunumuzun 52. maddesinin kabul ettiği çözüm şekline göre, bu durumda *tamamlanmış bir tek suç* sözkonusudur[23] ve suçun konusunda veya mağdurun kimliğinde yanılmaya ilişkin esaslara göre mesele çözümlenmektedir. Suçun konusunda yanılma ile hedefte sapma arasında bir ayırım gözetmeyen 52. madde hükmü, *tek suça* göre sorumluluk esasını kabul etmiş bulunmaktadır[24]. Yine, 52. madde hükmünün uygulanması açısından gerçekleşen neticenin taksirle ya da muhtemel kastla gerçekleşmesi arasında bir fark gözetilmemektedir.

Ayrıca, dikkat edilmelidir ki; 52. madde hükmünün tatbiki için "failin işlemeği kastettiği suçla gerçekleşen suç arasında nitelik farkının bulunmaması" gerekir[25]; bir başka ifadeyle, "işlenmesi istenen suçun hukukî konusu ile gerçekleşen suçun hukukî konusunun aynı olması şarttır"[26]. Bu sonuç, 52. maddedeki "... *kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına* ..."

---

22 Aynı doğrultuda görüş için bkz. YİCE, Ceza Hukuku, sh. 326, 327. *Yüce*'ye göre, 52. madde hükmü özellikle hedefte sapma açısından "olayın tabiatına uymayan bir düzenleme"dir (YİCE, Ceza Hukuku, sh. 428).

23 ÖNDER, Genel Hükümler II, sh. 452: "Yanılma veya sapma sonucu istenilenden başka şahıs veya eşya üzerinde neticein meydana gelmiş olması durumunda suç tektir ve tamamlanmıştır".

24 DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1057; ÖNDER, Genel Hükümler II, sh. 355

25 DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1058.

26 ÖNDER, Genel Hükümler II, sh. 356.

ifadesinden çıkarılmaktadır[27]. Aksi takdirde, doktrinde bizim yukarıda izah ettiğimiz çözüm şekline göre meselenin halledilmesi gerektiği savunulmaktadır[28].

52. madde hükmünün uygulanmasına ilişkin Yargıtay'ın şu kararları örnek gösterilebilir:

«S, karısını yaralamak amacıyla salladığı bıçakla araya giren oğlunu yaralamış bulunmaktadır. TCK.nun 52. maddesi sarahatına göre; cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neş'et eden ve cezayı şiddetlendiren sebepler faile tahmil olunamayacağından; tayin edilen cezanın, yaralamak suçunu oğluna karşı işlemiş olmasından dolayı, TCK.nun 450. maddesinin 1. bendi delâletiyle 457. maddenin 2. fıkrasının uygulanması suretiyle arttırılması sözkonusu olamayacağı gibi; ancak tahfif sebebi mevcut olan ahvalde cürmün kasdolunan şahsa karşı işlendiğinin kabulü gerektiği cihetle; olayımızda olduğu gibi, şiddet sebebinin mevzuu bahis olduğu hallerde bu

---

27 Ancak, *Dömezer/Erman,* buna rağmen, 52. madde hükmünün "suçun konusunda görülen yanılma ve inhiraf hallerini de kapsamına alacak şekilde" geniş yorumlanması gerektiği fikrindedirler: DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1059.

28 DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1058. Ancak, *Dönmezer/Erman,* bu durumda failin cezasının *gerçek içtima* kurallarına göre tayin edilmesi gerektiği fikrindedirler. Fakat, Yargıtay, A'nın B'ye vurmak maksadıyla attığı odunun cama isabet ederek kırılmasına sebebiyet vermesi hadisesinde; A'nın nası ızrar suçundan dolayı da ayrıca mahkûm edilmesini hukuka aykırı bulmuştur: 6.CD., 18.5.1983, 1201/4611 (Çağlayan, Muhtar: Türk Ceza Kanunu, cilt IV, 3. bası, Ankara, tarih yok, sh. 668).

Keza, Yargıtay, "alacak meselesinden çıkan tartışmada S'nin eline geçirdiği çekici şoför koltuğunda oturan M'yi hedef alarak yaralamak kastıyla fırlattığı, T'nin M'yi geri çekmesi sonucu çekicin M yerine aracın camına çarparak kırılmasına sebep olduğu (olayda); S'nin kastının ızrar olmayıp, yaralamak olduğu ve yaralamaya tam teşebbüsten hüküm kurulması gerekirken; manevî unsuru gerçekleşmeyen ve olayda uygulama yeri bulunmayan TCK.nun 79, 516/ilk madde ile hüküm kurulması(nın) bozmayı gerektir"diği içtihadında bulunmuştur: 8.CD., 10.4.1990, 2913/3591 (Savaş/Mollamahmutoğlu IV, sh. 5425).

hükme istinad edilemeyeceği ve fiile dönüşmeyen kasıttan dolayı failin sorumlu tutulamayacağı gözönünde tutularak; karısı yerine oğlunu yaralamak şeklindeki fiilinden dolayı tâyin edilen cezanın sadece suçun bıçakla işlenmesi nedeniyle TCK.nun 457. maddesinin 1. fıkrası uyarınca arttırılmasiyle yetinilmesi gerekirken; ayrıca akrabalık yönünden de aynı maddeye tevfikan artırma yapılması bozmayı gerektirmiştir»[29].

«S'nin babasına attığı piknik tüpünün araya giren annesine değerek onun yaralanmasına sebep olmasına ve S'nin annesini yaralama kasdı bulunmamasına göre; fiiline TCK.nun 52. maddesi uygulanmalı (ve bu nedenle); müessir fiilden dolayı verilecek ceza 457. madde ile artırılmamalıdır»[30].

«S'nin ağabeyi F ile H'nın kavga etmekte oldukları sırada S'nin elinde balta olduğu halde olay yerine geldiği ve ağabeyi ile kavga eden H'ya vurmak isterken H'nın çekilmesi nedeniyle baltanın ağabeyi F'nin başına isabetle yaralandığı anlaşılmış olmakla; S'nin fiilinin TCK.nun 52. maddesi delâletiyle değerledirilmesi gerekir»[31].

«S'in eşine salladığı bıçağın ayırmak için araya giren kızına hata sonucu isabet ederek ... yaralanması olayında; TCK.nun 52. maddesi delâletiyle 456. maddenin 4. fıkrası ve (ayrıca,) suçun bıçakla işlenmiş olması nedeniyle, 457. maddenin 1. fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini» gerekir[32].

«S, kardeşine vurmak isterken annesini yaralamış olmasına göre; TCK.nun 52. maddesi hükmü gereğince, yaralamayı kastettiği kişinin sıfatından doğan ağırlaştırıcı

---

29 2.CD., 3.4.1991, 3081/3865 (Erdurak[3], sh. 128/129).

30 4.CD., 21.9.1988, 4755/5557 (YKD, Eylül 1989, sh. 1330).

31 2.CD., 8.4.1993, 3376/4345 (Erdurak[3], sh. 129).

32 2.CD., 21.10.1992, 9150/9830 (Erdurak[3], sh. 129).

neden (faile) uygulan»maz[33].

Aralarıda «... çıkan tartışmada A'nın 5-7 metreden B'ye attığı taşın, tarafları ayırmaya gelen Y'ye isabet ederek ölümüne neden olduğunun anlaşılması karşısında; A'nın fiilinin, müessir fiilde bulunmak kastıyla yaptığı fiille ölüme neden olma şeklinde nitelendirilerek; TCK.nun 52. maddesi delâletiyle 452/1, 51/1. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesi» gerekir[34].

Yargıtay, bu gibi durumlarda *fikrî içtima* hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindedir:

«S'nin M'yi yaralamak amacıyla tabancasıyla yaptığı atış sonucu P'nin yaralanmış olmasına göre; TCK.nun 52 ve 79. maddeleri gözetilmeden; ayrıca M'yi yaralamaya teşebbüs suçundan da ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir»[35].

V- ÇİFT NETİCE VE KAST-TAKSİR KOMBİNASYONU

Mağdurun kimliğinde veya suçun konusunda yanılma ile hedefte sapma arasındaki müşterek özellik, *neticenin tek olmasıdır*. Ancak, bazı durumlarda fiilin işlenişiyle kastedilen neticenin yanında başka bir netice daha gerçekleşmiş olabilir.

---

33 4.CD., 16.10.1991, 4855/6038 (Erdurak[3], sh. 128).

34 1.CD., 26.5.1993, 1044/1217 (Erdurak, Yılmaz Güngör, *Türk Ceza Kanunu,* 3. bası, Ankara, Ocak-1994, sh. 129 ve 812). «... (G)elişen kavgada sanıklardan R ile babası maktul M bir tarafta, diğer sanıklar H, K, A ve E karşı tarafta olmak üzere vuruşmaya başla(mışlardır. S)anıklardan H ve K'nın ve H'nın karısı E ve kayınvalidesi A'nın maktule karşı toplu halde saldırıları karşısında; (R,) babası maktulü bu toplu saldırıdan kurtarmak amacı ile elindeki keseri saldırganlardan H'ya vurmak isterken; (keserin) saldırı altında bulunan babası maktul M'nin başına (isabet etmesiyle vaki ölüm,) *hedefte hata* sonucu» meydana gelmiştir: 1.CD., 19.12.1979, 4873/4821 (Savaş/Mollamahmutoğlu I, sh.748).

35 4.CD., 21.9.1981(Çağlayan, Muhtar: *Türk Ceza Kanunu,* cilt I, 3. bası, Ankara 1984, sh. 583).

Meselâ, A'yı öldürmek için ateşlenen silahtan çıkan mermi A'ya isabet etmesinin yanısıra, B'ye de isabet etmiştir. Keza, camı kırmak için fırlatılan taş, camı kırdıktan sonra içeride oturan şahsı da yaralamıştır.

Bu tür olaylarda işlenmesi kastedilen suç gerçekleşmiştir. Tamamlanan bu suçtan dolayı failin cezaî sorumluluğu cihetine gidilecektir. Bunun yanısıra, diğer bir şahıs ölmüş veya yaralanmıştır. Gerçekleşen ikinci neticeye ilişkin olarak fail muhtemel kastla veya taksirle hareket etmiştir ve ayrıca bu nedenle failin cezaî sorumluluğu cihetine gidilecektir[36].

Yargıtay, icra edilen fiilin hedeflenen konunun dışında ayrıca başka bir konu üzerinde netice doğurması halinde dahi, sorumluluk rejiminin Ceza Kanunu'nun 52. maddesi hükmüne göre tayin edilmesi gerektiği fikrindedir:

«S'nin annesi maktuleyi hedef almadığı, maktulü hedef alarak yaptığı atışlardan üçünün maktule, ikisinin annesi maktuleye isabet ederek annesinin de hedefte hata sonucu ölmüş olduğu ... anlaşıldığına göre; sanık hakkında TCK.nun 52, 79, 448. maddelerine göre *tek bir ceza* tayini gerekirken; annesini öldürmekten 52, 448. maddelere göre ayrıca ceza tayini» doğru değildir[37].

«Olay gecesi M'nin yanında oğlu Ş ile beraber sarhoş halde ... S'nin evinin önüne gelip pencereyi tıkırdattığı, pencereye çıkan S'ye ... diye hakarete başladığı; Ş'nin komşularından Ç'ye giderek "gel, babam kavga edecek, götür" dediği Ç'nin gelip M'yi götürmeye başladığı sırada S'nin pencereden avluya indiği ve M ile tekrar tartışmaya giriştiği ve Ç'ye "seni de yakarım, sen çekil" dediği ve Ç'nin ayrılması üzerine S'nin Ş ile birlikte

---

36 *Dönmezer/Erman,* bu gibi hallerde failin cezaî sorumluluğunun *gerçek içtima* kurallarına göre tayin edilmesi gerektiği fikrindedirler: DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1068.

37 1.CD., 1.2.1983, 208/208 (YKD, Haziran 1983, sh. 895/896).

gitmekte olan M'ye arkasından 20 metreden bir el ateş ettiği ve çıkan saçmaların M'yi ... 10 gün işine engel olacak şekilde (yaraladığı) ve Ş'nin de aynı atıştan çıkan saçmaların ... sağ böbreğin alınmasına sebebiyet verecek şekilde yaralanmasına neden olduğu anlaşılmakta olmasına göre; S'nin yaptığı atışın M'yi öldürmek kastına makrun olduğu ve aynı atışla hem M'nin hem de Ş'nin yaralanmış bulunmasına rağmen; S hakkında, TCK.nun 52, 79, 448, 62. maddeleri yerine, TCK.nun 79, 456/3, 457/1. maddeler ile ceza verilmesi» isabetli olmamıştır[38].

Dikkat edilmelidir ki; bu kararlarda icra edilen tek fiilin iki ayrı şahıs üzerinde netice meydana getirmesine rağmen, fikrî içtima hükümlerinden hareketle, faile, *tek bir cezanın* verilmesi gerektiği kabul edilmiştir[39].

Bu arada hemen ifade etmemiz gerekir ki; tahrik sonucu bir suçun işlenmiş olması halinde, kanaatimize göre, işlenen fiilin haksızlık muhtevasında bir değişiklik meydana gelmez. Ancak, maruz kalınan haksızlığın kişide meydana getirdiği gazap ve elemin etkisiyle irade kabiliyeti zayıflamıştır[40]. Bu itibarla, failin kusurluluğu üzerinde etkili bir faktör olan haksız tahrikin etkisiyle bir fiil işlenirken vaki hedefte sapma neticesi meselâ bir başkası ölmüş veya yaralanmış ise, 52. madde hükmünün tatbikine gerek yoktur. Zira, 52. madde hükmü, işlenen fiilin haksızlık muhtevasını belirleyen unsurlara müteallik bulunmaktadır.

Ancak, Yargıtay, haksız tahrik halinde dahi 52. madde

---

38 1.CD., 22.12.1983, 3933/4255 (YKD, Mart, 1984, sh. 455).

39 Karşı fikir için bkz. ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara, 1970, sh. 57.

40 «*Tahrikin bir mazeret sebebi* olarak kabulüne saik olan düşünce, haksız hareketin fail üzerinde husule getirdiği teessürdür.»: CGK., 3.12.1973, 2-199/780 (Savaş/Mollamahmutoğlu I, sh.711).

hükmünün uygulama kabiliyeti bulduğu fikrindedir[41]:

«Sanık, H'nın hakaret etmesi nedeniyle maruz kaldığı tahrik altında H'ya ateş ederken, yanında bulunan A'yı yarala(mıştır;) ikinci defa yine H'ya vaki ateşiyle ... S'yi yarala(mıştır. Bu durumda); sanığın hedefte hata sonucu bir mağduru yaralamasından TCK.nun 52 nci maddesi delaletiyle 456/2, 457/1, 51/1 inci maddeleri uygulanarak ceza verilmesi gerekir»[42].

«Sanığın eşini kaçıran şahsa ateş ederken, hedefte hata sonucu S'yi öldürmesi karşısında; TCK.nun 52. maddesi hükmü gözönünde tutularak, ağır bir tahrikin etkisiyle suç işlediği anlaşılan sanığa verilen cezadan TCK.nun 51/2. maddesiyle indirim yapılmasında zorunluluk bulun»maktadır[43].

VI- NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLAR VE KAST-TAKSİR KOMBİNASYONU

Basit müessir fiilde bulunulmak istenirken, kişide uzuv zaafına/tatiline sebebiyet verilmiş olabilir; kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir vs. Müessir fiil ika edilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği ihtimali gözönünde bulundurulur. Meselâ gözün, kulağın üzerine sert bir yumruk havale eden kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceği ihtimalini gözönünde bulundurur. Yine, çeneye sert bir yumruk havale edilmesi halinde, çenenin veya birkaç dişin kırılabileceği düşünülür. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda meydana gelen ağır netice açısından failin *muhtemel kast*la hareket ettiğini söylememiz mümkündür.

---

41 Aynı şekilde DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1065.

42 1.CD., 21.3.1991, 546/790 (Erdurak, Yılmaz Güngör: *Türk Ceza Kanunu,* 2. bası, Ankara 1991, sh. 108)

43 1.CD., 7.7.1992, 1151/1679 (Erdurak[3], 129).

Müessir fiil ikaı sonucunda kişinin öngörmediği ağır bir netice meydana gelmiş olabilir. Meselâ canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna bir yumruk havale edilmesi halinde mağdur inhibisyon sonucu ölmüş olabilir. Bu ihtimalde fail, müessir fiil ika ederken, neticede mağdurun ölebileceğini tahmin etmemiştir. "Netice sebebiyle ağırlaşmış -" veya "kasdın aşılması suretiyle işlenen suçlar" olarak nitelendirilen bu hale ilişkin düzenlemeler, Ceza Kanunlarına bir kusursuz (objektif) sorumluluk şekli olarak girmiştir. Kusursuz sorumluluk şekli olarak, meydana gelen ağır neticeden sorumluluk hali, Kilise hukukuna dayanır. Kilise hukukundaki "*versari in re illicita*" kuralına göre, hukuka aykırı bir durumda olan, bunun bütün neticelerine katlanmış olur. Bu halin ceza kanunlarındaki tipik örneğini, müessir fiil sonucu mağdurun ölmesi hali teşkil etmektedir. Buna göre, bir kasden müessir fiilin işlenmesiyle hedeflenenden daha ağır bir netice olarak mağdurun ölmesi halinde, kanunlar müessir fiilin cezasından daha ağır bir cezanın tatbikini öngörmektedirler. Ancak, Kilise hukukundaki "*versari*" kuralı gereğince, kanunlar, meydana gelen ağır netice açısından failin kusurlu olup olmadığının araştırılmasına gerek hissetmemişlerdir. Sorumluluk alanında bu şekilde meydana gelen aşırı genişliğin, "*uygun illiyet teorisi*"yle sınırlandırılması cihetine gidilmiştir[44].

Bu tür düzenlemeler hukukun evrensel prensiplerinden *kusursuz ceza olmaz* (nulla poena sine culpa) kuralına aykırılık arzetmektedir. Dolayısıyla, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, sözkonusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunmalıdır. *Kast-taksir kombinasyonu*nun sözkonusu olduğu bu hallerde, iki kademe mevcuttur. Birinci kademeyi, kasden işlenen temel suç; ikinci kademeyi ise, taksirle sebebiyet verilen ağır netice

---

44 Bkz. JESCHECK, Lb., 235; ROXIN, AT I, 210.

oluşturmaktadır[45],[46].

Ceza Kanunu'ndaki şu hükümler, bu konuda örnek teşkil etmektedir:

MADDE 418- (1) **Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa, faile müebbet ağır hapis cezası verilir.**

(2) Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nâkısa irasını veya mâlûliyet veya mâyubiyetini müstelzim olursa, cezanın yarısı ilâve edilerek hükmolunur.

Bu maddeye göre; meselâ işlenen cebren ırza tecavüz fiili "*mağdurun ölümünü mucip olursa*" (fıkra 1) ya da mağdura "*bir marazın sirayetini veya mağdurun sihhatine sair büyük bir nakısa irasını ... müstelzim olursa*" (fıkra 2); fail, cebren ırza tecavüz suçuna nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır[47]. Mezkûr hükmün objektif sorumluluğu gerektirdiği kabul edilmektedir[48],[49].

---

45 GÖSSEL, Karl Heinz: *Dogmatische İberlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach §18 StGB*, Festschrift für Richard Lange, 1976, sh. 219.

46 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: "*Kavga Suçu*" (TCK., mad. 464) Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, cilt 19, yıl 1993, sayı 4, sh. 477 vd.

47 *Netice sebebiyle ağırlaşmış suç:* ÖNDER, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* 3. bası, İstabul, Eylül- 1991, sh. 330. *Dönmezer*, bu hükmün ırza tecavüz ve ırza tasaddi cürmünün bir "ağırlatıcı sebeb"i olarak telâkki etmektedir (DÖNMEZER, Sulhi: *Ceza Hukuku, Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler,* 5. bası, İstanbul, 1983, sh. 133 vd.

48 «Zorla ırza geçme sırasında vuku bulan ve suçun cebir unsurunu teşkil eden şiddet hareketlerinin veya bu hareketlerden birinin neticesinde ölüm vukuunun sabit olması, illiyet bağının mevcudiyeti, maddedeki (CK., mad 418) şartların doğumu için yeterli olup; bu maddenin uygulanması için mağdurun doğrudan doğruya ırzına geçme neticesinde tenasül uzvunda meydana gelen bir afetten ölmüş olup olmadığını aramaya lüzum

mezkûr "*yaralama veya ölümün cebren kaçıranın arzusu dışında ve kasıtsız olması gereklidir*"[52,53]. Bu ağır neticenin oluşumu açısından failin kasdı mevcut değilse; ayrıca taksirinin olup olmadığını araştırmaya gerek olmaksızın 439. maddeye göre cezalandırılması cihetine gidilecektir[54]. Hatta, "*meselâ mağdur kaçırılmakta iken onu kurtarmak için* (üçüncü bir şahıs tarafından!) *faile ateş edildiği sırada kurşunlardan birisinin kendisine* (mağdura) *isabeti dolayısıyla ölmüş bulunursa, fail hakkında yine 439. maddenin uygulanması gerekir*"[55].

«Ebe olan mağdureyi kaçırırken yolda otomobilin devrilmesi sonucu mağdurenin ölümüne sebebiyet verilen olayda «sanıkların (mağdureyi) öldürmek (hususunda) kastları olmamakla beraber, cebirle kaçırma sırasında onun yaralamasından veya ölmesinden sorumlu tutulmaları, (Ceza Kanunu'nun 439. maddesi hükmüne) uygun düşmektedir. Gerçekten; (bu) madde hükmü ile kanunkoyucu, zorla kaçırma

---

cürmünü oluşturma"dığı fikrindedir (DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler(5), sh. 307).

52 DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler(5), sh. 308, 310, 312.

53 «TCK.nun 439. maddesinin uygulanabilmesi için, cebren kaçırma sırasıda (failin) kasta dayanmayan hareketleri ve arzusu hilafına olarak mağdurun yaralanmış veya ölmüş bulunması gerekir »: 5.CD., 11.10.1979, 2465/2721 (YKD, Haziran 1981, sh. 777). Aksi takdirde, yani fail yaralama veya öldürme fiilini kasden gerçekleştirmiş ise; gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılması gerekir (Nitekim DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler[5], 309).

54 ÖNDER, Özel Hükümler(3), sh. 424. *Özek,* bu durumda kaçırma suçu ve taksirle adam öldürme suçu açısından *gerçek içtima* kurallarının uygulanması gerektiği fikrindedir: ÖZEK, Çetin: TCK.*nun 439. Maddesinin Uygulanması İle İlgili Bir Genel Kurul Kararı,* (İÜHFM, cilt XXXII, sayı 1, sh. 333 vd. [349]).

55 DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler(5), sh. 309; ÖZEK, İÜHFM XXXII, sh. 349; ÖNDER, Özel Hükümler(3), sh. 424; EREM/TOROSLU(4), 342.

suçunu işleyenleri bu suçun işlenmesinden dolayı veya işlenmesi sırasında suç mağdurunun yaralanmış veya ölmüş olmasından dahi sorumlu tutmak, bu kadar ağırlaştırılan ve çok uzak ihtimalleri dahi içine alan bir sorum(luluk rejimini kabul etmek suretiyle), onları bu suçu işlemekten iyice kaçındırmak istemiştir. ... Ceza Kanunu'muzun 439. maddesi hükmü, kasdın belli bir sonuca yönelmiş ve o sonucun gerçekleşmiş olmasından dolayı değil; belli bir kasda dayanan fiillerin, yani zorla kaçırma fiilinin sonucu olarak ya da bu fiilin işlendiği sırada mağdurun ölmüş veya yaralanmış olmasından dolayı zorla kaçırma suçunun cezasını arttırmaktadır; bu (itibarla), kast ile ilgili olmayan bir olaydan sorum(luluk), yani *objektif sorum(luluk)* öngörmektedir. -/- ... (Ö)lümün veya yaralamanın zorla kaçırma suçunu işleyen tarafından istenilerek meydana getirilmiş olması halinde, 439. madde hükmü uygulanmaz[56]. Ancak, ... zorla kaçıranın tedbirsizliği yüzünden kaçırılan ölmüş veya yaralanmış olursa; 439. maddenin uygulanması için hiçbir engel düşünülemez»[57].

---

56 Nitekim 5.CD., 11.10.1979, 2465/2721: «TCK.nun 439. maddesinin uygulanabilmesi için, cebren kaçırma sırasıda failin kasta dayanmayan hareketleri ve arzusu hilafına olarak mağdurun yaralamış veya ölmüş olması iktiza eder.» (Savaş/Mollamahmutoğlu III, sh.3952).

57 CGK., 8.4.1965, 120/136 (Savaş/Mollamahmutoğlu III, sh.3948 vd.). Özek, karara konu teşkil eden olayda, mağdurun ölümüyle kaçırma fiili arasıda illiyet bağlantısıı buluduğu görüşündedir; dolayısıyla, bu durumda failin "kaçırma suçuna teşebbüs ve taksirle adam öldürme suçlarıdan ayrı ayrı cezalandırılması ve bu cezaların içtima ettirilmesi gerek"tiği fikrindedir (ÖZEK, İHFM XXXII, sh. 348/349)

«A ve H, zorla mağdureyi kaçırmaya teşebbüs etmiş; onu 40-50 metre kadar sürüklemiş, gerek mağdurenin gerek yakınlarının engel olmaları üzerine kaçıramayacaklarını anlayarak, bundan duydukları infialle, A, mağdureyi vurarak öldürmüştür. ... (K)açırma hareketleri sırasında oluşan yeni bir kusurluluk haliyle ölüm neticesi meydana geldiğinden; TCK.nun 439. maddesine temas etmeyen iki sonuç -zorla kaçırmaya teşebbüs ve nitelikli adam öldürme suçları- meydana gelmiştir.»: CGK., 8.4.1985, 400/191 (Savaş/Mollamahmutoğlu III, sh. 3940 vd. [3944]).

Ancak, hemen ifade etmek gerekir ki; bahsedilen ağır neticenin meydana gelmesi açısından failin taksirinin varlığı aranmamaktadır. Şayet meydana gelen bu ağır veya başka netice açısından failin taksiri varsa, "ortada iki ayrı suçun mevcut" olduğu kabul edilmektedir[58].

MADDE 452- (1) **Katil kastiyle olmıyan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa; fail, 448 inci maddede beyan olunan ahvalde, sekiz; 449 uncu maddede yazılı ahvalde, on; ve 450 nci maddede muharrer ahvalde, on beş seneden aşağı olmamak üzere, muvakkat ağır hapse mahkûm olur.**

(2) **Eğer telefi nefis, failin fiilinden evvel mevcut olup da, failce bilinmiyen ahvalin birleşmesi veyahut failin idaresinden hariç ve gayrimelhuz esbabın inzimamı ile vukua gelirse; 448 inci maddede beyan olunan ahvalde, beş seneden; 449 uncu maddede muharrer ahvalde, yedi seneden, ve 450 nci maddede yazılı ahvalde, fail, on seneden aşağı olmamak üzere, ağır hapis cezası ile cezalandırılır.**

Maddede sözkonusu edilen hallerde; fail, kasden müessir fiil suçuna nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır[59].

Gerek doktrinde[60] gerek Mahkeme içtihatlarında mezkûr

---

58 Ve dolayısıyla, bu durumda failin sorumluluğu "kusurlu şekilde oluşturulan bu iki neticenin gerektirdiği cezaların içtimaı ile tespit edilir": CGK., 8.4.1985, 400/191 (Savaş/Mollamahmutoğlu III, sh. 3940 vd. [3943]). Aynı şekilde DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1068.

59 Doktrinde bu hükmün "*bağımsız bir suç tipi*" (ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı ışlenen Suçlar,* İstanbul, 1994, sh. 59 vd.) veya "*objektif sorumluluk esasına dayanan ayrı ve müstakil bir adam öldürme şekli*" (DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13. bası, İstabul, Mayıs-1990, , sh. 91/92) olduğu iddia edilmiştir.

60 Türk Hukukunda bu konudaki teorik görüşler açısından bkz. DÖNMEZER/ERMAN II, no. 950-957; ÖNDER, Genel Hükümler II, sh. 386

hükmün objektif sorumluluk esasını benimsediği kabul edilmektedir:

Bir hadisede «ölüm neticesi, başka sebepler eklenmeksizin, doğrudan doğruya müessir fiil sonucu meydana gelmişse; faile TCK.nun 452/1. maddesi(ne göre ceza verilecektir.) Failin kasten işlediği müessir fiil, başlı başına ölümü meydana getirmeye elverişli olmadığı halde; "*failin fiilinden önce mevcut olup da, failce bilinmeyen hallerin*" veya "*failin iradesi dışında ve beklenmeyen sebeplerin birleşmesiyle*" ölüm meydana gelmişse; TCK.nun 452/2. maddesi uygulanacaktır. -/- Failin hareketine eklenen nedenlerin onun tarafından öngörülmüş olup olmamalarının önemi yoktur. Kanun, "*failce bilinmeyen*", "*failin iradesinden hariç*", "*gayrı melhuz*" sebeplerden söz etmek suretiyle; bu konuda herhangi bir araştırma imkânını önceden kesin olarak yok etmek istemiştir. Buna göre; fail, (sözkonusu) sebeplerin kendi hareketine eklenebileceklerini ve böylelikle ölümün vuku bulacağını öngörmemiş olsa bile; fiili ile netice arasında illiyet bağının varlığı kabul edilecektir»[61].

Ancak, bu şekilde objektif sorumluluğun kabul edilmesiyle meydana gelen bu ağır neticeden dolayı sorumluluğun alanı oldukça genişletilmiş olmaktadır. Bu mahzuru "telâfi" etmek amacıyla, "uygun illiyet teorisi"nden hareketle sorumluluk alanının daraltılması cihetine gidilmiştir[62]:

---

vd.; ÖZTÜRK, Bahri: *Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku,* 3. bası, Ankara, 1994, sh. 224 vd.; EREM/TOROSLU(4), 419 vd.

61 CGK., 9.7.1984, 1-446/255 (YKD, Kasım 1984, sh. 1712 vd.). Ayrıca, CGK., 8.4.1985, 400/191 (Savaş/Mollamahmutoğlu III, sh. 3940 vd. [3943]); CGK., 20.12.1982, 5-446/506 (Savaş/Mollamahmutoğlu III, sh. 3945 vd. [3946]).

62 ÖNDER, Genel Hükümler II, sh. 392. Ayrıca, CGK., 8.4.1985, 400/191 (Savaş/Mollamahmutoğlu III, sh. 3940 vd. [3944]).

«... (K)öylerine yol açılırken dozerin söktüğü ağaçların köy camiine bağışlan(ması hususunda) sanık ile mağdurun tartışmaya başladıkları, bu tartışma sırasında mağdurun yerden aldığı taşı sanığa fırlattığı, isabet eden taş nedeniyle sendeleyerek yere düşen sanığın yerden eline taş alıp mağdura doğru yönelmesi üzerine, korkarak arkasına baka baka kaçmaya başlayan mağdurun, ayağının takılması sonucu yere düşerek yolda çakılı bir taşa yüzünü vurduğu ve ... 25 gün iş ve güçten kalacak derecede yaralandığı ... anlaşılm(aktadır). -/- ... Sanığın hareketi yerden aldığı taşı mağdura doğru yöneltmekten ibarettir. Mağdura taş fırlatmış veya onu iteleyerek yere düşürmüş ya da bir başka davranışta bulunmuş değildir. Mağdurda oluşan yara, ... onun kaçarken takılıp düşmesiyle meydana gelmiştir. Bu itibarla, mağdurdaki yaralanma sonucu ile sanığın yerden taş alıp mağdura doğru yönelmekten ibaret fiili arasında ... illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu itibarla, sanık, mağdurun yaralanmasından dolayı sorumlu tutulamaz»[63].

---

63 CGK., 4.10.1993, 4-153/215 (YKD Ocak 1994, sh. 123 vd.).
Bu hususta şu kararlar iktibas edilmiştir:
«Aynı apartımanda maktul yönetici, sanık da sakinlerden biridir. Olay günü yakıt gideri ve aidat yüzünden çıkan tartışmada sanık tokatla maktule vurup yere düşürmüş, yerde iken de tekmelemiştir. Bu düşme ve tekmeleme sonucu kol ve bacağında kırıklar oluşan maktul tedavi için kaldırıldığı hastahanede olaydan 9 gün sonra ölmüştür. -/- TCK.nun 452. maddesinin tatbiki için, fail tarafından istenmemiş olan ölüm neticesinin fail tarafından istenmiş olan müessir fiille husule gelmiş olması lâzımdır. ıka edilen müessir fiilden sonra bir inkita vuku bulmuşsa, ölüm kalp hastalığı vesaire gibi müessir fiilin doğal sonucu olmayan bir sebepten ileri gelmişse ve maktulün zaruri olmayan davranışları mevcut sebeplere eklenerek *illiyet bağı*nın kesilmesine neden olmuşsa, bu madde uygulanamaz; failin kast ettiği ve gerçekleştirdiği müessir fiilden sorumlu tutulması gerekir. -/- ... (O)layda, sanğın fiili sonucu kol ve bacağında kırıklar oluşan maktul olaydan 9 gün sonra siroz, kalp ve böbrek yetmezliğinin müşterek etkisiyle solunum ve dolaşım durmasından ölmüştür. -/- Maktul hakkında olaydan önce düzenlenen çeşitli raporlarda; 20-30 yıldır devam eden hipertansiyon, 1984 yılından beri şeker hastalığı, siroz, kronik

MADDE 456- **(1) Her kim katil kasdiyle olmaksızın bir kimseye cismen eza verir veya sıhhatini ihlâle yahut aklî melekelerinde teşevvüş husulüne sebep olursa; altı aydan bir seneye kadar hapsolunur.**

(2) Fiil, havastan veya azadan birinin devamlı zaafını yahut söz söylemekte devamlı müşkülâtı veya çehrede sabit bir

---

bronşit, böbrek hastalığı bulunduğu; buna rağme sigara kullandığı gibi, 30 yıldır günde bir şişe rakı içtiği; sanık tarafından yaralanıp hastahanede yatarken psişik bozukluklar ve hallusinasyonlar olduğu; yapılan konsultasyonda alkol yoksunluğu düşünülüp tedavi uygulandığı; ölmeden bir gün önce hallusinasyonların artması nedeniyle nöroloji ve dahiliye konsultasyonu yapıldığı belirtildiğine göre; sanığın, fiiliyle ölüm arasında *illiyet bağı* bulunma(ması dolayısıyla,) ölüm neticesinden sorumlu tutulması mümkün değildir. -/- Çünkü, ölüm, sanığın fiilinin doğal sonucu olan bir sebepten husule gelmemiş maktulün hastahanede yattığı zaman dilimi içinde önceden mevcut başka bünyevî nedenlerden husule gelmiştir. -/- Adli Tıp Kurumunca düzelenen raporlarda uygulanacak kanun maddesi de gösterilmek suretiyle sanığın fiiliyle ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu belirtilmişse de; hukukî kavram (olan) illiyet bağının tesbiti ve uygulanacak kanun maddesinin tayini ... hâkime aittir.»: CGK. 27.4.1992, 1-109/126 (Erdurak[3], sh. 805/806).

«İka edilen müessir fiilden sonra bir inkıta vuku bulmuşsa; ölüm, kalp hastalığı vesaire gibi müessir fiilin doğal sonucu olmayan bir sebepten ileri gelmişse ve maktulün zarurî olmayan davranışları ile, maruz kaldığı müessir fiilden başka stres doğuracak haller mevcut sebeplere eklenerek, *illiyet bağı*nın kesilmesine neden olmuşsa; ölüm sonucundan fail sorumlu tutulamaz. Kendisinin asıl kastettiği ve gerçekleştirdiği fiil olan müessir fiilden sorumlu tutulması gerekir. -/- Enfaktüs krizi veya beyin kanamasına sebep olduğu kabul edilen "stres" gibi psikolojik haller, pek çok nedenden etkilenerek azalıp çoğalabileceğinden; (meydana gelen) kriz.. veya kanama(yı) ... tek nedene, yani olaydan çok önce vuku bulmuş bir müessir fiile bağlamak; o müessir fiil olayı olmasa dahi vukubulabilecek bir ölüm olayından sanığın

sorumlu tutulmasına neden olabileceğinden ve böylece, "şüpheli hallerde sanık lehine yorum yapılması gerektiği" ilkesi zedeleneceğinden; kabul edilemez. -/- Olayımızda, kendisinde "tansiyon yüksekliği ile müterafik dolaşım sistemi hastalığı" bulunan maktuleye sanığın müessir fiilde

eseri yahut yirmi gün ve daha ziyade aklî veya bedenî hastalıklardan birdini veya bu kadar müddet mutad iştigallerine devam edememesini mucip olmuş veya hayatını tehlikeye maruz kılmış veya gebe bir kadın aleyhine işlenip de vaktinden evvel çocuk doğmasını intaç etmiş ise; ceza, iki seneden beş seneye kadar hapistir.

---

bulunduğu sabit olmakla beraber; maktulenin olay yerinde fenalaşmadığı, olaydan bir kaç saat sonra sanığı şikayet için karakola gittiği ve yukarıda yazılı hususlar birlikte değerlendirildiğinde; sanığın fiili ile ölüm neticesi arasında *illiyet bağı* bulunduğunun kabul edilemeyeceği, sanığın fiilin ancak müessir fiilde bulunmak şeklinde nitelendirilebileceği gözönünde tutulma»lıdır: 1.CD., 5.5.1993, 811/999 (Erdurak[3], sh. 811/812).
«Sanıkla, ölen F sekiz senedir evli olup, üç tane çocukları bulunmaktadır, kayınvalidesi ve kayınpederi ile aynı evde oturan F, bu şahıslarla geçinemediği gibi, ... sanıkla aralarında da geçimsizlik bulunmaktadır. (F, z)aman zaman kocasının kendisini dövdüğünü ve ayrılmak istediğini babasına anlatmış, ancak babasının boşanmasına razı olmaması nedeniyle uyumsuz yaşantısını sürdürmek (zorunda kalmıştır. Kocasının bu kötü muameleleri yüzünden) bunalıma düşerek ... (kendisini) asmak suretiyle (intihar etmiştir). -- Cezaî sorumluluğun temel şartları: a) Maddî isnadiyet, b) Manevî isnadiyet, c) Kusurluluktur. Cezaî sorumluluk ancak bu temel şartların bir arada ve aynı zamanda mevcudiyeti halinde kabul edilebilir. Başka bir deyişle, bir suçun oluşabilmesi için, kanunî tarife uygun bir fiilin iradî, yani faile isnadı kabil olacak şekilde kusurlu olarak işlenmesi şarttır. -/- TCK.nun 452. maddesinde hükme bağlanmış kastı aşan adam öldürme cürmünün maddî unsuru, müessir fiil maksadıyla işlenen hareketlerdir. Dövmek, bıçaklamak, taş atmak, tekme vurmak, yere yıkmak gibi. Cürmün tamamiyeti bu fiiller neticesi o kimsenin ölmesi ile vücut bulur. Görülüyor ki; Kanun, vuku bulan ölümle failin icra ettiği fiil arasında ... *bir illiyet rabıtası*(nın, bir) sebebiyet bağlantısının mevcudiyetini aramaktadır. -/- İlliyet bağlantısı konusunda kanunumuzca kabul edilmiş genel bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk alanında *sebep değeri taşıyabilmek için, bir şartın muayyen bir neticeyi meydana getirmeye elverişli ve uygun olması gerekir.* Bir kimse egemenlik ve tasarruf alanının dışında kalan ve bu sebeple tahmini kendisinden beklenemeyen bir neticeden sorumlu tutulamaz. 452. maddenin uygulanması için, failce yapılan hareketin objektif takdire göre uygun ve elverişli sayılması daima aranacaktır.-/- Adli Tıp Meclisi'nin anılan raporu ve olayla ilgili toplanan diğer delillerden sanığın sabit olan müessir fiili ile ölüm olayı arasına mağdurenin intiharı gibi başka bir fiilin girmesi nedeniyle illiyet bağının kesildiği, başka deyişle ölüm ile sanığın fiili arasında bir maddî sebebiyet bağlantısı olmadığı anlaşılm»ıştır: CGK., 12.5.1980, 1-151/206 (YKD, Eylül 1980, sh. 1279 vd.).

(3) Fiil, kati veya muhtemel surette iyileşmesi kabil olmıyacak derecede akıl veya beden hastalıklarından birini yahut havastan veya el yahut ayaklardan birinin veya söylemek kudretinin yahut çocuk yapmak kabiliyetinin ziyaını mucip olmuş, veya azadan birinin tatilini yahut çehrenin daimi değişikliğini veya gebe bir kadına karşı ika olunup da çocuğun düşmesini intaç eylemiş ise; ceza, beş seneden on seneye kadar ağır hapistir.

(4) Eğer fiil hiçbir hastalığı veya mutad iştigallerden mahrumiyeti mucip olmamış yahut bu haller on günden ziyade uzamamış ise, takibat icrası mutazarrırın şikâyetine bağlı olmak şartiyle, fail hakkında iki aydan altı aya kadar hapis veya oniki bin liradan yüzelli bin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

MADDE 458- **(1) Geçen maddelerde beyan olunan ahvalde fiil, netice itibarile failin asıl maksadını tecavüz etmiş olduğu takdirde; ceza, üçte birden yarısına kadar eksiltilir.**

Meydana gelen ağır netice açısından failin kast veya taksirinin mevcut olup olmamasının aranmadığı 456 maddenin 2 ve 3. fıkraları hükümleriyle 458. madde hükmünün birbirleri karşısında nasıl yorumlanması gerektiği hususunda doktrinde şu görüşler ileri sürülmüştür:

Müessir fiil suçunun "*değişik derecelerinden söz eden 456. maddede, her daha ağır neticenin gerçekleşmesi dolayısiyle failin cezası ağırlaştırılmakta ve failin bu daha ağır neticeyi meydana getirmek isteyip istemediği araştırılmamaktadır. ... Görülüyor ki, müessir fiilin 456. maddedeki fıkralardan hangisine gireceğini belirtmek için, sadece neticeye bakılmaktadır. Bu neticenin failin asıl maksadından daha ağır*

olması halinde, fail maksadının çerçevesi içinde kalan hafif neticeden değil, gerçekleşen ağır neticeden sorumlu tutulmaktadır. ... Ancak, ... ağır neticeye göre verilen ceza, 458. madde uyarınca indirilmektedir"[64].

456. maddenin 2, 3 ve 4. fıkralarında yer alan haller, "... *müessir fiil suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış -veya hafiflemiş- hallerini teşkil etmektedir*"[65]. Bu görüşe göre, failin icra ettiği fiil ile meydana gelen netice arasında illiyet bağı kurulduktan sonra; bu "*hareket*(t)*en böyle bir neticenin doğacağını tahmin etmiş olup olmadığı hesaba katılmaksızın; fail, meydana gelen neticeden sorumlu tutulur. Ancak failin bu neticeyi istemiş olamayacağı anlaşıldığı takdirdedir ki, 458. madde uygulanarak cezasında indirme yapmak yoluna gidilir. Bu itibarla, bir kimseyi köprüden aşağı atan kişinin, onun herhangi bir uzvunda bir zaaf veya eksilme meydana gelmesini kesinlikle istemediği kabul edilemeyeceğinden, 458. madde uygulan*"amaz[66].

456. maddenin 2 ve 3. fıkralarında belirtilen ağır neticenin oluşumuna failin fiilinden önce bulunup da failce bilinmeyen veya bu fiilden sonra ortaya çıkıp da failce tahmin olunamayan faktörler sebep olmuşsa; "neticenin failce istenmemiş olduğu ve 458. maddenin uygulanmak gerektiği kabul (edilmelidir. S)onradan eklenen sebebin ortaya çıkabileceği...

---

64 DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1015.

65 ERMAN/ÖZEK, sh. 97, 107.

66 ERMAN/ÖZEK, sh. 101. Bu düşüncelerine paralel olarak; yazarlar, Ceza Genel Kurulu'nun "koldan çekmenin kolu çıkarmak kasdı ile yapılmış olmamasına göre, cezanın 458. maddeye göre indirilme"si gerekir şeklindeki (2.3.1951 tarih ve 75/61 sayılı) kararını (Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler[13], sh. 141, dn. 78) hatalı bulmuşlardır: ERMAN/ÖZEK, sh. 102, dn. 26.

öngörülmemekte, diğer bir deyimle böyle bir sebebin eklenebileceğini tahmin etmesi failden beklenmemekte ise, ... 458. maddeyi uygulamak gerekir"[67],[68].

MADDE 473- (1) **Her kim muhafazası kendisine ait olan on iki yaşından aşağı bir sabiyi veya müptelâ olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendisini idare edemiyen bir kimseyi kasten kendi başına terkeder ise, üç aydan otuz aya kadar hapse mahkûm olur.**

(2) **Eğer bu terk fiilinden o kimsenin vücuduna veya sıhhatına büyük bir zarar gelmiş veya aklî teşevvüşe uğramış ise; failin cezası beş seneye, ve telef vukua gelmiş ise, on seneye kadar ağır hapistir.**

Maddedenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde, fail, birinci fıkrada tanımlanan terk suçuna nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır. ıkinci fıkrada belirtilen şekilde

---

67 ERMAN/ÖZEK, sh. 103.

68 Bu hususta ayrıca bkz. EREM/TOROSLU(4), sh. 456/457; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler(13), sh. 141 vd.
Ceza Kanunu'nun 458. maddesi hükmüne ilişkin Yargıtay'ın şu kararları örnek gösterilebilr:
«Futbol oyuunda çekilen şutun yüzüne isabet etmesi nedeniyle canı yanan (failin) şutu çeken F'ye hedef gözetmeksizin, gelişigüzel fırlattığı taşın Y'nin gözüne değip yaralayacağını önceden kestirmesine imkân bulunmadığı gibi; hedefine karşı amacı da onun hareketine ayniyle mukabele edip adî müessir fiili ika etmektir. Bu itibarla, husule gelen sonuç, (failin) hiçbir surette kastetmediği ... bir sonuçtur. Bu nedenle, TCK.nun 458. maddesinin uygulanması gerekir»: CGK., 5.12.1988, 4-471/515 (Savaş/Mollamahmutoğlu IV, 4506/4507).
«... (K)avga sırasında (fail) mağduru itikleyerek yere düşür(müştür. S)onuçta mağdur ... 25 gün iş ve güçten kalacak derecede yaralan(mıştır. Bu olayda failin) ... 458. ... maddeler uyarınca cezalandırılması gerekir»: CGK., 14.11.1988, 4-409/461 (Savaş/Mollamahmutoğlu IV, 4507).

cezalandırılabilmesi için, failin "*bu daha ağır netice bakımından kasdı veya taksiri aranmış değildir*"[69],[70]. Hatta, failin bu ağır neticeleri "*esasen istememiş olması ve bunları öngörmesinin gerekli olmaması şarttır; aksi halde, kasden veya taksirle müessir fiil veya adam öldürme suçları işlenmiş olur*"; yani, meydana gelen ağır netice bakımından faili taksiri dolayısıyla sorumlu tutabiliyorsak, 473. maddenin 2. fıkrasının tatbik kabiliyeti olmayacaktır[71].

VII- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ceza Kanunu'ndaki tamamen kazuistik bir mahiyet arzeden bütün bu hükümler karşısıda şu şekilde düşünmekteyiz:

Kanunda suç olarak tarif edilen bir haksızlığın icrasıylakastedilenden başka bir neticenin gerçekleşmesine sebebiyet verilmiş olabilir. Gerçekleşen ağır veya başka netice, haksızlığın icrası sırasında fail tarafından muhtemel addedilebilir. Bu durumda gerçekleşen ağır veya başka netice açısından muhtemel kasdın varlığından bahsedebiliriz.

Gerçekleşen ağır veya başka netice açısından failin (muhtemel) kasdı mevcut olmamakla birlikte; haksızlığın icrası

---

69 DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1013.

70 «Gayrımeşru ilişkiden hamile kalan S'nin ... tuvalette yeni doğurduğu çocuğunun, ilk kez hamile kalması ve bu hususta deneyimsiz olması nedeniyle, göbek bağını bağlamadan bırakması sonucu ölümüne neden olmasında, öldürme kasdının ve tedbirsizliğinin varlığı anlaşılama(mıştır. Fiili, henüz doğurduğu çocuğunu) ... yardım ve bakımdan yoksun bir yere (tuvalete) terketmek suretiyle ölüm(ün)e sebebiyet vermekten ibaret ol(an) S'nin TCK.nun 473. maddesinin ikinci fıkrasına göre cezalandırılması gerekir»: 1.CD., 31.3.1983, 1076/1065 (Savaş/ Mollamahmutoğlu IV, sh. 4735).

71 DÖNMEZER/ERMAN II, no. 1013; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler(13), sh. 210 vd.

sırasında bu ağır veya başka neticenin gerçekleşebileceği müşahede edilebilir nitelikte ise; bu neticenin gerçekleştirilmesinden dolayı failin taksirle sorumluluğu cihetine gidilmelidir. Meydana gelen ağır veya başka neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, failin bu neticenin oluşumu açısından en azından taksirinin mevcut olması gerekir.

Meydana gelen ağır veya başka neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın sebebiyet vermesi gerekir. Bir başka ifadeyle; meydana gelen ağır veya başka neticenin oluşumuna failin icra ettiği fiil sebebiyet vermiş değilse; bu neticeden faili sorumlu tutmamız mümkün olmayacaktır.

Bizim kanaatimize göre; meydana gelen ağır veya başka neticeye ilişkin olarak failin en azından taksirinin mevcudiyeti mer'î Ceza Kanunumuz sistemi açısından da aranabilir[72]. Sorumluluk alanını sınırlamak için hukuk dışı bir takım fikir yürütümlerinden sarfınazar edilerek; evrensel bir kural olan *kusursuz ceza olmaz* ilkesine istinaden; kanunda suç olarak tarif edilmiş bir haksızlığın icrasıyla kasdedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermiş ise, bu ağır veya başka neticeden dolayı sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için failin bu netice açısından en azından taksirinin mevcudiyeti aranmalıdır[73].

Bu düşüncelerimiz karşısında; kanaatimizce, yeni bir Ceza Kanunu hazırlık çalışmalarının yürütüldüğü ülkemizde, benzer hükümlere hazırlanan tasarıda yer verilmemesi daha doğru olacaktır.

---

72 Aksi kanaat için bkz. ÖZTİRK, Ceza Hukuku[3], sh. 227.

73 ÖZGENÇ, Yargıtay Dergisi, 19(1993), sh. 477 vd.

PARA CEZALARININ DÜNÜ-BUGÜNÜ

Dr. Mustafa AVCI(*)*

Cezadan beklenen yarar ve ceza ile elde edilmesi istenen amaçlar bakımından ceza kanunlarına değişik cezalar konmuştur. Medeniyet seviyesi geliştikçe cezaların nevileri artmış, hürriyeti bağlayıcı cezalarla malvarlığına yönelik cezalar, bedeni cezaların yerini almıştır.

Cezalar çeşitli yönlerden tasnif edilmiş, ilgili oldukları hak ve menfaatler (konuları) yönünden ise, bedeni, hürriyeti bağlayıcı ve kısıtlayıcı, hakları kısıtlayıcı, malvarlığını etkileyici ve onur kırıcı olmak üzere ayrılmışlardır[1].

İnceleme konumuz olan para cezaları ve müsadere malvarlığına yönelik cezalardandır. Modern dünyada para cezalarına yer vermeyen ceza kanunu yoktur.

Tanım: Suç teşkil etsin-etmesin, bir hukuk normunu ihlal eden kişinin devlete veya kanunda gösterilen başka bir yere, bir zararın tazmini amacını aşacak ölçüde ödemek zorunda olduğu belirli bir miktara para cezası denir[2].

Bu tanım idari, inzibati ve vergi gibi tüm nakdi cezaları da içine alan geniş bir tanımdır. Ceza hukuku kapsamı içinde ise şöyle bir tanım verilebilir; "Para Cezası, suç teşkil eden bir eylem sebebiyle, failine karşı toplumun kınama duygusunu belirten, onu maddi yararlarından yoksun bırakmayı amaçlayan, yargı organınca hükmolunan, kusur ile orantılı olmakla birlikte suçlunun ekonomik durumu da gözetilerek

---

* D.Ü.Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 DÖNMEZER-ERMAN, II/588, 593, 675, DONAY, Türk Hukukunda Para Cezaları. 267.

2 DONAY, 269

cezanın amaçlarını gerçekleştirmek için devlet hazinesine veya bir kamu kuruluşuna bir miktar paranın ödenmesidir"[3].

Hukuki niteliği: Para cezalarını borç teorisine göre açıklamaya çalışan hukukçulardan bazıları, devletin suçludan özel hukuk ilişkisine göre beliren talep hakkı olarak görürler. Diğer hukukçular ise; bu ilişkinin kamu hukukuna dayalı olduğunu söylerler. Gerçekten, ödenmemesi halinde hapis veya diğer yaptırımlara çevrilmesi, suçlunun ölmesi halinde hapis veya diğer yaptırımlara çevrilmesi, suçlunun ölmesi halinde mirasçılardan tahsil edilememesi, devletin suçtan doğrudan zarar görmese bile para cezası alabilmesi ve devlete olan diğer borçlarla takas edilememesi para cezasının ceza, dolayısıyla kamu hukuku kurumu olduğunu gösterir[4].

Ancak hapis ve ölüm cezalarının aksine, para cezasını üçüncü bir kişinin ödemesi mümkündür.

Benzer Yaptırımlardan Farkı:

Tazmin: Suç sayılan eylemin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi sebebiyle suçtan zarar gören kişilerin bu zararının giderilmesi olan tazmin bir özel hukuk yaptırımıdır. Şahsi hak talebi olarak ceza mahkemesince hükme bağlanması (CMUK m 358) tazminin bu niteliğini değiştirmez. Ayrıca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların çevrildiği bir tedbir olan tazmin (bkz. 647 sayılı CİK m 4/2) ve cezanın ertelenmesinin kendisine bağlı tutulduğu tazmin şartı (TCK m 93) da para cezası ile bu yaptırım arasındaki farkı bertaraf etmez.

Tazminat kabilinden para cezaları, tazminde olduğu gibi devletin veya bir kamu kuruluşunun suç sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini amaçlar. Ancak gerek devlet, gerek diğer kamu kuruluşların kamusal niteliği, tazminle bu kabil para

---

3 ÖNDER, Genel, III/558.

4 ÖNDER, Genel, III/559.

cezalarının infazındaki farklılık, ödenmemesi halinde başvurulacak tedbirler bu farkı açıkça ortaya koyar.

Müsadere: İşlenen suç sebebiyle suçlunun malvarlığının kısmen veya tamamen kamu mülkiyetine devredilmesi[5] olan müsaderede, suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan ve suçtan hasıl olan eşyanın, imha edilmek veya başka bir maksatla sarfedilmek üzere suçlunun elinden alınması sözkonusudur. Müsadere edilecek eşya önce zaptedilir (elkoyma) Ancak zaptedilmeyen eşyanın yerine bedelinin (kaim değer) müsaderesi[6] para cezasına benziyorsa da yine de aynı şey değildir. Örneğin kaçakçılık yoluyla elde edilen para müsadereye tabi iken onunla alınan bir araba, kaim değerin müsaderesi şeklinde hazineye intikal ettirilince bu fark açıkça görülür.

Hayır kurumlarına bağışta bulunma yükümlülüğü ve para cezaları: Kazanç ve maddi hırs saiki ile işlenmiş ekonomik suçlarda cezaların ertelenmesi halinde deneme süresi içinde yüklenebilecek vecibelerden biri de, mahkumun kamuya yararlı bir hayır kurumuna veya hazineye belirlenecek bir meblağın ödenmesi şartı olabilir. Bu kurum 1975 Alman CK § 56/b-2.2'de düzenlenmiştir[7]. Aynı maddenin b-2-3'de topluma faydalı başka edimlerde bulunan şartı yer alır.

Buna da özellikle, hazineye bir miktar paranın ödenmesi para cezalarına benzemektedir. Ancak bu kurum, başlı başına bir ceza değil, tecil kurumu içinde yer alan bir yükümlülüktür[8].

---

5 ALPASLAN, 240.

6 Kaim değerin müsaderesi kavramı için bkz. RENTZMANN-ROBERT, 8; TCK m 408.

7 RENTZMANN-ROBERT, 7. Geniş Bilgi için bkz. AVCI, 135, 197 vd.

8 İÇEL, 445, dn. ÖNDER, Tecil ve benzeri müesseler.

Ertelemede bu şartlar yerine getirilir ve deneme süresi iyi hal ile geçirilirse, mahkumiyet esasen vaki olmamış sayılır. Para Cezası infaz edilmiş olsa bile mahkumiyet hükmü adli sicile işlenir. (TCK m 95).

Çağdaş İslam Hukukçularından bazıları, borçlunun temerrüdünü, para cezası gerektiren bir suç olarak görmüşler, ancak bu cezanın alacaklıya değil, hayır kurumlarına sarfedilmesinin uygun olacağını söylemişlerdir[9].

İyi hal teminatı ve para cezaları: TCK m 93/C'de önleyici kefalet adı altında düzenlenen iyi hal teminatı, hakimin takdirine göre m 93/1-7'de yer alan güvenlik tedbiri uygulanacak suçlu, hakimin tayin edeceği bir meblağı teminat olarak vermesi halinde, belirlenecek süre içinde yeniden bir suç işlemez veya tedbirlere ait yasaklara uyarsa teminatın iadesi, aksi takdirde teminatın hazineye irad kaydedilip, tedbirin de uygulanması yoluna gidilmesidir[10].

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, iyi hal teminatı, güvenlik tedbirleri yerine ikame edilen bir tedbir, para cezaları ise cezadır. Aralarında yaptırımın niteliği yönünden fark vardır.

Tarihçe

İlkel dönemin bir ceza hukuku kurumu olan öcalma, ölçüsüz olması ve karşı öcalmayı tahrik etmesi nedeniyle toplumda devamlı barışı kurmaya elverişli değildi. Sosyal hayat barışı uzun süre koruyabilecek kurumları ve bunlar içinde uyuşmayı (composition) geliştirmiştir.

Uyuşma, öcalma hakkı bulunan kişi veya ailesine, fail veya ailesi tarafından belirli bir miktar mal verilerek onları bu

---

9 ATAR, İslam İcra-İflas Hukuku, 57.

10 TCKÖ Gerekçesi, s.74

haklarını kullanmaktan vazgeçirmek, yani bu haklarını satın almaktır[11]. Bu şekliyle öcalmaya göre cezanın gelişmiş bir türü sayılır[12]. Zamanla devlet uyuşmayı zorunlu hale getirmiş uyuşma bedelinden bir kısmını kendisi almıştır. İşte bu kısım para cezalarının temeli olmuştur[13].

Eski Çinde bazı suçlarda, suçunu niteliğine göre değişen miktarlarda ödenen diyetle mağduriyet giderilmeye çalışılmıştır.

Eski Hind'de Brahmanlar adam öldürse bile para cezası ile cezalandırılır, hırsızlık konusu malın iadesi yanında değerinin, katlarca fazlası para cezası ödetilirdi[14].

İran Hukukuna göre; müessir fiil vb. suçlara para cezası uygulanır, devlete karşı işlenen ve uzuv kesilmesi gerektiren suçların cezası, para cezasına çevrilebilirdi[15].

Eski Yunanda Elçinin görev kusuru, devlet malını çalma, yabancı kadınla evlenme, taksirle adam öldürme, kız kaçırma, değeri 50 drahmiyi aşan malı çalma suçlarına para cezası verilirdi. Para cezaları site hazinesi tarafından tahsil edilirdi[16].

Etilerde adam öldürmenin bazı özel şekillerinde, hırsızlıkta ve hür bir şahsın sihirbazlık yapması suçunda para cezası uygulanırdı. Kasden ev yakma suçunda evin yeniden inşası yanında para cezası de verilirdi[17].

---

11 TANER, 17, İÇEL-DONAY, 39.

12 ARSAL, Hukukun Umumi Esasları, 187.

13 TANER, 19. Mağdurun aldığı kısma Süsnegeld, devletin aldığı kısma ise Frictensgeld adı verilmiştir, DÖNMEZER-ERMAN, II/675.

14 OKANDAN, s.68

15 ARSAL, 282; OKANDAN, 222. Kırbaç Cezası da para cezasına çevrilebilirdi. KARAMAN, İslam Hukuk Tarihi, 12.

16 OKANDAN, Kadim Yunanda Hukuki Müesseseler, 807.

17 OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi, 204-211.

Moğollarda hürriyeti kısıtlayıcı cezalarla bedeni cezalar (dayak 100 veya 40 kırbaç ise) kadına verilmişse, para cezasına çevrilebilirdi[18].

İbrani Hukukunda hırsızlık, zimmet, yitik malı sahiplenmek vb. suçlara suç konusu eşyanın bir kaç katı para cezası verilirdi. Müessir fiiller ve taksirli suçlara tazminat nevinden mali cezalar verilirdi[19].

Asurlularda hırsızlık, hakkı olmayan yere tecavüz ve hakaret gibi suçlara feri ceza olarak verilirdi[20].

Roma Hukukunda şahıslara karşı işlenen ve "delicta privata" denen suçlar genellikle para cezasıyla karşılanırdı. Özel kanunlarda maktu olarak belirlenmiş para cezası yanında, zararın dört katına kadar çıkabilen nisbi para cezaları ve hakime takdir hakkı veren alt ve üst sınırı belirli para cezaları da vardı[21]. Kaybedeceğini bile bile hakim kararına itiraz edenler yargılama giderlerinin 4 katını ödemekle birlikte para cezasına da çarptırılırdı[22].

Cahiliye döneminde Araplar, hırsıza çaldığı malın bir kaç katını ödetirler, Adam öldürme suçunda, kısas uygulayacak merkezi bir otorite bulunmadığından kabileler arası savaşın başlangıcı olur, ölenin kan bedeli olan diyetin ödenmesi, ihtilafı gideren çözüm tarzı olurdu. Diyet genelde iki ayrı kabileye mensup şahıslar arasında meydana gelen cinayetlerde sözkonusu olurdu. Diyet kasden adam öldürme suçunda İslama

---

18 ALİNGE, 129.

19 OKANDAN, UHT, 186-191. AKDEMİR, s. 40-42; BARDAKOĞLU, A. TDV. İslam Ans. Ceza Md. VII/471.

20 AKDEMİR, 38-40.

21 ARSAL, 287, OKANDAN, UHT, 500.

22 KARADENİZ, 362.

yakın dönemlerde 100 deve olarak belirlenmişti[23]

İslam Hukuku: İslam Hukukunun birinci kaynağı Kur'anda, diyet dışında para cezalarına sarahaten temas eden ayet tesbit edemedik. Bu sebeple önce diyeti, sonra da para cezaları hakkında bilgi vermek istiyoruz.

I- Diyet: Bakara 2/178 ayeti, kısasdan vazgeçilmesi halinde, müslümanların genel kabulünü gören bir ölçü (maruf) çerçevesinde diyet ödenmesine işaret eder. Tevrat hukukundaki mutlak kısastan diyete dönülmesi Allah'ın bir lütfu (cezada hafifletme) olarak zikredilir.

Nisa, 4/92 ayetinde Taksirle Adam öldürme suçunun karşılığı olarak, diyet[24] sözcüğü yer alır. Ancak diyetin miktarı ve ödenme şekliyle ilgili ayrıntılar Kur'anda yer almaz. Hz. Peygamber diyetin 100 deve, 1000 dinar, 12.000 dirhem gümüş, 2000 koyun, 200 sığır, 200 kat elbise şeklinde ödenebileceğini açıklamıştır[24a] .

Diyetin Niteliği: Bir yönüyle tazmin (destekten yoksun kalma tazminatı), bir yönüyle de ceza niteliğindedir[25]. Müessir fiillerde ise cismani zararların tazminidir[26].

---

23 BARDAKOĞLU, A. TDV, İslam Ans. Diyet md. IX/473, Diyetin cahiliye döneminde deve cinsinden aynî olması esastı, İslam Hukuku nakdi tazmin imkanını getirdi. HAMİDULLAH, II/978.

24 Diyet arapça (v-d-y) kökünden kelime olup; ödeme, verme anlamınadır. Müessir Fiil ve Adam Öldürme suçlarında ceza ve kan bedeli olarak ödenen ve uyuşma (compostion) nın İslam Hukukunda uygulanmasından ibarettir. BARDAKOĞLU, Diyet md. TDV İslam Ans. IX/473, DONAY, Para Cezaları, 30.

24a Ebu Davud, Diyet, 18-20.

25 DONAY, Para Cezaları, 29, Tazminat Yönünü vurgulayanlar: DÖNMEZER-ERMAN, I, NO: 181, Ceza Yönünü vurgulayan; BİLMEN, İFK. III/35, CİN-AKGÜNDÜZ, II/213.

26 DAĞCI. 169, Tazminat kabilinden para cezalarının da ceza ve tazmin yönü itibariyle karma niteliği vardır. DÖNMEZER-ERMAN, II/682.

Hanefilere göre, Kasden adam öldürme suçunda bedeli (çevrilen) para ceza olarak diyete (sulh bedeli) ancak failin razı olması halinde hükmedebilir. Şafii ve Hanbeliler diyeti asli ceza saydıkları için failin rızasının önemli olmadığını, mağdur tarafın kısas ve diyetten birini seçme hakları olduğu için kısastan vazgeçme durumunda diyete hükmedilmesi gerektiğini söylemişlerdir.

Kasdın aşılması ve Taksirle adam öldürme suçlarında ise asli ceza olarak karşımıza çıkar.

Kasden ve kasdın aşılması suretiyle adam öldürme de diyet-i muğallaza, Taksirle adam ödürmede, diyet-i muhaffefe gerekir. Burada ödenmesi gereken malın sayısında değil, cins ve evsafındaki farklılık, diyetteki farkı ortaya koyar.

Çeşitleri: Adam öldürme suçunun karşılığı olarak diyet, kasden, kasdın aşılması ve taksirle müessir fiil karşılığı olarak erş adını alır. Kasden müessir fiil suçunda da bedel (çevrilen) cezadır. Müessir Fiil suçunun niteliğine göre erş miktarı belirli ise erş-i mukadder, basit veya adiyen müessir fiil suçlarında olduğu gibi, miktar bilirkişilerce belirlenecek ise Hükümet-i adl veya Hükümet-i elem denir[27].

Bir de çocuk düşürme suçunda ödenmesi gerekli tutara "Ğurre" denir. 1/20 diyet tutarındadır.

Miktardaki Farklılıklar: Diyetin suçlu için ceza olmaktan çok ölenin kan bedeli, mağdur tarafın zararının tazmini olarak telakki edilmesi vb. sebeplerle kadın, köle ve gayrı müslimin diyet miktarı tartışılmıştır.

Diyet sorumlusu: Diyet bir yönüyle ceza, bir yönüyle de

---

27 ATAR, İslam İcra-İflas Hukuku, s.69.

tazmin niteliğinde olduğu için failin ceza ehliyeti olmaması sebebiyle kısas uygulanmazsa bile mağdurun himayesi ön plana çıktığı için diyet yükümlülüğü devam eder. Failin ödeme imkanı olursa onun malından, yoksa ailesi tarafından ödenir[28].

Kasden adam öldürme suçunda fail isnat kabiliyetini haiz ise, diyetin ceza yönü ağır basar, fail tarafından ödenmesi gerekir. Kasdın aşılması ve Taksirle adam öldürme halinde keffareti fail, diyeti akile öder. Hanefi ve Malikilere göre bu durumda da fail öncelikle sorumludur, akik ona yardım olsun diye öderler. Malikler kasdın aşılmasını kabul etmedikleri için diyeti kasden adam öldürme de olduğu gibi fail kendisi öder.

Diyet alacaklısı: Müessir fiillerde mağdur, adam öldürme suçunda maktülün mirasçılarıdır. Bunlar hem kısas, hem de diyet haklarından vazgeçebilirler. Ancak bu şikayetten vazgeçme, devletin kamu düzeni adına suçluya vereceği cezaları düşürmez. Mağdurun zararını karşılamayan diyetin yanısıra, özel ve haklı gerekçeler bulunursa, ayrıca tazminat istenip istenemeyeceği tartışmalıdır.

Diyetin ödenme zamanı: Kasden adam öldürme suçunda kısas hakkından vazgeçilmiş, diyet talebi baki ise cumhura göre ödeme yükümlüsüne vade tanınmaz. Hanefilere göre diyet sulh bedeli olduğu için tarafların anlaşmalarına bağlıdır. Kasdın aşılması ve taksirle adam öldürmede 3 yılda, 3 eşit taksitle tamamlanır[29]. Vadenin başlangıcı suç tarihi mi, yoksa mahkumiyet hükmünün kesinleşme tarihi mi olduğu konusunda tartışma vardır.

---

28 Bir çocuk taksirle müessir fiil suçu işlese diyeti onun malından ödemek gerek Malı yoksa, çocuk ödeme gücüne sahip oluncaya kadar beklenir.Bu görüş arap olmayanlarda aile sisteminin olmamasını gerekçe gösterir. ÜSRÜŞENİ, 378 Tazminat kabilinden para cezaları da isnad kabiliyeti olmayanlardan istenebilmektedir. DÖNMEZER-ERMAN, II/683.

29 ZEYDAN, 37.

Mahkumun ölümü, diyetin ödenme mecburiyetini ortadan kaldırır. Diyetin ceza yönü olmazsa idi borcun mirasçılara intikal etmesi ve onlardan alınması gerekirdi[30].

II- PARA CEZALARI:

A- İslam Hukuku Kaynaklarına göre:

Hz. Peygamber döneminden itibaren hukuki sorumluluk çerçevisini aşan ve ceza mahiyetinde mali yaptırım ve tazmin uygulamasını açıkça görmekteyiz.

1- Dalındaki meyveyi toplayıp götürene dayak cezasına ek olarak suça konu malın değerinin iki katının ödetilmesi[31]

2- Yitik develeri sahiplenmek maksadıyla alıkoyan ve gizleyenlere, develerin değerinin iki katının ödetilmesi[32]. Hz. Ömer bu uygulamayı devam ettirmiştir[33].

3- Hayvanların koruma altındaki yer (hırz) dışından çalınması halinde, dayak cezasına ek olarak değerinin iki katının tazmin ettirilmesi[34].

4- Zekatını ödemekten kaçınan mükellefin, ödenmesi gereken tutara ek olarak malvarlığının yarısının hazine adına (ceza olarak) alınması tehdidi[35].

İbn Kayyım bu örnekleri 15'e kadar çıkarır[36].

Beyhaki, (4) numaralı hadisi İmam Şafiinin hadis olarak

---

30 el- KASANİ, VII/246, AKŞİT, 126, BİLMEN, III/99.
31 Ebu Davud, Lukata, 10, BEHNESİ, IV/89.
32 Ebu Davud, Lukata, 8.
33 Muvatta Akdiye, 38, AMİR, No: 344, BEHNESİ, IV/346.
34 İbn Mace, Hudud, 28.
35 Ebu Davud, Zekat, 5, Nesai, Zekat, 4,7.
36 İBN KAYYIM, et-Turuk, 352.

sabit saymadığını, bu sebeple amel etmediklerini söylediklerini rivayet eder[37]. el-Buti, uygulamanın mensuh (mülga) olduğu iddiasını reddeder, çünkü ona göre uygulama hiç olmamıştır[38].

Hukukçulardan bazıları yukarıda zikredilen hadislerle ilgili para cezası uygulamalarının Asrı Saadette olduğunu, ancak sonradan neshedildiğini söylerler[39].

İbn Teymiye ve İbn Kayyım nesh iddiasını reddederler. Bunlar asid Halifelerin hadislerde bahsi geçen cezaları uygulamaya devam ettiklerini, müctehid imamlardan İbn Hanbel, Malikilerin çoğu ve ve İmam Şafi'nin bir görüşüne göre para cezalarının caiz olduğunu kabul ettiklerini, bunlar neshe dair bir rivayet olsa böyle bir görüş bildirmeyeceklerini, sünnetin icma ile neshedilmeyeceğini, kaldı ki böyle bir icmanın da olmadığını söylerler[40].

Mezheplerin görüşleri: a) Hanefiler: Ebu Yusuf para cezasının caiz olduğunu kabul eder, diğer imamlar kabul etmez[41]. Bezzaziyede, Ebu Yusufun görüşü değerlendirilerek. suçludan tahsil edilen paranın bir yerde muhafaza edilmesi, halini düzeltirse iade, düzeltmezse kamu yararına sarf edilmesi gerektiğini söyler. Mezhebin görüşü özetle para cezalarının caiz olmadığı yönündedir[42].

b) Şafiiler: İmam Şafi'nin kadim ictihadına göre, zekat

---

37 en- NEVEVİ, el-Mecmu' V/332, el-BUTİ, Muhadarat, 157.

38 İbid.

39 SADİ ÇELEBİ, V/345, İBN ABİDİN, IV/61, İBN KUDAME, X/348.

40 İBN TEYMİYE, Hisbe 88. İBN KAYYIM, et-Turuk 361. AMİR, 398, TRABLUSİ, Muinu'l-Hukkam, Kahire, 1973, s.195, el-KARDAVİ, 35, UDEH, I, No:493.

41 İmam Muhammed tazir cezaları arasında para cezasını zikretmemiştir. el-HUSARİ, I/415.

42 İBN ABİDİN, IV/61-62, BİLMEN, İFK, III/309.

borcunu ödemeyen mükelleften, zekat borcuna ek olarak mal varlığının yarısı zorla alınarak hazineye irad kayedilir. Sonraki ictihadına göre alınamaz. Yalnızca zekat tutarı kamu alacakların tahsili usulüne göre alınır, gerekirse tazir cezalarının diğer türlerinden biri ceza olarak verilebilir[43].

c) Malikiler: İmam Malikin maslahat ilkesine dayanarak, hileli mal satmak, haram mal almak gibi suçlara mali cezalar verilebileceğine dair ictihadı nakledilir. Maliki Hukukçu Berzeli'ye göre; başkasının arazisine giren sürü sahibinden hayvan başına[44] belirlenecek bir miktar para cezasının tahsili caiz görülmüştür[45].

d) Hanbeliler: İbn Kudame, mal almak veya imha etmek şeklinde ceza olmaz, bu hususta dayanılacak bir şer'i bir delil yoktur. Tazir uslandırıcı ceza demektir. Mali cezaların bu özelliği yoktur der[46].

Para cezalarını kabul etmeyenlerin genel gerekçeleri; idarecilerin halkın malına göz dikerek suistimal etme ihtimallerini beyan ediyorlar[47].

Şevkani para cezalarının caiz olduğunu kabul etmektedir[48].

B) İslam Hukuku kaynaklarında yer almayan yeni cezaların ihdası meselesi:

---

43 en-NEVEVİ, el-Mumcu, V/335, el-BUTİ, 152-153, el-HUSARİ, I/415 vd.

44 TRABLUSİ, 195, KARMAN, İctihad, 153.

45 el-KAMATİ, N.M. el-Ukubatu'l-Maliye beyne'ş-Şeriati ve'l-Kanur, Bingazi, 1986, s.72.

46 İBN KUDAME, IX/159, BİLMEN, İFK, III/309.

47 BİLMEN, İFK, III/309, HUSARİ, I/418, Günümüzde para cezasının hükmeden ve infaz eden makamlar ayrılmış, hazine sistemi oturmuştur. Suistimal itirazı artık yersizdir. UDEH, I, No: 493, el-HUSARİ, I/421.

48 eş-ŞEVKANİ, M. Bin Ali, Neylü'l-Evtar, Mısır, Ty. IV/138.

Had ve kısas suçları ile cezaları kaynaklarda açıkça yer almış, bunların dışındaki suçlar ve cezalar tazir olarak adlandırılmış, kanun koyucu ve uygulayıcıların takdirine bırakılmıştır. Bu husus tazir'in tanımını veren tüm kitaplarda zikredilir[49]. Kaynaklarda geçen tazir cezaları tahdidi değil tadadidir. Suçlulukla mücadelede etkili ve ıslah özelliği olan yeni türden cezaların ihdası ve miktarının takdiri yasama organının yetkisindedir[50].

Çünkü, önem arzeden had ve kısas suçları gibi tazir suç ve cezaları da, kaynaklarda sayılmış olsa, insanlar sıkıntıya düşer, hukuki gelişme mümkün olmazdı. İnsanlar gelişmelerini, zaman ve zemini gözönüne alarak kamu yararı ve düzenini ihlal eden ve daha önce suç olarak düzenlenmemiş (mubah) hususları suç, mevcut olmayan yaptırımları (cezadan beklenen yarar ve hukukun genel ilkelerini zedelemeden) ceza olarak ihdas edip, kanunlaştırmaları ve uygulamaları mümkündür[51].

"Allah'a Peygamberine ve sizden olan ülülemre, itaat ediniz" (Nisa 4/58) ayetindeki ülüemr, halife sultan veya şura meclisi olup, hakkında nass olan hükümleri kanunlaştırabilirler. İlmi ictihadlardan birini tercih edebilirler veya kendilerine tanınan içi boş yasama yetkisine dayanarak hukuki düzenlemelerde bulunabilirler. Ülülemrin emir ve yasaklama şeklinde koyduğu kanunlara halkın uyması zorunludur[52]

Örf ve adetlerin değişmesiyle, idarecilerin koymuş olduğu kanunlarla belirlenen bazı suçlar (Kamu düzenini ihlal

---

49 İBN ABİDİN, IV/64.

50 UDEH, I/704, AMİR, 473.

51 el-FAZİLAT, IV/151, AMİR, 73, UDEH, I/185, KARAMAN, MİH, I/105, CİN-AKGÜNDÜZ, I/192, ez-ZERKA,I/41, II/636.

52 CİN-AKGÜNDÜZ, I/194.

etmiyorsa) suç olmaktan çıkarılabilir, tazir nevinden olan cezalar da uygulamadan kaldırılabilir veya miktarı değiştirilebilir[53].

Hz. Osman'ın "Allah Kur'anla yola gelmeyeni Sultan (devlet gücü) ile yola getirir"[54] sözü, norma iradesiyle uymanın yaptırımlarla uydurulacağını, Ömer b. Abdilaziz'in "İnsanlar arasında suç oranı arttıkça, hükümler o nisbette artar[55]" sözü de tazir cezalarından caydırıcı olanların ihdas edilebileceğini anlatır. Genel ahlakın bozulması sebebiyle dini duyguların hoş karşılanmayan şeylerden alıkoyucu motif olarak yeterliliğini anlatır. Genel ahlakın bozulması sebebiyle dini duyguların hoş karşılanmayan şeylerden alıkoyucu motif olarak yeterliliğini kaybetmesi halinde, ceza korkusunun engel olması gerektiği vurgulanmıştır.

Bu anlatılanlara göre fıkıh kitaplarında "tazir ölüm cezasına varabilir..." denmesine rağmen "Mali ceza şeklinde tazir olmaz" ifadesi hemen akabinde zikredilmekte, gerekçe olarak, zalim idarecilerin insanların mallarını haksız yere yemek için bir bahane olacağı söylenmektedir[56].

Niteliği: Mali cezaların hangi suçlara karşılık, hangi miktarda verileceği naslarla tesbit edilmemiş, kanunkoyucu ve uygulayıcıların takdirine bırakılmış olduğu için tazir cezaları arasında yer almıştır[57].

Çeşitleri: Para cezalarını uygulanış tarzı, miktarının

---

53 Hz. Ömer'in ceza hadlerini yükseltmesi, yeni cezalar ihdası veya cezaları azaltması örnekleri için bkz. İBN KAYYIM, et-Turuk, 13 ERDOĞAN M. İslam Hukukunda Ahkamın Değişmesi İst. 1990, s.191.

54 İBN AŞUR, 195.

55 TARABLUSİ, 117, ez-ZERKA, II/629.

56 İBN, ABİDİN, IV/62, BİLMEN, İFK, III/309.

57 BARDAKOĞLU, Garamet md. TDV İslam Ans. VIII/360.

önceden belirli veya zarara göre ayarlanabilen ve uygulayan makam açısından tasnife tabi tutabiliriz.

1- İşlenmiş suç karşılığı olarak para cezaları:

a) Asli ceza olarak: Para cezası bazı suçlar için asli ve tek ceza olarak uygulanabilir. İçki meclisinde (içki içmediği halde) oturanlara, yitik mala sahiplenenlere, dalındaki meyveyi veya otlaktaki hayvanı çalanlara yalnızca para cezası vermek mümkündür. Buradaki para cezaları, bu suçlar bakımından asli cezadır. Vahamet arzetmeyen adi suçlarda tek ceza olarak uygulanabilir. İster tek başına, ister diğer cezalarla birlikte verilsin, hakim bu cezayı başka bir cezaya çeviremez[58].

b) Feri (mütemmim) ceza olarak: Hayvan vve meyve hırsızlığında dayak cezası ile birlikte uygulanması mümkündür. Rüşvet, irtikap gibi hususlarda elde edilen menfaate göre tesbit edilecek nisbi para cezası feri ceza olarak verilebilir.

c) Seçimlik ceza olarak uygulanması: Diğer cezalarla birlikte uygulandığı hallerde, diğer cezalarla seçimlilik olarak uygulanması mümkündür.

d) Çevirilen ceza olarak: Bazı had veya kısas cezaları çeşitli sebeplerle düşerse yerine para cezası taziren uygulanabilir[59]. Osmanlı kanunnamelerinde zikredilen para cezaları bu nevidendir. Yoksa had ve kısas cezalarını ilga etmemiştir[60].

2- Para cezalarının miktarının önceden belli olup-olmamasına göre ayrımı:

---

58 AMİR, 358.

59 Hz. Ömer, Amr. b As'a her kırbaç için iki dinar olmak üzere, 100 kırbaç karşılığı 200 dinar para cezası alınmasını emretmiştir. ARMAĞAN, 28.

60 AYDIN, Ceza mad. TDV İslam Ans. VII/478-481.

a) Maktu para cezaları: Para cezası verilecek suçlar için alt ve üst sınırı veya bunlardan biri bilirterek nihai miktarının tesbitinin hakimin takdirine bırakılması mümkündür. Bu sınırlar belirtilmeden bir miktarın tek başına belirlenmesi de mümkündür. Amir, hakimin takdir hakkının sınırlanması için alt ve üst sınırının önceden belirlenmesine karşıdır[61].

b) Nisbi para cezaları: Miktarı kanun tarafından önceden belirlenmemiş, olaya göre ya failin elde ettiği yarar ya da mağdurun zararına orantılı olarak değişebilir mahiyetteki para cezalarıdır. Yitik malı sahiplenmek, hayvan ve meyve hırsızlığında suça konu eşyanın değerine göre cezanın katlanması, zekat vermemek suçunda da malvarlığının yarısı önceden tesbiti imkansız hususlardır. Bunlar Nisbi para cezasının örnekleridir[62].

c) İyi hal teminatı: Hanefi Hukukçulara göre suçlunun malının belirli bir süre iyi hal göstermesi şartına bağlı olarak emanete alınması, iyi halli geçirirse iade edilmemesi, değilse bir hayır cihetine (kamu yararına) sarfedilmesidir[63].

3) Para cezaları onu uygulayan makama göre de, idari, vergi ve kamu para cezaları olmak üzere ayrılır.

a) İdari Para cezası: Düzene aykırılık dolayısıyla yargı organlarının müdahalesi olmadan doğrudan idari mercilerin hükmedip uyguladıkları para cezasına idari mercilerin hükmedip uyguladıkları para cezasına idari para cezası denir. Bunlar Kanunların kendilerine verdiği yetkiye dayanarak idareciler (vali, kaymakam vb) hümedip infaz edebilirler.

---

61 AMİR, No: 357, Garamet-ı Daribiye ifadesi maktu para cezalarını anlatır. el-KAMATİ. 130.

62 BEHNESİ, IV/90, AMİR, 411.

63 el-KAMATİ, 72, Garamat-ı tehdidiye olarak belirlenen bu yaptırım, TCKÖ m 93/c'de bahsi geçen iyi hal teminatıdır.

Örneğin içki meclisinde oturana[64] ve cemaatle namaza gelmeyene idari para cezası verilebilir[65].

b) Kamu cezası: Mahkemelerde yargılama sonucu hükmedilen ve cezaları diğer çeşitlerine uygulanan usulle tesbit edilip, tecil, genel ve özel af zamanaşımı gibi kurumlara tabi olan para cezalarıdır.

c) Vergi cezaları: Zekatını ödemeyenden zekat tutarına ilaveten malvarlığının yarısı oranında ceza alınması örnekle verilebilir.

PARA CEZALARININ CEZA DEĞERİ

Para Cezasına Yönelen Eleştiriler:

a) Özüne Yönelik Olanlar: 1- Bazı Hukukçular para cezalarının Hz. Peygamber tarafından uygulandığı, ancak sonra nesh (ilga) edildiğini, bazıları da uygulamanın müsadere olup, para cezalarıyla ilgisi olmadığını dolayısıyla hiç uygulanmadığını söylerler[66].

2- Ceza suç nevinden olmalıdır. Haksız kazancın müsaderesi caiz olabilir, ancak para ve kazanç saiki ile ilgisi olmayan suçlarda para cezası nasıl verilebilir[67].

3- Tazir cezalarının tahdidi olduğu, kitaplarda sayılı olan dayak, hapis sürgün ve teşhir'den ibaret bulunduğu, para cezalarının bunlar arasında sayılması sebebiyle caiz olmadığı söylenmiştir.

---

64 AMİR, 397.

65 İBN HÜMAM, V/345, İBN ŞIHNE, 401. el-HUSARİ, I/415. Osmanlı Kanunnamelerinde Cürm adıyla geçen müeyyideler yürütme organına verilen (idari) para cezaları mahiyetindedir. CİN-AKGÜNDÜZ, II/214.

66 el-BUTİ, Davabitu'l-Maslaha, 402.

67 el-BUTİ, Muhadarat, 150.

4- İktisab sebepleri sınırlıdır, para cezasının devlet için dahi olsa iktisab sebebi

Değerlendirme: İktisab sebebinin, karşılıklı rızaya dayanması değil, hukuka uygun olması esastır. Yeni vergiler ihdası, Ganimet, kamulaştırma gibi mükellefin rızasına uygun olması esastır. Yeni vergiler ihdası, Ganimet, kamulaştırma gibi mükellefin rızasına dayanmayan hatta vergi ve kamulaştırmada bir kusur karşılığı olmadan yapılan iktisab meşru olunca, bir suça ceza olarak verilen para cezası devlet ve kanunun gösterdiği yer için evleviyetle bir iktisab sebebi, suçlu için de tam bir borç oluşturur[68].

b) Uygulanmasına Yönelik Eleştiriler

1- Suç siyaseti açısından suçlu ve suçlulukla mücadele aracı olmaya elverişli değildir[69]. Özellikle cezanın uslandırıcı fonksiyonu para cezalarında bulunmaz[70]. Cezalarda bulunması gerekli ahlaki nitelikler olmadığından mükerrerliğe zemin hazırlar (caydırıcı olmaz). Suçludan çok, nafakasını sağladığı aile fertlerini etkiler. Bu sebeple şahsilik ilkesine aykırıdır[71].

2- Fakirler aleyhine kanun önünde eşitlik bozulur; aynı suçtan dolayı para cezasına mahkum edilen zengin para cezasını öder, fakir ödeyemez. Ödese bile etkisi fazla olur[72]. Ödememe halinde hapse çevrilme veya bedenen çalıştırılması durumlarında, hukuki eşitlik zedelenmiş olur[73].

3- Para cezasına hukukilik kazandırılırsa, zalim

---

68 AMİR, 418.
69 EREM,Genel, II/217.
70 ÖNDER, Genel, III/361.
71 el-KAMATİ, 136.
72 GARÇON, 762.
73 UDEH, I/705-708, el-KAMATİ, 136.

idarecilere halkın malını haksız yere yemek için yeni bir fırsat tanınmış olur. (Uygulamada zulüm örnekleri arasında kanunsuz vergi toplamak (ki bunlardan biri cerime (para cezası) adını taşımaktadır[74].

Devlet gelir elde etmek amacıyla cezadan beklenen faydayı düşünmeden daha çok suça yaptırım olarak para cezası koyar[75].

Müsadere ve para cezasının devlet lehine uygulaması halinde caiz olacağı söylenmiştir. Günümüzde devlet işleri, hazine ve bütçe esasları gelir-gider durumu belirlenmiş, para cezasının hükme bağlanması hakime, infazı başka makamlara görev olarak verilmiş (Hakimlerin ve idarecilerin keyfi olarak bu cezayı uygulamaları imkansız hale gelmiş ve suç olarak tesbit edilmiş) olup bu sakıncaları ileri sürmek yersizdir. Para cezası müsadere vb. cezalar pekala uygulanabilir.

Zaten para cezaları tazirin bir çeşidi olup basit suçlara uygulanabilir. Uygulanma esasları suç ve ceza adaleti düşüncelerine göre kanunlaştırılır. Uygulanması teşvik edilmez ve şumulü fazla genişletilmez[76].

Günümüzde para cezasının sakıncalarını gidermek için önerilen çareler:

a) Hakimin takdir hakkının genişletilmesiyle ilgili hüküm koymak,

b) Cezayı suçlunun ekonomik durumuna uyduracak şekilde tesbitini mümkün kılmak (ferdileştirme, Day-Fine uygulaması) ve taksitle ödeme imkanı vermektir. Mahkumun

---

74 MUMCU, Zulüm, 13-21.
75 DÖNMEZER-ERMAN, II/677.
76 UDEH, I/705, ez-ZERKA, II/628.

geliri ödeme için yeterli değilse infaz durdurulabilir[77].

a) Bu sistem çeşitli kanunlarda değişik şekillerde düzenlenmiştir. İtalyan CK m 14/3 suçlunun ekonomik durumuna göre kanunun gösterdiği para cezasının üst sınırı yetersiz, hakime üst sınırı üç katına kadar artırma yetkisi verilir[78].

İsviçre CK m 48, failin kazanç saiki ile hareket etmesi halinde, üst sınır aşılabilir. Ceza tesbit edilirken suçlunun ekonomik ve sosyal (mesleği, kazancı, yaşı medeni hali, aile yükü vb) durumu gözönünde bulundurulur.

Yunan CK m 80, para cezasının tesbitinde suçlunun ve ailesinin ekonomik durumu birlikte değerlendirilir, suç kazanç saiki ile işlenmişse HBC yanında para cezasına da hükmedebilir, para cezasının üst sınırı üç katına çıkarılabilir[79].

b) Gün-para cezası sistemi (Day-Fine): İlk izlerine 1881 Protekiz CK'da rastlanan gün para cezası[80], 1921'de Finlandiya'da, 1931'de İsveç'te, 1939'da Danimarka'da uygulanmış, Avusturya, Küba, Brezilya ve 1975 Alman CK'da bu sistem benimsenmiştir[81]. Modern kanunların eğilimi gün-para cezasını benimseme yönünde olmasına rağmen her ülkede farklı uygulama olması nedeniyle tek sistemden bahsetmek mümkün olmamaktadır. Küba kanununda klasik ve gün-para cezası sistemi birlikte uygulanmaktadır (ceza belirli bir miktardan az ise klasik, fazla ise gün-para cezası)[82].

---

77 AMOR, 177.

78 EREM, Genel, II/218.

79 DÖNMEZER-ERMAN, II/177.

80 Osmanlı Kanunnamelerinde para cezalarının suçlunun mali durumuna göre ayarlanması sistemi ile Day-Fine'nin benzerliği için bkz. YÜCEL, Suç ve Ceza, 204; DONAY, Para Cezaları, s.33.

81 RENTZMANN-ROBERT, 7; SCHULER- SPRİNGORUM, 789; BİSHOP, 82, Belçika CK tasarısında da yer almıştır.

82 DÖNMEZER-ERMAN, II/717, ÖNDER, Genel, III/562.

Gün para sistemi (a) şıkkında anlatılan sistemden farklıdır. Gün para sisteminde saik gözönüne alınmamakta, hakime daha dar takdir yetkisi verilmektedir.

Almanya'da para cezasının uygulanması üç aşamada olmaktadır. İlk aşamada failin kusuru, hukuka aykırılık bilincinin yoğunluğu, cezanın genel ve özel önleme fonksiyonları gözönüne alınarak para cezasının gün sayısı (5'ten az 360'dan, içtima halinde 720'den fazla olamaz) ikinci aşamada hakim suçlunun gelirini, ekonomik yükümlülüklerini gözönünde tutarak günlük kazançtan ne kadarını cezaya ayrılacağını (en az 5 en fazla 10.000 DM) tesbit eder. Gün ile para çarpılarak toplam para cezası miktarı bulunur. Mahkum hemen ödeme imkanına sahip değilse üçüncü aşamada taksitle ödeme şartları düzenlenecektir[83].

İsveç'te; day-fine'in iyi işlemiş, suçluların %90'danfazlası gönüllü veya devlet baskısıyla ödemişler, ödeyemeyen %10'luk bölümü yasal mazereti sebebiyle ödenmemiştir. Hapse çevirme mazeretsiz olan ve ödememekte ısrar edenler içindir. Sistemin başarısını gösteren rakamlar şunlardır: 1981 yılında 50 kişinin ödemediği para cezası hapse çevrilmiş, bu rakam 1982'de 37'ye, 1983'te 9'a düşmüş, 1984-1987 yıllarında ise hiç olmamıştır[84].

Para cezalarının infazındaki güçlükleri bertaraf etmek ve ödenmemesi sebebi maddi imkansızlığa dayanıyorsa fakir - zengin eşitsizliğini ortaya çıkarmamak için, para cezasının hapis yerine diğer tedbirlere (özellikle kamu yararına çalışma) çevrilmesi iştirak halinde işlenen suçlarda cezanın ödenmesinde suçluların birbirlerine müteselsil olarak sorumlu tutulması önerilmektedir.

---

83 ÖNDER, Genel, III/565; JESCHECK, XXI; EREM, Genel, II/219.
84 BİSHOP, 83.

Para değerindeki düşüş sebebiyle etkinliğinin azalması sakıncası da, ya sık sık bu ceza miktarını artırmak ya da cezaların bir katsayıya bağlanmasını çare olarak düşündürmüştür[85].

Ülkemizde 14.12.1988 yürürlük tarih ve 3506 SK ile TCK'na eklenen 1. md. muhtelif tarihlerde yürürlüğe girmiş kanunlardaki para cezalarını çeşitli oranlarda (180, 120, 60, 30, 18,6, ve 3 misli) artırmış ek-2. md. ise 1988 yılı bütçe kanunundaki memur maaş katsayısı olarak belirlenen (84) rakamına, bütçe kanunlarındaki her 75 puan artış bir birim olarak kabul edilecek, ek 1. md'ye göre belirlenmiş ceza miktarının elde edilen birimle çarpılarak nihai cezanın tesbit edileceğini göstermiştir.

Lehinde Düşünceler: 1) Hapis cezalarının kötü etkileri para cezasında yoktur 2) Suçluyu ailesinden ve toplumdan uzaklaştırmaz, 3) Derecelendirilmesi ve suçlunun ekonomik durumuna uydurulması mümkündür[86]. 4) Devlete masraf yüklemez, aksine gelir sağlar[87]. 5) Özellikle kazanç saiki ile işlenmiş suçlarda HCB'dan daha etkilidir. Paranın değeri toplumda arttıkça genel ve özel önleme özellikleri ön plana çıkar. Kısacası suçla mücadelede etkili bir raçtır[88].

Uygulama: Diğer mali cezalar (müsaderenin çeşitleri; itlaftemlik-tağyir) yanında para cezalarının da raşid halifeler döneminde, Asrı saadette olduğu şekliyle uygulandığı ve geliştirildiği görülür.

Takip eden dönemlerde kadılarından biri, parmağı ile bir kız çocuğunun bikrini izale eden çocuk hakkında verilecek

---

85 DÖNMEZER-ERMAN, II/718.
86 BİSHOP, 327.
87 VASİLİJEVİC, 253.
88 el-KAMATİ, 135-136.

hükmü halifeye sormuş, o bu durumu hakimin takdirine bırakmış, hakim faile 50 dinar para cezası vermiştir[89].

Dülkadiroğulları kanunnamelerinde para cezası uygulamalarına rastlanır. Ayrıca Memluk para cezası sistemlerini Osmanlıya tesir ettiği söylenir.

Osmanlı Uygulaması: Osmanlı Kanunnamelerinde cürmi cinayet veya kınlık denilen para cezaları ehli örfe verilmek üzere hükmedilen tazir nevinden cezalardı. Bu düzenlemeler İslam Hukukunun devlet başkanı veya yasama organına tanıdığı tazir yetkilerini çerçevesinde yapılmıştır[90].

Bozok kanunnamesinde "... diyetten gayri otuz altın cürüm alına" m 18 aynı hüküm Alaüddevle kanunnamesinde de mevcuttur. Ayrıca "göz çıkarandan 14 altun alına, fiil taksirle işlenmiş ise 5 altun alına." (Bakara, 2/126).

Fatih devri kanunnamelerinden teşkilat kanunu olan kanunname-i Ali Osman, devlet erkanına verilecek cezaları reayaya nisbetle çok yüksek tutmuş, 3. Bab Ahval-i Ceraim başlığı altında 40. madde; Cerime kanda subaşılara 3000 akçe, göz çıkarmaya 1500, kol kırmağa 1000, baş yarığına 50 akçe alına. 41. maddeye göre; bir kimseye fuhuş ile söğene tazir cezasına ilaveten 40, birinin haremine bakan (özel hayatın gizliliğini ihlal eden)a 20 akçe cerime.

Fatih devri Kanun-ı Padişahi I. Fasıl zina suçuyla ilgili Para cezalarını düzenlenmiş m 1 Evlinin zinası

---

89 ŞENER, 58, Bikrin müessir fiil sonucu izalesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. DAĞCI, 214.

90 AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, I/63 vd.

	bay	zengin	orta halli	fakir,	çok fakir
m 1 Evlinin zinası	1000 akçe	300,	200,	1000,	50,40
m 2 Erkeğin	1000 akçe	100,	50,	40,	30
m 4 Kadının yab. erkeği					
evine alması	100	50,	30		

m 5 Fuhuşa aracılık eden kadına tazir cezası olarak dayak cezası verilmişse ağaç (sopa sayısı) başına bir akçe (paraya çevriliyor)

II. Fasıl m 12 Adiyen müessir fiil suçuna dayak (cürüm yok)

Saç-sakal yolma; zenginse 20, fakirse 10 akçe

Baş yarılıp kan çıksa; 30 akçe

Baş yarılıp kemik çıksa; Zenginden 300, orta halliden 50, fakirden 30 akçe

m 13 Kasden adam öldürme suçunda, kısas cezası uygulanmıyorsa; Zenginden 400 akçe, orta hali 200, fakirden 100, çok fakirden 50 akçe

III. Fasıl m 15 İçki içme cezası; dayak sopa başına 1 akçeden paraya çerilir.

Hırsızlık suçunda: Kaz ve ördek çalana iki ağaca 1 akçe

-Koyun ve kovan çalana 15 akçe

-Sığır çalandan; zenginse 100, orta halli ise 50, fakirse 40 veya 30 akçe

-At çalanlardan 200 akçe cürüm alınır.

m 18: Mevsuf müessir fiil

(Uzuv tatili= göz çıkarma, diş kırma) sırasıyla 200, 100, 40, 30 akçe[91].

KANUNİ DEVRİ; Kanunname-i Osmani'de Fatih kanunnamesindeki hükümlerin büyük ölçüde tekrarı sözkonusudur. Farklı hususlar şunlardır;

m 40: Karşılıksız yararlanma: Yoldan geçerken akçesiz yoğurt ve ekmek alandan: dayak cezası, sopa başına 1 akçe paraya çevrilir.

m 54: Namaz kılmayanlara: dayak, iki sopa 1 akçeden paraya çevrilir.

m 57: Bahçe ve bostandan hırsızlık dayak, iki sopa 1 akçeden paraya çevrilir.

m 59: Başkalarının arazisine hayvan sokmak; Hayvan başına 5 akçe cürüm, ayrıca ziyan davar sahibine tazmin ettirilsin[92].

Yavuz kanunnamesinin IV, Fasıl, 4. maddesinde para cezasının hapis cezasıyla birlikte uygulandığı görürüz.

Kanunnamelerde cürüm adıyla geçen müeyyidelerin yürütme organınca verilen idari para cezası mahiyetinde olduğu söylenir[93]. Ancak failin suçluluğunu suç ister şeri, ister örfi olsun ancak kadı tesbit eder. İnfaz yetkisi ise ehli örfte (idari mercilerde)dir. Verilen ceza şer'i ise infaz edenlerin takdiri hakları yok, örfi ise vardır[94].

---

91 AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, I/347 vd.

92 İbid, IV/296 vd.

93 CİN-AKGÜNDÜZ, II/214.

94 AYDIN, Ceza Md. TDV İslam Ans. VII/480.

Osmanlılardaki para cezalarını ekonomik gerekçelerle izah etmeye çalışanlar bunu şeri cezadan bir sapma olarak değerlendirilirler[95]. Ancak kanunnameler, cezaların kanuniliği ilkesinin sağlanması ve keyfiliğin önlenmesi amacıyla vazedilmiştir. "Nizam-ı alem için padişahlar tarafından akla dayanılarak yapılan düzenlemelerdir". Bu da İslam Hukukunun Devlet başkanına tanıdığı tazir yetkisi çerçevesindedir.

Para cezalarının ilk ciddi uygulaması Fatih kanunnamelerinde görülür. Bu kanunda cezanın, suçlunun ekonomik durumuna göre verilerek ferdileştirilmesi sözkonusudur[96].

Yine dayak cezasının para cezasına çevrilme imkanı mevcuttur. Vurulacak bir bir darbe için kaç akçe ödenmesi gerektiği belirtilmiştir[97]. 1286/1840 ve 1267/1851 ceza kanunlarında diyet dışında para cezası mevcut değildir. Hatta 1851 tarihli kanunun 10. maddesinde; "Cerime maddesi külliyen memnudur, buna cesaret eden şahıslar hakkında rüşvet hükümleri uygulanır" ifadesiyle açıkça yasaklanmıştır.

1274/1858 ceza kanunu ise 37. maddede para cezasını tarif etmiş, asli feri ve tamamlayıcı ceza olarak uygulanması, ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi konuları düzenlenmiştir[98].

Para Cezalarının Tarihçesiyle İlgili Değerlendirme

- Para cezaları ilkel topluluklarda uyuşma bedeli olarak tazminat niteliğindedir, uygulanması ihtiyaridir.

- Paranın önemi ortaya çıkmadığı için ziraat aleti, ehli

---

95 HEYD.
96 DONAY, Para Cezaları, 33-34, DÖNMEZER-ERMAN, II/684.
97 HEYD, 645.
98 GÖKCEN, 54.

hayvan, aile fertlerinden bir veya bir kaçı para cezası yerine ödenebilirdi.

- Devlet fikri geliştikçe uyuşma zorunlu hale gelmiş, bedelinin bir kısmını devlet talep etmeye başlamıştır.

- XII. yy a doğru mağdura ödenen miktar azalmış devletin hissesi artmış kral ve senyörlere gelir kaynağı olmuş, keyfilik baş göstermiştir[99].

- XVIII. yy sonundan itibaren para cezası önemini yitirmiş, hapis, para cezasının yerini almaya başlamıştır.

- Hapis cezasının sakıncaları sebebiyle XX. yy başlarında özellikle kazanç saikiyle işlenen suçların artması para cezalarını yeniden uygulama alanına sokmuştur[100]. Hapis cezalarından para cezalarına geçiş, bedeni cezalardan hapis cezalarına geçmek kadar önemli olmuştur[101].

Günümüzde Uygulama: Çoğu Avrupa ülkesinde para cezaları diğer seçeneklerle birlikte fer'i bir ceza olarak uygulandığı gibi, hürriyeti bağlamayan bağımsız bir yaptırım olarak da düzenlenmiştir. Para cezalarının seçenek olma yönü önemle vurgulanmış ve yasalarda yerini almıştır. Değişik Avrupa ülkelerindeki para cezalarıyla ilgili uygulamaarı özetleyelim.

İsviçre ve Avusturya: 6 aya kadar (kısa süreli) hapis cezası yerine para cezası ikame edilmektedir[102].

Almanya: HBC bir aydan başlatılmış, 6 aya kadar olan hapis cezasi yerine kural olarak para cezasının ikamesi veya ertelenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Para cezaları 1920'lerde

---

99 MUMCU, Zulüm, 13.
100 DONAY 36-37.
101 JESCHECK, XXVIII.
102 BİSHOP, 79, BAECHTOLD, 268.

hapis cezasının yerini almaya başlamış, 1924'de kanunlaşmıştır.

Almanya'da para cezası en fazla uygulanan ceza haline getirilmiş ve hürriyeti bağlayıcı cezadan para cezasına geçiş sağlanmıştır. Bu geçiş, bedeni cezalardan HBC'lara geçiş kadar önemlidir[103].

Alman CK § 47/1'e göre; altı aydan az bir hapis cezasına hükmedebilmek için, eylemde veya failin kişiliğinde bulunan özel şartlar, fail üzerinde etkili olmak veya hukuk düzenini korumak için HBC'ya hükmetmenin kaçınılmaz olması gerekir. §41'e göre: Fail eylem dolayısıyla zenginleşmiş veya buna teşebbüs etmişse ve failin kişisel ve ekonomik durumuna göre hükmedilmesi uygun görülürse, HBC ile birlikte kanunda yazılı olmasa bile para cezasına hükmedilebilir.

HBC (özellikle 3 aya kadar) yerine para cezasının ikamesi konusunda hapis cezalarında arzulanın düzeye ulaşılmış, böylece bütün ceza yaptırımlarının %98'i para cezaları olmuştur[104].

Fransa: HBC'nin alt sınırı 15 gün olarak kabul edilen Fransa'da, 1983 tarihli yasaya göre hapis cezası gerektiren suçlarda mahkeme 360 gün-paraya kadar hükmedebilir. Bununla birlikte para cezasının HBC yerine ikamesi önemli bir yekün tutmuştur. 1985 yılında sadece 2300 olayda uygulanmıştır. Aynı yıl özel vecibeler yükleyerek hükmün ertelenmesi şeklindeki 20.000 olayla karşılaştırılırsa bu gerçek görülür[105].

Portekiz: Para cezaları uzun süre geleneksel bir yaptırım olmuş 1982'de yürürlüğe giren Ceza Kanunu 6 aya kadar hapis

---

103 JESCHECK, XXVIII, SCHULER-SPRİNGORUM, 793.
104 BİSHOP, 80.
105 BİSHOP, 81.

cezasının para cezasına çevrilebileceğini öngörerek gelişme sağlanmıştır. Genel önleme amacıyla hapis cezasına hükmetmek gereken ve özellik arzeden suçlarda bu sınırlar içinde kalsa da para cezasına çevrilmeyebilir. 1982 yılında 6 aya kadar hapis cezası gerektiren olayların %73'ünde para cezasına çevrilmiş, bu oran 1985'te %61'e düşmüştür[106]. 1985 yılından itibaren gerek asli ceza gerekse hapisten çevrilen para cezaları tüm mahkumiyetlerin %37'si olmuştur. 1986'da bu oran %25'e düştü, hapis cezası yeniden en fazla başvurulan yaptırım oldu[107]

Yunanistan: 6 aya kadar olan hapis cezası para cezasına çevrilebilir. Miktarı az olanlara "mali ceza" (pecuniary penalty), daha fazla olanlara "para cezası" (fine) denir. 1984'te 18 aya kadar olan hapis cezasının para cezalarına çevrilebileceğine dair yasa, mahkemelere bu konuda yetki verdi. Para cezasına çevirme dışında tutulan belirli askeri suçlarla, uyuşturucu ticareti suçlarında sınırlar içinde olsa bile HBC olarak infaz edilir.

Yunanistan'da hapsin paraya çevrilmesi uygulaması mahkemelerde yoğun bir şekilde kullanıldı, hapis cezalarından yalnızca %3'ü infaz edildi[108].

Süreli Para Cezası

13.12.1994 yürürlük tarihli (RG. 22140) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 17. maddesi süreli para cezaları uygulamasını getirmiştir. m 18'e göre her ne kadar bu para cezaları idari para cezaları niteliğinde ise de para

---

106 BİSHOP, 80.

107 COELHO, 150. Yugoslavyada'da 1983 yılında toplam mahkumiyetin %35'i para cezası olmuştur. ASİLİJEVİC, 253, Diğer Doğu Avrupa Ülkelerinde özellikle mala karşı cürümlerde HBC seçeneği olarak pozitif hukuka girmiştir. BUCHHOLZ. 187.

108 BİSHOP, 80.

cezaları için yeni bir düzenleme olduğu çin üzerinde durmak gerekir.

Yetki: Para cezalarını verme yetkisi, m 22'de bahsi geçen Rekabet kuruluna aittir.

İhlaller ve Yaptırım: a) m 17/a Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmadaki hukuka aykırılıkların kurul tarafından bildirilmesine rağmen ihlale son vermiyenler her gün için 50 milyon lira,

b) Birleşme ve devralma'da hukuka aykırılık için kurul kararları ve tedbirlerinin yerine getirilmemesi halinde 25 milyon lira,

c) Muafiyet ve menfi tesbit kararlarının geri alınması kararlarına muhalefet halinde 25 milyon lira,

d) Kurul uzmanlarının inceleme yapmasının engellenmesi halinde 20 milyon lira süreli para cezası verilir.

Bu kararlara karşı yargı yoluna başvurulması ve yürütmenin durdurulması karar verildiği takdirde, yargıya başvurma tarihinden itibaren süreli para cezası uygulanmaz.

PARA CEZALARININ İNFAZI

İslam Hukuku: Para cezalarının infazı, iradi ödeme olmadığı takdirde, hükmedilen ceza tutarını mahkumdan zorla tahsil etmektir[109].

Hz. Peygamber bir kadın hakkında verdiği recm cezasının infazını Üneys'e[110] Maiz'in recmedilmesini de bir topluluğa

---

109 TRABLUSİ,52.

110 Buhari, Sulh; 5, Şurut; 9, Ahkam; 39, Müslim, Hudud; 25.

havale etmiştir. Yine bir hırsızın elinin kesilmesine hükmetmiş, infazla başkalarını görevlendirmişti[111].

Ayrıca Hz. Peygamber döneminde Hz. Ömer hakimlik, Hz. Ali ve Muhammed b Mesleme cezaların infazı görevini yürütüyordu[112].

Hukuk kaynaklarına göre Tazir cezalarının infazı adli mercilerce, (infaz hakimi veya onun görevlendireceği kişilerce) yapılır[113]. Şurta görevlilerinin diğer görevleri yanında infaz içinde istihdam edildiklerini de görüyoruz[114].

Bu bilgiler ışığında, İslam Hukukunda infazın, mahkumiyet kararı veren kişilerden bağımsız, aynı otoriteyi temsil etseler bile infaz işinde uzmanlaşmış kişilerce yapıldığını söylemek mümkündür. Tutuklama veya hapis cezalarına hükmetmede de aynı farklılık göze çarpar. "Kadi hapsetmez, ancak habs ile hükmeder[115]" ifadesi bu gerçeği anlatır.

İnfaz Hakimliği kurumu, hukuka aykırı olarak tutuklanmış olanlarla tutuklama kararı yerinde olsa bile, teminatla salıverilmeleri uygun görülenleri, mahkumlardan da iyi halli olanların tahliye kararlarının (asıl kararı veren makamdan müstakil olarak) verildiği mercilerdir[116].

Osmanlı'da infaz yetkisi ehl-i örf denen, daha çok idari mekanizma içinde yer olanlara aitti[117].

---

111 Nesai, Sariki; 3, UDEH, I, No: 512 vd.
112 el-KETTANİ, II/70.
113 BEHNESİ, I/70.
114 ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, 181, 219.
115 Siyasetname Tecümesi, Aktaran AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, IV/163.
116 SCHACT, 194.
117 AYDIN, Ceza md. TDV, İslam Ans. VII/ 480.

Mukayeseli Hukuk

Bazı ülkelerde infaz hakimliği, bazı ülkelerde de savcılık infazdan sorumlu makamdır. Tazminat kabilinden para cezaları diğer kurumlara ödense bile infaz, yetkili makam tarafından denetlenir.

Bazı ülkelerde de, maliye otoritelerine para cezalarını tahsil yetkisi verilmiştir (Norveç, İsveç, İskoçya). İngiltere ve Galler'de Probation Servisi bu görevleri yürütmektedir[118].

İnfaz Şekilleri

a) İradi Ödeme: Mahkum veya üçüncü bir kişi tarafından ödeme ile ilam infaz edilmiş sayılır. Taksitle ödeme de mümkündür.

b) Cebri İcra: İcra-İflas Kanunu hükümlerine göre suçlunun malvarlığının haczedilip paraya çevirme yoluyla para cezalarının tahsil edilmesidir[119]. Suçlunun tazyik veya hapsen tazyik yerine mallarının haczedilmesi tercih edilmelidir[120].

Türk Hukukunda 647 sayılı CİK'nun ilk şekline göre ödenmeyen para cezalarının tahsilini sağlamak amacıyla mahkumun ücreti, diğer gelirleri üzerine tedbir konularak, para cezasının tahsili Amme Alacaklarının Tahsili Usulu Hakkındaki Kanun Hükümlerine göre yapılıyor, ceza ödenince tedbir mahkemece kaldırılıyordu. Bu hüküm kaldırılmış ve artık ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi uygulaması getirilmiştir[121].

c) Zorlama Hapsi: Para cezasını ödemeyen mahkumun ödemeye zorlamak maksadıyla ödeyinceye kadar hapsedil-

---

118 BİSHOP, 85.
119 el-KAMATİ, 143 vd.
120 AMİR, No: 363. ATAR, İcra-İflas, 161.
121 DÖNMEZER-ERMAN, II/691.

mesidir[122]. Ödenmeyen para cezaları için hapse çevrilmesi tartışmalıdır[123].

İslam Hukukunda muaccel borçlar için hapis (hapsen tazyik) bazı hukukçular tarafından meşru olarak kabul edilir. Para cezaları da hükmün kesinleşmesiyle mahkumun zimmetinde bir borç haline gelir. Alacaklısı devlet olan bu borç için de ödemeyi temin maksadıyla hapsetmek mümkündür[124].

Hapsin süresi borcun ödenmesi veya mahbusun mal beyanında bulunmasına kadar devam eder. Ödeme gücü olmadığı tesbit edilenler tahliye edilir[125].

d) Hapis Cezasına Çevrilmesi: Para cezalarının ceza olma özelliği, ödenmemesi durumunda hapse veya başka ceza ve tedbirlere çevrilebilmesinde görülür. Ödeme gücü olduğu halde iradi ödeme yapmayan, mallarını gizleyerek haczedilip tahsilini engelleyen mahkumun bu hareketi ikinci bir haksızlıktır. Bu sebeple onu mahkum olduğu para cezası miktarıyla orantılı bir süre hapsetmek, ödeme halinde tahliye etmek adalet gereğidir. Ödeme gücü olduğu halde ödemeyen mütecavizdir, para cezası az olsa bile hapse çevrilebilir[126].

Para cezasını ödenmeme sebebiyle hapsedilecek kişi mahkumdur. Onun ölümü cezayı düşüreceği için mirasçıların hapsi düşünülemez[127].

Cezaya ödeme gücü olmayan veya bu durum sonradan anlaşılan kişilere, hapsin uygulanması zengin-fakir bakımından kanun önünde eşitlik kuralını zedeliyeceği için

---

122 el-KAMATİ, 146.
123 BEHNESİ, IV/95.
124 AMİR, No: 365.
125 AMİR, No: 368.
126 el-HUSARİ, I/432-434.
127 AMİR, No: 367.

onlara başka tedbirler (para cezası yerine çalışma) vb. uygulanabilir[128].

e) Kamu yararına çalıştırma: Kamu yararına çalıştırma kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine hükmedilen bir seçenek veya ödenmeyen para cezalarının tahsil tarzı olarak kazancından bir kısmının ödenmesi gereken para cezasına mahsup edilmek üzere bir kamu kuruluşunda mahkumun çalıştırılmasından ibarettir[129].

Para cezalarının mahkumun çalıştırılmak suretiyle tahsili konusunda İslam Hukukçularının farklı görüşleri vardır. Ebu Hanife, Malik, Şafi ve Taberi gibi alimler ödeme gücü olmayan mahkumun işçi olarak çalıştırılamayacağı ve ticaret yapmaya zorlanamayacağı görüşündedirler. Delil olarak; "Darlık içinde olan borçluya, genişlik zamanına kadar mühlet vermek gerekir"[130]. Ayetini gösterirler. Yine Hz. Peygamberin mütemerrid borçlu hakkında yalnızca cezalandırılmasını beyan ettiğini, çalıştırılmasından sözetmediğini, Hz. Ömerin hacze dair uygulamasında da böyle bir örnek bulunmadığını belirtmişlerdir.

Hanbeliler, zenaat bilen bir mahkumun vasıfsız işçi olarak çalıştırılmayacağını söylerlerken, Zahirilere göre çalıştırılabilir[131].

Yukarıdaki tartışmalar ışığında örneğin bir Üniversite Öğretim Üyesi veya Avukatın trafik suçu sebebiyle mahkum

---

128 DÖNMEZER-ERMAN, II/680; Bkz. UDEH, I, No: 495.

129 Geniş bilgi çin bkz. JUNGER-TAS Commentıty Service, Netherlands. 1985, 25-26; Hem konu, hem de ayrıntılı bibliyoğrafya için AVCI, M. Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler, İst. 1994. Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 167-180.

130 Bakara, 2/280.

131 Geniş bilgi için bkz. ATAR, F. İslam İcra-İflas Hukuku, İst. 1990, s. 268-269, AMİR, 424-429, BEHNESİ, A. Fethi, Mevsuat'l-Cinaiye, Beyrut, 1991, IV/90-92; el-HUSARİ, I/432.

olduğu para cezasını ödeyememesi halinde onu belideyede temizlik işçisi olarak çalıştırmak uygun olmasa bile, büro hizmetlerinde veya hukuk danışmanlığında istihdam etmek, işsiz ve parasız oturmasından mahkum açısından da daha iyi olur kanaatindeyiz[132].

Çağdaş yaptırım düzeni şimdilik para cezalarından vazgeçemez[133]

Mukayeseli Hukukta Para Cezalarının Ödenmemesi Sorunu

Hürriyeti bağlayıcı cezaların, özgürlüğü kısıtlamayan bir seçeneği olan para cezalarının ödenmemesi durumunda bunun tahsili için ne yapılacağı, tekrar hapse çevrilip-çevrilmeyeceği konusu hem doktrinde tartışılmış, hem de çeşitli ülkelerde farklı düzenlemeler olmuştur.

Hemen her ülkede ödenmeyen para cezalarının hapse çevrilmesinden kaçınılmaya çalışılır, mahkemeler ödememenin suçlunun mali durumunun müsait olmamasından kaynaklandığını, kasıtlı bir red veya ihmal olmadığını anlarsa cezada indirime hatta tamamen kaldırmaya gidebilirler.

Ödeme süresinin uzatılması, taksitlendirilmesi veya işverenin ücretten kesinti yaparak ödemede bulunabilmesi mümkündür. Hatta suçlunun zaruri ihtiyaçları dışındaki malvarlığına tedbir veya haciz konulabilmesi, devlet alacağının

---

132 TCK'nun 50 yılı ve Geleceği, İst. 1977, s. ; Roma Hukukuna göre; borç için hapsedilen kişinin borcuna mahsuben çalıştırılması, borcunu ödeyecek kadar çalıştırılana salıverilmesi mümkün idi. TAHİROĞLU, B. Roma Usul Hukuku, İst. 1980, s.14. Zorunlu çalıştırmanın tarihçesi için ayrıca bkz. AVCI, Seçenekler, 97 vd.

133 Community Service ile para cezalarının mukayesesi için bkz. AVEL, seçenekler, 180. Probetion ile para cezalarının muh için AVE, 157.

güvenceye alınması olacaktır[134].

Bazı ülkelerde ödenmeyen para cezası hapse çevrilemez. Örneğin; Bulgaristan, İtalya ve Sovyetler Birliği CK'na göre durum budur. Sovyetler'de isteğe bağlı ödememe durumunda "zorunlu çalışma" (work duty) tedbirine çevrilir. 20 ruble'lik para cezası bir ay çalışma tedbirine çevrilir. Bu tedbirin azami süresi iki yıl olabilir[135].

Ödenmeyen para cezası çoğu ülkelerde hapse çevrilmektedir. Bu sebeple bir çok para cezası mahkumu cezaevine girmektedir. Örneğin Kuzey İrlanda'da cezaevine girenlerin %50'si para cezasını ödemeyenler oluşturur. Bu suçluların hapis süresi kısa süreli olma eğiliminde olmasına göre, para cezasını ödemeyenlerin hapsedilmesi yerine çalışma grubu (work party) oluşturulmasının yararı üzerinde fikir yürütülmüştür.

Yunanistan'da 1985'te para cezasına mahkum olanların %6'sı ödememe sebebiyle hapsedildi[136]. İskoçya'da bu oran %7.5'tur.

Almanya'da ödenmeyen para cezalarının arkasındaki yedek ceza hapistir (§43) Bir günlük birim cezasına bir günlük HBC tekabül eder[137].

Çevrilen hapis cezasının azami süresi; bazı ülkelerde (örneğin İskoçya) 2 yıla kadar çıkabilir. Belçika'da sürenin uzunluğu suçların sınıflandırılmasına göre belirlenir. 1-7 gün hapis cezasını gerektiren suçlarda çevrilen hapis cezasının

---

134 BİSHOP, 82.
135 BİSHOP, 83.
136 BİSHOP, 83.
137 JESCHECK, XX.

azami saresi 2 ay 8 gün, 5 yıl hapis cezasını gerektiren suçlarda 3 ay, 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda 6 aydır.

Fransa'da azami süresi 4 aydır.

Çevrilen hapis infaz edilirken hükmedilen para cezası ödenirse infaz durdurulur[138].

Ödenmeyen para cezalarının hapse çevrilmesi eleştirilmiş, özellikle kadın suçluların bu sebeple cezaevine gönderilmemesi gerektiği belirtilmiştir[139].

Para cezaları ve HBC farklı değerlere hitap eder, farklı özgürlükleri etkilerler. Cezadan beklenen amacı farklı yönden gerçekleştirirler.

Para cezasının tayininde suçlunun ekonomik durumu dikkate alınır, hapis cezasında ise etkisi yoktur.

Özellikle kısa süreli HBC sakıncalarını ortadan kaldırma amacı güden para cezalarının tekrar hapse çevrilmesi aynı sakıncayı doğurur. Ödenmeyen para cezasına hapse çevrilmesi, ödeme gücü olmayanlara uygulanınca, fakir-zengin arasındaki kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyecektir[140].

Ödememe durumunun müstakil suç haline getirilmesi önerilmiş olmakla[141] beraber, kamu yararına çalıştırma,

---

138 BİSHOP, 84.

139 KUHN, C. The Work of NGO; HEUNİ, 139.

140 Anayasa Mahkemesi 20.6.1967 tarih ve 7-8 sayılı kararında "... aynı eylem dolayısıyla aynı cezayı almış kişiden yoksul olanın yoksulluğu yüzünden cezasının ağırlaşması sonucunu doğurur ki kanun önünde eşitlik ilkesini zedeler" ifadesiyle vurgulamıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi de bu durumun eşitlik ilkesini zedeleyeceğine karar vermiştir.

141 KUNTER, TCK'nun 50 Yılı, s.302, 315.

denetimli serbestlik vb. tedbirlere çevrilmesi daha uygun olacaktır[142].

Hapse Çevrilebilecek Para Cezaları

Hapse çevrilen para cezalarının "ceza olması gerekir. Vergi ödemeye mahkemece hükmedilmiş ve ilgili idarece infaz edilmemiş para miktarı hapse çevrilemez. Yargıtay 1118 sayılı Oyun Kağıtları Hakkında Kanunun 3. maddesinin açık ifadesine göre, oyun kağıdı kaçakçılığı hallerinde hüküm altına alınacak paranın, para cezası olmayıp "resmi muayyen" olduğuna karar vermiş[143], bu resmin ne şekilde infaz edileceğine mahkemenin karar veremeyeceğine hükmetmiştir[144]. Ancak ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi yoluna sıkça gidilmemeli, seçenekler bulunmalıdır. bu tür tedbirlere başvurmakla devlet kendi menfaatini korumuş olur[145].

1975 Alman CK §43 "Ödenmeyen para cezasının yerini hapis alır. Bir günlük birim para cezasına bir günlük hapis tekabül eder" hükmü vardır. Bu nedenle HBC ödenmeyen para cezası arkasındaki yedek cezadır[146].

Almanya'nın Hesse eyaletinde para cezasını ödeme imkanı olmadığı için kısa süreli HBC verilip de paraya çevrilmemesi (nasıl olsa sonunda para cezası ödenmeyecek ve tekrar çevrilecek diye) hakimlere bir sıkıntı vermekteydi. Ancak ödenmeyen para cezalarının topluluk çalışmasına (community work) çevrilebilmesi (para cezasının çalışma ile tahsili imkanı verdiği için) kısa süreli HBC'nin para cezasına çevrilmesini

---

142 VASİLİJEVİC, 254.
143 7. CD. 12.7.1965, 5943/4696.
144 CGK. 6.11.1967 240/281; ERMAN, Ticari Ceza Hukuku, 248.
145 VASİLİJEVİC, 254.
146 JESCHECK, XX.

kolaylaştırdı ve caza siyasetini değiştirdi[147].

Almanya'nın Hesse eyaletinde 1981 yılından beri (ki öncesi ödenmeyen para cezası hapse çevriliyordu) kar gayesi gütmeyen kamu hizmetinde çalıştırılarak ödemeleri imkanı sağlanır. C. Savcısı, cezasını ödemeyeceğine kanaat getirdiği hükmüyle topluluk çalışması (community work) için tebliğ yapar, imkan olunca sosyal hizmet önerir. Hükümlerinin %30'u bu öneriye uymaktadırlar[148].

Ülkemizde Ödenmeyen Para Cezasının Hapse veya Diğer Tedbirlere Çevrilmesi

Para cezalarının ceza olması, ödenmediği takdirde hapse veya başka bir tedbire çevrilme özelliğine dayanır[149].

Doğrudan hükmedilen veya kısa süreli HBC'den çevrilen para cezasının infazını C.Savcılığı 647 SK m. 5'deki prosedüre göre yapar.

18 yaşından küçükler ile daha önce 30 güne kadar hapse mahkum edilenler para cezasını ödemeseler bile para cezası hapse çevrilemez. Bunun dışındakilerin cezaları hapse (bir gün 10.000 TL. hesabı ile ve 3 yıldan fazla olmamak şartıyla) çevrilir. Bu hapsin infazında şartla tahliye hükümleri uygulanır[150].

Mahkumların istekleri halinde para cezaları çalışma tedbirine çevrilebilir. Kanundaki (647 SK m 5/XI) ifade "çalıştırılabilir" şeklinde olduğu için C. Savcısının takdirine bağlıdır. Adalet Bakanlığının 6.9.1973 tarihli genelgesinde aynı görüş belirtilmiştir. (Ceza İşleri Genel Müd. 41104 sayılı).

---

147 SCHÄDLER, 236.
148 SCHÄDLER, 232.
149 DÖNMEZER, TCK 50 Yılı, s. 312.
150 İnfaz Tüzüğü m 92/son.

647 SK'nun ilk şeklinde ödenmeyen para cezalarının çalışma tedbirine çevrilmesi sistemi benimsenmiş ve para cezasının tahsilini sağlamak amacıyla ücretin bir kısmının tutularak ceza ödeninceye kadar hükümlülerin malları üzerinde tedbir konulmasını da düzenlemişti. Bir türlü uygulanamayan bu hüküm 1712 SK ile değiştirilmiş ve 1973 yılında hapse çevirme sistemine dönülmüş ve hükümlülerin malları üzerindeki tedbir koyma imkanını da kaldırmıştır[151]. Ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi geriye dönüşü ifade eder. Modern infaz biçimini ortadan kaldırdığı için uygun olmamıştır[152]

151 DÖNMEZER-ERMAN, II/782.

152 DONAY, Türk Hukukunda Para Cezaları in Tck'nun 50 Yılı ve Geleceği, İst. 1977, s.286.

BİBLİYOĞRAFYA

AKDEMİR, S.:Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, İzmir 1988.
AKGÜNDÜZ, A.:Osmanlı Kanunnameleri, İst. 1990.
AKŞİT, M. C.:İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İst. 1976.
ALİNGE, Curt.:Moğol Kanunları (Çev. ÜÇOK, C) Ank. 1967.
AMİR, A.:et-Ta'zir Fi'ş-Şeriati'l-İslamiye, Kahire, 1969.
AMOR, M. Paul,:Mütekamil İnfaz Sistemi, Adalet Dergisi, 1960, S.IX, s. 708 vd.
ARSAL, S. M.:Hukukun Umumi Asasları, Ank. 1937.
ATAR, F.:İslam İcra-İflas Hukuku, İst. 1990.
AVCI, M.:Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler, İst. 1994.
AYDIN, M. A.:Ceza Maddesi TDV İslam Ans.
BAECHTOLD, A.:La Protection der Personnes Condamnees a des altern atives a la privation de liberte, (HEUNİ).
BARDAKOĞLU, A :Ceza Maddesi TDV, İslam Ans.
BARDAKOĞLU, A :Diyet Maddesi TDV, İslam Ans.
BEHNESİ, A, Fethi: el-Mevsuatu'l-Cinaiye Fi'l-Fıkhi'l-İslami, Beyrut,1991.
BISHOP, N.:Non-Custodial Alternatives in Europe, Finland, 1988.
BİLMEN, Ö.N.:Hukuku İslamiye ve Istılahat Fıkhiye Kamusu, İst. Ty.
el-BUTİ, M.:Muhadarat Fi'l-Fıkhı'l-Mukaran, Dımaşk, 1981.
el-BUTİ, M.:Davabitu'l-Maslaha, Beyrut, 1982.
CİN-AKGÜNDÜZ:Türk-İslam Hukuku Tarihi, İst. 1990.
COELHO, H.Perade :The Need for a wide under Standing of non-custodial Alternatives imposed by the courts (HEUNİ).
DAĞCI, Ş.:İslam Ceza Hukukunda Şahısları Karşı Müessir Fiiller, Ank. 1996.
DONAY, S.:Para Cezaları, İst. 1972.
DONAY, S.:Türk Hukukunda Para Cezaları (in TCK'nin 50 Yılı ve Geleceği), İst. 1977.
DÖNMEZER, S.- ERMAN, S.:Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İst. 1994.

ERDOĞAN, M.:İslam Hukukunda Ahkamın Değişmesi, İst. 1990.
EREM, F.:Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ank. 1984.
ERMAN, S.:Ticari Ceza Hukuku I, İst. 1992.
el-FAZİLAT, C.M. :Sukutu'l-Ukubat fi'l-Fıkhı'l-İslami, Ürdün, 1987.
GÖKCEN, A.:Tazminat Devri Ceza Kanunları ve Ceza Müeyyideleri, İst. 1989.
HAMİDULLAH,M :İslam Peygamberi (Çev. S.TUĞ) İst. 1980.
HEYD, U,:Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat (çev. S.EROĞLU), AÜİFD, XXVII, S.633 vd.
el-HUSARİ, Ahmed: es-Siyasetü'l-Cezaiye, Beyrut, 1993.
İBN ABİDİN, M. Emin: Reddu'l-Muhtar, İst. 1984 (ofset).
İBN AŞUR, M.:İslam Hukuk Felsefesi (Çev. M.ERDOĞAN-V.AKYÜZ) İst. 1988.
İBN HÜMAM, K. :Fethu'l-Kadir, Mısır, 1970.
İBN KAYYIM,:et-Turuku'l-Hukmiye, Kahire, 1977.
İBN KAYYIM,:İ'lamu'l-Muvakkiin, Beyrut, 1991.
İBN ŞIHNE, Ebul Velid İ.:Lisanu'l-Hukkam, Kahire, 1973.
İBN TEYMİYE,:Hisbe (Çev. AKYÜZ) İst. 1989.
JESCHECK, H.H.:Alman Ceza Hukukuna Giriş, in İÇEL-YENİSEY, Ceza Kanunları, İst. 1990.
KARADENİZ, Ö.:Roma Hukuku, Ank. 1989.
KARAMAN, H.:İslam Hukuku Tarihi, İst.
KARAMAN, H.:Mukayeseli İslam Hukuku, İst. 1982.
el-KARDAVİ, Y.:Şeriatu'l-İslam, Beyrut, 1987.
el-KASANİ, Ebubekir, A. :Bedaiu's-Sanai, Beyrut, 1982.
KETTANİ, Abdulhay :et-Teratibu'l-İdariye (Çev. A.ÖZEL), İst. 1991.
KUHN, C.:The work of NGO and other organisation (HEUNI)
KUNTER, N.:Ceza Muhakemesi Hukuku, İst. 1986.
MUMCU, A.:Osmanlı Devletinde Zulum, Ank. 1985.
OKANDAN R.G.:Umumi Hukuk Tarihi, İst. 1951.
OKANDAN, R.G. :Kadim Yunanda Hukuki Müesseler, İÜHFM, XVII/2
ÖNDER, A. :Ceza hukuku genel hükümler, ist. 1992.

İNGİLİZ PERSONEL REJİMİ

Şenol DURGUN*

Sanayi devrimiyle başlayan, 19. ve 20. yüzyılda•artan bir hızla devam eden idari yapılaşma, her ülkede farklı şekillerde olmuştur.Çünkü bu devrimin yol açtığı çığır, her toplum nezdinde farklı yankılar yaratmıştır. Yine de bazı hususlarda -ülkelerarasında- ortak yönler oluşmuştu. Bunların başında ise, rasyonel düşünce ve davranma bulunmaktadır. Zaten "modern çağ" diye adlandırılan dönemin temelinde de bu yatmaktaydı. Böylece devletlerin oluşan bu yeni düşünce tarzı ekseninde, yeniden yapılaşmaya çalıştıklarını görüyoruz. Her ne kadar bu düşünce tarzının yol açtığı idari yapılaşma, ülkeden ülkeye farklı özellikler gösterse de, hepsinin temel özelliği pragmatik yön taşımalarıydı. Artık eski yapının korunması ve kutsal olarak algılanması düşüncesi, yeni anlayışla terk edilmişti. Bu durum, ülkelerin idari yapılaşmasındaki değişikliği hızlandırmıştı. Nitekim bu zamana kadar, kendilerini mevcut otoritenin kulu olarak gören devlet ricali ve çalışanlarının başarılılıği, onun otoriteye olan sadakati esasına göre ölçülmekteydi. Oysa, bundan sonra, değerlendirme, idari yapıda çalışanların işin ehli olup olmadığına göre yapılmaya başlanmış oldu. Yani çalışanların işe alınmasında duygusal (hissi) hareket tarzı terk edilerek alınacak olanın işe uygun olup olmadığı esasında -rasyonel düşünce tarzına göre yapılması- benimsenmişti. Zamanla değişen ve gelişen hayat ve idari şartların daha komplike bir hal alması karşısında, işin mahiyeti daha da karmaşıklaşmış ve uzmanlık gerektirir nitelik kazanmıştı. Böylece değişik ülkelerde bu hususla ilgili olarak, çeşitli çalışmaların yapılmaya başlandığını görüyoruz. Nitekim ilk kez personel yönetiminin varlığına da, bu gelişmeler

---

* Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü öğretim elemanıdır.

sonucunda tanık oluyoruz. Çünkü idari sistemin düzenli çalışabilmesi için personelin seçimi önemliydi. Zaten buradaki amaç da, işe en uygun insanların alınmasını ve bu insanların örgüt içerisinde uyumlu bir tarzda hizmet etmesini sağlamaktı. Bunun için sanayi devrimini yaşayan veya yakından etkilenen ülkelerde, bu tip çalışmaların erken başladığını görüyoruz. Diğer bir ifadeyle, personel rejimlerinin varlığını, diğer ülkelere nazaran, önceden görüyoruz. Zira ülke idari yapısının bel kemiğini oluşturan personelin rasyonel bir tarzda çalışmasını sağlamak, kalkınma için zaruriydi. Ancak, bu şekilde her ülke, farklı bir yapılaşma arzetmekteydi. Çünkü her ülkenin sosyo-kültürel şartları farklı idi. Nitekim sanayi devrimi bütün Avrupa'yı etkilemesine rağmen, Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde farklı yankılar, etkiler bırakmıştır. Biz de bu makalemizde sanayi devriminin doğduğu, büyüdüğü İngiltere'de; oluşan personel rejiminin genel olarak geçirdiği aşamaları ve mevcut yapısını, değişik yönleriyle ele alarak incelemeye çalıştık.

I. GENEL OLARAK İNGİLİZ PERSONEL SİSTEMİ

İngiliz Personel Sisteminin yönetim stili daha çok evrimci bir çizgi takip etmektedir[1]. Başlangıç noktası İngiliz kraliyetinin 17. yüzyılda Parlamento üzerindeki otoritesini kurma isteğinin başarısızlığa uğramasına dayanmaktadır. Çünkü, tarihte kuvvetli şahsiyetler iyi bir düzen ve idare kurmuşlardı. Oysa, bu yüzyıldan itibaren idarenin genel yapısı öyle değildi. Atama, çalışma, nitelikli eleman ve ödemeler arasında düzenli bir uyum bulunmuyordu. Genelde kraliyet çalışanları, uyarısız, tazminatsız ve nedensiz olarak idari personelini atayabilmekteydi. Fakat, 18. yüzyıldan sonra bu durumun kaybolduğunu ve krallığın gereksiz işten çıkarma

---

1 GROCOTT, Martın; "Civil Service Management", Ed. by; Taylor, Ian-POPHAM, George; An Introduction To Public Sector Management, London, 1989, p. 114.

durumunun sona ermiş olduğunu görüyoruz[2]. Ancak, her ne kadar İngiliz Personel Sistemi uzun bir geçmişe sahip olsa da, çağdaş bazı özellikleri, 17. yüzyılda da görülmektedir. Çünkü, İngiltere'de asla Amerikan tipi bir yağma sistemi (spoils) söz konusu olmadı. Buna rağmen, tarihsel açıdan ele alındığında görülecektir ki, 19. yüzyılın ortalarından önce İngiltere'de birleşmiş, bütünleşmiş tek bir sivil servis yoktu. 18. yüzyılın sonlarında 20.000 çalışan (civil servant) (1 ocak 1987 rakamlarına göre 507.000 civil servant bulunmakta) bulunmaktaydı. Bu 20.000 çalışan, belli bir kurallar dizisi dahilinde ve tek bir kuruluş (Agency) tarafından işe alınmamışlardı. Aksine alanında patronaj olan kurumlar tarafından işe alınmışlardı. Yani 19. yüzyılın ortalarından önce genel olarak işe alma, kontrol etme ve her kurumun uyacağı örgüt ilkeleri yoktu. 20. yüzyılda yönetim fonksiyonlarındaki artışa paralel olarak, kamu yönetiminin verimli olması artık zorunluluk arz etmişti[3]. Bu açıdan patronaj atamalarının, artan yönetim fonksiyonlarının ihtiyaçlarını karşılamada ehliyetli olmaması karşısında birtakım düzenlemeler, 19. yüzyılın sonlarına doğru ihtiyaç olarak görülmeye başlandı. Nitekim Kasım 1853'de İngiliz Personel Sisteminde yeni düzenlemelerin yapılabilmesi için Northcote-Trevelyan Raporu yayınlanır. Bu rapor, aynı zamanda modern İngiliz Personel Sistemi tarihinin başlangıç tarihi olarak da kabul edilmektedir[4]. Yani bu raporla, modern sivil servisin temeli atılmış oldu[5]. Bu rapor, nepotism (kayırmacılık), yetersiz eğitim,

---

2 MACKENZIE, W.J.M. -GROVE, J.W.; Central Administration In Britain, London 1957, p. 3-4.

3 MACRAE, Stuart -PITT, Douglas, Public Administration: An Introduction, London 1985, p. 79.

4 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; Modern Goverments, The Goverments of the UK: Political Authority in a Changing Society, Second Edition, London 1985, p. 97.

5 MACRAE, Stuart -PITT, Douglas; a.g.e., p.80.

güçlüklerden kaçınma, gelişmeye karşı isteksizlik, servisin parçacıl karakterini, uygun personeli istihdam etmedeki başarısızlıkları mahkum etmişti[6]. Raporun en önemli sonucu, patronaj ve nepotismin tamamen reddedilmiş ve liyakat sistemine dayalı sürekli bir kariyer sisteminin kurulmasını önermiş olmasıdır.

1870'de ise Düzenleme Kurulu (Order-in-Council) bu önerileri yürürlüğe koymuştu. Tüm Sivil Servis için genel (ortak) istihdam (recruit) işlemleri, bağımsız Sivil Servis Komisyonu tarafından -açık, yarışmacı sınavla- yapılması kabul edilmişti[7].

1900'lara gelindiğinde ise, Sivil Servisin karakteri değişmeye başlamıştı. 22 Temmuz 1920'de Düzenleme Kurulu (Order-in-Council) tarafından idarenin organizesi için Hazine'nin (Treasury) genel sorumluluğu resmen tanınmış oldu. Bu durum hazineye, majestelerinin sivil personelini yerleştirmede genel bir güç vermişti[8]. Nitekim, 1960'larda var olduğu gibi, Sivil Servisin yüksek mevkilerine giriş hususu, kolayca açıklanabilmekteydi. Çünkü, Personel Sistemine giriş bu zamanlarda liyakat ilkesine göre yapılmaktaydı. Aynı şekilde, işe alma ve yerleştirmede (recruitment), amaca uygun sınavlarla yapılmaktaydı. Yani açık ve yarışmacı sınavlarla işe eleman alınıyordu. Artık önceden varolan patronaj sistemi kademeli olarak kaldırılmıştı. Her ne kadar bu sistem diplomatik serviste uzun dönem devam etmişse de Home Sivil Serviste kaldırılmıştı* [9].

---

6 GROCATT, Martın; a.g.m., p.114.

7 MACRAE, Stuart -PITT, Douglas; a.g.e., p.80.

8 MACKENZIE, W.J.M. -GROVE, J.W.; a.g.e., p.8.

* İngiltere'de Sivil Servis iki kısma ayrılmaktadır: İç Sivil Servis (Home Civil Service) ve Dış İlişkiler Servis (Diplomatic Civil Service). Bu ayırımda eski kolonial Sivil Servis hariç tutulmaktadır. Yani ayrı bir kategoride değerlendirilmektedir. Çünkü, Kolonial sivil servisin çalışanları, bulundukları

Aynı şekilde sivil servis, varlığını statüye değil, kraliyetin öncelikli güçlerine boçludur. -Commen hukukun bir maddesi gibi-. Kraliyet, başka herhangi bir özel hukuku. çalışanlarına (sivil servant) uygulama peşinde değildir. Sadece çalışanlarını disipline etme çabası içerisindeydiler. Bu bakımdan Commen hukuku, statü gibi, hukuk biçiminde tutulabilmektedir. Bu nedenle İngiliz Personel Sistemi gerek bu açıdan ve gerekse tarihsel açıdan çoğu diğer Avrupa sivil servislerine tezat teşkil etmektedir. Çünkü, İngiliz Personel Sisteminin açıklaması, kısmen gelenekler ve tecrübelerle yapılmaktadır. Yalnız bazı durumlara da, resmi kaynakların çeşitli yerlerine referans yapılarak sınırlama konulabilmektedir[10].

Üst kesimlerde (strata) Personel Yönetimi çalışmaları ise daha çok yönetsel olmaktadır. Bundan kastedilen ise, işin organizesi, çeşitli kurumların işlerinin planlanması, bakanlara kurumla ilgili politik danışmanlıkta bulunması, birincil ve ikincil aşamalarda yasaların hazırlanmasıdır[11].

İngiliz Personel Sistemini tanımlayan genel bir statü yoktur. Ama bu demek değildir ki, Personel Sistemi kanunla düzenlenmemiştir. İç işlerinde Düzenleme Kurulu (Orders-in-Council) tarafından Sivil Servis düzenlenmiştir. Düzenlemenin çerçevesi ise kanundur. Ama kanun kraliyet tarafından yapılmıştır, parlamento tarafından değil. Yani İngiltere'de bazı şeyler hala patriarchal olarak tutulmaktadır. Parlamento statüsünün gerektirdiği özel işlemleri zaman zaman düzenlemektedir. Yalnız Personel Sistemi parlamentonun eseri değildir ve Personel Yönetimi çalışanlarına da güç vermemektedir. Daha çok bakanlara güç sağlamaktadır[12].

ülkenin bütçesinden hak edişlerini (emeklilik, ücret vs. gibi) almaktadır. Daha geniş bilgi için bkz. MACKENZIE, W.J.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p.13.

9 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; a.g.e., p.97.

10 MACKENZIE, W.J.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p.11.

11 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; a.g.e., p.97.

12 MACKENZIE, W.J.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p.13.

Bu bakımdan genel olarak İngiliz bürokrasisine yapılan eleştirilerin iki farklı yol takip etmiş olduğunu görüyoruz. Nitekim 1964'te iktidara İşçi Partisi'nin dönüşü ve 1979'da Muhafazakarların zaferi arasında esas önem verilen husus, İngiliz Personel Sisteminin kazanmış olduğu (göstermiş olduğu) karakter ve niteliktir. Özellikle 1979'dan sonra Personel Sistemi rolü ile ilgili tartışmalarda, İngiliz Sivil Servisinin tarihinde görülmediği oranda farklı hususlar görülmüştür. Sözgelimi, kurumların verimliliğini yükseltebilmek için personel sayısında sınırlamalara gidilmiş, kurulların iç dizaynları yeniden gözden geçirilmiş ve tasarruf sağlayıcı tedbirler alınmıştır[13]. Bunun neticesinde 1979'da Personel Yönetiminde çalışan ve sayısı 730.000 olan personel sayısı (Civil Servant), 1983'te 640.000'e düşmüştür[14]. 1 Ocak 1987 rakamlarına göre ise, yaklaşık olarak bu sayı 507.000'e kadar inmiştir[15]. Böylece -1979'dan sonra- personel indirimindeki artıştın dolayı; yarıdan fazla büyük bir verimliliğin elde edilmesi, merkezi hükümetin fonksiyonlarının % 20 oranında kısılması ve % 10 oranında özel sektöre fonksiyonların devredilmesinin etkisi büyük olmuştur. Elbette bu sonuçların alınmasında, diğer bir deyişle modern İngiliz Personel Sisteminin tarihi gelişiminde temel rolü oynayanlandan birisi, yukarıda da açıklandığı gibi Northcote Trevelyan Raporu ise, diğeri 1966 yılında Lord Fulton'un başkanlığı altında kurulmuş bulunan Fulton Komitesinin yapmış olduğu çalışmalardır. Özellikle Fulton Komitesinin -yakın zamanda kurulduğu için- çalışmalarının etkileri, halen daha günümüz İngiliz Personel Sisteminin üzerinde yoğun olarak devam etmektedir. Çünkü bu komitenin kurulmasındaki amaç; Home Sivil Servisin (İç Sivil Servisin) eğitim, istihdam, yönetim yapısı ile ilgili araştırmalarda ve önerilerde bulunmaktı[16]. Nitekim Fulton

---

13 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; a.g.e., p.96.

14 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; a.g.e., p.97.

