

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt : 10

Sayı : 3-4

Yıl : 2002



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör (Editor)

Dr. Ali Şafak BALI

Yayın Komisyonu (Editorial Board)

Prof Dr. Zehra ODYAKMAZ

Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Doç Dr. Yavuz ATAR

Doç. Dr. Şahin AKINCI

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Halil CİN (Çağ Üniversitesi)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Üniversitesi)

Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Üniversitesi)

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alaaddin Keykubat Kampüsü

42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05

E-mail: abali@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	3
------------------	---

MAKALELER / ÖZEL HUKUK

PAYLI MÜLKİYETTE YÖNETİM	7
DOÇ DR. MEHMET AYAN	

TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE BOŞANMA VE AYRILIK HALLERİNDE TEDBİR, YOKSULLUK VE İŞTİRAK NAFAKASI	23
MEHMET HAMZAÇEBİ	

MAKALELER / KAMU HUKUKU

CUMHURİYETÇİ -LİBERAL-MÜZAKERECİ KAMUSAL ALAN MODELLERİ VE TÜRKİYE'DE KAMUSAL ALANIN GELİŞİMİ.....	51
YRD. DOÇ. DR. REYHAN SUNAY	

TEMEL NORM VE MANTIKİ ŞEKİL HİPOTEZLERİ.....	79
YRD. DOÇ. DR. M. EMİN EMİNİ	

SOSYAL GÜVENLİK, YEŞİL KART UYGULAMASI VE ÖZELLİŞTİRME.....	95
DR. F. KERİM ANADOLU	

MAKALELER / EKONOMİ-MALİYE

KLASİK DÖNEM OSMANLI MALİYE TEŞKİLATI VE SİSTEMİ 109
ARŞ. GÖR. YILMAZ YURTSEVEN

METİNLER / SEMİNER - KONFERANS - MEVZUAT

COMMISSION NOTICE ON AGREEMENTS OF MINOR IMPORTANCE WHICH DO NOT APPRECIABLY RESTRICT COMPETITION UNDER ARTICLE 81(1) OF THE TREATY ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY 125
AVRUPA TOPLULUĞUNU KURAN ANLAŞMA M. 81 (1) ÇERÇEVESİNDE REKABETİ HİSSEDİLİR DERECEDE SINIRLAMAYAN ÖNEMSİZ ANLAŞMALARA İLİŞKİN KOMİSYON NOTU..... 131
ÇEVİREN: ARŞ. GÖR. ZEKERİYA ARI

KARAR İNCELEMELERİ

ÇIRAKLIKTA GEÇEN SÜRE SİGORTALILIK BAŞLANGICININ TESBİTİNDE DİKKATE ALINIR MI? 139
YRD. DOÇ.DR. M. FATİH UŞAN

TEZ ÖZETLERİ

TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE CÜRÜMÜ 147
DR. İLHAN ÜZÜLMEZ

TÜRK ANAYASA SİSTEMİNDE DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HÜRRİYETİ VE SINIRLARI 175
ARŞ. GÖR. HAYRİ KESER

makaleler

özel hukuk

PAYLI MÜLKİYETTE YÖNETİM

Doç Dr. Mehmet AYAN*

I- GİRİŞ

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu¹ 17.2.1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisini² yürürlükten kaldırmıştır. Kanunkoyucu, 4721 sayılı yeni Medenî Kanunu kabul ederken, 743 sayılı eski Medenî Kanunun hükümlerinden birçoğunu değiştirmiştir. Söz konusu değişikliklerden bir bölümü paylı (müşterek) mülkiyette yönetime ilişkindir. Değişiklik yapılırken, 743 sayılı Kanun zamanında görülen aksaklıklara çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Bu yazının amacı getirilen düzenlemeleri kısaca değerlendirmektir.

II- GENEL OLARAK YÖNETİM KAVRAMI

Paylı (müşterek) mülkiyet, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının, üzerinde serbestçe tasarruf edilmesi mümkün paylara ayrılmış bir şekilde birden fazla kişiye ait olması demektir. Eşya, paydaşlar arasında hukuken geçerli olacak tarzda maddî yapısı itibarıyla bölünmemiştir; ama, her paydaşın, kâğıt üzerinde de olsa üzerinde özgürce tasarruf edebileceği bir payı vardır. 4721 sayılı yeni Medenî Kanununun 688 inci maddesinin birinci fıkrası, bu duruma, "*Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*" ifadesiyle işaret etmiştir. Paylı (müşterek) mülkiyet beraberliğinde yönetim denince akla gelecek olan husus ise, "eşyanın fizik varlığının korunması, gelir ve veriminin artırılması, tahsis amacına uygun olarak

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 RG. 8.12.2001, S.24607.

2 RC. 4.4.1926, S.339.

kullanılması için gerekli hukukî ve fiilî nitelikteki işlemlerin yapılması, tedbirlerin alınmasıdır"³.

Paydaşlar, paylı mülkiyet konusu eşyanın nasıl yönetileceğini aralarında yapacakları bir anlaşmayla belirleyebilirler. Yani, Medenî Kanunun paylı mülkiyette yönetime ilişkin hükümleri esas itibarıyla emredici nitelik taşımazlar (MK.m.689/I, c.1). 743 sayılı eski Medenî Kanun zamanında, böyle bir anlaşma yapılırken olağanüstü yönetim işleri bakımından oy birliği, önemli yönetim işleri için pay ve paydaş çoğunluğu, diğer yönetim işleri bakımındansa basit çoğunlukla karar alınması gerekirdi (EMK.m.624/II, III, 625/II). Aynı esas, salt yönetim işleriyle ilgili karar alınmasını düzenleyen hükümlerin aksini öngören anlaşmalar açısından 4721 sayılı yeni Medenî Kanunda da aynen muhafaza edilmiştir (MK.m.690/II, 691/I-II, 692/I). Genel anlamdaki bir yönetim anlaşması açısından ise, 743 sayılı Kanundan farklı olarak, oy birliği aranmıştır (MK.m.689/I, c.1)⁴.

Ancak, böyle bir anlaşmayla paydaşların aşağıdaki hak ve yetkileri kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz:

1) Paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanılabilirliğinin ve değerinin korunması için zorunlu olan yönetim işlerini yapmak ve gerektiğinde mahkemeden buna ilişkin önlemlerin alınmasını istemek,

2) Eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhâl alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına almak (MK.m.689/I, c.2).

Anlaşmanın geçerliliği ilke olarak herhangi bir şekle tâbi değildir. Bu açıdan paylı mülkiyet konusu şeyin taşınır veya taşınmaz olması arasında fark yoktur. Şüphesiz, paydaşlar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümlenmesinde ispat kolaylığı için en azından basit yazılı şekilde yapılması doğru olur.

Yönetime ilişkin anlaşmada yönetim yetkisi paydaşlardan birine veya birkaçına bırakılabileceği gibi, müşterek mülkiyet beraberliğine yabancı üçüncü

³ Kemal Tahir **Gürsoy** / Fikret **Eren** / Erol **Cansel**, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s.411. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., Abdülkadir **Arpacı**, Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990, s.101 vd.

⁴ 4721 sayılı yeni Medenî Kanunun yönetim anlaşması için oybirliği arayan hükmü (MK.m.689/I,c.1) ile yönetime ilişkin işlerle ilgili münferit kararlarda bazen salt çoğunluk (MK.m.690/II), bazen pay ve paydaş çoğunluğu (MK.m.691/I-II), bazen oy birliği (MK.m.692/I) arayan hükümleri arasında çelişki bulunup bulunmadığı hususu tereddüt uyandırabilir. Söz konusu çelişkiyi ortadan kaldırmak için, kanunkoyucunun, paydaşların paylı mülkiyet konusu malın yönetimine ilişkin olarak yapacakları genel nitelikli anlaşma için oybirliğini şart koştuğu, buna karşılık, paylı mülkiyet birlikteliğinin devamı esnasında yapılacak işlemlerle ilgili kararlarda, yönetim anlaşmasında farklı bir çözüm benimsenmemişse, işin önemine göre farklı nisaplar aradığı söylenebilir. Nitekim, kat mülkiyetinde de, yönetim plânının ilk olarak yapılmasında oy birliği (KMK.m.12/II,e) arandığı halde, yönetim plânında yapılacak değişiklikler (KMK.m.28/III) dahil, daha sonra alınacak kararlarda işin önemine göre farklı oranlar (KMK.m.19/II, 24, 28, 34/IV, 42/I, IV, 43, 44, 45) öngörülmüştür.

bir şahsa da bırakılabilir⁵. Yönetim yetkisi kendisine bırakılan üçüncü şahıs gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Ancak, bu anlaşma ilke olarak sadece paydaşları ve onların küllî haleflerini bağlar, cüz'î haleflere karşı etkili olmaz⁶. 743 sayılı eski Medenî Kanun döneminde, açık bir kanunî dayanağı bulunmadığı için taşınmaza ilişkin böyle bir anlaşmanın tapu kütüğüne şerh ettirilmesi mümkün değildi⁷. 4721 sayılı yeni Medenî Kanun, taşınmazlar açısından böyle bir imkânı getirmiştir. Gerçekten, yeni Medenî Kanunun 689 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Taşınmazlarla ilgili anlaşmalar imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir*”. Şerh, yönetim anlaşmasının daha sonra herhangi bir payı devralan cüz'î haleflere karşı da etkili olmasını mümkün kılar (MK.m.1009/II). Taşınırlar açısından ise böyle bir imkân yoktur. Dolayısıyla, paylı mülkiyet konusu bir taşınır malın yönetimine ilişkin anlaşma sadece paydaşlar ve onların küllî halefleri arasında etkili olur; cüz'î haleflere karşı etkili olmaz.

Paydaşlar kendi aralarında yönetime ilişkin herhangi bir anlaşma yapmışlarsa, eşyayı birlikte yönetmeleri gerekir. Yani, böyle bir durumda "birlikte yönetim" esası geçerlidir⁸. 743 sayılı eski Medeni Kanunun 624 üncü maddesinin birinci fıkrası, “*Hilâfına mukavele olmadıkça, hissedarlar müşterek mülklerini biliştirak idare ederler.*” hükmüyle bu esasa açıkça işaret etmişti. 4721 sayılı yeni Medenî Kanun böyle bir hüküm getirmemiştir. Ancak, işin mahiyeti gereği birlikte yönetim esası yine geçerli sayılmalıdır. Şüphesiz, bu anlamda birlikte yönetimden maksat oy birliği değil, her paydaşın yönetimde söz sahibi olmasıdır⁹.

Birlikte yönetim, zorunlu olarak paydaşların toplanıp karar almalarını gerektirir¹⁰. Böyle bir durumda da “*karar nisabının ne olacağı*” sorusu ortaya çıkar. 743 sayılı eski Medenî Kanun, karar nisabının belirlenmesi bakımından yönetim işlerini, “*alelâde idarî tasarruflar*” (EMK.m.624/II), “*mühim olan idarî tasarruflar*” (EMK.m.624/III) ve “*fevkalâde idarî tasarruflar*” (EMK.m.625/II) şeklinde üç gruba ayırmıştı. 4721 sayılı yeni Medenî Kanun,

⁵ Ferit H. Saymen / Halit K. Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s.241; Gürsoy / Eren / Cansel, 411. Ayrıca bkz., Arpacı, 112 vd., 122 vd.

⁶ Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku, C.2, 2. Baskı, Ankara 1973, s.28; Arpacı, 116.

⁷ Bk., M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi, Eşya Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997, s.298-299.

⁸ C. Wieland, Kanunu Medenîde Aynî Haklar (Çev. İ. Hakkı Karafakı), C.1, 2. Bası, Ankara 1946, s.77.

⁹ Akipek, 28; Oğuzman / Seliçi, 246.

¹⁰ Doktrinde, Medeni Kanun tarafından açıkça öngörülmemiş olsa da, müşterek mülkiyet birliğinde de “*paydaşlar kurulu*” şeklinde isimlendirilebilecek bir yönetim organının bulunduğu ifade edilmiştir (bkz., Arpacı, Yararlanma ve Yönetim, 119).

"olağan yönetim işleri" (MK.m.690), "önemli yönetim işleri" (MK.m.691) ve "olağanüstü yönetim işleri" (MK.m.692) demek suretiyle aynı ayırımı muhafaza etmiştir. Anlaşmazlık halinde, yönetim işinin hangi gruba gireceğini bu konuya ilişkin Medeni Kanun hükümleri (MK.m.690-692) ve takdir yetkisi (MK.m.4) çerçevesinde hâkim belirleyecektir¹¹.

III- YÖNETİM İŞLERİ

A) OLAĞAN YÖNETİM İŞLERİ

"Olağan yönetim işleri", her paydaşın tek başına yapabileceği, paylı mülkiyet konusu eşyanın bütünlüğü açısından fazla önem taşımayan ve aşırı bir masraf gerektirmeyen işlerdir. 743 sayılı eski Medeni Kanunun 624 üncü maddesinin ikinci fıkrası, olağan yönetim işlerine örnek olarak "ufak tefek tamirat ile ziraat işleri"ni göstermişti. 4721 sayılı yeni Medenî Kanunun 690 ıncı maddesinin birinci fıkrasına göreyse, olağan yönetim işleri özellikle "küçük onarımlar ve tarımsal işler"dir.

Her iki hükmün ifade tarzından açıkça görüldüğü gibi bunlar sınırlı değildir. Kapı ve pencerelerin tamiri, kırılan camların veya bozulan su musluklarının yerine yenilerinin taktırılması, çatının aktarılması, tıkanan su yollarının açtırılması, bağ ve bahçenin budanması, vergi, resim ve harçlarla vadesi gelmiş taksitlerin ve sigorta primlerinin ödenmesi, hasta hayvanın tedavi ettirilmesi, acilen yerine getirilmesi gereken muhafaza tedbirlerinin alınması, bozulması ihtimali bulunan şeylerin sattırılması gibi faaliyetler hep olağan yönetim işlerine örnek gösterilmektedir¹².

Paydaşlar, bu başlık altında değerlendirilmesi mümkün her türlü işi tek başlarına yapabilirler. Başka bir ifadeyle, olağan yönetim işlerinin yapılması bakımından her paydaşın öteki paydaşları temsil yetkisi vardır¹³. Ancak, olağan yönetim işlerini yapmanın paydaşlar için aynı zamanda bir yükümlülük niteliği taşıyıp taşımadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, "her bir paydaş, alelâde idarî işleri yapmaya yetkili ise de, bu yetkisini kullanmaya, yâni idarî işleri görmeye mecbur değildir". Dolayısıyla, söz konusu işleri yapmayı ihmal eden paydaş diğer paydaşlara karşı sorumlu olmaz¹⁴. İkinci görüşe göre ise, yönetim

¹¹ Arpacı'ya göre, bir yönetim işinin hangi gruba girdiği araştırılırken "somut olayın özelliklerine bakılmalı, şüphe halinde de önemli yönetim işinin varlığı sonucuna gidilmelidir" (bkz., Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 117).

¹² Bkz., Akipek, 29; Gürsoy / Eren / Cansel, 413; Nuşin, Ayiter, Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 1987, s.91; Saymen / Elbir, 242; Selâhattin S. Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atillâ Altop, Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1989, s.572; Oğuzman / Seliçi, 246; Arpacı, 129 vd.; Hatemi / Serozan / Arpacı, 115-116.

¹³ Akipek, 29; Oğuzman / Seliçi, 246-247.

¹⁴ Bk., Oğuzman / Seliçi, 246; Saymen / Elbir, 242; Galip Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1984, s.157.

işlerine katılmak, paydaş için bir hak olduğu gibi, aynı zamanda dürüstlük ilkesi (MK.m.2) çerçevesinde bir ödevdir¹⁵. Her paydaşın bu konuda genel nitelikli bir yükümlülüğü mevcuttur¹⁶.

Şüphesiz, paydaşlar, aralarında yapacakları bir anlaşma ile olağan yönetim işleri bakımından farklı bir çözümü benimseyebilirler. Böyle bir anlaşma için salt çoğunluğun oyu (paydaş sayısının ekseriyeti) yeterlidir¹⁷. 743 sayılı eski Medeni Kanununun 624 üncü maddesinin ikinci fıkrası bu durumu, "*Ekseriyet hilâfına karar vermedikçe hissedarlardan her biri, ufak tefek tamirat ile ziraat işleri gibi alelâde idarî tasarrufları icraya ehildir*" şeklinde ifade etmişti. 4721 sayılı yeni Medenî Kanununun 690 ıncı maddesinin ikinci fıkrasına göreyse, "*Zorunlu ve ivedi işlerin yapılmasına ilişkin kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, paydaşların çoğunlukla alacağı kararlar olağan yönetim işlerinde yetkiyle ilgili farklı düzenleme getirilebilir*".

B) ÖNEMLİ YÖNETİM İŞLERİ

"*Önemli yönetim işleri (mühim olan idarî tasarruflar)*", 743 sayılı eski Medeni Kanununun 624 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmişti. Söz konusu hükme göre, "*Ziraat usulünün değiştirilmesi, büyük tamirat icrası gibi daha ziyade mühim olan idarî tasarruflar müşterek mülkün yarısından fazlasına malik olan ve adet itibarıyla de ekseriyeti teşkil eden hissedarların reyleri içtima etmedikçe yapılamaz*"dı. 4721 sayılı yeni Medenî Kanununun 691 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göreyse, "*İşletme usulünün veya tarım türünün değiştirilmesi, adı kiraya veya ürün kirasına ilişkin sözleşmelerin yapılması veya feshi, toprağın ıslahı gibi önemli yönetim işleri için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar verilmesi gerekiri*" (f.1). "*Olağan yönetim sınırlarını aşan ve paylı malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin korunması için gerekli bakım, onarım ve yapı işlerinde de aynı çoğunluk aranır*" (f.2).

Görüldüğü üzere, hem eski hem de yeni Medenî Kanun önemli sayılan yönetim işlerinin yapılabilmesi için çift çoğunluk esasını benimsemiştir. Yani, önemli bir yönetim işinin yapılmasında hem "*paydaş çoğunluğu*"nun hem de

¹⁵ Bkz., Gürsoy / Eren / Cansel, 412.

¹⁶ Bkz., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 571, 576. Hatemi / Serozan / Arpacı'ya göre de, Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinin birinci fıkrasının paylı mülkiyette kıyasen uygulanabilmesi, dürüstlük ilkesi (MK.m.2) ve nihayet üçüncü kişilerin olağan yönetim işleri bakımından her paydaşın yetkili olduğunu kabul etmekte haklı sayılabilmeleri her paydaş için böyle bir ödevin varlığını gerektirir. Ancak, "derhal icrası gereken âcil işler, önemli mali külfetlere katlanmayı gerektirecek nitelikte olursa", artık bu esas uygulanmaz. Zira, bu tip işleri Medeni Kanununun 624 üncü maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirmek daha doğru olur (bk., age., 116-117). Aynı yönde bk., Arpacı, 23 vd.

¹⁷ Akipek, 29; Oğuzman / Selici, 246; Esmer, 156; Hatemi / Serozan / Arpacı, 115. Olağan yönetim işlerini tek başına yapabilme yetkisinin tamamen ortadan kaldırılabilceği hususunda bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 572.

"pay çoğunluğu"nun o yönde karar vermesi lâzımdır. Aksi yönde yapılacak bir anlaşma için de aynı esas geçerlidir. Meselâ, (A)'nın 1/10, (B)'nin 1/10, (C)'nin 2/10, (D)'nin 2/10 ve (E)'nin 4/10 pay sahibi olduğu bir taşınmaza ait önemli yönetim işinin yapılabilmesi için (A), (B) ve (C)'nin olumlu oy kullanması yeterli sayılamayacaktır. Çünkü, paydaş çoğunluğu bulunduğu halde pay çoğunluğu yoktur. Bu açıdan sadece (C) ve (E)'nin olumlu oyları da yeterli değildir. Zira, bu defa da pay çoğunluğunun bulunmasına rağmen paydaş çoğunluğu eksiktir. (A), (D) ve (E)'nin katıldığı bir önemli yönetim işi ise, artık hem paydaş hem de pay çoğunluğu sağlanmış olacağı için yapılabilecektir. Bunlardan sadece birinin bulunması yeterli değildir. Böyle bir durumda hukukî işlemin geleceği, işlemi yapan paydaşın hareket tarzına göre değişir. O, kendi adına ve hesabına hareket etmişse, hukukî işlem geçerlidir ve borcunu yerine getiremeyecek olursa diğer tarafa tazminat ödemek zorunda kalır (BK.m.96). Diğer paydaşlar hesabına hareket etmişse, yetkisiz temsile ilişkin hükümler (BK.m.38-39) uygulanır. Yapılan hukukî işlem, yeterli çoğunluğun daha sonra icazet vermesi dışında diğer paydaşlar için bağlayıcı olmaz¹⁸. Usulüne uygun bir karar alınmadığı halde yetkisiz olarak hukukî işlem yapan paydaş diğer tarafa karşı sorumlu olur (BK.m.39)¹⁹.

Eski Medeni Kanununun 624 üncü maddesinin üçüncü fıkrası, önemli yönetim işlerine örnek olarak "*ziraat usulünün değiştirilmesi*" ile "*büyük tamirat icrası*"nı göstermişti. Buğday ekilen bir tarlaya kavak dikilmesi, bir bağın bozularak otlak haline getirilmesi, bizzat işletilen bir çiftliğin kiracı veya ortakçıya verilmesi bu anlamda ziraat usulünün (ekimin) değiştirilmesine örnek gösterildi²⁰. Büyük tamirat konusunda ise, eski Medeni Kanun tarafından herhangi bir ölçü getirilmemişti. Doktrinde, bu konuya ilişkin olarak, "*senelik gelirle karşılanamayacak tamiratın büyük tamirat sayılması*" şeklinde bir ölçü önerenler bulunduğu gibi²¹, tamiratın niteliğinin somut olayın özelliklerine göre hakim

18 Akipek, 31.

19 Kira sözleşmesi açısından bkz., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 576-577.

20 Gürsoy / Eren / Cansel, 414; Esener / Güven, 108. Aslında, maddede yer alan "ziraat usulünün değiştirilmesi" deyimine verilecek anlam konusunda görüş birliği yoktu. Oğuzman / Selici'ye göre, "ziraat usulünün (ekimin) değiştirilmesi"nden kasıt, hububat ekilen bir tarlanın tütün veya şeker pancarı ekimine tahsis edilmesi gibi durumlardır. Buna karşılık, bir bağın tarla haline getirilmesini "intifa tarzının değiştirilmesi" şeklinde yorumlamak gerekir (bk., age., 248). Ayrıca bk., Saymen / Elbir, 242-243. Akipek'e göre, ziraat usulünün değiştirilmesinden "maksat ziraate tahsis edilmiş olan bir arazideki ekim nevinin değiştirilmesidir" (bk., age., 30). Hatemi / Serozan / Arpacı'ya göre ise, "MK. 624/III hükmündeki ekimin değiştirilmesi kavramı, MK. 625/II'de "intifa tarzını değiştirmek" diye ifade edilen iktisadî tahsis amacının değiştirilmesi niteliğini taşımayan zirai (tarımsal) değişikliklerin tamamını anlatmaktadır" (bk., age., 118). Bu konuda ayrıca bk., Arpacı, 131 vd.. Taraflar arasındaki sözlü bir anlaşmaya dayanılarak taşınmazın narenciye bahçesi haline getirilmesi için bk., 14.HD., 10.10.1994, E.1994/7112, K.1994/9229 (YKD., C.21, S.4, 1995, s.608-610).

21 Bk., Saymen / Elbir, 242; Oğuzman / Selici, 248. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop'a göre, "şeyin mahiyetinde ve iktisadî amacında bir değişiklik yapmadan onun değerini veya iktisadî verimini arttırmak maksadına dayanan ve bugünkü kıymetine oranla büyükçe sayılabilecek bir masrafı

tarafından belirlenmesinin daha isabetli olacağını söyleyenler de vardı²². İkinci görüşe göre, hâkim, her somut olayda yapılan tamiratın bu niteliği taşıyıp taşımadığını takdir edecektir (MK.m.4). Önemli tamirata örnek olarak, bir binanın eskiyen duvar ve tavan kaplamalarının veya dış duvarlarının yeniden yaptırılması, binanın iç yapısının değiştirilmesi, yıkılan çatının yaptırılması, binaya yeni bir kat veya balkon ilave edilmesi, ahşap kısımların betonarme hale getirilmesi, bahçeye havuz yaptırılması gösterilebilir.

743 sayılı eski Medenî Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay, müşterek mülkiyet konusu eşyanın tamamının veya bir bölümünün kiraya verilmesini de önemli yönetim işlerinden saymıştı²³. Aynı şekilde, mevcut bir kira sözleşmesinin feshi de önemli yönetim işlerinden olduğu için pay ve paydaş çoğunluğuna dayanması gerekirdi²⁴. Dolayısıyla, gerekli çoğunluk sağlanmadan yapılan bir kira sözleşmesi icazet vermeyen diğer paydaşları bağlamayacağı gibi²⁵, yeterli çoğunluğa dayanmayan bir fesih kararını da kiracı kabul etmeye-

gerektiren işlerle; yine bir mahiyet ve amaç değişikliği vukubulmaksızın, birlikte kullanmanın ve faydalanmanın tarzını tayin eden ya da bu tarzı değiştiren işler, önemli idarî işlerdir" (bk., age., 573).

- 22 Bk., **Arpacı**, 132; **Hatemi / Serozan / Arpacı**, 119.
- 23 İBK., 27.11.1946, 28/15 (RG., 21.4.1947, S.6588). Aynı yönde bkz., 1.HD., 18.2.1985, E.1985/1588, K.1985/1770, "... Müşterek mülkiyete konu taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin geçerli sayılabilmesi için pay ve paydaş çoğunluğuna dayanması zorunludur. ..." (YKD., C.11, S.11, 1985, s.1611-1612); 1.HD., 28.9.1987, E.1987/6919, K.1987/8270, "... müşterek mülkiyete konu olan taşınmazın kiraya verilmesi mühim sayılan idarî tasarruflardandır. Bu itibarla kira sözleşmesinin geçerli kabul edilebilmesi pay ve paydaş çoğunluğuna dayanmasına bağlıdır..." (YKD., C.14, S.3, 1988, s.326-327); 1.HD., 1.2.1996, E.1996/719, K.1996/1038 (YKD., C.22, S.8, 1996, s.1212). Gerekli çoğunluk sağlanmadan yapılan kira sözleşmelerini geçersiz sayan Yargıtay kararlarının eleştirisi için bk., **Hatemi / Serozan / Arpacı**, 100-102, 120.
- 24 **Oğuzman / Seliçi**, 249. İBK., 6.7.1955, 12/18 (RG., S.9192). Aynı yönde bkz., HGK., 28.6.1989, E.1989/6-348, K.1989/444 (YKD., C.16, S.2, 1990, s.180-181); 6.HD., 2.3.1994, E.1994/2195, K.1994/2514 (YKD., C.21, S.5, 1995, s.732-734). Yargıtay, kira konusu şey üzerinde intifa hakkı varsa, intifa hakkı sahibinin de kira sözleşmesinin feshi yönündeki karara katılmasını istemektedir. Bk., 6.HD., 8.10.1990, E.1990/10741, K.1990/11877, "... Dava konusu yerin yarısının intifa hakkı davacının annesine aittir. Davacı bu hakla yükümlü davalı taşınmazı iktisap etmiştir. Tahliye davaları ücret karşılığı taşınmazdan yararlanma hakkı vermesi bakımından tamamen intifa hakkını ilgilendiren davalardandır. Çıplak mülkiyet sahibi böyle bir dava açamaz. Çıplak mülkiyette pay sahibi olunması müsbet dava sıfatını etkilemez. Onun için MK.624. maddesindeki pay ve paydaş çoğunluğunun intifa hakkı paylarına göre hesap edilmesi gerekir. Bu sebeple yarı (intifa) hakkına sahip olan kimsenin de davaya noterden veya mahkeme huzuru ile muvafakatının sağlanması veya aynı vekile bu dava için yetki vermesi icabeder. Mecburî dava arkadaşlığı sağlanmadan karar verilmesi bozmayı gerektirir..." (YKD., C.17, S.1, 1991, s.41).
- 25 **Oğuzman / Seliçi**, 249; Celâl Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi ve Şu'fa Dâvaları, Ankara 1985, s.25. 6.HD., 13.11.1984, E.1984/9241, K.1984/11118, "... Müşterek mülkiyette, iki paydaş olması halinde paydaşlardan birinin kendi payını diğer paydaşa kiralaması geçerli bir kira sözleşmesi meydana getirir. Ancak birçok paydaştan birinin veya birkaçının, kendi pay ve paylarını gerek paydaş olan birine ve gerekse paydaş olmayan kişiye kiralaması, akit olmayan paydaşlarla kiracı arasında bir kira sözleşmesi meydana getirmez. Kiralananın kiralınması gibi önemli bir idarî tasarrufta, pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması icap eder. Bu bakımdan, birkaç paydaşın kiralananı kiraya vermesi diğer paydaşları bağlamaz. Ancak pay ve paydaş çoğunluğunu sağlamadan kiralananı kiraya

bilirdi²⁶. Aynı esas, ihtiyaç sebebiyle açılacak tahliye davası bakımından da geçerliydi²⁷. Ancak, paydaşlar aralarında yaptıkları bir anlaşma ile her birinin yararlanacağı kısmı fiilî olarak belirlemişlerse, meselâ evin katlarını bölüşmüşlerse, her müşterek malikin kendisine tahsis edilen kısmı bağımsız olarak kiraya verebileceği ve dolayısıyla böyle bir kira sözleşmesini de tek başına feshedebileceği kabul edilmekteydi²⁸.

4721 sayılı yeni Medenî Kanun, paylı mülkiyet konusu şeye ilişkin kira sözleşmelerinin yapılmasını veya mevcut bir kira sözleşmesinin feshini önemli yönetim işleri arasında saydığı gibi, eski Medenî Kanunun 624 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak, *toprağın ıslahını* da önemli yönetim işlerine dahil etmiştir. Gerçekten, yeni Medenî Kanunun 691 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre, "*İşletme usulünün veya tarım türünün değiştirilmesi, adı kiraya veya ürün kirasına ilişkin sözleşmelerin yapılması veya feshi, toprağın ıslahı gibi önemli yönetim işleri için pay ve paydaş çoğunluğuyla*

veren paydaş, kiracısına karşı kiralayan durumundadır. Bu akitlik sıfatına dayanarak ve aktin verdiği yetkileri kullanarak kendi akidi olan kiracıya karşı şartların gerçekleşmesi halinde kiralananın boşaltılması davası açabilir. Belirtilen nedenle davacıların, davalı aleyhine dava açmaları mümkündür. Ancak davalı kiralanda tapu ile paydaş bulunduğundan taşınmazdan çıkarılamaz. Açılan dava kira sözleşmesindeki paya yönelik olarak aktin feshi ve kiralananın bu paya tekabül eden kısmının boşaltılmasını kapsar. ..." (YKD., C.11, S.10, 1985, s.1466-1469); 1.HD., 24.12.1998, E.1998/14361, K.1998/14857, "... Bilindiği üzere müşterek mülkiyete tabi taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin geçerli sayılabilmesi; pay ve paydaş çoğunluğuna dayanmalarına bağlıdır. Somut olayda, diğer paydaşların sonradan kira sözleşmesine Borçlar Kanununun 38. maddesi anlamında icazet verdikleri de kanıtlanamamıştır. Hal böyle olunca davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken sözleşmeye geçerlilik tanımak ve davalıya kiracılık sıfatı izafe edilmek suretiyle görevsizliğe hükmedilmesi isabetsizdir. ..." (YKD., C.25, S.4, 1999, s.456-457). Bu konuda ayrıca bk., **Arpacı**, 133 vd.. Pay ve paydaş çoğunluğu sağlanmadan taşınmazın kiraya verilmesi durumunda rızası alınmamış olan paydaşlar fuzuli şağil durumunda olan kiracı aleyhine müdahalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davası açabilirler. Bk., 3.HD., 20.5.1997, E.1997/4626, K.1997/5052 (YKD., C.24, S.1, 1998, s.26-27).

26 Bkz., 6.HD., 14.7.1998, E.1998/6512, K.1998/6593 (YKD., C.24, S.9, 1998, s.1298-1300). Paylı mülkiyete konu taşınmazın bir bölümünde kiracı iken kiralananın pay edinilmesinin taraflar arasındaki kira sözleşmesini sona erdirmeyeceği hususunda bkz., 13.HD., 6.12.1988, E.1988/5398, K.1988/5934 (YKD., C.15, S.6, 1989, s.850-852).

27 Bkz., HGK., 28.6.1989, E.1989/6-348, K.1989/444, "... dava konusu taşınmaz 1/4 oranında hisseli olarak Ayşe, Kadriye, Türkan ve Vedat adlarına kayıtlı olup kira kontratosu da adı geçen maliklerle hep birlikte kiralayan olarak imzalanmıştır. Davalıya ihtarname ihtiyaç sahibi Vedat tarafından çekilmiş, dava Vedat ve Ayşe'nin vekillerince açılmıştır. Adı geçenlerin hisseleri toplamı 2/4 olup, çoğunluğu teşkil etmemektedir. MK.nun 624. maddesine göre; hilâfına mukavele olmadıkça hissedarlar müşterek mülklerini biliştirik idare ederler. O halde, davacıların dava hakkı bulunmamaktadır. Zira diğer hissedarların muvafakatı alınmamıştır. ..." (YKD., C.16, S.2, 1990, s.180-181).

28 Bk., **Gürsoy / Eren / Cansel**, 413; **Oğuzman / Seliçi**, 248; **Arpacı**, 135. 1.HD., 27.5.1985, E.1985/6776, K.1985/6721, "... Müşterek mülkiyet üzere olan taşınmazlarda pay ve paydaş çoğunluğuna dayanmayan kira sözleşmeleri bu sözleşmelere katılmayan paydaşları kural olarak bağlamaz. Ancak, MK.nun 624. maddesi uyarınca müşterek mülkün kullanma biçimine ilişkin olarak paydaşlar arasında yapılan sözleşmeler geçerlidir. Davalı banka, yukarıda özetlenen savunmasında çekışmeli dükkânın paydaşlar arasındaki sözleşmeye göre kendisine kiraya veren müdahile düştüğünü bildirmiş, müdahil dahi bu savunmayı doğrularak bu konuda deliller ileri sürmüştür. Savunma kanıtlanmadığı takdirde davacılar haklı ve geçerli bir nedene dayanmadan kullanma anlaşmasını bozamiyacıklarından davanın redi gerekeceği açıktır..." (YKD., C.12, S.3, 1986, s.339-340).

karar verilmesi gerekir” (f.1). “Olağan yönetim sınırlarını aşan ve paylı malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin korunması için gerekli bakım, onarım ve yapı işlerinde de aynı çoğunluk aranır” (f.2).

Nihayet, Eski Medenî Kanun zamanında olduğu (EMK.m.626/a, II) gibi, yeni Medenî Kanun açısından da, aksi yönde bir anlaşma yapılmamışsa, müşterek mülkiyet birliğinden ihraç dâvası açılmasında yine pay ve paydaş çoğunluğuyla karar alınması gerekir (MK.m.696/II).

C) OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM İŞLERİ

743 sayılı eski Medenî Kanun, "olağanüstü yönetim işleri (fevkalâde idarî tasarruflar)" için paydaşların oy birliği ile karar almalarını şart koşmuştu (EMK.m.625/II). "*Olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar*"²⁹ başlığını taşıyan 4721 sayılı yeni Medenî Kanununun 692 nci maddesinde de aynı esas muhafaza edilmiştir. Gerçekten, söz konusu hükmün birinci fıkrasına göre, "*Paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır*". Ancak, 692 nci maddenin birinci fıkrası emredici nitelik taşımadığı için aksi yönde anlaşma yapılması, meselâ bu konuda müşterek maliklerden birine veya üçüncü bir şahsa yetki verilmesi de mümkündür. Ne var ki, böyle bir anlaşmanın oy birliği ile gerçekleştirilmesi şarttır (MK.m.692/I).

Olağanüstü yönetim işlerinin başında eşyanın tamamını konu alan tasarruf işlemleri gelir (MK.m.692/I). Dolayısıyla, malın satılması veya üzerinde bir sınırlı aynî hak, meselâ ipotek tesis edilebilmesi için paydaşların oy birliğiyle karar vermeleri zorunludur³⁰. Uygulamada, kira sözleşmesi ile önalm (şuf'a) sözleşmesinin tapu kütüğüne şerhi³¹, kiraya verilmekte olan taşınmazın paydaşlardan birine veya üçüncü kişilere ivazsız olarak tahsisi³² bakımından da aynı esasın geçerli olduğu ifade edilmektedir. Ancak, "*paylar üzerinde taşınmaz*

²⁹ Kanunkoyucu, yeni düzenlemeyi yaparken "*olağanüstü yönetim işleri*" ile "*tasarruflar*"ı ayrıca zikretme yolunu seçmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesine göre, "paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi, olağanüstü yönetim işleri; paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemleri yapılması ise tasarruf işlemi olarak nitelendirilmiştir. Bu gibi olağanüstü yönetim işleriyle tasarruf işlemlerinin yapılması, oy birliği ile aksi kararlaştırılmamış ise, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır".

³⁰ **Oğuzman / Seliçi**, 249-250. Bu zorunluluğun taahhüt işlemi kadar tasarruf işlemi için de söz konusu olduğu hususunda bkz., **Hatemi / Serozan / Arpacı**, 124.

³¹ Bkz., Hıfzı V. **Velidedeoğlu**, Türk Medenî Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1963, s.705-706; **Gürsoy / Eren / Cansel**, 416; **Akıpek**, 32; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, 585. Alacak haklarının şerhi için oybirliği aramanın isabetsizliği hakkında bkz., **Arpacı**, 141.

³² **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, 579; **Hatemi / Serozan / Arpacı**, 125; **Arpacı**, 142. HGK., 9.12.1953, E.6-72 K.62 (**Erdoğan**, 28).

rehni veya taşınmaz yükü kurulmuşsa, paydaşlar malın tamamını benzer haklarla kayıtlayamazlar” (MK.m.692/I).

Medeni Kanununun 692 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, paylı malın özgülendiği amacın (intifa tarzının - tahsis amacının) değiştirilmesi de olağanüstü yönetim işlerindedir ve oy birliği ile karar alınmasını gerektirir. "İntifa tarzının değiştirilmesinden maksat, malın tahsis edildiği gayenin değiştirilmesidir"³³. Paylı malın özgülendiği amacın (intifa tarzının) değiştirilmesine örnek olarak, bir tarım toprağının inşaat arazisi haline getirilmesi, bir evin büro veya atölyeye dönüştürülmesi, bir otelin konut haline, bir çiftliğin misafirhane, han veya otel şekline sokulması, ekmek fırınının tuğla fırını haline getirilmesi veya garaja dönüştürülmesi gösterilir³⁴. Yargıtay'a göre, paylı mülkiyet konusu taşınmazın bir kısmına temelli ve bağımsız nitelikte bina yapmak da özgüleme amacının (intifa tarzının) değiştirilmesi sonucunu doğurur³⁵.

Nihayet, "korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi" (MK.m.692/I) için oy birliğiyle karar alınması şart olduğu gibi, *devremülk sözleşmesinin* de bütün paydaşlarca imzalanması gerekir (KMK.m.61/I,c.2).

Görüldüğü gibi, türü ne olursa olsun, olağanüstü nitelik taşıyan bir yönetim işinin yapılabilmesi için paydaşların oy birliğiyle karar almaları şarttır³⁶. Aksi takdirde, yapılan tasarruf işlemi geçersiz olur. Yani, rızası alınmayan ve icazet de vermeyen diğer paydaşlara karşı hüküm ifade etmez³⁷. Şüphesiz, böyle bir durumda sözleşmenin karşı tarafının yetkisiz olarak işlemi yapan paydaştan uğradığı zararlar için tazminat istemesi mümkündür. Tazminat talebi, hukukî işlemi yapan paydaş kendi adına ve hesabına hareket etmişse Borçlar Kanununun 96 ncı ve devamı maddelerine, diğer paydaşlar hesabına hareket etmişse Borçlar Kanununun 39 uncu maddesine dayanır³⁸.

³³ Oğuzman / Seliçi, 249; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 578; Hatemi / Serozan / Arpacı, 124; Esmer, 168; Arpacı, 141.

³⁴ Bkz., Saymen / Elbir, 243; Akipek, 32; Oğuzman / Seliçi, 249.

³⁵ I.HD., 10.11.1987, E.1987/11094, K.1987/10169, "...paydaşlardan birisinin müşterek mülkiyete konu taşınmazın bir kısmına temelli ve bağımsız nitelikte bina yapması ya da yapmağa kalkışması "intifa tarzı"nın değiştirilmesi sonucunu doğuran ve MK.nun 625/2. maddesi uyarınca tüm paydaşların muvafakatını gerektiren tasarruflardandır..." (YKD., C.16, S.11, 1990, s.1609-1610).

³⁶ Kararın toplantı yapılarak alınmasının amaca daha uygun düşeceği hususunda bkz., Hatemi / Serozan / Arpacı, 126.

³⁷ Gürsoy / Eren / Cansel, 415-416. Paydaşlardan birinin irade beyanında ortaya çıkan hükümsüzlüğün de oybirliği şartının gerçekleşmesini engelleyeceği hususunda bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 585-586.

³⁸ Ayrıca bkz., Oğuzman / Seliçi, 249.

IV- YÖNETİME İLİŞKİN KARARLARIN BAĞLAYICILIĞI

Paylı mülkiyette paydaşlar tarafından alınmış olan kararlar hem kendilerini hem de küllî haleflerini bağlar. Kararların üçüncü şahıs durumundaki yeni müktesipleri bağlayıp bağlamayacakları hususu ise önemli bir sorundur. 743 sayılı eski Medenî Kanun zamanında konuya ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildi. Doktrinde, böyle bir anlaşmanın üçüncü şahıslar bakımından da etkili olması onların bu durumu bildiklerinin veya somut olayın özelliklerine göre bilmek zorunda olduklarının ispatlanmasıyla mümkündür³⁹.

4721 sayılı yeni Medenî Kanun sorunu özel olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Gerçekten, söz konusu Kanunun 695 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, *“Yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda paydaşların yaptıkları düzenleme ve aldıkları kararlar ile mahkemece verilen kararlar, sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynî hak kazanan kimseleri de bağlar”*. Şüphesiz, *“mahkemece verilen kararlar”* dışında hükmün ifadesinin mutlak nitelik taşıyıp taşımadığı hususu tereddüt uyandıracak niteliktedir. Zira, sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisinden kaynaklanan haklar ile borçların taraflar ve küllî halefleri arasında etkili olması asıldır. Borç ilişkisinden doğan bir alacak hakkının üçüncü kişilere karşı da etkili kılınmasının yolu, hukuk düzeninin öngördüğü esaslar çerçevesinde güçlendirilmesidir. Nitekim, 695 inci maddenin ikinci fıkrasına göre, *“Taşınmazlarda yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynî hak kazananları bağlaması için, bunların tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekir”*. Hükmün zıt anlamından, taşınmaza ilişkin anlaşmaların, tapu kütüğüne şerh edilmedikleri takdirde, daha sonra aynî hak kazanmış üçüncü kişileri bağlamayacağı sonucu çıkmaktadır⁴⁰. Aynı esasın, şerh imkânı hiç mevcut olmadığı için, paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda da geçerli olması gerekmektedir. Zira, şerh yapılmadığı sürece yönetime ilişkin münferit bir karardan doğan hak ve borç açıklık kazanamayacak, açıklık kazanamayınca da yeni müktesip üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. *“Taşınmazlarla ilgili anlaşmalar imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir”* diyen yeni Medenî Kanunun 689 uncu maddesinin ikinci fıkrası da bu düşüncüyü desteklemektedir.

³⁹ Bkz., Gürsoy / Eren / Cansel, 413; Akipek, 29; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 572; Oğuzman / Seliçi, 247.

⁴⁰ 695 inci maddenin gerekçesine göre de, *“paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda yaptıkları düzenleme ve almış oldukları kararlarla mahkemece verilen kararların, sonradan paydaş olanları veya pay üzerinde aynî hak kazananları bağlayacağı, bunun için taşınmazlarda, yararlanmaya, kullanmaya ve yönetime ilişkin kararların tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiği esası getirilmiştir”*.

V- YÖNETİM İÇİN GEREKLİ KARARIN ALINAMAMASI

Buraya kadar olan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, paylı mülkiyette eş-yanın yönetimi gerçekleştirilirken olağan yönetim işlerine ilişkin kararlarda salt çoğunluğun (MK.m.690/II), önemli yönetim işlerine ilişkin kararlarda pay ve paydaş çoğunluğunun (MK.m.691/I-II), olağanüstü yönetim işlerine ilişkin kararlarda ise oy birliğinin (MK.m.692/I) sağlanması zorunludur. Ancak, olayların pek çoğunda söz konusu çoğunlukları sağlamak imkânsızdır. Bu durum, paylı mülkiyet beraberliğinin yararına olan işlerin sırf bazı paydaşların karşı çıkmaları yüzünden yapılamaması sonucunu yaratacaktır.

743 sayılı eski Medenî Kanun, paydaşlardan bir bölümünün haksız olarak karşı çıkması yüzünden önemli veya olağanüstü nitelik taşıyan bir yönetim işi için karar alınamazsa ne yapılacağı konusunda herhangi bir çözüm yolu öngörmemişti. Doktrinde, bu konuya ilişkin olarak iki değişik görüş ortaya çıkmıştı⁴¹. Bir görüşe göre, gerek herhangi bir karar alınamaması ve gerekse çoğunluğun kararına itiraz konusunda eski Medenî Kanun herhangi bir hüküm getirmemiştir. Dolayısıyla, itiraz amacıyla mahkemeye başvurulması düşünülemez. Karara muhalif olan paydaş sadece taksimin yapılmasını isteyebilir⁴². İkinci görüşe göre ise, kararın alınmasını isteyen paydaşlar, haksız bir şekilde muhalefet eden paydaş veya paydaşlar aleyhine⁴³ mahkemeye müracaat edebilirler. Dava dilekçesinde, yapılan teklif (alınması istenen karar) açık olarak gösterilmelidir. Mahkemenin olumlu yöndeki kararı muhalif paydaş veya paydaşların iradesi yerine geçer ve söz konusu önemli ya da olağanüstü yönetim işi mahkemenin kararına dayalı olarak gerçekleştirilir⁴⁴. Yasal bir dayanağı bulunmasa da ikinci görüşün amaca daha uygun düştüğü söylenebilirdi.

41 Bu tartışma, doktrinde daha ziyade önemli yönetim işleri için yapılmıştır (bk., **Oğuzman / Seliçi**, 247; Nuşin **Ayiter**, Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 1987, s.92; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, 575-576; **Hatemi / Serozan / Arpacı**, 121-122; **Arpacı**, 136). Ancak, paydaşlardan sadece birinin karşı çıkması karar alınmasını imkânsızlaştıracağından, olağanüstü yönetim işleri bakımından da aynı tartışmayı yapmak mümkündür.

42 Bkz., **Oğuzman / Seliçi**, 247; **Ayiter**, 92; **Saymen / Elbir**, 244. Olağanüstü yönetim işleri bakımından aynı yönde bk., **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, 579.

43 **Hatemi / Serozan / Arpacı**'ya göre, böyle bir dava, hakkın kötüye kullanıldığı haller (MK.m.2/II) dışında, sadece "kurul toplantısına katılmayarak veya katılıp da oyunu kullanmayarak önemli yönetim işlerinin görülmesine engel olanlara karşı" açılabilir. "Buna karşılık, oyunu olumsuz yönde kullananların böyle bir davada hasım gösterilmeleri mümkün değildir. Zira, olumsuz yönde de olsa oy kullananların, yönetime katılmadıkları, yani görevlerini yapmadıkları söylenemez". Karara karşı çıkmanın hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği hallerde ise, artık bunlar aleyhine de dava açılabilir (bkz., age., 121). Aynı yönde bkz., **Arpacı**, 136-137.

44 Sadece önemli yönetim işi bakımından bkz., **Gürsoy / Eren / Cansel**, 414-415; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, 575-576. Ayrıca bk., **Akıpek**, 28, 31. 14.HD., 23.2.1989, E.1987/9149, K.1989/1851, "...Davacının paydaşı bulunduğu müşterek mülkiyet konusu binanın teras çatısının behemehal onarılması gerektiğine dair fen bilirkişisince düzenlenen rapor içeriği tümüyle gözönüne alındığında, davacının isteminin bir zarurete dayandığı anlaşılmaktadır. Taşınmazın müşterek mülkiyet konusu olması itibarıyla MK.nun 624. maddesinin 3. fıkrası doğrultusunda pay ve paydaş ço-

Bu konuda, eski Medenî Kanunun bir kısım maddelerini değiştiren ve bir kısım da yeni maddeler ekleyen 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla sınırlı bir çözüm imkânı getirmişti. Gerçekten, eski Medeni Kanunun 3678 sayılı Kanunla eklenmiş 626/a maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Kendi tutum ve davranışları veya malın kullanılmasını bıraktığı ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin tutum ve davranışları ile diğer hissedarların tümüne veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerini ağır surette ihlâl eden hissedar, bu yüzden onlar için müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmişse mahkeme kararıyla hissedarlıktan çıkarılabilir*". Şu halde, diğer paydaşlar, haksız şekilde karara katılmayarak olağanüstü bir yönetim işinin yapılmasını engelleyen paydaşın paydaşlıktan çıkarılmasını mahkemeden isteyebileceklerdi⁴⁵. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa 2814 sayılı Kanunla ilâve edilmiş Ek 4 üncü maddeye göre de, "*Beş veya daha fazla kişi tarafından üzerinde bir veya birden çok yapı yaptırılmak amacıyla birlikte bir arsa edinilmiş olması ve pay sahiplerinden en az beşte dördünün kat irtifakına geçiş konusunda aldığı karara uyulmaması halinde, karara uymayan pay sahiplerinin gayrimenkuldeki paylarının iptaline ve payların isteyen diğer pay sahipleri adına tesciline sulh mahkemesi tarafından aşağıdaki şartlarla karar verilir:*

a) Müşterek gayrimenkulün yukarıda belirtilen amaçlarla edinildiğinin ispat edilmiş olması,

b) Müşterek maliklerin yukarıda açıklanan çoğunluğunun kat irtifakına geçiş kararına veya bununla ilgili yükümlülükler noterlikçe yapılan tebligata rağmen iki ay içinde uyulmamış olması,

c) *Karara uymayan müşterek maliklerin paylarının mahkemeye tespit edilen rayiç bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi*". Görüldüğü gibi, önemli yönetim işlerine ilişkin karar alınmaması hali ise çözümsüz kalmıştı. Zira, aksi yönde anlaşma yapılmamışsa, ihraç kararının geçerli sayılabilmesi için yine pay ve paydaş çoğunluğuna dayanılması gerekecekti (MK.m.626a/II).

4721 sayılı yeni Medenî Kanun, "*Paydaşlıktan çıkarma*" başlığını taşıyan 696 ve 697 nci maddelerinde, eski Medenî Kanunun "*Hissedarlıktan çıkarılma*"yı düzenleyen 626/a ve 626/b maddelerini aynen muhafaza etmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa 2814 sayılı Kanunla ilâve edilmiş Ek 4 üncü madde de halen yürürlüktedir. Yeni Medenî Kanun, eskisinden farklı olarak,

ğunluğunun oylarının aranması gerekirse de, bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde paydaşlardan birinin veya birkaçının hâkime müracaatla onların iradesi yerine geçecek bir karar istemesi mümkündür. Taşınmazda kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmamış olması istemin reddine neden teşkil etmez. O halde davaya bakılarak ve bu arada bu iş için yapılacak muhtemel gider dikkate alınıp görev hususu da düşünülerek ona göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir... " (YKD., C.15, S.8, 1989, s.1154-1155).

⁴⁵ Paydaşlıktan çıkarılma konusunda ayrıca bk., **Arpacı**, 84 vd.; Sabâ E. **Özmen**, Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992.

önemli yönetim işlerinde karar alamayan paydaşların belirli şartlar altında mahkemeye başvurabilmelerine de imkân tanımıştır. Gerçekten, 691 inci maddenin üçüncü fıkrasına göre, *“Pay ve paydaşların eşitliği hâlinde hâkim, paydaşlardan birinin istemi üzerine bütün paydaşların menfaatini gözeterek hakkaniyete uygun bir karar verir; gerekli gördüğü işlerin yapılması için paydaşlar arasından veya dışarıdan bir kayyım atayabilir”*. Yeni Medenî Kanuna göre, paydaşlar paylı mülkiyet konusu şeyi kullanma ve yararlanma konusunda anlaşamazlarsa, yararlanma ve kullanma şeklini hâkim belirler. Yani, bu tip anlaşmazlıkların çözümü için de mahkemeye müracaat edilebilir. Hâkim tarafından yapılan belirleme, paylı malın kullanılmasının zaman veya yer itibariyle paydaşlar arasında bölünmesi biçiminde de olabilir (MK.m.693/II).

VI- SONUÇ

4721 sayılı yeni Medenî Kanun, hukuk uygulamamızda önemli bir yer tutan paylı mülkiyeti 743 sayılı Eski Medenî Kanuna göre biraz daha ayrıntılı düzenlemiştir. Bunun doğru olduğu çok açıktır. Ancak, bu, getirilen hükümlerin bir bölümünün eleştiriye açık olduğu gerçeğini değiştirmez.

Her şeyden önce, yönetime ilişkin kararların daha sonra hak kazanmış üçüncü kişiler açısından da bağlayıcı nitelik taşımasını düzenleyen hükümler değerlendirildiği zaman, genel anlamda yönetim anlaşmasını düzenleyen 689 uncu maddenin ikinci fıkrasında herhangi bir sorunun bulunmadığı görülmektedir. Paylı mülkiyet konusu bir taşınmazın yönetimiyle ilgili anlaşmanın sonraki müktesipler için de bağlayıcı olması isteniyorsa, paydaşların imzaları notere onaylatıldıktan sonra tapu siciline şerh ettirilmesi gerekir (MK.m.689/II, 1009/II). Aksi takdirde, böyle bir anlaşma sadece paydaşlar ve onların küllî haleflerini bağlar; buna karşılık, sonradan aynı hak kazanmış üçüncü kişileri bağlamaz. Aynı esas, paylı mülkiyet konusu taşınmazların yönetimine ilişkin anlaşmalar açısından da evleviyetle geçerlidir. Yönetimle ilgili münferit kararların bağlayıcılığını düzenleyen 695 inci maddesinin birinci fıkrasının ifadesi ise tereddüt uyandıracak şekildedir. Zira, sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisinden kaynaklanan haklar ile borçların taraflar ve küllî halefleri arasında etkili olması asıldır. Borç ilişkisinden doğan ve hukukî mahiyeti itibariyle nisbî nitelik taşıyan bir alacak hakkının üçüncü kişilere karşı da etkili kılınmasının yolu, hukuk düzeninin öngördüğü esaslar çerçevesinde güçlendirilmesidir. Nitekim, 695 inci maddenin ikinci fıkrasına göre, *“Taşınmazlarda yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazanmaları bağlaması için, bunların tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekir”*. Hükmün zıt anlamından, taşınmaza ilişkin anlaşmaların, tapu kütüğüne şerh edilmedikleri takdirde, daha sonra aynı hak kazanmış üçüncü kişileri bağlamayacağı sonucu çıkmaktadır. Aynı esasın, şerh imkânı hiç mevcut olmadığı için, paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda da geçerli olması gerekmektedir. Zira, şerh yapılmadığı sürece yönetime ilişkin münferit bir karardan doğan hak ve borç açıklık kazanamayacak, açıklık kazanamayınca da yeni müktesip üçüncü kişilere karşı ileri

sürülemeyecektir. “*Taşınmazlarla ilgili anlaşmalar imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir*” diyen yeni Medenî Kanununun 689 uncu maddesinin ikinci fıkrası da bu düşünceyi desteklemektedir. Dolayısıyla, söz konusu hükmün belirtilen sakıncayı bertaraf edecek şekilde yeniden düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Yeni Medenî Kanunun yönetime ilişkin karar alınamamasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeye başvurulmasına imkân tanıyan hükümlerinin de bu konuda duyulan ihtiyacın tümünü karşıladığını söylemek pek mümkün değildir. Her şeyden önce, olağanüstü yönetim işlerinden kaynaklanacak uyuşmazlıklar çözümsüz bırakılmıştır. Önemli yönetim işlerinde de, sadece “*pay ve paydaşların eşitliği hâlinde*” mahkemeye başvurulabileceği gibi bir ifade tarzının seçilmiş olması eleştiriye açıktır. Bunun yerine, “*gerekli çoğunluğun sağlanamaması hâlinde*” mahkemeye başvurulabileceğini gösteren bir ifade tarzı seçilebilirdi. Nitekim, 691 inci maddenin gerekçesine göre, “*üçüncü fıkrada çoğunluk sağlanamaması hâlinde, paydaşlardan her birine hâkime başvurma hakkı tanınmıştır*”. Gerekçede düzgün olan ifadenin madde kaleme alınırken bozulmuş olması ilgi çekicidir! Paylı mülkiyet birlikteliğinde azınlığın haklarını koruyacak bir düzenlemenin getirilmemiş olması da önemli bir eksiklik. Halbuki, daha önce de işaret edildiği üzere⁴⁶, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun öngördüğü türden bir çözümün müşterek mülkiyet için de benimsenmesi daha isabetli olurdu.

⁴⁶ Mehmet Ayan, Eşya Hukuku, II, Mülkiyet, 2. Bası, Konya 2000, s.47.

**TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE BOŞANMA VE AYRILIK
HALLERİNDE TEDBİR, YOKSULLUK VE İŞTİRAK
NAFAKASI**
(DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, MUKAYESESİ, UYGULAMADAKİ YERİ VE DEĞERİ)

Mehmet HAMZAÇEBİ*

GİRİŞ

Nafaka, muhtaç durumda bulunan karı-kocanın birbirlerine, ana-babanın çocuklarına, altsoyun üstsoya, üstsoyun altsoya, kardeşin kardeşlerine yardım yükümlülüğü şeklinde tarif edilebilir¹.

Evlilik birliğini sürdürmek, eş ve çocukların yaşamlarını devam ettirebilmek amacıyla gerekli olan tedbirler bizzat Türk Medeni Kanunu tarafından ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu itibarla boşanma davası açılmadan önce de eşler evlilik birliğinin kendilerine yüklediği yükümlülüklerin gereklerini yerine getirmekle ödevli kılınmıştır. Medeni Kanunun ikinci kitabını oluşturan Aile Hukuku kısmı açık bir şekilde eşlere kazançları ölçüsünde birliğin yürütülmesini gerekli kılan eylemleri yapma ve çocukların bakım (eğitim, sağlık ve ahlâki gelişimlerini karşılama) yükümlülüğü yüklemiştir. Eski Medeni Kanunun² yoksulluk nafakasını düzenleyen 144. maddesinde maddi durumu yerinde olan (refah halinde bulunan) karıya da ev masraflarına katılma ödevi yüklenmiştir.

* Aksaray/Güzelyurt Hâkimi

1 **YILMAZ**, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 1985, s. 533.

2 Bundan sonra metin içerisinde EMK olarak geçecektir.

EMK'nun 162/2. fıkrasında boşanma veya ayrılık davası devam ettiği sürece eşlerin birbiriyle ayrı yaşama hakları düzenlendiğinden, kocanın karıya bakma ödevi, ona ödeyeceği nafakaya dönüşmekteydi³. Ancak, talepte bulunan eş yönünden tedbir ve iştirak nafakaları açısından EMK'nun düzenlemeleri yeni MK ile de benzer mahiyet arz etmektedir. Buna karşılık EMK'nun 144. maddesinde yoksulluk nafakası olarak düzenlenen bu durum yeni MK'nun 175. maddesi ile kısmi değişikliğe uğrayarak karı-kocanın "*Mali gücü oranında süresiz nafaka isteyebileceği*" şeklinde düzenlendi. Böylece karı-koca arasındaki eşitsizlik giderilerek artık kocanın da boşanma sırasındaki yoksulluk nafakası talebi gerçekçi bir sonuca bağlanmış oldu.

Makalede diğer bir nafaka türü olan ve EMK'nun 315 ve devamı maddeleri ile yeni MK'nun 364 ve devamı maddelerinde düzenlenen "Yardım Nafakası" inceleme dışında tutulmuştur.

I. BOŞANMA DAVASINA BAĞLI NAFKA DAVASININ DAYANAĞI VE KAPSAMI

A. BOŞANMA VE AYRILIK DAVASINA DAYALI NAFKANIN DAYANAĞI

Evlilik Birliği EMK'nun 21. maddesinde yerini bulan kanuni ikametgah yani kanuni deyim ile kocanın ikametgahı karının ve ana-babanın ikametgahının da velayetleri altındaki çocukların ikametgahı kabul edilmiştir. Boşanma davası açılıncaya kadar müşterek hanenin tek olacağı ilkesinden hareket edilerek, EMK'nun 152. maddesinde karı ve çocukların iâşesini kocanın temin etmesi şart koşulmuştur. Bu itibarla boşanma davası açıldığında karıya ayrı yaşama hakkı tanındığından boşanma davası kesinleşinceye kadar kadının kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın koca tarafından karı ve çocukların bakım ve iâşesinin karşılanması bir zorunluluk taşımaktaydı. Kadın ister davacı ister davalı olsun boşanma davası kesinleşinceye kadar kocasından geçimini sağlamasını talep edebilmekteydi⁴. Kadının böyle bir istemde bulunabilmesi, onun davada kusurlu ya da kusursuz olmasıyla ilgili değildi⁵. Çünkü bu hak, boşanma davasında kusurlu olmayan eşe tanınmış bir hak olmayıp, doğrudan doğruya evlilik birliğinin devamı süresince kocanın, karısının ve varsa çocuklarının mali imkan ölçüsünde geçimini sağlamak yükümlülüğünün kanundan kaynaklanan

³ AKINTÜRK Turgut, *Aile Hukuku*, Ankara 1996, s. 248.

⁴ FEYZİOĞLU Necmeddin Feyzi, *Aile Hukuku*, İstanbul 1986, s. 355.

⁵ YHGK'nun 12.03.1976 tarihli ve 755/1124 sayılı kararında bu konuyu açıklığa kavuşturmuştur. [Boşanma davasının açılmasıyla karı-koca ayrı yaşama hakkına sahiptirler. Bu nedenle ayrı yaşayan kadın, kocasından **tedbir nafakası** isteyebilir. **Kadının boşanmaya yol açan davranışları - kusuru-**, EMK'nun 137. ve yeni MK'nun 169. maddesinde öngörülen **bu kuralı değiştirmez**].

bir sonucuydu⁶. EMK'nun 162/2. maddesi ve yeni MK'nun 197/1. maddesinde eşlerin herhangi birinin boşanma davası açması halinde dava açan eşin dava süresince ayrı yaşama hakkına da sahip olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, yeni MK'nun 186/2. maddesi, “Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar” hükmünü öngördüğünden artık boşanma davası açıldığında davayı açan eşin karı olması halinde, karıya, kocanın mali gücü oranında katkısı için hâkimden geçici tedbirleri almasını isteme hakkı getirilmiştir. Aynı şekilde davacı kocanın da ayrı yaşama hakkının varlığı nedeniyle karının mali gücü oranında katkısını sağlamak için hâkimden geçici tedbirleri almasını isteme hakkı tanınmıştır.

EMK'nun 137. maddesi, “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, infakına, karı koca mallarının yönetimine ve çocukların bakımına dair geçici tedbirleri kendiliğinden alır” hükmünü öngörmekteydi. Yeni MK'nun 169. maddesi bu hükme paralel olarak, “Hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici tedbirleri re'sen alır” hükmünü getirmiştir.

EMK'nun 144. maddesi, “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz” hükmünü öngörmekteydi. Yeni MK'nun 175. maddesi, “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz” hükmünü getirmiştir.

EMK'nun 148/2. maddesi, “Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir” hükmünü öngörmekteydi. Yeni MK'nun 182/2. maddesi, “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır” hükmünü ve aynı maddenin 3. fıkrası da, “Hâkim istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir” hükmünü getirmiştir.

⁶ Y2HD. 29.01.1974 tarihli ve 398/499 sayılı kararı.

B. BOŞANMA VE AYRILIK DAVASINA BAĞLI NAFKA DAVASININ KAPSAMI

Nafakanın üç ayrı türü bulunmaktadır. Bunlar;

i. Tedbir nafakası,

a. Boşanma davası sırasında talep edilen tedbir nafakası,

b. Boşanma davasından bağımsız talep edilen tedbir nafakası,

ii. Yoksulluk nafakası,

iii. İştirak nafakası.

Şimdi bu üç nafaka türünün incelemesine geçebiliriz.

1. Tedbir Nafakası

Tedbir nafakası, taraflar arasında ortaya çıkan ve dava kesinleşinceye kadar hâkimin takdiri sonucu koca tarafından karıya ödenecek olan maddi bir yardımı ve alınması gereken diğer tedbiri ifade etmektedir⁷.

Kadının tedbir nafakası isteyebilmesi için, kocasından ayrı yaşama hakkına sahip olması gerekir. Boşanma veya ayrılık davası açıldığı andan itibaren eşlerin ayrı yaşama hakkı EMK'nun 162/2. maddesinde her iki eşe de tanınmış idi⁸. Aynı sonuca yeni MK'nun 21, 171 ve 186. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi suretiyle ulaşılabilir. Bu nedenledir ki hâkim, dava maddi anlamda kesin hükümle sabit oluncaya kadar, geçici bir tedbir olarak kocanın karısına (genellikle her ay olarak) eş ve çocukların barınma ve iaşelerinin temini amacıyla uygun bir miktarda yardımda bulunmasına karar verir. EMK'nun 137. maddesinin ilk metninde bu tedbirler talebe bağlı olarak öngörülmekteydi. Bu maddeyi düzenleyen metinde hâkimin belirtilen tedbirleri alabilmesi için karının talepte bulunma şartı aranmamıştır. Maddede, aile birliğini koruyucu tedbirlerin -nafaka dahil- taraflar talepte bulunmasa bile, mahkeme tarafından re'sen alınması gerektiği hükmü getirilmiş idi⁹. Aynı şekilde yeni MK'nun 169. maddesinde de aynı düzenlemeye sadık kalınarak boşanma ya da ayrılık davası açıldığında davanın devamı süresince hâkimin geçici önlemleri re'sen alacağını belirtilmiştir. Yeni MK'nun 186/3 maddesinde de "*Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.*" hükmü getirilmiştir.

⁷ İNAL Nihat, *Uygulamada Nafaka Davaları*, Ankara 1992, s. 49; AKINTÜRK, s. 248.

⁸ ÖZKAN Hasan, *Hukuk Rehberi*, Cilt I, Ankara 1999, s. 669.

⁹ ŞENER Esat, *Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma (Yargıtay İçtihatları, Bilimsel Görüşler ve İlgili Mevzuat)*, Ankara 1994, s. 477; İNAL, s. 50; Y2HD. 18. 11. 1996 tarihli ve 10938/11905 sayılı kararı.

EMK'nun 21. maddesinde belirtilen kocanın ikametgahının aynı zamanda karının ikametgahı olarak kabul edildiği kanuni ikametgahın yerini alan farklı bir düzenleme içermektedir. Yeni MK, karının yerleşim yerini bizzat kendisinin seçmekte muhtariyete sahip olacağı ilkesini getirmiştir. Bu durum Yeni MK'nun "Evliliğin Genel Hükümleri" genel başlıklı üçüncü bölümünün "Haklar ve Yükümlülükler" başlıklı kısmının "Konutun Seçimi, Birliğin Yönetimi ve Giderlerine Katılma" başlıklı 186. maddesi eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri ile birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacaklarını hüküm altına almıştır. Anılan nedenle de taraflardan herhangi birisinin boşanma davası açması halinde, artık yalnızca ihtiyaç sahibi kadına değil; aynı zamanda mali durumu yerinde olan karı tarafından muhtaç koca lehine de hâkim tarafından tedbir nafakası ödenmesine karar verilebilecektir.

a. Boşanma Davası Sırasında Talep Edilen Tedbir Nafakası

aa. Tedbir Nafakasının Amacı ve Tedbir Kararını Veren Mercii

Eski MK'nun 137. maddesinde belirtilen tedbir nafakası, dava devam ettiği sürece davalının ve çocukların mağdur olmalarını engellemeye matuf bir nitelik taşır.

