

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIMÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XXI SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2017

- ◆ GEDİK/SERDALİYEVA, 10.03.2017 Tarihli ve 51-VI 3PK Sayılı Kanunla 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklerin Yasama ve Yürütme İlişkilerine Etkisi ◆ AKKOYUNLU, Genel Sağlığın Korunmasına İlişkin İdari Bir Faaliyet Olarak Aşı Uygulamasının Kanuniliği ◆ TOKDEMİR, Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak “Onarıcı Adalet” Mekanizması ◆ OĞUZ, Alman Anayasa Mahkemesi’ne Göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Etkileri ◆ ÖZTÜRK, Suriye’de Barışın İnşası ve Birleşmiş Milletlerin Rolü.

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERZİNCAN BİNALİ
YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XXI SAYI: 1-2 YIL: 2017

**HAZİRAN – 2017
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
---	--

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Basım Yeri: Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mahallesi 14
Sokak No: 8 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Eylül - 2018

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
 Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
 Prof. Dr. Ayhan DÖNER
 Prof. Dr. Şafak NARBAY
 Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR
 Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
 (e-mail: cembaygin@yahoo.de)
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. Ayhan DÖNER, Prof.Dr. Şafak NARBAY, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. M. Emin RUHİ, Dr. Öğr. Üyesi Alpaslan AKARTEPE, Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR, Dr. Öğr. Üyesi Tuğba ÇİFTÇİ, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ, Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ, Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR, Dr. Öğr. Üyesi Hatice Duygu ÖZER, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM, Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ, Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL, Dr. Öğr. Üyesi Ayhan UÇAR, Dr. Öğr. Görevlisi Ercan YAŞAR, Dr. Öğr. Görevlisi Esra ÜSTÜN YILDIZ, Arş.Gör.Dr. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör.Dr. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör.Dr. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Fuat ALTUNTAŞ, Arş.Gör. M. Necat ARTUKOĞLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş.Gör. Demet BELVERENLİ, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş. Gör. Feyza EROL, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş.Gör. Hasan İBA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Erdoğan KESKİN, Arş.Gör. Elif KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş. Gör. Damla Özden ÇELT, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş. Gör. Nuray SÜMER, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Elif Banu VARLI, Arş.Gör. Muhammet Enes YILDIZ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

TEŞEKKÜR

Dergimizin C. XX, S. 3 – 4, Aralık – 2016 ve C. XXI, S. 1 – 2, Haziran – 2017 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz* ...

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ, Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA, Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. Nihat BULUT, Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN, Prof. Dr. M. Emin RUHİ Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç. Dr. Murat TOPUZ, Dr. Öğr. Üyesi Alpaslan AKARTEPE, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ, Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK, Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI, Dr. Öğr. Üyesi Yasin POYRAZ, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemal RUHİ, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM.

* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK/Aigerim SERDALİYEVA

10.03.2017 Tarihli ve 51-VI 3PK Sayılı Kanunla 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklerin Yasama ve Yürütme İlişkilerine Etkisi 1-42

Arş. Gör. Dr. Sencer Abdullah AKKOYUNLU

Genel Sağlıkın Korunmasına İlişkin İdari Bir Faaliyet Olarak Aşı Uygulamasının Kanuniliği 43-73

Arş. Gör. Sercan TOKDEMİR

Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak “Onarıcı Adalet” Mekanizması 75-114

Serkan OĞUZ

Alman Anayasa Mahkemesi’ne Göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Etkileri 115-131

Oğuzhan ÖZTÜRK

Suriye’de Barışın İnşası ve Birleşmiş Milletlerin Rolü 133-166

CONTENTS

Asst. Prof. Dr. Ömer GEDİK/Aigerim SERDALIYEVA

The Effect of the Amendments of the 1995 Constitution of the Republic of Kazakhstan dated 10.03.2017 and Law No. 51-VI to Legislative and Execution Relations 1–42

Research Asst. Dr. Sencer Abdullah AKKOYUNLU

The Legality of the Implementation of Vaccination as an Administrative Activity Concerning the Protection of General Health 43–73

Research Asst. Sercan TOKDEMİR

A New Approach to Criminal Justice System: “Restorative Justice” Mechanism As A Subsidiary System 75–114

Serkan OĞUZ

The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court 115–131

Oğuzhan ÖZTÜRK

Reconstruction of Syria And United Nations 133–166

Kamu Hukuku

10.03.2017 TARİHLİ VE 51-VI 3PK SAYILI KANUNLA 1995 KAZAKİSTAN CUMHURİYETİ ANAYASASI'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN YASAMA VE YÜRÜTME ORGANLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

*Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK**

*Aigerim SERDALİYEVA***

GİRİŞ

Günümüzde Birleşmiş Milletlere üye devletlerin büyük çoğunluğunun hukuki ve siyasi yapısı, Anayasa şeklinde isimlendirilen hukuki metin temel alınarak kurulmaktadır¹. Anayasalar toplumların uzlaşma metinleridir²; uzun soluklu olması amaçlanır ve siyasal sisteme

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Michael G. Roskin, Robert L. Cord, James A. Medeiros, Walter S. Jones, **Siyaset Bilimi**, (çev. Atilla Yayla) Adres Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 104; Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 22.

2 “Ortak Yaşam Paktı”, Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Hangi Anayasa?**, İmge, Ankara 2012, s. 26; Özbudun’a göre ise, anayasa yapımı açısından iki tarzdan söz edilebilir. İlki oydışmacı (consensual), diğeri ise çatışmacı tarzdır. Görece bir siyasal sorumluluk duygusunun hakim olduğu oydışmacı anayasa yapımında, siyasal grupların büyük çoğunluğu pazarlık, ödünleşme ve uzlaşma yoluyla anayasanın yazımına katılırlar. İdeolojik ve dogmatik amaçların öne çıktığı ve siyasal sorumluluk duygusunun geri plana atıldığı çatışmacı tarzda ise, anayasayı kaleme alabilecek çoğunluğun diğeri siyasal grupları süreçten uzak tutarak kendi görüşlerini empoze etmeleri söz konusudur. Oydışmacı anayasa yapımı sürecinde belli başlı aktörlerden hiç biri ortaya çıkan metni “mümkün olan en iyi anayasa” olarak görmeyebilir. Ancak tamamı metni, “ikinci derecede iyi” ve “ehven-i şer” olarak kabul etmelidir. Çağdaş anayasa yapımı örnekleri incelendiğinde, oydışmacı tarzın istikrarlı anayasa metinlerine yol açtığı görülmekte iken, çatışmacı tarzda hazırlanan

ilişkin temel ilkeleri koyarlar³. Ayrıntılar anayasa altı düzenlemelere bırakılır. Anayasaların yapılması ve değiştirilmesi iki açıdan güçlük arz eder. Birincisi usule ilişkindir. Anayasalar diğer düzenlemelerden daha zor usullerle oluşturulur. İkincisi ise, toplumun ruhunu yansıtan anayasaların büyük uzlaşılarda gerçekleşmesi gereğidir ki, bu da sosyolojik açıdan çok zordur. Dolayısıyla anayasalar toplumdaki büyük kırılma ve dönüşümleri yansıtır.

1991 yılında Sovyetler Birliği'nde komünizmin çöküşüyle birlikte 15 bağımsız devlet ortaya çıkmıştır⁴. Bu dağılma sonucunda bağımsızlığını kazanan ve siyasal rejimini değiştiren devletlerden biri de Kazakistan Cumhuriyeti'dir. Kazakistan bağımsızlık sonrası ilk anayasasını 1993 yılında yapmıştır. Daha sonra bu anayasa yerine 1995 yılında günümüzde yürürlükte olan Anayasa kabul edilmiştir. Kabul edilen Anayasa Kazakistan'ın siyasal rejiminin oluşmasında önemli bir rol oynamıştır⁵.

Kazakistan, 1995 yılında anayasasını kaleme alırken devlet başkanı özelinde güçlü yürütme öngörmüştür⁶. Öyle ki devlet başkanının yetkileri demokratik devletlerde alışılmış olanın⁷ ötesindedir⁸. 1995

anayasaların “yeni demokrasilerin pekişmesi ve istikrarı açısından olumlu bir rol oynamadığını düşündürmektedir”. Bkz. Ergun Özbudun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993, s. 116.

3 Osman Can, **Kurucu İktidar**, Alfa, İstanbul 2013, s. 19; Yücel Oğurlu, “**An Essay on Main Provisions of Constitution of Kazakhstan on Organization of State and Administration**”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. V, S. 1-4, Y. 2001, s. 122.

4 Andrew Heywood, **Siyaset**, (4. Edisyondan çev. Bekir Berat Özipek, Bahattin Seçilmişoğlu, Atilla Yayla, Hasan Yücel Başdemir), Adres Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2016, s. 345.

5 Fahri Türk, “**Kazakistan’da Değişim Sürecinde Ortaya Çıkan Siyasal Partiler ve Hareketler**”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* C. 4, N. 2, Y. 2012, s. 13.

6 Oğurlu, agm., s. 125.

7 Demokratik devletlerde devlet başkanlarının yetkileri için şu çalışmalar incelenebilir: Serap Yazıcı, **Başkanlık ve Yarı – Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013; Şule Özsoy Boyunsuz, **Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği**, XII Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2014; Kemal Gözler, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.

8 Oğurlu, agm., s. 125.

Anayasası'nın kabul edilmesinden bu güne kadar yaşanan demokratik siyasal gelişim Kazakistan Anayasası'nın gözden geçirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır⁹. Bu ihtiyaçlar çerçevesinde Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası'nın dört defa değiştirildiğini belirtmek gerekir.

İlk anayasa değişikliği 1998, ikincisi 2007, üçüncüsü de 2011 yılında gerçekleşmiştir. 1998 yılında, Anayasa'nın 19 maddesi üzerinde değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Ana hatlarıyla Cumhurbaşkanının, senato ve meclis üyelerinin seçilme yeterliliklerine ve koşullarına ilişkin değişiklik yapılmış; kamu görevlileri için yaş sınırı kaldırılmış; Meclisin on milletvekilinin nispi temsil sistemiyle seçileceği öngörülmüş¹⁰; cumhurbaşkanlığı görev süresi beş yıldan yedi yıla çıkarılmıştır¹¹.

2007 değişikliklerinin¹² daha önemli değişiklikler olduğu iddia edilebilir¹³. Bu değişikliklerde parlamentonun statüsü belirlenmiş ve

⁹ 2002 yılında yazdığı bir makalesinde Diamond, Kazakistan'ın hegemonik-seçimli otoriter bir rejim (hegemonic electoral authoritarian) olduğunu belirtmektedir (Bkz. Larry Jay Diamond, “**Thinking About Hybrid Regimes**”, in *Elections Without Democracy, Journal of Democracy*, V.13, N. 2, April 2002, p. 30). Hekimoğlu'na göre ise, otoriter sistemler ekonomik, sosyal ve politik yapının sınırlı çoğulculuğuyla öne çıkmaktadır (Bkz. Mehmet Merdan Hekimoğlu, **Anayasa Hukukunda Anti Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, Ankara 2010, s. 91). Freedom House (New York merkezli demokrasiyi izleme örgütü) 2005 yılında yayımladığı raporda Kazakistan'ı “*özgür değil*” şeklinde sınıflandırmış olsa da, Kazakistan'ın uluslararası ekonomiye ve uluslararası politikalara katılımı, bu devleti bariz bir otoriteryanizmden kurtarmaktadır. Bkz. Charles Tilly, **Demokrasi**, Çev. Ebru Arıcan, Phoenix, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 14.

¹⁰ <http://e-history.kz/en/publications/view/723>, E.T. 08.10.2017.

¹¹ Mehmet Yahya Çiçekli, **Eski SSCB Üyesi Bağımsız Türk Cumhuriyetlerinde Devlet Başkanının Anayasal Yetkileri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 26; Koray Ali Konca, “**Kazakistan Ülke Raporu**”, Ankara 2012, http://atam.gov.tr/wp-content/uploads/Kazakistan_Ulke_Raporu_2013-4.pdf, E.T. 08.10.2017.

¹² <http://e-history.kz/en/publications/view/723>, E.T. 08.10.2017.

¹³ 2007 Anayasa değişikliği tasarısının görüşmelerinde Nursultan Nazarbayev anayasa değişikliklerinin temel amacının, Kazakistan'ın gelişmesinin yeni bir aşamasında daha önce başlatılan liberal reformların başarısını sağlayan, kamu ve devlet menfaatlerinin yeni bir dengesini oluşturan, devlet yönetiminde yeni kontrol ve dengeleri geliştiren sistemin hukuki temellerini atmak olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Nursulu Çetin, **Kazakistan Siyasi Sisteminde Başkanlık Modeli**, Öztepe Matbaası, Ankara 2016, s. 32.

hükümetin parlamentoya karşı sorumlu olması düzenlenmiştir¹⁴. Ayrıca meclisin üye sayısı 77'den 107'ye senatonunki ise 39'dan 47'ye yükseltilmiş ve nispi temsil sistemine geçilmiştir. Bu çerçevede Meclisin 98 üyesi nispi temsil sistemine göre parti listelerinden belirlenirken geri kalan 9 üyesinin ise Kazakistan Halk Asamblesi tarafından seçileceği öngörülmüştür¹⁵. Özellikle, nispi temsil sistemine geçilmesi, Kazakistan siyasal yaşamının gerçek anlamda çok partili siyasal sisteme¹⁶ geçmesine katkı sağlayacaktır¹⁷. Kuşkusuz, partilerin hükümetin oluşturulmasında önemlerinin artırılması, parti kurullarının yetkilerinin genişletilmesi gibi hususlar partilerin lehine olan değişikliklerdir¹⁸. 2007 yılında Cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin de yeniden bir değişiklik yapılmıştır. Bu süre 7 yıldan 5 yıla indirilmiş ve kurucu Cumhurbaşkanı Nazarbayev'e sınırsız seçilme hakkı tanınmıştır¹⁹.

14 İgor Rogov, “Anayasa Değişikliğine İlişkin Yapılan Açıklama”, *Zakon*, 17.03.2017, <https://www.zakon.kz/4849357-igor-rogov-popravki-v-konstituciju.html>, E.T. 17.03.2017.

15 Türk, agm., s. 13.

16 Çok partili siyasal sistem, demokratik siyasal bir modelin en temel özelliklerinden biridir. Bkz. Heywood, age., s. 343 – 344; Şeref İba, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 120.

17 Kazakistan'da çok partili siyasal sisteme geçme çerçevesinde Siyasal Partiler Kanunu'nda da değişiklikler yapılmıştır. Öyle ki % 7 ülke barajını aşamasa da ikinci gelen partiye parlamento milletvekili sokma hakkı tanınmıştır. 2007 yılında yapılan parlamento seçimlerinde Nur Otan Partisi oyların % 88,05'ini alırken Birleşik Sosyal Demokratik Parti (BSDP) geçerli oyların sadece % 4,62'sini alabilmiştir. Yapılan dağılımda Nur Otan Partisi 94 sandalye elde ederken, BSDP ise ülke barajını aşamamış olmakla birlikte yeni düzenlemeye göre 5 milletvekilliği elde etmiştir. Bkz. Türk, agm., s. 14.

18 Türk, agm., s. 13.

19 21.05.2007 tarihli 254-III sayılı “Kazakistan Cumhuriyeti Anayasasına yapılacak Değişiklikler ve Eklmeler” hakkında kanun, 1. madde, 7-8 fıkralar, http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30103613#pos=0;0, E.T. 07.02.2018; 1995 K.C. Anayasası, 42. madde, fıkra 5; Zhenis Kembayev, **Constitutional Law of The Republic of Kazakhstan**, Academpress, Almaty-Astana, 2014; Vladislav Vorobiyov, “Edebi Hak, Kazakistan Parlamentosu, Nursultan Nazarbayev'e sınırsız sayıda seçilmesine izin verdi”, *Rusya Gazetesi-RG.RU*, №4368 (0), 19 Mayıs 2007, <https://rg.ru/2007/05/19/nazarbaev.html>, E.T. 07.02.2018; 28.09.1995 tarihli 2464 sayılı “Kazakistan Cumhuriyetindeki Seçimlere İlişkin Kanun”, 2. Kısım, 10. Bölüm, “Cumhurbaşkanı Seçimleri”, 53. madde, 3. fıkra, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004029#pos=961;-101, E.T. 07.02.2018.

2011 yılında da anayasa, cumhurbaşkanlığı seçiminin belirlenmesi ve yürütülmesi için anayasal çerçevenin oluşturulması amacıyla değiştirilmiştir²⁰.

Dördüncü ve son değişiklikler 2017 yılında yapılmıştır. Bu değişiklikler, Cumhurbaşkanına ait bazı yetkilerin hükümet ile yasama organına devredilmesine ilişkindir. Böylece parlamentonun yetkileri artırılarak kuvvetler arasında denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca bu değişiklikler, yargı teşkilatı ve yerel yönetimlere ilişkin önemli hususlar da içermektedir. 2017 yılında Anayasa'nın toplam 25 maddesinde değişiklik yapılmıştır. Kazakistan Anayasası'nın 98 maddeden oluştuğu göz önünde bulundurulursa Anayasanın dörtte birinin değişikliğe uğradığı görülmektedir. Sadece bu nicelik tespiti bile bu değişikliklerin önemini ortaya koymaktadır. 1998 yılından bu tarafa Anayasa'nın büyük oranda değiştiğinin altını çizmek gerekir. Kazakistan Cumhuriyeti'nin bağımsızlığından itibaren gerçekleşen dördüncü anayasa değişikliği bu devletin demokratik devlet olma yolunda halen gelişme aşamasında olduğunu göstermektedir²¹. Makalede yasama ve yürütme organlarına ilişkin değişiklikler incelenerek gelişme süreci bu çerçevede ortaya konmak istenmiştir.

Anayasaların temelde iki konuyu düzenlediği bilinmektedir. Bunlar devlet iktidarını sınırlamak²² ve böylece kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktır²³. Bu iki konu anayasacılık hareketlerinin amacını oluşturmaktadır²⁴. Anayasalar devlet iktidarını sınırlandırırken devlet içerisinde hangi kişi, kurum ve organın hangi

²⁰ <http://e-history.kz/ru/publications/view/723>, E.T. 08.10.2017.

²¹ Roskin ve diğerlerine göre kısa süreler içerisindeki sık anayasa değişiklikleri, ilgili devletteki istikrarsızlığa ve kendi insanların aklına ve gönlüne anayasanın yerleşmediğine işaret eder. Bkz. Roskin, Cord, Medeiros, Jones, age., s. 105.

²² Özbudun'a göre, anayasal devlet tanımı sınırlı devlet tanımıyla eşanlamlıdır. Bkz. Ergun Özbudun, **Anayasacılık ve Demokrasi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 5.

²³ Ayhan Döner, "**Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu**", *İstikrar ve Temsil Paradigmaları Çerçevesinde Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, (Editör: Prof. Dr. N. Talat Arslan), Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 101; Roskin, Cord, Medeiros, Jones, age., s. 108.

²⁴ Şeref İba, Abbas Kılıç, **Anayasa Yargısı Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 7.

yetkilerle donatılacağını ve bu yetkilerin ne gibi sınırlarının olacağını belirtir²⁵. Bu, devletin siyasal yapılanmasını ortaya koyan yasama ve yürütme organlarının görev, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesidir. Ayrıca anayasalar siyasal yapılanma karşısında kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alacak mekanizmayı da kurarlar²⁶. Bu mekanizma hukuki yapılanmadır ve yargı organı şeklinde ifade edilebilir. Bu çalışmada 2017 yılında Kazakistan’da yapılan anayasa değişikliğinin siyasal yapılanma boyutu ele alınmaya çalışılmıştır.

I. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİ DOĞURAN SÜREÇ VE DEĞİŞİKLİĞİN AMAÇ VE KAPSAMI

A. Genel Olarak

25 Ocak 2017 tarihinde Kazakistan Cumhurbaşkanı Nazarbayev, televizyonlarda yaptığı halka sesleniş konuşmasında, Kazakistan’ın bağımsızlığını kazandığı tarihten itibaren güçlü bir başkanlık sistemiyle yönetildiğini belirtmiştir²⁷. Bunun, yeni bir devlet ve yeni bir kimlik inşasında kabul edilebilir olduğunu, ancak günümüzde siyasal düzenin daha fazla demokratikleşmesi ve başkanın elinde toplanmış olan devletin temel yetkilerinin değişik kurumlar arasında dağıtılması için bir anayasa değişikliğinin yapılması gerektiğini dile getirmiştir. Ayrıca, hükümetin kurulma aşamasında parlamentoyu daha da güçlendirmek gerektiğine vurgu yapmıştır²⁸. Devlet başkanının bu açıklamalarından hareketle anayasa değişikliğinin temel konusunun hükümet biçimi, amacının da devlet başkanının yetkilerinin sınırlandırılarak yasama organının yetkilerinin artırılması olduğu anlaşılmaktadır. Temel amaç bu olmakla birlikte, Anayasa’nın birçok maddesinde kapsamlı değişiklikler yapıldığı görülmektedir.

25 Döner, agm., s. 101.

26 İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, 4. Baskı, İmge Kitabevi, s. 13.

27 Egemen Kazakistan, “**Kazakistan Cumhurbaşkanı N.A. Nazarbayev’in Devletin Temel Güçlerin Yetki ile Görevlerinin Organlar Arasında Paylaşılması Konusunda Mesajı**”, 26.01.2017, No 17 (28396); http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_speeches_and_addresses/obrashchenie-prezidenta-respubliki-kazahstan-po-voprosam-pereraspredeleniya-polnomochii-mezhdu-vetvyami-vlasti E.T. 15.02.2017.

28 Egemen Kazakistan, 26.01.2017, No 17 (28396).

Bu mesajın ardından Cumhurbaşkanı, “25.01.2017 Tarihli ve 141 Sayılı Karar”²⁹ kabul edip, anayasa değişikliklerine ilişkin komisyonun çalışmalarına başlamasını uygun görmüştür. Çalışma sonucunda Cumhurbaşkanının dış politika, milli güvenlik ve savunma alanlarındaki yetkisinin devam edeceği, fakat sosyo-ekonomik süreçlerdeki yetkilerinin hükümete devredilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Nazarbayev, Anayasa değişikliğine ilişkin düşüncesini “Cumhurbaşkanının bazı yetkilerini devretme kararını bilinçli olarak aldım ve bunu da etkin, istikrarlı ve modern bir yönetim sistemini kurmak amacıyla yaptım” diye açıkladı³⁰. Böylece Anayasa’nın 91. maddesinin 1. fıkrasına³¹ dayanarak Cumhurbaşkanı anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifinde bulundu. Arkasından Hükümet tarafından hazırlanan anayasa değişikliğine ilişkin kanun tasarısı kamuoyuna sunuldu ve bir ay boyunca tartışılması sağlandı³².

29 Egemen Kazakistan, “Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun Tasarısının Kamuoyuna Sunulmasına ve Tartışılmasına” yönelik 25.01.2017 tarihli 141 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, 26.01.2017 No 17 (28396).

30 Azattık, “Nazarbayev’in Reformu: Dengeler ve Karşı Güçler”, <http://rus.azattyq.org/a/kazakhstan-nazarbaev-peredacha-polnomochii/28259280.html>, E.T. 25.01.2017; Zhuldyz Almatbayeva, “Kazakistan’da Anayasa Değişikliği, Ne Değişecek?”, REGNUM, 2017, E.T. <https://regnum.ru/news/polit/2231477.html>, E.T. 17.06.2017.

31 “Kazakistan Anayasasına değişiklik ve ilaveler, Cumhurbaşkanının kendi teşebbüsü, Parlamento veya Hükümetin teklifi üzerine almış olduğu kararla gerçekleştirilen Cumhuriyet referandumuyla yapılabilir. Anayasa değişikliği ve ilavelerine ilişkin tasarı, Cumhurbaşkanı tarafından Parlamentonun görüşüne sunma kararı alırsa, cumhuriyet referandumuna sunulamaz. Bu durumda Parlamento, Anayasada öngörülen şekilde karar alır. Eğer Cumhurbaşkanı, Parlamentonun Anayasaya değişiklikler ve ilaveler yapılmasına ilişkin teklifini Cumhuriyet referandumuna çıkarmayı reddederse, Parlamento her bir parlamento kamarasının üye tam sayısının beşte dört çoğunluğuyla Anayasaya değişiklikler ve ilaveler yapılmasına ilişkin kanun kabul edebilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı kanunu imzalar ve Cumhuriyet referandumuna çıkarır. Bu referandum, referanduma katılma hakkına sahip vatandaşların yarısından fazlasının oylamaya katıldığı durumda gerçekleşmiş sayılır. Cumhuriyet referandumuna çıkarılmış Anayasa değişiklik ve ilaveleri, iller, şehirler ve başkentin vatandaşlarının üçte ikisinin oylama yapılması ve katılanların yarısından fazlasının lehte oy vermesiyle kabul edilmiş sayılır.”

32 Zhuldyz Almatbayeva, “Kazakistan’da Anayasa Reformu Kozmetik Onarım mı Yoksa Sermaye Onarımı mı?”, REGNUM, 03.03.2017, <https://regnum.ru/news/2245213.html>, E.T. 17.06.2017.

B. Değişikliğin Kapsamı

Kazakistan Anayasası'nın 91. maddesine dayanarak Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliklerinin referandum veya parlamento çoğunluğu yoluyla gerçekleşebileceği ve gündemdeki değişikliğin sadece parlamentoda ele alınacağını ifade etti³³. Parlamento, anayasa değişikliğine ilişkin yasa tasarısını 3 ve 6 Mart 2017 tarihleri arasında iki oturumda görüştü. Yapılan oturum sonucunda yasa tasarısı 9 Mart 2017 tarihinde parlamentonun salt çoğunluğu ile kabul edildi. Kabul edilen 51-VI 3PK sayılı kanun, 10 Mart 2017 tarihinde Cumhurbaşkanıca imzalanıp 14 Mart 2017 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdi³⁴.

Yapılan anayasa değişikliğinin önemli oranda Cumhurbaşkanı, Hükümetin ve Parlamentonun işleyişi ile ilgili olduğu görülmektedir. Dış politika ve güvenlik dışında, Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerinden ekonomi ve yerel yönetimler konusunda bazıları kaldırılmış veya bakanlar kuruluna devredilmiştir.

Anayasa reformuyla ilgili çalışma grubunun başkanı olan Cumhurbaşkanlığı İdaresi Başkanı Adilbek Zhakybekov 2017 yılı anayasa değişikliklerini beş gruba ayırmaktadır. Bunlar, “*parlamentonun rolünü arttırmak*”, “*güçlerin yeniden dağıtılması*”, “*yargı sistemi ve savcılığa ilişkin revizyon*”, “*yerel hükümet ve özerk organların yapısını geliştirmek*” ve “*anayasal sistemin temellerini korumak için mekanizmalarını güçlendirmek*”dir³⁵.

Genel olarak özetlememiz gerekirse, anayasadaki düzenlemeler şunlardır:

33 Botakoz Kopbaev, “**Anayasa Reformu Tartışıldı mı?**”, 06.03.2017. http://exclusive.kz/a_vy_obsuzhdali_reformu_konstitucii, E.T. 29.03.2017; Bahitcan Toleubekova, “**2017 Anayasa Reformu: Sorunlar ve Çözümler**”, <http://group-global.org/ru/publication/64963-konstitucionnaya-reforma-2017-goda-problemy-i-resheniya>, E.T. 15.09.2017.

34 ZAKON, 06.03.2017, <https://www.zakon.kz/4847412-parlament-rk-prinjal-popravki-v.html> E.T. 15.03.2017; 10 Mart 2017 tarihli 51-VI 3PK sayılı “**Kazakistan Cumhuriyetinin Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun**” <http://www.nomad.su/?a=3-201703140040>, E.T. 15.03.2017.

35 <https://www.zakon.kz/4847182-kakie-izmeneniya-budut-vneseny-v.html>, E.T. 12.11.2017.

“Genel Hükümler” kısmında 2. maddeye ekleme yapılmış³⁶ ve 4. madde değiştirilmiştir³⁷.

- 36 Anayasa'nın 2. maddesine 3-1. fıkrası eklenmiştir (“**m.2, f. 3-1. Astana şehrinde Anayasal kanunlara uygun bir şekilde mali alanda özel kanunlar çıkarılıp uygulanabilir.**”). Eklenen yeni fıkra ile Astana şehrinde mali alanlarda özerk kanunlar çıkarılabilir. Kazakistan Anayasasının 2. maddesinin 1. fıkrasına göre Kazakistan Cumhuriyeti üniter bir devlettir. Sadece başkentte uygulanacak özel düzenlemeler çıkarılması özerk statü oluşturulduğu anlamına gelmez ve üniter devlet ilkesiyle çelişmez. Zira bir devletin bölgesel devlet kabul edilmesi için merkez teşkilatından ayrı yasama ve yürütme organına sahip özerk statülü yerel topluluk veya topluluklarının bulunması gerekir. Bkz. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 16. Bası, Beta Basın Yayım, İstanbul 2013, s. 146-147; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 11. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 160-163; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2014, s. 215-216; Abdurrahman Eren, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından basılmıştır, İstanbul 2014, s. 87-88. Anayasa Konseyi üyelerinin yaptığı açıklamalara göre (Rogov, agw), bu fıkranın eklenmesi sayesinde Astana şehrinde uluslararası “ASTANA” finans merkezi oluşturulmuş ve bu durum sermayenin daha etkin kullanılabilmesi için anayasal olarak güvence altına alınmıştır. Artık Astana şehrinde mali alanda ayrı yasalar uygulanabilir (Rogov, agw.).
- 37 1995 Anayasasının 4. maddesi 3. fıkrasının eski hali şu şekildedir: “*Cumhuriyet tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalar, kanunlardan üstündür ve uluslararası anlaşmanın uygulanmasının bir kanunun yayımlanmasına bağlı olduğu durumlar hariç, doğrudan uygulanır.*” Aynı hüküm 2017 değişiklikleriyle revize edilmiştir. Buna göre: “*Cumhuriyet tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalar, kanunlardan üstündür. Uluslararası anlaşmaların Kazakistan Cumhuriyetinde uygulanma prosedürü ile şartları Kazakistan Cumhuriyetinin yasalarıyla belirlenir.*” Anayasanın 4. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin yapılan değişiklik cumhuriyet tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalara ilişkindir. 1995 Anayasası'nın ilk halinde uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün olduğu belirtilmiş, uygulanması bir kanunun yayımlanmasına bağlı olan durumlar dışında, anlaşmanın doğrudan uygulanabileceği belirtilmiştir. Değişiklikte anlaşmaların yeri konusunda her hangi bir değişiklik yapılmamakta, uygulama yasalara bırakılmaktadır. Anayasa Konseyinin yapmış olduğu açıklamaya göre bu şekilde yapılan düzenlemenin amacı 1969 Viyana Sözleşmesine uymaktır. Kazakistan Cumhuriyeti Viyana Sözleşmesine 31 Mart 1993 tarihinde üye olup, sözleşmeye dair yükümlülükleri kabul etmiştir. Viyana Sözleşmesine göre tarafların yürürlükte olan uluslararası anlaşmaların eksiksiz yerine getirilmesi “*pacta sunt servanda*” ilkesine tabidir (1969 Viyana Sözleşmesi, 3. Kısım, 1. Bölüm, 26. madde, http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml, E.T. 15.09.2017; Rogov, agw.). Dolayısıyla bu husus, anayasayla güvence altına alınmıştır.

“İnsan ve Vatandaş” başlıklı İkinci Kısımda da değişiklik yapılmıştır. Vatandaşın vatandaşlığından yoksun bırakılma durumuna ilişkin olarak 10.³⁸ ve 39.³⁹ maddelerde değişiklik yapılmıştır.

38 1995 Anayasasının 10. maddesi 2. fıkrasının eski hali şu şekildedir: “*Kazakistan Cumhuriyetinin vatandaşı hiçbir şekilde vatandaşlıktan, vatandaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılmaz, ayrıca Kazakistan Cumhuriyetinden sınır dışı edilemez.*” Aynı hüküm 2017 değişiklikleriyle revize edilmiştir. Buna göre: “*Kazakistan Cumhuriyetinin vatandaşı hiçbir şekilde vatandaşlıktan, vatandaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılmaz, ayrıca Kazakistan Cumhuriyetinden sınır dışı edilemez. Sadece Terör eylemlerinin yapılması ve Kazakistan Cumhuriyetinin varlığına ağır zarar vermesine dair mahkeme kararı alması durumunda vatandaşlığından yoksun bırakılabilir.*” Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrasına dair yapılan değişiklikler görüldüğü üzere her hangi bir fiilin mahkeme tarafından terör veya ülkenin varlığına ağır zarar vermesi gibi karara bağlanması durumunda vatandaşın vatandaşlığından yoksun bırakılacağı söz konusudur. Kazakistan Cumhuriyeti bilindiği üzere İnsan Hakları Sözleşmesi’ne üye değildir (Saula İsbayeva, “*Adaleti Bulamayan Kazakistanlılar Nereye Başvurabilir*”, 2012, <https://www.zakon.kz/4502470-kuda-mogut-obratitsja-kazakhstancy-ne.html>, E.T. 16.08.2017.) Bu değişiklikle vatandaşlık hakkına ilişkin düzenlemenin ilk halinde herhangi bir sınırlama sebebi bulunmazken iki özel sınırlama sebebi getirilmiştir. Dolayısıyla vatandaşların terör örgütü veya devletin çıkarlarına ağır zarar vermesi gibi suçun tanımlanması durumunda vatandaşın vatandaşlığından yoksun bırakılabilmesi söz konusudur.

Liberal anayasacılık geleneğinin temel hak ve özgürlüklerin koruması bakımından önemli bir kazanımı olan “*hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının güvence ölçütleri*” Kazakistan Anayasası’nda oldukça sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Kazakistan Anayasası’nın 39. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için şu hükümler öngörülmüştür; “*1. İnsan ve vatandaş hak ve özgürlükleri, sadece anayasal düzen, kamu düzeni, insan hakları ve özgürlükleri, halkın sağlığı ve ahlaki değerleri korumanın gerektirdiği hallerde ve sadece kanunlarla sınırlanabilir. 2. Milletlerarası barışı ihlal edebilecek her türlü eylem Anayasaya aykırıdır. 3. Siyasi gerekçelerle hiç bir şekilde insan hakları ve özgürlükleri sınırlandırılmaz. Anayasanın 11, 13-15. maddelerinde ve 16. maddesinin 1.fıkrasında, 17, 19, 22. maddelerinde, ayrıca 26. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hak ve özgürlükler hiç bir şekilde sınırlandırılmaz.*”

Görüldüğü gibi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınırlamanın sınırı olarak, “*kanunilik*” ve “*siyasi gerekçelerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmayacağı*” belirtilmiştir. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında güvence ölçütlerinin yetersiz olduğu iddia edilebilir. Bu noktada yargı organlarının yaklaşımı önem arz edecektir. Adil yargılamaya yapılmazsa ve mahkemeler hak temelli yorum ilkesini benimsemezlerse bu değişiklik vatandaşlık hakkının telafisi mümkün olmayacak bir biçimde kaybına yol açabilir. Hemen aşağıda ifade edileceği gibi vatandaşlık hakkı 2017 değişikliği öncesi sınırsız bir haktı. Özel sınırlama sebepleri bulunmadığı gibi 39. madde çerçevesinde genel sınırlama nedenlerinden de muaf tutulmuştu. Kazakistan Anayasası’na göre, tıpkı 2001 değişikliği öncesinde 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda olduğu gibi, Kazakistan anayasal sisteminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında

“kademeli sınırlandırma sistemi” uygulanmaktadır. Buna göre hem hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerde her hak ve özgürlüğe özgü özel sınırlama sebepleri öngörülmüştür; hem de 39. maddenin ilk fıkrasında, “*anayasal düzen, kamu düzeni, insan hakları ve özgürlükleri, halkın sağlığı ve ahlaki değerleri korumanın gerektirdiği haller*” şeklinde sayılan genel sınırlama sebeplerine göre de temel hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir. Bazı hak ve özgürlükler ise 39. maddenin 3. fıkrasının son cümlesine göre her hangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmamaktadır. Değişiklikten önce, 10. madde de hiçbir şekilde sınırlandırılmayacak maddeler arasında sayılmaktaydı. 2017 değişiklikleriyle 10. maddeye özel sınırlama sebepleri öngörülmüş ve hiç bir şekilde sınırlandırılmayacak haklar kategorisinden çıkarılmıştır. Böylece 39. maddenin birinci fıkrasında ifade bulan genel sınırlama sebepleri artık 10. madde için de geçerlidir. Bu madde de düzenlenen vatandaşlık hakkı hem değişiklikle getirilen “*Terör eylemlerinin yapılması ve Kazakistan Cumhuriyeti'nin hayat çıkarlarına ağır zarar vermesine dair mahkeme kararı alması*” şeklindeki özel sınırlama sebeplerine hem de 39. maddenin 1. fıkrasında belirtilen, “*anayasal düzen, kamu düzeni, insan hakları ve özgürlükleri, halkın sağlığı ve ahlaki değerleri korumanın gerektirdiği haller*” şeklinde sayılan genel sınırlama sebeplerine göre sınırlandırılacaktır. Bu açıklamalardan hareketle vatandaşlık hakkının koruma alanının daraltılmış olduğu iddia edilebilir.

- 39 Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 39. maddenin 2. ve 3. fıkralarında değişiklik yapılmıştır. Bu iki fıkranın değişiklikten önceki hali şu şekildedir: “2 -) Milletlerarası barışı ihlal edebilecek her türlü eylem anayasaya aykırıdır.” ve “3 -) Siyasi gerekçelerle hiç bir şekilde insan hakları ve özgürlükleri sınırlandırılmaz. Anayasanın 10, 11, 13-15. maddelerinde ve 16. maddesinin 1. fıkrasında, 17, 19, 22. maddelerinde, ayrıca 26. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hak ve özgürlükler hiç bir şekilde sınırlandırılmaz.” İlgili fıkraların yeni halleri: “2 -) Milletlerarası ve **dinlerarası** barışı ihlal edebilecek her türlü eylem anayasaya aykırıdır.” ve “3 -) Siyasi gerekçelerle hiç bir şekilde insan hakları ve özgürlükleri sınırlandırılmaz. Anayasanın 11, 13-15. maddelerinde ve 16. maddesinin 1. fıkrasında, 17, 19, 22. maddelerinde, ayrıca 26. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hak ve özgürlükler hiç bir şekilde sınırlandırılmaz.” Anayasanın 39. maddesinin 2. fıkrasına milletlerarası kelimesinin yanına dinler arası kelimesi eklenerek bu konularda barışı ihlal edebilecek her türlü eylem yasaklanmıştır. Böylece çok uluslu Kazakistan’da ırk dışında dinle alakalı yapılan her hangi bir ayrımcılık, protesto, dışlama gibi fiillerin de yasaklanması anayasal bir gerekçeye bağlanmıştır. Kazakistan Anayasası’nda din ve vicdan özgürlüğü doğrudan güvence altına alınmış değildir. “*Dinler arası barışı ihlal edebilecek her türlü eylem*” ifadesi oldukça geniş ve subjektiftir. Her türlü dini faaliyetin yorum yoluyla bu yasak içerisine sokulması mümkün olabilir. Anayasada bu hak ve özgürlüğün güvence altına alınmamış olduğu da dikkate alırsa bu düzenleme hak ve özgürlükleri sınırlayıcı sonuçlara yol açabilir. Elbette bu noktada Anayasa Konseyi’nin ve yargı organlarının yorumu belirleyici olacaktır.

Anayasa’nın 39. maddesinde yapılan bir diğer değişiklik 3. fıkraya ilişkindir. Bu madde temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel düzenlemeler içerir. Bir önceki dipnotta bu maddeden kısmen bahsedilmiştir. Değişikliğe konu olan bu fıkrada tüm

Anayasada “Cumhurbaşkanı” başlıklı Üçüncü Kısımda 41., 44. ve 45. maddeler üzerinde değişiklik yapılmıştır. Bunlar Cumhurbaşkanının görevi ile yetkilerinde kısıtlamaya veya görev ve yetkilerinin yasama ile yürütme organlarına devredilmesine ilişkindir.

Anayasada “Parlamento” başlıklı Dördüncü Kısım’da yasama organı ile ilgili 49., 53., 55., 57. ve 61. maddelerde çeşitli düzeyde değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerle yasama yetkisi parlamentoya bırakılmıştır.

Anayasada “Hükümet” başlıklı Beşinci Kısımda yer alan 64., 66., 67. ve 70. maddelerinde de değişiklikler yapılmıştır. Hükümetin sorumluluğuna ve Cumhurbaşkanıyla olan ilişkilerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Anayasa’da, “Anayasa Konseyi” başlıklı Altıncı Kısımda 72.⁴⁰, 73.⁴¹ ve 74.⁴² maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Değişiklikler,

hak ve özgürlüklerin siyasi gerekçelerle sınırlandırılmayacağı belirtilirken; son cümlede bazı hak ve özgürlüklerin hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı bu hak ve özgürlükler tek tek sayılarak belirtilmiştir. Daha önce bu hak ve özgürlükler içerisinde yer almış olan 10. madde 2017 değişiklikleriyle çıkarılmıştır. 10. maddenin 1. fıkrası: “Kazakistan Cumhuriyeti vatandaşlığı, kanuna uygun olarak edinilir veya sona erer, edinme esası ve nedenine bakılmaksızın tek ve eşittir” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrası ise “Kazakistan Cumhuriyetinin vatandaşı hiçbir şekilde vatandaşlıktan, vatandaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılmaz, ayrıca Kazakistan Cumhuriyetinden sınır dışı edilemez” şeklindeydi. Bu fıkra değişikliğe uğramış olup anayasa değişikliklerinden sonra yapılmış olan düzenlemelerle çatışmaması amacıyla (39. maddenin) üçüncü fıkradan bu madde (10. madde) çıkarılmıştır.

40 72. maddenin 2. fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Maddenin eski hali: “Anayasa Konseyi bu Anayasanın 78. maddesinde öngörülen durumlarda mahkemelerin başvurularını görüşür.” Maddenin değişiklikten sonraki hali: “Anayasa Konseyi Cumhurbaşkanının başvurularını Anayasanın 44. maddesinin 10-1 fıkrasında öngörülen durumlarda ve Anayasanın 78. maddesinde öngörülen durumlarda da mahkemelerin başvurularını görüşür.” Anayasa’nın 72. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklik Anayasa Konseyine yapılan başvuruların genişletilmesiyle ilgilidir ve 44. madde de yapılan değişikliğe uyum niteliğindedir. Anayasada, Anayasa Konseyine soyut norm denetimi yoluyla kimlerin başvurabileceği belirtilmiştir. 72. maddenin 1. fıkrasına göre Anayasa Konseyi, Kazakistan Cumhurbaşkanının, Senato ve Meclis Başkanlarının, Parlamento üye tam sayısının en az beşte birinin ve Başbakan’ın başvurusu üzerine harekete geçmektedir. Bu maddeye göre yukarıda sayılan şüjelerin başvurusu üzerine Anayasa Konseyi; Cumhurbaşkanı, Parlamento milletvekilleri seçimlerinin ve Cumhuriyet referandumunun yapılmasına ilişkin uyuşmazlıkları çözüme bağlar; Parlamentoda kabul edilmiş kanunların, imzalanmadan önce, Kazakistan Anayasası’na uygun olup olmadığını görüşür; Parlamento ve onun Kamaralarının kararlarının Anayasa’ya uygunluğunu inceler; onaylanmadan önce Kazakistan’ın uluslararası antlaşmalarının

Anayasa'ya uygunluğu hakkında görüş bildirir; Anayasal normların resmi yorumunu yapar; Anayasa'nın 47. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörülen durumlarda görüş bildirir. (47. maddenin 1. ve 2. fıkraları şu şekildedir: “1. Kazakistan Cumhurbaşkanı hastalık nedeniyle devamlı olarak görevlerini yerine getiremediği hallerde zamanından önce görevinden alınabilir. Bu durumda, Parlamento her iki kamaradan eşit sayıda üyeden ve ilgili tıp dallarında uzmanlardan oluşan bir komisyon kurar. Cumhurbaşkanın zamanından önce görevinden alınmasına ilişkin karar, Parlamento Kamaralarının bileşik toplantısında söz konusu komisyon görüşü ve belirlenmiş anayasal prosedürlere uyulmasına ilişkin Anayasa Konseyinin görüşü esas alınmak suretiyle, her Kamaranın üye tam sayısının en az dörtte üç çoğunluğuyla kabul edilir. Cumhurbaşkanı görevlerini yerine getirirken işlemiş olduğu eylemlerden dolayı sadece vatana ihanet dolayısıyla sorumlu tutulabilir. Bu nedenle parlamento tarafından uzaklaştırılabilir. Suçlama ve ilgili tahkikat için karar, milletvekillerinin üye tam sayısının en az üçte birinin isteği üzerine Meclis milletvekilleri üye tam sayısının en az yarısından fazlasının oyuyla alınır. Suçlamayla ilgili tahkikat, Senato tarafından düzenlenir ve sonuçlar Senatunun üye tam sayısının en az yarısından fazlasının oyuyla, Parlamento Kamaralarının bileşik toplantısının görüşüne sunulur. Bu konuda nihai karar, ithamın gerekçeliğine ilişkin Yüksek Mahkeme görüşünün ve belirlenmiş anayasa prosedürlerine uyulmasına ilişkin Anayasa Konseyinin görüşünün olması şartıyla Parlamento Kamaralarının bileşik toplantısında, her iki Kamaranın toplam üye sayısının en az dörtte üçünün oyu ile kabul edilir. Suçlama tarihini izleyen iki ay içinde nihai karar alınmadığı durumda, Cumhurbaşkanına yöneltilen itham reddedilmiş sayılır. Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanmasının her hangi bir aşamada reddi, bu konunun görüşülmesini isteyen Meclis milletvekillerinin yetkilerinin zamanından önce sona ermesi sonucunu doğurur.”) 72. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle diğer sülhelerin dışında Cumhurbaşkanına 72. maddenin 1. fıkrasında sayılanların ötesinde de iki durumda başvuru imkanı getirilmiştir. Bu iki durum Anayasa'nın 44. maddesinin 10-1. fıkrasındaki yeni eklemelerdir. Bunlar: İnsan haklarını, ulusal güvenliği, egemenliği ve devlet bütünlüğünü korumak amacıyla, yürürlüğe giren kanunun veya diğer hukuki düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun incelenmesi için, diğeri de anayasasının 91. maddesinin 3. bendinde belirlenen durumlarda (91. maddenin 3. fıkrası şu şekildedir: “Anayasa değişiklikleri ve ekleri 2. maddeye uyulduğuna dair Anayasa Konseyinin görüşü alındıktan sonra referandum ile veya Parlamento tarafından gerçekleşir.”) görüş almak için Anayasa Konseyine başvurabilmesidir. Bu değişiklik Anayasa'nın 44. maddesinin 10-1. fıkrasındaki eklemeyi tamamlayan ve Anayasasının iç tutarlılığına yönelik bir değişikliktir.

- 41 Anayasasının 73. maddesinin 4. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Kaldırılan fıkra: “Anayasa Konseyi kararına tamamen veya kısmen Cumhurbaşkanı itiraz edebilir ve bu itirazlar anayasa konseyi üye tam sayısının üçte ikisinin oyu ile aşılır. Cumhurbaşkanının itirazı giderilemezse Anayasa Konseyinin kararı kabul edilmemiş sayılır.” 73. maddenin 4. fıkrası kuvvetler ayrılığı ilkesi ve hukuk devleti açısından sorunlu bir düzenlemeydi. Anayasa Konseyi'nin vermiş olduğu karara Cumhurbaşkanı kısmen veya tamamen itiraz edebiliyordu. Bu itirazı anayasa konseyi üye tam sayısının üçte ikisinin oyu ile aşabiliyordu. Aksi durumda

yasalaşan herhangi bir kanunun, insan hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğine dair tespit edilmesi amacıyla cumhurbaşkanına anayasa konseyine başvuru yapmasına hak tanınmıştır.

Anayasa'nın 7. kısımda yargı organı ile ilgili 79.⁴³, 81.⁴⁴ ve 83.⁴⁵ maddelerde değişiklikler yapılmıştır. Bunlar, Yargıtay'ın faaliyetleri ile atamalarında aranan koşullara ilişkin değişikliklerdir.

Cumhurbaşkanının itirazı kabul edilmek zorundaydı. Görüldüğü gibi yargı organının bir kararı yürütme organının itirazıyla iptal edilmekteydi. Yürütme ve yargı arasındaki bu geçirgenliğin kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından ve yargı bağımsızlığına müdahale olduğu göz önünde bulundurulursa, hukuk devleti açısından kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Nitekim 75. maddenin birinci fıkrasına göre: “Kazakistan Cumhuriyeti’nde yargılama, sadece mahkemeler tarafından yerine getirilir.” Bu maddenin kaldırılması anayasa konseyinin tarafsız bir faaliyet sürdürebilmesini sağlayacaktır.

42 74. maddenin 2. fıkrası değiştirilmiştir. İlgili maddenin değişiklikten önceki hali şu şekildedir: “Anayasayla belirtilen insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerini ihlal edenler dâhil Anayasaya aykırılığı saptanan kanunlar ve diğer **normatif** yasal işlemler iptal edilir ve uygulanamaz.” Yeni hali: “Anayasayla belirtilen insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerini ihlal edenler dâhil Anayasaya aykırılığı saptanan kanunlar ve diğer yasal işlemler iptal edilir ve uygulanamaz.” Bu değişiklikte Anayasanın 74. maddesinin 2. fıkrasından sadece bir kelime çıkarılmıştır. Bu fıkranın 2017 yılından önceki halinde anayasaya aykırı “*normatif yasal işlemler*” in iptal edileceğinden ve uygulanmayacağından söz edilmekteydi. 2017 değişiklikleriyle “*normatif*” ifadesi anayasadan çıkarılmıştır. Norm kelimesi Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “*yargılama ve değerlendirmenin kendisine göre yapıldığı ölçüt, uyulması gereken kural, düzgi.*” şeklinde tanımlanmıştı (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a1ad053f39019.10877575, E.T. 15.11.2017). Bilindiği gibi norm, kural anlamına gelmektedir. Normatif de “*normlarla ilgili*” olan şekilde tanımlanabilir (Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996, s. 623.). Dolayısıyla 2017 öncesindeki ifadeden yalnızca “*kural işlemlerin*”, diğer bir ifadeyle sadece genel, objektif ve kişilik dışı kural koyan işlemlerin iptal edileceği ve uygulanamayacağı anlamını çıkarmak mümkündür. Oysa bu durum anayasadaki çeşitli hükümlerle çelişmekteydi. Değişiklikle birlikte bu uyumsuzluk giderilmiştir.

43 79. maddenin 3. fıkrası değiştirilmiştir. Değişiklik öncesi fıkranın hali: “*Yirmi beş yaşını doldurmuş, yüksek hukuk eğitimi almış, en az iki yıl hukuk alanında çalışmış ve yeterli sınavını geçmiş Kazakistan vatandaşları hakim olabilirler. Kanunlarla hâkimlerde diğer şart ve özellikler aranabilir.*” Fıkranın yeni hali: “*Hâkimlik şartları anayasal Kanunla belirlenir.*” 79. madde hakimlik teminatının düzenlendiği bir maddedir. Bu maddenin ilk iki fıkrasında: Mahkemelerin, bağımsızlıkları Anayasa ve kanunlarla korunan daimi hâkimlerden oluştuğu; hakim görevinin, sadece kanunla öngörölmüş nedenlerle sona erdirilebileceği veya durdurulabileceği; hakimlerin, suçüstü yakalanma ve ağır suç işleme durumları hariç, Cumhurbaşkanının, Cumhuriyet Yüksek Yargı Kurulunun görüşü veya Senatonun onayı olmaksızın tutuklanamayacağı, göz altına alınamayacağı, yargı yoluyla idari cezaya çarptırılmayacağı ve hakkında ceza kovuşturulması yapılamayacağı

Anayasa'nın "Yerel Devlet İdaresi ve Yerel Yönetimler" başlıklı 8. kısımda iki maddede değişiklik yapılmıştır. Bunlar 86.⁴⁶ ve 87.⁴⁷

düzenlenmiştir. 3. fıkra da hakimlerin göreve başlama esnasında bağımsız ve tarafsızlığını güvence altına alan bir düzenlemeydi. Bu madde çerçevesinde hakimlerin göreve başlamaları anayasal güvence altına alınmıştı. Hakimlerin mesleki yeterliliklerine ve yaş şartına ilişkin düzenlemeler bir çok devlette kanunlarla düzenlenmiştir. (14 Avrupa devleti, ABD ve Japonya Anayasalarında Hâkimlik Savcılık Mesleği ile Hâkimlik Savcılık Teminatının Düzenlenişine ilişkin geniş bir çalışma için bkz. Hakan Palabıyık, **Çeşitli Ülke Anayasalarında Hâkimlik Savcılık Mesleği ile Hâkimlik Savcılık Teminatının Düzenlenişine**, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi Raporu, Kasım 2011; AB Ülkelerinde Hâkim ve Savcılarının mesleğe kabullerine ilişkin güncel ve ayrıntılı bir çalışma için bkz. Fatih Denizkuşları (Editör), "Avrupa Birliği Ülkelerinde Hâkimlik ve Savcılık Yüksek Yargı Organları Yargı Üst Kurulları", Yayına Hazırlayan: Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Ankara 2016, s. 3-39.) Anayasa reformuyla ilgili çalışma grubu başkanı olan Cumhurbaşkanlığı İdaresi Başkanı Adilbek Zhakybekov'da Anayasa'nın değişikliklerden önceki metninde hâkimler için şartların ayrıntılı bir şekilde belirtilmesinin modern uygulama ile tutarlı olmadığını ve bu hususun Anayasal kanunlarla düzenlenerek daha fazla esnek bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu açıdan değişikliğin hukuk devleti açısından sorunlu olmadığı ileri sürülebilir. (<https://ru.sputniknews.kz/analytcs/20170303/1702364/kakieizmeneniya-budut-vneseny-v-konstituciyu-kazahstana.html>, E. T. 15. 11. 2017)

- 44 81. maddenin eski hali: "Kazakistan Cumhuriyeti yüksek mahkemesi, medeni, cezai ve diğer davalara ilişkin yerel ve diğer mahkemelerin üst yargı organı olup, kanunun öngördüğü usul ve kurallar gereğince mahkemelerin faaliyetlerini denetler ve mahkeme uygulamaları hakkında yorumlar yapar." İlgili madde şu şekilde değiştirilmiştir: "Kazakistan Cumhuriyeti'nin yüksek mahkemesi, medeni, cezai ve diğer davalara ilişkin yerel ve diğer mahkemelerin üst yargı organı olup, kanunun öngördüğü durumlarda yetkisinde olan yargıç faaliyetlerini değerlendirir ve adli uygulama konularında açıklama yapar."
- 45 83. maddenin değişiklikten önceki hali: "Savcılık Devlet adına kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin ve diğer normatif hukuk düzenlemelerinin ülke genelinde zamanında ve aynı şekilde uygulanması üzerinde, arama faaliyetlerinin, tahkikat ve soruşturma işlemlerinin, idari ve yürütme işlerinin yasallığı üzerinde yüksek denetimi gerçekleştirir, her türlü yasadışı işlem ve eylemlerin giderilmesi için karşı önlem alır, ayrıca, Anayasa ve kanunlara aykırı olan kanun ve diğer hukuk düzenlemelerine itiraz eder. Savcılık mahkemesinde ve davada devlet çıkarlarını temsil eder, ayrıca, kanunla belirlenmiş şekilde ve çerçevede ceza takibatını gerçekleştirir." Değişiklikten sonra ilgili madde: "Savcılık, yasalar çerçevesinde devlet adına, Kazakistan Cumhuriyeti sınırında yasalara uyma konusunda yüksek denetimi gerçekleştirir, mahkemesinde ve davalarda devlet çıkarlarını temsil eder ve devlet adına ceza takibatını gerçekleştirir."
- 46 86. maddenin 5. fıkrası değiştirilmiştir. Maddenin eski hali: "Maslahatların yetkileri, zamanından önce kanunla belirlenmiş şekilde ve esaslar gereğince

maddelerdir. Bu maddeler yerel yönetimler ve idari personelin atamaları ile görevlerinden alınmalarına ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır.