15 GROCOTT, Martin; a.g.m., p.111.

Komitesi yapmış olduğu çalışmalar sonucunda, Personel Sistemi çalışmalarını altı açıdan yetersiz bulmuştu. Buna göre ilk olarak görülen yetersizlik, cult of amateur'ların (inançlı amatörlerin) hala Personel Sisteminde tutuluyor olmalarıdır. İkinci olarak; idari yürütme ve katip (clerical)sınıflar arasındaki sert bölünmenin kariyer yapma durumunu sınırlandırmasıdır. Üçüncüsü ise; Scientist (bilim adamları) mühendisler ve diğer uzmanların en üst yönetim mevkilerinden hariç tutulmasıdır. Dördüncü olarak ise, bazı çalışanların (civil servant), yöneticilerin eğitime ihtiyaç duymaları, beşincisi servis çalışanları profesyonel olmaları ve toplumdan izole halde yaşamasıydı. Son olarak, personel yönetiminin eksik ve terfinin daha çok kıdem üzerine bağlı olmasıdır[17]. Komite bu değerlendirmelerden sonra, birtakım önerilerde bulunuyordu. Bunların bazıları; Sivil Servis Kuruluşu (Departmantı) adı altında yeni bir personel yönetimi kuruluşunun kurulmasıdır. Bunun başkanı ise, aynı zamanda Home Sivil Servisin başkanı olacaktır. Yeni kuruluş, Sivil Servis Komisyonu'nu da absorbe edecektir. Bu arada kurulmuş bulunan yeni Sivil Servis Koleji de yönetimde daha fazla profesyonelliğin ve eğitim düzeyinin geliştirilmesine katkıda bulunacaktır. Buna ilaveten Sivil Servis Kuruluşları, personel yönetim tekniklerini geliştirmeye yönelik faaliyetlerde bulunacak; "O ve M" yi yayacak ve modern yönetim tekniklerini bütünüyle teşvik edecektir[18]. Böylece Fulton Komitesi yapmış olduğu çalışmalarla merkezi hükümetin örgütlerine, Personel Yönetiminin etkinliği ve rolüne önemli katkılarda bulunmuş oldu. Nitekim komite çok radikal bir biçimde sınıf yapısının değiştirilmesi önerisinde bulundu. Çünkü komitenin amacı sınıfsız bir personel rejimi yaratmaktı. Zira, onlara göre bu ayrım suni idi, geçerliliği yoktu. Aynı şekilde komite, sivil servisin üst düzey yöneticilerinin Hazinenin sorumluluğundan alınması gerektiğini ve bu sorumluluğun

---

16 MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.100.

17 GROCOTT, Martin; a.g.m. p.115.

18 GROCOTT, Martin; a.g.m., p.117.

Sivil Servis Departmantı adı altında bir kuruluşa verilmesi gerektiğini savunmuştur. Çünkü Fulton, çoğu kuruluşların / dairelerin geleneksel yönetim yapısında zayıflık görmüştür. Ona göre, departmantların üst personeli günlük işlerle uğraşmakta, gelecekle ilgili işlere yeteri kadar önem vermemektedirler[19].

Elbette Fulton'un düşünceleri 1960'ların yönetim anlayışını yansıtmaktadır. Nitekim bu rapor ve önerilerden sonra, Personel Yönetimi hala maksimum verimi ve en iyi sonucu elde edememişti. Yine de önerilerin bugünkü İngiliz Personel Sisteminin bu duruma gelmesinde çok önemli etkileri olmuştu. Çünkü Fulton'dan sonra, çalışanların (sivil servant) bütün düzeyde eğitimi gelişmişti. Zaten bu amaç için, Sivil Servis Koleji kurulmuştu. Böylece, genel olarak baktığımızda, değişikliğe yönelik ilk hareketin 1966 yılında bu komite ile başlamış olduğunu görüyoruz.

1976-77 yıllarında ise Avam Kamarasının Harcamalar Komitesi, sivil servisle ilgili olarak bazı araştırmalar yapmıştı. Harcamalar Komitesi 1977-78'de Fulton Reformlarının tam olarak uygulanamamasından dolayı, değişimi geliştirmek için ek önerilerde bulunmuştu. Bu komite de daha çok eğitimle ilgili sorunlarla ilgilenmişti. Komite de Oxford ve Cambridge'nin diğer üniversiteler üzerindeki hakimiyetinden rahatsızlık duymuştu. 1979 yılında da Muhafazakar Hükümetin kurulmasıyla, devletin rolü azaltılmaya ve Personel Yönetiminin genişlemesi durdurularak maliyetler düşürülmeye ve kamu sektörüne de özel iş ahlakı ve ilkelerin getirilmesine çalışıldı[20]. Bunun için muhafazakar hükümet anılan bu durumları yapabilmek için 1979'dan sonra önemli değişiklikler yapmıştı. Thatcher'ın iktidara gelişiyle, genel olarak kamu harcamaları azaltılmış, israf giderilmiş,

---

19 MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.103.

20 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; a.g.e., p. 107.

bürokrasinin ölü tarafları kaldırılmıştı. Yani yeni tip muhafazakarlık öncekilerin aksine, örgüt işlerinin klasik ideallerinin izleyicisi değildi[21]. Nitekim Sivil Servis Kuruluşu (Department) kaldırılmış, Personel Yönetimi ile ilgili olarak Yönetim ve Personel Ofisi (Management And Personnel Office) Kabine Ofisinde (Cabinnet Office) kurulmuş oldu[22]. Böylece bu yeni kuruluş bağımsız olma gibi bir durumu olmaksızın, kabinenin bir parçası olmuştu. Bunun esas amacı (Yönetim ve Personel Ofisi); ileriye dönük çalışmalar yapmak, verimlilik elde edici çalışmalarda bulunmak ve personel yönetiminde yönetsel kabiliyetli olanları teşvik etmek ve ödüllendirmekti. Buna göre, yapılan yeni düzenlemelerle uygulamaların açıkca Hazine ile Yönetim ve Personel Ofisi (Management And Personnel Office) arasındaki uygulamalara dayandığını görmekteyiz. Mayıs 1982'de ise bu işbirliğini daha da bir düzene oturtmak için Hazine/Kabine Mali Yönetim Birimi (Treasury/Cabinet Financial Management Unit) kurulmuş oldu. Bu birim ise çeşitli danışmanlık eğitim ve seminer programlarının sorumluluğunu üzerine almıştı. Her ne kadar bu ünite 1983 sonunda kapanmışsa da, çalışmaları 1984'ün sonuna kadar uzamıştı[23].

Buna göre, genel olarak bakıldığında görülmektedir ki, İngiliz Personel Yönetimi'nde personelin % 56'sı, katip (clerical) düzeydedir. Sadece % 5'i yüksek düzeyde görevlendirilmiştir. Çalışanların (memurların) % 76'sı Londra dışında istihdam edilmektedirler. 1982 yılına göre İngiliz Personel Yönetiminde 12 iş grubu 28 genel servis sınıfı ve 2500 kurumsal sınıf (departmental grades) bulunmaktadır[24].

---

21 GROCOTT, Martin; a.g.e., p. 119.

22 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; a.g.e., p. 112; GROCOTT, Martin; a.g.e., p. 119.

23 BELOFF, Max And PEELE, Martin; a.g.e., p. 113.

24 BELOFF, Max And PEELE, Martin; a.g.e., p. 116.

II. İNGİLİZ PERSONEL SİSTEMİNİN YÖNETİMİ

Bütün karmaşıklığına rağmen, endüstriyel olmayan (non-ındustrial) Personel Sistemi, personel yönetiminin amaçları için, tek bir organ gibi ele alınmaktadır. Nitekim çoğu sorumluluklar, daireler (departmant) ve daire içlerine desentralize edilmişlerdir. Genelde burada anlaşmazlık (ihtilaf) ve baskı vardır. Yalnız bunlar uzun süreli değildirler. Bütün sorunlar, 600.000 dolayında olan ve birbirleriyle ilişkili olan insanları etkilemekte ve bu sorunlarla ilgili kararların odağı olan Hazine'nin içine kadar uzanmaktadır[25]. Bu bakımdan sivil servisle ilgili olarak Hazine'nin resmi gücü üç bölümde toplanmaktadır. İlki Kraliyet çalışanlarının, bütün sorunlarının düzenlemelerinde önceliğe sahip olmasıdır. Öncelikli durumlar ise, özel bir statü ile belirlenmişlerdir. Düzenlenmesinin en formal biçimi Düzenleme Kurul(Orders-in-Council)larıdır. Bu da bakanın tavsiyesi üzerine yapılmaktadır.

Hazine (Treasury), Majestelerin sivil idaresinin yönetimini kontrol edebilmekte ve düzenleme yapabilme yetkisine sahip olmaktadır. Kişilerin servis sınıflandırmaları ücret ve sürekli ve geçici istihdam edilmeleri hususları da görevleri içinde bulunmaktadır. Bundan dolayıdır ki Hazine, geniş bir otoriteye sahip bulunmakta ve çok nadir olarak, Hazine dışında Düzenleme Kurulu'na (Orders -in- Council) gidilmektedir. Hazinenin geniş gücüne rağmen, bakanlar hala kurumların idaresi için bireysel olarak sorumlu tutulmakta ve bir bakan bağlı kuruluşun idaresini düzenlemek için öncelikli güce sahip olmaktadır. Memurlar kurum tarafından servise resmi olarak atanmaktadırlar. Buradan da görüldüğü gibi, İngiliz Personel Sisteminde hiyerarşi bulunmaktadır. Hiyerarşinin temeli ise Estacode'ye dayanmaktadır. Estacode;

---

25 MACKENZİE, W.J.M. -GROVE, J.W.; a.g.e., p. 32.

Düzenleme Kurulu (Orders-in-Council), Hazine Düzenlemeleri (Treasury Regulations), Hazinenin Eğitimleri (Treasury Instructions), Kurumsal Düzenlemeler (Departmental Regulation), Kurumsal Eğitimler (Departmental Instructions) Sivil Servisin düzenlenmesi ile ilgili genel kuralları ihtiva etmektedir. Yerleşik (establishment) bütün dairelerin başvuru kaynağıdır. Estacode'ye herhangi bir madde eklemek veya çıkarmak, Daireler tarafından onaylamasına bağlıdır. Haliyle Estacode, bütün Sivil Servis Personel Kuruluşlarında (derneklerinde) mevcuttur, ama yazılı (basılmış) değildir[26]. İkinci olarak, kraliyet personelini ayrıcalıklı şekilde düzenleyebilmektedir. Yalnız Parlamento tarafından sağlanan birliğin dışında istisnai olarak, onlara ödeme yapılmamaktadır. Bu durum teoriye 1689 devrim yıllarında konulmuştu. Bunun için Parlamentonun kontrolünü sağlamak için, etkili prosedür 19. yüzyılın ortalarına kadar verilmemişti. Parlamentonun ilgisi bütün kuruluşlarla ilgili karar almak ve resmi olarak Avam Kamarası tarafından onaylanmaktır. Yalnız kamaranın onaylaması için Kabine tarafından da onaylanma gerekmektedir. Kabineye ulaşmak için ise de, ilk olarak onları Hazine'ye sunmak / teslim etmek gerekir. Bu bakımdan Hazine, ücretlerin bütün sorunları üzerinde bekçi gibi durmaktadır. Üçüncü olarak Hazine çok özel statüler altında düzenleyici organ gibi de hareket edebilmektedir. En önemlisi seri (silsile) Emeklilik Sözleşmesine (Superannuation Act) devamlı referans yapmasıdır. Bunlar yönetsel açıdan önemlidir. Çünkü, Hazineye, çeşitli açılardan birtakım düzenlemeler yapmak için yetki verilmiştir. Diğer taraftan Hazinenin gücü sınırsız değildir. Bazı şeyler sadece Sivil Servis Komisyonu'nun (Civil Service Commission) rızası ile yapılabilmektedir. Örneğin, Sözleşmeyle belirlenmiş olan tazminatın, sadece Komisyondan sertifika almış olan memurlara (civil servants) ödenmesidir. Buna ilaveten çok sayıda ayrı ayrı kuruluşlara, Hazinenin de onayıyla, özel konularını düzenlemekle ilgili verilmiş statüler

---

26 MACKENZİE, W.J.M. -GROVE, J.W.; a.g.e., p. 33.

vardır. Bu statülerin bazıları Sivil Servisi etkilemektedirler. Kurumsal düzenlemelerinde de Hazine onayı istenmesi, çalışanların (civil servants) otorite ve görevleri ile ilgili, Hazine politikasının sadece genel çerçevesi içerisinde verilmiştir. Yine de I. Dünya Savaşı'ndan beri statü ile kurulmuş bulunan her yeni kuruluş (department) ve bu statülerin her biri bakana atamalarla ilgili özel bir güç vermiştir[27].

A. İŞE ALMA

19. yüzyılda karşılaşılan en büyük sorunlardan biri de işe almaların, atamaların hatır gönüle dayanması ve dolayısıyla işe alınan personelin kalitesinin düşük olması idi. Bu sorunu çözümlemek için atama ve işe alma işlemi yasal olarak bağımsız olan ayrı bir kuruluşa, Sivil Servis Komisyonuna verilmişti. Çünkü bakanlıklarda personel stratejilerinin önemli bir bölümünü oluşturan atamalar, kıdemli personel yöneticilerinin kontrolü dışında bir olaydır[28]. 1 Ocak 1971'de idari grubun teşkili konusunda yapılan değişikliklerle diğer üniversite mezunlarının da işe alınmalarında önemli bir değişikliği de beraberinde getirmiştir. Bu değişikliklerle beklenilen idari (Administrative class) sınıfa müdür yardımcısı olarak atanmış ve üst kademeler için ikmal kaynağı teşkil edecek üniversite mezunları için uzun vadede orta kademe yöneticilerin cazibesini güçlendirmektir[29].

Aynı şekilde yapılan değişiklikle, yetenekli genç bay ve bayan memurlara yeni atananlarla eşit şartlar altında süratli yükselme imkanı tanınmıştır. Genellikle de bu hükümler üç safhalıdır: Bir yazılı imtihan, personel seçim kurulu

---

27 MACKENZİE, W.J.M. -GROVE, J.W.; a.g.e., p.34.

28 Kamu Hizmetinde Esnek Personel Yönetimi (Çev. Refik Çiçek), Devlet Personel Başkanlığı Yayını, Anakara 1991, s. 14.

29 "İngiliz Personel Dairesinin İkinci Raporu" (Çev. Sezai TAŞKELİ), Türk İdare Dergisi, Yıl: 43, Sayı 336, Mayıs-Haziran 1972, s.125.

huzurunda test ve mülakat ile en son seçim kurulu tarafından yapılacak bir mülakattan oluşmaktadır[30]. Buna göre işe almada siyasal kriterlerin varlığını ingiliz Personel Sisteminde yer almadığını görüyoruz. Nitekim işe alma, politik kriterleri ortadan kaldırmak için, standart usullere göre yapılmaktadır[31].

Kısaca, İngiliz Personel Yönetiminde iki kuruluşun varlığının önemli bir etkisi vardır. Bunlardan birisi Hazine, diğeri ise Sivil Servis Komisyonu'dur. Bunlar personel sisteminin yönetiminde önemli ağırlığı olan kuruluşlardır.

1. HAZİNENİN YERLEŞİK BİRİMLERİ

Günümüzde Hazine içerisinde yedi yerleşik (ana) birim bulunmaktadır. Bunlardan uzman olmayan (non-specialist) Hazine sınıfının yönetsel durumları ve ödemelerle ilgili olarak çok karmaşık olan müzakereleri için, odak noktası daima ilk yerleşik (established) birimler olmaktadır. İstihdam (recruitment), terfi (promotion) ve emeklilik politikası (retirement policy) ikinci genel birimlerin ilgisi dahilindedir. Profesyonel, bilimsel ve teknik sınıflar bütün bu amaçlar için, ayrı birimlere sahiptirler. Müesseseleşme endüstriyel personeli de etkilemektedir. Dördüncü birim ise, emeklilik işlemlerinden sorumlu olmaktadır. Sivil Servisin tümü için bireysel tazminat ödemelerini yapmaktadır. Beşinci birim (daire) de, uzman olmayan (non-specialist) personelin, birimler içi görevleri ile ilgilenmekte ve Sivil Servisin dışından belli bir göreve birinin (civil servant) atanması gibi, kamu işbirliği durumlarını da ihtiva etmektedir. Belli sivil kuruluşların içindeki personel hesaplarının ve personel sayılarının kontrolü ve onların içinde istihdam edilmiş kurumsal (departmental) sınıfların ödeme ve dereceleri, altıncı dairenin (birimin) çalışmalarındandır. Benzer fonksiyonlar, Savunma kuruluşları, Arz (Supply)

---

30 "İngiliz Personel Dairesi ...", a.g.m., s.126.

31 TORTOP, Nuri: Personel Yönetimi, TODAİE Yayınları, Ankara 1992, s. 75.

Bakanlığı ve Bilimsel ve Endüstriyel Araştırmalar kuruluşlarındaki sivil personel içinde yapılmıştır. Bunlar silahlı kuvvetlerin ödeme ve aylıklarıyla da ilgilenmektedirler. Kalan kuruluşlardaki personelin kontrolü ise diğerlerinden ayrılmakta ve karışık daireler (mixed division) diye adlandırılan bu üçü tarafından yapılmaktadır.

Bazı idari sistemlerde, Hazine ve Sivil idare bu kadar yakın ilişki içerisinde değildir. Halbuki İngilterede sistem çok yakın ilişki içerisinde bulunmaktadır. Çünkü Hazinenin her bir birimi, bir diğeriyle çok yakın ilişki içerisinde ve faaliyetleri birbirlerini tamamlamaktadır.

Kuruluşlarla ilgili bakan kendisine bağlı kuruluşlardaki bütün atamalardan başlıca sorumlu kişidir. Yalnız iki önemli istisnası bulunmaktadır. İlki 1920'lerden beri daimi (devamlı) sekreteryalık, yardımcıları, bütün önemli mali memurlar ve üst personelin atamalarında başbakanın rızası gerekli olmaktadır. İkincisi ise, 1872'den beri her bir kuruluş mali bir personele sahiptir. Bu personel, kuruluştaki mali işlerin doğru bir şekilde gözlenmesi için, Avam Kamarasına karşı şahsi olarak sorumlu bulunmaktadır. Bunun atanması ise Hazine tarafından yapılmaktadır. Aynı şekilde, buna ilaveten idari sınıfın (Administrative Class) bütün üyelerinin kariyerleri ile ilgili kayıtlar Hazine'de tutulmuşlardır. Sadece Hazine, uzman sınıfın (specialist classes) kariyerleri için bu gibi genel bir sorumluluk taşımaktadır[32].

2. SİVİL SERVİS KOMİSYONU

Daha önce de vurgulandığı gibi, İngiltere'de Personel Komisyonu düşüncesi önerilmiş ve 20 yıl sonrasında da benimsenmiştir. Oysa bundan önceki sistem istismara açık bir

---

32 MACKENZİE, W.J.M. -GROVE, J.W.; a.g.e., p. 34-37.

Komisyon üyelerinden sertifika almaksızın, bir adayı atayamaz. Aynı şekilde kuruluş uygun bir sınıf için sınavı geçmiş bir bireyin atanmasını reddetme durumuna da sahip değildir. Sistemin dayandığı temel ilkeler açısından bakıldığında, Sivil Servis Komisyonu'ndan sertifika almış herhangi biri, özel bir sınıf için de göreve uygun demektir. Burada tayin gücü komisyon üyelerine verilmemiştir, yalnız atamaları görme yetkisi verilmiştir.

Komisyondan ise sertifika almanın belli temel esasları bulunmaktadır. Bunlar liyakat testi (Qualifying tests), yarışma testleri (competitive tests) ve istisnai olaylar (exceptional cases) dır. Liyakat testi ilk zamanlar çok sık kullanılmıştı. Ama birtakım rahatsızlıklar yaratmış olduğu için, şimdi sadece yarışmacı testin uygulanmadığı düşük derecedeki belli durumlar için uygulanmaktadır. Yarışmacı testlerde ise, yarışma iki sınıfta toplanmıştır. O da girişte açık veya sınırlı olmaktadır. Sınav ise yazılı, yazılı ve sözlü veya sadece sözlü şeklinde yapılmaktadır. Bunlar ise ilan verilerek gerekli niteliklere sahip adayların başvurması için kamuya duyuru şeklinde yapılmaktadır. Bu sınavlardan açık yazılı sınavlar, sadece düşük genel sınıflar (büro (clerical)), büro yardımcıları (clerical assistant) ve diğerleri için kullanılmaktadır. Yazılı ve sözlü açık sınavlar ise, idari (administrative) ve yürütme (executive) kategorisi için yapılmaktadır. Sadece mülakatlı açık sınavlar ise uzmanlık sınıflara (specialist classes) ve de çoğunlukla atamalar için uygulanmaktadır. İstisnai durumlar ise, çeşitli Kategorilere uygulanmaktadır. Nitekim teoride komisyon üyeleri, birey adayları tavsiye etmesi için test yapması gerekir. Fakat, bu işlem çok nadir uygulanmakta ve önemsiz olmaktadır[36].

Böylece Sivil Servis Komisyonunun kurulmasıyla sivil servisin verimli işlemesi için, herşeyden önce ilk olarak yasal

---

36 MACKENZİE, W.J.M. -GROVE, J.W.; a.g.e., p.41-42.

çerçeve kurulmuş oldu. Bununla birlikte işe alma, yükselme gibi durumlarda objektif kriterlere göre uygulama yapma imkanı doğmuş oldu. Liyakat ilkesinin uygulanması basit bir şey değildir. Kurum içerisindeki boş bir yer için mümkün olan en iyi elemanın seçilmesi, ideal olarak sistematik yaklaşımı gerekli kılmaktadır. Bunun için, boş olan ve istenilen iş yeterince tanıtılmış olmalıdır. İş analizi yapılmalıdır.

Aynı şekilde bunu izleyen bilgilerin de sınav kapsamına dahil edilmeleri gerekir. İşin adı, işin kimler tarafından yapılacağının belli olması, diğer personelin sayısı, işi yapan kişilerin sorumlulukları, terfi rotası, işin esas gayesi, çeşitli görev veya aktiviteleri, hangi güçlükleri içerdiğini ve özel sorumluluklarını kapsamalıdır. Yani normal olarak "iş" le ilgili olarak (gazete ve diğer kitle iletişim araçlarıyla) duyuru yapılması, başvuru formlarının temin edilmesi ve bütün ilgili bilgilerin sunulmuş olması gerekir[37]. Ondan sonra işe eleman alma durumu sözkonusu olmaktadır. İlki, direk giriş yoludur. Açık yarışmacı sınav sistemi ile yapılan sınavla, boş yerlere eleman alınmaktadır. İkincisi ise özel bir kategori için eleman alımıdır ki, burada kullanılan yol ya terfidir ya da transfer (nakil) dir. Yani eleman ya terfi ettirilerek boş yerler doldurulmakta ya da sınıftan sınıfa transfer ettirilerek[38]. Ancak son zamanlarda devlet memurlarının büyük bir kısmının atama haklarının komisyondan alınmasına karar verilmiştir. 1991 yılından beri kuruluşlar atama işlemlerini kendileri yürüteceklerdir[39].

Zaten İngiliz personel sisteminde yerleştirme (recruitment) kurumsal olarak değil, merkezi olarak yapılmaktadır. Bundan da Sivil Servis Komisyonu sorumlu olmaktadır. Bu komisyon işe almanın liyakat ilkesine uygun bir

---

37 WALLIS, Malcolm; a.g.e., p.148-149.

38 MACRAE, Stuart - PITT, Douglas; a.g.e., p.88.

39 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; a.g.e., p.98.

tarzda yapılması için kurulmuş ve bağımsız bir organdır. Bu bağımsızlık ise; bakanlık patronajına karşı bir garantilik teşkil etmektedir.

B. LİYAKAT İLKESİ

İngiltere'de liyakat ilkesinin gelişmesi Civil Servis Komisyonu'nun gelişmesi ile paralellik arzetmektedir. Nitekim 1855 yılında Kraliçe Viktorya'nın çıkardığı bir kararname, Civil Servis Komisyonunun kurulmasının başlangıcı, aynı zamanda patronaj sisteminin terki, personel yönetiminde liyakatın uygulanmasının başlangıcı olmaktadır. Çünkü bu komisyon- İngiliz İdaresine girecek gençlerin niteliklerini tesbit etmekle görevli kılınmış bir komisyondur. Bununla beraber komisyon üyelerinin yetkileri liyakat açısından dar tutulmuştur. Bunlar şu şekilde sınırlandırılmıştır:

1. Uygulanacak yaş haddinin kontrolü
2. Görevlerini yapmaya etkili hastalık ve sakatlık hallerinin tesbiti
3. Ahlak durumunun tayini
4. Gerekli bilgi ve kabiliyetlerin belirtilmesi.

Bu sınırlı görevler içinde çalışan Komisyon, asıl atamaya yetkili bakanlık ve dairelere yardımcı olmakla yetiniyordu. Yapılan imtihanlar açık yarışma sınavları değildi. Sınırlı bir ehliyet sınavı niteliği taşıyor ve atamaya yetkili daire amirine tam bir takdir hakkı bırakılıyordu[40]. Buna göre İngiliz Personel Sisteminde liyakatın önemli bir etkisini görmekteyiz. Nitekim bu ilkenin etkisini ve ağırlığını korumak için komisyonun oluşumunda titizlik gösterilmektedir. Komisyon üyeleri, devlet memuru statüsünde olmakla beraber, Başbakan'ın teklifi ve kralın tayini ile iş başına getirilmektedir. Böyle bir prosedürün takip edilmesinin nedeni komisyonun politize olmasını önlemek ve onun objektif kriterlere göre davranmasını sağlamaktır.

---

40 ADAL, Hasan Şükrü; Kamu Personel İdaresi, İstanbul 1968, s. 106.

Nitekim, Komisyonla ilgili atamalar, hala bu şekilde yapılmaktadır. Parlamentodaki siyasi partilerin, Komisyon üyelerinin atanması hususunda bir anlaşmaya varmak, geleneksel bir usul olarak devam etmektedir. Böylece tarafsız, her türlü tesir ve müdahalelerin üstünde kalacak özerk bir kuruluş, İngiliz liyakat sisteminin kurulmasında ve uygulanmasında etkili olmaktadır[41]. Nitekim memur, partilerin ve partililerin aleti olmaktan ancak bu liyakat ilkesi ile kurtulmuş, halk arasındaki idarenin prestiji bu sayede sağlam kalmıştır[42]. Böylece İngiliz sisteminde memurların siyasal bağımlılığının olmadığını görüyoruz. Buradan hareketle memurların meclis seçimine giremeyeceklerini, politik konularda yazamayacakları, konuşamayacakları, partilerin politikalarında aktif rol oynayamayacakları,[43] sözkonusu olmaktadır.

Kısaca, İngiltere'de bugün görev süresinin her safhasında çok gelişmiş bir liyakat sisteminin başarı ile uygulandığını görüyoruz. Buna göre, açık yarışma sınavları ile boş kadrolara memur alınmakta, ancak bu kişilere liyakat usulleri uygulanmaktadır.

C. KARİYER İLKESİ

Kariyer ilkesi, kamu personelinin, kamu idaresi içerisinde haklarını, garantilerini, yükümlülüklerini güvenliklerini ve tüm hizmet şartlarını objektif kurallar halinde belirten statüler içinde ve sınıflandırılmış ihtisas gruplarında sürekli çalışarak ve yetişerek, idari hiyerarşide yükselerek kamu hizmetlerini yürütmesi halidir[44]. Yani kişilerin çalıştıkları iş alanlarında, işin gerektirdiği bilgi, beceri, tecrübe ve davranışlar ve yükselme

---

41 ADAL, Hasan Şükrü; a.g.e., s.106.
42 ADAL, Hasan Şükrü; a.g.e., s.107.
43 TORTOP, Nuri, a.g.e., s.75.
44 ADAL, Hasan Şükrü; a.g.e., s. 132.

şartlarına göre aşamaları katetmek suretiyle bu iş dallarının en yüksek derecelerine kadar yükselmelerini ifade eder[45].

Kariyer ilkesi açısından baktığımızda, İngiliz Personel Sisteminde kariyer sistemi egemendir. Memurluğa alt kademeden başlanarak emekliliğe kadar yeteneğe göre yükselinebilmektedir[46]. Buna göre, bütün bakanlıkların, ister bakanlık içinde, isterse bütün bakanlıklara şamil olarak, sadece bu görev gruplarında veya gruplar arasında hareketlilik sağlamak için değil, fakat aynı zamanda kariyerliğin geliştirilmesinde gerekli eğitim, performansların değerlendirilmesi ve terfi gibi zorunlu unsurları da kapsayacak şekilde kendi idarecilerinin kariyerliklerini geliştirmek için çalışmalar yapmaktadır[47]. Nitekim Sivil Servis Komisyonu'nun genel yönetimi altında çalışan ve ilmi sınıflar için ilgili derecelerinde kariyer yönünde merkezi bir görüş ortaya koymak üzere bir merkezi kariyerlik geliştirme grubu teşkil olunmuştur.

İngiliz Personel Sisteminde ilim sahasına ve mühendisliğe dair daha geniş kapsamlı olarak yetenekli kimselere mahsus özel terfi imkanları teşmil olunmuş ve bunun sonucu olarak mükafaten özel terfi heyetine daha geniş faaliyet sahalarını kapsayan daha çok aday ismi bildirilmektedir[48]. Bunun yanında, idarecilerin terfi alabilmesi için son terfilerden sonra aldıkları derecede belirli bir süre çalışmış olmalarına terfi için uygun olduklarını belirten değerlendirme raporlarına gerek vardır. Bundan sonra da

---

45 KALKANDELEN, A. Hayrettin; Personel Yönetimi ve Yönetimde Sistemler-İlkeler, Ankara 1972, s.112.

46 TORTOP, Nuri; a.g.e., s.75.

47 İngiliz Personel Dairesinin 1972 Yılı Çalışmalarından (Çev. Sezai TAŞKELİ), Türk İdare Dergisi, Yıl 43, Sayı 335, Mart-Nisan 1972, s.152.

48 İngiliz Personel Dairesinin 1972 Yılı..., a.g.m., s.153.

adaylar bir komite tarafından mülakata alınmaktadırlar. Sözkonusu komite, personel biriminden bir kişi ile diğer bölümlerden gelen hiyerarşik kademe yöneticilerinden oluşmaktadır[49]. Daha sonra komitenin vereceği kararla, yükselme olayı gerçekleşir.

D. İNGİLİZ PERSONEL SİSTEMİNDE SINIFLANDIRMA

İngiliz personel sisteminde üç büyük genel sınıf bulunmaktadır. Bunlar; idari (Administrative), yürütme (Executive) ve katip (clerical) sınıflar (Classes) dır[50]. Sistemdeki bu sınıflandırma durumu, modarn İngiliz personel rejiminin başlatıcısı olan Northcote-Travelyan Raporu'na dayanmaktadır. Genelde de bu ayrım, uzun yıllar (1970'li yıllara kadar) başlandığı gibi aynı kalmıştı.

1970'li yıllardan itibaren ise, personel rejiminin yenileştirilmesine yönelik bazı çabalarla beraber, bazı sınıfların kaldırılması, sınıf yapısının ortaya çıkardığı güçlükler neticesiyle bazı yeni iş gruplarının ortaya çıkardığı güçlükler neticesiyle bazı yeni iş gruplarının ortaya çıkmasına yol açmıştı. Çünkü Fulton Komitesi'nin çalışmaları, sınıfsız bir sivil servis yaratmaya dönüktü. Bunun için sivil servis içerisindeki yatay ve dikey engelleri bozmaya çalışmıştı[51]. Klasik sınıfların yanında 1971'in Eylül'ünden sonra, personel sisteminde bilimsel sınıflar (Scientific Class), Bilim Grubu (Science Groub) gibi yeni sınıflar ortaya çıkmıştı. 1972 yılında ise, bunlara ilaveten profesyonel ve teknoloji gruplarının oluşturulduğunu görüyoruz[52]. Bütün bu yeni sınıflara rağmen, İngiliz personel sistemi hala eski klasik

---

49 Kamu Hizmetlerinde ..., a.g.e., s.15.

50 MACKENZİE, J.W.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p.61.

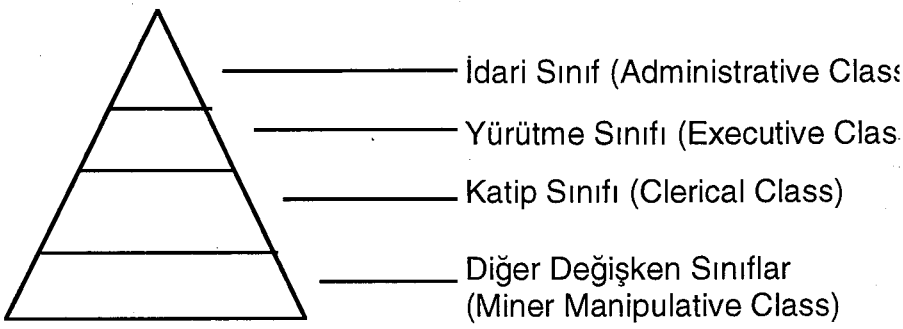
51 FARNHAM, David-Mc VICAR, Malcolm; Public Administration In the United Kingdom: An Introduction, London 1984, p.118.

52 MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.106

üçlü ayrımın etkisi (ağırlığı) altındadır.

1. İDARİ SINIF (ADMINISTRATIVE CLASS)

Bu sınıf daha çok poliika üretmek ve onu formüle etmekle ilgilenmektedir. Yani İdari kuruluşların yönetim ve kontrolü ile yönetim mekanizmasının geliştirilmesine ve koordinasyonuna yönelik politik formülasyonlar uğraş alanını oluşturmaktadır. İdari sınıf, yönetsel piramidin en üstü olmaktadır. Diğer sınıflara nazaran daha az bir sayıya sahiptir. Buna rağmen, diğerlerine nazaran, yönetsel işlerde ve karar almalarda daha etkin bir sınıftır. 1968 rakamlarına göre idari sınıf 3000'den az bir sayıya sahiptir. Aynı şekilde yürütme (executive class) sınıf 90000, katip sınıfı (clerical class), (katip memurlar (clerical officer) ve Katip yardımcıları (clerical assistants) da dahil) 150.000 kişiden ibarettirler[53].



Sivil Servis İçindeki Genel Sınıflar

Kaynak: MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p. 83

İdari sınıf çalışanları genelde üniversite mezunlarıdır. Yürütme sınıfına (Executive Class) ortaöğrenimini tamamlamış olanlar alınırken, Katip sınıfına (Clerical Class)

53 MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.84.

ilk öğretimini tamamlamış olanlar alınmaktadır[54]. Yani idari sınıfa ilke olarak yazılı sınav ile üniversite mezunları alınmaktadır. Bu da iki yolla yapılmaktadır. İlki kişinin tayin edilmesi yoludur. Burada adaylar, adayları tanımayan sınav direktörleri tarafından, adayların yazılı çalışmalarına bakılarak tayin edilmektedir. Bu yolla sistem kayırmacılığa imkan vermemektedir. ikinci yol ise; sınırlı rekabet, terfi ve transfer yoludur. Burada, idari sınıfa, diğer sınıflardan terfi, sınırlı yarışma ve taransfer yolu ile giriş yapılmaktadır. Özellikle bu yol idari sınıfa girmek için, iki savaş arasında çok kullanılmıştı. Bu zamanda öncelikle terfi yoluyla, idari sınıfa girişte ani artışlar olmuştu.

İdari sınıflara, yasal sınıftan (legal class), Dışişleri Servisi, Eski Hindistan (India) Sivil Servisi'nden Denizaşırı Ülkelerin Sivil Servisinden transfer yapılamamaktadır. Yine de liyakat eksen olmak üzere her bir servisteki bireylerle ilgilenilmektedir. Yani standartlaşmış işlem bulunmamaktadır[55].

İngiliz personel sisteminde bulunan her bir sınıfa statüsü ve önemine göre belirli sorumluluklar verilmiştir. İdari sınıfa memurların (civil servants) stratejik sorunlarıyla ilgili karar alınması ve yönetilmesi sorunu verilmiştir. Buna rağmen, bu sınıflar arasındaki sorumluluk çizgisi pek net değildir.

Sivil servis içerisindeki bu sınıfların hepsinin organize tarzı hiyerarşiktir.

<u>İdari Sınıf (Administrative Class)</u>

Daimi Sekreterlik (Permanent Secretary)
Head of Department (Kuruluşun Başı)
I
Sekreterya Yardımcısı

---

54 BELOFF, Max And PEELE, Gillian; a.g.e., p.98.
55 MACKENZİE, J.W.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p. 68.

(Deputy Secretary)
I
Birim Başkanı
(Under Secretary)
I
Birim Başkan Yardımcısı
(Assistant Secretary)

I

Şube Şefi

(Principal)

I

Şube Şef Yardımcısı

(Assistant Principal)

İdari Sınıf Hiyerarşi Modeli

Kaynak: MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.85

İdari sınıfın çalışmalarının önemi, en prestijli üyelerinin sorumluluklarına bakılarak ölçülebilir. Bu da daimi sekreterya (permanent secretary) dır. Daimi sekreterya ofisi, idari sınıf içerisinde en yüksek mevki olmaktadır. Yani bu makam, kuruluşun başı olmaktadır. Bütünüyle sorumluluk bu makamın üstünde bulunmaktadır. Aynı zamanda, daimi sekreterya kurumun muhasebe sorumlusudur da. Yani paranın, Avam Kamarası'nın belirlediği ölçülere göre, Kurum tarafından harcanmasını sağlar. Buna ilaveten de kuruluşun, Parlamento ile ilgili işleriyle direkt olarak ilgilenmektedir. Bakanlarla yakın ilişki içerisinde bulunmaktadırlar. Bunların en önemli işi, bakana politikasında danışmanlık görevinde bulunmasıdır.

Daimi sekreterya, yardımcı (deputy) sekreterya tarafından asiste edilmektedir. Bir ya da daha fazla yardımcı (deputy) sekreterya bulunmaktadır. Under sekreterya ve Assistant sekreterya, kurum içerisinde idari olarak anahtar fonksiyonlar icra ederler. Çünkü idari sınıfın çalışmalarının önemi şüphesiz politika oluşturma görevinden gelmektedir. Bu bakımdan idari sınıfın elemanları kuruluşların siyasi sorumluları ile çok yakın çalışma içerisinde bulunmaktadırlar.

Bu sınıfa alınan elemanlar daha çok üniversiteden yüksek derece ile mezun olan kişilerdir. Genellikle alınan elemanlar, Oxbridge (Oxford & Cambridge) mezunları olmaktadır. Nitekim, 1976 yılına göre, idari sınıfa giren 140 elemanın % 57'si Oxbridge mezunuydu[56]. Yalnız bu oran, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra kademeli bir şekilde azalmaya başlamıştır.

2. YÜRÜTME SINIFI (EXECUTİVE CLASS)

Bu sınıfın elemanları, idari kuruluşların rutin işleri ile idari sınıfın altında olan ve yönetsel açıdan hayati önem taşıyan işlerin yürütülmesiyle ilgililenmektedirler. Her ne kadar siyasi danışmanlık yapma gibi durumu olmasa da yönetsel işlerde bu sınıfın elemanları tamamlayıcı işlevini görürler. Yürütme sınıfının en üst düzeydeki personeli, geleneksel olarak, idari sınıfın çakışan işleriyle de ilgilenmektedir. Çünkü, bu sınıfta da örgütlenme tarzı hiyerarşiktir.

Yürütme Sınıfı (Executive Class)

Yürütme Şefi (Principal Executive Officer)
I
Senyör Şef
(Senior Chief Executive Officer)
I
Şef Memur (Chief Executive Officer)

---

56 MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.85-88.

I

Kıdemli Yürütme Memur (Higher Executive Officer)

I

Yürütme Memur (Executive Officer)

Yürütme Sınıfının Hiyerarşik Modeli

Kaynak: MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.85.

Bu sınıf, sivil servisin en büyük yönetim gücü olmaktadır. Bunların çalışmaları endüstri içerisinde orta yönetime benzemekte ve merkezi hükümet kuruluşlarının uzaktaki ofisleri için çok geniş grub olan katip personelin (clerical staft) üstü ve çalıştırılmasında sorumlu olan sınıftır.

Yürütme sınıfı da, idari sınıf gibi göreli olarak kapalı ve izole edilmiş bir sınıftır. Servis içerisinde, specialist (uzman) sınıftan, bu sınıfa transfer göreli olarak zor ve maddi açıdan da cazip değildir. Zira bu sınıf bilimsel ve teknik uzmanlığın faydasına pek iyimser bakmamaktadır[57].

Bu sınıfa alınan elemanlar 17.5 ve 19 yaş grupları arasından olmaktadır. Alınan elemanlar idari sınıfta olduğu gibi ya direkt giriş yolu ile (Gelişmiş Eğitim Sertifikası (Advanced Level Certificate) alan kişiler arasından) ya da katip sınıfından (clerical class) terfi ile alınmaktadır. Böylece boş yerlerin 2/3'ü yazılı sınavda en iyi olan bu insanlar arasından doldurulmaktadır.

İdari sınıf gibi yürütme sınıfını da genelleştirmek sakıncalı olmaktadır. Çünkü, farklı kuruluşlar arasında kariyer yapısı büyük farklılıklar göstermektedir. İdari sınıfa terfi veya bulunulan düzey üzerine çıkma fırsatı, bireysel kuruluşların yapısından etkilenmektedir. Bu sınıf elemanları servis zorunluluğuna göre yer değiştirebilmektedir. Londra

57 MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.92.

dışında çalışanları çoktur. Sınıf hala çok geniş bir lise mezunu (erkek & kız) elemanları sınıfıdır[58].

3. KATİP SINIFI (CLERİCAL CLASS)

Adından da anlaşılacağı gibi, bu sınıfın elemanları açık bir şekilde istatistiklerin ve dokümanların hazırlanmasını, muhasebecilik ve kamu işlerinin yazışmalarını yapmakla görevli olan bir sınıftır. Aynı zamanda küçük (minor) ofis işlerini de icra etmektedirler. Bu sınıf elemanlarının kariyer durumları yeterli oranda gelişmemiştir. Böylece bu sınıf elemanları, diğer sınıflara göre, kendilerini daha önemsiz görmektedirler. Bu durum ise, onların yaratıcı yönlerinin gelişmesini ve çalışmalarından övünç duymalarını engellemektedir.

Diğer sınıflarda olduğu gibi, burada da istihdam iki yolla yapılmaktadır. İlk olarak direkt girişle, kazanılmış (alınmış) Genel Eğitim Sertifikası almış olanlar arasından, yarışmayla eleman alınmaktadır. Diğeri ise alt derecelerden terfi yapılarak eleman açığı kapatılmaya çalışılmaktadır[59]. Bunun da örgütlenme tarzı hiyerarşiktir.

Katip Sınıfı (Clerical Class)
Kıdemli Katip Memur
(Higher Clerical Officer)
I
Katip Memur
(Clerical Officer)
I
Katip Memur Yardımcısı

(Clerical Assistant)
I
Geçici Elemanlar

58 MACKENZİE, J.W.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p.78.
59 MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.93.

(Temporary Clerks)
Katip Sınıfı Hiyerarşisi

Kaynak: MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; a.g.e., p.85

Burada çok sayıda kadın ve erkek, kurumlar (departmant) tarafından geçici elemanlar (temporary clerks) olarak istihdam edilmiştir. Halen daha yaşlı kadın ve erkek geçici olarak-bu sınıf elemanı olarak- istihdam edilmektedir.

Terfi olayı ise, Katip memurlardan (Clerical Assistant), yerleşik kategorik, manipulatif ve kurumsal alt-katip derecelerinden çok sınırlı ölçülerde yapılmaktadır. Burada, kurumlararası çok az hareket vardır. Yine de bir katip memur, zor da olsa bir yürütme sınıfına terfi edebilir. Üst düzey yürütme sınıfı elemanının ücretine ulaşabilir. Fakat idari sınıfa girmesinin (terfi etmesi) çok küçük şansı bulunmaktadır[60].

Kısaca bu sınıf elemanları, Sivil Servis içerisine geniş bir oranda yayılmışlardır. Nitekim hiç bir hükümet kuruluşu katip personel kaynaklarını ve imkanlarını kullanmaksızın işlev göremez.

E. PERSONEL DEĞERLENDİRMESİ

İngiltere'de devlet sektöründe uzun yıllar çok geliştirilmiş bir değerlendirme sistemi kullanılmıştır. Bu sisteme göre hiyerarşik kademedeki yöneticiler personelleri hakkında yıllık raporlar hazırlamakta, bu raporlar hiyerarşik kademedeki bir üst yönetici tarafından gözden geçirilmekteydi. Değerlendirmede daha çok kişinin yıl boyunca gösterdiği kişisel nitelikleri üzerinde duruluyor ve bu kişinin o görevdeki başarısından çok bir üst göreve terfi edip edemeyeceği konusuna önem veriliyordu. Nitekim bu değerlendirme kişilerin hiyerarşik düzende bir üst dereceye terfi etmesinde kullanılan ana

60 MACKENZIE, J.W.M.-GROVE, J.W.; A.G.E., P.83-86.

faktördür[61].

Personel sistemi gözden geçirildikten sonra Mali Yönetim İnsiyatif Programı çerçevesinde yönetim sistemlerinin geliştirilmesinde değişiklikler yapılması tavsiye edilmiş ve aynı zamanda performans konusunda önem verilmesi kararlaştırılmıştır. Bu yeni sisteme göre devlet memuru ile ondan sorumlu olan yönetici ve bir sonraki yılda ulaşılacak hedefleri tespit etmekte ve memur bu hedefleri gerçekleştirip gerçekleştirmemesine göre değerlendirilmektedir[62]. Ancak, tüm hedeflerin devlet hizmeti ortamına doğru olarak değerlendirilmesine imkan olmadığına işaret etmek gerekmektedir. Sonuçta tüm değerlendirme sistemleri kişilerin kararlarına bağlı olup, objektif bir sistem aranması boşuna olmaktadır. Değerlendirme sisteminde son yıllarda bazı iyileştermelere gidilmesine rağmen, sonuçta değerlendirilen ve daha da önemlisi değerlendirmeyi yapan aynı şahıslardır. Buna göre, İngiliz Personel Sisteminde memur performans ve potansiyelinin değerlendirilmesinde geliştirilmiş metodların esas kısımları standart olup -her ne kadar değerlendirmeyi aynı şahıs yapsa da-, kurumların kendi ihtiyaçlarına göre, gerekli gördükleri ilaveleri yapabilecekleri yeni bir tezkiye formu esasına dayanmaktadır. En önemli yeniliği ise esas performans değerlendirmesinin memurun yaptığı işlerin müessiriyetine teksif edilmiş olması ve tezkiye döneminde memurun amiri ile görüşülüp mutabakata varılmasıdır[63]. Bu tezkiye sisteminin iyiliği amirin hakkaniyet içerisinde tesir altında kalmadan tarafsız değerlendirebilme kabiliyetine bağlıdır. Memurların birbirlerine göre mukayese edilmesinde bunun değeri ancak mümkün olduğu kadar belli standartlara göre yapılmış olmasındandır. Bu itibarla yeni tezkiye formunun uygulanmasına başlanmadan önce personelin bu formun doldurulması

---

61 Kamu Hizmetinde ., a.g.e., s.10-11.

62 Kamu Hizmetinde ., a.g.e., s.11.

63 İngiliz Personel Dairesinin 1971 yılı...., a.g.m., s.155.

ve değerlendirilmesi üzerinde eğitime tabi tutulmasına özellikle önem verilmiştir.

Değerlendirme mülakatlarının tedricen müsteşar yardımcıları kademesine (dahil) kadar bütün memurlara teşmil olunmasında gelişmeler kaydedilmiştir. Gelecekte mülakatın esasları memurun şahıs olarak kalitesini göstermekten ziyade geçen yıl görevindeki performansı ile önümüzdeki yıl bunun nasıl olması gerektiğini göstermek olacaktır. Elbette değerlendirme esaslarının etkili olabilmesi için bunların kontrol ve gözetimi de yapılmaktadır[64]. Ancak özellikle devlet hizmetinde performansa dayalı ücret sistemi kullanılmaya başlamasından sonra değerlendirme daha çok önem kazanmıştır. Nitekim 1985 yılında devlet hizmetinde ilk kez performansa dayalı ikramiye uygulamaya konulmasıyla[65] personel değerlendirmesine daha bir önem verilmiştir.

F. ÖDEME VE ÇALIŞMA DÜZENİ

Sivil servisteki istihdam şekli, ticari veya özel endüstrideki istihdam şeklinden farklı olmaktadır. Ödemeler derece esasına göre -seniority (kıdemlilik) ölçeğine göre- bağlı olduğu pozisyona ve karşılığındaki dereceye bağlı olarak yapılmaktadır. Prensip olarak ve uygulamada hiçbir ayrıcalıklı ödeme yapılmasına sistem cevaz vermemektedir[66]. Bu da sistemdeki ödeme ilkelerine sıkıca riayet etmekten kaynaklanmaktadır. Priestley Komisyonu tarafından geliştirilen ödeme ilkeleri; Hazine ve personel kuruluşları tarafından da benimsenerek yürürlüğe konmuştur. Komisyonun önerdiği ilkeler iki başlıkta toplanmaktadır. İlki sivil servis personelinin ödemelerinde, ödeme yapılırken, kuruluş dışındaki, başka kuruluşlarda çalışan personele, yapılan ödemeler de gözönüne alınarak -servisin, diğer servislere nazaran farklılıkları da gözönünde

64 İngiliz Personel Dairesinin 1971 yılı ..., a.g.m., s.154.

65 Kamu Hizmetinde ..., a.g.e., s.12.

66 MACKENZİE, W.J.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p.44.

bulundurularak- ödeme yapılmalıdır. Buradaki kıyaslama, kuruluş dışındaki diğer kuruluşların çalışma tipleri; derece derece ve sınıf şeklinde yapılmaktadır.

İkinci olarak ise iç sistemde, yani yerleşik (established) kuruluşun yönetsel organlarında da iyi bir kıyaslama ilkesi kullanılmalıdır. Böylece sivil servis ücret ödemelerinde, bütün kuruluşların ödemeleri, benzer şekilde yapılması sağlanmış olunacaktır[67].

Genelde sivil servis sistemi ile, Kraliyet silahlı güçlerinin genel bir benzerliği vardır. Yine de bu benzerliğe rağmen, ilkinin çalışma düzeni, farklı ödeme ölçüm modeli gerektirmiştir. Bu model ise, iki önemli özelliğe sahip olmaktadır. Birincisi, servisin temel organının oldukça uzun dönemde artan bir şekilde ödeme yapması gerektiğidir. İkincisi yönetsel pramidin yukarısına tekabül eden derecelere, ilkenin gerektirdiği şekilde ödeme yapılmasıdır. Böylece yüksek derecelerde sabit oranlarda veya çok kısa artış ölçüleri üzerinden ödemeler yapılıyor demektir. Bu oranlar veya ölçüler sorumluluklarında herhangi bir farklılaşma olmadığı ölçüde, derece içindeki bütün makamlar için aynıdır. Yani temel esas, derecenin ötesindeki gelişmeler hariç, liyakat ve kıdemlilik kombinezonuna göre yapılmasıdır.

Hastalık durumları ve izinlerinde sistem, daimi personeline karşı çok cömert davranmaktadır. Hastalık izinlerinde rejim bir yıllık süre içinde, 6 ayı aşmamak koşuluyla tam ücret ödemelerine izin vermektedir. Yarı ödemeli hastalıklı izinlerinde dört yıl veya daha az süre için, toplam hastalık izni -12 ayı aşmamakta- 12 ay olmaktadır. Diğer yandan süreli (daimi) olmayan personelin hastalığı durumunda da benzer haklar sistem tarafından verilmekte, yalnız aynı cömertlik

---

67 MACKENZİE, J.W.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p.57.

sözkonusu değildir[68].

Çalışma düzeni açısından bakıldığında ise görülecektir ki, önceleri çalışma durumları eğer memurların (çalışanların) çalışmaları istenmişse, iş bitene kadar işte kalmaları gerekiyordu. Eğer iş yoksa, iş yerlerinde bulunmuyorlardı. Ayrıca her bir kurum kendi çalışma düzenini kendisi belirliyordu. 10'a 4, bazı kurumlar için resmi kuraldı. Yalnız bu sistem 1910 yılına kadar sürmüştü. Yani bu düzen 1910 yılında tamamen uygulamadan kaldırılmıştı. Belirlenen yeni çalışma düzeni Düzenleme Kurulu (Orders-in-Council) damgasını taşıyordu. Kurul, yeni çalışma düzenini Cumartesi günü yarım gün tatille, günde 7 saat olarak belirlemişti. 1955 yılında ise, Priestley Komisyonu'nun tavsiyesi üzerine çalışma düzeni Londra'da haftada 42 saat, Londra dışındaki illerde 44 saat olarak belirlendi. Bu saatler öğle yemeği için tanınan 1 saatlik molayı da kapsamaktadır[69]. Yani kurumlar, Priestley Komisyonu'nun tavsiyesinden sonra haftada 5 günlük çalışma düzenini benimsemişlerdi. Böylece çalışma düzeni, ülke ölçeğinde bütün kurumlar düzeyinde standartlaştırılmış ve fazla çalışma mesaisi kaldırılmış oldu[70].

G. FARKLILAŞMA VE EMEKLİLİK

Bayanlar için eşit ücret sorunu Kraliyet Komisyonu'nun 1946 Raporu'nun konusu idi. Mayıs 1952'de hükümet Sivil Servis için gerekli ilkeleri belirlemişti. Ama bu ilkeler mali durum rahatlayana kadar uygulanmamıştı. Daha sonraları gelen baskılardan sonra, bayanların ödemeleri, 7 yılı aşkın bir süre sonrasında erkeklerle aynı düzeye getirilmişti. Her ne kadar aynı işleri yapanlara adil bir ücret sağlanması için uğraşılıyor olsa da, burada çalışma yerine göre, ödeme oranları arasında, genel bir farklılaşma bulunabileceğini sistem öngörmektedir.

---

68 MACKENZİE, J.W.M.-GROVE, J.W.; a.g.e., p.46-48.

69 GLADDEN, E. N.; Civil Service or Bureaucracy, London 1953, p.58.

70 MACKENZİE, J.W.M. -GROVE, J.W.; a.g.e., p.47.

Yine de genel olarak terfi işlemi dört başlıkta ifade ediliyordu. Buna göre ilk olarak personel raporlarını (staf reporting) görüyoruz. Burada, yani eğer büyük bir serviste terfi, pure seniority'den daha farklı bir şekilde olmuşsa, çalışan bireylerin çalışmaları ile ilgili olarak, -bazı standartlaşmış raporlar olmak zorundadır. Zira adil bir seçim adil bir kıyaslama üzerine yapılacaktır. Nitekim bunun için standartlaşmış raporlar, ilk defa 1922'de personel rejimine girmiştir. Bunun esası ise kontrol amacıydı. Bu bakımdan üst personel her yıl astı ile ilgili olarak rapor yazması gerekiyordu.

Genelde her bir başkanlık altında, belli sayıda dereceler vardır. Eğer birine en düşük derece takdir edilmişse, ona bildirilmekte, böylece itiraz etme veya düzeltme fırsatına kavuşmaktadır. Sonuçta raporlar karşı tarafca da imzalanmakta ve bireyin dosyasına konulmaktadır. Böylece Terfi Kurulunca bir terfi düşünüldüğünde, dosya gözönüne alınarak terfi işlemi yapılmaktadır. Yalnız senyor personel bu işlemden hariç tutulmaktadır. Nitekim aşağı derecelerde terfi daha çok pratikte seniority'e bağlı olmaktadır.

İkinci olarak en yüksek idari makamlara (Dışişleri hariç) terfi işlemi, bakan tarafından, başbakanın rızası alınarak yapılmaktadır. Zira başbakan Home Sivil Servisin (İç Sivil Servis) başı olmaktadır. Atamalar servisin gelenekleri ile de sınırlanmıştır. Genelde şimdi de servisin dışından birini yüksek bir makama atama olayı çok nadirdir. Ağırlık hep seniority'e verilmiştir. O, iç sivil servisin (Home Civil Service) başıdır ve geleceği üzerinde büyük bir güce sahiptir. Yalnız bu gücünü sivil servis görevi altında kullanmaktadır[73]. Üçüncü olarak Asistant Sekretary düzeyinde ve üzerindeki makamlar için terfi işlemi: Burada bütün sınıflar, specialist (uzman) sınıf da dahil, sürekli sekreterin (permanent Secretary) tavsiye üzerine kuruluşun bağlı olduğu bakan tarafından doldurulmaktadır.

---

73 MACKENZİE, J.W.M. -GROVE, W.M.; a.g.e., p.122.

Son olarak ise, terfi kurulları bulunmaktadır. Burada Asistan Sekretary düzeyinin aşağısı için terfiler, kuruluşların terfi kurulları tarafından yapılmaktadır. Kurulun kompozisyonu ise, yerleşik şef memur (Principal Established Officer) ve iki senyör çalışandan oluşmaktadır. İki senyor çalışan, yerleşik şef memurun yardımcısı olmaktadır. Bunlardan biri çalışanların dereceleri ile ilgilenmekte, diğeri ise bağımsızdır. Yalnız bu çalışanlar (staff) Kurulda (Board) temsil edilmemiştir. Çünkü staff dernekleri, terfi durumunda bireylerin liyakatlarının tartışılmasını kabul etmemektedirler[74].

Genelde terfi olayı ne zaman bir boşluk olursa, o zaman yapılır. Seçilebilir adaylar kıdemlilik (seniority) esasına göre terfi kapsamına alınır. Seçim genelde kayıtlar, raporlar üzerine veya adaylarla mülakat yapılarak yapılır. Buna göre, İngiliz personel rejiminde hiçbir kuruluş, yürütme sınıfını (executive class) Hazinenin onayını olmaksızın idari sınıfa almamaktadır. Kısacası İngiliz personel rejiminde en düşük düzeydeki terfi kurumsal ve otomatikken, en yüksekteki terfi milli (national) ve seçici olmaktadır.

2. EĞİTİM

İngiltere'de 1939 yılından önce hemen hemen eğitimle ilgili genel bir politikanın var olduğunu söylemek imkansızdır. Yine de bazı kuruluşlar, postahane gibi, kuvvetli bir eğitim organizasyonlarına sahiptirler[75]. Özellikle II. Dünya Savaşı esnasında eğitim önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştı. Zaten bu zamandan sonra, genel olarak kamu kesiminde eğitim olayı yürürlüğe konmaya başlandı. Nitekim bundan sonra personelin eğitilmesi olayı İngiltere'de memurların yetiştirilmesiyle ve personeli ilgilendiren bütün diğer hususlarla ahenkli olarak cereyan eder. Buna göre, her bakanlık kendi eğitim

---

74 MACKENZİE, J.W.M. -GROVE, W.M.; a.g.e., p.123.
75 MACKENZİE, J.W.M. -GROVE, J.W.; a.g.e., p.124.

programlarını düzenlemekle sorumlu olmaktadır. Yine de bütün memurin camiasında, personele ait meseleleri ahenkleştirmek vazifesiyle görevli bulunan Hazine Bakanlığı, çeşitli eğitim programları arasında genel koordinasyonu sağlamakla yükümlüdür. Genelde her bakanlıkta ayrı bir eğitim müdürü bulunur. Bakanlık eğitim müdürü, kendi bakanlığındaki eğitim işlerinin düzenlenmesinden, o bakanlığın personel şefine karşı sorumlu olmaktadır[76]. Nitekim Hazine Bakanlığı içindeki Eğitim ve Öğretim Bölümünün (Training and Education Division) temel işi kurumun eğitim aktivitelerini koordine etmek ve yönlendirmektir. Bu bölüm hükümet mekanizması içerisinde üç sekreteryadan biri olmaktadır ve altı örgüt ve metod bölümü ile bağlantılı ve Assistant bir sekreter veya Şef (Principal) tarafından başkanlık edilmektedir[77]. Aynı zamanda bütün memurların eğitiminde umumi bir rehberlik ve kontrol icra etmek görevi de bu bölümün görevleri arasındadır. Böylece Eğitim ve Öğretim Müdürlüğünün başkanlığı altında Bakanlıklar eğitim müdürlerinin genel meseleleri münakaşa etmek üzere muntazam toplantılar yapılmakta ve özel meseleler üzerinde Bakanlıklarla Hazine arasında cereyan eden yazışmalar vasıtasıyla genel bir eğitim politikası oluşturulmaktadır[78]. Buradan da anlaşıldığı gibi, bütün bakanlıklar ilaveten kendi eğitim bölümlerine sahip bulunmaktadır. Genelde bu birimler aynı derecede bulunan bir yürütme sınıfı (Executive Class) üyesi veya bir şef (Principal) ile yönetilmektedir. Bunların kontrolü ise Principal Establishment Officer (Yerleşik Şef Memur) tarafından yapılmaktadır. Bunların amacı kurumsal eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi ve eğitim materyalinin sağlanmasıdır[79]. Böylece sistem bakanlıkların kendi

---

76 TICKNER, C.B.E., F.J. (Çev. Cemal Mıhçıoğlu); "İngiltere'de Memurların Eğitimi", A.Ü. S.B.F. Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 1-4, Ankara 1952, s.261.

77 MACKENZİE, J.W.M., GROVE, J.M.; a.g.e., p.126.

78 TICKNER, C.B.E., F.J.; a.g.m., s. 261.

79 MACKENZİE, J.W.M., GROVE, J.W.; a.g.e., p.126.

ihtiyaçlarına göre değişen farklı eğitim programları tatbik etmelerine imkan vermektedir.

Hizmete yeni giren elemanların eğitimi usul olarak ya dersane eğitimi olarak ya da işi nezaret altında bizzat yaparak öğrenme şeklinde cereyan eder. Dairenin görevleri çeşitlendikçe, memurların yapacağı işler de çeşitlenecek ve dershane öğretimi imkansız bir durum olacaktır. Mutad olarak her bakanlıkta bütün yeni gelenler için başlangıç mahiyetinde olmak üzere birinci tipte umumi bir kurs gösterilir. Yeni girenlerden teşkil edilen gruplara, o bakanlığın görevleri ve devlet teşkilatındaki yeri hakkında genel mahiyette bir seri konuşmalar yapılır. Bu başlangıç kursu bir veya iki hafta sürer. Yeni memur bu dersler esnasında hem çalışacağı Bakanlık hakkında genel bir fikir edinmiş, hem de kendisine grup mensupları arasında birkaç arkadaş edinmek fırsatını bulmuş olur. Sonra aday, şahsi kabiliyetleri de dikkate alınmak suretiyle, bakanlık teşkilatının bir yerine tayin edilir.

Yeni memurun gittiği yerde bir şahıs kendisine rehberlik ve öğretmenlik etmekle görevlendirilir. İlk iki yıllık hizmeti esnasında bahis konusu memurun tamamen ayrı iki yerde ve ayrı amirler tarafından denenip kabiliyeti hakkında hüküm verilmesini sağlamak için görevinde bir değişiklik yapılır. Eğer verildiği ilk vazifenin uygun olmadığı anlaşılırsa, bu değişiklik daha erken yapılır. Bu iki tayinden sonra da memurun kabiliyetleri hakkında herhangi bir şüphe kalırsa kendisine üçüncü bir iş daha verilir[80].

Kıdemli memurların merkezi devlet mekanizmasının ve diğer bakanlıkların işleyiş tarzını iyice vakıf olabilmeleri için hizmete yeni giren idareci elemanlar, kendi bakanlıklarında gördükleri eğitime ilaveten genel mahiyette kısa bir kursa tabi tutulurlar. Bu yeni idareci elemanlar hizmete ya doğrudan

---

80 TICKNER, C.B.E., F.J.; a.g.m., s. 262.

doğruya üniversiteden gelirler veya alt kadroların otuz yaşını geçmemiş, kabiliyetli elemanları arasından seçilirler. Kendilerine, mensup oldukları bakanlığın çalışması hakkında aylarca devam eden geniş bir eğitim gösterilir ve gerek merkezde, gerekse merkeze bağlı servislerde hususi ziyaretler yapmak suretiyle yapılan işin bütün safhalarını görmelerine imkan verilir[81].

Kısaca, personelin eğitilmesiyle, bütün devlet hizmetlerinden ve her kademeden gelen yeni öğrencilerde, kendilerinin bir takımın üyeleri bulundukları ve hizmetinde iftiharla çalışacakları bir daireye tayin edilmiş oldukları hissi uyandırılmaya çalışılmaktadır.

SONUÇ

İngiliz kamu yönetimi, 20. yüzyılda büyük bir dönüşüm yaşamıştı. Bu dönüşümle birlikte hükümet kendini sadece belirli alanlarda değil (hukuk, rejim ve savunma gibi değil); ticari, sosyal ve ekonomik alanlarda da faaliyet içerisinde bulmuştu. Elbette bu değişiklikler, ülkenin sivil servisini etkilemişti. Zira idari sistemin uğraş alanı genişlemiş ve çeşitlenmişti. Bu bakımdan sivil servis, kamu kesiminin diğer kesimlerinde olduğu gibi, idari sorumluluk alanında da genişlemekte ve bu sorumluluk için, yüksek düzeyde yönetim uzmanları ya da yönetim açısından lüzumlu olabilecek vasıflara sahip elemanlar gerektirmektedir. Çünkü 20. yüzyılla beraber kaydedilen gelişmeler üzerine, parlamentonun büyüyen yönetim sorumluluklarını karşılayamamaları sonucu oluşan boşluk, Sivil Servisin yetkilerinin ve yetki alanının genişletilmesiyle dolduruldu. Bu durum ise bakanların, kuruluşları üzerinde kontrolünün ya da müdahale etme gücünün zayıflamasına yol açtı. Böylece, politikaların uygulanması ile ilgili çoğu önemli kararlar bütünüyle bakanlar

81 TICKNER, C.B.E., F.J.; a.g.m., s. 264.

tarafından değil, kuruluş içi sivil servis komitelerinin çalışmalarıyla alınmaya başlandı. Bu durumda siyasilerin idare üzerindeki etkisi kırılmış oldu. Yani, sivil servisin günlük siyasi dalgalanmalardan etkilenmemesi için gerekli mekanizma kurulmuş oldu.

Sistemi bütünüyle gözönüne aldığımızda görülecektir ki, çağdaş İngiliz personel rejiminin temelleri Northcote Trevelyan Raporu ile atılmış, 1966 yılındaki Fulton Komitesi'nin çalışmalarıyla revize edilmiştir. Yani Northcote Trevelyan Raporu modern personel sisteminin temelini attıysa da, zamanla önerdiği ilkeler de, -değişen şartlardan dolayı- bir takım değişikliklerin yapılması zorunlu olmuştu. Çünkü bu rapor, 1880'lerin başlarında, o günün koşullarına göre hazırlanmış bir rapordu. Önerildiği durumlar için, rapor çok ileri ve modern bir rapordu. Ancak, raporun önerileri, getirdiği yenilikler -değişen durumlardan ötürü- 1960'lara kadar geçerliliğini korumuştu. 1960'lardan sonra artık bu raporun atmış olduğu temelin revize edilmesi gerekli olmuştu. Zira değişen ve gelişen şartlara bu raporun cevap vermesi güç olmuştu. Çünkü, dünya 1880'lerin dünyası değildi ve şartlar 1880'lerin dünyasının şartlarından çok daha hızlı değişiyordu. Bunun için İngiliz personel rejiminin karşılaştığı güçlükleri gidermek için, 1960'larda Lord Fulton başkanlığında, Fulton Komitesi kuruluyordu. Fulton Komitesi, değişen koşulları gözönünde bulundurarak, bir çalışma başlatıyor ve sonucunda birtakım önerilerde bulunuyordu. Nitekim bu tavsiyeler, sonraları tamamen olmasa da çoğunlukla uygulama imkanı bulmuş oluyordu. Bu komitenin zamanına kadar çok sıkı olan sivil servis sınıf bölünmesi, artık gevşemeye, sert bölümlenme yumuşamaya başlamıştı. Ayrıca sivil serviste çalışanların, daha vasıflı olmalarını sağlamak için eğitsel faaliyetlere de önem verilmişti. Son dönemlerde ise, bu ve buna benzer değişiklikler daha da hızlanmıştı. Bunun nedeni ise, dünyadaki değişimin kazandığı hızdı. Sivil servis de buna ayak uydurmak için, daha dinamik bir yapı içerisine girmiş bulunuyordu.

Türkiye ile kıyasladığımızda, İngiliz personel rejiminin geçirmiş olduğu reform çalışmalarını, personel rejimimizin geçirmiş olduğunu söylemek biraz zor görülmektedir. Özellikle Cumhuriyetin ilk 40 yılı içerisinde, personel rejimi çok donuk bir görünüm arz etmektedir. Bu zamanda rejim, hizmet açısından kuralcı, şekilci ve ağır işleyen özellikler taşımaktaydı. Ancak 1950'lerde başlayan, 1960'larda hızlanan nüfus artışı, endüstrileşme ve çok partili siyasi yaşam, Türkiye personel sistemini çok etkilemişti. Yani gelişmeler, sistem üzerine olumlu tesirlerde bulunmuş olduğu gibi, sisteme yükler ve sorumluluklar da getirmiştir. Çoğunlukla da getirilen bu yüklere ayak uydurma da personel rejimi zorluk çekmiştir. Oysa personel yönetimimiz, modern personel yönetiminin temel ilkelerini baz alarak -toplum yapısına uygun bir tarzda- personel rejiminin uygulanmasını şart koşmuştur. Nitekim 657 sayılı D.M.K., bu amaçla çıkarılmıştır. Ancak, benimsenen ilkeleri yürürlüğe koymada başarılı olunamamıştır. Zaten personel sistemimizi, İngiliz personel sisteminden ayıran en önemli fark da burada yatmaktadır. Yani İngiltere'de yapılan çalışmaların sadece kağıt üzerinde kalmadığı, yürürlüğe konması için aynı zamanda, ona uygun idari uygulamaların geliştirildiği görülmektedir. Diğer bir deyişle, İngiltere'de alınan kararların uygulamada karşılaştığı güçlükler ya da uygulanamamasındaki yönetsel yetersizlikleri gidermek için, gerekli şartlar oluşturularak, yürürlüğe konmuştur. Mesela, eğer personel rejiminin ilkelerinin gerektirdiği vasıfta eleman yoksa -ya da eleman yetersizliği söz konusuysa, bunu Sivil Servis Koleji'ni kurarak telafi etme yoluna gittiler. Oysa Türkiye'de, buna benzer bir kurum- sırf bu amaçla- son zamana kadar görülmemiştir. Ayrıca, uygulamadan kaynaklanan kayırmacılığı önlemek için geliştirilmiş idari birimler, Türkiye personel sisteminde bulunmamaktadır. Halbuki İngiltere'de, Sivil Servis Komisyonu, özellikle kayırmacılığın önlenmesinde, önemli işlev görmüştür. Zira bu komisyonla, liyakat ilkesi maksimum düzeyde korunmaya çalışılmıştır. Böylece, işe alma

ve yükselme gibi durumlarda, objektif kriterlere göre uygulama yapma durumu sürdürülmüştür.

Kısaca, İngiliz personel rejimi ile Türk personel rejiminin yapısı farklı olsa da, elde edilecek etkinlik açısından, İngiliz pensonel sistemi daha verimli ve daha dinamik görünmektedir. Çünkü, İngiliz personel rejimi karşılaşmış olduğu her tıkanıklığı aşmak için sürekli bir çaba içerisinde olmuştur. Oysa bizde bu tip çabalar -İngiltere'ye nazaran- pek görülmemektedir. Yani Türkiye personel rejimi, kendi idari yapısının gerekli kıldığı koşullara göre, liyakat ve kariyer fikrini benimsemiş olsa da, bunların praktize edilmesi üzerinde pek başarılı uygulamalar getirememiştir.

KAYNAKÇA

ADAL, Hasan Şükrü; Kamu Personel İdaresi, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1968

BELOFF, Max And PEELE, Gillian; Modern Goverments, The Governments of the UK: Political Authority in a Changing Society, Second Edition, WIEDENFELD AND NICOLSON Pub., London 1985

FARNHAM, David, McVICAR, Malcolm; Public Administration in The United Kingdom: An Introduction, Casell Pub., London 1984

GLADDEN, E.N.; Civil Service of Bureaucracy, Staples Pres Limited, London 1953

GROCOTT, Martin; "Civil Service Management", Ed. by: TAYLOR, Ian-POPHAM, George; An Introduction to Public Sector Management, Unwın Hyman, London 1989

İngiliz Personel Dairesinin 1971 Yılı Çalışmalarından (Çev. Sezai Taşkeli), Türk İdare Dergisi, Yıl 43, Sayı 335, Mart-Nisan 1972, s. 151-175

İngiliz Personel Dairesinin İkinci Raporu (Çev. Sezai Taşkeli), Türk İdare Dergisi, Yıl 43, Sayı 336, Mayıs-Haziran 1972, s. 99-129

KALKANDELEN, A. Hayrettin; Personel Yönetimi ve Yönetiminde Sistemler-İlkeler, Şenyuva Matbaası, Ankara 1972

Kamu Hizmetinde Esnek Personel Yönetimi (Çev. Çiçek Refik), Devlet Personel Başkanlığı Yayını, Ankara 1991

MACKENZİE, W.J.M.-GROVE, J.W.; Central Administration in Britain, Longmans Green And co., London 1957

MACRAE, Stuart-PITT, Douglas; Public Administration: An Introduction, English Language Book Society/PITT MAN, London 1985

TICKNER, C.B.E., F.J.; (Çev. Cemal Mıhçıoğlu); İngiltere'de Memurların Eğitimi", A.Ü. S.B.F. Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-4, Ankara 1952

TORTOP, Nuri; Personel Yönetimi, TODAİE Yayınları, Ankara 1992

WALLIS, Malcolm; Development Studies Bureaucracy: Its Role in Third World Development, Mc Millan Pub. London 1989.

KAMU YÖNETİMİNDE

YÖNETİM AHLAKI

Yrd.Doç.Dr. Kâmil Ufuk BİLGİN*

GİRİŞ

Bu çalışma, çok değerli hocam merhum Prof.Dr. Süleyman ARSLAN'ın doktora derslerimiz sırasında kendisinden aldığımız "Memurların Yargılanması" konusundaki bilgi ve yorumları hatırlanılarak kaleme alınmıştır. Çünkü, toplumumuzda kamu personelini zan altında bırakacak pek çok olay, bilgi ve haberin basın aracılığı ile gündeme getirildiği görülmektedir. Ne yazık ki, bunların içinde yargıda aklananlar olduğu kadar, cezayı hak edenlerin olduğu da görülmektedir.

Konuyla ilgili olarak 60 yıl süreyle yürürlükte kalan 1930 tarihli ve 1609 sayılı "Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun" yürürlükten kaldırılmış olmasına ve bu alandaki boşluğu doldurmak için yeni bir kanun hazırlanarak yürürlüğe girmesine karşın, kamu hizmetlerindeki ahlak anlayışına ilişkin olumsuz örneklerin çeşitlenerek artmasına engel olunamamıştır.

Söz konusu yeni kanun olan 1990 tarihli ve 3628 sayılı "Mal Bildiminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu", kamu yönetiminde görevli olanların mal bildiriminde bulunmaları ile rüşvet ve yolsuzlukla mücadele edilerek, Türk Kamu Yönetiminin sorunlarına bu alanda çözüm getirilmesi amaçlanmıştır.

Aslında, kamu hizmetlerindeki ahlak anlayışı ile ilgili olan bu konu daha çok, olumsuz örnekleri (yolsuzluk ve rüşvet

---

* Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Öğretim Üyesi.

olayları) açısından gelişmekte olan ülkelerde olduğu kadar, gelişmiş ülkelerde de görülebilen güncel uygulamalar olmaktadır. Ancak, bu uygulamalarda bizim ele alacağımız konu, personelin yönetim ahlakı oluşumunda ne tür bir rolünün olduğudur.

GENEL OLARAK YÖNETİM AHLAKI

Konuyla İlgili çalışmalarda kurum, iş ahlakı, kurum kültürü gibi kavramlarla ifade edilen yönetim ahlakı, izafi bir kavram olan ahlakın belli bir kurum içerisinde, o kurum tarafından belirlermiş kurallarla beslenerek ortaya çıkmış hali olmaktadır.[1]

Bu açıklamada üzerinde durulması gereken konu, yönetim ahlakının kurum kültürünün bir parçası olmadan öncede belli bir oranda zaten var olduğudur. Çünkü bu durumuyla ahlak saf, genel, evrensel, dini veya sosyal ahlak olarak insanların hayatını şekillendirmekte ya da etkilemektedir.

Fertlerin, iyi ve kötü kavramlarını birbirinden ayırabilmesi için, üyesi olduğu toplumdan algıladığı değer yargılarının bütününe denilen ahlakın, etkilendiği nesneye göre çeşitliliği söz konusudur. Örneğin, akılcı olması saflığını, bütün toplumlarca kabul edilmesi genel ya da evrenselliğini, inanç sistemlerinden etkilenmesi dini yönünü ortaya çıkarmaktadır.

İletişimci ve demokratik bir yapı özelliği gösteren toplumlarda ise, tüm bunların bileşiminden oluşan sosyal bir ahlak anlayışının varlığı söz konusu olmaktadır.[2] Bu anlayış,

---

1 Debra W. Stewart, "Theoreical Foundatins of Ethics in Public Administration" Administration § Society, Vol.23, No.3.Sage Publications, 1991, s.357.

2 Donald Menzel, "Through the Ethical Looking Glass Darkly " Administration § Society, Vol.27,No. 3,Sage Publications, 1995,s.380.

toplumun önemli bir parçası olan kamu yönetimi kurumlarına da yansımakta ve kurum kültürü ile birlikte yönetim ahlakının oluşumunu sağlamaktadır.

Bu nedenle, nasıl ki sosyal ahlak deyince akla sadece iyi şeyler gelmiyorsa, yönetim ahlakı için de bazı kötü uygulamalar söz konusudur. Diğer bir deyişle, yönetim ahlakı ile anlaşılması gereken, iyi ve kötülerden oluşan bütün kurumsal kültür oluşumlarıdır.[3]

Yönetim ahlakını olumlu manada ele aldığımızda, genel ahlak anlayışındaki iyilerin, kuruluş amaçlarına etkisi şeklinde karşımıza çıktığını görürüz.Aslında yönetim ahlakı dendiğinde olumlu anlamı hedeflenmektedir. Diğer bir deyişle olması istenen, faydalı ve doğru olan yönetim ahlakı anlayışı, olumlu ahlaka göre yapılanlardır.

Buna göre olumlu yöndeki yönetim ahlakı anlayışı, sosyal ahlak anlayışına göre dürüst bir insanın, kuruluş personeli olduğundaki ahlaki görünümüdür. Örneğin çalışması, aldığı ücreti haketmesi, görevini zamanında yapması, astlarına adaletli davranması, üstlerine karşı sorumlu hareket etmesidir.

Toplumda oluşan ve ahlaki anlamda kötüyü ve yanlışı gösteren değerlere göre, kurum içinde de şekillenen bir ahlak anlayışı bulunmaktadır. Bu anlayış, yönetim ahlakının olumsuz yönüdür.

Olumsuz anlamdaki yönetim ahlakı, kamu kuruluşunun meşru ve hukuki olan amaçlarına günlük veya uzun dönemde ters düşecek şekilde davranmak, böylece kuruluşu verimsiz ve etkisiz bırakmaktır.

Yönetim ahlakının olumsuz görünümü, kamu personelinin kişisel çıkarlar ya da statü kazançları sağlamak

---

3 Stewart, a.g.m., s.363.

için, normal görev davranışlarını saptırması olmaktadır.[4] Tüm toplumlarda çok eskilere dayanan bu yönetsel yozlaşma örnekleri Türk hukuk sisteminde rüşvet, yolsuzluk, irtikap, ihtilas, zimmete para geçirme ve resmi evrakta sahtecilik olarak yer almıştır.

Ne yazık ki, yönetim ahlakının olumsuz yönü, toplum tarafından daha çok bilinen yönüdür. Çünkü, genellikle kamu yönetiminden bahsediloiğinde verimsiz ve pahalı çalışan, işletme ve organizasyon hataları olan bir yapı akla gelmektedir.[5] Bu yapının olumsuz görünümü için söylenmekte olan en kötü ifade ise, kamu yönetiminde yapıldığı söylenen yolsuzluklar ile alındığı söylenen rüşvetlerdir.

Kamu yönetiminde yozlaşmanın, bozulmanın göstergeleri olan bu uygulamalar, bir görüşe göre, sosyal ahlaktaki olumsuz bazı sosyal değişmelerin yönetime yansımasıdır.[6] Üstelik bu yansımaların biçimi de yine toplum içindeki insan davranışlarının değişimine göre olmaktadır.

YÖNETİM AHLAKININ OLUŞUMU

Yönetim ahlakının oluşumunda psikolojik, sosyolojik, ekonomik ve siyasal hatta, dini inanç ve gelenekleri de önemli birer etkisi olan faktörler olarak sıralayabiliriz. Ancak, tüm bunların yönetim ahlakını daha çok fert bazında etkilediğini söylemek gerekir. Çünkü, bütün bu faktörlerin daha etkili olmasında kurum içi faktörlerin etkisi büyük olmaktadır.

Bu nedenle yönetim ahlakının oluşumunu etkileyen faktörleri, kamu personelinin çalıştığı kuruma ilişkin faktörler olarak ayırarak ele almak gerekmektedir.

---

4 Turgay Ergun, "Yönetimde Yozlaşma Olgusu Üzerine" AİD, 11/1, s.24.

5 Nuri Tortop, Halkla İlişkiler, Yargı yayını, Ankara, 1993, s.89.

6 Gencay Şaylan, "Sosyal Değişme, Yönetsel Bozulma ve Yolsuzluk" AİD, C.8, S.4, s.84.

KURUM DIŞI FAKTÖRLER

Kamu yönetiminde yönetim ahlakının oluşumunu etkileyen bazı dış faktörler bulunmaktadır. Bu faktörler çok çeşitli olmakla birlikte, önemli olanları şu şekilde sıralayarak incelemek mümkündür:

DOĞAL FAKTÖRLER

Evrensel ya da genel de diyebileceğimiz bu faktörler, hemen bütün insanların kabul edip, ilke edindiği türdendir. Örneğin dürüstlük, doğruluk, yalan söylememek, hırsızlık yapmamak ve verilen sözde durmak genel kabul görmüş ahlak kurallarıdır. Bu kurallar aslında yönetim ahlakının oluşumunun temelini teşkil etmektedir.

SOSYAL FAKTÖRLER

Doğal faktörler bütün insanların kabul ettiği ilkeler olurken, sosyal faktörler, bu ilkelerin yanısıra o yöreye ait kültürün bir parçası olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu faktörde önemli bir değişken olarak inanç sistemlerinin rolünü unutmamak gerekir. Çünkü, din olgusu bazen akılcı bazen da akılcı olmayan çeşitli kural ve ilkeleri karşımıza bir gelenek ögesi olarak çıkarmakta ve ahlakın bir parçası şeklinde toplumun gündemini oluşturmaktadır.

Burada geleneklerden ve değer yargılarından oluşan, yasalarla zorunlu kılınan ve eğitimle topluma empoze edilen "resmi ahlak" ile değişen ekonomik ve sosyal şartlarla aynı hızda ilerleme özelliği taşıyan "resmi olmayan ahlak" ayırımını yapmak gerekir.[7]

---

7 Anonim, Yolsuzlukla Mücadeleye Yardımcı Olmak Maksadıyla Alınması Gereken Tedbirlere İlişkin İnceleme Raporu, Cumhurbaşkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu Başkanlığı Yayını, Ankara, 1996, s.4.

Sosyal faktörlerin yönetim ahlakının oluşumuna en kötü etkisi, toplum içinde yapılagelmiş gelenek ve göreneklerin kurum kültürüne de yansımasıdır. Çünkü, toplum bireyleri olan bürokratlardan oluşan bürokratik kültür, sosyal kültürün bir altkültürüdür.[8] Buna en iyi örnek olarak, görünüşe önem veren insanımızın müdür olduklarında, odalarını büyük paralarla tefriş etmelerini ve lüks arabaları makam aracı olarak kullanmalarını verebiliriz.

HUKUKİ FAKTÖRLER

Bundan önceki iki faktör yazılı hiçbir metinde yer almazken, hukuki faktörler anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelik gibi hukuki metinlerde yer almaktadır. Böylece, bürokrasinin o kurallı işleyişine uyulmakta ve bir süre sonra kurum ögesi haline gelmektedir. Örneğin, yetkilerin ve sorumlulukların sınırlarının belirlenmesi, ihale şartlarının hazırlanması, teknik bilgilerde uluslararası standartlara uyum gösterilmesi kurum oluşumundaki hukuki faktörlerdir.

Ancak, burada unutulmaması gereken nokta, personelin bütün davranışlarını içerecek kadar ayrıntılı bir metnin yazılamayacağı gerçeğidir. Gelişmeler oldukça düzenleme yapmak en doğru yoldur. Örneğin, büro malzemelerinin kullanımında getirilen kurallar içinde, bilgisayar kullanımına ilişkin kurallar henüz yeni yeni konmaktadır.

Kamu hizmetlerinde insan haklarına saygılı olunması gerektiği kadar, hayvan haklarına da saygılı olunması; kadın haklarının ve çocuk haklarının göz önünde bulundurulması; özürlülere bazı hakların sağlanması türünden uluslararası sözleşmeler, kamu yönetiminde ahlak oluşunda hukuki faktör özelliği taşımaktadır.

---

8 Şükrü Özen, Bürokratik Kültür 1, Yönetsel Değerlerin Sosyal Temelleri, TODAİE yayını, Ankara, 1996, s.15.

KURUM İÇİ FAKTÖRLER

Kamu yönetimi içerisinde eğer bir ahlak oluşumu söz konusu ise, bunda dış faktörler kadar bazı iç faktörlerin de rol oynadığını kabul etmek gerekir. Bunları yapı ve işleyiş olarak ele aldığımızda iki tür faktörin, bürokratik faktör ile personel faktöri olduğunu görürüz:

Yönetim ahlakı oluşumundaki en önemli iç faktör kurumun yapı ve işliyiş biimidir. Bu biçim, kamu yönetimi kurumları için bürokrasi anlamına gelmektedir.

Bürokrasi türü bir kurumlaşmada, klasik yönetim teorileri içinde yer alan Weber'e göre herkese uygulanan kurallar ve herkesin uyması gereken genel kurallar vardır.[9] bu kurallara uyulması durumunda hizmetler yürüyecek, uyulmaması durumunda aksamalar olacaktır. Bu şüzden aksatanlar için ceza sistemi söz konusudur.

Teorik olarak çok iyi işleyeceği düşünülen bu sistemin sakıncalı tarafı, personelin farklı zamanlarda farklı davranabileceği değil de, diğer üretim unsurları gibi her zaman aynı tepkiyi göstereceği düşüncesidir.[10] Bir esneklik yoktur.

Bürokrasinin uygulanması sırasında ise, örneğin ülkemiz genelinde merkeziyetçilik, kurumsal büyüme, yönetsel gizlilik ve dışa kapalılık yönetsel tutuculuk gibi kurumsal; kuralcılık ve sorumluluktan kaçma, yönetimde siyasallaşma, kayırmacılık, yolsuzluk ve rüşvet ve aracılar kullanma gibi işlem sorunları ortaya çıkabilmektedir.[11] Ayrıca, Bürokraside hiyerarşinin

---

9 Max Weber, Sosyoloji Yazıları, (Çev. Taha Parla), Hürriyet Vakfı yayını, İstanbul, 1986, s.192-194.

10 Acar Örnek, Kamu Yönetimi, Meram yayını, İstanbul, 1992, s.73.

11 Bilal Eryılmaz, Kamu Yönetimi, Akdeniz yay., İzmir, 1995, s.230-238,

Sosyal faktörlerin yönetim ahlakının oluşumuna en kötü etkisi, toplum içinde yapılagelmiş gelenek ve göreneklerin kurum kültürüne de yansımasıdır. Çünkü, toplum bireyleri olan bürokratlardan oluşan bürokratik kültür, sosyal kültürün bir altkültürüdür.[8] Buna en iyi örnek olarak, görünüşe önem veren insanımızın müdür olduklarında, odalarını büyük paralarla tefriş etmelerini ve lüks arabaları makam aracı olarak kullanmalarını verebiliriz.

HUKUKİ FAKTÖRLER

Bundan önceki iki faktör yazılı hiçbir metinde yer almazken, hukuki faktörler anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelik gibi hukuki metinlerde yer almaktadır. Böylece, bürokrasinin o kurallı işleyişine uyulmakta ve bir süre sonra kurum ögesi haline gelmektedir. Örneğin, yetkilerin ve sorumlulukların sınırlarının belirlenmesi, ihale şartlarının hazırlanması, teknik bilgilerde uluslararası standartlara uyum gösterilmesi kurum oluşumundaki hukuki faktörlerdir.

Ancak, burada unutulmaması gereken nokta, personelin bütün davranışlarını içerecek kadar ayrıntılı bir metnin yazılamayacağı gerçeğidir. Gelişmeler oldukça düzenleme yapmak en doğru yoldur. Örneğin, büro malzemelerinin kullanımında getirilen kurallar içinde, bilgisayar kullanımına ilişkin kurallar henüz yeni yeni konmaktadır.

Kamu hizmetlerinde insan haklarına saygılı olunması gerektiği kadar, hayvan haklarına da saygılı olunması; kadın haklarının ve çocuk haklarının göz önünde bulundurulması; özürlülere bazı hakların sağlanması türünden uluslararası sözleşmeler, kamu yönetiminde ahlak oluşunda hukuki faktör özelliği taşımaktadır.

---

8 Şükrü Özen, Bürokratik Kültür 1, Yönetsel Değerlerin Sosyal Temelleri, TODAİE yayını, Ankara, 1996, s.15.

KURUM İÇİ FAKTÖRLER

Kamu yönetimi içerisinde eğer bir ahlak oluşumu söz konusu ise, bunda dış faktörler kadar bazı iç faktörlerin de rol oynadığını kabul etmek gerekir. Bunları yapı ve işleyiş olarak ele aldığımızda iki tür faktörin, bürokratik faktör ile personel faktöri olduğunu görürüz:

Yönetim ahlakı oluşumundaki en önemli iç faktör kurumun yapı ve işliyiş biimidir. Bu biçim, kamu yönetimi kurumları için bürokrasi anlamına gelmektedir.

Bürokrasi türü bir kurumlaşmada, klasik yönetim teorileri içinde yer alan Weber'e göre herkese uygulanan kurallar ve herkesin uyması gereken genel kurallar vardır.[9] bu kurallara uyulması durumunda hizmetler yürüyecek, uyulmaması durumunda aksamalar olacaktır. Bu şüzden aksatanlar için ceza sistemi söz konusudur.

Teorik olarak çok iyi işleyeceği düşünülen bu sistemin sakıncalı tarafı, personelin farklı zamanlarda farklı davranabileceği değil de, diğer üretim unsurları gibi her zaman aynı tepkiyi göstereceği düşüncesidir.[10] Bir esneklik yoktur.

Bürokrasinin uygulanması sırasında ise, örneğin ülkemiz genelinde merkeziyetçilik, kurumsal büyüme, yönetsel gizlilik ve dışa kapalılık yönetsel tutuculuk gibi kurumsal; kuralcılık ve sorumluluktan kaçma, yönetimde siyasallaşma, kayırmacılık, yolsuzluk ve rüşvet ve aracılar kullanma gibi işlem sorunları ortaya çıkabilmektedir.[11] Ayrıca, Bürokraside hiyerarşinin

---

9 Max Weber, Sosyoloji Yazıları, (Çev. Taha Parla), Hürriyet Vakfı yayını, İstanbul, 1986, s.192-194.

10 Acar Örnek, Kamu Yönetimi, Meram yayını, İstanbul, 1992, s.73.

11 Bilal Eryılmaz, Kamu Yönetimi, Akdeniz yay., İzmir, 1995, s.230-238,

önemli oluşu, personeli statü için çalışmaya, otoritesinin artması için çaba sarfetmeye itmektedir.

Bu gücü elde eden amirin, statüsü gereği yetkili ve sorumlu olması onu kararları tartışılmaz bir konuma getirmektedir. Hatta bürokratların sık sık yakındığı şekliyle "Yasama Küçük Yönetimi" denilen bir durum ortaya çıkabilmektedir.[12] Bu konumdaki amirlerin yetkilerinin güçleri oranında keyfi kararlar alarak, çıkarcı davranmaları ve yolsuzluk yapmaları uygun hale gelmektedir.

Yönetim ahlakının oluşumunda önemli bir iç faktör olarak kuruluş çalışanlarını görmekteyiz. Kuruluşun bir üyesi oldukları andan itibaren "Personel" sıfatını taşıyan bu kişiler, gerek doğal karakterleri, gerekse yetişme biçimleri sonucunda oluşan özgün davranışlarını kuruluş içinde de sergilemektedirler.

KAMU PERSONELİNİN YÖNETİM AHLAKI TİPLEMESİ

Kamu yönetimi personelini, sergiledikleri davranışlarına göre bir ayırıma tabi tutabiliriz. Buna göre kamu yönetiminde seçilmiş de olsa, atanmış ya da kariyerden gelmişte olsa personeli şu üç davranış kalıbı içinde değerlendirmek mümkündür. Bunlar[13]

*Çıkarcı,

*Görevci,

*Ahlakçı.

---

12 James Q. Wilson, Bürokrasi, (Çev.S.Yalçındağ,D.Canman, Y.Ertekin). TODAİE yayını, Ankara, 1996,s.394.

13 David Austern, and.., Hükümet Ahlak ve Yöneticiler,(Çev.Turgay Ergun), TODAİE, Ankara, 1995,s.76.

Çıkarcı : Bu personel tipi, gerek ferdi ve sosyal düzeyde, gerekse kurumsal düzeydeki her türlü ahlaki kuralı hiçe sayan ilkesiz bir kişiliğe sahiptir. Ferdi çıkar sağlayabileceği her türlü fırsatı değerlendirebilecek bir özelliği olması nedeniyle çıkarcının, yönetim ahlakı olumsuz yönde etkileyecek temel davranışları vardır. Bu davranışlarının önemlilerini şu şekilde sıralayabiliriz[14]

*Ahlak dışı ya da yasa dışı davranışlarda bulunur.

*Başkalarının zaaflarını kendi çıkarları için kullanır.

*Yetki ve görevlerini kendi çıkarları doğrultusunda kullanır.

*Çıkarı uğruna belgeleri değiştirir, bekletir veya yok eder.

*Başkalarının yanlışlarını kendi çıkarı için maskeler.

*Çıkarı uğruna verimsizlik ve adaletsizlikleri önemsemez.

*Kurumsal yapı ve işleyişi, gücü oranında, çıkarı için değiştirir.

*Ahlaklı davrananların kurumsal hayatını zorlaştırır.

Görevci : Douglas Mc Gregor'un çalışanları, güdülemek için ayırıma tabi tuttuğu insan doğası tiplemesindeki (X) teorisine,[15] uygun bir personel tipine çok benzeyen görevci, kurumsal işleyişi bozmayan, tarafsız bir çalışandır. Otoriteye yanlış olsa bile karşı çıkmayıp, önderini izleyen görevcinin sergilediği temel bazı davranışları şunlardır.[16]

---

14 Austern, a.g.e., s.79.

15 Douglas McGregor, Kurumun İnsan İlişkileri Yönü, (Çev: Doğan Energin), ODTÜ yayını, Ankara, 1970,s.30.

16 Austern, a.g.e., s.80.

*Hiçbir ahlak dışı ya da yasa dışı işe kalkışmaz.

*Ferdi veya birlikte hiçbir haksız eylemde bulunmaz.

*İşini verilen emir kadar yapar. Fazlası için çaba göstermez.

*İşinde her zaman "hiçbir sorun istemiyorum" tutumu sergiler.

*Onun için işi, emekli oluncaya kadar zaman ayırdığı bir süreçtir.

*Yönetsel kuralları ihlal edenleri görmezlikten gelir.

*Hizmetin nitelik ve etkinliğinden çok kar-zarara önem verir.

*Bilgi almak isteyenlere kuruluşunun savunucusu kesilir.

Ahlakçı : "Başkalarının sana yapılmasını istemediğini sen de onlara yapmamalısın" genel ahlak kuralını kendisine ilke edinmiş olan ahlakçı personel tipi, demokratik bir toplumda kamu yönetiminin işleyişinde de temel ahlak kurallarının gereği ve yararına inanır.

Bu amaçla, kamu personelinin ahlakçı temel davranışlarının şunları içermesi gerektiğini düşünür.[17]:

*Ne kendisinin ne de başkalarının ahlak dışı ya da yasa dışı işler yapmasını ister; yapanları engeller. Böyle davrananları affetmez.

*İşini en iyi bir biçimde yapmaya çalışır. Yapanları destekler.

---

17 Austern, a.g.e., s.81.

*Çıkarcıların fark edilmesi için çalışmayı ödüllenderir.

*Dürüstlüğü savunur. Bürokratik oyunları önlemeye çalışır.

*Yasal ya da ahlaki amaç dışında açık ve dürüst iletişimi sürdürür.

*Üstlerinin verdiği yasa veya ahlak dışı emirlere karşı direnir.

*Kamu yönetiminin halka hizmet için olduğunun bilincindedir.

*Emrindeki personel ve diğer imkanları toplum yararı ve birey özgürlüğünü dikkate alarak kurum amaçları doğrultusunda kullanır.

Kurum oluşurken personelden kaynaklanan faktörler bazı nedenlere göre ortaya çıkmaktadır. Bu nedenleri, personelin genellikle iyi niyetli olması ya da bilinçsizce yapması durumunda olumlu, kötü niyetle ve bilerek, isteyerek yapması durumunda ise olumsuz nedenler olarak ikiye ayırabiliriz[18].

OLUMLU NEDENLER

Bilgisizlik: Yönetim ahlakının oluşumunda, bu süreci olumsuz yönde etkiliyen olumlu faktörlerin başında personelin yasa, yönetsel kural ve bazende kurum içi geleneklerini bilmemeleri gelmektedir. Bu nedenle, zor durumda kalan personelin "böyle bir yasadan haberim yoktu" şeklindeki savunmaları gerçekten de çok görülen bir yönetim ahlakı ihlalidir. Ancak, bu tür bir gerekçe kabul edilmemekle birlikte, ortaya çıkıncaya kadar personelin yanlış uygulaması devam edebilmektedir.

---

18 Austern, a.g.e., s.37-61.

Akılsızlık: İnsan hayatını etkileyen öyle ahlaki davranış kalıpları vardır ki, bunların insanlar tarafından kitap ya da yasalardan öğrenilmesi mümkün değildir. Çünkü, bu kuralları insanların ya düşünerek ya da gözlemleyerek anlaması gerekir. Aksi durumda kişi istenmeyen durumlara düşebilir. Diğer bir deyişle, bu ahlaki kuralların deneyim sonucunda öğrenilmesi personeli kurum içinde ve dışında zor durumlara düşürebileceği gibi, yönetim ahlakının bozulmasına da yol açar.

Buna göre, personelin protokol kurallarına aykırı hareketinden başlayıp, parasal değeri çok az tuttuğu halde kurumun araç ve gereçlerini ferdi amaçla kullanmaya, işleri geciktirmeye ve halkın istek ve şikayetlerinden habersiz olmaya kadar bir çok yanlış davranışı, yönetim ahlakının akılsız personel tarafından bozulmasına yol açmaktadır.

Arkadaşlık: Kuruluş personelinin yetkilerini görev sırasında arkadaşlarına ve yakınlarına daha farklı bir şekilde kullanmaları da yönetim ahlakının dostluk için bozulmasına yol açmaktadır. Bu duruma örnek olarak personelin arkadaşlarına öncelik sağlaması, istedikleri normal bir kamu hizmetini daha çabuk yerine getirmesi, daha da ötesi kuruluş imkanlarını bu kişiler için özel olarak kullanmalarını verebiliriz.

İyi Niyetlilik: Bazı kamu personelinin sadece iyi niyetle yaptığı bazı davranışlar vardır ki, bunlarla devletin daha başarılı olacağı ileri sürülür. Bu davranışlar toplum çıkarı için kamu hizmetlerinin işleyişini hızlandırmak, görevlendirilmeden iş yapmak, başkalarının görevlerine izinsiz olarak karışmak, kurum imkanlarını başta personel ve bütçe olmak üzere kurumun kuruluş amacı dışında ancak kamu yararına kullanmak, hizmet talebinde gerekli olan iş, işlem ve belgeler olarak tanımlanan formalitelerin gereksiz olduğunu düşünerek kendiliğinden bazı işleri yapmaya kalkışmaktır. Ancak, tüm bu iyi niyetli girişimlerin kamu yönetiminin genel

yapı ve işleyişini olumsuz yönde etkileyeceği ve yetki ve görev dağılımında sorunlar yaşatacağı unutulmamalıdır.

Emirlere Uyma: Kuruluş personelinden amirlerin de insan olduğu ve yasa veya ahlak dışı emirler verebilecekleri olasılığı her zaman vardır. Bu nedenle, emir emirdir diyerek verilen her emri sonunu düşünmeden yapmak bazı olumsuz durumlara yol açabilmektedir. Emrin yasaya aykırı olması ya da emredilen astın ahlak ilkelerine ters düşmesi durumunda bile o emrin yerine getirilmesi yönetim ahlakının bozulması anlamına gelmektedir. Personelin bu gibi durumlarda 1982 Anayasamıza da girdiği şekliyle "Kanunsuz emir" uygulaması, emrin konusu suç teşkil edene kadar amirlerine itaat etmesi şeklindedir.

Yaşama İçgüdüsü: İnsanların doğuştan sahip oldukları yaşamlarını devam ettirme içgüdüsü, onların her türlü ortamda en azından yaşamsal çıkarlarını gözetmelerini gerektirmektedir. Üstelik insan bu işi çoğunlukla farkında olmadan yapmaktadır. Kuruluş içinde de personelin ne genel ne de kurumsal ahlak ilkelerine uymadığı halde gösterdiği bazı davranışları bu türdendir. Örneğin bir belediye meclisinde başkan ve üyelere tanınan taban ve tavan ücretlerde kendileri için hep en yüksek ücreti belirlemeleri buna en yi örnektir.

OLUMSUZ NEDENLER

Ferdi Çıkar Sağlama: Yönetim ahlakının bozulması konusundaki ilk olumsuz neden, hiç şüphesiz insanların genellikle ferdi çıkar sağlama girişimleridir. Çünkü, bu onların kurum içinde yükselmelerini, kurum dışında da örneğin zengin olmalarını sağlayacaktır. Personelin bu amaçla yasa dışı bazen de ahlak dışı davranışlarda bulunması, eğer kuruluş içinde iyi işleyen bir denetim ve ceza sistemi yoksa, bir süre sonra önce birimin işini, daha sonra da kuruluşun hizmetlerini aksatacaktır.

İdeolojik Davranma: Kamu yönetiminde karar vericilerin, genellikle yasaya uymakla birlikte ahlak dışı sayılabilecek ideolojik karar ve uygulamaları olabilmektedir. Bunların başında aynı görüşe sahip adayların öncelikle istihdam edilmesi, yükseltilmesi ya da ödüllendirilmesi gelmektedir. İşin kötü tarafı, bu ideolojik dayanışmanın bir süre sonra yasal olmayan iş ve işlemlere de yansımısıdır. Çünkü, söz konusu dayanışmanın devamı durumunda ahlak dışı olarak başlayan bu uygulama, yasa dışılığı da beraberinde getirmektedir.

Mali Sorunu Olma: Kamu hizmetlerinde çalışanların ücretlerinin azlığı aslında ne ahlak dışı ne de yasa dışıdır. Sorun tamamen siyasal bir karara dayanmakta; ancak, kamu görevlilerinin, aylıklarının azlığını ileri sürerek yanlış bazı davranışlarda bulunmaları söz konusudur. Oysa, bu sorunu halletmenin yolu sahip olunan yetkileri ferdi çıkar için kullanarak kamu hizmetlerini aksatmak değil, görevi gereği gibi yapmaktır. Ancak, ücret gerçekten az ise, bunun mücadelesini sivil toplum kuruluşları olan baskı grupları aracılığı ile sürdürmelidir.

Açgözlülük: Kamu personeli için bir hastalık olarak görebileceğimiz bu neden, kamu hizmetlerini hem ahlaki hem de yasal açıdan çıkarlar uğruna yürütmek, yürütmemek veya bozulmasına göz yummaktır. Bu neden de, esas sorun bozulmuş olan yönetim ahlakının, bozanlar tarafından her geçen gün daha da artan istekleriyle çok daha fazla bozulma eğilimidir. Önüne geçilmemesi durumunda bu eğilim giderek artar.

Güç Gösterisinde Bulunma: Hiyerarşinin egemen olduğu kurumlar olarak kamu yönetiminde, statü getirdiği maddi faydalardan daha çok manevi yönü ile önemli olmaktadır. Çünkü, yetki artırımı olan statü, daha çok kişiyi yönetme, daha çok paraya hükmetme ve birim ya da kurumu temsil etme açısından personeli etkilemektedir. Bu nedenle, personelin statü artışına ilişkin girişimleri genellikle ahlak dışı olabilmektedir.

Yükselmek amacıyla, sicil amirlerinin gözüne girmek için onların yasa dışı ya da ahlak dışı isteklerini yerine getirmek, diğer adayları kötülemek, çalışıyor gibi gözükmek, geçici başarımlarda bulunmak bu statüye ulaşarak belli bir güce sahip olmak nedenine dayanmaktadır.

Sömüreni Sömürme: Bazı devlet memurları kendilerinin amirlerince, kurumlarınca ya da iktidardaki parti tarafından sömürüldüklerini düşünürler. Bu nedenle onları kendi imkanları ile sömürmek için ikna etmeye çalışırlar. Kendilerine hep pis ve zor işlerin verilmesinden, yükselmeyi hak ettikleri halde yükseltilmediklerinden, kendilerinin ya yanlış anlaşıldıklarından ya da hiç anlaşılamadıklarından dolayı durumu tersine çevirmeye çalışırlar. Bunun içinde kurumsal ahlakı bozucu yönde davranışlar gösterirler. Düşük bir başarımla çalışırlar, arka planda kalmayı, işleri en az hızla yaparlar. Bu yüzden, bu tür memurlar için "Tam maaşla emekli" yakıştırması yapılmaktadır.

Oyun Oynama: Kamu yönetiminde bazı görevlilerin ya durağan iş yapmalarından ya da kamu hizmetlerini önemsememelerinden dolayı, ahlak dışı ya da bazen yasa dışı oyunlar oynadıkları da görülmüştür. Bir memurun, kıyafet yönetmeliğine çok aykırı bir şekilde işe gelmesi veya çok geç gelmesi durumunda amirin tepkisinin ne olacağı konusunda, diğer bir memurla iddiaya girmesi gibi bir davranış bu nedene basit bir örnektir.

SONUÇ

Kamu yönetiminde yönetim ahlakı, kamu gücünün keyfi kullanımına karşı önemli bir denge unsuru olmaktadır.[19] Devletin bu unsuru kendi lehine kullanabilmesi için halkın yönetime olan güveninin artırılması gerekmektedir.

---

19 Bkz. Puma, Ethics in the Public Service, Current Issues and Practice, Public Management Occasional Papers, OECD, 1997.

Diğer taraftan kamu sektöründe de ticari yapılanma gereğinin ortaya çıkması ve kamu hizmetlerinde etkinliğin yanısıra, verimliliğe de önem verilmesi, kamu hizmeti-ticari anlayış ile kamu yararı-kâr ilişkilerini karşımıza, bir sorun olarak çıkarmaktadır.

Bu sorunların çözümünde en çok ileri sürülen konu, devletin küçülmesi, sadece yönetici, yol gösterici ve denetleyici olarak yer alması görüşüdür.

Diğer bir görüş ise, devletin düştüğü çeşitli olumsuz durumlardan kurtulabilmesi için ekonomiye (Economy), verimliliğe (Efficiency) ve etkinliğe (Effectivness) önem vermesinin yanısıra 4'üncü E olan Yönetim ahlakına (Etics) da önem vermesi gerektiği görüşüdür.[20]

Bu görüşe uygun davranılması için ise, yönetim kirliliğinin ortaya çıkmasının önlenmesi ve yönetim ahlakı anlayaşının kamu yönetimine hakim bir anlayış olmasının sağlanması gerekmektedir.

Yönetim kirliliği denildiğinde ise, akla çoğunlukla yönetimdeki yolsuzluklar, rüşvet alınması, maddi çıkarlar sağlanması, yetkilerin kötüye kullanılması, keyfi yönetim, lükse kaçan harcamalar, siyasi kayırmacılık ve örgüt içi ileri düzeydeki dayanışmaların yol açtığı yönetsel yozlaşmalar gelmektedir.

Söz konusu yozlaşmalara daha çok gelişmekte olan ülkelerde karşılaşılması ise, konunun diğer bir yanını oluşturmaktadır. Çünkü, bu tür ülkelerin büyük bir bölümünde bürokrasi dışı güç merkezlerinin (örneğin siyasal partilerin, yasama organlarının, meslek kuruluşlarının sendikaların ve

---

20 Anonim, "Dünya Ahlaki Değerlere Yöneliyor", Milliyet Gazetesi, 4.02.1996, s.7.

basının) güçlü bürokrasiye oranla zayıflığı göze çarpmaktadır.[21]

Bu tür toplumlarda genellikle en iyi ve büyük örgütlü yapıya sahip olan bürokrasi, bazen doğrudan, bazen zorunlu olarak siyasal kararların uygulanması kadar, siyasal kararların alınmasında da etkin bir rol oynayabilmektedir.

O halde, "Zorunlu Ahlaki Değerler Sistemi" olan kurallar, disiplin ve yasalar yerine, "Gönüllü Ahlaki Değerler Sistemi" olan sivil örgütlenme, istek ve katılımın desteklenmesi en doğru çözüm yoludur. Diğer taraftan, kuralcılığın, katı bir hiyerarşinin ve denetimin hakim olduğu modası geçmiş bir yönetim yerine, verimliliğin, sorumluluğun, ödüllendirme ile desteklenmiş bir moral gücünün ağır bastığı bir yönetimin, kamu yönetiminde uygulanması gerekmektedir.

Ancak, tüm bu çözüm önerileri için kamu yönetimi, hizmet edilen kitlenin etkisini görmeli, hissetmeli ve kabul etmelidir. Çünkü, bu etkinin olmadığı ya da yönetimin kabullenmediği durumlarda, kirlenme devam edecektir. Yönetim ahlakı oluşumu, olumlu yönde değil, olumsuz yönde bir gelişme izleyecektir.

***

21 Ümit Berkman, Azgelişmiş Ülkelerde Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Rüşvet, TODAİE yayını, Ankara, 1983, s.20.

KAYNAKÇA

Anonim :"Dünya Ahlaki Değerlere Yöneliyor", Milliyet Gazetesi, 04.02.1997.

Anonim :Yolsuzlukla Mücadeleye Yardımcı Olmak Maksadıyla Alınması Gereken Tedbirlere İlişkin İnceleme Raporu, Cumhurbaşkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu Başkanlığı, Ankara, 1996.

David AUSTERN and :Hükümet Ahlak ve Yöneticiler, (Çev. Turgay Ergun), TODAİE, Ankara, 1983.

Ümit BERKMAN:Azgelişmiş Ülkelerde Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Rüşvet, TODAİE, Ankara, 1995.

Bilal ERYILMAZ :Kamu Yönetimi, Akademi yayını, İzmir, 1995.

Turgay ERGUN :"Yönetimde Yozlaşma Olgusu Üzerine", Amme İdaresi Dergisi, TODAİE, C.11, S.1.

Donald MENZEL :"Through the Ethical Looking Glass Darkly",

Administration & Society, Vol.27, No.3, Sage Publications, 1995

Douglas McGREGOR :Örgütün İnsan İlişkileri Yönü, (Çev. Doğan Energin), ODTÜ, Ankara, 1970

Acar ÖRNEK :Kamu Yönetimi, Meram yayını, İstanbul, 1992.

Şükrü ÖZEN :Bürokratik Kültür 1, Yönetsel Değerlerin Toplumsal Temelleri, TODAİE, Ankara, 1996.

PUMA :Ethics in the Public Service, Current Issues and Practice, Public Management Occasional Papers, No.14, OECD, 1996.

Debra W. STEVART :"Theoretical Foundations of Ethics in Public" Administrations, & Society, Vol.23, No.3, Sage Publications, 1991.

Gencay ŞAYLAN :"Toplumsal Değişme, Yönetsel Bozulma ve Yolsuzluk", Amme İdaresi Dergisi, C.8, S.4.

Nuri TORTOP :Halkla İlişkiler, Yargı yayını, Ankara, 1993.

Max WEBER :Sosyoloji Yazıları, (Çev. Taha Parla), Hürriyet Vakfı, İstanbul, 1986.

James Q WİLSON :Bürokrasi, (Çev. S. Yalçındağ, D.Canman, Y. Ertekin), TODAİE, Ankara, 1996.

FONCTIONNALISME ET AVENIR DE L'INTEGRATION EUROPEENNE

Dr. Çınar ÖZEN*

Le processus d'intégration en Europe, commencé concrètement après la fin de la Deuxième Guerre Mondiale, a continué son évolution, avec quelques périodes de ralentissement, jusqu'aujourd'hui. Cependant avec les changements fondamentaux dans le système mondial et surtout dans le système européen, et avec les contraintes structurelles provenant des dynamiques internes de l'Union Européenne, le processus d'intégration en Europe se trouve, aujourd'hui, face à un tournant critique. D'une part sa volonté de continuer son approfondissement, d'autre part un besoin de l'élargissement vers l'est de l'Europe apparu après la fin de la Guerre froide, ont causé la formation d'un dilemme stratégique.

Ce dilemme, en réalité, est consisté de deux grands choix. L'Union Européenne doit choisir une des deux grandes stratégies d'intégration au cours des négociations de la Conférence Intergouvernementale de 1996. La première stratégie, à laquelle l'Union Européenne est confrontée, est d'avancer vers une nouvelle communauté politique et la deuxième, est de créer un grand marché unique en Europe avec une zone de libre échange périphérique.

Pour analyser scientifiquement ce dilemme et la direction des solutions cherchées par l'Union Européenne, il faut mettre la recherche dans un cadre théorique. En réalité, le dilemme qui existe dans la pratique aujourd'hui, est depuis longtemps un sujet de discussion dans la théorie du fonctionnalisme. A cause de cela, nous allons essayer de montrer, d'abord, la séparation qui existe dans la théorie du fonctionnalisme pour constater le

---

* G.Ü. İ.İ.B.F. Uluslararası İlişkiler Bölümü

cadre et les critères de cette discussion, et ensuite, nous allons essayer de prévoir l'évolution éventuelle, en pratique, de l'intégration européenne dans ce cadre. Au cours de cette recherche nous allons profiter des modèles proposés sur l'avenir de l'Union.

Mais avant de passé notre discussion principale, il faudrait expliquer pourquoi nous avons choisi le fonctionnalisme comme cadre théorique de notre recherche. Sans l'explication de nos raisons, une question du genre "pourquoi le fonctionnalisme et pas le fédéralisme" pourrait troubler l'esprit des lecteurs, et pourrait affaiblir la base de cette recherche.

POURQUOI LE FONCTIONNALISME ?

Le fonctionnalisme, essentiellement, est une philosophie, et un style de pensée utilisé pour expliquer des faits sociaux. Taylor et Groom expriment cette idée en disant: " le fonctionnalisme est plutôt une approche qu'une théorie unie".[1] Le concept clé pour comprendre cette philosophie est la nécessité. Les fonctionnalistes pensent que ce sont les nécessités qui déterminent les institutions et toutes les structures d'une société. Les nécessités engendrent des fonctions que la société a besoin pour son adaptation aux changements externes et internes. C'est-à-dire que les changements sociaux vont faire apparaître de nouvelles nécessités et de fonctions dans la société, et que dans ce contexte, pour répondre à ces nécessités et pour accomplir ces nouvelles fonctions, les institutions de superstructure d'une société s'adapteront aux changements ou aux nouvelles nécessités qui apparaissent.

Cette philosophie a été utilisée aussi bien pour analyser les organisations internationales que pour expliquer le processus

---

1 P.Taylor, A.J. Groom, "Introduction: Functionalism and International Relations" in P. Taylor, A.J. Groom (ed.), Functionalism Theory and Practice in International Relations, London, 1975, p.1.

d'intégration internationale. Dans ce cas-là, les organisations internationales ont été perçues comme des réponses aux nécessités ressenties par les Etats. En outre, il était impossible de répondre à ces nécessités en restant dans un cadre national. La nature de ces nécessités forçait les Etats à coopérer sur le plan international.

Quant à l'intégration européenne, nous observons que la plupart des chercheurs ont, en général, choisi le fonctionnalisme comme cadre théorique pour analyser ce processus.[2]

Jean Monnet, l'architecte de l'intégration européenne après la Deuxième Guerre Mondiale, avait planifié, dès le début, une évolution graduelle commençant par les secteurs techniques. Sa réflexion sur la construction européenne se basait sur une pensée fonctionnaliste. L'évolution de l'intégration européenne a suivi aussi les grandes lignes tracées par Monnet.[3] George dit que Monnet partageait avec les fédéralistes le but d'une Europe unie. Mais ensuite il explique que la méthode de Monnet était d'avancer vers l'unité petit à petit, de manière croissante dans les domaines où la souveraineté nationale n'était pas sérieusement menacée. George indique que Monnet n'acceptait pas l'approche d'abordement de front (head-on approach) défendue par les fédéralistes.[4]

---

2 Il existe aussi différents cadres de recherche pour analyser l'intégration européenne, mais la théorie la plus discutée et utilisée par les chercheurs est le fonctionnalisme. Parmi les grands chercheurs de ce domaine, nous pouvons compter, E.B. Haas, D.Mitrany, L.N. Lindberg, J. Nye, P. Schmitter entre autres.

3 S. George, Politics and Policy in the European Community, New York, 1991, p.19.

4 Ibid idem.

Après ces explications, nous pouvons voir qu'entre les fonctionnalistes et les fédéralistes existe une rivalité concernant l'analyse de l'intégration européenne. Pour cela nous voulons démontrer, en premier lieu, pourquoi nous avons choisi le fonctionnalisme et non pas le fédéralisme pour analyser l'Union Européenne.

La plus grande différence entre les fonctionnalistes et les fédéralistes, après les indications de George, provienne des méthodes proposées pour arriver à une unité. Nous allons appeler cette différence "différence procédurale". Pentland confirme cette différence en disant que "l'émergence d'un système fédéral, dans un système international, est frappante et révolutionnaire".[5] Par contre, les fonctionnalistes acceptent une évolution graduelle qui s'étend d'un secteur à un autre.

Une des éventuelles conclusions de ce processus fonctionnel, peut être un modèle d'intégration fédérale. L'évolution graduelle de l'intégration peut parvenir à un Etat fédéral. George définit cette approche comme le fédéralisme-fonctionnel et indique que Monnet en est un des plus éminents représentants.[6] Pentland accepte cette définition et ajoute à la liste des représentants du fédéralisme-fonctionnel les noms de Hallstein et de Spaak.

Une deuxième divergence entre les fonctionnalistes et les fédéralistes provient du produit-final. Si l'on observe les expériences fédérales et si l'on lit les oeuvres des fédéralistes, on peut voir que toutes les organisations fédérales ont une forme d'Etat et dans cet Etat, les compétences concernant la politique étrangère, la défense et l'économie appartiennent au niveau fédéral. En plus, ce partage des compétences est toujours

---

5 C. Pentland, International Theory and European Integration, New York, 1973, p.164.

6 S.George, Op. cit., p.20.

constaté par une constitution élaborée au commencement de l'intégration.[7]

Quant au fonctionnalisme, le produit final n'est pas nécessairement un Etat fédéral. Par contre, en général le produit final reste au niveau d'une organisation supranationale fonctionnant dans les secteurs techniques, comme l'Union Européenne par exemple.

Après avoir démontré les différences existant entre les fonctionnalistes et les fédéralistes, on peut dire que l'évolution de l'intégration européenne est plus proche du fonctionnalisme que du fédéralisme. En premier lieu, car, le processus d'intégration européenne est un processus graduel, comme expliqué par les fonctionnalistes. L'intégration, apparue tout d'abord dans le secteur du charbon et de l'acier, avait été étendue vers les autres secteurs de l'économie. Quand on regarde le produit-final actuel de ce processus, on peut observer que l'Union Européenne aujourd'hui n'est pas un Etat fédéral. Les compétences de la politique étrangère et de défense, acceptées comme critère d'un Etat fédéral, restent aujourd'hui au sein des pays-membres.

En conclusion, nous pouvons dire que pour analyser l'Union Européenne et pour prévoir l'avenir de cette intégration, on a besoin d'un cadre théorique, et que ce cadre théorique devrait être le fonctionnalisme; en effet, c'est le fonctionnalisme qui explique le mieux l'intégration européenne.

---

7 D.Mitrany, A Working Peace System, Chicago, 1966, p.170; C.J. Friedrich, Tendances du Fédéralisme en Théorie et en Pratique, traduction André et Lucie Philippart, Bruxelles, 1971, p.29; R.O. Keohane, S. Hoffmann, "Conclusions: Community Politics and Institutional Change" in W. Wallace (ed.), The Dynamics of European Integration, London, 1992, p.279; D. Mitrany, Op. cit., p.156; E.B. Haas, The Uniting of Europe, Standford, 1968, p.35, C. Pentland, Op. cit., p.12.

Mais quand on parle de fonctionnalisme, il faut aussi distinguer de quel fonctionnalisme on parle. Le fonctionnalisme n'est pas une approche monolithique. Dans cette approche, il y a des courants divergents. Les différences qui existent dans le fonctionnalisme, existent aussi chez les politiciens, les groupes d'intérêts de l'union européenne et aussi dans la construction de l'Union Européenne. En raison de cela, il serait profitable de démontrer les divergences existant dans le fonctionnalisme.

QUEL FONCTIONNALISME ?

Comme nous l'avons déjà expliqué, le fonctionnalisme est une philosophie qui est utilisée pour expliciter les faits sociaux. Mais dans le cadre de cette recherche, nous allons prendre en considération le fonctionnalisme existant dans les théories d'intégration internationale.

Dans les théories d'intégration internationale, le fonctionnalisme est divisé en deux. Le premier est appelé, en général, "Fonctionnalisme", alors que le deuxième est appelé "Néofonc-tionnalisme". Le plus important représentant du "Fonctionnalis-me" est David Mitrany, et celui du "Néofonctionnalisme" est E.B. Haas. Pour distinguer ces deux courants, il faut analyser les idées de ces deux chercheurs.

Le Fonctionnalisme de Mitrany

Au fond de la théorie de Mitrany, il y a la définition d'un monde qui est unifié, de fait, par des relations accroissant entre les peuples. Mitrany défend l'idée que l'autosuffisance de l'individu et du groupe local a été brisée par le développement de la communication, des nouvelles sources de puissance et de l'augmentation de la fabrication en masse, et tous ces facteurs ont eu pour résultat de lier les peuples de manière croissante.[8]

---

8 David Mitrany, Op. cit., p.26-27.

D'après Mitrany, les organisations internationales sont le résultat de cette interdépendance créée par le changement technologique du monde et par ses conséquences. Les organisations internationales doivent accomplir des fonctions impossibles à achever parfaitement sans coopérer au niveau international.[9] C'est-à-dire que ce changement mondial est en train de créer de nouveaux besoins dans les sociétés, au niveau national, mais que ces besoins, à cause de leurs natures, ne peuvent pas être satisfaits dans le cadre national. Ces nouveaux besoins contraignent les pays à coopérer entre eux et à mettre en commun leur souveraineté sur les sujets concernés au sein des organisations internationales créées pour satisfaire ces mêmes besoins.

Les domaines qui forcent les Etats à la coopération fonctionnelle sont, d'après Mitrany, en général, les nouvelles inventions et les nouvelles découvertes scientifiques comme l'aviation, la communication, l'énergie atomique et l'exploration de l'espace.[10]

Quant à la structure des organisations fonctionnelles, Mitrany utilise le concept d'autodétermination technique. Avec ce terme, Mitrany s'efforce d'exprimer que ce sont les fonctions qui déterminent la structure d'une organisation. Ce sont les fonctions qui vont déterminer la structure des organes et aussi les puissances nécessaires pour l'accomplissement de ces mêmes fonctions. Cette caractéristique donne une grande liberté à cette organisation fonctionnelle dans le but de s'adapter au changement de condition et de besoin.[11]

L'approche de Mitrany ne prend pas comme but final d'arriver à une communauté politique. Mitrany défend l'idée que l'accroissement des relations fonctionnelles entre les Etats

---

9 Ibid., p.28.

10 Ibid., p.211.

11 Ibid., p.72.

créera un réseau d'interdépendance. Grâce à ce réseau d'interdépendance, d'après Mitrany, le recours à la violence comme méthode pour résoudre les conflits tendra à disparaître. Pour arriver à une paix universelle on n'a pas besoin de créer une communauté politique souveraine au-dessus des Etats, l'accroissement et l'amélioration des relations fonctionnelles peuvent réaliser ce but. Une organisation couvrant toutes ces relations fonctionnelles peut seulement être créée pour la coordination de ces relations.[12] Mitrany dit que toutes les organisations fonctionnelles vont fonctionner en restant dans leurs cadres spécifiques, mais il ajoute aussi qu'il ne faut pas exclure la possibilité de lier ces organisations avec la création d'une autre organisation pour en assurer la coordination si elle est nécessaire et utile.[13]

Mitrany avec toutes ces explications, s'efforce de dessiner, en réalité, le cadre théorique de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Selon lui, les agences techniques formées dans le système de l'ONU sont en train de créer une interdépendance entre les Etats, et qu'avec l'élargissement de ce réseau, il est possible de préserver et de maintenir la paix mondiale. "Le Conseil général" et "le Conseil de sécurité" sont des organes pour assurer la coordination, et ils n'ont pas été créés pour accomplir la fonction d'un gouvernement mondial.

Les efforts de Mitrany pour théoriser le système d'intégration de l'ONU ont aussi influencé aussi les efforts de théorisation des autres initiatives d'intégration. Par exemple, les chercheurs travaillant sur l'intégration européenne se sont beaucoup inspirés des travaux de Mitrany. Ce qui veut dire que le néofonctionnalisme a été construit sur la base établie par Mitrany pour théoriser le phénomène d'intégration européenne.

---

12 Ibid., p.38

13 Ibid., p.74-75.

Mais la caractéristique distinctive du fonctionnalisme de Mitrany était de créer un réseau fonctionnel entre les Etats, comme produit-final, et non pas la création d'une communauté politique supranationale qui deviendrait graduellement un Etat fédéral.

Le Fonctionnalisme de Haas

La question fondamentale de Haas est "comment peut-on créer une communauté politique plus large ?". Haas base son analyse sur la recherche d'une nouvelle communauté politique. Ce point est la différence principale entre Haas et Mitrany. Dans la préface de son livre "Uniting of Europe", Haas se demande: "une communauté politique plus large, peut-elle être créée quand les expectations cruciales, les idéologies et les comportements de certains groupes clés ont convergé vers un nouvel ensemble de symboles centraux et d'institutions ?".[14]

Après avoir analysé ce point, nous pouvons observer une deuxième caractéristique de l'approche de Haas. Cette dernière est de voir une communauté politique comme une fusion des intérêts des élites et des groupes d'intérêt. Haas pense que si les intérêts des élites et des groupes d'intérêt influents nécessitent un nouveau cadre d'intégration plus large du cadre national, alors la nouvelle fusion d'intérêt va être créée à un niveau supranational. Haas explique ce fait avec le concept de loyauté.

Haas dit que: "les communautés politiques existantes ne sont pas homogènes à l'intérieure pour parler d'une seule voix sur les sujets nationaux et internationaux et ne sont pas des unités naturelles constituées historiquement".[15] Pour Haas, c'est la loyauté des groupes d'intérêt qui forme la structure des acteurs politiques et la loyauté des groupes d'intérêt est

---

14 E.B. Haas, Op. cit., p.xxv.

15 Ibid., p.4-5.

rattachée essentiellement à la satisfaction des expectations importantes de ces groupes.[16] Les groupes d'intérêt attachent leurs loyautés à des centres d'administration et de décision satisfaisant leurs expectations, et ils changent leurs loyautés quand leurs nouvelles expectations nécessitent de nouveaux centres d'administration et de décision.

Haas résume tout ce processus avec sa définition de l'intégration politique. Selon lui: "l'intégration politique est le processus par lequel les acteurs politiques dans plusieurs cadres nationaux distincts sont amenés à transférer leurs obédiences, attentes et activités politiques vers un nouveau centre dont les institutions possèdent ou exigent une juridiction au-dessus des Etats nationaux préexistants".[17]

Cette manière d'analyser la communauté politique moderne néglige les aspects sentimentaux et historiques des sociétés. L'approche de Haas, à cause de cela, reste trop mécanique. Le changement de loyauté des acteurs formant les communautés politiques n'est toujours pas automatique, comme l'explique Haas. Les événements des années soixantes, d'ailleurs, n'ont pas suivi cette analyse.

Le concept de "spill-over effect" (l'effet de débordement) est un autre concept clé de l'analyse de Haas. Il accepte le système politique comme un ensemble constitué par des secteurs interdépendants. Pour cette raison, quand les Etats intègrent un secteur de leur économie, ils seront obligés d'intégrer, aussi, d'autres secteurs, à cause des pressions techniques. De cette manière, l'intégration commence par un secteur de l'économie, se propage vers les autres secteurs et se termine par la

16 Ibid., p.13-14.
17 Ibid., p.16.

formation d'une unité économique.[18]

Nous pouvons observer l'effet de débordement dans des différents secteurs de l'économie de l'Union Européenne. Par exemple, la libre circulation des capitaux a obligé les Etats membres d'harmoniser leurs législations de taxation concernées, et la formation du marché unique a forcé les Etats membres de fixer les taux d'échange entre leurs monnaies, etc..

Cependant, Haas remarque aussi que l'effet de débordement peut fonctionner entre les secteurs économiques et politiques. C'est-à-dire qu'une intégration économique régionale peut contraindre les Etats concernés à une intégration politique et que ce processus peut aboutir à la création d'une sorte de communauté politique.[19] Keohane et Hoffmann critiquent cette approche d'être trop automatique. Ils disent que le mécanisme de débordement a ses limites, et que l'expansion n'est pas automatique.[20]

Cette discussion se trouve, en réalité, au coeur de l'analyse de l'intégration européenne, et ainsi de notre recherche. Comme Haas commence sa recherche avec l'objectif de découvrir les conditions de la formation d'une communauté politique, il défend l'idée du passage de l'intégration économique à l'intégration politique. Au contraire, Mitrany, lui, n'envisage que la formation d'un réseau de relation fonctionnelle formé par la contrainte des nécessités internes et externes. Selon Mitrany le mécanisme fonctionnel peut supprimer les conditions de guerre et assurer la résolution des conflits par les voix pacifiques mais ne crée pas de communauté politique.

---

18 Ibid., p.292; S. George, Op. cit., p.22; L.N. Lindberg, The Political Dynamics of European Economic Integration, Standford, 1968, p.10.

19 E.B. Haas, Op. cit., p.311.

20 R.O. Keohane, S. Hoffmann, Op. cit., p.277.

L'intégration européenne est aussi, aujourd'hui, arrivée à ce stade et se trouve dans ce débat. Les instances et les élites de l'Union Européenne se demandent si l'Union Européenne est une coopération économique et un marché commun comportant ses propres institutions, ou bien un embryon d'une fédération fonctionnelle européenne. En réalité cette discussion est la continuation dans la pratique du débat théorique entre Mitrany et Haas.

LE FONCTIONNALISME ET L'UNION EUROPEENNE

Comme on l'a expliqué ci-dessus, le débat théorique sur l'analyse et l'avenir de l'Europe continue aussi, à peu près en suivant la même direction, dans la pratique. Les vues de Mitrany constituent plutôt la base d'un modèle de coopération technique, limité au secteur économique. Quant à Haas, le théoricien du fédéralisme fonctionnel, il cherche la création d'un acteur politique régional, et construit les fondements théoriques de l'intégration politique en Europe.

Dans la pratique aujourd'hui, l'Union Européenne est sur le point de décider entre ces deux choix. Attali, après avoir analysé les évolutions récentes de l'intégration européenne, a fait une catégorisation de l'avenir de l'Europe dans son livre "Europe(s)". Deux de ces catégorisations nous intéressent dans le cadre de notre sujet. La catégorisation d'Attali nous donne la possibilité de porter notre débat théorique sur l'avenir de l'Europe à la pratique. La première de ces deux hypothèses d'Attali est "l'Espace européen confédéral". Nous allons analyser cette hypothèse avec le titre suivant: "Un Grand Marché Unique avec une Zone de Libre Echange Périphérique". La deuxième hypothèse d'Attali que nous allons examiner, est "l'Union fédérale européenne", que nous allons analyser sous le titre: "Evolution vers une Nouvelle Communauté Politique".

Finalement nous allons essayer d'examiner le plan, "Réflections sur la Politique Européenne", du groupe parlementaire du principale parti politique allemand, CDU/CSU. Appelé en général, "l'Europe à Géométrie Variable", ce plan est un effort de conciliation de deux modèles extrêmes et conflictuels qu' Attali a élaboré dans ces modèles mentionnés ci-dessus.

Un Grand Marché Unique avec une Zone de Libre Echange Périphérique

Attali évalue la tendance de l'élargissement de l'Union Européenne en négligeant l'approfondissement de l'intégration comme une transformation vers une coopération économique régionale. Il voit cette tendance comme un danger, et la définit comme suit:

> " L'Union européenne s'élargirait à ses proches voisins, sans se réformer. Elle se limiterait à la construction d'un grand marché et à la conclusion d'arrangements de sécurité entre le Conseil européen et ses voisins les plus proches...
>
> l'Union accepterait les candidatures des pays baltes, de la Pologne, de la République tchèque, de la Slovaquie, de la Hongrie, de la Bulgarie, de la Roumanie, de la Slovénie et de l'Ukraine...
>
> Ce n'est qu'après avoir "digéré" ces adhésions que l'Union mettrait en oeuvre ce qui resterait applicable du traité de Maastricht. C'est-à-dire peu de chose.
>
> A la fin du siècle, cet "Espace européen", zone confédérale floue de vingt ou vingt-deux membres, déciderait si la Russie et la Turquie doivent être associées ou membres à part entière.
>
> ...il sera impossible de progresser vers la monnaie unique et vers une politique économique, sociale, judiciaire et étrangère

commune. L'Espace européen sera seulement une vaste zone de libre-échange... Dans ce scénario, si l'on tient aux règles actuellement en vigueur, les institutions communes s'affaibliront, les minorités de blocage multiplieront les exceptions et entraveront les réformes, le pouvoir basculera, du côté des petits pays."[21]

Le danger d'une éventuelle déstabilisation en Europe de l'Est inquiète les dirigeants des pays d'Europe de l'Ouest. L'Union Européenne voit aujourd'hui, période post-guerre froide, un grand potentiel dans l'Europe de l'Est. Mais pour profiter de ce potentiel, il faudrait intégrer les pays d'Europe centrale et orientale à l'Union Européenne, et aussi réussir à tenir la Russie dans le nouveau système européen. Cette pression contraint l'Union Européenne à un élargissement vers l'Europe de l'Est et à créer dans sa périphérie une zone de libre échange. (Par exemple avec la Turquie, et aussi peut-être avec la Russie et l'Ukraine). Mais cette tendance créée par la conjoncture de post-Guerre froide, change le chemin initial de l'intégration européenne. Attali imagine qu'un éventuel élargissement vers l'Est alourdirait de plus en plus les mécanismes de décisions.[22]

Attali proclame qu'un tel Espace européen est plus favorable aux intérêts germaniques et sera dominé par l'Allemagne. D'après lui, faute de monnaie unique, le mark deviendra la monnaie commune; le quart des échanges internes à la CEE se font déjà dans cette devise et l'Allemagne assure 40% de la production de la Communauté[23]

Attali remarque aussi le potentiel d'une transformation graduelle d'un tel Espace européen en une Union euro-

---

21 J. Attali, Europe(s), Paris, 1994, p.185-188.

22 Ibid., p.148.

23 Ibid., p.14, 185.

atlantique, préférée par les Anglo-Saxons. D'après cette hypothèse, l'Union Européenne s'intégrera progressivement avec l'Amérique du Nord dans un espace économique commun dans le cadre du rapprochement entre l'UE et l'ALENA et dans un espace culturel et politique commun dans le cadre de l'OTAN.[24]

Evolution vers une Nouvelle Communauté Politique

La transformation de l'Union Européenne, sorte d'intégration économique actuellement, en un acteur politique est l'une des alternatives pour l'avenir de l'Europe. Lindberg défend l'idée que la motivation fondamentale de l'intégration européenne est politique en se référant au but d'établir "une union plus proche entre les peuples européens" définit par le traité de Rome.[25]

Si l'argument de Lindberg est correct, l'évolution de l'intégration doit suivre aujourd'hui une ligne conforme à une intégration politique comme défini par Haas. C'est-à-dire que "les acteurs politiques dans les cadres nationaux doivent transférer leurs obédiences, attentes et activités politiques vers le nouveau centre supranational".[26] Lindberg ajoute un autre critère à cette définition. Ce critère est la renonciation des nations au désir et à la capacité de diriger la politique extérieure et la politique intérieure importante de manière indépendante.[27] La contribution de Lindberg à la définition de l'intégration politique de Haas est très importante pour notre sujet, car cette contribution apporte un critère plus concret et observable.

Attali donne pour modèle d'intégration politique concernant l'avenir de l'Union Européenne, une "Union

---

24 Ibid., p.189-190.

25 L. N. Lindberg, Op.cit., p.4.

26 Supra., p.

27 L.N. Lindberg, Op. cit., p.6.

fédérale européenne". Dans son modèle, Attali suit les critères théoriques de Haas et de Lindberg. Il explique l' "Union fédérale européenne comme suit:

> "Il faut appliquer le traité de Maastricht sans élargir l'Union... Il faut créer une Union fédérale dotée d'une monnaie, d'une défense et d'une politique étrangère communes. Elle serait un espace politique intégré sous l'égide d'une Constitution; elle serait le terrain d'expérimentation d'une société d'allégeance multiple où l'Européen ne serait plus le citoyen d'un seul Etat, mais de plusieurs...
>
> Ce scénario devrait pour réussir être irréversiblement engagé avant la fin du siècle, avant que les pressions des candidats à l'adhésion ne deviennent irrésistibles...
>
> Le Conseil Européen deviendrait un chef d'Etat collectif dont la présidence serait assurée pendant deux ans -et non plus six mois- par un grand pays ou un groupe de petits pays. Pour sa part, la Commission -dont le président serait élu par le Parlement et responsable devant lui- deviendrait le gouvernement de l'Union; les commissaires ne seraient plus que dix. Le pouvoir législatif appartiendrait à deux chambres, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ...
>
> La défense serait coordonnée, au nom du Conseil de l'Union, par l'Union de l'Europe occidentale, pilier européen de l'Alliance atlantique, qui se doterait des moyens - en développant l'Eurocorps- de faire respecter, sur le continent tout entier, la paix et les droits de l'homme."[28]

L'Union Européenne peut avancer dans les années à venir vers un tel modèle d'intégration. Si l'évolution de ce processus

---

28 J. Attali, Op. cit., p.181-184.

suit ce modèle, l'analyse et la projection théorique de Haas vont être justifiées. Dans ce cas-là on pourra dire que l'évolution de l'intégration aura suivi l'approche de Haas et non pas celle de Mitrany, en Europe.

Mais pour que l'évolution suive cette direction, l'Union Européenne ne devrait pas s'élargir trop vite. Elle ne doit surtout pas accepter les pays qui sont incapables d'assumer les responsabilités de l'intégration politique. Au lieu de l'élargissement, l'Union Européenne doit préférer l'approfondissement.

Toutefois, la réalité politique contraint l'Union Européenne à considérer les défis d'élargissement et d'approfondissement en même temps. Pour cette raison, les nouveaux modèles d'intégration prenant en considération la conjoncture politique ont ainsi été élaborés.

L'Europe à Géométrie Variable

Les Modèles d'intégration préparés après le traité de Maastricht recoupent, en général, les efforts de réconciliation de deux buts (élargissement et approfondissement), vues contradictoires sur le plan théorique. Nous allons analyser parmi les modèles élaborés par différents groupes, le modèle qui est rédigé par le groupe parlementaire de CDU/CSU du Bundestag (Parlement fédéral de l'Allemagne) et qui nous a paru le plus important et le mieux structuré .

L'importance de ce modèle provient du fait d'avoir été élaboré par le parti politique qui dirige l'Allemagne. Malgré l'explication du Chancelier Kohl que ce document n'engage pas le gouvernement et qu'il ne contient que des réflections et non

des propositions[29], on peut naturellement penser que ces idées seront les grandes lignes suivies par le gouvernement allemand au cours des négociations de la Conférence Intergouvernementale de 1996.

Dans ce projet, on envisage d'abord un changement dans la structure institutionelle. On parle de la nécessité d'un document quasi-constitutionnel qui décrirait la division des puissances de l'Union Européenne, les Etats-nations et les régions. Selon ce projet, ce dernier doit s'inpirer des modèles d'Etats fédéraux et se baser sur le principe de subsidiarité. Dans la nouvelle structure institutionnelle, le Parlement européen devrait accomplir la fonction d'un véritable corps législatif ayant les mêmes droits que le Conseil. Ce dernier, à côté de ses missions dans les secteurs intergouvernementaux, devrait assumer les fonctions d'une seconde chambre législative, comme l'Assemlée des Etats-membres. Quant à la Commission, on envisage dans ce projet de lui donner un rôle exécutif portant sur les caractéristiques d'un futur gouvernement européen qui fonctionnerait dans les domaines communautaires. En dernier lieu ce projet défend l'obligation d'étendre le champs d'application de la règle de majorité[30]

Avec ce changement structurel, on envisage un modèle fédéral, car on sait qu'il sera impossible de prendre des décisions avec le modèle décisionnel d'aujourd'hui, dans le cas où on décide d'élargir l'Union Européenne vers l'Europe centrale et orientale. Mais si l'Union Européenne s'élargit vers l'Europe centrale et orientale, il sera aussi impossible, pour les nouveaux venus, d'appliquer entièrement l'acquis communautaire. Ces pays, qui sont en période de transition

---

29 Document of the CDU/CSU Parliamentary Group in the German Parliament (Bundestag) on the Future of European Unification, Agence Europe, No:1895/96, 7 Septembre 1994, p.1.

30 Ibid., p.3-4.

économique, auront une grande difficulté à mettre en application les mesures, surtout conçernant l'union économique et monétaire, définies dans le traité de Maastricht. Non seulement les pays d'Europe centrale et orientale, mais aussi quelques pays-membres auront des difficultés à assurer les critères de Maastricht pour l'Union économique et monétaire.

Le projet de CDU/CSU qui prend comme but l'approfondissement aussi bien que l'élargissement, développe un modèl d'Europe à plusieurs vitesses. On parle dans ce projet d'un noyau dur, incluant seulement l'Allemagne, la France et les pays du Benelux, mais on y ajoute aussi que ce dernier sera ouvert aux autres dans la mesure où ils en remplissent les nécessités. Dans ce projet on explique que le rôle du noyau dur sera d'assurer à l'Union un centre fort pour neutraliser les forces centrefuges qui pourraient provenir d'un éventuel élargissement et pour empêcher un regroupement sud-ouest (France) - Nord-Est (Allemagne).[31]

Dans ce projet, on accepte que le fonctionnement de ce modèle ne peut être réaliser que grâce à une étroite coopération entre l'Allemagne et la France. On indique en même temps qu'aucune action considérable peut être appliquée dans le domaine des affaires étrangères ou dans d'autres champs politiques de l'Union Européenne sans s'addresser aux consultations primaires entre ces deux pays. C'est la raison pour la quelle ce plan définit la coopération Franco-Allemande comme le noyau du noyau dur.[32]

Finalement ce projet parle de la nécessité d'élargir l'Union Européenne vers l'Europe centrale et orientale. Dans ce plan on dit que la Pologne, la Tchéquie, la Slovaquie et la Hongrie doivent adhérer à l'Union au début des années 2000 (around the year

---

31 Ibid., p.5

32 Ibid., p.5-6.

2000). Mais on indique aussi qu' on doit envisager pour chacun de ces pays des périodes différentes de transitions qui seront le cas d'application du concept de géométrie variable. Dans le cas de la Turquie on envisage un partenariat stratégique et pour la Russie on parle d'un partenariat au sens large.[33]

Le plan de CDU/CSU se rapproche, en réalité, du modèle de marché unique et l'attitude théorique de Mitrany, car on n'y parle pas d'élargissement des secteurs communautaires vers les domaines politiques. Les compétences supranationales restent limitées aux secteurs économiques et en ce qui concerne les secteurs politiques, on envisage de continuer avec les compétences intergouvernementales. De plus, pour le bon fonctionnement de l'Union on parle même d'une coopération Franco-Allemande qui se trouverait au centre de cette dernière.

En résumé le modèle de "L'Europe à Géométrie Variable" est un plan d'adaptation de l'Union à un éventuel élargissement, élaboré par une Allemagne qui considère cet éventuel élargissement de l'Union Européenne comme vitale pour ses intérêts stratégiques.

CONCLUSION

Le point où l'intégration européenne est arrivée aujourd'hui représente le début d'un grand tournant. Jusqu'aujourd'hui le processus d'intégration a avancé sur la plateforme économique et a abouti au niveau de la création d'une monnaie unique. Mais la création de cette monnaie unique n'est plus une décision purement économique et technique. Le passage d'une l'intégration économique à une intégration politique est-elle possible en parallèle à la création d'une monnaie unique?

En réalité cette discussion, c'est à dire la liaison entre

---

33 Ibid., p.8-9.

l'intégration économique et politique, continue depuis le début du processus d'intégration européenne, dans la théorie fonctionaliste. Les analyses de Haas et de Mitrany conçernant la théorie d'intégration nous démontrent la grande différence qui existe sur ce point. Haas, en se reférant au concept d'effet de débordement, défendait la possibilité d'aboutissement à une communauté politique commençant ce processus par les secteurs économiques. Au contraire, Mitrany refusait cet automatisme en mettant l'accent sur l'objectif d'intégration et parlait d'auto-détermination technique. En suivant le fil conducteur de l'analyse de Mitrany, on comprend que les dynamiques d'une intégration économique et d'une intégration politique ne sont pas les mêmes et que pour passer d'une intégration économique à une intégration politique, on aura besoin de changement de dynamique qui ne pourrait être possible que par la modification de conjoncture externe et que par l'apparition de nouvelles fonctions à remplir.

Après avoir examiné les différences existant sur le plan théorique, nous sommes passé à la pratique et nous avons essayé d'analyser les modèles proposés sur l'avenir de l'Union Européenne. Après cette étude nous avons constaté que le conflit théorique entre les fonctionnalistes continue aussi sur le plan pratique.

Le modèle de "l'Union fédérale européenne" qui se trouvait plus proche des idées de Haas était irréaliste, parce qu'il excluait l'élargissement de l'Union vers l'Est. L'approfondissement vers les secteurs politique en suivant les idées des fédéraliste-fonctionnels n'était pas conforme à la réalité politique, car ce modèle exigait des dynamiques intégratrices tout à fait différentes de celles d'aujourd'hui. Le deuxième modèle que nous avons analysé était limité par la création d'un grand marché unique européen. Ce modèle était plus réaliste, mais insuffisant, car il ne montrait pas comment

elle peut fonctionner dans une Union de 30 pays, même si celle-ci ne qu'économique. Le troisième modèle que nous avons examiné proposait de nouveaux mécanismes pour le bon fonctionnement d'une Union élargie en préservant la qualité de l'intégration économique. Ce troisième modèle a été élaboré par le groupe parlementaire du parti dirigeant de l'Allemagne, aspect qui ajoute une nouvelle dimension à ce dernier.