Boşanma davası açıldıktan sonra mali gücü zayıf olan ve mali yardıma ihtiyaç duyan, çocukların bu süre zarfında bakım, eğitim, sağlık ve ahlâki gelişimlerinin temini için bizzat bu davaya bakan hâkim, şartları oluşmuşsa ilk celsede bu hususta bir ara kararı verebilir. Eski MK'nun 137. ve yeni MK'nun 169. maddesine göre hâkim re'sen tedbir nafakasını takdir etme hakkına sahiptir¹⁰. Bu nedenle tarafların bu yönde bir talebi olmasa da hâkim tarafları dinleyerek, tanık ifadelerine dayanarak ve araştırdığı diğer delillerin ışığında mağdur olacak taraf lehine ve çocukların bakım eğitim, sağlık ve ahlâki gelişimleri açısından uygun tedbir nafakasını re'sen takdir edebilir. Hâkim ara kararında tedbir nafakasına karar verdiğinde; artık boşanma davasının kesinleşmesi beklenmeksizin karar verilen tedbir nafakasının tahsili için icra müdürlüğü vasıtası ile genel haciz yoluyla takip yapılarak ödeme emri¹¹ gönderilmek suretiyle bu nafaka alacağının tahsil edilmesi mümkün olacaktır¹².

¹⁰ Y2HD. 18.01.1993 tarihli ve 12984/23 sayılı kararı; Y2HD. 23.10.1992 tarihli ve 9488/10206 sayılı kararı; Y2HD. 05.11.1992 tarihli ve 10366/10814 sayılı kararı; Y2HD. 24.04.1991 tarihli ve 4576/6753 sayılı kararı; Y2HD. 20.03.1991 tarihli ve 3561/5110 sayılı kararı; Y2HD. 12.12.1991 tarihli ve 12851/15466 sayılı kararı; Y2HD. 08.02.1991 tarihli ve 11720/2147 sayılı kararı; Y2HD. 29.4.1991 tarihli ve 4656/7153 sayılı kararı; Y2HD. 04.02.1991 tarihli ve 1116/1718 sayılı kararı; Y2HD. 05.02.1991 tarihli ve 11741/1878 sayılı kararı; Y2HD. 06.02.1991 tarihli ve 12268/1907 sayılı kararı; Y2HD. 04.02.1991 tarihli ve 11144/1815 sayılı kararı; Y2HD. 04.02.1991 tarihli ve 11207/1783 sayılı kararı.

¹¹ Görevli ve yetkili icra müdürlüğüne takip talebi amacına yönelik olarak -Örnek 49- ödeme emri düzenlenerek takip yapılabilmektedir.

¹² Y12HD. 11.07.1995 tarihli ve 10722/10480 sayılı kararı.

bb. Tedbir Nafakasının Başlangıcı ve Süresi

Nafakanın başlama tarihinin karar tarihinden itibaren mi, yoksa dava tarihinden itibaren mi geçerli olacağı sorununun Yargıtay, 1956 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında, “Her dava açıldığı tarihte tespit edilen vaziyetin, hükme esas alınması gerekir” demek suretiyle çözmüştür¹³.

Belirtilen nedenle tedbir nafakası karar tarihinden değil istem tarihinden, yani davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁴. Yargıtay 2. HD. bu doğrultudaki kararını EMK’nun 137. ve 162/2. maddelerine dayanarak vermiştir. Gerçekten de EMK’nun 137. maddesinde, “...dava açılınca hakim, davanın devamı süresince...” demek suretiyle ve yine EMK’nun 162/2. maddesinde, “Boşanma veya ayrılık davası ikame edildikten sonra...” demek suretiyle tedbir nafakasının başlangıç anının davanın ikame tarihi olduğuna işaret edilmiştir¹⁵. Aynı husus, yeni MK’nun 169. maddesi ve 197/3. maddelerinde de düzenlenmiştir.

Bu nedenle nafakanın, kocanın bakım borcunun başladığı tarihten itibaren istenebileceği ve kocanın bakım borcu sorumluluğuna karar verebilmek için de nikahın yapılmış olması yeterli olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Ancak, uygulamada nafakaya talep tarihinden itibaren ve bu da genelde dava dilekçesi ile talep edildiğinden dava tarihinden itibaren karar verilmektedir.

cc Tedbir Nafakasının Miktarı

Yargıtay, çeşitli kararlarında bu yardımın, “ihtiyaç sahibi eşin ve çocukların sosyal ve ekonomik durumlarına uygun bir yardım olması” gerektiğini ifade etmiştir¹⁷. Ancak, küçüğün başkaca yan ihtiyaçları, geçim şartları ve özellikle evlilik birliği devam ederken, birliğin devamı süresince eşlerin sağladığı yaşam şartları ve biçimi gibi faktörler de dikkate alınmalıdır.

Belirtilen nedenlerden dolayı hâkim, nafaka miktarını tayin ederken eşlerin mali iktidarı hakkında ilk bakışta edindiği bu kanaatini esas tutmalıdır. Buna

¹³ YİBK. 28.11.1956 tarihli ve 15/15 sayılı kararı (RG. 27.11.1957); Y2HD. 18.11.1996 tarihli ve 10938/11905 sayılı kararı.

¹⁴ AKINTÜRK, s. 249; İNAL, s. 50; YHGK’nun 26.01.1980 tarih ve E. 1979/2-465, K. 1979/2477 sayılı kararında [Boşanma hükmü kesinleşmeden önce, evvelce mahkemece takdir edilmiş bulunan tedbir nafakasının artırılması Asliye Hukuk Mahkemesinde açılacak bağımsız bir dava ile istenebilir. Dosya henüz Yargıtay’da iken böyle bir dava büyük bir pratik ihtiyacı karşılar. Bu takdirde de nafakanın artırılması, boşanma davasının açıldığı günle, boşanma kararının kesinleştiği gün arasındaki süre içinde geçerli olur.] diyerek ihtilafı gidermiştir; Y2HD. 18.03.1993 tarihli ve 12987/17 sayılı kararı.

¹⁵ Y2HD. 19.03.1999 tarihli ve 781/2591 sayılı kararı.

¹⁶ FEYZİOĞLU, s. 363.

¹⁷ Y2HD. 11.04.1991 tarihli ve 5341/6714 sayılı kararı; Y2HD. 08.02.1991 tarihli ve 11621/2095 sayılı kararı.

göre, derhal tespiti gereken nafaka tutarını, ileride toplanacak delillere göre artırmak veya eksiltmek mümkün olacaktır.

İstek olmasa dahi hâkim, davanın devamı süresince yeni MK'nun 169. maddesi gereğince gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamakla yükümlüdür. Tarafların dava sırasında talep ettikleri tedbir nafakası, günün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak ise hâkim, bizzat uygun bir nafakaya hükmedebilir¹⁸.

dd. Tedbir Nafakasında Kadın ve Çocuğun Durumu

Hâkim tedbir nafakasının miktarını karara bağlarken, kocanın mali durumunu ve imkanlarını gözönünde tutacaktır¹⁹. Kadının zengin olması, kocasının yardımına hiç ihtiyacı bulunmaması halinde bile, o kadın lehine tedbir nafakasına hükmedilebilecektir²⁰. Bununla birlikte, lehinde tedbir alınması gereken eş bundan açıkça vazgeçecek olursa herhangi bir tedbire gerek kalmayacaktır.

Hâkimin emredeceği geçici tedbirler, özellikle kadının barınması, geçimi, karı-koca mallarının yönetimi ve çocukların korunması gibi konularla ilgili olacağı kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. Ancak, kanunda örneksene yoluyla sayılan hususlar haricinde alınması gerekli başkaca bir tedbir durumu doğduğunda kanaatimizce hâkim talep üzerine ortaya çıkan duruma yönelik tedbir kararı vermelidir.

Hâkim, velayet hakkının hangi eş tarafından kullanılacağını, çocuğun ana ve babadan hangisinin yanında kalacağını ve diğer eşin çocuk için ne miktar nafaka vermesi gerektiğini yukarıda belirtilen kıstaslara göre tayin eder. Çocukların durumu, boşanma kararında kesin sonuçlu bir şekilde karara bağlanacaktır. Fakat dava devam ettiği sürece de, çocukların korunması ve bakımı, bakıma iştirak gibi geçici tedbirlerin hâkim tarafından alınmasına ihtiyaç duyulacağı aşikardır²¹.

ee. Tedbir Nafakasının Sona Ermesi

Boşanma davasının devamı süresince takdir edilen tedbir nafakası nihai hükmün kesinleşmesine kadar devam eder²². Çünkü, boşanmanın maddi anlamda kesin hükümle sabit olmasından sonra hâkim, tedbir nafakasının iştirak nafakasına dönüştürülmesine karar verebilir. Zira, dava sonuçlandıktan sonra artık tedbir nafakası devam etmeyecektir²³. Bir diğer ifadeyle, boşanma davası sıra-

¹⁸ Y2HD. 19.03.1999 tarihli ve 781/2591 sayılı kararı.

¹⁹ YHGK' nun 13.04.1983 tarihli ve 2-1160/370 sayılı kararı.

²⁰ FEYZİOĞLU, s. 356-357.

²¹ FEYZİOĞLU, s. 364.

²² Y2HD. 22.05.1995 tarihli ve 7299/7306 sayılı kararı.

²³ Y2HD. 03.06.1982 tarihli ve 4483/4986 sayılı kararı.

sında takdir edilen tedbir nafakası, kararın kesinleşmesi ile sona erer. Boşanma kararının kesinleştiği tarihten sonrası için tedbir nafakası istenilmesi halinde bu talep hakkındaki takibin eş ya da çocuktan hangisi lehine istenmişse, talep sahibine istediği nafaka türünün yoksulluk ya da iştirak nafakası olup olmadığı hususunun açıklattırılması ve davanın açılma amacının da bu olması halinde yargılamaya devamlı bir karar verilmesi; aksi halde açılan davanın reddi yönünde karar verilmesi gerekir.

b. Boşanma Davası Henüz Açılmadan Talep Edilen Tedbir Nafakası

Taraflar boşanma davası henüz açılmadığı bir zamanda da doğrudan tedbir nafakası için talep ve dava haklarına sahiptirler.

Boşanma davası açılmaksızın doğrudan talep edilen tedbir nafakasının şartları ile boşanma davası sırasında talep edilen tedbir nafakasının şartları aynıdır. Bu şartlar yukarıda anlatıldığı için burada tekrar incelenmesine gerek görülmemiştir.

c. Tedbir Nafkasını Bakım Mükellefiyetinden Ayıran Yönler

Tedbir nafakası, EMK'nun 162/3. ve yeni MK'nun 197/2-4. maddesinde öngörülen hâkimin geçici tedbir olarak hükmedeceği bakım mükellefiyetinden bazı noktalarda ayrılmaktadır²⁴. Bu noktalar şunlardır:

i. Tedbir nafakası, evlilik sona erinceye kadar kocanın bakım yükümünü sürdürmek amacını öngörmekteydi. Yeni MK'da bu husus birliğin devamını yürütmeye yetecek miktarda tarafların katkısını amaçlamaktadır. Bakım mükellefiyeti ise, ciddi bir tehlike geçiren aile birliğinin barışma ümidini kuvvetlendirmek üzere mali desteği sağlamak amacını taşır.

ii. Tedbir nafakası, hâkimin boşanmaya karar verip bu kararın kesinleştiği tarihte çocuk lehine iştirak-katılma, durumu uygun olmayan eş lehine de yoksulluk nafakası olarak devam eder. Bakım mükellefiyeti ise ancak, sebebin ortadan kalkması durumunda, taraflardan birinin istemi üzerine hâkimin vereceği karar üzerine son bulur.

iii. Tedbir nafakasına karar verilebilmesi için eşin kusurlu olması aranmaz. Buna karşılık EMK'nun 162/3. maddesinde düzenlenen bakım mükellefiyetine ilişkin tedbire karar verilebilmesi için, talepte bulunan eşin ayrı yaşamakta haklılığı aranmaktaydı. Yeni MK'nun 197/2. maddesinde önceki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirmesinin yanında ayrıca, haklı bir sebep olmaksızın diğer eşin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple imkansız hale gelmesi halinde diğer eşin hâkimden, birliğe yapması gereken katkıyı ve diğer önlemleri almasını isteyebileceği öngörülmektedir.

²⁴ VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, *Aile Hukuku*, İstanbul 1965, s. 249.

iv. Tedbir nafakasına hâkim re'sen karar verebilir. Bakım mükellefiyetinde ise taraflardan birinin talebi ile gerekmektedir.

d. Görevli Ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

aa. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Tedbir nafakası, boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra istenmişse ya da boşanma davası dilekçesi ile talep olunmuşsa; görevli mahkeme boşanma davasını inceleyecek olan Asliye Hukuk Mahkemesidir²⁵. Sulh Hukuk Mahkemesi, boşanma davasının açılmasından sonraki bir zamanda açılmış olan ve yalnız boşanma davasının açılmış olması nedenine dayanan nafaka taleplerini inceleyemez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu hususta eksikliği gidermek amacıyla bir İBK. almıştır²⁶.

Tedbir nafakası boşanma veya ayrılık davası açılmadan önce yalnızca tedbir amaçlı olarak açılmış ise; davacı dava dilekçesini Asliye Hukuk Mahkemesine vermek zorunda değildir. İsterse Sulh Hukuk Mahkemesinde de davasını açabilecektir²⁷.

Boşanma davası açılmadan önce, Sulh Hukuk Mahkemesinde açılmış olan tedbir nafakası davası hakkında henüz karar verilmeden, Asliye Hukuk Mahkemesinde boşanma davası açılmış olsa bile, Sulh hâkimi davaya usulen devam ederek kararını verir. Sulh hâkiminin boşanma davasına kadar olan kısım için nafakaya hükmedip, dava tarihinden sonraki kısım için görevsizlik kararı vermesi ve davadan sonraki zaman hakkında karar verilmesi için dosyayı Asliye Hukuk Mahkemesine göndermesi usul açısından yanlış olur²⁸. Bu durum az önce belirttiğimiz gibi ancak boşanma davası henüz açılmadan tedbir nafakasına hükmedilmişse doğru olur. Yoksa dava devam ederken boşanma davası açılmışsa artık Sulh hâkimi tedbir nafakasına da hükmedemez. Görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli Asliye Hukuk Hâkimliğine göndermelidir²⁹.

Sulh Hukuk Mahkemesine yapılan müracaat, boşanma davası açıldıktan sonrasına ilişkin ise, Sulh Hâkimi hem görev, hem de yetki yönlerinden red kararı vermelidir³⁰.

²⁵ ÖZKAN, s. 669; Y2HD. 05.07.1974 tarihli ve 4635/4440 sayılı kararı.

²⁶ YHGK'nun 27.01.1968 tarihli ve 575/54 sayılı kararı.

²⁷ FEYZİOĞLU, s. 361.

²⁸ İNAL, s. 50; FEYZİOĞLU, s. 361.

²⁹ Y2HD. 29.04.1974 tarihli ve 2489/2545 sayılı kararı.

³⁰ YHGK'nun 12.02.1969 tarihli ve 172/114 sayılı kararı; Y2HD. 04.03.1998 tarihli ve 1421/2560 sayılı kararı.

Boşanma davasıyla birlikte istenen tedbir nafakasında görevli mahkeme boşanma davası için görevli olan Asliye Hukuk Mahkemesidir. Çünkü, murtabıt dava sayıldığından boşanma davasının görevine bağlı bir görev ilişkisi sözkonusudur. Yani bu talep boşanma davasının eki niteliğindedir³¹. Bu nedenle burada boşanma davası için görevli olan mahkemenin tedbir nafakası için de görevli olacağı muhakkaktır.

bb. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

EMK'nun 21/1. maddesi kanuni ikâmetgahla ilgili olarak, "*Kocanın ikâmetgahı karının ve ana-babanın ikâmetgahı velayetleri altındaki çocuğun ve mahkemenin bulunduğu yer vesayet altındaki kimsenin ikâmetgahı addolunur*" hükmünü öngörmekteydi. EMK'nun 136. maddesi "*Salahiyettar hâkim davacının ikâmetgahı hâkimidir*" demek suretiyle HUMK.nun 9/son maddesi ile çelişen hükümler içermekteydi. Ancak, yeni MK'nun aynı konuyu içeren 168. maddesindeki "*...eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi...*"nin yetkili mahkeme olacağına ilişkin düzenlemesi, artık HUMK.nun 9/son maddesinde düzenlenen genel yetki kuralına gitmeye lüzum bırakmamıştır.

Tedbir nafakası yönünden yetkili mahkemenin belirlenmesinde yeni MK'nun "*Yetki*" kenar başlıklı 201. maddesinde evlilik birliğinin korunması yönünde alınması istenilen tedbirlere yönelik davalarda yetkili mahkemenin eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi olduğunu belirterek seçimlik yetki kuralı getirmiştir. Şayet eşlerin yerleşim yerleri farklı ise ve her iki eş tarafından talepte bulunulmuşsa bu durumda ilk talepte bulunan eşin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konularında yetkili mahkemenin de önlem kararını veren mahkemeye ait olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, bu halde de her iki eş de yerleşim yerlerini değiştirmişlerse yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesine ait olduğunu belirtmiştir.

2. Yoksulluk Nafakası

Yoksulluk nafakası, ahlâki ve sosyal düşüncelere dayanır ve evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devam ettirilmesi amacını taşır³².

Boşanma kural olarak, karı-koca arasındaki bakım yükümlülüğüne son verir. Bununla beraber, boşanmada kusuru daha hafif olan eşin korunması için kanunkoyucu nafaka yükümlülüğünü gerektiğinde süresiz olarak devam ettir-

³¹ Y2HD. 04.03.1998 tarihli ve 1421/2560 sayılı kararı.

³² ZEVKLİLER Aydın, Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku), Ankara 1995, s. 850; AKINTÜRK, s. 265.

meyi uygun görmüştür. EMK'nun yoksulluk nafakasını düzenleyen 144. maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde, kendisine yoksulluk nafakası ödemesini isteyen eşin kusursuz olması şartı aranıyordu. Maddenin 3444 sayılı Kanunla düzenlenen metni bu noktaya açıklık getirmiş ve boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin, kusurunun daha ağır olmamasını öngörmüştür³³. Kanunun eski metninde açıklanmış olmamakla birlikte, diğer eşin kusurlu olmasına gerek bulunmamakta idi. Bu durum EMK'nun 144/2. maddesinde “*nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz*” ibaresi ile açıklığa kavuşturulmuş ve bu düzenleme yeni MK'nun 175/2. maddesinde de aynen korunmuştur.

EMK'nun 144/1. maddesinde, “*Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.*” hükmü bulunmaktaydı. Bu düzenleme erkek lehine nafakaya hükmedilmesinde bir sınır getirmekteydi ve Yargıtay uygulamasına da hakimdi³⁴. Getirilen sınırlama ile kocanın karıdan nafaka isteyebilmesi karının refah halinde olması koşuluna bağlanmıştı. Bu durum “eşitlik ilkesi”ne aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir³⁵.

a. Yoksulluk Nafakasının Şartları

Boşanma nedeniyle diğer eşin yoksulluğa düşecek olması, yoksulluk nafakası talep edebilmek için en temel kanuni bir şarttır³⁶. Yoksulluk halinin boşanma sonucu oluşması veya yoksulluğa düşme tehlikesi ile karşı karşıya bulunması ya da bu tehlikenin gerçek ve büyük bir oranda gerçekleşmesi gerekir³⁷.

Yoksulluk nafakası, boşanma davasının fer'i niteliğinde olduğundan davanın her aşamasında talep edilebilir³⁸. Hâkim re'sen yoksulluk nafakasına hükmedemez³⁹. Davanın her aşamasında yapılabilecek talep yazılı olmalı ya da sözlü isteğin duruşma tutanağına geçirilmesi gereklidir⁴⁰.

³³ CAMCI Ömer, *Boşanma Tazminatı ve Yoksulluk Nafakası*, İstanbul 1998, s. 103; İNAL, s. 134; AKINTÜRK, s. 266; Y2HD. 21.11.1990 tarihli ve 7450/11307 sayılı kararı; Y2HD. 18.01.1991 tarihli ve 13114/2776 sayılı kararı.

³⁴ Y2HD. 23.03.1974 tarihli ve 1921/1961 sayılı kararı; Y2HD. 07.04.1980 tarihli ve 2746/2958 sayılı kararı; Y2HD. 26.05.1981 tarihli ve 4080/4114 sayılı kararı.

³⁵ ŞENER, s. 527; ÖZKAN Hasan, *Hukuk Rehberi*, Cilt III, Ankara 1999, s. 4083.

³⁶ Y2HD. 12.10.1992 tarihli ve 9035/9435 sayılı kararı.

³⁷ FEYZİOĞLU, s. 397; İNAL, s. 134; AKINTÜRK, s. 266.

³⁸ ŞENER, s. 547; Y2HD. 12.04.1978 tarihli ve 1978/3081 sayılı kararı; Y2HD. 18.06.1991 tarihli ve 5362/9459 sayılı kararı.

³⁹ YAZICI Hilmi/ATASOY Hasan, *Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı (1952-1970)*, Ankara 1970, s. 366; FEYZİOĞLU, s. 399; AKINTÜRK, s. 266; Y2HD. 17.11.1969 tarihli ve 4971/5178 sayılı kararı.

⁴⁰ İNAL, s. 134.

Geçimini kendi mali kaynakları ve çalışma gücü ile sağlama imkanından yoksun olan eşin yoksulluğa düşeceği hem doktrinde hem de Yargıtay uygulamasında kabul görmüştür. Bu nedenle boşanmada her iki eş kusursuz oldukları takdirde, bunlardan hangisi boşanma sonucunda büyük bir yoksulluğa düşecekse o, diğerinden nafaka isteyebileceği muhakkaktır⁴¹.

Yoksulluk nafakası ödeyecek eşin bu ödemeyi hukuka ve hakkaniyete uygun bir miktarda yapmasına hâkim tarafından karar verilmesi gerekir. Hâkim, bunu belirlerken Medeni Kanunun 4. maddesi gereğince tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına uygun düşecek bir miktarı yoksulluk nafakası olarak belirlemelidir. Bu itibarla yoksulluk nafakası, davacı eşin yoksulluğa düşmesini önleyecek ve normal şartlarda onun geçimine yetecek miktarda olacaktır⁴².

b. Yoksulluk Nafakasının Başlangıç Zamanı

Yoksulluk nafakası, boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren ancak, davada ne zaman talep edilmişse bu talep tarihten itibaren işlemeye başlar⁴³ ve lehine nafaka takdir edilen tarafın diğer tarafça nafakaya ihtiyacı bulunmadığının açılan nafakanın kaldırılması davası ile sabit olmasına kadar devam eder.

Yargıtay kararlarında, yoksulluk nafakasına ancak boşanma davası ile talep edilmesi halinde karar verilebileceği⁴⁴ ve yoksulluk nafakasının, boşanma davası sonuçlandıktan sonra ayrı bir dava olarak açılabileceği⁴⁵ yönünde farklı iki yaklaşım bulunmaktaydı. Yargıtay'ın içtihadını, yoksulluk nafakasının, boşanma davası sonuçlandıktan sonra ayrı bir dava olarak açılabileceği yönünde değiştirmesinin nedeni, EMK'nun 143/1-2. fıkralarıyla ilgili 22.01.1988 gün ve 5/1 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca oluşturulan İBK. kararında yer alan yorum kurallarının benzetme (kıyas) yoluyla yoksulluk nafakası isteklerine de uygulanabileceği görüşü idi. Anılan 5/1 sayılı İBK. kararında boşanma davası sonrasında nafaka taleplerinin dinlenmemesi, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması olarak görülmüş ve bu durumun Medeni Kanunun 1 ve 4. maddeleri ile doldurulması gerektiği ifade edilmiştir. Mevzuatta, boşanma davası sonrasında yoksulluk nafakası istenemeyeceğine dair bir kanun hükmünün bulunmaması karşısında 5/1 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca oluşturulan İBK sonucu boşanma davasından ayrı ve yalnızca

⁴¹ TEKİNAY Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul 1990, s. 263; ÖZKAN, s. 4084.

⁴² AKINTÜRK, s. 267; Y2HD. 28.04.1942 tarihli ve 11274/1767 sayılı karar.

⁴³ Y2HD. 12.04.1977 tarihli ve 2978/3081 sayılı karar; Y2HD. 27.01.1993 tarihli ve 13258/424 sayılı karar.

⁴⁴ Y2HD. 07.10.1996 tarihli ve 7503/9680 sayılı karar.

⁴⁵ Y2HD. 23.11.1990 tarihli ve 3655/11498 sayılı karar; Y2HD. 29.04.1991 tarihli ve 644/7146 sayılı karar; Y2HD. 27.12.1991 tarihli ve 13068/16197 sayılı karar; Y2HD. 11.12.1992 tarihli ve 12108/12556 sayılı karar; Y2HD. 01.04.1993 tarihli ve 2422/3152 sayılı karar; Y2HD. 07.10.1996 tarihli ve 7503/9680 sayılı karar.

yoksulluk nafakası talepleri bu tarihten sonra uygulamada mahkemelerce karara bağlanmıştır⁴⁶.

EMK’da yoksulluk nafakası talep edilmesi zaman yönünden bir kısıtlamaya tabi tutulmamakla birlikte, evliliğin boşanma sebebi ile sona ermesinden doğan nafaka alacaklarına yönelik dava hakları yeni MK’nun 178. maddesindeki “...Boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zaman aşımına uğrar” hükmü ile sınırlandırılmıştır.

c. Yoksulluk Nafakasının Süresi

Yoksulluk nafakasını düzenleyen 144. maddenin 3444 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce, kanunkoyucu, boşanan eşler arasındaki mali ilişkisinin daha fazla uzamasını sakıncalı gördüğünden, yoksulluk nafakası bir yıldan fazla bir süre devam edemezdi. Ancak 3444 sayılı Kanun, bir senelik süre kaydını kaldırmış ve süresiz olarak yoksulluk nafakası istenmesini mümkün kılmıştır⁴⁷. Yeni MK’nun 175/1. maddesi aynı düzenlemeyi devam ettirmektedir.

Yoksulluk nafakası kanuni düzenlemede süresiz olarak öngörülse de yaşam boyunca ödenmesi bazı durumlarda hakkaniyete aykırı olabilir. Bu yüzden hâkim boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğüne kanaat getirdiği eşin yeteneklerini, iş bularak çalışabilme gücünü gözönüne alarak yoksulluk halinin ne kadar süre devam edeceğini kararında belirtip nafakayı bu süreyle sınırlayabileceği gibi, nafaka alacaklı olan eşin mali ve sosyal durumundaki değişiklikler⁴⁸ ve özellikle bu eşin yeniden evlenmesi veya önemli bir miras menfaati, tazminat, şans ve bahis oyunlarından bir gelir elde etmesi üzerine yoksulluk nafakasını kaldırabilir⁴⁹.

Boşanma sonrasında lehine yoksulluk nafakası hükmedilen tarafın daha sonra malvarlığında bir artış meydana gelmesi halinde, nafaka yükümlüsü taraf bu artışın meydana geldiği tarihten itibaren hâkime başvurarak nafakanın kaldırılmasını ya da indirilmesini isteyebilir. Yoksulluk nafakası alan taraf da haklı sebebe dayanarak her zaman hâkimden hükmedilen nafakanın kaldırılmasını isteyebilecektir.

EMK’nun 145/3. düzenlenen yoksulluk nafakasının kaldırılması gereken haller yeni MK’nun 176/3. maddesinde de sayılmış olmakla birlikte EMK’da bulunan “...aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu irad kesilir” hükmü, yeni

⁴⁶ YHGK’nun 31.10.1990 tarihli ve 452/549 sayılı kararı; YHGK’nun 24.06.1992 tarihli ve 33/414 sayılı kararı; YHGK’nun 05.02.1997 tarihli ve 795/52 sayılı kararı; Y2HD. 12.03.1993 tarihli ve 1469/2509 sayılı kararı; Y2HD. 15.06.1999 tarihli ve 6360/6848 sayılı kararı.

⁴⁷ Y2HD. 14.11.1991 tarihli ve 11400/14144 sayılı kararı; Y2HD. 05.02.1991 tarihli ve 780/1887 sayılı kararı.

⁴⁸ Y2HD. 25.06.1992 tarihli ve 7011/7347 sayılı kararı.

⁴⁹ **TEKİNAY**, s. 264.

MK'da "...mahkeme kararıyla kaldırılır" şeklinde düzenlenmiş ve dolayısıyla mahkeme kararıyla hayatiyet kazanan bir uygulamanın yine mahkeme kararıyla son bulması ve taraflar arasında ortaya çıkabilecek çekişmelerin oluşmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

d. Yoksulluk Nafakasının Ödenme Şekli

Yoksulluk nafakasını toptan ya da irat şeklinde ödemek mümkündür⁵⁰. Toptan ödemede; yoksulluğa düşecek eşe, diğer eş tarafından para ya da para yerine geçecek ödeme araçlarıyla tamamının bir defada ödenmesidir. İrat şeklindeki ödemede; hâkim tarafından irat şeklinde ödeme yapılmasına karar verilmişse irat yükümlüsü aylık ya da altı aylık taksitler halinde kararlaştırılan iradın nakit olarak lehine nafaka ödenmesine karar verilene ödenmesi gerekir. İrat şeklindeki ödemelerde yükümlüden teminat istenmesine engel bir düzenleme de bulunmamaktadır⁵¹. Kanuni hükümler ve uygulamada aynı ödemeye imkan tanınmamaktadır.

Hâkim her olayın niteliğine, tarafların mali ve iktisadi durumlarına ve irat şeklindeki ödemenin düzenli bir şekilde sağlanıp sağlanamayacağına göre toptan ya da irat şeklindeki ödeme şeklini birine takdir yetkisine dayanarak hükmedecektir⁵².

Eğer hâkim, ödemelerin irat şeklinde olmasını takdir ederek belirlemişse aşağıda gösterilen hususlara da dikkat etmelidir. Buna göre;

i. İratların zamanında ödenmemesi tehlikesine karşı, BK'nun 43. maddesi gereğince, borçludan gereken teminatın alınmasına da karar verilebilir. Teminat olarak, gayr-ı menkul ipoteği, kambiyo kefaleti, banka teminatı, devlet tahvili vs. gibi teminatlara karar verilir.

ii. EMK'nun 145. maddesi 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, irat şeklindeki ödemeler, alacaklının yeniden evlenmesi halinde kesilmekteydi. Maddede 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle getirilen, "*Sözleşme veya hüküm ile kendisine maddi tazminat veya nafaka olarak bir irat tahsis edilmiş eşin yoksulluğunun ortadan kalkması, haysiyetsiz bir hayat sürmesi, bir evlenme akdi olmadan fiilen karı-koca gibi yaşaması, yeniden evlenmesi veya eşlerden birinin ölmesi hallerinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu irat kesilir*" şeklindeki hüküm yeni MK ile de korunmuştur. Yeni MK'nun 176/3. maddesinde nafakanın kaldırılması, 176/4. maddesinde de iradın arttırılması ve azaltılmasına hangi hallerde karar verilebileceği tek tek gösterilmiştir.

⁵⁰ FEYZİOĞLU, s. 400.

⁵¹ CAMCI, s. 106.

⁵² CAMCI, s. 105.

iii. EMK’da iradın kaldırılması veya azaltılması açıkça öngörüldüğü halde arttırılmasına ilişkin açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu durum para değerinde enflasyon nedeniyle yaşanan düşüşler, değişmez bir şekilde hükmedilecek iradı, alacaklı için ileride çok yetersiz bir düzeye indirebilmekteydi⁵³. Yeni MK’nun 176/son maddesi ile, hüküm altına alınan nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilme imkanı getirilerek mağdur durumda bulunan nafaka alacaklısının korunması amaçlanmıştır. Nitekim artık hâkim, fiyat endekslerine göre veya memur aylıklarındaki artış oranlarına göre ya da paranın satın alma gücünde meydana gelen değişiklikleri gözönüne alarak irat miktarına yansımaya karar verebilecektir.

e. Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

aa. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Yoksulluk nafakasını düzenleyen EMK’nun 144 ve devamı maddelerinde yoksulluk nafakası davasında hangi mahkemenin görevli olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Genel hükümlerden yola çıkarak, konu HUMK’nun 8. maddesinde belirtilen Sulh Hukuk Mahkemesinin görevlerine girmediğinden Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılmaktadır. Zira, yoksulluk nafakası boşanma davasının fer-i olduğundan ve boşanma davasında görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi olarak öngörüldüğünden hem boşanma davası sırasında talep edilen yoksulluk nafakası yönünden hem ayrı bir dava olarak açılan yoksulluk nafakası davası yönünden ve hem de nafakanın artırılması ya da indirilmesi veyahut kaldırılması talepli davalarda Asliye Hukuk Mahkemesi görevli mahkemedir⁵⁴.

bb. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

Yoksulluk nafakası davasında yetkili mahkeme bakımından EMK’da bir yetki kuralı bulunmamaktadır. Yeni MK’nun 177. maddesinde, “*Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında, nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi (yani bilinen deyim ile ikametgah mahkemesinin) yetkili olacağı*” belirtilmiştir.

f. Yoksulluk Nafakasının Kaldırılması Halleri

Yoksulluk nafakasının kaldırılması gereken haller EMK’nun 145/3. maddesinde, “Sözleşme veya hüküm ile kendisine maddi tazminat veya nafaka olarak bir irad tahsis edilmiş eşin yoksulluğunun zail olması, haysiyetsiz hayat sürmesi, bir evlenme akdi olmadan fiilen karı koca gibi yaşaması, yeniden ev-

⁵³ TEKİNAY, s. 269.

⁵⁴ Y2HD. 29.11.1941 tarihli ve 4302/3558 sayılı kararı; Y2HD. 23.01.1992 tarihli ve 176/560 sayılı karar.

lenmesi veya eşlerden birinin ölmesi halinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu irad kesilir” şeklinde düzenlenmiş idi.

Yeni MK'nun 176/3. maddesi aynı düzenlemeyi içermekte ve bu hallerde, EMK'da zaman zaman tartışma konusu olan, nafakanın kendiliğinden mi yoksa mahkeme kararıyla mı kalkacağı da ayrı ayrı belirtilmiştir. Yeni MK uyarınca, nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi halinde ya da taraflardan birinin ölümü halinde bağlanan nafakanın bu olayın gerçekleştiği tarihten itibaren kendiliğinden kalkacağı hüküm altına alınmıştır. Yine alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsizce hayat sürmesi hallerinde ise mahkeme kararı ile bağlanan nafakanın kalkacağı belirtilmiştir.

3. İştirak (Katılma) Nafakası

Boşanma ya da ayrılık sonucunda velayet hakkı kendisine bırakılmamış olan tarafın kudretine göre çocukların bakımı için gerekli masraflara katılması zorunluğuna iştirak nafakası adı verilir⁵⁵. Bir diğer ifadeyle, iştirak nafakası boşanma ya da ayrılık kararı sonucu müşterek evlilikten hasil olan küçüklerin bakım sorununu ele alan mali bir yükümlülüktür. İştirak nafakası, mali kaynakları ve çalışma gücü yerinde olan ve küçük ya da küçükler kendisine verilmeyen eş tarafından, küçükler yararına diğer eşe verilmesi gereken katılım payından ibarettir. İştirak nafakasının sermaye iradı şeklinde ay be ay olarak ödenmesi istenebileceği gibi, toptan da istenebilmesinde kural olarak yasal bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca bu durum bizzat hâkim tarafından da küçüğün menfaatleri gözönüne alınarak re'sen nazara alınabilir ve uygun bir miktar katılım payının küçüğün kendisine bırakılmadığı eş tarafından diğer eşe ödenmesine karar verilebilir. Bu katılım payının küçüğün bakım işlerine yani eğitim, sağlık ve ahlâki gelişiminin tezahürü olarak gözönüne alınacağı yasada öngörülen bir husustur.

Her iki eşin de mali gücü nafaka gerektirmeyecek ölçüde elverişli olsa bile, velayet hakkı kendisine verilen eşin çocukların bakım ihtiyaçlarının karşılanmasına diğer eşin mali kaynakları ve çalışma gücü oranında iştirak etmesi gerekmektedir.

EMK'nun 148/2. maddesinde, “Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir” denmektedir. Aynı hususu düzenleyen yeni MK'nun 182/2. maddesi, “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır” hükmünü getirmiştir. Eski düzenleme ile yeni düzenleme arasında temel-

⁵⁵ FEYZİOĞLU, s. 389; AKINTÜRK, Turgut, *Medeni Hukuk*, Ankara 1991, s. 233; AKINTÜRK, s. 248; İNAL, s. 207; YILMAZ, s. 362; Y2HD. 14.01.1986 tarihli ve 11124/96 sayılı karar.

de bir fark yoktur. Sadece yeni düzenlemede çocuğun sağlık ve eğitim yönlerine de vurgu yapılmıştır.

Hâkimin çocuklardan birinin diğer eş yanında kalmasına karar vermesi, diğer eşin velayet hakkını kural olarak ortadan kaldırmaz. Yani velayet hakkı boşanma kararı ile kaldırılan eş, haklı sebeplerin varlığı halinde hâkimden velayet hakkının kendisine verilmesini her zaman talep edebilir. Yeter ki, velayetin nez'ini gerektiren bir sebeple, velayet kusurlu olan eşten alınmış olsun⁵⁶.

a. İştirak Nafakasının Başlangıcı

İştirak nafakasına ilişkin davada nafaka takdiri davanın açıldığı tarihten itibaren başlar. Ancak, kural olarak mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren geriye doğru biriken iştirak alacağı icra marifetiyle tahsil edilebilir⁵⁷.

İştirak nafakası, boşanma davasının fer'i olduğundan davanın her aşamasında yazılı veya sözlü olarak taraflarca da talep edilebileceği gibi küçüklerin yaşına, eğitim seviyelerine, anne ve babanın kazanç durumlarına, küçüklerin ahlâki gelişimlerini etkileyecek bakım giderlerinin miktarı yönünden hâkim tarafından re'sen de belirlenebilir⁵⁸. Bir diğer ifadeyle, küçüklerin korunması ilkesine kamu açısından verilen değer nedeniyle şartları varsa hâkim, gerekli tüm tedbirleri hukuka ve hakkaniyet ilkesine uygun miktar ve oranda re'sen almakla yükümlü hale getirilmiştir. Bu nedenle dava sırasında iştirak nafakası talep edilmemiş olsa bile velayeti üzerinde bulunmayan taraf aleyhine dava sırasındaki ekonomik ve sosyal durumu gözönünde bulundurmaya kaydıyla iştirak nafakasına hükmedebilecektir⁵⁹.

b. İştirak Nafakasının Miktarı ve Süresi

Hâkim, yukarıda belirtildiği üzere iştirak nafakasının miktarını tayin ederken, aşağıda belirtilen üç noktayı gözönünde tutmak kaydıyla nafakayı re'sen tayin edebilir⁶⁰. Bunlar;

- i. Çocuğun ihtiyaçları (eğitim, sağlık, ahlâki gelişimi yönünden bakımı),
- ii. İştirak nafakası ödeyecek eşin mali gücü,

⁵⁶ AKINTÜRK, s. 249.

⁵⁷ Y2HD. 08.10.1971 tarihli ve 5966/96 sayılı kararı; Y2HD. 14.01.1985 tarihli ve 10657/72 sayılı kararı.

⁵⁸ ŞENER, s. 547; Y2HD. 12.04.1978 tarihli ve 1978/3081 sayılı kararı; Y2HD. 18.06.1991 tarihli ve 5362/9459 sayılı kararı.

⁵⁹ ŞENER, s. 587; Y2HD. 30.12.1975 tarihli ve 9587/9916 sayılı kararı; Y2HD. 04.02.1982 tarihli ve 348/897 sayılı kararı; Y2HD. 24.09.1998 tarihli ve 8358/9790 sayılı kararı.

⁶⁰ Y2HD. 10.02.1944 tarihli ve 3881/602 sayılı kararı; YHGK'nun 14.10.1949 tarihli ve 5-63/47 sayılı kararı; Y2HD. 30.12.1954 tarihli ve 6696/6130 sayılı kararı.

iii. Velayet hakkı kendisine bırakılan eşin mali gücü.

Velayet kendine bırakılmayan eş, hâkimin kararında tayin ve tespit ettiği miktar ölçüsünde çocukların geçinme ve barınma masraflarına iştirak etmekle yükümlüdür. Ana-babadan her ikisine de velayet hakkı dağıtılmışsa, iştirak nafakası azaltılabileceği gibi tamamen de kaldırılabilir⁶¹.

EMK'da nafakanın zaman içerisinde enflasyon gibi nedenlerle değişiklik göstermesi halinde, değişim aleyhine olan tarafın başvurusu üzerine hâkim nafakanın arttırılmasına hükmedebiliyordu. Bu belirlemede de hâkim yine çocuğun ihtiyaçlarını, yaşını, ülkenin geçim şartlarını ve kocanın evlilik sırasında çocuklarına sağladığı hayat standardını gözönüne alıyordu⁶². Yeni MK'nun 184/3. fıkrası ile "*Hâkim, istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir*" hükmü getirilerek ekonomik değişimler ve özellikle lehine iştirak nafakası hükmedilen tarafın enflasyonist baskı nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana gelen azalmaların giderilmesini amaçlayan bu düzenlemeyle mağdur durumda bulunan iştirak nafakası alacaklısının uğrayabileceği maddi kaybın telafisi ile zaman kaybı ve nafakanın artırımı davası nedeniyle oluşacak maddi kaybın telafi edilmesi amaçlanmıştır.

Tarafların müşterek evliliklerinden birden fazla sayıda rüşt yaşına ulaşmamış çocuklarının bulunması halinde hâkim, hangi çocuk için ne kadar nafakaya hükmettiğini kararında ayrı ayrı gösterilmelidir⁶³.

Nafakanın arttırılmasına veya azaltılmasına dair davalarda da talebin kabul edilmesi halinde bu Yürürlükteki miktarın da davanın açıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere hükme bağlanması gerekecektir⁶⁴.

c. Görevli Ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

aa. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

İştirak nafakasını düzenleyen EMK'nun 148/2. ve yeni MK'nun 182/2. maddelerinde iştirak nafakası davasının açılmasında hangi mahkemenin görevli olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu husus HUMK'nun 8. maddesinde belirtilen Sulh Hukuk Mahkemesinin görevlerine girmediği ve iştirak nafakası boşanma davasının fer-i olduğu gerekçesiyle boşanma davasında görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi olarak öngörüldüğünden hem boşanma davası sırasında talep edilen iştirak nafakası yönünden hem de ayrı bir dava olarak açılan iştirak nafakası davası yönünden ve hem de nafakanın artırılması

⁶¹ İNAL, s. 208.

⁶² FEYZİOĞLU, s. 389; İNAL, s. 208; Y2HD. 10.07.1973 tarihli ve 4711/4582 sayılı kararı.

⁶³ İNAL, s. 209; Y2HD. 19.03.1954 tarihli ve 1541/1494 sayılı kararı.

⁶⁴ YİBK. 28.11.1956 tarihli ve 15/15 sayılı kararı (RG. 27.12.1957)

ya da indirilmesi veyahut kaldırılması talepli davalarda Asliye Hukuk Mahkemesi görevli mahkemedir. Doktrinde⁶⁵ ve Yargıtay uygulamasında⁶⁶ da iştirak nafakasına boşanma davasına bakan Asliye Hukuk Mahkemesi bakmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

bb. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

Boşanma davasıyla birlikte açılan iştirak nafakasına hükmedilmesine ilişkin davalarda yetkili mahkeme hususunda açık bir hüküm bulunmama ile birlikte boşanma ve ayrılık hallerinde yetkiyi düzenleyen yeni MK'nun 168. maddesindeki genel nitelikli yetkiye istinaden eşlerden birinin yerleşim yeri Asliye Hukuk Mahkemesi veya davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer Asliye Hukuk Mahkemesi yetkili kılındığından kanaatimizce bu şekilde düzenlenen yetki kabul edilerek iştirak nafakası davasına bakılabilecektir. Yetki hallerinde başkaca bir çatışma olması halinde de HUMK'nun 9/3. maddesindeki, *“Boşanma veya ayrılık -buna bağlı olarak iştirak nafakasına ilişkin- davalarında yetkili mahkeme, davacının ikâmetgâhı mahkemesi veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi yetkilidir”* hüküm doğrultusunda hareket edilebilecektir. Bu durumu İnal şu şekilde açıklamaktadır⁶⁷: *“Boşanma davasının açılmasından sonra -karara bağlanmamış olsa da- aile birliğinin koruyucu her tedbiri almak ve bu arada nafaka takdir etme görevi boşanma davasını inceleyen hâkime verilmiş ise de bu hak sınırlı değildir. Onun için hakkında boşanma davası açılan eş başka bir Asliye Hukuk Hâkimliğine de başvurup nafaka isteyebilir”*.

İştirak nafakası boşanma kararından sonra da, çocuklar belli bir yaşa ve statüye gelinceye kadar devam edecek olan bir nafakadır. Boşanma davası karara bağlandıktan sonraki iştirak nafakasının artırılması davası ise, karara bağlanan ve kesinleşen boşanma davasının devamı niteliğinde bir dava değildir. Bu nedenle yetkili mahkeme, artık genel hükümlere göre tespit olunur⁶⁸. Dava daha önce Sulh Hukuk Mahkemesinde görülerek tedbir niteliğinde sayılan iştirak nafakasına hükmedilmiş olması, boşanma davası sonrasında açılan iştirak nafakasının artırılması davasında, görevli mahkemeyi değiştirmez. Yani boşanma davası sona erdikten itibaren açılacak iştirak nafakası davalarında görevli mah-

⁶⁵ İNAL, s. 209.

⁶⁶ Y2HD. 22.02.1974 tarihli ve 1013/1058 sayılı kararı; Y2HD. 15.06.1987 tarihli ve 4436/5261 sayılı kararı; Y2HD. 21.02.1985 tarihli ve 1285/1697 sayılı kararı; Y2HD. 14.11.1983 tarihli ve 7808/8525 sayılı kararı; Y2HD. 29.11.1941 tarihli ve 4302/3558 sayılı kararı; Y2HD. 23.01.1992 tarihli ve 176/560 sayılı kararı.

⁶⁷ İNAL, s. 241.

⁶⁸ İNAL, s. 210; VELİDEDEOĞLU, s. 250; YHGK'nun. 24.10.1962 tarihli ve 66/53 sayılı kararı.

kemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu yerleşik Yargıtay içtihatlarında da ifade edilmiştir⁶⁹.

d. İştirak Nafakasının Sona Ermesi

İştirak nafakası, velayet altında bulunan küçüğün rüşt yaşına ulaşması, - rüşt yaşına ulaşsa bile öğrenim sebebiyle yardıma ihtiyacı bulunmaması halinde- velayetin son bulması, ihtiyaç duyulmayacak ölçüde kendini geçindirme yaşına ve iş imkanına ulaşması hallerinde iştirak nafakasının kaldırılması talebiyle mahkemeye başvurulup mahkemenin takdiri ile sona erdirilir⁷⁰. İştirak nafakasına karar verildikten sonra bu kararda bir süre öngörülmüşse, aleyhine iştirak nafakasına hükmedilen taraf mahkemeye başvurularak nafakanın kaldırılmasını talep edebilir.

4. İncelenen Nafaka Türlerindeki Bazı Özel Durumların Değerlendirilmesi

a. Nafakanın Artırılması Veya İndirilmesi Ya Da Kaldırılması Sebebine Dayanan Davalar

Kesinleşmiş nafaka ilâmına göre nafaka alacaklısı, borçlunun mal varlığında ve gelirinde düzenli bir artış olduğunu tespit ederse, yeniden mahkemeye başvurarak nafaka miktarının artırılmasını hâkimden isteyebilir. Aynı şekilde nafaka borçlusunu da, mahkemeye başvurarak hâkimden nafaka alacaklısının durumunun iyileştiğini tespit ederse, ödemekte olduğu nafakanın uygun bir oranda indirilmesini mahkemeden isteyebilir⁷¹. Nafakanın azaltılması ya da artırılması taleplerinin kabul edilebilmesi için nafaka takdirinden sonra tarafların durumlarında veya hayat şartlarında önemli bir değişikliğin olması gerekir⁷².

Nafaka miktarının indirilmesi davalarında, nafaka verecek olan tarafın halihazırdaki durumu içinde ne kadar nafaka verebileceğinin tespiti yapılırken, gelirleri ve serveti gözönüne alınarak, başkaca nafaka ile yükümlü olduğu kimsesinin bulunup bulunmadığı soruşturularak inceleme yapılması ve ona göre bir karar verilmesi gerekir⁷³.

Nafaka miktarının artırılması davalarında da, ana-babanın mali güçlerindeki değişikliklerin yanında özellikle çocuğun yaşı, okulu, sağlık durumu gibi

⁶⁹ Y2HD. 26.04.1976 tarihli ve 3395/3578 sayılı kararı. Bu konu "Nafakanın Artırılması ya da İndirilmesi Sebebine Dayanan Davalar" da ele alınacaktır.

⁷⁰ İNAL, s. 209.

⁷¹ ÖZKAN, s. 2740.

⁷² Y2HD. 11.03.1974 tarihli ve 1496/1412 sayılı kararı.

⁷³ YHGK'nun 08.01.1969 tarihli ve 176/18 sayılı kararı.

hususlarda meydana gelen değişikliklerin daha fazla bir yardımı zorunlu hale getirip getirmediğinin araştırılması gerekir⁷⁴.

aa. Dava Açarken Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar

Nafakanın indirilmesi ya da kaldırılması davası açıldığında mahkeme, nafaka borçlusunun nafaka alacaklısının nafakaya ihtiyacı olmayacak şekilde mali durumunun iyileştiğini, sağlığına kavuştuğunu, çalışacak hale geldiğini, yaşının büyüdüğünü, çalışma yaşına kavuştuğunu ispat etmesi hallerinde nafaka yükümlülüğünün kaldırılmasına ya da ispat ölçüsünde indirilmesine karar verir⁷⁵.

Aynı şekilde nafaka alacaklısı da nafaka yükümlüsünün mali durumunda iyileşme olduğunu, nafakaya ihtiyacının devam ettiğini, henüz sağlığına kavuşmadığını, çalışamayacak durumda olduğunu, yaşının küçüklüğünü, çalışma yaşına henüz ulaşmadığını ispat etmesi hallerinde nafaka oranının artırılmasını mahkemeden talep edecektir. Davaya bakan hâkim tarafların mali ve sosyal durumlarını araştırarak gerçek nafaka oranını tespit eder ve nafakayı belirler. Hâkim gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırarak kararını vermelidir. Bu şekilde açılan nafakanın artırılma veya indirilmesine ilişkin taleplerin kabulünde dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere karar verilmesi gerekir⁷⁶.

Boşanma davası sonunda Harçlar Kanunu gereğince, yalnızca maktu harç alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Boşanma davası ile birlikte talep edilen tedbir, yoksulluk ve iştirak nafakası boşanma davasının fer'i olduğundan nafakaya ilişkin talepler harca tabi tutulmamıştır. Aynı şekilde bu taleplerin reddi ya da kabulü hallerinde taraflara ayrıca vekalet ücreti ve karar harcı da yükletilemeyecektir⁷⁷. Ancak, ayrı bir nafaka davası ile nafaka alacağı talep edilmesi halinde başvuru harcı ile birlikte karar verilen bir yıllık nafaka alacağı toplamı üzerinden nisbi harç alınacağı muhakkaktır.

bb. Doğmuş Nafaka Alacağı İle Birlikte Faiz Talebinin Varlığı

Talep halinde nafaka alacağının muaccel olduğu tarihten itibaren faiz istenebileceği Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması ile sabittir⁷⁸. Nafaka alacağından doğan faiz taleplerinde de ancak yasal faize hükmedilebilmektedir. Dava ile

⁷⁴ FEYZİOĞLU, s. 393.

⁷⁵ ÖZKAN, s. 2740.

⁷⁶ YAVUZ Cevdet, Türk Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuk Mevzuatı, İstanbul 1996, s. 248.

⁷⁷ YHGK'nun 25.09.1996 tarihli ve 2-331/628 sayılı kararı; Y2HD. 19.02.1990 tarihli ve 13474/2077 sayılı kararı; Y2HD. 08.07.1999 tarihli ve 6117/8057 sayılı kararı; Y2HD. 11.01.1996 tarihli ve 13618/186 sayılı kararı; Y2HD. 16.11.1998 tarihli ve 10394/122-1 sayılı kararı; Y2HD. 02.12.1999 tarihli ve 11168/13228 sayılı kararı.

⁷⁸ Y12HD. 19.09.1994 tarihli ve 10518/10716 sayılı kararı.

reeskont faizi talep edilmesi halinde bu talep kabul edilmeyerek ancak, yasal faize hükmedileceği Yargıtay uygulamasının bir sonucudur⁷⁹.

b. Nafaka Alacağına İlişkin Haktan Vazgeçilmesi Durumu

Nafaka alacağına ilişkin hak kişisel haklardan olduğundan bu haktan pesinen vazgeçilmesi hakkı ortadan kaldırmaz. Yani, doğmamış bir haktan vazgeçilmesi yeni MK'nun 23. maddesi gereğince mümkün olmadığından boşanma davası sırasında davacı bu hakkından vazgeçtiğini belirtse de bu durum, davacının daha sonra ayrı bir dava olarak nafaka davası açmasına engel teşkil etmez. Ancak, bu durumda davacının artık geçmişe yönelik talepte bulunmadığı ya da feragat sonrası yeniden müstakil olarak nafaka davası açtığı zamandan önceki geçen zamanlara ilişkin talebi geçerli olmayacaktır. Yani ancak, nafaka talebinde bulunduğu tarihten itibaren nafaka konusundaki talebi geçerli olacaktır⁸⁰.

EMK'da boşanma veya ayrılık kararından itibaren nafaka talepleri belirli bir süreyle sınırlandırılmamıştı. Yeni MK'nun 178. maddesi ile getirilen düzenleme ile artık evliliğin boşanma sebebi ile son bulmasından doğan dava hakları (tazminat, iştirak ve yoksulluk nafakası) boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir.

c. Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

aa. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Tedbir ve yoksulluk nafakalarının arttırılması, indirilmesi veya kaldırılması davalarında görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. İştirak nafakasının arttırılması ve eksiltilmesinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. Bize göre iştirak nafakasının kaldırılması davasında ise, nafaka alacaklısının rüşt yaşına varmadığı bir ahvalde çalışmaya başlaması veya nafakaya ihtiyacının bulunmadığının tespiti hallerinde bu nafakaya ihtiyacı olmadığı hâkim tarafından da hakkaniyete uygun kabul edilmesi halinde kaldırılabilir. Her ne kadar uygulamada mahkeme kararı olmaksızın iştirak nafakası kalkmasa da; iştirak nafakası alacaklısının okumadığı ve rüşt yaşını ikmal ettiği andan itibaren de mahkeme kararına lüzum kalmaksızın iştirak nafakasının kendiliğinden kalkması gerektiği kanaatindeyiz.

Daha önce Sulh Hukuk Mahkemesinden alınan tedbir nafakasının arttırılması davası görülmekte iken boşanma davası açılmışsa, bu durumda Sulh Hukuk Mahkemesi gönderme kararı vererek dosyayı görevli olan boşanma davasının açıldığı Asliye Hukuk Mahkemesine göndermekle yükümlüdür.

⁷⁹ Y12HD. 13.04.1995 tarihli ve 5234/5674 sayılı karar.

⁸⁰ Y2HD. 21.01.1982 tarihli ve 8757/270 sayılı karar.

bb. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

Nafakanın arttırılması, indirilmesi veya kaldırılması taleplerini içeren davalarda da hangi taraf talepte bulunacak ise talepte bulunanın yerleşim yeri Asliye Hukuk Mahkemesi yetkilidir. Yani nafakanın arttırılması davasında yetkili mahkeme, yeni MK'nun 177. maddesi gereğince talepte bulunan nafaka alacaklısının yerleşim yeri Asliye Hukuk Mahkemesi iken, nafakanın indirilmesi veya kaldırılması davasında yetkili mahkemenin yeni MK'nun 168. maddesinde belirtilen nafaka borçlusunun yerleşim yeri Asliye Hukuk Mahkemesi olacağı kanaatindeyiz. Zira yeni MK'nun 177. maddesi kanaatimizce, boşanma davasının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıllık sürede ilk kez açılacak olan yoksulluk nafakasını düzenlemektedir.

d. Yabancı Ülke Mahkemesince Nafakaya Hükmedilmesi Hali

Yabancı ülke mahkemesince nafakaya hükmedildiğine ilişkin verilen ve kesinleşen bir ilama dayanarak Türkiye'de bu ilâma müsteniden nafaka talebi ancak yetkili mahkemece bu kararın tenfizi ile mümkün olabilir. Yabancı ülke mahkeme ilamının, MÖHUK'un 38. maddesinde belirtilen "*tenfizin şartlarını*" ve 42. maddesinde belirtilen "*tanımanın şartlarını*" taşıması gerekir⁸¹.

Ayrıca yabancı bir ülkede nafakaya hükmedildiğine ilişkin talebin, 1331, 1482, 1620, 2323, 2331 ve 2029 sayılı Kanunlarla onaylanıp yürürlüğe giren sözleşmeler çerçevesinde hâkim tarafından yapılacak araştırma ve inceleme sonucuna göre değerlendirilmesi gerekecektir.

e. Belirlenen Nafaka Tutarının Ödenmemesi Halinde Yapılacak İşlemler**aa. Nafaka Borçlusuna Uygulanacak Ceza Yaptırımı**

Nafaka borçlusu, hükmedilen nafaka tutarını ilâmda gösterilen usul ve şartlarda nafaka alacaklısına ödemekle yükümlü kılınmıştır. Şayet nafaka borçlusu buna uymazsa nafaka alacaklısının şikayeti üzerine İcra ve İflas Kanununun (İİK.) 344. maddesi uyarınca 10 günden 3 aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır. Nafaka borçlusu aleyhine bu şekilde ceza öngörülmesinin nedeni nafaka alacaklısının haklarını korumak ve de alacağının alınmasını sağlayarak maddi sıkıntı çekmesinin engellenmesi düşüncesidir⁸².

Nafaka borçlusu nafakanın kaldırılması veya indirilmesi için dava açarsa, dava tarihinden itibaren dava sonuçlanıncaya kadar biriken nafaka borcu için herhangi bir ceza uygulanmaz. Alacaklının şikayeti bu davanın sonuna kadar

⁸¹ MÖHUK.nun 34. maddesine göre.

⁸² ÖZKAN, s. 2744- 2745.

bekletilir⁸³. Şayet, nafakanın kaldırılması ya da talep edilen miktara indirilmesine karar verilmişse artık, verilen kararın mahiyetine göre mesela, nafakanın kaldırılmasına karar verilmişse dava tarihinden itibaren biriken nafaka borcu, nafaka borçlusuna tarafından ödenmeyecektir. Nafakanın talep edilen miktarda ya da hâkimin takdir ettiği diğer bir miktarda indirilmesine karar verildiğinde de ilk nafaka borcu ile karar verilen miktar arasında kalan kısmın ödenmemesi halinde nafaka borçlusuna İİK.nun 344. maddesi gereğince hafif hapis cezası uygulanmayacaktır.

Yukarıda belirtilen şekilde nafaka borçlusuna mahkemece -İcra Ceza Hâkimliğince- verilen hafif hapis cezası, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun (CİK.) 4. maddesi gereğince hafif para cezasına çevrilmeyecek ve yine 647 sayılı CİK'nun 6. maddesi uyarınca da ertelenmeyecektir.

bb. Görevli ve Yetkili Mercii Belirlenmesi

Nafaka alacaklısı öncelikle takibin yapılmakta olduğu yer icra müdürlüğüne başvuracaktır. Nafaka alacağını bu şekilde tahsil edemezse bu durumda şikayet hakkını kullanarak takibin yapılmakta olduğu yer İcra Ceza Hâkimliğine başvuracaktır. İcra Ceza Hâkimliği nafaka alacağının ödenmemesinden kaynaklanana davalara bakmakla görevli kılınmıştır. Yetkili mahkeme ise nafaka alacağının takip edildiği yer icra müdürlüğünün bağlı olduğu İcra Ceza Hâkimliğidir.

cc. Şikayet Şartları

Şikayette bulunabilmek için öncelikle nafaka alacaklısı lehine kesinleşmiş mahkeme ilâmının olması gerekir. Mahkemeden alınan ilâm icra müdürlüğünde takibe konulmalıdır. İcra müdürlüğü nafaka borçlusuna icra emrini bildirmiş bulunmalıdır. Nafaka borçlusuna yapılan bildirim gününden itibaren 1 aylık süre geçtiği halde nafaka borçlusuna bu borcunu ödemediğinde, nafaka alacaklısının biriken nafaka alacağı nedeniyle geçerli ve haklı şikayet şartları oluşmuş demektir.

Türk Mahkemelerince nafaka alacağına karar verilen ilâma istinaden yabancı ülkede yaşayan nafaka borçlusuna aleyhine takip yoluna gidilmesi de mümkündür⁸⁴. 20 Haziran 1956 tarihli “*Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsiline İlişkin Sözleşme*” ye⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olması nedeniyle bu sözleşmeyi onaylayan ülkelere karşılıklı olarak talep edilebilmektedir. Ancak, Türk Mahkemelerinden alınan nafaka ödenmesine ilişkin ilâmlar,

⁸³ YİBK. 16.05.1934 tarihli ve 35/12 sayılı kararı; YİBK. 28.11.1956 tarihli ve 15/15 sayılı kararı.

⁸⁴ ÖZKAN Hasan, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1996, s. 2187 vd.

⁸⁵ 20 Haziran 1956 tarihli “*Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsiline İlişkin Sözleşme*”ye taraf olan ülkeler Avusturya, Belçika, Brezilya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya Cumhuriyeti, Milliyetçi Çin, Danimarka, Fas, Almanya, Finlandiya, Fransa, Guatemala, Hollanda, Macaristan, Monaco, Norveç, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, Polonya, Seylan, Şili, Yunanistan ve Türkiye'dir.

yabancı ülkelerde doğrudan bir kabul görmemektedir. Sözleşmeye taraf olan ülkeden nafaka talebinde bulunulması halinde Türk Mahkemelerinden alınan ilâma veya icra memurluğunun kararına istinaden yabancı ülkede bulunan nafaka borçlusunun ücretinden haczen kesinti yapılarak alacağın tahsil edilmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu türdeki bir ilâm ancak, yabancı ülke mahkemesince delil olarak kabul edilmektedir. Genellikle yabancı ülke yetkili adli makamları, Türk Mahkemelerince verilen nafaka kararı nedeniyle, nafaka alacaklısına bir vekil tutmakta ve bu alacağını yeniden dava ettirmek suretiyle mahkeme kararı aldırarak tahsil ettirmektedir.

SONUÇ

Boşanma ya da ayrılık halinde tarafların nafaka adında bir koruma mekanizmasının varlığı, her şeyden önce evlilik birliğinin devamını, birliktelikte meydana gelecek değişimleri gözönüne alarak müşterek birliktelik çatısı altında bulunanların maddi ve manevi bütünlüklerini garanti altına almak, boşanma ya da ayrılık kararı sonucu taraflarda meydana gelen statü değişikliklerinde geride kalan eş ve çocukların yaşamlarını aynı ya da benzer şartlarda devam ettirebilmeleri için gerekli olan tedbirleri kanun ile hüküm altına alarak aile kurumuna gereken değeri vermek ve verilen değeri de kanuni güvence altına alarak hukuk bazında adalet mekanizmasıyla örtüşmesini sağlayarak devlet yapısı içinde toplumun geleceğini emin kılmayı amaçlanmıştır.

Nafaka türlerinde yapılan değişikliklerin genel itibarla son bir hatırlatma değerlendirilmesi yapılacak olursa; Maddelerde sadelik ilk dikkati çeken husustur. EMK'nun 137. ve yeni MK'nun 169. maddesi ile geçici önlem olarak öngörülen tedbir nafakası aynı düzenlemeyi içermekte, yalnızca yeni düzenleme ile diğer hususlar yanında çocukların korunması yükümlülüğü ilave edilmiştir. EMK'nun 162/2-3. Yeni MK'nun 197/2, 3 ve 4. maddeleri ile bakım mükellefiyeti kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Yürürlükteki düzenlemeyle eşlerden birinin talebi ile eşlerle çocuklar arasındaki şahsi ilişkinin düzenlenmesine ait önlemleri, birlikteliğe eşlerin ne oranda mali katkı sağlayacaklarını, konut ve ev eşyalarından eşlerin ne şekilde yararlanabileceğini, hangi hallerde hâkimden bakım mükellefiyetine ilişkin önlemlerin alınabileceği ile hangi eşin hangi yer mahkemesinden bu tedbirlerin alınmasını talep edebileceği yönünde ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Yeni MK'nun 175. maddesi ile yoksulluk nafakası yeniden düzenlenmiştir. EMK döneminde karının nafaka ödeyebilmesi için getirilen “*hali refahta olma*” şartı kaldırılmıştır ve kadın – erkek yönünden var olan eşitsizliğin giderilerek talep halinde kocanın da karıdan aynı şartlarda nafaka isteyebileceği hükmü getirilmiştir. Yine nafaka alacaklısının her zaman sorun olarak gördüğü nafaka artırım davalarının yeniden görüldüğü durumlarda ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre nafakanın ne oranda artırılabilmesine karar verme imkanı getirilmiştir. Ayrıca hangi hallerde nafakanın mahkeme kararıyla kaldırılabilmesi ve hangi hallerde de nafakanın kendiliğinden kalkabileceğinin belirlenmiş, bo-

şanma kesinleştikten itibaren bir yıllık sürenin sonunda nafaka taleplerinin zamanaşımına uğrayacağı ve de son olarak nafaka davalarıyla nafaka artırımına yönelik davalarda yetkili mahkemenin nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi olduğu hususları düzenlenmiştir. Nafakanın indirilmesi ya da kaldırılmasına yönelik davalarda yetkili mahkemenin belirtilmediği ancak yeni MK.'nın boşanma davasında yetkiyi düzenleyen 168. madde ile genel yetki belirlenmiştir. EMK'nun 148. ve yeni MK'nun 182. maddesinde düzenlenmiş bulunan iştirak nafakası, katılma sözcüğü ile yeniden düzenlenmiş, çocuğun bakım mükellefiyetinin sınırlarının sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından çocuğun yararlarının esas tutulacağı belirtilmiş ve de iştirak nafakasına karar verilmesi halinde gelecek yıllarda bunun hangi oranda yapılması gerektiği hâkimin taktirine bırakılmıştır.

Kanaatimizce yeni MK ile boşanma öncesinde ve sonrasındaki nafaka talepleri günün şartlarına göre daha gerekli niteliklerle düzenlenmiştir. Yine olan ile olması gereken yönlerinden son bir karşılaştırma yapılacak olursa; iştirak nafakası talep edilmediği bir ahvalde yeni MK'nun 178. maddesi gereğince bir yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra küçüğün bir ihtiyacının ortaya çıkması (mesela, önemli bir sağlık sorunu, eğitim sorunu, diğer eşin gelirin azalması ya da yetmemesi durumunda sürenin de kaçırılması) halinde MK'nun 4. maddesinde ifade edilen "*hukuka ve hakkaniyete göre...*" ibarelerinin evliliğin sonuçları açısından zedelenebileceği kanaatindeyiz. Bu şekilde bir yıllık zamanaşımı süresi yerine, nafaka talep eden tarafın talep etmemesi halinde telafisi imkansız zararların doğabileceği hallerle sınırlı kalmak şartıyla veya Borçlar Kanununda öngörülen genel zamanaşımı süreleri ile sınırlı kalan talep süresinin getirilmesi uygun olacaktır.

makaleler

kamu hukuku

CUMHURİYETÇİ -LİBERAL-MÜZAKERECİ KAMUSAL ALAN MODELLERİ VE TÜRKİYE'DE KAMUSAL ALANIN GELİŞİMİ

Yrd. Doç. Dr. Reyhan SUNAY*

I- GİRİŞ

“Toplumsal sorunlarla ilgili aleni tartışma zemini” anlamında 18. yüzyılın sonunda şekillenmeye başlayan kamusal alan, günümüzde de yeniden tartışılmakta olan kavramlardan biridir. Özellikle demokrasi teorisi alanındaki gelişmeler dikkate alındığında, konu hakkındaki görüş ve analizlerin önemli bir yer tuttuğu görülmektedir.

Kamusal alanı demokrasi açısından anlamlı ve güncel hale getiren başlıkları esas itibarıyla bu alanın sınırlarının nasıl çizileceği, devletle olan ilişkisi, temel özelliklerinin ve fonksiyonunun neler olduğu gibi hususlar etrafında toplamak mümkündür. Söz konusu başlıklar çerçevesinde yürütülen tartışmalara farklı düşünce akımlarının değişik gerekçelerle katıldıkları, ileri sürülen argümanlara paralel olarak da farklı kamusal alan modellerinin belirdiği görülmektedir. Bu çalışmada kamusal alanın liberal, cumhuriyetçi ve müzakereci modellerinin dayandıkları temel argümanlar incelenmeye çalışılacak, ardından Türkiye’de kamusal alanın gelişimi ve özellikleri üzerinde durulacaktır. Bu yöndeki incelemeye geçmeden önce ise genel olarak kamu ve kamusal alan kavramının gelişimi gözden geçirilecektir.