51-VI 3PK Sayılı Kanun’la yapılan son değişiklik ve ekleme ise Anayasa’nın “*Nihai ve Geçici*” kısmında yer alan 91. maddenin 2. ve 3. fıkralarına ilişkindir⁴⁸.

*Cumhurbaşkanı tarafından, ayrıca kendi kendini feshetmeğe ilişkin karar kabul etmesi durumunda sona erer” (Maslahatlar: Yerel temsili organlar). Fıkranın yeni hali: “Maslahatların yetkileri zamanından önce, Cumhurbaşkanının **kamara başkanları ve başbakanın görüşlerini aldıktan sonra Cumhurbaşkanı tarafından sona erdirilir veya Maslahatların kendisini feshetmeye ilişkin karar alması durumunda sona erer.”***

47 Kazakistan Anayasası’nın 87. maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilmiştir. Fıkranın eski hali şu şekildedir: “*Bölgelerin, büyük şehirlerin ve başkentim akimleri, sırasıyla, illerin, büyük şehirlerin ve başkentim Maslahatlarının rızasıyla Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Diğer idari-mülki birimlerinin akimleri **Kazakistan Cumhurbaşkanının belirlediği şekilde** göreve atanır veya seçilir. Cumhurbaşkanı kendi görüşü doğrultusunda akimleri görevden alabilir.”* Fıkranın yeni hali: “*Bölgelerin, büyük şehirlerin ve başkentim akimleri, sırasıyla, illerin, büyük şehirlerin ve başkentim Maslahatlarının rızasıyla Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Diğer idari-mülki birimlerinin akimleri **kanunla belirlenen şekilde atanır veya seçilir ve görevden alınır.** Cumhurbaşkanı kendi görüşü doğrultusunda akimleri görevden alabilir.”* (İngilizce çevirisinde de doğrudan Akim kelimesi kullanılmıştır. “*Akims of the regions, major cities and the capital shall be appointed to office by the President of the Republic from the consent maslikhats accordingly oblasts, major cities and the capital. Akims of other administrative-territorial units shall be appointed or elected to office as well as released from office in the order, determined by law.*” Bkz. <http://www.parlam.kz/en/constitution> E.T. 12.12.2017; Akim/âkim kelimesi Kazakça – Türkçe sözlükte, amir, belediye başkanı, yargıç, vali şeklinde çevrilmiştir. <http://ctle.pau.edu.tr/kztr/index.php> E.T. 12.12.2017) Anayasanın 87. maddesinin 4. fıkrasında yapılan değişiklikler, bölgelerin, başkentim, şehirlerin, illerin, ilçe ve köylerin akimlerinin atanma ve görevden alınmalarına ilişkindir. Anayasa değişikliği öncesi akimlerin atanması veya seçilmesi Cumhurbaşkanının belirlediği şekilde oluyordu. Yapılan değişiklikler sonrasında akimlerin kanunla belirlendiği şekilde göreve başlayacağı düzenlenmiştir.

48 Anayasanın 91. maddesinin 2. fıkrası değiştirilmiş ve bu maddeye 3. fıkra eklenmiştir. 2. fıkranın eski hali şu şekildedir: “*Anayasada belirlenen devletin üniter yapısı ve toprak bütünlüğü, cumhuriyetin yönetim şekli değiştirilemez.*” Aynı fıkranın yeni hali: “*Anayasayla belirtilen Cumhuriyetin bağımsızlığı, üniterliği, toprak bütünlüğü, yönetim biçimi (şekli), bağımsız Kazakistan’ın kurucu ilk Cumhurbaşkanı – Elbaşının faaliyetlerinin temel ilkeleri ile statüsü değiştirilemezdir.*” (Elbaşı: Ebedi lider. Kazakistan Devlet Başkanı Nursultan Nazarbayev için kullanılan bir ifadedir. Bkz: Cemile Kınacı, “**Alğa Kazakistan! Elbaşı’nın ‘Geleceğe Bakış: Kamu Bilincinin Modernizasyonu’ Bildirgesi**”, *Kardeş Kalemler*, Y. 11, S.126, Haziran 2017, s. 74 – 77) Anayasa’nın 91. maddesine şu 3. fıkra eklenmiştir: “*Anayasa değişiklikleri ve ekleri 2. maddeye*

Zhakybekov'un da yukarıda bahsettiği gibi değişikliklerin önemli bir kısmı “*parlamentonun rolünü arttırma*”ya ve “*güçlerin yeniden dağıtılması*”na yöneliktir⁴⁹. Biz anayasa değişikliğinin yasama ve yürütme organlarına ilişkin yansımalarını incelediğimiz için parlamentonun rolünü arttıran ve güçlerin yeniden yapılanmasını içeren değişikliklere yer vereceğiz. Bu çerçevede, “*Cumhurbaşkanı*” başlıklı Üçüncü Kısım, “*Parlamento*” başlıklı Dördüncü Kısım ve “*Hükümet*” başlıklı Beşinci Kısım incelenecektir. Anayasa değişikliklerine konu olan her bir madde sırasıyla, önceki ve sonraki halleri tablo şeklinde gösterilerek, ayrıntılı şekilde açıklanmaya çalışılacaktır. Dolayısıyla değişiklikler yasama ve yürütme başlıkları altında değil, Anayasa'daki sistematiğe bağlı kalarak, “*Cumhurbaşkanı İle İlgili Yapılan Değişiklikler*” (II), “*Yasamaya İlişkin Yapılan Değişiklikler*” (III) ve “*Hükümete İlişkin Yapılan Değişiklikler*”(IV) sıralamasıyla ele alınacaktır.

II. CUMHURBAŞKANI İLE İLGİLİ YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Genel Olarak

Kazakistan Cumhuriyeti'nin siyasal sistemi uzun yıllar Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin bir parçası olduğu için çok partili siyasal hayattan ve parlamenter demokrasiden uzak gelişmişti⁵⁰. Sovyetler Birliği'nin yıkılmasından sonra da uzun bir süre bu kökleşmiş yapıyı değiştirmek hiç kolay olmamıştır. Zira, Azerbaycan, Özbekistan,

uyulduğuna dair Anayasa Konseyinin görüşü alındıktan sonra referandum ile veya Parlamento tarafından gerçekleşir.”

49 <https://www.zakon.kz/4847182-kakie-izmeneniya-budut-vneseny-v.html>, E.T. 12.11.2017.

50 Çetin, post-sosyalist devletlerde sosyalizm sonrası demokrasiye geçiş süreçlerinin başlangıç koşullarının hemen hemen aynı olduğunu ileri sürmektedir. Yazar bu başlangıç koşullarının en önemlilerinin şunlar olduğunu belirtmektedir:

- Tek bir egemen ideolojinin varlığı,
- Özel mülkiyetin olmaması,
- Piyasa ilişkilerinin gelişmemesi,
- Devlet yapısı kurumsal modellerinin benzer olması,
- Siyasi kültürün benzer olması.

Bkz. Çetin, age., s. 32.

Kırgızistan ve Türkmenistan’da olduğu gibi Kazakistan’da da sosyalizm sonrası siyasal kurumsallaşmanın temel taşıyıcı gücünü eski bürokratik elitler üstlenmişler ve önceki dönemdeki alışkanlıklarını sürdürmüşlerdir⁵¹. Bu çerçevede, bu ülkelerde hükümet biçimi tercihinin otoriter başkanlık veya yarı-başkanlık sistemleri temelinde oluştuğu dikkat çekmektedir⁵².

1995 Anayasa’nın 2. maddesinde, Kazakistan hükümet biçiminin başkanlık sistemi olduğu yazmaktadır. Sistemin klasik başkanlık sisteminden uzak olduğu, Anayasa’da otoriter bir başkanlık modeli öngörüldüğü iddia edilebilir⁵³. Ancak 2007 yılından itibaren Anayasa’da yapılan değişikliklerle siyasal rejimin demokratik yönünün güçlendirilmeye çalışıldığı ve hükümet biçiminin parlamenter sisteme doğru evrilmeye başladığı dikkat çekmektedir⁵⁴. Özellikle 2017 yılında yapılan değişiklikler, Cumhurbaşkanı’na ait bazı yetkilerin hükümet ile yasama organına devredilmesine ilişkindir⁵⁵. Parlamentonun yetkileri

51 Heywood’a göre, post – sosyalist devletlerin özelliklerinden biri, sosyalist dönemin siyasi ve kültürel sonuçlarıyla uğraşma ihtiyacı içinde olmalarıdır. Komünist parti iktidarında sıkı bir sansürle muhalefetin sindirilmiş olması, katılımı, müzakereyi ve mutabakatı öne çıkaran bir yurttaşlık kültürünün oluşmasını engellemiştir. Bu durum sosyalizm sonrasında da komünist partilerin bir istikrar unsuru olarak etkinliklerinin devam etmesini sağlamıştır. Heywood, age., s. 345; Özbudun’a göre de bazı Sovyet Cumhuriyetleri’nin totaliter geçmişlerinin Orta ve Doğu Avrupa ülkelerine oranla çok daha uzun oluşu ve devlet olma (stateness) sorununa ilişkin zorluklar liberal demokrasiyi pekiştirmek konusunda başarısız olmalarına yol açmıştır. Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 10.

52 Haluk Alkan, “**Türk Cumhuriyetlerinde Siyasal Kurumsallaşma Süreci: Geçen Yirmi Yılın Bir Bilançosu**”, *BİLİG Ahmet Yesevi Üniversitesi Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 61, Bahar 2012, s. 2.

53 Kazakistan’ın anayasal düzeninin ve siyasal sisteminin büyük oranda etkilendiği 1993 Rusya Anayasası’nın da, yürütme organına çok fazla ve Rus parlamentosu Duma’ya çok az güç verdiği görülmektedir. Rus toplumu tarafından itirazla karşılanmayan bu durum, yeni rejim sonrası anarşiyi önlemek ve ekonomiye istikrara kavuşturmak için güçlü bir yürütme ihtiyacından kaynaklandığı ileri sürülebilir. (Bkz. Roskin, Cord, Medeiros, Jones, age., s. 109.) Benzer gerekçelerin başlangıçta Kazakistan için de geçerli olduğu iddia edilebilir. Ancak günümüzde geçiş döneminin sona erdiğinin altını çizmek gerekir.

54 Değişikliklere ilişkin genel bilgiler için “*Giriş*” başlığına bakınız.

55 Aynı yönde bkz. <https://www.zakon.kz/4847182-kakie-izmeneniya-budut-vneseny-v.html>, E.T. 12.11.2017.

arttırılmış, bu sayede kuvvetler arasında denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca Cumhurbaşkanı seçilme şartları da değiştirilmiştir.

B. Anayasa'nın 41. Maddesindeki Değişiklikler

Anayasa'nın 41. maddesinin 2. fıkrası	
Eski Hali:	Yeni Hali:
<p>m. 41, f. 2 -) Doğuştan Kazakistan vatandaşı, en az kırık yaşını doldurmuş, Kazakistan'da son 15 yıl ikamet etmiş, devlet dilini akıcı kullanabilen her vatandaş Cumhurbaşkanı seçilebilir.</p>	<p>m. 41, f. 2-) Doğuştan Kazakistan vatandaşı, en az kırık yaşını doldurmuş, Kazakistan'da son 15 yıl ikamet etmiş, devlet dilini akıcı kullanabilen ve yükseköğretim sahibi olan Kazakistan Cumhuriyeti'nin Cumhurbaşkanı adayı olabilir. Anayasal kanunlarla adaylarda diğer şart ve özellikler aranabilir.</p>

Anayasanın 41. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin yapılan değişiklik Cumhurbaşkanlığına aday olabilme şartlarına ilişkindir. Maddenin önceki halinden farklı olarak yüksek eğitim sahibi olma şartı getirilmiş ve adaylarda aranan diğer koşulların anayasal kanunla aranabileceği belirtilmiştir. Kazakistan Cumhuriyeti'nin 28.09.1995 tarihli 2464 sayılı "*Kazakistan Cumhuriyeti'nin Seçimlerine İlişkin*" kanununun 54. maddesinde cumhurbaşkanı adaylarında aranacak şartlar belirtilmiştir. Anayasayla birlikte adı geçen kanunda da değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu şartlar daha da zorlaştırılmıştır⁵⁶.

Adaylar anayasanın 41. maddesinin 2. fıkrası ile 33. maddenin 3. fıkralarına tabiyken⁵⁷, Anayasa değişikliklerinden sonra 2464 sayılı

⁵⁶ 28.09.1995 tarihli 2464 sayılı "*Kazakistan Cumhuriyeti'nin Seçimlerine İlişkin*" kanun m. 54.

⁵⁷ 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasanın 33. maddesinin 3. fıkrasına göre seçilme ve seçmen olabilme için kasıtlı bir suçtan hapis cezası almamış olmak ve akıl hastalığı nedeni ile kısıtlı olmamak gerekmektedir.

kanunun 54. maddesinde cumhurbaşkanı adaylarından yükseköğretim sahibi ve kamu hizmetlerinde en az 5 sene iş deneyimi şartı aranacağı belirtilmiştir.

C. Anayasa'nın 44. Maddesindeki Değişiklikler

Anayasa'nın 44. maddesinin 3., 8., 9., 10-1, 18. fıkraları	
Eski Hali:	Yeni Hali:
<p>m. 44, f. 3 -) (<i>Cumhurbaşkanı</i>)⁵⁸, Parlamento Meclisinde⁵⁹ temsil edilen siyasi parti grupları ile yapılan istişareler sonrasında, Cumhuriyetin başbakan adayını onaylamak üzere Meclise sunar; Meclisin onayından sonra, Cumhuriyetin Başbakanını atar; onu görevinden alır; başbakanın önerisi üzerine Cumhuriyet Hükümetinin yapısını belirler, Hükümet dışındaki merkezi yürütme organlarını kurar, fesheder veya yeniden yapılandırır. Cumhuriyet Hükümet üyelerini atar; Dışişleri, Savunma, İçişleri ve Adalet Bakanlarını atar; Hükümet üyelerinin görevlerine son verir, Hükümet üyelerinin yeminlerini kabul eder; özel öneme sahip konularda, Hükümet toplantılarına başkanlık eder; Parlamento meclisine kanun tasarısı sunması için Hükümetten istekte bulunur;</p>	<p>m. 44, f. 3 -) (<i>Cumhurbaşkanı</i>) Parlamento Meclisinde temsil edilen siyasi parti grupları ile yapılan istişareler sonrasında, Cumhuriyetin başbakan adayını onaylamak üzere Meclise sunar; Meclisin onayından sonra, Cumhuriyetin Başbakanını atar; onu görevinden alır; başbakanın önerisi üzerine Cumhuriyet Hükümetinin yapısını belirler, Meclisin görüşünü önceden alan başbakanın önerisi üzere hükümet üyelerini atar; kendi istemine göre, Dışişleri, Savunma, İçişleri bakanlarını atar; Hükümet üyelerinin görevlerine son verir, Hükümet üyelerinin yeminlerini kabul eder; özel</p>

58 Bu kelime orijinal metinde yer almamaktadır. Önceki fıkralarda değişiklik olmadığı için maddeyi bütünüyle buraya almadık. Bu durum anlam kaymasına neden olmaktaydı. Bu yüzden anlaşılır olması için tablonun her iki tarafındaki "*Cumhurbaşkanı*" ifadesini metinde burada yer almamasına rağmen biz ekledik.

59 Kazakistan Anayasası'nın 50. maddesinin birinci fıkrasına göre Kazakistan Parlamentosu Meclis ve Senato olmak üzere iki daireden oluşmaktadır. Meclis, Anayasada "*Parlamento Meclisi*" şeklinde geçmektedir. Bundan sonra metinde geçen "*Parlamento Meclisi*" ifadesiyle birinci meclis (Meclis) kastedilmektedir.

Hükümetin ve vilayetlerin, büyük kentlerin ve başkent valilerinin düzenlemelerini tamamen veya kısmen iptal eder veya askıya alır;	öneme sahip konularda, Hükümet toplantılarına başkanlık eder; Hükümetin ve vilayetlerin, büyük kentlerin ve başkent valilerinin düzenlemelerini tamamen veya kısmen iptal eder veya askıya alır;
m. 44, f. 8-) Cumhuriyetin hükümet programlarını onaylar;	m. 44, f. 8-) Kaldırıldı
m.44, f. 9 -) Başbakanın teklifi üzerine devlet bütçesi hesabında bulunan bütün organ ve kurumlarda çalışanların maaşları ve bunların finansmanı için bir bütün oluşturan sistemi onaylar;	m.44, f. 9 -) Kaldırıldı
m.44, f. 10-1 -) Yok	EK. m.44, f. 10-1 -) İnsan ve vatandaşın hak ve özgürlüğünü, ulusal güvenliği, egemenliği ve devlet bütünlüğünü korumak amacıyla, yürürlüğe giren kanunun veya diğer hukuki düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun incelemesi için ve anayasasının 91. maddesinin 3. bendinde belirlenen durumlarda görüş almak için Anayasa Konseyine başvurabilir.
m.44, f. 18 -) Kendine bağlı olan Cumhuriyet Devlet başkanlığı koruma hizmetini ve Cumhuriyet muhafız birliğini oluşturur	m.44, f. 18 -) Kendine bağlı olan Cumhuriyetin koruma hizmetini oluşturur

Anayasa'nın 44. maddesi Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini içermektedir. 44. maddenin yirmi bir fıkrasından beşi değişikliklere uğramıştır. Nicelik bakımından neredeyse dörtte bire ulaşan bu değişiklikler, sistem içerisinde bir yenilik arayışının göstergesidir. Ancak aşağıda görüleceği gibi bu değişikliklerin sistem içerisinde Cumhurbaşkanının ağırlığını bütünüyle ortadan kaldırdığı söylenemez.

Yapılan değişikliklere genel olarak bakacak olursak Kazakistan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanının iktidarı daraltılmış ve parlamentoya, siyasi arenada ön plana çıkması yolunda bazı yetkiler tanınmıştır⁶⁰.

Kazakistan Cumhurbaşkanı hükümeti kurma ve devletin programını yerine getirme aşamalarında her daim belirleyici ve son sözü söyleyecek aktör konumundaydı. Anayasa değişikliklerinden önce Cumhurbaşkanı Başbakanı atıyor ve atanmış Başbakanın önerisi üzerine Hükümeti kuruyordu. 44. maddenin 3. fıkrasına yapılan değişiklikler sonrasında Cumhurbaşkanının ve Başbakanın Hükümeti kurma yetkisi Meclisle paylaştırılmıştır. Artık Meclisin onayı ile atanan Başbakanın kendi kabinesini kurmak için bakanlar kurulu listesini öncelikle meclise sunması gerekmektedir. Meclisin görüşü üzerine Cumhurbaşkanı Başbakanı kabineyi kurmada son kişi olarak onay vermektedir. Görüldüğü üzere Hükümeti kurma aşamasında Meclise de danışılması gerekmektedir. Saf parlamenter sistemdeki gibi Hükümet Parlamentodan doğrudan çıkmamasına rağmen⁶¹ artık Kazakistan Hükümeti tamamıyla Meclisin görüşü üzerine kurulabilecektir. Fakat yapılan değişikliklerle Hükümetin kurulması aşamasında Cumhurbaşkanı bütünüyle devre dışı bırakılmamakta, onunla istişare edilip görüşleri alınarak hükümet kurulabilmektedir. Dolayısıyla hükümet kurulması aşaması Meclis, Cumhurbaşkanı ve Başbakan arasında paylaştırılmıştır.

Ayrıca 44. maddenin 8. fıkrasında Cumhurbaşkanını, Hükümetin hazırladığı programını onaylama yetkisine sahipti. Yapılan değişiklikler sırasında cumhurbaşkanının bu görevi hükümete devrettiği görülmektedir. Aslında Cumhurbaşkanının hükümetin programını

⁶⁰ Eduard Muhamedjanov, **Kazakistan'da Anayasa Değişiklikleri (Artılar, Eksiler ve Öneriler)**, 2017, Almatı, s. 3.

⁶¹ 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa'nın 68. maddesinin 2. fıkrasına: "*Hükümet üyeleri, temsili organlarda vekil olamaz, eğitim, bilim ve diğer yaratıcı faaliyetler dışında herhangi bir ücretli görevde bulunamaz, girişimcilik faaliyeti yapamaz veya kanuna uygun olarak onlara verilen görevler hariç, ticari kurumların yönetim veya denetleme kurulunda görev alamazlar.*"

onaylaması hükümetin işlevsiz ve zayıf bir konumda bırakmaktaydı. Cumhurbaşkanı'nın onaylamış olduğu program dışına çıkamayan hükümet zamanın ve durumun gerektirdiği konularda karar alamıyordu. Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmış olan programın işlevsiz veya gereksiz olduğunu görse bile o programı gerçekleştirmek amacıyla bazı gereksiz harcamalar ile yatırımlar gerçekleştirebilmekteydi. Bu sorunların önüne geçilmek istendiği söylenebilir.

Yine aynı maddenin 9. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı, Başbakanın teklifi üzerine devlet bütçesi hesabında bulunan bütün organ ve kurumlarda çalışanların maaşları ve bunların finansmanı için bir bütün oluşturan sistemi onaylama yetkisine sahipti. Yapılan değişiklikler sırasında cumhurbaşkanı'nın bu görevinin kaldırıldığı görülmektedir.

Burada belirtmemiz gereken bir diğer husus, 44. maddede daha önce yer almayan 10-1. fıkrasının eklenmesidir. İnsan hak ve özgürlüğünün, ulusal güvenliğin, egemenliğin ve devlet bütünlüğünün korunması amacıyla, kabul edilen kanun ve diğer düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun incelenmesi gerekçesiyle Cumhurbaşkanı'na Anayasa Konseyine başvurma yetkisi verilmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanı'na anayasanın değiştirilmesi veya anayasaya eklemeler yapılması durumunda bu değişiklikler ve eklemelerin 91. maddenin ikinci fıkrasındaki yasaklara⁶² (değiştirilemez madde) uygunluğu konusunda görüş almak için Anayasa Konseyine başvurabilme yetkisi tanınmıştır.

D. Anayasa'nın 45. Maddesine İlişkin Değişiklikler

Anayasa'nın 45. maddesinin 2. fıkrası	
Eski Hali:	Yeni Hali:
m. 45, f. 2 -) Anayasa'nın 53. maddesinin 4. bendinde öngörülen durumlarda, cumhurbaşkanı kanunlar çıkarır, 61. maddenin 2. fıkrasındaki durumdaysa, cumhuriyet kanunlarının	m. 45, f. 2 -) Kaldırıldı

⁶² "Anayasa'yla belirtilen Cumhuriyetin bağımsızlığı, üniterliği, toprak bütünlüğü, yönetim biçimi (şekli), bağımsız Kazakistan'ın kurucu ilk Cumhurbaşkanı – Elbaşının faaliyetlerinin temel ilkeleri ile statüsü değiştirilemezdir."

uygulanmasına yönelik kanun hükmünde kararname çıkarır.	
---	--

Değişiklikler öncesinde Cumhurbaşkanının anayasanın 45. maddesinin 2. fıkrasına göre kanun ve kanun hükmünde kararnameler çıkarma yetkisi bulunmaktaydı. Yapılan değişiklikler sonucunda Cumhurbaşkanının kanun veya kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kaldırılmıştır. Bu yöndeki bir değişiklik 2017 değişikliklerinin ruhuna uygundur. Zira 2017 değişikliklerinin amacının, Cumhurbaşkanının yetkilerinin daraltılarak yasama organının yetkilerinin genişletilmesi olduğundan yukarıda bahsedilmiştir.

Kaldırılan anayasa maddesi şu şekildeydi: “*Anayasa’nın 53. maddesinin 4. bendinde öngörülen durumlarda, cumhurbaşkanı kanunlar çıkarır, 61. maddenin 2. fıkrasında öngörülen durumdaysa, cumhuriyet kanunlarının uygulanmasına yönelik kanun hükmünde kararname çıkarır*”⁶³. Dolayısıyla anayasaya göre cumhurbaşkanı, parlamento kararını ve görüşünü almadan doğrudan kanun ve kanun hükmünde kararname çıkartabiliyordu⁶⁴. Yeni düzenlemede bu yetkinin kaldırılması son derece önemli bir değişikliktir. Bu maddenin kaldırılmasıyla yasama yetkisinin yalnızca yasama organına bırakılmasının amaçlandığı düşünülebilir.

Cumhurbaşkanının Anayasa’nın 45. maddesinin 1. fıkrasına göre cumhuriyet genelinde bağlayıcı kararname ile emirler çıkarma yetkisi bulunmaktadır⁶⁵. Bu işlemlerin yasama yetkisinin kullanımı anlamına geleceği dolayısıyla ilgili değişikliği anlamsızlaştıracağı akla gelebilir. Ancak genel, soyut, kişilik dışı olan bu işlemler ilk el ve asli yetki ile ortaya çıkmamaktadır. Cumhurbaşkanı kararnameleri ve emirnameleri,

⁶³ 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası’nın **53. maddesinin 4. bendi**: “*Kamaraların bileşik oturumunda Parlamento:4) Savaş ve barışa karar verir;.....*”; **61. maddesinin 2. fıkrasına** göre de, “*Cumhurbaşkanı, kanun tasarılarının görüşülme önceliğini belirlemesi, kanun tasarısının sunulmasını takip eden bir ay içinde Parlamento tarafından görüşülmesini sağlamak üzere, kanun tasarısının ivedilikle görüşülmesi gerektiğini ilan etme hakkına sahiptir. Söz konusu talebin Parlamento tarafından yerine getirilmediği durumda, Cumhurbaşkanı kanun hükmünde Kararname çıkarabilir ve bu kararname, Anayasada öngörülen şekilde Parlamento tarafından yeni kanun kabul edilmesine kadar yürürlükte kalır*”.

⁶⁴ Alkan, age., s. 8.

⁶⁵ 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası’nın **45. maddesinin 1. bendi**: “*1. Kazakistan Cumhurbaşkanı, Anayasa ve kanunlara dayanarak ve uygulanması için Cumhuriyet genelinde bağlayıcı olan kararname ve emirnameler çıkarır.*”

Anayasa ve kanunlara dayanarak ve onların uygulanması için çıkarılabilmektedir. Kanaatimizce, bu işlemler normlar hiyerarşisinde kanunların altında kalmaktadır. Bunlar yürütmenin düzenleyici işlemleridir ve şekli kriter bakımından yürütme fonksiyonudur.

45. maddenin 2. fıkrasında yapılan bu değişiklik yasama yetkisini Parlamenteoya vermekle birlikte Parlamenteonun bu yetkisini her hangi bir etki altında kalmadan gerçekleştireceği anlamına gelmediğini de belirtelim. Kaldırılmış maddenin eski haline göre, 61. maddenin 2. fıkrasında ön görülen durumlarda Cumhurbaşkanı kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine sahipti. Bu maddede Cumhurbaşkanı kanun tasarılarının görüşülme önceliğinin belirlenmesi yetkisi verilmişti. Ayrıca Cumhurbaşkanı kanun tasarısının sunulmasını takip eden bir ay içinde Parlamenteo tarafından görüşülmesini sağlamak üzere, kanun tasarısının ivedilikle görüşülmesi gerektiğini ilan etme hakkına sahipti. Söz konusu talebin Parlamenteo tarafından yerine getirilmediği durumda, Cumhurbaşkanı kanun hükmünde kararname çıkarabiliyor ve bu kararname, Anayasa'da öngörülen şekilde Parlamenteo tarafından yeni kanun kabul edilmesine kadar yürürlükte kalıyordu. 45. maddenin 2. fıkrası, 53. maddenin 3. fıkrası⁶⁶ ve 61. maddenin 2. fıkrası⁶⁷ hükümleri yasama yetkisinin büyük oranda Cumhurbaşkanı'nın görüşleri doğrultusunda şekillenmesine neden olmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi 45. maddenin 2. fıkrasının ve aşağıda belirtilecek olan 53. maddenin 3. fıkrasının⁶⁸ kaldırılmalarıyla yasama yetkisinin yasama organında belirmesi konusunda çok önemli bir aşama

⁶⁶ 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası'nın **53. maddesinin 3. fıkrası**: *"Cumhurbaşkanının isteği üzerine, her bir kamaranın milletvekilli üye tam sayısının üçte iki oy çoğunluğuyla, yasama yetkisi azami bir yıl süreyle Cumhurbaşkanı'na devredilebilir."*

⁶⁷ 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası'nın **61. maddesinin 2. fıkrası**: *"Cumhurbaşkanı, kanun tasarılarının görüşülme önceliğini belirleme, ayrıca bir kanun tasarısının sunulmasını takip eden bir ay içinde Parlamenteo tarafından görüşülmesini sağlamak üzere, kanun tasarısının ivedilikle görüşülmesi gerektiğini ilan etme hakkına sahiptir. Söz konusu talebin Parlamenteo tarafından yerine getirilmediği durumda, Cumhurbaşkanı kanun hükmünde Kararname çıkarabilir ve bu kararname, Anayasa'da öngörülen şekilde Parlamenteo tarafından yeni kanun kabul edilmesine kadar yürürlükte kalır."*

⁶⁸ Bu madde, aşağıda III. B. *"Anayasa'nın 53. Maddesinde Yapılan Değişiklikler"* başlığı altında incelenmiştir.

kaydedilmiş olmakla birlikte, 61. maddenin 2. fıkrasındaki değişiklik⁶⁹ yasalaşma sürecinde cumhurbaşkanının etkisinin sürmesine yol açmaktadır. Zira 61. maddenin 2. fıkrasının yeni haline göre, yine Cumhurbaşkanı, kanun tasarılarının görüşülme önceliğini belirleme hakkına sahiptir. Kanun tasarısının sunulmasını takip eden iki ay içerisinde Parlamento tarafından öncelikli olarak gündeme alınması gerekir. Bu yetki klasik parlamenter sistemde devlet başkanının konumuyla uyuşmamaktadır.

Görüldüğü gibi değişiklikler sonrasında cumhurbaşkanlığına aday olabilme şartları zorlaştırılmış; cumhurbaşkanının ve başbakanın hükümeti kurma yetkisi meclisle paylaştırılmış; cumhurbaşkanının hükümetin hazırladığı programı onaylama yetkisi hükümete devredilmiş; kanun ve kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kaldırılmıştır. Dolayısıyla cumhurbaşkanının hükümetin oluşumunda, çalışmasında ve yasama fonksiyonunun yerine getirilmesindeki görev ve yetkileri daraltılmıştır. Kuşkusuz yapısal bu dönüşümlerin pratik hayatta anlam kazanıp kazanmadığını zaman gösterecektir.

III. YASAMAYA İLİŞKİN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. Anayasa'nın 49. Maddesinde Yapılan Değişiklikler

Anayasa'nın 49. maddesinin 1. fıkrası	
Eski Hali:	Yeni Hali:
m. 49, f. 1 -) Kazakistan Cumhuriyeti'nin parlamentosu, yasama işlevini yerine getiren , cumhuriyetin en üst temsili organıdır.	m. 49, f. 1 -) Kazakistan Cumhuriyeti'nin parlamentosu, cumhuriyetin en üst temsili yasama organıdır .

Anayasanın 49. maddesinin 1. fıkrasında parlamentonun statüsü ile faaliyetine vurgu yapılmaktadır. Değişiklikten önceki düzenlemede parlamentonun devletin yasama işlevini yerine getiren en üst temsili organı olduğu belirtilmişti. Dolayısıyla parlamentonun dışında da yasama işlevini yerine getiren başkaca organların olabileceğine kapı aralanmıştı. Burada cumhurbaşkanına kanun ve kanun hükmünde

⁶⁹ Bu fıkra, aşağıda III. E. "Anayasa'nın 61. Maddesinde Yapılan Değişiklikler" başlığı altında incelenmiştir.

kararname çıkarması yetkisi veren 45. maddenin ikinci fıkrasına gönderme yapıldığı iddia edilebilir. 2017 Anayasa değişikliğinden sonra yasama işlevini yerine getiren kelimesinin yerine, parlamentonun yasama organı olduğu vurgusu yapılmıştır. 45. maddede yapılan değişiklikle uyumlu bir değişiklik olduğu görülmektedir. Böylece yasama fonksiyonunun sadece parlamentoya ait olduğu ifade edilmektedir.

B. Anayasa'nın 53 maddesinde Yapılan Değişiklikler

Anayasa'nın 53. maddesi.	
Eski Hali:	Yeni Hali:
m. 53, f. 3 -) Cumhurbaşkanının isteği üzerine, her bir kamaranın üye tam sayısının üçte iki oy çoğunluğuyla, yasama yetkisi azami bir yıl süreyle Cumhurbaşkanına devredilebilir.	m. 53, f. 3 -) Kaldırıldı

2017 değişikliklerinden önce Anayasa'nın 53. maddesinin 3. fıkrasına göre cumhurbaşkanının talebi üzerine üye tam sayısının üçte iki oy çoğunluğu ile yasama yetkisi bir yıllığına cumhurbaşkanına devredilebiliyordu. Cumhurbaşkanı kendisine bağlı olan parlamentonun onayını da alarak hem yasa çıkarma hem de çıkardığı yasaları uygulama yetkisine sahip olabiliyordu. Gerçekleştirilen reform sonucunda cumhurbaşkanının bu yetkileri de kaldırılmıştır. Böylece yasama yetkisinin bütünüyle yasama organının eline geçmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Kaldırılan 53. maddenin 3. fıkrası şu şekildeydi: “*Cumhurbaşkanının istediği üzerine, her bir kamaranın üye tam sayısının üçte iki oy çoğunluğuyla, yasama yetkisi azami bir yıl süreyle Cumhurbaşkanına devredilebilir*”. Bu madde yürürlükteyken bu güne kadar uygulamada parlamento tarafından cumhurbaşkanına yasama yetkisi devredilmemiştir. Bu maddenin kaldırılması cumhurbaşkanının bir yıl boyunca yasa yapma faaliyetine sahip olma imkânını ortadan kaldırmıştır. Yasama organının bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından oldukça önemli bir değişikliktir.

C. Anayasa'nın 55. Maddesine Yapılan Ekleme

Anayasa'nın 55. maddesine EK 1-1. fıkrası eklenmiştir.	
Eski Hali:	Yeni Hali:
	EK. m. 55, f. 1-1 -) Kazakistan Cumhurbaşkanının önerisi üzerine Cumhuriyetin İnsan Hakları Denetçisinin beş seneliğine seçilmesi ve görevden alınması

Kazakistan Cumhuriyeti'nde 19 Eylül 2002 tarih ve 947 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıyla İnsan Hakları Denetçiliği kurulmuştu. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle İnsan Hakları Denetçiliği anayasal bir statüye kavuşturulmuştur.

Anayasa Komisyonunun başkanı İgor Rogov'ın yaptığı açıklamaya göre, İnsan Hakları Denetçisinin seçilmesi ile görevden alınmasına dair düzenlemenin Anayasa'da yer alması 2007 yılında Venedik Komisyonunun verdiği tavsiye kararından kaynaklanmaktadır. Bu tavsiye kararında insan hakları denetçisinin faaliyeti ile seçilme usulünün anayasal düzeyde belirtilmesi ve parlamento çoğunluğu tarafından göreve gelmesi gerekliliği belirtilmiştir⁷⁰. Yapılan değişiklikte insan hakları denetçisinin cumhurbaşkanınca önerilip parlamento çoğunluğuyla değil sadece senato çoğunluğu tarafından seçileceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 55. maddesi sadece senatonun yetkisini kapsamaktadır⁷¹. Dolayısıyla cumhurbaşkanı tarafından önerilmiş olan insan hakları denetçisinin göreve gelmesi ve aynı şekilde cumhurbaşkanının önerisi üzerine görevden alınması parlamentonun üst kamarasını oluşturan senatonun onayı ile gerçekleşecektir.

⁷⁰ Rogov, agw.

⁷¹ 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasasının 55. maddesi, "Aşağıdakiler sadece Senatonun yetkisindedir:" şeklinde başlamaktadır.

D. Anayasa'nın 57. Maddesinde Yapılan Değişiklik

Anayasa'nın 57. maddesinin 6. fıkrası	
Eski Hali:	Yeni Hali:
<p>m. 57, f. 6 -) Kamara milletvekilleri üye tam sayısının en az üçte birinin kararıyla Hükümet üyelerinden faaliyetlerine ilişkin rapor isteyebilir. Bu raporun sonucunda, Kamara milletvekilleri üye tam sayısının üçte iki oy çoğunluğuyla, Hükümet üyesinin kanunları ihlal ettiği gerekçesiyle görevden alınmasına ilişkin cumhurbaşkanına müracaatta bulunabilir. Eğer cumhurbaşkanı bu müracaatı geri çevirirse, milletvekilleri ilk müracaat tarihinden altı ay sonra kamara milletvekili üye tam sayısının en az üçte iki çoğunluğuyla Hükümet üyesinin görevden alınmasına ilişkin konuyu tekrar Cumhurbaşkanının gündemine getirebilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı Hükümet üyesini görevden alır.</p>	<p>m. 57, f. 6 -) Kamara milletvekilleri üye tam sayısının en az üçte birinin kararıyla, Hükümet üyelerinden faaliyetlerine ilişkin rapor isteyebilir. Bu raporun sonucunda, Kamara milletvekilleri üye tam sayısının üçte iki oy çoğunluğuyla, Hükümet üyesinin kanunları ihlal ettiği gerekçesiyle görevden alınmasına ilişkin cumhurbaşkanına müracaatta bulunabilir. Bu durumda cumhurbaşkanı hükümet üyesinin görevine son verir.</p>

Yasama organına ilişkin yapılan değişikliklerin birisi de parlamentonun, görevi esnasında hükümet üyelerinin denetimine ilişkindir. Parlamentonun her bir kamarası, ayrı ayrı hükümet üyelerini bireysel olarak denetleyebilmektedir⁷². Her bir kamaranın milletvekilleri, üye tam sayısının en az üçte birinin kararıyla Hükümet üyelerinden faaliyetlerine ilişkin rapor isteyebilir. Bu raporun

⁷² 57. madde bir bütün olarak incelendiğinde 6. fıkrada belirtilen denetim yetkisini her bir kamaranın bir birinden bağımsız bir biçimde yerine getirebileceği anlaşılmaktadır. Zira 57. maddenin ilk cümlesinde "Parlamentonun her bir kamarası diğer kamaradan bağımsız olarak aşağıdakileri gerçekleştirir: ..." ifadesine yer verilmektedir.

sonucunda, kamara milletvekilleri üye tam sayısının üçte iki oy çoğunluğuyla, Hükümet üyesinin kanunları ihlal ettiği gerekçesiyle görevden alınmasına ilişkin cumhurbaşkanına müracaatta bulunabilmektedir. Hükümet üyesinin görevini kaybetmesiyle sonuçlanan bu prosedür Kamaralar ve Cumhurbaşkanı arasında paylaştırılmıştır.

Değişikliklerden önce Parlamentonun hükümet üyelerinden birisini düşürebilmesi zordu ve bu konuda cumhurbaşkanının etkisi çok büyüktü. Parlamentonun üçte iki oy çoğunluğu ile hükümet üyesinin düşmesine ilişkin gündeme getiren müracaatını cumhurbaşkanı geri çevirme yetkisine sahipti. Yani cumhurbaşkanı, hükümet üyesinin görevde kalmasını sağlayabilirdi. Böyle bir durumu aşmak için parlamento altı ay sonra tekrar görevden alma konusunu, aynı yolu takip ederek gündeme getirmesi gerekiyordu. İkinci defa parlamentonun müracaatıyla karşılaşan cumhurbaşkanı, hükümet üyesinin görevine son vermek zorunda kalıyordu. Artık, 2017 değişiklikleri sonrasında, bu prosedür daha kolaylaştırılarak parlamentonun ilk müracaatından sonra cumhurbaşkanı tarafından hükümet üyesinin görevine son verilmesi düzenlenmiştir⁷³. Bu konudaki Cumhurbaşkanının yetkisi daraltılmıştır.

E. Anayasa'nın 61. Maddesinde Yapılan Değişiklik

Anayasa'nın 61. maddesinin 2. fıkrası	
Eski Hali:	Yeni Hali:
<p>m. 61, f. 2 -) Cumhurbaşkanı, kanun tasarılarının görüşülme önceliğini belirleme, ayrıca bir kanun tasarısının sunulmasını takip eden bir ay içinde Parlamento tarafından görüşülmesini sağlamak üzere, kanun tasarısının ivedilikle görüşülmesi gerektiğini ilan etme hakkına sahiptir. Söz konusu talebin Parlamento tarafından yerine getirilmediği durumda, Cumhurbaşkanı kanun hükmünde</p>	<p>m. 61, f. 2 -) Cumhurbaşkanı, kanun tasarılarının görüşülme önceliğini belirleme hakkına sahiptir. Kanun tasarısının sunulmasını takip eden iki ay içerisinde Parlamento tarafından öncelikli olarak gündeme alınmasını gerektirir.</p>

⁷³ № 51-VI3PK sayılı 10 Mart 2017 tarihli, **Kazakistan Cumhuriyetinin Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasası**, 15. madde.

Kararname çıkarabilir ve bu kararname, Anayasa’da öngörülen şekilde Parlamento tarafından yeni kanun kabul edilmesine kadar yürürlükte kalır.	
---	--

Anayasa’nın 61. maddesinin 2. fıkrasına yönelik yapılan değişikliğe ilişkin açıklamalar yukarıda belirtilmiştir⁷⁴. Burada tekrar özetleyecek olursak değişiklikler neticesinde cumhurbaşkanının kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kaldırılmıştır. Fakat cumhurbaşkanının kanun tasarılarının görüşülme önceliğini belirleme hakkı devam etmektedir.

IV. HÜKÜMETE İLİŞKİN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. Anayasa’nın 64. Maddesinde Yapılan Değişiklik

Anayasa’nın 64. maddesinin 2. fıkrası	
Eski Hali:	Yeni Hali:
m. 64, f. 2 -) Hükümet, kolejyal bir organdır ve bütün faaliyetlerinden dolayı Cumhurbaşkanı karşısında sorumludur, ayrıca Anayasa’da belirtilen durumlarda Parlamento Meclisi ve Parlamento önünde sorumludur.	m. 64, f. 2 -) Hükümet, kolejyal bir organdır ve bütün faaliyetlerinden dolayı Cumhurbaşkanı ve Parlamento karşısında sorumludur.

Anayasa değişiklikleri öncesinde 64. maddenin 2. fıkrasına göre Hükümet siyasi açıdan sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumluydu. Öte yandan 2007 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle milletvekillerinin üye tam sayısının en az üçte birinin isteği üzerine Parlamento’nun her iki kamarası karşısında da sorumlu tutulabileceği ön görülmüştür⁷⁵. 2007 yılında yapılan anayasa değişikliklerinde, Parlamenteonun önemini

⁷⁴ II. D. “Anayasanın 45. Maddesine İlişkin Değişiklikler” adlı başlık.

⁷⁵ Toleubekova, s. 3-4; Viktor Malinovskiyi, “Kazakistan’da Anayasa Modernizasyonu”, 2012, *Kazak Dergisi*, Almatı, <http://mysl.kazgazeta.kz/?p=203>, E.T. 10.09.2017.

arttırmak amacıyla Hükümetin, Parlamentonun istemi üzerine hesap vermesi zorunlu kılınmıştır. 2017 değişiklikleriyle bu mekanizma daha da kolaylaştırılmış, Cumhurbaşkanı'nın veto yetkisi kaldırılmıştır. Bu husus yukarıda incelenmişti.

57. maddenin 6. fıkrasının yeni haline göre; “*Kamara milletvekilleri üye tam sayısının en az üçte birinin isteği üzerine, Hükümet üyelerinden faaliyetlerine ilişkin rapor isteyebilir. Bu raporun sonucunda, Kamara milletvekilleri üye tam sayısının üçte iki oy çoğunluğuyla, Hükümet üyesinin kanunları ihlal ettiği gerekçesiyle görevden alınmasına ilişkin Cumhurbaşkanı'na müracaatta bulunabilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı Hükümet üyesinin görevine son verir.*” 64. maddenin 2. fıkrasında ifade edilen “*Anayasada belirtilen durumlar*” yukarıda belirtilen 57. maddenin 6. fıkrasına işaret etmektedir.

2017 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle, tablodan da görüldüğü gibi Hükümetin hem Cumhurbaşkanı'na hem de Parlamenta'ya karşı sorumlu tutulduğu belirtilmiştir. Hükümetin Parlamenta'ya karşı sorumluluğu Anayasa'da açıkça statüye kavuşturulmuştur. Böylece 2007 yılında Kazakistan Parlamentosunun hükümeti denetlenmesi yönündeki anayasal reformun amacına 2017 yılında ulaşıldığı söylenebilir. Yukarıda 57. maddenin 6. fıkrasındaki değişiklik incelenirken ilgili madde de hükümet üyelerinin Cumhurbaşkanı'na ve Parlamenta'nın her iki kamarasına karşı bireysel sorumluluğunun düzenlendiğinden bahsedilmişti. Bu fıkrada yapılan değişiklikle⁷⁶ birlikte artık Hükümet hem Cumhurbaşkanı'na hem de Parlamenta'ya karşı sorumludur.

B. Anayasa'nın 66. Maddesinde Yapılan Değişiklikler

Anayasa'nın 66. maddesinin 1., 8., ek 9-1. fıkraları	
Eski Hali:	Yeni Hali:
m.66, f. 1 -) Kazakistan Cumhuriyeti'nin Hükümeti: Devletin sosyo – ekonomik politikasının, onun savunma gücünün, güvenliğinin, kamu düzeninin sağlanmasının temel yönlerini belirler ve bunların	m.66, f. 1 -) Kazakistan Cumhuriyeti'nin Hükümeti: Devletin sosyo – ekonomik politikasının, onun savunma gücünün, güvenliğinin, kamu düzeninin sağlanmasının temel yönlerini belirler ve bunların

⁷⁶ 64. maddenin 2. fıkrası kastedilmektedir.

gerçekleştirilmesini organize eder.	gerçekleştirilmesini organize eder, cumhurbaşkanı ile görüştüktan sonra devlet programını onaylar ve uygulanmasını sağlar.
m.66, f. 8 -) Hükümete girmeyen merkezi yürütme organlarının yöneticilerini göreve atar ve görevden alır.	m.66, f. 8 -) Kaldırıldı
EK. m.66, f. 9-1-)	EK. m.66, f. 9-1-) Cumhurbaşkanının görüşünü aldıktan sonra, devlet bütçesi hesabında bulunan bütün organ ve kurumlarda çalışanların maaşları ve bunların finansmanı için bir bütün oluşturan sistemi onaylar.

Hükümete ilişkin yapılan diğer bir düzenleme, Anayasa'nın 66. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, devletin programını ve sosyo-ekonomik politikasını belirleme konusundadır. Eskiden hükümet bu programı hazırlarken cumhurbaşkanının onayına sunuyordu. Anayasa'nın 44. maddesinin 8. fıkrasının eski hali Cumhurbaşkanına Hükümetin hazırladığı programı onaylama yetkisi vermekteydi. 2017 değişiklikleriyle bu faaliyeti yürütürken sadece cumhurbaşkanının görüşünü alması zorunlu kılınmıştır. Anayasa'nın sözel yorumundan Cumhurbaşkanının görüşünün bağlayıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Cumhurbaşkanına ait yetkilerin hükümete delege edilmesinin başka bir örneğini yansıtan bu düzenleme, 2017 değişikliklerinin amacıyla örtüşmektedir.

Ayrıca Anayasa'nın 66. maddesine ek olarak 9-1. fıkrası eklenmiştir. Anayasa değişiklikleri öncesinde bu fıkranın içeriğini kapsayan konu cumhurbaşkanının görev ve yetkileri kısmını oluşturan 44. maddenin 9. fıkrası idi. Eskiden Hükümet tarafından hazırlanmış olan bütün organ ve kurumlarda çalışanların maaşlarını oluşturan sistemi Cumhurbaşkanı onaylıyordu. 2017 yılında yapılan değişiklikler sonucunda artık Cumhurbaşkanına ait olan yetki Hükümete kısmen geçmiştir. Kısmen geçme sebebi de aynı şekilde hazırlanmış olan bütçe ve maaş sisteminin Cumhurbaşkanının görüşü üzerine Hükümet tarafından onaylanıyor

olmasıdır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının yetkilerinin azaltılması söz konusudur.

Her iki fıkrada da Cumhurbaşkanının görüşüne başvuruluyor olması sistem içerisinde devlet başkanının etkinliğini koruduğunu göstermektedir. Bu konularda Hükümetin bağımsız bir organ olarak hareket edebilmesi kuşku gözükmektedir. Zira Hükümetin Cumhurbaşkanından bağımsız bir politika oluşturabilmesi yarışmacı bir partiler sisteminin ve parti içi demokrasinin varlığına bağlıdır. Henüz Kazakistan'da siyasal sistemin gerçek anlamda liberal anayasacılık hareketlerini yansıttığı söylenemez.

C. Anayasa'nın 67. Maddesinde Yapılan Değişiklik

Anayasa'nın 67. maddesinin 4. fıkrası	
Eski Hali:	Yeni Hali:
m. 67, f. 4 -) Hükümet, faaliyetlerinin başlıca yönleri ve onun tüm önemli kararları hakkında Cumhurbaşkanına rapor sunar	m. 67, f. 4 -) Hükümet, faaliyetlerinin başlıca yönleri ve onun tüm önemli kararları hakkında Cumhurbaşkanına ve Parlamento ya rapor sunar.

1995 Anayasası'nın değişikliklerden önceki halinde hükümetin yetki ve görevleri Cumhurbaşkanında toplanmış bulunmaktaydı. Hükümet tamamıyla Cumhurbaşkanının idaresi altındaydı. Yapılan değişiklikler sırasında Hükümet, faaliyetleri ile takip ettiği siyasetinden dolayı artık sadece Cumhurbaşkanına değil aynı zamanda Parlamento önünde de sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla yeni Anayasa'nın 67. maddesinin 4. fıkrasında yapılan düzeltmeler hükümetin tüm önemli kararları ile başlıca faaliyetlerinde Parlamento ile Cumhurbaşkanının onayını almak zorundadır şeklinde anlaşılabilir. Bu değişiklik 64. maddenin 2. fıkrasındaki değişikliği tamamlamaktadır.

D. Anayasa'nın 70. Maddesinde Yapılan Değişiklik

Anayasa'nın 70. maddesinin 1. fıkrası	
Eski Hali:	Yeni Hali:
m. 70, f. 1 -) Hükümet, yeni seçilmiş Cumhurbaşkanı önünde yetkilerini iade eder.	m.70, f. 1 -) Hükümet, yeni seçilmiş Parlamento Meclisi önünde yetkilerini iade eder.

Önemli bir değişiklik de hükümetin görevinin sona ermesiyle ilgilidir. Bu husus da hükümet biçiminin tespitinde oldukça önemli veri sunmaktadır. Anayasa'nın 70. maddesinin 1. fıkrasına göre, hükümet yeni seçilen Cumhurbaşkanı önünde görevini iade etmek zorundaydı. Diğer bir ifadeyle yeni bir Cumhurbaşkanı göreve başladığında mevcut hükümet görevini bırakmak zorundaydı. Artık yeni düzenleme ile hükümet Parlamento seçimlerinin yenilenmesi durumunda istifa etmek zorundadır. Dolayısıyla bu durumda siyasi alanda Parlamento ile Hükümet arasında dayanışma ve istikrarlı bir çalışma ortamı oluşturulması mümkündür. Görüldüğü gibi bu iş birliği her ne kadar Anayasa'nın 2. maddesinde, başkanlık⁷⁷ olduğu yazılsa da sistemi parlamenter sisteme yaklaştırmaktadır.

SONUÇ

1991 yılında Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla birlikte bağımsızlığını ilan eden ve sosyalist rejimden ayrılan devletlerden birisi de Kazakistan Cumhuriyeti'dir. Sosyalizm sonrası ilk anayasasını 1993 yılında yapan Kazakistan Cumhuriyeti, 1995 yılında günümüzde yürürlükte olan Anayasa'yı kabul etmiştir. Kazakistan, 1995 yılında Anayasa'sını kaleme alırken devlet başkanı özelinde güçlü yürütme öngörmüştür. Cumhurbaşkanı'nın sadece yürütme konusunda değil, yasa yapma sürecinde de etkin olduğu görülmektedir. Bu çerçevede devlet başkanının yetkilerinin parlamenter demokrasilerde kabul görülenin ötesinde olduğu iddia edilebilir. Anayasa'nın ilk halinin öngördüğü yasama ve yürütme ilişkileri, ne sert kuvvetler ayrılığına dayanan başkanlık sistemini, ne de klasik parlamenter sistemin özelliklerini yansıtmaktadır.

1995 Anayasası demokratik standartların yükseltilmesi amacıyla dört defa değişikliğe uğramıştır. İlk anayasa değişikliği 1998, ikincisi 2007, üçüncüsü de 2011 yılında gerçekleşmiştir. Dördüncü ve son değişiklikler 2017 yılında yapılmıştır. Bu değişikliklerin yasama ve yürütme organları bakımından oldukça önemli olduğu iddia edilebilir. Cumhurbaşkanı'na ait bazı yetkiler Hükümet ile yasama organına devredilmiş; böylece Parlamento'nun yetkileri arttırılarak kuvvetler arasında denge

⁷⁷ 1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrası: "Kazakistan Cumhuriyeti, başkanlık sistemiyle yönetilen üniter bir devlettir."

oluşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca bu değişiklikler, yargı teşkilatı ve yerel yönetimlere ilişkin önemli hususlar da içermektedir. Ancak çalışma yalnızca yasama ve yürütme organlarında yapılan değişikliklere özgülenmiştir. Bu çerçevede değişiklikler Anayasa'daki sistematığe uygun olarak Cumhurbaşkanlığına, Yasamaya ve Hükümete ilişkin olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir.

Cumhurbaşkanlığına ilişkin olarak, aday olabilme şartları zorlaştırılmış; Cumhurbaşkanının ve Başbakanın Hükümeti kurma yetkisi Meclisle paylaştırılmış; Cumhurbaşkanının Hükümetin hazırladığı programı onaylama yetkisi Hükümete devredilmiş; kanun ve kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kaldırılmıştır.