Finalement, nous pouvons constater que le processus d'intégration européenne a suivi jusqu'aujourd'hui le chemin fonctionnaliste comme prévu par ses créateurs. Mais ce processus a abouti aujourd'hui à ses limites et il semblerait que le passage automatique à une communauté politique, envisagé par Haas, ne sera pas possible dans les conditions politiques actuelles. Ayberk explique ce phénomène en disant que "le passage d'un marché unique à une entité politique importante ne se réalisera pas automatiquement. Au contraire, ce passage peut apparaître seulement comme le résultat d'une intention politique renouvelée qui n' est pas le cas pour le moment... Les objectifs économiques de l'Union européenne pour le but de la création d'un grand marché homogène sont acceptés par les pays membres mais les objectifs conçernant une Union politiquen'a jamais été présenté par les termes claires et nettes".[34]

Dans les années prochaines nous aurons des idées plus claires sur cette question, mais aujourd'hui il est possible de parler d'une Union économique européenne supranationale et d'une coopération politique intergouvernementale en Europe. C'est-à-dire le point où l'intégration européenne a abouti

34 U. Ayberk, "European Union between a Market and Federation" in Cen-chu Shen, Yann-huei Sony (ed.), EC Integration and EC-ROC Relations, Taiwan, 1995, p.72-73.

aujourd'hui est plus proche au fonctionnalisme définit par Mitrany et pas celui de Haas.

BIBLIOGRAPHIE

Attali, J., Europe(s), Paris, 1994.

Ayberk, U., "European Union between a Market and Federation" in Cen-chu Shen, Yann-huei Sony (ed.), EC Integration and EC-ROC Relations, Taiwan, 1995.

Friedrich, C.J., Tendances du Fédéralisme en Théorie et en Pratique, traduction André et Lucie Phlippart, Bruxelles, 1971.

George, S., Politics and Policy in the European Community, New York, 1991.

Haas, E.B., The Uniting of Europe, Standford, 1968.

Keohane, R.O., Hoffmann, S., "Conclusions : Community Politics and Institutional Change" in Wallace W. (ed.), The Dynamics of European Integration , London, 1992.

Lindberg, L.N., The Political Dynamics of European Economic Integration, Standford, 1968.

Mitrany, D., A Working Peace System, Chicago, 1966.

Pentland, C., International Theory and European Integration, New York, 1973.

Taylor, P., Groom, A.J., "Introduction: Functionalism and International Relations" in P. Taylor, A.J. Groom (ed.), Functionalism Theory and Practice in International Relations, London, 1975.

Document of the CDU/CSU Parliamentary Group in the German Parliament (Bundestag) on the Future of European Unification, Agence Europe, No:1895/96, 7 September 1994.

KANUN-U ESASÎ'NİN İLÂNINI HAZIRLAYAN ŞARTLAR

Dr. Ekrem Buğra Ekinci*

GİRİŞ

1876 yılı Türk tarihinin şüphesiz en haraketli yıllarından biridir. Bu yıla gelindiğinde, Osmanlı Devleti'nin başını hayli ağrıtan iç isyanlar ve savaşlar yanında, Avrupa kamuoyundaki Türkiye aleyhtarı hava ve bu devletlerin müdahaleleri had safhaya varmış, peşpeşe iki taht değişikliği ve en önemli hadise olarak da Meşrutiyet'in ilânı ile ilk Kanun-u Esasî'nin yayınlanması bu yıldadır. Bir tarihçinin ifadesiyle ondokuzuncu yüzyıl nasıl "*İmparatorluğun en uzun yüzyılı*" ise bu yüzyılın en uzun ve hareketli yılı da şüphesiz tarihe üç padişahlı yegane yıl olarak geçen 1876 yılıdır. Yüzyıllardır merkezî, dine dayalı bir mutlak monarşi manzarası arzeden Osmanlı Devleti'nin rejiminde şeklen de olsa ilk defa köklü bir değişiklik meydana gelmiştir. Bundan sonra tarih devamlı siyasî hareketlilik içinde seyredecek, bitmek bilmeyen hürriyet ve serbesti arzusu, XIX. asır Osmanlı siyasî tarihinin belirgin özelliği olacaktı.

Yukarıda zikredilen iç ve dış hadiselerin yanısıra, Fransız ihtilalinden sonra dünyaya yayılan hürriyet ve demokrasi taraftarı düşünceler ile mutlak monarşilere karşı tavır, Osmanlı ülkesinde de kendisini göstermekte gecikmeyerek bu rejim değişikliklerini önemli şekilde etkilemiştir. Burada kısaca Birinci Meşrutiyet ve Kanun-u Esasî'yi hazırlayan şartlar ve âmiller anlatılmış; bu arada çoğunlukla genel bir tarihî seyir izlenerek, ülkenin o zamanki durumu ön planda tutulmuştur. Başka bir araştırmanın konusu olduğundan, Kanun-u Esasî metninin tahlili, yeni rejimin özellikleri, uygulanışı ve askıya alınışı üzerinde durulmamıştır.

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. TANZİMAT'IN ETKİSİ

Sultan İkinci Mahmud devrinde başlayan yenilik hareketleri O'nun vefatından sonra da sürmüştür. Devletin bu sıralar uğraştığı Mısır meselesinin çözümü için söz veren İngiltere, karşılığında azınlık haklarında yenilik yapılmasını istemiştir. Sonuçta 1839 yılında Sultan Abdülmecid'in tahta henüz çıktığı bir sırada Sadrıâzam Reşid Paşa, hazırladığı bir metni *Gülhâne Hatt-ı Hümayunu* adıyla ilân etmiştir. Bu metin görünüşte teb'a arasında din ayrılığından doğan farkı kaldırma gayesini gütmekteyse de esasta aradaki ikiliği daha da arttırıcı bir nitelikteydi. Bu sebeple gerek müslüman, gerekse gayrımüslim teb'a ve bilhassa Rumlar arasında Hoşnutsuzluğa yol açmıştı. Avusturya ve Rusya'nın tasvip etmediği Tanzimat, İngiltere ve Fransa'da müsbet karşılanmıştır. Temel hak ve hürriyetlerden bahsetmesi yönüyle bir anayasa metni sayılan bu fermanın asıl önemi siyasî tarih bakımındandır[1] . Tanzimat'ın ilânı ve gayrımüslim teb'aya tanınan imtiyazlı statü, yabancıları hoşnut etmekten uzak kalınca yine dış baskılar sonucunda 1856'da Islahat Fermanı yayınlanmış, bununla gayrımüslim teb'aya çok daha geniş hak ve imtiyazlar tanınmıştır[2].

Ondokuzuncu yüzyılın ilk yarısında çıkarılan bu fermanlar, hükümdarın kendi yetkilerini sınırlandırmasından ve Osmanlı hukukunda mevcut hak ve hürriyetlerin yazılı bir hale getirilmesinden ibarettir. Bu fermanlar, kendilerine riayeti sağlayacak hukuki müeyyidelerden mahrum olduğu için, ülkeyi Batılı anlamda bir anayasa rejimine kavuşturmaktan uzak

---

1 Yavuz Abadan/Bahri Savcı: Türkiye'de Anayasal Gelişmelere Bir Bakış, Ank. 1959, 19 vd.; İsmail Hami Danişmend: İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, C: IV, İst. 1972, 122 vd.; R. Galib Okandan: Amme Hukukumuzun Anahatları, 1. Kısım, İst. 1977, 65 vd.

2 Roderic H. Davison: Reform in the Ottoman Empire 1856-1876, Princeton 1963, 52 vd; Abadan/Savcı, 15 vd.

bulunmuştur[3]. Bununla beraber, zikredilen her bir hareket, ülkede anayasa hukuku bakımından tedricî bir ilerleme meydana getirmiştir, Sened-i İttifak ile teb'anın âyandan oluşan bir kısmı, Tanzimat Fermani ile de teb'anın tümü için mevcut hak ve hürriyetler yazılı teminat altına sokuluyor, ek olarak ikincisiyle kanuna riayet ve teb'anın eşitliği prensipleri de yazılı bir metinde yer alıyordu[4]. Türkiye'de Batılı anlamda ilk yazılı anayasa olarak Kanun-u Esasî kabul edilmektedir. Kanun-u Esasî, Osmanlı mutlak monarşisini meşrutî hale getirmekte, ilk defa kişi hak ve hürriyetlerini modern bir tarzda, yazılı ve geniş bir şekilde teminat altına almaktaydı.

Avrupa devletlerinin yaşadıkları anayasacılık hareketinin yanısıra Balkanlardaki eski Osmanlı vilâyetlerinin muhtariyet ve istiklal yolundaki anayasa tecrübeleri de şüphesiz Osmanlı Devleti'ne tesir etmiştir. Hatta çoğu zaman bu tecrübelerde Osmanlı Devleti bir taraf olarak yer almıştır. Önce, muhtar prenslikler olan Eflak ve Boğdan bir araya gelerek 1831'de Organik Nizamnâme adlı bir anayasa metnini benimsemişlerdi. Bu iki prensliğin birleşmesinden oluşan Romanya'nın anayasası 1861'de Bâbiâli tarafından onaylandıktan sonra, 1864'de ilk anayasa plebisite sunularak kabul edilmiştir. XIX. asrın başında muhtariyet kazanan ve Osmanlı Devletince peşpeşe birkaç anayasası ilân edilen Sırbistan, 1869'da kendi anayasasını hazırlamıştır. Yunanistan'da ise 1844 tarihli anayasa ile bu gelişme içinde yerini almıştır. Balkanlardaki bu anayasal gelişmeler ve bilhassa Romanya'nın Belçika'dan ilhamla hazırladığı 1861 anayasasının şüphesiz kısa bir zaman sonra ilân olunan Osmanlı Kanun-u Esasî'sini yakından etkilediği düşünülebilir[5].

---

3 Selçuk Özçelik: Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, C:I, İst. 1982, 197.

4 Orhan Aldıkaçtı:Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4.b, İst. 1982, 46. Her iki metnin muhteva, mahiyet ve hususiyetleri için bkz. Halil İnalcık: "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümâyunu", Belleten, C:51, 1988.

5 Enver Ziya Karal: Osmanlı Tarihi, C: VII, Ank. 1977, 42 vd.; Bülent Tanör: Osmanlı İmparatorluğunda Anayasal Gelişmeler, İst. 1991, 76-77.

Tanzimat hareketleri kendisinden bekleneni sağlayamamış ve siyasî sistemde köklü ve sürekli bir değişiklik getirememiş olmakla beraber, meşrutiyetin ilânını kolaylaştıran bir zemin hazırlamıştır. Tanzimatla, ülkede reform zarureti duyulmaya başlanmış ve monarşinin sınırlandırılması isteği ortaya çıkmıştır, nitekim bu husus Meşrutiyet-i ilân eden hatt-ı hümâyunun başında da ifade olunmuştu. Diğer taraftan Tanzimat'ın getirdiği serbesti giderek ülkede rejim tarafından fikrî olduğu kadar, fiilî zeminde de kendini göstermiştir[6]. Kanun-u Esasî'nin ilânı arefesinde ülkede her ne kadar hürriyetçilik da'vâsı yeniyse de artık neredeyse yüzyıllık bir ıslahat geleneği doğmuştu. Bu da bahis konusu reformların sadece Avrupa'nın baskısıyla gerçekleştirilmediğini gösterir[7].

1838 yılında Divan-ı Hümâyun'un yerine kurulan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye, yasama yetkisinin kullanılması bakımından bir parlamento rolü görmüş ve idarenin tasarruflarının kazâî kontrolünü sağlayan bir yüksek idare mahkemesi ve aynı zamanda yüce divan olarak çalışmıştır[8]. 1864 senesinde neşredilen Vilâyet Nizamnâmesi ile demokrasiye doğru büyük bir adım atılarak kuvvetler ayrılığı prensibi altında adliye bağımsız bir duruma getirilmiş ve öncelikle Midhat Paşa'nın vâli bulunduğu Tuna vilâyetinde başarıyla uygulanan bu nizamnâmeye göre vilâyette halk idare işleri ve seçimlere dâhil edilerek birer meclis-i idare ve meclis-i umumî kurulmuş, ayrıca idare işleriyle adliye işleri birbirinden ayrılmıştır[9]. Bunu

---

6 Okandan, 195-196.

7 Bernard Lewis: Modern Türkiye'nin doğuşu, 5.b, Trc: Metin Kıratlı, Ank. 1993, 164-165.

8 Geniş bilgi için bkz. Mehmet Seyitdanlıoğlu: Tanzimat Döneminde Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye, Ank. 1994.

9 Ahmed Midhat: Üssü İnkılab, İst. 1294, I/103, 108; Ahmed Lûtfi: Mir'at-ı Adalet, İst. 1304, 179; İbrahim Hakkı Paşa: Hukuk-u İdâre, İst. 1328, I/294-295; Vecihi Tönük: Türkeye'de İdare Teşkilatının Gelişimi ve Bugünki Durumu, Ank.

takiben, Sultan Abdülaziz'in Avrupa gezisinde edindiği intibaların da etkisiyle 1868 yılında Şûra-yı Devlet kurulmuş, bütün bu teşebbüsler ülkede ilkel de olsa bir parlamento fikrini doğurmuştur[10]. Maamâfih devlet işlerinin meclislerde görüşülmesi usulü Osmanlı Devleti için daha klasik devirde bahis konusuydu. Bu usulü Sultan İkinci Mahmud modernize ederek sürdürmüş, Sultan Abdülmecid ve Sultan Abdülaziz de bu yolda yürüyerek, adı geçen meclisler faaliyetlerine devam etmişlerdir[11].

Kanun-u Esasî'yi hazırlayan ortamda kanunlaştırma hareketlerinin de büyük rolü olduğu söylenebilir. Tanzimat'tan önceki Osmanlı hukukunu şer'î ve örfî olarak ikiye ayırmak âdet olmuştur; şer'î hukuk, fıkıh ve fetva kitaplarında yer alan hükümlerden oluşur; şer'î hukukun hükümdara tanıdığı örf ve âdet prensiplerini hukukî hüküm haline getirebilme ve İslâm hukukunun bizzat düzenlemediği, sözgelişi anayasa, ceza, vergi ve idare sahasındaki meselelere hüküm koyma yetkisi çerçevesinde meydana gelen hukuka da örfî hukuk denilirdi. Daha çok yabancı devletlerin Osmanlı ülkelerinde yaşayan azınlıklar bahanesiyle yaptıkları baskılar sonucu Tanzimat ile bir hukuk reformuna gidilmiş, bu meyanda kanunlaştırma faaliyeti başlamış ve adliye teşkilatı yeniden sistematize edilmişti. Şer'iyye mahkemeleri yanında nizâmiyye ve ticaret mahkemeleri kurulmuştu. Sultan Mecid zamanında Avrupa

---

1945, 146; İlber Ortaylı: Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler, Ank. 1974, 41, 48; Musa Çadırcı: "Türkiye'de Kaza Yönetimi", Belleten C:LIII, S.206, 1989, s:250; Ed. Engelhardt: Tanzimat, Çeviren: Ayda Düz, İst. 1976, 127; Davison, 158.

10 Davison, 240; Ahmed Cevdet Paşa: Tezâkir, Haz. Cavid Baysun, 2.b, Ank. 1986, IV/84; Aldıkaçtı, 50 vd; İlber Ortaylı: İmparatorluğun En Uzun Yüz yılı, 2.b, Ank. 1987, 88, 127. Geniş bilgi için bkz İ. Hakkı Göreli: Devlet Şurası, Ank. 1953.

11 Ortaylı, Mahalli İdareler, 14; Karal, VII/142. Geniş bilgi için bkz. Musa Çadırcı: "Osmanlı İmparatorluğunda Eyalet ve Sancaklarda Meclislerin Oluşturulması", Ord. Prof. Yusuf H. Bayur'a Armağan, Türk Tarih Kurumu, 1985, 257-277.

kanunlarından faydalanılarak ceza, ticaret ve muhakeme usulü kanunları İslam hukukuna aykırı olmayacak şekilde çıkarılmıştı. Zamanın en meşhur ve değerli devlet adamı ve hukukçusu Ahmed Cevdet Paşa'nın büyük gayretleriyle ve başında bulunduğu bir hukukçular hey'etinin 1869-1876 yılları arasında fasılalı ve maceralı çalışmasından sonra modern anlamda ilk Türk medenî kanunu sayılan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye tamamlandı ve Pâdişah'ın emriyle yürürlüğe konuldu. Yine bu sırada vatandaşlık esaslarını düzenleyen Tâbiyet Kanunu çıkarıldı. İşte Kanun-u Esasî'nin ilân edildiği 1876 yılına gelindiğinde Osmanlı Devleti'nde hummalı bir kanunlaştırma faaliyeti yaşanmaktaydı[12].

II. İDARENİN BOZULMASI VE DEVLET RİCÂLİ

Ondokuzuncu yüzyıla gelindiğinde Osmanlı Devleti, eski haşmetinden çok şey kaybetmişti. Yıllarca süren savaşlar devlet maliyesini bozmuş, sosyal emniyet ve huzuru yok etmişti. Son zamanlarda ehliyetli devlet adamları yetişmeyerek bir *kaht-ı ricâl*, yani adam kıtlığı devri açılmış, devlet teşkilatı giderek bozulmaya başlamıştı[13]. Hükümdarlar ne kadar iyi niyetli de olsalar, devlet işlerinde kendilerine danışabilecekleri, görev verebilecekleri uygun yardımcılar bulamamışlardır[14]. Ülkede hukukun genel prensiplerine riayet azalmış; ne cemiyette, ne de idarecilerde mükellefiyetlerini yerine getirme endişesi kalmamıştı. Bundan faydalanarak yüksek mevkilere gelen ve nüfuz kazanan bazı kimseler, gerektiğinde hükümdarları da sindirerek, ülkede zaman zaman keyfî ve zorbalığa dayalı bir idare yürütmüşlerdir. Ülke idaresi içeriden isyanlar, dışarıdan yabancı devlet müdahaleleri altında zayıf ve âciz düşürülmüştür. Zamanın devlet adamlarının birçoğu yurt dışında eğitim görmüş veya uzun süre bulunmuş, dolayısıyla

---

12 Engelhadt, 247 vd.

13 Yılmaz Öztuna: Türkiye Tarihi, İst. 1967, XII/58.

14 Ali Rıza/Mehmed Gâlib: Onüçüncü Asr-ı Hicrîde Osmanlı Ricâli, İst. 1977, II/39-40.

bir yabancı devletin ve bilhassa İngiltere'nin sempatizanı olup, yüksek bir mevkiye geldiklerinde bu devletlerin menfaatlerini ön planda tutmaya itina etmişlerdir. İdarenin bu duruma düşüşünde, son zamanlardaki en önemli rolleri, bir tarafta Mahmud Nedim, diğer tarafta Hüseyn Avni, Midhat ve Mütercim Rüşdi Paşaların oynadığı genellikle kabul edilmektedir.

Sultan Aziz saltanatı iki devreye ayrılacak olursa birinci devre Âli Paşa, ikinci devre ise Nedim Paşa ile açılmıştır. Nedim Paşa, Reşid Paşa'nın yeteştirmelerinden olup, Tanzimat bürokrasisinin gözde simâları arasındadır. Vezir rütbesiyle vâliliklerde bulunmuş ve bu esnâda başarı göstermiştir.Tarihçilerin yazdığına göre, pek meziyeti bulunmamakla beraber bürokrasiyi çok iyi bilir, bundan yararlanarak Pâdişah'ın gözüne girmeye çalışırdı. 1871 ve 1875 senelerinde iki defa da sadrıâzamlık yapmıştır. Buradaki icraatındaki istikrarsızlıklar, muharref Bektaşî tarikatine mensup ve sefahat ehli bir kimse oluşu, despotça icraatlarını yerine getirebilmek için Pâdişah'ı kullanmaktan çekinmemesi eleştirilmiştir. Rivayete göre Âli Paşa'ya karşı sönmez bir kini vardı, O'nun ölümünden sonra yakınlarından intikam almaya çalışmıştır. Ne üstadı Reşid Paşa gibi İngiliz, ne de Âli ve Fuad Paşalar gibi Fransız hayranıydı, bilâkis Rusya'nın sadık taraftarı olduğundan Nedimof diye anılırdı; öyle ki Rus elçisi General İgnatief'in büyük etkisinde kalarak Rusya'nın her isteğini yapardı. Pâdişah kendisini azletmek hususunda Rusya'dan çekinirdi. Bu sebeple Osmanlı Devleti, Avrupa devletleri karşısında yalnız kalmıştır. Osmanlı maliyesini ıslah bahanesiyle memur kadro ve maaşlarını kısmış, vilâyet idaresindeki icraatleri hoş karşılanmamış, pek çok memurun sık sık yerini değiştirmiştir. Bütün bunlar üzerine Pâdişah tarafından azledilmiştir. Yaptığı ısrarlı mücadeleler ve kaht-ı rıcâl sebebiyle yeniden bu makama getirilmiş, bu devrede de Rumeli'ndeki isyanlara engel olamadığı gibi talihsiz Ramazan Kararnâmesi ile dış borçların miktarında indirim yaparak içte

ve dışta huzursuzluk doğmasına sebebiyet vermiştir. Bu hadiseyle borsada çok büyük kazanç sağlamıştır. Bulgar isyanıyla ilgilenmeyerek büyük devletlerin müdahalesine zemin hazırlamıştır. Öte yandan icraatini hep Pâdişah'a atfederek kamuoyundaki garezin oraya çevrilmesini de başarmıştır. Nedim Paşa'ya ve onu sadrıâzam yapan Pâdişah'a muhalif olan Midhat ve Avni Paşaların el altından teşvikiyle İstanbul'da medrese öğrencileri ayaklanmıştır. Bu arada çıkan Bosna-Hersek isyanının bastırılamaması ve malî durumun giderek bozulması üzerine 1876'da Pâdişah, Nedim Paşa'yı azlederek sürgüne göndermek zorunda kalmıştır[15].

Nedim Paşa'nın ilk sadâretinin ardından Midhat Paşa sadrıâzam olmuştur. Bu da bürokrasiden yetişmeydi. Muhtelif vâliliklerde bulunup buralarda nisbeten başarılı olmuş, bununla şöhreti artınca Şûrâ-yı Devlet Başkanlığına getirilmişti. Çağdaşı bazı yazarların eserlerine ve günümüz tarihçilerinin beyanlarına göre, koyu İngiliz hayranıydı. Medrese öğrencilerinin isyanında teşvikçi rol oynadığı, böyle değilse bile en azından buna ses çıkarmadığı ve bundan faydalandığı bilinmektedir. Sadrıâzamlığı sırasında ilk icraatleri tam bir fiyasko olmuştu. İhtiraslı ve agresif karakteri, ayrıca kendisini çok beğenmesi, öte yandan tâli' ve tesadüflerin yardımıyla, biraz da İngilizlerin pohpohlamasıyla ikbale kavuşması eleştiri konusu olmuştur. Türk bayrağına haç işareti koymak, kendine bağlı bir milis ordusu kurmak gibi dev-letin bütünlüğünü bozacak hatalar bunlara eklenmişti. Sadrıâzamlığında Pâdişah'a karşı çok lâübâli davranmaktan, icabında devlet işleri hususunda gerçekleri saklamaktan kaçınmaması, ayrıca Mısır hıdîvine hâricî istikraz (dış

---

15 A. Midhat, I/188 vd; Ali Sâib: Vak'a-yı Sultan Abdülaziz, 2.b, Kâhire 1326, 76, 94; A. Rıza/M. Gâlib, I/120,II/65, 99; Mahmud Celâleddin Paşa: Mir'at-ı Kâinat, İst. 1979, I/97; İbnülemin Mahmud Kemal İnal: Son Sadrazamlar, 3. b; I/273-274; A. Cevdet Paşa, IV/146, 151; Davison, 280-288, 308-309; Karal, VII/71-72.

borçlanma) hakkı tanıması da çok tenkit edilmiş, nitekim bu son husus zamanla İngilizlerin Mısır'ı işgal etmesine yol açmıştır. Bu gibi yanlış hareketleri sebebiyle azledilmiş, bunun üzerine de Sultan Aziz'e muhalefeti artmıştır. Midhat Paşa, mevcut rejimin aleyhinde olup meşrutiyeti getirmek için çalışan Yeni Osmanlılardan Ziyâ ve Nâmık Kemal'in de desteklediği bir Tanzimat bürokratıydı, yegane gayesi de meşrutiyetin kurulmasıydı. Hatta Sultan Aziz'i tahttan indirenler arasında -Süleyman Paşa hâriç- tek meşrutiyet taraftarı O idi. Siyasî tecrübeden mahrum olması sebebiyle daima şunun bunun etkisinde kalan Midhat Paşa, her bakımdan hayranı olduğu Avrupa medeniyet ve refahının, yalnızca meşrutiyet sayesinde olduğu kanaatindeydi. Pek çok ülkeyi içine alan ve teb'ası sayısız halklardan oluşan Osmanlı Devleti'nde de İngiltere'deki meşrutî idarenin uygulanmasıyla her problemin çözüleceğine inanmaktaydı. Böyle bir idareyi yürütecek kişi olarak da tabiatiyle sadece kendisini görmekteydi. Ancak meşrutiyet ve hürriyet taraftarı düşünceler taşımakla beraber despot mizacına sahip oluşu eleştirilmiştir. Nitekim sadrıâzam olur olmaz kendisiyle aynı düşünceyi taşıdığı ve aynı yolda çalıştığı Nâmık Kemal'i Magoso'ya sürmüştür. Ayrıca hemen her yerde Osmanlı hanedanı aleyhinde konuşup, "*âl-i Osman oluyor da, âl-i Midhat niye olmasın?*" demesi, hatta tahta Mekke şerîflerinin getirilebileceğini söylemesi aleyhine olmuştur. Sultan Aziz'in üçüncü defa Nedim Paşa'yı sadrıâzam yapacağından korktuğu için O'nun derhal tahttan indirilmesinin gerekliliğine inanmıştı[16].

Devrin üçüncü meşhur devlet adamı Hüseyn Avni Paşa'dır. Birkaç defa seraskerlik yapmıştır. Osmanlı tarihinin belki de en sevilmeyen şahsiyetlerinden ve aynı zamanda en kindar insanlardan biridir. Hafif, kaba, fakat cesur ve istikrarlı bir kimseydi. Meziyetsizliği sebebiyle makamlarından birkaç

---

16 Abdurrahman Şeref: Tarih Muhasebeleri, İst. 1985, 157; İnal, I/315; Danişmend, IV/239 v; Öztuna, XII/60-61; Okandan, 200 vd.

defa azledilmiş, bu sebeple Pâdişah'a kinlenmişti. Onu tahttan indirmeğe ve hatta öldürmeğe karar vermişti. Müstebit bir mizacı vardı ve meşrutiyet taraftarı değildi[17].

Sadrıâzamlık görevinde de bulunan Mütercim Rüşdü Paşa ise asker kökenli olup, bilgili ve zeki ancak çok vehimli ve ürkek olduğu söylenir. Entrikacı ve menfaatperest olmakla itham edilmiştir. O da ülke bünyesine uymadığını düşündüğü meşrutiyete taraftar değildi[18].

Devrin şeyhülislamı Hasan Hayrullah Efendi de bu gruptan-dır. Kendisine câhil ve menfaatperest olarak tanındığı için "*müfsid imam*" ve "*şerrullah*" isimleri takılmıştı. Şeyhülislamlıkdan azledilmesi, Sultan Aziz'e kinlenmesine sebep olmuştur[19].

Rejimi değişdirecek bu dört kişinin diğer hempâları da gerçekte meşrutiyete taraftar olmayıp, herbiri şahsî menfaatlerinin peşindeydiler. Rüşdü Paşa, "*ahâliye imtiyaz vermeğe gelmez, verilene kanaat etmez* " demekde, Fetva Emini Kara Halil Efendi de Midhat Paşa'ya "*Siz devletin büyüklerisiniz, memleketin câhil Türklerini buraya toplayıb da onlardan rey sormanıza gerek yokdur, bir müşkiliniz olursa fetvâya müracaat edersiniz* " diye yol göstermekteydi[20].

DEVLETİN MALİ DURUMU

Meşrutiyetin ilânına tekaddüm eden yıllarda devletin malî durumunun pek içaçıcı olmadığı bilinmektedir. Nitekim bu malî bozukluklar devletin çöküşünde önemli bir âmil olmuştur.

---

17 İnal, I/483; Danişmend, IV/245; Öztuna, XII/58-59.

18 A. Cevdet Paşa, IV/153-154; İnal, I/101vd; Öztuna, XII/61. Sultan Aziz bunun için "Ecdadım bu gibilerin aklıyla hareket etmiş olsaydı, Konya ovasında koyun sürüleriyle haymenişin olmakdan kurtulamazdık" demişdir. Danişmend, IV/261.

19 A. Şeref, 248.

20 Süleyman Paşa: Hissi İnkılab, İst. 1326, 62 vd.

Tanzimatın ilânıyla tımar usulü kaldırılarak devlet gelirlerinin toplanmasında iltizam usulüne geçilmiş, bir ara kaldırılan bu usul sonradan tekrar kabul edilmişti. Ancak devletin gelirleri randımanlı olarak toplanamamıştır. Yine bu arada para değeri sabit tutulamamış, kapitülasyonların da menfî etkisiyle dış ticaret açığı giderek büyümüştür. Öte yandan bütçedeki açık da hatırı sayılır dereceye ulaşmıştı. Bu açığın giderilmesi için getirilen tasarruf tedbirlerinden bir sonuç alınamamıştı. Yeni vergiler konulmuş, bu da sosyal huzursuzluğa sebep olmuştur. Sanayi devrimini yapan Avrupa'nın ucuz ve seri üretilen malları gümrük vergileri gayet düşük olan ve bu devrimin hayli gerisinde kalan Osmanlı ülkelerini açık pazar durumuna getirmiş, zaten zayıf olan Osmanlı sanayisi tamamen çökmüştür. 1838 tarihinde İngilizlerle yapılan *Baltalimanı Ticâret Anlaşması* da Osmanlı ticaret ve sanayisine oldukça ağır bir darbe vurmuştur.

Bu devirde göze çarpan en önemli problem hâricî istikraz (dış borçlanma) problemidir. Kırım Harbi öncesinde Pâdişah'ın karşı çıkmasına rağmen, ilk defa yabancı devletlerden teminat karşılığı borç alınmıştır. Savaş masraflarının karşılanması maksadıyla başvurulan ve randımanlı olarak kullanılamayan bu istikrazı yenileri izlemiştir. Ödemede acze düşülmesi sebebiyle de devletin gelir kaynakları bu borçların ödenmesine tahsis edilmiş, giderek yabancı devletlerin müdahaleleriyle karşılaşılmıştır. 1874 malî yılında bütçedeki açığın çok fazla olduğu görülmüş, bunun üzerine Sadrıâzam Nedim Paşa, 1875 senesinde meşhur Ramazan Kararnâmesiyle dış borçların tenzil olunduğunu tek taraflı olarak ilân etmiştir. Bu indirimi Rus elçisi İgnatiev'in Türkiye'nin Avrupa'daki itibarının yok olması için sadrıâzama tavsiye ve telkin ettiği söylenir. Karar İngiltere ve Fransa'da büyük reaksiyon uyandırdığı gibi Türkiye'de elinde tahvil bulunan vatandaşları da büyük zarara uğratmıştı. Bu durum ülkede bir ihtilâl zemini hazırlamaya

yetmiştir[21].

Nihayet 1881 yılında yayınlanan *Muharrem Kararnâmesi* ile zamanın Pâdişah'ı Sultan İkinci Abdülhamid, Düyûn-u Umumiyye İdâresi'ni kurarak, borç miktarlarının yarıdan çoğunu sildirmeyi başarmıştır[22].

IV. İÇ HADİSE VE İSYANLAR

Fransız ihtilâlinin dünyaya saçtığı kavmiyetçilik tohumları Osmanlı ülkelerinde de kendisini göstermeye başlamıştır. XIX. asrın başlarında Yunanistan, Sırbistan, Karadağ ve en son Memleketeyn (Eflak ve Boğdan) ayaklanarak müstakil birer devlet haline gelmişlerdir.

1. Hersek ve Karadağ İsyanı

Karadağ'ın Hersek üzerinde taleplerde bulunması üzerine 1858 yılında vuku' bulan bir muharebede Karadağ galip gelmişti. Arkasını Rusya, hatta Fransa'ya dayayan Karadağ, 1861'de isyan eden Hersekli Hristiyanlara destek vermiş, Avusturya da âsilere yardım etmişti. Serdar-ı Ekrem Ömer Paşa kumandasındaki ordu, Hersek isyanını bastırdıktan sonra Karadağlıları da büyük bir bozguna uğratmıştır. bunun ardından barış imzalanmışsa da Karadağ isyanının sebepleri ortadan kaldırılamamıştır[23].

2. Romanya Hadisesi

Eflak ve Boğdan da kavmiyetçi cereyanlardan nasibini almıştı. 1859'da iki beyliğin Prens Couza'nın hükümdarlığı altında birleştirilmesi kararlaştırıldı. Bâbıâli, bunu 1861'de

---

21 A. Sâib, 52; Danişmend, IV/249-250; Öztuna, XII/53; Karal, VII/223 vd.

22 Öztuna, XII/136-137.

23 A. Midhat, I/132 vd; M. Celâleddin, I/69 vd; Danişmend, IV/201-202; Karal, VII/3 vd.

Prens'in hayatıyla kâim olmak üzere kabul etti. Bir takım hatalı tavırları Prens'i tahtından edince, yerine Prusyalı-Alman Hohenzollern hanedanından Karl getirildi. Avrupa devletlerinin entrikaları karşısında bâbıâli bu emrivâkiyi kabul etmek zorunda kaldı[24].

3. Sırp İsyanı

Belgrad'da Sırpların ayaklanması üzerine kale kumandanı Âşir Paşa isyancıların üzerine top ateşi açmış, bu, hadiseyi daha da büyütmüştür. Rusya ve Fransa baskısıyla karşılaşan Bâbıâli, 1862'de İstanbul Protokolü'nü imzalamıştır. Buna göre Belgrad'daki Türk karakolları kaldırılıyor ve Sırbistan'daki iki küçük Türk kalesi Sırplara terk ediliyordu. Böylece sadece üç kale Türklerde kalıyordu. Bundan cesaret alan Sırp Prensi Milân Obrenoviç, 1867'de Batılı devletlerin yardımıyla bu son kaleleri de diplomatik yoldan ele geçirmiştir[25].

4. Girit İsyanı

Yunanistan istiklalini elde ettikten sonra Türkiye'den toprak koparmak için çalışmağa başlamış, ilk olarak da Girit'e göz dikmiştir. Burada Hristiyan halk, Müslüman halktan sayıca biraz fazlaydı. Stratejik önemi bulunan adaya Rusya silah yığıyor, Yunanistan'ı tahrik ediyordu. 1866'da Girit'te Yunan komplosuyla bir isyan başladı. Başta zor kullanmak istemeyen Bâbıâli bir netice elde edemeyince Serdar-ı Ekrem Müşîr Ömer Paşa kumandasında bir orduyu adaya çıkararak âsileri durdurdu. Bu esnada Avrupa devletleri de araya girmişlerdi. 1867'de Sadrıâzam Âli Paşa teftişe gittiği adaya yeni

---

24. Ali Fuat Türkgeldi: Mesâil-i Mühimme-i Siyâsiyye, C.I, 2.b, Haz: Bekir Sıtkı Baykal, Ank. 1987, 177-209; Danişmend, IV/205-206; Öztuna, XII/31-32; Karal, VII/7 vd; Coşkun Üçok: Siyâsal Tarih, Ank. 1980, 144-145.

25. Danişmend, IV/198-199, 202-203, 215-216; Öztuna, XII/30; Karal, VII/13 vd; Üçok, Siyâsal Tarih, 145.

bir statü verildiğini ilân etti. Bu muhtariyet demekti ve buna göre Hıristiyanlar ada idâresinde büyük ölçüde söz sahibi oluyorlardı[26].

5. Mısır Meselesi

Mısır vâlisi İsmâil Paşa, vaktiyle Sultan Mecid tarafından Kavalalı Mehmed Ali Paşa'ya verilen fermanın verasete dair hükümlerini değiştirmek için yıllarca uğraşmış, bolca rüşvet bile dağıtmıştı.Nihayet Âli ve Fuad Paşalar 1866'da Pâdişah'tan Mısır vâliliğinin, vâlinin en büyük oğlundan en büyük oğluna geçeceğine ve Mısır vâlisine İngiltere'deki kral nâibinin muadili demek olan "*hıdiv* " ünvanının verilmesini dair bir ferman aldılar. Böylece İsmâil Paşa'nın kendisinden birkaç dakika küçük ikiz kardeşi Mustafa Fâzıl Paşa veliahdlikten düştü; bunun üzerine servet nüfuzunu kullanarak Âli Paşa aleyhine çalışmaya başladı. Bu sırada Sultan Aziz, İsmâil Paşa'nın kızı ile evlenmek istediyse de Fuad Paşa'nın muhalefeti üzerine vazgeçti.

1862'de Mısır'a hâricî istikraz (dış borçlanma) yapabilme yetkisi tanınmıştı. 1873'e dek dışardan hatırı sayılır bir borç alınmış, Mısır maliyesi giderek kötüleşmişti. Bu sebeple Süveyş kanalı hisseleri 1875'de İngiltere'ye satılmış ise de malî durum düzeltilememiştir. Mısır'da Düyûn-u Umumiyye Sandığı kurularak, başta İngiltere olmak üzere Avrupa devletlerinin Mısır'ın iç işlerine müdahale etmeğe başlamasına vesile olmuştur. Böylece Hıdîv'in otoritesi, Mısır'ın malî ve idarî istiklali büyük bir darbe yemiştir. 1879'da İsmâil Paşa hıdîvlikden azledilerek veraset usulü eskiye döndürülmüştür.

---

26 A. Midhat, I/135 vd; Türkgeldi, III/ 9-71; Öztuna, XII/32 vd; Karal, VII/39 vd. Şu beyitle Paşa'nın bu icraati tenkit edilmişti: "Kapıcızâde ile Köprülüzâde'nin farkı budur, Birisi aldı Girid'i birisi verdi bugün". Burada Girit fâtihi Köprülüzâde Fazıl Ahmed Paşa'ya ve Âli Paşa'nın babasının Mısır çarşısının kapıcısı olduğuna telmih vardır. A. Şeref, 72.

Nihayet 1882'de de İngiltere bir bahaneyle Mısır ve Sudan'ı işgal etmiştir[27].

6. Bulgar İsyanları

Avrupa'daki 1848 ihtilalleri Bulgarlarda da kavmiyetçi hisler uyandırmıştı. Maamâfih Balkan kavimleri içinde Osmanlı Devleti'ne karşı en geç ayaklananlar bunlardı. Rusya ve Panislavizm siyaseti bu isyanlarda büyük rol oynamıştır.

Bulgarlar ilk başta papazların zulmüne karşı ayaklanmış, ve bunun neticesinde Rum kilisesinin vesayetinden kurtularak müstakil Bulgar kilisesini 1870'de kurmuşlardır. Bâbıâli'ye karşı ise ilk 1862'de isyan eden Bulgarlar, o sıralar vâli olan Midhat Paşa tarafından sakinleştirilmişlerdir.

1876 Nisanında ise yine Rus tahrikiyle Bulgaristan'da geniş bir isyan vuku'a gelmiş, büyük bir müslüman katliâmı başlamıştır. İgnatiev'in telkiniyle Nedim Paşa hadiseye başta gereken önemi vermemiştir. Bir süre sonra bölgeye gelen Osmanlı ordusu isyanı bastırmıştır. Bu arada ihtida etmek, yani müslüman olmak isteyen bir Bulgar kızına engel olmak üzere büyük bir gayrımüslim kalabalık toplanmış, buna Avrupalı konsoloslar da müdahale etmiş, işe Müslümanlar da karışınca konsolosların öldürülmesiyle sonuçlanan bir fitne meydana gelmişti. Bu da Avrupa kamuoyunda Türkiye'nin zaten kötü olan durumunu daha da bozmuştur. Rusya ve Yunanistan'ın tertiplediği açık olan bu hadise *Selânik Vak'ası* diye bilinir[28].

7. Karadeniz'in Tarafsızlığının Kaldırılması

Rusya, Paris muahedesiyle Karadeniz hususunda

---

27 Danişmend, IV/206 vd; Öztuna, XII/32 vd; Karal, VII/39 vd.

28 A. Midhat, I/141 vd; M. Celaâleddin, I/91 vd; Danişmend, IV/231-232, 251 vd; Öztuna, XII/54; Karal, VII/83 vd.

getirilen hükümleri değiştirmek için mücadele etmekteydi. 1870'de bunun için Bâbıâli'ye başvurduysa da red cevabı almıştı. Bunun üzerine tek taraflı olarak kendisini bu hükümlerle bağlı saymadığını ilân etmiş, 1871'de Londra'da toplanan konferansta da Bâbıâli bunu kabul etmek zorunda kalmıştı. Bu da Rusya'yı yeniden Osmanlı Devleti için büyük bir tehdit hâline getirmiştir[29].

8. Hersek İsyanı

1875 senesinde yine Rusya ve Avusturya'nın gizli tahrikleri üzerine sıradan bahanelerle Hersekli Hıristiyanlar, Karadağ kuvvetlerinin de desteğini elde ederek Osmanlı ordusuna karşı çarpışmaya girişmişlerdir. Başta ciddiye alınmaması ve Osmanlı kuvvetlerinin sayıca az olması sebebiyle âsiler giderek başarı kazanmışlar; isyan bir sene sonra giderek kısmen bastırılmaya başlanmışsa da müzminleşerek 93 harbini doğuran olaylardan biri durumuna gelmiştir[30].

V. REJİME MUHALEFET

1. Fikrî Muhalefet ve Yeni Osmanlılar

Osmanlı Devleti'ni bilim ve teknikte Avrupa seviyesine getirebilmek maksadıyla XIX. yüzyılın başlarından itibaren Avrupa'ya tahsil için öğrenci gönderilmesi usulü yerleşmiştir. Osmanlı Devleti üzerinde emelleri bulunan Avrupa Devletleri, bu öğrencileri, Osmanlı bürokratlarına yaptıkları gibi, kendi planlarına elverişli duruma getirmeye çalışmışlardır. Bu öğrenciler de parlak Avrupaî fikirlerin etkisinde kalarak, Tanzimat reformlarını yeterli görmeyip, devletin mevcut sistemini değiştirmekle en azından meşrutî monarşiye

---

29 Türkgeldi, I/211-226; Danişmend, IV/233; Öztuna, XII/53 vd; Üçok, Siyâsal Tarih, 146-147.

30 M. Celâleddin, I/69 vd, 204 vd; A. Sâib, 154 vd; Engelhardt, 256 vd; Danişmend, IV/246-247; Karal, VII/72 vd.

geçilmesini her iyiliğin başı olarak kabul etmişlerdir[31]. İşte kimi çevrelerde Jön Türkler de denilen Yeni Osmanlılar hareketi böylece ortaya çıkmıştır.

Bu hareketin kökü, 1865'de İstanbul'da kurulan *İttifak-ı Hamiyyet* 'de aranabilir. İtalyan *Carbonari* teşkilatının programını benimseyen bu harekete başlıca Şinâsî, Nâmık Kemal, Ziyâ Paşa, Ali Suâvî ve Ebuzziyâ Tevfik dâhillerdi ve kalemleriyle Pâdişah'a ve rejime ağır eleştirilerde bulunuyorlardı. Öncelikle Âli Paşa'nın sadâretine son verdirmeğe ve yerine kendilerine yakın birini getirmeğe çalışıyorlardı. Grup bir cemiyet halini alıp toplantılar yapmaya başlayınca hükûmet takibata girişmiş, cemiyet ileri gelenleri tutuklanmışsa da sonra bunlara ülkenin çeşitli yerlerinde yüksek görevler verilmiş, ancak kabul etmeyen N. Kemal ve Ziyâ Paşa selâmeti Avrupa'ya kaçmakta bulmuştur. Bu defa muhalefetlerini burada sürdürmüşlerdir.

Başta İngiltere olmak üzere Avrupa devletleri de onları yürekten desteklemiştir. Bu sıralarda evvelce Mısır veraseti sebebiyle Sultan Aziz ve Osmanlı hükûmetine kin besleyen Mısır prensi Mustafa Fâzıl Paşa da Avrupa'daydı ve Yeni Osmanlılara katılarak onlara sahip olduğu muazzam servetiyle yardım etmiştir. Yukarıda da geçtiği üzere. Mustafa Fâzıl Paşa, Mısır hıdîvi İsmâil Paşa'nın küçük kardeşiydi. Bâbıâli, Mısır hıdîvliğinin, Kavalalı ailesinin en yaşlı ferdine değil de, en büyük oğula intikali esasını getirmesi üzerine veliahdlikten düşmüştü. Yine bu sırada Yeni Osmanlılar, Jön Türkler ismini benimseyerek İngiltere'den Fransa'ya geçmişler, Avrupa'da gazeteler çıkararak fikirlerini yaymaya çalışmışlardır. Burada mükemmel bir fikir sistemi ileri sürmekten çok, belli başlı bir kaç nokta üzerinde durmuşlar ve meşrutiyetin ilânı ve tüm azınlıklara Avrupaî tarzda hak ve hürriyet tanınması gibi hep aynı şeyleri tekrarlamışlardır.

---

31 Münci Kapani: Kamu Hürriyetleri, 3.b, Ank. 1970, 90.

Zamanla aralarında fikir ayrılığı çıkan Jön Türklerden Ali Suâvî ve Mustafa Fâzıl Paşa ihtilal taraftarı, Ziyâ Paşa ve Nâmık Kemal ise fikrî mücadeleden yana idiler. Bu sırada Avrupa'yı ziyaret eden Sultan Aziz, Jön Türk ileri gelenleriyle görüştü ve Mustafa Fâzıl Paşa'nın Türkiye'ye dönmesi durumunda afvını kabul ile kendisine nâzırlık verdi. Bu "ihanet" üzerine Jön Türkler parçalandı. Ali Paşa'nın ölümüyle Ali Suâvî dışında hepsi Türkiye'ye döndü ve devlet işlerinde görev aldılar. Bir kısmı muhalefetlerini, Midhat Paşa liderliğinde, bu defa Sultan Aziz'e karşı gizlice devam ettirdiler, bu sırada Sultan Aziz'in tahttan indirilmesi için çalıştılar, Sultan Murad'ın cülûsunda rol oynadılar. Meşrutiyetin ilânıyla faaliyetlerini aleniyete döktülerse de, bir müddet sonra cemiyetin Sultan Abdülhamid tarafından kapatılması üzerine ilk devre faaliyetleri sona ermiş oldu[32].

Jön Türklerin hedefleri olarak ön planda meşrutiyet ve hürriyet fikirleri yer almaktaysa da, esasen aralarında bir fikrî birlik olmayıp, her grubun ayrı maksadı vardı. Azınlıklar istiklal, diğerleri ise ikbal peşindeydiler. Meşrutiyet, hürriyet gibi câzip ve o gün için moda kelimeleri kullanmaları, Avrupa kültürü hayranlarınca çok tutulmalarına sebep olmuşsa da, buradaki tavırları taklitten öte geçememiş, devlet kademelerinde yer almak ve meşhur olmak, hatta kendi ailesini hanedan yapmak maksadıyla azınlıklarla, hatta eşkiya çeteleriyle ve Avrupa devletleriyle işbirliğinden çekinmemişlerdir.

Jön Türklerin hemen hepsi bürokrasiden yetişme olup, birbirlerini yakından tanımaktaydılar. Bir kısmı saraya mensup, bazısı da zengin kimselerdi. Dolayısıyla siyasî ihtirasları ailelerinden miras kalmış gibiydi. Ayrıca çoğunun mason klüplerine mensup ve ateizmi benimsemiş kişiler

---

32 Şerif Mardin: Jön Türklerin Siyâsi Fikirleri, Ank. 1964, 7 vd; A. Sâib, 112 vd; A. Şeref, 136 vd; Davison, 193 vd; Danişmend, IV/212-213; Okandan, 116 vd; Karal, VII/299 vd; Lewis, 149 vd.

olması, fikir ve faaliyetlerini etkilemiştir.

Teşkilat bakımından zayıf olan Jön Türklerin siyasî lider, sabit merkez ve şubeleri bulunmaktaydı. Faaliyetleri siyasî program ve usullerine inhisar ederdi. Programları Osmanlı teb'asının eşitliği, teb'anın haklarının kanun teminatı altına alınması, meşrutiyetin kurulması; usulleri de genellikle şiddete başvurmadan propagandayla maksada varılmasıydı. Bu hareketin en önemli simâsı Nâmık Kemal, Tanzimat devrini ve bu devirde çıkarılan fermanları anayasa hakları yönünden yeterli görmemekte, Tanzimat Fermanı'nın bir anayasa niteliği taşımadığını, ancak "*hürriyet-i efkâr, hâkimiyet-i ahâli ve usul-i meşveret*" esaslarını içeren bir metnin bir "*şartnâme-i esasî*" sayılabileceğini, bir an önce Osmanlı Devleti için bir "*nizâmat-ı esasiye*"nin ilân edilmesi gerektiğini söylemektedir[33]. Öte yandan, Yeni Osmanlılar, bilhassa Nâmık Kemal, siyasî reformlara İslamî bir temel bulmak hususunda da hayli gayret sarfetmiş, meşrutiyetin ve millet meclisin şer'îliği üzerinde durmuştur[34]. Bununla beraber Jön Türkler arasında cumhuriyetçi ve ihtilal taraftarı olanlar, hiç değilse bundan bahsedenler yok değildi[35].

Jön Türkler, Türkiye'de ilk defa siyasî tenkit devrini açmış ve iktidar karşısında ilk defa modern bir muhalefet partisi olarak (Kuleli vak'ası sayılmazsa) kabul edilmektedir[36]. Avrupa'da aydınlanma çağı ve bilhassa Fransız ihtilali ile yayılan fikirlerden çok etkilenmişler, bu sebeple akıl ve mantığa fikir sistemlerinde büyük bir yer vermişlerdir. Bu arada batı dünyası hakkında fikir edinmişler, Türkiye'deki batılılaşma yolunda büyük rolleri olmuştur. Ülkenin içinde bulunduğu sıkıntıların farkında ve bundan kurtulmanın da tek yolunu ıslahat ve bu meyanda meşrutiyetin ilânıyla hürriyetin

---

33 Okandan, 120.

34 Lewis, 143-144.

35 Okandan, 125-126; Karal, VII/307 vd.

36 Karal, VII/313-314.

getirilmesi olarak görmüşlerdir[37]. Bununla beraber parlak ideallerinin her ülkede uygulanama-yacağının farkında olmadıkları gibi, esasen hiçbir Avrupa devletinin anayasasını incelemiş ve Osmanlı Devleti ile kıyaslamış değillerdi. Osmanlı halkının böyle bir idareye hazır olup olmadığını, halkın etnik durumunu ve bu halklara XIX. yüzyılın başından beri hulûl eden kavmiyetçilik şuurunu gözönüne almamışlardır. Avrupa hayranı olmakla beraber, bu hususları gözden ırak tutmayan tecrübeli Tanzimat ricâlinden işte bu bakımdan ayrılırlar[38]. Jön Türkler, programlarını tam olarak yerine getiremedilerse de Şûra-yı Devlet ve yeni vilâyet düzeninin kurulmasıyla tâbiyet kanununun çıkarılmasında ve daha çok meşrutiyetin ilânında önemli bir rol oynamışlardır[39].

Tanzimat devresiyle vatandaşların hak ve hürriyetlerinin hukukî metinlerle temini teşebbüsünden sonra objektif anlamda bir anayasaya gidilmesi doğal idi. Bu teşebbüsün de halk kitlelerinden gelmesi beklenirdi. Bu sebeple anayasanın bir ideolojisinin bulunması da normal sayılırdı[40]. Ancak Osmanlı Devleti'nde ilk anayasa, diğer anayasa metinlerinde de olduğu gibi, ne bir halk hareketi neticesinde ilân edilmiş, ne de bir ideolojiye dayanmıştır. Halbuki Batı ülkelerindeki anayasa fikrine, genellikle liberalizm, rasyonalizm ve ferdiyetçilik gibi cereyanların büyük etkisi olmuştu. Osmanlı Kanun-u Esasîsinde ise böyle bir fikir cereyanının etkisine rastlanmaz. Birinci Meşrutiyetin ilânı her ne kadar ülkede rejim değişikliği ve anayasa isteyen bir zümre tarafından gerçekleştirilmişse de,

---

37 Suna Kili: "1876 Anayası ve Çağdaşlaşma Sorunu", Kanun-u Esasî'nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF, 1978, 192.

38 A. Şeref, 138-139; Danişmend, IV/214-215.

39 Danişmend, IV/214-215.

40 Abadan/Savcı, 32; Coşkun Üçok: "1876 Anayasasının Kaynakları, Özellikle 1851 Prusya Anayasası", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, Ankara 1976, 3.

Jön Türkler diye bilinen entellektüel grup, halk arasında kendisine bir dayanak bulmuş değildi. Bu da yeni rejimin devamını tehlikeye düşürmüştür. Osmanlı Devleti'nde görülen, anayasanın aşağıdan gelen değil, fakat yukarıdan empoze edilen bir teşebbüsün sonucu olduğudur. Nitekim Meşrutiyetin kurucusu Midhat Paşa, azil ve sürgün edildiğinde, arkasında umduğu kimselerin hiçbirini bulamamış, halk bu hadiseye bir reaksiyonda bulunmadığı gibi; hatta parlamentonun feshi ve Kanun-u Esasî'nin tatilinde de uzun yıllar karşı çıktığı görülmemiştir[41]. Bununla beraber bu fikrî cereyan, semeresini kısıtlı da olsa yıllar sonra vermiş, halk giderek siyasete daha çok ilgi duymaya başlamış, bir başka tabirle siyasîleşmiş, bu, daha sonra belirli bir kitle itibariyle de olsa halkın ilânında rol aldığı II. Meşrutiyet'i doğurmuştur.

Sonuç itibariyle, önce de söylendiği gibi, Kanun-u Esasî, bir millî kitle hareketinden doğmadığı gibi sosyal, ekonomik, siyasî ve hukukî doktrin ve ideolojiden de mahrumdu; zaten ilânında rol alanların çoğu böyle fikirler taşımaktan çok uzak, hatta meşrutiyetçi bile olmayıp rejimin değişmesinden başka bir şey düşünmeyen kimselerdi. Anayasaların hazırlanmasında, bunu zorunlu kılan sosyal, siyasî, hukukî, iktisadî, mahallî ve millî ihtiyaçların gözönüne alınması gerekir. Halbuki bu Kanun-u Esasî'yi hazırlayan komisyon üyelerinin hiçbiri uzman değildi. Bu sebeple eksik bir taklitçilik yolu seçilmiş, birkaç yabancı devlet anayasası karma yapılarak bu metin hazırlanmıştır. Dolayısıyla Kanun-u Esasî'nin hangi sebepler altında hazırlandığını, bu sebeplerin doğurduğu sonuçları ve hedeflenen siyasî sistemi, bahse konu metinden anlamak imkânsızdır[42].

---

41 Okandan, 197; Kili, 195-196.

42 Okandan, 145-146.

2. Fiilî Muhalefet

A. Cidde ve Lübnan Olayları

Zaten bir halk desteğinden mahrum olan Tanzimat Fermanı'nın maddeleri, gereği gibi tatbik de edilemeyince, Osmanlı ülkesinin çeşitli yerlerinde bir takım hoşnutsuzluklar, hatta isyanlar başgöstermiştir. Niş ve Vidin'deki isyanlar bu kabildendi. Ancak bunlar rejim aleyhtarı olmaktan çok, vergi reformlarının kötü uygulanışına karşı çıkmıştı[43].

Islahat Fermanı'ndaki teb'anın eşitliği prensibinin Müslümanlar arasında doğurduğu reaksiyon ve bu arada dışarıdan kışkırtılan azınlıkların taşkınca hareketleri üzerine patlak veren olaylardan en önemlisi 1272/1858 tarihinde Cidde'de vuku'a gelmiştir. Esir ticaretinin yasaklanmasının fitilini ateşlediği fitnede, yabancı devlet misyonundan bazılarının da ölmesi üzerine, İngiliz-Fransız donanması limana girerek şehri bombardımana tutmuş, bilahare ileri gelenlerden olayların fâili sayılan on kişi idam edilmiştir. Bu olay, birkaç yıl sonra ortaya çıkacak olan Lübnan buhranının da habercisi kabul edilmektedir[44].

Cebel-i Lübnan sancağı pekçok farklı mezhepten insanı barındırmakta ve öteden beri özel bir tarzda yönetilmekteydi. Bir ara Mısır askeri tarafından işgal edilmesi bölgedeki düzeni bozmuştu. Ayrıca Tanzimat Fermanı ile getirilen malî reformlar sancağın sosyal dengesini altüst ettiği için kabul görmemiş, bunun üzerine devlet gelirlerinin toplanmasında Tanzimat'dan önce burada câri *mukâtaa* usulü, yalnız buraya mahsus olmak üzere yerinde bırakılmıştı. Bununla beraber Lübnan'da etnik menşeli isyanlar devam etti. Fransa genellikle aynı mezhepte olduğu Hıristiyanları tahrik ederken, İngilizler

---

43 Halil İnalcık: "Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri", Belleten C:XXVIII, S:112, 1964, s.640 vd.

44 A. Cevdet Paşa, I/101 vd; Danişmend, IV/186; Karal, VI/32-33.

de buna karşılık Dürzîleri desteklemekteydi. Bâbıâli, sancağın otonom idaresini kaldırmaya çalıştıysa da başaramadı. Bir süre sonra sancak idaresi (1842) Sayda'daki Osmanlı vâlisine bağlı Hıristiyan ve Dürzî iki kaymakam arasında paylaştırıldı. Bu usulün de yürümemesi üzerine ve Avrupa devletlerinin müdahaleleriyle sancakta yaşayan herkesin memnun olacağı umulan köklü bir reform yapıldı (1860). Buna göre sancaktaki her etnik grup idarede söz sahibi oluyordu. Bu reformların diğer Osmanlı vilâyetlerinde tatbikinden kaçınılmışsa da bilhassa adlî sahadakiler ülkenin tamamında yapılacak reformlara öncülük ve örnek teşkil etmiştir[45].

B. Kuleli Vak'ası

Kamuoyunda Tanzimat'a karşı beliren bu hoşnutsuzluk üzerine gizli bir cemiyet faaliyete geçmiş, fakat cemiyetin toplantısı hükûmetçe haber alınınca mensupları tutuklanarak Kuleli kışlasına hapsedilmiştir[46]. Bunların sorgularını Midhat Paşa, muhakemeyi ise Sadrıâzam, Şeyhülislam, Serasker, Meclis-i Âli-yi Tanzimat, Meclis-i Dâr-ı şurâ-yı Askerî başkanlarından oluşan bir heyet yapmıştır. Tahkikat dosyası Heyet-i Vükelâ (kabine) tarafından incelenerek ceza kanunu hükümlerine göre ağır cezalar verilmişse de Pâdişah idam cezaların afvetmiştir.

Mahiyeti tam olarak anlaşılamayan Kuleli Vak'ası kimilerine göre Sultan Mecid'e karşı bir suikast ve Tanzimat devrine bir tepki olarak görülmüş; kimilerine göre ise meşrutiyet taraftarı bir hareket olarak nitelendirilmiştir, çünki

---

45 İ. Hakkı Paşa, I/342-348; Danişmend, IV/132-133, 191-196; Davison, 108; Karal, VI/33-42; Engelhardt, 44-46, 115-118. Geniş bilgi için bkz Haluk Ülman: 1860-1861 Suriye Buhranı, Ank. 1966; P. Louis Gabriel: In the Ashes-A Story of Lebanon, Pennsylvania 1978; İrfan C. Acar: Lübnan Bunalımı ve Filistin Sorunu Ank. 1989.

46 Vak'aya bu sebeple Kuleli Vak'ası denilmiştir, yoksa Kuleli ile başkaca bir alâkası yoktur.

mensupları sonradan Jön Türklere katılmıştır[47]. Şurası muhakkaktır ki, 1859 tarihinde vuku'bulan Kuleli Vak'ası Pâdişah'ı tahttan indirmek için gizli bir teşekkülün ilk örneği olup, rejime karşı teşkilatlanma fikrinin doğduğunu gösteren ve Birinci Meşrutiyet'e kadar giden gelişmenin öncülüğünü yapan bir harekettir. Rejim aleyhtarlığı bu olaydan sonra belirgin bir mecrâya dökülmüş, önce de anlatıldığı üzere Jön Türkler ile ayrı bir önem kazanmıştır. İktidarda Nedim Paşa gibi ehliyetsiz devlet adamlarının bulunması bu muhalefeti daha da arttırmış, artık Pâdişah'ın değiştirilmesiyle her şeyin çözüleceği kanaati yayılmıştır.

C. "Talebe-i Ulûm"un Ayaklanması

1876 yılına gelindiğinde ihtilal zemini hemen hemen oluşmuş gibiydi. Nedim Paşa'nın Avni Paşa'yı Bursa vâliliğine gönderip, Midhat Paşa'yı Adliye Nâzırlığı'ndan azletmesi, ihtilal elebaşlarını telaşa düşürmüştür. Hersek isyanı, Bulgar ihtilali, Selânik vak'ası, Avrupa kamuoyunun Türkiye aleyhine dönmesi, Avrupa devletlerinin müdaheleleri, Osmanlı Devleti'nde büyük heyecan ve galeyan uyandırmakta ve yegane sorumlu olarak da Nedim Paşa görülmekteydi. Söylentiye göre, Midhat Paşa, Veliahd Murad Efendi'den aldığı paraları, medreselerin yüksek sınıflarında okuuyan öğrencilere, belki de öğrenci kılığındaki serserilere dağıtarak bunlara Bâbıâli'de Sadrıâzama karşı gösteri yapmış ve böylece Nedim Paşa'yı istifaya zorlamak istemiştir. Bu arada yine aynı yoldan, Sultan Aziz'in veraset usulünü değiştirerek oğlu Şehzâde Yusuf İzeddin Efendi'yi veliaht yapacağı, bunu gerçekleştirmek için de kırkbin Rus askerinin Istanbul'a getirileceği dedikodusu yayılarak, halk Pâdişah'a karşı kışkırtılmaktaydı. Midhat Paşa'nın ve yaşadığı devrin Tanzimat'tan ne kadar uzaklaştığı, hükûmet İşlerinin eskisi gibi sokakta halledilmeye

---

47 Danişment, IV/188 vd; Aldıkaçtı, 47-48; Ayrıca bakınız Uluğ İğdemir: Kuleli Vakası Hakkında Bir Araştırma, Ank. 1937.

çalışılmasından bellidir. Ekseri Rumeli'li olup, buradaki feci olaylardan aileleri bizzat etkilenen bin kadar öğrenciye aşağı tabakadan halk da katılarak Bâbıâli önüne gelmiş ve Sadrıâzam ile Şeyhülislamı istemediklerini bildirmişlerdir. Sâdrıâzam Nedim Paşa ve Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi makamlarından az önce ayrılmışlardı. Rus elçisi, bir yandan Türklerin gayrımüslimleri katletmek üzere olduğunu yaymakta, öte yandan da hareketin zorla bastırılmasını Saray'a telkin etmekteydi. Sultan Aziz, Ruslardan çekindiği için Nediim Paşa'yı azledemiyordu. Bu sebeple zor kullanmak yerine âsilere nasihat heyeti gönderildiyse de dinletilemedi. Bunun üzerine Nedim Paşa azledilerek yerine "*erkân-ı erbaa*" denilen ve Sultan Aziz'e muhalif zefattan Mütercim Rüşdi Paşa sadrıâzam oldu. Hasan Hayrullah şeyhülislamlık, Hüseyin Avni seraskerlik makamlarına ve Midhat Paşa da mecâlis-i aliyyeye (devlet bakanlığı) getirildi[48]. Midhat Paşa'nın bu olayda doğrudan parmağı olmadığı kabul edilse bile buna ses çıkarmadığı, hatta bunu bir fırsat bildiği söylenebilir.

VI. TAHT DEĞİŞİKLİKLERİ

1. Sultan Abdülaziz'in Tahttan İndirilmesi

Rüşdü Paşa'nın tekrar sadârete getirilişi, Midhat Paşa'nın hiç hoşuna gitmemişti. Zaten Sultan Aziz tahtta kaldıkça istenilen gayeye erişilmesi de imkânsız görünmekte, bu sebeple daha etkili yollara gidilmesi gerekmekteydi. Midhat Paşa, Şeyhülislam Hasan Hayrullah, Bahriye Nâzırı Kayserili Ahmed Paşa, Askerî Şurâ Reisi Redif Paşa, Fetvâ Emîni Filibeli Kara Halil Efendi, Şirvânîzâde Ahmed Hulûsî Efendi ve Hüseyin Avni Paşa ile beraber diğer bazı devlet ricâli, Askerî Mekteb Kumandanı Süleyman Paşa ve Veliahd Murad Efendi, Sultan Aziz'in tahttan indirilmesi hususunda anlaştılar. Bu

---

48 A. Midhat, I/208 vd; M. Celâleddin, I/140 vd; A. Sâib, 160 vd; A. Cevdet, IV/151; Davison, 325-326; Okandan, 126; Danişmend, IV/253-254; Öztuna, XII/54-55; Karal, VI/102-103; Lewis, 158 vd.

zevattan sadece Midhat Paşa ve Süleyman Paşa meşrutiyetçi olup, diğerleri şahsî emeller peşindeydiler. Murad Efendi'yi kendilerine yakın bulan ve vezirlik hayalleri gören Jön Türkler de bu işe taraftardılar. İngiliz elçisi Sir H. Eliot'a da haber verilmişti; İngiltere, Nedim Paşa'yı sadârete getirdiği için Sultan Aziz'den yüz çevirmişti. Bu arada Midhat Paşa, Fetva Emini Kara Halil'e düzmece bir fetva da yazdırmıştı. Kararlaştırılan darbe gününden evvel, 29. V. 1876'da saray kuşatılarak Şehzâde Murad Efendi dairesinden çıkarılmış ve kendisine çete mensuplarınca bi'at olunmuştur. Bu sırada culûs topları atılarak durumdan haberdar edilen Sultan Abdülaziz, çaresiz, ailesiyle beraber sarayı terketmiş ve Topkapı Sarayı'nda amcası Sultan III. Selim'in Şehit edildiği daireye hapsolunmuştur. Bu arada halkın çok sevdiği bu eski hükümdarın serveti de yağma edilmiştir. Sultan Aziz daha sonra Ortaköy sarayı'na naklolunmuş ve burada kendisine revâ görülen pek çok eziyetten sonra 4. VI. 1876'da odasında ölü bulunmuştur. Daha sonra yapılan muhakeme sonucu, Avni Paşa'nın emriyle katledildiği ortaya çıkmış ve hukuken sabit olmuştur. Hadiseye intihar süsü verilmişti, maamâfih Sultan Aziz'in öldürülmeyip intihar ettiği kanaatini taşıyanlar da vardır [49].

On gün sonra eski Pâdişah'ın kayınbiraderi Erkân-ı Harb Binbaşısı Çerkes Hasan Bey, kabine toplantısını basarak Pâdişah'ın vefatına sebep olan Hüseyin Avni ve Hâriciye Nâzırı Râşid Paşaları öldürmüş, diğer bir kaçını da yaralamışsa da kendisi bilahare idam edilmiştir[50].

---

49 A. Midhat, I/214 vd; A. Sâib, 192 vd; M. Celâleddin, I/153; A. Cevdet, IV/154-155; Davison, 330-336; Danişmend, IV/256 vd. 267 vd; Öztuna, XII/55 vd; Karal, VII/105 vd; VII/355 vd; Okandan, 127 vd. Geniş bilgi için bkz. Yılmaz Öztuna: Bir Darbenin Anatomisi, İst. 1987; Mabeynci Fahri Bey: İbretnümâ, Haz: Bekir Sıtkı Baykal, Ank. 1968; Midhat Sertoğlu: "Abdülaziz Ailesi'nin Başına Gelenler", Yıllar Boyu Tarih Dergisi, S: 6, Haziran 1984, s: 14-19.

50 A. Cevdet, IV/159-160; Danişmend, IV/280-282; Öztuna, XII/79-81; Geniş bilgi için bkz. İ. Hakkı Uzunçarşılı: "Çerkes Hasan Vak'ası", Belleten 33, Ank. 1945.

2. Sultan Murad'ın Cülûsu

Sultan V. Murad'ın saltanatında iktidar Mütercim Rüşdü ve Midhat Paşalar elinde paylaşılmıştır. Bilhassa Rüşdü Paşa bu günlerde neredeyse Pâdişah mesabesindeydi[51]. Bununla beraber Midhat Paşa, cülûs sebebiyle yayınlanan hatt-ı hümâyunda darbenin gerçek gayesinin yer almasını sağlayamamıştı. Pâdişah millet meclisi teşkil yerine, kötü durumdaki devlet işlerinin ıslah edilmesi gerektiğini söyleyerek Midhat Paşa'yı hayal kırıklığına uğratmıştır[52]. Sultan Abdülaziz'in üzücü vefatı ve Çerkes Hasan Vak'ası, Sultan Murad'ın zaten bozulmuş âsâbını daha da bozmuş; bunun üzerine zamanın ricâli Pâdişah'ın tedavisi imkânsız bir hastalığa tutulduğuna dair bir rapor elde etmişler, Şeyhülislam'dan da fetva alınmıştır. Veliahd Abdülhamid Efendi durumdan haberdar edilerek kendisinin meşrutiyet ve bir anayasa ilânı şartıyla tahta çıkarılabileceği söylenmiştir. Kabinenin de kararıyla Sultan Murad tahttan indirilerek yerine Şehzâde Abdülhamid Efendi 16.VIII.1876'da tahta çıkarılmıştır. Birkaç ay sonra eski hükümdarın şuuru düzelmişse de yirmisekiz sene Çırağan sarayında hapis hayatı yaşayarak, bir anlamda amcası Sultan Abdülaziz aleyhine giriştiği komplonun karşılığını görmüştür[53].

---

51 İnal, I/342; A. Cevdet, IV/160.

52 A. Midhat, I/228 vd; Davison, 339-340; Danişmend, IV/265; Okandan, 128 vd; Karal, VII/352.

53 A. Midhat, I/264 vd; M. Celâleddin, I/161; Davison, 353-354; Öztuna, XII/81 vd; Danişmend, IV/283-284; Karal, VII/36 vd. Sultan Murad'ın tahttan indirilişi için şu beyitle tarih düşürülmüştür: (A.Şeref, 158)

"Doksan üçde doksan üç gün
Pâdişah-ı mülk olub
Göçdü matemgâhına Sultan Murad-ı nâmurad"

VII. DIŞ ETKİLER

1. Anayasacılık Cereyanı

Tarihî ve sosyal şartların meydana getirdiği millî cemiyetin, muayyen bir ülke üzerinde siyasî teşkilatlanmasını ifade eden ve diğer bütün toplulukları içine alan devletin bir esas kuruluş nizamının, yani anayasasının olması tabiîdir[54]. İlk devirlerde de bu anlayışın mevcut olduğu görülmektedir. XVIII. yüzyılda aydınlanma çağı ile beraber Avrupa'da anayasayı devlet iktidarını sınırlamaya yarayan bir vasıta olarak gören ve kendisini daha çok kuvvetler ayrılığı şeklinde gösteren anayasacılık cereyanı doğmuştur. Bu cereyanla beraber anayasa kavramından da -ilave olarak- siyasî teşkilatın açık bir şekilde tayin ve tesbit edildiği bir metin anlaşılmaya başlanmıştır. Zira o sıralar daha çok mutlak monanarşilerle mücadele eden ve temel hak ve hürriyetleri teminat altına alma maksadı güden fikir hareketleri yaygın olup, bu gayeyi gerçekleştirebilecek en etkili çare olarak yazılı anayasa görülmekteydi. Ayrıca yazılı bir kanunun, örf ve âdet prensiplerine göre üstünlük taşıdığı, anayasaların açık ve sistematik bir şekilde kaleme alınmış olmalarının, vatandaşların haklarını tanımaları ve korumalarına sebep olacağı, dolayısıyle monarkların keyfî idarelerinin sınırlandırılabileceği düşünülmekteydi[55]. Bu mücadeleler nihayet semeresini verdi, Kuzey Amerika'daki İngiliz kolonilerinde 1787 yılında hazırlanan federal anayasa ve Fransa'da ihtilal sonrası ilân edilen 1791 anayasası bunun ilk örnekleri oldu. 1831'de Belçika ve 1848'de İsviçre anayasaları kabul edildi. XIX. ve XX. asırlarda bu cereyan, monarkların yetkilerini sınırlayan hukuk devletinin yanısıra ferdiyetçi ve

---

54 H.Nail Kubalı: Anayasa Hukuku Dersleri, İst. 1971, 1.

55 Özçelik, I/195-196; Kubalı, 2.

liberal devletin de sembolü oldu[56].

Anayasacılık cereyanı Türkiye'de de etkisini göstermekte gecikmedi. Osmanlı Devleti'nin, kuruluşundan itibaren, genellikle modern anlamda ilk anayasa metni kabul edilen Sened-i İttifak'ın imzalandığı 1808'e gelinceye dek bir yazılı anayasaya sahip olmadığı görülmektedir. Ancak bu defa devletin asırlarca nasıl bir teşkilat yapısının bulunduğu ve ülkede hangi hak ve hürriyetlerin tanındığı hususunda bir soru akla gelebilir. Osmanlı Devleti'nde tüm faaliyetler İslam hukukuna göre düzenlenmekteydi. Bu hususta esas müracaat kaynakları fıkıh ve fetva kitapları ile bunlara aykırı olmayacak şekilde değişik şartlara, örf ve âdetlere göre hazırlanan kanunnâmeler idi. Bir başka deyişle ülkede yaşayan halkın sahip bulundukları hak ve hürriyetleri İslam hukuku hükümleri temin etmekte, devletin teşkilat ve teşrifat kâideleri de İslam hukuku'nun hükümdara verdiği sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde belirlenmekteydi. Hükümdarlar, genellikle örf ve âdet halini almış kâideleri çıkardıkları kanunnâmelerle İslam hukukuna aykırı olmamak kaydiyle birer pozitif hukuk normu haline getirebilirlerdi. Osmanlı Devleti'nde bu usule sıkça başvurulmuştur[57].

Osmanlı Devleti'nde 1876 yılına kadar bir anayasaya rastlanmadığı yaygın bir kanaattir. Kasdedilen eğer yazılı anayasa ise hüküm doğrudur. Ancak bir devlette anayasa düzeninden bahsedilmesi için mutlaka yazılı metinler olması gerekmediği, başta İngiltere olmak üzere yazılı anayasası bulunmayan, fakat anayasa düzeni tüm unsurlarıyla işleyen devletler olduğu bilinmektedir. Osmanlı Devleti de bir anlamda böyleydi. İcrâ organının başında yer alan Pâdişah da İslam

---

56 Özçelik, I/196; Kubalı, 2-3.

57 Ahmet Akgündüz: Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, İst. 1989, 47 vd.

hukuku kâidelerine tâbi olduğu için[58] bu hukuk sisteminin bahşettiği hak ve hürriyetler teb'a için yeterli bir teminat teşkil etmekteydi[59]. Modern bir anayasanın temel hak ve hürriyetlerin yanısıra, devletin esas teşkilat ve işleyişine dair hükümleri de içermesi gerekir. İslam hukuku bu konuda kesin prensipler koymaktan prensip itibariyle kaçınarak örf ve âdetlere atıf yapmıştır. Aynı zamanda devlet başkanına bu sahayı tanzim hususunda bir yetki tanımıştır. Osmanlılarda devletin esas teşkilat kurumları bu yolla kanunnâmelere dercolunmuştur. Bunun yanısıra idare hukukuna, malî esaslara, ceza hukukunun İslam hukuku tarafından bizzat düzenlenmeyen kısımlarına (ta'zir) ve teşrifata dair hükümler de burada yer almıştır[60]. Bilhassa Fâtih Sultan Mehmed zamanında çıkarılan teşkilat kanunnâmelerinin getirdiği esaslar, devletin son devirlerine kadar geçerli olmuştur. Bu teşkilat kanunnâmeleri, günümüz çevrelerinde anayasa metni olarak kabul edilmemiş, İslam hukuku'nun kişilere tanıdığı hak ve hürriyetler de gözardı edilerek Osmanlı Devleti'nin bir anayasa düzenine sahip bulunmadığı kanaati meydana gelmiştir ki bunun ciddî olmadığı açıktır.

Onyedinci yüzyıldan itibaren devletin siyasî ve idarî yapısında ortaya çıkan bozukluklar, hukukî esaslara verilen değerin azalması ve devletin siyasî ve sosyal bütünlüğünün sarsılması üzerine bir takım ıslahat teşebbüslerinde bulunduğu görülür. Bunların başında Sultan Üçüncü Selim devrindekiler gelir. Adı geçen Pâdişah, devlet nizamındaki bozuklukları bilmekte, bu arada devrinin fikir cereyanlarının da farkındaydı. Bu meyanda devletin ileri gelenlerine ıslahata dair lâyihalar hazırlatarak incelemiş[61] ve ayrıca meşveret usulüne göre bir

58 Okandan, 26-27; Karal, VIII/195.

59 Akgündüz, 71.

60 Halil Cin/Ahmed Akgündüz: Türk Hukuk Tarihi, Konya 1989, I/158 vd.

61 Özçelik, I/196; Okandan, 200-201. Geniş bilgi için bkz. Enver Ziya Karal: Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları, 2.b, Ank. 1988.

takım meclisler kurmuştur[62]. Sultan İkinci Mahmud, devletin anayasa sisteminde bazı değişiklikler yapmak istemiştir. Başta Yeniçeri Ocağı'nı kaldırmak suretiyle ülkede câri zorbalık ve karışıklıklara engel olmuştur. Halkdan zorla vergi alınması ve fertlerin mallarına el konulması gibi gayrı meşru fiillere de şiddetle karşı çıkmıştır. Din ve Vicdan hürriyeti yönüyle teb'anın tüm fertlerinin eşit olduğunu bildirmiştir. Bu arada kabine usulünün hedeflenerek vekillik ve başvekillik makamlarının ihdâs edildiği, memurlar için yeni bir statü rejimi getirildiği, Sultan Üçüncü Selim devrinde teşkil olunan meşveret meclisleri usulüne, daha da geliştirerek devam edildiği görülmektedir.

Türk anayasa tarihi yönünden Sultan İkinci Mahmud devrinin en önemli hadisesi şüphesiz Sened-i İttifak'dır. 1808 senesinde Alemdar Mustafa Paşa'nın daveti üzerine Pâdişah ile Anadolu ve Rumeli âyanı arasında cereyan eden görüşmeler neticesinde âyanların nüfuzundan faydalanmak maksadını taşıyan Pâdişah tarafından onlara bir takım teminatlar verilmiş, onların hayatları, malları ve mülkleri üzerinde keyfî fiillerde bulunulamayacağı hususu yazıya bağlanmıştır. Merkezî otoritenin sınırlandırılması ve bir takım hak ve hürriyetlerin ifade olunması bakımından, XIII. asır İngiliz tarihindeki ünlü *Magna Charta Libertatum* gibi misak çeşitinden bir metin kabul edilen Sened-i İttifak, ayrıca devleti meşrutî idareye götüren bir adım sayılırsa da, feodalite benzeri fiilî duruma meşruluk kazandırarak ülkeye menfî etkisi olduğu için bir süre sonra, kendisini kudretli hissetmeye başlayan Pâdişah tarafından hükümsüz bırakılmıştır. Maamâfih bu cereyanın etkisiyle bir süre sonra Tanzimat devri açılmış, bunun ardından da Kanun-u Esasî ilân olunmuştur[63].

---

62. Engelhardt, 179.

63. Selçuk Özçelik: "Sened-i İttifak", İÜHFM, C:XXIV, 1958, 1 vd; Okandan, 56 vd; Aldıkaçtı, 35 vd; Tanör, 23 vd.

2. Dış Müdahaleler

Osmanlı Devleti'nde ilk Kanun-u Esasî'nin ilânına yakından etki eden âmillerin başında yabancı devletlerin çıkarttığı zorluklar ile bunların bitmeyen müdahale ve talepleri geliyordu[64]. Sadrıâzam Rüşdü Paşa bu hususu açıkça ortaya koymuş ve eğer böyle bir baskı bulunmasaydı meşrutiyete kesinlikle taraftar olmayacağını söylemiştir[65].

Sanayi devrimi sonrası sermaye yönünden giderek zenginleşen Avrupa, kendi içinde medenî, dışarıya karşı ise emperyalist bir karakter göstermekte; öyle ki medeniyet yayma bahanesiyle güçsüz memleketleri kolonize etmekte; hatta geri kalmışlıklarının sürmesi için tedbir almakta; bu arada onları kendi menfaatleri yönünde birbirine kırdırarak silah satma ve onların iç işlerine müdahale yolunu tutmaktaydı[66].

Avrupa devletlerinin müdahale vasıtası genellikle Osmanlı Devleti'nde yaşayan azınlıklar olmuştur. Bunlar bahane edilerek Osmanlı Devleti üzerinde sürekli bir baskı kurulmak istenmiştir. Bu baskılarla Tanzimat, Islahat ve Adalet fermanları ilân olunmuş, azınlıklara mevcut hukuk düzeniyle uyuşmayan akıl almaz imtiyazlar verilmiştir. Bu hareketler Avrupa kamuoyunda büyük alkış almış, "telkin ve tavsiyeler" sürmüştür. Paris Konferansı'ndan sonra Avrupa devletleri, bilhassa Rusya, Osmanlı Devleti üzerindeki müdahaleci siyasetini arttırmış ve açığa vurmuştur. Bâbıâli bunlara direndikçe, ya iç isyanlar ya da dış askerî müdahalelerle eli kolu bağlanmıştır. Bu sırada her bir Avrupa devleti, Osmanlı Devleti üzerinde ıslahat tezleri hazırlamıştır. Birbirinden ufak tefek farklılıklarla bu tezler, azınlıkları

---

64 Okandan, 137; Tanör, 75.

65 M. Celâleddin, II/82; Okandan, 138.

66 Tarık Zafer Tunaya: "1876 Kanun-u Esasîsi ve Türkiye'de Anayasa Geleneği", Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, I/27.

kullanarak Osmanlı Devleti'nin yıkılıp, Avrupa müstemlekesi haline getirilmesini nihaî hedef olarak almıştı. İşin enteresan tarafı, Türkiye'deki entellektüller de bu tezlere samimiyetle inanarak hizmette bulunmuşlardır. Nedim Paşa'nın fanatik Rus taraftarlığı, Rus elçisi İgnatiev'in Osmanlı ülkesinde dostluk perdesi altında fesad tohumları ekmesine sebep olmuştur. Bu ve buna benzer olaylar, bilhassa Nedim Paşa'nın ilân ettiği dış borçların tenziline dair karar, Avrupa kamuoyunda Osmanlı Devleti aleyhine büyük bir cereyan meydana getirmiş, artık Osmanlı Devleti'nin bu haliyle devam etmesinin uygun olmadığı kanaati doğmuştur[67]. 1867'de Girit isyanının bastırılması bahanesiyle Osmanlı Devleti'ne bir nota verilerek bir takım sahalarda ıslahat yapılması istenmişti. Devlet ricâli bu notaya büyük ölçüde uyarak Şûra-yı Devlet'i teşkil etmişlerdir. Yeni vilâyet düzeninin kurulması, mahkeme teşkilat ve usullerine dair kanunular, tâbiyet kanunu, ticaret kanunu, ölçüler kanununun kabulü, belediyelerin kurulması, yabancıların Osmanlı ülkelerinde mülk edinebilmeleri gibi yenilikler de bu cümledendir. Ayrıca yabancılara yeni ekonomik ve endüstriyel imtiyazlar tanınmıştır[68].

1876 Hersek isyanı, Avrupa devletlerinin yeni müdahalelerine vesile teşkil etmiş, Selânik vak'ası da Berlin memorandumuna sebep olmuştur. 1876 Mayısında Berlin'de toplanan Rus başvekili Gorçakov, Alman şansölyesi Bismark ve Avusturya başvekili Andrassi tarafından müştereken neşrolunan bu memorandum, Osmanlı Devleti'nin içişlerine önemli bir müdahaleydi. İngiltere buna muhalefet etmiş, o sıralarda zaten Osmanlı Devleti saltanat değişiklikleriyle meşgul bulunduğundan Berlin memorandumu uygulamaya konulamamıştır[69]

---

67. Karal, VIII/211-212.
68. Karal, VII/332 vd.
69. M. Celâleddin, I/135; A. Sâib, 158-159; Danişmend, Iv/255-256; Engelhardt, 267 vd.

Midhat Paşa, devletin yapısında oldukça köklü reformları öngören bir anayasa hazırlanması hususunda çevresinden hiçbir destek görmemesi, hatta engellenmeye çalışılmasına karşılık, İngiltere tarafından çok teşvik olunmuş, hatta İngiltere, Sultan Aziz tahttan indirilmedikçe bunun gerçekleşemeyeceği hususunda da kendisini ikaz etmiştir[70]. İngiltere'nin Müslüman ülkelerdeki, bilhassa Osmanlı Devleti'ndeki reformların başlıca ve hatta bazen yegane destekçisi olduğu inkâr edilmez bir gerçektir. Midhat Paşa, Kanun-u Esasî'nin de Avrupa devletlerinin teminatı altına alınmasını İngiliz Hâriciye Vekili Lord Dersy'den istemiş ise de İngiltere her nedense bu teklifi kabule yanaşmamıştır[71].

3. Sırbistan ve Karadağ ile Savaş

Sultan Abdülhamid tahta çıktığı zaman Hersek isyanı devam etmekteydi. Bâbıâli bununla meşgul iken, kendisine tâbi prenslikler Sırbistan ve Karadağ da hummalı şekilde savaş hazırlıklarını sürdürmekteydiler. Bunlar Rusya'dan da muazzam yardım ve teşvik görerek ittifak etmişler, 1876 Temmuz'unda Bâbıâli'ye bir ültimatom vermiş, bunun cevabını beklemeden de taarruza geçmişlerdi. Ordularına Rus subayların kumanda ettiği âsiler Osmanlı kuvvetleri karşısında mağlup olmuşlardı[72]. Bu defa Rusya, Bâbıâli'nin karşısına dikilerek muharebelerin durdurulmasını istemiş, müttefiki bulunmayan Bâbıâli de kabule mecbur kalmış, netice olarak bu galibiyetlerden bir fayda elde edilememişti. Buna karşılık Osmanlı Ordusu zayıflamış, Balkanlardaki Panislavizm faaliyetleri daha da artmış, böylece ileride çıkacak 93 harbinde Osmanlı Devleti'nin mağlûbiyetiyle neticelenecek bir durum doğmuştur[73].

---

70 Gülnihal Bozkurt: Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ank. 1996, 59.

71 M. Celâleddin, II/102-103; Danişmend, IV/282-283; Karal, VIII/14 vd.

72 M. Celâleddin, I/206; Danişmend, IV/282-283; Karal, VIII/14 vd.

73 A. Midhat, II/76; M. Celâleddin, II/22 vd; Danişmend, IV/291; Karal, VIII/22 vd; Öztuna, XII/96.

4. Tersâne Konferansı

Sırb ve Karadağ isyanının bastırılmak üzere olması Rusya'yı telaşlandırmış, bir yandan sınıra asker yığarken diğer yandan Avrupa kamuoyunda Türklerin Balkanlarda katliâmda bulunduğu hususunda propaganda yapmağa başlamıştır. Avrupa devletleri Osmanlı Devleti'ne karşı savaşa girmeye pek hevesli görünmeyince, Rusya işi tek başına halletmek üzere Bâbıâli'ye bir ültimatom vererek Balkanlardaki harekatın durdurulmasını istemiş; Avrupa'dan pek destek görmeyen, ordusu itibariyle savaşı da göze alamayan Bâbıâli bunu kabul etmiştir. Rusya'nın başarısıyla bu defa telaşa düşen İngiltere, İstanbul'da bir konferans tertiplenmesi teklifinde bulunmuş, bu da kabul görmüştür[74]. Bu sırada Rüşdü Paşa sadâretten istifa etmiştir. Yerine getirilen Midhat Paşa, konferansta müsbet bir sonuç alınabilmesi için daha önce meşrutiyetin ilânının şart olduğuna inanmaktaydı. Bu sebeple Kanun-u Esasî hazırlıklarını süratlendirmiştir. 1876 sonunda toplanan konferans esnasında da meşrutiyet ve Kanun-u Esasî'nin ilân edildiği ve artık konferansa lüzum kalmadığı delegelere bildirildiyse de gözönüne alınmamıştır[75]. Hayal kırıklığına uğrayan Midhat Paşa, akıl hocası nâfia müsteşarı Odyan Efendi aracılığıyla yeni rejim hususunda bu devletlerle bir anlaşma yapmayı teklif etmiş, ancak bu da reddolunmuştur. Kanun-u Esasî'yi yabancı devletlerin teminatı altına sokmak anlamına gelen bu teşebbüsü Midhat Paşa'nın son hatalarından biri olmuştur.

Konferans sonucunda Sırbistan ve Karadağ'ın eski statülerinin korunması, Bulgaristan'ın iki vilâyete ayrılması, Bosna-Hersek ve Bulgaristan vâlilerinin konferansa katılan altı

---

74 M. Celâleddin. II/67vd; Danişmend, IV/291-292; Karal, VIII/25; Öztuna, XII/96.

75 M. Celâleddin, II/101-103; İnal, I/348-349; Danişmend, IV/294-295.

devletin reyiyle seçilmesi ve diğer ıslahatların bu devletler gözetiminde yapılması hususunda karara varılmıştır. Türk dostu ve Rus düşmanı olarak bilinen İngiliz delegesi Lord Salisbury'nin, Rusya ile savaşacak durumda bulunmayan Osmanlı Devleti'nin bu kararları kabul etmesi gerektiği hususunda kendisine rapor sunduğu Pâdişah'ın muhalefetine rağmen Bâbıâli red cevabı vermiştir. Azınlıklar da bunu desteklemiştir, zira Osmanlı Devleti'nin savaşa girmesi ve de kaybetmesi halinde kendilerine bir zarar gelmeyeceğini bilmekteydiler. Bu esnada muhtemelen Midhat Paşa'nın teşvikiyle sokağa dökülen öğrenciler, savaş lehinde gösteriler yapmaktaydı. Red cevabı üzerine sözkonusu devletler temsilcilerini çekmişler, bir süre sonra Osmanlı Devleti, Rusya ile savaşa girmiştir. Görülüyor ki Midhat Paşa, savaş için Rusya'dan daha istekli davranmıştır[76].

VIII. KANUN-U ESASİ'NİN HAZIRLANMASI VE İLÂNI

Muhalefet cephesinin kuvveti sebebiyle Sultan Beşinci Murad devrinde meşrutiyetin ilânı mümkün olamamıştı. Bu sebeple cülûsundan evvel Sultan İkinci Abdülhamid'den buna dair bir söz alınmıştı. O da Bâbıâli'de resmen okunan cülûs hattında bunu teyid etmiş, derhal bir Kanun-u Esasî hazırlanmak üzere Server Paşa (bir rivayette Midhat Paşa) başkanlığında Şûra-yı Devlet'de bir encümen teşkil etmişti. Sultan İkinci Abdülhamid, bilahare hâtıralarında, Midhat Paşa'nın meşrutiyeti tam anlamıyla bilmediğini, hatta hiçbir devletin anayasasını tetkik etmiş olmadığını kaydetmektedir. Ayrıca vaktiyle meşrutiyetin her kavme fayda sağlamayacağını düşündüğünü, sonradan zararlı bile olacağına kanaat getirdiğini, ancak kamuoyunun tazyikiyle Midhat Paşa'nın bu teklifini kabule mecbur olduğunu, kaldı ki esasen ülkenin menfaati bulunan herşeye tabiatiyle taraftar olduğunu

76 M. Celâleddin, II/89 vd; A. Cevdet Paşa, IV/170; İnal, I/351; Danişmend, IV/295-296.

söylemektedir. Bununla beraber Pâdişah'ın meşrutiyet lehinde konuşmasının samimî olduğu, O'nu buna, o zamanki iç isyanlar, dış müdahaleler, sürekli savaşlar, Avrupa kamuoyunun tazyiki, peşpeşe taht değişiklikleriyle saltanatın prestij kaybına uğraması gibi menfî şartların sevkettiği kabul edilebilir. Pâdişah idarinin bu feci durumunu görmektedir ve belki de mes'uliyeti başkalarıyla paylaşabileceği bir rejim tarzı istemiş olabilir[77]. Nitekim Sultan Abdülhamid'i, anlayışsız ve ilgerici olmaktan uzak, tam aksine istekli ve faal bir ıslahatçı olması itibariyle, Yeni Osmanlıların muhalefet yürüttükleri Tanzimat ricâlinin gerçek vârisi kabul edenler vardır[78], bununla beraber hürriyet ve demokrasi taraftarı olmadığı, ancak fırsatları değerlendirerek ihtilalcileri buun aksine sinandırmayı ve böylece tahta çıkmayı başardığı da bir gerçektir[79].

Esasen bu devirde Pâdişah ile aynı fikirde olan devlet adamlarının sayısı da az değildir. Rüşdü Paşa'nın muhalefeti yanısıra Tunuslu Hayreddin ve Ahmed Cevdet Paşalar Avrupa siyasî kurumlarının taklit edilemeyeceğini, kaldı ki buna ihtiyacın da bulunmadığını söylemişlerdir[80]. Cevdet Paşa'ya göre İslamiyet en mükemmel devlet şeklini öngörmektedir, çünki kökeni ilahîdir. Halbuki anayasalar beşerî olup değişmeye müsaittir. Kaldı ki inanç itibariyle bizden farklı olan milletlerin, bu inançlara dayalı kurumlarını iktibas mümkün değildir[81]. Bu sıralarda Adliye Nâzırı olan Cevdet Paşa, Kanun-u Esasî komisyonu toplantılarında metnin bazı maddeleri hususunda Midhat Paşa ile tartışmalarda bulunmuş, hatta bu itirazları sebebiyle Midhat Paşa kendisine kırılmıştır. Bu komisyonun son toplantısında artık başta akıllı bir Pâdişah olduğunu, o halde

77. Danişmend, IV/288-289; Karal, VIII/216-217.
78. Lewis, 177.
79. Lewis, 165.
80. M. Zeki Pakalın, Son Sadrazamlar ve Başvekiller, İst. 1944, IV/361.
81. Ümit Meriç: Cevdet Paşa'nın Cemiyet ve Devlet görüşü, 2.b, İst. 1979, 87-88.

Kanun-u Esasî ilânına lüzum kalmadığını söyleyerek meşrutiyet aleyhtarı fikirlerini açığa vurmuşsa da buna karşı Midhat Paşa sadâretten istifa etme tehdidinde bulunmuştur[82].

Bir süre sonra sadrıâzam Rüşdi Paşa'nın yerine nihayet zaman ve zaruret icabı Midhat Paşa getirilmiştir. Bu sırada Pâdişah'a yirmiye yakın anayasa projesi verilmişti; bunların en kayda değerleri Midhat ve Süleyman Paşalara ait idi. Bunları beğenmeyen Pâdişah, Fransız anayasasını Mâbeyn başkâtibi Said Bey'e tercüme ettirdiyse de cumhuriyetçi bir anayasanın kabulü tabiî ki imkansızdı[83]. Midhat Paşa, Avrupa anayasalarını incelemediği gibi fazla anayasa bilgisine de sahip değildi. Bu sebeple hazırladığı projede garip hükümler bulunmaktaydı. Sözgelişi, burada yüzyirmi üyeli bir meclis yer almakta, bu meclisin seksen sandalyesini seçilmiş üyeler, kırkını da kabine oluşturmaktaydı[84].

Dolayısıyle Midhat Paşa'nın şahsî projesi değil, fakat O'nun başkanlığında toplanan encümenin hazırladığı resmî proje kabul edilmişti. Bu projenin ilk halinde Türkçe'nin resmî dil olmaktan çıkarıldığı görülmektedir, bu husus başta Eğinli Said Paşa'nın gayretleriyle düzeltilmiştir. Damad Mahmud Celâleddin Paşa'nın koydurduğu ve Pâdişah'a âsâyişi bozan kimseleri sürgüne göndermek yetkisi veren ünlü 113. madde de tepkiye sebep olduysa da adı geçen zât "Pâdişah emridir"diyerek ısrar etmişti. Halbuki bu madde Pâdişah'ın değil, rivayete göre bizzat Midhat Paşa'nın arzusuydu, maksadı bu yeni rejim süresince başta kalarak muhaliflerini sindirmekti. Böyle olmasa bile bahis konusu maddeye karşı çıkmadığı sabittir. Nitekim sonradan rejime muhalif olduğu gerekçesiyle içlerinde iki kazasker ile bir paşa da olmak üzere yirmi kişilik devlet ricâlini muhakemesiz sürgüne göndertmiştir. Maamâfih

82 Bekir Sıtkı Baykal "93 Meşrutiyeti", Belleten, 1942, 57.
83 M. Celâleddin, II/85; Karal, VIII/218-219; Tanör, 78.
84 A.Midhat, II/326.

adan kendisi de bu tuzağa düşmüş, azil ve sürgüne mıştır[85].

Sultan Abdülhamid'in görevlendirdiği encümenin üçü stiyan olmak üzere onaltısı mülkiye memuru, onu âdan ve ikisi ferik rütbesinde askerden oluşmaktaydı. Bu mende, sudurdan, yani kazasker rütbeli ilmiye sınıfından eddin Efendi ile Ohannes ve Odyan Efendiler, ayrıca Nâmık al de vardı. Gündüzleri Bâbıâli ve akşamları da Fındıklı'da er Paşa'nın konağında toplanan encümen, Midhat ve Ziyâ lar ile Nâmık Kemal'in önayak olmasıyla Fransa ve Belçika asalarından ilhamla hazırlanan Kanun-u Esasî projesini emeye başladılar. Encümenin çalışması dört-beş ay kadar ü. Bu sırada Midhat Paşa, durumu garantiye almak için un-u Esasî ilânına hazırlık olarak meb'usların seçilmesi ve antı tarzlarına dair bir talimat-ı muvakkate (geçici tmelik) hazırlatıp kabineye tasdik ettirmiş ve irade-i yeye bağlayarak vilâyetlere tebliğe muvaffak olmuştur[86].

140 maddeden meydana gelen Kanun-u Esasî projesi, ne toplantısında da incelenmiş ve esasen meşrutiyete pek ftar olmayan Sadrıâzam Mütercim Rüşdi Paşa tarafından ciddî şekilde eleştirilmiştir. Sadrıâzam, metni fazla liberal uş, sadrıâzamlığın yerine Pâdişah'ın hak ve yetkileriyle tılmış bir başvekillik ihdâsına muhalefet etmiştir. Sonuçta âzamın ısrarları yönünde değiştirilen ve 119 maddeye ilen Kanun-u Esasî metni kabul edilmiştir[87]. Buna göre

---

ngelhardt, 273 vd; Davison, 369-379; Danişmend, IV/293-294; Öztuna, II/97-98. Nitekim Mahmud Celâleddin Paşa, bu maddenin öngördüğü uameleyi ilk defa Midhat Paşa'nın uyguladığına ve Pâdişah'ın bile uhakemesiz adam sürmenin hukuka aykırı olduğu yönündeki itirazına tifa etmek tehdidinde bulunduğuna işaretle diyor ki: "Pâdişah da aldığı dersi vela üstadı hakkında kemal-i maharetle tatbik etti".

I. Celâleddin, II/81; Okandan, 138; Bozkurt, 63.

. Celâleddin, II/83-84. Mütercim Rüşdü Paşa, metnin bir an önce kabul dilip yürürlüğe girmesine uğraşan Midhat Paşa için "Paşamız akılsız bir

sadâret ünvanı yerinde bırakılıyor ve vükelâyı yani bakanları seçme yetkisi Pâdişah'a veriliyordu. Bu metin artık Fransız ve Belçika anayasalarından mülhem olmaktan çıkmış, yine kökenini Belçika anayasasında bulan 1851 Prusya anayasasının âdetâ bir kopyası haline gelmiştir.

Kanun-u Esasi gibi Prusya anayasası da Belçika'dan farklı olarak, kuvvetleri saymış değildir. Ayrıca her ikisinin de Belçika'da olduğu gibi millet hâkimiyetinden tabiatiyle bahis yoktur. Her iki metin de vatandaş hakları ve muhteva itibariyle benzeşmektedir. Ayrıca Prusya anayasası da 1848'de Berlin'de vuku'a gelen bir isyan üzerine kralın ferman bahşetme va'dinde bulunması ve bunu krallık meclisinde hazırlatıp kabul ve ilân etmesi, yani halk isyanı sonucu kurulan bir meclis tarafından yapılmış olmaması bakımından da Kanun-u Esasî'ye benzemektedir[88].

1876 düzenlemesiyle Pâdişah'ın mutlak otoritesi aynen korunarak mevcut düzen âdetâ tescillenmiştir. Pâdişah, Kanun-u Esasî'nin getirdiği hükümlere göre, eskisinden farklı olarak sistemin dışındadır. Bu da Batı anayasalarının etkisiyledir, çünki Avrupa'da böyleydi, "Kral hatâ yapmaz" prensibi buraya da aksederek Pâdişah'ın tasarruflarından mes'ul olmadığı esası getirilmiştir. Halbuki İslam-Osmanlı hukukunda, hükümdar da hukukun bir süjesidir, hukuk kâideleriyle bağlı ve tasarruflarından mes'uldür. 1876 düzenlemesiyle Pâdişah, artık Avrupa monarklarının statüsüne büründürülmüştür. Bu düzenlemeler ile değişen fazla birşey olmaması sebebiyledir ki, Kanun-u Esasî'nin ne ilânı ve ne de kısa bir zaman sonra da tatili halk arasında hiçbir reaksiyon doğurmuştur. Ancak şu var ki halkın daha geniş bir

---

adamdır, aceleye getirerek hazırlattığı o kanun evvela kendi başını yiyecektir" demiştir. A. Şeref, 158-159.

88 Üçok, makale, 5 vd; Aldıkaçtı, 55-56; Bozkurt, 69.

kitlesi siyasetle ilgilenmeye başlamış, yani bu sayede siyasîleşmiş, 1908 hareketi böylece ortaya çıkmıştır. Zaten bu konuda gerekli bilgilerden ve bir ideolojiden mahrum reformcu gruptan bu şartlarda daha başka bir şey beklenemezdi[89].

Kanun-u Esasî, bir an önce hazırlanarak Tersâne Konferansı'nın toplandığı gün ilân edilmiştir. Midhat Paşa böylece konferansa katılan devletlerin Türkiye'de ıslahat yapıldığına itimat edip dağılacağını zannetmiştir. Halbuki konferansa katılan devletler bu gösteriye hiç değer vermemişler, hatta Avrupa kamuoyu bile bunu ciddiye almamıştır[90].

SONUÇ

Avrupa'nın, aydınlanma çağının ardından kaydettiği her sahadaki ilerlemeye karşılık Osmanlı Devleti, XVIII. asırdan itibaren gitgide güçten düşmüştür. Öte yandan tekrar eski haşmetli günleri geri getirecek yegane âmilin Batılılaşma olduğu kanatine varmış ve bu yönde bazı faaliyetlerde bulunmuştur. Ancak bunlar yetmeyerek, ülkeyi içinde bulunduğu durumdan kurtaramadığı gibi daha da büyük felâketlere düşürmüştür. Osmanlı Devleti'nin yıkılmasını ve böylece büyük bir mirasa kavuşmayı bekleyen Avrupa devletlerinin teşvikleriyle içeride çıkan bilhassa azınlık isyanları, dış müdahaleler, yabancı kamuoyunda düşülen kötü durum, yeni bir takım ıslahatlar yapılması fikrini doğurmuştur. Bu sırada devleti Avrupaî zihniyete sahip Tanzimat ricâli yönetmekteyse de, bunları yeterli ve ehil görmeyen hürriyetçi entellektüeller, Yeni Osmanlılar adıyla bir muhalefet havası estirmeye başlamışlardır. Bu arada Midhat Paşa, ağırlaşan şartların elverişliliğini görerek, "*Garblı olmak*

---

89. Kili, 200, 206-207.

90. Midhat Paşa, konferanstan Bâbıâli'ye dönen Safvet Paşa'ya delegelerin Kanun-u Esasî'nin ilânına ne dediklerini sormuş, O da "Ne diyecekler? Çocuk oyuncağı dediler" diye cevap vermiştir. Danişmend, IV/294; Tunaya, 27; Bozkurt, 67.

ve her dertten kurtulmak" için gereken meşrutiyet idaresine karşı olan Sultan Abdülaziz'in tahttan indirilip etkisiz duruma getirilmesini sağlamıştı. Halbuki ülkede Tanzimat'tan beri ipler zâten Pâdişah'ın değil, tamamen Tanzimat ricâlinin elindeydi. Bir anlamda ordunun devlete hâkimiyetine Tanzimat bürokratları da ortak olmuş, rejim bir devlet adamları oligarşisine dönüşmüştü, yine de bir anayasa hazırlanarak bu duruma resmiyet ve meşruiyet kazandırılmak istenmiştir. Tahta çıkarılan Sultan Beşinci Murad'ın da meşrutiyete pek taraftar olmadığı görülünce yeni Pâdişah hemen aynı âkibete uğratılarak meşrutiyet sözü veren Veliahd Şehzâde Abdülhamid Efendi, Sultan İkinci Abdülhamid adıyla Pâdişah yapılmış ve Avrupa anayasalarının kötü bir kopyası olan Kanun-u Esasî ve meşrutiyet ilân edilmiştir.

Görülüyor ki Kanun-u Esasî'yi oldukça buhranlı bir devir doğurmuştur. Gerçi Tanzimat hareketi ülkede serbest ve hürriyetçi bir zemin kurmuştu. Ancak devlet, iç isyanlar ve savaşlar sebebiyle malî bakımdan çökmüş durumdaydı. Devlet ricâli ehliyetten mahrum idi. Tüm bunlara entellektüel çevredeki fikrî ve kışkırtılmaya elverişli halk arasındaki fiilî muhalefet de eklenince ihtilal zemini kendiliğinden oluştu. İhtilalin yüzü Avrupa'ya dönüktü, bu meyanda sınırsız hürriyet ve serbesti, diğer yandan azınlıklara geniş imtiyaz verilmesini öngören bir ihtilaldi. Ancak bunu gerçekleştircek olanlar, birkaç kişi müstesna, ikbal ve şahsî menfaat peşindeydiler. Gerçekten meşrutiyete taraftar olanlar iyiniyetli kabul edilseler bile ülke gerçeklerini bilmeyen, genel hukuk ve siyaset bilgisinden mahrum kimselerdi. Öte yandan bir anayasa için elzem olan bir siyasî ideolojiye de sahip değildiler. Halk da buna bigâne kalmış ve Kanun-u Esasî gerçek anlamda bir halk desteğinden mahrum olarak doğmuştur. Bu sebeple hürriyet ve serbesti derken, ülke, içinden çıkılmaz meselelere boğulmuş, meşrutiyet tecrübesi de ne yazık ki fiyaskodan ibaret kalmıştır.

KAYNAKÇA

Abadan, Yavuz/Savcı, Bahri : **Türkiye'de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış,** Ank. 1959.

Abdurrahman Şeref : **Tarih Musahabeleri**, İst. 1985.

Acar, İrfan C. : **Lübnan Bunalımı ve Filistin Sorunu,** Ank. 1989.

Ahmed Cevdet Paşa : **Tezâkir**, C:IV, Hazırlayan: Cavid Baysun, 2.b, Ank. 1986.

Ahmed Lûtfi : **Mir'at-ı Adâlet,** İst. 1304.

Ahmed Midhat : **Üss-ü İnkılâb,** 2 C, 1294-1295.

Akgündüz, Ahmed : **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası,** İst. 1989.

Aldıkaçtı, Orhan : **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası,** 4.b, İst. 1982.

Ali Rıza/Mehmed Gâlib : **Onüçüncü Asr-ı Hicrîde Osmanlı Ricâli,** 2 C, İst. 1977.

Ali Sâib : **Vak'a-yı Sultan Abdülaziz,** 2.b, Kâhire 1326

Baykal, Bekir Sıtkı :"**93 Meşrutiyeti**", Belleten 1942.

Bozkurt, Gülnihal : **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi,** Ank.1996.

Çadırcı, Musa : "**Osmanlı İmparatorluğunda Eyalet ve Sancaklarda Meclislerin Oluşturulması**", Ord. Prof. Yusuf H. Bayur Armağanı, Türk Tarih Kurumu, 1985.

_____:"**Türkiye'de Kaza Yönetimi**", Belleten LIII/206, 1989.

Danişmend, İ. Hâmi : **İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi,** C:IV, İst. 1972.

Davison, Roderic H. :**Reform in the Ottoman Empire 1856-1876**, Princeton 1963.

Engelhardt, Ed. : **Tanzimat,** Tercüme: Ayda Düz, İst. 1976.

Gabriel, P. Louis : **In the Ashes-A Story of Lebanon,** Pennsylvania 1978.

Göreli, İ. Hakkı :**Devlet Şurası,** Ank. 1953.

İbrahim Hakkı Paşa :**Hukuk-u İdâre,** İst. 1328

İğdemir, Uluğ :**Kuleli Vak'ası Hakkında Bir Araştırma,** Ank.1937.

İnal, İbnülemin M. Kemal : **Son Sadrıâzamlar**, C:I, 3.b, İst. 1982.

İnalcık, Halil : **"Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri"**, Belleten, C:XXVIII, S:112, Y:1964.

Kapani, Münci : **Kamu Hürriyetleri**, 3.b, Ank. 1970.

Karal, E. Ziya : **Osmanlı Tarihi,** C: VII-VIII, Ank. 1977-1983.

_____:**Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları**, Ank. 1988.

Kili, Suna : **"1876 Anayasası ve Çağdaşlaşma Sorunu"**, Kanun-u Esasî'nin 100. Yılı, AÜSBF, 1978, 191-211.

Kubalı, H.Nail : **Anayasa Hukuku Dersleri,** İst. 1971.

Lewis, Bernard : **Modern Türkiye'nin Doğuşu,** Trc:Metin Kıratlı, 5.b, Ank. 1993.

Mabeynci Fahri Bey : **İbretnümâ,** Haz: Bekir Sıtkı Baykal, Ank. 1968.

Mahmud, Celâleddin Paşa : **Mir'atı Hakikat,** 2 C, İst. 1979-1980.

Mardin, Şerif : **Jön Türklerin Siyasi Fikirleri**, Ank. 1964.

Meriç, Ümid : **Cevdet Paşa'nın Cemiyet ve Devlet Görüşü**, 2.b, İst. 1979.

Okandan, R. Galib : **Amme Hukukumuzun Anahatları**, 1. Kısım, İst. 1977.

Ortaylı, İlber :**İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, 2.b, İst 1987.

_____:**Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler**, Ank. 1974.

Özçelik, Selçuk :"**Sened-i İttifak**", İÜHFM, C:XXIV, 1958.

_____:**Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, İst. 1982.

Öztuna, Yılmaz : **Bir Darbenin Anatomisi**, İst. 1987.

_____:**Türkiye Tarihi**, C: 12, İst. 1967.

Pakalın, Mehmet Zeki: **Son Sadrıazamlar ve Başvekiller**, İst. 1944.

Sertoğlu, Midhat : **"Abdülaziz Ailesi'nin Başına Gelenler"**, Yıllarboyu Tarih Dergisi, Haziran 1984, S:6, s:14-19.

Seyitdanlıoğlu, Mehmet: **Tanzimat Döneminde Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye**, Ank. 1994.

Süleyman Paşa : **Hiss-i İnkılab**, İst. 1326

Tanör, Bülent : **Osmanlı İmparatorluğunda Anayasal Gelişmeler**, İst. 1991.

Tönük, Vecihi : **Türkiye'de İdare Teşkilatının Tarihi Gelişimi ve Bugünkü Durumu,** Ank. 1945.

Tunaya, Tarık Zafer : **"1876 Kanun-ı Esasîsi ve Türkiye'de Anayasa Geleneği"**, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, C:I.

Türkgeldi, Ali Fuat : **Mesâil-i Mühimme-i Siyâsiyye**, 3 Cild, 2.b, Haz: Bekir Sıtkı Baykal, Ankara 1987.

Uzunçarşılı, İ. Hakkı : **"Çerkes Hasan Vakası"**, Belleten No: 33, Ank. 1945.

Üçok, Coşkun : **Siyasal Tarih,** Ank. 1980.

_____:**"1876 Anayasasının Kaynakları, Özellikle 1851 Prusya Anayasası"** Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, Siyâsi İlimler Türk Derneği Yayını, 1976.

Ülman, Haluk : **1860-1861 Suriye Buhranı**, Ank. 1966.

ANAYASAL BELGE OLARAK MEDİNE SÖZLEŞMESİ

Arş.Gör. Murat ŞEN **

GİRİŞ

İnsan toplulukları belirli bir medeniyet düzeyine ulaştıkları zaman, kendi idarî işlerini düzenlemek için bazı kurallara uyma zorunluluğu hissederler. Toplumdan topluma medeniyetteki durumuna göre değişiklik gösteren bu kurallar, toplum hayatı, siyasî kurumları veya kişilerin haklarıyla ilgili olabilir.

İşte bir devletin kuruluşunu, örgütlenişini, iktidarın el değiştirmesini ve fertlerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü[1] anayasa olarak isimlendirilmektedir. Bu kurallar bütününün tek bir metinde gösterilmesi zorunluluğu yoktur. Bazen ortada, İngiltere örneğindeki gibi, anayasa adını taşıyan bir metin bile bulunmayabilir[2]. Böyle durumlarda anayasa normu niteliğindeki kuralların çoğu, kanunlarla, bildirilerle veya teâmül ve geleneklerle düzenlenmiş olabilir[3].

Demek ki anayasa, belirli bir idarenin koyduğu, devletin siyasî bünyesini, iktidarın ve fertlerin karşılıklı haklarını tanzim eden bağlayıcı hukuk kurallarının bütünü olarak kabul edilmektedir. Bu kuralların resmî bir belgede yazılı olmasıyla olmaması arasında çok fark yoktur[4].

Biz bu çalışmamızda, Hz. Peygamber'in Medine'ye 622 tarihinde hicretinden sonra, aynı yıl içerisinde Medine'deki

---

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi

1 Mümtaz SOYSAL, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Ankaar 1986, s. 7-9; Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, İstanbul 1986, s. 134.

2 TEZİÇ, s. 145-146.

3 SOYSAL, s. 9.

4 Muhammed Faruk En-NEBHAN, İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Çev. Servet Armağan, İstanbul 1980, s. 27.

kabilelerden müteşekkil olan halk ile yapmış olduğu sosyal ve siyasal sözleşmenin hukuki niteliğini inceleyeceğiz. Çalışmamız içinde de değineceğimiz gibi bu, Medine'deki kabileler arasındaki hak ve görevleri tanzim eden bir sözleşme mi, yoksa yeni kurulan şehir-devletin anayasası mıdır? Değişik görüşlerin ileriye sürüldüğü bu konuyu, belgenin tanzimine sebep olan olaylar ve belgede yer lan hükümleri tahlil ederek açıklığa kavuşturmaya çalışacağız.

Bu belgenin hukuki niteliğinin tesbiti, çalışmamızın ana konusunu teşkil etmektedir. Bunu gerçekleştirebilmek için önce, İslâm devleti ve anayasasının temel özellikleri hakkında genel bilgiler vereceğiz. Başka bir ifadeyle, İslâm hukukunda anayasanın anlamı ve içeriğinin ne olduğundan başka, devletin fonksiyon ve özelliklerinin de belirlenmesi bu çalışmanın sonucuna ulaşabilmesi için gereklidir. Ancak bundan sonra, Medine sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti mümkün olabilecektir.

Çalışmamızı üç bölümde gerçekleştireceğiz. Birinci bölümde, İslâm anayasası ve İslâm devleti hakkında genel bilgiler vereceğiz. İkinci bölümde, hicretin ilk yılında tanzimi edilen bu belgenin hazırlanmasını gerektiren sebeplerin neler olduğunu o zamanki sosyal ve siyasal olaylar açısından değerlendirecek, üçüncü bölümde de söz konusu belgede yer alan hükümlerin tahlilini yapacağız. Çalışmamızı, genel bir değerlendirmeyi içeren sonuç bölümüyle noktalayacağız.

§ 1. İSLÂM ANAYASASI VE DEVLETİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I- Anayasa Kavramı ve İçeriği

İslâm hukukunun uygulandığı devirlerdeki İslâm siyasî düşüncesine ait kitaplara bakıldığında, bugünkü anlamıyla "Anayasa" kelimesinin çok sınırlı bir şekilde kullanıldığı görülür. Ancak bu kelimenin kullanılmaması, bu kavram ile

kastedilen anlamın bilnmediği ve İslâm hukukunda mevcut olmadığı anlamına gelmez[5].

Hemen belirtmek gerekir ki, İslâm hukukundaki anayasa anlayışı, modern anayasa anlayışından farklıdır. Bu durum, çeşitli asırlardaki anayasaların doğuşu ve tarihi gelişimleri incelendiğinde kendisini daha açık ortaya koymaktadır. Modern anayasa anlayışındaki doğuş ve gelişme seyri İslâm siyasi düşüncesinde görülmemektedir[6].

İslâmî anlamdaki anayasa, modern düşüncedeki anayasadan farklılık gösterir. "İslâm anayasası" ifadesi, İslâm hukukundaki temel kaynaklardan çıkarılmış ana kurallar anlamında kullanılmaktadır[7]. İslâm ülkesi anayasası ile İslâm anayasasını birbirine karıştırmamak gerekir. Birincisi, anayasanın yürürlükte olduğu yerde halkın çoğunluğunun müslüman olduğunu ve bir kısım İslâmî hükümlerin o ülkede uygulandığını ifade ettiği halde, ikincisi, anayasanın sırf İslâmî esaslara bağlı ve dayalı olarak yapıldığını belirtir[8].

---

5 NEBHAN, s. 144.

6 Modern düşüncedeki anayasa kavramı, 19. asır içinde Fransa'da Kral X. Charles'ın, kendisine geniş yetkiler tanımak için 1814 tarihli anayasa hükümlerine muhalefet etmsinden sonra, anayasaya aykırı hareket etmesiyle başlayan tarihi devrelerle bağlıdır. Ancak kral şiddetli bir muhalefetle karşılaşmış ve olaylar düşmesini gerektirmiştir. Temsilciler Meclisi, "Louis Philip"i, tahta geçmede temel alınan hukuki vesikaya uygun olarak, kral seçmiş, daha sonra bu vesikayı incelemek için anayasa İncelemeleri Komisyonu kurmuştur. Bu değişiklik ve ıslahat gereği Fransa'daki siyasi rejim, kralın ve parlamentonun, hukuki belgelere uygun olarak memleket idaresine katıldıkları "anayasalı krallık" (meşruti monarşi) haline gelmiştir. Bkz. NEBHAN, s. 28-29, 144; Salih TUĞ, İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri (XIX ve XX. Asırlar), İstanbul 1969, s. 20.

7 M. Akif AYDIN, Anayasa, TDVİA, C. 3, İstanbul 1991, s. 160.

8 Hayreddin KARAMAN, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1987, s. 166; Hayreddin KARAMAN, Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1991, s. 67.

Buradan hareketle, İslâm hukukuna göre anayasa, "Kur'an ve sahih sünnetin her birinde mevcut ve hayatın her safhasını düzenleyen ve bilhassa İslâm'da idarenin üzerine kurulduğu prensiplere taalluk eden hukuki hükümler"[9] şeklinde tanımlanabilir.

Günümüz hukukunda ise anayasa, "devletin temel yapısını, yönetim biçimini, devletin temel organlarını, bunların birbirleri ile ilişkilerini, kişilerin devlete karşı, devletin kişilere karşı olan hak ve görevlerini düzenleyen en üstün yasa[10] şeklinde tanımlanabilir.

II- Anayasa Kurallarının Özellikleri

İslâm hukukuna göre anayasa kuralları, sabit ve sabit olmayan anayasa kuralları olmak üzere iki kısımda incelenebilir.

a- Sabit Anayasa Kuralları

Bunlar, Kur'an ile sünnette yer alan ve zamanla değişmesi mümkün olmayan kurallardır. Burada, anayasa kavramını, hayatın bütün işlerini düzenleyen kuralların hepsini kapsayacak şekilde genişletmek mümkündür. Bu durumda geniş anlamda anayasadan sözedilir. Dar anlamda anayasa kavramı ise, sadece devlet mekanizması ile fertlerin devlete karşı ileri sürebileceği hak ve yükümlülükleri ifade eder. Bu anlamdaki anayasa kavramı modern anlamda anayasa kavramıyla paralellik gösterir[11].

---

9 Ebu'l A'la El-MEVDUDİ, İslâm'da Hükûmet, Çev. Ali Genceli, Ankara 1976, s. 366; NEBHAN, s. 144.

10 Türk Hukuk Lügatı, 3. B., Ankara 1991, s. 338; Ejder YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, 3. B., Ankara 1985, s. 59; Selçuk ÖZÇELİK, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, C. I, Umumi Esaslar, İstanbul 1978, s. 190.

11 NEBHAN, s. 145.

Belirtilen geniş anlamdaki İslâmî anayasa kurallarının, -ki bunlar Kur'an ve sahih sünnetteki sabit hükümleri ifade eder- bir takım özellikleri vardır. Bunlar,

aa- Sâbitlik

İslâm düşüncesinde sabit hükümler, donmuş hükümler demek değildir[12]. Bunlar, Kur'an ve sünnette açıkça yer alan şer'î hükümler olup, hiçbir şahıs ve kurumun tasdikine gerek olmaksızın geçerlidir ve bütün müslümanlar için bağlayıcıdır.

Sâbit hükümler değişik alanlarda sözkonusu olabilir. İslâm hukukunun ilk asli kaynağı olan Kur'an, "Sonra bu işten seni de şeriate koyduk (sana da insanların uyacakları bir hukuk düzeni verdik). Sen ona uy, bilmeyenlerin keyiflerine uyma"[13] emri ve "İşte benim doğru yolum budur, ona uyun, (başka) yollara uymayın ki, sizi O'nun yolundan ayırmasın! Azabından korunmanız için (Allah) size böyle tavsiye etti"[14] hükmü ile İslâm hukukunda değişmeyen sabit hükümler bulunduğunu belirtmektedir.

bb- Yumuşaklık

Anayasa hukuku anlamda yumuşaklık kavramı, hükümlerin değiştirilmesindeki kolaylığı ifade eder. Sabit anayasa kurallarındaki yumuşaklık ise, anayasa kuralının birden çok anlamı içine almasını, çeşitli şekilde tefsir edilebilmesinin mümkün olmasını belirtir[15].

Bu şekilde ortaya çıkan içtihadi fıkıh, hakime ve idareciye, tefsir edilen anlamlardan uygun olanını ve gayeyi gerçekleştire-

---

12 NEBHAN, s. 145.

13 Bkz. Süleyman ATEŞ, Kur'ân-ı Kerim ve Yüce Meali, Câsiye/18, Ankara ty., s. 499.

14 Bkz. ATEŞ, Meal, En'am/153, s. 148.

15 NEBHAN, s. 147; EL-MEVDUDİ, Hükümet, s. 562-563.

bilenini alma imkanı verir [16]. Bu yumuşaklık tefsir okullarının ve İslam hukuk ekollerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

cc- Genellik

Sabit anayasa kurallarının genelliği ile, bütün herkesin söz konusu kuralın kapsamında olduğu belirtilir. Böylece, insanların sadece bir grubuna değil tümüne uygulanacak hukuki hükümler ortaya çıkmış olur[17].

b- Sabit Olmayan Anayasa Kuralları

Sabit olmayan anayasa kuralları, zamanla değişebilen, içtihat ve görüş bildirme yoluyla ortaya çıkan kurallardır. Bu kurallar, sürekli olarak bağlayıcı değildir. Ülül-emr (devlet başkanı), bu içtihadi kuralları uygulamaktan vazgeçebileceği gibi, herhangi bir içtihadı da tercih edebilir[18]. Ancak devlet başkanı tarafından bazı içtihadi görüşler için yapılan bu tercih, daha sonra gelen devlet başkanını bağlamaz. Hatta bizzat içtihadı tercih eden devlet başkanı dahi, maslahatın başka bir tarafta olduğunu gördüğü takdirde, bu görüşten dönebilir[19]. Devlet başkanının, müctehitlerden birinin görüşünü tercih etmesi, halk için bağlayıcıdır. Müslüman devlet başkanı, olağanüstü menfaatler için bazı yapılması serbest olan işlem ve akitlere engel olabilir. Ayrıca o, şeriate aykırı olmayan hususlarda kanuni düzenlemelerde de bulunabilir[20]

III- Anayasanın Üstünlüğü

Anayasanın üstünlüğü, devletin çıkardığı kanunların anayasaya aykırı olmaması demektir. Çünkü anayasa

---

16 EL-MEVDUDİ, Hükümet, s. 559.
17 EL-MEVDUDİ, Hükümet, s. 372; NEBHAN, s. 147.
18 NEBHAN, s. 148.
19 NEBHAN, s. 148.
20 EL-MEVDUDİ, Hükümet, s. 562; NEBHAN, s. 148.

kurallarına kanunlar hiyerarşisinde üstün bir yer tanınmıştır.

Bilindiği gibi İslâm hukuku, temel bir kaynağa, yani Kur'an ve Hz. Peygamber'in sünnetine dayanır. Bu iki temel kaynaktan çıkarılan hükümler, değiştirilemeyen[21] ve aksi kararlaştırılamayan kurallardır.

IV- İslâm Devletinin Genel Özellikleri

İslâm Anayasası, İslâm devletinde söz konusu olacağına göre, önce İslâm devletinin özellikleri, şekli, unsurları ve organlarının, sonra da anayasada belirtilmesi gereken temel hak ve hürriyetlerin açıklanmasında fayda vardır.

a- Genel Olarak

Bilindiği gibi devlet, belli sınırlar içindeki insan topluluğuna ait siyasi hakimiyetin teşkilatlanmış şekline verilen isimdir[22]. İslâm hukukunda, siyasî ve sosyal bir düzen ve otoriteyi temsil eden devlet müessesesinin bir takım özellikleri vardır. Her şeyden önce, devlet düzeninde hâkimiyet Allah'a aittir[23]. Başka bir ifadeyle, hukukun kaynağı Allah'ın iradesidir. Bu sebeple İslâm devletinde, bugünkü anlamıyla yasama meclisi ve anayasa yoktur[24]. Sadece Allah ve

---

21 Bunların ancak, bu kuralları koyanlar (Allah ve peygamberi) tarafından değiştirilmesi mümükündür, ancak bunlar son şeklini almış bulunduğundan dolayı değiştirilmesi artık mümkün değildir.

22 Ahmet DAVUTOĞLU, Devlet, TDVİA, C. 9, İstanbul 1994, s. 234.

23 Ebul A'la El-MEVDUDİ, İslâmda Hükümet, Kitap tahlilini Yapan Servet Armağan, İHFM, C. 44, S. 14, s. 313; Vehbe ZUHAYLİ, İslâm Fıkhı Ansiklopodisi, C. 8, Çev. Ahmet Efe ve diğerleri, İstanbul 1994, s. 385; Kur'an'ın pek çok hükmü bu konuda delil olarak gösterilebilir. Örneğin, "göklerin ve yerin hükümranlığı Allah'ındır", Al-i İmrân, 189. Bu konuda bkz. Mehmed NİYAZİ, İslâm Devlet Felsefesi, İstanbul 1990, s. 36.

24 KARAMAN, Mukayeseli, s. 48-49; NİYAZİ, s. 36; Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I, İstanbul 1990, s. 181;

Peygamberinin tanıdığı sınırlı yasama yetkisi söz konusudur[25]. İkinci olarak, devletin adalet üzere olmasıdır. Zira Kur'an, Peygamber'e ve O'nu takip edenlere adâletten ayrılmamalarını değişik yerlerde tavsiye etmektedir[26]. "*Allah yanında en üstün olanınız, Allah'ın buyrukları dışına çıkmaktan en çok korunanınızdır*" [27] demekte ve ruhban sınıfını şiddetle reddetmektedir[28]. İslâm devletinin üçüncü özelliği, itaat prensibine dayanmasıdır[29]. Merkezi bir otoriteye itaat edilmeden devletin teşekkül etmesi mümkün olmadığından, bu konuya büyük önem verilmektedir. İslâm hukukunda bir kaç istisna dışında devlete itaat dinî görev olarak kabul edilmiştir. Kur'an açıkça ülül-emre itaati emretmektedir[30]. Bunlardan başka, İslâm devletinde hakim olması istenen bir prensip de, "şura" esasıdır[31]. Devlet adına ve devlet işleri için alınacak kararların, seçilmiş ve yetkili meclisler tarafından alınmasını ifade eden şûra prensibi, devlet idaresinin temel prensiplerinden biridir[32]. Yetkili meclisi teşkil eden fertlere "ehlü'l- hal ve'l-akd"[33] denir. Bu özellikler dışında, İslâm huku-

---

KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 175; Ahmet AKGÜNDÜZ, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslâm Anayasası, 3. B., İstanbul 1991, s. 8.

25 EL-MEVDUDİ, s. 314; AYDIN, s. 161.

26 ZUHAYLİ, s. 441; KARAMAN, Mukayeseli, s. 51-52; NİYAZİ, s. 190-202.

27 ATEŞ, Meal, Hucurat Suresi/13, s. 516.

28 NİYAZİ, s. 149; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 176; Akgündüz, Anayasa, s. 9.

29 Ebu'l-Hasan Habib El-MAVERDİ, El-Ahkâmu's-Sultaniye, İslâm'da Devlet ve Hilâfet Hukuku, Çev. Ali Şafak, İstanbul 1994, s. 30; KARAMAN, Mukayeseli, s. 50-51

30 El-MEVDUDİ, s. 314; ZUHAYLİ, s. 428-433; KUR'AN, Nisa, 59, "Ey iman edenler, Allah'a, peygambere ve sizden olan emir sahiplerine itaat edin"; Al-i İmran, 32, "De ki: Allah'a ve peygambere itaat edin".

31 AYDIN, s. 161; NİYAZİ, s. 202-204; KUR'AN, Şura, 38, Al-i İmran, 159; NEBHAN, s. 156-162; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 181; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 177, 202; KARAMAN, Mukayeseli, s. 53.

32 EL MEVDUDİ, s. 314; AYDIN, s. 161.

33 Devlet başkanını seçmek ve gerektiğinde azletmekle yetkili olan kurul anlamına gelir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Abdülhamîd İsmail EL-

kunda devlet nizamının "*dinde zorlama yoktur* "[34] esasıyla getirilen müsamaha prensibi; insanlar arasında ırk ve renk farkını reddeden beynelmilelcilik (evrensellik) esası ve "*iyiyi emret, kötüyü önle*"[35] şeklinde ifade edilen sosyal ıslahat özellikleri gibi başka özellikleri de vardır[36].

b- İslâm Devletinin Şekli ve Şûrâ Meclisi

Günümüz devlet şekillerinden hiçbirisi, İslâm'ın öngördüğü devlete tam uygun değildir[37]. Çünkü İslâm devletinde hakimiyet, Allah'a aittir[38]. Devlet başkanı Allah'tan aldığı hakimiyetin temsilcisi değil; İslâm milletinin vekilidir. Hâkimiyetin kaynağı ilâhi irade olduğu için, devlet başkanı ilahi iradeye (şer'i hukuka) aykırı hareket edemez. Aksi takdirde, kendisine temsil yetkisi veren müslümanlar onu görevden alabilirler[39]. Halkın kendi iradesi ile kendisini yönetmesi demek olan cumhuriyet, İslâmî devlet şekline kısmen benzemektedir. Ancak İslâm devletinde meşru'iyet esası kabul edilmiştir. Özetle, İslâm devlet düzeni, Kur'ân'a ve şûra esasına dayanan,

---

ENSARİ, Ehlü'l -Hal ve'l-Akd, TDVİA, C. 10, İstanbul 1994, s. 539-541; ZUHAYLİ, s. 413-416.

34 .ATEŞ, Meal, Bakara/256, s. 41.

35 ATEŞ, Meal, Al-i İmran/104, s. 62

36 Bu konuda geniş bilgi için bkz. KARAMAN, Mukayeseli, s. 52-55.

37 Seyyid Abdullah CEMALEDDİN, İslâm'da İdarî Siyaset. Çev. A. Kadir Kabakçı/Erol Bayraktar, İstanbul ty., s. 127-132; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 180; KUR'AN'da ve Hz. Peygamber'in sünnetinde devlet şekliyle ilgili herhangi bir hüküm yoktur. Bkz. NİYAZİ, s. 48.

38 EL-MEVDUDİ, s. 313; NİYAZİ, s. 36; Abdülkerim ZEYDAN, İslâm Davetçilerine, Çev. Nezir Demircan. Ankara 1997, s. 222; ZUHAYLİ, s. 385.

39 EL-MEVDUDİ, s. 314; Abdülkerim ZEYDAN, İslâm Hukukunda Ferd ve Devlet, Çev. Aksay Öncel, İstanbul ty., s. 23. Dolayısıyla İslâmi devlete batıdaki anlamıyla teokratik bir devlet nazarıyla bakılamaz. KARAMAN, Mukayeseli, s. 83; NİYAZİ, s. 149-171; Bu hususta farklı görüş için bkz. Sadri Maksudi ARSAL, Teokratik Devlet ve Lâik Devlet, Tanzimat 1, İstanbul 1940, s. 76 vd; Orhan ALDIKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. B., İstanbul 1982, s. 11, 18, 26.

cumhuriyet yönetimiyle benzerlik gösteren, nev'i şahsına münhasır bir düzendir[40].

İslâm devletinde, İşlerin yürütülebilmesi için öngörülen bir "şûra meclisi" vardır[41]. Buna göre, devlete ait işler bir danışma meclisinde karara bağlandıktan sonra uygulamaya konur[42].

"Şûra meclisi"nin üyelerinin (ehl-ül hal ve'l-akd)[43] nasıl teşkil edeceği, zamana ve zemine terkedilmiştir. İlk dönemlerde "ahlak, fazilet, ilim ve tecrübe" gibi vasıflarla temâyüz etmiş bulunan şahıslar, şûra meclisinin tabii üyesi kabul edilmiştir[44]. Şûra meclisi üyeleri, tam ehliyetli olmak, hür olmak, ilim sahibi bulunmak, dindar. güvenilir ve dürüst olmak (âdil olmak), devletin vatandaşı bulunmak gibi özellikleri taşımalıdır[45].

Şûrâ meclisinin aldığı kararların hukukî niteliği hususunda ise şunlar söylenebilir: Kur'an ve Sünnet'te açıkça

---

40 KARAMAN, Mukayeseli, s. 84; AYDIN, s. 162; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 181.

41 ZUHAYLİ, s. 437; CEMALEDDİN, s. 131 vd.; ZEYDAN, İslâm, s. 209; AYDIN, 161-162; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 182.

42 EL-MEVDUDİ, s. 314; Hukukçular, "şûra meclisinin" kurulmasının devlet başkanı için kesin bir görev mi yoksa tavsiye edilen bir esas mı olduğu hususunda fikir ayrılığı içindedirler. Bkz. CİN/AKGÜNDÜZ, s. 182. Ancak Kur'an'ın bu müesseseye ayrı bir önem verdiği ortadadır. Bkz. ATEŞ, Meal, Al-i İmran/ 159, s. 70: "Yapacağın işler hakkında onlara danış"; ATEŞ, Meal, Şûra/38, s. 486: "İşleri, aralarında danışma ile yürür".

43 ZEYDAN, İslâm, s. 198; ZEYDAN, 25-26.

44 ZEYDAN, İslâm, 212-213; AKGÜNDÜZ, Anayasa, s. 10.

45 Sosyal münasebetlerin çoğalması, devlet işlerinin artması ve her sahada mütehassıs kimselere ihtiyaç duyulması sebebiyle "şûra" görevinin, branşında uzman olanlardan seçilmiş üyelerden meydana gelen milletin kalbi hükmündeki bir meclis tarafından ifa edilebileceği görüşü, Tanzimat sonrasında ağır basmış ve Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nın kurulması ve meşrutiyetin ilanında bu görüş şer'i bir dayanak teşkil etmiştir. AKGÜNDÜZ, Anayasa, s. 11.

hüküm bulunan hususlarda, şûrâ meclisi, ancak mevcut hükümlerin yürürlüğü için karar alabilir[46]. Hakkında açık bir hüküm bulunmayan konularda ise, meseleler müzakere edilir ve ortak görüş (ictihad) karara bağlanır[47]. Devlet başkanı ile şûrâ üyelerinin farklı görüşler ileri sürmesi durumunda hangi görüşün uygulanacağı tartışmalıdır[48]. Ancak Hz. Peygamber Uhud savaşından önceki şûrâda, kendi fikrini değil şûrâ meclisinin fikrini tercih etmiştir[49].

c- Devletin Unsurları

İslâm devleti, hâkimiyet, ülke ve halk olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.

aa- Hâkimiyet

İslâm devletinde, Allah'ın iradesinin hakim olması üzerinde hassasiyetle durulmuş ve hukuki iktidarın Allah'a ait olduğu belirtilmiştir[50]. Bilindiği üzere hakimiyet, bir devlet ülkesinde mevcut fert ve grup kuvvetlerinin üstünde, bunların hepsine kumanda eden ve direktif veren üstün bir kuvvettir[51]. Bu hakimiyet, prensip olarak Allah'a aittir ve Allah onu istediğine verir[52]. Fakat uygulamada, ilahi iradeyi temsil eden,

---

46 EL-MEVDUDİ, s. 314; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 203.

47 KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 203; EL-MEVDUDİ, s. 314.

48 EL-MEVDUDİ, s. 314; ZEYDAN, İslâm, s. 214-218; AYDIN, s. 161; ZEYDAN, s. 37.

49 AYDIN, s. 161; ZEYDAN, s. 34; AKGÜNDÜZ, Anayasa, s. 12.

50 Kur'an'ın pek çok hükmü bu konuda delil olarak gösterilebilir. Örneğin, "Göklerin ve yerin hükümranlığı Allah'ındır" ATEŞ, Meal, Al-iu İmrân/189, s. 74. Bu konuda bkz. NİYAZİ, s. 36; Çoşkun ÜÇOK/Ahmet MUMCU, Türk Hukuk Tarihi, 5. B., Ankara 1985, S. 194; EL-MEVDUDİ, s. 314; ZUHAYLİ, s. 385.

51 Ali Fuad BAŞGİL, Esas Teşkilat Hukuku, İstanbul 1960, s. 175; ÖZÇELİK, s. 72 vd.

52 ZUHAYLİ, s. 385-386; KARAMAN, Mukayeseli, s. 59.

cemaatin yani çoğunluğun iradesidir[53]. Burada Kur'an'a itaat şartına bağlı bir çeşit "sosyal sözleşme" sözkonusudur[54].

bb- Ülke

Devletin ikinci unsuru olan ülke, devletin egemenliğini sürdürdüğü, üzerinde hükmünü yürüttüğü sınırları belli olan toprak parçasını ifade eder[55]. İslâm evrensel bir din olduğu için belli bir toprak parçası ve cemiyet üzerinde değil, bütün dünya üzerinde hakimiyet kurmayı gaye edinmektedir[56]. Ancak dünyadaki insanların hepsi İslâm'a inanmadığı gibi, inananlar da her zaman aynı çatı altında toplanamamışlardır. İşte İslâm hukuku, İslâmiyeti manevi bir bağ kabul ederek dünyayı iki ülkeye ayırmıştır. Bunlardan biri, ***İslâm ülkesi*** (dar'ül-islâm) olup İslâmî hükümlerin açıkça yürütüldüğü veya içinde oturanların çoğu yahut tamamı müslüman olan ülkedir[57]. Diğeri, müslümanların hâkimiyeti altına girmemiş bulunan ve İslâmî hükümlerin icra edilmediği memleketler anlamında

---

53 Hz. Peygamber bu sebeple kendisine inananların sadakat yemini (biat) istemiş ve bu usûl şeklen de olsa daha sonraki dönemlerde uygulanagelmiştir. Bkz. KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 59.

54 AKGÜNDÜZ, Anayasa, s. 16; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 182.

55 TEZİÇ, s. 111; Muhammed HAMİDULLAH, İslâm'da Devlet İdaresi, Çev. Kemal Kuşçu, Ankara 1963, s. 156; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 259; Türk Hukuk Lügatı, Ülke, s. 350.

56 Ziya UMUR, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, C. I, İstanbul 1987, s. 194-195; KARAMAN, Mukayeseli, s. 60-61.

57 Şafiî hukukçulara göre, bir kere İslâm ülkesi haline gelen bir ülke, artık harp ülkesi haline gelmez. Hanefiler ise, "müslümanların can ve mal güvenliklerini kaybetmeleri, ülkede hiç bir İslâmi hükmün uygulanmaması vve ülkenin harp ülkesine bitişik olması" şartları birlikte gerçekleşmedikçe, İslâm ülkesi olan bir ülke bu vasfını kaybetmez. Ahmad ÖZEL, İslâm Hukukunda Ülke Kavramı Darulislâm Darulharb, 4. B., İstanbul 1991, s. 121, 154-156, 172; Ömer Nasuhi BİLMEN, Hukukı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 3, İstanbul 1985, s. 369-371; ZEYDAN, s. 14; FETAVAYİ HİNDİYYE, Ansiklopedik İslâm Fıkhı, C. IV, Çev. Mustafa Efe, Ankara ty., s. 249; UMUR, s. 192-195.

olan ***harp ülkesi*** (dar'ül-harp)'dir[58].Bazı hukukçular tarafından sulh yapılan ülkeler dar'ül-ahd veya dar'üs-sulh[59] olarak nitelendirilmişse de bu ayrımın fazla bir önemi yoktur.

cc- Halk

İslâm hukuku açısından İslâm ülkesinde yaşayan insanlar üç grupta ele alınabilir. *i- Müslümanlar:* İslâm devletinin insan unsurunu, esas itibariyle bunlar teşkil etmektedir[60]. *ii- Zimmiler:* Dini başka olduğu halde İslâm ülkesinde ikamet eden ve bazı istisnaların dışında İslâm hukukunun uygulama alanına dahil olan kimselere denir[61]. *iii- Müste'menler:* İslâm ülkesi vatandaşı olmayan, izin ve pasaport ile İslâm ülkesine giren bütün yabancılara müste'men adı verilir[62]. Kendilerine İslâm ülkesine giriş izni verilmeyen yabancılara ise "harbî" denmektedir[63].

d- Devletin Temel Fonksiyonları

İslâm devletinde yasama (teşrî), yürütme (icrâ) ve yargı (kazâ) olmak üzere üç temel fonksiyon söz konusudur.

---

58 ÖZEL, s. 124; BİLMEN, s. 369-371; KARAMAN, Mukayeseli, s. 60.

59 Bu konuda bilgi için bkz. ÖZEL, s. 213 vd.

60 Bunlar, İslâm ülkesinde ikamet etmeleri şartıyla, teb'ası bulundukları İslâm devleti farklı bile olsa, hukuki açıdan aynı uygulamaya tabidir. Bkz. CİN/AKGÜNDÜZ, s. 188.

61 Hanefi hukukçulara göre, ehl-i kitap olan yani mukaddes bir kitaba inanan, yahudi ve hıristiyanlarla, Zerdüşt'ü peygamber kabul eden mecusiler de zimmi kabul edilir. Ancak dinden dönenler (mürtedler) ve Allah'a ortak koşanlar, isteseler de, İslâm ülkesi vatandaşı olamayıp hayat hakkına da sahip değildirler. Bkz. BİLMEN, s. 422-423; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 264-265.

62 BİLMEN, s. 432-434; Türk Hukuk Lügatı, Müstemen, s. 260.

63 FETAVAYİ HİNDİYYE, C. IV, s. 256-257; BİLMEN, s. 433-435; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 188.

aa- Yasama Fonksiyonu

İslâm devletinde yasama fonksiyonu, esas itibariyle kanun koyucu olan Allah ve Resul'üne aittir[64]. Başka bir ifadeyle, Kur'an ve sünnet, yasamanın iki temel kaynağıdır. Bu iki kaynak, bazı konularda sadece temel esasları vaz'etmiş, ayrıntılarını düzenlemeyi ise değişen şartlara göre, hukukçulara ve zamanın yasama organına bırakmıştır[65]. Devlet başkanlarının, İslâm hukukunun herhangi bir hükmünü yürürlükten kaldırma veya değiştirme şeklinde bir yasama faaliyeti söz konusu değildir[66].

Devlet başkanı, mevcut şer'î hükümleri, uygulamada kolaylık olsun diye derleyerek kanun haline getirilebilir ki bu yasama değil, sadece tedvin faaliyetidir[67]. Yine, şer'î hükümlerle çatışmayan içtihadî konularda, mevcut içtihatlardan birini tercih edebileceği gibi, hakkında hüküm bulunmayan konularda, uzman hukukçulardan içtihat yapmalarını da talep edebilir[68]. Ayrıca, kendisine belirli alanlarda tanınan sınırlı yasama yetkisini kullanır. Bunlar, caiz yani serbest olan mevzularda, emretme ve yasaklama şeklinde kanun koyma yetkisi[69], kamu düzeni ve örf-âdet kuralı gibi benzeri sebeplerle bazı şer'î hükümleri uygulama açısından kayıtlayabilmesi, kamu yararı için idari düzenlemelerde bulunabilmesi ve hakkında belli bir ceza tayin edilmeyen suçların (tazir suçları) cezalarını belirleyebilmesidir[70].

---

64 ZUHAYLİ, s. 388, 390-392; AYDIN, s. 159. .

65 NEBHAN, s. 354; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 190; AKGÜNDÜZ, Anayasa, s. 19.

66 EL-MEVDUDİ, s. 314; AYDIN, s.159.

67 AYDIN, s. 159; EL-MEVDUDİ, s. 314.

68 EL-MEVDUDİ, s. 314; AKGÜNDÜZ, Anayasa, s.23; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 193.

69 EL-MEVDUDi, S. 314; Bu, hukuki dayanağını şu âyetten alır: "Allah'a, O'nun peygamberine ve sizden olan ülül-emr'in emir ve yasaklarına itaat ediniz" ATEŞ, Meal, Nisa/59, s. 86; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 194-196.

70 AYDIN, s. 159; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 194-196.

bb- Yürütme Fonksiyonu

İslâm devletinde yürütme fonksiyonu devlet başkanında toplanmıştır[71]. Devlet başkanı, bütün tasarruflarında Kur'an ve sünnetten kaynaklanan şer'i hükümlere aykırı davranamayacağı gibi, şûrâ esasına da riayet etmelidir[72].

cc- Yargı Fonksiyonu

İslâm hukukçuları kazâyı, insanlar arasındaki anlaşmazlıkları Kur'an ve sünnetten alınan şer'i hükümlere göre halletme şeklinde tanımlamaktadırlar[73]. Yargılama görevi kamu adına devlet başkanının veya yetkili kıldığı kadıların görevidir[74]. İslâm hukuk tarihinde yargı görevini üstlenen ilk kadı bizzat Hz. Peygamber'dir[75].

e- *Temel Hak ve Hürriyetler*

İslâm hukunda temel hak ve hürriyetler fikri, modern siyasî düşüncenin geçirdiği safhaları geçirmemiştir. Çünkü İslâm hukukunun kabul ettiği hak ve hürriyetler, başlangıçtan beri tabiî bir hak olarak vardır[76]. Hürriyet, eşitlik, masuniyet ve

---

71 ZUHAYLİ, s. 371; ÜÇOK/MUMCU, s. 59; AYDIN, s. 159; UMUR, S. 201.

72 EL-MEVDUDİ, s. 316; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 264-265; AYDIN, s. 159.

73 Bu görevi ifa eden görevlilere de "kadı" denmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Abdülaziz BAYINDIR, İslâm Muhakeme Hukuku, İstanbul 1986, s. 82; Ebül'ula MARDİN, Kadı, İA, MEB, C. 6, İstanbul 1993, s. 42-46; ZUHAYLİ, s. 460-461.