II- KAMU VE KAMUSAL ALAN

“Kamu” teriminin birbiriyle özdeş olmayan çeşitli anlamları bulunmaktadır. İlk olarak kamu, özeline karşıtı olarak herkese açık, herkes tarafından görülebilir ve duyulabilir olma anlamında kullanılmaktadır. Kamusal toplantılar ya da

* SÜHF Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kamusal yerlerden söz edildiğinde kavramın bu yönüne işaret edilmektedir¹. İkinci olarak terim, siyasal anlamda kamu erki”, “kamusal kurum”, “kamusal makam”, “kamusal sorun” ibareleri ile devletle ilişkisi açısından ele alınmaktadır². Bunların dışında kamunun, kişilerin dünya görüşleri ve değer tercihleri doğrultusunda içinde yer aldıkları aleni tartışma zemini anlamında halkla bağlantısı bulunmaktadır. Buradaki kamu genel düzeyde kamusal tartışma ve görüş alışverişi alanını ve bu alanda yer alan kişiler grubunu ifade etmektedir³.

Habermas’a göre “akıl yürütenler” ya da “müzakereciler topluluğu” olarak beliren böyle bir kamu, genel çıkar meseleleriyle ilgilenildiği zaman ortaya çıkmakta ve özel kişilerin kamu oluşturmak üzere bir araya geldikleri her müzakere ortamında da kamusal alanın bir parçası kurulmaktadır⁴. Fakat bu durum, kamusal tartışma ile ilgili tek bir kamunun mevcut olduğu anlamına gelmemektedir. Kamu, genellikle bir topluluğun bütün üyelerini ifade etmekle birlikte, gerçekte nicelikten çok nitelikle ilgilidir⁵. Çünkü kamunun da birbirinden farklı alanları ve ölçekleri söz konusudur. Bu çerçevede örneğin, bir eğitim ya da güvenlik kamusu ayrı alanlar olup, bunların her birinin ilgilendirdiği kişiler de birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir. Ayrıca kamular arasında ve aynı kamu içinde de, ölçek farkları bulunmaktadır. Nitekim milli eğitim hizmetleri bakımından kamu bütün yurttaşlar iken, belediye hizmetleri bakımından hemşehrilerdir. Aynı şekilde eğitim kamusu içinde de bir yüksek öğretim kamusundan, onun içinde de belli bir üniversitenin kamusundan söz etmek mümkündür. Dolayısıyla tartışılan konuların niteliklerine ve ilgili oldukları alanlara göre farklı kamular ortaya çıkabilmektedir⁶.

1 Bkz. THOMPSON, John B., “Kamusal Alanın Dönüşümü”, Çev. Sevda Alankuş-Kural, AÜİF Yıllık 94, 1997, s.255; BARRY, Norman P., An Introduction to Modern Political Theory, Second Edition, Macmillan, London 1989, s.250; ARENDT, Hannah, İnsanlık Durumu, Çev. Bahadır S. Şener, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s. 74; HABERMAS, Jürgen, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, Çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yayınları, 2. baskı, İstanbul 1999, s. 58; SUNSTEIN, Cass R., Democracy and the Problem of Free Speech, The Free Press, New York 1993, s.101.

2 NOELLE-NEUMANN, Elisabeth, “Suskunluk Sarmalı Kuramı’nın Meydayı Anlamaya Katkısı”, Medya, Kültür, Siyaset, İrvan, Süleyman (der.), Bilim Sanat Yayınları/Ark, Ankara 1997, s. 225; THOMPSON, s.255.

3 HABERMAS, s.58-59.

4 HABERMAS, s.93 vd.; THOMPSON, s.244; THOMPSON, John B., The Theory of the Public Sphere, Theory, Culture & Society, Vol.19, 1993, s.176; VERSTRAETEN, Hans, “The Media and the Transformation of the Public Sphere”, European Journal of Communications, Vol.11, n. 3, 1996, s.348; O’BRIEN, Rory, “Civil Society, the Public Sphere and the Internet” (1999), <http://www.web.net/~robrien/papers/civsoc.html>, s.7-8/22(17.06.2002 tarihinde alınmıştır); THORNTON, Alinta, Does Internet Create Democracy?, University of Technology, Sydney 1996, <http://www.wr.com.au/democracy/thesis6/htm>, s.2-3/13 (14.6.2002 tarihinde alınmıştır).

5 ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 4. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001, s.222.

6 ERDOĞAN, Mustafa, “Kamu Alanı ve Liberalizm: Birkaç Not”, Yeni Türkiye, y.5, sy.25, 1999, s.13.

Farklı kamular düzeyinde, eleştirel ve rasyonel tartışmalar yoluyla iletişimin sağlandığı mekan olarak kamusal alanı, ilk etapta özel alanın karşıtı biçiminde tanımlamak mümkündür. Fakat sadece bu niteliği vurgulanarak yapılan bir tanımın yeterli olmayacağı açıktır. Çünkü kamusal alan, hem kavramsal açıdan hem de işlevi itibariyle devletten de ayrıdır. Şüphesiz devlet, kamusal alanda yer alan bir örgütlenme olarak kamusal alanın tümüyle dışında değildir. Ancak herkesin ilgilendiği konuların tartışıldığı ve konuşma yoluyla siyasal katılımın gerçekleştirildiği mekan anlamında kamusal alan, devletten bağımsız olup onun dışında yer almaktadır⁷. Bu itibarla kamusal alanı devletle ya da devlet dışındaki sivil toplum ile özdeş olmayan, toplumun özgül bir görünümü olarak devlet ile özel alan arasındaki bölgeye karşılık gelen alan biçiminde tanımlamak mümkündür⁸.

III- KAMUSAL ALANIN GELİŞİMİ

Herkesi ilgilendiren sorunların tartışıldığı mekan olarak kamusal alanın bugünkü şeklini alışında, sivil toplum ile devlet arasındaki ayırım önemli bir dönemeç noktasıdır⁹. Sivil toplum ile devlet arasında ayırımın bulunmadığı eski Yunanda ise kamusal alan, özel alanın karşıtı ancak devletle özdeş sayılan bir alandır. Kanun yapma ve devletin yönetimi ile ilgili olan kamusal alan, özel alanın karşısında özgürlük ve istikrar alanı olarak belirir. Ancak bu alanda gerçekleşen kamusal tartışma, yönetim ya da siyaset hakkındaki özel tartışma olarak değil, polis'in (şehir hayatının) bir parçası olarak algılanmaktadır¹⁰.

Bu dönemdeki ayırım esas itibariyle devlete ait kamusal alanla özel alan arasındadır. Polis alanına ait olan özgürlüğün gerçek anlamı ise siyasi katılımı ifade etmektedir. İnsanlar için iyinin ya da kötünün ne olduğunu belirleme işi, siyasetin (devlet alanının) kapsamında görülmektedir¹¹.

⁷ THOMPSON, Public Sphere, s.176; GIDDENS, Anthony, Sosyoloji, Yay. Haz. Hüseyin Özel-Cemal Güzel, Ayraç Yayınevi, Ankara 2000, s.402; ERDOĞAN, s.8-9; PETERS, John Durham/CMIEL, Kenneth, "Medya Etiği ve Kamusal Alan", Medya, Kültür ve Siyaset, İrvan, Süleyman (der.), Bilim Sanat Yayınları/Ark, Ankara 1997, s.260; SARIBAY, Ali Yaşar, Kamusal Alan, Diyalojik Demokrasi, Sivil İtiraz, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s.4.

⁸ THOMPSON, Public Sphere, s.176; O'BRIEN, s.6/22; CURRAN, James, "Mass Media and Democracy: A Reappraisal", Mass Media and Society, James Curran-Michael Gurevitch (eds.), Edward Arnold Press, Londra 1992, s.83; PETERS/CMIEL, s. 260.

⁹ HABERMAS, s. 51 vd.

¹⁰ HELD, David, Models of Democracy, Second Edition, Polity Press, Cambridge 1997, s.36; DAHL, Robert A., Demokrasi ve Eleştirileri, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 22-23; PETERS/CMIEL, s.260; VERSTRAETEN, s.348; SCHMIDT, Manfred G., Demokrasi Kuramlarına Giriş, Çev.M. Emin Köktaş, Vadi Yayınları, Ankara 2001, s.30-44.

¹¹ HABERMAS, s. 60; THOMPSON, Public Sphere, s.175; PETERS/CMIEL, s. 262-264; VERNANT, Jean Pierre, "Kent Devlette Birey", Çev. Sevgican Yağcı, Doğu Batı, y.2, sy.5, 1998-9, s.219-220; GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 4.baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1987, s.1-5; HAZIR, Hayati, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler), SÜHF Yayınları,

Ortaçağ Avrupasında da aynı şekilde (Eski Roma’dan gelen “publicus” ve “privatus” terimleri¹² kullanılmasına rağmen), özel alandan ayrı ve devletten bağımsız bir kamu alanı bulunmamaktadır. Feodal egemenliğin hüküm sürdüğü bu dönemde, hem özel hem de kamusal yetkiler feodal erkte toplanmıştır. Habermas’ın bu dönemi nitелеmek üzere kullandığı “temsili kamu” ibaresi; özel alandan ayrı, kendi başına varlığını sürdüren bir alana değil, feodal iktidara ait statüye işaret etmektedir. Bu modelde hükümdar ile tebası arasında temsil ilişkisi mevcut olmayıp, feodal erkin iktidarının çeşitli simgeler (tören, kıyafet, hitap biçimleri vs.) aracılığıyla teşhiri söz konusudur¹³.

18. yüzyılın sonlarına dek varlığını sürdüren temsili kamu, bu dönemden itibaren çözülmeye başlamış ve yerini ulus devlette somutlaşan “kamu otoritesi”ne bırakmıştır. Sözü edilen süreçte özel mülkiyetle kazanılan ekonomik bağımsızlık, özellikle kahvehane ve salonlarda gerçekleştirilen tartışmalar ve henüz ortaya çıkmaya başlayan gazeteler eleştirel tartışmalara ilgi duyan yeni bir kamu meydana getirmiştir¹⁴. Önceleri edebiyat ve sanat eleştirisi etrafında gelişen kamusal alan, daha sonra siyasi meselelerin tartışıldığı kamu alanına dönüşmüş ve siyasal tartışma özel bir önem taşımaya başlamıştır. Söz konusu tartışmalara nüfusun yalnızca küçük bir bölümü katılabilmekle birlikte, Habermas özellikle salon tartışmalarının demokrasinin ilk dönemlerdeki gelişimi açısından önemli işlev gördüklerini, çünkü bunların, siyasi sorunların kamu tartışmaları yoluyla çözülebileceği düşüncesini ortaya çıkardıklarını belirtmektedir¹⁵.

Habermas’ın ulus devlette somutlaşan kamu otoritesi ve ondan ayrılan burjuva toplumunun oluşumuyla gerçekleştiğini belirttiği bu modelde, temsili kamu modelinden farklı olarak akılcı bir tartışma ve iletişim gerçekleştirilmektedir¹⁶. Akılcı tartışma ve iletişime dayalı modern kamusal alanın başlangıçtaki

Konya 1990, s.85; AKAD, Mehmet/DİNÇKOL (VURAL), Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2000, s.3-7.

12 Publicus, halkın genel olarak yararlanmasına tahsis edilmiş mallar anlamında kullanılırken; privatus, özel olan ve ticaret dışı mal anlamına gelmektedir. Bkz. HABERMAS, s. 63-64.

13 Bkz. HABERMAS, s. 62-71.

14 VERSTRAETEN, s.348,353; THOMPSON, Public Sphere, s.176-177,186; KELLNER, Douglas, “Habermas, the Public Sphere, and Democracy: A Critical Intervention”, <http://www.gseis.ucla.edu/faculty/kellner/papers/habermas.htm>, s.4-5/28 (17.6.2002 tarihinde alınmıştır); O’BRIEN, s.7/22; THORNTON, s.3/13; Habermas, s.71 vd; YILMAZ, Hakan, “Kamu, Kamu Otoritesi ve Devlet: Habermas’ın Işığında Türkiye’yi Düşünmek”, Cogito, sy.15, y.1998, s.161; CURRAN, s.83.

15 THOMPSON, Kamusal Alanın Dönüşümü, s.243; HABERMAS, s.96-98; GÖLE, Nilüfer, İslam’ın Yeni Kamusal Yüzleri, Metis Yayınları, İstanbul 2000, s.9; GIDDENS, s.402.

16 Habermas’a göre, modern çağ herşeyden önce öznel özgürlüğün damgasını taşımaktadır. “... Bu özgürlük, kişinin çıkarlarını akılcı olarak kollayabilmesini sağlayan medeni kanunla toplumda, siyasal iradenin oluşturulmasına katılımda eşit hak ilkesiyle devlette, ahlaksal özerklik ve kendini gerçekleştirme olanağıyla özel alanda ve nihayet bu özel alanla ilişkili olarak, kişilerin kendilerini ifade edebilir hale geldikleri bir kültür birikiminin oluşturduğu geliştirici süreçlerde kamusal alanda ger-

ayırdedici özelliği, homojen bir alan olarak belirmesidir¹⁷. Bu dönemde bireylerin (eşit hukuksal statüye sahip oldukları) vatandaş sıfatıyla devlet nezdinde bir kimliğe kavuşmaları söz konusudur. Bireyler kamusal alana açıldıklarında sosyolojik kimlikleriyle ilgili özelliklerinden soyutlanmaktadırlar. Ancak soyutlamaya dayalı bu kamusal alan anlayışının, demokrasinin gelişmesiyle birlikte ciddi dönüşüm yaşadığı görülmektedir. Halktan gelen bireysel taleplerin özgürlük sorunu olarak kabul edilmeye başlamasıyla kamusal alanın da (sendikaların, orta sınıfın, kadınların, emekçi sınıfların özel istek ve değerlerine ve reel toplumun zenginliklerine sınırsız biçimde açılmak suretiyle), nitelik değişimine uğraması söz konusu olmuştur. Böylelikle sosyolojik kimliklerin, tarihsel birikimleriyle birlikte kamuya kazandırılması süreci gerçekleşmiştir. Öte yandan II. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan sosyal refah devleti de, burjuva kamusunun sosyal ve siyasi ekseninde gelişmesinde önemli rol oynamıştır¹⁸.

Kamusal alanın gelişme sürecinde, 1960'lı yıllarda sokaklara taşınan ve sınıf temelli olmaktan ziyade belli hak taleplerinin iktidara duyurulmasını amaçlayan toplumsal hareketlerin de önemli katkıları bulunmaktadır¹⁹. Bu dönemde farklı istekler doğrultusunda gerçekleştirilen çok sayıdaki örgütlenmeler aracılığıyla, Habermas'ın da ayrıntılı şekilde analiz ettiği farklılaşma temelindeki yapısal dönüşüm gerçekleşmiştir. Nitekim yazara göre, refah devletindeki protestolar artık bölüşüm sorunlarıyla değil, yaşam kalitesi, eşit haklar, bireysel özgürlük, katılım ve insan hakları ile ilgili olup, ekonomik ve sosyal güvenlik gibi temalarla ilgili bulunmamaktadırlar²⁰. Dolayısıyla günümüzde kamusal alanlar kültürel ve siyasi farklılıkları içeren kamuların ve yeni toplumsal hareketlerin yer aldığı ve çok boyutlu bir iletişim sürecinin yaşandığı alanları simgelemektedirler.

çektirildi". Bkz. HABERMAS, Jürgen, "Postmodernliğe Giriş: Bir Dönüm Noktası Olarak Nietzsche", Posmodernist Burjuva Liberalizmi, Çev. Yavuz Alogan, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1995, s.55.

17 VERSTRAETEN, s.348,357-358; THOMPSON, Kamusal Alanın Dönüşümü, s.243-244; THOMPSON, Public Sphere, s.181-182; KELLNER, s.7-8/28.

18 ÇAHA, Ömer, "İdeolojik Kamusalın Sivil Kamusal Dönüşümü", Doğu Batı, y.2, sy.5, 1998-9, s.78-81; KELLNER, s.8/28.

19 ÇAHA, s.79-80; KARAKAŞ, Halime, "Sivil İtaatsizlik Ne Kadar İtaatsiz", Doğu-Batı, y.2, sy.5, 1998-9, s.163-164.

20 Bkz. DEFLEM, Mathieu, "Introduction: Law in Habermas's Theory of Communicative Action", Habermas, Modernity and Law, Deflem, Mathieu (ed.), Sage Publications, London 1996, s.3 vd.

IV- KAMUSAL ALAN MODELLERİ VE KAMUSAL TARTIŞMANIN NİTELİĞİ

1- Genel olarak

Herkesi ilgilendiren ortak çıkar ve ilgi meseleleri üzerine yapılan ve iktidara karşı eleştirel fonksiyonu bulunan kamusal tartışma aracılığıyla insanlar genel olarak, toplumun gelişiminin ya da işleyişinin nasıl bir seyir izleyeceğini ortaklaşa belirlemektedirler²¹. Bunu sağlayan özelliğinden dolayı modern siyasi düşüncede kamusal alan, siyasi erkin yanında bir açık platform ve aleniyet mekanı olarak kabul edilmektedir²². Ancak bu aleniyet mekanının kapsamı, işlevi, niteliği, ortak çıkar ve ilgi meselelerinin neler olduğu vb. hususların farklı modeller açısından farklı şekiller alması söz konusudur. Örneğin devletin konumu, devlet-birey ilişkilerine ve siyasete ilişkin cumhuriyetçi, liberal ve müzakereci görüşler arasındaki mevcut farklılıklara paralel olarak²³, bazı unsurları yönünden birbiriyle benzeşen, bazı unsurları yönünden de karşıtlık içinde olan kamusal alan biçimlerinin var oldukları görülmektedir.

Bunlardan cumhuriyetçi modeli karakterize eden husus, kamusal alanda gerçekleşen iş ve kararlara öncelik vermesi ve bu alanı doğru bir siyasal toplum biçiminin odak noktası kabul etmesidir. Siyasi etkinliğe üstün değer atfedildiği cumhuriyetçi düşüncede kamu alanının doğru olarak örgütlendirilebilmesi, halkın ortak iyiliğini güvence altına alabilmenin yegane yolu olarak görülmektedir²⁴. Burada kamusal alan, özgürlüğün kendini gösterebildiği yerdir. Öte yandan bu anlayışta, kamusal alanın sadece devlet alanından değil, ekonomi alanından da bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Böylelikle siyasal iletişimin hem yönetim aygıtı içinde boğulmaktan, hem de piyasa sistemi içinde erimekten korunacağı öngörülmektedir²⁵.

Cumhuriyetçi modelden farklı olarak liberal modelde, kamu hayatına katılımın kendi başına üstün bir değeri bulunmayıp, ona araçsal değer gözüyle bakılmaktadır. Liberal siyaset açısından önemli olan, farklı iyi anlayışları ve bireysel tercihlerin kendilerini gerçekleştirebilecekleri barışçı bir sosyo-politik

21 O'BRIEN, s.8/22; THORNTON, s.3/13; GOULD, Carol C., "Çeşitlilik ve Demokrasi: Farklılıkların Temsili", Demokrasi ve Farklılık, Yay. Haz. Seyla Benhabib, Çev. Zeynep Gürata-Cem Gürsel, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi Yayını, İstanbul 1999, s.245; CURRAN, s.83.

22 ÇAHA, s. 87; BALI, Ali Şafak, Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya 2001, s.280 vd.

23 Bkz. HABERMAS, Jürgen, "Demokrasinin Üç Normatif Modeli", Demokrasi ve Farklılık, Yay. Haz. Seyla Benhabib, Çev. Zeynep Gürata-Cem Gürsel, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi Yayını, İstanbul 1999, s.37-50.

24 ERDOĞAN, Mustafa, Liberal Toplum Liberal Siyaset, 2. Baskı (Yenilenmiş), Siyasal Kitabevi, Ankara 1998, s.353; SARIBAY, s.18.

25 HELD, s.55-56; HABERMAS, Normatif Model, s.38.

ortamın varlığıdır²⁶. Ayrıca liberal modelin bireysel haklar ve özgür piyasa ekonomisine dayandığı, özellikle deontolojik liberaller tarafından piyasanın değerinin esas itibarıyla onun özgür bireylerin tercihlerine göre oluşmasından ileri geldiği kabul edilmektedir²⁷.

Habermas'ın bu iki modelin beraberinde getirdiği olumsuzlukları aşmak amacıyla ortaya koyduğu söylem kuramında ise kamusal alan, daha önce değinildiği gibi toplumun bütününe etkileyen sorunların ortaya çıkarıldığı, tartışıldığı ve yorumlandığı bir zemini ifade etmektedir. Söylem kuramı, araçsal akıl yerine iletişimsel akıl, özne merkezli alan yerine öznelarası iletişimin belirlediği bir kamusal alan tasavvuru öngörmektedir. Habermas'a göre, alttan denetimi sağlayan ve karar alma süreçlerine katılımı gerçekleştirecek kamusal iletişim mekanının varlığı, devletle toplum arasında kurulacak demokratik yönetim için gerekli bir koşuldur. Habermas, liberal modelde olduğu gibi burada da devlet ile toplum arasındaki sınırların korunduğunu, ancak söylem kuramı açısından sivil toplumun, devletten olduğu kadar ekonomik sistemden de ayrı olan özerk kamusal alanların toplumsal temelini sağladığını belirtmektedir²⁸. Bu itibarla Habermas'ın kamusal alan modelinin, öncelikle ekonomi dışı gönüllü birliklerin oluşturduğu bir alan olması dolayısıyla farklılaştığı görülmektedir. Habermas bu alana, kültür derneklerini, medyayı, sendikaları, tartışma klüplerini, vatandaş forumlarını dahil ederken; firmaları, şirketleri, iş dünyasını vb. toplumsal grupları dışlamakta ve ekonomiyi özel alana ait kabul etmektedir²⁹. Ancak böyle bir tanım, kamusal alanı açıklamada yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Nitekim Gould'a göre ekonominin sırf araç-amaç ilişkilerine dönük özel alana indirgenmesi şeklindeki bu tutum, ekonomi alanında demokratik katılım ve denetim imkanlarının önemini ve gerekliliğini gözardı etmektedir. Oysa yazara göre, bu gibi çeşitli ortak etkinliklerde ve onların etrafında örgütlenmiş kurumlarda farklılıkların dile getirilmesini, tanınmasını ve temsil edilmesini sağlayacak fırsatlar daha yoğundur³⁰. Öte yandan sosyal devlet alanındaki genişleme de ekonominin özel alanda yer aldığı görüşünün kabul edilemeyeceğinin bir göstergesidir. Ekonomi, niteliği gereği toplumsal alanda yaşanmaktadır. Gerçekte modern toplumda ekonomik pazar, bir yandan siyasi erkin düzenleme alanına

26 ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.355; ERDOĞAN, Kamu Alanı, s. 10; ARSLAN, Zühtü, "Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık(I), Liberal Düşünce, c.4, sy.16, 1999, s.14.

27 ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.356-357.

28 HABERMAS, Normatif Model, s. 40-50.

29 HABERMAS, Yapısal Dönüşüm, s. 52.

30 Bununla birlikte Gould, demokratikleşme açısından düşünüldüğünde sadece ekonomi alanının değil, devletin de bu alana dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. s. 247-248.

girerken, diğer yandan da siyasi erki sınırlandıran bir dinanizm oluşturmaktadır³¹.

Ortak çıkar meselelerine ilişkin olarak yapılan ve içinde Habermas’ın söylem kuramının da yer aldığı akılcı, eleştirel ve kollektif nitelikteki tartışmaya dayalı müzakereci demokrasi anlayışı³², esas itibarıyla modern demokrasi anlayışının önemli bir boyutunu teşkil etmektedir. Benhabib’e göre, aşırıya götürülmemek kaydıyla, demokrasi kuramı açısından Anayasa yapımı sürecine ilişkin “üst siyaset” ile “alt siyaset” arasında ayırım yapmak, hem yararlı hem de kaçınılmazdır. Müzakereci demokrasi modelinin de gerçekte, rasyonel bir tartışma ile iki siyaset arasındaki uçurumu kapamaya çalışma işlevi bulunduğu belirtilmektedir. Benhabib, alt siyasete bir takım Anayasal meselelerin ve ilkelerin şekil verebileceğini öne sürerken³³, diğer yandan bu müzakerelerin kamusal ve kollektif olarak yürütüldüğü bir kitle meclisine de gerek olmadığına işaret etmektedir. Yazara göre bu model, herkesin bakış açısını dile getirme hakkına sahip olabileceği, “birlik oluşturma tarzları çoğulculuğuna” öncelik tanımaktadır. Bunlar siyasi partilerden, toplumsal hareketlere, gönüllü birliklerden benzerlerine kadar uzanan geniş bir yelpazeyi içermekte; kamusal tartışma da, “bu çoğul birlik, şebeke ve örgüt biçimlerinin oluşturduğu birbirine kenetlenmiş ağ aracılığıyla gerçekleşmektedir”³⁴.

2- Özne ve Konu Yönünden Kamusal Tartışmanın Kapsamı

Müzakereci modele göre, herkesi ilgilendiren sorunlar hakkında yürütülen kamusal tartışmaya muhtemel ilgililerin hepsinin dahil olması, dürüst müzakerecinin başlıca şartlarından biridir. Bu itibarla kamusal tartışma ilke olarak bütün yurttaşlara açık olup, tartışmanın öznesi de genel olarak herkeştir³⁵.

31 ÇAHA, s. 83-84; ERDOĞAN, Mustafa, “Sivil Toplum: Bir Kavramın Anatomisi”, Liberal Düşünce, sy. 10-11, 1998, s. 18-19.

32 Habermas’ın söylem kuramındaki görüşleri yanında müzakereye dayalı demokrasinin Benhabib, Joshua Cohen, Iris Young, Jean Cohen, Amy Gutmann gibi yazarlar tarafından da farklı şekillerde işlenip yorumlandığı görülmektedir. Bkz. BENHABIB, Seyla, “Demokratik Moment ve Farklılık Sorunu”, Demokrasi ve Farklılık, Yay. Haz. Seyla Benhabib, Çev. Zeynep Gürata-Cem Gürsel, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi Yayını, İstanbul 1999, s. 16 vd.

33 BENHABIB, Seyla, “Müzakereci Bir Demokratik Meşruiyet Modeline Doğru”, Demokrasi ve Farklılık, Yay. Haz. Seyla Benhabib, Çev. Zeynep Gürata-Cem Gürsel, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi Yayını, İstanbul 1999, s. 133, dp. 9.

34 BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s.111.

35 COHEN, Joshua, “Müzakereci Demokraside Usul ve Esas”, Demokrasi ve Farklılık, Yay. Haz. Seyla Benhabib, Çev. Zeynep Gürata-Cem Gürsel, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi Yayını, İstanbul 1999, s.146-147; BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s.105; PETERS, Bernhard, “On Reconstructive Legal and Political Theory”, Habermas, Modernity and Law, Deffem, Mathieu(ed.), Sage Publications, London 1996, s.116.

Yurttaş, liberal model açısından kendi tercihlerine göre hareket eden, içinde yaşadığı sosyo-politik sistemden bağımsız olarak birtakım doğal haklara sahip bir birey olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kamusal tartışmaya katılanlar da doğal haklara sahip, dünya görüşleri ve hayat tarzı tercihleri olan birey veya bireylerden oluşan gönüllü topluluklardır. Bu yaklaşıma göre, bireyler kamusal tartışmaya kamunun üyesi olarak katılmakla birlikte, birey-insan olma özelliklerini yitirmemektedirler. Bu sebeple kişilerin kendi dünya görüşlerini ve birlikte varoluşa ilişkin değer tercihlerini tümüyle terketmeleri söz konusu değildir³⁶. Buna karşılık, yurttaşın saf etik düzlemde tanımlandığı cumhuriyetçi modelde yurttaşların konumu, özel kişiler olarak üzerinde hak iddia edebilecekleri negatif özgürlükler modelince belirlenmeyip, kamusal tartışmaya katılanlar açısından esas vurgu ödev ve sorumluluklardır. Burada ortak iyinin ve ondan kaynaklanan ödevlerin bireysel haklar karşısında öncelikli olduğu kabul edilmektedir³⁷. Bu modelde de gerçekte kamusal alanın sadece belli bir gruba değil, yurttaşların tümünün katılımına açık olması söz konusudur. Ancak bu, herşeyden önce yurttaşlık erdeminin yozlaşmaması ve yurttaşların kişisel özgürlüklerinin korunması içindir³⁸. Dolayısıyla yurttaşlık erdemi (bağımsızlık, yurtseverlik, onur, kamusal ruh, ortak iyinin özel çıkarları üstün tutulması), cumhuriyetçi bir yönetimin temelini teşkil etmektedir. Yurttaşlık erdeminin ilişkili olduğu değerlerin ise her yurttaş açısından, dini ya da dünyevi inançları, bireysel özlere, mesleki sorumlulukları, beğenileri ne olursa olsun öznel değer taşıyan ve ortaklaşa paylaşılan hususlar oldukları kabul edilmektedir. Burada yurttaşlık erdemi, siyasetin yozlaşması anlamına gelen hizipçiliğin karşıtı olarak görülmektedir³⁹.

Habermas'ın söylem kuramı ve genel olarak müzakereci demokrasi modelinde ise müzakerecinin çıkış noktası açısından farklılıkların göz ardı edilmesi söz konusu değildir⁴⁰. Dolayısıyla kişiler, farklılıkları ya da değer tercihleri nedeniyle bu süreçten dışlanmamaktadırlar. Nitekim Cohen'e göre katılımcılar birbirlerini müzakereye katılma bakımından özgür ve eşit bireyler olarak görmekte ve başkalarının haklı nedenlerle kabul edebilecekleri düşünceler çerçevesinde kurumları ve programları savunmayı ya da eleştirmeyi amaçlamaktadırlar. Öte yandan Cohen, tartışmayı katılımcılar arasındaki farklılıklar ya da değer tercihleri çerçevesinde sürdürmenin, sorunların ve önerilen çözüm stratejilerinin

³⁶ ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s. 355; ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.12.

³⁷ HABERMAS, Normatif Model, s.38-39; ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.355; ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 235; KADIOĞLU, Ayşe, Cumhuriyet İradesi Demokrasi Muhakemesi, Metis Yayınları, İstanbul 1999, s.59.

³⁸ HELD, s.55 vd.

³⁹ HELLER, Agnes/FEHER, Ference, Postmodern Politik Durum, Çev. Şükrü Arın-Osman Akınhay, Öteki Yayınevi, Ankara 1993, s. , s.117-118; ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.352; DAHL, s.30.

⁴⁰ GOULD, s.246.

tanımlanmasında tarafları daha makul olmaya teşvik edeceğine işaret etmektedir. Yazara göre, bu yönde gelişen bir süreç ilgili sorun hakkında kişiler ya da gruplar arasındaki mevcut önyargılardan da arınmayı sağlayabilecektir⁴¹.

Kişilerin kendi değer tercihlerine göre kamusal tartışmaya dahil olabilmeleri ise gerçekte bireysel özgürlüğün doğal bir sonucudur. Bireysel özgürlük, her şeyden önce bireyin toplumda; kültürel, ideolojik, ekonomik çeşitlilik içinde kendi yerini statik olmayan bir tarzda belirleme özgürlüğünü içermektedir⁴². Bu bakımdan bireysel özgürlüğün yansıtılmadığı, dolayısıyla bireylerin her türlü farklılıklarından, sosyolojik kimlikleriyle ilgili tüm özelliklerinden arındığı bir kamusal alan, toplumsal realiteden uzaklaşan ve soyut niteliğe bürünen bir kamusal alan olacaktır⁴³.

Kamusal tartışmaya dahil olacak argümanların kapsamı hakkında ise, liberal anlayış sınırlı bir model öngörmektedir. Nitekim Rawls, kamusal aklın kullanılmasının bütün siyasi sorunlar için geçerli olmayıp, bunun yalnızca Anayasal esaslar ve temel adalet sorunları olarak adlandırılacak kısmı için geçerli olduğunu belirtmektedir. Buna göre örneğin, kimin oy verme hakkına sahip olduğu, kimlere adil fırsat eşitliği güvencesi verileceği, hangi dinlere hoşgörü gösterileceği, kimlerin mülk sahibi olabileceği gibi sorunlar kamusal akla özgü olan sorunlardır⁴⁴. Aynı şekilde Thiemann da, liberal toplumun paylaşılan sivil hayat içinde yeşermesi uygun olan erdemleri tanımlayabilmesinin hala mümkün olmasına rağmen, yine de çağdaş hayatın çoğulculuğu dolayısıyla, örtüşen konsensüsün alanının sınırlanmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir⁴⁵.

Siyasetin özgül bir kolektivite ve onun yaşam biçimiyle ilişkili görüldüğü cumhuriyetçi anlayışta ise, kamusal tartışma ahlaki bir boyutta yürütülmektedir. Kamusal tartışmaya toplulukçu anlamın yüklendiği bu modelde; örneğin, topluluğun üyelerinin kim olduklarına ve ne olmak istediklerine (hangi gelenekleri sürdürecekleri, birbirlerine nasıl davranacakları, azınlıklara ve marjinal gruplara karşı nasıl bir tavır gösterecekleri vb.) ilişkin ahlaki sorunlar, kamusal tartışma sürecine konu olan sorunlardır⁴⁶. Buna karşılık Habermas, bu tip sorunların esas itibarıyla pragmatik hususlara ilişkin olduğu, siyasi sorunların bu gibi ahlaki konulara indirgenemeyeceği görüşünü savunmaktadır. Habermas’a göre, “birbirleriyle çatışma içinde olan ve gelecekte konsensüse varma umudu verme-

41 COHEN, s.147,167.

42 KÖKER, Levent, “Çokkültürlülük ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, Cumhuriyet Demokrasi ve Kimlik, Yay. Haz. Nuri Bilgin, Bağlam Yayınları, İstanbul 1997, s.43.

43 ÇAHA, s.78; BALI, s.224,228-229,280.

44 RAWLS, John, Political Liberalism, Columbia University Press, New York 1993, s.214.

45 THIEMANN, Ronald F., Religion in Public Life: A Dilemma for Democracy, Georgetown University Press, Washington, D.C. 1996, s. 108, nakl. ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.11.

46 HABERMAS, Normatif Model, s.41-42.

yen siyasal çıkar ve değerler için, etik söylemlerle sağlanamayacak bir dengelemeye ihtiyaç vardır". Nitekim cumhuriyetçi modelden farklı olarak Habermas, söylem kuramındaki demokratik irade oluşumunun meşruiyet gücünü; yerleşik etik kanaatlerin önceden birbirine yaklaşmasından değil, daha iyi savların çeşitli müzakere şekilleri olarak ortaya çıkmasına olanak veren iletişimsel ön kabullerden ve adil pazarlık süreçlerini sağlayan usullerden aldığını belirtmektedir. Bununla birlikte Habermas, rasyonel siyasal irade oluşumu sürecindeki iletişim biçimlerinin çeşitliliği dikkate alındığında, müzakereci siyasetin de esas itibarıyla ahlaki söylemler de dahil, farklı tartışma konularını içerdiğine işaret etmektedir. Böylece yazar, liberal ve cumhuriyetçi modele ilişkin araçsal ve diyaloga dayalı siyasetlerin, gerçekte çeşitli müzakere ortamlarında iç içe geçtiklerini vurgulamaktadır⁴⁷. Bu itibarla müzakereci modelin, her konunun eleştirel incelemeye ve sorgulamaya tabi tutulabileceği, geniş kapsamlı bir kamusal tartışma alanına dayandığı görülmektedir. Bu yolun, herşeyden önce demokratik meşruluğun ideal gerçekleşme durumunu oluşturacağı kabul edilmektedir⁴⁸. Ayrıca Benhabib, özel alan-kamusal alan sınırının yeniden formüle edilmesini önererek, özel alana giren hususların da gündemde olan temel haklar kadar yeniden görülmeye ve kamusal tartışmaya açık olduğu argümanını ileri sürmektedir⁴⁹.

Bununla birlikte müzakereci modelin, her konunun tartışılabilir ve konuşulabilir olmasına ilişkin argümanlarına karşı çeşitli itirazlar yöneltilmektedir. Nitekim böyle bir yaklaşımın bireysel özgürlükler üzerinde olumsuz sonuçlar doğurması ihtimalinin varolduğu, sözü edilen itirazların merkezinde yer alan en önemli husustur. Bu çerçevede müzakereci modelin, özellikle siyasetin kişi özerkliğini gerçekleştirmeye yönelik vurgusuyla, kamusal tartışmanın özel alanları da mutlak olarak belirleme yetkisine sahip olduğu imasını içerdiği belirtilmektedir⁵⁰.

Söz konusu itirazlar karşısında müzakereci modelin savunması, kamusal alan ile özel alan arasındaki ayrımların yeniden formüle edilmesi süreci ile bunların yasama ve yönetim düzeninde uygulamaya geçirilmesi arasında uzun bir yol bulunduğu şeklindedir⁵¹. Nitekim bu doğrultuda, "görüş oluşturan" ve "politika oluşturan" kamusal birimler arasında ayırım bulunduğu ve aynı tür kısıtlamaların her birine aynı şekilde uygulanamayacağına işaret edilmektedir. Buna göre örneğin görüş oluşturan kamuların, mahremiyet ve özel yaşama ilişkin son derece ihtilafli konuları yeniden düşünmeye ve gözden geçirmeye sevk edebile-

⁴⁷ HABERMAS, Normatif Model, s.41-44.

⁴⁸ KELLNER, s.5/28; COHEN, s.151-154; KÖKER, s.49.

⁴⁹ BENHABIB, Seyla, Situating the Self, Routledge, New York 1992, s.111-113, nakl. GOULD, s.256.

⁵⁰ Bkz. ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s.268-269.

⁵¹ BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s.126.

ceği, ancak bunun yegane ve mutlak sonucunun genel yasa olması gerektiği anlamına gelmediği belirtilmektedir⁵². Aynı şekilde Gould, kamusal alan ile özel alan arasındaki sınıra ilişkin kamusal kavrayışın yeniden müzakereye açılabilmesiyle birlikte böyle bir müzakerecinin, özel yaşama giren hakları ve bunlara sağlanacak yasal korumanın kapsamını belirleyemeyeceğini ileri sürmektedir⁵³.

Siyasi iktidarın meşruluğunun esas itibarıyla kamuya açık olduğu ve bunun da çoğulculuğun sağlanması suretiyle güvence altına alınabileceği kabul edildiğinde, gerçekte kamusal tartışmaya dahil olacak konuların kapsamının geniş tutulması işlevsel bir öneme sahip bulunmaktadır. Söz konusu genişlik siyasi argümanları olduğu kadar, ahlaki ve dini argümanları da kapsayabilecektir. Kamusal tartışmadaki argümanların genişliği ise her şeyden önce, çoğulcu bir demokraside çatışma ve anlaşmazlıkların barışçı ve makul çözümü amacına katkısı nedeniyle önem arz etmektedir. Fakat bu amacın gerçekleştirilmesi için şüphesiz, söz konusu argümanların kamusalığa açıklık, karşılıklı saygı ve ahlaki dürüstlük ölçütleri tarafından yönetilmeleri gerekmektedir⁵⁴.

3- Kamusal Tartışmanın Değeri ve İşlevi

Kamusal tartışmanın değeri üzerine yapılan yorumlardan ilki, onun aydınlanmanın bir yöntemi olduğu şeklindedir. Aklın kamusal kullanımının, aydınlanmaya aracılık ettiğini belirten Kant, tek tek bireyler düzeyinde mukayese edildiğinde, kamusal topluluğun kendi kendini aydınlatmasının çok daha mümkün ve hatta kaçınılmaz olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, aydınlanma açısından kendi kendine düşünme ile sesli düşünmenin ve aklın kullanımı ile onun kamusal kullanımının örtüşür gibi görünmekle birlikte, “ancak topluluk içinde kendilerine düşüncelerimizi aktaracağımız ve bize düşüncelerini aktaracak başka şahıslarla birlikte düşünmezsek, ne kadar ve hangi doğrulukta” düşünebileceğimizi sorgulamaktadır⁵⁵. Benzer şekilde Rawls, kamusal aklı demokratik bir insan topluluğunun karakteristiği olarak yorumlarken⁵⁶; Ingram, kamusal tartışmayı özerklik durumu olarak nitelendirmekte⁵⁷; Mill de, tartışma özgürlüğünün

⁵² FRASER, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, Habermas and the Public Sphere, Carhoun, Craig (ed.), MIT Press, Cambridge, Mass. 1992, s.108 vd. nakl. BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s.126.

⁵³ GOULD, s.257.

⁵⁴ THIEMANN, s.124, 135, 140, nakl. ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.11, 14; Ayrıca bkz. INGRAM, *Attracta, A Political Theory of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1998, s.121.

⁵⁵ Bkz. HABERMAS, *Yapısal Dönüşüm*, s.203-204, 206; O’BAOILL, Andrew, “Slashdot and the Public Sphere”, *First Monday*, Vol.5, n.9, 2000, <http://www.firstmonday.dk/issues/issue5-9/baoill/>, s.1/22,4/22 (14.6.2002 tarihinde alınmıştır).

⁵⁶ RAWLS, s.213.

⁵⁷ INGRAM, s.121.

bilgide ilerleme sağlama, kamusal aklın iyileşmesi, bireysel özgürlüğün gelişmesi ve kişiliğin biçimlenmesi gibi yararları olduğunu belirtmektedir⁵⁸.

Öte yandan Benhabib de müzakere süreçlerinin bilgi aktaran süreçler olduğunu ve bu usullerin belli ölçüde pratik rasyonellik sağlayacağını savunmaktadır. Benhabib'e göre, bilgi aktarımının kaynaklandığı başlıca etkenlerden birincisi; hiçbir bireyin, farklı bireylerin etik ve siyaset meselelerini algılayacakları çeşitli bakış açılarını tek başına önceden görüp tahmin edememesi, ikincisi ise; hiçbir bireyin, herkesi etkileyen belirli bir karar açısından önemli görülen bütün bilgilere tek başına sahip olamamasıdır. Bu yönüyle müzakere süreci her şeyden önce bir bilgi edinme yöntemi olmaktadır⁵⁹.

Bilgi edinme yanında müzakere sürecinin, bireyi önceden sahip olduğu görüş ve kanıları üzerine eleştirel düşünmeye sevkedeceği, bireysel seçimler ve tercihler hakkındaki kavramsal açıklığın yalnızca böyle bir süreçten kaynaklanabileceği ileri sürülmektedir⁶⁰. Ayrıca müzakere yoluyla bireylerin; görüş, istek ve kanıları arasındaki çatışmanın daha çok bilincine varabilecekleri, böylelikle bu sürecin bireysel tercih ve kanılar üzerinde belli bir dönüşümü dayatacağı da savunulan diğer argümandır. Nitekim Benhabib'e göre, bireylerin kendi bakış açılarını başkalarına sunarken kamu önünde iyi nedenler beyan etmeleri şeklinde gelişen süreç, aynı zamanda her bireyi, müzakereye katılan herkes için neyin iyi bir neden sayılacağı konusunda düşünmeye zorlayacaktır⁶¹.

Kamusal tartışmanın işlevini, farklı modeller açısından daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaya imkan veren husus ise siyasete ve siyasal katılmaya yüklenen misyondur. Örneğin, kamu hayatına katılımın ve siyasi etkinliğin değerine özel vurgunun yapıldığı cumhuriyetçi modelde siyasi hayat, insan hayatının merkezini işgal etmektedir. Burada iyi insan olmanın ön şartı, iyi yurttaş (politik olarak aktif) olmaktır. Dolayısıyla kamusal tartışmaya katılma, iyi yurttaşın en önemli erdemlerinden biri olarak belirmektedir. Bu çerçevede siyasi süreç de esas itibarıyla yönetim faaliyetini denetim altında tutmakla sınırlı olmayıp, kapsayıcı bir görüş ve irade oluşumunu ihtiva ettiğinden; siyaset, toplumun süreçleri için inşai/kurucu bir konuma sahiptir⁶².

Buna karşılık siyasetin araçsal değer niteliğinde görüldüğü liberal modelde siyasal hayata katılma, insanî varoluş bakımından asli bir değer olarak

⁵⁸ MILL, J. S., Hürriyet, Çev. Mehmet Osman Dostel, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1997, s.30vd.

⁵⁹ BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s. 107. Ayrıca bkz. O'BRIEN, s.6/22; SUNSTEIN, s.69-70.

⁶⁰ COHEN, s.166-167; BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s.107; INGRAM, s.121.

⁶¹ BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s. 108; Ayrıca bkz. COHEN, s.148.

⁶² DAHL, s.29-30; ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.347,352,355; HELD, s.36-37,55-56; HELLER/FEHER, s.128-129; HABERMAS, Normatif Model, s.37 vd.

algılanmamaktadır. Burada siyaset, amaçlı bir etkinliğin uzantısı olarak insanın kendini gerçekleştirmesiyle ilgili olup, insan bu temel amaç ve değerler doğrultusunda çeşitli etkinliklerde bulunmaktadır. Bu sebeple kamu hayatına katılma da ikincil düzeyde önemli olup, kamusal tartışma ya da toplumun genel gidişyle ilgili kararlara katılmayı gerektiren esas neden de, bu sürecin kişinin kendi bireysel kaderini de etkileyebilmesi olgusudur⁶³.

Kamusal tartışmaya katılma konusunda müzakereci modelin dayandığı temel fikir ise, ancak sonuçlarından etkilenecek olan herkesin üzerinde anlaşacağı normların geçerli olabilmesidir. Bu yaklaşımda, devlet ile toplum ilişkisini ele alan kamusal düzenlemelerin ve bu husustaki ilke ve normların meşruluğu sorununun, öncelikle bunların kamusal tartışma sürecine dahil edilmesiyle çözülebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu modelde kamusal tartışma esas itibarıyla demokratik meşruluğu sağlayan bir olgu olarak değerlendirilmektedir⁶⁴. Bu noktada müzakereci modelin, Rawls’ın kamusal akıl kavramı ile örtüştüğü görülmektedir. Çünkü her iki yaklaşımda da, siyasi iktidarın meşruluğunun ve kurumların adilliğinin, eşit ve özgür yurttaşların katılabileceği kamusal tartışma süreçleri aracılığıyla gerçekleştirilebileceği öngörülmektedir⁶⁵.

Daha somut düzeyde ise Habermas, kamusal tartışma sürecini halk egemenliği kavramının işlevsel hale gelmesini sağlayacak ve onu gerçek anlamda uygulamaya kavuşturabilecek bir husus olarak ele almaktadır. Habermas’a göre, egemenlik, “toplumun tümü açısından önem taşıyan konuları keşfeden, değerleri yorumlayan, sorunların çözümüne katkılar getiren, iyi sebepleri üreten ve kötü sebepleri değerden düşüren kamusal söylem iktidarıyla geçerlilik kazanır”. Habermas bu söylemlerin yönetimi ikame etmeyip, sadece onu etkileyerek “iletişimsel bir güç” ürettiklerini ve bu etkinin meşruiyet sağlama ve meşruiyetten yoksun bırakma ile sınırlı olduğunu belirtmektedir⁶⁶. Dolayısıyla Habermas’ın söylem kuramı ve genel olarak müzakereci modelin zorlayıcı ve nihai olmayan

⁶³ ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.2-3, 355.

⁶⁴ COHEN, s.146; PETERS, s.111; HABERMAS, Yapısal Dönüşüm, s.50; BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s.102 vd.

⁶⁵ RAWLS, s.213 vd.

⁶⁶ HABERMAS, Yapısal Dönüşüm, s.50; Habermas daha sonraki çalışmasında, demokratik görüş ve irade oluşumu süreçlerinin, hukuk düzeni ve yasalarla sınırlanmış bir idarenin kararlarının söylem düzeyinde rasyonelleştirilmesi bakımından da önemli kaynak işlevi gördüğünü ileri sürmüştür. Burada rasyonelleştirme, yalın meşrulaştırmadan daha kapsamlı fakat siyasal erkin kuruluşundan daha dar bir anlam içermektedir. Habermas, iletişimsel gücün, siyasi erk kullanımını geriden takip edici bir tutumla gözlemekle kalmayıp, aynı zamanda belirli yönde programladığına işaret etmektedir. Yazara göre, idarenin elindeki güç çok geçmeden kendi durumunu değiştirecektir. Dolayısıyla demokratik usullerle iletişimsel güce dönüşen kamuoyu, kendi başına yönetme erkine sahip bulunmakta, ancak idari erkin belirli yönlerde kullanılmasına yol açabilmektedir. Bkz. HABERMAS, Normatif Model, s.48; Ayrıca bkz. GUIBENTIF, Pierre, “Approaching the Production of Law Through Habermas’s Concept of Communicative Action”, Habermas, Modernity and Law, Deflem, Mathieu (ed.), Sage Publications, London 1996, s.55-60.

görüş oluşumuna ilişkin bu yaklaşımı, Rawls'ın "nihai ve zorlayıcı siyasi gücü" odak noktası alan modelinden farklılaşmaktadır. Çünkü Rawls'a göre, "demokratik bir toplumda kamusal akıl, yasaları çıkarmada ve Anayasalarını değiştirmede kollektif bir bütün olarak birbirleri üzerinde nihai ve zorlayıcı siyasi güç kullanan eşit yurttaşların aklısıdır"⁶⁷. Buna karşılık Habermas'ın, demokratik kurumların kararlarında şekillenebilecek kanaatlerin kamusal tartışma sürecinde oluştuğu, ancak bu sürecin kararlara meşruiyet ve rasyonellik kazandırma ile sınırlı olduğu yolundaki görüşü, iletişimsel sürecin karar verme sürecinden ayrılması itibariyle müzakereci modellerin genel olarak konuşma, tartışma ve müzakere anlamında katılıma odaklandığını ortaya koymaktadır⁶⁸.

Kamusal tartışmaya yüklenen bu tür bir işlevin, siyasete her şeyden önce toplum merkezli, oldukça aktüel, süreklilik ve dinamiklik niteliği kazandıracağı ve onu pratik kararlar meselesi haline getireceği söylenebilir. Nitekim Melucci kamusal tartışma sürecinin, sözüedilen özelliklerle bir "günlük hayat demokrasi-si" oluşturulmasına kaynaklık ettiğini ileri sürmektedir⁶⁹. Öte yandan Sunstein, toplumsal ve siyasal hayatın istikrarının herşeyden önce yönetimle kurulacak karşılıklı ilişkiye bağlı olduğu düşüncesinden hareketle, tartışma sürecini bu ilişkinin devamını sağlayan önemli mekanizmalardan biri olarak değerlendirmektedir. Sunstein'e göre, serbest tartışma yapılabildiği sürece bu ilişki olumlu bir seyir izleyecektir. Çünkü serbest tartışmalar sonucu yönetim, kendisine yöneltilen öneri ve eleştirileri dikkate alıp hoşgörü ile karşıladığında; halk, kamu sorunlarını çözmeye önemli bir fırsat elde etmiş olacaktır⁷⁰. Bununla birlikte müzakereci model, ideal bir konuşma durumu öngördüğü, karmaşık modern toplumların bu modelin tasarladığı tarzda asla örgütlenemeyeceği belirtilerek, realite karşıtı bir düşünceyi yansıttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷¹. Bu durum müzakereci demokrasi kuramcılarının da kabul ettiği bir husus olmakla birlikte, bu eleştiriye karşılık müzakereci demokrasi uygulaması içindeki bir kuram olmadığı, aksine mevcut demokratik uygulamalara özgü mantığın (parlamentar muhalefetin gerekçesi, özgür ve bağımsız medya ve kamuoyu alanı gereksinmesi, çoğunluk kuralını karar alma usulü olarak kullanmanın gerekçesi) ve hareket tarzının aydınlatılması savında bir kuram olduğu belirtilmektedir⁷².

⁶⁷ RAWLS, s.214.

⁶⁸ Bkz. GOULD, s. 252; COHEN, s. 157-158.

⁶⁹ MELUCCI, Alberto, "Toplumsal Hareketler ve Günlük Hayatın Demokratikleşmesi", Çev. Levent Köker, Sivil Toplum ve Devlet (Avrupa'da Yeni Yaklaşımlar), Keane, John (der.), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993, s.283.

⁷⁰ SUNSTEIN, s.19.

⁷¹ THOMPSON, Kamusal Alanın Dönüşümü, s.252.

⁷² Bkz. BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s. 126-127.

4- Kamusal Tartışmanın Amacı

Kamusal tartışmanın amacını çeşitli modeller açısından farklılaştıran belirleyici nitelikteki husus, ortak iyi kavramına olan yaklaşımdır. Nitekim siyasal etkinlikle erdem arasında yakın bir ilişkinin kurulduğu cumhuriyetçi modelde kamusal alanda yer alma, ortak bir iyi etrafında toplanma düşüncesine dayanır ve kamusal tartışmadaki amaç da ortak iyiye varılmasıdır. Burada siyaset, özel çıkarların ya da amaçların gerçekleştirileceği bir mekan olmayıp, aksine bu tür faaliyetin öncelikli amacı yurttaşlar arasındaki dayanışmanın sağlanmasıdır. Herşeyden önce bu modelde toplumun soyut ilkelere dayanarak inşa edilebileceğine yönelik vurgu ile toplum; bireylerin değer ve çıkarlarından bağımsız, kendine özgü amaçları bulunan bir olgu haline getirmektedir. Bu yönüyle kurucu bir akla dayanan cumhuriyetçi düşünce aynı zamanda, ortak iyinin özel çıkarlara üstün olduğu yolundaki erdem ahlakını da bünyesinde barındırmaktadır. Sözü edilen erdem ahlakının sonucu olarak ise özgür ve eşit yurttaşlar, kamusal tartışma sırasında kendi özel çıkarlarını aşmış, hangi hedef ve normların herkesin eşit çıkarına olduğu konusunda bir anlayış birliğine varmaktadırlar⁷³.

Buna karşılık, kamu hayatına katılmanın ikincil düzeyde önemli olduğu liberal model açısından, insanın kendi amaçlarını gerçekleştirme ve kendisi için “iyi” olanı özgürce benimseyebilmesi esas olduğundan, birey olarak insanın dikkate alınmadığı, onun değer ve amaçlarından bağımsız kendi başına bir “toplumsal (ortak) iyi” yoktur⁷⁴. Dolayısıyla kamusal tartışmadaki amaç da ortak iyiye varılması değildir. Bu modelde, tüm halkı birleştiren kolektif ve yaygın bir çıkarın bulunmadığı, gerçekte varolanın birbirleriyle yarışan bireysel çıkarların toplamı olduğu kabul edilmektedir⁷⁵. Burada esas itibarıyla toplumun, onu oluşturan bireyler karşısında ayrı bir varlığa sahip olmayışı, kendine özgü amaçları olmasını da engellemektedir. Ayrıca kamusal normların, toplumun çoğulcu yapısıyla da bağdaşması gerektiğinden “kamusal tartışmanın amacı, bütün toplum için kapsayıcı bir değerler manzumesi geliştirmek olmayıp, birlikte varoluşu karşılıklı saygı ve tanıma şartları içinde mümkün kılacak asgari bir moraliteyi oluşturmaktır”⁷⁶.

Habermas’ın söylem kuramında ise hem liberal hem de cumhuriyetçi modelden alınan unsurların değişik biçimde biraraya getirildikleri görülmektedir.

⁷³ DAHL, s.29-30; HABERMAS, Normatif Model, s. 37 vd; ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s. 352, 355; ERDOĞAN, s. 235-236; SARIBAY, s.18.

⁷⁴ HEYWOOD, Andrew, Political Ideologies An Introduction, Macmillan, London 1992, s.18-19; ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s. 2; BARRY, s.251; ARSLAN, s.8 vd.; YAYLA, Atilla, Liberal Bakışlar, 2.baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2000, s.167.

⁷⁵ HEYWOOD, Andrew, “Demokrasi”, Sosyal ve Siyasal Teori (Seçme Yazılar), Yayla, Atilla (der.), 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s. 75.

⁷⁶ ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.2-3; ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.12.

Nitekim Habermas cumhuriyetçi görüşe uygun olarak, merkeze siyasi görüş ve irade oluşumu sürecini almaktadır. Ayrıca bu kuramda taraflar, herkesin daha iyi savın üstünlüğüne uyması anlamında rasyonel konsensüse varmayı amaçlamaktadırlar. Bunun yanında Habermas Anayasayı da ikincil bir öge olarak görmeyip, Anayasal devlet ilkelerini siyasi görüş ve irade oluşumu sürecinin nasıl kurumsallaştırılabileceğine bir yanıt olarak görmektedir⁷⁷. Söylem kuramı dışında müzakereci modelin diğer kavrayış biçimleri açısından da genel olarak kamusal tartışmadaki amaç; ahlaki, dini, felsefi anlamda değer çoğulculuğu varsayımına dayanılmakla birlikte, ortak iyiye ilişkin kabul edilebilir formülasyonlara ulaşmaktır. Burada da katılımcılar, siyasi meselelerde kendi öznel çıkarlarını ve bakış açılarını bir yana bırakarak bütünüün yararını bulmaya çalışmaktadırlar⁷⁸.

Bununla birlikte kamusal meselelerde yüksek derecede bir konsensüsü veya görüş birliğini değer haline getiren bu tür yaklaşımlar ideal olarak değerlendirilmelerinin yanısıra⁷⁹, herşeyden önce bünyelerinde dışlama mekanizmasını barındırdıkları gerekçesiyle eleştirilmektedirler. Nitekim Schmidt müzakereci model yönünden, katılımcıların ittifakla karar aldıkları bir müzakere durumunda çatışmaların demokratik değil, diktatörce çözülmüş olacağına işaret ederken⁸⁰; Young da, katılımcıların toplumsal konuları açısından birbirinden farklılaştığı ve bazı grupların diğerlerinden daha fazla ayrıcalığa sahip olduğu bir tartışmada, ortak iyiye (yarara) yapılan göndermelerin, büyük olasılıkla bu ayrıcalığı sürdürmeye yarayacağını belirtmektedir. Young'a göre, birliğe varmanın (ya da her katılımcının özgül deneyim ve çıkarlarının bir yana bırakılacağı ortak bir yarara yönelmenin) hedeflenmesi halinde, büyük ölçüde ayrıcalıkların bakış açıları ortak yararın tanımına egemen olacaktır⁸¹. Benzer şekilde Gould da, her ne kadar müzakereci modelin bir demokratik karar verme kuramı olması halinde bu tür bir eleştiriye maruz kalabileceğini kabul etmekle birlikte, genelleştirilebilir çıkarların tespit edilmesine ilişkin vurgunun gerek bireysel, gerekse grup farklılıklarına ve kamusal alanda oynadıkları role yeterli ağırlığı kazandırıp kazandırmadığı sorununa dikkat çekmektedir. Gould'a göre bu modelde herkesin konuşma özgürlüğü bulunmasına ve hiçbir çıkarın dile getirilmesi engellenmemesine rağmen, söylemin amacını ve yöntemini belirleyen hareket noktası

⁷⁷ HABERMAS, Normatif Model, s.46; GOULD, s.245; VERSTRAETEN, s.350; KELLNER, s.6/28, 11/28; PETERS, s.115.

⁷⁸ COHEN, s.156; INGRAM, s.122-124; BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s.110; YOUNG, Iris Marion, "İletişim ve Öteki: Müzakereci Demokrasinin Ötesinde", Demokrasi ve Farklılık, Yay. Haz. Seyla Benhabib, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi Yayını, İstanbul 1999, s.183.

⁷⁹ Bkz. O'BAOILL, s.7-8/22; VERSTRAETEN, s.350.

⁸⁰ SCHMIDT, s.172.

⁸¹ YOUNG, s.183.

anlaşmadır. Dolayısıyla söylemin normatif ilkesi tek seslilik olduğundan, farklılıklar aşılması gereken bir husus olarak ortaya çıkmaktadır⁸².

Ortak iyinin hedeflenmesinin ortaya çıkarabileceği bu gibi sorunlar karşısında ise, müzakereci modelin öngördüğü “evrensel ahlaksal saygı” ve “eşitlikçi karşılıklılık” ilkelerinin gerçekte sözüedilen sakıncaları giderici nitelikte olduğu savunulmaktadır. Bunlardan “evrensel ahlaksal saygı” ilkesi gereğince katılımcılar, kendi yaşamlarını etkileyecek normları belirleyen konuşmalara eşit olarak katılma hakkına sahip yurttaşlar olarak görülmektedirler. Eşitlikçi karşılıklılık ilkesi gereğince de, her bireyin yeni konuları gündeme getirmeye, konuşmaların ön kabulleri üzerinde düşünülmesini talep etmeye yönelik hakları bulunmaktadır. Benhabib’e göre bu iki ilke, azınlıklara ya da aykırı görüş sahiplerine hem kendi değerlendirmelerini koruma hakkını, hem de kamusal tartışmanın kurallarına ve gündemine karşı çıkma hakkını vermektedir⁸³.

Bu yöndeki açıklama esas itibariyle, her konuda mutlak bir anlaşmaya ya da mutabakata varılamayacağını göstergesi niteliğindedir. Gerçek durumda da kamu düzeninin korunması ve dış saldırıların önlenmesi dışında tüm halkın kendi çıkarına olduğunu kabul edebileceği meseleler oldukça sınırlıdır. Hatta sözü edilen meselelerde dahi, bu amaçlara nasıl ulaşılacağı hususunda derin görüş ayrılıkları bulunabilmektedir⁸⁴. Dolayısıyla herkesi ilgilendiren konular açısından da olayın herkesle ilgisi çok farklı olabilmektedir⁸⁵. Öte yandan görüş birliğine ya da mutabakata varma amacının, müzakereci modelin sık olarak vurguladığı bir argümanla da çeliştiği görülmektedir. Bu argüman, müzakere sürecinin katılımcıların görüşlerinde meydana getireceği ifade edilen dönüşümdür. Young’ın belirttiği gibi, eğer ortak olarak sahip olunan şeyler aranıyorsa, o zaman bakış açılarının değiştirilmesinden söz edilemez. Bu takdirde ise katılımcıların her biri, sadece “başkalarında kendi ayna görüntülerini bulma durumunda kalacaklardır”⁸⁶. Fakat bu gibi karşı argümanların varlığı, şüphesiz müzakereci modelin özellikle çıkar çatışmalarının dile getirilmesini sağlayıcı yönü, eleştirel düşünceye sevk edici özelliği, fikir ve görüşlerin yeniden gözden geçirilmesi gibi hususlar yönünden öne çıkan işlevsel değerini azaltmamaktadır. Ancak

82 GOULD, s.246, 249.

83 BENHABIB, Demokratik Meşruiyet, s.117-118.

84 HEYWOOD, Demokrasi, s.75; Yayla, s.168.

85 Sözelimi enerji ihtiyacının giderilmesi herkesi ilgilendiren bir mesele olmakla birlikte belli bir yerdeki bölge halkı açısından düşünüldüğünde, yaşam kalitesinin düşmesi, nükleer kirlenme tehlikesi gibi zararlar, ülke çapındaki çoğunluk için geçerli olmayabilir. Bu durumda Saner’e göre bölge halkının ülke çapındaki çoğunluğun çıkarlarına göre davranması ya da genel çıkarlar uğruna bir mağduriyet, ancak fedakarlık düşüncesi ya da sadakat gerekçesiyle gönüllü olarak üstlenilebilir ki, aksi halde bu tür bir zorlama meşru müdafaa formlarını gündeme getirecektir. Bkz. SANER, Hans, “Demokrasilerde Direnme Sorumluluğu Üzerine”, Çev. Yakup Coşar, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Yay. Haz. Ender Ateşman, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1997, s.159-161.

86 YOUNG, s.185.

toplumsal ilgiye dahil olan konularda tam bir mutabakata ya da ortak yarara varma hedefinin pratik ya da reel karşılığı bulunup bulunmadığı hususlarının da daima önemli sorunlar olarak kaldığı gözden uzak tutulmamalıdır⁸⁷.

V- KAMUSAL ALAN VE DEVLET

Kamusal tartışmanın demokratik niteliği ve özellikle anlaşmazlıkların barışçı çözümü açısından, kamusal alanın özerkliği temel bir önem taşımaktadır. Bunun önde gelen şartı, devlet alanından bağımsızlıktır. Nitekim Habermas kamusal alanda kişilerin, kendi özel işlerini yürüten iş adamları veya meslek grupları olarak hareket etmedikleri gibi, devlet bürokrasisinin hukuki düzenlemelerine tabi ve itaatle yükümlü hukuki toplulukları olarak da nitelendirilemeyeceklerini, bu itibarla devlet ile kamusal alanın kesiştiği bir alanın bulunmadığını ifade etmektedir. Habermas'a göre, devleti kamusal ile ilişkili kılan husus, vatandaşların refahını sağlama sorumluluğu ve işlevinden kaynaklanmaktadır. Siyaset ya da devlet, meşruiyetini kontrol ve eleştiriye tekabül eden bu kamusal özden almaktadır⁸⁸.

Kamusal alanın devletten bağımsızlığı, öncelikle bu alanda yürütülecek tartışmanın herhangi bir baskı altında olmaksızın serbestçe yürütebilmesi yönünden, yurttaşların toplanabilme ve kanaatlerini ifade edebilme özgürlüklerinin de Anayasal güvence altında olmasını gerektirmektedir⁸⁹. Özellikle kapsayıcı kamu açısından doğrudan tartışmanın yerini kitle iletişim araçları aracılığıyla gerçekleştirilen tartışmaların aldığı düşünüldüğünde, söz konusu araçların kamuoyunun oluşmasında önemli bir işleve sahip oldukları görülmektedir⁹⁰.

Kamusal alanın özerkliği bakımından sivil ve siyasal özgürlüklerin Anayasal güvence altında olması aynı şekilde liberal modelin de temel vurgusudur. Bunlardan sivil özgürlükler, bireylerin serbestçe kendilerini gerçekleştirmelerine ve başkalarıyla ortak değerler etrafında gönüllü olarak bir araya gelmelerine zemin hazırlarken, siyasal özgürlükler yurttaşların kamu işlerine katılmalarına ve siyasal otoriteyi kendilerinin kılmalarına imkan vermektedir⁹¹. Ayrıca liberal anlayışta da, kamusal alanın devlet alanından ibaret olmadığı ve devletle özdeş

⁸⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. DAHL, s.374-380.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen, "Public Sphere", Princeton Readings in Political Thought: Essential Texts since Plato, Cohen, Mitchell-Fermon, Nicole(eds.). Princeton University Press, Princeton, NJ 1996, s.709 nakl. ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.8-9; HABERMAS, Yapısal Dönüşüm, s.58.

⁸⁹ COHEN, s.157.

⁹⁰ KELLNER, s.5/28; MANCINI, Paolo/SWANSON, David L., "Politics, Media, and Modern Democracy: Introduction", Politics, Media, and Modern Democracy, Mancini, Paolo-Swanson, David L.(eds.), USA 1996, s.11; PETERS/CMIEL, s.279; CURRAN, s.83.

⁹¹ ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.10-11.

kabul edilemeyeceği öngörülmektedir⁹². Devletin ideolojik bakımdan tarafsız ve toplum tarafından gerçekleştirilen bir örgütlenme olarak ortaya çıktığı bu modelde⁹³, devletin görevi kamusal tartışma sürecinin serbestçe yürütülmesini sağlayacak kuralları belirlemektir. Nitekim Thiemann bu modelde, kendi çıkarını güden birey ve grupların siyasi iktidar için daimi bir mücadeleye girerken, devletin/hükümetin bu mücadelenin üstünde durarak çatışmaları çözmeye yönelik ahlaki bakımdan tarafsız usuli kuralları uyguladığını belirtmektedir⁹⁴. Bu anlayışta kamusal tartışmaya yapılacak devlet müdahalesinin, herşeyden önce rasyonellik ilkesini ve çıkarlar dengesini bozacağı kabul edilmektedir.

Buna karşılık cumhuriyetçi model, devlete hakemlik konumundan daha fazlasını yüklemektedir. Siyasi olarak aktif ve ortak iyiliğe öncelik veren yurttaşlardan oluşan bir örgütlenme modeli olarak cumhuriyetçi tasavvurda; iyi bir siyasi topluluğun, yurttaşların erdemini yansıttığı kadar, yurttaşlık erdemini de geliştiren bir topluluk olduğu benimsenmektedir⁹⁵. Dolayısıyla devletin varlık nedeni, liberal anlayıştan farklı olarak eşit özel hakların korunması olmayıp, kamusal tartışma yoluyla meydana gelecek kapsayıcı bir görüş ve irade oluşumunu güvence altına almaktır⁹⁶. Bu konuda “tahakkümsüzlüğü gerçekleştirme hedefinin”, devlete kamusal alana müdahale etmesi için haklı bir neden sağladığı belirtilmektedir. Pettit’e göre tahakkümsüzlük, “bir kişinin başka insanların mevcudiyeti koşullarında yaşarken ve toplumsal düzenlemeler sayesinde, öteki insanlardan hiçbirisinin onun üzerinde tahakküm kurmadığında sahip olduğu konumdur”⁹⁷. Buna göre cumhuriyetçi devletin, insanların tahakkümsüzlüğünün kamusal hayatta yerleşik olmasını istemekle yükümlü olmasının yanında, söz konusu amaca uygun olarak yürütmek zorunda kalabileceği politikalar bulunmaktadır. Böylelikle, tahakkümsüzlüğün sadece ahlaki olarak talep edilmesinin değil, yasal ve kültürel gerçekliğinin de kurulması gerekmektedir⁹⁸.