Yasama organı bakımından, yasama fonksiyonunun parlamentoya ait olduğu ifade edilmiş; Cumhurbaşkanına bir yıl boyunca yasa yapma faaliyetinin devrini düzenleyen hüküm kaldırılmış; Cumhurbaşkanının önerisiyle İnsan Hakları Denetçisinin Parlamento tarafından seçilmesi ve görevden alınması anayasal statüye kavuşturulmuş ve Parlamento'ya karşı Cumhurbaşkanının Hükümet üyelerini korumasını sağlayan düzenleme değiştirilmiştir.

Hükümet bakımından en önemli değişiklik, Hükümetin artık sadece Cumhurbaşkanına karşı değil, onunla birlikte parlamento karşısında da sorumlu olmasıdır. Ayrıca, değişiklikler öncesinde hükümet programı Cumhurbaşkanının onayına sunulmaktaydı. Değişikliklerde sadece Cumhurbaşkanının görüşünün alınması zorunlu kılınmıştır. Cumhurbaşkanının görüşü bağlayıcı değildir. Ayrıca, Hükümetin faaliyetlerinin ve önemli kararlarının Cumhurbaşkanı yanında Parlamento'ya da rapor sunması gereği öngörülmüştür.

Hükümete ilişkin son değişiklik görevinin sona ermesiyle ilgilidir. Değişiklik öncesinde Hükümet yetkilerini yeni seçilmiş Cumhurbaşkanı önünde iade ederken değişiklik sonrasında, yeni seçilmiş Parlamento Meclisi önünde yetkilerini iade edeceği belirtilmektedir.

Sonuç olarak 2017 değişiklikleriyle Cumhurbaşkanının yetkilerinin bir kısmı Hükümet ve Parlamento'ya devredilmiştir. Ancak, bu değişikliklere rağmen, özellikle Hükümetin bağımsız bir organ olarak hareket edebilmesi kuşkulu gözükmektedir. Teoride Hükümetin bağımsızlığına yönelik yapılan bu açılımın uygulamaya yansımaları, diğer bir ifadeyle Hükümetin Cumhurbaşkanından bağımsız bir politika oluşturabilmesi yarışmacı bir partiler sisteminin ve parti içi demokrasinin varlığına bağlıdır. Henüz Kazakistan'da siyasal sistemin gerçek anlamda liberal anayasacılık hareketlerini yansıttığı söylenemez.

Bununla birlikte, 2017 değişikliklerinin demokratik standartların yükseltilmesi konusunda çok önemli yenilikler getirdiği gözden kaçmamaktadır.

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu, Yılmaz, **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

Alkan, Haluk, “**Türk Cumhuriyetlerinde Siyasal Kurumsallaşma Süreci: Geçen Yirmi Yılın Bir Bilançosu**”, *BİLİG Ahmet Yesevi Üniversitesi Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 61, Bahar 2012, ss. 1-28.

Almatbayeva, Zhuldyz, “**Kazakistan'da Anayasa Reformu Kozmetik Onarım mı Yoksa Sermaye Onarımı mı?**”, *REGNUM*, 03.03.2017, <https://regnum.ru/news/2245213.html>, E.T. 17. 06. 2017.

Almatbayeva, Zhuldyz, “**Kazakistan'da Anayasa Değişikliği, Ne Değişecek?**”, *REGNUM*, 2017, <https://regnum.ru/news/polit/2231477.html>, E.T. 17.06.2017.

Azattık, “**Nazarbayev'in Reformu: Dengeler ve Karşı Güçler**”, <http://rus.azattyq.org/a/kazakhstan-nazarbaev-peredacha-polnomochii/28259280.html>, E. T. 25.01.2017.

Can, Osman, **Kurucu İktidar**, Alfa, İstanbul 2013.

Çetin, Nursulu, **Kazakistan Siyasi Sisteminde Başkanlık Modeli**, Öztepe Matbaası, Ankara 2016.

Çiçekli, Mehmet Yahya, **Eski SSCB Üyesi Bağımsız Türk Cumhuriyetlerinde Devlet Başkanının Anayasal Yetkileri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.

Denizkuşları, Fatih (Editör), **Avrupa Birliği Ülkelerinde Hâkimlik ve Savcılık Yüksek Yargı Organları Yargı Üst Kurulları**, Yayına Hazırlayan: Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Ankara 2016.

Diamond, Larry Jay, “**Thinking About Hybrid Regimes**”, in *Elections Without Democracy*, *Journal of Democracy*, Vol. 13, N. 2, April 2002, pp. 21 – 35.

Döner, Ayhan, “**Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu**”, *İstikrar ve Temsil Paradigmaları Çerçevesinde Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, (Editör: Prof. Dr. N. Talat Arslan), Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 101-121.

Egemen Kazakistan, “**Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun Tasarısının Kamuoyuna Sunulmasına ve Tartışılmasına**” yönelik

25.01.2017 tarihli 141 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, 26.01.2017 No 17 (28396).

Egemen Kazakistan, “**Kazakistan Cumhurbaşkanı N.A. Nazarbayev’in Devletin Temel Güçlerin Yetki ile Görevlerinin Organlar Arasında Paylaşılması Konusunda Mesajı**”, 26.01.2017, No 17 (28396).

Eren, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından basılmıştır, İstanbul 2014.

Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2014.

Gözler, Kemal, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.

Hekimoğlu, Mehmet Merdan, **Anayasa Hukukunda Anti Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, Ankara 2010.

Heywood, Andrew, **Siyaset**, (4. Edisyon dan çev. Bekir Berat Özipek, Bahattin Seçilmişoğlu, Atilla Yayla, Hasan Yücel Başdemir), Adres Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2016.

http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_speeches_and_addresses/obrashchenie-prezidenta-respubliki-kazahstan-po-voprosam-pereraspredeleniya-polnomochii-mezhdu-vetvyami-vlasti, E.T. 15.02.2017.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a1ad053f39019.10877575, E.T. 15.11.2017.

<https://ru.sputniknews.kz/analytics/20170303/1702364/kakie-izmeneniya-budut-vneseny-v-konstituciyu-kazahstana.html>, E. T. 15. 11. 2017.

https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004029#pos=961;-101, E.T. 07.02.2018.

http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30103613#pos=0;0, E.T. 07.02.2018.

<http://e-history.kz/en/publications/view/723>, E.T. 08.10.2017.

<http://ctle.pau.edu.tr/kztr/index.php>, E.T. 12.12.2017.

<http://www.parlam.kz/en/constitution>, E.T 12.12.2017.

<https://www.zakon.kz/4847182-kakie-izmeneniya-budut-vneseny-v.html>, E.T. 12.11.2017.

<https://www.zakon.kz/4847182-kakie-izmeneniya-budut-vneseny-v.html>, E.T. 12.11.2017.

İba, Şeref / Kılıç, Abbas, **Anayasa Yargısı Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

İba, Şeref, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

İsabayeva, Saule, “*Adaleti Bulamayan Kazakistanlılar Nereye Başvurabilir*”, 2012, <https://www.zakon.kz/4502470-kuda-mogut-obratitsja-kazakhstancy-ne.html>, E.T. 16.08.2017.

Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 11. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

Kaboğlu, İbrahim Ö., **Hangi Anayasa?**, İmge, Ankara 2012.

Kembayev, Zhenis, **Constitutional Law of The Republic of Kazakhstan**, Academpress, Almaty-Astana, 2014.

Kınacı, Cemile, “**Alğa Kazakistan! Elbaşı'nın ‘Geleceğe Bakış: Kamu Bilincinin Modernizasyonu’ Bildirgesi**”, *Kardeş Kalemler*, Y. 11, S.126, Haziran 2017, ss. 74 – 77.

Konca, Koray Ali, “**Kazakistan Ülke Raporu**”, Ankara 2012, http://atam.gov.tr/wp-content/uploads/Kazakistan_Ulke_Raporu_2013-4.pdf, E.T. 08.10.2017.

Kopbaev, Botakoz, “**Anayasa Reformu Tartışıldı Mı?**”, http://exclusive.kz/a_vy_obsuzhdali_reformu_konstitucii, E.T. 29.03 .2017.

Malinovskiyi, Viktor, “**Kazakistan’da Anayasa Modernizasyonu**”, *Kazak Dergisi*, 2012, Almatı, <http://mysl.kazgazeta.kz/?p=203>, E.T. 10.09.2017.

Muhamedjanov, Eduard, **Kazakistan’da Anayasa Değişiklikleri (Artılar, Eksiler ve Öneriler)**, Almatı, 2017.

Oğurlu, Yücel, “**An Essay on Main Provisions of Constitution of Kazakhstan on Organization of State and Administration**”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. V, S. 1-4, Y. 2001, ss. 121-128.

Özbudun, Ergun, **Anayasacılık ve Demokrasi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2017.

Özbudun, Ergun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2016.

Özbudun, Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993.

Özsoy Boyunsuz, Şule, **Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği**, XII Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2014.

Palabıyık, Hakan, **Çeşitli Ülke Anayasalarında Hâkimlik Savcılık Mesleği ile Hâkimlik Savcılık Teminatının Düzenlenişi**, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi Raporu, Kasım 2011.

Rogov, İgor, “Anayasa Değişikliğine İlişkin Yapılan Açıklama”, *Zakon*, 17.03.2017, <https://www.zakon.kz/4849357-igor-rogov-popravki-v-konstituciju.html>, E.T. 17.03.2017.

Roskin, Michael G. / Cord, Robert L. / Medeiros, James A. / Jones, Walter S., **Siyaset Bilimi**, (çev. Atilla Yayla) Adres Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 16. Bası, Beta, İstanbul 2013.

Tilly, Charles, **Demokrasi**, Çev. Ebru Arıcan, 2. Baskı, Phoenix, Ankara 2014.

Toleubekova, Bahitcan, “**2017 Anayasa Reformu: Sorunlar ve Çözümler**”, <http://group-global.org/ru/publication/64963-konstituci-onnaya-reforma-2017-goda-problemy-i-resheniya>, E.T. 15.09.2017.

Türk, Fahri, “**Kazakistan’da Değişim Sürecinde Ortaya Çıkan Siyasal Partiler ve Hareketler**”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* C. 4, N. 2, Y. 2012, ss. 11-20.

Vorobiyov, Vladislav, “**Ebedi Hak, Kazakistan Parlamentosu, Nursultan Nazarbayev’e sınırsız sayıda seçilmesine izin verdi**”, *Rusya Gazetesi-RG.RU*, №4368 (0), 19 Mayıs 2007, <https://rg.ru/2007/05/19/nazarbaev.html>, E.T. 07.02.2018.

Yazıcı, Serap, **Başkanlık ve Yarı – Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013.

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996.

Zakon, 06.03.2017, <https://www.zakon.kz/4847412-parlament-rk-prinjal-popravki-v.html>, E.T. 15.03.2017.

10 Mart 2017 tarihli 51-VI 3PK sayılı “Kazakistan Cumhuriyetinin Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun” <http://www.nomad.su/?a=3-201703140040>, E.T. 15.03.2017.

1995 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası, http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029, E.T. 05.02.2018.

28.09.1995 tarihli 2664 sayılı “Kazakistan Cumhuriyetinin Seçimlerine İlişkin” Anayasal Kanunu, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004029, E.T. 05.02.2018.

GENEL SAĞLIĞIN KORUNMASINA İLİŞKİN İDARİ BİR FAALİYET OLARAK AŞI UYGULAMASININ KANUNİLİĞİ

*Arş. Gör. Dr. Sencer Abdullah AKKOYUNLU**

I- Giriş

İdarenin tehlikeli gördüğü durum ve faaliyetler karşısında tedbirler alması gerekliliktir. İdare aldığı tedbirlerle tehlikenin zarara dönüşmesini önlemekte, böylece kişileri korumaktır. Etkinlikleri çok çeşitli alanlara yayılan idarenin genel sağlığı korumaya yönelik faaliyetleri tedbir niteliğindeki faaliyetlerinin bir kısmını oluşturmaktadır.

İdare genel sağlığı korumaya yönelik faaliyetleri kapsamında önleyici bir faaliyet olarak kişilere aşı uygulamanın gerekli olduğu kanaatine ulaşabilmektedir. İdarenin bu kanaatini eyleme dönüştürebilmesi için vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere ilişkin olan Anayasanın 17'nci maddesinde ve ayrıca bütün temel hak ve özgürlükler için güvence oluşturan Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan güvenceleri ihlal etmemesi gerekmektedir.

Aşı uygulamasının vücut bütünlüğüne müdahale ediyor olması itibarıyla Anayasada öngörülen güvencelere riayet edilmesi gerekliliği bakımından, son dönemde özellikle “kanunla sınırlama (kanunilik)” ve “aşı uygulanmadan önce ilgilinin rızasının alınması” hususları tartışmalı hale gelmiştir. Dolayısıyla kişilere aşı uygulanmadan önce rızalarının aranıp aranmayacağı, idareye kanunla genel sağlığı koruma yetkisi verilmesinin aşı uygulama yetkisinin varlığını kabul için yeterli sayılıp sayılmayacağı, aşı uygulama yetkisinin kanunda ayrıca ve açıkça gösterilmesinin gerekli olup olmadığı meseleleri üzerine yazmanın faydalı olacağı anlaşılmıştır.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

II- Aşının Tanımlanması

İdari faaliyet olarak aşı uygulamasına ilişkin açıklama yapmadan önce aşının tanımını yapmak gerekmektedir. Aşı pek yabancı olmadığıımız, belki toplumdaki bireylerin hepsine veya önemli bir kısmına uygulanmış olan bir tıbbi müdahale aracıdır.

Aşı kişilere yapılan tıbbi bir müdahaledir.¹ Dolayısıyla önce tıbbi müdahaleden ne anlaşıldığına değinmek gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin tanımı Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinin (g) bendinde tıbbi müdahalenin tıp mesleğini yerine getirmeye yetkili kimseler tarafından uygulanan; sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisine ilişkin ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim olduğu ifade edilmiştir.²

Aşının tanımına Türk Dil Kurumu Sözlüğünde yer verilmiştir. Aşı, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “*birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için vücuda verilen, o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik;*”³ aşılama ise “*bu eriyiğin uygulanması*”⁴ olarak tanımlanmıştır.

Aşı tıbbi bir uygulama olduğuna göre, tıp biliminde aşından ne anlaşıldığını bilmek gerekmektedir. Aşı tıp bilimine ilişkin bir çalışmada “*belirli bir hastalığa karşı özgün koruma sağlamak amacı ile*

¹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2015, s. 300; Gıda Güvenliği Hareketi, s 1; Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 480; Emine Dede, *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*, 2017, s. 134; Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, Ankara, 2011, s. 24.

² Tıbbi müdahalenin tanımı için ayrıca bkz. Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, s. 5; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 2003, s. 24; Mustafa Çeker, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/makaleler.htm>, e.t: 25.03.2018, s. 3; Kahraman, s. 480; Seda Kara Kılıçarslan, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul, 2015, s. 54; Dede, s. 107 v.d., Savaş, s. 25.

³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a8044541b1b38.08221155, e.t: 11.02.2018.

⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a8044541b1b38.08221155, e.t: 11.02.2018.

hazırlanmış immünobiyolojik preparat” olarak tanımlanmıştır.⁵ Bu alana ilişkin başka bir çalışmada da “insan ve hayvanlarda hastalık nedeni olabilecek virüs, bakteri v.s. mikroorganizmalara karşı bağışıklık oluşturmak amacıyla kullanılan, mikroorganizmaların özel işlemlerden geçirilmesi sonucu hastalık yapıcı etkileri zayıflatılmış ancak vücudun savunma sistemini uyaracak nitelikleri korunmuş olan ve hastalık mikrobu veya mikrobun parçacıklarını veya antijenleri içeren biyolojik karışım...” olarak tanımlanmıştır.⁶ Aynı çalışmada aşılama da “vücuda aşuların verilmesi ile spesifik virüs ve bakterilerin meydana getirdiği hastalıklardan korumak üzere vücudun kendi bağışıklık sistemini hazır hale getirmesi...” olarak gösterilmiştir.⁷

III- Aşı Uygulamasının Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahale Olması

Aşı uygulaması kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir faaliyettir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında ifade edildiği üzere “...birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının...vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu açıktır...”⁸ Aşı uygulaması vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale türü olduğuna göre vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler bakımından Anayasada yer verilen güvencelerin neler olduğunu göstermek gerekmektedir. Anayasada kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi yasak edilmiş olup, bunun ancak bazı hallerde gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir. Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler ve bu kapsamda yer alan aşı uygulaması belli

⁵ Bekir Urağan İneli, *18 Yaş Üstü Erişkinlerin, Erişkin Aşuları Konusundaki Bilgi, Tutum Ve Görüşleri İle Aşı Yaptırma Oranlarının Değerlendirilmesi* (Tez Danışmanı: Doç. Dr. Melahat Akdeniz), Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Antalya, 2016, s. 5.

⁶ Sebahat Dilek Torun, *Ümraniye Eğitim Ve Araştırma Sağlık Grup Başkanlığı Bölgesinde Aşılama Hizmetleri Ve Soğuk Zincir Yönetimi Üzerine Eğitimin Etkisi* (Danışman: Doç. Dr. Sibel Kalaça), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 18.

⁷ Torun, s. 16.

⁸ A.Y.M; Halime Sare Aysal Başvurusu, 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; A.Y.M; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, 29.6.2016, Başvuru No: 2014/4077, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

hallerle sınırlı tutulmuştur. Anayasayla (m.17/2) “tıbbi zorunluluklar”⁹ ve “kanunda yazılı haller” dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı öngörülmüştür.

Aşı uygulaması, daha önce ifade ettiğimiz üzere bir tıbbi müdahale türü olup, vücut bütünlüğüne yönelmektedir. Vücut bütünlüğü de kişilik hakları arasında sayıldığından¹⁰ tıbbi müdahale, kişilik hakkına yönelik bir faaliyet olup, vücut bütünlüğünün korunması ile bu hak arasında çatışma yaşanabilmektedir.¹¹

Aşı uygulamasını da içeren tıbbi müdahalenin kişilik hakkına yönelik olması itibarıyla bu müdahalenin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağı Medeni Kanunda gösterilmiştir. Medeni Kanunda (m.24) “*kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*” denilmek suretiyle ancak sayılan hallerden birisinin varlığı halinde kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale edilebileceği ortaya konulmuştur.

IV- Aşı Uygulamasının Genel Sağlığı Korumaya Yönelik Olması

Aşı uygulaması ile genel sağlığın korunması amaç edinilmektedir. Zira aşıya ilişkin tanımlardan anlaşılacağı üzere aşı uygulamasıyla kişilerin hastalıklara karşı bağışıklık kazanmaları, hastalıkların henüz zararlı etkilerini göstermeden önlenmesi istenilmektedir. Aşı uygulamasının bu özelliği onun tedbir niteliğinde bir faaliyet olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda alınan tedbirler toplumun bir kısmına veya bütün topluma yönelik olduğu için geneli ilgilendiren hastalıklara karşı başvuru tedbirlerdir.

Hastalıkların toplumun genelini ilgilendiren bir sorun haline gelmesi her hastalık bakımından gerçekleşmektedir. Bunun için hastalıkların toplumda yaygın olarak görülmesi veya bulaşıcı ve salgın nitelikte

⁹ Trafik kazasında ağır şekilde yaralanıp, bilinci kapalı olan bir kişiye, doktorun yaptığı tıbbi müdahale tıbbi zorunluluğa örnek olarak gösterilmiştir (Bkz. Çeker, s. 8). Ayrıca tıbbi zorunluluk Medeni Kanununun 24’üncü maddesinin ikinci fıkrasında kişilik hakkına müdahale edilebilecek haller arasında gösterilen “daha üstün nitelikli özel yarar” kapsamında incelenmiştir (Bkz. Kahraman, s. 497).

¹⁰ Kahraman, s. 503; Mustafa Kıcalıoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara, 2011, s. 113.

¹¹ Çeker, s. 1.

olması gerekmektedir. Böyle hastalıklarla yapılacak mücadelede idarenin gündelik faaliyetleri arasında sayılabilecek olan sağlık hizmetlerinden bireysel yararlanmalar, yani yalnızca hastalıklara yakalananların tedavi edilmeleri yeterli değildir. Aynı zamanda hastalıkların toplumu olumsuz etkileyecek sonuçlarının önüne geçmek gerekmektedir. O halde idare, genel sağlığı koruma faaliyetleri çerçevesinde aşı uygulamasını da içeren tedbirlere başvurmalıdır. Nitekim sağlığın korunmasına ilişkin olarak toplum menfaatinin gerekli kıldığı hallerde, salgın bir hastalığın önüne geçmek amacıyla, kişilere rızaları olmadan da aşı uygulandığı ifade edilmekte,¹² kişilere toplum menfaatinin gerekli kıldığı hallerde ve kanunla öngörülmesi halinde rızaları olmasa bile aşı uygulanabilmesinin kamu düzeninin genel sağlık unsuruna ilişkin olduğu belirtilmektedir.¹³

Aşı uygulamasını da içeren genel sağlık, kamu düzeninin unsurlarından birisi olarak kabul edilmektedir.¹⁴ Genel sağlık, toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklara karşı korunması, kişilerin sağlıklı bir hayat sürdürmeleri demektir.¹⁵ Genel sağlık toplumsal hayatın hastalık

12 Yenerer Çakmut, s. 53-54.

13 Mustafa Dural-Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, 2015, s. 105.

14 Bkz. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 255; İsmet Giritli-Pertev Bilgen-Tayfun Akgüner-Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 6. Basım, İstanbul, Kasım 2013, s. 1158; A. Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, C. I, 9. Bası, Ankara 2013, s. 646; İl Han Özay, *Güncel Yönetim*, İstanbul, Ekim 2004, s. 729; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Eylül 2009, s. 39; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 292; Bahtiyar Akyılmaz-Murat Sezginer-Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 587; Turan Yıldırım-Melikşah Yasin- Nur Kaman –H. Eyüp Özdemir-Gül Üstün-Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Kasım 2016, s. 547; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 266; Kemal Gözler-Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, 2017, s. 578; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2016, s. 654 (Duran, Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, Gözübüyük-Tan, Yayla, Özay, Yıldırım-Yasin-Kaman-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy ve Atay genel sağlığı “sağlık”, Gözler-Kaplan da “kamu sağlığı” başlığı altında incelemektedir).

15 Duran, s. 255; Gözübüyük-Tan, s. 646; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 587; Yıldırım-Yasin-Kaman-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 547; Çağlayan, s. 266; Atay, s. 644-645; Gözler-Kaplan, s. 578.

tehlikesi olmadan sürdürülebilmesini içermektedir.¹⁶ Bu unsurun varlığı sayesinde hastalık ve hastalık tehlikesi önlenmektedir.¹⁷

Genel sağlık kamu düzeninin bir unsuru olduğuna göre idarenin kolluk faaliyetleriyle korunmaktadır. Yani genel sağlık, “idari kolluk” tabiri yerine kısaca “kolluk” olarak ifade ettiğimiz faaliyetler kapsamında yer almaktadır.

Kolluk faaliyetleri idarenin kamu düzenini sağlamaya yönelik faaliyetleridir.¹⁸ Kamu düzeninin korunması kolluk faaliyetlerinin amacını oluşturmaktadır.¹⁹ Kolluk kamu düzenini temin etmek, korumak ve bozulduğunda yeniden sağlamak için faaliyette bulunmaktadır.²⁰

Aşı önleyici niteliğe sahip bir tıbbi müdahaledir.²¹ Aşı uygulamasıyla kamu düzenine ilişkin bozukluğun önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Aşı yoluyla bu bozukluğun önüne geçilmesi, kolluk faaliyetlerinin önleyici olma özelliğinin²² genel sağlığın korunması bakımından görünüm şeklini oluşturmaktadır.

Kamu düzeni ve bu düzenin bir unsurunu oluşturan genel sağlık unsuru tek tek kişilerin menfaatlerinden üstün bir menfaat olup, bu unsurun korunmasında üstün nitelikte kamusal yarar bulunmaktadır.²³ Toplumun geneline yönelik menfaatlerin kişisel menfaatlardan öncelikli

¹⁶ Günday, s. 293.

¹⁷ Özay, s. 729.

¹⁸ Çağlayan, s. 262; Gözler-Kaplan, s. 577.

¹⁹ Gözler-Kaplan, s. 577; Yıldırım-Yasin- Kaman -Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 543.

²⁰ Duran, s. 248; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1147; Gözübüyük-Tan, s. 645; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 585.

²¹ Savaş, s. 25; Y.2.H.D, 03.03.2014, E. 2013/21336, K. 2014/4508, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 07.04.2014, E.2014/33, K. 2014/8131, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 14.4.2014, E. 2014/149, K. 2014/8841, Lexpera İçtihat Bankası.

²² Duran, s. 251; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 590; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1149; Gözler-Kaplan, s. 580; Günday, s. 294.

²³ Bu gereklilik hali “toplum menfaatinin bulunması” olarak da ifade edilmiştir (Bkz. Yenerer Çakmut, s. 53-54.

olma halini ifade eden üstün nitelikte kamusal yarar²⁴ kolluk faaliyetleriyle sağlanmaktadır.

AİHM bir kararında sağlığın korunması amacına hizmet ediyor olması itibariyle aşının önemini ortaya koymuştur.²⁵ Mahkeme bu kararında çocuklara aşı yapılmasını zorunlu kılan kanunların varlığından şikâyet edilmesi karşısında itiraz konusu kuralın amacı bakımından müdahalenin halk sağlığının korunması ihtiyacına dayandığı, dolayısıyla haklı olduğu tespitinde bulunmuştur. Mahkeme somut uyuşmazlık bakımından yaptığı değerlendirmede birçok devletin aşı yoluyla mücadelede, takdir marjının ötesine geçmeyecek şekilde kişileri (yani onların kişisel yararlarını) hayatları tehlikede olmasa bile, başkalarının hayatlarını tehlikeye atmamak adına genel yarara uymaya zorladığını ortaya koymuştur.

AİHM verdiği başka bir kararda da halk sağlığını koruma sebebinin ve bölgedeki bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol altına alma gerekliliğinin kişinin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahaleyi haklı çıkarabileceğini tespit etmiştir.²⁶

V- Aşı Uygulamasının Kanundan Kaynaklanması

İdare kolluk faaliyetleriyle hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirmektedir.²⁷ Bu sınırlamaların kanunla yapılması²⁸ gerekmektedir. İdare ancak kanunları uygulamak suretiyle hak ve özgürlüklere müdahale edebilmektedir.

Kolluk faaliyetlerinin bir kısmı genel sağlığı korumak için yerine getirilmektedir. Üstün nitelikte bir yarar bulunsa da genel sağlığın

²⁴ Kara Kılıçarslan, s. 95.

²⁵ AİHM (ECHR), Carlo Boffa and 13 others v/San Marino, 15/01/1998, Application No. 26536/95, HUDOC.

²⁶ AİHM (ECHR), Case of Solomakhin v. Ukraine, 24/09/2012, Application No. 24429/03, HUDOC.

²⁷ Atay, s. 643-644; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 585; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1147; Yıldırım-Yasin- Kaman -Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 543.

²⁸ Kanunla sınırlama gereğini ortaya koyan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine göre “bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamaz” (m.26/1).

korunmasında da kanunilik ilkesine uyulması gerekmektedir. Aşı uygulaması genel sağlığı korumaya yönelik faaliyetler kapsamında yer aldığından bu faaliyetin yerine getirilmesinde kanunilik ilkesi gözetilmelidir. Nitekim AİHM önüne gelen bir uyuşmazlıkta sağlığı koruma gereğine vurgu yaparken kanunla sınırlama gereğini de göz önünde bulundurmuş, önüne gelen uyuşmazlıkta idareye verilen yetkinin genel sağlığı koruma amacına yönelik olduğunu ve bu yetkinin kanunla verildiğini tespit etmiştir.²⁹

Temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına gelen kolluk faaliyetlerinin kanunla gerçekleştirilmesi gereği Anayasadan kaynaklanmaktadır. Anayasanın 13'üncü maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Anayasanın 123'üncü maddesine göre de idare kanunla düzenlenecek olup, görevleri kanunla belirlenecektir.

Aşı uygulaması, az önce ifade ettiğimiz üzere vücut bütünlüğüne yönelik bir kolluk müdahalesidir. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler kanunla yapılabilmektedir. Anayasanın 17. maddesinde kişilerin vücut bütünlüğüne ancak kanunda sayılı hallerde dokunulabileceği öngörülmüştür. Buna göre Anayasanın 13, 17 ve 123'üncü maddelerinde yer alan düzenlemeler vücut bütünlüğünün korunmasında anayasal güvence oluşturmaktadır.

İdarenin aşı uygulayabileceği bazen kanunda açıkça (apaçık şekilde) gösterilmektedir. Bazende açıkça gösterilmese de genel sağlığı koruma yetkisine yer veren kanuni düzenlemelerden bu yetkinin de var olduğu yorum yoluyla çıkarılabilmektedir. Her iki halde de idarenin bu yetkisi kanundan kaynaklanmaktadır.

İdarenin kanunda açıkça düzenlenmese de yetkili olabileceğinin ortaya konulmasında "saklı yetkisinden" söz edilmektedir. Saklı yetki halinde idari makamın yetkili olduğu kuralda (kanunda) düzenlenmekle birlikte hangi konuda yetkili olduğu açıkça gösterilmemekte, ancak bu konunun yetki kuralında yer alan konuda saklı bulunduğu kabul edilmektedir.³⁰

²⁹ AİHM (ECHR), Case of Solomakhin v. Ukraine, 24/09/2012, Application No. 24429/03, HUDOC.

³⁰ Güher Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, 2012, s. 185.

İdarenin saklı yetkisi ortaya konulurken, yani kanunla idareye yetki verilip verilmediği tespit edilirken yetkinin kanunun özünde bulunabileceği, nitekim kolluk kanunlarından bazılarının idarenin yetkilerini açıkça düzenlemekle beraber bazılarının bu tedbirlerin (kullanılacak yetkilerin) neler olduğunu göstermeksizin sadece belli bir alanda tedbirler alabileceğini söylemekle yetindiği, idareye kanunla “kamu güvenliğini, kamu sağlığını koruma” görevi verilmesiyle bu kavramların (güvenlik ve sağlık kavramlarının) içinde saklı bulunan, bunlara sıkı şekilde bağlı olan yetkilerin de tespit edilmiş sayılacağı ifade edilmektedir.³¹

İdarenin saklı yetkisinin tespitinin yorum ve araştırma faaliyetleriyle mümkün olacağı ortaya konulmaktadır. İdarenin yetkilerinin hangi konularda olduğunu, hangi yetkileri kullanabileceğinin açıkça belirlenmemesi halinde yetkiyi düzenleyen kuralın yorumlanması, kuralın içeriğinin araştırılması suretiyle bir sonuca ulaşılabileceği gösterilmekte ve buna “saklı yetki durumu” denilebileceği belirtilmektedir.³² Yetkinin yorum ve araştırma yoluyla tespit edileceği kuralına ilişkin olması bakımından kanunda yetkinin açıkça belirtilmesinin gerekmediği, yetkinin üstü kapalı bir şekilde de düzenlenebileceği, önemli olanın yetkinin varlığının düzenlendiği kuraldan “yeterli derecede anlaşılabilmesinin” olduğu ifade edilmektedir.³³

Yetkinin tespitine ve kullanılmasına ilişkin olarak yakın tehlike karşısında kamu düzeninin korunmasında idarenin başka surette hareket edemeyecek durumda olmasının gerekliliğine vurgu yapılmaktadır. Maddi düzen, sükün, emniyet ve sağlığı ihlal eden veya derhal ihlal edebilecek olan tehlikelerin önüne geçmenin ve kanunların emredici hükümlerini başka şekilde uygulamanın mümkün olmadığı hallerde derhal harekete geçmenin ve gerekli kolluk tedbir ve araçlarına başvurmanın polisın olağan görev ve yetkileri arasında olduğu, maddi düzenin olağanın üstünde bazı faaliyetlerle ihlal edilmesi veya derhal

31 Bkz. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, 1965, s. 139-140.

32 Bkz. Tekin Akıllıoğlu, “Saklı Yetki Kavramı”, *A.İ.D.*, S. 11/3, Y. Eylül/1978, s. 73.

33 Bkz. Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş I*, 1968/1970, s. 80.

ihlal edilme tehlikesine karşı önleyici tedbirlerin alınmasında polisin bir dereceye kadar serbestiye sahip olduğu ortaya konulmaktadır.³⁴

Aşı uygulama yetkisinin “açıkça düzenlenmesi gerektiği”³⁵, bunun için toplum sağlığı gibi gerekçelerin tek başına yeterli olmayacağı³⁶ da ileri sürülmektedir. Bu kapsamda aşı için rıza şartının bulunduğu, bu şartın ancak açık bir kanuni düzenleme bulunması halinde aranmayacağı, Umumi Hıfzısıhha Kanununda çiçek aşısında olduğu gibi açıkça zorunlu olduğu gösterilenler dışında hiçbir aşının zorunlu tutulmadığı ifade edilmektedir.³⁷

Aşı genel sağlığın (kamu sağlığının) korunmasına yönelik bir kolluk tedbiri olup, bu uygulama, birazdan değineceğimiz kolluk düzenlemelerinin, yani kuralların konusuna girmektedir. İdarenin aşı uygulama yetkisi bu kurallardan yorum yoluyla tespit edilebilmektedir.³⁸ İdareye genel sağlığı koruma yetkisi veren kanuni düzenlemelerde sağlık tedbirlerine başvurulabileceği öngörülmüş olup, bu tedbirlerin içerisine aşı uygulamanın da girebileceği, apaçık olmasa da yeterli derecede açıktır. O halde idarenin aşı uygulama yetkisinin ilgili kanuni düzenlemelerde saklı bulunduğunu ve varlığının yeterli derecede anlaşılabilir olduğunu kabul etmek gerekmektedir.³⁹

34 Bkz, Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, 3. Bası, İstanbul, 1966, s. 1507.

35 Hakeri, s. 300.

36 Hakeri, s. 302.

37 Bkz. Hakeri, s. 300.

38 İdarenin yetkilerinin kapsamına nelerin girdiği tespit edilirken, yani yetkinin konusu belirlenirken dar yoruma gidilmesi halinde idari faaliyetlerin yürütülmesinde aksaklıklar meydana gelebilecek, geniş yorumda ise kişiler hukuka aykırı olarak kısıtlanabilecek (Akıllıoğlu, s. 73), yani kişi hak ve özgürlükleri hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmış olacaktır.

39 İdarenin aşı uygulama yetkisine sahip olduğundan söz edebilmek için yetkinin açıkça veya saklı biçimde kanunda düzenlenmiş olması yeterli olmayıp, aynı zamanda bu yetkinin kullanımının Anayasanın 13’üncü maddesinde, bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan güvencelere aykırı olmaması gerekir. Anayasanın 13’üncü maddesine göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. Örneğin kanunlarda açıkça söz edilmeksizin idareye genel sağlığı koruma yetkisi verilmesi üzerine idarenin aşı uygulama yetkisinin kabulü

A. İdareye Genel Sağlığı Koruma Yetkisi Verilmesi

İdarenin kanunda açıkça gösterilmese de genel sağlığı koruma yetkisi kapsamında aşı uygulayabileceğini, bunun saklı yetki hali olarak ifade edildiğini belirtmiştik. İdareye genel sağlığı koruma yetkisi veren çok sayıda kanuni düzenleme bulunmaktadır.

İdarenin genel sağlığı koruma görev ve yetkisi Anayasada kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşamlarını sürdürebilme hakkı kapsamında yer almaktadır. Anayasaya göre “Herkes, sağlıklı...bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” (m.56/1). Bu hak karşısında idare, kanuni düzenlemeler çerçevesinde toplum sağlığını temin etmeye, yani genel sağlığı korumaya yönelik kolluk faaliyetlerinde bulunmalıdır.

Genel sağlığın korunmasına yönelik kanuni düzenlemeler içerisinde en önce bakılması gereken “sağlıklı yaşamak için alınması gerekli önlemlerin bütünü”⁴⁰ anlamına gelen hıfzıssıhhaya (sağlığın korunmasına) ilişkin olan ve toplumun geneline yönelik sağlık tedbirlerinin alınmasını içeren faaliyetleri düzenleyen 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, yani “Genel Sağlık Kanunu”dur.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 1’inci maddesinde “*memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir*” denilerek Devletin bu alana ilişkin yükümlülükleri gösterilmiştir. Düzenlemeyle Devletin ülkenin sağlık koşullarını iyileştirmek ve kişilerin sağlığına zarar veren hastalıklarla veya diğer başka etkenlerle mücadele etmek ve gelecek neslin sağlıklı olarak yetişmesini ve halkın sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamakla görevli olduğu ortaya konulmuştur.

Anayasanın 13’üncü maddesinde temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırı olarak öngörülen “Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlama” koşuluna aykırılık teşkil etmemektedir. Zira Anayasanın 17’nci maddesinde “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz” denilmek suretiyle bu hakka yönelik müdahalelerin ya tıbbi zorunluluk halinde ya da ilgili kanunlarda yazılı sebep ya da sebeplere dayanılarak gerçekleştirilebileceği belirtilmiş, ilgili kanunlarda da “kişilerin sağlığının korunması”, “bulaıcı ve salgın hastalıkların önlenmesi” gibi sebeplerle idarenin yetkisini kullanacağı gösterilmiştir.

40 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a808fbb0a4331.90197175, e.t: 11.02.2018.

Devletin sağlık alanındaki görevlerini yerine getirmek üzere kurulan Sağlık Bakanlığının bu alandaki faaliyetlerinin neler olduğu Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 3'üncü maddesinde sayılmıştır. Sağlık Bakanlığının görevleri içerisinde; sık görülen, yani yaygınlık kazanan veya bulaşıcı nitelikte bulunan hastalıkların yayılmasını önlemeye yönelik olarak kolluk yetkisi kullanılarak gerçekleştirilebilecek faaliyetlere yer verilmiştir. Bu faaliyetler arasında “memlekete sari ve salgın hastalıkların hulülüne mümanaat”, ülkede bulaşıcı ve salgın hastalıkların ortaya çıkmasına engel olmak; “dahilde her nevi intani, sari ve salgın hastalıklarla veya çok miktarda vefiatı intaç ettiği görülen sair muzır amillerle mücadele” ise ülke sınırları içerisinde mikroplarla meydana gelen, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla veya çok sayıda ölüme neden olan diğer zararlı etkenlerle mücadele etmek demek olup, bunlar genellik arz eden, ülkenin tamamında veya belli bir bölgede yerine getirilecek, genel sağlığı korumaya yönelik kolluk faaliyetleriyle yerine getirilebilecek; bu kapsamda aşı uygulama yoluna gidilebilecektir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunuyla “umumi hıfzıssıhha meclislerine” de genel sağlığı koruma görev ve yetkisi verilmiştir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (m.23, m.24) gereğince ilde valinin veya il sağlık müdürünün, ilçede ise kaymakamın başkanlığında toplanan umumi hıfzıssıhha meclisleri için Kanunda (m.27) “*umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar*” denilerek bu meclislerin “genel sağlığın korunmasına yönelik kolluk yetkisine sahip oldukları” düzenlenmiştir. 27'nci maddede ayrıca “*sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler*” denilmek suretiyle “meclislerin bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunmaya yönelik bilgileri halkla paylaşacağı ve bulaşıcı bir hastalığın yok edilmesi için alınan tedbirlerin yerine getirilmesine yardım edeceği” ortaya konulmuştur. Umumi hıfzıssıhha meclislerinin sağlığı korumak için kullanabileceği yetkiler açıkça gösterilmese de bu meclislerin görevli olduğu yerlerde sağlık koşullarının iyileştirilmesi veya bozulan koşulların düzeltilmesi için kişilere aşı uygulanmasını gerektirecek tedbirlere başvurulması gerekli olabilecektir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununda umumi hıfzıssıhha meclislerinin tedbirler alacağı, bulaşıcı bir hastalığın yok edilmesi için alınan

tedbirlerin yerine getirilmesine yardım edeceği düzenlenmekle birlikte, tedbirlerin neler olduğu ve yapılacak yardımın kapsamına hangi faaliyetlerin gireceği gösterilmemiştir. Bu hükümle umumi hıfzıssıhha meclislerinin kişilere zorla aşu yapma yetkisine kavuşmadığı, hükmün sağlıkla ilgili tedbirlerin alınması, bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak bilgilendirme ve başvuru tedbirlerin yerine getirilmesine yardımcı olma yetkilerini düzenlediği ifade edilmektedir.⁴¹

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamede Sağlık Bakanlığının görev ve yetkilerinin neler olduğu gösterilmiştir. KHK'da genel sağlığın korunmasına ilişkin kolluk faaliyetleri bakımından Sağlık Bakanlığının görevinin herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak olduğu (m.2/1), bu kapsamda Bakanlığın halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi (m.2/2-a), teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi (m.2/2-b), uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesinin önlenmesi (m.2/2-c) ile ilgili olarak sağlık sistemini yöneteceği ve politikaları belirleyeceği, Bakanlığın bu amaçla görevin ve hizmetin gerektirdiği her türlü tedbiri alacağı (m.2/3-f) öngörülmüştür.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin 14/A maddesiyle Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, Sağlık Bakanlığının bir hizmet birimi olarak düzenlenmiştir. Genel Müdürlüğün görevleri arasında halk sağlığını koruma ve geliştirme ile sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele (m.14/A/1-a) ve bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar ile ilgili olarak bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmaya (m.14/A/1-c) yer verilmiştir.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin 28'inci maddesiyle Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü kurulmuş, Genel Müdürlüğe genel sağlığın korunmasına yönelik görev ve yetkiler verilmiştir. KHK'da Genel Müdürlüğünün uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkemize girmesini önlemek amacıyla, uluslararası giriş noktaları ve bunların gümrüklü alanlarında gerekli her türlü sağlık tedbirini alma veya aldırma (m.28/2-a), uluslararası giriş

41 Bkz. Hakeri, s. 300.

noktalarında hac, göç veya seyahat gibi toplu nüfus hareketlerinde gerekli sağlık tedbirlerini alma veya aldırma (m. 28/2-b) ve uluslararası giriş noktalarında yapılması gereken tüm sağlık hizmetleri, sağlık denetimleri ve çevre sağlığı işlemlerini yürütme, usûl ve esaslarını belirleme (m.28/2-g) görev ve yetkilerine sahip olduğu düzenlenmiştir.

Medeni Kanunun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında üstün nitelikte kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla kişilik haklarına müdahale edilebileceği düzenlenmekle, idarenin üstün nitelikte kamusal yarar teşkil eden kamu düzenini korumaya yönelik faaliyetlerde bulunabilmesine izin verilmiştir. İdarenin kamu düzenini korumak amacıyla kişilik haklarına müdahale edebilecek olması kamu düzeninin bir unsuru olan genel sağlığı korumaya yönelik yetkileri kullanabilmesini mümkün kılmıştır.

B. İdarenin Aşı Uygulama Yetkisinin Kanunda Açıkça Düzenlenmesi

İdareye açıkça aşı uygulama yetkisi veren düzenlemeler Umumi Hıfzısıhha Kanununda yer almaktadır. Memleket dahilinde sari (bulaşıcı) ve salgın hastalıklarla mücadele kapsamında, Umumi Hıfzısıhha Kanununun 72'inci maddesinde idarenin aşı uygulama yetkisi açıkça düzenlenmiştir. Umumi Hıfzısıhha Kanununun 72'inci maddesinde bu Kanunun 57'inci maddesinde sayılı bulunan hastalıklardan birisinin yani, kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek⁴², difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından birisinin görülmesi veya görüldüğünden şüphe edilmesi halinde idarenin uygulayacağı tedbirlere yer verilmiştir. Düzenlemede “*hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara...aşı tatbiki*” uygulanacak tedbirler arasında gösterilerek, idareye aşı uygulama yetkisi verilmiştir.

⁴² Aşının çiçek hastalığına karşı uygulanabileceği Umumi Hıfzısıhha Kanununun 88, 89, 90, 92 ve 93'üncü maddelerinde ayrıca gösterilmiştir.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 72'inci maddesi gereğince uygulanacak tedbirler ve bu tedbirler arasında aşı uygulaması 57'inci maddede sayılan hastalıklara ilişkin olanlarla sınırlı tutulmuştur. İdarenin her hastalıkta bu tedbirlere başvurabileceği, dolayısıyla kişilere bütün hastalıklar bakımından aşı uygulayabileceği öngörülmemiştir. Başka bir anlatımla genel aşı zorunluluğu getirilmemiştir.⁴³

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57'inci maddesinde sayılan hastalıkların yanı sıra başka bazı hastalıklara karşı da idarenin kişilere aşı uygulayacağı öngörülmüştür. Bunlardan birisi çiçek hastalığıdır. Kişiler birden fazla kez çiçek aşısı yaptırmaya mecbur tutulmuşlardır. Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre *“Türkiye dahilinde her fert çiçek aşısı ile mükerreren aşılanmağa mecburdur...”* (m.88). Bu mecburiyet karşısında idare kişilere aşı uygulama yetkisini kullanacaktır.

Umumi Hıfzısıhha Kanununda, hangi aşı olduğu madde metninde gösterilmese de düzenleniş yeri itibariyle çiçek aşısı olduğu anlaşılan aşının yeni doğanlara belli bir süre zarfında yapılacağı öngörülmüştür. Kanuna göre *“Türkiye hudutları dahilinde doğan her çocuk doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılanır...”* (m.89). O halde idare dört aylık veya dört aydan daha küçük çocuklara aşı uygulama yetkisine sahiptir. Bu yetkinin kullanımına ilişkin olarak Yargıtay, daha sonraki tarihlerde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan düzenlemeyle ilgili verdiği kararlardan verdiği kararların aksi yönde karar almış ve *“Umumi Hıfzısıhha Kanununda yer alan "her çocuğun doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılanmasının zorunlu olduğuna" ilişkin hüküm (m.89), müdahaleye ilgili kişinin muvafakat etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz...”*⁴⁴ demek suretiyle aşı için çocukların yasal temsilcilerinin rızalarının aranacağını ifade etmiştir.

Aşının kanunlarda kişiler için yükümlülük olarak düzenlendiği hallerde idare aşı uygulama yetkisine sahip olacaktır. Örnek olarak gösterdiğimiz düzenlemelerden UHK m.88 ve m.89 aşının yükümlülük olarak öngördüğü hallerdendir. Bu Kanunda aynı nitelikte başka

43 Hakeri s. 300.

44 Y.2.H.D, 03.03.2014, E. 2013/21336, K. 2014/4508, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 07.04.2014, E. 2014/33, K. 2014/8131, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 14.4.2014, E. 2014/149, K. 2014/8841, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 12.05.2014, E. 2014/3539, K. 2014/10796, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 04.11.2014, E. 2014/8392, K. 2014/21580, Lexpera İtihat Bankası.

düzenlemeler de bulunmaktadır. Nitekim Umumi Hıfzısıhha Kanunu gereğince otuz yaşına kadar her şahsın çiçek aşısını beş senede bir tekrar ettirmeye mecbur olması (m.90), çiçek salgınının görülmesi halinde sağlık memurları tarafından gerekli görülecek bütün kişilere çiçek aşısı uygulanmasının mecburi olması (m.90), askeri makamların askeri hizmetlerini ifası sırasında ve kanunen belli edilen sürelerde askerlerin çiçek aşılarını düzenli şekilde yapmaya mecbur tutulmaları (m.92) ve ticari ve sınai bütün müesseselerin sahiplerinin çalıştırdıkları kimselere kendi araçlarıyla (imkânlarıyla), kanunda öngörülen sürelerde çiçek aşısı ile aşılamaya mecbur olmaları (m.93) karşısında idare yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde kişileri aşı yaptırmaya zorlayacak, aşı uygulama yetkisini kullanacaktır.

Umumi Hıfzısıhha Kanununda yabancı ülkelerde görülen hastalıkların yayılmasına engel olmak amacıyla limanlarda başvurulacak tedbirler ayrıca düzenlenmiş ve bu tedbirler arasında aşı uygulamasına da yer verilmiştir. Düzenlemede hangi hastalıklara karşı bu tedbirin alınacağından söz edilmeksizin Türkiye limanlarına bulaşıcı ve salgın hastalıkların girmesine engel olmak amacıyla yolcu ve mürettebata aşı uygulanabileceği öngörülerek aşı uygulanacak hastalıkları tayin etme yetkisi idareye verilmiştir.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 54'üncü maddesinde komşu ülkelerden birinde 37'nci maddede zikredilen hastalıkların, yani kolera, veba, sarıhümme, lekelihümme ve çiçek hastalıkları ile Sağlık Bakanlığınca tayin ve ilân edilecek diğer tehlikeli salgın hastalıkların ortaya çıkması halinde kara sınırlarında, yani sınır kapılarında Sağlık Bakanlığı tarafından gelen yolculara aşı uygulanabileceği düzenlenmiştir. Böylece Kanunda sayılan hastalıkların yanı sıra Sağlık Bakanlığınca kanunda sayılanlardan başka hastalıkları da aşı uygulama yetkisi kapsamında değerlendirme yetkisi verilmiştir.

VI- Kişilere Rızaları Olmadan Aşı Yapılıp Yapılamayacağı Hususu

Aşı uygulaması ile görüşler aynı yönde değildir. Aşılama ile ilgili olumlu görüşlerin⁴⁵ yanı sıra olumsuz yönde görüşler⁴⁶ de

⁴⁵ Murat Akova – Bertil Emrah Oder– Önder Ergönül – Şevket Ruacan – Kemal Türker; “Bilim Akademisinin Aşılama İle İlgili Görüşü,” Bilim Akademisi Derneği-34 – 179/148, www.bilimakademisi.org , Temmuz 2015; Gül Ergör, “Aşının Halk Sağlığı İçin Önemi”, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı, İzmir Tabip

bulunmaktadır. Dolayısıyla kişilerin her zaman kendilerine veya çocuklarına aşı uygulanmasına karşı çıkma ihtimali bulunmaktadır. Böyle bir ihtimalle karşı karşıya kalındığında idarenin kişilere veya çocuklarına onların rızaları bulunmasa bile aşı yapma yetkisinin var olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kişinin kendisine veya çocuğuna aşı uygulanmadan önce rızasının sağlanması, aşı uygulanacağına kendisine önceden bildirilmesi ve kişinin kendi isteğiyle bu müdahaleye karşı koymaması, müsaade göstermesi anlamına gelmektedir.⁴⁷ Hasta Hakları Yönetmeliğine göre rıza “*kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini ifade eder*” (m.4/h).

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 31’inci maddesinin birinci fıkrasında rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılmasının esas olduğu gösterilmiştir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 5’inci maddesinin birinci fıkrasında da sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabileceği ifade edildikten sonra ikinci fıkrada bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile

Odası, Nisan 2017, s. 13; Ekin Özgür Aktaş, “Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 Başvuru Nolu Kararı Açısından Zorunlu Aşılama”, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı, İzmir Tabip Odası, Nisan 2017, s. 7.

46 Alişan Yıldırım, Zorunlu Aşı, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2014/02/12/etibba-diyor-ki-zorunlu-asi/>, e.t: 30.07.2017; Alişan Yıldırım, Sihirli Değnek “Aşı Efsanesi”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/04/23/misafir-yazar/sihirli-degnek-asi-efsanesi/>, e.t: 30.07.2017; Alişan Yıldırım, Alternatif Bilimler Akademisi!, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/08/04/hakimda/alternatif-bilimlerakademisi/>, e.t: 30.07.2017; Alişan Yıldırım, Çocuklara Hangi Aşılar Neden Yapılmalı, Hangileri Neden Yapılmamalı, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/07/04/misafir-yazar/cocuklara-hangi-asilar-neden-yapilmali-hangileri-neden-yapilmamali/>, e.t: 30.07.2017; Alişan Yıldırım, Çocukluk Çağı Aşıları Mecburi Değil Tavsiye Niteliğinde Olmalıdır, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2014/12/07/etibba-diyor-ki-cocukluk-cagi-asilari-mecburi-degil-tavsiye-niteliginde-olmalidir/>, e.t: 30.07.2017; Hatice Betül Gemici – Özlem Evrim Göksoy– Ahmet Doğan– Murat Doğan, Gıda Güvenliği Hareketi, Türkiye’nin Sağlık ve Aşı Mevzuatı, <http://www.gidahareketi.org/files/asi-mevzuati.pdf>.

47 Tıbbi müdahalede rıza ile ilgili açıklamalar için bkz. Ayan, s. 11 v.d., Hakeri, s. 266 v.d; Yenerer Çakmut, s. 193 v.d; Kahraman, s. 484 v.d., Kıcalıoğlu, s. 112 v.d; Kürşat Ersöz, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 45, Mayıs 2010, s. 110 v.d.

sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmesinin gerektiği belirtilmiştir.⁴⁸

Aşı uygulayacağı kişinin rızasını alması idarenin tek taraflı iradesiyle hareket edemeyeceği anlamına gelecektir.⁴⁹ Esasında idarenin bir kolluk faaliyeti olan aşığı uygulamadan önce ilgilinin rızasını alması bu faaliyetler için aranan bir özellik değildir. Zira aşı uygulaması idari eylem olup⁵⁰, idari eylemlerde karşı tarafın rızasını aranmaz. İdari eylemler tek taraflı olma özelliğine sahiptir.⁵¹

48 Tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınmasına ilişkin düzenlemeler için bkz. 1219 sayılı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.6, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70/1, Hasta Hakları Yönetmeliği m.5/d, m.22/1, m.24/1, m.28.

49 İdarenin tek yanlı işlemlerde bulunma yetkisi onun ölçülü işlemlerde bulunma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağından, yapılan işlem ölçülülük ilkesine uygunluğu bakımından denetleneyecektir. Zira Anayasanın 13'üncü maddesi gereğince temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının ölçülülük ilkesine uygun olması zorunludur. Buna göre idarenin kanunla bu yetkinin kendisine verilip verilmediğini tespit ederken aşı uygulamanın ölçülü bir tedbir olup olmayacağını da gözetmesi gerekmektedir. O halde aşı tedbiri karşısında daha hafif ve uygun tedbirler varsa bunlara başvurulmalı (Gereklilik ilkesi için bkz. Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara 2002 s. 37-38.), aşı genel sağlığın korunmasına kısmen de olsa katkıda bulunmalı (Elverişlilik ilkesi için bkz. Oğurlu, s. 36) ve aşı genel sağlığın korunması amacıyla orantısız olmamalıdır (Orantılılık ilkesi için bkz. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, 2002, s. 36).

50 İdari eylemler maddi aleme etki ederek, onda değişiklik meydana getirmeye yönelik faaliyetler olup, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmezler (Taner Ayanoğlu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, 2004, s. 81). İdare de aşı uygulamak suretiyle kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yapmaya yönelmeksizin onları hastalıklardan korumaya yönelik bir faaliyet gerçekleştirir.

51 Serdar Özgüldür, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, 1996, s. 54; Emrah Özcan, *Fiili Yol* (Danışman: Prof. Dr. Ali Ulusoy), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 12. İdare idari eylemde bulunmadan önce herhangi bir kişiden ya da makamdan izin almak zorunda değildir (Ayanoğlu, s. 80). İdarenin eylemde bulunmasıyla birlikte onun bu faaliyeti hukuki sonuçlarını doğurmakta; tamamlanmış olmaktadır (Özgüldür, s. 54). İdari işlemlerin de bir özelliği olan tek yanlı olmanın sonucunda idarenin iradesini açıklamasıyla birlikte o işlem gerçekleştirilir (Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 381; Günday, s. 124). İşlemin yapılmasında sadece o işlemi yapanın, yani idarenin iradesini ortaya koyması yeterlidir (Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1279; Atay, s. 427; Çağlayan, s. 295). İşlemin meydana gelmesinde işleme konu olanın iradesi pay sahibi değildir (Yıldırım-Yasin-Kaman-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 394).

İdarenin işlemlerinde karşı tarafın da görüşünü alması, rızasını göz önünde bulundurması karşı tarafın da işleme katılımının sağlanması bakımından faydalıdır. Ancak idarenin kişilerin kendilerine zarar verecek davranışlardan korunmasında ve genel sağlığın devam ettirilmesinde karşı tarafın rızasını gözetmemesi, genel sağlık gibi üstün menfaatlerin korunması gereği karşısında adeta bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin kişilere motosiklet kullanırken kask, araç kullanırken emniyet kemeri takma zorunluluğu getirilmekte, böylece kişiler kaza halinde ölüm ve yaralanmalara karşı korunmaktadır. İdarenin genel sağlığı korumak amacıyla kişilere rızaları hilafına aşı uygulamasında da aynı amaç bulunmaktadır. İdare aşı yoluyla bulaıcı ve salgın hastalıkların yayılmasının önüne geçmek, dolayısıyla toplumu korumak amacıyla kişilere rıza göstermeseler bile aşı uygulayabilmektedir.

Medeni Kanunun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında kişilik hakkına müdahale edilebilecek haller kapsamında "daha üstün nitelikte kamusal yararın bulunmasıyla" idarenin kişilik hakkına ve bu kapsamda vücut bütünlüğüne müdahale yetkisine kavuşması üzerine aşı uygulayabilecek olması⁵² idari eylem olan aşı uygulamasının tek taraflı olduğunu, rıza aranmaksızın uygulanabileceğini göstermektedir. Bu düzenleme gereğince aşı uygulanabilmesi kişilik hakkına müdahale edilebilen hallerden olan "daha üstün nitelikte kamusal yarar" ve "kanunun verdiği yetkinin kullanılması" kapsamında yer almaktadır.⁵³ Buna göre idare aşı uygulamakta üstün nitelikte kamusal yararın bulunması sebebine dayanarak faaliyette bulunurken karşı tarafın rızasını aramayacaktır. Müdahale yetkisi Medeni Kanunda açıkça düzenlendiğinden idare kanunla kendisine verilen yetkiyi kullanmış olacaktır. Ayrıca idareye açıkça aşı uygulama yetkisi vermemekle birlikte, sağlığı koruma yetkisi kapsamında aşı uygulama yetkisi veren kanuni düzenlemelerde rıza koşulu aranmadığından, idare bu yetkisini kendiliğinden kullanabilecektir. Buradan anlaşılacağı üzere aşı

Zira idari işlemin gerçekleştirilmesinde işleme konu olanın rızası aranmaz (Günday, s. 124; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 381; Gözübüyük-Tan, s. 367; Çağlayan, s. 295). Dolayısıyla idare ile işleme konu olan kimsenin iradeleri arasında eşitlik bulunmaz (Gözübüyük-Tan, s. 367).

⁵² Ayrıca bkz. Kara Kılıçarslan, s. 119.

⁵³ Çeker, s. 7.

uygulanmasının rıza olmaksızın gerçekleştirilmesi kanunla öngörülmüş olmasına bağlıdır.⁵⁴

Aşının rıza olmaksızın uygulanabileceği AİHM kararlarına da konu olmuştur. AİHM'nin bir kararında ifade edildiği üzere zorla aşı, rıza olmaksızın tıbbi müdahale anlamına gelmektedir.⁵⁵ Özellikle bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadelede, kanunun uygulanması kapsamında kişilere rızaları olmadan aşı uygulanabilmektedir.⁵⁶ Kamu sağlığı olarak da ifade edilen genel sağlığı korumaya yönelik müdahaleler ilgili olduğu kişinin rızası olmadan gerçekleştirilebilmekte olup, bu amaçla yapılan müdahaleler hukuka aykırı değildir.⁵⁷

VII- Aşı Uygulaması Karşısında Yargı Yerlerinin Tutumu

Aşı uygulamasına yönelik olarak Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesinin kararları dikkat çekicidir. Verilen kararlar aşı uygulamasının kanuniliğine ve çocuklara yasal temsilcilerinin rızaları olmadan aşı uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir.

Yargıtay aşı ile ilgili olarak başlarda yasal temsilcilerinin rızası olmasa da gerek çocuğun üstün menfaatlerinin gerekse de toplum sağlığının korunması için çocuklara aşı uygulanabileceği yönünde kararlar vermiştir.⁵⁸ Ancak Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru talepli dilekçeler karşısında verdiği, birazdan değineceğimiz kararlar üzerine Yargıtay bu tutumunu değiştirmiştir. Yargıtay aşının zorunlu tutulamayacağına ilişkin sonraki kararlarında Anayasa Mahkemesinin aşya yönelik bireysel başvuru talepli kararları doğrultusunda karar almıştır.

54 Mithat Kara, “Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşıya Yaklaşımı”, *Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı*, İzmir Tabip Odası, Nisan 2017, s. 44.

55 ECHR, Case of Solomakhin v. Ukraine, 24/09/2012, Application no. 24429/03, HUDOC.

56 Kahraman, s. 496; Yenerer Çakmut, s 54.

57 Çeker, s. 7.

58 Y.2.H.D, 4.5.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y.2.H.D, 07.05.2015, E. 2015/1170, K. 2015/9552, Lexpera İçtihat Bankası Y.2.H.D, 13.05.2015, E. 2015/637, K. 2015/10057, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 26.5.2015, E. 2014/28082, K. 2015/10714, Lexpera İçtihat Bankası.

Yargıtay 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında korunmaya muhtaç çocuk sayılıp, bu Kanun gereğince haklarında koruma tedbirine hükmedilerek aşı uygulanacak çocuklara ilişkin olarak anne ve babanın çocuklarının menfaatlerini göz önünde tutmaları ve aşıya karşı koyarken haklı bir sebep göstermeleri gerektiğini, çocuğa yapılacak müdahale ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde buna karşı çıkmaları halinde çocuğun üstün yararı esas alınarak müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verileceğini, aşının çocuğun üstün yararına olması halinde yasal temsilcilerin buna rıza göstermekten kaçınamayacaklarını, aksi durumda yasal temsilcilerin rızalarına hukuki sonuç bağlanamayacağını, yani rızalarının aranmayacağını ortaya koymuştur.⁵⁹ Böylece Yargıtay anne ve babası çocuğa aşı uygulamasına karşı çıksa bile bu müdahalenin çocuğun sağlığı bakımından gerekli olup olmayacağına karar verilebileceğini, bu karar alınırken çocuğun üstün menfaatinin esas alınacağını göstermiştir.

Yargıtay'ın aksine anne ve babanın aşıya rıza göstermemelerinin rıza yetkilerini kötüye kullandıkları anlamına gelmediği, aşının koruyucu etkisinin uzun vadeli olduğu, aşının sadece çocuğun sağlığı bakımından acil bir zorunluluk içermesi halinde ebeveyn rıza göstermese bile zorla aşı yapılabileceği ifade edilmiştir.⁶⁰ Böylece aşının anne ve babasının rızası olmadan çocuğa müdahale edecek kadar onun sağlığına etki eden bir uygulama olmadığı, aşının böyle bir etkiye sahip olup olmadığına ancak uzun vadede anlaşılabileceği, dolayısıyla çocuğun anne ve babasının rızası hilafına bir faaliyete girişecek kadar üstün bir menfaatinin bulunmadığı dile getirilmiştir.

Yargıtay verdiği kararlarda aşının çocuğun üstün menfaatinin yanı sıra "toplum sağlığı" için gerekli olmasına da değinmiştir. Mahkeme bu gerekliliği ortaya koyarken uygulanmak istenen aşının Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" uyarınca

⁵⁹ Y.2.H.D, 4.5.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y.2.H.D, 07.05.2015, E. 2015/1170, K. 2015/9552, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 13.05.2015, E. 2015/637, K. 2015/10057, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 26.5.2015, E. 2014/28082, K. 2015/10714, Lexpera İçtihat Bankası.

⁶⁰ Bkz. Hakeri, s. 304-305. Yazar bu görüşünü kaymakamlığın soruşturma izni vermeme kararı üzerine yaptığı değerlendirmede ortaya koymuştur (Bkz. Hakeri, s. 303-305).

yapılması zorunlu aşılardan olduğunu ifade etmiştir.⁶¹ Mahkeme böylece aşının genel sağlığın korunmasına yönelik bir faaliyet olduğunu, kolluk faaliyetleri kapsamında aşı uygulanabileceğini göstermiştir.

Çocuklara yasal temsilcilerinin rızaları olmadan aşı uygulanması bireysel başvuru konusu da olmuş, Anayasa Mahkemesi ihlal iddiaları hakkında iki önemli karar vermiştir. Mahkeme, Anayasanın 17’nci maddesiyle tıbbi müdahaleyi ret hakkına ve kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme yetkisine değinmiş, başvurular karşısında her iki kararında da rıza olmaksızın aşı uygulanmakla Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan “maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi” hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶²

Anayasa Mahkemesi kararlarında⁶³ aşı uygulanmasına ebeveynleri tarafından karşı konulan çocukların 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5’inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında korunmaya muhtaç çocuk sayılıp, bu Kanun gereğince haklarında koruma tedbiri uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiştir. Mahkeme 5395 sayılı Kanunda yer alan bu düzenlemenin tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli olan geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret ettiğini belirtmiştir. Mahkeme söz konusu düzenlemenin doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılmasının olanaklı olmadığını, aksinin kabulü hâlinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesinin muhtemel olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme 5395 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeye dayanılarak aşı uygulamanın kanuni temelinin ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan “öngörülebilirlik niteliğini” taşımadığına, müdahalenin

⁶¹ Y.2.H.D, 4.5.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶² A.Y.M; Halime Sare Aysal Başvurusu, 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; A.Y.M; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, 29.6.2016, Başvuru No: 2014/4077, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁶³ A.Y.M; Halime Sare Aysal Başvurusu, 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; A.Y.M; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, 29.6.2016, Başvuru No: 2014/4077, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

Anayasa'nın 17. maddesi anlamında meşruiyet unsurlarından birisi olan "kanunilik şartını sağlamadığına" karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi aşı uygulamasının kanunilik ilkesine uygunluğunu incelerken Sağlık Bakanlığının yayımladığı 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgede uygulanacak aşıları göstermesini de bu ilkeye uygunluk bakımından değerlendirmiştir. Mahkeme Umumi Hıfzısıhha Kanununda açıkça düzenlenmiş olmasına bağlı olarak yalnızca çiçek aşısının mecburi olduğunu, bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapılmakla birlikte "genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığını" ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerinin Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57'nci maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için uygulanacağı öngörülenlerle sınırlı tutulmadığını, başvurucuya uygulanacağına hükmedilen aşıların 57'nci maddede tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığını belirlemiştir.⁶⁴ Böylece mahkeme idarenin kanunda açıkça sayılanlar dışında aşı uygulama yetkisinin bulunmadığını, uygulanacak aşının mutlaka kanunda sayılanlardan birisi kapsamına girmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla hukuk kuralların belirli (açık) ve öngörülebilir olma gereğine değinmiştir. Belirlilik (açıklık), hukuk kurallarının insanların davranışlarını biçimlendirebilmesi için yeterli derecede açık olması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁵ Belirlilik ilkesi gereğince hukuk kuralları anlaşılır olmalıdır.⁶⁶ Ne ifade ettiğini anlayamadığı kurallar kişilerde güvensizlik oluşturur; hatta içeriğini anlayamadıkları kuralların kişilere tehlike sunduğu ifade edilir.⁶⁷

64 A.Y.M; Halime Sare Aysal Başvurusu, 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; A.Y.M; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, 29.6.2016, Başvuru No: 2014/4077, Lexpera İtihat Bilgi Bankası.

65 Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, İstanbul, 2011, s. 24.

66 İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, 2015, s. 72.

67 Funda Başaran Yavaşlar, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi", *Kamu Hukukçuları Platformu-Hukuk Güvenliği (8-9 Kasım 2013)*, Hazırlayan Ece Göztepe, s. 191.

Hukuk kurallarının öngörülebilirliği ise kişilerin kendilerine uygulanacak kuralların neler olduğunu, bunların uygulanmakla hangi sonuçları doğurabileceğini kestirebilmesi ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmesi demektir.⁶⁸ Hukuki öngörülebilirlikten söz edebilmek için kuralların makul düzeyde açık ve anlaşılır olması yeterli olup, açıklık ve anlaşılabilirliğin kesinlik ihtiva etmesi olanaklı değildir.⁶⁹ Zira kuralların her zaman kapsam itibariyle farklı yorumlanmalarının önüne geçecek kadar açık ve anlaşılır olmalarını sağlayacak bir ölçüt bulunmamaktadır.⁷⁰

Tekrar edeceğimiz üzere Anayasa Mahkemesi 5395 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakımına karar verilebilmesi kapsamında ebeveynin rızası olmaksızın aşı uygulamasına tabi tutulamayacağına karar vermiştir. Biz aşının kanuniliğini değerlendirirken 5395 sayılı Kanunda yer alan, bahsi geçen düzenlemeye değinmemiştik. Zira aşının kanundan kaynaklandığını çok daha kuvvetli şekilde ortaya koymayı sağlayacak başka kanuni düzenlemeler bulunmaktadır.

Aşının kanunla açıkça öngörüldüğü hallerde idarenin aşı uygulama yetkisinin apaçık olduğunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve ilgili diğer kanunlarda ise idareye genel sağlığı koruma yetkisi verilmesiyle idarenin aşı uygulama yetkisinin genel sağlığı koruma yetkisi içerisinde saklı bulunduğunu, idarenin bu yetkisinin varlığının yeterli derecede açık olduğunu ve yorum yoluyla çıkarılabileceğini ifade etmiştik. Kanaatimizce idarenin genel sağlığı korumaya yönelik olarak başvuracağı tedbirlerden birinin aşı uygulamak olacağı yeterince açıktır. Kişiler idarenin bu tedbiri rızaları olmasa da kendilerine uygulayabileceğini öngörebilirler. Dolayısıyla aşı uygulaması açıklık ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil etmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin aşının kanunda açıkça sayılan hallerde uygulanabileceğine ilişkin kararlarından sonra Yargıtay'ın aşı ile ilgili kararlarında değişiklik meydana gelmiştir. Yargıtay önceleri çocuğun

68 Köküarı, s. 138.

69 Köküarı, s. 138.

70 Selda Çağlar, "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi", *Kamu Hukukçuları Platformu-Hukuk Güvenliği (8-9 Kasım 2013)*, Hazırlayan Ece Göztepe, s. 32.

üstün menfaati ve toplum sağlığının korunması gereğince çocuğa yasal temsilcilerinin rızası olmadan da aşı yapılabilceği görüşündeyken, bireysel başvuru talepleri karşısında Anayasa Mahkemesinin kararlarından sonra tersi yönde kararlar vermeye başlamıştır.

Yargıtay, Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 numaralı başvuruda verdiği ihlal kararının devam etmekte olan davalara uygulanacağını ifade ederek yasal temsilcilerin çocuğa aşı yapılmasına rıza göstermemesi karşısında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yerel mahkemelerce verilen "sağlık tedbiri uygulanması" kararlarını bozmuştur.⁷¹

VIII- Sonuç

Aşı uygulaması Türkiye'de son dönemlerde özellikle çocuklara uygulanacak olan aşular bakımından tartışmalı bir konu haline gelmiştir. Aşı uygulaması karşı çıkanlar olduğu gibi, uygulanması gerektiğini savunanlar da olmuştur. Konu yargı mercilerinin de önüne gitmiş, Yargıtay önceki kararlarında çocuklara yasal temsilcilerinin rızaları olmadan aşı uygulanabileceğine hükmetmiştir. Ancak bireysel başvuru hakkının kullanımı kapsamında önüne gelen başvurular karşısında

⁷¹ Y.2.H.D, 03.02.2016, E. 2015/26231, K. 2016/1724, Lexpera İtihat Bankası. Ayrıca bkz. Y.2.H.D, 09.03.2016, E. 2016/141, K. 2016/4655, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 24.03.2016, E. 2016/2367, K. 2016/5882, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 7.4.2016, E. 2016/4997, K. 2016/7105, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 7.4.2016, E.2016/6332, K. 2016/7104, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 14.04.2016, E. 2016/4989, K. 2016/7631, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 05.05.2016, E. 2016/6766, K. 2016/9249, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 22.12.2016, E.2016/19574, K. 2016/16369, Lexpera İtihat Bankası. Yargıtay'ın söz konusu kararlarına göre "...5395 sayılı Yasanın 5. maddesinin (1.) fıkrasının (d) bendine dayanan benzer uygulamalarda, bireysel başvuru konusu yapılması halinde Yüksek Mahkemece, bundan sonra da hak ihlalinin tespit edileceği ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yolunun açılacağı da muhakkak gözükmektedir. Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye'nin "taraf" olduğu eki protokollerin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulması asıldır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ikincil nitelikte bir yoldur. Bu husus, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin birçok kararında ifade edilmiştir. O halde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılama devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması gerekmiştir..."

Anayasa Mahkemesinin rıza olmaksızın aşı uygulamasını hak ihlali gören kararları üzerine Yargıtay'ın kararları da bu yönde değişmiştir.

İdarenin aşı uygulama yetkisini kullanabilmesi için bu yetkinin kanuna dayanması gerekmektedir. İdareye kanunla bu yetkinin verilmesi ve ayrıca rızanın koşul olarak öngörülmemesi halinde idarenin aşı uygulamak için ilgilinin rızasını alması gerekmemektedir. İdare bazı hastalıklar bakımından Umumi Hıfzısıhha Kanununda açıkça gösterilmekle birlikte ilgili kanunlarda ayrıca gösterilmeyen haller ve hastalıklar bakımından da aşı uygulama yetkisine sahiptir.

Medeni Kanununun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince "üstün nitelikte kamusal yararın bulunması" halinde kişilik hakkına müdahale edilebilmesi, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede genel sağlığın korunmasına yönelik olarak verilen yetkiler idarenin aşı uygulama yetkisini de içeren tedbirlere başvurabileceğini göstermektedir. İdarenin aşı uygulama yetkisi, genel nitelikteki bu yetkilerinin içerisinde saklı olup, yorum yoluyla varlığı anlaşılabilir kadar açık bulunmaktadır. Dolayısıyla idarenin genel sağlığı korumak amacıyla aşı uygulama yetkisi kanuni dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca ilgili kanunlarda aşı uygulanabilmesi için muhatabın rızasının alınması koşulu da aranmamaktadır.

İlgili kanunlarda her hastalık türü bakımından açıkça düzenlenmeyen aşı uygulama yetkisinin kanunla ayrıca düzenlenmesi idarenin aşı yetkisine yönelik tereddütlerin önüne geçilmesi bakımından gerekliliktir. Zira Umumi Hıfzısıhha Kanunu bugün için anlaşılması güç, eski bir ifade yapısına sahip kanun olup, idarenin genel sağlık alanındaki yetkilerinin günümüz koşullarına uygun olarak kanunla yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Aşı uygulaması yalnızca bireysel nitelikte bir sağlık uygulaması değildir. Aşı, uygulanacağı kişinin yanı sıra toplumu da korumayı amaçlayan bir kolluk faaliyetidir. Toplumun sağlık koşulları içerisinde yaşantısını sürdürebilmesi, genel sağlığın ve dolayısıyla kamu düzeninin korunması için idarenin böyle bir faaliyette bulunması şarttır.⁷² İdarenin bir kolluk faaliyeti olarak aşı uygulama yetkisi kanundan kaynaklanmakta olup, rıza gerektirmemektedir. Dolayısıyla Anayasa

⁷² Aynı yönde görüş için bkz. Akova- Oder- Ergönül- Ruacan- Türker, Bilim Akademisi.

Mahkemesinin bireysel başvuru talepleri karşısında rıza olmaksızın aşı uygulama da hak ihlali bulunduğuna yönelik kararlarına katılmıyoruz.

KAYNAKLAR

AKILLIOĞLU, Tekin; “Saklı Yetki Kavramı”, *A.İ.D*, S. 11/3, Y. Eylül/1978, s. 73-83.

AKOVA, Murat – ODER, Bertil Emrah – ERGÖNÜL, Önder – RUACAN, Şevket – TÜRKER, Kemal; “Bilim Akademisinin Aşılama İle İlgili Görüşü,” *Bilim Akademisi Derneği-34 – 179/148*, www.bilimakademisi.org, Temmuz 2015.

AKTAŞ, Sururi *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, İstanbul, 2011.

AKTAŞ, Ekin Özgür; “Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 Başvuru Nolu Kararı Açısından Zorunlu Aşılama”, *Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşılama Kararı, İzmir Tabip Odası*, Nisan 2017, s. 7-11.

AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat-KAYA, Cemil; *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, 2016.

ATAY, Ender Ethem; *İdare Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2016.

AYAN, Mehmet; *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991.

AYANOĞLU, Taner; *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, 2004.

BALTA, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş I*, 1968/1970.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda; “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu-Hukuk Güvenliği (8-9 Kasım 2013)*.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Ankara, 2017.

ÇEKER, Mustafa; “Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/makaleler.htm> , e.t: 25.03.2018 (s. 1-15).

ÇAĞLAR, Selda; “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, *Kamu Hukukçuları Platformu-Hukuk Güvenliği (8-9 Kasım 2013)*.

DEDE, Emine; *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*, 2017.

DURAL, Mustafa – ÖĞÜZ, Tufan; *Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, 2015.

DURAN, Lütü; *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982

ERGÖR, Gül, “Aşının Halk Sağlığı İçin Önemi”, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı”, *İzmir Tabip Odası*, Nisan 2017, s. 12-18.

ERSÖZ, Kürşat; “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 45, Mayıs 2010, s. 105-122.

GEMİCİ, Hatice Betül – GÖKSOY, Özlem Evrim – DOğAN, Ahmet – DOğAN, Murat, Gıda Güvenliği Hareketi, “Türkiye’nin Sağlık ve Aşı Mevzuatı”, <http://www.gidahareketi.org/files/asi-mevzuati.pdf>.

GİRİTLİ, İsmet- BİLGİN, Pertev- AKGÜNER, Tayfun- BERK, Kahraman; *İdare Hukuku*, 6. Basım, İstanbul, Kasım 2013.

GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel; *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, 2017.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – TAN, Turgut; *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, C. I, 9. Bası, Ankara 2013.

GÜNDAY, Metin; *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2011.

GÜNEŞ, Turan; *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, 1965.

HAKERİ, Hakan; *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Eylül 2015.

İNELİ, Bekir Urağan; “18 Yaş Üstü Erişkinlerin, Erişkin Aşuları Konusundaki Bilgi, Tutum Ve Görüşleri İle Aşı Yaptırma Oranlarının Değerlendirilmesi” (Tez Danışmanı: Doç. Dr. Melahat Akdeniz), Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Antalya, 2016.

KAHRAMAN, Zafer; “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 479-510.

KARA, Mithat; “Anayasa Mahkemesi’nin Zorunlu Aşıya Yaklaşımı”, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı, *İzmir Tabip Odası*, Nisan 2017, s. 37-48.

KARA KILIÇARSLAN, Seda; *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul, 2015.

KICALIOğLU, Mustafa; *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara, 2011.

KÖKÜSARI, İsmail; *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, 2015.

METİN, Yüksel; *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, 2002.

OĞURLU, Yücel; *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, 2002.

ONAR, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, 3. Bası, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Ekim 2004.

ÖZCAN, Emrah; “Fiili Yol” (Danışman: Prof. Dr. Ali ULUSOY), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.

ÖZGÜLDÜR, Serdar; *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, 1996.

SAVAŞ, Halide; *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, Ankara, 2011.

TORUN, Sebahat Dilek; “Ümraniye Eğitim Ve Araştırma Sağlık Grup Başkanlığı Bölgesinde Aşılama Hizmetleri Ve Soğuk Zincir Yönetimi Üzerine Eğitimin Etkisi” (Danışman: Doç. Dr. Sibel KALAÇA, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

ULU, Güher; *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, 2012.

YAYLA, Yıldızhan; *İdare Hukuku*, İstanbul, Eylül 2009.

YENERER ÇAKMUT, Özlem; *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Ocak 2003.

YILDIRAN, Alişan; “Zorunlu Aşı”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2014/02/12/etibba-diyor-ki/zorunlu-asi/> , e.t: 30.07.2017.

YILDIRAN, Alişan; “Çocuklara Hangi Aşılar Neden Yapılmalı, Hangileri Neden Yapılmamalı”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/07/04/misafir-yazar/cocuklara-hangi-asilar-neden-yapilmali-hangileri-neden-yapilmamali/> , e.t: 30.07.2017.

YILDIRAN, Alişan; “Alternatif Bilimler Akademisi!”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/08/04/hakimda/alternatif-bilimler-akademisi/> , e.t: 30.07.2017.

YILDIRAN, Alişan; “Sihirli Değnek “Aşı Efsanesi”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/04/23/misafir-yazar/sihirli-degnek-asi-efsanesi/> , e.t: 30.07.2017.

YILDIRAN, Alişan; “Çocukluk Çağı Aşıları Mecburi Değil Tavsiye Niteliğinde Olmalıdır”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2014/12/07/etibba-diyor-ki/cocukluk-cagi-asilari-mecburi-degil-tavsiye-niteliginde-olmalidir/> , e.t: 30.07.2017.

YILDIRIM, Turan- YASİN, Melikşah- KAMAN, Nur- ÖZDEMİR, H. Eyüp- ÜSTÜN, Gül- OKAY TEKİNSOY, Özge; *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Kasım 2016.

CEZA ADALETİ SİSTEMİNE YENİ BİR YAKLAŞIM: TAMAMLAYICI BİR SİSTEM OLARAK “ONARICI ADALET” MEKANİZMASI

*Arş. Gör. Sercan TOKDEMİR**

“Cezalandırılan, topluma lekelenmiş olarak değil, temizlenmiş biri olarak dönmelidir.” Gustav Radbruch

Özet

Bu çalışmanın temel amacı onarıcı adalet anlayışının geleneksel ceza adaleti sistemine yeni bir yaklaşım olarak ortaya çıkışını ve bu sistemi tamamlayıcı bir disiplin olduğunu sistemler arası bir mukayese ile ortaya koymaktır. Bu çerçevede, onarıcı adaletin geçirdiği tarihsel süreç, tanımı, düşünce yapısı, uygulanan modelleri, temel ilke ve hedefleri eleştirel ve mukayeseli bir bakış açısıyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Onarıcı adalet, yeniden bütünleştirici kınama, mağdur-fail arabuluculuğu, geleneksel ceza adaleti, zararın onarılması.

Abstract

The main aim of this study is to reveal the emergence of restorative justice as a new approach to conventional criminal justice and a supplementary discipline for this system with a comparative intersystem. In this context, restorative justice will be discussed within a critical and comparative point of view dealing with historical process, definition, mentality, applied modals, the main principles and aims of it.

Key Words: Restorative justice, reintegrative shaming, victim-offender mediation, conventional criminal justice, repairing harm.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Giriş

Ceza adaleti sisteminde önemli olan dış âleme yansıyan bir fiilin, genel ceza ve özel ceza kanunlarında düzenlenen bir normu ihlal etmesidir. Dolayısıyla ihlal edilen bir normun var olması, sistemin en önemli özelliğidir. Fiilin bireye karşı değil, devlete karşı gerçekleştirildiği düşüncesi hâkimdir. Dolayısıyla ihlali gerçekleştiren kişi bazı müeyyidelerle karşılaşacaktır. İhlal edilen normu ve ona denk düşen müeyyideyi tespit edip düzenleme yapacak olan da devlettir. Şu halde norm koyma ve yaptırım uygulama devletin tekelindedir. Bu şekilde devlet gibi bir gücün tekelinde olan bir sistemde, suçun mağdurları ve suçun yol açtığı bireysel ve toplumsal zararlar göz ardı edilmektedir. Zararların telafisinden çok, faili esas alan bir sistemde, suçun yol açtığı çok boyutlu zararları bertaraf etmek ve suç mağdurlarını aktif hale getirmek ceza adaleti anlayışına yeni bir yaklaşımı gerekli kılmıştır. Şüphesiz bu da, “cezalandırma” ve “adalet” anlayışındaki algının farklılaşması ile gerçekleşebilir. Yani, yeni bir ceza adaleti sistemi ile mümkün olabilir. Onarıcı adaletin bunu uzun vadede sağlayacağı ifade edilmektedir. Onarıcı adalette suça ve suç işleyene da bakış farklıdır. Onarıcı adalette suç devlet ile fail arasındaki bir uyuşmazlık değil, bireyler arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık olarak kabul edilmektedir. Suçun devlete karşı değil, bireye karşı işlenen bir haksızlık olduğu kabul edilmektedir. Onarıcı adalet felsefesinin odak noktasında mağdur, fail ve toplum olmak üzere temelde üç aktör yer almaktadır. Dolayısıyla onarıcı adaletin temelinde suça yol açan fiilin bireye karşı gerçekleştirilmesi anlayışından hareketle, bu kişilerin uyuşmazlığın çözümü sürecine doğrudan katılmaları ve doğrudan etkilerinin olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu çerçevede onarıcı adalet, işlenen bir suçun tarafları olan fail, mağdur/mağdurun yakınları ve toplum temsilcilerinin belirlenen yer ve zamanda ve bir moderatör/arabulucu gözetiminde gönüllülük esasına bağlı olarak bir araya gelmeleri ve karşılıklı diyaloga geçmeleri olarak tanımlanabilir.

Biz de bu çalışmamızda ceza adaleti sistemi ile onarıcı adalet sistemi arasında, kavramsal boyutlarına da değinmek sureti ile bir mukayese yaptıktan sonra onarıcı adaletin tarihsel gelişimine değineceğiz. Çalışmanın odak noktası olarak onarıcı adaletin altında yatan düşünce, temel ilke ve amaçları ile dünyada kullanılan modellerini de anlattıktan sonra, mukayeseli bir bakış açısı ile onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif bir sistem mi, yoksa ceza adaleti sistemini tamamlayıcı bir sistem mi olduğu tartışmalarına girerek konumuzun

yelpazesini genişleteceğiz. Neticede onarıcı adaletin her ne kadar ceza adaleti sistemine alternatif bir sistem olduğu görüşü hâkim olsa da, ceza adaleti sistemini tamamlayıcı yeni bir mekanizma olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki kanaatimizi ortaya koyacağız. Son olarak onarıcı adalete yönelik yapılan temel birkaç olumlu ve olumsuz eleştiriye değinerek bir sonuç bölümü ile çalışmamızı tamamlayacağız.

A. Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım Olarak Onarıcı Adalet

1. Ceza Adaleti Kavramı

Adalet, hakkı gözetme, hırsızlık yapmama, herkese hakkını verme vb. anlamlara gelmektedir. Yani, doğruyu göstermek, doğruluktan ayrılmamak, adil olmak demektir.¹

Adalet ile ceza kavramları arasında sıkı bir ilişkinin varlığından bahsetmek mümkündür. Ancak adil bir cezalandırma ile cezalandırma herkes tarafından kabul edilir insan vicdanı tarafından onaylanabilir. Yani cezalandırmanın meşruiyeti adil bir cezalandırmaya dayanmaktadır. Şu halde cezalandırmanın adaletin gereği olduğu ifade edilebilir. Suçun bir haksızlık içerdiği kabul edildiğinde, cezalandırmanın bu haksızlığı gidermenin aracı olduğu söylenebilir. Demek ki cezalandırma, cezayı da

¹ Mahmut Gökpınar, "Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız", *TBB Dergisi*, Sayı: 77, 2008, s. 214. Adalet kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. Turhan Esener, *Hukuka Giriş*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2015, s. 57. ; John Rawls, adaleti "*toplumsal kurumların başta gelen erdemi*" olarak tanımlamaktadır. Düşünüre göre, "*nasıl ki doğruluk düşünce sistemlerinin ilk erdemi ise adalet de sosyal kurumların ilk erdemidir*". Bkz. John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, s. 3.; adaletin "*herkese kendi payına düşeni verme konusunda sonsuz ve sürekli çaba harcanması*" olarak tanımı hakkında bkz. Adnan Güriz, "Adalet Kavramı", s. 13. Makale için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf. Erişim tarihi: 29.04.2015, s. 14. ; başka bir tanım için bkz. Sezgin Seymen Çebi, *Sosyal Adalet Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış*, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2012, s. 27. ; hukuki değerlendirmelerin ölçüsü olarak adalet için bkz. Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, XII Levha Yayınları, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul Kasım 2010, s. 41-45. ; adalet kavramı üzerine daha fazla bilgi için ayrıca bkz. Giorgio Del Vecchio, "Adalet ve Hukuk", (Çeviren: Ş.T.), bkz. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 1. Kitap, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, s. 21-23. ; adalet kavramının diğer bir tanımı için bkz. David Schmidtz, *Adaletin Unsurları*, (Çeviren: Hayrettin Özler), Liberte Yayınları, 1. Baskı Mayıs 2010, s. 21-22.

ortaya çıkararak bir gereksinim, bir ihtiyaçtır. Bu noktadan bakıldığında, ceza adaleti kavramı yerine “cezalandırma adaleti” kavramının kullanılmasının daha yerinde olduğu ileri sürülebilir. Şu durumda adaletin kimin için olacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Şüpheli için mi, mağdur için mi adalet? Bu iki süje için adaletin toplamı da devlet için adalet demektir.² Ceza adaletinin temel gayesi, “suçlu insanı değil, insandaki suçluyu cezalandırmaktır”.³ Ceza adaleti suçun önlenmesi ve suçlunun iyileştirilmesini gaye edinir. “O hâlde ceza adaleti, “suç öncesi, suç sonrası yaptırımın belirlenmesi ve yaptırımın uygulanması aşamalarındaki adaletin toplamıdır.” Demek ki, cezalandırmadan evvel de adaletin sağlanması gerekmektedir.⁴

Ceza adaleti çeşitli adalet kavramlarının bir bileşkesi olarak kabul edilebilir. Bu bileşkenin bileşenlerinden birisi herkese eşit olanın verilmesi olarak ifade edilen denkleştirici adalettir. Burada herkes eşit işleme tabi tutulmaktadır. Buna objektif adalet de diyebiliriz. Diğer bileşenlerinden birisi orantılı eşitlik olarak ifade edilen dağıtıcı adalettir. Aynı suçu işleyenlerin farklı cezalara maruz kalması ya da herkese kusuru ölçüsünde cezanın verilmesi gibi durumlara uygulanan dağıtıcı adalet subjektif adalettir. Kuralı uygulayan bakımından uygulanan adalet de hakkaniyet olarak adalettir. Burada kuralı uygulayan polis, savcı veya hâkim somut olayın ve bireyin özelliklerini dikkate almaktadır.⁵ Ceza adaletinin sağlanması için cezalandırmanın amacı noktasından hareketle cezanın işlevi bu hususta önem arz etmektedir.

² Mustafa Serhat Kaşıkara, “Ceza Adaleti Açısından Hukuk Felsefesinin Yeri: Neyi Koruyoruz? Nasıl Koruyoruz?”, Antalya 2012, *Umut Vakfı-1993*, s. 2, 3. Makale için bkz. http://www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-III-3.pdf, Erişim tarihi: 19.04.2015.

³ Sami Selçuk, *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, İmge Kitapevi Yayınları, 1. Baskı, Ağustos 2009, s. 65.

⁴ Kaşıkara, *Ceza Adaleti*, s. 3.

⁵ Kaşıkara, *Ceza Adaleti*, s. 4. ; adalet türleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Sururi Aktaş, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Liberte Yayınları, 2011, s.187-199. ; Esener, s. 60-61. ; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 64-65. ; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji ve Devlet*, Der Yayınları, 6. Basım, İstanbul, 2014, s. 81-84.

2. Onarıcı Adalet Kavramı

Her şeyden önce belirtelim ki onarıcı adalet *Anglo-Sakson* hukuk sisteminin bir kurumudur. Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya, İngiltere ve Amerika başta olmak üzere dünyanın birçok yerinde kullanılmaktadır. Her ne kadar yaygın olarak onarıcı adalet (*restorative justice*)⁶ kavramı kullanılsa da bu kavram doktrinde "*toplumsal adalet*", "*iyileştirmeler yapma*", "*pozitif adalet*", "*ilişkisel adalet*", "*düzeltilici adalet*", "*toplum temelli adalet*" "*onarıcı yaklaşımlar*" gibi kavramlarla da ifade edilmektedir.⁷ Her ne kadar terminolojik olarak kavram tanımlanmaya müsait görülse de esasında göstermiş olduğu gelişim nedeni ile tanımı üzerinde bir fikir birliği de yoktur.⁸ Bu nedenle çeşitli tanımlar yapılmaktadır.⁹ Onarıcı adalet, "*mümkün olduğu ölçüde zararın tazmin ve telafisi veya suçun neden olduğu zararın ve yaralanmanın giderilmesi*" olarak tanımlanmıştır.¹⁰ Onarıcı Adalet Hakkında Birleşmiş Milletler Çalışma Toppluluğu (*United Nations Working Party on Restorative Justice*) onarıcı adaleti şu şekilde tanımlamıştır:

"*Onarıcı adalet, işlenmiş bir suçtan etkilenen tarafların tümünü, suçun ortaya çıkardığı zararlı sonuçları ve suçun geleceğe yönelik etkilerini nasıl giderecekleri konusundaki meseleyi toplu olarak çözmeleri için bir araya getiren bir süreçtir*".¹¹

-
- 6 Biz de bu çalışmamızda **Onarıcı Adalet** kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. İngilizcede *restorative* kavramı kullanılarak "onarım" veya "düzeltme" kavramları ifade edilmek istenmiştir. *Restorative justice* kavramı ile de, mağdurların ve genel olarak toplumun uzlaşması ile faillerin ıslahına odaklanan ceza adaleti sistemi kastedilmektedir. *Restorative justice* kavramı için bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/restorative_justice. Erişim tarihi: 10.04.2017.
- 7 Mahmut Kaplan, "Onarıcı Adalet ve Türk Hukukuna Yansımaları", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2005, s. 62. ; Abdullah Batuhan Baytaç, "Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 118.
- 8 Baytaç, s.118-119. ; Kaplan, s. 62. ; Sercan Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey: Rethinking Honour Killings and Reconstructing the Community Using Restorative Justice System", *Law and Justice Review*, 2013, (4) : 2, s. 260.
- 9 Marian Liebmann, *Restorative Justice, How It Works*, Jessica Kingsley Publishing, Londra, 2007, s. 25.
- 10 Mustafa Serdar Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", s. 141.
- 11 Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 141.

Onarıcı adalet kavramı 21. yüzyılda çok geniş kapsamlı bir terim olarak kullanılmıştır. Öyle ki, onarıcı adalet kavramı "*Zorunlu mali ödemelerden (zararı karşılama/tazmin) gönüllü özürlerle (nedamet) ve 'prangalı hapisane' modeli çalışma grupları tarafından 'damgalı montlarla zorunlu kamu hizmet'ine, (Birleşik Krallık'da 'geri ödeme adaleti' adı verilmektedir)*" suçluların kefareti adına her şeyi kapsar hale gelmiştir.¹²

Modern anlamda onarıcı adalet sisteminde üç ana yöntem bulunmaktadır. *Sherman / Strang*'ın da ifade ettiği gibi¹³ bunlar arabuluculuk, zararı tazmin ve adalet görüşmeleridir.

Arabuluculuk: 1960'lı yıllardan beri ceza adaleti sisteminde pek çok yenilik yapılmıştır. Bu yeniliklerden biri ve en sık kullanılan uygulamalardan birisi de, mağdur ile fail arasında failin mağdur için ne yapabileceği (genelde para ödeme) konusunda mahkeme dışı bir anlaşma olan arabuluculuk sistemidir. Bu süreci "*mekik diplomasisi*" ile, yani yüz yüze olarak, uyuşmazlıkları çözmeye yetkili kılınan bir "*arabulucu*" yönetir.

Zararı Tazmin: Arabuluculuğa benzer bir diğer uygulama da hâkim tarafından verilen ve mahkeme içi bir yöntem olan zararı tazmin kararının verilmesidir. Bu yöntemde genelde mağdur ile fail arasında doğrudan bir temas olmaz. Devlete ödenen cezalarda olduğu gibi failin zararı tazmin etmemesi halinde hapis cezası tehdidi ona yüklenir.

Onarıcı Adalet Görüşmeleri: Bir diğer önemli onarıcı adalet yöntemi, arabuluculuk ve zararı tazmin uygulamalarından oldukça farklı olan, onarıcı adalet görüşmeleridir. Bunun da birçok çeşidi bulunmaktadır. Örneğin Yeni Zelanda ve Avustralya'da uygulanan aile grup görüşmeleri, Kuzey İrlanda'da uygulanan Genç toplantıları bunlardandır. Onarıcı adalet görüşmelerinin tanımında üç unsurun varlığını *Sherman/Strand* şu şekilde tespit etmektedir:

"Bir ya da daha fazla mağdurun, sorumluluğunu (yasal olarak suçu olmasa da) kabul eden suçlu ya da suçluların, her iki tarafın da arkadaş ve ailelerinin bir odada aynı anda tartışmalarını yönlendirmek üzere bir

¹² Lawrence W. Sherman - Heather Strang, "Delil Temelli Hüküm Olarak Onarıcı Adalet", *CHKD*, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, (Çeviren: Elif BEKAR CANPOLAT), s. 285.

¹³ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 287-289.

yöneticiyle birlikte bulunmaları"; "Mevcut bulunan herkese (suçlu da dâhil olmak üzere), suç ve sebep olduğu zarara ilişkin duygularını ifade edecek ve ne yapılması gerektiği hususunda öneride bulunacak kadar zaman tanınması"; "Yöneticinin, suçlunun ne yapması gerektiği konusunda grubun mutabakata vardığını ifade ederek görüşmeyi sonlandırma çabası..."¹⁴

Onarıcı adalet, ortaya çıkan ihlalden zarar görenin birinci derecede devlet değil, ihlale maruz kalan kişinin olduğu düşüncesinden hareketle, düzeltilmesi gerekenin mağdurun zararı olduğunu ifade eden bir kavramdır. Onarıcı adalet için kesin bir tanım yapamazsak da, ceza adaleti sistemine yeni bir katkı sağladığını rahatlıkla ifade edebiliriz. Suçun mağdurlarını, sanığı ve toplumu bir bütün olarak ceza yargılaması sürecine dâhil etmesi ile "ne oldu?", "zarar ne?" ve "ne yapılmalı?" sorularına cevap aramak için ortaya çıkmış ve vatandaşa, sürece dâhil olma imkânını vermiştir.¹⁵

a. Onarıcı Adaletin Tarihsel Gelişimi

Onarıcı adalet disiplininin 20. yüzyılın sonlarında ortaya çıktığı iddia edilse de, esasında eski sistemlerde de vardır. Bu disiplin tarihsel olarak Roma ve Yunan Uygarlıklarına kadar uzanmaktadır. Hint ve Japon medeniyetleri de dâhil, bu uygarlıklarda uyuşmazlıklar onarıcı adalet yaklaşımları ile çözülmüyordu. Örneğin, Veda dininde "*her kim gönül almış ise affedilecektir (he who atones is forgiven)*" tabiri, bu yöntemin köklerinin eski uygarlıklarda da kullanıldığını göstermektedir. Japon Budizmi de '*özür dileme/affetme (apologize/forgiveness)*' ye dayanan '*shimatsusho*' ve '*jidan*' anlayışları Japon ceza adalet sisteminde

¹⁴ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 287-289.

¹⁵ Bu çalışmalar üzerinden onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif olup olmayacağına dair tartışmalar ve karşılıklı reddiyeler için bkz. Umbreit, M. S. and B. Vos, "Homicide Survivors Meet the Offender Prior to Execution Restorative Justice through Dialogue." *Homicide Studies*, 200, 4(1): s. 63-87; Mizhael L.Radalet/Marian J.Borg, "Comment on Umbreit and Vos: Retributive Versus Restorative Justice", *Homocide Studies*, 2000, 4: 8, s. 88-92; Mark S. Umbreit, Reply to Radelet and Borg, *Homocide Studies*, 2000, 4: 93, s. 93-97; Sercan Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 260. Daha geniş bir tanım için bkz. Özlem Ayata Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin ve Uygulamasının Onarıcı Adalet Prensipleri ile Değerlendirilmesi", (*Yüksek Lisans Tezi*), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (İnsan Hakları Hukuku), s. 13.

onarıcı adalet uygulamalarının günümüzde de kullanıldığının açık göstergesidir. “*Shimatsusho sisteminde hatasını kabul edip pişmanlığını açıklayan bir özür mahiyetinde mektup; Jidan modelinde de ‘failin devletten ve mağdurdan özür dilemesi ve zararlarını gidermesi karşılığında mağdur ile fail arasında bir antlaşma yapılması esastır’*”.¹⁶ Hatta onarıcı adalet sistemi devlet yapısının olmadığı bir zamanda bile uygulanmıştır. Son otuz yılda onarıcı adalette yaşanan gelişmeler, bu sistemin ilk kez keşfi olmayıp, yeniden farklı yöntemleri ile gün yüzüne çıkması demektir.¹⁷

Onarıcı adaletin tarihsel sürecini iki döneme ayırarak kısaca inceleyebiliriz. Bu dönemlerin ilki antik dönemdir. Onarıcı adaletin çok köklü bir geçmişe sahip olduğu hatta insanlık tarihinde ilk adalet sistemi olduğu kabul edilmektedir.¹⁸ Antik dönemden günümüze değin dünyanın en yaygın ve en eski çözüm yöntemi olarak onarıcı adaletin kullanıldığını söylemek mümkündür. Onarıcı adalet devlet düzeninin olmadığı göçebe kabile yaşamında “*onarım müzakeresi*”¹⁹ adı altında uygulanmıştır. Bu dönemde uygulanan onarım müzakeresi sisteminde kabile dışından bir kimse hırsızlık ve öldürme gibi suçları işlediğinde kabilenin önde gelen yaşlıları iki kabile arasındaki müzakereleri düzenlerdi. Onarım müzakereleri mağdura veya kabilesine bir tazminat ödenmesi ile sonuçlanmaktaydı. Böylece kabileler arasında muhtemel saldırıların önüne de geçilmiş olunuyordu. Bu sistem, Avustralya’da Aborjinler, Mısır’da Bedeviler ve Amerika’da birçok yerli grup tarafından kullanılmıştır. Bunun yanında eski dönemin kanunlarında da onarıcı adalete ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı. Örneğin, *Hamurabi Kanunu*’nda mülkiyet ile ilgili suçlarda, “*mağdurun onarımı (zararın telafisi)*” düzenlenmişti. Sümerlerin, *Urnammu Kanunu*’na göre, “*her kim, bir kişinin gözünü çıkarırsa, gümüş Mina verecektir*” yönünde bir düzenleme yer almaktaydı. Bu örneklerin yanında eski dönemde onarıcı adaletin uygulandığı yönündeki fikirleri desteklemek adına İbrani Hukuku da incelenmiştir. İbranicede onarım (*shillum*) ve barış (*shalom*) kelimelerinin aynı kökten gelmesi eski İbrani Hukuku’nda da onarıcı

16 Özlem Çelik / Sercan Tokdemir, "Kamu Davası ve Toplumsal Algılar", Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Beta Yayınları Cilt I, Ekim 2014, İstanbul, s. 1514.

17 Baytaz, s. 119-120.

18 Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 286.

19 Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 286.

adaletin uygulandığını göstermektedir. Roma Hukuku'nda 12 Levha Kanununa göre hırsızlık suçunu işleyen kişi hakkında hırsızlığa konu eşyanın bedelinin iki katını ödemesine karar verilebiliyordu. Yine Cermen hukukunda öldürme suçunun da içinde olduğu bazı suçlar için onarıcı) bazı hükümlerin ve İngiliz hukukunda *Ethelbert Kanunları*'nda mağdurun çekmiş olduğu fiziksel acıya mukabil tazminatın öngörülmesi, Avrupa hukukunda onarıcı adaletin olduğunu göstermektedir. Ayrıca *Konfüçyusçuluk*, *Budizm* ve *Taoizm* felsefe sistemlerinde ve *Anglo-Sakson* hukuk sisteminde de onarıcı adaletin varlığından bahsetmek mümkündür.²⁰ Son olarak İslam Hukuku da onarıcı adaleti destekleyen bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Biz de aşağıda İslam Ceza Hukuku'nda (*ukubat*) suçları genel olarak sınıflandırarak, verilen cezaların onarıcı adaletin amaçları ile ne dereceye kadar bağdaştırılabileceğini ortaya koymaya çalışacağız.

İslam Ceza Hukuku'nda suçlar üç bölüme ayrılır. Bunlar: Allah'ın haklarına karşı işlenen suçlar, bireyin çıkarına karşı işlenen suçlar ve taziren cezalandırılan suçlar. Allah'ın haklarına karşı işlenen suçlar had cezası gerektiren suçlardır. Had cezalarının özelliği miktarın belli olması ve değişmez cezalar olmasıdır. Hırsızlık, zina, yol kesme, İslam Dini'nin terk edilip başka bir dine geçilmesi, devlete karşı isyan bu kategoride yer alan suçlardır. Doğrudan bireyi ilgilendiren suçlar olan ikinci kategorideki suçlarda, bireyin haklarına önem verildiğinden mağdura affetme ve sulh yapma imkânı verilmiştir. Bireyin haklarına karşı işlenen bu suçlar kendi içinde ikiye ayrılır. Bunlar: adam öldürme ve adam yaralamadır. Bu suçlardan birisinin işlenmesi durumunda, suçun kovuşturulması ve failin cezalandırılması, zarar gören tarafa ya da onun miraççularına aittir. İslam Ceza Hukuku'nda kasten öldürme suçunu işleyene kısas uygulanır. Kısas, bir diğer ifade ile eşittik demektir. Cinayette ödeşme, misli ile ceza demektir. Bu durumda kasten öldürmede kısas eşitlik prensibi gereği ikinci bir öldürmedir. Burada kısas cana karşı yapılan kısastır. Kısasa uğrayacak kişinin yani katilin ölmesi, af, sulh ve kısas hakkının mirasla geçişi (katilin miras yolu ile kısas hakkına sahip olması) durumlarında kısas cezası düşer. Üçüncü kategori olan tazir suçları ise, bu iki kategori dışında kalan fillerin olduğu suçlardır. Öncelikle ifade eldim ki tazir, kelime anlamı olarak yasaklamak, cezalandırmak, zorlamak, terbiye etmek gibi anlamlara

²⁰ Baytaz, s. 120-121.

gelir. İslam Hukuku'nda tazir cezaları, hakkında herhangi bir ceza kuralı olmayan suçlardan dolayı iyileştirici, caydırıcı, terbiye edici tedbirler ve had cezası dışında kalan cezalardır. Allah'ın ve bireyin haklarına karşı işlenen ve İslam Ceza Hukuku tarafından cezası belli olan fiiller dışında kalan, ancak cezası önceden tayin edilmeyen bu fiillerin belirlenmesi ve cezasının tayini konusunda, fiilin ağırlığına ve failin ahlaki durumuna göre hâkimin (kadının) geniş bir takdir yetkisi vardır. Tazir cezaları, azarlama, dayak, hapis, sürgün ve hatta ölüm dahi olabilir.²¹

İslam Hukuku, farklı bir gelenekten gelmiş olsa da, onarıcı adalet sisteminde olduğu gibi, bireyin onuru hususuna vurgu yapan ve işlenen suçun etkilediği herkesin ıslah edilmesi imkânlarının olmasını destekleyen bir hukuk sistemidir. Belirtelim ki İslam Hukuku'nda, yukarıda da ifade edildiği üzere, suçlarda, Teamül Hukuku ve Kara Avrupa Hukuk Sistemleri'nde olduğu gibi bir sınıflandırma yapılmamaktadır. İslam Hukukunda özellikle *kıyas suçları*, onarıcı adalet çalışmalarının ilgi alanından biri olmuştur. Çünkü kıyas suçlarının mağdurlarına cezalandırma aşamasında bulunma imkânı verilmiştir. Mağdurlar, sanığı affedebileceği gibi, ceza verilmemesini de talep edebilir. Bunların dışında, mağdurlar, işlenen suçun verdiği zararı tazmin ettirme olarak bilinen *diyet* isteme imkânına da sahiptir.²² Kasten öldürme suçuna tatbik edilen esas ceza kıyas cezasıdır. Ancak, ölenin mirasçısı/mirasçıları, kıyasın uygulanmasını talep etmez ya da kıyas cezasının uygulanması mümkün değilse, mal olarak verilen bedele diyet denir.²³ Bu anlamda kıyas, onarıcı adalet çalışmalarına ilham veren uygulamaların olduğu küçük toplumlarda sıklıkla uygulanmaktadır. Ayrıca mağdurların, cezalandırma, affetme ve uzlaşma aşamasına katılımına izin verilmektedir. Nihayetinde, bazı farklılıklar olsa da, kıyasın onarıcı adaletin bazı amaçlarını yerine getirdiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.²⁴ Belirtelim ki, İslam Hukuku'nda kıyas yerine suçluyu affetme teşvik edilmiştir. Mirasçılardan birinin suçluyu affetmesi diğerlerinin kıyas isteme hakkını da düşürür. Ancak affin hukuki sonucu

21 Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2014, s. 55-67.

22 Susan C. Hascall, "Restorative Justice in Islam: Should Qisas Be Considered a Form of Restorative Justice", *Berkeley J. Middle E. & Islamic Law*, 4: 35, s. 37-38.

23 Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 64.

24 Hascall, s. 38.

hakkında farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre affetmek karşılıksızdır. Mirasçı, katil ile diyet üzerinde anlaşmadan evvel katili affederse diyet alamaz. Mirasçı diyet karşılığı affetmişse, bu af değil sulh olur. Bu durumda, diyetin failin mirasçısı tarafından kabulü gerekir. Başka bir görüş der ki, affetmek doğrudan cezanın diyete dönüşmesidir. Bu durum failin isteğine bağlı değildir. Çünkü kısas cezasının düşmesine sebep olan sulh, diyet üzerinde karşılıklı anlaşmanın olması demektir.²⁵ Anlaşılacağı üzere İslam Hukuku'nda da af ve sulh gibi, onarıcı adaletin amaçlarını yerine getiren bazı kurumların varlığına rastlamaktayız. Bu kurumların, aşağıda görüleceği üzere, onarıcı adalet mekanizmasının bel kemiği hükmünde olduğunu ve hatta onarıcı adalet sürecinden asıl beklenenin de mağdurun faili affetmesi ve aralarında sulhun sağlanması olduğunu söyleyebiliriz.

Onarıcı adalet için ikinci dönem ise modern dönemdir. Onarıcı adaletin modern dönemdeki doğuşu 1970'li yıllardır. ABD ve Kanada'da çok az uygulanan onarıcı adalet programının modern dönemdeki ilk uygulaması ABD'nin Kaliforniya Eyaletine bağlı Ontario kentinde 1974 yılında gerçekleşmiştir. 1970'lerde başlayan onarıcı adalet anlayışı 1980'li ve 1990'lı yıllarda ivme kazanmıştır. Bilhassa 1990'ların ikinci yarısında *"Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı, birçok konferans ve programa ekonomik olarak destek vererek onarıcı adalet programlarının uygulamasının gelişiminde ve yayılmasında son derece önemli bir rol oynamıştır"*.²⁶ Avrupa'daki uygulamalara baktığımızda ilk örneklerinin Norveç (1981), Finlandiya (1983) ve Avusturya (1985)'da gerçekleştiğine şahit olmaktayız. 1980'lerin sonunda İtalya, İspanya ve Portekiz'de çocuk faillere yönelik olarak mağdur-fail arabuluculuk sistemi uygulanmıştır. Bu tür çalışmalara Almanya'da ise 1984'ten itibaren başlamıştır. Avrupa Konseyi de 1985 yılında ilk tavsiye kararını vermiştir. Akabinde Birleşmiş Milletler, 10-17 Nisan 2002 tarihinde düzenlenen 10. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Faillerin İyileştirilmesi Kongresinin sonucunda yayınladığı "Suç ve Adalet Üzerine Viyana Deklarasyonu" nun 28. Paragrafında, mağdurun, failin, toplumun ve diğer kesimlerin haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan onarıcı adalet politikalarına; mağdur-fail arabuluculuğu, aile grup konferansları, topluluk grup konferansları gibi onarıcı adalet

²⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 63-64.

²⁶ Baytaz, s. 121-122.

modellerine olan desteklerini açık bir şekilde ifade etmiştir. 18-25 Nisan 2005 tarihleri arasında gerçekleştirilen 11. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Faillerin İyileştirilmesi Kongresinde yayınlanan Bangkok Deklarasyonu'na göre, Birleşmiş Milletlere üye devletler, mağdurların menfaatlerinin korunması ve faillerin ıslahının gerçekleştirilebilmesi için onarıcı adalet sisteminin desteklenmesi gerektiğini bildirmişlerdir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin Onarıcı Adalet Programlarının Kullanılmasına ilişkin Temel İlkeleri yayınlaması, Birleşmiş Milletlerin konuya olan ilgisini açıkça ortaya koymaktadır²⁷. Son yirmi yılda onarıcı adaletin başta Avustralya, Kanada, İngiltere, Galler, Yeni Zelanda ve hatta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere diğer ülkelerde çok etkili ve önemli bir akım haline geldiği söylenebilir.²⁸

b. Onarıcı Adaletin Yapısı

Onarıcı adalette suç, devlet ile fail arasındaki bir uyumsuzluk değil, bireyler arasında ortaya çıkan bir uyumsuzluktur. Suç devlete karşı değil bireye karşı işlenen bir haksızlıktır. Onarıcı adalet felsefesinin odak noktasında mağdur, fail ve toplum yer almaktadır. Dolayısı ile onarıcı adaletin temelinde suça yol açan fiilin bireye karşı gerçekleştirilmesi anlayışından hareketle, bu kişilerin uyumsuzluğun çözümü sürecine doğrudan katılmaları ve doğrudan etkilerinin olması gerektiği ileri sürülmektedir²⁹.

Bir suç işlendiği zaman, haksızlık teşkil eden bu fiil hem mağduru ve faili hem de ilgili diğer kişileri, örneğin bunların yakınlarını, aile üyelerini ve hatta en geniş anlamda toplumu ve tüm vatandaşları etkiler. Onarıcı adalet, kanuna aykırı fiillerin ve karşılığında öngörülen yaptırımların amaçları ve doğallığı üzerine odaklanır. Bunun yanında onarıcı adalet, şu sorularla felsefik ve sosyolojik bir düzeyde kendisini gösterir: Suç, kanuna aykırı fiiller, müeyyide, zararın telafisi, uzlaşma ve toplumun menfaatleri gibi konularda yetki ve kontrol kimde olmalı?

²⁷ Baytaç, s. 121-122.

²⁸ Daniel Van Ness /Allison Morris/Gabrielle Maxwell, "Introducing Restorative Justice", in Allison Morris / Gabrielle Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles Conferencing, Mediation and Circles*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, s. 4-5.

²⁹ Baytaç, s. 119.

Kanuna aykırı bir fiil işlendiğinde, bunun düzeltilmesi suçtan etkilenen olarak mağdurun mu, failin mi, yoksa toplumun mu menfaatinde? Suç teşkil eden fiillerin nefret suçları veya soykırım gibi bireysel ve toplumsal düzeydeki suç tiplerine yol açtığı farz edilse, bu noktada nasıl hareket edilecektir? Bu meyanda onarıcı adalet, modern anlamda 1970'lerde sert ceza adaleti sisteminin ne suçları önlemede caydırıcılığı ne de failleri ıslahta başarılı olduğuna yanıt olarak, sosyal bir pratik (*a social practice*) düzeyinde başlamıştır.³⁰ Onarıcı adalet modern zamanda aşağıdan yukarı (*from bottom to up*) yani tabandan doğru gelen bir sosyal hareketlenme (*a social movement*) örneği olarak da görülebilir.

Suçun yol açtığı yaraların sarılması, sulh ve barışın sağlanması için ortak bir uzlaşma planının üzerine varılacak mutabakat ve bunun şartlarının uygulanması onarıcı adalet sürecini ifade eder. Bu çerçevede onarıcı adalet sürecinin her ne kadar klasik yargılama öncesinde gerçekleştirilmesi esas olsa da, yargılama esnasında ve sonrasında da bunun yapılması mümkündür. Onarıcı adalet düşüncesine göre suç, mağduru, faili, onların yakınlarını ve hatta toplumu etkileyen bir haksızlık olarak tanımlanmaktadır. Ceza adaleti sisteminin önceliği de suçun yol açtığı bu yaraların sarılması olmalıdır. Bu düşünce yapısı suçun yol açtığı yaraların sarılması adına yeni bir anlayış önermektedir. Bu yeni anlayışta da pişmanlık, özür, utanma ve duyguların açığa vurulması önem arz etmektedir. Getirmiş olduğu bu yeni anlayış ile onarıcı adalet uygulamasının ceza adalet sisteminin eksikliklerini tamamlamada yarar sağlayıp sağlamayacağı tartışılmaktadır. Bu tartışmalara göre, onarıcı adalet uygulamaları yaygınlaştıkça klasik ceza adaleti sisteminden sapma (*diversion*) olacak ve böylece mahkemelerin iş yükü azalacaktır. Onarıcı adalet uygulamaları ile suçun yol açtığı maddi yaraların yanında manevi yaraların da kısa sürede sarılma imkânı elde edilmiş olacaktır. Çünkü bu süreçte amaç faili cezalandırmak olmayıp, öncelik zararların telafisidir. Süreç içerisinde failin verdiği maddi zararı telafi etme planını ve/veya özrünü kabul eden mağdur, suçtan dolayı oluşan manevi yükün/ kafa meşguliyetinin ağırlığından kurtulabilecektir. Manevi zarar süreklilik arz ettiği için bundan kurtulmanın tek yolu af ya da sulhtur. Bir diğer ifade ile fail ile mağdur arasındaki husumetin giderilmesi olup onarıcı adalet süreci de bunu sağlayacak bir zemindir. Onarıcı adalet uygulamasında fail şekli sistem

30 Carrie Menkel-Meadow, "Restorative Justice: What is It and Does It Work?", *The Annual Review of Law and Social Science*, 2007, 3: s. 2, 3, 10.

içine girmediği için, failin kendisi değil, onun işlediği suç kötülenmektedir. Böylece suçlunun damgalanmasının önüne geçilmiş olur. Bu imkânı elde eden suçlu hatasını anlayıp kendine çeki düzen verme ve suç işleme yönünde bir fırsat yakalamış olmaktadır. Bununla beraber, bir saldırı ya da tecavüz karşısında öfkeye kapılan ve intikam duygusu besleyen mağdurların bu duygularının kontrol edilebilir sınırlara çekilmesi gerekir. Aksi takdirde, mağdur olan kişi, mağdur eden konumuna geçebilir. Bu da, karşılıklı olarak gerilimin ve şiddetin daha da artmasına sebep olabilir. Onarıcı adalet sürecinde muhatap alınan ve failin yol açtığı mağduriyetler hakkında ondan açıklama alan mağdurun öfke ve intikam duygularının kontrol edilebilir sınırlara çekilmesinde failin sorumluluğunu kabul ederek özür dilemesi ve yaralarının sarılması konusundaki iradesini ortaya koyması önem arz etmektedir. Bunun ayrıca fail için de pozitif tarafları vardır. Biçimsel sisteme dâhil olmayan ve ceza infaz kurumlarının "kriminojenik" ortamı ile tanışmayan fail birçok olumsuzlukları (topluma uyum, bir iş edinip çalışabilme zorluğu gibi) yaşamaktan da kurtulmuş olacaktır. Bu şekilde hürriyeti kısıtlanmayan fail normal yaşantısını sürdürmüş olacaktır. Failin ayrıca tekrar suç işlememesi ve ıslahının sağlanması, cezalandırma yerine zararları telafi etmeye odaklı ve özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırımları en son çare olarak gören bir sistem ile daha kolay olacaktır. Bu durum ayrıca toplumu da olumlu yönde etkileyecektir. Islah olan bir fail tekrar suç işlemeyeceği için toplumda suç oranları ve suçun yol açtığı mağduriyetler azalacaktır. *"Onarıcı adalet uygulamasıyla kısa süre içerisinde zararı giderilen ve husumetin de ortadan kalkması ile kendisini "emin" hisseden mağdur ve toplum açısından gerçek manada "adaletin tecellisi" gerçekleşebilecektir".*³¹ Bu söylenenler çerçevesinde kısaca ifade edelim ki; onarıcı adalet, biçimsel olmayan bir sistem olarak hem mağdurları ve aileleri hem de toplumu, bu tarafların çoğulculuğunun olduğu bir katılım zemininde ıslah etmektedir.³²

Onarıcı adalet disiplinini temellendiren bazı teorilere/yaklaşımlara da değinmek gerekmektedir. Onarıcı adalet görüşmeleri üzerine politik tartışmalar iki ahlaki teori üzerine temellendirilmiştir. Bunlardan biri deontolojik ahlak diğeri de faydacı ahlaktır. Deontolojik ahlak anlayışı,

31 Şener Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar", *Polis Bilimleri Dergisi Cilt:13 (4), s. 129-132.*

32 John Braithwaite, "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice*, Vol. 25 (1999), s. 1.

"durum ne olursa olsun sonuçlarına bakmaksızın kusurluluk ve hak etme gibi ahlaki ilkelere bağlı kararlar vermek ister." Deontolojik ahlak anlayışı, gerek süreçte gerekse adalet dağılımında eşit kararların nasıl verileceği ve hangi kararların verileceği konularında tutarlılık felsefesidir. Faydacı ahlak anlayışı ise, "ampirik" olarak fayda-maliyet analizi felsefesi olup, suçlulara işkencenin yapılmaması ve adil yargılama olmadan suçluların hapsedilmemesi gibi insan hakları ilkeleri ile sınırlandırılabilir. Bu noktalardan hareketle, faydacılar daha az zarar ortaya çıkacaksa onarıcı adalet görüşmelerinin uygulanması taraftarıdır. Faydacılar şu halde daha fazla zarar ortaya çıktığında onarıcı adalet görüşmelerini reddetmekte; tüm tarafların (mağdur, suçlu ve toplum) katılımı hesaba katıldığında görüşmeler zararı minimize ediyorsa kabul etmektedirler. Ahlak-bilimciler suçluların daha az toplam zarara ulaşmanın yolu olarak kullanılmasına karşı gelmekte ve onarıcı adaleti reddetmektedirler.³³

Onarıcı adalet görüşmeleri mağdurlar ve suç üzerine etkileri bakımından geniş bir teoriler yelpazesine sahiptir. Mağdurların onarıcı adalet görüşmelerinden faydalanmaları gerektiği üzerine temellendirilen teoriye göre, onarıcı adalet görüşmeleri travma sonrası stres emarelerini azaltmaktadır. Bu yüzden onarıcı adalet görüşmelerinden faydalanılmalıdır. Failin de içinde olduğu güvenli bir ortamda suçla ilişkin öykü tartışılırken, işlenen suç tekrar hatırlanmaktadır. Böylece, mağdurdaki "şartlanmış tepki" onarıcı adalet görüşmeleri esnasında yaşanan hassasiyetleri azaltıcı yönde etki göstermektedir. Bir diğer teori de *süreçsel (prosedürel) adalet teorisi*³⁴dir. Bu teoriye göre, insanlar, yasal otoritenin eşitlik ve saygı muamelesi karşısında hukuk sistemini daha meşru görürler. Ayrıca, onarıcı adalet görüşmeleri, suçlu ve diğer kimseler (hâkim, savcı, avukat vb.) tarafından dinlenen, ancak ceza adaleti sistemi tarafından daima susturulan mağdurun duyduğu öfkeyi de azaltmaktadır. Başka bir teori ise onarıcı adalet görüşmelerinin mağdur ve suçluların yanı sıra diğerlerine olan etkilerini ölçen bir teoridir. Bu teoriyi savunanlara göre, insanların yasal normlara olan bağlılıklarını arttırmak için onarıcı adalet görüşmeleri yapılarak insanlar bir araya getirilmelidir. Bir araya gelme, onarıcı adalet görüşmeleri sırasında yapılan toplantılardaki pozitif enerjiyi de arttırıcı yönde etki yapar.

³³ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 289-290.

³⁴ Ayrıca bkz. Braithwaite, "Restorative Justice", s. 41-42.

Böylece onarıcı adalet görüşmeleri sayesinde hem mağdurlar hem de suçlular hayata daha pozitif bakmaktadırlar. Bu toplantılar, onları kanunlara uymaya ve ahlaki düzeyde kanunlara bağlı kalmaya yardımcı olmaktadır. Diğer önemli teoriler de onarıcı adalet görüşmelerinin tekrar suç işleme üzerine olan etkisini inceleyen yeniden bütünleştirici kınama, dönüm noktası ve suçtan vazgeçme gibi kriminolojik teoriler olarak sıralanabilir.³⁵

Burada özellikle *John Braithwait*'in *Reintegrative Shaming (Yeniden Bütünleştirici Kınama)* teorisini kısaca irdelemek gerekir. Yeniden bütünleştirici kınama teorisine göre, eğer insanlar etkili olacak şekilde işlenen suça dair kınanabilirlik hissiyatını aralarında konuşur ve müzakere ederlerse toplumdaki suç oranları da azalır. İhlal edici davranış insanlar arası bir diyalog süreci ile kınanmazsa, daha fazla ihlal olacaktır.³⁶ Bir diğer teori de, suçu işleyen failin kınanabilirliğini müzakere eden "*damgalama/lekeleme (stigmatization)*" teorisidir. Damgalama teorisi ile yeniden bütünleştirici kınama teorisi arasındaki fark nedir? Yeniden bütünleştirici kınama teorisine göre, suç işleyen kişi hem işlediği suçla sebep olduğu ihlalin hem de aynı suçu bir daha işlememesi gerektiği hususunun farkına varmalı. Bu teoriye göre bu iki hususun müzakere edilmesi gerekir. Bir diğer ifadeyle, suçlunun kendisi değil, suçlunun işlediği fiil ile yol açtığı ihlalin kınanabilirliği müzakere edilmelidir. Damgalama teorisinde ise bütünleştirici kınama teorisindeki gibi kişinin işlediği fiil değil, fiili işleyenini yani failin kınanması gerekmektedir. Yeniden bütünleştirici kınama teorisinde, failin kendisi değil, failin işlediği fiilin kötülüğü müzakere edilir. Fail, suç niteliğinde kötü bir fiili gerçekleştirirse de, herkes gibi bir insan olarak kabul edilir.³⁷ Failin işlediği fiilin bir neticesi olarak ortaya çıkan haksızlık, onun fiilinin kötülüğüdür. Bu, onun iyi bir insan olmadığı anlamına gelmez.

Damgalama teorisinde ise, suç işleyene kötü bir insan olarak bakılmaktadır. Bu nedenle suç işleyen affedilmemelidir. Bu şekilde bir yaklaşımla, fail daimi olarak bu kötülüğü ile baş başa bırakılmaktadır. Buna mukabil, yeniden bütünleştirici kınama teorisinde faili affetmek

³⁵ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 290-292.

³⁶ John Braithwaite, "Shame and Criminal Justice", *Canadian Journal of Criminology*, July 2000, 42: 3; s. 281-282.

³⁷ Braithwaite, "Shame and Criminal Justice", s. 281-282.

önemli bir husustur. Teorinin kurucusu olan *Braithwaite*'e göre, yeniden bütünleştirici kınama teorisinde failin fiilinin kınanması ve bunun müzakere edilmesi, aynı suçların tekrardan işlenmesini önleyecektir.³⁸ Bu teori suç işleyenden ziyade, suç işleyenin gerçekleştirdiği fiilin kınanması odaklı olup, tabir yerindeyse suçun taraflarından oluşan '*yeniden bütünleştirici merasimler*' öngörmektedir.³⁹ Netice itibari ile *Braithwaite*, sıklıkla faili damgalayıcı kınama (*stigmatic shaming*) ile failin eyleminin kınanması olan yeniden bütünleştirici kınama (*reintegrative shaming*) arasındaki farkı dile getirmektedir.⁴⁰

Onarıcı adalet, toplumu da dâhil ederek mağdur ile suç/suçlu arasındaki bağları onaran pozitif ve üretici bir yaklaşım sağlar. Burada, toplum kavramının onarıcı adalet sürecine dâhil edilmesi önemli rol oynar ki bu göz ardı edilemez. Bu noktada *Zehr* ve *Mika*, *kolektif sorumluluk* kavramının altını çizerek onarıcı adalet sürecinin toplumun adaleti olduğunu şu ifadelerle dile getirirler: “Toplum suçun mağdurlarının gereksinimlerini karşılamak adına onlara yardım etmek ve onları destekleme sorumluluğu altındadır. Toplumun, suç faillerini topluma kazandırmak için gerekli gayreti göstermek noktasında onları destekleme sorumluluğu da vardır”.⁴¹ Demek ki, toplumun onarıcı adalet sürecinde önemli bir rolü bulunmaktadır. Durum böyle olsa da, toplum kavramı onarıcı adalet pratiğinin ve teorisinin içinde tanımlanması güç bir kavram olarak durmaktadır. Yine de, toplum kavramı onarıcı adalet paradigması içinde, failin topluma yeniden entegrasyonu ile mağdur ve

38 Braithwaite, "Restorative Justice", s. 3, 38-39.

39 Adam Hunsberger, "Restorative Justice in Theory," *Undergraduate Transitional Justice Review*: Vol. 2013 (4) : Iss. 1, Article 2. s. 10. <http://ir.lib.uwo.ca/undergradtjr/vol4/iss1/2.10>.

40 Gabrielle Maxwell / Allison Morris "Restorative Justice and Reconviction, Contemporary Justice", *Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 2002, 5: 2, s. 143. 133-146.

41 George Pavlich, "What are the Dangers as well as the Promises of Community Involvement?," *Critical Issues in Restorative Justice*: 173-183, 2004, s. 173, in H. Zehr and B.Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*, Cullompton Devon: Willian Publishing; Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 271; Zehr / Mika, *Fundamentals Concepts of Restorative Justice*", *Contemporary Justice Review* 1998, 1: s.52; Gaudreault, *The Limits of Restorative Justice*, Proceedings of the Symposium of the École Nationale De La Magistrature, Paris: Édition Dalloz. Leïdo en http://www.victimswweek.gc.ca/pub/arlg_1.html, s. 3.

toplumun ıslahı sürecinde anahtar bir unsur olarak sıklıkla vurgulanmaktadır.⁴²

Onarıcı adaletin yapısındaki bir husus da bu sistemin baskıcı-olmayan (*non-domination*) bir sistem olmasıdır. Braithwaite, taraflardan biri onarıcı adalet konferansı, çemberi vb. herhangi bir onarıcı adalet sürecine katılmak ister ve bir şey söylemek isterse, onun bu katılımının engellenmemesi gerektiğini ifade eder.⁴³

c. Onarıcı Adaletin Temel İlkeleri ve Amaçları

Tüm dünyada çeşitli biçimlerde uygulana gelen onarıcı adalet modellerinde temel ilkelerde yeknesaklığın sağlanması amacıyla Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, onarıcı adaletin temel ilkelerini belirleyen 13 Nisan 2000 tarihli kararını yayınlamıştır. Kararda öncelikle terimsel birliğin önemi vurgulanmış ve onarıcı adalet, onarıcı bir sürece ve sonuca sahip modellerin hepsini kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. *Onarıcı sonuç* uygulanan onarıcı adalet programının neticesinde tarafların zararın telafisi hususunda anlaşması olarak tanımlanmıştır. *Onarıcı süreç* ise "uygulanacak olan onarıcı adalet programının niteliğine göre failin, mağdurun, bu kişilerin yakınlarının ve toplumun doğrudan katılımı ile zararın giderilmesi amacıyla gerçekleştirilen süreç" olarak tanımlanmıştır.⁴⁴ Bunun yanında kararda onarıcı adaletin ceza muhakemesi hukukunda bulunan tüm aşamaları haiz olması gerektiği de dile getirilen bir diğer önemli husustur. İlgili onarıcı adalet programına katılacak olan tarafların katılımının gönüllü olması esastır. Taraflar istedikleri zaman herhangi bir aşamada ayrılma imkânına sahip olmalıdır. Onarıcı sonucun akla ve mantığa uygun, orantılı bir kararı içermesi gerekir. Burada asıl dikkate değer husus ise

42 Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 268. Makro ve mikro düzeyde toplum kavramlarının onarıcı adalet disiplini içindeki rolleri için bkz. McCold, "What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice", *Critical Issues in Restorative Justice*: 2004, s. 155-172.

43 John Braithwaite, "Settings Standards for Restorative Justice", *The Centre for Crime and Justice Studies*, s. 565.

44 Karar için bkz. <http://www.un.org/documents/ecosoc/docs/2000/e2000-30.pdf> Erişim tarihi: 07.04.2017.

failin onarıcı adalet programına katılmasının yasal süreçte failin suçlu olduğu yönünde bir delil teşkil etmemesidir.⁴⁵

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin söz konusu bu kararı da nazara alınarak tüm onarıcı adalet modelleri için uluslararası ortak temel ilkeler şu şekilde özetlenebilir:⁴⁶

1. İlke: Suçlar en evvel mağdurlara, ikinci olarak devlete karşı işlenmiştir.

2. İlke: Mağdur-fail ilişkisinin yeniden düzeltilmesi için, yani onarılması için failin, mağdurun zararlarını tazmin ve telafi etmesi önemli bir etkidir.

3. İlke: Mağdurun zararlarının giderilmesi genel olarak bir miktar paranın ödenmesi veya toplum adına bir hizmette bulunulması şeklinde olmaktadır.

4. İlke: Mağdurlar üzerinde failleri affetmeleri ve onlarla uzlaşmaları noktasında baskı olmamalıdır. Mağdurlar hazır olana kadar beklenmelidir.

5. İlke: Failler işledikleri suçun sorumluluğunu üzerine almalı ve faillere de düzelme imkânı verilmelidir.

Bir görüş, onarıcı adaletin beş prensibi üzerinde uzlaşma sağlandığını ileri sürmektedir. Bunlar: Tarafların tamamının gönüllü katılımı, zararın giderilmesi, tam ve doğrudan sorumluluğun üstlenilmesi, yeniden bütünleştirici yaklaşım, toplumun güçlendirilmesi ve gelecekteki zararların önlenmesidir. Bir diğer görüş ise onarıcı adaletin prensiplerini onarıcılık prensibi, tarafların katılımı prensibi ve toplumun dönüşümü prensibi olmak üzere üç ana başlıkta toplamaktadır. Onarıcı adalet süreci, yukarıdaki temel ilkeler doğrultusunda, çeşitli programlarla (mağdur-fail rabuluculuğu, aile ve grup konferansları gibi), suçtan etkilenen tarafların tamamını bir araya getirerek, uyumsuzlukların çözümlenmesini sağlayan bir süreçtir. Bu süreçte, suçtan etkilenen kişiler bir araya gelerek, uyumsuzluğun çözümü noktasında anlaşmaya dayalı sonuçlara ulaşmayı hedeflemektedir.⁴⁷

⁴⁵ Baytaç, s. 122-123.

⁴⁶ Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 142.

⁴⁷ Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 14-17. Ron Clasen tarafında ortaya konulan temel prensipler üzerine ayrıca bkz. s. 17-18.

Onarıcı Adalet Programları'nın Ceza Konularında Kullanılmasına İlişkin Temel İlkeler başlıklı BM Karar taslağında da onarıcı adalet, “*bir suçtan etkilenen mağdur, fail ve/veya diğer kişi ya da kurum üyelerinin çoğunlukla adil ve tarafsız bir üçüncü tarafın yardımıyla suça ilişkin meselelerin çözüm sürecine aktif olarak katıldıkları*” süreçler şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁸ Söz konusu bu süreçte her ne kadar taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesi hedeflense de, amaç sadece taraflar arasında bir anlaşmanın yapılmasını sağlamak değildir. Mağdurun zararının onarılacağı en makul çözüm araştırılırken, ayrıca failin davranışının insani sonuçları ile yüz yüze gelmesi ve bunun yol açtığı etki neticesinde suç teşkil eden eyleminin kabul edilemez olduğunu anlaması da amaçlanmaktadır.⁴⁹

Dolayısı ile işlenen suçun yol açtığı zararların telafisini amaç edinen onarıcı adalet, suçtan etkilenenlerin katılımını elzem gören bir süreçtir.⁵⁰ *Liebmann'a* göre, onarıcı adaletin amacı, suçun işlenmesi ile mağdurların, failerin ve toplumun bozulan refahını yeniden getirmek ve suçun tekrardan işlenmesini önlemektir.⁵¹ Onarıcı adalet, görüldüğü üzere hem faili hem de mağduru ve hatta toplumu sürece dâhil etme amacını taşıyan bir disiplindir.

d. Onarıcı Adalet Modelleri

Albert Eglash tarafından 1958 yılında yazılan bazı makalelerde kullanılan ve *Howard Zehr* tarafından düşünce yapısının temelleri ortaya atılan “*Onarıcı Adalet*” kavramı ve bu kapsamda geliştirilen alternatif programlar en başta Yeni Zelanda, Kanada, Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Finlandiya olmak üzere seksenden fazla ülkede uygulanmaktadır. Bilhassa Yeni Zelanda, Avustralya ve Kanada “onarıcı adalet felsefesinin yayılması ve çeşitli formlarının uygulanmasındaki başarıları” ile buna öncülük etmişlerdir. Bunun yanında bölgesel düzeyde de bu çalışmalar önem kazanmıştır. Bu konuda

48 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “Ceza Meselelerinde Arabuluculuk” konulu R (99)19 sayılı tavsiye kararı. Karar için bkz. [http://ankaratahkim.com/R%20\(99\)%2019%20SAYILI%20TAVSIYE%20KARARI.pdf](http://ankaratahkim.com/R%20(99)%2019%20SAYILI%20TAVSIYE%20KARARI.pdf). Erişim tarihi: 07.04.2017.

49 Özyiğit, “Türkiye’de Uzlaşma Kurumu’nun Yasal Çerçevesinin”, s. 21.

50 Adam Hunsberger, “Restorative Justice” s. 4.

51 Liebmann, s. 25.

Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler, onarıcı adalet anlayışının ve modellerinin üye ülkelerin ceza adaleti sistemleri içerisinde kullanılmasının yaygınlaştırılmasına dair kararlar almaktadırlar.⁵²

Onarıcı adalet uygulamalarında onarıcı süreçte üç temel aktör vardır. Bunlar fail, mağdur ve toplumdur. Bu üç aktörün de aktif olarak sürece katılmaları esastır. Mağdur bu sürecin ortasındadır. Geleneksel ceza adaletinde olduğu gibi süreci devlet belirlemez. Burada amaç cezalandırma değil, suçun sebep olduğu yaraların sarılmasıdır.⁵³ Bu temel adalet anlayışından yola çıkarak onarıcı adalet sisteminde kullanılan başlıca modelleri şu şekilde sıralayabiliriz: Mağdur-fail arabuluculuğu (*victim-offender mediation*), aile grup konferansları (*family group conferences*), topluluk grup konferansları (*community group conferences*), cezalandırıcı halka (*sentencing circles*), topluluk panelleri (*community panels*) günümüzde uygulama alanı bulan modellerdir.⁵⁴ Zararların telafisini esas alan denetimli serbestlik ve toplum heyetleri (*reperative probation and community boards and panels*) de bunlara eklenebilir.⁵⁵ Bunların yanında, toplum adalet komiteleri ve

52 Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 133-134.

53 Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 133.

54 Hunsberger, "Restorative Justice", s. 7; Tokdemir, Honor Crimes in Turkey, s. 260, 261; Howard Zehr / Harry Mika, Fundamental Concepts of Restorative Justice", *Contemporary Justice Review*, 1998, 1: s. 47-55; Paul McCold, "What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice." *Critical Issues in Restorative Justice: 2004*, s.161, bkz. H. Zehr and B.Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*, Cullompton, Devon: Willian Publishing; Arlene Gaudreault, The Limits of Restorative Justice. Proceedings of the Symposium of the École Nationale De La Magistrature, Paris: Édition Dalloz. Leido en http://www.victimweek.gc.ca/pub/arl_g_1.html, 2005, s. 1-10; Johannes Wheeldon, "Finding Common Ground: Restorative Justice and Its Theoretical Construction (s)." *Contemporary Justice Review*, 2009, 12(1): s. 97-98; Barbara Hudson, "Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice?" *British Journal of Criminology*, 2002,42(3): s. 616-634; Theo Gavrielides, "Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy", *European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI) Part 2007*, s. 29-35, Baytaş, s. 119. Onarıcı adalet türleri hakkında daha fazla bilgi için ayrıca bkz. Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 142-148.

55 Denetimli serbestlik ve toplum heyetleri modelleri için bkz. <http://www.arabulucu.com/cocuk-genclik-akran-arabuluculuk/cocuk-adaletsisteminde-onarici-adalet-anlayisi-ve-cocuk-arabuluculuğu>, Erişim tarihi: 26.02.2015.

hakikat komisyonları da onarıcı adaletin diğer uygulama örnekleridir.⁵⁶ Hatta günümüzde onarıcı adaletin kasten adam öldürme gibi sonuçları ağır olan suçlarda dahi uygulama örneklerine rastlamak mümkündür.⁵⁷ Ayrıca, onarıcı adaletin nefret suçları ve namus suçları gibi zor davalardaki potansiyelini anlamak için daha fazla ampirik çalışmaların yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁵⁸ Belirtelim ki, bu modellerin hepsini incelemek çalışmamızın çok ötesindedir. Biz, onarıcı adalet modellerinden sadece mağdur-fail arabuluculuğu konusunu temel esasları ile kısaca inceleyeceğiz.

*Ceza Adaleti Sisteminde Mağdur-Fail Arabuluculuğu (Victim-Offender Mediation)*⁵⁹: Mağdur-fail arabuluculuğu en yaygın onarıcı adalet modeli olup, "eğitilmiş bir arabulucunun yardımı ile mağduru ve failin güvenli ve denetimli bir ortamda bir araya getirilmesi sürecini ifade eder."⁶⁰ "Genel manada onarıcı adalet felsefesi üzerinde gelişen ve ilk olarak 1970'li yıllarda Kanada'da uygulamaya konulan "mağdur-fail uzlaşması" profesyonel ve eğitilmiş bir arabulucu nezaretinde fail ve mağduru gönüllü olarak başlattığı ve devam ettirdiği yüz yüze görüşme ve diyaloga geçme seansları" şeklinde tanımlanabilir.⁶¹ Bu sürece "mağdur-fail konferansı", "mağdur-fail görüşmesi" veya "onarıcı adalet görüşmesi" gibi başka isimler de verilmektedir. Bu programlarda fail ve

⁵⁶ Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 138.

⁵⁷ Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 260.

⁵⁸ Mark Walters / Carolyn Hoyle, "Healing Harms and Engendering Tolerance: The Promise of Restorative Justice for Hate Crime (From Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, 2010, s. 228-248, Neil Chakraborti, ed.-See NCJ-232732)."; Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 271-272. Ayrıca polis faaliyetlerinde onarıcı adaletin gelişimi noktasında polisin onarıcı adaletteki rolü hakkında bkz. Carolyn Hoyle, "Policing and Restorative Justice", in G. Johnstone, and D. Van Ness (eds), Handbook of Restorative Justice, Cullompton, Devon: Willan Publishing, Chapter 16: s. 292-311; hapisane ve onarıcı adalet programları hakkında bkz. Daniel W. Van Ness, "Prisons and Restorative Justice", in G. Johnstone, and D. Van Ness (eds), Handbook of Restorative Justice, Cullompton, Devon: Willan Publishing, Chapter 17: s. 312-324.

⁵⁹ Tarihi gelişimi hakkında bilgi için bkz. Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 133-134.

⁶⁰ <http://www.arabulucu.com/cocuk-genclik-akran-arabuluculuk/cocuk-adalet-sisteminde-onarici-adalet-anlayisi-ve-cocuk-arabuluculuğu>, Erişim tarihi: 26.02.2015.

⁶¹ Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 135.

mağdur meydana gelen suçu, nedenlerini ve etkilerini yüz yüze görüşebilme ve duyguları paylaşabilme imkânı elde ederler. Mağdur, uğradığı maddi ve manevi kayıpları ve kendisine karşı işlenen suçun hayatında yol açtığı yaralar hakkında konuşma şansı bulur. Bunun mukabilinde de fail, işlediği fiille mağdura ve topluma verdiği zararı görür ve hisseder. Fiilinin yol açtığı neticeleri daha iyi görerek pişmanlık ve sorumluluğu kabul etme yönünde ilerleme sağlar. Fail, işlemiş olduğu fiile ve vermiş olduğu zararlara rağmen, “mağdur-fail uzlaşması” zemininde insan olarak saygı gördüğünü fark eder. Böyle bir atmosfere giren fail, pişmanlık ve özür duyguları içinde mağdura vermiş olduğu zararları telafi edebilme hususunda kendi çapında öneriler sunma imkânına da sahip olmuş olur. Bu süreçte tarafsız olarak süreci ilerletmekle görevlendirilen moderatör her iki tarafı da sulh yapmaya teşvik eder, sürecin zorluklarının bertaraf edilmesi konusunda tarafları cesaretlendirir. Moderatör çözüm önermez, çözümü taraflara bırakır; ama çözüme giden yolda taraflara destek olur. Nihayetinde sürecin sonucunda mağdur ile fail suçun meydana getirdiği zararların sarılması hususunda bir anlaşmaya varırlar. Burada mağdur failin yol açtığı maddi zararların tazminini isteyebilir. Hatta mağdur failin bir kamu hizmetini yerine getirmesini dahi isteyebilir. Dahası, mağdur faili affedebilir.⁶²

Bir diğer anlatımla, mağdur-fail arabuluculuğu programları suç işleyen faili ve suçtan etkilenen mağduru bir araya getirir. Yüz yüze yapılan görüşmeler neticesinde hem failin hem de mağdurun üzerinde uzlaşacağı bir tazmin usulü üzerinde bir anlaşmaya varılır. Böylece hem mağdurun hem failin hem de hukuk sisteminin temsilcilerinin üzerinde mutabakata varacağı tatminkâr bir uzlaşma metni ortaya çıkar. Burada, mağdur tarafsız bir üçüncü kişi vasıtası ile fail ile bir araya getirilerek failere müzakere fırsatı verilmekte ve mağdurun zararlarının giderimi için bir uzlaşma imkânı hedeflenmektedir. Zararın telafisi, yani tazmini, mali olabileceği gibi kamusal bir hizmette bulunmak da olabilir. Bu programlar Birleşik Krallıkta "*tazminat programları*", Amerika'da "*mağdur-fail yeniden uzlaştırma programları*" olarak adlandırılmaktadır. Ancak ikisinin ortak adı “onarıcı adalet” üst başlığı altında *Mağdur-Fail Arabuluculuğu (Victim-Offender Mediation, VOM)* olarak kabul edilmektedir.⁶³ Bu programların amaçlarını şu şekilde özetlemek

⁶² Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 135-136.

⁶³ Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 125-127.

mümkündür: Bu amaçların ilki şüphesiz mağdur ile fail arasında yeniden bir uzlaşma tesis etmektir. Diğer bir amaç da mağdurun ceza adaleti sistemine katılımını sağlamaktır. Zira klasik ceza yargılaması sürecinde mağdurun kafasında yargılama sona ermesine rağmen cevaplandırılmayan bir sürü soru kalmaktadır. Örneğin hırsızlık suçunun yargılamasında mağdur, hırsızın neden kendisinin evini seçtiğini, neden kendisinin evine zarar verildiğini, eve nasıl girdiğini faile soramamaktadır. Mağdur böylece içindeki öfke ve üzüntü gibi menfi duyguları faile aktaramamaktadır. Üçüncü amaç da zararın tazmin edilmesi yani telafi edilmesidir. Burada fail ile mağdurun uzlaşmaya varması halinde tazminat miktarı gerçek zararı karşılayabilmelidir. Yani tazmin şekli olarak mağdurun arzusuna ve beklentilerine tekabül edecek bir miktarın belirlenmesi, mağdurun beklentileri hakkında daha az bilgi sahibi olan kontrol memuru gibi bir üçüncü kişinin kararlaştıracağı tazmin şeklinden daha yerinde ve doğru olacaktır. Bu amaçların yanında dördüncü amaç da failin ıslah edilebilmesidir. Bu süreçte fail, öncelikle hukuka aykırı bir eylemi gerçekleştirdiğinin farkında olacak ve ortaya çıkan zararı tazmin için sorumluluk altına girecektir. Son amaç da failin ve mağdurun karşılıklı duygu aktarımına olanak vermesidir. Bu amaçlarla donatılmış böyle bir onarıcı adalet modelinde gönüllülük temel unsurdur. Her ne kadar bu unsuru sağlamak kolay olmasa da sürecin ilerlemesi adına zorunlu ve gereklidir. Herhangi bir baskı bireysel sorumluluğun önüne set çekerek özgür bir müzakere ortamını engelleyebilir.⁶⁴ O halde tarafların rızası ve gönüllü olarak katılmaları bu sürecin temel yapıtaşını oluşturan önemli bir unsurlardır.

Onarıcı adalet sürecinin tamamlanması ile taraflar meydana gelen zararların onarılması için kendi çözümlerinin olduğu bir anlaşmaya varırlar. Süreç boyunca yapılan görüşmelerde kurulacak olan diyaloglar ile suçun yol açtığı zararlar da onarılmaya başlanır. Buradaki onarım kelimesini geniş anlamak gerekir. Maddi karşılığı olan bir edimden öte geniş bir yelpazede düşünmek gerekir. Failin mağdurdan özür dilemesi dahi, mağdurun zararının onarılmasına hizmet eden bir edimdir. Bu edim, anlaşmaya bağlanan sonucun bir parçası olarak da taraflar arasında kararlaştırılabilir. Neticede tarafların varacağı anlaşmanın hükümleri onarıcı nitelikte olmalıdır. Süreci bir an önce bitirmek amacı ile mağdura

⁶⁴ Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 134-135, 138. Mağdur-fail arabuluculuk programlarının sisteme katacağı yararlar hakkında bkz. Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 58.

sadece belli miktar paranın verilmesi üzerine anlaşma, ilişkilerin onarılmasında yetersiz kalabilir. Amaç sadece tazminat vermek sureti ile süreçten kurtulmak değil, ilişkileri onarmaktır. Anlaşmanın, taraflardan birini zor duruma sokacak şekilde cezaya da dönüştürülmemesi gerekir. Anlaşmanın konusu af dileme ya da el sıkışma şeklinde olabileceği gibi maddi zararı telafi etmek için para ve hatta kitap okumak dahi olabilir.⁶⁵

Onarıcı adalet modellerinden biri olan mağdur fail arabuluculuğu, Türk Ceza Adalet Sistemi'ne 2004 yılında kabul edilen ve 01.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte “uzlaşma” adıyla girmiştir. Ancak kurum çok eleştiri almıştır. Kimi hukukçular, uzlaşma kurumunun kamu davasının mecburiliği, kusur sorumluluğu, masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkı gibi ceza yargılamasının temel ilkeleri ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Failin suçu kabul etmesi ile uzlaşma sürecinin onu geri dönülemez bir yola sokacağı ve bu sürecin failin mağdur ile mutlaka bir anlaşmaya varılması zorunluluğuna sebep olacağı, uzlaşmaya varılamaması halinde savcı ve hâkimin suçu kabullenmiş olan fail hakkında bazı önyargılara sahip olacağı şeklinde yapılan eleştirilerle, uzlaşma kumrunun mağduru korurken faili zora sokacağı ileri sürülmüştür.

2006 yılında 5560 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten evvel uzlaşmanın sonucunda varılacak anlaşmanın konusu sadece maddi edimler ile sınırlıydı. Ayrıca failin, işlemiş olduğu suçu ve suçun sebep olduğu zararın büyük bir kısmını gidermeyi kabul etmesi gerekmektedir. Aralık 2006'da yapılan değişiklikle birlikte, uzlaşmanın sonucu kapsamında kabul edilen hukuka uygun edimin, ceza adaleti sistemi yetkililerince onaylanması şartı getirilmiştir.⁶⁶ 26 Temmuz 2007 tarihinde “Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin” Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle, taraflara, uzlaştırma sonucunda sadece maddi değil manevi edimler hususunda da anlaşabilme imkânı getirilmiştir. Böylece, taraflar, hukuka uygun maddi veya manevi herhangi bir edim konusunda anlaşabilirler.⁶⁷

65 Özyiğit, "Türkiye’de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 63.

66 Özyiğit, "Türkiye’de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 67-68, 124.

67 26 Temmuz 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md. 4/b; uzlaşma neticesinde kararlaştırılan

B.Ceza Adaleti Sistemi İle Onarıcı Adaletin Karşılaştırılması: Onarıcı Adalet Ceza Adaleti Sistemine Alternatif Bir Sistem Mi, Tamamlayıcı Sistem Mi?

1. İki Sistemin Karşılaştırılması

Türkiye de dâhil olmak üzere dünya üzerindeki birçok ülkenin ceza adaleti sistemlerine hem yapısal hem de işlevsel olarak şekil veren geleneksel ceza adaleti anlayışına göre, insan rasyonel bir varlık olarak suçu iradesi ile işler ve yaptığı bu eyleminden sorumludur. Bunun temelinde yatan düşünce cezalandırma ve caydırmadır. Buna göre caydırıcılık için cezalandırma esastır. Suç işlerken rasyonel olan kişileri bu eylemlerden vazgeçirebilmek için o eylemin doğuracağı zararın ağırlaştırılması yani kişinin yeteri şiddette cezalandırılması gerekmektedir. Ceza adaleti sistemi anlayışına göre suç devlet tarafından oluşturulan düzene karşı işlenen bir eylem olup, cezalandırma yetkisi ve hakkı da sadece devlete aittir. Esasında devlet ceza adaleti ile mağdurun öcünü almaktadır. Bu sistemde faili cezalandırarak suç işlemekten vazgeçirmek, bir çeşit onarma işlevi görmektedir. Bu sistemde amaç, her ne kadar gelecekte suç işlenmesini engellemek olsa da, sistem esasında geçmiş eylemlerin olduğu geçmiş zaman ile ilgilenmektedir. Yargılama noktasında gelecek zaman dilimi, sistemin ilgi alanı dâhilinde değildir. Durum bu olmakla beraber ceza adaleti sisteminden onarıcı adalet sistemine geçişi hazırlayan şartlar nelerdir? Daha doğrusu ceza adaleti sisteminin hangi eksiklikleri ve problemleri bu geçişi tetiklemiştir? Buna mukabil onarıcı adalet mekanizmasının da olumlu taraflarının neler olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yukarıda saydığımız hususlar klasik ceza adaleti sisteminin zayıf tarafları olup, bunların onarıcı adaletin güçlü tarafları ile doldurulması gerekmektedir. Bu tetikleyici unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür:⁶⁸

edimin niteliği hakkında daha fazla bilgi için bkz. Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 124-125.

68 Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 139-145. *Uludağ*, ceza adaleti sisteminin dayandığı bu düşüncenin dayanağı olan cezalandırma felsefesini, "*cezalandırıcı adalet*" (*retributive justice*) olarak adlandırmaktadır. Ancak biz, adalet kavramının ceza hukuku alanındaki yansımaları daha iyi ifade eden "ceza adaleti" (*criminal justice*) kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca buradaki *retributive* kavramı adalet kavramının cezalandırıcı vasfını ifade etmemektedir. İngilizce de *retributive justice*, "failin ıslahından çok cezalandırılması esasına dayanan ceza adaleti sistemini ifade

1. *Suçun Meydana Getirdiği Yaraların Tam Olarak Sarılamayı:* Klasik ceza adaleti sisteminde amaç, suçun yol açmış olduğu zararları telafi etmekten ziyade faili bulup cezalandırmak ve failin bu eyleminin yol açtığı ihlali kendisine ödettirmektir. Klasik ceza adaleti sürecinde elbette bazı mağduriyetler giderilmiş olur. Ancak bu sistemde önemli olan failin cezalandırılmasıdır. Suç, hem mağduru hem de fail ve toplumu (failin ve mağdurun yakınları ve genel olarak toplumun tamamı) bir bütün olarak maddi ve manevi olarak olumsuz etkilemektedir. Dolayısı ile mağdurun, failin ve toplumun bu maddi ve manevi zararlarını telafi edici adımların geleneksel ceza adaleti sisteminde karşılığı bulunmamaktadır. Çünkü bu sistemde asıl olan failin cezalandırılmasıdır.

2. *Yargılama Sürecinde Fail, Mağdur ve Toplumun Pasif Durumu:* Klasik ceza adaletinde yargılama sürecine girildikten sonra fail, mağdur ve toplumun rolü oldukça sınırlıdır. Örneğin, mağdur suça verilecek ceza miktarı hakkında söz sahibi olamamaktadır. Takibi şikâyete bağlı olmayan suçlarda, ilgili suçtan doğrudan zarar kendisine yansımına rağmen faili affetme veya alternatif yaptırım önerme imkânına da sahip değildir. Bunun yanında failin de yargılama sürecinde aktifliği zayıftır. Belli bir aşamadan sonra failin avukatı devreye girmekte ve fail doğrudan mağdur ile temas kuramamakta ve pişmanlığını mağdurun yüzüne karşı dile getirememektedir. Suçtan zarar gören toplumun da sürece katılması imkânı bu sistemde yoktur. Suçun işlenmesinden sonra yargılama iddia makamını temsil eden savcı, yargılama makamını temsil eden hâkim ve savunma makamını temsil eden avukat arasında işlemektedir. İşlenen bir suç bu üç aktör tarafından muhakeme edilmektedir. Ancak suçtan en çok etkilenen ve suçun doğrudan tarafları olan fail, mağdur ve toplum yargılama sistemi tarafından etkisizleştirilmektedir.

3. *Cezalandırma Yöntemi:* Cezalandırma devletin tekelinde olan bir hak ve yetki olup, devletin kullandığı araç da hapisanelerdir. Bu infaz kurumlarında failin hürriyeti kısıtlanarak tekrardan suç işlemesi engellenir. Böylece suç işleme niyetinde olan diğer insanların da suç işlemesinin önüne geçilir. Devlet, topluma zararı olanları toplumdan

etmektedir". *Retributive* kavramı adalet kavramını nitelemek için kullanılmamıştır. Bu nedenle, biz de bu çalışmamızda ceza adaleti kavramını tercih etmekteyiz. *Retributive* kavramı için bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/retributive_justice. Erişim tarihi: 10.04.2017.

tecrit ettirmiş olur. Her ne kadar teoride bu infaz kurumlarının bunu sağlayabileceği savunulsa da, pratikte istenilen sonuç elde edilememiştir. Çünkü hükümlü bu infaz kurumlarındaki ortamın olumsuzluklarına maruz kalmaktadır. Özellikle kriminolojik teorilerden öğrenme teorisinin de vurguladığı gibi, suçlu hapisanede suçlu alt kültürü ile tanışır ve bir süre sonra bu kültürün değerlerini benimser. Burada bu değerleri içselleştiren suçlular, suç işleme tekniklerini öğrenerek daha “profesyonel suçlular” olarak dışarı çıkabilirler. Bu da suçlunun pişman olmadan topluma dönmesi demektir. Suçlu hapisteki diğer suçluların fiziki ve psikolojik saldırılarına ciddi olarak maruz kalmakta ve bu saldırıların yol açtığı zararlar kişinin ıslah olmasını engellemektedir. Bu şekilde dışarı çıkan bir kimse tekrardan suç işlemeye hazır bir zeminde olup tekrardan infaz kurumuna dönme potansiyeline sahiptir. Ayrıca uzun süre içerde kalan bir kimse sosyalleşme yetilerini kaybetmiş olarak dışarı çıkmaktadır.

4. *Sistemin Tıkanması*: Geleneksel ceza adaleti günümüzde iş yükü nedeni ile adaleti tesis edemeyecek duruma gelmiştir. Zira ceza adaletini lüzumlu kılan her vak’a bu sistemden geçmek zorundadır.

5. *Caydırıcılığın Tam Sağlanamaması*: Geleneksel ceza adaleti sisteminin dayandığı temel argüman caydırıcılıktır. Bu sistemde caydırıcılığın sağlanabilmesi için cezalar yeteri kadar ağır olmalı, çok hızlı uygulanmalı ve ayırım yapılmaksızın suç işlediği kesinleşen herkese muhakkak uygulanmalıdır. Söz konusu bu üç şartın gerçekleşmemesi caydırıcılığı engellemektedir. Birinin veya ikisinin gerçekleşmesi dahi yeterli değildir. Üç şart bir arada gerçekleşmeli. Ancak gerek Türkiye’de gerekse dünyada kullanılan tüm prosedürlere rağmen tam manada bir caydırıcılığın sağlanmasından söz etmek mümkün değildir.

6. *Husumetin Giderilemeyişi ve Sulhun Sağlanamayışı*: Daha evvel de belirttiğimiz gibi onarıcı adalet anlayışının ifade ettiği gibi işlenen suç hem topluma hem faile hem de mağdura maddi ve manevi olarak ciddi zararlar vermektedir. Fiziki zararlardan ziyade uzun bir süre bazı zararlar devam etmektedir. Örneğin, mağdur ile fail arasında husumetin devam etmesi uzun süre devam eden zararlardandır.

Failin işlediği eylemin cezasını çekmesi onun sorumluluğunu yerine getirmesi açısından yeterli kabul edilmektedir. "Pişmanlık, af, özür, çekilen acıların hafiflemesi, tarafların birbirine saygı duyması, geleceğe dair ilişkileri düzeltme arzusu" gibi kavramlar, bu sistemin ilgi alanında değildir. Dolayısı ile sistem failin cezalandırılmasına odaklanmakta ve

taraflar arasındaki husumetin giderilmesi çok da ehemmiyetli olmamaktadır.

7. *Bazı Suç Tipleri Karşısında Sistemin Fonksiyonunu Tam Yerine Getirememesi*: Fail ve mağdurların tam olarak tespit edilemediği "büyük kan davaları, sülaleler arası çatışma gibi olaylar ile faili meçhuller, işkence, devlet görevlilerinin işlediği suçlar ile kitlesel insan hakları ihlalleri gibi suçlar karşısında delillerin tam elde edilememesi, tarafların tam ayırt edilememesi, ağır iş yükü ve davaların çok zaman gerektirmesi" gibi nedenlerle geleneksel ceza adaleti barışı tesis etmekten aciz kalmaktadır.

8. *Suçta Taraf Olmayan Aktörler, Yargılama Dili ve Mekân*: Fail ve mağdur yargılama sürecinde hiç tanımadığı adli aktörler ile karşı karşıya gelmekte ve bu da kişinin özeline ait birçok bilgiyi tanımadığı kişilere aktarması demektir. Dil ve suçta taraf olmayan aktörler ile yaşanan diyalog problemleri de bu sistemin bir diğer olumsuz tarafıdır.

Geleneksel ceza adaleti sisteminde yargılama sürecinde en fazla ihmal edilen taraf mağdurdur. Hem yargılama hem de hüküm verme aşamasında mağdurun ne ihtiyaçları ne de tercihleri dikkate alınmaktadır. Mağdurun yakındığı en önemli husus kendisinin yargılama aşamasına katılımının teşvik edilmemesidir.⁶⁹ Bunun temel sebebi de klasik ceza adaleti modelinin suçu, hukukun ihlali ve devletin mağduriyeti olarak kabul etmesidir. İlk derecede devlet suçun mağduru olup, birey ikinci planda mağdur olarak kabul edilmektedir. Amaç bu sistemde bir suçlama neticesine varmak ve cezalandırmaktır. Bu sistemde süreç taraflar arası uyumsuzluk üzerine işler ve neticede bir taraf kazanmakta ve diğer taraf kaybetmektedir. Yani tarafların mücadelesi üzerine inşa edilmiştir. Süreç devlet ile suçlu arasında devam eden sistemde işler. Mevcut ceza adaleti sisteminin yaklaşımı, suçu devlete karşı işlenen bir fiil olarak tanımlamaktadır. Buna mukabil onarıcı adalet mekanizması ise, suçu, insanlar arası ilişkilerin ihlali olarak görmektedir. Buradaki adalet anlayışının amacı sorumlulukları tanımlamak, ihtiyaçları karşılamak ve onarmayı arttırmaktır. Suç, insanların zarar görmesi olarak algılanmaktadır. Yani, onarıcı adalet, suçu, bireyin başka bir bireyin hukukunu ihlal etmesi olarak tanımlamaktadır. Bu adalet anlayışı sorumlulukları ve ihtiyaçları tespit etmek için mağdur, fail ve toplumu

⁶⁹ Heather Strang /Lawrence W. Sherman, "Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice", *Utah Law Review*, 2003: 15, s. 16, 21.

sürece dâhil ederek, mümkün olduğunca en doğru sonuca ulaşmaya çalışır. Bunun yanında onarıcı adalet yeni problemlerin çözümünün de tohumlarını içeren bir uygulama olarak tanımlanmaktadır. Onarıcı adalet pratiği faile ceza vermek yerine taraflar (mağdur, fail ve toplum) arasındaki zararları onarmaya girişir.⁷⁰ Zehr ve Mika⁷¹ da onarıcı adaletin güçlü dinamiklerini ortaya koymaktadır. Onlara göre, onarıcı adalet, "zararları kolektif olarak onarma süreci" dir. Onarıcı adalet, bu noktada, ihlalden kaynaklanan zararlara odaklanmakta, fail ve mağduru adalet sürecine dâhil etmek sureti ile taraflara eşit yaklaşmakta, uygun olduğu nispette mağdurlar ve failer arasında doğrudan ve dolaylı diyalog imkânı vermekte, mağdurların ıslahına yönelik bir istem olarak onların ihtiyaçlarına cevap vererek onları güçlü kılmakta, failin sorumluluklarının neler olduğu ve bunun üstesinden nasıl gelineceği konusuna değinmektedir. Ayrıca, onarıcı adalet sistemi, toplumu da sürece dâhil ederek, suça toplumdan gelecek cevaplara da yer vermekte, zorlama ve soyutlamadan ziyade bütünleşmeyi teşvik etmekte, eylemlerimizin istenmeyen sonuçlarına dikkatleri çekmekte ve son olarak sürecin tüm taraflarına (mağdur, fail ve diğer kişiler) saygı göstermeyi istemektedir.⁷² Buradan anlaşılıyor ki, onarıcı adalet, bazı güçlü dinamikleri olan bir sistemdir. Şöyle ki, her şeyden önce, sisteminin merkezinde mağdur yer almaktadır. Suçlu, işlediği fiilden doğan ihlalden sorumlu olduğunu anlamaktadır. Toplum da bu sisteme dâhil edilmektedir. Geleneksel ceza adaleti hukuk ve yaptırım eksenli (*law / punishment-oriented*) adalet anlayışı iken; onarıcı adalet bu ayırıcı dinamikleri ile zarar merkezli (*harm-centered*) bir sistem olarak kabul edilebilir.⁷³ Diyalog, onarıcı adalette olmazsa olmaz bir unsurdur. Sürecin başarıya ulaşması, mağdur-fail diyalogunun başarısına bağlıdır.

⁷⁰ Martin McAnallen (1999) "Restorative Justice: Its Potential", *Child Care in Practice*, 5: 4, s. 361-362. Mark S. Umbreit / Bety Vos / Robert B. Coates / Elizabeth Lightfoot, "Restorative Justice in the Twenty-first Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls", *Marquette Law Review*, 89: 251, s. 254; Kenneth L. Carder, "Resources for Restorative Justice", *Center for Christian Ethics*, 2012, s. 90. Bkz. <http://www.baylor.edu/content/services/document.php/163080.pdf>, Erişim tarihi: 08.04.2017.

⁷¹ Howard Zehr / Harry Mika, "Fundamental Concepts of Restorative Justice", *Contemporary Justice Review*, 1998, 1: s. 47-55.

⁷² Zehr / Mika, "Fundamental Concepts", s. 54-55.

⁷³ Zehr / Mika, "Fundamental Concepts", s. 54-55.

Mağdurun dışlanmadan odak haline getirilmesi ve adalet sisteminin mağdur-fail iletişimi üzerine kurulması çok önemlidir.⁷⁴

2. Onarıcı Adaletin Ceza Adaleti Sistemine Alternatif Olup Olmayacağı Tartışması

Onarıcı adalet sürecinde karar sürece aktif olarak katılan mağdur, fail ve diğer ilgililer tarafından verilirken, <geleneksel ceza adaleti sisteminde kararı hâkim vermektedir. Doktrinde her ne kadar bu iki sistemin birbirinin tersi olmayacağına dair görüşler olsa da, esasında ikisinin birbirinin tam zıddı olduğu düşüncesi hâkimdir.⁷⁵ Örneğin *Radelet* ve *Borg*, onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif bir sistem olduğunu ve onun ceza adaleti sisteminin bir parçası olmadığını savunmaktadırlar.⁷⁶ *Common Law* sisteminde onarıcı adalet modelleri "ceza adaletine alternatif olarak kovuşturmadan ayrılmak" ve "ceza adaletine bir destek olarak kovuşturmaya ek olmak" şeklinde iki sistem şeklinde uygulanmaktadır.⁷⁷ Avrupa'da onarıcı adalet, daha çok sistem dışına yönlendirme tipindedir. Davalar genelde ceza adaleti sisteminden onarıcı adalet sistemine aktarılmaktadır. Ancak sistem dışına yönlendirmede dahi ceza adaleti kurumları bekçi konumlarını korur. Onarıcı adalet sistemi, ceza adaleti sistemine bir taraftan meydan okumakta, ancak diğer taraftan onun bir parçası olmaktan da kendini kurtarmamaktadır. O halde iki sistem arasında denge oluşturacak yepyeni bir yaklaşım gerekir. Onarıcı adalet, ne sadece basit ya da zor davalarla ilgilenmeli ne de ikinci sınıf bir ceza muhakemesine dönüştürülmelidir. Onarıcı adaletin yukarıda anlatılan yapısının ve adalet anlayışının uygulanması için, hem zaman ve mekân olarak fiziksel ortam gerekmekte hem de aynı zamanda yargılamaya dönük usuli güvencelerle arasında gevşek bir bağın olması gerekmektedir.⁷⁸

⁷⁴ Baytaz, s. 124. Ayrıca iki sistem arasındaki farkları anlatan tablo için bkz s. 125.

⁷⁵ Baytaz, "Onarıcı Adalet", s. 124.

⁷⁶ Mizhael L. Radalet / Marian J. Borg, Comment on Umbreit and Vos: "Retributive Versus Restorative Justice", *Homocide Studies*, 2000, 4: 8, s. 88-92.

⁷⁷ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 302.

⁷⁸ Cristia Pelikan, "Onarıcı Adalet Üzerine", s. 25-26. Bkz. Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı (Derleyenler: Galma Jahic ve Burcu Yeşiladalı), 1. Baskı İstanbul, Ekim 2008.

Biz de onarıcı adalet sisteminin ceza adaleti sistemine alternatif bir ceza sistemi olmadığı, mevcut ceza adaleti sistemini tamamlayıcı ve ona ek bir sistem olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple onarıcı adaleti ceza adaleti dışında harici bir sistem olarak mütalaa etmemekteyiz. Çünkü ceza adaleti sistemi sadece yargı teşkilatından oluşan bir istem olarak dar anlamda yorumlanamaz. Aksine ceza yargılaması sistemi çok daha geniş kapsamlıdır. Ayrıca onarıcı adalet sisteminde kararın devleti temsilen hâkim tarafından değil de, eylemin tarafları tarafından verilmesi de devletin günümüze kadar gelen ve kabul edilen cezalandırma yetkisini tehlikeye sokacaktır. İşte bu gibi muhtemel tehlikeleri engellemek adına temel dinamiklerinin korunduğu ve klasik ceza adaleti sistemini güçlendirici ve tamamlayıcı bir onarıcı adalet sisteminin olmasının, sistemi daha güçlü kılacağı düşünülüyor. Dolayısı ile savunduğumuz ve ceza adaleti sistemine yepyeni bir yaklaşım modeli olarak öngördüğümüz bu sistemde onarıcı adalet süreci sonucundaki kararın bağımsız ve tarafsız hâkim tarafından da kabul edilmesi gerekir. Böylece her iki sistemin güçlü yanlarının bir arada olacağı bir sistem yerine, ceza adaleti sistemine sıkı sıkıya bağlı bir onarıcı adalet disiplininin başarı oranının daha fazla olacağı kanaatini taşımaktayız. Çünkü klasik ceza adaleti sistemi her ne kadar cezalandırıcı ve caydırıcı bir karakter taşısa da, günümüze kadar gelen deneyimlerin de göz ardı edilmemesi gerekir. O halde onarıcı adalet sürecinde gerçekleştirilen ceza adaleti faaliyeti ceza adaleti sistemine dâhil bir faaliyet olarak kabul edilmelidir. Bu noktadan hareket edildiğinde onarıcı adaletin sunmuş olduğu yapıcı yöndeki alternatif uyumsuzluk çözümü, ceza politikası için de yeni bir fikirdir. Dolayısı ile devletin kurduğu ceza adaleti sistemince kabul edilen onarıcı adalet, içerdiği adalet anlayışı ile mağdurların ikinci kez zarar görmesini engelleyen ve mağdurları koruyan ideal bir sistem olarak kabul edilebilir. Her ne kadar iki sistem birbirinin zıddı olan temel unsurlar içerse de onarıcı adaletin dinamikleri kullanılarak birey-devlet ilişkisindeki güven sorunu da bir noktada çözülmüş olacaktır. Onarıcı adalet, devletin suç kontrolünün temel bir unsuru olarak görülmelidir. Ceza yargılaması tamamen de bireyin tekeline bırakılmamalıdır. Bu, ayrıca devletin egemenliğinin meşruluğu sorununu yeniden gündeme getirir.⁷⁹

⁷⁹ Özbek'in de ifade ettiği üzere; "suç teşkil eden eylemler, ceza adaleti sistemi tarafından kontrol edilmelidir. Onarıcı adalet, suçun insanların sosyal hayatından uzaklaştırılmasını güvenceye alan ve modern bir toplumda uygarlaşmanın yapı taşı

Her ne kadar onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif⁸⁰ bir sistem olduğu görüşü baskın olsa da; onarıcı adalet, yeni bir adalet mekanizması olarak “geleneksel ceza adalet sisteminin ve daha özel olarak ceza yargılaması usulündeki eksikliklerin giderilmesine ve düzeltilmesine yönelik tamamlayıcı düzenlemeler ve usuller sunması”⁸¹ gereken bir sistem olarak ceza adaleti sisteminin içinde ihdas edilmelidir.

Netice itibarıyla, ceza adaleti sisteminin en önemli özelliği devletin işlenen suç üzerindeki kontrolünün devam etmesidir. Ceza adaleti sistemini tamamlayıcı bir sistem olarak onarıcı adalet mekanizmasında söz konusu özelliğin muhafaza edilmesi gerekir. Ancak bu şekilde, onarıcı adalet, biçimsel ve tamamlayıcı, mevcut sistemi insan hakları ve adalet temelinde güçlendirici ek bir adalet mekanizması olarak, kabul edilebilir. Bir diğer ifade ile onarıcı adalet, biçimsel olmayan ve ceza adaleti sisteminden tamamen bağımsız bir adalet mekanizması sistemi değildir. Her ne kadar onarıcı adalet sistem harici gibi uygulansa da suçun önlenmesi ve sonuçlarının bertaraf edilmesinde devletin kontrolü devam etmektedir.

Onarıcı süreç, kimi zaman ceza adaleti sisteminde yargılamadan evvel, kimi zaman ceza yargılaması sırasında, kimi zaman da yargılamanın bitmesinden sonra uygulanmaktadır.⁸² Onarıcı adaletin çeşitli ülkelerdeki uygulamalarının bu şekilde olması düşüncemizi destekler niteliktedir.

C. Onarıcı Adalet Yöneltilen Eleştiriler

Onarıcı adalet yapıları yapılan eleştirilerden birisi belirli olmayan çok sayıda hedeflerinin olmasıdır. Bu sistemi savunanlara göre onarıcı adaletin, mağdurun zararının onarılması, işlediği fiilin kötü olduğunun farkına varılması, fail ile mağdur arasındaki uyumsuzluğun çözülmesi,

olan bu sistemi kabul etmektedir. Böylece ceza adaleti sistemi, adil ve mağduru koruyucu nitelikteki arabuluculuk için uygun bir ortam sunar.”...“Arabuluculuk vasıtasıyla sulh sağlanması, suç üzerindeki devlet kontrolünü ortadan kaldırmadığı gibi, gayri resmî bir tali adalet mekanizması da kurmaz. Arabuluculuk sadece, insan haklarının ilkelerine dayanan bir ceza sisteminde, şiddetli ceza verme anlayışına bir alternatif oluşturur.” (Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 153.)

80 Carder, “Resources for”, 90.

81 Pelikan, “Onarıcı Adalet”, s. 21-22.

82 Özyiğit, "Türkiye’de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 34.

bozulan kamu düzeninin sağlanması toplumun suça yönelik korkusunun azaltılması gibi çeşitli hedefleri vardır. Bununla beraber bu hedeflerin belirli ve açık şekilde formüle edilememesi de bir diğer eleştiri noktasıdır. Amaç zararı gidermek olduğunda, bu mağdurun zararının tam olarak tespit edilememesi buna örnek gösterilebilir. Ayrıca bu hedefler öncelik sırası olmadan aynı anda gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Diğer bir eleştiri konusu da, suç neticesinde uygulanan onarıcı adalet sürecinde fail ile mağdur arasındaki “uyuşmazlığı çözmek” kavramının kullanılmasına yöneliktir. Hâlbuki suç ile uyuşmazlık aynı anlama gelmeyen farklı kavramlardır. Son olarak onarıcı adalete yapılan bir diğer eleştiri de uygulanan programların değerlendirme standartlarına ilişkindir. Onarıcı adalet, daha çok katılımcıların memnuniyeti ve programın failin tekrar suç işleme üzerindeki etkisi dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Ancak hedefler ile ölçütler arasındaki bağ çok dikkate alınmamaktadır.⁸³ Kanaatimizce onarıcı adalete ve özellikle mağdur-fail arabululuculuğuna yöneltilmesi gereken eleştirilerden birisi de gerçek zararı tazmin edecek miktarın tespit edilmesinin zorluğudur.

Bu menfi yönlerine rağmen, ifade etmek gerekir ki, onarıcı adalet ceza adaleti sisteminde yeni bir değişimin adıdır. Bu değişim, ceza adaleti sistemine yeni bir adalet anlayışını getirmeyi amaçlamaktadır. Çünkü onarıcı adalette amaç cezalandırmak değil, suçun yol açtığı zararları telafi etmek ve suçun taraflar arasında kendilerine söz hakkı verilmek suretiyle gerçek bir sulhun sağlanmasıdır⁸⁴.

Sonuç

Son otuz yılda büyük bir hızla gelişen ve yukarıda tarihçesini, düşünce yapısını, temel ilke ve amaçlarını anlattığımız onarıcı adalet anlayışı, ceza adaleti sistemine yeni bir yaklaşımın adı olmuştur. *Anglo-Sakson* hukuk sisteminde kendine yer edinen onarıcı adalet disiplini dünyanın her tarafında uygulanmaya başlanmıştır. Onarıcı adalet, tasarlanmış çeşitli programlarla uyuşmazlıkların çözüme ulaştırılabilmesi için suçtan etkilenen tarafların tamamını bir araya getirerek her davanın kendine özgü koşullarında yürütülen ve ortak anlaşmaya dayalı sonuçlara varmayı hedefleyen bir süreçtir. Onarıcı adalette esas olan, suçun tarafları arasında bu sürece toplumun da dâhil edilerek, bir diyalog süreci

⁸³ Baytaç, s. 126.

⁸⁴ Uludağ, "Onarıcı Ve Cezalandırıcı Adalet", s. 127-129.

kurmaktır. Böylece mağdur ile suç ve suçlu arasındaki bağları onaran pozitif ve üretici bir yaklaşım da ortaya konulmuş olur. Bu mukayese temelinde onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif bir sistem olup olmadığı tartışmalarına yukarıda değinerek, onarıcı adalet sisteminin ceza adaleti sistemine alternatif bir ceza sistemi olmadığı, mevcut ceza adaleti sistemini tamamlayıcı bir sistem olduğu yönündeki düşüncemizi ortaya koyduk. Bu sebeple onarıcı adalet, ceza adaleti dışında harici bir sistem olarak mütalaa edilmemelidir. Ayrıca devletin cezalandırma hakkının ve yetkisinin tamamen ortadan kalkacağı bir onarıcı adalet sistemi, devlet ile birey arasındaki bağların da kopmasına yol açacaktır. Bu nedenle, onarıcı adalet sistemi, devletin cezalandırma yetkisinin ve hakkının bertaraf edildiği bir sistem olmamalıdır. Yukarıda da dile getirdiğimiz gibi temel dinamiklerinin korunduğu ve klasik ceza adaleti sistemini güçlendirici ve tamamlayıcı bir onarıcı adalet sisteminin olmasının, sistemi daha güçlü kılacağı yönündeki kanaatimizi tekrar ifade ediyoruz. Böylece her iki sistemin güçlü yanlarının bir arada olacağı yani karma bir sistem yerine ceza adaleti sistemine sıkı sıkıya bağlı bir onarıcı adalet sisteminin başarı oranının daha fazla olacağı kanaatini taşımaktayız. O halde onarıcı adalet sürecinde gerçekleştirilen ceza adaleti faaliyeti ceza adaleti sistemine dâhil bir faaliyet olarak kabul edilmelidir. Bu noktadan hareket edildiğinde onarıcı adaletin sunmuş olduğu yapıcı yöndeki alternatif uyumsuzluk çözümü ceza politikası için de yeni bir fikirdir. Dolayısı ile devletin kurduğu ceza adaleti sistemince kabul edilen onarıcı adalet, içerdiği adalet anlayışı ile mağdurun ikinci kez zarar görmesini engelleyerek onları koruyan ideal bir sistem olarak kabul edilebilir. Onarıcı adalet disiplini, devletin suç kontrolünün temel bir unsuru olarak görülmelidir. Ceza yargılaması tamamen bireyin tekeline bırakılmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, Sururi; *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Liberte Yayınları 2011.

ARTUK, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Caner; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2014.

BAYTAZ, Abdullah Batuhan, "Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış", *İÜHFMC* LXXI, S. 1, 2013, s. 117-130.

BRAİTHWAİTE, John; "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice*, Vol. 25 (1999), s.1-27.

BRAİTHWAİTE, John; "Shame and Criminal Justice", *Canadian Journal of Criminology*, July 2000, s. 281-298.

BRAİTHWAİTE, John; "Settings Standards for Restorative Justice", *The Centre for Crime and Justice Studies*, 42: 2002, s. 563-577.

CARDER, Kenneth L. "Resources for Restorative Justice", *Center for Christian Ethics*, 2012, s. 89-93.

ÇEBİ, Sezgin Seymen, *Sosyal Adalet Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış*, XII Levha yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2012, s. 27.

ÇELİK, Özlem/TOKDEMİR, Sercan; "Kamu Davası ve Toplumsal Algılar", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, *Beta Yayınları*, Cilt I, Ekim 2014, İstanbul.

ESENER, Turhan; *Hukuka Giriş*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2015.

GAUDREAULT, Arlene; "The Limits of Restorative Justice", *Proceedings of the Symposium of the École Nationale De La Magistrature, Paris: Édition Dalloz. Leído en http://www.victimweek.gc.ca/pub/arlg_1.html*, 2005, s. 1-10.

GAVRİELİDES, Theo; "Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy", *European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI) Part 2007*, s. 29-36 & 52-80.

GÖKPINAR, Mahmut; "Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız", *TBB Dergisi*, Sayı: 77, 2008, s. 214-235.

GÜRİZ, Adnan; *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Ankara 2015.

GÜRİZ, Adnan; "Adalet Kavramı", s. 13. Makale için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf Erişim tarihi: 29.04.2015, s. 14.

HASCALL, Susan C. ; "Restorative Justice in Islam: Should Qisas Be Considered a Form of Restorative Justice", *Berkeley J. Middle E. & Islamic Law*, 4: 35, s. 35-78.

HUNSBERGER, Adam, "Restorative Justice in Theory," *Undergraduate Transitional Justice Review*: Vol. 2013 (4) : Issue: 1, Article 2, s. 2-18. <http://ir.lib.uwo.ca/undergradtjr/vol4/iss1/2>.

HOYLE, Carolyn, "Policing and Restorative Justice", in G. Johnstone, and D. Van Ness (eds), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Devon: Willan Publishing, Chapter 16: s. 292-311.

HUDSON, Barbara; "Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice?" *British Journal of Criminology*, 2002, 42: 3, s. 616-634.

KAPLAN, Mahmut; "Onarıcı Adalet ve Türk Hukukuna Yansımaları", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2005, s. 59-86.

KARACELİ, Süleyman; "Ailede Adalet Eğitimi", *The Journal of Academic Social Science Studies*, Volume: 6, Issue: 8, October 2013, s. 253-278.

KAŞIKARA, Mustafa Serhat; "Ceza Adaleti Açısından Hukuk Felsefesinin Yeri: Neyi Koruyoruz? Nasıl Koruyoruz?", Antalya 2012, *Umut Vakfı-1993*, s.1-17. Makale için bkz. http://www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-III-3.pdf , Erişim tarihi: 19.04.2015.

LİEBMANN, Marian; *Restorative Justice, How It Works*, Jessica Kingsley Publishing, Londra, 2007.

MAXWELL, Gabrielle / **MORRIS**, Allison; "Restorative Justice and Reconviction, Contemporary Justice" *Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 2002, 5: 2, s. 33-146

MCANALLEN, Martin; "Restorative Justice: Its Potential", *Child Care in Practice*, 1999, 5: 4, s. 361-364.

MCCOLD, Paul; "What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice," *Critical issues in Restorative Justice*: 2004, s. 155-

172, bkz. H. Zehr and B.Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*, Cullompton, Devon: Willian Publishing.

MENKEL-MEADOW, Carrie; "Restorative Justice: What is It and Does It Work?", *The Annual Review of Law and Social Science*, 2007, 3: s. 161-187.

ÖKTEM, Niyazi / **TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi; *Felsefe, Sosyoloji ve Devlet*, Der Yayınları, Altıncı Basım, İstanbul 2014.

ÖZBEK, Mustafa Serdar; "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", s. 16-183. Bkz.

<https://www.google.com/tr/search?q=Mustafa+Serdar> Erişim tarihi: 02.05.2015.

ÖZYİĞİT, Özlem Ayata; "Türkiye’de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin ve Uygulamasının Onarıcı Adalet Prensipleri ile Değerlendirilmesi", (*Yüksek lisans Tezi, Danışman: Galma Jahic*), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (İnsan Hakları Hukuku), 2009.

PAVLICH, George; "What are the Dangers as well as the Promises of Community Involvement?" *Critical Issues in Restorative Justice*: 2004, s. 173-18, in H. Zehr and B. Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*, CullomptonDevon: Willian Publishing.

PELİKAN, Cristia; "Onarıcı Adalet Üzerine", bkz *Onarıcı Adalet, Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı* (Derleyenler: Galma Jahic ve Burcu Yeşiladalı), 1. Baskı İstanbul, Ekim 2008.

RADALET, Mizhael L. / **BORG**, Marian J. ; "Comment on Umbreit and Vos: Retributive Versus Restorative Justice", *Homocide Studies*, 2000, 4: 8, s. 88-92.

RAWLS , John; *A Theory of Justice*, Oxford University Press, s. 3.

SELÇUK, Sami; *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, İmge Kitapevi Yayınları, 1. Baskı, Ağustos 2009.

SCHMİDTZ, David,; *Adaletin Unsurları*, (Çeviren: Hayrettin Özler), Liberte Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2010.

SHERMAN, Lawrence W / **STRANG**, Heather; "Delil Temelli Hüküm Olarak Onarıcı Adalet", *CHKD*, Cilt: 2, Sayı: 1-2, (Çeviren: Elif BEKAR CANPOLAT), 2014, s. 281-321.

STRANG, Heather / **SHERMAN**, Lawrence W. ; "Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice", *Utah Law Review*, 2003: 15, s. 15-42.

TOKDEMİR, Sercan; "Honor Crimes in Turkey: Rethinking Honour Killings and Reconstructing the Community Using Restorative Justice System", *Law and Justice Review*, 2013, (4): 2, s. 257-275.

ULUDAĞ; Şener; "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar", *Polis Bilimleri Dergisi* Cilt:13 (4), 2011, s. 127-151.

UMBREİT, Mark S. ; "Reply to Radelet and Borg", *Homocide Studies*, 2000, 4: 93, s. 93-97.

UMBREİT, Mark. S. / **VOS**, Betty; "Homicide Survivors Meet the Offender Prior to Execution Restorative Justice through Dialogue", *Homicide Studies*, 2000, 4 (1): s. 63-87.

UMBREİT, Mark S. / **VOS**, Bety / **COATES**, Robert B. / **LİGHTFOOT**, Elizabeth, "Restorative Justice in the Twenty-first Century: A Social Movement Full of Opportunities And Pitfalls", *Marquette Law Review*, 89: 251, s. 251-304.

VECCHİO, Giorgio Del, "Adalet ve Hukuk", (Çeviren: Ş.T.), Eser için bkz. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 1. KİTAP, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.

VAN NESS, Daniel W; "Prisons and Restorative Justice", in G. Johnstone, and D.Van Ness (eds), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Devon: Willan Publishing, Chapter 17: s. 312-324.

VAN NESS, Daniel / **MORRİS**, Allison / **MAXWELL**, Gabrielle; "Introducing Restorative Justice", s. 3-16 in **MORRİS**, Allison / **MAXWELL** Gabrielle, *Restorative Justice for Juveniles (Conferencing, Mediation and Circles)*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, s. 4-5.

WALTERS, Mark / **HOYLE**, Carolyn; "Healing Harms and Engendering Tolerance: The Promise of Restorative Justice for Hate Crime" (From Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, s. 228-248, 2010, Neil Chakraborti, ed.-See NCJ-232732).

WHEELDON, Johannes; "Finding Common Ground: Restorative Justice and Its Theoretical Construction (s)", *Contemporary Justice Review*, 2009, 12: 1, s. 91-100.

ZEHR, Howard. / **MİKA**, Harry; Fundamental Concepts of Restorative Justice”, *Contemporary Justice Review* 1998, 1: s. 47-55.

<http://www.arabulucu.com/cocuk-genclik-akran-arabuluculuk/cocuk-adalet-sisteminde-onarici-adalet-anlayisi-ve-cocuk-arabuluculugu>
Erişim tarihi: 26.02.2015.

<http://www.arabulucu.com/cocuk-genclik-akran-arabuluculuk/cocuk-adalet-sisteminde-onarici-adalet-anlayisi-ve-cocuk-arabuluculugu>
Erişim tarihi: 26.02.2015.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Meselelerinde Arabuluculuk konulu R (99)19 sayılı Tavsiye Kararı. Tavsiye kararı için bkz. [http://ankaratahkim.com/R%20\(99\)%2019%20SAYILI%20TAVSIYE%20KARARI.pdf](http://ankaratahkim.com/R%20(99)%2019%20SAYILI%20TAVSIYE%20KARARI.pdf). Erişim tarihi: 07.04.2017.

Suçun Önlenmesi ve Faillere Yapılacak Muamele konulu 11. Birleşmiş Milletler Kongresi Bangkok Deklarasyonu, 18-25 Nisan 2005. Thailand. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/restorative_justice_HB_new.pdf. Erişim tarihi: 07.04.2017.

26 Temmuz 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. Yönetmelik için bkz. http://eski.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/belgeler/cmkyon_070726.aspx. Erişim tarihi: 07.04.2017.

Retributive Justice kavramı için bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/retributive_justice. Erişim tarihi: 10.04.2017.

Restorative Justice kavramı için bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/restorative_justice. Erişim tarihi: 10.04.2017.

ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ'NE GÖRE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ ETKİLERİ

*Christian TOMUSCHAT**

Çev. Serkan OĞUZ

A. Giriş

Federal Almanya Cumhuriyeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) en erken taraf olan ülkelerden birisi sayılmaktadır. Federal Almanya Cumhuriyeti, İtalya'dan üç yıl önce 5 Ekim 1952'de AİHS' i imzalamış ve bu nedenle AİHS 3 Eylül 1953 yılında yürürlüğe girdiğinde, kendisini anlaşma sisteminin asli üyelerinden birisi olarak bulmuştur. Yeni demokratik hükümet için bu ilke karar, Avrupa grup devletleri ile barışçıl bir şekilde işbirliği yapma isteği sözü vermek, onun tüm aktivitelerini göz önüne alarak uluslararası denetim mekanizmasına tabi olmak demektir. Bu nedenle kısa bir süre sonra, Federal Almanya Cumhuriyeti o zamanlar taraf devletler için zorunlu olmayan AİHS' in 25. maddesinde yer alan¹ bireysel başvuruyu kabul etmiştir. Almanya uzun yıllar boyunca Nazi Diktatörlüğü altında kendi komşularına ölüm ve yıkım getirmiştir. Simdi, demokratik ve liberal bir Anayasa Hukuku, *the Basic Law*, altında organize olan Almanya, hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlette kendisinin yeni kimliğini göstermek istemektedir.

* Berlin Humboldt Üniversitesi Uluslararası Kamu Hukuku ve Avrupa Hukuku Emekli Profesörü ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu önceki üyesi. E-mail: Chris.Tomuschat@gmx.de. Bu makale esasen Uluslararası Hukuk İtalya Topluluğu toplantısında "La cooperazione giudiziaria fra Corti in Europa" Cosenza, 12 Nisan 2010 tarihinde İtalya' da sunulmuştur.

¹ Bu deklarasyon 5 Temmuz 1955 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihte, bireysel başvuru yürürlüğe girmiştir, çünkü başvuru için gerekli altı devlet eşliğine erişilmiştir. (İsveç, İrlanda, Danimarka, İzlanda, Belçika ve Federal Almanya Cumhuriyeti)

Onlarca yıl boyunca AİHS'in bölgesel kapsamı aslen Nazi rejimini yenen üç batı devletinin istila sahası olan Federal Almanya Cumhuriyeti'nin batı bölümü ile sınırlanmıştır. 1949 yılında Sovyet Birliği'nin kontrolünde doğan Demokratik Alman Cumhuriyeti (DAC), sosyalist doktrinin işlediği, neredeyse gerçek anlamı olmayan bir anayasada ilan edilmesine rağmen, bağımsız bir yargı denetiminin eksik olduğu göz önüne alındığında, insan haklarını korumak konusunda uluslararası bir koruma mekanizmasına ve hatta insan haklarına dahi sahip değildi. DAC otoriteleri gururla, Sosyalist Parti Birliği'nin tüm hassas siyasi konulardaki kontrolü anlamına gelen "sosyalist meşruluğa" bağlılıklarını ifade etmişlerdir.² AİHS her nasılsa kibirli bir şekilde sadece "burjuvayı, modası geçmiş hak ve özgürlükleri koruyan bir "Batı Avrupa" İnsan Hakları Anlaşması olarak tanımlamışlardır.³

Gayri resmi olarak 9 Kasım 1989'da duvar yıkıldığından, resmi olarak 3 Ekim 1990'da yeniden birleşen Almanya, önceki Demokratik Almanya Cumhuriyeti topraklarını Demokratik Almanya Cumhuriyeti kapsamına getirmek için çok özel yasal değişimlere gerek duymamıştır.

Tüm aktörler kolay bir şekilde anlaşmaların sınır değişikliği ilkesini yansıtan "bir antlaşma her bir tarafı bütün ülkesi bakımından bağlar" şeklindeki Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin⁴ 29. maddesinin kararlaştırdığı kurala itaat etmişlerdir.⁵ Batı Alman Devleti tarafından zapt edilen önceki DAC topraklarının Federal Almanya Cumhuriyetine katılmasından beri, AİHS Almanya'nın yeni parçasında otomatik olarak uygulanmaktadır.⁶ Hayatlarında ilk kez, ülkenin doğusunda yaşayan Almanlar kendi şikâyetlerini ilk olarak Federal Almanya Anayasa

² Bu kavramın detaylı analizi için bkz. MICHAEL STOLLEIS, SOZIALISTISCHE GSETZLICHKEIT: STAATS- UND VERWALTUNGSRECHTSWISSENSCHAFT IN DER DDR (2009).

³ Bkz. BERNHARD GRAEFRATH, MENSCHENRECHTE UND INTERNATIONALE KOOPERATION: 10 JAHRE PRAXIS DES INTERNATIONALEN MENSCHENRECHTSKOMITEES 46 (1988).

⁴ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 29, 23 Mayıs 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

⁵ Bu ilke Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi' ne dâhil değildir, 23 Ağustos 1978, 17 I.L.M. 1488.

⁶ Bkz. Christian Tomuschat, A United Germany within the European Community, 27 COMMON MKT. L. REV. 415, 418- 23 (1990).

Mahkemesi'ne (bundan sonra Anayasa Mahkemesi) ve devamında da Strasburg Komisyonu ve Mahkemesi'ne götürebildiler.

Özet şeklinde dile getirilirse, Almanya hiçbir zaman AİHS'deki yükümlülüklerine riayet etmekte büyük zorluklar yaşamamıştır. Daha en başından, insan hakları ve temel özgürlükler AİHS'in içerdiği garantilere paralel olarak Alman Anayasa'sında geniş bir şekilde tekrarlanmıştır.⁷ Her iki belge de geniş bir şekilde Birleşmiş Milletlerin kuruluşunun ardından Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun çalışmalarından doğrudan doğruya etkilemiştir. Belgeler Avrupalılarca çok iyi bilinen dünya seviyesinde, taslak kendi bölgesel dokümanlarında bir araya getirildiği zaman, ayrıntılı bir şekilde hazırlanmıştır.⁸ Benzer bir şekilde, Batı Almanya'da Anayasa'yı özenle hazırlayan Parlamenter Meclis, bu materyallere büyük ölçüde dayanmıştır.⁹ Böylece, Anayasa'nın temel haklara (madde 1'den 19'a) değinen (ilk bölümünün iskeleti AİHS'e çok ama çok benzemektedir. Alman Anayasası'nın Almanca olması, Birleşmiş Milletler Kurulu ve ilgili Avrupa Konseyi kurulu çalışmalarının iki kurulun resmi dilinde ifade edilmesinden dolayı, açık bir şekilde belli olmasa da, bil bakımından birçok benzerlik bulunmaktadır.

Almanya'ya Strasburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden (bundan sonra Strasburg Mahkemesi veya AİHM) önce pozitif katkı sağlayan ikinci faktör ise Anayasal Şikâyetin varlığıdır.¹⁰ Anayasa'daki temel haklarının kamu otoritelerince ihlal edildiğini iddia eden herkes, iç hukuk yollarını tükettikten sonra davasını Anayasa Mahkemesi'ne

7 Bkz. Paul Kirchhof, *Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?*, 20 EUROPAISCHE GRUNDRECHTE-ZEITSCHRIFT 16, 21 (1994).

8 Bkz. KARLJOSEF PARTSCH, *DIE RECHTE UND FREIHEITEN DER EUROPAISCHEN MENSCHENRECHTSKONVENTION* 11 (1966).

9 Bkz. Klaus-Berto von Doemming, Rudolf Werner Fisslein & Werner Matz, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, içinde 1 JAHRBICH DES OFFENTLICHEN RECHTS, NEUE FOLGE 50, 56, 74 (Gerhard Liebholz (Editör), 1951).

10 2009 yılında tespit edilen ihlal sayısı on sekizdir, buna nazaran İtalya için altmış birdir. 1959'dan 2009'a kadar geçen 50 yıllık sürede İtalya 1556 davadan "mahkûm edilirken", Federal Almanya Cumhuriyeti 99 davadan "mahkûm edilmiştir".

taşıyabilir.¹¹ Bu mekanizma çoğu zaman önemli hukuksal zararlar veya talihsizliklerin ulusal seviyede onarılmasını garanti altına almakta ve Strasburg mahkemesine düzeltme için çok az yer bırakmaktadır.

Bununla birlikte, zaman zaman Anayasa Mahkemesi ile Strasburg mahkemesi arasında sadece tesadüfi olaylarla ilgili değil, ilkesel konularla ilgili farklılıklar da ortaya çıkmaktadır. Bu konuda dört örnek gösterilebilir. Yeniden birleşmeden önce, 1995 yılında, 1970 ve 1980'li yıllarda önceki Almanya'nın batısındaki Alman Komünist Partisi ile ilişkisi olduğu için kamu hizmetinden ihraç edilen bir okul öğretmeni, Strasburg Mahkemesi'ne AİHS'in 10 ve 11. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuştur. Mahkeme kıl payı farkla, ona karşı dokuz oyla, başvuruyu haklı bulmuştur.¹² Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının magazin basınında fotoğrafların basılmasını merkez alan *Carolina von Hannover'in Almanya'ya karşı* davası uluslararası alanda büyük bir yankı uyandırmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından onanan¹³ Alman hukuk mahkemelerinin görüşünün aksine, Avrupalı hâkimler, somut olayda ortaya çıktığı şekliyle, çağdaş toplumun önde gelen figürleri olmalarına rağmen, kendi özel hayatlarına saygı gösterilmesine ihtiyaçları olan kişilere Alman hukuk rejiminin yeteri kadar koruma sağlamadığına hükmetmiştir.¹⁴ Bu davada yasal durum mahkeme içtihadı ile şekillenmişken, yeni *Brauer v Almanya*¹⁵ davası çok özel olarak 1949 yılından önce evlilik dışı dünyaya gelen çocukların miras konularında eşit olmasını reddeden yasama işlemi ile ilgilidir. Anayasa'nın ayrımcılık yapmama fıkrasına rağmen, doğum statüleri

11 Mahkemenin kararları şimdi 123 Cilt oluşturmaktadır. Kararların çoğunu bireysel başvurular oluşturmaktadır. Tarafların adları asla zikredilmez. Bu nedenle, özellikle resmi raporlar aynı kararlar beraber yayınlandığında kararın kimliği tespit edilmeye çalışılırsa, karara kısaca atıf yapmak mümkün değildir. Güvenilir olması için, resmi kayıt numaraları acemi bir metot ile verilmelidir. Mahkemenin kararları internette büyük kenar numaralarına bölünerek). Bunun aynı şekilde resmi tercümelere de uygulanması mahkemenin çok önemli kararları için oldukça önemlidir. Ne yazık ki, basılı ciltlerde bu kenar numaraları tekrar basılmamaktadır.

12 Vogt v. Germany, Başvuru. No. 17851/91, Eur. Ct. H.R. (1995). Anayasal Şikâyet üç yargıçlı Mahkeme Dairesi tarafından reddedilmiştir. 7 Ağustos 1990.

13 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] [Federal Constitutional Court] 15 Dec. 1999, 101, 361

14 Hannover v. Germany, Başvuru No. 59320/00, Eur. Ct. H.R. (2004).

15 Brauer v. Germany, Başvuru No. 3545/04, Eur. Ct. H.R. (2009).

hesaba katılmaksızın çocukların eşitsizliğini tartışmaya yol açan fıkraya artan bir şekilde, delile dayanan zorluklar mazeret gösterilerek uygulanmaya devam etmiştir: Resmi mazeretler hiçbir şekilde evlilik dışı doğmuş bir çocuğun aile ilişkilerini yıllar sonra tartışmasız biçimlerde kantlayamaz. Bir kaç ay önce karar verilen *M. v. Almanya*¹⁶ kararı özel dikkati çekmeyi hak etmektedir. Bu dava, birçok suçtan dolayı maruz kaldığı cezasının tamamının infazından sonra önleyici tutuklukta tutulan bir kişi ile ilgilidir. Ancak, on yıl ile sınırlanan önleyici tutukluluk, onun statüsüyle ilgili yasa değişikliğinden sonra, onun davasında geçmişe etkili olarak sınırsız bir süreye uzatılmıştır. Strasburg mahkemesi, önleyici tutukluluğun bu uzatımını cezaların geçmişe etki etmesi anlamına geldiğine ve bu nedenle AİHS madde 7 ile bağdaşmadığına karar vermiştir. Daha önceki ulusal düzeyde, sekiz yargıçtan oluşan Anayasa Mahkemesi heyeti, önleyici tutukluluk tedbirinin Anayasa'nın 103. Maddesi anlamında cezai bir yaptırım olmaması sebebiyle, bu tedbirin kusursuz olduğuna karar vermiştir.

Tüm bu davaların hassas özellikleri gerçekten de Strasburg'a ulaşmadan evvel Anayasa Mahkemesi tarafından detaylı bir şekilde gözden geçirilmişlerdir. Tüm iç hukuk yollarının tüketilmesi (AİHS madde 35(1)) zorunluluğu uyarınca, bir başvurunun Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunması, Strasburg yolunun açılması için zorunludur.¹⁷ Bu nedenle, az önce ifade edildiği gibi, Anayasa'daki temel haklar, AİHS'de açık bir şekilde ifade edilen hak ve özgürlükler ile büyük ölçüde uyumludur, genellikle aynı argümanlara Anayasa Mahkemesi ve Strasburg Mahkemesi'ndeki yargılamalarda da başvurulabilir. Bu, bir diğer ifadeyle, Ren nehrinin diğer tarafında oturan hâkimlerin genellikle Karlsruhe'deki Anayasa hâkimleri tarafından alınan kararların doğruluklarını iyice gözden geçirmesi anlamına gelmektedir. Çoğu zaman, verilen kararlarda onların görüşleri aynıdır. Ancak birkaç olaydaki bazı fikir ayrılıkları rahatsızlıklara neden olabilir. Onlarca yıldır kendi yargı alanlarındaki yasal dünyayı kontrol ettiklerine inanan hâkimlerin olduğu Anayasa Mahkemesi, bu pozisyonunu daha fazla tutamamıştır. "*Juge de paix veya preatore*" gibi, onlar doğrudan olmayan, fakat en azından dolaylı olarak insan haklarının kötü idaresinin

¹⁶ M v. Germany, Başvuru No. 19359/04, Eur. Ct. H.R. (2009).

¹⁷ Bkz. CHRISTOPH GRABENWARTER, EUROPAISCHE MENSCHENRECHTS KONVENTION 63 nn. 117, 118 (2. Basım 2005).

korunması konularındaki hukuki hataları sansürleyebilirler. Bu onları memnun etmeyen bir durumdur, çünkü onlar kendi pozisyonlarını karşılıklı olarak, yargı yetkisine sahip gücün diğer rakibi olan Avrupa Birliği Adalet Mahkemesine karşı savunmalıdır.

Herhangi birisi Strasburg Mahkemesinin Anayasa Mahkemesi' nin AİHS madde 6 fıkra 1'deki makul sürede yargılanma hakkına riayet etmediğini tespit ettiği davalardan bahsedebilir. Doğrusunu söylemek gerekirse, Karlsruhe'de yıllarca birçok Anayasal şikâyet –herhangi bir nedenden ötürü- saplanıp kalmıştır.¹⁸ Anayasa bu hakkı kabul etmemiştir ve Almanya karmaşık adli sisteminden ötürü, yargılamalarda uzun gecikmelere özellikle meyillidir. *Sürmeli* davasında mahkeme, Almanya'ya adli sistemini, davanın taraflarının AİHS madde 6 kapsamındaki haklarının etkili bir şekilde uygulandığını görebilecekleri şekilde organize etmesi ihtarında bulunmuştur.¹⁹ İma edildiği gibi, Anayasa mahkemesi dahi, diğer tüm hukuki branşlar için yol gösterici olacak bir model kurum olmayı başaramamıştır. Strasburg'da Ren nehrinin öte tarafında çözümünde geç kalındığı için kınaması gereken Anayasal kararlar, Anayasa Mahkemesi kararlarında zaman zaman görünen örtülü bir gerilime de neden olmaktadır.

B. Alman İç Hukuk Düzeni İçerisinde AİHS'in Etkisi

Doğal olarak, AİHS'in bir parçası olarak Almanya bundan kaynaklanan yükümlülüklerine riayet etmek zorundadır. *Pacta sunt servanda* tartışmasız ve temel bir önermedir, şimdi ise Viyana

¹⁸ Probstmeier v. Germany, Başvuru No. 20950/92, Eur. Ct. H.R. (1997) (yedi yıl); Klein v. Germany, Başvuru No. 33379/96, Eur. Ct. H.R. (2000) (dokuz yıl); Becker v. Germany, Başvuru No. 45448/99, Eur. Ct. H.R. (2002) (on üç yıl); Trippel v. Germany, Başvuru No. 68103/01, Eur. Ct. H.R. (2003) (beş yıl sekiz ay); Voggenreiter v. Germany, Başvuru No. 47196/99, Eur. Ct. H.R. (2004) (yedi yıl); Kaemena and Thbnebn v. Germany, Applications 45749/06 and 51115/06, Eur. Ct. H.R. (2009) (beş yıldan fazla).

¹⁹ Sürmeli v. Germany, Başvuru No. 75529/01, Eur. Ct. H.R. at §§ 136-137 (2006). Birkaç yıldan sonra, Adalet Bakanı 8 Nisan 2010' da uzun süren yargılamalara karşı korunma için bir kanun layihası sunmuştur. Bundeministerium der Justiz [Federal Ministry of Justice], Referentenentwurf: Gesetz über den Rechtsschutz bei berlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren [Draft Legislation: Law for Excessive Legal and Criminal Proceedings], <http://www.bmj.bund.de/files/5bc6c6f3463ae4546c4110e72f1f340c/4467/RefERechtsschutzueberlangeverfahren.pdf>. Bu kanun layihası halen Kabine tarafından tüm olarak ve parlamento tarafından yasalastıktan sonra onaylanmalıdır.

Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesinde kodifiye edilmiştir. Ancak bu kural, bir sözleşme ile sözleşme taraflarının iç hukuk hükümleri dâhilinde kurulan bir organın kararların bağlayıcı etkisine ilişkin otomatik bir cevap vermemektedir.²⁰ AİHS'i de ilgilendiren uluslararası hukukun genel ilkelerine göre, uluslararası hukuk yükümlülüklerinin yerine getirilmesi usulü, bu tür yükümlülüklerin etkili bir şekilde yerine getirilmesi koşuluyla, her devletin bireysel takdirine bırakılmıştır. Bu bir sonuçtur, sonuca giden bir yol değildir.²¹

Almanya'da, yasamaya ilişkin maddi içeriğe sahip anlaşmalar, özellikle bireyler için hak ve yükümlülük yaratan anlaşmalar, parlamento tarafından onanmalıdır (Anayasa madde 59/2). Ulusal ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye dayanan düalist bu model, AİHS ile ilgili olarak da takip edilir.²² Mantıken hukuki uygulamalar, Alman iç hukuk hükümleriyle aynı seviyede olan uluslararası anlaşmalar niteliğindeki yasal mekanizmalardan sonuç çıkarmaktadır.²³ İnsan hakları sözleşmeleri ile ilgili durumlarda, bu sistematik yaklaşım, sonraki kanun önceki kanunu ilga eder basit ifadesine göre herhangi bir iç yasa, insan hakları ile ilgili garantileri ihlal etme dezavantajını beraber taşımaktadır. İstenmeyen bu sonuçtan sakınılmak için girimlerde bulunulmuştur. Bazı yazarlar, Anayasa'nın atıfta bulunduğu insan hakları, ilgili uluslararası anlaşmalar, özellikle AİHS'in özel önerilerinden dolayı anayasal otoritenin hoşuna giden araçlar olarak beyan edilmeleri gerektiğini savunmuşlardır.²⁴ Anayasa mahkemesi bu tezi hiçbir zaman kabul

20 Bununla beraber, 14 Numaralı Protokol ile eklenen madde 28 (1) (b) "Mahkemenin iyice desteklenmiş içtihatları"na atıf yapmıştır

21 Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden, Başvuru No. 5614/72, Eur. Ct. H.R. at § 50 (1976), James et al. v. UK, Başvuru No. 8793/79, Eur. Ct. H.R. at § 84 (1986); Observer and Guardian v. UK, App. No. 13585/88, Eur. Ct. H.R. at § 76 (1991).

22 Kanun tasarısının orijinal metni 7 Ağustos 1952, Bundesgesetzblatt [Register of German Federal Law] BGBl. II at 685.

23 BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 82, 106 (114); BVerfGE 111, 307 (316 n.) (GirgblU case); BVerfGE 120, 180 (200) (Caroline von Hannover case); 4 Şubat 2010 tarihli en güncel kararı, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100204_2bvr230706.html, margin numara 21.

24 Bu özellikle Albert Bleckmann tarafından savunulmaktadır, *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?*, 21 *EUROPAISCHE GRUNDRECHTE-ZEITSCHRIFT* 149, 153 (1994). Ayrıca bkz. Frank Hoffmeister, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in*

etmemiştir. Bildirimlerin değişmez sınırında, uluslararası anlaşmalara uygulanan genel yaklaşımın insan haklarından ayrı tutulamayacağına karar verilmiştir.²⁵ Dolayısıyla, bir anayasal şikâyet sadece AİHS'in ihlal edildiği iddiasına dayanamaz. Ancak bir diğer taraftan Anayasa Mahkemesi, Alman hukukunun AİHS neticesinde gerçekleşen kriterler ile uyum içerisinde yorumlanması gerektiği önermesine başvurmuştur.²⁶ Dolayısıyla, görüldüğü üzere pratikte sert *sonraki kanun önceki kanunu ihlal eder* ilkesinin AİHS'in zararına başvurulabileceği tek dava yoktur.

Anayasanın *Völkerrechtsfreundlichkeit*²⁷ genel kavramını güçlendirme çabasından daha ileri gitmek için Anayasa Mahkemesi, Almanya'nın temel haklarının olası genişletilmesi konusunda iki kurum arasında boşlukları doldurmak için ortaya çıkan ilişkinin AİHS ışığında yorumlanması görüşünü kabul etmiştir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin 1987 yılında tanınmış uluslararası avukat Helmut Steinberger'in mahkemenin ikinci senato kürsüsünde oturduğunda verdiği karar, ilk karardır. Hâkimler, bir ceza yargılamasının esasa müteallik hüküm kararı olmaksızın, fakat suçlu olduğuna kani getirilmiş, hakkında soruşturma açılan kişi ile ilgili böyle bir usulün yasal temellerine değinilerek sona erdirilmesinin masumiyet karinesi ile bağdaşmadığını tespit etmiştir. Anayasa, masumiyet karinesini bireysel bir hak olarak listelememiştir. Ancak mahkeme, AİHS madde 6(2) ile

Deutschland, 40 DER STAAT 349, 367 et seq. (2001), Georg Ress, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in FESTSCHRIFT FOR WOLFGANG ZEIDLER 1775, 1789-96 (Walther Fierst, Roman Herzog & Dieter C. Umbach eds., 1987), Christian Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, 59 ZEITSCHRIFT FOR AUSLANDISCHES OFFENTLICHES RECHT UND VOLKERRECHT 961, 974-77 (1999). Bu yazarlar Strasbourg insan haklarını koruma sisteminin, Avrupa bütünleşmesi sisteminin kararlarına benzemesinden ötürü Anayasa madde 24(1)' e göre uluslar üstü bir organizasyon olarak düşünülmesini tavsiye etmektedirler.

25 BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 120, 180 (200).

26 BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 111, 307 (317).

27 Bu ilkenin en son onayı için, bkz. BVerfGE 111, 307 (317) (kenar numarası 33 teki "uluslararası hukuka bağlılık" a atıf yapılarak) (Resmi İngilizce çeviri: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2004114_2bvrl48104en.html); BVerfGE 123, 267 (347) (Lizbon Sözleşmesi kenar numarası 225 ve "Uluslararası hukuka açıklık ilkesi") (Resmi İngilizce çeviri: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es2009630_2bveOO0208en.html).

bağlantılı olarak masumiyet karinesini, Almanya anayasal düzeninin anahtar ögesi olan hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında yorumlamıştır.²⁸ Anayasanın yorumlanmasında AİHS'in özü ve daha sonraki gelişmeler, yorumun bütünleyici araçları Anayasadaki temel hakları daraltmadığı veya kısıtlamadığı takdirde hesaba katılmalıdır.²⁹ Bu muhakeme çizgisi, istikrarlı bir şekilde devam etmiştir. Böylece, 1990'daki bir kararda, Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 12(2) ve (3). Maddelerinde yer alan zorla çalıştırma kavramını tanımlamak için AİHS ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne başvurmuştur.³⁰ Anayasanın 6 (1). maddesinde açık bir şekilde ifade edilen ailenin korunması hükmü, AİHS madde 8'de karşılık bulan bir güvencedir ve bu nedenle sonraki kanun hükümleri ile uyum içerisinde uygulanmalıdır.³¹ Anayasa Mahkemesi böylece hangi kararından dolayı ileri bir safhada sıkıntı çekip çekemeyeceğini önceden değerlendireceği akıllı bir sistem geliştirmiştir. AİHS bünyesinde ön karar mekanizması olmadığından dolayı, sonraki bir aşamada ilgili kişinin AİHS'e başvurmasından sonra Strasburg'daki uluslararası yargıçlar tarafından eleştirilmeye maruz kalma riskiyle karşılaşmak yerine ulusal mahkemeler tarafından kendilerinin böyle bir kontrol icra etmeleri tabi ki daha akıllıcadır.³²

Önceki DAC'daki kamulaştırmaların dava konusu olduğu bir hayli yakın geçmişteki bir davada dahi, Anayasa Mahkemesi doğrudan doğruya, Avrupa araçlarının sadece Anayasa'nın 14. Maddesinde belirtilen mülkiyet garantisinin makul yorumunda mihenk taşına erişmeye hizmet ettiğine işaret etmeksizin, AİHS'den yararlanmıştır. Gerçekten de hükümlerin son bölümü şu kelimelerle başlamaktadır: “ Sonuç olarak, karar Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları ile çatışmamaktadır.”³³ Açık bir şekilde bu bölüm Strasburg

²⁸ BVerfGE 74, 358 (370).

²⁹ Id.

³⁰ BVerfGE 83, 119 (128).

³¹ BVerfGE 111, 307 (317); BVerfGE 120, 180 (200).

³² 4 Şubat 2010 tarihli karara bkz., dipnot 23 (yaşam hakkının ihlal edilmesi ile ilgili yükümlülüğün zorunlu kılmasına ilişkin)

³³ BVerfGE 112, 1, kenar numarası 139 (41) (İngilizce versiyon: http://www.bverf.de/entscheidungen/rs20041O26_2bvrO95500en.html).

mahkemesine yapılması beklenen başvuruların beklentilerinde yazılmaktadır. Fakat hiçbir başvuru kaydedilmemiş gibi gözükmektedir.

C. Görgülü Davası

Görgülü davasında³⁴, Anayasa Mahkemesi, Strasburg Mahkemesi'nin, Federal Almanya Cumhuriyeti kurumları için zorunlu kıldığı bir hükmün sonuçları hakkında, kendisini ayrıntılı bir şekilde ifade etmiştir. Bu dava temel olarak, AIHS'in kriterlerinin koruyucusu tarafından neyin bir ihlal olarak tespit edildiğinin açık bir şekilde tartışıldığı tek davadır. Birçok diğer davada, Avrupalı yargıçların beyanları Anayasa Mahkemesi'ndeki kendi mevkidaşları tarafından bir karşılık bulamamıştır. Strasburg konuştuğundan sonra top genellikle yakın bir zamanda dava konusunda karar vermesi gereken ve genel önlemlerin hukuki durumun uluslararası gözden geçirme organı tarafından yorumlayıcı sonuçlar ile uyumlu olup olmadığını derinlemesine düşünecek olan hükümetin yürütme mahkemesindedir.

Görgülü davası bir açıdan alt dereceli Alman otoritelerinin Strasburg Mahkemesi'nin kararlarına uymadaki gönülsüzlüklerinden dolayı, Anayasa Mahkemesi'ne, davayı birçok kez gözden geçirmesi imkânı tanıdığı için benzersizdir. Haddi zatında, olaylar çok sadedir.³⁵ Almanya'da yaşayan bir Türk yurttası, evlilik dışı doğan bir çocuğun babasıdır. Kadın, baba ile tüm bağlantılarına son verdiği için, çocuğun doğumundan hemen sonra onu evlatlık olarak vermiştir. Çocuk bunun üzerine koruyucu ailece alınmıştır. Baba bu yaşamılanları öğrendikten sonra, çocuğun velayetini almak için harekete geçmiş ve onu görme hakkını elde etmiştir, ancak yetkili temyiz mahkemesi onun lehindeki ilk karardan sonra, çocuğun koruyucu ailede ve babasından ayrı kalmasının çocuğun üstün yararına olduğu iddiasıyla babanın bu talebini reddetmiştir. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin üç yargıçlık dairesi de onun Anayasal şikâyetini reddetmiştir (31 Temmuz 2001).³⁶ Bunun üzerine evlat edinme işlemlerine koruyucu aile tarafından başlanmıştır. Bir diğer

³⁴ Görgülü v. Germany, Başvuru No: 74969/01, Eur. Ct. H.R. (2004); BVerfGE 111, 307 (İngilizce versiyon: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2004114_2bvrl48104en.html)

³⁵ Bkz. id. sayfa 308-13 (Anayasa Mahkemesi'ne ce davanın detaylarına girilerek karar verilmiştir).

³⁶ Bkz. 1 BvR 1174/01, BVerfGE 111, 307. Sebep gösterilmemiştir.

tarafıta, baba çocuğun velayetini elde etmek için yeni bir dava açmıştır. Onun ailesel haklarının kabulü aleyhine ileri sürülen engellerden ötürü, O nihayet AİHS'e göre bir başvuruda bulunmuştur. Strasburg mahkemesi Alman otoritelerinin karar ve önlem serisinin açık bir şekilde AİHS 8. Maddesinin ihlali anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır. Baba ve onun oğlunun arasındaki ilişki bu hükmün koruması kapsamındadır. Hiçbir meşru zemin, Bay Görgülü' nün bu hakkının böyle şiddetli bir şekilde kısıtlanmasını haklı gösteren hiçbir meşru neden düşünülemez.

Tarafsız bir gözlemci Strasburg Mahkemesi'nin kararının, Bay Görgülü'nün, oğlunun velayetini elde etme hakkı konusundaki ihtilafını sona erdirdiğine inanabilir. Ancak bu söz konusu değildir. Alt dereceli mahkeme, *Amtgericht* Wittenberg, Strasburg kararına olumlu cevap vermiştir. Fakat yetkili temyiz mahkemesi, *Oberlandsgericht* Naumburg, usule ve esasa ilişkin bir takım bağımsız itirazlar öne sürmüştür. Mahkeme bu itirazları, inanılmaz bir şekilde tepeden bakan ve kibirli bir şekilde, şöyle ifade etmiştir:

Yargı, uluslararası hukukun, onun organlarının bir süjesi olarak sadece Federal Almanya Cumhuriyeti'ne bağlıdır, resmi merciler ve organlar Anayasa'nın 97/1. maddesine göre bağımsız olan adalet yönetimi için sorumludurlar. Yargılamaların etkisi bu nedenle, iç hukuk değişikliği şartıyla, doğrusunu söylemek gerekirse hukukun ve olguların kurucu onayı ile desteklenen AİHM'in görüşü ve geçmişte kalan hukuk ihlali ile sınırlıdır. AİHM kararları her halükarda, temyiz başvurusu kararının kesinliği ve temyiz edilemezliği üzerinde herhangi bir etki olmaksızın, iç mahkemeleri bağlamayan kararlar olarak kalmaktadır. AİHM'in bir kararı Sözleşmeye aykırı yüksek bir Alman yasası tesis ettiğinde, ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ne de Anayasanın, hükmün kesinliğini ve temyiz edilemezliğini bu karar uyarınca bozma yükümlülüğü vardır.

Anayasanın alt seviyesinde yazılı bir hukuk olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin statüsünün bir sonucu olarak, AİHM işlevsel olarak ilgili taraf devletlerin mahkemelerine ilişkin yüksek bir sınıfta değildir. Bu nedenle ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ne de ulusal temel hakların çevirisinde, yerel mahkemeler AİHM kararları ile bağlıdırlar.³⁷

³⁷ Anayasa Mahkemesi' ce özet olarak verilmiştir. Bkz. BVerfGE 111, 307 (312-13) (Resmi İngilizce versiyonu paragraf 17-18).

Bu karar Bay Görgülü'nün Anayasa Mahkemesi'ne tekrar başvurmasına sebep olmuş, bu kez sadece Anayasa madde 6'daki ailenin korunması hakkının değil, aynı zamanda Strasburg Mahkemesi'nin hukukun üstünlüğüne saygı gösterildiğini görme hakkına aykırı olan hükme kayıtsız kalınmasını ihlal etmeyi de şikâyet etmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasal şikâyetin sağlam bir nedene dayandığının teyit edilmesi için nedenlerin gözden geçirilmesi, *Caroline von Hannover v. Almanya*³⁸ davasından kısa bir süre önce göz önüne alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, kamuya mal olmuş kişilerin fotoğraflarının yayınlanması ile onların özel hayatlarına saldırıya karşı kişisel hakların korunmasının dava konusu olduğu olayda Strasburg'tan ters bir cevaba maruz kalmıştır. Anayasa Mahkemesi üyeleri tarafından yayınlanan yorumlardan,³⁹ mahkemenin bu yargılamaya ilişkin ciddi kuşkulara sahip olduğu görülür. Bu yorumlar bir tarafta korunan haklar arasında bir sınır çizildiğini, diğer taraftan üçüncü kişilerin özel çıkarlarını içine alan kamu yararının Strasburg Mahkemesi tarafından, ulusal anlayıştan büyük bir ölçüde farklı olarak, büyük bir özen ve ihtiyatla ele alındığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi bu nedenle, *Görgülü* davası ile koruyucu iki sistem ve onların temel garantörleri arasındaki karşılıklı ilişkisi anlayışını ortaya koyma imkânına sahip olmuştur.

Bu durum, bu nedenle Anayasa Mahkemesi önünde endişelere neden olmuş ve olmaya devam edecek yargılamaların somut bir sonucu değildir. Bu olayda, *Oberlandsgericht* Naumburg'un tartışmalı kararı iptal edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin gözlemlerinin birçok gözlemcinin açık bir şekilde tutum takındığı, aynı zamanda üzerinde durduğu *Völkerfreundlichkeit* ile çelişkili olduğu tespit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin Görgülü davasının esasına müteallik gözlemlerin başlangıç bölümünün ilk satırı okunduğunda, birisi endişelenmelidir. Mahkeme basit bir şekilde, Strasburg Mahkemesinin kararının yerine getirilmediğini ifade etmekten kasten imtina etmiş, ancak bu kararı "Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yetkili mercileri ve

38 Von Hannover v. Germany, Başvuru No. 59320/00, Eur. Ct. H.R. (2004). Olumlu yorum için, bkz. John Rolf StOrner, Case Note, 59 JURISTENZEITUNG 1018-21 (2004); Peter J. Tettinger, Steine aus dem Glashaus, 59 JURISTENZEITUNG 1144-46 (2004).

39 Bkz. Hoffman-Riem, dipnot 46, Papier, dipnot 47.

mahkemeleri, belli şartlar altında, kendi kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin AİHM tarafından yapılan yorumlarını dikkate almakla yükümlüdürler" şeklinde gözlemleyerek kısıtlamıştır.⁴⁰

"Hesaba katmak" kavramı "itaat etmek" ve "bağlı olmak" gibi klasik terminoloji kelimelerin kullanılmasından çok daha zayıftır. Gerçekte, olağan itaat etme modelinden uzaklaşmanın özellikle Mahkemenin açık bir şekilde belli durumlarda Strasburg Mahkemesi'nin kararlarının uygulanmamasının meşru varsayıldığı sonraki paragrafında vurgulanmıştır. Bu tür örneklerde, yetkili ulusal makamların bu tür ayrılmalarda neden kabul edilebilir olduğu konusundaki nedenlerin açıklanması gerekmektedir:

Eğer... AİHM, Sözleşmenin ihlal edildiğini saptamışsa ve eğer bu devam eden bir ihlal ise, AİHM'nin kararı ulusal düzeyde dikkate alınmalıdır, yetkili merciler veya mahkemeler kararı fark edilebilir bir şekilde hesaba katmalı ve eğer uymama zorunluysa, onların buna rağmen neden uluslararası hukuk yorumunu takip etmedikleri anlaşılabilir bir şekilde gerekçelendirilmelidir.⁴¹

Bu, bireysel bir davada Strasburg hükmününün uygulanması düşüncesinin meşru olmadığına dair talihsiz bir metindir.⁴² Bizim bakış açımıza göre, Anayasa Mahkemesi bu cümleleri tasarladığında zihninde gerçeklere dayanan oldukça farklı, özellikle *Carolina von Hannover* davasının şartları gibi, düzenlemeler vardı. Bireysel başvuru temelleri üzerine Avrupalı hâkimler spesifik bir sonuca ulaştıklarında, kendi görüşlerinin genelleşmesinin ciddi bir etki meydana getireceği ve bunun otomatik olarak aynı veya benzer tüm davalara etki etmeyeceği doğrudur. Ancak Strasburg bireysel dava ile ilgili son sözünü söyledikten sonra, Avrupalı hâkimlerin önceden öngörmesi mümkün olmayan yeni durumlar ortaya çıkmadıkça, ulusal mercilerin kendi takdir yetkilerine göre böyle bir beyanda bulunma yetkileri yoktur. Bu nedenle, ilgili yerel mahkemeyi etkileyen yasal nedenlerin sonunda, önceki yargılamaların⁴³ "mevcut sonucunu hesaba katmakla yasal olarak bağlı

40 BVerfGE 111, 289 (315) (İngilizce versiyon kenar numarası 29).

41 Id. sayfa 324 (İngilizce versiyon kenar numarası 29).

42 Bu Andre Nollkaemper tarafından anlaşılmamıştır. Bkz. Andre Nollkaemper, Rethinking the Supremacy of International Law, 65 J. PUB. L. 65, 77 (2010).

43 BVerfGE 111, 307 (332) (İngilizce versiyon kenar numarası 69).

olmayan” *Oberlandsgericht* Naumburg, doğru hukuki pozisyonu yansıtmakta fena halde başarısızlığa uğramıştır.

Strasburg mahkemesinin kararlarına riayetsizliğin olası sonucunu kuvvetlendirmek için Karlsruhe hâkimleri tarafından iki neden ileri sürülmüştür. Üçüncü kişilerin haklarının korunmasını amaçlayan resmi tedbirlerin zor olduğu durumların örneğinde olduğu gibi çok kutuplu temel hakları durumunun varlığı olarak adlandırılan orijinal bir hukuki buluş gibi sunulmuştur.⁴⁴ Hâlihazırdaki *Caroline von Hannover* davası açık bir şekilde böyle bir davadır. Meşhur kişilerin haklarının korunması hakkındaki kurallar bir taraftan kişisel haklar bir taraftan basın özgürlüğü arasındaki sınırı çizmektedir. Benzer bir şekilde, genişletmek söyle dursun, *Görgülü* davasında da, çocuğun hakkı, koruyucu ailenin menfaati ve babanın hakkı tartılmalı ve dengelenmeliydi. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararında “çok kutuplu durumların” bu tür örneklerinin önemli olduğunun okunması tuhaf görülmektedir:

Çeşitli subjektif hukuki pozisyonlar dikkatli bir şekilde birbirlerine karşı tartılmıştır... Bu nedenle eğer temel haklardan bir tanesi, Federal Almanya Cumhuriyeti ve Alman mahkemelerine karşı sistematik bir biçimde özel hukuk ilişkisine uygulanmasını elde etmeye çalışan bir diğer AİHM hükmü ile çatışmalı ise, ortada Anayasal bir problem olabilir.⁴⁵

Mahkemenin gözlemi sanki “çok kutuplu durumların” benzersiz olduğu gibi gelmektedir, hâlbuki gerçek hayatta bu tür durumlar rutin gerçekliklerdir. Strasburg Mahkemesi'nin bir kararında üçüncü kişileri kapsayan menfaatlerin sürekli bir şekilde beklenildiği gibi hesaba katılacağı aşikârdır. Bu nedenle, Strasburg Mahkemesi'nin bir kararının Alman hukukunda üçüncü kişilerin temel haklarına tecavüz edeceği ihtimali, herhangi gerçekçi bir tasavvurun ötesinde bir kuruntu olarak düşünülmeden reddedilmelidir.⁴⁶ Bu tür üçüncü kişilerin usule ilişkin

⁴⁴ *Id.* sayfa 324 (İngilizce versiyon kenar numarası 50).

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Jochen Abr. Frowein, *Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof for Menschenrechte, in WELTINNENRECHT: LIBERA MICORUM JOST DELBRUC2K7 9, 286* (Klaus Dicke et al. eds., 2005), Haklı olarak, Strasbourg mahkemesinin bir kararının yerine getirilmesinin anayasa hukukunun önemli bir normunun ihlali ile “bağdaşmadığına” işaret etmiştir, Wolfgang Hoffmann-Riem, *Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationolen und*

durumlarının arzu edilecek bir şey bırakmayacağı doğrudur. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili gözlemleri, Avrupalı hâkimlerin bir kararından sonra bu alanın halen farklı tartışmaları ortaya çıkarmaya açılmış gibi göstermektedir. Bu bariz bir hatadır ve Anayasa Mahkemesi'nin kendisi ihtiyatsız yorumlarının sonucuna katlanmalıdır.⁴⁷ Gerçek şu ki, bahse konu davayı görmek durumunda olan sivil mahkemeler, davaya sübjektif görüşlerini yansıtmak konusunda kendilerini yetkili görerek, babanın çocuğuna erişme hakkını halen inkâr etmektedirler.⁴⁸ Anayasa Mahkemesi *Oberlandsgericht* Naumburg'a karşı bir ihtar yayımlamak zorunda kaldı⁴⁹ ve 10 Haziran 2005 tarihindeki sonraki kararında⁵⁰ *Oberlandsgericht*'e, kasten adli hata işlemek üzere olduğunu hatırlatmak zorunda kaldı.

Anayasa Mahkemesi'nin dayandığı temel iddia, Alman egemenliği için konulan ihtirazi kayıt bölümünde bulunabilir: “Anayasa, Almanya'yı barışçıl ve özgür devletler hukuki topluluğuna entegre etmeyi amaçlar, ancak Alman Anayasa'sının sona aşamada kısa ve öz bir şekilde açıkladığı egemenlik hakkından vazgeçmez.”⁵¹

Tabi ki AIHS, iç hukuk açısından, Anayasa'ya, Alman Anayasa'sına tabidir. Ancak, hâlihazırdaki dava ile ilgisi olmadığı bilinen bu gerçekte ısrar etmek için herhangi bir neden yoktur.⁵² Gerçeği söylemek

europdischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, 33 EUROPAISCHGHEU NDRECHTE-ZEITSCHRIFT 492, 497-99 (2006).

47 Ne yazık ki, Anayasa Mahkemesi'nin önceki Başkanı, Hans-Jorgen Papier, ciddi bir şekilde mahkemenin daha az uygun bir şekilde beklemesini desteklemektedir. *Bkz. Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes for Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte*, 33 EUROPAISCHE GRUNDRECHTE-ZEITSCHRIFT 1, 3 (2006). FRANKFURTAELLRG EMEINE ZEITUNG' ta yer alan röportaja bkz., 9 Aralık 2004, sayfa 5.

48 Karışık davanın detayları için, bkz. Anayasa Mahkemesi kararı 10 Haziran 2005, 32 EUROPAISCHEG RUNDRECHTE-ZEITSCHRIFT 426 (2005)

49 28 Eylül 2004 emri, 31 EUROPAISCHGHEU NDRECHTE-ZEITSCHRIFT 809 (2004).

50 Anayasa Mahkemesi Kararı, *dipnot* 48.

51 BVerfGE 111, 307 (319) (İngilizce versiyon kenar numarası 35).

52 Biz Frowein' in eleştirilerine katılıyoruz, *dipnot* 46, at 281, 284 n.; and Luzius Wildhaber, *Bemerkungen zum Vortrag von BVerfG-Präsident Dr. H.-J. Papier auf*

gerekirse, diğer ülkelerden avukatlar, Anayasa Mahkemesi'nin tutumunu AİHS'deki yükümlülükleri ile şövalye tarzında başa çıkabileceği bir cesaret olarak görmekte-dirler.⁵³ Anayasa Mahkemesi "çok kutuplu durumların" hususiyetlerine verdiği önem vermekte olduğunu ve ilgili ilkenin, bireysel davalardaki hükümlerin infazı ile ilişkili olarak değil, sadece genel usul ile yasamadan geçerek yasalaşan davalarla uyumlu olduğunu tasdik etmelidir. Carolina von Hannover tarafından yapılan birden çok anayasal şikâyetle verilen yeni bir kararda, Anayasa Mahkemesi aslında, sadece "yüksek politikalar" ile değil, aynı zamanda sosyal hayatın diğer alanlarıyla da ilgili olan özgür basın işlevine, Strasburg Mahkemesinin dikkatini çekmeye çalışmıştır.⁵⁴ Mahkeme yapıcı bir tarzda, Strasburg Mahkemesi'nin kendi içtihatlarında yer alan eğlenceyle ilgili hususların zorunlu denge usulünde alakasız olduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceğini göstermek istemiştir.

Bununla beraber, şüpheli birisi Anayasa Mahkemesi'nin *Görgülü* kararını incelediğinde bunu sindiremezken, birisi de yargılamanın birçok pozitif yönünün olduğunu kabul etmelidir. Anayasa Mahkemesi kendi rolünü, Almanya'nın uluslararası yükümlülüklerinin bekçisi olarak yorumladığını, oldukça kesin bir şekilde beyan etmiştir. Mahkeme bu nedenle, Strasburg Mahkemesi'nin kararlarına uymamanın anayasal şikâyet vasıtasıyla sorgulanabileceğini kabul etmiştir. Bu az önce bahsedildiği gibi, ikinci Carolina von Hannover davasında sadece teyit edilmiştir. Birisi, bu nedenle eninde sonunda *Görgülü* davasının olumlu özelliklerinin, negatif yönlerine büyük bir ölçüde ağır basacağını ümit edebilir.

dem Europäischen Juristentag 2005 in Genf, 32 EUROPAISCHGHEUN DRECHTE-ZEITSCHRIFT 743-44 (2005).

⁵³ Bkz. Wildhaber, *dipnot* 52, sayfa 744.

⁵⁴ BVerfGE 120, 180 (İngilizce çeviri versiyonu: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_lbvr160207en.html). Mahkeme AİHM' in şu kararın açık bir şekilde atıf yapmıştır: Gourguenidze v. Georgia, App. No. 71678/01, Eur. Ct. H.R. (2006). Wolfgang Hoffmann-Riem tarafında yapılan yoruma da ayrıca bkz., *Die Caroline II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, 62 NEUE JURISTISCWHOEC HENSCHRIFT 20-26 (2009).

D. Son Gözlemler

Uluslararası hukuk gereğince, Almanya'nın taahhütleri hususunda Anayasa Mahkemesi yüksek bir kontrol kuruluşu olarak düşünülemez. *Görgülü* kararı vasıtasıyla, Anayasa Mahkemesi bu fonksiyonunu şimdi üstlenmektedir. Bunun ulusal Alman iç standartları ile AİHS ile sağlanan güvenceler arasında, Alman egemenliğine bir tecavüz olacak herhangi bir farklılığa neden olmayacağı umulmalıdır.⁵⁵ Mahkemenin Lizbon Sözleşmesi hakkındaki kararı,⁵⁶ onun aslen Avrupalı komşuları ile onlarca yıldır devam eden sadık işbirliği ile bağlı olan uluslararası dayanışmanın bağlarına riayet etmeyeceği Alman *Sonderwegi* benimseyeceği korkusunu uyandırmıştır.⁵⁷ Bununla birlikte, mahkemenin en son kararları⁵⁸, onun kendi içtihatları ile beraber AİHM'i, insan haklarını iki sütun ile, Anayasa ve AİHS ile, savunmak için birleştirdiği bir araç olarak kullanma gönüllülüğünü teyit etmektedir.

55 Oliver Dörr, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten*, in DEUTSCHEVERSR WALTUNGSBLATT 1088, 1097 (2006) (Anayasa Mahkemesi tarafından iddia edilen egemenlik çekincelerinin büyük bir pratik uyumluluk olmaksızın kalacağını iddia etmektedir).

56 BVerfGE 123, 267.

57 *Bkz., e.g.,* Christoph Schbnberger, *Lizbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea*, 10 GERM. L.J. 1201-18 (2009), Daniel Thym, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lizbon Judgment of the German Constitutional Court*, 46 COMMON MKT. L. REV. 1795-822 (2009), Christian Tomuschat, *Lizbon: Terminal of the European Integration Process?*, 70 ZEITSCHRIFT FOR AUSLANDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT (forthcoming 2010).

58 *Özellikle* 4 Şubat 2010 tarihli daire kararı, *dipnot* 23, AİHS doktrininin, yaşam hakkının ihlal edilmesine ait usule ilişkin zorunluluklar üzerine uygulanacağına içtenlikle inanılmaktadır)

SURİYE’DE BARIŞIN İNŞASI VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLERİN ROLÜ

*Oğuzhan ÖZTÜRK**

ÖZ

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren etnik, dini, ırkî vb. nedenlerden dolayı başlayan ve dünyanın neredeyse her coğrafyasına sıçrayan savaşlar, sadece o coğrafyada barış ve güvenliği ortadan kaldırmamakta, uluslararası barışı ve güvenliği de tehlikeye düşürmektedir. Bu savaşları sona erdirmek veya savaşın sona erdiği ülkelerde barışı yeniden tesis etmek amacıyla Birleşmiş Milletler Örgütü, Barış Gücü Operasyonlarını geliştirmiştir. Barış gücü operasyonları, ateşkesin sağlanmasından, yeni bir devletin teşekkül ettirilmesine kadar geniş bir yelpazede kalıcı bir barışın inşası amacıyla sürdürülen operasyonların genel adıdır. 6 yılı aşkın bir süredir devam eden Suriye iç savaşında sona yaklaşıldığı düşünüldüğünden, Barış Gücü Operasyonlarının geldiği son nokta, savaş sonrası Suriye’nin yeniden inşası bakımından önemli bir alternatif çözüm metodu sunmaktadır. Çalışmamızda bir yandan Birleşmiş Milletler Örgütü’nün tarihsel süreç içerisinde aldığı inisiyatifler incelenmekte, diğer yandan Suriye özelinde yapılması gerekenler, önceki operasyonlar incelenerek ve benzer örneklerle desteklenerek tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler, Barışın Korunması, Barışın Yapımı, Barışın İnşası, Suriye

PEACEBUILDING IN SYRIA AND THE ROLE OF UNITED NATIONS

ABSTRACT

Ethnic, religious, and racial wars, which spread to almost every geographical region of the world since the second half of the 20th century, have not only destroyed peace and security in that region but

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi.

also threatened international peace and security. Peacekeeping operations has been developed by the United Nations in order to put an end to these wars or to restore peace in those countries. Peacekeeping operations are the general name of operations that are pursued to build a lasting peace, in a wide range from the establishment of a ceasefire through the establishment of a new state. The last point reached by Peacekeeping Operation is thought to be an important alternative solution to post-war reconstruction of Syria. In our work we examine the initiatives that the United Nations Organization has taken in the historical process, and what could be done in Syria in order to state-building by examining some past operations and supporting them with similar examples.

Keywords: United Nations, Peacekeeping, Peacemaking, Peacebuilding, Syria

GİRİŞ

Ocak 2011 tarihinden itibaren Suriye'ye sığınan Arap Baharı kapsamındaki isyan ateşi¹, başlangıçta küçük gösteriler halinde cereyan ederken, zamanla büyüyerek bir sivil ayaklanma halini almıştır. Mart 2011'de siyasi tutukluların serbest bırakılması ve demokratik talepler amacıyla yürüyen protestoculara güvenlik güçleri tarafından ateş açılması, halkta karşı konulmaz bir öfkeye neden olmuştur. İlk büyük çatışmalar Humus, Dera ve Şam'da yaşansa da kısa sürede tüm ülkeye yayılmıştır. 29 Temmuz 2011'de, Suriye Silahlı Kuvvetleri'nden ayrılan bazı askerler tarafından Özgür Suriye Ordusu'nun kurulmasıyla sivil ayaklanma, Suriye hükûmeti ile muhalifler arasında silahlı çatışmaya dönüşmüştür. Çatışmalar kısa zamanda hız kazanmış ve ardından taraf sayısının arttığı bir iç savaşa evrilmiştir.

Halen devam eden çatışma süreci de dikkate alınarak, Birleşmiş Milletlerin, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve gerektiğinde yeniden tesis edilmesi kapsamındaki varoluş amacının² gerçekleştirilebileceği en önemli vazife, Suriye'nin yeniden inşasıdır. Bu vazifenin gerçekleştirilmesi bakımından 70 yıla yakın bir sürede Birleşmiş Milletlerin, Barış gücü operasyonları kapsamında edindiği tecrübe ve ulaştığı imkân ve kabiliyetler önemli bir yol göstericidir. Bu

¹ Bozarslan Hamit, *Ortadoğu'nun Siyasal Sosyolojisi*, Çev. M. I. Durmaz, İstanbul, İletişim Yayınları, 2013, s. 13.

² BM Şartı, 1. Madde.

bağlamda, çalışmamızda Suriye’nin yeniden inşasında Birleşmiş Milletlerin üstlenebileceği rol ele alınacaktır. İlk bölümünde Barış gücü operasyonları başlığı altında Birleşmiş Milletlerin geçirdiği evrim ve yaklaşım tarzı irdelenecek (I), ikinci bölümde ise, Suriye özelinde Birleşmiş Milletlerin üstlenebileceği rolden bahsedilecektir (II).

I. Birleşmiş Milletler Barış Gücü Operasyonlarının Niteliği

Barış gücü operasyonları, Birleşmiş Milletler şemsiyesi altında görev yapan, mavi kasklı görevlilerin, çatışma ve savaşlardan olumsuz etkilenmiş coğrafyalarda, sürdürülebilir barış ortamının sağlanması konusunda yapılan yardım ve destek faaliyetlerinin tümüdür³. Barış gücü operasyonlarının amacı sıcak bir çatışma bölgesine gidip çatışmayı durdurmaya çalışmak değildir⁴. Barış gücü operasyonları, daha çok sıcak çatışmanın durması ve ateşkes ilanının gerçekleştirilmesi, ateşkes yapılmış ise bunu kontrol edip tarafların ateşkes şartlarına uymalarının sağlanması, çatışmanın yayılmasının engellenmesi ve bu amaçla tampon bölgelerin oluşturulması, sivillere insani yardım sağlayıp yiyecek, giyecek, barınma ve güvenlik gibi temel ihtiyaçların karşılanmasına yöneliktir. Barış gücü operasyonları ulaştığı son şekliyle, çok kapsamlı bir müdahale biçimidir. Bunun kapsamında zorlayıcı tedbirler, koruma, gözlemleme, silah denetimi, bariyer ve uçuşa kapalı bölgeler oluşturmak, önleyici konuşlandırma, ulus inşası gibi görevlerin tümü yer almaktadır⁵.

Barış Gücü operasyonlarına karar verecek ve görev alanını belirleyecek olan, Birleşmiş Milletlerin ana organlarından Güvenlik Konseyidir⁶. Yeni bir barış gücü operasyonunu başlatmak, görevin alanını değiştirmek veya mevcut bir operasyonun gücünü artırmak için Güvenlik Konseyi’nin on beş üyesinden dokuzunun onayı gereklidir. Ancak, beş daimî üyeden herhangi biri mutlak veto yetkisini kullanmamalıdır.

3 Ünal Şeref, *Uluslararası Hukuk, Yetkin Yayınları*, Ankara, 1. Baskı, 2005, s. 325.

4 Demirdögen Demirtürk Ülkü, *Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Operasyonları ve Güç Kullanma Olgusu (1946 – 1996)*, Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (11), 2006, s. 236 – 257.

5 Talha Köse, *Barış Gücünün tanımı ve Kapsamı*, *Anlayış Dergisi*, Ekim 2006, <http://www.anlayis.net/makaleGoster.aspx?dergiid=41&makaleid=5254> (E.T. 20.11.2017)

6 <http://www.unicankara.org.tr/today/2.html> (E.T. 20.11.2017).

Barış gücü operasyonları, aşağıda bahsedilecek olan departmanlar tarafından; Genel Sekreter adına yürütülür ve Güvenlik Konseyine ilgili departmanlar, gelişmeleri rapor eder. Bu operasyonlar, Genel Sekreter tarafından atanan bir özel temsilci tarafından yönetilir. BM'nin kendi ordusu ve polis gücü bulunmadığından, operasyonların yürütülmesi için üye devletlerin askerlerinden ve polislerinden personel işe alınır⁷. Bu kişiler, bağlı buldukları kurumlardan izin alarak operasyonlara katılabilirler ve bu süreç boyunca her ne kadar BM adına çalışsalar da hâlâ hükümetlerine bağlıdırlar, ayrıca maaşları, disiplin işleri ve özlük hakları, kendi hükümetleri tarafından karşılanır⁸.

Barış Gücü operasyonları, ilk uygulandığı tarih olan 1948'den günümüze dek gelişimini sürdürmüştür. Barışın korunması (*Peacekeeping*) operasyonları (A) ile başlayan süreç, Barışın Yapımı (*Peacemaking*) (B) ve son olarak Barışın İnşası (*Peacebuilding*) (C) operasyonlarına evrilmiştir⁹.

A. Barışın Korunması (*Peacekeeping*)

Barışın korunması kavramı, Soğuk Savaş döneminde sistemin işlemez hale geldiği bir ortamda ortaya atılmıştır. İlk faaliyetler, sorunları barışçıl yöntemlerle çözmeye çalışmak üzere çatışmaları sonlandırıp, tarafları ateşkese davet etmekle sınırlı kalmıştır. Bu sınırlar çerçevesinde ilk görevler, silahsız gözlem faaliyetleri ya da hafif silahlarla donatılmış askerler tarafından yürütülen güvenli ortam oluşturmaktan ibarettir¹⁰. İlk Barışın korunması operasyonu olarak 1948'de Arap – İsrail savaşında ateşkes dönemini takip etmek amacıyla kurulan UNTSO (United Nations Truce Supervision Organization – Birleşmiş Milletler Ateşkes Gözlem Örgütü) tarafından yürütülen

⁷ Hürsoy Siret, Birleşmiş Milletler Barış Operasyonlarının Yeniden Yapılandırılması Çerçevesinde AB ve Türkiye'nin Sivil Katkıları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 61-1, s. 202 – 222.

⁸ <http://www.unicankara.org.tr/today/2.html> (E.T. 20.11.2017).

⁹ Galtung Johan, Three Approaches to Peace: Peacekeeping, Peacemaking and Peacebuilding, Peace, War and Defens Essays in Peace Research, C. 2, Eljers Christian, 1975, Danimarka, s. 282 – 304.

¹⁰ <https://peacekeeping.un.org/en/our-history> (E.T. 21.11.2017).

operasyon kabul edilmektedir¹¹. UNTSO, niteliği itibariyle faaliyetlerini silahsız olarak icra etmiştir. İlk silahlı yürütülen operasyon ise 1956’da İngiliz, Fransız ve İsrail askerlerinin Mısır’dan ayrılmasını sağlamak amacıyla, Kanada Dışişleri Sekreteri Lester Pearson’ın, Genel Sekreter Hammarskjold’ın önerisiyle kurulan UN Emergency Force (BM Acil Kuvvetleri) tarafından yapılan operasyondur¹².

Barışın korunması operasyonlarının amacı, “savaşların yıkımına maruz kalmış ülkelerde barışın kalıcı olarak yerleşmesini sağlamak için çalışmak ve çeşitli ülkelere mensup askeri birlikler, polis ve sivil personelden oluşan Birleşmiş Milletler Barış Gücü tarafından, ateşkes anlaşmalarının uygulanmasını sağlamak ve denetlemek”¹³ olarak tanımlanabilir.

Barışın Korunması operasyonları kapsamında ilk büyük sınav 1960’da Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nde verilmiştir. Operasyona yaklaşık 20.000 asker katılmış ve BM eski Genel Sekreteri Dag Hammarskjold dahil 250 barış gücü personeli hayatını kaybetmiştir¹⁴. 60’larda ve 70’lerde Afrika ve Orta Doğu’da Barışın Korunması çerçevesinde birçok operasyon yürütülmüştür¹⁵.

1988’e gelindiğinde barışın korunması operasyonları “Barışın Koruyucuları” olarak Nobel Barış ödülü ile ödüllendirilmiş ve tanınır hale gelmiştir¹⁶. Nobel Komitesi “Birleşmiş Milletler’in temel ilkelerinden birinin hayata geçirilmesine yönelik çabalarından dolayı Barış Gücü’ne değindi. Böylece dünya örgütü dünya meselelerinde daha merkezi bir rol oynamaya başladı ve artan bir güvenle yatırıma başladı” şeklinde Barışın Koruyucularını takdim etmiştir¹⁷.

11 United Nations, Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations, 2003, s. 61.

12 Caplan Richard, Peacekeeping / Peace Enforcement, <http://pesd.princeton.edu/?q=node/259> (E.T. 21.11.2017).

13 <http://www.unicankara.org.tr/tr/sss-2/#s3> (E.T. 21.11.2107).

14 <http://peacekeeping.un.org/mission/past/onuc.html> (E.T. 21.11.2017).

15 <https://peacekeeping.un.org/en/past-peacekeeping-operations> (E.T. 21.11.2017).

16 Duran Hasan, Birleşmiş Milletler ve Müdahale, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, s. 131 – 142.

17 https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1988/un-lecture.html (E.T. 22.11.2017).

Soğuk Savaş'ın sonlanmasıyla operasyonların kapsamına ilişkin gelişmeler hızlanmıştır¹⁸. Devletlerarası çatışmalara müdahale amacıyla ortaya konulan kavram, zamanla çatışmaların iç savaşa dönüşmesiyle koşullara uyum göstererek yeni boyutlar kazanmıştır. Yugoslavya'nın parçalanması sürecinde çıkan iç savaşta¹⁹ ve Ruanda iç savaşında yaşananlar²⁰, BM'nin soykırımı ve etnik temizliğe dikkatini çekmiş, bu kapsamda Eski Yugoslavya topraklarında 8, Ruanda'da ise 2 defa barışın korunması operasyonları düzenlenmiştir²¹.

BM Sekreterliği'ne bağlı ayrı bir bölüm olarak kurulan Barışın Korunması Operasyonları Departmanı (Department of Peacekeeping Operations), BM Genel Sekreteri adına planlama, yönetme, konuşlandırma, destekleme ve BM'nin barış gücüne dair tüm idari işlemleri yürütmekle, 1992 yılında BM eski Genel Sekreteri Boutros – Boutros Ghali tarafından görevlendirildi²². Operasyonların başarılı bir şekilde yürütülmesi için sahada büyük bir organizasyonun yapılması gerekliliği bu örgütlenmenin temel gerekçesidir. Bu çerçevede, Saha Destek Departmanı (Department of Field Support), Birleşmiş Milletler saha görevlerinin büyük ölçüde kendi kendine yeterli olmasını ve çatışma sonrası koşulların geniş bir yelpazesinde başarılı olmasını sağlamak için gerekli tüm insan, malzeme ve destek hizmetlerinin seferberliğinden sorumlu olmak üzere oluşturulmuştur²³.

18 Güngör Uğur, Günümüzde Barış Operasyonları, Güvenlik Stratejileri Dergisi, 2008, s. 7 – 19.

19 Srebrenitsa katliamında Temmuz 1995'te en az 8.373 Boşnak Ratko Mladić komutasındaki Bosna Sırp ordusu tarafından öldürülmüştür.

20 Ruanda soykırımında 1994 yılında yaklaşık yüz gün içinde 800.000 Tutsi ve ılımlı Hutular, aşırı Hutular tarafından öldürülmüştür.

21 Eski Yugoslavya topraklarında yürütülen operasyonlar: UNMIK, UNCRO, UNTAES, UNPSG, UNPROFOR, UNPREDEP, UNMOP, UNMIBH. Ruanda'da yürütülen operasyonlar: UNAMIR ve UNOMUR. <http://www.unicankara.org.tr/tr/sss-2/#s5> (E.T. 08.12.2017).

22 United Nations, Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations, 2003.

23 A/64/633, 26.01.2010.

BM'nin bölgesel örgütleri kullanarak yürüttüğü operasyonlar da bulunmaktadır²⁴. Örneğin 1999 yılında NATO'nun Sırbistan'a gerçekleştirdiği hava harekâtının ardından Güvenlik Konseyi, 1244 sayılı karar ile Barışın korunması görevini geçici olarak NATO'ya vermiştir²⁵. Bu görev çerçevesinde Türkiye'nin de dâhil olduğu KFOR (Kosovo Force) operasyonu yürütülmüştür²⁶. Ardından Güvenlik Konseyi tarafından UNMIK (BM Kosova Geçici Yönetim Misyonu), misyonu kurulmuştur. UNMIK, Kosova vatandaşlarının barışçıl ve normal yaşam şartlarında yaşaması ve Balkanlar'ın batısında bölgesel istikrarın geliştirilmesine yardımcı olmak amacıyla yapılmaktadır. Bu kapsamda Kosova'da BM güvencesi altında güvenli bir alan oluşturulmuş, Türkiye'nin de bulunduğu 6 üye devletin personeli tarafından operasyon yürütülmeye devam etmektedir²⁷.

Barışın korunması operasyonlarının maliyeti BM Şartı'nın 17. maddesi kapsamında üye devletler tarafından karşılanır. Üye devletlerin operasyonlarda hangi oranda maddi sorumluluğunun bulunduğu, Genel Kurul'un 2000 yılında aldığı kararla, Genel Kurul tarafından belirleneceği öngörülmüştür²⁸. Ancak uygulamada operasyonların maliyeti üye devletler tarafından karşılanmaktadır²⁹. Operasyonların boyutları büyüdükçe maliyetleri de artmıştır. 1 Temmuz 2017 – 30 Haziran 2018 dönemi için onaylanan Barışın Korunması operasyonlarının bütçesi, 6,8 milyar Amerikan Dolarıdır³⁰.

24 Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2015, s. 253.

25 Utsukarçi Şefkat, *Reflecting Peacebuilding in Practice: United Nations Transitional Administrations*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans tezi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Ankara, 2008.

26 Murphy Ray, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo*, Cambridge University Press, 2007, s. 96.

27 <https://unmik.unmissions.org/mandate> (E.T. 23.11.2017).

28 A/RES/55/235, 30.01.2001.

29 <https://www.globalpolicy.org/un-finance/tables-and-charts-on-un-finance/the-un-peacekeeping-operations-budget.html> (E.T. 08.12.2017) Ayrıca bkz. Aksar Yusuf, *Uluslararası Hukuk II*, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 131.

30 <https://peacekeeping.un.org/en/how-we-are-funded> (E.T. 23.11.2017).

Hâlihazırda 15 barışın korunması operasyonu yürütülürken, şimdiye kadar da 56 operasyon tamamlanmıştır³¹.

B. Barışın Yapımı (Peacemaking)

Barışın Yapımı, bir operasyondan ziyade, bir süreçtir. Barışın Yapımı, devam eden çatışmaları sonlandırmaya yönelik tedbirlerden oluşur. Bu tedbirler tarafları müzakereye teşvik etmeye yönelik diplomatik faaliyetlerdir. BM Genel Sekreteri, çözüm için İyi Niyet Ofislerini (Good Offices) kullanabilirken³², ayrıca bu süreçte Barış Yapıcı (Peacemaker) konumunda elçiler, hükümet yetkilileri, bölgesel örgütler ve Birleşmiş Milletler de yer alabilir³³. Bunlar haricinde, sivil toplum kuruluşları ya da toplumun önde gelen kişileri de bu görevi üstlenebilir³⁴. Örneğin yakın zamanda Kolombiya hükümeti ve FARC (Kolombiya Devrimci Silahlı Kuvvetleri) arasında gerçekleştirilen barış müzakere süreci başlamıştır. Bu süreçte hükümet yetkilileri ve FARC temsilcisi yanında müzakereci sıfatı ile Andrés Paris de yer almıştır³⁵.

Barışın Yapımı Sürecinin en önemli unsurunu teşkil eden arabuluculuk faaliyetlerinin ilk örneği ve ilk modern arabulucu olarak Otto von Bismarck kabul edilmektedir.³⁶ BM çerçevesinde yapılan ilk arabuluculuk faaliyetleri ise 1975 yılında Genel Kurulun aldığı karar³⁷ ile kurulan Filistin Halklarının Vazgeçilmez Haklarından Sorumlu Komisyonu (Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People) tarafından yürütülmüştür. Bu faaliyetlerin daha

31 <https://peacekeeping.un.org/en/past-peacekeeping-operations> (E.T. 23.11.2017); Ayrıca bkz. Sur Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, 11. Baskı, İstanbul, 2017, s. 219.

32 Bozkurt Enver, Kütükçü M. Akif, Poyraz Yasin, Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2009, s. 248.

33 <https://peacekeeping.un.org/en/terminology> (E.T. 25.11.2017).

34 Heldt Birger, The Lack of Coordination in Diplomatic Peacemaking, Penn State Journal of Law & International Affairs, Nisan 2013, s. 9.

35 <http://farc-epeace.org/index.php/peace-process/news/item/262-exploratory-meetings> (E.T. 25.11.2017).

36 Daase Cindy, The law of the Peacemaker: The Role of Mediators in Peace Negotiations and Lawmaking, Cambridge Journal of International and Comparative Law, 2012, s. 9.

37 A/RES/3376 (XXX), 10.11.1975.

düzenli ve sistematik bir şekilde yürütülebilmesi için 1992 yılında Genel Kurul kararı ile BM Siyasi İşler Departmanı (UN Department of Political Affairs) kurulmuştur³⁸. Bu departman, Genel Sekreter’in kıdemli temsilcileri tarafından yönetilmekte ve önleyici diplomasi, çatışmaların önlenmesi ve çözülmesine yardımcı olmak, karmaşık politik geçişleri desteklemek ve ulusal aktörlerle koordinasyon içinde çalışırken çeşitli disiplinler arasındaki faaliyetler için de ileri bir platform sağlamaktadır³⁹. Saha merkezli görevler, ülkeye özgü misyonlar ve bölgesel büroları içermektedir. Ofisler, icraatlarını BM Genel Sekreteri tarafından atanan özel temsilciler aracılığıyla yürütür. Barışa olan ihtiyaç arttıkça, Siyasi İşler Departmanı’nın iş yükü de artmış, bundan dolayı 2006 yılında Siyasi İşler Departmanı’na bağlı alt birim olan Arabuluculuk Destek Birimi (Mediation Support Unit) kurulmuştur. Birimin amacı, Siyasi İşler Departmanı’nın bölgelerdeki ofisleri ile iş birliği yaparak, çatışma bölgelerinde arabuluculuk faaliyetlerini planlamak ve desteklemektir⁴⁰. 2008 yılında ise BM Arabuluculuk Uzmanları Destek Ekibi (UN Standby Team of Mediation Experts) adında, çağrı üzerine harekete geçen bir uzmanlar topluluğu oluşturuldu. Ekip üyeleri⁴¹, anayasa yapımı, toplumsal cinsiyet, doğal kaynaklar, güç paylaşımı, süreç yönetimi ve güvenlik gibi müzakerelerde ihtiyaç duyulan birçok konuda uzmanlığa sahiptir.

Çatışmaların sonlandırılması amacıyla kurulan ofislerin haricinde, özel amaçlarla kurulan bölgesel ofisler⁴² de dâhil olmak üzere 25 ofis, 5 farklı kıtaya yayılmış durumdadır. Örneğin 1974’ten beri barış ortamının sağlanamadığı Kıbrıs adasında, taraflar Genel Sekreter’in himayesinde müzakereleri yeniden başlatma kararı aldılar ve bu kararı 3 Eylül 2008’de hayata geçirdiler⁴³. İki tarafın liderleri arasındaki son buluşma 6

38 A/47/277, 17.06.1992.

39 <http://www.un.org/undpa/en/in-the-field/overview> (E.T. 25.11.2017).

40 <http://www.un.org/undpa/en/overview> (E.T. 25.11.2017).

41 Güncel ekip üyelerine <https://peacemaker.un.org/mediation-support/stand-by-team> adresinden ulaşabilirsiniz (E.T. 25.11.2017).

42 Örneğin New York’ta kurulan Soykırımı Önleme ve Koruma Sorumluluğu Ofisi (The Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect).

43 Acer Yücel, Kaya İbrahim, Uluslararası Hukuk, Seçkin, 6. Baskı, Ankara, 2015, s. 429.

Temmuz 2017’de gerçekleşti⁴⁴. Görüşmelere ada halkını temsilen KKTC tarafından Cumhurbaşkanı Mustafa Akıncı, GKRY’ni temsilen Rum lider Nikos Anastasiadis ve BM Genel Sekreterini temsilen özel temsilci Espen Barth Eide katıldı. Bir diğer örnek yukarıda da bahsi geçen Kolombiya – FARC arasındaki çatışmalardır. Kolombiya’da 1964 yılında kurulan Kolombiya Komünist Partisi’nin silahlı kanadı olan FARC örgütü ile 52 yıldır devam eden silahlı çatışmalar neticesinde 176 bini sivil olmak üzere 222 bin kişi yaşamını yitirmiştir⁴⁵. Eylül 2015’te Küba’nın arabuluculuğuyla Kolombiya hükümeti ile masaya oturan örgüt, müzakereler sonucunda silah bırakma kararı almıştır. Taraflarca Eylül 2016 itibariyle imzalanan kalıcı barış anlaşması çerçevesinde kabul edilen silahların bırakılması süreci BM gözetiminde tamamlanmıştır⁴⁶.

C. Barışın İnşası (*Peacebuilding*)

Barışın inşası kavramı 1970’lerde Johan Galtung tarafından akademik literatüre kazandırılmıştır⁴⁷. Galtung’a göre barışın inşası, şiddet içeren çatışmanın *asil sebeplerine* değinen barış yönetimi ve çatışma çözümü için yerli kapasiteleri destekleyerek sürdürülebilir barışı sağlamak için barışın inşası yapılarının oluşturulması çabasıdır. O günden bu yana, barışın inşası terimi, savaş yanlısı grupların silahsızlandırılmasından; siyasi, ekonomik, adli ve sivil toplum kuruluşlarının yeniden inşasına kadar çok boyutlu bir uygulamayı ve görevleri kapsamıştır⁴⁸.

Uluslararası camiaya tanıtılması ise, BM eski Genel Sekreteri Boutros Boutros-Ghali’nin 1992’de yayınladığı *An Agenda for Peace*

44 <http://www.uncyprustalks.org/secretary-general-antonio-guterres-returns-to-crans-montana-for-the-conference-on-cyprus/> (E.T. 08.12.2017).

45 Hataway Breanne, The FARC’S Drug Trafficking as Political Crime: Determining The Success of Colombia’s Peace Talks, North Carolina Journal of International Law, Sonbahar 2015, s. 163 – 187.

46 <https://news.un.org/en/story/2017/06/560702-colombia-arms-laid-down-focus-now-reintegration-un-envoy-tells-security-council> (E.T. 19.04.2018).

47 Galtung Johan, Three Approaches to Peace: Peacekeeping, Peacemaking and Peacebuilding, Peace, War and Defens Essays in Peace Research, C. 2, Eljers Christian, 1975, Danimarka, s. 282 – 304.

48 <http://www.un.org/en/peacebuilding/pbso/pbun.shtml> (E.T. 17.10.2017).

raporuyla olmuştur⁴⁹. Raporda barışın inşası, “barışı güçlendirmek ve sağlamlaştırmak için yapıları tanımlama ve destekleme eylemi” olarak tanımlanmıştır⁵⁰. Yıllar geçtikçe tanımın kapsamı genişlemiş, 2000 yılındaki Brahimi Raporunda barışın inşası şu şekilde yer almıştır: “Çatışmanın uzak tarafında üstlenilen faaliyetleri tanımlar; barışın temellerini yeniden birleştirir ve bu temeller üzerine inşa etmek için araçlar sağlar; sadece savaşın olmamasından öte bir şeydir”⁵¹.

2007 yılında Genel Sekreterliğe bağlı Politika Komitesi ise, barışın inşasını şöyle tarif etmiştir: “Çatışma yönetimi için ulusal kapasiteleri her seviyede güçlendirerek ve sürdürülebilir barış ve kalkınmanın temelini atarak, çatışmaya son verilmesi veya çatışmaya dönüşme riskini azaltmayı hedefleyen bir dizi önlemdir. Barışı geliştirme stratejileri, ulusal sahipliğe dayalı olarak, ilgili ülkenin spesifik ihtiyaçlarına uygun ve uyumlu olmalıdır ve yukarıdaki hedeflere ulaşmayı amaçlayan dikkatle derecelendirilmiş, sıralı ve nispeten dar faaliyet kümesinden oluşmalıdır”⁵².

Barışın inşası fikrinin ana kırılma noktası ise, BM eski Genel Sekreteri Kofi Annan’ın Barışın İnşası Komisyonu (Peacebuilding Commission), Destek Bürosu (Peacebuilding Support Office) ve Fon (Peacebuilding Fund) oluşturma önerilerinin onaylandığı 2005’teki Dünya Zirvesi’nde verilen karardır⁵³.

2009 yılında kabul edilen Genel Kurul kararında⁵⁴, Güvenlik Konseyinin Genel Sekretere verdiği tavsiyeler doğrultusunda genel hatları itibarıyla koordinasyon, sivil düzene geçiş ve finansman alanlarında sürdürülebilir barışı daha hızlı ve etkili bir şekilde sağlamak için ulusal çabaların nasıl destekleneceği planlanırken, bir yandan da çatışma sonrasında ülkelerin ve uluslararası toplumun, esas çatışmanın sona ermesinin ardından ilk iki yıl olarak belirlenen bu süreçteki barışın

49 A/RES/47/277, 17.06.1992.

50 <http://www.unpbf.org/application-guidelines/introduction/> (E.T. 14.10.2017).

51 A/55/305-S/2000/809, 21.08.2000.

52 <http://www.un.org/en/peacebuilding/pbso/pbun.shtml> (E.T. 18.10.2017).

53 Barnett Micheal ve diğerleri, Peacebuilding: What Is in a Name?, Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations, 13 (1), 2007, s. 35-58.

54 A/63/881-S/2009/304, 11.06.2009.

kırılgan yapısından dolayı karşılaşılan zorluklar üzerinde durulmaktadır⁵⁵.

Barışın İnşası süreci Micheal Barnett tarafından üç evreye ayrılmıştır. Sürecin başlaması için tarafların anlaşarak çatışmayı sonlandırması gerekmektedir. İlk evrede savaşçıların silah bırakması ve topluma entegrasyonu gerekmektedir. Barnett bu koşul için “*erkeklerin oyuncaklarından vazgeçmeleri*”⁵⁶ gerektiğini söylemektedir. İkinci evrede devletin temel fonksiyonlarını yerine getirmesi sağlanmalıdır. Bu fonksiyonlardan temel olanları kamu idaresi, yargılama işlevi, ulaşım ve iletişim ağlarını sağlamak ve sağlık ile eğitim altyapısını yeniden oluşturmaktır⁵⁷. Çatışma ortamından yeni çıkmış devletler bu işlevleri yerine getirmekte zorlanmaktadırlar, bundan dolayı inşa sürecinde uluslararası organizasyonlar devlete vekâleten bu işlevleri yerine getirmektedirler⁵⁸. Süreç boyunca devlete teknik ve kapasite artırıcı yardımları yaparlar, ayrıca devletin yanında sivil toplum kuruluşları ya da özel sektörü de destekleyerek, gelecekte bu işlevleri yerine getirmelerine yardımcı olurlar. Ancak uygulamada, bu kurumlar ve kuruluşlar daha genç ortaklar olarak görülmekte ve rolleri BM'nin çalışmalarını tamamlamak üzere sürmektedir⁵⁹. Üçüncü evre sadece devletin değil, toplumun da barış içinde yaşayabilmesi için gerekli sosyo-ekonomik altyapıyı kurmak üzerinedir: “*Bu amaçla barış inşacıları, travma danışmanlığı, geçiş dönemi adaleti ve uzlaşması, topluluk diyalogu, sivil toplum örgütlerinin güçlendirilmesi, insan haklarının artırılması, çevre bilincinin geliştirilmesi, toplumsal cinsiyet güçlendirilmesine yardım edilmesi, farklı topluluklar arasında köprüler kurması ve ekonomik kalkınmanın teşvik edilmesi ile ilgilenmektedir*”⁶⁰.

55 United Nations, UN Peacebuilding: an Orientation, s. 46.

56 Barnett, a.g.e, s. 49.

57 Özerdem Alparslan, Barış İnşası Kuram ve Uygulaması, Nobel yayınevi, Ankara, 2013.

58 Bergling Per, Wennerstrom Erik O., Sannerholm Richard Zajac, Rule of law in public administration: problems and ways ahead in post-conflict peace-building, Hague Journal on the Rule of Law, 2010, s. 171 – 202.

59 Gazzini Tarcisio, The Economic Dimension of Peacebuilding: The UN Peacebuilding Commission in Search of Its Identity, Geneva Centre of Security Policy, Şubat/Mart 2017 Sayı 2, s. 4.

60 Barnett, a.g.e, s. 50.

Barışın İnşası kavramının hayata geçirildiği alanlar, barış ortamının ortadan kalktığı coğrafyalar Global South⁶¹ (üçüncü dünya ülkeleri) olarak da isimlendirilen ülkelerdir. Bu ülkelerde birçok sorunun yanında cinsiyet eşitliğinin sağlanamaması da başlıca sorunlardan biridir. Ancak çatışma dönemlerinde bu eşitsizlik hali iyice artmakta, hatta kadınların temel insan haklarının varlığı dahi sorgulanır bir hale gelmektedir⁶². Bunun farkında olan ve sürdürülebilir barışı inşa etmek isteyen BM ise, barışın inşası sürecine kadınları daha fazla dâhil etmeye çalışmakta ve bu süreçte kazandıkları hakları ve özgürlükleri ellerinde tutmalarını sağlamaya çalışmaktadır⁶³. Çatışma öncesi durumda da toplumun geri planında kalan kadınların, barışın inşasından sonra eski konumlarına geri dönmeleri için çalışılmaktadır⁶⁴. Bu yönde atılan ilk adım BM Genel Sekreterliği tarafından 2010 yılında yayınlanan ‘*Kadınların Barışın İnşasına Katılımı*’ (Women’s participation in peacebuilding) adlı rapordur⁶⁵.

Barışın İnşası Komisyonu’nun yanında, bölgesel örgütler de faaliyetlerini arttırmış ve giderek ağırlık kazanmışlardır. Bunun başlıca sebebi ise, bu operasyonların yüksek riskli bölgelerde yürütülüyor olması

61 <http://www.peacebuildinginitiative.org/index9eb1.html?pageId=1681> (E.T. 02.12.2017).

62 Hâlihazırda barışın inşası süreci devam eden Burundi’de İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch) tarafından paylaşılan bilgiye göre: Mayıs ile Eylül 2015 arasında 323 (264 kadın ve 59 çocuk), tecavüz veya cinsel saldırı vakası bildirildi. Aynı raporda cinsel şiddet mağdurlarına yardım eden yerel bir örgüt olan Centre Seruka, her ay çoğunluğu çocuklardan oluşan 120 ile 130 arasında mağduru kendiler ine başvurduğunu aktardı. Bkz. Burundi: Gang Rapes by Ruling Party Youth - 27.07.2016.

Barışın inşası sürecinin devam ettiği bir diğer ülke olan Liberya’da da benzer bir durum bulunmaktadır. BM Liberya Misyonu ve BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından yayınlanan raporda, Ocak 2015 ile Mart 2016 tarihleri arasında ülke genelinde 803 vaka bildirildiğinden söz edildi. Mağdurların %80’ini 18 yaş altındakiler oluşturmaktadır. Ancak raporda çocukların asıl hedef olmadığı, kadınların mağduriyetlerini bildirmemesinden dolayı böyle bir oranın ortaya çıktığını belirtilmektedir. Raporun aktardığına göre tecavüz suçu Liberya’da en çok bildirilen ikinci suçtur. Bkz. UN report urges Liberia to act on rape - 14.10.2016.

63 Peacebuilding Support Office, UN Peacebuilding: an Orientation, 2010, s. 30.

64 Porter Elisabeth, Peacebuilding: Women in international perspective, Routledge Advances in International Relations and Global Politics, 2007, s. 190.

65 A/65/354-S/2010/466, 07.08.2010.

dolayısıyla, yerel katılımı da sağlamaktır. Bundan dolayı uluslararası aktörlerin, yerel aktörlere kendi sistemlerini kurmada yardımcı olmaları gerekmektedir. Özellikle Afrika'da bölgesel ve alt bölgesel örgütler -her ne kadar başarı düzeyi sınırlı olarak kalsa da- sivil kapasitelerini Barışın Korunması ve Barışın İnşası operasyonları için genişletmeye çalışmışlardır⁶⁶. Orta Doğu'da ise Arap Baharı, özellikle "barışın korunması" veya "savaş sonrası barışın inşası" kalıplarına uymayan siyasi geçişleri tetiklemiştir. Bu geçişler, hızlı siyasi reformun geçici süreçlerini desteklemek için, güvenlik ve adalet sistemlerinde acil reformlar gerektirirken, hızlı arabuluculuk ve çatışmayı önleme çabalarının yanında yürütülen yardım faaliyetleri gibi programlara da ihtiyaç duyulduğunu ortaya çıkarmıştır⁶⁷.

Bu operasyonların maliyetlerini karşılamak amacıyla Dünya Bankası 2008 yılında Devlet ve Barışın İnşası Güven Fonu'nu (State and Peacebuilding Trust Fund - SPF) kurmuştur⁶⁸. Dünya Bankası'nın yayınlamış olduğu 2016 yılı SPF Faaliyet Raporuna göre; her kıtadan 134 ülkenin yaptığı bağış ve transferlerle 284 milyon Amerikan Doları toplanmıştır⁶⁹. Ayrıca IMF'de bu süreçte devletlere kapasite geliştirme, program tabanlı finansal destek ve daha genel politika desteği sağlamaktadır⁷⁰.

Barışın inşası operasyonları kapsamında hali hazırda, Lübnan ve Orta Afrika'daki Genel Sekreter'in özel temsilcileri tarafından yürütülen operasyonlar ile birlikte, 13 operasyon yürütülmektedir. Mesela BINUB (Birleşmiş Milletler Burundi Entegrasyon Ofisi), eski Genel Sekreter Ban Ki Moon'un tavsiyesi üzerine Güvenlik Konseyi'nin aldığı kararla⁷¹ 1 Ocak 2007'de Burundi'de barışçıl ve istikrarlı bir ortam yaratmak amacıyla kurulmuştur⁷². Bu kapsamda birçok faaliyet yürütülmüştür. Bu

66 Call Charles, *The Evolution of Peacebuilding: Improved Ideas and Institutions?*, United Nations University Centre for Policy Research, 2015, s. 6.

67 Call, a.g.e, s. 6.

68 <http://www.worldbank.org/en/programs/state-and-peace-building-fund> (E.T. 08.12.2017).

69 SPF ANNUAL REPORT 2016.

70 IMF, *IMF Engagement with Countries in Fragile Situations*, 3 Temmuz 2015.

71 S/RES/1959 (2010), 16.12.2010.

72 <https://bnub.unmissions.org/mandate> (E.T. 02.12.2107).

faaliyetlerden bazıları: Burundi’de yapılan seçimler BM gözleminde yapılmıştır, Doğu Afrika Topluluğuna (EAC) entegrasyon süreci gerçekleştirilmiş, devlet çalışanlarının davranış kurallarına ilişkin farkındalıklarını artırmak için atölye çalışmaları düzenlenmiş, seçimlere hazırlık amacıyla basına eğitim verilmiş, güvenlik güçlerinin profesyonelleşmesini arttırmak amacıyla bir dizi eğitim düzenlenmiş, eski savaşçıların yeniden entegrasyonunda istikrarlı ilerleme kaydedilmiş, yargı sistemi revize edilmiş ve Yoksulluğun Azaltılması Stratejisi hazırlanmıştır⁷³.

II. Suriye’nin Yeniden İnşasında Birleşmiş Milletlerin Üstlenebileceği Rol

20. yüzyılın başında Osmanlı Devleti’ne bağlı bir vilayet olan Suriye⁷⁴, Birinci Dünya Savaşı sonunda Fransız mandasına geçmiştir. Bu süreçte en önemli gelişme 19 Mayıs 1916’da Fransa, Britanya ve Rusya arasında imzalanan Sykes-Picot antlaşmasıdır⁷⁵. Bu antlaşmayla Osmanlı Devleti’nin Orta Doğu toprakları paylaşılmış ve Suriye’nin Fransız hâkimiyetine geçmesi kararlaştırılmıştır. Bu karar Milletler Cemiyeti aracılığıyla yasal zemine oturtulmuştur⁷⁶. Suriye 1920 yılından 1946 yılına kadar Fransız mandasında kalmıştır⁷⁷. 1946 yılında Lübnan bölgesi hariç, diğer topraklar birleştirilerek bağımsız Suriye Arap Cumhuriyeti kurulmuştur. Ancak bağımsızlık sonrası siyasal istikrarsızlıklar ve darbeler, ülkede sükûnet ortamının oluşmasının önüne geçmiştir. 1947’de yapılan ilk seçimlerde Şükrü- el Kuvvetli devlet başkanı olarak seçilmiş, ancak yönetimi iki yıl sonra yapılan askeri darbeye son bulmuştur. 1946 – 1956 yılları arasında 20 farklı kabine kurulmuş, 4 farklı anayasa hazırlanmıştır. 1958 yılında Suriye, Mısır devlet başkanı Cemal Abdülnasır’ın ortaya attığı Birleşik Arap

73 S/2010/608, 30.11.2010.

74 <http://www.islamansiklopedisi.info> (E.T. 18.04.2018).

75 Adını anlaşmanın şekillenmesinde büyük pay sahibi olan Britanyalı diplomat Mark Sykes ve Fransız diplomat François Georges-Picot’dan almaktadır.

76 Mansfield Peter, Ortadoğu Tarihi, Çev. Ü. H. Yolsal, İstanbul, Say Yayınları, 2012, s. 266.

77 Cleveland William L., Modern Ortadoğu Tarihi, Çev. M. Harmanlı, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2008, s. 242.

Cumhuriyeti'ne katılmıştır⁷⁸. Ancak bu birleşme Mısır'ın artan otoritesinden rahatsızlık duyulmasından dolayı 1961'de son bulmuştur.

Suriye'deki darbeler zinciri, 1970 yılında Hafız Esad'ın yaptığı kansız darbeye sona ermiştir. Hafız Esad, 1971 yılındaki halk oylamasında devlet başkanı seçilerek iktidarını meşru bir zemine çekmiştir. Parti ve devlet yönetimini kendisine sıkı sıkıya bağlayan Esad; 1978, 1985, 1991 ve 1999'da dört kez daha devlet başkanlığına seçilmiştir. 10 Haziran 2000 tarihinde Hafız Esad'ın ölümünün ardından, yapılan referandum sonucunda %97,29 oranında oy alarak Beşşar Esad devlet başkanı seçilmiştir⁷⁹. Göreve başladıktan sonra siyasi yönden yumuşak bir politika izleyen Esad, çok sayıda muhalif siyasi tutukluyu serbest bırakmış, medya üzerindeki kısıtlamaları gevşetmiş ve yolsuzlukla mücadele etmiştir. Ancak ekonomi ve siyasette taahhüt edilen kapsamlı reformlar hayata geçmemiştir⁸⁰.

2010'da Tunus'ta başlayan işsizlik, gıda enflasyonu, yolsuzluklar, ifade özgürlüğü ve kötü yaşam koşulları gibi birçok farklı sebebe tepki olarak başlatılan sokak gösterileri, kısa sürede bütün Arap coğrafyasına yayılmıştır⁸¹. Ocak 2011 tarihinden itibaren Suriye'ye de sıçrayan isyan ateşi⁸², 29 Temmuz 2011'de, Suriye Silahlı Kuvvetleri'nden ayrılan bazı askerler tarafından Özgür Suriye Ordusu'nun kurulmasıyla, Suriye hükûmeti ile muhalifler arasında silahlı çatışmaya dönüşmüştür. Çatışmalar kısa zamanda hız kazanmış ve ardından taraf sayısının arttığı bir iç savaşa evrilmiştir. Bu taraflar Rusya ve İran'ın desteklediği mevcut Suriye hükûmeti, Türkiye ve Katar'ın desteklediği Özgür Suriye Ordusu, ABD desteğini arkasına alan YPG ve son olarak artık varlığı tartışmalı olan İŞİD'dir.

Savaş altıncı yılını geride bırakırken, şimdiye kadar ki fatura çok ağır

⁷⁸ Özkoç Özge, Suriye Baas Partisi: Kökenleri, Dönüşümü, İzlediği İç ve Dış Politika (1943-1991), Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 68.

⁷⁹ Şen Yağmur, Suriye'de Arap Baharı, Yasama Dergisi, S. 23, s. 54 – 79.

⁸⁰ Yılmaz Muzaffer Ercan, Suriye'de Barış Nasıl İnşa Edilebilir?, Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2014, s. 177 – 200.

⁸¹ 17 Aralık 2010'da Tunuslu seyyar satıcı Muhammed Bouazizi, ailesinin geçim kaynağı olan tezgâhına polis tarafından el konulmasına tepki göstermek üzere kendini ateşe vermiştir. Bu hareket "*Arap Baharı*" olarak adlandırılan sürecin başlangıcı olmuştur.

⁸² Bozarslan, a.g.e, s. 13.

olmuştur. Her savaşta olduğu gibi bu iç savaşta da en çok siviller zarar görmüştür. Savaş boyunca 212 bini sivil⁸³ 400 binden fazla insan yaşamını yitirmiş⁸⁴ ve BM Mülteciler Yüksek Komiserliği’ne göre 13,1 milyon insan yerinden olmuşken bu sayının 6,3 milyonu da savaş nedeniyle Suriye’yi terk etmek zorunda kalmıştır⁸⁵. Türkiye Cumhuriyeti Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün istatistiklerine göre, bu kişilerin 3,2 milyonu geçici koruma kapsamında ülkemizde bulunmaktadır⁸⁶.

Birleşmiş Milletler nezdinde Suriye’ye ilişkin ilk girişim, ülkede yaşanan krize dikkat çekmek amacıyla ABD, İngiltere, Fransa ve Almanya tarafından 21 Nisan 2011 tarihli Güvenlik Konseyi toplantısında gündeme getirilmesidir. Ancak bu girişim Rusya ve Çin’in veto yetkisini kullanmasından dolayı başarısız olmuştur⁸⁷. Birleşmiş Milletlerin Suriye’ye ilişkin ilk adımı 2012 yılında BM eski Genel Sekreteri Kofi Annan’ın Suriye özel temsilci olarak görevlendirilmesi ve akabinde Suriye için Eylem Grubu oluşturulmasıdır⁸⁸. Grup, Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlar çerçevesinde Suriye’de çatışmayı sonlandırmaya yönelik eylemlerde bulunmuştur⁸⁹. Bu çerçevede 2012 yılında ilk Cenevre Konferansı düzenlenmiştir. Konferansta, Suriye hükümeti ile karşıt gruplar masaya oturtulmuştur. Ardından 2016 yılında Uluslararası Suriye Destek Grubu tarafından düzenlenen 2. Cenevre Barış Görüşmeleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte BM Suriye Özel Temsilcisi Staffan de Mistura taraflarla ayrı ayrı görüşmeler yürüterek

83 Suriye İnsan Hakları Ağı (The Syrian Network for Human Rights), <http://sn4hr.org> (E.T. 03.12.2017).

84 <https://www.hrw.org/world-report/2018/country-chapters/syria> (E.T. 18.04.2018).

85 <http://www.unhcr.org/tr/suriye-acil-durumu> (E.T. 03.12.2017).

86 16.11.2017 tarihinde güncellenen rakam. http://www.goc.gov.tr/icerik6/gecici-koruma_363_378_4713_icerik (E.T. 03.12.2017).

87 Topal Ahmet Hamdi, Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararının Uygulanabilirliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, 2014, s. 101 – 126.

88 <http://www.un.org/News/dh/infocus/Syria/FinalCommuniqueActionGroupforSyria.pdf> (E.T. 03.12.2017).

89 S/RES/2042, 14.04.2012 ve S/RES/2043, 21.04.2012.

bir an önce sonuca ulaşmaya çalışmaktadır⁹⁰. Ancak Suriye Hükûmeti ile yapılan son görüşmede “altın bir fırsatın” kaçırıldığını belirtmiştir⁹¹. Ayrıca 2016 yılında ABD Dışişleri Bakanı John Kerry, Rusya ile geçici ateşkes konusunda anlaşmaya vardıklarını açıklamış, ardından çok fazla ihlal gerçekleşse de geçici bir ateşkes dönemi gerçekleşmiştir⁹². 2017 yılında ise Cenevre görüşmelerine paralel olarak yürütülen, Türkiye, Rusya ve İran tarafından Astana ve Soçi görüşmeleri yapılmıştır.

Tüm bu gelişmeler savaşın bir an önce sonlandırılabilmesi açısından umut verici olsa da Güvenlik Konseyi’nin karar almada geç kaldığı ve BM’nin sürece daha fazla müdahil olması gerektiği söylenebilir⁹³. Suriye’de kalıcı bir barış ortamının yaratılması için BM ve bölgesel aktörlerin de dâhil olduğu bir uzlaşmaya varılmalıdır. Bölgesel aktörler, David Cunningham’ın tabiriyle bu süreçte “*veto oyuncularını*”⁹⁴dır. Eğer kalıcı barış ortamı oluşturulmak isteniyorsa veto oyuncularını da sürece dâhil edilmelidir. Yaşanan bu gelişmeler Suriye iç savaşının sonuna yaklaşıldığını düşündürmektedir. Bu bakımdan kalıcı bir barış ortamının yaratılabilmesi için yapılması gereken, Sierra Leone ve Liberya örneklerini de göz önüne alarak BM örgütü çatısı altında gerçekleştirilecek Barışın İnşası operasyonudur.

Barışın inşası operasyonuna Suriye’de başlanabilmesi için öncelikle çatışmaların fiilen son bulması gerekmektedir. Bunun için barış müzakerelerinin, başta Cenevre görüşmeleri olmak üzere, sonuç alıcı olması gerekmektedir. Savaşın etkilerinin dünya üzerinde yaptığı etkileri göz önüne alarak bu süreçte arabulucu koltuğunun BM Genel Sekreteri tarafından doldurulması, sonuca daha fazla yaklaştıracaktır. Müzakerelerin olumlu sonuçlanması ve tarafların silah bırakmaya ikna

90 <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/syria/events/article/syria-situation-in-eastern-ghouta-15-12-17> E.t.: (E.T. 16.12.2017).

91 <https://sputniknews.com/middleeast/201712141060010789-geneva-talks-wasted-opportunity/> (E.T. 16.12.2017).

92 <http://aa.com.tr/tr/dunya/suriyedeki-ateskes-dorduncu-gununde-52-defa-ihlal-edildi/530449> (E.T. 03.12.2017).

93 Spain Anna, The U.N. Security Council’s Duty to Decide, Harvard National Security Journal, 2013, s. 320 – 384.

94 Cunningham David E., Who Should Be at The Table?: Veto Players and Peace Processes in Civil War, Penn State Journal of Law & International Affairs, Nisan 2013, s. 42.

olması halinde, Barışın İnşası operasyonuna başlamak için gerekli zemin hazırlanmış olacaktır. Bu kapsamda gerçekleştirilmesi gereken eylemler zinciri; başta silahların bırakılması ve savaşçıların entegrasyonu (A), sonrasında Kamu otoritesinin yeniden tesis edilmesi ve temel ihtiyaçların giderilmesi (B) ve nihayetinde travmaların tedavisi ve toplumsal entegrasyonun sağlanmasıdır (C).

A. Silahların Bırakılması ve Savaşçıların Entegrasyonu

Suriye’de, Barışın İnşasının birinci evresinde, tarafların silah bırakması ve eski savaşçıların silahsızlandırılması, terhisi ve yeniden sivil topluma entegrasyonu gerekmektedir. Bu kavramlar BM Barış Gücü Operasyonları Departmanı’na göre⁹⁵ silahsızlandırılma, silahların, mühimmatların, patlayıcıların toplanması, belgelenmesi, kontrol edilmesi ve elden çıkarılmasıdır. Terhis, silahlı kuvvetler veya diğer silahlı gruplardan aktif muharıplerin kontrollü olarak tahliye edilmesidir. Yeniden entegrasyon, eski savaşçıların sivil statüye girmesi ve sürdürülebilir istihdam ve gelir kazanması sürecidir. Bu süreç teknik veya mesleki eğitim ve öğretim ile üretkenliğe yönelten diğer faaliyetleri de içerebilir⁹⁶.

Bu sürecin işlenmesi Suriye’de diğer örneklerle nazaran daha zor olacaktır, çünkü birden fazla taraf ve bu tarafların içerisinde birden çok grup bulunmaktadır, ayrıca bu gruplara silah yardımı yapmaya devam eden devletlerde bulunmaktadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri PYD’ye silah yardımı yapmaktayken⁹⁷, Türkiye, Özgür Suriye Ordusuna eğitim ve lojistik desteği vermektedir⁹⁸. ABD, silah desteğinde bulunurken silahların seri numaralarının alındığını ve savaş sonunda silahların PYD’den geri alınacağını belirtmiştir ve geri almalıdır. Muhaliflerin ise silahlarını süreç içerisinde, üzerinde uzlaşmaya

95 United Nations, DDR in Peace Operations a Retrospective, Department of Peacekeeping Operations Office of Rule of Law and Security Institutions, New York, Eylül 2010.

96 Theidon Kimberly, The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia, The International Journal of Transitional Justice, C. 1, 2007, s. 66 – 90.

97 <http://www.aljazeera.com/news/2017/05/begins-sending-weapons-kurdish-ypg-syria-170531042959705.html> (E.T. 03.12.2017).

98 <http://www.hurriyet.com.tr/osoya-gidiyordu-29154186> (E.T. 03.12.2017).

varacakları meşru otoriteye teslim etmesi gerekecektir. Ardından terhis aşamasında savaşılar rehabilitasyon kamplarında toplanması ve kayıt altına alınması gerekecektir⁹⁹.

Yeniden entegrasyon süreci ülkelerin sosyo-ekonomik koşulların yanı sıra, coğrafi özellikler vs. birçok etkene bağlı olarak yürütülmektedir. Örneğin Mozambik iç savaşından sonra eski savaşçılara verilebilen sadece kıyafet, tohum ve zirai araç gereçten ibaretken, Namibya'da eski savaşçılar, kamu sektöründe istihdam edilmişlerdir¹⁰⁰. Ancak dikkatten kaçmaması gereken nokta, tüm bu entegrasyon süreçlerinin kesin başarıya götürmediğidir. Bundan dolayı ideal olan, sürecin bireyler üzerinden işlenmesidir. Suriye'deki savaşçı sayısı da göz önüne alındığında, sadece bir yöntemin benimsenmesinin zorluğu aşikârdır. Benzer süreçlerin yaşandığı örneklerde, bu zorlukların aşılması için karma formüllerin uygulandığı görülmektedir. Örneğin Kolombiya'da devam eden süreçte FARC militanları, iki yıl boyunca asgari ücretin yüzde doksanı oranında devlet desteği almaktadırlar¹⁰¹. Yugoslavya iç savaşında Sırlara karşı örgütlenen Kosovalılardan oluşan Kosova Kurtuluş Ordusu (UÇK) mensupları ise, savaş sonunda Kosova ordusunda istihdam edildiler¹⁰². Bu örneklerden hareketle Suriye'de rehabilitasyon sürecini tamamlayan savaşçılar gerek kamu sektöründe gerek özel sektörde istihdam edilip topluma kazandırılabilirken, yaşadığı travmalar sonrasında tekrar topluma kazandırılmayacak kişiler, alacakları devlet desteği ile gözetim altında hayatlarını sürdürebilirler.

Bunun yanı sıra rehabilitasyon merkezleri kurulmalı, meslek edindirme kursları açılarak kişiler üretkenliğe yönlendirilmelidir¹⁰³. Tüm bu süreçten sonra Barışın İnşasının birinci evresi sonlanmış olacaktır.

99 Özerdem, a.g.e, s. 191.

100 McMullin Jaremy R., *Ex-Combatants and the Post-Conflict State Challenges of Reintegration*, Palgrave Macmillan, 2013, s. 125.

101 Haesly II Kenneth B., *Peace, Economics and Transtional Justice, Law and Business Review of Americas*, S.22, 2016, s. 417 – 424.

102 <https://www.nato.int/kosovo/docu/a990620a.htm> (E.T. 04.12.2017).

103 Kimberly, a.g.e, s. 6.

B. Kamu Otoritesinin Yeniden Tesisi ve Temel İhtiyaçların Giderilmesi

Suriye’de Barışın İnşasının ikinci evresi, devlet otoritesinin yeniden tesisi, temel fonksiyonların yerine getirilmesinden oluşmaktadır. Bu evreye geçmeden önce Suriye iç savaşında yaşananlardan¹⁰⁴ dolayı, mevcut devlet başkanı Beşşar Esad’ın yönetimde kalmaya devam etmesi, barış sürecini sekteye uğratacaktır. Bu sebeple seçimlerin düzenlenebileceği bir ortam oluşana kadar, BM nezdinde geçici bir yönetim kurulması gerekecektir. Örneğin Doğu Timor’da 1999 yılında BM Doğu Timor Geçici Yönetimi (UNTAET) kurulmuştur. Yönetimin başında BM Genel Sekreteri tarafından atanan özel temsilci bulunmaktadır ve ülkedeki yönetim boşluğunu BM alt örgütleri ile birlikte doldurmaya çalışmıştır. Özel temsilcinin otokrasiye varan yetkisi, yasama, yürütme ve yargı erklerinin hepsini kapsamaktaydı¹⁰⁵. Bu erkleri elinde bulunduran özel temsilcinin görevleri: “*Doğu Timor topraklarında güvenliği sağlamak, yasaları ve düzeni korumak, etkili bir yönetim kurmak, sivil ve sosyal hizmetlerin geliştirilmesine yardımcı olmak; insani yardım, rehabilitasyon ve kalkınma yardımının koordinasyonunu ve sağlanmasını sağlamak; özyönetim için kapasite geliştirmeyi desteklemek, sürdürülebilir kalkınma koşullarının oluşturulmasına yardımcı olmak*”¹⁰⁶ olarak sayılmıştı.

Geçici yönetimin kurulmasının ardından bazı durumlarda “uluslararası topluluk, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü mümkün olan en iyi şekilde korumak amacıyla, örneğin Bosna’da olduğu gibi, belirli bir anayasal düzeni dikte etmek veya önermek konusunda el ele bir yaklaşım benimsemiştir”¹⁰⁷. İç savaştan yeni çıkmış bir toplumda, yeni bir anayasanın yapılması, insanlarda psikolojik olarak yeni bir sayfa açılması anlamına geleceğinden Suriye’de de yeni bir anayasa yapımına

¹⁰⁴ Zwier Paul J., Social Media and Conflict Mapping in Syria: Implications for Peacemaking, International Criminal Prosecutions and for TRC Processes, Emory International Law Review, 2015, s. 169 – 212.

¹⁰⁵ Benzing Markus, Midwifing a New State: The United Nations in East Timor, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Cilt 9, 2005, s. 295 – 372.

¹⁰⁶ S/RES/1272, 25.10.1999, m. 2.

¹⁰⁷ Bergling Per, Wennerstrom Erik O., Sannerholm Richard Z., Rule of Law in Public Administration: Problems and Ways Ahead in Post-Conflict Peace-Building, Hague Journal on the Rule of Law, 2010, s. 179.

gidilmelidir. Son yapılan Soçi görüşmelerinde Suriye'nin etnik ve dini yapısı¹⁰⁸ göz önüne alınarak Lübnan Anayasası¹⁰⁹ benzeri bir anayasa yapımı planlanmaktadır. Yeni anayasa yapım sürecinde kurucu meclis, toplumun tüm kesimlerini kapsayacak şekilde tesis edilmeli ve anayasa içerik yönünden demokratik ve kazuistik olmalıdır. Demokratik anayasadan kasıt, yeni sistem ister parlamenter sistem olsun ister başkanlık veya yarı başkanlık sistemi olsun, her halükârda kişiler adilane gerçekleşen bir seçimin ardından başa gelmelidir¹¹⁰. Özellikle demokrasi kültürünün yerleşmediği coğrafyalarda insan hakları ihlalleri daha fazla gerçekleştiğinden, kazuistik (düzenleyici) anayasa ihtiyaç halini almaktadır. Üstelik iç savaş öncesinde¹¹¹ ve sırasında gerçekleşen ihlallerin tekrarlanmaması için hakların ve yükümlülüklerin detaylı bir şekilde açıklandığı bir içeriği haiz olmalıdır.

Bir diğer adım, devletin temel fonksiyonlarından olan kamu yönetimini yeniden oluşturmaktır. Hukukun üstünlüğü ilkesini temele alarak en başta yolsuzlukların önlenmesi sağlanırken, daha sonra öngörülebilir, hesap verebilir ve tarafsız bir yönetim oluşturulmalıdır¹¹². BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından gerçekleştirilen tespit bu durumun önemini ifade etmektedir: *“Hukukun üstünlüğü ilkesinden önce, resmî kurumlar ile eskiye göre çok daha fazla insan bu kurumlarla temas kurduğundan, genel kamu yönetiminde daha fazla şeffaflık ve hesap verebilirlik sağlamalıdır. Devlet kurumlarının sürekli olarak*

108 Etnik yapı bakımından Suriye'de Araplar %80 ile çoğunluğu oluştururken, %10-12 civarında Kürt, %5 civarında Türkmen ve diğer etnik gruplar yer almaktadır. Suriye'de bulunan dini yapılar Sünni (%74), Nusayri (%12), Hristiyan (%10), Dürzî (%3) ve az sayıda diğer Şii İslami hizipler (İsmailî, Câferî), çok az sayıda da Yahudi ve Yezidi yer almaktadır.

109 Ulusal Pakt ile Cumhurbaşkanının Maruni, Meclis Başkanının Şii, Başbakanın Sünni olması ve Parlamento üyelerinin Hristiyanlar ile Müslümanlar arasında 6/5 oranında paylaşılması kararlaştırılmıştır. <http://www.mfa.gov.tr/lubnan-siyasi-gorunumu.tr.mfa> (E.T. 05.12.2017) Detaylı bilgi için bkz. Taflıoğlu M. Serkan, Lübnan Anayasal Düzeninde Egemenlik Dağılımı, Sosyoekonomi, Cilt 24 (28), 2015, s. 31 – 42.

110 Yılmaz, a.g.e, s. 173.

111 Boxx Edwar, Observations on the Air War in Syria, Air and Space Power Journal, Mart-Nisan 2013, s. 147 – 168.

112 Uluslararası Şeffaflık Derneği 2016 yılı algı endeksine göre Suriye yolsuzluk algısı sıralamasında 176 ülke içinde 173. sırada bulunmaktadır. <http://www.seffaflik.org/cpi2016/> (E.T. 05.12.2017).

devam eden kötü uygulamaları, kanunsuzluğun hızla derinleşmesine neden olabilir ve durumun kontrol dışı kaldığı veya değişmediği gerçeğini / algılayışını güçlendirebilir”¹¹³.

Kamu otoritesinin tam olarak sağlanabilmesi için kolluk kuvvetinin ve askeri teşkilatın yeniden tesis edilmesi gerekecektir. Ancak bu süreç, savaşçıların istihdamı, rehabilitasyonu ve eğitilmesiyle birlikte bir nebze giderilebilecek olsa da tamamen organize olması Kosova örneğinde olduğu gibi zaman alacaktır. Kolluk kuvvetlerinin bir an önce oluşturulması güvenli bir ortam yaratmada şart olmakla birlikte inşa sürecinde halka da güven verecektir. Örneğin Orta Afrika Cumhuriyeti’nde yürütülmekte olan Barışın İnşası operasyonu kapsamında, operasyona iştirak eden devletlerin polis gücü tarafından, kolluk kuvvetleri yeniden tesis edilmektedir. Bu kapsamda karakollar inşa edilirken diğer yandan, polis memurlarının eğitimi de sağlanmaktadır¹¹⁴.

Barışın İnşasında eğitim ve sağlık hizmetlerinin inşası, en önemli aşamalardandır. Genç kuşakların eğitimi, barış kültürünün sürdürülebilirliği için zorunludur. Bundan dolayı müfredat yenilenmeli ve barış olgusu okullarda öğretilmelidir. Bu süreçte başta UNICEF olmak üzere uluslararası örgüt ve STK’lar ile iş birliğine gidilmelidir. Örneğin Kamboçya’da yürütülen operasyon kapsamında uluslararası bağışçılar, politikacılar ve STK’lar tarafından oluşturulan fon kapsamında, 500 yeni okul inşa edilmiş ayrıca hükûmet kademeli olarak eğitime ayırdığı payı artırırken, Dünya Bankası sağladığı Yapısal Uyum Kredisi ile eğitim harcamalarını teşvik etmiştir¹¹⁵. Barış eğitim ile birlikte demokratik ilkeler, insan hakları, cinsiyet eşitliği vb. konulara duyarlı nesiller oluşturulurken,¹¹⁶ bunun sonucu olarak da çocuk evliliği ve cinsiyetler arası fırsat eşitsizliği gibi sorunlar da çözüme kavuşacaktır.

113 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Mapping the Justice Sector, 2006, s. 13.

114 <https://theglobalobservatory.org/2014/03/as-un-police-become-part-of-peacebuilding-clearer-guidelines-are-needed/> (E.T. 16.12.2017).

115 Achieving Education for All in Post-Conflict Cambodia, Temmuz 2002. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/10407/247260BRI0R-EPL1BLIC100EduNoCambodia.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T. 05.12.2017).

116 Cardozo Mieke T. A., May Anika, Teaching for peace – overcoming division? Peace education in reconciliation processes in Sri Lanka and Uganda, Nicolai Susan (Ed.),

İç savaş boyunca birçok hastane hedef haline gelmiştir ve nitelikli sağlık personelinin ülkeyi terk etmesi sağlık sistemini işlemez hale getirmiş ve binlerce insan sağlık hizmetlerine ulaşımdan mahrum bırakılmıştır. Bundan dolayı Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ve çeşitli STK'lar ile birlikte yeni bir sağlık sistemi inşa edilmelidir. Süreç boyunca hastanelerin yeniden inşası yanında, sağlık personeli eğitimi de yapılacaktır. Dünya Bankası, IMF ve bağışçılar tarafından oluşturulan fonlar, sistemin hızlı bir şekilde yeniden inşasını sağlayacaktır. Örneğin Barışın İnşası operasyonunun devam ettiği Sierra Leone'de; 2013 yılında yapılan sağlık harcamalarının %31,6'sı bağışçılar ve STK'lar tarafından karşılanmıştır¹¹⁷. Dünyanın dört bir yanına yayılmış olan Suriyeli mültecilerin başlıca sağlık problemlerini: anemi, hipertansiyon, diyabet ve ruhsal rahatsızlıklar oluşturmaktadır¹¹⁸. Sağlık sistemini yeniden oluştururken bu hastalıkların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

İç savaştan çıkmış toplumlarda barışın kalıcı hale gelmesi için sürdürülebilir kalkınma gereklidir. Bu süreçte BM Kalkınma Programı (UNDP) ile birlikte hareket edilerek uzun vadeli bir kalkınma programı oluşturulmalıdır. Hâlihazırda UNDP tarafından yürütülen Suriye Programı sayesinde, Türkiye'deki Suriyelilerin meslek kursları vb. ile geçim imkânları artırılmakta ve Türkiye'nin yükü nispeten azaltılmaktadır¹¹⁹. Kalkınma süreci, Dünya Bankası, IMF ve bağışçılar tarafından oluşturulan fonların yanı sıra, Dünya Bankası tarafından verilen düşük faizli ve uzun vadeli krediler ile finanse edilmektedir. Ayrıca 2011'den bu yana hem Suriye'de ve hem de komşu ülkelerde bulunan Suriyelilere görece yardım eden Avrupa Birliği (AB), Barışın İnşası sürecinde de aktif rol üstlenmek durumundadır¹²⁰. Örneğin AB

Opportunities for change: Education innovation and reform during and after conflict, International Institute for Educational Planning, Fransa, 2009, s. 207.

117 Silver Charles, Governance and Health in Sierra Leone, Quinn Marueen (Ed.), Governance and Health in Post-Conflict Countries: The Ebola Outbreak in Liberia and Sierra Leone, ABD, International Peace Institute, 2016.

118 <https://www.cdc.gov/immigrantrefugeehealth/pdf/syrian-health-profile.pdf> (E.T. 05. 12.2017).

119 <http://www.tr.undp.org/content/turkey/tr/home/ourwork/syria-efforts.html> (E.T. 05. 12.2017).

tarafından, Afganistan’da benzer süreçte Asya Kalkınması Bankası tarafından oluşturulan Afganistan Altyapı Güven Fonu gibi bölgesel kaynaklar da kurulabilir¹²¹.

İç savaştan önce birçok yatırım devlet eliyle yapılmak zorunda kalsa da yeni düzen içinde bir yandan özel sektör teşvik edilmeli ayrıca savaş nedeniyle yerel yatırımcıların azalmasından dolayı, yabancı yatırımcılar ülkeye davet edilmelidir. Kalkınma hareketi birçok alt başlık barındırmaktadır. Öncelikle alt yapı onarılmalı, ulaşım araçları geliştirilmeli ve bilgi ağları oluşturulmalıdır. Bundan sonra sanayi faaliyetleri ile üretim artırılırken, istihdam da yaratılacaktır. Ayrıca savaştan önce Suriye’nin başlıca ihracat ürünlerini petrol ve tarım ürünleri oluşturmaktaydı¹²². İhracatın üçte ikisini ve toplam gelirin yarısını oluşturan petrol ihracatı iç savaş nedeniyle sekteye uğramıştır. Özellikle bazı petrol bölgelerinin IŞİD tarafından ele geçirilmesiyle Suriye ekonomisi ciddi zararlar görse de savaşın sonlanması ve ülkede nizamın tekrar sağlanmasıyla, petrol ihracatının eski haline dönmesi çok zor olmayacaktır. Ayrıca BM Gıda ve Tarım Örgütü (FAO) ile birlikte Afganistan örneğinde olduğu gibi uzun vadede çiftçinin desteklenmesi, sulama imkânlarının geliştirilmesi ve ürünlerin daha iyi pazarlanması için destek programı hazırlanarak tarım ihracatı da geliştirilmelidir¹²³.

Suriye iç savaşını diğerlerinden ayıran en önemli unsur göç hareketidir. İç savaş, İkinci Dünya Savaşı’ndan beri dünyada yaşanan en büyük göç hareketlerinden birini tetiklemiştir¹²⁴. Savaş sebebiyle 6,3 milyon insan ülkesinden ayrılmak zorunda kalmış ve başta komşu ülkeler olmak üzere dünyanın her köşesine göç etmişlerdir. Savaşın sonlanmasıyla BM Mülteciler Yüksek Komiserliği ile birlikte bu

120 Noi Ünver Aylın, Avrupa Birliği’nin Suriye Stratejisi ve Suriye Krizinin AB-Türkiye İlişkilerine Etkisi, Yalçın Hasan Basri (Ed.), Duran Burhanettin (Ed.), Küresel ve Bölgesel Aktörlerin Suriye Stratejisi, SETA, Ankara, Ekim 2016, s. 105 – 129.

121 <https://www.adb.org/site/funds/funds/afghanistan-infrastructure-trust-fund> (E.T. 06.12.2017).

122 Suriye Ülke Bülteni, Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu, Nisan 2014, s. 2.

123 <http://www.fao.org/afghanistan/programmes-and-projects/en/> (E.T. 06.12.2017).

124 Kaypak Şafak, Bimay Muzaffer, Suriye Savaşı Nedeniyle Yaşanan Göçün Ekonomik ve Sosyo- Kültürel Etkileri: Batman Örneği, Yaşam Bilimleri Dergisi, Cilt 6, Sayı 1, 2016, s. 84 – 110.

insanların ülkelerine dönmeleri için gerekli program hazırlanmalıdır. Göç ettikleri ülkelerde uyum sağlamakta zorlanan mülteciler için bazı Avrupa ülkeleri mültecilerin ülkelerine dönmeleri için teşvikte bulunmaktadır¹²⁵. An itibariyle çatışmaların sona erdiği Halep'te, şehrin eski sakinleri geri dönmeye başlamıştır¹²⁶. Halep örneğinde olduğu gibi en büyük sorun yaşam alanlarının savaş boyunca yıkılmış olmasıdır. Oluşturulan fonlar ile hızlı bir şehirleşme hareketi yapılarak, insanların bir belirsizliğe değil evlerine, ülkelere dönmeleri sağlanmalıdır. Örneğin Afgan hükûmetinin paylaştığı bilgiye göre 2001 yılından beri 6 milyon insan, savaş sonlandıktan sonra Afganistan'a dönüş yapmıştır¹²⁷.

İkinci evrede çözüme kavuşturulması gereken bir diğer konu, savaş suçlarının yargılanmasıdır. Bu sorunu birkaç yoldan çözmek mümkündür. Her ne kadar Suriye 1998 tarihli Roma Statüsüne taraf olmasa da Suriye hükûmeti tarafından alınacak karar ile mahkemenin yargı yetkisi kabul edilebilir veyahut Güvenlik Konseyi'nin alacağı karar ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yargılama yetkisi verilebilir¹²⁸. Bir diğer seçenek Ruanda örneğinde yapıldığı gibi, Suriye'de de bir uluslararası ceza mahkemesi ihdas etmektir. Son seçenek ise, Güney Afrika'da Apartheid rejiminin son bulmasından sonra kurulan Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu benzeri oluşumlar kurmaktır. Benzer komisyonlar, Ruanda soykırımı sonrasında da kurulmuştur¹²⁹. Komisyonların amacı, binlerce insanın etkilendiği bir ortamda, travmaların atlatılabilmesi için suçlular ile mağdurların yüzleştirilmesi ve özür dilenmesi süreci ile toplumsal barışı tekrar tesis etmektir.

C. Travmaların Tedavisi ve Toplumsal Diyalogun Oluşturulması

Operasyon kapsamında ilk iki evrede barışın inşası sağlandıktan sonra, son evrede savaş nedeniyle oluşan travmaların tedavisi, insan haklarının korunmasının temellerinin atılması, sivil toplum

¹²⁵ <https://www.voanews.com/a/germany-offer-money-for-migrants-who-go-back-home/4147256.html> (E.T. 06.12.2017).

¹²⁶ <http://www.unhcr.org/news/latest/2017/11/5a096a894.html> (E.T. 06.12.2017).

¹²⁷ <http://morr.gov.af/en/page/2204> (E.T. 06.12.2017).

¹²⁸ 1998 Roma Statüsü m. 12.

¹²⁹ Eramian Laura, Testimony, Disbelief, and Opaque Peace Building in Postgenocide Rwanda, PoLAR: Political and Legal Anthropology Review, Mayıs 2017, s. 52 – 64.

kuruluşlarının oluşturulması gibi faaliyetler ile barış kültürünün topluma entegre edilmesi ve savaş durumuna tekrar dönülmemesi yönünde adımlar atılması gelecektir.

Dünya Sağlık Örgütüne göre fiziksel sağlık ile zihinsel sağlık arasında hiçbir fark yoktur¹³⁰. Savaş başlı başına fiziksel travmalara sebep olabilirken, terörist saldırılara, kaçırma, işkence, ailesinden ayrılma ve zorunlu göçe tanık olma gibi başka travmalara da yol açabilmektedir. Araştırmalar, Ortadoğu’yu da içerecek savaşa maruz kalmış bölgelerdeki çoğu sivil yetişkin ve çocuğun savaş ve siyasi çatışma sonucu en az bir travmatik olay yaşadığını göstermektedir¹³¹. İç savaştan yeni çıkmış toplumlarda travma sonrası stres bozukluğu (TSSB) en sık görülen rahatsızlıklardandır. Kişilerin toplum içinde sağlıklı bir yaşam sürebilmeleri için tıbbi destek almaları gerekmekte ve bu destek toplumun her ferdine ulaşabilmelidir. Özellikle çocuklarda “*TSSB, çeşitli faktörlere dayanılarak öğrenme zorluklarına neden olabilir ve rahatsızlığın ilerlemesini durdurmak için klinik yardımın sağlanması gereklidir*”¹³². Bu sürecin hızlı bir şekilde atlatılabilmesi için başta Dünya Sağlık Örgütü ve Sınır Tanımayan Doktorlar gibi çeşitli STK’lar ile iş birliği halinde çalışılmalıdır. Örneğin Irak’ta faaliyet gösteren Kadın ve Sağlık Birliği (WAHA) birçok farklı şehirde faaliyet göstermekte ve fiziksel ve psikolojik rahatsızlıklar için tedavi hizmeti sunmaktadır. Dohuk bölgesinde “*Travma ve travma sonrası stres bozukluğu çeken kadınlar ve çocuklar için ve cinsiyete dayalı şiddetten kurtulanlar için özel zihinsel sağlık hizmetleri sunmaktadır*”¹³³. Suriye’de de benzeri faaliyetleri gösterecek STK’lar ile toplum bir an önce sağlığına kavuşturulabilir.

130 Constitution of The World Health Organization, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (E.T. 18.04.2018).

131 Ibrahim Hawkar, Hassan Chiya Q., Post-traumatic Stress Disorder Symptoms Resulting from Torture and Other Traumatic Events among Syrian Kurdish Refugees in Kurdistan Region, Iraq, *Frontiers in Psychology*, Cilt 8, 2017, s. 17 – 24. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5316552/> (E.T. 06.12.2017).

132 Rostami Avin, (2012) Post-traumatic Stress Disorders among Children in Kirkuk in Northern Iraq, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Oslo Üniversitesi, Norveç, 2012.

133 <https://waha-international.org/countries/iraq/> (E.T. 10.12.2017).

SONUÇ

2011 yılında isyan ateşinin Suriye'ye de sıçramasıyla beraber dünya tarihindeki en büyük trajedilerden biri ortaya çıkmıştır. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1945'te kabulünden bu yana uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması görevini üstlenen Güvenlik Konseyinin olaylara müdahale ve yapıcı kararlar almak konusunda aciz kaldığı aşikâr olmakla birlikte, yine de kalıcı barış ortamının sağlanmasında başrolü üstlenmesi konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Barış Gücü operasyonları, ilk uygulandığı tarih olan 1948'den günümüze dek gelişimini sürdürmüştür. Barışın korunması (*Peacekeeping*) operasyonları ile başlayan süreç, Barışın Yapımı (*Peacemaking*) ve son olarak Barışın İnşası (*Peacebuilding*) operasyonlarına evrilmiştir.

Barışın korunması operasyonları, savaşların yıkımına maruz kalmış ülkelerde barışın kalıcı olarak yerleşmesini sağlamak için çalışmak ve çeşitli ülkelere mensup askeri birlikler, polis ve sivil personelden oluşan Birleşmiş Milletler Barış Gücü tarafından, ateşkes anlaşmalarının uygulanmasını sağlamak ve denetlemek olarak tanımlanabilirken, Barışın Yapımı, devam eden çatışmaları sonlandırmaya yönelik tedbirlerden oluşur. Bu tedbirler tarafları müzakereye teşvik etmeye yönelik diplomatik faaliyetlerdir. Barışın İnşası ise savaş yanlısı grupların silahsızlandırılmasından; siyasi, ekonomik, adli ve sivil toplum kuruluşlarının yeniden inşasına kadar çok boyutlu bir uygulamayı ve görevleri kapsamaktadır.

Barış Gücü operasyonlarının geçirdiği tarihsel dönüşüm, bu dönüşüm kapsamında artan etkinlik, Suriye'nin yeniden yaşanabilir bir ülke olması için gerçekleştirilebilecek Birleşmiş Milletler Barış Gücü Operasyonları bakımından dikkate değer örnekler sunmaktadır. Bundan dolayı bu çalışmada Birleşmiş Milletler'in geçmiş deneyimleriyle birlikte hâlihazırda yürütülen Barış Gücü operasyonları incelenmiş, ardından bir an önce Suriye iç savaşının sonlanması umuduyla, Suriye'nin yeniden inşa sürecinin nasıl olması gerektiği tartışılmıştır.

Barış süreci Birleşmiş Milletler şemsiyesi altında arzu edildiği hız ve kapsamda ilerleme kaydetmemiş olsa bile, Suriye'de barışın inşası için hukuki çerçevede etkin olabilecek başka bir formül de bulunmamaktadır. Bu sebeptendir ki Birleşmiş Milletlerin Suriye'de daha fazla sorumluluk üstlenmesi ve tarihi tecrübesi itibariyle başka coğrafyalarda

gerçekleştirdiği barışın inşası operasyonlarına Suriye’de de başlaması beklenmektedir. Önümüzdeki süreçte taraflar tekrar tekrar masaya oturacak, bölgesel aktörler daha etkin olmak zorunda kalacak ve ABD – Rusya’nın da anlaşmasıyla birlikte barış ortamı tekrar tesis edilebilecektir. Barış ortamının yeniden sağlanmasının, uzun ve meşakkatli bir süreç olduğu benzer örnekler itibarıyla ortaya çıkmış olsa bile, süreç sonunda barışın inşasının mümkün olduğu da görülmektedir. Bu sebeple, atılması gereken ilk adım, Güvenlik Konseyi’nin alacağı bir kararla birlikte, Suriye’de Barışın İnşası operasyonuna başlanmasıdır.

Suriye’de Barışın İnşası, tarafların silah bırakması ve eski savaşıların silahsızlandırılması, terhisi ve yeniden sivil topluma entegrasyonu ile başlamalıdır. İkinci evrede, devlet otoritesinin yeniden tesisi ve temel fonksiyonlarını yerine getirecek organizasyonun gerçekleştirilmesi olmalıdır. Bu kapsamda ilk olarak demokratik, özgürlükçü ve kapsayıcı yeni bir anayasanın yazımı gerçekleştirilmeli, devletin temel fonksiyonlarından olan kamu otoritesi bu esaslar üzerine yeniden oluşturulmalıdır. Yani, hukukun üstünlüğü ilkesini temele alarak öngörülebilir, hesap verebilir ve tarafsız bir yönetim oluşturulmalıdır. Kamu otoritesinin tam olarak sağlanabilmesi için ayrıca kolluk kuvvetinin ve askeri teşkilatın yeniden tesis edilmesi gerekecektir. Barışın İnşasında eğitim ve sağlık hizmetlerinin inşası, en önemli aşamalardan biridir. İç savaştan önce birçok yatırım devlet eliyle yapılmak zorunda kalsa da yeni düzen içinde bir yandan özel sektör teşvik edilmeli ayrıca savaş nedeniyle yerel yatırımcıların azalmasından dolayı, yabancı yatırımcılar ülkeye davet edilmelidir. Operasyon kapsamında ilk iki evrede barışın inşası sağlandıktan sonra, son evrede savaş nedeniyle oluşan travmaların tedavisi, insan haklarının korunmasının temellerinin atılması, sivil toplum kuruluşlarının oluşturulması gibi faaliyetler ile barış kültürünün topluma entegre edilmesi ve savaş durumuna tekrar dönülmemesi yönünde adımlar atılması gelecektir.

KAYNAKÇA

- AKSAR Yusuf, Uluslararası Hukuk II, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2015.
- BARNETT Micheal ve diğerleri, (2007) Peacebuilding: What Is in a Name?, Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations, Cilt 13, Sayı 1, s. 35 – 58.
- BERGLİNG Per, WENNERSTROM Erik O., SANNERHOLM Richard Zajac, Rule of law in public administration: problems and ways ahead in post-conflict peace-building, Hague Journal on the Rule of Law, 2010, s. 171 – 202.
- BENZİNG Markus, Midwifing a New State: The United Nations in East Timor, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Cilt 9, 2005.
- BOZARSLAN, Hamit, Ortadoğu'nun Siyasal Sosyolojisi, 1.Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- BOZKURT Enver, KÜTÜKÇÜ M. Akif, POYRAZ Yasin, Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2009.
- BOXX Edwar, Observations on the Air War in Syria, Air and Space Power Journal, Mart-Nisan 2013, s. 147 – 168.
- CALL Charles, The Evolution of Peacebuilding: Improved Ideas and Institutions?, United Nations University Centre for Policy Research, 2015.
- CARDOZO Mieke T. A., MAY Anika, Teaching for peace – overcoming division? Peace education in reconciliation processes in Sri Lanka and Uganda, NİCOLAI Susan (Ed.), Opportunities for change: Education innovation and reform during and after conflict, s.207, Fransa, International Institute for Educational Planning, 2009.
- CUNNINGHAM David E., Who Should Be at The Table?: Veto Players and Peace Processes in Civil War, Penn State Journal of Law & International Affairs, Nisan 2013, s. 38 – 47.
- CLEVELAND William L., Modern Ortadoğu Tarihi, Çev. M. Harmancı, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2008.
- DAASE Cindy, The law of the Peacemaker: The Role of Mediators in Peace Negotiations and Lawmaking, Cambridge Journal of International and Comparative Law, 2012, s. 107 – 135.
- DEMİRTÜRK DEMİRDÖĞEN Ülkü, Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Operasyonları ve Güç Kullanma Olgusu (1946 – 1996),

Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (11), 2006, s. 236 – 257.

DURAN Hasan, Birleşmiş Milletler ve Müdahale, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2001, s. 131 – 142.

ERAMIAN Laura, Testimony, Disbelief, and Opaque Peace Building in Postgenocide Rwanda, PoLAR: Political and Legal Anthropology Review, Mayıs 2017, s. 52 – 64.

GAZZİNİ Tarcisio, The Economic Dimension of Peacebuilding: The UN Peacebuilding Commission in Search of Its Identity, Geneva Centre of Security Policy, Sayı 2, Şubat/Mart 2017.

GÜNGÖR Uğur, Günümüzde Barış Operasyonları, Güvenlik Stratejileri Dergisi, 2008.

HATAWAY Breanne, The FARC'S Drug Trafficking as Political Crime: Determining The Success of Colombia’s Peace Talks, North Carolina Journal of International Law, Sonbahar 2015, s. 164 – 188.

HELDT Birger, The Lack of Coordination in Diplomatic Peacemaking, Penn State Journal of Law & International Affairs, Nisan 2013, s. 9 – 16.

HÜRSOY Siret, Birleşmiş Milletler Barış Operasyonlarının Yeniden Yapılandırılması Çerçevesinde AB ve Türkiye’nin Sivil Katkıları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 61 – 1, s. 202 – 222.

İBRAHİM Hawkar, Hassan Chiya Q., Post-traumatic Stress Disorder Symptoms Resulting from Torture and Other Traumatic Events among Syrian Kurdish Refugees in Kurdistan Region, Iraq, Frontiers in Psychology, Cilt 8, 2017.

KAYPAK Şafak, BİMAY Muzaffer, Suriye Savaşı Nedeniyle Yaşanan Göçün Ekonomik ve Sosyo- Kültürel Etkileri: Batman Örneği, Yaşam Bilimleri Dergisi; Cilt 6, Sayı 1, 2016, s. 84 – 110.

KÖSE Talha, Barış Gücünün tanımı ve Kapsamı, Anlayış Dergisi, Ekim 2006.

MCMULLİN Jaremey R., Ex-Combatants and the Post-Conflict State Challenges of Reintegration, Palgrave Macmillan, 2013.

MANSFIELD Peter, Ortadoğu Tarihi, Çev. Ü. H. Yolsal, İstanbul, Say Yayınları, 2012, s. 266.

MURPHY Ray, UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo, 1. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

NOİ Ünver Aysin, Avrupa Birliği'nin Suriye Stratejisi ve Suriye Krizinin AB-Türkiye İlişkilerine etkisi, YALÇIN Hasan Basri (Ed.), DURAN Burhanettin (Ed.), Küresel ve Bölgesel Aktörlerin Suriye Stratejisi, SETA, Ankara, Ekim, 2016.

ÖZERDEM Alparslan, Barış İnşası Kuram ve Uygulaması, Nobel yayınevi, Ankara, 2013.

ÖZKOÇ Özge, Suriye Baas Partisi: Kökenleri, Dönüşümü, İzlediği İç ve Dış Politika (1943-1991), Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara, 2008.

PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara, 2015.

PORTER Elisabeth, Peacebuilding: Women in international perspective, Routledge Advances in International Relations and Global Politics, 2007.

ROSTAMİ Avin, (2012) Post-traumatic Stress Disorders among Children in Kirkuk in Northern Iraq, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Oslo Üniversitesi, Norveç, 2012.

SILVER Charles, Governance and Health in Sierra Leone, QUINN Marueen (Ed.), Governance and Health in Post-Conflict Countries: The Ebola Outbreak in Liberia and Sierra Leone, ABD, International Peace Institute, 2016.

SPAİN Anna, The U.N. Security Council's Duty to Decide, Harvard National Security Journal, 2013, s. 320 – 384.

SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, 11. Baskı, İstanbul, 2017.

ŞEN Yağmur, Suriye'de Arap Baharı, Yasama Dergisi, S. 23, s. 54 – 79.

TOPAL Ahmet Hamdi, Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış için Birlik Kararının Uygulanabilirliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, 2014, s. 101 – 126.

UTSUKARÇI Şefkat, Reflecting Peacebuilding in Practice: United Nations Transitional Administrations, Yayımlanmamış Yüksek Lisans tezi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Ankara, 2008.

ÜNAL Şeref, Uluslararası Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2005.

YILMAZ Muzaffer Ercan, Suriye’de Barış Nasıl İnşa Edilebilir?, Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, Ekim 2014, s. 177 – 200.

YILMAZ Muzaffer Ercan, Toplumlararası Çatışmalarda Barışı İnşa Etmek, Dora Yayıncılık, Bursa, 2015.

ZWIER Paul J., Social Media and Conflict Mapping in Syria: Implications for Peacemaking, International Criminal Prosecutions and for TRC Processes, Emory International Law Review, 2015, s. 169 – 212.

İnternet Kaynakları

<http://www.unicankara.org.tr> (E.T. 20.11.2017).

<https://www.nobelprize.org> (E.T. 22.11.2017).

<https://unmik.unmissions.org> (E.T. 23.11.2017).

<https://www.globalpolicy.org> (E.T. 08.12.2017).

<https://peacekeeping.un.org> (E.T. 21.11.2017).

<http://farc-epeace.org> (E.T. 25.11.2017).

<https://theglobalobservatory.org> (E.T.:16.12.2017).

<https://peacemaker.un.org> (E.T. 25.11.2017).

<http://www.uncyprustalks.org> (E.T. 08.12.2017).

<https://www.theguardian.com/> (E.T. 17.10.2017).

<http://www.unpbf.org> (E.T. 14.10.2017).

<http://www.peacebuildinginitiative.org> (E.T. 02.12.2017).

<https://bnub.unmissions.org> (E.T. 02.12.2107).

<http://sn4hr.org> (E.T. 03.12.2017).

<http://www.unhcr.org/tr> (E.T. 03.12.2017).

<http://www.goc.gov.tr> (E.T. 03.12.2017).

<http://aa.com.tr> (E.T. 03.12.2017).

<http://www.aljazeera.com> (E.T. 03.12.2017).

<http://www.hurriyet.com.tr> (E.T. 03.12.2017).

<https://www.nato.int> (E.T. 04.12.2017).

<http://www.mfa.gov.tr> (E.T. 05.12.2017).

<http://www.seffaflik.org> (E.T. 05.12.2017).

<https://www.cdc.gov> (E.T. 05.12.2017).

<http://www.tr.undp.org> (E.T. 05.12.2017).

<https://www.adb.org> (E.T. 06.12.2017).

<http://www.fao.org> (E.T. 06.12.2017).

<https://www.voanews.com> (E.T. 06.12.2017).

<http://morr.gov.af> (E.T. 06.12.2017).

<https://waha-international.org> (E.T. 10.12.2017).

www.anlayis.net (E.T. 20.11.2017).