74 Muhammed Abdülhay EL-KETTANİ, Et-Terâtibu'l-İdâriyye, Hz. Peygamber'in yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, C. II, Çev. Ahmet Özel, İstanbul 1991, s. 11-12; AYDIN, s. 160; EL-MEVDUDİ, s. 315.

75 EL-KETTANİ, s. 12-15; Şemsüddin Es-SERAHSİ, El-Mebsut, C. 16, Beyrut 1989, s. 86; Fahrettin ATAR, İslâm Adliye Teşkilatı, Ankara 1991, s. 47; AYDIN, s. 160; NEBHAN, s. 555; El-MEVDUDİ, s. 315.

76 ZUHAYLİ, s. 443; Selçuk ÖZÇELİK, İslham Hukukuna Göre Devlet ve Fert Münasebetleri, İÜHF A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 551;

mülkiyet hakları bunların en önemlileri olarak sayılabilir ve bunlar bütün fertlere tanınmıştır[77]. İslâm dünyasında insan haklarıyla ilgili ilk bildiri, Hz. Peygamber'in Mekke'den Medine'ye hicretinin ilk yılında hazırlanan Medine Anayasasıdır. İslâm hukukunda temel hak ve hürriyetlerin tamamı, Kur'an'da, sünnet'te, Veda Hutbesi'nde ve Medine Anayasası'nda açıkça belirtilmiştir.

Hürriyet mefhumu batı'da, "başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek" iken, İslâm Hukuku'nda, "hem kendisine hem de başkasına zarar vermemek şartıyla dilediğini yapmak"tır[78]. İslâm hukukunda içki içmek, uyuşturucu madde kullanmak gibi fiiller insana zarar verdiği için hürriyetin kapsamına girmez[79]. Demek ki hürriyet, ancak İslâmî hükümlerin sınırı içerisinde vardır[80]. İslâm hukuku, insanın her aklına geleni ve arzu ettiğini yapması demek olan "mutlak hürriyeti" hürriyet olarak kabul etmemektedir[81].

§ 2. ANAYASAL BELGE OLARAK MEDİNE SÖZLEŞMESİ

I- Medine Sözleşmesinin Yapılması

a- Genel Olarak

İslâm tarihinde devletin kuruluş esaslarını, organlarını ve temel prensiplerini ortaya koyan yazılı bir anayasanın ilk örneğine Hz. Peygamber döneminde rastlanmaktadır[82].

Sabri Şakir ANSAY, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2. B., Ankara 1953, 70; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 184; AKGÜNDÜZ, Anayasa, s. 14.

77 ÖZÇELİK, Ferd, s. 551.

78 Servet ARMAĞAN, İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987, s. 72; Mustafa Reşit BELGESAY, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, Mevzuat İçtihatlar Tatbikat, İstanbul 1963, s. 255-259.

79 ANSAY, s. 70; ARMAĞAN,s. 72.

80 BELGESAY, s. 259; ANSAY, s. 70-71; ARMAĞAN,s. 72.

81 BELGESAY, s. 255-259; ARMAĞAN,s. 72.

82 AYDIN, s. 153.

Hicretten sonra müslümanların yanısıra, Medine toplumunu oluşturan yahudileri ve diğer grupları bir şehir devleti halinde teşkilatlanmaya ikna eden Hz. Peygamber, bu teşkilatın esaslarını yazılı bir metin (sahîfe) halinde ortaya koymuştur. Medine şehir devletini oluşturan toplulukları, bunların birbirleriyle ve yabancılarla olan münasebetlerini, bu toplulukların idari ve adli yapılarını, fertlerin sahip oldukları din ve vicdan hürriyetini belirli esaslara bağlayan bu metin, şekil açısından bugünkü anayasalardan hayli farklı da olsa maddi açıdan bir anayasa niteliğindedir[83]. Bundan dolayı da özellikle batı kaynaklarında "Medine Anayası" olarak isimlendirilmektedir[84].

Bu belge, salt metin olarak değil de, kaleme alınışı sırasındaki olaylar göz önünde bulundurularak içeriğiyle birlikte incelenirse, hukuk tarihi bakımından arzettiği önem daha belirgin hale gelir. Sözleşme metninin getirmiş olduğu siyasi-hukuki yapıyı anlamak için belgenin hangi şartlar altında hazırlanmış olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir.

b- Sözleşmenin Yapılmasını Gerektiren Şartlar

Hz. Peygamber Mekke'de doğmuş ve hayatının büyük bir kısmını Mekke-şehir devletinde geçirmiştir[85]. İslâm'ı tebliğe başlayınca orada pek çok güçlüklerle karşılaşmış ve Mekkelilerin zorlaması sonucu, henüz bir şehir-devlet olmayan, halkı müslüman ve gayri müslim arap ve yahudi kabilelerinden

---

83 İbrahim CANAN, Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, C. 16, Ankara 1992, s. 192; AYDIN , s. 153.

84 AYDIN , s. 153.

85 SAVA PAŞA, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, C.I, Çev. Baha Arıkan, Ankara 1955, s. 25-28; Muhammed HAMİDULLAH, İslâm Anayasa Hukuku, İstanbul 1955, s. 79.

ibaret bulunan Medine'ye hicret etmiştir[86].

Hz. Peygamberin, Medine'ye hicret esnasında orada bir İslâm devleti kurma düşüncesinde olduğuna dair bir bilgi yoktur[87]. Ancak bazı olayların onu devlet kurmaya yönelttiği bilinen gerçektir.

Her şeyden önce, Hz. Peygamber Medine'ye geldiğinde Mekkeliler, Medine'deki kabilelere Hz. Peygamberin öldürülmemesi veya sınır dışı edilmemesi durumunda Medine'ye saldıracaklarını bildirmişlerdir. Bu durum karşısında Hz. Peygamber tedbirini almış, müslüman ve gayri müslim kabilelerin reislerini Hz. Enes'in evinde toplantıya çağırmıştır[88]. Toplantıda Hz. Peygamber, Medine'de bir devletin bulunmadığını, bu yüzden devamlı bir tehlike altında olduklarını, hem içeride huzurun sağlanması hem de dışarıdan gelecek tehlikelere karşı konulabilmesi için bir devlet müessesesine ihtiyaç bulunduğunu açıklamış; toplantıya katılanlar da bunu kabul etmişlerdir[89]. Belirtilmelidir ki, Medine'deki halk tamamen müslüman olsaydı, bunların Hz. Peygamber'in her söylediğini kabul edecekleri düşüncesinden hareketle, devlet idaresine ihtiyaç olmayabilir ve dolayısıyla anayasa hazırlamaya da gerek kalmazdı. Ancak, müslümanların yanında gayri müslimlerin de bulunması ve devlet yönetiminde izlenecek metod ile fert hak ve

---

86 Joseph SCHACHT, İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Mehmet Dağ/Abdülkadir Şener, Ankara 1977, s. 21; Doğuştan Günümüze Büyük İSLAM TARİHİ, C.I, İstanbul 1992, s. 263.

87 HAMİDULLAH, Anayasa, s. 81.

88 SURUÇ, s. 500-501; HAMİDULLAH, Anayasa, s. 81

89 Bir rivayete göre, Evs'ten iki kabile kabul etmemişti. Devletin kurulmasının çoğunluk kararıyla kabul edildiğinde şüphe yoktur. Bkz. HAMİDULLAH, Anayasa, s. 82; AYDIN, s. 153.

hürriyetlerinin yazılı bir sözleşme şeklinde belirtilmesinin zorunluluğu vardı[90].

Hz. Peygamber'in hayatındaki asıl gaye olan İslâm'ın istikbalinin düşünülmesi de bu belgenin tanziminde etkili olmuştur. Zira Hz. Peygamber, peygamber olması dolayısıyla sahip olduğu manevi gücün yanında, dünyevi güce de sahip olmak istiyordu[91].

Yine, Hz. Peygamber ve müminler arasındaki karşılıklı hak ve görevlerin belirtilmesi, şehrin müslüman olmayan arap ve yahudi halkı ile anlaşılması, sosyal hayatın ilmî, askerî, adlî, dinî müesseselerle teşkilatlandırılması zorunluluğu vardı.

Bu arada, halk unsuru bakımından ensar[92] ve müşrik araplar'ın yanında yahudi ve hristiyanların[93] da bulunması nedeniyle kozmopolit bir yapıya sahip olan Medine[94], hicret ile birlikte muhacirlerin[95] de gelmesiyle iyice kozmopolitleşmiştir[96]. Bu düzensiz ve kozmopolit şehirde Hz. Peygamber

---

90 AYDIN, s. 153; HAMİDULLAH, Anayasa, s.82.

91 Muhammed HAMİDULLUH, İslâm Peygamberi (Hayatı ve Faaliyetleri), C. I, çev. Salih TUĞ, 5. B., İstanbul 1993, s. 189.

92 Hz. Peygamber'e ve muhacirlere yardımcı olan müslümanlara ensar adı verilir. Geniş bilgi için bkz. Hüseyin ALGÜL, Ensar, TDVİA, C.11, İstanbul 1995, s. 251-252.

93 Bunlardan Evs ve Hazreç kabileleri, kardeş kabile oldukları halde, zaman zaman kanlı çatışmalar yapıyorlardı. Kaynuka, Nadir ve Kureyza adlı yahudi kabileler ise, bazen kendi aralarında bazen de arap kabileleriyle savaş halinde bulunabiliyorlardı. CANAN, C. 5, s. 150; TUĞ, s. 29; BUHL, Muhammed, s. 461; Salih SURUÇ, Kâinatın Efendisi Peygamberimizin Hayatı, Mekke Devri, İstanbul 1983, s. 500.

94 CANAN, C. 5, s. 150.

95 Hz. Peygamber'in Medine'ye hicretinde onu takip edenlere verilen muhâcirûn adı verilir. Daha geniş bilgi için bkz. Fr. BUHL, Muhâcirûn, İA, MEB, C.8, İstanbul 1979, s. 451-452.

96 Hz. Peygamber'in hicreti müteakip ilk yıl yaptırdığı nüfus sayımındaki rakamlara göre, 1500 müslümandan başka 4000 kadar Arap ve bir o kadar da Yahudi nüfus vardı. Yaklaşık 10.000 kişi yaşıyordu. Bkz. Muhammed

önce, Medine'li yerli müslümanlarla (ensâr) muhâcirleri kaynaştırmak istemiş, bunu da "manevî kardeşlik" ve "kardeşleşme"[97] yapısında gerçekleştirmiştir[98]. Kısaca, Hz. Peygamber, hem bir peygamber hem de siyasî başkan olarak Medine'de, muhâcirler, ensâr ve gayri müslimlerden oluşan yeni bir topluluğun teşkilatlanması işiyle meşgul olmuştur[99].

Müslümanların arasındaki kaynaşmayı bu şekilde hallettikten sonra, diğer grupları da[100] içine almak suretiyle yeni bir ümmet[101] anlayışı getiren hukuki ve siyasi hareketini gerçekleştirmiştir[102]. Başka bir ifadeyle, Hz. Peygamberin Medine'de giriştiği ilk iş, bu grupları eşit ve ideal hukuk şartları

HAMİDULLAH, İslâmın Hukuk İlmine Yardımları (Makaleler Külliyatı), Derleyen Salih TUĞ, İstanbul 1962, s. 21.

97 Asım el-Ahvel anlatıyor: "Hz. Enes'e: Sana Rasulullah'ın: "İslâm'da dayanışma akdi (hılf) yoktur!" dediği ulaştı mı? diye sordum. Şu cevabı verdi: «Kureyşle (muhacirlerle) ensar arasında, benim evimde dayanışma antlaşması yaptı»". CANAN, C. 10, s. 152. Bu antlaşmaya muâhat (kardeşleşme) akdi de denir. Başlangıçta bu kardeşler her hususta ortak idiler ve hatta birbirlerine varis olabiliyorlardı. Sonradan veraset neshedilmiştir. CANAN, C. 10, s. 152.

98 ZEYDAN, s. 11; CANAN, C. 10, s. 152; BUHL, Muhammed, s. 461-462; HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 116-117; TUĞ, s. 29-30; SURUÇ, s. 501.

99 Selçuk ÖZÇELİK, İslâmda Devlet Müessesesinin İnkişafı, İÜHFM, C. 20, S. 1-4, İstanbul 1955, s. 4-5; Fr. BUHL, Muhammad, İA, MEB, C. 8, 3. B., İstanbul 1979, s. 461; SURUÇ, s. 501.

100 Bu gruplar, gayri müslim araplar, yahudi ve hristiyanlardan müteşekkildir.

101 Ümmet, topluluk, halk, cemaat; bir dinin mensupları, bir peygambere inanıp onun etrafında toplananlar demektir. Geniş bilgi için bkz. Nihad M. ÇETİN, Ümmet, İA, MEB, C. 13, İstanbul 1993, s. 102-104.

102 Doktrindeki bir görüşe göre, Hz. Peygamber döneminde, cemiyet sırf dini bir mahiyet arzedip asla siyasi bir nitelik taşımıyordu. Ali ABDURRAZIK, İslâmiyet ve Hükümet, Çev. Ömer Rıza, İstanbul 1927, s. 50 vd. Bu iddiaya göre, Hz. Peygamber sadece nübüvveti haiz olup hem devlet başkanı, hem de peygamber değildi. O devirdeki cemiyet münhasıran dini bir cemiyet idi. O zamanda devlet, siyasi teşekkül diye bir şey söz konusu değildi. Ancak bu iddianın geçerli olmadığını Özçelik belirtmektedir. Bu hususta bkz. ÖZÇELİK, Devlet, s. 5, dn. 8; SURUÇ, s. 502; BUHL, Muhammed, s. 462.

içinde ve bir tek hukuki nizam etrafında toplamak olmuştur[103]. Bu hareket, onun o zamana kadar alışılagelmiş olan dini liderlikten öte, çeşitli ırk, din ve kabilelerden müteşekkil bir şehir topluluğuna siyasi başkan olmasını ifade etmektedir[104].

c- Medine Şehir Devletinin Özellikleri

Medine şehir devletinin kendine mahsus bir takım özellikleri söz konusudur. Bunları kısaca belirtmek yararlı olacaktır.

Bu şehir devlet, her şeyden önce, şehir halkının bir tür sosyal sözleşmesi (contra social) ile kurulmuş[105] ve Hz. Peygamber hayat boyu[106] devlet başkanı seçilmiştir[107].

Sözleşme metninin bu devleti bir konfederasyon halinde düzenlediği söylenebilir[108]. Medine toplumunu oluşturan müslümanlar, Evs ve Hazrec kabilelerinin müslüman olmayan mensupları ve yahudiler bu konfederasyonu meydana getiren

---

103 Harun Han ŞİRVANİ, İslâm'da Siyasî Düşünce ve İdare, Çev. Kemal Kuşçu, İstanbul 1965, s. 18; HAMİDULLAH, Makaleler, s. 21.

104 TUĞ, s. 30.

105 Başlangıçta bu şehirde oturan kabilelerin bir kısmı, özellikle Evs kabilesinin bir bölümü bu sözleşmeye katılmamıştı. Bunun sebebinin papaz Ebu Amir olduğu tahmin edilmektedir. Bu papaz, hıristiyan ve Evs kabilesinden olup kendisinin vadedilen peygamber olduğunu iddia ediyordu. Bu sebeple, Medine'deki bu şehir devletinin, bölgenin tamamını değil, bir kısım topraklarını içerdiği söylenebilir. Bu hususta bkz. HAMİDULLAH, Anayasa, s. 22; AYDIN, s. 154.

106 Hayat boyu başkanlık, krallıkta vardır. Bu devlet, bir cumhuriyet veya krallık değildi, bilakis ikisini birleştirici nitelikteydi. Muhtemelen bu, kabilelerdeki Arap geleneğinin etkisidir. Cahiliye döneminde kabile halkı, kabile bireylerinden birini hayat boyu için seçiyordu. Anayasa da bunu kabul etmiştir. Bkz. HAMİDULLAH, Anayasa, s. 23.

107 AYDIN, s. 153-154; HAMİDULLAH, Anayasa, s. 23.

108 AYDIN, s. 153; HAMİDULLAH, Anayasa, s. 22.

federasyonlar görünümündedir[109]. Medinelilerin daha önce bir şehir devleti halinde bile siyasi bir birlik kuramamış olmaları, Hz. Peygamberin bunları, dahili muhtariyetlerini koruyarak siyasi bir birlik halinde teşkilatlandırmasını kolaylaştırmıştır[110].

Devletin halkı muhacir, ensar, yahudi ve hıristiyanlardan oluşuyordu. Toplam şehir nüfusu, yaklaşık 10.000 idi. Bunun hemen hemen yedide birini (1.500 kadar) müslümanlar oluşturuyordu[111].

II- Medine Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

a- Genel Olarak

Hz. Peygamberin, müslüman ve gayri müslim halka danışarak, bir şehir devlet kurmak ve devleti oluşturan halkın birbiri ve yabancılarla münasebetlerini, bu toplulukların adli ve idari yapılarını, fertlerin sahip olduğu din ve vicdan hürriyetini düzenlemek üzere Hz. Enes'in evinde toplanarak hazırlattığı metnin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. İslâm kamu hukuku yönünden çok değer taşıyan bu belge, batı dillerine

---

109 Federasyonlar, adalet ve sigorta işlerinde bağımsız ve serbestti. Dinî meselelerde, muhacir, ensar veya diğer müslümanlar, bir tek merkezi otoriteye bağlıydı, yani Kur'an ve sünnetin otoritesi altındaydı. Yahudi ve müşrik gayri müslimlerin, din işlerinde kendi iç özgürlükleri vardı. Bu sıralarda inen "*Dinde zorlama yoktur*" âyeti de din hürriyetini belirtmiştir. Bkz. HAMİDULLAH, Anayasa, s. 23.

110 Otoritenin sadece bir bölümü merkezin elindeydi. Kabileler, siyasî, adlî ve malî pek çok işte bağımsızdı. Sözgelimi, vatandaşlık verme merkezle değil, kabîlelerle ilgiliydi. Yine aynı kabile içindeki bir ihtilaf için taraflar, merkeze değil, âdil yargıç olan kabile başkanına başvuruyorlardı. Taraflar iki ayrı kabiledense merkeze başvurmak zorunluydu. HAMİDULLAH, Anayasa, s. 22; AYDIN, s. 153.

111 AYDIN, s. 153; HAMİDULLAH, Anayasa, s. 23.

çevrilmiş ve hukuki niteliği de tesbit edilmeye çalışılmıştır[112].

Bu sözleşmenin tam metni klasik kaynaklardan başlıca İbn İshak, İbn Hişâm, Ebû Ubeyd, İbn Seyyidünnâs ve İbn Kesîr'in eserlerinde yer almaktadır[113]. Sözleşme metni, yer aldığı ilk arapça kaynaklarda maddeler halinde numaralanmış değildir[114]. Kaynaklarda tek parçadan ibaret olan bir metin halinde bulunmaktadır. Bu metni ilk olarak batı ilim dünyasına tanıtan Alman müsteşrik Wellhausen, «Skizzen und Vorarbeiten»[115] adlı eserinde, konu itibariyle birbirinden farklı olan fıkraları ayrı maddeler şeklinde göstermiş ve bu suretle 47 maddelik bir metin ortaya çıkarmıştır[116]. Ancak bugün bu sistematiğe itiraz edilerek, Wellhausen'deki 12., 25., 36., 37., ve 45. maddelerin konu itibariyle iki fıkraya bölünebileceği belirtilmiş ve sözleşme metni 52 madde olarak gösterilmiştir[117].

b- Hukuki Niteliği

Sözleşme metninin tanzim edildiği ortam, düzenlenme şekli ve tarzı ile metinde belirtilen muhteva açılarından belgeyi inceleyen bir çok müsteşrik, birbirinden farklı hukuki gözlemlerde bulunmuşlardır[118].

---

112 KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 166-167; CANAN, C. 16, s. 192.
113 AYDIN, s. 153; HAMİDULLAH, Anayasa, s. 102-103.
114 TUĞ, s. 40.
115 Söz konusu ifade. "Medine Mahalle Nizamnamesi, Sefaret ve Mektuplar" şeklinde terceme edilmiştir. Bkz. BUHL, Muhammed, s. 470.
116 TUĞ, s. 40.
117 Bkz. İSLAM TARİHİ, s. 274-279; HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 202-210; CANAN, C. 16, s. 192-197; Muhammed HAMİDULLAH, İslâm Hukuku Etüdleri, İstanbul ty., s. 37-45; AKGÜNDÜZ, Anayasa, s. 38-46; NİYAZİ, s. 233-240; ARMAĞAN, s. 222-227.
118 TUĞ, s. 40.

Bunun, Medine halkını oluşturan çeşitli unsurlar arasında yapılmış basit bir mukavele mi[119], muahede mi[120], tek taraflı bir beyanname mi[121] yoksa halk temsilcilerinin bir araya gelmesiyle düzenlenen ve toplumun mensuplarını bağlayan bir "anayasa" mı[122] olduğu hususu, doğulu ve batılı pek çok müellif tarafından tartışılmış ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır[123].

Bunlardan biri olan Alman müsteşrik Wellhausen, belgenin çok kıymetli olduğunu ve bunun çeşitli taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşmeyi belirttiğini ifade

---

119 Doktrindeki bir görüşe göre (Levy'nin iddia ettiği) bu belge, hukuki niteliği itibariyle basit bir mukavelenamedir. HAMİDULLAH, bu metnin basit bir mukavele olmadığını şu cümlelerle ileri sürmektedir: "Bir kere o devirde yazılı hususi sözleşmelerde yer alması gerekli, yani o devirde teamüli icaplardan olan şahitlerin zikri veya karşılıklı yeminler gibi asli şekil şartları bu belgede yoktur. O devirdeki kanunlar (yani örf ve âdet) bu şekil şartını kabul ettiğine göre, bu belge yine o devrin ölçülerine göre bir mukavelename olmak vasfından mahrumdur". HAMİDULLAH, Anayasa, s. 103-104.

120 Bu belge bir muahedename değildir. çünkü yazıda hak sahibi olarak gösterilen yahudi, müşrik ve müşlim arap kabileleri kısmen müstakil bir halde kalmakta ve bazı hususlarda Hz. Peygamberin merkezi otoritesine tabi olmaktaydılar. Bu ise federal bir vasıftır. Muahedeler ise, münhasıran gerek devlet ve gerekse şehir devleti gibi devlet hükmi şahsiyetini kazanmış tamamen müstakil taraflar arasında söz konusu olabilmektedir. Bkz. HAMİDULLAH, Anayasa, s. 104.

121 Bazı müellifler bunun Hz. Peygamber tarafından tek taraflı olarak açıklanmış bir beyanname, ferman, taahhütname veya sadece bir program olduğunu ileri sürmüşlerdir. Meselâ, ŞİRVANİ, belgeyi yahudilere bahşedilen bir "ferman" olarak nitelendirmektedir. ZEYDAN da, Hz. Peygamber yahudilerin kendi dinlerinde serbest olduklarını, mallarının güvenliğini bildiren bir "beyanname" yayınladı demektedir. Bu konuda bkz. ŞİRVANİ, s. 18; ZEYDAN, s. 11; HAMİDULLAH, Anayasa, s. 104.

122 Bu görüş için bkz. HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 188-189; Aynı görüş için bkz. TUĞ, s. 40-46; KARAMAN, Mukayasali, s. 68-76; SURUÇ, s. 501-504; AYDIN, s. 153; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 180; ARMAĞAN, s. 221.

123 TUĞ, s. 31.

etmektedir[124]. Yine bu belgenin, Hz. Peygamber'in idaresi altında bulunan kimselere karşı, bazı taahhütlerin programını gösteren bir siyasi beyanname olabileceğini de belirtir[125].

Bu belge üzerinde incelemelerde bulunan bir diğer müsteşrik de italyan Leone Caetani'dir. Bu, Türkçe'ye terceme edilen İslâm Tarihi adlı eserinde, diğer müelliflerin görüşlerine de yer vermektedir. Buna göre, Hz. Peygamber Medine'ye hicretinden sonra siyasi maksat ve gayelerle hareket etmiş ve mevcut topluluğu, yeni siyasi bir topluluk şeklinde teşkilatlandırmak için faaliyette bulunmuştur[126]. Dolayısıyla bu belge, "siyasî bir topluluk oluşması yolunda bir teşebbüsten ibarettir"[127]. Ancak Hz. Peygamber bu sözleşme metninde, açıkca bir maksat ve gaye göstermemiş; nihai gayesini de açıkca belirtmeme akıllılığında bulunmuştur[128]. Müellif, belgenin hukuki niteliğini kendisi tesbit etmemekte; belgenin hukuki niteliğini tesbit eden müelliflerden Wellhausen'ın belgenin "bir siyasi program", "siyasi beyanname"olması görüşüne katılmaktadır[129]. Bundan başka, bu belgenin, peygamberin diğer kabilelere gönderdiği, o kabilelerle Medine şehir-devletinin

---

124 Wellhausen'ın bu belgeyi, taraflar arasında yapılmış bir sözleşme olarak nitelendirmesinde, İbn Hişâm'ın «vesika, işaret edilen zümrelerin hak ve vazifelerini tanzim eder» şeklindeki ifadesi etkili olmuştur. TUĞ, s. 40-41.

125 Bu beyanname sayesinde, "Muhammed, yeni doğmakta olan müslüman topluluğun iç düzenini bir kanun almış, bir program çizmek suretiyle aynı düzenin fiili surette olgunlaşmasına yardım etmek istemiştir". Bkz. TUĞ, s. 41.

126 L. CAETANİ, İslâm Tarihi, C. 3, Çev. Hüseyin Cahid, İstanbul 1924-27, s. 125.

127 CAETANİ, s. 151.

128 CAETANİ bu hususta, "Muhammed bu kadar rakip ve muhâsım unsuru tek bir vücut haline çevirmeyi ve teokratik bir hükümetin ilk temellerini koymayı düşündü. Demek ki bilinen gaye, içeride (Medine'de) huzur ve barışın sağlanması; son gaye ise, meskût geçilerek akıl ihtiyat gösterilmiştir" demektedir. Bkz. CAETANİ, s. 152.

129 TUĞ, s. 42.

münasebetlerini düzenleyen ve adına "kitap" denilen yazılarından biri olduğunu görüşünü de ileri sürmektedir[130].

Belge üzerinde çalışmalarda bulunan bir başka müellif de Muhammed Hamidullah'tır. Hemen belirtmek gerekir ki, Hamidullah bu belgeyi, hicretin ilk yılında kurulan Medine şehir devletinin anayasası olarak kabul etmektedir[131]. Müellif, peygamberin asıl vazifesinin, dini tebliğ etmek olduğunu, ancak Medine'ye hicreti müteakip teşekkül eden topluluğun, dini olmayan işlerini de idare etmeye mecbur kaldığını[132], Kendisine tâbi olanların karşılıklı hak ve görevlerinin belirtilmesi[133] gerektiğini, şehirde yaşayan gayri müslim Arap ve yahudilerle bir uyum içerisinde bulunmanın zaruretini ve adliye, eğitim, maliye, askerlik, din ve diğer alanlarda bir takım müesseler kurmak suretiyle toplum hayatının teşkilatlandırılması ihtiyacının bulunduğunu belirtmektedir[134].

İşte bunun giderilmesi için Hz. Peygamber, müslüman ve gayri müslim Medinelilerle yaptığı toplantı sonucu, bir şehir devlet şeklinde teşkilatlanmak üzere anlaşmış ve bu devletin anayasasını kaleme almıştır[135]. Bu anayasa, yeryüzündeki ilk yazılı devlet anayasasıdır[136]. İslâm'dan önce yaşamış olan Aristo (Grek), Konfiçyus (Çinli), Kautilya (Hintli)'nin verdikleri eserler, anayasa ile ilgili olsalar bile, "yazılı bir devlet anayasası" olmaktan ziyade, prens ve siyasi ilim talebeleri için

---

130 CAETANİ, s. 125-126.

131 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 188-189; Aynı görüş için bkz. TUĞ, s. 40-46; KARAMAN, Mukayeseli, s. 68-76; SURUÇ, s. 501-504; AYDIN, s. 153; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 180; ARMAĞAN, s. 221.

132 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 188-189.

133 KARAMAN, Mukayeseli, s. 68; HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 188.

134 ARMAĞAN, s. 221; KARAMAN, Mukayeseli, s. 68; HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 188.

135 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 189.

136 SURUÇ, s. 501; TUĞ, s. 43; HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 189; HAMİDULLAH, Etüdler, s. 23; KARAMAN, Mukayeseli, s. 68; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 167.

yazılmış "öğretim vasıtaları" veya "tarihi tasvirler"den ibarettir[137].

§ 3- SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN TAHLİLİ

I- Genel Olarak

Hz. Peygamber'in Medine'ye hicretinin ilk yılında yürürlüğe giren bu sözleşme gerçekte 52 maddeye ayrılmaya müsait olup 47 maddeden ve birbirinden ayrı iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, 25 maddeye ayrılabilecek olan 1-23. maddelerden ibarettir. Bu bölümde, müslümanlarla ilgili hususlar ele alınır. İkinci bölümde ise 24-47. maddelerden müteşekkil olup yahudilerle ilgili hususlar düzenlenmiştir[138]. Bu bölümde 27 maddeye ayrılabilecek durumdadır.

Belgenin edinildiği kaynaklar, metinde müslüman ve yahudi toplumlarıyla ilgili iki kısmın ortaya çıkışı hakkında bir açıklık taşımadığı için her iki bölümün de aynı tarihte yürürlüğe girdiği kabul edilmektedir[139]. Burada, bu iki ayrı belgenin ayrı zamanlarda kaleme alınmış olmasına rağmen, tarihi akışı içerisinde birbiri arkasına dercedilmek suretiyle bir tek belge olarak intikal etmiş olacağı da göz önünde bulundurulmalıdır[140].

---

137 KARAMAN, Mukayeseli, s. 68; ARMAĞAN, s. 221; HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 190.

138 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 190.

139 Ancak, yahudilerin niçin istiklallerinden vazgeçip de, yahudi olmayan ve hatta kendilerinden daha güçsüz bir durumdaki yabancının himaye ve hakimiyetine girdiği düşünülebilir. Bkz. HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 190-191; AYDIN, s. 153.

140 Ancak, müslümanlarla ilgili bölümün hicretten hemen sonra, yahudilerle ilgili bölümün ise, Bedir harbinden sonra ilave edildiği de ileri sürülmektedir. Yahudilerle ilgili bölümün bir defada değil ihtiyaç duyuldukça parça parça düzenlenmiş olması, ihtiyaç kalmayan hükümlerin metinden çıkarılmış olması da muhtemeldir. Hatta Serjeant, belgenin muhtelif zamanlarda kaleme alınmış sekiz ayrı belgenin bir araya gelmesiyle oluştuğunu ileri

Hicretten önce Medine, müşrik arap ve yahudi topluluklarının müşterek siyâsî bir otorite olmadan dağınık ve müstakil yaşadıkları ve sadece Yemen-Suriye arası kervan ticaretinde önemi olan bir yer iken hicretten sonra, muhâcirlerin buraya yerleşmesi ve diğer yerleşim merkezlerinin ticaret yolu üzerinde kalması sebebiyle askerî stratejik bir önem kazanmıştır[141]. Bu husus, belgede bu yönde düzenlemelerin de yapılmasını gerektirmiştir.

Hicretten sonra Medine'de, çok hızlı oluşmakta olan bir siyasi-sosyal yapının bulunduğu bilinmektedir[142]. Bu yapı, çözümlenmesi zorunlu olan bir takım siyasi ve sosyal problemleri ortaya çıkarmıştır. Bunlar, "ülke"nin belirlenmesi, yabancılarla olan münasebetlerin düzenlenmesi ve yeni oluşan siyasi topluluğun Hz. Peygamber ile aralarındaki mali, kazai ve askeri ilişkilerinde sahip oldukları hak ve görevlerden ibarettir[143].

Sözleşmenin birinci maddesi ile bir İslâm topluluğu, meydana getirilmek istenmiştir. Muhacirler, Medineli müslümanlar ve gayrı müslimlerden teşekkül eden bu topluluk, hem dinî hem de siyasî özelliğe sahiptir[144]. Belgenin 2. maddesine göre, bu topluluk ümmet olarak isimlendirilmekte ve diğer bütün insanlardan ayrı bir maiyette kabul edilmektedir. Topluluk, özellikle bir harp hali ortaya çıktığında, haklarda eşitlik esasına bağlı olacaktır. Bu husus sözleşmenin 15, 18, ve 19. maddelerinde düzenlenmiştir.

16. maddedeki, "*Yahudilerden bize tâbi olanlar, zulme uğramaksızın ve onlara muarız olanlarla yardımlaşılmaksızın,*

---

sürmektedir. Yine, metnin tamamının hicretten sonra kaleme alındığı da ileri sürülmüştür. Bkz. AYDIN, s. 153.

141 TUĞ, s. 43.

142 CAETANİ, s. 151; TUĞ, s. 43.

143 TUĞ, s. 43.

144 İSLAM TARİHİ, s. 264.

yardım ve müzaheretimize hak kazanacaklardır" hükmü ile, herkese adalet götürülmesi ve karşılıklı yardım esasına dayanmak üzere yahudilerin bu siyasi teşkilata girebilmeleri için açık bir kapı bırakılmış bulunmaktadır.

Sözleşme, adaletin tevzii ve adlî işlerin idaresi konusunda gerçek bir inkılâp teşkil etmektedir. Bundan böyle, bu konuda alınacak tedbir ve gösterilecek ikna tamamen topluluğun işlerini yürütenlere başka bir ifadeyle merkezi otoriteye bırakılmıştır[145]. Aile, akraba, kabile üyesi gibi kimselere karşı bile olsa, gerektiğinde her bir vatandaşın merkezî otorite etrafında yardım elini birleştirmesi zorunluluğu getirilmiştir: "*Takva sahibi müminler, kendi aralarında mütecavize ve haksız bir fiil îkaını tasarlayan yahut bir cürüm yahut bir hakka tecavüz veyahutta müminler arasında bir karışıklık çıkarma kastını taşıyan kimseye karşı olacaklar ve bu kimse onlardan birinin evlâdı bile olsa, hepsinin elleri onun aleyhine kalkacaktır*".

Bundan başka, 22. maddedeki "*Bu sahifenin muhteviyatını kabul eden, Allah'a ve âhiret gününe inanan bir mü'minin bir katile yardım etmesi ve ona sığınacak bir yer temin etmesi helâl (doğru) değildir; ona yardım eden veya sığınacak bir yer gösteren kıyamet günü Allah'ın lânet ve gazabına uğrayacaktır ki o zaman artık kendisinden ne bir para tediyesi ve ne de bir taviz alınacaktır.*" hükmü gereği asla bir caniye sığınma ve himaye hakkı (emân) tanınmayacaktır.

Yine aralarında ihtilaf çıkan kim olursa olsun herkes için Allah, kanunların ve adaletin yegâne kaynağı olup, "Muhammed Rasûlullah" son yargı merciidir[146]. Bu husus da 23. maddede tanzim edilmiştir: "*Üzerinde ihtilâfa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir*".

---

145 İSLAM TARİHİ, s. 264.
146 AYDIN, s. 154.

Sözleşme, bir takım tâdilat ve ıslahata tâbi tutulmak suretiyle eski bir geleneğe de yer vermektedir. Bu, harpte esir düşenlerin hürriyetine kavuşturulması için fidyei necât (kurtarmalık), öldürme veya yaralama gibi hallerde kısas tatbiki yerine kan diyetinin ödenebilmesi için sosyal sigorta müessesesinin oluşturulmasıdır[147]. Gerçekten de 12. maddeye göre müslümanlar, kendilerinden olan hiç kimseyi ağır borç altında bırakmayacaklar ve bunu kendi aralarında ödeyeceklerdir. Bu şekildeki bir sosyal sigorta müessesesinin idaresinde her kabile otonomiye sahip olacaktır[148]. Bu husus 4 ve 11. maddelerde belirtilmiş bulunmaktadır.

Kabile denen sosyal yapı da, artık hiç bir şekilde doğum veya katılma esasına dayalı, donup kalmış ve dışa kapalı bir mahiyette bırakılmayarak yepyeni bir ideolojiye bağlanmaktadır. Bu yeni anlayışa göre, sosyal bünye tamamen ferdin rıza ve iradesine dayanan dinamik bir organizasyon haline dönüştürülmüştür[149]. Meselâ, Mekke'den gelenler sadece kabilelere mensup kimseler değil; aynı zamanda içlerinde Habeşistanlılar gibi Arap olmayan insanların da bulunduğu karma bir zümreydi ve bunlar, Medinelilerle birlikte yeni bir kabile anlayışı (m. 3) içinde kaynaştırlmışlardır.

Araplar önceden beri, az sayıdaki yabancıların, kendileriyle eşit haklara sahip olmamaları şartıyla, kendi kabilelerine katılmaları usulünü (mevlâ'lık, mevâli) uyguluyorlardı. Ancak sözleşmeyle, diğer toplumlar da var olan ırk, deri rengi, dil ve doğum yeri birliği gibi anlayışların yerine, bizzat ferdin kendi irade ve rızasını kullanarak yaptığı seçim birliği esası getirilmiştir[150].

---

147 İSLAM TARİHİ, s. 264.
148 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 192.
149 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 192; İSLAM TARİHİ, s. 264.
150 İSLAM TARİHİ, s. 265.

Belge vatan savunması ve iç emniyet konularında barışın bölünüp birbirlerinden ayrılamaz bir şey olduğunu 17. maddesinde bildirmekte, askeri hizmetin tam bir eşitlik altında herkes için zorunlu olduğu 18. maddesinde ifade edilmektedir.

Bundan başka o sırada yegâne düşman olan Mekkeli Kureyşlilerin ister canlarına ister mallarına, gayrı müslimlerin ve müslümanların, herhangi bir himaye ve eman hakkı vermeleri 20. madde ile yasaklanmış, her çeşit İslâmi gaye ve hedeflerin gerçekleşmesinde fertlerin uğrayacakları zarar ve ziyanlar için müşterek yardım mecburiyeti 19. maddesiyle esas kural olarak getirilmiştir[151].

Buraya kadar genel bilgi verdiğimiz sözleşme hükümlerinin ayrı başlıklar altında tahlilinin yapılması daha yararlı olacaktır.

II- Ülke Unsuru

Medine sözleşmesinde, yeni oluşan topluluğun iç ve dış ilişkileri ile ilgili tedbirler alındığı gibi, "ülke" unsuru üzerinde de durulmuştur. Devletin üzerinde kurulu bulunduğu ülkenin sınırları, Yahudilerle ilgili hükümleri tanzim eden ikinci bölümde 39. maddede ele alınmıştır. Müslümanlarla ilgili birinci bölümde değil de, yahudilerle ilgili olan ikinci bölümde bu konunun ele alınması yanılgıya sebep olmamalıdır[152].

Bilindiği gibi, Medine halkı ova üzerinde karmakarışık bir durumda yerleşmişti ve yahudi yerleşim bölgeleri arasında araplar, araplar arasında da yahudiler bulunabiliyordu[153]. Yahudiler, artık birlik haline gelen bu siyasi organizasyona katıldıklarında, ülke hudutlarının işaretlenip belirlenmesi

---

151 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 197; İSLAM TARİHİ, s. 265.
152 İSLAM TARİHİ, s. 265.
153 İSLAM TARİHİ, s. 265.

mümkün bir hale gelmiştir. Dolayısıyla bu hükümde sözleşmede yerini almıştır[154].

Sözleşme metninde devlet ülkesi ile ilgili hüküm "*Medine cevfi*" şeklinde kısa ve özlü olup, işaret ettiği anlam, çeşitli kabilelerin yerleşip oturduğu Medine ovasının tamamını kapsar[155].

Sözleşmenin 39. maddesi, "*Bu sahifenin gösterdiği kimse lehine Yesrib vadisi dahili (cevf), haram (mukaddes) bir yerdir*" diyerek devlet ülkesinin sınırlarını belirtmiştir. Bu şekilde, devletin "harâm"hudutları[156], yani dış münasebetlerde dokunulmaz ve mukaddes sayılan devlet arazisi, belirli taşlarla işaretlenecek kadar açıklıkla belirtilmiştir[157].

---

154 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 193; İSLAM TARİHİ, s. 265-266.

155 Bu konuda diğer kaynaklarda daha fazla bilgi bulunmaktadır. Hz. Peygamber, Kâ'b ibn Mâlik'i, kurulmuş bulunan şehir-devletin ülke sınırlarını göstermek üzere çeşitli yerlere belli sınır taşları dikmek için görevlendirmiştir. Bu konuda bkz. CANAN, C. 13, s. 198.

Bu konuda bir başka hadis de şu anlamdadır: "Medine Ayr dağı ile Sevr dağı arasında kalan hudud içerisinde haramdır". Bkz. CANAN, C. 13, s. 178 Bu hadis Medine'nin sınırlarını vermektedir: Ayr dağı ile Sevr dağı arasında kalan kısımlar. Ayr dağı güney, Sevr dağı ise kuzey sınırı teşkil eder. başka rivayetlerde, doğuda Lâbetu Şarkiyye'nin, batıda da Lâbetu Garbiyye'nin diğer hudutları teşkil ettiği belirtilmiştir. Bkz. CANAN, C. 13, s. 178.

156 Hz. Peygamber, "Medine Ayr dağı ile Sevr dağı arasında kalan hudud içerisinde haramdır" buyurmuştur. Bkz. CANAN, C. 13, s. 178, 196; Kâ'b b. Mâlik, "Rasulüllah beni Medine'nin haram (hududlarını göstermek üzere) yüksek yerlere bir takım işaretler dikmek için vazifeledirip gönderdi. Ben bu işaretleri, Zâtu'l-Ceyş, Müşeyrib, hîd tepeleri ile Hufeyyâ, el-Uşeyre, Teym yükseklikleri üzerine diktim" demektedir. Bu hadis metninde ismi geçen yerler Medine'nin dört ana noktasını göstermektedir. Söz konusu olan o yerdeki tepeler ve alçak dağlardır. Mesela, Teym doğu yönündedir. Hz. Peygamber'in hayatına dair eserlerde bu sınır, iki cümle ile belirlenmektedir: "i-Sevr ve Ayr dağları arası (yani kuzey ve güneydeki dağlar), ii- İki lavlık (harre) arası (yani insanların oturup yerleşmiş bulunduğu doğu ve batı arası ovaları). Bkz. İSLAM TARİHİ, s. 266.

157 İSLAM TARİHİ, s. 266; KARAMAN, Mukayeseli, s. 72.

III- Halk Unsuru

Sözleşmenin "insan" unsuru bakımından da düzenleyici bir karakteri vardır. Sözleşmenin yapılmasına kadar, tamamen kan ve kabile birliğine dayalı bulunan sosyal yapı, sözleşmeyle birlikte istek ve irâdeye dayanan ideolojik bir sosyal yapıya dönüşmüştür. Sözleşmenin hükümlerini kabul eden fert veya zümreler, ister müslüman ister gayri müslim ve müşrik olsun bir "ümmet" olarak siyasî toplulukta üye olup haklar kazanma ve sorumluluklar yüklenme imkânına sahip olmuşlardır.

Bu husus, belgenin 2. maddesinde, "*İşte bunlar, diğer insanlardan ayrı bir ümmet (câmi'a) teşkil ederler*" denilerek belirtilmiştir. 25. maddede de "*Benî Avf yahudileri, mü'minlerle birlikte*[158] *bir ümmet (topluluk) teşkil ederler... Buna gerek mevlâları ve gerekse bizzat kendileri dahildirler*" hükmü ile,yahudilerin müminlerle birlikte bir millet teşkil ettikleri ve halkı oluşturdukları belirtilmiştir.

Bu anlayış, o zamana kadar hakim olan kabilecilik ve dar kavimcilik yerine, sırf "insan" unsuruna ve onun seçimine "ihtiyârına) dayanan; ırk, dil, din farkını dikkate almayan çok yeni bir siyasî topluluk anlayışıdır[159]. Bu husus vesikanın 1. maddesinde daha belirgin olarak gözükmektedir: " *Bu kitap, Peygamber Muhammed tarafından Kureyşli ve Yesribli mü'minler ve müslümanlar ve bunlara tabi olanlarla yine onlara sonradan iltihak etmiş olanlar ve onlarla beraber cihad edenler için (olmak üzere tanzim edilmiştir)* "

---

158 İbn Hişam'da bu, "ma'a" (ile) olarak, Ebu Ubeyd'de ise "min" (den) olarak zikredilir. Dolayısıyla metin de, İbn Hişam'da, "Benî Avf yahudileri müminlerle birlikte bir ümmet teşkil ederler" şeklinde iken Ebû Ubeyd'de, Benî Avf yahudileri müminler camiasından bir zümre olmak üzere bir ümmet teşkil ederler" şeklindedir. Bkz. İSLAM TARİHİ, s. 270.

159 KARAMAN, Mukayeseli, s. 72-73.

IV- Hukuki Nitelik

Sözleşme ile "hukukî"yapı bakımından da, önemli adımlar atılmıştır. Bir kere, belge kendi kendisini değişik maddelerde "Kitâb" (mesela, m. 1, 36 ve 47) veya "sâhife" (mesela, 22, 39, 42, 46. maddeler) olarak nitelendirmekte ve bununla "yazılı olan ve uyulması gerekli kurallar manzûmesi" anlamını içerdiğini belirtmektedir. Bu belgenin kendi kendini bir kitap (yani yazıt) olarak isimlendirmesi dikkat çekici bir husustur[160]. Zira bununla, onun sadece tebaası ile kendisi arasındaki durum ve meseleleri düzenleyen bir üst merciden gelen bir emir değil, aynı zamanda yazılı bir metin niteliğine sahip olduğu da belirtilmektedir[161].

Kaldı ki, Kur'anda bir çok Peygambere nazil olan âyetlerden sözedilirken, bunların bir "kitâb" veya "sahîfe" teşkil ettikleri ve Allah'ın insanlar için vaz'ettiği emir ve nehiyleri içerdikleri belirtilmektedir. Bunların "uyulması gerekli kurallar manzûmesi" olduğu anlayışı, Kur'anın kendi anlayışında mevcut olduğuna göre, aynı terimlerin belge için de kullanılmış olması, söz konusu Kur'anî kavram ile bir mukayeseye götürmektedir. Bundan başka bu kuralların, en yüksek ve diğer hukuk kurallarının üstünde bir niteliğe sahip olduğu da belirtiliyor olabilir[162].

V- Yasama

Sözleşmede devletin yürütme ve yargı fonksiyonlarına ait hükümler getirildiği halde yasamaya ait herhangi bir hüküm mevcut değildir. Çünkü İslâm hukukunda yasama fonksiyonu,

---

160 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 191.
161 HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 191.
162 KARAMAN, Mukayeseli, s. 73; TUĞ, s. 45.

devlet başkanına[163] değil, allah ve resulüne aittir[164]. Belirtelim ki, bu yeni kurulan devlet, şûrâ esasına büyük önem vermiştir[165].

VI- Yargı

Bu sözleşme metninde, yeni siyasi topluluğa dahil olanların muhtelif alanlarda tâbi olacağı hukuk kuralları yanında, gayrı müslimlerin hukukî düzenlemelerinin kendileri için tatbik edilebileceği de belirtilmektedir. Sözleşme ile bunlara hukukî ve kazâî bir muhtariyet de verilmiştir. Ancak tarafların anlaşmaya ve hukukî çözüm tarzına varamadıkları hususlarda, nihaî yargı mercii olarak Allah ve Rasûlü gösterilmiştir[166].

Nitekim vesikanın 25. maddesinde, "...*Yahudilerin dinleri kendilerine, mü'minlerin dinleri kendilerinedir. Buna gerek mevlâları ve gerekse bizzat kendileri dahildirler*" denilerek, yahudilerin kendi hukuk kurallarına tabi olacakları husus düzenlenmiş bulunmaktadır. 42. maddede ise, "*Bu sahifede gösterilen kimseler arasında zuhurundan korkulan bütün öldürme yahut münazaa vakalarının Allah'a ve Rasûlullah Muhammed'e götürülmeleri gerekir. Allah bu sahifeye en kuvvetli ve en iyi riayet edenlerle beraberdir* " hükmü getirilerek, tarafların üzerinde anlaşamadıkları bir hukukî davanın çözümü hususunda Peygambere ve Allaha (yani Kur'an'a) son yargı mercii olarak müracaat edileceği vaz'edil bulunmaktadır[167]. bundan başka, 23. madde de, "*Üzerinde*

---

163 Devlet başkanı, Kur'an ve sünnete uygun olarak, devleti idare etmek durumundadır.

164 HAMİDULLAH, Anayasa, s. 24; AYDIN, s. 154.

165 HAMİDULLAH, Anayasa, s. 25.

166 KARAMAN, Mukayeseli, s. 73; TUĞ, s. 45.

167 Nitekim bazı davalarda tebea, bu hüküm gereğince Hz. Peygambere müracaat etmiş ve o da yine onların hukuk kaynağını teşkil eden Tevrat

ihtilâfa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir " diyerek, son yargı merciinin Hz. Peygamber olduğunu bir başka açıdan düzenlemiş bulunmaktadır.

VII- Milli Savunma

Bu sözleşme ile müslümanlarla gayrı müslimler, aynı mahiyette olmasa bile askerlik ve harp gibi konularda benzeri yükümlülüklere tâbî tutulmuşlardır. bu husus, sözleşmenin 18., 24., 36., 37., 38. ve 47. maddelerinde belirtilmiştir.

Sözleşmenin 18. maddesi, "*Bizimle beraber harbe iştirak eden bütün (askerî) birlikler, birbirleriyle münavebe edeceklerdir*" hükmünü getirmektedir. 24. madde, "*Yahudiler, mü'minler gibi, muharebe devam ettiği müddetçe (kendi harp) masraflarını karşılamak mecburiyetindedirler* " derken, 36. madde, "*Bunlar (yahudiler)'dan hiç bir kimse (müslümanlarla birlikte bir askerî sefere), Muhammed'in müsaadesi olmadan çıkamayacaktır*" düzenlemesini getirmiştir. Sözleşmenin 37. maddesi ise, "*(Bir harp vukuunda) Yahudilerin masrafları kendi üzerine ve müslümanların masrafları kendi üzerinedir. Muhakkak ki bu sahifede gösterilen kimselere harp açanlara karşı, onlar kendi aralarında yardımlaşacaklardır* " hükmünü getirmiştir. 38. maddede, "*Yahudiler müslümanlarla birlikte, beraberce harp ettikleri müddetçe masrafta bulunacaklardır*" denilerek yahudilerin müslümanlarla birlikte savaştığı takdirde masrafta bulunacağı belirtilmiştir. 47. maddede ise,"*Bu kitap, bir haksız fiil îka eden veya cürüm işleyen (ile ceza) arasında engel olarak giremez. Kim ki bir harbe çıkar, emniyette olur veya kim ki Medine'de kalırsa yine emniyet içindedir; haksız fiil ve cürüm îkaı halleri müstesnadır...*" denilmiştir.

---

hükümleri gereğince ihtilaf konusu davayı hal ve faslederek bir hükme bağlamıştır.

VIII- Temel Hak ve Mükellefiyetler

a- Mali Mükellefiyetler

Bu sözleşmede, siyasi topluluk mensuplarının malî mükellefiyetleri her zümre için ayrı ayrı (m. 3, 12, 37) gösterilmiş; bir savaş halinde zümrelerin ne gibi hak ve yükümlülüklere sahip oldukları, kumandanlık meselesi, ve ilgili diğer yükümlülükler de düzenlenmiştir (m. 17, 23, 24, 36, 38)[168].

Sözleşmenin 3. maddesi, "*Kureyşden olan Muhacirler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile kan diyetlerini ödemeye iştirak ederler ve onlar harp esirlerinin fidyei necâtını mü'minler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre ödemeye iştirak edeceklerdir*" demektedir. 12. maddesi, "*Mü'minler kendi aralarında ağır mali mes'uliyetler altında bulunan hiç kimseyi (bu halde)bırakmayacaklar, fidyei necât veya kan diyeti gibi borçlarını iyi ve makul bilinen esaslara göre vereceklerdir* " hükmünü getirmiş, 37. maddesi de, "*(bir harp vukuunda) Yahudilerin masrafları kendi üzerine ve müslümanların masrafları kendi üzerinedir. Muhakkak ki bu sahifede gösterilen kimselere harp açanlara karşı, onlar kendi aralarında yardımlaşacaklardır. Onlar arasında hayırhahlık ve iyi davranış bulunacaktır. (Kaidelere) muhakkak riayet edilecek, bunlara aykırı hareketler olmayacaktır*" diyerek zümrelerin mali mükellefiyetleri belirtilmiştir.

b- Askeri Mükellefiyetler

Şehrin müdaafası için girişilecek savaşlarda ise, bunların masrafları her bir konfederal üye, müslüman veya yahudi topluluklar tarafından üstlenilecektir. Bu hususu sözleşmenin 24, 37 ve 38. maddeleri düzenlemiş bulunmaktadır.

---

168 KARAMAN, Mukayeseli, s. 73.

24. madde, "*Yahudiler, mü'minler gibi, muharebe devam ettiği müddetçe (kendi harp) masraflarını karşılamak mecburiyetindedirler*"" demekte, 37. madde, "*(Bir harp vukuunda) Yahudilerin masrafları kendi üzerine ve müslümanların masrafları kendi üzerinedir...*" hükmünü getirmekte, 38. madde ise, "*Yahudiler müslümanlarla birlikte, beraberce harp ettikleri müddetçe masrafta bulunacaklardır* " düzenlemesinde bulunmaktadır.

Fakat dışarıda yapılacak bir saldırı savaşı, dinî sebeplere dayanan bir harp halinde hiç bir topluluğun diğerine bir yardımda bulunma mükellefiyeti altında olmayacağı 45. maddede, "*...din mevzuunda girişilen harp vakaları müstesnadır* " şeklinde belirtilmiştir.

Müslümanların çıktıkları savaşlara, yahudilerin katılması, Hz. Peygamber'in müsaade ve rızâ göstermesine bağlı tutulmuştur. Bu durum m. 36'da "*Bunlar (yahudiler)'dan hiç bir kimse (müslümanlarla birlikte bir askerî sefere), Muhammed'in müsaadesi olmadan çıkamayacaktır* "denilerek belirtilmiştir.

Yabancılara emân hakkı tanınması, harp esirleri için fidyei necât ve katil vakalarında kan diyeti ödenmesi şeklindeki eski teamüller, yahudiler için de tanınmıştır. 25b maddesi, "*Yalnız kim ki haksız bir fiil irtikap eder veya bir cürüm îka eder, o sadece kendine ve aile efradına zarar (vermiş) olacaktır* " derken, 31. madde, "*Benî Sa'lebe yahudileri de Benî Avf yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaklardır. Yalnız kim ki haksız bir fiil irtikap eder veya bir cürüm îka eder, o sadece kendini ve aile efradını zarardîde etmiş olacaktır* " demekte ve 36b maddesi de, "*Bir yaralamanın intikamını almak yasak edilemeyecektir. Muhakkak ki bir kimse bir adam öldürecek olursa neticede kendisini ve aile efradını mesuliyet altına sokar; aksi halde haksızlık olacaktır...*" hükmünü getirerek bu kurala uymayan bir kimsenin haksız durumda olacağını

belirtmektedir. 40. maddede ise, "*Himaye altındaki kimse (câr), bizzat himaye eden kimse gibidir; ne zulmedilir ve ne de (kendisi) cürüm îka edecektir*" hükmü getirilmektedir.

Adlî işlerin işleyişinde kendi akrabalarının korunması uğruna da olsa, engel çıkarmak ve bunu ihlal etmek herkes için m. 36/b gereğince yasaklanmıştır[169]. Söz konusu 36b hükmü, "*Bir yaralamanın intikamını almak yasak edilemeyecektir. Muhakkak ki bir kimse bir adam öldürecek olursa neticede kendisini ve aile efradını mesuliyet altına sokar; aksi halde haksızlık olacaktır*" diyerek bu hususu düzenlemiştir.

Yahudi kabileleri, yahudi dinine geçmiş arap kabileleri ve bütün bunların himâyesi altına girenler (mevâlî) ile onlara bağlı olarak yaşayanlar, aynı haklara sahip ve aynı görevlerle yükümlü kılınmışlardır[170]. Bu durum 25 ve devamındaki maddelerde açıklanmaktadır.

c- Diğer Mükellefiyetler

Zümrelerin diğer yükümlülükleri de sözleşmede düzenlenmiştir. Meselâ, 17. madde, "*sulh, müminler arasında bir tekdir. Hiç bir mümin Allah yolunda girişilen bir harpte, diğer müminleri hariç tutarak, bir sulh anlaşması akdedemez; bu sulh, ancak onlar (müminler) arasında umumiyet ve adalet esasları üzere yapılacaktır*" derken, 23. madde "*Üzerinde ihtilafa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir* " demekte, 24. madde ise, "*Yahudiler, mü'minler gibi, muharebe devam ettiği müddetçe (kendi harp) masraflarını karşılamak mecburiyetindedirler*" hükmünü getirmektedir. Bundan başka, 36. madde "*Bunlar (yahudiler)'dan hiç bir kimse (müslümanlarla birlikte bir askerî sefere), Muhammed'in müsaadesi olmadan çıkamayacaktır*" hükmünü getirirken, 37. madde "*Yahudilerin kendi masrafları*

169 İSLAM TARİHİ, s. 269.
170 İSLAM TARİHİ, s. 269-270.

kendi üzerine ve müslümanların masrafları kendi üzerinedir. Muhakkak ki bu sahifede gösterilen kimselere harp açanlara karşı, onlar kendi aralarında yardımlaşacaklardır. Onlar arasında hayır-hahlık ve iyi davranış bulunacaktır. (Kaidelere) muhakkak riayet edilecek, bunlara aykırı hareketler olmayacaktır" düzenlemesini getirmektedir. 38. maddede ise, "*Yahudiler müslümanlarla birlikte, beraberce harp ettikleri müddetçe masrafta bulunacaklardır*" demektedir.

Sözleşmeyle, açık bir şekilde yahudilerin Mekkeli Kureyşlilere veya onların müttefiklerine bir yardım ve himâye hakkı vermeleri yasaklanmıştır. Bu husus 43. maddede hükme bağlanmıştır: "*Ne Kureyşliler ve ne de onlara yardım edecek olanlar, himaye altına alınmayacaklardır*". Mekkelileri, Medineli yahudilerin yardımından alıkoyan bu madde ayrıca, kime gelirse gelsin bir düşman saldırısı halinde, buna karşı çıkmak üzere bir İslâm-Yahudi ittifakını da gaye edinmiş durumdadır. Öyle ki, saldırganla yapılacak bir sulh anlaşması müşterek karara bağlanacak ve merkezî iktidar tarafından alınan her çeşit kararlar, resmen Medine şehir-devleti'nin konfederal üyeleri için bağlayıcı bir nitelik taşıyacaktır[171].

Bu durum 37, 44 ve 45. maddelerde düzenlenmiştir. 37. madde, "...*Muhakkak ki bu sahifede gösterilen kimselere harp açanlara karşı, onlar kendi aralarında yardımlaşacaklardır...*" derken, 44. madde, "*Onlar (müslümanlar ve yahudiler) arasında, Yesrib'e hücum edecek kimselere karşı yardımlaşma yapılacaktır*"demekte ve 45. madde ise, "*Şayet onlar (yahudiler), (müslümanlar tarafından) bir sulh akdetmeye veya bir sulh akdine iştirake davet olunurlarsa, bunu doğrudan doğruya akdedecekler veya ona iştirak edeceklerdir. Şayet onlar (yahudiler), (müslümanlara) aynı şeyleri teklif edecek olurlarsa, mü'minlere karşı aynı haklara sahip olacaklardır;*

171 AYDIN, s. 153-154; İSLAM TARİHİ, S. 269.

din mevzularında girişilen harp vakaları müstesnadır" hükmünü getirmiştir.

d- Din ve Vicdan Hürriyeti

Bu sözleşme, din ile dünya işlerini ayırmamış, bilakis halkın bütün dünyevi sorunlarıyla ilgilenmiş ve din ve vicdan özgürlüğünü açıkça kabul etmiştir[172]. 25. maddedeki şu hüküm bu hususu açıkça göstermektedir: "*Yahudilerin dinleri kendilerine, mü'minlerin dinleri kendilerinedir*". Bununla, yahudi ve hristiyanlara tamamen bir din ve vicdan hürriyeti tanınmıştır[173].

SONUÇ

Konusu "Anayasal Belge Olarak Medine Sözleşmesi" olan bu çalışmanın sonuna gelmiş bulunuyoruz. Görüldüğü üzere, İslâm anayasası kavramı geniş ve dar anlamda olmak üzere iki açıdan ele alınmaktadır. Geniş anlamda İslâm anayasası, müslümanların uymakla yükümlü bulunduğu İslâm hukukunun her türlü hükmünü içine alan bir kavramdır. Bu açıdan bakıldığında ibadetten muamelata, münakehattan ukubata her türlü İslâm hukuku esasını ihtiva eder. Dar anlamda anayasa ise, devletin temel yapısı, kuruluş esasları, organları ile temel prensiplerini ortaya koyan ve fertlerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü olarak kabul edilmektedir. Çalışmamızda, dar anlamda İslâm anayasası kavramı esas alınmıştır.

Medine halkıyla yapılan sözleşme ile, her şeyden önce, bir devlet kurulmaktadır. Bu devletin, halkı ve ülkesi sözleşme ile belirlenmektedir. Bundan başka, yürütme ve yargı alanında düzenlemeler getirilmiş, kişilerin temel hak ve mükellefiyetleri belirtilmiştir. Yine, milli savunma hususunda da

---

172 AYDIN, s. 154.
173 SURUÇ, s. 503.

düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Günümüz anayasa tekniğinden oldukça farklı olan bu sözleşme, esas itibariyle bir sosyal sözleşmedir.

Anayasa da belirtilmesi gereken devletin şekli ve yasama gibi hususlar, sözleşmeyle düzenlenmemiş bulunmaktadır. Sözleşme, Medine şehir devletini oluşturan toplulukları, bunların birbirleriyle ve yabancılarla olan münasebetlerini, bu toplulukların idari ve adli yapılarını, fertlerin sahip oldukları din ve vicdan hürriyetini belirli esaslara bağlamaktadır. Şekil açısından bugünkü anayasalardan hayli farklı da olsa bile maddi açıdan bir anayasa olarak nitelendirmek mümkündür. Kaldı ki, özellikle batı kaynaklarında "Medine anayasası" olarak isimlendirilmektedir.

Ana hatlarıyla belirttiğimiz ve tahlilini yaptığımız bu belge, kamu hukuku ile ilgili konularda düzenleyici kurallar getirmekte, devlet iktidarını teşkil ve tesis etmekte ve genel hatlarıyla yürütme ve yargı fonksiyonlarıyla ilgili meseleleri ele almakta, yine çeşitli zümreleri, tabî olacakları hukukî manzumede muhtar bırakmak suretiyle yasama alanında da düzenleyici davranmaktadır. Bundan başka, gerek iktidarın sahip olduğu haklar ve görevler ve gerekse teb'anın da hak ve yükümlülükleri bütün ayrıntılarıyla olmasa da sözleşme metninde gösterilmiş bulunmaktadır.

Hz. Peygamberin oluşturduğu, çok değişik bir insan zümresine dayanan yeni topluluktaki bu hukukî hareket, o zamana kadarki devlet organizmalarında raslanmayan bir durumdur. Bununla, önceden belirli hukukî kurallara devlet iktidarını temsil edenlerin de uymaları sağlanmıştır.

Kısaca, günümüz anayasa tekniğinden oldukça farklı olan sözleşme, devletin kuruluşu, yürütme, yargı, temel hak ve mükellefiyetler, din ve vicdan özgürlüğü ile milli savunma hususlarında düzenlemeler getirmektedir. Bu özellikleriyle

belgeyi, "anayasal niteliği ağır basan bir sözleşme" olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır.

Ek: Medine Sözleşmesinin Tam Metni(*)

Rahman ve Rahim Olan Allah'ın Adıyla

(1) Bu kitap (yazı), Peygamber Muhammed tarafından Kureyşli ve Yesribli mü'minler ve müslümanlar ve bunlara tabi olanlarla sonradan iltihak etmiş olanlar ve onlarla beraber cihad edenler için (olmak üzere tanzim edilmiştir).

(2) İşte bunlar, diğer insanlardan ayrı bir ümmet (câmia) teşkil ederler.

(3) Kureyşden olan muhacirler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile kan diyetlerini ödemeye iştirak ederler ve onlar harp esirlerinin fidyei necâtını mü'minler arasındaki iyi ve mâkul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre ödemeye iştirak edeceklerdir.

(4) Benî Avf'lar kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye iştirak edeceklerdir ve (müslümanların teşkil ettiği) her zümre (tâife), harp esirlerinin fidyei necatını mü'minler arasındaki iyi ve mâkul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre ödemeye iştirak edeceklerdir.

(5) Benî Hâris (İbn Hazrec)'ler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye her bir zümre, harp esirlerinin fidyei necatını, mü'minler arasındaki iyi ve mâkul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre ödemeye iştirak edeceklerdir.

(6) Benî Sâideler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her zümre, harp esirlerinin fidyei necatını, mü'minlerarasındaki iyi ve mâkul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre ödemeye iştirak edeceklerdir.

(7) Benî Cuşemler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her zümre, harp esirlerinin fidyei necatını, mü'minlerarasındaki iyi ve mâkul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre ödemeye iştirak edeceklerdir.

(8) Benî Neccârlar, kendi aralarında âdetolduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her zümre, harp esirlerinin fidyei necatını, mü'minlerarasındaki iyi ve mâkul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.

(9) Benî Amr İbn avflar, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her bir zümre, harp esirlerinin fidyei necatını, mü'minler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.

(10) Benî Nebîtler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her bir zümre, harp esirlerinin fidyei necatını, mü'minler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.

(11) Benî Evsler, kendi aralarında âdet olduğu veçhile, evvelki şekiller altında kan diyetlerini ödemeye ve her bir zümre, harp esirlerinin fidyei necatını, mü'minler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adâlet umdelerine göre tediyeye iştirak edeceklerdir.

(12) Mü'minler kendi aralarında ağır mali mes'uliyetler altında bulunan hiç kimseyi (bu halde) bırakmayacaklar, fidyei necât veya kan diyeti gibi borçlarına iyi ve makul bilinen esaslara göre vereceklerdir.

(12 B) Hiç bir mümin diğer bir müminin mevlasına (kendisiyle akdî kardeşlik rabıtası kurulmuş kimse) mümânaat edemez (diğer bir okunuşa göre: hiç bir mümin diğer bir

müminin mevlasıyla onun aleyhine olmak üzere anlaşma yapmayacaktır).

(13) Takva sahibi müminler, kendi aralarında mütecavize ve haksız bir fiil îkaını tasarlayan yahut cürüm yahut hakka tecavüz veyahutta müminler arasında bir karışıklık çıkarma kastını taşıyan kimseye karşı olacaklar ve bu kimse onlardan birinin evlâdı bile olsa, hepsinin elleri onun aleyhine kalkacaktır.

(14) Hiç bir mümin bir kâfir için, bir mümini öldüremez ve bir mümin aleyhine hiç bir kâfire yardım edemez.

(15) Allah'ın zimmeti (himaye ve teminatı) bir tekdir; müminlerin ve ehemmiyetsizlerinden birinin (tanıdığı himaye) onların hepsi için hüküm ifade eder. Zira müminler, diğer insanlardan ayrı olarak birbirlerinin mevlâsı (kardeşi) durumundadırlar.

(16) Yahudilerden bize tâbi olanlar, zulme uğramaksızın ve onlara muarız olanlarla yardımlaşılmaksızın, yardım ve müzaharetimize hak kazanacaklardır.

(17) Sulh, müminler arasında bir tekdir. Hiç bir mümin Allah yolunda girişilen bir harpte, diğer müminleri hariç tutarak, bir sulh anlaşması akdedemez; bu sulh, ancak onlar (müminler) arasında umumiyet ve adalet esasları üzere yapılacaktır.

(18) Bizimle beraber harbe iştirak eden bütün (askerî) birlikler, birbirleriyle münavebe edeceklerdir.

(19) Müminler, birbirlerinin Allah yolunda (uğrunda) akan kanlarının intikamını alacaklardır.

(20) Takva sahibi müminler, en iyi ve en doğru yol üzerinde bulunurlar.

(20 B) Hiç bir müşrik bir Kureyşlinin mal ve canını himayesi altına alamaz ve hiç bir mümine bu hususta engel olamaz (yani Kureyşliye hücum etmesine mani olamaz).

(21) Her hangi bir kimsenin, bir müminin ölümüne sebep olduğu kat'i delillerle sabit olur da maktulün velisi (hakkını müdafaa eden) rıza göstermezse, kısas hükümlerine tâbi olur; bu halde bütün müminler ona karşı olurlar. Ancak bunlara, sadece (bu kaidenin) tatbiki için hareket etmek helâl (doğru) olur.

(22) Bu sahife (yazı) nın muhteviyatını kabul eden, Allah'a ve âhiret gününe inanan bir müminin bir katile yardım etmesi ve ona sığınacak bir yer temin etmesi helâl (doğru) değildir; ona yardım eden veya sığınacak bir yer gösteren kıyamet günü Allah'ın lânet ve gazabına uğrayacaktır ki o zaman artık kendisinden ne bir para tediyesi ve ne de bir taviz alınacaktır.

(23) Üzerinde ihtilafa düştüğünüz herhangi bir şey Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir.

(24) Yahudiler, mü'minler gibi, muharebe devam ettiği müddetçe (kendi harp) masraflarını karşılamak mecburiyetindedirler.

(25) Benî Avf yahudileri, mü'minlerle birlikte (**) bir ümmet (camia) teşkil ederler. Yahudilerin dinleri kendilerine, müminlerin dinleri kendilerinedir. Buna gerek mevlâları ve gerekse bizzat kendileri dahildirler.

(25 B) Yalnız kim ki haksız bir fiil irtikap eder veya cürüm îka eder, o sadece kendine ve aile efradına zarar (vermiş) olacaktır.

(**) İbn Hişam'da bu, "ma'a" (ile) olarak, Ebu Ubeyde'de ise "min" (den) olarak zikredilir. Bkz. HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, s. 208; İSLAM TARİHİ, s. 277; KARAMAN, Mukayeseli, s. 70.

(26) Benî Neccâr yahudileri de Benî Avf yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaklardır.

(27) Benî Hâris yahudileri de Benî Avf yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaklardır.

(28) Benî Sâide yahudileri de Benî Avf yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaklardır.

(29) Benî Cuşem yahudileri de Benî Avf yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaklardır.

(30) Benî Evs yahudileri de Benî Avf yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaklardır.

(31) Benî Sa'lebe yahudileri de Benî Avf yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaklardır. Yalnız kim ki haksız bir fiil irtikap eder veya cürüm îka eder, o sadece kendini ve aile efradını zarardîde etmiş olacaktır.

(32) Cefne (ailesi) Sa'lebe'nin bir kolu (batn) dur; bu bakımdan Sa'lebeler gibi mülâhaza olunacaklardır.

(33) Benî Şuteybe de Benî Avf yahudileri gibi aynı (haklara) sahip olacaklardır. (Kaidelere) muhakkak riayet edilecek, bunlara aykırı hareket olmayacaktır.

(34) Sa'lebe'nin mevlâları, bizzat Sa'lebeler gibi mülâhaza olunacaklardır.

(35) Yahudilere sığınmış olan kimseler (Bitâne), bizzat yahudiler gibi mülâhaza olunacaklardır.

(36) Bunlar (yahudiler) dan hiç kimse (müslümanlarla birlikte bir askerî sefere), Muhammed'in müsaadesi olmadan çıkamayacaktır.

(36 B) Bir yaralamanın intikamını almak yasak edilemeyecektir. Muhakkak ki bir kimse bir adam öldürecek olursa neticede kendisini ve aile efradını mesuliyet altına sokar; aksi halde haksızlık olacaktır (yani bu kaideye riayet etmeyen bir kimse haksız vaziyette olacaktır). Allah bu yazıya en iyi riayet edenlerle beraberdir.

(37) (Bir harp vukuunda) Yahudilerin masrafları kendi üzerine ve müslümanların masrafları kendi üzerinedir. Muhakkak ki bu sahifede (yazıda) gösterilen kimselere harp açanlara karşı, onlar kendi aralarında yardımlaşacaklardır. Onlar arasında hayırhahlık ve iyi davranış bulunacaktır. (Kaidelere) muhakkak riayet edilecek, bunlara aykırı hareketler olmayacaktır.

(37 B) Hiç bir kimse müttefikine karşı bir cürüm îka edemez; muhakkak ki zulmedilene yardım edilecektir.

(38) Yahudiler müslümanlarla birlikte, beraberce harp ettikleri müddetçe masrafta bulunacaklardır.

(39) Bu sahifenin (yazının) gösterdiği kimse lehine Yesrib vadisi dahili (cevf), haram (mukaddes) bir yerdir.

(40) Himaye altındaki kimse (cârr), bizzat himaye eden kimse gibidir; ne zulmedilir ve ne de (kendisi) cürüm îka edecektir.

(41) Himaye verme hakkına sahip kimselerin izni müstesna, bir himaye hakkı verilemez.

(42) Bu sahifede (yazıda) gösterilen kimseler arasında zuhurundan korkulan bütün öldürme yahut münazaa vakalarının Allah'a ve Resûlullah Muhammed'e götürülmeleri gerekir. Allah bu sahifeye (yazıya) en kuvvetli ve en iyi riayet edenlerle beraberdir.

(43) Ne Kureyşliler ve ne de onlara yardım edecek olanlar, himaye altına alınmayacaklardır.

(44) Onlar (müslümanlar ve yahudiler) arasında, Yesrib'e hücum edecek kimselere karşı yardımlaşma yapılacaktır.

(45) Şayet onlar (yahudiler), (müslümanlar tarafından) bir sulh akdetmeye veya bir sulh akdine iştirake davet olunurlarsa, bunu doğrudan doğruya akdedecekler veya ona iştirak edeceklerdir. Şayet onlar (yahudiler), (müslümanlarla) aynı şeyleri teklif edecek olurlarsa, mü'minlere karşı aynı haklara sahip olacaklardır; din mevzuunda girişilen harp vakaları müstesnadır.

(45 B) Her bir zümre, kendilerine ait mıntıkadan (gerek müdafaa ve gerekse sair ihtiyaçlar hususunda) mesuldür.

(46) Bu sahifede (yazıda) gösterilen kimseler için ihdas edilen şartlar, aynı şekilde Evs yahudilerine, yani onların mevlâlarına ve bizzat kendi şahıslarına, bu sahifede (yazıda) gösterilen kimseler tarafından sıkı ve tam bir muhafazakârlık ile tatbik olunur. (kaidelere) muhakkak riayet edilecek, bunlara aykırı hareket olmayacaktır. Allah bu sahifede (yazıda) gösterilen maddelere en doğru ve en mükemmel riayet edenlerle beraberdir.

(47) Bu kitap (yazı), bir haksız fiil îka eden veya cürüm işleyen (ile ceza) arasında engel olarak giremez. Kim ki bir harbe çıkar, emniyette olur veya kim ki Medine'de kalırsa yine emniyet içindedir; haksız bir fiil ve cürüm îkaı halleri müstesnadır. Allah ve Resûlullah Muhammed himayelerini, (bu sahifeyi) tam bir sadakat ve dikkat içinde muhafaza eden kimseler üzerinde tutacaklardır.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR(*)

ABDURRAZIK, Ali: İslâmiyet ve Hükümet, Çev. Ömer Rıza, İstanbul 1927.

AKGÜNDÜZ, Ahmet: Eski Anayasa Hukukumuz ve İslâm Anayasası, 3.B., İstanbul 1991 (Anayasa).

ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. B., İstanbul 1982.

ALGÜL, Hüseyin: Ensar, TDVİA, C.11, İstanbul 1995.

ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2. B., Anakara 1953.

ARMAĞAN, Servet: İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987.

ARSAL, Sadri Maksudi: Teokratik Devlet ve Lâik Devlet, Tanzimat 1, İstanbul 1940.

ATAR, Fahrettin: İslâm Adliye Teşkilatı, Ankara 1991.

ATEŞ, Süleyman: Kur'ân-ı Kerim ve Yüce Meali, Ankara ty (Meal).

AYDIN, M. Akif: Anayasa, TDVİA, C.3, İstanbul 1991.

BAŞGİL, Ali Fuad: Esas Teşkilat Hukuku, İstanbul 1960.

BAYINDIR, Abdülaziz: İslâm Muhakeme Hukuku, İstanbul 1986.

BELGESAY, M. Reşit: Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, Mevzuat İçtihatlar Tatbikat, İstanbul 1963.

BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukukı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 3, İstanbul 1985.

BUHL, Fr.: Muhâcirûn, İA, MEB, C. 8, 3. B., İstanbul 1979 (muhacirûn).

BUHL, Fr. : Muhammad, İA, MEB, C.8, 3. B., İstanbul 1979 (Muhammed).

CAETANİ, L.: İslâm Tarihi, C. 3, Çev. Hüseyin cahid, İstanbul 1924-27.

CANAN, İbrahim: Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, C. 5, 10, 13, 16, Ankara 1992.

(*) Atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

CEMALEDDİN, S. Abdullah: İslâm'da İdarî Siyaset. çev. A. Kadir Kabakçı/Erol Bayraktar, İstanbul ty.

Çetin, Nihad M.: Ümmet, İA, MEB, C. 13, İstanbul 1993.

CİN, Halil/AKGÜNDÜZ,Ahmet: Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C.I, İstanbul 1990.

DAVUTOĞLU, Ahmet: Devlet, TDVİA, C. 9, İstanbul 1994.

Doğuştan Günümüze Büyük İSLAM TARİH, C. I, İstanbul 1992.

EL-ENSARİ, Abdülhamîd İsmail : Ehlü'l-Hal ve'l-Akd, TDVİA, C. 10, İstanbul 1994.

EL-KETTANİ, Muhammed Abdülhay: Et-Terâtîbu'l-İdâriyye, Hz. Peygamber'in yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, C. II, çev. Ahmet Özel, İstanbul 1991.

EL-MAVERDİ, Ebu'l-Hasan Habib: El-Ahkâmu's-Sultaniye, İslâm'da Devlet ve Hilâfet Hukuku, Çev. Ali Şafak, İstanbul 1994.

EL-MEVDUDİ, Ebu'l A'la: İslâmda Hükümet, Kitap Tahlilini Yapan Servet Armağan, İHFM, C. 44, S. 1-4.

EL-MEVDUDİ, Ebu'l A'la : İslâmda Hükümet, çev. ali Genceli, Ankara 1976 (Hükümet).

En-NEBHAN, Muhammed Faruk : İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Çev. Servet Armağan, İstanbul 1980.

Es-SERAHSİ, Şemsüddin: El-Mebsut, C. 16, Beyrut 1989.

FETAVAYİ HİNDİYYE: Ansiklopedik İslâm Fıkhı, C. IV, Çev. Mustafa Efe, Ankara ty.

HAMİDULLAH, Muhammed: İslâm Anayasa Hukuku, İstanbul 1995, (Anayasa).

HAMİDULLAH, Muhammed: İslâm Hukuku Etüdleri, İstanbul ty., (Etüdler).

HAMİDULLAH, Muhammed: İslâm Peygamberi (Hayatı ve Faaliyetleri), C. I, Çev. Salih Tuğ, 5. B., İstanbul 1993 (İslâm Peygamberi).

HAMİDULLAH, Muhammed: İslâmın Hukuk İlmine Yardımları (Makaleler Külliyatı), Derleyen Salih Tuğ, İstanbul 1962 (Makaleler).

HAMİDULLAH, Muhammed: İslâm'da Devlet İdaresi, Çev. Kemal Kuşçu, Ankara 1963.

KARAMAN, Hayreddin: Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1987.

KARAMAN, Hayreddin: Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1991.

MARDİN, Ebül'ula: Kadı, İA, MEB, C. 6, İstanbul 1993.

NİYAZİ, Mehmed: İslâm Devlet Felsefesi, İstanbul 1990.

ÖZÇELİK, Selçuk: Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, C. I, Umumi Esaslar, İstanbul 1978.

ÖZÇELİK, Selçuk: İslâm Hukukuna Göre Devlet ve Ferd Münasebetleri, İÜHF A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955 (Ferd).

ÖZÇELİK, Selçuk: İslâmda Devlet Müessesesinin İnkişafı, İÜHFM, C. 20, S. 1-4, İstanbul 1955 (Devlet).

ÖZEL, Ahmed: İslâm Hukukunda Ülke Kavramı Darulislâm Darulharb, 4. B., İstanbul 1991.

SAVA PAŞA: İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, C. I, Çev. Baha Arıkan, Ankara 1955

SCHACHT, Joseph: İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Mehmet Dağ/Abdülkadir Şener, Ankara 1977.

ŞİRVANİ, Harun Han: İslâm'da Siyasî Düşünce ve İdare, Çev. Kemal Kuşçu, İstanbul 1965.

SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Ankara 1986.

SURUÇ, Salih: Kâinatın Efendisi Peygamberimizin Hayatı, Mekke Devri, İstanbul 1983.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 1986.

TUĞ, Salih: İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri (XIX ve XX. Asırlar), İstanbul 1969.

Türk Hukuk Lügatı, 3. B., Ankara 1991.

UMUR, Ziya: Türk Hukuk Tarihi Desleri, C. I, İstanbul 1987.

ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet : Türk Hukuk Tarihi, 5. B., Ankara 1985.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 3. B., Ankara 1985.

ZEYDAN, Abdülkerim: İslâm Davetçilerine, Çev. Nezir Demircan, Ankara 1977 (İslâm).

ZEYDAN, Abdülkerim: İslâm Hukukunda Ferd ve Devlet, Çev. Aksay Öncel, istanbul ty.

ZUHAYLİ, Vehbe: İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, C. 8, çev. Ahmet Efe ve diğerleri, İstanbul 1994.

KISALTMALAR

B. : bası

bkz. : bakınız

C. : cilt

Çev. : çeviren

dn. : dipnotu

Hz. : Hazreti

İA. : İslâm Ansiklopedisi

İÜHF : İstanbul Üniversitesi hukuk Fakültesi

İÜHFM. : İstanbul Üniversitesi hukuk Fakültesi Mecmuası

m. : madde

MEB : Milli Eğitim Basımevi

s. : sayfa

S. : sayı

TDVİA. : Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi

ty. : tarih yok.

1997 ULUSLARARASI AKARSULAR* ANLAŞMASI: GENEL BAKIŞ VE DEĞERLENDİRMELER

İbrahim KAYA**

ABSTRACT

The United Nations General Assembly adopted the Convention on the Law of Non-navigational Uses of International Water-courses on the 21st of May 1997, by Resolution 51/229, and the Convention was opened to signature on the same day. The General Assembly elaborated the Convention on the basis of the work of International Law Commission (ILC) which has studied the subject since 1971.

After briefly describing the background of the Convention and the ILC's work, this paper will offer a general overview of its provisions. The comments and evaluation part of the paper will analyse and discuss the light of international law and its various branches. Although it is quite early to predict the ultimate fate of the Convention, the paper will conclude by outlining some of the most likely possibilities.

GİRİŞ

Su, yaşam ve uygarlığın temelidir. İnsan ve toplum

---

* Çalışma boyunca akarsu kelimesi "watercourse" kelimesinin terim karşılığı olarak kullanılmıştır. Bazı çalısmalarda buna karşılık olarak "suyolu" nun da kullanıldığı görülmektedir. Ancak suyolunun ulaşım amaçlı kullanımları çağrıstırması ve "akarsu" kelimesinin, nehir, ırmak, dere gibi tüm tatlı su kaynaklarını kapsayacak biçimde anlamca geniş olması tercihi belirlemiştir. Bir akarsu sistemi içinde yer alan göller ve yeraltı suları da kapsam içindedir.

** Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi (Türkiye) Araştırma Görevlisi ve Keele Üniversitesi (İngiltere) Doktora Öğrencisi.

hayatında böyle önemli bir role sahip olan su, insanlık tarihi boyunca gerek bireyler, gerekse devletler arasında çekişme, hatta çatışmalara konu olagelmiştir[1]. Su kaynaklarının sınırlı olması, buna karşılık sürekli nüfus artışı ve su talebindeki artış, durumu daha da kötüleştirmektedir. Birden fazla devleti ilgilendiren akarsular ilk önceleri ulaşım açısından düzenlenirken, XX. yüzyılın başlarından itibaren ulaşım-dışı kullanımların artan oranda gündeme gelmesiyle uluslararası akarsular hukukunda ilgi bu alana kaymıştır[2]. Ne varki, birçok uluslararası akarsuyu kapsayan özel uluslararası anlaşmalar akdedilmesine rağmen, global düzeyde bir anlaşmanın ortaya çıkması ancak 1997 yılında başarılabilmiştir[3]. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK) 21 Mayıs 1997 tarih ve 51/229 sayılı kararıyla "Uluslararası Akarsuların Ulaşım-Dışı Kullanımları Hukuku Anlaşmasını" onaylamış ve üye

---

1 Yakın tarihten bir örnek olarak, Arap-İsrail savaşlarında suyun en önemli neden olduğu iddia edilmektedir. Bkz. Cooley J. "The War Over Water" Foreign Policy vol. 54 (1984) p. 54.

2 Bu amaçla Uluslararası Hukuk Enstitüsü (UHE) ve Uluslararası Hukuk Derneği (UHD) çeşitli çalışmalar yapmış ve kararlar almıştır. UHE'nun çalışmalarına bir örnek için bkz. 1961 Salzburg Resolution, Utilisation of Non-maritime International Waters (except for Navigation), adopted by Institute of International Law on 11 September 1961 in its Salzburg Session, Resolutions de L'institut de Droit International (IDI), 1957- 1991, editions A. Pedone, 1992, Paris, s. 28-33. UHD'nin çalışmalarına örnek için bkz. 1966 Helsinki, Rules, Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966, s.447-533.

3 1921 yılında ulaşımı düzenleyen Barselona Anlaşması yapılmıştır. Bkz. HUDSON, O. M. (ed.) Convention on the Regime of Navigable waterways of International Concern, International Legislation (A Collection of the Texts of Multipartie International Instruments of General Interest), 1970, Oceana, New York, vol. 1, p 638-662. 1923 Cenevre Anlaşması su gücü ile ilgili olmasına rağmen devletlerce kabul görmemiştir. Anlaşmanın metni için bkz. LNTS, vol. 36, p. 77. Ayrıca 1992 yılında Avrupa Economic Komisyonu üye devletlerini kapsayan Sınıraşan Suların Kullanımı ve Korunması Anlaşması imzalanmıştır. Metin için bkz. 31. I.L.M. (1992) p. 1312-1329.

devletlerin imzasına açmıştır[4]. Akarsular Anlaşması, Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK)'nun 1971'den beri yürüttüğü çalışmalar sonucu oluşturduğu tasarı maddeler üzerine bina edilmiştir[5]. Eldeki çalışma, Uluslararası Akarsular Anlaşması'nı ve UHK'nun çalışmalarını arka plan olarak kısaca açıkladıktan sonra, anlaşmanın hükümlerine genel bir bakış verecektir. Yorum ve değerlendirmeler bölümünde ise anlaşma maddelerinin içerdiği hükümler uluslararası hukuk ve onun ilgili dalları ışığı altında irdelenecek ve tartışılacaktır. Sadece bir kaç ay önce hazırlandığı için Akarsular Anlaşması'nın geleceğini kestirmek çok güç olmasına rağmen sonuç ve öngörüler bölümünde uluslararası kamuoyunun anlaşmaya yaklaşımı ele alınacaktır.

ARKA PLAN

1970'de BMGK, Uluslararası Hukuk Komisyonu'na (UHK) uluslararası akarsuların ulaşım-dışı amaçlarla kullanımları konusundaki hukuk kurallarının derlenmesi ve geliştirilmesi görevini vermişti[6]. UHK, konuyla ilgili çalışmalarına 1974 yılında bir alt komite kurarak başlamıştır. Çalışma gündemine alınan tüm konularda yapılageldiği üzere, ilgili komite ilk önce

---

4 Anlaşmanın metni için bkz. 36 I.L.M. (1997) p. 700-720.

5 1991 ve 1994 taslağı için sırasıyla bkz. Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, Draft Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 43rd Sess., at 1, U.N. Doc., A/CN.4/L. 463/Add.4(1991) ve Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, Adopted on Second Reading by the International Law Commission at its Forty-Sixth Session, U.N. Doc., A/CN.4/l. 493(1994). 1994 Taslağı'nın değerlendirmesi için bkz. BOZKURT, E., "Ulaşıma Elverişli Olmayan Akarsuların Hukuki Rejimi ile İlgili Görüsler ve Uluslararası Hukuk Komisyonu 1994 Taslağı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Halil Cin'e Armağan), 1995, s.202-222.

6 8 Aralık 1970 tarih ve 2669 (XXV) sayılı BMGK kararı.

devletlerin görüşlerini almaya karar vermiş ve bu amaçla tüm devletlere şu konularda sorular yöneltmiştir: Çalışmaların kapsamı, ele alınacak su kullanım çeşitleri ve kirlenme sorununa öncelik verilip verilmemesi gerektiği, sel ve erozyon konularının ele alınıp alınmayacağı ve son olarak ulaşım ve diğer kullanımlar arasındaki ilişki[7]. Bu soruları içeren bir anket tüm üye devletlere dağıtıldı. Yine aynı yıl Kearney konuyla ilgili özel raportör olarak UHK tarafından atandı[8]. 1976 yılında Kearney raporunu komisyona sundu[9]. O zamana kadar ancak 21 ülke yukarıdaki konulardaki görüşlerini komisyona iletmişti[10].

Yapılan tartışmalar "uluslararası akarsu" kavramının kapsamının saptanmasının sonraya bırakılması; bunun yerine genel ilkelerin belirlenmesine karar verilmesiyle sonuçlandı[11]. Görev süresinin dolması ve yeniden aday olmaması üzerine, 1977'de komisyon Kearney'e ardıl olarak Schwebel'i özel raportör olarak atadı[12]. Sık sık raportörlerin değiştirilmesi kaçınılmaz olmuştu. Ancak bu, çalışmaların bitirilmesinin gecikmesi sonucunu da büyük ölçüde etkilemiştir. 1980 yılında ilk maddelerin hazırlanması tamamlandı[13]. Yine aynı yıl Schwebel Rapor'u yayınlandı. Bu raporun komisyonun sonraki çalışmaları üzerindeki etkisinin büyük olduğu kabul

---

7 Yb Int'l L Com. 2(1) (1974) 301.

8 İbid 301.

9 Yb Int'l L Com. 2(1) (1976) 184.

10 İbid 147. Daha sonra 11 devlet daha cevaplarını komisyona iletti. 2(1) 1978 253, Yb Int'l L Com. 2(1) 1978 178 Yb Int Law 2(1) 1980 253, Yb Int Law 2(1) 1982 192.

11 Yb Int'l L Com. 2(2) (1976) 162. Aslında bu konu ancak 1991 yılında ele alınabildi. 1991 yılında komisyon taslağının ilk okuması gerçekleşti. 1991 taslağının 2. maddesi terimleri tanımlamaktaydı.

12 Yb Int'l L Com. 2(2) (1977) 124.

13 Yb Int'l L Com. 2(2) (1980) 110-136.

edilmektedir[14]. Ancak şu da kabul edilmektedir ki, Schwebel de büyük ölçüde1966 Helsinki Kuralları'ndan esinlenmiştir[15]. Gerçekten de UHD'nin çalışmaları ve özellikle de 1966 Helsinki Kuralları UHK açısından bulunmaz bir fırsat olmuştur. 1980 yılında altı maddenin hazırlığı tamamlanmıştır. 1983 yılında bir diğer özel raporter olan Evensen tamamlanmış anlaşma taslağını sunmuştur[16]. Bu taslak büyük ölçüde Schwebel'in yukarıda anılan raporundan esinlenmişti[17]. 1984 yılında taslak Evensen tarafından tekrar gözden geçirildi[18]. 1984 yılında Evensen'in Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'na seçilmesiyle boşalan raportörlüğe McCaffrey atandı.

1991 yılında taslağın birinci okunması gerçekleşti[19]. UHK usul kurallarına göre, yorumlarını almak amacıyla taslak üye devletlere gönderildi. Devletlerin yorumları taslak maddelerinin ikinci okunmasında dikkate alındı. Mc Caffrey'in yerine Rosenstock atandı ve 7-25 Ekim 1996 tarihleri arasında BMGK Altıncı Komitesi (Hukuk Komitesi) çok taraflı bir çerçeve anlaşması hazırlamak üzere toplandı. Bu girişim UHK'nun yirmibeş yıllık çalışması üzerine inşa edilmişti. 21 Mayıs 1997 tarihinde BMGK uluslararası akarsular anlaşmasını kabul ederek imzaya açtı.

ANLAŞMA MADDELERİNE GENEL BAKIŞ

21 Mayıs 1997 tarihinde BMGK Uluslararası Suların Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Anlaşmasını 51/229 sayılı kararı ile onaylamıştır. 103 ülke karara lehte oy verirken, 3 ülke

---

14 Mc CAFFREY, S.C. ve ROSENSTOCK, R., "The International Law Commission's Draft Articles on International Watercourses: an Overview and Commentary", RECIEL, vol. 5, 1996, p. 90.

15 İbid., s.90.

16 Yb Int'l L Com. 2(1) (1983) 155.

17 Mc CAFFREY ve ROSENSTOCK, a.g.e., s.90.

18 Yb Int'l L Com. 2(1) (1984) 101.

19 Supra note 5.

(Türkiye, Çin ve Burundi) aleyhte oy verdi. Anlaşma aynı gün imzaya açıldı ve 20 Mayıs 2000 tarihine kadar imzaya açık kalacak[20].

Anlaşmanın giriş kısmında UHK ilgili çalışmalarından ötürü takdir ediliyor ve anlaşmanın uluslararası işbirliği ve iyi komşuluk ilişkilerini gerçekleştirmede olumlu rol oynayacağı öngörülüyor[21]. 1. maddede anlaşmanın kapsamı açıklanmaktadır. Buna göre, hazırlanan anlaşma ile uluslararası akarsuların ulaşım dışı kullanımları ve bunların korunması, kollanması ve işletilmesi düzenlenmektedir[22]. Uluslararası akarsuların ulaşım amacıyla kullanılması, diğer amaçlarla kullanımlar ulaşımı etkilemedikçe ve ondan etkilenmedikçe, eldeki anlaşmanın kapsamı dışındadır[23]. 2. maddede kavramlar tanımlanmaktadır. Akarsu kavramı bir bütünlük arzeden ve ortak bir mecraya akan yüzey ve yeraltı sularını ifade etmekte[24], bunun kısımlarının binden fazla devletin toprakları içinde yeralması halinde ise "Uluslararası Akarsu" oluşmaktadır[25]. Böyle bir akarsu topraklarında bulunan ve bu anlaşmaya taraf olan devletler ise " Akarsu Devleti" olarak adlandırılmaktadır[26]. Her uluslararası nehrin özellikleri ve bölgesel koşullar farklı olduğu için akarsu devletleri, 3. maddeye göre, bu genel (çerçeve) anlaşmanın hükümlerini kendi spesifik olaylarına uyarlamak amacıyla akarsu anlaşmaları yapabilirler[27]. 4. madde ise akarsu anlaşmalarının tarafları ile ilgili düzenleme getirmektedir[28].

---

20 36 I.L.M. (1997) p. 700.
21 36 I.L.M. (1997) p. 703.
22 Md 1(1), 36 I.L.M. (1997) p. 704.
23 Md 1(2), 36 I.L.M. (1997) p. 704.
24 Md 2(a), 36 I.L.M. (1997) p. 704.
25 Md 2(b), 36 I.L.M. (1997) p. 704.
26 Md 2(c), 36 I.L.M. (1997) p. 704.
27 Md 3(3) ve Md 3(5), 36 I.L.M. (1997) p. 704,705.
28 Md 4, 36 I.L.M. (1997) p. 705.

5.-10. maddeler genel prensipleri belirlemektedir. Hakkaniyete uygun ve makul kullanma ve katılma 5. madde ile düzenlenmektedir. Buna göre akarsu devletleri kendi ülkelerinden geçen uluslararası akarsuyu makul ve adil kullanmakla yükümlüdürler[29]. Özellikle uluslararası bir akarsu, ilgili devletlerce optimal ve sürdürülebilir bir şekilde ve akarsuyun korunması sağlanarak kullanılacak ve geliştirilecektir[30]. Akarsu devletlerinin uluslararası bir akarsuyun kullanılması, geliştirilmesi ve korunmasına katılması öngörülmektedir[31]. Böyle bir katılım kullanma hakkına olduğu gibi, ilgili akarsuyun korunması ve geliştirilmesi amacıyla işbirliğinde bulunma görevine de yöneliktir. Anlaşmanın 6. maddesi hakkaniyete uygun ve makul kullanım ilkesi ile ilgili unsurları düzenlemektedir. Bu maddeye göre, bir uluslararası akarsuyun 5. maddede gösterilen hakkaniyete uygun bir şekilde kullanımını etkileyen unsur ve koşullar şunlardır:

a) Coğrafi, hidrografik, hidrolojik, iklimsel, ekolojik ve diğer doğal etkenler,

b) Akarsu devletlerinin toplumsal ve ekonomik ihtiyaçları,

c) Her akarsu devletinde bu akarsuya bağımlı nüfus,

d) Akarsuyun bir akarsu devleti tarafından kullanımının ya da kullanımlarının diğer akarsu devletlerine etkileri,

e) Akarsuyun mevcut ve potansiyel kullanımları,

f) Akarsuyun su kaynaklarının korunması, kollanması, geliştirilmesi ve ekonomik kullanım ve bunların maliyeti,

---

29 Md 5(1), 36 I.L.M. (1997) p. 705.

30 Md M 5(1), 36 I.L.M. (1997) p. 705.

31 Md 5(2), 36 I.L.M. (1997) p. 705.

(Türkiye, Çin ve Burundi) ale ... ıma karşılaştırılabilir
imzaya açıldı ve 20 Mayıs ... kalacak[20].

Anlaşmanın giriş ... nin 1. bendinin uy-
ötürü takdir ediliyor ... rliği anlayışı ile
komşuluk ilişkileri ... likkati çeken bir
öngörülüyor ... ı ve ağırlığının
açıklanmakta ... cu bulunacağı;
uluslararası ... la ilgili bütün
korunmas ... e alınması
Uluslara ... ödevi 7. maddede
amaçla ... göre akarsu devletleri,
etkil ... suyu kendi ülke topraklarında
ma ... akarsu devletlerine önemli zarar vermeyi
... her türlü önlemi alacaklardır[35]. Herşeye rağmen
... bir zarar ortaya çıkarsa zararı ortadan kaldırmak veya azaltmak amacıyla etkilenen devletle görüşülerek gereken her türlü önlem alınacak, uygun olan durumda tazminat sorunu ele alınacaktır[36].

İşbirliği ve bilgi alışverişi 8. ve 9. maddelerde düzenlenmektedir. 8. maddeye göre, akarsu devletleri bir uluslararası akarsuyun, optimal kullanımı ve korunmasının sağlanması yönünde egemen eşitlik, ülkesel bütünlük, karşılıklı yarar ve iyiniyet prensipleri içerisinde işbirliğinde bulunacaklardır[37]. Bunu gerçekleştirmek amacıyla ilgili devletler karma

32 Md 6(1), 36 I.L.M. (1997) p. 706.
33 Md 6(2), 36 I.L.M. (1997) p. 706.
34 Md 6(3), 36 I.L.M. (1997) p. 706.
35 Md 7(1), 36 I.L.M. (1997) p. 706.
36 Md 7(2), 36 I.L.M. (1997) p. 706.
37 Md 8(1), 36 I.L.M. (1997) p. 706.

kuruluşlar ve komisyonlar oluşturabilirler[38]. 9. maddeye göre ilgili akarsu devletleri, 8. maddeye bağlı olarak akarsuyun durumu hakkında düzenli bilgi ve veri alışverişinde bulunacaklardır[39]. Bir akarsu devletinin diğer bir akarsu devletinden istediği bilgi veya veri halihazırda mevcut değilse, bilgi istenen devlet bu bilgiyi sağlamada elinden gelen çabayı gösterecektir. Ancak, istekte bulunan devlet bu bilgilerin ve verilerin toplanması ve değerlendirilmesinden doğan masrafları ödeyecektir[40].

10. maddede değişik kullanımlar arasındaki ilişkiler düzenlenmektedir. Buna göre, tersine bir anlaşma veya teamül kuralı bulunmadığı durumda, hiçbir kullanım diğerleri üzerinde üstünlüğe sahip değildir[41]. Değişik kullanımların çatışması durumunda, sorun 5-7. maddelerin ışığı altında yaşamsal insan gereksinimlerine özel önem verilerek çözülecektir[42].

Akarsu devletleri arasında, akarsuyun kullanımı ile ilgili yeni girişim projeleri ve bunlarla ilgili düzenlemeler üçüncü bölümde, Madde 11-19, ele alınmıştır. 11. madde doğrultusunda ilgili akarsu devletleri uluslararası akarsu üzerinde yapılması düşünülen projeler ve bunların oluşturabileceği etkiler hakkında birbirlerine bilgi verecekler ve danışacaklardır[43]. 11. madde, uluslararası akarsu üzerinde bir devletin diğer devletlere önemli zararları olabilecek bir projeye girişmeden önce diğer devletleri zamanında bilgilendirmesini emretmektedir. Böyle bir bilgilendirme, devletlerin muhtemel etkileri değerlendirebilmelerine olanak verecek, çevresel etki değerlendirmesi sonuçlarını da içeren, teknik veri ve bilgilerden

38 Md 8(2), 36 I.L.M. (1997) p. 707.
39 Md 9(1), 36 I.L.M. (1997) p. 707.
40 Md 9(2), 36 I.L.M. (1997) p. 707.
41 Md 10(1), 36 I.L.M. (1997) p. 707.
42 Md 10(2), 36 I.L.M. (1997) p. 707.
43 Md 11, 36 I.L.M. (1997) p. 707.

oluşacaktır[44]. Aksi kararlaştırılmadıkça, 12. maddeye göre haber veren devlet diğer akarsu devletlerine ilgili projenin muhtemel etkilerini değerlendirmek amacıyla altı aylık bir süre tanıyacak[45] ve bu süre haber verilen devletlerin istemi üzerine, durumun zorluğuna göre, altı ay daha uzatılabilecektir[46]. 13. maddede belirtilen süre içerisinde, planlanan projeler, haber verilen devletlerin oluru alınmadan, gerçekleştirilmeyecek[47] ve bu sürede haber veren devlet diğerlerine gereken her türlü bilgi ve veriyi sağlayacaktır[48]. 15. maddeye göre, haber verilen devletler, ulaştıkları sonuçları en kısa zamanda haber veren devlete bildireceklerdir[49]. Eğer haber verilen devlet, planlanan projenin uygulanmasının 5. ve 7. madde hükümleriyle bağdaşmadığı sonucuna varmışsa, bunun nedenlerini ve açıklamasını haber veren devlete ulaştıracaktır[50]. Eğer haber verilen devletten süresi içerisinde bir yanıt gelmezse, haber veren devlet planladığı projeyi 5. ve 7. madde hükümlerini gözeterek uygulamaya koyabilecektir[51]. Haber veren devlet, belirtilen sürede herhangi bir cevap alamamışsa ve bunun üzerine projeye girişmişse, yapılan harcamalar, cevap vermeyen devletin belirtilen sürenin geçmesinden sonraki tazminat taleplerinden düşülebilir[52]. 15. maddede belirtilen şekilde projenin 5. ve 7. maddelere aykırı olduğu doğrultusunda bir bilgi alışverişi olmuşsa, ilgili devletler karşılıklı olarak birbirlerine danışacaklar ve, eğer gerek görülürse, durumun hakkaniyete uygun bir çözümü doğrultusunda görüşmelerde bulunacaklardır[53]. Danışma ve görüşmeler, her bir devletin,

---

44 Md 12, 36 I.L.M. (1997) p. 707, 708.
45 Md 13(1), 36 I.L.M. (1997) p. 708.
46 Md 13(2), 36 I.L.M. (1997) p. 708.
47 Md 14(1), 36 I.L.M. (1997) p. 708.
48 Md 14(2), 36 I.L.M. (1997) p. 708.
49 Md 15, 36 I.L.M. (1997) p. 708.
50 Md 15, 36 I.L.M. (1997) p. 708.
51 Md 16(1), 36 I.L.M. (1997) p. 708.
52 Md 16(2), 36 I.L.M. (1997) p. 709.
53 Md 17(1), 36 I.L.M. (1997) p. 709.

diğerinin haklarını ve meşru çıkarlarını gözetecek şekiyde iyi niyet temeli üzerinde yürütülecektir[54]. Danışma ve görüşmelerin yürütülmesi sırasında projeyi planlayan devlet, haber verilen devletin istemi üzerine, projeyi uygulamaktan veya uygulanmasına izin vermekten, tersi kararlaştırılmadıkça. altı ay süresince kaçınacaktır[55]. 18. madde bilgi vermeme durumundaki prosedürü düzenlemektedir. Buna göre, eğer bir devlet diğer bir devletin kendisine önemli zarar verecek bir projeyi planladığına inanıyorsa, gerekçeli olarak diğer devletten 12. maddeyi uygulamasını isteyebilir[56]. Projeyi planlayan devlet, eğer 12. madde doğrultusunda böyle bir haber verme yükümlülüğünde olmadığı inancındaysa, bunu gerekçeli olarak bilgi isteyen devlete bildirecektir[57]. Bu gerekçeler, bilgi isteyen devlet tarafından tatminkar bulunmazsa, bilgi isteyen devletin isteği üzerine ilgili devletler 17. maddenin 1. ve 2. paragraflarında belirtilen şekilde danışma ve görüşmelerde bulunacaklardır[58]. 19. maddeye göre, planlanan projelerin uygulanmasının kamu sağlığının, kamu güvenliğinin korunması veya benzeri bir nedenle aciliyet gerektirmesi durumunda, 5. ve 7. maddelere tabi olmak şartıyla, ilgili devlet 14. madde ve 17. maddenin 3. paragrafına bağlı kalmaksızın projeyi uygulayabilir[59]. Böyle bir durumda 12. maddede belirtilen devletlere resmi bir bildirge, ilgili veri ve bilgilerle birlikte, sunulacaktır[60]. Projeyi planlayan devlet 2. paragrafta belirtilen devletlerle, istem üzerine, danışma ve görüşmelerde bulunacaktır[61].

20.-26. maddeler uluslararası akarsuların korunması ve

---

54 Md 17(2), 36 I.L.M. (1997) p. 709.
55 Md 17(3), 36 I.L.M. (1997) p. 709.
56 Md 18(1), 36 I.L.M. (1997) p. 709.
57 Md 18(2), 36 I.L.M. (1997) p. 709.
58 Md 18(3), 36 I.L.M. (1997) p. 709.
59 Md 19(1), 36 I.L.M. (1997) p. 709.
60 Md 19(2), 36 I.L.M. (1997) p. 710.
61 Md 19(3), 36 I.L.M. (1997) p. 710.

yönetilmesi ve ilgili hükümleri içermektedir. 20. maddeye göre akarsu devletleri kendi başlarına ve mümkün olan durumlarda hep birlikte uluslararası akarsuyun ekosistemlerini koruyacak ve kollayacaklardır[62]. 21. madde kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi başlığını taşımaktadır. Buna göre "uluslararası bir akarsuyun kirlenmesi", dolaylı veya dolaysız insan eylemlerinden kaynaklanan akarsuyun niteliği veya içereğindeki zararlı değişim olarak tanımlanmaktadır [63]. 22. madde yeni türlerin girişini, [64] 23. madde denizin korunmasını düzenlemektedir [65]. 24. madde akarsuların yönetilmesini ele almaktadır. 24. maddeye göre devletler ortak yönetim mekanizmaları oluşturabilirler.[66] Buna göre "yönetim", "uluslararası akarsuyun sürdürülebilir kalkınmasının planlanmasını ve bunun uygulanmasını"[67] ve "akarsuyun makul ve optimal kullanımı, korunması ve kontrolunu"[68] ifade etmektedir. 25. madde akarsuyun düzenlenmesini,[69] 26. madde tesisleri ilgilendirmektedir[70]. 27. madde zararlı durumların önlenmesini,[71] 28. madde ise acil durumları düzenlemektedir[72]. 29. madde uluslararası akarsuların ve tesislerin savaş zamanındaki durumunu ele almakta, buraların savaş hukukuna göre korunmuş statüde olduğunu belirtmektedir[73]. 30. madde devletlerin birbirleriyle dolaysız ilişki kurmasının mümkün olmadığı durumlarda, anlaşmada belirtilen işbirliği görevini aralarında uzlaşacakları

---

62 Md 20, 36 I.L.M. (1997) p. 710.
63 Md 21(1), 36 I.L.M. (1997) p. 710.
64 Md 22, 36 I.L.M. (1997) p. 710.
65 Md 23, 36 I.L.M. (1997) p. 711.
66 Md 24(1), 36 I.L.M. (1997) p. 711.
67 Md 24 2(a), 36 I.L.M. (1997) p. 711.
68 Md 24 2(b), 36 I.L.M. (1997) p. 711.
69 Md 25, 36 I.L.M. (1997) p. 711.
70 Md 26, 36 I.L.M. (1997) p. 711,712.
71 Md 27, 36 I.L.M. (1997) p. 712.
72 Md 28, 36 I.L.M. (1997) p. 712.
73 Md 29, 36 I.L.M. (1997) p. 712.

dolaylı yöntemlerle yerine getirebileceklerini ifade etmektedir[74]. 31. madde uyarınca devletler ulusal güvenlik ve savunmaları ile ilgili bilgileri vermeyebileceklerdir. Ancak iyi niyet kurallarına uyulmalıdır[75]. 32. maddeye göre, bir önemli zarar veya zarar tehlikesinin ortaya çıkması halinde ilgili devletler yargı yoluna, diğer usullere veya zararın tazmini için başvurma hakkını verirken buna konu olan kişilerin uyruğuna, ikâmetine veya zararın ortaya çıktığı yere dayalı olarak ayrım yapmamakla yükümlüdürler[76].

33. madde anlaşmazlıkların giderilmesini düzenlemektedir. Buna göre iki veya daha fazla akarsu devleti arasında, bu anlaşmanın yorumlanması veya uygulanmasından doğabilecek anlaşmazlıklar 33. maddenin hükümleri uyarınca barışcıl yollardan çözümlenecektir[77]. Eğer ilgili taraflar bir anlaşmaya varamazlarsa, birlikte üçüncü bir devletin yardım veya arabuluculuğunu isteyebilirler; aralarında daha önce oluşturdukları ortak bir akarsu kurumunu kullanabilirler veya anlaşmazlığı hakemliğe ya da UAD'na götürebilirler[78]. Bu maddenin 10. paragrafı hükümlerine tabi olmak şartıyla, eğer ilgili taraflar görüşmelerin başlaması isteminden itibaren 6 ay sonra anlaşmazlığı görüşmelerle veya yukarıda belirtilen yollardan biriyle çözümleyememişlerse, anlaşmazlık, taraflar tersine kararlaştırmadıkça, tarafsız bulgu toplama komisyonuna havale edilir[79]. 33. maddenin 4.-9. paragrafları tarafsız bulgu toplama komisyonunun çalışmalarını düzenlemektedir. Yukarıda anılan 10. paragraf ise zorunlu hakemliğe veya UAD'na başvurma ile ilgilidir. Bu paragraf uyarınca bir taraf devlet, anlaşmanın onaylanması sırasında veya daha sonra, bir anlaşmazlığın bu maddenin 2.

---

74 Md 30, 36 I.L.M. (1997) p. 713.
75 Md 31, 36 I.L.M. (1997) p. 713.
76 Md 32, 36 I.L.M. (1997) p. 713.
77 Md 33(1), 36 I.L.M. (1997) p. 713.
78 Md 33(2), 36 I.L.M. (1997) p. 713.
79 Md 33(3), 36 I.L.M. (1997) p. 713.

paragrafında belirlendiği şekilde çözümlenemediği takdirde, aynı yükümlülüğü kabul eden devletlerle mütekabiliyet prensibi içerisinde zorunlu olarak ve herhangi bir özel anlaşmaya ihtiyaç duymadan;

a) Anlaşmazlığın UAD'na götürülmesini ve/veya

b) Hakemlik Mahkemesine başvurmayı,
kabul ettiğini bildirimde bulunabilir[80].

Son hükümler ise, her anlaşmada bulunan imzaya açılma,[81] onaylanma,[82] yürürlüğe girme[83] ve anlaşmanın resmi dilleriy- le[84] ilgilidir.

Anlaşmanın sonunda 14 maddelik bir de ek yer almaktadır. Ek, hakemlikle ilgili düzenlemelerde bulunmaktadır. Ayrıca bazı maddelerdeki hükümlerin nasıl anlaşılması gerektiği anlaşmanın sonuna eklenmiştir.

YORUM VE DEĞERLENDİRMELER

Bir ülkeden doğup, bu ülke sınırlarını terkederk başka ülke topraklarına giren akarsuların ulaşım dışı amaçlarla kullanımı hakkındaki uluslararası hukuk kurallarının oluşumu, uluslararası hukukun diğer alanlarda getirdiği düzenlemelerle karşılaştırıldığında, görece olarak yenidir. Nitekim uluslararası nehirlerde ulaşımı düzenleyen kurallar; bunun içine anlaşmalar, teamül ve yargı kararları girmektedir; Dünyanın birçok bölgesinde 20. yüzyılın başlarına kadar saptanmıştır. Oysa akarsuların enerji üretimi, tarım ve sanayi sektöründe kullanımı 20. yüzyılın başında, daha yeni

---

80 Md 33(10), 36 I.L.M. (1997) p. 714.
81 Md 34, 36 I.L.M. (1997) p. 715.
82 Md 35, 36 I.L.M. (1997) p. 715.
83 Md 36, 36 I.L.M. (1997) p. 715.
84 Md 37, 36 I.L.M. (1997) p. 716.

başlamıştı. Hatta içlerinde Türkiye'nin de yeraldığı birçok ülke, bu tür doğal kaynakları kullanmaya ancak 1970'li yıllarda girişti[85]. Bu tür kullanım biçimlerinin yeni bir olgu olmasına paralel olarak, uluslararası hukukun bunlarla ilgili düzenlemeler getiren dalının da yeni olması doğaldır. Bu alanda bugün beliren konsensusa bile 1950'ler sonrasında ulaşılabilmiştir.

Uluslararası akarsular hukuku 20. yüzyılın başlarında emekleme çağında idi ve iki karşıt teorinin çekişmesini yaşıyordu; mutlak ülke egemenliği (Harmon doktrini) ve mutlak ülke bütünlüğü. Birincisine göre, egemen devletler uluslararası akarsu kendi ülke topraklarında bulunduğu müddetçe bunu, ülke üzerinde sınırsız egemenlik ilkesinin bir sonucu olarak, diledikleri biçimde, diğer devletler üzerindeki etkilerini dikkate almaksızın, kullanma hakkına sahiptirler. İkincisi ise aksine, devleti toprakları ve üzerindeki herşey ile bir bütün kabul etmekte ve dolayısıyla yukarı kıyıdaş devletlerin aşağı kıyıdaş devletlere akmakta olan akarsular üzerinde herhangi bir şekilde değişiklik yapmasına olanak vermemekteydi. Doğaldır ki, birinci teori yukarı kıyıdaşların çıkarlarını, ikincisi ise aşağı kıyıdaşların çıkarlarını yansıtmaktadır. Bu iki ekstrem teori gerek uygulamada, gerekse mahkame kararlarında kabul edilmemişti. Ünlü akarsu hukukçularından Berber bunları "anarşik" ve "egoistik" olarak nitelemektedir[86]. Sonuçta, bir anlamda uzlaştırıcı görüş sayılabilecek, hem aşağı kıyıdaş devletlere hem de yukarı kışıdaş devletlere kullanma hakkı

85 Türkiye'nin uluslararası akarsularını ilgilendiren hukuksal çalışmalar için bkz. BIR, M., a.g.e., İNAN, Y., "Legal Dimensions of International Watercourse (Euphrates and Tigris)", in BAGIS, A. I., Water as an Element of Cooperation and Development in the Middle East, Ankara, 1994, s. 223-237 ve KAYA, I., The Utilization of International Watercourses in International Law: The Tigris-Euphrates Case, Unpublished LLM Dissertation, Universty of Nottingham, 1995.

86 BERBER, F. J., Rivers in International Law, Stevens&Sons Ltd., London, 1959.

tanıyan üçüncü bir görüşün kabul edilmesi gerçekleşmiştir. Bu teori "hakkaniyete uygun ve makul kullanma teorisi" olarak bilinmektedir. Bu ilke ışığı altında devletler, kendi topraklarından geçen akarsuları kullanırken diğer devletlerin de çıkarlarını gözetecektir. Bu teori devletlere kullanma hakkı tanırken, onlara ayrıca zarar vermeme ödevi de yüklemektedir[87].

Teorilerin uygulanmasına hukuksal ve teknik açıdan bakıldığında, yukarıda söz edilen birinci ve ikinci teorinin uygulanması çok kolay iken, üçüncünün uygulanmasında çok büyük zorluklar vardır. Nitekim mutlak ülke egemenliği teorisine göre yukarı kıyıdaş devlet suların hepsini kullanabileceğinden hiç su bile vermeyebilir ve mutlak ülke bütünlüğü teorisine göre ise yukarı kıyıdaş devletin tüm suları hiç değiştirmeden bırakması gerekir. Ancak hakkaniyete uygun kullanım doktrinine göre devletlerin hak sahibi oldukları su miktarlarının nasıl belirleneceği tartışmalıdır. Devletlerin hak sahibi oldukları su miktarlarının saptanmasında ilgili birçok faktör göz önüne alınmaktadır. 1966 Helsinki Kuralları bunları 5. maddede sıralamıştır. Eldeki akarsular anlaşması da ilgili "unsur ve şartları" 6. maddesiyle sıralamaktadır. 10. madde hiçbir kullanıma üstünlük tanınmaması gerektiğini öngörerek, tüm faktörlerin bir bütün olarak değerlendirilmesini emretmekte ve 6. maddenin 3. paragrafını tamamlamaktadır. Dolayısı ile 10. maddenin ayrıca ele alınması yerine 6. madde içine dahil edilmesi daha yerinde olabilirdi. Hakkaniyete uygun kullanımın belirlenmesinde ilgili unsurlar coğrafi koşullardan başka alternatiflerin olup olmayacağına, ekonomik ve sosyal

---

87 Teorilerin ayrıntılı tartışılması ve hukuksal değerleri eldeki çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu konularla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SAR, C., Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, özellikle s. 104-315 ve BIR, M., Akarsulardan Faydalanma ve Türkiye'nin Uluslararası Hukuku İlgilendiren Akarsuları, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, 1986, özellikle s.73-109.

şartlardan akarsuyun korumasına uzanan çok geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Böyle olunca neyin hakkaniyete uygun olduğu, neyin olmadığı sorunu boşlukta kalmaktadır. Bu sorunla, daha önce konuyu ele alan bilim adamları ve bilim kuruluşları tarafında da karşılaşılmıştı. Anlaşmanın 3(3) maddesi, ilgili akarsu devletlerinin anlaşma hükümlerini, her akarsuyun kendi özelliklerine göre kendi aralarında akdedecekleri, anlaşmalara uyarlayabileceklerini, gerekirse değiştirebileceklerini, öngörerek bu konuda esneklik getirmekte ve hakkaniyete uygun kullanımın saptanmasını ilgili akarsu devletlerine bırakmaktadır.

Hakkaniyete uygun kullanım teorisinin çok önemli bir başka prensibi ise, komşu akarsu devletlerine zarar vermeme yükümlülüğüdür. Uluslararası akarsular hukukunda zararın tanımı ve hangi miktardaki zararın yasak olduğu tartışmalı olmakla birlikte, 7. madde "önemli zarar" vermeyi yasaklamaktadır.

Esasa ilişkin kuralların açık ve belirgin olmadığı durumlarda, usul ve şekil kuralları çok daha fazla önem taşımakta ve bazı durumlarda esasa ilişkin kuralların eksikliklerini doldurmaktadır.. 8. maddeye göre akarsu devletleri işbirliği yapmakla yükümlüdürler. Devletler arasında kurulacak çeşitli akarsu kurumlarının, örneğin karma veya ortak komisyon, uluslararası akarsu anlaşmazlıklarının çözümü, işbirliğinin gerçekleştirilmesi, var olan anlaşmaların uygulanması bakımlarından önemi çok büyüktür. 8(2) fıkrası ile bunlar teşvik edilmektedir. 9. madde ise karşılıklı bilgi ve veri değişimini öngörmektedir.

Uluslararası suların kullanımı genellikle yukarı kıyıdaş devletlerin çıkarları ile aşağı kıyıdaş devletlerinin çıkarlarının çatışmasıdır. Çünkü, birinin kullanımı ne kadar çoksa, diğerininki o ölçüde az olacaktır. Yukarıdaki cümlede "genellikle" kelimesinin kullanılışının sebebi, belirtilen

yargının her zaman şartsız olarak doğru olmadığıdır. Nitekim birçok yerde doğal uluslararası akarsu sistemi, insanların çizmiş olduğu sınırları tanımamaktadır. Devletlerin ayrı kullanım ve kalkınma planlarından elde edilebilecek yararlar, bunların bir araya gelerek yapabilecekleri ortak projelerden daha az olabilmektedir. Devletlerin bir araya gelip, belirli alanlarda karşılıklı çıkarları doğrultusunda, ortak bir kalkınma programı çerçevesinde hareket etmeleri akarsuyun bir sistem oluşturduğu ve bir bütün olarak ele alınmasını ifade eden "bütünsel yaklaşım terimi" ile açıklanmaktadır. Anlaşmada yer alan "sistem" yaklaşımı ve işbirliğini öngören maddeler, ortak çabalar sonucu optimal faydanın ve korumanın sağlanmasına yöneliktir[88].

Anlaşmanın en önemli bölümlerinden bir tanesi de uluslararası bir akarsuyun kullanımı ile ilgili projeleri düzenleyen maddelerdir (Madde 11-19). İlgili maddelere göre, planlanan projeler ve etkileri hakkında diğer devletlere haber verme, onların cevabını bekleme ve ilgili süreler yukarıda detayları ile açıklandı. Uluslararası teamül hukuku ve mahkeme kararları[89] ile bağdaşmayacak şekilde 14. maddenin (b) fıkrası zarar doğurabilecek faydalanma projelerinin uygulanmasını aşağı kıyıdaş devletin rızasına bağlamaktadır; eğer rıza olmazsa durdurulmasını istemektedir. Halbuki devletler, yaptıkları eylemlerin zararlarına katlanmak şartıyla, istedikleri projeyi yapma özgürlüğüne sahiptirler[90]. Ancak şu da doğaldır ki; yapılan eylem uluslararası akarsular hukukunda da hakkaniyete uygun değilse ve tazmini gerektiren bir zarar gerektiriyorsa devletler riske girebileceklerdir. 16. maddenin (2) fıkrası ise tamamen aşağı kıyıdaş devleti tutmaktadır. 16.

---

88 Madde 20.

89 Lanoux Gölü meselesinde mahkeme kıyıdaşların olurunu alma yükümlülüğünün olmadığını açıkca belirtmektedir. Lake Lanoux Arbitration, 24. I.L.R. (1957) p. 128, 130.

90 BOURNE, C.B., "The Right to Utilize the Waters of International Rivers", The Canadian Yearbook of International Law, vol. 3, 1965, p. 230.

maddenin (1) fıkrasına göre haber verilen devletten belirtilen sürede herhangi bir cevap alamayan haber veren devlet projeyi uygulamaya sokabilecektir. 2. fıkraya göre ise süresinde itirazda bulunmayan devlet daha sonra itirazda bulunabilecek, o zamana kadar yapılan harcamalar düşülmek kaydıyla, zararının giderilmesini isteyebilecektir. Yapılan harcamaların, ödenecek tazminat miktarından düşürülmesi harcamaları yapan devletin yararına olsa da, böyle bir projeye süresi geçtikten sonra itiraz edebilme hakkının aşağı kıyıdaşa tanınması yerinde gözükmemektedir.

20. ve 21. madde uluslararası akarsuların kirlenmesini, 24. madde yönetilmesini, 25. madde düzenlenmesini ele almakta ve tanımlamaktadır. Oysa anlaşma ile ilgili terimler 2. maddede yer almıştır. Bunların da ikinci maddede ele alınması daha yerinde olabilirdi. Ayrıca, her ne kadar bu madde konuları uluslararası akarsuların kullanımı ile ilgili de olsa, bunların anlaşma tarafından ele alınmış olması anlaşmanın kapsamını genişletmiştir. Sonuçta anlaşma, ne çerçeve anlaşma niteliklerini taşıyacak kadar kısa ve sade, ne de herşeyi iyi bir şekilde düzenleyecek kadar geniş ve detaylıdır.

Anlaşmanın "anlaşmazlıkların giderilmesi" ile ilgili 33. maddesi belki de en detaylı düzenlenmiş maddedir[91]. Bu maddeye göre anlaşmazlıkların barışcıl yollardan çözümü gerekmektedir. İkili görüşmelerin sorunu çözemediği durumlarda, üçüncü taraf veya taraflara başvurulacaktır. Üçüncü tarafa sorunu götürme uluslararası hukuk tarafından teamül kuralı olarak görülmemektedir[92]. 33. maddenin 3.-9. paragraflarıyla düzenlenen tarafsız veri toplama komisyonu ise bu alanda bir yeniliktir. Böyle tarafsız bir komisyonun, özellikle tarafların birbirine güven duymadığı ve işbirliğine yanaşmadığı

---

91 Bkz. s. 8-9.

92 BOURNE, C.B., "Mediation, Conciliation and Adjudication in the Settlement of International Drainage Basin Disputes", The Canadian Yearbook of International Law, vol. 9, 1971, p. 125, 145.

durumlarda, objektif veri sağlama bakımından yararları tartışılamaz. Ancak, eğer taraflar işbirliğine zaten yanaşmıyorsa, eldeki objektif verilerin sorunun çözüme ne kadar katkıda bulunabileceği hususu kuşkuludur. Uluslararası hukuk tarihinde yapılacak bir inceleme devletlerin ikili ilişkilerine üçüncü tarafları dahil etme konusunda pek istekli olmadıklarını göstermektedir[93]. Anlaşmazlıkların bu şekilde çözümünü öngören maddelerin anlaşma kapsamında ele alınması çok yapıcı gözükmemektedir. Devletler anlaşmazlıklarını çözmek istediklerinde zaten karşılıklı görüşmeler sonucu varılacak bir mutabakatla anlaşmazlığa üçüncü tarafları dahil edebilmektedirler[94].

SONUÇ VE ÖNGÖRÜLER

Her akarsu kendine has özellikler taşır. Bunların tek tip kurallarla düzenlenmeye çalışılması kaçınılmaz olarak bu gerçekliği göz ardı edeceğinden uygulanamaz gözükmektedir. Birden fazla devleti ilgilendiren akarsularla ilgili düzenlemeler ancak ilgili devletlerin karşılıklı işbirliği çerçevesinde girişecekleri görüşmeler yoluyla yapılabilecektir. Devletlerin akarsularla ilgili sorunlarını çözerken izleyecekleri yola ışık tutan genel prensiplerin bulunması kuşkusuz yararlıdır. Eldeki anlaşma, uluslararası hukuk tarafından kabul edilen genel prensipleri belirtmesi açısından başarılıdır. Ancak düzenlemelerin çok ayrıntılı yapılmış olması, görüşmelerde bulunacak tarafların iradesi üzerinde kısıtlamalar getirmektedir.

---

93 A.g.e., s.141.

94 Bir örnek olarak anmak gerekirse, 1993 yılında Macaristan ve Slovak Cumhuriyeti Tuna Nehri ile ilgili anlaşmazlıklarını UAD'na götürmüşlerdir ve dava hala sürmektedir. Bkz. Hungary- Slovak Republic: Special Agreement for Submission to the International Court of Justice of the Differences Between them Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project, 32 I.L.M. (1993) p.1293.

Anlaşma ile ilgili en büyük sorun, neyin teamül kuralı olduğunun, neyin sadece anlaşma maddesi olduğunun bilinmemesinin getirdiği belirsizliktir. Çünkü teamül kuralları taraf olsun olmasın tüm dünya devletleri için bağlayıcı iken, anlaşma kuralları sadece taraflar için bağlayıcıdır. Anlaşmanın, teamül hukuku tarafında henüz tanınmamış birçok yeni kural getirdiği görülmektedir. Bu bağlamda, yaşayan en büyük çağdaş uluslararası akarsular hukukçusu olan Bourne "taraf olmayanlar açısından, bu anlaşmanın hiç bir önemi yoktur" demekte son derece haklıdır[95]. Anlaşmaya sadece üç devletin karşı çıktığına bakıp, anlaşmanın dünya devletleri arasında geniş bir konsensusu yansıttığı kanısına kapılmak da son derece yanıltıcıdır. Anlaşmaya kabul oyu veren devletler arasında uluslararası hiçbir akarsuya kıyıdaş olmayan devletler olduğu gibi, birçok ada devleti de bulunmaktadır. Uluslararası akarsu sorunlarına taraf olan ülkelerden en önemlileri olan İsrail, Mısır, Hindistan, Pakistan, Fransa ve İspanya gibi birçok ülke çekinser oy kullanmıştır. Ayrıca anlaşmaya oy veren akarsu devletlerinden hangilerinin anlaşmayı imzalayıp, onaylayacağı da kuşkuludur.

95 BOURNE, C.B., Özel Mülakat, Dundee/ Iskoçya, 10 Haziran 1997.

BİBLİYOĞRAFYA

BERBER, F.J., Rivers in International Law, London, 1959.

BIR, M., Akarsulardan Faydalanma ve Türkiye'nin Uluslararası Hukuku İlgilendiren Akarsuları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, 1986

BOURNE, C.B., "The Right to Utilize the Waters of International Rivers", The Canadian Yearbook of International Law, vol. 3 (1965), p.187264

----"Mediation, Conciliation and Adjudication in the Settlement of International Drainage Basin Disputes", The Canadian Yearbook of International Law, vol.9(1971) p.114-158

----"Procedure in the Development of International Drainage Basins, The Duty to Consult and to Negotiate", The Canadian Yearbook of International Law, vol.10(1972) p.212-234

BOZKURT, E., "Ulaşıma Elverişli Olmayan Akarsuların Hukuki Rejimi ile İlgili Görüşler ve Uluslararası Hukuk Komisyonu 1994 Taslağı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı), 1995 s.201-222

BRUHACS, J., The Law of Non-Navigational Uses of International Water Courses, Dordrecht 1993

GRIFFIN, W.L., The Use of Waters of International Drainage Basins Under Customary International Law", AJIL, vol. 53(1959), p.50-80

İNAN, Y.,"Legal Dimensions of International Watercourse(Euphrates and Tigris)", in BAGIS, A.I.(ed), Water as an Element of Cooperation and Development in the Middle East, Ankara, 1994, s 223-237

KAYA, I., The Utilization of International Watercourses in International Law: The Tigris-Euphrates Case, Unpublished LLM Dissertation, University of Nottingham, 1995

LIPPER, J., "Equitable Utilization", in GARRETSON A.H. et.al.The Law of International Drainage Basins, New York, 1967

McCAFFREY, S. and ROSENSTOCK, R., "The International Law Commission's Draft Articles on International Watercourses: an Overview and Commentary", RECIEL, vol. 5, 1996

SANDS, P., Principles of International Environmental Law, vol. I, Manchester, 1995

SAR, C., Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara, 1970

KISALTMALAR

A.g.e. : Adı Geçen Eser
AJIL : American Journal of International Law
Art. : Article
Bkz. : Bakınız
BM. : Birleşmeş Milletler
BMGK. : Birleşmeş Milletler Genel Kurulu
Ed. : Editor
GA : General Assembly
IDI : Institut de Droit International
ILA : International Law Assocciation
ILC : International Law Commission
ILM : International Legal Materials
ILR : International Law Reports
LNTS : League of Nations Treaty Series
Md. : Madde
P : Page
RECIEL : Review of European Community and International Environmental Law
UAD : Uluslararası Adalet Divanı
UHD : Uluslararası Hukuk Derneği
UHE : Uluslararası Hukuk Enstitüsü
UHK : Uluslararası Hukuk Komisyonu
UN : United Nations
Vol. : Volume
Yb. Int'l Com.: Yearbook of International Law Commission

DEVLETİN AİLE BİRLİĞİNİ KORUMASI ÖDEVİ ÇERÇEVESİNDE DEVLET MEMURLARI KANUNU MADDE 72

Arş. Gör. Cemil KAYA*

GİRİŞ

İdarenin asli ve en önemli görevi olan kamu hizmetlerini eksiksiz ve kesintisiz surette yerine getirebilmesi için taşınır ve taşınmaz mallara, paraya ve belki de en önemlisi kamu görevlileri denilen insan topluluğuna ihtiyacı vardır[1]. Bunlardan taşınır ve taşınmaz mallar kanunlarda öngörülen usuller çerçevesinde, para unsuru ise Devletin yıllık bütçesiyle tesbit edilen ilke ve usuller çerçevesinde kamu hizmetlerinde kullanılır. Buna karşılık kamu görevlileri denilen unsur da yine Kanunlarda öngörülen usuller çerçevesinde kamu hizmetine alınır ve bu hizmeti yerine getirir.

İşte, kamu hizmetlerini yerine getirmede kullanılan taşınır ve taşınmaz mallar ile para unsuru idarenin "maddi" unsurunu, kamu görevlileri de "beşeri" unsurunu oluşturur[2].

Kamu hizmetini etkin, verimli ve amacına uygun bir şekilde yürütmekle mükellef bulunan idare, bu amacın gerçekleşmesinde aktif rol oynayan kamu görevlileri üzerinde belli tasarruflarda bulunabilir. Çünkü, "Belli bir statüye girmeyi kabul eden bir kişinin bu statü için geçerli kurallara uyması gerektiği açıktır"[3]. Buna karşılık aynı idarenin yapacağı bu tasarruflar kamu görevlilerinin kişisel özlük

---

* S. Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

1 **GÜRAN** Sait, İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi, İÜHFM, c. XXIX, sy. 1-2, 1963, s. 157.

2 **GÜNDAY** Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s. 370; **KARATEPE** Şükrü, İdare Hukuku, İzmir 1995, s. 149.

3 D5D., E. 93/5573, K. 95/4496, KT., 28.12.1995, DBM.

haklarına, daha geniş bir ifadeyle mevzuata aykırı olamayacaktır.

Devlet Memurları Kanunu (DMK) madde 72'de kamu hizmetlerini yürütmekle mükellef bulunan idareye, kamu görevlilerini, "yer değiştirme suretiyle atama" yetkisi tanınmıştır. Çünkü memurların nakline karar vermek idarenin takdir yetkisi içindedir[4].

Bu çalışmada, yer değiştirme suretiyle atamada Devletin ya da dar anlamda idarenin, "aile birliğini koruması ödevi" incelenecektir. Çünkü, aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. DMK madde 72/2'de "... Sözü edilen hüküm eşin arzu ettiği takdirde aynı yerde çalışmasına dolayısıyla aile birliğini korumaya matuftur"[5]. Ayrıca bu önemine binaen Anayasanın 41. maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük getirmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasanın "Ailenin Korunması" başlıklı 41. maddesinde, aile Türk toplumunun, temeli sayılmış; Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli önlemleri alacağı ve örgütleri kuracağı belirtilmiş, böylece aile kurumu anayasal güvenceye bağlanmıştır"[6]. Danıştay'a göre, "... bu maddeyle Anayasa koyucunun aileyi parçalanmaktan kurtarmak, bireylerini birarada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunu devam ettirmek ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamı

---

4 De **VUST**, The Use of Discretionary Authority by International Organizations in Their Relations with International Civil Servants, Denver Journal of International law and Policy, volume 12, 1983, p. 237, 252.

5 D5D., E. 85/1416, K. 86/77, KT., 27.1.1986, DD., yıl 17, sy. 64-65, 1987, s. 191.

6 AYM., E. 96/47, K. 97/43, KT., 8.4.1997, RG., 25.4.1998, sy. 23323. Aynı yönde bkz. AYM., E. 97/22, K. 97/44, KT., 8.4.1997, RG., 26.4.1998, sy. 23324.

sağlamak amaçlarını taşıdığı kuşkusuzdur"[7]. Dolayısıyla, idarenin DMK madde 72/2 çerçevesinde yapacağı bir nakil işlemi herşeyden önce bu Anayasal ilkeye uygun olmak zorundadır.

Memurların nakli (transfer, reassigment) konusu iç hukukta olduğu kadar uluslararası idare hukukunda da çok önemlidir[8]. Bu bağlamda, aile birliğinin korunmasına ilişkin olarak yapılan çalışmaların, uluslararası düzeyde de göze çarptığını söyleyebiliriz. Avrupa Konseyinin (Council of Europe) 18.10.1961 yılında Turin'de imzaladığı "Avrupa Sosyal Şartı" nın[9] 16. maddesi, "Ailenin Sosyal, Hukuki ve Ekonomik Korunma Hakkı" başlığını taşımaktadır. Avrupa Konseyi (Council of Europe) 3.5.1996 yılında Strasbourg'da bu şartı revize etmiştir. Ancak 16. maddenin başlığı ve içeriği değişmemiştir. Buna göre madde, "Toplumun temel birimi olan ailenin tam olarak geliştirilmesi için gereken şartları sağlamak amacına yönelik olarak, taraf devletler, sosyal ve ailevi yardımlar, mali düzenlemeler, aileye barınma sağlanması, yeni evlenen ailelere yardım ve diğer önlemeler gibi aile hayatının ekonomik, hukuki ve sosyal güvenliğinin geliştirilmesi için gerekli tüm tedbirleri alırlar" hükmünü öngörmüştür[10].

I. YER DEĞİŞTİRME SURETİYLE ATAMA

657 sayılı DMK'nun 2670 sayılı Kanunla değişik 72. maddesinin 1. fıkrasında, "Kurumlarda yer değiştirme

---

7 D5D., E. 94/6864, K. 95/428, KT., 25.1.1995, DD., yıl 26, sy. 91, 1996, s. 513.

8 Uluslararası idare hukukunda memurların ayrıntıları için bkz. **AMERASINGHE** C. F., The Law of International Civil Service, Clarendon Press Oxford, Second Edition, 1994. Yer değiştirme için özellikle, p. 257-287.

9 Bu konuda metinlere ulaşmak için bkz. Internet adres: www. coe.fr/eng/legaltxt/35e.htm

10 Bu konuda metinlere ulaşmak için bkz. Internet adres: www. coe.fr/eng/legaltxt/163e.htm

suretiyle atanmalar; hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiyenin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller gruplandırılarak tespit edilen bölgeler arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılır" hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin 2670 sayılı Kanunla değişik son fıkrasında da "Devlet Memurlarının nüfusa kayıtlı oldukları yer, tahsil yeri ve ikametgahı gibi hususlar dikkate alınarak atanamayacakları yerler ve bu yerlerdeki görevler ile kurumların özellik arz eden görevlerine atanabilmeleri için hangi kademelerde ne kadar hizmet etmeleri gerektiği ve yer değiştirme ile ilgili atama esasları **Bakanlar Kurulunca çıkarılacak** bir **yönetmelikle** belirlenir" hükmü öngörülmüştür. Bu hükme dayanarak Bakanlar Kurulu, 25.6.**1983** tarih ve 18088 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, **"Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik"**i çıkarmıştır.

1984 yılında 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 657 sayılı DMK' nun 72. maddesinin son fıkrası, "Memurların atanamayacakları yerler ve bu yerlerdeki görevler ile kurumların özellik arz eden görevlerine atanabilmeleri için hangi kademelerde ne kadar hizmet etmeleri gerektiği ve yer değiştirme ile ilgili atama esasları **Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak** bir **yönetmelikle** belirlenir. Kurumlar atamaya tabi olacak personeli için bu yönetmelik esaslarına göre Devlet Personel Başkanlığının görüşünü almak suretiyle bir personel ve atama planı hazırlar" şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle, fıkranın ilk şeklinde yönetmelikle düzenleneceği belirlenmiş alan aynen korunmuş, **eski metinde yönetmeliğin Bakanlar Kurulunca çıkarılacağı belirtilmiş iken, değişik metinde yönetmeliğin Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanması** ve kurumların atamaya tabi personeli için genel yönetmelik esaslarına göre Devlet Personel Başkanlığının görüşünü almak suretiyle bir personel ve atama

planı hazırlamaları öngörülmüştür. Ancak Devlet Personel Başkanlığınca bu konuda bir yönetmelik hazırlanmamıştır.

Acaba, 72. maddenin son fıkrasında 1984 yılında 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan bu düzenlemeden sonra, Bakanlar Kurulunun, 1983 yılında çıkarttığı "Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik" hukuki varlığını devam ettirmekte midir? Danıştay, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin[11] bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, "... Değişik metinde Devlet Personel Başkanlığına verilen görev Yönetmeliğin **hazırlanmasından** ibarettir. İlk metinde yer alan "Yönetmeliğin Bakanlar Kurulunca çıkarılacağı" na ilişkin hükme değişik metinde yer verilmemiş olmasını, Anayasa' nın aşağıda değinilecek olan 124. maddesi hükmü karşısında, **Bakanlar Kurulunun genel yönetmeliği yürürlüğe koyma konusunda yetkisiz olduğu biçiminde yorumlamak mümkün değildir.** Bu nedenlerle, yeni yasanın değişik metninde öngörülen alanı düzenlemiş, yetkili makam tarafından yürürlüğe konulmuş ve Yasa değişikliğinden sonra da bazı hükümlerinin değiştirilmesi ile yetinilerek yeni bir yönetmelik yapılması yoluna gidilmemiş olması karşısında, Bakanlar Kurulunun 83/6525 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan ve 25 Haziran 1983 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olan yönetmeliğin 657 sayılı yasanın 72. maddesinde 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklikten sonra da hukuki varlığını koruduğunu ve bu maddede öngörülen yönetmelik niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekmektedir" demek suretiyle Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle

---

11 RG., 9.3.1991, sy. 20809. Ancak şu andaki "Maliye Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik" 22.12.1994 tarih ve 22149 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve eskisini yürürlükten kaldırmıştır.

Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin halen hukuken geçerli olduğuna karar vermiştir[12].

72. maddenin 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik son fıkrasında kurumların, "... **personel ve atama planı hazırla(yacağı)**" belirtilmektedir. Kurumların bunu **"yönetmelik"** şeklinde, 1983 tarihli **genel yönetmelik esaslarına uygun olmak** ve **Devlet Personel Başkanlığının görüşünü almak** suretiyle yapmalarında bir sakınca yoktur. Nitekim Danıştay'a göre, "Anayasanın 124. maddesi bakanlıklara kendi görev alanlarını ilgilendiren kananların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarma verme yetkisi vermiş olduğuna göre, davalı Maliye ve Gümrük Bakanlığının 72. maddesinin son fıkrası hükmünde öngörülen personel ve atama planı yerine, Anayasadan aldığı bu yetkiye dayanarak aynı alanı yönetmelikle düzenleyebileceği tartışmasızdır. Ancak Anayasanın 124. maddesi ve 657 sayılı yasanın 72. maddesinin belirtilen fıkrası hükmü karşısında bu düzenlemenin genel yönetmelik esaslarına uygun olması ve yürürlüğünden önce Devlet Personel Başkanlığı görüşünün alınması gerekmektedir"[13].

II. YER DEĞİŞTİRME SURETİYLE ATAMA ESASLARI

A. İdare Tarafından Yapılan Geçerli Bir Nakil İşlemi

1. Nakil İşleminin İdare Tarafından Yapılması

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, memurun isteği üzerine yapılabilecek yer değiştirmeler ile İdare

---

12 D5D., E. 91/3332, K. 92/563, KT., 4.3.1992, DBM. Aynı yönde bkz. D5D., E. 95/850, K. 97/861, KT. 16.4.1997, DBM; D5D., E. 96/2070, K. 97/419, KT., 26.2.1997, DD., yıl 28, sy. 94, 1998, s. 321-326.

13 D5D., E. 91/3332, K. 92/563, KT., 4.3.1992, DBM. Aynı yönde bkz. D5D., E. 95/850, K. 97/861, KT. 16.4.1997, DBM.

tarafından yapılan yer değiştirmeler arasında eş durumunu gözetme yükümlülüğü bakımından fark bulunmaktadır. İnceleme konumuz idarenin re'sen yapacağı naklen atamalarda eş durumunu gözetme yükümlülüğüdür. Bireylerin isteği üzerine idarenin yapacağı yer değiştirmelerde idarenin eş durumunu gözetme gibi bir yükümlülüğü -kural olarak- bulunmamaktadır.

Danıştay, ebe-hemşire olan eşinin isteğiyle Samandağ Devlet Hastanesine atanması üzerine ilkokul öğretmeni olan davacının eş durumunu öne sürerek yaptığı yer değiştirme başvurusunu, "...idarece re'sen yapılan yer değiştirme ve atamalarda eş durumunun gözönünde alınması gerekli iken, kişilerin isteği üzerine yapılan yer değiştirme ve atamalarda durumun farklı boyut kazanacağına işaret etmek gerekir. Aile birliğinin aile bireylerinden birinin iradesi dahilinde bozulması halinde, ilgililerin durumlarını belgelendirerek yer değiştirme isteğinde bulunmaları ve idarenin de konuya ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde bu yöndeki talebi değerlendirmesi mümkündür. Böyle bir durumda yargı kararıyla idareyi aile birliğini yeniden tesis etmekle yükümlü kılmak mümkün olmadığı gibi aksine yorum aile birliğinin korunması ilkesinin kişilerin subjektif karar ve tutumlarına bağlı olarak uygulanması sonucunu doğurur. Daha açık bir deyimle, boş kadro imkanlarını değerlendirerek istediği yere tayin yaptıran bir kamu görevlisisin eşinin de aynı yere naklini zorunlu görmek kamu görevlisi olan eşlerin istedikleri yerde çalışmalarına ve diğer kamu görevlilerine göre ayrıcalıklı bir duruma gelmelerine yol açar ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından büyük sakıncalar yaratır ki, bu da hukuken kabul edilemez. Ancak, her idari işlem gibi, eş durumuna dayalı yer değiştirme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerin de hukuken geçerli ve kabul edilebilir sebeplere

dayanması gerektiğini de burada vurgulamak zorunludur"[14] gerekçesiyle değerlendirmiştir.