Sözü edilen farklı modeller dikkate alındığında, devlet ile kamusal alan arasındaki ilişkinin mahiyetinin belirmesinde daha somut düzeyde, devlet-toplum-birey ilişkisinin önemli faktör olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bu ilişkinin odağında yer alan bir kavram olarak “halk” ibaresine yüklenen anlam, farklı modelleri içerecek şekilde bazı ayrımlar yapılmasına yol açmaktadır. Bun-

⁹² Bununla birlikte, liberal anlayış içindeki farklı değerlendirmeler konusunda bkz. ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.10.

⁹³ HEYWOOD, Political Ideologies, s.27-28.

⁹⁴ THIEMANN, s.97, nakl. ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.10.

⁹⁵ DAHL, s.18, 29-30.

⁹⁶ HABERMAS, Normatif Model, s.39.

⁹⁷ PETTIT, Philip, Cumhuriyetçilik Bir Özgürlük ve Yönetim Teorisi, Çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1998, s.98.

⁹⁸ PETTIT, s.225-226.

lardan bireyci anlayışta halkın, her biri özerk karar alma hakkına sahip özgür ve eşit bireylerin bir toplamından ibaret olduğu kabul edilmektedir. Bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin referans alındığı bu modelde, devletin aşkın bir varlık ve buna paralel biçimde toplumun, belli ilkeler doğrultusunda tanzim edilip siyasetin de, sadece belli kişilerin yapabileceği bir iş olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir⁹⁹. Devletin aşkın bir varlık olarak görülmemesi ve herhangi bir ideolojiye dayanmaması ise, kamusal alanın herşeyden önce devletin egemenlik alanı olarak kabul edilmesine engel olmaktadır. Burada kamusal alan devletten bağımsız olup, bireylerin kendi çıkarlarını yine kendilerinin belirleyecekleri bir alan işlevi görmektedir.

Bireyci anlayışa karşılık toplulukçu (organik ve bütüncü) görüşte ise halkın, ortak veya kolektif çıkarla birbirine bağlanmış, tek ve bölünmez bir bütün olduğu anlayışı geçerlidir. Dolayısıyla her bireyin özel iradesinden ziyade, genel irade veya kolektif irade esas alınmaktadır¹⁰⁰. Bu anlayışta devlet, bireyler üstü ve bağımsız bir bütünlüğe sahip, en yüce iyiyi amaçlayan ve insan doğasının kendisini tümüyle gerçekleştirebileceği tek topluluk biçimidir¹⁰¹. Devlete atfedilen bu konum, ona aşkın/transandantal bir hüviyet kazandırırken, aynı zamanda amaç ve kendinde bir varlık olarak ortaya çıkarmaktadır. Bu düşüncede öncelikli olan, devletin varlık ve bekası kaygısıdır. Böyle bir öncelik devletin meşruiyetinin de, evrensel hukuk kurallarına değil, ideolojiye dayanmasına neden olmaktadır¹⁰². İdeolojinin hakim olduğu bir devlette ise, toplumun tüm varlık alanları aynı ideoloji doğrultusunda şekillendirildiğinden, kamusal alan çoğulcu bir yapı arzuetmez. Toplumun üzerinde mutlak güce ve yapılanmaya sahip bir varlık olan Devlet, kamusal alanı tek tip bir yapıya büründürmektedir¹⁰³.

Devletin amaç olarak ortaya çıktığı ve meşruiyetini ideolojiden aldığı bu yaklaşım esas itibariyle, devlet merkezli siyaset anlayışına karşılık gelen hikmet-i hükümet düşüncesiyle paralellik arzuetmektedir. Siyasetin devlet merkezli kavranışında, herşeyden önce siyasetin bu mesleğin aktörleri tarafından yerine geti-

⁹⁹ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s.197.

¹⁰⁰ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s.197.

¹⁰¹ ERDOĞAN, Mustafa, "Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var Mı?", Doğu Batı, y.4, sy. 13, 2000-01, s. 50.

¹⁰² ERDOĞAN, Hikmet-i Hükümet, s.46, 50-51.

¹⁰³ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s.227-228; ÇAHA, Ömer, "İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet", Doğu Batı, y.4, sy.13, 2000-01, s.93-97; Ayrıca devletin temellendirilmesine yönelik bu yaklaşımın, gerçekte cemaat özellikleri taşıyan bir devlet yapılanması ortaya çıkardığı belirtilmektedir. Bu yoruma göre "cemaat olarak devlet", birlik esası üzerinde inşa olunmakta ve mensupları arasındaki ilişkiyi manevi otorite ve ona tabi olan mürid ilişkisi şeklinde tanımlamaktadır. Bu devlet, mensuplarından şahsi moral bağlılığı ısrarla talep etmekte ve bunu son tahlilde gücü ile sağlayarak, kendini böylelikle meşrulaştırmaktadır. Bkz. SARIBAY, Ali Yaşar, Postmodernite, Sivil Toplum ve İslam, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s.162-163.

rilmesi söz konusudur. Dolayısıyla belirli kurallar dahilinde yürütülen ve toplumun yukarıdan aşağıya doğru biçimlendirilmesi şeklindeki bir siyaset anlayışı geçerlidir¹⁰⁴. Siyasetin belirli kurallar dahilinde yürütüldüğü böyle bir düzende ise, kamusal alanda bu türden işi olmayan ya da önceden belirlenmiş ve tespit edilmiş rollerin dışında bir rolle ortaya çıkan herkes, tanımı gereği “davetsiz misafir” olmaktadır¹⁰⁵. Bu süreçte devletin bekası olgusu esas itibarıyla, siyaset yapma eyleminin sınırlarını çizen, organik toplum vizyonuna meşruiyet kazandıran ve devletin çıkarıyla toplumsal iyi arasında eşanlamlılık ilişkisi kurarak, toplumsal muhalefetin hangi sorunları içerebileceğini belirleyen bir işlev gerçekleştirmektedir. Siyasetin Schmitt terminolojisinde olduğu gibi dost-düşman karşıtlığı üzerine kurulduğu bu modelde, toplumsal talepler ve oluşumlar sözü edilen karşıtlık ekseninde algılanırken, toplumsal düzene karşı yapılan muhalefet de devlet egemenliğine tehdit olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁶. Ancak siyasetin dost-düşman ayırımına dayandırıldığı ve demokrasinin bekasının farklılıklarının yok edilip homojenliğin sağlanmasına endekslendiği böyle bir yaklaşımda¹⁰⁷, kamusal alanın bağımsızlığından ya da siyasi erkin yanında açık platform niteliğinden söz etmek mümkün değildir. Burada kamusal alanın belirli paradigma doğrultusunda işlev görmesi ve toplumsal taleplerin bu paradigma ile uyum göstermesi beklenir ki, bunun demokratik tarzda bir işlevsellik olduğundan söz edilemez.

VI- TÜRKİYE’DE KAMUSAL ALAN

Batıdaki gelişim süreciyle mukayese edildiğinde, Türkiye’de kendiliğinden ve devlet dışındaki bir oluşumdan ziyade, devlet otoritesi altında gelişen ve bu itibarla dar anlamda devlete ilişkin olarak kullanılan kamusal alan anlayışının varlığından söz edilebilir¹⁰⁸. 19. yüzyıldan başlayarak Cumhuriyet döneminde de devam eden modernleşme çabalarının devlet aracılığıyla gerçekleştirilmesinin, herşeyden önce “devletten bağımsız bir sivil toplum ve bu toplumun alanı olarak kamusal alanın gelişimi” üzerinde de farklı etkiler meydana getirmesi söz konusu olmuştur¹⁰⁹. Bununla birlikte Osmanlı ve Cumhuriyet dönemlerinin ortak paydasını teşkil eden birtakım özellikler ve gelenekler bir yana bırakıldı-

¹⁰⁴ ERDOĞAN, Hikmet-i Hükümet, s.46.

¹⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt, Siyaset Arayışı, Çev. Tuncay Birkan, Metis Yayınları, İstanbul 2000, s.19.

¹⁰⁶ KEYMAN, Fuat, “Devletin Bekası-Hukukun Üstünlüğü Karşıtlığı: Türkiye’de Devlet Sorunu ve Demokratikleşme Olasılığı”, Doğu Batı, y. 4, sy.13, 2000-01, s.141-143.

¹⁰⁷ Bkz. ARSLAN, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, Doğu Batı, y.4, sy.13, 2000-01, s.72-74.

¹⁰⁸ GÖLE, s.11.

¹⁰⁹ ÇAHA, Ömer, Aşkın Devletten Sivil Topluma, Gendaş Kültür, İstanbul 2000, s. 169 vd.; YILMAZ, Aytekin, “İmparatorluktan Cumhuriyete, Moderniteden Postmoderniteye”, Yeni Türkiye, y.4, sy.23-24, 1998, s.1656-1659.

ğında, kamusal alanın gelişiminin de çeşitli dönemlere göre farklı özellikler arzettiği görülmektedir. Örneğin 19. yüzyıl Osmanlı döneminde gazeteciliğin gelişiminin, ciddi düzeyde kamuoyu oluşturduğu ve bu tür araçlarla sağlanan bilgi dolaşımının kamusal yaşamı büyük ölçüde paylaşılan alan haline getirdiği yadsınmaz¹¹⁰. Ayrıca bu yüzyılın sonlarında, aydınların öncülüğünde başlayan yasal ve meşruti hükümet arayışlarının da, 20. yüzyılın başlarında siyasi partilerin odağında farklılaşan bir siyasal kamuya yol açtıkları gözlenmektedir¹¹¹.

Kamusal alanın Cumhuriyet dönemi ve özellikle tek parti dönemindeki ayırıcı niteliği ise, homojen bir yapıya sahip oluşudur. 1930'lu yıllarda siyasi erkin kontrolündeki kamusal alan, özel alanı kuşatacak kadar genişlemiş ve monist bir mekan haline gelmiştir. Monist yapıya gelen kamusal alanın bu dönemde, eşitlikçi katılımı bütün vatandaşların kamuya ait meselelerde eleştirel tartışmaya girmelerini sağlayan bir forum olmaktan ziyade, modernleşme pratiklerinin ve yaşam biçimlerinin uygulandığı model olarak belirmesi söz konusudur¹¹². Çok partili siyasal hayata geçişle esas itibarıyla, kamusal alan üzerindeki bu denetim sürecinin tedrici olarak yumuşadığını söylemek mümkün olmakla birlikte¹¹³, kamusal alanla ilgili asıl önemli gelişimin 1980 sonrası dönemde yaşandığı görülmektedir. İdeolojik kamusal alan projesinin ciddi dönüşüm yaşaması ve liberal paradigma ile karşı karşıya gelmesi bu dönemin belirgin özelliğidir. Özellikle insan hakları, özgürlük, minimal devlet, sınırlı devlet, hukuk devleti gibi temaların yanında, din, kimlik ve ahlaka ait temalar etrafında farklı kesimlerce yürütülen tartışmalarla, kamusal alanın ve devletin kamusal alandaki yerinin sorgulanması sürecine girilmiştir. Bu süreçte, yürürlüğe sokulmak istenen politikalar konusunda toplumun ne düşündüğüne ilişkin kamuoyu yoklamaları da, bazı sınırlayıcı etkenlere rağmen önemli bir referans olmaya başlamış ve böylelikle Cumhuriyetçi projedeki homojen niteliğinden sıyrılan kamusal alanın, devletten bağımsızlaşarak çok sesli ve çoğulcu yapıya bürünmesi söz konusu olmuştur¹¹⁴.

¹¹⁰ MARDİN, Şerif, Türkiye’de Toplum ve Siyaset Makaleler I, Mümtaz’er Türköne-Tuncay Önder(der.), İletişim Yayınları, 3. baskı, İstanbul 1992, s.30; ÇAHA, İdeolojik Kamusal, s.85.

¹¹¹ ÇAHA, İdeolojik Kamusal, s.86.

¹¹² GÖLE, s.24; ÇAHA, İdeolojik Kamusal, s.86-87; SARIBAY, Kamusal Alan, s.18-21; KADIOĞLU, s.63-64; TÜRKÖNE, Mümtaz’er, “Cumhuriyet’in Kamusal Alanı”, Doğu Batı, y.2, sy.5, 1998-9, s.129-131.

¹¹³ AHMAD, Feroz, Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945-1980), Hil Yayınları, İstanbul 1994, s.439-468.

¹¹⁴ ÇAHA, İdeolojik Kamusal, s.88-89; GÖLE, s.20-27; Bu sürecin meslek kuruluşları açısından değerlendirilmesi konusunda bkz. BORA, Tanıl, “Türkiye’de Meslek Kuruluşları: “Kamu”, “Sivil” ve “Millî”nin Muğlak Kesişim Alanı”, Türkiye’de Sivil Toplum ve Milliyetçilik, İletişim Yayınları, İstanbul 2001, s.279 vd.

1980’li yıllarda bu gelişmelerin yaşanmasına karşılık, 1990’lı yıllara gelindiğinde kamusal alanın ve devletin kamusal alandaki yerinin sorgulanmasına ilişkin tartışmaların yeniden ivme kazandıkları görülmektedir. Kamusal alanın çoğulcu yapısındaki daralmaya paralel olarak ivme kazanan bu tartışmalarda karşı karşıya gelen başlıca argümanlardan ilki, kamusal alanın devlete tabi ve dolayısıyla devlet tarafından belirlenebileceği yönünde iken, diğeri bu alanın herkesi ilgilendiren konularda serbest bir tartışmanın yürütüldüğü ve bu itibarla dar anlamda devlete ilişkin olarak kullanılmayacağı şeklindedir.

Kamusal alanın serbest tartışma alanı ve bu tartışma sürecinin devlete ve iktidara yansiyarak önemli değişimlerin kaynağı olabilmesi şüphesiz, siyasi erkin kamusal yaşamdaki etkinliğinin sınırlandırılmasıyla bağlantılı bir husustur. Bunun için de devletten bağımsız ve iktidarı sınırlayıcı yönde işlev gören bir sivil toplum alanının mevcudiyeti başta gelen şarttır. Çünkü özel alanın dışında yer alan bir alan olarak kamusal alan, gerçek anlamda devletten bağımsız nitelikteki sivil toplumun içinde varlık kazanabilen bir alandır. Ancak Türkiye açısından düşünüldüğünde hukuk aracılığıyla kontrol altına alınan ve bu itibarla gerçek bir işlevsellik kazanamayan sivil toplum yapılanmasının varlığının¹¹⁵, kamusal alanı da devlete bağımlı hale getirdiği görülmektedir. Böyle bir yapılanmada herşeyden önce Anayasanın devletin konumuna ilişkin genel tercihlerinin ve bu tercihler konusunda yargı aracılığıyla yapılan yorumların belirleyici faktör oldukları yadsınamaz. Nitekim Anayasanın Başlangıcında yer alan “Yüce Türk Devleti” ifadesi, soyut ve metafiziksel bir kurum olarak devlete işaret ettiği gibi, söz konusu ifade ayrıca otorite lehine tercih yapıldığını gösteren somut delillerden biri konumundadır. Herşeyden önce hürriyetlerin devleti sınırlayıcı fonksiyonu yerine devletin yüceliğine/önceliğine işaret edilmesi devletin aşkın bir varlık¹¹⁶-amaç-biçiminde algılandığını ortaya koymakta¹¹⁷, devletin aşkın bir varlık olarak algılanması ise, öncelikle onun toplumsal ihtiyaçlardan türeyen ve toplum tarafından düzenlenen bir kurumsal yapı yerine, üstün bir varlık biçimi olduğu ve toplum üyeleri üzerinde de dilediği gibi tasarruf edebileceği sonucuna yol açmaktadır¹¹⁸. Ayrıca içeriğinde toplumun huzuru, milli dayanışma, “Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanma” gibi subjektif, siyasi değer yargılarını ve ölçülerini içeren kavramların da bulunduğu devletin temel nitelikleri-

¹¹⁵ Bkz.ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı, c.7, Ankara 1990, s.57 vd.; KARAMAN, Lutfullah M., “Sivil Toplum-Siyasal Toplum İkillemi Ekseninde Cumhuriyet Türkiye’sine Bir Bakış”, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik, Yay. Haz. Nuri BİLGİN, Bağlam Yayınları, İstanbul 1997, s.266 vd.

¹¹⁶ Bu konuda bkz. GÖZE, Ayferi, Liberal Marxist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri, İÜ Yayınları, İstanbul 1977, s.95-148.

¹¹⁷ Bkz. TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s.65; ERDOĞAN, Mustafa, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 2.baskı, Liberte Yayınları, Ankara 1999, s.132-133.

¹¹⁸ Bkz. ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.295-297.

nin¹¹⁹, yargı sürecinde evrensel anlamlarından uzak biçimde dar kapsamda yorumlanmaları ve bunlardan bazılarının herkesi kapsayan bir devlet ideolojisi biçiminde algılanmaları¹²⁰-örneğin laikliğin; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi ve Türkiye'nin yaşam felsefesi niteliğine vurgu yapılarak¹²¹ ülke şartlarının gözönüne alındığı tarihsel yorum metoduyla bir yaşam biçimi olarak değerlendirilmesi-kamusal alanın sınırlarını daraltan ve onu tek bir söyleme tabi kılan bir işlev görmektedir. Oysa demokratik rejimler açısından, kamusal alanın tek bir görüş tarafından biçimlendirilmesi yerine liberal ve müzakereci modellerde olduğu gibi farklı temsillerin forumu olan bir alan olarak kabul edilmesi söz konusudur¹²².

Devletin üstün varlık biçiminde ortaya çıktığı ve belli bir tercihin resmîleştirildiği yapının, bünyesinde taşıdığı ve kamusal alanın devlet eliyle oluşturulup biçimlendirilmesine yol açan özellikleri arasında esas itibarıyla, halkın özgür ve eşit bireylerin toplamından ziyade organik bütün olarak değerlendirilmesi ve buna paralel şekilde ödevlerin haklara öncelikli olduğu ve belirli bir yaşam biçiminin paylaşılması çerçevesinde tanımlanan yurttaşlık anlayışı önemli bir yere sahiptir. Bu hususta Anayasanın Başlangıcında yer alan, “millî varlığa karşı hak ve ödevler” ifadesinin yurttaşlığın konumu açısından Cumhuriyetçi modele benzer şekilde ödev ve sorumlulukların esas alındığı bir yaklaşımı¹²³ ortaya koyduğu görülmektedir. Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin niteliği ile ilgili 12. maddenin I. fıkrasında, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu açıklandıktan sonra, II. fıkrada temel hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği belirtilmektedir. Fakat 2001 Anayasa değişikliği ile özel sınırlama yönteminin getirildiği de dikkate alındığında ilgili maddelerde yer alan sınırlama sebepleri dışında, temel hakların tümünün genel bir ifadeyle topluma ve diğer kişilere karşı yükümlülükler getirdiği yönündeki düşüncüyü, insan hakları ve doğal haklar anlayışı ile bağdaştırmak mümkün olmadığı gibi, benzer bir çelişkinin Başlangıcın 6. paragrafındaki, doğuştan sahip olunan hakları yine aynı cümle içinde Anayasada gösterilenden ibaret sayan

¹¹⁹ Bkz. ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 2.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1990, s.61; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜ Yayınları, İstanbul 1993, s.128; GÜLSOY, Tefik, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, Liberal Düşünce, y.6, sy.22, 2001, s.46-58.

¹²⁰ Bkz. ÇAĞLAR, s.67 vd.

¹²¹ E.1997/1, K.1998/1, KT.16.1.1998, AMKD, sy.34, c.2, s.1026-1029; E.1983/2, K.1983/2, KT.25.10.1983, AMKD, sy.20, s.358-364; E.1999/2, K.2001/2, KT.22.6.2001, RG. 5.1.2002, sy.24631(Mükerrer), s.568-569.

¹²² Bkz. ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.7 vd.

¹²³ Bkz. KADIOĞLU, s.60; ÜSTEL, Füsün, Yurttaşlık ve Demokrasi, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 1999, s.147 vd.

hüküm¹²⁴ açısından da geçerli olduğu görülmektedir. Ancak doğal haklar anlayışını zorlayan ve Anayasa hukuku yönünden de çelişkili bir tutumu yansıtan bu tür düzenlemelerle¹²⁵ ödev ve sorumluluklar öncelikli hale getirilirken, insan haklarının devlet karşısında bağımlı bir özellik kazanmasına yol açılmış olmaktadır. Oysa insan hakları kavramı esas itibarıyla, varlıklarını pozitif hukuktan bağımsız olarak kazanan ve geçerliliklerini üstün bir ahlaki ilkedan alan haklar anlayışını ifade etmektedir. Bu anlayışın dayanağını ise, değerler hiyerarşisi bakımından insanın birincil değerinde bir varlık oluşu teşkil etmektedir¹²⁶. Şüphesiz bu noktada ödev ve sorumluluk temelli yurttaşlık anlayışının benimsendiği Cumhuriyetçi modelin öngördüğü “yurttaşlık erdemi”nin de gerçekte tümüyle gözardı edilmesinin mümkün olamayacağı açıktır. Fakat ortak varoluşa ilişkin değerler kadar, bireyselliğin vurgulanması ve bireysel insan hakları anlayışının varlığı da gereklidir. Öte yandan kamu hayatına katılmanın erdeminin ihmal edilemeyeceği ve aynı zamanda müzakereci modelin de argümanı olan “ortak yararı” gözetmeden medeni bir toplum olunamayacağı da ileri sürülebilir. Bununla birlikte sözü edilen hususların yanında bireysel çıkarlardan vazgeçilmesi ve bireysel kendini gerçekleştirme temelli yurttaşlık kavrayışı sonucunda, kamusal sorunları tartışmanın ya da bu alanda yer almanın herkes için genel bir hak olmaktan çıkarak, çoğulculuğun reddedildiği sınırlı bir yurttaşlık anlayışına varılması kaçınılmaz olmaktadır¹²⁸. Esas itibarıyla Anayasanın ideolojik muhtevadaki temel tercihleri ve bu tercihlerin başta ifade hürriyeti olmak üzere kamusal tartışmanın serbestçe yürütülmesini sağlayan sivil ve siyasi hürriyetlerin ayrıcalıklı konumunu zedeleyici nitelikteki hükümleri, kamusal alanın bir “birlikte yaşama alanı” olabildiğini güçleştirmektedir. Nitekim bu hükümler arasında Başlangıcın 5. paragrafında yer alan ve 2001 Anayasa değişikliği ile “Hiçbir faaliyetin...karşısında korunma göremeyeceği” şeklini alan düzenlemenin özel bir yeri bulunmaktadır. Çünkü “Hiçbir düşünce ve mülahaza...” biçimindeki önceki düzenleme gereğince; herhangi bir fikrin, düşüncenin ya da inancın başka herhangi bir fikir, düşünce ya da inanç karşısında korunma göremeyeceğinin belirtilmesi fikir ve düşünceler arasında farklılık gözetildiğine ve çoğulculuğun reddedildiğine işaret etmekte idi. Bu itibarla yapılan değişiklikte, hükmün düşünce suçunu ortaya çıkaran ve böylece kamusal tartışmanın sınırlarını daraltıcı

124 “...bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden ... yararlanarak ... maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirmek hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”.

125 Bkz. TANÖR, Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu 1, 2. baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1991, s.255-256.

126 Bkz. ERDOĞAN, Mustafa, Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji, Siyasal Kitabevi, Ankara 1995, s.36 vd.

127 Bkz. ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s.236.

128 Bkz. ERDOĞAN, Liberal Siyaset, s.360.

sonuç doğuran sakıncasının büyük ölçüde giderildiği söylenebilir. Fakat faaliyet ibaresi açısından da yasaklananın genel olarak yazı, tartışma, konuşma gibi herhangi bir faaliyet olmayıp, suça tahrik ve şiddete teşvik gibi belirli nitelikler kazanan ve bu suretle kanun dışı sayılan faaliyetler olduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla ideolojik referanstan hareket edilerek herhangi bir konuşmanın, yazının yanlış ya da zararlı olduğu belirtilerek sınırlanması yoluna gidildiğinde faaliyet ibaresinin getirilmesi herhangi bir güvence sağlamayacağı gibi, kamusal alan ve kamusal tartışmanın kapsamı da belirli tercihler doğrultusunda şekillenmiş olacaktır. Ancak böyle bir kamusal alan tasavvuru ya da uygulaması ile, müzakereci modelde olduğu gibi kararlara meşruiyet kazandırıldığı ve bu yolla halk iradesinin gerçek anlamda uygulamaya konulduğundan söz edilemez. Çünkü tartışma aracılığıyla katılımın gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak yönetimin denetlenmesine imkan veren bir sürecin kısıtlandığı yerde halk iradesinin şeklen varolmakla birlikte işlevsel hale geldiği ileri sürülemez. Öte yandan halk iradesinin işlevsel olmadığı yerde esas itibarıyla demokrasi de, içeriği rasyonel olarak tespit edilmiş toplum projesi ya da amaç olarak görülen bir sistem konumundadır. Bu görünüm içinde, belirli hayat tarzını herkes için genelleştirme düşüncesi doğrultusunda demokrasi, ulaşılması gereken bir toplum biçimi olarak tanımlanmaktadır¹²⁹. Böyle bir uygulamada ortak yarar anlayışı çerçevesinde belirlenen kamu politikalarının, toplumsal talepler üzerinde sınırlayıcı etkide bulunmaları söz konusudur. Ortak yararın belirlenmesinde ise, devletin üstün varlık biçimi olarak kendine özgü çıkarları bulunduğu düşüncesi doğrultusunda toplum kesimlerinin somut çıkarlarından ziyade, genel ve soyut bir çıkara göre hareket edilmektedir¹³⁰. Toplumsal ve siyasal sorunlara ilişkin hususların soyut çıkar anlayışına göre değerlendirilmesi ise, gerçekte devlet çıkarı ile kamu çıkarı ya da devlet düzeni ile kamu düzeni kavramlarının eş anlamlı kavramlar olarak ele alınmalarına yol açmaktadır. Bunun sonucu olarak kamu çıkarı, kişi ve grup çıkarlarından bağımsız, kolektif bir anlama büründüğünden devletten bağımsız, temel politikaların tartışıldığı siyasi platform niteliğindeki kamusal alan anlayışının varlık kazanması da güçleşmektedir. Buna karşılık kamusal alanın Batıdaki gelişim sürecinde, devlet çıkarlarından ayrı ve farklı olarak beliren kamu çıkarı anlayışının önemli bir faktör olduğu görülmektedir. Bu süreçte kamu çıkarı esas itibarıyla kişi ve grup özerkliği fikri ile bağlantılı görüldüğünden, kamuoyu kavramı da devlet işlerinin devletin dışına taşan bir çerçevede içinde tartışılmasını sağlamıştır¹³¹. Dolayısıyla kişi ve grup özerkliği dışında toplumun genel uyumu düşüncesiyle yürütülen kamusal tartışmada, her konunun serbestçe tartışılabilmesi ve yurttaşların da özgür ve eşit katılımcılar olarak böyle bir tartışmada yer alabilmeleri söz konusu değildir. Özellikle soyut

¹²⁹ Bkz. ERDOĞAN, Resmi İdeoloji, s.17-18.

¹³⁰ ERDOĞAN, Hikmet-i Hükümet, s. 55-56.

¹³¹ MARDİN, s.16-17.

çıkartılması doğrultusunda muhalif düşüncelerin, potansiyel tehlike olarak görülüp cezalandırılması yoluna gidilmesi; kamusal alanı, herkese ait ortak bir alan olmaktan çıkardığı gibi, özgürlük ve denetim alanı olmaktan da çıkarmakta ve onu soyut nitelikli mekan haline dönüştürmektedir.

Kamusal alanın özgürlük ve denetim alanı olmaktan çıkarak soyut nitelikli mekan haline dönüşmesi, devletin üstün varlık olduğu düşüncesinin bir sonucu olarak siyasetin de devlet merkezli ve belirli kurallar dahilinde yürütüldüğünün göstergesi olmaktadır. Hikmet-i hükümet düşüncesiyle paralellik arzeden bu uygulamada siyasetin öncelikli sorunu devletin bekası olduğundan¹³², liberal ve müzakereci modelde olduğu gibi her türlü dünya görüşünün ya da değer tercihlerinin bir rezerv olarak ortaya konulabileceğinden söz edilemez. Bu yaklaşımda toplumun genel uyumu düşüncesi; toplumsal muhalefetin kapsamını belirleyen, dolayısıyla kamusal alanın ve kamusal tartışmanın sınırını çizen, organik ve türdeş toplum anlayışına meşruiyet kazandıran bir işlev gerçekleştirmektedir. Nitekim bu hususta da Anayasanın Başlangıcında yer alan “...millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu” yönündeki düzenlemenin, organik ve türdeş toplum anlayışına dayanak oluşturabilecek bir hüküm niteliğinde olduğu görülmektedir. Ancak bireyselliğin ve bireysel kendini gerçekleştirme değerine vurgu yapılmayıp yalnızca türdeşliği öne çıkaran bir anlayışın tabii sonucu bireysel ve kamusal alanlarda tek biçimlilik olup, söz konusu modelde kamusal alanın bağımsızlığından ya da siyasi iktidarın yanında açık platform niteliğini taşıdığından söz edilemez. Oysa kamusal alanın gerçek fonksiyonunu ifa edebilmesi bakımından hiçbir düşüncenin ve topluluğun egemenliğinde bulunmayan ortak yaşama alanı olduğu gerçeğinin kabullenilmesi bunun için de, paradigmatic kamusal alan anlayışından, toplumsal talepler temelinde biçimlenecek pragmatik kamusal alan anlayışına doğru bir dönüşümün gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Böyle bir gereklilik her şeyden önce kamusal alanın farklı taleplerin karşı karşıya geldiği, karşılıklı saygı ve ahlaki dürüstlük çerçevesinde her konunun tartışılabilir olduğu bir alan olduğu hususunun benimsenmesi açısından önem taşımaktadır¹³³. Çünkü tartışılacak konular üzerinde herhangi bir sınırlayıcı müdahalenin olmaması çatışmaların barışçı çözümü açısından önem arzettiği kadar, kamusal tartışmaya herkesin katılabilmesi de demokratik hukuk devletinin öngördüğü eşitlik anlayışının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

¹³² ERDOĞAN, Hikmet-i Hükümet, s.46 vd.

¹³³ ERDOĞAN, Kamu Alanı, s.7 vd.; ÜSTEL, s.115; SARIBAY, Kamusal Alan, s.1 vd.

TEMEL NORM VE MANTIKİ ŞEKİL HİPOTEZLERİ

Yrd. Doç. Dr. M. Emin Emini*

GİRİŞ

Hukuk düzeninin biçimsel kaynaklarının oluşumu, bağlayıcılığı ve hiyerarşisi konusunda iki ünlü hukukçu ve bilim adamının görüşü ve etkinliği büyüktür ve hala güncelliğini korumaktadır. Bunlardan ilki ünlü Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen, ikincisi ise bir İtalyan hukukçusu olan Giorgio Del Vecchio'dur.

Viyana okulunun kurucusu ve yeni Kantçılığın temsilcilerinden birisi olan Hans Kelsen, Normativist görüşü ile kurduğu "saf hukuk teorisi" ya da "salt hukuk" teorisi ile hukuk biliminin objektifliğini, birliğini ve ulus üstü bütünlüğünü savunarak, geçerlilik ve meşruluğunu Temel Norm hipotezine dayandırmaktadır.

İtalyan hukuk filozofu Giorgio Del Vecchio ise hukukun birliğini ve gelişimini mantiki şekil olarak nitelendirmekte ve ortak bir hukuk kavramının önceden var sayılmasını zorunlu görmektedir. Bu düşünürü göre, mantiki şekil; hukuk kavramının külli bir değeri ve özüdür; mantiki şekil, hukuk kuralı ve içeriği gibi farklı, değişken, geçici ve çeşitli değil, sabit, külli, tek, içerikten üstün ve öncedir. Del Vecchio'ya göre, mantiki şekil kavramı yani tekçi ve sabit hukuk kavramı sadece şekli bir anlam taşır ve varsayıma dayanmaktadır. Şimdi bu iki ünlü hukukçu ve bilim adamlarının görüş ve ilkelerinin özet detaylarını inceleyelim.

I- HANS KELSEN VE TEMEL NORM VARSAYIMI

1- Genel Olarak

Hukuk düzeninin bir normlar sistemine dayandığı gerçeği değişik hukuk ilke ve uygulamaları ile kanıtlanmıştır. İlk kanıt "hakimin ihkaki haktan imtina

* Niğde Üniversitesi Aksaray İ.İ.B.F. Hukuk Bilimleri Öğretim Üyesi

edemeyeceği” ilkesidir. Bu ilke hukukun bir normlar sistemi olarak geçerliliğinin kanıtıdır.¹ İkinci kanıt, “kanunların geçmişe yürümezliği” ilkesidir. Kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi kişilerin davranışlarını normlara göre düzenleyebilecek seçme özgürlüğüne sahip bulunduğunu kabul etmekle kalmamakta, aynı zamanda pozitif hukukun bir normlar sistemi olarak geçerliliği varsayımını desteklemektedir. Bir diğer kanıt, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesidir. Bu ilke ile hukukun bir normlar sistemi olarak geçerliliğini sağlayabilmek için genç veya ihtiyar, bilgili veya bilgisiz, kadın veya erkek, temyiz kudretine sahip olan veya olmayan, şehirli veya köylü bütün vatandaşların kanunları bildikleri veya bilmeleri gerektiği varsayılır. Hukuğun normatif ve sistematik bir düzene sahip olduğuna dair benzer pek çok kanıt vardır.

Kelsen’e göre normativist hukuk teorisinin ödevi, hukuk için gerekli ve sürekli olan unsurları bir araya toplamak, değişen ve geçici olan unsurları atmaktır. Saf hukuk teorisi kurmaya çalışan Kelsen, adalet idesini bir siyaset sorunu olarak görmekte ve kendi incelemelerinin dışında bırakmaktadır. Ona göre, saf hukuk teorisi, politik, ahlak ve sosyolojinin etkilerine kapalı olmalıdır. Bu yüzden her türlü idealizm ve amaç düşüncesi hukuk teorisinin dışında sayılmalıdır. Başka bir deyimle, Kelsen, hukukun nasıl olması gerektiği sorununa yani amaç sorununa cevap vermeye çalışmaz, *hukukun ne olduğu* sorusuna cevap bulmaya çalışır.²

Kelsen, pozitif hukuku değerlendirmez; yalnızca onun yapısını ortaya koyar. Bu yapıyı ortaya koyarken de, belli bir toplumun hukuk düzenini değil, genel olarak pozitif düzeni inceler.³ Kelsen devlet ve hukuk düzeni arasında ayırım yapmaz. Milli hukuk düzeninin geçerli olabilmesi etkin olmasına bağlıdır. Bu etkinliğin geçerliliği milletlerarası hukukça belirlenir. Yani milletlerarası hukuk, fiili iktidarın getirdiği zorlama düzeni etkin olduğunda, bunu yasal bir iktidar olarak kabul etmektedir. Sonuç olarak milli hukuk düzenleri geçerliliklerini ve bağlayıcılık güçlerini, normların kademeli sıralanışında kendilerinden daha kapsamlı ve üstün olan milletlerarası hukuktan almaktadır.⁴

Kelsen hukuk bilimini gerçek bir bilim düzeyine yükseltmek ve bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliğe ulaştırmak istemektedir. Genel bir hukuk teorisinin en önemli sorunu bilgiye ilişkin metodun saflığında araştırılmak gerekir. Başka bir deyişle Kelsen’in araştırması, saf, metodolojik bir araştırmadır. Ona göre bilgi metodunun saflığı, hukuki bilgi konusunun birliği ilke-

1 “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz. (Anayasa, 36. madde)”.

2 Aral, Vecdi, Kelsen’in Saf hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul, 1978, s.12.

3 Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 1986, s.74.

4 Teziç, s.74-75.

siyle tamamlanır.⁵ Çünkü bilginin amacı birliktir. Bilgide birliği sağlama yolu ise çelişkiden uzak kalmaktır. Nasıl tabiat olaylarında nedensellik ilkesi ile birlik sağlanırsa, hukuk hayatında da normatif düşüncenin birliğinden vazgeçilemez. Hukuka yönelen bilginin bilimselliğinin kriteri bilgiye yönelik görüş açısının birliğidir.⁶

Kelsen tabiat bilimleri alanında neden sonuç ilişkisinin göze çarptığını ve nedensellik ilkesinin geçerli olduğunu, oysa normatif bilimler ve bu arada hukuk alanında sadece belirli normların bulunduğunu belirtmektedir. Hukuk bir normlar hiyerarşisinden ibarettir. İnsanların nasıl hareket etmeleri gerektiğini gösteren hukuk normları sistemleştirebildikleri takdirde, hukuk teorisi ödevini yerine getirmiş olacaktır. Tabiat bilimleri alanında varlığı görülen tabiat kanunları “*olani*” gösterdikleri halde, hukuk normları “*olması gerekeni*” daha doğrusu belirli şartlar ortaya çıktığında insanların nasıl hareket etmeleri gerektiğini gösterir.⁷ Özetlemek gerekirse diyebiliriz ki:

Hukuk teorisinin ödevi diğer bilim alanlarında bilime düşen ödevi hukuk alanında yerine getirmek, karışıklığın ve düzensizliğin yerine birlik kurmaktır.

Hukuk teorisi bir bilimdir. Bir irade değildir.

Hukuk tabii değil, normatif bir bilimdir.

Hukuk teorisi şekli (biçimsel) bir teoridir. Hukuk normlarının değişen kapsamlarıyla ilgilenmez.

Görüldüğü gibi, Kelsen’in savunduğu saf hukuk teorisi özellikle ve önemle olması gereken kavramı üzerinde durmuştur. Norm bir kişinin belirli bir şekilde davranmasını veya davranmamasını öngörür. Ancak norm öngörülen davranışın belirli bir kişinin fiili iradesi anlamına geldiğini kabul etmez. Başka bir deyişle, hukuk normu temelde hukuk biliminin konusudur. Ama hukuk normu bir emri içermez. Hiç kimseye yönetilmemiş olan ve dolayısıyla bir muhataba ihtiyacı bulunmayan hipotetik (şarta bağlı) bir hükmü gösterir.⁸ Şayet hukuk normunun bir emir anlamına geldiği kabul edilirse devlet ve kanun koyucu açısından irade unsuruna tehlikeli bir içerik kazandırma olasılığı belirebilir.⁹

⁵ Aral, s.3-5.

⁶ Aral, s.46-47.

⁷ Teziç, s.74, Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1992,s.337.

⁸ Güriz, s.338-339.

⁹ Güriz, s. 338, Normun mutlaka bir irade beyanı ile ihdas edilmesi gerekli değildir. Örf ve adet kuralları buna örnek gösterilebilir.

2- Hukukun Geçerlilik Sorunu

Sosyal hayat realitesi, belli hukuk normlarına düzenli olarak uyulduğunu, normu çiğneyenlerin hukuk yaptırımı ile karşılaştıklarını göstermektedir. Hukuk normunu “geçerli” sayarken normlara gerçeklik dünyasında bulunmayan bir özellik izafe etmeye çalıştığımız açık olduğu gibi, normun “geçerliliğinin” veya “yürürlüğünün” aslında fizikötesi nitelik taşıdığı da söylenebilir.¹⁰

Normativist teori, hukuk düzeninin oluşmasını ve kurallar hiyerarşisini açıklarken, hukuk kurallarının en üstünde genel ve hipotetik bir kural kabul eder. Bu genel ve hipotetik norma *temel norm* deniyor. Temel norm pozitif bir hukuk kuralı değil, fakat ona tabi olan normların bir yürürlük nedeni olduğu için bir hipotezden ibaret olup hukuk ötesidir. Başka bir deyimle herhangi bir normun örneğin bir kanun hükmünün geçerliği, bu kanunun anayasaya göre yetkili organ tarafından çıkarılmış olmasından ileri gelmektedir. Ancak anayasanın geçerliğini nereden aldığı sorusuna anayasanın kendiliğinden geçerli olduğu veya temel bir normun sonucu olduğundan başka bir cevap vermek son derece güçtür. O halde anayasanın veya anayasanın dayandığı temel normun varlığı, *mantiki* bir hukuk postulat'ı olarak kabul edilmesi gerekir.¹¹ Bütün normların geçerliği anayasaya, anayasanın da geçerliği bir postulata dayandığına göre, bütün normlar aslında geçerlilik yönünden bir postulat'ın sonucu olmaktadır.

Bu görüş temelde doğru olmakla birlikte, hukukun geçerliliği konusunda tam bir açıklığı ve doğruluğu yansıtmamaktadır. Çünkü hukuk gerçekliği, geçerlik sorununun kolayca çözümlenmesine imkan bırakmayacak kadar karışık ve karmaşık bir nitelik taşımaktadır. Mahkemeler ve yönetim organları, kanunları uyguladıkları sürece normların geçerliği şüphe konusu olmayabilir. Ancak mahkemelerin veya yönetim organlarının kanunlara aykırı kararlar vermesi halinde bu kararların kendilerinden önceki norma aykırılık dolayısıyla geçerli bulunmadıklarını, hiç olmazsa, hukuka uygun olmadıklarını savunmak zorunlu olacaktır. Oysa, kanuna aykırı olan mahkeme kararlarının veya idari emirlerin uygulanmaları ve kanun gibi sosyal bir gerçekliği yansıtmaları söz konusu olabilir. Böyle bir durumda temel normdan tümdengelim yoluyla diğer normların geçerliliği sonucuna ulaşmak yerine mahkeme kararlarından ve idari emirlerinden tümevarım yoluyla elde edilebilecek bir temel norm varsayımı üzerinde durmak gerekli olabilir.

Diğer taraftan temel normun geçerliliğinin hukuk realitesine yakından bağlı olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Başarılı bir ihtilalden sonra sosyal hayatta bağlayıcılığını yitiren bir anayasayı geçerli saymaya imkan bulunmadığı söylenebilir. Hatta bu anayasa, şeklen yürürlükten kaldırılmamış olsa bile, onun

¹⁰ Güriz, s.30.

¹¹ Güriz, s.30.

artık anayasa niteliğini taşımadığı açıktır. Böyle bir durumda, evvelce mevcut bulunan temel normun sosyal bakımdan bağlayıcılığını kaybettiği, minimum bir etkenliğe bile sahip olmadığı görülmektedir. Eski temel norm bir ihtilal sonucu olarak yerini yeni bir temel norma bırakmaktadır. Bu konuda kriter, Kelsen'in belirttiği gibi, eski temel normun artık minimum bir etkenliğe bile sahip olmaması, yani toplumda belirli ölçüdeki bağlayıcılığını kaybetmiş olmasıdır. Minimum etkenlik unsuru, ne normatif, ne de şeklidir. Bu unsur doğrudan doğruya siyasal, sosyal ve sosyolojik şartlarla ilgilidir.

Hukukun geçerliğini temel norm postulatına dayandırmanın yararını doğrulayan başka örneklerle de hukuk hayatında rastlanmaktadır. Temyiz kudreti olan reşit vatandaşlara, temel normun geçerliğini kabul etmemek ve kendilerini hukukun bağlayıcılığı ve geçerliğinden kurtarmak yetkisi hiçbir hukuk düzenince tanınmamaktadır. Hatta küçüklerin ve akli ehliyeti olmayanların temel normun bağlayıcılığını kabul ettikleri varsayımı hukuk uygulamasında her zaman göze çarpmaktadır. Bu nedenle temel normun ve hukukun geçerliliğinin *mantiki* bir varsayıma dayandığı savunulabilir.¹²

3- Normlar Hiyerarşisi ve Temel Norm Varsayımı

Hukuk kavramının oluşumu ve tanımı sorunu her zaman geniş ve yoğun tartışmalara sahne olmuştur. Bu sorunlar ve tartışmalar hala da devam etmektedir. Bir bakıma da bu tartışmaları doğal karşılamak gerekir. Çünkü hukuki mahkemelerde daima normatif bir unsur mevcuttur. Dolayısıyla her hukuk uygulaması ile ilgili olarak uygulanacak hukuk normu kavramının doğru şekilde saptanması gereklidir.

Hangi hukuk normlarının belli bir toplumda, belli bir dönemde yürürlükte olduğu sorununu çözebilmek için başvurulacak başlıca kriter, toplumun hangi hukuk kurallarının geçerli olduğu konusundaki kanısında aramak gerekir. Ama bu soruna kolayca cevap bulmanın mümkün olmadığı durumlarda ortaya çıkabilir. Bazen bir ülkede birbirine karşıt iki normlar sisteminin aynı dönemde yürürlükte olabileceği iddiasının zaman zaman ileri sürüldüğü görülmüştür. Bunu tespit edebilmek için hangi normlar sisteminin toplumda fiilen kabul edildiğini, uygulandığını, dolayısıyla geçerlik kazandığını saptamak gerekir. Bu sorunun ise temelde toplumun bütün maddi ve manevi değerlerinin bilinmesi ile ilgili sosyolojik gerçeğe dayanır ve yüzde yüzün tespiti ve ona göre herkesin fiili gerçekleri ile, yani bütün maddi ve manevi özlem, duygu ve ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde norm haline getirmek demektir. Bu düzeyde somut bir temel norm ve ona bağlı normlar sistemini ihdas etmek mümkün olmadığından dolayıdır ki olaya gerçekçi olarak değil, minimum etkinliğe sahip olması şartı ile hipotetik (varsayımsal) olarak yaklaşıyoruz. Başka bir deyişle, pozitif normlar insan-

¹² Giorgio Del Vecchio da, Hukukun varlığını, geçirliliğini, birliğini mantiki bir şekil olarak kabul etmektedir.

ların davranışları tarafından ihdas edilen normlardır. Daha alt düzeydeki normlar kendi yürürlüklerini daha üst düzeydeki normlardan alırlar. Eğer devletler hukukunu normlar hiyerarşisinde milli hukukun üstünde saymazsak, milli hukuk düzeninde anayasa en yüksek düzeyi temsil eder. Anayasa normları kendi yürürlüklerini pozitif bir hukuk normundan almazlar; fakat hukuk düşüncesinin varsaydığı hipotetik temel normdan (varsayımsal temel normdan) alırlar. Ancak bu varsayımın keyfi olduğu sanılmamalıdır. Sosyal realite, sosyolojik analize, yürürlükte olması ve uygulanması en azından minimum etkinliğine bağlıdır.¹³ “Hukuk düzenin bir ihtilal ya da güç kullanılarak değiştirilmesi örneğini veren Kelsene göre, monarşik bir devlette bir grubun güç kullanarak yasal (legal), hükümeti devirerek cumhuriyeti kurma istekleri başarı ile sonuçlandığında, artık eski hukuk düzeni yerine, yeni hukuk düzeni etkin olur. Devlet içinde, bireylerin tutumu genel olarak bu yeni düzene uyum gösteriyorsa bu düzen artık hukuk düzeni sayılır ve yapılan işlemler hukuka uygun işlemler olarak kabul edilir. Bu yeni hukuk düzeninin geçerlilik ve bağlayıcılık gücü, yeni bir temel normdan kaynaklanır. Bir hukuk düzeninin oluşmasını temel norm belirler, buna göre de bir hukuk düzeninin oluşumu o düzenin etkinliğine bağlıdır. Milli hukuk düzeninin geçerli olabilmesi etkin olmasına bağlıdır. Her hukuk düzeninin geçerli olmasını etkinliğine bağlayan pozitif hukuk kuralı ise milletlerarası hukuk kuralıdır. Milletlerarası hukuk, fiili iktidarın getirdiği zorlama düzeninin etkin olduğu durumda, bunu yasal bir iktidar olarak kabul etmektedir. Sonuç olarak, milli hukuk düzenleri geçerliliklerini ve bağlayıcılık güçlerine, normların kademeli sıralanışında, kendilerinden daha genel, evrensel ve üstün olan milletlerarası hukuktan almaktadırlar.”¹⁴

Hans Kelsen’den kaynaklanan yukarıdaki örneğin bir benzeri Türk Milli Mücadelesinin zaferi ile (etkin olması ile) ülkemizde gerçekleşmiştir. Bilindiği gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Ankara’da 23 Nisan 1920 tarihinde toplanmasından sonra, 7 Haziran 1920 tarihinde çıkarılan bir kanunla 16 Mart 1920 günü İstanbul’un yabancı kuvvetlerce işgal edilmesinden itibaren İstanbul’da bulunan hükümet tarafından imzalanan veya imzalanacak olan bütün antlaşmaların hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir. 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun 7’nci maddesinde “muahede ve sulh akdinin” Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olduğu daha sonra belirtilmiş olmakla birlikte, 23 Nisan 1920 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Ankara’da toplanması ile birlikte Osmanlı imparatorluğuna varlık sağlayan temel normun “*fiilen*” kalkmış olduğu bir gerçektir. Türkiye Büyük Millet Meclisi 1922 yılında “Osmanlı imparatorluğunun inkiraz bulup Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Teşekkül ettiğine dair bir Genel Kurul Kararı olarak İstanbul’daki padişahlığın tarihe *intikal* etmiş bulunduğunu ve İstanbul’da meşru bir hükümet mevcut olmayıp İstanbul ve civarının Tür-

¹³ Kelsen, Hans, What is Justice? Collected, 1957, s.223-224, Aktaran Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1992, s.340.

¹⁴ Teziç, s.75.

kiye Büyük Millet Meclisine ait... olduğunu” belirtmiştir.¹⁵ 29 Ekim 1923 tarihinde Cumhuriyetin ilanı ile birlikte yeni bir temel normun geçerliği “*de Jure*” olarak yürürlük kazanmış ve etkinliğini arttırarak sürdürmüştür. Türk siyasal tarihinin gösterdiği bu örnek de “*temel normun*”, “minimum etkinliği, geçerliliği ve bağlayıcılığının” normatif olduğu kadar sosyal realite ile de bağdaştığı gerçeğini de ortaya koymaktadır.

Görüldüğü gibi, toplumda temel norm değiştiği zaman yeni bir temel normun eskisinin yerini aldığını kabul etmek gerekir. Eski temel normun açıkça kaldırıldığının ve yürürlüğünü kaybettiğinin ilan edilmemiş olması durumu değiştirmez. Yukarıdaki örnekte açıklandığı gibi ülkemizde hükümdarlık yönetiminden cumhuriyet yönetimine yönelik Anadolu insanının açık iradesine geçilmesi ile, yani 23 Nisan 1920 tarihinde Büyük Millet Meclisinin kurulup, toplanması ile hükümdarlığın kaldırıldığı açıkça belirtilmemiş, olmasına rağmen hükümdarlık döneminde geçerli olan temel normun yürürlüğünün devam ettiği savunulamaz. Çünkü eski temel norm, eski yönetim “minimum” etkinliğini yitirmiş bulunmaktadır.¹⁶

Normativist teori, hukukun oluşumu ile uygulanması arasında bir ayırım yapmaz. Bir normun konulması aynı zamanda daha üstün bir normun uygulanmasıdır. Anayasa, kanunların nasıl yapılacağını belirler. Bu bakımdan, anayasa kendisine uygun olarak yapılan kanunların kaynağı olduğu gibi, Yasama Organı da yasal düzenlemede bulunurken, aynı zamanda anayasayı uygulamaktadır. Her kademedeki hukuk normuna geçerlilik ve bağlayıcılık gücü, kendisinden üstün olan hukuk normu tarafından sağlanmaktadır. Normativist teoriye göre, normların niteliği ve oluşumları hep aynıdır. Aralarında yalnızca derece ve kapsam farkları vardır. Hukuk sistemi, kademeli olarak sıralanmış normlarla, aşağıdan yukarıya doğru bireysel eylem ve işlemlerden, idari ve yargısal işlemlere, yönetmelik, tüzük, kanunlar ve anayasaya ulaşmaktadır. Bu piramidal yapı içinde, her norm geçerliliğini ve bağlayıcılığını kendinden üstün normlardan aldığına göre, anayasanın da geçerliliğini ve bağlayıcılığını sağlayan bir normun varlığı zorunlu olmaktadır. En üstte bulunan normun, örneğin anayasanın geçerliliği son tahlilde bir varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayımın en güçlü savunucusu Hans Kelsen’dir. Ona göre, en üstte bulunan anayasa bir temel norma dayandığı için geçerlidir. Bu temel normun görevi, ilk ve orijinal hukuk yaratma gücünü

¹⁵ Gözübüyük, Şeref, Kili, Suna, Türk Anayasa Metinleri Ankara, 1982, s.98.

¹⁶ Aynı zamanda, aynı ülkede, iki temel normun birden geçerli olmasının söz konusu olup olmayacağı da tartışılabilir. Ülkenin fiilen ikiye ayrılması halinde aynı anda birbiriyle çelişen iki temel normun ülkenin ayrı bölgelerinde minimum etkinlik kazanması geçici ve istisnai bir durum olur. Şayet ülke temel normun zihniyet farklılığı ile kesin olarak ikiye bölünüp her ikisi kendi bölgesinde minimum etkinlik kazanırsa o zaman iki ayrı temel norma dayanan farklı norm sistemlerinin varlığı söz konusu olur.

vermesidir.¹⁷ Temel norm, hukuk yaratan bir organ tarafından konmuş değildir. Bu nedenle temel normun geçerliliği başka bir norma dayanarak hukuki yoldan yaratılmış olmasından ileri gelmez. *Temel norm geçerli varsayıldığı için geçerlidir.*¹⁸ Kelsen'e göre mevcut olan temel normun yürürlüğü, geçerliliği ve uygulanması normal hukuki yollarla değil, devrim yolu ile (eski temel norm etkinliğini yitirdiği için) önem kazanır. Yeni iktidarlar insan davranışlarının eski normlara göre değil de kendi düzeninin koyduğu normlara uymasını sağlamada etkili olursa (minimum etkinlik kazanırsa) artık siyasal ve hukuksal otoriteyi yeni yönetime geçiren farklı ve yeni bir temel normun doğup yerleştiği varsayılır.¹⁹

Çağdaş toplumlar ve radikal reformlara ulaşmak isteyen yönetimlerin normlar genelden ve soyuttan, özel ve somuta giden bir hiyerarşi ile sıralanır. Buna göre, Anayasa, Kanun, Kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik olarak yukarıdan aşağı sıralanır. Hiyerarşinin tabanında ise somut ve özel olaylarla ilgili mahkeme kararları ve idari uygulamalar görülür. Bu hiyerarşinin varlığından söz edebilmek için normların yetkili organlarca hukukun birliğine, üstünlüğüne dayanarak çıkarılması gerekir.

Bununla birlikte, istisnai olsa bile, normlar sisteminde varlığı düşünülen hiyerarşinin bozulması, mevcut normların usulüne uygun şekilde yürürlükten kaldırılmadıkları halde uygulanamamaları, kanunlara aykırı yargı kararları verilmesi ve idari tasarruflar yapılması gibi durumlar görülebilir. Hatta özellikle totaliter sistemlerde, anayasanın temel ilkelerinin, anayasaya aykırı şekilde işlemez duruma düşmesi veya düşürülmesi söz konusu olabilir. Bu takdirde temel norma dayalı normlar sistemi görüşünün geçerliliğini yitirdiği ileri sürülmüştür. Ancak yukarıda açıkladığımız durumda, soyuttan ve genelden somuta ve özele giden bir normlar hiyerarşisinden söz etmek belki mümkün olmayabilir. Bu takdirde temel normun varlığını ve geçerliğini tündengelime dayanan bir muhakeme yolu ile değil, fakat tümevarıma dayanarak bir muhakeme ile saptamak seçeneği üzerinde durulabilir.²⁰ Başka bir deyimle, kararlardan, emirlerden, bazı karamame ve tüzüklerden hareket edilerek, yani somuttan soyuta ulaşma amacı göz önünde bulundurularak, toplumda fiilen uygulanan "*temel normun*" içeriği saptanabilir. Bu şekilde kapsamı tespit edilen genel hukuk ilkelerinin minimum

¹⁷ Emini, M. Emin, Hukuk Başlangıcı, 3. Baskı, 1999, s. 82-83.

¹⁸ Keyman Selahattin, Hukuka Giriş ve metodolojisi, Ankara, 1981, s.43. H. Kelsen'e, göre, bir normun oluşumunu bir başka norm düzenlediği için ulusal ve uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşik bir ilişki vardır. Üstün hukuk normu, oluşumunu düzenlediği hukuk normunun kaynağı olmaktadır. Böylece hukuk düzeninde bir kopma ya da kesiklik olmaksızın birbiri üzerine sıralanan kurallar, sonunda temel normda birleşmekte, bu temel norm da kaynak olarak hukuk düzenindeki birliği ve normların bağlayıcılığını sağlamaktadır, Aral, s. 46 ve devam, Teziç, s.120.

¹⁹ Emini, s.82-83.

²⁰ Güriz, s.34.

etkinliğe sahip oldukları ve bu etkinliği korudukları ölçüde “*de facto*” bir temel norm oluşturdukları söylenebilir.²¹

4- Eleştiriler

Kelsen’in hukuk teorisi, özellikle “*temel norm*” varsayımından dolayı şiddetli eleştirilere uğramıştır. Kelsen temel normun hukuk dışı olup bir varsayıma dayandığını savunuyor. Bu nedenle temel normdan kaynaklanan anayasa ve minimum etkinliğe sahip olmak şartıyla ona bağlı hukuk sistemi her türlü siyasi rejim için geçerlidir. Bu şekilde modern diktatorya ve parlamenter demokrasi normlar hiyerarşisi ve geçerliliği açısından eşit derecede olup meşrudur. Bu konu ile ilgili eleştiriler şöyledir: modern diktatorya’da kelimenin gerçek anlamında bir normlar hiyerarşisi bulunduğunu her zaman savunmaya imkan yoktur. Çünkü diktatörlükte, diktatörün iradesi temel normu yaratmakta ve hukuk sisteminde bulunması gereken hiyerarşi çoğu zaman çiğnenmekte veya bir yana bırakılmaktadır. Diktatorya ile yönetilen ülkelerde, mahkemelerin verdikleri kararlar çoğunlukla hukuk dışı olup siyasal iktidarın yararı doğrultusunda eğilmektedir. Kelsen’e yönelen bir diğer eleştiri saf hukuk teorisinden kaynaklıdır. Kelsen saf hukuk teorisi için, adalet kavramını, sosyolojik ve tarihi incelemeleri tamamen hukuk dışı saymıştır. Kelsen, temel normu ilk ve orijinal hukuk yaratma gücü olarak kabul ederek hukuk yaratan organın dışında tutmuştur. Ona göre temel norm, hukuk düşüncesine ait bir varsayımdan kaynaklanıyor.

Yukarıda açıklanan eleştirilere karşı, Kelsen’in cevabı hazır ve teorisinde değişik boyutları ile açıklanmıştır. Bunu şöyle özetlemek mümkün: Kelsen’in hukuk teorisi *nasil olması* sorunu ile değil, *nasil olduğu* sorunu ile ilgilidir. Kelsen, temel normdan oluşan her hukuk sistemini meşru ve geçerli olarak kabul etmiyor. Toplumda minimum etkinliğe sahip olan hukuk sistemini savunarak meşruluğunu ve geçerliliğini uluslararası hukukun benimsenmesine bağlıyor. Başka bir deyişle, hukuk düzenin bir ihtilal veya güç kullanılarak değiştirilmesi (monarşiden cumhuriyete, cumhuriyetten monarşiye) halkın isteğine ve ihtilalin başarısına bağlı olup minimum etkinliği ölçülü olarak varlığını sürdürebilir. Milli hukukta bu etkinlik ve benimseme uluslararası hukuk tarafından da geçerli ve meşru sayılır. Belirtmek gerekir ki, minimum etkinlik olmazsa olmaz asgari ve zorunlu bir koşuldur. Yönetimin rahatlığı ve devamı için doğal ve ideal olanı maksimum veya ona yakın etkinliktir. Saf hukuk teorisi eleştirisine karşı teoride mevcut şu ilkeler savunulabilir: Kelsen’in temel norm varsayımı keyfi değil, toplumun isteğine bağlı, bir bakıma toplumun bütün maddi ve manevi değerlerinden oluşan bir sentezdir. Minimum etkinlik ve başarısı da bu senteze bağlıdır. Tabiatıyla bu senteze bütün sosyolojik ve tarihi değerler ve analizler dahildir.

²¹ Güriz, s.34.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, hukuk normunun niteliği konusunda, Kelsen'in görüşleri hukuk teorisine büyük katkılarda bulunmuştur.²² Onun hukuk normlarının mahkeme kararları ve idari işlemler aracılığı ile genelden özele, soyuttan somuta yönelen bir uygulamaya ulaştığı yolundaki iddiası da hukuk gerçekliğine uygundur. Kelsen'in kamu hukuku ve özel hukuk ayrımını reddetmesinin ve özel hukuk ilişkilerinin kişiler arası nitelik taşıyor görünse bile, kamu hukuku ilişkileri ölçüsünde temel normu yansıttığı görüşünün doğru bir değerlendirme olduğu açıktır. Son olarak çağdaş hukukta Kelsen'in hukuk sisteminin yarattığı kapsamlı etkinin bir benzerini başka bir hukuk teorisinde bulmak mümkün değildir.²³

II. GIORGIO DEL VECCHIO'NUN MANTIKİ ŞEKİL YAKLAŞIMI

1. Genel Olarak

Hukukun genel, objektif ve külli tanımına kavuşmak için, tarihe, dış olaylara ve ampirik temellere başvurmamız boşa çıkmıştır. Şimdiye kadar tarihi gelişmeler, hukuki deneyler, içtihat ve yorumlar hukukun objektif ve külli kavramına ve tanımına ulaşamamıştır.

Kant, yeni Kantçı Okul, Stammler gibi düşünürler hukuk kavramını dış realitenin gözlemlenmesi sonucu olarak değil, deneyden bağımsız (*apriori*) olarak insanın içinde, zihninde yaratıp kullandığı bir kavram olarak değerlendirmektedirler.²⁴ Del Vecchio, ise hukuk kavramını *mantiki şekil* olarak nitelendirmekte ve *ortak, sabit içerikten üstün* bir hukuk kavramının önceden varsayılmasını zorunlu görerek hukukun değişkenliğini ve gelişmesini bu *sabit ve tek* merkeze bağlamaktadır. Ona göre, hukuk kavramı, hukuk gerçeği, hukuk tarihinden, belli olgu ve şartlardan, değişen olaylardan bir *bütün* olarak ortaya çıkmaz. Başka bir deyimle, hukuk tarihi, belli ve özgü koşullar ve olaylar hukuk muhtevası (içeriği) ile ilgili olup, hukuk kavramı ve hukuk gerçeğini tespit etmez. Del Vecchio bu tarihi, değişebilen ve farklı uygulamalardan, yani içeriklerden yola çıkarak *sabit unsur* olan hukuk kavramı, *gerçeğini bir mantiki şekil* olarak tespit etmiştir. Buna göre, hukukun genel ve objektif gerçeğinin varlığı, bizzat hukukun çeşitliliğinden, birbirine uymamasından, hatta birbirine zıtlığından ortaya çıkıyor. Ona göre, "taaddüt" (çokluk, çeşitlilik) "vahdeti" (birliği, teklifi) "istilzam eder" (gerektirir).²⁵ Del Vecchio'ya göre, hukukilik kavramı

22 Güriz, s.354.

23 Güriz, s.354.

24 Yörük, Abdülhak Kemal, Hukuk Felsefesi Dersleri, fasikül 1, İstanbul, 1952, s.56-64, Güriz, s.20-21.

25 Del Vecchio, Giorgio, Hukuk Felsefesi Dersleri, çev: Sahir Erman, İstanbul, 1952, s.262, Detaylı değerlendirme için Bkz. Emin, M.Emin, Hukuk Başlangıcı, 3. Baskı 1999, s.11-14.

(hukuk gerçeği) bir taraftan realiteye uygun olduğu için *objektif*, diğer taraftan içimizde, zihnimize saklı bulunduğu için *sübjektif* bir değere sahip olan mantıki bir şekildir.²⁶ Yani bu kavram aynı neviden bütün olayları kapsadığı için objektif, bütün düşünen insanların içinde, zihninde saklı olduğu ve aynı tarzda kullanıldığı için sübjektif bir değere sahiptir. Del Vecchio mantıki şekil kavramının yani hukukun sabit ve değişmez unsurunun (hukukilik gerçeğinin) dışarıya yönelik bakışlarda değil, Augustinus'un ünlü sözü ile birleştirerek içimizde olduğunu göstermiştir. S. Augustinus'un sözünün özeti şöyledir: "kendi haricine (dışa) bakınarak gitme, kendi içine gir, hakikat insanın içindedir."²⁷

Mantıki şekil kavramını Del Vecchio başka bir anlatımla şöyle açıklamaktadır: "Şurasını tekrar etmek icap eder ki, hukukun umumi ve mantıki bir şeklinin mevcudiyetini bizzat hukukun tehalüfü (birbirine zıt olması, birbirine uymaması) ispat etmektedir. Biz yekdiğerinden (birbirinden) farklı müesseselerin hukuki olduklarını ve bizzatihi hukukun mütehalif (uygun gelmeyen, uymayan, muhalif olan) olduğunu kabul edebiliyorsak, müstakar (istikrar bulan, yerleşmiş) bir hukuk mefhumuna (kavramına) zımnen istinad etmiş oluyoruz (dayanabilmiş oluyoruz) demektir; taaddüt vahdeti istilzam eder (çeşitlilik birliği gerektirir). Muayyen bir istikrara muzaf olmaksızın (istikrara bağlanmazsanız) hukuki bir gelişmeden bahsedemeyiz; bu gelişmenin seyrini takip etmemize, mütevali (birbiri ardınca giden, art arda gelen) hukuki hadiseleri aynı bir zümre halinde toplamamıza imkan verecek bir şeyin bulunması lazımdır. Fakat bu tekçi mefhum sadece şekli bir manayı haizdir; hukuki bir kaide veya mütalaa (inceleme, tetkik) değildir (zira aksi takdirde mahsus bir muhtevaya (içeriye) malik olmak ve artık umumi bir mahiyet (bir şeyin aslı, esası, içyüzü) arz etmemek lazım gelirdi); hatta bir hukuk *ideali*, yani daha mükemmel bir şey sıfatı ile, hukukun tarihi mutaların karşısında yer alan bir adalet tarifi dahi değildir; çünkü böyle bir vaziyette bile hukuk mahsus bir şey olmak, yani kısmi bir muhtevayı haiz bulunmak icap eder. Halbuki bu tekçi mefhum *bütün* hukuki mütalalarda seyyanen (eşit olarak, eşitçe) bulunan, bunların muhtevalarına nisbetle *sabit* kalmak suretiyle, hepsini aynı şekilde ifade eden bir unsurdur. Diğer bir tabirle : mantıki şekil haklı olanla haksız olanı bize söylemez, fakat *haklı ile haksız hakkındaki her hangi bir iddianın ne gibi bir mana taşıdığını söyler*; elhasıl (sonuç olarak) hukukiliğin bir ifadesidir (Kant'ın bazı sözlerini hatırlayarak) mantıki şeklin quid juris? Sualine (sorusuna) değil de, quid jus? sualine cevap verdiğini söylemekle bu mefhumu daha iyi aydınlatabiliriz".²⁸

Özetlemek gerekirse diyebiliriz ki, mantıki şekil, hukuk kavramının külli bir kıymeti ve özüdür. Mantıki şekil, hukuk kuralı ve muhtevası gibi farklı, de-

²⁶ Del Vecchio, s.269, Yörük, s.61.

²⁷ Aktaran, Del Vecchio, s.269.

²⁸ Del Vecchio, s.269-270.

ğişken, geçici ve çeşitli değil, sabit, külli, tek, ve içerikten üstün ve öncedir. Mantıki şekil bütün hukuki incelemelerin içinde olan, onun gerekli hukukilik şartını ve sınırını teşkil eden bir özdür. Hukuki deney şeklin bir uygulanması ve yansımından ibaret olup ona göre bir neticedir. Mantıki şekil aynı zamanda farklı hukuk sistemlerinin sabit merkezini ve kaynağını teşkil edip hukukun gelişmesini de sağlar.

2. Mantıki Şeklin Külliliği Meselesi

Del Vecchio, mantıki şekil (sabit ve tekçi, öz, hukukiliğin külli unsuru) ile içerik (her türlü hukuk incelemesi, tarihsel evreleri ve uygulamalar) arasındaki ilişkiyi şöyle cevaplıyor: “Her mütalaa, hukuki tecrübenin her mutası bu şeklin damgasını taşımaktadır, aksi takdirde hukuki tecrübenin mahsulü olmaz. Bu itibarla mantıki şekil hukukun mümkün olan her türlü tezahüründe (Tezahür=görünme, gözükmeye, meydana çıkma, belirme) bulunur, her bir mutada meknuz (saklı, gizli) bulunan umumi bir unsur olarak tecelli eder; fakat, bu şekle nisbetle, hukuki tecrübenin mümkün olan bütün tezahürleri tesadüfi bir mahiyet arz ederler. O müstakardır; muhteva ise değişebilir”.²⁹

Del Vecchio'nun dile getirdiği gibi mantıki şekil kavramı, hukuki uygulama ve incelemelerden, tarihsel gelişmelerden çıkmaz, elde edilmez. Çünkü incelemeler uygulamalar, tarihsel gelişmeler yani bütün içerik ve değişebilen tetkikler kısmidir, geçici ve tesadüfidir, mantıki şekil ise *sabit ve küllidir*.³⁰ Başka bir deyişle, mantıki şekil, bütün hukuki incelemelerde ve gelişmelerle dahil ve etken olduğu halde, yani *tahakkuk ettirici unsuru teşkil ettiği* halde onlardan *üstün, önce, sabit ve küllidir*. Kısmi içerikler, yani hukukun tarihsel ve mukayeseli incelemeleri bir çok konu ve uygulamalarda önemli roller arz edebilir. Örneğin, hukuk ne zaman, nerede, nasıl meydana gelmiş ve tarihi süreç içinde nasıl zorluklarla karşılaşarak bu güne kadar gelişmeler sağlamıştır. *Fakat “hukuk nedir?”* meselesi bu ampirik çalışmalar ve çabalarla halledilmez. *“Hukuk nedir?”* meselesi, hukukun külliliği ile ilgili olup değişmez ve ebedidir; bunun halli tamamen akli ve zihinsel araştırmalarla mümkündür. Her akli ve zihinsel araştırma *sabitlik, teklik ve küllilik özelliklerini kaybetmeksizin*, ampirik ve hukuki olaylara dahil olup veri sağlar.

Mantıki şeklin değeri ve külliliği konusunda şu örnekler yardımcı ve zihin açıcı yararlar sağlanabilir:

1. Kısmi ihsaslardan külli idrake yükselmek;
2. Hakiki bilgiyi mümkün kılan ve bunun mümeyyiz özelliğini teşkil eden diyalektik vetire;

²⁹ Del Vecchio, s.270.

³⁰ Del Vecchio, s.270.

3. Kanaat hislere, bilgi ise kavramlara, yani havâsımızla hissedilmemekle beraber, yine de en yüksek hakikati teşkil eden küllilere dayanmak;

4. Mutlak bir fikir olarak adalet, her bir ampirik veya pozitif incelemeden çok daha hakikidir.

Külliler meselesi sadece hukuk ve mantığı şekil konusu değildir. Mesele bütün bilgi ve felsefeyi içeren klasik felsefenin konusudur. Özellikle Yunan düşüncesinde önemli bir yer işgal etmiş olup bütün bilgi teorisi buna dayanmıştır. Yukarıda da açıklandığı gibi: Kısmi ihsaslardan külli idrake yükselmek; Sokrates'e göre, hakiki bilgiyi mümkün kılan ve bunun mümeyyiz özelliğini teşkil eden diyalektik vetire; yine Sokrates'e nazaran kanaat hislere, bilgi ise kavramlara bağlıdır.³¹ Bu metodolojik düşünce tarzı Plato tarafından yeniden ele alınmış ve daha geniş ve sistematik bir şekilde açıklanmıştır. Bu konu ile ilgili Del Vecchio, Plato'nun görüşünü şöyle açıklamaktadır: "Plato sırf kabili idrak olan, hislerin değil de, sadece aklın mevzuunu teşkil eden bir şey'iyetler âlemi yani (ideler âlemi) ile, mahsus, kendi tabiriyle olanla olmayanla mürekkep (birleşmiş, birleşik) başka bir âlem arasında bir ayırma yapar. Plato'ya göre ide'nin hakikati mütevali (yüksek olan, müteâliye = transandantalizm = deney üstüçülük) bir âlemde bulunur, mahsus âlem ise bu âlemin sadece noksan bir tasvirinden (resminden) ibarettir. Bizim gördüğümüz ve tuttuğumuz her şey, ideal âlemin bir gölgesi, gayri tam ve nakıs bir aksidir (akis, çarpıp geri dönme). Mesela biz (Küllü olarak) *insan* idesine, mefhumuna malikiz; müşahhas (somut) olarak insanlar, yegan yegan fertler ise görünmeyen, tutulmayan fakat buna rağmen mevcut bulunup da mahsus ve fâni her bir fertten daha hakiki olan bu küllün bir cüz'ünü teşkil ettikleri, bu esas enmüzececin (enmüzece, örnek, numune) bir aksi oldukları için insan ve fertler; Plato bu nazariyeyi bütün mefhumlar âlemi, hatta adalet hakkında da müdafaa ve sadece âdil ve gayri âdil olan şeyleri tespit edip de, Külli adaleti görmeyenlerle alay eder. Mutlak bir fikir olarak adalet, her bir ampirik veya pozitif müşahedededen çok daha hakikidir. Plato, bizâtihi yani Külli bir fikir olarak adaleti bilmeksizin, sadece âdil olan ve olmayan şeyleri öğrenmekle *iktifa* (yetinme, kanma) edenlere lisanımızda sâdikane bir şekilde ifadesi mümkün olmayan bir kelime oyunu ile, filozof adını değil, fakat filodoks yani bilgiyi sevenler değil, kanaati, yani havassın aldatici intibalarını (intiba, izlenim) sevenler adını vermektedir".³²

3. Küllilik Gerçeğine Karşı Olanlar

Küllilik teorisini, Aristoteles kısmen değiştirmiştir. Külli idelerin objektif varlığını kabul etmekle beraber, bunları üstün bir âleme koymuyor; her bir ko-

³¹ Aktaran, Del Vecchio, s.271.

³² Del Vecchio, s.271.

nuda saklı olduğunu ileri sürüyor.³³ Başka bir deyimle, Aristoteles idelerin vücut verdikleri somut olaylardan ayrı oldukları düşüncesine iştirak etmiyor. Küllilerin, Plato'nun savunduğu gibi şeyden önce ve Aristoteles'in savunduğu gibi şeyin içinde (realist ve idealist) yaklaşımları Skolastiklerin zihinlerini hayli yormuş ve doktrinleri arasındaki farkı mübalağa edecek düzeye götürmüşlerdir.³⁴

Plato ve Aristoteles'in yumuşak ayırımına en ciddi biçimde nominalizm doktrini karşı çıkmıştır. Bu doktrinin taraftarları, küllilik gerçeğine doğrudan doğruya cephe almışlar ve kavramların sadece kelime itibarıyla birer varlık olduklarını kabul etmişlerdir.³⁵ Bunlar, kısmi ve somut olayların gerçekte var olduklarını benimseyerek küllilere birer isim olarak somut şeylerden sonra değer vermişlerdir.

Kant, bütün bilgi meselesine ve sonuç olarak külliler meselesine yeni bir anlam kazandırmıştır. Kant, menşe meselesini bilgi meselesinden kesin olarak ayırtmıştır. Yani kavramların doğuşunu tali addederek bir kenara bıraktığı halde, bu kavramların değeri meselesi üzerinde bütün dikkatini yoğunlaştırmıştır.³⁶ Kant, bazı bilgi unsurlarının gerekli ve apriori olduklarını, yani tecrübeden, deneyden meydana gelmediklerini, çünkü bizatihi tecrübeyi mümkün kılan şartlardan ibaret bulduklarını da ispat etmiştir.³⁷ Kant'a göre "mademki tecrübe, mahsus ve geçici mahiyeti dolayısıyla bu unsurları, bu külli ve zaruri mefhumları meydana getirmemektedir, o halde bu mefhumların bizzat kendi içimizde meknuz (saklı) bulduklarını yani apriori olduklarını kabul etmekten başka çıkar yol kalmamaktadır", "zaruri apriori unsurları psikolojik bakımdan diğerlerinden daha önce zuhur eden unsurlar olmayıp mantiki âlemde külli bir kıymet taşıyan ve mümkün olan tecrübenin şart ve hududunu teşkil eden unsurlardır".³⁸

SONUÇ

Hem Hans Kelsen, hem de Giorgio Del Vecchio hukukun ne olması gerektiği değil, hukukun ne olduğu üzerinde durmaktadır. Her iki düşünür hukukun teklifine bir varsayım olarak inanırlar. Başka bir deyimle, Hans Kelsen, en somut olan mahkeme kararından, yönetmelik, tüzük, kanun, Anayasa, temel norm ve uluslararası hukukun soyutluğuna kadar hiyerarşik bağ kurarken, Giorgio Del Vecchio, bütün hukuki olaylar ve tarihsel gelişmeleri sabit ve de-

³³ Aktaran, Del Vecchio, s.272.

³⁴ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

³⁵ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

³⁶ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

³⁷ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

³⁸ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

ğışmez olan mantiki şekle bağlamaktadır. Hem Kelsen, hem Del Vecchio pozitif hukuku değerlendirmezler, yalnızca onun yapısını ortaya koyarlar. Bu yapıyı ortaya koyarken de belli bir toplumun veya belli bir dönemin hukuk düzenini değil, genel ve en soyut olan hukuku incelerler. Hem temel norm, hem mantiki şekil, pozitif bir hukuk kuralı veya bir adalet anlayışı değil, ona tabii olan hukuk kurallarının yürürlük ve hukukilik kaynağını oluştururlar.

Bir hukuk öğrencisi olarak her iki düşünürün görüşlerini hukuk mantığı açısından doğru buluyorum. Bu konuda bütün yapıcı eleştiriler hukuk kavramına, hukuk tanımına ışık tutacaktır. Bu eleştirileri sabır ve saygı ile karşılıyor, bekliyorum.

SOSYAL GÜVENLİK, YEŞİL KART UYGULAMASI VE ÖZELLİŞTİRME

Dr. F. Kerim Anadolu*

I. GENEL OLARAK

Devletimizin ve Cumhuriyetimizin nitelikleri Anayasa m.2’de vurgulanmıştır. Bunlar; çağdaş uygarlık, demokratik cumhuriyet, Atatürk ilkelerine bağlı, laik, karma ekonomi ve konumuzla ilişkisi bakımından eşitlik ve sosyal hukuk devleti ilkeleri olarak sıralanabilir¹.

Bizim konumuzla yakın ilişkisi olan “sosyal hukuk devleti” ise²; sosyal adalet, ekonomik kalkınma ve kamu hukuku içerisinde inceleme konusu yapılan “sosyal güvenlik” kavramlarını kapsamaktadır³.

Sosyal adalet; herkese hakkını vermektir⁴.

Kalkınma; refah seviyesinin yükseltilmesi çalışmalarıdır⁵.

İnceleme konumuz olan sosyal güvenlik ise, “kişinin yarınından diğer bir anlatımla geleceğinden emin olmasını sağlayan önlemlerin alınmasıdır”. Buna

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Öğretim Görevlisi

1 ARSLAN/ATAR/AYAN/KARAHAN/SÜMER/ULUKAPI, Hukuk Bilimine Giriş, Konya 1994, s. 107-113; TUNCA, A. Can, Sosyal Güvenlik Dersleri, 9. Baskı, İstanbul 1999, s. 1 - 53

2 EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1984, s. 62; ARSLAN Süleyman, İdare Hukuku (Ders Notları), Konya 1995, s. 11-21; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 1983, s. 1 vd.; TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, Ankara 1993, s. 336-341; ARSLAN, vd., a.g.e. 132-133; SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, s. 7-11; CİVAN, Turnagil (Çev.) Uluslararası Çalışma İlkeleri, Uluslararası Çalışma Örgütü, Ankara 1983, s. 31-33; HART, H. L. A. The Concept of Law, Oxford 1972, s. 38.

3 GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve Sosyal Güvenlik, Eskişehir 1994, s.401, 591.

4 ARSLAN, Süleyman, s. 11-21.

5 TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s. 336-341.

göre, sosyal güvenlik, gelirleri ne olursa olsun, kişilere belirli sosyal riskler (tehlike) karşısında ekonomik güvence sağlama görevine sahip kurum ve kurumlar topluluğudur. Bireyler, özel ve meslek yaşamı süresince çeşitli mesleki (iş kazası ve meslek hastalığı), fizyolojik (hastalık, analık, sakatlık, ölüm) ve sosyo-ekonomik (işsizlik evlenme, çocuk sahibi olma ve konut ihtiyacı) risklerle karşı karşıya kalabilir. Sosyal güvenlik yukarıda vurgulanan riskler nedeniyle kısmen ya da tamamen çalışamaz duruma düşen ve bu nedenle gelir kaybına uğrayan, muhtaç duruma düşenlere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam sürmelerini sağlayacak ölçüde gelir sağlamayı amaçlar; hastalık ya da sakatlık sebebiyle çalışma gücünü kaybeden kişilere gerekli sağlık yardımlarında bulunur⁶.

Sosyal güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesinde başvurulacak iki temel araç vardır. Bunlar ise; sosyal sigortalar ile, sosyal yardım ve hizmetleridir⁷.

II. SOSYAL GÜVENLİĞİN VASITALARI

Sosyal güvenliğin vasıtaları; sosyal sigortalar, devletçe bakılma, sosyal yardımlardır⁸.

A. Sosyal Sigortalar

Sosyal sigortalar prim esasına dayanır. T.C. Emekli Sandığı, SSK. ve BAĞ-KUR'a ait tabi olanların, sosyal güvenlik kurumlarında uygulama olanağı bulunmaktadır⁹.

Sosyal Sigortalar, en gelişmiş ve yaygın olan sosyal güvenlik tekniğidir. Bir ülke çalışanların karşılaşılabilecekleri riskleri karşılamak amacıyla zorunlu olarak işçi ve işverenlerin katılmasıyla devlet tarafından kurulmuş ve örgütlenmiş bir kurumdur. Sosyal Sigortaların temel finansman aracı, prim olması nedeniyle bu sisteme "Primli Rejim" de denilmektedir¹⁰.

Türkiye'de primli sosyal güvenlik rejimini yürüten üç ana sosyal güvenlik kurumu mevcuttur. Bunlardan ilki, işçilerin sosyal güvenliğini sağlamakla görevli olan Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK), ikinci kamu çalışanı memurların sosyal güvenliğini sağlamakla görevli olan T.C. Emekli Sandığı, sonuncusu ise bağımsız çalışanların sosyal güvenliğini sağlayan Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur)dur. Bunlara ayrıca

⁶ EROĞLU, Hamza, s. 62 vd.

⁷ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve Sosyal Güvenlik, s.401-591.

⁸ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, s.401-591.

⁹ GÜZEL, Ali/OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1982, s. 82.; ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, s. 131-133, TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, 5. Baskı, İstanbul 1992, s. 14, 37, 50, 59-82; BAŞARAN, Ayhan, Sigortalılar İçin Yaşlılık, Malullük, Ölüm Aylığı Klavuzu, İstanbul 1986, s. 1-199.

¹⁰ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü, GEREK, Nuvit, Sosyal Güvenlik, s.401-591.

bazı banka, sigorta şirketi, ticaret ve sanayi odaları çalışanlarına sosyal güvenlik sağlayan sandıkları da eklemek mümkündür¹¹.

Türk hukukunda bir kişinin ancak bir sosyal güvenlik kurumunun kapsamında yer alabileceği kuralı benimsenmiştir. Buna “sosyal güvenlikte teklik esası” denilmektedir¹².

Sosyal Güvenlik Hukuku bir Kamu Hukuku dalıdır. Çünkü, Sosyal Güvenlik Hukuku ile oluşan sigortacılık ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisidir. Sigortacılık ilişkisi yasa gereği oluşur. Sigortalı olma yükümü, sigortalının iradesi dışında emredici nitelikteki hukuk kurallarıyla ortaya çıkar¹³. Sigortalılık ilişkisinde yasadan kaynaklanan işverenin yükümlülükleri de vardır. İşverenin bu yükümlülüklerden kaçınabilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak; sigortalı, işveren ve sigorta kurumu arasında Kamu Hukuku niteliğinde üçlü bir sigorta ilişkisi bulunmaktadır¹⁴.

Yapılan sosyal sigorta ilişkisi sonucunda; iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası, analık sigortası, hastalık sigortası, malullük, sakatlık, yaşlılık sigortası, ölüm sigortası, aile sigortası ve işsizlik sigortası ödemeleri yapılmaktadır¹⁵.

B. Sosyal Yardım ve Hizmetleri

Sosyal yardımlar; toplumun kendi elinde olmayan nedenlerle yoksul ve muhtaç duruma düşen bireyleri ve dar gelirliilerine insanlık onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamak amacıyla yapılan parasal yardımları kapsar¹⁶.

Sosyal hizmetler ise; bir ülkede kendi elinde olmayan nedenlerle, yoksul muhtaç, bedenen veya ruhça sakat duruma düşen bireylere insana yaraşır bir yaşam sürdürecekleri sosyal ortamı yaratma amacı taşır¹⁷.

Sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanabilmek için prim ödeme katkısı aranmaz. Bu nedenle bu rejime “primsiz sosyal güvenlik rejimi” de denir¹⁸.

¹¹ AKINCI/ AKYILMAZ/BALI/BİLİR/DOĞAN/ERCAN/KAYA/SUNAY/USAN/YALMAN/AKSAN, Hukuka Giriş, Konya 2001, s. 239-241.

¹² GÜVEN vd., s. 401-591.

¹³ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat, İdare Hukuku Dersleri, Konya 2001, s. 36-71.

¹⁴ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, Sosyal Güvenlik, s. 401-591.

¹⁵ AKINCI, vd., s.239-242.

¹⁶ SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal İlişkiler, s. 8.

¹⁷ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

¹⁸ AKINCI vd., s. 239-242.

1. Sosyal Yardımlar

Bunlar prim esasına dayanan T.C. Emekli Sandığı, SSK, Bağ-Kur ve yukarıda sayılan diğerleri dışında kalan, karşılıksız yapılan ve ancak bütçe transfer harcamaları yoluyla finanse edilen ödemelerdir.

Her toplumda kendi gücü ve kendi imkanlarıyla, kendisinin ve ailesinin geçimini sağlayamayan veya yeterli ölçüde sağlayamayan insanlar bulunur. Bu kimseler, sosyal güvenlik kurumundan veya kendilerine bakmakla yükümlü, nafaka yükümlü kimselerden herhangi bir destek görmüyor iseler, onlara devlet yardım etmek durumundadır. Bu nedenle sosyal yardım yoksulluğa ve tehlikeye maruz kişilerin devletçe sağlık ve ekonomik bakımdan korunması olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Bu görev, devlet için bir bakıma çatisızların gözetimi ve polisiye bir görevdir. Gözetime konu, yeni fakir kişiler²⁰ şöyle tanımlanmaktadır: Mahalli adetlere göre, kendisinin veya bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerinin geçimini kendi gücü ve imkanlarıyla hiç veya yeterli ölçüde sağlayamayan, diğer yandan MK.na göre, nafakasını sağlamakla yükümlü kimselerce de geçimi sağlanamayan kişi yardıma muhtaçtır²¹.

Yardımlar bir nedene bağlı olmaksızın, hatta kişilerin şahsi kusuru durumunda da sağlanır. Amaç, muhtaç kişilere, insanın onuruna yaraşan bir yaşam düzeyi sağlamaktır. Yardım konusu edimin verilip verilmeyeceğini ve içeriğini bu konuda yetkili bir makam belirler. Bunun için gereksinim sahibinin tüm ekonomik durumu, iş görebilme yeteneği, sağlığı, yaşı, ailevi durumu değerlendirilir²².

Özellikle sosyal güvenliğin bozukluklarının varlığında önem taşıyıp sosyal güvenlikte son istasyon olarak nitelenen sosyal yardımlar gereksinim sahibi kişi bakımından genellikle bir hak olarak nitelenmektedir²³. Buna göre bu ödemeler yardım ve hizmetler, takdire bağlı değilse, hak sayılır²⁴.

Ülkemizde açıklanan nitelikteki sosyal yardımları konu alan yasalara örnek olarak 2022 sayılı, “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Bağlanan Aylıklar Kakkında Yasa”²⁵, 3294 sayılı “Sosyal

¹⁹ TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s. 336-337; SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal Sigortalar, s. 8.

²⁰ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

²¹ DİLİK, Sait, Yöntem, s. 75; SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

²² SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9; TUNOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik, İstanbul 1987, s. 8.

²³ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9, dn. 9.

²⁴ Aksine görüş ise; Hak sayılmadığı yolundaki görüş için ise bkz. TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s.337; SÖZER, Ali Nazmi, s. 9, dn. 5.

²⁵ TUNOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik, 1987, s. 71; TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, s. 51, SÖZER, Ali Nazmi, s. 9.

Yardımlaşma ve Dayanışmaya Teşvik Yasası”²⁶ 3257 sayılı “Sinema, Video ve Müzik Eserleri Yasası”²⁷ gösterilebilir. Bu çerçevede, şehit aile ve yetimlerine yapılan para yardımları, muhtaç asker ailelerine yapılan yardımlar, vatan hizmetinde bulunmuş İstiklal madalyası verilmiş bulunanlara bağlanan şeref aylıkları sosyal yardım niteliğindeki yardımların bazılarıdır²⁸.

2. Sosyal Hizmetler

Sosyal hizmetler ise, muhtaç çocuk ve yaşlılara sağlanan sosyal hizmetler (huzur evleri, çocuk yuvarları), sağlık hizmetleri (örneğin yeşil kart uygulaması), konut edindirme hizmetleri olarak örneklendirilebilir²⁹.

Türkiye’de sosyal hizmetleri yürütme görevi, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna verilmiştir³⁰.

Bizim de tam üye olarak katılmak istediğimiz AB normlarına ve bir Avrupa Birliği ülkesi Federal Almanya’daki uygulamaya göre kişilerin insan onuruna yaraşır düzeyde bir yaşam sürdürülebilmeleri ihtiyacı ve bu bağlamda klasik haklarının yanında ayrıca sosyal gelişim yardımlarına hakları olduğunun sosyal yasayla kabul edilmesi sonrasında sosyal yardım terimi yetersiz kalmıştır³¹.

Bu nedenle sosyal gelişmeyi sağlayan yardımlar olarak nitelenen çocuk parası, mesken parası, öğrenimi teşvik gibi yardımları da içermek üzere daha kapsamlı olan “sosyal telafi” terimi, “sosyal yardım” terimi yerine kullanılır olmuştur.

III. GENEL SAĞLIK SİGORTASI VE YEŞİL KART UYGULAMASI

Yeşil kart, ödeme gücü olmayanların ve sosyal güvenlikten yararlanmasına imkan verecek hiçbir hizmeti bulunmayanların, verilen bir kart ile sağlık giderlerinin karşılanması uygulamasıdır. Bu uygulamadan T.C. vatandaşları yararlanır. Asgari ücretinin 3/4 geçen tutarda geliri olanların ve bu oranları sonradan aşanların yeşil kartları geri alınır.

²⁶ DİLİK, *sait*, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, Çimento İşveren Mart 1987, s. 2, s. 8 vd.

²⁷ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9.

²⁸ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9 vd.

²⁹ ODYAKMAZ, Zehra/SÜMER, Haluk, Hadi/EVREN, Sami/AYTÜR, Arif, Çalışma Yaşamı Sosyal Güvenlik ve Yeşil Kart Uygulaması, Konya 20.4.2002 (Panel)

³⁰ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9 vd.

³¹ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9, dn. 9.

Yeşil kart il ve ilçe idare kurulları verir. Yanlış beyanın yaptırımı, yanlış beyanda bulunarak yeşil kart alanların kendileri veya velilerinden, yapılan sağlık hizmetleri ücretlerinin iki kat cezalı olarak geri alınmasıdır.

Şahsın istemi üzerine form doldurtulur. İlgili makamlarca geliri olmadığı ve sosyal güvenlikten yararlanmadığını anlaşılınca, kaymakam, vali, mal müdüründen ve diğer ilgili kamu görevlilerinden oluşan yetkili makam kararı üzerine yeşil kart istemi kabul veya reddolunur. Bunun için karardan önce, doldurulan forma dayanılarak, bir yandan kuruluşundan veya sosyal güvenlik kurumundan aylık almadığına ilişkin olarak, SSK, Bağ-Kur, Tapu, Banka ve Vergi Dairesi, Muhtarlık, Karakol gibi ilgili görülen idari merciler gibi yerlerden sorularak, yardım ve sosyal güvenlik ve gelir durumu araştırılır. Nüfus kaydı oturan yer dışında ise oraya sorulur.

Yeşil kart uygulamasında prim ödenmez. SSK'da olduğu gibi prim yatırma sorunu yoktur. Ancak ailenin toplam gelir düzeyi 3/4 oranında asgari ücreti geçmeyecektir. Ancak uygulamada, yeşil karta başvuru işleminin, hastaneye başvurulmadan yapılmadığı görülmektedir. Oysa, hastaneye başvurmadan önce yeşil kart çıkarılabilmelidir. Yeni doğan çocuk nüfusta kayıtlı değilse, yeşil karttan yararlanamaz.

2022 sayılı Kanundan yararlananlar, yeşil kart yardımlarından yararlanamamaktadırlar. Hastaneler, yeşil kart fonundan döner sermayelerine gelir sağlamak için, yeşil kart sahipleriyle daha çok ilgilendikleri ve sağlık tedavilerini ve giderlerini üstlendikleri halde, yaşlılık ve muhtaç aylığı olan ve 2022 sayılı Yasaya tabi olanların tedavisiyle ilgilenmedikleri uygulamada görülmektedir. Gerekece olarak, anılan yasaya göre, Muhtaçlık ve Malul aylığı gelirlerinin bulunması ileri sürülmekte ise, bu yoldaki gelirlerle yeşil kart sahibi kişilerin yararlandıkları sağlık yardımları arasında bir uyarlık yoktur. Bunların giderlerinin de, yeşil kart fonundan sağlanmasının, eşitlik, adalet ve sosyal güvenlik ve sosyal devlet ilkelerine uygun olacağı kanısındayız. Bu kişilerin, sağlık giderlerinin, Sağlık Bakanlığınca karşılanmaması durumunun hukuk devleti ilkelerine de uygun olmadığına işaret etmek gerekir³².

Biz burada genel sağlık sigortası ve dolayısıyla prim esasına dayanmayan yardımlardan yeşil kart uygulaması üzerinde duracağız³³.

Uluslararası sermayenin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla, devleti küçültmeyi öngören neo-liberal görüşlerin aksine³⁴ devletimiz Anayasa madde

³² ODYAKMAZ, cd. Panel, Konya 20.4.2002.

³³ ODYAKMAZ, vd. Panel, Konya 20.4.2002; ÇUBUKÇU, Ali, Sosyal Politika ve Sosyal Güvenlik, Ankara 1983, s. 59; İZVEREN, Adil, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968, s. 159; TALAS, Cahit, sosyal Ekonomi, s. 323-341, dn. 1; FISHER, Allan, C. B., Progres Economique et Securite Sociale, Paris 1947, s. 136.

³⁴ İŞIKLI, Alparslan, İş Hukuku, 3. Baskı 1999, s. 1 vd.

2'ye göre sosyal bir hukuk devletidir³⁵. Bunun sonucu olarak, “ekonomik hak ve ödevler” başlığı altında Üçüncü Bölümünde madde 56 ile, sağlık hizmetleri ve çevre korunması düzenleme konusu yapılmıştır³⁶. Buna göre, “Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimini artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kurumlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu özel kesimlerindeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” Bu çerçevede, sağlık sigortası ve bunun uygulanması niteliğindeki yeşil kart deneyimi sosyal güvenlik haklarından birini oluşturur³⁷.

A. Sosyal Güvenlik Hakları

Sosyal güvenlik hakları, Anayasa, madde 60, 61'de düzenlenmiştir. Bunlardan sosyal güvenlik, Anayasa madde 60'ta düzenleme konusu yapılmıştır³⁸. Buna göre herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.”

B. Özel Olarak Korunması Gerekenler

Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler ise, Anayasa madde 61'de düzenleme konusu yapılmıştır.

1. Vatanseverler ve Dul-Yetimleri

“Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle malul gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar.”

2. Sakatlar

“Devlet sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirler alır.”

3. Yaşlılar

Yaşlılar Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.

³⁵ ARSLAN, Süleyman, s. 17-18.

³⁶ SÜZEK, Sarper, İş Hukukunun Genel Esasları, 1994, s. 20 vd.

³⁷ TUNCA, A. Can, Sosyal Güvenlik, 9. Baskı, s. 71 vd.

³⁸ KOCAOĞLU, Mehmet, İş Hukuku Sosyal Güvenlik ve Sosyal Politika, Ankara 1983, s. vd.; Aynı yazar, Askeri Yasalar, Ankara 1989, s. 32-33.

4. Korunmaya Muhtaç Çocuklar

korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için Devlet her türlü önlemleri alır. Bu amaçla gerekli tesisler ve teşkilatlar kurar veya kurdurur.

C. Eşitlik İlkesi ve Yeşil Kart Uygulaması

1. Eşitlik İlkesi

Anayasanın 10 uncu maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemiştir. Buna göre, “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşittir ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.”

2. Eşitlik İlkesine Aykırılığın Yaptırımı

Eşitlik ilkesine aykırılığın yaptırımı³⁹; Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne ilişkin II inci maddesiyle düzenleme konusu yapılmıştır⁴⁰. Buna göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”

Durum böyle iken, sosyal devlet uygulamalarının aksine, prim esasına göre düzenleme yapılan sosyal sigorta ve T. C. Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve diğer benzeri sandık ve kuruluşların sağlık sigortası dışında, prim esasına dayanmayan ve Anayasa madde 56/son fıkrasında düzenleme konusu yapılan yeşil kart sağlık uygulamasında bazı eşitsizliklerin yaratıldığı görülmektedir⁴¹.

Buna göre, yeşil karttan yararlananlar Devlet hastanelerinde tedavi olmakta, buna karşın üst ve bilimsel sağlık kurumu Üniversite hastanelerinde tedavileri, devlet hastanelerince sevkleri mevzuata göre yapılamadığından, yapılmadığı gibi, giderleri de karşılanmamaktadır. Buna ilişkin sağlık yardımları devlet hastaneleri döner sermayesine kullanılabilmekte, üniversite hastanelerine sevkleri uygulamada yapılmadığından bunlar bu yardım fonundan yararlanmamaktadır.

³⁹ ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, 1994, s. 113.

⁴⁰ ATAR, Yavuz, “Anayasa’nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları” (Anayasa m. 11) SÜHFD, C. 2, S. 2, 1989, s. 181-209.

⁴¹ ODYAKMAZ vd. Panel, Konya 20.4.2002; ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, s. 113, 131-132; TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, 5. Baskı, 1992, s.50-59; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza, s. 443; TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik, s. 7; ANADOLU, F. Kerim, Kıdem Tazminatının Koşulları ve İşçinin Kıdeminin Hesaplanması (Doktora Tezi) Ankara 2001, s. 519-525; ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (Doktora Tezi), Ankara 1989, s. 1 vd.; ONAR, Erdal, Meclis Araştırması (Doktora Tezi) Ankara 1976, s. 1 vd.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 7. Baskı, Ankara 1990, s. 1 vd.

Amaç, yeşil kart fonu tedavi ve ilaç parasının Sağlık Bakanlığı Hastaneleri Döner sermayesine aktarılması ve personeline paylaşılmasıdır. İthal ilaçlar yazılmamakta, yerli ilaçlarla ise, hasta bazen şifa bulamamaktadır.

Bu işlem / uygulama ve dayanağı irtibatı objektif ve subjektif tasarruf gibi idari eylemler, Anayasa madde 10, 2, 125, 56/son 2577/İdari Yargılama Usulü K.'nun 2'nci maddesi ile düzenleme konusu olup, yaptırımı vurgulanan eşitlik ilkesine ve TCK. 230 ve 240 maddelerine ve ilgili özel mevzuata aykırı olduğu, kanısındayız⁴².

Türk vatandaşları arasında eşitlik esastır. Kamu hizmetlerinden yararlanmada, sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerinden yararlanmada, para esasına göre ve yardım esasına göre verilen sağlık hizmetleri arasında mali nedenle eşitsizlik ve farklılık Anayasa 2, 56/son göre sağlık sigortası ve sosyal hukuk devleti ilkelere Anayasa 5, 17'ye aykırıdır. Bunun yaptırımı yukarıda da değinildiği üzere, Anayasa madde 10 ve 11 ile düzenleme konusu edilmiştir⁴³.

IV. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ FİNANSMANI VE ÖZELLEŞTİRME

Yeşil kart uygulamasının finansmanı, batık bankalar finansmanı, işsizlik sigortası, iş güvencesi ve kıdem tazminatı gibi Avrupa Birliği normlarına göre devlet güvencesinde olmalıdır. Çünkü, Anayasa madde 2, 56/son maddesine göre, sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için genel sağlık sigortasının uygulanması vurgulanmaktadır.

A. Sağlık Sigortasının Finansmanı

1. Primli Sigortada

Sosyal sigortalarda, sağlık yardımı T.C. Emekli Sandığı, SSK, Bağ-Kur ve benzeri sandıklarda; işveren, devlet, işçi gibi yararlananlarca prim ödeme yoluyla sağlanmaktadır⁴⁴.

2. Primsiz Sigorta ve Yardımlarda

Sosyal yardımlar buna ilişkin yeşil kart uygulamasında devlet katkısı, Anayasa madde 65'e göre sınırlı kalmaktadır. Çünkü, sosyal ve ekonomik hakların sınırını düzenleyen Anayasa madde 65'e göre "Devlet sosyal ve ekonomik

⁴² ODYAKMAZ, vd. Panel, 20.4.2002; ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, s. 113, 131-133; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, 7. Baskı, Ankara 1990, s. 1 vd.; ONAR, Erdal, Meclis Araştırması, Ankara 1976, s. 1 vd.

⁴³ ATAR, Yavuz, Anayasa m.11, SÜHFD, s. 181; ÖDEN, Merih, Eşitlik İlkesi, 1989, s. 1 vd.

⁴⁴ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve sosyal Güvenlik Hukuku, 1994, s. 429-457.

alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” denilmektedir. Bu düzenleme ise, katılmak istediğimiz Avrupa Birliği normlarına ve demokratik hukuk devleti anlayışına ve sosyal hukuk devleti düzenlemesine de aykırı düşmektedir⁴⁵.

B. Özelleştirme ve Genel Sağlık Sigorta Fonu

Özelleştirilen kurumların satışından elde edilen gelirlerin bir kısmının, batık banka zararlarının kapatılmasında olduğu gibi devlet katkısı, işçi ve işveren katkısı ile kurulacak, Genel Sağlık Sigorta Fonuna aktarılmasında yarar vardır. Akla yatkın, en uygun olanı da budur. Çünkü, özelleştirilen bu KİT’ler milletin tasarrufuyla, fedakârlığıyla kurulmuşlardır. Bunların satışından sağlanacak mali kaynaklar, amacına uygun olarak vatandaşların Anayasa, madde 17, 5, 42 göre Temel hak olarak Eğitim hizmetlerine ve Üniversitelere ve Anayasa madde 56, 61, 62’deki düzenlemelere uygun olarak Sosyal Güvenlik ve Yardım hizmetlerinde, haklarında kullanılmasından ve kurulacak Genel Sağlık Sigorta Fonuna aktarılmasından başka akla yatkın bir yol yoktur. Çünkü, özelleştirme satış kaynaklarının katrilyonları bulan banka zararlarının kapatılması kadar, vatandaş yeşil kart giderlerinin karşılanması için kurulacak devlet güvencesindeki genel sağlık sigorta fonuna tıpkı işsizlik sigorta fonu düzenlemesinde olduğu gibi aktarılmasında yarar olduğu kanısındayız. Bu Anayasamızca düzenlenen Sosyal, Laik, Demokratik, Atatürkçü, Hukuk Devleti olmamızın bir gereğidir⁴⁶.

V. SOSYAL GÜVENLİK VE SAĞLIK KURUMLARININ TEK ÇATI ALTINDA BİRLEŞTİRİLMESİ

Genel sağlık sigortası ve sosyal güvenlik kurumlarının tek çatı altında toplanmaları ve enflasyonun etkisinden korunması gereken genel sağlık sigortası fonundan bütün vatandaşların eşit yararlanmaları, sosyal yardım ve sigortalı olanlar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi gerekir⁴⁷.

⁴⁵ ARSLAN vd. Hukuk Bilimine Giriş, s. 429-457, GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer, Zühtü/GEREK, Nuvit, a.g.e., s. 423; ANADOLU, Tez, s. 519-525.

⁴⁶ ARSLAN, Süleyman, s. 11-12; TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s. 332-341; SÜRAL, Ayşe, Nurhan, “Son Gelişmeler Işığında UÇO ve AT Boyutunda Sürekli Çalışma İlişkileri, Ankara 1991.

⁴⁷ NEW HOUSE, Josep, H., The Economics of Medical Care: A Policy Perspective, Reading MA Addison Wesley, co. 1978; CENTEL, Tankut, Sosyal Güvenlikte Yapısal Değişim, İstanbul 1997, s. 129-130; ODYAKMAZ vd. Panel, 20.4.2002; KURTULMUŞ, Sevgi, “Sağlık Ekonomisinin Adale ve Etkinlik Prensipleri Çerçevesinde Hükümetlerin Sağlık Hizmetlerindeki Rolü”, Metin KUTAL’a Armağan, Ankara 1978, s. 685-705; BROWN, Richard, E. “Public Hospitals the Brink Their Problems and Their Option” Jurnal of Health politics polic, And Low Wol.7, No. 4 Winter 1983, s. 927-908; JOHN, Bengt, “Health Economics in the Nordic Countries prospect for the Future” Health Economic prospects for the Future George T. Smith (ed.) London Croom Helm 1987, s. 42-52.

VI. SONUÇ

Milletin malı özelleştirme kaynaklarının genel sağlık sigortasına ve milli eğitime Anayasa, madde 2, 42, 56'ya göre aktarılmasıyla, Avrupa Birliği normlarına uygun, küreselleşme, iktisadilik (productivite), kârlılık (rantabilite) ve kamu yararı sağlanmış olur. Sosyal devlet, refah devletinin ileri aşaması ve eşitlik ilkeleri yakalanmış olup, çağdaş devlet normlarına uygun biçimde vatandaşlarımıza sosyal güvenlik ve bunun sonucu olarak sağlık güvencesi fark gözetilmeden sağlanmış; daha mutlu bir toplum yaratılmış olur. Bu suretle, demokrasi-nin amacı eşitlik ve mutluluk hassas dengesi sağlanarak, yeşil kart sahibi kişilerin de sağlık giderleri prim esasına dayananlarınkı gibi güvenceye kavuşturulur. Bu suretle, buna ilişkin bürokratik engeller de ortadan kaldırılmış olur. Bunun için genel sağlık sigortasının tek çatı altında toplanmasıyla, bu hizmetlerin “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca” üstlenilmesinin yerinde olacağı kanısındayım. Bu yoldaki hizmetler ise, Sağlık Bakanlığı personeline yerine getirilmesi, hastanelerin kurum farkı gözetilmeksizin, bu yolda organize edilmesi amaca uygun bir yol olacağı kanısındayım⁴⁸.

48 TALAS, Cahit, “Türkiye’de Sosyal Devlet Düzeninin Bunalımı” Metin KUTAL’a Armağan, Ankara 1998, s. 641-649; SÖZER, Ali Nazmi, “Sosyal Yardımların Yeniden yapılandırılmasına İlişkin Bir Değerlendirme”, Prof.Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 693-709.

makaleler

ekonomi-maliye

KLASİK DÖNEM OSMANLI MALİYE TEŞKİLATI VE SİSTEMİ

Arş. Gör. Yılmaz YURTSEVEN*

I. GİRİŞ

Bir devletin güçlü bir teşkilat olarak ayakta kalabilmesi için gerekli olan unsurlardan biri de sağlam temeller üzerine oturmuş, iyi bir maliye sistemidir. Osmanlılar kuruluş devrinden itibaren mali teşkilatlanmaya ve yapılanmaya önem vermişler, sağlam esaslar üzerine kurulu bir maliye sistemi geliştirmeye çalışmışlardır. Bu durum, Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi'nde yer alan "*Ve yılda bir kerre Rikab-ı hümayunuma defterdarlarım irad ve masrafım okuyalar*"¹ hükmünden anlaşılmaktadır. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde ilk maliye teşkilatının I. Murad döneminde, Çandarlı Kara Halil ve Karamanlı Rüstem Paşalar tarafından kurulduğu bilinmektedir². Ancak bu teşkilatın, devletin en güçlü dönemine karşılık gelen XVI. yüzyıldaki gibi bir teşkilat olmadığı bir gerçektir. Sınırların genişlemesi üzerine maliye teşkilatında gelişmeler olmuş, buna bağlı olarak ise devletin gelir ve giderleri ile bunların çeşitlerinde artışlar meydana gelmiştir³.

Bu çalışmamızda Osmanlı maliye teşkilatı ve maliye sistemi üzerinde duracağız. Osmanlı maliye sistemi dönemsel olarak farklılıklar taşımaktadır. Bu yüzden çalışma alanımız, "klasik dönem" olarak ifade edilen, devletin kuruluşundan 1839 Tanzimat Fermanı'na kadar olan dönem olacaktır. Dolayısıyla Tanzimat sonrası uygulamalara girmeyeceğiz. Ancak, maliye teşkilatı açısından

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

1 AKGÜNDÜZ Ahmet, Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi, m. 28, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, I. Kitap, İstanbul 1990, s. 325.

2 UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984, s. 319.

3 HALAÇOĞLU Yusuf, XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, Ankara 1996, s. 64-65.

klasik dönemin bir anlamda bitişi anlamına gelen Maliye Nezareti'nin kuruluşuna kısaca değinmeyi uygun gördük. Çalışmada, genel esaslarıyla maliye teşkilatı ve maliye sistemi inceleneceğinden, devletin gelirlerini oluşturan vergiler konusuna girilmeyecektir.

II. KLASİK DÖNEM OSMANLI MALİYE TEŞKİLATI VE İŞLEYİŞİ

Klasik Dönem Osmanlı maliye teşkilatı, Defterdarlıklar, Hazine, Maliye Kalemleri ve Darb-Hane-i Hümayundan oluşmaktadır⁴.

A. DEFTERDAR

Günümüzde maliye bakanına karşılık gelen defterdar, Osmanlı maliye teşkilatının başı olmasının yanısıra siyasi bir makam olarak da önem taşımaktadır. Nitekim defterdar, devletin en üst karar alma organı olan Divan-ı Hümayun'un asli üyesi olma sıfatına da sahiptir⁵.

Osmanlı Devleti'nde "defterdar" deyiminin ilk kez hangi dönemde kullanılmaya başlandığı bilinmemektedir. Daha önceki Müslüman-Türk devletlerinin çoğunluğunda bu görevi "mütevfi" adı verilen yüksek devlet memuru yürütmüş, İlhanlılar ise "mütevfi" yerine "defterdar-ı memalik" deyimini kullanmışlardır⁶. Dolayısıyla, bu müessesenin Osmanlılara İlhanlılar'dan geçtiği, Osmanlıların, İlhanlıların kullandıkları "defterdar-ı memalik" deyimini biraz değiştirerek benimsedikleri ileri sürülmektedir⁷. Bununla birlikte, I. Murad döneminden itibaren, bütçe düzenlenmeye başlandığına ve hazine kavramı bu dönemde oluştuğuna göre defterdar ve defterdarlık deyimlerinin de ilk kez bu sıralarda kullanıldığı tahmin edilebilir⁸. Ancak açık olarak "defterdar" kavramına ilk kez II.

4 TABAKOĞLU Ahmet, "Osmanlı İktisat Sistemi" Osmanlı Ansiklopedisi, c. V, İstanbul 1996, s. 47.

5 MUMCU Ahmet, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ankara 1976, s. 49-50; CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya, 1995, s. 207.

6 CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Konya 1989, c. I, s. 206; ÜÇOK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 203-204; AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, 141-142.

7 KÜTÜKOĞLU Mübahat S., "Osmanlı Maliyesi", Osmanlı Devleti Tarihi, ed. Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul 1999, c. II, s. 513; AYDIN, s. 141.

8 Bu konuda Uzunçarşılı'nın I.Ü. Ktp. Rıza Paşa Kitapları, No. 2438'de bulunan Tevarih-i Âli Osman'dan naklen verdiği bilgiye göre : "...Evvel zamanda padişahlar tamahkar değillerdi; ellerine gireni yiğide verirler, girü hazine virmezlerdi. Hemankim, Hayreddin Paşa kapıya geldi, padişah tamahkar oldu. Padişah olana hazine gerektir dediler... Cendereli (Candarlı) Kara Halil ve Karamani Türk Rüstem, Osmanlılar yanına geldiler, türlü türlü hile ile alemleri doldurdular. Andan evvel defter hesabı bilmezlerdi; defter hesabını anlar te'lif ettiler, akçe yapıp hazine etmek anlardan kaldı..." kaydı, hazinenin ve defter düzenlenmenin bu dönemde başladığını göstermektedir. UZUNÇARŞILI, s. 319.

Murad zamanında rastlanmaktadır⁹. Fatih Kanunnamesi'nde ise defterdar, “*Ve başdefterdar, cümle malımın nazırı olub... Anın izni olmadan bir akçe ne dahil ne haric-i hazine ola... Ve cümle mal defterdarları malımın vekilleridir...*”¹⁰ hükümleriyle padişahın (dolayısıyla devletin) malının mutlak vekili olarak ifade edilmektedir.

Fatih'in Teşkilat Kanunnamesinde başdefterdar ve defterdar deyimlerinin geçmesi, devletin genişlemesiyle bağlantılı olarak sayılarının artırıldığı ve iş bölümüne gidildiğini göstermektedir¹¹. Nitekim, devletin kuruluş dönemlerinde bir defterdar varken, daha sonra yeni yerlerin fethedilmesi ve doğan ihtiyaçlara bağlı olarak sayıları artırılmıştır. Bunlar, II. Bayezid dönemine kadar, Rumeli'de hazineye ait işlere bakan Rumeli defterdarı veya başdefterdar ile Anadolu'nun mali işlerine bakan Anadolu defterdarı olmak üzere iki tanedir¹². Fatih Kanunnamesinde mal defterdarı ve başdefterdar tabirlerinin geçmesi, bu şekildeki ayırımın Fatih'ten önce de var olduğu ihtimalini kuvvetlendirmektedir¹³. Yine aynı kanunnameye hükme bağlandığına göre, defterdar olabileceklerin payeleri de şöyle belirtilmiştir: “*Ve mal defterdarları başdefterdar olmak yollarıdır. Ve defterdarlığa üç payeden çıkalar: Evvela defter emini ve şehremini defterdar olmak kanunumdur. Ve üçyüz akçe kadı dahi defterdar olmak kanunumdur. Ve üçyüz akçe kadı dahi, beşyüz akçe kadı mertebesindedir. Ve hala üçyüz akçe kadı bir kimesne vardır. Üçyüze vardıktan sonra mal defterdarı olmak kanunumdur. Ve reisülküttab dahi riayet olunursa defterdar olmak kanunumdur*”¹⁴.

Osmanlı Devleti'nde erken dönemlerden itibaren bir defterdar bulunduğunu yukarıda ifade etmiştik. Ancak ülkenin genişlemesi ve yeni ihtiyaçların ortaya çıkması, defterdar sayısında artışa gidilmesini kaçınılmaz kılmıştır. Rumeli'de devlete ait mali işlere bakan kimseye Rumeli defterdarı (şikk-ı evvel veya başdefterdar) denilmiştir¹⁵. Başdefterdardan sonra Anadolu'nun mali işlerini görmek üzere Anadolu defterdarlığı kurulmuş, bu yapı Kanuni döneminde de aynen korunmuştur¹⁶. Yavuz Sultan Selim'in Doğu Anadolu ve Suriye'yi almasından sonra, bu bölgelerin mali işlerine bakmak üzere bir defterdarlık daha kurulması gerekmiştir. Halep'te oturan bu defterdarın ardından, XVI. Yüzyıl

⁹ HALAÇOĞLU, s. 72.

¹⁰ AKGÜNDÜZ, m. 19, s. 322.

¹¹ KÜTÜKOĞLU, s. 513; HALAÇOĞLU, s. 72.

¹² HALAÇOĞLU, s. 17.

¹³ “*Ve başdefterdar cümle malımın nazırı olup... Ve cümle mal defterdarları malımın vekilleridir...*”. Fatih 'in Teşkilat Kanunnamesi, m. 19. AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, I. Kitap, s. 322.

¹⁴ Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi, m. 22. AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, I. Kitap, s. 322.

¹⁵ CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 206; KÜTÜKOĞLU, s. 514; HALAÇOĞLU, s. 73.

¹⁶ HALAÇOĞLU, s. 73.

ortalarında Rumeli ve Anadolu defterdarlıklarına ait kıyılar ayrılarak, İstanbul mukataaları¹⁷ ile birlikte, “şikk-ı sani” ünvanı ile bir defterdarlık daha teşkil edilmiştir. Böylece, derece sırasıyla, başdefterdar (şikk-ı evvel veya Rumeli defterdarı), Anadolu defterdarı ve şikk-ı sani defterdarı isimleriyle merkezde üç bağımsız defterdarlık oluşturulmuştur. Yine XVI. Yüzyılın sonlarına doğru, III. Mehmed zamanında Tuna sahillerindeki haslar için senelik 120 000 akçe maaşlı “şikk-ı salis” ismi verilen dördüncü bir defterdarlık kurulmuş ise de daha sonra ortadan kaldırılmıştır¹⁸.

XVIII. yüzyılın başlarından itibaren Rumeli defterdarına şikk-ı evvel, Anadolu defterdarına şikk-ı sani ve üçüncü defterdara da şikk-ı salis ismi verilmiştir¹⁹.

Merkezdeki üç defterdarlıktan ayrı olarak, eyaletlerde de maliye defterdarlıkları bulunmaktaydı. Bu defterdarlıklara “kenar defterdarlığı” da denilirdi. XVII. Yüzyıla kadar kurulan kenar defterdarlıkları şunlardır: Yavuz Sultan Selim’in, Doğu Anadolu ve Suriye’yi fethi üzerine Halep’te kurulan Arap ve Acem Defterdarlığı II. Selim döneminde beş defterdarlığa ayrılmıştır. Bunlar, Halep, Diyarbakır, Erzurum, Şam ve Trablusşam defterdarlıklarıdır. Yine, III. Murad devrinde (1574) Anadolu defterdarlığından iki kenar defterdarlığı meydana getirilmiş, bunlar Karaman ve Sivas defterdarlıkları olmuştur. Daha sonraları diğer eyaletlerde de kenar defterdarlıkları oluşturulmuştur²⁰.

Osmanlı maliye teşkilatının başı olan başdefterdar, sadrazama karşı sorumlu olmuştur. XVI. Yüzyıldan sonra, diğer defterdarların önemleri azalırken, başdefterdarınki artmıştır. Daha önceki devirlerde maliyeden yazılan ferman ve beratların arkasına her üç defterdar tarafından imza konurken, XVIII. Yüzyılda bu hak sadece başdefterdara tanınmıştır. Yıllık bütçenin yapılması, bütçenin ve ulufe telhislerinin²¹ padişaha sunulması başdefterdarın görevlerindedir²².

17 Arazisi vakıf ve üzerindeki bina ve ağaçlar mülk olan akarda, mutasarrıfı tarafından her yıl vakfa verilmek üzere belirlenen kira bedeline mukataa; mukataaya bağlanan vakıflara da mukataalı vakıflar denir. AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Ankara 1988, s. 391; ÖZTÜRK Nazif, Menşei ve Tarihi Gelişimi Açısından Vakıflar, Ankara 1983, s. 106.

18 UZUNÇARŞILI, s. 328; KÜTÜKOĞLU, s. 514; HALAÇOĞLU, s. 73.

19 HALAÇOĞLU, s. 74.

20 PAKALIN M. Zeki, “Defterdar”, Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, c. I, İstanbul 1971, s. 411-418; BÜLBÜL Zekeriya, Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi, Ankara 2000, s. 188.

21 Telhis, Osmanlı resmi yazışma sisteminde, devlet yönetimine ilişkin en ayrıntılı meselelerin sadrazam tarafından padişaha anahatları ile özetlenerek arz edildiği belgelere denir. AKYILMAZ Gül, “Bir Telhis Örneği”, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, c. VI, sy. I-II, Konya 1998, s. 99-111.

22 KÜTÜKOĞLU, s. 514.

Başdefterdarın icraat ve tahsilatta, maiyetinde beş memuru bulunmaktaydı. Bunlardan birincisi, “baş-bâkikulu” adı verilen ve devlet gelirlerinin tahsilinde yetkili olan birinci tahsil memurudur. Baş-bâkikulunun defterdarlıkta bir dairesi olup, “bâkikulu” adıyla, altmış kadar mübaşiri vardı. Bunlar, hazineye borcu olupta ödemeyenleri takip eder, hapis veya tehdit yoluyla tahsilat yaparlardı. Bu yüzden, maliyeye borcu olanlar, baş-bâkikulu hapishanesinde tutulurlardı. Borçlular, bakaya defterlerine kaydedilirlerdi²³.

Maliyenin ikinci icra memuru, Cizye baş-bâkikulu idi. Bu memur, cizye²⁴ borcu olanları takip eder ve iltizama verilen cizyelerin mültezimlerinden borcunu yatırmamış olanları da tespit ederdi. Defterdarın üçüncü memuru, tahsilat ve te'diyata nezaret eden “veznedarbaşı”dır. Veznedarbaşının emrinde dört veznedar bulunmakta olup, görevleri, paranın ayarını muayene etmek, altın ve gümüşleri tartmaktır. Başdefterdarın emri altındaki memurların dördüncüsü “sergi nazırı”, sonuncusu ise “sergi halifesi olup, her ikisi de hazine işlemlerinin defterini tutardı²⁵.

Defterdarın, devletin tüm mali işlerinin başı olması, kendisinde bazı önemli özelliklerin bulunmasını gerektiriyordu. Genellikle defterdar olacak kimselerde birtakım ahlâkî vasıflar aranmıştır. Dolayısıyla bir defterdar, ağır başlı, haysiyet ve vakar sahibi, rüşvetten uzak duran, tedbirli bir insan olmalı, kalem işlerinden anlamalı, hazinenin gelirlerini artırmaya çalışmalıydı. Öte yandan defterdarın görevini gereğince yerine getirebilmesi için bazı güvenceler de getirilmiştir. Bunlar, defterdara görevi ile ilgili olarak tam yetki verilmesi, sık sık defterdar değiştirme gibi yollara başvurulmamasıdır²⁶.

Klasik dönem Osmanlı bürokrasisinin en önemli görevlilerinden birisi olan defterdar, mali konularda tam yetkili olup, devletin mali vekilidir. Dolayısıyla defterdar mali işlerde vezir-i azamın bile önünde kabul edilir, vezir-i azam mali işlerde sadece denetleme görevini haizdir²⁷. Ayrıca mali yargının da başı olan defterdar, mali konularda özel divan kurar, mali davaları dinler ve gerekirse padişah adına ve onun tuğrası ile hüküm verirdi²⁸. Görülüyor ki defterdar, Osmanlı devlet teşkilatı içerisinde oldukça yüksek siyasi, idari ve yargısal yetkilerle donatılmış çok önemli bir devlet görevlisidir.

23 HALAÇOĞLU, s. 74.

24 Cizye, gayrimüslim Osmanlı vatandaşları olan, 14-75 yaşları arasındaki “zimmi”lerin, hasta, sakat ve işsiz olmamak kaydıyla devlete ödemek zorunda oldukları Şer'i bir vergidir. ERCAN Yavuz, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, Ankara 2001, s. 250.

25 HALAÇOĞLU, s. 74.

26 KÜTÜKOĞLU, s. 515.

27 CİN/AKYILMAZ, s. 207-208.

28 CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 206.

B. HAZİNE

1. Tek Hazineli Dönem

XVIII. Yüzyılın son çeyreğine kadar Osmanlıların, biri devlet gelirlerinin toplandığı ve masrafların yapıldığı Dış Hazine, Hazine-i Amire, Maliye Hazinesi, Divan-ı Hümayun Hazinesi, Birun Hazinesi, Taşra Hazinesi gibi adlarla anılan esas; diğeri, İç Hazine, Enderun Hazinesi veya Hazine-i Hassa aslarıyla anılan yedek olmak üzere iki hazinesi vardı. Ancak Enderun Hazinesi yedek hazine durumunda olduğu için bu dönemi tek hazineli dönem olarak kabul etmek daha doğru olacaktır²⁹.

a. Dış Hazine (Hazine-i Amire)

Bu hazine, devletin tahsil ettiği şer'i ve örfi vergilerden meydana gelmiştir. Maliye hazinesi, sarayın içinde Bab-ı Hümayundan girince sağ tarafta bulunurdu. Zamanla, buradan Divan-ı Hümayun'un yanına taşınmıştır. Hazine, Divan-ı Hümayun toplantılarında açılır, toplantıdan sonra sadrazam tarafından mühür-ü hümayun ile mühürlenirdi. Dış hazine, defterdarın sorumluluğu ve sadrazamın nezareti altındaydı³⁰.

Hazineye girecek gelirler, veznedarlar, ruznamçeciler, sergi nazırı, sergi katibi ve çadır mehterbaşları huzurunda, veznedarbaşı tarafından teslim alınır. Bu arada gelir ve masraflar, sergi katibince sergi pusulalarına yazılır, teslimatı yapan kişiye de ruznamçeden pusulası verilir. Akşam üstü, günlük gelir ve giderlerin muhasebesi yapılır, veznedarbaşının elinde kalan miktar pusulalarla karşılaştırılarak kontrol edilir ve cari masraflar için veznedarbaşında 4-5 kese bırakılıp, kalanı hazineye konulup, mühürlenirdi³¹.

Dış hazineden ödeme yapılması bir usule bağlıydı. Çıkacak para nereye ödenecekse, defterdarın imzasıyla sadrazama arz olunur ve sadrazam tarafından mutlaka "pençe" adı verilen buyruldu yazılırdı. Buyrulunun üzerine yine sadrazam tarafından "sahh"³² işareti konulduktan sonra sergi halifesi olan veznedar tarafından para ödenirdi. Bu işlemlerden birinin eksikliği halinde ödeme gerçekleşmezdi. Hatta bunlara ilave olarak XVIII. Yüzyılda ödemenin hangi gelirden yapılacağıının belirtilmesine de başlanmıştı³³.

²⁹ KÜTÜKOĞLU, s. 523.

³⁰ TABAKOĞLU, c. V, s. 7-195; MUMCU, s. 111, BÜLBÜL, s. 189.

³¹ KÜTÜKOĞLU, s. 524.

³² "Sahh" resmi yazışmalarda yetkili kimsenin evrak üzerine koymuş olduğu "doğrudur, yanlışsıdır" anlamına gelen bir çeşit paraftır. DEVELLİOĞLU Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 1998, s. 911.

³³ KÜTÜKOĞLU, s. 524; BÜLBÜL, s. 189-190.

b. İç Hazine

Buna saray hazinesi, veya Enderun hazinesi de denirdi. İç hazine, ak hadım ağalarından hazine vekili adı verilen bir görevlinin sorumluluğu altındaydı. Her yıl sonunda dış hazinede kalan fazla meblağ, iç hazineye dahil edilirdi. Zaman zaman dış hazine de ödeme güçlükleri çekildiğinde vezir-i azamın arzı ile iç hazineden ödünç para alınırdı. Bu para, iki kazaskerin huzurunda (Anadolu ve Rumeli Kazaskerleri) vezir-i azam ve başdeftardar tarafından mühürlenmiş senet karşılığında çıkartılırdı³⁴.

İç hazineden dış hazineye aktarılan bu borçların çoğu zaman ödenmediği görülmektedir. Bunun nedeni sürekli uzayan savaşların maliyetinin dış hazinede oluşturduğu eksilmelerdir. Dolayısıyla dış hazinedeki boşalma iç hazineye de yansımış, XVIII. Yüzyıla gelindiğinde iç hazine de boşalmıştır³⁵.

İç hazine, padişahın özel hazinesi olup, gelirleri şu kalemlerden oluşmaktaydı³⁶:

- a) Her ay Divan-ı Hümayun'dan verilen 50 000 kâmil akçe,
- b) Padişah haslarıyla malikanelerin gelirleri,
- c) Haremeyn (Mekke-Medine) evkafı gelir fazlası,
- d) İstanbul ve Edirne bostancıbaşlarının has bahçeler mahsulatından topladıkları hasılat,
- e) Darphane faizleri,
- f) Muhallefat ve müsadere gelirleri,
- g) Mısır irsaliyesi,
- h) Eflak ve Boğdan voyvodalıklarının gelirleri.

Bu gelirlerin harcandığı başlıca yerler ise şunlardır: Mekke ve Medine'ye her yıl "surre" adıyla gönderilen para ve hediyeler, fitreler, çeşitli nedenlerle verilen ihsan, sadaka ve bahşişler, harem aylıkları, özellikle yabancı devlet hükümdarlarına başta olmak üzere verilen hediyeler³⁷.

³⁴ BÜLBÜL, s. 189; KÜTÜKOĞLU, s. 526.

³⁵ BÜLBÜL, s. 189.

³⁶ KÜTÜKOĞLU, s. 525.

³⁷ KÜTÜKOĞLU, s. 525.

2. Çok Hazineli Dönem

a. Darphanenin Yedek Hazine Vazifesi Görmesi

Bu dönem, tek hazineli dönemden çok hazineli döneme geçiş sürecini oluşturmuştur.

XVIII. Yüzyılın ikinci yarısında Darphanenin yapısında bazı değişiklikler meydana gelmiş ve Darphane, Hazine-i Amire'nin (dış hazine) yedeği olma işlevini üstlenmiştir. Bu dönemde Haremeyn mukataalarının yönetiminin bozulması bunların malikane sistemi içerisine alınmasına neden olmuş ve 1758'den itibaren satış, iltizam gibi işlemlerin defterdara verilmesinden sonra bu mukataalar Darphanece yönetilmeye başlanmışlardır. Ancak bunların sadece muaccele adı verilen satış bedelleri Darphane hazinesine girmiş, her yıl "mal" adıyla ödenecek meblağlar ise vakıfların gerekli masrafları için, Haremeyn hazinesine bırakılmıştır³⁸.

b. İrad-ı Cedid Hazinesi

Bu hazine, III. Selim döneminde mali politikalarda yapılan değişikliklerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. İrad-ı Cedid hazinesinin kuruluş amacı, yeni kurulan Nizam-ı Cedid ordusunun ve genel olarak savunma harcamalarının karşılanması olmuştur. 1793'de kurulan ve III. Selim'in tahttan indirilip öldürülmesi ile ortadan kaldırılan bu hazinenin gelirlerinin bazıları şu kalemlerden oluşmaktaydı: Dış hazinece idare olunan bazı miri arazilerle³⁹, Darphanece idare edilen Haremeyn mukataaları ve tımarlardan elde edilen gelirler ve humbaracı tımarlarından elde edilen gelirler⁴⁰.

c. Zahire Hazinesi

Bu hazine yine III. Selim döneminde 1793 yılında Zahire Nezareti'nin kurulmasıyla oluşturulmuştur. Bu dönemde hesapların görülmesi ve paranın işletilmesi Hazine-i Amire (dış hazine)'ye ait olmak üzere, zahire alımları için, Darphaneden "zahire sermayesi" adıyla bir fon ayrılmış ve bu fon zahire hazinesine dönüştürülmüştür. Zahire hazinesi de III. Selim'in öldürülmesi ile İrad-ı Cedid hazinesiyle aynı kaderi paylaşmış ve ortadan kaldırılmıştır⁴¹.

³⁸ KÜTÜKOĞLU, s. 526.

³⁹ Miri arazi, rakabesi (çıplak mülkiyeti) devlete tasarruf hakkı süresiz olarak reayaya (köylüye) devredilmiş olan arazidir. CİN Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, s. 49; AYDIN, s. 383.

⁴⁰ KÜTÜKOĞLU, s. 527; BÜLBÜL, s. 190.

⁴¹ KÜTÜKOĞLU, s. 527-528.

d. Tersane-i Amire Hazinesi

1793'ten önce tersane masrafları Hazine-i Amire'den karşılanırken, İrad-ı Cedid'in kurulmasından sonra bu hazineye devredilmiştir. Ancak zamanla artan tersane masraflarının bu şekilde karşılanamaması, yeni bir yapılanmaya ihtiyaç göstermiş ve 1805'te Tersane Hazinesi kurulmuştur. Hazinenin gelirlerini, bazı vakıf mukataalarının mallarına yapılan zamlarla, artırılan ipek mizan resmi, başlıca giderlerini ise gemi yapım ve onarımı ile tersane personel harcamaları oluşturmuştur. Bir süre istikrarlı bir dönem sergileyen Tersane Hazinesi, 1822'den sonra zayıflamış ve Mansure Hazinesi'nin kurulmasıyla buraya bağlanmıştır⁴².

e. Mansure (Mukataat Hazinesi)

II. Mahmud döneminde Yeniçeği Ocağı'nın kaldırılmasından sonra kurulan Asakir-i Mansure-i Muhammediye ordusunun artan masraflarının karşılanması için 1827 yılında oluşturulan hazinedir⁴³.

Tanzimat Dönemi ile birlikte, devlet yapısındaki değişikliklere paralel olarak hazinede de değişikliğe gidilmiş ve tekrar tek hazineli maliye sistemi benimsenmiştir. Bu dönemde Maliye Nezaretinin kurulmasıyla Maliye Hazinesi oluşturulmuştur.

C. MALİYE BÜROKRASİSİ

Osmanlı maliye teşkilatı, gelirlerin toplandığı ve masrafların yapıldığı çeşitli kalemlerden oluşmaktaydı. Osmanlı maliyesinin işlerini yapan dairelere kalem adı verilirdi. Maliye teşkilatındaki kalemlerin sayısı zaman içinde değişiklikler göstermiştir. Bu kalemlerden bir kısmı hazineye, diğerleri de defterdara bağlı olmuştur. Biz burada en önemlilerini incelemeye çalışacağız.

1. Hazineye Bağlı Kalemler

a. Büyük Ruznamçe ve Küçük Ruznamçe (Ruznamçe-i Evvel ve Ruznamçe-i Sani) Kalemleri

Hazine kalemlerinden Büyük Ruznamçe (Ruznamçe-i Evvel), gelir ve giderlerin günlük olarak kayıtlarının tutulduğu kalemdir. Diğer kalemlerde hazırlanan ve "tahvil" adı verilen tezkireler her gün buraya gönderilerek defterlere işlenir ve her akşam düzenli olarak kontrolleri yapılırdı⁴⁴.

⁴² TABAKOĞLU, s. 57; KÜTÜKOĞLU, s. 528-529.

⁴³ KÜTÜKOĞLU, s. 530; TABAKOĞLU, s. 529-530.

⁴⁴ KÜTÜKOĞLU, s. 516; HALAÇOĞLU, s. 79; BÜLBÜL, s. 191.

Küçük Ruznamçe (Ruznamçe-i Sani) kalemi ise saray ve divan memuru statüsünde olan görevlilerin maaş işlerini düzenler ve denetlerdi⁴⁵.

b. Rumeli Muhasebesi (Muhasebe-i Evvel, Başmuhasebe) Kalemi

Bu kalem, İstanbul ve Rumeli’de olan padişah ve vezir evkafı mütevellilerinin hesaplarını ve cizye defterlerini inceleyip kaydeder, bunları daha önceki hesaplarla karşılaştırarak, gerekli kayıtları yaptıktan sonra Büyük Ruznamçe Kalemi’ne gönderirdi. Kalemın muhasebecisine Rumeli Muhasebecisi denirdi⁴⁶.

1691’de yapılan vergi reformundan önce Muhasebe-i Evvel kalemi, bütün gelir ve giderlerin kontrol mercii olmuştur. Bu kalem aynı zamanda diğer kalemlerin de idaresinden sorumluydu. 1691’den sonra ise zimmilerin ödediği cizye vergilerinin tezkirelerinin hazırlanışı ve bu vergilerin toplanması ile uğraşan cizye muhasebesi en büyük gelir kalemi olarak ortaya çıkmıştır⁴⁷.

c. Anadolu Muhasebesi Kalemi

Anadolu’da padişah ve vezirlere ait olan vakıf hesaplarını inceleme görevi bu kaleme yüklenmiştir. Kalem, tımar tezkerelerini araştırmış, Erzurum dışındaki diğer Anadolu kalelerinin maaş ve beratlarını düzenlemiştir. Kalemın şefine Anadolu muhasebecisi denmiştir⁴⁸.

d. Mukabele Kalemi

Bu dairede kapıkulu askerleri gibi ulufe alan bazı grupların maaş defterleri hazırlanırdı. Bu defterler, hazinedeki esas defterle karşılaştırılır ve ulufe miktarı tespit edilirdi. Mukabele kalemi tarafından hazırlanan defterlerin bir örnekleri Ruznamçe kalemına gönderilirdi. Kalemın en üst yöneticisine “mukabelecisi” adı verilirdi⁴⁹. Sonraki dönemlerde bu kalem, piyade, süvari, sipahi ve silahtar mukabele kalemlerine ayrılmıştır⁵⁰.