İlgililerin isteği üzerine idarenin yapacağı yer değiştirmelerde Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin "Eş Durumunun Belgelendirilmesi" başlıklı 14. maddesinde, "(B) özür grubuna (Eş Durumu) dayanarak **memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi** için; eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 13/12/1960 tarih ve 160 sayılı Kanuna tabi bir kurumda **memur** statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirmesi gerekir" hükmünü öngörmüştür. Kurumların, bu Yönetmeliğe ve 72. maddenin son fıkrasına dayanarak çıkardıkları yönetmeliklerde eş durumu ile ilgili düzenlemelerde eşin memur olmasına ek olarak **sözleşmeli personel** veya **sürekli işçi** kadrosunda çalışması halinde de idareyi aile birliğini sağlaması yönünde harekete geçirebilecekleri öngörülmüştür. Mesela, Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin[15] 15. maddesinde, "Eş durumu nedeniyle personelin nakil veya yerinde kalma talebinde bulunabilmesi için, a) Eşinin, 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamına giren bir kurum veya kuruluşda memur, sözleşmeli veya sürekli işçi kadrosunda çalıştığı(nın) ...belgelendirilmesi gerekir" hükmüne yer verilmiştir. Benzer düzenlemelere, Maliye Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin[16] 12. maddesinde ve Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul ve Kurum Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin[17] 13. maddesinde yer verilmiştir.

---

14 D5D., E. 91/3950, K. 95/956, KT., 13.3.1995, DD., yıl 26, sy. 90. 1996, s. 566-567.

15 RG., 16.11.1996, sy. 22819.

16 RG., 22.12.1994, sy. 22149.

17 RG., 3.8.1990, sy. 20594.

2. Nakil İşleminin Hukuka Uygun Olması

Nakil kelimesi sözlükte, "bir görevlinin bir yerden başka bir yere tayin edilmesi" şeklinde tanımlanmıştır[18]. Güran nakil kavramını[19], "Tahvil, esas itibarıyle, amme hizmetinin iyi işlemesi, idare cihazının rasyonel ve verimli çalışması için tatbiki gereken bir tedbir ve müessesedir", şeklinde, Can ise[20], "Nakil, ilke olarak, kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirmesi için başvurulması gereken idari bir tasarruftur" şeklinde tanımlamıştır. Gerçekten de, kamu görevlilerinin yer değiştirme suretiyle atanmalarında temel unsur kamu hizmetinin iyi işlemesi düşüncesidir. Bu nedenle naklen atama hizmet yararına düşünülen bir kurum olduğuna göre, bu amaçla tesis edilen bir işlem, memuru cezalandırma amacına yönelik bir müeyyide olarak görülmeksizin, kamu hizmeti kavramını ön planda tutan bir araç olarak görülmelidir[21]. Nitekim Danıştay'a göre, "Hukuk devleti yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan bir yapılanma olup, bunu gerçekleştirirken de devlet görevlerinin belirli kurallar içinde yürütülmesi amaçlanmıştır. Daha açık bir anlatımla hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine yalnız yönetilenlerin değil yönetiminde uymasını gerektirecek kurallar bütünüdür. Bu ilkenin bir anlam kazanabilmesi için, o ülkede egemen olan hukukun yönetilenlere, devlete karşı da hukuk güvenliği sağlaması boyutunun da gerçekleşmesi gerektiği tartışmasızdır. Böylelikle devlet, toplum yaşamını düzenlerken ortaya koyduğu kurallarla kişilerde tam bir güven duygusu yaratacak, onlara hukuk kurallarının tam anlamıyla geçerli

---

18 **YILMAZ** Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 607.

19 **GÜRAN**, s. 163.

20 **CAN** Cavit, Kamu Personelinde Nakil (Yer ve Görev Değişikliği), DD., Atatürk'ün Doğumunun 100. Yılı Özel sayısı, Ankara 1981, s. 97.

21 **GÜRAN**, s. 163.

olduğu ve toplumun bütün unsurlarıyla birlikte uyum içinde yürüdüğünü gösteren bir güven ortamını tesis edecektir"[22].

İdari işlemin tanımının önemli unsurlarından birini, idari işlemin idari makam veya makamlarca yapılmış olması (organik unsur) oluşturur[23]. İdare adına yetkilerin kullanılması sırasında ortaya çıkan idari işlemler, -kanuni sınırlar çerçevesinde- kamu hizmetlerinin beşeri unsuru olarak gördüğümüz kamu görevlilerince yerine getirilir[24]. Nakil de bir idari işlemdir ve kamu görevlilerince yerine getirilir. Danıştay'a göre, "Davacının ... dan ... ya atanmasına dair karar, memur hukukunda naklen tayin tasarrufu olarak isimlendirilen tasarruflar içinde yer almaktadır. Bu kararlar ilgilileri, esasen dahil bulundukları memur statüsü içinde kalmak ve daha dar anlamda olmak üzere, bulunduğu statüden çıkarır ve yeni bir statü içine alır. İlgililerin naklen tayin kararından sonra eski görevlerine bağlı olan yetkilerini kullanamamaları bu tasarrufların belirtilen özelliğinin tabii bir sonucu olmaktadır"[25].

İdari işlemin geçerli ve hukuka uygun bir biçimde yapılabilmesi için, kendisini oluşturan unsurlarında (yetki,

---

22 D11D., E. 95/1838, K. 95/1861, KT., 12.6.1995, DD., yıl 26, sy. 90, s. 1180-1181.

23 **ERKUT** Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları no: 51, Ankara 1990, s. 61.

24 **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, **TAN** Turgut, İdare Hukuku, c. 1, Genel Esaslar, Ankara 1998, s. 307.

25 DDDK., E. 66/292, K. 70/537, KT., 16.10.1970, DD., yıl 1, sy. 3, 1971, s. 143; Bilindiği üzere idari işlemler çeşitli bakımlardan sınıflandırılabilir. Maddi bakımdan sınıflandırıldığında nakil işlemi, birel işlemler arasında yer alır. Birel işlemlerin içeriği kuralsaldır yani önceden kanunlarla düzenlenmiştir. Nakil, birel işlemlerden İdare Hukuku alanında en sık rastlanan şart (koşul, durum) işlemler arasında yer alır. Şart işlem, "bir kişi, nesne ya da olaya ilişkin olarak yapılan ve genel bir hukuksal durumdan bir diğerine girme, onun içinde bulunma veya ondan çıkma sonucunu doğuran işlemdir". ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul 1996, s. 338.

şekil, sebep, konu, maksat) bir sakatlık olmaması gerekir[26]. "Bu unsurlardan herhangi birinde yada bir kaçında meydana gelen eksiklik, tasarruf üzerinde dereceleri değişik sakatlıklar doğurur. Hukuk devleti demek, hukuka bağlı, kendini hukuk kuralları ile bağlı tutan ve işlemlerinde hukuka uygun davranmayı ve hukuk denetimine tabi olmayı kabul eden devlet demektir ki, bu da çağdaş devlet anlayışının en önemli özelliğidir"[27].

B. Naklen Atanan Eşin Bu Kanuna Tabi Kurumlarda Çalışması

DMK madde 72/2'nin uygulanma şartlarından biri de naklen atanan eşin "bu Kanuna tabi kurumlarda", çalışması gereklidir.

Kanunun kapsamı 1. maddede düzenlenmiştir. Buna göre 657 sayılı Kanun, genel ve katma bütçeli kurumlar, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ve belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya beden terbiyesi bölge müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanmaktadır. Kanunun 1. maddesinin 3. fıkrasında çalışan kamu personeli bu Kanunun kapsamı dışındadır. Dolayısıyla naklen atanan eşin **"bu maddenin 1. fıkrasında sayılan kurumlarda"** memur olarak çalışması gerekmektedir.

Danıştay, DMK' na tabi olmayan personele DMK madde 72/2'nin uygulanmayacağını belirtmekte ise de, kendi mevzuatlarında bu konuda hüküm bulunmayan kurumlarda çalışan personel bakımından Anayasanın 41. maddesinden hareketle kurumlara aile birliğinin gözetilmesi ödevini yüklemiştir. Mesela Danıştay, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede bir

---

26 **GÖZÜBÜYÜK-TAN**, s. 319.

27 D5D., E. 78/5142, K. 80/1716, KT., 14.4.1980, yıl 11, DD., sy. 40-41, 1981, s. 154.

İktisadi Devlet Teşekkülü olarak düzenlenmiş bulunan Orman Ürünleri Sanayi (ORÜS) A.Ş. Genel Müdürlüğüne bağlı Bolu Müessese Müdürlüğünde bekçi olan davacının Kastamonu Cide İşletme Müdürlüğüne bekçi olarak atanmasıyla ilgili olarak açtığı davada, idarenin, davacının eşinin Bolu Karacasu Belediyesinde hizmetli olarak görev yapması halinin gözönünde bulundurmaması nedeniyle işlemi iptal eden Zonguldak İdare Mahkemesi kararını sonucu itibarıyla hukuk ve usule uygun bularak onamıştır[28].

C. Naklen Atanan Eşin Bu Kanuna Tabi Kurumlarda "Memur" Olarak Çalışması

Kanunun uygulanmasında kimler memur olarak kabul edilecektir? Kanunun 4. maddesi bu durumu düzenlemiştir. Kanun, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceğini belirttikten sonra, memuru şu şekilde tanımlamıştır: "Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulamasında memur sayılır". Bunlar, kamu kuruluşlarının, idare hukukunca düzenlenen "asli ve sürekli" görevlerini yürüten kimselerdir[29]. Tabiidir ki, maddenin uygulamasında bu Kanunun memur tanımının esas alınması gereklidir.

Kanunun kapsamını düzenleyen 1. maddenin 2. fıkrası, "Sözleşmeli ve geçici personel hakkında bu Kanunda belirtilen özel hükümler uygulanır" hükmünü öngörmektedir. Dolayısıyla, 72. maddenin 2. fıkrası sözleşmeli personel ve geçici personel için özel bir hüküm öngörmediğinden maddenin bu personele uygulanması söz konusu olamayacaktır. Zaten işçiler de özel hukuk kurallarına (hizmet akti) dayanarak kamu

---

28 D5D., E. 95/1563, K. 97/2511, KT., 11.11.1997, DBM.

29 **GÜNDAY**, s. 374; **GÖZÜBÜYÜK-TAN**, s. 573.

kesiminde çalışan personeldir. 4. maddenin D bendine göre de, **"Bunlar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz".**

İstisnai memurluklara atananlara (DMK madde 59'da sayılan memurlar) DMK madde 61 gereğince, DMK madde 72/2 uygulanmayacaktır. Çünkü, "İstisnai memurluklara atananlara bu Kanunun uygulanacak hükümleri" başlıklı 61. maddenin 1. fıkrasına göre, "60 ıncı madde gereğince istisnai memurluklara atananlar hakkında bu Kanunun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi dışında kalan bütün hükümleri uygulanır" hükmü öngörülmüştür.

Acaba 72. maddenin 2. fıkrası "aday memurlara" uygulanabilir mi? Bu soruya vereceğimiz cevabın olumsuz olması gerekecektir. Kanunun, adaylığı düzenleyen 54 ve devamı maddelerinde, adaylık süresinin bir yıldan az iki yıldan çok olamayacağı, bu süre içinde aday memurun başka kurumlara naklinin yapılamayacağı ve aday memurun temel eğitim ile hazırlayıcı eğitiminin aynı kurumda yapılacağı düzenlenmiştir.

D. Diğer Eşin de Memur Olması

DMK madde 72/2'de, "... **memur olan diğer eşin** de isteği halinde ataması ... yapılır" denilmek suretiyle diğer eşin de memur olması şartı aranmıştır.

Diğer eşin mutlaka DMK' na tabi olmasına gerek yoktur. Nitekim, Eskişehir Atatürk Ortaokulu Öğretmeni olan davacının (5442 sayılı Kanunun 8/c maddesi uyarınca) Alpu Lisesi Öğretmenliğine atanmasına ilişkin olarak açtığı iptal davasında, Eskişehir İdare Mahkemesi, davacının eşinin Eskişehir 1. Ana Jet Üs Komutanlığında Astsubay (Kanunun kapsamını düzenleyen 1. maddenin 3. fıkrasında Astsubayların özel Kanunları hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir) olarak görev yapması nedeniyle, askeri personelin görev yeri dışında ikametinin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir. Ancak Eskişehir Valiliğinin temyiz istemi

üzerine Danıştay farklı gerekçelerle (davacının atandığı Alpu ilçesinin Eskişehir iline yakınlığı, Alpu-Eskişehir arasında düzenli otobüs seferlerinin yapıldığı ve Alpu ilçesinde görev yapan pek çok öğretmenin Eskişehir'de ikamet ettiği gerekçeleriyle dava konusu işlemin aile bütünlüğünü bozacak nitelikte bulmayarak) Eskişehir İdare Mahkemesi kararını bozmuştur[30].

Diğer eşin serbest meslek sahibi (serbest avukat, serbest muhasebeci, özel bankada çalışan memur, v.s.) olması durumunda idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Nitekim Danıştay'ın **içtihadî** nitelikteki kararlarına göre, "Kamu görevlisinin eşinin serbest meslek sahibi olması halinde ise durumun farklı boyut kazanacağına işaret etmek gerekir. Bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerekli kılmasına karşın, eşinin mesleğini serbest olarak yürütmekte olduğu öne sürülerek, isteği olmadıkça, başka bir yere nakledilemeyeceği gibi bir anlayış; idarenin bütün işlem ve eylemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesini kişilerin subjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur ki; hukuken benimsenemez. Memur olan eşi aynı veya başka bir kamu kurumunda çalışmakta olan kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerektirmesi halinde, eşinin de doğrudan veya kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle naklinin yapılabilmesine karşılık, eşi memur olmayan bir kamu görevlisinin naklinin eşin istek ve iradesine bağlı tutulması yolundaki bir anlayış, ikinci durumda olanları öncekilere göre ayrıcalıklı bir duruma sokmasının yanısıra kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından da büyük sakıncalar yaratır ki; 657 sayılı Yasanın 72. maddesinin amacıyla bağdaşmayan böyle bir yol kabul edilemez"[31].

---

30 D5D., E. 92/1075, K. 95/1345, KT., 6.4.1995, DBM.

31 D5D., E. 93/5573, K. 95/4496, KT., 28.12.1995, DBM; Aynı yönde bkz. D5D., E. 89/1126, K. 92/1606, KT., 26.5.1992, DBM; D5D., E. 89/989, K. 92/1605, KT.,

Maliye Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin[32] bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, serbest çalışan eşin durumunun da özür hali olarak kabul edilmesi gerektiği iddiasını Danıştay, yine yukarıdaki gerekçeyle reddederek hukuka uygun bulmuştur[33].

Ancak hemen belirtelim ki, bu durumun aksi yönde Danıştay kararları da bulunmaktadır. Danıştay bir kararında, "Dava dosyasının incelenmesinden Yozgat Bira Fabrikası Müdür ve Müdür Yardımcısının soruşturma sonucu görevlerinden alınmasının Müfettişçe teklif edilmesi üzerine; İstanbul Bira Fabrikası Müdür Yardımcısı olan davacının, "yönetim boşluğunu doldurmak" amacı neden gösterilerek ve karşılıklı yer değiştirme suretiyle Yozgat Bira Fabrikası Müdür Muavinliği, görevine atandığı anlaşılmaktadır. Ancak, **davacının eşinin İstanbuldaki özel bir bankada şube müdürü olarak görev yapıyor olması**, çocuklarının ise sınav sonucu girilebilen özel okul ve üniversitede okuyor bulunması karşısında, yukarıda hükmü yazılı olan Anayasa ve 657 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, aile birliğinin gözetilmediği açıktır" diyerek idarenin, serbest meslek sahibi eşin durumunu gözetmemesini aile birliğini bozucu nitelikte bulmuştur[34].

Naklen atama işlemi tesis edildikten sonra, memurun evlenmesi halinde, idarenin, eş durumunu gözetme yükümlülüğü söz konusu mudur? Bir uyuşmazlıkta, Genel Cerrahi dalında uzmanlık eğitimini tamamlayan davacı, İstanbul Üniversitesinde bir yüksek lisans programını kazanmış, Sağlık Bakanlığına başvurarak bu eğitimini

---

26.5.1992, DD., sy. 86, yıl 23, 1993, s. 272, (Serbest Muhasebeci); D5D., E. 92/700, K. 95/1461, KT., 18.4.1995, DD., sy. 91, yıl 26, 1996, s. 518-521, (Serbest Avukat).

32 RG., 22.12.1994, sy. 22149.

33 D5D., E. 95/850, K. 97/861, KT., 16.4.1997, DBM.

34 D5D., E. 87/680, K. 87/739, KT., 7.5.1987, DD., yıl 18, sy. 68-69, 1988, s. 398.

tamamlamak için zorunlu hizmet görevi için İstanbul Kur'asına alınmasını istemiş, ancak bu istem reddedilmiş ve davacı genel kur'aya alınarak Çorum İli Alaca İlçesi Devlet Hastanesine atanmıştır. Atama işleminin tesis edilmesinden sonra davacı, sadece İstanbul'da şubesi bulunan, "Generale Bank" ta çalışan biriyle evlenmiştir. Daha sonra davacı naklen atama işlemine karşı iptal davası açmıştır. Açılan davayı ilk derece idare mahkemesi reddetmiş ve bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Danıştay, eş durumunun ancak eşlerin her ikisinin de Devlet hizmeti yükümlüsü olmaları halinde dikkate alınması gerektiği gerekçesinin de eklenmesi suretiyle ilk derece mahkemesi kararını onamıştır[35]. Danıştay kararından da anlaşılacağı üzere, Danıştay, diğer eşin memur olmaması nedeniyle idarenin tesis ettiği işlemi, aile birliğini bozacak nitelikte görmemiştir. Ancak bilindiği üzere, "İptal davalarında dava konusu işlem, işlemin tesis edildiği tarihteki hukuki niteliklerine göre incelenir ve o tarihteki hukuk düzenine uygunluğu denetlenir"[36]. Dolayısıyla, idarenin aile birliğini koruma yükümlülüğü ile sorumlu tutulabilmesi için memurun, işlemin tesis edildiği andaki medeni durumu önemlidir. Aksi halin kabulü, idarenin, idari işlemin tesisinden sonra, yapılacak bir evlenme dolayısıyla aile birliğini sağlama yükümlülüğünü gözetmediği anlamına gelir ki, bu durum hukuken benimsenemez. Bu bakımdan, idari işlemin tesisinden sonra evlenilen kişinin (ister kamu personeli olsun, ister serbest meslek sahibi olsun) durumu açılan bir iptal davasında, idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünü ihlal ettiği şeklinde yorumlanamaz.

E. İdarece Gerekli Koordinasyonun Sağlanması

DMK madde 72/2'de, "Yeniden veya yer değiştirme

---

35 D5D., E. 89/2031, K. 89/1781, KT., 24. 10. 1989, DD., yıl 20, sy. 78-79, 1990, s. 263-266.

36 D12D., E. 75/1111, K. 76/1401, KT., 14.6.1976, DD., yıl 7, sy. 26-27, 1977, s. 552.

suretiyle yapılacak atamalarda, aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak ... ataması ... yapılır" hükmü öngörülmüştür.

Kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlamak idare için bir yükümlülüktür. Eşlerin aynı kurumda çalışması ve farklı kurumlarda çalışması arasında bu bakımdan hiçbir fark yoktur. İdarenin, bu durumun aksi yönde hareket ederek naklen atama işlemi tesis etmesi, işlemin iptaline sebep olur. Danıştay'a göre, "Davacının Behçet hastalığından Ankara Üniversitesi Göz Hastalıkları kliniğinde devamlı tedavi gördüğü, eşinin ise, Ankara'da Sosyal Sigortalar Kurumu Yapı İşleri Dairesi Başkanlığı emrinde santral memuru olarak çalıştığı dosyadaki belgelerden görülmektedir. Bu hale göre, yukarıda hükmü yazılı olan Anayasa ve 657 sayılı Kanun hükümleri uyarınca davacının eş ve sağlık durumu dikkate alınmak suretiyle Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü ile davalı idare arasında gerekli koordinasyon sağlanmadan tesis edilen dava konusu işlemin bu gerekçelerle iptali gerek(ir)"[37].

Yine, Etibank Konya Şubesi Müdürlüğünde şef yardımcılığı görevinden, Karaman Şubesine naklen atanan davacının açtığı davada Konya İdare Mahkemesi, davacının eşinin Sağlık Bakanlığı Konya Sağlık Eğitim Enstitüsü Müdürlüğünde memur olarak görev yaptığı, dolayısıyla naklen atama sırasında eş durumunun dikkate alınmadığı nedeniyle işlem iptal edilmiş, Danıştay'da, "...bu yetki kullanılırken Anayasanın 41. maddesindeki kural gereği ailenin bütünlüğünün korunması amacıyla bazı önlemlerin alınması gerektiği de açıktır. Bu durumda, ayrı kurumlarda çalışan eşler yönünden nakil işleminin tesisinden önce kurumlar arasında koordinasyon sağlanmak suretiyle işlem yapılması gerekirken davacının, eşinin, **ayrı kurumda çalıştığı gözönünde**

---

37 D5D., E. 85/1416, K. 86/77, KT., 27.1.1986, DD., yıl 17, sy. 64-65, 1987, s. 191.

bulundurulmadan eşinin bulunduğu yerden farklı bir yere naklen atanması yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülememiştir"[38].

Yine Danıştay, İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğünde avukat olarak görev yapan davacının Bitlis Vakıflar Bölge Müdürlüğüne avukat olarak naklen atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davayı, "... davacının eşinin Milli Eğitim Bakanlığı İstanbul Devlet Kitapları Müdürlüğünde memur olarak çalıştığı anlaşıldığından, işlemin 657 sayılı Yasanın değişik 72. maddesine aykırı olarak eş durumu değerlendirilmeden tesis edilmesinde bu yönden hukuka uyarlık görülmemiştir" gerekçesiyle sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır[39].

Eşin görev yerinin naklen atanan kamu personeline bağlı olarak değiştirilebileceği şeklindeki bir anlayışı Danıştay kabul etmemektedir. Danıştay'a göre, "Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrasında; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 72/2. maddesine paralel olarak "yapılacak atamalarda; aile birimini muhafaza etmek bakımından eş durumunun ilgili kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak dikkate alınması ilkesi korunmuş olup; maddenin diğer fıkralarında sözkonusu koordinasyon sağlandıktan sonra eşlerinin yerinin değiştirilmesine ilişkin usuller düzenlenmiş olduğundan, davalı idarenin sözkonusu yönetmelik hükmünü koordinasyon sağlanması yükümlülüğünü bertaraf edecek şekilde yorumlayarak Yönetmeliğin 9/4. maddesi gereğince eşinin görev yerinin de davacıya bağlı olarak değiştirilebileceği yolundaki iddiası yerinde bulunmamaktadır"[40].

---

38 D5D., E. 93/5341, K. 93/3636, KT., 12.10.1993, DD., yıl 25, sy. 89, 1995, s. 268.
39 D5D., E. 91/414, K. 92/2126, KT., 1.7.1992, DBM.
40 D5D., E. 95/1741, K. 97/2695, KT., 20.11.1997, DBM.

F. Diğer Eşin İsteği

DMK madde 72/2' de, "... memur olan diğer eşin de **isteği** halinde ataması ... yapılır" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla bu maddeye göre yapılan bir naklen atama işleminde, yukarıda da görüldüğü üzere, eşler gerek aynı kurumda çalışsın ve gerekse ayrı kurumlarda çalışsın, idarenin aile birliğini gözetme/gerekli koordinasyonu sağlama yükümlülüğünün doğması için mutlaka diğer eşin isteğinin bulunması gereklidir. Mesela, eşlerin aynı kurumda çalışmaları halinde diğer eşin de naklen atama isteğini arayan Danıştay, "... davacının Terme Merkez Yenimahalle İlkokulu Müdürlüğü görevinden aynı ilçeye bağlı Gölyazı Köyü Balkamlı İlkokulu Müdürlüğüne naklen atanması üzerine, davacının **önceki görev yaptığı okulda** öğretmen olarak görev yapan eşinin davacının yeni görev yerine naklen atanması için **bir isteğinin bulunmadığı** dosya içeriği ile davalı idarenin temyiz dilekçesinden anlaşıldığından; olayda eş durumunu gözetme yükümlülüğü bulunmayan davalı idarenin eş durumunu dikkate almadan davacıyı naklen atadığından bahisle mahkemece dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir" gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur[41]. Aynı şekilde Danıştay, "...davacının Konya Defterdarlığı Personel Müdürlüğünden Karaman Defterdarlığı Personel Müdürlüğüne naklen atanması üzerine, Konya Defterdarlığı Takdir Komisyonu Başkanlığında vergi memuru olarak görev yapan eşinin Maliye Bakanlığının Karaman İlindeki teşkilatlarından birine naklen atanması için **bir isteğinin bulunmadığı** dosya içeriğinden anlaşıldığından; olayda eş durumunu gözetme yükümlülüğü bulunmayan davalı idarenin eş durumunu dikkate almadan davacıyı naklen atadığından bahisle mahkemece dava konusu işlemin iptaline hükmedilmesinde hukuki isabet

41 D5D., E. 93/4033, K. 95/4125, KT., 14.12.1995, DBM.

görülmemiştir" gerekçesiyle istek şartının gerekliliğine dikkat çekmiştir[42].

Yine, Adıyaman İli Çelikhan Lisesi Öğretmeni olan davacının Kırşehir İli Çiçekdağı Lisesi Öğretmenliğine atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı dava, Gaziantep İdare Mahkemesince, "... buna karşılık aynı okulda görev yapan eşini de davacının atandığı yere veya yakınına atamasını yapmakla yükümlü olan idarece, bu hususun gözardı edilmesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir". Kararın temyizi üzerine Danıştay, "... Milli Eğitim Bakanlığının yaygın teşkilat yapısı gözetildiğinde eşinin de **isteği halinde** davacının atandığı yere atanabileceği veya bu yoldaki isteğin reddinin ayrıca dava konusu yapılabileceği gözetilmeden davacının eşinin Çelikhan Lisesinde Öğretmen olduğunun dikkate alınmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir" gerekçesiyle kararı bozmuştur[43]. Dikkat edilirse burada İlk Derece Mahkemesi, eşin talebi aranmaksızın idarenin eş durumunu gözetmesi gerektiği şeklinde karar vermiştir. Ama haklı olarak Danıştay kararı bozmuştur.

Samsun İl Sosyal Hizmetler Müdür Yardımcısı olan davacının, Şanlıurfa İl Sosyal Hizmetler Müdür Yardımcılığı görevine naklen atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, "Herne kadar davacı eşinin de Samsun İl Milli Eğitim Müdürlüğüne bağlı Endüstri Meslek Lisesinde memur olarak görev yaptığını ileri sürmüşse de, **eşinin de isteği halinde** çalıştığı kuruma başvurarak davacının yeni görev yerine atanma talebinde bulunması ve başvurunun reddi halinde bu işleme karşı dava yoluna gitmesinin mümkün

42 D5D., E. 94/6864, K. 95/428, KT., 25.1.1995, DD., sy. 91, yıl 26, 1996, s. 514.
43 D5D., E. 95/2126, K. 97/2580, KT. 13.11.1997, DBM.

olması karşısında bu iddiası da yerinde görülmemiştir"[44] gerekçesine dayanmıştır.

G. Eşlerin "Ayrı" (farklı) Kurumlarda Çalışıyor Olması

Maddedeki eş durumu ile ilgili düzenleme eşlerin **ayrı kurumlarda** çalışmaları hususuna ilişkin bulunmaktadır. Buna göre, ayrı kurumlarda çalışan eşlerden birinin hizmet gereği başka bir yere naklen atanması halinde diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması ve bu eşin de isteği halinde aynı yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür.

Eşlerin aynı kurumda çalışmaları halinde idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğü ortadan kalkacak mıdır? Şüphesiz bu soruya vereceğimiz cevap olumsuz olacaktır. Danıştay, maddede aynı kurumda çalışan eşlerden söz edilmemesini, eş durumunun dikkate alınmaması anlamına gelmeyeceğini şu şekilde ifade etmektedir: "... Anayasanın amir hükmü gereğince, aynı kurumda çalışan eşlerden birinin yine aynı kurumun başka bir yerdeki birimine naklen atanması halinde de memur olan diğer eşin de isteği var ise aynı yere atanması veya niteliğine münhal bir görev bulunmaması durumunda izin hakkından yararlandırılması yine idare için bir yükümlülüktür. Dolayısıyla Anayasa ile getirilen ilke uyarınca yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aynı kurumda çalışan eşlerin durumunun da gözetileceği tabi bulunmakta olup, bu konuda düzenleme olmamasını aksine yorumlamanın anılan ilke karşısında mümkün bulunmadığı açıktır. Ancak aynı kurumda çalışan eşin eş durumu nedeniyle naklen atanması için herhangi bir isteğinin bulunmadığı durumlarda, idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünün bulunmadığını da burada

---

44 D5D., E. 96/927, K. 96/2821, KT., 25.9.1996, DBM.

vurgulamak gerekir"[45]. Belki de bu durumun temelinde, memuru atayacak olan kurumun eşinden de bilgi sahibi olduğu ve atamada bu durumu doğal olarak gözönüne alacağı düşüncesi yatmaktadır.

H. İzin Hakkı

Memurun atandığı yerde eşin atanacağı teşkilat yoksa veya teşkilat olmakla birlikte niteliğine uygun bir görev yoksa ne yapılacaktır? DMK madde 72/2'de, "...Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarda izin verilir" hükmü öngörülmüş, 3 ve 4. fıkralarında ise izin daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Maddenin 3. fıkrasına göre, "Bu suretle izin verilenlere, aylık ve diğer ödemelerine karşılık olarak, aylık (taban ve kıdem aylığı dahil), ek gösterge, zam ve tazminatlarının kanuni kesintiler düşüldükten sonraki net miktarının, eşleri;

a) Olağanüstü Hal Bölgesine dahil illerle bu illere mücavir olarak belirlenen illerde görevli olanlara % 60'ı,

b) Kalkınmada 1 inci derecede öncelikli yörelerde görevli olanlara % 50' si,

c) Kalkınmada 2 nci derecede öncelikli yörelerde görevli olanlara % 25'i,

kurumlarınca kadro tasarrufundan ödenir.

Eşleri diğer yörelerde görevli olanlar ise ücretsiz izinli sayılır".

---

45 D5D., E. 93/4033, K. 95/4125, KT., 14.12.1995, DBM.

Maddenin 4. fıkrasına göre, "Yukarıda sayılanların kadroları eşlerinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulur. Ancak, bu süre memuriyet boyunca 4 yılı hiçbir surette geçemez. Bunların kademe ilerlemesi; emeklilik ve diğer bütün hakları ile yükümlülükleri devam eder. Ancak ücretsiz izin verilenlerin bu sürelerin emeklilikten sayılabilmesi için kesenek ve kurum karşılıklarının her ay kendileri tarafından T.C. Emekli Sandığına yatırılması gerekir".

Bir uyuşmazlıkta, Ankara'da Vergi Kontrol Memuru olan davacı, Antalya'ya Vergi Kontrol Memuru olarak atanmış ve eşinin Ankara Büyükşehir Belediyesinde Ziraat Mühendisi olarak görev yaptığından bahisle eşinin Antalya'ya naklinin mümkün olamayacağı nedeniyle aile bütünlüğünün zedeleneceğini ileri sürmesine karşılık Ankara 6. İdare Mahkemesi davayı reddetmiştir. Danıştay, "Davacı, dava konusu işlemle Antalya'ya Vergi Kontrol Memuru olarak atanmış olup, eşinin çalışmakta olduğu Ankara Büyükşehir Belediyesi Başkanlığının adı geçen ilde teşkilatının bulunmadığı açıktır. Bu duruma ve davacı ile eşinin çalıştıkları kurumlar arasında koordinasyon sağlanmasının olanaksız bulunmasına göre Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığında çalışan eşin yukarıda sözü edilen hükümler uyarınca idareden **izin istemesi** gerekmekte olup; **bu yoldaki başvurunun reddine ilişkin işlemin ayrıca idari dava konusu edilebileceği açıktır"** gerekçesiyle mahkeme kararını onamıştır[46].

Maddede düzenlenmiş bulunan izin hakkından naklen atanan memurun, "**memur**" olan eşi yararlanabilir. Nitekim Danıştay'a göre, "...1. bölgedeki zorunlu hizmet süresini tamamlayan ve yerinde bırakılma istemi daha önce kabul edilmiş olan davacının, eşinin DSİ Genel Müdürlüğünde **işçi statüsünde** çalışması nedeniyle 657 sayılı Yasanın 72 nci

46 D5D., E. 92/2196, K. 92/2034, KT., 25.6.1992, DD., yıl 23, sy. 87, 1993, s. 322.

maddesinde öngörülen ücretsiz izin müessesesinden yararlanması mümkün (değildir)"[47].

III. AİLE BİRLİĞİNİ GÖZETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI

A. Yeterli Ulaşım İmkânları

Yeterli ulaşım imkanları, idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırabilir. Ancak yeterli ulaşım imkanlarının varlığı, görevin ifası, mali imkan, sağlık durumu vb. gibi göreve etkili hususları olumsuz etkilememelidir. Yani, naklen atamada idarenin bu gerekçeye dayanabilmesi için, memurun görev yerine erişmesini sağlayacak vasıtaların yaygın olması, dolayısıyla da bu yolla kamu hizmetinin kesintisiz ve eksiksiz işlemesinin sağlanması, memura gereğinden fazla maddi külfet yüklememesi ve memurun sağlık durumunun elverişli olması gerekmektedir. Bu kıstaslar subjektif değerlendirmeye açık olduklarından, her somut olayda ayrı ayrı ve objektif biçimde incelenmeli ve değerlendirilmelidir.

Danıştay, Eskişehir Atatürk Ortaokulu Öğretmeni olan davacının, Alpu Lisesi Öğretmenliğine naklen atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, "...görevden alınılan yer ile atanılan yer arasındaki mesafenin ve ulaşım olanaklarının gözönünde bulundurulması(nın)" gerekli olduğuna dikkat çekerek, "Olayda davacının atandığı Alpu ilçesinin Eskişehir İline **yakınlığı,** Alpu-Eskişehir arasında **düzenli otobüs seferleri** yapıldığı ve Alpu ilçesinde görev yapan pek çok öğretmenin Eskişehir'de ikamet ettiği gözetildiğinde, dava konusu işlemin aile bütünlüğünü bozacak nitelikte bulunmadığı sonucuna varıldığından, idare mahkemesi kararının aksi yöndeki gerekçesinde hukuki isabet görülmemiştir" gerekçesiyle kararı bozmuştur[48].

---

47 D5D., E. 93/5573, K. 95/4496, KT., 28.12.1995.

48 D5D., E. 92/1075, K. 95/1345, KT., 6.4.1995, DBM.

Ancak Danıştay, Konya Merkez Selçuklu İlçesindeki bir ortaokul öğretmeninin merkez dışı (merkeze 80 km. uzaklıkta) Cihanbeyli ilçesine bağlı bir ortaokula naklen atanması işleminde; davacının eşinin SSK Konya Sigorta Müdürlüğünde memur olarak görev yaptığından bahisle Anayasa madde 41 ve 657 sayılı Kanunun 72/2. maddesi uyarınca nakil sırasında eş durumunun da dikkate alınması gerektiği nedeniyle naklen atama işlemini mevzuata aykırı bulmuştur. Ayrıca, yeterli ulaşım imkanlarının bulunması dolayısıyla aile birliğinin bozulmayacağı esasına dayanan bir gerekçenin kabul edilebilmesini, "... davacının her gün gidip geleceği mesafenin ve ulaşım durumunun görevini aksatıp aksatmayacağının, ayrıca bu şekilde sürekli gidip gelmeye davacının mali imkanlarının, sağlık durumunun ve bunlar gibi göreve etkili diğer hususların elverişli olup olmadığının araştırılıp değerlendirilmesi gerektiği" şartlarına bağlamıştır. Sonuç olarak da, bu değerlendirmeler yapılmadan salt ulaşım imkanlarının yeterliliğinin idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir[49].

B. Çocukların Öğrenim Durumu

657 sayılı Kanunun 72. maddesinde, **idare tarafından yapılan** nakil sırasında kamu kurumlarında görev yapan diğer eşin de durumunun gözetilmesi yönünden zorunluluk getirildiği halde memurun öğrenim gören çocukları yönünden herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca, genel nitelik taşıyan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelikte de bu husus düzenlememiştir. Aynı şekilde kurumların özel yönetmeliklerinde de **idarenin yapmış olduğu nakiller** bakımından çocukların öğrenim durumunun dikkate alınacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Buna karşılık birtakım kurumların özel yönetmeliklerinde **kamu personelinin isteği**

---

49 D5D., E. 92/4178, K. 95/3369, KT., 1.11.1995, DBM.

üzerine yapılan yer değiştirmelerde özür grubu olarak çocukların öğrenim durumuna yer verilmiştir. Mesela, İş ve işçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü Personel Yönetmeliğinin[50] "Personelin İsteği Üzerine Yer Değiştirme" başlıklı 52. maddesinin c bendinde, Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin[51] 13. maddesinin c bendinde nakil sırasında çocukların öğrenim durumunun dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Kısacası, memurun isteği üzerine yapılan nakil işlemleri bakımından görev yaptığı kurumun özel mevzuatının bu konuda özel bir düzenleme getirmesi durumu hariç, 657 sayılı Kanunun 72. maddesinin 2. fıkrasında, naklen atama işleminin sujesi olan memurun öğrenim gören çocuklarının durumu, dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla pozitif düzenleme bakımından maddenin uygulanmasında aile birliğinin korunmasında sadece memur olan eşin -isteği halinde- durumu dikkate alınacaktır.

Danıştay'ın bu konudaki genel eğilimi çocukların öğrenim durumunun nakil işlemi yönünden gözönüne alınması zorunluluğu olmayan bir husus olduğu yönündedir. Mesela, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Ailenin Bütünlüğünün Korunması Daire Başkanlığında Şube Müdürü olan davacının, anılan Kurumun Yozgat İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne İl Müdür Yardımcısı olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali ile açtığı davada, oğlunun öğrenim gördüğü Ankara Özel Samanyolu Erkek Lisesine eşdeğer bir özel okulun Yozgat İlinde bulunmamasını Kayseri İdare Mahkemesi, davacının aile birliğini bozacak nitelikte bulmuş ve işlemi iptal etmiştir. Buna karşılık temyiz aşamasında Danıştay, "657 sayılı Yasanın 72. maddesinin 418 sayılı KHK ile değişik 2. fıkrasında, yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda, aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon

50 RG., 7.1.1989, sy. 20042.
51 RG., 16.11.1996, sy. 22819.

sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde atamasının, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74. ve 76. maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılması zorunluluğu getirilmiş olup; atanan memurun öğrenim gören çocuklarının durumu (memurun görev yaptığı kurumun özel mevzuatında bu konuda istisna teşkil edecek bir hükmün bulunması durumu hariç), anılan maddede sözü edilen zorunluluk kapsamına dahil edilmemiş olduğundan, bu hususun iptal kararına gerekçe alınmasında hukuki isabet görülmemiştir" gerekçesiyle kararı bozmuştur[52].

Aynı şekilde, Sivas DSİ XIX. Bölge Müdürlüğünde Mühendis olarak çalışmakta olan davacının, Van DSİ XVII. Bölge Müdürlüğüne Mühendis olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada Sivas İdare Mahkemesi, nakil sırasında davacının oğlunun Türkçe-Almanca eğitim-öğretim yapan Sivas Selçuk Anadolu Lisesinde okuması nedeniyle işlemi, aile bütünlüğü gözetilmeden tesis edilmiş sayarak iptal etmiştir. Danıştay ise, yukarıda belirtilen gerekçeyle yine mahkeme kararını bozmuştur[53]. Danıştay'ın bu kararında yer alan azlık oyu, bazı yönetmeliklerde çocuğun öğrenim durumunun nakil işlemi yönünden gözönünde tutulması esası getirilirken bazılarında bu konuda bir düzenleme getirilmemesinin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan **eşitlik ilkesine** aykırı bir uygulama getirdiği şeklindedir[54].

---

52 D5D., E. 93/8888, K. 94/783, KT., 7.2.1994, DBM.

53 D5D., E. 95/766, K. 97/1765, KT., 17.9.1997, DBM.

54 " 1- Anayasanın 41. maddesi ana, baba ve çocuklardan oluşan aileyi Türk toplumunun korunması gerekli temeli olarak kabul ettiğine ve ailede huzur ve refahın sağlanmasını yerine getirilmesi kaçınılmaz bir ödev olarak Devlete yüklendiğine göre, ilgili yasalarda ya da genel ve özel yönetmeliklerde bu konuda bir hüküm olmamasının, Anayasanın üstünlüğü ilkesi karşısında hukuken bir değerinin olamayacağı ve idarenin Anayasal yükümlülüğünü kaldırmayacağı tartışmayı gerektirmeyecek kadar açık(tır) ... 2- Kamu personelinin naklen atanmalarında ve bunlarla ilgili diğer düzenlemelerde eşin çalışmakta olması ve çocukların öğrenim durumlarının yasakoyucu

Yine idare, İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğünün Tokat Şube Müdürlüğünde görev yapan bir memurunu, Şırnak Şube Müdürlüğüne naklen atamıştır. Açılan davada Sivas İdare Mahkemesi, halihazırda davacının iki çocuğunun Tokat İmam-Hatip Lisesinde okuması, Milli Eğitim Bakanlığı Din Öğretimi Genel Müdürlüğünün ve Şırnak Valiliğinin yazılarından Şırnak İlinde İmam-Hatip Lisesi bulunmadığının anlaşılması nedeniyle çocukların öğrenim durumları gözetilmeden yapılan nakil işlemini Anayasanın 41. maddesinde yer verilen aile birliğinin korunması ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Temyiz üzerine Danıştay, davacının çocuklarının naklen atamada dikkate alınmasını zorunlu kılan bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararını bozmuştur[55].

Danıştay'ın çocukların öğrenim durumunun nakilde gözönünde tutulması zorunluluğunun olmadığı yönündeki kararları çoğunlukta ise de, bu durumun aksi yönünde verilen kararları da bulunmaktadır.

Danıştay, İstanbul Bira Fabrikası Müdür Yardımcılığı görevinden Yozgat Bira Fabrikası Müdür Yardımcılığına naklen atanan davacının, bu işlemin iptali istemiyle açtığı dava üzerine davayı reddeden Kayseri İdare Mahkemesinin kararını, "... davacının ... çocuklarının sınav sonucu girilebilen özel okul

---

tarafından nazara alınmamasının Anayasanın 41. maddesine aykırılık oluşturacağı açık bulunduğu gibi, sözü geçen personelden kimi kurumlarda çalışanlar için eşin ve çocukların öğrenim durumlarının mazeret olarak kabul edilmesine karşılık, kimileri için edilmemesinin de"kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı düşeceğinde kuşkuya yer yoktur. İlgililerin özel mevzuatında özel bir hükme yer verilmemiş olmasının Devletin (idarenin) Anayasadan doğan yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir sebep olarak kabulü ve bu gerekçeye göre temyize konu kararın bozulması Anayasanın 10/1. maddesine açık aykırılık oluşturmaktadır". D5D., E. 95/766, K. 97/1765, KT., 17.9.1997, DBM.

55 D5D., E. 95/2850, K. 95/3209, KT., 19.10. 1995, DBM.

ve üniversitede okuyor bulunması karşısında, yukarıda hükmü yazılı olan Anayasa ve 657 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, aile birliğinin gözetilmediği açıktır" gerekçesiyle bozmuştur[56].

Yine, İstanbul İlinde Başkomiser olarak görev yaparken Sinop ili Durağın ilçesi Emniyet Amirliğine naklen atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın Temyiz aşamasında Danıştay, "... Sinop il hudutlarında Anadolu Lisesi olduğu anlaşıldığından, davacının bu yöndeki iddiaları da dava konusu işlemi kusurlandıracak nitelikte bulunmamıştır" gerekçesiyle idare mahkemesi kararını bozmuştur[57]. Danıştay'ın bu kararından anlaşılan husus hiç şüphesiz, davacının atandığı yerde çocuklarının öğrenimlerini sürdürebilecekleri benzer bir ortaöğretim kurumunun bulunmaması naklen atama işlemini kusurlandıracaktır.

Aynı şekilde, Ağrı PTT Müdürlüğündeki Dağıtıcılık görevinden Giresun İli Çamoluk İlçesi PTT Merkezi Dağıtıcılık görevine, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin[58] Görev ve Yer Değişikliği başlıklı m. 9/1 hükmü (Sözleşme süresi içerisinde gelişen hizmet şartlarına göre sözleşmeli personelin görevi veya görev yeri değiştirilebilir) gereği atanan davacı, bu işleme karşı açtığı davada, çocuklarının Ağrı ilinde lise tahsili gördüğünü ve naklen atandığı Çamoluk ilçesinde lise ve dengi okul bulunmadığını belgelerle ortaya koymuştur. Trabzon İdare Mahkemesi, hiçbir düzenleme ile Anayasa'nın 42. maddesi ile vatandaşlara tanınan eğitim-öğretim hakkının ortadan kaldırılamayacağı, bu nedenle davacının çocuklarının öğrenimlerine devam edip edemeyecekleri hususu gözetilmeden tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir. PTT Genel Müdürlüğünün temyiz istemini Danıştay reddederek Trabzon İdare Mahkemesi

---

56 D5D., E. 87/680, K. 87/739, KT., 7.5.1987, DD., yıl 18, sy. 68-69, 1988, s. 398.

57 D5D., E. 94/8059, K. 95/1319, KT., 5.4.1995, DBM.

58 RG., 29.1.1990, sy. 20417 (Mükerrer).

kararını onamıştır[59]. İnceleme konumuz DMK madde 72 bağlamında ailenin korunması ödevidir. Sözleşmeli personel DMK madde 72'nin kapsamı dışındadır. Ancak bu kararda önemli olan husus şudur: DMK madde 72'ye paralel olarak 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ilgili maddesinde personelin görev yerinin değiştirilmesinde ilgililerin çocuklarının öğrenim durumlarının gözönünde bulundurulması gerektiği yolunda bir hüküm bulunmamaktadır. Her iki düzenlemede (DMK, 399 sayılı KHK) idareye, nakil sırasında çocukların öğrenim durumunu gözönünde bulundurma yükümlülüğü getirilmemiş olmasına rağmen Trabzon İdare Mahkemesi idarenin bu durumu gözönünde bulundurmadan yapacağı nakil işlemlerini herşeyden önce Anayasanın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" ni düzenleyen 42. maddesine aykırı bularak iptal etmiş ve Danıştay da bu kararı onamıştır.

SONUÇ

Nakil, idarenin, üstlendiği kamu hizmetlerini gerektirdiği şekilde yerine getirebilmesi için kamu görevlileri üzerinde tesis etmeye yetkili olduğu bir idari işlemdir.

İdare, DMK madde 72 çerçevesinde, kamu hizmetlerinin iyi işlemesi düşüncesiyle kamu görevlilerini yer değiştirme suretiyle bulundukları yerden başka bir yere atayabilir. Ancak hukuk devleti anlayışı gereği idare kapsam ve sınırları daha önceden belirlenmiş mevzuat çerçevesinde hareket etmek ve dolayısıyla nakil işlemini tesis etmek zorundadır. Çünkü, hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yalnız bireylerin değil, idarenin de uymasını gerektirecek kurallar bütünüdür.

İdarenin kamu görevlilerini bulundukları yerden başka bir yere ataması konusunda sahip olduğu takdir yetkisi

---

59 D5D., E. 93/5842, K. 94/1150, KT., 23.2.1994, DBM.

Anayasal bir ilke olan "Aile Birliğinin Korunması" ile sınırlıdır. İdare, her şeyden önce bu Anayasal ilkeye bağlı olarak nakil işlemi tesis edecektir. Çünkü, Ailenin ve dolayısıyla Aile Birliğinin Korunması ulusal düzeyde olduğu kadar uluslararası düzeyde de öneme haizdir.

DMK madde 72, idarenin hukuka uygun şekilde yapacağı nakil işlemlerinde aile birliğinin ne şekilde korunacağını düzenlemiştir. Madde herşeyden önce naklen atanan eşin bu Kanuna tabi kurumlarda memur olarak çalışmasını öngörmektedir. Danıştay, DMK'na tabi olmayan kamu görevlilerine DMK madde 72'nin uygulanmayacağını belirtmekte ise de, kendi mevzuatlarında bir hüküm bulunmayan durumlarda bu personele, Anayasa'nın 41. maddesinden hareketle idareye aile birliğinin gözetilmesi ödevini yüklemektedir. Maddenin öngördüğü bir diğer şart, diğer eşin de memur olması şartıdır. Ancak yine Danıştay'a göre, diğer eşin mutlaka DMK'na tabi olmasına gerek yoktur. Diğer eşin serbest meslek sahibi olması durumunda ise idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünün ortadan kalkacağı açıktır. Aksi yönde Danıştay kararları bulunmasına rağmen istikrar kazanmış Danıştay kararları bu yöndedir.

Maddeye göre, yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda, aile birliğini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlamak idare için bir yükümlülüktür. Her ne kadar maddedeki düzenleme eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları hususuna ilişkin bulunsa da, memurunu atayacak idarenin aynı kurumda çalışan eşinden haberdar olmaması kabul edilemeyeceği mantığından hareketle - ki Danıştay kararları da bu yöndedir- eşlerin aynı kurumda çalışmaları halinde de gerekli koordinasyon sağlamak idare için bir yükümlülüktür. Aksi halde, idarenin, diğer eşin de isteğinin bulunduğu halde, kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlamadan yapacağı nakil işlemleri iptal ile sonuçlanabilecektir.

Memurun atandığı yerde diğer eşin atanacağı bir teşkilatın olmaması veya teşkilat olmakla birlikte niteliğine uygun bir görev bulunmaması durumunda madde, memur olan diğer eşe izin hakkı getirmiştir.

Maddenin uygulanması bakımından, görevin ifasını, mali imkanları, sağlık vb. durumlarını etkilemeyen, yeni atanılan yere ulaşım imkanlarının bulunması, idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırabilir. Bu bağlamda, yeterli ulaşım imkanlarının var olup olmadığını değerlendirmede idareye ve mahkemelere önemli bir görev düşmektedir.

Son olarak, maddede, eş durumunu gözetmek idare için bir yükümlülük olarak öngörülmesine rağmen, memurun öğrenim gören çocukları yönünden pozitif herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda Danıştay kararları arasında da bir birlik yoktur. Oysa **memurların isteği üzerine** idare tarafından yapılan naklen atamalarda, kurumlarının özel yönetmeliklerinde -belgelendirilmesi kaydıyla- çocukların öğrenim durumunu idarenin dikkate alacağı düzenlenmişse, idare bu durumu dikkate alarak atama yapacaktır. Dolayısıyla, idarenin re'sen yapacağı nakiller bakımından, maddenin, memurun çocuklarının öğrenim durumunu da dikkate alacak şekilde düzenlenmesi zaruridir. Tabi bu yapılırken, naklen atama yapılmadan önce memurun çocuğunun öğrenim gördüğü eğitim kurumunun, naklen atanılan yerde benzerinin bulunup bulunmadığı idare tarafından zorunlu olarak gözönünde alınacağı şekilde yapılmalıdır. Yeni atanılan yerdeki eğitim kurumunun eğitim seviyesi ve Üniversite'de okuyan çocukların öğrenim durumu ise istisna tutulmalıdır.

TÜRK MEDENÎ KANUNU BAKIMINDAN KADIN HAKLARI

Prof. Dr. Mehmet Ünal*

1. GENEL OLARAK[1]

Bugün bütün dünyayı, dolayısıyla insanlığı en fazla Meşgul eden sorunların başında, kadın hakları gelmektedir. Kadın hakları denilince, özellikle daha çok, kadın-erkek eşitliği anlaşılmaktadır.

İnsanlık tarihi, özellikle bugün insanlığa öncülük eden veya etmeye çalışan batı aleminin geçmişi bu bakımdan pek iç açıcı görünmemektedir. Zira batı aleminde kadın erkek-ayırımı

---

* A.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadlarıyla belirtilmiştir.
Yararlanılan kaynaklar:

1) **AYDIN,** Mehmet Akif: İslâm- Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985.
2) **AUBERT,** Gabriel: L'égalité des sexes dans le domaine du travail, l'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, sh. 143-179.
3) **DUTOİT,** Bernard: Le droit suisse de la famille entre liberté et solidarité, Revue du droit suisse, Band 110, 1991, I. Halbband, Heft, 1, sh. 28 vd.
4) **DUTOİT,** Bernard/**MASMESAN,** Denis: La nationalité de la femme marié Genève 1991.
5) **GUİNAND,** Jean: Nouveau droits matrimoniaux et successeraux du conjoint suurvivant proplèmes de droit de la famille, Neuchâtel 1987, sh. 71.
6) **JORNOD,** Maryse: La femme et le nom droit suisse et francais, Genève 1991.
7) **KOSCHAKER,** Paul/ **AYİTER,** Kudret: Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.
8) **MALİNVERNİ,** Giorgio: Le principe de l'égalité entre hommes et femmes, seminaire de 3e cycle de juridique Romande, Lausanne 1988, sh. 11-40.
9) **MORAND,** Charles-Albert: L'égalité entre hommes et femmes, seminaire de 3e cycle de juridique Romande, Lausanne 1988, sh. 73-107.
10) **UMUR,** Ziya: Roma Hukuku, İstanbul 1970.
11) **ÜNAL,** Mehmet: Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Özellikle 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi, AHFD. XXXIV/ 1-4, sh. 195-231.
12) **WESSNER,** Pierre: Problemes de droit de la famille, Neuchâtel 1987.

temel ve vazgeçilmez bir ayırım olarak kabul edilmiştir. Hatta düşünce ve ifadenin dahi temelini böyle bir ayırım oluşturmaktadır. Nitekim Latin kökenli batı dillerinde, bu arada Rusya'da feminine (kadın), masculen (erkek), hatta bazılarında notre (ne erkek, ne kadın) ayırımlar vardır. Durum Arap dili bakımından da aynıdır. Sözkonusu dillerde kadın ve erkeklikle ilgisi olmayan eşyalar dahi, daima böyle bir nitelik izafe edilerek isimlendirilmiş ve anılmışlardır. Binaenaleyh batı toplumu, kadın-erkek konusunu, kadınlık ve erkeklikle ilgisi olmayan kavramlarda dahi böyle bir ayırım yapmadan düşünemez hale gelmiş bir toplumdur. Düşüncenin oluşumundaki bu temel anlayış, kadın-erkek hakları belirlenirken de kendini göstermiştir. Bu anlayışın etkisiyle batı aleminde söylenmiş dünyaca meşhur bir söz vardır: "Parlamento her şeyi yapabilir, fakat kadını erkek, erkeği kadın yapamaz". Bu söz öncelikle parlamentonun sahip olduğu gücün büyüklüğünü ifade etmek için kullanılmıştır. Ancak bu söz, aynı zamanda cinsiyet yönünden iki ayrı varlık olan kadın ile erkek arasındaki hukuki bakımdan eşitliği sağlamanın ne kadar güç olduğunu da göstermektedir[2]. Ne var ki, sözün bu ikinci anlamı üzerinde durulmadan geçiştirilmektedir.

2. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN

Kadın-erkek eşitliği bakımından Türk tarihi ve kültürüne bakıldığında, tertemiz ve bembeyaz bir sayfayla karşılaşılır. Nitekim, herkesçe malum olduğu üzere, Türk milletinin geçmişinde domuz eti yemek, alkol almak, köle ve cariye edinmek gibi kötü ve insan haysiyetine aykırı itiyatlar bulunmadığı gibi, tek kadınla evlilik vardır. Kadın-erkek ayırımının bulunmadığının bir başka kanıtı da, hakanların kurultaylara daima eşleriyle birlikte gelmeleri gösterilebilir.

Ayrıca Türk dilinde de, kadın-erkek ayırımına dayanan

---

2 **Maliverni,** sh. 11 vd.

etimolojik ve gramatikal bir anlayış mevcut değildir. Aslında bu anlayış ve tutum, İslâm'dan sonra da, kanaatımca pek fazla bir değişikliğe uğramamıştır. Binaenaleyh Türk milleti kadın haklarını, dolayısıyla kadın-erkek eşitliğini, hiç bir kuşku ve komplekse kapılmadan savunabilecek yeryüzünün ve insanlık aleminin ender toplumlarından biridir.

3. HUKUK TARİHİ BAKIMINDAN

Konuyu, hukukumuzu yakından etkilediği ve ilgilendirdiği için Roma Hukuku ve İslâm Hukuku açısından ele alıp incelemek gerekli ve yeterlidir.

a) Roma Hukukunda

Bugünkü Kara Avrupa Hukukunun kaynağını oluşturan Roma Hukukunda kadın hak süjesi (sahibi), dolayısıyla "şahıs" veya "kişi" sayılmıyordu. Zira o devirde kadın ya da babasının (filius familias) veya kocasının hakimiyeti (manus) altındaydı. Kadın evlenmekle babasının hakimiyetinden çıkıp kocasının hakimiyetine girmiş; adetâ bu suretle koca, karısını satın almış olurdu. Görüldüğü üzere, Roma Hukukunda asıl hak sahibi aile babası idi; kadınlar ise daha ziyade hakkın konusunu oluşturuyorlardı[3].

b) İslâm Hukukunda

İslâmiyetten önce, Arap toplumu, cahiliye dönemini yaşıyordu. Bu dönemde kız çocukları aileleri için zül sayılıyordu; Araplar bu zülden kurtulabilmek için onları diri diri kumlara gömüyorlardı.

Keza Arap toplumunda çok çeşitli evlenme şekilleri vardı. Bu evlenme şekilleri içinde kadınlar bazan bir meta (eşya) gibi

---

3 **Umur,** sh. 64 vd.; **Koschaker/ Ayiter,** sh. 87 vd.

alınıp satılıyorlardı. Ayrıca bir erkek istediği sayıda kadınla evlenebiliyordu[4].

Böyle bir dönemden gelen islâm dini kadın hakları konusunda önemli ilkeler vaz etti. Onlardan biri "erkeklerin kadınlar üzerinde hakları olduğu kadar, kadınların da erkekler üzerinde hakları vardır"[5] ilkesidir. Bu ilke ile kadın-erkek arasında haklar yönünden eşitlik ve denklik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu ve benzeri ilkelerin ışığı altında, kadının, daha sonraki dönemlerde durumunu pratikte ne ölçüde değiştirdiği pek fazla bilinmemektedir.

Avrupa ile birlikte Osmanlı İmparatorluğunda da, 19. yy. içinde kanunlaştırma hareketleri başlamıştır. Bu kanunlaştırma sürecinin son ürünlerinden biri de Hukuk-i Aile Kararnamesidir. İslâm dini esaslarına göre düzenlenen bu kararname ile bugünkü aile hukukumuza uygun ilkeler benimsenmiştir. Ezcümle, bu kararname ile,

- nişanlanma akdi benimsenmiş ve sözkesme düzenlenmiş (m. 1, 2),

- evlenme için erkeklerin en az 18, kızların 17 yaşında olması öngörülmüş (m. 4),

- daha erken evlilik, hâkimin kararına, ana-babanın iznine bağlanmış (m. 5, 7, 8),

- şahitsiz veya ehliyetsiz kimselerin şahadetiyle yapılan, kıza zorla ve hile sonucu yapılan nikâhı geçersiz saymış (m. 56, 57, 62),

- iaşe, ve ibade (bakım ve barınma) yükümlülüğü kocaya yükletilmiş (m. 69, 70),

---

4 **Ünal,** sh. 195 vd.

5 Bakara Suresi Ayet 228 ve Veda Hutbesi

• kadının geleceğinin garantisi olarak mihri müeccel ve muaccel kabul edilmiş (m. 80 vd.),

• eşlerden birinin rızası olmadan diğerinin eve misafir getirmemesi benimsenmiş (m. 72),

• nihayet, islâmda mal ayrılığı sistemi cari olduğu için bu konuda hiç bir hüküm sevkedilmemiştir.

4. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN

Roma Hukukuna hâkim olan kadın-erkek konusundaki yukarıda anlatılan anlayış bugünkü Batı Avrupa ülkeleri hukuklarına çeşitli derecelerde yansımıştır. Bunları kadın hakları ile ilgili iki konuda toplamak mümkündür: biri mal rejimi, diğeri ücret. Genellikle yakın zamana kadar Roma Hukukundaki anlayışın etkisiyle çoğu avrupa ülkesinde, eşler arası kanunî mal rejimi olarak mal birliği veya mal ortaklığı sistemleri cari idi. Nitekim Medenî Kanununu iktibas ettiğimiz İsviçre'de eşler arasında mal birliği sistemi geçerli idi. Mal birliği veya mal ortaklığı sisteminin esasını, bir kadın evlenince, malvarlığını kocasının idaresine ve intifaına terketmesi teşkil eder. Başka bir deyişle, evlenen bir kadın, evlilikle birlikte, malvarlığını, tıpkı Roma Hukukunda olduğu gibi, kocasının idaresine ve intifaına terketmek zorundadır. Yeter ki sözleşme ile eşler başka bir mal rejimini kabul etmiş olmasınlar. Çoğu zaman da eşler, evlilik öncesi yoğun duyguların etkisi altında böyle bir yola gitmemektedirler. Koca gerek kendi, gerek karısının malvarlığını işleterek ve idare ederek ondan elde ettiği gelirle de ailesine ve bu arada karısına bakmakla yükümlüydü. Ancak böyle bir sistem esas itibariyle kadın istismarcılığına dayanan bir sistemdir. Onun için Batı Avrupa ülkelerinin hemen hemen hepsi yakın bir geçmişte bu sistemi terk ederek, nemaya iştirak (participation aux acquêts) denilen bir sisteme geçtiler. Bu sistem evliliğin sona ermesi halinde, evlilik sırasında edinilmiş malların eşler arasında pay edilmesi

esasına dayanmaktadır[6]. Paylaşımın nasıl yapılacağı ve hangi nisbetlerde olacağı farklılık arzedebilir. Bu sistemin kadın hakları yönünden ne gibi yararlı sonuçlar sağladığı henüz bilinmemektedir. Ancak şimdilik hissedilen ve müşahade edilen bir yanı vardır ki o da, evlilikleri kâğıt üzerinde bırakması ve eşlerin gayrimeşru ilişkilerini yaygınlaştırmış olmasıdır. Zira kanunî rejim olan bu sistemi benimseyerek evlenen eşler, bu sırada edindikleri malvarlıklarını ve onlar içinde yer alan işletmeleri bölmemek veya kapatmamak için resmen boşanma yoluna gitmemekteler; onun yerine her biri, diğerinin başka biriyle yaşamasına ve birlikteliğine gözyummakta ve müsaade etmektedirler. Böylece gayrimeşru ve gayri ahlâki birliktelikler toplum içinde yaygın hale gelmektedir. Her halde, sağlıklı bir toplum için böyle bir durum arzu edilen bir sonuç olmamalıdır.

Bundan başka, Avrupa'da, aile temelden çökmüş, aile sayılmayan birlikte toplu yaşamalar artmış, nüfus artışı ve üreme durmuş, doğumlar azalmış, doğanların çoğu babasız dünyaya gelmeye başlamıştır.

Avrupa'da kadın istismarcılığı sadece mal rejimleri dolayısıyla ortaya çıkmış değil, aynı zamanda ücret konusunda da mevcuttur. Pek çok batılı ülkede, hâlen kadınlar, aynı iş kolunda çalışan erkeklerden daha az ücret almaktadırlar. İsviçre'de bu oran % 33'tür. Bir başka deyişle, kadınlar erkeklere nisbetle % 33 daha az ücretle çalışmaktadırlar. Kadın-erkek arasındaki ücret eşitsizliğini gidermek için 1981 yılında İsviçre Anayasa'sının 4. maddesine bir fıkra eklenmiştir (m. 4/ f. 2, c. 3). Buna göre "erkek ve kadın aile, eğitim, iş yönünden eşittir. Erkek ve kadının eşit iş için eşit ücret talep hakları vardır". Yeni konmuş bu hükme rağmen, Federal Mahkeme, eşit ücret talap edildiği takdirde buna hükmetmekte, aksi takdirde farklı ücret ödemeyi anayasaya aykırı

---

6 **Guinand,** sh. 21 vd.

bulmamaktadır[7]. Böylece sözkonusu anayasa değişikliklerine rağmen, gerçekte hiç bir şey değişmemiştir. Diğer Avrupa ülkelerinde de durumun bundan farklı olduğu söylenemez. Aynı şekilde, müşahade ve incelemelerime dayanarak ifade etmek istiyorum ki, 1990'da çökmüş olan demir perde gerisi ülkelerde de, kadının durumu yukarıda açıklananlardan daha iyi değildir. Zira sözkonusu rejim döneminde, inşaat yapmak şehir sokaklarını temizlemek, tarımsal faaliyette bulunmak gibi en ağır işlerde kadınlar çalıştırılmıştır. Bugün, hâlen aynı durum devam etmektedir.

5. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN

Türk Medenî Kanunu, bilindiği gibi, İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilmiştir. İktibas sırasında Medenî Kanunda en büyük değişiklik mal rejimlerinde yapılmıştır. Türk Kanun koyucusu, yukarıda açıklandığı üzere, kadın istismarcılığına yol açan mal birliği sistemini kanuni rejim olmaktan çıkararak onun yerine mal ayrılığı sistemini benimsemiştir. Türk kanunkoyucusu bu değişikliği yaparken gerek islâm öncesi, gerek islâm sonrası Türk aile hukukuna hâkim olan anlayış ve mal rejiminden hareket etmiş; kadın lehine bulduğu mal ayrılığını kabul etmiştir. Bu değişiklikle birlikte, bir alternatif olarak mal birliği ve mal ayrılığını da aynen muhafaza etmiştir. Eşler dilerlerse, yapacakları bir anlaşma ile bu mal rejimlerinden birini de kabul edebelirler.

Mal ayrılığında eşlerden her biri, kendisine ait mallara evlendikten sonra da tek başına sahip olur; onların idaresi ve intifaı (neması) da kendisine aittir. Bu durum, hem erkek, hem kadın eş için aynen geçerlidir. Binaenaleyh Türk hukukunda evlenen bir kadın evlilik öncesi mallarına tek başına sahip olduğu gibi, evlilik birliği içinde edindiği mallara, bu arada varsa diğer gelirlerine ve nemalara da tek başına sahiptir.

---

7 **Aubert,** sh. 155 vd., Özellikle sh. 157 vd.

Ayrıca evin giderlerine de katılmak zorunda değildir. kocanın maddi gücünün yetmediği hal bundan müstesnadır. Zira Türk kanunkoyucusu mal birliği rejiminin tabiî bir sonucu olarak benimsenmiş olan kocanın aileye bakma yükümlülüğünü, mal ayrılığı sistemini kabul etmiş olmasına rağmen, aynen muhafaza etmiştir. Böyle bir düzenleme, Türk kadınına, ileri batı ülkeleri de dahil olmak üzere, çağdaşı olan hemcinslerine nisbetle çok daha erken ve çok daha kapsamlı bir koruma sağlamıştır. Bu durumu, Türk kanunkoyucusunun kadın-erkek konusunda hiç bir taassubunun bulunmamasının, kadın ve aile anlayışının ve basiretli olmasının bir sonucu olarak değerlendirmek gerekir. Bugünkü Türk kanunkoyucusuna düşen görev, isabetli ve doğru olan bu yolda ilerleyerek, kadını koruyacak ilâve ve tamamlayıcı tedbirleri almak olmaldır. Bu yolda alınacak tedbirleri şöylece sıralamak mümkündür:

1) Mal ayrılığı sistemi korunmalıdır.

2) Buna ilâveten;

a) Dışarıda çalışmayıp mesaisini ve sayini ailesine hasreden kadına, nadiren de olsa, erkeğe, muhik bir tazminat ödenmesi öngörülmelidir. Esasen böyle bir düzenleme Türk Medeni Kanununa metod olarak da yabancı değildir. Zira Medeni Kanun bu tür bir çözümü mirasçılıkta benimsemiştir (MK. m. 610, 321).

b) Ayrıca, mesaisini ve sayini ailesine hasreden kadını, aile bütçesinden sigorta ettirme yükümlülüğü getirilmelidir. Böylece onun sağlık ve sosyal sigortası sağlanmış olur.

c) Müşterek hayatın, yani evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde ortak ikâmetgahın ve bazı ev eşyalarının kadına bırakılmasını öngören bir hüküm konulmalıdır.

d) Nihayet, aile hayatı zora ve sıkıntıya düştüğünde onu yaşatacak ve destekleyecek tedbirleri almakla görevli aile danışma ve yardım bürolarını kurmak gerekir.

SON TASARI IŞIĞINDA, YURTDIŞINDA YAŞAYAN TÜRK VATANDAŞLARINA DEVLETİN SOSYAL GÜVENLİK SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Prof. Dr. Kadir ARICI*

GİRİŞ

Son dönemde yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarına sosyal güvenlik sağlanmasına yönelik bir kanun tasarısına yönelik bir kanun tasarısının hazırlanarak meclise sunulması[1], meselenin kamuoyunda tartışılmasına yol açmıştır.

Bilindiği gibi yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması ile ilgili ilk adım 1978 yılında bu alanda çıkartılan 30.5.1978 tarih ve 2147 sayılı "Yurt Dışında Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun" ile atılmıştır[2]. Bu kanun yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarına yurt dışında geçen sürelerini Türkiye'de borçlanmak suretiyle değerlendirilmesine imkân veren bir kanun idi.

Bu kitlenin sosyal güvenliğine dair en önemli adım ise; 1982 Anayasası ile devletin bu alanda tedbir alma görevi ile görevlendirilmesi suretiyle atılmıştır. 1985 yılında Anayasadaki hüküm de dikkate alınmak ve o güne kadar daha önceki kanun uygulamasından doğan şikayetleri de ortadan kaldırmak üzere,

---

* Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Tasarının gerekçesi ve komisyon tartışmaları hakkında bkz.: Yurtdışında Bulunanların Sosyal Güvenlikleri Hakkında Borçlanma Kanun Tasarısı., S. Sayısı 209., Dönem 20., Yasama yılı 2.,

2 Bu kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: TUNÇOMAĞ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Güryay matbaası, İstanbul 1982, s.286- 288.

8.5.1985 tarih ve 3201 sayılı Kanun ile yurt dışında bulunan Türk Vatandaşlarının sosyal güvenliği konusu yeniden düzenlenmiş ve uygulama yeni esaslara bağlanmıştır[3].

Biz çalışmamızda yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliğine dair mevcut hukuki durumu ortaya koyduktan sonra, son tasarıyı da inceleyerek Anayasa m.62 ışığında devletin yurt dışında yaşayan vatandaşlarına karşı sosyal güvenlik bakımından yükümlülüklerinin muhtevasının ne olması gerektiği hususunda bir değerlendirme yapmak istiyoruz.

I- YURTDIŞINDA YAŞAYAN TÜRK VATANDAŞLARININ SOSYAL GÜVENLİK HAKLARI VE SOSYAL GÜVENLİK BAKIMINDAN KORUNMALARI

1- Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Sosyal Güvenlik Hakkı

İnsanların ekonomik anlamda gelir garantisi ihtiyacını gideren ve bir gelir güvencesine sağlayan Sosyal güvenlik hakkı, vazgeçilmez temel bir insan hakkıdır[4]. Milletlerarası insan haklarına dair temel belgelerde bu husus kabul edilmiştir[5].

Türk hukukunda sosyal güvenlik hakkı, anayasal bir hak kabul edilmiş ve ülke sınırları içerisinde yaşayan herkese tanınmıştır. Anayasamızda, devlete bu hakkın hayata

---

3 TUNCAY, A. Can: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul 1996., s. 63

4 Sosyal güvenlikhakkı ve niteliği hakkında bkz: AKAD, Mehmet: Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, İstanbul 1992., TUNCAY, A.Can:a.g.e. s.64-67.

5 Sosyal güvenliğe dair milletlerarası belgeler hakkında bkz: ARICI, Kadir: Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1997, s. 14 v.d.; GÜZEL,Ali-OKUR,Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 5.Bası, İstanbul 1996., s.36.

geçirilebilmesi için gerekli olanı yapmak yükümlülüğü bir anayasal görev olarak verilmiştir (A.Y.m.60)[6].

Daha önceki Anayasalardan farklı olarak 1982 Anayasamız sosyal güvenlik hakkına dair tek bir hükümle kalmamış; yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik bakımından korunmalarına dair bir özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre, "*Yabancı Ülkelerde Çalışan Türk Vatandaşları* " başlığı altında yapılan bu düzenleme ile sosyal güvenlik hakları arasında

"Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda döndüklerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır" (A.Y. m.62)

Anayasa koyucu bu düzenlemeyi yaparken "Yabancı ülkelere çalışmak üzere giden ve orada yaşayan Türklerin sayısı iki milyonu bulmuştur. Bu sayı azımsanmayacak nitelikte olup, küçümsenmeyecek bir topluluğun varlığına işaret etmektedir. Bu Türklerin ülkeleriyle olan bağlarını sürdürmekte ihtiyaçları olan kültür ve eğitim hizmetlerine devlet katkısı zorunludur. Devlet, yabancı ülkelerdeki Türklerin aile birliğini sağlamak, parçalanmış ailelerin sorunlarının çözümüne yardımcı olmakla ödevlendirilmiştir. Yabancı ülkelerde yaşayan Türklerin sosyal güvenlikleri antlaşmalarla temin edilmektedir. *Ancak bu alanda yapılacak işler vardır ve madde devlete bu konuda yön göstermiktedir.* Anayasa yabancı ülkelerde çalışan Türklerin sosyal güvenliklerinin sağlanması alanında devletin henüz tamamlayamadığı görevlerinin olduğu ve bu maddenin ışığında devletin bu alanda bir takım adımlar atması gerektiğine işaret etmektedir. Anayasamızın bu hükmü ile yurt dışında çalışanların sosyal güvenlik bakımından

6 TUNCAY,A.Can:a.g.e. s.65; GÜZEL,OKUR: a.g.e. s.35.

korunmalarına alanında hem bir görev hem de bir imkan elde edilmiş olmaktadır.

Devlet bu alandaki boşlukları doldurmak ve yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerini sağlamakla yükümlü kılınmıştır.

Bu yükümlülüğün kapsamı içerisinde yalnızca yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları bulunmaktadır. Çünkü, başlangıçta Danışma Meclisi m.71 de yabancı ülkelerde "yaşayan"lar ifadesi yer almakta iken bu madde MGK Anayasa Komisyonu'nda "çalışan" kelimesi ile değiştirilmiştir[7]. Dolayısı ile anayasa koyucu güç, devletin bu alanda sosyal güvenlik sağlama yükümlülüğünün muhtevasını yalnızca yabancı ülkelerde çalışanlarla sınırlamak istemiş olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda yurt dışında çalışmakta olan ve Türk vatandaşlığına sahip bulunan kimseler devletin yurt dışında çalışanların sosyal güvenliğinin sağlanmasına dair düzenlemelerinden istifade etme hakkına sahip olmaktadırlar.

Anayasamız devletin bu alandaki görevlerinin nasıl ve hangi esaslara dayalı olarak ifa edileceğine dair kriterlere yer vermemiştir. Şu halde, devlet bu görevi yerine getirirken, sosyal güvenlikte kabul edilmiş esaslar, milletlerarası hukuk ve milletlerarası sosyal güvenlik hukukunun genel esas ve teamüllerine uygun kanuni düzenlemeler yapmak durumundadır.

2- Yurt Dışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Sosyal Güvenlik Bakımından Korunmaları

Türk sosyal güvenlik hukukunda yurt dışında çalışan

---

7 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası -Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Millet Meclisi Vakfı Ofset Tesisi, Ankara 1993, s.108.

Türk vatandaşlarının sosyal güvenlikleri konusu ilk defa 1960'lı yıllarda gündeme gelmiş ve ilk düzenlemeler bu tarihi takip eden dönemde yapılmıştır. Bu alanda bir düzenleme yapılması ihtiyacının doğuşunda esas sebep yurt dışında çalışmak üzere bu tarihten sonra çok sayıda Türk vatandaşının yurt dışına gitmeleri ve bu vatandaşlarımızın sosyal güvenlik ihtiyaçlarının karşılanması alanında boşlukların ortaya çıkmasıdır. Sosyal güvenlik ihtiyaçları karşılanmayan ve yurda döndükleri zaman sosyal güvenlik bakımından gelecek endişesi içerisinde olan bu vatandaşlarımızın ikili antlaşmalarla da meselelerinin bütünüyle çözülememesi gerçeği bu alanda kanuni düzenlemelerin gerisinde yatan asıl sebeptir[8].

Ülkemizde yurt dışında yaşamakta olan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik meselesinin çözümü için izlenen politikalar günümüze kadar; (i) Vatandaşlarımızın yaşadığı ülkeler ile ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri yapmak, (ii) Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının o ülkelerde sosyal güvenliğe esas sürelerinin Türkiye'de de değerlendirmek olmak üzere iki şekilde sürdürülmüştür.

A- Yabancı Ülkelerle İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Metodu

Yurt dışında çalışan vatandaşlarımızın o ülkede sosyal güvelik açısından değerlendirilmiş çalışma sürelerinin Türkiye'ye taşınması ve Türk sosyal güvenlik sisteminde geçirilmiş süreler gibi işlem görmesini sağlamanın yollarından birisi ilgili ülke devletleri arasında karşılıklılık esasına dayalı olarak bu konuda işlem yapmak üzere anlaşmaya varmak ve bir sosyal güvenlik sözleşmesi ile bunu bağlayıcı bir hukuk metni haline getirmektir.

---

8 AYHAN, Abrurrahman: "Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Hizmet Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Birleştirilmesi"., Eskişehir Anadolu Üniversitesi, İ.İ.B.F.D., C. III., Sa. 1., Haziran 1985., s.(347-363), s.348; TUNCAY,A.Can: a.g.e. s.340.

Ülkemizde de öncelikle bu konuda bir başlangıç yapılmıştır. Çok sayıda Türk vatandaşının çalışmak üzere gittiği ve yaşadığı devletler ile Türkiye arasında sosyal güvenlik sözleşmeleri imzalanarak bu ülkelerde yaşamakta ve çalışmakta olan işçilerimizin sosyal güvenlik hakları koruma altına alınmıştır.

Günümüze kadar çok sayıda ülke ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmıştır[9]. Bu sözleşmelerde ülkelere bağlı küçük değişiklikler dışında[10] bütün sözleşmelerde ortak olarak yer verilen bir takım hükümler mevcuttur. Bu hükümler arasında;

(i) Her iki ülkede geçen sosyal güvenliğe esas hizmet sürelerinin, taraf ülke sosyal güvenlik sistemlerinde eşit şekilde o ülke sistemine bağlı olarak geçmiş gibi değerlendirilmesi hakkı,

(ii) Bulundukları ülke sosyal güvenlik sistemine dahil olmak ve o ülke vatandaşı gibi sosyal güvenlik sisteminden faydalanmak hakkı,

önem taşımaktadır.

Milletlerarası hukuk ilkelerine göre yapılan ikili milletlerarası sosyal güvenlik sözleşmeleri ile bu alandaki ihtiyacın bütünüyle karşılanması her zaman mümkün olamamaktadır. İkili sözleşmeleri, taraf ülkelerin iradelerine bağlı olarak ortaya çıktıkları için her zaman mümkün olamamaktadır. İkili sözleşmeleri, taraf ülkelerin iradelerine bağlı olarak ortaya çıktıkları için her zaman bu sözleşmelerin bağıtlanması da zordur. Öte yandan, ikili sosyal güvenlik

---

9 Sosyal güvenlikle ilgili ikili milletlerarası sözleşmelerin metinleri için bkz.: BASİSEN (Der. Şemsettin Kıral) :T.C.Anayasası-Çalışma Hayatıyla İlgili Uluslararası Sözleşmeler, Özgün matbaacılık., İstanbul 1987, s.243.

10 TUNCAY,A.Can: a.g.e., s.342.

antlaşmalarıyle ancak, yurt dışında bulunulan ülkelerin sosyal güvenlik hakları koruma altına alınabilmektedir. Ancak bu antlaşmalarla yurt dışında yaşayan ancak sosyal sigorta ile ilişkilendirilmemiş bulunan kimselerin sosyal güvenlik hakları korunamamaktadır.

B- Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Borçlanma ile Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Yolu

İkili sosyal güvenlik sözleşmelerinin bu alandaki ihtiyaca cevap verememesi; başka yolların aranmasına çığır açmıştır. Bulunan bu yol ise yurt dışında geçirilen sürelerin sosyal güvenlik bakımından Türkiye'de geçmiş gibi sosyal güvenlik sisteminde değerlendirilmesi imkanını veren hizmet borçlanması esasıdır.

Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen hizmetlerini Türkiye'de borçlanmak suretiyle değerlendirebilme imkanı ilk defa 7.6.1978 tarih ve 2147 sayılı Kanun ile tanınmıştır[11].Bu kanun yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının fiili hizmet sürelerinin borçlanılmak suretiyle Türkiye'de değerlendirilebilme imkanını getirmekteydi. Bu kanunun ayırt edici niteliği hizmet borçlanmasında yurt dışında geçirilen sürelerin bütününün borçlanılmasını şart koşması idi. Ancak, bu kanun döneminde mahkemeler kararları ile kanunu, kısmi borçlanmaya imkan verecek şekilde amacını aşacak bir genişlikte yorumlamışlardı[12]. Bu yüzden bu kanun, uygulamada fazla kalamamıştır[13].

---

11 TUNCAY,A.Can: a.g.e. s.346.

12 Y.10.H.D., E.1983/6127., K.1983/6970., T.29.12.1983 (YKD. Nisan 1984., s.590). Yargıtay bu kararında "2147 sayılı Kanunun 4. maddesinin, kısmi borçlanmayı önlediği şeklinde yorumlanmasına olanak yoktur. Zira böyle bir yorum tüm sosyal güvenlik ilkelerine ters ve yasaya ters düşer. Çalışanların sosyal güvenlikten yararlanmalarına ilişkin asgari koşulların, sigortalılar aleyhine yorum yoluyla ağırlaştırılması olanaksızdır." şeklinde bir görüş

22.5.1986 tarih ve 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun (RG. 22.5.1985 T., 18761 Sa.) 2147 sayılı kanunu mülga kılarak bu alanda yeni esaslar getirmiştir. Bu kanunun uygulama esaslarına dair yönetmelikte (15.9.1985 tarih ve 18869 sayılı RG) hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanunun getirdiği temel esaslar arasında aşağıdakiler önem taşıyan yeniliklerdir:

(i) Bu kanun bütün yurt dışında bulunan vatandaşlara borçlanma hakkı getirmektedir.

(ii) Yurt dışındaki sürelerde kısmi borçlanma imkanı düzenlenmektedir (m.3).

(iii) Borçlanmaya tabi süreler yurt dışında geçen ve belgelendirilebilen çalışma süreleridir

(iv) Yurt dışında çalışanların ev kadını olan eşleri bakımından çalışma şartına bağlı olmaksızın borçlanma hakkı tanınmaktadır (m.1).

(v) Bir yılı geçmeyen işsizlik süreleri için de borçlanma hakkı tanınmıştır.

(vi) Yurda kesin dönüş şartı getirilmiştir.

(vii) Borçlanma ülkeye karşılığı döviz olarak getirilmek (günlüğü 2.5 $ olarak) şartına bağlanmıştır.

---

açıklaması getirmektedir. Bkz: TUNCAY, A. Can: "Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Hizmet Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi", Yeni İş Dergisi, Yıl 6., Sa.72., Ekim 1985., s.(17-20)., s.17-18.

13 TUNCAY,A.Can: a.g.e. s.346-7.

(viii) Boçlanmak için iki yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür.

Günümüzde 3201 sayılı Kanun esasları içerisinde sosyal güvenlik süreleri değerlendirilmektedir[14].

Bu kanun da kamuoyunda tam bir kabul görmemiştir. Daha önceki kanun kesin dönüş şartını aramaz iken bu kanunun kesin dönüş şartı getirmesi kanunun en fazla tenkit edilen yönünü teşkil etmiştir. Ancak, biz mevcut kanunun bu alandaki ihtiyaca büyük ölçüde cevap vermekte olduğunu düşünmekteyiz.

II- DEVLETİN GÖREVİ ÖNCELİKLE ÜLKEDE YAŞAYANLARA SOSYAL GÜVENLİK SAĞLAMAKTIR

1- Genel Olarak

Sosyal güvenlik alanında devletin görevi öncelikle ülke sınırları içerisindeki kimselere sosyal güvenlik sağlamaktır. Devlet, ülke dışındaki vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanmasını da üstlenebilir. Ancak, devletin bu yükümlülüğünü nasıl yerine getireceği üzerinde durulması gereken önemli bir sorudur.

Hemen ifade edelim ki hiç bir devlet, yurt dışında yaşayan vatandaşlarına o ülkede sosyal güvenlik sağlamak gibi bir politikayı sanki o insanlar kendi ülkesinde yaşamakta imişcesine düzenlememektedir.

Sosyal güvenlik alanındaki milletlerarası sözleşmeler, sosyal güvenlik hakkının milletlerarası alanda korunmasına dair bir takım temel esasları kabul etmektedirler. Vatandaş olanlarla vatandaş olmayanlara eşit işlem yapılması, din, ırk ve

---

14 Bu kanun ve hükümleri hakkında geniş bilgi için bkz: TUNCAY,A.Can: a.g.m. s.18; aynı yazar: a.g.e. s.340 v.d.; AYHAN, Abdurrahman:a.g.m. s.355 v.d..

cinsiyete dayalı ayırım yapılmaması bu ilkelerden başlıcalarıdır. Öte yandan, ülkeler bu alanda yapacakları sosyal güvenliğe dair düzenlemelerinde milletlerarası hukukun temel ilkelerini de gözönünde bulundurmak zorundadırlar[15].

2- Yabancı Ülkede Yaşayan Vatandaşların Sosyal Güvenlikleri Sağlanırken Esas Alınan İlkeler[16].

Yabancı ülkede yaşayan vatandaşlarına sosyal güvenlik sağlarken ülkeler bu alanda milletlerarası hukukun aşağıda kısaca işaret edilecek ilkelerini de gözardı etmemek durumundadırlar. Bu ilkeleri gözardı edecek düzenlemeler hem milletlerarası sosyal meselelere yol açar hem de o devleti sosyal güvenlik alanında üstlenmek zorunda olmadığı büyük mali yüklerin altına sokar.

A- Mülkilik Prensibi (Principle of Territoriality)

Mülkilik prensibi kanunların ülke sınırları ile sınırlı bir alanda bağlayıcı olması ve uygulanması esasıdır. Bu esas devletlerin hükümranlık haklarının da bir sonucudur. Çünkü devletler hakimiyetlerini, hükümranlık haklarını sınırları içerisinde ve onlarla sınırlı olarak kullanabilirler[17]. Kanunların bir başka ülkede uygulanmaması, mülkilik esasının gereği olduğu kadar teknik zorunlulukların (fiil imkansızlık sonucunu doğurmaları bakımından) da bir sonucudur.

---

15 Devletler asgari ölçüde de olsa milletlerarası alanda kabul görmüş ilkelere ve insan haklarına riayet etmekle yükümlüdürler. Geniş bilgi için bkz: OZKAN,Işıl: Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul 1997., s.10 v.d.

16 Bu ilkeler sosyal güvenlik hakkının bütün dünyada bütünüyle sağlanamamasına da yol açan sebepler niteliğindedir. ARICI,Kadir:a.g.e. s.216 v.d.

17 CORNELİSSEN,Rob: "The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72)", CMLR., Vol 33.,p.(439-471)(1996).,p.440.

Devletin sosyal güvenlik alanındaki sorumluluğu nerede olursa olsun herkesi kapsayacak bir genişlikte olamaz. Ülkeler, kendi sosyal güvenlik sistemlerinin muhtevasını ülke sınırları içerisinde çalışan kimselerle sınırlayabildikleri gibi (Bismark Modeli) ülke sınırları içerisinde ikamet edenlerle de (Beveridge ve İskandinav Modeli) sınırlayabilmektedirler. Mülkilik Prensibi (principle of territoriality) bu anlamda bir ülkenin milli sosyal güvenlik sistemine o ülkede belirli bir süre çalışmak veya ikamet etmek şartı ile dahil olabilme ve sosyal güvenlik yardımlarından bu şartlarla faydalandırılabilme esasını ifade eder. Bu prensibi uygulayan ülkelerde, aile yardımları çocukları ülkede ikamet eden sigortalılara yapılır. Dolayısı ile bu esası kabul eden ülkeler sosyal güvenlik sistemlerinin muhtevası, yardıma hak kazanma ve yardımların ödenmesi şartlarını mülkilik esasına dayalı olarak tesbit edebilme serbestisine sahip kabul edilirler. Bu esası kabul eden ülkenin yasama organı sosyal güvenlik sistemi ülke içinde olduğu kadar ülke dışındaki yaşayan insanlara da hangi şartlarda sosyal güvenlik yardımları yapılabileceğini, yabancı ülkelerden sağlanan sağlık hizmetlerinin milli sosyal güvenlik sistemleri tarafından nasıl ödeneceğini de tesbit etme hakkına sahiptir[18]. Sosyal güvenlik alanı da dahil devletin mevzuatını ve yetkilerini kendi sınırları dışında kullanma hakkı yoktur[19].

Sosyal güvenlik sistemlerinin mülkilik prensibi ile sınırlarının belirlenmesi işçilerin serbest dolaşımının dolayısı ile sosyal güvenlik hakkının milletlerarası boyut kazanmasının önünde bir önemli engel oluşturmaktadır[20].

Mülkilik prensibi devletin ülke dışındaki vatandaşlarının sosyal güvenliği meselesine gerekli ilgiyi göstermemesi için de bir gerekçe olarak kullanılabilmektedir. Ancak, çok istisnai

---

18 CORNELİSSEN,Rob:a.g.m. s.441.

19 OZKAN, Işıl: a.g.e. s.7.

20 WYAT,Derrick:"The Social Security Rights of Migrant Workers and Their Families", Commen Market Law Review., Vol. 14., 1977, s.(411-433), s.411.

durumlarda devletler kendilerini bu alanda da yükümlülük altına sokma yoluna gidebilmektedirler[21]. Dolayısıyle, mülkilik prensibi bu alanda bir engel olmaya devam etmektedir[22].

B-Tek Mevzuata Bağlılık Esası

Sosyal güvenlik haklarına dair milletlerarası uygulamada geçerli olan bir başka esas tek ülke mevzuatına tabi olmak ve hakların bu ülke ile ilgili sosyal sigorta kurumu tarafından verilmesidir.

Milletlerarası alanda kabul gören bu prensibe göre bir kimse aynı anda iki farklı ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olamaz. Sosyal güvenlik haklarının birleştirilmeinde de birleştirilecek süreler yalnızca bir ülkede birleştirilebilmesi esası kabul edilmektedir.

Dolayısı ile ülkeler yurt dışındaki vatandaşlarına sosyal güvenlik sağlarken bu ilkeyi de gözönünde bulundurmakla yükümlüdürler[23].

B- Milliyet Esası (Principle of Nationality)

Sosyal güvenlikte Milliyet esası, ülkelerin birtakım hakları kendi tabiyetindeki insanlarla (vatandaşlarla) sınırlı olmak üzere tanıması kullandırması ve tabiyete dayalı farklılıklara sahip olarak tanzim etmesi sonucunu doğrmaktadır.

Bu esasa dayalı olarak bazı ülkeler yabancıları sosyal

---

21 Anayasamızda m.162 ile devletin yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliği için gerekli olan tedbirleri almakla yükümlü kılınmış bulunmaktadır. Elbette devlete Anayasal seviyede bir görev verilmesinin arkasında yurt dışında yaşayan yaklaşık 3 milyon vatandaşımızın sosyal güvenlik bakımından korunmaları ihtiyacı yer almaktadır.

22 ARICI,Kadir:a.g.e. s.216 v.d.

23 Avrupa Birliği de bu esası kabul etmiş bulunmaktadır. Bkz. ARICI,Kadir:a.g.e. s.82.

güvenlik haklarından mahrum edebildikleri gibi yabancıların aleyhine olabilecek düzenlemeler de yapabilmektedirler.

Bu prensibin uygulanması ile vatandaş olmayan kimseler sosyal güvenlik açısından farklı muameleye tabi tutulmakta ve birtakım hakları azaltılarak verilmektedir. Bazı ülke mevzuatlarında bu alanda hükümlere rastlanabilmektedir. Bu anlamda en bariz örnekler Arap ülkeleridir. Mesela Suudi Arabistan 1987 tarihinden başlamak üzere vatandaş olmayanları -yabancı işçileri- mecburi emeklilik sigortası sisteminin kapsamından çıkarmıştır. Burada yabancı ülkeler yalnızca iş kazaları sigortasına tabi olabilmektedir. Aynı şey Bahreyn de 1977 de, Umman da ise yabancılar yaşlılık, malüliyet ve ölüm sigortaları ile iş kazaları sigortasından 1991 de çıkarmıştır. Kuveyt ülkede oturan herkese parasız sağlık hizmeti sunmakta iken sosyal sigorta sistemine almamaktadır[24].

C- Karşılıklılık İlkesi (Principle of Reciprocity)

Devletlerarası hukuki ilişkilerde karşılıklılık ilkesi veya şartı da önemli bir ilkedir[25]. Bu ilkenin özünde bir ülkenin yabancılara birtakım haklar tanır iken kendi vatandaşlarına da karşı tarafın aynı hakları tanımasını bir ön şart olarak ileri sürmesi ve uygulamayı bu esasa dayalı sürdürmesi yer alır.

Sosyal güvenlik hakları bakımından da karşılıklılık esası, devletlerarası ilişkilerde yabancılar birtakım haklarını kaybetme riski ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Karşılıklılık şartı özellikle göçmen işçilere karşı sosyal güvenlik bakımından ayrımcılık yapılması için de bir gerekçe olarak kullanılabilmektedir. Mesela bazı ülkelerde primsiz sistemden yapılan yardımlar yalnızca vatandaşlara tanınmaktadır. Bu

---

24 ILO: Social Security for Migrant Workers-Interdepartmental Project on Migrant Workers 1994-1995 ILO, Geneval 1996., s.6 dip not 4.

25 OZKAN, Işıl: a.g.e. s.11.

emeklilik, aile yardımları ve işsizlik sigortaları açısından da uygulanabilmektedir.

III- HÜKÜMETİN TASARISI VE TAHLİLİ

Ellidördüncü hükümet tarafından hazırlanarak kabul edilen ancak cumhurbaşkanı tarafından veto edilen kanun tasarısı yukarıda sıraladığımız ilkeleri gözardı ederek yapılan bir düzenleme niteliğindedir. Bu yüzden de kamuoyunda büyük tepki almıştır.

1- Tasarının Genel Esasları

A- Gerekçesi

Yurt dışında bulunanların Sosyal Güvenlikleri Hakkında Borçlanma Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi yurt dışında toplam nüfusumuzun %5 ine ulaşan ve halen "ailesel ikamet şekline dönüşmüş" bir Türk V vatandaş kitlesi yaşamaktadır. Bu kitlenin sosyal güvenliğinin sağlanması yükümlülüğü A.Y. m.62'nin amir hükmü olup bu yükümlülüğün icabından olmak üzere "ulusal ve ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri yanında milli mevzuatımızda da yasal düzenlemeler yapılmıştır"[26]. Ayrıca tasarıda "Belirtilen tüm bu sistemlere ek olarak yurtdışında bulunan veya bulunmuş olan vatandaşların sosyal güvenlikleri konusunda talepleri de dikkate alınarak yeni bir Yasa Tasarısı hazırlama zorunluluğu doğmuştur" denilerek tasarının gerekçesi açıklanmaktadır (S.Sayısı.209,s.2).

Tasarı, "yurt dışında bulunanlar ile yurt dışında bulunmuş olanlar kendilerinin veya bireylerinin yurt dışında geçen veya gelecek günlerini istekleri halinde 15 Mart 1997 tarihine kadar bu Kanun hükümlerine göre borçlanmak suretiyle sosyal güvenlikleri bakımından

26 TBMM Dönem 20., Yasama Yılı 2., (S.Sayısı:209) ., s.1.

değerlendirileceklerdir" ifadesi ile tasarının temelinde bir borçlanma kanunu olduğunu vurgulamaktadır. (S.Sayısı., s.2).

Tasarı borçlanma hakkından faydalanmak suretiyle malüllük, yaşlılık ve ölüm aylığı bağlananlar; aylık bağlama tarihinden itibaren ve Türkiye'de bulundukları sürece 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun ilgili maddelerine göre Hastalık Sigortası kollarından sağlık yardımlarından yararlanmaya hak kazanacaklardır".

Tasarıda "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı T.C. Ziraat Bankası nezdinde Yurtdışı Sosyal Güvenlik Kasası kurulmuştur. Kasanın prim gelirlerinin %20'si Devlet güvencesi payı olarak Hazinece ödenecektir. Ayrıca Kasa yönetiminin özerk bir sistem içinde Kasa Yönetim Kurulunca yönetilmesi düzenlenmiştir." denilmektedir.

Keza tasarıda, "Sistemin aktüeryal dengesinin sağlanması bakımından borçlanma yapan vatandaşlardan hemen aylığa hak kazananlara bu aylığın ödenmesi bakımından üç yıl bekleme süresi getirilmiştir." denilmektedir.

Tasarının genel gerekçesi incelendiği zaman yazılanların gerekçe sayılabilecek herhangi bir yönünün olmadığı anlaşılmaktadır.

B- Tasarıda Getirilen Sistem

a- Yönetim

Tasarı, yurt dışında yaşamakta olan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlikleri için müstakil bir sosyal sigorta organizasyonu kurulmasını öngörmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı olarak kurulacak bu teşkilat "Yurt Dışı Sosyal Güvenlik Kasası" adını taşıyacak olup T.C. Emekli Sandığı'na paralel bir teşkilat niteliğindedir.

Kasa;

(i) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarının başkanlığında,

(ii) Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürü

(iii) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı temsilcisi

(iv) Maliye Bakanlığı temsilcisi,

(v) Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı'nın temsilcisi,

olmak üzere beş kişiden müteşekkil bir yönetime sahip olacaktır. Yönetim kurulunda görev alacak bakanlık temsilcilerinin en az genel müdür yardımcısı statüsünde olmalarını öngörmektedir..

b- Getirilen Borçlanma Sistemi

Sistem borçlanma hakkını "Yurt dışında bulunanlar ile yurt dışında bulunmuş olanlar kendilerinin veya aile bireylerinin yurtdışında ve yurtiçinde geçen veya gelecek günlerini istekleri halinde 15.Mart 1977 tarihine kadar bu kanun hükümlerine göre boçlanmak suretiyle sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilebilirler" şeklinde düzenlenmektedir (m.3).

Borçlanma hakkı, henüz aylık bağlanmamış olanlarla (m.4), halihazırda aylık bağlanmış olanlara (m.5) aynı esaslar içinde de tanınmaktadır. Bu kimseler borçlanılacak süreleri günlüğü 2.5 $ üzerinden ve üç eşit taksit halinde yapacaklar ve borçlanma işleminden üç yıl sonra aylık almaya hak kazanacaklardır.

c- Aylığa Hak Kazanma Şartları

Bu düzenlemeye göre borçlanarak aylığa hak kazanabilmek için;

(i) En az 5000 gün karşılığı borçlanarak primi ödenmiş olması,

(ii) Kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş olması,

(iii) Üç tam yıl bekleme süresinin tamamlanmış olması,

(iv) Sosyal Sigortalar Kurumu'na yazılı istekte bulunulması, şart koşulmaktadır (m.7).

Tasarıda başka bir hüküm yer almamakta ve kesin dönüş şartını kaldırmaktadır.

2- Tasarıya Yönelik Eleştiriler

Tasarı kamuoyunda büyük eleştiriler almıştır. Bu eleştiriler içerisinde iktidara yönelik olanları bir tarafa bırakır isek tarafların bu düzenlemeye yönelik eleştirileri aşağıdakilerden ibarettir:

Yasama organında ilgili komisyonda tasarı muhalefete mensup üyeler tarafından eleştirilmiştir. Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporuna muhalefet şerhi koyan milletvekillerinin eleştirileri arasında;

(i) Fonun yönetiminin özerk olmadığı,

(ii) Prim ödeyenlerin yönetimde temsil edilmediği,

(iii) Devletin finansa katılmamasına rağmen sistemden %20 pay aldığı,

(iv) Tasarının gerçek amacının kaynak paketine para

bulmak olduğu,

(v) Tasarının eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi hususları yer almaktadır (S.Sayısı, s.7).

Basında tasarıya yönelik bir dizi eleştiri yapıldığı gözlenmiştir. Özetlemek gerekirse basında yer alan eleştirilerde: Tasarının 10 yıl sonra yeni bir kara delik açılmasına yol açacağını, kesin dönüş şartının kaldırılmasının uygun olmadığı, yurt dışında bulunanlara tanınmış emeklilik sistemini "turistlikten emekli olarak sosyal politika tarihine geçeceğimiz" gibi hususlar üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir[27].

Tasarıya sendikaların tepkisi, iki türlü olmuştur. İşçi sendikalarından Türk-İş "Bu kaynak yaratılırken uzun vadede SSK'nın sorunlarına çok daha büyük yeni sorunlar eklenecektir..... Ayrıca SSK bünyesindeki bu tür uygulamaların emekliler arasında farklılığı daha da artıracağı kaygısını taşıyorum". Disk adına konuşan Rıdvan Budak ise "Hükümetin yurt dışında çalışma koşulu aramaksızın 1 gün dahi kalanlara emeklilik hakkı vermesi sosyal sigortacılıkla bağdaştırılamaz... Uzun dönemde sosyal güvenlik sisteminde ortaya çıkacak dengesizlikler ve emekli aylıklarının ödenmeye başladığı dönemde getireceği yük hesaba katılmamaktadır. Tasarı ayrıca Anayasanın eşitlik ilkesine ve Türkiye'nin imzalamış olduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün sözleşmelerine aykırıdır. Tasarı sosyal güvenlik kurumlarına olan güveni sarsar. Aktüeryal dengesini bozar."[28] Hak-İş Genel Başkanı Salim Uslu ise tasarını geçici bir borçlanma kanunu olduğunu "Yurt dışındaki vatandaşlar için ek bir sosyal güvenlik sisteminin

---

27 GÖRGÜLÜ,Güventürk, Turistlikten Emekliyiz", Gazete Pazar, 9 Şubat 1997., s.19,

28 (Gazetepazar,9.Şubat 97.,s.19.)

büyük bir ihtiyaç olduğu ortadadır. Önce bazı bankalar, sonra da hayat sigorta şirketleri tarafından bir çok proje ortaya konuldu. Buralara para yatıran vatandaşlarımızın paraları heder oldu. Şimdi devlet bu boşluğu doldurmayı hedefliyor.[29]"

İşveren sendikaları ise tasarı konusundaki kanaatini Sn.Refik Baydur'un ağzından "Bu tür yasalar sosyal güvenlik kuruluşlarını zorda bırakır. Gelecek nesillere borç bırakmaktan başka bir işe yaramaz. Oy potansiyeline dayalı bir kaynak yaratmak, kısa vadeli para aramak esas gayedir." şeklinde ifade etmektedirler[30].

Sanayiciler bu tasarının palyatif, yine geçici, yine sadece fiskal amaçlı düşünceler ön plandadır. Başından tutmayacağı görülen, başından itibaren bir hesap hatası görünen böyle bir sistemin işlemesi bence çok zor görülüyor. Bu işte bir hesap hatası var" şeklinde şüpheyle bakmaktadırlar[31].

3- Tasarı Hakkında Değerlendirme ve Tekliflerimiz

A- Tasarı Hakkında Değerlendirmemiz

Henüz kanunlaşmamış bulunan tasarının yaptığı düzenlemenin çeşitli açılardan yanlışlarla illetli olduğu görüşündeyiz. Şöyle ki;

(i) Hemen ifade edelim ki; mevcut 3201 sayılı Kanundaki iddia edilen yetersizlikleri gidermek için böyle bir borçlanma kanunu çıkartılarak sosyal güvenlik idaresini dolayısı ile devleti büyük bir yük altına sokmaya gerek yoktur. Devletin garantörlüğüne dayalı ve sosyal sigortanın esasları içerisinde

---

29 (Gazetepazar,9.Şubat 97.,s.19.); Tarafların (işçi ve işveren liderleri ve sanayicilerin) aynı nitelikteki değerlendirmeleri için ayrıca bkz: ASOMEDYA, Ocak 1997, s.7-13.

30 (Gazetepazar,8.Şubat 97.,s.19.)

31 ÇAĞLAYAN,Zafer: Asomedya, Ocak 1997., s.7-8.

çalışacak ve de özerkliği olmayan bir fon idaresi uzun dönemde fonlara siyasi iktidar kaynaklı tasallutlara karşı kendini koruyamayacak; fonlar eriyecek ve garantör sıfatı ile devlet meseleye müdahale etmek zorunda kalacaktır. Garantör sıfatı için devlete bir rüşvet verircesine borçlanma ile sağlanacak kaynakların bir kısmı devredilmesi bu tesbitimiz için yeterli bir delil ve işaret sayılmak gerekir.

(ii) Tasarı ile ülkemizde sayıları hali hazırda üç olan sosyal sigorta kuruluşlarına bir yenisi -dördüncüsünü- eklemektedir ki bu büyük bir hatadır. Bu alanda yeni bir teşkilatlanmaya gerek yoktur. Bu alandaki organizasyon ihtiyacı mevcut teşkilatlanma içinde giderilebilir.

(iii) Tasarı ile yurt dışındaki vatandaşlarımıza yurt dışında herhangi bir şarta bağlı olmaksızın Türkiye'den aylık alabilme imkanı getirilmektedir. 50/55 yaşını doldurmuş ve 5000 gün prim ödemiş bulunan kimselere yurt dışında aylık bağlanması öncelikle -başka şart aranmaksızın- bu alandaki milletlerarası kriterlere ters bir düzenlemedir. Vatandaşlarımızın büyük kısmının yaşadığı AB ülkelerinin çoğunda işçiler bu yaşta aylık alma imkanına sahip bulunmamaktadır. Kaldı ki o kadar zengin olan AB ülkelerinde bir işçinin aynı anda iki farklı mevzuata tabi olması ve iki farklı ülke sosyal güvenlik idaresinden emekli aylığı alması kabul edilmemektedir.

Öte yandan yalnızca 12500 $ ödemek suretiyle yurt dışında yaşayan vatandaşlara Türkiyeden aylık alma hakkının tanınmış olması aynı zamanda eşitlik ilkesine de aykırıdır[32]. Türkiye'de yaşayanlara tanınmamış bir hakkı yalnızca yabancı ülkede çalışmakta olanlara tanımanın eşitlik ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir.

---

32 ÖZSEVER,Atilla: "Dövizle Emeklilik Veto Yolunda",Milliyet 7.Nisan 1997.,s.7.

(iv) Tasarı, yurt dışındaki bu vatandaşlara o ülkede sosyal güvenlik sisteminden gelir alıp almamaları, ya da çalışmasını sürdürüp sürdürmemeleri gibi bir ön şarta yer vermeyerek devletin altından kalkamayacağı ve de yersiz bir sosyal güvenlik yükünün altına girmesine yol açması bakımından da tenkit edilebilir. Bu itibarla devletin gücü ile bağdaşmayacak bir taahhüt altına girmesi gibi bir yükümlülüğü A.Y. m. 60 ve 62 de de yer almadığı gibi bu düzenleme A.Y. m.65 e de aykırı olacaktır. Zira bu düzenleme devletin üstlendiği ekonomik ve sosyal haklar (sosyal güvenlik hakkı da dahil) alanında devletin yükümlülüğünün sınırını getiren ilkeye de "ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" ters düşmektedir. A.Y. m.65 in gerekçesinde de belirtildiği gibi bu alanda bir zorlama öncelikle bu haklardan faydalanacak olanlara zarar verecektir[33].

(v) Sosyal sigorta sistemi ile ilgili düzenlemeler yapılır iken atılması gereken ilk adım aktüeryal hesaplamalardır. Bu düzenlemede sağlık harcamalarının ve dul ve yetimlere yapılan ödemelerin aktüeryal hesaplarının yapılmadığı ileri sürülmektedir ki bu soruların cevapları verilmeksizin düzenlemenin uygulanması ileride büyük külfetlerle karşılanmasına yol açabilecektir[34].

B- Bu Alandaki Politikamız Ne Olmalıdır?

Devletin A.Y. m.62'deki yükümlülüğünü yerine getirirken hedefi vatandaşlarının yurt dışındaki çalışmalarının sosyal güvenlik bakımından yurtta değerlendirilmesinin sağlanması ve bu insanların sosyal güvenlik hakkına kavuşmalarının temin edilmesi olmalıdır.

---

33 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası., a.g.e. s. 110.

34 Tasarıya bir sigortacı gözü ile tenkitler yöneten bir özel sigorta genel müdürünün görüşleri için bkz: ESKİL,Hasan:"Yasa Tasarısı Detaylı Değil", ASOMEDYA, Ocak 1997.,s.9.

Devlet, ikili antlaşmaları yaygınlaştırmak suretiyle bu ihtiyacın giderilmesine öncelik vermelidir. Bu şekilde ihtiyacı giderilmeyen insanlar için iki alternatif benimsenebilir. Bunlardan birisi günümüzdeki uygulandığı gibi yurda kesin dönüş şartı ile bu süreleri borçlanma diğeri ise yurt dışında iken Türk sosyal güvenlik sistemi içinde sigortalı olabilme ve yurda kesin dönüş şartı ile yaşlılık, malüllük ve ölüm aylığı almak.

Yurt dışındaki vatandaşlara yurt duşunda sosyal güvenlik sağlamak suretiyle, o ülkelerde kalmalarını teşvik edercesine bir düzenleme yapılması büyük bir yanlış olur. Bu devlete, yersiz bir mali külfet yüklemek anlamına gelir. Halbuki, bu insanların sosyal güvenliksiz kalmalarını önlemek için; (i) Kesin dönme şartını yerine getirmeyenlere o güne kadar ödemiş olduğu primlerin toplu olarak iadesi, (ii) Ülkeye kesin dönüş şartı ile aylık bağlanması, (iii) bulunduğu ülkede sosyal güvenliksiz kalması halinde aylık alma, alternatifleri sunulabilir.

Bu alanda yapılabilecek bir başka düzenleme ise sigortalılık süresi, prim ödeme sayısı ve yaş şartını birlikte getirmek suretiyle yurt dışında da aylık bağlanma imkanının getirilmesi olabilir. Ancak bu da yine şarta bağlanabilir. Mesela yaş şartı olarak, bulunulan ülkede emekli aylığı almak için öngörülen asgari emeklilik yaşına ulaşmış olma gibi. Bu suretle hem bu insanların primlerinden ülke ekonomisinin faydalanması temin edilmiş hem de emeklilik yaşına ulaştıktan sonra bu insanlara bir ek sosyal güvenlik desteği sağlanmış olabilecektir.

A.Y. m.60 ve 62 hükümlerini birlikte düşünmek gereği vardır. Devlet, kendi ülkesinde yaşayanlara henüz sosyal güvenlik sağlamamış iken 12500 $ ödeyen bir kimseye nerede yaşarsa yaşasın nerede harcarsa harcasın mantığı ile yurt dışında, 55 yaşını tamamladıktan sonra da olsa, aylık gelir sağlanması ülke gerçekleri ile de bağdaşmayan ve anayasanın

ilgili maddelerinin de öngörmediği bir yükü devletin omuzlaması anlamına gelir.

SONUÇ

Sosyal sigorta sistemimize aktüeryal hesaplara dayanmaksızın ve karşılığı hesaplanarak ödenmeksizin yapılan bütün kanuni müdahaleler olumsuz sonuçlar vermiş ve sistemin tıkanmasına sebep olmuştur.

Devletimiz Anayasanın verdiği bir görev olarak yurt dışında çalışan Türk Vatandaşlarının sosyal güvenlik meselesi ile de özel şekilde ilgilenecektir.

Ancak son tasarı ile bu alanda yapılan düzenleme, yeni bir borçlanma kanunundan öte bir anlam taşımamaktadır. Ülkeye dış mali kaynak tedariki niteliği ağır basan, aktüeryal hesaplara dayanmayan ve büyük haksızlıklara[35] yol açacak bu düzenleme yürürlüğe girmemelidir.

Bu düzenleme kanunlaşır ise toplanan kaynaklar iktidarların ve devletin finans ihtiyacını kısa zamanda gidererek bir rahatlık sağlayabilir. Ancak, uzun dönemde devlete miktarı nereye varacağı bilinmeyen yükler getirebilecektir.

Devletin önceliği ülkede yaşayan herkese (vatandaş olsun ya da olmasın) ihtiyacına uygun bir sosyal güvenliği sağlamak olmalıdır. Devlet, yurt dışında yaşayan vatandaşlarına ise ancak yurt dışında muhtaç duruma düştüklerinde, ülkeye gelmelerine ve ülkede sosyal güvenliğe kavuşmalarına imkan sağlayacak bir sosyal güvenlik sağlamalıdır. Devletin yurt dışında sosyal güvenliği olan ya da çalışmasını sürdürenlere yaşlılık, malüllük veya ölüm aylığı ödemesini gerektirecek

---

35 GÖKÇE,Deniz:Tarihi İhanet ve Büyük Haksızlık".,ASOMEDYA,Ocak 1997.,s.13.

nitelikte kontrolsüz, milletlerarası uygulama ve ilkelere ters düşen nitelikte bir sosyal güvenlik sağlama yükümlülüğü olamaz. A.Y. m.62 hükmü A.Y. m.65 hükmü ile birlikte değerlendirilmelidir. Böyle bir değerlendirme devletin yükümlülüğünün de sınırlarını belirler.

Kaldı ki ülkemizde yaşayan 20/25 yıl sigorta primi ödeyen, ülke ekonomisine katkı sağlayan vatandaşlarla ülke dışında yaşayan ve bulundukları ülke ekonomisine işgücü ile destek sağlayan kimselerle eşit muameleye tabi tutmak hiçbir ülkede uygulanmamaktadır.

Yurt dışında yaşayan vatandaşlara sosyal güvenlik sağlarken devlet olarak verilecek mesaj; Türk devleti muhtaç duruma düşen vatandaşlarını dünyanın neresinde olursa olsun alır bağrına basar sosyal güvenlik sağlar.

Devletin bu alandaki yükümlülüğünü, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının o ülkede sosyal güvenlik hakları sağlamak olarak anlamak yanlıştır. Bu insanların o ülke mevzuatına göre kazanılmış sosyal güvenlik haklarının kaybına karşı korunmaları, bu sürelerinin kendi ülkesinde geçmiş gibi değerlendirme imkanını tanıma, sosyal güvenliğe tabi olmayan çalışma durumunda kuracağı sistemle ülkeye döndüklerinde sosyal güvenliksiz kalmamaları için tedbir almak gibi tedbirlerin alınması olarak bu alandaki yükümlülüğün belirlenmesi daha doğru olur. Devletin, bu vatandaşları o ülkelerde kalmaya özendirecek bir sosyal güvenlik sağlaması A.Y.m.62 nin öngördüğü bir yükümlülük değildir. Hatta maddenin muhtevasını bu şekilde anlar isek, bu alandaki milletlerarası ilkelere ters tavır aldığımız ve düzenleme yaptığımız için yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları bulundukları ülkeden sağlanan mevcut bir takım haklarını kaybedebilirler. Mesela buradan ödenen yaşlılık aylığı oradan ödenecek yaşlılık aylığını azaltıcı bir sonuç doğurabilir.

Başka alanlarda olduğu gibi sosyal güvenlikte de yapılacak düzenlemelerde temel ilkelere aykırı, siyasi saikli düzenlemelerden kaçınılması gerekir.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

-AKAD, Mehmet: Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, İstanbul 1992.

-ARICI, Kadir: Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku., Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1997.

-AYHAN, Abdurrahman: "Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Hizmet Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Birleştirilmesi"., Eskişehir Anadolu Üniversitesi, İ.İ.B.F., C.III., Sa.1., Haziran 1985., s. (347-363)

-BASİSEN (Der. Şemsettin Kıral): T.C.Anayasası- Çalışma Hayatıyla İlgili Uluslararası Sözleşmeler, Özgün Matbaacılık ,İstanbul 1987,

CORNELISSEN, Rob: "The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72)", CMLR., Vol 33., p.(439-471) (1996)

-ESKİL, Hasan: "Yasa Tasarısı Detaylı Değil", ASOMEDYA, Ocak 1997, s. 9.

-GÖKÇE, Deniz: Tarihi İhanet ve Büyük Haksızlık", ASOMEDYA, Ocak 1997, s. 13.

-GÖRGÜLÜ, Güventürk, "Turislikten Emekliyiz", Gazete Pazar, 9. Şubat 1997 ,s. 19

-GÜZEL, Ali-OKUR, Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 5. Bası ,İstanbul 1996.

-ILO: Social Security for Migrant Workers- Interdepartmental Project on Migrant Workers 1994-1995, ILO, Geneval 1996

-OZKAN, Işıl: Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul 1997.

-ÖZSEVER, Atilla: "Dövizle Emeklilik Veto Yolunda", Milliyet 7 Nisan 1997, s.7.

-TUNÇOMAĞ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Güryay Matbaası, İstanbul 1982.

-TUNCAY, A. Can: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 7. Bası İstanbul 1996.

-TUNCAY, A. Can:"Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Hizmet Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi", Yeni İş Dergisi, Yıl6 , Sa. 72, Ekim 1985 s.(17-20)

-TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI -Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Millet Meclisi Vakfı ofset Tesisi.,Ankara 1993.

WYATT, Derrick: "The Social Security Rights of Migrant Workers and Their Families "Commen Market Laww Review., Vol., 14., 1977, s.(411-433.)

ŞAHSİYETİ İNCİTİCİ SOYADI MESELESİ

Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN*

GİRİŞ

Her şahıs, sahip olduğu şahsiyetin bir unsuru olarak ve diğerlerinden ayırt edilmeyi sağlayan ve en kısa tanımlama olan bir ad ve soyadına sahiptir. aile içerisindeki şahısların ayırt edilmesini öz adı, toplumdaki ailelerden hangisine ait olduğunu da soyadı sağlar. Hiç şüphesiz bunlardan başka şahısları özelleştiren, lakap, müstear ad, takma ad gibi başka adlar da vardır. Ancak bunlardan öz ad ve soyadı her şahsın sahip olduğu ve olmak zorunda olduğu adlardır.

Hukuk biliminde üç kavram vardır ki bunların her biri diğerlerinin tanımlanmasında temel unsurdur. Bunlar "şahıs", "hak" ve "hukuk"tur. Bunlardan şahıs en başta olanıdır. Zira şahıs kavramı bir kimsenin önce kendisini sonra da diğerlerini tanıyıp tanımlamakla başlamış olsa gerektir ki ancak bu safhadan sonra hak ve hukuk kavramları gelişebilir. Sonuçta ise hukuk bunların hepsini kapsar olmuştur ve böylece sosyal düzen ve hukuk düzeni oluşmuştur. İşte hukuk düzeninin çekirdeğini oluşturan şahsın şahıs olmasını sağlayan sahip olduğu şahsiyetidir. Şahsiyet öyle bir haklar topluluğudur ki üzerinde tasarruf edilemez, bizzat sahibi de bu yetkiye sahip değildir. Şahsiyet hakkının kapsamına giren konular üzerinde sınırlı da olsa genellikle sahibinin, istisnaen başkalarının hukuk kuralları ile özel bir yasak getirilmeyen ve ahlakın da cevaz verdiği hallerde sınırlama yapması mümkündür. Sözkonusu sınırlama yetkisi sahibine aynı zamanda bir hak olarak tanınmıştır.

---

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim üyesi

Ad ve soyadı da şahsiyet hakkının konularındandır. Şahsiyete koruma ve geliştirme düşüncesiyle sahibinin, cevaz verilen sınırlar içinde gerekeni yapması ve yapılması için başkalarına izin vermesi engellenemez. O halde bir haklı sebebin bulunması halinde kişi adını ve soyadını değiştirebilmelidir. Buna genel olarak izin vardır, üstelik kanunda bu husus özel olarak belirtilmiştir(MK. 26). Bu kural herkesi kapsadığı halde bu kuralla çelişen ve özel olması doloyısıyla geçerli olan başka kurallar da vardır. Bunlardan biri "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır"(MK. 153) hükmüdür. Bu kural gereği evli kadın kocasının soyadını taşımak zorundadır, dolayısıyla evli kadın öz adını değiştirebildiği halde soyadını değiştiremez.

Toplumda ad ve soyadı olarak kullanılması adet olmadığı gibi, normal olarak kişiye hitap edilmesi hallerinde şahsiyetin ihlali olan, ağır hakaret ve sövme suçu konusu olarak aynı zamanda ceza hukuku normlarının dahi ihlali sayılacak ad ve özellikle de soyadları vardır. Mesela "**kaltak, kaltakçı, dana, karabela, uğursuz, tavuk, haydut, cellat, kıllı, potuk, çebiç**" gibi. Meraklı gözler şehirlerin telefon rehberlerini karıştırdığında bunlar gibi ve hatta daha vahim bir çok soyadına rastlayabilir.

Bu incelemenin konusu şu sorulara cevap aramaktadır: Evli kadın örneklerde olduğu gibi bir soyadını taşımak zorunda mıdır, bu durumda bir bütün olan şahsiyet ağır ihlale uğramaz mı, bunun için kanun değişikliğinin dışında hukukçular bir yol bulabilir mi? Konunun önemi sadece evli kadınlar yönüyle de sınırlı değildir. Psikolojik şahsiyetin gelişme çağında bulunan velayet altındaki çocuklar açısından da konuya bakılması gerekir.

I- ADIN VE SOYADIN KAZANILMASI

Bir çocuk anasından doğduğu anda öz adıyla birlikte doğmaz ama soyadıyla birlikte doğar. O halde öz ad hukukî

işlem ile, soyadı ise hukukî olay olan doğum ile kanun gereği kazanılır. Aile birliği içinde doğan çocuğun adını anası babası birlikte korlar (MK 264/III, Nüfus K. 16/IV). Anlaşmazlık halinde babanın reyi üstündür (MK 263). Aile birliği dışında doğan çocukların adını anası kor. Anası babası belli olmayan çocuğun adı ise çocuğun bulunduğu yer nüfus memuru tarafından konur (Nüfus K. 21/II).

Doğumla birlikte çocuk başkaca bir işleme gerek olmaksızın kanun gereği, ana baba evli iseler veya evlilik sona ermekle beraber doğum üçyüz gün içinde olmuşsa babasının soyadını kazanır. Ana baba evli değillerse çocuk anasının soyadını kazanır. Çocuğun anası babası da belli değilse bulunduğu yer nüfus memuru tarafından adıyla birlikte soyadı da konur (Nüfus K. 21/II).

Çocuğun soyadı kanun gereği değişmesi de şu hallerdedir. Çocuğun doğumundan sonra ana babanın evlenmesi, çocuğun nesebinin düzeltilmesi, çocukla baba arasında gayrısahih nesep bağının kurulması hallerinde doğumla birlikte anasının soyadını taşımakta olan çocuk artık başkaca bir işleme gerek kalmaksızın babasının soyadını kazanır. Diğer taraftan evlat edinilen kimse de bu işlemle birlikte evlat edinenin soyadını alır. Sonradan kanun gereği mevcut soyadının değişerek yeni bir soyadı kazanmanın bir örneği de tebliğimizin de konusu olan kadının evlenmesi ile kazandığı kocasının soyadıdır.

Sonuç olarak soyadı doğumla kendiliğinden, nüfus memurunun kararı ile veya soyadı değişikliği sonucunu doğuran bir hukukî işlem ile kazanılır. Bunların dışında soyadını değiştirmek ve böylece yeni bir soyadı kazanmak ancak mahkeme kararıyla olur.

II- ŞAHSİYET VE KORUNMASI

Bir kimsenin vücudu, vücut bütünlüğü, sağlığı, namusu, haysiyeti, şerefi, itibarı, özel hayatı, hürriyeti, sırları, resmi, ismi, ayrı ayrı veya bütün olarak onun şahsiyetidir. Yaşama,

maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olan herkes bunlardan ne bütünüyle vazgeçebilir ne de ahlaka aykırı olarak sınırlandırılabilir. Kişinin rızasının geçerli olmadığı bu alanla ilgili olarak başkalarının tasarrufta bulunması mümükün değildir. Aksi hukukî himayeyi gerektirir.

Şeref ve haysiyeti rencide eden bir söz, yazı ve sair davranışa muhatap olan şahıs önceden izin vermiş bile olsa şahsiyet hakkına tecavüzden bahisle karşı koyup, hukukî himaye talep edebilir. Önceden vermiş olduğu izin karşı tarafa şahsiyete aykırı davranışlarda bulunma hak ve yetkisini vermez, verilen izin hukukî ve ahlaki çerçevenin dışında geçersizdir. Mesela bir kimse kendisi için şahsiyet hakkı ile bağdaşmayan bir takma ad seçse ve kendini bu adla tanıtsa da başkalarının bu adla hitabı yine de şahsiyete aykırılık teşkil eder. Zira hiç kimse şahsiyet hakkından bütünüyle vazgeçemeyeceği gibi, kanuna ve ahlaka aykırı olarak da sınırlayamaz. Bu örnekteki takma ad seçimi önceden verilen bir izin olarak geçerlilik taşımaz.

Aynı hükme taşınması kanunî zorunluluk olan öz ad ve soyadı ile ilgili olarak ulaşmak zordur. O halde şahsiyeti rencide edici bir ad ve soyadı varsa sahibi, başkalarından kendisi ile ilgili olarak bu adların kullanılmamasını talep edemez. Bu durumda şahsın yapabileceği adını ve soyadını değiştirmektir.

III- ADIN DEĞİŞTİRİLMESİ

Kanuni adların değiştirilmemesi kuraldır. Buna karşılık haklı sebeplerin bulunması durumunda ad ve soyadı değiştirilebilir. Yukarıda örneklerle ele aldığımız konu şüphesiz haklı sebeplerin başında gelir. "Muhik sebeplere binaen bir kimse isminin değiştirilmesini isteyebilir. İsmin değişmesi nüfus siciline kayıt ve ilan olunur."(MK. 26). Bu işlemin yapılabilmesi ise ancak dâva ile mümkündür. Şüphesiz Medeni

Kanunun 26. maddesinde sadece 'isim" geçmekte ise de bu hem öz adı hem de soyadı kapsar.

Adın ve soyadın değiştirilmesi hakkı şahsa bağlı haklardandır. Bu bakımdan herkes haklı sebeplerin bulunması durumunda adını ve soyadını değiştirebilir. Bu kural velayet altında olup da temyiz kudretine sahip küçükler için de geçerlidir. Ancak bu kuralın soyadı bakımından bir istisnası vardır. Karı kocanın, henüz reşit olmamış çocuklar da babanın soyadını taşırlar. Velayet hakkının anaya bırakılmış olması veya velayet hakkının nez edilmiş olması bu kuralı değiştirmez. Kocanın soyadını değiştirmesi ise başkaca bir muameleye gerek kalmaksızın karının reşit olmamış çocukların da soyadını değiştirir.

IV- KARININ ADINI VE SOYADINI DEĞİŞTİRMESİ

Karı haklı bir sebebin varlığı halinde adını hiç bir sınırlamaya maruz kalmadan değiştirebilir. Bu konuda kocasından izin alma veya rızasını temin etme gibi bir yükümlülüğü yoktur; adın değiştirilmesi şahsa bağlı bir hakkın kullanılmasıdır.

Karının soyadına gelince onun soyadını kanun belirlemiştir. Asıl olarak karının soyadı kocasının soyadıdır. Gerçi 14.5.1997 tarih ve 4248 sayılı kanunla MK. 153 maddesi değişmiş ise de karının soyadının kocanın soyadı olacağı hususu yine asıl olarak devam etmektedir. Eski hüküm "**Karı kocanın aile ismini taşır**" şeklinde iken, değişiklikle "**Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır; evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.**" hükmü getirilmiştir. Medeni Kanun'un 153/I maddesi değişmekle kadın sadece kocasının soyadının yanına evlenmeden önce taşıdığı soyadını ilave ettirebilme imkanını

kazanmış bulunmaktadır. O halde kadın isterse kocasının soyadı ile birlikte evlenmeden önceki soyadını da kullanabilir, buna mukabil kocasının soyadını kullanma konusunda iradesi önem taşımaz; onu kullanmak zorundadır.

Yukarıda örneğini verdiğimiz, aslında Soyadı Kanunu ve Soyadı Tüzüğüne göre soyadı olarak alınamayacak adlar alınmış ve kullanılıyor olabilir. Böyle bir soyadını sahibi her zaman değiştirebilir. Ancak böyle bir soyadını evli erkek ya da herkes değiştirebildiği halde evli kadın değiştiremez. Evli kadının soyadını değiştiremeyeceğine dair açık bir hüküm yoktur. Bu sonuç evli kadının soyadının kocasının soyadı olduğu hükmünden çıkmaktadır. Sözkonusu kural emredici nitelik taşımaktadır. Diğer taraftan şahsiyet hakkının da kanuna veya ahlaka aykırı olarak sınırlandırılamayacağı (MK. 23/II) kuralı da emredicidir. Bu durumda aynı konuyla ilgili olarak birbirine zıt sonuç ortaya koyan iki kanun hükmü vardır. Evliliği dolayısıyla taşımak zorunda kaldığı soyadı sebebiyle gurur ve haysiyeti kırılan, şerefi ve itibarı alay konusu olan kadın bunlara katlanmak zorunda mıdır, ya da adeta bedenini kemiren bir urdan ameliyat olarak kurtulurcasına bu soyadını mahkeme kararıyla değiştirebilir mi?

V- AİLE HUKUKU KURALLARINA GÖRE DAVA AÇILABİLİRMİ

Evlilik birliğinin korunması için hakim kanunda gösterilen tedbirleri alır. Bu tedbirleri alınması için "Karı kocadan biri aile vazifelerini ihmal eder yahut diğerini tehlikeye, hacalete veya zarara maruz bırakırsa mütessir olan taraf hakimin müdahalesini talep edebilir" (MK. 161/I). Bu maddede yer alan eşin hacalete düşmesi, zarara maruz kalması halleri hakimden tedbir talebi için yeterlidir. Bu sebepler aşağılayıcı soyadı taşınması halinde de ortaya çıkar. Gerçekten taşımak zorunda kaldığı soyadı dolayısıyla karı hem utanca düşer hem de manevi zarara uğrar. Ne var ki bütün bunlar

kocanın bir fiili veya evliliği ile ilgili bir yükümlülüğünü yerine getirmemesinin sonucu değildir. Sadece kocanın şahsına bağlı bir hakkını kullanmamasının dolaylı sonucudur. Bu yüzden aileyi korumak için hakim kocaya soyadını değiştirme için dâva açma emri veremez.

VI- KARININ SOYADINI DEĞİŞTİRME DAVASI AÇMASI

Kural olarak karı böyle bir dâva açamaz. Ancak taşadığı soyadı aynı zamanda şahsiyetini ağır bir şekilde ihlal ediyorsa buna katlanması da beklenemez. Elbette bu soyadı dolayısıyla aşağılanmaktan kurtulmanın yolu boşanmak da değildir. Kanaatimce bir tarafta karının şahsiyet hakkının korunması diğer tarafta da kamu düzeninden olan emredici bir kural olan "kocanın soyadını taşıma" aynı konuyla ilgili birbirine zıt hükümler mahiyetini taşımaktadır. Bu durumda hakim münhasıran önüne gelen olayla ilgili olarak her iki kuralı yok saymak yerine bunlardan birini tercih edecektir. Bunu yaparken de dayanacağı kural Medeni Kanununun 2. maddesidir. Zira anlamsız şahsı izaç edici bir soyadın taşınması ne aileye ne topluma ne de şahıslara korunmaya değer bir hak kazandırır. Halbuki şahsın korunması ve geliştirilmesi asıl olandır. Bunun sonucu olarak evli kadın da gülünç, iğrenç, aşağılayıcı soyadını değiştirmek istediğinde bu durum bir haklı sebep kabul edilerek soyadının değişmesine karar verilebilmelidir. Şüphesiz bu tür talepler karşısında hakim değiştirilmek istenen soyadının haklı sebep olacak kadar şahsiyet hakkı ile çatışma halinde olup olmadığını titiz bir şekilde incelemelidir. Hakim geçici nitelikteki olumsuzlukları ayıklamalı, geçici hevesleri ve sübjektif telakkileri haklı sebep olarak değerlendirilmemelidir.

VII- ÇOCUKLARIN SOYADININ DEĞİŞMESİ

Velayet altındaki çocuklar da temyiz kudretine sahipler ise

soy adlarının değişmesi konusunda dâva açabilirler. Bu hakkın kullanılması konusunda çocuğun kanunî temsilcisinin izni aranmaz.

Çocuk temyiz kudretine sahip değilse adın ve soyadın değiştirilmesi dâvasını ana baba birlikte açarlar. Ana baba ayrı ise velayet hakkını haiz olan bu hakkı kullanır. Evlilik birliğinin devamında ise kural ana baba birlikte dâva hakkını kullanırlar ise de baba yalnız başına da dâva açabilir. Buna karşılık ana yalnız başına çocuk adına dâva açamaz(MK.263).

Gelişme ve şahsiyet kazanma çağındaki çocuğun aşağılayıcı ad ve soyadından olumsuz yönde etkilenmesi telafisi imkansız zararla karşı karşıya bulunması mümkündür. Bu durumda da velayet altındaki temyiz kudretine sahip olmayan çocuğun adına ana dâva açabilmelidir. Babanın dâva çamaya yanaşmaması açılan dâvaya muvafakat etmemesi açıkca hakkın kötüye kullanılması olup artık onun izninden sarfı nazar edilmesi gerekir. Çocuk hakkında da evli kadının açtığı soyadı değişikliği dâvası kabul edilerek değişiklik sağlanabilmelidir.

SONUÇ

Soyadı şahısların ait olduğu ailenin belirlenmesine hizmet eder. Ancak aynı ailede yaşayan fertlerin aynı soyadını taşıması zorunluluğu da yoktur. Bu bakımdan şahısların şahsiyeti ile adı ve soyadı çatışma halinde olduğunda evli kadın hem kocasından dolayı kendi soyadını hem de çocuklarının soyadını değiştirebilmelidir. Buna karşılık objektif olarak şahsiyeti inciten soyadından rahatsız olmayan ve hatta onu taşımayı bir şahsiyet hakkı olarak gören koca da elbette bu durumu devam ettirebilir.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGILAMAYA HAKİM OLAN İLKELERDEN TARAFLARCA HAZIRLAMA İLKESİ

Yrd. Doç. Dr. Ömer ULUKAPI*

A. GİRİŞ

Yargılama hukukunun hedefi adil bir karar elde etmektir[1]. Verilen kararın adil olması, taraflar yanında mahkemelere güven bakımından da büyük önem taşır[2]. Dolayısıyla mahkemelerin vermiş oldukları doğru ve adil kararlar sayesinde toplumsal barışın sağlanması ve hukukun işlerliği ön plânda ele alınmaktadır. Mahkeme kararlarından beklenilen bu amacın gerçekleşebilmesi, yargılama faaliyetinin belli esaslara bağlanması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

Davada, dava malzemesinin kimin tarafından temin edileceği ve yargılama faaliyetine sunulacağı medeni yargılama hukukunda 18. yüzyıldan itibaren temel bir sorun olarak ele alınmıştır[3]. Yapılan çalışmalar sonucu varılan en önemli ilkelerden birisi "taraflarca hazırlama", diğeri ise "re'sen harekete geçme"dir.

Bu iki ilkenin birbirinin karşıtı olduğu genellikle kabul edilmekle birlikte aralarındaki sınırı kesin olarak belirlemenin kolay olmadığı da bir gerçektir[4].

---

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **Yılmaz, E.**, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, s. 6.

2 **Üstündağ, S.**, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, B.5, İstanbul 1992, s.13; **Yılmaz**, s. 6-7

3 **Alangoya, Y.**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s.8.

4 Bkz. aşa. B.

Biz çalışmamızda, sözkonusu ilkelerden "*Taraflarca Hazırlama İlkesi*" ile bunun alt ilkelerini ele alacağız. Bunun karşıtı olan "*Re'sen Harekete Geçme İlkesi*" inceleme konusu yapılmayacaktır.

Taraflarca hazırlama ilkesi[5], iddia ve savunmanın temeli olan vakıaların ve bunları ispat etmek için gerekli olan delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesidir[6]. Diğer bir ifadeyle, bu ilke gereğince, hem vakıalar hem de bunların ispatına yarayan araçlar (deliller) davanın taraflarınca sağlanmaktadır[7]. Dolayısıyla, dava malzemesinin toplanması bakımından, mahkemeye düşen bir yükümlülük sözkonusu değildir[8].

Re'sen harekete geçme ilkesi[9] ise, taraflardan bağımsız olarak, mahkemeye, davanın maddi temelini aydınlatma,

---

5 Taraflarca hazırlama ilkesi "Verhandlungsmaxime", Alman hukukunda "Verhandlungsgrundsatz", "Beibringungsgrundsatz" (bkz. **Rosenberg, L./ Schwab, K. H./ Gottwald, P.**, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., München 1993, s. 424; **Stein/ Jonas/ Leipold,** Zivilpozessordnung, 21. Aufl., Bd. 2, Tübingen 1994, s. 500; **Schlosser, P.**, Zivilprozessrecht I, 2. Aufl.,München 1991, s. 114) veya "Parteimaxime" (bkz. **Jauernig, O.**, Zivilprozessrecht, 24. Aufl., München 1993, s. 76) olarak da anılmaktadır.

6 **Straeuli, H./ Messmer, G./ Wiget, F.**, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982, s. 107; **Leuch, G./ Marbach, O./ Kellerhals, F.**, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl., Bern 1995, s. 234; **Kuru, B./ Arslan, R./ Yılmaz, E.**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 8, Ankara 1996, s. 327 vd.; **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, B.5, Ankara 1990, s. 1322; **Tercan, E.**, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü (SÜHFD -Prof. Dr. Şakir BERKİ'ye Armağan-, C.5, 1996/1-2. s. 181-212), s. 193; **Alangoya**, s.3.

7 **Walder, H. U.**, Die Offizialmaxime, Zürich 1973, s. 7; **Habscheid, W. J.**, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1986, s. 165.

8 **Schilken, E.**, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bonn, 1995, s. 194; **Jauernig,** s. 76; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 426; **Stein/ Jonas/ Leipold,** s. 550; **Schlosser,** s. 115 vd.

9 Re'sen harekete geçme ilkesi "Untersuchungsmaxime", Alman hukukunda "Untersuchungsgrundsatz", Inguisitionsmaxime" veya "Amtsmaxime" olarak

bunun için gerekli olan bütün maddi vakıalar ile ispat araçlarının yargılamaya getirilmesi ve incelenmesi görevini yüklemektedir[10]. Re'sen harekete geçme ilkesi Alman hukukunda açıkca kabul edilmiştir[11]. Bu ilkeye göre, evliliğin butlanı, geçersizliği, iptali, boşanma ve çocukların durumunun tespiti gibi konularda re'sen harekete geçme ilkesi uygulanır[12]. Bunun yanında doktrinde mirasçılık hakkının tesbitine ilişkin davalarda da re'sen araştırma ilkesinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir[13].

Bu ilkelerin yargılama faaliyetinde sorumluluğun taraflara mı yoksa mahkemeye mi ait olduğunun tespiti bakımından önemi büyüktür. Sözkonusu ilkelerden hangisinin benimseneceği ise, kanun koyucunun siyasal tercihine kalmış bir olgudur[14].

Bu ilkeler yanında, öğretide Avusturya'lı hukukçu *Pollak* , Avusturya Usul Kanunu değerlendirmesinde, dava malzemesinin toplanması açısından, yukarıda belirtilen iki ilke arasında bir "orta yol" seçilmiş olduğunu vurgulamaktadır[15]. Re'sen araştırma ilkesinin getirdiği sakıncaların ortadan

---

da anılmaktadır (bkz. **Jauernig**, s. 76). Bu ilke *Gönner* Tarafından 1801 yılında yayınlanan kitabında kullanılmıştır (bkz. **Gönner,** Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 1. Aufl., 1801).

10 **Poulus, C. G.,** Zivilprozessrecht, Berlin 1996, s. 101; **Jauernig,** s. 76; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 433; Stein/ Jonas/ Leipold, s. 554; **Schilken** s. 198; **Straeuli/ Messmer/ Wiget,** s. 110; **Leuch/ Marbach/ Kellerhals,** s. 236-237; **Habscheid,** s. 166.

11 Bkz. Alman Medeni Usul Kanunu §616.

12 Bu ilkenin İsviçre hukukundaki yansıması için bkz. **Walder,** s. 9 vd.; **Straeuli/ Messmer/ Wiget,** s. 110-113.

13 Bkz. **Blomeyer, A.,** Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1985, s. 16; **Henckel,** Prozessrecht und materialles Recht, 1970, s. 135; karşı görüşte, **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 433.

14 **Jauernig** s.76; **Schilken,** s.198.

15 **Pollak, R.,** System des Oesterreichischen Zivilprozessrechts, 1932, B.2, s. 477-478.

kaldırılması için *Wasserman* tarafından sosyal devlet prensibine dayanarak, bu ilke yerine "*Dava Malzemesinin Mahkeme ve Tarafların Ortak Çalışması İle Getirilmesi İlkesi*" [16] teklif edilmiştir[17]. Böylece, hakimin davaya müdahalesi ile davada tarafların etkisi birleştirilmeye çalışılmıştır[18].

Wolf ise, belirttiğimiz bu ilkeler yanında, dava malzemesinin mahkeme ve taraflarca birlikte sağlanması şeklinde tarif ettiği ilkeyi "*Toplama İlkesi*"[19] veya "*Karma İlke*" [20] olarak adlandırmaktadır[21]. Yazara göre, bu konuda dördüncü ilke "*Sınırlı Toplama İlkesi*" olup, bu ilke gereğince, mahkeme, dava malzemesinin toplanmasına ilişkin kendi imkânlarını sınırlı olarak kullanabilir, bunun dışında sadece tarafların getirdiklerini hükme esas alabilir.

B. TARAFLARCA HAZIRLAMA İLKESİNİN İÇERİĞİ

Tarihi gelişim sürecinde "da mihi facta, dabo tibi ius (bana vakıaları-delilleri ver, ben de sana hakkı vereceğim)" deyimi ile ifade edilen taraflarca hazırlama ilkesi, taraflara vakıaları mahkemeye getirmeyi, hakime de hukuku bilme ödevini yüklemiştir[22].

Taraflarca hazırlama ilkesi gereğince, yargılamayı taraflardan birisi (davacı, dava açmak yoluyla) başlattığı gibi dava malzemesinin mahkemeye getirilmesi de tarafların elindedir. Keza, taraflar, açılmış (görülmekte) olan bir dava üzerinde etkili işlemler yapabilmek kudretini de haizdirler. Bu

---

16 "Kooperationsmaxime".

17 **Wassermann,** Der soziale Zivilprozess, 1978.

18 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 425; bu konuda ayrıca bkz. **Stürner,** s. 14; **Hahn,** Kooperationmaxime im Zivilprozess, 1983.

19 "Sammelmaxime".

20 "Gemischtemaxime".

21 **Wolf, K.,** Grundriss des Oesterreihischen Zivilprozessrechts, 1947, s. 164-165.

22 **Staehelin, A./ Sutter, T.,** Zivilprozesrecht, Zürich 1992, s. 105; **Poulus,** s. 102.

çerçevede taraflarca hazırlama ilkesi, tarafların dava konusu üzerindeki iradelerine ve tasarruf yetkilerine öncelik tanımaktadır.

Bir üst kavram şeklinde ele alınabilen taraflarca hazırlama ilkesini şu alt ilkelere ayırmak mümkündür:

1) Dava malzemesinin taraflarca hazırlanması,
2) Davanın taraflarca yürütülmesi,
3) Davada tarafların tasarruf serbestliği (tasarruf) ilkesi,
4) Dava malzemesinin teksifi (iddia ve savunmanın teksifi) ilkesi,
5) Davada çabukluk, basitlik ve ucuzluk (usul ekonomisi) ilkesi'dir.

Şimdi bu alt ilkeleri sırasıyla ele alalım.

1) DAVA MALZEMESİNİN TARAFLARCA HAZIRLANMASI İLKESİ

Bu ilkeyi, tarafların iddia ve savunma zımnında ileri sürdükleri vakıa ve delillerle hakimin bağlılığı şeklinde ifade etmek mümkündür. Başka bir deyişle, bu ilke, tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalarla ilgili vakıalar ve dayandıkları delillerle hakimin bağlı olmasını, davayı sadece bunlar üzerine bina ederek hükme bağlamasını gerektirir[23]. Bu aynı zamanda davanın açılmasıyla meydana gelen usulî sonuçlardan biridir[24]. Uygulamanın ortaya çıkardığı en önemli sonuç, yargılama faaliyetine esas olmak üzere tarafların vakıaları ve

---

23 **Grunsky, W.,** Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970, s. 16; **Jauernig,** s.77; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 427; **Schilken,** s.198, **Poulus,** s. 102; **Habscheid,** s. 165- 166; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** s. 327; **Kuru, B.,** Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 400; **Bilge, N./ Önen, E.,** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B.3, Ankara 1978, s. 293; **Berkin, N. M.,** Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 427.

24 Bkz. 9. HD., 23.7.1986, 1841/3409 (YKD., 1987/6, s. 885-886).

menfaatine olan olguları doğrudan kendilerinin mahkemeye getirmelerinin daha uygun olduğunu göstermektedir. Mahkemenin bu faaliyeti kesinlikle taraflar gibi başarılı bir şekilde sonuçlandırması her zaman beklenemez. Bu nedenle tarafların egoistliği ve birbirlerine zıt menfaatleri (menfaat çatışmasını) içermesi, dava malzemesinin mahkeme tarafından toplanıp açığa kavuşturulmasından daha olumlu gözükmektedir[25]. Bu mülâhazalar taraflarca hazırlama ilkesinin yargılamaya ilişkin ilkeler içerisinde en mükemmeli olduğu ve yargılama hürriyetini içerdiği; ayrıca, maddi hukuktaki irade hürriyetini (serbestisini) gösterdiği ifade edilmektedir[26]. Taraflarca hazırlama ilkesi lehindeki bu görüşlere karşın, aşağıda görüleceği üzere son zamanlarda bu ilkenin esaslı bir şekilde eleştiriye de maruz kaldığı da gözden uzuk tutulmamalıdır[27].

Hakim, davacının iddiasından fazlasına[28] ve davalının kabul ettiğinden aşağısına hüküm veremez. Ancak, vakıalara, delillere ve tarafların durumuna göre, talepten aşağısına ve kabul edilenden fazlasına hüküm verebilir. Hakim, tarafların ileri sürmediği vakıaları re'sen nazara alamadığı gibi[29], onlara

---

25 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 425; **Straeuli/ Messmer/ Wiget,** s. 107.

26 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 425; **Schilken,** s. 198.

27 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 425 vd.; ayrıca bkz. aşa. C.

28 Bkz. Meselâ; 11. HD., 18.9.1986, 9276/9276: "Davada miras payları oranında iptal ve tescil istendiğine göre, mahkemece istekle bağlı kalınarak, taşınmazın tümü üzerinden değil, sadece davacıların payları oranında davanın kabulüne karar verilmesi gerekir" (YKD., 1987/5, s.679). Yargıtay bir başka kararında sözkonusu bu ilkeyi daha açık bir tarzda şöyle ifade etmiştir: "Hakim istekle bağlıdır, istekten fazlaya hüküm veremez, 4. HD., 7.11.1986, 7440/8063 (Yasa, 1987/5, s.774). Aynı doğrultuda kararlar için bkz. 6. HD., 21.1.1987, 14270/339 (Yasa, 1987/3, s.439); 12. HD., 23.2.1987, 7122/2480 (YKD., 1987/6, s.907); 15.HD. 24.4.1984, 7748/1417 (YKD., 1985/7, s.1027); 11.HD., 26.61985, 3827/4016 (Yasa, 1985/9, s. 1312); 11.HD., 24.10.1994, 1295/ 7773 (YKD., 1995/4, s. 594-596).

29 **Schlosser,** s.122.

hatırlatacak davranışlarda da bulunamaz[30] (HUMK.m.74; m.75). Fakat, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzdaki bu iki madde hükmü, kanunun tayin ettiği istisnaları saklı tutmuştur. Meselâ, boşanma davalarında hakim, tarafların isteği dışına çıkarak, ayrılığa karar verebilecektir (MK.m.138). Yine, mahkemece boşanmaya veya ayrılığa karar verildikten sonra, taraflar talep etmeseler dahi, çocukların durumu hakkında hakimin re'sen bir karar vermesi gerekir (MK. m.148)[31].

Taraflarca hazırlama ilkesinin bir gereği olarak hakim, bizzat ikame edemez. Bu dahi taraflara aittir[32] [33]. Ancak, hakim, müphem veya çelişik gördüğü iddia ve sebepler (vakıalar) hakkında taraflardan açıklama isteyebilir[34] [35]

---

30 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 427; **Schlosser,** s.122; **Kuru,** C.II, s.1322.

31 Aynı doğrultuda, Alman Medeni Usul Kanunu §616; ayrıca bkz. **Schlosser,** s. 136 vd.

32 **Jauernig,** s. 77; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 427; **Stein/ Jonas/ Leipold,** s. 551; **Schilken,** s. 201; **Habscheid,** s.166; **Üstündağ,** s.231.

33 HGK., .25.4.1986, 1985/13-67, 1986/457: "Türk yargı sisteminde hakim, bir davayı kendiliğinden inceleyerek uyuşmazlığı çözemez (HUMK. m. 72); Usulün 74 maddesi uyarınca hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olup istekten fazlaya da karar veremez. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği itibariyle davada (delillerin taraflarca hazırlanması prensibi) egemen olup taraflar dinletmek istedikleri tanıkların ve bilgisine başvurulmasını istedikleri bilirkişi masraflarını karşılamakla yükümlüdürler. Az önce açıklanan ilkenin istisnası olan ve kamu düzenine dayanan re'sen araştırma ilkesinin olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, bilirkişi ücretini davacının yatırmaması halinde Usulün 415. maddesinin (tayin olunan müddet içinde işbu muameleye ait masraf tediye olunmaz ise ileride icap edenlerden istifa olunmak şartıyla Devlet Hazinesinden tediye olunmasına karar verilebilir) şeklindeki hükmünün uygulama yerinden söz edilemez" (YKD., 1988/10, s. 1333-1334).

34 Bkz. Alman Medeni Usul Kanunu §139 Abs. 1; **Schilken,** s.203.

35 1. HD., 22.9.1980, 10385/10979: "(Dava dilekçesi yeteri kadar açık olmadığında) davacıdan hangi hukuksal nedene dayanarak dava açtığı hususu sorulup açıklattırılmadan... karar verilmesi isabetsizdir" (YKD.,

(HUMK.m.75/II). Hakimin delil sormaya ve belli bir delili hatırlatmaya yetkisi yoktur[36]. Ancak, hakim, bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabildiği gibi[37] isticvaba da kendiliğinden karar verebilir (HUMK.m.230/I)[38].

Hakim, sadece taraflar arasında ihtilâflı olan vakıaları araştırma konusu yapabilir. Hakim davada bir tarafca ileri sürülen vakıayı şayet karşı taraf bunu inkâr etmemişse gerçek kabul etmek zorundadır[39]. Bunun yanında hakim, gerçek dışı olduğu kanaatine sahip olsa bile tarafların üzerinde anlaştıkları vakıalarla bağlıdır[40].

Taraflarca inkar edilmiş olan vakıalar ispata muhtaçtır. Maruf ve meşhur olan vakıaların ispatına ise gerek yoktur[41].

Tarafların iddia ve savunmaları ile bağlılık ilkesi ancak

1981/6. s.677); aynı yönde bkz. 1.HD., 26.12.1977, 12813/12827 (YKD., 1978/4, s.523-524).

36 Bkz. Meselâ; 13.HD., 22.3.1984, 1476/2182: "Davacı dava dilekçesinde yemin deliline de dayanmış olduğuna göre, davacıya iddiası hakkında yemin teklifine haklı olduğunun hatırlatılması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir" (Yasa, 1986/8, s.115).

37 Bkz. Meselâ; 13.HD., 10.7.1985, 3954/4874: "Davanın mahiyetine göre uyuşmazlığın çözülebilmesi için, mahkemenin re'sen mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması gerekli olduğundan, uyuşmazlığın çözülmesi için icrası gereken keşif ve bilirkişi incelemesi masraflarının ileride haksız çıkan taraftan alınmak kaydıyla Devlet hazinesinden ödenmesine karar verilmesi gerekir" (Yasa, 1986/1, s.127).

38 Bkz. Meselâ; 11.HD., 2.7.1986, 3894/4105: "Davalı savunmasında iddia ettiği kadar tuğla olmadığını bildirmiş olmakla beraber ne kadar aldığını da beyan etmemiştir. Bu durumda öncelikle davalıya ne kadar tuğla aldığını açıklattırmak ve bunların bedelini ödemiş ise, bu ödemeye ilişkin belgelerini ibraz ettirmek, davalının kabul etmediği kısım için bunların teslim edildiğini davacı tarafa hatırlatmak, gerekirse isticvap etmek... tüm bunlardan sonra hüküm kurmak gerekir" (Yasa, 1986/9, s.1281).

39 **Schlosser,** s.120.

40 **Schlosser,** s.119.

41 **Bomsdorf,** Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, 1971, s.53.

vakıalara ve delillere taâlluk eder; yoksa, vakıalara uygulanacak hukuk kaidelerine de etkili değildir. Nitekim, hakim, re'sen Türk kanunlarına göre karar vermek ve uygulanacak kanunu araştırmak zorundadır (HUMK.m.76/I)[42] [43]. Bu bağlamda, tarafların uygulanacak olan hukuk kurallarını gösterme yükümlülükleri bulunmadığı gibi, mahkemenin de taraflarca gösterilen hukuk kuralları ile bağlı olması sözkonusu değildir[44]. Keza, tarafların, uygulanacak hukuk kurallarını yanlış göstermiş olmaları da, haklarına herhangi bir halel getirmez.

Hakim, tarafların kendisine bildirdikleri vakıalara göre, dava konusu olayı tesbit eder ve gerekli hukuk kurallarını uygular. Hakim, sadece kendisine usulüne uygun olarak bildirilmiş olan vakıaları inceleme konusu yapabilir ve bu vakıalardan anlaşılan itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür. Buna karşılık hakim, kendisine bildirilmemiş (dava dosyasından anlaşılmayan) itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetemez[45]. Hakimin önüne getirilen vakıa, kimin tarafından getirilmiş olursa olsun, kuralın uygulanması bakımından önemli değildir. Taraf, kendi aleyhine bir iddia ileri sürmüşse, bu dahi (onun aleyhine olarak) kullanılabilmektedir.

---

42 Bkz. HGK., 11.4.1990, 1990/1-152, 1990/236 (YKD., 1990/11, s.1606-1608).

43 Benzer düzenleme İsviçrenin Zürich Kantonunda yer almaktadır (bkz. Zürich Medeni Usul Kanunu §55)

44 **Ansay, S.Ş.**, Hukuk Yargılama Usulleri, B.6, Ankara 1960, s.144; **Bilge/ Önen,** s.295; **Kuru,** C.II, s. 1327; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** s. 330; **Üstündağ,** s.232. Ancak, öğretide *Postacıoğlu*, hakimin tarafların hukuki nitelenmeleriyle bağlı olmamasının ve dosyadaki vakıalara uygulanacak hukuk kurallarını re'sen dikkate almasının çeşitli sakıncaları da sözkonusu olabileceğini belirtmektedir. Hakime re'sen hukuki sebepleri dikkate almak imkânı tanınacaksa, bu yetkinin sakıncaların ortadan kaldıracak hükümlere de yer vermek gerekir (bkz. **Postacıoğlu, İ. E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975, s.245-246).

45 **Kuru,** C. II, s. 1322.

Maddi hukuk anlamındaki def'iler, dava dosyasına usulüne uygun olarak girmiş olan dava malzemesinden anlaşılsa bile, bundan yararlanacak olan kimse tarafından ileri sürülmedikçe, hakim bu def'ileri kendiliğinden gözetemez[46]. Meselâ, zamanaşımı def'i (BK.m.140) gibi.

2) DAVANIN TARAFLARCA YÜRÜTÜLMESİ

Bir özel hukuk uyuşmazlığının mahkeme tarafından çözümlenebilmesi için öncelikle bunun dava yoluyla ileri sürülmesi, diğer bir ifadeyle, davacı tarafından hakimin önüne getirilmesi gerekir. Dolayısıyla, hakimin kural olarak bir uyuşmazlığa re'sen elatması mümkün değildir[47] [48]. Bunun yanında, hiç kimse de, kanundaki istisnalar dışında[49], kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamaz (HUMK.m.72; m.79)[50]. Doktrinde[51]ifade edildiği şekliyle, "kanunun bir kimseyi dava açmaya mecbur tuttuğu haller, ancak kanuni bir tahdit koyduğu haller olabilir". Bu hallerde ise, doğacak sonuca katlanıp katlanmamak sadece ilgilinin takdirine kalmıştır[52]. Meselâ, üçüncü şahsın, davayı kendisine ihbar eden yerine geçerek, davayı takip veya davaya müdahale etmesi gerekip gerekmediğini takdir kendisine ait bir husustur. Bu halde,

---

46 **Kuru,** C. II, s. 1322.

47 8.HD., 11.7.1984, 7222/7173: "Hakim her iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemez (HUMK.m.72). Mahkemenin dosyayı re'sen incelemeye koyarak yargılama yapması sözü geçen bu maddeye aykırı bulunmaktadır" (YKD., 1985/1, s.44); aynı yönde bkz. 7.HD., 14.9.1990, 2150/10332 (YKD., 1990/10, s.1470-1472).

48 **Berkin,** s. 427.

49 Meselâ, İİK.m.69 gibi...

50 HGK., 28.3.1984, 1981/8-943, 1984/342: "HUMK.nun 79. maddesi gereğince, kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikameye zorlanamaz. Bu nedenle, davacıyı tescil davası açmaya zorlamak Usulün anılan 79. maddesinde yer alan ilkeye aykırı düşecektir" (YKD., 1984/12, s.1775-1778).

51 **Ansay,** s.140.

52 **Berkin,** s. 427.

üçüncü kişi davaya müdahale edebileceği gibi, davadan uzak da durabilir. Bu durumda, ihbar eden taraf davada hazır bulunmaya mecburdur; fakat, ihbar dolayısıyla, ihbarda bulunulan üçüncü şahsa karşı sorumluluğu azalacaktır (HUMK.m.51).

Davanın taraflarca yürütülmesi, davanın açılması ve sona erdirilmesi bakımından geçerli olmakla birlikte, açılmış olan bir davanın yürütülmesi durumu, tamamen tarafların iradesine bırakılmış değildir[53]. Bu gibi hususlarda tarafların menfaati yanında, kamu menfaati de ağır bastığından, hakimin re'sen harekete geçebileceği, bugün, modern hukuk düzenlerinde kabul görmektedir.

3) DAVADA TARAFLARIN TASARRUF SERBESTLİĞİ İLKESİ (TASARRUF İLKESİ)

Davada, dava malzemesinin taraflarca hazırlanması ve davanın taraflarca yürütülmesi esas alındığında, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri bunun doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkar[54].

Tasarruf ilkesi[55], hakimin kendiliğinden bir davaya bakamayacağını, ancak, talep (dava açılması) üzerine davaya bakabileceğini, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunduğunu ve hakimin, tarafların talepleri ile bağlı olduğunu ifade eder[56]. Bu ilkenin doğal bir sonucu olarak; davacının talebi olmadan, mahkemenin kendiliğinden bir

---

53 Meselâ, müddetlerin verilmesi, tarafların duruşmaya çağrılması, tebliğe karar verilmesi gibi...

54 **Straeuli/ Messmer/ Wiget,** s. 108.

55 "Die Dispositionsmaxime".

56 **Meier, I./ Ottomann, R.,** Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen, Zürich 1993, s. 90; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 427; **Kuru,** C. II, s. 1320; **Kuru,** El Kitabı, s. 399; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** s. 326; **Bilge/ Önen,** s.296-297.

davaya bakması yasaktır (HUMK.m.72)[57]. Açık bir kanun hükmü olmadıkça, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya zorlanamaz (HUMK.m.79)[58].

Davacı, açtığı davadan feragat etmek[59], sulh olmak[60], davalı ise davayı kabul etmek[61] suretiyle dava üzerinde tasarruf yetkisini haizdir[62].

---

57 Bkz. 8.HD., 11.7.1984, 7222/7173: "Hakim her iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemez (HUMK.m.72). Mahkemenin dosyayı re'sen incelemeye koyarak yargılama yapması sözü geçen bu maddeye aykırı bulunmaktadır" (YKD., 1985/1, s.44).

58 HGK., 28.3.1984, 1981/8-943, 1984/342: "HUMK.nun 79. maddesi gereğince, kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikameye zorlanamaz. Bu nedenle, davacıyı tescil davası açmaya zorlamak Usulün anılan 79. maddesinde yer alan ilkeye aykırı düşecektir" (YKD., 1984/12, s.1775-1778).

59 Bkz. Meselâ, 4.HD., 25.11.1986, 6338/8006: "Feragat, iki taraftan birinin netice-i talebinden vazgeçmesi olup, kat'i bir hükmün sonuçlarını doğurur. O nedenle, davaya son veren bu işlemin geçersiz olup olmadığını deliller muvacehesinde takdiri ve saptanması esas davanın görüldüğü mahkemenin görevine giren hususlardır" (Yasa, 1987/12, s.1777); aynı doğrultuda bkz. 13.HD., 21.2.1985, 688/1158 (Yasa, 1985/9, s.1320).

60 "Taraflar usulün seyri ve muhtevası üzerine tesir edebilmek hususunda tasarruf salâhiyetine sahiptirler. Taraflara, usulün seyri esnasında hakimin tahkikinin çevresini tayin etmek ve usulü ve kanun yollarını açmak tamamıyle serbest bulunmaktadır. Meselâ, taraflar bir sulh sözleşmesi yaparak hakimin bu konuda bir karar vermesini lüzumsuz hale getirebilirler. Tarafların bu salahiyeti bazıları tarafından "Verhandlungsmaxima" kavramı altında mütalâ ediliyorsa da burada "Dispositionmaxima"dan bahsetmek yerinde olur. Zira, bu tasarruf yetkisi tarafların dava malzemesini toplamaları mükellefiyeti ile ilgili değildir" (**Üstündağ, S.**, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s.122, dn.203b).

61 Bkz. Meselâ, 8. HD., 22.12.1986, 12257/12526: "Kabul beyanı davaya son veren işlemlerdendir. Bu nedenle, davalının kabul beyanı gözönüne alınarak istemin kabulü yönüne gidilmelidir" (YKD., 1987/4, s.552); aynı doğrultuda bkz. 13.HD., 21.1.1985, 7908/300 (Yasa, 1985/9, s.1319); 9.HD., 20.10.1986, 8689/9386 (Yasa, 1986/12, s.1774).

62 **Leuch/ Marbach/ Kellerhals,** s. 234.

Davanın görülmesi sırasındaki tasarruf serbestliği ilkesi bazı istisnalarla sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, meselâ, evliliğin feshi, boşanma gibi, tarafların iradelerine bırakılmamış olan davalarda, davalının kabulü veya ikrarı hakimi bağlamaz (HUMK.m.95/II; MK.m.150/III)[63]. Hakim, kabul veya ikrara göre değil, getirilecek delillere göre davayı karara bağlar.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz tetkik edildiğinde, "taraflarca hazırlama ilkesi" ve bunun bir alt ilkesi olan "tasarruf ilkesi"ni ihtiva eden bir çok hükmü görmek mümkündür[64].

4) DAVA MALZEMESİNİN TEKSİFİ İLKESİ

Dava malzemesinin teksifi ilkesi[65], yargılamanın hızlanmasına etki eder. Davaların uzun sürmesi, gerçeğin ortaya çıkmasını tehlikeye düşürebilir ve tarafları zor durumda bırakabilir. Bu ilkeye göre, davacı ve davalı bütün iddia ve savunma sebeplerini muayyen bir yargılama kesitine kadar ve

---

63 Ancak, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile Medeni Kanunun 134. maddesinde yapılan değişiklikle boşanma davalarında da bazı durumlarda taraflara tasarruf serbestisi imkânı tanınmıştır. Buna göre, Medeni Kanun m. 134/ III'e göre, evliliğin en az bir yıl sürmesi ve eşlerin birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılacağı kabul edilmiştir. Bu halde açılacak boşanma davalarında Medeni Kanun m. 150/ 3'ün uygulanmayacağı açıkca hükme bağlanmıştır. Öte yandan, Medeni Kanun m. 134/IV'e göre, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi, her ne sebeple olursa olsun müşterek hayatın yeniden kurulmaması halinde eşlerden birinin talebi üzerine hakim boşanmaya karar verir.

64 HUMK.m.2/II; 22;23;30; 34/I; 41; 42; 43; 45; 49; 50; 53; 58; 59; 72; 74; 75; 76/II; 79; 83; 91; 92; 166; 168; 176/II; 179; 180; 184; 185/I; 186; 187; 195; 196; 201; 203; 207; 210; 213/III; 222; 236; 276; 287; 289; 307; 363; 364; 368; 376; 377/II; 409; 414; 427; 440; 516 gibi ...

65 "Eventualmaxime".

hep birlikte ileri sürmek zorundadırlar. Bu iddia ve savunma sebepleri çelişik olsa bile durum yine aynıdır[66].

Bu husus, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 179/I'de davacı, m.202/I'de ise davalı bakımından açıkça ifade edilmiştir. Anılan Kanunun sair maddelerinde de aynı yöndeki hükümlere rastlamak mümkündür. Nitekim, m.187'de ilk itirazların davanın başında ve hep birlikte ileri sürülmesi, m.221'de bütün itiraz ve savunmaların mahkemece birlikte tahkik olunacağı, m.242'de ise bütün belgelerin müfredat pusulası adı altında sunulması gerektiği öngörülmüş bulunmaktadır[67].

Davacı bütün iddia sebeplerini, davalı da bütün savunma sebeplerinin tamamını, biri sonuca ulaşmadığı takdirde diğeri nazara alınacak şekilde ve aynı zamanda ileri sürmek zorundadırlar. Bu ilkeye terdit, yığma ilkesi denir[68]. Sözkonusu ilkenin gereği olarak davada her iki taraf da belli bir sahada, belki de lüzumsuz olduğu halde ve fakat ileride bir daha dermeyan edememek korkusu içinde, gayesiz ve mantıksız olarak hatta birbirine aykırı düşecek bazı iddia veya savunmayı önceden ileri sürmeye mecbur olacaklardır[69].

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, vakıa ve delillerin birlikte mahkemeye verilmemesini bir müeyyideye de bağlamış bulunmaktadır. Gerçekten, davacı veya davalı lâyihasını karşı tarafa tebliğ ettirdikten sonra onun rızası olmaksızın iddia ve savunmalarını tevsii veya tebdil edemezler (HUMK.m.185; m.202). Bunun istisnası ise, karşı tarafın rızası ve ıslah

---

66 **Üstündağ,** s.242

67 **Berkin,** s. 431-432.

68 **Üstündağ,** s. 243.

69 **Bilge/ Önen,** s.299.

müessesidir. Öğretide[70] belirtildiği üzere, en muktedir bir kimse dahi bütün iddia ve savunma vasıtalarını birden, bir kalemde tesbit edemeyecek durumda olabilir. Bir taraf davada diğer tarafın görüşünü öğrendikten sonra kendi iddia ve savunmasındaki eksikliğin veya boşluğun farkına varabilir. İşte bu sebeple, ıslah yoluna başvurmak imkânı tanınmış ve bazı hallerde de kanun tarafından münferit hallerde[71] bu eksikliğin giderilmesine müsaade edilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, bazı hallerde hakimin yargılamayı basitleştirmek amacıyla, re'sen veya talep üzerine, tarafların iddia ve savunmalarını birini (veya bir kısmını) diğerinden (veya diğerlerinden) önce tahkik edilebilmesine imkân vermektedir (HUMK.m.221). Yine, delillerin ikamesi safhasında, taraflardan herbirisi yeni delil ikamesini veya ibrazını isteyebilir[72].

5) DAVADA ÇABUKLUK, BASİTLİK VE UCUZLUK İLKESİ (USUL EKONOMİSİ İLKESİ)

Taraflar arasındaki uyuşmazlık bir dava yoluyla mahkeme önüne getirildiğinde artık kamu yararı alanına da girmiş olmaktadır. Davanın çabuk, basit ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılmasında[73], tarafların olduğu kadar kamunun da yararı vardır. Bunun önemine binaen modern usul kanunlarında usul ekonomisi ilkesine yer verilmiştir.

---

70 **Ansay,** s.152.

71 Meselâ, HUMK.m.197; m.198 gibi...

72 15.HD., 21.4.1986, 186/1590: "...Duruşmanın devamı sırasında iddia ve savunma çerçevesinde delil gösterilmesi ve toplanması usul hukukunda düzenlenen savunmanın veya iddianın genişletilmesi anlamında değildir" (YKD., 1986/9, s.1365-1366).

73 **Schumann, E.,** Die Prozessökonomie als Rechtsethisches Prinzip, Festschrift für Larenz K., München 1973, s. 278; **Mettenheim, C.,** Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1969, s. 15.

Sözkonusu ilke Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda da yer almaktadır. Buna göre hakim, davayı mümkün olduğu kadar çabuk ve düzenli bir biçimde sonuçlandırmakla yükümlüdür (HUMK.m.77). Ancak, ifade etmek gerekir ki, davaların çabuk sonuçlandırılması başlı başına bir amaç değildir. Yargılamanın hedefi, yukarıda da belirttiğimiz şekilde doğru ve adil bir karar elde etmektir; yani, yargılamanın objektif hukuka, maddi gerçekliğe ulaşmayı amaçladığı gözönünde bulundurulmalıdır[74]. Bu açıdan usul ekonomisi ilkesini içeriğinin belirlenmesinde, maddi gerçeklik yolunda "çabukluk ve ucuzluk" şeklinde sınırlarını tesbit etmek isabetli olacaktır[75].

Usul ekonomisinin gereği olarak hakim, bir güne ancak bakabileceği sayıda dava koymalı, davada da tahkikatı sadece ihtilaflı noktalara hasretmelidir. Ayrıca, öğretide önerildiği üzere[76], hakim, davanın esası hakkında tahkikata girmezden evvel, dava şartlarının mevcut olup olmadığını incelemeli, bir dava şartının bulunmadığı sonucuna varırsa, davayı usulden (mesmu olmadığından) reddetmelidir. Hakimin, dava şartlarından, önce mahkemeye ilişkin olanlarını, daha sonra taraflara ilişkin olanlarını ve nihayet dava konusuna ilişkin olanlarını (bu sıralamaya uyarak) incelemesi kanımızca uygun olacaktır. Bu yolla hakim, zamandan tasarruf edebilecektir. Zira, mahkemeye ilişkin bir dava şartının mevcut olmadığı ortaya çıktığında artık diğer dava şartlarını (ve evleviyetle davanın esasını) incelemeye geçmeksizin, dava usulden (mesmu olmadığından) reddedilecektir. Bu da mahkemenin boşa zaman ve emek harcamasını önleyecektir.

---

74 **Yılmaz,** Islah, s.6.

75 **Yılmaz, E.,** Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD -Prof.Dr. Şakir BERKİ'ye Armağan-, C.5, 1996/1-2, s.55-76), s.58.

76 **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** s.331-332; **Kuru,** C.II, s.1331.

Hakim, tahkikat ve yargılamada beyhûde masraf yapmamakla da yükümlüdür (ucuzluk ilkesi) (HUMK.m.77). Bu amaçla, hakim, oturumlara dava dosyasını okuyarak gelmeli, tarafların talepleri hakkında hemen karar verebilmelidir[77]. Aksi takdirde, davanın uzaması ve yargılamada lüzumsuz masraflara girilmesi kaçınılmaz olacaktır.

C. TARAFLARCA HAZIRLAMA İLKESİNİN SINIRLANDIRILMASI

Yukarıda incelediğimiz taraflarca hazırlama ilkesine karşı üç ayrı noktadan eleştiri getirildiği görülmektedir[78]. Birincisi, tarafların davada vakıaları hazırlama konusunda tek başına yetersiz kalacakları ifade edilmektedir. İkincisi, tarafların kendi sorumluluklarını doğuracak vakıaların ortaya çıkmasında rızalarının olmayacağı, yani sözkonusu vakıaların davaya getirtilmesini istemeyecekleri yönündedir. Üçüncüsü ise, bir davanın açılmasıyla uyuşmazlığın özel hukuk ilişkilerinden çıkarak artık bir kamu tasarrufuna girdiği, dolayısıyla gerçeği ortaya çıkarmanın sadece tarafların münhasır yetkisinde olmadığı şeklindeki mülâhazalara yer verilmektedir.

Günümüz modern hukuk anlayışında taraflarca hazırlama ilkesinin karşısında hakimin açıklama ödevi[79] oldukça önem kazanmaktadır[80] [81]. Bu çerçevede, ekseriyetle hakim sadece taraflarca hazırlanan vakıaları kabul etmek ve

---

77 **Kuru,** C.II, s. 1333.

78 **Jauernig,** s. 83.

79 "richterliche Frage- und Aufklaerungspflicht".

80 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 428; **Staehelin/ Sutter,** s. 107; bu konuda yarıntılı bilgi için bkz. **Stürner,** Die richterliche Aufklaerung im Zivilprozessrecht, 1982.

81 Alman hukukunda hakimin bu ilkeyi yerine getirmemesi bir temyiz sebebi sayılmıştır, (bkz. **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 428; **Schilken,** s. 203-204.

değerlendirmek zorunda olmayıp, aksine tarafları sunulan dava malzemelerinin (vakıalar, deliller) tamamlanması için onları teşvik etmekle yükümlüdür[82]. Bundaki amaç, vakıaların tam olarak açıklığa kavuşmasını sağlamaktır[83]. Böylece hakim tarafsız olarak gerçeğin ortaya çıkması için her iki tarafa da yardımcı olacaktır[84]. Hakimin bu yardımı özellikle hukuku bilmeyen taraflar için daha da önem arzetmektedir. Çünkü bunlar hakimin yardımına daha çok ihtiyaç duymaktadırlar. Yargılamada amaç becerikli ve gerçeği ifade etmeyenin değil, haklı olanın davayı kazanmasıdır[85]. Hakimin aydınlatma yükümlülüğünün bir gereği olarak, meselâ bir sözleşmede tarafların arzularının ne olduğu açık değilse, davaya bakan hakimin tarafların aslında neyi amaçladıklarını tesbit edebilmelidir[86].

Hakimin açıklama ödevinin sınırları da tartışmalıdır. Alman uygulamasında da bu konuda bir birlik yoktur[87]. Kesin olan hakimin taraflara hukuk danışmanlığı yapmak hakkı ve yükümlülüğü bulunmamasıdır. Bu görev avukatındır. Bir başka önemli nokta, hakimin açıklama (aydınlatma) yükümlülüğünü yerine getirirken objektif davranması, taraflar açısından bir ayrım gözetmemesidir[88]. Ayrıca hakimin taraflarca mahkeme önüne getirilmeyen vakıaları da nazarı dikkate alması mümkün değildir[89].

Öte yandan, taraflarca hazırlama ilkesinin davada kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla tarafların vakıaları gerçek ve tam olarak mahkemeye getirme yükümlülükleri vardır.

---

82 **Straeuli/ Messmer/ Wiget,** s. 114.

83 **Staehelin/ Sutter,** s. 107; **Straeuli/ Messmer/ Wiget,** s. 114.

84 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 428; **Jauernig,** s. 79; **Schilken,** s. 204.

85 **Jauernig,** s. 79-80.

86 **Jauernig,** s.-80.

87 **Jauernig,** s.-82.

88 **Jauernig,** s.-82.

89 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** s. 428; **Schilken,** s. 204.

Başka bir deyişle, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda tarafların mahkemeye gerçeği söyleme yükümlülüğü[90] bulunmaktadır[91] [92]. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, bir davanın açılması, yürütülmesi ve sonuçlandırılmasında, ona olan güvenin sağlanmasına, davanın güvenirliğinin temin edilmesine ilişkindir. Bu niteliği gereği gerçeği söyleme yükümlülüğü, dürüstlük kuralının davadaki uzantısı veya yargılamaya yansıyış şeklidir[93]. Sözkonusu ilkenin gereği olarak, hakimin taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda tarafların gerek tek taraflı, gerekse anlaşarak iki taraflı ileri sürdükleri gerçeğe aykırı vakıa ve delillerle bağlı olmayıp, onların gerçeğe uyup uymadıklarını tanınan yollarla araştırabilmelidir[94].

D. SONUÇ

Yargılama hukukunda adil bir karar verilebilmenin gerekliliği yadsınamaz bir gerçektir. Bu amaçla, yargılamada bazı ilkelerden hareket etme zorunluluğu ortadadır. Bir çok hukuk sisteminde bu tür ilkelere rastlamak mümkündür. Hukuk sistemleri bu ilkelerden bir ya da bir kaçına ağırlık vermiş olabilir. Bu da, o hukuk sisteminin yargılamada güttüğü amaçtan kaynaklanmakta, bir ilkenin esas (temel) kabul edildiği hallerde diğer ilkeler bunu desteklemekte veya ona hizmet etmektedir.

---

90 "Die Wahrheitspflicht".

91 Bu konuda bkz. **Schlosser,** s. 123 vd.; **Morhord, P.,** Die Informationpflicht der Parteien bei der Erklaerung mit Nichtwissen, Stuttgart 1993.

92 Bu ilkeye bazı hukuk düzenlemelerinde açıkca yer verildiğini görmekteyiz. Nitekim Alman Medeni Usul Kanunu §138, Avusturya Medeni Usul Kanunu §178 gibi. Benzer düzenlemeler İsviçrenin Zürich (m.90), Bern (m. 42), Cenevre (m. 492) Usul Kanunlarında da yer almaktadır. Buna karşılık, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda buna ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Ancak, bu ilkenin varlığının yargılamanın amacında yattığı öğretide genel kabul görmektedir.

93 **Berkin,** s. 425; **Tercan,** s. 191.

94 **Tercan,** s. 198.

Çalışmamızın konusunu oluşturan "Taraflarca Hazırlama İlkesi" hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda açık bir pozitif düzenlemeye de yer verilmiş değildir. Ancak, yukarıdaki tespitlerimizde de görüldüğü üzere, sözkonusu ilkenin tezahürü konumunda bulunan hükümlere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun çeşitli maddelerinin niteliğinden ve amacından hareket ederek ulaşmamız mümkündür[95]. Yargılama Hukukumuzun kaynağını oluşturan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz incelendiğinde, üst kavram olarak Taraflarca Hazırlık İlkesine ağırlık verildiği kanısı uyanabilir. Fakat, bunun karşısında yer alan ve davada hakime yetki veren "Re'sen Araştırma İlkesi"nin de yargılama hukukunda geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Netice itibariyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz ve dolayısıyla yargılama hukukumuz şu veya bu ilkeyi ön plâna çıkarmamış, bu ilkeyi diğer bir ilkeyle desteklemiş görünmektedir. Bu husustaki yönlendirme, tarafların ve kamunun menfaati, dolayısıyla yargılama hukukunun hedefinde (amacında) yatmaktadır.

---

95 Bkz. yuk. B.

İRADE MUHTARİYETİ İLKESİ VE ŞAHSİYET HAKLARI AÇISINDAN ÖTENAZİ, AÇLIK GREVİ VE ÖLÜM ORUCU

Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI*

I. GİRİŞ

Açlık grevi, belli bir amaca ulaşmak isteyen kişinin, bu amaca ulaşıncaya kadar yeyip içmeyi kesmesi ya da reddetmesi[1], ölüm orucu ise, ölümle sonlanabilecek bir açlık grevine başlanması olarak tarif edilebilir.

Bu konuda ortaya çıkan hukukî problemlerin en önemlileri, bir kimsenin kendi hayatı üzerinde tasarruf imkânının olup olmadığı ve bu yoldaki rızanın geçerliliğidir.

Çağdaş hukuk sistemlerinde hakim olan ve etkisini giderek arttıran liberal hukuk anlayışı, ferdî hürriyeti esas almakta ve fertlere en geniş yetkileri bahşetmektedir. Liberal Hukuk anlayışı, fertlere belli bir hayat tarzının empoze edilmesini reddeder[2]. Liberalizmin temel değeri ferdî hürriyettir. Eğer insan, kendi geleceğini kendisi tayin edebiliyorsa özerk bir varlıktır. Ayrıca insan, çevresini kendi amaçları doğrultusunda düzenlemek ve değiştirmek ister. Bu ise ancak ferdî hürriyetlerin tanınması ile mümkündür [3].

Liberal hukuk anlayışına göre herkes, temel hak ve

---

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadı ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar kısaltılmış şekliyle parantez içinde gösterilmiştir.

1 Feyzioğlu, Metin: Açlık Grevi, AÜHFD., C. 43, S. 1-4, 1993, s. 157

2 Erdoğan, Mustafa: Liberal Toplum ve Siyaset, Ankara 1993, s. 17.

3 Erdoğan, s. 63.

hürriyetlere sahiptir. Kanun tarafından teminat altına alınmış olan bu hak ve hürriyetler yine ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, her ne kadar temel hak ve hürriyetlere bir takım sınırlamalar getirse de, herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olması kural, sınırlamalar ise istisnadır. Diğer bir deyişle, bazı istisnaî hallerde bu hak ve hürriyetlere sınırlamalar getirilmiş ve böylece ferde oldukça geniş bir hareket alanı bırakılmıştır [4].

1982 Anayasası, liberal hukuk anlayışını bir prensip olarak kabul etmiştir. Anayasa'nın 12. maddesinin I. fıkrasına göre "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir."

15. maddenin II. fıkrasında ise bazı istisnaî hallerin dışında kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı hükmü yer almaktadır.

17. maddenin I. fıkrasında da "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denilmek suretiyle, özellikle yaşama hakkı ile vücut bütünlüğü ve ruh bütünlüğü üzerindeki haklar Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır.

Anayasa'nın 48/I. maddesi ise ferdî hürriyeti esas almış ve herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahip olduğunu hükme bağlamıştır.

Liberal düşüncenin etkisi altında hazırlanan Türk Medenî Kanunu ile Borçlar Kanunu da ferdî hürriyete özel önem vermişlerdir. Nitekim, Türk Borçlar Hukukuna hakim olan en

---

4 Kaboğlu, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, istanbul 1996, s. 50; Kapanî Münci,: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993, s. 233 vd.

önemli prensip irade muhtariyeti prensibidir [5]. İrade muhtariyeti, kişilerin, şahsî ilişkilerini hür iradelerine göre diledikleri gibi tayin edebilme hürriyetlerini ifade eder [6].

Borçlar hukuku alanında şahsî ilişkileri düzenlemeye yarayan en önemli araç akitlerdir. Kişiler, çeşitli akitler yapmak suretiyle günlük hayatlarını ve geleceklerini şekillendirirler. İşte bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde akit serbestisi prensibi, irade muhtariyeti ilkesinin bir uzantısı ve doğal sonucu olarak kabul edilmiştir [7]

Akit serbestisi prensibi, bir akdi yapıp yapmama, istenilen tip ve muhtevada akit yapma, akdin karşı tarafını seçme, akde son verebilme[8] ve akdin şeklini belirleyebilme[9] serbestisi anlamına gelir. Burada özellikle, istenilen tip ve muhtevada akit yapabilme serbestisi üzerinde durmak gerekir.

BK. m. 19/I'de "Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir" hükmü yer almaktadır. Hükme göre herkes, "akdin mevzuunu" (tipini ve muhtevasını) serbestçe tayin edebilir. Ama, kanunun gösterdiği hudut dairesinde... Kanunun bu hükmü ile önce, akit serbestisi bir prensip olarak kabul edilmiş, daha sonra bu serbestinin istisnalarının olabileceği vurgulanmıştır. İstisnaların neler olabileceği ise aynı maddenin II. fıkrası ile, 20. maddenin I. fıkrasında zikredilmiştir [10].

---

5 Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1994, s. 20 (Eren, I) ; Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 18.

6 Eren, I, s. 20, 365.

7 Eren, I, s. 20-21, 364-365.

8 Eren, s. I, 21.

9 Oğuzman / Öz, s. 19.

10 Eren, I, 19-20.

BK. m. 19/II'de zikredilen istisnalardan bir tanesi şahsiyet haklarıdır[11]. Kanunun bu hükmünde her ne kadar "şahsi hükümlere müteallik haklara aykırılıktan söz edilse de, bunu, şahsiyet haklarına aykırılık şeklinde anlamak gerekir[12]. Hükme göre eğer bir akit şahsiyet haklarını ihlâl ederse hukuka aykırıdır. Hukuka ya da ahlâka aykırı olan veya konusu imkânsız olan sözleşmeler ise MK. m. 20/I'e göre batıldır. MK. m. 19/II, şahsiyet haklarını ihlâl eden sözleşmelerin hukuka aykırı olduğunu, m. 20/I ise bu tür sözleşmelere uygulanacak müeyyidenin butlan olduğunu öngörmüştür[13]. Fakat Borçlar Kanunu'nda şahsiyet hakları ile ilgili böyle bir düzenleme olmasaydı, yine de şahsiyet haklarını aşırı derecede sınırlayan sözleşmelerin batıl olduğu söylenebilirdi. Çünkü, BK. m. 19/II'ye göre, kanunun emredici hükümlerine aykırı olan sözleşmeler de MK. m. 20/I'e göre mutlak butlan müeyyidesine tabidir. MK. m. 23'de yer alan şahsiyetin korunmasına ilişkin düzenleme de emredici hüküm niteliğindedir[14] Sonuç olarak şahsiyet hakları, akit serbestisine çizilen önemli bir sınır olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şahsiyet hakları ile ilgili ayrıntılı düzenleme MK. m. 23 vd.'nda yapılmıştır. Medenî kanunun 23. maddesinde şahsiyet haklarından ve bunları kullanmaktan kısmen de olsa feragat edilemeyeceği; hürriyetin ferağ edilemeyeceği gibi, genel ahlâka aykırı olarak sınırlandırılmasının da mümkün olmadığı

---

11 Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Şahsın Hukuku, Gözden Geçirilip Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara 1996, s. 123-124.

12 Zevkliler, Aydın: Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1995, s. 414, Not:168.

13 Zevkliler, s. 414-415; Akipek / Akıntürk, s. 123-124.

14 Bucher, Eugen: Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte der Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Zürich 1956, s. 91-92; Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s. 46 vd.; Zevkliler, 415.

hükme bağlanmak suretiyle şahsiyet haklarının dokunulmazlığı vurgulanmıştır. Gerçekten de şahsiyet hakları, dokunulamayan, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklardandır[15]. Bu nedenle şahsiyet hakları, bir yandan MK. m. 24'de üçüncü şahısların tecavüzlerine karşı, diğer yandan da m. 23'de kişinin kendisine karşı korunmuştur.

Gerek Anayasa, gerekse Borçlar Kanunu ve Medenî Kanun'nun bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, akit yapma serbestisinin bir sonucu olarak, kanunda belirtilen bazı istisnalar haricinde bu haklar üzerinde istenildiği gibi tasarruf etme imkânının bulunduğu görülmektedir. Şu halde herkes, mevcut şahsî ilişkilerini hür bir biçimde düzenleyebileceği gibi, kendi geleceğini de tayin etme hakkına sahiptir[16]. Kendi geleceğini tayin etme hakkı **(selbstbestimmungsrecht)**, kişinin kendi değerleri üzerinde dilediği gibi hukukî muameleler yapabilmesi, hayatını ve davranış biçimini istediği gibi düzenleyebilmesi demektir[17]. Ancak her hak gibi kendi geleceğini tayin etme hakkı da sınırsız değildir. Burada üzerinde durulması gereken husus, ötenazi, açlık grevi ve ölüm orucunun, kendi geleceğini tayin etme hakkının sınırları içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

II. ÖTENAZİ

Doktrinde "ölüm yardımı (sterbehilfe)"[18], "güzel ölüm",

---

15 Zevkliler, s. 377-378; Öztan, Bilge: Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1990, s. 110-111.

16 Eren, I, s. 19.

17 Zevkliler, Aydın: Tedavi Amaçlı Müdahelelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD. S.1, s. 18 (Zevkliler,Tedavi).

18 Trockel, Horst: Sterbehilfe im Wandel der Zeit, NJW. 1975/32, s. 1441.

"acısız ve ızdırapsız ölüm"[19] ya da talep üzerine öldürme (Tötung auf Verlangen)[20] olarak ifade edilen ötenazi (Euthanasie), hayatına son vermek isteyen bir kimseye bu amaçla yardım edilmesi ve ağrısız bir biçimde ölmesinin sağlanmasıdır[21].

Acılar içinde kıvranan ve kurtuluş ümidi kalmamış olan hastaların kendi rızalarıyla ızdırapsız bir biçimde hayatlarına son verilip verilemeyeceği konusu, yüzlerce yıldır insanlığın zihnini kurcalamış ve uzun tartışmalara yol açmıştır.[22]

Ötenazi genel olarak ikiye ayrılmaktadır. Eğer hasta kendi iradesiyle öldürülmesine rıza gösteriyorsa doğrudan ötenazi, hastanın rızası yoksa dolaylı ötenaziden söz edilmektedir[23]

Bir başka açıdan ötenazi, dar anlamda ötenazi ve geniş anlamda ötenazi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda ötenazi, ölümün eşiğine gelmiş, kurtuluş ümidi kalmamış hastaların, kendi talepleri üzerine, acılarının dindirilmesi amacıyla hayatlarına son verilmesidir. Geniş anlamda ötenazi ise, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış ve yavaş yavaş ölüme doğru giden, fakat daha uzun bir süre yaşayabilecek olan hastaların acılarının dindirilmesi amacıyla kendi rızalarıyla hayatlarına son verilmesidir. Dar anlamda

---

19 Çağlayan, Muhtar M.: Ötanezi ve İntihar, Adalet Dergisi, 1966, S. 1, s. 5; Artuk. M. Emin: Ötanezi, Yargıtay Dergisi, C. 18, Temmuz 1992, S. 3, s. 301; Tunç, Sevim.: Ötenazi, Ankara Barosu Dergisi, 1955, S. 2, s. 700-701.

20 Velidedeoğlu, Hıfzı: Tötung auf Verlangen Euthanasie, Selbstmord und Teilnahme am Selbstmord, Zurich 1933. s. 1 vd; Zevkliler, Tedavi, s. 19.

21 Velidedeoğlu 30; Akıncı, Şahin: Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî sonuçlar, Ankara 1996, s. 118.

22 Velidedeoğlu, s. 30; Tunç, s. 703, Akıncı, s. 119.

23 Heinitz, Ernst: Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Berlin 1970. s. 16-17.

ötenazide hasta ölmek üzere olduğu halde, geniş anlamda ötenazide ölüm haftalarca, ya da aylarca sonra gerçekleşebilir[24]. Bir de en geniş anlamda ötenaziden söz edilmektedir. Ötenazinin, "gerçek olmayan ötenazi" de denilen bu türünde, yaşanmaya değeri olmadığı kabul edilen hayatların -bitkisel hayata girenler ya da tedavisi mümkün olmayan akıl hastaları gibi- sona erdirilmesi sözkonusudur. Ötenazinin bu türü genellikle ırkçı düşüncelere dayanmaktadır.[25]

Hangi şekli olursa olsun, ötenaziden söz edebilmek için öncelikle iyileştirilmesi mümkün olmayan bir hasta bulunmalıdır[26]. Burada hastalığın çeşidi önem arzetmemektedir[27]. Ancak, hastalık dayanılmaz derecede ızdırap verici olmalı ve hasta kendi arzusu üzerine, acılarından kurtarılmak maksadıyla[28] üçüncü bir şahıs tarafından öldürülmelidir[29].

Bir kimsenin, kendi kendini öldürmesi ötenazi değil intihardır[30]. Üçüncü bir şahıs tarafından kendini öldürmek isteyen kişiye maddî ya da manevî bir yardım sağlanması ise intihara yardım olarak adlandırılmaktadır[31]. Şu halde ötenaziden bahsedebilmek için öldürme fiilinin mutlaka üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Hekimlerin dışındaki kişilerin iyileştirilmeleri mümkün olmayan hastaları talep

---

24 Artuk, s. 301; Tunç, s. 701.

25 Artuk, s. 301-302; Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 150.

26 Bucher, s. 244; Artuk, s. 302; Tunç, s. 701.

27 Artuk, s. 302.

28 Artuk, s. 302-303; Velidedeoğlu, s. 30; Tunç, s. 701 vd.

29 Artuk, s. 302-303; Tunç, s. 702.

30 Bu konuda bkz. Velidedeoğlu, s. 42 vd; Dönmezer, 248; Çağlayan, s. 17 vd.

31 Dönmezer, Sulhi: Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksatları Dışında Yapılan Cerrahî Ameliyeler, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1949, S. 6, s. 248-249. Ayrıca bak. Vural Savaş / Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara 1995, C. 4, s. 4374 vd.

üzerine öldürmeleri de ötenazi olarak kabul edilmekle birlikte[32], ötenaziye cevaz verilmesini savununlar genellikle öldürme fiilinin hekim tarafından icra edilmesinden yanadırlar[33].

Doktrinde[34] bazı yazarlar Ötenaziye cevaz velmesini ve bunun suç olmaktan çıkarılmasını savunurken[35], bir kısım yazarlar ise bu fikre karşı çıkmaktadırlar[36]. Hatta ötenazinin, şartları oluşmuşsa taammüden adam öldürme suçunu teşkil edebileceğini ifade eden yazarlar da mevcuttur[37].

Ötenazi halinde ölüm yardımında bulunan hekimin fiilinin suç teşkil edip etmediği konusu daha çok ceza hukukçularını ilgilendirdiği için biz bu konunun üzerinde durmayacağız. Olması gereken hukuk açısından böyle bir ölüm yardımının suç olmaktan çıkarılması gerekir mi sorusu ise yine ceza hukuku ve özellikle hukuk felsefesi açısından tartışılması gereken bir konudur.

Özel Hukuk açısından ise ötenazi ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken iki önemli konu bulunmaktadır: Bunlardan birincisi, ötenazinin ahlâka uygun olup olmadığı; ikincisi de ötenaziye rıza gösteren kişinin bu rızasının geçerliliği konusudur.

Ötenazi, eğer iyileştirilmesi mümkün olmayan bir hastayı

---

32 Artuk s. 303; Belgesay, M. Reşit: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953,.s. 72.

33 Artuk s. 303; Tunç, s. 702-703

34 Ceza Hukuku açısından ileri sürülen farklı görüşler için bkz. Heinitz, s. 16 vd.; Tunç, s. 704 vd.; Çağlayan, s. 6 vd.; Artuk, s. 303 vd.; Dönmezer, s. 242 vd.; Velidedeoğlu, s. 30 vd.

35 Artuk, s. 317.

36 Kıyak, Fahrettin: İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Cezaî Sorumluluğu, YD. Temmuz 1975, S. 3, s. 63.

37 Dönmezer, s. 247.

ızdıraplarından kurtarma amacı taşıyorsa, bu muamele genellikle değerler hiyerarşisine aykırı olarak kabul edilmektedir. Çünkü hayat en yüce değerdir ve bu değer her şeyin üzerindedir. Ötenazinin bu türüne cevaz verildiğinde, en yüksek değer olan hayat, ızdırap çekmeme uğruna feda edilmektedir. Oysa acılı ve ızdıraplı bir hayat sürmemek için hayatın feda edilmesi doğru değildir[38]. Kaldı ki, ölümüne muhakkak nazarıyla bakılan hastaların dahi günün birinde iyileştikleri zaman zaman müşahede edilmektedir[39]. Tıp ilmindeki baş döndürücü gelişmeler de ümitsiz gibi görülen hastaların hastalıkların yakın bir gelecekte kolayca tedavi edilebileceğinin sinyallerini vermektedir. Nitekim, modern tıp, bitkisel hayata girmiş olan hastaların dahi, iyileşmelerinin mümkün olmadığını söyleyememektedir[40]. Şu halde, hastayı yaşatmak ve tedavi etmeye çalışmak yerine, daha kolay bir yol olan öldürme yolunu seçmek, değerler hiyerarşisi açısından doğru olmadığı gibi, böyle bir tercihi haklı gösterecek kesin bir delil de mevcut değildir. İnsan hayatı, korunmaya lâyık olan değerlerin en başında geldiğine göre, bu değeri sırf acı ve ızdıraplardan kurtulmak uğruna feda etmenin ahlâka uygun olduğu da söylenemez. Farklı bir düşüncenin kabulü halinde, çektiği manevi ızdıraplara son verebilmek amacıyla intihar eden kişilerin bu davranışlarını da haklı görmemiz gerekecektir. Oysa ne kadar çileli olursa olsun, her hayatın yaşanmaya değer bir yönü vardır.

Ötenaziye, ölmek üzere olan bir hastanın son nefesini verirken acılarını hafifletmek amacıyla da başvurulabilir. Bunun için, bilinci zedeleyen ya da tamamen ortadan kaldıran

---

38 Bucher, s. 244.

39 Artuk, s. 304.

40 Erem, Faruk: Organ Nakli Hakkında Kanun, YD. S. 4, 1979, s. 711; Akıncı, s. 106.

narkotik araçlarla ağrının azaltılması ve ölüm sürecinin hızlandırılması düşünülebilir. Ötenazinin bu şekline çok fazla itiraz edilmese de[41], dinî ve ahlâkî değerler açısından bazı endişeler ileri sürülmektedir. Bu endişelerin temelinde de bilincin bizatihî üstün bir değer olduğu ve bir takım üstün değerlerin de gerçekleştirilesinin ön şartını oluşturduğu düşüncesi yatmaktadır. Bu düşünceye göre, bilincin ortadan kaldırılması, bu değerlerin de engellenmesi anlamına gelir. Özellikle Katolik Kilisesi açısından söz konusu olan endişe, ölümcül hastanın narkoz esnasında öldürülmesi halinde, bu kişinin son nefesinde günah çıkarmasına engel olunacağıdır[42]. İslâm dininde de, ölüm halinde bulunanlara Kelime-i Tevhid telkin edilmesi tavsiye edilmiş[43], ayrıca ölümü istemek de yasaklanmıştır[44].

Şu halde, kişinin son nefesini verirken dinî vecibelerini yerine getirmesine engel olunması, hem dinî, hem de ahlâki açıdan desteklenebilecek bir davranış değildir. Gerçi bu noktada, hastanın rızasının alındığı ve kendi rızasıyla bazı değerlerden sarfı nazar ettiği ileri sürülebilir. Fakat ölmekte olan bir kimsenin, özellikle acılar içinde kıvranırken şuurunun ne kadar yerinde olduğu ve bu halde alınan rızanın ne dereceye kadar geçerli olduğu da ayrı bir tartışma konusudur[45]. Bu nedenle, ölüm sürecine girmiş olan hastalara ötenazinin tatbik edilmesi, dinî ve ahlâkî endişelerin yanısıra[46], alınan rızanın geçerli bir rıza olmama ihtimalinin de yüksekliği karşısında

41 Bucher, s. 244.
42 Bucher, s. 244.
43 Riyâzüs-Sâlihîn, C.2, 8 Baskı, s. 277.
44 Sahîh-i Buhari, C. 12, 6. Baskı, Ankara 1981, s. 368 vd.
45 Artuk, s. 317.
46 Bucher, 244-245.

reddedilmelidir[47].

İşte, ötenazinin Özel Hukuk açısından önem arzeden ikinci bir yönü de ötenaziye rıza gösteren kişinin bu rızasının geçerliliği konusudur.

MK. m. 23, 24 ve 24/a'da, çok geniş bir şekilde şahsiyetin korunması hususu düzenlenmiştir. MK. m. 23, kişiyi kendi rızasıyla yapılacak dış saldırılara karşı korumaktadır[48]. Bu yönüyle MK. 23, kişiyi sadece kendi zaaflarına, küçüklüklerine ve düşüncesizliklerine karşı değil, bunun da ötesinde, kendisini boyunduruk altına alabilecek olan kuvvetli bir âkide karşı korumaktadır[49]. Buna şahsiyetin iç himayesi de denilmektedir. MK. m. 24'de ise şahsiyet, üçüncü kişilerin hukuka aykırı saldırılarına karşı korunmuştur. Buna da şahsiyetin dış himayesi denilmektedir[50]. Bunun dışında, BK. m. 47 ve 49'da şahsiyet haklarını korumaya yönelik hükümlerdir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, bir kimsenin yaptığı sözleşme MK. m. 23'e aykırı ise, bu sözleşme batıldır. Batıl bir akde dayanarak da her hangi bir hak elde edilemez[51]. Ancak, şahsiyet haklarını ihlâl eden her sözleşmenin geçersiz olduğunu söylemek de mümkün değildir. Her ne kadar MK. m.

---

47 Bütün bu endişelere rağmen Bucher, ölüm anında bilincin sınırlandırılmasını caiz olarak nitelendirmekte, ancak, hekimin narkozdan önce hastanın sarih rızasını alması gerektiğini, zımnî rıza ya da 3. kişilerin rızası ile yetinilemiyeceğini ifade etmekte ve hastanın son saatlerinde manevî hayatı bakımından da gerekli dikkat ve özenin gösterilmesini teklif etmektedir.

48 Öztan, s. 108.

49 Ayiter, Nuşin: Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHFD. 1968, C. XXV, S. 1-2, s. 139 (Ayiter, Şahsiyet); Ayiter, Nuşin: Organtransplantation als privatrechtliches Problem, AÜHFD. 1975, C. XXXII, s. 176 (Ayiter, Organ); Zevkliler, Tedavi, 11; Akipek / Akıntürk, 120-122.

50 Öztan, s. 108; Akipek / Akıntürk, s. 121, 142.

51 Eren, I, s. 406-408.

23'de "kimse medenî haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez".

"Kimse, hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya âdâbı umumiyeye mugayir surette takyit dahi edemez." denilse de bu, şahsiyet haklarının asla sınırlanamayacağı ya da devrinin hiçbir zaman mümkün olmadığı anlamına gelmez.

Hükme göre geçersiz sayılması gereken sözleşmeler, şahsiyet haklarını tamamen ortadan kaldırmaya, tehlikeye düşürmeye, kullanılmasını imkânsız hale getirmeye ya da aşırı derecede güçleştirmeye yönelik sözleşmelerdir. Eğer bir sözleşme böylesine ağır sonuçlar doğurmuyorsa, kişinin iradesine üstünlük tanımak ve akit serbestisi prensibi gereğince bu sözleşmeyi geçerli kabul etmek gerekir[52].

MK. m. 24 ve 24/a'da ise şahsiyetin dış himayesi düzenlenmiştir. Bu hükümlerle kişinin şahsiyeti, rızası olmaksızın yapılan saldırılara karşı korunmaktadır.

MK. m. 24'e göre, hukuka uygunluk sebeplerinden biri olmaksızın şahsiyet hakları ihlâl edilmişse, davranış hukuka aykırıdır. 24. maddenin II. fıkrasında sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden bir tanesi şahsiyet hakkı ihlâl edilenin rızasıdır. Hükme göre kişi, ihlâle rıza göstermişse davranış hukuka uygundur ve haksız fiil teşkil etmez.

MK. m. 24/II'de rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmekle birlikte, hangi rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu yeterince açık değildir. Diğer bir deyişle acaba her rıza davranışı hukuka uygun hale getirmeye elverişli midir? Eğer bu soruya olumlu cevap verecek olursak, ötenazi konusunda gösterilen rızanın da hekimin davranışını hukuka uygun hale

52 Bucher, s. 165-166; Zevkliler, s. 413; Zevkliler, Tedavi, s. 14.

getireceğini kabul etmemiz gerekecektir. Ancak, bu soruya kolayca olumlu cevap vermek de mümkün değildir. Çünkü rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir.

Bu şartlardan birincisi, irade beyanında bulunan kişinin böyle bir beyanda bulunmaya ehil olmasıdır[53]. Bunun için de öncelikle mümeyyiz olması gerekir. Temyiz kudreti bulunmayan kişilerin iradesinden de söz edilemeyeceğine göre bu kişilerin rızası geçerli bir rıza olarak kabul edilemez.

Öte yandan irade sakatlığının bulunmaması ve vazgeçmenin hukuka ya da ahlâka aykırı olmaması gerekir. Ölüme rıza göstermek kişilik haklarını ihlâl ettiğinden, fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkmaz[54].

Rızanın geçerli olabilmesi için gerekli olan bir başka şart ise, bu rızanın aydınlatılmış[55] ve bilinçli bir rıza olmasıdır. Özellikle tıbbî müdaheleler söz konusu olduğunda hekimin hastayı yeterince aydınlatması gerekir. Aksi takdirde bilinçli bir rızadan söz etmeye imkân yoktur.

Hastanın aydınlatılması, kendisine, yapılacak olan müdahele hakkında yeterince bilgi verilmesi ve bu müdahele konusunda serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesidir[56]. Tıbbî müdaheleye, özellikle de kendisinin öldürülmesine rıza gösteren hasta, kendi geleceğini tayin etme

---

53 Aşçıoğlu, Çetin: Tıbbî Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 26; Erem, Faruk: Ceza Hukukunda "Hakkın Kullanılması", AÜHFD., C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 13; Akıncı, 178;

54 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 1994, s. 150-151 (Eren, II); Akipek/Akıntürk, 125-126; Akıncı, 174.

55 Aşçıoğlu, s 27.

56 Akıncı, s. 218; Aşçıoğlu, s. 31 vd.

hakkını kullanmaktadır[57]. Hasta, böyle bir hakkı kullanırken hiçbir etki altında kalmaksızın serbest iradesiyle karar vermelidir.[58].

Aydınlatmanın ne zaman yapılacağı konusunda genel bir kural koymak mümkün değildir. Fakat aydınlatma, hastanın rızasının alınmasından önce yapılmalıdır[59]. Hastaya etraflıca düşünme[60] ve gerekirse yakınları ile görüşme fırsatı bırakılmalıdır. Somut olayın özelliklerine göre aydınlatma, hastanın serbest iradesiyle karar verebileceği bir zamanda yapılmalıdır[61].

Bu söylenilenler çerçevesinde, ötenazi konusunda gösterilen rızanın bilinçli bir rıza olduğunu söylemek çok güçtür. Çünkü acılar içinde kıvranan bir kimsenin, yeterince aydınlatılsa bile bilincinin yerinde olması ya da aklı selim bir biçimde düşünmesi pek mümkün değildir. Diğer bir deyişle, böyle bir hastanın hiç bir etki altında kalmadan serbest iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Kendisini bu konuda yönlendirenler olmasa bile, çekmekte olduğu acılar onun

---

57 Deutsch, Erwin: Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW. 1982/46, s. 2585; Hollman, Angela: Das ärztliche Gesprach mit dem Patienten, Aufklärungs- und Wahrheitspflicht, NJW. 1973/32, s. 1393; Laufs, Adolf:Die Entwicklung des Arztrechts 1982/83, NJW. 1983 / 24, s. 1349.

58 Deutsch, Erwin: :Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Versicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten, NJW. 1983/24, s. 1354; Giesen, Dieter: Arzthaftungsrecht im Umbruch (II), - Die ärztliche Aufklârungspflicht in der Rechtsprechung seit 1974 - JZ. 1982, s. 392.

59 Aşçıoğlu, s. 39.

60 Laufs, Die Entwicklung, 79/80, s. 1318.

61 Deutsch, Erwin: Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW. 1979/38, s. 1907; Ertaş, Şeref: Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980, Yıl 1, No : 1 - 4'den ayrı bası, s. 188; Sarıal, Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986. s. 62.

iradesine etki eder ve sağlıklı karar vermesine engel olur. Bu nedenle böyle bir rızanın geçerliliğinden her zaman şüphe etmek gerekir.

Rızanın geçerliliği açısından, zarar görmesine rıza gösterilen hukukî değer de önem arzetmektedir[62]. Bir malvarlığı değeri sözkonusu olduğunda önceden gösterilen rızanın davranışı hukuka uygun hale getireceği kabul edilmektedir.

Fakat şahsiyet haklarının ihlâlinde aynı şeyi söylemek her zaman mümkün değildir.

Şahsiyet hakları, bir şahsa sırf şahıs olması sebebiyle tanınan[63] ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır[64].

Kanunda şahsiyet haklarının neler olduğu açıkça sayılmamış olmakla beraber, doktrinde, kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı, hürriyeti, şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, ticarî ve meslekî itibarı ile sır alanı üzerindeki hakları şahsiyet haklarından sayılmaktadır[65]. Bu haklardan isim, resim, ticarî ve meslekî alan ile sır alanı üzerindeki haklar, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği şahsiyet hakları içinde yer alırlar. Gerçekten de bir kimse, resminin alenileştirilmesine rıza göstermişse, resmin alenileştirilmesindeki hukuka aykırılık

---

62 Erem, s. 14.

63 Öztan, s. 110-111; Öztan, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 220 (Öztan, Medenî).

64 Öztan, s. 111; Öztan, Medenî, 221 vd.; Zevkliler, s. 376-377.

65 Zevkliler, s. 380 vd.; Öztan, s. 111 vd.

ortadan kalkar[66]. İsim[67], ticarî alan[68] ve sır alanı[69] için de aynı şekilde düşünmek gerekir.

Vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, ve şeref ve haysiyet de kişinin üzerinde tasarruf edebileceği şahsiyet haklarından olmakla birlikte, bu hakların aşırı derecede sınırlanmasına kanun izin vermemiştir[70].

Hayat üzerindeki hak ise, hak sahibinin üzerinde tasarruf etme imkânına sahip olmadığı şahsiyet haklarındandır. Zira, bir kimsenin en önemli şahsî varlığı onun hayatıdır[71] ve hayat, diğer hakların gerçekleşmesinin de bir ön şartını oluşturmaktadır. Bu nedenle kişi, öldürülmesine razı olamayacağı gibi, üçüncü kişilerin de onun hayatını sona erdirme konusunda her hangi bir hakkı mevcut değildir[72]. Roma Hukuku'nun meşhur **"volenti non fit iniuria"** kuralı burada geçerli değildir. Bu nedenle, ister çekilen acılara son vermek, isterse organ nakillerinde olduğu gibi bir başka hayatı kurtarmak amacıyla yapılmış olsun, hayatı sona erdirmeye yönelik sözleşmeler, MK. m. 23'e aykırıdır ve geçerli değildir[73]. Üçüncü kişilerden gelen saldırılar ise rızaya rağmen hukuka

---

66 Öztan, s. 128; Akipek/Akıntürk, s. 132.

67 Zevkliler, s. 351vd.; Öztan, s. 147 vd.

68 Zevkliler, s. 402 vd.; Öztan, s. 129-130 vd.

69 Eren, II, s. 398 vd.; Öztan, s. 125 vd.; Zevkliler, s. 395 vd.; Akipek/Akıntürk, s. 130.

70 Zevkliler, s. 381 vd.; Öztan, s. 112 vd.; Öztan, Medenî, 226 vd.; Akipek/ Akıntürk, s. 130. Ayrıca, geniş bilgi için bak. Akıncı, Şahin: Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996; Sarıal, Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

71 Öztan, s. 113; Zevkliler, s. 380; Akipek/Akıntürk, s. 125-127.

72 Zevkliler, s. 380-381.

73 Ayiter, Şahsiyet, s. 139; Ayiter, Organ s. 176.

aykırı olarak kalmaya devam ederler[74].

Ötenazi konusunda gösterilen rıza geçerli olmadığından hekimin davranışı ceza hukuk açısından suç teşkil etmese bile özel hukuk açısından haksız fiil olarak kalmaya devam eder. Ancak, hekim aleyhine tazminat davası açıldığında hakim, tazminat miktarında indirim yapabilir. Çünkü rıza geçerli olmasa dahi BK. m. 44/I'de hakime, tazminatta indirim yapma konusunda bir takdir yetkisi verilmiştir[75].

III. AÇLIK GREVİ VE ÖLÜM ORUCU

Demokratik toplumlarda fertler, haklarını arayabilmek için çok çeşitli yollara müracaat etmektedirler. Son zamanlarda, belli konularda kamuoyu oluşturma, hak aramanın etkili bir yolu haline gelmiştir. Özellikle medyanın etkisinin giderek artması ve kamuoyunun oluşturulmasında çok önemli bir rol oynaması, hakkını aramak isteyen kişileri bu istikamete sevketmiştir. Yargı yoluyla hakkını elde edemeyeceğine inanan kişiler, hükümetler üzerinde bir kamuoyu baskısı yaratmak suretiyle amaçlarına ulaşmak istemektedirler. Bu da, her zaman olmasa bile genellikle etkili bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır[76].

Hak arama amacıyla kamuoyu oluşturmak isteyen kişilerin sıklıkla müracaat ettikleri bir yol da açlık grevleridir.

Açlık grevi, Türk Ceza Kanunu tarafından açıkça yasaklanmamıştır. Ceza Kanunu dışında, bu fiili suç sayan herhangi bir kanunda bulunmamaktadır. Belki fiilin şekline,

---

74 Akipek / Akıntürk, s. 125.

75 Ayiter, Şahsiyet, s. 140; Ayiter, Organ, s. 177; Akipek / Akıntürk, s. 125-126.

76 Soyaslan, Doğan: Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahele Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1990, s. 269; Feyzioğlu, s. 157-158.

amacına ya da yapıldığı yere göre davranış suç teşkil edebilir. Örneğin, grevcilerin "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu"nu ihlâl etmeleri gibi... Fakat unutmamak gerekir ki, böyle durumlarda fiili suç haline getiren açlık grevinin kendisi değil, onun yapılış şekli, amacı ya da yapıldığı yerdir[77].

Açlık grevinin amacı açısından konuya yaklaşıldığında, grevcilerin Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınmış olan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini kullandıkları da söylenebilir[78].

Açlık grevinin MK. m. 24 ve 24/a'ya aykırı olduğu da söylenemez. Çünkü bu hükümler şahsiyeti 3. kişilerden gelecek saldırılara karşı korumaktadır. Açlık grevinde ise böyle bir saldırı mevcut değildir.

MK. m. 23 ise, kişiyi kendisine karşı himaye eden bir hükümdür. Ancak bunu, kişinin kendi davranışları ile kendisine verdiği zararları önleme olarak anlamamak

---

77 Soyaslan'a göre, Ceza Hukuku, açlık grevi yoluyla kişinin vücut bütünlüğüne zarar vermesine ya da ölmesine cevaz vermemektedir. Kişinin vücut bütünlüğü üzerinde , Ceza Hukuku açısından sübjektif bir hakkı ve tasarruf yetkisi vardır. Fakat bu yetki, vücut bütünlüğünü bozmak için değil, tam aksine bedeni geliştirmek ve sağlığı korumak için verilmiştir. Nasıl ki bir kimse, bir başkasının yemek yemesine engel olarak ölümüne yol açtığında ilk etapta müessir fiil, daha sonra da adam öldürme suçundan sorumlu tutuluyorsa, kişinin kendi kendini aç bırakma eylemi de, kanunlara göre açık bir müessir fiil suçunu oluşturmasa da, Ceza Hukuku tarafından tasvip edilen bir davranış değildir. Kişinin bu konudaki rızası, başkası tarafından işlenen fiili hukuka uygun hale getirmediği gibi, kendisine karşı işlemiş olduğu fiili de, kanun açıkça cezalandırmasa dahi, hukuka uygun hale getirmez. Çünkü grevci kendisine ait olmayan bir hak üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Kanun , kendi kendini aç bırakan ve vücudunu tahrip eden bu kişiye karşı herhangi bir ceza vermemiş de olsa, bu, sözkonusu fiilin tasvip edildiği anlamına gelmez (Soyaslan, s. 277-278).

78 Soyaslan, s. 272; Feyzioğlu, s. 162.

gerekir[79]. Bu nedenle bir kimsenin kendi vücut bütünlüğüne karşı giriştiği teşebbüsler (intihar, intihara teşebbüs, kendi kendine eziyet etme ya da bir bilim adamının kendi vücudu üzerinde tehlikeli deneyler yapması gibi), ahlâken caiz görülmeseler dahi, her hangi bir hukukî müeyyideye bağlanmamışlardır[80].

Bu hükmün müeyyideye bağladığı husus, kişinin şahsiyet haklarını ihlâl eden sözleşmeler yapmasıdır[81]. Açlık grevi ve ölüm orucunda ise, ötenaziden farklı olarak, bu eylème kakışan kişilerin 3. kişilerle yaptıkları herhangi bir sözleşme mevcut değildir.

Konuya, kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkı **(selbstbestimmungsrecht)** açısından yaklaştığımızda, ilk etapta açlık grevinin hukuka aykırı olmadığını söylemek mümkündür. Çünkü kişilere yemek yeme mükellefiyeti yükleyen herhangi bir hukuk kuralı olmadığı gibi, kişilerin kendilerine eziyet etmelerini yasaklayan genel bir hukuk normu da mevcut değildir[82]. Yukarıda da ifade edildiği gibi liberal hukuk sistemleri, herkese temel hak ve hürriyetlerini tanır. Kanunun teminat altına aldığı temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir. Böyle bir sınırlamanın olmadığı durumlarda

---

79 Akipek / Akıntürk. s. 120-122.

80 Ayiter, Şahsiyet, s. 139-140; Ayiter, Organ, s. 176. Ancak, unutmamak gerekir ki, intiharın suç olmaması, kişilerin ölme haklarının bulunmasından değil, bir suçun aktif süjesi ile pasif süjesinin aynı kişide birleşmesinin imkânsızlığından kaynaklanmaktadır. Bak. Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1994, s. 42; Feyzioğlu, s. 162-163.

81 Akipek / Akıntürk, s. 120.

82 Gerçi bir kimsenin kendisini askere yaramayacak hale getirmesi Askeri Ceza Kanunu'nun 79. maddesi ile suç olarak kabul edilmiştir. Fakat burada da kanunun amacı, kişiyi kendisine karşı korumak değil, herkesin askerlik hizmeti yapmasına ilişkin devlete ait menfaati korumaktır (Toroslu, s. 42; Soyaslan, s. 279).

kişiler, bu hak ve hürriyetleri üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunabilirler.

Burada üzerinde dikkatle durulması gereken husus, açlık grevi bir ölüm orucuna dönüşürse ne olacaktır? Bir kimse sistemli bir biçimde kendisini yavaş yavaş ölüme götürecek bir davranış içine girebilir mi? Böyle bir davranışa devlet seyirci mi kalmalıdır, yoksa devletin, açlık grevini ölüm orucuna dönüştürenlere müdahele ederek onların hayatını ve sağlığını koruma görevi var mıdır? Devletin bu tür bir görevi üstlenerek grevcileri zorla beslemek istemesi halinde devletin bu müdahelesi, açlık grevi yapanların şahsiyet haklarına ve hürriyetlerine bir tecavüz teşkil eder mi? Yoksa belli bir aşamadan sonra grevcilerin iradesini dikkate almamak mı gerekir?

Bu ve benzeri sorular, 1990 yılında İspanya'da, yasadışı Grapo örgütünün cezaevindeki üyelerinin başlattıkları açlık grevi dolayısıyla değişik çevrelerce tartışılmış ve farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Grevcilerin zorla beslenmesinden yana olanlar, insanların kendi hayatları konusunda bağımsızca karar verme hakkına sahip olduklarını, ancak bu hakkın kısıtlı kişiler açısından mevcut olmadığını ortaya atmışlardır. Bu görüşe göre, ölüm orucuna dönüştürülen bir açlık grevi, niteliği itibariyle bir intihardır. Ancak bu tür bir intiharın, seçme hürriyetinin ve kişinin kendi başına, hür bir biçimde verdiği bir kararın sonucu olduğu söylenemez. Bu nedenle, denetim altındaki kişilerin ölümünü seyredenlerin, böyle bir sonu istemeseler de sözkonusu bağımlı intihara yardımcı oldukları söylenebilir[83].

---

83 Akal, Cemal, B:, İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar, Argumentum, Şubat 1992, Yıl 2, S. 19, s. 292.

Zorla beslenmeyi savunan bir kısım hekim ve hukukçulara göre ise[84], açlık grevi yapanın zorla beslenmeye karşı direnmesi, dinî inancı adına kan nakline rıza göstermeyen hastanın direnmesinden farksızdır. Hastanın itirazına rağmen ona kan nakli yapılabiliyorsa, açlık grevi yapanlar da zorla beslenebilmelidir. Ayrıca, cezaevi ortamı kişinin bağımsız karar vermesini engelleyen bir ortamdır. Özellikle, sosyal ya da siyasî bir grubun baskısı altında hareket eden kişilerin kendi hür iradeleri ile hareket ettiklerini söylemek mümkün değildir. Grevciler, kısıtlı kişiler olarak devlet koruması altındadırlar. Devlet, kısıtlılıkları devam ettiği sürece bu kişilerin kendilerini öldürmelerine ya da zarar vermelerine engel olmak zorundadır. Hür insanlar için böyle bir mecburiyet olmasa da grevciler için kaçınılmazdır. Öte yandan, grevciler bu yoldan hükümete baskı yapmak istiyorlarsa, bu durumda açlık grevi temel bir hakkın kötüye kullanılmasıdır. Üstelik, her an ölebilecek birine besin vermeyerek onun ölümüne göz yummak, hekimlik deontolojisine de aykırıdır. Tüm bu nedenlerle açlık grevi yapanlar gerekirse zorla beslenmeli ve onların bu yolla kendilerini öldürmelerine izin verilmemelidir.

İspanya'da zorla beslenmeyi savunanların yanısıra, bu fikre karşı çıkanlar da olmuştur.

Zorla beslenmeye karşı çıkanlara göre[85], Anayasa, kişi onurunu, şahsiyetin serbest gelişimini ve ifade hürriyetini güvence altına almıştır. Sübjektif bir hak olan yaşama hakkı da Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır ve her hak gibi bu hak da olumlu ya da olumsuz bir biçimde kullanılabilir. Kısıtlı olsun olmasın, herkesin yaşamaya ya da ölmeye karar vermeye hakkı vardır. Devlet, ceza ve cezanın infazıyla doğrudan ilgisi

---

84 Bak. Akal, s. 292-293.

85 Akal, s. 293-294.

olmayan bu hakkın kullanılmasın engelleyemez. Açlık grevi, dokunulmaz bir haktır. Zorla beslenme ise kişi onurunu zedeleyen, insanlık dışı ve aşağılatıcı bir muameledir. Kişi, kendi bedeni üzerindeki hakkından, bu hakkın kullanımı intihar anlamına gelse de yoksun bırakılamaz. Yapılabilecek tek şey, onları, karşı karşıya bulundukları tehlike karşısında uyarmaktır. Açlık grevi yapanın onur ve hürriyetinin korunması, her türlü kaygının önüne geçer. Grevcinin zorla beslenmemesi ilkesi, hem devletin grevcinin hayat ve sağlığını koruma görevinden, hem de hekimlerin deontolojik mükellefiyetlerinden daha önemlidir. Böyle bir durumda, iyiniyetli olma şartıyla, hiç bir kişi ya da kurum, şuurlu bir iradeye dayanan ölüm sonucundan sorumlu tutulamaz.

Bu görüşler ışığında, Türk Hukuku açısından konuya yaklaştığımızda, sorunu öncelikle kişinin kendi geleceğini tâyin etme hakkı çerçevesinde ele almak gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi, kişilerin kendilerine eziyet etmelerini yasaklayan ya da, yemek yemelerini emreden bir hukuk normu mevcut değildir. Bu nedenle, bir kimsenin siyasî, ekonomik ya da sosyal amaçlarla açlık grevi yapmasında her hangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Eğer bu seçim kişinin hür iradesinin bir sonucu ise, saygı göstermek gerekir. Eğer grevciler eylemlerini sürdürürken, davranışlarıyla başka bir suçun ortaya çıkmasına neden olurlarsa devlet ancak o zaman müdahele edebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, böyle durumlarda da devletin müdahelesi açlık grevi dolayısıyla değil, bu yolla başka suçların işlenmesi dolayısıyla olacaktır.

Ancak, özellikle cezaevlerinde açlık grevi yapanların hür iradeleriyle karar verip vermedikleri sorusu her zaman sorulabilecektir. Zira, bu tür grevlerde, tutuklu ve hükümlülerin birbirlerine baskı yapmaları ve grev yapmak istemeyenleri de açlık grevine zorlamaları her zaman

mümkündür. Böyle bir durumda yapılması gereken, grevcilerin bu seçimlerinin hür iradeye dayanıp dayanmadığını araştırmak olmalıdır. Devletin, bu maksatla grevcileri birbirinden ayırıp baskı ortamını ortadan kaldırması ya da hafifletmesi bir çözüm olarak düşünülebilir. Böylece diğer eylemcilerden ayrılan grevci daha sağlıklı düşünebilecek ve kendi hür iradesiyle greve devam edip etmeyeceğine karar verebilecektir. Ancak bu durumda dahi bir grevcinin açlık grevine son verdiğinin duyulması ileride kendisi açısından bir tehdit unsuru olabilecekse, devletin bu grevcinin kimliğini gizli tutması ve greve son verdiğini açıklamaması tavsiye edilebilir.

Cezaevi dışında açlık grevi yapanların üzerinde ise böyle bir baskı olmadığından, devletin bu konuda herhangi bir müdahelesi olamaz. Ancak, grevci baskı altında olduğunu itiraf etmiş ve devletin yardımını istemişse, bu baskıyı kaldırmak ve grevciyi korumak devletin görevleri arasındadır.

Bununla beraber, ister cezaevinde, ister dışarıda olsun, açlık grevi bir ölüm orucuna dönüşürse durum ne olacaktır? Devlet buna seyirci mi kalacaktır? Yoksa belli bir noktadan sonra müdahele etme yetkisi ya da görevi var mıdır?

Anayasa'nın 12/I. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin "dokunulamaz", "devredilemez" ve "vazgeçilemez" olduğunu hükme bağlamıştır. Buna göre, temel hak ve hürriyetlerden vazgeçmeye yönelik her türlü eylem ve işlem hukuka aykırıdır. Her ne kadar açlık grevini yasaklayan bir genel hukuk normu bulunmasa da, kişiyi ölüme götürecek bir açlık grevi, yaşama hakkından vazgeçilmesi anlamına geleceğindenböyle bir eylem Anayasa'nın anılan hükmüne göre hukuka uygun değildir. Kaldı ki, Anayasa'nın 12/II. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı bir takım hak ve sorumluluklarını da ifade ettiğini hükme

bağlamıştır. Buna göre insan, sadece ferdî bir değer değil, aynı zamanda topluma ait bir değerdir. Kendisine olduğu kadar çevresine ve topluma karşı da sorumlulukları olan ferdin, hayatı üzerinde tasarruf etme hakkı bulunmamaktadır. Öte yandan, Anayasa'nın 17/I. maddesi, yaşama hakkıyla birlikte kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkını da temel hak ve hürriyetler arasında düzenlemiştir. 12. madde hükmüne göre, bu haklar da, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklardandır. Hükme göre kişinin kendisine kalıcı zararlar vererek maddî varlığını zedelemesi ya da tehlikeye sokması da hukuka aykırıdır. Bu nedenle, açlık grevi ölüm sonucunu doğurmasa dahi, kişiye bir takım kalıcı zararlar verme tehlikesi varsa, davranış hukuka uygun olmaktan çıkar ve eyleme müdahele edilmesi hukuka aykırı olmaz. Bu açıdan, grevcilerin hürriyeti bağlanmış kişiler olup olmamaları önemli değildir[86].

Özel hukuk açısından konuya yaklaşıldğında ise, grevcinin iradesinin oluşumu önem kazanmaktadır. İradenin oluşumunda başlangıçta herhangi bir bozukluk olmayabilir. Ancak bir süre sonra grevcide bazı fizyolojik bozuklukların yanısıra bilinç kaybının da başladığı bildirilmektedir[87]. Eğer grevci bilincini kaybetmeye başlamışsa artık hür iradesinden bahsetmeye imkân kalmaz. Böyle bir iradenin dikkate alınması da sözkonusu olamaz. Bu durumda sağlığı bozulan ve ölüm tehlikesi içinde bulunan kişiye müdahele etmek ve tıbbî destek sağlamak gerekir. Nitekim, 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un[88] 70. maddesine göre, "Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli

86 Soyaslan, s. 272; Feyzioğlu, s. 163.

87 Akal, s. 291-292.

88 RG. 14.4.1928, S. 863.

veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük amelei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lâzımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)".

Kanun'un bu hükmüne göre, hekimin hastaya müdahele edebilmesi için hastanın ya da hasta fiil ehliyetine sahip değilse kanunî temsilcisinin iznine ihtiyaç vardır. Ancak, kanunî temsilci bulunmadığı ya da hastanın rızasını almanın mümkün olmadığı hallerde hekim hastaya müdahele edebilecek ve gerekli tedaviyi uygulayacaktır. Örneğin, hastanın baygın ya da komada olması halinde artık böyle bir rıza aranmayacaktır[89]. Hastanın müdahelesi olmaksızın yapılan müdahele ise hukukî niteliği itibariyle bir vekâletsiz iş görme teşkil eder[90] ve tarafların karşılıklı hak ve mükellefiyetleri buna göre tâyin edilir.

Şu halde, bu hükümden hareketle, hekimin, bilincini tamamen kaybetmiş ya da tam bir bilinç kaybı olmamakla beraber sağlıklı bir iradeye sahip olduğundan şüphe edilen grevciye bu andan itibaren müdahele etme yetkisinin bulunduğunu söylemek mümkündür[91].

Öte yandan, MK. m. 24/II'de, rızanın yanısıra, "üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararı" ile, "kanunun verdiği bir yetkiye" dayanan müdaheleler de hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Hükme göre, kamu hukukundan doğan bir yetkinin kullanılması, kural olarak hukuka aykırılık teşkil etmez. Böyle

---

89 Akipek / Akıntürk, s. 130.

90 Akıncı, s. 61-62; Zevkliler, s. 451.

91 Feyzioğlu, s. 165.

durumlarda kamu menfaati özel menfaate üstün tutulmakta[92] ve özel menfaat hukukî korumadan yoksun kalmaktadır[93]. Bu nedenle, açlık grevinin tehlike sınırına ulaşması halinde yetkili makamın emri ile grevciye müdahele eden hekimin davranışı hukuka aykırı olmayacaktır[94]. Tam aksine, eğer hekim, grevcinin vücut bütünlüğünün tehlikeye girdiği cezaevi, tutukevi ya da hastahanede görev yapıyorsa, grevciye müdahele etmemesi görevi ihmal suçunu oluşturabilecektir[95]

13.1.1960 tarih ve 4/12578 sayılı Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin[96] 3/I. maddesinde ise "Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur" hükmü yer almaktadır.

Aynı nizamnamenin 18. maddesi de "Tabip ve diş tabibi, âcil yardım, resmî veya insanî vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, meslekî veya şahsî sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir".

Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: Her şeyden önce, Nizamname'nin 13/I. maddesine göre hekim, acil vakalarda ilk yardımda bulunmak ve hastaya müdahele etmekle yükümlüdür. Eğer açlık grevi tehlike sınırına ulaşmışsa, artık hekim için grevciye müdahele etmek sadece bir yetki değil, aynı zamanda görevdir. Nizamname'nin 18. maddesine göre ise hekim, meslekî veya

---

92 Toplum fertlerinden birinin ölümü, özellikle bu ölüm anormal yollardan meydana gelmişse, toplumda heyecan ve benlik endişesi yaratmakta ve bu nedenle kamu düzeni bozulmaktadır (Soyaslan, s. 270).

93 Eren, II, s. 149.

94 Soyaslan, s. 274, 279-280; Feyzioğlu, s. 167.

95 Soyaslan, s. 276 vd.; Feyzioğlu, s. 167.

96 RG. 19.2.1960, No. 10436.

şahsî sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir. Fakat hekimin hastaya müdahele etmesi resmî veya insanî bir görev sayılabiliyorsa, artık müdaheleden kaçınamayacaktır. Eğer hekime açlık grevi yapan kişileri zorla besleme emri verilmişse hekim, resmî görevi gereği grevciye müdahele etmek zorundadır. Ancak böyle bir görev verilmese dahi, hayatı tehlikeye girmiş grevciye müdahele etmek, 18. madde anlamında insanî bir görevin yerine getirilmesi olarak değerlendirilebilir ki, böyle bir durumda da grevciye müdahele, hekim açısından hem yetki, hem de bir görevdir.

Öte yandan, eğer açlık grevi cezaevinde yapılıyorsa, devletin müdahele yükümlülüğü belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Çünkü devletin, tutuklu ya da hükümlüyü korumak ve onu sağlıklı bir biçimde serbest hayata iade etmek görevi bulunmaktadır. Bu nedenle, cezaevi idaresi personeli, hükümlünün hayatından hukuken sorumludur. Açlık grevi grevcinin ölümüne yol açmışsa, idare hukuku kurallarına göre cezaevi personelinin ağır hizmet kusuru var demektir ve bundan idare sorumludur[97]. Bu yüzden ortaya çıkan zararı da idare tazmin etmek zorundadır[98].

Grevci, tutuklu ya da hükümlü olmasa dahi, hayatı ya da sağlığı tehlikeye girmişse, grevciye müdahele etmek hekim açısından hem bir yetki, hem de bir görevdir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin yukarıda sözü edilen hükümlerinin dışında, Türk Ceza Kanunu ve Umumî Hıfzısıhha Kanunu bazı hallerde hekime, hastanın muhalefetine rağmen müdahele etme yetkisi vermiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 404. maddesinin 2. bendine

---

97 Soyaslan, s. 277.

98 Nitekim, 1975 yılında, Fransız İstinaf Mahkemesi, cezaevinde intihar eden bir kişi dolayısıyla idareyi mirasçılara karşı tazminata mahkûm etmiştir (Soyaslan, s. 277'den naklen, Robert Jacquez, Libertes Publiques, Paris, 1971, s. 241).

göre, uyuşturucu madde kullanan kimsenin alışkanlığı iptilâ derecesine ulaşmış ise, iyileşinceye kadar hastahanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Umumî Hıfzısıhha Kanunu'nda ise bazı bulaşıcı hastalıkların tedavisinde hastanın iradesi olmaksızın hekimin hastayı muayene ve tedavi edebileceği, gerekirse hastayı tecrit edebileceği, bu maksatla zor kullanabileceği ve hastalığa engel olmak için aşı yapabileceği düzenlenmiştir[99]. Bunun gibi, mahkemeler tarafından, kan grubunun veya kandaki alkol miktarının belirlenmesi gibi amaçlarla yapılmasına karar verilen tıbbî müdaheleler de şahsiyet haklarına yapılmış bir saldırı olarak kabul edilmemektedir[100]. Şu halde, kamu yararının gerektirdiği hallerde hekim, hastanın rızası olmaksızın, hatta onun muhalefetine rağmen müdahele yetkisine sahiptir. Yukarıda da belirtildiği gibi, hiç kimsenin ölme hakkı olmadığı ve grevcinin ölümü de kamu düzenini bozacağı için, açlık grevi yapanlara yönelik bir müdahele hukuka aykırı olmayacaktır. Grevciler buna muhalefet etseler dahi, onların yaşamasında üstün kamu yararı bulunduğundan, MK. m. 24'e göre hekimin davranışı şahsiyet haklarını ihlâl eden hukuka aykırı bir davranış olarak kabul edilemez.

Burada cevaplandırılması gereken son bir soru da, müdaheleyi hangi hekimin yapacağıdır. Bu konuda tüm hekimlerin görevli olduğu söylenemez. Eğer grev, cezaevi ya da hastahane gibi bir kamu kurumunda yürütülüyorsa, bu kurumlarda çalışan hekimlerin görevli oldukları düşünülebilir. Ancak, özellikle cezaevlerinde yapılan açlık grevlerinin bir takım olağanüstü şartları da beraberinde getirdiğini unutmamak gerekir. Bu nedenle, müdahele görevi sadece o kurumda çalışan bir kaç tane hekime yüklenmemeli, Sağlık

---

99 Geniş bilgi için bak. Aşçıoğlu, s. 41, Not. 83.

100 Akipek / Akıntürk, 147.

Bakanlığı tarafından, grevin yapıldığı şehrin Tabip Odası'nın da yardımıyla, müdaheleyi yapacak hekimler tespit edilerek görevlendirilmeli ve bu hekimlerin her türlü güvenlikleri de yeterince sağlanmalıdır.

IV. SONUÇ

İrade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkı bulunmaktadır. Ancak her hak gibi bu hak da sınırsız değildir. Başta Anayasa olmak üzere, kendi geleceğini tayin etme hakkının sınırlarını çizen pek çok özel hukuk ve kamu hukuku kökenli kural bulunmaktadır. MK. m. 23, 24 ve 24/a, bu hakkın sınırlarından birini şahsiyet hakları olarak belirlemiştir. MK. m. 23'e göre, kişinin şahsiyet haklarını ortadan kaldırmaya ya da aşırı derecede sınırlamaya yönelik sözleşmeler yapması geçerli değildir. MK. m. 24/II'de ise rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmekle birlikte, şahsiyet haklarını ortadan kaldıracak ya da aşırı derecede sınırlandıracak bir davranışa gösterilen rıza geçerli değildir. Bu nedenle ötenaziye cevaz verilemez. Bu konuda yapılan sözleşmeler MK. m. 23'e aykırı olduğundan, BK. m. 20/I'e göre batıldırlar. Hastanın rızası ise MK. m. 24/II anlamında geçerli bir rıza olmadığından, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

İrade muhtariyeti ilkesi ve kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkı çerçevesinde, kişilerin açlık grevi yapma hakları bulunmaktadır. Ancak bu grev bir ölüm orucuna dönüşmüşse ya da grevcinin hayatı veya sağlığını tehdit etmeye başlamışsa, bu noktadan sonra devletin müdahele yetkisi doğmaktadır. Çünkü hiç kimsenin kendisini öldürmeye ya da sağlığını tehlikeye atmaya hakkı yoktur. Tam tersine, grevcilerin yaşamasında bir kamu yararı vardır. Sıradışı ölümler kamu düzenini bozucu etkiye sahiptirler. Bu nedenle, grevciye

müdahele etmek kamu düzeninin bozulmaması açısından hem bir yetki, hem de bir görevdir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akal, Cemal, B.: İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar, Argumentum, Şubat 1992, Yıl 2, S. 19, s. 291-295.

Akıncı, Şahin: Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996.

Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Şahsın Hukuku, Gözden Geçirilip Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara 1996.

Artuk. M. Emin: Ötanezi, Yargıtay Dergisi, C. 18, Temmuz 1992, S. 3, s. 300-317.

Aşçıoğlu, Çetin: Tıbbî Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993

Ayiter, Nuşin: Organtransplantation als privatrechtliches Problem, AÜHFD. 1975, C. XXXII, s. 173-184 (Ayiter, Organ).

Ayiter, Nuşin: Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHFD. 1968, C. XXV, S. 1 - 2, s. 137-144 (Ayiter, Şahsiyet).

Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.

Belgesay, M. Reşit: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953.

Bucher, Eugen: Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte der Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Zürich 1956.

Çağlayan, Muhtar M.: Ötanezi ve İntihar, Adalet Dergisi, 1966, S. 1, s. 3-33.

Deutsch, Erwin: Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Versicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten, NJW. 1983/24, s. 1351-1354.

Deutsch, Erwin: Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW. 1979 / 38, s. 1905 vd.

_____: Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW. 1982/46, s. 2585-2588.

Dönmezer, Sulhi: Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksatları Dışında Yapılan Cerrahî Ameliyeler, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1949, S. 6, s. 248-249.

Erdoğan, Mustafa: Liberal Toplum ve Siyaset, Ankara 1993.

Erem, Faruk: Ceza Hukukunda "Hakkın Kullanılması", AÜHFD., C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 5-17.

_____: Organ Nakli Hakkında Kanun, YD. S. 4, 1979, s. 711

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 1994.

_____: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1994.

Ertaş, Şeref: Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980, Yıl 1, No : 1 - 4'den ayrı bası, s. 173-203.

Feyzioğlu, Metin: Açlık Grevi, AÜHFD., C. 43, S. 1-4, 1993, s. 157-168.

Giesen, Dieter: Arzthaftungsrecht im Umbruch (II), - Die ärztliche Aufklârungspflicht in der Rechtsprechung seit 1974 - JZ. 1982, s. 392.

Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976.

Heinitz, Ernst: Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Berlin 1970.

Hollman, Angela: Das ärztliche Gesprach mit dem Patienten, Aufklärungs- und Wahrheitspflicht, NJW. 1973/32, s. 1393 - 1398.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, istanbul 1996.

Kapanî Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993.

Kıyak, Fahrettin: İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Cezaî Sorumluluğu, YD. Temmuz 1975, S. 3, s. 54 vd.

Laufs, Adolf: Die Entwicklung des Arztrechts 1982/83, NJW. 1983 / 24, s. 1345 - 1351.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.

Öztan, Bilge: Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1990.

_____: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 2. Baskı, Ankara 1997 (Öztan, Medenî).

Sarıal, Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

Soyaslan, Doğan: Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahele Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1990, s. 269-280

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1994.

Trockel, Horst: Sterbehilfe im Wandel der Zeit, NJW. 1975/32, s. 1440-1446.

Tunç, Sevim.: Ötenazi, Ankara Barosu Dergisi, 1955, S. 2, s. 700 - 705.

Velidedeoğlu, Hıfzı: Tötung auf Verlangen Euthanasie, Selbstmord und Teilnahme am Selbstmord, Zurich 1933.

Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu: Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara 1995.

Zevkliler, Aydın: Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 3. Bakı, Ankara 1995.

_____: Tedavi Amaçlı Müdahelelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD. S.1, s. 1 - 37 (Zevkliler,Tedavi).

SERACILIĞIN GELİŞTİRİLMESİ AMACIYLA KAMU ARAZİSİ ÜZERİNDE ÜST HAKKI TESİSİ

Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI*

I. GİRİŞ

Bilindiği gibi, özellikle ülkemizin güneyinde iklimin müsait olması nedeniyle pek çok insan seracılık yapmaktadır. Bu yolla bir yandan geçimlerini temin ederken, diğer yandan da ülke ekonomisine önemli bir katkıda bulunmaktadırlar.

Ancak, gerek bölge çiftçisi gerekse ülke ekonomisi açısından son derece önemli olan seracılığımızın gelişmesi için, bu alanda karşılaşılan sorunların çözülmesi gerekmektedir.

Bu alanda karşılaşılan sorunlardan biri, bölge çiftçisinin seracılık yapmak için yeterli toprağının olmamasıdır. Özellikle Akdeniz Bölgesi'nin dağlık olması nedeniyle tarım alanları yeterince fazla değildir. Ayrıca, sahil şeridine yakın olan ve ıslah edilmek suretiyle seracılığa elverişli hale getirilebilecek alanlar da devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu nedenle sözkonusu arazi üzerinde özel mülkiyet kurulamamaktadır. Oysa, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve önemli ölçüde taşlık ve çalılık olan bu araziyi âtıl halde bırakmak yerine, gerekli hukukî düzenlemeleri yaparak değişik amaçlarla kullanıma açmak mümkündür. Böylece bu tür yerler bir yandan bakımsızlıktan kurtarılacak ve korunacak diğer taraftan da ekonomiye kazandırılmak suretiyle önemli bir gelir kaynağı haline getirilebilecektir. Unutmamak gerekir ki, buraların bomboş durmasında Devlet de dahil, hiç kimsenin bir menfaati bulunmamaktadır. Üstelik, kimsenin sahiplenmediği

---

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

bu tür yerler zamanla ya yağma ya da tahrip edilmekte ve çevre açısından da hoş olmayan görüntüler ortaya çıkmaktadır. Oysa bu tür araziler kullanım amacı ve tarzı belirlenerek özel kullanıma açıldığında, tahrip ve yağmanın önüne geçilebileceği gibi, çevre kirliliğinin de önlenmesi yönünde çok önemli bir mesafe katedilmiş olacaktır. Bu nedenle, çevreci kuruluşların da bu konuda duyarlı olmaları gerekmektedir.

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bu arazi üzerinde, aşağıda da açıklanacağı gibi, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile irtifak hakkı, özellikle de üst hakkı kurulması yoluyla turizm tesisleri yapılmasına imkân tanınarak olumlu bir adım atılmıştır. Ancak, bu tür arazilerin tamamının turizm yatırımına elverişli olması ya da turistik amaçlarla değerlendirilmesi mümkün değildir. Turizmin dışında, başka amaçlarla da âtıl halde bulunan araziler değerlendirilebilir. İşte, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve özel mülkiyete konu olmayan bu tür arazilerin değerlendirilebileceği alanlardan biri de seracılıktır. Seracılık yapmak isteyen çiftçilerimize böyle bir imkânın sunulmasıyla hem bölge çiftçisinin kalkınmasına yardım edilecek, hem de bu yolla üretim ve ihracat artırılarak ülke ekonomisine katkı sağlanacaktır. Dahası, hiç bir işe yaramayan araziler ıslah edilerek tarım alanlarının genişlemesi sağlanacak, bakımsızlık nedeniyle ortaya çıkan çevre kirliliğinin de önüne geçilecektir.

Kaldı ki, 1982 Anayasa'sı da bu konuda amir bir hüküm ihtiva etmektedir. Anayasa'nın 44. maddesinde toprağın verimli bir şekilde işletilmesi ve topraksız çiftçinin topraklandırılması Devletin görevleri arasında sayılmıştır. Hüküm şu şekildedir:

"*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye*

toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğurmaz."

"Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez ve ancak dağıtılan çiftçilerle mirasçıları tarafından işletilebilir. Bu şartların kaybı halinde, dağıtılan toprağın Devletçe geri alınmasına ilişkin esaslar kanunla düzenlenir."

Esasen, 1961 Anayasa'sının 37. maddesinde de benzer bir hüküm yer almaktaydı. Anayasanın bu hükmünden hareketle çeşitli zamanlarda bazı kanunlar çıkarılmış, fakat çıkarılan kanunlar daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Halen yürürlükte olan kanunlara dayanarak kamu arazilerini seracılık yapmak isteyen çiftçilerimize özel mülkiyete konu olacak şekilde tahsis etmek de mümkün değildir.

Şöyle ki;

4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun'da, hazineye ait tarım arazilerinin köylüye satışı düzenlenmiştir (m.2). Fakat bu Kanun'a göre seracılık yapmaya müsait olan ve sahil şeridinde yer alan arazinin satışı mümkün değildir. Çünkü, bu arazi henüz ıslah edilmediği için tarım arazisi sayılmaz ve Kanunun kapamına girmez. Kaldı ki, 11. maddede satışı yapılamıyacak tarım arazilerinin neler olduğu açıkça sayılmıştır. Buna göre, kadastrosu yapılmamış yerler, kamu kurum ve kuruluşlarının hazırladıkları plânlarda tarım dışı kullanıma ayrılmış alanlarda bulunan araziler ve deniz kıyı kenar çizgisine 2000 metre, tabî ve sunî göl kenar

çizgisine 500 metreden az mesafede bulunan alanlarda bulunan taşınmazlar satılamaz.

Seracılığa tahsis edilebilecek arazinin büyük bir çoğunluğu kadastrosu yapılmamış arazidir ve bunların bir kısmının denize olan uzaklıkları da 2000 metrenin altındadır. Bu yüzden sözkonusu arazinin 4070 sayılı kanuna göre köylüye satılması mümkün değildir. Kaldı ki bu tür araziler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan ve özel mülkiyete konu olmayan arazilerdir. Bu nedenle, sahil şeridinde yer alan ve üzerinde seracılık yapılabilecek Devlet arazisinin satışı mümkün değildir.

Bu konuda mevzuatımızda yeralan düzenlemelerden biri de 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nda bulunmaktadır.

Kadastro Kanunu'nun 17 maddesine göre, "*Orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmaz mallar 14 üncü maddedeki şartlar mevcut ise imar ve ihya edilenler veya halefleri adına aksi takdirde hazine adına tespit edilir.*"

"*İl, ilçe ve kasabaların imar plânının kapsadığı alanlarda kalan taşınmaz mallarda bu hüküm uygulanmaz.*"

Kanun'un bu hükmüne göre, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bazı arazilerin imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilmesi durumunda bu araziler, imar ve ihya edenlerin adına tapuya tescil edilir. Fakat bunun için ihyanın şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, her şeyden önce, ihya yoluyla mülkiyeti kazanılacak yerlerin orman sayılan yerlerden olmaması gerekir (m. 17). İhya, özel mülkiyete imkân tanıyan bir yol olduğundan ve Devlet ormanlarında özel

mülkiyet kurulamayacağından, ihya yoluyla mülkiyeti kazanılacak yerlerin orman sayılmayan arazi olması gerekir[1].

Bunun dışında, Kanun'un 16, 17 ve 18. maddelerine göre, orta mallarıyla hizmet mallarının mülkiyeti de ihya yoluyla kazanılamaz[2].

İhyaya getirilen bir başka sınırlama ise, deniz, göl ve nehirler ile bunların kıyılarına ilişkindir. Bu tür yerlerde de özel mülkiyet, dolayısıyla ihya sözkonusu olmaz[3].

Öte yandan, imar plânları içinde kalan yerler ile, özel mülkiyete tâbi yerler de ihya yoluyla kazanılamaz[4].

Kadastro Kanunu'nun 14. maddesine göre, ihya yoluyla mülkiyetin kazanılabilmesi için zilyedin, nizasız fasılasız 20 yıl süreyle o yere malik sıfatıyla zilyet olması gerekir. Süre, ihya fiilinin tamamlandığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Ayrıca bu yolla kazanılacak toprağın miktarı sulu arazi ise en çok 40, kuru arazi ise en çok 100 dönümdür. Bu şartların tamamlanması halinde, masraf ve emek sarfedilmek suretiyle tarıma elverişli hale getirilen taşınmaz, Kadastro Kanunu m. 17'ye göre, ihya eden veya halefleri adına tesbit edilir[5].

Görüldüğü üzere Kadastro Kanunu, bir yandan ihya yoluyla mülkiyeti kazanılabilecek olan taşınmazları sınırlarken, diğer yandan 20 yıllık zilyetlik süresi öngörmek suretiyle ihyayı oldukça sıkı kayıt ve şartlara tâbi tutmuştur. Bu

---

1 Eren, Fikret: Kadastro Kanununa Göre İhya Yoluyla Toprak Mülkiyetinin Kazanılması, S.Ü. Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 235.

2 Eren, s. 236.

3 Eren, s. 236-237.

4 Eren, s. 237.

5 Eren, s. 238-241.

nedenle, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan pek çok taşınmazın ihya yoluyla mülkiyetinin kazanılması mümkün olmadığı gibi, 20 yıllık zilyetlik süresi de çoğu kez caydırıcı rol oynayacağından, pek çok kimse bu yola başvurmayacaktır. Çünkü 20 yıl sonrasını düşünerek emek ve masraf sarfetmek suretiyle işe yaramaz bir araziyi tarıma elverişli hale getirmeye çalışmak, çoğu kez ekonomik olmadığı gibi, aynı zamanda riskli bir yatırım olacaktır.

5516 sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanun'un 1. maddesinde de konu ile ilgili önemli bir hüküm yer almaktadır. Bu maddeye göre, "*Belediye hudutları dışında olup Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su birikintileri herhangi bir suretle kurutulduğu takdirde, bu kurutmadan hasıl olan arazi... kurutanlar namına tescil olunur.*"

5516 sayılı kanun, kurutma işinin hangi şartlarda ve ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir. Kanuna göre, kural olarak kurutmayı yapan kişi namına, kurutulan arazi, bedelsiz ve harçsız olarak tapuya tescil olunur (m. 7/I). Kanun bu hükmüyle bataklıkların kurutulması halinde kurutanlara (ıslah edenlere) bir mülkiyet hakkı tanımıştır.

Fakat özellikle sahil şeridinde bulunan taşlık ve çalılık gibi yerlerin ıslah edilmesine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa bu yerler de bataklıklar gibi hiç bir işe yaramamaktadır ve buraların da ıslah edilerek ülke ekonomisine kazandırılması mümkündür. Bu amaçla, hem ülke ekonomisine katkıda bulunmak hem de topraksız çiftçiyi topraklandırabilmek için, 5516 sayılı kanunda yer alan bataklıkların kurutulmasına ilişkin hükümlere benzer düzenlemelerin sahil şeridindeki tarıma elverişli olmayan arazi

için de yapılması gerekir. Kaldı ki, bataklıklarla bataklık olmayan arazilerin ıslahı arasında ayırım yapmanın da haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Nihayet, bu konuda Medeni Kanunun 641. maddesinde, "*Sahipsiz şeyler ile menfaati umuma ait olan mallar Devletin hüküm ve tasarufu altındadır. Hilâfı sabit olmadıkça menfaatı umuma ait sular ile ziraate elverişli olmayan yerler, kayalar, tepeler, dağlar ve onlardan çıkan kaynaklar kimsenin mülkü değildir. Sahipsiz şeylerin ihraz ve işgali, yollar ve meydanlar, akar sular ve yatakları gibi menfaati umuma ait malların işletilmesi ve kullanılması hakkında ahkâmı mahsusa vazolunur.*" hükmü yeralmaktadır.

Medenî Kanun'un bu hükmüne göre, ziraate elverişli olmayan yerler, kayalar, tepeler, dağlar ve onlardan çıkan kaynaklar sahipsiz mal statüsündedir. Dolayısıyla bu yerler devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallardır. Yani kamu malıdır[6]. Kamu malları, özellikleri gereği devir ve ferağ edilemeyen, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla özel kişilerce iktisap edilemeyen[7] ancak, kanunun öngördüğü hallerde, kamu yararı gözetilmek şartıyla ve bu malların mahiyetleri ile tahsis amaçlarına uygun olduğu ölçüde, Medenî Kanun hükümlerine göre üzerlerinde sınırlı aynî hak kurulabilen mallardır[8].

Seracılığa tahsis edilmesi düşünülen arazi de MK. m. 641 anlamında kamu malı niteliğindedir. Bu nedenle sözkonusu arazinin özel mülkiyete konu olması, devir ve ferağ edilmesi

---

6 Düren Akın: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s. 81 vd.; Gürzumar, O. Berat: Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 1998, s. 187 vd.

7 Düren, s. 66-69; Gürzumar, 188-189.

8 Düren, Akın: İdare Malları, Ankara 1975, s. 76-77; Gürzumar, s. 188-189.

mümkün değildir. Ancak bu gayrimenkuller üzerinde sınırlı bir aynî hak tesis etmek mümkün olabilir. Nitekim MK. m. 641'de "*...menfaati umuma ait malların işletilmesi ve kullanılması hakkında ahkâmı mahsusa vazolunur*" denilmek suretiyle, bu malların işletilmesi ve kullanılmasının özel bir hükümle düzenlenebileceği de öngörülmüştür. Şu halde, bu tür arazileri sınırlı aynî haklar kurmak suretiyle kullanıma açmak, özellikle de amaca elverişliliği açısından üst hakkı üzerinde durmak gerekmektedir.

II. GENEL OLARAK ÜST HAKKI VE ÖZELLİKLERİ

Üst hakkı Medenî Kanun'un 652. maddesi ile 751 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu iki düzenlemenin yetersizliği karşısında, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmış, Medenî Kanun'a 751. maddeden sonra gelmek üzere 10 madde daha ilâve edilmiştir.

Bir sınırlı aynî hak[9] olan üst hakkı, "sahibine, ister kendine ister başkasına ait olsun, bir taşınmazın üzerinde inşaat yapmak ve ona taşınmazdan ayrı olarak malik olmak yetkisi veren çift muhteva ve konulu bir irtifak hakkıdır"[10] şeklinde tarif edilebilir.

Üst hakkı, taşınmaz hukukuna hâkim olan birleşme ilkesinin istisnalarından birini oluşturmaktadır. Birleşme ilkesine göre, taşınmazla sürekli bir şekilde birleşen ve ona raptedilen her şey, ayrı bir hak konusu olmaktan çıkarak asıl eşyanın kaderine tâbi olur (*superficies solo cedit*). Böylece, taşınmazın maliki olan, o taşınmazla birleşen şeylerin de maliki olur. Bir taşınmaz olan araziye raptedilen şey de, kendi

---

9 Ünal, Mehmet, Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988, s. 83 vd.

10 Ünal, s. 54.

başına mülkiyet konusu olabilen bağımsız bir eşya olma vasfını kaybederek arazinin maddî bir parçası haline gelir. Araziye malik olan kişi, araziyle birleşen şeylerin de mülkiyetini kazanır (MK. m. 644)[11].

Birleşme ilkesinin önemli bir istisnası üst hakkıdır. Üst hakkı, bir taşınmaz üzerinde yapılan inşaat ve imalâtın o taşınmazın malikinden başkasına ait olma imkânını verir[12] MK. m. 652'de, "*Bir arsanın altında veya üstünde yapılan yahut onunla devamlı bir surette birleştirilen inşaat ve imalât tapu siciline irtifak hakkı diye tescil edilmek üzere başka bir malikin mülkü olabilir*" denilmek suretiyle, üst hakkına konu olan şeylerin ayrı bir mülkiyet konusu olabileceği kabul edilmiştir. MK. m. 751'de de, malikin üçüncü kişiye, gayrimenkulün altında veya üstünde yapı yapma veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisini veren bir irtifak hakkı kurabileceği, bu hak müstakil ve daimi nitelikte ise tapu kütüğüne gayrimenkul olarak kaydedilebileceği düzenlenmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, üst hakkı birleşme ilkesinin bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, bir arazi üzerinde üst hakkı tesis edilmişse, arazinin maliki ile, arazi üzerindeki yapıların maliki farklı kişiler olabilmektedir[13].

III. KAMU ARAZİSİ ÜZERİNDE ÜST HAKKI KURULMASI

Üzerinde üst hakkı kurulacak arazi özel mülk olabileceği gibi, kamu malı da olabilir[14]. Bir malın kamu malı olması,

---

11 Ünal, 46-47.

12 Akipek, Jale, Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 26 (Akipek, Üst Hakkı); Gürsoy, K. Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 949-950.

13 Akipek, Jale, Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s.21.

14 Ünal, s. 136; Akipek, Üst Hakkı, 41; Gürzumar, 187 vd.

onun tahsis gayesine aykırı düşmeyecek şekilde irtifak haklarına dolayısıyla üst hakkına konu olmasını engellemez[15]. Üst hakkının kamu malları üzerinde tesis edilmiş olması onların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir kamu malı olma niteliğini etkilemez. Çünkü üst hakkından doğan özel nitelikteki mülkiyet hakkının konusu sadece inşaatın kendisidir. Bu konunun içine inşaatın yapıldığı arazi girmediğinden kamu malı niteliğinde olan arazî, devletin hüküm ve tasarrufu altında kalmaya devam eder[16]. Devlet, kamu malları üzerinde bu malın kullanılış şeklini düzenleyen kamu hukuku kurallarının kendisine verdiği yetkiye dayanarak bir üst hakkı tesis edebilir. Kamu mallarının ne ölçüde özel hukuk ilişkilerine konu olabileceğini kamu hukuku kuralları belirler. Bu tür malların özel hukuk ilişkilerine konu olabileceği kabul edildikten sonra da bu ilişkilerin ve kamu malları üzerinde kurulan bu hakların niteliği ve muhtevası da özel hukuk kurallarına göre tâyin edilir[17].

Saydığımız özelliklerinden dolayı üst hakkı, kamuya ait kullanılmayan alanların inşaata açılması için önemli bir imkândır. Bu sayede devlet ve kamu kuruluşlarına ait arazilerden yararlanma imkânı doğar. Çünkü üst hakkı kurmak, taşınmaz mülkiyetinin devri sonucunu doğurmamaktadır. Bu nedenle devlet, bu tür araziyi üst hakkına dayanarak inşaat yapılmak üzere özel şahıslara tahsis edebilir. Bunun dışında üst hakkı özellikle devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve özel mülkiyete konu olmayan kıyı, taşlık, çalılık ve kayalık gibi yerler üzerinde inşaat yapma imkânı verir[18]. Zira, üst hakkında mülkiyet konusu olan yalnız

---

15 Akipek, s. 20.
16 Akipek, s. 25.
17 Akipek, 30.
18 Ünal, s. 9.

inşaatın kendisidir. Bu yüzden üzerinde kurulduğu arazinin de özel mülkiyete konu olması gerekmez[19]. Üst hakkının kamu malları üzerinde kurulması bu gibi yerlerin kamu malı niteliğini kaybetmelerine neden olmaz. Bu yönüyle üst hakkı, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar üzerindeki tasarruf muamelelerini yasaklayan hükümlerden doğan katı sonuçları bir ölçüde yumuşatır[20].

Nitekim, son yıllarda çıkarılan bazı kanunlar ve yönetmeliklerle de kamu arazisi üzerinde sınırlı aynî hak ve bu arada üst hakkı kurulabileceği kabul edilmiştir[21].

Bu kanunlardan biri, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'dur[22]. Devlet İhale Kanunu (m. 1) ile genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler üzerinde Medenî Kanun anlamında (m.4/IV) sınırlı aynî hak kurabilecekleri kabul edilmiş ve bu konuda Maliye Bakanlığı'nca bir yönetmelik çıkarılacağı (m. 74) hükme bağlanmıştır.

Bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan "Devlete Ait Taşınmazmal, Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmelği, 16.12.1984 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik, Hazinenin özel mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar üzerinde kural olarak sınırlı aynî hak kurulabileceğini benimsemiş ve sınırlı

---

19 Ünal, s. 15; Akipek, 20, 23, 25.

20 Ünal, s. 9.

21 Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İzmir 1997, s. 449-450; ayrıca, geniş bilgi için bak. Gürzumar, s. 191 vd.

22 RG. 10.9.1983, sayı:18161.

aynî hak kurulmasındaki ihale usulünü düzenlemiştir.

Bu konuyu düzenleyen bir diğer kanun da, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'dur[23]. Turizmi Teşvik Kanunu, Turizm Bakanlığı'na tahsis edilen kamu arazisi üzerinde sınırlı aynî hak kurulabileceğini öngörmüştür. Bu Kanuna dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından "Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik" çıkarılmış ve bu yönetmelik 28.4.1983 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Burada, 6831 sayılı Orman Kanunu[24] ile 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanunu'nu[25] da zikretmek gerekir. Gerçekten de, gerek Orman Kanunu, gerekse Arsa Ofisi Kanunu, bazı şartlarda, orman sayılan yerlerde ve diğer kamu malı niteliği taşıyan arazi üzerinde irtifak hakkı kurulmasına imkân tanımaktadır.

Nihayet, tartışmalı olmakla birlikte, 3996 sayılı "Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"[26] ile bu Kanunun uygulama usul ve esaslarını belirlemek amacıyla çıkarılan 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla da kamu malı niteliğindeki Devlet arazisi üzerinde üst hakkı kurulmasına cevaz verildiğini kabul etmek gerekir[27].

Görüldüğü gibi, muhtelif zamanlarda çıkarılan pek çok kanun ve yönetmelikle, değişik amaçlarla kamu malı niteliğindeki Devlet arazisi üzerinde irtifak hakkı ve bu arada üst hakkı kurulmasına imkân tanıyan düzenlemeler

---

23 RG. 16.3.1982, Sayı: 17635.

24 RG. 8.9.1956, sayı:9402.

25 RG. 10.5.1969, sayı: 13195.

26 RG. 13.6.1994, s. 21959.

27 Ertaş, s. 450; ayrıca, geniş bilgi için bak. Gürzumar, s. 200 vd.

getirilmiştir.

Uygulamada da kamu malları üzerinde kurulmuş üst haklarına rastlanmaktadır. Örneğin, 1947 yılında, bir Bakanlar Kurulu Kararı ile Uludağ Verem Sanatoryum Şirketi lehine, Uludağ Kirazlı Yayla Devlet Ormanları üzerinde 99 yıl süre ile üst hakkı kurulmuştur[28].

IV. SERALARIN ÜST HAKKINA ELVERİŞLİLİĞİ SORUNU

Kamu malı niteliğindeki Devlet arazisi üzerinde üst hakkı kurulabileceğini böylece tespit ettikten sonra, üzerinde durulması gereken önemli bir sorun da, seraların üst hakkına konu olup olamayacağıdır. Çünkü, üst hakkının konusunu, temelli kalmak maksadı ile yapılan, üzerinde kurulduğu taşınmazın mülkiyet konusuna dahil ve onun mukadderatına tâbi olan sabit yapılar oluşturur[29]. Bir arazi üzerinde üst hakkının kurulabilmesi için arazi üzerindeki inşaat ya da imalâtın yüklü taşınmaza sürekli bir şekilde bağlanmış olması gerekir. Bağlantının şekli ve tekniği önemli değildir. Sürekliliği tâyin eden husus ise yapı sahibinin niyetidir. Yapı sahibinin temelli kalmak niyetiyle yaptığı inşaat sürekli inşaattır. Bazan da hak sahibinin bu niyeti, inşaatın yapılış tarzından, kullanılan malzemenin cinsinden ve inşaatın tahsis gayesinden anlaşılır[30].

Oysa, MK. m. 654'e göre, "temelli kalmak maksadı olmaksızın başkasının arsası üzerine yapılan kulübe ve baraka gibi hafif binalar" menkul inşaata konu olurlar. Menkul inşaatın konusu, geçici maksatla yapılan hafif binalardır. Bu

28 Akipek, s. 26; Ünal, s. 15.
29 Ünal, s. 64; Akipek, Üst Hakkı, s. 59.
30 Ünal, s. 143.

nedenle, menkul inşaat, üst hakkının muhtevasını oluşturamaz[31]. Menkul inşaatta geçiciliği tâyin eden husus, malikin niyeti, inşaatın yapılış tarzı, özellikle de arzla olan bağlılık derecesidir. Bu binalar, üzerinde kuruldukları taşınmaz mülkiyetinin madde itibariyle muhtevasına dahil değildirler. Bunlar, üzerinde kuruldukları taşınmazlardan tamamen ayrı olarak inşa edenin mülkiyetine tâbidirler ve tapu siciline kaydedilmeleri gerekmez. Bu nedenle, menkul inşaata taşınır mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır[32].

Bu söylenilenlerden hareketle, seraların üst hakkına konu olup olamayacağını tâyin edebilmek için, seraların taşıdıkları teknik özelliklere, arzla bağlılık derecelerine ve serayı yapanın niyetine bakmak gerekir.

Seralar, geçici bir süre kullanılmak üzere değil, uzun süre faydalanılmak üzere yapılırlar. Önemli bir maliyeti olan seraların kısa süreli olarak yapılması ekonomik de değildir. Şu halde, yapanın niyeti esas alındığında bu tür yapıların menkul inşaata değil, üst hakkına konu olabilecekleri görülür.

Sera olarak inşa edilen yapılar genellikle, menkul inşaatta olduğu gibi, arzla bağlılığı olmayan ve niteliğine zarar gelmeksizin sökülerek kolayca bir yerden başka bir yere nakledilebilen yapılar da değildir. Seraların yan duvarları, betondan yapılmış temeller üzerine oturmaktadır. Bu temellerin derinliği yaklaşık 80 cm. su basman yüksekliği ise 30 cm.'dir. Ancak, serada yetiştirilecek ürünün cinsi ve sera içine zamanla taşınacak toprağın oluşturacağı yükseklik dikkate alınarak su basman yüksekliği arttırılabilir[33]. Ayrıca, rüzgâr

---

31 Akipek, Üst Hakkı, 59; Ertaş, 454.

32 Ünal, 64-65.

33 Von Zabeltitz Christian, Seralar (Çev. A. Nafi Baytorun), Adana 1995, s. 116 vd.

gergilerinin bağlandığı çerçevelerin oturduğu temellerin daha büyük boyutlandırılması ve yan duvarlarda, çerçeveler arasına sürekli temeller inşa edilmesi tavsiye edilmektedir[34].

Seraların taşıyıcı yapısının genellikle çelik ya da aliminyum gibi dayanıklı malzemeden oluştuğu, örtü malzemesi olarak özellikle son zamanlarda plâstik yerine cam, hatta ısı cam gibi malzemeler kullanıldığı, bütün bunların dışında, bir serada mutlaka ısıtma, havalandırma, soğutma sistemlerinin bulunması gerektiği[35] düşünülürse, seraların menkul inşaatta olduğu gibi niteliğine zarar gelmeksizin sökülerek başka bir yere taşınamayan yapılar olduğu kolayca anlaşılır.

Tüm bu özellikleri dikkate alındığında seraların, toprağa bağlı olduğu için onunla bir bütünlük arzettiğini, bu yönüyle arzın tâbi olduğu hukukî kadere tâbi olduğunu, dolayısıyla menkul inşaat konusu değil, bir üst hakkı konusu olabileceği rahatlıkla söylenebilir[36].

MK. m. 751 vd. da düzenlenen üst hakkı, malik tarafından üçüncü kişiye arzın altında veya üstünde yapı yapmak veya bir yapıyı muhafaza etmek yetkisini veren bir haktır (m. 751/I). Üzerinde üst hakkı tesis edilen taşınmazın mülkiyeti malikte kalır. Üst hakkı sahibi ise, gayrimenkul üzerindeki yapıları işletme ve bundan faydalanma yetkisine sahiptir. Üst hakkının süresi sona erince mevcut yapılar taşınmazın madde itibariyle muhtevasına döner ve taşınmazın malikinin mülkiyetine dahil

---

34 Von Zabeltitz, s. 113 vd.

35 Geniş bilgi için bak. Von Zabeltitz, s. 51-55 ve 188 vd.

36 Ancak, sayılan özellikleri taşımayan, hafif malzemeden yapılmış küçük çaplı seralara da rastlanmaktadır. Böyle yapılar üst hakkına konu olamazlar. Bu nedenle, sera kurulması amacıyla bir kamu arazisi üzerinde üst hakkı tesis edilirken, yapının özellikleri çok iyi belirlenmeli ve derme çatma yapılar için bu hak tanınmamalıdır.

olur (m. 751/b/I). Buna göre, seracılık yapmak üzere tahsis edilecek taşınmazlar üzerinde üst hakkı tesis edilmesi halinde, bu hakkın kuruluşu, hüküm ve sonuçları Medenî Kanun hükümlerine tâbi olacağından, taşınmazın mülkiyeti devlette kalacak fakat sera kurmak isteyen kişiler o arazi üzerine yaptıkları tesislerden üst hakkı süresince yararlanacaklar, süre sona erince bu yapıları olduğu gibi devlete intikal edeceklerdir. Bu da MK. m. 641'in temel espirisine ve kamu mallarının genel özelliklerine uygun bir sonuçtur.

Bunun dışında, MK. m. 751/II'ye göre aksi kararlaştırılmamış olmadıkça üst hakkı başkalarına devredilebilir ve mirasçılara geçer. Bu hüküm de seracılık yapanlar lehine uzun süreli bir üst hakkı tesis edilmesi halinde önem arzeder. Çünkü bu taşınmazların ıslahı ve üzerine tesis yapılması ciddi bir masrafı gerektirir. Bu masrafı yapan kişiler de yaptıkları tesislerden uzun süre faydalanmak isterler. Bunun için üst hakkı 50 ya da 100 yıl gibi uzun bir süre için kurulur. Oysa bu süre henüz dolmadan hak sahibinin ölmesi mümkündür. İşte miras yoluyla iktisaba cevaz vermesi açısından MK. m. 751/II'nin bu hükmü önemli bir sonucu öngörmektedir.

Devlet, çiftçi lehine üst hakkını tesis ederken, bu hakkın ne şekilde ve hangi iş için kullanılacağını tayin etmek isteyebilir. MK. m. 751/a hükmü buna imkân tanımaktadır. Hükme göre, "*Üst hakkının tesisine ilişkin resmî senette üst hakkının kapsamı, hükümleri, özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, tahsis amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ait hususlar yer alır. Bu sözleşme hükümleri üst hakkını ve yüklü gayrimenkulü iktisap eden herkes için bağlayıcıdır.*" Buna göre, tesis senedine ya da bu hususta çıkarılacak bir yönetmeliğe, üst hakkının kapsamı, hükümleri, ne için tesis edildiği, arazi üzerinde yapılacak

yapının şekli, niteliği ve bu araziden ne şekilde istifade edileceği gibi hususlarda hüküm konulabilir.

MK. m. 751/c hükmüne göre taşınmaz maliki, aksi kararlaştırılmamışsa, kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir tazminat ödemez. Bu hükme göre, arazi üzerinde üst hakkına binaen bir bina ya da tesis yapıldığında, sürenin sonunda bu yapılar Devlete kalacak ve Devlet bunun için herhangi bir ödeme yapmayacaktır. Ancak kanunun bu hükmü, eleştiriye açık bir hükümdür. Çünkü üst hakkı sahibine tazminat ödenmemesi, hak sahibinin sürenin sonuna doğru bu yapıları ihmal etmesine yolaçabilir. Böyle bir ihmal yapının harap olması sonucunu da doğurabilir. Bu da arazinin malikine (Devlete) intikal eden yapılardan malikin yararlanamaması sonucunu doğurur. Oysa sürenin sonunda üst hakkı sahibine muhik bir tazminat ödenmesi halinde, bu tazminatı alabilmek için hak sahibi binayı daha iyi muhafaza etmek gereğini hissedecektir. Böylece bir yandan millî servetin heba olması önlenecek, diğer yandan arazinin maliki kullanılabilir nitelikte yapılara kavuşacak, üst hakkı sahibi ise yapıyı iyi bir şekilde muhafaza etmenin karşılığını elde etmiş olacaktır.

Medenî Kanun'un 751/c maddesinde yeralan, "üst hakkı sahibine tazminat ödenmeyeceği" yolundaki hüküm, emredici değil, düzenleyici bir hükümdür. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi, tarafların aksine bir sözleşme yapmaları mümkündür. Bu nedenle, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, tesis senedi hazırlanırken senede, sürenin sonunda Devlete intikal eden yapılar için üst hakkı sahibine muhik bir tazminat ödeneceği hükmü konulmalıdır.

Üst hakkı ile ilgili önemli bir hüküm de MK.'nun 751/e maddesinde bulunmaktadır. Sözkonusu hükme göre, üst hakkı

sahibi bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşarsa malik, üst hakkının ona bağlı olan bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir. Bu hüküm de, seracılık yapılması amacıyla üst hakkı tesis edilmesi fakat hak sahibinin yetkilerini aşması ya da kendisine tahsis edilen araziyi amaca aykırı kullanması halinde, Devlete, tanımış olduğu bu hakkı geri alabilme imkânı verecek bir hüküm olması dolayısıyla son derece önemlidir. Ancak, bu konuda MK. m. 751/f hükmünü de gözden uzak tutmamak gerekir. Bu hükme göre, malik, üst hakkının devrini ancak, kendisine geçecek yapılar için uygun bir tazminat ödemek şartıyla talep edebilir. Üst hakkı sahibinin kusuru ise, tazminatın indirilmesinde dikkate alınır. Üst hakkının malike devri, sözkonusu tazminatın ödenmesi ya da teminat altına alınmış olmasına bağlıdır.

Kamu malı niteliğindeki devlet arazisi üzerinde üst hakkı kurulması halinde üst hakkı sahibinin Devlete irat şeklinde belli bir bedel ödemesi de kararlaştırılabilir. Çünkü üst hakkı, niteliği itibariyle buna imkân veren bir haktır (MK. m. 751/h). Bu yönüyle de üst hakkının, yukarıda sayılan faydalarının yanısıra, az da olsa kamu gelirlerini artırıcı bir fonksiyonu da olacaktır.

V. SONUÇ

Sonuç olarak, seracılık yapmak isteyen ancak yeterli toprağı olmadığından üzerinde sera kurabilecek arazi bulamayan çiftçilere toprak tahsis edebilmek için taşlık, kayalık ve çalılık gibi işe yaramayan kamu malı niteliğindeki Devlet arazisi üzerinde bir üst hakkı tesis edilebilir. Böylece bir yandan kamu arazisi devletin hüküm ve tasarrufu altından çıkarılmadan topraksız çiftçinin topraklandırılması

sağlanacak, öte yandan mevcut haliyle işe yaramayan bu tür araziler ıslah edilerek ülke ekonomisine kazandırılacaktır.

Gerek Anayasa, gerekse Medeni Kanun hükümleri mevcut haliyle bu sorunu çözecek niteliktedir. Ancak, konuya açıklık getirmek, karışıklığa mahal vermemek ve suistimale yol açabilecek herhangi bir boşluk bırakmamak için bu konuda özel bir düzenleme de yapılabilir.

Tarıma elverişli olmayan arazi üzerinde bir sınırlı aynî hak olan üst hakkının tesisine ve bu konuda Medenî Kanun'un ilgili hükümlerinin tatbikine imkân veren böyle bir düzenleme ise, ne Anayasa, ne Medenî Kanun ne de İdare Hukuku kuralları ile çelişmemektedir. Tam tersine bu yolun açılmasıyla, Anayasa'nın topraksız çiftçinin topraklandırılmasını Devletin görevleri arasında sayan hükmü yerine getirilmiş olur.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akipek, Jale: Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 1-35.

Akipek, Jale: Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 25-69 (Akipek, Üst Hakkı)

Düren Akın: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979.

Düren, Akın: İdare Malları, Ankara 1975.

Eren, Fikret: Kadastro Kanununa Göre İhya Yoluyla Toprak Mülkiyetinin Kazanılması, S.Ü. Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 231-243.

Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İzmir 1997.

Gürsoy, K. Tahir / Eren, Fikret / Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978

Gürzumar, O. Berat: Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 1998.

Ünal, Mehmet: Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988.

Von Zabeltitz Christian: Seralar (Çev. A. Nafi Baytorun), Adana 1995.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İSPATA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Yrd.Doç.Dr. Vahit DOĞAN*

İÇİNDEKİLER

---

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anadilim Dalı Öğretim Üyesi

b) Yemin
c) Tarafların İsticvabı
d) Şahit
e) Bilirkişi
f) Keşif
g) Delil Sözleşmesi
III. Sonuç

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İSPATA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. Maddi Hukuk Alanında İspat Yükü

Bir hakkın gerçek anlamda var olup olmadığını inceleyip bir karara varmak çok güç hatta imkansız denecek derecede zor bir iştir. Bu nedenledir ki, hukuk hayatı konuya pozitivist açıdan yaklaşmaktadır. Burada karşımıza çıkan mesele, ispat edilmeyen bir hak hukukî bakımdan var mıdır? Hukukî himayeden faydalanacak mıdır? Yoksa iddia edilen hak ispat edilemediği için yok farzedilecek ve hukukî himayeye konu olmayacak mıdır?

Bir hakkın varlığı veya yokluğu onun ispat edilip edilmemesine bağlı değildir. Bir hak ya vardır ya da yoktur. Nitekim bütün diğer ilişkilerde de gerçeğin var olup olmaması, onun ispat edilip edilmemesinden tamamen ayrı ve bağımsızdır. Fakat, gerçeğin varlığından şüphe edildiği zaman, onun varlığına kanaat getirilebilmek için beyyineye ihtiyaç vardır. Bir hakka itiraz edildiği, yani bir kişinin iddia ettiği bir hakka diğer bir kişi itiraz ettiğinde önemli olan şey, hakimin dellillerle o hakkın varlığı hususunda ikna edilmesidir[1].

Bir hakkı yaşatan ve onu ayakta tutan kuvvet ispat vasıtalarıdır. Bir kişinin mahkemelerden hukukî himaye talebinde bulunabilmesi için, dava şartlarının tam olması ve tarafların dava ehliyetine sahip olması yeterlidir. Ancak, davanın kabul edilmesi demek, iddia edilen hakkın hukukî himayeye konu olacağı anlamına gelmez. Hukukî himayenin

---

1 SCHWARZ, A. B.; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1942, s. 173; UMAR, B.; İspat Yükü Kavramı ve Diğer Bazı Kavramlar, İHFM. 1962, s.792; ÜSTÜNDAĞ, S.; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1992, s.598; ROSENBERG/SCHWAB; Zivilprozessrecht, München, 1986, s.683.

sağlanabilmesi için, iddia edilen hakkın ispat edilmesi gereklidir. İspat edilememesi durumunda iddia edilen hakkın hukukî manada varlığı kabul edilmemiş demektir. Başka bir ifade ile, varlığı ispat olunamayan bir hakkın varlığı yokluğuna müsavidir.

Bir davada tarafların karşılıklı olarak ileri sürmüş oldukları iddialarını ispat etmiş olup olmamaları, hakkın kazanılması veya kaybedilmesi üzerinde önemli etkisi vardır. Bu sebeple, bir hakkın varlığı veya yokluğunun tayini, onun ispatı için ileri sürülmüş olan delillerin ispat edilmiş olup olmamasına bağlıdır[2]. İspat edilemeyen hak, hukukî himayeden de yararlanamayacaktır.

Maddi hukuk alanında bir hakkın varlığının kabul edilip hukukî himayeden yararlanabilmesi için ispat edilmiş olmasına bağlı olması, milletlerarası unsuru havi hukukî ilişkiler bakımından da geçerlidir. Bu sebeple milletlerarası unsuru havi hukukî ilişkiler bakımından ispat yükünün tabi olması gereken hukukun tespit edilmesinde fayda vardır. Bu çalışmada ana hatları ile ispat yükünün tabi olduğu hukuku tespit etmeye çalışacağız. Ancak, öncelikle maddi hukuk alanındaki ispat yükü hakkında bilgi vermekte fayda vardır.

A) İspat Yükünün Açıklanması

İspat yükünü açıklarken, önce ispat kavramı hakkında kısaca bilgi vermekte fayda vardır.

1. İspat Kavramı

Lügat anlamı itibarıyla ispat, "doğruyu delil göstererek ortaya koymak, delil ve şahitle bir fikrin sihhatini göstermektir"

---

2 AKİPEK, J.G.; Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, cüz.I, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Ankara 1973, s.193.

veya "tanık ve delil göstererek işin doğrusunu ortaya çıkarmak"tır[3].

Bir davada uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için, uyuşmazlık konusu vakıanın aydınlatılması, açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Davada taraflar, hakkın varlığı veya yokluğu hususunda muhtelif vakıalara dayanırlar. Dava konusu yapılan hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespit edilmesi ile mümkündür.

İspat, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemidir[4]. Doktrinde ispat kendi içinde asıl ispat, karşı ispat ve aksini ispat olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Asıl ispat; istemin konusu ile ilgili hukuki sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemidir. Bu yapıldıktan sonra, karşı taraf (hasım) yargıçta uyandırılmış olan kanaati sarsmak için karşı inandırma faaliyetinde bulunur ki, bu da karşı ispat adını almaktadır. Karşı ispat, yalnızca karşı tarafın delillerini veya onun dayandığı belirtileri çürütmek şeklinde değil de doğrudan doğruya ispat edilmiş sayılan olayların tam tersini ispat

---

3 Meydan-ı laurus, C.6, s.472

4 KURU, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Ankara1995, s.415; ÜSTÜNDAĞ, s.599; EDİS, S.; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, s.361; ÖZTAN, B.; Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 1995, s.194; OĞUZMAN, M.K.; Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1978, s.195; BERKİN, N.; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s.727; KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.; Medeni Usul Hukuku, Ankara 1995, s.340; ROSENBERG/SCHWAB, s.683; BİLGE, N./ÖNEN, E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, b. 3, Ankara 1978, s.491.

şeklinde yapılırsa buna aksini ispat denmektedir[5]. İspat kavramının bu anlamlarını da içine alabilecek bir tanım şu şekilde yapılabilir: "Bir olayın veya bir hukuki durumun varlığı veya yokluğu hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemine ispat denilir[6].

İspatın konusu vakıalardır. Bu vakıalar dış dünyada meydana gelen vakıalar olabileceği gibi, iç alemde cereyan eden vakıalar da olabilir. Burada önemli olan, "ihtilaflı olmayan bir hususun" ispat konusu olmaması gerektiği ve "herkes tarafından bilinen" olaylar ile ihtilafın çözümü ile görevli olan makamın bilmesi gereken olayların ispata ihtiyaçları yoktur. Burada önemli olan bir husus da, ispatın konusunu teşkil eden ihtilaflı olayları taraflardan hangisinin ispat etmesi gerektiği meselesidir. Bu ise, ispat yükü ile ilgilidir.

2. İspat Yükü

a) Genel Olarak

Hakim önüne gelen bir uyuşmazlıkta çekişmeli hususları tespit ettikten sonra, bu hususların ispatının taraflardan hangisine düşeceği konusu ile karşılaşır ki, bu da ispat yükü ile ilgilidir. İspat yükü, "belli bir vakıanın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılamaması, yani olayın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararı ile karşılaşmak tehlikesi" olarak tanımlanmaktadır[7]. Diğer bir tanımlamaya göre ispat yükü, "belli bir vakıayı (olguyu) davada taraflardan birinin ispat etmesi zorunluluğunu" ifade eder, o suretle ki bu mecburiyet altında bulunan kimse bu mükellefiyeti yerine getirmezse o

---

5 UMAR,B./YILMAZ,E.; İsbat Yükü, 2.b., İstanbul 1980, s.2; TOUR, P.; Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1948, s.49; ÜSTÜNDAĞ, s.601.

6 UMAR/YILMAZ, s.2; TOUR, s.51.

7 TEKİNAY, S.S.; Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1984, s.191; EDİS, s.371; YAVUZ, N.; Adli İspat, AD.1977(5-6) s.381.

vakıa ispat edilmemiş sayılacak ve hukukî neticeler ona göre taayyün edecektir[8].

İkinci tanımda da görüldüğü gibi, bazı yazarlar ispat yükünü, ispat mükellefiyeti olarak görmektedirler. Hukuk alanında mükellefiyetten bahsedebilmek için, yerine getirilmediği takdirde bir müeyyide ile karşılaşılmalıdır. Bu müeyyide aynen ifa veya gecikme tazminatı şeklinde olmaktadır. Oysa, ispat yükü kendisine düşen tarafın, ispat yükünü yerine getirememesi halinde bahsedilen müeyyideler söz konusu olmamakta ve ne yargıç ne de karşı taraf bunun yerine getirilmesini, yani ispat edilmesini isteyememektedir. Ancak, burada da bir müeyyide bulunmaktadır. Şayet ispat yükü kendisine düşen taraf davacı ise, iddia ettiği hakkın varlığını ispat edememesi yüzünden aleyhine hüküm verilmesine sebep olmakta; davalı ise, savunmasını ispat edememiş olmasından dolayı yine aleyhine hüküm verilmesine neden olmaktadır. Bu sebeplerden dolayı ispat yükü bir mükellefiyet olarak görülemez.

b) İspat Yükünün Dağılımı

İspat yükünün davada taraflardan hangisine düşeceği meselesi önem arzetmektedir. Doktrinde, ispat yükünün paylaştırılmasının kesin formüllere bağlanmasının imkansız olduğu savunulmaktadır[9]. Buna rağmen, ispat yükunün paylaştırılmasına ilişkin muhtelif kuramlar ortaya atılmıştır.

"Olumsuzluk kuramına" göre, "olumsuz olan ispat olunamaz". Buna göre, olumsuz bir olayı ileri sürmüş olan taraf

---

8 POSTACIOĞLU, İ. E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, b. 6, İstanbul 1975, s. 460; BERKİN, s.751.

9 BİLGE/ÖNEN, s.500; ÜSTÜNDAĞ, s.600

olumlu olayı inkar etmiştir. Bu nedenle de olumlu olayı iddia eden onu ispat etmelidir.

"Karineler kuramına" göre, uyuşmazlıkta bir karineye dayanan tarafa ispat yukü düşmez. İspat yükü karşı tarafa aittir.

Davada bir hak iddiasında bulunan taraf, hakkına temel olan noktalar bakımından ispat yükünü taşır. "Norm kuramı" olarak bilinen bu kurama göre, iki taraftan her biri kendi iddiasına ve savunmasına konu olan normun öge olayları için ispat yükünü taşır[10].

aa) İspat Yükünün Dağılımına İlişkin Genel Kural

Türk hukukunda ispat yüküne ilişkin genel kural MK. m.6'da yer almaktadır. Buna göre, "Kanun hilafını emretmedikçe taraflardan her birisi müddeasını ispata mecburdur". Mehaz kanun olan İsviçre MK. m.8'de yer alan hüküm biraz farklıdır. Şöyle ki, "Kanun aksini emretmedikçe taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olayları ispata mecburdur". Bu hükme göre, kanunlarda aksine bir hükümün olmadığı durumlarda ispat yükü, vakıaları ileri süren tarafa ait olacaktır. Böylece kanun koyucu, vakıların ispat edilememesi riskini taraflar arasında paylaştırmıştır. Ancak, bu hüküm ispat yüküne ilişkin genel kuralı tepit etmiş olmasına rağmen, ispat yükü meselesi her zaman bu kadar basit olarak ortaya çıkmaz[11].

---

10 BİLGE/ÖNEN, s.501; ÜSTÜNDAĞ, s.599.

11 OĞUZMAN, s.196; ANSAY, S.Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, b.7, Ankara 1960, s.249; KÖPRÜLÜ, B.; Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku, İstanbul 1984, s.171; s.168; EDİS, s.365; ÜSTÜNDAĞ, s.600; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.342.

bb) İspat Yüküne İlişkin Özel Durumlar

MK. m.6'da ispat yüküne ilişkin genel kuralın istisnalarının kanunda bulunabileceğini belirtmiştir[12]. Burada bahsedilen kanun, sadece Medeni Kanun olmayıp, diğer kanunlarda da genel kurala istisna getirebilecek hükümlerin bulunabilmesi mümkündür (Örneğin, BK. m.55-56,96; MK. m.7,547; HUMK. m.326)[13].

İspat yükünün dağılımına ilişkin özel durumlardan önemli olan ikisi, karinelerin ispat yüküne etkisi ve faraziyelerin ispat yüküne etkisi hakkında burada kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

Karineler ile faraziyeler arasındaki en önemli fark, karinelerin aksinin ispatının mümkün olmasına rağmen farziyelerin aksinin ispatı mümkün değildir.

Hukuk dilinde karine, "varlığı bilenen olumlu veya olumsuz bir olaydan varlığı bilinmeyen olumlu veya olumsuz bir olayın, bir hukuki durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına imkan veren bir kural" olarak tanımlanmaktadır[14]. Karineler, kendi içinde kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanuni karine, kanunun belli bir olgudan belli olmayan bir olgunun varlığını çıkarmasıdır[15]. Fiili karineden maksat, "belli bir vakıadan belli olmayan bir vakıa hakkında hakim tarafından

---

12 ALANGOYA, Y.; İspat Yükü Yönünden MK. m. 3, İHFM. S. 1-4 1961, s.358 vd..

13 Geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 343; BİLGE/ÖNEN, s.503; AKİPEK, s.200; SCHWARZ, s.176.

14 ÖZSUNAY, E.; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986, s.353; UMAR, B.; Hususi Hukukta Karineler, Ansay'a ARMAĞAN, Ankara 1964, s.181; UMAR/YILMAZ, s.165; KÖPRÜLÜ, s.172.

15 EDİS, s.373; UMAR, Karine, s.183; ÖZSUNAY, s.353; KURU, s.419.

çıkarılan sonuç"tur[16]. Fiili karinede, hakim taraflardan birisince ispat edilmiş bir olaydan ispat edilmeyen olay hakkında sonuç çıkarmaktadır.

Burada açıklanması gereken bir diğer hususda, kendisine ispat yükünün düşüp düşmediğine bakmaksızın davanın tarafları karşı tarafın iddialarının aksini veya kendi iddialarının doğruluğunu ispatlamak yoluna gidebilirler.

B) Delil-İspat Yükü İlişkisi

1. Delil

Bir uyuşmazlıkta, iddia sahibi dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat ederek davayı kazanabilir veya davanın reddini sağlayabilir. Davacı, davasında haklı olmasına rağmen dayandığı vakıaların doğruluğunu ispat edemez ise veya karşı tarafın dayandığı vakıaların aksini ispat edemez ise davayı kaybeder. "Bir vakıanın ispatı için başvurulan vasıtalara delil (kanıt) denir"[17]. Bu nedenle bu başlık altında delil kavramının ne anlama geldiğini inceledikten sonra, delil çeşitlerini kısaca incelemeye çalışacağız.

a) Delil Kavramı

Sözlük anlamı itibarıyla yol gösteren, kılavuzluk eden anlamına gelen delil, hukukî manada, taraflar arasında ihtilaflı olan vakıaların doğruluğuna hakimi inandırmak için kullanılan vasıtaları ifade eder[18]. Başka bir ifade ile çekişmeli

---

16 EDİS, s.373; UMAR, Karine, s.183; ÖZSUNAY, s.353; KURU, s.419; BİLGE/ÖNEN, s.500.

17 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.302.

18 ZEVKLİLER, A.; Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995, s.155; ÇENBERCİ, M.; Adli İspat ve

vakıaları ispat etmek için kullanılan vasıtalara delil denilmektedir. Bu nedenle de ispatın konusunun vakıalar olduğu gibi delillerin konusu da vakıalardır. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk kurallarının çekişmeli olması söz konusu olmadığından kural olarak ispatına da ihtiyaç duyulmayacaktır[19].

b) Delil Çeşitleri

Doktrinde, delil kavramı çeşitli açılardan değişik tasniflere tabi tutulmaktadır.

aa) Kanuni delil(Kesin Delil)-Takdiri delil

Bu tasnif, delillerin hakimi bağlama kudreti nazarı itibare alınarak yapılmıştır. Şartlarına uygun olarak ikame edilen delilleri hakim serbestçe inceleyip, içerdiği vakıaların doğruluğu hususunda bir takdir yetkisini haiz ise, bu takdiri

---

Tapulama Kanunu, AD. S. 10 1966, s.719; BİLGE/ÖNEN, s.429; ANSAY, usul, s.246.

19 Yabancı hukukun uygulanması hususunda iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bir anlayışa göre, yabancı hukuk bir vakıa olarak kabul edilmekte ve onun iddia ve ispatının tabi olduğu usule tabi olmaktadır. Bu sistemde yabancı hukuk, hukuk olarak değil davanın taraflarınca iddia ve ispat edilecek birer vakıa olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, yabancı hukukun davada uygulanabilmesi için ispat edilmesi gerekmektedir. Bu esas İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir.
Kara Avrupasında ve Türk hukukunda yabancı hukuk vakıa olarak değil hukuk olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, olayı maddi çözüme kavuşturmakla görevli hakim uygulaması gereken yabancı hukuku bulup uygulamalıdır. Tabii ki hakimden bütün hukuk sistemlerini bilmesini beklemek doğru değildir. Bundan dolayı hakim, yabancı hukukun muhtevasının tespiti hususunda tarafların yardımını isteyebilir. Bu yardım mükellefiyeti, yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olan tarafa aittir. Buradaki mükellefiyet ispat yükünden farklıdır. Ancak, hakim tarafların yabancı hukukun muhtevesi hususunda anlaşmaları ile bağlı değildir. Geniş bilgi için bkz. ÇELİKEL, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, b. 4, İstanbul 1995, s.146 vd.; NOMER, E.: Devletler Hususi Hukuku, b. 8, İstanbul 1996, s.164 vd.

delil; böyle bir yetkiyi haiz değil ise, yani ileri sürülen delillerin içerdiği vakıaların doğruluğunu kabul etmek zorunluluğu varsa, bu durumda kesin delil söz konusudur. Dahili hukukumuz bakımında HUMK.'nda ikrar (m.236), kesin hüküm (m.237), senet (m.287) ve yemin (m.377) kesin delil olarak kabul edilmiştir. Kesin delillerin özellikleri, onlara dayanan vakıalar ispat edilmiş kabul edilmektedir. Ancak, bu tür kesin delliler, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar bakımından söz konusudur. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, kesin delillere bağlılığın söz konusu olmadığı gibi, bazı durumlarda da kesin delillere müracaat dahi yasaklanmıştır. Örneğin, boşanma davalarında taraflara yemin teklif olunamayacağı gibi, tarafların ikrarda bulunmaları da hakimi bağlamaz(MK. m.150). Kesin delillerin dışında kalan delillere ise, takdiri deliller denilmektedir(tanık, bilirkişi, keşif, özel hüküm sebepleri gibi)[20]. Takdiri delilerde ise, hakim taraflarca getirilmiş olan delillerin doğruluğunu ve ispat kabiliyetini takdir etmek durumundadır.

bb) Doğrudan Doğruya Delil-Dolayısıyla Delil

Bu tasnif ispat aracı olarak kullanılan delilin, ispat edilmesi gereken olay ile doğrudan doğruya ilgili olup olmamasına göre yapılan bir tasniftir. Şayet delil, doğrudan ispatı gereken bir vakıanın ispatına ilişkin ise, bu delil doğrudan doğruya delildir. İspatı gereken olaya ilişkin olmayıp, ona yakın bir olaya ilişkin delil ise, dolayısıyla delil sözkonusu olmaktadır[21]. Örneğin, evli bir kadının sürekli bekar erkeklerle gezmesi bu kadının zina yaptığına dolaylı bir delil olarak kabul edilmektedir.

cc) Akdi Delil (Delil Sözleşmesi)

Akdi delil ya da delil sözleşmesi, belli bir hususun belli bir

---

20 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.420; BİLGE/ÖNEN, s.493; ÇENBERCİ, s.720.
21 BİLGE/ÖNEN, s.494.

veya bir kaç delille ispat edileceğine dair taraflar arasında yapılan bir sözleşme olup, HUMK. m.287-290 da açık olarak kabul edilmiştir. Kanuna göre delil sözleşmesi, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Sözlü olarak yapılan delil sözleşmeleri mahkeme önünde ikrar olunca geçerli olacak ve yapılan bu sözleşme tutanağa geçirilerek taraflara imza ettirilecektir. Delil sözleşmesinin konusu ispattır. Bu nedenle delil sözleşmesi ile, ispat şartı olan senede istisna getirilebilir, ancak geçerlik şartı olan yazılı şekle istisna getirilemez. Geçerlik sartı olan yazılı şekle istisna getiren sözleşmelerin hiç bir hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmektedir[22].

Delil sözleşmeleri, münhasır delil sözleşmeleri ve munhasır olmayan delil sözleşmeleri olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Münhasır delil sözleşmelerinde taraflar, uyuşmazlığın sözleşmede belirtilen delillerle ispat edileceğini, başka delil gösterilemeyeceğini aralarında kararlaştırmaktadırlar. Münhasır olmayan delil sözleşmelerinde ise, belli delillerle ispat edilmesi gereken bir hususun başka delillerle de ispat edilebileceğini taraflar aralarında kararlaştırabilirler[23]. Münhasır olmayan delil sözleşmeleri daha ziyade senetle ispat zorunluluğuna istisna getirmek amacı ile yapılmaktadır.

Bazı durumlarda da delil sözeşmesi ile ispat yükünün yer değiştirmesi hususunda anlaşma yapıldığı görülmektedir ki, bu durumun uygulamada bir haktan vazgeçmeye kadar götürüldüğü hallerde olmaktadır. İspat yükünü sözleşme ile üzerine alan taraf bu durumun farkına bile varamamaktadır. Yüksek mahkemeler bu durumu hüsnüniyete aykırı bularak çoğunlukla iptal etmektedirler[24]. Yargıtay Hukuk genel Kurulunun bir kararına göre, sigorta kurumunun işverene ait prim borcunu belirten ve bizzat davacı kurum tarafından

22 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.420; BİLGE/ÖNEN, s.495.
23 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.422.
24 POSTACIOĞLU, s.513.

tanzim edilen vesikalar ilgili sigorta kurumu lehine senet ve binnetice kesin delil teşkil etmez. "...uyuşmazlığın çözülmesi için dava konusu iş yerinde ne kadar süre ve ne miktar para ile kaç işçinin çalıştırılmış olması ve buna göre de sigorta kanunlarınca ne kadar prim ödenmesi gerektiğinin mütehassıs bilirkişiler marifetiyle tespit ettirilmesi gerekir"[25]. Bu kararda da görüldüğü gibi Yargıtay da ispat yükünün yer değiştireceğine dair sözleşmeyi geçersiz saymıştır.

2. İspat Yükü-Delil Gösterme Yükü İlişkisi

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, ileri sürülen vakıaların doğruluğunu ispat etmek için taraflarca delil gösterilmesi gereklidir. Genellikle ispat yükü kendisine düşen taraf delil gösterme yükünü de üzerine almaktadır. Ancak bu durumun bazı istisnaları da mevcuttur. İspat yükü, bir vakıanın ispat edilmemiş olmasının sonuçlarına yönelik olduğu halde, delil gösterme yükü taraflardan birinin iddia ettiği bir vakıa hakkında kendi iddiasının doğruluğuna hakimi inandırmak için girişilen faaliyeti ifade eder. Örneğin, iyiniyet iddiasında bulunan taraf, genel kural gereğince (MK. m.6) iyiniyetini ispat etmek zorundadır. Oysa MK. m.3'de "Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde asıl olan onun vücududur" hükmü ile hüsnüniyet karinesi kabul edilmiş olduğundan dolayı artık iyiniyet iddiasında bulunan taraf iyiniyetli olduğunu değil, diğer taraf iyiniyetli olmadığını ispat edecektir. Doktrinde delil gösterme yükü, "aleyhte bir karar verilmesi tehlikesi yolundaki yaptırımı ortadan kaldırmak amacıyla taraflardan birine düşen, kendi delil gösterme işiyle belli bir olay hakkında yargıçta kanaat uyandırılmasını sağlamak ödevi"[26] olarak ifade edilmektedir. Ayrıca, ispat yükü sabit olmasına rağmen, delil gösterme yükü

---

25 HGK. 17.2.1968, ABD. 1968.2.311 (POSTACIOĞLU, s.513'ten naklen).

26 UMAR/YILMAZ, s.34.

olayların akışına göre yer değiştirebilir[27].

C) İspat Yükünün Hukukî Mahiyeti

İspat yükünün hukukî mahiyetinin tespiti, yabancı unsuru havi uyuşmazlıklarda ispat yükünün tabi olması gereken hukukun tespiti bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle ispat yükünün hukukî mahiyeti hakkında doktrinde ileri sürülmüş olan bütün görüşleri ana hatları ile incelemekte fayda görmekteyiz.

İsviçre federal mahkemesi tarafından da kabul edilmekte olan bir görüşe göre, bir davada taraflardan birinin iddia ettiği neticeyi haklı kılmak için hangi vakıaların ispatının lâzım geldiğini maddi hukuk tayin eder. Bu sebeple de ispat yüküne ilişkin kurallar maddi hukuka dahildir. Yine bu vakıanın kimin tarafından ispat edileceği ile ilgili kurallar da maddi hukuka girer. Bu sebeple de, bir vakıanın davanın taraflarından hangisince ispat edileceği hususunu taraflar aralarında kararlaştırabilirler[28].

Diğer bir görüşe göre, her ne kadar bir dava sonucunda verilen kararlar maddi hukuku ilgilendiriyorsa da, ispat yükü ile ilgili kurallar şekli hukuka dahildir. Çünkü, bir defa ispat yükünün paylaştırılması meselesi bir uyuşmazlıkta söz konusu olabilir ki, yargılama da şekli hukuka girer. Yine ispat yükünün taraflardan hangisine düşeceği meselesi, "taraflarca hazırlama" ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olmakta, "re'sen araştırma" ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olmamaktadır[29].

---

27 EDİS, s.364; UMAR/YILMAZ, s.34.

28 UMAR/YILMAZ, s.8; EDİS, s.364; ANSAY, s.248; TEKİNAY, s.189; UMAR, s.793.

29 KÖPRÜLÜ, s.171; ZEVKLİLER, s.155; UMAR/YILMAZ, s.9; AKİPEK, s.193; SCHWARZ, s.175.

Diğer bir görüşe göre ise, ispat yüküne ilişkin hukuk kuralları karma nitelikli bir hukukî yapıya sahiptirler. Bir defa, ispat yükü ile ilgili kurallar, maddi hukuk ile şekli hukuk arasında bir köprü vazifesi görmektedir. Ayrıca, ispat yükü ile ilgili kuralların bir kısmının maddi hukuk bir kısmının ise şekli hukuka girdiği kabul edilmektedir[30]. Dolayısıyla, ispat yüküne ilişkin kuralları bir bütün olarak ne maddi hukuka ve ne de şekli hukuka dahil kabul etmek mümkün değildir.

Başka bir görüşe göre ise, belli bir hukuk normunun unsur vakıaları için ispat yükünün aidiyeti o belli normun fonksiyonu gereği olarak girdiği hukuk dalına dahil olur[31].

İspat yükü ile ilgili kuralların maddi hukuka dahil olduğunu kabul eden görüşün gerekçelerinin doğru olmasına rağmen, şekli hukuka giren durumların da bazı hallerde ispatın konusunu teşkil etmesi söz konusu olabilmektedir.

Şekli hukuk görüşü ise, bir defa ispat yükünün "taraflarca hazırlama" ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olduğu şeklindeki gerekçe doğru değildir. Çünkü, "taraflarca hazırlama" ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflar tüm delillerini layihalar safhasında ileri sürmüşler ve bu deliller uyuşmazlığın çözülmesi için yeterli olmuş ise, bu durumda ispat yükünün hangi tarafta olduğunu araştırmaya gerek kalmayacaktır. "Re'sen araştırma" ilkesinin uygulandığı davalarda da araştırma sonucunda vakıalar uyuşmazlığı çözecek kadar aydınlanmamış ise, bu durumda da hakim ispat yükünun kimde olduğunu araştırır. Çünkü, çekişmeli vakıalar aydınlanmadan hüküm verilemeyeceği gibi, hakim davaya bakmaktan da kaçınamaz. hakimin davaya bakmaktan kaçınması "ihkak-ı haktan imtina" olur ki, bu durumda da hakimin hukukî ve cezai sorumluluğu söz konusu olur. Ayrıca,

---

30 BİLGE/ÖNEN, s.500; UMAR/YILMAZ, s.11; ANSAY, s.247.

31 BİLGE/ÖNEN, s.500; UMAR/YILMAZ, s.11.

ispat yükü meselesinin bir uyuşmazlıkta gündeme gelmesi iddiası da ispat yükünün şekli hukuka girmesi için yeterli olmasa gerekir.

Bu açıklamalardan sonra diyebiliriz ki, ispat yükü ile ilgili hukuk kurallarını bir bütün olarak ne maddi hukuka ve ne de şekli hukuka dahil etmek mümkündür. Hem maddi hukukta hemde şekli hukukta ispat yükü ile ilgili kurallara rastlamaktayız. Bu nedenle ispat yükü ile ilgili bir kuralla karşılaşan hakim, bu kuralın maddi hukuka mı, şekli hukuka mı girdiğini tespit etmelidir. Hakimin yapacağı bu tespit, yabancı unsurlu davalarda ispat yüküne ilişkin kuralların hangi hukuka tabi olacağının tespiti bakımından büyük önemi haizdir.

II. Milletlerarası Özel Hukuk Alanında İspat Yükü

Bu başlık altında yabancı unsuru havi ihtilaflar bakımından ispat yükünün hangi hukuk düzenine tabi olması gerektiğini, ispat yükünün hukukî mahiyetini nazara alarak incelemeye çalışacağız. Bunun yanısıra ispat yükünün ait olduğu hukuk ile ispatı sağlayacak delillerin çeşitlerini, mahkemeye takdim şeklini ve ispat güçlerini tespit edecek hukukun ispat yükünün tabi olduğu hukuk ile aynı olmasının gerekip gerekmediği meselelerini de incelemeye çalışacağız.

A) İspat Yükü ve Karinelerin Tabi Olduğu Hukukun Tespiti

Taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu durumlarda yalnızca taraflar arasında ihtilaflı olan vakıalar ispatın konusunu oluşturur. Hangi vakıaların ispatın konusunu oluşturacağı, davacının iddianamesinde davalının savunmasında ileri sürdüğü hususların ispatın konusunu

oluşturup oluşturamayacağını maddi hukuk tespit eder[32]. İhtilafın esası bakımından yetkili olan ülke hukukunun davanın esası bakımından öönemli olarak nitelendirdiği çok sayıda vakıanın ispatlanmaya ihtiyacı olmayabilir. İspat ihtiyacının olmaması ya davanın karşı tarafı o hususu ihtilaf konusu yapmaz ya da iddiayı kabul eder. Bu durumda hakim çekişme konusu yapılmayan vakıaları gerçek olarak, ispatlanmış olarak kabul etmelidir. Taraflarca hazırlama ilkesinin bu sonucu lex fori'ye göre tespit edilmelidir[33]. Ayrıca, herkesçe bilinen vakıaların ispatlanmasına ihtiyaç yoktur. Gereksiz konuların ispatlanmaasının manası da yoktur. Usul ekonomisinin bu bakış açısı hakkında da lex fori yetkilidir[34].

İspat yükünün hukukî mahiyeti ile ilgili tartışmaları nazara aldığımızda, ispat yükü ile ilgili kuralların hangi hukuka göre tepit edilmesi gerektiğini açık olarak söyleyebilmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü, daha önceden de ifade edildiği gibi, ispat yükü ile ilgili hukuk kurallarının mahiyetleri itibarıyla ne tam anlamı ile maddi hukuka ve ne de tam anlamıyla şekli hukuka dahildirler. Bu durum hemen bütün hukuk sistemleri için geçerlidir[35]. İspat yükü ile ilgili kuralların maddi hukuka dahil olduğu kabul edilir ise, bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun tespit edilmesi gerekecek, usul hukukuna dahil olduğu kabul edilir ise, usul hukuku alanında esas itibarıyla lex for'inin hakimiyeti kabul edildiğinden, ispat yükü ile ilgili kuralların lex for'iye tabi

---

32 SCHACK, H.; Internationales Ziwilverfahrensrecht, 2. Aufl., München 1996, Rn. 659.

33 COESTER-WALTJEN, D.; Internationales Beweisrecht, Ebelsbach, 1983, Rn.281.

34 SCHACK, Rn.662.

35 LİNKE, H.; Internationales Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Köln 1995, Rn.286 vd.; ÇELİKEL, s.266.

olması gerekecektir[36]. Başka bir ifade ile, ilk halde ispat yükü lex causae'ye tabi olacakken ikinci halde lex fori'ye tabi olacaktır. Ancak, hemen belirtmekte fayda vardır ki, iç hukukta ispat yükü ile ilgili kuralların maddi hukuk veya usul hukuku alanında düzenlenmiş olmasının uygulanacak hukukun tespiti bakımından büyük bir önemi yoktur. İspat yükünü düzenleyen normun hukuki niteliği bakımından maddi hukuk veya usul hukukuna dahil olup olmaması önem arz edecektir. Bu tespit ise, ancak ispat yükünü düzenleyen normun maddi hukuk veya usul hukuku normu olarak vasıflandırılması ile mümkün olacaktır[37].

Bir görüşe göre, ispat yükü alanında 'lex fori' prensibi geçerlidir. Buna göre, her mahkeme kendi ülkesinin ispat kurallarını uygulamak zorundadır. Bu kural mutlak olarak kabul edilir, hiç bir istisna kabul edilmez ise, bazı yabancı hukuk prensipleri kötüye kullanılabilecektir. Bir hak, örneğin iyiniyet lehine bir karine (MK.m.3/1 gibi) iyi niyetli olan kişinin kendi iyiniyetini ispatlaması hakkından tamamen farklıdır. Bundan dolayı ispat yükü hakkında yazılı veya yazılı olmayan hükümlerin usulî manadaki ispat hukukuna ait olmadığı, bilakis ilgili hüküm statüsüne ait olduğu genel olarak kabul edilmektedir[38].

İspat yükü ile ilgili kuralların maddi hukuk veya usul hukuku olarak düzenlenmesine göre lex fori'ye veya lex causae'ye

---

36 KELLER, M./SIEHR, K.; Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, s.598 vd.;LİNKE, Rn.37 vd.; ÖZTEKİN, G.: İspat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler, MHB. 9 (1989), s. (37-46) 39.

37 Türk Hukuku bakımından lex foriyi savunan yazarlar (NOMER, s.108) olduğu gibi tek bir vasıflandırma esasının değil olaydan olaya değişen ve milletlerarası özel hukuk menfaatlerine hizmet eden bir vasıflandırma esasının kabul edilmesi gerektiğini savunun yazarlar (GÖĞER, s.86 vd.: ÇELİKEL, s.83.) da bulunmaktadır.

38 KELLER/SIEHR, s.599; NOMER, s.311.

tabi olduğu şeklindeki ayırım yerine, her ispat kuralının amacına göre ayırım yapılmalı ve yetkili hukuk buna göre tespit edilmelidir. Bu anlayışa göre, hakimin hukukunun uygulanması for devletinin karar ahenginin korunmasına hizmet etmiyorsa, gerçeğin araştırılması hususundaki tahkikatın kısaltılmasını mümkün kılabilecek kurallar, özellikle maddi hukukî alandaki düzenleme sınırlamaları gerçeğin araştırılması tahkikatını uzatmıyor veya sınırlıyorsa, bu gibi durumlarda lex causae uygulanmalıdır. Diğer hallerde lex fori yetkilidir[39].

Fonksiyonel olarak gerçeğin araştırılmasına yönelik tahkikatın kısaltılmasını sağlayacak olan kurallar, örneğin ispat yüküne ilişkin kurallar, ortaya çıkmış olan vakıanın mutlak bir güvenle ispat edilmesini ve maddi hukukî neticenin başlangıcının mahkemece tespit edilmesini mümkün kılarlar. Maddi hukukî düzenleme sınırlamalarını genişleten kurallar, ispat yüküne ilişkin hükümler ihtilaflı vakıalara ilişkindir; ihtilafsız vakıalar hakkında değil[40].

Bu anlayışa göre, her iki kriter ile veya olay grupları ile bütün maddi hukukta birbirleriyle bağlantılı ispat hukuku kuralları düzenlenmiş olduğundan tek tek ispat kurallarının analizi yapılmalıdır. For devletinin karar ahenginin korunması önşartı ile lex fori'nin uygulanması nadiren karşılaşılan istisnaî olaylarda önemli olabilir. Bundan başka ihtilâflı olan ispat kuralları, maddi hukukî manada birbirleriyle bağlantılı değillerse ve yabancı ispat kurallarının uygulanması for devletinin kamu düzenini zedeliyor ise, daima lex fori uygulamaya gelecektir. Ayrıca iç karar ahenginin korunması yabancı ülkenin ispat kuralının uyumlaştırılmasını gerektirdiğinde sınırlandırmalıdır.

---

39 COESTER-WALTJEN, Rn.145 vd.; LINKE, Rn.288 vd.

40 COESTER-WALTJEN, Rn.634.; KELLER/SIEHR, s.599.

İspat yüküne ilişkin kurallar maddi hukuk karakterini haizdirler ve bundan dolayı lex causae'ye tabidirler. Bu sonuç Alman hukukunda ve Avrupa Topluluğu alanında akdi ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Roma konvansiyonda akdi borç ilişkileri bakımından açık olarak kabul edilmiş olup, bu sonucun diğer hukuki muameleler bakımından da geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir. İspat yükünün ters çevrilmesiyle usuli mükellefiyetlerin zedelenmesinin müeyyideye bağlanıp bağlanmamasını lex causae değil lex fori düzenleyecektir[41].

İspatın konusu sık sık karinelerce değiştirilmektedir. Bilindiği gibi, karineler kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanuni karineler de kendi içinde aksi ispat edilebilen ve aksi ispat edilemeyen karineler olmak üzere iki başlık halinde incelenmektedir[42]. Aksinin ispatının mümkün olmadığı kanuni karinelere dayanan vakıalar tamamen gerçek olarak kabul edilmekte, dolayısıyla ispatlanma ihtiyacı duyulmamaktadır[43]. Aynı şeyler aksinin ispatının mümkün olduğu kanuni karineler içinde geçerlidir. Aksi ispat edilebilen karinelerde, karşı taraf karinenin aksini ispat ederek karineyi çürütebilir. Buradaki ispat asıl ispattır. Yani, karineler ispat yükünü ters çevirmektedir.

Bu tür karineler içinde lex causae'nin hakimiyeti söz konusudur[44]. Bu sonuç Alman hukukunda ve Avrupa Topluluğunda Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair 1980 Tarihli Roma Konvansiyonunda da akdi ilişkiler bakımından kabul edilmiş olup[45], akdi ilişkiler dışındaki

---

41 SCHACK, Rn.674-675.

42 Geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 345 vd.

43 Bkz. UMAR, Karine, s.183; ÖZSUNAY, s.353; KURU, s.419. örneğin, Art.568 BGB.

44 SCHACK, Rn.665.

45 Art.32/III-2 EGBGB.; Art.14/II EVÜ.

hukuki ilişkilere de şamil olmak üzere genişletilebileceği kabul edilmektedir[46]. Ancak hemen belirtmekte fayda vardır; karinelerin lex causae'ye tabi olması maddi hukuk alanında yer alan karineler için geçerli olup, usul hukuku alanında kabul edilmekte olan karineler bakımından geçerli değildir. Usul hukuku alanında kabul edilmekte olan karineler için lex fori'nin hakimiyeti söz konusudur. Örneğin, Davanın değiştirilmesine muvafakat usul hukuku alanında kabul edilen bir karinedir. Burada, artık lex causae değil lex fori'nin hakimiyeti söz konusu olacaktır. Çünkü, daha önceden de ifade edildiği gibi, usul hukuku alanında lex fori'nin hakimiyeti genel olarak kabul edilmekte olan bir esastır. Tarafların olay hakkındaki iddialarının doğruluğu ya da bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hakimin kanaat edinmesine yarayan hayat deneyimlerinin ortaya koyduğu değer hükümleri[47] olarak tanımlanabilen fiili karinelerin de lex fori'ye tabi olması gerekir. Çünkü, hakim kendi ülkesinin hayat tecrübeleri hakkında bilgi sahibidir. Bu sebeple de kendi ülkesinde kabul edilen fiili karinelere dayanabilir. Yabancı bir ülkede kabul edilen fiili karinelere dayanarak. ispat yükünün ters çevrilmesinin kabulü doğru olmasa gerekir.

B) İspat Usulü ve İspat Vasıtalarının Tabi Olduğu Hukukun Tespiti

Yabancı unsurlu davalarda ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı ile ilgili bu açıklamalardan sonra, maddi vakıaların ispatı için başvurulan deliller, ispat vasıtaları, bu delillerin ikame şekli ve ispat güçlerinin hangi hukuka tabi olması gerektiğini ayrı ayrı incelemekte fayda vardır.

---

46 SCHACK, Rn.665; ÖZTEKİN, s. 40.

47 UMAR/YILMAZ, s.165.

1. İspat Usulü

Gerçek ispat usulünün bütün düzenleme alanı, yani ispat tahkikatının hazırlanması ve yürütümü, lex fori'ye aittir. Türk hukukunda esas itibarıyla taraflarca hazırlama ilkesi kabul edilmiştir[48].

2. İspat Vasıtalarının Uygunluğunun Tespiti

İspat usulü, ispat ölçüsü ve delillerin takdiri için hakimin hukukunun yetkisi belirli bir usul türü için ve genel olarak bir ispat vasıtasının geçerliliği hakkında karar için lex fori'nin yetkisi benimsenmektedir[49].

3. Yabancı İrtibatlı İspat Vasıtaları

Kesin ispat yalnızca belirli ispat araçları ile yapılabilir. Kesin ispatı sağlayacak ispat araçları hemen bütün hukuk sistemlerinde aynı şekilde düzenlenmiştir. Bunlar; keşif, şahit, bilirkişi, yazılı belgeler, taraf ifadeleri, ikrar ve yemindir[50]. Kesin ispatın söz konusu olup olamayacağı veya delil sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı lex fori'ye göre tayin edilir. Aynı şekilde, caiz olan ispat vasıtalarının nelerden ibaret olduğunu, tahdidi (numerus clausus) veya tadadi olduğunu lex fori belirleyecektir[51]. Bu kurala bir kısım kanunlarda ve bir kısım milletlerarası sözleşmelerde istisnaların kabul edildiğini görmekteyiz. Bu istisnalar akdi borç ilişkileri bakımından kabul edilmektedir. Pozitif düzenlemelere göre, bir hukuki muamelenin geçerliliği hakkında bütün ispat türleri lex fori'ye tabidir. Ancak, hukuki muamelelerin şeklî geçerliliği hakkında

---

48 COESTER-WALTJEN, Rn.416; §§ 335 ff. ZPO.

49 COESTER-WALTJEN, Rn.619.

50 Bir kısım hukuk sistemlerinde ikrar ve yemin ispatı sağlayack kesin delillerden kabul edilmemektedir. Örneğin Alman hukuku. Bkz. WEISE, S.; Praxis des selbständigen Beweisverfahrens, München 1994, Rn.145 vd.

51 SCHACK, Rn.679; Deutsches Bundestag, Drucksache 10/504, s. 30.

yetkili hukukta (LRA ve lex causae) kabul edilmekte olan ispat vasıtalarının da kabul edilmesi gerektiği benimsenmektedir. Başka bir ifade ile, hukuki muamelelerin şeklî geçerliliği hususunda lex fori, LRA ve lex causae'nin uygulamaya gelebileceği kabul edilmektedir. Hukuki muamele bu hukuk düzenlerinden hangisine göre şeklî bakımdan geçerli ise, bu hukuk nazara alınacaktır[52]. Örneğin, akdi ilişkinin şeklî geçerliliği hususunda lex fori şahitle ispatı kabul ediyor ise, taraflar arasında hukuki muamele yapıldığı hususu da şahitle ispat edilebilecektir. Bu pozitif düzenlemlerde akdi borç ilişkilerinde, akdi ilişkinin geçerliliğinin tespiti hususunda liberal bir anlayış kabul edilmiştir[53].

Milletlerarası usul hukukuna has ve fakat devletler hukuku açısından da önemli problemler, tek tek ispat kurallarının yabancı irtibatı haiz olup olmadığı problemlerini ortaya çıkabilir. Örneğin, vatandaşlık, ispat yükünü haiz olan kişinin mutad meskeni veya yabancı ülkedeki ispat vasıtalarının tespiti gibi. Bu gibi durumlarda esasa uygulanacak hukuk, örneğin vatandaşlığı iddia edilen devletin hukuku gibi, ispat ile ilgili problemlere de uygulanacaktır.

a) Senetler

Bir kimsenin meydana getirdiği ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgeye senet denilir[54]. Senetler, resmi makam veya memurların katılması ile düzenlenir ise resmi senet, resmi makam veya memurun katılmadığı senetler de adi senet şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır. İspat hukuku açısından her iki tür senette kesin delil teşkil etmektedir. Ancak, resmi senede dayanan taraf lehine kanuni karine kabul edilmiş

---

52 GIULIANO, M./LAGARDE, P.; Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhaeltnisse anzuwendende Recht, Deutsches Bundestag, Drucksache 10/504, s. 68 vd.

53 GIULIANO/LAGARDE, s.69.

54 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.357; ÇELİKEL, s.269.

olduğundan, iddiasını ispat etmiş sayılır ve senedin aksini iddia eden taraf bunu ispatlamalıdır. Adi senetler bakımından ise, böyle bir karine kabul edilmemiştir. Senedin inkar edilmesi halinde, senede dayanan taraf senetteki imzanın diğer tarafa ait olduğunu ispat etmelidir. İmzanın karşı tarafa ait olduğu ispatlanıncaya kadar, kesin delil olma vasfını kaybeder[55]. Hakimin serbest değerlendirme yapmasını sınırlayan, ispat yüküne ilişkin bu tür kanuni kurallar lex fori'ye tabidir[56]. Şayet, hukuki muamelenin şekli geçerliliği, muamelenin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına uygunsa, yalnız bu durumda tarafların, hukuki muamelenin şekli geçerliliğine olan güvenleri korunacaktır (MÖHUK. m.6)[57]. Bu durum aynı şekilde Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka dair Roma Sözleşmesinde de kabul edilmiştir[58].

Milletlerarası unsuru havi bir işlem söz konusu olduğunda, bu işlemin varlığının ispatı bakımından belli bir şekilde yapılması zorunluluğu ile bu işlemin geçerliliğinin belli bir şekil şartına bağlı olması birbirinden ayrı hususlardır. İşlemin tabi olması gereken şekil, o işlemin esasının tabi olduğu hukuka göre bir geçerlik şartı olarak kabul edilmekte ise, işlem bu şekil kuralına uyulmadan yapılmış ise, bu işlem geçersiz olacaktır[59].

Senetlerde yabancı irtibat, yabancı makamlarca vücuda getirilmesinden ve/veya yabancı ülkede ispat aracı olarak kullanılmasından ortaya çıkabilir. Resmi veya özel senetler arasında delil gösterme ve ispat gücü için önemli ayırım, ilk

---

55 Geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.357 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s.525 vd.

56 SCHACK, Rn.700.

57 SCHACK, Rn.700. Hukuki muamelelerin şekli hususunda Türk hukukunda kabul edilmekte olan esaslar aynı şekilde Alman hukukunda da kabul edilmiştir (Art. 11 EGBGB.).

58 Art. 14/2 EVÜ.

59 ÇELİKEL, s.269.

etapta tanzim eden makamın fonksiyonuna bağlıdır ve bu sebeple tanzim eden makamı koordine etmiş olan devletin hukukuna tabidir[60].

Usuli olarak ibraz mükellefiyetinin türü ve kapsamı lex fori'ye tabidir. Maddi hukuki bakımdan ibraz mükellefiyeti için lex causae yetkilidir. İbraz mükellefiyetini tarafların kendisi tahakkuk ettirmek zorundalarsa, yabancı ülkelerdeki senetlerin ispatlanması, esas itibarıyla önemsizdir. İbraz etmemenin ispat hukuku açısından neticeleri hakkında lex fori karar verecektir. Yabancı makamlar, ibraz edilen belgeler hakkında hukukî yardım yolu ile araştırma yapabilirler[61].

Senette yabancı bir dilin kullanılması ispat değeri bakımından herhangi bir önemi haiz değildir.

Türk hukukunda, bir hukuki ilişkinin ispatı için yabancı ülkelerde yapılmış olan resmi senetlerin Türk mahkemelerinde kesin delil olarak kabul edileceği esası benimsenmektedir. Ancak, yabancı ülkelerde düzenlenmiş olan belgelerin kesin delil olarak kullanılabilmesi, resmiyetinin ispatı meselesini gündeme getirecektir. HUMK.'da yabancı ülke makamlarınca düzenlenmiş olan senetlerin o ülke yetkili makamlarınca, ülke kanunlarına uygun olarak tanzim ve tasdik edildiği o ülkedeki Türk konsolosu tarafından tasdik edilmesi ile, Türkiye'de resmi senet kabul edileceği benimsenmiştir (HUMK. m.296)[62]. Türk konsolosluğunca onanmamış bir yabancı resmi senedin delil teşkil edip etmeyeceği mahkemenin takdirine bırakılmıştır(HUMK. m.296/1 c.2).

---

60 LINKE, Rn.315; COESTER/WALTJEN, Rn.423.

61 LINKE, Rn.316.

62 Bkz. TEKİNALP, G.; Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki ve Tasdik (Legalisation) Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi, MHB.1986/2, s.(157-162) 158; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.366; ÇELİKEL, s.270;

Adi senetlerde menşeine göre ayırım yapılmıyor. Yabancı makamlarca yapılmış resmi senetler hakkında ise, Türkiye'nin de taraf olduğu "Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki ve Tasdik (Legalisation) Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi" çerçevesinde düşünülmelidir. Yabancı resmi makamlarca vücuda getirilmiş olan senetler legalize edilmiş (tasdik edilmiş) ise veya legalize edilmeden muaf ise, ülkedeki resmi senetlere yakın bir geçerlik karinesine sahip olurlar[63]. Mahkeme, şayet gerekli görürse bu senetlerin legalize edilmesini talep edebilir; diğer hallerde delillerin serbestçe takdiri esasına göre senetlerin geçerliliği hakkında karar verir[64].

b) Yemin

Yemin, taraflardan birinin bir vakıanın doğruluğu veya doğru olmadığı hususunda mahkeme önünde ve kanunen tespit edilmiş şekilde Allah'ı şahit gösterip, namusu ile teyit ederek beyanda bulunmaktır[65]. Türk hukukunda kesin delil olarak

---

63 İşbu Sözleşme, Âkit Devletlerden birinin ülkesinde düzenlenmiş olup da diğer bir Âkit Devlet ülkesinde kullanılacak olan resmi belgelere uygulanır.
İşbu Sözleşme'nin amaçları bakımından, aşağıdaki belgeler resmi belge sayılır:
a) Savcı, zabıt kâtibi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeleri de dahil olmak üzere, Devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler,
b) İdari belgeler,
c) Noter senetleri,
d) Kişilerce özel sıfatla imzalanmış belgeler üzerine konulmuş olup belgenin kaydının veya belirli bir tarihte mevcut olduğunun veya imzaların doğruluğunun resmi makam veya noterlerce tasdiki gibi resmi beyanlar.
Bununla birlikte, işbu Sözleşme:
a)Diplomasi ve konsolosluk memurları tarafından düzenlenmiş belgelerle, b) Ticaret veya Gümrük işleriyle doğrudan doğruya ilgili olan idarî belgelere, uygulanmaz. (Sözleşme metni için bkz. MHB. 5(1985) s.81-83, Geniş bilgi için bkz. TEKİNALP, Legalisation, s.159 vd.

64 LINKE, Rn.317.

65 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.390; ÜSTÜNDAĞ, s.563.

kabul edilen yemin bir kısım ülke hukuklarında delil olarak kabul edilmemektedir[66]. Milletlerarası unsuru havi uyuşmazlıklarda, yamin teklifi ile ilgili şartlar, yeminin uygumanma usulü ve yeminin ispat gücü lex fori'ye tabidir[67]. Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davada, esasa uygulanacak hukuk yemini delil olarak kabul etmez ise veya Türk hukukuna göre yeminle ispatının mümkün olmadığı bir uyuşmazlık hakkında yemini ispat vasıtası olarak kabul ederse durum ne olacaktır. Bu gibi durumlarda, esasa uygulanacak hukukun değerlendirmesinin önemli olmadığı, Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalarda HUMK.'nun değerlendirmesinin önemli olduğu kabul edilmektedir[68]. Yemin usuli bir ispat vasıtası olması sebebi ile, davanın esasına uygulanacak hukukun yemin hakkındaki değerlendirmesi de önemli değildir. Usul hukuku alanında lex fori'nin hakimiyeti kabul edildiğine göre, yemin hakkında da lex fori'nin hakimiyetinin kabul edilmesi uygun olacaktır.

c) Tarafların İsticvabı

Tarafların isticvabı, ihtilaflı vakıaların ispatlanması için kullanılan bir ispat aracıdır[69]. İsticvabın konusu ihtilaflı vakıalardır(HUMK. m.230). Tarafların kendi aleyhlerine olacak hususlarda bilgi vermek istemeyeceklerinden isticvabın bir ispat aracı olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır. Alman hukukunda, isticvap tali bir ispat aracı olarak kullanılmaktadır[70]. Türk hukukunda ise, diğer delillerin yetersiz olması veya hiç delil olmaması durumunda değil, hakimin takdirine göre, diğer deliller ile birleştirilebilen bir ispat aracı olarak kabul edilmektedir[71].

---

66 Örneğin Alman hukuku. geniş bilgi için bkz. WEISE, Rn.145 vd.

67 ÇELİKEL, s.272.

68 ÇELİKEL, s.272.

69 ÜSTÜNDAĞ, s.622.

70 ROSENBERG/SCHWAB, s.773 vd.

71 İsticvap usulü hakkında bkz. ÜSTÜNDAĞ, s.622 vd.

Tarafların isticvabının ispat değeri ve uygulanma biçimiyle caiz olup olmadığı lex fori'ye göre tespit edilmelidir. Şayet, lex causae ve/veya tarafların milli hukuku bu ispat aracını farklı değerlendiriyor ve farklı kabul ediyorsa bu durum nazara alınmalıdır[72]. Hakimin müşahadesi hususunda da lex fori'nin hakimiyeti kabul edilmektedir.

d) Şahit

Şahit sıfatı ile yabancılar, Türk mahkemeleri önünde Türk vatandaşları gibi aynı tür hak ve yetkileri haizdirler[73]. Şahitlik ehliyeti ve şahitlikten kaçınma hakkı, şahidin milli hukukunun veya hüküm statüsünün kuralları nazara alınmadan hakimin hukukuna göre belirlenir[74]. Şahidin, delil olarak ispat gücü hususu da hakimin hukukuna tabidir. Başka bir ifade ile, sahidin kesin delil mi yoksa takdiri delil mi olduğu hususunda hakimin hukuku karar verecektir[75].

Şahit yabancı ülkede bulunuyorsa, adli yardım yolu ile orada ifadesi alınmalıdır. Mahkeme, şahidin davet edilmesi yerine bulunduğu ülkede doğrudan doğruya delillerin ikamesine, şahitlik yapmasına sevkedebilir. Taraflardan birisinin bunu talep etmiş olması mahkemenin bunu yapması için bir mükellefiyet yüklemez. Başka bir ifade ile, taraflardan birinin yabancı bir ülkede bulunan birini şahit olarak göstermesi, mahkemenin onu davetini zorunlu kılmaz. Öncelikle ispat yükünün taraflardan hangisinde olduğu tespit edilmelidir.

---

72 NOMER, s.314; COESTER/WALTJEN, Rn.607.

73 ÇELİKEL, s.273; Alman hukukunda da şahitlik bakımından yabancı ile vatandaş arasında ayrım yapılmamaktadır. Bkz. LINKE, Rn.309.

74 ÇELİKEL, s.272; NOMER, s.312; LINKE, Rn.309;COESTER/WALTJEN, Rn.539.

75 ÇELİKEL, s.272;NOMER, s.312.

Davet, şahite esas itibarıyla milletlerarası adli yardım yolu ile tebliğ edilmelidir. Doğrudan, şekle uyulmadan, postayla davetin devletler hukuku kurallarına aykırı olmadığı kabul ediliyor[76]. Bununla beraber, kanun koyucunun bildirimin bu şeklini reddettiği milletlerarası adlî yardım hakkında yapılan anlaşmalardaki çekincelerle açıklığa kavuşturulmuştur. Bununla beraber, kanun koyucu ülke içindeki tebligat hakkında ilk etapta bu yöntemi kabul etmiştir. ZPO 203/2'ye göre kamu hukuku alanındaki tebligatlarden farklı olarak adli yardım ilişkisinin ihlâl edilmesi kural olarak davet edilen şahit için hiç bir cebri gerekliliği ihtiva etmiyor.

e) Bilirkişi

Bir davada çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulan üçüncü kişi ya da kişilere bilirkişi denilir(HUMK. m.275). Bilirkişi, görüşüne başvurulan hususlar hakkında özel ve teknik bilgisine dayanarak yapmış olduğu inceleme sonucunu mahkemeye bildirir. Bilirkişiye başvurma hususunda ya kanunda açık hükümlere yer verilmiştir ya da hakim dava ile ilgili bir husus hakkında özel veya teknik bilginin gerekli olduğuna kanaat getirir ise bu durumda bilirkişiye müracaat eder[77]. Bilirkişilerin seçimi hususunda HUMK konuyu ikiye ayırmıştır: Resmi bilirkişiler ve resmi olmayan bilirkişiler(HUMK. m.276).

Kanunumuzda bilirkişilerin kimlerden olabileceğine dair hükümlerde vatandaş yabancı ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla, yabancılar da esas itibarıyla vatandaşlar gibi bilirkişilik yapabilirler. Ülkede ikamet etmekte olan kişiler bilirkişilik yapma bakımından benzer mükellefiyetler altındadırlar. Ülkede oturan yabancılar da aynen vatandaşlar

76 LINKE, Rn.311.

77 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.408 vd.

gibi bilirkişilik yapma hususunda usuli bir mükellefiyet altındadırlar. Bu sebeple, kural olarak bilirkişilik yapma zorunluluğu yoktur. Ancak, bilirkişilikten çekilme şartlarını haiz olmayan kişiler, bilgisine müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen sanatını icra eden kişiler bilirkişi olarak mahkemeye gelmek ve görev yapmak zorundadırlar(HUMK. m.278)

Bilirkişilerde de şahitlikte olduğu gibi, bilirkişilikten çekilme hakkını haizdirler. Bilirkişilik ehliyeti ve bilirkişilikten çekilme gibi hususlarda lex fori uygulama kabiliyetini haizdir[78].

Yabancı ülkedeki kişinin bilirkişilik ödevini yüklenmesi, onun bilirkişiliği kabul etmesine bağlıdır. Bilirkişi, lüzumu halinde kendi bilirkişi raporunu sözlü olarak açıklamaya ve mahkeme önünde fikrinin sorulması halinde sözlü anlatıma hazır olmalıdır[79].

f) Keşif

Keşif, "mahkemenin şahısların veya şeylerin durumları veya maddi vasıfları hakkında resmî sıfatla veya mahkeme çerçevesinde doğrudan doğruya yaptığı duyulara dayanan müşahadedir"[80]. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı gibi keşif bütün duyu organları ile yapılan bir faaliyettir. HUMK.'da keşif yalnızca gayrımenkuller hakkında kabul edilmiş olmasına rağmen doktrinde gayrımenkuller haricinde de keşfin mümkün olduğu kabul edilmektedir[81]. Keşfe konu olacak şeyin taşınabilir olması halinde mahkemeye getirilmesi gerekirken, gayrımenkullere ilişkin olarak yapılacak keşiflerde gayrımenkulün bulunduğu yere gidilmesi gerekecektir. Keşif ile

---

78 ÇELİKEL, s.273 vd.; NOMER, s.317; LINKE, Rn.313.

79 LINKE, Rn.314; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.412 vd.

80 ÜSTÜNDAĞ, s.624.

81 ÜSTÜNDAĞ, s.624 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.416 vd.

ispatta kanunlar ihtilafı manasında hiç bir problem ile karşılaşılmaz. Keşif aracılığı ile ispatta, keşif ve muayene edilecek kısım için ibraz mükellefiyeti, senetle ispata uygun olarak onun usulî veya maddi hukukî karakteri nazara alınarak lex fori'ye veya lex causae'ye göre tespit edilmelidir; diğer problemler için lex fori'nin yetkisi kabul edilmektedir.

g) Delil Sözleşmesi

Belli bir hususun belirli delillerle ispat edileceği hususunda taraflar arasında yapılmış olan sözleşmeye verilen isimdir. Delil sözleşmesi, her türlü delili konu alabilir(HUMK. m.287 vd). Davanın tarafları, bir hukuki işlemin yalnızca belirli bir delille ispatlanabileceği hususunda delil sözleşmesi yapabilirler. Bu tür delil sözleşmesine münhasır delil sözleşmesi denilmektedir. Taraflar, bir hukuki işlemin başka bir delil ile de ispatlanabileceği yönünde de sözleşme yapabilirler. Bu durumda da münhasır olmayan bir delil sözleşmesi var demektir[82].

Delil sözleşmesinin usul hukuku sözeşmesi olduğundan şüphe yoktur. Dolayısıyla, sözleşmenin şartları, hangi hallerde delil sözleşmesi yapılabilip yapılamayacağı, yapılan delil sözleşmesinin münhasır delil sözleşmesi olup olmadığı gibi hususlar usul hukukuna dahildir. Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, usul hukuku alanında lex fori'nin hakimiyeti kabul edildiğinden, hakim kendi hukukuna göre yapılan delil sözleşmesini değerlendirecektir[83]. Hakimin hukukuna göre geçerli ise, bu delil sözleşmesinin nazara alınması, aksi takdirde nazara alınmaması gerekir.

---

82 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.420 vd.
83 ÇELİKEL, s.275.

III. Sonuç

Milletlerarası unsuru havi uyuşmazlıklarda ispat yükünün tabi olması gereken hukukun böyle kısa bir makalede bütün yönleri ile incelenebilmesi mümkün değildir.

Karşılaştırmalı hukukta bir kısım kanunlarda ve bir kısım milletlerarası anlaşmalarda ispat yüküne ilişkin özel düzenle-melere yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemeler ispat yüküne ilişkin bütün problemlere çözüm getiremediğinden doktrinde tartışmaları sona erdirememiştir. İç hukuk alanında ispat yükünün ve dolayısıyla ispat yüküne ilişkin problemlerin maddi hukuka veya usul hukukuna girdiği yönündeki tartışmalar devam ettiği müddetçe milletlerarası özel hukuk alanında da ispat yükünün hangi hukuka tabi olacağı hususundaki tartışmalar sona ermeyecektir. Ancak, ispat yükü ile ilgili kuralları maddi hukuka veya usul hukukuna dahil ederek yetkili hukuku tespit etmek yerine, her ispat kuralının amacına göre değerlendirme yaparak yetkili hukuku tespit etmek daha uygun gelmektedir. Hüküm statüsünün ispat yüküne ilişkin kurallarının uygulanması, hakimin hukukunun karar ahengini zedelemiyor ise, gerçeğin araştırılmasına yönelik tahkikatı uzatmıyorsa hüküm statüsünün ispat yüküne ilişkin kuralları nazara alınmalıdır.

ATIF TEORİSİNDEKİ YENİ GELİŞMELER VE TÜRK HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Vahit Doğan*

I. Genel olarak

Milletlerarası unsuru havi olay ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların maddi çözümünde, hakim, kendi ülkesinin kanunlar ihtil,fı kurallarından hareket ederek yetkili ülke hukukunu tespit edecektir. Yetkili hukukun bu şekilde tespit edilmesinden sonra, bu hukukun hangi kapsamda nazara alınarak uygulanacağı ile ilgili problemlerle karşılaşılacaktır[1]. Kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen yetkili hukuk, hakimin kendi hukuku, lex fori ise, hakim, kendi ülkesinin iç maddi hukuk kurallarından hareketle olayı maddi çözüme kavuşturacaktır. Ancak, hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları, olayın maddi çözümü bakımından yabancı bir ülke hukukunu yetkili görüyor ise, bu yabancı hukukun hangi kapsamda nazara alınacağı atıf probleminin esasını oluşturmaktadır. Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetki tanınan ülke hukukunun yalnız iç maddi hukuk kuralları nazara alınacak ise, kanunlar ihtilâfı manasında atıf kabul edilmemiş; yetkili görülen ülke hukuku, kanunlar ihtilâfı kuralları ile iç maddi hukuk kuralları bir bütün olarak nazara alınacak ve olayın maddi çözümü bu şekilde tespit edilecek hukuka göre yapılacak ise, kanunlar ihtilâfı manasında atıf kabul edilmiş olacaktır.

Atıf teorisi Devletler Özel Hukuku doktrininde uzun süre tartışılmış konulardan birisidir. Tarihi gelişim içerisinde atfın kabul edilip edilmemesi hususunda muhtelif görüşler ileri

---

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 KELLER, M./ SIEHR, K.; Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, s.462.

sürülmüştür. Bu görüşleri esas itibarıyla, atfı kabul edenler ve reddedenler olmak üzere iki ana başlık altında toplamak mümkündür[2]. Günümüzde bu teorik tartışmalara girilmeden atfın kısmen veya tamamen hemen bütün pozitif düzenlemelerde kabul edildiği görülmektedir[3]. Ancak, atıf bazı durumlarda maddi hukuk atfı olarak kabul edildiğinden doktrinde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Ayrıca, Kara Avrupa'sında kabul edilmekte olan sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esasının kabul edildiği hallerde atıf nazara alınacak mıdır? sorusu da doktrinde tartışmalı konulardan birisidir.

Bu çalışmamızda, bağlama kurallarının tespitinde kabul edilmekte olan yeni gelişmeleri nazara alarak karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda atıf ile ilgili kabul edilen esasları ana hatları ile incelemeye çalışacağız.

A) Atıf Kavramı

Dünyada farklı ülkeler ve bu ülkelerde de farklı özel hukuk kuralları yürürlükte olduğu müddetçe milletlerarası özel hukuk, kanunlar ihtilâfı varlığını sürdürecektir[4]. Kanunlar ihtilâfı kuralları, özel hukuk alanında somut problemin çözümünde yetkili hukuku, açıkçası, hakimin yabancı unsuru havi ihtilâfın maddi çözümü bakımından uygulayacağı maddi hukuku tespit eden kurallardan oluşmaktadır[5]. Örneğin, Alman vatandaşı Türkiye'de tereke bırakarak ölüyor. Alman vatandaşı murisin mirası, Türk Medeni Kanunu hükümlerine

---

2 Tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. KARAYALÇIN, Y.; Devletler Hususi Hukukunda Atıf, Ankara 1945, s.5 vd.; SEVİĞ, V.R./SEVİĞ, M.R.; Devletler Hususî Hukuku, b.3, İstanbul 1962, s.389; BERKİ, O.F.; Devletler Hususî Hukuku, C.2, b.6, Ankara 1966, s.59 vd.; ULUOCAK, N.; Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, s.204 vd.; SEVİĞ, V.R.; Kanunlar İhtilafı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları, b.2, İstanbul 1974, s.129 vd.

3 Örnek olarak; Art.4 EGBGB (Alm.); Art.14 IPRG. (ısv.); Art.11 IPRG. (Avus.);

4 KEGEL, G.; Internationales Privatrecht, 7.Aufl., München 1995, s.4.

5 GÖĞER, E.; Devletler Hususi hukuku, b.3, Ankara 1975, s.2.

mi yoksa Alman Medeni Kanunu hükümlerine mi tabi olacaktır? Günümüzde kanunlar ihtilâfı kurallarını çok taraflı bağlama kuralları haline getirmek için, somut maddi norm ile olan dolaylı bağlantı değişmemektedir. Bir taraftan hayat ilişkisinin maddi bağlantısı ve aynı şekilde kanunlar ihtilâfını da içeren maddi normlar, diğer taraftan bu maddi normlara potansiyel olarak ihtilâfın maddi çözümü bakımından yetki tanıma, mevcut bütün hukuk düzenlerinde tek bir normda, bağlama kurallarında düzenleniyor. Bu düzenlemeler ülkeden ülkeye farklılaştığı için de belli bir hayat ilişkisinden doğan uyuşmazlığın hangi ülkenin hukuk kurallarına göre maddi çözüme kavuşturulacağı problemi ortaya çıkıyor.

Yabancı unsur ihtiva eden olay ve ilişkilerden doğacak ihtilâfların maddi çözümü bakımından yetkili hukukun tespiti statücü okul zamanında normlardan hareket edilerek yapılmaktaydı. İhtilâfçı metodun benimsenmesiyle birlikte, özellikle Friedrich Carl v. Savigny ile başlayan yeni anlayış ile birlikte yetkili hukukun tespitinde hukuk kurallarından değil, tersine "hukuki ilişkiden", son zamanlarda kullanılmaya başlayan ifade ile "hayat ilişkisinden" hareket edilmektedir[6]. Ancak, kanunlar ihtilâfı normları yalnızca yetkili hukukun tespitine yönelik bağlama kurallarının seçimiyle ilgilenmemekte, bilakis yetki tanınan hukukun hangi kapsamda uygulanacağı ile de ilgilenmektedir. Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetki tanınan yabancı hukuk düzeni, belirli bir maddi ilişkide kendini yetkili görmeyebilir. Böyle bir durum hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları bakımından bir mana ifade etmeyecektir. Hatta, böyle bir yabancı hukukun uygulanma iradesinin ön şartı yalnızca atfı gündeme getirebilecektir. Atıf normları kanunlar ihtilâfı normlarının özel bir çeşididir. Atıf normları, bir hukuki problemi, (atfın konusu, hayat ilişkisi) maddi karara

6 MAESCH, G.; Der Renvoi-Plaedoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, RabelsZ. 61(1997), s.(285-312) 288 vd.

bağlanması için bir hukuk düzenine göndermeyi konu alan normlar, kanunlar ihtilâfının diğer normlarından ayrılmalıdır. Kanunlar ihtilâfı kurallarının kendine özgü zorluğu atıf kurallarından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple de milletlerarası özel hukuk doktrini esas itibarıyla atıf kuralları ile meşgul olmaktadır. Kanunlar ihtilâfı kapsamında incelenen ve fakat atıf kuralları niteliğinde olmayan, onun uygulanmasında yardımcı fonksiyonu haiz normlar, örneğin, vasıflandırma, normlar çelişkisi ve intibak, kamu düzeni, kanuna karşı hile gibi, yetkili yabancı hukukun tespitinde atıf normlarına yardımcı fonksiyonu haiz olmalarına rağmen atıf normu değildirler[7].

Kanunlar ihtilâfı kurallarının yabancı bir hukuka yetki tanıdığı hallerde, bu yabancı hukukun uyuşmazlık hususunda kendi maddi normlarını değil, başka bir devletin maddi normlarını yetkili görmesi haline genel olarak atıf denilmektedir[8].

B) Atfa Neden Olan Etkenler

Atfın; değişken bağlama noktaları, değişken vasıflandırma ve gizli atıf gibi muhtelif sebepleri vardır.

Her şeyden önce, atfın en etkin sebeplerinden birisi ülkeden ülkeye değişken bağlama noktalarının kabul edilmiş olmasıdır. Başka bir deyişle, hemen her ülke milletlerarası unsuru havi olay ve ilişkilerde kendi düşünce tarzına göre yetkili hukuku tespit etmektedir[9]. Örneğin, Türk hukukuna göre miras ölenin (murisin) milli hukukuna tabi tutulmuşken,

---

7 KELLER/SIEHR, s.249 vd.

8 NOMER, E.; Devletler Hususî Hukuku, b.8, İstanbul 1996, s.147 vd.; KEGEL, s.237 vd.; von BAR, C.; Internationales Privatrchet, Band.I, München 1987, s.529 vd.; KELLER/ SIEHR, s.468; KARAYALÇIN , s.6; BERKİ, s.58; ULUOCAK, s.204.

9 GÖĞER, s.59; SEVİĞ,/SEVİĞ, s.389.

diğer bir ülke hukukunda miras menkul ve gayri menkul olarak ayrılır ve menkuller murisin milli hukukuna tabi tutulurken gayri menkuller bulunma yeri hukukuna tabi tutulur ise, menkul tereke bakımından iki ülkenin bağlama noktaları arasında bir uyuşma olduğundan atıf söz konusu olmayacaktır. Ancak, gayri menkul tereke bakımından murisin mirası Türkiye'de açılmış ise Türk hakimi gayri menkul terekede de murisin milli hukukuna yetki tanıyacak ve fakat milli hukuk kendisine tanınan yetkiyi terekenin bulunduğu yer hukukuna atfedecektir.

Benzer şekilde yetkili hukukun tespitinde kullanılmakta olan sistem kavramlar ülkeden ülkeye farklı manalarda kullanılabilir. Örneğin, ikamet kavramı İngiliz hukuku ile kara Avrupa'sı hukukları arasında farklı manayı haizdir[10]. İngiliz hukukunda doğumla kazanılan ikametgah ve sonradan kazanılan ikametgah ayrımı yapılmakta ve doğumla kazanılan ikametgahın prensip olarak değişmeyeceği kabul edilmektedir[11]. Kara Avrupa'sı hukuklarında ise ikametgah, kişinin yerleşmek niyetiyle oturduğu yer olarak kabul edildiğinden, kişide yerleşmek niyetinin bulunması halinde ikametgah da değişebilecektir.

Milletlerarası unsuru havi olay ve ilişkilerin farklı vasıflandırılması sebebi ile de atıf problemi ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, nişanın bozulmasının Fransız ve Türk hukuklarında farklı vasıflandırılması bu sonucu doğurur. Türk hukukunda, nişanın bozulmasının sonuçları aile hukuku içinde nazara alınmasına rağmen, Fransız hukukunda haksız fiil olarak nazara alınmaktadır[12].

---

10 KEGEL, s.280 vd.

11 ÇELİKEL, A.; Milletlerarası Özel Hukuku, b.4, İstanbul 1995, s.68 (Dpn. 6)

12 KELLER/ SIEHR, s.263.

II. Atfın Muhtelif Türleri

A) Maddi Hukuk Atfı-Kanunlar İhtilâfı Atfı

Milletlerarası özel hukuk manasında atıf; hakimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili görülen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının nazara alınması ve şayet yabancı milletlerarası özel hukuk kuralları iade atfı veya devam eden atfı öngörmüyorsa, bu yabancı hukukun maddi normlarının nazara alınmasıdır[13]. Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarının yabancı bir ülke hukukuna yetki tanıması, bu yabancı ülke hukukunun, ihtilâfın maddi çözümü bakımından yetkili olması sonucunu doğurmaz. Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetkili görülen ülke hukuku, olayın maddi çözümü bakımından ya kendi hukukunu yetkili görür ya da olayın maddi çözümü bakımından başka bir ülke hukukunu yetkili görür. Başka bir ifade ile, bir kanunlar ihtilâfı normu yetki tanıdığı ülkenin kanunlar ihtilâfı normları da dahil olmak üzere bir bütün olarak yabancı bir hukuka yetki tanıyor ise, mutat olarak kullanılan terminolojiye göre kanunlar ihtilâfı atfının, buna mukabil, kanunlar ihtilâfı kurallarının dışlanmasıyla yabancı hukuka yetki tanınıyorsa, maddi hukuk atfının söz konusu olduğu kabul edilmektedir[14].

Her milletlerarası özel hukuk kuralı yabancı hukuka yapacağı yetki tanımada, bu yabancı hukukun maddi hukuk normlarının yetkili olup olmayacağını (maddi hukuk atfı) veya her şeyden önce yetkili yabancı hukuk düzeninin milletlerarası özel hukuk kurallarını da kullanıp kullanamayacağı hususunda serbesttir (toplu atıf yada kanunlar ihtilâfı atfı). Bu tercih bir hukuk politikası meselesidir ve kanun koyucu kendi

---

13 KELLER/ SIEHR, s.464; FIRSCHING, K./von HOFFMANN, B.; Intrnationales Privatrecht, 4. Aufl, München 1995, s.219.

14 SONNENBERGER, H. J.; Münchener Kommentar, 2. Aufl., München 1993, s.142; SCHWIMANN, M.; Internationales Privatrecht, Wien 1993, s.28.

tercihini yapmak durumundadır[15].

Hakimin hukukunun milletlerarası özel hukuk kuralları yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulanabilirliğini bu ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarının kabulüne bağlı tutmazsa, tersine yetki tanınan ülke hukukunun kendini yetkili görmesinden bağımsız bir yetki tanıma söz konusu ise, maddi hukuk atfından bahsedilir. Başka bir ifade ile, maddi hukuk atfında hakimin hukukunun yetki tanıdığı ülke hukukunun olayın maddi çözümü bakımından kendini yetkili veya yetkisiz görmesinin bir önemi yoktur. Olayın maddi çözümü bu ülke hukukuna göre yapılacaktır. Maddi hukuk atfının kabul edildiği durumlarda milletlerarası karar ahengi tehlikeye atılmış olmaktadır[16]. Çünkü, hakimin hukukunun olayın maddi çözümü bakımından yetkili gördüğü ülke hukukunun yetkisini, hakimin hukukundan başka bir ülke hukuku, hatta kendi hukuku da hakimin hukukunun tanıdığı yetkiyi kabul etmeyebilir. Milletlerarası karar ahenginin sağlanması bakımından ise, uygulanacak maddi hukukun birden fazla ülke hukukunca yetkili görülmesi esası benimsenmektedir.

Alman hukukunda maddi hukuk atfı ile kanunlar ihtilâfı atfı arasındaki farklılık kanun koyucu tarafından tespit edilmiştir. Fakat kanun koyucu ne zaman maddi hukuk atfı ne zaman kanunlar ihtilâfı atfının olduğunu tespit etmemiştir. Kanunda yer alan hükme göre; maddi hukuka göndermenin, yetkili yabancı hukuk düzeninin milletlerarası özel hukuk kurallarının nazara alınmamasıyla, o hukuk düzeninin hukuk normlarını ifade ettiği kabul edilmiştir(Art. 3/1 c.2). Kanunda yer alan bu hükmün Alman hukuku açısından önemli bir açıklama olduğu kabul ediliyor. Çünkü, şayet bir maddi norm atfı söz konusu değilse kanunlar ihtilâfı atfı, dolayısıyla geri dönen ve devam eden atıf nazara alınacaktır. Alman

15 SCHWIMANN , s.28.
16 FIRSCHING/von HOFFMANN, s.219.

hukukunda borç ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilâfı haricinde maddi hukuk atfı istisnadır(Art. 4/2 ve 18/1-3).

İsviçre hukukunda ise, kanun koyucu esas itibarıyla kanunlar ihtilâfı atfını kabul etmemiş maddi hukuk atfını kabul etmiştir[17]. İsviçre kanun koyucusunun temel eğilimi maddi ilişki ile sıkı irtibat halinde olan ve yalnızca bu hukukun hesaba katılmak zorunda olduğu hukuk düzeninin yetkili kabul edilmesinin tarafların menfaatlerine uygun olduğu, komplike bir atıf mekanizmasının esas itibarıyla tarafların menfaatlerine uygun olmadığı yolundadır[18]. Bu düzenlemeye göre, yabancı hukukun uygulamaya gelmesi uygulayıcıya bağlıdır[19]. Başka bir ifade ile kanun koyucunun istediği durumlarda, yani 14. maddede belirttiği istisnai durumlarda sınırlı olarak atfın kabul edilmediğini görmekteyiz. İsviçre hukukunda Alman hukukundan farklı olarak atfın kabulü istisnai durumlarda söz konusudur.

Avrupa ekonomik topluluğu bünyesinde akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Roma sözleşmesinde atfa ilişkin olarak yer alan hükümde de akdi borç ilişkileri bakımından maddi hukuk atfı kabul edilmiştir. Kanunlar ihtilâfı atfının akdi borç ilişkileri alanında uygulanması arzu edilmemiş, dolayısıyla kanunlar ihtilâfı atfı da reddedilmiştir. Sözleşme âkit tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları hali ile taraflar arasında yetkili hukukun tespitine ilişkin olarak bir sözleşmenin yapılmamış olması arasında atıf kurallarının uygulanması bakımından farklılık yapmamış; her iki halde de yetkili hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanacağı kabul

---

17 Uygulanacak hukuk İsviçre hukukuna iade atfı veya yabancı bir hukuka devam eden atfı öngörüyorsa, bu kanunda öngörülen hallerde nazara alınacaktır. Şahsi veya ailevi durumla ilgili problemlerde İsviçre hukukuna geri atfa riayet edilmelidir (Art.14 IPRG.).

18 SCHNEYDER, A., K.; Das neue IPR-Gesetz, Zürich 1988, s. 29 vd.; HEINI, A.; IPRG. Kommentar, Zürich 1993, s.113 vd.

19 KROPHOLLER, J.; Internationales Privatrecht, 2.Aufl., Tübingen 1994, s.145.

edilmiştir. Başka bir deyişle, geri dönen atıf ve devam eden atıf akdi borç ilişkileri alanında hiç bir rol oynamayacaktır[20]. Akdi borç ilişkileri alanında bu şekilde geri dönen ve devam eden atfın kabul edilmemesi adaletlidir.

Kanunlar ihtilâfı atfından maksat, yetkili yabancı hukukun atıf kurallarının nazara alındığı ve yabancı milletlerarası özel hukuk kuralı geri dönen veya devam eden atıftan bahsetmiyorsa yalnız bu durumda yabancı maddi hukuk kurallarının nazara alındığı ve uygulandığı atfa kanunlar ihtilâfı atfı denilmektedir[21]. Kanunlar ihtilâfı atfında, hakimin hukukunun yetki tanıdığı ülkenin özel hukuk kuralları, milletlerarası özel hukuk kuralları da dahil olmak üzere bir bütün olarak kabul edilmektedir. Yetkili görülen bu yabancı ülke hukuku olayın maddi çözümü bakımından kendi iç hukuk kurallarını yetkili görebileceği, yani hakimin hukukunun tanıdığı yetkiyi kabul edebileceği gibi, olayın maddi çözümü bakımından kendini yetkili görmeyip yabancı bir ülke hukukunu da yetkili görebilir. Buradan da anlaşıldığı gibi, milletlerarası unsuru havi olay veya ilişkilere yabancı bir hukukun uygulanabilirliği bu yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının muvafakatine bağlıdır[22]. Geri dönen atfın kabul edilmesindeki amaç, hakimin kendi hukukunu uygulama arzusudur. Kanunlar ihtilâfı manasında atfın kabul edilmesinin pratikteki inkâr edilemeyecek önemi, lex forinin, açıkçası hakimin hukukunun uygulanmak istenmesidir[23]. Kanunlar ihtilâfı atfının kabul edilmesindeki asıl amaç, milletlerarası karar ahenginin sağlanması değildir.

---

20 GIULIANO, M./ LAGARDE, P.; Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhaeltnisse anzuwendende Recht, D.B.-10. Wahlperiode, Drucksache 10/503, s.69.

21 KELLER/SIEHR, s.464.

22 FIRSCHING/von HOFFMANN, s.220; KEGEL, s.283 vd.; KROPHOLLER, s.148 vd. Alman hukukunda kanun koyucu milletlerarası özel hukuk atfı lehine tavır koymuştur. (Art.4/I EGBGB.).

23 von BAR, s.535.

Milletlerarası karar ahengi kanunlar ihtilâfı atfında tali bir amaçtır. Çünkü, milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına, yalnızca bu şekilde açıkça maddi normlara geri dönen atfı kabul eden atıf hükümleri hizmet etmiyor.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda kanunlar ihtilâfı atfı prensip, maddi hukuk atfı istisnadır. Bu sebeple maddi hukuk atfı ya kanunda açıkça tespit edilmiş olmalı ya da atfı düzenleyen hükümden açıkça anlaşılmalıdır[24].

B) Farazi Atıf-Gizli Atıf

Farazi atıf olarak ifade edilen hal, hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan ülke hukukunda o konunun usul hukukundan kabul edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Usul hukuku alanında hakimin hukukunun, lex forinin hakimiyeti kabul edildiği, yani usul hukukuna ilişkin bir hususun söz konusu olduğu durumlarda hakimin kendi ülkesinin usul hukukunu uygulayacağı kabul edildiğinden, dolaylı olarak hakimin hukukunun yetki tanıdığı ülke hukuku yetkiyi hakimin hukukuna iade etmiş olacaktır. Burada, hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetki tanınan ülke hukuku, ihtilâfı maddi hukuk kapsamında görüp kendisine tanınan yetkiyi kabul etmemekte ve dolayısıyla hakimin hukukuna farazi bir atıf yapmaktadır[25].

Gizli atıf ihtilâfın maddi çözümünü yapacak olan hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili gördüğü yabancı ülke hukukunun, uyuşmazlık hakkında milletlerarası yetkisinin bulunması halinde, kendi maddi hukukunu uygulaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Hakimin hukukunun yetkili gördüğü yabancı ülke hukuku, olayda milletlerarası yetkiyi haiz olması halinde kendi hukukunu

---

24 von BAR, s.531; FIRSCHING/von HOFFMANN, s.219.
25 ÇELİKEL, MÖH, s.104.

uygulayacak ise, bu durum hakimin hukukuna gizli bir atfı da kapsamaktadır. Dolayısıyla, bu durumda for hakimi de ihtilâfın maddi çözümüne kendi iç maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır[26]. Bu atıf türü daha ziyade şahıs ve aile hukuku konularında görülmektedir. Şahıs ve aile hukuku alanlarında, ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunması halinde, ihtilâfın esasına uygulanacak hukuk bakımından da yetkinin gerçekleşmiş olacağı kabul edilmektedir.

Farazi atıf ve gizli atıf türleri hakimin kendi hukukunu uygulama arzusunun teorik bir yansıması olarak kabul edilmektedir[27].

C) Tek Dereceli Atıf-Çok Dereceli Atıf

Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetki tanınan ülke hukuku için üç değişik ihtimal söz konusu olabilir. ilk olarak kendisine tanınan yetkiyi kabul edebilir; bu halde ihtilâfın maddi çözümü bu hukuka göre yapılacaktır. Uyuşmazlığın maddi çözümü bakımından yabancı hukukun yetkilendirilmesine, yetki tanıma denilmektedir. Hakimin hukukunca yetki tanınan yabancı hukuk olayın maddi çözümü bakımından kendini yetkili görmeyebilir. Bu durumda yetkiyi ya kendisini yetkili gören ülke hukukuna iade edecektir ya da üçüncü bir ülke hukukunu yetkili görecektir. Bu halde, ilk durumda iade atıf veya tek dereceli atıf ikinci halde ise devam eden atıf veya iki dereceli atıf söz konusudur[28]. Her geri dönen atıf vakıası, uygulanması gereken maddi hukuku tespit eden ilk atfa muhalefet etmektedir.

---

26 KEGEL, s.806; ÇELİKEL, MÖH, s.104.

27 ÇELİKEL, MÖH, s.104.

28 SEVİĞ/SEVİĞ, s.389; BERKİ, s.61 vd.

III. Atfın Kabul Gerekçeleri

A) Yabancı Hukukun Uygulanma İradesi veya Hakimin Hukukunun Menfaatsizliği

Geri dönen veya devam eden atfın temelini hakimin hukukunun yetki tanıdığı ülke hukukunun olayın maddi çözümü bakımından uygulanma iradesinde aramak gerekir. Yabancı bir hukuk düzenine hakimin hukukunun (Türk hukuku) atfı bir icap (teklif) tır. Bunu kabul edebilir veya reddedebilir. Reddetmesi durumunda hakimin hukukunu veya üçüncü bir devletin hukukunu yetkili görebilir. Milletlerarası unsuru havi olay veya ilişkilerin maddi çözümü bakımından bir ülke hukukunun uygulanması, bu hukukun kendini olayın maddi çözümü bakımından yetkili görmemesi halinde bir mana ifade etmeyecektir. Bu düşünce tarzı günümüzde zaman zaman reddediliyor[29]. Bir hukuk düzeni hukuk normlarının genelinden meydana gelen soyut bir oluşumdur ve kendine özgü bir uygulanma iradesi vardır. Yabancı ülke mahkemelerinde uygulanması gündeme gelen normların, o devletin hukukunun menfaatine olup olmadığı şüpheli olabileceği gibi böyle bir değerlendirme önemsiz de olabilir. Milletlerarası özel hukuk, özel hukukun tamamında olduğu gibi, taraflar arasındaki adaletin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir[30]. Yabancı bir ülkenin egemenliği önünde eğilme söz konusu değildir. Aksine yabancı ülkenin egemenliğine dayanarak for hakimi tarafından ihtilâf bakımından uygun, adil bir karar verilmektedir. Örneğin, evlilik mal rejimleri statüsünü eşlerin müşterek milli hukuklarına tabi tuttuğumuzda, kendi yetki kurallarımız çerçevesinde bunun adil bir çözüm olup olmadığından ziyade kendi devletimize lütuf yapmak istemiş oluruz. Böyle bir olayda for hakimi, yabancı hukuku uygulayacaksa, bu yabancı hukuku kendi uygulanma iradesine binaen uygulayacaktır. İlkesel

---

29 MAESCH, s.294; KELLER/SIEHR, s.467.

30 von BAR, s.9.

hukuk düzeni böyle tespit etmişse ve yabancı hukukun kendisi uygulanma iradesine sahip değilse, for hakimi yabancı hukuk uygulanıp uygulanmamak hususunda bir karara varmak zorundadır. Yabancı hukuka yapılan her atıf, ülkesel hukuk düzeninin bu şekilde gerçek bir menfaatsizliği olarak görülemez: Bir defa, ülkesel hukukun uygulanmasından vazgeçilirse, yabancı hukuk düzenlerinden biri veya diğerinin uygulanacak olup olmaması, elbette netice itibarıyla yabancı hukukun uygulanması prensip itibarıyla ülkesel menfaatlerin noktayı nazarından önemli değildir[31]. Somut bir olayı düzenleyen ve yabancı hukuka atıf yapan çok taraflı bir kanunlar ihtilâfı kuralı daha ziyade kendi hukukunun uygulanmasından açık bir vazgeçme olarak anlaşılmamalı, aksine bu hukukun uygulanması hakimin hukuku açısından uygun bir çözüm olduğundan bilinçli bir kararın neticesi olarak anlaşılmalıdır.

B) Milletlerarası Karar Ahengi

Günümüzde geri dönen ve devam eden atıf lehine ileri sürülen en büyük gerekçelerden birisi milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet etmesidir[32]. Hangi ülke hakimi atıf yapan hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarını nazara alacaksa, bu hukuk düzeninin geçerli olduğu ülkenin hakimi gibi karar vermelidir. Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetki verilen hukuk düzeni kendisi geri dönen veya devam eden atfı kabul etmiyorsa, bu hakimi farklı bir sonuca götürür[33]. Karar uyumsuzluğu bu gibi olaylarda azalmaz, tersine yalnızca ertelenmiş olur. Geri dönen atıf olmaksızın ülkesel hakim yabancı hukuku, yabancı hakim ülkesel hukuku uyguluyor; geri dönen atıf ile ülkesel hakim

---

31 NEUHAUS, P.H.; Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976, s.269.

32 HELDRICH, A.; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 47. Aufl., München1988, s.2203; EGBGB Hükümet Tasarısı gerekçesi, Bt.-Drs.10/504, s.38.

33 FIRSCHING/HOFFMANN, s.223: MAESCH, s.296.

ülkesel hukuku yabancı hakimde yabancı hukuku değiştirmeye istinat ediyor.

Atfın nazara alınması hususunda temel sebep milletlerarası karar ahenginin sağlanması hususunda gösterilen çabalardır. Bu gerekçe atfı kabul eden bir hukuk düzenine yetki tanınmaktaysa doğrudur. Bu durumda hakim, ihtilâf konusu maddi ilişki hakkında, yabancı mahkeme bu maddi ilişkide nasıl karar verecek idi ise o şekilde karar verecektir. Hakimin hukukunun bakış açısına göre yetkili görülen ülke hukuku olayın maddi çözümü bakımından kendini değil de hakimin hukukunu yetkili görür ise, yani kendisine tanınan yetkiyi iade ederse ve atıf bu şekilde kırılırsa, bu bir maddi hukuk atfını ifade eder ki, böylece bu yabancı ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarına uyulmuş olur. Buna karşılık, yabancı ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları aşağı yukarı tam bir atfı emretmişse ve kendi düzenlemesine göre atıf zinciri kendi hukukuna geri atıfta kırılıyorsa, sonuç itibarıyla her ülke kendi maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır. Bu şekilde de milletlerarası karar ahenginin sağlanması mümkün olmayacaktır[34].

Geri dönen atıfta birden fazla hukuk düzeni atıfta farklı davranırsa bu durumda da milletlerarası karar ahengine ulaşılabilir. Buna karşılık, her devlet kendi MÖH kurallarınca yetkili görülen hukuk düzeninin maddi hükümlerine yetki tanıyacak olursa her defasında karşı tarafın hukuku uygulanabileceğinden bu tür olay gruplarında milletlerarası karar ahengine hiç bir zaman ulaşılmayabilir[35].

Geri dönen atıflarda atıf zinciri herhangi bir yerde kırılmak zorundadır. Milletlerarası alanda ilk yetki tanıyan ülkeye ikinci defa yetki tanınmasının ortaya çıktığı hukuk

---

34 FIRSCHING/von HOFFMANN, s.223.
35 KEGEL, s.144.

düzeninde, yani lex foride, atfın kırılması milletlerarası alanda kullanılabilir[36]. Bir mahkeme kendi hukukuna atıfta, atıf zincirini kırıyorsa bu hakimin kendi ülke hukukunu uygulaması amacıyla tamamen uyumlu olacaktır[37]. Başka bir anlatımla, yetkili mahkeme için güven duyulan lex forinin uygulanması uygundur. Çünkü, ihtilâf hakkında daha çabuk, büyük bir güven ile karar verilir ve yabancı maddi hukukun araştırılması için gerekli olan para ve zaman kaybından da tasarruf edilmiş olur. Kaldı ki, her yabancı hukukun uygulanması ile milletlerarası karar ahengine ulaşılmayabilir[38].

C) Hukukun Uygulanmasındaki Basitlik

Yabancı unsuru havi olay ve ilişkilerde geri dönen atıfta hakimin kendi hukukunu uygulama arzusunun bir tezahürü olduğu şüphesizdir. Bu arzunun tek mahzuru temel dayanağı basitliği ve daha iyi hukukun uygulanmasına hizmet etme düşüncesidir. Şayet, yabancı hukukun araştırılmasının ve genel olarak hiç bir ihtilâfta yabancı hukukun uygulanmasının öngörülmemesi optimizmine katılınırsa ülkesel hakimin kendi hukukunu yabancı hukuktan daha iyi ve daha süratli uygulanabileceği argumanına sempatisiz kalınacaktır. Fakat, Geri dönen atfa da bir kısmının yabancı hukukun neden olduğu unutulmamalıdır. Yabancı hukukun araştırılması ve uygulanması, uygulamada önemli zorlukları da beraberinde getirmektedir[39].

D) Güvenin Korunması

Atfın kabulü halinde, tarafların güveninin korunduğu ve

---

36 KEGEL, s.245.

37 NEUHAUS, s.27.

38 KELLER/SIEHR, s.467; KEGEL, s.287.

39 KELLER/SIEHR, s.468 vd.; KEGEL, s.288.

bu çözümün yalnızca "mantıklı, adil ve ucuz" olacağı savunulmaktadır[40]. Buna göre, taraflar belli bir ülkede o ülke hukukuna göre geçerli olarak kurmuş oldukları hukuki ilişkinin her yerde geçerli olmasını isterler. Örneğin, uzun yıllardan beri Türkiye'de oturmakta olan 19 yaşındaki bir İsviçre vatandaşı, Türkiye'de 20 yaşındaki bir Alman vatandaşı ile Almanya'da bulunan bir gayri menkul hakkında satış vadi sözleşmesi yapıyor. İsviçre vatandaşı akdin ifa edilmesini talep ediyor ve Alman vatandaşı akdin ehliyetsizlik sebebi ile geçersiz olduğunu iddia ediyor[41]. Âkit tarafların ehliyeti hususunda karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Alman[42] ve Avusturya[43] hukuklarında hak ve fiil ehliyeti, Türk hukukunda[44] olduğu gibi, kişinin milli hukukuna tâbi tutulmuşken, İsviçre hukukunda[45] hak ehliyeti İsviçre hukukuna, fiil ehliyeti ise ikametgâh yeri hukukuna tâbi tutulmaktadır. Örnek olayımızda İsviçre hukuku fiil ehliyeti hususunda ikametgâh hukukuna devam eden atfı kabul etmeseydi, yapılan işlem ZGB. m.14/1'in uygulanması itirazsız kabul edilecek ve işlem ehliyet açısından geçersiz olacaktı. Güvenin korunmasından amaç, hukuki işlemin taraflarının, kanuna karşı hile amacı olmaksızın, yabancı bir ülkede, orada geçerli hukuka göre, geçerli olarak kurmuş oldukları hukuki işlemin her yerde geçerli bir işlem olarak tanınmasıdır.

---

40 RAAPE, L.; Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1961, s.69.

41 İsviçre hukukuna göre, Rüşt, 20 yaşın ikmaliyle kazanılır(Art.14/1 ZGB.). Alman hukukuna göre ise, 18 yaşın ikmaliyle kazanılır(Art.2 BGB).

42 Art.7 EGBGB. "Bir kişinin hak ehliyeti ve fiil ehliyeti kişinin vatandaşı (ait) olduğu devletin hukukuna tâbidir".

43 Art.12 IPRG. " Bir kişinin hak ve fiil ehliyeti onun şahsi statüsüne göre karara bağlanır"; Art.9/1 abs.1 IPRG. "Bir gerçek kişinin şahsi statüsü vatandaşı olduğu devletin hukukuna tâbidir".

44 "Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tâbidir" MÖHUK.m.8/1.

45 Art.34/1 IPRG. "Hak ehliyeti İsviçre hukukuna tâbidir".; Art.35 IPRG. "Fiil ehliyeti ikametgâh hukukuna tâbidir. ikametgâhın değişmesi bir defa kazanılmış olan muamele ehliyetini etkilemez".

IV. Karşılaştırmalı Hukukta Atfın Düzenlenmesi

Son dönemde bir kısım hukuk sistemlerinde milletlerarası özel hukuk ile ilgili yapılan pozitif düzenlemelerde atıf hususunda farklı esasların kabul edildiği görülmektedir. Bu düzenlemelere bakıldığında, milletlerarası unsuru havi bütün olay ve ilişkiler bakımından kanunlar ihtilâfı manasında atfın kabul edilmediği görülmektedir. Bu pozitif düzenlemelerde atıf problemi ile ilgili üç farklı anlayışın kabul edildiği görülmektedir. Bir kısım hukuk düzenlerinde atıf tamamen reddedilmekte[46], bir kısmında esas itibarıyla kabul edilmekte[47], diğer bir kısmında ise ortalama bir yol izlenmektedir[48]. Burada, tespit edebildiğimiz kadarıyla yeni pozitif düzenlemeler hakkında ana hatları ile bilgi vermeye çalışacağız.

A) Alman Hukuku

Alman hukukunda kanunlar ihtilâfı manasında atıf, prensip olarak kabul edilmiştir. Başka bir devletin hukukuna yetki tanınan hallerde, bu, atfın manasına aykırı değilse, onun milletlerarası özel hukuk kurallarının da uygulanması gerektiği kabul edilmiştir (EGBGB. m.4/1-1). Bu düzenlemede, yalızca iade atfın değil aynı zamanda da devam eden atfın kabul edildiği görülmektedir. Ancak, kanunda yer alan "atfın manasına aykırılık" ifadenin ihtilâfları sona erdirmediği kabul

---

46 Anglo-Amerikan ve İskandinav ülkeleri; ayrıca İtalya, Kuveyt vb. Bkz. KELLER/ SIEHR, s.468 vd.

47 Art.4 EGBGB. "Başka bir devletin hukukuna gönderiliyorsa onun milletlerarası özel hukuku da uygulanır".

Art.5/1 IPRG (Avus.). "Yabancı bir hukuk düzenine atıf, onun atıf normlarını da kapsar".

48 Art.14/1 IPRG (ısv.). "Tatbik edilecek hukuk İsviçre hukukuna geri atfı veya yabancı bir hukuka devam eden atfı öngörüyorsa, bu kanunda öngörülmüş ise göndermeler nazara alınır".

edilmektedir[49]. Kanunda yer alan bu düzenleme çerçevesinde atfın burada kırılacağının kabul edildiği görülmektedir. Ancak, atfın bu şekilde kırılmasına bir istisna kabul edilmiştir. Üçüncü devletin hukuku olayın maddi çözümü bakımından Alam hukukunu yetkili görmekte ise, bu durumda Alman hukukuna yapılan iade atfın da nazara alınacağı kabul edilmiştir (EGBGB. m.4/1-2). Alman kanun koyucusu, prensip olarak atfın birinci derecede kırılacağını kabul etmiş olmasına rağmen, Alman hukukuna atıf yapılmakta ise, bir derece daha ileride atfın kırılmasını kabul etmiştir. Bu düzenleme, hakimin kendi ülke hukukunu uygulama arzusunun pozitif bir tezahürüdür.

Atfın manasına aykırılık teşkil edecek haller: ilk olarak hukuki ilişkinin taraflarına yetkili hukuku tespit edebilme imkanı tanınmış ve taraflarda yetkili hukuku tespit etmişler ise, bu durumda atfın nazara alınmayacağı kabul ediliyor (EGBGB. m.4/2). taraflara tanınan bu hukuk seçimi, seçilen hukukun maddi normları ile sınırlı olup, taraflar yabancı bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması düşüncesi ile seçim yapmayacakları kabul ediliyor. Böyle bir seçim, "atfın manasına" aykırılık teşkil edecektir[50]. ikinci olarak, akdi borç ilişkileri alanında atıf tamamen reddedilmektedir. Taraflar aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmak üzere yetkili hukuku seçmiş olmaları ile objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespit edilmesi arasında bir ayrım yapılmadan, atıf bir bütün olarak reddedilmiştir (EGBGB. m.35/I)[51].

---

49 Geniş bilgi için bkz. SCHRÖDER, J.; Vom Sinn der Verweisung im internationalen Schuldvertragsrecht, IPRax. 7. (1987) s.(90-92) 91.KROPHOLLER, s.153; KEGEL, s.293.

50 KEGEL, s.293.

51 Bir devletin bu alt başlığa göre uygulanması gereken hukukundan, bu ülkede geçerli olan maddi hukuk kuralları anlaşılmalıdır(Art. 35/I EGBGB.). Geniş bilgi için bkz. KEGEL, s.293; MARTINY, D.; Münchener Kommentar, Band.7,

B) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda atfa ilişkin olarak yer alan düzenlemede atfın istisnaî hallerde ve kanunda düzenlenmiş olması şartı ile kabul edildiği görülmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk kanunun yabancı hukuka atfı, bu hukuka göre maddi ilişkiye uygulanacak bütün hükümleri kapsar. Yabancı hukukun bir hükmünün uygulanabilirliği onun sırf kamu hukuku karakterinde olması sebebi dışlanamayacağı kabul edilmektedir (IPRG. m.13). Bu hüküm ile, İsviçre hukuku bakımından atfın esas itibarıyla yabancı hukukun hukuki ilişkiye uygulanabilecek bütün normlarını (kamu hukuku-özel hukuk) kapsadığı kabul edilmektedir. Yabancı hukuktan maksat, yabancı ülkede geçerli olan hukuktur. Hukuku uygulanması gündeme gelen devletin, Devletler Hukuku manasında tanınmış olup olmamasının bir önemi yoktur[52]. Atıf ile ilgili bu genel düzenlemeden sonra, iade atıf ve devam eden atıf hususunda; uygulanacak yabancı hukukun İsviçre hukukuna iade atfının veya yabancı bir hukuka devam eden atfının kanunda öngörülen hallerde nazara alınabileceği kabul edilmiştir (IPRG. m.14). Bu hükümden hareketle, İsviçre hukukunda prensip olarak maddi hukuk atfının kabul edildiği sonucuna varılmaktadır[53]. İsviçre hukukunda maddi hukuk atfının kabul edilmesinin nedeni, kanunda, hukuki ilişki veya olaylar hakkında yetkili hukuk tespit edilmiş olmasına rağmen, hukuki ilişki veya olay, başka bir ülke ile daha sıkı irtibat halinde bulunuyor ise, kanunda düzenlenmiş olan bağlama

---

2. Aufl., München1990, s.1827 vd.; KROPHOLLER, s.397; HELDRICH, s. 2322; SCHRÖDER, s.90 vd.

52 HEINI, s.104 vd.; SCHNEYDER, s.29 vd.

53 HEINI, s.113; STURM, F.; Die allgemeinen Grundsaetze im schweizerischen IPR-Gesetzentwurf Eine kritische Analyse, Beitraege zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Rudolf MOSER, Zürich 1987, s.(3-23)10 vd.

kuralları nazara alınmayacak, sıkı ilişkili ülke hukuku nazara alınacaktır (IPRG. m.15)[54]. Sıkı ilişkili yer hukuku esasından hareketle milletlerarası unsuru havi olay ve ilişkiler bakımından yetkili hukukun tespit edilmesi ile atıf mekanizmasının uyuşmayacağı kabul edilmektedir[55].

C) İtalyan Hukukunda

İtalyan hukukunda da, iade atfı ve devam eden atfı nazara almayan eski kanunun aksine yeni kanunda, kanunlar ihtilâfı atfı prensip olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, istisnai bazı durumlarda maddi hukuk atfının da kabul edildiği görülmektedir[56]. Özellikle, akdi borç ilişkileri alanında atıf Alman hukukunda olduğu gibi, Roma Anlaşmasının da etkisiyle tamamen reddedilmektedir.

D) Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda prensip olarak kanunlar ihtilâfı manasında atıf kabul edilmiştir. Ancak, kanunda açık olarak düzenlenmiş olan istisnai durumlarda maddi hukuk atfına da yer verilmiştir[57]. Daha açık bir ifade ile, Avusturya hukukunun yabancı bir hukuka yetki tanıdığı hallerde, bu hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarına da yetki tanıdığı kabul edilmektedir. Avusturya hukukunda devam eden atıf hususunda, belirli bir ülke hukuku ile sınırlama yapılmamış, atıf nerede kırılıyor ise, o ülkenin maddi hukuk kurallarının

---

54 Maddi ilişkinin bu kanuna göre (IPRG) yetkili görülen hukuk düzeni ile az, diğer bir hukuk düzeni ile daha sıkı irtibatı içinde olduğu şartların geneline göre açık ise, bu kanun istisnaen uygulanmaz. Bu hükmün hukuk seçimi varlığı halinde uygulama kabiliyetinin olmadığı da kabul edilmiştir (Art. 15 IPRG.).

55 HEINI, s.113; STURM, s.10.

56 KINDLER, P.; internationale Zustaendigkeit und andwendbares Recht im italianischen IPR-Gesetz vom 1995, RabelsZ, 61(1997) s.(227-284)253.

57 SCHWIMANN, s.28.

uygulanacağı kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile, yetkili görülen ülke hukuku, kendisinden önce yetkili görülmüş olan bir ülke hukukuna yetkiyi iade ettiğinde, atfın geri döndüğü yerde, atfın kırılacağı ve bu ülkenin maddi hukuk kurallarının olaya uygulanacağı kabul edilmektedir (IPRG. m.5/2)[58]. Avusturya hukukunda maddi hukuk atfı, şekil kurallarında ve Avusturya hukukunun doğrudan doğruya yetkili kılındığı hallerde kabul edilmektedir.

V. Türk MÖH'da Atıf

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun kabulünden önce yürürlükte olan 23 Şubat 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebaayi Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat'da atıf ile ilgili bir düzenleme yer almamaktaydı. Doktrinde ise, Devletler Özel Hukuku manasında atfı kabul eden yazarlar olduğu gibi, yetkili yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulanmasını savunan yazarlar da bulunuyordu[59]. Doktrinde atfı kabul edenler TTK. m.678/1 hükmüne dayanmaktaydılar. Bu hükme göre, "Bir kimsenin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyeti tâbi bulunduğu devletin kanunu ile tâyin olunur. Eğer bu kanun diğer bir memleketin kanununa atıfta bulunursa o kanun tatbik olunur". Bu hükümde Devletler Özel Hukuku manasında bir dereceli ve iki dereceli atfın kabul edildiği, dolayısıyla Türk hukukunda, hakimin hukukuna geri dönen ve yabancı bir hukuka devam eden atfın kabul edildiği görüşü hakim görüştü[60].

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında "Öntasarı"da atfın açık olarak reddedildiği görülmektedir.

---

58 Geniş bilgi için bkz. SCHWIMANN, s.28 vd.

59 Geniş bilgi için bkz. BERKİ, s.65 vd.; SEVİĞ/SEVİĞ, s.397 vd.; ULUOCAK, s.211 vd.; GÖĞER, s.73 vd.

60 GÖĞER, s.73; ULUOCAK, s.212; SEVİĞ, s.137 vd.

kuralları nazara alınm[illegible] aşlığını taşıyan 1. maddenin alınacaktır (IPRG. m[illegible] ıncı hukuk ilgili devletin iç hareketle millet[illegible] yer verilmişti. Öntasarıya bakımından yet[illegible] da bir kısım müelliflerce masının uyuşm[illegible] e atfın kabulünün doğru

C) İt[illegible]

İt[illegible] alan hükümden farklı almay[illegible] fı düzenleyen hükme atfı[illegible] kun kanunlar ihtilâfı d[illegible] u yetkili kılması halinde bu [illegible]leri uygulanır"(MÖHUK. m.2/3). Bu [illegible]da olsa kanunlar ihtilâfı manasında atfın [illegible]ildiği görülmektedir. Kanununda genel olarak atıf [illegible]abul edildikten sonra bu genel kurala hiç bir istisna getirilmemiştir. Dolayısıyla milletlerarası unsuru havi olmak şartıyla bütün olay ve ilişkiler bakımından atfın uygulanması benimsemiştir. Kanunda yer alan bu hükmün emredici nitelikte olmasının tabi bir sonucu olarak, hakim atfı nazara almak zorundadır. Başka bir ifade ile, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını da nazara alarak olayın esası bakımından yetkili maddi hukuku tespit etmek zorundadır[62]. Hakimin hukukunun yetkili gördüğü yabancı hukuk kuralları, kendi maddi hukuk kurallarını yetkili görebileceği gibi, olayın maddi çözümü bakımından başka bir ülke hukukunu (Türk hukuku veya üçüncü bir devletin hukuku) da yetkili görebilir. Yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir ülke hukukunu yetkili görmesi halinde, bu ülke hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları nazara alınmadan maddi hukuk kuralları olaya uygulanacak ve olay bu hukukun iç hukuk

---

61 UNAT, İ.; Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978, Tartışmalar, s.50; NOMER, Sempozyum, s.53.

62 ÇELİKEL, MÖH, s.111.

kuralları çerçevesinde maddi çözüme kavuşturulacaktır[63]. Kanunun kabul ettiği bu hükme göre atıf, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının yetki tanıdığı ülkede kırılmakta, bu ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları nazara alınmadan maddi hukuk kurallarının olaya uygulanmasıyla olay maddi çözüme kavuşturulacaktır. İçüncü ülke hukukunun yetkili kılınması halinde, bu ülke hukukunun olayın maddi çözümü bakımından kendini yetkili veya yetkisiz görmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Hatta, üçüncü ülke hukuku olayın maddi çözümü bakımından Türk hukukunu yetkili görse dahi, bu yetki kabul edilmeyecektir. Çünkü, Kanunda açık olarak atfın burada kesileceği kabul edilmektedir.

Doktrinde kanunda yer alan hükmün uygulama alanı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, MÖHUK m.2/3'de hiç bir sınırlama yapılmadan yabancı unsuru havi bütün hukuki ilişkiler bakımında atıf kabul edilmiştir[64].

Diğer bir görüşe göre ise, "Türk hukukunda renvoi'nın, kanunlar ihtilâfı kaidelerinin düzenlediği her konuda istisnasız uygulanması düşünülemez"[65]. Bu görüş, bir kısım hukuki olay veya ilişkiler bakımından atfın uygulanmayacağını kabul etmektedir.

Doktrinde, atfın konu itibarıyla sınırlanması gerektiği genel olarak kabul edilmesine rağmen, sınırlamanın kapsamında görüş ayrılıkları bulunmaktadır[66]. Biz Genel olarak doktrinde kabul edilen sınırlamaları ana hatları itibarıyla incelemeye çalışacağız.

---

63 ÇELİKEL, MÖH, s.111; NOMER, s.137.

64 ÇELİKEL, A.; Türk Milletlerarası Özel Hukuk'unda "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması, MHB. 2(1983) s.(1-4)1; ÇELİKEL, MÖH, s.111.

65 NOMER, s.138.

66 NOMER, s.138; ÇELİKEL, Atıf, s.3.

-Hukuki işlemlerde şekil (m.6) ve zamanaşımı ile ilgili kanunlar ihtilâfı kuralları atfın uygulama alanı dışında kalır. Çünkü, şekil ve zaman aşımı ile ilgili düzenlemeler de atıf gibi genel hükümler içinde yer almaktadırlar[67].

-Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflara hukuk seçimi serbestisi tanındığından, taraflar yetkili hukuku tespit etmişlerse atıf kuralları uygulanmaz. Taraflara kanun seçimi imkanı verilmiş olan hallerde (sözleşmeler) atfın uygulama alanı bulmaması ilişkinin niteliği gereğidir[68]. Çünkü, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen 24. maddede seçilen "hukuk"tan değil "kanun"dan bahsedilmektedir. Seçilen "kanun"dan bahsedilmesi, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının değil maddi hukuk kurallarının uygulanacağını ifade eder[69]. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, âkit taraflara yetkili hukuku tespit edebilme hususunda bir imkan, irade muhtariyeti tanındıktan sonra, tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin maddi normlarının uygulanması doğru olur. Çünkü, tarafların yetkili hukuku tespit etmeleri halinde onların beklentileri, aralarındaki akdi ilişkiye seçtikleri hukukun maddi kurallarının uygulanmasıdır[70].

Düzenleme şekli itibarıyla, yetkili yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasından hareket eden kanunlar ihtilâfı kuralları bakımından da atfın nazara alınmaması gereklidir. Örneğin, sıkı irtibata göre bağlama kuralının tespit edildiği hallerde (akdi borç ilişkileri (m.24/II) ve haksız fiillerde(m.25/III). Ayrıca, belirli bir hukuki sonucun elde edilmesini amaçlayan kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasında da atfın nazara alınmaması gereklidir.

---

67 NOMER, s.138.

68 ÇELİKEL, Atıf, s.3; TEKİNALP, G.; Akdî İlişkilere Uygulanacak Hukuk (MÖHUK. m.24) ve Zımnî Hukuk Seçimi, MHB. 5(1985) s.(28-31)30.

69 NOMER, s.138.

70 NOMER, s.138; ÇELİKEL, Atıf, s.3; TEKİNALP, Zımni Hukuk Seçimi, s.30.

Örneğin, nesebin düzeltilmesinde kanunlar ihtilâfı kurallarının gayesi çocuğun nesebinin düzelmesidir (m.16)[71].

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

MÖHUK. m.2/3'de "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır" hükmü yer almaktadır. Kanunda bu hükme hiçbir istisna kabul edilmemiştir. Dolayısıyla, kanunun lafzî yorumundan hareket edildiği takdirde, milletlerarası unsuru havi bütün olay ve ilişkiler bakımından atfın kabul edilmesi gerekecektir[72]. Oysa, karşılaştırmalı hukukta yer alan pozitif düzenlemelerde ve genel olarak doktrinde bir kısım olay ve ilişkiler bakımından atfın reddedildiği görülmektedir[73]. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda renvoi'nın uygulanmasına, kanunda açık olarak maddi hukuk atfının kabul edildiği haller haricinde[74] üç önemli istisnanın daha kabul edildiği görülmektedir[75]. Bunlar:

-Taraflara aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak yetkili hukuku tespit etme imkanının tanındığı hallerde atıf nazara alınmamaktadır.

-Milletlerarası unsuru havi borç ilişkilerinde objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespit edildiği durumlarda atfın nazara alınmadığı görülmektedir.

- Alternatif bağlama kurallarının kabul edildiği hallerde de atfın nazara alınmayacağı kabul edilmektedir.

Bir defa Türk hukukunda da maddi hukuk atfının kabul

---

71 NOMER, s.139.

72 ÇELİKEL, MÖH, s.111; ÇELİKEL, Atıf, s.1.

73 Bkz. Karşılaştırmalı Hukukunda Atıf

74 bkz. II/A Maddi Hukuk Atfı

75 KEGEL, s.239.

edildiği hallerde renvoi nazara alınmayacaktır. Türk hukukunda maddi hukuk atfının kabul edildiği haller;

-Türkiye'de bulunan taşınmaz terekeye Türk hukukunun uygulanmasını emreden MÖHUK. m.22/1-1 hükmü,

-Türkiye'de bulunan mirasçısız terekenin devlete kalacağına dair hüküm,

-Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekil yönünden malların bulunduğu yer hukukuna tabi olması,

-Zamanaşımını hukuki işlem veya ilişkinin esasına tabi tutan hükmünde maddi hukuk atfı olarak nitelendirilmesi ve renvoi'nın reddedilmesi uygun gözükmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta son zamanlarda yapılan pozitif düzenlemelerde doktrindeki görüşler doğrultusunda akdi borç ilişkileri alanında yetkili hukukun objektif bağlama kurallarına göre tespit edildiği hallerde de kanunlar ihtilâfı manasında atfın reddedilerek maddi hukuk atfının kabul edildiği görülmektedir. Objektif bağlama kuralların göre akit statüsünün tespit edildiği hallerde atfın nazara alınmamasının nedeni, objektif bağlama kurallarının tespitinde kabul edilen "sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama" esasının kabul edilmiş olmasıdır. Hakim somut olayın özelliklerini nazara alarak ihtilâfın sıkı irtibatlı olduğu hukuk düzenini tespit etmektedir. Sıkı irtibatlı hukuk düzeninin tespit edilmesinden sonra, bu ülke hukukunun değerlendirmesinin nazara alınması, sıkı irtibat esasına göre yetkili hukukun tespiti ile bağdaşmayacaktır[76]. Çünkü, "sıkı irtibat"ın tespiti ile akdi ilişki

---

76 Alman hukukunda milletlerarası unsuru havi borç ilişkileri alanında atfın nazara alınmayacağı açık olarak ifade edilmiştir. Buna göre, akdi borç ilişkileri alt başlığı altında uygulanacak ülke hukukundan maksat o ülkede geçerli olan maddi hukuk kurallarıdır(m.35/1). İsviçre hukukunda, ve iade

mümkün olduğunca lokalize edilmekte ve yetkili ülke hukuku buna göre tespit edilmektedir. Başka bir ifade ile, akdi borç ilişkileri alanında kabul edilmekte olan bağlama kurallarının esasını sıkı ilişkili yer hukuku teşkil etmektedir. Kanun koyucunun sıkı ilişkili yer hukukunu tespit ettiği durumlarda atfın kabul edilmesi, sıkı ilişkinin tespit edilememiş olması manasına gelecektir. MÖHUK. m.24'de sıkı ilişki esası akdi borç ilişkileri alanında, ifa yeri ve ağırlıklı edimin ifa yerinden sonra nazara alınmıştır. Kanunda yer alan sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası, karşılaştırmalı hukukun aksine sadece yardımcı bir kural olarak nazara alınmıştır[77]. Dolayısıyla, müşahhas olayın durumuna göre, ifa yerinin veya ağırlıklı edimin ifa yerinin anlamsız kaldığı hallerde yardımcı bir kural olarak nazara alınacağı kabul edilmektedir[78].

Türk hukukunda, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde de sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası kabul edilmiştir. Kanunda yer alan hükme göre, "Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanır"(MÖHUK. m.25/3). Bu hüküm dolayısıyla, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde yetkili hukuk sıkı irtibata göre tespit edilmiş ise, bu ülke hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları nazara alınmayacak, maddi hukuk kuralları olaya uygulanacaktır.

İrade muhtariyetinin tanındığı haller; Türk hukukunda, milletlerarası unsuru havi olay veya ilişkilerde taraflara, iki halde yetkili hukuku tespit edebilme imkanı tanınmıştır. İlki, sözleşmeden doğan borç ilişkileri (m.24/1), ikincisi ise,

---

atfın ve devam eden atfın yalnızca kanunda öngörülen hallerde nazara alınacağı kabul edilmiş olup (m.14), akdi borç ilişkileri alanında kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş, dolayısıyla akdi borç ilişkileri alanında atıf reddedilmiştir.

77 TEKİNAL, G.; Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB. 8(1988), s.(59-70)68.

78 TEKİNAL, Akdi Borç Statüsü, s.69.

sözleşmeden doğan borç ilişkileri kadar kapsamlı olmasa da evlilik mal rejimlerinde eşlere yetkili hukuku tespit edebilme imkanı tanınmıştır[79]. Kanunda yer alan hükme göre, "Evlilik malları hakkında eşler ikametgâh veya evlenme anındaki millî hukuklarından birini seçebilirler"(m.14/1-1). Eşlerin evlilik malları hakkında böyle bir seçim yapmış olmaları halinde de atıf kurallarının nazara alınmaması gerekir. Taraflara yetkili hukuku tespit edebilme imkanı verilmesinden sonra, normal olan, tarafların aralarındaki ilişki bakımından seçmiş oldukları hukukun maddi hükümlerinin olaya uygulanmasıdır. Dolayısıyla, her iki halde de, yani hem akdi borç ilişkileri alanında ve hem de evlilik mal rejimleri hakkında taraflar yetkili hukuku tespit etmişler ise, bu hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının nazara alınmadan maddi hukuk kurallarının olaya uygulanması gerekir.

Alternatif bağlama kuralının kabul edildiği hallerde de atfın nazara alınmaması gerekmektedir. Çünkü, alternatif bağlama kuralının kabul edilmesinin gerekçesi, belirli bir hukuki neticenin elde edilmesidir. Belli bir hukuki neticenin elde edilmesi gayesi ile konulmuş bağlama kurallarına göre tespit edilecek ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının, atfın nazara alınması beklenen gayeye ulaşmaya engel olabilir[80]. Türk hukukunda alternatif bağlama kuralları "nesebin düzeltilmesinde" kabul edilmiştir. Alternatif olarak düzenlenmiş bağlama noktalarına göre nesebin düzeltilmesi mümkün ise, artık atfın nazara alınmasının manası da kalmayacaktır. Çünkü, temel amaç olan çocuğun nesebinin düzeltilmesi bu hukuka göre mümkündür. Burada artık iade atfın veya devam eden atfın nazara alınmasının bir manası kalmayacaktır.

Kanunda atfı düzenleyen hüküm, atfın uygulanması

---

79 TEKİNALP, MÖH, s.143 vd.; ÇELİKEL, MÖH, s.200; NOMER, s.231.

80 NOMER, s.139.

bakımından hiç bir istisnaya yer vermemiştir. Ancak, yukarıda izah etmeye çalıştığımız gibi bazı olay ve ilişkiler bakımından atfın nazara alınması, Devletler Özel Hukuku adaletine ve taraf menfaatlerine uygun olmayabilecektir. Bu sebeple, kanunda yer alan hükmün bu istisnalar haricinde nazara alınması hem karşılaştırmalı hukuk ile paralelliği sağlayacak ve hem de atfın nazara alınmasındaki temel anlayışa uygun olacaktır.

İŞ HUKUKUNDA ÖZÜRLÜ İSTİHDAMI YÖNTEMLERİ

Dr. M. Fatih UŞAN(*) (**)

GİRİŞ

İş Hukukunda özürlülerin istihdamı ile ilgili olarak belli başlı iki sistem karşımıza çıkar. Bunlardan ilki, özürlü çalıştırma yükümü yöntemi, (kota rejimi -compulsory quota-)dır. Diğeri ise, son yıllarda uygulama alanı bulan ve özürlülere yönelik ayrımcı davranışları bertaraf etmeyi hedefleyen "ayrımcılığı önlemeye yönelik kanunlaştırma hareketleri" bir başka ifadeyle, "ayrımcılığı önlemeye yönelik mevzuatın oluşturulması" (anti discrimination legislation) yöntemidir.

Tarihi süreç içerisinde öncelikle uygulanan yöntem, kota rejimidir. Kota rejiminin benimsendiği ülkelerde genellikle aynı zamanda belirli meslek alanları yalnızca özürlülere tahsis edilmiştir. Belirlenmiş iş-istihdam (designated employment, reserved occupations) adı verilen yöntem, ayrımcılığı önlemeye yönelik mevzuatın kabul edildiği ülkelerde görülmemektedir. Sözkonusu yöntem, daha çok özürlü çalıştırma yükümünün benimsendiği ülkelerde uygulama alanı bulur. Bununla birlikte tüm özürlü çalıştırma yükümlülüğünün uygulandığı ülkelerde de bu yönteme rastlanılmamaktadır.

Özürlü istihdamında söz konusu iki ana-temel sistemin yanında her iki tür yöntemle birlikte uygulanabilen diğer bir istihdam türü de korumalı istihdam (sheltered employment)

---

* S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** 1-2.12.1997 tarihinde Ankarada, Altı Nokta Körler Derneği, Çalışma ve Sosyal güvenlik Bakanlığı Sosyal Güvenlik Kuruluşları Genel Müdürlüğü, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü ve H.Ü. Sosyal Hizmetler Yüksek Okulu Müdürlüğünce düzenlenen "Görme Özürlülerin Sosyal Güvenlik ve İstihdam Sorunları Sempozyumuna" sunulan tebliğdir.

yöntemidir. Korumalı istihdam yöntemi seçilmiş iş-istihdam yönteminden farklı olarak ayrımcılığı önlemeye yönelik kanunlaştırma hareketlerinin görüldüğü ülkelerde de uygulanabilir.

İşte tebliğimizde İş Hukukunda özürlü istihdamında kabul edilen ve uygulanan bu sistemleri ayrı başlıklar altında ele alıp incelemeye çalışacağız. Bu arada sözkonusu yöntemleri benimseyen bazı ülke uygulamalarına da çok genel hatlarıyla yer vermeye çalışacağız.

I. ÖZÜRLÜ ÇALIŞTIRMA YÜKÜMÜ YÖNTEMİ

A) GENEL OLARAK

Belirli sayıda özürlü istihdam edilmesini zorunlu kılan çalıştırma yükümü (kota rejimi), özürlülerin istihdam ilişkisi içerisinde pozitif anlamda korunmalarına yönelik ilk düzenlemedir[1]. Bu anlamda kota rejimi, sosyal adalet duygusunun da bir sonucu olarak işverenlerin üzerinde kanuni bir zorlama ile verilmiş bulunan bir moral yükümlülüktür[2].

Birinci dünya savaşından sonra, bir kısım Avrupa Ülkesi savaştan etkilenen kimseler için özel düzenlemeler yapmıştır[3]. Bu düzenlemelerin başında kota rejimi gelir.

Özürlü çalıştırma yükümü, Ocak 1919'da ilk kez Almanya'da uygulanmıştır[4]. Almanya'dan sonra, 1920 yılında Avusturya, 1921 yılında İtalya ve Polonya, 1923 yılında da Fransa özürlü işçiler için kota öngörmüştür[5]. Şunu belirtmekte

---

1 POVALL/SMITH, s.61.
2 WADDINGTON, s.234.
3 Bkz. BOLDERSON, s.169; STRAW, s.48; WADDINGTON, s.220.
4 WADDINGTON, s.229; BOLDERSON, s.172; KETTLE, s.8.
5 BOLDERSON, s.172; KETTLE, s.8.

yarar vardır ki, kota sistemi Avrupa'da özürlülerin istihdamını sağlamaya yönelik temel sistemdir[6].

Sözkonusu uygulamanın en başarılı örneği Alman uygulamasıdır[7]. Bunun yanı sıra, Almanya ve Fransa'da kota yöntemi, İtalya, İspanya ve yürürlükte olduğu dönemde İngiltere gibi diğer ülkelerden daha etkili bir biçimde uygulanmaktadır[8].

Kota rejiminde iki sistem görülmektedir. Bunlardan ilki doğrudan doğruya kota rejimi (straightforward quota) dir. 1995 yılından önce İngiltere'de uygulanmış olup, İtalya İspanya gibi birçok ülke tarafından yaygın olarak benimsenmektedir. Diğeri ise, kotaya uyulmasa da onun bedelini ödemeyi (levy-grant) öngören, Almanya, Fransa ve Avusturya'da uygulanan sistemdir[9]. Doğrudan doğruya kota sisteminde, işverenler kanunun tanımladığı anlamda özürlüyü çalıştırmak durumundadırlar. Bir başka ifadeyle, özürlü çalıştırma yükümlülüğünün kapsamı içerisinde yer alan işverenler, yine kanunda tanımı yapılan ve nitelikleri belirtilen özürlü kimseleri belirli oranda istihdam etmek durumundadırlar.

Diğer sistemde ise, işveren özürlü istihdam etmek istemezse bunun bedelini (karşılığını) ödemekle yükümlü kılınmıştır. Bir başka ifadeyle, burada işverene bir seçim hakkı tanınmıştır. Dilerse özürlü istihdam edebilir, dilerse de böyle bir özürlü istihdam etmek yerine belirlenmiş olan miktarı özürlülerin istihdamı için oluşturulmuş özel bir fona ödemek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Ancak şunu belirtmekte yarar vardır ki, sözkonusu yöntemi benimseyen Alman uygulaması ile Fransız uygulamasında farklılıklar da görülmektedir. Almanya'da işveren dilerse özürlü istihdam

---

6 WADDINGTON, s.236.
7 RADAR, s.15.
8 EIRR., Prt One, s.16.
9 WADDINGTON, s.234.

etmek, dilerse de karşılığını ödemek haklarına sahipken, Fransa'da işverenin alternatif imkanları daha fazladır. Bir başka ifadeyle, Fransa'da, özürlü çalıştırmak istemeyen işveren, bunun belirlenen karşılığını ödemenin yanında, Almanya'dan farklı olarak korumalı işyerleri ile anlaşma veya sözleşme yaparak da kota yükümlülüğünü yerine getirebilir.

Yine, benimsenen sisteme göre, kotanın ihlalinde de yaptırım farklı olabilmektedir. Birinci sistemi benimseyen ülkelerde, İtalya ve İspanyada olduğu gibi, kotanın ihlali, para cezası ve/veya hapis cezasını gerektirmektedir. Buna karşılık diğer sistemde, karşılığın ödenmesi sözkonusudur[10].

Birçok özürlü kimse, ayrımcılığı önleyen bir çevre sağlandığı zaman, açık iş pazarında özürlü olmayan kimselerle yarışabilir. Fakat azınlıkta kalan bir grup, kota rejiminin yardımına ihtiyaç duyabilir. Kota sisteminde, sağlanan korumadan yararlanabilmek için kişinin bir otorite tarafından tanımlanması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, kota rejiminden yararlanabilecek olanların niteliklerinin tesbit edilmesi gereklidir. Sözkonusu tanımlama, özürlü kimsenin noksanlığından kaynaklanan fonksiyonel dezavantaj ve sınırlamaları içermelidir. Ayrıca bu kimselerin idari açıdan da tanımı yapılmalı, örneğin tescil edilmelidirler[11].

Kota rejimi uygulamasında özürlü tanımlamasında dezavantaj durumu veya kapasite düşüklüğü belirlenirken bir kısım ülkelerde "önemli biçimde sınırlama" veya "önemli biçimde maluliyet" gibi teknik terimler kullanılmaktadır. Örneğin 1995 tarihli Kanundan önce uygulanan İngiliz kota sistemi bunu benimsemiştir. Buna karşılık bir kısım ülkelerde de, Almanya gibi, çalışma kapasitesinin düşüklüğüne yol açan

---

10 WADDINGTON, s.245.
11 WADDINGTON, s.236.

orana işaret edilmektedir[12]. Ülkemizde de ikinci yol benimsenmiş, kişinin belirli oranda kapasite kaybına uğraması aranmıştır.

Değişik ülke uygulamalarında özürlü çalıştırma yükümü özel ve/veya kamu kesimi işverenlerini kapsamaktadır. İlgili mevzuatta hangi tür işverenlerin özürlü çalıştırma yükümlülüğünün konusuna girdikleri ve sözkonusu haktan yararlanabilecek olan özürlülerin nitelikleri ayrıca belirtilmektedir.

B) ÖZÜRLÜ ÇALIŞTIRMA YÜKÜMÜ YÖNTEMİNİ UYGULAYAN BAZI ÜLKELERDEN ÖRNEKLER

Almanya, daha önce de belirttiğimiz gibi, özürlü çalıştırma yükümü yöntemini (kota rejimi) en başarılı biçimde uygulayan ülkelerden birisidir. Alman Ağır Özürlüler Kanununa (Schwer-behindertengesetz -SchwbG-) göre, en az on altı işçi çalıştıran işverenler % 6 oranında ağır özürlüyü istihdam etmek zorundadırlar (SchwbG.m.5/(1))[13]. Kanunun uygulanması açısından kamu ve özel sektör işverenleri bir sayılmıştır[14].

Yine Kanuna göre, bir kimsenin ağır özürlü sayılabilmesi için, özürlülük oranının (derecesinin) en az % 50 olması gerekmektedir (SchwbG.m.1)[15]. Ayrıca, Kanuna göre, bir kimsenin özürlülük oranı % 50'nin altında olsa bile, bu kimsenin özürlülük oranının en azından % 30 olması ve

---

12 WADDINGTON, s.243.

13 DOYLE, Disability, s.67; WADDINGTON, s.230; CRAMER, s.36; COUNCIL OF EUROPE, s.178; LUNT/THORTON, s.143 ve 151; BARNES, s.95; FLOYD/NORTH, s.108; KETTLE, s.17; COOPER/VERNON, s.65; EIRR., Part Two, s.22; THE LAW SOCIETY, s.31; JUNG, s.34.

14 WADDINGTON, s.230; CRAMER,s.31; DOYLE, Disability, s.67.

15 DOYLE, Disability, s.67.WADDINGTON, s.230; LUNT/THORTON. s.145; JUNG, s.24; KETTLE, s.15; CRAMER,s.35; WEISS, s.280.

kendisinin özrü nedeniyle uygun bir iş bulmada zorluk çekmesi veya çalıştığı işini sürdürebilme imkanının bulunmaması durumunda, Yerel İstihdam (İş) Dairesine başvurarak, bu dairenin kabulüyle ağır özürlülerle aynı haklara sahip olabilmesi mümkündür[16].

Bunun yanısıra kişinin özürlülüğü süreklilik arzetmelidir. Sözkonusu anlamda, özür durumunun en azından altı ay sürmesi gereklidir (SchwbG.m.3)[17]. Bu şekilde özürlü kimse, yerel bakım dairesine (versorgungant) başvurarak kendisine "özürlülük belgesi (sertifikası)" (ausweiss) verilmesini ister[18]. Yapılan inceleme neticesinde kişinin sözkonusu şartları taşıdığı anlaşılırsa, kendisine bu belge verilir (SchwbG.m.4)[19]. Bu şekilde kaydedilen (tescil edilen) kimse, Kanunun koruyucu hükümlerinden yararlanabilir[20]. Alman Hukukunda sicile tescil kişinin ihtiyarına bırakılmıştır[21]. Ancak, özel korumadan yararlanabilmek için kayıt gereklidir. Örneğin, ilave izin hakkından, ulaşım indiriminden yararlanabilmek için tescil zorunludur[22].

Alman Hukukunda özürlü istihdamında üzerinde durulması gereken en önemli husus, % 6'lık oranın belirlenmesinde bazı nitelikleri taşıyan özürlü kimselerin birden fazla olarak kabul edilmesidir. Bir başka ifadeyle, Kanun bazı durumlarda, bir kişi çalışmakla birlikte, durumun özelliği gereği onun boşluğu doldurmada daha fazla sayılmasına imkan

---

16 DOYLE Disability, s.67; WADDINGTON, s.230; LUNT/THORTON. s.150; WEISS, s.281; SCHAUB, s.1479.

17 DOYLE Disability, s.67; KETTLE, s.16; SCHAUB, s.1479.

18 KETTLE, s.16.

19 LUNT/THORTON. s.150.

20 DOYLE Disability, s.67; LUNT/THORTON. s.151.

21 FLOYD/NORTH, s.108.

22 WADDINGTON, s.231.

tanımıştır. Gerçekten Kanun m.10/(1)'e göre, istihdam dairesi, çalıştırılan özürlü kişinin iş çevresine entegre olmasının özel zorluk gösterdiği durumlarda çalıştırılan bir ağır özürlü işçiyi daha fazla, fakat maksimum üç kişi olarak kabul edebilir. Bir başka ifadeyle istihdam dairesinin kararına göre, bir ağır özürlü işçi hesaplamada, üç kişi olarak dikkate alınabilir[23]. Örneğin görme özürlü bir kimse iki kişi olarak kabul edilmiştir[24].

Almanya'da, özürlüler için mevzuat içerisinde özel koruyucu düzenlemeler de getirilmiştir. Bunlar, işverenlerin özürlü işçilerine daha fazla ihtimam göstermeleri, işyerinde en az beş ağır özürlünün bulunduğu yerlerde ağır özürlü temsilcisinin bulundurulması, ilave beş gün yıllık ücretli izin hakkının tanınması (sözkonusu izin süresi işyerindeki çalışma gün sayısına bağlıdır, örneğin haftada altı gün çalışılıyorsa izin süresi de altı gündür), özürlü kimsenin fazla çalışmayı reddedebilme hakkı gibi[25]. Bu arada kayıtlı ağır özürlülerin sözleşmelerinin sona erdirilmesinde de özel koruyucu düzenleme vardır[26]. Özürlüler, ciddi bir şekilde sözleşmeyi feshetme durumu gözönünde bulundurularak işten çıkarılmalıdır[27]. Örneğin uygun bir ortamın olmaması fesih için gerekçe olabilir[28]. Ayrıca işyerinde altı aydan beri çalışan kişinin[29] işten çıkarılmadan önce Ana Gözetim Yerinin onayı

---

23 LUNT/THORNTON, s.152; WEISS, s.281; SCHAUB, s.1485.

24 LUNT/THORNTON, s.152.

25 Bu konuda geniş bilgi için bkz. UŞAN, s. 108 vd.

26 FLOYD/NORTH, s.110; WADDINGTON, s.230; EIRR., Employment, s.18; EIRR., Part Two, s.22; COOPER/VERNON, s.65; LUNT/THORNTON, s.151; KETTLE, s.16; CRAMER, s.40; COUNCIL OF EUROPE, s.178; JUNG, s.34; WEISS, s.282.

27 Bkz. CRAMER, s.40.

28 DOYLE, Disability, s.68.

29 CRAMER, s.39; LUNT/THORNTON, s.151.

(izni) alınmalıdır (SchwbG.m.15)[30]. Burada idare hukuku anlamında izin verilebilir bir fesih yasağı sözkonusudur[31]. Böyle bir izin alınmadan yapılan fesih hükümsüzdür[32].

Özürlü istihdam eden işverenlere yönelik olarak da önemli biçimde finansal katkı sözkonusudur[33]. Yine, kota rejiminin üstünde özürlü çalıştıran işverenlere bir kez olmak üzere özürlü işçilerine yönelik projeleri desteklemek üzere de finansal yardım yapılabilir[34].

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Alman Hukukunda işverenler ağır özürlü istihdam etme hususunda herhangi bir zorlama ile karşılaşmazlar[35]. Özürlü istihdam etmek istemeyen işverenler, her boşluk için zorunlu olarak bir miktar para ödemekle yükümlü kılınmışlardır[36]. Ancak bu kanuni bir ceza değildir. Burada katkıların (contribution equalisation)[37], paraların eşitlenmesi (equalisation levy) vardır[38]. Bir nevi telafi etmeye yarayan vergi (compensatory tax) sözkonusudur[39]. Bu nedenle Alman Hukukundaki bu uygulamaya telafi etmeye (eşitlemeye) yarayan zorla para toplama sistemi (levy-grant, compensatory levy sistem) adı verilmektedir[40]. Sözkonusu

---

30 EIRR., Part One, s.16; FLOYD/NORTH, s.110; EIRR., Part Two, s.22; THE LAW SOCIETY, s.26; DOYLE, Disability, s.68; LUNT/THORNTON, s.151; CRAMER, s.39; WEISS, s.173.

31 CRAMER, s.39.

32 GRES/JUNG, s.78.

33 Geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.86 vd.

34 FLOYD/NORTH, s.109; LUNT/THORNTON, s.152; WADDINGTON, s.230.

35 FLOYD/NORTH, s.108; CRAMER, s.38; WADDINGTON, s.230.

36 WADDINGTON, s.230; LUNT/THORNTON, s.145 ve 152; EIRR., Part One, s.16; WEISS, s.281; JUNG, s.34; COUNCIL OF EUROPE, s.178; BARNES, s.95; SCHAUB, s.1486.

37 KETTLE, s.17.

38 FLOYD/NORTH, s.108.

39 WEISS, s.281.

40 LUNT/THORNTON, s.152; DOYLE, Disability, s.62; COUNCIL OF EUROPE, s.178; WADDINGTON, s.175.

miktar, tüm Almanya çapında 3 Aralık 1990'dan itibaren her boşluk için aylık 200 DM.dır[41]. Toplanan bu paralar, yine ağır özürlülerin çalışma hayatına intibaklarının sağlanması amacıyla kullanılır[42].

İşverenlerin özürlü istihdam etmemeleri ve karşılık da ödememeleri durumunda, bir başka ifadeyle, bu yükümlülüğün ciddi şekilde ihlal edildiği, yani, kusurlu bir biçimde yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda 5.000 DM.'a kadar varan para cezasına çarptırılabilmeleri mümkündür (SchwbG.m.68)[43].

Fransa da, kota rejimini başarı ile uygulayan ülkelerden birisidir. 1987 tarihli Kanuna göre, en az yirmi işçi çalıştıran işverenler % 6 oranında özürlü işçi çalıştırmak durumundadırlar[44]. Ayrıca çalıştırılan işçilerin full-time veya part-time çalıştırılmaları açısından herhangi bir fark yoktur[45]. Kota rejimi, özel ve kamu işverenlerini kapsamına alır[46].

Çalıştırma yükümünün kapsamına giren özürlü, İş Kodu L.323-10'a göre, fiziksel veya zihinsel yeteneklerinin eksilmesi veya yetersizliği nedeniyle normal bir istihdamda işe giriş veya iş ilişkisini sürdürme ihtimalinin (şansının) önemli derecede sınırlandığı kimsedir[47].

---

41 DOYLE, Disability, s.67; WADDINGTON, s.230; LUNT/THORNTON, s.152; CRAMER, s.37; FLOYD/NORTH, s.108; EIRR., Part Two, s.22.

42 WADDINGTON, s.230; DOYLE, Disability, s.67; POVALL, s.100; WEISS 281; LUNT/THORNTON, s.152; EIRR., Employment, s.16; EIRR., Part Two, s.22; BARNES, s.95.

43 DOYLE, Disability, s.67; JUNG, s.36. Bkz. COOPER/VERNON, s.65.

44 LUNT/THORNTON, s.122; BARNES, s.95; DOYLE, Disability, s.66; LYON-CAEN, s.127; THE LAW SOCIETY, s.33; COOPER/VERNON, s.64.

45 DOYLE, Disability, s.67; LUNT/THORNTON, s.127.

46 COOPER/VERNON, s.64; THE LAW SOCIETY, s.34; DOYLE, Disability, s.66; LUNT/THORNTON, s.127.

47 LUNT/THORNTON, s.124; DOYLE, Disability, s.66 dn.54; EIRR., Part One, s.15; THE LAW SOCIETY, s.23; COUNCIL OF EUROPE, s.131.

Bir kişinin özürlü olup olmadığı konusunda Mesleki Rehberlik ve İşe Yeniden Alıştırma Teknik Komitesi (COTOREP) sorumludur[48]. Komite, ilk iş olarak iş için özürlülüğü ölçer ve kişiyi bu özürlülük durumuna göre, A,B, veya C kategorilerine koyar. Örneğin görme özürlü veya ciddi şekilde görme bozukluğu olan şahıs C kategorisindedir. Bu sınıflandırmadan sonra, kişiye Komite tarafından rehberlik veya eğitim sağlanır, istihdama veya korumalı işe yerleştirilir[49]. Sicile kayıtla ilgili işlemleri de bu Komite yapar. Kişinin istihdamla ilgili haklardan yararlanabilmesi için sicile kaydedilmesi gereklidir[50].

Fransız Hukukunda da, Almanyadaki gibi, % 6'lık oranın belirlenmesinde bazı nitelikleri taşıyan özürlüler birden fazla olarak kabul edilirler. Örneğin C kategorisindeki bir görme özürlü 2.5 kişi olarak işlem görür[51]. Ayrıca, bazı meslek alanlarında özel ve yarı resmi sektörde özürlü istihdamına istisna getirilmiştir. Bir başka ifadeyle özel sektör ve yarı resmi sektörde belirlenmiş olan bazı mesleklerde sözkonusu çalıştırma yükümlülüğü uygulanmayacaktır. Bu işler özel bir yeteneğin gerektirdiği işlerdir. Örneğin, şoförler, gemi kaptanları, inşaat işinde çalışanlar, pilotlar istisna içinde yer alırlar[52].

Fransada Alman Hukukundan farklı olarak işverenlerin özürlü istihdamında sözkonusu yükümlülüğü değişik biçimlerde yerine getirebilmelerine imkan tanınmıştır[53].

---

48 LYON-CAEN, s.127; LUNT/THORNTON, s.122; COUNCIL OF EUROPE, s.131.

49 LUNT/THORNTON, s.125.

50 EIRR., Employment, s.18.

51 Bu konuda geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.96.

52 Sözkonusu işlerle ilgili geniş bilgi için bkz. LUNT/THORNTON, s.127.

53 DOYLE, Disability, s.66; EIRR., Part One, s.16; EIRR., Part Two, s.22; COOPER/VERNON, s.64.

Önce, özel sektör işverenleri ve yarı resmi kuruluşlar (kamu kuruluşları hariç) istihdam hakkındaki sorumluluklarını işverenler ile işçi teşekküllerinin özürlü işçilerin firma veya şirket içerisinde entegre olması amacıyla anlaşmaya vararak yerine getirebilirler. Bu uzlaşma, şu dört plandan en az ikisini içermek durumundadır. İşveren, toplu iş sözleşmeleri yolu ile, özürlü kişilerle ilgili olarak normal iş çevresinde iş için yetenekli olan işçileri işe alma, onların mesleki eğitim ve entegrasyonunu sağlama, teknolojik değişikliklere karşı adaptasyonlarını gerçekleştirme veya işçi sayısının azaltılmasında (tenkisat) veya işten çıkarmalarında onları muhafaza etme konularında koruma amaçlı planlar öngörebilir (L.323-8-1)[54]. Ancak bu tür anlaşmaların idari bir otoritenin onayından sonra uygulamaya konulabilmesi mümkündür[55]. Bu idari otorite, Özürlü İşçiler Yönetim Komitesi veya Mesleki Rehberlik ve İşe Yeniden Alıştırma Teknik Komitesidir (L.323-8-1/son).

İkinci olarak, kamu ve özel sektör işverenleri korumalı işyerleri, özürlülerin istihdamı için yardımda bulunan kuruluşlar ile onların istihdamına yönelik veya evlerinde çalışabilmeleri için beslenme, servis ve atölye kurma edimleri verme hususunda sözleşmeler de yapabilirler[56]. Ancak, işveren bu şekilde sözleşme yapmak suretiyle, kısmen yasal çalıştırma yükümünden kurtulabilir. Bu da sorumluluğun % 50 oranında hafiflemesidir. Bir başka ifadeyle, bağışık tutulma hali, tesbit edilmiş yasal oranın % 50'sini aşamaz[57].

Üçüncüsü de, kota sisteminin dışında kalmak isteyen bir işveren, yıllık olarak her bir işçi için belirli bir miktar para

---

54 DOYLE, Disability, s.66; LUNT/THORNTON, s.127; LYON-CAEN, s.127.

55 LUNT/THORNTON, s.127.

56 DOYLE, Disability, s.66; EIRR., Part One, s.16; EIRR., Part Two, s.22; LUNT/THORNTON, s.127; LYON-CAEN, s.127.

57 LUNT/THORNTON, s.127.

ödeyerek de sorumluluktan kurtulabilir (L.323-8-2)[58]. Dolayısıyla özürlü çalıştırmak istemeyen bir işveren tüm işçileri için gerekli olan katkıyı ödeyerek sorumluluktan tamamen kurtulabileceği gibi, belirli bir sayının üstünde özürlü çalıştırmak istemezse, sözkonusu işçilere tekabül eden katkıyı ödeyerek de sorumluluktan kurtulabilir[59]. Bir başka ifadeyle katkı ödemek suretiyle işveren sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulabilir.

Katkının (karşılık) miktarı ise, normal bir işçi için geçerli asgari saat ücretin belirli bir katı kadardır. Sözkonusu katkı, "Özürlü İşçilerin Mesleki Entegrasyonları İçin Geliştirilmiş Fon"a (AGEFIPH) ödenir[60]. Ancak, ödenecek miktar, bir işçi için her halükarda asgari kanuni saat ücretinin (SMIC, salaire minimum interprofessionnel de croissance) 500 katını geçemez (L.323-8-2/2). Burada çalıştırılan işçi sayısına göre dereceli bir sistem benimsenmiştir[61]. Şunu belirtmekte yarar vardır ki, ödenmesi gereken bu miktar, çalıştırılması gereken her bir özürlü işçi içindir.

Fransada da, Almanyada olduğu gibi özürlü istihdam eden işverenlere yönelik önemli miktarlarda Devlet yardımı sözkonusudur[62].

Özürlü çalıştırma yükümlülüğünü ihlal eden işveren, her bir boş kota için gönüllü kota katkısının (karşılık miktarı) %25'i

---

58 LYON-CAEN, s.127; EIRR., Employment, s.18; EIRR., Part One, s.16; LUNT/THORNTON, s.127.

59 LUNT/THORNTON, s.127.

60 DOYLE, Disability, s.66; EIRR., Part One, s.16; LUNT/THORNTON, s.127.

61 Çalıştırılan işçi sayısına göre, 20-199 işçi çalıştıran işverenler 300 x asgari saat ücreti, 200-479 işçi çalıştıran işverenler 400 x asgari saat ücreti, 750'den fazla işçi çalıştıran işverenler ise, asgari saat ücretinin 500 ile çarpımından elde edilecek miktarı Fona ödemek durumundadırlar Bkz. LUNT/THORNTON, s.128.

62 Genis bilgi icin bkz. USAN, s.127 vd.

üzerinde bir miktarı ödemek durumundadır (L.323-8-6)[63].

Böylece, Fransa'da getirilen bu sistemle, özürlü istihdamında karşılaşılan problemler, kişiler arasında bir ortaklık sağlanarak, işverenin isteğine bağlı biçimde, özürlü çalıştırma, karşılığını ödeme veya ceza ile önlenmeye çalışılmaktadır[64].

Avusturya Hukukunda da Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi, kota rejimini yerine getirmeyen işverenler katkı ödemekle (compensatory levy) (Ausgleichstaxe) yükümlü kılınmışlardır[65]. Avusturya'da da en az yirmi beş işçi çalıştıran işveren % 4 oranında özürlü istihdam etmek zorundadır.

II. ÖZÜRLÜ AYRIMCILIĞINI ÖNLEMEYE YÖNELİK KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ YÖNTEMİ

A) GENEL OLARAK

Ayrımcılığı önlemeye yönelik kanunlaştırma hareketlerinin temel amacı, özürlülere karşı eşit muamele edilmesidir. Burada eşitlik, kişilere eşit muamele yapılmasını gerektirir. Buna karşılık, eşit olmayan kimselere karşı da onların yetersizliklerini gidermeye yönelik muamele edilmelidir[66]. Özürlülerin istihdamı anlamında eşitlik, onların fırsat eşitliğinden yararlandırılmasını amaçlar. Fırsat eşitliği de, kişilerin yarışmaya başlamadan önce, doğal veya sosyal şartlardan kaynaklanan her tür avantaj veya dezavantajlarından elimine edilmesidir ki, böylece herkes yarışa aynı noktadan başlayabilir. Bununla birlikte,

---

63 DOYLE, Disability, s.66; LUNT/THORNTON, s.128.

64 EIRR., Employment, s.18.

65 COUNCIL OF EUROPE, s.163; EIRR., Part Two, s.21; EIRR., Part One, s.16.

66 WADDINGTON, s.60.

özürlülüğün değişken ve sürekli tabiatından kaynaklanan durumu nedeniyle rekabet ortamında fırsat eşitliği sağlanırken, ilave yardımlara da ihtiyaç vardır. Bu da olumlu eylemlerle (affirmative action), hem özürlü istihdam eden işverenlerin desteklenmesi, hem de çalışan özürlülere yönelik koruyucu düzenlemelerle olur[67].

Günümüzde dünyadaki son gelişmeler Amerika Birleşik Devletlerinin böyle bir kanuni düzenleme yapmasından sonra örnek alınarak adapte edilmeye başlanmıştır. Bu anlamda, Avustralya ve Japonyada sözkonusu düzenlemeler yapılmıştır. Çok yakın zaman içerisinde de Hong Kong'ta benzer bir düzenleme yapılmak üzeredir. Kanada ise, zaten böyle bir düzenlemeyi daha önceden yürürlüğe koymuştur[68]. Bu arada İngiltere de Amerikan modelini benimseyerek çok yakın bir tarihte kota rejiminden ayrımcılığı önlemeye yönelik mevzuat yöntemi rejimine geçmiştir. İngiltere'nin, bu sistemi uygulayan Amerika ve Kanadadan farkı, diğerlerinde daha önce, özürlü çalıştırma yükümüne ilişkin bir kota rejiminin benimsenmemiş olmasıdır.

Kota rejiminde aslında iş için uygun olmayan kimselerin işe yerleştirilmesi sözkonusu olabilir. Yine, toplum içinde kota uygulaması neticesi, özürlü kişilerin yeteneklerinden ötürü değil de, dezavantajları nedeniyle istihdam ilişkisi içerisinde yer aldıkları yönünde bir kanaat de oluşabilir[69].

Kota sistemi, özürlülerin işyerinde istihdamını sağlarken onların düşük statüdeki işlerde, düşük ücretle kuralaltı (under-employment) çalıştırılmalarını engellemektedir. Bu nedenle, özürlülerin istihdamıyla ilgilenen bir çok kişi, kota sisteminin

---

67 WADDINGTON, s.61-63.
68 WADDINGTON, s.183.
69 POVALL/SMITH, s.71.

istihdamda anti-ayrımcı kanunlarla desteklenmesi gerektiği görüşündedir[70].

B) ÖZÜRLÜ AYRIMCILIĞINI ÖNLEMEYE YÖNELİK KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ YÖNTEMİNİ UYGULAYAN BAZI ÜLKELERDEN ÖRNEKLER

Amerika Birleşik Devletleri özürlü ayrımcılığına ilişkin Amerikan Özürlüler Kanunu 1990 (Americans With Disabilites Act -ADA-) ile dünyada başarılı ve geniş anlamda ilk kanuni düzenlemeyi yapan ülkelerden biridir[71]. Aynı zamanda, Amerikan Özürlüler Kanununun, dünyada özürlülere tanınan haklar bakımından en kapsamlı Kanun olduğu da söylenebilir[72].

26 Temmuz 1994'den itibaren on beş veya daha fazla işçi çalıştıran işverenler Kanunun kapsamı içerisinde yer alırlar[73]. Kanun kamu ve özel kesim işverenlerini kapsama almıştır[74]. Kanunun ayrımcı davranışlardan koruduğu sınıfta yer alan özürlü ise, temel yaşam aktivitelerinin birinin veya daha fazlasının fiziksel veya zihinsel bir noksanlık nedeniyle sınırlandığı kişi veya böyle bir noksanlığı nedeniyle kaydolmuş kişi, yani geçmiş hayatında başından bir özürlülük geçmiş olan ve artık özürlülüğü kalmamış bulunan kişiyi ya da toplum içerisinde başkalarının davranışlarıyla böyle bir noksanlığı var olarak algılanan kimseyi ifade eder[75].

---

70 WADDINGTON, s.237-8.

71 Bkz. BYNOE/OLIVER/BARNES, s.17; THE LAW SOCIETY, s.12; WADDIGTON, s.54.

72 Bkz. WADDINGTON, s.54; RADAR, s.16.

73 DOYLE, Disability, s.92-93; WADDINGTON, s.143; LUNT/THONTON, s.168; THE LAW SOCIETY, s.12; SCOTT, s.8; DICKSON/WHITE, s.196; GOODING, Disabling, s.60; BYNOE/OLIVER/BARNES, s.34; COOPER/VERNON, s.73; FRAM, s.307; MELLO, s.163; SNYDER, s.101.

74 COOPER/VERNON, s.73; SCOTT, Lessons, s.8; KRUGEL, s.413; MELLO, s.166.

75 Geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.19 ve dn.104-108 deki eserler.

Ayrımcı davranışlara karşı korumadan yararlanabilmek için, Kanun anlamında özürlü olan kimsenin işi yapabilme açısından ehil (yetenekli) (otherwise qualified) olması gereklidir (ADA. m.101/(8))[76]. Bir başka ifadeyle sözkonusu kişi işin temel fonksiyonlarını (essential functions) yapabilmelidir (ADA. m.101/ (8))[77]. Kanunda bir tanımlaması yapılmasa da [78], bir iş için gerekli olan temel fonksiyonlar, bu işin yapılması için gerekli olan fonksiyonlardır[79]. Bir başka ifadeyle, kişi, iş için gerekli olan yetenek, tecrübe, eğitim gibi hususlara sahip olmalıdır[80] [81]. Buna göre, kişi özürlü olmasına karşın, iş için gerekli olan temel fonksiyonları yapabilme kapasitesine sahip ise, korumadan yararlanabilir. Ancak, kişinin özrü onun işi tatminkar bir biçimde yapabilmesini engelliyorsa, bu takdirde o, Amerikan Özürlüler Kanununun korumasından yararlanamaz[82] [83].

---

76 DICKSON/WHITE, s.196; DOYLE, Disability, s.96; WADDINGTON, s.161.

77 Chiari v. City Of League City Davasında, bir kişi inşaat denetleyicisi olarak istihdam edilmişken parkinson hastalığı nedeniyle işten çıkarılmıştır. Mahkeme bu feshi haklı bulmuştur. Zira, hastalık nedeniyle kişi binada çalışırken dengesini kaybedebilmektedir. Bkz. DICKSON/WHİTE, s.196.

78 GOODING, Disabling, s.72.

79 WADDINGTON, s.163; DOYLE, Disability, s.201;SNYDER, s.103; KRUGEL, s.413; LUNT/THONTON, s.169.

80 WADDINGTON, s.161; FRAM, s.311; SNYDER, s.103-104.

81 Örneğin işverenin kalp rahatsızlığı bulunan kimseyi araba parkı görevlisi olarak işe almaktan kaçınması, sözkonusu kişinin, işin esaslı fonksiyonlarını yerine getirmede ehil olmaması nedeniyle haklı bulunmuştur. Zira iş için başvuran kimse günde bir milden fazla yürüyememekte iken, işyerinde yüz elli bin araç bulunmakta ve uzun mesafeleri katetmek gerekmektedir. Bkz. DOYLE, Disability, s.202 dn.27.

82 MELLO, s.165.

83 Amerikan Özürlüler Kanunu, görme özürlü bir kimseyi telefon satıcısı olarak bir iş ararken koruyabilir. Ancak, garson olarak koruyamaz. Yine tekerlekli sandalye kullanan kimse, ayrımcı davranışlardan muhasebeci veya otel idarecisi olarak korunabilirken, itfaiyeci olmak istemesi halinde koruma sözkonusu olamaz. Bkz. SNYDER, s.102.

ADA.m.102 istihdam alanında özürlülere yönelik olarak ayrımcı davranışları düzenlemiştir. Buna göre, istihdam alanında özrü ile birlikte iş için yetenekli (kalifiye) olan bir özürlüye karşı, işe giriş prosedürü, istihdamı, terfisi, işten çıkarılması, ücret vb. katkılarda, mesleki eğitim alanlarında ve istihdamla ilgili diğer şart ve ayrıcalıklarda özürlülük temeline dayalı ayrımcı muamelede bulunulması yasaklanmıştır[84].

Amerikan Hukukunda, işveren iş için başvuran kimselerden en iyi olanı ile sözleşme yapma hakkına sahiptir. Fakat işe başvuran iki kişiden her biri de eşit olmakla birlikte, işverenin özürlü kişi için uygun ortamı sağlaması durumunda, bu kişinin iş için esaslı fonksiyonları yerine getirebilip getiremeyeceğini gözönüne almaksızın onu iş ilişkisinden reddetmesi ayrımcılıktır[85]. Böylece iş için esaslı fonksiyonları yerine getirmede ehliyetli olma açıından eğer gerekiyorsa, işverenin de uygun bir ortamı (reasonable accommadation) sağlaması gereklidir (ADA. m.101/ (9))[86]. Bir başka ifadeyle, kanunkoyucu işverenler için özürlülerin işe uygunluklarının tesbitinde uygun ortamı sağlama yükümlülüğü getirmiştir. İşverenin sözkonusu yükümlülüğünü yerine getirmemesi de ayrımcı bir davranıştır[87].

Uygun ortamın sağlanmasından maksat, iş için gerekli olan hususların özürlü işçilerin kullanımına elverişli hale getirilmesi, gerekirse işin yeniden yapılandırılması, part-time veya iş programlarında değişiklik (hafiflik) yapılması, kullanılan ekipman veya aletlerin değiştirilmesi veya

---

84 WADDINGTON, s.167; DOYLE, Disability, s.97; KRUGEL, s.413; FRAM, s.307; MELLO, s.162-163; THE LAW SOCIETY, s.13; EIRR., Part One, s.17.

85 THE LAW SOCIETY, s.14.

86 WADDINGTON, s.164; LUNT/THORNTON, s.166; FRAM, s.311; DOYLE, Disability, s.88; BYNOE/OLIVER/BARNES, s.35; MELLO, s.164; SNYDER, s.106; KRUGEL, s.413; FOLEY, s.214; DICKSON/WHITE, s.196; GOODING, Disabling, s.74; RADAR, s.16; EIRR., Part One, s.17.

87 WADDINGTON, s.168.

okuyucuların veya tercümanların sağlanması gibi tedbirlerin alınmasıdır[88]. Aslında sözkonusu durumların bir çoğu iş çevresinde basit ayarlamalarla ve çok düşük maliyetlerle yerine getirilebilir[89]. İşverenin uygun ortamı sağlama yükümlülüğü başarıya ulaşabilecek durumlarda sözkonusudur. Yoksa, işin tabiatına uymayan tedbirlerin alınması istenemez[90].

İşverenler; Kanun tarafından tüm hallerde özürlü işçi için uygun ortamı sağlamakla yükümlü tutulmamışlardır[91]. İşverenin de uygun ortamı hazırlaması için aşırı meşakkate (undue hardship) uğraması durumunda, sözkonusu yükümlülükten kurtulma imkanı vardır (ADA.m.101/(10))[92]. Bir başka ifadeyle, özürlü istihdamı açısından işverenin uygun ortamı sağlamada başarısız olması durumunda sorumluluktan kurtulabilmesi için bu tedbirlerin aşırı bir meşakkate yol açtığını ispat etmesi gereklidir[93]. Buna göre, sözkonusu tedbirleri almak önemli derecede zorluk getirmekte veya aşırı maliyete neden olmaktaysa aşırı meşakkat vardır[94]. Eşit İstihdam Fırsatları Komisyonuna (Equal Employment Opportunities Commission) göre, her olayda geçerli olmamakla birlikte, işverenin yapması gereken düzenleme, onun yıllık

---

88 WADDINGTON, s.164; LUNT/THORNTON, s.166; FRAM, s.311; DOYLE, Disability, s.88-89; BYNOE/OLIVER/BARNES, s.35; MELLO, s.164; SNYDER, s.106; KRUGEL, s.413; THE LAW SOCIETY, s.14.

89 SCOTT, Lessons, s.8-9; FOLEY, s.216.

90 Örneğin bir gece klubü sahibinden görme problemi olan garson için klüpteki aydınlatma ortamını artırması beklenemez. Bkz. COOPER/VERNON, s.73 dn.54.

91 WADDINGTON, s.170; DOYLE, Disability, s.100; LUNT/THORNTON, s.168.

92 DICKSON/WHITE, s.196; WADDINGTON, s.169; LUNT/THORNTON, s.168; MELLO, s.166; KRUGEL, s.413; SNYDER, s.107; EIRR., Part One, s.17; COOPER/VERNON, s.73.

93 BYNOE/OLIVER/BARNES, s.35.

94 GOODING, Disabling, s.74; FRAM, s.312; KRUGEL, s.419; THE LAW SOCIETY, s.14; LUNT/THORNTON, s.169; WADDINGTON, s.170.

gelirinin % 10'undan fazla bir maliyet getirmekteyse bu, aşırı meşakkat sayılabilir[95].

Ayrıca işveren, özürlü kimsenin durumunun, kendisi veya diğer işçilerin sağlık ve güvenliğini riske attığını ispat ederek de sorumluluktan kurtulabilir[96]. Bir başka ifadeyle, işveren özürlü kimse için uygun ortamı sağlasa da onun durumundan kaynaklanan nedenlerden ötürü diğer işçilerin sağlık ve güvenliklerini riske atmanın önüne geçemiyorsa sorumluluktan kurtulur[97].

İşverenlerin uygun ortamı sağlamak için gerekli olan ekonomik ve diğer ihtiyaçları çeşitli şekillerde, örneğin vergi indirimi, maddi ve teknik yardım gibi devlet veya ilgili kuruluşlar tarafından karşılanabilmektedir[98].

Ayrımcı bir davranışın ortaya konması durumunda 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu (Civil Rights Act) Başlık VII hükümleri çerçevesinde ayrımcılığa uğrayan şahıs, Eşit İstihdam Fırsatları Komisyonuna başvurabilir[99]. Başvurunun ayrımcı davranışta bulunulmasından itibaren yüz seksen gün içerisinde yapılması gereklidir. Komisyon, öncelikle özürlülükle ilgili tüm durumları araştırır. Sonra, ayrımcı bir davranışta bulunulduğuna karar verirse resmi olmayan yollardan tarafları ikna ve uzlaştırmaya çalışır. Bu teşebbüsün başarılı olmaması durumunda olayı yetkili mahkemeye götürür.

Mahkeme ayrımcı bir davranışta bulunulduğuna karar verirse bu davranışın ortadan kaldırılması için olumlu eylem

---

95 THE LAW SOCIETY, s.15; DICKSON/WHITE, s.197.

96 GOODING, Disabling, s.73; THE LAW SOCIETY, s.16; DICKSON/WHITE, s.197; FRAM, s.310; BYNOE/OLIVER/BARNES, s.35.

97 THE LAW SOCIETY, s.15.

98 Bkz. KRUGEL, s.419; SCOTT, Lessons, s.8; LUNT/THORNTON, s.171; COOPER/VERNON, s.73. Ayrıca bkz. LUNT/THORNTON, s.171.

99 SCOTT, Lessons, s.13; LUNT/THORNTON, s.170; THE LAW SOCIETY, s.16; DICKSON/WHITE, s.197.

okuyucuların vey[illegible] ...una göre, kişinin yeniden işe alınmasıdır[88]. ...na da karar verilebilir[101]. çevresinde basi[illegible] ...i de sözkonusudur[102]. getirilebilir[89] ...önelik kanunlaştırma başarıya ul[illegible] ...ilitere'de daha önce tabiatına v[illegible] ...rejimi uygulanmıştır[103]. ...arısızlığı nedeniyle özürlü ...ıştır[104].

uygun

İşver ...Kanunu (Disability Discrimination Act (un ... kişilere yönelik ayrımcı davranışlara son yü ...emektedir[105]. Kanunun arkasında yatan F ...ının durumuna bakarak, özürlülüğün istihdam ...ngel teşkil etmediğidir. Ancak kişinin özürlülüğü işi ...ılmesine gerçekten ve önemli bir biçimde engel olmamalı ...e işverenden de bu durumun üstesinden makul bir biçimde gelmesi beklenebilmelidir[106]. Özürlüler, özürleri yüzünden diğer kişilerle aynı istihdam seçeneklerinin kendilerine tanınmadığını bilmektedirler. Özürlü Ayrımcılığı Kanunu, iş için en iyi kişiyi istihdam etmeyi önlememektedir. Onun amacı, adil bir biçimde davranıldığı takdirde özürlü bir kişinin de iş için en iyi kimse olabileceğini sağlamaktır[107].

---

100 Bkz. DICKSON/WHITE, s.197-198; LUNT/THORNTON, s.170.

101 LUNT/THORNTON, s.170.

102 THE LAW SOCIETY, s.16.

103 Yürürlükten kaldırılan İngiliz kota rejimiyle ilgili bilgi için bkz. UŞAN, s.164 vd.

104 İngiliz Hukukunda özürlü ayrımcılığını önlemeye yönelik mevzuatın kabul edilme nedeni, kota rejiminin başarısızlığının yanında, toplum içerisine özürlülerin bu yöntemle daha etkili ve ucuz biçimde intibaklarının sağlanabilecek olduğu, özürlülere yönelik önyargı ve bariyerlerin daha rahat bir şekilde ortadan kaldırılabileceği yönündeki düşüncelerdir. İngiliz hukukunda kota rejiminin başarısızlık nedenleri hakkında bkz. PITT, s.50; FOLEY, s.199.

105 SELWYN, s.146; DfEE., s.3.

106 DfEE., s.3.

107 DfEE., s.4.

2 Aralık 1996 tarihinden itibaren yirmi veya daha fazla işçi istihdam eden işverenler Kanunun kapsamı içerisindedirler[108]. İşçilerin full-time veya part time çalıştırılmasının önemi yoktur[109]. Kanun anlamında özürlü kimse, normal günlük aktiviteleri yerine getirme yeteneğini esaslı bir tarzda ve uzun süreli olumsuz olarak etkileyen fiziksel veya zihinsel bir noksanlığa sahip olan kişidir (m.1). Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda olduğu gibi, burada da geçmiş dönemde geçirilen özür durumları ve başkalarının kişiyi özürlü olarak algılaması durumunda da ayrımcı davranışlara yönelik olarak koruma mevcuttur[110].

Kanun anlamında işverenin özürlü kişinin bu durumuna bağlı olarak özürlü olmayan bir kimseye nazaran aleyhte (daha az olumlu muamelede) bulunduğu her halde ayrımcılık vardır. Yalnız işveren sözkonusu davranışının haklılığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Kanunkoyucu, işverenlere yönelik özürlülerin istihdam alanında karşılaştıkları dezavantajları gidermek amacıyla uygun ayarlamaları yapma görevini de yüklemiştir. Yine işveren sözkonusu ayarlamaları yaparken bunun aşırı meşakkate neden olacağı veya alınacak önlemlerin imkansız olması gibi gerekçeleri ileri sürerek sözkonusu görevi yerine getirememenin haklılığını ispatlayabilir[111].

Kişinin ayrımcı bir davranışla karşılaşması durumunda bunu ispat etmesi gerekir[112]. Bu şekilde ayrımcı bir davranışla karşılaşan bir kimse iş mahkemesine başvurabileceği gibi, böyle yargılama prosedürünü takip etmeden Tavsiye, Uzlaştırma ve Tahkim Kuruluna (Advisory, Conciliation And Arbitration Service -ACAS-) başvurarak yardım da talep edebilir

---

108 DfEE., s.5; MfDP., Guide, s.5; MfDP., Employment, s.9.

109 UPEX/SHRUBSALL, s.213; MfDP., Employment, s.9; GOODING, Discrimination, s.27.

110 Geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.22 vd.

111 Bu konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.173 vd.

112 DOYLE, New Law, s.50; BOURN/WHITMORE, s.253.

yapma yönünde karar verir[100]. Buna göre, kişinin yeniden işe yerleştirilmesine veya işe alınmasına da karar verilebilir[101]. Ayrıca ortaya çıkan zararların tazmini de sözkonusudur[102].

İngiltere de, ayrımcılığı önlemeye yönelik kanunlaştırma hareketleri yöntemini benimsemiştir. İngiltere'de daha önce özürlülerin istihdamı konusunda kota rejimi uygulanmıştır[103]. Ancak sözkonusu yöntemin başarısızlığı nedeniyle özürlü istihdamında yöntem değiştirilmiştir[104].

Özürlü Ayrımcılığı Kanunu (Disability Discrimination Act -DDA- 1995), özürlü kişilere yönelik ayrımcı davranışlara son vermeyi hedeflemektedir[105]. Kanunun arkasında yatan düşünce, kişinin durumuna bakarak, özürlülüğün istihdam için bir engel teşkil etmediğidir. Ancak kişinin özürlülüğü işi yapabilmesine gerçekten ve önemli bir biçimde engel olmamalı ve işverenden de bu durumun üstesinden makul bir biçimde gelmesi beklenebilmelidir[106]. Özürlüler, özürleri yüzünden diğer kişilerle aynı istihdam seçeneklerinin kendilerine tanınmadığını bilmektedirler. Özürlü Ayrımcılığı Kanunu, iş için en iyi kişiyi istihdam etmeyi önlememektedir. Onun amacı, adil bir biçimde davranıldığı takdirde özürlü bir kişinin de iş için en iyi kimse olabileceğini sağlamaktır[107].

---

100 Bkz. DICKSON/WHITE, s.197-198; LUNT/THORNTON, s.170.

101 LUNT/THORNTON, s.170.

102 THE LAW SOCIETY, s.16.

103 Yürürlükten kaldırılan İngiliz kota rejimiyle ilgili bilgi için bkz. UŞAN, s.164 vd.

104 İngiliz Hukukunda özürlü ayrımcılığını önlemeye yönelik mevzuatın kabul edilme nedeni, kota rejiminin başarısızlığının yanında, toplum içerisine özürlülerin bu yöntemle daha etkili ve ucuz biçimde intibaklarının sağlanabilecek olduğu, özürlülere yönelik önyargı ve bariyerlerin daha rahat bir şekilde ortadan kaldırılabileceği yönündeki düşüncelerdir. İngiliz hukukunda kota rejiminin başarısızlık nedenleri hakkında bkz. PITT, s.50; FOLEY, s.199.

105 SELWYN, s.146; DfEE., s.3.

106 DfEE., s.3.

107 DfEE., s.4.

2 Aralık 1996 tarihinden itibaren yirmi veya daha fazla işçi istihdam eden işverenler Kanunun kapsamı içerisindedirler[108]. İşçilerin full-time veya part time çalıştırılmasının önemi yoktur[109]. Kanun anlamında özürlü kimse, normal günlük aktiviteleri yerine getirme yeteneğini esaslı bir tarzda ve uzun süreli olumsuz olarak etkileyen fiziksel veya zihinsel bir noksanlığa sahip olan kişidir (m.1). Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda olduğu gibi, burada da geçmiş dönemde geçirilen özür durumları ve başkalarının kişiyi özürlü olarak algılaması durumunda da ayrımcı davranışlara yönelik olarak koruma mevcuttur[110].

Kanun anlamında işverenin özürlü kişinin bu durumuna bağlı olarak özürlü olmayan bir kimseye nazaran aleyhte (daha az olumlu muamelede) bulunduğu her halde ayrımcılık vardır. Yalnız işveren sözkonusu davranışının haklılığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Kanunkoyucu, işverenlere yönelik özürlülerin istihdam alanında karşılaştıkları dezavantajları gidermek amacıyla uygun ayarlamaları yapma görevini de yüklemiştir. Yine işveren sözkonusu ayarlamaları yaparken bunun aşırı meşakkate neden olacağı veya alınacak önlemlerin imkansız olması gibi gerekçeleri ileri sürerek sözkonusu görevi yerine getirememenin haklılığını ispatlayabilir[111].

Kişinin ayrımcı bir davranışla karşılaşması durumunda bunu ispat etmesi gerekir[112]. Bu şekilde ayrımcı bir davranışla karşılaşan bir kimse iş mahkemesine başvurabileceği gibi, böyle yargılama prosedürünü takip etmeden Tavsiye, Uzlaştırma ve Tahkim Kuruluna (Advisory, Conciliation And Arbitration Service -ACAS-) başvurarak yardım da talep edebilir

---

108 DfEE., s.5; MfDP., Guide, s.5; MfDP., Employment, s.9.

109 UPEX/SHRUBSALL, s.213; MfDP., Employment, s.9; GOODING, Discrimination, s.27.

110 Geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.22 vd.

111 Bu konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.173 vd.

112 DOYLE, New Law, s.50; BOURN/WHITMORE, s.253.

(DDA.m.9)[113]. ACAS., iki tarafın görüşünü alarak yargılama yapılmadan sorunu çözebilir[114]. Tarafların ACAS.'ın yardımıyla anlaşmaları halinde, iş mahkemesindeki yargılama prosedürü kesilir[115]. Sözkonusu kuruldan bir netice elde edilmezse, yetkili iş mahkemesine başvurulmak gerekir[116]. Bunun için eylemin yapıldığı tarihten itibaren kural olarak üç ay içinde başvuruda bulunmak gereklidir (DDA.m.8, Sch. 3 m.3)[117]. İş mahkemesi kişinin şikayetini haklı bulursa üç türlü karar verebilir (DDA.m.8/(2))[118]. Mahkeme, şikayet konusu olan ve ayrımcılık yapılan hakları ilan (making declaration) edebilir[119]. İlanın amacı doğrudan işverenin belirli eylemleri yapmasının sağlanmasından daha ziyade durumun ortaya konması anlamındadır[120]. Bununla birlikte, ihlal edilen hakların ilanı, işvereni, şikayet eden kimseye yönelik olarak olumlu tedbirler almaya sevkeder. Örneğin, ilan neticesi kişi istihdam ilişkisine alınabilir veya yeniden işe yerleştirilebilir[121]. Bundan başka mahkeme, bir miktar tazminata (compansation award)a karar verebilir[122]. Ayrımcı bir davranıştan dolayı zarar ortaya çıkmışsa bunun tazmin edilmesi gereklidir. İşte zarar sözkonusu ise, mahkeme bunun tazminine yönelik bir karar verir[123]. Mahkemenin vereceği üçüncü karar da, şikayet edilen

---

113 DfEE., s.25; MfDP., Guide, s.5; SELWYN, s.131; MfDP, Employment, s.23; BOURN/WHITHMORE, s.110.

114 MfDP, Employment, s.23; DOYLE, New Law, s.250 vd.

115 GOODING, Discrimination, s.54.

116 UPEX/SHRUBSAL, s.217; MfDP., Guide, s.5; MfDP, Employment, s.23; DfEE., s.25; SELWYN, s.149.

117 DOYLE, New Law, s.82 ve 247; GOODING, Discrimination, s.85; SELWYN, s.142; UPEX/SHRUBSAL, s.217; BOURN/WHITHMORE, s.239.

118 UPEX/SHRUBSAL, s.217; SELWYN, s.149; DOYLE, New Law, s.256; GOODING, Discrimination, s.56.

119 GOODING, Discrimination, s.56; SELWYN, s.131; DOYLE, New Law, s.82 ve 256; BOURN/WITHMORE, s.255.

120 GOODING, Discrimination, s.56.

121 DOYLE, New Law, s.257.

122 DOYLE, New Law, s.257.

olumsuz etkileri azaltma veya ortadan kaldırmak amacıyla işverene tavsiyede (recommandation) bulunmaktır[124]. İşveren sözkonusu tedbirleri belirli bir süre içerisinde almak durumundadır[125]. İşverenin bu tedbirlere uymaması halinde iş mahkemesi tarafından tazminat miktarı arttırılır[126]. Arttırılacak olan miktar her olayın özel durumuna göre belirlenir[127]. Bununla birlikte işveren böyle tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirememesinin haklılığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[128].

Ayrımcılığı önlemeye yönelik kanunlaştırma hareketleri yöntemini Amerika ve İngiltere dışında ***Kanada, Avustralya*** gibi ülkelerde uygulamaktadırlar[129].

III. SEÇİLMİŞ İŞ-İSTİHDAM YÖNTEMİ VE BU YÖNTEMİ UYGULAYAN BAZI ÜLKELERDEN ÖRNEKLER

Aslında bu yöntem genellikle özürlü çalıştırma yükümü yöntemini benimseyen ülkeler tarafından uygulanmaktadır. Dolayısıyla başlı başına bir yöntem olmaktan daha ziyade kota rejiminin bir alt türü olarak da ifade edilebilir. Ancak şu da bir gerçektir ki, kota rejiminin benimsendiği tüm ülkelerde de seçilmiş istihdam yöntemi uygulanmamaktadır. Seçilmiş istihdamda kota rejiminin yanında, bazı meslek alanları yalnızca özürlü olan kimselere ayrılmaktadır[130]. Bundan

---

123 UPEX/SCHRUBSAL, s.218; SELWYN, s.149; GOODING, Discrimination, s.56; DOYLE, New Law, s.257; BOURN/WHITMORE, s.255.

124 SELWYN, s.149; GOODING, Discrimination, s.56; DOYLE, New Law, s.257; BOURN/WHITMORE, s.263.

125 GOODING, Discrimination, s.56; DOYLE, New Law, s.259; BOURN/WHITMORE, s.263.

126 SELWYN, s.149; GOODING, Discrimination, s.56; DOYLE, New Law, s.261.

127 GOODING, Discrimination, s.57.

128 DOYLE, New Law, s.261; GOODING, Discrimination, s.57.

129 Geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.188 vd.

130 DOYLE, Disability, s.253; PITT, s.51.

dolayıdır ki, sözkonusu şekilde bazı meslek alanlarının yalnızca özürlüler için tesbit edilmesine, "seçilmiş istihdam, ayrılmış iş, rezerve işler" (designated employment, reserved occupations) adı verilir[131].

İngiliz Hukukunda, 1995 tarihli Özürlü Ayrımcılığı Kanununun yürürlüğe girmesine kadar, otopark bekçiliği ve yolcu asansör görevliliği bu tür mesleklerdendi[132]. Ancak 1995 tarihli Kanun, bu tür belirlenmiş-ayrılmış iş uygulamasına son vermiştir (DDA. Sch. 7).

Benzer şekilde ***İtalyan Hukukunda***, görme özürlüler veya her iki gözüyle de 1/10'dan daha fazla göremeyenler için telefon santral memurluğu[133], masörlük, masör-fizyoterapistlik[134] ayrılmış iş olarak kabul edilmiştir[135]. ***Yunanistanda*** da, telefon santral memurluğu görme özürlüler için tahsis edilmiştir[136]. ***Danimarkada*** ise, herhangi bir kota oranı benimsenmemişken, telefon santral memurluğu görme özürlüler için tahsis edilmiştir[137].

IV. KORUMALI İSTİHDAM YÖNTEMİ VE BU YÖNTEMİ UYGULAYAN BAZI ÜLKELERDEN ÖRNEKLER

Korumalı istihdam (sheltered employment), kişisel noksanlıkları veya özürleri nedeniyle yaşamlarını normal bir mesleki faaliyet ile kazanamayacaklar için özel olarak düzenlenip kurulan işyerlerindeki istihdam türüdür[138].

---

131 DOYLE, Disability, s.253-254; WADDINGTON, s223; LONSDALE/WALKER, s.25; COOPER, s.97; STRAW, s.49; KUTAL, s.395.

132 Bkz. DOYLE, Disability, s.36 dn.43; THOMPSON, s.24; PITT, s.51.

133 EIRR., Employment, s.18; LUNT/THORNTON, s.66.

134 DOYLE, Disability, s.69; LUNT/THORNTON, s.66; EIRR., Part Two, s.23.

135 DOYLE, Disability, s.69.

136 DOYLE, Disability, s.69; LUNT/THORNTON, s.48; EIRR., Part Two, s.23.

137 EIRR., Part Two, s.16.

138 KUTAL, s.392; THOMPSON, s.78.

Korumalı istihdamda amaç, ağır özürlü olan kişilere rekabet ortamına dayanan pazarda istihdam imkanı tanımaktır[139]. Korumalı işyeri (sheltered workshop) ise, özel eğitim ve mesleki eğitim atölyeleri dışında kalan, ağır derecede özürlü olup, rekabete dayalı işyerlerinde çalışmaya uygun olmayan kişilere iş sağlamak amacıyla kurulur[140] [141].

Bazı kimseler koruma ve destekleme olmaksızın çalışma yeteneğine sahip değildirler. Yine diğer taraftan bir çok kimse de, imkan verildiği ve desteklendiği takdirde korumalı yerlerde düzgün bir biçimde çalışabilirler.

Korumalı istihdamda hem çalışma hayatında hem de, günlük hayatta esaslı derecede etkili olan özür durumu sözkonusudur. Bu anlamda özellikle zihinsel özürlüler ile ciddi vücut özrü bulunanlar korumalı işyerlerinde istihdam edilirler[142]. Böylece korumalı istihdam sayesinde geçmiş dönemde çalışma ortamı dışında kalan kimselere yönelik yeni fırsat ve imkanlar sağlanmaktadır.

Korumalı istihdamın bir yararı da, toplumun istekli ve gönüllü davranışlarıyla özürlülerin topluma entegrasyonuna kolaylık sağlamasıdır. Ayrıca, kişileri uzun dönem karşılıksız olarak sosyal yardımlardan yararlandırmak yerine çalışma ilişkisi içerisine almak daha yararlı ve maddi açıdan da daha ucuz bir yöntemdir[143]. Kişinin çalışarak kazanç elde etmesinin

---

139 LONSDALE/WALKER, s.43; THOMPSON, s. 78; HOICZYK, s.30.

140 KUTAL, s.392; FLOYD/NORTH, s.110; THOMPSON, s. 78.

141 Korumalı işyerleri, Uluslararası Çalışma Örgütünün gaye ve hedeflerine ait Beyannamenin Mesleki Rehabilitasyon (Özürlüler) Tavsiyesi bölümünde, fiziksel, psikolojik ve coğrafi sebeplerle evden işe işten eve gelip gidemeyecek olan özürlüler için alınacak özel tedbirler ile açılacak işyerleri olarak tanımlanmaktadır. Bkz. TBMM., s.100.

142 HOICZYK, s.31.

143 Bkz. UŞAN, s.197.

kendisine ve topluma yönelik olumlu kazançları da inkar edilemez[144].

Korumalı istihdam, özürlülerin çalıştırılmasına yönelik olarak her iki yöntemi (kota rejimi ve ayrımcılığı önlemeye yönelik mevzuat) uygulayan ülkeler tarafından da benimsenmektedir. Bir başka ifadeyle, korumalı işyerleri her iki yöntemi benimseyen ülkelerde de görülmektedir.

Alman Hukukunda, korumalı işyerlerinin amacı, özürlü kimseleri çalışma hayatına entegre etmektir[145]. Korumalı işyerlerinde istihdam için, kişinin özrünün belirli oranda ciddi olması ve kişinin mesleki eğitim neticesi de olsa normal bir işi yapabilmesi için aşırı zorluk göstermesi gereklidir[146].

Buna göre, korumalı işyerleri genel iş hayatına kendilerindeki kapasite noksanlığı nedeniyle katılamayacak durumda olanların istihdam edildikleri işyerleridir. Bu işyerlerinde özürlü olan kimsenin çalışma yeteneğinin geliştirilmesi veya kendisinin tedavi edilmesi sözkonusudur (SchwbG.m.54).

Fransız Hukukunda korumalı istihdam iki şekilde yapılmaktadır. Bunlardan ilki, korumalı işyerleri veya ev işi dağıtım merkezleri, ikincisi de özel iş merkezleridir[147]. Korumalı işyerleri normal bir iş çevresi içerisinde özürlülerin istihdamını öngören yerlerdir. Burada ücretler işçinin verimine göre belirlenir[148]. Bir başka ifadeyle sözkonusu işyerlerinde

---

144 Kapsam olarak korumalı işyerleri, etkin tıbbi ve mesleki nezaret altında sadece faydalı ve kazançlı iş değil, aynı zamanda mesleki uyum ve ilerleme ile mümkün olan yerlerde açık istihdama geçişe kolaylık sağlayacak imkanlar sağlamalıdır. Bkz. TBMM., s.100.

145 LUNT/THORNTON, s.156; HOICZYK, s.30.

146 HOICZYK, s.31; LUNT/THORNTON, s.156.

147 COUNCIL OF EUROPE, s.174; LUNT/THORNTON, s.137.

148 COUNCIL OF EUROPE, s.174.

çalışan işçiler diğer işçilerle aynı kanuni haklara sahiptirler[149]. Korumalı işyerlerine giriş için çalışma kapasitesinin en az 1/3'üne sahip olması gereklidir[150].

Özel iş merkezlerinde ise, genellikle zihinsel açıdan özürlü olan kimseler istihdam edilirler[151]. Fakat burada diğerlerinden farklı olarak işçiler sosyal koruma altındadırlar. Ayrıca bu tür merkezlere devlet yardımı da sözkonusudur[152]. Özel iş merkezlerinde yer alabilmek için, çalışma kapasitesinin 1/3'ten daha düşük olması gereklidir[153].

Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda korumalı istihdam, kamu sektöründe kar amacı gütmeyen kuruluşlar tarafından yürütülür. Çalışma kapasitesi azalmış bulunan kişilere asgari ücretin altında bir ücret sözkonusudur. Ücret esas itibariyle kişinin performansı ile alakalı olmakla birlikte, işverenler asgari ücretin %75 altında ücret belirleyebilirler. Bunun yanı sıra eğer çalıştırılan kimsenin özrü ağır ise ücret, % 50 altında da belirlenebilir[154].

İngiliz Hukukunda Özürlü Ayrımcılığı Kanunu, 1944 tarihli Özürlü Kişiler (İstihdam) Kanunu hükümlerinin bir çoğunu yürürlükten kaldırmasına karşın, korumalı istihdamı düzenleyen m.15 yeni Kanun döneminde de yürürlüktedir. Buna göre, özrün tabiatı ve ağırlığı nedeniyle bir işi elde etme imkanından yoksun olanlar korumalı istihdam içerisinde özel şartlarla korunmuşlardır[155].

Korumalı istihdam üç yoldan işlerlik kazanmıştır. Bunlar,

---

149 LUNT/THORNTON, s.138.
150 LUNT/THORNTON, s.1338.
151 COUNCIL OF EUROPE, s.174; LUNT/THORNTON, s.13.
152 Bkz. LUNT/THORNTON, s.138.
153 LUNT/THORNTON, s.138.
154 Bkz. LUNT/THORNTON, s.176.
155 DOYLE, Disability, s.36; LONSDALE/WALKER, s.44; BARNES, s.71.

hükümet tarafından işletilen fabrikalarla (Remploy), yerel yönetimler tarafından düzenlenen işyerleri ve gönüllü kuruluşlarca açılan yerlerdir[156]. Yerel yönetimler ve gönüllü kuruluşlar, bu tür işyeri kurmak için devletten finansal yardım almaktadırlar[157].

İngiliz hukukunda korumalı istihdamla başlangıçta istihdamdan daha ziyade refah ve terapi sağlanması hedeflenmiştir[158]. Kanun bu anlamda kar amacı gütmeyen ve devletçe desteklenecek işyerleri kurulmasını öngörmüştür[159]. Bu şekilde oluşturulmuş özel şirket Remploy'dur[160]. Remploy sanayi sektöründe ve ev işlerinde örgütlenmiştir. Mobilya, paketleme, bant üzerinde görülen işler, deri ve tekstil alanlarında faaliyet gösterir[161].

SONUÇ

Özürlülük, kişinin çalışma hayatı içerisinde iş bulabilmesi ve çalıştığı işi sürdürebilmesi konusunda bazı engellemelerle karşılaşmasına neden olabilmektedir. Ancak, böyle bir sonucun ortaya çıkmasında peşin fikir ve ön yargılarla, toplumun değer yargıları ve özürlülere bakış açılarının önemi büyüktür. Dolayısıyla özürlülüğe bakış açısı; içinde bulunulan ortam, yer ve zamana göre farklılık arzetmektedir. Kişiler ve toplum bilinçlendikçe özürlü ve özürlülere bakış tarzı da değişmektedir. Özellikle gelişmiş toplumlarda özürlülük, çalışma ilişkisi için

---

156 FLOYD/NORTH, s.111; LONSDALE/WALKER, s.45; THOMPSON, s.78; BARNES, s.71; COUNCIL OF EUROPE, s.200.

157 FLOYD/NORTH, S.111; LONSDALE/WALKER, s.45; COUNCIL OF EUROPE, s.200.

158 LONSDALE/WALKER, s.43.

159 BARNES, s.78; LONSDALE/WALKER, s.44.

160 Remploy hakkında geniş bilgi çin bkz. LONSDALE/WALKER, s.43 vd; THOMPSON, s.80-81.

161 LONSDALE/WALKER, s.44; THOMPSON, s.80.

bir engel sayılmamakta, bilakis bu kimselere yönelik koruyucu düzenlemeler getirilmektedir.

Özürlülerin istihdamı konusunda hangi yöntem benimsenirse benimsensin önemli olan, özürlü kimselere genel ve meslek eğitimi verilerek, onların iş için uyumlu hale getirilmelerinin sağlanmasıdır. Bu arada, özürlülerle ilgili olarak yanlış kanaat ve ön yargılar bertaraf edilerek, açık pazarda onların istihdamlarına imkan tanınmalıdır. Amaç, çalışma hayatında özürlülerin karşılaşmış oldukları engel ve bariyerlerin ortadan kaldırılması olmalıdır.

Özürlülerin istihdam ilişkisine girmelerinin sağlanmasında işverenlerin karşılaştıkları problemlerin de gözönüne alınması ve ortadan kaldırılması gereklidir. Bazı işverenler özürlü istihdamının diğer kişilere nazaran daha fazla maliyete neden olduğunu iddia etmektedirler. Bunların bir kısmında haklılık payı vardır. İşte, devlet, teşvik edici tedbirlerle özürlü istihdamını özendirmeli ve özürlü istihdamının getirebileceği bir kısım maliyeti de üstlenmelidir.

Sonuç olarak, özürlülerin istihdamında yapılacak olan düzenlemeler tek taraflı değil, iki tarafın da (özürlüler ve onları çalıştıran işverenler) çıkarlarına uygun bir biçimde yapılmalıdır. Bu anlamda devlet her iki taraf için de dengeli politikalarla çözümü sağlamalıdır.

KAYNAKLAR(*)

BARNES, Colin, Disabled People in Britain and Discrimination, A case For Anti Discrimination Legislation, London 1991.

BOLDERSON, Helen, The Origins Of The Disabled Persons Employment Quota and Its Symbolic Significance, Journal Of Social Policy, 9, 2, April 1980.

BOURN, Colin/WHITMORE, John, Anti-Discrimination Law In Britain, 3 th ed., London 1996.

COOPER, Jeremy, The Legal Rights Manual, A Guide For Social Workers and Advice Centres, 2th ed., Hanst 1994.

COUNCIL OF EUROPE, Legislation On The Rehabilitation Of The Disabled People, 2th ed., Strasbourg 1985.

CRAMER, Horst, Initiatives Taken By German Civil Cervice, Edited by Michael, FLOYD/Klaus, NORTH, People With Disabilities, Improving Civil Cervice Employment Opportunities in Britain and Germany, London 1991.

DfEE., The Disability Discrimination Act 1995, What Employers Need To Know, DL 170 October 1996, Disability-on The Agenda, London 1996.

DICKSON, Brice/WHITE, Ciaran, Disability and The Law: A Comparative Assesment, SAHR. Disability, An Assesment Of The Implications Of Physical and Sensory Disabilty In A Northern Ireland Context Together With Supporting Research Papers, Command Paper 2740, London 1994.

DOYLE, Brian J., Disability Discrimination, The New Law, Bristol 1996. (**New Law**)

DOYLE, Brian, Disability, Discrimination and Equal Opportunities, A Comparative Study Of The Employment Rights Of Disabled Persons, London-New York 1995. (**Disability**)

EIRR., Disability and The Law in Europe-Part One, No.251, December 1994, (**Part One**)

---

* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

EIRR., Disability and The Law in Europe-Part Two, No.252, January 1995. (**Part Two**)

EIRR., Employment Of The Disabled, No.175, August 1988. (**Employment**)

FLOYD, Michael/NORTH, Klaus, Disabilty and Employment in Britain and Germany, Edited by Michael, FLOYD/Klaus NORTH, People With Dibalities, Improving Civil Service Employment Opportunities in Britain and Germany, London 1991.

FOLEY, Conor, Human Rights Human Wrongs, The Alternative Report To The United Notions Human Rights Committee, London 1995.

FRAM, David K., Examining The Relationship Between Employers and Health Professionals Under ADA, LLJ, Vol.44, No.5, May 1993.

GOODING, Caroline, Blackstone's Guide To The Disability Discrimination Act 1995, London 1996. (**Discrimination**)

GOODING Caroline, Disabling Laws Enabling Acts, London 1994. (**Disabling**)

HOICZYK, Fritz, Vocational Promotion of Disabled Persons in Federal Republic of Germany, Edited by Michael FLOYD/Klaus NORTH, Dısability and Employement, Report on an Anglo-German Conference, London 1985.

JUNG, Karl, Almanya'da Sakatların Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı, Çev. Devrim Ulucan/Tankut CENTEL, Dünyada ve Türkiyede Sakatlar ve Sorunları, Açık Oturum, 6 Şubat 1981, İstanbul 1982.

KETTLE, Melvyn, The Question of Quota, Edited by Michael FLOYD/Klaus NORTH, Dısability and Employment, Report on an Anglo-German Conference, London 1985.

KRUGEL, Charles Alan, AIDS And The ADA: Maneuvering Through A Legal Minefield, LLJ., Vol.44, No.7, July 1993.

KUTAL, Gülten, Sakatların Ekonomik Hayata Katılması, Münir Ekonomi 60. Yaş Armağanı, Ankara 1993.

LONSDALE, Susan/WALKER, Alan, A Right To Work Disability & Employment, London 1984.

LUNT, Neil/THORNTON, Patricia, Employment Policies For Disabled People, A Review of Legislation and Services in Fifteen Countries, Employment Department, Research Series No. 16, Sheffield 1993.

LYON-CEAN, Antonie, European Employment & Industrial Relations Glossary: France, London, Luxembourg, 1993.

MELLO, Jeffery A., Employing and Accommodating Workers With Disabilites: Mandates and Guidelines For Labor Relations, LLJ., Vol.44, No.3, March 1993.

MfDP, A Brief Guide To The Disability Discrimination Act. DL 40 From November 1995, Disability-on The Agenda, UK. 1997. **(Guide)**

MfDP, The Disability Discrimination Act, Employment, DL 70 From October 1996, Disability-on The Agenda, UK. 1997. **(Employment)**

PITT, Gwyneth, Employment Law, 2th ed., London 1995.

POVALL, Margery/SMITH, Brenda, Equal Opportunities and Disability Management at Work, Edited by Michael, FLOYD/Klaus, NORTH, People With Disabilites, Improving Civil Service Employment Opportunities in Britain and Germany, London 1991.

RADAR, Disability and Discrimination in Employment, London 1993.

SCHAUB, Ganter, Arbeistreichts-Handbuch, 6. Auflage, München 1996.

SCOTT, Victoria, Lessons From America, A Study Of Americans With Disabilities Act, London 1994.

SELWYN, N. M., Selwyn's Law Of Employment, 9th ed., London 1996.

SNYDER, David, Qualified Individuals Disabilities Defining The ADA's Protected Class, LLJ., Vol.44, No.2, february 1993.

STRAW, Jane, Equal Opportunities, The Way Ahead, London 1989.

TBMM., Özürlülerin Problemlerini Araştırma Komisyonu Raporu, 19. Dönem, 95. Birleşim, 27.4.1993, 292 Sıra Sayılı Tutanağa Ek.

THE LAW SOCIETY, Report Of The Society's Employment Law Commıttee On Disability, Discrimination and Employment Law, London 1992.

THOMPSON, Mary, Employment For The Disabled, London 1986.

UPEX, Robert/SHRUBSAL, Vivien, Discrimination in Employment Law And Practice, London 1995.

UŞAN, M.Fatih, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1997.

WADDINGTON, Lisa, Disability, Employment and European Community, Tilburg 1995.

WEISS, Manfred, European Employment & Industrial Relations Glossary: Germany, London 1992.

İŞVERENİN İŞTEN ÇIKARMA HAKKININ TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİ İLE SINIRLANDIRILMASI

Aydın BAŞBUĞ*

GİRİŞ

Klasik haklar yanında sosyal haklar düşüncesinin bir uzantısı olarak iş güvencesi, işçinin işi üzerinde bir hakka sahip olmasını sağlamıştır[1]. Bu hak bazı yazarlarca iş mülkiyeti (job property) olarak değerlendirilmiştir[2]. Sosyal bir hak olan çalışma hakkı, işverenin kişisel girişiminde, işin devamını ve sona ermesinin kontrol edilmesini ihtiva eden bir hak olmuştur. Dar anlamdaki işin sona ermesindeki bu sınırlandırma sonucunda işin devamlılığı, soyut anlamda bir "hak" olarak kabul edilmiştir.

İş güvencesinin bir sosyal hak olarak kabul edilmesi ile

---

* Gazi Ün. İ.İ.B.F. Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Araştırma Görevlisi.

1 Çalışma hakkı geniş ve soyut bir hak olmasına karşılık, iş güvencesi daha dar bir alana , yani işin sona erdirilmesi ile ilgili bir olaya aittir.

2 Bkz. **Demir, Fevzi;** Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986, s.22 vd. Ayrıca bkz. **B.Hepple**; Comparative Labour Law and Industrial Relations, Deventer/Netherlands 1982, s.355 vd. Frederik Meyers, Fransa, Meksika, İngiltere ve Birleşik Devletler'i incelediği "iş mülkiyeti" (Ownership of Jobs, Los angeles 1964) adlı çalışmasında şöyle bir tanım getirmektedir: "İstihdam bir mülk ise, ihlal edilemeyen mülkiyet, işçinin isteği ile istihdamın devam etmesi hakkı anlamındadır. Gönülsüz işten çıkarmaya karşı koruma bu mülke sahip olduğu söylenebilen bir sistem için en elzem özelliktir." (bkz. Hepple, s.357'den naklen).

sosyal devlet anlayışı arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır[3]. Sosyal Devlet, çalışanların yarın endişesinden kurtulması ve işsiz kalmasını önlemek amacıyla iş güvencesi sağlayıcı araçları geliştirerek çalışma hakkını yasal teminat altına almaktadır. Bu gelişme ışığında konuyla ilgili ilk yasal düzenleme 1917 tarihli Meksika Anayasası[4] ile ortaya çıkmıştır.

İş güvencesinin sosyal bir hak olarak nitelendirilmesinin sonucunda, yasama alanındaki bu gelişmelerden ayrı olarak, aynı hakkın sözleşmeyle de getirilmesi sağlanmıştır. Bu güvence hizmet sözleşmesi ile veya toplu iş sözleşmeleri ile gerçekleştirilmektedir.

Sosyal Devlet anlayışı, çalışma hayatında sosyal hakların gerçekleşmesini sağlamak için yasama organına, bu alandaki kuralların sosyalleştirilmesi görevini yükler. Bu amaçla adil ve sosyal bir çalışma düzeninin kurulmasını sağlayıcı ve asgari koşulları içeren yasa düzenlemeleri getirilmektedir. Ancak bu kurallar dışında oluşan[5] ve üçüncü kişiler bakımından objektif

---

3 bkz. **Tuğ, Adnan/Aydın, Başbuğ;** İş Güvencesiz İş Hukuku, Milletlerarası Hukukta İş Güvencesi ve İş Hukukumuza Eleştirel Bir Yaklaşım, İkinci Baskı, Öz İplik-İş Sendikası, Ankara 1992, s. 17vd.

4 **Bronstein, Arturo S.**; Protection Unjustified Dismissal in Latin America, International Labour Review, Vol. 129, 1990, No. 5, s.594. Ayrıca bkz. Hepple, s.357. Meksike Anayasasının 123. maddesinin 23. fıkrası, işçinin işveren tarafından haklı neden olmaksızın işten çıkarılmasına karşı ilk modern hukuki garantiyi sağlamıştır. Meksika Anayasası, diğer Latin Amerika ülkelerindeki düzenlemelere de örnek olmuştur. Arjantin, Brezilya, Guatemala, Nikaragua, Panama, Peru ve Venezüela Anayasaları iş güvencesi sağlayıcı pozitif hükümler içermiştir. Örneğin 1979 Peru Anayasasında, "Bir işçinin kanunla belirtilen ve oluşan haklı bir nedenle işten çıkarılabileceği" şeklinde bir hüküm yer almıştır.

5 Toplu iş sözleşmesi özerkliği kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ulucan, Devrim**; Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul

nitelikte, doğrudan ve zorlayıcı etkisi olan yasa hükümlerine benzer kurallar getirebilme anlamındaki toplu iş sözleşmesi özerkliği ile yasaya nazaran önceliğe sahip kurallar getirilebilmektedir. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bu işlevi aynı zamanda sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir. Fakat bu özerklik, işçi ve işveren taraflarına özerk alan içerisinde kural getirme önceliğini getirerek, devletin yüklendiği görevleri ve bu görevlerin gereği düzenleyici işlevini azaltmakta, bir anlamda sınırlandırmaktadır[6]. Devletin sorumluluğu yasalar ile asgari kuralların saptanmasıyla gerçekleşmekte, sosyal taraflar ise, kamu düzeni ile ilgili yasalara aykırı olmamak koşuluyla asgari kuralların üstünde, önceliğe sahip kurallar getirebilmektedir. Çünkü devlet, günün koşullarına göre değişen, işyerinden işyerine farklılık gösteren, iş kollarına göre ayrılan ve süratli düzenlemeleri gerektiren konulara uzaktır ve dolayısıyla bu konuda yeterince etkin olamamaktadır. Toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde getirilen düzenlemelerin, tarafların sorumluluğunda koruma amacının gerçekleşmesi bakımında daha fazla yarar sağladığı ise bir gerçektir[7]. Bu konuda düzenlemelerin getirilmesinin devletten beklenilmesi, devleti, konusu dışında bir alanda düzenleme yapmaya zorlamak olur ve toplu iş sözleşmesi özerkliğinin tanınmasına da aykırı düşer.

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinden kaynaklanarak objektif kurallar getirme bakımından toplu iş sözleşmesinin asıl özgün niteliğini belirleyen en önemli hükümler içerik normlarıdır. Hizmet ilişkisinin sona ermesine ilişkin kuralların toplu iş sözleşmesi ile düzenlenebilen içerik normları olduğu konusunda ise en ufak bir şüphe yoktur. Bu nedenle işverenin işten çıkarma hakkının sınırlandırılması, sözleşmenin objektif

---

1981, s.8 vd. **Däubler Wolfgang/Hans Hege**; Tarifvertragsrect, 2. Auflage, Baden-Baden 1981, s.16-17, 54-555.

6 **Ulucan**, s.134 vd.

7 **Ulucan**, s. 135.

kural getirme özelliği bakımından en önemli hükümleri içerisinde yer almaktadır.

İş güvencesinin sözleşme ile sağlanması uygulaması bir çok ülkede yasama alanında bu konuda herhangi bir düzenleme olmadan gerçekleştirilmiş ve gelişmeler yasa koyucuya ışık tutmuştur. Örneğin, önceleri yasal alanda iş güvencesinin benimsenmediği ve işten çıkarma konusunda feshi geciktirici bir düzenlemenin dahi kabul edilmeyerek tam bir serbestinin bulunduğu Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gelişme bu şekildedir. Bu ülkede, 1991 Ağustos ayında kabul edilen Uniform Employment Termination Act[8] ile iş güvencesi sağlayıcı hükümler benimsenene kadar aynı amaca mahkeme ve hakem kararları ile toplu iş sözleşmeleriyle ulaşılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bu uygulama diğer Comman Law hukuku ülkelerini ve bunlar arasında iş hukuku alanında ayrı bir yeri olan İngiliz hukukunu da etkilemiştir. İşten çıkarma hakkının sözleşme ile sınırlandırılması bir çok ülke tarafından yasal düzenlemeler yanında, bu düzenlemelerden ayrı olarak taraf iradeleriyle oluşan hizmet akidleri veya toplu iş sözleşmeleriyle de gerçekleşmektedir.

I. MUKAYASELİ HUKUKTA İŞTEN ÇIKARMALARIN TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİ İLE SINIRLANDIRILMASI

1- Amerikan Hukuk Sistemi ve Bu Sistemin Etkileri

Amerika Birleşik Devletlerinde 1991 tarihli yasanın kabul edilmesinden önce iş güvencesi, 1970'li yıllardan itibaren bir çok federe devlet mahkemelerince haksız çıkarmalara karşı güvenceler sağlamak amacıyla kabul edilmekteydi. Bu mahkemelerce iş güvencesini, sözleşmenin doğası gereği

---

8 **Grenig, Jay E.**; The Dismissal of Employees in the United States, International Labour Law, Vol. 130, No 5-6., s. 571-572.

zımnen (Implied-in-fact contract teory) doğduğu belirtilmekteydi. İş güvencesinin hizmet akdinin doğası gereği zımnen kabul edildiğine dayanak ise, işyeri yönetmeliği (Written personnel policies) ve işveren tarafından sürekli istihdam için verilen sözlü vaat idi[9].

Amerika Birleşik Devletlerinde, 1991 yılının ağustos ayında kabul edilen Uniform Employment Termination Act ile iş güvencesi kabul edilmiş ve bu yasa ile işçilere maddi haklar ve bu hakların ihlalinde telafi edici yollar öngörülmüştür. Kanun işçilerin makul bir neden olmaksızın (without good cause) işten çıkarılmalarını yasaklamıştır. Makul neden olarak, işçinin yükümlülüklerini veya görevlerini içeren durumlar veya işyerinin yasaya uygun olarak ekonomik nedenler ile yeniden organize edilmesi gibi gerekçeler getirilmiştir. Yasa bu makul nedenleri örnek olarak şu şekilde sıralamıştır[10]: hırsızlık, iş esnasında kavga, eşyalara zarar verme, sarhoşluk, uyuşturucu kullanmak, itaatsizlik, aşırı devamsızlık veya geç kalma, beceriksizlik ve görevlerini yerine getirmeme veya kusurlu ifa etme. Makul nedenin mevcut olup olmadığı belirlenirken, ihlal edildiği iddia edilen kuralın ne kadar makul olduğu, kuralın işçi tarafından bilinmesi veya bu yönde uyarılması, kuralın uygulanmasındaki tutarlılık, bağlı olarak cezanın belirlenmesi göz önünde tutulur. Ayrıca düzeltici veya giderek caydırıcı disiplin önlemlerinin alınması, soruşturmanın tamlığı ve hakkaniyetli olması ve ilgili fiilin ve işçinin çalışma sicilinin ışığı altında verilen cezanın uygunluğu da dikkate alınmaktadır.

---

9 **Grenig**, 572-573. Ayrıca bkz. **Pitt, Gwyneth**; Dismissal at Common Law: The Relevance in Britain of American Developments, The Modern Law Review, Vol. 52. No 1, Jan. 1989, s. 23 vd. ayrıca hakemler de, sözleşmede kararlaştırılmasa dahi zımni olarak iş güvencesinin kabul edildiği sonucunu çıkarmaktadırlar, Pıtt, s. 24.

10 **Grenig**, s. 571-572.

İş güvencesinin kabul edildiği bu yasa değişikliğinden önce ve devam etmekte olan şekliyle, mahkeme içtihatlarının dışında asıl güvence büyük ölçüde toplu iş sözleşmeleri ile gerçekleştirilmektedir. Birleşik Devletlerde, iş güvencesinin toplu iş sözleşmeleri ile sağlanması bakımından son zamanlardaki en önemli gelişme otomobil endüstrisinde gerçekleşmiştir. Bu endüstri alanında yapılan toplu iş sözleşmesinin tarafları, 1970'li yıllarda bir çoğu kısa süreli olan ortak programlara girişmişlerdir. 1980'li yıllarda iş güvencesi dışında diğer çeşitli programlar da aynı şekilde gerçekleştirilmiştir. General Motors ve Ford şirketleri ile yapılan 1984 sözleşmesinde daha ileri gidilerek, yeni teknoloji ve benzer değişiklikler nedeniyle işsiz kalan birçok işçi için "iş bulma bankaları" kurulmuştur. Bu proje ile işçilerin ileride işsiz kalmamalarını sağlamak amacıyla 6 yıllık bir periyot başlatılmıştır. Yeni teknolojik gelişmeler nedeniyle iş gücünde meydana gelecek azaltmalar karşısında, önceden, bu durum ile karşı karşıya kalan işçilerin normal ücret ile başka işe aktarılmaları öngörülmüştü. Ancak aktarılan bu işler hayır amacıyla verilen işlerdi. Aynı şekilde, ayrılan işçilerin yerine teknolojik yenilik nedeniyle işlerini kaybetme tehlikesi içinde olan işçilerin, ayrılma nedeniyle boşalan diğer işlere aktarılması planlanmıştır. Ayrıca bu işverenler, yeni iş alanları kurmak amacıyla iş yönetim komitelerince önerilen projeleri gerçekleştirmek için önemli fonlar kurmak yükümlülüğü altına girmiştir[11]. Ek olarak bu sözleşmeler, çıkarılan işçilere, artan şirket fonlarından gelir sağlanması ve fazla çalışmaların yapılmamasını da içermektedir.

Toplu iş sözleşmelerinin yaklaşık % 82'si işe son verme cezasının ancak haklı bir nedenin varlığında verilebileceğini

---

11 (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Cullen, E. Donald**; Recent Trends in collective Bargaining in The United States, International Labour Review, May- June 1986, s. 308).

içermektedir[12]. Birleşik Devletlerde sendikalar, 1989 tarihi itibariyle işçilerin % 19'undan daha azını temsil etmelerine rağmen bu işçileri kapsayan yaklaşık 165.000 adet toplu iş sözleşmesi vardır. Hemen hemen bu sözleşmelerin tamamına yakını uyuşmazlığın hakeme götürülmesini ve bir çok hükümlerinde de işçilerin ancak toplu sözleşmede yer alan, "makul bir neden" (good cause), "haklı bir neden" (just cause), "yeterli neden" (sufficient cause) veya "neden" (cause) gibi ibareler ile işten çıkarmayı sınırlamaktadır[13]. Ayrıca, toplu iş sözleşmesinde açıkca kararlaştırılmamış olsa dahi, hakemler, mahkemelerin içtihadı paralelinde, böyle bir sınırlamanın zımni olarak olabileceğine karar vermektedir. Bu hakemlere göre, keyfi ve ayrımcılık yaparak işten çıkarma karşısında işçilerin korunduğu kabul edilmedikçe diğer çalışma şartlarının, saatin, ücretin ve kıdem haklarının bir değeri yoktur.

Yapılan sözleşmelerin bir kısmında işten çıkarma sonucunu doğuracak nedenler özel olarak belirtilmekle beraber, birçok toplu iş sözleşmelerinde haklı neden nadiren tanımlanmaktadır. Bu sözleşmelerde haklı nedenin varlığı ve sona erdirmeyi gerektirecek kuralların kesin ve bağlayıcı olacak şekilde tesbiti hakem müessesine bırakılmaktadır. Hakemler kendi kendilerine bu tanımları geliştirmektedirler. Haklı nedenlerin belirlenmesi konusundaki bir hakemin gerçekleştirdiği çalışma geniş ölçüde kabul görmüştür. Hakem olarak görev yapan Carroll Daugherty[14] tarafından geliştirilen ölçüye göre, bu kriterlerden birine verilecek olumsuz yanıt,

---

12 **Bingöl, Dursun;** İşyeri Disiplini ve Çalışma Barışı, Basisen yayınları, İstanbul 1990, s.80. Pıtt, s. 24.

13 Grenig, s. 575. **Wheeler, Hoyt N./ Dennis R. Nolan;** Workplace Justice, Employment Obligations in International Perspective, University of South Carolina 1992. s. 335.

14 **Grenig,** s. 576-577.

çıkarma için haklı bir nedenin bulunmadığını gösterecektir. Getirilen kriterler şu şekildedir:

1. İhtar (notice); İşveren işçinin davranışının muhtemel sonuçlarını belirten bir ihtar vermiş midir?

2. Makul Emir ve Talimat Verme (Reasonable rule or order); İşveren, gerek kendi işinin gerektirdiği ve gerekse işçisinin iş görme edimini en uygun şekilde yerine getirmesini beklediği işin düzenli, etkin ve güvenilir yürütümünü sağlayacak bir emir veya talimat vermiş midir?

3. Soruşturma (Investigation); Disipline götürülmeden önce, işçinin gerçekten bir emir veya talimatı ihlal etmiş ya da itaatsizlik etmiş olup olmadığını anlamak için bir çaba harcanmış mıdır?

4. Hakkaniyetli Soruşturma (Fair Investigation); İşverenin soruşturması adil ve objektif olarak yönetilmiş midir?

5. İspat (Proof); Soruşturmada, işçinin suçuna maddi kanıtlarla mı karar verilmiştir?

6. Eşit Muamele (Equal Treatment); İşveren emirleri, talimatları ve cezaları işçiler arasında ayrım yapmaksızın mı uygulamıştır?

7. Ceza (Penalty); İşveren tarafından uygulanan disiplin yaptırımı, işçinin siciliyle ve kanıtlanmış suçunun ciddiyeti gözönüne alındığında makul mudur?

Bu ölçüt geniş ölçüde kabul görmesine rağmen bu süreci mekanik bir şekle getirmeye çalıştığı için eleştirilmektedir. Disiplin hükümleri ve bu hükümlere aykırı davranışlar nedeniyle uygulanan disiplin prosedürü ile ilgili çalışmasında

Banderet[15], hukuka uygun bir yaptırımın uygulanması için gerekli koşulları şu şekilde kısaca sıralamaktadır:

1- Yaptırım, hukuki bir temele dayanmalıdır.

2- Yaptırım ile ceza verilmesini gerektirecek davranış arasında orantı bulunmalıdır.

3- Önceden bir uyarı verilmiş olmalıdır.

Toplu iş sözleşmelerinde haklı nedenin belirlenmesinde temel bir ilke düzeltici veya yönlendirici bir disiplinin varlığıdır. Bazı toplu iş sözleşmeleri açıkca disiplinin cezalandırıcı değil yönlendirici olması gerektiğini belirtirken pek çoğu bu konuda sessiz kalmaktadır. Ancak hakemler sık sık işverenin işten çıkarmadan önce düzeltici disiplin önlemlerine başvurması gereğini vurgulamaktadırlar. Bu konu, Kanada ve Birleşik Devletler hukukunda özellikle gerekmektedir.

İşçinin işten çıkarılması sonucunu doğuran ceza ile davranışı arasında bir orantı bulunmuyorsa, bu yaptırım denetlenebilecektir. Bu Amerikan Hukuku dışında ayrıca Kanada ve Sri Lanka'da da uygulanmaktadır[16].

İşten çıkarma için makul bir nedenin olmadığına karar veren hakem, işten çıkarmanın hafifletilmesine karar vermekte (Örneğin, üç gün işten uzaklaştırma) veya çıkarma kararını geçersiz saymaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde kabul edilen bu yöntemin ilginç olan bir yönü de hakemlerin, kaybedilen kazançlar ve kıdemlilik hakları ile beraber ödenmesi

---

15 **M.E. Banderet;** Discipline at the wokplace: A comparative study of law and practice, 1. The sources and substance of disciplinary law, International Labour Review, May-June 1986 (261-278), 2. Procedure, July-August 1986 (383-399), s. 392.

16 **Banderet,** s. 392.

öngörülerek işe iade kararı verebilmesidir[17]. Ender olarak, ödeme yapılmadan da işe iadeye karar verilmektedir.

a- İşten Çıkarmalarda Toplu İş Sözleşmeleri İle Getirilen Usul

Genellikle toplu iş sözleşmeleri işten çıkarma kararlarına itiraz ile ilgili bir usul içermektedir. Bu amaçla toplu iş sözleşmelerinde hakeme gitmeden önce sendika ve işyeri düzeyinde hiyerarşik bir sıralama getirilmektedir[18]. Bu benimsenen usul sendikalı işçiler içindir ve işverenin haklı bir neden olmaksızın çıkardığı işçilerin iddiaları çözümlenmektedir. Bir çok sözleşme, işçinin bu şikayeti taraflarca karara bağlanamazsa, uyuşmazlığın tarafsız bir hakem tarafından çözülmesini içermektedir. Toplu iş sözleşmeleri ile uyuşmazlığın çözümünde tarafların ortak olarak bulunduğu komite veya kurullar ile daha sık uygulama alanı bulunan tarafsız hakeme başvurma olmak üzere iki metod uygulanmaktadır.

aa- Tarafsız Hakem

Amerika Birleşik Devletlerinde toplu iş sözleşmeleri genellikle, işten çıkarılma konusunda iki tür usul içermektedir. İlk şekle göre, işçi ve işveren için bir usul benimsenmektedir. Eğer uyuşmazlık bu usul ile çözümlenemezse ikinci olarak kabul edilen usul ile uyuşmazlık tarafsız bir hakem tarafından çözülmektedir.

Çalışma hayatında bir çok hakem, taraflar arasından seçilen ve belirli bir uyuşmazlığı çözmek üzere (ad hoc) atanan kişiler olmaktadır. Taraflar ortak olarak anlaştıkları bir hakemde sorunu çözmektedirler. Ayrıca taraflar anlaştıkları hakemin ücreti ve diğer masraflarını da ortak olarak

---

17 **Grenig**, s. 581. **Wheeler/Nolan**, s. 337.

18 **Wheeler/Nolan**, s. 337.

paylaşmaktadır[19]. Bu uygulama Birleşik Devletler dışında Avusturalya, Kanada, İsrail ve Sri Lanka'da da yaygın olarak tatbik edilmektedir[20]. İşten çıkarma konusunda sık sık anlaşmazlıkla karşılaşan taraflar genellikle belirli bir hakemi seçmektedirler. Bir hakem ile doğrudan doğruya ilişki kurulduğu gibi idari bir ajans aracılığı ile de ilişki kurabilmektedirler. Birleşik Devletlerde yaklaşık olarak 3500 adet iş hakemi bulunmaktadır. Bunların yaklaşık olarak % 16'sı sürekli olarak bu iş ile ilgilenmekte, geriye kalanların büyük bir çoğunluğu da üniversitelerde öğretim elemanı olarak görev yapmaktadır. Hakemlerin yarısından fazlasının hukuk tahsili bulunmaktadır.

İşten çıkarma konusunda haklı nedenin bulunup bulunmadığını kanıtlama yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işçinin ahlaki davranışlarında bayağılık veya suç niteliğindeki bir davranışını ileri sürdüğünde, bazı hakemler, kesin ve makul bir delilin varlığını aramaktadır. Daha hafif davranışlar için ise, açık veya ikna edici delil ya da olayların akışı yeterli görülmektedir[21].

Hakem, bağımsız mahkemelerce kullanılan görüşlerineuygun özel bir muhakeme yaparken, hukuki durumları iyi tanımlamalı ve konuları hukuken bir daha gözden geçirmelidir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, taraflarca bu çözüm metodunun benimsenmesiyle hakem kararının temyizinde, uygulamasında hukuken kendini sınırlandırma ve iş uyuşmazlıklarının hakeme bırakılmasını bir içtihat olarak kabul etmiştir.

---

19 **Wheeler/Nolan**, s. 337.

20 **Banderet**,s. 392. Edited by **Wheeler N./ Jacgues Rojot**; Workplace Justice, Employment Obligations in International Perspective, University of South Carolina 1992, s. 368-369.

21 **Grenig**, s. 579.

Her bir taraf, hakem kararını temyiz edebilmesine rağmen, hakem tarafının bir hatası, kararın iptali için muhtemelen bir neden olmayacaktır. Mahkeme aşağıdaki nedenlerden dolayı bu kararı bozabilir[22]:

1- Karar, rüşvet verilerek, hileli veya diğer yasaya aykırı yollarla verilmiştir.

2- Hakem tarafından açıkca taraf tutulmuştur.

3- Hakem kararında veya yetkilerinde, sözleşmenin esasından çıkmayan sonuçlara ulaşarak aşırıya gitmiştir.

4- Hakem, yeterli neden ileri sürülmesine rağmen duruşmayı sonraya ertelemeyi reddetmiştir.

5-Hakem konu ile ilgili delilleri kabul etmekten çekinmiştir.

6- Hakem kararına gitme konusunda bir anlaşma yoktur.

bb- Tarafsız Hakem Olmaksızın Uygulanan Metod: Ortak Komite ve Kurullar

Bazı endüstri kollarında uyuşmazlık, taraflar dışında bir hakem davet edilmeksizin görüşülmekte ve çözülmektedir[23]. Örneğin inşaat sektöründe bu tür uyuşmazlıklar, ortak sendika ve işveren kurulları tarafından çözümlenmektedir. Kamyon Sürücüleri Sendikası ile işverenler arasındaki bir takım sözleşmeler, uyuşmazlığın ortak komiteler tarafından çözülmesini sağlamaktadır. Bazı kamyon şöförü sözleşmeleri, sınırlanmamış işlemler öngörmektedir. Buna göre, ortak komite uyuşmazlığın son aşamasında bir çıkmaza düşerse,

---

22 **Grenig**, s. 579-580.

23 **Grenig**, s. 580.

tarafların ekonomik yollara (grev gibi) başvurmasına izin verilmiştir. Aynı şekilde, ortak komite çoğunluğu sağlayamazsa, tüm veya bazı kararlarda, tarafsız bir kişi olan hakeme gidebilecektir. Hemen hemen tüm ortak komiteler duruşma yapılan, eşit sayıda işçi ve işveren temsilcilerinden oluşan bir komitedir. Kararlar çoğunluk oyu ile alınmakta, bağlayıcı ve nihai olarak kabul edilmektedir. Yerel sendika veya işveren temsilcileri kendi kuruluşlarını ilgilendiren davalarda bu komitelere üye olamazlar. Bir çok davada, tarafların temsilcileri olayları sözlü olarak açıklarlar. Şahitlerin yazılı beyanları da kabul edilir. Taraflar ve şikayetçinin avukatları da komite de hazır bulunabilirler, ancak davalarını savunamazlar. Şikayetçi duruşmadan haberdar edilir ve kendisinin dinlenilmesi ve savunmada bulunması hakkı tanınır.

b- Amerikan Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerine Etkisi

Amerikan Hukukunda, toplu iş sözleşmesinin, işten çıkarma konusunda aldığı bu aktif rol, bir çok ülkenin hukuk sistemlerini etkilemiştir. İngiltere'de iş güvencesi ancak, işten atılan işçilerin yeniden işe alınması konusunda, diğer işçilerin yasa dışı grevleri ve bu grevlerin etkin olması sonucunda resmi kaynaklar ile, yani yasa ve toplu iş sözleşmeleri ile sağlanması kabul edilmiştir[24]. İngiltere'de iş güvencesi sağlanması konusunda yasa, asıl araç olmasına karşılık bu önemini toplu iş sözleşmesi karşısında yitirmiştir[25]. Ancak iş güvencesi konusunda toplu iş sözleşmelerinin bu fonksiyonu önemli ölçüde etkilenmesine rağmen İngiliz Hukuku, işçiye çalışma şartları ve önemli esasların yazılı olarak beyan edilmesi, ihbar süresi zorunluluğunu içermesi ve disiplin prosedürünün uygulanmasında Amerikan hukukundan büyük ölçüde ayrılır. Çalışma şartlarının yazılı olarak beyan edilmesi sayesinde Amerikan Hukukunda olduğu gibi sözleşmede zımni olarak iş

---

24 **Hepple**, s. 357.

25 **Pıtt**, s. 23.

güvencesi hakkının kurulduğunu araştırma gibi bir dolaylı yola gidilmeyecektir[26].

İşten çıkarmaların toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmesi ve disiplin hükümlerine bağlanması bakımından toplu iş sözleşmeleri, disiplin hukukunun kaynakları olarak, Kanada, Japonya, Birleşik Devletler ve Sri Lanka'da sendikal alanda önemli bir rol oynamaktadır. Kısmen de olsa Yeni Zelanda ve Avusturalya'da da toplu iş sözleşmeleri ön planda gelmektedir[27]. Kanada'da toplu iş sözleşmelerinin işverenin fesih hakkını sınırlayacak derecede etkin olması Birleşik Devletlerdeki gibidir. Bu ülkede de hakemler, işçinin haklı nedenle işten çıkarılıp çıkarılmadığını denetleyebilmekte ve sonuçta işe iade kararı verebilmektedirler[28]. Toplu iş sözleşmeleri ile işten çıkarma hakkının sınırlandırılmasının özellikle comman law hukukunda önemli bir uygulama alanının bulunduğu görülmektedir. Bu ülkelerde toplu iş sözleşmeleri, hukuk kaynağı olarak birinci derecede gelmektedir. Latin Amerika ülkelerinde de toplu iş sözleşmeleri ile iş garantisinin kabul edildiği görülmektedir. Bu ülkeler içerisinde Brezilya ve Ekvador örnek olarak gösterilebilir. Aynı şekilde Uruguay'da banka işçileri bu şekilde güvence altına alınmıştır[29]. Toplu iş sözleşmesinin bu işlevi özellikle kıta Avrupası ülkelerinde aynı öneme sahip olmakla beraber hukuk kaynakları içerisinde yasal düzenlemelere nazaran ikinci derecede önem kazanmaktadır. Bu ülkelere örnek olarak Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya ve İsviçre gösterilebilir. Çalışmamızda büyük ölçüde, bu konuda örnek oluşturabilecek olan Amerikan sistemini incelemekle beraber, hukuk

---

26 **Pıtt**, s. 27.

27 **Banderet**, s. 264.

28 **Adams Roy J./ Bernard Adell**; Workplace Justice, Employment Obligations in International Perspective, University of South Carolina 1992, s. 102-103.

29 **Bronstein**, s. 595-596.

sisteminden büyük ölçüde etkilendiğimiz Kıta Avrupası sistemi içerisinde, bizim hukukumuz bakımından ayrı bir değeri olan Alman hukukunda bu konunun düzenlenişini de incelemeyi uygun bulmaktayız.

2- Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmelerinde İşten Çıkarma Hakkının Sınırlanması İle İlgili Düzenleme

Alman Hukukunda hizmet akdinin feshi konusunda, yasal düzenlemelerin yanında, bu düzenlemelerin emredici hükümleri dışında toplu iş sözleşmeleri ile de fesih hakkının kapsamı sınırlanabilmektedir. Toplu Sözleşme Yasasının birinci paragrafının birinci fıkrasında, toplu iş sözleşmesinde, hizmet akidlerinin kuruluş ve muhtevası yanında sona erme normlarının da yer alabileceği belirtilmiştir. Ayrıca aynı yasanın 4. paragrafına dayanarak, sözleşmenin taraflarının, hizmet ilişkisini doğrudan ve emredici nitelikte bir norm getirebileceği açıkca belirtilmiştir. Böylece yasa, feshe ilişkin düzenlemelerin toplu sözleşmeyle düzenlenebileceğini göstermiştir. Bu hukuki dayanaktan hareketle, toplu iş sözleşmelerinde tüm feshe karşı koruma düzenlemeleri rasyonelleştirilebilecektir[30]. Bu düzenlemeler feshin şekli, fesih süreleri, fesih yasağı ve fesih nedeninin içeriğinin şekillenmesine ait olabilir.

Feshe ilişkin kurallar, hizmet akdinin içerik (ınhalt) hükümleri içerisinde yer alır[31]. Hizmet akdinin fesih irade

---

30 **Schaub, Günter**; Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Auflage, München 1992, s.963, 1020. **Berkowsky, Wilfred**; Kündigungschutz, Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, München 1993, s.285 ff..

31 **Zöllner, Wolfgang/ Karl-Georg Lorıtz;** Arbeitsrecht, München 1992, s.346. **Brede, Günter/Gerhard Etzel**; Arbeitsrecht, 5. neu bearbeitete auflage, Berlin 1989, s. 176. **Berkowsky**, s. 285. Ancak bazı yazarlar da fesih hükümlerini içerik hükümlerinden ayrı olarak ele almakta (bkz. **Schaub**, s.

beyanı dışındaki sona erme nedenleri (Abschlussnormen) ise, sona erme hükümleri olarak Toplu İş Sözleşmelerinde ayrı olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle işverenin fesih irade beyanı ile hizmet akdini sona erdirmesinin sınırlandırılmasını ele aldığımız çalışmamızda, Alman hukukunun diğer sona erdirme nedenleri ile ilgili Toplu İş Sözleşmelerinde yer alan düzenlemeleri dışarıda bırakmaktayız.

1- Feshin Şekli

Bazen toplu iş sözleşmesi ile fesih için özel yazılı şekil şartı tesbit edilebilir. Bu düzenlemeler feshin yazılı olarak yapılması zorunluluğu (BGB126 fıkra 1) getirilebilir. Yazılı olarak öngörülen şekil şartının gerçekleşmemesinin sonucu da feshin yokluğudur (BGB § 125)[32]. Aynı şekilde yazılı şekil şartı münferit hizmet akitleri ile de kararlaştırılabilir (BGB § 127). Bu şekildeki yazılı şekil şartının, açıklayıcı fonksiyona mı, yoksa kurucu bir işleve mi sahip olduğu tartışmalıdır. Ancak kanunun genel ifadesinden ve toplu sözleşme hükümlerinde formüle edilen ifadelerin geçerlilik koşulu olarak kurucu bir işleve sahip olduğu kabul edilmektedir.

Fesih beyanı için yazılı şekil öngörülerek, bu kurallara riayet edilmemesi halinde feshin hükümsüzlüğü sonucunun oluşacağı kabul edilebilir. Ancak hazır bulunmayanlar arasındaki irade açıklamalarının geçerliliğini düzenleyen BGB'nin 130. paragrafının birinci fıkrasından kapsamlı bir şekilde ayrılınmasını haklı gösterdiği çin aleni ilanın, toplu fesih olayları için yeterliliğinin öngörülüp öngörülemeyeceği şüpheli gözükmektedir. Sonuç olarak işverenin işçiye fesih

---

1510. **Däubler/ Hege**; s. 163 ff ve 165 ff.) fakat sona erme hükümlerinden de (Abschulussnormen) ayrı düşünmektedir.

32 **Berkowsky**, s.285. **Schaub**, s. 957. **Stahlhacke, Eugen/ Ulrich Preis**; Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Auflage, München 1991, s. 25 ff.

beyanını yazılı olarak bildirmesi ve sözlü talep olmaksızın noksansız gerekçeler ileri sürmesi zorunluluğu toplu sözleşmede öngörülebilmektedir.

2- Feshi İhbar Sürelerinin Toplu Sözleşmede Düzenlenmesi

BGB'nin 622 inci paragrafının birinci ve ikinci fıkrasında hizmetlilileri feshe karşı koruyan yasada olduğu gibi, öngörülen fesih süreleri toplu sözleşmeyle uzatılabilir ve kısaltılabilir[33]. Feshi ihbar sürelerinin uzatılması, işveren tarafından fesih için tartışmasızdır. Fakat genellikle işçi tarafından sona erdirilen fesih bakımından da kabul edilmektedir. BGB 622. paragrafın üçüncü fıkrası işçi için de fesih sürelerinin kısaltılmasına izin vermektedir. Ayrıca toplu iş sözleşmesi ile, kapsam dışında bulunan işçiler için de kısaltılan bu sürenin uygulanmasını kararlaştırmak mümkün olmaktadır.

3- Fesih Nedenlerinin Belirlenmesi ve Bu Nedenlerin Sınırlanması

Feshe Karşı Koruma Yasasının uygulama alanı dışında, BGB'ye göre feshi ihbarlı veya ihbarsız fesih hallerinde esas itibariyle, fesih nedeni belirtilmeden yapılan fesih geçerlidir. BGB § 626 II, 3. cümlesine göre meslek eğitimi dışında, diğer

---

33 **Stahlhacke/Preis**, s. 136 ff. **Berkowsky**, s.285. Yazar fesih sürelerinin işçinin feshi bakımından uzatılamayacağını benimsemektedir. **Brede/Etzel**, s. 134-136. **Zöllner/Lorıtz**, s. 428-429. BGB § 622 üçüncü fıkrasında şu şekilde bir hüküm bulunmaktadır. "Birinci ve ikinci fıkrasında anılan fesih sürelerinin daha kısası Toplu Sözleşme ile kararlaştırılabilir. Böyle bir toplu iş sözleşmesinin geçirlilik alanında toplu sözleşme ile bağlı olmayan işverenler ve işçiler arasında eğer, uygulaması onlar arasında kararlaştırılmış ise, toplu iş sözleşmelerinden sapan düzenlemeler de geçerlidir." Bu özellikle BGB'nin 623. paragrafının üçüncü fıkrasında düzenlenen deneme süreli hizmet akidlerinde görülür.

beyanı dış[illegible] fesih nedeni yazılı olarak derhal sona erd[illegible] olarak [illegible] ile hi[illegible] [illegible]akim olan görüşe göre, işverenin aldı[illegible] [illegible]nini düzenleyen BGB'nin 626. paragrafı er[illegible] [illegible]dir. Bu hak toplu iş sözleşmesi ile sınırlan- d[illegible] [illegible]rtadan kaldırılamaz[35]. Cezai şart, tazminat veya [illegible]e şartlı hükümlerle fesih hakkının Kullanılmasının [illegible]aştırılması da geçirsizdir. Ancak böyle bir hükmün gerekçesi belirtilmemiştir. Bu hükmün emrediciliği Weimer zamanında tartışmalıydı. Bu dönemde kabul edilen görüşe göre ihbarsız fesih hakkının sınırlanması ancak önemli neden olarak belirli örneklerin genel değerlendirilmesi ile ilgili olmak zorundaydı. Ancak günümüzde feshe karşı koruma düşüncesinin kabul edilmesi ile bu düşünce yerine feshin sınırlandırılması esasına terk etmiştir.

1969 yılından beri yürürlükte bulunan Feshe Karşı koruma Kanununun (Kündigungsschutzgesetz) ilk paragrafına göre, bir işyerinde altı aydan fazla çalışan işçinin hizmet akdinin feshi için işçinin şahsından. davranışlarından veya işyeri gereklerinden kaynaklanan haklı bir nedenin varlığı aranmıştır. Haklı nedenin varlığı bakımından kanun genel bir hüküm getirerek, bunun taraflarca rasyonelleştirilmesine olanak sağlanmıştır. Feshe Karşı koruma Kanununun dışında İşyeri Organizasyonu Kanunu (Betriebsverfassungsgesetz) da işçi temsilciliğinin (Betriebsrat) feshin her aşamasında yönetime katılımına fırsat tanımıştır. Anılan yasanın 87. paragrafı ile aksine yasa veya toplu sözleşme bulunmadıkça hizmet ilişkisinin düzenlenmesi ve sona erdirilmesi bakımından yönetime katılma hakkını vermiş, 102. paragrafı ile de fesih durumunda yönetime katılma özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, işçi temsilciliğine (Betriebsrat)

---

34 **Schaub**, s. 958.

35 **Däubler/Hege**, s. 168. **Zöllner/ Lorıtz**, s. 255. **Stahlhacke/ Preis**, s. 166.

duyurulmadan yapılan fesih geçersizdir (BetrVG § 102, Abs. I). Hizmet akdinin feshi haklı nedenlere dayansa bile, eğer fesih hakkının kullanımı sosyal aykırılıklara neden oluyorsa geçersizdir. Bu sosyal aykırılıklar şu şekilde sıralanmaktadır (KSchG § 1, Abs.II ve BetrVG § 102, Abs. III)[36];

a, hizmet akdi feshedilen işçinin seçiminde sosyal şartlar hiç veya tatmin edici bir şekilde gözönünde tutulmamışsa,

b- fesih İşyeri Organizasyonu Kanununun 95. paragrafında düzenlenen ve düzenlenmesinde işçi temsilciliğinin onayı bulunan işyeri yönetmeliğine aykırıysa,

c- hizmet akdi feshedilen işçi aynı işverenin aynı türden işte fakat bir başka işyerinde çalışabiliyorsa veya aynı işyerinde başka bir işte çalışabilirse,

d- işçinin tekrar istihdamı, yeni bir mesleki eğitimi tamamlanarak mümkünse,

e- işçinin tekrar istihdamı değiştirilen sözleşme şartlarına göre mümkünse ve işçi bunu kabul ettiğini açıklamışsa feshe itiraz edebilmektedir. Bundan başka işçi temsilciliği aynı yasanın 104.nci paragrafına göre işyeri düzenini ihlal eden bir işçinin, özellikle işveren vekilinin hizmet akdinin feshedilmesini işverenden talep edebilmektedir.

Hizmet akdinin feshinde işçinin korunmasını içeren bu düzenlemelerin yanında, fesih nedenleri bakımından Toplu Sözleşmelerle ek güvencelerin getirilmesi de mümkün olmaktadır. Feshe yol açacak işçinin şahsından, davranışından ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenler toplu iş sözleşmeleri ile sınırlanabilir[37].

---

36 Ayrıca bkz. **Schaub**, s. 1074-1076. **Zöllner/Lorıtz**, s.264-267. **Stahlhacke/ Preis**, s. 293 ff. **Brede/ Etzel**, s. 137-138.

37 **Berkowsky**, s.285-286. **Stahlhacke/Preis**, s. 166. **Brede/ Etzel**, s. 132.

tarafın talebi üzerine fesih nedeni yazılı olarak derhal belirtilmelidir[34].

Çoğunluk tarafından hakim olan görüşe göre, işverenin haklı nedenle derhal feshini düzenleyen BGB'nin 626. paragrafı hükümleri emredicidir. Bu hak toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılamaz ve ortadan kaldırılamaz[35]. Cezai şart, tazminat veya geri ödeme şartlı hükümlerle fesih hakkının Kullanılmasının ağırlaştırılması da geçirsizdir. Ancak böyle bir hükmün gerekçesi belirtilmemiştir. Bu hükmün emrediciliği Weimer zamanında tartışmalıydı. Bu dönemde kabul edilen görüşe göre ihbarsız fesih hakkının sınırlanması ancak önemli neden olarak belirli örneklerin genel değerlendirilmesi ile ilgili olmak zorundaydı. Ancak günümüzde feshe karşı koruma düşüncesinin kabul edilmesi ile bu düşünce yerine feshin sınırlandırılması esasına terk etmiştir.

1969 yılından beri yürürlükte bulunan Feshe Karşı koruma Kanununun (Kündigungsschutzgesetz) ilk paragrafına göre, bir işyerinde altı aydan fazla çalışan işçinin hizmet akdinin feshi için işçinin şahsından. davranışlarından veya işyeri gereklerinden kaynaklanan haklı bir nedenin varlığı aranmıştır. Haklı nedenin varlığı bakımından kanun genel bir hüküm getirerek, bunun taraflarca rasyonelleştirilmesine olanak sağlanmıştır. Feshe Karşı koruma Kanununun dışında İşyeri Organizasyonu Kanunu (Betriebsverfassungsgesetz) da işçi temsilciliğinin (Betriebsrat) feshin her aşamasında yönetime katılımına fırsat tanımıştır. Anılan yasanın 87. paragrafı ile aksine yasa veya toplu sözleşme bulunmadıkça hizmet ilişkisinin düzenlenmesi ve sona erdirilmesi bakımından yönetime katılma hakkını vermiş, 102. paragrafı ile de fesih durumunda yönetime katılma özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, işçi temsilciliğine (Betriebsrat)

---

34 **Schaub**, s. 958.

35 **Däubler/Hege**, s. 168. **Zöllner/ Loritz**, s. 255. **Stahlhacke/ Preis**, s. 166.

duyurulmadan yapılan fesih geçersizdir (BetrVG § 102, Abs. I). Hizmet akdinin feshi haklı nedenlere dayansa bile, eğer fesih hakkının kullanımı sosyal aykırılıklara neden oluyorsa geçersizdir. Bu sosyal aykırılıklar şu şekilde sıralanmaktadır (KSchG § 1, Abs.II ve BetrVG § 102, Abs. III)[36];

a, hizmet akdi feshedilen işçinin seçiminde sosyal şartlar hiç veya tatmin edici bir şekilde gözönünde tutulmamışsa,

b- fesih İşyeri Organizasyonu Kanununun 95. paragrafında düzenlenen ve düzenlenmesinde işçi temsilciliğinin onayı bulunan işyeri yönetmeliğine aykırıysa,

c- hizmet akdi feshedilen işçi aynı işverenin aynı türden işte fakat bir başka işyerinde çalışabiliyorsa veya aynı işyerinde başka bir işte çalışabilirse,

d- işçinin tekrar istihdamı, yeni bir mesleki eğitimi tamamlanarak mümkünse,

e- işçinin tekrar istihdamı değiştirilen sözleşme şartlarına göre mümkünse ve işçi bunu kabul ettiğini açıklamışsa feshe itiraz edebilmektedir. Bundan başka işçi temsilciliği aynı yasanın 104.nci paragrafına göre işyeri düzenini ihlal eden bir işçinin, özellikle işveren vekilinin hizmet akdinin feshedilmesini işverenden talep edebilmektedir.

Hizmet akdinin feshinde işçinin korunmasını içeren bu düzenlemelerin yanında, fesih nedenleri bakımından Toplu Sözleşmelerle ek güvencelerin getirilmesi de mümkün olmaktadır. Feshe yol açacak işçinin şahsından, davranışından ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenler toplu iş sözleşmeleri ile sınırlanabilir[37].

---

36 Ayrıca bkz. **Schaub**, s. 1074-1076. **Zöllner/Lorıtz**, s.264-267. **Stahlhacke/ Preis**, s. 293 ff. **Brede/ Etzel**, s. 137-138.

37 **Berkowsky**, s.285-286. **Stahlhacke/Preis**, s. 166. **Brede/ Etzel**, s. 132.

Toplu sözleşme ile hizmet ilişkisinin süreye tabi olması düzenlenebilir[38].

Mahkeme içtihatlarınca da kabul edildiği gibi işverenin fesih hakkının, hizmet akdinin belirli bir devam süresinin getirilmesi suretiyle sınırlanması mümkündür. Ayrıca toplu iş sözleşmeleri ile hizmet ilişkisinin kendiliğinden belirli bir yaş sınırına gelinmesi suretiyle sona ermesi düzenlenebilir[39]. Bu ancak eğer muhatap, emekli aylığını talep olanağına hak kazanmışsa geçirlidir. Aksi takdirde bütün hizmet ilişkisini 50 yaşam yılı ile sona erdirmek isteyen bir toplu sözleşme hükmü, yasal feshe karşı korumanın sınırlarının aşılmasından dolayı hükümsüz olurdu.

Toplu iş sözleşmesiyle, hizmet akdinin fesih dışında tarafların anlaşarak sona erdirilmesini de bir düzenlemeye tabi tutarak, belirli bir usul getirilebilir. Bu durumda sona erdirme sözleşmesi için, fesih hakkının kullanımında olduğu gibi, yazılı şekil koşulu öngörülebilir[40]. Ancak bu durum işçiye, belirli bir süre zarfında beyanından cayma hakkı verilirse mümkün olur. Eğer getirilen bu şekil koşuluna uyulmazsa, yerine göre feshe, butlan veya iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanabilir.

Toplu Sözleşmelerle feshe karşı koruma kapsamına, feshe karşı koruma yasasının kapsamı dışında bulunan işyerleri veya hizmet ilişkileri kapsam içerisine alınmak suretiyle güvence

---

38 **Däubler/ Hege,** s. 166.

39 **Däubler/ Hege,** s. 166 œahsa bağlı fesih bakımından BAT (Federal Toplu Sözleşme Yasası)'nın 2. paragrafında bunun ile ilgili bir hüküm vardır. Bu hükme göre, Sosyal Anlamda Haksız Fesihler başlığını taşıyan birinci paragrafında iş ilişkisinin işçi karşasında sona erdirilmesi eğer sosyal bakımdan haksız ise, aynı iş yerindeki ya da altı aydan uzun bir kesinti olmaksızın gerçekleştirilen iş ilişkisi bakımından hukuken geçersizdir.

40 **Däubler/Hege,** s. 166. Ayrıca bkz. **Zöllner/ Loritz,** s. 245.

altına alınabilirler[41]. Bu özellikle Feshe Karşı Koruma Yasasının, hizmet akdi süresi altı aydan daha az sürmüş olan işçiler ve küçük işletmeler ile ilgilidir.

Olağan fesih (feshi ihbar sürelerine bağlı fesih) genel olarak kabul edilen görüşe göre, toplu sözleşme ile sınırlandırılabilir ya da ortadan kaldırılabilir. Bu tür düzenlemelerin özellikle eski işçiler lehine, genellikle 10 yıl ya da daha uzun süreli işyeri kıdemine sahip olanlardaki gibi kullanılması sözkonusudur. Bunun yanında İşyerindeki bütün işçilerin bu feshedilmezlik durumu, bazı önemli iş branşlarında ve istisnai durumlarda da kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur[42]. Uygulamada karşılaşılan örneklerinde olduğu gibi, özellikle ekonomik sıkıntıların olduğu dönemlerde işyerinden kaynaklanan haklı nedenlerle fesih, sözleşme süresi boyunca yasaklanabilmektedir. Buna benzer pek çok olayda, fesih nedenlerinin sınırlandırılması dikkat çekicidir. Sonuç olarak işverenin fesih hakkını, işçi temsilciliğinin (Betriebsrat) onayının zorunlu olduğu her durumda sınırlamak mümkündür. Ayrıca toplu sözleşmeyle olağan bir fesihte, iradelere olağan dışı anlamların verilmesi yasaklanabilir.

Toplu sözleşme, sendika tarafından ileri sürülen çözülme davasının icrasını gerçekleştirebilmek için de elverişle bir vasıtadır.

Toplu iş sözleşmesi ile feshin sonuçları da düzenlenebilir. Bazı durumlarda toplu sözleşme ile düzenlenebilen tutarın ödenmesine ilişkin tazminat ödeme borcunun, her salt fesih ya

---

41 **Däubler/Hege,** s. 167.

42 **Däubler/Hege,** s. 167-168.

da her işyeri bağlantılı fesih durumunda işveren tarafından ödenmesi yükümlülüğü getirilebilir[43].

Alman hukuku dışında, Fransa ve İtalya gibi ülkelerde de toplu iş sözleşmelerinin işten çıkarmayı sınırlayıcı düzenlemeleri içerdiği görülmektedir. Fransa'da feshi ihbar hakkının toplu iş sözleşmesi ile sınırlanması yerleşik bir uygulamadır. Bu ülkede, feshe karşı korunmanın daha çok toplu iş sözleşmeleri ile fesih hakkının sınırlanması bakımından olumlu rol üstlenmektedir. Toplu iş sözleşmeleri ile gerçekleştirildiği belirtilmektedir[44]. İtalya'da da toplu iş sözleşmeleri fesih hakkının sınırlanması bakımından olumlu rol üstlenmektedir. Toplu iş sözleşmeleri ile süreli fesih ya da süresiz fesih ile sona erme nedenlerinin düzenlendiği görülmektedir (bu konuda ülke çapında yapılan metal işçilerinin toplu iş sözleşmesi örnek gösterilebilir) Ayrıca ihbarsız fesih durumunda ihtiyati tedbir olarak en fazla altı işgünü işçi işten elçektirilmekte ve bu arada işveren, işçinin sorumluluğunu gerektiren davranışı yeniden gözden geçirerek bir karar vermektedir. Bu inceleme sonucunda fesih kararı verildiğinde sonuç, askı halinden itibaren geriye yürümektedir[45].

---

43 **Däubler/Hege,** s. 169.

44 **Süzek, Sarper;** İş akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 64-65.

45 **Liso, Francesko/ Elena Pisani;** Workplace Justice, Employment Obligations in International Perspective, University of South Carolina 1992, s.247-248.

II- TÜRK HUKUKUNDA VE UYGULAMADA TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİ İLE İŞVERENİN FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

1- Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği İçerisinde Fesih Hakkının Sınırlanması

a- Yasal Düzenleme ve Doktrinin Değerlendirilmesi

İş güvencesi ile ilgili olarak modern gelişme seyri Türk Hukukunda yer almamıştır. İş Kanunumuzun 13. maddesi, işverenin fesih hakkını doğumu bakımından belirli makul nedenlerin varlığını araştırmamıştır. Bu düzenleme karşısında fesih, haklı bir nedene dayanmasa dahi, geçerli olacak. bu konudaki irade beyanının karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğuracaktır. Yasal olarak bu fesih serbestisi karşısında sadece feshin sonuçlarını geciktirici bir sınırlandırma benimsenmiştir[46]. Bu şekildeki bir sınırlamanın ise, iş güvencesi sağlamaya elverişli olmadığı açıktır.

Yasal bu düzenleme karşısında fesih hakkının doğumunu sınırlamaya yönelik olarak toplu iş sözleşmesi özerkliğinden kaynaklanarak, toplu iş sözleşmeleri ile taraflar için objektif, doğrudan doğruya emredici kurallar getirmek mümkün müdür?

İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptir (Anayasa m. 53). Anayasal bir norm ile güvence altına alınan bu hakta, özerk olarak getirilecek hukuk kurallarının doğrudan doğruya zorlayıcı etkisinin olacağı aynı güvence içinde yer almaktadır[47].

---

46 İş yasamızdaki bu düzenlemenin aynı zamanda yasanın diğer hükümlerinin de etkinliğini olumsuz yönde etkilediği konusundaki değerlendirmemiz ve diğer eleştirilerimiz için bkz. **Tuğ/ Başbuğ,** s. 48-53.

47 **Ulucan,** s. 88 vd.

Anayasadan kaynaklanan bu özerklik, TİSGLK ile daha da somutlaşmaktadır. TİSGLK , bu hakkı somutlaştırırken, özerkliği bireysel iş ilişkisi ile sınırlandırmaktadır. Bu yasanın 2. maddesinin ilk fıkrası gereği " *hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere* " getirilebilecek hükümler toplu iş sözleşmesinin özünü teşkil edecektir. Yine aynı yasanın 6. maddesinin hükmü gereği *hizmet akdinin ...sona ermesi ile ilgili hususlar* " doğrudan emredici etkisini gösterecektir.

. Böylece hizmet akdinin sona ermesi ile ilgili olarak işverenin fesih hakkını sınırlayıcı, bir tür iş güvencesi getirici toplu iş sözleşmesi hükümleri, işçilerin ve işverenleri karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma koşullarını düzenlemek amacıyla getirilen, önceliğe ve üstünlüğe sahip hükümler olarak düzenlenen konulardan olmaktadır. Ancak, toplu iş sözleşmesi özerkliği dolayısıyla getirilen bu hükümlerin yasal kurallar karşısındaki önceliği ve üstünlüğü, yasanın mutlak emredici kurallarına aykırı olmaması ile sınırlıdır. İşverenin fesih hakkı ile ilgili düzenlemelerin emredicilik derecesi, toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırma getirilebilmesi sorununun çözümünü belirleyecektir.

İş ilişkisinin sona erdirilmesi ile ilgili kuralların mutlak emredici olduğu anlayışı, klasik liberal dönemin bir ürünüdür. Çalışma hayatını ilgilendiren kuralların sosyalleştirilmesine paralel olarak fesih hakkını düzenleyen kurallar nisbi emredici kural olarak kabul edilmiştir. Ancak işverenin fesih hakkının sınırlanması konusunda doktrinde tam bir fikir birliği yoktur.

Doktrinde bazı yazarlarca[48] benimsenen görüşe göre, fesih hakkı temelinde yatan tarafların kişilik haklarının korunması

---

48 **Saymen, Ferit Hakkı**; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.550. **Oğuzman, Kemal**; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 164-165. Oğuzman'a göre işverenin işten çıkarma

düşüncesi nedeniyle kamu düzeniyle ilgili kurallardandır. Bu nedenle fesih hakkını sınırlayan sözleşmelerin geçerliliği kabul edilmemelidir. Bu görüş taraftarlarına göre İK. m. 13/B uyarınca öngörülen bildirim sürelerinin arttırılmasında işçi ve işveren arasındaki mutlak- şekli eşitlik nedeniyle değişik sürelerin öngörülmesi mümkün değildir. Bu görüşü savunanlar BK.'nun 340. maddesinin üçüncü fıkrasını esas almaktadır. Sözü edilen kurala göre "*iş sahipleri ve işçiler için muhtelif ihbar müddetleri mukavele edilmesi caiz değildir*". Bundan dolayı asgari bildirim süreleri taraflar bakımından aynı olmak üzere arttırılabilir. Aksi olarak işçi ve işveren için değişik ihbar sürelerinin toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılması durumunda bu hüküm geçersiz olacaktır.

İşverenin fesih hakkının sınırlanamayacağını savunan görüş karşısında güngeçtikçe daha çok taraftar bulan diğer bir görüşe göre[49], iş hukukunun işçiyi koruyucu ilkesi gereği mutlak- şekli eşitlik yerine taraflar arasında maddi eşitlik esas alınmalıdır. Bu takdirde fesih hakkının sınırlanması konusunda taraflar için ihbar sürelerinin farklı olacak şekilde kararlaştırılması geçerli olacaktır.

Doktrinde işverenin fesih hakkının sınırlanması yönündeki bu olumlu gelişmeye paralel olarak, fesih hakkının toplu iş sözleşmeleri ile ihbar süresinin uzatılmasından daha fazla güvence altına alıcı hükümlerin getirileceği kabul edilmektedir. Bu hükümlerin fesih nedenlerinin gösterilmesini

---

hakkının sadece belirli bir zaman için sınırlanması bu kuralı ihlal etmeyecektir. **Oğuzman**, s.163, 165. **Tunçomağ, Kenan;** İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 202. **Kaplan, Tuncay**; İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s. 77.

49 **Çelik, Nuri**; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 11. bası, İstanbul 1992, s.157. **Ekonomi, Münir**; Ferdi İş Hukuku, Cilt 1. Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1984, s.170. **Süzek**, s.63. **Taşkent, Savaş;** İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), Türkiye Beleiye-İş Sendikası, İstanbul 1991, s.97.

gerektiren ve bu nedenleri sınırlayıcı kurallar olabileceği söylenmektedir. Ulucan'a göre[50], toplu iş sözleşmesi ile fesih yetkisinin bir kurula, işyeri disiplin kuruluna bırakılması konusundaki hükmün geçerliliği kabul edilmekle beraber, kurul kararının işverenin fesih hakkını kullanabilmesi için bir ön koşul değil, doğrudan doğruya hukuken geçerli bir fesih olarak kabul etmek gerekeceğini belirtmiştir. Kurulun fesih kararı almaması ortada geçerli bir feshin bulunmadığını gösterir. Usulüne uygun olarak alınmamış bir fesih kararı mevcutsa, fesih yine geçerlidir. Ancak bu fesih, hukuken geçerli olmakla beraber haksız fesihtir ve hukuki sonuçları bu duruma göre belirlenir. Akünal[51] da Ulucan ile aynı görüşü paylaşarak, disiplin kurulu kararı alınmadan yapılan feshin hukuka aykırı bir feshin hukuka aykırı bir fesih olduğunu kabul etmektedir.

Doktrinde, fesih hakkının sınırlanması ile ilgili toplu iş sözleşme hükümleri incelenirken, İş Kanununun 13. maddesindeki yapılacak bir sınırlandırma ile bu durumda dahi haklı nedenle feshin getirilebileceği tartışmalarına girmekten ziyade disiplin kurulunun kararı üzerinde durulmaktadır. Disiplin kurulu kararı olmadan yapılan feshin geçerli, ancak haksız fesih olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu halde feshin kullanılması sözleşme hükümlerine aykırı hareketin yaptırımı ile karşılaşacak, feshin geçersizliğine karar verilemeyecektir.

Tartışmalar daha ziyade haklı nedenle fesih hakkının kullanılması ile ilgili sınırlandırmalarda yoğunlaşmaktadır. Çelik[52], haklı nedenle hizmet akdinin sona erdirilmesinde feshin, disiplin kurulu kararına bırakılması veya bir bölümü de

---

50 **Ulucan, Devrim**; Fesih Yetkisinin Toplu İş Sözleşmesi İle Kısıtlanması, İHU, TSGLK. 1 (No. 1). Ayrıca yazarın bu konudaki diğer görüşleri için bkz, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, s. 157.

51 **Akünal, Teoman**; Fesih Yetkisinin Toplu İş Sözleşmesi İle Kısıtlanması, İHU, TSGLK.1 (No. 11).

52 **Çelik**, s. 181.

yasada belirtilen haklı nedenlerden bazılarının akdi sona erdiren neden olmaktan çıkarılabileceğini kabul etmektedir. Yazarın bu görüşlerine diğer yazarlarca[53] da iştirak edilmektedir. Ne var ki, doktrinde fesih hakkının İK.m. 13'e göre kullanılmasının sınırlandırılması ve fesih hakkının doğumunun ön koşulu olabilecek sınırlandırmaların getirilebileceği üzerinde ayrıntılı olarak durulmamıştır. Bu konuda büyük bir cesaretle görüşlerini ileri süren Ekonomi ve Süzek'e göre toplu iş sözleşmeleri ile fesih hakkının doğumu bazı ön koşullara tabi tutulabilir. Bu durumda fesih hakkı öngörülen ön koşullar gerçekleşmeden kullanılmış ise, fesih geçersiz sayılabilir. Süzek'e[54] göre böyle bir durumda, toplu iş sözleşmesi ile iş akdinin feshinin geçersiz sayılacağı biçiminde bir hüküm getirilmiş ise, sözleşmeye aykırılık durumunda işe fiilen iade değil ama çalışmaksızın ücret talebi mümkün hale gelir. Ücret talebinin hukuki dayanağı da BK'nun 325. maddesi olacaktır. Ekonomi[55] ise, tarafların toplu iş sözleşmesine, işverenin bir kurul kararı (disiplin kurulu, barış kurulu) olmadan fesih hakkını kullanması halinde feshin geçersiz sayılabileceğine, yani iş ilişkisinin hiç bozulmamış gibi kabul edilerek işçinin işe iade edileceğine dair açık hükümler de getirilebileceğini kabul etmektedir. Ayrıca disiplin kurulu kararları yargı denetimi dışında tutulamayacaktır. Disiplin kurulu kararına bağlı olarak İK.m.13'e göre fesih hakkını kullanılabileceğini öngören toplu iş sözleşmesi hükmü gereğince işveren, feshin nedenini, yani fesih için işçinin

---

53 **Kaplan**, 78-79.

54 **Süzek Sarper**; Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazmipatı Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1991. Tartışmalar kısmı, s. 106. Aynı yazar, İş Hukuku Yaptırımları, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, s. 171-172.

55 **Ekonomi, Münir**; Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi İle Sınırlandırılması ve Disiplin Kurulu Kararının Alınması Zorunluluğu, İHU, TSGLK. 1, (No. 16).

şahsına veya davranışlarına ya da işyeri gereklerine dayalı geçerli nedenleri açıklaması da gerekecektir. Disiplin kurulu bu nedenleri inceleyerek fesih hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verecektir. İşveren yönünden, gerçekten İK. m.13'e göre geçerli sayılabilecek nedenler bulunduğu halde, disiplin kurulu, bunları hiç veya gerektiği şekilde dikkate almazsa yargı yoluna başvurulabilecektir. Aynı şekilde işçi de, disiplin kurulunca verilen kararın gerçekte fesih nedenleri olarak kabul edilemeyecek bir nedenle verildiğine dayanarak yargı yoluna başvurabilecektir.

b- Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinden kaynaklanarak işçi ve işveren ilişkilerinde öncelikli ve bağlayıcı kurallar getirilebilir. Ancak getirilen kural yasaların mutlak emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla yasa karşısında öncelikli ve bağlayıcı olabilmektedir. bundan dolayı, emredici bir kural olarak düzenlenmeyen fesih hakkının sınırlandırılması konusunda, iş güvencesi getirici derecede hükümlerin kabulü mümkün görülmelidir. Mevzuatımızda fesih hakkının sınırlandırılmasını engelleyici bir düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı bu serbesti içerisinde, ihbar sürelerinin uzatılması ya da haklı nedenle fesih hakkının bir kurula danışılarak kullanılması kararlaştırılabilir. Bu şekilde bir sınırlandırmanın getirilebilmesi yasal olarak ne kadar mümkünse, fesih hakkının ancak haklı bir nedenle kullanılabileceği veya hakkın kullanımının bir kurula danışılmasının gerekliliğinin bir geçerlilik koşulu olarak kabulü de o derece olanaklıdır. Kanaatimizce fesih hakkının kullanımı toplu iş sözleşmeleri ile belirli bir geçerlilik koşuluna bağlanabilir. Toplu iş sözleşmeleri ile bu geçerlilik koşuluna uymayan işverenin, geçersiz feshinin yaptırımı olarak bir tazminat, belirli bir süre ücretin ödenmesine ya da işçinin işe iadesi kabul edilebilir. Toplu iş sözleşmesi ile feshin geçerliliği bazı koşulların varlığına bağlanmış ancak, aykırılığı yaptırımı belirlenmemişse, iş

hukukunun işçi yararına yorum ilkesi gereği feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmelidir.

Fesih hakkının doğumunu haklı gösteren nedenlerle sınırlandırma, işverenin bu haktan feragatı anlamına gelmediği sürece hukuka uygun bir sınırlandırma olacaktır. Aksi durumda MK. m.23 gereği sözleşmenin bu hükümleri geçersiz olacak ancak sözleşme hukuka aykırı bu sınırlandırmalar dışında devam edecektir (BK. m.20/II). Bu durumda dahi iptal olunan haklı nedenler ile ilgili sınırlandırmanın tamamen geçersizliği yerine, sınırlandırmayı haklı kılacak makul nedenler ile sözleşmenin hakim tarafından yorumlanması kanaatindeyim. Çünkü, sınırlandırma ile ilgili kural yasalara aykırı ise de, taraflar arasında fesih hakkının sınırlanması konusunda zımni olarak iradelerinin uyuşması sözkonusudur. Bu iradelerin uygunluğunun gerçekleşmiş olması karşısında getirilen sınırlamada aşırıya gidilmiş ise, BK'nun 19 ve 20. maddeleri hükümleri, sadece bu aşırılığı kaldıracak ölçüde uygulanmalıdır.

Fesih hakkının doğumu ile ilgili getirilecek bu sınırlandırmalar yanında usule ve feshin sonuçlarına ilişkin sınırlamalar da getirilebilmelidir. Örneğin, haklı nedenin varlığının ispatı sorunu ve delil sözleşmesi hükümleri ile haklı nedenin varlığının ispatı işverene yüklenebileceği gibi bu ispatın belirli bir şekilde gerçekleşmesi koşulu da getirilebilmelidir.

c- Yargıtay Uygulaması

Yargıtayın fesih hakkının sınırlanması konusundaki içtihadının tutarlı bir seyir izlemediği söylenebilir. Çünkü, bu konudaki içtihadı ile Yargıtayın, fesih hakkının sınırlanmasını kabul eden kararları olduğu gibi reddeden kararları da bulunmaktadır. Ancak, Yargıtayın görüşü, belirli bir zaman dilimindeki içtihadına göre şekillenmekte, bir süreklilik arzetmemektedir.

Yargıtayın bu konudaki ilk içtihatlarına baktığımızda tutumunun olumsuz yönde olduğu görülmektedir. İlk olarak vermiş olduğu bir kararında yargıtay şu gerekçe ile fesih hakkının sınırlandırılmasını kabul etmemiştir[56]: "Kanuni şartları bulunduğu takdirde hiçbir sorumluluğa muhatap olmaksızın veya kanuni haklarını vermek suretiyle, işe işçi almak ve çıkarmak işverenin tabii ve kanunlarla hükümlere bağlanmış kanuni hakkıdır. İşverenin bu hakkı *hiç bir suretle sözleşmelerle tahdit olunamayacağı gibi* ortadan kaldırılarak elinden dahi alınamaz. Kanunla hükümlere bağlanan bir tabii hakkın sözleşme ile değiştirilmesi ve elden alınması mümkün olmadığı için böyle bir sözleşme kanuna aykırı olduğundan hükümsüz ve batıldır." Ancak Yargıtay 1975 yılında vermiş olduğu bir kararında[57], toplu iş sözleşmesi, fesih yetkisini sözleşmede öngörülen komitece verilecek bir kararın varlığına bağlı tutmuşsa, böyle bir karar yokken fesih yetkisinin kullanılmasının geçerli sayılamayacağını kabul etmiştir.

Bu gelişme olumlu karşılanırken, Yargıtay daha sonra eski görüşünü yineleyen kararlar vermiştir. Bu kararlarına göre Yargıtay, işçinin hizmet akdinin yönetim ve disiplin kurulu kararı olmadan işverence feshedilmesinin, hizmet akdinin feshinin kötüye kullanılması anlamında olduğu kabul edilen ve bu durumda üç yıllık tam maaş tutarında kötüniyet tazminatı ödenmesini öngören toplu iş sözleşmesinin yasa hükümlerine aykırı olduğu için geçersiz olduğuna karar vermiştir[58]. Aynı tarihlerdeki başka bir kararında[59] da hizmet akdinin haklı nedenle sona erdirilebilmesi için disiplin kuruluna bu yetkinin bırakılmasına rağmen, işverenin bu

---

56 Y 9 HD., 25.9.1969, 5871/9083 (bkz İşveren Dergisi, Ocak 1970, s. 19-20).

57 Y 9 HD., 30.3.1975, 20976/8162, Karar ve tahlili için bkz. **Ulucan**, İHU, TSGLK. 1 (No.1).

58 Y 9 HD., 5.3.1979, 2613/3196 (Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1979, s.7-12). Y 9 HD., 28.2.1977, 1095/3903 (Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 1977, s. 7-8).

59 Y 9 HD., 28.2.1977, 1095/3903 (Akünal, İHU, TSGLK. 1, (No 11)).

kurula gitmeyip hizmet akdini feshetmesi halinde, feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığına göre bir ayırım yapmıştır. Eğer fesih, haklı nedenle yapılmış ise disiplin kurulu kararı olmasa dahi hukuka aykırı olmayacaktır.

Ancak 1980 yılında verdiği başka bir kararda Yargıtay[60], tekrar görüş değiştirerek, İK.m.13'e göre fesih hakkının sınırlandırılmasının BK.m.19 ve 20'ye aykırı olmadığını kabul etmiştir. Yargıtayın bu şekildeki bir sınırlamayı kabul etmesinin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: "İşçinin yasa ve sözleşmeden doğan hakları ödenerek de olsa disiplin kurulu kararı olmadıkça hizmet sözleşmesinin feshedilmeyeceği ve feshi takdirinde işçiye iki yıllık ücreti tutarında tazminat verilmesini öngören toplu iş sözleşmesi hükmünün hizmet güvencesi sağlamak amacına yönelik olarak getirildiği kuşkusuzdur. İşverenin başvurusu üzerine sözleşmenin feshini gerekli kılan nedenler yerinde görüldüğü takdirde işçi disiplin kurulunca işten çıkarılabileceğine göre, disiplin kurulundan karar alma zorunluluğunu getiren sözleşme hükmünün işverenin fesih hakkını özüne dokunacak biçimde sınırladığı ve bu itibarla da yasaya aykırı olduğu görüşü benimsenemez. Disiplin kurulunda karar almaya ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmü işverenin 13. maddeye göre yaptığı fesihlerde, feshin sebebini açıkca bildirmeye zorlayıcı niteliktedir. Uyuşmazlık vukuunda disiplin kurulu kararı yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağına ve disiplin kuruluna başvuruda öne sürülecek olan sebepler evveliyet kuralı gereği mahkemece de incelenebileceğine göre davalı idarenin fesih nedeni yaptığı hususlar etraflıca araştırılma(lıdır)."

Gerekçesinde de görüldüğü gibi Yargıtay, İK.m.13'e göre fesih hakkının sınırlanarak disiplin kurulu kararıyla sona erdirmenin gerçekleşebileceğinin, yasalara aykırı olmadığı için geçerliliğine karar vermiştir. Ancak Yargıtayın bu içtihadında

---

60 Y9 HD., 14.11.1980, 6513/11749 (bkz. Ekonomi, İHU, TSGLK. 1 (No 16)).

Yargıtayın bu konuda[illegible] hakkını kullanma tutumunun olumsuz yönde[illegible] gibi bu hakkın vermiş olduğu bir karar[illegible]etirilemeyece- hakkının sınırlandırılm[illegible]e genellikle şartları bulunduğu t[illegible]nin sona olmaksızın veya kan[illegible]lüğünün almak ve çıkarmak[illegible]manın bağlanmış kanuni [illegible]r süre *sözleşmelerle tah*[illegible] elinden dahi al[illegible]erinden döndüğü hakkın sözleş[illegible] olmadığı için[illegible] hükümsüz [illegible] olduğu b[illegible] sözleşme[illegible] bağlı [illegible] kulla[illegible]

etmesi halinde, feshin hakl[illegible] bir ayırım yapmıştır. Eğer [illegible]lin kurulu kararı olmasa [illegible] karar kuralına aykırı davrandığından bahisle [illegible]edilmesi doğru değildir." Y 9 HD., 11.9.1986, [illegible]nis, Türk Kamu-Sen; İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, [illegible]sı ve Grev ve Lokavt Kanunu ve İlgili Yargıtay Kararları, [illegible]ul 1989, s.62-63). "Toplu iş sözleşmesinde sendikanın görüşü [illegible]an işe son verme halinde bir yıllık ücret tutarında tazminat [illegible]görülmüştür. Mücerret, görüş alınmadan işe son verme bir yıllık tazminatın hükmedilmesini gerektirmez" Y 9 HD., 5.4.1983, 997/3090 (Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu-Sen, İş Kanunu, s.54-55). Yargıtay 1982 yılında verdiği bir kararda, ihtiyarlık sigortasından faydalanmaya en az bir yıl kalan işçilerin hizmet akitlerinin sona erdirilemeyeceği şeklinde toplu iş sözleşmesi hükmünün işverenin hizmet akdini sona erdirme hakkını ortadan kaldıramayacağını belirterek olaydaki feshin MK.m.2'ye aykırı olduğu gerekçesi ile davacı lehine karar vermiştir. bkz. Y 9 HD., 23.11.1982, 8372/9161 (YKD, Nisan 1983).

62 Y 9 HD., 19.11.1986, 9327/10427 (Kamu-İş, Tühis Türk Kamu-Sen, s.464-465 ve Çimento İşveren, Ocak 1987). Y 9 HD., 15.10.1985, 7070/ 9454 (YKD, Nisan 1986, s. 537-538). Y 9 HD., 9.3.1984, 2019/1532, (Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 1984, s.19. Ayrıca bkz. **Ekonomi, Münir**; Ferdi İş İlişkilerinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, s.38).

izlenimini verecek bazı kararlarında[63], toplu iş sözleşmesinin hizmet akdinin feshini disiplin kurulu kararına bıraktığı durumlarda, böyle bir karar almak için başvurmadan ya da başvuru süresinin geçirilmesi üzerine yapılan fesihlerin sözleşmeye aykırı olması nedeniyle haksız sayılacağını tekrarlamıştır. Ayrıca verdiği başka bir kararda da Yargıtay[64], toplu iş sözleşmesi ile hizmet akdinin feshi için "gerekli bir sebep" koşulu getiren ve gerekli bir neden olmadan fesih durumunda işten çıkarılanlara her meslek yılı için ödenecek bir yıllık tazminatın haksız fesih tazminatı olacağını kabul etmiştir. Yine aynı sonucu doğuran başka bir kararında[65] da

---

63 Y 9 HD., 29.11.1990, 3227/12619 (**Savaş Taşkent**'in incelemesi, İHD, Temmuz-Eylül 1991, s. 443-446). Ancak son bir kararında Yargıtay, bu görüşünde de tutarlı olmadığını sergilemiş ve "haklı fesih nedenlerinin varlığı halinde, toplu iş sözleşmesindeki, feshe sadece disiplin kurulunca karar verilebileceğine dair hükme uyulmadan akdin doğrudan doğruya işverence feshedilmesi feshi haksız kılmaz" şeklinde görüş belirtmiştir (bkz. Y 9 HD., 1.7.1993, 9829/11434, Çimento İşveren, Eylül 1993, s.41-42). Karşı oy yazısında ise, söz konusu toplu iş sözleşmesi hükmünün, iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına uygun olarak, işverenin fesih hakkını sınırlayan ve uyulması zorunlu normatif karakterde bir güvence hükmü olup, hukuken geçerli ve bağlayıcı olduğu savunulmuştur. Mevzuattaki düzenlemenin nispi emredici nitelikte olduğu belirtilerek, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde sınırlanabileceği ve hükmün geçerli olacağı gösterilmiştir. Bu nedenle disiplin kuruluna danışılmadan yapılan fesih, İK. m. 17'ye dayansa dahi haksız fesih olacaktır. Söz konusu karşı oy yazısındaki gerekçeleri paylaşmamak mümkün değildir. Bu durum dahi konunun yeterince ortaya konulmadığını göstermektedir.

"Davacının çalıştığı birimin ekonomik nedenlerle kapatılması sebebiyle iş akdi feshedildiğine göre disiplin kurulundan karar alınmaması kusurlu fesih sebebi teşkil etmez." (Çimento İşveren, Kasım 1995, s.32).

64 Y 9 HD., 28.1.1991, 9747/596, (Türk Kamu-Sen, Mart 1991, s. 12). Aynı yönde başka bir karar, Y 9 HD., 24.9.1992, 3164/10375.

devamlılık sağlanamamıştır. İşverenin fesih hakkını kullanma yetkisinin bir kurula devredilemeyeceği gibi bu hakkın kullanılmasında danışma yükümlülüğü dahi getirilemeyeceğine karar vermiştir[61]. Toplu iş sözleşmelerinde genellikle kabul edilen, haklı nedenlerle hizmet akdinin sona erdirilmesinde disiplin kuruluna danışma yükümlülüğünün getirilmiş olmasına rağmen haklı neden varsa, danışmamanın feshi haksız kılamayacağı[62] şeklindeki içtihadını uzun bir süre devam ettirmiştir.

Son zamanlarda Yargıtayın bu görüşlerinden döndüğü

---

61 "işverenin TİS'nin ilk giren son çıkar kuralına aykırı davrandığından bahisle kötüniyet tazminatına hükmedilmesi doğru değildir." Y 9 HD., 11.9.1986, 7584/7949 (Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu-Sen; İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi ve Grev ve Lokavt Kanunu ve İlgili Yargıtay Kararları, Cilt 1, İstanbul 1989, s.62-63). "Toplu iş sözleşmesinde sendikanın görüşü alınmadan işe son verme halinde bir yıllık ücret tutarında tazminat öngörülmüştür. Mücerret, görüş alınmadan işe son verme bir yıllık tazminatın hükmedilmesini gerektirmez" Y 9 HD., 5.4.1983, 997/3090 (Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu-Sen, İş Kanunu, s.54-55). Yargıtay 1982 yılında verdiği bir kararda, ihtiyarlık sigortasından faydalanmaya en az bir yıl kalan işçilerin hizmet akitlerinin sona erdirilemeyeceği şeklinde toplu iş sözleşmesi hükmünün işverenin hizmet akdini sona erdirme hakkını ortadan kaldıramayacağını belirterek olaydaki feshin MK.m.2'ye aykırı olduğu gerekçesi ile davacı lehine karar vermiştir. bkz. Y 9 HD., 23.11.1982, 8372/9161 (YKD, Nisan 1983).

62 Y 9 HD., 19.11.1986, 9327/10427 (Kamu-İş, Tühis Türk Kamu-Sen, s.464-465 ve Çimento İşveren, Ocak 1987). Y 9 HD., 15.10.1985, 7070/ 9454 (YKD, Nisan 1986, s. 537-538). Y 9 HD., 9.3.1984, 2019/1532, (Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 1984, s.19. Ayrıca bkz. **Ekonomi, Münir**; Ferdi İş İlişkilerinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, s.38).

izlenimini verecek bazı kararlarında[63], toplu iş sözleşmesinin hizmet akdinin feshini disiplin kurulu kararına bıraktığı durumlarda, böyle bir karar almak için başvurmadan ya da başvuru süresinin geçirilmesi üzerine yapılan fesihlerin sözleşmeye aykırı olması nedeniyle haksız sayılacağını tekrarlamıştır. Ayrıca verdiği başka bir kararda da Yargıtay[64], toplu iş sözleşmesi ile hizmet akdinin feshi için "gerekli bir sebep" koşulu getiren ve gerekli bir neden olmadan fesih durumunda işten çıkarılanlara her meslek yılı için ödenecek bir yıllık tazminatın haksız fesih tazminatı olacağını kabul etmiştir. Yine aynı sonucu doğuran başka bir kararında[65] da

---

63 Y 9 HD., 29.11.1990, 3227/12619 (**Savaş Taşkent**'in incelemesi, İHD, Temmuz-Eylül 1991, s. 443-446). Ancak son bir kararında Yargıtay, bu görüşünde de tutarlı olmadığını sergilemiş ve "haklı fesih nedenlerinin varlığı halinde, toplu iş sözleşmesindeki, feshe sadece disiplin kurulunca karar verilebileceğine dair hükme uyulmadan akdin doğrudan doğruya işverence feshedilmesi feshi haksız kılmaz" şeklinde görüş belirtmiştir (bkz. Y 9 HD., 1.7.1993, 9829/11434, Çimento İşveren, Eylül 1993, s.41-42). Karşı oy yazısında ise, söz konusu toplu iş sözleşmesi hükmünün, iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına uygun olarak, işverenin fesih hakkını sınırlayan ve uyulması zorunlu normatif karakterde bir güvence hükmü olup, hukuken geçerli ve bağlayıcı olduğu savunulmuştur. Mevzuattaki düzenlemenin nispi emredici nitelikte olduğu belirtilerek, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde sınırlanabileceği ve hükmün geçerli olacağı gösterilmiştir. Bu nedenle disiplin kuruluna danışılmadan yapılan fesih, İK. m. 17'ye dayansa dahi haksız fesih olacaktır. Söz konusu karşı oy yazısındaki gerekçeleri paylaşmamak mümkün değildir. Bu durum dahi konunun yeterince ortaya konulmadığını göstermektedir.

"Davacının çalıştığı birimin ekonomik nedenlerle kapatılması sebebiyle iş akdi feshedildiğine göre disiplin kurulundan karar alınmaması kusurlu fesih sebebi teşkil etmez." (Çimento İşveren, Kasım 1995, s.32).

64 Y 9 HD., 28.1.1991, 9747/596, (Türk Kamu-Sen, Mart 1991, s. 12). Aynı yönde başka bir karar, Y 9 HD., 24.9.1992, 3164/10375.

işten çıkarma sıralamasına uyulmaması halinde, ihbar ve kıdem tazminatının üç misli olarak ödeneceğine dair toplu iş sözleşmesi hükmünün bir cezai şart niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yeni bir kararında[66] fesih hakkının işgüvencesi getirilmesi gayesi ile sınırlandırılabileceği önemle belirtilmektedir. İlgili kararında Yargıtay görüşünü şöyle ifade etmektedir: "..işçinin, işyerine, mazeretsiz ve haklı bir sebebe dayanmaksızın, ardı-ardına iki iş günü gelememesinin işverene iş akdini bildirimsiz fesih hakkı verdiği, bu hakkı tamamen kaldırmanın mümkün olmadığı, bu yolda düzenleme getiren Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin geçersiz sayılması gerektiği ve işçinin iş akdinin sona erdirilmesi ile ilgili olarak işverence alınan kararların yargı denetimine tabi bulunduğu hususları tartışmasızdır. ancak; işverenin iş akdini bildirimsiz fesih hakkının, iş güvencesinin sağlanması ve işçiyi koruma amacına yönelik olarak belirli bir ayırımdan geçirilmek suretiyle sınırlandırılması da mümkündür. Somut olaya bu yaklaşım içerisinde bakıldığında işyerinde yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesi hükmünün iş hukukunun işçiyi koruma amacına uygun olarak, işverenin fesih hakkını sınırlayan ve uyulması zorunlu normatif karakterde, hukuken geçerli ve bağlayıcı bir kural olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu kabul, bir yerde tarafların serbest iradeleri ile ve Toplu İş Sözleşmesi özerkliği çerçevesinde bağıtladıkları sözleşmeye uyulmasının da gereğidir. Disiplin kurulunca alınacak kararın sonuçta yargı denetimine tabi bulunması da, Toplu İş Sözleşmesinin bu konudaki açık hükmünü gözardı etmesini haklı kılamaz".

---

65 Y 9 HD., 6.11.1991, 11567/13949, (Türk Kamu-Sen, Aralık 1991, s.15-16 ve Çimento İşveren Ocak 1992).

66 YHGK., 1.6.1994, 9-71/381, YKD Kasım 1994, s.1737-1740.

Görülmektedir ki, Yargıtay son kararları ile doktrindeki genel olarak kabul edildiği şekliyle fesih hakkının toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırılması konusunda olumlu bir adım atmıştır. Ancak daha önceki kararları da incelendiğinde bu gelişme güven verici olamamaktadır. Sorunun bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözüldüğü takdirde daha tutarlı bir sonuca ulaşılacağını ümit etmekteyiz.

Yargıtayın bu tutumunun fesih hakkının sınırlandırılması konusunda olduğu gibi feshin sonuçlarına yönelik toplu iş sözleşmelerinde de sürdürmelidir. Örneğin fesih sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi ile hizmet akdinin sona erdirilmesi ile ilgili olarak Yargıtay, feshin ihbar süreleri sonunda hüküm ve sonuç doğuracağını öngören toplu iş sözleşmesi hükümlerini geçerli kabul etmemektedir[67]. İşverene bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi yoluyla fesih yetkisi tanımanın, bildirim süresinin hükümlerini kaldıracağını ve dolayısıyla işçiyi bu sürelere ilişkin kıdeminden ve gerçekleşecek diğer haklardan yoksun bırakacağı şeklindeki bir kanaat doğru kabul edilemez. Böyle bir sonuç iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaz. Ancak Yargıtay'ın son zamanlarda vermiş olduğu kararlarda bu içtihadını hafiflettiği görülmektedir. Hizmet akdinin ihbar sürelerine ait ücretin peşin ödenerek sona ermesi durumunda, bu süre içerisinde gerçekleşecek hakların da iktisap edileceğini öngören Toplu İş Sözleşmesi hükümleri geçerli kabul edilmektedir[68].

---

67 YHGK, 8.5.1991, 9-148/13949, (İşveren Dergisi, œubat 1992, s.20). YHGK, 11.5.1984, 9-392/549. (İşveren Dergisi, Mart 1985, s.19-20). **Ekonomi**, (Hizmet Akdinin Feshi), s.448-449. Aksi düşünce için bkz. **Yılmaz, Banu;** Hizmet Akdinin İhbar Önellerine Riayet Edilmesi Yolu İle Feshinin İşçi ve İşveren Yönünden Hukuki Neticeleri, Tütis, Nisan 1977, s.8-10.

68 Y 9 HD, 23.11.1993, 5065/16893 (Çimento İşveren, Ocak 1994, s.25-26). Y 9 HD., 4.10.1995, 10184/30455 (Çimento İşveren, Kasım 1995, s.32-34).

2- Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri İle Fesih Hakkının Düzenlenmesi

Uygulamada işverenin işten çıkarma hakkının büyük ölçüde toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandığı görülmektedir. Bu hükümler büyük ölçüde bir önceki yılların tekrarı niteliğindedir. Sözleşmenin tarafı olan işveren veya işveren sendikasınca, Yargıtayın bu hükümlere rağmen fesih hakkının kullanılmasını mümkün gören içtihatları karşısında, "*nasıl olsa geçersiz hükümler*" olarak değerlendirilerek tartışılmadan kabul edilmektedir. Aşağıda bu konuda daha önce yapılmış çalışmaları ve Türk-İş ve Hak-İş'e bağlı muhtelif sendikaların toplu iş sözleşmeleri incelenerek uygulamadaki düzenleniş biçimi incelenmeye çalışılmıştır.

a- Bir Disiplin Cezası Olarak İşten Çıkarma Nedenleri

Toplu iş sözleşmeleri ile işverenin nedensiz veya haklı nedenle çıkarma hakkının sınırlandırılması sonucunu doğurucu hükümler getirilmektedir. Bu hükümlerle işverenin özellikle toplu işten çıkarmalarda çıkarma hakkı büyük ölçüde sınırlanmaktadır. Ayrıca, sınırlandırma getirilirken çıkarılacak işçiler ve çıkarma nedenleri bakımından öncelik-sonralık ilişkisi kurulmaktadır. Bunlar şu şekilde özetlenebilir;

1- Otomasyon, rasyonalizasyon ya da kapasite daraltılması nedeniyle işçi azaltılmasının zaruri olması,

2- Hastalık veya kaza gibi nedenlerden dolayı rapor süresinin İK.m17/I-a hükmündeki sürelerden daha uzun bir sürenin öngörülmesi veya bu rapor süresinden daha kısa olan hastalık hallerinde işçinin çıkarılamaması,

3- İşten çıkarmalarda öncelikle gönüllü olarak ayrılmak isteyenlerin, emeklilik hakkına hak kazananların, deneme süresinde bulunan işçilerin, sicilinde en çok ceza olanların, belirli bir sürenin altında çalışanların, işe son girenlerin ve

işyeri sendika temsilcilerinin en son çıkarılacak kişi olarak belirlendiği bir sıralamanın izlenmesi,

4- İK.m. 17/II'ye giren çıkarma nedenlerinin oluşması halinde, çıkarma yerine, ihtar veya para cezası gibi çeşitli disiplin cezaları uygulanması, ancak tekerrür durumunda işten çıkarma cezasının uygulanması ya da İK. m. 17/III'e göre fesih hakkının doğumu için belirli bir tutukluluk süresinin kararlaştırılması,

5- İhbar sürelerinin uzatılması ve kıdem tazminatı miktarının arttırılması ve ihbar süresine ait ücretin peşin ödemesi ile yapılan fesihte, akdin ihbar süresi sonunda sona ermesi ya da hüküm ve sonuç doğurması (feshi engelleyici hüküm olarak kabul edilebilir),

şeklinde öngörülen hükümlerle sınırlanmaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinin fesih hakkını düzenleyen bu etkisi nedeniyle, toplu iş sözleşmelerinde hükümler getirilirken dikkatli olunmadığı sürece işçi aleyhine olabilir. Oysa temel kural, toplu iş sözleşmeleri ile işverenin fesih hakkının sınırlanmasıdır. İşçinin fesih hakkını sınırlayıcı veya onun yasadan doğan bazı haklarını kısıtlayıcı düzenlemelerin getirilmesi doğru olamaz. Toplu iş sözleşmeleri ile getirilen bir yükümlülüğün ihlali hiç şüphesiz haklı olarak işten çıkarma nedenidir. Örneğin, toplu iş sözleşmeleri ile fazla mesaiye kalma konusunda önceden bir rızanın verildiği ve rızanın da sendikanın temsil yetkisinden doğduğu kabul edilmektedir. Halbuki, fazla mesaiye kalma konusunda yasada getirilen düzenlemeye göre, işçi rıza göstermedikçe buna zorlanamaz. Aynı şekilde fazla mesaiye kalmamak da haklı bir neden oluşturmaz. Oysa, toplu iş sözleşmesi ile fazla mesaiye rıza getirildiğinde, bu kurala uymamak toplu iş sözleşmesine, dolayısıyla hizmet akdine aykırılık oluşturacak ve işten çıkarma için haklı bir neden olabilecektir. Aynı şekilde işçinin çalışma

şartlarında esaslı değişiklik yapıldığında iki seçimlik hak doğmaktadır. İşçi isterse yapılan değişikliği kabul eder veya süresi içerisinde hizmet akdini haklı nedenle feshederek yasal haklarını talep edebilir (İK.m. 16/II-e). Ancak, toplu iş sözleşmelerinde genellikle çalışma şartlarındaki bu tür değişiklikler için geçici bir süre rıza verilmektedir. Uygulamada 2 veya 3 ay şeklinde beliren bu geçici görevlendirmeye işçi uymak zorundadır. Dolayısıyla İş Kanunundan doğan bu hak kullanılamayacak, işçi yapılan değişikliğe uymayacak olursa sözleşmeye aykırılık oluşacak ve çıkarma için haklı bir neden meydana gelecektir. Kanaatimizce bu anlamda işçinin fesih hakkını sınırlayacak ya da yasal bir hakkının kullanılmasını engelleyecek şekilde getirilen düzenlemeler fesih için haklı bir neden olmamalıdır. Aynı şekilde bu düzenlemeler işçinin fesih hakkını sınırlamamalıdır.

b- İşyeri Disiplin Kurulu ve Soruşturma Usulü

aa- İşyeri Disiplin Kurulunun Yapısı

İşyeri disiplin kurulları, genellikle işveren ve işçi sendikasınca belirlenecek eşit sayıda temsilciden kurulmaktadır. Kurula başkanlık edecek kişinin tesbiti işveren tarafından gerçekleştirilmektedir. Kurul, çoğunluğun sağlanması ile toplanır ve çoğunluk ile karar verir. Ancak çoğunluk sağlanamazsa, toplantıya katılacak üyelerin ikinci toplantının yer, gün ve saati hakkında alacakları kararla bir sonraki toplantı belirlenir. İkinci toplantıda çoğunluk aranmaz ve kurul mevcut üyelerle konuyu ele alır.

Kurul çoğunluk ile karar verir. Bazı Toplu İş Sözleşmelerinde disiplin kurulu kararlarının oybirliği ile alınması öngörülmekte, ancak Yargıtay[69], bu tür hükümleri

---

69 "..Toplu İş Sözleşmesinin 9. maddesinde yer alan ve disiplin kurulunun oybirliği ile karar almasını öngören hüküm hukuken geçerli sayılamaz. Bu

geçersiz saymaktadır. Oyların eşit olması halinde başkanın oyu iki oy sayılır ve başkanın oyunun bulunduğu yönde karar alınır. Zorunluluk bulunmadıkça kurulun başkanı değiştirilmez ve kurula genellikle, disiplin olayında şikayetçi olan servisten kimse katılamaz.

Kurul, yasalarda, toplu iş sözleşmesinde ve diğer mevzuatlarda belirtilen cezaların, işten çıkarmaların, işçiler hakkında uygulanmasında yetkili organ olarak kabul edilmektedir.

bb- Soruşturma

Disiplin cezasını gerektiren, işçinin hal ve hareketlerinin meydana geldiğini öğrenen işveren veya işveren vekili olayı disiplin kuruluna, öğrendiği tarihten itibaren işgünü süresi olarak belirlenen süre içerisinde kovuşturma açılması için intikal ettirmelidir. Büyük işletmelerde işveren vekili durumu bağlı bulunduğu amire iletmekte ve bu kişide aynı şekilde belirli bir süre içerisinde kovuşturma açmak zorunda bulunmaktadır.

Kovuşturmanın açılması için belirlenen süreler incelendiğinde, bu sürelerin İK.m. 18'de belirtilen ve 16. ve 17. maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak taraflar için tanınmış olan fesih yetkisinin kullanılması için öngörülen altı işgünlük süreyi aştığı görülmektedir. Ancak İK. m. 18'deki "*bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden itibaren*" cümlesinde ifade bulan öğrenme anının basit bir olayın öğrenilmesi olarak anlamamak gerekir. Böyle bir düzenleme karşısında fesih için öngörülen sürenin, işçi veya işverenin ahlak ve iyi niyet kuralları ile bağdaşmayan davranışlarının

---

durumda Toplu İş Sözleşmesinin anılan hükmüne uygun karar almadığı gerekçesi ile aynı maddede düzenlenen cezai şarta hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Y 9 HD., 25.9.1995, 8981/28051 (İşveren., Ağustos 1995, s.17-18).

şartlarında esaslı değişi[illegible]rek kesinleşmesinden doğmaktadır. İşçi ister[illegible]malıdır[70]. süresi içerisinde hizme[illegible]erektiriyorsa, haklarını talep ede[illegible]una intikal sözleşmelerinde ge[illegible].m.18'de değişiklikler için ge[illegible] süre 2 veya 3 ay şekl[illegible] toplu iş uymak zorunda[illegible]ve disiplin kullanılamayac[illegible]. Kurul işten sözleşmeye ay[illegible] çıkarılmadığı bu meydana ge[illegible]nizce, karar verilmesi hakkını sın[illegible]e kullanılmış dahi olsa, engelleyec[illegible]a, bu maddeye göre feshin neden ol[illegible]ı ileri sürmek mümkün hakkını[illegible]

[illegible]ası işveren vekilinin veya işverenin [illegible]aktadır. Olay ile ilgili ilk soruşturma da [illegible]kilince yapılmaktadır. Disiplin cezasını [illegible], bir hasar vermekten ibaretse, bu hasarın tesbiti [illegible]r komisyon (hasar tesbit komisyonu) kurulabilir. [illegible]disiplin kuruluna havalesi ile işçinin savunması [illegible]ak üzere belirli bir süre tanınmakta ve savunması [illegible]nmayan işçi hakkında disiplin cezasının verilmesi kabul [illegible]edilmemektedir. Disiplin kurullarınca ifadesi alınmak için çağrılan işçilerin davete icabet ederek doğru ifade verme mecburiyetleri de getirilmektedir.

Disiplin kurullarının ihlali işveren veya işveren vekillerince gerçekleştirilmiş ve bundan işçiler bir zarara uğramış ya da uğrayacak olmaları halinde işçi sendikası da şikayette bulunarak disiplin kurulunda soruşturma açılmasını

---

70 Ayrıca bkz.**Eşmelioğlu, İbrahim**; İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, Çimento İşveren, Mayıs 1988, s.22.

isteyebilir. Bu özellikle sendikal faaliyetlerin engellenmek istenmesi veya farklı muamele uygulanmasında görülebilir.

Toplu iş sözleşmesi ile sınırlanan fesih hakkının doğumu nedenlerine veya usule ilişkin kurallara uyulmadan gerçekleşen fesih, daha önce de belirttiğimiz gibi geçersiz bir fesihtir. Kanaatimizce, toplu iş sözleşmeleri ile bu geçersizliğin sonucuna işe iade yaptırımı da uygulanabilmelidir.

Disiplin cezasına maruz kalan işçi, disiplin kurulunun verdiği kararın iptali için dava açabilecektir[71]. Disiplin kurulunun vermiş olduğu karar yargı denetiminden ayrı tutulamaz. Hakim, olayı içerik yönünden inceleyebildiği gibi uygulanan sözleşme hükmünün de hukuka uygunluğunu denetleyebilecektir. Toplu iş sözleşmelerinde disiplin kurulunun işten çıkarma kararına karşı mahkemede itiraz edilmiş ve mahkeme kararı iptal etmiş ise, işe iadenin zorunlu olduğu kabul edilmekte[72] veya ihbar veya kıdem tazminatlarının bir kaç katı şeklinde tazminat kararlaştırılmaktadır.

c- Merkez Disiplin Kurulu

Özellikle işletme toplu iş sözleşmelerinde yer almakta olan merkez disiplin kurulu disiplin kurulu kararlarına karşı itirazları kesin olarak inceleyecek ve karara bağlayacak kuruldur. Ayrıca merkez disiplin kurulu, sendikanın veya şubenin yöneticileri ile işyeri sendika temsilcileri hakkındaki

---

71 Y 9 HD., 20.4.1987, 3816/3991 (Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu-Sen, s.465-466). YHGK, 23.10.1987, 9-612/770 (Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu-Sen).

72 Örneğin Tes-İş ile TEK arasında yapılan sözleşmede işçinin mahkemece hükmedilmiş tazminatlarından vazgeçtiği takdirde eski işine ya da eski işi boş değilse, aynı değerde başka bir işe alınması kabul edilmiştir. Yine Öz Gıda-İş Sendikasının özellikle kriz dönemlerinde işyerlerinden işçi çıkarılmaması şeklindeki sözleşmeler Türk toplu pazarlık sistemine iş güvencesinin yeni yeni gelişmekte olduğunu göstermektedir.

meydana geldiğinin belirtilen usul izlenerek kesinleşmesinden itibaren başlaması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır[70].

Cezayı gerektiren davranış çıkarmayı gerektiriyorsa, işveren belirli bir süre içerisinde olayı disiplin kuruluna intikal ettirmekle yükümlü bulunmaktadır. Bu nedenle İK.m.18'de öngörülen fesih yetkisini kullanmak için getirilen süre geçirilmiş olacaktır. İşte böyle durumlarda bazı toplu iş sözleşmelerinde işçi, işten el çektirilmekte ve disiplin kurulunun vereceği karar beklenilmektedir. Kurul işten çıkarmaya karar vermediği takdirde, işçinin çıkarılmadığı bu sürelerinin ücreti ödenmektedir. Kanaatimizce, karar verilmesi için altı işgünlük süreden fazla bir süre kullanılmış dahi olsa, İK.m. 17 kapsamına giren bir olayda, bu maddeye göre feshin sonuçlarının etkisiz kaldığını ileri sürmek mümkün olmayacaktır.

Disiplin soruşturması işveren vekilinin veya işverenin talebi üzerine açılmaktadır. Olay ile ilgili ilk soruşturma da işveren veya vekilince yapılmaktadır. Disiplin cezasını gerektiren olay, bir hasar vermekten ibaretse, bu hasarın tesbiti için ayrı bir komisyon (hasar tesbit komisyonu) kurulabilir. Olayın disiplin kuruluna havalesi ile işçinin savunması alınmak üzere belirli bir süre tanınmakta ve savunması alınmayan işçi hakkında disiplin cezasının verilmesi kabul edilmemektedir. Disiplin kurullarınca ifadesi alınmak için çağrılan işçilerin davete icabet ederek doğru ifade verme mecburiyetleri de getirilmektedir.

Disiplin kurullarının ihlali işveren veya işveren vekillerince gerçekleştirilmiş ve bundan işçiler bir zarara uğramış ya da uğrayacak olmaları halinde işçi sendikası da şikayette bulunarak disiplin kurulunda soruşturma açılmasını

---

70 Ayrıca bkz.**Eşmelioğlu, İbrahim**; İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, Çimento İşveren, Mayıs 1988, s.22.

isteyebilir. Bu özellikle sendikal faaliyetlerin engellenmek istenmesi veya farklı muamele uygulanmasında görülebilir.

Toplu iş sözleşmesi ile sınırlanan fesih hakkının doğumu nedenlerine veya usule ilişkin kurallara uyulmadan gerçekleşen fesih, daha önce de belirttiğimiz gibi geçersiz bir fesihtir. Kanaatimizce, toplu iş sözleşmeleri ile bu geçersizliğin sonucuna işe iade yaptırımı da uygulanabilmelidir.

Disiplin cezasına maruz kalan işçi, disiplin kurulunun verdiği kararın iptali için dava açabilecektir[71]. Disiplin kurulunun vermiş olduğu karar yargı denetiminden ayrı tutulamaz. Hakim, olayı içerik yönünden inceleyebildiği gibi uygulanan sözleşme hükmünün de hukuka uygunluğunu denetleyebilecektir. Toplu iş sözleşmelerinde disiplin kurulunun işten çıkarma kararına karşı mahkemede itiraz edilmiş ve mahkeme kararı iptal etmiş ise, işe iadenin zorunlu olduğu kabul edilmekte[72] veya ihbar veya kıdem tazminatlarının bir kaç katı şeklinde tazminat kararlaştırılmaktadır.

c- Merkez Disiplin Kurulu

Özellikle işletme toplu iş sözleşmelerinde yer almakta olan merkez disiplin kurulu disiplin kurulu kararlarına karşı itirazları kesin olarak inceleyecek ve karara bağlayacak kuruldur. Ayrıca merkez disiplin kurulu, sendikanın veya şubenin yöneticileri ile işyeri sendika temsilcileri hakkındaki

---

71 Y 9 HD., 20.4.1987, 3816/3991 (Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu-Sen, s.465-466). YHGK, 23.10.1987, 9-612/770 (Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu-Sen).

72 Örneğin Tes-İş ile TEK arasında yapılan sözleşmede işçinin mahkemece hükmedilmiş tazminatlarından vazgeçtiği takdirde eski işine ya da eski işi boş değilse, aynı değerde başka bir işe alınması kabul edilmiştir. Yine Öz Gıda-İş Sendikasının özellikle kriz dönemlerinde işyerlerinden işçi çıkarılmaması şeklindeki sözleşmeler Türk toplu pazarlık sistemine iş güvencesinin yeni yeni gelişmekte olduğunu göstermektedir.

disiplin cezalarını gerektiren olayları incelemektedir.

Merkez disiplin kurulları da, işyeri disiplin kurullarında (veya bölge disiplin kurullarında) olduğu gibi eşit sayıda işçi ve işveren temsilcisinden oluşur. Kurul aynı şekilde çoğunlukla toplanır ve çoğunlukla karar verir. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu iki oy sayılır. İlk toplantıda çoğunluk sağlanamazsa ikinci toplantıda katılanlarlakarar verilir. Disiplin cezalarının niteliğine göre işyeri disiplin kurulunun kararlarına itiraz ve bu itirazları inceleme süreleri öngörülebilir. Ancak bazı sözleşmelerde işyeri disiplin kurulunun oybirliği ile verdiği işten çıkarma cezasına itiraz hakkı tanınmamıştır.

Disiplin kurulu veya merkez disiplin kurulunca verilecek cezaların kesinleşmesi işveren tarafından onaylanmasına bağlı tutulmuştur. İşveren ancak verilen kararda işçi lehine değişiklik yapabilecektir. Bazı toplu iş sözleşmelerinde kararı onaylayacak olan işverenin belirli bir süre içerisinde karar ile ilgili işlem yapmazsa, cezalandırmanın ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. Yine bazı sözleşmelerde işyeri disiplin kurulunun işten çıkarma cezası, merkez disiplin kurulunca iptal edilirse hüküm ve sonuçları iptal kararından itibaren uygulanmakta, karar geriye etkili olmamaktadır. İşçinin ücret ve diğer sosyal hakları da bu tarihten itibaren ödenmektedir.

IV- SONUÇ

İş hukukundaki modern gelişmeye paralel olarak fesih hakkının doğumu ve bu hakkın kullanılmasıyla ilgili sınırlandırmanın toplu iş sözleşmeleriyle de getirilebileceğini savunduğumuz bu çalışmamızda ilk olarak vardığımız sonuç; mevzuatımız açısından toplu iş sözleşmelerinde bu yönde bir düzenlemenin getirilebilmesi konusunda yasal herhangi bir engel bulunmadığıdır. Aksine toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bir gereği olarak bu olanak mevcut bulunmaktadır. Doktrindeki

yaygın kanaat da bu şekildedir. Ancak Yargıtayın içtihatları açısından durum hiç de böyle değildir. Mevzuatımız açısından toplu iş sözleşmeleri ile fesih hakkının sınırlandırılmasında bir engelin bulunmadığını, Yargıtayın bazı kararlarına dayanarak ileri sürmek mümkündür. Fakat bu konudaki çelişkili tutumlar nedeniyle hukuki bir dayanak olarak kabul ederek toplu iş sözleşmelerinde sınırlandırmaya ilişkin düzenlemeler de yapılamamaktadır. Bu nedenlerle uygulamanın yaygınlaşması ve gelişmesi için Yargıtayın, bu konudaki tutarsızlığı sona erdirecek şekilde bir içtihadı birleştirme kararı ile kesin bir çözüme ulaşmasını ümit etmekteyiz. İş ilişkisi içerisinde taraflara daha aktif rol vermek, sorunları gecikmesiz ve zamanında çözüm getirmek gerekmektedir. Bu fonksiyonun büyük ölçüde işyeri kurulları ile sağlanabileceğine inanmaktayız. Bundan dolayı, özellikle işyeri disiplin kurulları ile ilgili olarak, bu kurulların faaliyetini sınırlayıcı olmayan ve içeriğini ve işleyişinin belirlenmesinin taraf iradelerine bırakıldığı bir düzenlemenin yapılmasını önermekteyiz[73]. Böylece günün değişen koşullarına, işin veya işletme koşullarına göre en uygun çözümün benimseneceği bir mekanizma işleyecektir. Sorunların doğduğu yerde ve en kısa zamanda çözülmesi taraf menfaatleri için daha uygun olacaktır.

Ülkemizin 158 sayılı iş güvencesi getirmeye yönelik milletlerarası sözleşmeyi onaylamasına paralel olarak iş güvencesi ile ilgili tasarının bir an önce kabul edilmesi umulmaktadır. Yasal düzenleme yolu ile işverenin fesih hakkı sınırlandırılarak, fesih hakkının kullanımı için haklı nedenin varlığını gerekli kılan bir değişiklik yapılsa dahi, bu çalışmamızda esas aldığımız toplu iş sözleşmesi düzeni ile sınırlamalar hakkında söylediklerimiz yine geçerliliğini koruyacaktır. Zira bir çok ülkede iş güvencesi yasal olarak kabul edilmesine rağmen toplu iş sözleşmeleri ile bu standartların

üzerine çıkılabilmektedir. Herşeyden önce yasa tasarısı fesih hakkının doğumunu haklı nedene bağlamakta ancak haklı nedenin neler olduğunu hakimin takdir hakkına bırakılmakta, böylece değişen koşullara uyum sağlanmasının yolu açılmaktadır.

Toplu iş sözleşmeleri ile haklı ya da makul olarak kabul edilebilecek nedenler taraflarca doldurulabilecek ve kullanımı için belirli bir usul hükümleri getirilebilecektir. Ülkemiz açısından yasalarca mümkün olan ancak uygulanmayan hakem müessesesinin de uygulanabileceğini ve "iş hakemliği" kavramının da yavaş yavaş yerleşmesi gerektiğini belirtmem gerekir. Bu durum belki de toplu iş sözleşmelerinin bu gücünün kabulü ile daha da yerleşecektir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Adams Roy J. /Bernard Adell; Workplace Justice, Employment Obligations in International Perspective, University of South Carolina 1992

Akünal, Teoman; Fesih Yetkisinin Toplu İş Sözleşmesi İle Kısıtlanması, İHU, TSGLK. 1 (No.11)

M.E. Banderet; Discipline at the Workplace: A comparative study of law and practice, 1.The sources and substance of disciplinary law, International Labour Review, May-June 1986 (261-278), 2. Procedure, July-August 1986 (383-399)

Berkowsky, Wilfred ; Kündigungschutz, Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, München 1993,

Bingöl, Dursun; İşyeri disiplini ve Çalışma Barışı, Basisen yayınları, İstanbul 1990

Brede, Günter/Gerhard Etzel; Arbeitsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, Berlin 1989

Bronstein, Arturo S.; Protection Against Unjustified Dismissal in Latin America, International Labour Review, Vol. 129, 1990, No. 5

B.Hepple; Comparative labour Law and Industrial Relations, Deventer/Netherlands 1982

Cullen, E. Donald; Recent Trends in Collective Bargaining in the United States, International Labour Review, May- June 1986

Çelik, Nuri; İş hukuku Dersleri, Yenilenmiş 11. bası, İstanbul 1992

Däubler Wolfgang/Hans Hege ; Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 1981

Demir, Fevzi; Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986

Ekonomi, Münir; Ferdi İş Hukuku, Cilt 1. Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1984

Ekonomi, Münir; Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi İle Sınırlandırılması ve Disiplin Kurulu Kararının Alınması Zorunluluğu, İHU, TSGLK. 1, (No. 16)

Eşmelioğlu, İbrahim; İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, Çimento İşveren, Mayıs 1988

B. Hepple ; Comparative Labour Law and Industrial Relations, Deventer/Netherlands 1982

Grenig, Jay E.; The Dismissal of Employees in the United States, International Labour Law, Vol. 130, 1991, No. 5-6.

Kaplan, Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987

Liso, Francesco /Elena Pisani; Worksplace Justice, Employment Obligations in İnternational Perspective, Univerbity of South Carolina 1992

Oğuzman, Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955

Pitt, Gwyneth; Dismissal at Common Law: The Relevance in Britain of American Developments, The Modern Law Review, Vol. 52. No. 1, Jan.1989

Saymen, Ferit Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954

Schaub, Günter; Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Auflage, München 1992

Stahlhacke, Eugen/Ulrich Preis; Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Auflage, München 1991

Süzek, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976

Süzek, Sarper; İş Hukuku Yaptırımları, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993,

Taşkent, Savaş; İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), Türkiye Belediye-İş Sendikası, İstanbul 1991

Tuğ, Adnan/Aydın, Başbuğ; İş Güvencesiz İş Hukuku, Milletlerarası Hukukta İş Güvencesi ve İş Hukukumuza Eleştirel Bir Yaklaşım, İkinci Baskı, Öz İplik-İş Sendikası, Ankara 1992

Tunçomağ, Kenan; İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988,

Ulucan, Devrim; Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki

Ulucan, Devrim; Fesih Yetkisinin Toplu İş Sözleşmesi İle Kısıtlanması, İHU, TSGLK. 1 (No. 1)

Yılmaz, Banu; Hizmet Akdinin İhbar Önellerine Riayet Edilmesi Yolu İle Feshinin İşçi ve İşveren Yönünden Hukuki Neticeleri, Tütis, Nisan 1977

Wheeler, Hoyt N./ Dennis R. Nolan; Workplace Justıce, Employment Obligations in İnternational Perspective, University of South Carolina 1992

Wheeler N. Hoyt/ Jacgues Rojot; Workplace Justıce, Employment Obligations in İnternational Perspective, University of South Carolina 1992

Zöllner, Wolfgang / Karl-Gerg Lorıtz; Arbeitsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, Berlin 1989