2. Defterdarlara Bağlı Kalemler

a. Mukataa Kalemleri

Bunlar, Mukataa-i Evvel, Mukataa-i Sani ve Mukataa-i Salis olmak üzere üç daireden oluşmaktaydı. Başdefterdara bağlı olan kalemlerden Mukataa-i Evvel (başmukataa) kalemi, özellikle Rumeli’deki bazı mukataaların gelirlerini ve

45 TABAKOĞLU, s. 56-57.

46 HALAÇOĞLU, s. 79-80.

47 TABAKOĞLU, s. 49-50; KÜTÜKOĞLU, s. 516.

48 HALAÇOĞLU, s. 80; BÜLBÜL, s. 191.

49 KÜTÜKOĞLU, s. 516; HALAÇOĞLU, s. 80.

50 KÜTÜKOĞLU, s. 516.

bu arada bazı görev, has ve salyane tahsislerini denetleyen bir kalemdi⁵¹. Ayrıca, İmparatorluk sınırları içindeki mukataalara ait emirler, kararlar ve konulan nizamların kayıtları, mukataa mütezimlerinin mühürleri de bu kalemda saklanırdı. Bunlara ilave olarak, devlete ait koruların yönetim işleri de bu kalemece yürütülmekteydi. Yine, Rumeli defterinde kayıtlı eminlerin, hizmet sahiplerinin beratları, hükümleri ve tezkereleri bu kalemdaki ahkam katipleri tarafından yazılırdı⁵².

Mukataa kalemlerinin ikincisi olan Mukataa-i Sani kalemi ise madenlere ait işleri yürütürdü⁵³. Ayrıca, İstanbul gümrüğü gibi büyük gümrük mukataalarını, Rumeli kıptilerinin cizye ve ispençe vergilerini, tütün, kahve ve üzümünden alınan resimleri ve çeşitli madenlerin gelirlerini de denetlerdi⁵⁴.

Defterdarlara bağlı mukataa kalemlerinden üçüncüsü olan Mukataa-i Salis kalemi ise Gelibolu, Çirmen, Erez, Tırhala, İnebahtı, İşkodra ve Berat mukataalarıyla ilgili berat ve hükümleri düzenler ve tashihten geçirirdi⁵⁵

b. Mevkufat Kalemleri

Bu kalemler, kendi bölgeleri içindeki beytülmal, yave ve tımarlardan mevkuf olanlara bakmak, avarız hanesine göre toplanacak miri zahirenin tertibini yapmak gibi işlere bakardı. Ayrıca, miri topraklardan İstanbul'a nakledilecek zahirenin nakil ücreti kayıtlarını tutmak, ömür boyu iltizama verilen çiftliklerden alınan % 10 kalemiye resmini toplamak da görevleri arasındaydı⁵⁶.

c. Tezkireci-i Ahkam Kalemleri

Bu kalemlerin her biri, bağlı oldukları defterdarların idaresinde bulunan yerlerdeki miri ahkam, şikayet, tuzcu, çeltikçi ve şahincilerin tımar tezkireleri ile beratlarını hazırlarlardı⁵⁷.

d. Tarihçi Kalemi

Tarihçi kaleminin asıl görevi, maliyeden çıkan evraka tarih atmaktır. Bununla birlikte, mukataa, cizye, avarız gibi gelirlerden yapılacak havalelerin

51 TABAKOĞLU, s. 51.

52 HALAÇOĞLU, s. 80.

53 HALAÇOĞLU, s. 80-81.

54 TABAKOĞLU, s. 51.

55 HALAÇOĞLU, s. 81.

56 KÜTÜKOĞLU, s. 518; TABAKOĞLU, s. 51.

57 KÜTÜKOĞLU, s. 518.

sebeb-i tahrir hükümlerini de hazırlardı. Bu kalemde çalışan görevlilerin gelirleri de bu hükümlerden alınan harçlardan sağlanırdı⁵⁸.

Bütün bu kalemlerin yanında Tezkireci, Tezkireci-i Ahkam-ı Rumeli, Varidatçı, Kıla Tezkirecisi, Mevcudatçı, Divitdar gibi defterdarlıklara bağlı başka kalemlerde bulunmaktaydı⁵⁹. Ayrıca, mali suçlara ilişkin davaların görülmesi için bir maliye mahkemesi de kurulmuştur. Bu mahkemede iddia makamı olan “başbakıkulu”, aynı zamanda maliyenin alacaklarının takibi ile de sorumluydu. Başbakıkulu bu görevini, emrindeki bakıkulları aracılığıyla yerine getirmiştir⁶⁰.

D. DARPANE-İ HÜMAYUN

Osmanlı Devleti’nde para, İstanbul’da Topkapı Sarayı içerisinde bulunan Darphane-i Hümayun’da basılırdı. Tanzimat’tan önce kağıt banknot kullanılmamıştır. Hatta II. Meşrutiyet’ten önce (1908), bile kağıt para bir tahvil gibi işlem görmüş, dolayısıyla pek fazla kullanılmamıştır⁶¹.

Devlet, bakır, gümüş ve altın gibi üç kıymetli madenden olmak üzere üç çeşit “sikke” basardı. Bunların arasında tedavül edeni, “akçe” adı verilen gümüş sikkeler olmuştur. Buna karşılık bakır ve altın paraların tedavül oranı daha azdı. İstanbul’daki Darphane-i Hümayun dışında, başka birçok taşra şehirlerinde de sikke basılmıştır⁶².

III. MALİYE NEZARETİNİN KURULMASI

II. Mahmud döneminde yapılan yeniden yapılanma çalışmalarında, maliye teşkilatı üzerinde de birtakım düzenlemelere gidilmiştir. Bunların başlıcaları, başdefterdarlığın idaresinde olmak üzere Hazine-i Amire ve ayrı bir defterdarlık idaresinde Asakir-i Mansure masraflarına karşılık Mansure hazinesi ve bir nazır idaresinde Darphane hazinesi olarak dış hazinenin üç ayrı gruba ayrılmasıdır⁶³.

Ayrı ayrı yönetilen bu üç hazineden, Hazine-i Amire Defterdarı ile Darphane nazırı arasında sürekli uyumsuzluklar çıkmıştır. Bu yüzden 1835’te Hazine-i Amire defterdarlığı kaldırılarak, Darphane nezareti ile birlikte, Darphane-i Amire Defterdarlığı adıyla yeni bir nazırlık kurulmuştur. Buna karşılık, istenilen sonucun bir türlü elde edilememesi, bu defterdarlığın da Mansure defterdarlığı

58 KÜTÜKOĞLU, s. 518.

59 HALAÇOĞLU, s. 81; TABAKOĞLU, s. 51; KÜTÜKOĞLU, s. 518.

60 KÜTÜKOĞLU, s. 518-519.

61 BÜLBÜL, s. 192.

62 BÜLBÜL, s. 192.

63 HALAÇOĞLU, s. 81-82.

ile birleştirilerek, işlerin tek elden yürütülmesi kararının alınmasına neden olmuştur. Dolayısıyla, kurulan bu teşkilata “Maliye Nezareti” adı verilmiştir⁶⁴.

IV. SONUÇ

Bu çalışmamızda Osmanlı maliye teşkilatının klasik dönemdeki yapısını ve işleyişini incelemeye çalıştık. Başlangıç dönemleri açısından, modern anlamda çok teknik bir teşkilatlanma görülmemekle birlikte, dönemin şartları düşünüldüğünde, Osmanlı Devleti'nin oldukça sistemli ve güçlü bir mali yapılanma sergilediği dikkate değer bir gerçektir. Özellikle, fetih ekonomisine dayalı bir iktisadi sistem olarak Osmanlı Devleti, fethettiği her yeni toprak parçası için ciddi bir kayıtlama sistemi oluşturmuştur. Devlet, kayıt altına aldığı bu toprakları, mali açıdan en iyi şekilde gelir getirecek unsurlara dönüştürmek için en küçük taşra birimlerine kadar mali teşkilatlanma yoluna gitmiştir. Defterdarlıklara bağlı olan kalemlerin taşrada da örgütlenmesi bunun en temel göstergesidir.

Yapılan incelemeler Maliye teşkilatının zaman içinde farklı bir yapıya dönüştüğünü göstermektedir. Bunun en kayda değer örneği, defterdarlıkların sayılarında ve işlevlerinde meydana gelen değişikliklerdir. Bu değişimlerin başlıca nedenleri, genellikle idari, iktisadi ve mali yapıda meydana gelen farklılaşmalar ve zaman içinde teşkilatlanmadaki bozulmalar ve yozlaşmalardır. Örneğin maliye bürokrasisi içerisinde yer alan maliye kalemleri, zaman zaman çoğalmış veya azalmıştır. Ancak her şeye rağmen, XIX. Yüzyılın başlarına kadar devletin gayet sistemli bir mali teşkilatlanma sergilediği gözardı edilemeyecek bir gerçektir.

Sonuç olarak, klasik dönemde Osmanlı Devleti, gerek hüküm sürdüğü çağ açısından, gerek geniş bir coğrafi alan üzerinde farklı kültür ve topluluklardan oluşmuş bir toplum açısından düşünüldüğünde, mali yapılanma konusunda önemli bir sistem geliştirebilmiştir.

⁶⁴ HALAÇOĞLU, s. 82; TABAKOĞLU, s. 59.

metinler

seminer - konferans - mevzuat

**COMMISSION NOTICE ON AGREEMENTS OF MINOR
IMPORTANCE WHICH DO NOT APPRECIABLY RESTRICT
COMPETITION UNDER ARTICLE 81(1) OF THE TREATY
ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY**

(DE MINIMIS)¹

(2001/C 368/07)

(Text With EEA Relevance),

Official Journal Of the European Communities, 22. 12. 2001.

I.

1. Article 81(1) prohibits agreements between undertakings which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market. The Court of Justice of the European Communities has clarified that this provision is not applicable where the impact of the agreement on intra-Community trade or on competition is not appreciable.

2. In this notice the Commission quantifies, with the help of market share thresholds, what is not an appreciable restriction of competition under Article 81 of the EC Treaty. This negative definition of appreciability does not imply that agreements between undertakings which exceed the thresholds set out in this notice appreciably restrict competition. Such agreements may still have only a negligible effect on competition and may therefore not be prohibited by Article 81(1)².

¹ This notice replaces the notice on agreements of minor importance published in OJ C 372, 9.12.1997.

² See, for instance, the judgment of the Court of Justice in Joined Cases C-215/96 and C-216/96 Bagnasco (Carlos) v Banca Popolare di Novara and Casa di Risparmio di Genova e Imperia (1999) ECR I-135, points 34-35. This notice is also without prejudice to the principles for assessment under

3. Agreements may in addition not fall under Article 81(1) because they are not capable of appreciably affecting trade between Member States. This notice does not deal with this issue. It does not quantify what does not constitute an appreciable effect on trade. It is however acknowledged that agreements between small and medium-sized undertakings, as defined in the Annex to Commission Recommendation 96/280/EC³, are rarely capable of appreciably affecting trade between Member States. Small and medium-sized undertakings are currently defined in that recommendation as undertakings which have fewer than 250 employees and have either an annual turnover not exceeding EUR 40 million or an annual balance-sheet total not exceeding EUR 27 million.

4. In cases covered by this notice the Commission will not institute proceedings either upon application or on its own initiative. Where undertakings assume in good faith that an agreement is covered by this notice, the Commission will not impose fines. Although not binding on them, this notice also intends to give guidance to the courts and authorities of the Member States in their application of Article 81.

5. This notice also applies to decisions by associations of undertakings and to concerted practices.

6. This notice is without prejudice to any interpretation of Article 81 which may be given by the Court of Justice or the Court of First Instance of the European Communities.

II.

7. The Commission holds the view that agreements between undertakings which affect trade between Member States do not appreciably restrict competition within the meaning of Article 81(1):

(a) if the aggregate market share held by the parties to the agreement does not exceed 10 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are actual or potential competitors on any of these markets (agreements between competitors)⁴; or

Article 81(1) as expressed in the Commission notice "Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreement", OJ C 3, 6.1.2001, in particular points 17-31 inclusive, and in the Commission notice "Guidelines on vertical restraints", OJ C 291, 13.10.2000, in particular points 5-20 inclusive.

³ OJ L 107, 30.4.1996, p. 4. This recommendation will be revised. It is envisaged to increase the annual turnover threshold from EUR 40 million to EUR 50 million and the annual balance-sheet total threshold from EUR 27 million to EUR 43 million.

⁴ On what are actual or potential competitors, see the Commission notice "Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreement", OJ C 3, 6.1.2001, paragraph 9. A firm is treated as an actual competitor if it is either active on the same relevant market or if, in the absence of the agreement, it is able to switch production to the relevant products and market them in the short term without incurring significant additional costs or risks in response to a

(b) if the market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are not actual or potential competitors on any of these markets (agreements between non-competitors).

In cases where it is difficult to classify the agreement as either an agreement between competitors or an agreement between non-competitors the 10 % threshold is applicable.

8. Where in a relevant market competition is restricted by the cumulative effect of agreements for the sale of goods or services entered into by different suppliers or distributors (cumulative foreclosure effect of parallel networks of agreements having similar effects on the market), the market share thresholds under point 7 are reduced to 5 %, both for agreements between competitors and for agreements between non-competitors. Individual suppliers or distributors with a market share not exceeding 5 % are in general not considered to contribute significantly to a cumulative foreclosure effect⁵. A cumulative foreclosure effect is unlikely to exist if less than 30 % of the relevant market is covered by parallel (networks of) agreements having similar effects.

9. The Commission also holds the view that agreements are not restrictive of competition if the market shares do not exceed the thresholds of respectively 10 %, 15 % and 5 % set out in point 7 and 8 during two successive calendar years by more than 2 percentage points.

10. In order to calculate the market share, it is necessary to determine the relevant market. This consists of the relevant product market and the relevant geographic market. When defining the relevant market, reference should be had to the notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law⁶. The market shares are to be calculated on the basis of sales value data or, where appropriate, purchase value data. If value data are not available, estimates based on other reliable market information, including volume data, may be used.

small and permanent increase in relative prices (immediate supply-side substitutability). A firm is treated as a potential competitor if there is evidence that, absent the agreement, this firm could and would be likely to undertake the necessary additional investments or other necessary switching costs so that it could enter the relevant market in response to a small and permanent increase in relative prices.

⁵ See also the Commission notice "Guidelines on vertical restraints", OJ C 291, 13.10.2000, in particular paragraphs 73, 142, 143 and 189. While in the guidelines on vertical restraints in relation to certain restrictions reference is made not only to the total but also to the tied market share of a particular supplier or buyer, in this notice all market share thresholds refer to total market shares.

⁶ OJ C 372, 9.12.1997, p. 5.

11. Points 7, 8 and 9 do not apply to agreements containing any of the following hardcore restrictions:

(1) as regards agreements between competitors as defined in point 7, restrictions which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object⁷:

- (a)** the fixing of prices when selling the products to third parties;
- (b)** the limitation of output or sales;
- (c)** the allocation of markets or customers;

(2) as regards agreements between non-competitors as defined in point 7, restrictions which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object:

(a) the restriction of the buyer's ability to determine its sale price, without prejudice to the possibility of the supplier imposing a maximum sale price or recommending a sale price, provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties;

(b) the restriction of the territory into which, or of the customers to whom, the buyer may sell the contract goods or services, except the following restrictions which are not hardcore:

the restriction of active sales into the exclusive territory or to an exclusive customer group reserved to the supplier or allocated by the supplier to another buyer, where such a restriction does not limit sales by the customers of the buyer,

the restriction of sales to end users by a buyer operating at the wholesale level of trade,

the restriction of sales to unauthorised distributors by the members of a selective distribution system, and

the restriction of the buyer's ability to sell components, supplied for the purposes of incorporation, to customers who would use them to manufacture the same type of goods as those produced by the supplier;

(c) the restriction of active or passive sales to end users by members of a selective distribution system operating at the retail level of trade, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorised place of establishment;

⁷ Without prejudice to situations of joint production with or without joint distribution as defined in Article 5, paragraph 2, of Commission Regulation (EC) No 2658/2000 and Article 5, paragraph 2, of Commission Regulation (EC) No 2659/2000, OJ L 304, 5.12.2000, pp. 3 and 7 respectively.

(d) the restriction of cross-supplies between

distributors within a selective distribution system, including between distributors operating at different levels of trade;

(e) the restriction agreed between a supplier of components and a buyer who incorporates those components, which limits the supplier's ability to sell the components as spare parts to end users or to repairers or other service providers not entrusted by the buyer with the repair or servicing of its goods;

(3) as regards agreements between competitors as defined in point 7, where the competitors operate, for the purposes of the agreement, at a different level of the production or distribution chain, any of the hardcore restrictions listed in paragraph (1) and (2) above.

12. (1) For the purposes of this notice, the terms “undertaking”, “party to the agreement”, “distributor”, “supplier” and “buyer” shall include their respective connected undertakings.

(2) “Connected undertakings” are:

(a) undertakings in which a party to the agreement, directly or indirectly:
has the power to exercise more than half the voting rights, or

has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, board of management or bodies legally representing the undertaking, or

has the right to manage the undertaking's affairs;

(b) undertakings which directly or indirectly have, over a party to the agreement, the rights or powers listed in (a);

(c) undertakings in which an undertaking referred to in (b) has, directly or indirectly, the rights or powers listed in (a);

(d) undertakings in which a party to the agreement together with one or more of the undertakings referred to in (a), (b) or (c), or in which two or more of the latter undertakings, jointly have the rights or powers listed in (a);

(e) undertakings in which the rights or the powers listed in (a) are jointly held by:

parties to the agreement or their respective connected undertakings referred to in (a) to (d), or

one or more of the parties to the agreement or one or more of their connected undertakings referred to in (a) to (d) and one or more third parties.

(3) For the purposes of paragraph 2(e), the market share held by these jointly held undertakings shall be apportioned equally to each undertaking having the rights or the powers listed in paragraph 2(a).

**AVRUPA TOPLULUĞUNU KURAN ANLAŞMA M. 81 (1)
ÇERÇEVESİNDE REKABETİ HİSSEDİLİR DERECEDE
SINIRLAMAYAN ÖNEMSİZ ANLAŞMALARLA İLİŞKİN
KOMİSYON NOTU**

(De Minimis)¹

(2001/C 368/07)

(EEA ili İlgili Metin)

Çeviren: Arş. Gör. Zekeriya ARI*

I.

1. ATA m. 81 (1), üye devletler arası ticareti etkileyebilen ve Ortak Pazar içinde rekabeti önleme, sınırlama veya bozma amacı veya etkisine sahip teşebbüsler arası anlaşmaları yasaklar. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, bu hükmün Topluluk içindeki ticaret veya rekabet üzerinde hissedilir bir etkisinin olmaması durumunda uygulanabilir olmadığını açıklamıştır.

2. Komisyon bu Notunda ATA m. 81 (1) çerçevesinde rekabetin hissedilir derecede sınırlanmama meselesini Pazar payı eşiklerinin yardımı ile tespit eder. Hissedilirliğin bu olumsuz tanımı, bu Notta belirtilen eşikleri aşan teşebbüsler arası anlaşmaların, rekabeti hissedilir derecede sınırlandırdığı anlamına gelmez. Bu tür anlaşmalar yine de rekabet üzerinde sadece ihmal edilebilir bir etkiye sahip olabilir ve bu nedenle m. 81 (1) kapsamına girmeyebilir².

(*) Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bu Not, OJ C. 372, 9. 12. 1997 tarihli önemsiz anlaşmalara ilişkin Notun yerine geçer.

² Örnek olarak bkz. Adalet Divanı kararı, C. 215/96 ve C. 216/96 Bagnasco (Carlos) v Banca Popolare di Novara ve Casa di Risparmio di Genova e Imperia (1999), ECR I- 135, No: 34-35. Bu Not, Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin ATA m. 81'in Uygulanabilirliğine İlişkin Prensipler'i (OJ C.3, 6. 1. 2001 No: 17-31 (bu numaralar dahil) ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Prensipleri (OJ C.

3. Anlaşmaların üye devletler arasındaki ticareti hissedilir derecede etkileme imkanına sahip olmamaları halinde, ayrıca ATA m. 81 (1) kapsamına girmez. Bu Not, bu konu ile ilgili değildir. Ticaret üzerinde hissedilir bir etki oluşturmayan bir durum Notun kapsamına girmez. Bununla birlikte 96/280/EC³ no'lu Komisyon tavsiyesinin ekinde tanımladığı gibi küçük ve orta ölçekli işletmeler arasındaki anlaşmaların üye devletler arasındaki ticareti hissedilir derecede nadiren etkilediği kabul edilir. Küçük ve orta ölçekli işletmeler bu tavsiyede; 250 kişiden daha az bir işçiye sahip olmasının yanı sıra, ya cirosu 40 milyon EUR'ya da yıllık bilanço toplamı 27 milyon EUR'u aşmayan işletmeler olarak tanımlanırlar.

4. Bu Notun kapsamına giren olaylarda Komisyon, başvuru üzerine veya kendi inisiyatifi (resen) ile yasal bir takibat başlatmayacaktır. Bu Not kapsamına giren bir anlaşmaya ilişkin olarak, işletmeler iyi niyetli oldukları takdirde Komisyon para cezası vermeyecektir. Bu Not, mahkemeleri ve üye devletlerin yetkili organlarını bağlamamakla birlikte onlara m.81'in uygulanmasında bir tavsiyede bulunmayı amaçlar.

5. Bu Not aynı zamanda teşebbüs birliklerinin kararlarına ve uyumlu eylemlere uygulanır.

6. Bu Not, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesinin m. 81'e ilişkin yorum yapmasına hael getirmez.

II.

7. Komisyon, üye devletler arası ticareti etkileyen işletmeler arası anlaşmaların aşağıdaki şartları taşımaları halinde m. 81 (1) anlamında rekabeti hissedilir derecede sınırlandırmadığına ilişkin görüşü benimser:

a) Anlaşmaya taraf olanların sahip oldukları pazar payı, anlaşmanın bu piyasalardan her hangi bir üzerindeki fiili ya da potansiyel olarak rakip olan işletmeler arasında yapılan bir anlaşmadan etkilenen ilgili pazarların herhangi birinin üzerinde % 10 aşmadığı takdirde; (rakipler arasındaki anlaşmalar)⁴ veya

291, 13. 10.2000 özellikle 5-20(bu numaralar dahil)) gösteren Komisyon Notlarında da açıklandığı gibi ATA m. 81 (1)'in değerlendirmesi ile ilgili prensiplere hael getirmez.

3 OJ L. 107, 30. 4. 1996, p. 4; Bu tavsiye gözden geçirilecektir. Yıllık ciro eşliğinin 40 milyon EUR'dan 50 milyon EUR'a ve yıllık bilanço toplamı eşliği 27 milyon EUR'dan 43 milyon EUR'a artırılması pılanlanıyor.

4 Fili veya potansiyel rakiplere ilişkin olarak bkz Komisyon Notu, Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin ATA m. 81'in Uygulanabilirliğine İlişkin Prensipler'i (OJ C.3, 6. 1. 2001, paragraf 9). Eğer bir firma, aynı ilgili pazarda faaliyette bulunuyorsa ya da anlaşmanın yokluğu halinde, nisbi fiyatlarda küçük ve kalıcı artışlara karşılık olarak onları (ürünleri) kısa vadede önemli ilave maliyet ve risklere maruz kalmadan, firma, ürünü ilgili ürünlere ikame edebilirse, söz konusu firma gerçek anlamda rakip olarak görülür (derhal arz yönlü ikame edilebilirlik). Bir firma, anlaşmanın yokluğunun açık olduğu durumlarda bu firma, nisbi fiyatlarda küçük ve kalıcı artışa karşılık olarak ilgili pazara

b) Anlaşmaya taraf olanların sahip oldukları pazar payı, anlaşmanın bu piyasalardan her hangi bir üzerindeki fiili ya da potansiyel olarak rakip olmayan işletmeler arasında yapılan bir anlaşmadan etkilenen ilgili pazarların herhangi birinin üzerinde % 15 aşmadığı takdirde; (rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar)

Bir anlaşmanın rakip olanlar arasında mı yoksa rakip olmayanlar arasında mı olduğunun tespitinin zor olduğu durumlarda, % 10 eşiği uygulanabilir.

8. İlgili bir pazarda rekabet, farklı sağlayıcı veya dağıtıcılar tarafından sunulan mal veya hizmetlere ilişkin anlaşmaların toplam etkisi ile sınırlanır, (pazarda benzer etkilere sahip anlaşmaların paralel ağının toplam engelleyici etkisi) m. 7'deki pazar payı eşiği, hem rakipler arasındaki anlaşmalar hem de rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar için %5'e iner. %5'i aşmayan pazar payı ile bireysel sağlayıcı veya dağıtıcılar, genel olarak toplam engelleyici etkiye⁵ önemli derecede katkıda bulunduğu düşünülmez. İlgili pazarın % 30'undan daha azı benzer etkilere sahip paralel (networks of) anlaşmaların kapsamına girerse toplam engelleyici etki, muhtemelen mevcut olmayacaktır.

9. Komisyon, aynı zamanda pazar paylarının, m. 7 ve 8'de belirtilen ve sırasıyla % 10, %15 ve % 5 eşikleri, birbirini takip eden iki yıl içerisinde % 2 aşmadığı takdirde, anlaşmaların, rekabeti sınırlamadığı görüşünü benimser.

10. Pazar payını hesaplamak için ilgili pazarı tespit etmek gereklidir. Bu, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazardan oluşur. İlgili pazar tanımlanırken, Topluluk rekabet hukuku amaçları bakımından⁶ ilgili pazarı tanımlamaya ilişkin olan Not esas alınmalıdır. Pazar payları, satış değeri bilgileri esas alınarak yapılacaktır. Değere ilişkin bilgiler mevcut değilse, miktara ilişkin bilgiler dahil diğer güvenilir pazar bilgilerine dayanan hesaplar kullanılabilir.

11. m. 7, 8 ve 9, aşağıdaki açık sınırlamalardan birinin yer aldığı anlaşmalara uygulanmaz:

1) m. 7'de tanımlandığı şekliyle rakipler arasındaki anlaşmalar, doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya diğer unsurlar ile birlikte tarafların kontrolü altında olan, aşağıdaki amaçları taşıyan⁷ sınırlamalara uygulanmaz:

girebilmek için gerekli ilave yatırımları ya da diğer gerekli değişken maliyetleri üstlenebiliyor veya üstlenebilecek durumda ise bu firma potansiyel rakip olarak görülür.

⁵ Aynı zamanda bkz Komisyon Notu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Prensipleri (OJ C. 291, 13. 10.2000, özellikle paragraf 73,142,143 ve 189). Belirli sınırlamalarla ilgili dikey anlaşmalara ilişkin prensiplerde referans, sadece toplama değil aynı zamanda her bir sağlayıcı yada alıcının bağlı pazar payına da yapılır. Buna karşılık bu Not'da bütün pazar payı eşikleri toplam pazar paylarını gösterir.

⁶ OJ C 372, 9. 12. 1997, p.5.

⁷ Komisyon Tüzüğü (EC) No 2658/2000 ve madde 5, paragraf 2, Komisyon Tüzüğü (EC) No 2659/2000, OJ L 304, 5.12.2000, pp. 3 ve 7 (her biri sırasıyla) tanımlandığı gibi ortak dağıtım ve ortak dağıtımsız ortak üretim durumlarına hâle getirmeksizin.

- a) Üçüncü kişilere ürünlerin satımına ilişkin fiyatların tespiti,
- b) Ürün veya satışların sınırlandırılması,
- c) Pazarların veya tüketicilerin paylaşılması.

2) m. 7'de tanımlandığı şekliyle rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar, doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya diğer unsurlar ile birlikte tarafların kontrolü altında olan, aşağıdaki amaçları taşıyan sınırlamalara uygulanmaz:

a) Taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşviki sonucunda sabit veya minimum satış fiyatı oluşturmamak kaydıyla sağlayıcının, maksimum satış fiyatını belirleme veya bir satış fiyatı tavsiye etme imkanı saklı kalmak üzere, alıcının, kendi satış fiyatını belirleyebilmesinin sınırlandırılması,

b) Açık nitelikte olmayan aşağıdaki sınırlamalar hariç olmak üzere, alıcının, sözleşme konusu mal veya hizmetleri satabileceği bölge veya müşteri grubu ile sınırlandırılması,

- Alıcının, müşterileri tarafından yapılan satışları sınırlamaması şartıyla, sağlayıcıya veya sağlayıcı tarafından başka bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bölgeye veya müşteri grubuna aktif satışın sınırlandırılması,

Toptancı düzeyinde faaliyet gösteren alıcının, son kullanıcıya satışının sınırlandırılması,

Bir seçici dağıtım sisteminin üyelerinin yetkisiz dağıtıcılara satışlarının sınırlandırılması, ve

Alıcının birleştirme amacıyla aldığı parçaları, sağlayıcının üretmiş olduğu aynı tipteki malları üretecek olan müşterilere satabilmesinin sınırlandırılması

c) Sistemin üyelerinin yetkilendirilmemiş bir yerde faaliyette bulunmasının yasaklanması imkanı hariç, perakende ticaret seviyesinde faaliyet gösteren bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin son kullanıcılara aktif veya pasif satışlarının sınırlandırılması,

d) Farklı ticari seviyelerde faaliyet gösteren dağıtıcılar arası (tedarik) de dahil olmak üzere, bir seçici dağıtım sistemi içinde çapraz tedarikin sınırlandırılması,

e) Bütünleyici parça (component) sağlayıcısı ile bu parçaları birleştiren alıcı arasında, sağlayıcının son kullanıcılara veya tamircilere ya da alıcı tarafından tamir ve bakım hizmetleri vermeleri konusunda görevlendirilmemiş diğer servis sağlayıcılarına yedek parça (spare part) satışının sınırlandırılması.

3) m. 7'de tanımlandığı şekliyle rakipler arasındaki anlaşmalar, anlaşmaların amacı bakımından yukarıdaki paragraf 1 ve 2 de sıralanan açık sınırlamaların her hangi biri, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde rakipler faaliyette buldukları takdirde de uygulanmaz

12. 1) Bu Notun amaçları bakımından "işletme", "anlaşma tarafı", "dağıtıcı", "sağlayıcı" ve "alıcı" terimleri, onların bağlı işletmelerini de içerir.

2) Bağlı işletmeler:

a) anlaşmaya taraf olan işletmelerden birinin, doğrudan veya dolaylı olarak:

Oy haklarından yarından fazlasını kullanma hakkına sahip olduğu, veya

Denetim kurulu, yönetim kurulu veya işletmeyi hukuken temsil eden organların üyelerinin yarından fazlasını atama yetkisine sahip olduğu, veya

İşletmenin işlerini yönetme hakkına sahip olduğu, işletmeler.

b) Anlaşmanın bir tarafı üzerinde, doğrudan veya dolaylı olarak, (a) da sıralanan haklara veya yetkilere sahip işletmeler,

c) (b) de belirtilen işletmeler üzerinde, doğrudan veya dolaylı olarak (a) da belirtilen hak veya yetkilere sahip olan işletmeler,

d) İçerisinde anlaşmanın taraflarından (a), (b) veya (c)'de belirtilen işletmelerden biri veya daha fazlası bulunan işletmeler üzerinde veya sonra belirtilen işletmelerden iki veya daha fazlası üzerinde, (a)'da belirtilen haklara veya yetkilere müştereken sahip olan işletmeler,

e) (a)'da belirtilen haklara veya yetkilere müşterek olarak:

Anlaşmanın taraflarının veya (a) – (d) arasında belirtilen kendi bağlı işletmelerinin, veya,

Anlaşmanın bir veya daha fazla tarafının ya da (a) – (d) arasında belirtilen kendi bağlı işletmelerinin bir veya daha fazlasının ve bir veya daha fazla üçüncü şahsın, sahip olduğu işletmelerdir.

3) Paragraf 2 (e)'nin amaçları bakımından, işletmeler tarafından müştereken sahip olunan pazar payı, paragraf 2 (a)'da sıralanan haklara veya yetkilere sahip her bir işletmeye eşit olarak paylaşılacaktır.

karar incelemeleri

ÇIRAKLIKTA GEÇEN SÜRE SİGORTALILIK BAŞLANGICININ TESBİTİNDE DİKKATE ALINIR MI?

(Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)

Yrd. Doç.Dr. M. Fatih UŞAN*

Özet: Özel Kanunda nitelikleri belirtilen çıraklar, çıraklık devresi sayılan süre içerisinde malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları hükümlerine tabi olmazlar ve belirtilen süreler sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilemez.

Dava: Davacı, sigortalılık ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Davacının 26.8.1974 tarihi sigortalılık başlangıcının tesbitine karar verilmiş ise de bu sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Gerçekten davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 3/II(B) bendine göre özel kanunda nitelikleri belirtilen çırakların çıraklık devresi sayılan süre içerisinde malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları hükümlerine tabi olamayacakları ve bu hükmün sonucu belirtilen sürelerin sözü edilen Yasanın 108. maddesinde de gösterilen sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu olayda, davacının sözü edilen tarihte çırak olarak çalıştığı ve mesleki bilgi ve görgüsünü artırmak için davalı kuruluşta eğitime tabi tutulduğu açıkça belli olmaktadır. Mahkemenin belirtilen maddi ve hukuksal olguları dikkate almaması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

* S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana bilim Dalı Öğretim Üyesi.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalı S.... Holding A.Ş.'ye iadesine 26.02.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yarg.21.HD., 26.02.2001, 1434/1527, karar Hukukta Son Nokta, Y.1, S.1, Mayıs 2002, s.52'de yayınlanmıştır).

KARARIN İNCELENMESİ

Söz konusu karar, sigortalılık başlangıcı ile ilgilidir. Davacı çalışmaya çı-
rak olarak 26.8.1974 tarihinde başlamıştır. Karardan anlaşıldığına göre, kendisi-
nin sigortalılık başlangıcı işçi olarak çalışmaya başladığı tarih olarak kabul
edilmiş ve buna göre işlem yapılmıştır. Ancak daha sonra davacı sigortalılık
başlangıcının çırak olarak çalışmaya başladığı tarih biçiminde dikkate alınması
için dava açmış, ilk derece mahkemesi isteği kabul etmiş, buna karşın Yargıtay
çıraklıkta geçen sürenin sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği ge-
rekçesine dayanarak kararı bozmuştur.

I. Çırakların sigortalılığı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m.3/II
(B)'de düzenleme altına alınmıştır. Gerçekten SSK.m.3/II B'ye göre, "*B) Özel
kanunda tarifi ve nitelikleri belirtilen çıraklar hakkında, çıraklık devresi sayılan
süre içinde analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile bu kanunun 35 inci
maddesi hükümleri uygulanmaz*". Böylelikle yasa koyucu özel kanunda tarifi
yapılan çırakların sigortalı sayılacaklarını, bunlar hakkında 506 sayılı Kanunun
uzun vadeli sigorta kolu olarak kabul edilen, malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta
kollarının uygulanamayacağını, fakat iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık
sigortası yardımlarının söz konusu olabileceğini belirlemiştir. Çıraklar analık
sigortası yardımlarından yararlanamayacakları gibi, İşsizlik Sigortası Kanunu
kapsamında da değildirlir.

Günümüzde çıraklığı düzenleyen özel Kanun, 3308 sayılı Meslekî Eğitim
Kanunudur (MEK.)¹. Burada da Sosyal Sigortalar Kanununa paralel bir düzen-
leme vardır. Gerçekten MEK.m.25'e göre, "... *Aday çırak, çırak ve işletmeler-
de meslek eğitimi gören öğrencilere sözleşmenin akdedilmesi ile 506 sayılı
Sosyal Sigortalar Kanununun iş kazaları ve meslek hastalıkları ile hastalık
sigortaları hükümleri uygulanır. Sigorta primleri 1475 sayılı İş Kanununun 33*

¹ 5.6.1986 tarihli olan bu Kanun, Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu olarak yürürlüğe konmasına karşın (19.6.1986 t. Ve 19139 S.lı RG.), söz konusu Kanunda önemli değişiklikler yapan 4702 sayılı ve 29.6.2001 tarihli Yükseköğretim Kanunu, Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2.3.1988 tarihli ve 3418 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması ve Bazı Kağıt ve İşlemlerden Eğitime Katkı Payı Alınması Hakkında Kanun ile Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (10.7.2001 t. ve 24458 S.lı RG) m.22 ile ismi Mesleki Eğitim Kanunu olarak değiştirilmiştir.

üncü maddesi gereğince bunların yaşına uygun asgari ücretin % 50'si üzerinden Bakanlık bütçesine konulan ödenekle karşılanır.

Aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 23, 24, 35 ve 42 nci maddeleri hükümleri uygulanmaz. Ayrıca bunlara aynı Kanuna göre işgöremezlik ödenekleri bağlanacak sürekli işgöremezlik gelirine esas olacak günlük kazançların tespiti sigorta primine esas tutulan ücret dikkate alınır”.

Gerçi, davacının sigortalı olarak çalışmaya başladığı dönemde, konuyu düzenleyen herhangi bir özel Kanun bulunmamaktaydı. Ülkemizde çıraklık ilk kez, 20.6.1977 tarih ve 2089 sayılı Çırak, Kalfa ve Ustalık Kanunu² ile düzenlenmiştir. Bu Kanun m.13/4'e göre, “Çıraklar hakkında, çıraklık süresince 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun iş kazalarıyla meslek hastalıkları ve hastalık sigortaları hükümleri uygulanır”. Görüldüğü üzere 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu da Çırak, Kalfa ve Ustalık Kanunundaki düzenlemeyi esas almıştır.

Açıklığa kavuşturulması gereken husus, karara konu olayın geçtiği dönemde yürürlükte çıraklığı düzenleyen bir özel kanun olmamasına karşın, kabul edilen çözümün değişip değişmeyeceğidir. Bu konu önceki dönemde tartışılmıştır. Çalışma Bakanlığı henüz 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu yürürlüğe girmezden önce çırakların hiçbir şekilde sigortalı sayılmayacakları görüşünü ileri sürmüştür³. Sosyal Sigortalar Kurumu ise, başlangıçta çırakların kısa vadeli sigorta kollarından yararlanabileceği görüşünde iken, sonradan bu görüşünden dönmüş özel kanun çıkarılincaya kadar çırakların sigortalı sayılmayacaklarını öngörmüştür. Kurumun bu görüşü uygulamada eleştirilmiştir. Yargıtay da haksız olan bu çözüm tarzını ortadan kaldırmış, özel kanun çıkarılincaya kadar çırakların kısa vadeli sigorta kollarından yararlanabileceği içtihadında bulunmuştur⁴.

II. Sigortalılık süresi, sigortalının ilk kez Kurum ile irtibatının kurulduğu andan, yaşlılık, malullük aylığı almak amacıyla Kuruma başvurduğu ya da ölüm olayının vuku bulduğu tarihe kadar devam eder⁵. Bu husus SSK.m.108'de düzenlenmiştir. Buna göre, “Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının, yürürlükten

2 5.7.1977 t. ve 13987 S.ı RG.

3 Çalışma Bakanlığı, 10.10.1957 t. ve 1021-A 19197 S.ı ve 18 Seri Nolu Genelgesi.

4 Yarg.10.HD., 29.11.1974 t. 5703/6922, TUNCAY, A. Can, İHU., SSK3 (No1); Yarg.10.HD., 20.2.1975 t., 321/982, TUNCAY, A. Can, İHU., SSK3 (No2). Geniş bilgi için bkz. UŞAN, M. Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994, s.26-27; YÜREKLİ, Sabahattin, Çıraklık Kavramı, Çırakların Sosyal Güvenliği ve Çıraklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi, Prof.Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s.1071.

5 ALPER, Yusuf, Türkiyede Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, 2.B., İstanbul 1999, s.120; TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 9.B., İstanbul 1999, s.118; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 7.B., İstanbul 1999, s.106.

kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı kanunlara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihtir.

Tahsis işlerinde nazara alınan sigortalılık süreleri, bu sürenin başlangıç tarihi ile, sigortalının tahsis yapılması için yazılı istekte bulunduğu tarih, tahsis için istekte bulunmuş olmayan sigortalılar için de ölüm tarihi arasında geçen süredir”.

506 sayılı Kanun, kişinin ilk defa bu Kanun kapsamında çalışmaya başlamasını sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul etmiştir. Problem, Kanun kapsamında çalışmaya başlama ve sigortalılığın başlangıcının tesbitinde, çalışmanın tam olarak 506 sayılı Kanunun kapsamında yer almasının bir zorunluluk mu, yoksa kısmi kapsamda yer almanın da yeterli mi olacağı konusundadır. Eğer Sosyal Sigortalar Kanununun kısmen kapsamında yer almak yeter sayılırsa, çıraklar için çıraklık sözleşmesi ile çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalılık da başlamış sayılacaktır.

III. SSK. m.108’de açık bir biçimde malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresinin başlangıcında bu Kanuna tabi olarak çalışmaya başlamak esas alınmıştır. Hal böyle olunca çıraklar için çıraklık devresinde malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kolları söz konusu olmadığına, bunlar için prim de alınmadığına göre, bu dönem sigortalılık başlangıcında dikkate alınmaz⁶.

Ayrıca belirtmekte fayda var ki, Sosyal Sigortalar Kanunu, sigortalılık süresini uzun vadeli sigorta kolları açısından kabul etmiştir. Kısa vadeli sigorta kollarında sigortalılık süresini değil, sigortalılık niteliğini öngörmüştür. Gerçekten SSK.m.108 değerlendirilirken böyle bir sonuç çıkmaktadır. Sigortalılık niteliği denilince, 506 sayılı Kanunda belirtilen sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin devamı anlaşılır⁷. Bu açıdan da bakıldığında çıraklıkta kısa vadeli sigorta kolları esas olduğuna göre, sigortalılık süresinden değil, bu dönemde sigortalılık niteliğinden bahsedilebilir.

IV. Yeri gelmişken, şu hususu belirtmekte de fayda vardır. 3351 sayılı Kanun m.1 ile 1987 yılında Sosyal Sigortalar Kanununa bir ek geçici madde eklenmiştir. Bu madde, sigortalıların 2089 sayılı Çırak, Kalfa ve Ustalık Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki (5.7.1977’den önce) dönemde resmi çıraklık okullarında geçen eğitim (çalışma) sürelerini, bir yıl içinde malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından borçlanabilmeleri imkanını getirmiştir. Gerçekten, Ek Geçici m.1’e göre, “*Bu Kanuna tabi olarak çalışan veya isteğe bağlı sigortaya yahut topluluk sigortasına prim ödemekte olan sigortalılardan; kamu ku-*

⁶ ŞAKAR’a göre de, “Çıraklar, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olmadıkları için, emeklilik açısından 108. madde anlamında sigortalılık süresinin başlangıcı, ilk olarak sigortalandıkları tarih değil, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi oldukları tarih sayılmalıdır”, ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 5.B., İstanbul 2002,s.92.

⁷ ALPER, s.120.

rum ve kuruluşları ile askeri işyerlerinde kurulmuş olan resmi nitelikteki çıraklık okullarına çıraklık mukavelesi ile giren ve okullarını başarı ile bitirenlerin çırak okullarında 5.7.1977 tarihinden önce geçen başarılı eğitim ve öğretim sürelerini, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yazılı talepte bulunmaları halinde ve bu Kanunun 78 inci maddesi ile belirlenen prime esas kazancın alt sınırının talep tarihindeki tutarı üzerinden hesaplanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin tamamını 2 yıl içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılır...". İşte sigortalıların süresi içinde bu imkandan yararlanmak üzere başvurmaları durumunda, çırak statüsünde çalışmaya başladıkları tarih, sigortalı olarak çalışmaya başladıkları tarih biçiminde dikkate alınmıştır⁸. Olayımızda böyle istisnai bir durum da yoktur.

Sonuç olarak, belirtilen nedenler karşısında, çıraklık döneminde geçen sürenin sigortalılık başlangıcı için esas alınamayacağını öngören Yargıtay kararını isabetli ve hukuka uygun bulmaktayız.

⁸ Yargıtay isabetsiz olarak borçlanılan sürenin kıdem tazminatı açısından da dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Yargıtayın bu görüşü ve eleştirisi için bkz. UŞAN, s.25, 127.

tez özetleri

TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE CÜRÜMÜ

(TCK. nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. maddesi)•

Dr. İlhan ÜZÜLMEZ••

GİRİŞ

Ağır insan hakları ihlallerinden olan işkence, bir insanın diğerine belli bir amaçla acı ve ızdırap vermesi, Hemingway’in deyiimiyle¹ “cehennemi yaşatması”dır. İşkence kişinin en temel değeri olan onuruna karşı saldırıdır. İşkence, insanı kişiliksiz hale getiren, onu öncelikle kendi gözünde değersiz kılan, aşağılanmışlık duygusu veren, kişinin, insan olmasından kaynaklanan dokunulmaz, vazgeçilmez değerlerini ihlal eden bir muameledir. İnsan hakları ihlali denince hemen gündeme işkence ve benzeri kötü muamelelerin gelmesinin nedeni budur. Bu nedenle işkence ve benzeri kötü muamelelerin engellenmesine yönelik tedbirlerin alınması zorunluluktur.

İşkence ve benzeri kötü muameleleri engellemeye yönelik önlemlerin başta geleni bunu uygulayanların cezalandırılmasıdır. Hukukumuzda işkence ve benzeri kötü muamelelere başvurular TCK. nun II. Kitabının üçüncü babında “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” arasında yer alan 243. madde ile cezalandırılmıştır. Söz konusu 243. madde “*Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer her-*

-
- Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan “Türk Hukukunda İşkence Cürümü –TCK. nun 449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi-” isimli doktora tez çalışmasının özeti şeklinde kaleme alınmıştır.
 - C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Araştırma Görevlisi.
- ¹ Zikreden: **Cassese, Antonio**, *Inhuman States: Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Cambridge UK., 1996, s. 62.

hangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.” şeklindedir. Bu çalışmada Kanunumuzun işkence suçuna ilişkin düzenlemesi incelenmiştir.

I- İŞKENCENİN TANIMI, UNSURLARI, İŞKENCE SUÇU KAVRAMI VE İŞKENCE SUÇUNUN KANUNLARDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

A- İşkencenin Tanımı

İşkence, bir kimseye çeşitli yöntemlerle uygulanan bedensel (fiziki) eziyet ya da çektirilen ruhsal acı, sıkıntı ve endişe verici durum anlamlarına gelmekte² ve bir kimseye bir şeyi söyletme ya da yaptırma amacıyla maddi veya psikolojik yöntemlerle acı çektirerek uygulanan baskı ya da eziyet şeklinde tanımlanmaktadır³.

İşkence tarihi ve politik anlamına uygun olarak⁴, devlet gücünü temsil eden bir kişi tarafından veya onun tahrikiyle, işkence görenin veya üçüncü bir kişinin ifadesini veya ikrarını etkilemek, onun tarafından gerçekten işlenmiş veya işlenme ihtimali olan bir fiili cezalandırmak veya diğer bir kişiyi korkutmak amacıyla yapılan ağır bedensel, ruhsal veya zihinsel acı veya ızdırıp veren hareketler şeklinde de tanımlanabilir⁵.

1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkence, “*Bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya*

² *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, C.: 12, Baskı yılı ve sayısı yok, s. 5937; *Meydan Larousse*, C.: VI, İstanbul, 1987, s. 565; *Örnekleriyle Türkçe Sözlük*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, C.: II, Ankara, 1995, s. 1439.

³ *AnaBiritinaica*, C.: 17, İstanbul, 1994, (Hürriyet Armağanı), s. 99.

⁴ **Spirakos, Dimitris**, *Folter als Problem des Strafrechts: Kriminologische, kriminalsoziologische und (straf-) rechtsdogmatische Aspekte unter besonderer Berücksichtigung der Folterschutzkonvention und der Pönalisierung der Folter in Griechenland*, Frankfurt –Bern-New York-Paris, 1990, s. 124.

⁵ Bu kapsamlı tanım, 09.12.1975 tarihli Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Tüm Kişilerin Korunması Bildirisi'nde yapılmıştır. Bkz: **Gemalmaz, Mehmet Semih**, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul, 1991, s. 303. 5.

rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır⁶.

BM. Sözleşmesinde yapılan tanımı da dikkate alarak hukukumuz bakımından işkenceyi şu şekilde tanımlayabiliriz: İşkence; bir kimseden suçları hakkında bilgi almak, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya tanığın olayları bildirmesini, şikayet ve ihbarda bulunmasını engellemek yahut da şikayet ve ihbarda bulunduğu ve tanıklık ettiği için veya bunların dışında ve fakat yargılama faaliyetiyle ilgili herhangi bir nedenle veya ayrımcılığa dayalı herhangi nedenle kişi üzerinde uygulanan fiziki veya manevi nitelikte, şiddetli acı ve ızdırap veren her türlü harekettir.

B- İşkencenin Unsurları ve İşkence Suçu Kavramı

1- Unsurları

İşkence yasağını düzenleyen hukuki kuralların içeriğinin belirlenmesinde, işkenceye ilişkin uluslararası belgelerde ve milli kanunlarda tek tanım bulunmamasından kaynaklanan zorluklar bulunmaktadır⁷. Buna rağmen, öğretilerde genel olarak bireyin fiziki dokunulmazlığını, biyolojik, toplumsal ve kamusal özgürlüğünü ihlal eden işkence ve benzeri kötü muamelelerin özgürlüğü devlet tarafından kısıtlanana karşı uygulanan muamele olduğu görüşü hakimdir⁸. Şu halde, işkence kavramıyla kişinin fizik olarak resmi makamların elinde bulunduğu sırada belirli bir amaca yönelik ve bilinçli olarak uygulanan acı ve ızdırap verilmesi kastedilmektedir. Buna göre, işkencenin unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz.

a) Kişi tutuklulukta veya devletin elinde bulunduğu sırada işkenceye tabi tutulduğundan normal yaşamında olduğu gibi iradesine yönelik etkileri veya haklarının ihlalini önleyememekte⁹; bu bakımdan imkansızlık ve çaresizlik içinde bulunmaktadır. İşkencede, kişinin onuru çiğnenip özgüveni ortadan kaldırılır.

⁶ Türkiye Sözleşmeye taraf olmuş ve 25.2.1988 tarih ve 3411 sayılı Kanunla onaylamıştır. Onay kararı 27.2.1988 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmış ve böylece Sözleşme Türkiye için iç hukuk niteliği kazanmıştır. Bkz: **Gözübüyük, A. Şeref**, *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, no: 10, s. 16-25; **Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, 2000, s. 526; **Demirbaş, Timur**, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara, 1992, s. 27.

⁷ **Triffterer, Otto**, “Das Folterverbot im nationalen und internationalen Recht-Anspruch und Wirklichkeit”, in: *Folter Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung*, Baden-Baden, 1974, s. 130.

⁸ **Spirakos**, s. 200.

⁹ **Triffterer**, s. 131.

makta, otorite karşısında boyun eğmeye ve teslim olmaya hazır hale getirilmektedir¹⁰.

b) İşkencede ağır fiziki veya ruhsal acı veya ızdırıp verilmesi söz konusudur¹¹.

c) İşkence fiilinin faili, resmi sıfatla hareket eden bir kişidir veya üçüncü bir kişi vasıtasıyla bu şekilde hareket etmektedir¹². İşkencecinin kimliği, işkencecinin en önemli ayırıcı vasfını oluşturmaktadır¹³. Burada fail-mağdur ilişkisinin özünde birey-devlet ilişkisi¹⁴, bir anlamda kuvvet/güç ilişkisi bulunmaktadır¹⁵. Diğer bir deyişle, işkence ilk bakışta basit fail-mağdur ilişkisi gibi görünmekle birlikte; son tahlilde, kamu görevlilerince ve kamu adına uygulandığından devlet-birey ilişkisine dönüşmekte ve sonuçta ihlal devletin üzerinde kalmaktadır¹⁶.

d) İşkence eylemi kasıtlı yapılmalı, kendi iradesini dikte ettirmek, bilgi temin etmek, cezalandırmak veya korkutmak amacıyla ya da ayrımcılığa dayalı herhangi bir sebeple¹⁷ yahut da mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek veya şikayet ve ihbarda bulunduğu veya tanıklık ettiği için cezalandırmak amacıyla veya buna benzer saiklerle gerçekleştirilmelidir¹⁸.

¹⁰ **Akhan, Okan**, “İşkence ve İnsan Hakları”, in: *İnsan Haklarının Gelişimi*, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), Bilimsel Toplantı Serileri: 9, s. 43.

¹¹ **Triffterer**, s. 132; **Spirakos**, s. 16. Belirtelim ki yasal bir müeyyidenin uygulanmasından doğan, diğer deyişle bir mahkumiyet kararının infazının tabiatı gereği olan veya arizi olarak husule gelen acı ve ızdırıp işkence sayılamayacağı gibi, devlet tarafından uygulanan zorlayıcı tedbirler de işkence kapsamında değerlendirilemez. Bu husus BM. Sözleşmesinin 1. maddesinin son cümlesinde belirtilmiştir. Bkz: **Weiβ, Norman**, “Schutz vor Folter-Rechtliche Grundlagen und Durcsetzungsmechanismen, Menschenrechte”: *Vorträge zu Ausgewählten Fragen, Berlin*, 1997/3, s. 67; **Spirakos**, s. 126-128; **Gemalmaz**, Yaşam Hakkı, s. 311.

¹² **Triffterer**, s. 131; **Spirakos**, s. 15.

¹³ **Akhan**, s. 43.

¹⁴ **Gemalmaz**, Yaşam Hakkı, s. 310.

¹⁵ **Quanter, Rudolf**, *Die Folter In Der Deutschen Rechtspflege Sonst Und Jetzt*, Dresden, 1900, Neudruck Aalen, 1970, s. 104.

¹⁶ **Karaa, Emin**, “Yargılanma Hakkı”, *Yeni Türkiye-Yargı Reformu Özel Sayısı*, Temmuz-Ağustos, 1996/10, Yıl:2, s. 103; **Akhan**, 43. Esasen işkence, kişinin devlete karşı korunan hakları şeklinde gelişen klasik-liberal insan haklarının ihlalinin tipik örneğini oluşturmaktadır. Bu nedenle işkence, devlet terörü olarak nitelendirilmektedir Bkz: **Triffterer**, s. 131; **Aksoy, Muammer**, “Şiddet Eylemleri ve İşkenceye Karşı Önlemler”, *Ankara Barosu Dergisi (ABD)*, 1981/1, s. 10.

¹⁷ **Spirakos**, s. 16; **Gemalmaz**, Yaşam Hakkı, s. 309; **Aksoy**, s. 10.

¹⁸ **Spirakos**, s. 123-124; **Gemalmaz**, Yaşam Hakkı, s. 310.

2- İşkence Suçu Kavramı

İşkence hukuki bir kavram olarak, yargılama faaliyeti sırasında şüphelilere ya da sanıklara, bunların itiraflarını veya ikrarlarını almak için¹⁹; yahut yargılama faaliyetine bir şekilde katılan veya katılmak isteyen kişilere, bu katkıları veya istekleri nedeniyle uygulanan insan haysiyetini zedeleyen maddi ve manevi baskıları ifade etmektedir.

İşkence suçu kavramı, “ışkencenin acı, eziyet ve ızdırap gibi sözcüklerle ifade edilen genel dil anlamından çok dardır ve daha ziyade adalet ya da adliye ile ilgilidir. İşkence bu yönüyle, cezanın infazının hükümlüde yarattığı ızdırap ile kişilere karşı adli amaçlar dışında yapılan kötü davranışlardan ayrılmaktadır”²⁰. Örneğin, TCK. m. 450/3 ve AsCK. m. 127’te sözü edilen işkence, adli amaçlar dışında yapılmış hareketlere ilişkindir.

İşkence suçu kavramının dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamda işkence, şüphelinin ya da sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçun itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, şerikleri söylettirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzeltmek ya da işlemesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedeni veya ruhi zarar yahut tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muamelelerdir²¹.

Geniş anlamda işkence ise, ceza yargılaması dışındaki idari ve disiplin gibi herhangi bir muhakemedeki soruşturmalar ile tanık, bilirkişi ve müdafî gibi, sanık dışındaki kişileri de mağdur olarak kapsamına almaktadır²². Bilindiği gibi 4449 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce TCK. 243. maddede dar anlamda işkence suçu düzenlenmişti²³. Zira, önceki düzenlemeye göre, sadece “maznun” (sanık) bu suçun mağduru olabilmekteydi. Örneğin tanığa, şahsi davacıya veya müdahile yapılan işkence bu madde hükmüne göre cezalandırılmamaktaydı. Maddede 4449 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle geniş anlamda işkence suçu düzenlenmiştir.

Bunun dışında işkence suçu kavramı, işkence etmek fiilinin yanı sıra, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleleri kapsamına alan üst bir kavram durumundadır. Kanun koyucu, iradeyi ihlale ve belli bir amaca ulaşmaya

¹⁹ Keskin, O. Kadri, “İşkence”, *Adalet Dergisi (AD.)*, 1985/3, s. 732.

²⁰ Holzauer, Heinz, “Rechtsgeschichte der Folter”, in: *Folter, Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung*, Baden-Baden, 1976, s. 107; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 5.

²¹ Demirbaş, Timur, “1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD.)*, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, s. 207.

²² Demirbaş, İşkence Suçu, s. 6.

²³ Demirbaş, İşkence Suç, s. 6.

elverişli olduklarından²⁴ zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleleri işkencenin benzerleri olarak cezalandırmıştır. Bu nedenle, “işkence suçu”nu zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleleri de kapsar şekilde anlamak gerekmektedir.

C- İşkencenin Suçunun Kanunlarda Düzenleniş Şekli

Ceza Kanunlarının, işkence fiilinin cezalandırılmasında üç sistem izledikleri görülmektedir. İşkence suçunda karma bir nitelik gösteren hukuki yararlarından (devlet idaresi, adliye ve kişiler) birisinin ön planda tutulmasıyla oluşturulan bu sistemlerden ilki, işkenceyi devlet idaresi aleyhine; ikincisi adliye aleyhine ve nihayet üçüncüsü de şahıslara karşı bir suç olarak kabul etmektedir.

İlk grupta yer alan kanunlar, işkenceyi kamu idaresi aleyhinde işlenmiş bir suç olarak kabul etmektedirler. Kamu idaresine mensup bir kişinin, görevini kötüye kullanmak veya yetki sınırlarını aşmak suretiyle, bir ferдин haklarına zarar vermesi, kişilerin kamu idaresine karşı duydukları güven duygusunun azalmasına ve idarenin itibarının sarsılmasına neden olmaktadır. Bu açıdan, suçun kamusal niteliği ağır basmakta ve dolayısıyla kanun koyucular buradan hareketle işkenceyi devlet idaresi aleyhine bir suç olarak düzenlemektedirler²⁵. Bu sistemi benimseyen kanunlar, Türk Ceza Kanunu (m. 243), Alman Ceza Kanunu (m. 343), Avusturya Ceza Kanunu (m. 312/I) ve 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanunu (m. 147) ve 1950 tarihli Yunan Ceza Kanunu m. 239) şeklinde sıralanabilir.

İşkence bazı kanunlarca adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu sistemi benimseyen Kanunlara 1968 tarihli Bulgar Ceza Kanunu (m. 287) ve 1977 tarihli Arnavutluk Ceza Kanunu (m. 115) örnek gösterilebilir²⁶.

İşkenceyi kişilere karşı işlenen suç olarak kabul eden sistemlerde, işkence herkesin işleyebileceği genel bir suçtur. Örneklerine 1889, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ve 1994 tarihli Yeni Fransız Ceza Kanununda rastladığımız bu sistemde; işkence suçu kişilere karşı işlenmiş bir suç kabul edilmekte ve failin memurluk sıfat veya görevini kötüye kullanması hali ağırlaştırıcı sebep teşkil

²⁴ Triffterer, s. 134.

²⁵ Erman, Sahir- Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, TCK 202-281)*, İstanbul, 1992, s. 232-233.

²⁶ Nuhoglu, Ayşe, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, in: *Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul, 1999, s. 537-538. İşkence, 1987 ve 1989 tarihli TCK. Öntasarılarında da adliyeye karşı işlenmiş suçlar arasında düzenlenmiştir. Bkz: *1987 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı*, Ankara, 1987, s. 172-173; *Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin)*, Ankara, 1989, s. 152.

etmektedir²⁷. 1997 tarihli Türk Ceza Kanun Tasarısı ile 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda kabul edilen sistem de budur.

II- TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE SUÇU

A- TCK. m. 243. Hakkında Genel Bilgiler

Doktrinde genel olarak “işkence cürmü” olarak adlandırılan bu suç²⁸, TCK.nun II. Kitabının “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümleri” cezalandıran üçüncü babının “Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler” başlığını taşıyan altıncı faslında düzenlenmiştir²⁹. Kanunumuzun bu faslı, mehzaz kanunda yer almamaktadır. Ancak, mehzazda bu fiillere yer verilmemesi, söz konusu fiillerin cezalandırılmadığı anlamına gelmemektedir. Zira; mehzaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 208 ve 209. (Müşterek Hükümler) maddeleri, failin memur olmasını ve failin işlendiği sırada görevini sui-istimal etmesini, bu sıfatı ayrıca dikkate alan suçlar dışındaki bütün suçlarda genel bir ağırlatıcı sebep saymıştır³⁰.

Kaynak Kanununun söz konusu 208 ve 209. maddeleri, kanunumuzun 280 ve 281. maddelerine tekabül etmektedir³¹. Dolayısıyla, mehzadaki anlayış kanunumuz açısından uygulanabilir niteliktedir. Böyle bir düzenleme TCK.nun kabul edildiği dönemde yeterli görülmemiş, Eskişehir'deki Mahkemeyi Temyiz Ceza Kanunu Komisyonu teklifi ile 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun üçüncü kitabının “nüfuzun kişilere karşı kötüye kullanılması” başlıklı faslından alınan “memûrin-i hükümet tarafından efrad hakkında teaddiyat ve sui muâmelât vukuunda icra olunacak mücazât” başlıklı altıncı faslı TCK.nuna eklenmiştir³². Bu kapsamda, TCK. 243.

²⁷ Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Bası, İstanbul, 1998, s. 45; Dönmezer, Sulhi-Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gereçekler*, İstanbul, 1998, s. 525-526; Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, İzmir, 2000, s. 191.

²⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 517; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 5; Tezcan-Erdem, s. 191; Önder, “Memurun Sanığa Cürmünü Söyletmek İçin İşkence Vesair Kötü Muamele Yapması” (bkz: Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul, 1994, s. 220), Erman-Özek, “İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu” (Erman-Özek, s. 234) ve Soyaslan ise, “Memurun Sanığa Cürmünü Söyletmek İçin İşkence Etmesi” (Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 1999, s. 555) şeklinde isimlendirmişlerdir.

²⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 515-516.

³⁰ Erman-Özek, s. 232.

³¹ Erman-Özek, s. 232.

³² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 517. Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C.: II, Ankara, 1962, s. 337; Erman-Özek, s. 232.

madde de 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun 103. maddesinden alınmıştır³³.

TCK. 243. madde bugüne kadar iki kez değişikliğe uğramıştır. Bunlardan ilki, 5.1.1961 gün ve 235 sayılı Kanunun 2. maddesiyle³⁴, ³⁵; ikinci ise, 26.8.1999 gün ve 4449 sayılı Kanunun 1. maddesiyle gerçekleştirilmiştir³⁶.

B- Benzer Suçlardan Farkı

Ceza kanunumuzda memurların kişilere karşı işlediği suçları cezalandıran tek hüküm 243. madde değildir. Bunun yanı sıra, kişilere yönelik olmaları bakımından işkence suçuna benzeyen ve aynı fasılda yer alan “Cebir kullanmaya yetkili memurların kötü muamele etmeleri” (m. 245) suçu, 4. fasıldaki “keyfi muamele etmek” (TCK. 228/I) ve “sert muamele etmek” (TCK. 228/II) suçlarına değinilmeli, bunların benzerlik ve farklılıkları ortaya konulmalıdır³⁷.

1- Keyfi Muamele Etmek Suçu (TCK. m. 228/I)

TCK. m. 228/I. fıkraya göre, memurun görevini kötüye kullanarak başkasına keyfi muamelede bulunması veya keyfi muamele yapılmasını emretmesi veya bu yönde emir verdirilmesi cezalandırılmaktadır.

TCK. m. 228 I. fıkranın uygulanabilmesi, keyfi muamelenin doğrudan kişilere yapılmış olmasına bağlıdır. Bu nedenle, kişilere karşı yapılmayan bir keyfi muamele hakkında 228. madde uygulanmaz. TCK., keyfi muamelenin bir şahsın hak ve menfaatlerini ihlale yönelik olması aramaktadır. Buna göre; keyfi muamelenin başkasının hakkını ihlâl veya malına zarar vermeye yönelik olması, suçun gerçekleşmesi için şart ve yeterlidir³⁸.

Kişilere karşı memurluk görevine dahil yetkilerin kötüye kullanıldığı keyfi muamele suçu, bir hakkı veya menfaati zarara uğratması ve fakat kişilerin vücuduna yönelik bir fiili saldırı içermemesiyle işkenceden ayrılmaktadır³⁹.

³³ Madde metni için bkz: **Gökçen, Ahmet**, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s. 136.

³⁴ 235 sayılı Kanunun Gerekçesi: “a- İşkence: Halen mer’i Anayasa’nın (Madde 73) ‘işkence’yi yasak ettiği malumdur. Buna rağmen Ceza Kanununun bu çeşit fiilleri müessir şekilde önleyemediği bir vâkiadır. Bu itibarla, madde hükmünün “insan hakları evrensel beyannamesi”nin 5. maddesi hükmünde gösterilen şekilde tanzimi yoluna gidilmiştir”. Bkz: **Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.: II, Ankara, 1995, s. 2182.

³⁵ 12.01.1961 tarihli RG.

³⁶ 29.08.1999 tarih ve 23801 sayılı RG.

³⁷ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 6.

³⁸ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 480-481.

³⁹ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 6; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 481, 517.

2- Sert Muamele Etmek Suçu (TCK. m. 228/II)

TCK. 228. maddesinin II. fıkrasında, memurların görevleri sırasında yaptıkları lüzumsuz sert muamelelerle başkalarının kanuna veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olmaları cezalandırılmıştır⁴⁰. Kanunda sert muameleden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bu bakımdan, kişileri kanuna ya da hükümetin emirlerine itaatsizliğe sevk eden hareketlerin “sert muamele” olup olmadığını hakim takdir edecektir⁴¹.

İşkence suçuyla, sert muamelede bulunma suçu manevi unsur bakımından farklılık arz etmektedir. Gerçekten işkence suçunun manevi unsuru özel kast olduğu halde, sert muamelede bulunma cürmünün manevi unsuru genel kasttır⁴². Bu suçlar, fail bakımından farklılık arz eder. 243. maddedeki suç her memur işleyemez, onun ifade almaya veya yargılamaya ilgili bir işlem yapmaya yetkili olması gerekir. Oysa, m. 228/II'deki suçta böyle bir zorunluluk yoktur⁴³.

3- Cebir Kullanmaya Yetkili Memurların Kötü Muamele Etmeleri Suçu (TCK. m. 245)

TCK. 245. maddede, kuvvet kullanmaya yetkili memurların bu yetkilerinin sınırlarını aşmak suretiyle kişilere dayak atmaları ve kötü muamelede bulunmaları cezalandırılmaktadır. Kanunumuzun bu hükmü, failin “kuvvei cebriye imaline memur..⁴⁴” olması gerektiğinden özel bir nitelik arz etmektedir. Bu nedenle fail, kuvvet kullanmaya yetkili memurlardan değilse, bu memur hakkında müessir fiile ilişkin hükümler uygulanacak, fakat belirlenecek ceza 251. maddeye göre artırılacaktır⁴⁵.

TCK. m. 245'in, TCK. m. 243'ten ayrıldığı nokta, failde sanığa suçunu ikrar ettirmek ve maddedeki diğer saiklerin bulunmaması ve failin ancak zor kullanmaya yetkili memur tarafından işlenebilmesidir⁴⁶. Gerçekten, fail hareketinin kötü muamele olduğunu biliyor ve istiyorsa, cismen kötü muamele suçu; buna karşın suçun söz konusu hareketler ikrar sağlamaya veya diğer amaçlara yönelik ise, işkence suçu gerçekleşecektir⁴⁷.

⁴⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 484, 517.

⁴¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 485; Erman-Özek, s. 135; Önder, Özel Hükümler, s. 193.

⁴² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 517; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 7.

⁴³ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 7.

⁴⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 547.

⁴⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 546; Önder, Özel Hükümler, s. 225.

⁴⁶ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 8; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 517; Tezcan-Erdem, s. 194.

⁴⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 552. “Yarg. CGK. 22.3.1976, 8-100/133 (Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 552, dpn: 40).

Bu iki suçun birbirinden ayrıldığı diğer nokta mağdurların durumuna ilişkindir. TCK. m. 243'te suçun mağduru bir suçun sanığı veya yargılama hukukuna ilişkin bir faaliyet icra edecek olan kişidir. Buna karşın, 245. maddedeki suçun mağduru herhangi bir kimsedir.

C- Korunan Hukuki Yarar

İşkence hukukumuzda Anayasanın 17. maddesinin III. fıkrasında yasaklanmıştır. TCK. 243. madde ilk olarak bu hükmün yaptırımını oluşturmaktadır⁴⁸. Ayrıca, maddenin kanundaki sistematik yeri, “devlet idaresi aleyhine cürümler”in düzenlendiği üçüncü bapıdır. Buna göre; işkence ve benzeri kötü muameleleri cezalandıran bu hükümle kamu idaresine ait bir yarar da korunmaktadır⁴⁹.

Diğer taraftan, Anayasanın 38. maddesinin V. fıkrasında, kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamama ilkesi yer almaktadır. Bu anayasal hüküm, CMUK.'nun “ifade ve sorgu tarzını” düzenleyen 135. maddesinin 4. bendinde “sanığın susma hakkı” olarak somutlaşmıştır. CMUK. m. 135a'da ise, işkenceyi de kapsar şekilde serbest iradeyi etkileyen yöntemler yasaklanmış; aynı maddenin III. fıkrasında yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceği öngörülmüştür. İşkence ve benzeri muameleleri cezalandıran 243. madde, Anayasanın m. 38/ V, CMUK. m. 135 ve 135a hükümlerinin ihlalinin yaptırımını da teşkil etmektedir⁵⁰.

Görüldüğü gibi işkence suçu ile korunan, hukuki yarar birden fazladır⁵¹ ve bu açıdan karma bir nitelik göstermektedir⁵². Zira suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin, mağdurların ruh ve beden sağlığı, yaşama hakkı üzerindeki olumsuz etkilerinin yanı sıra, adaletin yanlış tecelli etmesine neden olabileceği de açıktır. Ayrıca, söz konusu hareketlerle vatandaşın devlet idaresine olan güveni sarsılmaktadır. Öyleyse bu suçla, kamu idaresi, kişinin vücut tamlığı-kişisel özgürlükleri, irade ve ifade özgürlüğü, adliye ile adil yargılanmak hakkı birlikte korunmaktadır⁵³.

48 **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 26; **Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut**, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu –Özel Hükümler- C.: II, Ankara, 1996, s. 1831.

49 **Erman-Özek**, s. 234; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 526-527.

50 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 527; **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 26; **Erman-Özek**, s. 234; **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 1999, s. 502.

51 **Tezcan-Erdem**, s. 193.

52 **Erman-Özek**, s. 234; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 527. Doktrinde Demirbaş, işkence suçuyla korunan hukuki yararın adliye ve kişi dokunulmazlığı olduğu görüşündedir. Bkz: **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 29.

53 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 527; **Tezcan-Erdem**, s. 193.

D- Fail Ve Mağduru

1- Faili

İşkence suçunun faili TCK. 243. maddenin I. fıkrasında “memurlar veya diğer kamu görevlileri” olarak gösterilmiştir. Buna göre fail, TCK.nun 279. maddesinin I. fıkrası anlamında kamu görevi (amme vazifesi) ifa edenlerdir⁵⁴ ve bu nedenle işkence mahsus bir suçtur⁵⁵. Suç tipinde memurluk vasfı kurusu unsur olarak yer aldığından işkence aynı zamanda gerçek memur suçlarındandır^{56, 57}.

TCK. 243. maddesindeki düzenlemeyi tekrarlırsak, bu suçun faili “memurlar veya diğer kamu görevlileri”dir. Kamu görevlisi ibaresinin ceza hukukumuzdaki karşılığı memurdur (TCK. m. 279/I, 1-2). Bu nedenle maddede, faili göstermek için ilk olarak “memur” kavramı kullanıldıktan sonra “veya” bağlacıyla yine ceza hukuku açısından teknik karşılığı memur olan “kamu görevlileri” kavramının kullanılması yerinde olmamıştır. Zira, TCK. nun memuru tanımlayan 279. maddesinde, “kamu hizmeti”-“kamu görevi” ayrımı yapılmış ve ancak kamu görevi ifa edenler memur sayılmıştır⁵⁸. Görüldüğü gibi, 243. maddedeki “memurlar ve diğer kamu görevlileri” ifadesi yoruma muhtaçtır.

TCK. 243. maddedeki suç, ifade almaya, sorguya çekmeye, şikayet ve ihbarı kabul etmek gibi bir faaliyet gerçekleştirmeye yetkili memur tarafından işlenebilir^{59, 60}. Bu nedenle işkence suçu özel memur suçlarındandır⁶¹. Memurun

⁵⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 528.

⁵⁵ Bkz: Özgüç, İzzet-Şahin, Cumhuriyet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 2001, s. 195; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.: II, 10. Baskı, İstanbul, 1994, s. 422.

⁵⁶ Jescheck, Hans-Heinrich-Russ, Wolfgang-Willms, Günther, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, B.: 7, 10. Auflage, Berlin-New York, 1988, §343, kn: 1; Maurach, Reinhart-Schroder, Friedrich Christian, *Strafrecht Besonderer Teil*, B.: II, 6. Auflage, Karlsruhe, 1981, §74/I, s. 192; Horn, in: *Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch (SK)*, 4. Auflage, Neuwid-Frankfurt, 1991, §343, kn: 3.

⁵⁷ Bkz: Cramer, Vorbemerkung zu den §§331ff., in: Schönke, Adolf-Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, München, 1997, kn: 6-8; Önder, *Özel Hükümler*, s. 89-90; Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht*, 4. Auflage, Karlsruhe, 1971, s. 247-249; Özgüç-Şahin, s. 96.

⁵⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 296 vd.; Önder, *Özel Hükümler*, s. 92 vd.

⁵⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 528; Önder, *Özel Hükümler*, s. 221; Demirbaş, *İşkence Suçu*, s. 30; Gözübüyük, A. Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Madde 202-368*, 4. Bası, (Baskı yeri ve yılı yok), s. 244; Cramer, in: Schönke-Schröder, §343, kn: 19; Lackner, Karl, *Strafgesetzbuch*, 20. Auflage, München, 1993, §343, kn: 2; Maurach-Schröder, §74/III, s. 195; Dreher, Erward-Tröndle, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 41. Auflage, München, 1983, §343, kn: 2; Jescheck, LK., §343, kn: 3; Horn, in: SK, §343, kn: 3.

madde bakımından yetkili olması gerekli ise de⁶²; onun genel olarak soruşturmayla yetkili olması yeterli olup, somut olayda yetkili kılınması şart değildir⁶³. Bu nedenle, soruşturmanın yürütümünde taraf ve görevli memurlardan olmadıklarından, avukat, bilirkişi ve tanıklar fail olamazlar⁶⁴. Zira, bunlar her ne kadar görevleri bakımından tahkikatla ilgili olsalar da, kovuşturmayla yetkili memurlar gibi kurumsal bir kuvvet kullanma gücüne sahip değildirler.

Buna göre fail olabilecekler, ceza davasını açmaya veya adli işlemi yapmaya yetkili cumhuriyet savcıları, hakimler, kolluk amir ve memurları gibi kişilerle⁶⁵; idari veya disiplin soruşturması açmaya ve yürütmeye yetkili amir ve memurlardır⁶⁶. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre, ön inceleme yapmaya yetkili olanlar da bu gruba dahildir⁶⁷.

2- Mağduru

TCK.nun 243. maddesinde yer alan suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Bunlar, maddenin I. fıkrasında, “suçlarını söyletmek için işkence yapılan bir kimse”, “mağdur”, “şahsi davacı”, “davaya katılan (müdahil)” ve “tanık” şeklinde gösterilmiştir⁶⁸. Ceza yargılamasına katılan bilirkişi, tercüman ve avukat gibi diğer sùjelerin mağdurlar arasına dahil edilmemesi ise yeni düzenleme açısından eksikliktir⁶⁹. Yukarıda belirtildiği gibi, soruşturma kavramına cezai, idari ve disiplin soruşturmaları dahildir. Bu nedenle, ceza soruşturması dışındaki soruşturmalara muhatap olmuş kişiler de mağdur olabilir⁷⁰.

60 Erman-Özek bu hususta aksi kanıdadırlar. Yazarlara göre, TCK. 243. maddedeki suçun faili “memur” sıfatını taşıyan herkestir. Bkz: **Erman-Özek**, s. 234-235.

61 **Cramer**, in: Schönke-Schroder, §331ff., kn: 9.

62 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 528.

63 **Jescheck**, LK., §343, kn: 3; **Dreher-Tröndle**, §3443, kn: 2-3; **Önder**, Özel Hükümler, s. 221; **Wagner, Heinz**, *Amtsverbrechen*, Berlin, 1975, s. 182. “.... Memur olmayan, memur olsa bile yetkili bulunmayan bir kimsenin sanık durumunda sayılmayan kimseye karşı veya suçunu söyletme özel kastı dışında eylemlerde bulunması halinde bu maddedeki suç oluşamaz....” Yarg. CGK. 17.04.1989, 8-87/143 (**Savaş-Mollamahmutoglu**, s. 2224-2227).

64 **Jescheck**, LK., §343, kn: 3; **Cramer**, in: Schönke-Schröder, §343, kn: 19.

65 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 528; **Malkoç**, s. 502.

66 **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 32; **Malkoç-Güler**, C.: II, s. 1839-1840.

67 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 528.

68 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 528.

69 **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 531.

70 **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 34.

Buna göre işkence suçunun mağdurları; suçlarını söyletmek için (şüpheli veya sanık) işkence ve benzezi muameleye maruz kalan kimse, işlenmiş başka bir suçun mağduru, şahsi davacı, müdahil, ve tanıktır.

E- Suçun Unsurları

1- Kanuni Unsur (Tipiklik)

İşkence suçunda fiilin tipik olabilmesi için işkence ve benzeri kötü muameleleri işleyen failin tahkikatla görevli bir memur olması, bu fiilleri bir kimseye suçunu söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek için veya şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle işlemesi gerekir (TCK. m. 243/I).

Bu bakımdan; kovuşturmayaya yetkili memurlardan olmayan bir belediye başkanı ve zabıta müdürünü ika ettiği işkence ve benzeri kötü muameleler yüzünden TCK. 243'e göre cezalandırmak, fiil tipik olmadığından, mümkün değildir. Bu nedenle, Yarg. 1. CD. nin kovuşturma yetkisi olmayan belediye başkanının ve zabıta amirininin 243. maddeye göre cezalandırılması gerektiği yönündeki 13.01.1970 tarih 69-1730/970-118 sayılı kararına katılmak mümkün değildir⁷¹.

2-Maddi Unsur

a- Genel olarak

İnceleme konumuz suçta, maddi unsurun hareket kısmı (TCK. m. 243/I), “işkence etmek” veya “zalimane” veya “gayriinsani” veya “haysiyet kırıcı” muamelelerde bulunmaktan ibarettir⁷².

Kanunda, işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler sayma yöntemi ile; işkence etmek veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerde bulunmak şeklinde belirtilmiştir. Maddede, maddi ve manevi mahiyetteki kötü muameleler söz konusudur⁷³.

İşkence suçu, madde metninde yer alan işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerden birinin yapılması ile tamamlanacağından seçimlik hareketli bir suçtur⁷⁴. Bu nedenle, Yargıtay'ın işkence ve zalimane

⁷¹ Gözübüyük, TCK. Açıklaması, s. 218.

⁷² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 531; Tezcan-Erdem, s. 194; Erman-Özek, s. 236.

⁷³ Erem, Özel Hükümler, C.: III, s. 424; Gözübüyük, TCK. Açıklaması, s. 246.

⁷⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 531.

muameleleri bir bütün olarak değerlendiren kararlarına katılmak mümkün değildir⁷⁵.

b- İşkence Etmek

İşkence en genel anlamıyla, bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyeti, bir kimseye bir şeyi söyletme ya da yaptırma amacıyla maddi ya da psikolojik yöntemlerle acı çektirerek uygulanan baskı ya da eziyeti ifade eder⁷⁶. Yargıtay, 1983 tarihli bir kararında⁷⁷ işkenceyi, “*bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici hareketler*”in uygulanması olarak tarif etmiştir. BM. Sözleşmesinde (m. 1) ise, “*fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil*” şeklinde ifade edilmiştir. Böylelikle, bedene doğrudan etki yapan maddi nitelikteki eza verici hareketlerle; bedene doğrudan veya dolaylı etki yapmamakla beraber, akıl ve ruh sağlığında büyük bir ıstıraba yol açan davranışlar da işkence sayılmıştır⁷⁸.

Hemen belirtelim ki, işkenceyi oluşturan acı ve eza veren maddi veya manevi mahiyetteki hareketlerin ağırlığına ilişkin somut bir ölçüt mevcut değildir. BM. Sözleşmesinde, fiziki ya da manevi acı veya ızdırap veren hareketin ağır⁷⁹ olması gerektiği vurgulanmıştır. Bir görüşe göre⁸⁰, her türlü maddi acının “ağır” olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira, az ya da çok maddi acı doğurabilecek her türlü hareketi müessir fiil sayan ceza hukuku sistemimizin, işkence söz konusu olduğunda değişik bir ölçü benimsemesi kabul edilemez.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, 3. madde hükmüne (İHAS.) aykırı muameleden söz edebilmesi için, kişi üzerinde uygulanan fiilin “en az belli bir ağırlıkta”⁸¹ veya “bel-

⁷⁵ Bu nedenle doktrinde ileri sürülen şu görüşe de katılmamaktayız: “Örneğin, bir kimseye hakaret etmek de “haysiyet kırıcı muameledir. Şu halde, cürmünü söyletmek için maznuna hakaret eden polis memurunu 243 üncü maddeye göre mahkum etmek gerekecektir ki, kanun koyucunun amacı herhalde bu olmasa gerektir” (Savaş-Mollamahmutoglu, s. 2213).

⁷⁶ Bkz: *Meydan Larousse*, C.: 6, s. 565; *AnaBritinacia*, C.: 17, s. 99.

⁷⁷ Yarg. CGK.’nın 4.4.1983 tarih ve 8/64-156 esas sayılı kararı için bkz: **Çağlayan, M. Muhtar**, *En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gereçeli ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, C.: II, 3. Baskı, Ankara (Baskı Yılı Yok), s. 812-817.

⁷⁸ **Erman-Özek**, s. 236.

⁷⁹ Bkz: **Özgen, Eralp**, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, *TBBĐ.*, Yıl: 1988/2, s. 218, dpn: 21.

⁸⁰ **Özgen**, *İşkence ve İnsanlık Dışı*, s. 218-219.

⁸¹ İrlanda/İngiltere ve Guzzardi/İtalya uyumsuzluklarına ilişkin İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ya da Komisyonun X/Almanya uyumsuzluğu hakkındaki kararı. Bkz: **Gölcüklü- A. Feyyaz – Gözübüyük, A. Şeref**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, 1994, s. 192-193.

li bir düzeyde”⁸² olması aranmıştır. Mahkeme daha sonraları, Felix Tomasi davasında önceki kararlarında olduğu gibi muamelenin “en az belli bir ağırlıkta” yahut “belli bir düzeyde” olmasından söz etmemiş; kullanılan fizik kuvvetin “yoğunluğu ve devamlı tekrarı”nı vurgulamıştır. Böylelikle, uygulanan muameleyle ilişkin ağırlık eşiği daha aşağıya çekilmiştir⁸³.

İşkence, maddi veya manevi nitelikte ağır acı ve ızdırap veren hareketlerden oluşmaktadır. Bu nedenle, işkenceyi sadece müessir fiil niteliğindeki hareketler olarak anlamamak gerekmektedir⁸⁴. Buna göre, Yarg. CGK.nun⁸⁵ bir kişinin bir hafta işten kalacak şekilde dövülmesini işkence saymadığı ve işkencenin ancak müessir fiilin ağırlaşmış hallerinde söz konusu olabileceği yönündeki kararına katılmak mümkün değildir⁸⁶.

İşkence teşkil eden hareketler maddi ve manevi nitelik arz edebilir ve bunlar sıralanamayacak kadar çeşitlilik gösterir.

c- Zalimane Muamele

Zalimane muamele ise, acımasızca, gaddarca, zalimce hareketleri ifade eder⁸⁷. TCK. 243. maddede, zalimane muamelelerin (cruel) neler olduğu belirtilmemiş ve dolayısıyla hangi hareketlerin bu kapsamda değerlendirileceği hakimnin takdirine bırakılmıştır⁸⁸. Yargıtay 4.4.1983 tarihli bir kararında⁸⁹; “Zalimane muamelelerden maksat, mağdura yapılan maddi veya manevi ızdırap veri-

82 İnsan Hakları Mahkemesinin Tyrer/İngiltere ve Campbell et Cosans/İngiltere arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin kararları. Bkz: **Gölcüklü-Gözübüyük**, s.193; Örneğin, Titina Loizidou-Türkiye davasında Komisyon, 3. madde ihlalinin söz konusu olabilmesi için, muamelenin en azından “ciddi” olması gerektiğini belirtmiştir. “En azında ciddi olma” göreceli bir kavram olup, olaydan olaya değiştiği, yapılan muamelelerin niteliği, çerçevesine ve mağdurun özelliklerine bağlı olduğu açıktır. Bkz: **Akılloğlu, Tekin**, “Komisyonun Bir Kararı: Titina Loizidou-Türkiye”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C.: III, 1995/2, s. 27.

83 **Gölcüklü-Gözübüyük**, 1994, s. 194.

84 **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 37.

85 Yarg. CGK. 5.10.1987, 8/186-4234 (**Erdurak, Yılmaz Güngör**, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara, 1991, s. 396-398).

86 Aynı yönde bkz: **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 37; Karış görüş için bkz: **Savaş-Mollamahmutoglu**, s. 2216-2217. “Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 2.10.1971 gün ve 65/70 sayılı kararında da “Her çeşit müessir fiilin işkence sayılmasına cevaz yoktur. Zira işkence, mağdura yaptığı tesir, verdiği azap ve eziyet itibariyle adiyen müessir fiilden tamamen farklı ve daha vahim bir mahiyet taşımaktadır” denilmektedir ki, bu yorumun yasaya daha uygun olduğu kanaatindeyiz” (**Savaş-Mollamahmutoglu**, s. 2217).

87 *Büyük Larousse*, C.: 24, s. 12702.

88 **Gözübüyük**, TCK. Açıklaması, s. 246.

89 Yarg. CGK. 4.4.1983, 8-64/156 (**Savaş-Mollamahmutoglu**, s. 2220-2235).

ci her türlü muameleler”dir şeklinde bir tanım denemesi yapmış ve bu tanım doktrinde de benimsenmiştir⁹⁰.

Yargıtay’ın yaptığı tanımdan, işkence ve zalimane muamele arasındaki farkın ne olduğu anlaşılacaktır. Oysa maddede işkence ve zalimane muamele ayrı ayrı zikredildiğine göre, aralarında bir farkın bulunması gerekir⁹¹. Esasen zalimane muamelenin, işkenceyle eşdeğer nitelikte hareketlerden oluşmadığı BM. Sözleşmesinin 1. maddesinde yapılan ayırmadan anlaşılacaktır (karşılaştırınız: BM. Sözleşmesi m. 1 ve 16)⁹². Yargıtay’ın kararında, maddenin ya da manen acı veren her türlü hareket zalimane muamele olarak nitelenmiştir. Yine aynı kararda işkence, “bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici hareketler”in yapılması şeklinde tanımlanmış ve işkencedeki hareketlerin “eza verici” ağırlıkta olması gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre zalimane muamele ise, “eza verici” olmamakla birlikte, maddi ya da manevi acı veren her türlü harekettir. Kanımızca, zalimane muamele bu şekilde anlaşılır ise, bedene yönelik az ya da çok acı veren her türlü hareket 243. madde kapsamında cezalandırılabilir.

d- Gayriinsani Muamele

Gayriinsani (inhuman) muameleler, insani olmayan, insan kişiliğini önemli derecede zedeleyen⁹³, insanca olmayan, insana yakışmayan ve insanlıkla bağdaşmayan fiillerdir. Bunlar, kişinin insan olmasından kaynaklanan haklara saldırı niteliğindeki hareketler olarak da tanımlanmaktadır⁹⁴.

İnsan Hakları Komisyonu, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda-Yunanistan uyuşmazlığında, insanlık dışı muameleyi, belli bir durumda hukuka uygun olmayan (gayrimeşru) ve fiziki ya da zihni ağır acılara sebep olan kasıtlı hareketler şeklinde tanımlamıştır⁹⁵.

İşkence ve gayriinsani muamele arasında yoğunluk farkı söz konusudur. Buna göre, gayriinsani muameleler işkence seviyesine varmayan, ancak kişiye

⁹⁰ **Gözübüyük**, TCK. Açıklaması, s. 246; **Erman-Özek**, s. 237; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 531.

⁹¹ Karşı için bkz: **Savaş-Mollamahmutoğlu**, s. 2213.

⁹² Belirtelim ki, BM. Sözleşmesinin aksine, İHAS. zalimane kavramına yer vermemiştir. Ancak bu boşluk, öğretiyi ve içtihat yoluyla doldurulmuş ve genel olarak “insanlık dışı muamele” teriminin bunu da kapsadığı kabul edilmiştir. bkz: **Gemalmaz, Mehmet Semih**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi*, 1. Basım, İstanbul, 1990, s. 58.

⁹³ **Gözübüyük**, TCK. Açıklaması, s. 246. Yarg. CGK. 4.4.1983, 8-64/156 (**Savaş-Mollamahmutoğlu**, s. 2229-2235). “... İnceleme konumuzu teşkil eden olayda da; sanığın müdahili cürmünü söyletmek için raporunda açıklandığı gibi bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesi, “işkence” olarak mütalaa edilmese bile kuşkusuz “insani olmayan” ve “haysiyet kırıcı” muamele niteliğindedir.” Yarg. CGK. 5.10.1987, 8-186/423 (**Erdurak**, s. 396-398).

⁹⁴ **Nuhoğlu**, s. 566.

⁹⁵ **Spirakos**, s. 105; **Gemalmaz**, İşkencenin Önlenmesi, s. 85; **Weiß**, Schutz vor Folter, s. 74.

maddi veya manevi acı veren hareketlerden oluşmaktadır. Bir görüşe göre⁹⁶, İHAS. nin amacı göz önünde bulundurularak kişinin vücut dokunulmazlığına yönelik önemli müdahale teşkil eden bütün hareketler gayriinsani muamele kapsamında değerlendirilmelidir.

e- Haysiyet Kırıcı Muamele

Haysiyet kırıcı muameleler, kişinin itibarını, onur ve şerefini hedef alan hareketlerden oluşmaktadır. Kişiyi aşağılayan, değerinden ve niteliğinden daha aşağı seviyeye indiren, küçülten ve hor gören hareketler haysiyet kırıcıdır. Diğer bir deyişle, “insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değeri”⁹⁷ yıkan, inciten ve yok sayan hareketlerdir.

Yargıtay haysiyet kırıcı hareketleri, “bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğindeki fiiller” şeklinde tanımlamıştır⁹⁸. Erman-Özek’ e göre, “sırf manevi alanda kalan muameleler, küçültücü işler yapmaya, çıplak dolaşmaya, pislik içinde kalmaya yönelik zorlamalar hep bu tarife girer”⁹⁹. Yargıtay bazı kararlarında, elbiselerin çıkarılmasını, gözlerin bağlanmasını ve dayak atılmasını haysiyet kırıcı muamele olarak değerlendirmiştir¹⁰⁰. Başka bir olayda ise, bir hafta iş gücünden kalacak şekilde dövülme insanlık dışı ve haysiyet kırıcı bulunmuştur¹⁰¹.

İnsan Hakları Komisyonu Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda-Yunanistan Uyuşmazlığında aşağılayıcı muameleyi, “bireyi, diğer kişilerin önünde büyük ölçüde utanca boğan ya da onu kendi arzu yahut iradesine aykırı davranmaya yönlendiren eylemler” şeklinde tanımlamıştır. Komisyona göre, kişiye yönelik küçültücü dil kullanılması ya da onun çıplak bırakılması aşağılayıcı muamele örnekleridir. Komisyon, aşağılayıcı muameleyi belirlerken kişinin toplumsal konumunu dikkate almıştır. Buna göre, bir hareket eğer ilgilinin çevresinde, durumunda veya karakterinde, onu kendi gözünde veya başkalarının gözünde küçük düşürüyorsa, bu aşağılayıcı muameledir¹⁰².

⁹⁶ Spirakos, s. 120.

⁹⁷ AMK. 28.6.1966, E. 1963/132, K. 1966/29 (AMKD. S. 4, s. 187).

⁹⁸ Yarg. CGK. 4.4.1983, 8/64-156 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 2229-2235).

⁹⁹ Erman-Özek, s. 238.

¹⁰⁰ Yarg. CGK. 22.3.1976, 100/133 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 2235-2236); Yarg. 8. CD. 27.9.1989, 5123/6914 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 2237).

¹⁰¹ Yarg. CGK. 5.10.1987, 8-186/423 (Erdurak, s. 396-398).

¹⁰² Gemalmaz, İşkencenin Önlenmesi, s. 86-87; Villiger, Mark E., *Handbuch Der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, Zurich, 1993, s. 174-175; Centel, Centel, Nur, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD.)*, C.: IV, 2000/1-2, s. 9.

Mahkeme İrlanda-İngiltere kararında, işkence, gayriinsani ve aşağılayıcı muamele kavramlarına ilişkin tanımlarında, ilke olarak verilen acının yoğunluğunu dikkate almıştır. Buna göre, aşağılayıcı muamele ve ceza, İHAS. 3. madde anlamında ihlallerin en hafif basamağını oluşturmaktadır¹⁰³.

Doğu Afrikalı Asyalılar-İngiltere davasında, haysiyet kırıcı muamele yaşımanın amacını, genel olarak insan onuruna yönelen, özellikle ciddi içerikli müdahalelerin önlenmesi olarak belirleyen İnsan Hakları Komisyonu, bir kişiyi rütbe, konum ve şöhret açılarından daha alt düzeye düşüren edimleri veya bir kişiyi grup içerisinde ırk temelinde farklı muameleye tabi tutan uygulamaları aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirmiştir¹⁰⁴.

f- TCK. m. 243 ve CMUK. m. 135a İlişkisi

CMUK.'na 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla eklenen m. 135a ile sanığın özgür iradesini ve haklarını ihlal sorgu yöntemleri yasaklanmış ve örnek kabildinden kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçları uygulama ve kanuna aykırı vaatte bulunma gibi yöntemler gösterilmiştir¹⁰⁵.

TCK. m. 243'ü ihlal eden her hareketin CMUK. m. 135'a anlamında yasak sorgu yöntemi olduğu şüphesizdir. Buna karşın, CMUK. m. 135a kapsamına giren her hareketin 243. madde kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise problemlidir. TCK. 243. maddeyle, işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleler cezalandırılmaktadır. CMUK. m. 135'a ve TCK. m. 243 karşılaştırıldığında, sadece işkence kavramının çakıştığı görülmektedir. Bu nedenle, 135a anlamında yasak sorgu yöntemi olan hangi hareketlerin 243. maddeye göre cezalandırılacağı belirlenmesi gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, 243. maddeyle sadece işkencenin cezalandırılmadığı, bunun yanı sıra zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamelelerin de cezalandırıldığıdır. Bu nedenle, TCK. m. 243 ve CMUK. m. 135a'yı karşılaştırırken, 243. maddedeki suçun maddi unsuru sadece işkenceymiş gibi hareket edilmemelidir. Diğer ifadeyle, CMUK. m. 135a'yı ihlal ettiği saptanan bir hareketle, TCK. m. 243'ün de ihlal edilip edilmediği belirlenirken, söz konusu hareketin işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele teşkil edip etmediği araştırılmalıdır. Zira, işkence olarak niteleneme-

¹⁰³ **Frowein, Jochen Abr.,-Peukert, Wolfgang.** *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 2. Auflage, Kehl, Strassburg, Arlington, Engel, 1996, s. 45; **Gemalmaz**, İşkencenin Önlenmesi, s. 92.

¹⁰⁴ **Gemalmaz**, İşkencenin Önlenmesi, s. 97.

¹⁰⁵ **Öztürk, Bahri –Erdem, Mustafa R. –Özbek, Veli Özer**, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2000, kn: 586 vd.; **Koca, Koca, Mahmut**, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", *AÜEHFD.*, C.: IV, 2000/1-2, s. 125.

yecek, bu ağırlığa ulaşmamış bir hareket zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele teşkil edebilir.

Buna göre, bir hareket işkencede varlığı aranan ağırlık eşiğine ulaşmamış ise, bunun zalimane muamele; zalimane muamele olarak nitelendirilemiyorsa, gayriinsani muamele veya haysiyet kırıcı muamele teşkil edebileceği düşünülmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında da, bir hareketin işkence olduğu tespit edildikten sonra, diğer unsurlara aykırılık olup olmadığının incelenmesine gerek görülmemektedir¹⁰⁶. Şu halde, bir hareketin işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele olup olmadığı değerlendirilirken ağırdan hafife doğru her bir unsurun ihlal edilip edilmediği araştırılmalı ve işkence teşkil etmeyen bir hareketin, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele olabileceği göz önünde tutulmalıdır.

CMUK. m. 135a'da sayılan yöntemlerden biri olan işkence, 243. maddenin ihdasının temel nedenidir. Sanığı konuşturmaya yönelik kötü davranma, bedensel cebir ve şiddet uygulaması ise, hareketlerin uygulanış tarzına göre işkence, zalimane, insanlık dışı veya haysiyet kırıcı muamele teşkil edebilir. Uygulamamız görüşü aksi yönde olsa da¹⁰⁷, kanaatimizce ikrar ve bilgi elde etmek saikiyle veya 243. maddede belirtilen diğer saiklerle yapılan bedene yönelik her türlü hareket işkence suçu kapsamında cezalandırılmalıdır.

g-Suçun Netice Bakımından Özellikleri ve Tamamlanma Anı

İşkence suçunun tamamlanabilmesi için, failin mağdura suçunu itiraf ettirme veya madde belirtilen diğer saiklerle işkence ve benzeri kötü muameleleri yapması yeterli olup, failin bu amaca ulaşması şart değildir¹⁰⁸.

İşkence seçimlik hareketli bir suç olup, işkence veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele ika edilerek işlenebilir. Seçimlik hareketlerin en ağırını oluşturan işkencede fiziki veya manevi ağır acı ve ızdırap veren hareketlerin süreklilik arzeder şekilde icrası söz konusudur. Bu nedenle 243. maddedeki suç işkence etmek suretiyle işlendiği takdirde mütemadi bir suçtur¹⁰⁹. Buna karşın, zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerle suç işlenmişse, bu hareketler süreklilik arzetmesi gerekmediğinden, yani zalim-

¹⁰⁶ Örneğin, Aksoy-Türkiye davasında Mahkeme, davacının iddialarını değerlendirip, işkence yapıldığı sonucuna ulaşmış ve varılan bu sonucun ağırlığı nedeniyle, başvurucunun diğer kötü muamele şikayetlerini inceleme konusu yapmamıştır. Bkz: *İnsan Hakları Kararları Derlemesi (İHKAD.)*, İstanbul Barosu Yayınları (İBD.), C.: II, 1998, s. 250.

¹⁰⁷ Yarg. 8. CD. 20.12.1995, 14569/17658; Yarg. 8. CD. 29.6.1995, 9314/10352 (Malkoç-Güler, C.: II, s. 1842).

¹⁰⁸ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 44.

¹⁰⁹ Bkz: Özgenç-Şahin, s. 134; Yarg. CGK. 15.6.1999, 8-109/164 (YKD. Ağustos 1999, s. 1121 vd.).

mane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı bir hareketin icrasıyla suç tamamlanacağından ani suç niteliği taşır.

TCK. 243. maddede, "... işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur..." denilerek failin cezalandırılabilmesi için işkence etmesi veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleyi ika etmesi, hukuki yararı zarara uğratması arandığından işkence zarar suçudur.

3- Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK. 243. maddede, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak bu suç açısından "mağdurun rızası" ve "yetkili merciin emrini ifa" hukuka uygunluk nedenlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

a- Yetkili Amirin Emrini İfa

TCK. m. 49/1'e göre, aslında suç teşkil eden bir takım fiilleri yetkili merciin emriyle yerine getiren hukuka uygunluk sebebinden faydalanır (örneğin, CMUK. m. 106/1'e göre hakimın tutuklama emrini yerine getiren kimse)¹¹⁰. Ancak kanunun bu hükmü, Anayasamızın 137/II. maddesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, "*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz*". Şu halde amirin emrini ifa, hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte, eğer ifası istenen emrin konusu suç teşkil ediyorsa, bu emri yerine getiren hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz ve işlemiş olduğu suçun cezasıyla cezalandırılır¹¹¹.

İşkence ve benzeri kötü muamele Anayasamızın 17. maddesinin III. fıkrasında yasaklanmış, bu yasak aynı zamanda TCK. m. 243 ile cezaı yaptırma bağlanarak pekiştirilmiştir. İşkence, jenosit ve savaş suçları gibi insanlığa karşı bir suçtur. Bu nedenle, işkence ve benzeri kötü muamele yapılması hususunda amir tarafından verilen emri yerine getiren için hukuka uygunluk nedeni oluşurmaz; gerek emri veren, gerekse fiili irtikap eden fail cezalandırılır¹¹².

b- Mağdurun Rızası

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği durumlar, kural olarak, tasarrufu kişinin şahsına bırakılmış haklara ilişkin olanlardır.

¹¹⁰ Artuk, Suç Genel Teorisi, s. 209; İçel, Kayıhan-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih. S.-Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 1. Bası, İstanbul, 1999, s. 128; Günal, H. Yılmaz, Yetkili Merciiin Emrini İfa, Ankara, 1967, s. 1-3; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1998, s. 400.

¹¹¹ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 400.

¹¹² Demirbaş, İşkence Suçu, s. 41; Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.: III, Ankara, 1985, s. 425 vd.; Ambos, Kai, "Zur strafbefreienden Wirkung des "Handelns auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht" JR., 1998/6, s. 221 vd.

Kişilerin hangi haklar üzerinde tasarrufta bulunabileceği ise, bütün hukuk düzeni göz önüne alınarak belirlenir. Kamusal nitelikte olan, devletin ve toplumun yararını ilgilendiren sahalarda, bireyin rızası etkisizdir¹¹³.

TCK. m. 243, devlet idaresi aleyhine cürümler kısmında yer almakta ve bu suçla devlet idaresi, adliye, adil yargılanma hakkı, susma hakkı ve vücut dokunulmazlığı gibi hukuki yararlar bir arada korunmaktadır. Bu yararlardan, vücut dokunulmazlığı ve susma hakkı dışındakiler kişinin tasarruf yetkisinin bulunmadığı alanlara ilişkin olup mağdurun rızası işkence ve benzeri kötü muameleleri hukuka uygun hale getirmez¹¹⁴.

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, konusunun kanuna, ahlâka ve adaba aykırı olmaması gerekir (MK. m. 23/II). İşkence ve benzeri kötü muameleler, kişi bütünlüğünü, dokunulmazlığını ve insan onurunu ihlal etmektedir. Bu nedenle, kişilik haklarından feragati ifade eden, ahlaka ve adaba aykırı olan bu tür hareketlerin uygulanmasına rıza gösterilmesi hukuken geçersizdir¹¹⁵.

4- Manevi Unsur

İşkence suçunun manevi unsuru kasttır. Taksirle bu suç işlenemez. Suçun gerçekleşebilmesi için, failin, işkence, zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele yaptığını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir. Ancak TCK. m. 243'te failin, "bir kimseye cürümlerini söyletmek", mağdurun, şahsi davacının, müdahilin ve tanığın "olayları bildirmesini engellemek", "şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek" veya "şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle" yahut "diğer herhangi bir sebeple" işkence ve benzeri kötü muamelelerde bulunması aranmaktadır. Bu nedenle, suçun oluşabilmesi için genel kastın yanı sıra özel kast da bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, fail hareketleri belli saiklerle gerçekleştirmelidir¹¹⁶.

Maddede geçen "*Bir kimseye cürümleri söyletmek...*" ibaresini "bir kimseye suçlarını söyletmek" şeklinde anlamak gerekir¹¹⁷.

¹¹³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 153; İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 188; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 391; Dönmezer-Erman, C.: II, s. 74 vd.

¹¹⁴ İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 195.

¹¹⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 154; Erman-Özek, s. 238.

¹¹⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 534; Erman-Özek, s. 238; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 41; Önder, Özel Hükümler, s. 222; Malkoç, s. 505; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 556. Yarg. CGK. 5.10.1987, 8-186/423 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 2229).

¹¹⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 534; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 31, 44; Tezcan-Erdem, s. 197-198; Malkoç, s. 502; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tabiki Ceza Hukuku, C.: I, 11. Bası, İstanbul, 1994, s. 454; Erman-Özek, s. 238.

F- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1- Teşebbüs

İşkence suçunun tamamlanabilmesi için, maddede gösterilen işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerden birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Buna göre, failin bir kimseye suçunu ikrar ettirmek, mağdura, şahsi davacıya, müdahile veya bir tanığa olayları bildirmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek amacıyla veya olayları bildirdiği, şikayet ve ihbarda bulunduğu ya da tanıklık yaptığı işkence ve benzeri kötü muamelelerden oluşan seçimlik hareketlerden birinin icrasıyla suç tamamlanır. Bu nedenle işkence, neticesi harekete bitişik (şekli) bir suçtur.

Neticesi harekete bitişik suçlarda, ihlali belirten hareketin yapılmasıyla suç tamamlandığından, bu tür suçlarda tam teşebbüs mümkün değildir. Bu nedenle, ihlali oluşturan işkence ve benzeri kötü muamelelerden birinin icrasıyla suç tamamlandığından işkence suçunda da tam teşebbüs mümkün değildir. İşkencede, tam teşebbüs mümkün değilse de, işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele teşkil eden icrai hareketlerin çeşitlilik ve devamlılık göstermesi nedeniyle kısımlara bölünebildiği durumlarda eksik teşebbüs söz konusu olabilir¹¹⁸.

2- İştirak

İşkence suçu çok failli değil bireysel bir suçtur. Başka bir anlatımla, suç tek fail tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişinin iştiraki ile de (TCK. m. 64-67) icra edilebilir.

İşkence mahsus bir suçtur ve ancak kovuşturmaya yetkili memurlar tarafından işlenebilir¹¹⁹. Bu nedenle, memur sıfatı taşımayan sivil bir kişinin veya memur sıfatı taşımakla birlikte, kovuşturma yetkisi bulunmayan memurların işkence suçuna iştirak edip edemeyecekleri sorununun halledilmesi gerekmektedir.

Memurlar tarafından işlenebilen bir suça katılan sivil kişilerin sorumluluğunun tayininde, TCK. m. 66'nın delaletiyle, suçuna iştirak ettiği kişinin memurluk sıfatını bilip bilmediğine bakmak gerekmektedir. Memurluk sıfatını taşımayan kişi fiiline katıldığı kişinin memur olduğunu biliyor ise, memurun işlediği suçtan katkısının niteliğine göre sorumlu tutulmalıdır. Buna göre; memurluk sıfatını taşımayan kişi memurlar tarafından işlenebilen mahsus suçun fiili irtikap edeni olamaz ise de, doğrudan doğruya beraber işleyeni, asli manevi şeriki veya maddi ve manevi fer'i şeriki olabilir. Eğer memurun bu sıfatını bil-

¹¹⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 535; Tezcan-Erdem, s. 198; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 44; Dönmezer-Erman, C.: I, s. 454 vd.

¹¹⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 535.

miyor ise, memurun işlediği suçtan sorumlu tutulmaz, sadece işlenmesini istediği suçtan sorumlu olur¹²⁰.

İşkencenin, amirin emriyle yapılması da mümkündür. Bu durumda, konusu suç teşkil eden hukuka aykırı bir emir söz konusu olacağından, emri veren amir azmettiren sıfatıyla cezalandırılacaktır¹²¹. Örneğin, gözaltına alınan kişinin konuşmadığını söyleyen memurlara, işkence uygulamalarını emreden amir azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.

3- İçtima

a- Görünüşte İçtima (TCK. m. 78)

Ölüm (TCK. m. 452) veya ağırlaşmış müessir fiille (TCK. m. 456) sonuçlanan işkence uygulaması 243. maddenin II. fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle mürekkep suç (bileşik suç) söz konusudur¹²².

Ayrıca TCK. m. 243 ile 228., 240. ve 245. maddeler arasındaki ilişkiyi de görünüşte içtima kuralları çerçevesinde halletmek gerekmektedir. Çünkü, 243. maddedeki suçun, diğerlerine göre özel nitelikleri vardır¹²³. Bu durumda, özel normun önceliği ilkesi gereği sadece 243. madde uygulanır¹²⁴.

b- Fikri İçtima (TCK. m. 79)

TCK. 79. maddeye göre, bir fiil ile kanunun çeşitli hükümlerini ihlal eden kimseye, bu fiillerden cezası fazla olanın uygulanmasıyla iktifa edilecektir¹²⁵. Buna göre, işkence manevi cebirle yapılıyorsa TCK. m. 243 ile m. 188 arasında fikri içtima söz konusu olabilir¹²⁶.

İşkencenin, hakaret veya sövme teşkil eden hareketlerle yapılması halinde de aynı durum söz konusudur¹²⁷. Zira hakaret veya sövme fiilleri, Ceza kanununun 480 ve devam eden maddelerinde cezalandırılmıştır. 243. maddedeki

¹²⁰ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 526; Dönmezer-Erman, C.: II, s. 486 vd.; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 1994, s. 183 vd.

¹²¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 535.

¹²² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 542; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 45; Erman-Özek, s. 240.

¹²³ Görünüşte içtimanın gerçekleşme şekillerinden biri olan “özel normun önceliği ilkesi” hakkında geniş bilgi için bkz: İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 461 vd.; İçel, Kayıhan, *Suçların İçtimaları*, İstanbul, 1972, s. 183 vd.

¹²⁴ Tezcan-Erdem, s. 200; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 23-24. Demirbaş’a göre buradaki ilişki, asli-tali norm ilişkisidir. Bkz: Demirbaş, İşkence Suçu, s. 46. Asli-tali norm ilişkisi için bkz: İçel, Suçların İçtimaları, s. 209 vd.

¹²⁵ Fikri içtima için ayrıntılı bilgi için bkz: İçel, Suçların İçtimaları, s. 57 vd.

¹²⁶ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 45; Tezcan-Erdem, s. 200.

¹²⁷ Tezcan-Erdem, s. 200.

saiklerle, bir kişiye hakaret ederek veya söverek işkence ve benzeri kötü muameleleri yapan memur, 79. maddenin deyimiyle bir fiil ile kanunun farklı hükümlerini aynı anda ihlal etmiş olmaktadır. Burada da, memur işkence suçu için öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır.

c- Müteselsil Suç

İşkence suçunun, TCK. m. 80'de belirtilen ilişki çerçevesinde gerçekleşmesi de mümkündür. Bu çerçevede, failin 243. maddeyi, aynı veya değişik mağdurlara karşı aynı suç işleme kararıyla birkaç kez ihlal etmesi durumunda müteselsil suç söz konusu olur¹²⁸. Ancak, TCK. m. 80'de çeşitli ihlallerden söz edilmiştir. Bu nedenle, başlı başına suç teşkil etmeyen ve aynı suçu meydana getiren hareketler birden fazla olsa da müteselsil suç oluşmaz¹²⁹. Buna göre, aynı yer ve zamanda bir kişiye karşı suçunu itiraf ettirmek amacıyla işkence niteliğinde birden fazla hareket yapılmış olsa dahi, bunlar aynı suçun icra hareketlerini oluşturduğundan müteselsil suçtan bahsedilemez¹³⁰.

Failin, bir kişiye suçunu itiraf ettirmek için veya maddede öngörülen diğer nedenlerle, değişik günlerde işkence yapması halinde, eğer hareketler aynı suç işleme kararına dayanıyorsa, TCK. 243. maddeyi ihlal eden her fiil bağımsız bir suç olmasına rağmen, TCK. 80. madde gereğince tek suç sayılacak ve failin sorumluluğu tek fiil üzerinden tayin edilip, ceza altında bir oranında artırılacaktır¹³¹.

G- Yaptırım Ve Kovuşturma Usulü

1- Yaptırım

TCK. m. 243/I'e göre, işkence suçunun cezası 8 yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden yasaklılıktır. Burada cezanın alt sınırı bir senedir (m. 13/II). Bilindiği gibi, işkence, işkence ederek veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerde bulunarak işlenebilen seçimlik hareketli bir suçtur ve en ağır ihlali işkence oluşturur. Bunu sırasıyla zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele izler. Bu nedenle maddede "sekiz yıla kadar ağır hapis cezası"nın öngörülmüş olması, ihlalin ağırlığına göre ceza tayinini mümkün kıldığından yerindedir.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan ağırlaştırıcı nedene göre; fiil sonucu ölüm gerçekleşmiş ise 452. maddeye göre belirlenecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılarak hükmedilecektir. Ancak madde 243/II. fıkranın m. 452. madde-

¹²⁸ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 46.

¹²⁹ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 395-396; Sancar, s. 64-66.

¹³⁰ Tezcan-Erdem, s. 199.

¹³¹ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 47; Tezcan-Erdem, s. 199.

ye yaptığı atıf 452. maddede söz konusu olan üç ihtimalden 448. maddedeki halin gerçekleşmesini ifade eder (bkz: Yarg. CGK. 4.4.1983 tarih ve 8-64/156 sayılı Kararı). Bu nedenle, m. 452/I'e göre sekiz yıldan aşağı olmamak üzere belirlenecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktır.

İşkence ve benzeri kötü muameleler sonucunda m. 456'daki durumlar gerçekleşmiş ise, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılarak uygulanacaktır. Ancak, 243. maddede 4449 sayılı kanunla yapılan değişiklikle suçun basit şeklinin cezası 8 yıla kadar ağır hapse çıkarılırken, suçun nitelikli şeklini düzenleyen II. fıkraya hiç dokunulmadığından, cezalar arasında oransızlık meydana gelmiştir.

Ayrıca fail hakkında geçici veya sürekli kamu hizmetlerinden yasaklık cezası da uygulanacaktır. Kamu hizmetlerinden yasaklılık maddede hapis cezasının yanı sıra zikredildiğinden ayrıca TCK. m. 31 çerçevesinde kanuni netice olarak eklenmez.

2- Kovuşturma Usulü

Anayasanın 129. maddesinde, suç işleyen memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kanunda öngörülen istisnalar dışında kanunun gösterdiği idari merciiden izin almak zorunluluğu vardır. Bu hususta 2.12.1999 tarih 4483 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"da memurlar ve diğer kamu görevlileri, görevleri sebebiyle işledikleri (m. 2) suçlar nedeniyle 4483 sayılı kanunun 3. maddesinde belirtilen yetkili merciin izniyle kovuşturulabilecektir¹³².

Bu kural kanunun 2. maddesinin II. fıkrasında işaret edilen hallerde uygulanmayacaktır. Burada, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olanlarla, çeşitli kanunlardaki soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bu çerçevede, örneğin Silahlı Kuvvetler mensupları, hakimler ve savcılar, yüksek öğretim elamanları hakkında bu kanun hükümleri değil, özel kanunlardaki hükümler uygulanacaktır.

İşkence, kovuşturmaya yetkili memurlar tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle, işkence suçunu işleyen memurlar hakkında hazırlık soruşturması yapılabilmesi için de "soruşturma izni" almak gerekmektedir¹³³. Ancak bu suçta kovuşturma usulü, fail memurun konumuna (örneğin fail hakim, savcı veya emniyet amir olması), suçun görev sırasında işlenip işlenmemesine (CMUK. m. 154/IV) ve suçüstü halinin varlığına göre (4483 sayılı Kanunun m. 2/III) değişmektedir.

¹³² Zafer, Hamide, "4483 Sayılı ve 2.12.1999 Tarihli "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Değerlendirilmesi", *İBD.*, C.: 74, 2000/10-11-12, s. 983; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 543.

¹³³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 543.

Öncelikle belirtelim ki, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 2. maddesinin III. fıkrasına göre, “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir”. Bu çerçevede, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerde 4483 sayılı Kanunun öngördüğü izin sistemi uygulanmayacak, yani Cumhuriyet Savcısı izin almaksızın hazırlık soruşturmasını tamamlayacak ve kovuşturma işlemlerini yapabilecektir¹³⁴.

İşkence suçu, TCK.nun 102. maddesinin I/3. bendine göre, on yıllık bir dava zamanaşımı süresine tabidir. 4449 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce bu süre beş yıldır¹³⁵.

SONUÇ

İşkence, hukukumuzda Batı tarihinde olduğu şekliyle uygulama alanı bulmamış ise de, yaklaşık iki yüzyıldır sürekli gündemdedir. Bu nedenle, gerek Tanzimat Fermanında gerekse Islahat Fermanında işkenceyi önlemeye yönelik tedbirlerin alınacağı sözü verilmiştir. Aynı şekilde işkence 1876 tarihli Kanun-i Esaside ve sonraki anayasalarla da yasaklanmıştır. İşkenceciler ilk olarak 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Humayununun 103. maddesiyle cezalandırılmıştır.

Söz konusu 103. madde, 1926 tarihli TCK.’nun 243. maddesinin kaynağını oluşturmaktadır. Madde ilki 1961 tarih 235 sayılı Kanunla, diğeri 1999 tarih 4449 sayılı Kanunla olmak üzere iki kez değişikliğe uğramıştır.

İşkence suçu, benzeri suçlardan gerek fail ve mağdur, gerek maddi unsur, gerekse manevi unsur bakımından farklılık arz etmektedir. Zira, işkence suçu tahkikata yetkili bir memur tarafından bir kimseye suçlarını söylettirmek veya kanunda öngörülen diğer saiklerle işlenmektedir.

İşkence kanunda her ne kadar “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar” kısmında düzenlenmişse de, bu suçla sadece “kamu idaresine ait bir yarar” korunmamaktadır. Zira, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerle, vatandaşın devlet idaresine olan güveni sarsıldıktan başka; mağdurların ruh ve beden sağlığı, yaşama hakkı olumsuz etkilenmekte ve yine adaletin yanlış tecelli etmesine neden olunmaktadır. Şu halde TCK. 243. maddeyle kamu idaresi, kişinin vücut tamlığı-kişisel özgürlükleri, irade ve ifade özgürlüğü, adliye ile adil yargılanma hakkı birlikte korunmakta ve bu nedenle, TCK. m. 243’le korunan hukuki yarar karma bir nitelik göstermektedir.

Suçun faili 243. maddede “memur veya diğer kamu görevlileri” şeklinde gösterilmiştir. Kamu görevlisi ve memur ibareleri ceza hukukunda teknik olarak

¹³⁴ Zafer, s. 995.

¹³⁵ Yarg. CGK. 21.11.1994, 8-273/293 (YKD. C. 21 1995/3, s. 470 vd.).

aynı anlama gelmektedir. Bu nedenle, memur veya kamu görevlisi ibarelerinden biri maddeden çıkarılmalıdır.

TCK. 243. maddenin değişiklikten önceki halinde, bu suçun mağduru sadece “maznun” (sanık) olarak gösterilmiş ve bir zaman uygulamada hakkında kamu davası açılmamış şüphelilere yönelik işkence fiilleri TCK. 245. madde kapsamında cezalandırılmıştı. Bu nedenle, 4449 sayılı Kanunla değişik 243. maddede “maznun” ibaresi yerine “bir kimseye” ifadesinin kullanılması kanaatimizce yerinde olmuştur. Buna göre, hakkında dava açılın veya açılmasın suçları hakkında bilgi almak için işkenceye tabi tutulan kişi (şüpheli veya sanık) suçun mağdurudur.

Yeni düzenlemede suçun mağduru, suçlarını söylettirmek için işkence ve benzeri kötü muamelelere tabi tutulan bir kimseyle sınırlanmamıştır. Buna göre, olayları bildirmek veya şikayet etmek isteyen başka bir suçun mağduru, tanık, müdahil ve şahsi davacı da işkence suçunun mağdurları arasında sokulmuştur. Bilirkişi, tercüman ve avukatların mağdurlar arasında yer almaması ise eleştiriye açıktır. Ancak maddede geçen “diğer herhangi bir sebeple” ibaresi için yapılacak yorumla, bilirkişi ve avukatlara icra ettikleri görev nedeniyle uygulanan işkence ve benzeri kötü muameleler bu maddeye göre cezalandırılabilir.

Suçun maddi unsuru, işkence etmek veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerde bulunmaktan ibarettir. Bu nedenle, işkence seçimsiz hareketli bir suçtur. Buna göre, işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerden birinin yapılmasıyla suç tamamlanacaktır. Bu nedenle, Yargıtay’ın işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleleri bir bütün olarak değerlendiren kararlarına katılmak mümkün değildir (Örn: YCGK. 22.3.1976 8-100/133). Zira işkence, zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleler arasında, yoğunluk ve nicelik farkı söz konusu olup burada en ağır ihlali işkence oluşturmaktadır. Zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele ihlalin yoğunluğunda sırasıyla işkenceyi izlemektedir. Buna göre, işkence teşkil eden bir hareket aynı zamanda zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameledir; fakat her zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı muamele işkence değildir. Bu nedenle somut olayda, uygulanan hareketler işkencede varlığı aranan yoğunluğa ulaşmamış ise, bunların zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır.

Ayrıca insan hakları ihlallerinin önüne geçebilmek için, TCK. 243. maddede CMUK. m. 135a’nın bire bir yaptırımını haline getirilmelidir. Burada özellikle, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele kavramlarına işlev kazandırılmalıdır. Eğer TCK. m. 243, CMUK. 135a’da sözü edilen işkence dışındaki sanık hakları ihlalleri için ağır bir yaptırım olarak görülüyorsa, Yeni İspanyol Ceza Kanununun-

da olduğu gibi (m. 463 vd.)¹³⁶ bu tür ihlalleri cezalandıran yeni hükümler ihdas edilmelidir.

İşkence suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak, işkence ve benzeri kötü muamelelerin bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya tanığın olayları aktarmasını engellemek veya şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklı etmesi sebebiyle uygulanması arandığından özel kast da gereklidir.

İşkence ve benzeri kötü muameleler için “sekiz yıla kadar ağır hapis veya sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası” öngörülmüştür. Cezanın üst sınırı açısından herhangi bir sorun yok ise de, maddede alt sınırın belirtilmemesi yerinde olmamıştır. Zira, alt sınırın genel hükümler çerçevesinde belirleneceği bu durumda, TCK. 13. maddesine göre bir senelik bir ceza verilebilmenin yolu açılmış olmaktadır. Kanımızca, işkence ve benzeri kötü muamelelerin ihlal ettiği hakkın niteliği ve önemine uygun olacak bir alt sınır belirlenmelidir. Yine işkence ve benzeri kötü muamelelerden mahkum olmak, kamu hizmetlerinden geçici değil, sürekli bir mahrumiyeti getirilmelidir.

TCK. 243. maddenin II. fıkrası, I. fıkranın 4449 sayılı kanunla değiştirilmesiyle adeta işlevsiz kalmıştır. Zira ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenen bu fıkra, uygulanan fiil sonucunda ölüm meydana gelmesi halinde 452. maddeye, ölüm dışındaki ağır sonuçların gerçekleşmesi durumunda ise 456. maddeye atf yapmaktadır. Bu durumda, işkence fiili ölümle sonuçlanmışsa, fail hakkında 452. maddeye göre sekiz yıldan aşağı olmamak üzere bir ceza belirlenecek ve bu ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktır. Burada suçun ağırlığı ve ceza arasında bulunması gereken orantı açısından yetersizlik karşımıza çıkmaktadır. Zira, 243. maddenin I. fıkrasındaki cezanın üst sınırı da sekiz yıldır.

Aynı durum, 456. maddeye yapılan atf için de geçerlidir. İşkence sonucunda, müessir fiil niteliğindeki ağır sonuçlar ortaya çıkmışsa 456. maddeye göre tertip edilecek cezanın üçte bir yarıya kadar artırılması öngörülmüştür. Ancak, 456. maddenin sadece III. fıkrasındaki cezanın üst sınırı, 243. maddenin I. fıkrasındaki üst sınırdan fazladır.

Kanaatimizce, bu çelişkinin ve orantısızlığın giderilebilmesi için, 243. maddenin II. fıkrası, uygulanan işkence sonunda ölüm vukua gelmesi veya bunun dışında müessir fiil niteliğindeki ağır sonuçlar oluşması durumuna özgü cezalar konularak yeniden düzenlenmelidir. Başka bir deyişle, söz konusu II. fıkra, diğer maddelere atf yapan değil, ağır sonuçlar için özel cezalar öngören bağımsız fıkra haline getirilmelidir.

¹³⁶ **Özek, Çetin**, “Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, *İÜHFİM*, Prof. Dr. Türkân Rado’ya Armağan, C.: LV, 1997/3, s. 32, dph: 44.

TÜRK ANAYASA SİSTEMİNDE DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HÜRRIYETİ VE SINIRLARI*

Arş. Gör. Hayri KESER**

1- GİRİŞ

Düşünceyi açıklama hürriyeti demokratik sosyal hayatın vazgeçilmez bir unsurudur. Çok uzun mücadelecı bir dönemden sonra günümüzde de önemini korumaktadır. Bunun sebebi, tüm hak ve hürriyetlerin esasını teşkil etmesidir.

İnsan haklarının gelişimi ile birlikte paralellik arz eden düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyeti günümüz toplumlarında farklı hukuki koruma ve uygulamaya sahne olmaktadır. Otoriter ve totaliter devletlerde bu hürriyetin kullanımı son derece sınırlandırılmakta, kullanılmaz konuma sokulmaktadır. Demokrasiyi yeterince kurumsallaştıramayan ülkelerde bireylerin düşünce açıklamalarından çekinilmekte, eleştiri imkanlarının kullanılması sindirilememektedir. Bu durum bastırılmış toplum modelini oluşturmakta, çağın gelişimine hükümetler ayak uyduramamaktadır.

Meselelerin, hür ve serbest bir ortamda tartışılmasıyla çözülebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bilim ve sanat alanındaki ilerleme düşüncelerin açıklanması ile mümkündür. Karşılıklı tartışma ortamlarında veya düşünceyi açıklama vasıtasının kullanılmasıyla toplumsal gelişim sağlanabilmektedir.

Demokratik Parlamenter sistemlerde, seçim yoluyla vatandaşların irade beyanı sadece o seçim dönemine ilişkin olduğu için, siyasi iktidarın denetimi diğer düşünce açıklama yollarının işleyişi ile mümkün olmaktadır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü, dernek kurma, basın hürriyeti vb. bu denetimi sağlamaktadır.

* Bu çalışma 1997 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı'nda Yüksek Lisans tezi olarak hazırlanmış ve oybirliğiyle kabul edilmiştir. Bu makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalınarak özeti verilmiştir.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Düşünceyi açıklama hürriyeti, söz, yazı, resim, toplanma ve gösteri yürüyüşü, dernek kurma vb. yollarla kullanılmaktadır. Düşünceler insan aklına hapsedildiği sürece bir değer ifade etmez. Düşünceler dış dünyada bir değişiklik meydana getirmelidir. Aksi takdirde hukuk düzeninin koruma alanına girmez ve beyinlere hapsedilen düşünceler çevresinde bir değişiklik meydana getirmez.

Düşünceyi açıklama hürriyeti, düşünce hürriyetinin devamını ve dışa yansımalarını ifade eder. Bu nedenle düşüncelerin oluşumu için dış şartların uygun olması gerekir. İnsan haysiyetine ve onuruna saygı duyulmayan toplumlarda insanın maddi ve manevi gelişimi sağlıklı olmamaktadır. İnsanların en doğal hakkı yaşama hakkıdır. Yaşama hakkının kullanılması içinde sağlıklı, yeterli beslenme ve gerekli bilgi ve belgelere ulaşılması ile mümkün olmaktadır.

Düşünceyi açıklama hürriyeti ilk yazılı anayasa olarak bilinen Amerikan Anayasası ile teminat altına alınmış, 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi ile devam etmiş, 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası nitelik kazanmıştır.

2- DÜŞÜNCE ve DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HÜRRİYETİ

Düşünce Hürriyeti, insanlık tarihi kadar eski bir geçmişe sahip olup, insana has özelliklerden birisidir. Aynı zamanda en önemlisidir. İnsanı diğer canlılardan ayıran farklılıklardan birisi olan düşünce, bunu açığa vurma ile bir değer ifade etmektedir. Düşüncelerin konuşma dışında başka sembollerle de açıklanması mümkündür.¹ Bununla birlikte insanlar, daha çok yazarak hiç görmediği, tanımadığı diğer insanlarla düşünce, alışverişinde bulunabilmektedir. Gazete, dergi, kitap ve benzeri vasıtalarla düşünceler ifade edilebilmektedir.

Günümüzde teknolojinin hızla gelişmesi düşüncelerin akışını kolaylaştırmakta ve istenilen bilgi ve belgelere erişilmesini hızlandırmaktadır.² Bu durum kitlelerin eğitilmesi, toplumun geliştirilmesi, bölgeler, ülkeler, kıtalar arasındaki düşünce ve bilgi farkının giderilmesini sağlamaktadır.

Düşünce hürriyetinin son yüzyılda etkin hale gelmesiyle birlikte önemi de artmıştır. Düşünce hürriyetinin ötündeki engellerin kalkması ve gelişmesi uzun ve tarihi oluşum süreciyle açıklanabilir.³ Sokrates düşüncelerini gizlemektense ölmeye razı olmuştur.⁴

¹ Sağır ve dilsizlerin birbirleriyle ve başkalarıyla iletişimi, el, yüz ve dudak hareketleri ile olmaktadır.

² Özellikle telefon, bilgisayar, fax, radyo-televizyon karşılıklı düşünce alışverişinde etkin rol oynamaktadır.

³ Bkz. BURRY, John, **Düşünce Özgürlüğünün Tarihi**. (Çev: Durul Bartu) İstanbul 1978; DÖNMEZER, Sulhi, **Basın ve Hukuku**, İÜHFY, Dördüncü Baskı, İstanbul 1976, s.41

⁴ BURRY, s.2.

Düşünce, kişiye ait, ondan ayrılmaz, vazgeçilmez bir özellik arz eder. Bu nedenle kişiye sıkı sıkıya bağlı temel haklar içerisinde yer alır. Düşünce, insanın iç dünyasına⁵, fikri yapısına, hislerine bağlıdır.

İnsanlar yaradılışları gereği toplu yaşamak veya toplumla işbölümü içerisinde bulunmak mecburiyetindedir. Bu nedenle insanların karşılaştıkları sorunların çözümü için düşünceleri (tefekkür etmeleri) gerekir. İnsanların iç dünyasında kalan düşünceler, haricileşmediği, yani dışa vurulmadığı sürece diğer insanları etkilemez. Dolayısıyla, hukuku ilgilendiren yönü bulunamaz. Binaenaleyh, hukuk toplumsal nizamı sağlamak için insanlar arasındaki ihtilafları gidermek için ya da diğer insanların hürriyet alanlarına müdahale edilmesi halinde devreye girer. Bunun içerisine devletlerin birbirleriyle ilişkilerini de dahil edebiliriz. Bu nedenle, düşünce insanın iç dünyasında kaldığı sürece, dış alemde bir değişiklik getirmediği ya da etkilemediği hallerde bir mana ifade etmez.⁶

İnsan Haklarına dayalı demokratik toplum düzenlerinde düşünce hürriyeti diğer hürriyetlerin özünü teşkil eder.⁷ Bununla birlikte, düşünce hürriyeti çoğulcu, demokratik rejimin ön şartını oluşturur. Demokrasi, kendi bünyesinde birtakım kuralların bulunduğu üst kavramdır. Bu kurallar dahilinde herkes istediği gibi düşünebilir ve istediği fikre inanmakta hürdür. Demokratik katılım sürecine bu hür düşünce yansımalıdır. Böylece serbest iradeler vasıtasıyla siyasi iktidar oluşur ve toplum tarafından kabul edilen siyasi oluşum halk desteğiyle daha rahat hareket eder. Siyasi oluşumlar halk desteğini kazanmak için kendini daha dikkatli hareket etmek zorunda hisseder. Siyasi partilerin nihai amacı, siyasi iktidarı ele geçirmek ve kendi programları çerçevesinde yönetim gücünü elinde tutmaktır. Bunun için de kamuoyunun desteğini almak zorundadırlar. Kamuoyu desteğini almadan hareket eden siyasi iktidar otoriter nitelik arz eder.

Dönmez, Düşünce hürriyetinin, kişilerin ekonomik karakteri olmayan fikri içerikteki hürriyetler içerisinde yer aldığını belirtmektedir. Düşünce hürriyeti sayesinde kişiler birbirleri ile ilişki kurmaktadır. Bunun sonucunda da kişiler, diğerlerinin inanç, bilgi, dünya görüşü, siyasi ya da dini düşünce ve bilimsel çalışmalarını, hayallerini paylaşmalarını sağlarlar.⁸

⁵ ÖZEK, Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İÜHFY, İstanbul, 1978,(Basın ve Hukuku), s.27; DANIŞMAN, Ahmet, **Basın Özgürlüğünün Sağlanması Önlemleri**, Ankara, 1982, s.1; KABOĞLU, İbrahim Ö., **Düşünce Özgürlüğü**, (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye) İnsan Hakları Yıllığı TODAİE, C.15, Ankara, 1993, s.45; MUMCU, Ahmet, **İnsan Hakları Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yayınları, Ankara, 1992 s.14 ve 136

⁶ TIKVEŞ, Özkan, **Sinema Filmlerinin Sansürü**, İÜHFY, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1948, s.18; BURRY, s.2; DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku),s.27.

⁷ ÇAVUŞOĞLU, Naz, "Faili Mechul Cinayetler, Hükümet, İfade Hürriyeti ve Demokrasi, Miquel Castells İspanya'ya Karşı", İ.B.D, C.67, S.1-2-3, 1993, s.36.

⁸ DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.25.

Temel hürriyetler içerisinde yer alan düşünce hürriyeti fikri muhtevadadır. Bunlar ekonomik mahiyet taşımamaktadır. Bu nedenle düşünce insanların kafalarında kaldığı sürece yani dışa vurulmadığı takdirde maddi bir niteliğe bürünmemektedir. Maddi olmayan düşüncenin, maddi özellik taşıyan araçlarla dışa vurulması gerekmektedir. Bu nedenle düşünce ile düşünceyi açıklama hürriyeti birbirinden farklı özellik arz etmektedir. Düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyetinden önce gelmekte, düşünceyi açıklama hürriyetinden önce, düşünce hürriyetinin oluşumu gerekmektedir. Düşünce hürriyetinin oluşumu için belirli bir akli olgunluğa, yaşama süresine, eğitim seviyesine, beslenme şartlarına⁹ her şeyden önce yaşama hakkına sahip olmak gerekmektedir.

Düşünce hürriyeti bir iç hürriyet olmasına karşılık, düşünceyi açıklama hürriyeti dış hürriyet görünümündedir. Düşünce hürriyeti dış dünyada bir değişiklik meydana getirmemesine karşılık, düşünceyi açıklama dış dünyada etki doğurur. Bu nedenle düşünce hürriyeti mutlak olup, siyasi iktidarın müdahalelerinden ve dış etkilerden masun olup, hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz. Buna karşılık düşünceyi açıklama, hukuki sınırlamalar dahilinde kullanılabilir.

Düşünce hürriyeti, meselelerin hür bir ortamda serbestçe tartışıldığı zeminlerde gelişir. Düşüncelerin baskı altına alındığı, kişilerin sahip olmadığı düşüncelerle yargılandığı veyahut düşüncelerini açıklamaya zorlandığı ortamlarda düşünce hürriyeti yeterince gelişmez. Tabii bunun sonucu olarak, düşünceyi açıklama hürriyeti de düşünce hürriyetine bağlı olarak gelişmeyecektir. Orta çağda, skolastik düşüncelerin hakim olduğu devirlerde, özellikle kilisenin toplum hayatını yönlendirdiği dönemlerde, düşünceler kafese hapsedilmeye çalışılmış, bilim adamlarının eserleri yakılarak yok edilmiştir. Kilisenin etkisiyle yasaklanan kitaplar bir liste¹⁰ halinde yayınlanarak toplumun cahil kalması, kilisenin toplum üzerindeki etkinliğinin kaybedilmemesi istenmiştir. Ruhban sınıfının toplum hayatında son derece etkili olması, kendi kontrolleri dışında eserlerin yayınlanmasını engellemiştir. Hatta eser sahipleri düşüncelerinden dolayı ya yakılarak ya da giyotinle idam edilerek yok edilmişlerdir.¹¹

Düşünce hürriyetiyle ilgili olarak Mevlana, insanın bir düşünceden ibaret olduğunu, gerisinin et ve sinir olduğunu belirtmiştir. Böylece düşünce hürriyetinin insanla özdeş olduğunu, düşünce olmaksızın insanın sadece fiziki yapısı olan bir varlık olacağını göstermiştir.¹²

⁹ GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beşinci Bası, İstanbul 1989, s.401.

¹⁰ Yasaklanan kitap listeleri İndex adı altında toparlanmaktaydı., BURRY, s.75.

¹¹ Lucilio Vanini adlı İtalyalı bilginin Toulouse' de önce dili koparılarak sonra da ateşle yakılarak cezalandırıldı. Bkz. BURRY, s.77; DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.14.

¹² HAFIZOĞULLARI, Zeki, "İfade Hürriyeti" Ankara Barosu Dergisi, Y. 53, S.3, Temmuz 1996, s.332.

Eski Yunan filozofları ve devlet adamları da düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetlerinin erdemlerinden bahsederek şöyle söylemişlerdir.¹³

Demosten'e göre, "Halkın başına söz hürriyetinin yok edilmesinden daha büyük felaket gelemez"

Pericles'e göre, "Biz Atinalılar tartışmayı, faaliyetleri zorlaştıran bir tür faaliyet saymıyoruz ve fakat makul ve zeki bir faaliyet ve harekete ön gelmesi gereken arzu çekici bir hazırlık sayıyoruz"

Plutarck ise, "Egemenliği kullananın etrafındaki şartlara ait kötülüklerin en büyük ve en vahimini iktidara sahip olanın dost saydığı kimselerden hiçbirisinin ona karşı hür olarak konuşmaması ve tam gerçeği ona söylememesidir"

Sokrates savunması sırasında "Ben hiç bir zaman söylediğimden farklı hareket edecek değilim; bu yolda çok kereler ölsem de böylece hareket etmekte devam edeceğim" demiştir. Böylece Sokrates düşüncelerini açıklamaktan hiç bir zaman kaçınmamış, bu uğurda ölüme dahi meydan okumuştur.

Düşünceyi açıklama hürriyeti, dinamik bir süreci¹⁴ ifade etmesi sebebiyle demokratik oluşum sürecinde aktif bir rol oynamaktadır. Demokratik toplumlarda, düşünceyi açıklama hürriyetinin oluşum süreci daha hızlı ve etkin olmaktadır. Toplumu oluşturan bireylerin demokratik oluşuma katılmaları, düşüncelerini açıklamaları, siyasi iktidarı şekillendirmeleri ve gerçeğin daha iyi ortaya çıkması, bu temel hürriyet sayesinde gerçekleşmektedir.

Düşünce Hürriyeti, Düşünceyi açıklama hürriyetinden oluşum bakımından önce gelmektedir ve asli ve temel hüviyet taşımaktadır. Diğer hürriyetler¹⁵ ki öncelikle düşünceyi açıklama hürriyeti ve uzantıları düşünce hürriyeti olmadıkça bir değer ifade etmez.¹⁶ Bununla birlikte, Düşünce hürriyeti süreklilik arz eder, değişen¹⁷ ve gelişen bir mahiyet taşır.

1982 Anayasanın 25. maddesi düşünce ve kanaat hürriyetini düzenlemiştir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ise 26. maddede düzenlenmiştir.

¹³ Bkz. DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.11 (Naklen)

¹⁴ TURHAN; Mehmet, "Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası" DÜHFY, Y. 1988, S.4, Diyarbakır, s.87.

¹⁵ Bu hürriyetler içerisinde, din ve vicdan hürriyetini, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hürriyetini, bilim ve sanat hürriyetini, basın hürriyetini, dernek kurma hürriyetlerini özellikle belirtebiliriz.

¹⁶ DÖNMEZER; (Basın ve Hukuku), s.27.

¹⁷ Dönmezer, kamu idaresinin fikir ve düşüncelere dini manada tarafsız olmasını laiklik olarak, politik manada tarafsız olmasını ise, liberalizm ve plüralizm olarak nitelendirmektedir, bkz, DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.27.

Doktrinde, düşünceyi açıklama hürriyeti hakkında terim birliği yoktur. Bazı müellifler “Fikir Açıklama Hürriyeti”¹⁸, “İfade Hürriyeti”¹⁹, “Haberleşme Hürriyeti”²⁰, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”²¹ düşünceyi açıklama hürriyetinin vasıtalarından birisi olan “Söz Hürriyeti”²², “Görüş Hakkı”, “Konuşma Hakkı”, “Fikir ve Görüş Hakkı”²³ gibi ifadeler kullanılmaktadır. Yine doktrinde, düşünce hürriyeti ile kastedilen anlamın düşünceyi açıklama hürriyeti olduğu ve öyle anlaşılması gerektiğini ileri sürenlerde bulunmaktadır ve terim olarak “Fikir açıklama hürriyeti” tabiri kullanılmaktadır.²⁴ Düşünme hakkının düşünce hürriyetinden farklı bir hak olduğu da ileri sürülmektedir.²⁵

Düşünceyi açıklama hürriyeti, demokratik yönetim biçimlerinin temel taşı oluşturmaktadır. Bu hürriyet olmaksızın, diğer hürriyetlerin kullanılması hemen hemen imkansızdır. Çünkü düşünceler dinamik bir yapı gösterir.²⁶ Bu dinamizm, serbest tartışma ortamlarında, herhangi bir baskı ve şiddet olmaksızın, gerçeğin ortaya çıkmasında kendisini açığa vurur. İsteddiği fikri düşünen kişiler aynı zamanda bu düşünceyi açıklama hürriyetine de haizdirler. Bu düşünceler zorla açıklattırılmaz ve açıklamadığı bir düşüncede kimseye mal edilemez.²⁷

Düşünce ve kanaatler hangi vasıtalarla veya yollarla ifade ediliyorsa, düşünceyi açıklama hürriyeti o ismi almaktadır. Mesela düşünceler basın yoluyla ifade ediliyorsa basın hürriyeti, bilimsel veya sanat değeri taşıyan düşünceler bilim veya sanat eserlerinde yayımlanıyorsa, bilim ve sanat hürriyeti olarak

18 ARMAĞAN, Servet, “İslam Hukukunda Fikir Açıklama Hürriyeti ve Hudutları” **Onar Armağanı**, İÜHFY, İstanbul 1977.

19 GÖLCÜKLÜ, s.5; HAFİZOĞULLARI, s.332; ÇAVUŞOĞLU, s.134.; GÜRAN, Sait, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri**, İÜHFY, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1969.

20 TIKVEŞ, s.20.

21 İLAL, Ersan, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yıgınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları” **Anayasa Yargısı 3**, (Anayasa Mahkemesinin 24. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler), Ankara, 1987; TURHAN, s.88,

22 DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.19.

23 ARMAĞAN, (Fikir Açıklama), s.72.

24 ARMAĞAN, Servet, **Temel Haklar ve Ödevler**, İÜHFY, İstanbul 1980, (Temel Haklar) s.29-30

25 EREM, Faruk; **Türk Ceza Hukuku**, C.1, Seçkin Kitapevi, Ankara 1984, s.46.

26 TURHAN, s.87; DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.27; KABOĞLU, (Düşünce Özgürlüğü), s.46.

27 DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.26; ERSAN, s.64; ÖZEK, s.28; DÖNMEZER, Sulhi, “Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C: XXVIII, S:3-4, İstanbul 1963, s.430; ARAL, Vecdi, “Hukukta İrade Özgürlüğü”, İÜHFM, C:48, S.1-4, İstanbul 1983, s.249; SOYSAL, Mümtaz, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, **Anayasa Yargısı 3**, (Anayasa Mahkemesinin 24. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler) Ankara 1987, s.45.

nitelendirilmektedir.²⁸ Bu örnekler her düşüncüyü açıklama hürriyetleri açısından çoğaltılabilir.

Teziç'e göre "Düşünce özgürlüğü, insanın karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği yanıtları kendi kendine seçebilmesi ya da şahsen hazırlayabilmesi, bireysel ve sosyal davranışlarını da bu yanıtlara uydurabilmesi olanağıdır."²⁹ Dönmezer, Düşüncüyü açıklama hürriyetini, düşünce ve kanaat hürriyeti olarak belirtmektedir. Müellife göre, "Düşünce ve Kanaat hürriyeti deyince, bundan bugün, düşünce ve kanaatlerin çeşitli vasıtalarla yayma hürriyeti anlaşılır. Düşünce ve kanaat hürriyeti bunları yayabilmek ve herkesin kendisine ait düşünce ve kanaatlerini tesis edebilmesi serbestliğini ihtiva eder."³⁰

Anayasa Mahkememiz, 1961 Anayasası döneminde, vermiş olduğu kararlarda, düşüncüyü bir iç hürriyet olarak kaldığı sürece, mutlak ve sınırsız olduğunu, dokunulamayacağını, müdahale edilemeyeceğini belirttikten sonra, düşüncüyü açıklama hürriyetinin ise, sınırlanabileceğini belirtmiştir³¹.

Sonuç olarak, düşüncüyü açıklama hürriyetini, kişilerin iç alemindeki düşüncelerinin çeşitli vasıtalarla ve hukukun öngördüğü koşullarla temarüz etmesi olarak belirtebiliriz. Düşüncüyü açıklama vasıtaları çeşitli yollarla olmaktadır. Bu vasıtalar, sözle, yazıyla, resimle, işaretlerle, olabilmektedir. Hukuk alemi, ancak dışa vurulan, başkalarının hürriyet alanını etkileyen faktörlerle ilgilenir. Düşünce, dışa vurulmadığı sürece bir anlam ifade etmez. Düşüncüyü açıklama hürriyeti kendi uzantıları ile kullanılmaktadır. Düşünceler, kalıcı olarak, en çok yazılı eserler vasıtasıyla kullanılmaktadır. Bu vasıtalar, basın hürriyetinin³² kullanım alanını oluşturmaktadır. Bununla birlikte düşüncüyü açıklama hürriyeti,

²⁸ TİKVEŞ, s.18; Ersan, Düşüncüyü açıklama hürriyetini, yığımsal iletişim araçları açısından telakki etmekte ve basın, sinema, radyo, televizyonun yapısal niteliklerine uygun düştüğünü belirtmektedir. Bkz. aynı eser, ERSAN,s.61.

²⁹ TEZİÇ, Erdoğan, "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", **Anayasa Yargısı** 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 18-19 Nisan 1990, s.33.

³⁰ DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.430.

³¹ Bkz. E.1963/16, K. 1963/83, KT. 8.4.1963, AMKD, S.1, s.199-203; E.1963/17, K. 1963/84, KT. 8.4.1963, AMKD, S.1, s.211 vd.

³² Bkz. Basın hürriyeti ile ilgili yazılan eser ve makalelerden bazıları; AKSOYAK, Tayfun, **Basın Hürriyeti**, SÜHF. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1995; KILIÇOĞLU, Ahmet, "Basın Özgürlüğü ve Kişilik Hakları" Ankara Barosu Dergisi., S:2, Y:46, Ankara 1989; İÇEL, Kayıhan **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul 1990,; GİRİTLİ, İsmet, "Çağdaş Gazeteciliğin Bazı Sorunları", **Onar Armağanı**, İstanbul 1977; TOKGÖZ, Oya, "Türk Gazetelerinin Yasadışı Baskıları: Nedenleri, Rolü ve Önemi", AÜSBFD, C:40, S:1-4, Ankara. 1985; DANIŞMAN, Ahmet, "Basının Kendi Kendini Denetimi", **Hıfzı Timur'a Armağanı**, İstanbul 1979; TOKGÖZ, oya, "Günümüzde Gazeteler ve Gazete Okuma", AÜSBFD, C:28, No: 3-4, 1973; TOKGÖZ, Oya, "Gazetecilik Araştırmalarının Önemi", AÜSBFD, C: 27, No:4, 1972; TOKGÖZ, Oya "Siyasal Toplumsallaşmada Kitle Haberleşme Araçlarının rolü ve Önemi" AÜSBFD, C:33, No:3-4, 1978; DÖNMEZER, Sulhi, "Yeni Anayasamızda Basın Hürriyeti" AÜHF, C: XXVIII, S:3-4, 1963.

insanların birbirleriyle iletişim kurmak ve anlaşmak için bağlı bulunduğu çevrede mer'î sözle veya resimle de kullanılabilir.33

Demokrasilerde, siyasal katılma; tartışma, gerçeğin aranması, çoğulculuk, müesseseleri düşünceyi açıklama hürriyeti sayesinde gerçekleşmektedir.33

Ferdi hürriyetlerin esasını teşkil eden düşünceyi açıklama hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, eğitim ve öğretim hürriyeti, basın hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, haberleşme hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, dilekçe hürriyeti, hak arama hürriyeti şeklinde karşımıza çıkar.34

Sosyal, siyasi ve ekonomik hakların gelişimi düşünceyi açıklama hürriyetinin gerçek manada sağlanması ile doğru orantılıdır. Sosyal manada kişilerin maddi ve manevi varlıkları geliştirmeleri, siyasal manada, seçimler, mitingler, kamuoyunun aydınlatılması, siyasal iktidarın oluşturulması ve şekillendirilmesinde, ekonomik manada, muasır devletler seviyesine ulaşılmasında düşünceyi açıklama hürriyeti kilit konumunda bulunmaktadır.

Düşünceyi açıklama hürriyeti, azınlık haklarının korunduğu, çoğunluğun azınlığı ezmediği ortamlarda büyük önem taşımaktadır. Çoğulculuğun hakim olduğu demokratik sistemlerde bu ortam daha gelişmiş bir görünüm göstermektedir. Yönetilenlerin, yönetime itaat etmesi, aynı zamanda beğenmediği veya beklediği hizmeti bulamadığı yönetimi değiştirmesi demokratik müesseselerin işletilmesi sayesinde gerçekleşmektedir.35

Düşünceyi açıklama hürriyetinin uygulama alanlarında, resmi kurum ve makamların müdahalesi en asgari seviyededir. Bu resmi makamlar ülke sınırları gözetmeksizin düşüncelerin açıklanmasına müdahale etmemelidir. Herkes haber, bilgi ve fikirleri alma ve iletme serbestisine sahip olmalıdır.36

Demokratik sistemlerde, herkesin bilgi ve belgelere ulaşması, fikir ve kanaatlerin oluşturması ve oluşan bu fikir ve kanaatlerin hukukun belirlediği şekilde serbestçe açıklanması söz konusudur. Böylece serbestçe oluşan düşünce sayesinde ve düşüncelerin açıkça, serbestçe ve zorlama olmaksızın tartışıldığı zeminlerde gerçek ortaya çıkmaktadır. Demokratik sistemin daha iyi işleyebilmesi ve rejimin kendisini yenilemesi, düşünceyi açıklama hürriyetinin sağlan-

33 ÖZEK, s.29.

34 DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.25.

35 ÖZEK, s.29.

36 Bkz. madde metni ve uygulaması için, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994, s.287-288; KAPANI, Münci, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Ankara 1987, s.142-143.

ması ile mümkün olmaktadır. Siyasal ve sivil toplum, düşüncelerin serbest değişimiyle beslenmekte ve gelişmektedir.³⁷

Düşünceyi açıklama hürriyeti, belirli bir düşünce veya fikre sahip olmayı içerdiği kadar, bu düşünce ve fikirlerin açıklanmasını da ihtiva etmektedir.³⁸

Demokratik parlamenter sistemlerde, parlamento içerisinde düşüncelerin serbestçe açıklanması gerekmektedir. Siyasal iktidarın, muhalefetin görüş ve düşüncelerine itibar etmemesi, siyasal gelişimin önünün tıkanmasına sebep olmaktadır. Parlamento içerisindeki siyasal partiler, muhalefette ya da iktidarda olsun, siyasal eleştirileri her zaman hoş karşılamaları gerekmektedir.³⁹ Muhalefet partilerinin üyeleri, düşüncelerini sadece parlamento çatısı altında değil parlamento dışında da açıklayabilme imkanına sahip olduğu belirtilmektedir.⁴⁰ Böylece düşüncelerin açıklanmasının alanı genişletilmekte, siyasal iktidarın eleştirisi ve kontrolünün sağlanması geniş alana yayılmaktadır.

Demokratik parlamenter sistemlerde, parlamento üyelerinin yasama görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini sağlamak amacıyla bazı sorumsuzluk ve dokunulmazlık zırhıyla donatılmaları gereği ortaya çıkmıştır. Kamu yararı gayesiyle düşünülen bu ayrıcalıklar, düşünceyi açıklama hürriyetini de içermektedir. Anayasal manada yasama sorumsuzluğu olarak nitelendirilen bu hak sayesinde parlamenterler daha rahat görev ifa edebilmektedir.

Anayasanın 83. maddesinin birinci fıkrası yasama sorumsuzluğunu düzenlemektedir. Parlamenterlere, parlamento çalışması sırasında düşüncelerini açıklama hürriyeti anayasal güvence altına alınmıştır. Parlamento içerisinde ileri sürdükleri düşünceleri, parlamento dışında tekrarlama ve açığa vurmaları da sağlanmıştır. Parlamenter sorumsuzluktan bahsedebilmek için, söz konusu eylemin parlamento çalışmaları sırasında gerçekleşmesi ve oy, söz ve düşünce açıklamasından müteşekkil olması gerekmektedir.⁴¹ Buna ek olarak parlamento Başkanlık Divanının aksine bir karar almaması halinde dışarıda da tekrarlanması ve açığa vurulması mümkün olmaktadır.

Parlamenter sorumsuzluk mutlak manada sorumsuzluk getirmektedir. Parlamenterlere, hem cezai hem de hukuki koruma sağlanmaktadır. Parlamento

³⁷ KABOĞLU, İbrahim, Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Afa Yayınları, Bilim Dizisi, 3. Bası, Mart 1993 İstanbul, s. 177-178.

³⁸ ARMAĞAN, (Temel Haklar), s.30-31.

³⁹ Bkz. TUNÇ, Hasan, **Parlamento İçi Muhalefet**, Cemre Yayınları, Konya 1997. s.12

⁴⁰ TUNÇ, s.12.

⁴¹ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 1989, s.250-251.

tarafından bu sorumsuzluğun kaldırılması mümkün değildir. Aynı zamanda bu sorumsuzluk sürekli bir nitelik taşımaktadır.⁴²

Yasama Meclisi üyelerine tanınan güvenceler arasında yer alan sorumsuzluk ile, parlamento üyelerinin düşünceyi açıklama hürriyetleri tam olarak sağlanmaktadır.⁴³ Parlamentelerin, parlamento çalışmalarını sırasındaki ileri sürdükleri oy, söz ve düşünceler, sövme ve hakaret suçlarını da kapsamaktadır.⁴⁴

Teziç, Yasama sorumsuzluğu, parlamentelerin suç teşkil eden eylemleri için “suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmamakta, yalnızca cezalandırılabilirliği ortadan kaldırmaktadır” demektedir.⁴⁵ Yani parlamento üyelerinin düşünce açıklaması, suç niteliği taşısa dahi, anayasal sorumsuzluk gereğince cezalandırılmaz. Mahkemelerce cezai ve hukuki takibat yapılamaz. Ancak parlamento üyesinin düşünceyi açıklama hürriyeti dışındaki suç teşkil eden tutum ve eylemi bu sorumsuzluk imkanından yararlanmamaktadır. Misal olarak parlamentelerin, parlamento toplantısı sırasında diğer bir parlamentere müessir fiilde bulunması halinde sorumsuzluk kapsamında değerlendirilmemektedir.⁴⁶ Diğer hürriyetlerin kullanılması düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetinin varlığına bağlıdır. Düşüncelerin ve bunların kullanımının kısıtlandığı toplumlar antidemokratik toplum modelini oluşturur. Bu gibi toplumlarda ise hayatın her yönünde geri kalmışlık göze çarpar. Özellikle, askeri yönetimlerin hakim olduğu totaliter devletlerde bu hürriyetin kullanılması son derece kısıtlanmış bir görünüme taşır. Meselelerin hür ve serbest bir ortamda tartışılması engellenir. Basın, siyasi iktidarı elinde tutan yönetimin tek yanlı baskısıyla görevini tam olarak ifa edemez. Rejime ve yönetime yönelik eleştiri mahiyetinde yazı neşredilemez. Bu nedenle kamu oyunun serbestçe oluşumu sağlanamaz. Genellikle totaliter rejimlerde görülen bu sistem, varlığını devam ettirmekte zorlanmaktadır.⁴⁷

Düşünceyi açıklama hürriyeti bu belirtilen sebepler ışığında bazı özellikler göstermektedir. Bu özellikleri şöylece belirtebiliriz:

1- Düşünceyi açıklama hürriyeti diğer hürriyetlerden önce gelir. Bu hürriyet sayesinde diğer hürriyetler bir anlam ifade eder. Basın, toplantı ve gösteri

42 ÖZBUDUN, s.251.

43 Özbudun meclis çalışmalarını geniş yorumlamakta ve meclis genel kurul toplantılarını, komisyon toplantılarını, partilerin grup toplantılarını, meclis araştırma ve soruşturma komisyonlarının Ankara dışındaki faaliyetlerini, Meclis çalışmalarına dahil etmektedir. Bkz. ÖZBUDUN, s.250.

44 ÖZBUDUN, s.250.

45 TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1991, s.369.

46 ÖZBUDUN, s.250-251.

47 KAPANİ, s.161; DONNELLY, Jack, **Teori ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**,(çev: Mustafa ERDOĞAN, Levent KORKUT), Yetkin Basımevi, Ankara, 1995, s.87.

yürüyüşü, dernek kurma, bilim ve sanat hürriyetleri vb düşünceyi açıklama hürriyeti olmadıkça bir anlam ifade etmez ve gelişemez. Düşünceyi açıklama hürriyeti ilk ve asıl bir hürriyettir.⁴⁸

2 - Düşünceyi açıklama hürriyeti dış bir karakter taşır. Düşünceler, düşünceyi açıklama hürriyetiyle birlikte tebarüz eder. Düşünceler açıklanmadığı sürece, dış toplumda bir değişiklik oluşturmazlar. Dış dünyada bir değişiklik meydana getiren düşünceler hukuk alanına girer. Esasen de hukukun ilgi duyduğu alan dış dünyada değişiklik meydana getiren düşüncelerdir.

3- Düşünceyi açıklama hürriyeti, değişen toplumla birlikte kullanım şeklinde bazı farklılıklar gösterebilmektedir. İlkel dönemlerde dumanla, ışıkla ve yahut düşünceleri açıklamaya yarayan eşyaların üzerindeki sembollerin bir kağıda, taşa ya da kişiye söylenmesiyle ortaya çıkmaktaydı. Günümüzde ise, teknolojinin gelişmesiyle birlikte daha seri ve hızlı ve etkin düşünceyi açıklama araçları sayesinde bu hürriyet kullanılmaktadır.

4- Düşünceyi açıklama hürriyeti, gerçeğin ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁴⁹ Düşüncelerin serbest tartışma ortamlarında ifade edilmesi gerekmektedir. Bunun için demokratik⁵⁰ sistemle yönetilen toplumlarda bu ortam azami olarak bulunmaktadır. Temel insan hakları içerisinde yer alan düşünceyi açıklama hürriyeti kamusal yaşama aktif katılımı sağlamaktadır.⁵¹

Demokratik sistemlerde, geniş toplum kesimlerinin, demokratik oluşumlara katılımı bilgilendirmiş ve ne yapacağını bilen bireyler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Bireyler arasındaki işbirliği, ödünleşme ve hoşgörü ortamıyla, düşünceyi açıklama hürriyeti yeşermektedir. Bununla birlikte düşünceyi açıklama hürriyeti belirli bir sorumluluğu da beraberinde getirmektedir.⁵²

5- Düşünceyi açıklama hürriyeti sınırlanabilmektedir. Doktrinde bazı yazarlar düşünceyi açıklama hürriyetinin sınırsız kullanılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre:Hürriyetlerin ve demokratik sistemin temel unsuru düşünceyi açıklama hürriyetidir. İki menfaat arasında bir tercih yapılması gerekirse, düşünceyi açıklama hürriyeti lehine tercih konması gerekmektedir. Buna karşılık demokrasi ve hürriyetler birbirinin ayrılma parçasını oluşturur.

48 DÖNMEZER, (Basın ve Hukuku), s.27.

49 TURHAN, s.83.

50 Demokrasinin tanımı hususunda bir görüş birliği yoktur. Türk Demokrasi Vakfının yayınladığı eserlerde Demokrasi "Üstün iktidarın halkta bulunduğu veya halk tarafından doğrudan ya da özgür bir seçim sistemi içinde seçilmiş temsilcileri aracılığıyla kullanıldığı halk tarafından yönetimdir" biçiminde tanımlanmaktadır. Demokrasi özgürlüğün kurumsallaşması olarak belirtilmektedir. Bkz **Demokrasi Nedir?**, Türk Demokrasi Vakfı yayını, Ankara 1992, s.9.

51 Demokrasi Nedir? s.25.

52 Demokrasi Nedir? s. 25-26

İnsan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler en geniş manada düşünceyi açıklama hürriyetini korumaktadır. Açıklaması sınırlı bir düşünce hürriyetinin varlığı kabul edilmemektedir. Devletin ve siyasi iktidarın yapısının yıkılması için yapılan tahrik olayları bu kapsamda ele alınmalıdır. İnsanları tahkir edici, küçük düşürücü, ahlaka aykırı beyanlar düşünceyi açıklama hürriyetinin kapsamı dışında kalmaktadır. Demokrasinin temel ilke ve yapısına aykırı olan her türlü sınırlama düşünceyi açıklama hürriyetinin de sınırınıdır. Plüralist açık toplumlarda düşünceyi açıklama hürriyeti sınırlanmamalıdır. Düşünceyi açıklama hürriyetinin korunması bizzat anayasanın korunması manasına gelir. Demokratik sistemin esasına, herkesin düşündüğünü istediği gibi savunması ve yaymasına dayanır.⁵³ Tabii bu düşüncelerin savunulması ve yayılması demokrasinin kendi kuralları içerisinde hukukun öngördüğü şekilde yapılması gerekir.

Ancak doktrindeki bazı yazarlar düşünceyi açıklama hürriyetinin sınırsız kullanılmasına karşıdır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; Hürriyeti yok etme hürriyetinin kullanılması insan haklarına ve insan onuruna aykırıdır. Düşünceyi açıklama hürriyeti devletin temel direklerine dinamit konması, toplumun ayaklanmaya kışkırtılması, kişilerin şeref ve haysiyetini yok edici ya da tenzil edici tutum ve davranışlar içerisinde bulunmasını gerektirmez.

6- Düşünceyi açıklama hürriyeti, düşünceleri yaymak hakkını da içermektedir.⁵⁴ Düşüncenin oluşumunu belirli bir süreci gerektirmektedir. Düşüncelerin açıklanması ise, bu sürecin devamıdır. Düşünceler kendi doğruları çerçevesinde bulunduğu ortamda bir değişiklik meydana getirmektedir. Bulunulan çevrenin etkilenmesi düşüncenin yayılması neticesini doğurmaktadır. Bu nedenle düşünceyi açıklama propagandayı da kapsamaktadır. Hukuka aykırı yöntemlerle “tahrik”, “teşvik”, “övme” gibi eylemler düşünceyi açıklama hürriyeti sayılmakta ancak hukuki korumadan istifade edememektedir.⁵⁵

Düşüncelerin şiddeti içermesi ya da şiddetin ifadesine hukuk ilgisiz kalmamaktadır. Düşüncede şiddet ölçü alındığında totaliter sistemle, ifade şiddet ölçü alındığında liberal demokratik bir sistemle karşı karşıya bulunmaktadır. Liberal demokratik sistemlerde mümkün olan en geniş hürriyet alanı sağlandığından ifade şiddet görülebilmektedir.⁵⁶

7- Düşünceyi açıklama hürriyeti, insan onuruna duyulan saygıyla paralellik arz etmektedir. İnsanlar, sırf insan olması sebebiyle bazı temel hak ve hürriyetlere kendiliğinden ve doğuştan sahip olmaları gerekmektedir. Bu haklar ve

⁵³ Bkz. ÖZEK, s.68 vd.

⁵⁴ Teziç, Düşünceyi açıklama hürriyetini, insanın arzu ettiği biçimde kanaatlerini yayabilmesi olarak belirtmektedir., TEZİÇ, s.37; ÖZEK, s.79.

⁵⁵ ÖZEK, s.80.

⁵⁶ HAFIZOĞULLARI, s.335.

hürriyetler olmazsa, insan onuruyla yaşaması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle insan onuruyla ayrılmaz ve parçalanamaz mahiyet taşıyan düşünceyi açıklama hürriyeti, insan hakları doktrininin esasını teşkil etmektedir.⁵⁷

8- Düşünceyi açıklama hürriyetinin gelişimi ile birlikte toplumun değişimi bir arada bulunmaktadır.⁵⁸ Toplumun idare eden veya devleti yöneten siyasal iktidar, düşünceyi açıklama hürriyeti sayesinde eksikliklerini ve sistemin zayıflığını farkeder. Bu nedenle düzenle birlikte değişim ve gelişim arasındaki dengeyi sağlanması düşünceyi açıklama hürriyetiyle birlikte gerçekleşmektedir.⁵⁹

Siyasal iktidarı demokratik çoğulcu seçim sistemiyle elinde bulunduranlar yine bu sistemin düzenli ve sağlıklı işlerliği halinde tekrar siyasal iktidara gelebilir. Şayet icraatlarını ve bu icraatlarının doğruluğunu halka anlatamazlarsa, yerini başka siyasal partilere devretmek zorundadırlar. Düşünceyi açıklama hürriyeti iktidar mücadelesi veren siyasal partiler ve temsilcilerinin birbirleriyle ilişkiye girmesine neden olmaktadır. Meselelerin tartışılarak gerçeğe ulaşıldığı yerde düşünceyi açıklama hürriyeti sağlanabilir. Aksi takdirde sistemin tıkanması düşüncelerin açıklanmaması sonucunu doğurur ki bu da toplumun değişim ve gelişmesinin önünün tıkanmasına neden olur. Otoriter ve totaliter sistemlerde görülen bu oluşum, demokratik sistemin zıddını meydana getirmektedir.

3- TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HÜRRIYETİ VE GELİŞİMİ

A- 1876 KANUN-İ ESASISI

23 Aralık 1876 da II. Abdülhamit döneminde çıkarılan Kanun-i Esasi ile birlikte, düşünceyi açıklama hürriyeti teminat altına alınmaya başlanmıştır. Düşünceyi açıklama hürriyetinin uzantısı olan basın hürriyeti, Kanun-i Esasinin 12. Maddesinde, “Matbuat kanun dairesinde serbesttir” şeklinde düzenlenmiştir.⁶⁰

Bu düzenleme ile hükümetin basına karşı olan uygulama ve keyfiliği engellenmiş, ancak yasama organına da sınırsız yetki verilmiştir.⁶¹ Bununla birlikte, düşünceyi açıklama hürriyeti, günümüz uygulamasına paralellik taşıyan yasama sorumsuzluğu ile tanınmıştır. Meclisi Umumi üyelerine Kanun-i Esasinin 47. maddesiyle düşüncelerini açıklama hürriyeti anayasa ile teminat altına

⁵⁷ TURHAN, s.89; Donnelly, İnsan haklarının kaynağını insanlık ve insan doğası olarak ifade etmektedir. DONNELLY, s.27-28.

⁵⁸ TURHAN, s.89.

⁵⁹ TURHAN, s.89.

⁶⁰ “KİLİ, Suna, GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Türk Anayasa metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1985, s.32.

⁶¹ DANIŞMAN, s.6; AKSOYAK, s.116-117.

alınmıştır. Maddeye göre; Meclisi Umumi üyeleri oy ve düşüncelerinde serbesttir. Meclis çalışmaları sırasında, meclis üyelerinin, meclisin aksine bir kararı olmadıkça meclis dışında da oy ve düşüncelerini açıklamaları serbesttir. Ancak saha sonra Kanun-i Esasinin padişaha olağanüstü yetkiler veren 113. maddesi uyarınca anayasa yürürlükten kaldırılmıştır. Basın hürriyeti ve yasama sorumlusuzluğu da diğer hak ve hürriyetler gibi anayasal dayanaktan yoksun kalmıştır.

1908 yılında ilan edilen ikinci meşrutiyetle birlikte yürürlükten kaldırılan Kanun-i Esasi bazı değişikliklerle yeniden yürürlüğe konmuştur. Basınla ilgili değişiklikle 12. madde şu şekli almıştır: “Matbuat kanun dairesinde serbesttir, hiçbir veçhile...teftiş ve muayeneye tabi tutulamaz”. Değişiklik sansür yasağını getirmiştir.⁶² 31 Mart hareketına kadar yürürlükte kalan bu anayasanın sürekli ilan edilen sıkıyönetimlerle birlikte uygulanabilirlik özelliği kalmamıştır.

B- 1921 TEŞKİLATI ESASİYE KANUNU

Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti döneminde çıkarılan Teşkilatı Esasiye Kanunu, o dönemde yapılan milli mücadele ruhunu yansıtmaktadır. Daha ilk maddesinde, hakimiyetin kayıtsız şartsız millete ait olduğu belirtildikten sonra devletin yönetim usulünün halkın geleceğini bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına dayalı olduğu vurgulanmıştır. Temsili sistemin benimsendiği bu Anayasa ile halkın düşüncesini açıklamasına büyük önem verilmiştir. Seçim yoluyla temsilcilerin meclise girmesi esası benimsenmiştir.

Osmanlı devleti'nin devamı niteliği taşıyan ve işgalin bitmesinden sonra kurulacak olan devletin yönetim şekli ve usulü anayasanın göze çarpan özelliklerini oluşturmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ilk sinyalleri bu Anayasada görmek mümkündür.

C- 1924 TEŞKİLATI ESASİYE KANUNU⁶³

29 Ekim 1923'te ilan edilen Cumhuriyetten sonra, Teşkilatı Esasiye Kanununun bazı maddeleri değiştirilmiştir. Fransız İhtilali ile ortaya çıkan ve yazılı üst metinlere giren liberalizm, 20 Nisan 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununda da etkisini göstermektedir. 105 maddeden oluşan, çerçeve kanun niteliği taşıyan ve kısa metinlerden oluşan bu anayasanın daha ilk maddesinde Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğu belirtilmiştir. Devamında da egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu (m.3), Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri-

⁶² DANIŞMAN, s.7.

⁶³ 3. Tertip Düstur C.5, s.576, Kanun No: 491, RG No: 71 Anayasada 5 defa değişiklik yapılmıştır. Bunlar: 1. 1222 Sayılı ve 10.4.1928 günlü kanun (RG 14.4.1928-863; 3. T.D., C.9, s.142) 2. 1893 Sayılı ve 10.12.1931 günlü kanun (RG, 15.12.1981-1976; 3.T.D., C.13, s.25) 3. 2599 Sayılı ve 5.12.1934 günlü kanun (RG. 11.12.1934-2877; 3. T.D., C.16, s.36) 4. 3115 Sayılı ve 5.2.1937 günlü kanun (RG. 13.2.1937-3533; 3. T.D. C.18, s.307) 5. 3272 sayılı ve 29.11.1937 günlü kanun (RG. 1.12.1937-3773; 3. T.D., C. 19, s.38) KİL, Suna, GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, s.111 Naklen

nin Millet tarafından seçilmiş milletvekillerinden kurulduğu (m.9), yasama sorumlusuzluğu (m.17), Türklerin kamu hakları içerisinde yer alan ve her Türk'ün hür doğduğunu ve yaşadığını belirten aynı zamanda hürriyetin tarifini ve sınırını gösteren hükmü (m.68), Türklerin kanun karşısında eşitliği (m.69), tabii haklarından olan kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağış, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve ödevleri (m.70), din ve inanç hürriyeti (m.75), basın hürriyeti (m.77), öğretim hakkı (m.80), haberleşme hürriyeti (m.81), dilekçe hakkı (m.82) düzenlenmiştir.

D- 1961 ANAYASASI

1961 Anayasası, düşünceyi açıklama hürriyeti açısından 1924 Anayasasına tepki niteliği taşır. 1924 Anayasasıyla korunamayan ya da ihlalleri müeyyidelendirmeyen yönüne karşılık, 1961 Anayasası düşünce hürriyetini parlamentoda çoğunluk sağlayan siyasi iktidara karşı korumayı amaç edinmektedir.⁶⁴ Ancak 1961 Anayasası düşünce hürriyetini eşitlik açısından değerlendirmektedir. Düşünceyi açıklama hürriyeti Anayasal teminat altına alınmıştır.⁶⁵

1961 Anayasasının 20. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti düzenlenmiştir. Anayasa, eşitlik ilkesinden hareketle ve istisnasız herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu belirtmiştir. Düşünceyi açıklama vasıtaları olan; söz, yazı, resim veya başka yollar belirtilerek genişletici yoruma açık hale gelmiştir. Madde içerdiğinde düşünceyi açıklama eyleminin tek başına veya toplu olarak gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Çoğulcu demokratik parlamenter sistemin özünü oluşturan ve kamuoyunun serbestçe oluşumunu sağlayan bu hüküm büyük bir değer ifade eder. Düşünceyi açıklama hürriyetinin uzantısını oluşturan diğer temel hakları bu bağlamda birbirleri ile ilişkilendirebiliriz. Doğal olarak bir iç hürriyet olan düşünce hürriyeti, bu hak ve hürriyetten istifade eden kimsenin serbest ve hür iradesiyle dışa yansıtılmalıdır. Aksine bir tutum bu hürriyetin ihlalini ya da kullanım alanını daraltır. Bu nedenle 1961 Anayasasının ikinci fıkrası bu ihlalin engellenmesi gayesiyle “kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz”, hükmünü getirmiştir.

Düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanımı herkese aittir ve bu hürriyete kimse dokunamaz. Kişinin iradesine bağlı olan hürriyetin kullanılması müsbet alanı meydana getirmektedir. İkinci fıkra ise, hürriyeti kullanan kimse ve dokunulamayacağı yönünde hüküm ihdas ederek bir yapmama eylemini ifade etmektedir. Bu nedenle ikinci fıkra menfi alanı oluşturmaktadır.⁶⁶

⁶⁴ DÖNMEZER, (Mevzuat), s.439.

⁶⁵ DÖNMEZER, (Mevzuat), s.440.

⁶⁶ Bkz. Madde metni ve gerekçesi için, ÖZER, Atilla, **Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile mukayeseli 1982 Anayasası**, Ankara 1996, s.126.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetine yönelik kararlar vermiştir. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine ulaşan ve itiraz konusunu, Anayasa nizamı, Milli güvenlik ve huzuru bozan bazı fiiller hakkındaki 5.3.1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1. maddesinin B bendinin Anayasaya aykırılığı oluşturmakta idi. Anayasa mahkemesince yapılan incelemeden sonra itirazın tetkikine geçilmiş ve esasa girmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde düşünce hürriyetini iki aşamalı bir hukuk süreci olarak algılamıştır. İlk olarak düşünce bir iç hürriyet olarak kaldığı sürece sınırsızdır. Buna karşılık düşünceyi açıklama ve yayılma gayesi güdülüyorsa, düşünceyi açıklama hürriyetinin sınırlanabilir. Bu kararın⁶⁷ gerekçe kısmı; “Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarındanıdır. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç aleminin kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç aleminde kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına giren ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile yani düzenlemesi ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz yazı, resim vesaire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar. Zira, toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşayışın ve devletin güvenliğini sarsar. Bu bakımdan diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telakki ve kabul edilemez. Bu hürriyeti toplumsal yaşayışın ve demokratik nizamın icaplarıyla bağdaştırmak ve toplumsal yaşayışla düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gerekir” şeklindedir.

Görüldüğü üzere, düşünceyi açıklama hürriyetinin toplumsal yaşayışın sürekliliğinin sağlanması için kısıtlanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Toplumun huzursuzluğa yönelen ya da devletin güvenliğini tehlikeye sokacak düşünce açıklamalarına yer verilemeyeceği gösterilmiştir. Zikredilen kararda toplumsal yaşayışın ve demokratik düzenin korunması gayesiyle, toplumsal yaşamla düşünce ve kanaat hürriyetinin denge halinde tutulması gerektiği anlatılmıştır. Gerekçeli kararın devamında laik ve demokratik nizamı yıkmak, devletin ve milletin bütünlüğünü bozmak isteyen düşünce açıklamalarının, düşünceyi açıklama hürriyetine dahil edilemeyeceği ve hukuk nizamınca korunamayacağı bu tür düşünce açıklamalarının suç teşkil edeceği belirtilmiştir.⁶⁸ Böylece hürriyeti

⁶⁷ E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 8.4.1963, AMKD, S.1, s.199 vd.

⁶⁸ DÖNMEZER, Sulhi; “mahkeme kararları kroniği”, İÜHF.M.C.29,S.3, s.765.

yok etme hürriyetinin ya da Anayasa'da belirtilen ve teminat altına alınan hürriyetlerin başka hürriyetlerce yok edilemeyeceği gösterilmiştir.

Zikredilen gerekçeli kararın devamında, sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı anlatılmıştır. Kararın devamında Anayasa Mahkemesi düşünce ve kanaat hürriyeti ve basın hürriyetinin sınırlandırılmasında kamu yararı bulunduğu ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmaması kenar başlığını taşıyan 11.maddeye ve düşünce hürriyetini düzenleyen 20.maddeye aykırı olmadığı kanaatine varmıştır.

Anayasa Mahkememizin bu dönemde verdiği diğer kararlarda da⁶⁹ paralel özellikler bulunmaktadır.

Yüksek Mahkemenin kararlarından çıkan sonuç şudur: İlk olarak, düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyeti iki farklı hukuki süreçtir ve iç hürriyete düşünce hürriyeti, dış hürriyete düşünceyi açıklama hürriyeti denir. İkinci olarak, düşünce hürriyeti sınırsızdır ve bazı kayıtlamalara alınmaz; buna karşılık düşünceyi açıklama hürriyeti sınırlıdır ve kayıtlama altına alınabilir. Üçüncü olarak kitle iletişim araçlarında düşünceyi açıklama hürriyetinin etkili ve tehlikeli özellik taşıması nedeniyle sınırlandırılması gerektiği anlatılmıştır.⁷⁰

Anayasa Mahkemesinin genel sınırlama sebeplerini gösteren 11. maddeye⁷¹ istinaden temel hak ve hürriyetlerin dolayısıyla düşünceyi açıklama hürriyetinin de sınırlanabileceğini karar altına almıştır. Bu konuda yüksek mahkeme şöyle diyordu: "Sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı göz önüne alınca 20. maddeye düşünce ve kanaat hürriyeti hakkında hiçbir kayıtlama kıstası konulmamış olmasını, bu hürriyeti, Anayasanın 11.maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla her istikamette sınırlayabilmek hususunda Anayasa vazınının kanun koyucuya takdir hakkı tanınmış olduğu şeklinde yorumlamak tabii bulunmaktadır."

Düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetini tek bir maddede düzenleyen 1961 Anayasası maddede bu hürriyeti sınırlayacak bir hüküm içermemekteydi.⁷² Fakat Anayasa Mahkemesi ferdi hürriyetler içerisinde yer alan düşünceyi açık-

⁶⁹ E. 1963/17, K.1963/84, K.T. 8.4.1963, AMKD, S.1, s.216 vd.

⁷⁰ İLAL, s.62.

⁷¹ 1961 Anayasası'nın 11. maddesi aynen şöyledir; Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz. Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanan, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kastı ile kullanılamaz. Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.

⁷² KABOĞLU, (Düşünce Özgürlüğü), s.49.

lama hürriyetini 11.madde esas alınarak sınırlanabileceği kanaatine varmıştı.⁷³ Buna karşılık doktrinde bazı yazarlar Anayasanın 11. maddesinin genel bir sınırlama sebebi olmadığını, her temel hak ve hürriyetin sınırlanamayacağını, sınırlanabilecek temel hak ve hürriyetin aynı maddede gösterildiğini belirtmiştir.⁷⁴

E- 1982 ANAYASASI

1982 Anayasası, düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetini iki kısım halinde ayrı ayrı düzenlemiştir. 25. madde düşünce ve kanaat hürriyeti kenar başlığını taşımaktadır. 26. madde ise, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kenar başlığını taşımaktadır. 1961 Anayasasından farklı olarak ve önceki dönemdeki Anayasa Mahkemesinin uygulamalarına paralel olarak, düşünceyi açıklama hürriyeti ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Düşünceyi açıklama hürriyeti, düşünce hürriyetinden ayırd edilerek farklı maddelerde hüküm altına alınmış bu konu üzerindeki tartışmalar sona erdirilmeye çalışılmıştır. Düşünceyi açıklama hürriyetinin kullanım şekli düzenlendikten sonra bu hürriyetin kullanım alanına özel sınırlama sebepleri getirilmiştir.

1982 Anayasasının 26. maddesi düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini şöyle ifade etmektedir. “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.”⁷⁵ Maddenin gerekçe kısmında “Madde ile kişiye, düşünce ve kanaatlerin her türlü araçla açıklama ve yayma hürriyeti tanınmaktadır. Hüküm, statik düşünce ve kanaat hürriyetinin dinamik uzantısını teşkil eder.” şeklindedir.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi düşünceyi açıklama hürriyeti, düşünce hürriyetinden ayrılmıştır. Gerçekten de bu iki hürriyet birbirleriyle bağlantılıdır. Ancak nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirlerinden farklı neticeler meydana getirmektedir. Düşünce hürriyetinde olağanüstü haller bile bu hürriyetin sona ermesini sağlayamamaktadır.⁷⁶

1982 Anayasasının 26. Maddesi düşünceyi açıklama hürriyetini düzenlerken, kitle iletişim araçlarını da kapsamına almıştır. Madde metinlerinde “.... radyo, televizyon, sinema ve benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir” şeklindeki düzenleme bu hürriyetin kullanılması açısından önleyici denetim sistemini getirmiştir.⁷⁷

⁷³ Bkz. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu iki karar için DÖNMEZER, (Mahkeme Kararları Kroniği), s.761.

⁷⁴ Bkz. TANÖR, Bülent, “Anayasamızın Yeni 11. Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş midir?” **Onar Armağanı**, İÜHFY, İstanbul 1977, s.881.

⁷⁵ Maddenin tam metni için bkz, ÖZER, s.127.

⁷⁶ TURHAN, s.98.

⁷⁷ TEZİÇ, (Siyasal Düşünce), s.36.

Düşünceyi açıklama hürriyeti günümüz açısından hızlı ve etkin bir şekilde kullanılma özelliği taşımaktadır. Toplumun yönlendirilmesi ve kamuoyunun oluşturulmasında ayrı bir yeri bulunmaktadır. Bu nedenle kitle haberleşmesi üzerinde devlet kontrolünün bulunması, bu hürriyetin sınırsız kullanılmasını engellemektedir.

Demokratik toplumlarda, kitle haberleşmesi, yasama, yürütme ve yargı erkinden sonra dördüncü siyasi kuvvet olarak nitelendirilmektedir. Düşünceyi açıklama hürriyetinin önleyici sistemle düzenlenmesi bu hürriyetin kullanım alanını daraltmaktadır.⁷⁸

Hal böyle iken, düşünceyi açıklama hürriyetinin toplum hayatının korunması, kişilerin şeref ve haysiyetine dokunulmaması, genel ahlakın korunması, küçük ve genç yaşta insanların kişiliklerinin bozulmaması için sinema, radyo ve televizyon alanlarında bu hürriyetin kısıtlanması zorunluluk arz etmektedir.

26. madde metninin gerekçesinden de anlaşıldığı üzere serbest kitle haberleşmesinin sağlanması düşünceyi açıklama hürriyetinin mevcudiyeti açısından elzemdir. Fakat bu hürriyetin kullanılması sahip oldukları etki nedeniyle hukuki düzenlemeleri de beraberinde getirmektedir. Demokratik toplumun gerekleriyle bu hürriyetin kullanılması bir denge halinde tutulmayı gerekli kılmaktadır.

Teziç'e göre "düşünce özgürlüğü açısından yasaklanan bir düşüncenin açıklanması değil, fakat yasaklanmış bir faaliyet ya da eylem ile açıklanan düşünce arasında bir illiyet (nedensellik) bağının bulunmasıdır"⁷⁹.

Düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetinin 1982 Anayasanın yapım sürecinde, Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında Anayasa Komisyonu Başkan vekili Feyyaz Gölcüklü şunları söylüyordu; "komisyon sizlere sunduğu Anayasa tasarısında düşünce ve kanaat hürriyeti ile, bu düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini ayrı maddelerde ele almıştır. Bunun sebebi şudur: Her ne kadar düşünce ve kanaat hürriyeti ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti biri diğerine bağlı iki hürriyet ise de gerek bunların niteliği, gerek korunmaları için öngörülen tedbirler yek diğerinde farklıdır.

Şöyle, düşünce ve kanaat hürriyeti demek: kişinin istediği düşünce ve kanaate sahip olması demektir. Bunun korunması için öngörülen müeyyide, tedbir kimsenin düşünce ve kanaatini açıklamaya zorlanmaması, hangi kanaattedir onu öğrenmek o kişi üzerinde hiçbir surette zor kullanılmayacaktır.

⁷⁸ Tikveş, Önleyici sistemin uygulanması halinde, sinema alanında yapımçı ve sanatçıların orijinallik ve yeniliklere düşman bir psikolojik tavır aldıklarını belirtmektedir. Bkz. TIKVEŞ, s.203.

⁷⁹ TEZİÇ (Siyasal düşünce), s.36.

Buna karşılık düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti bu düşünce ve kanaat hürriyetinin bir uzantısı niteliğindedir. Ama ondan farklıdır. Sahip olunun düşünce sebebiyle suçlanmama, kınanmama veyahut kişinin düşüncesinin öğrenilmesi sebebiyle onun zorlanmaması farklıdır, düşünceyi yaydığı zaman kullandığı hürriyet farklıdır.

Onun için komisyon bu iki maddeyi birbirinden, iki hürriyeti ayrı iki madde halinde düzenlemeyi uygun görmüştür.”⁸⁰

Anayasa Mahkemesinin bu maddenin oluşumundaki etkisini yine Feyyaz Gölcüklü şöyle açıklamaktadır; “düşünce, kanaat kişinin kendisinde kaldığı sürece , yani dış aleme yayma şeklinde intikal etmediği sürece, tamamen kişiyi ilgilendiren tamamen kişinin kendi alemine ait bir şeydir düşünce kanaat. Bunun ortaya bir zarar çıkarması düşünülemez.; fakat ne zaman ki bu düşünce ve kanaat umuma yayılmaya başlandı, o zaman bu yaymadan bir zarar doğabilir. O vakit bu hürriyet konusunda gerekli sınırlayıcı tedbirler alınabilir. “Şu halde eski 10’uncu⁸¹ maddedeki genel sınırlama tedbirleri , 20. maddeki düşünce hürriyeti konusunda da geçerlidir. Bu suretle Anayasa Mahkemesi de düşünce ve kanaat hürriyetini, statik hürriyet hakkını, dinamik yayma, açıklama hürriyetinden ayırmış bulunuyor.

Bu sebeple biz bu kanaatla her iki hürriyeti ayrı maddelerde düzenlemeyi, bu fikrin açıkça ortaya konması bakımından yararlı gördük”.⁸²

Düşünceyi açıklama hürriyetine yönelik getirilen özel sınırlamalar 26. madde içerisinde yer almaktadır. Bununla birlikte, Anayasanın 13. maddesinde getirilen sınırlamalarda genel sınırlama sebeplerini meydana getirmektedir.

Düşünceyi açıklama hürriyeti içerisinde düşünülmesi gereken ilkelerden biriside eşitlik ilkesidir. Herkesin kanun önünde eşit olduğu, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, devlet organları ve idare makamlarının herkese eşit davranması gerektiği anayasal ilke haline getirilmiştir. 1982 anayasasının 10. maddesi kanun önünde eşitlik kenar başlığı altında eşitlik ilkesini düzenlenmiştir. “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”⁸³

İnsanların doğuştan insan olmaları sebebiyle kendiliğinden meydana gelen bir takım hakları vardır. Öncelikle insanların yaşama hakkı ve haysiyetiyle birlikte, kendisine eşit davranılmasını isteme hakkı mevcuttur. Bu temel hak ve hürriyetler, dokunulmaz, vazgeçilmez, ve devredilmez bir mahiyet taşır. Kanun-

⁸⁰ DMTD, C.8, 132. Birleşim, 21Ağustos 1982.s. 273; Ayrıca bakınız bu konuda İLAL, s. 64, 65

⁸¹ Burada belirtmek istenen 1961 Anayasasındaki genel sınırlama tedbirlerini içeren 11. maddedir.

⁸² DMTD, C.8,s.273,132., Birleşim, 21 Ağustos 1982, s.274

⁸³ Bkz. Maddenin tam metni için; ÖZER, s. 61.

ların uygulanması yönünde eşitlik ilkesinden en küçük bir sapma, insanların idareye ve devlet organlarına olan güvenini sarsar. Güveni sarsılan yerde ise iç karışıklıklar kendiliğinden oluşur. Bu nedenle devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik prensibini uygulamalı, devlet faaliyetlerini yürütmelidir.

Kural olarak herkesin Anayasada belirtilen temel hak ve hürriyetlerden yararlanma hakkı vardır.⁸⁴ Yabancıların bu hak ve hürriyetlerden yararlanması, kanunla ve milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlandırılabilir. Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış herhangi bir dil kullanılmaz.”(An.m.26/3) Böylece Türkiye sınırları içerisinde kanunla yasaklanmış bir dilin kullanılması yabancılar açısından getirilen bir sınırlamadır.

Düşünce hürriyeti, bireylere inanç hakkının kullanılması imkanını da verir. Düşünce hürriyetine sahip olan kişiler, demokratik sistem içerisinde inandığı dinin kurallarını kabul etmek ve uygulamak serbestisine sahip bulunmaktadır.⁸⁵

Düşünceyi açıklama hürriyeti açısından, kişiler bu hakka ve hürriyete doğuştan sahiptirler ve insanların en tabii hakları içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle kişiler maddi ve manevi varlığını geliştirme serbestisine sahip olmaları gerekir. Ayrıca bu temel hak ve hürriyetler kişinin şahsına bağlı ayrılmaz, vazgeçilmez, devredilemez, terk edilmez, bir mahiyet taşır.

Düşünceyi açıklama hürriyetinin kullanımı ise, kesin ve ayrıntılı bir düzenleme⁸⁶ getiren 1982 Anayasası ile bir takım genel ve özel sınırlama sebeplerine tabi tutulmuştur. Özellikle kitle iletişim araçlarında önleyici denetim sistemiyle düşünceyi açıklama hürriyeti sınırlandırılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetini farklı anlamakta ve yorumlamaktadır. Bu fikre farklı bir yaklaşım getiren uygulamanın öncüsü konumundadır.⁸⁷ Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda bu ayrımı göstermektedir. Nitekim yüksek Mahkeme 1980 yılında vermiş olduğu bir kararda, “laikliğe aykırı olarak, Devletin içtimai ve İktisadi veya siyasi veya hukuki temel nizamlarını kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla ...propaganda yapmayı veya telkinde bulunmayı cezalandıran hükmün, salt laikliğe aykırı sayılan düşüncelerin açıklanması ve savunulmasını yasaklayıp telkin ve propaganda yapılmasını yaptırma bağlayarak düşüncenin özüne dokunmakla...” Türk Ceza Kanununun 163/4 maddesinin iptali istemi itiraz

⁸⁴ DEMİR, Fevzi, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dost Kitabevi, İzmir, 1984, s.174-175

⁸⁵ Bkz. ALDIKAÇTI, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, Genişletilmiş 2. Baskı, Yenilik Basımevi, İstanbul 1973, s. 201.

⁸⁶ DEMİR, s.183; Aldıkaçtı, Düşünce Hürriyetini “Manevi Haklar” kategorisi içerisinde ele almaktadır. ALDIKAÇTI, s.198.

⁸⁷ İLAL, s.65.

yoluyla Anayasa Mahkemesine ulaşmış ve bu istem: “...Anayasa’nın 20. Maddesi, genel olarak düşünce özgürlüğünü korumakta, güvenceye bağlamaktadır. Düşüncenin açıklanması da bu kapsam içerisinde. Anayasal düzenimiz bakımından önemine yukarıda değinilen laikliği koruyup sürdürmek için düşünce özgürlüğünün sınırlanması, bizzat Anayasanın uygun bulduğu bir düzenlemedir. Anayasa koyucunun zorunlu gördüğü bu düzenlemenin de düşünce özgürlüğüne aykırı bir yanı bulunduğu ileri sürülemez.” gerekçesi ile reddedilmiştir⁸⁸.

Yine Türk Ceza Kanunu’nun 142. maddesinin 1 ve 3. fıkralarının Anayasanın 2,4,11,12,20,21, 33. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiş Anayasa Mahkemesi düşünceyi açıklama hürriyetine ilişkin şu yönüyle istemi reddetmiştir “...Mesela bir şahıs fikrini bir aile toplantısında, bir dostlar topluluğunda ifade etmişse, fikir hürriyeti çerçevesi içinde kalmış sayılmak gerekir... Ama bir fikri açıklama, bu sınırı aşarak propaganda halini alırsa, bir şahıs kapı kapı dolaşarak Anayasanın ruhuna ve açık hükümlerine zıd fikirleri yayarsa, Mesela Komünist propagandası yaparsa, bunun 20. maddede ifadesini bulan fikir hürriyetinin şumulüne girmesi bahis konusu olamaz. Zira böyle bir propagandaya müsaade etmek Anayasanın ikinci maddesinde belirtilen “Demokratik olma”, “İnsan hak ve hürriyetlerine dayanma” ve “hukuk devleti olma” uhdeleriyle bağdaşmaz”.⁸⁹ 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa mahkemesi uygulamada yine aynı doğrultuda kararlar vermiştir.⁹⁰

4-SONUÇ

Hürriyetçi demokratik sistemlerde düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyeti Anayasal kapsam içerisine alınmakta ve korunmaktadır. Bunun da sebebi tüm hürriyetlerin özünü, esasını oluşturmasıdır. Düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyetine tekaddüm etmekte ve farklı karakter taşımaktadır. Düşünce hürriyeti demokratik sistemlerin vazgeçilmez şartını oluşturur ve niteliği gereği sınırlandırılmaz. Günümüz teknolojisi, insanları düşünmekten alıkoyacak bir sistem geliştirememiştir. Elbetteki insan hayatının sona erdirilmesi, düşünce ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini engeller. Ancak bu çözüm tarzının demokratik sistemle yönetilen ülkelerde ileri sürüleceği söylenemez⁹¹.

⁸⁸ E. 1980/19, K. 1980/48, K.T. 3.7.1980, AMKD. S.18, s.271-273; Anayasa Mahkemesinin 1963 yılında vermiş olduğu kararlar için bkz. ARSEL, İlhan, **Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi Kararlarından Özetler**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.87-89.

⁸⁹ E. 1979/31, K.1980/59, K.T. 27.11.1980, AMKD, S.18, s.369.

⁹⁰ Bkz. Bu kararlar için; E. 1986/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AMKD, S.22, s.368 E. 1991/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1992/1, K.T.: 10.7.1992, R.G. 25 Ekim 1992, S.21386. E.1991/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/1, K.T. 14.7.1993, RG. 18.Ağustos 1993, S.21672.

⁹¹ “Yaşama Hakkı” dokunulması mümkün olmayan temel hakların başında gelmektedir. Bkz. BATUM,Süheyl,**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, s.208.

Düşüncenin sağlıklı ve dengeli gelişimi için, devlet bazı yükümlülükler taşımaktadır. İnsanların beslenmesi ve temiz ortamda büyümesi gerekmektedir. Düşüncelerin oluşumu için istenilen bilgi ve belgelere ulaşım kolay olmalıdır. Teknolojik eğitimin yetişen nesle tam ve eksiksiz verilmelidir. Bu nedenle devlet, düşüncenin gelişimi için uygun ortamı sağlamalıdır.

Günümüzde teknolojinin hızla gelişmesi, istenilen bilgi ve belgelere ulaşımı kolaylaştırmaktadır. Bu durum bilgi akışını hızlandırmaktadır. Bu nedenle gerekli donanımı sağlamış ülkelerde bilgiye ulaşma son derece hızlı ve etkin olmaktadır.

Düşüncüyü açıklama hürriyetinin gelişimi demokrasinin gerçekleştirilmesi ile bir doğru orantı içerisindedir. Gerçekler, meselelerin serbest ve hür ortamda tartışılması ile ortaya çıkar. Bu nedenle tartışma ortamlarının varlığı demokratik sistemlerin ayırd edici özelliğidir. Düşünce açıklamalarının son derece kısıtlandığı ortamlarda çağa uygun gelişim sağlanamamaktadır. Toplum baskı altında kalmakta, gerçekler gün yüzüne çıkamamaktadır. Bu nedenle düşüncüyü açıklama hürriyetinin kullanım alanı son derece geniş tutulmalıdır. Bilim ve sanat alanında gelişim ancak bu şekilde sağlanmaktadır.

1982 Anayasasının 13. maddesinde 9 adet genel sınırlama sebebi bulunmaktadır. Bunlar: “Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü”, “Milli Egemenlik”, “Cumhuriyet”, “Milli Güvenlik”, “Kamu Düzeni”, “Genel Asayiş”, “Kamu Yararı”, “Genel Ahlak”, “Genel Sağlık”tır. 1982 Anayasası’na gelinceye kadar, temel hak ve hürriyetlerin sınırlama sebepleri daha azdı. 1961 Anayasası kademeli sınırlama sistemini benimsemiş ve sınırlama sebepleri 7 adetti. 1961 Anayasasına 1971 değişiklikleri ile “Bölünmezlik İlkesi” ile “Milli Güvenlik” ve “Genel Sağlık” sebepleri madde metnine dahil edilmişti. 1982 Anayasası ise, 1961 Anayasasından daha da ileri giderek genel sınırlama sebeplerini artırmıştır. 13. madde metnine milli egemenlik ve genel asayiş sebepleri eklenmiştir.

1982 Anayasası döneminde, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti ayrı bir madde halinde düzenlenmiştir. Anayasanın 26. maddesini oluşturan bu hüküm içerisine, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetine getirilecek özel sınırlama sebepleride dahil edilmiştir. Böylece, 1961 Anayasasından farklı olarak düşüncüyü açıklama hürriyeti düşünce hürriyetinden ayırdedilmiş, özel sınırlama sebepleri getirilmiştir. Hürriyetçi demokratik sistemle bağdaştığı söylenemeyecek bu düzenleme düşüncüyü açıklama hürriyetinin kullanım alanını sınırlamaktadır. Anayasanın 13. maddesi genel sınırlama sebeplerini belirtmekte ve bu sınırlamanın tüm temel hak ve hürriyetler için uygulanma özelliğine sahip olduğunu düzenlemektedir. Fakat düşünce hürriyeti niteliği gereği bir iç hürriyettir. İnsanlar dilediğini düşünebilir ve içinden eleştirebilir. Bunun için Anayasanın 13. maddesiyle getirilen genel sınırlama sebepleri düşünce hürriyetine uygulanamaz.

Düşünceler açığa vurulmadığı takdirde bir değer taşımaz. Bu nedenle çevresinde bir değişiklik meydana getiren düşünceler hukuki anlam ifade eder. Düşünceler haricileşmediği sürece hukuki koruma altına alınamaz. Fakat her türlü düşünce açıklamasının da hukuki korumadan istifade edeceğini söyleyemeyiz. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, kişilerin şeref ve haysiyetine yönelik düşünceler sınırlandırılabilir. Düşünceyi açıklama hürriyetinin uzantılarını din ve inanç hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hürriyetini, basın hürriyeti, seçme ve seçilme hakkı, eğitim ve öğretim hakkı, dernek kurma hürriyeti, savunma hakkı, dilekçe hakkı oluşturmaktadır. Bu nedenle düşünceyi açıklama hürriyeti, demokratik sistemlerin esasını oluşturmaktadır.

Hürriyetçi demokratik sistemlerde düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyeti büyük önem taşımakta ve sınırlama alanları daraltılmaktadır. Bu nedenle düşünceyi açıklama hürriyetinin kullanım alanını sınırlayacak etkenlerden Anayasamızın arındırılması gerekmektedir.

İnsanlar henüz düşünceleriyle somut olayların akışını değiştirebilecek güce erişmemişlerdir.

Yayın Şartları

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinde pozitif hukuk, hukuk teorisi, uluslararası hukuk, vergi, ekonomi-maliye, siyaset bilimi, siyaset teorisi, kamu yönetimi ve akraba alanlarda, bilimsel nitelikli, özgün, daha önce başka bir yerde yayınlanmamış, yayın hakları devredilmemiş makaleler, araştırma-inceleme yazıları, konferans, seminer, sempozyum gibi bilimsel toplantı metinleri ve bu tür çalışmaların çevirileri ile kısa mevzuat metinleri, Türk veya Yabancı Mahkeme Kararları, karar tahlilleri, tez özetleri ve benzeri akademik çalışmalar yayınlanır.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi prensip itibarıyla yılda dört sayı olarak yayınlanır. Her sayı için öngörülen yayın ayları sırasıyla, Mart, Haziran, Eylül ve Aralıktır. Her hangi bir sayının yayınında elde olmayan nedenlerle gecikme söz konusu olursa iki ya da daha fazla sayı birleştirilerek yayınlanabilir.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Hakem heyeti altı farklı Türk üniversitesi öğretim üyeleri arasından seçilmiş bulunmaktadır. Yayın ilkesi gereği, (30.3.2000 tarih ve 5 sayılı Fakülte Yönetim Kurulu Kararı ile genişletilmiş bulunan) Akademik hakem heyeti üyelerinin isimleri gizli tutulmaktadır.

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemin olumlu görüşü alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. (Yazıların hakeme gönderilmesinde akademik unvanlar dikkate alınmakta, hakemin yazardan daha üst akademik unvana sahip olması ya da eğer aynı unvan söz konusu ise, daha kıdemli olmasına özen gösterilmektedir.)

Dergide yayınlanması istenen yazılar, her sayı için, o sayının yayın Periyodundan en az iki ay önce A4 çıktısı ve .doc (word belgesi) ve .rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya içeren diskette gönderilmelidir.

Dergide yer alan yazılardan doğacak her türlü sorumluluk yazarına aittir.

Yazıların teknik olarak düzenlenmesinde şu hususlara dikkat edilmesi önerilmektedir: a) Yazılar bilgisayar ortamında **Winword** programı kullanılarak **Times New Roman** yazı karakteri, **10,5** punto, **Tek** satır aralığı, **1 cm girintili** paragraf, paragraf arası boşluklar **öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere **iki yandan hizalı** yazılmalıdır. b) Yazıların sayfa boyutu, A4 kağıt için ayarlanmalıdır. Kural olarak yazılar 25 sayfadan daha fazla olmamalıdır. c) Yazıdaki başlıklar, kullanılan başlık düzeyine uygun olarak Winword menüsündeki (veya araç çubuğundaki) başlık biçimleri kullanılarak (başlık 1, başlık 2, başlık 3 vd.) yazılmalı, **Başlık 1** biçimi sadece yazının ana başlığı (adı) için kullanılmalı, metin içerisindeki diğer tüm başlıklar **Başlık 2** biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. c) Yazar adı yazının ana başlığı altına sağa dayalı olarak Adı SOYADI biçiminde yazılmalıdır. Yazar ismi yanında akademik unvan haricinde hiçbir açıklama yapılmamalı, gerekli olan açıklamalar (yazarın kurumu, görevi, uzmanlık dalı, anabilim dalı vs.) yazar isminden sonra * imi kullanılarak verilecek dipnotta sayfa altında yapılmalıdır. d) Yazıda kullanılacak tablolar, Winword **Tablo** menüsü kullanılarak hazırlanmalıdır. (Ancak zorunlu hallerde **Excel tabloları** da kullanılabilir.) Yazılarda kullanılan görsel materyalin aslı ya da çok temiz bir fotokopisi yazı ile birlikte gönderilmelidir. e) Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak kitaplarda; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), *Kitap Adı (italik)*, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) Adı Soyadı, Basım yeri, yılı ve sayfa; makalelerde; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), *Yayın Adı (italik)*, (Varsa, Editör Adı Soyadı) Cilt, Sayı, Basım yeri, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir. Dipnotlar, **Times New Roman** yazı karakteri, **9** punto, **Tek** satır aralığı, **0,7 asıllı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır.