

ISSN : 2146-1376



NİSAN 2011

SAYI: 1

YIL:1

# KÜRESEL BAKIŞ

Çeviri Hukuk Dergisi



1

Üç Ayda Bir Yayınlanır



# KÜRESEL BAKIŞ

## ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanan Hakemli Dergidir)

**Yıl: 1, Cilt:1, Sayı: 1, Nisan 2011**

[www.humanlawjustice.gov.tr](http://www.humanlawjustice.gov.tr)

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

**ISSN: 2146-1376**



## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

- 1) Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
- 2) Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılırlar. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
- 3) Çeviriler mutlaka **www.humanlawjustice.gov.tr** adresinden çevrimiçi (online) olarak gönderilmelidir. Çevrimiçi gönderimde sorun yaşanması halinde elektronik posta (taa@adalet.gov.tr) ile gönderimler kabul edilir fakat normal posta yoluyla gönderilen ya da bizzat getirilen çeviriler işleme konulmaz.
- 4) Çeviri eser göndermek isteyen yazarlar çevirisini yaptıkları metnin orijinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle PDF veya metin (word) olarak göndermek zorundadır. Metin 11,5 Time New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- 5) Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelenmek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
- 6) Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyadı, akademik unvan, görev, mobil telefon numarası, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- 7) Yazarlara ve hakemlere “Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği” kapsamında çeviri ve inceleme ücreti ödenmektedir. (Çevrilen metnin her 200 kelimesi için yaklaşık 13 TL ödenmektedir) Hakeme gönderilen çevirilerde ücretin %20’si hakeme ödenir.)
- 8) Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

## **SAHİBİ**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Hüseyin YILDIRIM  
Yargıtay Üyesi  
\*

## **GENEL EDİTÖR**

Ahmet TAŞKIN  
Yargıtay Üyesi  
\*

## **EDİTÖRLER**

Nihal TOZLU  
Hâkim  
Sıddık GÜLLÜK  
Hâkim  
\*

## **SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ**

Hakan ÖZTÜRK  
Hâkim  
\*

## **YAYIN KURULU**

Hüseyin YILDIRIM  
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Yargıtay Üyesi

Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ  
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN  
Ankara İdare Mahkemesi Üyesi

Ayşe Neşe GÜL  
TAA Eğitim Merkezi Müdürü

Osman ÖRME  
TAA Strateji Geliştirme Müdürü  
\*

## **YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

Türkiye Adalet Akademisi  
Ahlatlıbel Kampusu, İncek Bulvarı, 06095, Çankaya-Ankara

**Tel:** 312. 489 81 80 **Faks:** 312. 489 81 01

**E-posta:** taa@adalet.gov.tr **Web:** www.taa.gov.tr

## DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Adem Sözüer  
Prof. Dr. Ahmet Gökçen  
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz  
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu  
Prof. Dr. Ali Güzel  
Prof. Dr. Anıl Çeçen  
Prof. Dr. Arzu Oğuz  
Prof. Dr. Atilla Özer  
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay  
Prof. Dr. Bahri Öztürk  
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz  
Prof. Dr. Bilge Öztan  
Prof. Dr. Cevdet Yavuz  
Prof. Dr. Cumhuri Şahin  
Prof. Dr. Ejder Yılmaz  
Prof. Dr. Emine Akyüz  
Prof. Dr. Enver Bozkurt  
Prof. Dr. Erdal Tezcan  
Prof. Dr. Erkan Küzüküngör  
Prof. Dr. Faruk Turhan  
Prof. Dr. Feridun Yenisey  
Prof. Dr. Fügen Sargin  
Prof. Dr. Gökhan Oral  
Prof. Dr. Hakan Hakeri  
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez  
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu  
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu  
Prof. Dr. Hasan Bacanlı  
Prof. Dr. Hasan Tunç  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz  
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk  
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu  
Prof. Dr. İhsan Erdoğan  
Prof. Dr. İmdat Elmas  
Prof. Dr. İsmail Kayar  
Prof. Dr. İsmail Kırca  
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin  
Prof. Dr. Kayıhan İçel  
Prof. Dr. Kemal Gözler  
Prof. Dr. Kudret Güven  
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy  
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz  
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu  
Prof. Dr. Metin Günday  
Prof. Dr. Mithat Sancar  
Prof. Dr. Muhammet Özekes  
Prof. Dr. Mustafa Akkaya  
Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Nadir Arıcan  
Prof. Dr. Nevzat Koç  
Prof. Dr. Nuray Ekşi  
Prof. Dr. Osman Doğru  
Prof. Dr. Osman Pehlivan  
Prof. Dr. Ömer Ulukapı  
Prof. Dr. Salih CENGİZ  
Prof. Dr. Sami Selçuk  
Prof. Dr. Selçuk Öztek  
Prof. Dr. Selma Çetiner  
Prof. Dr. Serap Yazıcı  
Prof. Dr. Sermet Koç  
Prof. Dr. Serpil Salaçin  
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi  
Prof. Dr. Şanal Görgün  
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı  
Prof. Dr. Şükrü Kızılot  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Tayfun Akgüner  
Prof. Dr. Tevfik Odman  
Prof. Dr. Timur Demirbaş  
Prof. Dr. Turan Yıldırım  
Prof. Dr. Ümit Biçer  
Prof. Dr. Veli Özer Özbek  
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Yener Ünver  
Prof. Dr. Yusuf Karakoç  
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

\* Hakemlerin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu [www.humanlawjustice.gov.tr](http://www.humanlawjustice.gov.tr) adresinde bulunmaktadır.

## İÇİNDEKİLER

Daha İyi Bir Sürdürülebilirlik İçin Çevresel Adalet.....	1- 12
Çeviren: Doç. Dr. Selim KILIÇ	
Evlatlık ve Velayet Hakkı-Tescil Edilmiş (Kayıtlı) Hayat Ortaklıkları Alanındaki Problemler.....	13- 20
Çeviren: Yar. Doç. Dr. Burcu Kalkan OĞUZTÜRK	
Kişilerin Anayasa Yargısına Erişimi: Hukuk, Uygulama, Politika .....	21- 38
Çeviren: Dr. Musa SAĞLAM	
Çevre Hukukunda Toplu Davalar.....	39- 70
Çeviren: Dr. Ahmet M. GÜNEŞ	
Kamu Yararına Çalışmadan “Toplumsal Yaptırımlara”: Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısı .....	71- 106
Çeviren: Burhan ALICI	
Kültürel Çeşitlilik ve Resmî Hukuk: Çok Kültürlülük ve Euroseptizm?.....	107-128
Çeviren: Abdullah MURAT	
Mahkemelerin Dava Yükü Yönetimi Üzerine Araştırma: Yöntemsel Sorular .....	129-146
Çeviren: İsmail AKSEL	
Mülkiyet Haklarının Anayasal Korunması: Amerika ve Avrupa .....	147-172
Çeviren: Ulvi ALTINIŞIK	
Bahsi Edilen Namus Cinayeti: Nitelikli Adam Öldürmede Alçak-Düşük Sebep Olarak Farklı Kültürel Değerler.....	173-192
Çeviren: Ufuk TOPRAK	
Gayriresmi Evliliklerde, Eşlerin İnsan Hakları Yoluyla Korunması .....	193-214
Çeviren: Ahmet TAŞKIN	
Neden Performans Ölçümü? Farklı Amaçlar, Farklı Ölçümler Gerektirir .....	215-263
Çeviren: Aysun SEYREKBASAN	





# DAHA İYİ BİR SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK İÇİN ÇEVRESEL ADALET

Anton LEİST

Çeviren: Doç. Dr. Selim KILIÇ\*

## GİRİŞ

**A**dalet kavramı, modern bilinç kavramında paylaştırmacı adalet olarak öne çıkmaktadır. İşbirliği ortakları, bir malın üretimine ne kadar katkıda bulunmuşlarsa kendi aralarında da o şekilde paylaşmaktadırlar. Bu paylaştırmacı adalette, ortak üretilen şeylerin paylaşılmasıdır, bu da bir ülkenin küresel olarak ortaya koyduğu Gayri Safi Milli Hâsılası (GSMH)'sıdır. Politika adalet kriterini kullandığı sürece ilgili olacaktır. Eğer paylaşım, ortak üretim sürecinde yurttaşların rolünü sınırlandırabilen normatif kavramın karışıklığı ise ilgili olacaktır: Kazanç, ihtiyaç, hak, özgürlük, eşitlik vs. Genel olarak adalet ve dürüstlük ahlaki bir değer değil, aksine işbirlikçi-akılcı değerler olarak kabul görmesi, adaletin en önemli sosyal moral yapı olarak işlevini teşvik etmektedir. Bu yapıda ilgililerin minimal moral motivasyonla bireysel ve ortak olumlu sonuçlar elde edilmektedir. Böylece onun hareket alanında bulunana bu moral yapı ortak üretimle ilgili ilişkisi nedeniyle sınırlandırılmaktadır. Üretimin doğal koşulları ortak bir şekilde üretilmemiştir. Bu nedenle geleneksel adalet kuralları içerisinde çevresel adaleti düzenlemek o kadar kolay değildir.

Çevre krizine tepkide ortaya çıktığı gibi, bir doğal etiğin temsilcilerinin bizim doğal tüketim davranışlarımıza hükmedebilmesinde olduğu gibi, adalet en çok uygunsuz idealler olarak kabul ediliyor. Öncelikle bir kavram çevre politikası için uygun gözükmemektedir. Bu kavram, doğanın daha uzun süre insani amaçlara boyun eğmesi yerine, adalet kavramı dışında doğanın olağanüstü gücünü tanımak ve onu insani amaçların emrine vermektir. Önceki yıllarda bizim bilincimize yerleşen kimi sürdürülebilirlik gibi çevre politikası kavramalarının gereksinimlere uygun olması tesadüf değildir. Bruntland tarafından gelecek kuşakların ihtiyaçlarını tehlikeye atmaksızın bugünkü kuşakların ihtiyaçlarını karşılanması olarak formüle

---

\* Doç. Dr. Niğde Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi

edilen sürdürülebilirlik kavramının kullanılmasında, açıkça doğa insanı üretimin sınırı olarak tanınmaktadır.

Bruntland'ın formülü sırf bu yönden politik bir realitedir. Çünkü bu formülün kendisi sürdürülebilir kalkınmayı bir ideal olarak düzenlemekte ve bununla birlikte Kuzey-Güney arasındaki mevcut eşitsiz doğal kaynakların kullanımındaki statükoyu düzenlemektedir. Bununla çok daha önceden sessiz adımlarla, çevre sorunları çevresel adalete demir atmıştır. Kuzeyin yüksek sorumluluğu ve Güneyin takip eden kalkınmasındaki gibi ayrıcalıklar bu şekilde bir adaleti ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle sürdürülebilirlik düşüncesini ekolojik adaletin mevcut terminolojisine çevirmek tavsiye olunur.

### SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİN ÜÇ BOYUTU VE ALANI

Bilinen soyut temelde yapılan tartışmalar bir yana bırakılırsa, çevresel adalet sürdürülebilirlik tartışmalarının iç uygulamalarında kabul edilebilmesi, sürdürülebilirliğin tartışmaya da açık olduğunu göstermektedir. İkinci olarak, sürdürülebilirlikle ilgili tartışmaların anlaşılır nedeni, ilkerin sınırsız uygulamasında bulunmaktadır.

- 2 Temel karar alama ölçüsü orman, balık rezervleri gibi sınırlı bir doğa parçanın sabit sayıdaki insanın yararlanması ortaya çıkmaktadır. Eğer doğal kaynaklar, fosil yakıtlar gibi yenilenemez ya da aynı şekilde daha önce kültürel bir şekle sokulmuş arazi içinde yer alan çevresel alanlar şeklinde bulunan doğal kaynaklar hiçbir ölçüye tabi olmadan kullanılabilir. bilmektedir.

İnsan-doğa-etkileşimi farklı alanlarda çok farklı çıkarlar ilişkilerine tabidir. Bu nedenle sadece yakın benzerlikleri sürdürülebilirliği aynı ilkeler çerçevesinde kullanmayı kabul etmek de dâhil son derece zordur. Bu amaç için ortaya konan çok basit bir öneri, bizim doğal kullanmamızın üç farklı değer boyutunu ortaya çıkarmakta ve benzer şekilde doğal kaynakların üç türünü hatta sürdürülebilirliğin üç türünü ortaya çıkarmaktadır (Talo 1). Sürdürülebilirlik, hem ekonomide kullanılan temel kaynaklarla üretilen **malları** hem de en azından kısmen ahlaki koruma altında olan **varlık ve türleri**, ayrıca estetik olarak kabul edilen **kültürel doğal yapıları** aynı normatif akıl çerçevesinde takip etmenin zorluğunu yaşamaktadır.

Tablo 1: Doğadan Yararlanmanın Boyutları

Değer-Bakış Açısı	Yararlanma Alanı	Kaynaklar	Sürdürülebilirlik Tipi
Ekonomi	Maddi kaynaklardan, kolayca yenilenebilir olduğu sürece sürdürülebilir şekilde yararlanılması (Enerji hammadde, tüketim malları)	Değiştirilebilen kaynaklar	Materyallerin sürdürülebilirliği
Moral	Maddi kaynaklardan, onlar insanın yaşam hakkıyla (temiz su, temiz hava, sınırlı radyasyon) ya da hayvanların acılarıyla (Hayvan koruma, türleri koruma) ilgiliyse sürdürülebilir bir şekilde yararlanılması	Kritik kaynaklar	Moral Sürdürülebilirlik
Estetik	Toprakların, bio çeşitliliğin doğal anıtların kullanımında sürdürülebilir bir şekilde yararlanılması	Nadir (benzersiz) kaynaklar	Estetik Sürdürülebilirlik

Sürdürülebilirlik bu alanda birçok kez farklı kriterleri karşılamak zorunda kalmıştır. Eğer insan ekolojisi açısından bakılırsa, sürdürülebilirliğe göre, çevrenin kalitesi insan çıkarları arasındadır ve ayrıca bu çıkarları arasında sektörel olarak farklılıklar dikkate alınmaktadır. 3

Bu sınıflamaya göre, birincisi değişimi yapılabilen kaynaklar yenilenebilir olup bu nedenle piyasa malı olarak uygundur. Piyasa bu malların optimal ikamesi için alternatif kurumlardan daha iyi sağlamaktadır.

İkincisi, yenilenemeyen mallar, azalan su rezervleri ya da türlerde olduğu gibi, bu tür yenilenemeyen kaynaklardır. Bu şekilde olanlar kritik kaynaklar olarak korunmalıdır, tıpkı ahlaki olarak gözetilen hayvanlar ve türler gibi.

Üçüncüsü yenilenemeyen estetik doğal mallardır. Onun kaybı sadece moral olarak bir zarar vermez, aynı zamanda estetik olarak da hissedilir.

Gerçi biz bu şekilde somut bir düşünceden hareket edersek, bu düşünce kimi değer kriterlerin yardımıyla bir sürdürülebilirlik politikasına dönüşebilir. Maddi, ahlaki ve estetik sürdürülebilirlik arasındaki farkları ve hizmet değişiminin her bir farklılaşmış aklın farklı bölümlerinde doğayı izlediğini anlamaya başlayabiliriz. Bu değişimin sürdürülebilir olması,

fakat gereklilik açısından yararlı hiçbir ek bilginin gönderilmemesi; değişimin çevreyi değiştirmesi ve tüketmesi kaçınılmazdır. Kaçınılmaz olarak kaynaklar tükenecek, türler zarar görecektir ve topraklar dönüşecektir. Bu sürdürülebilirliğin bir türü değil midir? Bu nedenle, ekolojik adaletin sade uygun normatif alanları konusunda bir çok şey söylenebilir. Bu alanda sürdürülebilir bir politikanın belirsiz beklentileri açıkça ortaya konabilir ve tartışılabilir

## TEMEL BİR İLKE OLARAK ÇEVRESEL ADALET

Sürdürülebilirliğin terminolojik hakimiyeti nedeniyle, “çevre” ya da ekolojik adalet kavramı bugüne kadar çok az tanındı ve bunun sonucunda yeterli bir keskinlikte açılmadı. "Environmental justice"\* 1970 yılından bu yana ABD’de dezavantajlı grupların kötü barınma koşullarına karşı kullandığı bir slogan olarak işlev görmüştür. Bu Avrupa’da bizim ön yargılarımızı güçlendirdi, sadece ekolojik adaleti sosyal adaletin marjinal bir bakış açısı yaptı. Ekolojik adalete yönelik talepler de bir başka açıdan kolayca azaltılabilmektedir. Çevresel adaletin liberal demokratik sistemle ne kadar uzlaşabileceği ya da onun temel prensipleriyle ne kadar çatışacağı şimdilik belirsizdir. Çevresel adaletin demokratik bir sistem dışında 4 üretilmesi bize olanaksız geldiği için, bizim politik düşüncemiz tarafından etkin bir çevresel adalet oluşturma yönündeki itirazlar dikkate alınmak zorundadır. Bu itirazlar daha çok (hemen hemen saf ekonomik) insan merkezlikten kaynaklanmaktadır. Bu insan merkezlik siyasal meşrulaştırabilmenin, hatta sadece sınırlı piyasa ekonomisinin çok kısa zaman boyutu anlamına gelmektedir. Bu üç itiraz sürdürülebilir bir çevre politikasına zorlaştırmakta ve onun uzun süreli olası bir başarısını da oldukça sınırlamaktadır.

Eğer biz öncelikle çevresel bir adalet düşüncesinin genel ilkelerini belirlemeye çalışırsak, o zaman aşağıda olduğu gibi bir formül ortaya çıkacaktır: Eğer bütün ekolojik öneme sahip mallar ve hizmetler, özgürlükler ve görevler katılanlar arasında adil bir şekilde paylaşılsa, ancak o zaman bir toplumda ekolojik adalet aktüel ve uzun süreli olarak egemen olacaktır.

Bu genel ilkelere şu itirazlar yöneltilmektedir: İlk olarak insan merkezliğin suçlaması ile karşılaşılmaktadır. Akademik etik öncelikle çevresel bir adalet teorisini bugüne kadar ortaya koyamamıştır. Çünkü bu teori uzun zaman doğanın insan çıkarları nedeniyle zarar görmeyeceği düşün-

---

\* Çevresel Adalet

cesindeydi. Bir diğer neden de bu teori, birçok başka durumda olduğu gibi, doğal malların büyük ölçüde ve hızla azalmasını yanlış değerlendirmiştir. Bu itirazlara cevap olarak şudur: Batı Kültüründe biz doğaseverler için, doğayı insan çıkarları altında gözeten rasyonel bir alternatif yoktur.

İkinci bir düşünce, adaletin bireysel çağrışımlarına karşı yönelebilir. Bildiğimiz gibi, devlet, NGO, uluslar arası organizasyonlar gibi kolektif aktörler çevre sorunlarının küreselleşmesinde giderek artan bir rolü bulmaktadır. Onlar adalete zarar verirler mi? Cevap, eğer işbirliğine katılım zorunluluğu olarsa, o zaman adaletin akılcılığından bahsedilebilir. Eğer kolektif aktörler böyle bir oyuna katılırsa, o zaman onlar da adaleti takip edenler arasında olacaktır.

Üçüncü bir düşünceye göre, bizim iklim değişikliğine ilişkin büyük çaplı sorunlarının paylaşımı göz önüne alınırsa, ekolojik adalet bu tip toplumsal yapı içerisinde düşünülmektedir. Ancak buna hiçbir şeyin değişmediği konusunda itirazla karşılaşmaktadır. Paylaşıcı adalet sadece işbirlikçi sosyal bir sistem içerisinde üretilebilir ve böyle bir toplumsal koşullar olmaksızın uzlaşmaz. Adalet karşılıklı değişimin bir şeklidir ve dayanışma ya da Özgecillemeyle değiştirilemez. İklim değişikliği adaleti örneğinde olduğu gibi, dünya çapındaki gereksinimlerinden kaynaklanan sorun, ancak iş birliğine dayalı bir sistemin sosyal koşullarını adım adım kurarak çözülebilir.

Bu üç itiraz, her şeyden önce ekolojik adalet anlayışını zorlaştırmaktan daha çok kolaylaştırmaktadır. Eğer aşağıda açıklanan istekler uygulanabilirse, belirtilen ilkeler ortaya konursa bu söz konusu olabilir.

- Ekolojik öneme sahip malları ve hizmetleri ne kadar süreyle ya da ne kadar sıklıkla gündeme getirilecektir? Bunu paylaşabilmek yeterli olacak mıdır?
- Hem içerde hem de dışarıda ekolojik adalet talepleri ne kadar çatışmalı olacaktır?
- Uzun süreli paylaşım, hangi sosyal ve normatif koşullarda inşa edilecek? Ekolojik adalet aynı zamanda kuşaklar arası düşüncesinde olmak zorundadır mı?
- Ekolojik adaletin bu tasarısında daha önceki sürdürülebilirlik ilkelerine bağlı beklentileri ne ölçüde karşılayacaktır?

## EKOLOJİK ADALETİN ÜÇ BOYUTU

Sürdürülebilirlik penceresinden bakıldığında, adaletli bir şekilde paylaşılması gereken üç çeşit mallar ayırt edilebilir: Maddi, kritik ve estetik olan mallar.

Bu mallar konusunda ne zaman ekolojik bir adalet oluşturulduğuna dair sorusuna ilk cevap olarak şunlar söylenebilir: Eğer toplumsal bir düzen şu şartlara sahip olursa, ancak o zaman ekolojik açıdan adaletli olur:

- Her insanın çevrede bulunan sınırlı mallara ulaşmada mallara aynı şansa sahipse (ekolojik fırsat eşitliği),
- Kritik olan mallar için ahlaki temelli haklar ortaya konduğunda (Sağlıklı çevre, ekolojik insan hakları)
- Çevrenin şekillendirmesi, toplumun ekolojik-estetik standartlarına uyduğu zaman (ekolojik tasarlama-biçimlendirme hakları)

Bu sınıflandırmaya göre ekolojik adalet tümüyle ayrılabilen bir adalet değildir, daha çok sosyal adaletin bir parçası olarak gözükmektedir. Ekolojik fırsat eşitliği ve insan hakları, sosyal fırsat eşitliğinin ve sosyal hakların bir parçasıdır. Ayrıca kendi içinde homojen sayılabilen bir adalet değildir; çünkü daha önce belirlediğimiz üç mallara göre üç parçaya ayrılır. Adaletin bu üç kavramını bu şekilde adlandırabiliriz:

**Ekolojik Fırsat Eşitliği:** Doğal bir çevre içinde yaşama dair fırsat eşitliği, her insanın mal ve mülk edinmede, doğal malları kullanmada (doğal yiyecekler, doğal maddeler, yapı malzemeleri gibi) ve doğal kaynakların (hammadde ve enerji gibi) tüketiminde aynı haklara sahip olmasıdır.

**Ekolojik İnsan Hakları:** Her insanın sağlıklı ve tehlikeleri olmayan belirli bir temel yaşam standardına sahip olabilmesidir (hava, su, radyasyon, gürültü vb.).

**Ekolojik Düzenleme (Tasarlama) Hakları:** Kültürel çevrenin tasarlanmasında ve korunmasında, doğal kaynakların tüketilmesi ve çevrenin estetik olarak düzenlenmesinde, doğal anıtların korunmasında ya da geri kazanımında, sanayileşmede, çöplerin depolanmasında, nükleer tesislerin korunmasında, baraj yapımında vb, alınan kararlara katılım hakkının olmasıdır.

Bu tür adalet taleplerin amacı, bazı yurttaşların ekolojik yoksunluğuna ve çevresel kirlenmeye engel olmaktır. Öncelikle ilk iki şekil bireysel hak-

larla ilgiliyken, daha sonraki kolektif yararlanmanın düzenlenmesiyle ya da prosedürel olup vb. prosedürel hakların parçasıdır. Ekolojik düzenleme hakları, yurttaşın demokratik ortak karar alma sürecinde diğer yurttaşlarla bağlantısını dikkate almak zorundadır.

Adalet aynı zamanda eşitlik anlamına da gelmektedir. Ekolojik eşitlik buna göre üç farklı şekilde sıralanabilir: Birincisi fırsat eşitliği anlamında nitelikli eşitliktir. Herkesin, yaşamsal malların sahipliği konusunda aynı şansa sahip olması, herkesin bu şansın değerlendirmek istediği, gerçeği gördüğü ve bununla aynı ölçüde doğal mallara sahip olsun anlamına gelmemektedir. Buna göre devlet de maddi doğal kaynakların ortalama eşit bir tüketiminde garanti altına almak ya da korumak için görevlendirilemez. Modern toplumda çevreye karşı farklı düzenlemelerin egemen olduğu ve yurttaşların farklı tutum ve değerlere önem verdikleri her zaman düşünülmelidir. Ekolojik fırsat eşitliği bu nedenle gerekli bireysel hareket alanı da sunmaktadır. Ancak bu bir kişinin doğal gıdaların tüketmesi, genetiği değiştirilmiş ürünlerden sakınması ya da güneş enerjisi sistemini evine kurması ve bu şansını onun gözetmek zorunda olması anlamına gelmemektedir. İnsan kendi öncelikleri farklı olabilir.

Fırsat eşitliği kavramı, “şans kavramının” negatif ve pozitif yorumları nedeniyle tartışmalı ve esnek bir kavramdır. Birincisine göre, yurttaşların ekolojik tercihlerinin karşılanması açısından onlara sınır getirilmesi, doğal gıda maddelerinin (genetiği değiştirtmiş) üretilmesini hukuken yasaklamak doğru gözükmemektedir. İkincisine göre, ekolojik tercihlerin karşılanmasını desteklemek, örneğin doğal gıdaların üretimini sübvans etmek önerilmektedir. Özellikle bütün yaşamı etkileyen eğitim, sağlık, pozitif özgürlükler gibi şanslarda biz genel olarak onu, piyasa ekonomisinin liberalleşmesinde takınılan tutumda olduğu gibi, negatif ve dar çerçevede yorumlama eğiliminde olmamız yeterli değildir. Ancak doğal gıdalar bu şansın içinde sayılmamaktadır, eğer suni gıdalar sağlığa zararlı iseler, ekolojik insan haklarının ikinci talebine göre, bunun olmaması gerekir. Fakat bu örnek genellenemez, bu nedenle ekolojik mallar, yaşamsal öneme sahip olanlar ve bireysel alana giren malları arasında tam olarak bir ayırım yapılmak zorundadır. O zaman birincisi için pozitif ikinci için de negatif şans kavramı geçerli olmaktadır.

İkinci olarak sıkı bir eşitlik ekolojik insan haklarında talep edilmektedir. Bu haklar sağlık ve özgürlükte olduğu gibi bireyi aşan haklardır. Bunlar tipik olarak başkalarının yaşamından ve ekonomisinden etkilenmekte ve herkes için bireysel yaşamı planlamada gerekli koşulları taşımaktadır. Bu

nedenle bu plan kritik mallar tarafından ve onun amaçladığı eşitlik tarafından sınırlandırılmamakta, aksine desteklenmektedir.

Üçüncüsü ekolojik tasarıma ilişkin olarak eşitlik, prosedürel bir eşitlik olarak anlaşılabilir. Kamuya açık olan prosedüre göre, yurttaşlar tasarım sürecinde eşit haklara sahip olarak etkilemektedir. Bu eşitlik, önemli doğal alanların bireyler tarafından kullanılabilmesini ve tüketilebilmesini önleyen uygun bir çevre hakkının var olduğunu kabul etmektedir. Örneğin doğal anıtlar ya da rezervler, eğer onlar özel mülkiyette ise, onlara da kişiler tarafından zarar verilmemiş ya da değiştirilmemiş olmalıdır. Resmi prosedürlerle kamuoyu tartışmaları ve ortaya atılan düşünceler de siyasi iradenin oluşum sürecidir. Bu nedenle çevrenin tasarlanması ona bağlıdır. Çünkü çevrenin estetik tasarımı, fakat aynı zamanda doğal kaynakların ve olayların korunmasında genel bağlayıcı bir standart yoktur, doğanın değerini sürekli olarak değiştirmektedir.

### **Ekolojik Adalette Çatışmalar**

Adaletin bu üç biçimi arasında çatışma yaşanmaktadır. Her ne kadar öncelikle ekolojik fırsat eşitliği, insan hakları ve tarım haklarının aynı ağırlıkta olduğundan hareket edilse de, önceliklerin uygulanmaya çalışılması bu haklar arasında çatışmalara yol açabilmektedir. Hukuk tarafından korunan mallar nedeniyle ekolojik insan haklarının mutlak bir üstünlüğü bulunmaktadır. Çünkü onunla sağlık ve yaşam doğrudan korunmaktadır. Elbette ekolojik fırsat eşitliği bu mallarla ilgilidir, fakat bu ilgi uzun süreli ve bireylerin kendi sorumluluklarını da kapsamaktadır. Tasarım hakkı, her iki hak tarafından sınırlandırıldığı anlaşılabilir

Genel önemlilik derecesi olsa da ekolojik adaletin dışında olduğu gibi içindeki somut çatışmaları hakkında karar vermek hiç de kolay değildir. Asıl önemli olan çatışmalar dışarıdadır. Burada ekolojik bir hak diğer haklarla, özellikle maddi malların kullanımında ve kazanılmasında uzlaşma yoktur. Maddi kaynaklara sahip olmayı aynı şekilde ekolojik fırsat eşitliği olarak kabul ettiğimden, bu anlatımda bilinen çatışmalar iç çatışmalar olarak ortaya çıkmaktadır; özellikle tipik örneği kamusal mallardaki çatışmalardır. Eğer herkes yeşillikler içinde bir eve sahip olsaydı, böyle bir ev konusunda bireysel şanslar azalır. Eğer bireysel ev satın almak ekolojik olmayan bir şans olarak kabul edilirse, böyle bir örnek dış çatışma olarak tanımlanmak zorundadır; aynı şekilde ucuz ve doğal gıdalar konusunda gerçekçi olmayan şansla karşılaştırılabilir. Ancak mal, mülk sahipliğini ekolojik fırsat eşitliğinden ayırmak zordur. Çünkü bireylerin



doğal alanlara sahip olmalarına özellikle de ona zarar verilmesine karşı hiçbir şekilde itiraz edilemezdi. Bu nedenle mümkün olduğunca, bu çatışmalara kamusal mallar çatışması olarak bakmak ve el değmemiş doğayı kamusal mal olarak ve aynı zamanda olası bireysel kullanıcılara karşı korumaya çalışılmalıdır.

İnsan hakları ve tasarım hakları boyutunda yer alan iç çatışmalar daha az sorunlu gözükmektedir. Eğer bir belediye ya su kalitesini iyileştirmek ya da gürültüden dolayı bir caddeye girişleri azaltmak istiyorsa, o bunu tıbbi bilgililere dayanarak yapabilir. Eğer belediye suni kar alanı yapmak ya da doğal çeşitliliği korumak istiyorsa, demokratik bir kararı devreye sokabilir. Ancak bu çatışmaların çoğu az ya da çok dış merkezli bir çatışmaya dayanır ki, bu da ekolojik ve ekonomik mallar arasındaki çatışmadır. Eğer belediye trafiği sakinleştirirse, ekonomi zarar görür ve ekolojik köyün kış uykusuna yatması anlamına gelir. Eğer, ekolojik insan hakları için sınırı tıbbi kararlar yönünde objektif olarak düzenlenebileceğini kabul edersek, o zaman birinci ve üçüncü boyutta -fırsat eşitliği ve tasarım hakları- bu haklarda endemik ekolojik açıdan kendine zarar verme fark edilmeden yerleşebilir. Böylece yurttaşların gerçekte kendisine zarar verip vermediği belli olmadan tartışılır hale gelebilir. Ekolojik fırsat eşitliği Bireysel tüketimden dolayı kolektif fırsatların azalması sorunu, ekolojik fırsat eşitliğine, ekolojik dar görüşlülük problemi ise, ekolojik tasarıma dahildir.

Her iki sorun da bizim liberal ekonomik toplumsal anlayışımızın getirdiği sorunlar olup bu nedenle çözümü sınırlıdır. Her iki sorun da kapitalist ekonominin hukuksal koşullarına doğrudan bağlıdır. Bu da ekolojik istekler ve bizim maddi refah beklentilerimiz arasında derin bir uyumsuzluk olduğunu göstermektedir. Maddi kaynaklar, araziler ve üretim şartları konusunda görece kolay bir ulaşılabilirlik olmasaydı, bizim sahip olduğumuz refah seviyesi düşünülemezdi. Ayrıca ekonomik ilgileri (ekolojik insan hakları hariç) aynı statüye getiren demokratik süreç olmasaydı, ekoloji gibi, biz ekolojik bir yaşam biçimini serbestçe seçebilecek durumda olmazdık. Ekolojik düşünce hiçbir dünya bakış açısında sahip olamaz ve bu nedenle de sınırlı bir şekilde siyasal süreçlere talimat verebilirler. Eğer sosyal eşitsizlikler, maddi çıkarların ekolojik bireysel idealleri takip etmesine zorlamasaydı, buna gerek kalmazdı.

## ADALETİN BİR ÇEŞİDİ OLARAK EKOLOJİK TOPLUM

Kuşkucu düşünceler karşısında sürdürülebilirliğin adalet kavramı içerisine nakledilmesinin beklide en önemli nedeni, sürdürülebilirlik vizyonundaki koruma düşüncesini ortaya çıkarmasıdır. Dağıtıcı adalet eş zamanlı bir yapıda olup belirli zaman diliminde adil bir paylaşım anlamında gelir. Tipik art zamanlı adalet ise, paylaştırıcı değil, aksine düzeltici ya da ceza vericidir. Geçmişte olan fiillere adil ceza vermesi söz konusudur. Gerçi iklim konusunda yapılan uluslararası toplantılarda, sürdürülebilirliğin adalet kavramına aktarılıp aktarılamayacağı şeklindeki konular dile getirilmektedir. Fakat biz bunu geçmişe bakarak değil, daha çok geleceğe bakarak kendi kendimize sormalıyız. Kuşaklar arası bir ekolojik adalet olabilir mi? Cevap: Prensip olarak hayır, fakat iyi işleyen ekolojik bir sistemin varlığı, gelecektekilerin çıkarlarına olumlu bir katkı sağlayacaktır.

Kuşaklar arası ilişkilerde bizim bilinen paylaştırıcı adalet modelini uygulamanın iki zorluğu bulunmaktadır. Eğer ortak mallar bir ya da birçok kritere göre (haklar, kazanç, ihtiyaç, şans) paylaştırılırsa, ancak o zaman adalet olur. Ancak bu ortak malların karşılanması gelecek açısından daha zor gözükmemektedir. Eğer ortak mallar/değerler şimdiki doğal kaynaklar olabilir mi? Bu durumda biz doğal kaynakları kesinlikle tüketemeyiz, bu gelecek kuşaklar için zararlı sonuca yola açacağından mantıklı gözükmemektedir.

Eğer doğal kaynaklar bugünkü sermaye varlığı olabilir mi? Fakat nasıl ve niçin onları gelecekte paylaşılın? Paylaşmak, şimdiki sermayeyi gelecek için kuşaklar örneğinin bir fonda toplamak anlamına gelir. Buna karşı bir yandan çevrenin önemli parçalarını ekonomik bir değer olarak düşünülmesi söz konusu olamaz. Diğer yandan bu çerçevede, niçin yapılmak zorunda şeklinde motivasyon sorusu ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar bir şekilde doğal sermaye ve gerçek sermaye arasında ortak yön bulunsa da, niçin bizimle gelecek kuşaklar arasında bir paylaşımın akılcı olduğu sorusu gelmektedir. Gelecek kuşakların bizim sermaye ile ne alakaları var? Fakat biz gelecek kuşaklara dürüstlük açısından bir şans daha verelim. Uygun bir dürüstlük prensibi şu şekilde açıklanabilir: Bizim kuşağın başkalarından almış olduğu bu tür ekolojik mallar ve bizim kuşağın almak istemeyeceği bu tür ekolojik zararlar, bizim de gelecek kuşaklara aynı şekilde vermemiz ve zararlılardan kaçınmamız şeklinde olabilir.

Kuşaklar arası bu dürüstlük kuralı iki soruna neden olmaktadır. İlk olarak bir tür moral doğma olmasındandır. Bu henüz neden geçerli olduğu ve uygun bir şekilde nasıl motivasyon ettiği bilinmeyen bir doğmadır. Altın kuralın ve benzer evrensel ilkelerin genel sorunu, onların soyut olmasıdır. Onlar bizim kültürümüzde çok konuşuluyor olması, gerçekte takip edilsin ya da edilmek zorunda kalınsın anlamına gelmemektedir. Bu soyut ilkelerin onun motivasyonunu nereden alacağı konusu ise belli değildir. İkinci olarak bu ilkelerin uygulamada önemli sorunları bulunmaktadır. Bu sorunlar genel olarak göreceli bir bakış açısıyla üç boyutta gösterilebilir. Şimdiki ve geçmiş zamana bakılarak, maddi, moral ve estetik standartlar arasındaki rekabet ilişkisi hangi düzeyde sağlanacaktır? Bizim toplumda maddi ve post maddi tercihlerin farklılığı mutlaka refah seviyesi ile ilişkilendirilecek mi? Biz gelecek kuşakların düşük ya da yüksek bir seviyede refah seviyesine sahip olmalarını kabul edebilecek miyiz? Bu onların maddi refah seviyesinin düzelmesi için ya da estetik doğal malların daha iyi korunması için olabilir mi?

Benim görüşüme göre, işte bu nedenden dolayı kuşaklararası adalet talepleri saf bir şekilde retorik olarak kalmaktadır. Bunun yerine biz ekolojik bir toplum düşüncesini öncelikle düzenlemeliyiz. Bu şimdiki zamanda geçerli olan, ancak geleceğe de yardımcı olan bir düşüncedir. Bugün bizim hangi malları ideal şekilde korumaya değer buluyorsak, bunu bilgilendirilmiş ekolojik toplum ideali olarak yükseltmeliyiz. Bu gelecekte de gerçekleşebilir. Bizim ideal olarak tanımladığımız bu ilke, böyle bir durumun varlığı sezgiye dayanmaktadır. Fakat o iyi durumda olsaydı, kendi kendini tekrarına duyarsız kalınsaydı, aniden bir fikrin ortaya çıkması ya da sürpriz bir sevinçli durumla karşılaşılması gibi bu tutarsız bir durum söz konusu olurdu. Diğer yandan doğaya karşı belirli bir tutumu amaçlamak ve onu gelecek için vazgeçilebilir olarak görmek tutarsız bir görüntü olduğu söylenebilir. Gerçi bu ümitsiz bir yaşam biçiminin ifadesi olarak düşünülebilir. Fakat idealleştirilmiş bir yaşam için, daha sonraki varlıklara karşı duyarsızlık akıllı bir davranış değildir. Fakat eğer bir toplumda aşırı tüketim ideali yükseliyorsa, o zaman nasıl olacak? Bizim toplumda aşırı tüketim ideali zaman zaman ön planda olsa da, onu topluma uygun bir ideal olarak tanımlamak doğru değildir. Böyle toplumsal bir önerinin, modern siyasetin yapısıyla hiçbir şekilde bağdaşmaması, nasıl açıklanacak? Burada bir birlik, ideal kurabilen ve bu ideali için politikasını yönlendirebilen minimal bir toplum olarak anlaşılmaktadır. Bunu olanaksız bulan modern toplumun analizcileri hiç de az değildir. Onlara göre haklar sadece, bizi birbirimize karşı korumak için ve sosyal adalete minimal

düzeyde gerçekleştirecek için bir araç olarak görünmektedir. Bana göre, çevre krizinin başlangıcından farklı olarak şimdi bile, sosyal mallar olarak bütün doğal mallar, bütün ekolojik eksiklikler sosyal açıklar olarak ifade edilmektedir. Böylece ekolojik idealler özel tercihler olarak dikkate almak, giderek gereksiz hale gelmektedir. Kötü durumda olanların ekolojik yoksunluğunda görüldüğü gibi, sadece sosyal eşitliği iyileştirmek gereklidir. Ondan sonra çevrenin durumu da iyileşecektir.

### **Daha İyi Bir Sürdürülebilirlik İçin Ekolojik Adalet**

Benim önerim ekolojik adaletin ilkelerine sürdürülebilirliği uygulamaktır. Sürdürülebilirlik ve adalet aynı normatif taleplere ve amaçlara sahip olabilirler. İlk bakışta sezgilerimize aykırı gözükebilir. Sürdürülebilirlik doğal bir çevrenin stoklarını korumak ve adalet ise, hayati önemi olan malların paylaşımı ummak anlamına gelmektedir. Her iki düşüncede öncelikle birbirine zıt gözükebilir. Çünkü doğal malları paylaşmak onların stoklarının korunmasına katkı sağlamak anlamına gelmemektedir. Ormanları paylaşmak, onları küçültmek ve tüketmek anlamına gelmektedir. Fakat böyle bir örnekleri, söylendiği gibi anlamak gerekir mi? İnsan merkeziliğe göre, eğer orman, orman sahiplerinin uzun vadeli çıkarlarına göre kullanılırsa, o zaman o tüketilmiş olur. Eğer bunun tersi söz konusu olursa, o tüketilmez. Ormanın kendi varlığı, onun korunması anlamına gelmemektedir; onun korunmasına yönelik talepler de ancak insani kullanıcıların ideal ilgileri tarafından çıkabilir.

Sürdürülebilirliği adalete çevirme girişimi bir öneridir; bu öneri ontolojik, dinsel, değer yüklü ve somut bir kavramın, sübjektif, aydınlanmış, psikolojik ve sosyal bir kavrama tercüme edilmesidir. Bu ikinci kategoride olan kavramları bizler tanırız; ilk kategoride olanları ise her ne kadar entelektüel tartışmalarda retorik amaçla kullanılsa da, onları tanımakta zorlanırız. Sürdürülebilirliği tercime edilemez ilkeler olarak kabul etmek, tıpkı antik doğa/kültür farkını özel olarak korumak gibi anlama gelmektedir. Diğer yandan, sürdürülebilirliğin ne anlama gelebileceğini ve bitmez tükenmez açıklamalar anlamında da gelecektir. Buna rağmen biz, doğanın ancak sadece bir kültürün içinde anlamı olduğunu kabul etmeliyiz. Bu nedenle, bizim ideal menfaatlerimiz temelinde tanımlanan ya da (sadece bir nüans olarak) o bu temelde sürdürülebilirlik olarak belirtilirse, sürdürülebilirlik olur. O zaman sürdürülebilirlik adil bir paylaşımın yan etkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Biz adil paylaşımın nasıl yapılacağını, kısa süre önce öğrendik. O halde bunu neden uygulamayalım?

# EVLATLIK VE VELAYET HAKKI-TESCİL EDİLMİŞ (KAYITLI) HAYAT ORTAKLIKLARI ALANINDAKİ PROBLEMLER<sup>1</sup>

Prof. Dr. Nina DETHLOFF, LL.M.\*

Çeviren: Yar. Doç. Dr. Burcu Kalkan OĞUZTÜRK\*\*

**T**escil edilmiş (kayıtlı) hayat ortaklıklarına dair hukuki çerçeve şartları (genel şartlar), LPartG'in (Lebenspartnerschaftsgesetz- Hayat Ortaklığı Kanunu)<sup>2</sup> kabul edilmesiyle birlikte, çocuk ve soy bağı hukuku alanında da önemli ölçüde değişmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte tescil edilmiş hayat ortakları için çocuk üzerindeki velayet hakları da belirgin şekilde değişti. Tescil edilmiş hayat ortaklarına üvey çocuklarını evlat edinme hakkı tanındığı gibi, ayrıca bu ortaklıklarda, gerçek ana ya da baba olan tarafın hayat arkadaşına, "küçük velayet hakkı" verilerek çocuklar hakkında gündelik konuları ilgilendiren konularda da söz hakkı sağlandı.

Bu katkı çalışmasında, söz konusu düzenlemeler ile aynı cinsiyete sahip hayat ortaklıklarındaki çocukların hukuki konumunun ne ölçüde geliştiği ve buna göre aile yapılanmasındaki çeşitliliğin dikkate alınmasını sağlayacak daha ne tür yasal düzenlemeler yapılabileceği tartışılmaktadır.

13

## I- AYNI CİNSİYETE SAHİP HAYAT ORTAKLIKLARINDA ÇOCUKLARIN DURUMU

Son yıllarda giderek daha normal karşılanan (olağan bir hâl alan) gökkuşağı aileleri (Regenbogenfamilien), farklı yaşam ve aile yapılarının şekil-

---

<sup>1</sup> "Mit dieser Übersetzung möchte ich meinen herzlichen Dank an Prof. Dr. Nina Dethloff für ihre tatkräftige Unterstützung während meiner Recherchen an dem deutschen, europäischen, internationalen Familienrecht Institut bezüglich meiner Habilitation zum Ausdruck bringen".

\* Yazar, Bonn Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alman- Avrupa ve Uluslar arası Aile Hukuku Enstitüsü direktörü, Avrupa Birliği Aile Hukukunu Komisyonu üyesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hâkimidir. Yazar, yazının hazırlanmasındaki desteğinden ötürü meslektaş *Christina Hennig*'e teşekkür etmektedir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>2</sup> Çalışmamızda "**Lebenspartnerschaftsgesetz**" olarak geçecek Kanunun Türkçesi Hayat Ortaklığı (yaşam birlikteliği) Kanunu'dur. Adı geçen Kanunun Almanca kısaltması ise "**LPartG**" dir, çevirimizde de Kanunu ifade ederken bu Almanca kısaltma kullanılacaktır.

lendiği toplumun bir parçası haline geldi. Aynı cinsiyetli hayat ortaklıklarının %8'i artık çocuklu bir aile hayatı yaşamaktadırlar<sup>3</sup>. Yapılan bir araştırmaya göre 6600 olarak belirlenen çocuk sayısının, tahminlere göre aslında 19000'leri bulduğu düşünülmektedir. Yaklaşık 2200 çocuk, günümüz itibariyle tescil edilmiş bir hayat ortaklığında yetişmektedir. Bu çocukların çoğu, lezbiyen ilişki yaşayan çiftler tarafından büyütülmektedir. Çocuklar genellikle, doğal nesep bağı ile bağlı bulunduğu ebeveynlerinin daha önceki heterosexüel ilişkisinin bir ürünü iken, lezbiyen çiftte taraflardan birinin sperm bağışlayıcısından alacağı spermeler yoluyla suni döllenenin gerçekleştirilmesi şeklinde de çocuk sahibi olma gerçekleşmektedir. Aynı cinsiyetli çiftlerdeki taraflardan birinin daha önce tek başına evlat edindiği ya da koruyucu aile sözleşmesi ile bakımını yüklenmediği çocuğun evlat edinilmesi ise daha az rastlanan bir durumdur.

2001 yılında LPartG ile “tescil edilmiş hayat ortaklığı kavramının” oluşturulmasıyla beraber, aynı cinsiyetteki çiftlerin kurdukları hayat ortaklıkları, birçok açıdan evlilik hukuki kurumu ile yani evlilik sonucu meydana gelmiş ailelerin sahip olduğu hak ve ödevlerle mukayese edilebilir hale gelmiştir. (Burada denilmek istenen aslında şudur: Tescil edilmiş hayat ortaklıkları hukuken tanınır hale geldikten sonra, bu durumdan doğan hak ve yükümlülükler, bir evlilik ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerle denk bir hale getirilmeye başlanmıştır). Ancak, 2004 tarihli “Hayat Ortaklığı Alanındaki Revizyon Kanunu”ndaki (LPartÜG)<sup>4</sup> gelişmelere rağmen, özellikle çocuk (soy bağı alanında) hukuku konusunda<sup>5</sup> halen temel farklılıkların varlığından söz edilebilir. Bu çalışma, sözü edilen konu ile ilgili mevcut hukuki düzenlemelerin, çocuk sahibi olan aynı cinsiyetli birliktelikler alanında yeterli olup olmadığı sorununu tartışmaktadır.

## II- EVLAT EDİNME

### 1- Üvey Evladın Evlat Edinilmesi

1 Ocak 2005 tarihinden itibaren, LPartG § 9, VII uyarınca tescil edilmiş hayat ortaklıklarında, taraflardan birinin öz evladının, diğer hayat ortağı (partner) tarafından evlat edinilmesi mümkün hale gelmiştir. LPartG § 9,

---

<sup>3</sup> Fiili duruma ilişkin olarak *Rupp*, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichem Lebenspartnerschaften, 2009, S. 11 vd.

<sup>4</sup> Hayat Ortaklığı Hukuku Revizyon Kanunu, BT-Dr 15/3445.

<sup>5</sup> Bu konudaki farklar için: *Palandt/Brudermüller*, 69.Aufl. (2010), Einl LPartG Rdnr. 2, Dethloff, Familienrecht, 13.md Rdnrn. 44ff., 178f., 15.md. Rdnrn. 18f.

VII 2 ve BGB<sup>6</sup> 1754/1 uyarınca evlatlığa kabul beyanı ile çocuk, her iki tarafın ortak çocuğu olmaktadır. Özellikle taraflardan birinin suni (yapay) dölleme yolunu seçmesi sonucu doğan çocukların (özellikle lezbiyen çiftlerde yapay dölleme ile hamile kalan ve çocuk doğuran kadının diğer kadın ile) sosyal anneleri ile akrabalık (verwandschaftliche) ilişkilerin kurulmasını sağlayan tek yol olması açısından, üvey evladın evlat edinilmesinin mümkün kılınması önemlidir. Taraflardan birinin diğer tarafın suni döllemesini onaylaması sonucu aileye katılmış olan çocuğun, nesep bağı bulunmayan tarafça evlat edinilmesi ise çok daha uzun ve karışık bir süreç sonunda gerçekleşebilmektedir.<sup>7</sup> Her şeyden önce çocuk, doğum sonrası uzunca bir süre boyunca yasal güvenceden yoksun kalmaktadır, zira evlatlığın kabulünün onaylanmasına kadar geçen süre boyunca nafaka hakkı ve miras hukukundan doğan hakların aynı cinsiyetli hayat ortaklığındaki diğer tarafa karşı ileri sürülmesi mümkün olmamaktadır. Bu açıdan sorunların taraflar arasında yapılacak sözleşmeler yoluyla halledilmesi başka bir seçenek teşkil etse dahi, bu sözleşmeler özellikle kanunen tanınmış bir ebeveyn-çocuk ilişkisi sonucu doğan hukuki taleplere kıyasen- özellikle kamu hukukundan doğan talepler- daha az koruma sağlamakta ve bu konuda yasal sınırlamalara takılmaktadır.<sup>8</sup> Bu sebeple aynı cinsiyetli hayat ortaklığındaki çiftlerin ebeveynlik haklarının peşinen tanınması tercih edilebilir bir uygulama olarak görülebilir.<sup>9</sup> Taraflardan biri diğer tarafın bağışlanmış sperm sonucu suni döllemesine onay verdiği an itibariyle, onay veren taraf da çocuğun doğumu ile doğrudan anne sıfatına sahip olmalıdır. Nasıl farklı cinsiyetli çiftlerde, ortak bir karar sonucu (sperm bağış yoluyla) suni döllemenin gerçekleştirilmesi sonucu babalığa itiraz edilemiyorsa (BGB §1600 V ve BGB §1592 Nr. 1, 2) ya da nasıl ki aynı cinsiyetli çiftlerin evlat edinmeleri hukuken aynı anda ebeveyn olmaları sonucunu doğuruyorsa, aynı cinsiyetli çiftlerde (intentionale Elternschaft) salt isteğe yönelik (planlanmış) ebeveynliğin neden

---

<sup>6</sup> Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) BGB olarak kısaltılacak ve çeviri metninde de bu şekilde kullanılacaktır.

<sup>7</sup> Bununla ilgili bkz. *Dethloff*, "Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften-Ein rechtsvergleichender Überblick", in: *Funcke/Thorn*, Die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft mit Kindern-Interdisziplinäre Perspektiven ( yakında basılacak).

<sup>8</sup> Özellikle vergi hukukunda karşılaştırmalı olarak: Burada çocuk, vergi yükümlüsü hayat ortağının çocuğu olarak kabul edilmemekte ve böylece hayat ortağının çocuk parasına hak kazanması da söz konusu olmamaktadır.

<sup>9</sup> Bkz. *Dethloff*, ZKJ 2009, 141 (145f.).

doğrudan hukuki bir sonuç yaratamayacağı zor anlaşılmaktadır. Soy bağına ilişkin sorunun bu şekilde çözülmesi hem çocuğun doğumu ile birlikte müstakbel sosyal annesi ile olan ilişkisinin yasal olarak güvence altına alınmasını, hem de tarafların ikisinin de çocuk konusunda sorumluluk üstlenme yönündeki iradelerini yerine gelmesi sonucunu doğurur. Bu durum, sperm bağışlayıcısının aradaki süre boyunca çıkabilecek olası sorunlar konusundaki sorumluluğunu kaldırması bakımından avantajlıdır.<sup>10</sup> İspanya, İsveç, Norveç ya da İngiltere gibi başkaca ülkelerdeki hukuki gelişmeler çocukla soy bağı bulunmayan tarafı, diğer tarafın çocuğunu evlat edinme durumunda bırakmak yerine aynı cinsiyetli çiftlerin ebeveynliğini doğrudan ve baştan kabul etme yoluna gitmişlerdir.<sup>11</sup>

Taraflardan birinin bir önceki heteroseksüel ilişkisi sonucu doğmuş olan çocuklarının diğer tarafça evlat edinilmesi yöntemi, farklı cinsiyetli birlikteliklerdeki evlat edinmelerde olduğu gibi uygun bir çözüm yolu teşkil etmemektedir.<sup>12</sup> Evlatlığın kabulünün bir sonucu, evlat edinilen çocuğun soy bağıının bulunduğu diğer ebeveyni ve onun akrabaları ile ilişkisinin kesilmesidir (9/7, 2 LPartG, 1755/2 BGB) ki; bu da çocuğun soy bağıının bulunduğu ebeveyni ile ilişkisinin iyi yürütmesi durumunda genelde çocuğun aleyhine bir durum teşkil etmesine neden olmaktadır.<sup>13</sup> Ayrıca bu uygulama, çocuğun diğer öz ebeveyni üzerinden sahip olduğu nafaka hakkı (Unterhaltsanspruch) ve yasal olarak kendisine tanınmış olan miras ve saklı pay hakkından mahrum kalmasına yol açacaktır. Evlatlık ilişkisi sonucu, üvey anne ile öz anne arasındaki evliliğin sona ermesi durumunda dahi varlığını devam ettirecek olan ömür boyu sürecek hukuki bir ilişki tesis edilmiş olacaktır. Bu sebeple evlat edinme işlemi, ilgililerin ne içinde buldukları koşullara ne de ihtiyaçlarına uygun düşmektedir.

## 2- Ortak Evlat Edinme

Tescil edilmiş aynı cinsiyetli hayat ortaklarının beraber başka bir çocuğu evlat edinmeleri günümüzde uygulanan hukuk açısından (de lege lata-

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Dethloff*, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften- Ein rechtsvergleichender Überblick, in: *Funcke/Thorn*, Die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft mit Kindern- Interdisziplinäre Perspektiven, (yakında basılacak).

<sup>11</sup> Başka ülkelerdeki yasal düzenlemeler için bkz. *Dethloff*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Regenbogenfamilien in Europa ( yakında Zeitschrift für Familienforschung'da , özel sayı 2010); *Dethloff*, ZKJ 2009, 141 (145).

<sup>12</sup> Konuyla ilgili olarak bkz. *Frank*, FamRZ 2007, 1693 (1695f.); *Enders*, FPR 2004,60.

<sup>13</sup> *Staudinger/Frank*, BGB, 2007, 1741.md. Rdnr. 42m. W. Nachw.



Alman hukuk sistemi içerisinde) mümkün olmamaktadır. Ayrıca taraflardan birinin daha önceden evlat edinmiş olduğu çocuğu diğer tarafın üvey evladı olarak evlat edinmesi yolu da olanaksızdır. LPartG 9. maddesinin 7. bendinin lafzından bu durumu sınırlayacak bir sonuç çıkarılamasa da, BGB 1742. maddedeki “zincirleme evlat edinme yasağından”, evlat edinme işleminin sadece karşı tarafın öz evlatları için gerçekleştirilebileceği sonucuna varılmaktadır.<sup>14</sup> Hayat ortaklığındaki taraflardan biri (Lebenspartner) tek başına evlat edinebilir ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin açıkça tespit ettiği üzere; evlat edinmenin cinsel yönelimi bu konuda herhangi bir engel teşkil etmemektedir. AİHM, 2002 yılında, “eş-cinsel olmayı”, evlat edinme işlemi “çocuğun hakları ve sağlığı açısından güvenli olmadığı” gerekçesi ile reddederken ve bu durumu henüz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. ve 14. madde bağlamında ayrımcılık olarak değerlendirmezken<sup>15</sup>, 2008 yılında ise ret gerekçesinin (doğrudan ya da dolaylı olarak) evlat edinen kimsenin cinsel yönelimi ile ilgili olmayacağına hükmetmiştir.<sup>16</sup>

Evlat edinmek isteyen kişinin cinsel yönelimi, tek başına evlat edinme yoluyla ya da koruyucu aile sözleşmesi sonucu meydana gelen ebeveynlikte (bakıcı ve koruyucu ebeveynlik-pflegeeltern) evlat edinme işlemi ya da bakıcı anne-baba ilişkisinin oluşması açısından bir geri çevirme nedeni olarak kabul edilemezken<sup>17</sup>, tescil edilmiş hayat ortaklarının neden birlikte evlat edinme isteklerinin geri çevrildiği anlaşılmalıdır.<sup>18</sup> Tek başına evlat edinmenin hemen ardından diğer tarafla çocuk arasında bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin oluşması, bu ilişkinin hukuken tanınması ve güvence altına alınması çocuğun yararına olacaktır. Ayrıca kanun koyucunun, aynı cinsiyetli kişilerin evlat edinme işleminin çocuğun yararına olmayacağına yönelik kabulünü savunmak güçtür. Anglo-Amerikan hukukunda yapılan araştırmalar aynı cinsiyetli hayat ortaklıklarında yetişen çocuk ve gençlerin duygusal, sosyal ve fizyo-seksüel gelişiminin diğer ailelerdeki çocukların gelişiminden farklılık arz etmediği uzun bir süredir

---

<sup>14</sup> *Dethloff*, yukarıda anılan kaynaklar. ; Grehl, Das Adoptionsrecht gleichgeschlechtlicher Paare unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, 2008, S. 19.

<sup>15</sup> EGMR, FamRZ 2003, 149.

<sup>16</sup> EGMR, NJW 2009, 3637=FamRZ 2008, 845.

<sup>17</sup> *Tillmanns*, Festschrift für Rainer Frank, S. 272; *Muscheler*, Das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Aufl. (2004), Rdnr. 424.

<sup>18</sup> Bununla ilgili olarak *Dethloff*, ZKJ 2009, 141 (146)

belgelemektedir.<sup>19</sup> Devlet Aile Araştırmaları Enstitüsünün gözetimi altında BMJ'nin (Alman Adalet Bakanlığı) görevlendirmesiyle Bamberg Üniversitesi'nde yapılan son çalışmalar da bu bulguları teyit eder niteliktedir.<sup>20</sup> Aynı cinsiyetli hayat ortaklıklarında yetişmekte olan gençlerin ebeveynleriyle olan ilişkilerinde daha güçlü bir özgüven duygusuna, hoşgörüye ve daha geniş bir serbest hareket alanına ve irade özgürlüğüne rastlanılmaktadır. Yapılan çalışmada gökkuşağı ailelerinde yetişen çocukların toplumda ayrımcılığa maruz kaldıkları yönündeki iddialar etkili bulunmamış, bu konuda esas önemli olanın, çocukların çeşitli durumlarda maruz kalabilecekleri ayrımcılıkla mücadele konusundaki tutum olduğu belirtilmiştir.<sup>21</sup> Çocukların bir gökkuşağı ailesinde yetişmeleri sonucu ayrımcılığa maruz kalacakları konusundaki iddialar aynı cinsiyetli hayat ortaklarının evlat edinmeleri konusundaki çekinceleri haklı çıkarmamakta, aksine çocukların maruz kalabilecekleri ayrımcılık ancak aynı cinsiyetli bir ailede yetişmelerinden kaynaklanabilmektedir. Zaten fiili olarak var olan bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin hukuki olarak güvence altına alınmamasından kaynaklanan farklı bir muameleden bahsedilememektedir.<sup>22</sup>

18

Bu sebeple olması gereken hukuk bakımından (de lege ferenda) tescil edilmiş hayat ortaklarına, "başka bir çocuğu ortak evlat edinme hakkının" verilmesi gerekmektedir. Bu durum, önceleri aynı cinsiyetli hayat ortaklarının evlat edinmelerine olanak tanımayan ancak daha sonra sadece üvey evladın evlat edinilmesine olanak tanıyan, sonraları ise birlikte evlat edinmeyi mümkün kılan diğer ülkelerdeki gelişmelere de uygundur. 1967 tarihli "Çocukların Evlat Edinilmesi konulu Avrupa Sözleşmesi"nde", birlikte evlat edinme hakkı, sadece (Ehegatten) evli çiftlere tanıdığı, 27.11.2008 tarihli gözden geçirilmiş metnin taslağı<sup>23</sup>, istikrarlı bir ilişki içinde bulunan aynı cinsiyetli çiftlere de birlikte evlat edinme yolunu açmaktadır. Ancak İsveç gibi, evlat edinme hukukunu bu şekilde sonuca bağlayan ülkeler açısından da Sözleşmenin iptal edilmesine de gerek kalmamıştır.

<sup>19</sup> Karşılaştırmak için bkz. *Flaks/Fishher/Masterpasqua/Joseph*, Lesbians Choosing Motherhood: A Comparative Study of lesbian and Heterosexual

<sup>20</sup> Daha fazla bilgi için bkz. *Rup*, S. 233ff.

<sup>21</sup> *Rupp*, S. 257ff.

<sup>22</sup> *Dethloff*, ZKJ 2009, 141 (147).

<sup>23</sup> Çocukların evlat edinilmesi hakkında Avrupa Sözleşmesi için bakınız: (gözden geçirilmiş metin) SEV-Nr.: 202, (çevrimiçi), <http://conventios.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=202&CM=1&CL=GER> (9. 12. 2009).

### III- VELAYET HAKKI

Yürürlükte olan hukuk bakımından (de lege lata) aynı cinsiyetli hayat ortakları açısından, çocukla soy bağı bulunmayan tarafla birlikte ortak bir velayet hakkına sahip olma mümkün değildir. Böyle bir ortak velayet hakkı, (aynı zamanda da bakım, koruma ve gözetim yükümlülüğü), özellikle uzun süreli olarak çocukla aynı ev ortamının paylaşılması ve fiili olarak bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması durumlarında dahi söz konusu olmamaktadır.<sup>24</sup> LPartG 9. madde 1. bendi, çocuğun öz ebeveyninin tek başına velayet hakkına sahip olması durumunda, günlük meseleler ile ilgili olarak söz konusu diğer tarafa “küçük velayet hakkı (kleines Sorgerecht)” vermektedir.<sup>25</sup> Sık karşılaşılan ve çocuğun gelişimi açısından telafisi mümkün olmayan durumların doğmasına sebebiyet vermeyen günlük meselelerde gerçek ebeveyn tanınmış olan velayet hakkına diğer tarafın ortak edilmesi ile üvey-ebeveynin çocuğun yetişmesine<sup>26</sup> yönelik sorumluluğunun hukuken tanınmış ve korunmuş olması amaçlanmıştır.<sup>27</sup> Bu düzenleme ile sosyal ailenin hukuki açıdan konumunun iyileştirilmesi açısından önemli bir adım atılmış olmaktadır<sup>28</sup>. Zira bu düzenleme ile çocukla soy bağı bulunmayan hayat ortağı, hayat ortaklığına dayanarak çocukla ilgilenebilir hale gelmekte (taetig sein) ve yapacağı her işlem için ayrıca izne tabi tutulması gerekliliği de söz konusu olmamaktadır<sup>29</sup>. LPartG madde 9, bent 1, cümle 1'e göre; velayet hakkına ilişkin yetkiler ise ancak velayet hakkına sahip olan ebeveynin olur vermesi ile kullanılabilir. İki taraf arasında anlaşma sağlanamazsa, tek başına velayet hakkına sahip olan ebeveynin kararı bağlayıcı olmaktadır.<sup>30</sup> Çocukla soy bağı bulunmayan hayat ortağının çocuğun fiili olarak bakım ve eğitimini üstlenmesi ile yüklendiği sorumluluğun derecesi, öz ebeveynin velayet hakkının münhasıran ona ait olması (velayet hakkına tek başına sahip olması) ya da velayet hakkının ortak olmasına göre değişmemektedir.<sup>31</sup> Ancak, tek başına velayet hakkına sahip olma hakkı dar

<sup>24</sup> Bunula ilgili bkz. *Dethloff* LPartG 13.md Rdnr. 178.

<sup>25</sup> Üvey ebeveynin “küçük velayet hakkı”na ilişkin olarak karşılaştırınız *Löhnig*, FPR 2008, 157.

<sup>26</sup> Karşılaştırınız BGB md. 1687, I, 3.

<sup>27</sup> BT-Dr 14/3751, S. 39(45).

<sup>28</sup> Karşılaştırınız *BechOK BGB/Veit*, 1687b. md Rdnr. 1.

<sup>29</sup> *Palandt/Brudermüller*, LPartG, 9. md., Rdnr. 2.

<sup>30</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 60. md Rdnr. 3., *Löhnig*, FPR 2008, 157 (158).

<sup>31</sup> *Staudinger/Salgo*, BGB, 14 baskı (2006), 187b. md Rdnr. 8.

yorumlanmalıdır. Şöyle ki: BGB 1687 I 2'ye göre de boşanma sonucu ya da ebeveynlerin ortak kararı sonucu günlük hata dair kararlarda bir taraf tek başına velayet hakkına sahip olabilir.<sup>32</sup> Yürürlükte olan hukuk, hayat ortaklarının sona ermesi durumunda tatmin edici çözümler öngörmemektedir.<sup>33</sup> Ayrılıktan sonra, üvey ebeveyn ile olan ilişki genel olarak, BGB 1682 uyarınca korunmuş olmaktadır. Velayet hakkının kimde olacağı konusunda çocuğun yararı ilkesini gözeten bir uygulamanın tesisi ise tercih edilir bir durumdur.

#### IV- SONUÇ (GENEL DEĞERLENDİRME-BAKIŞ)

LPartG'in (Hayat Ortaklığı Kanunu) yürürlüğe girmesinden itibaren, çocuk sahibi olmak adına, tescil edilmiş hayat ortaklıkları için belirlenmiş olan genel şartların önemli ölçüde iyileştiği söylenebilir. Üvey evladın evlat edinilmesi yolunun açılması ile uygun durumlarda, tescil edilmiş hayat ortağının bu anlamdaki "sosyal ebeveynliğinin (soziale Elternschaft)" hukuken güvence altına alınması sağlanmıştır. Bu konudaki hakların hukuki olarak güvenceye alınması, özellikle suni dölleme yoluyla hayat ortaklarından birinin hamile kalmasında, diğer partnerin onayının aranması konusunda da önem arz etmektedir. Buna nazaran hukuki güvencenin doğrudan doğumla sağlanması ise daha tercih edilebilir bir durum olabilir. Ayrıca ilerleyen zamanlarda, birlikte evlat edinme de mümkün hale gelebilmelidir. Çocukla soy bağı bulunan hayat ortağının tek başına velayet hakkına sahip olduğu durumlarda diğer partnere çocuğun yetiştirilmesinde tanınmış olan kararlara katılma hakkı (ortak karar verme hakkı), olması gereken hukuk açısından (de lege ferenda) ortak velayetin bulunduğu durumlara da uygulanabilecek şekilde genişletilmelidir. "Üvey aile" olma durumu için ivedilikle gerçekleştirilmesi gereken reformlar çerçevesinde genel olarak üvey ebeveyne velayet hakkının verilmesi mümkün hale getirilmelidir. Tescil edilmiş hayat ortaklıklarında büyüyen çocukların sayısından çok daha fazla sayıda çocuk fiili beraberlikler içerisinde büyümektedir. Bu husus dikkate alınarak bu şartlardaki çocuklar açısından da daha geniş kapsamlı bir hukuki güvenceye ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Yeni aile yapılarındaki olağanüstü çeşitlilik ve karmaşıklık dikkate alındığında ancak her durum için ayrı çözüm getirilmesi yararlı olacaktır.

---

<sup>32</sup> *Palandt/Brudermüller*, LPartG 9.md Rdnr. 2; *Motzer*, FamRZ 2001, 1034 (1040).

<sup>33</sup> Daha fazla bilgi için bkz. *Dethloff*, 13.md, Rdnr. 178.

# KİŞİLERİN ANAYASA YARGISINA ERİŞİMİ: HUKUK, UYGULAMA, POLİTİKA

## Hakların Hukuk Yoluyla Korunması ve Objektif Anayasallık Denetimi Arasında Bireysel Başvuru<sup>1</sup>

Otto PFERSMANN<sup>2</sup>

Çeviren: Dr. Musa SAĞLAM\*

### Giriş

Bireylerin anayasa yargıcına başvuru hakkı, anayasal politik (*politique constitutionnelle*)<sup>3</sup> düzleminde oldukça yoğun tartışmalara yol açmakla

---

\* Anayasa Mahkemesi Raportörü

<sup>1</sup> (Çevirenin Notu (Ç.N.)) Bu makale, Fransız Anayasa Konseyi tarafından altı ayda bir yayınlanan "Anayasa Konseyi Defterleri (*Les Cahiers du Conseil constitutionnel*)" adlı derginin 10. Sayısında yayınlanmıştır. Bu sayıda yazar tarafından editörlüğü üstlenilen "İncelemeler ve Doktrin (*Etudes et Doctrine*)" adlı dosya "Bireylerin Anayasa Yargısına Erişimi: hukuk, uygulama, politika (L'accès des personnes à la justice constitutionnelle : droit, pratique, politique)" konusuna ayrılmıştır. Bu dosyada Ülkemizde yakın dönemde kabul edilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un bireysel başvuruya ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında da esas alınan Almanya, İspanya ve Avusturya örnekleri konunun uzmanı ilgili ülke hukukçuları tarafından irdelenmiş ardından Fransa'da bu konudaki tartışmaların bir değerlendirilmesi yapılmıştır. Yazarın çevirisini yaptığımız bu çalışması, bahsedilen ülke incelemelerinin bir değerlendirmesi niteliğindedir. Özellikle bu açıdan Ülkemizde henüz kabul edilen bireysel başvuru konusunda yardımcı olacağı düşünüülerek böyle bir çalışmanın yapılması uygun görülmüştür. [www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/documentation-publications/cahiersdu-conseil/cahier-n-10/le-recours-direct-entre-protection-juridique-et-constitutionna-lite-objective.52366.html](http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/documentation-publications/cahiersdu-conseil/cahier-n-10/le-recours-direct-entre-protection-juridique-et-constitutionna-lite-objective.52366.html) (1.3.2011) Diğer yandan burada çeviriye ilişkin bazı hususların da açıklığa kavuşturulması da gerekmektedir. İlk önce çeviri yapılırken anlaşılmayı kolaylaştırmak düşüncesiyle orijinal metindeki uzun cümleler birkaç cümleye bölünerek aktarıldığı gibi uzun paragraflar da aynı amaçla birkaç paragrafa bölünmüştür. İkinci olarak, yazarın çalışmada kullandığı Fransız hukuku açıdan da yeni bir takım kavramlar vardır. Bu kavramların Türkçeye çevrilebilmesi mümkün ise bu yapılmış ancak özellikle ilk kullanımlarda bunların orijinal adları da muhafaza edilmiştir. Diğer yandan birtakım kavramların çevirisinin bazı sorunlara yol açacağı (tek kelimenin birçok kelime ile aktarılması gibi) düşünüldüğünden o kavramlar aynen aktarılmıştır. Son olarak çevirdi den kaynaklanan bazı problemleri aşmak ve yazının daha iyi anlaşılması niyetiyle metne bazı ilavelerde bulunulmuş, fakat bunlar parantez içinde belirtilmiştir.

<sup>2</sup> (Ç.N.) Otto Pfersmann, Paris I (Pantheon-Sorbonne) Üniversitesinde profesördür ve aynı zamanda Oxford Üniversitesi Karşılaştırmalı Hukuk ve Avrupa Hukuku biriminin yardımcı direktörlüğünü yapmaktadır.

<sup>3</sup> (Ç.N.) Genelde *anayasal siyaset (politique constitutionnelle)* kavramı ile *olağan siyaset (politique normale)* kavramları birbirinin zıddı olarak sunulmaktadır. Çünkü ilki, ilkeler üzerine müzakerelerde bulunmayı içermekte ve normatif bir uzlaşma ile neticelenmekte-

birlikte karşılaştırmalı hukuk planında en az ele alınan konulardan biridir. Bireylerin genel iradenin ifadesi, siyasi iradenin normatif sembolü olan, yasayı geçersiz kılabilen makama doğrudan başvurabilmesi hangi açıdan bakılırsa bakılsın genel kural olan yasayı tam anlamıyla tartışmaya açmakta ve bu durum birilerini heyecanlandırırken birilerini de rahatsız etmektedir. Sorunun önemli olduğu tartışma götürmez: Genelde konunun aceleci ve indirgemeci bir yaklaşımla ele alınması, bu yola gidilme nedenlerinin ve ona yönelik olumsuz ve eleştirel bakış açılarının belirtilmesi ihtiyacı *Anayasa Konseyi Defterleri*'nin bu sayısındaki mevcut dosyanın nedenini oluşturmaktadır.

Üç ülkenin (Almanya, Avusturya ve İspanya) deneyimlerinden ve Fransa ile ilgili geleceğe yönelik bir değerlendirmeden hareketle, bu örnekler kesinlikle yeterli olmamakla beraber kayda değer örnekler olduğu açıktır, (bireysel başvuru) taraftarlarının birkaç argümanını tartışmaya açabiliriz. Her sistem “kavrayıcı hukuk devletinin (*Etat de droit compréhensif*)”<sup>4</sup> farklı görünüşleri arasında bir tercihte bulunmaktadır ve bu tercih ya öngörülemez veya kabul edilemeyen bir kısım olayların zorlamasından ya da bilinçli bir iradeden kaynaklanmaktadır. Bu konuya ilişkin bir değerlendirmede Belçika’da göz önüne alınabilirdi<sup>5</sup>. Çünkü orada kişilerin

dir. Oysa ikincisi, taraflar arasında bir pazarlık olarak kendini göstermekte ve ortak bir noktaya varma ile de son bulmaktadır.

- 4 (Ç.N.) “Compréhensif” sıfatı Larousse Sözlükte “bir konsept veya kavramın anlaşılmasına, kavranmasına ilişkin olan”, onun kavranmasını sağlayan şekilde ifade edilmektedir. Bu nedenle “Etat de droit compréhensif” ibaresi de “kavrayıcı hukuk devleti” olarak çevrilebilir. Çünkü bu hukuk devleti diğerlerine göre daha kapsayıcıdır ve kavramın daha açık olarak kavranılmasını sağlamaktadır. Yazara göre “Kendi içinde tutarlı, göreceli olarak normların kesinlik ve belirlilik içerdiği, ileriye dönük faaliyetlerin öngörülebilir olduğu ve alt normların üst normlara uygunluğunun yargısal organlarca denetimini kabul eden bir hukuk düzeni olarak tanımlanan hukuk devleti (ilkeleri), bir hukuk düzeninin bütün bileşenlerine uygulandığında “kavrayıcıdır”(compréhensif). Hukuk devleti (ilkeleri) daha önce yürürlükte olan (bireysel veya genel nitelikte) normlara uygulandığında düzelticidir (correctif). Eğer hukuk devleti (ilkeleri) üretim aşamasında olan normlara yürürlüğe girmeden önce uygulanıyorsa önleyicidir (preventif)”.
- 5 (Ç.N.) Belçika Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın II numaralı Başlık altında (8 ila 32. maddelerde) sıraladığı temel hak ve özgürlükler ile 170. (vergi işlemlerine ilişkin ilkeler), 172. (vergilemede eşitlik) ve 191. (yabancıların korunması) maddelerinde yer verilenlerden birinin yasa gücündeki bir işlem tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle kişilerin yaptıkları başvuruları kabul etmekte ve karara bağlamaktadır. Bu yolla başvuru, gerçek kişiler yanında kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişilerince de yapılabilmektedir. Kişilerin başvurabilmesi için vatandaş veya yabancı olmalarının da herhangi bir önemi yoktur. Bununla beraber kişilerin başvuruda bir menfaatinin olması ve bunu ispatlaması da gerekir. Diğer bir anlatımla bu kişiler başvuru dilekçelerinde itiraz edilen normun kendilerini şah-

yasaları çok kolay bir şekilde anayasa yargısı organına taşıyabildiği, ancak temel haklardan çok azını bu organ önünde ileri sürebildikleri orijinal bir sistem mevcuttur<sup>6</sup>. Diğer yandan adem-i merkezi anayasa yargısı sistemini, orijinal bir merkezi sistemle birleştiren Portekiz örneği, kişilere anayasallık sorunu içeren yargı kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi önünde itiraz etme imkanını vermektedir<sup>7</sup>. Belki de Avrupa'daki deneyimi, başvuruçunun davanın tarafı olduğu ve dosyanın Yüksek Mahkemece kabulünün takdire bağlı olduğu Amerikan sisteminden çıkan tecrübelerle karşılaştırmak gerekirdi. Diğer yandan Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri<sup>8</sup> anayasa yargısı sistemlerinin kazandırdığı büyük çeşitliliği de hesaba katmak gerekebilirdi. Bununla beraber, burada ortaya konulacak manzara bütün ülkeleri ve sorunu tüm yönleriyle ele almamakla birlikte bugün karşılaşılan tabloyla ilgili genel meseleler üzerinde fikir sahibi olmaya imkân vermektedir.

Gerçek ve tüzel kişilerin anayasa hâkimine erişimi hususunda üç ülkenin (Almanya, İspanya ve Avusturya) raporları(nın incelenmesi), bireysel başvuruya alakalı genel şemayı anlamamızı sağlamaktadır. Fransa (hakkında,) raporda(ki değerlendirmeler) ise henüz bireysel başvuru kabul edilmediğinden bir hipotezi anlatmakta, başvurunun olası kabulü halinde olacakları keşfe çalışmaktadır<sup>9</sup>. Alman, Avusturya ve İspanyol (örnekleri hakkında) bilgiler, hangi normlara karşı (bireysel idari işlemler, yargı kararları, idarenin düzenleyici işlemleri, yasalar ve uluslararası antlaşmalar) hangi kabul edilebilirlik koşulları çerçevesinde başvuruda bulunulabileceğine dair yasal ve anayasal çerçeveyi bize tam olarak göstermekte-

---

sen ve doğrudan olumsuz bir şekilde etkilediğini ortaya koymak yükümlülüğündedirler. Bkz., [www.constcourt.be/](http://www.constcourt.be/)(4. 5. 2011)

6 Alman, Avusturya, Belçika, İspanyol, Portekiz ve İsviçre Modelleri Anayasa Yargısı Araştırma Grubu (GRJC) tarafından 1991 yılında düzenlenen bir sempozyumun konusu olmuştur. Bu sempozyumdaki bildiriler ise izleyen eserde yayınlanmıştır: **Annuaire International de Justice Constitutionnelle** 1991, PUAM Economican Paris 1993.

7 (Ç.N.) Portekiz Sistemi, Anayasa Konseyi Defterlerinin 10. sayısında mercek altına alınarak ayrı bir dosyada bütün yönleriyle, bu başvuru usulü de dahil, ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

8 Örneğin Arnavutluk, Macaristan Polonya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya genel olarak temel hak ihlalleri için anayasa mahkemelerine bireysel başvuruyu tanımaktadır

9 (Ç.N.) Derginin 10. Sayısından bu çalışmanın ardından bahsedilen ülkelerin raporları ve Fransa'da bireysel başvurunun kabulünün olası etkileri hususunda bir değerlendirme yer almaktadır. Bkz., [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-10.52128.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-10.52128.html) (1.4.2011)

dir. Daha sonra (bu raporlarda) hukuki düzenlemeler; reform önerileri, öğretilerdeki tartışmalar ve uygulama ışığında bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve raporlar yazarının kişisel fikrini açıklamasıyla son bulmaktadır.

### 1. Anayasa Yargısının Polilemi (Polylemme)<sup>10</sup>

Konunun hemen başlangıcında kavramsal ve terminolojik bir belirleme yapmak gerekmektedir. İlk olarak, doğrudan (bireysel) başvuru olarak adlandırdığımız şey, gerçek veya tüzel bir kişinin, hakkını ihlal eden işlemin anayasallık denetimi için aracısız olarak anayasa mahkemesine başvurduğu usulî bir işlemidir. Olağan yargı yeri hâkiminin, anayasallık sorununu ön mesele yaparak yasayı anayasa mahkemesi önüne göndermesi bir bireysel başvuru değildir. İkinci olarak, böyle bir başvuru zorunlu olarak salt yasalara karşı yapılmamaktadır. Hatta bazı sistemler başvurunun kapsamının yasaları belli ölçüde içerdiğini ifade ederken bazıları onları tamamen denetim alanının dışında bırakmaktadır. İşte bu çeşitliliğin analiz edilmesi ve anayasal ilkeler bütününde yerinin belirlenmesi gerekir. Anayasa yargısının giderek daha da artan bir çeşitlilikte karşımıza çıktığı bir gerçektir. Bu çalışmada kişilerin anayasa mahkemesi önüne getirebildiği normları belirtmekle ve konuyu sadece bu noktadan olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirmekle yetinilebilirdi. Fakat anayasa yargısının farklı görünüşlerinden her biri, hukuk sistemini şekillendiren ilkelere bir tanesi üzerinde yapılan özel bir vurgudan kaynaklanmaktadır ve bu alandaki beklentilerin aynı anda ve tam olarak karşılanması mantıkî ve pratik olarak mümkün değildir. Bireyin anayasa hâkimi önündeki durumu, aslında bir başlangıç noktası değil sonuçtur. İçeriden bakıldığında (ulusal çerçeveden) her anayasa mahkemesi, türdeş bir yapı veya itiraz edilemez bir gerçeklik olarak görülebilir. Ancak karşılaştırmalı hukuk ve neticede dışarıdan (uluslararası deneyimler bağlamında) bakıldığında ise her anayasa mahkemesinin oldukça farklı verilerin bir araya gelmesinden oluşan bir yapı olduğu kolayca görülecektir: “hukuk devleti”nin belli bir anlayışı, “temel haklar” güvenliği ve “demokratiklik” prensibi. Bu unsurlar modern “anayasal demokrasinin” genel kavrayışında çoğunlukla iç içe geçmiş, karışmış haldedir. Farklı ülke deneyimlerinin incelenmesi, böyle bir anlayışın yanlış her halükarda çok genel bir bakış

---

<sup>10</sup> (Ç.N.) Yazara göre “polylemme” kavramı, “birbiriyle çelişen birden fazla seçeneğin bulunduğu bir denklem için kullanılır”. Biz bu kavramı Türkçeye çevirmek yerine onun anlamını ortaya koyup Fransızca okunuşu üzerinden kullanımın daha uygun olacağını düşünmekteyiz.



açısına denk geldiğini anlamamıza imkân verecektir. Teorik tartışmalar uzun dönemdir, hatta günümüzde, demokrasi ve anayasa yargısının uyuşup uyuşmadığı sorunu etrafında dönmektedir<sup>11</sup>. Bu konu, hukuki ve siyasi yönleriyle özellikle yakın tarihlerdeki çalışmalarda da ele alınmıştır. Hukuki sistemlerin analizi çerçevesinde, anayasa yargısının çoğunluk demokrasisine, ister temsili isterse doğrudan demokrasi uygulansın, bir sınır olduğu en azından geçici olarak kabul edilebilir. Zira hangi şekilde nitelenirse nitelensin ve üyeleri hangi yöntemle tayin edilirse edilsin (demokratik veya değil); basit çoğunluğun kabul ettiği bazı kararlar, nitelikli çoğunluktan kaynaklanan ilkelerle çatıştığından bir yargı organı tarafından ortadan kaldırılabilmektedir. Bu noktada ülkeler arasındaki farklılıkların pek bir önemi de yoktur.

Hâkimin yaptığı, ilke olarak, aynı hukuk sistemi içinde yer alan birçok normu birbirilerine uygunluk açısından incelemektir. Bu normlardan biri, diğerlerine göre üst norm olarak kabul edilmiş ve bununla çatışan kuralların iptal edilmesi imkânı getirilmiştir. Normlar hiyerarşisinde altta bulunan normun yalnızca üstte bulunana uygun olması fikrinin değil aynı zamanda bu uygunluğu denetleyecek yargısal denetim mekanizmasına da sahip olunması düşüncesinin hukuk devleti olarak adlandırdığımız ilkenin unsurlarından biri olduğu genel kabul görmektedir<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Bu konuda çok uzun zamandan beri yazılar yazılmış ve oldukça geniş bir kaynakça ortaya çıkmıştır. Bunlardan bir kaçını şöyle belirtebiliriz: a) Amerikan Modeli klasik teorisinin sunumu için bakınız: The Federalist Papers, no. 78; b) Anayasa yargısı Avusturya Modelinin klasik sunumu için bakınız: Hans Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", "Nature et développement de la justice d'État", Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1928, reproduit in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule, vol. 2. Vienne 1968, p. 1813 sqs., version française: "La garantie juridictionnelle de la constitution", in: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1928; Amerikan ve Avusturya modellerinin orleanist ve otoriter bakış açısından klasik bir karşılaştırması için bakınız: Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, reprint de l'édition de 1931, Berlin Duncker & Humblot, 1996 (réponse: Hans Kelsen, "Wer soll Hüter der Verfassung sein?", in: Die Justiz, vol. 6, p. 5-56); Amerikan literatüründe günümüzde bu konuda yaşanan tartışmalar için bakınız John Hart Ely, "Democracy and Distrust", A Theory of Judicial Review, Harvard University Press, 1980; realist perspektiften Kelsen'in modelinin eleştirisi için bakınız: Michel Troper, Pour une théorie juridique de l'État, Paris Presses universitaires de France (coll. Léviathan), 1994; Ronald Dworkin tarafından önerilen ve Amerikan modelinin "ahlaki" açıdan temellendirilmesi denemesi için bakınız: Ronald Dworkin, Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution, Oxford University Press 1996; anayasa yargısının, özellikle Amerikan modelinin, yakın dönemde demokratik çerçeveden bir eleştirisi için bakınız: Jeremy Waldron, Law and Disagreement, Oxford University Press 1999.

<sup>12</sup> Hukuk devleti bizim konumuz açısından daha az önemli olan başka unsurları da içermektedir: hukuk düzeninin belirliliği ve hukuki olarak çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklarda

Nasıl ki yasallığın veya düzenleyici işlemlere uygunluğun sağlanması fikri bunu denetleyecek bir hâkimi gerekli kılıyorsa Hukuk devleti de anayasallık denetimini yapacak bir hâkimi gerektirmektedir. Fakat hiçbir şekilde bu denetimin varlığı, hukuk kurallarının muhatabı olan bireylerin anayasa hâkimine doğrudan ulaşmasını mecburi kılmamaktadır. Fakat Avrupa’da anayasa yargısı alanında en eski sistem olan Avusturya sistemi, daha başlangıcında bireylerin başvurusuna açıktı. Bu ülkede tarihsel perspektiften bakıldığında Anayasa Mahkemesi, 1867 Anayasasından itibaren vatandaşların Anayasadaki temel haklarına aykırı idari işlemlere karşı yaptıkları başvuruları inceleyen İmparatorluk Mahkemesinin yerini almıştır. Kaldı ki bu hüküm 1867 Anayasasının temel esaslarından biriydi ve İmparatorluk Mahkemesinin kararları sadece açıklayıcı nitelikte idi. Bu Mahkeme, daha sonra Genç Cumhuriyet tarafından Anayasa Mahkemesi olarak adlandırılmış, yetkileri hızlı bir şekilde genişletilmiştir. Mahkemenin yetkileri arasında anayasal metinlerde teminat altına alınan hakları ihlal eden idari işlemleri ortadan kaldırma da bulunmaktaydı. Neticede 1 Ekim 1920 tarihli Federal Temel Kanun tarafından tamamıyla yeniden yapılandırılan Mahkemeye, anayasallık sorunu içeren uyuşmazlıkları çözme tekeli yanında düzenleyici işlemlerin yasallığı denetimini yapma yetkisi de verilmiştir. Bireysel idari işlemlerden doğan anayasal uyuşmazlıklara bakma görevi sürdürülerek daha da sistematik bir hale getirilmiş fakat bireylere doğrudan ne yasalara ne de düzenleyici işlemlere karşı başvuruda bulunabilme imkânı verilmemiştir. Diğer organlar özellikle ikinci ve son derece yargı yerleri, (Yüksek) İdare Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin bizzat kendisi somut norm denetimi için başvuruda bulunabilirken sadece siyasi organlar soyut norm denetimi yoluyla Mahkeme’den yasanın anayasallık denetimini talep edebilmektedirler. Böylece Avusturya Modeli, bireylerin haklarının korunması ve hukuk devletinin somutlaştırılması birlikteliğinden doğmaktadır.

Şayet hukuk düzeninde özgürlüklerin teminat altına alınmasının onlara anayasada yer verme yanında onların devlet organlarından kaynaklanan saldırılara karşı da korunmasını gerektirdiği fikrini genelleştirirsek, o zaman bu çalışmada “temel haklar” olarak adlandırdığımız ilkeyi inşa

---

çatışma şiddetinin azaltılması. Bu konuda daha geniş teorik bir çalışma için bakınız: Otto Pfersmann, “Prolégomènes pour une théorie normativiste de l’État de droit”, à paraître in: Olivier Jouanjan (dir.), **Figures de l’État de droit**, Presses universitaires de Strasbourg 2001.

etmiş oluruz<sup>13</sup>. Aslında bizatihi hukuk devleti, temel hakların varlığını zorunlu kılmamakta ve onları içermemektedir. Fakat birtakım temel haklar vardır ve bunlar, özellikli içerikleri dışında, bizatihi varlıkları ile hukuk devletinin zenginleşmesini sağlarlar, çünkü bu temel haklar temel üstün normların bir parçasıdır ve bu normlar da alt normlar karşısında geçerli kılınmalıdır. Bununla beraber bu açıklamalardan hakkı ihlal edilen kişilerin ihlallere karşı çare arayacakları bir takım yolların tesis edilmesi mecburiyeti çıkmamaktadır. Bu anlamda temel haklar, anayasal düzeydeki metinlerce ifade edilmesine ve işlemlerle faaliyet gösteren<sup>14</sup> idareye atfedilen ihlallere karşı korunmuş olmasına rağmen hala zayıftır. Zaten Avusturya Modelinin<sup>15</sup> ilk örneğinin ilginçliği de buradan kaynaklanmaktadır: o anayasal hukuk devletinin korunması ile birlikte temel hakların korunmasına da vurgu yapmakta ve bu iki sorumluluğu sadece tek bir yargı organına vermektedir.

Fakat niçin temel hakların sadece idareye atfedilen eylem ve işlemlere karşı korunması zorunludur? Bazı özgürlüklerin anayasal bir tanımlama ve korumadan yararlandığı gerçeğinden hareket ettiğimizde, hangi şekilde gelirse gelsin ve hangi organdan kaynaklanırsa kaynaklansın bütün ihlalleri ortadan kaldırmaya yönelik mekanizmaların kurulması zorunlu görünmektedir. Bu haliyle temel haklar bütünüyle hukuk devletinin içine katılmış olacaktır. Bununla beraber bütün hak ihlallerinin denetimini, aynı zamanda yasaların anayasallığını incelemeye yetkili kılınan organa verilmesini hiçbir teorik temel zorunlu kılmamaktadır. Kişiler tarafından yapılan başvurulara ilişkin modellerin ilginçliği, denetimin bazen bir organın elinde toplanması bazen de farklı organlara dağıtılmasındadır:

---

<sup>13</sup> Temel hakların bu çalışmada önerilen tanımının, yazarın izleyen eserde ortaya koyduğu tanımdan daha belirsiz ve zayıf olduğu aşikârdır ("Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux", in: Louis Favoreu et al., **Droits des libertés fondamentales**, Dalloz 2000, s. 89-140). Böyle bir tanım da zaten bu çalışmada iradi olarak ortaya konulmuştur. Bu kavramın "kamu özgürlüklerinden" esaslı farkı şudur: bu haklar; anayasal, yasal bir temelden veya idari yargı tarafından üretilen hukukun genel ilkeleri statüsünden yararlanmakla beraber anayasa hukukunun değil de yasama hukukunun (*droit législatif*) alanındadırlar.

<sup>14</sup> (Ç.N.) Bireysel zorlama yetkisinin varlığı, hâkime zorunlu olarak yasaların iptali yetkisini vermeyi gerektirmemektedir. Hâkimin bu hakları içeren anayasal hükümlere aykırı yasaları iptal etme imkânına sahip olması da bu durumu değiştirmemektedir.

<sup>15</sup> Şayet anayasaya aykırı idari işleme temel teşkil eden yasal hükümlerin bizzat kendisinin anayasayla bağdaşmadığı görülürse Mahkeme ikisi arasındaki usul ilişkisinden yola çıkarak bir yasanın anayasallık denetimini yapabilecektir ... Mahkemenin yetkisi, diğer başvurulara (özellikle yasa ve düzenleyici işleme karşı doğrudan başvurular) ve idari işlemlere karşı yapılan başvurulara bakmayı da içermektedir.

İspanyol sistemi yargı işlemlerinin denetimini içerirken yasaları ve düzenleyici işlemleri denetim dışında bırakmaktadır. Avusturya sistemi ise (bireysel) idari işlemlerin, yasaların, düzenleyici işlemlerin ve uluslararası antlaşmaların denetimini mümkün kılarken yargı işlemlerini kapsam dışında tutmaktadır. Alman sistemine gelince “kamu otoritesinin her tür işlemini” denetime açmakta ve böylece daha “kavrayıcı (*compréhensif*)” bir sistem olarak görünmektedir. Fransız sistemine gelince bu iki açıdan diğerlerinden tamamen farklıdır: anayasa tarafından teminat altına alınan haklar kuşkusuz yasamanın saygı göstermesi gereken haklardır. Ancak bunlar, bir ihlale maruz kaldığında kişilerin yasayı denetleyen hâkime gitmesine izin veren haklar değildir, yani kişilerin doğrudan anayasa hâkimine başvurusu kabul edilmemiştir<sup>16</sup>. Bu Fransız sisteminin tek belirleyici özelliği değildir.

Hukuk devleti ve temel haklar arasındaki birlikteliği yeniden tanımlama yönündeki her çaba, hukuk devletini daha da geliştirici bir anlam kazanmaktadır. Şayet norm üretim sisteminin (normlar kademesinde üstte bulunan normun) müsaade ettiği haricinde bir şeyi zorunlu kılan, yasaklayan veya ona izin veren bir norm mevcutsa, yargısal bir usulle onun hukuk sisteminden kaldırılması gerekmektedir. Fakat kusurlu yeni normların üretimini engellemek amacıyla önleyici mekanizmalar ortaya koymamız da mümkündür. Böyle bir düşünce az çok anlaşılabilir niteliktedir ve hukuk devletini daha da geliştirici yeni bir anlayışa da vurgu yapmaktadır. Bununla beraber düzeltici sistemi de içinde barındırmayan bir anayasallık denetimi, salt önleyici bir denetim, temel hak ihlallerine düzeltici yönde (onlara yönelik sonradan ortaya çıkacak veya anlaşılabilir olacak ihlalleri giderme amacıyla) yapılacak müdahalelere imkân vermektedir. Fransız sistemi (mevcut uygulaması ile)<sup>17</sup> böyledir.

---

<sup>16</sup> Aslında Anayasa Konseyi, seçim hâkimi olarak vatandaşlar tarafından yapılan başvuruları kabul etmektedir ve bu çerçevede oy hakkının temel haklardan biri olduğu da unutulmamalıdır. Ancak şurası bir gerçektir ki bu usul bağlamında anayasa hâkimi önüne taşınan şey, anayasa tarafından teminat altına alınan oy hakkı değildir. Seçim hâkimi, yasallık denetimi yapan bir hâkimdir; diğer bir ifadeyle denetim, oy ve seçilebilme konusundaki anayasal hükümleri yasal planda somutlaştıran metinlere dayanarak gerçekleştirilmektedir.

<sup>17</sup> (Ç.N.) Makalenin kaleme alınmasının ardından Fransa’da somut norm denetimine imkân veren bir anayasa değişikliği kabul edilmiştir. Bu denetim çerçevesinde bireyler, yasanın temel hakları ihlali haliyle sınırlı olarak dolaylı yoldan anayasallık meselesini anayasa hâkimi önüne getirebilme imkânına sahip olmuşlardır.

Bununla beraber hangi anlayış kabul edilirse edilsin kesinlikle anayasaya uygunluk modeli soyut kalmaktadır. Önleyici ya da düzeltici uygunluk denetimi, az veya çok güçlü bir şekilde ifade edilen temel haklar ve hatta yargısal denetim var olsa dahi temel haklara yönelik yasama hükümlerini anayasa ile uyumlu kılma faaliyeti belirsiz kalabilmektedir. Aslında bu uyum çabası, hukuk devleti ilkesinin doğrudan bir sonucu da değildir, o az veya çok karmaşık işlemler bütünü ve olaylardan kaynaklanan oranı değişebilen ciddi zorlamaların bir neticesidir. Önleyici ve düzeltici usuller olmadan hukuk devleti olamaz, ama şayet bunları gerçekleştirmek için gerekli mekanizmaları öngörmez ise o zaman bu usullerin var olması da bir anlam ifade etmeyecektir. Bu noktada farklı tercihler kendini göstermektedir, çünkü bütün taleplerin aynı zamanda gerçekleştirilmesi mümkün değildir. “Kavrayıcı” bir çerçevede kalarak içtihatla az çok istikrarı sağlamak için denetimi sadece genel kurul halinde çalışan bir yargı organına vermeyi ve bu organın az sayıdaki kişiden oluşmasını tasarlayabiliriz. Bu şekilde bir mahkeme yapılanması “*monomicrocastique*”<sup>18</sup> olarak adlandırılabilir. Ancak bu tarz bir yapılanma, dosyaların işlenmesi ve karara bağlanması süresinin yapılan başvuruların sayısına göre değişebilir olmasına katlanmamızı gerektirir. Şayet bu sakıncadan kurtulmak istiyorsak ya “*monomicrocastique*” yapılanmadan ya da kavrayıcı anlayıştan (*conception compréhensive*) vazgeçmek gerekir. Şayet kavrayıcı anlayıştan vazgeçersek, varsayımsal olarak hukuk devletini, özellikle temel hakları içeren hukuk devletini, sınırlandırmış oluruz. “*Monomicrocastique*” anlayışın terk edilmesi ise kavrayıcı anlayışın da bırakılmasını ifade eder, çünkü hipotez olarak biri diğerinin olmazsa olmaz koşuludur. “*Polydicastique*”<sup>19</sup> ilkesi kadar “*macrocastique*”<sup>20</sup> ilkesi de kavrayıcılığı dolayısıyla hukuk devletini etkileyecektir. Diğer bir ifadey-

---

“Mahkeme önünde devam eden bir dava nedeniyle, Anayasa tarafından teminat altına alınan hak ve özgürlüklerden birinin yasal bir hüküm tarafından ihlal edildiği iddia ediliyorsa, Yargıtay veya Danıştay tarafından bu anayasal meseleden dolayı kendisine başvuru Anayasa Konseyi belirlenen süre içinde kararını verir. Bu maddenin uygulanma koşulları bir organik yasa ile düzenlenir”.

<sup>18</sup> (Ç.N.) Bir mahkeme genel kurul halinde karar veriyor ve bu genel kurul da az sayıdaki kişiden oluşmuş ise “*monomicrocastique*” olarak adlandırılır.

<sup>19</sup> (Ç.N.) Ancak Mahkeme daire veya bölümlerden oluşan birtakım alt birimlerden oluşuyorsa o zaman o “*polydicastique*” adını almaktadır.

<sup>20</sup> (Ç.N.) “*Macrocastique*” ise oldukça fazla sayıda birim ve üyeden oluşan mahkemelerdir (olağan yargı yerlerinin temyiz mercileri böyledir).

le, hukuk devletini sınırlandırmanın farklı yöntemleri arasında bir tercihle karşı karşıya kalmaktayız<sup>21</sup>.

Bütün sistemler, bu polilem (*polylemme*) ile karşı karşıyadır: o halde hangi modelin hangi yönü, onu diğerlerine göre tercih edilebilir kılmaktadır? Bir tercihte bulunma zorunluluğu, bir tanesi hariç, bütün sistemlerin hukuk devleti ve temel hakları güçlü bir şekilde birbirine bağlayan daha kavrayıcı anlayışlara yönelmesi nedeniyle gittikçe daha da dramatik bir hal almaktadır. Paradoksal olarak kavrayıcı hukuk devletini gerçekleştirmenin organik somut araçları, bu hukuk devletinin sınırlarını da ortaya koymaktadır; onun gerçekleşme olasılığı zaman içinde kaybolup gitmektedir veya o artık kavrayıcı nitelikte değildir, çünkü kendisi bizatihi sınırlıdır, seçicidir veya bütünlüğünü kaybetmiştir.

## 2. Başvurunun Bireysel İşlemleri de Kapsayacak Şekilde Tesadüfi Genişlemesi

Kişilerin başvuruda bulunabilmesi kabul edildiğinde “kişi” kavramının geniş anlamıyla ele alındığı görülmektedir; gerçek ve tüzel kişileri kapsamasının yanında vatandaş ve yabancılar da bu kavrama dâhildir. Vatandaş olan ve olmayan arasındaki sınırlar tamamen kaybolmamakla birlikte geriye doğru çekilmektedir. Teorik olarak salt vatandaşlara tanınan haklar, yabancılara tanınmamaktadır. Bu noktada en problemlen alanlar ise, bu çalışmayı doğrudan ilgilendirmemekle beraber, ülkeye giriş hakkına ilişkindir. Tüzel kişiler sadece onların tüzel kişi olma niteliğinden doğan hakları ile ilgili başvuru da bulunabilirler. Tüzel kişiler açısından en önemli sorun kamu hukuku tüzel kişilerinin statüsüdür. Alman doktrini, onların temel hakları ile ilgili başvurularını, kamusal niteliklerini ileri sürerek reddetmektedir. Fakat Alman sistemi, meseleyi bir aşama sorunu olarak görmekte ve hatta burada incelenmemekle birlikte, belediyelere özgü bir başvuru yolunu da kabul etmektedir.

Hakların korunması (ideali), merkezi anayasa yargısı sistemlerinin gün yüzüne çıkmasında tarihsel olarak ilk, kavramsal olarak ise ikinci sırada yer alır. Şayet anayasa hakları koruyor ise ve o bu korumayı kişilere anayasa hâkimine başvuru imkânı getirerek sağlıyorsa, hak korumasından yararlananlar aynı zamanda o hakların sahibidirler de<sup>22</sup>. Diğer bir ifadey-

---

<sup>21</sup> (Ç.N.) O halde bir yargı yeri hem “*monomacrodicastique*” hem de “*polymicrodi-castique*” olabilir.

<sup>22</sup> (Ç.N.) Burada incelenen ülkelerde kişilerin kişisel bir menfaatinin doğrudan ve güncel bir tarzda ihlali halinde ancak bireysel başvuruda bulunabileceği hatırlanmalıdır.

le ilk düzeydeki haklarının korunmasını talep etmek için kişiler, ikinci düzeyde bir takım haklara sahiptirler<sup>23</sup>. Fakat bu şekilde bir başvuru teorik olarak sadece anayasanın bir bölümünü ilgilendirmektedir. Oysa başvuru usulüne ve itiraz edilen norm türüne göre birçok seçenek mevcuttur: başvuru (bireysel) idari işlemlere karşı kabul edilebilir, yargı kararlarına karşı da olabilir veya genel normlar da (idarenin düzenleyici işlemleri, yasalar ve uluslararası antlaşmalar) başvuru konusu yapılabilir.

Bu bahsedilen çeşitlilik, Avusturya sisteminde açık bir şekilde görünmektedir. Anayasa hâkimine başvuru her şeyden önce (bireysel) idari işlemlere karşı yapılabilmektedir. Genel normlara karşı şahıs dilekçeleri, başka bir ad almakta, farklı ve daha katı bir usul izlemektedir. Esasen bireysel işlemlere karşı başvuru bu sistemin en ilgi çekici yanıdır. Avusturya'daki bu sistem, Monarşi döneminde yürütmenin temel haklar için potansiyel bir tehdit merci olarak algılandığı bir ortamda ortaya çıkmıştır. 1975 yılına kadar da yasa koyucu böyle bir algılamamanın konusu olmamıştır. Yasanın incelemeye konu yapılması için başvuru yetkisi, sadece yargı makamları ve siyasi otoritelere tanınmıştır. Hele hâkimler (mahkemeler), haklar açısından kesinlikle bir tehlike olarak akla getirilmemiştir. Geleneksel anlayış, idarenin yargıya tanınan emir verme yetkisine tâbi olmasının aksine hâkimin tam bir bağımsızlıkla hukuk bazında kararını almakta olduğudur. O halde gereken şey, daha önceden müdahalede bulunulan (denetim altında olan) değil de eksikliği hissedilen alanlarda hakları koruyan bir hâkimin mevcudiyetidir. Bu nedenle, Avusturya sistemi yargı kararlarını başvuruya konu olabilecek işlemler kategorisinden çıkarmaktadır.

Bu açıdan Avusturya sistemi Almanya ve İspanya'dakinden tamamen farklıdır. Bu ülkelerde anayasa yargısı daha yenidir ve kurucu iktidarın niyeti daha anlaşılır (kavrayıcı) bir tarzda karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke (hakların korunması ideali), kişileri hangi kamu organından kaynaklanırsa kaynaklansın "kamu gücü" tarafından yapılan hak ihlallerine karşı bireysel başvuru yoluyla korumayı hedefleyen anayasa tarafından da açıkça ifade edilmiştir. İspanyol raporu (örneği), anayasa yargısının ege-

---

<sup>23</sup> (Ç.N.) Burada ilk düzeydeki haklar olarak özel hayatın gizliliği, yaşama hakkı veya ifade hürriyeti sayılabilir. Kişilere bu haklarına yönelik haksız saldırıları önlemek, saldırılara son vermek veya saldırı neticesinde uğradıkları zararın tazmini amacıyla bir takım hak arama yolları; yani teşrii, idari veya yargısal başvuru imkânları tanınmıştır. Bunlar ikinci düzeydeki haklardır ve ilk düzeydeki hakların usulî güvencesini oluştururlar. Bu şekilde bir düzey ayrımının yapılması, haklar arasında bir hiyerarşi oluşturulduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.

men anlayışlarından biri olarak mahkeme kararlarına karşı da başvuru yapabilmenin önemini ortaya koymaktadır. (Bireysel) idari işlemlere karşı başvuruda bulunulabilmesi, kapsam dışına çıkarılmamıştır. Fakat idari yargı hâkiminin yetkileri bu alanda daha fazladır ve ancak bütün başvuru yolları tüketildikten sonra, son derece mahkemelerinin yargısal işlemleri anayasa hâkimi önüne taşınmaktadır. Fakat bu durum, anayasa mahkemelerinin yargı teşkilatının içine dâhil edilmesi anlamına da gelmektedir. Oysa İtalyan ve Avusturya sistemlerinde somut norm denetimi bağlamında yargı yerlerinin başvurusu yoluyla anayasa yargısı organı ve diğer yargı organları ilişkisi basit bir şekilde ortaya konmuştur.

Yargısal işlemlere karşı başvuru, anayasallık meselesi ile sınırlandırılmış olsa da, fonksiyonel açıdan yeni bir yargı düzeyinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bireysel başvuru mekanizmaları, anayasallık itirazından tamamen farklı bir tarzda bir araya getirilip uyumlulaştırılırken bu üç ülke (Almanya, Avusturya ve İspanya) uygulaması, iki temel nokta üzerinde birleşmektedir: ilki, Almanya'da olduğu gibi Avusturya ve İspanya'da da dosyaların, dolayısıyla temel haklar konusundaki içtihadın, ezici çoğunluğu bireysel işlemlere yönelik hak ihlali iddialarını ilgilendirmektedir. Bu noktada anayasa yargısı, olağanüstü (istisnai, ikincil nitelikte) idari veya adli yargı makamı gibi hareket etmektedir denilebilir. İkinci nokta ise kabul ve redde ilişkin usullerin kendini yoğun olarak bu istisnai yargı yolunda göstermesidir. Tam bu aşamada kavrayıcı hukuk devletinin en keskin şekilde sınırlanması ile karşı karşıyayız, çünkü başvuruların sadece kabul edilebilirlik şartlarını taşımama nedeniyle reddedilebilmesinin yanında bu ret kararları, bahse konu anayasa mahkemelerinin alt birimleri tarafından gerekçesiz veya tamamıyla basmakalıp bir gerekçe ile (bazı koşullarla sınırlı olmakla birlikte) verilebilmektedir.

Temel hakları ihlal eden yasalara veya daha geniş anlamıyla genel normlara karşı başvuru, içtihadî eğilimin bu yönde olduğu yönünde görüşler (ülke) rapor(un)da<sup>24</sup> ifade edilse de, İspanyol sisteminde mevcut değildir. Yasalara karşı başvuru, Alman ve Avusturya sisteminde kabul edilmiştir. Fakat Avusturya'da bu tip başvuru idari işlemlere karşı başvurudan katî bir tarzda farklılık arz eder. Almanya'da ise yasaya başvuru kabul edilebilirlik şartlarının (diğer kamu işlemlerine karşı başvurulara göre) daha da katı kılınması ile ayrılmaktadır. Bu iki durumda da, başvuru tam an-

---

<sup>24</sup> İspanya raporu için bakınız: [www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/l-amparo-constitutionnel-en-espagne-droit-et-politique.52372.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/l-amparo-constitutionnel-en-espagne-droit-et-politique.52372.html) (4.4.2011)



lamıyla ikincil niteliktedir, çünkü diğer öngörülen bütün başvuru yollarının tüketilmesinin ardından kullanılır. Bu durum, temel hakların kural olarak bireysel işlemlerle ihlal edilebileceği ve dolayısıyla genel normların kendisine karşı değil de onları somutlaştıran bu işlemlere karşı esasen başvurunun yapılması gerektiği fikrinin ne derece egemen olduğunu göstermektedir. Gerçekten de genel bir norm tarafından bir hakkın ihlali için (ve dolayısıyla o ihlalin başvuruya konu olması için) o normun zaman yönünden hemen ve normatif planda da doğrudan bir etki meydana getirmesi zorunludur. Diğer bir ifadeyle kendisine karşı başvuru yapılacak genel norm soyut olmamak zorundadır ve bizzat normun kendisi anayasanın koruduğu bir özgürlüğün somut bir ihlaline yol açmalıdır; yani genel ve soyut bir norm, kendisini somutlaştıran bir işleme ihtiyaç göstermeksizin muhataplarını doğrudan doğruya etkileyecek nitelikte olmalıdır. Bir yasa veya düzenleyici işlem, anayasaya aykırı somut işlemlerle adeta kaynaştığı, iç içe geçecek derecede onlarla yakınlaştığı ölçüde başvuru konusu olabilecektir. Neticede soyut niteliği açık olan bir norm, (mesela) kavramın maddi ve kesin anlamı ile bir yasa, bireysel başvuruya konu olamayacaktır. İlke olarak, ayrıca bir somutlaştırma işlemini gerektirmeyen şekli anlamda düzenleyici işlem ve yasama işlemi niteliğine sahip genel normlara karşı başvuruya izin verilmektedir.

Daha kavrayıcı nitelik arz eden Alman sistemi bu noktada daha kısıtlayıcıdır, çünkü o Avusturya sisteminde kabul edilmeyen bir takım süreler de öngörmektedir. Bu durum özellikle Alman anlayışında anayasa aykırılık halinde yasanın sadece geleceğe dönük olarak ortadan kaldırılmadığı (*pro futuro*<sup>25</sup>) aynı zamanda yok hükmünde ilan edildiği (*déclarée nulle et non avenue*<sup>26</sup>) netice olarak işlemin yapıldığı andan itibaren geçerlilikten yoksun kılındığı (*ab initio*<sup>27</sup>) düşünüldüğünde daha çarpıcı hale gelmektedir<sup>28</sup>. (Genel normları) somutlaştırma mecburiyeti o derece katı uygulan-

---

<sup>25</sup> (Ç.N.) *Pro futuro*: Geleceğe dönük etki

<sup>26</sup> (Ç.N.) *Déclarée nulle et non avenue*: Geçersiz ve hiç doğmamış sayma, yok hükmünde sayma

<sup>27</sup> (Ç.N.) *Ab initio*: (Olay veya işlemle ilgili olarak) başlangıçtan beri

<sup>28</sup> Bununla beraber bu ilke, birçok istisna ve farklı düzenlemeleri de içinde barındırmaktadır. Çünkü genel normun geçersiz kılınması, temelinde söz konusu yasal hükümlerin olduğu bireysel işlemlerin geçerliliğine (dolayısıyla geçmişe etki etmesine) engel olmamaktadır. Burada hatırlanmalıdır ki ideoloji ve hedefler konusunda bir fikir veren genel ilkelere inanılmaz değil de alt derecedeki normların (üst normlara) uygunluğunu sağlamaya yönelik kuralların bütünü (varlığı) Hukuk devletinin kendine özgü bir modelini ortaya koymaktadır.

maktadır ki bu katılık başvurunun hayata geçme şansının var olup olmadığını sorgulamamıza yol açmaktadır. Hatta bazıları (bu genel kurallara karşı) başvuruyu öylesine önemsiz ve sınırlı bir şekilde tasarlamaktadır ki böyle bir usulün yararından ve hukuki varlığından şüphe duyulabilir. Bu ve benzeri tereddütler, başvuruların çok azını kabul edilebilir bulan ve birinci aşamayı geçen tarihli başvuruverenler arasında sadece çok sınırlı sayıdaki bölümüne esas aşamasında hak veren Alman ve Avusturya Mahkemelerinin son derece katı içtihadı ile daha da güçlenmektedir.

Bu aktarılanlardan üç gözlem ortaya konulabilir: İlk olarak başvuru, yapılan müracaatların sayısından etkilenmeksizin tartışmasız bir şekilde hukuki alanda mevcut olduğu gibi başvuru dilekçesinin hazırlanması, imkânsız bir konunun yazıya dökülmesi olarak da nitelenemez.

İkinci olarak, bu çerçevede yapılan başvuruların bir kısmı hukuk düzeninde (toplum hayatında) önemli etkiler meydana getirmiştir. Ticari işyerlerinin açılış saatleriyle ilgili veya satın alma fiyatının altında bir fiyatla ürünlerin satışının yasaklanması<sup>29</sup> konusundaki yasal düzenlemeler hakkında verilen kararlar bu anlamda dikkat çekici örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

34

Üçüncü olarak Fransız geleneği genel anlamda yayınlanmış ve yürürlüğe girmiş bir yasanın inceleme konusu yapılmasına ve daha özeldede bireysel başvurunun kabulü düşüncesine tamamen karşıdır<sup>30</sup>. Ancak uzun zamandır ve kesintisiz bir şekilde Fransa, (genel normların bir türü olan) idarenin düzenleyici işlemlerinin iptal davası yoluyla idari yargı hâkimleri tarafından incelenmesi mekanizmasını benimsemekte ve uygulamaktadır.

Son olarak genel normlara (yasalar, düzenleyici işlemler ve uluslararası antlaşmalar) karşı doğrudan başvurunun değerlendirilmesinde, anayasal politik (*politique constitutionnelle*) terimiyle, kavrayıcı hukuk devletinin muhtemel unsurları arasında bir tercihin de ortaya konması gerekmektedir. Bu açıdan, kişilerin anayasa tarafından teminat altına alınan haklarını doğrudan ihlal eden yasalara karşı ikincil bir nitelik taşıyan bu başvuru,

---

<sup>29</sup> Bu hususla ilgili içtihadın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bakınız: **Annuaire International de Justice Constitutionnelle** 1990, Paris,1992, s. 461-486

<sup>30</sup> Bu konuda Fransız geleneğindeki katı tutumun ancak 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile aşıldığını belirtmek gerekir. Ancak yürürlüğe giren yasanın Anayasa Konseyi tarafından ele alınması sınırlı bir somut norm denetimi bağlamında mümkün olmaktadır. Bu konuda 17 nolu nota bakılabilir.

düzeltilici-kavrayıcı hukuk devleti ilkesinin bir anlamda somutlaştırılması- nı ifade etmektedir. Böyle bir başvuru, kişilerin hukuki durumları üzerinde somut ve hemen etkiler doğuran yasal düzenlemelerle sınırlıdır. Oysa bu tür düzenlemeler az sayıdadır, çünkü genel ve soyut normlar nadiren somut etkiler meydana getirmektedir.

### 3. Kavrayıcı Hukuk Devletinin Zayıflaması

Doğrudan başvurunun farklı şekilleri, düzeltilici-kavrayıcı hukuk devletini benimseyen sistemlerde kişilerin temel haklarının korunmasına yardımcı nitelikteki haklar olarak görülebilir. Teoride bu tür başvurular önleyici denetime, dolayısıyla Fransız sistemine yabancıdır. Kendisine gelen başvuru dosyalarının sayısında zamanla belirgin bir artışın yaşandığı Fransız Anayasa Konseyinin, mevcut haliyle düzeltilici sistemlerde olduğu gibi anayasaya aykırı uygulamaların bütününe karşı yapılan başvuruları karara bağlayabilmesi mümkün gözükmemektedir. Fransız Anayasa hâkiminin iş yükü, maddi olarak parlamentonun yasama kapasitesi ile sınırlıdır ve şimdiye kadar Konsey, işleyiş tarzında temel bir aksaklık olmaksızın kendisine düşen görevleri belirtilen sürelerde gerçekleştirmiştir.

Buna karşılık düzeltilici modelin bütün mahkemeleri, birkaç gün içinde 11 bin başvuruyu kaydetme durumunda kalan Avusturya'da olduğu gibi, iş yükü altında ezilme sorunuyla, hatta bu sebepten sistemin tamamen kilitlenmesi riskiyle karşı karşıyadırlar<sup>31</sup>. Fransız sistemine düzeltilici denetime ait bazı unsurları eklediğimizde, ne olacağını tam olarak tahmin edebilmek oldukça zordur. Aynı şekilde kişilerin anayasa yargısı organı önünde, anayasa aykırılık içeren yasal düzenlemelere karşı dava açabilmeleri halinde nasıl bir tabloyla karşılaşabileceğimizi de bilebilmemiz mümkün gözükmemektedir. Ancak böyle bir değişikliğin mevcut *monomicrodicastique* sistemle bağdaşmadığı hususunda kuşku yoktur. Bu sistem bizatihi, (derginin) bu sayı(sın)da incelenen örneklere benzer veya daha da kompleks nitelik arz eden bir hukuk sistemi bağlamında da kavrayıcı hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Düzeltilici denetim yapan mahkemeler, henüz onları tamamen işleyemez hale getirmiş olmasa dahi (hakların) hukuki koruma sistemini hissedilir bir şekilde dönüştüren bir yapısal bir kilitlenme ile karşı karşıyadırlar. Farklı versiyonlarıyla bireysel başvurunun mevcut durumu üç özellik

---

<sup>31</sup> Bkz., *Le récit du Président Ludwig Adamovich*, in: **Cahiers du Conseil constitutionnel**, 7 (1999), p. 55-60.

göstermektedir: istisnai bir hak olarak (bireysel) başvuru hakkının<sup>32</sup> zayıflaması ve tesadüfi hale gelmesi, *monomicrodicastique* ilkesinin yavaş yavaş terk edilmesi, düzeltici-kavrayıcı hukuk devleti ilkesinin ideolojik açıdan zayıflamakla birlikte mevcudiyetini devam ettirmesi.

Başlangıçtaki oluşumuna göre istisnai bir hak olarak başvuru hakkı, bazen filtreleme olarak tanımlanan takdire bağlı kabul edilebilirlik şartlarının güçlendirilmesine paralel olarak gittikçe zayıflamaktadır. Oysa bu hak, Avrupa Anayasa Yargısının kurucu unsurlarından birini oluşturmaktadır. Hâkime erişim, artık kabul edilebilirlik kurallarının etkili bir şekilde uygulanması sonucunda değil, bu erişimi büyük ölçüde tesadüfi kılan zararın ve olayın öneminin sübjektif değerlendirmesinin ardından mümkün olmaktadır<sup>33</sup>. İlk bakışta, ilginç bir şekilde, kabul edilebilirlik şartlarının Almanya'daki gibi katı olduğu Avusturya'da, yasaya karşı bireysel başvuru durumunda sonucun daha başarılı olduğu görülmektedir. Tesadüfi nitelikteki bu sonuç, yirmi yıllık uygulanmasında ana çizgileri belirginleşmiş olsa da hale bazen genişletici bazen kısıtlayıcı yorumu benimseyen içtihadın bütünlükten görece yoksun olmasından kaynaklanmaktadır.

“*Monomicrodicastique*” ilkesi zaman içinde zayıflamıştır, çünkü hâkimler karar verme yetkisini her zaman korumakla birlikte, dosyaların hazırlanmasının giderek hâkim statüsünde olmayan uzman hukukçulara devredildiği ve işlerin dikey bölüşümü usulünün uygulandığı alt yapı birim-

---

<sup>32</sup> (Ç.N.) “İkincil bir temel hak olarak başvuru hakkı (*le droit fondamental accessoire de recours*)” ibaresindeki “ikincil” kavramı başvuru hakkının veya diğer bir ifadeyle hak arama özgürlüğünün önemsiz olduğunu ifade için kullanılmamıştır. Kavram, esasen başvuru hakkının hukuk metinlerince tanınmış diğer hakların önkoşulu ve usulî güvencesi olduğunu anlatmaktadır.

<sup>33</sup> Fransız Realist Okulu, hâkimin kendisini bağlayan kurallara ve onların uygulanmasına bizzat kendisinin karar vermesi nedeniyle her türlü kararın zaten takdirî nitelikte olduğu iddiasını ileri sürebilecektir. Böyle bir iddia, sadece somut olaya ilişkin karara, normatif bir değer atfederek çeşitli normatif yapılar arasındaki farklılığı inkâr etmek demektir. Bu mantiki değerlendirmeyi devam ettirirsek çeşitli hukuki korunma mekanizmaları arasında esasında bir farkın olmadığı sonucuna ulaşmamız gerekir (Neticede her türlü başvuruda hâkim kendi takdirine göre karar vermektedir). Oysa burada, kararların normatif çerçevesini oluşturan kural yapıları arasındaki farklılıklarla ilgileniyoruz. Bu noktada, kuralların uygulanmasıyla somut olayda varılan yargının (olayla sınırlı kararın), hâkimin uygulamak yükümlülüğünde olduğu (genel) kurallar açısından hukuki bir analize tabi tutulup tutulması meselesi ortaya çıkmaktadır. Zaten kural yorumu ihtiyaç olmaksızın uygulamaya müsait ise, analiz kuralın üretim usullerine uygunluğu analizi ile sınırlı olacaktır.

leri (bölümler, daireler veya daha alt birimler olarak komisyonlar, komiteler) bütün mahkemelerde artık yer almaktadır<sup>34</sup>.

Almanya’da bu gelişme çok önemli bir eşiği artık geçmiştir: kabul kararı üç hâkimden oluşan kurul tarafından oybirliğiyle gerekçesiz olarak alınmaktadır ve bu kararın öncesindeki aşamada ise hâkim statüsünde olmayan görevliler başvurucuya başvurunun başarı şansının olmadığını bildirebilmektedirler; 1951 ila 1997 yılları arasında 185 814 adet başvuru bu bahsettiğimiz usulle reddedilmiştir. Yargısal kararın alınması ile kararın (hâkimlerin dışında gelişen) hazırlık aşaması arasındaki kopukluk daha da ileriye götürülebilmektedir. Fakat dosyaların elenmesi etkisini gösteren her hazırlık aşamasının fonksiyonel açıdan yargısal bir faaliyet olduğunu unutmamak gerekir ve bu şekilde bir değişme “*monomicrodicas-tique*” ilkesinin terk edilmesi anlamına gelmektedir. Şekli anlamda “*monomicrodicas-tique*” ilkesinin muhafaza edilmesi ise ister istemez, çözümü önemli yapısal etkiler doğuracak dosyaların seçilerek ele alındığı Amerikan Modeline yakınlaşmayı da beraberinde getirmektedir. İki modelin bu yakınlaşması elbette yaygın denetim ve merkezi denetim arasındaki farkın ortadan kalkması anlamına gelmemektedir. Ama bu durum Avrupa anayasal korunma sistemini de nihayetinde temelinden değiştirecektir. Giderek etkisini daha da hissettiren bu iki yöneliş, özellikle Almanya ve İspanya örneklerinde görüldüğü gibi, saf bir kavrayıcı hukuk devletini ve ikincil hak olarak başvuru hakkını gerçekleştirmeyi vaat eden kurucu anayasal metinlerin muhafazası ile birlikte yaşanmaktadır. Böylece anayasal normların içeriğinde açık bir şekilde formüle edilmeyen değişikliklere tanıklık etmekteyiz. Oysa farklı hukuk devleti anlayışlarının bileşenleri arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan problemler azalma seyri göstermemekte, aksine onu kilitleyecek yeni eşiklere doğru gitmektedir. Demek ki hukuk devletinin somut olarak gerçekleşmesi ile kavrayıcı hukuk devleti ideali arasında giderek artan oranda bir tezat olacaktır.

### **Sonuç: Referansları Belirgin Kılmak**

Anayasal politik bağlamında Fransa’da düzeltici denetim unsurlarını veya yasalara karşı ciddi şekilde sınırlandırılmış doğrudan başvuruyu kabul

---

<sup>34</sup> Bu gelişme hakkında ayrıntılı bir inceleme izleyen makalede bulunmaktadır: “Les méthodes de travail du juge constitutionnel autrichien”, in: **Annuaire international de justice constitutionnelle**, VIII (1992), Paris, Economica 1994, s. 179-214. Buradaki gözlemler düzeltici denetim yapan diğer mahkemeler için de geçerlidir. Buna karşılık diğer yüksek yargı yerleri buna tamamen tezat bir yolu benimsemektedirler: Onlar gittikçe “*polymicrodicas-tiques*” bir yapıya bürünmektedirler.

etme amaçlı reform projelerini tekrar canlandırmak yerinde midir? Düzeltici-kavrayıcı hukuk devleti sistemlerinde iş yükü altında boğulma üzerine bitmek bilmeyen tartışmada yeni bir iddia ileri sürebilir miyiz? Bu problemin birkaç satırla ciddi bir biçimde ele alınabilmesi mümkün değildir. Ancak bu çalışmada dile getirilenler, sayısal ve hukuki bilgilerden hareketle geliştirilecek ve zorunluluk arz eden böyle bir tartışmanın yapılmasına katkı sağlayacaktır. Burada sonuç mahiyetinde iki gözlemlerle yetineceğiz, ilki, ulusal deneyimlerin analizinden ortaya çıkarken diğeri ise gelecek tartışmalara yol göstermesi amacıyla ileri sürülen ispata muhtaç bir görüştür. Anayasal korunma mekanizmalarının değiştirilmesine yönelik her türlü öneri, normatif gerekliliklerin uyumlulaştırılması hususundaki zorunlulukları hesaba katmalıdır. Oysa hukuk düzeninin kendisine yön veren temel ilkelere uygunluğu açısından olaya baktığımızda, bunun dikkate almayı arzuladığımız referansların ideolojik olmayan bir tarzda ve açık bir şekilde vurgulanmasını ve gerçekleşemez olan *tam bir hukuk devletinin* yasını samimi bir şekilde tutmamızı gerektirdiği söylenebilir. Bu şartlar altında, düzeltici anayasallık denetiminin temel getirilerinden biri, vatandaşın diğerlerinin onun haklarına saygı duyacağına veya bir başkasının (devletin) diğerlerini onlara saygı göstermeye zorlayacağına ilişkin inançtan muaf tutmasıdır (diğer bir ifadeyle devletin veya vatandaşın kötülük yapamayacağı şeklindeki yanılısama terk edilmiştir). Ayrıca zayıf bir düzeyde ve katı kurallarla çerçevelenmiş ikincil nitelikte bir hak olsa dahi vatandaş, diğerlerinin ihmal ettiği, önemsemediği (hakkı ihlal eden) yasanın (anayasaya) uygunluk incelemesini talep etme yetkisiyle donatılmıştır. Yasaya karşı doğrudan başvuru (süresiz olmalı, çünkü sıklıkla eski yasalar yakın dönemde kabul edilen anayasal gerekliliklerden uzak görünmektedir.) temel hakların güçlendirilmesini ve anayasa yargısının demokratikleşmesini ifade etmektedir. Onun muhafazası Alman ve Avusturya sistemlerinde gerekli görünmektedir, çünkü ikincil bir hak olarak başvuru hakkı, (idari veya yargısal nitelikteki) bireysel işlemlerin anayasallık denetimi konusunda zayıflamaktadır. Onun, temel hakları yararlanıcılar ve hak sahipleri olarak ayıran Fransa'da benimsenmesi de yararlı olabilecektir (tabi ki onun gerçekleşmesine ilişkin esasların tereddütsüz bir şekilde kabul edilmesi koşuluyla).

## ÇEVRE HUKUKUNDA TOPLU DAVALAR

Prof. Dr. Hans-Joachim KOCH\*

Çeviren: Dr. Ahmet M. GÜNEŞ\*\*

Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa'nın (*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, ç.n.*) Aralık 2006'da kabulü ile yaklaşık olarak 40 yıldır devam eden yoğun ve disiplinlerarası bir mukayeseli hukuk tartışması, Alman çevre hukukunda geçici bir süreliğine de olsa pek te şanlı olmayan bir şekilde sonlanmıştır: Bu yasaya göre bir toplu dava, ancak en azından bireysel hakların korunmasını amaçlayan normların ihlal edildiği hallerde mümkündür. Almanya'da bireysel hakların korunmasının dayandığı koruma normu teorisine uyan bu "ikileme", Aarhus Sözleşmesi'nden kaynaklanan uluslararası yükümlülükleri ve Avrupa Birliği'nin çevresel konularda halkın katılımına ilişkin yönergesinin de gerçekleştirilmek istediği esas hedef olan toplu dava yolunun mümkün kılınmasını yani objektif hakların olası ihlallerinin yargısal denetim olanağını gözden kaçırmaktadır.

39

### I. Giriş

Doğal yaşam kaynaklarının tahrip ve tehdidine yönelik eğilimler, 1970'li yılların başından beri gerek Birleşmiş Milletler düzeyinde gerekse de o

---

\* Prof. Dr. Hans-Joachim Koch, Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi. Hamburg Üniversitesi bünyesinde bulunan Çevre Hukuku Araştırma Birimi'nin (Forschungsstelle für Umweltrecht) direktörü ve 2002 yılından beri de Çevre Sorunları Bilim Kurulu'nun (*Sachverständigenrat für Umweltfragen-SR*) başkanıdır. Tercümesini yaptığımız bu makale, 2007 yılında "*Verbandsklage im Umweltrecht*" başlığıyla *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* adlı dergide (s. 369-379) yayınlanmıştır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan toplu dava (*Verbandsklage (Alm.)*, *Class action (İng.)*, belli bazı şartları sağlayan dernek veya birlikler lehine tanınan davaları ifade etmektedir.

\*\* Öğr. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

zamanki Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Federal Almanya tarafından temel bir siyasi görev olarak kabul görmüştür.<sup>1</sup>

Federal Alman Federal Hükümeti tarafından 1971 yılında ilk çevre programının kabulünün hemen ardından çevrenin korunması alanında uzun süren yoğun bir yasama evresi başlamıştır. Bu esnada ciddi icra açıklarının (*Vollzugsdefizite*, ç.n.) çevresel zarar ve tehditlerin önemli bir nedeni olduğunun da farkına varılmıştır.<sup>2</sup> Toplu dava müessesesi ise, birçok temel araştırmada icra açıklarına karşı etkili bir araç olarak tavsiye edilmiştir. Sahip olduğu disiplinlerarası ve mukayeseli hukuk yaklaşımı nedeniyle bugün için halen bir rehber niteliğinde olan *Rehbinder/ Burgbacher/ Knieper*'in “Bürgerklage im Umweltrecht” (1972) adlı çalışmasında, bilhassa çeşitli açıklar barındıran Federal İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (*Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO*, ç.n.) öngörülen yargısal korunma ve objektif haklar içeren normların idari tatbikattaki uygulanışının yetersizliği arasındaki ilişki açık bir şekilde ortaya konmuştur.<sup>3</sup> Bu teşhis, o zamandan beri toplu davaların gerekliliğine daima temel oluşturmuştur: Alman idari yargısal korunma sistemi, çevresel zarar ve tehditleri göze alan devletsel kararlara karşı kural olarak dava yolunu ancak üçüncü kişileri koruyan yani bireysel hakları güvence altına alan normların ihlalinin olası olduğu durumlarda mümkün görmektedir. Münhasıran doğal yaşam kaynaklarının korunmasını amaçlayan iklimin korunmasına yönelik düzenlemeler gibi objektif haklar sağlayan normların ihlali ise, yargısal mercilere karşı ileri sürülemez. Federal Doğa Koruma Kanunu'nun (*Bundesnaturschutzgesetz-BNatSchG*, ç.n.) 61. maddesinde dar bir biçimde düzenlenmiş olan doğa koruma hukukuna ilişkin toplu dava ise, federal hukukun malûm istisnasını oluşturmaktadır. Bunun haricinde, üçüncü kişileri koruyan normların kapsamı Almanya'da tümüyle dar bir biçimde ele alınmakta ve örneğin çevre hukukunda ihtiyata ilişkin tüm normlar bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Objektif hakların olası ihlalinin mahkemeler nezdinde ileri sürülebilme imkânı olmadan, ciddi menfaat çatışmalarına neden olabilecek, küreselleşen bir ekonominin faaliyet yerine ilişkin rekabette siyasi baskı altında bulunan idarenin hukukun patikasından bazen sapabileceği tehlikesi göz ardı edilemez.

---

1 Özet bir bakış için bkz. *Koch*, in: *Heun* u.a. (Hrsg.), *EvStL*, 2006, s. 2486

2 Bkz. *Mayntz* u.a., *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, 1978; *SRU*, *Umweltgutachten* 1978, N. 1521 vd.

3 *Rehbinder/Burgbacher/Knieper*, *Bürgerklage im UmweltR*, 1972, s. 24.



Her ne kadar Çevre Sorunları Bilim Kurulu (*Sachverständigenrat für Umweltfragen-SRU*, ç.n.) etkileyici bir devamlılık ve sıklıkla toplu davalardan yana görüş beyan etmişse de yoğun nitelikteki tartışmalarda bu durum kendini Almanya’da politik olarak kabul ettirememiştir.<sup>4</sup> Bununla birlikte bu tartışma ortamı bazı zamanlar o denli gerginleşmiştir ki Çevre Sorunları Bilim Kurulu kendinin “açık bir biçimde parlamenter demokrasi ve güçler ayrılığı ilkeleri çerçevesinde” hareket ettiğini temin etmek zorunda kalmıştır.<sup>5</sup> Çalışmamızın bundan sonraki kısmında öncelikle toplu dava yoluna ilişkin tartışma farklı açılardan ele alınacaktır (II). Ardından doğa koruma hukuku alanındaki toplu davalardan Almanya’da elde edilen tecrübelerle değinilecektir (III). Avrupa Birliği üyesi devletler ve uluslararası düzeydeki gelişme ve deneyimler de, mukayeseli hukuk açısından ciddi bir öneme sahiptir (IV). Son olarak güncel hukuki durum, uluslararası hukuk, Avrupa Birliği Hukuku ve Alman ulusal hukuku açısından analiz edilecektir (V). Çevre politikasına ilişkin bir değerlendirme ve tanı ile çalışmamız sona erecektir (VI).

## II. Toplu Davalara İlişkin Tartışmalar

### 1. Toplu Dava Yanlısı Görüş

Toplu davaların hayata geçirilmesini savunanlar tarafından uzun zaman-  
dır tekrarlanarak ileri sürülen üç önemli argüman vardır. Bunlar; icranın desteklenmesi, yargısal korunmanın çevresel kullanımlar ve çevre koruması ile eşdeğerliliği ve toplu davalar yoluyla kabûlün desteklenmesidir.

a) Bir taraftan çevreye zarar veren faaliyetlere ilişkin düzenlemelerin zorunluluğu, ancak diğer taraftan mevcut hukuki düzenlemelerin icrasındaki açıkların azaltılmasının gerekliliği, “devletin görevi olarak çevrenin korunmasına”<sup>6</sup> ilişkin tartışmada çok hızlı bir şekilde anlaşılmıştır.<sup>7</sup> İcraya ilişkin araştırmalarda, idari teşkilatın bakış açısı, idarenin yetersiz personel ve donanımına sahip olması ve icraya elverişlilik düzeyi düşük olan hukuki düzenlemeler gibi birçok durum icra açıklarının nedeni ola-

---

<sup>4</sup> *SRU*, Umweltgutachten 1974, N. 650 vd.; Umweltgutachten 1978, N. 1512 vd.; Umweltgutachten 1994, N. 464; Umweltgutachten 1996, N. 705; Umweltgutachten 2002, N. 156 vd.; Umweltgutachten 2004, N. 195 vd.; Aktuelle Stellungnahme: Rechtsschutz für die Umwelt - die altruistische Verbandsklage ist unverzichtbar, 2005.

<sup>5</sup> *SRU*, Umweltgutachten 1978, N. 1513.

<sup>6</sup> Bkz. *Rauschnig/Hoppe/Wenger/Wildhaber*, VVDStRL 38 (1980).

<sup>7</sup> Karş. *Mayntz* u. a. (dn. 2); *SRU* (dn. 2).

rak görülmüştür.<sup>8</sup> Bunların haricinde, münhasıran kamusal menfaatleri düzenleyen hukuki düzenlemelerin ihlalinin söz konusu olduğu hallerde hukuki korunmanın yetersiz olması da, icra açıklarının bir nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>9</sup> İdare, çoğu kez çevrenin korunması gereğine ilişkin oldukça tartışmalı projeler hakkında kararlar almak zorunda kalmaktadır. Bu kararlarında idare, gerek ilgili ekonomik çevrelerin gerekse de politikacıların ciddi bir baskısına maruz kalmaktadır. Zira devlet küreselleşme çağında kendini ülkesindeki ekonomik faaliyetlerin devam edebilmesi için bir garantörlük rolü üstelenme konusunda kendini yükümlü hissetmektedir. Bu garantörlük durumu ise, çevresel gereklerin açık bir şekilde sınırlanması veya zayıflatılması sonucunu doğurmaktadır. Üçüncü kişileri koruyan normlarla sınırlanmış olan sübjektif hukuki korunma Almanya'da kamusal menfaatlere ilişkin düzenlemeler nedeniyle ihlâli, bireyler tarafından mahkemeler nezdinde ileri sürülemeyecek normlar, bu bakımdan tümenden kabul görememe gibi ciddi bir tehlike ile karşı karşıyadır.<sup>10</sup>

Avrupa Birliği Komisyonu da Avrupa Birliği çevre hukukunun üye ülkelerdeki uygulamasında mevcut olan açıkların azaltılması için ilave yargısal denetim olanaklarının gerekli olduğu kanısındadır.<sup>11</sup> Avrupa Birliği Komisyonu'nun çevre hukukunun Topluluk çapında uygulanması ve kabulüne ilişkin yıllık raporda etkili bir biçimde ortaya koyduğu gibi icra açıkları özellikle Avrupa Birliği çevre hukuku alanında önemli boyutlarda göze çarpmaktadır.<sup>12</sup> Avrupa Birliği Komisyonu'nun bu yıllık raporlara eklediği uygulanma istatistikleri ise, Almanya'nın uygulama çabaları ile sadece orta sıralarda bulunduğunu göstermektedir. Yalnızca ihlâl davalarının açılması yoluyla Avrupa Birliği (çevre) hukukunun kabulüne ilişkin sorunların aşılması mümkün değildir ki bu nedenle Topluluk hukukunda merkezi olmayan icra konsepti de farklı şekillerde öngörülmüş-

---

<sup>8</sup> Bu konuda bkz. *Koch u. a., Anlagenüberwachung im UmweltR, 1998; Graf, Vollzugprobleme im Gewässerschutz, 2002.*

<sup>9</sup> Karş. *Rehbinder u. a. (dn. 3), s. 21 vd.*; ayrıca *SRU, Aktuelle Stellungnahme 2005 (dn. 4), s. 2, 3.*

<sup>10</sup> Bkz. *Calliess, NJW 2003, 97, 100.*

<sup>11</sup> Bu hususta bkz. *EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, KOM (2003) 624 endg. v. 24. 10. 2003, s. 3.*

<sup>12</sup> *EU-Kommission, Jahresbericht über die Durchführung und Durchsetzung des Umweltrechts in der Gemeinschaft, SEK (2002), 1041, v. 1. 10. 2002; ayrıca bkz. Jahresberichte SEK (2003) 804 v. 7. 7. 2003; SEK (2004) 1025 v. 27. 7. 2004, SEK (2005) 1055 v. 17. 8. 2005; SEK(2006) 1143 v. 8. 9. 2006.*

tür. Bu bağlamda Birlik vatandaşlarının bilgi edinme, katılım ve yargısal başvuru haklarının Avrupa Birliği hukukunun kabulü için de seferber edilmesi gerekmektedir.<sup>13</sup> Gerek Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (ATAD) Avrupa Birliği hukuku düzenlemelerinin ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda "bireysel ilgiliği" Alman hukukuna kıyasla daha geniş bir şekilde ele alması,<sup>14</sup> gerekse Avrupa Birliği tarafından 2003 yılında başlatılan ancak siyasi konjonktürden dolayı bu aralar ertelenen genel bir çevresel toplu davanın öngörülmesine ilişkin girişim, bu çerçevede açıklanabilir.

b) Yukarıda ele aldığımız 'icra argümanı' ile bağlantılı olan ve toplu davaların kabulü için ileri sürülen önemli diğer bir argüman ise kamu menfaatini esas alan çevrenin korunması kapsamında, çevreden istifade eden kişilerin çevrenin korunmasına yönelik devlet yükümlülüğü karşısında sahip olduğu geniş hukuki korunma imkanları ile oldukça düşük seviyede olan kamu menfaatini esas alan çevre hukuku ihlallerine karşı hukuki korunma arasındaki dengesizliğin kabul edilemez olduğudur.<sup>15</sup> İcra açığının bu alanda ne kadar büyük olduğundan bağımsız olarak hukuk normlarının önemli bir kategorisinin tümüyle dava edilemez kılınması, hukuk devleti ilkesi açısından da prensip olarak sorunlu görünmektedir. İdari eylemin bağımsızlığa sahip üçüncü kuvvet tarafından denetiminin taşıdığı önem, burada gereğince anlaşılmamaktadır. Devleti oluşturan üç kuvvet arasındaki denge, devletsel iktidarın tüm kullanımlarından beklenen gerekli ölçülülüğü temsil etmektedir. Bu durum mantıksal olarak, sadece bireysel hukuki durumların idari kararlarla muhtemelen ihlal edileceği durumlarda değil, aksine münhasıran kamu menfaati gereklerinin de etkilendiği durumlarda gözetilmelidir. Bu nedenle yürürlükteki Alman hukukuna göre yalnızca çevre hukukunun bir alanını oluşturan doğa koruma hukukunda oldukça dar bir şekilde düzenlenmiş bir toplu dava yetersizdir.

---

<sup>13</sup> *Wegener*, in: *Lübbe-Wolff* (Hrsg.), *Der Vollzug des europ. UmweltR*, 1996, s. 145; *Wegener*, *Rechte des Einzelnen: Die Interessentenklage im europ. UmweltR*, 1998; *Masing*, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997.

<sup>14</sup> Avrupa Birliği hukuku ve ulusal idare hukuku arasındaki çelişkiler için bkz. *Wegener*, *Interessentenklage* (dn. 13), s. 100 vd.; ayrıca *Schoch*, *NVwZ* 1999, 457; *Winter*, *NVwZ* 1999, 467.

<sup>15</sup> *Lübbe-Wolff* (dn. 13), d. 77 (102); EU-Kommission, Working Document „Access to Justice in Environment Matters” v. 11. 4. 2002; *SRU*, *Umweltgutachten* 1978, N. 1517; *SRU*, *Umweltgutachten* 1996, N. 705; *SRU*, *Aktuelle Stellungnahme* (dn. 4), s. 6 vd.

c) İdari eylemlerin bağımsız üçüncü kuvvet eliyle denetiminin taşıdığı önem, toplu davaların mümkün kılınmasının idari kararların kabulünü desteklemeye uygun olduğunu da göstermektedir. Öncelikle toplu dava olanağının arzu edilen önleyici etkisi, devam eden adil bir idari yargılama sürecinde olgusal tartışma bakımından destekleyici olacaktır. Toplu dava olanağı, potansiyel davacıyı verilen kararın hukuka uygunluğu konusunda ikna edecek ve böylelikle muhakemesel tartışmalardan sakınılmış olacaktır. Çevre koruma gereklerinin idari bir kararda nihayetinde geri planda tutulması gerekiyorsa, sonraki kontrol bağımsız bir yargısal merci eliyle sadece hukuka riayet açısından yararlı neticeler doğurmayacak, aynı zamanda ilgili kamuoyunun çevre politikası açısından hoş olmayan bir sonucun hukuka uygun olarak kabul edilmesi konusundaki hassasiyetini arttıracaktır.<sup>16</sup>

## 2. Toplu Dava Karşıtı Görüş

Toplu dava müessesesinin kabulü Almanya'da her zaman ciddi bir direnişle karşılaşmıştır.<sup>17</sup> Toplu dava yolunu eleştirenlerin başında idari yargı mensupları<sup>18</sup> ve iktisadî birlikler<sup>19</sup> gelmektedir. Toplu davalara karşı ileri sürülen argümanların başlıcaları şunlardır: Öncelikle, dernek ve birliklerin kamu menfaati gereklerini savunma konusunda meşru bir hakka sahip olmadıkları iddia edilmiştir. İkinci olarak, kamu menfaati esaslı çevresel gereklerin tek savunucusunun idare olduğu ileri sürülmüş ki yargısal bir denetim bu görüş taraftarlarınca bir 'sistem kırılması' olarak görülmüştür. Üçüncü olarak ise, birlik ve derneklerinin bencil temsilcilerinin toplu dava yolunun çeşitli şekillerde suiistimal edebileceği ihtimalinin bulunduğu iddia edilmiştir. Son olarak ta toplu dava olanağının kabul edilmesi durumunda birlik ve derneklere genel kamu menfaatinin ihlâlî halinde kendilerine herhangi bir dava hakkı tanınmayan sıradan vatandaşlara kıyasla orantısız bir 'ayrıcalık' tanınacağı beyan edilmiştir.

---

<sup>16</sup> SRU, Umweltgutachten 1978, N. 1512 vd.

<sup>17</sup> Bu bağlamda bkz. Contra und Pro Verbandsklage, Anhörung des Arbeitskreises für Umweltrecht, 1976.

<sup>18</sup> Bkz. Weyreuther, Verwaltungskontrolle durch Verbände?, 1975; ayrıca karş. Reh binder, ZRP 1976, 157.

<sup>19</sup> Aarhus Sözleşmesi bağlamında gelişen güncel son tartışmalar için bkz. v. Danwitz, Zur Ausgestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Einführung der Verbandsklage anerkannter Umweltschutzvereine nach den Vorgaben der Richtlinie 2003/35/EG und der so genannten Aarhus-Konvention, Oktober 2005.

a) Sıklıkla tartışılan savlardan biri, dernek ve birliklerin meşruluğu konusundadır ve 'kamu menfaatinin özelleştirilmesi' tehdidi başlığı altında dile getirilmektedir.<sup>20</sup> Bu durum *Jörn Ipsen* tarafından, toplu dava imkânının tanınması durumunda birlik ve derneklerin idare ile rekabet eden kamu menfaati savunma vekilleri haline geleceği şeklinde ifade edilmiştir. Dernek ve birliklerin bu bağlamda parlamentolara dayanan zorunlu bir meşruiyetten yoksun olduğu belirtilmiştir. Bu durumun, hukuk devleti çerçevesinin aşılması sonucunu doğuracağı da ifade edilmiştir.<sup>21</sup> Ancak bu eleştirinin, hukuki bir uyuşmazlıkta olgusal kararın yalnızca bağımsız mahkemeler tarafından verildiği hususunu görmezden geldiğini belirtmek gerekir. Dernek ve birlikler, sadece yargısal denetimi harekete geçirme işlevini üstlenmekte, bununla birlikte idare ile rekabet edecek tarzda bir kamusal yarar takipçiliği yapmamaktadır. Bu nedenle *v. Danwitz* haklı olarak, "toplular olanağının yürürlükteki çevre hukukunun kabûlünün daha iyi bir hale getirilmesine katkıda bulunmakla sınırlanacağını belirtmiştir. Toplu davalar bu bağlamda, demokratik hukuk devletinin erozyonuna anlamına gelmeyecek, aksine demokratik hukuk devletinin güçlendirilmesi için bir araç olarak görülmelidir."<sup>22</sup> Bunun haricinde uluslararası hukuk, Avrupa Birliği hukuku ve ulusal hukukta (Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa, md. 3) devletin dernek ve birliklerin akreditasyonuna ilişkin bir usul öngörülmüş ki bu usul, görevlerin layıkıyla yerine getirilebilmesinin güvence altına alınması için yerine getirilmesi gereken şartlara yer vermektedir.

b) Toplu dava müessesesine meşruiyet argümanı ile doğrudan bağlantılı olarak yöneltilen ikinci itiraz ise, idarenin yasama erkinden sonra genel yararın tek koruyucusu olması gerektiğine ilişkindir. Bu ikinci argüman, çevreci birlik ve derneklerin meşruiyetine karşı ileri sürülmemiş, aksine 'üçüncü kuvvetin' yetkisine karşı dile getirilmiştir: İdare, genel yarar hakkında bir karar vermişse, bu durumda -Almanya'da yargısal korumanın geleneksel olarak yalnızca bireysel hakları koruması uyarınca herhangi bir yargısal denetime gereksinim bulunmamaktadır.<sup>23</sup> Duygulara seslenen bu argümantasyon esasında ikna edici olmaktan uzaktır. Zira bu

---

<sup>20</sup> Bu konuda bkz. *v. Danwitz*, in: GfU (Hrsg.), Dokumentation der 27. Fachtagung der Gesellschaft für UmweltR, 2004, s. 21 = NVwZ 2004, 272.

<sup>21</sup> *Ipsen*, NdsVBl 1999, 225 (227); daha ayrıntılı olarak bkz. *Weyreuther* (dn. 18), s. 23 vd.; eleştirel bir yaklaşım için ayrıca bkz. *Rehbinder* (dn. 18), s. 161.

<sup>22</sup> *v. Danwitz* (dn. 20), NVwZ 2004, 274.

<sup>23</sup> Ayrıca karşı. *Weyreuther* (dn. 18), s. 12.

görüŖçe, toplu dava imkânının kabulü durumunda bir dernek veya birliğin yükümlülüklerini yerine getirme konusunda güven duyulmayan idareye ‘vasi’ olarak atanmasının söz konusu olacağı ifade edilmiştir.<sup>24</sup> Ancak bu görüş, subjektif hak merkezli bir yargısal korunmanın kendilerince dile getirilen idareye karşı duyulan güvensizlik argümanına karşı ileri sürülebileceğini kavrayamamaktadır ki idarenin de doğal olarak ve hatta Alman Federal Anayasası’nın 1. maddesinin 3. fıkrası gereği hususi şekilde bireysel hakları korumakla mükellef olduğu düşünöldüğünde, bu görüşçe ileri sürölen dayanağın tutarsızlığı ortaya çıkacaktır. Ancak burada esasında bir güvensizliğin değil, aksine kuvvetler ayrılığına ilişkin temel meselelerin söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir. Hukuki bağımsızlık ile donatılmış idari yargı, gerçekte idarenin bireysel haklar alanındaki kontrolünü gerçekleştirmelidir.<sup>25</sup> Duygular bir yana bırakıldığında, meselelerin özü basit bir şekilde ortaya çıkacaktır: Bireysel haklara yönelik bir yargısal korunma Ŗayet kuvvetler ayrılığı öğretisine uygun bir durum olarak addedilirse, bunun bu açıdan tüm kamu menfaatine yönelik tüm hukuki pozisyonlar için de kabul edilmesi gerekir. Dernek ve birlikler de ayrıca ‘idarenin vasisi’ olarak tayin edilmemekte, aksine bunlara kamu menfaatini esas alan (çevresel) haklar için kanuni bir dava yetkinliği (*Prozessstandschaft, ç.n.*) aktarılmaktadır.

Bunun haricinde, subjektif yargısal korunmaya ilişkin bu yoğunlaşma ve yukarıda bahsettiğimiz asimetri önemini yitirmektedir. Çevrenin korunmasına yönelik devletsel yükümlülüğe karşı muhakemesel bir hukuki korunma, -haklı olarak- bireysel kullanıcı menfaatlerinin yerine geçmelidir. Kamusal menfaatleri esas alan çevre hukukuna riayetin yargısal denetimi ise, ‘sisteme yabancı’ olduğundan reddedilmelidir. Bu tarz bir yargısal korunma sistemi, özel ve kamusal gerekler için içerdği asimetrik kabul olanağı nedeniyle idareyi, ilaveten karar sorunları ile karşı karşıya getirmektedir.

c) Kuvvetler ayrılığı ve yargısal korunma sistemi argümantasyonunun yanı sıra ‘suiistimal argümanı’ da uzunca bir süre toplu dava müessesesine yöneltilen eleştirilerde önemli bir rol üstlenmiştir. Bir sürü dernek veya birliğin kuruluşu, bir sürü davanın söz konusu olması, önemli altyapı ve iktisadî projelerin ciddi anlamda gecikmesi ve toplu davaların dernek veya birliklerin bencil çıkarlarının takibi için bir araç haline getiril-

---

<sup>24</sup> *Weyreuther* (dn. 18), s. 20.

<sup>25</sup> Ayrıca bkz. *Calliess*, NJW 2003, 97 (100 vd.)

mesi, bu bağlamda dile getirilen endişelerin başında gelmektedir.<sup>26</sup> Suiistimal argümanı, toplu davalara karşı ileri sürülen itirazlar karşısında gerilemiştir. Öncelikle Almanya’da doğa koruma hukuku alanındaki toplu davalardan ve toplu davaların Avrupa Birliği üyesi ülkeler ve uluslararası düzeydeki uygulamasından elde edilen tecrübeler, suiistimal savını doğrulayacak niteliğe sahip değildir. Bu durum, çalışmamızın devamında ortaya konulacaktır. Bunun dışında, toplu davalara uygun bir şekil vermek için yeterli olanağın mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca, projelerin toplu dava nedeniyle oluşabilecek belli gecikmelerinin elbette istenilir olduğunu veya istenmesi gerektiğini ifade etmek gerekir. Belli bazı çevresel kullanımların hukuka uygunluğu bakımından ciddi şüphelerin var olduğu durumlarda, eldeki imkâna göre ‘fiili durumun’ ortaya çıkması ihtimalinden ve böylelikle yargısal korunmanın boşa gitmesinden sakınılmalıdır. Son olarak toplu dava müessesesinin sebep olacağı yarar ve zararlar arasında bir değerlendirmenin yapılması zorunludur ki bir taraftan çevresel kullanım menfaatlerine diğer taraftan çevre koruma menfaatlerine yönelik yargısal korunmada “silahların eşitliğine” ciddi bir önem verilmelidir.

d) Son zamanlarda -özellikle Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa’nın kabulü sürecindeki oldukça kısa süren meclis görüşmelerinde ise eşit muamele iddiası başka bir eleştiri noktası olarak ön plana çıkmıştır: Yasama sürecinde Federal Hükümet tarafından, dernek ve birliklerin yurttaşlara kıyasla daha geniş bir yargısal korunma imkânına sahip olmadığı ifade edilmiştir. Alman hukukunda öngörülen yeni düzenlemeye göre dernek ve birliklerin yalnızca kişilerin haklarını koruyan normların ihlalini ileri sürebilmesi, bu bağlamda iyi bir uzlaşma olarak görülmüştür.<sup>27</sup> Toplu dava müessesesine ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz lehte ve aleyhte görüşler dikkate alındığında, Alman yasama sürecindeki<sup>28</sup> bu ‘dönüşümü’ anlamak olanaklı değildir. Yurttaşların sahip olduğu dava haklarını dernek ve birlikler için de tanımak, hiçbir zaman ciddi anlamda mevzu bahis olmamıştır. Dava haklarının bu denli son derece lüzumsuz bir birlikteliği, bireysel yargısal korunma için hatta yüksek düzeyde riskli

---

<sup>26</sup> Ayrıca karşı. Contra und Pro Verbandsklage (dn. 17); *Weyreuther* (dn. 18), s. 23.

<sup>27</sup> Bkz. Protokoll der 1. Lesung zum Entwurf eines Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes v. 12. 9. 2006.

<sup>28</sup> Ayrıca karşı. Der Gesetzentwurf der rot-grünen Bundesregierung v. 21. 2. 2005 (Kabinett-Nr. 15 16 100 01).

olarak görülmüştür.<sup>29</sup> Toplu davaya ilişkin tartışmalarda bunun yerine - yukarıda belirtildiği gibi- daima, yargısal korunmanın bireysel hakların ihlali halleri ile sınırlanmasının aşılması ve münhasıran kamu menfaatine yönelik normların olası ihlallerine ilişkin bir yargısal korunmanın oluşturulmasından bahsedilmiştir. Federal Doğa Koruma Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenmiş olan toplu dava ve birçok eyalette daha evvel öngörülmüş olan doğa koruma hukukuna ilişkin toplu davalar, bu yolda yalnızca kısa bir mesafe kat etmiştir, buna karşın Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa toplu davaya ilişkin tartışmaları dikkate almamaktadır.

Bireysel yargısal korunma ve toplu davalar bağlamında dile getirilen eşit muamele fikri, *v. Danwitz*'ın daha önce belirttiğimiz hukuki raporuna dayanmaktadır. Esas olarak Aarhus Sözleşmesi'nin hükümlerinin yorumlandığı bu raporda, Aarhus Sözleşmesi'nin dernek ve birlikler için herhangi bir 'ayrıcalık' öngörmediği, bu nedenle taraf devletlerin toplu davaları yalnızca bireysel hakları güvence altına alan normların ihlali durumunda mümkün kılmasının doğru olduğu belirtilmiştir. Çalışmamızın Aarhus Sözleşmesi ile ilgili bölümünde bu konuya daha ayrıntılı değinilecektir.

### 3. Ara Bilanço

Objektif bir itiraz usulü olarak toplu davaların Alman çevre hukukunda öngörülmesi, kişiler tarafından mahkemeler nezdinde itiraz konusu yapılamayacak haklar içeren kamu menfaatini esas alan çevre hukukunun da olası ihlallerini ve böylelikle bireysel çevresel kullanım menfaatleri lehine ve çevre koruma menfaatlerinin aleyhine mevcut olan yargısal korunma asimetrisinin üstesinden gelmek için elverişli bir araç olacaktır. Aynı durum, Topluluğun objektif çevre hukukunun kabulü ve uygulanmasına ilişkin nedenlerle sübjektif yargısal korunmayı yeterli görmeyen ve bu nedenle toplu davaları gerekli gören Avrupa Birliği hukuku bakımından da geçerlidir. Dernek ve birliklerin yeterli meşruiyete sahip olmaması, kamu yararı konusunda son sözün idarede olması, çeşitli suiistimal tehlikeleri ve itiraza konu edilebilecek haklar konusunda yurttaşlar ile dernek ve birliklerin eşit muamele görmesi gerektiğine ilişkin itirazlar ise, ciddi bir mesnetten yoksundur.

---

<sup>29</sup> *Weyreuther* (dn. 18), s. 81.



### III. Almanya'daki Doğa Koruma Hukuku Alanındaki Toplu Davalara İlişkin Tecrübeler

Federal Doğa Koruma Kanunu'nun 61. maddesine 2002 yılında doğa koruma hukukuna ilişkin toplu dava düzenleme eklenmeden önce, toplu davanın şartlarını birbirinden ciddi bakımdan farklı düzenlese de Bavyera ve Baden-Württemberg eyaletleri istisna olmak üzere tüm eyaletlerde doğa koruma hukukuna ilişkin toplu davaları düzenleyen hükümler kabul edilmiştir. 1979 yılında toplu dava hükümlerini kabul eden il eyalet olan Bremen, bu konuda en köklü tecrübelerle sahiptir.<sup>30</sup> Bunu takiben,

- 1980 yılında Hessen Eyaleti<sup>31</sup> (Ancak bu eyalet, toplu davalara ilişkin federal düzenlemelerin yürürlüğe girmesi ile eyalet hukuku hükümlerini ilga etmiştir)<sup>32</sup>
- 1981 yılında Hamburg Eyaleti<sup>33</sup>
- 1983 yılında Berlin Eyaleti<sup>34</sup>
- 1987 yılında Saarland Eyaleti<sup>35</sup>
- 1992 yılında Brandenburg ve Saksonya Eyaletleri<sup>36</sup>
- 1992 yılında Saksonya Anhalt Eyaleti<sup>37</sup> (Bu eyalet de, toplu davalara ilişkin federal düzenlemelerin yürürlüğe girmesi ile 1992 yılında kabul ettiği bu hükümleri ilga etmiştir)<sup>38</sup>
- 1993 yılında Thüringen, Schleswig-Holstein, Aşağı Saksonya Eyaletleri<sup>39</sup>
- 1994 yılında Ren-Palatina Eyaleti<sup>40</sup>

---

<sup>30</sup> Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege v. 17. 9. 1979, GBl s. 345.

<sup>31</sup> § 36 HessNatSchG.

<sup>32</sup> Gesetz zur Änderung des Hessischen Naturschutzgesetzes v. 18. 6. 2002, GVBl s. 364 vd.

<sup>33</sup> § 41 HbgNatSchG.

<sup>34</sup> § 39b BerlNatSchG.

<sup>35</sup> § 33 SaarlNG.

<sup>36</sup> § 65 BbgNatSchG, § 58 SächsNatSchG.

<sup>37</sup> § 52 SachsAnhNatSchG.

<sup>38</sup> SachsAnhGVBl Nr. 41 v. 29. 7. 2004

<sup>39</sup> § 46 ThürNatSchG, § 51c SchlHNatSchG, § 60c NdsNatSchG (Aşağı Saksonya Eyaleti'nde toplu davayı düzenleyen normun kaldırılması planlanmaktadır.)

- 2000 yılında Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti<sup>41</sup>
- 2002 yılında ise Mecklenburg-Vorpommern Eyaleti<sup>42</sup> toplu davalara ilişkin düzenlemeler getirmiştir.

Toplu dava müessesesinin, eyaletlerdeki uygulaması sonucunda elde edilen tecrübeler ve çeşitli bilimsel araştırmaların ortaya çıkardığı sonuçlar,<sup>43</sup> dava haklarının dernek ve birliklerce sorumluluk bilinci ile kullanıldığını ve doktrinde bazı kesimlerce dile getirildiği şekilde<sup>44</sup> idari mahkemelerin aşırı sayıda çok dava ile karşı karşıya geleceği ve böylelikle idari yargının felce uğrayacağı savını çürütmektedir. Bu kapsamda örneğin Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti'nde BUND, LNU ve NABU<sup>45</sup> gibi akredite çevreci dernek ve birlikler, toplu dava olanağının kabul edildiği 2000 yılından Kasım 2005'e kadar toplu dava haklarını yalnızca tahkikat evresinde (*Hauptverfahren, ç.n.*) ve acele muhakeme usulünde (*Eilverfahren, ç.n.*) kullanmıştır.<sup>46</sup> Buna karşın 2000 ve 2004 yılları arasındaki zaman diliminde, Kuzey Ren-Vestfalya eyaletindeki idari mahkemelerde kayda geçen tüm tahkikat evrelerinin sayısı 218207, geçici koruma usullerinin sayısı ise 838132'dir.<sup>47</sup> Tüm Federal Almanya çapında idari mahkemelerde sona erdirilen toplu dava sayısı ve genel idari uyumsuzluklar

<sup>40</sup> § 37b RhPflPflegeG.

<sup>41</sup> § 12b NWLG.

<sup>42</sup> § 65a MVNatSchG.

<sup>43</sup> *Bizer/Ormond/Riedel*, Die Verbandsklage im NaturschutzR, 1990; *Blume/Schmidt/Zschiesche*, Verbandsklagen im Umwelt- und Naturschutz in Dtschld. 1997-1999, 2001; *Schmidt/Zschiesche/Rosenbaum*, Die naturschutzrechtliche Verbandsklage in Dtschld., 2004.

<sup>44</sup> *Weyreuther* (dn. 18), s. 67 vd.

<sup>45</sup> Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen, Landesgemeinschaft Naturschutz und Umwelt Nordrhein-Westfalen und Naturschutzbund Nordrhein-Westfalen.

<sup>46</sup> NABU, LNU NRW, BUND, Erfahrungen Verbandsklage NW, Stand: November 2005, s. 1, [www.lb-naturschutz-nrw.de/Aktuelles/Downloads/Erfahrungen%20Verbandsklage%20NRW.pdf](http://www.lb-naturschutz-nrw.de/Aktuelles/Downloads/Erfahrungen%20Verbandsklage%20NRW.pdf)

<sup>47</sup> Justizministerium NRW, Geschäftsentwicklung der Hauptverfahren (Kammern insgesamt) vor den Verwaltungsgerichten, [www.justiz.nrw.de/Zahlen\\_fakten/\\_statistik/justizgeschaeftsstatistik/verwaltungsgerichte/geschaeftsentwicklung/Hauptverfahren.pdf](http://www.justiz.nrw.de/Zahlen_fakten/_statistik/justizgeschaeftsstatistik/verwaltungsgerichte/geschaeftsentwicklung/Hauptverfahren.pdf); Geschäftsentwicklung der Verfahren zur Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz- Kammern insgesamt- (ohne numerus-clausus-Sachen) vor den Verwaltungsgerichten, [www.justiz.nrw.de/Zahlen\\_fakten/statistiken/justizgeschaeftsstatistik/verwaltungsgerichte/geschaeftsentwicklung/vorl\\_reschu\\_nc.pdf](http://www.justiz.nrw.de/Zahlen_fakten/statistiken/justizgeschaeftsstatistik/verwaltungsgerichte/geschaeftsentwicklung/vorl_reschu_nc.pdf)

arasındaki oransal ilişki de benzer niteliktedir. Yıllık yaklaşık 30 toplu dava yargısal birimlerce karara bağlanırken,<sup>48</sup> bu sayı genel idari yargı davaları için 2002 yılında 190.875, 2003 yılında 201.603 ve 2004 yılı için 206.855 olarak belirlenmiştir.<sup>49</sup> Toplu davaların tüm idari davalar içindeki oranının yukarıda belirttiğimiz yıllardaki oranı böylelikle % 0,016, 0,0149 ve 0,0145'tir. Almanya'da 2002 yılında doğa ve peyzaj koruması alanında toplu davalar da dâhil olmak üzere tüm idari mahkemeler nezdinde 42 tane esas yargılama (*Hauptsacheverfahren*, ç.n.) sonuca bağlanmıştır. Polis, kolluk, ikametgâh hukuku ve çevre koruma hukuku alanında ise bu rakam 13.933'tür.<sup>50</sup> Bu bağlamda toplu davaların, genel idari yargı davaları içinde önemsiz bir paya sahip olduğunu ve bundan ötürü idari mahkemelerin yükünün artmasının sorumlusu olarak gösterilemeyeceğini ifade etmek gerekir.<sup>51</sup> Bununla birlikte doğa koruma hukuku alanındaki toplu davalara başvuru konusunda ciddi bir çekinikliğin mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Bu çekiniklik,

- Büyük mali riskler
- Dernek ve birliklerin kısıtlı zamana ve personel kaynaklarına sahip olması
- Önemli uyuşmazlıklara uzmanca yoğunlaşma
- Dernek ve birliklerin dırdırcı görünmeme yönündeki çabaları
- Toplu dava hakkının devam eden idari usûl üzerindeki önleyici etkisi ile açıklanabilir.<sup>52</sup>

Doğa koruma hukukundaki toplu davaların önemli altyapı projelerinin haksız yere geciktirilmesi için suiistimal edildiği yönündeki argümanın da ampirik açıdan çürütüldüğü görülmektedir.<sup>53</sup> 1996-2001 yılları arasındaki zaman diliminde *Schmidt et al.* tarafından incelenen toplam 115

---

<sup>48</sup> *Schmidt/Zschiesche/Rosenbaum* (dn. 43), s. 32.

<sup>49</sup> Statistisches Bundesamt, Statistisches Jb. 2006 für die BRep. Dtschld., 2006, s. 262, Übersicht 10.4.7.

<sup>50</sup> Statistisches Bundesamt, Rechtspflege - Verwaltungsgerichte, Fachserie 10, Reihe 2.4, 2004, s. 24.

<sup>51</sup> *Blume/Schmidt/Zschiesche* (dn. 43), s. 10; *Philipp*, Das Verbandsbeteiligungs- und VerbandsklageR der anerkannten Natur- und Umweltschutzverbände in Dtschld. unter bes. Berücksichtigung der Verhältnisse im Freistaat Sachsen, 1998, s. 19.

<sup>52</sup> *Bizer/Ormond/Riedel* (dn. 43), s. 63, 66; ayrıca karş. *Philipp* (dn. 51), s. 19.

<sup>53</sup> *Contra und Pro Verbandsklage* (dn. 17).

toplu davanın 87'si yani % 75,7'si ilk mercide sonlandırılmıştır.<sup>54</sup> *Schmidt et al.*, 1997-1999 yılları arasındaki dönemde ise toplu davaların % 82,1'inin ilk mercide sonlandırıldığı ortaya koymuştur.<sup>55</sup> Bu durum, toplu davaların uzun süreceği yönündeki korkuların mesnetsiz olduğuna dair önemli bir göstergedir.<sup>56</sup> Diğer yargılamalar için önem taşıyan hukuki meselelerin ortaya çıkmasına neden oldukları sürece toplu davalar diğer yargısal süreçlerin hızlanmasına da katkıda bulunabilir. Örneğin, Alman Federal İdare Mahkemesi'nin Batlık Denizi Otobanı A 20 kararı çerçevesinde Avrupa Birliği Fauna-Flora-Habitat Yönergesi'nin doğrudan etkisi bağlamındaki bazı hukuki belirsizlikler aydınlatılmıştır. Böylece bu hukuki meselelerin diğer yargılamalarda hususî olarak irdelenme ihtiyacı ortadan kalkmıştır.<sup>57</sup>

Toplu davaların son olarak da çevre hukukunun kabulünün daha iyi bir hale gelmesine katkıda bulunduğu görülmektedir: Toplu davalar evvela, idari yargının genel davalarına kıyasla ortalama olarak daha başarılıdır. İdari yargının genel davalarında tam veya kısmi başarı oranı % 20 iken, doğa koruma hukukundaki son merci toplu davalarının 1996-2001 yılları arasındaki tam veya kısmi başarı oranının dernek ve birlikler için % 26,4 olduğu görülür. Yargılamalar kapsamında alınan kararların toplam sayısı dikkate alındığında daha iyi bir bilanço göze çarpmaktadır. Acele muhakeme usulünde ve kısmen ilk merci yargılamalarında tam veya kısmi başarı oranının yukarıda belirtilen zaman dilimi için yaklaşık olarak % 30 olduğu görülür. Bu ciddi başarının sebebi ise, çevreci dernek ve birliklerin önemli çevre ve doğa koruma hukuku ihlallerine karşı ilgili birimler nezdinde harekete geçmesi ve bu nedenle çoğunlukla acele muhakeme usulünde veya ilk mercide başarılı olmasıdır.<sup>58</sup> Toplu dava yoluna başvurma olanağının idari makamlar ve dernek ve birlikler arasında belli bazı uyumsuzluklar bakımından yargısal yollara başvurmadan ilgili projenin çevrenin korunması lehine değiştirilmesini sağlayacak mutabakatsal çözümlerin bulunmasına neden olması da, çevre hukukunun icrasına açık bir şekilde katkıda bulunmaktadır.<sup>59</sup> Son olarak toplu davalar elde ettikle-

<sup>54</sup> *Schmidt/Zschiesche/Rosenbaum* (dn. 43), s. 34.

<sup>55</sup> *Blume/Schmidt/Zschiesche* (dn. 43), s. 10.

<sup>56</sup> *Schmidt/Zschiesche/Rosenbaum* (dn. 43), s. 34 vd.

<sup>57</sup> SRU, Umweltgutachten 2002, N. 157.

<sup>58</sup> *Schmidt/Zschiesche/Rosenbaum* (dn. 43), s. 35 vd.

<sup>59</sup> NABU, LNU NRW, BUND (dn. 46), s. 2 vd.

ri başarılı neticeden bağımsız bir şekilde, kamuoyunun çevre ile ilgili konularda<sup>60</sup> duyarlılaşmasını sağlamakta ve çevreci dernek ve birliklerin özgeci (*altruistisch, ç.n.*) görevlerini teşvik etmektedir.<sup>61</sup>

Çevre koruma hukukundaki toplu davalar, esasında bireyler için haklar öngörmeyen kamu menfaatini temel alan çevre hukukun kabulüne yöneliktir. Bu bağlamda bu müessese ile ilgili olumlu tecrübeler, bu dava türünü savunanların beklentilerini onaylamakta ve aynı zamanda toplu davaların Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa'da sınırlayıcı düzenleniş biçimini aşma konusunda cesaret vermektedir.

#### **IV. Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Uluslararası Düzeyde Toplu Davalara İlişkin Tecrübeler**

##### **1. Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde Toplu Dava Hakları**

AB üyesi ülkelerde toplu davaların uygulanmasına ilişkin önemli bilgileri, AB Komisyonu adına *de Sadeleer et al.* tarafından hazırlanan "Access to Justice in Environmental Matters" (2002) adlı kapsamlı çalışmaya borçluyuz. Öncelikle göze çarpan husus, araştırmanın yürütüldüğü tüm üye ülkelerde (Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Polonya, Birleşik Krallık) toplu davaların ağırlık noktasının doğa koruma hukuku alanında olduğudur.<sup>62</sup> Almanya ise, dernek ve birliklerin çevresel konulardaki yargısal başvuru hakkını doğa koruma hukuku alanı ile sınırlandıran tek ülkedir.<sup>63</sup> Bunun haricinde Avrupa Birliği çapında çevresel konularda toplu davalara ve yurttaş davalarına ilişkin olarak elde edilen tecrübeler, dava sayısının hızlı bir şekilde artması ve mahkemelerin iş yükünün çoğalması gibi sonuçlardan henüz bahsedilemeyeceğini göstermektedir. Araştırmanın yürütüldüğü hiçbir ülkede, çevresel konulardaki toplu davalar ve yurttaş davaları yüzünden mahkemelerin iş yükünün aşırı derecede arttığına dair bir belirtiye rastlanmamıştır. Hollanda gibi araştırmanın yürütüldüğü zaman diliminde oldukça çok sayıda toplu davanın açıldığı ülkelerde bile, mahkemelerin iş yükünün aşırı derecede artmadığı görülmüştür.<sup>64</sup> 1996-2001 yıllarını kapsayan

---

<sup>60</sup> *Schmidt/Zschiesche/Rosenbaum* (dn. 43), s. 39.

<sup>61</sup> *Blume/Schmidt/Zschiesche* (dn. 43), s. 14.

<sup>62</sup> *Sadeleer/Roller/Dross*, Access to Justice in Environmental Matters, 2002, s.8, <http://www.oeko.de/forschungsergebnisse/dok/228.php>.

<sup>63</sup> SRU, Aktuelle Stellungnahme 2005 (dn. 4), N. 9; *Roller*, UVP-report 2005, 73 (74).

<sup>64</sup> *Sadeleer/Roller/Dross* (dn. 62), s. 5.

zaman diliminde araştırmaya konu olan ülkeler için *de Sadeleer et al.* tarafından verilen rakamlar şöyledir: Belçika 146, Fransa 1197, Hollanda 4000, Portekiz 57, İtalya 117, Almanya 115, Birleşik Krallık 102, Danimarka 4.<sup>65</sup> Sayılardaki bu farklılığı, bu ülkelerdeki yargısal korunma sistemlerinin farklılığı ile açıklamak mümkündür.

Danimarka'daki düşük rakam, bu ülkede hukuki başvurunun ağırlık noktasının mahkemeler nezdindeki yargısal korunma değil de mahkemelerden önce gelen hukuki bir denetim sistemi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu denetim sistemi, uyuşmazlıkların büyük bir kısmını mutabakat merkezli bir anlayışla çözen, idareden bağımsız itiraz kurulları tarafından oluşmaktadır.<sup>66</sup> Danimarka'nın en önemli doğa koruma derneği tarafından 1997-2001 yılları arasında doğa koruma hukuku alanında yaklaşık 655 tane bu tür itiraz davası açılmıştır.

Araştırmanın yapıldığı zaman süresince Hollanda'da açılan toplu dava sayısının nispeten yüksek olması ise, öncelikle çevresel konulardaki yargısal başvuru hakkının genişliği ile açıklanabilir ki hem dernek ve birliklere hem de gerçek kişilerle tanınmış olan bu yargısal başvuru hakkı, tesislere onay ve ruhsat verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda neredeyse bir popüler dava şeklini almaktadır. Bunun dışında, devlet tarafından finanse edilen büyük çevre koruma dernek ve birliklerinin yargısal koruma alanında yakın zamana kadar ciddi faaliyetlerde bulunduğunu belirtmek gerekir. Geniş kapsamlı yargısal başvuru haklarına ve aktif çevreci dernek ve birliklere rağmen Hollanda'da dava hakkı suiistimal edilmemiştir.<sup>67</sup> Bununla birlikte, son birkaç yıldır Hollanda'da açılan toplu dava sayısının hızlı bir şekilde düştüğü görülmektedir: 1997 yılında açılan toplu dava sayısı 966 iken, bu sayı 2001 yılında 569'a ve 2002 yılında 370'e inmiştir.<sup>68</sup> Bu düşüşün nedenini, bir yandan yargılama masraflarının artışı diğer yandan dernek ve birliklere devlet tarafından yapılan malî desteğin düşürülmesinde aramak gerekir. Temmuz 2005'te ise gerçek kişiler bakımından çevresel konulardaki toplu davalara bir sınır-

---

<sup>65</sup> *Sadeleer/Roller/Dross* (dn. 62), s. 3.

<sup>66</sup> *Epiney/Sollberger*, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im UmweltR, 2002, s. 214.

<sup>67</sup> *De Gier/Robbe*, De actio popularis in het ruimtelijke ordeningsrecht en het milieurecht, De Gemeentestem 1999, s. 605 vd. (639 vd.).

<sup>68</sup> *Verschuuren*, The Netherlands Contry Report, s. 89, in: *Sadeleer/Roller/Dross* (dn. 62), Country Reports and Case Studies - Part II Germany - Italy - The Netherlands; *Roller* (dn. 63), s. 74.

lama getirilmiştir. Buna göre gerçek kişilerin dava açabilmesi için haklı bir menfaatinin söz konusu olması gerekmektedir. Emisyon salan bir tesisin etki alanında yaşıyor olmak, gerçek kişilerin bu tür bir menfaatinin mevcudiyeti bakımından yeterli örnek bir durumdur.

Fransa'da gerek gerçek kişiler gerek dernek ve birlikler bakımından yargısal başvurunun kapsamı genel olarak oldukça geniş düzenlenmiştir. Çevresel konularda bir yandan subjektif hakların korunmasına diğer yandan ise idari kararların objektif nitelikteki bir denetimine yönelik dava imkânları mevcuttur.<sup>69</sup> Sayıları oldukça yüksek olan toplu davaları ve yurttaş davalarını ise Fransa'da çevresel davaların ağırlık noktasını oluşturan avlanma, tarım ve su kirliliği alanlarında yetkili idari birimler ve davacılar arasında bir mutabakatın oluşturulamaması ile açıklamak gerekir.<sup>70</sup> Yargısal mercilere başvuru hakkının geniş bir biçimde düzenlenmesi ise, toplu dava hakkına başvuruların zorunlu olarak ciddi bir şekilde artacağı gibi bir netice doğurmamaktadır. Portekiz'de araştırmanın gerçekleştirildiği dönemde yargısal başvurunun fiilen sınırlanmamış olmasına rağmen,<sup>71</sup> diğer Avrupa Birliği üyesi ülkelere kıyasla oldukça az toplu davanın açılmış olması, bu savımızı doğrular niteliktedir. Bu durumun nedeni olarak ise, Portekiz'deki çevreci dernek ve birliklerin tecrübesizliği gösterilmiştir.<sup>72</sup>

Toplu dava sayısının genel olarak düşük olması, çevreci dernek ve birliklerin yargısal başvuru haklarını çok özenli bir şekilde kullandığını ve yalnızca başarı vaat eden ağır hukuki ihlallere karşı dava açtıklarını göstermektedir.<sup>73</sup> Toplu davaların başarı oranı, çoğu üye ülkede diğer davaların ortalama başarı oranından yüksektir. Bu durum, büyük ölçüde çevre koruma hukuku alanındaki mevcut icra açıkları ile açıklanmaktadır. Toplu davalara ilişkin başarı oranları, çevreci dernek ve birliklerin toplu dava haklarını suiistimal ederek kullanacağı yönündeki korkuların da mesnetsiz olduğunu ortaya koymuştur. Başarılı bir akıbetten bağımsız bir şekilde çevre koruma menfaatlerini dava yolu ile kabul ettirebilme imkânı bile, çevre koruma hukukunun icrasının iyileştirilmesi için bir nedendir. Bu bakımdan başarısızlıkla sonuçlanan toplu davaların da, çevre hukuku-

---

<sup>69</sup> *Epiney/Sollberger* (dn. 66), s. 89 vd.

<sup>70</sup> *Sadeleer/Roller/Dross* (dn. 62), s. 5.

<sup>71</sup> *Roller* (dn. 63), s. 74.

<sup>72</sup> *Sadeleer/Roller/Dross* (dn. 62), s. 5.

<sup>73</sup> *Sadeleer/Roller/Dross* (dn. 62), s. 7, 13.

nun idare tarafından daha iyi gözetilmesi sonucunu doğuracağını belirtmek gerekir.<sup>74</sup>

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan bir araştırma, Aarhus Sözleşmesi'nin yargısal korunma sütununun iç hukuka aktarılması bakımından Avrupa Birliği'ne yeni üye olmuş ülkelerdeki durumun farklılık arz ettiğini göstermektedir. Buna göre, Estonya, Slovenya, Polonya ve Letonya'da 'eksiksiz bir aktarım' gerçekleşmiş, Bulgaristan, Macaristan, Litvanya ve Slovakya'da ise yeterli bir yargısal korunma şimdiye kadar ancak kısmen gerçekleştirilmiş, Çek Cumhuriyeti, Kıbrıs ve Malta'da ise bu sütunun ulusal aktarımı neredeyse hiç gerçekleşmemiştir.<sup>75</sup>

Estonya'da çevre hukuku alanındaki yargısal korunma sisteminin radikal bir biçimde yeniden düzenlenmesi, Aarhus Sözleşmesi vasıtasıyla gerçekleşmiştir. Aarhus Sözleşmesi'nin Estonya tarafından onaylanmasından beri mahkemeler, çevresel konularda yargısal başvuruya ilişkin şartları oldukça geniş bir şekilde yorumlamakta ve anayasal olarak güvence altına alınmış temiz bir çevre hakkını kural olarak herkes tarafından mahkemeler nezdinde ileri sürülebilecek subjektif bir hak olarak görmektedir. Estonya mahkemeleri bu bağlamda, artık farklı kişi birliklerine de çevresel konularda yargısal başvuru hakkı tanımaktadır.<sup>76</sup>

56

Düzenlenişinde her ne kadar farklılıklar olsa da çevre hukuku alanındaki toplu davaların Avrupa Birliği üyesi ülkelerde genel olarak oldukça olumlu bir bilanço ortaya çıkardığını belirtmek gerekir. Çoğunlukla ortalamanın üzerinde seyreden başarı oranları, bu tür toplu davaların olgusal haklılığını ortaya koymaktadır. Tüm farklı düzenleniş biçimlerinde toplu davaların sayısının düşük olması, toplu davaların mahkemelerin iş yükünü aşırı derecede artıracığına ilişkin korkuların yersizliğini göstermektedir.

---

<sup>74</sup> *Sadeleer/Roller/Dross* (dn. 62), s. 12 vd.

<sup>75</sup> EU Kommission (GD Umwelt), Study on the Implementation of the Aarhus Convention in the New Member States, and Bulgaria, Romania und Turkey, Substudy Assignment Final Report, August 2004, durchgeführt von *Jaakoo/Pöyry/Infra/Cowi*, ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/study\_aarhus\_2004.pdf, s. 16 vd.

<sup>76</sup> *Veinla/Relve*, European Environmental Law Review 2005, s. 326 vd.



## 2. Çevre Koruma Alanındaki Toplu Dava Haklarının Uluslararası Bağlamda Düzenlenişi

*Rehbinder/Burgbacher/Knieper* tarafından yapılan araştırmada, sınırlayıcı Alman yargısal korunma sistemi ve çevresel konularda geniş kapsamlı yargısal başvuru imkânlarına yer veren ABD, İsviçre ve Fransa'daki yargısal korunma sistemleri arasındaki önemli farklılıklar da saptanmış idi.<sup>77</sup> Vaktiyle bu çalışmada ortaya konan savlar, yeni araştırmalarda onaylanmış gibi görünmektedir. ABD ve İsviçre'de toplu davalar ilişkin durum kısaca şöyledir:<sup>78</sup>

a) ABD: Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970 yılından itibaren gerek federal düzeyde gerekse de birçok eyalette yurttaş davaları (*Citizen Suits*, ç.n.) yoluyla kamusal nitelikteki çevresel menfaatlerin kabulüne yönelik oldukça kapsamlı bir yargısal başvuru imkânı getirilmiştir. Buna göre gerçek kişiler ve birlikler, çevrenin korunması ile ilgili birçok konuda hem kamusal birimlere hem de özel şahıslara karşı dava açma hakkına sahiptir. Suların korunması, tehlikeli maddeler ve katı atıkların bertaraf edilmesi ve hava temizliği, bu davaların kapsamına giren konulardan bazılarıdır. Her ne kadar ABD hukukunda da popüler dava yolu kapatılmışsa da *Supreme Court* (*Yüksek Mahkeme*, ç.n.) dava açılması için anayasal bakımdan gerekli görülen *standing*'in (*aktif husumet*, ç.n.) kapsamını geniş bir şekilde yorumlamakta ve birçok farklı ilgililik biçimini dava açılması bakımından zorunlu olan fiilî hak ihlâli (*injury in fact*) kapsamında ele almaktadır.<sup>79</sup>

Çevrenin korunması ile ilgili ABD'deki yurttaş davalarının büyük bir kısmı, esasında dernek ve birlikler tarafından açılmıştır.<sup>80</sup> Bunun en önemli nedeni olarak davanın başarılı neticelendiği hallerde de hâkimin takdiri çerçevesinde belirlenecek yargılama masrafları görülmektedir. Zira yargılama masraflarının çok yüksek olması nedeniyle, çoğunlukla yalnızca iyi mali olanaklara sahip dernek ve birlikler dava açma imkân-

---

<sup>77</sup> *Rehbinder/Burgbacher/Knieper* (dn. 4).

<sup>78</sup> Bkz. Fransa yukarıda IV, 1.

<sup>79</sup> *Bizer/Ormond/Riedel* (dn. 43), s. 50 vd.; *Kokott/Lee*, in: *Marburger/ Reinhardt/ Schröder* (Hrsg.), *Jb. des Umwelt- und TechnikR* 1998, s. 215 (235 vd.); *Zengerling*, *Citizen Suits - Comparison between models in the U.S., UNECE, EC, and Germany*, LL.M.-Thesis, *Michigan Law School*, 2006 (unveröff.), s. 21 vd.

<sup>80</sup> *May*, *Widener Law Review* 2003, s. 3.

nından faydalanabilmektedir.<sup>81</sup> Ancak yurttaş davalarının son zamanlarda işletmeler, arazi sahipleri, proje geliştirme şirketleri, sanayiciler ve eyaletler gibi farklı aktörler tarafından açıldığı görülmektedir.<sup>82</sup> Geniş yargısal başvuru imkânlarına rağmen çevrenin korunması ile ilgili yurttaş davalarının ABD’de de ölçülü olarak kullanıldığı görülür: 1978-1984 yılları arasındaki dönemde yalnızca 349 dava “notice of intent” (*niyet bildirimi*, *ç.n.*) yoluyla açılmıştır.<sup>83</sup> Michigan Eyaleti’nde 1970 yılında dava hakkının kabulünü takip eden ilk 5 yılda yalnızca 119 adet yurttaş davası kayda geçmiştir. Buna karşın aynı dönemde 600.000 tane adli dava açılmış ki çevre koruma davaları, bu davalar arasında yalnızca % 0,02’lik bir dilimi temsil etmekte idi ve bunun dışında % 58’lik bir başarı oranına sahip idi.<sup>84</sup> Yakın zamanlarda ise çevrenin korunması ile ilgili yurttaş davalarına başvuruların arttığı görülmektedir. Nitekim 1995-2002 yılları arasında ‘notice of intent’ yoluyla yılda ortalama 550 yurttaş davası açılmıştır.<sup>85</sup> Artan bu sayıya rağmen mahkemelerin iş yükünde ciddi bir artış gerçekleşmemiştir. Bu bağlamda ABD’de de çevre koruma davalarının, bilhassa dernek ve birlikler tarafından ne suiistimal edildiğini ne de mahkemelerin iş yükünde ciddi bir artışa neden olduğunu belirtmek gerekir. Bu davalar daha ziyade, çevre hukukunun icra denetimine elverişli bir araç olup,<sup>86</sup> ABD hukuk sisteminde devletsel icranın mecburi bir biçimde tamamlanma işlevini üstlenmektedir.<sup>87</sup>

b) İsviçre: İsviçre’de çevre koruma örgütleri aşağıdaki durumlarda dava hakkına sahiptir:

- Çevre Koruma Kanunu’nun 55. maddesi uyarınca gerçekleştirilmeden önce ÇED’in yürütülmesinin zorunlu olduğu projeler (1983’ten beri)<sup>88</sup>
- Federal bir görevin yerine getirilmesi bağlamında kabul edilen tasarruflar, örn. ulusal yollar ve demiryollarına ilişkin plan onayları (Doğa ve Yurt Koruma Kanunu md. 12 – 1966’dan beri)

---

<sup>81</sup> *Kokott/Lee* (dn. 79), s. 236 vd.

<sup>82</sup> *May* (dn. 80), s. 3.

<sup>83</sup> *Kokott/Lee* (dn. 79), s. 236 vd. (252)

<sup>84</sup> *Bizer/Ormond/Riedel* (dn. 43), s. 53.

<sup>85</sup> *May* (dn. 80), s. 1.

<sup>86</sup> *Kokott/Lee* (dn. 79), s. 236.

<sup>87</sup> *Zengerling* (dn. 79), s. 12.

<sup>88</sup> [www.admin.ch/ch/d/ff/2007/9.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/9.pdf)

- Mucibince çevrede kullanılacak genetiği değiştirilmiş organizmaların piyasaya sürülmesine ilişkin izinler (Genteknik Yasası md. 28-2004 yılından beri)

1996-2003 yılları arasındaki zaman diliminde, Federal Mahkeme nezdinde yıllık ortalama 10,5 olayda dernek ve birlikler tarafından dava açılmıştır. Buna karşın yalnızca 2003 yılında Federal mahkeme'nin önüne toplam 4.588 uyuşmazlık gelmiş, bunların 1.055'i idari yargı alanı kapsamında idi.<sup>89</sup> Bizzat çevre koruma örgütleri tarafından ise yılda yalnızca 7,5 dava açılmış, bununla birlikte araştırmaya konu edilen zaman diliminde açılan dava sayısına ilişkin bir düşünüş eğilimi göze çarpmakta idi. Dernek ve birliklerin katılımının gerçekleştiği davaların % 63'ü başarılı olmuş, doğrudan dernek ve birlikler tarafından açılan davalarda ise bu oran % 58 idi. Bu dönemde idari yargı mahkemeleri nezdinde açılan tüm davaların ise ancak % 18,6'si başarı ile sonlanmış. Bu bağlamda çevreci dernek ve birlikler, diğer davacılarla oranla idari yargıda üç kat daha başarılı olmuştur.<sup>90</sup> İsviçre Federal Konseyi'nin görüşüne göre toplu davalar, çevre koruması alanındaki yasaların doğru bir şekilde icrasını sağlayıp, kamusal birimlerin kararlarının yetkili kanun yolu mercilerince bağımsız bir şekilde denetlenmesini mümkün kıldığından doğrulunu göstermiştir.<sup>91</sup>

c) Ara Bilanço: Önemli nitelikteki uluslararası tecrübeler de, toplu davaların yüksek düzeydeki işlevselliğini onaylamakta ve Alman hukukunda geleneksel olarak dile getirilen suiistimal korkusunun yalnızca köklü bir önyargı olduğunu ispatlamaktadır.

---

<sup>89</sup> Schweizerisches Bundesgericht, Geschäftsbericht 2003, s. 17, [www.bger.ch/rg-bger-d.pdf](http://www.bger.ch/rg-bger-d.pdf)

<sup>90</sup> *Tanquerel/Flückiger/Dubouchet*, Beschwerderecht der Umweltschutzorganisationen, Aktualisierte Statistik über die Verwaltungsgerichtsbeschwerden vor dem Bundesgericht, an denen Umweltschutzorganisationen beteiligt waren, Fassung v. 24. 2. 2005, s. 3, [www.bafu.admin.ch/recht/02368/02374/index.html?lang=de](http://www.bafu.admin.ch/recht/02368/02374/index.html?lang=de).

<sup>91</sup> Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht v. 27. 6. 2005 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, 24. 8. 2005, unter 2.3, [www.admin.ch/ch/d/ff/2005/5391.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/5391.pdf).

## V. Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Hukuku ve Ulusal Hukuktaki Güncel Hukuki Durum

### 1. Aarhus Sözleşmesi'nden Kaynaklanan Uluslararası Yükümlülükler

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Konseyi (ECE) tarafından 25 Haziran 1998 tarihinde imzaya açılmış olan ve 31 Ekim 2001'de yürürlüğe giren Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi'nin (Aarhus Sözleşmesi) 9. maddesinde yer alan düzenleme, Almanya<sup>92</sup> ve diğer taraf devletleri çevresel konulardaki yargısal başvurularda belli bir düzeyi temin etmekle yükümlü kılmaktadır. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüş, sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasının taraf devletleri kişiler için bireysel haklar öngörmeyen kamu menfaati esaslı çevre hukukunun ihlâlinin de mahkemeler nezdinde ileri sürülebilmesine olanak tanıyacak toplu davaların öngörmekle mükellef kıldığı yönündedir.<sup>93</sup> Bununla birlikte seyrek de olsa doktrinde Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasının taraf devletlere toplu dava olanağını bireysel hakların ileri sürülebilmesi ile sınırlayabileceği konusunda bir serbestlik tanıdığı ve bu hakları varsayımsal olarak dernek ve birliklere aktarabileceği savunulmuştur.<sup>94</sup> Bu görüş ayrılığının aşılabilmesi için, 9. maddenin 2. fıkrasının lafzına dikkatli bir şekilde ele alınmalıdır. Burada,

*“Sözleşme taraflarının ulusal hukukları çerçevesinde, ilgili halka dahil kişilerden a) yeterli bir menfaati söz konusu olan veya b) bir hak ihlaline uğrayan kişilere... resmi makamların sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrası kapsamındaki kararlarına... karşı gerek mahkemeler ve gerekse diğer*

<sup>92</sup> Almanya, bu sözleşmeyi 21. 12. 1998 tarihinde imzalamış ve 15. 12. 2006 tarihinde kabul ettiği yasa ile onaylamıştır (BGBl I, 2816 [2826]).

<sup>93</sup> SRU (dn. 4), s. 7 vd.; Umweltgutachten 2002, N. 160; *Alleweldt*, DÖV 2006, s. 621 (625 vd.); *Müller-Terpitz*, ArchVölkR 43 (2005), 466 (486 vd.) *Schmidt/Kremer*, Die Anforderungen der Öffentlichkeits-Richtlinie 2003/35/EG und der Aarhus-Konvention an die Erweiterung der Klagemöglichkeiten von Umweltverbänden, Rechtsgutachten Juni 2006, s. 13 vd.; *Epiney/Sollberger* (dn. 66), s. 328; *Epiney*, ZUR 2003, 176 (179); *Sparwasser*, in: Gesellschaft für UmweltR (Hrsg.), UmweltR im Wandel, 2001, s. 1017, 1048; *Zschiesche*, ELNI Review 1/2002, s. 21 (27); *Schlacke*, NuR 2004, 629 (632); *Scheyli*, ArchVölkR 38 (2000), 217 (245).

<sup>94</sup> Bu bağlamda bkz. *v. Danwitz* (dn. 19); ayrıca karşı. *Schmidt-Preuß*, NVwZ 2005, 489 (495); *Seelig/Gündling*, NVwZ 2002, 1033 (1040).

*bağımsız ve tarafsız organlar nezdinde... bir başvuru hakkını güvence altına almalıdır.*

*Yeterli menfaat ve hak ihlalinden ne anlaşılması gerektiği, ulusal hukukun gerekleri çerçevesinde ve ilgili halka bu sözleşme kapsamında geniş bir yargısal korunma sağlanması hedefi ile uyumlu olarak belirlenmelidir. Her bir sivil toplum örgütünün menfaati de bu hedef çerçevesinde... a) bendi uyarınca yeterli niteliğe sahiptir. Bu tür örgütler, aynı zamanda b) bendi uyarınca ihlâl edilebilecek haklara da sahiptir.”*

Uluslararası sözleşmelerin müzakere sürecinin karmaşıklığı ve sözleşmelerin buna uygun bir biçimde hassas ve titiz bir şekilde yorumlamasına ilişkin ilke de dikkate alındığında, sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu ifadenin dernek ve birliklere, mahkemeler ve mahkeme benzeri makamlar nezdinde sırf objektif hukuki normların ihlaline karşı denetim imkanı sunan bir inisiyatif hakkı tanıdığı anlaşılacaktır. Sözleşmenin giriş kısmının lâfzî, sistematik ve amaçsal bakımdan titiz bir şekilde yorumlanmasının yanı sıra müzakere sürecinin genel seyri de bu sonucu doğrular niteliktedir. Almanya çelişik tavırları yüzünden sözleşmenin müzakere sürecinde kendi görüşünü yeterince kabul ettirememiştir. Ayırtılara girecek olursak:

Evvela a) ve b) bentleri, taraf devletlerin yargısal mercilere başvuruyu açıkça farklı şartlara bağlayabileceğini dile getirmektedir: Hem menfaat ihlâlini esas alan model hem de bireysel hakların olası bir ihlâlini şart koşan Alman modeli, sözleşme hükümleri ile uyumludur. Bunun akabinde 3. cümlede, yeterli bir menfaat ve hak ihlali kavramlarının ulusal hukukun gerekleri çerçevesinde tanımlanacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu ulusal takdir yetkisi, sivil toplum örgütleri bakımından üç şekilde ciddi anlamda sınırlandırılmıştır:

(1) Öncelikle taraf devletler, kendi hukuk düzenlerini ilgili halka bu sözleşme kapsamında geniş bir yargısal korunma sağlanması hedefine uygun bir biçim vermekle mükellef kılınmıştır.

(2) Ancak sözleşme, taraf devletler için gayet açık olan sivil toplum örgütlerine yargısal başvuru imkânını genişletmeye yönelik bu yükümlülükle yetinmemekte, ayrıca bu hedefe yönelik geniş kapsamlı bir yargısal başvuruyu zorunlu görmektedir.

- bir taraftan her bir sivil toplum örgütünün menfaati a) bendi uyarınca yeterli nitelikte görülecek ve

- diğer taraftan bu tür örgütler b) bendi uyarınca ihlal edilebilecek hakların da sahibi olacaktır.

Aarhus Sözleşmesi'ndeki bu varsayımsal düzenleme sayesinde taraf devletler, ulusal hukuk sistemlerinde menfaat ihlâlini esas alan dava modelini benimsemeleri durumunda, sözleşmenin 2. maddesinin 5. fıkrasında zikredilen şartları yerine getiren sivil toplum örgütlerinin tüzüklerine uygun menfaatlerini yargısal başvuru bağlamında yeterli menfaat olarak kabul etmek zorundadır. Ancak bunun haricinde, sivil toplum örgütlerine varsayımsal bir kural ile sözleşme çerçevesinde tüzüklerine uygun görevler için hak sahipliğinin tanınması yoluyla yargısal başvuru bakımından bireysel hakların ihlâli için gerekli olan şartlar da sözleşmede öngörülmüştür. Sözleşmenin lâfzî ve sistematik yorumu ve sivil toplum örgütlerine geniş kapsamlı yargısal başvuru olanağının tanınmasına ilişkin hedefler gözetilerek varılan bu sonuç, sözleşmenin giriş kısmında yer alan genel hedeflerce de açık bir şekilde onaylanmaktadır. Bir taraftan 13. fıkrada sivil toplum örgütlerinin çevrenin korunması alanında oynayacağı önemli role açıkça vurgu yapılmakta, diğer taraftan 18. fıkrada sözleşmenin örgütler de dâhil olmak üzere halkın haklı çıkarlarını korumak ve hukukun kabulünü sağlamak amacıyla yargısal mekanizmalara etkili bir şekilde başvurabilmesini arzu ettiği dile getirilmiştir. Bu bağlamda, objektif hukuk anlamında anlaşılması gereken hukukun kabulüne de sözleşmede bir hedef olarak yer verilmiştir. Son olarak Aarhus Sözleşmesi'nin esas hedefi üzerinde de durmak gerekir: Aarhus Sözleşmesi dayandığı üç sütun olan bireyler ve sivil toplum örgütleri için bilgi edinme hakları, katılım hakları ve yargısal başvuru hakları ile -Avrupa Birliği'nde uygulanmaya çalışıldığı gibi- yurttaşların birey ve ilgili halk olarak çevre hukukunun kabulü için seferber edilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Sözleşmede belirtilen bu genel hedefler ışığında dernek ve birliklerin dava yetkisinin üçüncü kişileri koruyan normlar bakımından ciddi manada sınırlanma olanağının bulunmamaktadır. Bunun dışında sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrası, ilgili halkın haklarını herhangi bir yurttaş tarafından zaten ileri sürülebilecek haklar seviyesine düşürecek tarzda bir takdir yetkisi öngörmemektedir. Bu nedenle Almanya'da, ilgili şartları yerine getiren dernek ve birliklere çevre hukukunun sırf kamu menfaati

esaslı normların ihlâlinin söz konusu olduğu hallerde de yargısal başvuru hakkı tanınmalıdır.<sup>95</sup>

Buna mukabil *v. Danwitz*,<sup>96</sup> taraf devletlerin takdir yetkileri ile dernek ve birliklerin yargısal başvuru hakkını bireylere haklar tanıyan normların ihlâli ile sınırlayabileceğine ilişkin olarak ayrıntılı bir gerekçe geliştirmiştir. 9. maddenin 2. fıkrasında yer alan varsayımsal kural *v. Danwitz* tarafından sivil toplum örgütlerinin hak sahipliği bakımından, dernek ve birliklere yalnızca bireylere de tanınan hakların tanınması şeklinde yorumlanmaktadır. Ancak lâfzî yorum vasıtasıyla bu tür bir sonuca erişmek pek mümkün görünmemektedir. “Bu tür örgütler, aynı zamanda bireylere ulusal hukukça tanınan haklara da sahiptir” tarzında bir ifade ile bu tür görüşleri sözleşmeye mal etmek te oldukça basit görünmektedir. Bu veya benzeri husus, sözleşmenin metninde yer almamaktadır. Bununla birlikte sözleşmede yer alan ibarenin “...b) bendi uyarınca hakların da sahiptir” değil de, “b) bendi uyarınca ihlal edilebilecek haklara da sahiptir” şeklinde olduğuna dikkat edilmelidir. Böylelikle b) bendi uyarınca ilgili ulusal hukukta bireylere tanınan haklara herhangi bir atıfta bulunulmamıştır.

Bunun dışında sistematik bağlam ışığında, menfaat ihlâlini esas alan davalara ilişkin varsayımlar bakımından ilgili dernek veya birliğin menfaatinin sözleşmenin hedefleri gereğince herhangi bir şart aranmadan “yeterli menfaat” olarak görülmesi gerektiğine dikkat edilmelidir. Bu nedenle, hak sahipliği varsayımının taraf devletlerin sahip olduğu bir takdir yetkisi anlamında yorumlanmasını anlamak mümkün değildir. Takdir yetkisinin sivil toplum örgütlerinin hak sahipliğine ilişkin ikinci varsayım kuralı için geçerli olduğu konusundaki imayla ise *Von Danwitz* bu sorunun aşılması konusunda kendisine az çok yardım sağlamaya çalışmaktadır.<sup>97</sup> Buna karşın her iki varsayım kuralının dar olgusal bağlamı açısından, bu varsayım kurallarının gerek menfaat ihlâlini esas alan dava modelini benimseyen hukuk sistemleri gerekse de hak ihlali modelini benimseyen diğer hukuk sistemleri için sivil toplum örgütlerinin etkili bir yargısal başvurusu için benzer kurallar oluşturması gerektiği yönündeki görüş daha doğru görünmektedir. Hak sahipliği varsayımı bu bağlamda, dernek

---

<sup>95</sup> Bu bağlamda bkz. *SRU* (dn. 31), s. 7 vd.; *Alleweldt* (dn. 31), s. 625 vd.; *Müller-Terpitz* (dn. 31), s. 473 (488 vd.); *Ewer*, *NVwZ* 2007, 267; ayrıca karşı dn. 31.

<sup>96</sup> *v. Danwitz* (dn. 19); ayrıca karşı *Schmidt-Preuß* (dn. 32), S. 495, *Seelig/Gündling* (dn. 93), s. 1040.

<sup>97</sup> *v. Danwitz* (dn. 19), s. 46.

ve birliklere sözleşme çerçevesinde tüzüklerine uygun görevleri yerine getirebilmek için gerekli olan ihlal edilebilir hakların varsayımsal olarak bağlayıcı bir şekilde tahsis edildiği şeklinde yorumlanmalıdır. Yalnızca kamu menfaati esaslı çevre koruması da, bu kapsama dâhildir.

*Von Danwitz*, yaklaşımını sadece ince bir lâfzî argümantasyona değil, aynı zamanda sözleşmenin toplu dava olanakları ile takip ettiği hedeflerin konu edildiği bir tartışmaya dayandırmaktadır. Bununla birlikte, Aarhus Sözleşmesi'nin taraf devletleri akredite çevreci dernek ve birlikler lehine bir ayrıcalık tanıma yönünde bir yükümlülük içermediğine ilişkin argüman, v. *Danwitz* tarafından ileri sürülen savların merkezinde bulunmaktadır.<sup>98</sup> Buna göre dernek ve birliklere, yargısal başvuru konusunda yurttaşlara kıyasla daha iyi bir konum sağlanmamalıdır; dernek ve birlikler bu bağlamda sadece bireysel haklar öngören normların ihlalini dava edebilmelidir. Ayrıcalık argümanı, ikna edicilikten uzaktır. Zaten kavram seçiminin ayrıcalık kelimesinden yana kullanılmış olması pek de uygun görünmemektedir. Bu seçim, kavramın duygusal içeriğini öne çıkarmakta, ayrıcalıklar bu bağlamda daima özel olarak haklı kılınmaya muhtaç görünmektedir.

64 Ancak gerçekte bir ayrıcalık değil, aksine dernek ve birlikler için çevre hukukundaki kamu menfaati lehine bir yargısal korunmadan istifade söz konusudur. Aarhus Sözleşmesi'nin sivil toplum örgütlerine bu özel görevi aktarmak istediği aşikârdır. Buna karşın, geniş bir yargısal başvuru olanağının sağlanması amacıyla dernek ve birliklerce yapılacak yargısal başvuru varsayımlarla güvence altına alınmıştır. Aarhus Sözleşmesi genel olarak, hukukun kabulüne yönelik olarak yalnızca bireysel hakların korunmasını değil, ilgili halkın da seferber edilmesini amaçlamaktadır. Burada ayrıca ağır bir eşit muamele sorunu söz konusu değildir. Bireylerin kamu menfaati esaslı çevresel korumadan bizzat pek çıkarı olmadığından, bu tür zahmetli davaların açılması konusundaki teşvik etkisi düşük kalmaktadır. Bu nedenle, tüzükleri uyarınca kamu menfaati esaslı çevre hukukunun kabulü için kurulan bu tür sivil toplum örgütlerini bu vazife ile görevlendirmek son derece uygundur. Böylece aynı zamanda, bu tür örgütlerin özel uzmanlık birikimleri devreye sokulacak, yargısal mercilerdeki tartışmaların seviyesi yükseltilecek ve davaların sayısını uygun sınırlarda tutma olanağı önemli ölçüde güçlendirilecektir.

---

<sup>98</sup> v. *Danwitz* (dn. 19), s. 51 vd.



## 2. AB-Katılım Yönergesi'ndeki Topluluk Hukuku Hükümleri

Avrupa Birliği, Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükümleri 26.5.2003 tarihinde kabul ettiği çevresel konularda halkın katılımına ilişkin AB-Katılım Yönergesi ile AB-ÇED Yönergesinin 10a maddesi ve AB-Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nin 15a maddesindeki ifadeleri neredeyse aynen kabul ederek Birlik hukukuna aktarmıştır.<sup>99</sup> AB-ÇED Yönergesi ve AB-Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nden alınan bu hükümler, AB-Katılım Yönergesi'nin 3. ve 4. maddesinde yer almaktadır.<sup>100</sup>

Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinde olduğu gibi ÇED Yönergesi ve Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nde de taraf devletlere, davaların yeterli bir menfaat veya bir hak ihlâli koşuluna bağlanması konusunda bir takdir yetkisi tanınmıştır. Dernek ve birlikler lehine konulmuş olan benzer varsayım kuralları burada da mevcuttur. Üye devletlerin takdir yetkisi ise eğilimsel bakımdan Aarhus Sözleşmesi'ne kıyasla daha sınırlayıcıdır. ÇED Yönergesi'nin 10a maddesinin ve Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nin 15a maddesinin 4. fıkralarındaki ifade şu şekildedir:

*“Önemli menfaat ve hak ihlalden ne anlaşılması gerektiği, ilgili halka geniş bir yargısal başvuru imkânı tanınması hedefine uygun bir şekilde üye devletler tarafından belirlenecektir.”*

Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeyle karşılaştırıldığında “ulusal hukukun gerekleri çerçevesinde” şeklindeki sınırlayıcı ibareye yer verilmediği görülür. Ancak ulusal gereklerin rolünün bu şekilde zayıflatılması ciddi bir eksiklik olarak görülmemelidir. Zira yargısal korunma sistemini yeterli menfaat veya hak ihlali esaslarına

---

<sup>99</sup> Avrupa Birliği, Aarhus Sözleşmesi'ni 25. 6. 1998 imzalamış ve 17. 2. 2005 tarihinde onaylamıştır. (Bkz. Beschluss Nr. 2005/370/EG des Rates, ABIEG Nr. L 124 v. 17. 5. 2005). Bu sözleşmenin Topluluk hukukuna aktarılması için ise Avrupa Birliği, Katılım Yönergesi dışında Bilgi Edinme Yönergesi'ni de kabul etmiştir. (2003/04/EG v. 28. 1. 2003, ABIEG Nr. L 41 v. 14. 2. 2003). Bu konuda ayrıca bir tüzük ve bir de tüzük taslağı mevcuttur.

<sup>100</sup> Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 5. 2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten. Zu den Kompetenzen der EU für den Erlass von Vorschriften über den Gerichtszugang, bkz. SRU, Aktuelle Stellungnahme 2005 (dn. 4), s. 13 vd.

göre düzenlemek konusunda üye devletler açık bir şekilde serbest bırakılmıştır. Bununla birlikte her iki varsayım kuralının dernek ve birlikler lehine olan sıkı bağlayıcılığı daha da belirgin bir hal almaktadır. Bunun haricinde Topluluk hukuku düzenlemelerinin toplu davalar bakımından çalışmamızın önceki kısmında ele aldığımız Aarhus Sözleşmesi'nin benzer hükümlerinden farklı yorumlanması için bir neden de bulunmamaktadır. Karşılıklar, kabul edilmelidir. Zira AB yasama sürecinin belgeleri çoğu kez yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde, Komisyonun toplu dava müessesini objektif nitelikteki Avrupa Birliği çevre hukukunun da kabulü için arzu ettiğini ortaya koymaktadır. AB- Komisyonu özellikle, merkezî olmayan bir icra denetim aracı olarak (ilgili) halkın harekete geçirilmesini amaçlamıştır.<sup>101</sup> *Ewer* tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, yeni getirilmiş toplu dava haklarının özellikle ÇED Yönergesi ve Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi bağlamında sınırlayıcı bir şekilde yorumlanması ile AB hukukunun üye ülkelerde en düşük düzeyde iyileştirilmiş kabulüne erişilemez, çünkü gerek ÇED Yönergesi'nin gerekse de Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nin önemli hükümleri subjektif haklar bakımından dava edilebilir nitelikte değildir.<sup>102</sup> Bu nedenle, ÇED Yönergesi'nin 10a ve Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nin 15a maddelerinin *v. Danwitz* tarafından benimsediği tarzda daraltıcı bir yorumunun yeni düzenlemeyi sadece siyasi bir sembol seviyesine düşüreceğini belirtmek gerekir. Bu tür bir netice, şüphesiz Topluluk organları tarafından da arzu edilmemiştir.

Sonuç olarak ÇED Yönergesi'nin 10a ve Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nin 15a maddelerinin Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasının yukarıda ortaya koyduğumuz içeriğine uygun olarak, önemli şartları yerine getiren dernek ve birlikler lehine, yargısal korunma sisteminin düzenleniş biçimine göre tüzüklerinde belirtilen etki alanı çerçevesinde yeterli menfaat veya hak ihlâlini ileri sürebilmesinin ulusal hukukta varsayımsal olarak kabul edilmesi şeklinde yorumlanmalıdır. Dernek ve birliklerin yargısal başvuru hakkının bireylere haklar tanıyan normların ihlal edilebileceği durumlar bakımından da sınırlanması ise, yalnızca Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasının değil, aksine

---

<sup>101</sup> Bu konuda bkz. die Begründung der Kommission für den Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten KOM (2003) 624 endgültig v. 24. 10. 2003, s. 2 vd., 9 vd.

<sup>102</sup> *Ewer*, NVwZ 2007, 267.

Topluluk hukukunun bağlayıcı hükümlerinin de çiğnendiği anlamına gelecektir.

### 3. Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa'da Toplu Davalar

Eski Federal Hükümet 21.2.2005 tarihinde sunduğu yasa taslağı ile toplu davanın objektif bir itiraz usûlü olarak uygulanması yoluyla ÇED Yönergesi'nin 10a ve Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nin 15a maddelerinin ulusal hukuka tutarlı bir şekilde aktarılması yönünde bir süreci başlatmış idi. Bu yasa taslağının 2. maddesinin 1. fıkrası şu şekilde idi:

*“2. fıkra hükümlerine uygun bir dernek, şahsi bir hakkı ihlâline maruz kalması gerekmeden de Federal İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca 1. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre bir kararın alınmasına veya alınmamasına karşı kanun yollarına başvurabilir.”*

Burada belirtilen 1. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesi, müdahale edilebilecek kararları ÇED yürütülmesi zorunlu projeler ve Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi'nin kapsamına giren projeler ile sınırlamakta; burada zikredilen diğer bir hüküm olan 2. maddenin 2. fıkrası ise dava açabilecek dernek ve birlikler için gerekli olan nitelendirme ölçütlerine yer vermekte idi. Objektif hukuka dayanan bir itiraz usûlünü düzenleyen 2. maddenin 2. fıkrası ile uyumlu olarak akabinde, bu tarz bir kanun yolunun kabul edilebilirliği (md. 2, f. 3) ve gerekçeliliği (md. 2, f. 4) ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bireyler için haklar öngören normların (olası) bir ihlâline ilişkin bir şartta ise burada haklı olarak yer verilmemiştir.

11.8.2006 tarihinde Federal Konsey'e (BR-Dr 552/06), 4.9.2006 tarihinde ise Federal Meclis'e (BT-Dr 16/2495) sunulan 30.6.2006 tarihli yasa taslağı ile ise, Almanya'nın ulusal hukuka aktarım konusundaki çabaları önemli bir aşamaya gelmiştir. Sonradan kabul edilerek yürürlüğe giren bu taslağın 2. maddesinin 1. fıkrasında şu ibareye yer verilmiştir:

*“3. madde uyarınca akredite edilmiş olan yerli veya yabancı bir dernek veya birlik, -İlgili dernek veya birliğin 1. maddenin 1. fıkrası uyarınca bir kararın alınmasının veya bir kararın alınmamasının çevrenin korunmasını amaçlayan, şahsi haklar öngören ve karar açısından önem arz edilecek normlara aykırılığını ileri sürebilmesi şartıyla- şahsî bir hak ihlâline maruz kalması gerekmeden, Federal İdari Yargılama Usulü Kanunu*

*uyarınca 1. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre bir kararın alınmasına veya alınmamasına karşı kanun yollarına başvurulabilir.”*

Bu doğrultuda bu tür bir kanun yolunun gerekçeliliği, itiraz konusu kararın alınmasının veya alınmamasının çevrenin korunmasını amaçlayan, şahsi haklar öngören ve karar açısından önem arz edebilecek normları çiğnemesine de bağlıdır.

Bu, toplu davanın subjektif yargısal korunmanın bir ‘ikileme’ şeklindeki doğum anı idi: Akredite dernek ve birlikler her ne kadar bu sayede tümüyle özgeci bir toplu dava açma olanağına kavuşmuşsa da, Aarhus Sözleşmesi’nin 9. maddesinin 2. fıkrasındaki varsayım kuralları ile ÇED Yönergesi’nin 10a ve Entegre Kirlilik Önleme ve Kontrol Yönergesi’nin 15a maddeleri yeterince göz önünde bulundurulmamıştır. Fakat dernek ve birlikler, ancak kişilere subjektif haklar sağlayan normların ihlalini itiraz konusu yapabilir ve bu haklar bu nedenle olası bir hak ihlali durumunda bireyler tarafında da mahkemeler nezdinde ileri sürebilir ki bu durum çoğunlukla fiilen de bireyler tarafından gerçekleştirilmektedir. Böylelikle toplu davaya ilişkin olarak yıllardır süren tartışmalarla vurgulanan kamu menfaati esaslı çevrenin korunmasına ilişkin normlardaki yargısal korunma açığı ve çevresel kullanımlara ilişkin (geniş kapsamlı) yargısal korunma ile çevrenin korunmasına yönelik yargısal korunmanın ciddi anlamda sınırlandırılması arasındaki mevcut yargısal korunma asimetrisi varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bununla birlikte toplu davaların - Aarhus Sözleşmesi’nin 9. maddesinin 2. fıkrası ve AB-Katılım Yönergesi’ndeki varsayım kurallarının da- gerçekleştirmek istediği en önemli arzu, yalnızca davacı olabilecek kişilerin sayısını artırmaktan ibaret değil, aksine kamu menfaati esaslı objektif çevre hukukunun bir kısmını da mahkemeler önünde ileri sürülebilecek hukuk normlar kategorisine dâhil etmektir.

-Almanya’daki anlamıyla- koruma normuna bağlı bir toplu davanın veya subjektif yargısal korunmanın bir ‘ikilemenin’ artık Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa’da da yürürlükteki hukuk niteliğine bürünmüş konsepti, yalnızca mevcut yargısal koruma açıklarının varlığını devam ettirmemekte, aynı zamanda kendi -sınırlı- etkinliği bakımından da ciddi şüphelerin oluşumuna neden olmaktadır. Subjektif hakları ileri sürebilmek için kural olarak bir toplu davaya gereksinim yoktur. Davaların açılmasında engelleyici olabilen yargılama masrafları günümüzde çoğu kez davacıların çevreci dernek ve birlikler ve/veya yurttaş inisiyatifleri tarafından desteklenmesi suretiyle sağlanmaktadır. Bununla birlikte bi-

reylerin haklarını esas alan toplu davaların zorunlu nitelikteki çok sayıda yargılamanın bir elde toplanmasına neden olan durumların da söz konusu olabileceğini ifade etmek gerekir. Aynı şekilde masrafı yüksek bazı çevre hukuku uyuşmazlıklarında da, masraf sorununun akredite bir dernek veya birlik tarafından daha iyi çözülebilir. Ancak nihayetinde bu tür durumlar önemsiz aşamalardır, zira dernek ve birlikler ciddi finansal darboğazlarda da faaliyet göstermek zorundadır.

Sonuç olarak, Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa'daki düzenleniş haliyle toplu davanın, toplu dava müessesesi ile gerçekleştirilmek olan en önemli hedef olan, yargısal denetimi kamu menfaati esaslı objektif çevre hukukunun ihlalini de kapsayacak şekilde genişletmeyi ıskaladığını belirtmek gerekir. Bu yeni düzenleme böylelikle Aarhus Sözleşmesi'nden kaynaklanan uluslararası yükümlülükleri ve AB-Katılım Yönergesi'nin hükümlerini ulusal hukuka aktarmada yetersiz kalmaktadır. Çünkü her iki düzenleme de, -yıllardır süren bilimsel tartışmaya uygun olarak- halkın da merkezi olmayan icra denetimi anlamında harekete geçirilmesi suretiyle objektif hukukun da kabulünün daha iyi bir hale getirilmesini amaçlamaktadır.

## VI. Görünüm

Kamu menfaati esaslı, subjektif haklar öngörmeyen çevre koruma normlarına uyulması için de yargısal bir denetim sağlayabilen toplu davalara, ciddi ve muhtemelen de gittikçe büyüyen bir gereksinim mevcuttur. Çevresel idarede mali bağlamda reform yapılmasına ilişkin baskıların frenlenmemesi durumunda, halen idarece yerine getirilen farklı bazı görevlerin de fiilen terk edilebileceği düşünülmelidir.<sup>103</sup> Böylelikle salt objektif hukukun tehlikeye düşmesine ilişkin korku büyümekte, toplu davaların önemi ise artmaktadır. Toplu davalara ilişkin olarak Almanya, Avrupa Birliği ve uluslararası düzeyde elde edilen tecrübeler, mahkemelerin iş yükünün aşırı derecede artacağına ve hukuk sistemlerinde işlev bozukluklarının yaşanacağına ilişkin çeşitli korkuların yersizliğini ortaya koymuştur. Her ülkede gözlemlenebilen başarı oranı da, toplu davaların elverişliliğini onaylar niteliktedir. Çevresel Konularda Kanun Yollarına İlişkin Yasa ise, subjektif yargısal korunmanın 'ikilemi' olarak toplu dava konseptinde uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği hukuku bakımından ciddi tereddütler doğurmaktadır. Bu durumun hazırlanma süreci devam

---

<sup>103</sup> Bkz. *SRU, Umweltverwaltungen unter Reformdruck - Herausforderungen, Strategien, Perspektiven, Sondergutachten 2007.*

eden Federal Çevre Kanunu (*Umweltgesetzbuch, ç.n.*) çerçevesinde uygun bir şekilde düzeltilmesi memnuniyet yaratacaktır. Aksi halde yalnızca ATAD'a umut bağlanacaktır.

# KAMU YARARINA ÇALIŞMADAN “TOPLUMSAL YAPTIRIMLARA”: KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ AÇISI<sup>1</sup>

Prof. Dr. Anton M. Van KALMTHOUT\*  
Çeviren: Burhan ALICI\*\*

## 1. Toplumsal Yaptırımlar: Eski Şarap Yeni Torbalarda

**S**on 20 yılda yeni infaz modellerinin kabulü nedeniyle Avrupa’da ve Avrupa dışındaki ülkelerde yaptırım çeşitleri önemli ölçüde değişmiştir. İlginç olan taraf, yeni olarak ortaya konulmuş olan bu ‘alternatif’ yaptırımların çoğu, yüzyıl öncesine dayanan eski fikirlerin ve konseptlerin tekrar canlanması şeklinde olmuştur. Bu durum, Avrupa ceza hukuku geçmişinde ülkelerin, suçu önleme çalışmalarında ve suçların insaniliği bakımından şu ana kadar kullanılan hürriyeti bağlayıcı cezalardan daha ucuz ve etkili olan infaz türünü ve ceza hukuku yaptırımını bulma ve geliştirme konusunda, yakın işbirliğine giriştikleri ilk çalışma değildir<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Makalenin benzer İngilizce yazılmış versiyonu, Kalmthout, Anton M. Van; From Community Service to Community Sanctions başlığı altında: Albrecht H.-J. & A.M. van Kalmthout, Community Sanctions and Measures in Europa and North America. Max-Planck- Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br. 2001 adlı kitapta bulunmaktadır. Ancak tercümesi yapılan makale Hollandaca çalışılmış versiyonu üzerinden yapıldığından İngilizce metinden farklılıklar göstermektedir (Mütercim)

\* **Prof. Dr. Anton M. Van Kalmthout;** Ceza ve Göçmen Hukuku profesörü olarak Tilburg Üniversitesi Hukuk Fakültesinde (Hollanda) öğretim görevlisi, Rusya Federasyonu Krasnoyarsk Devlet Üniversitesinde Karşılaştırmalı Ceza Hukuku onursal Profesörü, Avonts/Fontys Uygulamalı Bilimler Üniversitesinde (Hukuk Fakültesi) onursal öğre-tim görevlisi olarak görev yapmaktadır. Hollanda Denetimli Serbestlik Kurulu’ nun başkan yardımcılığı, Surinam Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı hukuk danışmanlığı görevlerini de yürütmektedir. 2006 yılından beri Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) üyesidir.

\*\* **Burhan Alici;** halen Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Hâkimi olarak görev yapmakta ve görevli olarak Brüksel Serbest Üniversitesi Hukuk ve Kriminoloji Fakültesi’nde doktora öğrenimine devam etmektedir.

<sup>2</sup> Hapis cezasına geçmişine genel bir bakış ve hapis cezasına alternatif gelişmelerle ilgili olarak bakınız; Kalmthout van A.M. and P.J.P. Tak, Sanctions Systems in the Member States of the Council of Europe, Deventer/ Boston 1988 (Part I) and 1992 (Part 2) ve J. Junger-Tas, Alternatives to Prison Sentences: Experiences and Developments, Amsterdam- New York, 1994.

Bugün,<sup>3</sup> yaklaşık 150 yıl önce önemli ceza hukuku reformistlerinden Fransa’da Bonneville de Marsagny<sup>4</sup> ve Franck<sup>5</sup>, İngiltere’de Tallack’ in<sup>6</sup> kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları eleştirdikleri ve o zamana kadar suç üzerinde cezalandırıcı etkisi nedeniyle kullanılan hapis cezası yerine, hürriyetten yoksun bırakmayan alternatifleri savunduklarını görmekteyiz. Hapis cezasına olan bu ilk eleştiri, hapis cezasının Batı Avrupa ülkeleri ceza kanunlarında gerçek bir temel ceza olarak kabul edilmesinin henüz üzerinden 100 yıl geçmeden yapılmıştı. Aydınlanma dönemi fikirlerinin etkisi ile o zamanın ceza hukuku uzmanları ile kanun koyucuları hapis cezasını o zamanlarda kullanılan ölüm cezası, dayak cezaları, zorunlu çalışma (angarya) ve kürek cezasına oranla daha gelecek vadeden alternatif olarak görüyorlardı. Hapis cezası yalnızca daha insani olduğu için değil, aynı zamanda hükümlünün iyileştirilmesi, rehabilitasyonuna hizmet edebilecek olmasından dolayı da savunuluyordu.

Bu beklentilerin aksine, yüzyıl sonra hapis cezasından olan yüksek beklentinin büyük oranda gerçekleştirilemediği anlaşıldı. Bu durum hapis cezasının gelişmeye ve üretkenliğe elverişli olmayan, hükümlüleri hapsederek ve böylece korkutmak suretiyle, suç önleme görevini ve özellikle topluma tekrar kazandırma amacının gerçekleştirilmesindeki imkânsızlık konusunda eleştiri gelmesini beraberinde getirdi. Ceza infaz kurumundaki kalışın, kanunla ihtilafa düşmüş olan kişinin iyileşmesini beraberinde getirmemesi görüldü. Buna karşılık, kişinin öz güveninin sarsılmasına, sorumluluğunun ve zihni esnekliğinin ortadan kaldırılmasına ve topluma uyumunu tahliye sonrasına bırakılmasına sebep olmaktadır. Yine hapis cezalarının mali ve sosyal masrafları, hapis cezalarının özellikle mali gücü zayıf olan hükümlülere verilmesi konusundaki eğilim, uluslararası alanda genelde hapis cezalarına ve özelde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara karşı olumsuz kampanyaları güçlendiriyordu.

Bu kampanya başarısız sayılmazdı. Özellikle çeşitli Uluslararası Ceza Kongreleri<sup>7</sup>, Von Liszt, van Hamel ve Prins’in fikirleri ile başlatılan

<sup>3</sup> Makale 2006 yılında yazılmıştır (Mütercim).

<sup>4</sup> Bonneville de Marsagny, De l’amelioration de la loi criminelle, vol.1, Paris 1855, vol.2, Paris 1864.

<sup>5</sup> A. Franck, Philosophie du droit penal, Paris 1864.

<sup>6</sup> W. Tallack, Defects in the criminal administration and penal legislation of Great Britain and Ireland, London 1872.

<sup>7</sup> Actes du Congres Penitentiaire International de Rome, november 1885, Volumel, Rome 1887.



“Modern Hareket” ve onların kurduğu “Uluslararası Suç Derneği”<sup>8</sup> bu kampanyayı güçlü şekilde etkiliyordu. Bu hareketin etkisi günümüze kadar hemen hemen tüm Batı Avrupa ülkelerinin suç ve infaz politikalarında fark edilmektedir. Yine eski Doğu Bloku ülkelerinde yeni yapılan ceza hukuku reformlarında da “Modern Hareket”in mantığını yansıtan çok unsur vardır. Modern Hareketin çoğu fikirleri ancak 19. yüzyılın sonu ile 20. yüzyılın başlarında çeşitli ülkelerde kanunlaştı (cezai tedbirler, gün ceza sistemi, özel çocuk ceza kanunu, denetimli serbestlik, cezanın ertelenmesi).

Yine de bu dönemin hâkim anlayışı, Von Liszt ve diğerlerinin güçlü olarak savunduğu ücretsiz çalışmanın ceza yaptırımı olarak kabulü gibi farklı fikirler için henüz olgunlaşmamıştır. Doğmatik, teorik ve pratik itirazlar tartışmalarda Von Liszt ve destekçilerinin ileri sürdüğü argümanlardan daha baskın geliyordu. Buna rağmen 100 yıl önce çalışma cezasının düzenlendiği nadir ülkelerde -Almanya, İtalya, Norveç, Portekiz ve İsviçre - bu ceza hapis cezası yerine verilen ve sınırlı bir fonksiyonu olan bir cezanın ötesine geçemeyerek pratikte ölü bir düzenlemeden öteye gidemiyordu. Bilhassa çalışma cezasının infazındaki altyapı eksikliği bu duruma sebebiyet veriyordu. Hapis cezasına alternatif olarak verilen çalışma cezasına olan ihtiyaç, çoğu ülkelerde kişinin mali gücüne göre ödemeyi esas alan para cezası sistemi ile hürriyetten yoksun bırakmayan diğer yaptırım çeşitlerinin -erteleme gibi- uygulamaya konulmasının devamında yavaş yavaş ortaya çıkmıştır. Diğer bir sebep ise sosyal ve ekonomik durumlarda meydana gelen iyileşmeler sonucunda para cezasının ödenmemesi durumunda verilen hapis cezasının azalmasıdır. Almanya’da çalışma cezasının hapis cezası yerine verilen cezaya alternatif olarak tekrar ortaya çıkışı 80’li yıllarda ekonomik krizin etkisi ile para cezalarının ödenmemesi sonucu kişilerin tekrar ertelenemeyen hapis cezaları ile karşı karşıya kalmaları durumunda olmuştur

Avrupa ceza hukuku sistemlerinin hapis cezasına alternatifleri aramaya başlamaları 70’li yıllara kadar sarkarak yaklaşık 100 yıl sürmüştü. Bu arayış günümüzde ‘alternatif yaptırımlar’, ‘ara (intermediaire) yaptırımlar’ veya ‘toplumsal yaptırımlar’ olarak adlandırılan kavramların girişiyile sonuçlanmıştır. Bu yaptırımların büyük bir kısmı ‘Modern Hareketin’ eski kavramlarıdır. Bu durum özellikle *çalışma cezası, adli tevbih, kefa-*

---

<sup>8</sup> Liszt von F., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Volume I, 1875-1891, Berlin 1905.

*let, tazmin, ev hapsi, eğitim programları* ve bir kısım hakların sınırlandırılması ya da kullanılmasından yoksun bırakılmasında geçerlidir.

## II- Yeni Alternatiflere Olan Güncel İhtiyaç

Bir asırdan daha önce geliştirilen bu düşüncelerin tekrar canlanmasına yönelik çeşitli sebeplerin gösterilmesi mümkündür. İlk olarak, hemen hemen tüm Batı Avrupa ülkelerinin son yirmi yılda kayda giren suç miktarında önemli artışla karşı karşıya kalmasıdır. Bu artışın bir bölümü gasp, hırsızlık, mülkiyeti ihlal (vervreemding van eigendom), şiddet gibi geleneksel suçlar veya vandalizm veya hız aşımı ve herhangi bir madde etkisi altında (alkol uyuşturucu gibi) araç sürme (rijden onder invloed) gibi hafif suçlardır. Diğer bir bölüm ise yeni suçlar olarak ifade edilen uyuşturucu suçları, uyuşturucu bağlantılı suçlar, çevre suçları, bilgisayar suçları ve organize suçluluğun katılımı ile bağlantılı olarak gerçekleşen silah ticareti, uyuşturucu ticareti ve dağıtımı, terörizm, kadın ticareti, çocuk ticareti ve insan kaçakçılığı suçlarıdır.

Suç rakamlarındaki artış ve beraberinde adalet sistemi ile ceza infaz kurumlarına gerçekleşen aşırı yüklenme, yetmişli yıllardaki ekonomik kriz, davranış ideolojisinin efsaneleştirilmemesi ile birlikte, ceza hukukunun insanileştirilmesi ve reforme edilmesine yönelik toplumsal eleştiri hareketlerinin de aynı dönemde oluşu Avrupa ülkelerindeki çoğu hükümetlerin kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine alternatifler aramasına sebep olmuştur. Alternatiflerden ilk olarak gün yüzüne çıkanı 1970 yılında ‘Ceza Sisteminde Tavsiye Konseyi’ tarafından önerilen teklifin 1972 yılında İngiliz yaptırım paketine eklenmesidir.<sup>9</sup> Tavsiye Konseyi ve İngiliz kanun koyucunun görüşüne göre ücretsiz olarak asgari 40 saat azami 240 saatten oluşan toplum yararına çalışma yaptırımını değerli, kılan bünyesinde dört çeşit amacı taşımaktadır:

- 1- Cezalandırma (Hükümlünün vaktini cezalandırma).
- 2- Birlikte yaşamın karşılıklı olarak iyileştirilmesi.
- 3- Suçlunun tekrar sosyalleştirilmesi.
- 4- Hapis cezasının yerine geçmesi<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Advisory Council on the Penal System, Non- Custodial and Semi- Custodial Penalties, HMSO, London 1970.

<sup>10</sup> Çalışma cezası emrinin oluşum hikayesi ile ilgili olarak bkz.: Rex, S., The development and use of community sanctions and measures in England and Wales; Albrecht, H-J. en van Kalmthout, A. M., Community Sanctions and Measures in Europe and North America, Freiburg 2000.

İlk önce kara Avrupa'sında İngiliz örneğinin takipçisinin bulunabileceği gözüküyordu. Von Liszt ve diğer çalışma cezasını savunan kişiler döneminde ileri sürülen aynı gerekçeler şimdi tekrar üstesinden gelineme-yecek problemler olarak gösteriliyordu. En fazla dile getirilen itirazlar:

- 1- Çalışma, bir haktır ve ceza olarak değeri düşürülemez,
- 2- İş pazarı tahrifi ve rekabet tehlikesi,
- 3- Uygulamada eşit davranamama ve yaygınlaştırma (netwidening) rizi-kosu,
- 4- İstenen altyapının bulunmaması,
- 5- Hapis cezasına alternatif olarak ortaya konan yaptırımın hafif seçenek olarak takdiri nedeniyle toplumdan ve yargı erkinden gerekli desteği bu-lamayacak olması.

Bunun yanında doğmatik-sistematik karakterli gerekçelerde eklenmekte-dir. Bunları da belirtecek olursak

- 1- Kusursuzluk ve angarya yaşağı ile ilgili ulusal (anayasal) ve uluslara-rası hükümlerle olan çelişki,
- 2- Kabul şartında irade özgürlüğünün bulunmaması,
- 3- Cezanın, cezai karakterinin sanığa seçme imkânı ile birleştirilmesinde-ki ilkesel imkânsızlık<sup>11</sup>.

Çoğu ülkelerde bu cezanın organizasyonu ve infazından, içeriğinin kont-rolünden kimin sorumlu olacağı da özel bir problem olarak soru işaretle-rini beraberinde getiriyordu. İngiltere örneğinde olduğu gibi tabiatı gereği bunun denetimli serbestlik kuruluşları olması gerektiği ileri sürüldü. Ama çoğu ülkelerde benzer bir organizasyonun olmayışı bir problem teşkil ediyordu. Denetimli serbestlik kuruluşlarının çoğu uzun zaman, prensip-

---

<sup>11</sup> Çalışma cezasının temel ceza olarak yürürlüğe konmasında Alman Komisyonunda hala bu doğmatik- sistematik problemler, yaptırım çeşitlerinde yapılacak reform ko-nusunda hükümet teklifinin geri çekilmesinde en önemli nedendir. Bunun yerine komisyon altı aylık hapis cezası yerine kamu yararına çalışmanın verilebileceğini ön görmüştür. Daha sonra bu teklif madde 55a olarak kabul edildi. Bu teklif gereğince mahkeme sanığın hapis cezası infazı yerine, hapis cezasını ücretsiz çalışmaya çevire-rek yerine getirmesine izin verebilir. Mahkeme, sanığın daha önce ertelenmemiş bir ceza ile mahkûm olmaması durumunda ücretsiz çalışmaya hükmetmek zorundadır. Aynı yapı gereği erteli hapis cezası veya para cezasına çarptırıldıktan sonra daha uy-gun olan konuşma kursu yerine çalışma cezası verilebilir. Bkz. Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionsrecht ( Stand 8. Dezember 2000), www.bmj.bund.de., pp. 6-9 ve Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, Marz 2000, www.bmj.bund.de., pp. 8-9 ve 21-24.

leri gereği toplum temelli işleri ve metotlarını daha çok adaletin hizmetinde olan bir denetim organı özelliğine terk etmesine ilgi duymadılar.

Arka planda mevcut olan bu teorik ve pratik sıkıntılar karşısında Batı Avrupa ülkelerinin çoğunun başlangıçta İngiltere örneğini takip konusunda yeterli arzuyu göstermemeleri şaşırtıcı değildir. Kara Avrupa’ında ilk tecrübelerin gerçekleşmesi için on yıl geçmişti. Hollanda bu konuda ilk inisiyatifi kullanan ülke (1981), bunu Fransa ve İrlanda (1982), Danimarka (1982), Portekiz (1983) ve Norveç (1984) takip etti.

Otuz beş yıl sonra, 1972- 2005 dönemine geri bakıldığında, 1985 yılındaki görüntünün ne kadar hızlı değiştiği göze çaracaktır. Son kullanılabilir verilere göre hemen hemen Avrupa Konseyine üye 46 ülkenin tamamı çalışma cezasını bir şekilde cezai bir yaptırım çeşidi olarak kabul etmiştir<sup>12</sup>. Buna eski Doğu Bloku ülkelerinin tamamına yakını da dâhildir. Her ne kadar ücretsiz çalışma cezası, yaptırım çeşidi olarak köklerini Kara Avrupa ve Anglo- Amerikan hukuk kültüründen alıyorsa da, dünyanın diğer kıtalarında da kanun koyucular ve hukuk otoriteleri artan ölçüde bu yaptırımdan etkilendiğini görüyoruz. Bu arada Asya’da; Hong Kong, Sri Lanka ve Fiji Adalarında deneme uygulamalarına başlandı ve yine eski komünist ülkelerde çalışma cezasının diğer yaptırım çeşitlerinin ve ceza infaz kurumu sistemlerinin insanileştirilmesi gerekliliğinin gerçek bir tercihi olduğunu lanse etmeye yönelik konferanslar organize edildi<sup>13</sup>. Avustralya ve Yeni Zelanda<sup>14</sup> ile bir kısım Güney Amerika ülkelerinde<sup>15</sup> (Peru, Brezilya) ücretsiz çalışma müstakil bir ceza, Kolombiya’da da para cezasının alternatifi olarak ceza kanunlarında yerini almıştır. Af-

---

<sup>12</sup> Bkz.: P. V.Tournier, Annual penal statistics of the Council of Europe, Space II: Community sanctions and measures (CSM) ordered in 1977, Penological Information Bulletin no. 22, December 2000, p. 93-111; H-J. Albrecht & A.M. van Kalmthout (eds), Community Sanctions and Measures in Europe and North America, o.c. ; Anton M. Kalmthout & Jack T.M. Derks, Probation and Probation Services, A European Perspective, Nijmegen 2000 eve A. Kuhn, Sanctions and their severity, in: M. Joutsen, K. Kangaspunta, N. Hollus (eds), crime and Criminal Justice in Europe and North America 1990-1994, Helsinki 1998, pp. 115-143.

<sup>13</sup> Bkz.: H. Sugihara et all., An overview of Alternatives to Imprisonment in Asia and the Pacific Region, in: U Svekic (ed), Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspective, UNICRI Research Workshop Document, Vol. I, Chicago, pp. 95-203 en Penal Reform International, Resolution And Recommendations of the international conference on Alternatives to imprisonment in Kazakistan, London Oktober 1999.

<sup>14</sup> S. Mukherjee, Crime and Justice in Australia, (2nd. ed.), Sydney 1997, pp.74 en Idem, The Use and Effectiveness of Community Service Orders, o.c., p.193.

<sup>15</sup> Bkz. C. Morgenstern, o.c., p.47.

rika’da 1993 yılında Uluslararası Ceza Reformunun desteği ile Zimbabwe’de diğer Afrika ülkelerine yaymak amacı ile birkaç model proje uygulamaya kondu. Bu arada benzer projeler Uganda, Kenya, Malavi, Zambia, Burkina Faso, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Kongo -Brazaville’de de uygulamaya konulurken Mali, Mozambik ve Senegal’de aynısını yapmak için üzerinde değerlendirmelerini sürdürmektedirler<sup>16</sup>. Bu hareketliliğin temelinde 1997 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından Kadoma’da (Zimbabve) düzenlenen ‘Afrika’da Çalışma Cezası Emirlerine İlişkin Uluslararası Konferans’ ve bunun sonucunda çıkan ‘Çalışma Cezasına İlişkin Kadoma Deklarasyonu’ ve ‘Kadoma Eylem Planı’dır<sup>17</sup>.

### III. Kanunlara Aykırı Hareket Edenlerin Cezalandırılmasında Devletin Önemi

Klasik reform hareketinin aksine, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif arayışı ve bilgi ile tecrübe alış veriş, Association Internationale de Droit Pénal, International Penal and Penitentiary Foundation, Conférence Permanente Européenne de la Probation, Penal Reform International ve Societé International de Défense Sociale gibi devlet dışı organizasyonları hesaba katmadan artık çalışılacak bir alan değildir. Bu durum günümüzde, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler gibi uluslar üstü kuruluşların da haklı dikkatini çekmiştir. Bu kuruluşlar tarafından yapılan çalışmalar, Avrupa Konseyi Bakanlar toplantısında alınan kararlar ve yine beş yılda bir Birleşmiş Milletler tarafından suçu önleme ve hükümlülerin davranışları konusunda yapılan kongreler, geçmişte olduğu gibi bir yere kapatmayı esas alan yaptırım ve tedbirler yerine günümüzde alternatif tedbirler ve yaptırımların geliştirilmesi ve hayata geçirilmesini büyük ölçüde etkilediler<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Bkz. Penal Reform International, Community Service as an alternative to custody, [www.penalreform.org/english/altern\\_cs.htm](http://www.penalreform.org/english/altern_cs.htm).

<sup>17</sup> Bkz: United Nations, Economic and Social Council, Resolution 1998/23, Annex 1, 44th plenary meeting, 28July 1998.

<sup>18</sup> Örnekler için: Sekizinci Suçun Önlenmesi ve Hükümlülerin İyileştirilmesi Birleşmiş Milletler Kongresi, Havana 1990, a/ conf. 144/28/Rev.1; Avrupa Konseyi: 1) Cezanın Ertelenmesi, Denetimli Serbestlik ve Hapis Cezasına Diğer Alternatifler Hakkında (65) 1 Sayılı Tavsiye Kararı; 2) Şartlı Tahliye Edilen veya Şartlı Cezalandırılanların Tahliye Sonrası Gözetimi ve Korunması için Alman Tedbirlerin Pratik Organizasyonu Hakkında (70) 1 Sayılı Tavsiye Kararı; 3) Hapis Cezasına Alternatif Belirli Ceza Tedbirleri Hakkında (76)10 Sayılı Tavsiye Kararı; 4) Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kuralları (92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı.

Yüzyıl önce hapis cezalarının faydası ve zararını açıklamak için ileri sürülen gerekçeler, geçerliliğini ve güncelliğini devam ettirememiştir. Halen Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’nin 1980 yılında Karakas’ta düzenlenen ‘Suçun Önlenmesi ve Hükümlülerin İyileştirilmesi Kongresi’ çalışma raporunun gereği olarak ifade edilen konular geçerliliğini sürdürmektedir: “Ceza infaz kurumunun doğası gereği ortaya çıkan kısıtlayıcı ve rehabilite edici fonksiyonları arasındaki çelişki konusundaki geleneksel düşüncelerin yanında, hapsedmenin gayri insanileştirici yönü, toplu olarak yaşamının insan kişiliğini zayıflatıcı etkisi, hapis cezasının suçlunun kanunlara itaatkâr olarak yaşaması şansını geliştirmesi ya da suç oranlarını düşürmesinin mümkün olmadığına ilişkin bilincin artması gibi etkenler, suçluların ceza infaz kurumu dışında ya da ceza infaz kurumsuz bir muameleye tabi tutulması yönündeki hareketi güçlendirmektedir.”<sup>19</sup>

#### IV. Avrupa Konseyi Tavsiyeleri

Hapis cezasına alternatiflerin geliştirilmesine Avrupa Konseyi’nin Tavsiye Kararları’nın da önemli etkisi olmuştur. 1976 yılında (76) 10 sayılı tavsiye kararının “Hapis cezasına alternatif bazı ceza tedbirleri” bölümü altında üye ülkelerin hükümetlerine yalnızca mevcut olan para cezası ve hükümlünün denetimli serbestlik tarafından takibi gibi alternatifleri daha ileriye götürmeleri istenmemekte, ayrıca:

“Kendi mevzuatlarına dâhil edilebilecek çeşitli, yeni, hapis cezasına alternatifler üzerinde çalışmalarını ve özellikle;

a. Suçlu bulunmaya tamamen işaret eden fakat suçluya ehemmiyetli bir ceza vermeyen ceza tedbirlerinin faaliyet alanını göz önünde tutmalarını;

b. Suçlunun mahkûmiyet sonrası gelişimini dikkate alarak, bir ceza uygulanmasını gerektirecek hüküm kurulduktan sonra verilen cezanın tecil edilebilmesini kolaylaştırmalarını;

c. Kamu hizmetlerinde çalıştırmanın avantajlarını ve özellikle sağladığı fırsatları gözetmelerini:

- Suçlu bakımından kamu hizmetlerinde çalışarak ıslah olmak,

- Toplum bakımından, gönüllü çalışmada işbirliğini kabul ederek suçlunun yeniden topluma kazandırılmasına katkıda bulunmak;

<sup>19</sup> Birleşmiş Milletler Sekreterliği, Alternatives to imprisonment, op.cit., p.3.

d. Suçlunun toplumla olan bağlarının korunmasını veya yeniden kurmasını sağlayacak olan ve tam hapsedilmeden daha hafif bir ceza biçimi olan yarı hapislik ile ne gibi katkılar sağlanabileceğini göz önünde tutmalarını.”

Önemli olan diğer bir tavsiye, Tavsiye 914 (1981)<sup>20</sup>:

“Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde mümkün olduğu ölçüde kısa dönemli hapis cezalarının sorunsuz bir şekilde aynı etkiye sahip başka tedbirlerle değiştirilmesi yönündeki mevcut eğilimin cesaretlendirilmesi istenmektedir”.

Bu tavsiye kararında kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara getirilen en önemli eleştiri insani ve ideoloji temelli düşünceler iken, sonraki tavsiye kararlarında ekonomik ve faydacı saikler daha çok vurgulanmaya başlanmıştır. Bu eğilimin ilk belirgin belirtilerini on üçüncü Adalet Bakanları Konferansında “ekonomik kriz ve suç” başlığını taşıyan üç no’lu karardır. Bu kararda ekonomik krizlerin ceza hukuku sistemlerinin çalışmasına olan olumsuz etkilerine işaret edilmiştir. Bu kararda, zararlı etkilerin sonucunda başka hangi önemli tedbirlerin alınarak zararların kaldırılması düşüncesi de vurgulanmaktadır:

“ a. Ekonomik kriz zamanlarında, tutukluluk süresi ve kısa dönemli hapis cezalarının kullanımının artmasından kaçınılması ve uygun alternatiflerin geliştirilmesi isteği,

b. Özellikle ekonomik kriz zamanlarında rehabilitasyonları zor olan genç suçluların mümkün olan yerlerde hapisle cezalandırılmalarının sınırlandırılması gereği,

c. Suçtan vazgeçirme ve suç işlememek için tedbirlerin geliştirilmesi imkanı.<sup>21</sup>”

Dört yıl sonra yayınlanan “Hapis Cezasına Alternatif Tedbirler”<sup>22</sup> raporunda daha çok hapis cezasına alternatif bulmanın mali ve ekonomik gerekliliği üzerinde vurgu yapılmıştır:

---

<sup>20</sup> Bu karar 29 Ocak 1981 tarihinde kabul edildi (25 inci oturum).

<sup>21</sup> On üçüncü Avrupa Adalet Bakanları Konferansı, Atina, 25-27 Mayıs 1982, MJU- 13 (82) Concl. Strasburg, 1982.

<sup>22</sup> W. Rentzmann and J.P. Robert, Alternative Measures to imprisonment, Report of the 7th Conference of Directors of Prison Administration, Council of Europe, Straatsburg 1986.

“ ... hapsedme ile ilgili maliyetler o kadar arttı ki, çeşitli yerlerde ekonomi, ceza politikalarının gelişmesinde önemli bir faktör haline geldi. Uygulamacılar, artık sadece kriminolojik kriterler (tekrar suç işleme, yaptırımın cezalandırıcı yapısı) açısından basit tartışmalar değil aynı zamanda sosyo-ekonomik kriterler (cezaî tedbirlerin mali ve sosyal masrafları, yaptırımların sosyal etkileri) açısından da ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalıklaşması sorunu ile karşı karşıya kaldılar.”

Birkaç yıl sonra Birleşmiş Milletler tarafından da aynı içerikte kararlar çıkartıldı.1990 yılında bu tavsiyeler ‘Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları’ (Tokyo Kuralları) olarak somutlaştırıldı. Devamında 1992 yılında ‘Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları’ çıkartıldı. Takip eden yıllarda bu kurallar Bakanlar Komitesi Toplantıları ile daha somut tavsiyeler ile iyileştirildi. Örnek olarak:

- 1) Yaptırım ve Tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili personel hakkında R (97) 12 no’lu tavsiye;
- 2) Ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalıklaşması ve doluluğu hakkında R (99) 22 no’lu tavsiye;
- 3) ‘Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kurallarının’ uygulanmasının geliştirilmesi ile ilgili R (2000) 22 no’lu tavsiye.

## **V. Yeni Alternatif Yaptırımların Genel Özellikleri**

Kararların etkisi ile hemen hemen tüm Avrupa ülkeleri yukarıda ifade edilen problemlere cevap bulabilmek için girişimde bulundular. Girişimlerin büyük bir bölümü ulusal yaptırım çeşitlerinin iyileştirilmesini hedefliyordu. Girişimler Fransa ve İsviçre’de olduğu gibi bazen Ceza Kanunu’nun bir bölümü ya da hemen hemen tüm eski Doğu Bloku ülkelerinde olduğu gibi Ceza Kanunu’nun tümünün iyileştirilmesi şeklinde oluyordu.

Mevcut yaptırım çeşitlerini 20-30 yıl öncekilerle karşılaştırdığımızda önceden var olan basit ve açık yaptırım sistemlerinin (hürriyeti bağlayıcı cezalar, şartlı veya erteli hürriyeti bağlayıcı cezalar, tahliye sonrası denetimli serbestlik takibinin temel yaptırım olarak) hemen hemen tüm ülkelerde terk edildiğini görürüz. Bunun yerine listenin hürriyetten yoksun bırakmayan kamusal hizmet, tazminat ve telafi, fail- mağdur arabuluculuğu veya sosyal arabuluculuk (community mediation), bir kısım hakların

---



sınırlanması veya ruhsat iptali, eğitim programları, hareket özgürlüğünün kısıtlanması, kavrayışla ilgili durum tayini yapan eğitim ve öğretim programları, tedavi programları (özellikle uyuşturucu ve cinsel suçlular için), kontrol ve bulunma tedbirleri, topluma kazandırma kurumlarına veya günlük yerleştirme merkezlerine, topluma kazandırma tedbirlerinin gerçek denetimi, gece sokağa çıkma yasağı, ev hapsi ve elektronik takip, kısmi serbestlik (semi-liberte), cezanın denetimli olarak ertelenmesi, vasilik, sınırlı özgürlük (controlled freedom) gibi ceza ve tedbirlerin genişletilmiş çeşitleri ya da bunların kombinasyonundan oluşan bir liste olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışma cezası ve diğer sayılan çoğu yaptırım türlerinin en önemli niteliği, bu yaptırımlarda hükümlünün gönüllü olarak birlikte çalışması halinde anlam ifade etmesidir. Bu manada geleneksel yaptırımlarla aralarında esaslı farklar vardır. Kanunu ihlal eden kişinin birlikte çalışması bu yeni yaptırım çeşitlerinde kaçınılmaz olduğundan, çoğu ülkelerin kanun koyucuları sanığın rızasını istemektedir. Çoğu yargılamada şüpheli/sanığın rızasının istenmesinin ikinci nedeni bu cezalar (özellikle çalışma cezası durumunda) ile aksi takdirde angarya yasağını düzenleyen kanun hükümlerinin çatışma içerisinde olacağına ilişkin karşı konulamaz inanç. Uzun zaman Hollanda ve İngiltere’de de bu görüş hâkimdi. Bu ülkelerde de Çek Cumhuriyeti, Almanya ve Rusya Federasyonunda olduğu gibi çalışma cezasının verilmesi için rıza artık kanunen dikkate alınması gereken bir şart değildir. Bu ülkelerde önceden verilen rızanın olması kaydıyla angarya yasağını ihlal eden bir ceza olarak ilişkilendirilmemekte, fakat çalışma cezasının konusu olan işin veya aktivitenin türü ile durum ve şartları değerlendirilmektedir (cezanın süresi, çalışılacak saat sayısı, çalışmanın yapılacağı yerin türü ve hükümlünün yerleştirildiği yerdeki hukuki durumu).<sup>23</sup>

Çalışma cezası ve diğer çoğu yeni yaptırım ve infaz çeşitlerinin ortak özelliği, toplumun bu yaptırımların infazında açıkça rol oynamasıdır. Bu, ceza hukuku tarihinde yeni olan bir görüntüdür. Siyasetin ve toplumun ceza hukuku infaz uygulamalarına olan dikkat çekici büyük ilgisi literatürde aşağıdaki şekilde ifade edilmektedir:

---

<sup>23</sup> Bu aynı zamanda Almanya Anayasa Mahkemesi’nin 14.11.1999-2 tarihli, BvR 1462/87, NstZ 1991,4, p.181 kararındaki düşüncesi; Bkz. A.M. Kalmthout, ‘Instemming in de aanbieding; en de rest?, De feitelijkte afschaffing van het aanbod- en instemmingvereiste bij de veroordeling tot ‘ dienstverlening’, in: R.D. Vriesendorp, M. L.W. Weerts and W.J. Witteveen, Het actuele recht, Lelystad 1993, pp. 95-99.

“Bugünkü eğilim ile yakın geçmiştekiler arasındaki temel farklılık, alternatif yaklaşımların eskiden özellikle hayır kurumları açısından tek tük ve dağınık tecrübelerden oluşmakta iken, bugün onlar global bir bakışla suçluluk problemiyle baş etmeye niyetli farklılaştırılmış stratejinin bir parçası olarak uygulanmakta ve planlanmaktadır ki burada ceza adalet sistemi çeşitli sektörleri entegre eden bir sistem olarak gözükmektedir. Devletle ilgili kaynak ve gayretler, artan bir şekilde ceza infaz kurumların rehabilite etmedeki yetersizliğine ve kurumsallaşmanın tümüne yönelik eğilimin parçası olarak ki bu akıl sağlığı alanını da karakterize etmektedir, yeni alternatiflerin ya da eski alternatiflerin yeniden geliştirilmesine, canlandırılmasına olan artan inancın sonucu olarak bu alana tahsis ediliyor. Toplum gerçekte tüm aklen zarar görmüş (akıl sağlığı eksik) ve zekâ geriliği olanları bakım evlerine nakletmiyor, fakirleri dışlamıyor veya yaşlıları da çalışma evlerine göndermiyor. Bu gibi kişilerin desteklenmesi ve bakımı tekrar topluma verildi. Bu sorumlulukların toplumda kalmasıyla ve bunun bu kişilerle baş etmek için anlamına uygun sunulmasıyla aynı zamanda toplumun üyelerinin parçalanmışlığı ve acizyet duygusu azaltılarak toplumun daha etkili bir şekilde bu kişilerle ilgilendiği de ortaya konmuş gözüküyor.”<sup>24</sup> Cezaların infazında, toplumla ilgi ve bağlantı çok önemlidir. Özellikle bu durum kamu yararına çalışma, sosyal eğitimler ve mağdurun ilgisine yönelmiş yaptırımlarda olmazsa olmaz şart ve daha önemlidir. İşte bu özellik, yaptırımları ‘toplumsal yaptırımlar’ veya ‘topluma dayalı yaptırımlar’ veya Hollandaca’ında ‘toplumsal cezalar’ yapıyor.

Avrupa Konseyi’nin R (92) 16 sayılı Tavsiye Kararı’na göre ‘toplumsal yaptırımlar ve tedbirler’ aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır:

*“hükümlünün toplum içerisinde kalmasını sağlayan, şart ve /veya yükümlülük koyarak birtakım kısıtlamaları içeren ve bu amaçla hukuk içerisinde teşkil ettirilen kurumlarca infaz edilen yaptırım ve tedbirlerdir.”*

Toplumsal cezaların gerçek değeri basit olayda kanunu ihlal eden kişinin toplum içerisinde cezasını çektiği vakit ortaya çıkmaktadır. Bu cezaların gerçek anlam ve değeri onların esas amacı olan: hükümlünün toplum içinde kazanılmasında aranmalıdır. Çünkü hapis cezalarının kişiyi toplumdan sosyal olarak dışlanmasına vurgu yapmasına karşılık, ‘toplumsal cezalar’ kanunu ihlal eden kişinin toplum içerisinde sosyal olarak kontrol

---

<sup>24</sup> Birleşmiş Milletler Sekreterliği, Alternatives to Imprisonment, International Review of Criminal Policy no. 36, 1980, New York 1983, s.9.

altına alınmasını (insluting) ve toplumun – ve özellikle yaptırımın infaz edildiği ortak mahal - ilgisi ve birlikte çalışmasının kesinlikle ön şart olmasına vurgu yapan cezalardır. Toplumsal cezalar sadece, aktif olarak bu topluma kazandırma sürecine ilgi duyan ve buna yönelik gerekli altyapıyı sağlayan ve bu yaptırımların özel şartların gereği olan hususları taşıyan seçilmiş ortam içerisinde uygulanabilir. Gereken şeylerden birisi, hedefi, misyonu, çalışma metotları ve çalışma tutumu ile toplumsal cezanın fikir ve çıkış noktalarını temel alan bir organizasyonun varlığıdır. Çoğu ülkelerde çalışma cezasının yürürlüğe girmesi – çoğunlukla ilk ve en başarılı yeni yaptırım olarak - denetimli serbestlik teşkilatlarının kuruluşu ile birlikte olmuştur (Baltık Ülkeleri, Romanya, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Bulgaristan, Moldovya, Macaristan). Bu durum, kuruluşların görev alanlarından da anlaşılmaktadır. Bu kuruluşlar kendilerini geleneksel görevleri (bilgilendirme raporları, değerlendirme, rehberlik ve denetim) ile sınırlamamakta, artan ölçüde toplumsal cezaların özel, yarı kamusal ve kamusal organizasyonlarla işbirliği içerisinde uygulaması ve organizasyonu hazırlıklarına öncelik vermektedirler<sup>25</sup>. Bu bir taraftan denetimli serbestlik çalışmalarının toplumsal tabanını ortaya konması imkânlarını güçlü bir şekilde artırırken diğer taraftan günümüzde denetimli serbestliğin artık yaptırımların ve tedbirlerin ortak uygulayıcısı olarak adım atan bir kuruluşun sorumluluktan kaçınma imkânını ortadan kaldırmıştır. Denetimli serbestlik geleneği konusunda tarihi geçmişe sahip ülkelerde (İngiltere, Galler, Hollanda, Avusturya) bu klasik toplumsal çalışma eğilimi, adalet bağlantılı icra edilebilir göreve dönüşmesi şeklindeki anlayış değişikliği, gerekli heyecanı uyandırmamıştır<sup>26</sup>.

## VI. Çalışma Cezasının Benekli Tablosu

Avrupa Konseyi ülkelerinin hemen hemen hepsi ile diğer kıtalardaki ülkeler bu arada artan bir şekilde çalışma cezasını öyle ya da böyle yaptırım sistemlerinde yer vermişlerdir. Bu yaptırımın – infaz çeşidinin tüm durumlarında ortak özellik, sanık ya da hükümlüye boş vaktinde ücretsiz olarak toplumun ihtiyacına yönelik belirlenen saatte çalışmanın yerine getirilmesini istemektir. Bununla tüm benzerlikler ortadan kalkmaktadır.

---

<sup>25</sup> Denetimli Serbestliğin çeşitli Avrupa ceza hukuku sistemleri içerisindeki anlam ve rolüne genel bir bakış için bkz.: J.T.M. Derks & A.M. van Kalmthout, A Palette of European Probation Service Systems. In: A.M. van Kalmthout & J.T.M. Derks (Eds), Probation and Probation Services, a European Perspective, Nijmegen 2000.

<sup>26</sup> Bkz.: G. Mikusch & A. Pilgram, Community sanctions and measures in Austria ; Bkz. Dipnot 3.

Çalışma cezasının uygulandığı (uitgewerkt) ve yer verildiği yaptırım sistemlerinin usullerine göz atıldığında, bunlar arasında belli bir çizginin olduğunu bulmak zordur. En çok görüneni çalışma cezasının temel ceza olarak kabul edildiği türdür. Örneğin bu Belçika, İngiltere ve İskoçya, Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, Hollanda, Hırvatistan, Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İspanya, ABD, Sri Lanka, Avustralya, Kanada, Fiji Adaları, İsrail, Baltık Ülkeleri ve Moldavya’da olan durumdur. Bunun yanında çalışma cezası Almanya, Fransa ve İsveç gibi çoğu ülkelerde cezanın ertelenmesinin veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının (voorwaardelijk uitstel van vonniswijzing) önemli bir koşulu olarak ele alınmıştır. Bu infaz türlerinde genellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine alternatif olan temel çalışma cezasıdır. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza denildiğinde genellikle üç aydan altı aya kadar olan hapis cezası anlaşılmaktadır. Ancak bazı ülkelerde azami on iki ay hapsi gerektiren ceza olarak anlaşılır. Hatta tek ülkede (Yunanistan) ‘kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza’ azami üç yıl hapis cezasını ifade eder.

Belçika, Fransa, Çek Cumhuriyeti, Hollanda ve Avusturya gibi ülkelerde uygulama alanı daha geniş olan çalışma cezası, uyuşmazlığı yargılamaya götürmeden sonuçlandırmanın bir şartı veya şüpheli ile mağdur/toplum arasında arabuluculuk usulü olarak da görev yapmaktadır (cezalandırmadan şartlı vazgeçme ve uzlaşma). Bu usullerde çalışma şartı hapis cezası ile aynı ölçüde olmayan, ancak daha ziyade bir para cezasının karşılığı olmaktadır. Para cezasına dolaylı bir alternatif olarak, para cezasının ödenmemesi durumunda hapis cezasının uygulandığı ülkelerde çalışma cezası alternatif olarak da kullanılmaktadır. Bu daha çok Almanya, Polonya, İsviçre ve İspanya’daki durumdur. Bununla çeşitlere olan genel bakış henüz bitmedi. Çalışma cezası, affin sağlanmasının şartı (Hollanda, Almanya), trafik suçlarında (delict) ferî ceza, hapis cezasının son kısmını karşılayan bir infaz çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır (Hollanda’daki pişmanlık (penitentiare) programları).

Bahsedilen bu çeşitler içerisinde alt çeşitlerde bulunmaktadır. Bir kısım ülkelerde temel ceza olarak çalışma cezası, hapis cezası ile hukuki bağlantısı olmayan kendine özgü bir yaptırım türü olarak yer almaktadır (İngiltere ve Hollanda). Temel ceza türü olarak çalışma cezasına en çok ikame infaz çeşidi olarak karşılaşılmaktadır. Bu durum çalışma cezasının ancak fiilen verilmesi tasarlanmış olan bir hapis cezasının yerine verilebileceğini beraberinde getirmektedir. Böylece çalışma cezasının şarta bağla

olmayan hapis cezası dışında başka cezalarda da kullanılmasının görünmesine çalışılıyor. Bu ikame infaz türü daha çok Fransa, Norveç, Portekiz ve Çek Cumhuriyetinde uygulanmaktadır.

Çalışma cezasının temel ceza ve özel şart olarak kullanılmasında ortaya çıkan önemli fark, birincisinde cezalandırma vurgusunun daha ön planda olmasıdır. Bu durum çalışma cezasının ‘zamanın cezalandırılması’ ve ‘özgürlüğün sınırlandırılması suretiyle cezalandırma’ veya ‘boş vakit cezası’ şeklinde formüle edilmesi bu türde öncelik olarak kendini göstermektedir. Boş vaktin alınması ve çalışma ücretinden mahrum bırakılması bir cezadır. Şartlı türde çalışma cezasının öncelikle davranış koşullarını özel olarak önlemeye yönelmiş karakteri ön plandadır. Almanya, Danimarka ve İsveç gibi ülkelerde çalışma koşulları özellikle ceza gibi olmayan eğitici, tekrar sosyalleşmesine yönelik tedbirler şeklinde karakterize edilmektedir. Bu durum, içeriğinin, kapsamının ve rehberliğin çalışma cezasının temel ceza şeklinde ortaya konulması halinden farklı olarak oluşmasını da gerektirmektedir. Bu ayrıcı özellik dolayısıyla ‘çıplak’ çalışma cezası kavramı, Hollanda’da uygulandığı şekliyle denetimli serbestlik teşkilatının klasik destek ve yardım faaliyetinde bulunmaksızın, çalışma cezasının organize edilmesi ve kontrolü ile sınırlı olarak rol aldığı cezadır.

Yukarıda türler ile ilgili anlatılan çeşitlilik çalışma cezasının çok karakterliliğini ve bu ceza ile amaçlanan hedeflerin farklılığını da ortaya koymaktadır. Bu birkaç türün birlikte uygulanmakta olduğu ülkelerde karışık bir görüntü vermektedir. Örneğin Fransa’da Genel Toplum Yararına Çalışma (Travail d’intérêt général) dört türde görüldüğü gibi: ikame- temel ceza, cezanın ertelenmesinde özel bir şart olarak, on iki aya kadar olan şartsız hapis cezalarında infaz türü ve bir kısım trafik suçlarında ferî ceza olarak. Almanya’da da farklı türler vardır: cezalandırmadan şartlı vazgeçmenin / uyuşmazlığı yargılamaya götürmeden sonuçlandırmanın bir şartı, cezanın ertelenmesinde bir şart, affın bir şartı ve para cezası yerine verilen hapis cezasının (vervangende vrijheidstraf) yerine geçen bir ceza olarak verilebildiğini görürüz.

Çalışma cezasının cezai yönüne yapılan güçlü vurguya itiraz nedeniyle, hapis cezası yerine ayakları yere basan gerçek bir alternatif temel ceza olması zordur. Cezai bir bakış açısıyla çalışma cezasının rekabet etmesi neredeyse imkânsızdır. Bu sebeptendir ki kanun koyucuların çoğu başarısızlık sayısının çokluğundan korkarak, hükümlüye getirilecek fiili yükümlülüğün 200-240 saatten daha fazla kabul etmeyerek, teorik olarak

azami 6 aydan 12 aya kadar olan bir hapis cezasını bir alternatif olarak çalışma cezasını öngörmüşlerdir. Bu daha çok Finlandiya, Danimarka, İrlanda, Lüksemburg, Rusya, İsveç, Fransa ve Hollanda'daki durumdur. Pratikte hemen hemen tüm ülkelerdeki tecrübeler bu ilişkinin orantılı olmadığını göstermiştir. Ondan dolayıdır ki çeşitli yollarla bu yaptırımın cezai karakteri güçlendirilmeye çalışılmaktadır. Bir kısım ülkelerde bu çoğu ülkelerde kullanılan 240 saatlik durumun önemli derecede artırılarak yapılması suretiyle gerçekleştirilmiştir. Belçika, İskoçya, Macaristan ve İngiltere (2003 tarihli Ceza Adalet Kanunundan sonra) 300 saat, Norveç'te 360 saat, Portekiz'de 380 saat, İspanya'da 384 saat, Bulgaristan ve Çek Cumhuriyeti'nde 400 saat, Polonya ve İtalya'da 480 saat. Almanya ve İsviçre'de hazırlanan kanun tasarılarına göre sırasıyla 1080 ve 720 saatten söz edilmektedir. Normalden saparak daha yüksek bir saat belirleyen Estonya (2880 saat) ve Yunanistan (6480 saat), ki burada sırasıyla azami iki ve üç yıllık hapis cezasının karşılığı olarak verilebilmektedir.

Cezai karakterin belirleyiciliğinde sadece verilebilecek saat sayısı değil, aynı zamanda çalışma saatinin ne kadar hapis cezasının karşılığı olarak dönüştürüleceği de önemlidir. Buradaki durum da çok çeşitlilik göstermektedir. Yüksek bir çalışma saatini seçmemiş olan ülkeler, çalışma cezasında çalışılan süreyi 2-6 saat arasında bir farklılıkla hapis cezasına çevirme ölçüsü ile kullanarak uygulanabilirliğini sınırlamaktadırlar. Çoğu kez bu ölçü aynı zamanda çalışma cezasının tamamen ya da kısmen yerine getirilmemesi durumunda verilecek olan hapis cezasının hesaplanmasında da kullanılmaktadır. Bu örneğin 300 saat çalışma cezasının olduğu Macaristan'da şu anda mevcut 6 saatlik çevirme kriterinin bir günlük hapis cezasına karşılık gelerek azami 50 günlük hapis cezasının karşılığı anlamına gelmektedir. Buna karşılık Finlandiya'da 200 saatlik çalışma cezası sekiz ay hapis cezasının karşılığıdır. Diğer ülkeler çalışma cezasının cezai niteliğinde varsayılan bu eksikliği, çalışma cezasını cezanın tecili veya tecil edilmeyen cezalarla –Hollanda, Macaristan ve Norveç - birlikte ya da başka toplumsal yaptırımlarla -İngiltere'de 2003 tarihli Ceza Adalet Kanunundan sonra da olduğu gibi- birlikte kombine ederek karşılamaya gayret etmişlerdir. Bunun yanında bir kısım ülkelerde, örneğin Belçika'da olduğu gibi çalışma cezasının uygulanabilirliğini bir kısım (ciddi) suçlar bakımından sınırlama getirilerek, uygulanma yolu kapatılmıştır. Diğer çoğu ülkelerde benzer bir yasaklanma bilinmemesine karşılık Hollanda'da Başsavcılık yönergeleri pratikte benzer etkiyi hedeflemektedir.

Çalışma cezasının tam olarak veya hiç yerine getirilmemesi durumunda çeşitli ülkelerde buna gösterilen tepkideki usul konusunda da çeşitlilik vardır. Çalışma cezası, erteli bir hükmün mü, cezalandırmadan şartlı vazgeçme mi, uyuşmazlığı yargılamaya götürmeden sonuçlandırmanın mı, affin sağlanmasının mı veya hapis cezasının yerine özel bir şart olarak mı verilmektedir. Bu durumda genellikle kanunen bir takım sonuçlar da beraberinde gelmektedir. Sırasıyla şartlı olarak ertelenen cezanın infazına başlanılacak, affin geri alınması söz konusu olacak veya yerine verilen hapis cezası infaz edilecektir. Çalışma cezasının infaz edilen kısmı tüm ülkelerde hesaba katılmamaktadır. Eğer çalışma cezası temel ceza olarak düzenlenmiş ise asıl hapis cezasının tasarlanmış şeklinde genelde bir çevirme söz konusudur (çalışma cezasının ikame ceza olarak verildiği türde) ya da mevcut çevirme kriterine göre çalışma cezasının yerine getirilmeyen kısmı hapis cezasına çevirmektedir. Hollanda gibi bir kısım ülkelerde kararda para cezasının karşılığı olan hapis cezası hâkim tarafından belirtilmektedir. Belçika gibi diğer ülkelerde, hâkim kararında hapis cezasının hangi ceza için verildiği düzenlenmektedir. Bu ceza, çalışma cezasının yerine getirilmemesi durumunda karar verilecek cezaya da bir ipucu olacaktır. Eğer çalışma cezasının bir kısmı infaz edilmiş ise çoğu ülkelerde yerine geçen hapis cezası oransal olarak azaltılmaktadır. Fransa, İrlanda, Lüksemburg ve Portekiz tarafından kabul edilen başka bir sistem ise, çalışma cezasının yerine getirilmemesi durumunda artık bağımsız bir suçun söz konusu olduğu ve dolayısıyla daha önceki asıl suç için öngörülen hapis cezasından daha fazla bir cezanın verilebileceğine ilişkin kabul edilen sistemdir. Burada çalışma cezasının yerine getirilmemesinde yapılan düzenlemelerin ve dolayısıyla otomatik olarak çoğu ülkelerde sadece verilen hapis cezasının Tokyo Kurallarından Kural 14.3<sup>27</sup> ve Avrupa Kurallarının 86 nolu kararı<sup>28</sup> ile uyumlu olmadığına ilişkin eleştirilere de işaret etmek gerekir. Fiiliyatta “alternatiflere az alternatif bulunması nedeniyle” çoğu kanunlar bu kuralların fiilen tekrar canlanması konusunda eksik kalmaktadır<sup>29</sup>. Bu alternatifler gerçekten var olsa dahi – para cezası, şartlı ceza, eğitim cezası, elektronik takip – bunların öncelikle

<sup>27</sup> Kural 14,3 şöyle der: “Hapis dışı tedbirin başarılı olamaması, otomatik olarak hapis tedbirinin uygulanmasına yol açmamalıdır.

<sup>28</sup> Kural 86: “Bir toplumsal yaptırım veya tedbirin geri alınması kararı, hapis cezasına hükmedilmesine ilişkin bir kararın verilmesini gerektirmemelidir.”.

<sup>29</sup> M.Joutsen/U.Zvekic; Noncustodial sanctions: Comperative Overview, in: U. Zvekic (ed), Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspevtive, New York 1994,s.16.

ikame ceza olarak yerine getirilmesi gerekmez. Toplumsal cezaların ‘kendiliğinden cezai niteliği’ statüsü olan İngiltere’de, cezanın infazındaki bir başarısızlıkta azami 1000 pound para cezası verilebileceği gibi azami 60 güne kadar ek bir toplumsal ceza verilebilir<sup>30</sup>.

Değişik düzenlemelerle ilgili bu zengin çeşitliliğe genel bir bakış yapılmasına rağmen durum tam olarak özetlenmiş değil. Henüz az sayıdaki ülkeler (Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, İsveç ) kural olarak çalışma cezasının her zaman sosyal araştırma raporuna dayanması gerektiğini düzenlemişlerdir. Sosyal araştırma raporu, çalışma cezasında başarısızlıkların önlenmesi ve çalışma cezasının yaptırım olarak kalmasının – Hollanda’daki uygulamanın aksine- garanti altına alındığı tek kriterdir. Hollanda’da çalışma cezası “konfeksiyon yaptırımı” haline gelmektedir. Bu uygulamada çalışma cezasında çalışan kişiler üretim rakamları ve etkinliklerine bağlı hale getirilmektedir. Yine Hollanda’da çalışma cezasının giyapta karara bağlanabilecek olması, denetim açısından istenmeyen bir kaliteyi ortaya çıkartmıştır.

## VII. Kanundan Pratiğe

88

Mahkûmiyet istatistikleri kriter olarak alındığında, çalışma cezasının nisbi olarak kısa bir zamanda hayret verici bir şekilde geliştiğinden başka bir sonuca varamayız. Çoğu ülkelerde çalışma cezası, para cezası ve şartlı cezadan sonraki en önemli yaptırım çeşidi olmuştur. Çalışma cezasının İngiltere, Fransa ve Hollanda’da uzun yıllardır ayakları sağlam yere basmaktadır. Bu ülkelerde çalışma cezası 2004 rakamlarıyla sırasıyla 55.430<sup>31</sup>, 17.900<sup>32</sup> ve 50.000 (15.000’i savcılık aşamasında uyuşmazlığı sona erdirmenin bir şartı olarak 35.000’i ise temel ceza olarak) kez verilmiştir. Fransa ve Hollanda gibi para cezası ile şartlı cezalandırmanın ceza sıralamasında istatistikî olarak ikinci ve üçüncü sırada yer aldığı ülkelerde pratikte, yalnızca kamu yararına çalışma tedbirinin toplum ve yargı çevrelerinde yaşama gücü olan bir ceza yaptırımı olarak kabul edildiği gözükmektedir. Çalışma cezası çoğu Avrupa ceza kanunlarında sağlam bir yer kazanmıştır. Bazı ülkelerde ücretsiz çalışmanın uygulanmasının sıklığı toplum için tutuklanmaya alternatifler listesinde üçüncü sırada yer almaktadır (para cezası ve erteleme/ denetimli serbestlikten sonra). Bu özellikle sırasıyla yılda 47.000,15.000 ve 20.000 çalışma cezası veya

---

<sup>30</sup> Bu konuyla ilgili bkz.: I. Brownlee, Community punishment, o.c., s.132.

<sup>31</sup> Home Office statistical Bulletin, www.homeoffice.gov.uk.stats.

<sup>32</sup> Annuaire statistique de la justice 2005, www.justice.gov.fr.



başka tedbirlerle birlikte temel ceza veya ertelemenin özel bir şarta bağlı olarak yetişkin suçlulara verildiği İngiltere, Fransa ve Hollanda’da olan durumdur. Yine Çek Cumhuriyeti ile Finlandiya kamu yararına çalışma cezalarının uygulamaya konduğu 1996 (Çek Cumhuriyeti) ve 1991 (Finlandiya) yıllarından itibaren artan bir uygulamayı bildiren ülkelerdir. Çek Cumhuriyeti’nde 1998 yılında 1800 kere hükmedilmiştir ki bu miktar tüm verilen yaptırımların %3’üne karşılık gelmektedir<sup>33</sup>. Finlandiya’da 5 yıllık deneme döneminden (1991-1996) sonra kamu yararına çalışma cezası 1997 yılında nihai olarak tüm ülkede verilebilecek ceza tedbirlerinden biri olarak uygulamaya konuldu. 1998 yılında 3800 suçlu kamu yararına çalışma cezasını infaz etmeye başladı ki bu sayı bir önceki yıl hapis cezasını infaza başlayan suçluların % 88’ine karşılık geliyordu<sup>34</sup>. İsviçre’de de kamu yararına çalışma cezası, bu cezaların deneme durumunda olan statüsü ve şimdiye kadar sınırlı ölçüde verilmiş olmasına rağmen gittikçe ayakları yere daha sağlam basmaya başlamaktadır. Hâlbuki İsviçre’de toplumsal yaptırımlar 1996 yılına kadar sadece azami üç aya kadar hapis cezasının karşılığı olarak (Achterdeurvervanging) verilebildiği halde, 1998 yılında toplamda verilen yaklaşık 9000 hapis cezasının 2300’den fazlası kamu yararına çalışma cezasına çevrildi<sup>35</sup>. Belçika’ya kamu yararına çalışma cezası ve eğitim tedbirlerinin girişi nispeten daha geç olmuştur. Ancak Belçika’da özellikle kamu yararına çalışma cezası ile ilgili 1994 yılından beri her ne kadar az da olsa olumlu bir sayısal artış vardır. 1994 yılında kamu yararına çalışma cezasının, mecburi uzlaşmanın veya denetimli serbestlikle birlikte verilmesinin (reclasseringsdeelnamen) şartı olarak verilmesiyle, 199 karar 1997’de 1738 karara çıkmıştır. Eğitim tedbiri olarak sadece deneme amaçlı verilen kararlar 1995 yılında 29 karardan 1997 yılında 675 karar olmuştur<sup>36</sup>. Almanya, İtalya, Polonya, Portekiz, İspanya ve İsviçre’de kamu yararına çalışma cezası özellikle şartlı gözaltı veya hafta sonu göz altısı (İspanya) yerine verilmekle birlikte nadiren de ceza infaz kurumundaki bir temel cezanın yerine verilmektedir.

---

<sup>33</sup> Bkz.: Z. Karabec, Czech Republic, in: A.M. van Kalmthout & J.T.M. Derks, Probation and Probation Services, A European Perspective, Nijmegen 2000, s.116.

<sup>34</sup> Bkz.: T. Vogt- Airaksinen, Finland in: A.M. van Kalmthout & J.T.M. Derks, Probation and Probation Services, A European Perspective, Nijmegen 2000, s.197.

<sup>35</sup> Bkz.: M. Killias, Community Service without Net-Widening, A Question of Implementation? Some lessons from the Swiss Experiment, Bkz. dn.2.

<sup>36</sup> Bkz.: I. Aertsen and K. Lauwaert, Community sanctions and measures in Belgium, Bkz. dn.2.

Yine de geçen on yıl içerisinde şartsız verilen hapis cezalarındaki sayılar, ceza infaz kurumlarındaki yoğunluk bakımından hapis cezalarında önemli bir azalmaya neden olmadığını göstermiştir. Bu özellikle toplumsal cezaların çok büyük ölçekte uygulandığı ülkelerde fark edilmektedir. Eğer İngiltere, İskoçya, Fransa ve bizim ülkedeki (Hollanda) ceza infaz kurumu kapasitesindeki artışı karşılaştıracak olursak, hükümlüler tarafından duvarlar arkasında geçirilen süreler bakımından azalan bir durum olduğunu söylemek mümkündür. Bunun tek istisnası özellikle denetimli serbestlik kuruluşlarınca toplum içinde denetim altında takibi yapılan hükümlülerin, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısından daha çok arttığı Kanada'dır<sup>37</sup>.

### VIII. Sınırlamalar ve Eksiklikler

Yukarıda belirtilen durum toplumsal cezaların etkili olmadığı anlamına gelmez. Ancak açık olan şu ki, çok verilen cezalar listesi içerisinde çalışma cezası nispi olarak düşüktür. Fakat daha detaylı bir araştırma ile toplumsal cezaların uygulamada verilme artışına rağmen hapis cezalarının verilmesinde neden önemli bir azalma olmadığı araştırılmalıdır. *Başka bir ifadeyle: bu alternatif yaptırımların eksikliği ve üzerindeki sınırlamalar nelerdir? İkinci soru ise, hapis cezalarının yerine getirilmesinde bu alternatif yaptırımların ne şekilde etkisi vardır?*

90

Toplumsal yaptırımların hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine geçmede sınırlı bir rol almalarının ilk sebebi, bu cezaların yapılarında var olan şüpheli durum ile bu yaptırımlarla hedeflenen amaçlar konusundaki belirsizliktir. Bu yaptırımlar, hapis cezası, para cezası gibi karşılığını verme amacı güden ceza yaptırımları olarak görülmeli mi? Yoksa bunlar daha çok kefaletle serbest bırakma, erteleme ve denetimli serbestlik gibi hükümlülerin topluma kazandırılması ve sosyalleşmelerini elde etmeye çalışan yaptırımlar olarak mı gözükmelidir? Ya da bu yaptırımlar mağdur perspektifinden mi değerlendirilmelidir?

Çoğu ülkelerde yargı ve kanun koyucu ilk bakış açısını tercih etmesine rağmen, denetimli serbestlik uzmanları ve diğer toplumsal organizasyonlar yeni yaptırımların infazında daha çok topluma kazandırma ve mağdur yönlü hedeflenmeye vurgu yapılmasını istemektedirler. Bu belirsizlik çalışma cezasının örneğin temel ceza olarak, topluma kazandırmayı elde

---

<sup>37</sup> Bkz.: A. Leschied and A.Cunningham, Community sanctions and measures in Canada, Bkz. dn.2.

etmeyi çalışan erteli cezanın şartı olarak, yaptırımın infaz şekli veya ferî ceza olarak ve yine şarta bağlı olamayan hapis cezası ile birlikte verilebilme imkânı olan Fransa’daki kanun düzenlemesiyle açıkça ortaya çıkmaktadır. Diğer ülkelerde de toplumsal cezaların şartsız hapis cezası ile birlikte verilmesi belli ki gerçekten uygulamada hapis yerine geçen kullanışlı bir yol değildir. Bu kavramsal karışıklılığın taşındığı açık bir örnek, Birleşmiş Milletler Uluslararası Suç Önleme Merkezi tarafından birkaç yıl önce kaleme alınan ‘Çocuk Adalet Sisteminde Örnek Hukuk’ adlı metindir<sup>38</sup>. Çoğu ülkelerde kamu yararına çalışma eğitim yaptırımları kategorisinde değerlendirilmekte iken Çocuk Adalet Sisteminde Örnek Hukuk adlı metinde ceza yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Hollanda’da hem çocuklar hem de yetişkinler bakımından sosyal yetenek kursları para cezası ile hapis cezasının ortasında yer alan bir yaptırım olarak değerlendirilmekte; Belçika, Danimarka, Almanya, İspanya Avusturya (1997 taslak yasa) gibi ülkelerde ise bu kurslar topluma kazandırmayı amaç edinmesi şartıyla cezanın erteleme ile kefaletle serbest bırakma ile birlikte verilmektedir.

Kanundaki açıklık konusundaki bu eksiklik, toplumsal cezalar ve yaptırımların net ve tamamen benzer olmayan amaçları ve kamu yararına çalışmanın arka planında yatan düşünceler konusundaki farklılık, onların hem inandırıcılığını hem de uygulanabilirliğini sarsmaktadır. Toplumsal cezaların ideolojik arka planında yer alan bu yetersizliklerin sonucu olarak, çoğu ülkelerde bunların hapis cezası gibi ‘gerçek’ yaptırıma bağımlı olmayan alternatifler (onların isimlendirilmesinin ilk kulağa geldiği gibi) olarak gözükmektedir. Toplumsal cezalar böylece kendi başlarına bağımsız yaptırımlar olarak değerlendirilmemektedir. Gerçi bunun sonucu olarak bu cezalara karar verebilecek çok hâkim bulunsa da hâkimlerin bu cezaların cezalandırıcı karakteri konusunda ciddi itirazları bulunmaktadır. Ancak cezai yaptırımların karakteristik vasfı ‘cezalandırıcı’ karakter ise, o zaman bu durumda hukuk doktrini ve siyasetindeki görüşlerde hemen hemen hiç ilgi görmediğini söylemek mümkündür. Bu olayın ışığı altında daha ilginç olan kanuni düzenlemelerde çoğu ülkelerin – tüm ülkeler değil- toplumsal cezaları uzun süreli hapis cezaları yerine değerlendirmeleridir. Bu durum toplumsal yaptırımların amacı ve süresini belirlemede yalnızca hükümlünün kişisel durumlarının hesaba katılmaması gerektiği, bunun yanında toplumsal cezaların ‘suçlanan suçun ciddiyeti ile orantılı’

---

<sup>38</sup> UN Centre for International Crime Prevention, Model Law on Juvenile Justice, Wenen, september 1997.

olarak verilmesi gerektiğini düzenleyen Toplumsal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları'nın 6. Kural'ına rağmen böyledir.

Kamu yararına çalışma ve benzer toplumsal cezalarda kullanılan ve nispi olarak az olan azami ceza süresi -örneğin Finlandiya'da 200 saat, Danimarka, İrlanda, Luxemburg, Rusya Federasyonu, İsveç, Birleşik Krallıklar ve Belçika'da 240 saat, İskoçya'da 300 saat, Norveç ve İsviçre'de 360 saat, Portekiz'de 380 saat, İspanya'da 384 saat, Çek Cumhuriyeti'nde 400 saat, İtalya, Polonya ve bizim ülkemizde (Hollanda) 480 saat<sup>39</sup> - miktarlarından mahkemelerin bu cezaları bir kısım suç ve kabahatleri az işleyen- hiç işlemeyen- kişiler bakımından özel iyilik olarak görme eğiliminde olduğunu anlamak mümkündür (örneğin basit hırsızlık ve trafik kabahatleri). Bu tip eylemlere yalnızca ya çok kısa bir hapis cezası, para cezası, denetimli serbestlik tedbiri veya cezanın ertelenmesi vermek mümkündür. Pratikte genelde bilinen ise yeni toplumsal cezaların mevcut olayların kabaca % 50-60'ı kadarının yalnızca hapis cezasının karşılığı olarak verildiğidir. Diğer olaylarda ise bir yere kapatmaya yönelmeyen alternatif cezalar yerine verilmektedir. Alternatiflere alternatif olarak verilmekte dolayısıyla az verimli bir çalışma tarzı.

92 Toplumsal cezaların cezai karakterine olan inançsızlık, bedel ödetme ve korkutmaya dayalı inatçı, direngen geleneksel eğilim, kanunu ihlal eden kişilerin davranışları konusunda başka şekilde ilgilenme ve bilgilenme ile uygun eğitim almadaki eksiklik, bütün bunlar hâkim ve savcılarda ceza hukuku politikasında genel olarak tekrar yükselen daha baskıcı bir eğilimi dikkate alma, karar vermelerinde hala büyük rol oynamaktadır. Bu, mahkemelerin giderek yükümlülüklerle birlikte kararlar vermelerini kabul etmelerini azaltmaktadır. Örneğin, çalışma aktiviteleri veya 240 saat eğitim programlarını takip gibi -bir kısım ülkelerde 360 saat- 1,2 veya 3 aydan fazla hapis cezasının gerçek bir alternatifi kararlar anlamına gelmemektedir. Bu şu şekilde açıklanabilir:

1. Pratikte henüz çok az hapis cezası vakası, hapis cezasından daha uzun bir alternatif cezaya çevrilmiştir,
2. Toplumsal cezalar artan bir ölçüde erteli hapis cezaları, para cezaları, denetimli serbestlik tedbirleri, elektronik gözetim ve denetleme ve hatta

---

<sup>39</sup> Bu nispi olarak çalışma cezasına azami az süreyi esas alan ülkelere istisna Yunanistan'dır. Burada iki yıla kadar olan hapis cezaları, günlüğü asgari 2 saatten ve azami 6 saate kadar bir çevirme hesabı ile çalışma cezası olarak yerine getirilebilir. Bkz.: A. Tsitsoera, Community sanctions and measures in Greece. bkz. dn.3.

ertelenemeyen hapis cezaları gibi diğer yaptırımlarla birlikte verilmektedir. Özellikle ertelenemeyen hapis cezaları ile birlikte verilen toplumsal cezalar, arka planda yatan ve özellikle topluma tekrar kazandırma ve rehabilitasyonun önemli yer aldığı düşünceyi sarsmaktadır. Temel düşüncelerdeki bu sarsıntı asıl toplumsal cezalarda kanunu ihlal eden kişiye yönelik ‘profesyonel- terapatiksel’ düşüncenin kanunu ihlal eden kişiye yönelik ‘cezai- idari’ düşünceye (conceptualeseringen) giden güncel kayma seyri ile de ilgilidir<sup>40</sup>. Tavsiye kararı (2001), henüz yeni terk edilen ve İngiltere ile İskoçya’da doğan ve geçen yüzyılda seksenli yılların sonu ile doksanlı yılların başı boyunca süren ve toplumsal cezaların hapse alternatif olarak gözükmeye başladığı ancak kendi başına bir yaptırım olarak gözüktüğü; var olan hapsedilmeye yönelik tercihler güdümünde toplu bir bakış değişikliğinin olduğunu yazmaktadır<sup>41</sup>. Aynı durum Hollanda’da, yeni kanun değişikliği ile birlikte kamu yararına çalışmanın veya eğitim tedbirlerinin temel ceza olarak altı aya kadar hapis cezası ile birlikte verilebilme imkânının getirilmesinden itibaren de geçerlidir. Aynı kanun değişikliği bu ‘görev cezalarının’ cezanın ertelenmesi veya Cumhuriyet savcılığı tarafından ceza davasının veya para cezasının şartlı olarak ertelenmesine bağlı bir şart yerine verilmesi imkânını da getirmiştir. Bu sebeplerden dolayı şimdi Hollanda’da bu yaptırımlar kanunu ihlal eden kişiye özgürlüğü sınırlayıcı yükümlülükler getiren terimler kapsamında tekrar tanımlanmaktadır. Ki geçmişte bu yaptırımlar yalnızca şarta bağlı olmayan hapis cezalarına alternatif olarak uygulanmaktaydı<sup>42</sup>.

3. Ceza kanununda toplumsal cezaların, hapis cezalarından daha fazla öncelik verilmesi gerektiğine ilişkin kanuni düzenlemeler, duruşma esnasında cezai bir karar alma anında mahkemeler tarafından neredeyse hiç dikkate alınmadığı görülmektedir. Bu özellikle Portekiz’de olan durumdur. Pereira (2001) “her ne zaman toplumsal yaptırımlar cezalandırmanın amaçlarını yeterli şekilde karşılıyorsa, hapis cezasından kaçınılmalıdır”,

---

<sup>40</sup> Bu kavramlarla ilgili daha detaylı bir değerlendirme için bkz.; A.M. van Kalmthout and P.J.P. Tak, Sanctions Systems in the Member States of the Council of Europe, Deventer/Boston 1998 (I. Bölüm) ve 1992 (Bölüm 2) ve J. Junger- Tas, Alternatives to Prison Sentences: Experiences and Developments, Amsterdam- New York 1994.

<sup>41</sup> Bkz.: S.Rex, The Development and use of community sanctions and measures in England and Wales. bkz. dn. 3.

<sup>42</sup> Bkz.: A.M. van Kalmthout, Community sanctions and measures in the Netherlands: Recent developments. bkz. dn.3.

kamu yararına çalışma gibi toplumsal yaptırımlar ancak zorlukla veriliyor veya tamamen ortadan kaybolmaktadır (denetimli serbestlik kararı)<sup>43</sup>.

Toplumsal yaptırımların şimdiye kadar yalnızca kendilerine verilen amaçlara kısmen ulaşmalarındaki diğer önemli bir sebep, uygun ve iyi sağlanmış mali ve organizasyonel altyapı eksikliğidir. Bu özellikle İspanya’da olan durumdur ki Bask Ülkesi Katalonya dışında ve belli bir noktaya kadar Bask Ülkesinde yeni ceza kanununda yeni toplumsal yaptırımların girişiyle, bu yeni yaptırımların infazını ve şekillendirmesini görev edinen bir organizasyonun kurulması takip etmemiştir. Bu durum Valles Port’e göre (2001) “Kanunda öngörülüp ancak infaz edilemeyen” yeni yaptırım ve tedbirlerin tutarlı bir şekilde geliştirilmesinde ciddi ve önemli bir engeldir<sup>44</sup>.

Ancak çoğu diğer ülkelerde durum daha iyi değil. ‘Toplumsal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları’nda (Kural 38 ve 42) karara bağlanmış olmasına rağmen, Avrupa ülkelerindeki çoğu yetkili otoriteler toplumsal yaptırımların infazına yönelik zorunlu altyapının oluşturulması konusunda pasif kalmışlardır. Kural 39 ve 40’a aykırı olarak; uygun, profesyonel kadrolarda ve mali imkânlarda üzüntü verici bir eksiklik vardır. Hatta bütçeler tahsis edildiği zaman, çoğu kez ek ihtiyaçlarda örneğin ek bütçe yerine denetimli serbestlik kuruluşların aktivitelerine ilişkin bütçelerden aktarımlar yapılmaktadır. Bu neredeyse tüm Avrupa ülkelerinde olan durumdur. Öyle anlaşılıyor ki siyaset, hapis esasına dayanmayan yaptırımların yaşanabilirliğine yeterince inanmadığını, başka bir ifadeyle halen her sene yine yüz milyonları ceza infaz kurumlarının kapasite artırımını için vermeye hazır olduğunu, hapis dışı yaptırımlara olan inancın ceza infaz kurumu sistemine olan inancı kadar yüksek olmadığı görünmektedir. Bu durumun en belirgin görünen örneği, yeni ceza kanunu ile toplumun kendisinin alternatif yaptırımların infazında tamamen devre dışı bırakıldığı Rusya Cumhuriyeti’dir. Tarbagaev (2001) bu durumu yeni ceza kanununun ciddi bir eksiği olarak görmektedir. Yeni ceza kanunu ile alternatif yaptırımlara getirilen yeni düzenlemelerle, Rusya’da ceza infaz kurumlarında var olan aşırı doluluğu azaltmaya yönelik gerçek bir yardım yapma şansının olmayacağına işaret etmektedir<sup>45</sup>. Avrupa Konseyi Ba-

---

<sup>43</sup> Bkz.: L. Miranda Pereira, Community sanctions and measures in Portugal. bkz. dn. 3.

<sup>44</sup> Bkz.: M. Dolores Valles Port, Community sanctions and measures in Spain and Catalonia. bkz. dn. 3.

<sup>45</sup> Bkz.: A. Tarbagaev, Community Sanctions in Russia: Past, Present and Prospects. bkz. dn. 3.

kanlar Komitesi toplantısında alınan 2000/22 sayılı tavsiye kararında üye hükümetlere şartsız olarak şu çağrı yapılmıştır:

*“Mahpusların kişisel ve sosyal gelişimlerini etkilemek, kamu güvenliğini temin etmek ve adli makamların toplumsal yaptırım ve tedbirlerin kullanışlı olduğuna inanmasını sağlamak amacıyla, kamusal yaptırım ve tedbirlerin uygulanması için uygun servisler kurulmalı, bunlara yeterli kaynaklar verilmeli ve gerekli oldukça geliştirilmelidir”*. Gerçi denetimli serbestlik ve sosyal çalışma bölümleri, geçen yüzyılın altmışlı yıllarından itibaren ceza hukuku sistemlerinde küçümsenmeyecek bir şekilde girmesini büyük ölçüde toplumsal yaptırımların geliştirilmesine borçludur. Ancak bu süreç, hükümetlerin doksanlı yıllarda tahsis edilen bütçelerde ağır kesintilere gitmeye başlamaları ile birlikte ani olarak son bulmuştur. Sonuç olarak, denetimli serbestlik çalışanları ve sosyal çalışmacılar ceza hukuku sistemi içerisinde ağır bir dava yükünü taşımak zorunda kalmışlar ve bu problemi de toplumsal yaptırımların prosedürlerini basitleştirerek çözmekle uğraşmışlardır. Uygun bir yaptırım yerine -ölçü olarak- toplumsal yaptırımlar, gittikçe kanunu ihlal eden kişinin daha çok kişisel ve bireysel ihtiyaç, beceri ve durumlarının yeterince değerlendirilmediği *hazır giyim* yaptırımları şeklinde verilmektedir. Bununla toplumsal yaptırımların temel hedeflerinden biri değersiz hale getirilmektedir. Avrupa Kuralları'nın 67, 71 ve 30'uncu maddelerinde düzenlendiği gibi bu temel hedefler; kanunu ihlal eden kişinin mümkün olduğu kadar becerilerini ve genel olarak toplumla ilgili, özelden de mağdurla ilgili sorumluluk duyma duygusunu artırmaktır.

Son olarak ulaşım ve barınma masraflarını azaltmak için denetimli serbestlik kuruluşları, kanunu ihlal eden kişinin ikametgâhına en yakın olan organizasyonlar ve kuruluşlara yüksek öncelik vermektedir. Çünkü hükümlülerin kabul görüp kayıt edilebilecekleri organizasyonların aranması çokça zaman ve enerji gerektirdiğinden, denetimli serbestlik kuruluşları yaptırımların infazında her zaman aynı organizasyonları kullanmaya eğilimlidirler. Amaca uygun sebeplerden dolayı yaptırımların artan ölçüde mümkün olduğu kadar hızlı ve kısa sürede infazı yapılmaktadır. Kamu yararına çalışma ve diğer toplumsal yaptırımlar ‘vakit cezası’ olarak kasdedilmelerine rağmen, başka bir ifade ile toplumsal yaptırımlar kanunu ihlal eden kişinin yaptırımdan kaynaklanan aktivitelerini serbest zamanında yerine getirmesini istemekte iken çoğu ülkelerde yapılan araştırmalarda bu ülkelerin aktiviteleri çalışılan günlerde ve tüm gün temelinde olarak yer verdiklerini göstermektedir. Sadece (çoğu kez işsizler) kanunu

ihlal eden kişilerin kendileri değil, ilgili denetimli serbestlik kuruluşları da bunu tercih etmektedirler. Bu da toplumsal yaptırımların arkasında yatan asıl düşünceyi tehlikeye sokmaktadır. Burada çıkış noktası cezaların 'zaman cezası' olmaları, ihlalcinin görevi süresince yükümlülüklerini nispeten uzun bir dönem içerisinde toplumsal eğilimli bir çevrede yerine getirmesini düzenlemektir. Sonuç olarak toplumsal cezalar eğitici ve tekrar bütünleştirici karakterini kaybetmekte çünkü kanunu ihlal eden kişiye verilen cezanın işaret ettiği şekillenme, toplumla (tekrar) gerçek bir bağın inşası için gerekli zaman ayrılamamaktadır<sup>46</sup>.

Denetimli serbestlik çalışanları ve sosyal çalışmacıların bunaltıcı iş yükü ve imkânlar konusundaki eksikliklerin diğer olumsuz tarafı, denetimli serbestlik kuruluşlarının ve diğer ceza hukuku kurumlarının rehabilitasyona yönelik görevlerini artık ispatlayamamaları, bunun yanında daha çok kaçınılmaz olan bürokratik ve şekli rolleri ile kendilerini sınırlandırmalarıdır. Fanchiotti (2001) aktif olarak tekrar sosyalleşmeyi sağlayan davranış ve destek müdahalelerin durdurulmasının, şimdiye kadar neredeyse yoğunlukla uygulanan ve öncelikli hedefin, denetimli serbestlik tarafından kontrol edilmeyen ve denetlenmeyen ancak polis tarafından denetlenen ve kontrol edilen yaptırımlar olduğu ve ceza infaz kurumlarının mahkûm sayısını azaltmaya endeksli masrafsız ve salt cezai nitelikli tedbirlerin başı çekmesine, genişlemesine neden olduğuna hak vermektedir. Alternatif tedbirler, tutuklanma ve cezai şikâyetler açısından suçlulara yapılan müdahalelerde herhangi birinin iptali durumunda, verilecek ilk kaynak haline gelmektedir<sup>47</sup>. Çalışanları yetersiz ve aşırı iş yükü olan denetimli serbestlik kuruluşlarının sonucu olarak, kanunu ihlal eden kişinin kendisine verilen yaptırımı tamamlaması esnasında denetlenip denetlenmemesi önem arz etmektedir. Çeşitli araştırmacılar, yaptırımların infazındaki başarısızlık ile denetimlerin sıklığı ve kalite ölçüleri arasında apaçık bir ilişki olduğunu belirtmişlerdir. Ne kadar az ve ne kadar iyi olmayan kontrol yapılırsa, o kadar yüksek oranda katılımcılarda erken çekilmeler, ihlaller söz konusu olmaktadır<sup>48</sup>. Yeterli kadro ve mali imkân-

<sup>46</sup> Bkz.: J.Faget, ' Le TIG, beaucoup d'espoir..., des resultats mitigés', Bulletin du CLCJ, 1 Februari 1997.

<sup>47</sup> Bkz.: V. Fanchiotti, Alternatives to imprisonment in the Italian criminal justice system, bkz. dn. 3.

<sup>48</sup> Bkz.:M. Killias, 'Community service without net-widening: a question of implementation? Some lessons from the Swiss Experiment'. Bkz. dn.3 ve yine: G. Mc Ivor, ' Social Work Intervention in Community Service', Brit. Journal of Social Work 21 (1991), s. 591- 609.



lardaki eksiklik dışında denetimli serbestlik kuruluşlarının her zaman denetim ve kontrole gereken ilgiyi göstermemelerinde başka sebepler de vardır. Worrel (1997), çok sayıda denetimli serbestlik çalışanın ağır davalarda çekingen davrandıklarının herkesçe bilindiğini, denetimli serbestlik aşamasında bulunan müşterinin bu aşamasını sona erdirmeye teşebbüs etmek, kanunen öngörülen şartın yerine getirilmesindeki başarısızlığı, terapik ilişkinin kesilmesi ya da ihlali yapan kişinin kaotik hayat tarzının bir sonucu olarak savunmaya daha eğilimli olduklarını belirtmektedir<sup>49</sup>. Çeşitli ülkelerde denetimli serbestlik çalışanları yaptırımların denetlenmesini görüş birliği içerisinde kendi profesyonel prensipleri ile zor bağdaştırmaktadır. Denetimli serbestlik çalışanları bir kez daha kendilerinin infazdaki denetim ve kontrol görevlerini bu sözde esneklikleri ve hoşgörülü usulleri nedeniyle eleştirilmektedir. Hatta Larsson (2001) şöyle düşünüyor: Suçlularla aralarında güvene dayalı bir ilişki geliştirmek için onlar serbest olmalı<sup>50</sup>.

Denetimli serbestlik çalışanlarının, toplumsal cezaların ortalama amaçları ile uyuşmayan bu yaptırımlar konusundaki kabulünün kısmen devamı olarak ve çoğu ülkelerde sıkı ve benzer kuralların bulunmaması, alternatif cezaların sert bir şekilde eleştirilmesine neden olmuştur. Hâkim tarafından karar verilen şartın yerine getirilmemesi, ihlali durumunda; R(92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı'nın 24'üncü tavsiyesine rağmen net, benzer kriterler ile usuller bulunmamaktadır<sup>51</sup>. Denetimli serbestlik çalışanları, savcılar ve hâkimler kendisine alternatif ceza verilmesini kabul eden kişinin bu ceza verilirken söz verdiği yükümlülüklere uymaması veya hâkim tarafından alternatif ceza verildiğinde buna bağlı olarak getirilen şartlara riayet etmemesi durumunda benzer tepkiler vermemektedirler. Besbelli ki bu problemler bir durumdur. Çünkü sadece eşit davranma ilkesinin şiddetli bir şekilde etkilenmesi değil aynı zamanda savcılık ve yargı erkinin bu yaptırımlara olan güvensizliğini de uyandırmakta ve dirence davet etmektedir. Özellikle mahkemeler ile sosyal çalışma yapan kurumlar (ve denetimli serbestlik kurumları) arasında profesyonel ilişkinin bulunmadığı

---

<sup>49</sup> A. Worral, *Punishment in the Community: the Future of Criminal Justice*, London 1997.

<sup>50</sup> Bkz.: P. Larsson, *Punishment in the Community; Norwegian Experiences with community sanctions and measures*. Bkz. dn.3.

<sup>51</sup> Tavsiye 24 şöyledir: “Özellikle kontrol ihtiyaçlarına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, infaz makamının her talimatı ceza ve tedbirin etkin infazı için gerekli olacak ölçüde sınırlı, öz ve pratik olmalıdır.”

veya mutabık çalışmadığı ülkelerde bu çok daha problemlidir. Bunun devamı olarak yaptırımların ve tedbirlerin uygulayıcıları ile adli mekanizma arasındaki güven eksikliği savcıların ve hâkimlerin toplumsal cezalara olan güvenini kaybetmeleri riskini ortaya çıkartmaktadır. Öyle gözüküyor ki bu olumsuz etkinin fark edilmesi ile toplumsal cezaların bu güne kadar hapis cezalarının yerine geçen yaptırımdan ziyade para cezaları ile diğer hapis cezasını gerektirmeyen yaptırımların yerini alması gibi üzücü bir sonucun doğmasını beraberinde getirmiştir.

Toplumsal cezaların geçici ve kısmi başarısı mahkemelerin denetimli serbestlikten bir kısım olaylarda bilgi raporlarını istememeleri ile de bağlantılıdır ki bu genelde hafif suçlarda karşılaştığımız durumdur. Bu durum, hafif suçu işleyen kişinin hâkim karşısına gelmesi halinde denetimli serbestlik çalışanları ile çoğu kez devam eden bir bağlantısının olmaması anlamına gelmektedir. Bu sebeple o kişinin hapis cezası yerine alternatif cezaya tabi olması şansı oldukça azalmaktadır. Yalnızca bir kısım ülkelerde (Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, İsveç ve Birleşik Krallıklarda) denetimli serbestlik, ihlali yapan kişiye toplumsal yaptırımın uygunluğu ile benzeri cezalarda ne ölçüde birlikte çalışma yapılabileceğine ilişkin olarak rapor hazırlamak zorundadır. Hatta bu durumda dahi R(92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı'nın 36'ncı tavsiyesine göre şart koşulan apaçık bir tanımdan 'informed consent (yazılı kabul)'den söz etmek mümkün değildir. Bu tanımda duruşma sırasında ihlalcinin kabulünün sorulması ile ilgili kullanılma usulünden de söz edilemez. Çoğu ülkelerde rızanın sorulması yalnızca uluslar arası düzenlemelerde yer alan zorla çalıştırmaya karşı oluşabilecek ihlalleri engellemek için yapılmaktadır.

Şüphelinin ya da sanığın yokluğunda karar verilebilen ülkelerde verilen kararlar daha çok hafif suçlara ilişkin kararlardır. Şayet yazılı kabul yok ise, o zaman çoğu kez toplumsal yaptırıma karar vermek mümkün olmayacaktır. Sadece Fransa'da 1989'dan itibaren hapis cezasının alternatif cezaya çevrilmesine ilişkin mahkemeden talepte bulunma imkânı verilmiştir. Pratikte bu imkân kanun metni ile ilgili tutarsızlık ve hâkimlerin verdikleri hapis cezalarını kaldırmaları konusundaki isteksizliklerinden, engellemelerinden ve direnmeleri dolayısıyla neredeyse hiç kullanılmamaktadır.

### **VIII- Tepkisel Etki**

Sınırlamaların ve eksikliklerin ikinci kategorisi olarak toplumsal yaptırımların tepkisel etkisi olarak ifade edebileceğimiz durumdur. Bu etkiler

karşı üretimseldir (contraproductief ). Çünkü sadece toplumsal yaptırımların var oluşu zaten daha çok hürriyeti bağlayıcı cezaların uyarılmasına sebep olmaktadır. Bu belirtilerin arkasında çeşitli mekanizmaları görmek mümkündür:

İlk olarak sorgu hâkimleri hangi sebeple olursa olsun toplumsal yaptırımlar gibi ‘yumuşak’ tedbirlerin ceza soruşturması bakımından zorunlu olmayan yargılama öncesi tutukluluk halinden daha önde tutulmasından hoşlanmayabilirler. Yargılama öncesi tutukluluğun etkisi, bu tutukluluğun ‘kısa ve ani şok’ anlamına gelmesi nedeniyle daha sonra hâkimin artık alternatif bir yaptırıma önceden vermiş olduğu tutukluluk kararı nedeniyle hapis cezası dışında bir karar verememesine neden olmaktadır. Toplumsal yaptırımların varlığı yargılama öncesi tutukluluğun bu amaç için kötüye kullanılması usulünü harekete geçirmektedir. Bu sebeptir ki tutukluluğun yargılama başlamadan önce yer alan hapis cezası yerine geçen bir şekil olarak kötüye kullanılmaması veya kullanılacak olmasının önüne geçmek için kesin kriterlerin geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Bu durum, alternatif yaptırımların sadece ceza usulünün infaz aşamasında geliştirilmesi gerektiğini değil duruşma öncesi aşama içinde hapse girmeye yönlendirmeyen, hapsi anımsatmayan alternatiflerin aranması gerektiği veya mümkün ise, mevcut yaşayan alternatiflerden daha fazla kullanılması gerekliliğinin altını çizmektedir (kefalet bedeli, sınırlı hareket özgürlüğü ve ev hapsi). Bu Almanya, Fransa ve İtalya gibi davaların hızlı bir şekilde sona ermesi için yargılamanın mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde yapılmasını sağlayan özel prosedürlerin somut olarak ve artan bir eğilimle yer almaya başladığı ülkeler için de geçerlidir. Bu prosedürler sanık ve avukatına mahkemeye iyi düşünülmüş bir alternatifin sunulması için yeterince vakit vermemektedir. Yakın zamanda Kensey’in de haklı olarak fark ettiği gibi, bu prosedürler mahkemeye hapis cezasının yerine geçen toplumsal yaptırımların verilmesi için gerekli faktörlerin araştırılmasına yönelik yeterli zamanı vermemektedir. Bu manada sanığın sosyal durumu ile kişiliği gibi faktörler düşünülebilir<sup>52</sup>.

Hapsi gerektirmeyen alternatiflerin hapis cezası yerine artan bir ölçüde değil de azalan bir ölçüde yer almasında ikinci mekanizma, öngörülen şartların yerine getirilmemesi halinde davanın mahkemeye hapis cezası verilmesi için tekrar geri gönderilmesidir. Tutukluluğun artışı, etkisi, ilk toplumsal yaptırımın hapis cezası dışında bir cezaya değil, fakat diğer bir

---

<sup>52</sup> Bkz.: A. Kensey, Community sanctions and measures in France, bkz. dn. 3.

hürriyeti bağlayıcı olmayan bir yaptırıma çevrilmesinde veya toplumsal yaptırımın erteleme ile birlikte karar verilmesi durumunda veya Kanada ve İskoçya 'da olduğu gibi toplumsal yaptırımın denetimli serbestlik tedbirinin bir bölümü olarak verilmesi durumunda anlaşılabilir<sup>53</sup>. İskoçya'da bu durum verilen toplumsal yaptırımların yaklaşık %50'sinde böyledir<sup>54</sup>. Hem Birleşmiş Milletler hem de Avrupa Konseyi'nin Minimum Standart Kurallarında toplumsal yaptırımların kesin olarak hapis cezası verilmesi için iade edilmesi düşüncesini kesinlikle reddetmesine rağmen, çoğu Avrupa ülkelerinin yargı kurumlarında fiilen genel yaklaşım bu şekildedir.

Minimum Standart Kurallara rağmen (bu durumda Kural 84) hatta bir kısım ülkeler (Fransa, İrlanda, Lüksemburg ve Portekiz) ceza kanunlarında ilgilinin toplumsal cezanın şartlarına riayet etmemesi halinde, bu durumun mahkemeyi küçük görme şeklinde görülmesi gerektiği, tamamen ayrı bir suç olarak değerlendirilerek ve daha önce verilen asil cezai eylem için öngörülenden daha yüksek bir hapis cezasının verilebileceği düzenlenmektedir. Devamında Minimum Standart Kurallarla (Kural 13) çelişerek çoğu Avrupa ülkelerin hukuk sistemlerinde verilen toplumsal yaptırımın başarısızlıkla kesilmesi durumunda verilen hapis cezasına itirazın, yasal yolun bulunmaması da ayrı bir problemdir.

100

Bu bağlamda özellikle toplumsal yaptırımların yargıda ve toplumda kabul edilmesi ile ilgili fevkalade önemli olan husus, Avrupa ceza hukuku sistemlerinde çeşitli yaptırımların verilebildiği ortak kıyaslanabilir dönüşüm kuralları ile ilgili rasyonel ve açık kurallar getirilmesidir. Bir tarafta toplumsal yaptırımların diğer tarafta mali ve hürriyeti bağlayıcı cezalar birbiriyle bir ya da birkaç boyutta bağlantılı ve karşılaştırılabilir olabilmelidir. Şu ana kadar bu durum, çoğu hukuk sistemlerinin en zayıf noktalarından biridir. Bu usulde örneğin, bir yıl hapis cezasının 240 saat ücretsiz çalışmaya çevrilmesi durumunda, kanunu ihlal eden kişinin bu yaptırımını kabul etmedeki isteksizliği durumunda, yerine getirilmeyen yaptırımın tekrar 120 günden fazla olmayan hapis cezasına çevrilmesi ve toplumsal cezanın infazı sırasında ihlalle karşılaşması durumunda her kalan çalışılmayan saatin bir gün hapis cezası karşılığında çevrilememesi ciddi şekilde ikna edici olamamaktadır. Pazarlık yapan ve esnek davranmanın

<sup>53</sup> Bkz.: A.Leschied and A.Cunningham, Community sanctions and measures in Canada, Bkz. dn.3.

<sup>54</sup> Örnek olarak bkz.: G. Mc Ivor, 'Community Service and Custody in Scotland', Howard Journal 1990, 29/2, sh. 101-113 ve B. Lockhart, Community sanctions and measures in Ireland, bkz. dn. 3.

hesabını yapan ihlalcileri davet eden benzer kanuni kurallar, kendiliğinden uygulanamamaya ve işlememeye mahkûm olmuştur. Çeşitli cezalar ve yaptırımlar iki açıdan karşılaştırılabilirler. Birincisi, ihlalcinin kanuni bir cezada tabi olmak zorunda olduğu zaman dilimine işaret etmekte. İkincisi ise, ihlalcie verilen sınırlamaların ağırlığı ve şiddetini işaret etmektedir. Değerlendirme için, bu iki boyutun karşılaştırmasının birleştirilmesiyle özenle ilkeler koleksiyonun hazırlanması gerekmektedir.

Toplumsal yaptırımların tepkisel etkisinin sonucusu olan üçüncü mekanizma, hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmeyen yaptırımların ‘yayılma (net- widening)’-veya ‘dönüşüm’- etkisi olarak adlandırdığımız etkidir. Açıktır ki bu çeşit yaptırımların popülaritesinin yüksek oluşu ile toplum, siyasetçi ve kanun koyucuların çoğunun geniş kabulleri, bu yaptırımların geçmiş günlerde para cezası ile cezalandırılan kabahatler, erteli ceza ve denetimli serbestlik etaplarının şartlı ya da şart olmadan cezalarla birlikte kullanıldığı durumlar yerine kullanılmasını da düşündürtebilir. Toplumsal yaptırımlar, bir tarafta erteli cezalar, para cezaları ve şartlı uygulamalar gibi ‘yumuşak’ tercihler diğer taraftan ise hapis cezaları arasında mesafeyi kapatan yaptırımlar olarak hoş karşılanmıştır. Fiili durumda yaptırım politikasının ağırlaştırılmasını içeren bu süreç, neo klasik fikirlerin ve önleyici adaletin revaçta olduğu günümüzde anlaşılabilir. Bu, Amerika Birleşik Devletlerinde olmakta olanlarla ilgili her olayda gördüklerimizdir.

Tonry (2001), hâkimlerin kamu yararına çalışma gibi hapis cezasını gerektirmeyen ön kapı (soruşturma aşaması) programlarından (ABD’de front-end programları olarak adlandırılmaktadır) oluşan yaptırımlara tutuklama kararı yerine nadiren karar vermektedirler. Pratikte “hâkimler cezalandırılmadıkları zaman denetimli serbestlik altına girecek insanlara ceza vermeyi tercih etmektedirler”<sup>55</sup>. Bu sebeple kamu yararına çalışmayı ‘arka kapı (kovuşturma aşaması)’- yaptırımı olarak alan ve bu yapıda hapis cezasının kamu yararına çalışmaya veya açık ceza infaz kurumunda tutuklamaya çevrilmesini ceza hâkiminin takibinde değil, denetimli serbestlik benzeri ‘Correctional (ıslah) Service’ lerin devraldığı İsviçre modeline ilgi göstermek iyi olacaktır. Bu Killias’a göre ‘net- widening (yayılma)’ etkisinin İsviçre’de diğer Avrupa Ülkelerinin aksine ortaya çıkmamasına neden olmuştur. Yine ceza hukuku alanında uzlaşmanın artan ölçüde uygulandığı ülkelerde uzlaşmanın öncelikle kovuşturmanın alter-

---

<sup>55</sup> Bkz.: M. Tonry, Community penalties in the United States. Bkz. dn. 3.

natifinden ziyade şartsız vazgeçme yerine kullanıldığına ilişkin açık işaretleme vardır<sup>56</sup>.

## IX. Diğer İki Negatif Etki

Son olarak toplumsal yaptırımların tepkisel etkisi ile ilgili olarak genelde ilgili literatürde bütün olarak görmemezlikten gelinen iki farklı etkiye de dikkat etmek gerekir. İlk olarak toplumsal yaptırımlar pratikte hapis cezaları yerine alternatif olarak kullanılmakta ki kural olarak toplumsal yaptırımlar yalnızca ‘normal’, ve ‘uygun’ suç işleyen kişilere ve genelde istikrarlı bir hayat sürdüren daha az vahim suçlar için verilebilir. R(92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı’nın 20’inci tavsiyesi, toplumsal cezaların verilmesi ve uygulamasında ırk, renk, etnik köken, milliyet, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka düşünce, ekonomik, sosyal veya diğer bir durum veya başka düşünce veya fiziksel veya akli koşullar nedenler temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır<sup>57</sup>.

Ancak, bu kuralın uygulanması çok zor gözükmektedir. Çoğu toplumsal yaptırımlar için kanunu ihlal eden kişinin toplumsal yaptırımı yerine getirmesi, bu ceza ile birlikte gelen zorunlulukları uygulaması için göreceli olarak dayanıklı durumda bulunması kaçınılmazdır. Toplumsal yaptırımlara hükmedilen kişilerin karakteristik özelliklerine baktığımızda, uyuşturucu bağımlıları, yabancılar ve evsiz-barksızlar gibi önemli kategorilerin güç bir şekilde savunulduğu sonucunu çıkartıyoruz. Yine çoğu ülkelerde suçların (uyuşturucu suçları, cinsel suçlar, herhangi bir madde etkisi altında araç kullanma ve gürültü suçları) bazı türleri ile kabahatlerin bazı kategorilerinin savunulmadığını, bilhassa şekli hukuk tarafından veya uygulanan ceza verme pratiği açısından bu tür suçları işleyen kişilere toplumsal cezaların verilmesi yolu kapatılmıştır. Sıklıkla mükerrirlere de toplumsal yaptırımların verilmesi yolu kapatılmaktadır.

---

<sup>56</sup> S. Davreux et al.; evaluation de l’application de la loi organisant une procedure de mediation penale en Belgique du 1/1/1996 au 31/12/1996, Bruxelles, Ministere de la Justice 1997; Hollanda ve İngiltere/İskoç’ya da ki ‘net- widening’ etkisi için bkz.: Ken Pease, ‘Community Service Orders in: M. Tonry and N. Morris (editörler), Crime and Justice, An Annual Review of Research 6 (1985), s.51-94 ve E.C. Spaans, ‘community Service in the Netherlands: its Effects on Recidivism and Net- Widening’, International Criminal Justice Review 8 (1998), s. 1- 14.

<sup>57</sup> Bu sebeptendir ki Bakanlar Komitesinin 2000 (22) sayılı Bakanlar Komitesi tavsiyesinde önemli bir şekilde kural vurgulanmakta: “Ciddi ve mükerrir suçlar bakımından kamusal ceza ve tedbirlerin kullanımını önleyen resmi düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve azaltılması dikkate alınmalıdır”(rehber ilkeler no.2.3).

Bu durumu ceza infaz kurumlarında bulunanların zor değişen karakterlerinde de görmekteyiz. Ceza infaz kurumları artan ölçüde toplumsal yaptırımların verilemediği belirli kategorideki sanık ve hükümlüler için toplama merkezi olmaktadır. İmkânların oluşturulması, kısmen mali imkânların yetersizliğinin kısmen de siyasi isteksizliğin bir devamıdır. Albrecht (2001) garanti etmektedir ki: “ Ne mevcut toplumsal yaptırımlar ne de toplumsal yaptırımların çeşitlendirilmesini artırma planları, halen sayı olarak artan ve toplum dışı yerlerde bulunan ve bu yüzden de toplumsal yaptırımların ulaşma alanı dışında kalan bu grup hükümlü gruplarına çözüm sunacak.”<sup>58</sup>

Bu kategoride bulunanların doğrudan ya da dolaylı olarak toplumsal yaptırımlarla cezalandırılabilmesi yolunun kapatılması nedeniyle, hapis dışı alternatif yaptırımların sadece ayrımcılık ve damgalayıcı etkisini değil, aynı zamanda ceza infaz kurumunda kalan diğer nüfusa da olumsuz etkileri olmaktadır. Bunun sonucu olarak ceza infaz kurumlarında kalan diğer nüfus gittikçe daha çok ıslah edilemeyen, kullanılamayan, daha özel ceza infaz kurumlarının özel ünitelerine kapatılması gereken ve en temel hakları (hükümlü hakları) gittikçe daha fazla kısıtlanan suçlular olarak görülüyor ve muamele ediliyor. Hapsedilenler açısından toplumun ve siyasetin değişen bu bakış açısı, kısmen ‘normal’ hükümlülerin bulunmayışı gerçeği nedeniyle tutuklamanın genel etkililiğini tekrar topluma kazandırma ve mükerrirlik açısından güçlü bir şekilde gerilemesine neden olmaktadır. Sosyal bölümlerin (denetimli serbestlik ünitelerinin) görev ve davranışlarında da değişiklikler meydana gelmiştir: Bu kurumlar artan bir ölçüde ceza infaz kurumlarında bulunan nüfusun iyileşemeyecek bir nüfus olarak kabulü eğilimindedirler. Çeşitli nedenler (mali imkânların yetersizliği, Adalet Bakanlığı ve siyasetçilerden baskı, personelin tükenmişliği ve daha iyi sonuçlar için artan talep) denetimli serbestliğin bilhassa toplumsal yaptırımlara ilgi duyduğunu, uğraştığını ve sonuç olarak hükümlülere rehberlik etme ve serbest kalan mahkûmlarla ilgilenme gibi iş çeşitlerinden geri çekildiğini göstermektedir.

Tutuklamaya alternatif olarak son zamanlarda uygulama alanının genişlemesi, ceza infaz kurumları idarelerine duruşmadan sonraki ceza prosedürü aşamasında kısmen veya tamamen uygulanacak cezalarda yetki verilmesi aracılığıyla yaptırımların hapsetmeme şekillerinde infazına, birde

---

<sup>58</sup> Bkz.H-J. Albrecht, Community sanctions in the Federal Republic of Germany, dn. 3’e bkz.

bu açıdan bakılma, düşünülme mecburiyeti vardır. Uygun hukuki kontrol ve tespit edilmiş kıstas yetersizliği yargı erkininin içinde keyfi ve subjektif çalışmasına neden olmaktadır. Fanchiotti (2001) bu durumun yargının uygun olmayan manipülasyonlara ve cezai yaptırımlarla ilgili oldukça geniş esneklik doğuracak, eşitlik prensibi ile kanunun temel ilkeleri göz ardı edilecek ve ayrıca ceza hukukunun genel revizyonu, düzeltilmesi ile şekillendirilmesi de yavaştırılacaktır.<sup>59</sup>

## 10- SONUÇ

Söylendiği gibi, son 30 yılda toplum içerisinde infaza yönelmiş yaptırımların yeni şekillerini, türlerini uygulama sonuçlarını gözden geçirdiğimizde, kötümser sonuçlara varmamızı gerektiren bir durum gözükmemektedir. Bu yine de yurt dışında (başlıca Anglosakson bölgesi) çoğu kez feryatlar ve şikâyetler için kullanılan “hiç bir şey çalışmıyor (nothing works)” için yeterli neden değildir. Şu ana kadar edinilen tecrübelerden öğrenebileceğimiz şudur ki; kamu yarına çalışma ve diğer toplum içerisinde infazı yapılan yaptırımların, hürriyeti bağlayıcı cezaların verilmesi teşebbüslerinde günümüze kadar hala sınırlı bir rolü olduğudur. Toplumsal yaptırımlar başarılı olduğu müddetçe, bu yaptırımların belirli çalışma alanlarında neden olabilecekleri tepkisel etkilere de uygun bir şekilde dikkate alınmalıdır.

Sonuç olarak toplumsal yaptırımların daha geniş bir bakış açısıyla yerleştirilmesi ve onlara uzun vadede daha yaşanabilir kılınması için sadece onların kalıtsal olarak sahip oldukları olumlu yönlerinin dikkate alınmaması zorunludur. Toplumsal yaptırımların yetersizlikleri ve tepkisel etkilerine dikkat edilmesi bilincine sahip olunması, önümüzdeki süreçte mevcut ve yeni toplumsal yaptırımların yenilenmesi, keşfedilmesi ve uygulanması açısından önemlidir. Yeni yaptırımların başarılı bir şekilde geliştirilmesi için temel ve asgari şart “ Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkındaki (R (92) 16) Sayılı Tavsiye Kararı” “kural 90’la” ilgili özel yönlerin ifade edildiği değerlendirme araştırmalarına daha fazla yatırım yapılmasıdır.<sup>60</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2000) 22 sayılı

<sup>59</sup> Bkz. V. Fanchiotti, Alternatives to imprisonment in the Italian criminal justice system. Bkz.dn.3.

<sup>60</sup> R (92) 16 Kural 90 der ki: Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin değerlendirilmesi; - kanun yapanların, adli mercilerin, karar veren organların, infaz makamlarının ve toplumsal yaptırım ve tedbirlerin amaçlarına uygun sivil toplum örgütlerinin beklentilerine uyması; - hapsedilme oranının azaltılmasına katkı sağlaması; - suçlunun suçla ilişkin ihtiyaçlarının karşılanması; - maliyetin etkili olması; - toplumda suçun azal-



son tavsiye kararı da mevcut ve yeni toplumsal cezaların devam edebilirliğine yönelik sayısal ve niteliksel araştırmanın önemine vurgu yapmaktadır.<sup>61</sup> Avrupa'ya Toplu Bakış adlı kitabın (Albrecht & Van Kalmthout, 2001, bkz. dn.3) son baskısında da bölüm yazarlarının vurguladığı gibi, araştırma özellikle bağımsız değerlendirmenin eksikliğinde toplumsal yaptırımların yaşanabilirliği ve inandırıcılığını sarsacağı için, daha katı ve caydırıcı ceza uygulamaları çağrısının siyasetçiler ve büyük medya tarafından yapıldığının gittikçe daha çok takdir edildiği günümüzde özellikle ihtiyaçtır. Buna karşılık siyaset, büyük medya ve ceza hukuku otoriteleri tarafından ekseriyetle teklif edilen şey, genelde konuşulan ve kamuoyu araştırmalarında da toplumsal cezaların uyumunun toplum tarafından desteklendiğinin net ve yeterli sıklıkta işaretleri görülmektedir. Toplumun çoğunluğu eğitim programlarının etkili kullanımını, tazminat ve yardımı, hapis cezaları ve diğer hürriyeti bağlayıcı cezalara tercih etmektedir.<sup>62</sup>

Valkova (2001) Çek Cumhuriyetinde de çeşitli kamuoyu araştırmalarının, artan suç rakamları ve daha sert baskı yapılması çağrılarına rağmen, araş-

---

masına katkı sağlaması; gibi kullanım alanlarının objektif değerlendirilmesini içermeli ancak bunlarla sınırlandırılmamalıdır.

<sup>61</sup> Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin araştırılması ile ilgili olarak 22 no'lu tavsiye kararı şu ilkeleri formüle etmektedir: 24. Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin uygulanmasında kullanılan program ve müdahalelerin sonuçlarını değerlendirmek ve bu programların verilmesini izlemek için araştırma konusunda uygun yatırımlar yapılmalıdır. 25. Araştırma, hem suçluları başka suç işlemekten vazgeçiren faktörleri hem de bunu başaramayanlara ilişkin faktörleri tanımlamaya çalışmalıdır. 26. Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin etkileri konusundaki araştırmalar mahkûmiyet sonrası gözetimin basitçe kaydedilmesiyle sınırlı kalmamalı, daha duyarlı kriterler kullanılmalıdır. Bu gibi araştırmalar, örneğin yeniden suç işlemenin sıklığı ve ciddiliği ile birlikte, toplumda düzelmenin kişisel ve sosyal belirtilerini ve toplumsal yaptırım ve tedbirlerin uygulanmasına yönelik olarak suçluların görüşlerini de içermelidir. 27. Araştırma mümkün olan en geniş alanda, farklı programların etkinliği konusunda karşılaştırmalar yapabilmelidir.

28. Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin verilerini ve kullanım sahasını düzenli olarak tanımlayan istatistikler geliştirilmelidir. 29. Yüksek derecede personel morali, ruh sağlığı ve yeterliliği sağlamak için, toplumsal yaptırım ve tedbirlerin uygulanmasına ilişkin olarak üstlenilen çeşitli görevlerle bağlantılı olarak, kişi başına yapılan iş konusunda nitelik ve nicelik bakımından değerlendirmeler yapılmalıdır.

<sup>62</sup> Örneğin Bkz; J.g. Andersen, Borgerne og lovene (The Citizens and the Laws), Aarhus Universitetsforlag 1998; J.Doble and S. Immerwahr, Delawareans Favor prison Alternatives, in: M. Tonry and K.Hatlestad, Sentencing reform in overcrowded times, Oxford, New York, 1997, sh. 259-269; NIPO, Görev cezalarına büyük toplum desteği (Great Societal Support for Task Penalties), Den Haag 1998; VBSA, 40- Jahre, Der Bericht 1997, Wenen 1998.

tırmaya katılan vatandaşların genelde araştırmada ki hâkimlik rolleri gereği gerçek hâkimler tarafından suçlulara verilen cezadan daha az ceza verdiklerini rapor etmiştir<sup>63</sup>. Tonry (2001) ABD’nde de kamuoyu görüşünün “kamu yararına çalışma ve tazmin gibi ‘külfetli’ yaptırımları güçlü bir şekilde desteklediğini ve para cezası veya ev hapsi gibi ‘yumuşak’ yaptırımlar için az destek verdiğini rapor etmektedir.<sup>64</sup> Bununla ilgi gelecekte özellikle denetimli serbestlik kuruluşların artan ölçüde “kaynaklarını ve dikkatlerini, toplumun bilgilendirilmesine ve denetimli serbestlik servislerinin talip oldukları sorumlu işler için iletişimin geliştirilmesi stratejileri ile halkla ilişkilere daha fazla tahsis etmeleri”<sup>65</sup> gerekecektir. Toplumsal yaptırımlar, uygun değerlendirme çalışmaları olmadan kısa süre içerisinde toplumsal desteklerini kaybederler. Özellikle şu anda suçluluğa artan ölçüde politik cevap olarak ‘popülist cezalandırma’ şeklinde karakterize edilmesi durumunda. Bu konu ile ilgili Killias’ın (2001) vardığı sonucu yok sayamayız. Killias bu sonucunda; “yeni yaptırımların dikkatlice değerlendirilmesinin ihmal edilmesi veya öğrenilen derslere yeterince önemin verilmemesi, günümüzün kanun koyucularına deliller böyle yapılmasını gerektiriyor dese dahi modern hareketlere karşı (ceza infaz kurumunda çalışma) yeni yaptırımların etkili bir şekilde savunulması şansından mahrum bırakır.”<sup>66</sup> Toplumsal yaptırımların ve tedbirlerin uygun değerlendirilmesi olmadan, toplumsal yaptırım ve tedbirlerin etkilerinin ve eksikliklerinin tamir edilmesi, karşı koyulması ve önlenmesi için etkili hareket edilemez. Ancak Kyvsgaard’ın (2001) Danimarka’daki durumu netleştiren analizindeki gibi; toplumsal yaptırımların karşılaştığı çoğu engellerin daha çok birincil olmaktan ziyade ikincil olduğu cesaretlendirici değil mi? Çünkü bu engeller toplumsal yaptırımın kendisinden değil, bu yaptırımların uygulanmak zorunda bulunduğu çevre ve şartlardan kaynaklanmaktadır.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Bkz.; J. Valkova, Community sanctions and measures in the Czech Republic, Bkz. dn.3.

<sup>64</sup> Bkz.: M. Tonry, Community penalties in the United States; Bkz.dn.3.

<sup>65</sup> Bu iddia Kuzey İrlanda Baş Denetimli Serbestlik memuru tarafından dile getirildi, Mrs. Breidge Gadd bunu B. Lockhart, Community sanctions and measures İn Ireland adlı kitaptan alıntı yaptı, Bkz. dn. 3.

<sup>66</sup> Bkz. M. Killias, Community Service without Net- Widening- A Question of Implementation ?. Bkz. dn.3.

<sup>67</sup> Bkz. B. Kyvsgaard, Community sanctions and measures in Denmark, Bkz.dn.3.

# KÜLTÜREL ÇEŞİTLİLİK VE RESMÎ HUKUK: ÇOK KÜLTÜRLÜLÜK VE EUROSEPTİZM?

Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ\*

Çeviren: Abdullah MURAT\*\*

## 1. Giriş

**B**iz yirmibirinci yüzyılda hala ulus devlet döneminde yaşamaktayız. Günümüz Avrupasında devlet, çoğu zaman hukukun alternatif kaynaklarına izin veren ya da vermeyen tek parça, merkezi, bölgesel bir devleti merkez alan bir hukuk modeli benimseyerek hukuka ve onun meşruiyetine kaynaklık etmektedir. Hukunun değişik kaynaklarına meşruiyet hakkı tanımayan devlet, demokratik olmayan, toleranssız hatta despotik ve kendisini referans gösteren bir karakterde kabul edilmektedir. Farklı kaynaklara izin verdiğinde ise, devlet eliyle belirlenen hukuk kaynağı diğer kaynakları da kapsamakta, bu yüzden demokratik, toleranslı, çok kültürlü bir devlet yapısından söz edilmektedir. Bu durumda açık toplum özelliklerini taşıyan çoğulcu hukuk anlayışının zayıf versiyonu ile karşılaşmaktayız. Batı geleneklerinde resmi hukuk sistemiyle aynı statüde veya ondan bağımsız olarak çeşitli hukuk anlayışlarının aynı bölgede ve aynı toplumsal yapılarda bir arada ve eşit derecede bulunduğu anlamına gelen çoğulcu hukuk anlayışının daha güçlü versiyonu benimsenmemiştir. Çünkü üniter devletin en merkezi güçleri bir çok rakiple birlikte rahatça yaşayamaz.

Devlet merkezîyetçiliği ve tekçi yaklaşım bir tarafa, yasal çoğulculuğun zayıf versiyonu ile bile çatışan, çok kültürlülükle, yerel, bölgesel kurullarla, yerlilerin, zorla yurtlarından çıkarılanların ve sığınmacıların karşı karşıya kaldıkları aynı anda meşru birden fazla kuralın varlığının yol açtığı karmaşık sorunlar (inter-legality) Batı dünyası hukukçuları için bir ikilem oluşturmaktadır. Çağdaş hareket tekçilikten relativizme, nihayetinde çoğulculuğa doğru bir geçiş ve ilerleme gösterir. Bu durumda, üniter ulus devletlerin bu süreçle başa çıkıp çıkamayacağı önemli bir sorun olarak gündeme gelmektedir. Her toplumun birbiriyle örtüşen veya birbirini

---

\* Dr.h.c. (Uppsala) Professor Emerita of Comparative Law and Honorary Senior Research Fellow, University of Glasgow and Professor Emerita of Comparative Law, Erasmus University, Rotterdam, email: e.orucu@law.gla.ac.uk

etkileyen, çoğu zaman da çatışan kendine has farklı hukuk düzeni ve kurallar bütünü -ki resmi hukuk da bunlardan sadece birisidir- benimsemesi gerçeği kabul edilebilir mi? Eğer kabul edilemezse, devlet bu çeşitliliği yasal düzenleme altına alabilir mi, alırsa bu nasıl başarılacaktır? Devlet bugün yasalamayı ve asimilasyonu ya da kültürel çoğulculuğa saygının bir parçası olarak farklılıkları koruyarak entegrasyonu tercih edebilir mi? Yoksa yerelliği ve farklı kültürleri desteklemek, sürdürmek ve geliştirmek için yasal düzenlemelere giderek farklılıkları koruyup desteklemeyi mi tercih etmelidir?<sup>1</sup>

Normatif çoğulculuk, (yasal çoğulculuk bunun bir çeşididir) aynı sosyal yapı içinde farklı normların aynı anda var olabileceği sosyal realiteye işaret etmektedir. Devletin yasal çoğulculuğu kavramı ile ulusal bir hukuk sistemi altında birden fazla hukuk düzenine de yer verilmesi kastedilmektedir. Yani, tıpkı koloni zamanlarında olduğu gibi belli toplum sınıfı için var olan farklı kuralları tanımaktadır. Buna rağmen, günümüzde hala yasal çoğulculukla devlet yasalarının denk tutulması anlayışı, merkezîyetçi devlet uygulamalarının hakim olduğu yerlerde yasal çoğulculuk dar ve zayıf şekilde yorumlandığı için itirazla karşılaşmaktadır.

108

Sosyoloji bilimi çoğulculuğu, toplumun birbirini karşılıklı olarak etkileyen bir çok gruptan oluşmasına bağlarken, antropoloji<sup>2</sup> bilimi ise birbiriyle dinamik ilişki içinde bulunan etnik birimlerin varlığını esas almaktadır; Buna göre, yasal çoğulculuğun bu tanımlar karşısındaki yerinin ne olacağı sorusu ile karşı karşıya kalmaktayız? Volkmar Gessner'in, "Ulus devlet aslında kimliği belirlenebilir kültür fikri üzerine inşa edilmiştir" tespitine rağmen, alt kültürün artan etkisine vurgu yapmak gerekmektedir. O'nun 'Ulus devletler çoğu zaman kültürel birlik olarak görülmektedir'<sup>3</sup> sözü alt kültürleri dikkate almayan görüşü yansıtmaktadır. Öyleyse ulusal hukuk farklı kültürlerle karşılaştığında ne olacaktır? Modern üniter ulus devletler, devlet tarafından benimsenen kurallardan bağımsız bir şekilde gelişme gösteren di-

\*\* Hâkim- Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü.

1 Bu görüşler için bkzn. E. Örucü, 'Waar wet en cultuur elkaar ontmoeten: cultureel pluralisme, juridisch pluralisme en pragmatisme', 2002 *Justitiële verkenningen* 28, no. 5 ('Culturele diversiteit'), s. 96-107.

2 T. Gladwin, 'T. Gladwin, 'Cultures and Logical Process', in W. Goodenough (ed.), *Explorations in Cultural Anthropology: Essays in Honour of George Peter Murcock*, 1964.

3 V. Gessner, 'Global Legal Integration and Legal Cultures', 1994 *Ratio Juris*, no.7, s. 132.

ni ve kültürel normları ve çeşitliliği nasıl tanıyacaktı? Devlet bütün yasaları kontral edebilir mi, ya da yasakoyucular her bir yaşam biçimini yasal düzenleme altına almak zorunda mıdır? Diğer taraftan, hukuk kurallarının sosyal ve kültürel cephesi harici bir denetimi kabul eder mi? Bu sorular Avrupa ülkelerinde geçerli olan yasalar kadar bütün Avrupa hukuk sistemi için de oldukça önem taşımaktadır.

Faydacı görüşe göre, normatif çoğulculuk modern ulusal üniter devletlerde sınırlı bir uygulama alanı bulabildiği için, hakim grubun değerlerini yansıtan genel bir hukuk sistemi ile kültürel kuralların yalnızca kişisel ve toplumsal ilişkilere uygulanabilmesi mümkündür. Fakat, kültürel çoğulculuk ile ulusal hukuk arasındaki ikilem nasıl giderilecektir? Kültürel ve yerel istisnailiklere, küreselleşen tekdüzelik ve evrensel standartlar karşısında öncelik tanınacak mıdır, yoksa küreselleşen tekdüzelik daima kültürel istisnailiğe mi galip gelecektir? Şimdiye kadar çok kültürlülük sorunu ile ilgili yasal söylem henüz olgunlaşmadı ve çok eşlilik, kadın sünneti, namus cinayetleri, zorla evlilik gibi münferit sorunlara odaklanan, açık bir çok kültürlülük mesajı taşıyan yasal önlemler parça parçadır bir bütün oluşturmamaktadır.

## 2. Üzerinde durulması gerekli konular

109

Çok kültürlülük bir hukuk kuralına büründüğünde ve yasal çoğulculuk kültürel çoğulculuğun güçlü bir biçimi olarak ortaya çıktığında veya kültürel milliyetçilik hakim kültür yapısına ve yekpare değerlere bir tehdit olarak algılandığında, bu durum devletin toprak bütünlüğüne karşı ciddi bir tehdit olarak görülecektir. Böylece, eğer kültürel çoğulculuk bir kural olarak algılanır ve yasal çoğulculuk olarak güçlü bir şekilde ortaya çıkarsa modern üniter ulusal devlet istisna olacaktır. Bununla birlikte, eğer üniter devlet kural olursa, özellikle kültürel çoğulculuk, yasal çoğulculuk olarak hukuk sistemi içinde yansıtılamaz ve istisna haline gelir. William Twining'in dediği gibi; "Küreselleşme süreci eski milliyetçiliği hızlandırdı, kültürel çatışmayı alevlendirdi, değer ve fikirlerin evrenselliğine ilişkin post-modern şüpheliği körükledi."<sup>4</sup>

Mevzuat alanındaki gözlenen değişimin ve ilerlemenin mevcut sosyal, siyasi, ekonomik ve dini koşulların mantıklı ve doğal bir yansıması olduğunu kabul etmek gerekir. Diğer taraftan, kanunların arzu edilen belli etkileri

<sup>4</sup> W. Twining, 'Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition', in I. Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, 2000, s. 21.

meydana getirmek, hatta kişilerin mantıklı ve doğal olarak ortaya çıkan arzu ve ihtiyaçlarını karşımaktan çok, bazen toplumun ihtiyaçlarının karşılanması için yaratıcı bir araç olarak yapıp kullanıldığını gösteren bir çok örnek bulunmaktadır. Yasaların ekonomik, sosyal ve kültürel unsurları bağdaştırıcı bir rolü olduğu kabul edilmektedir. Yasalar, toplumdaki değişiklikleri arkadan izlemek yerine, topluma rehberlik edebilir, böylece onu değiştirebilir; yasalar sosyal değişimi takip edebilir ve çok kültürlülüğü yansıtabilir veya bir taraftan düzeltici, tamir edici ve etkinliği artırmak için tanzim edici rol oynarken diğer taraftan da mevcut sistemi koruyucu fonksiyon icra edebilir. Böylece, yasalar sosyal değişimi tetikleyici rol oynayabilir veya bu değişime bir reaksiyon olarak ortaya çıkabilir. Hukukun bu şekilde ele alınması sosyal değişim - yasal değişim ilişkisi çevresinde oluşan ikileme yani, kültür - yasa çatışmasına yol açmaktadır.

Bir kısım gözlemciler toplumun benimsediği kültürel değerler ile o toplumda resmen kabul edilen yasalar arasında yakın bir bağlantı olduğunu ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise, yasaların çatışmaları uzlaştıran, menfatleri bağdaştıran rolü ve pratik olarak uyarlanabilir olma özelliği nedeniyle toplum mühendisliği için bir araç olarak değerlendirmektedir. Hukuk sistemi toplumu değiştirmek için kullanılabilir mi veya kullanılmalı mı, ya da kanunlar sırf toplumdaki mevcut uygulamaların derlenmiş hali midir? Her iki soruya da örneklerin seçimine ve ideolojik eğilimlere bağlı olarak olumlu cevap verilebilir.

Düşünce metotlarının hareket noktası olan destekleyici felsefi unsurlar, hukuk biliminin geçirdiği evrim, etkileşim teorisi, toplum mühendisliği, kanunların ve kültürün çoğulculuğu, etnik-kültürel farklılıklar, sosyo-politik faktörler, kanun ve ahlak arasındaki ilişki, yerel istisnailiklere karşı evrensel standartlar, küreselleşme ve yerelleşme kavramları bütün olarak tartışmanın boyutlarını göstermesi açısından büyük önem taşımaktadır. Günümüz Avrupasında çok kültürlülük bu bağlam içinde değerlendirilmelidir.

Devlet ve hukuk, toplum ve onun normatif kuralları, dini inançlar ve dünya görüşleri hep birlikte uyum içinde çalışarak dengeli ve istikrarlı bir hukuk düzenine hizmet etmelidir. Hal böyleyken, yasal merkezîyetçilik modern ulus devletlerin tam bir yasal kontrol tutkusunu yansıtır ve doğası gereği çok merkezîliği reddeder. John Griffiths "Yasal çoğulculuk bir hakikattir, yasal merkezîyetçilik ise bir efsane, bir ideal, bir iddia ve bir yanılısamdır."<sup>5</sup>

<sup>5</sup> J. Griffiths, 'What is legal pluralism?', 1986 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial*

diyorsa da, merkezi bir hukuk sistemi içindeki çoğulcu düzenlemelerin - hukuki çoğulculuğun daha zayıf görünümü- bugünün Batı dünyası için en uygun çözüm olduğu görünmektedir. Kapsayıcı bir üniter normatif çerçeve olmadan normatif ikicilik dahil olmak üzere normatif çoğulculuğun sağlanması, Batılı üniter ulus devletler için mümkün görünmemektedir.<sup>6</sup>

Gerçeği söylemek gerekirse, ahlaki çoğulculuk, değer çoğulculuğu, etnik ve kültürel çoğulculuk sosyal realitenin bir parçasıdır ve bunların hoşgörü ile karşılanması yetmez, aynı zamanda korunması için gerekli önlemler alınmalıdır. Fakat bunların yasal çoğulculuğa dönüştürülmesi bazı temel problemleri de beraberinde getirir ve bu dönüşüm evrensel, kapsayıcı, içte uzlaşmacı ve birbiriyle uyumlu manevi ve siyasi biricilik hedefine doğru gelişme sürecinde umulan katkıyı sağlamayabilir. Uygunluk daima rahatsız edicidir.

Evrensel olanla yerel olan, homojen olanla heterojen olan arasındaki farklılıklar, modernleşme teorileri ve evrensel güçlerin homojenleşmesi bağlamında tartışılmalıdır.<sup>7</sup> Sosyal bilimlerin bu yeni global-yerel ilişkisinde<sup>8</sup> yerel boyuta ağırlık vererek bu ilişkiye anlam kazandırma görevinden bahsedilmektedir.<sup>9</sup> Roland Robertson, *halihazırda evrenselleşme ile yerelleş-*

*Law* 24, s. 1-56.

<sup>6</sup> Resmi hukuk sisteminin farklı kültür ve dinlerle reaksiyonuna örnek olarak İsveç İngiltere'yi gösterebiliriz. İngiltere resmi hukuk sistemi asimilasyonist yaklaşımıyla, farkı hukuk sistemlerinin hukuki işlemleri tutarsız ve kafa karıştırıcı görünmesine rağmen bu tür çatışmalarda esasen savunmacı bir üslup geliştirmiştir. Bknz. W. Menski, 'Ethnic minority studies in English law', in R. Jones et al. (eds.), *Ethnic Minorities in English Law*, 2000, p. Xvii İsveç örneğinde ise "çok kültürlülükle mücadele" adı verilen bir tutum izlenmekte ve eşitlik ilkesinin yalnızca bütün vatandaşların o ülkenin hukuk normlarına bağlı olmasını gerektirdiği ifade edilmektedir. Bknz. M. Jänterä-Jareborg, 'Family Law in a Multicultural Sweden - the challenges of migration and religion', in M. Dahlberg (ed.), *Uppsala - Minnesota Colloquium: Law, Culture and Values*, 2009, p. 143. Bu iki sistemde diğer bir çok hukuk sistemleri gibi, örneğin (insanlık ihlali olarak kabul edilen) çocuk yaşta evlilik, zorla evlendirme, veya (insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak kabul edilen) kadın sünneti, cinsiyet eşitliğine aykırı olan çok eşlilik, (adil bir yargılama ve yargısal bir süreç yaşanmadan boşanma hakkı tanıyan) talak ve bazen de iş hukuku ilkelerini ihlal eden türban gibi durumlarla karşılaştığında bir takım zorluklar gündeme gelecektir.

<sup>7</sup> Bknz R. Robertson, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, 1992.

<sup>8</sup> S. Lash Scott et al, *Economics of Signs and Space*, 1994, s. 312.

<sup>9</sup> R. Robertson, 'Glocalization: time-space and homogeneity-heterogeneity', in M. Featherstone et al. (eds.), *Global Modernities*, 1995, pp. 38, 41. Aynı zamanda bknz. M.

*menin birbirine nüfuz etmiş hali ile yerleşen bir evrenselleşme süreci ile karşı karşıya olduğumuzu iddia etmektedir.*<sup>10</sup> Bu bakımdan bizler Avrupada nerede durmaktayız?

Ne gariptir ki, günümüzde bütünleşme eğilimi ve birbirine yakınlaşma sürecinde odak noktası benzer olandan farklı olana doğru kaymaktadır. Evrensellik ile etnik dışlama çatışması günümüzün önemli tartışma konuları arasında yer almaktadır. "Evrensel" olan, "çeşitli yerel değerler" in bir toplamı olarak kabul edilebilir mi? Evrenselleşme bizi "başka" olanı kabullenmeye zorlar mı, böylece kültürlerin çeşitliliği ve bir arada yaşamasına yardımcı eder mi?<sup>11</sup> Evrensellik her bir kültürün kendi bakış açısına göre farklı bir anlam ifade eder mi?<sup>12</sup> Yine de, globelleşmiş evrensel insan hakları, liberalizmin, demokrasinin, bireyselleşmenin ve ilerlemeci değişimin ayrılmaz bir parçasıdır ve toplum veya devlet ile herşeyi kapsama iddiasını taşıyan güçlerin her yerde hissedilen hakimiyetine karşı konuşlanmıştır.<sup>13</sup>

### 3. Aile hukukundan iki örnek

Günümüzün en önemli kavramlarından biri eşitliktir ve aşağıda bu kavramla ilgili sorular sıralanmıştır: Eşitlik kavramı mutlak ve topyekün bir kapsayıcılık gerektirir mi? Tarafsızlık kavramını reddedebileceğimiz ve toplum yapısındaki farklılıkları göz önünde tutabileceğimiz bir aşamaya ulaştık mı? Eşitlik kavramının resmi ve evrensel olanı ile sosyal ve yerleşmiş olanı arasında bir çatışma var mıdır?<sup>14</sup> Toplumsal olarak eşit olmayanlar eşit konuma gelinceye kadar kadar bunlara aynı şekilde muamele edilmesi bu kavramın doğasıyla bağdaşmaktadır? Toplumsal olarak aynı

Featherstone, *Undoing Culture: Globalization, Postmodernism and Identity*, 1995.

<sup>10</sup> Bu konudaki tartışma için bkz. P. Fitzpatrick, 'Globalisation and the Humanity of Rights', 2000 *Law, Social Justice and Global Development (LGD)*, available at: <<http://elj.warwick.ac.uk/global/issue/2000-1/fitzpatrick.html>>, s. 1-18 ve Robertson, dipnot 7, s. 100.

<sup>11</sup> U. Hannerz, 'Cosmopolitans and locals in World Culture', in M. Featherstone (ed.), *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*, 1990, s. 239.

<sup>12</sup> Bknz See B.S. Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, 2002, s. 268-289.

<sup>13</sup> R. Howard, 'Cultural Absolutism and the Nostalgia for the Community', 1993 *Human Rights Quarterly* 15, pp. 315-338.

<sup>14</sup> Eşitlik ve farklılık karşısında eşitlik ve kapsayıcılık konusunda özet bir tartışma için bkz. in S. Toddington, 'Universalism, Multiculturalism and the Rule of law', 2008 *Student Law Review* 54, s. 49.



ölçüde eşitsizlikle karşılaşanların durumu, onlar eşit duruma gelinceye kadar eşitlik prensibini ihlal etmezmi?<sup>15</sup> Çözümler kapsamlılık ve entegrasyon fikrinin ötesine geçmemelidir? Eşitlik söylemi, farklılıkların kaçınılmaz gerçeğini kabul etmemelidir ve özellikle aile konusu bağlamında sosyal ilişkiler realitesine yer vermemelidir?<sup>16, 17</sup> Eşitlik söylemi, homojenlik ve genellikle nihai ifadesi olarak üstünlük ve kesinlik ifade etmektedir. Fakat kültürel bağlam, çeşitlilik, bakış açıları, değerler ve kültürlerin ölçüsüzce (herhangi bir öncelik vermeden- olabildiğince serbest şekilde) birarada varolabildiği takdirde açık uçlu bir kavram olarak gündeme gelecektir.<sup>18</sup> Günümüzde, yasal çerçevenin belirlenmesinde kültürel bağlamın dikkate alınmasının önemi genellikle kabul edilmektedir. Bu kabul ile benzer konulara aynı anda farklı yasal düzenlemeler altında yer verilmesi ve bunların ahenkli bir şekilde işlemesi anlamındaki çoğulculuk anlayışı değil, geniş bir yasal çerçeve içinde farklılıklara da yer verilmesi kastedilmektedir. Bu kapsamda hakimlerin özellikle "devlet merkezli (top-down) bir model" in sert yanlarını törpülemek için zamanımızın "olmazsa olmazı" olarak görülen halkı, vatandaşları vatandaş merkez kabul eden (bottom-up) bir modeli<sup>19</sup> ve gerçekliği göz önünde tutarak dengeleyici bir rol üstlenmesi beklenmektedir.<sup>20</sup>

- 
- 15 "Aynı muamele"- "eşit muamele" karşıtlığı konusundaki tartışmalar için bkz. J. Squires, *Gender in Political Theory*, 1999; ve kadının doğası gereği eşitlik ilkesinin aleyhine sonuç doğurduğu görüşü için bkz. A. Phillips, 'Feminism and Liberalism Revisited: Has Martha Nussbaum Got It Right?' 2001 *Constellations* 8, no. 2, p. 249, and A. Phillips 'Universal Pretensions in Political Thought', in M. Barrett et al.(eds.), *Destabilizing Theory: Contemporary Feminist Debates*, 1992
- 16 Cinsiyet eşitsizliğinin esas kaynağı olarak mahrem alanın gözardı edilmesi tartışması için bakınız. C. Pateman, 'The Patriarchal Welfare State', in C. Pateman (ed.), *The Disorder of Women: Democracy, Feminism and Political Theory*, 1989; ve M.C. Nussbaum, *Sex and Social Justice*, 1999.
- 17 Bağlamsal bir konu olarak aile hukukunda "relational theory" uygulaması için bkz. R. Leckey, *Contextual Subjects: Family, State, and Relational Theory*, 2008.
- 18 Çeşitlilik konsepti çerçevesinde yapılan tartışmalar için bkz. S. Fredman, 'Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law', 2005 *European Anti-discrimination Law Review*, s. 13.
- 19 Bknz. E. Örcü, 'Judicial navigation as official law meets culture in Turkey', 2008 *International Journal of Law in Context* 4, no. 1, s. 35
- 20 AB ülkelerinde 1990'ların ikinci yarısında "sidelining" anlamına gelen erkek ve kadının temelde farklı olduğunu kabul eden ancak bu farklılıkların yaşam koşullarını olumsuz etkilemesini önleyici politika izleyen fikir akımı için bkz. W. Kok ve High Level Group, *Facing the Challenge: The Lisbon Strategy for Growth and Employment*,

Eşitlik talebini karşılama gayretiyle toplumsal gerçekler gözardı edilmekte ve önemsenmemekte, her şeyin yeni bir ideale uygun olacağı beklentisi ile hareket edilmektedir.<sup>21</sup> Bu en çarpıcı şekilde Batılıların aile hukukunda benimsedikleri yaklaşımda görülür ki, bu yaklaşım gerçeği ve aile ilişkilerindeki saf bir gerçeklik olan eşitsizlikleri gözardı eder. Aile hukukunda netice odaklı/faydacı temalar ağır basmaktadır. Devletin tek merkezden oluşturduğu yasal çerçeve karşısında, hakimler retorik ve gerçeklik arasında dengeleyici rolleriyle, hizmet ettikleri toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere, hukuk kurallarına yön verebilecek ve yaratıcı bir şekilde hareket ederek boşlukları doldurabilecek donanım ve yeterliliğe sahip olmalıdır.<sup>22</sup> Toplumunu düzenleyen yasaların toplumsal girdilere paralel olması gerekmektedir.

Aile hukukunda, eşitlik prensibi, gelenekle çatışma halindedir. Fakat özellikle daha zayıf taraflarla ilgili olarak mahkemelerin gerçekte eşit olmayanların sorunlarıyla ilgilenecek koruyucu bir yaklaşım benimsemesine izin verilmeli ve bu prensibin tek tipleştirici karakterini yumuşatması mümkün olmalıdır. Bu yaklaşım kadına karşı mevcut geleneksel yaklaşımın masum görüldüğü anlamına gelmez. Erkek ve kadının katagorik olarak eşit çiftler olduğu günümüzün bilinen bir düsturudur. Bununla beraber, evliliğin daha zayıf tarafı olarak kadınlar -ki bu durum açıkça söylenmese bile çoğu toplumun realitesidir- sadece günümüzün mutlak eşitlik retoreğini yansıtan yasal çerçeve ile değil, aynı zamanda mahkemelerin çabalarıyla da yasal koruma altına alınmalıdır. Özel hukuk, özellikle aile hukuku ailede zayıf tarafı yeterli derecede koruyabilecek mekanizmaları barındırarak daha çok toplum merkezli olarak şekillendirilmelidir. Kadınların erkeklerle eşit statüde olduğu toplumlarda bile -ki bazen kadınlara pozitif ayrımcılık da yapılmaktadır- kadınlar bu korumaya ihtiyaç duyarlar.

Tartışmayı feminizm - çok kültürlülük, kültürel relativizm - evrensellik veya dini uygulamalar -laiklik karşıtlığı çerçevesine yerleştirme niyetinde değilim, sadece aile gerçeği farklı bir yöne işaret ettiğinde "eşitlik" retoriğine (kadın erkek eşitliğinin aile realitesi ile bağdaşmadığı durumlarda) karşı çıkıyorum.

2004. Fakat, aynı zamanda eşitsizliği anlama ve çeşitlilik söylemi olarak kullanılan "intercationality" kavramı için de bkzn. N. Yuval-Davis 'Intersectionality and Feminist Politics', 2006 *European Journal of Women's Studies* 13, no. 3, s. 193

<sup>21</sup> Bknz. S. Walby, 'The European Union and Gender Equality: Emergent Varieties of Gender Regime', 2004 *Social Policy* 11, no. 1, s 4.

<sup>22</sup> Bakınız Örucü, dipnot 19.

Kadını kültürel, dini ve geleneksel değerlerle koruma gayreti içinde de değilim. Diğer taraftan, arzu edilmeyen bir sonuç olarak kültürel değerleri tehdit etse de, laik normatif çerçeveyi de temel hareket noktası olarak almıyorum. Aksine, kadına karşı sosyal ve ekonomik adaletsizlikler doğuran kültür ve gelenekler tamamen ortadan kaldırılmalıdır.<sup>23</sup> Bununla birlikte, yine de aile hukukunun tümüyle tarafsız, laik ve çoğulcu bir yapıda olamayacağını hatırdta tutmak gerekir. Bunların cinsiyetten kaynaklanan adaletsizlikleri önleme politikalarını güçlendirebileceği bir gerçektir. Yine de, aile gerçeğinde zayıf taraf olan kadın korunmalıdır. Aksi halde "eşitlik" söylemi ile kadının menfaatleri zarar görmeye başlayabilir. Güçlendirici programlar cinsiyet ayrımcılığına karşı doğal değişim sürecinin hızlandırılmasına ve güçlenmesine katkıda bulunabilirse de<sup>24</sup> özel hayata ilişkin yasal düzenlemelerin oldukça sınırlı tutulması gerekmektedir. Böylece, daha fazla taktir yetkisi ile donatılmış ve zayıf olanı koruma bilincine sahip hakimlere ciddi derecede ihtiyaç duyulacaktır.

Üzerinde durulması gereken temel sorun, gelenekleri ve sosyal realiteyi yasama ve yargı eliyle düzeltmeye çalışmanın ne kadar doğru olduğudur. Geleneklere ne ölçüde taviz verilecektir ve fakat aynı zamanda eşitlik retoriği" desteklenecektir? "Eşitlik retoriği" ile gelenek arasında adil bir denge nasıl kurulacaktır? Eşitliğe sıkı sıkıya bağlı kalındığında toplum ne gibi problemlerle karşılaşacaktır? Toplumsal gerçeklik ile eşitlik retoriği arasındaki bu mesafeyi tasdik edip kabul mü etmeliyiz, yoksa görmezden mi gelmeliyiz? Her iki tutumun da sonuçları ne olacaktır? Zayıf olanı korumak için önlemler geliştirmek eşitlik prensibi ile bağdaşır mı? Yasamanın tarafsızlığı siyasi uzlaşma uğruna sadece bir kılıf mıdır? Avrupa ülkeleri aile hukuku mevzuatlarının uyumlaştırılması süreci yasa düzeyinde başarılı oldu mu, fakat bu süreç kadın açısından başarısız olmadı mı? Bu süreç hakimlerin geniş takdir haklarını zamanla elinden alarak kadınları hukuktan yabancılaştırmak suretiyle dolaylı olarak ve ihtiyatlı bir şekilde erkekleri daha fazla güçlendirmede mi?

### 3.1. Türk Aile Hukuku Örneği

Türk Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan değişikliklerle getirilen yeni hükümlerle çiftler arasında mutlak eşitlik prensibi tercih edilerek ve kadına

<sup>23</sup> Bknz. S.M. Okin et al. (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, 1999

<sup>24</sup> Bknz. C. Hoskyns, 'A Study of Four Action Programmes on Equal Opportunities', in M. Rossilli (ed.), *Gender Politics in the European Union*, 2000.

cinsiyet eşitliği temelinde yasal teminat sağlanmış, Türk Aile Hukuku Avrupa Birliği üye devletlerinde geçerli mevzuata ve uluslararası belgelerde yer verilen prensiplere uyumlu hale getirilmiştir. Bu değişim övgüye değer olmakla birlikte, toplumun sosyo-kültürel yapısı ile bütünüyle uyumlu olduğu söylenemez. Yine de, bu yasa ile getirilen yeniliklerin kadın ve erkek tarafından ve toplum genelinde zaman içinde içselleştirileceğini ümit ediyoruz. Fakat eşitlik retoriğinin yasal çerçevesinde aile realitesi gözardı edilemez. Gerçekten kanun eşitliği, onun pratikte bulunmadığı yerde göz önünde tutulmasını ister. Eşitlik ve haklar karmaşık güç ilişkilerini aşırı basitleştirmektedir. Özel alanda hakların kullanılmasının yasal haklarla çok az ilgisi bulunmaktadır.

1926 tarihli Medeni Kanun küçük değişikliklerle (1912'de yürürlüğe giren) 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunundan alınmıştır. 1926 tarihli Kanun'un "eşler arasında yapılan ve koca yarına olan muameleler"i düzenleyen 169'uncu maddesi, karı koca arasında yapılan her türlü işleme izin verirken, kadının koca yarına yaptığı kendi kişisel mal ve eşyalarını veya mal ortaklığı rejimine tabi mal ve eşyaları konu alan muamelelerin sulh hakiminin izni olmadıkça geçerlilik kazanamayacağı öngörmektedir. Bu kural kadının koca yararına üçüncü kişilere karşı üstleneceği sorumluluklar için de uygulanır. Bu hüküm, kocanın kadının borçlarına kefil olduğunu, fakat kadının kocasına kefil olabilmesi için sulh hakiminin onayının gerektiğini göstermektedir. Kanun'un 169'uncu maddesinin ikinci fıkrasında kadının muamele ehliyetine bir istisna getirilmiştir.<sup>25</sup> İlave olarak, bu madde sadece borç doğuran ve bu nedenle alacak hakkı kazandırmayan hukuki işlemler düzenlenmiştir. Buna rağmen, Yargıtay, M.K m.169/2'yi daha geniş yorumlayarak her iki tür muameleleri aynı kabul etmektedir. Bu hükmün zaman zaman kadının korunması yerine alacaklılara karşı bir tuzak olarak kullanıldığı bir gerçektir. Bu nedenle, bu maddenin sınırlarının mümkün olduğu kadar dar tutularak yorumlanması önerilmektedir. Çünkü maddede "sorumluluklar" temelinde bir düzenleme öngörülmüştür. Kadın yasadan kaçınma veya onu kısıtlama amacıyla kullanılamaz. MK m.169/2'yi uygulamak için kadının üstlendiği sorumluluk (Borçlar Kanunu m.483 ve 174, Ticaret Kanunu m.612) koca yararına olmalıdır. Eğer hukuki muamele doğrudan kadının yararına ise B.K m. 169/2 uygulanamaz. Kaynak İsviçre

<sup>25</sup> Türk hukukunda bu durum bir kısım akademisyenler tarafından "sınırlı ehliyetlilik", bazıları tarafından da "sınırlı ehliyetsizlik" olarak nitelendirmektedir.

Medeni Kanunu bir "anlaşma"dan bahsederken Türk hukukuna göre hakim "onayı (ratification) gerekmektedir.

Konu iki defa karı-koca arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Yüksek mahkeme önüne gelen ilk davada, kadın üçüncü kişiye kocasına kefil olarak hakimden onay almadan borçlanmıştı ve bu nedenle kendisine karşı cebri icra süreci başlatılmıştı. Kadın bunun üzerine kefaletine ilişkin işlemin MK m.169'a göre geçersiz olduğunu ileri sürdü. Bunun üzerine yerel mahkeme bu maddenin Anayasa'nın 10 ve 12. maddelerine aykırı olduğuna kanaat getirerek konuyu Anayasa Mahkemesine taşımaya karar verdi. Yerel mahkeme kararında bu hükmün ilk bakışta kadının menfaatlerini korur gibi görünse de, aynı durumda koca için izin veya onay prosedürü aramadığı halde kadına sınırlı ehliyetli gibi gördüğünü, bu nedenle kadının koca karşısında ikinci sınıf konumuna düşürüldüğünü iddia etmiştir. Bu görüş eşitlik retoriğinin kabul edildiğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi Türk toplumunun gerçeklerini ön planda tutarak şu karara varmıştır:

"Bu hükmün amacı ailede kadının farkına varmadan borç altına girmesini engellemektir. Çünkü o borcum kapsam, sonuç ve amaçlarını bilemeyebilir. Yine kadın kocasının baskısı ve etkisi altında böyle bir sorumluluk üstlenmiş olabilir. Bu sınırlama ile aile birlik ve bütünlüğünün korunması amaçlandığı için kamu yararı gözetilmiştir ve bu nedenle Anayasaya aykırılıktan söz edilemez."<sup>26</sup>

Yüksek mahkemenin üç üyesi şu görüşlerle karara muhalefet etmiştir:

"Bu eşit olmayan muamele öncelikle Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine aykırıdır ve cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılık kabul edilemez. İç hukuk hükümleri sadece Anayasa hükümlerine göre değil, aynı zamanda bu Sözleşme hükümleri ışığında değerlendirilmelidir. Medeni Kanunumuz 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanununu esas almıştır. Kaynak kanun kadının korunmasını istemiş olabilir, ancak bu artık günümüzde kabul edilemez. Bu koruma kadının daha az yetenek zekaya sahip olduğunu varsayar. Bu hüküm kadının yaptığı işlemlerin sonuçlarını öngöremeyeceğini farzederek onun hukuki işlem ehliyetini sınırlandırmıştır. Buna ek olarak aile üyelerinden sadece bir tarafı korumak aile birliğini korumak anlamına

<sup>26</sup> 1997/27; 1998/43; 30/6/1998 (*Resmî Gazete* 23934, 15.1.2000).

gelmez. 1982 tarihli Medeni Kanun taslağında bu tür bir hükme yer verilmemiş olması bizim görüşümüzü desteklenmektedir. Bundan da öte, bu hüküm 1984 tarihinde kaynak İsviçre Medeni Kanunundan çıkarılmıştır ve şimdi sözleşmeye onay verilmesi aşaması her iki taraf için söz konusudur."

1999 yılında yine benzer bir dava Anayasa Mahkemesine götürülmüştür.<sup>27</sup> Bu davaya esas olaylar da öncekiyle benzerlik göstermektedir ve yerel mahkeme MK'nun 179/2. maddesinin Anayasanın 10 ve 12. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Anayasa Mahkemesi aynı gerekçelerle maddenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu sefer Mahkemeye atanan yeni üye ile birlikte toplam dört üye karara muhalefet etmiştir. Bu üyeler hiç bir medeni devlette bu tür bir hükme yer verilmediğini gerekçesine dayanmışlardır. Açıkçası, onlar için önceki davada da ileri sürdükleri gibi, modernleşme, batılılaştırma, Avrupa Birliği üyesi olma kriterleri ülke gerçekleri ile yüzleşmekten daha önemlidir ve bu nedenle aile realitesi yerine eşitlik retoriğine üstünlük tanınmasını istemişlerdir.

Anayasa Mahkemesinin bu iki kararının şu an için bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü 1926 tarihli Medeni Kanun değişerek eşitlik ilkesi benimsenmiş ve modernize edilmiştir. 2002 tarihli Medeni Kanun'un sorumluluğu düzenleyen 189. maddesinde kısa ve bir ilke benimsenmiştir: "üçüncü kişilere müteselsil sorumluluk ilkesi geçerlidir."<sup>28</sup> Eşlerin hukuki muamelelerini düzenleyen MK'nun 193. maddesi kanun aksini düzenlemedikçe eşlerin başkalarıyla ve üçüncü kişilerle yapacakları her çeşit hukuki muamele ile sorumluluk altına girebileceklerini düzenlemektedir. Bu hükümlerle erkek ve kadının hem birbirlerine karşı hem de Avrupa standartları açısından eşit taraflar kabul edilmesi olumlu bir gelişme olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, çoğu kadının kocalarının baskısı altında yaşadığı ve ekonomik bağımsızlığa sahip olmadığı bir toplumda bu gelişmelerle malesef aile gerçeklerinin eşitlik retoriğine kurban edildiği anlamına geldiği kolaylıkla söylenebilir. Yine bu gelişme kocasının tehdidiyle her hangi bir evraka imza atabilecek okuma yazma bilmeyen kadınlar için zararlıdır ve bu nedenle Türk toplumunun en azından mevcut aile gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. İsviçrede muadil hüküm 5 Ekim 1984 tarihinde kaldırılmış

<sup>27</sup> 1997/27; 1998/43; 30/6/1998 (*Resmî Gazete* 23934, 15.1.2000).

<sup>28</sup> TMK m. 189: "Aile birliğini temsil söz konusu olduğunda eşler üçüncü kişilere karşı müştereken sorumludur. Aileyi temsil yetkisi olmadan işlem yapan bu işlemin sonucundan kişisel olarak sorumludur. Ancak temsil yetkisinin aşıldığı üçüncü kişi tarafından anlaşılabilirse eşler müştereken sorumlu olurlar."

olmasına rağmen gelişme farklı bir yönde olmuştur. İsviçre Borçlar Kanununun kefalet sözleşmelerini düzenleyen 494/1. maddesi, eşitlik prensibini koruyarak eşleri borç altına sokan işlemler için onay (rıza) işlemini iki taraf için de aramaktadır.<sup>29</sup> Böylece İsviçre karı ve kocayı partnerler olarak görmekte, bir taraftan eşitlik ilkesini benimserken diğer taraftan kısmen de olsa koruyucu yaklaşımı devam ettirebilmektedir.

Öyleyse Türk yasama organı niçin İsviçre sistemini dikkate almamış ve eşlerin birbirlerinin borçlarına kefil olması söz konusu olduğunda eşler arasında mutlak bir eşitlik benimsemiştir? Mahkemeler bu "eşitlik"ten ne anlayacaktır? Mahkemeler retorik ve realite arasında yasama organının başaramadığı bir dengeyi kurabilecek bir organ olmayı başarabilecektir mi? Eşitlik birden fazla yolla sağlanıp sürdürülemez mi? Kadın, kocasının ve alacaklısının vicdanına terkedilerek günümüzün belirsiz serbest piyasasında kendisini bekleyen ekonomik risklere niçin maruz kalsın? Sadece modernite uğruna eşitlik retoriğine mutlak bir sadakat için mi? Bütün bunlar eş (kadın) in kefil olarak rol oynadığı hallerde, anlaşmanın ya aşırı baskı altında ya da yetki aşımı ile yapıldığı için ortada gerçek bir rızadan bahsedilemeyeceği iddiasından yola çıkarak, sözleşme hukuku hükümlerine dayanılarak sözleşmenin uygulanmasına karşı bir savunma geliştirildiğinde gündeme gelecektir.<sup>30</sup> Bu durumda bir taraftan karı kocanın eşitliği kuralına bağlı kalınacak, diğer taraftan kadının yasanın doğrudan öngörmediği yollarla korunması yolları işletilecektir. Bununla birlikte kadının genel hükümlere göre mağduriyetini kanıtlaması oldukça zor görünmektedir.

Bir devlet merkezli hukuk modelini örneği olarak Türk hukuku çoğulculuk anlayışına yer vermemiştir.<sup>31</sup> Bu hukuk düzeni ideal bir yapıyı yansıtmaktamıdır? Böyle bir sistemde mahkeme kararları büyük önem taşımaktadır. Kanunların uygulanması aşamasında, mahkemeler bu kuralları eş ve çocukların menfaatlerini gözetecek şekilde yorumlamalıdır. Bununla birlikte, bu uyarılama esnasında hakimler yasaların toplumsal olarak adil olmadığı sonucuna vardıklarında yorum silahını kullanarak özel hukuk alanında veya diğer ilgili mevzuatta yer verilen prensipleri gözardı edebilecekler midir?

<sup>29</sup> Türk Borçlar Kanunu 1926 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun çevrilerek kabul edildi. Türk Borçlar Kanunu madde 485'in İBK'daki karşılığı 494. maddedir. Buna rağmen 485. maddede bu doğrultuda bir değişim olmamıştır.

<sup>30</sup> Borçlar Kanunu, 21, 23, 24, 28, 29 ve 30. maddeleri.

<sup>31</sup> Bknz. E. Örcü, 'A Synthetic and Hyphenated Legal System: The Turkish Experience', 2006 *Journal of Comparative Law* 1, no. 2, s. 27-47

Normatif çerçevede çizilmiş evrenselliğin dili yalnız başına hegemonyaya karşı mücadelede yeterli özgürlükçü bir araç olamaz. Evli kadınların yaşam gerçekleriyle bağdaşan daha hassas bir yaklaşım teşvik edilmelidir. Mahkemeler yasal çerçeveye rağmen daha aktif bir rol üstlenmelidir. Yine de onlar sürekli amaca uygun kriterler geliştirmeli, "makul gerekçe", "pozitif ayrımcılık", "gerçek nitelikler" gibi konulara akademik yeterlilikte ve yargının kendi işleyişi içinde kabul edilebilir çözümler üretmelidir.

### 3.2 Avrupa Aile Hukuku Komisyon Çalışmaları

Avrupa Aile Hukuku Komisyonu (CEFL) çalışmalarına bir göz attığımızda uyumlaştırma hakkında bir şeyler söyleyebilmeyiz?<sup>32</sup> Önce şunu belirtmek gerekir ki, aile hukuku ağırlıklı olarak değerlerle ilgilidir ve bu değerler gözönünde bulundurulduğunda aile hukukunda sözde kıta avrupalı/kara avrupalı hukuku ayrımının belirleyici olmadığı görülecektir. Bu ayrım sadece mahkemelerin görev ve yetkilerinin belirlenmesinde etkilidir. Burada önemli olan şey dindir. Laik toplumlarda dini tutum ve davranışları yansıtan ahlaki değerler tamamen yok olmazlar. Değişen ekonomi-politiğinin dine göre insanlar üzerinde daha az etkisi vardır.

120

Günümüzün laik batı toplumlarında dinin etkisinin azalmakta olduğu söylene bile, bu etkinin farklı toplumlarda farklı hızlarda gerçekleştiğini belirtelim. Bununla birlikte, Batı ve Orta Avrupa ülkelerinde değişimin yönü, eğer bu değişim farklı yönde seyretmiyorsa eski demir perde ülkeleriyle aynı değildir. Dini değerlerin geleneksel olarak Avrupa ülkelerinde tarihsel bir çatışma konusu olduğunu da hatırlatmak gerekir. Protestan, Katolik ve Ortodox Hristiyanlığı Avrupayı Kuzey, Güney ve Doğu, Batı olarak bölmüştür. Bugün Avrupa ülkelerinin çoğunda laik bir hukuk sistemi benimsenmesine rağmen, Avrupa Birliği ülkelelerine dışarıdan gerçekleşen büyük ölçekli göçlerle birlikte hızla çoğalan çok kültürlülük örnekleri ve buna paralel olarak bölünmüş dini yapılar göze çarpmaktadır. Her ülkede çok yönlü kültür yapıları bulunmaktadır ve yasalar her zaman o toplumda yaşayan kültürünün doğal bir yansıması olmayabilir.

<sup>32</sup> Boşanma ve nafaka alanında CEFL tarafından hazırlanan Genel Prensipler ile bazı hukuki sistemlerini karşılaştıran çalışmayı özetleyen değerlendirmeler için bkncz. E. Örucü, "The Principles of European Family Law Put to the Test: Diversity in Harmony or Harmony in Diversity?", in E. Örucü et al. (eds.), *Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, 2007, s. 233-254.



Ailede dinin etkisiyle ilgili olarak örnek vermek gerekirse, çoğunlukla Katolik ve Güneydoğu Ortodox ülkelerde aile bağları güçlü, sosyal güvenlik sistemleri zayıf iken, ağırlıklı olarak Lüteryan Kuzey ülkelerde aile bağları zayıf, sosyal güvenlik sistemleri güçlüdür. Diğer yandan, Kuzey Lutheran ülkelerde ve İngilterede boşanma oranlarının Güneyli Katolik ülkelerdekine göre yüksek olduğu görülmektedir. Evlilik dışı doğum sayıları da Kuzey ülkeleri ve İngiltere yüksek, Güneyde düşük sayılarda olmak üzere benzer bir eğilim göstermektedir.<sup>33</sup> Nüfusunun yaklaşık % 98'i gibi hakim bir oranı müslüman olan ve değişik gelenek, mezhep ve ekolleriyle ağırlıklı olarak geleneksel ve muhafazakar değerlerin benimsendiği Türkiyenin durumu, laik hukuk sistemiyle (İsviçre kaynaklı aile hukuku-Medeni Kanun- benimsenmiştir, ki bu Kanun İsviçrenin farklı dini yapıları gözetilerek hazırlanmıştır) Güneyli Katolik ve Doğu Avrupa Ortodox ülkeleriyle oldukça benzerlik göstermez.

CEFL tarafından hazırlanan boşanma ve nafakaya hakkında Genel Prensipler ile bir başka bir takım sistemlerin karşılaştırmalı bir incelemesini konu alan çalışma ilginç bir değerler tablosunu ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada Eski-sosyalist laik hukuk sistemiyle Lüteryan nüfusundan (Estonya) Evangelik Lüteryan nüfusu barındıran bir çok laik hukuk sistemine (İskandinav ülkeleri), Laik hukuk sistemini benimseyen ağırlıklı olarak Katolik nüfusundan (Fransa), Litvanya gibi eski sosyalist hukuk sistemini benimsemiş Katolik nüfusuna, İngiltere ve Galler Ülkeleri gibi laik hukuk sisteminin benimsendiği ağırlıklı olarak Protestan Anglikan nüfusuna, İskoçyadaki gibi laik hukuk sistemi benimseyen Protestan ve Katolik mezheplerin karışımı nüfus yapısı ile Malta gibi laik hukuk sistemi bulunmayan Katolik nüfusundan laik hukuk sisteminin benimsendiği Müslüman nüfusa sahip Türkiye örneğine kadar değişen ölçüde nüfus yapısı-hukuk sistemi ilişkisini gösteren bilgiler sıralanmıştır. Bu inançların içinde barındırdığı değerlerin etkisi, ister laik olsun, ister olmasın ve Kara Avrupası ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden hangisinin benimsendiğine de bakılmaksızın, o ülkelerin aile ile ilgili mevzuatlarında kolaylıkla hissedilebilmektedir. Bütün bu ülkeler modernleşme yolunu izlemelerine rağmen, bu modernleşme her

<sup>33</sup> Bu konuda Avrupa ülkelerinde yaşanan fikir ayrılıklarının nedenleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. M. Guibernau, 'Introduction: Unity and Diversity in Europe', in M. Guibernau, (ed.), *Governing European Diversity*, 2001, s. 1-3, 14-19.

ülkenin kendi şartları içinde ve kesinlikle farklı hızlarda gerçek-leşmektedir ve ille de aynı yönde olması gerekmemektedir.<sup>34</sup>

Bu takdirde, halklara göre aileler değerleriyle, tutku ve düşünce yapılarıyla özellikle çalışmayan, yaşlı, genç, güçsüz ve tam zamanlı eğitim görenler olmak üzere bütün üyelerinden olarak sorumlu tutulacaktır. Diğer taraftan, farklı toplumlar bu görevleri bir çok değişik metot ve çeşitlilikte organize etmektedir. Bu farklılıkları kavramak için değişik tarihi, siyasi ve sosyo-ekonomik ve en önemlisi kültürel ve dini koşullar gözönünde tutulmalıdır.

Kültür tarihsel etkilerin bir ürünüdür ve tekdüze değildir aksine karma özellik gösterir. Açıkçası tarihte uzun süre değişime uğramaksızın günümüze kadar gelen kültürel yapılar günün birinde değişebilir. Aksi halde biz tarihte hiç bir zaman reformdan bahsedemedik. Bir ülkede kültürel yapı kapalı kaldığı ve kendi kendini referans gösterdiği sürece mumyalaşırlar. Fakat kültürün dinamik özelliğine ve evrensel değişimin etkisine açık olmasına rağmen, bu değişim kendiliğinden ve iç dinamiklerle olmalıdır. Yine bu değişim devamlı ve vatandaş merkezli olarak gerçekleştiği takdirde daha sağlam temellere dayanacaktır.

122

Masha Antokolskaika CEFL'i aile ile ilgili mevzuatın vatandaş merkezli olarak birbirine doğru yakınlaştırılması sürecinde bir model olduğunu ileri sürmekle birlikte<sup>35</sup>, bu değerlendirme CEFL'in ulusal yasama organlarını muhatap alan çalışma biçimi nedeniyle çelişkiler taşımaktadır. CEFL sadece devleti merkez alan bir uyumlaştırma metoduna izin vermektedir. Zaten burada aşağıdan yukarıya doğru kendiliğinden bir kümelenme önerisi bulunmamaktadır.

Gelenek ve değişim arasında çatışmaya kadar varan sürekli bir gerilim yaşanagelmiştir. Müzakere ve tartışmalar sonucunda çoğu zaman bir mutabakata varılmasına rağmen belli fikirler diyalog ve tartışmaya açık değildir.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Farklı görüşler için bkz. M.V. Antokolskaika, 'The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance', 2000 *EJCL* 4, no. 2, <<http://www.ejcl.org/42/art42-1.html>>.

<sup>35</sup> M.V. Antokolskaika, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical perspective – A Tale of Two Millennia*, 2006, s. 362.

<sup>36</sup> C. Lloyd, 'The Transformation of family life and sexual politics', in Guibernau, dip not. 33, s. 165.

Avrupa ülkelerindeki aile hayatına baktığımızda, toplumların gelişmelerinde gözlemlenen bazı ortak yönlere rağmen çeşitliliğin daha çok ön plana çıktığını görürüz. Catherine Lloyd'a göre, Avrupadaki koşullar değişmekte ve boşanma ve doğurganlık gibi konularda ülkeler genellikle aynı yönde bir değişimle karşılaşmaktadır.<sup>37</sup> Buna rağmen Lloyd, farklı ülkelerde yaşanan siyasi ve sosyal gelişmelerin oldukça farklı yörüngelerde seyrettiğine işaret etmektedir.<sup>38</sup> Buna ilave olarak günümüzde artık tek bir ülkede tek bir sosyo-kültürel yapıya rastlamak mümkün değildir.

Örneğin, yüzyıllar boyunca Avrupada boşanma ile ilgili mevzuat değişerek gelişme göstermektedir: Başlangıçta boşanma yasaktı, daha sonraları boşanma önce bir önlem, daha sonra bir çözüm olarak kabul edildi. Daha ileri bir gelişme olarak boşanma, eşlerin bir hak olarak ortak kararı çerçevesinde değerlendirildi. Bu seçenekler farklı aile, evlilik ve ahlaki görüşleri kilise ile devletin aileye müdahalesindeki farklı dengeleri ve eşlerin karar verme hürriyetini yansıtmaktadır.<sup>39</sup> Bugün boşanma; eşlerin kusuru, şiddetli geçimsizlik, ayrılık, ortak rıza ve talep gibi birçok nedene dayanılarak gerçekleşmektedir. Bazı yasal sistemler bu boşanma nedenlerinden bir kombinasyon oluştururken, diğer bazı sistemler ise bu nedenlerden bir veya bir kaçını boşanma nedeni olarak benimsemektedir. Diğer taraftan bazı yasal sistemlerde bir takım zorlayıcı prosedürler ve süre sınırlamaları ile boşanma zorlaştırırken, başka sistemlerde ise kolay yasal prosedürler benimseyerek boşanma işlemi kolaylaştırmaktadır. Bazı ülkelerde ilk bakışta boşanmayı çabuklaştıran ve kolaylaştıran mevzuat benimsenmiş gibi görülsede, bunların beklenmedik usuli sınırlamalar ile boşanmayı zorlaştırıldığı sonucuna varılabilmektedir.

Farklılıklar tarihsel gelişmeleri, kültürel ve dini farklılıkları ve idolojik farklılıkları yansıtır. Bütün bunlar bize ortak özün oldukça sınırlı olduğunu, ortak öz çalışmasına dayanan Avrupada aile hukukunu yakınlaştıran Genel Prensiplerin uygulama kabiliyetinin oldukça sınırlı bulunduğunu göstermektedir. Bugün bu uyumlaştırmanın tek etkili şekli, "daha iyi kanun" yaklaşımını benimseyen hükümleriyle gelecek için bir vizyon oluşturmayı hedefleyen devlet merkezli bir müdahale yaklaşımı olduğu

<sup>37</sup> a.g.e.

<sup>38</sup> a.g.e

<sup>39</sup> Bu eğilimin bir analizi için bakınız.M.V. Antokolskaia, 'Convergence and Divergence of Divorce Laws in Europe!', 2006 *Child and Family Law Quarterly* 18, no. 3, p. 308; and for a helpful concise history of developments, s. 309-323.

söylenbilir. Bu yaklaşım arzu edilen modern bir yasal çerçeve sağlarsa da bugünün çok kültürlü toplumlarında kabul edilemez olarak değerlendirilmektedir.

Kültürel çeşitlilik yasal çeşitliliğin muhafaza edilmesini gerekli kılmaktadır. İnsanların paylaşmadıkları bir vizyonun gereklerini karşılamak için niçin yasalarını değiştirdikleri haklı olarak sorgulanabilir. Estonya ve Litvanyayı karşılaştırdığımızda, örneğin 1994-1991 yılları arasında yaşanan baskıcı yönetim altında tipik bir yakınlaştırma hadiseni, o tarihe kadar toplumun çoğunluğunun maruz kaldığı baskı altında tutulan farklı kültürel ve dini farklılıkları yansıtan kendiliğinden bir ayrışma süreci izlediğini görebiliriz.

Varsayımların dayanağını oluşturan çalışan kadın, eşitlik, kadının aileyi geçindirebilme ve kendi ayakları üzerinde durabilmesi özellikleri tüm toplumların değil, bazı toplumların gerçekleri ve değerleriyle ilgilidir. Bunların oldukça makbul değerler olduklarını kabul edelim. Bu şekilde kabul etsek bile, demokratik toplumlarda dış müdahale için ne tür bir gerekçe gösterilecektir? Cevap bekleyen bir başka soru da, niçin bazı değerler dizisine diğerlerine göre üstünlük tanındığıdır? Özellikle kanunların az çok vatandaşların beklentilerine cevap verebilsin diye halkın katılımına ve görüşlerine önem verildiği toplumlarda bu tür devlet merkezli bir müdahale tümüyle kabul edilemez. Aile hayatında yaşanacak değişimlerin dışarıdan müdahaleler yerine, toplumun kendi iç dinamikleri içinde gerçekleşmesi daha önemlidir.

Öyleyse Josep Llobera'nın aşağıdaki sözlerini onaylamalıyız?

"Ulusal kimlikler kalıcıdır. Uzun vadeli bir bakış açısı akrabalık, dil, kültür, din ve tarihsel hafıza gibi esaslı kategorileri göz önünde tutmalıdır. Bu kategorilerin her birinin önemi ülkeden ülkeye değişebilir. Ulusal kimliklerle beraber -bu kimliklere karşı veya bunların yerine değil- bir çeşit "Avrupalılık" kimliği daha çok benimsenmektedir."<sup>40</sup>

Nihayetinde bir "**norm diffusion**" ve "kimlik değişimi" ile karşılaşabiliriz ve Avrupa bütünleşmesinin üye devletlerin yasaları üzerinde değiştirici bir etkisi olabilir. Bununla beraber, ilk ilk önce aile hukukunun resmen uyumlaştırılması henüz sağlanamadı, ikinci olarak böyle bir uyum gerçekleşse bile somut verilere dayalı araştırmalar göstermektedir ki, Birliğin doğasında bulunan "farklılaşan entegrasyon", "kısmi uygulama" ve "esnek-

<sup>40</sup> J.R. Llobera, 'What Unites Europeans', in Guibernau, dipnot 33, s. 193

lik" düzenlemeleri nedeniyle, karşılıklı bağımlılık ve ortak etkiye rağmen bir yakınlaşmadan bahsedilemez. Antoaneta Dimitrova ve Bernard Steunenberg'in çalışmaları bütünleşme etkisi yüzünden Avrupada açık ve kesin bir yakınlaşma eğilimi bulunmadığını göstermektedir.<sup>41</sup>

Aile hayatı ve ailenin bizatihi kendisi birer hukuk ensürmanı olabilir, fakat burada duygusal boyut daha çok ön plana çıkmaktadır. Ünlü AB sloganı "çeşitlilik içinde birlik" ortak bir anlayışa ve bu çeşitliliği kabullenmenin önemine işaret eder. Uzman hukukçulardan oluşan Komitenin bazı alanlarda devletlerin yasama organları tarafından doldurulacak boşluklar bırakarak hazırladıkları aile hukuku alanında, Avrupa Birliği ülkelerinde ortak olarak uygulanması düşünülen "Genel Prensipler"'in hayata geçirilmesi zor görünmektedir. Bu Prensipler ilk bakışta belli bir dünya görüşünü ve belli değerleri yansıtmaktadır. Yine bu Prensiplerin anılan ülkelerin kendi hukuk kültürleri yerine ikame edilmesi konusunda bu ülkeler istekli görünmemektedir ve Bu Prensiplerin bu ülkelerdeki hakim nüfusun değerlerini yansıttığına ilişkin hiç bir işaret bulunmamaktadır. Diğer taraftan Avrupa bu konuda standart kurallar benimseyerek en azından sınır aşan ilişkiler için çözümler ve yeni yaklaşımlar geliştirme ihtiyacı duymaktadır. Böylece bir çıkmazla karşı karşıya kalıyoruz. CEFL'in bu konudaki ciddi çalışmaları sadece akademisyenler, Avrupa Birliği karşıtları ve çok kültürlülük taraftarlarının incelemelerine konu olmakla kalmayacak, aynı zamanda ileride bu konularda varılacak çözümler için üzerinde çalışılması gereken önemli bir kaynak oluşturacaktır.

Antokolskaia, Avrupa'da boşanma ile ilgili mevzuatın yakınlaştırılması ve ayrılmasını konu alan çalışmasında, her şeyin nihai noktada<sup>42</sup> kaçınılmaz olarak birbirine kavuşacağını ileri sürerek, "talep üzerine idari bir işlemlerle boşanma"nın boşanma hukukunda yaşanan gelişmeler için en ileri noktayı oluşturabileceğini söylemiş ve böylece modernleşme trendinin birleşme eğilimleri ile aynı noktada buluşmuş olacağını işaret etmiştir. Bu gelişme ona göre kendiliğinden modernleşme/birleşme süreci yoluyla bizi bir birliğe (uniformity) götürecektir. Belki be bir gün biz başka bir nihai noktada buluşacağız. Bu noktada çiftlerden biri boşanma konusundaki rızasını diğer eşe devletin hiç bir şekli veya başka türlü müdahalesi olmadan ileterek

<sup>41</sup> A. Dimitrova et al, 'The Search for Convergence of National Policies in the European Union', 2000 *European Union Politics* 1, no. 2, s. 201-226.

<sup>42</sup> Antokolskaia, dipnot 34, s. 329.

boşanma gerçekleşebilecektir. Gelecekte bir gün belki de evlilik ve boşanma tamamen hukukun ilgi alanından çıkacaktır. O'na göre böyle bir futuristic yorumun gerçekleşme olasılığı oldukça zayıf görünmektedir.<sup>43</sup>

## Sonuç

Avrupa hukuk kültürü üzerine yapılan çalışmalara baktığımızda veya Avrupa Birliğini çok katmanlı bir yönetim sistemi olarak düşündüğümüzde ya da Avrupa'nın yasal çoğulculuğundan bahsettiğimizde ulusal devletlerin hep sorgulanan birimler olduğu görülecektir. Bu doğru olmakla birlikte eğitim düzeyi, cinsiyet, yaş, din, ideoloji ve etnik aidiyetlere dayanan alt kültür farklılıklarının belirlenmesi oldukça zordur. Örneğin, hukuki değer eğitimi seviyesinin yükselmesinin kişi hürriyeti, hukukun üstünlüğü ve tarafsızlığı gibi kavramlara olan inancı pekiştirdiği göstermektedir.<sup>44</sup> Hukuki değer farklılıklarının kökeni esasen sosyal sınıflara dayanmaktadır. Bu farklılıklar bize şu gerçeği göstermektedir; "Toplumun mevcut sosyo-ekonomik yapısından çıkar sağlayanlar hukuku faydalı bir kurum olarak görmektedir."<sup>45</sup>

Alışageldiğimiz tutum ve davranışlara müdahale edilmesinden kaynaklanan sorunlarla karşı karşıya kaldığımızda, bunun çözümü kültür katmanlarının hassas bir şekilde ele alınmasıyla mümkündür ve böylece aşına olmadığımız kurumlara karşı duyulan korku azalarak zamanla yok olacaktır. Bu kültür katmanların ihtiyaçlarının hukuk kurullarıyla karşılanmaya çalışılması her zaman arzu edilen sonucu doğurmaz. Avrupada "yakınlaşma" ortak değerlerin onaylanması anlamına gelir. Yine Avrupa devletleri ortak bir birlik hukuku kültürü inşa ederken ve bir taraftan kültürel çoğulculukla yüzleşirken, halkın mı tarafın mı yoksa üst yapının mı ihtiyaçları ve hassasiyetleri dikkate alınacaktır?

Batılı ulus devletlerde çok kültürlülük, bu kültürlerin devletin hukukuna muhalif veya düşmanca kuralları benimsediği, hatta kimliğinin resmen tanınmasını talep ettiği durumlarda bile farklı kültürlere kendi sınırları içinde hareket özgürlüğü tanınması olarak algılanmaktadır. Avrupa Birliği için çok kültürlülük, gittikçe artan farklı ulusal devlete birlikte yaşama hakkı tanınması anlamına gelmektedir. Diğer taraftan Avrupa Birliği, kısa vadede

<sup>43</sup> a.g.e.

<sup>44</sup> J. L. Gibbon et al, 'The Legal Cultures of Europe', 1996 *Law and Society Review* 30, s. 55.

<sup>45</sup> a.g.e. s. 70-73.

Avrupa vatandaşlığı için, uzun vadede ortak bir Avrupa kültürü oluşturma sürecinde ulusal devletlere yabancı olan çok kültürlü bir çerçevede değişik iç kültürlerle uzlaşma arayışı içinde olacaktır.

Faydacı ve kozmopolit bir yaklaşım şu görüşleri savunmaktadır: "Globelleşen bir dünyada yakınlaşma ve birleşme kaçınılmazdır aynı zamanda faydalıdır. Evrensel insan haklarının temsil ettiği temel değerler "istisnailikler"e karşı üstün tutulmalıdır ve kültürel çeşitlilik sadece bir kültür olarak kalmalı, hukuk dünyasına yansıtılmayarak yaşamın bir parçası kabul edilmelidir. Toplumda çok kültürlülüğün beninsenebileceği kapsamlı bir hukuk sistemi oluşturulmalıdır. Bu sistemler çok uluslu, bölgesel ve toplumlararası düzeylerde hukuk dünyasında bir modernite birliği sağlama çabası göstermelidir. Çok kültürlülük hiç bir zaman hukukun bu amacı gerçekleştirme sürecindeki gelişmesine engel olmaz. Rasyonellik, uyum ve reform kavramları bu hedefe varmada en uygun araçlardır.<sup>46</sup>

Çoğulculuğun kabulü belli şartlara bağlı olmalıdır. Doğal hukuk ve ahlak fikrine aykırı yerel kültürlerle meşruiyet tanınmaz. Bir toplumda çeşitlilikler o toplumun birlik ve bütünlüğüne yönelik bir tehdit oluşturmuyorsa o toplum ayakta kalır. Bu nedenle sadece "nitelikli bir yasal çoğulculuk" anlayışına yer verilmelidir.

Şu soruları sormak için Euroseptik olmak ya da çok kültürlülüğü savunmak gerekmez: Bir toplumda yürürlükte olan ve hakim grubun değerlerini temsil eden resmi hukuk farklı değer ve kültürlerle çatıştığında ne yapılması gerekir? Çok kültürlü bir toplumda sadece kültürlerüstü ve ahlaken tarafsız kuralların ayakta kalabildiği iddiası ne derece gerçeği yansıtmaktadır? Modern bir hukuk sistemi sosyal ve kültürel sistemlerden bağımsız olabilir mi? Kültürel uygulamalar nasıl tanınmalıdır ve kültürün belirlenmesinde hangi kriterler baz alınmalıdır ve bu kriterler kimler tarafından nasıl belirlenmelidir? Kültürü kimler temsil etmektedir? Farklı toplumların kendi içlerinde kendi kurallarını belirleyebilmesi yetkisi tanınmalıdır mı? Avrupa Birliği içinde önemli bir başka konu da Avrupada hukukun yakınlaştırılmasıdır. Birlik içinde hukukun yakınlaştırılması farklı kültürlerin talep ve ihtiyaçlarını karşılamak üzere daha önceden kabul edilerek oluşturan bazı istisnailiklere artık öncelik verilmeyeceği, üstünlüğün yakınlaştırılan hukuk kurallarına tanınacağı anlamında kullanılmaktadır. Eğer iç hukuka eklem-

<sup>46</sup> M. Bussani, "Integrative" Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems', 2000 *European Review of Private Law* 8, p. 89.

lenen hukuk farklı sosyo-kültürel yapılarda değişime yol açabilirse, iç hukuk aynı değişimi yapamayacaktır? Avrupa hukuku böyle bir koruyucu ve kapsayıcı rol üstlenebilir mi?

Batı tipi modern ulusal devletlerde çoklu hukuk kurallarıyla kültürel çeşitlilik arasındaki uyarılama sadece hakim tarafından gerçekleştirilebilir. Hakim kuralları uygularken yaratıcı yorum yaparak ve takdir yetkisi kullanarak adeta bir klavuz kaptan gibi yol gösterici ve uyarlayıcı rol üstlenmektedir. Bu uyarılama yetkisi Anayasa ile çizilmiş olan yasama organı tarafından yerine getirilemez. Önümüzdeki süreçte ulusal düzeyde yerel mahkemeler hukuka yön vererek ve uyarlayıcı bir rol üstlenerek daha fazla ön plana çıkacaktır. Türk aile hukuku ve Avrupa Birliği'nin bu alanda oluşturmaya çalıştığı "Genel İlkeler" örneği bize hakimlere daha fazla takdir hakkı ve hareket kabiliyeti tanınmasının önemini göstermiştir. Böylece hukuk ve kültür arasındaki kurulması gereken denge ve uyum sağlanacak, bu ikisi arasındaki farklılıkları bağdaştırmak mümkün olacaktır.

Bu makalede yasal çoğulculuğun daha güçlü bir versiyonu olarak çok kültürlülük veya Euroseptizm savunuculuğu yapılmadan konu dolaylı olarak ele alınmıştır. Fakat çalışmada ele aldığım konu 21. yüzyıla doğru girerken ben daha fazla endişelendirmektedir.

128

Delmas-Marty "Ordering Pluralism" isimli yeni kitabında 21. yüzyılda yasal düzenleme yaparken müşterek hukuktan vazgeçmeden çoğulculuğu nasıl kabul edeceğimizi, yine bunları tatbik etmeden nisbi ve evrensel olanın ötesine nasıl geçebileceğimizi sorgulamaktadır. Bu kitap ne ütöpik bir kaynaşma ne de hayali bir özerklik tercih ediyor; "Orderig Plularism" saygınlığı koruyan ve gittikçe artan bir intibak yoluyla ortak bir hukuk alanı oluşturma çabası içindedir. Bu bilgi felsefesi devrimi olarak kabul edilebilir. Durağan bir dünya düzeni imkansız olduğu için, hukukun yaratıcı gücüyle esnek bir uyumlaştırma süreci başarılabilir. Bu uyumlaştırma sürecinde mutabık kaldığımız ve koruduğumuz ortak değerlere olan inanç kendine yer bulacaktır.<sup>47</sup> Bu çözüm bizim derdimize çare olacaktır?

<sup>47</sup> M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, 2009.



# MAHKEMELERİN DAVA YÜKÜ YÖNETİMİ ÜZERİNE ARAŞTIRMA: YÖNTEMSSEL SORULAR

Andreas LIENHARD- Daniel KETTIGER\*

Çeviren: İsmail AKSEL\*\*

## Giriş

**D**avayükü yönetimi – mahkeme yönetiminin bir parçası olarak – özellikle, yargının kalitesinin sağlanmasının olduğu kadar yasal gecikmelerin ve yasal hakların ihlal edilmesinin de önüne geçilmesinin göz önünde bulundurularak davaların sonuçlandırılmasını garanti etme bakımından anahtar öneme sahiptir. Davayükü yönetimi aynı zamanda yargısal kaynakların tahsisinde ve davaların hâkimlere tahsis edilmesinde de bir yöntem olarak hizmet etmektedir. “Ağırlıklı davayükü sistemleri”\*\* ABD’de iyi kurulmuş durumdadır, ancak kıta Avrupa’ında aynı ölçüde değildir. Bu makale davayükü çalışmalarının yöntemini ele almakta, yargı görevlilerinin ihtiyaçlarını belirlenmesi amacıyla, davayükünü değerlendirmede ve ağırlıklı davayükü durumlarında kullanılan oldukça çeşitli yöntemlerin olduğunu göstermektedir. Bir literatür taraması açıkça gösterecektir ki, yakın zamanda, tercih edilen bir yöntem veya bir iyi uygulama standardı olarak bile, davayükü ölçümüne bütüncül bir yaklaşımın ortaya çıkışı olası değildir.

129

---

\* **Andreas Lienhard**, Kamu Hukuk Profesörü, Kamu Yönetiminin Yeterliliği Merkezi (Center of Competence of Public Management - CCMP) Sorumlu Yöneticisi, Bern Üniversitesi (İsviçre), e-mail: andreas.lienhard@kpm.unibe.ch; **Daniel Kettiger**, avukat, Kamu Yönetimi alanında master sahibi, Bern (İsviçre), e-mail: daniel.kettiger@kpm.unibe.ch.

\*\* **İsmail AKSEL**, Hâkim, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı.

\*\* Buradaki ‘ağırlıklı davayükü sistemi’ teknik bir içerikte kullanılmış olup makale okunduğunda kavram daha iyi anlaşılacaktır. (Çeviren)

## 1. Mahkeme Yönetimi Unsuru Olarak Davayüğü Yönetimi

### 1.1. Mahkeme Yönetimi İçin Gittikçe Artan İhtiyaç

Dünyanın pek çok ülkesinde yargı, artan bir reform baskısı altındadır: bir yandan işyükü, mücadele edilmesi gerekli karışık meseleler ve usuli gereklilikler giderek artmakta, diğer yandan ise sorunlarla uğraşmak için nadiren ilave bir kaynak sağlanmaktadır.<sup>1</sup> Sonuç olarak, yargı otoriteleri (uzlaştırma ve tahkim yetkilileri, sulh hâkimleri, savcı ofisleri, mahkemeler) etkinliklerini artırmaya zorlanmışlardır. Ancak bu, nihayetinde sadece gerçekten etkili bir mahkeme yönetim sistemi ile başarılabilir.<sup>2</sup> Mahkeme yönetimi, mahkemelerde işlerin yürütülmesi, yani ‘mahkemenin yargılmasını ve hüküm vermesini sağlamak amacıyla gerekli kaynakları ve personeli sağlayan ve bunları sürdüren yönetsel aktiviteler’<sup>3</sup> anlamına gelmektedir. Temel mesele mahkemelerin yönetsel\* ve finansal yönetimidir. Zürih (İsviçre) Kantonu,

1 Kaynak; D. Kettiger, ‘Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz: Ausgangslage – Entwicklung – Thesen’, D. Kettiger (editör), *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz –ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit*, 2003, sayfa 9 ve devamı;

G.Y. Ng, *Yargısal Organizasyonların Kalitesi ve Kontroller ve Denge* (Quality of Judicial Organisation and Checks and Balances), 2007, sayfa 15;

Yargının Etkililiği Avrupa Komisyonu (European Commission for the Efficiency of Justice - CEPEJ), *Avrupa Yargı Sistemleri, (European judicial systems)*, 2008: Yargının etkililik ve kalitesi (Efficiency and quality of justice).

2 Kaynak; A. Lienhard, Yönetici Kontrolü ve Mahkeme Yönetimi (Supervisory Control and Court Management), 2009, *Uluslararası Mahkeme Yönetimi Dergisi 2, (International Journal for Court Administration 2)*, no. 1; Ph. Langbroek & B. Mahoney, Etkili Mahkeme Yönetiminin Önemi (The Importance of effective Court Administration), 2001, *Uluslararası Mahkeme Yönetimi Dergisi 1 (International Journal for Court Administration 1)*, no 1, sayfa 1;

St. Henley & J. H. Suhr, Mahkemelerin İdaresi, Bağımsızlığı ve Hesapverebilirliğinde Mahkeme Yönetiminin Rolü (The Role of Court Administration in the Management, Independence, and Accountability of Courts), 2004, *Florida Barosu Dergisi (The Florida Bar Journal) 78*, no. 3.

3 R. Kiener, *Richterliche Unabhängigkeit*, 2001, s. 292.

\* ‘yönetsel’ kelimesi ‘administrative’ kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. İngilizcede yönetim için kullanılan iki kavram olan ‘administration’ ve ‘management’ kelimelerinden ilki daha çok ‘işletmecilik’ diğeri ise ‘kamu yönetimi’ ile ilgili konularda kullanılmaktadır. Bu çalışmada aradaki ayrımı vurgulamak amacıyla ‘administration’ kelimesi ‘işlerin yürütülmesi’, ‘management’ kelimesi ise ‘yönetim’ olarak çevrilmiştir. (Çeviren)

Kanton Yüksek Mahkemesi önceki başkanı Rainer Klopfer, mahkeme yönetiminin önemini şu şekilde açıklamaktadır; “Hizmet sunan başlıca kurum ve en önemli denetleyici yapı olarak bir mahkeme, profesyonel ve etkili bir şekilde işlerin yürütülmesine ihtiyaç duyar. Bu ise yönetimsiz olmaz, ancak bu, hiçbir şekilde yargıçların bağımsızlığından taviz verileceği anlamına gelmemektedir. Tam aksine bu, hâkimlerin asıl görevleri olan ‘karar verme’ faaliyetini daha iyi yerine getirebilmeleri için onlara daha iyi çalışma şartları yaratır”<sup>4</sup>

## 1.2. Mahkeme Yönetiminde Temel Bir Unsur Olarak Davayükü Yönetimi

Son zamanlarda, mahkeme yönetimini teoride ve uygulamada geliştirmeye yönelik çabalar, iyi mahkeme yönetimi sistemi için çok önemli birkaç etkenin belirlenmesini sağladı.<sup>5</sup> Yargının en önemli kaynağı insan kaynağıdır. Bir mahkemeyi düzenli biçimde yönetebilmek için, bir kimsenin, mahkeme önüne gelen davaların düzgün şekilde ele alınmasında hâkim ve memurların hangi kapasiteye sahip olduklarını bilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, davayükü yönetimi,<sup>6</sup> gerek yasal gecikmelerin gerekse de yasal hakların ihlal edilmesinin önüne geçme (davaların ideal zamanda çözülmesi) ve yargılamanın kalitesi bağlamında (maddî ve usulî bakımdan davaların doğru şekilde çözülmesi) hüküm vermeyi garanti altına alma bakımından kritik öneme sahiptir.<sup>7</sup> Davayükü yönetimini uygulamak için öncelikle davayükünü ölçmeye ihtiyaç vardır (aynı zamanda işyükü olarak da ifade edilmiştir). Bu makalenin temel odak noktasını davayükü çalışmalarının yöntembilimi oluşturmaktadır (başlık 3 ve 4). Bununla birlikte, yöntemsel

---

<sup>4</sup> R. Klopfer, *Neue Zürcher Zeitung*, 20 Haziran 2005, sayfa 35.

<sup>5</sup> Kaynak; Lienhard, yukarıdaki dipnot 2, no. 25 ve devamı; İsviçre için cf. Bericht vom 10 Ağustos 2001 der Parlamentarischen Verwaltungskontrolstelle vom 10 Ağustos 2001 zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates, BBl 2002, 7641 ve devamı.

<sup>6</sup> Dava yönetimi ile karıştırılmamalıdır: davayükü yönetimi her bir davaya düşen iş yüküne odaklanmaktadır, dava yönetimi ise buna ilaveten ayrıca dava akışı gibi diğer unsurlara da odaklanmaktadır.

<sup>7</sup> Kaynak; Lienhard, yukarıdaki dipnot 2, no. 33 & 61; Henley & Suhr, yukarıdaki dipnot 2.

soruların daha iyi anlaşılması için, öncelikle bir tahsis<sup>\*\*</sup> aracı olarak davayüğü yönetimi üzerinde durulması gerekmektedir (başlık 2).

## 2. Tahsis Etme Aracı Olarak Davayüğü Yönetimi

### 2.1. Yargısal Kaynakların Tahsis Edilmesi

Yargısal kaynakların tahsis edilmesi konusu ele alındığında, temel sorulardan biri, bir mahkemenin halka hizmet sunarken ihtiyaç duyacağı hâkimlerin, yarı-yargısal memurların<sup>\*\*\*</sup> ve mahkeme yardımcı personelinin sayısını üzerinedir. Mahkemenin önüne gelen tüm davaları çözebilmek için kaç yargı görevlisine (hâkim, adlî yardımcı ve memur) ihtiyaç duyulduğunu belirlemede mahkemenin işyükünün net bir şekilde ölçülmesi odak noktasını oluşturmaktadır.<sup>8</sup> Ağırlıklı davayüğü sistemleri, mahkeme yönetim sistemleri tarafından, yargısal işyükünü ve kaynak gereksinimlerini belirlemede kullanılan en yaygın ve beklili de en iyi yöntemdir.<sup>9</sup>

Bu sistemler ABD’de iyi kurulmuştur; çıkışı 1970’lerin sonlarına kadar dayanır.<sup>10</sup> Eyalet Mahkemeleri Milli Merkezi (The National Center for State Courts), örneğin, bu tür çalışmaları en az 11 eyalette

\*\* İngilizce “allocation” kelimesinin karşılığı olarak kullanılan “tahsis” kelimesi, kullanım bakımından makalede, hem insan kaynaklarının ya da parasal nitelikteki kaynakların tahsisi, hem de davaların bir mahkeme ya da daireye tahsis edilmesi, yani “işbölümü” anlamında kullanılmıştır. (Çeviren)

\*\*\* ‘yargı-yargısal memurlar’ kavramı ile başta Almanya olmak üzere bazı Avrupa ülkelerinde mahkemelerde görev yapan, bizde ise teoride ve bazı belgelerde ‘adlî hizmet uzmanı’ olarak geçen, ancak uygulamada yer verilmeyen, statü olarak hâkimler ile diğer memurlar arasında yer alan görevliler kastedilmektedir. (Çeviren)

8 Kaynak; Wisconsin, Eyalet Mahkemeleri Ofisi (State Courts Office) Yöneticisi, *Yargısal İhtiyaçlar Değerlendirmesi (Judicial Needs Assessment 2006)*, Sonuç Raporu (Final Report), sayfa 7.

9 Kaynak; St. Stenz, Sınırlı Yargı Mahkemelerinde Ağırlıklı Davayüğü Çalışmalarının Geliştirmek (Improving Weighted Caseload Studies in Limited Jurisdiction Courts), 1988-1989 *Yargı Sistemi Dergisi (The Justice System Journal)* 13, no. 3, sayfa 379.

V.E. Flango ve diğerleri, *Hâkimlerin ve Mahkeme Yardımcı Personelinin İhtiyaçlarının Belirlenmesi (Assessing the Need for Judges and Court Support Staff)*, Devlet Mahkemeleri Milli Merkezi (National Center for state Courts), 1996, sayfa 14.

10 Kaynak; Wisconsin, Eyalet Mahkemeleri Ofisi (State Courts Office) Yöneticisi, yukarıdaki dipnot 8, sayfa 7; St. Caylor, *Hâkimlerin İhtiyaçlarının Ölçülmesi (Measuring the Need for Judges)*, 2000, sayfa 35.

yürütmüştür.<sup>11</sup> 2000’de, ağırlıklı davayüğü sistemlerinin en az 15 eyalette kullanıldığı tahmin edilmektedir.<sup>12</sup> Ayrıca bu ülkede, federal bölge mahkemelerinde davayüğü ile ilgili uzun süreli deneyimler bulunmaktadır.<sup>13</sup> Bu konuda, yaklaşık son 40 yılda ABD’deki davayüğü çalışmalarındaki gelişmeyi yansıtan oldukça fazla miktarda kaynak bulunabilir.<sup>14</sup>

Kıta Avrupası’nda, bununla birlikte, davayüğü çalışmaları çok iyi bilinmemekte ve bunun sonucu olarak, davayüğü sistemleri yargısal kaynakların tahsisinde nadiren kullanılmaktadır. Alman ilk derece ve ikinci derece sivil mahkemelerinde<sup>15</sup> davayüğü analizleri 1970 lerin başında yapılmıştır. Davayüğü yönetiminde öncülerden biri ise Hollanda’dır.<sup>16</sup> Ancak, sadece son zamanlarda davayüğü tekrar başlıca araştırma konusu haline gelmiştir. Örneğin, İsviçre’de iyi mahkeme yönetimini hedefleyen girişimin bir parçası olarak son zamanlarda

<sup>11</sup> Kaynak; B.J. Ostrom ve diğerleri, *Florida Delfi-temelli Ağırlıklı Davayüğü Projesi (Florida Delphi-based Weighted Caseload Project)*, Projenin Geçmişi (History of the Project), 2000, sayfa 3 ve devamı.

<sup>12</sup> Kaynak; Caylor, yukarıdaki dipnot 10, sayfa 35.

<sup>13</sup> Kaynak; B.S. Meierhoefer ve diğerleri, 1972’den 1983’e Bölge Mahkemelerinde Davayüğü Deneyimleri: Bir Hazırlık Analizi (The Caseload Experiences of the District Courts from 1972 to 1983: A Preliminary Analysis), FJC Personel Çalışması (FJC Staff Paper), Federal Yargısal Merkez (Federal Judicial Center) 1985.

<sup>14</sup> Kaynak; örneğin – daha önce bahsedilenler dışında – A.M. Bickel, *Yüksek Mahkemenin Davayüğü ve Bu Konuda Ne Yapılabileceği (Caseload of the Supreme Court and what, if Anything, to do About It)*, 1973; J. Jacoby, *Savcılar İçin Davayüğü Sistemleri (Caseweighting Systems for Prosecutors)*, Rehberler ve Yöntemler (Guidelines and Procedures), 1987; V.E. Flango ve diğerleri, *HEyaletler Hâkimlerin İhtiyaçlarını Nasıl Belirler (How do States Determine the Need for Judges, 1993)*; A.B. Aikman ve diğerleri, *Florida’da Hâkimlik İhtiyaçları Sürecinin Dizayn Edilmesi (Designing a Judgeship Needs Process for Florida)*, Gryphon Danışma Hizmetleri (Gryphon Consulting Services), 1998.

<sup>15</sup> ‘Richterzeitstudien’ başkanlığı altında, kaynak; Bundesrechtsanwaltskammer (ed.), *Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, Cilt: II, 1974, sayfa 60 ve devamı; Bundesrechtsanwaltskammer (ed.), *Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, Cilt I, 1974, sayfa 182 ve devamı; G. Griebeling, *Die Arbeitszeit des Richters*, DRiZ 71, sayfa 228 ve devamı; yöntem ile ilgili olarak kaynak aynı zamanda; R. Zwiesele & R. Bender, *Betriebswirtschaftliche Methoden und Vorschläge zur Verbesserung der Justizorganisation*, in R. Bender (ed.), *Tatsachenforschung in der Justiz*, 1972, sayfa 211 ve devamı.

<sup>16</sup> R. Depré ve diğerleri, *Etude de faisabilité de la mise en oeuvre d’un instrument de mesure de la charge de travail destiné au siège*, sayfa 3.

birkaç davayüğü çalışması başlatılıyor iken<sup>17</sup> Belçika Adalet Bakanlığı bir seri çalışma yaptırmıştır.<sup>18</sup>

## 2.2. Davaların Tahsis Edilmesi

Davayüğü yönetiminin bir başka amacı ise davaların mahkemelere, dairelere ya da hâkimlere tahsis edilmesidir. Her bir davanın aynı miktarda işi çıkarmayacağını söylemeye gerek yoktur. Düzgün bir dava dağılımı ve ihtiyaç duyulan kaynakların güvenilir bir temelde tahsis edilmesini sağlamak için, personel kaynağı ve herhangi bir alandaki davanın (ya da dava türünün) ortalama olarak ihtiyaç duyduğu çalışma saati hakkında biraz bilgi sahibi olmak gereklidir. Bir mahkemede iyi çalışma ortamı, bu sayede ve mahkemenin daireleri arasındaki ‘yasal uyum’un varlığının garanti edilmesi sayesinde sürdürülebilir. Davayüğü yönetimi kontrol ile yakından bağlantılıdır; bu nedenle davayüğü yönetimi aynı zamanda bütünleşik bir kontrol sisteminin de bir bileşeni olarak değerlendirilebilir.<sup>19</sup> İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nin önceki Mahkeme Başkanı, Arthur Aeschlimann, bu durumu şöyle özetlemektedir: ‘Her bir daire başkanı, bireysel davayükünü güncel halde tutabilmek için dairesindeki üyeler ve personel ile birlikte çalışmak zorundadır.’<sup>20</sup>

134

## 3. Ağırlıklı Davayüğüne Yöntemsel Yaklaşımlar

### 3.1. Ağırlıklı Davayüğü: Davayükünden İş Yüğüne

Basitçe ifade etmek gerekirse, bir ağırlıklı davayüğü sistemi mahkeme davayükünü mahkeme görevlilerinin işyüküne dönüştürmek için kul-

---

<sup>17</sup> Kaynak; A. Lienhard & D. Kettiger, ‘Geschäftslastbewirtschaftung bei den Gerichten’, 2009 *ZBI*, sayfa 413 ve devamı; Yazar halen İsviçre Federal İdare Mahkemesi için bir davayüğü çalışmasını devam ettirmektedir.

<sup>18</sup> R. Depré ve diğerleri, *aynı kaynak*, sayfa 3.

<sup>19</sup> Mahkeme yönetiminin kontrol edilmesi ile ilgili olarak kaynak; A. Lienhard, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi: Yönetim Mekanizmasının Anayasal Bir Değerlendirmesi (The Swiss Federal Supreme Court: A Constitutional Assessment of Management Mechanisms), 2008, *Mahkeme Yönetimi Uluslararası Dergisi (International Journal for Court Administration 1)*, no. 2.

<sup>20</sup> A. Aeschlimann, ‘Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz’, 2008 *ZBI*, sayfa 413.

lanılır.<sup>21</sup> Davalar karışık bir şekilde çeşitlenir ve farklı dava türleri hâkim ve mahkeme yardımcı personelinin farklı miktarlarda zaman ve dikkatini gerektirir.<sup>22</sup> Dosyaların sıraya göre verilmesi, işyükünün hâkimler, yarı-yargısal personel ve yardımcı personel arasında eşit bir şekilde dağıtılması konusunda çok az elverişli bir yöntemdir. Sadece açılan toplam dava sayısındaki artış, davayüğü ile baş edilmesi için harcanması gerekli zamanın iyi bir göstergesi değildir. Bir davanın getireceği yükün açık bir göstergesi olmaksızın bütün davalar eşit, yani her biri 'bir birim' ağırlığında sayılacaktır. Getirdikleri işyükü farklılıklarını dikkate almaksızın dava sayısı üzerine odaklanmak; anlaşmalı bir trafik davasının çekişmeli bir fikri mülkiyet davası ile eşit olduğu anlamına gelmektedir, ancak her bir dava türünün getireceği yükün diğerinden farklı olduğu gayet iyi bilinir. Ağır olmayan bir dava, işyükü ile doğrudan bağlantılı değildir ve bunlar hâkim ve yardımcı personel ihtiyacı konusunda sadece son derece küçük bir göstergedir. Bu nedenle, ihtiyaç duyulan iş ve zaman miktarının tahmin edilmesi, ihtiyaç duyulan kaynakların belirlenmesi bakımından bir önkoşuldur.<sup>23</sup> Ağırlıklı işyükü sisteminin faydaları, yargılama faaliyeti benzer davalarla uğraşmak olarak sınırlandırılmış olan mahkemeler bakımından, karmaşıklığın değişkenliği düşüncesi bakımından daha az önemlidir. Bu mahkemelerde, eldeki davalar sabit ve düzenli kalır, ağırlıklı olmayan davayüğü ölçümleri işyükünün adilce eşit bir şekilde dağıtılmasına elverişlidir.<sup>24</sup>

Bu bağlamda işyükü, ehliyetli bir kişinin belirlenen zaman içerisinde üstesinden gelebileceği belli bir iş türünün miktarı anlamına gelmektedir. Ancak, sadece belirli bir yöntem ve kalite standardına göre, belirli bir organizasyon çerçevesinde daha önceden belirlenmiş bir süreci takip ederek çalışırken.<sup>25</sup> Dava işyükünün, ihtiyaç duyulan tam zamanlı personel sayısı bağlamında değerlendirilmesi önemlidir (yargı-

<sup>21</sup> Kaynak; Flango ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 9, sayfa 19; Lienhard, yukarıdaki dipnot 2, no. 61.

<sup>22</sup> Kaynak; Flango ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 9, sayfa 19.

<sup>23</sup> Kaynak; Flango ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 9, sayfa 19, Bundesrechtsanwaltskammer (Editör), Cilt II, yukarıdaki dipnot 15, sayfa 60.

<sup>24</sup> Kaynak; Flango ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 9, sayfa 19 ve devamı, Caylor, yukarıdaki dipnot 10, sayfa 35.

<sup>25</sup> Kaynak; Depré ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 16, sayfa 2.

sal tam-zamanlı eşdeğer, TZE).<sup>26</sup> Örneğin, işyükünün, tam-zamanlı yardımcı personelin dava başına yıllık çalışma saatinin yüzdelik dilimi olarak ifade edilmesi ya da ‘hâkim yıl değeri’<sup>27</sup> referans olarak kullanılması suretiyle bu yapılabilir. İşyükünü etkileyen önemli faktörler, dava türleri (yargılama yapılması gerekli işler), yargılama usulü türleri ve organizasyonel çatıdır. Böylelikle, yargı görevlilerinin sadece ofislerinde dava ile uğraşmaları, işlerini yalnız yapıyor ve düşüncelerini e-mail ile paylaşıyor olmaları ya da hâkimlerin ifade almayı taraflar ve onların avukatları ile yapıp yapmamaları farklılık yaratacaktır.<sup>28</sup> Aynı zamanda mahkeme binasının büyüklüğü de bir ölçüde önemli görünmektedir.<sup>29</sup> Yargı görevlileri bütün çalışma günlerini dava ile ilişkili konulara tahsis edemezler. Buna bağlı olarak, ağırlıklı dava yükü sistemleri aynı zamanda dava ile alakalı olmayan işler için harcanan zamanın da bilinmesini gerektirmektedir. Dava ile alakalı olmayan işlerin dört temel şekli belirlenebilir:<sup>30</sup>

– *Genel (dava ile ilgili olmayan) mahkeme yönetimi*: Tüm kürsü ya da dava ile ilgili olmayan; rutin ofis işleri, mahkeme komite toplantıları, personel toplantıları, personel işleri, mahkeme projeleri ile ilgili işler ve mahkeme başkanının görevleri gibi çalışmalar için harcanan zamanı kapsamına almaktadır.

<sup>26</sup> Kaynak; Lienhard & Kettiger, yukarıdaki dipnot 18, sayfa 434.

<sup>27</sup> ‘Hâkim yıl değeri’ bir tam-zamanlı hâkimin yıllık olarak dava ile ilgili konulara harcamayı beklediği ortalama zaman miktarı süresi anlamına gelmektedir. Kaynak; Stenz, yukarıdaki dipnot 9, sayfa 380; Caylor, yukarıdaki dipnot 10, sayfa 38.

<sup>28</sup> Kaynak; Bundesrechtsanwaltskammer (Ed.), Cilt II, yukarıdaki dipnot 15, sayfa 35 ve devamı; avukatların işyüküne olası etkileri ile ilgili kaynak; T. Dalton & J.M. Singer, *Bir Hacim Sorunu: Hiyerarşik Çizgi Modellemesinin Kullanılarak Mahkeme Etkililiğinin Bir Anaslizi (A Matter of Size: An Analyse of Court Efficiency Using Hierarchical Linear Modelling)*, Çalışma belgesi, 2009, sayfa 13 ve devamı.

<sup>29</sup> Kaynak; Bundesrechtsanwaltskammer (Ed.), Cilt II, yukarıdaki dipnot 15, sayfa 61 ve devamı; Dalton & Singer, yukarıdaki dipnot 28, sayfa 13 ve devamı.

<sup>30</sup> Dava ile ilgili olmayan işler üzerine genel bir değerlendirmenin bulunabileceği kaynak; Wisconsin Eyalet Mahkemeleri Ofisi Yöneticisi (Wisconsin Director of State Courts Office), yukarıdaki dipnot 8, Ek 1, sayfa A-1; yazar ayrıca hemen hemen özdeş bir listeyi, yakın zamanda İsviçre Federal İdare Mahkemesi’nde yürüttüğü bir projede de kullanmaktadır; aynı zamanda bakınız; B. Ostrom & N. Kauder, *(Eyalet Mahkemelerinin İşinin Değerlendirilmesi (Examining the Work of State Courts) 1997*, sayfa 97.



– *Yargısal eğitim ve öğrenim*: Tüm kürsü ya da dava ile ilgili olmayan; temel yargısal eğitimi ve kaliteli personel için ileri seviye eğitimi, yargısal konferanslara katılımı ve sonuç raporlarının, hukuk konusundaki makalelerin ve yasal literatürün okunmasını içeren çalışmalar için harcanan zamanı kapsamına almaktadır.

– *Topluluk çalışmaları ve kamuya erişim*: Tüm kürsü ya da dava ile ilgili olmayan; parlamento veya hükümet kurul ve komisyonları, topluluk eğitimi (üniversitelerdeki dersler de dâhil), diğer yargısal otoritelerin kurulları ve baro toplantıları gibi kamuya erişim durumları için harcanan zamanı kapsamına almaktadır.

– *Özel işler*: Tüm kürsü ya da dava ile ilgili olmayan; kişisel işler, hastalık veya izin nedeniyle mahkeme dışına yapılan tüm seyahatler<sup>31</sup> için harcanan zamanı kapsamına almaktadır.

Yargı görevlilerinin işyükünü ya da davayükünü hesaplarırken, farklı kategoriler içinde yer alan dava ile ilgili olmayan işler için harcanan çalışma süresinin ölçülmesine gerek bulunmamaktadır. Mahkeme yönetimi bakımından konuya yaklaşıldığında ise, dava ile ilgili olmayan farklı iş kategorileri için ne kadar çalışma süresi sarf edildiğinin bilinmesi, mahkeme genel idarî masraflarının ölçülmesi bağlamında, davayüğü yönetimi bağlamına göre daha önemlidir.

### 3.2. Spesifik Durumlar İçin Kullanılan Zamanın Ölçülmesi

Muhtemelen, ağırlıklı davayükünü belirlemek için en çok bilinen ve en yaygın şekilde kullanılan yöntem;<sup>32</sup> yargısal iş miktarının, dava türlerine göre dava içindeki başlıca olaylar için zaman çalışmaları yoluyla ölçülmesidir.<sup>33</sup> İlk adımda, belli bir dava türünde olan olaylar

---

<sup>31</sup> ABD seyahat süresi genellikle kendi içinde bir kategori olarak kabul edilir. Kaynak; Wisconsin Eyalet Mahkemeleri Ofisi Yöneticisi (Wisconsin Director of State Courts Office), yukarıdaki dipnot 8, Ek 1, sayfa A-1.

<sup>32</sup> En azından ABD’de; yöntem aynı zamanda Almanya’da da kullanıldı. Kaynak; Bundesrechtsanwaltskammer (editör), Cilt I, yukarıdaki dipnot 15, sayfa 184 ve devamı.

<sup>33</sup> Kaynak; Ostrom & Kauder, yukarıdaki dipnot 30, sayfa 93; H. Hurst, (Genç Yargılama Sistemi Personeli İçin İşyükü Ölçümü: Uygulama ve İhtiyaçlar (Workload Measurement for Juvenile Justice System Personnel: Practices and needs), 1999, *JAIBG Bülteni (JAIBG Bulletin)* sayfa 2; *Yargısal İşyükünün Değerlendirilmesinin Ağırlıklı Davayüğü Yöntemleri ve İlave Hâkim İhtiyacının Belgelendirilmesi Konularında Özet Bilgi (Information Brief on Weighted Caseload Methods of Assessing Judicial Workload and*

tespit edilmelidir. Bunun sahası, dava elden çıkmadan ya da mahkeme önüne gelmezden evvel yapılan bütün rutin işler anlamına gelen hazırlık işlerinden, yargılama sonrası işlere kadar uzanmaktadır.<sup>34</sup> İkinci adımda, bu olayların olma sıklığı belirlenmelidir. Üçüncü adım, bir dava türündeki her bir özel olay için yargı görevlileri tarafından harcanan ortalama zamanın ölçülmesidir. Tüm bu olaylar için harcanan toplam ortalama zaman, ağırlıklı davayükünü yansıtacaktır.

### 3.3. Dava Başına Düşen Toplam Ortalama Sürenin Ölçülmesi

Bir başka yaklaşım ise belli bir dava için ihtiyaç duyulan toplam sürenin ölçülmesidir – bunun anlamı bir davaya dâhil olan bütün yargısal görevliler tarafından davanın devamı süresince ihtiyaç duyulan süredir. Bu yöntem, yazarlar tarafından benimsenen ve İsviçre Federal İdare Mahkemesi'nde devam etmekte olan davayükü çalışmasında kullanılan yöntemdir.<sup>35</sup> Daha uzun bir periyodun (örneğin altı ay) sona ermesinin ardından, bütün yargısal görevliler her bir dava için ayırdıkları süreyi kaydederler. Belirlenmiş bir periyottan sonra, belli bir dava türü için gerekli ortalama sürenin hesaplanması mümkün olacaktır. Bu, her bir dava türü için ağırlıklı davayükünü sonuç verecektir.

Bu yöntemin dezavantajı ise, tüm sürece bir 'kara kutu' olarak bakılmasının gerekmesidir. Davayı görmek için kullanılan zaman ile spesifik durumlar ya da çalışma aşamalarının işyükü hakkında herhangi bir bilgi elde edilemez. Bu nedenle, İsviçre Federal İdare Mahkemesi'nde son zamanlarda yapılan çalışmada, bir dava ile ilgili olarak iki farklı çalışma süresi kategorisi belirlenmiştir: bir yandan yargılama öncesi aşamadaki işler için kullanılan zaman, diğer yandan doğrudan yargılama ile ilgili işler için kullanılan zaman. Özbildirim raporları\* hâkimler ve mahkeme yardımcı personeli hakkında bilgi toplamanın en doğ-

*Certifying the need for Additional Judges*), Florida Yasama, (The Florida Legislature), Rapor No. 97-67, sayfa 3.

<sup>34</sup> Kaynak; Wisconsin Eyalet Mahkemeleri Ofisi Yöneticisi (Wisconsin Director of State Courts Office), yukarıdaki dipnot 8, sayfa 10; Bundesrechtsanwaltskammer (editör), Cilt I, yukarıdaki dipnot 15, sayfa 184 ve devamı.

<sup>35</sup> Deneysel nitelikteki bu çalışmanın sonucu muhtemelen 2011 sonunda yayımlanacaktır.

\* 'özbildirim raporu' kavramı İngilizce 'self-report' kelimesinin karşılığı olarak kullanılmış olup, kişilerin kendileri hakkında düzenledikleri rapor anlamında kullanılmaktadır. (Çeviren)

ru yolu olarak kabul edilmektedir, çünkü bu raporlar mahkemelerin sürece doğrudan katılımlarını (ve ortak olmalarını) gerektirmektedir ve mahkeme odasında olup olmadığına bakılmaksızın bütün aktiviteleri kapsamaktadır.<sup>36</sup> Ancak hâkimler katılımı reddederse bir uyum sorunu olabilecektir.

### 3.4. Tahmini Değerler

Ağırlıklı davayükünü kullanmak için, her bir dava türü için tahmini çalışma süresine dayalı yöntemler de kullanılabilir. 2008’de, Bern Üniversitesi, İsviçre’deki bütün en üst seviye kanton idare mahkemelerini ve sosyal güvenlik mahkemelerini içeren kapsamlı bir araştırma yürüttü.<sup>37</sup> Araştırmanın bir kısmı belirli 19 dava türünde dava başına harcanan ortalama zamanın değerlendirilmesinden ibaretti. Araştırmaya katılanlar, her bir dava türü için harcanan tahmini süreyi TZE’nin (yargısal tam-zamanlı eşdeğer) yüzdelik oranı olarak belirtmek durumundaydılar.<sup>38</sup>

Tahmini çalışma süresine bağlı bir diğer yöntem ise Delfi Yöntemidir.<sup>39</sup> Bu yaklaşım, dava ağırlıklarını belirleyebilmek amacıyla iki şekilde uygulanabilir; dava türlerine ya da dava işlerine odaklanarak.<sup>40</sup> Uzmanlar (bizzat hâkimlerin kendisi ya da hâkimler tarafından atanmış harici uzmanlar) tarafından tahmin edilen ağırlıklı davayükü ilk aşamayı oluşturmaktadır. Daha sonra uzmanlar her bir tekrarlamının sonrasında (normalde iki ya da üç tekrarlama olacaktır) meslektaşlarının görüşlerini yeniden gözden geçirecekler ve sonra da grup tahmin-

---

<sup>36</sup> Kaynak; Flango ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 9, sayfa 119.

<sup>37</sup> Kaynak; Lienhard & Kettiger, yukarıdaki dipnot 18, sayfa 413 ve devamı.

<sup>38</sup> Kaynak; Lienhard & Kettiger, yukarıdaki dipnot 18, sayfa 420.

<sup>39</sup> Kaynak; *Yargısal İşyükünün Değerlendirilmesinin Ağırlıklı Davayükü Yöntemleri ve İlave Hâkim İhtiyacının Belgelendirilmesi Konularında Özet Bilgi (Information Brief on Weighted Caseload Methods of Assessing Judicial Workload and Certifying the need for Additional Judges)*, yukarıdaki dipnot 33, sayfa 3; Hurst, yukarıdaki dipnot 33, sayfa 3; Ostrom ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 11, sayfa 5; Flango ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 9, sayfa 73 ve devamı.

<sup>40</sup> Kaynak; *Yargısal İşyükünün Değerlendirilmesinin Ağırlıklı Davayükü Yöntemleri ve İlave Hâkim İhtiyacının Belgelendirilmesi Konularında Özet Bilgi (Information Brief on Weighted Caseload Methods of Assessing Judicial Workload and Certifying the need for Additional Judges)*, yukarıdaki dipnot 33, sayfa 3; Flango ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 9, sayfa 73.

lerinin sonuçlarına dayalı olan kişisel tahminlerini düzeltebileceklerdir. Delfi Yöntemi ABD’de birkaç eyalette (Alabama, Arkansas, Georgia, Maryland, Michigan, Pennsylvania ve Güney Dakota gibi) kullanılmıştır. Yöntem, hem devam etmekte olan çalışma süresi araştırmalarına ilave olarak (hâkimler, yarı-yargısal görevliler ya da mahkeme personeli için fark etmeksizin) hem de dava olayları için kullanılan zamana yönelik deneysel bir çalışma olmaksızın, bir ağırlıklı davayüğü sistemi kurmak amacıyla kullanılmıştır.<sup>41</sup> Delfi Yöntemi’nin başlıca zayıflıkları; soru dizaynına dayalı spesifik soruların karşılığı olması, anlık düşüncelere dayanması, bir görüş birliğine zorlaması ve kişisel tahminlere dayalı olmasına karşın kesinlik yanılgısı oluşturmastır (genellikle uzmanlar doğrudan katıldıklarında).<sup>42</sup>

Mahkemelerde ağırlıklı davayüğü çalışmalarına yönelik teşebbüsler – en azından İsviçre’de – genellikle ve öncelikle tahmini değerlere dayanmaktadır; bazı davalarda araştırdıkları değerler, istatistiksel olarak belirlenen gruplara dâhil kişiler (genel kuruldaki, dairedeki oturum) tarafından, daha önceden belirlenmiş bir derecelendirme temelinde (soru kâğıdına değerlendirmeye bağlı olarak cevap verilmesi) yapılan bireysel değerlendirmeleri yansıtmaktadır. Kullanılan derecelendirme özettir, örneğin ağırlıklı sistemi kendine özgü şekilde yansıtır, bir diğer ölçüm ya da tahmin sistemi ile – ve kesinlikle de TZE ile – doğrudan bağlantılı olması beklenemez.<sup>43</sup> Ayrıca, derecelendirme alt ve üst değerler ile sınırlandırılmıştır; olası en düşük değer (örneğin 1) ve olası en yüksek değer (örneğin 5) daha önceden belirlenmiştir. Dahası, ortalama yükü ifade eden işyükü derecelendirmesinin ortanca değerine (1’den 5’e kadar devam eden bir derecelendirmede 3 değeri) daha önceden karar verilmiştir. Bu tür bir prosedür ile, başlangıçta, derecelendirmenin doğrusal olup olmayacağı (örneğin değerler arasındaki fark ya değer farklılığının daima aynı büyüklükte olup olmayacağı) veya farklılaşma gösterip göstermeyeceği açık değildir.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Caylor, yukarıdaki dipnot 11, sayfa 5.

<sup>42</sup> Kaynak; Ostrom ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 11, sayfa 5.

<sup>43</sup> Kaynak; Lienhard & Kettiger, yukarıdaki dipnot 18, sayfa 422.

<sup>44</sup> Derecelendirilmiş yanıtları olan bir gösterge çizelgesinin doğrusal olup olmadığı sorusu, değerlerin kesin, sözlü tanımlanmasına bağlıdır. Örneğin, ‘tamamen aşıldı / kısmen aşıldı / tatmin edici / kısmen tatmin edici değil / tamamen tatmin edici değil’

Diğer yandan, tahmin edilmiş değerlere dayalı ağırlıklı davayüğü sisteminin dezavantajı, dava başına tahmin edilen çalışma günü ve çalışma saati değerleri ile ilgili olarak güvenilirliğin bulunmamasıdır. Bu yüzden, sonuçları TZE ve ‘hâkim günleri’ yöntemleri ile uzlaştırmak mümkün değildir. Diğer yandan, yazarlar tarafından yürütülen araştırmalar göstermektedir ki, daha önce bahsettiğimiz yaygın araştırmadan<sup>45</sup> alınan, belirli bir dava bakımından dava başına düşen tahmini işyükü, federal ve kanton<sup>46</sup> seviyesindeki<sup>47</sup> mahkemeler tarafından kendi içlerinde yürütülen davayüğü yaklaşımlarının sonuçları ile karşılaştırılırsa arada değişken olmayan bir ilişki bulunacaktır. Örneğin, sigortaların geçersizliği davaları işyükü; planlama, inşaat ve çevre hukuk davalarının iş yükü ile karşılaştırıldığında değişken olmayan derece 3:5 şeklindedir. Yargı görevlileri tarafından yapılan tahmin ile oluşturulan işyükü kategorileri arasındaki ilişki, oransal olarak değişken olmayan ve mantıklı kabul edilebilecek güvenilir bir değerdir.<sup>48</sup>

#### 4. Federal Eyaletlerde Karşılaştırma\* Sorunu

Davayüğü çalışmalarının ortaya çıkarmayacağı bir şey vardır; bunlar bir mahkemenin etkin ve etkili biçimde çalışıp çalışmadığı sorusuna cevap vermezler. Bu soruya cevap verebilmek için, mahkemeler arasında kıyaslama yapmayı mümkün kılacak kıyas noktalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Yargının bütünleşik bir yapıda olduğu ve ortak usul

derecelendirmesi doğrusal değildir, çünkü deneyimlerimize göre, cevap verenler tatmin edici olmaktan çok az daha iyi olan işler için ‘kısmen aşıldı’yı işaretlemektedir, ancak en üst dereceyi sadece tam anlamıyla mükemmel olan işler bakımından işaretlemektedirler. Uygulamada, aynı derecelendirmeler farklı kültürlerde farklı şekillerde dillendirilmiş ve kullanılmıştır: 1’den 6’ya kadar dereceli geleneksel (İsviçre) okulu işaretleme sistemi, devlet okullarında ağırlıklı biçimde doğrusal değerlendirme sistemi olarak kullanılmaktadır (genellikle 12 sorunun olduğu bir test ve her bir soru yarım puana sahip, 8 puanlık bir sonuç geçmek için yeterli), üniversitelerde ise eğilim, tatmin etme derecesinde çok daha hızlı bir artış yönündedir.

<sup>45</sup> Kaynak; Lienhard & Kettiger, yukarıdaki dipnot 18, sayfa 422.

<sup>46</sup> İsviçre Federal Mahkemesi 2008’de, hâkim ve memurlara her dava türü için davaların ağırlığını 1’den 5’e kadar bir derecelendirme içerisinde (ortalama davayüğü 3 kabul edilerek) tahmin etmelerine izin verdiği bir araştırma yaptı.

<sup>47</sup> Bu çalışmaların sonuçları kamuya açık hale getirilmemiştir.

<sup>48</sup> Kaynak; Lienhard & Kettiger, yukarıdaki dipnot 18, sayfa 435.

\* Bu çeviride, İngilizce ‘benchmarking’ kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. (Çeviren)

kurallarının olduğu merkezî devletlerde, aynı türdeki mahkemelerin etkililiği ve etkinliği hakkında bilgi elde etmeye elverişli kıyas noktalarını bulmak için standart bir ağırlıklı davayüğü yönteminin uygulanması mümkün olmalıdır. Güçlü bir şekilde federal yapılanmaya sahip ülkelerde ise, ABD ve İsviçre'deki örneklerinde görüleceği üzere, bu gerçekte imkânsızdır.

ABD'de, ağırlıklı olan genel yargı dava türlerinin sayısındaki farklılaşma, yargısal işyüğü değerlendirmesi çalışmalarının her bir eyaletin ihtiyaçlarına göre ayarlanması gerektiği anlamına gelmektedir.<sup>49</sup> Sonuç olarak, eyaletler arasında dava ağırlıklarını karşılaştırmak çok zor. Eyaletler bir davayı aynı şekilde değerlendiriyor gibi görünse de, dava ağırlıkları, davanın ne şekilde tanımlandığına ve işlem gördüğüne yönelik farklılıklar nedeniyle değişebilir.<sup>50</sup> Aynı zamanda, "hâkim zamanı"nın nasıl hesaplandığına da oldukça farklılıklar söz konusudur.<sup>51</sup> Son olarak, kullanılan yöntemin ayrıntılarında da büyük farklılıklar bulunmaktadır.<sup>52</sup>

İsviçre idare mahkemeleri alanında, yazarlar tarafından yürütölen çalışmanın temel bulgularından birisi de; kantonlardaki en yüksek idare mahkemeleri de dâhil olmak üzere, İsviçre'deki idarî yargı sisteminin düzenlenmesinin, araştırma projesinin başlangıcında tahmin edilenden çok daha çeşitli olmasıdır.<sup>53</sup> Bu farklılık, İsviçre genelinin ortalama değerlerinin karşılaştırmasında, özellikle küçük ve kırsal kantonlardan elde edilen değerlere bağlı olarak bir çarpıklığın ortaya çıkabileceğine yönelik varsayıma neden olmuştur. Küçük ve kırsal kantonların, (özellikle Appenzell-Innerrhoden, Appenzell-Ausserrhoden, Nidwalden, Obwalden ve Uri) kısmî-zamanlı hâkimleri yaygın biçimde kullanan idare mahkemeleri bulunmaktadır. Ayrıca, her bir kategoride yer alan dava sayıları esasen kentsel alanlardaki ya da hem kentsel ve kırsal

---

<sup>49</sup> Kaynak; Ostrom & Kauder, yukarıdaki dipnot 30, sayfa 95; öyle görünüyor ki, aynı istatistiksel sistemi kullanarak federal bölge mahkemeleri arasında bir kıyas noktası belirlemek o kadar da kolay değil. Kaynak; Meierhoefer ve diğerleri, yukarıdaki dipnot 13, sayfa 13 - 20.

<sup>50</sup> Kaynak; Ostrom & Kauder, yukarıdaki dipnot 30, sayfa 95.

<sup>51</sup> Kaynak; Ostrom & Kauder, yukarıdaki dipnot 30, sayfa 95 ve devamı.

<sup>52</sup> Kaynak; Hurst, yukarıdaki dipnot 33, sayfa 5.

<sup>53</sup> Kaynak; Lienhard & Kettiger, yukarıdaki dipnot 18, sayfa 424 ve devamı.

hem de yöreklenti bulunan kantonlarınkinden farklıdır. Çeşitli kantonlarda (özellikle Basel-Stadt, Schaffhausen, Solothurn), hâkimlerin temel seviyede bütün dava türleri bakımından tecrübe sahibi olabilmeleri için, daha üst seviyede olan idari ve sosyal güvenlik kararlarının tamamı, medeni hukuk ve ceza davalarında olduğu gibi, Canton Yüksek Mahkemesi tarafından yayımlanmaktadır. Dava kategorisi başına düşen az işyükü dikkate alındığında, toplam işyükünü düzgün bir şekilde öngörmek nadiren mümkün olacaktır.

## 5. Son Söz

Davayükü yönetiminin ve özellikle de ağırlıklı davayükü sisteminin bu özet değerlendirmesi göstermektedir ki; ilk olarak, ağırlıklı davayükü oldukça uzun bir zamandır gerek Avrupa Kıtasında gerekse de ABD’de düzenli olarak çalışma ve araştırmalara konu olmaktadır. ABD, özellikle, ağırlıklı davayükü konusunda uzun dönem tecrübesine sahiptir. İkinci olarak, bu değerlendirme göstermektedir ki, yargı görevlilerinin ihtiyaçlarının belirlenmesi amacıyla davayükü çalışmalarında ve ağırlıklı davayükünün kullanımında oldukça çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Bir literatür taraması açıkça gösterecektir ki, davayükü ölçümüne bütüncül bir yaklaşımın olmaması, muhtemelen yakın gelecekte bu yöntemin tercih edilen bir yöntem ve hatta bir tür iyi uygulama standardı olarak belirmesine yol açacaktır.<sup>54</sup>

143

Yöntemlerdeki bu farklılık, bir mahkemede yargısal kaynakların tahsis edilmesi ve dosya dağıtımının yapılabilmesi amacıyla ağırlıklı davayükünün kullanımını imkânsız hale getirmez. Çoğu durumda yöntemler, mahkemelerin ihtiyaçları ve yasal düzenlemelerin gereklilikleri ile uygun düşer; pek çok amaç bakımından da, normalde bir mahkeme ya da bir eyaletle sınırlandırılmış davayükü sisteminde çalışmak yeterli olacaktır. Kaynakların tahsisi bakımından, verilerde ayrıntılı bir kesinlik gerekli değildir: toplam üç ya da dört genel alt dava türüne ayrılmış yaklaşık değerlerin kabaca bir derecelendirmesinin kullanılması yeterli olacaktır.<sup>55</sup>

Bununla birlikte, mahkemelerin etkililiği ve etkinliği ile karşılaştırma ihtiyacı söz konusu olduğunda ise, davayükü yöntemlerinin -en azın-

---

<sup>54</sup> Kaynak; aynı bulgulara Hurst tarafından da ulaşılmıştır, yukarıdaki not 33, sayfa 5.

<sup>55</sup> Kaynak; Lienhard & Kettiger, yukarıdaki not 18, sayfa 434 ve devamı.

dan ulusal seviyede- standartlaştırılmasına ihtiyaç duyulacaktır. Bu standartlaşmayı başarabilmek için, çok sayıda araştırmanın yapılmış olmasına ihtiyaç bulunmaktadır ve mevcut bilgilerin uluslararası bir proje ile bir havuzda toplanması gerekli olacaktır.

\*

### KAYNAKLAR<sup>56</sup>

A. Lienhard & D. Kettiger, 'Geschäftslastbewirtschaftung bei den Gerichten', 2009.

A. Lienhard, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi: Yönetim Mekanizmasının Anayasal Bir Değerlendirmesi (The Swiss Federal Supreme Court: A Constitutional Assessment of Management Mechanisms), 2008.

A. Lienhard, Yönetici Kontrolü ve Mahkeme Yönetimi (Supervisory Control and Court Management), 2009, Uluslararası Mahkeme Yönetimi Dergisi 2, (International Journal for Court Administration 2), no. 1; Ph. Langbroek & B. Mahoney, Etkili Mahkeme Yönetiminin Önemi (The Importance of effective Court Administration), 2001.

A.B. Aikman ve diğerkleri, Florida'da Hâkimlik İhtiyaçları Sürecinin Dizayn Edilmesi (Designing a Judgeship Needs Process for Florida), Gryphon Danışma Hizmetleri (Gryphon Consulting Services), 1998.

A.M. Bickel, Yüksek Mahkemenin Davayüğü ve Bu Konuda Ne Yapılabileceği (Caseload of the Supreme Court and what, if Anything, to do About It), 1973.

B. Ostrom & N. Kauder, (Eyalet Mahkemelerinin İşinin Değerlendirilmesi (Examining the Work of State Courts) 1997.

B.S. Meierhoefer ve diğerkleri, 1972'den 1983'e Bölge Mahkemelerinde Davayüğü Deneyimleri: Bir Hazırlık Analizi (The Caseload Experiences of the District Courts from 1972 to 1983: A Preliminary Analysis), FJC Personel Çalışması (FJC Staff Paper), Federal Yargısal Merkez (Federal Judicial Center) 1985.

Bericht vom 10 Ağustos 2001 der Parlamentarischen Verwaltungskontrolstelle vom 10 Ağustos 2001 zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates, BBl 2002, 7641 ve devamı.

---

<sup>56</sup> Çevirmen tarafından Türkçeye çevrilmiş ve Dergimizce makale sonuna eklenmiştir.



Bundesrechtsanwaltskammer (ed.), Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Cilt: II, 1974.

Bundesrechtsanwaltskammer (ed.), Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Cilt I, 1974.

D. Kettiger, 'Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz: Ausgangslage – Entwicklung – Thesen', D. Kettiger (editör), 'Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justizein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit', 2003.

G.Y. Ng, Yargısal Organizasyonların Kalitesi ve Kontroller ve Denge (Quality of Judicial Organisation and Checks and Balances), 2007.

H. Hurst, (Genç Yargılama Sistemi Personeli İçin İşyükü Ölçümü: Uygulama ve İhtiyaçlar (Workload Measurement for Juvenile Justice System Personnel: Practices and needs), 1999.

J. Jacoby, Savcılar İçin Davayükü Sistemleri (Caseweighting Systems for Prosecutors), Rehberler ve Yöntemler (Guidelines and Procedures), 1987.

Ostrom ve diğeri, Florida Delfi-temelli Ağırlıklı Davayükü Projesi (Florida Delphi-based Weighted Caseload Project), Projenin Geçmişi (History of the Project), 2000.

R. Klopfer, Neue Zürcher Zeitung, 20 Haziran 2005.

R. Zwiesele & R. Bender, 'Betriebswirtschaftliche Methoden und Vorschläge zur Verbesserung der Justizorganisation', in R. Bender (ed.), Tatsachenforschung in der Justiz, 1972.

St. Caylor, Hâkimlerin İhtiyaçlarının Ölçülmesi (Measuring the Need for Judges), 2000.

St. Henley & J. H. Suhr, Mahkemelerin İdaresi, Bağımsızlığı ve Hesapverebilirliğinde Mahkeme Yönetiminin Rolü (The Role of Court Administration in the Management, Independence, and Accountability of Courts), 2004, Florida Barosu Dergisi (The Florida Bar Journal) 78, no. 3.

St. Stenz, Sınırlı Yargı Mahkemelerinde Ağırlıklı Davayükü Çalışmalarının Geliştirmek (Improving Weighted Caseload Studies in Limited Jurisdiction Courts), 1988-1989 Yargı Sistemi Dergisi (The Justice System Journal13).

T. Dalton & J.M. Singer, Bir Hacim Sorunu: Hiyerarşik Çizgi Modellemesinin Kullanılarak Mahkeme Etkililiğinin Bir Anaslı (A Matter of

Size: An Analyse of Court Efficiency Using Hierarchical Linear Modelling), Çalışma belgesi, 2009.

V.E. Flango ve diğlerleri, Hâkimlerin ve Mahkeme Yardımcı Personelinin İhtiyaçlarının Belirlenmesi (Assessing the Need for Judges and Court Support Staff,) Devlet Mahkemeleri Milli Merkezi (National Center for state Courts), 1996.

V.E. Flango ve diğlerleri, Eyaletler Hâkimlerin İhtiyaçlarını Nasıl Belirler (How do States Determine the Need for Judges, 1993.

Wisconsin, Eyalet Mahkemeleri Ofisi (State Courts Office) Yöneticisi, Yargısal İhtiyaçlar Değlendirmesi (Judicial Needs Assessment 2006), Sonuç Raporu (Final Report).

Yargının Etkililiğı Avrupa Komisyonu (European Commission for the Efficiency of Justice - CEPEJ), Avrupa Yargı Sistemleri, (European judicial systems), 2008.

# MÜLKİYET HAKLARININ ANAYASAL KORUNMASI: AMERİKA VE AVRUPA<sup>1</sup>

Dr. Roger PILON\*

Çeviren: Ulvi ALTINIŞIK\*\*

## I. AMERİKÂN ANAYASAL MEŞRUIYET TEORİSİ

İki yıl önce 2004-2005 sonlarında Amerikan Yüksek mahkemesi Kelov City of New London, Connecticut<sup>4</sup> davasında mülkiyet hakkıyla ilgili bir karar verdi ki son yıllarda Amerikan kamuoyunun hafızasında böyle bir karar bulunmamaktadır. Mahkeme, Suzette Kelo ve komşularının mütevazı evlerinin mülkiyetlerinin şehir yönetimi tarafından alınarak özel sektör müteahhitlerine modern evler ve ticaret merkezleri inşa etmelerine izin veren, böylece şehrin imkânlarını geliştirecek ve vergi tabanını artıracak bir planı onayladı. Amerikalılar aniden küçük evlerin ve işyerlerinin güvende olmadıklarını fark ettiler. Zira şehir yönetimi tazminat karşılığı bile olsa, bir fayda ihdas ederek (kamu menfaati) birine ait mülkiyeti alarak başka birine verebileceklerine kamu görevlileri düşünebilirler. Cato Enstitüsü ve Adalet Enstitüsü'ndeki arkadaşlar konuyu Yüksek Mahkemeye kadar takip etmişler, müteakip yıllarda toplumda bir çılgılık yükselmiştir.<sup>5</sup> Daha sonra eyaletlerde mülkiyet hakkının korunmasına yönelik çeşitli önlemler alınmaya başlanmıştır. 40 tan fazla eyalette daha iyi korumaya yönelik tedbirler alınmıştır. Bunlardan bazıları yol alma

147

---

<sup>1</sup> Bu sunum ilk olarak 23-25 Ağustos 2006 tarihinde Belçika Leuven Katolik Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "Mülkiyet ve İnsan Hakları" başlıklı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı hâkimlerinin katıldığı uluslar arası bir toplantıda yapılmıştır. Daha sonra 13 Haziran 2007 tarihinde İsviçre'nin Zürih kentinde Progress Foundation tarafından düzenlenen 24. Ekonomik Konferansında da sunulmuştur. Sunuma Progress Foundation'ın İnternet sitesinden erişilebilir: [www.progressfoundation.ch/konferenzen.asp?lang=en](http://www.progressfoundation.ch/konferenzen.asp?lang=en).

\* B. Kenneth Simon Anayasa Çalışmaları Kürsüsü Hukuk İşlerinden Sorumlu Başkan Yardımcısı ve Ayrıca Cato Enstitüsü Anayasa Çalışmaları Merkezi Müdürü, Washington DC. ABD.

\*\* Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi

<sup>4</sup> 125 S. Ct. 2655 (2005).

<sup>5</sup> Enstitü'nün adalet çabaları'nın detayları için bkz <http://www.castlecoalition.org/>.

aşamasında, bazıları da ezici çoğunlukla kabul edilmiştir.<sup>6</sup> Hükümet gücünün bu alandaki tecrübesini yapan yüksek mahkeme kararının sonuçları problemin tam kalbine etki etmemiştir. Sorunu ortaya koyabilmek için Avrupa'dan farklı olan Amerikan anayasal sisteminde sorunun yerini tayin etmek oldukça önemlidir. Sorunun arka planında ahlaki ve hukuksal ilkeler yer almaktadır.

### A. Bağımsızlığın İlanı

Başlanacak yer 1787 anayasanın ilanı değil, 11 yıl sonra Amerikanın kurucularına esin kaynağı olan ve konunun ahlaki, siyasi ve hukuki yönlerini ortaya koyan 1776'daki bağımsızlığın ilanıdır. Burada ilk olarak göze çarpan husus kökleri antikiteye kadar uzanan, 500 yıldır gelişerek özellikle İngiliz *common law* ında kendisini ifade eden, J. Locke'un Devlet'in ikinci sözleşmesinde gelişen, bugünkü Amerikan hükümetinin dayanağı olan ilkelerini ve mülkiyet ve sosyal sözleşme teorilerini ortaya çıkaran, kurucuların vizyonunu etkileyen doğal hukuk geleneğinin ektisinde bulunmaktayız.<sup>7</sup> Siyasi bir rejim için pozitif hukuk önemlidir. Gereklidir. Fakat pozitif hukukun meşru olabilmesi için tamamen olmasa bile doğal hukuktan kaynaklanması gerekir. Bu pratik zorluklar nedeniyle özel birliklerden farklı olarak hükümetin zaruri şekilde güç sahibi bir birlik<sup>8</sup> olduğu sonucuna varırız. Bu güç sahibi birlik bizi özel sektörde başkalarının haklarını ihlal etmeden, ahlaki perspektiften, olabildiğince çok şey yapmaya ve zor kullanmanın kaçınılmaz olduğu kamu sektöründe olabildiğince az şey yapmaya teşvik eder.<sup>9</sup>

Thomas Jefferson Deklarasyonda:

“İnsanların eşit olarak yaratıldıklarını ve devredilemez haklara sahip olduklarını, bu haklardan hayat, özgürlük ve mutluluğu devam ettirme hakkı olduğu gerçeğinin aşikâr olduğunu kabul ediyoruz. Bu hakları garanti

<sup>6</sup> Bkz Roger Pilon, *Stopping the Government's Property Grab*, Los Angeles Times, 30 Ekim 2006, www.cato.org/pub\_display.php?pub\_id=6745.

<sup>7</sup> Genel olarak bkz Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* (1955); John Locke, *The Second Treatise of Government*, Two Treatises of Government (Peter Laslett ed., revised ed. 1965).

<sup>8</sup> George Washington'un dediği gibi “ Devlet sebep değildir, hitabet değildir, zorlamadı (güç), George Washington' a izafeten bkz. Frank J. Wiltach, *A Dictionary of Similies* 526 (2d ed. 1924).

<sup>9</sup> Bu konuları tamamen tartıştığım eser için bkz. Roger Pilon, *Individual Rights, Democracy, and Constitutional Order: On the Foundations of Legitimacy*, 11 Cato J. 373 (1992).

altına alabilmek için insanlar arasında yönetilenlerin iradesine dayanan hükümetler (devletler) oluşmuştur.”<sup>10</sup>

Burada göze çarpan husus, ünlü Jefferson doğal durum teorisi geleneğini takip etmiştir. Önce ahlaki düzeni daha sonra siyasi ve hukuki düzenin çerçevesini çizmiştir. Bu yüzden siyasi ve hukuki meşruiyet ahlaki meşruiyetin fonksiyonlarıdır. Ahlaki meşruiyet çok açık gerçeklere dayanır, ne dini inanışlara ne de isteklere, gerekçesi olan gerçeklere dayanır. Bu yüzden deklarasyonun teolojiye baş eğmesi çok alt seviyededir; Argüman büyük gelenek olan ahlaki rasyonalizme dayanır veya en azından Plato'nun Euthyphro'sundan kaynaklanır. Asıl önerme ahlaki eşitlik bir çeşit cimrilik gibidir. Sadece yaşam, özgürlük ve mutluluğu devam ettirme haklarıyla sınırlı olarak bir eşitlik söz konusudur. Ahlaki nosyonlar, değerler ve erdemlerden farklı olarak haklar, onlara ilişkin ödevlerle beraber kolayca kanunlara çevrilebilirler.

Mutluluğu devam ettirme hakkı özel bir dikkat çekmektedir: klasik liberal görüşün objektif haklar ve sübjektif değerler arasında ayırıcı bir orta nokta teşkil eder. Her birimiz mutluluğumuzu kendi sübjektif değerlerimize göre sürdürürüz. Haklar teorisi değer seçimlerinden bahsetmez: daha ziyade hepimizin objektif olarak herkesin hakkına saygı duymak şartıyla sübjektif değerler sahibi olma hakkımızdan bahseder. Ahlaki değerler yoktur veya olsa bile onları bilemeyiz diyen septizmin aksine hak teorisi, hakların sınırlı alanında gerçekliği aramaktadır. Ahlaki doğruların fazla olduğunu ve hayatın tümü veya çoğunun kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade eden dogmatizmin aksine haklar teorisi insanların kendi durumlarını yaşam boyunca belirlemelerini kendilerine bırakmıştır. Ne bizi ahlaki temellerden yoksun bırakan septizm ne de özgürlükten mahrum eden dogmatizm çekici birer görüştür. Deklarasyonun açıkça yaptığı gibi haklar ve değerler ayrımı yaparak, başkalarının haklarını ihlal etmemek şartıyla var olma ve yanlış yapma özgürlüğünü de içeren, çekici olmayan ahlakilik ve özgürlük alternatifleri arasında ilkeli bir yol bulunur.<sup>11</sup> Ahlak felsefesi açısından Kurucular benim genel adıyla mülkiyet<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> U.S. Declaration of Independence para. 2 (U.S. 1776). Bu konulara ilişkin tartışmalarım için bkz. Roger Pilon, *The Purpose and Limits of Government, in Limiting Leviathan* ch. 2 (Donald P. Raftery and Richard E. Wagner eds., 1999); *yeni baskısı için* Cato's Letter No. 13, Cato Institute.

<sup>11</sup> Örneğin bkz. H.L.A. Hart, *Are There Any Natural Rights?*, 64 Phil. Rev. 175 (1955).

<sup>12</sup> Locke, *supra* note 7, para. 123.

diye tanımladığım ve Locke'un hayatlar, özgürlükler ve mallar şeklinde ifade ettiği, tüm haklarımızın faydalı bir şekilde mülkiyete indirgenebileceğini, anlamışlardı. Böylece meşru ve meşru olmayan hak taleplerini birbirinden daha iyi ayırt edebiliriz: bizim sadece serbest olarak elimizde tuttuğumuz açık şeylere, tapusu olan şeylere ve izin verilen şeylere hakkımız vardır. Common law'a yabancı olanlarında olduğu gibi malımız olarak tanımlanan özgürlük hakkımız vardır ve böylece alma ve başkasının ihlaline karşı korunmuştur. Fakat aynı zamanda özgürlük gönüllü ortaklarla işbirliği yapma hakkı anlamına da gelir ki bu yüzden mülkiyet dışında ikinci büyük hakların kaynağı sözleşmedir. Bunlar, ferman ve kanundan ziyade gerekçe ve içtihadı dayalı olarak hâkimlerin kişiler arasındaki ihtilafları çözdüğü İngiliz *Common Law*'ını tanımlayan iki anahtar kavramdı.<sup>13</sup> Bu iki mülkiyet ve sözleşme haklarından yararlanıp onları uygulayarak bireyler sivil toplum veya medeniyet dediğimiz şeyi kurabilirler.

150

Fakat doğal şartlarda hayatla uyumsuzluklar vardır. Özellikle çok açık olarak Locke, haklarımızın kullanılması ve güvence altına alınmasında doğal çözümün devlet olduğunu iddia etmektedir. Öyle ki Jefferson daha önce yeni taslağını çizdiği ahlaki düzen kavramından devletin nasıl yükselebileceğini (içinden çıkmak) göstermek için ikinci endişesine döner. Burada ifade edilmiş olmamasına rağmen kişisel özgürlükten meşru hükümet çıkarma gücüyle bunun tek başına haklı olarak düşündüğü şeyin sınırlı hükümet olduğudur. Bahsedilen hükümetin tek amacı bu hakları güvence altına almaktır; hükümetin (devlet) adil güçleri yönetilenlerin iradelerinden doğmalıdır. Bu nedenle hükümet (devlet) iki defa sınırlıdır; amacı ve araçları ile.

Deklarasyondan kaynaklanan vizyon önemli ölçüde özgürlükçüdür. Diğerlerinin eşit haklarına saygı göstermek ve devletin de bu hakları güvence altına almak üzere kurumsallaşması şartıyla her birimiz özgürlüklerini sürdürmek, hayat boyu kendi yolunu çizmek hakkına sahiptir. Onbir yıl sonra Amerikan vatanseverleri özgürlüğümüzü savaş alanında kazandıktan ve sınırlı demokrasinin değişik varyasyonlarını devletlerde tecrübe ettikten ve hatta sınırlı devleti konfederasyon hükümleri ile tecrübe ettikten sonra, deklarasyonu hazırlayanlar diğerleri ile bir araya gelip bu ulus için bir anayasa hazırlamak üzere toplandılar. Kendi kendini yönetme

---

<sup>13</sup> Common law'ın şekillendirdiği hak nedeni nosyonu en esaslı iddiasını "daha üstün hukuk" olarak 14. yy.dan almıştır. Corvin, supra note 7, 26'da

(özerklik) ile ilgili daha tecrübeli olarak güvenliklerinin bile hala sağlanması gerektiği hallerde bile aynı kuralları beraberlerinde getirdiler ve bu yeni ilkelerle yeni bir anayasa hazırladılar.

## B. Anayasa

Deklarasyon gibi anayasa da doğal durum teorisinden esinlenir. Giriş kısmı “biz birleşik devletler halkı bahsedilen amaçlarla; Amerika Birleşik Devletleri için bu anayasayı nasbedip kuruyoruz” Başka bir anlatımla delegeleri taslağı hazırlayıp metni onaylamaktalar. Amerikan halkı devleti kurup gerekli tüm yetkileri ona vermektedirler. Halkın haricinde ezeli egemenlik anlayışı bulunmamaktadır. Devlet bir kısım kanunlar veya deklarasyonlarla halkına haklarını vermez ya da bahşetmez. Bireyler devleti kurmaları hasebiyle haklarına doğal olarak zaten sahiptirler. Bu nedenle meşruiyet insanlardan ve onların siyasi hareketlerinden, iradelerinden kaynaklanır; halkın daha önce neler yaptıklarına ilişkin faaliyetten doğar. Bu yüzden anayasa pozitif hukuktur, doğal hukuk değil. Fakat doğal hukuktan yararlandığı ve onu yansıttığı ölçüde aynı zamanda daha bir üst hukuk normudur. Bu yüzden daha alt seviyede anayasanın meşruiyeti onu hazırlayanların bireylerin ilk önce sahip oldukları yetkiyi devlete devretmiş olduklarını doğru anlamış olup olmamalarına bağlıdır.

151

Burada tekrar belirlemek üzere Locke a geri döndük; Locke un bahsettiği doğal şartlarda başlıca devlet erki olarak yürütme erki, haklarımızı güvence altına alma erkidir. Başlangıçta devlete verdiğimiz en önemli erk budur; devleti kendi namımıza bu erki kullanmakla görevlendiririz. Birleşik devletler anayasasına yakından bakıldığında devletlere verilen yetkiler az çok doğrudan haklarımızı güvence altına almak içindir. Buna rağmen Konfederasyonun ilk zamanlarında polis gücü olarak adlandırılan bu güç yetersiz olarak nitelendirilmiştir. Bu anayasadaki erklerin pek çoğu pek çok sosyal Avrupa anayasasında bulunmayan yeniden dağıtılan erkler örneklerindendi. Savaşın aşırı devlet hatıraları Hazırlayıcılar’ın hafızalarında tazeydi. Kendi üzerlerine aşırı bir devlet yüklemek istemediler.

Burada tekrar Locke’a döndüğümüzü saptayalım. Doğal devlette devlet (hükümet) erki ilkesi Locke’un yürütme erki dediği haklarımızı garanti altına alan erklerdir (güç).<sup>14</sup> Bu başlangıçta bizim kendi adımıza kullanılmasını için devlete verdiğimiz ve yarattığımız temel erklerdir. Birleşik devletler

---

<sup>14</sup> Locke, *supra* note 7, para. 13.

anayasasına baktığımızda ulusal hükümete verilen yetkilerin az çok haklarımızın doğrudan güvence alınması ile ilgili olduğunu gösterecektir. (her ne kadar polisiye yetkiler denen ve yetkinin daha büyük bir kısmını oluşturan bu kısım devletlerde kalsa ve ulusal hükümete verilse de devlet erki başlangıçtaki Konfederasyon maddelerine göre yetersiz kabul edilmişse de). Çünkü anayasada bulunan haklar Avrupa anayasalarının çoğunda bulunan yeniden dağıtıcı güçleri bulamazsınız. Anayasa taslağını hazırlayanların kafasında kendilerini mağrur devletten kurtarma savaşının hatıraları tazeydi. Kendi üzerlerine mağrur devlet otoritesi ihdas etmeyeceklerdi.

Bu yüzden James Madison'un önündeki görev, anayasayı hazırlayan temel yazar, haklarımızı güvence altına alacak kadar güçlü ve devletten yapmasını istediğimiz başka işleri yapacak fakat mevcut hakları ihlal edecek kadar güçlü olmayan bir federal devlet sistemine yönelik bir anayasa hazırlamaktı. Bunu hepimizin haberdar olduğu kontroller ve dengeleyici sistemi olarak bilinen federal ve ülke hükümetleri arasında güçlerin paylaşımı sistemi ile yapmıştır: federal hükümetlerdeki üç erk arasındaki güçler ayrılığı fonksiyonel olarak tanımlanmış; iki meclisli ve her birim farklı yapılandırılmış; yasama üzerinde veto yetkisine sahip tek bir (üniter) yürütmeye dair hüküm; diğer iki branşın işlemlerini denetleyen ve daha sonra devletlerin anayasal uyumluluğunu gözeten bağımsız bir yargıya ilişkin hüküm; anayasa tarafından oluşturulan kurumların (görevler) doldurulmasına yönelik periyodik seçimler vb. Fakat mağrur devlet üzerindeki en temel kısıtlama sayılmış güçler (yetkiler) doktrindir ki basitçe şundan daha fazlası değildir: yetkiyi sınırlamak istersen ilk önce (ilk aşamada, hemen) yetkiyi verme. Bu doktrini daha 1. maddenin ilk cümlesinde görürüz: Madde I: "burada verilen bütün yasama yetkileri Kongrenin tasarrufu altındadır.." Tüm yasama yetkileri değil de burada verilen yasama yetkileri iması. Aslında başlıca yetkiler madde I/8 de bulunmaktadır ve sayısı 18'dir. Onuncu anayasa değişikliğine baktığımızda kurucu döneme ait belgeye dayalı delil olarak sıralanmış (sayılmış) yetkiler doktrininin açıkça ifade edildiğini görüyoruz: "Birleşik devletlere Anayasa tarafından verilmeyen yetkiler, devletlere anayasa tarafından yasaklanmayan yetkiler, sırasıyla devletlere ve insanlara aittir." Başka bir deyişle Anayasa, yetkisi devredilmiş, sayılmış ve yetkisi sınırlı bir devlet (hükümet) yaratmıştır.

Bugün çoğu Birleşik Devletler anayasasının gelişi güzel anlayışı, ilk önce Temel Haklar Bildirgesini, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, vb'ni ko-



ruyan 10 anayasa değişikliğini düşünür. Fakat Temel Haklar Bildirgesi, daha sonra ortaya çıkan bir düşüncedir, ulusal devletin çok fazla yetkiye sahip olacağından korkan devletler tarafından yasayı onaylama şartı olarak öngörülerek 1971 de eklenmiştir. Aslında, 9. değişikliğin arkasındaki hikâyenin bunu açıklığa kavuşturduğu gibi ulusal hükümet üzerindeki temel sınırlama, sayılmış yetkiler doktrininden kaynaklanmaktadır. Anayasa Konvansiyonunun sonuna doğru bir Temel haklar sözleşmesi (Bill of Rights) taslağı hazırlandığında iki esasa dayalı itirazlar yükselmişti. İlki, böyle bir şeyin gereksiz olduğuydu. Anayasadaki federal yetkilerin sayılmış olması hükümetin taslaktaki hakları ihlal etmesini engelleyeceği ifade edilmiştir. İkinci olarak da, prensip olarak sonsuz sayıda hakka sahip olduğumuz için, hepsinin bir sözleşmede kapsanması çok zor olacaktır, tüm hakların içerilememesi sıradan hukuki gerekçelendirme ilkeleri ile aşılacaktır ki bu da sadece belirtilen hakların korunacağını ima etmektedir. O itirazı kaldırmak için 9. değişiklik yazılmıştır: “Belli hakların anayasada sayılmış olması insanların sahip olduğu diğer hakların inkâr edilmesi veya hor görülmesi şeklinde yorumlanamaz.”

Bu yüzden 9 ve 10. değişiklikler Bağımsızlık Bildirgesinde ortaya konan liberal görüşün yeniden tekrarlanması olarak görülebilir: anayasada sayılmış ve sayılmamış haklara sahibiz; devlet sadece anayasada veya o sayma içerisinde açıkça kendine devredilen yetkilere sahiptir. Kısacası, yaşamın çoğunun özel sektörde yaşanacağı ifade edilmiştir. Devlet o sektöre ilişkin hakların güvence altına alınması için orada idi ve yetki verdiğimiz başka bir takım işleri yapmak için vardı. Günümüzde olduğu gibi ulusal devletin çok geniş kapsamlı sosyal mühendislik uygulamaları yapmasına izin verilmemiştir. Tabii ki anayasa mükemmel değildi. Belli başlı en bariz kusuru dolaylı olarak köleliği tanınması, 13 devlet tarafından onaylanmasını gerekli kıldı. Kurucuların ve anayasa hazırlayıcıların ortaya koyduğu temel ilkelerle uyumsuzdu ve bu inkâr edilemezdi. Zamanla kaybolup gideceğini umuyorlardı; öyle olmadı. Köleliği sonlandırmak bir sivil savaşla ve Sivil Savaş Değişikliklerinin anayasa hukuku olarak geçmesiyle mümkün oldu. Bunu 1865’te 13. değişiklik yaptı. 1870’te 15. değişiklik devletlerin ırk, renk, önceki kulluk durumuna bağlı franchise’ı inkâr etmelerini yasakladı ve 1868 de 14. değişiklik ilk defa, devletlerin hak ihlallerine karşı federal çareler tanıdı. Bu tarihin öncesinde, Temel haklar bildirgesi sadece federal devletlere karşı uygulanmıştı, sadece

değiştirdiği dokümanla yaratılan devlete karşı.<sup>15</sup> Bu yüzden sivil savaş değişiklikleri Bildirgedeki ilkeleri ve vaatleri en sonunda anayasaya ekleyerek onu tamamladığı şeklinde okunmaktadır.<sup>16</sup>

### C. Anayasa ve Mülkiyet Hakları

Sivil savaş değişiklikleriyle tamamlandığı şekliyle anayasanın içeriğinin mülkiyet haklarını nasıl koruduğuna dönelim. Kaydetmeye değerdir ki belgenin hiçbir yerinde açıkça bir iktisap hakkı, intifa veya mülkiyetin imhasından bahseden bir ifade bulamayız. Anayasanın teorisini verdiğimiz için şaşırtıcı olmaz. Bir haklar dünyası ve devletsiz bir durumla başlıyoruz; devleti yaratıyoruz ve ona belli yetkiler veriyoruz; zımni olarak, yetki verilmeyen bir yerde bir hakka müdahale edebilme ihtimali vardır; orada hak vardır. Bu yüzden haktan bahsetmemek onun varlığı ile ilgili hiçbir imada bulunmaz. Aslında anayasayı hazırlayanlar sadece hakların varlığını varsaymışlardı, devlet hukuku tarafından tanımlanan ve korunan, çünkü *Common Law*, mülkiyete dayalıydı ve yaptıkları her şeyin arka planını teşkil ediyordu. Anayasa bu yasada temel bir değişiklik yapmadı. Daha güçlü bir federal devlete iki gerekçeyle izin verdi Birincisi, ulusa savaş ve ticaret gibi uluslar arası ilişkileri daha iyi anlamalarını sağlamak. İkincisi, federal hükümetin devletlerin çabalarını kontrol ederek devletlerarasında ticaretin serbest işlenmesini sağlamak.

Onları tanıyan ve koruyan devlet hukuku gibi mülkiyet hakları, anayasanın hazırlandığı sırada hazırlayıcılar tarafından hukuki arka planın en temel unsuru olarak kabul edilmişti.<sup>17</sup> O metnin 5. ve 14. maddeleri değişiklikler aracılığıyla mülkiyet haklarını dolaylı olarak korumasını açıklar. Her iki değişiklik, bir insanın yaşamından, özgürlüğünden, mülkiyetinden mahrum kılınmasına yol açacak uygulamaları yasaklayan olağan kanun yolu şartları içermektedir. 5. değişiklik federal devlete karşı koruma sağ-

<sup>15</sup> Barron v. City of Baltimore, 32 U.S. 243, 250 (1833).

<sup>16</sup> Bkz Robert J. Reinstein, Completing the Constitution: The Declaration of Independence, Bill of Rights, and Fourteenth Amendment, 66 Temp. L. Rev. 361 (1993).

<sup>17</sup> Profesör Steven J. Eagle'ın "*Gardner v. Trustees of Village of Newburgh* [2 Johns. Ch. 162 (N.Y. 1816)]'da muhtemelen ilk emsal karar, dediği gibi Chancellor Kent doğal prensiplere göre tazminata hak kazanırdı ki New York Anayasası'nda kamulaştırma hükmü yoktu. Gerçekten Sivil Savaş Dönemine kadar olan zamanda pek çok Amerikan mahkeme kararı kamulaştırma hakkını doğal hukuk terimleriyle açıklamışlardır. Regulatory Takings (3d ed. 2005). Aynı şekilde bkz. J.A.C. Grant, *The "Higher Law" Background of the Law of Eminent Domain*, 6 Wis. L. Rev. 67 (1931).

larken 14. değişiklik devletlere karşı koruma sağlar. 5. değişiklik aynı zamanda Alma klozu (şartı) içermektedir ki bu federal devlete karşı iyidir ve Federal Temyiz mahkemesince “14. değişiklikle devlete karşı dâhil edilmelidir” şeklinde benimsenmiştir.<sup>18</sup> Alma klozu aynı zamanda özel mülkiyet, kamusal kullanım için bile haklı bir tazminat ödenmeksizin alınamaz demektir. İlaveten çoğu devlet anayasaları benzer hükümler içermektedir. Bu yüzden hem devlet mahkemelerinde hem devlet hukuku hem de federal hukuka dayanarak veya federal mahkemede federal hukuka dayanarak davalar açılabilir.<sup>19</sup>

Dar anlamda okursak, due process<sup>20</sup> klozu devlet bir kimsenin yaşam hakkını, özgürlüğünü, mülkiyetini alınca teminat sağlar. Düzenli prosedürlerle, gerekçenin belirtilmesi, gerekçeye karşı başvuru fırsatı, gibi yöntemlerle yapılmalıdır. Dar anlamda, bu kloz kişinin yaşamından, özgürlüğünden, mülkiyetinden mahrum kılınmasının gerekçeleriyle ilgili olarak hiçbir şey söylememektedir. Bu husus Amerika hukuk öğretisinde textualistler arasında hararetle bir tartışmaya neden oldu. Textualistler mahrumiyetlere yasal çoğunluğun isteği ile cevaz vermektedir. Diğerleri maddi anlamda due process’i savunmaktadır ki olağan kanun yolunun tarihsel anlamı içerisinde bir hâkim veya yasa koyucunun gerekçelerini sınırladığını savunurlar. İlk grup hukuki pozitivizm ve yasamanın üstünlüğüne yönelirken ikinci grup doğal hak ve yargısal üstünlük kavramlarına yönelirler.

Alma klozu açıkça bir maddi teminattır, ancak bunun da kendi problemleri vardır. Öncelikle hakları korumayı amaçlayan due process gibi alma klozu da benzer bir amaca sahiptir. Fakat açık bir yetki devrinde ifade edilmektedir ki devlet yetkisinin adil bir tazminat karşılığında özel mülkiyeti kamusal kullanım için almasıdır. Yüksek istimlâk yetkisi olarak bilinir. Problem şuradadır ki, hiç doğal şartlarda (doğal devlette) kimsede böyle bir yetki yoktur. Hiç kimse komşusunun mülkünü istimlâk edemez, el koyamaz, her ne amaçla olursa olsun ve haklı bir tazminat verse bile. Yetkisini insanlardan alan devlet yetkisini nereden almaktadır? İstimlâk yetkisi egemenliğin niteliğinden kaynaklanan onun ayrılmaz bir parçasıdır dersek bu açıkça daireseldir. Başlangıçta devletin bu yetkisine rıza

---

<sup>18</sup> Chicago, B. & Q. R. Co. v. City of Chicago, 166 U.S. 226 (1897).

<sup>19</sup> Federal Mahkemede dava açmanın zorluklarına ilişkin olarak benim daha kapsamlı olan tebliğime bakınız. Part V. B. 3

<sup>20</sup> Bir toplumdaki vatandaşların dava açmak gibi sahip olduğu hakları ifade eder. U.A.

göstermişizdir. Bunun icrası pareto superior dur ekonomistlerin deyimiyle. Yani en azından icrası ile bir kişi daha varlıklı hale gelmektedir. (kamu, ödeme isteğinden anlaşılacağı üzere) ve hiç kimse daha kötü bir duruma konulmamaktadır. (tazminatı alan kişinin yetkinin kullanılmasına kayıtsız kalması)

17 ve 18 yy da kamulaştırma yetkisi despotik güç olarak bilinmekteydi.<sup>21</sup> İsteksiz satıcıların durumunda zora dayalı bir ilişkiye dönüşmektedir. Aslında eğer devlet aracılığıyla iş yapma aleyhine bir karine varsa, çünkü devlet başlangıçtaki kolektif seviyede zora dayalı bir birliktir, o halde evleviyetle kamulaştırma yetkisi aleyhine de bir karine vardır bireysel seviyede. Çünkü o da yine zora dayalı bir ilişkidir. Özellikle haklı tazminattan az bir miktar sözkonusu olduğunda durum bu merkezdedir. Amerikan hukukunda haklı tazminat genelde Pazar değeridir. Fakat bundan başka kamulaştırma yetkisinin gerçek uygulamasında iki sorun ortaya çıkmaktadır. İlki, mahkemelerin mülkiyet hakkının içeriğinde mündemiç olan kullanma hakkını dışlamak için özel mülkiyeti dar yorumlamalarıdır. (Tanımlamalarıdır). Bu düzenleyici alma problemine yol açmıştır. Kısaca bunu tartışacağım. İkinci olarak mahkemelerin kamusal kullanımın anlamını genişletmeleridir ki günümüzde kamulaştırma yetkisi, mülkiyetin devrinde tartışmalı da olsa bir kamu yararı varsa mülkiyeti bir özel taraftan diğerine transfer etmek için kullanılmaktadır. Kamulaştırma yetkisi bugün için aleyhinde karine olması bir yana Amerika'da gelişigüzel kullanılmaktadır.

156

## II. MODERN ANAYASA HUKUKU ALTINDA MÜLKİYET HAKLARI

Birleşik Devletler Anayasasının arkasındaki teoriyi, belgenin yapısını, mülkiyet haklarının bu teori ve yapı içindeki yerini ortaya koyduktan sonra bugün bu vizyondan ne kadar saptığımızı ortaya koymak istiyorum. Bunu yapmak için, sürecin içinde geliştirdiği daha geniş anayasal tarihi takip etmek faydalı olabilir. Daha iyisi 19. yy. boyunca Amerika'da mülkiyet haklarını zayıflatan pek çok gücü değerlendirmek olabilir<sup>22</sup> Daha geniş olan tarih anayasal intikal ve devlet büyümesidir. Ortaya koyduğum gibi özellikle sivil savaş değişikliklerinden sonra tamamlanan anayasa

<sup>21</sup> Vanhorne's Lessee v. Dorrance, 2 U.S. 304, 311 (1795).

<sup>22</sup> Bu konuları daha detaylı olarak Roger Pilon, *Freedom, Responsibility, and the Constitution: On Recovering Our Founding Principles*, 68 Notre Dame L. Rev. 507 (1993); Roger Pilon, *On the Folly and Illegitimacy of Industrial Policy*, 5 Stan. L. & Pol'y Rev. 103 (1993) adlı eserlerde tartıştım.

sınırlı devlet ile teminat altına alınan bireysel özgürlüğü temsil etmekteydi. Aslında Madison *Federalist* No. 45'te okuyucularını temin etmiştir ki yeni devletin yetkileri “az ve belirli” olmalıydı. Günümüzde federal yetkiler tabii ki bundan farklı bir şey. Çünkü devletteki büyümenin mağduru oldular. Büyümenin nasıl meydana geldiği Temyiz mahkemesinin zaman içinde mülkiyet haklarını nasıl yorumladığını izah edecektir.

### A. Sınırlı Devletten Leviathan'a

Gerçek uygulamada Anayasanın ilkeleri hiçbir zaman tamamen dikkate alınmadı. Sivil savaşın ardından belgenin tamamlanmasından sonra bile ve o tarihten beri hiç bir örnek güneydeki ırkçı politikadan daha sorunlu değil. Yetkili Jim Crow “Temyiz mahkemesi ve Kongre 1950 ve 1960'larda sonlandırana kadar ayrımcılık neredeyse bir asır sürecek” demiş. Bu kadar uzun sürmesinin nedenlerinden bir tanesi mahkemeler idi. Özellikle ırksal alanlarda anti çoğunlukçu sözleşmelere rağmen mahkemeler baskın siyasi iradeye karşı hareket etmekte isteksizdiler. Bu isteksizlik başlangıçta ünlü *Slaughterhouse Cases* of 1873 davasıyla ortaya çıkmıştır. Oldukça bölünmüş Temyiz mahkemesi 14. değişikliğin onaylanmasının 5 yılında etkili bir şekilde ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar klozunun içini boşaltarak devlet tarafından yaratılan New Orleans tekeli ni onaylamıştır. Bu Mahkemenin devletleri kısıtlamasına yol açtı. Değişikliğin daha az maddi (somut) due process<sup>23</sup> şartı altında mahkemeyi devletleri yeniden güçlendirmek durumunda bırakmıştır. Gelecek altı yılda mahkeme bunu oldukça iyi yapacaktı. Özellikle devletler ekonomik özgürlüğe müdahale ettiğinde. Fakat kayıtlar düzgün değildi. Geniş anlamda Mahkeme hiçbir zaman Anayasanın ardındaki haklar teorisini derin olarak veya etraflıca anlamadı.<sup>24</sup> Zamanla, her ne kadar mahkemeler kendilerini akarsuyun tersine, değişen entelektüel dalgalara karşı yüzerken buldu.

19. yy'ın sonlarına doğru ilerleme dönemi Amerika'ya kök saldı. Alman iyi yönetim okulları (ekol), İngiliz faydacılık okullarından kaynaklanan doğal haklara bir karşı koyma şeklinde ve evde yetişme demokratik teori, yenilikçiler yeni sosyal bilimlere sivil savaşın endüstrileşme ve kentleşmeye eşlik etmiş olan sosyal ve ekonomik problemleri çözmek için

---

<sup>23</sup> Bkz. yukarıda dn 20.

<sup>24</sup> Bkz Kimberly C. Shankman and Roger Pilon, *Reviving the Privileges or Immunities Clause to Redress the Balance Among States, Individuals, and the Federal Government*, 3 Tex. Rev. L. & Pol. 1 (1998).

baktılar. Diğer yandan bir önceki jenerasyonlar devleti gerekli bir şeytan olarak görmüşlerdi; yenilikçiler fayda(yarar)nın motoru olarak gördüler. Daha büyük devletler aracılığıyla ve liderlik eden sosyal mühendislerle yaşamak daha iyi olabilirdi.<sup>25</sup>

Karşı duruş olarak siyasi aktivizm sınırlı devlete izin veren bir anayasa idi ve mahkemeler bunu uygulamakta istekliydi. Franklin Roosevelt'in seçiminin ardından gelen Büyük Depresyon sırasında aktivistlerin devletlerden federal hükümete odaklanmalarını kaydırmaları ile olaylar dönüm noktasına geldi. Roosevelt'in ilk dönemi sırasında Yüksek mahkeme bir programın ardından ötekini anayasaya aykırı bulduğunda, yönetim içinde sivil savaştan sonra olduğu gibi yeniden anayasayı değiştirmek veya mahkemeye Roosevelt gibi düşünen 6 üye yerleştirilmesi tartışılmıştı. 1936 yılındaki ezici çoğunlukla aldığı seçimin ardından ikinci seçenек tercih edildi. Ülkede derhal reaksiyon gösterildi. Mahkeme mesajı almıştı. Mahkeme meşhur "9'u kurtaran zamanla yön değiştirme" yi takip etti ve anayasal değişikliğin faydası olmaksızın anayasayı yeniden yazmaya başladı.<sup>26</sup> Mahkeme iki adımla bunu yaptı. İlki 1937 yılında anayasanın özünü teşkil eden (sayılarak-sınırlı sayıda) verilmiş yetkiler doktrininin içini boşalttı. Devletler arasındaki serbest ticareti sağlamayı Kongreye yükleyen ticaret şartını devletler arasındaki ticareti etkileyen her şey hakkında düzenleme yapmaya Kongrenin yetkili olduğu şeklinde yorumlandı.<sup>27</sup> Vergileme şartının özet aşaması olan Genel Refah şartı'nı mahkeme Kongreyi genel refahla ilgili vergi koyma ve harcama yapmakla yetkili olduğu şeklinde yorumlamıştı ve bu uygulamada Kongre'nin her istediği harcamayı yapabileceği anlamına geliyordu.<sup>28</sup> Bu yüzden taşkın kapıları federal düzenleyici ve yeniden dağıtıcı projelere modern refah devleti için açıldı. İkinci olarak, federal yetkiler ile devletlere ait yetkiler haklarını ihlal ettikleri gerekçesiyle bireyler tarafından hala denetlenebilir. Geniş yetkili hükümete ilişkin maniler meşhur *Carolene Products* davasında

<sup>25</sup> Bkz Richard A. Epstein, *How Progressives Rewrote the Constitution* (2006).

<sup>26</sup> Bkz William E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt* (1995).

<sup>27</sup> Bkz Randy E. Barnett, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, 68 U. Chi. L. Rev. 101 (2000); Cf. Richard A. Epstein, *The Proper Scope of the Commerce Power*, 73 Va. L. Rev. 1387 (1987).

<sup>28</sup> Bkz *Spending Clause Symposium*, 4 Chapman L. Rev. 1 (2001).

1938 yılında belirtilmişti.<sup>29</sup> Mahkemenin ünlü kararının 4. dipnotunda mahkeme iki hak belirlemiştir: temel haklar ve temel olmayanlar, katı ve mantıksal temelli olmak üzere iki seviyeli bir yargısal denetim belirlemiştir. Eğer önlem, ifade, oy verme ve daha sonra bazı kişisel haklar gibi temel haklardan kabul ediliyorsa mahkemeler katı bir denetim uygulayacaktır ki bu ilgili önlemin mecburi bir devlet menfaati olduğu ve alınan önlemin (ya da kullanılan aracın) o amacı gerçekleştirmeye uygun olmasına dair ispat yükünün devlete ait olduğu anlamına gelir ve çoğu durumda alınan önlemin(kullanılan aracın) anayasaya aykırı olduğu anlamına gelir.

Aksine eğer bir önlem(aracı), mülkiyet, sözleşme veya sıradan ticari ilişkilerde kullanılan haklardan ise temel olmayan haklardan kabul edilecek ve siyasi erklere saygı duyarak rasyonel temelli bir denetim uygulayacaktır ve basitçe yasa koyucunun o önlemi alırken mantıksal ve makul bir temeli olup olmadığını araştırır. Bununla birlikte zar atılmış olmakta ve insan hakları özel bir dikkat gerektirmektedir: mülkiyet hakları ikinci sınıf bir statüye düşmektedir.

## **B. Yargısal “Eylemcilik” ve “Kısıtlama”**

Tabii ki bu metodoloji anayasanın hiçbir yerinde yer almamaktadır. Anayasal bir araya toplanmayı aşmak üzere geliştirilen ve tüm kumaştan Yeni Davranış programları olarak icat edilmiştir. Şaşırtıcı olmamak üzere, orada Amerika’da federal, devlet ve yerel seviyede hükümetin kitlesel bir büyümesi takip etti anayasa açısından, şimdi yetkiyi kısıtlamaktan çok kolaylaştırmak amacına hizmet etmektedir. Bu önlemlerin tekrar mahkemeye yollarını bulmalarına kadar bu sadece bir zaman meselesiydi. Şimdilerde, mahkemeden hiçbir yerde verilmemiş yetkileri bulmaması istenmektedir...1950’lerin sonuna doğru, Warren Mahkemesi, modern Amerikan düşüncesine göre modern, günümüze kadar süren üçüncü bir yargısal eylemcilik şekline başladı. Eylemciliğin çoğu tamamen aktif bir mahkemeye sonuç verdi: uzun süreden beri görmezden gelinen hakları buldu ve korudu. Fakat mahkemedeki modern liberaller sayılarak verilmiş haklarımız arasında da yer almayan hakları buluyorlardı.<sup>30</sup> Aynı zamanda

---

<sup>29</sup> United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938). *Carolene Products davasının ardındaki siyasetin etkileyici eleştirisi için bkz. Geoffrey P. Miller, The True Story of Carolene Products*, 1987 Sup. Ct. Rev. 397 (1987).

<sup>30</sup> Tabii ki bu konuda Mahkemenin en tartışmalı kararı 1973 tarihli kütaj kararıdır, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Konuyu kısaca Roger Pilon, *Alito and Abortion*, Wall Street Journal, Nov. 28, 2005, at A16’da tartıştım.

mülkiyet, sözleşme gibi açıkça verilmiş hakları görmezden gelerek verilmiş yetkiler doktrinini de görmezden geliyorlardı. Bu tescilli siyasi içtihatlar devam ettikçe, 1960'ların sonlarında başlayan ve yargısal kısıtlama<sup>31</sup> anlamına gelen muhafazakâr bir tepkiye yol açtı. Fakat çoğu muhafazakârlar eleştirilerini liberal haklar eylemselliğine yöneltti. Yeniden yapılanma mahkemeleriyle barışarak mahkemenin sayılarak verilmiş haklar doktrininin içini boşaltıp siyasi erklere ve özellikle federe devletlere yargısal anlamda hürmet gösterme çağrısında ve sadece anayasada belirtilen hakları korumaya yönelik çağrıda bulundular. 9. değişikliği, 14. değişiklikteki ayrıcalıkları ve bağımsızlıklar ile 5. ve 14. değişikliklerdeki kanunilik klozu (yasaya uygun olma)nun maddi yansımalarını görmezden geldiler. Dikkate almadılar.

Uygulamada her ne kadar her iki kamp da güce(yetkiye) uymaya saygı duymaya eğilimindeydi ise de liberal hukukçular değişik şekilde anlaşılan “kişisel hakları” korumaya yöneldiler, mülkiyet hakları ile ekonomik özgürlükleri siyasi erklerin müşfik merhametlerine terk ettiler. Muhafazakâr hukukçular, aksine, çoğunlukçu tiranlığa maruz kalmış pek çok kişisel hakları içeren verilmiş hakları bırakarak mülkiyet haklarını ve az veya çok ekonomik özgürlükleri korumaya yöneldiler.

160

Bu iki kamp savaşırken 1970'lerin sonunda benim de dâhil olduğum üçüncü bir klasik liberal (özgürlükçü) düşünce okulu ortaya çıktı.<sup>32</sup> Bu okul, yanlış yeniden yapılaşma içtihatlarından kaynaklanan hem liberal yargısal eylemciliği hem de muhafazakâr kısıtlamayı eleştirir. Bu okula göre, mahkemeler, eylemci veya kısıtlayıcı olduklarından daha ziyade hukuku (yasayı) kavrayıp kavrayamadıkları, uygulayabilip uygulayamadıklarıyla, sadece verilmiş yetkileri tanımayı, sayılmamış ve sayılmamış tüm haklarımızı aynı şekilde<sup>33</sup> korumakla ilgilenmelidirler.

<sup>31</sup> Bu konuda en etkili fikfin olduğu sunum için bkz. Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1990).

<sup>32</sup> Bkz. örneğin, Bernard H. Siegan, *Economic Liberties and the Constitution* (1980); Roger Pilon, *On the Foundations of Justice*, 17 *Intercollegiate Rev.* 3 (Fall/Winter 1981).

<sup>33</sup> Rehnquist Mahkemesi yıllar içinde sayılmış yetkiler doktrinini canlandırmak için geçici bazı girişimlerde bulunmuştur. Örn bkz. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Fakat *Gonzales v. Raich*, 125 S. Ct. 2195 (2005) ile bu girişim durdu. Bkz. *Douglas W. Kmiec, Gonzales v. Raich: Wickard v. Filburn Displaced*, 2004-2005 *Cato Sup. Ct. Rev.* 71.



Tabii ki hâkimlerin yapması gereken şey budur. Bunu yapabilmek için, meselenin temel teorisini, anayasasının birinci ilkelerini, özümsemelidirler. Bu çok nadir bir anlayıştır günümüzde, çünkü doğal haklar kökenimizden çok uzak olan “anayasa hukuku”nda bulunuyoruz.

### C. Yüksek Mahkemenin Mülkiyet Haklarını Ele Alışı

O kısa hikâyenin belirlediği gibi bugün Amerika’da büyük ölçüde siyaset hukuku gölgede bırakmıştır. Sınırlı devlet anayasasını görmezden gelerek ve bazen aşağılayarak, siyasette terakki taraftarları geliştirildi genişlemeci demokratik hükümet yetkisiyle.<sup>34</sup>

Siyasi baskı altında yeniden yapılaşma mahkemesi, anayasayı köklü şekilde yeniden okuyarak gündemi anayasallaştırdı. Sonuç olarak günümüzde devlet(hükümet) sanal olarak hayatın her unsurunu ihlal etmiştir (müdahil olmuştur). Bu yönetmelikler veya vergilendirmeye kitlesel olarak yeniden dağıtmayı, bazılarını bazılarının menfaati için zorlamayı gerektirmektedir. Kısacası, günümüzde kamu politikası özgürlük dâhil, mülkiyeti yeniden dağıtarak malları temin etmekten ziyade hakları korumakla ilgilenmektedir. Modern Yüksek mahkemenin düzenleyici yeniden dağıtma görüşü ile ilgili şüphe olmasın diye 1985’te mahkemenin doğrudan konuyla ilgili düşüncesine burada yer veriyorum:

“Ticari ve diğer insan ilişkilerinin düzenlenmesinde Kongre devamlı bir surette bazıları için diğerlerinin yararlandığı külfetler yaratmaktadır. Örneğin, Kongre en düşük ücretler, kontrol fiyatları veya daha önce olmayan hareket sebepleri yaratmaktadır. Hükümetin düzenleme yetkisinin önceliğini belirttikten sonra, mevzuatın bir kişinin mallarını başkasının menfaati için kullanmasını gerektiren mevzuat için gelir klozunun, ihlal edildiği söylenemez.”<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Aslında 1900lerin başında Ulus, modern solun bir enstrümanı haline gelmeden önce, klasik liberalizmin ölümüne yas tutuyordu. “The Eclipse of Liberalism,” başlıklı editoryal notta editör Avrupa’yı araştırdıktan sonra Amerika’da da “son olaylar ne kadar zemin kaybedildiğini gösteriyor. Bağımsızlığın ilanı şevk uyandırmıyor: o utanç verici tevil edilmesi gereken (örtbas edilmesi gereken ) bir araçtır. Anayasa’nın içine sığmadığı söyleniyor.” The Nation, Aug. 9, 1900, at 105.

<sup>35</sup> Connolly v. Pension Benefit Guaranty Corp., 475 U.S. 211, 223 (1985). 1936’daki mahkemenin vergilendirme aracılığıyla doğrudan yeniden dağıtma görüşüne aykırı olarak: “Bir vergi, genel anlamıyla ve Anayasa’da kullandığı gibi, devleti desteklemek için zorla alınan bir şeyi ifade eder. Bu kelime hiçbir zaman bir grubun parasının başka bir grubun menfaati için istimal edilmesi anlamına gelmemiştir. United States v. Butler, 297 U.S. 1, 61 (1936).

Ana çizgileriyle belirtmek gerekirse, sistematik olarak, nasıl modern yüksek mahkeme kararları mülkiyet haklarını sıradan algılanmasıyla sınırlandırarak altını oymuştur. Burada şimdi mülkiyeti etkileyen hükümetin eylemini içeren dört temel senaryodan, hakları ihlal eden ve etmeyen eylemleri ayırarak bahsedeceğim. Sonra bunlardan sonuncusunu alıp dört versiyonunu hakları ihlal edenleri ve etmeyenleri ayırarak belirteceğim. Sonuçta mahkemenin mülkiyet haklarına ilişkin içtihatlarıyla ilgili birkaç usuli konudan bahsedeceğim. Böyle bir çatı, önceden sorunları belirtmek, bize ilk prensiplerde yer alan ve davada çok açık olmayan konunun teorisini verir.<sup>36</sup> Birinci senaryoda, hükümet malvarlığı değerlerinin düşmesine yol açacak şekilde davranır fakat hiçbir hakkı ihlal etmez. Bir kamu okulunu veya bir askeri üssü kapatır ve yerel emlak fiyatları buna bağlı olarak düşer veya eski otoyoldan biraz daha uzakta yeni bir otoyol inşa eder, eski yol üzerindeki ticaret akışını azaltır. Bu tür durumlarda mal sahipleri çoğu kez hükümetin gelir klotuna göre kendilerine tazminat ödeme borcu olduğu fikrindedir. Çünkü eylemi mülklerinin değerini almıştır. Fakat hükümet özgürce ve açıkça olarak sahip oldukları hiçbir şeyi almış değildir. Mülk içindeki değer sahibi değildirler. Ortada sözleşmeye dayalı ve hükümete karşı dayanacakları bir hak olmadığından bir hak söz konusu değildir, bu yüzden hükümet tazminat ödemekle yükümlü değildir. İkinci senaryoda hükümet temel polis gücü aracılığıyla bir düzenleme yaparak özel ve kamusal anlamda başkalarına büyük riskler ve sıkıntılar verilmesini yasaklar. Yine burada da emlakın değeri buna bağlı olarak dalgalanacaktır. Fakat yine hiçbir hak ihlal edilmemiştir. Hiçbir tazminat gerekmez; bu yüzden malikler sınırlanmıştır, hatta mallarının değeri düzenlemelerle azaltılmış olsa bile. Çünkü bu tür tasarruflara katılma hakları yoktur. Bu yüzden hükümet (devlet) onlara ait olan hiçbir şeyi almış değildir. Aslında başkalarının mülkiyet haklarını korumaktadır- mülkiyeti müdahalesiz kullanım hakkını. Burada dikkatli olmalıyız. Tabii ki düzenlenen eylemin başkaları için zararlı veya riskli olduğu ve polis yetkisi altında düzenlemeye tabidir. Fakat devlet maliklerin kayıpları için onlara tazminat ödemekle yükümlü değildir.

Üçüncü senaryo klasik düzenleyici alma şeklindedir: maliklerin mallarında meşru kullanım hakkı olduğu ve düzenlemelerle kamuya çeşitli malları

---

<sup>36</sup> Vakıf için hazırladığım çok daha geniş olan tebliğimde bu özetle yer alan konularla ilgili pek çok davayı inceledim. Bkz başlığa ilişkin not. Yine de daha detaylı bilgi için bkz. Richard A. Epstein, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain (1985).

alma yetkisi verdiği hallerde dengeleyici bir yarar olmadan değerini azaltmaktadır. Alma klozu tam olarak anlaşılmakta ve uygulanmaktadır ki, kayba karşılık olmak üzere muhik bir tazminatı gerektirir.<sup>37</sup> Burada devlet yanlış kullanımın yasaklanmasından ziyade doğru(haklı) kullanımın yasaklanmasını düzenlemektedir: ikinci senaryoda olduğu gibi başkalarına zarar vermenin önlenmesini değil. Fakat kamuya çeşitli malları almayı güzel manzaraları, tarihi korumalı yerleri, tarımsal kaynakları, yabani hayat alanları gibi maliki sınırlayarak elde edilen mallardır. Düzenlemeler malikin mülkünü kullanmasını yasaklamaktadır. Aksi halde devletin kamu için bu tür malları almasına yetki verilirse tabii ki o da öyle yapar. Fakat böyle bir hareket bir malikin sınırlandırılması şeklinde ise alma klozu uygulanmalı ve hükümet aldığı şeyin karşılığını vermelidir. Bunun yapılmadığı hallerde hükümet kamuya bu malları bütçe dışında sunar ve maliyet tamamen sadece malikin üzerinde kalır ve kamu bunlardan maliyetsiz yararlanır. Bu tür kamulaştırmaların açıkça engellenmesi amacıyla ilk planda Alma Klozu anayasada yer aldı.<sup>38</sup> Maalesef, her gün düzenleyici işlemlere karşı maliklerin (el koyma, kamulaştırma) açtıkları davalarda Amerikan hukukunun bugünkü işleyiş şekli böyle değildir. Hemen neredeyse tüm davalarda malikler zorlu bir mücadele ile karşı karşıya kalırlar ve genelde ad hoc bir kurum olan hukuka karşı savaşırlar. Devletin tazminat yükümlülüğünün olmadığını savunanlar mülkiyetin alınmamış olduğunu iddia ederler.(düzenleyici almalarda) Fakat bu itiraz hukukun hiçbir yerinde olmayan bir mülkiyet tanımına dayanır. Mülkiyet çeşitli mallara ayrılabilir. Çoğu durumlarda, düzenlemeler oldukça geniştir ki malik boş bir mülkiyet hakkına sahip olmaktadır. Ufak tefek önemsiz kayıpların dışında ve herkese eşit yarar sağlamak üzere düzenlemelerin herkesi eşit şekilde sınırlandırdığı hallerdeki kayıplar haricinde, malikin haklarını sınırlayarak elde ettiği kamu malları için ödeme yapmak zorundadır ki tıpkı özel bir şahsın maliki sınırlandırdığı hallerde olduğu gibi. Kamunun, sadece despotik kamulaştırma yetkisine dayanarak o mal-

---

<sup>37</sup> Düzenleyici gelirlere ilişkin Amerikan Hukuku'nun detayları için bkz. Eagle, *supra* note 14.

<sup>38</sup> 1960'ta mahkeme bu ilkeyi: "Beşinci değişiklik muhik bir tazminat olmaksızın özel mülkiyetin alınmaması garantisi hükümetin bazı insanların tek başına kamu yükümlülüklerine katlanmaya zorlanmasının engellemek üzere, hakkaniyet ve adaletle, ihdas edildiği tüm kamuoyunca unutulmamalıdır." Şeklinde ifade etmiştir. *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49 (1960).

ları alması artık yeter. Hırsızlığa yol açan bu durum bütün Amerika'da bu gün yaşanmaktadır.

O halde düzenleyici alımların sadece düzenlemeden ibaret olduğunu düşünmek bir hatadır. Bunlar tüm mülkün istimlâk edilmeden düzenleme aracılığıyla alınmasıdır. Aslında bunlar tersinden hüküm altına alma yoluyla dava edilmektedir. Böyle bir durumda malik ya mülkünü geri almak için tersinden dava açar böylece tazminat alabilir ya da mülkiyet hakkını muhafaza etmek ve düzenleyici kısıtlamalardan kaynaklanan kayıplar için dava açabilir. Her iki durumda istimlâk ve istimlâk etme yetkisi düzenleme olarak gösteri yapmaktadır. Hatta devlet mülkü bir seferde istimlak etmez, düzenlemelerle alınan kullanımı istimlak eder. Bu bizi dördüncü senaryoya götürür, devletin tüm mülkiyeti alması, tam anlamıyla kamulaştırma. Bunlar genellikle kamulaştırma yetkisi davaları olarak adlandırılırlar. Fakat bu bir şekilde yanlıcıdır. Az önce ifade edildiği gibi düzenleyici alımlar kamulaştırma yetkisi içermemektedir. Bu davalarda genel olarak malike tazminat önerip mülkiyet hakkını almayı ve maliki mülkünden uzaklaştırmayı araştırır. Düzenleyici alımların aksine, devletin tazminat ödeme yükümlülüğü değil tazminatın adil olup olmadığı sorundur. Daha ziyade kamusal kullanım öne çıkmaktadır. Alımlar klozu hükümeti kamusal kullanım için ve adil(muhik)bir tazminat karşılığında özel mülkiyeti almaya yetkilendirmektedir. Burada tekrar İlerlemeciler(Terakkiciler)in ajandasının hükümetin büyüyebileceği şekilde mahkemeler kamusal kullanımın tanımını genişletmek arzusundadır. Doğrudan veya kamulaştırma yetkisinin özel kurumlara devredilmesi suretiyle hükümet kamuya faydalı olduğu söylenen projeler için özel mülkiyeti alır. Mahkemeler “kamusal kullanım” ı “kamusal fayda” olarak telif ederek genişlettiler. Açıkça bu iki terim birbiriyle eş anlamlı değildir. Biri hükümeti sınırlandırırken diğeri onun önünü açar, işini kolaylaştırır. Çünkü sanal olarak her proje belli oranda kamuya yararlıdır.

Tam kamulaştırma başlıca dört şekilde (kapsam, içerik) veya mantıksal çerçevede karşımıza çıkar. Birincisinde, açık bir kamusal kullanım için özel mülkiyet alınır ve mülkiyet hakkı devlete geçer. Örneğin; askeri üs, kamusal yol, okul veya başka bir kamusal hizmet için yapılması. Adil bir tazminatın ödendiği varsayımıyla bu alımlar anayasal olarak geçerlidir Çünkü kamusal kullanım sınırlaması açıkça tatmin edilmiştir (sağlanmıştır)

İkinci durum daha karmaşıktır fakat en az diğerleri kadar haklı bir mazerete dayanır. Bu durum, özel mülkiyetin elektrik, gaz, telefon, demiryolu,

kablo, su, kanalizasyon hatları gibi endüstri ağları için alınarak devlete değil başka bir özel şahsa veya kuruma devredilmesi söz konusudur. Kamulaştırma yetkisi kullanılmaksızın klasik direnme problemi ortaya çıkabilir bu durumlarda. Son parselin sahibi fahiş fiyat isteyebilir. Özel mülkiyette olan ve özel olarak işletildiği halde bile kamusal kullanım kısıtlaması burada gerçekleşmiştir. Çünkü sonuç kullanım tüm kamuya ayırım yapılmaksızın ve genelde düzenlenen fiyatlar karşılığında sunulur. Bu tür davalarda muvazaaya dikkat edilmelidir. Kamusal kullanımın delaletiyle kamusal mülkiyete ilişkin pek çok problem izale edilmektedir. Kamuya özel mülkiyete eşlik eden ekonomik verimliliğin faydalarından yararlanma imkânı sunar.

Aksine, üçüncü ve dördüncü durumlarda kamulaştırma yetkisinin kullanımını sorunludur. Yıllar içerisinde Amerika'da federal parayla gelişen şehirler dâhil pek çok şehir, şehir yenilemeciliği, kenar semtlerin yıkılarak yeniden inşa edilmesi faaliyetlerine katıldı. Çirkin kentsel alanın azaltılması uğruna mülkiyet hakkını özel bir kişiden alıp başka bir kişiye verdi. Eğer gerçek çirkin kentsel alan gibi bir şey varsa bunu yaratan kullanımlar devletin genel polis gücüyle menedilebilir. Tapunun(mülkiyet) devredilmesine gerek yoktur.

Fakat çirkin kentsel alanın azaltılması, kamusal kullanımın anlamlandırılmasını genişletiyorsa, -kamulaştırma yetkinin kullanılmasıyla ilgili dördüncü durum-, ekonomik gelişme de anlamını hayli genişletir. Yine burada mülkiyet hakkı, özel taraflardan başka özel taraflara sıklıkla devlet benzeri kurumlara, şehir planlamacısı (geliştirici/müteahhitler), veya bir ticari ortaklığa, devredilir. Alt düzey iskân alanları ve ticari mülkiyet, endüstriler dâhil olmak üzere üst düzey mülkiyete çevrilmektedir. İş temin ederek, vergi tabanını artırarak, turizmi geliştirerek ve diğer kamu yararları daima bu tür projeler için talep edilir. Fakat gerçek faydalar nadiren gerçekleştirilir. Ne burada ne de çirkin kentsel alanın azaltılmasındaki direnmeler gerçek bir sorundur. Ne de neticedeki nihai kullanımlar ayrımcılığa dayanmaksızın kamuya açık olması kamusal yararın kamulaştırılması kadar gerçek değildir. (İkinci durumda tartışılmıştı)

Bu tür ekonomik kamulaştırmalar kamusal kullanım standardını karşılamaktan çok uzak, daha çok mülkiyetin genelde daha fakir ve politikayla daha az bağlantılı halk kesimlerinden daha zengin (müreffeh) ve politikayla daha çok bağlantılı maliklerin kabul edecekleri fiyatlardan ziyade

mülkiyeti daha ucuza almak isteyen insanlara mülkiyetin çıplak olarak (açıkça) devredilmesidir.

Sonuç olarak, eğer mülkiyet hakkının kötüye gitmesi yeterli değil ise, maddi hakları koruyacak usuli haklar da bozulmuştur. Modern düzenleyici devlet ve mülkiyet haklarının ikinci sınıf statüye indirilmesinden önceki aşamada, genelde birisi birine ait mülkiyet hakkını kullanmıştı. Eğer devlet veya komşular itiraz ettiğinde, ihtiyati tedbir veya tazminat için bir dava açılabilirdi: fakat karine kullananın tarafındaydı, ispat külfeti şikâyet edenin üzerindeydi ve itiraz edilen kullanımın bir şekilde şikâyetçinin haklarını ihlal ettiği için hukuka aykırı (haksız ) olduğunu ispat etmeliydi. Bugün Amerikan şehirlerinde uygulanan şehrin bölgelere ayrılması ve arazinin diğer kullanım planlama şekilleri nedeniyle bu karine tersine çevrilmiştir. Haklar ancak izinle kullanılabilir ve genelde hükümetten alınan çeşitli seviyelerdeki izinlerle gerçekleşir bu. İnsan haklarıyla ve mülkiyet haklarıyla çelişir bir şekilde izinden bahseden insanlara hoşgörü göstermeyeceğiz fakat en küçük değişiklikleri yapabilmeleri için hükümetten izin almaları gerekecek.

166

Bu sadece sorunun başlangıcı, çünkü bu izni alabilmesinden önce malikin mülkünü geliştirmesi veya kullanımını değiştirmesinden önce gereklidir. Bu durum sıklıkla yıllar süren usuli bir kâbustur. Yüksek mahkemenin “olgunlaşma testi” tüm idari çareler tamamlanana kadar davaları federal mahkemenin dışında tutmaktadır. Fakat bu çarelerin tüketilmesi anlaşılmaz ve sürekli değişen ve her türlü değişikliğe karşı olan yerel idareler tarafından ortaya konan engellerin temizlenmesi anlamına gelmektedir. Mahkemenin testine göre bir kurum kesin olarak reddedilmedikçe dava edilemez. Malik kesin (nihai) bir ret elde eder etmez, eğer finansal ve duygusal olarak tükenmemişse o zaman, devlet mahkemesine giderek tazminat aramaya gitmelidir mülkiyetinin alınmasından dolayı. Fakat yanlışlıkla inkâr edilmişse (reddedilmişse) tazminatı devlet mahkemesi tarafından, federal mahkemenin davayı esastan incelemesi hakkının reddedildiğini öğrenecektir.<sup>39</sup> (federal Full Faith and Credit Act’a göre) bu sadece bir mülkiyet hakkı sahibinin bugün Amerika’da karşılaştığı usuli problemlerin özetidir.

---

<sup>39</sup> 28 U.S.C. § 1738 (2006Yargısal işlemler, Birleşik Devletlerde, bölgelerinde ve tüm mülkündeki her bir mahkemede, yasa veya o devletin mahkemelerindeki kullanımından kaynaklandığı şekliyle aynı itimat ve itibara sahip olmalıdır.)

### III. AVRUPA ÜZERİNDE KISA YANSIMALAR

Bu yüzden doğal ve pozitif hukukla donanmış mülkiyet haklarını korumak amacındaki Amerikan Yüksek Mahkemesi birtakım karmaşık işler yapmayı başardı. Mahkemeler daha azı hedef alırlarsa hedeflediklerinden de azını yaparlar. Henüz bu modern Avrupa için böyle değil. Benim Avrupa’da mülkiyet haklarının korunmasına AİHM veya Avrupa Birliği Adalet Divanı’nca korunmasına ilişkin bilgim oldukça sınırlı olmasına rağmen, izlenimim pozitif hukuk problem olsa bile daha iyi bir korumanın gelişmekte olduğu yönündedir.

AİHS 1950’lerin başlarında tasarlandığı zaman insan hakları arasında mülkiyet haklarının yer alıp almayacağı dâhil olması fikrine karşı çıkan sosyalist grupla ve dâhil olmaması halinde pek çok millileştirme projelerine engel olacağından endişe eden İngiliz temsilciler arasında çok tartışılmıştı. Sonunda, 1 numaralı protokolün 1. maddesi olarak mülkiyet kızı 20 Mart 1952 yılında 14 Avrupa Konseyi üyesi tarafından imzalandı. 31 Temmuz 2007 itibariyle 1 numaralı protokol 46 üyeli Avrupa Konseyinin 43 üyesinde yürürlüktedir.<sup>40</sup>

Mahkemelerin çalıştığı pozitif hukuk dikkate alındığında mülkiyet haklarının korunmasının bu ülkelerde hala tam olarak sağlanamaması şaşırtıcıdır. Özellikle 1 numaralı protokolün 1. maddesi:

*“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Hiç kimse, kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine aykırı olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”* şeklindedir.

Bu anlatımdan üç kural içerdiği anlaşılmaktadır. Birinci kural mülkiyet hakkına saygıyı ifade eder ki genel, açıklayıcı veya geniş kapsamlı bir kural olarak tanımlanmıştır. İkinci kural, belirli istisnai durumlar dışında mülkiyet hakkından mahrum edilemezliği içermektedir. Bu şartlar üçün-

<sup>40</sup> Bu tarihin tartışması için bkz. Yves Haeck, *The Genesis of the Property Clause under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*, in *Property Rights and Human Rights* 163 (H. Vandenberghe ed., 2006).

cü kural ile genişletilmiştir ki bu da devletlere mülkiyetin kullanımını genel çıkar doğrultusunda kullanma yetkisi tanımaktadır.

Yorumcular mahkemelerin davaları bu üç kural ışığında çözmeye çalıştıklarını ifade etmiş olmalarına rağmen, özellikle iki ve üçüncü kural, bu kurallar tamamen ayrı veya bağlantısız değildir.<sup>41</sup>

Bu doğru gibi gözükmektedir: “özel mülkiyet adil bir tazminat olmaksızın kamu kullanımı için alınamaz” şeklindeki Amerikan basit kuralına kıyasla, Avrupa’nın bu üç kuralı Amerikan kuralını oldukça yakından takip etmiştir. Henüz farklılıklar öğreticidir.

Başlayacak olursak, Amerikan Alım Klozu, Avrupa’nın birinci kuralı gibi açıkça özel mülkiyeti tanıyarak başlamaktadır. Birinci kuralın yaptığından farklı olarak mülkiyete saygı ifadesine açık bir yollama yapmaz ve hakkı sınırlandırmaz ise de bu sınırlandırma Common law geçmişine delaletiyle, *Amerikan hakkı*’nda çok açıktır.

İkinci kural Alma Klozunun özünü yansıtır: hiç kimse mülkiyet hakkından yoksun bırakılamaz, mülkiyeti alınamaz, belirli şartlar hariç. Dildeki farklar çok önemli değil. Amerikan Alma Klozu, en azından prensipte, hükümet alımlarına iki sınırlama getirmektedir: mülkiyet sadece bir kamusal kullanım için alınabilir ve bu test aşılmışsa malike adil bir tazminat ödenmelidir. Aksine, Avrupa’nın ikinci kuralı daha az koruma getirmektedir. Malikler, kamusal kullanım kavramından çok daha geniş olan kamunun menfaati nedeniyle mülkiyetinden mahrum edilebilir. Adil bir tazminattan da bahsedilmemiştir. Bunun yerine mahrumiyetler kanunla belirlenen şartlara ve milletlerarası hukukun genel ilkelerine tabidir. Teorik olarak, tabii ki, kanun ve o prensipler adil tazminatı kapsayabilir ve genelde de öyle yaparlar. Fakat bu Sözleşmenin temel kanununda yer almazken Amerikan temel kanununda yer alır, Amerikan anayasasında. Aslında Sözleşmenin hazırlanmasında uluslararası hukuka atıf yapılması yerel yatırımcıları yabancı millileştirmelere karşı korumak amacıyla yapıldığı, vatandaşları kendi devletinden kaynaklanacak mülkiyet yoksulluklarına karşı koruma amacında olmadığı gözükmektedir. Bunun yapılması demokratik sürece bırakılmıştır. Bu her zaman azınlıkların hakkı da

---

<sup>41</sup> Örneğin bkz. H. Vandenberghe, *La Privation de Propriété*, in *Property and Human Rights*, *supra* note 7, 31.



olan mülkiyetin korunmasının en emin yolu değildir. Fakat eğer ikinci kural o nedenlerden ötürü sorunluysa, üçüncü kural daha çok problemlidir hala. İkinci kural mahrumiyetlere veya alımlara ilişkin iken üçüncü kural kullanımın alımına taalluk eder ki daha önce düzenleyici alımlar bahsinde inceledik. Fakat burada, Amerikan kuralının aksine, birinin mülkiyetini kullanması açıkça genel yararla sınırlandırılmıştır. Emin olmak gerekirse, Amerikan hukuku bu sınırlandırmayı ad hoc bir şekilde yapmıştır. Fakat bu Alma Klozunun hükümete getirdiği kısıtlamalara açıkça aykırıdır. Common law hukuk sisteminde malikler sadece mülklerine dair haklara sahip değildir aynı zamanda o mülkiyetten kaynaklanan ve başkalarının haklarıyla da uyumlu olan kullanma haklarına da sahiptirler.

Nihai nitelendirme genel yarara eşit olarak algılanmalıdır. Fakat bunun için sonraki öncekinin bir fonksiyonu olmalıdır.

Haklar öncelikle tanımlanmalıdır. Özel hukuktaki gibi sadece pozitif hukuka, iradeye göre hatta demokratik isteğe göre değil, gerekçe ilkelerine ve gerekli siyasi prensiplere göre yapılmalıdır. Böylece, “genel menfaat” bu rasyonel sürecin neticesi veya çıktısı olabilir, siyasi sürecin bağımsız olarak amaçladığı bir şey olmaz. Aksine, “genel yarar” pozitivist rejimlerde olduğu gibi sadece kamu hukukunun bir fonksiyonu olarak tanımlanırsa kullanım hakları bağımsız değişken olamaz. Kamu politikası prensibin yerini alır. Kamu yararı özel yararın yerini alır.

169

Maalesef, günümüz Avrupa rejimleri genelde doğal hukukun değil pozitif hukukun ürünleridir, birilerinden alıp diğerlerine verir. Bu yüzden bir mahkemenin kullanım üzerindeki kısıtlamaların genel menfaate aykırı olduğuna karar vermesi şaşırtıcı olurdu. Bu yüzden *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*<sup>42</sup> davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üçüncü kurala dayanan bölgesel arazi kullanımı ile ilgili bir kararı arazinin değerinin maddi olarak azaltılmış olmasına rağmen haklı bularak onadı. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*,<sup>43</sup> davasında yıllardır süren devlet kamulaştırılmasında malikin arazisini kullanması veya satmasını uzlaştırarak malikin durumunu üçüncü değil birinci kurala uygun buldu. Mahkeme, toplumun genel menfaat talebiyle bireyin temel hakları arasında adil bir dengenin kurulup kurulamayacağını belirlemeye çalış-

---

<sup>42</sup> 37 29 Nov. 1991, Series A No. 222, § 56.

<sup>43</sup> 23 Sept. 1982, Series A.

tı.<sup>44</sup> Dört yıl sonra benzer bir davada Mahkeme “ilgili kişinin bireysel ve aşırı bir yükümlülüğe katlanmak durumunda kalması halinde zorunlu dengenin bulunamayacağını” ekledi.<sup>45</sup>

Diğer davalar da şaşırtıcı görünebilecek sonuçlara yol açtılar. *Matheus v. France*<sup>46</sup> davasında bir malikin kiracısını mahkeme kararı ile tahliye etmek istemesinde yetkililerin polis yardımı talebini reddetmelerini şikâyet etmişti. Yine birinci kural kapsamında değerlendirerek “mülkiyet hakkının pozitif koruma önlemlerini gerektirebileceğine, özellikle başvuranın (haklı) meşru olarak bekleyebileceği önlemlerle mülkiyet hakkını etkili olarak kullanması arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğu hallerde” mahkeme bunu kabul etmiştir.<sup>47</sup> Fakat hukuka aykırı olarak inşa edilmiş bir duvarın yıkılmasına ilişkin kesin bir mahkeme kararının yetkililerce infaz edilmemesini içeren yeni tarihli başka bir kararında Mahkeme duvarın malikin aleyhine olarak şikâyetçi maliklerin manzaralarında ve mülkiyet değerlerinde zilyetlikleri olduğuna ve duvarın yıkılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>48</sup> Sözleşmesel anlaşmaların olmadığı hallerde zilyetlikler şüphelidir. Bu sınırlı örnek ve analizden bazı gözlemlerde bulunmama izin verin. Birincisi, birinci protokolün üç ayrı kural oluşturduğunu görmek davaların analizlerinde yapaylıklara yol açıyor. Birinci ilke dikkate alındığında mülkiyetin söz konusu olup olmadığını bilmek ister. Eğer öyleyse hükümet bu kararı alır mı, alırsa bu hareket hükümetin diğerlerinin haklarını koruma yetkisinin esnek olmayan anlamı karşısında haklı gösterilebilir mi; gösterilemezse alım bir kamu kullanımı için midir ve malike muhik (adil) bir tazminat ödenmiş midir. Birinci protokolün dili özellikle üç farklı kural şeklinde anlaşılmaktadır ve bu şekilde bir analize müsait değildir. Üstelik ikinci olarak, mahkemeyi bazen doğru anlamasına bazen de anlamamasına neden olan mahkemeye maddi olarak fazla saha bırakan oldukça gevşek bir kavram. Üçüncüsü, dil o kadar siyasi ve değerlendirme terimleriyle yüklü ki yargısal kanun yapmaya, Amerika’daki adıyla yargısal eylemselciliğe neden oluyor. (yargısal aktivizm).

<sup>44</sup> *Id.* §69.

<sup>45</sup> *James and Others v. United Kingdom*, 21 Feb. 1986, Series A No.98, § 50.

<sup>46</sup> No. 62740/00, 31 March 2005.

<sup>47</sup> *Id.* at §§ 68-69.

<sup>48</sup> *Fotopoulou v. Greece*, No. 66725/01, § 33, 18 Nov. 2004.

Hâkimler bunu doğru anlarırsa bu kötü bir şey olmayabilir: fakat hukukun üstünlüğü doğru nedenlerle bunun doğru anlaşılmasını gerektirir ve sağlıklı bir otorite bunu gerektirir. Dördüncü, kurumsal perspektiften, Avrupa Topluluklarının kendine özgü kurumsal yapısı nedeniyle mahkeme bunu doğru algılıyor olabilir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin aksine ki federal hükümetin üçüncü erkidir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa devletlerinin hiçbirinin bir organı değildir. Bu ona ulusal mahkemelerin sahip olmadığı ölçüde bir bağımsızlık ve iyiye olduğu kadar kötüye kullanma potansiyeli sağlar.

Nihayet, çok önemli olduğu şüphesiz, fikirlerin iklimlerinin değişkenliği küçümsenemez. 1950'lerdeki sosyalizm güçlerinin mülkiyet haklarının insan hakları olarak muamele görmesini engellemek için çalışan güçleri bugün her yerde vardır. Emin olmak gerekirse, kendi gündemlerini sayısız yollarla bastırmaktadırlar, küçük ve büyük. Bu gün hiçbir ciddi insan demokratik kapitalizmin dışında hiçbir şeyin hem adalet ve zenginlik getirdiğini, sistemin kuruluşunun mülkiyetten ve bireysel mülkiyetten başka bir şey olduğunu düşünmez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dâhil hiç kimse düşünce iklimindeki bu kaymadan muaf değildir.

## V. SONUÇ

171

Dilin kendi sınırları olduğu için ilkeye verilen yetkiler ile mevcut özgürlükler arasında ilkeli bir denge sağlamak amacıyla olan bir anayasa bu amacı gerçekleştirmek için bir yere kadar gidebilir. Bu yüzden belgede de belirtildiği gibi hâkimlerin anayasal dili önlerine getirilen davalara ve ihtilaflara uygularken dilin arkasındaki daha geniş teori ve o teorinin gerektirdiği ilkeleri gözetecek şekilde yapmaları çok önemlidir. Ümit ederim ki ABD yüksek mahkemesinin mülkiyet haklarını ele almasına ilişkin tartışmada göstermişimdir, biz Amerikalılar Anayasamızın garanti alma-ya çalışmış olduğu ilkeler konusunda her zamankinden daha az muhafazakârız. Özellikle Polis yetkisi doğal haklar teorisinde köklerinden öyle uzaklaştırıldı ve sadece siyasi gücü elinde bulunduranların iradelerinin bir yansıması oldu. Amerikan hukuk sisteminde Kümülatif etki kamu hukukunun büyüyen vücudu gibidir. Pek çok dava özel hukukun mülkiyet ve sözleşmesini gölgede bırakarak onu ikincil role indirger. (baskın çıkar) Avrupa çerçevesine bu kısa bakışta, pek çok benzer şeyler fark ettim, fakat durum biraz değişken görünüyor. Çünkü hem anayasal hem de hukuksal kapsamlar daha fazla değişken. Bu nedenle mülkiyet haklarının anayasal korunmasının nereye gittiğini bilmek zor. Fakat hem Avrupa

hem de Amerika'da son on yıllarda düşünce iklimindeki bireysel özgürlüklere ve sınırlı anayasal devletlere yönelik değişimlerden ümitlenilebilir. O değişimlerin devam ettirmek sürekli dikkat gerektirir. Thomas Jefferson'ın hatırlattığı gibi aksi takdirde bireysel özgürlükler, sorumluluklar ve onura ilişkin öneriler açıktır.

# BAHSİ EDİLEN NAMUS CİNAYETİ: NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEDE ALÇAK-DÜŞÜK SEBEP OLARAK FARKLI KÜLTÜREL DEĞERLER

Dr. Brian VALERIUS<sup>1</sup>

Çeviren: Ufuk TOPRAK

**B**ilinçli adam öldürme suçlarında farklı kültürel değerlerin rol oynaması durumunda sorulan soru, bunun § 211 StGB<sup>2</sup> kapsamında nasıl bir etkisinin olduğu. Bu makale şu ana kadarki Yargıtay içtihatlarını inceleyerek, doğmatik bir çözüm önerisi sunmaktadır.

## I. OLAY VE İSTATİSTİK

7.2.2005 tarihinin akşam saatlerinde 18 yaşındaki bir genç, otobüs durağında beklemekte olan 23 yaşındaki bir bayana yaklaşıyor. Silahını çeken genç, yakın bir mesafeden kadının kafasına 3 sefer silahla ateş ediyor ve de bunun sonucunda kadın olay yerinde hayatını kaybediyor. Maktül failin ablası olup, Türk-Kürt asıllılar. Failin cinayeti işlemesine sebep, failin kız kardeşinin batılı yaşam tarzını tercih etmesi ve de bu yaşam tarzının sanık tarafından ailenin şerefini inciltici bir davranış olarak görülmesi. Maktüle zamanında, baş örtüsü takmadığı ve zorla evlendirildiği İstanbullu kuzeninden olan çocuklarını örf ve adetlere uygun olarak yetiştirmediği yönlü uyarılar yapılmış.

Bahsi edilen namus cinayeti, Hatun Sürücü olayında olduğu gibi, Almanya'da nadir görülen bir olay olmaktan çıkmış durumdadır. 2006'nın Mayıs ayında Alman Kriminal Dairesinin yayınladığı bir araştırmaya göre, 1996 ile 2005 yılları arasında, bu amaçla işlenen 55 fiil neticesinde 70 kişi namus cinayeti mağduru olarak kayda geçmiş, vede bu kişilerden 48'i hayatını kaybetmiş durumdadır<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dr. Brian Valerius halen Würzburg Üniversitesinde bilimsel araştırmacı olarak görev yapmaktadır. Anılan makale Juristen-Zeitung dergisinde 2008 tarihinde yayınlanmıştır (çevirmenin notu).

<sup>2</sup> Strafgesetzbuch (Ceza Kanunu).

<sup>3</sup> Kriminal Daire, Konuya dair yapılan araştırmaların basın bildirgesi, Ehrenmord in Deutschland, S. 9.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 2000 yılı verilerine göre, dünya çapında her sene 5000 bayan namus cinayetine kurban gitmektedir<sup>4</sup>. Karanlıkta kalmış (aydınlatılmamış) olayların sayısında hesaba katıldığında, bu sayının oranının daha bir artacağı kuşkusuzdur. Çünkü namus cinayetleri, bu sorundan muzdarip ülkelerde sık sık, olayın tarafı aileler tarafından kaza olarak kamufle edilmekte, saklanmakta veya soruşturma görevlileri tarafından ne araştırılmakta nede mahkeme önüne getirilmektedir.

## II. NAMUS CİNAYETİ

### 1. Kavram

Ne anlama gelmektedir, tam anlamıyla „namus cinayeti“? Bu kavram ve bu kavramın kapsamı içinde düşünülen adam öldürme suçlarının alanı hakkındaki düşünceler birbirlerinden farklılık göstermektedir. Fikir birliğinin olduğu husus, bu kavramın, şunda hakim olan kültürel görüşün perspektifinde, zararsız gösterilmeye çalışıldığıdır. Çünkü burdaki değer ölçütlerine göre, böylesi bir suç ne şerefli bir davranış teşkil etmektedir nede bu suçun işlenişi failin yada ailesinin şerefini temizlemeye hizmet etmektedir. Fail elbette farklı görüşte olabilir ve faili işlemiş olduğu suça bu görüşü motive etmiş olabilir.

Buna uygun şekilde Alman Kriminal Dairesi kendi raporunda birçok adam öldürme suçunu, „kültürel sorumluluk kapsamında aile kurumu içerisinde, ailenin şerefini temizlemek için işlenmiş olanları, namus cinayeti olarak nitelendirmiştir<sup>5</sup>. Bu tanıma göre namus cinayeti olarak değerlendirilemeyecek suçlar içerisinde, failin yalnızca kıskançlığı nedeniyle işlemiş olduğu cinayetler, kendini istemeyen kişinin sevgilisini yada birebir kendini istemeyen kişinin kendisini, düşmanı bir hissiyatla öldüren kişinin cinayeti, girmemektedir. Aynı şekilde kan davası saikiyle işlenmiş olan cinayetlerde namus cinayeti kapsamında değerlendirilemez<sup>6</sup>, örneğin ailesinin bir üyesini öldüren kişiyi cezalandırmak için öldüren kişinin eylemi.

Alman Kriminal Dairesinin yapmış olduğu namus cinayeti tanımı tamamıyla tartışmaya kapalı olmamakla birlikte (özellikle failin dahil olduğu

---

4 Terre des Femmes, „Studie: Ehrenmord“, S.3, internet sayfası [www.frauenrechte.de/tdf/pdf/EU-Studie\\_Ehrenmord.pdf](http://www.frauenrechte.de/tdf/pdf/EU-Studie_Ehrenmord.pdf) (ziyaret edildiği tarih 1.6.2008).

5 Bundeskriminalamt (Alman Kriminal Dairesi), (fn. 1), S. 3.

6 Bundeskriminalamt (Fn. 1), S. 9.

aile kurumundaki konumunun namus cinayeti kavramının tanımında ağırlık noktasını oluşturması sınırı belirleme sorunlarına yol açsada<sup>7</sup>), Alman Kriminal Dairesinin yapmış olduğu tanımla namus cinayetinin ayırt edici özellikleri isabetli şekilde belirtilmiştir. Namus cinayetlerinin yaygın olduğu ülkelerde<sup>8</sup> düzenli bir şekilde, aile şerefini yeniden kurmak için kendi aile bireylerinden birini öldürmekle başka bir ailenin üyesini, kendi ailesinin üyelerinden birini daha önceden öldürdüğü için cezalandırmak amacıyla öldürme arasında farklılığa dikkat çekilmektedir (meşhur kan davası). Namus cinayetlerine genel olarak bayanların kurban gitmesine karşın, kan davalarında kural olarak kurban, düşman ailenin önde gelen erkek üyeleri arasından seçilmektedir<sup>9</sup>.

## 2. Kültürel Köken

Almanya`da namus cinayetlerinin failleri vede kurbanları ağırlıklı olarak Türk vatandaşları<sup>10</sup>. Bunun başlıca sebeplerinden ilki, Türk vatandaşlarının namus cinayetlerinin yaygın olduğu ülkeler arasında, Almanya`da en fazla yabancı nüfusa sahip toplumu oluşturması. Bunun dışında, Türkiye vatandaşlarının genelde başka yabancıların yoğunlukta olması yüzünden integrasyon ihtiyacının daha az olduğu şehirlerde oturmaları ve bunların kendi örf ve geleneklerini bu sayede yaşatmalarının daha bir kolay olmasında etkili olmaktadır. Ama bu, kültür ve dini aynı kefeye koyan yaklaşıma ve bu anlayışın getirisi olan, namus cinayetleriyle bu cinayetlerin taraflarının dinsel inanışları arasında bağlantı olduğu kanısının perçinlenmesine vede namus cinayetlerinin sadece müslümanlar tarafından işlendiği savına sürüklememelidir. Namus cinayetleri fenomeni, sanıldığı gibi aksine dağu Akdeniz bölgesinde, İslamdan önce de yaygındı. Bunun dışında bu tür eylemler Hristiyanlar vede Yahudiler arasında da iş-

---

<sup>7</sup> Örneğin Alman Kriminal Dairesi kendi yapmış olduğu tanıma aykırı olarak, başka ailelerin üyelerine karşı işlenmiş olaylarında namus cinayeti kapsamında değerlendirmiştir. Bundeskriminalamt (Fn. 1) S. 6 ve 15.

<sup>8</sup> Bunlar, diğerleri dışında, Pakistan, Cezayir, İsrail (ve Filistin), Suriye, Lübya, Afganistan, Irak ve Türkiye, bunların dışında ayrıca Brezilya, Ekvator, Hindistan ve İtalya, Terre des Femmes (Fn. 2), S. 7.

<sup>9</sup> Kan davasına ilişkin ayrıntılı bilgi için Baumeister, Ehrenmorde, Blutrache und ähnliche Delinquenz in der Praxis bundesdeutscher Strafjustiz, 2007, S.17ff.

<sup>10</sup> 1996 ve 2005 yılları arasında namus cinayetine kurban olmuş kayıtlı 70 kişi arasından 36 sı, hatta 70 şüpheli arasından 50'si Türkiye vatandaşı, Bundeskriminalamt (Fn. 1), S. 12 und 14. Türkiye toplumunda ve İslamda namus kavramı hakkında bkz. Erbil (Fn. 7), S. 151ff.

lenmektedir, özellikle Lübnan`da, Suriye`de ve doğu Avrupa bölgesinde<sup>11</sup>. Namus cinayetlerinde belirleyici olan en önemli şart ise, ailenin konumuna veda adına büyük değer biçen, aynı şekilde erkeğin şerefini kadının yaşamından daha değerli gören -özellikle köy yerlerinde kendini gösteren- feodal, ata erkil toplumun mevcutiyevidir. Bu yüzden namus cinayetlerine kurban giden kadınlar olmaktadır. Böylesi bir suçun işlenmesine, ailenin kadın ferdinin kendini alışlagelmiş, feodal dünya bakışına yakın görmeyip, okulda yada mesleki eğitim gördüğü yerde tanışmış olduğu batılı yaşam tarzını benimsemesi, neden olabilir<sup>12</sup>. Namus cinayetinin işlenmesine sebep olarak gösterilebilecek hususlara, evlenmeden önce kaybedilen bekarlık, aile tarafından onaylanmamış bir ilişki yaşamak, aile tarafından seçilmiş olan damat adayının rededilmesi ya da kadının kocasından ayrılması ve ortak çocuklarını yanına alıp başka yerde yaşamaya başlaması, gösterilebilir<sup>13</sup>.

Namus cinayetinin görüldüğü yerlerde, kadının böylesi davranışlarda bulunması aile tarafından ilk etapta, ailenin kadın üyesinin şerefini düşürücü nitelikte görülmektedir. Kadının aykırı davranışı aynı şekilde kocanın şerefini veya kadının üyesi olduğu ailenin erkeklerinin şerefini veda son olarakta ailenin genel şerefini yaralayıcı bir edim olarak değerlendirilmektedir. Böylesi durumlarda ailenin şerefini yeniden geri kazanma görevi ailenin erkek üyelerine düşmektedir. Ailenin şerefini temizlemek, kural olarak, ailenin şerefinin kaybına yol açan kişiye şiddet uygulamakla- gerekirse öldürerek- gerçekleşmektedir. Başlangıçta belirtmiş olduğumuz Sürücü olayıda bu davranış şekline uymaktadır. Bazı şehirlerde, önceden belirtilen sebeplerden dolayı adam öldürme suçlarının yaygın olması ve toplumun bazı kısımları tarafından ahlaki, gerekli davranış olarak görülmesi, böylesi eylemlerin toplumun geneli tarafından veya hukuki olarak onaylandığı anlamına gelmez. Bunu Türkiyeyi örnek vererek açıklamak gerekirse: Türkiye'nin bazı bölgelerinde namus ve kan davası yüzünden işlenen cinayetler normal görülmesine rağmen, Türk Ceza Kanunu 1953 yılından beri kan davası yüzünden adam öldürmeyi kasıtlı nitelikli adam öldürme olarak değerlendirmekte veda bunu ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırmaktadır, hatta 2002 yılına kadar, ölüm cezası kaldırılmadan önce, böylesi cinayetler ölüm cezasıyla bile cezalan-

---

<sup>11</sup> Bundeskriminalamt (Fn. 1), S. 4; Erbil (Fn. 7), S. 167f.

<sup>12</sup> Bundeskriminalamt (Fn. 1), S.4; Terre des Femmes (Fn. 2), S.7.

<sup>13</sup> Bundeskriminalamt (Fn. 1), S.4f.; Terre des Femmes (Fn. 2), S.7.



dırılabilmekteydi<sup>14</sup>. Yeni Türk Ceza Kanununun 01. 06. 2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden beri, kanunun bir önceki halinde hatta haksız tahrik olarak görülüp cinayet suçunda ceza indirimi sebebi teşkil eden, şerefini korumak amacıyla hareket etmiş olmak, yasanın bugünkü haliyle cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir<sup>15</sup>.

### III) ALMANYADA ‘ Kİ CEZAI DURUM

#### 1) Nitelikli Adam Öldürme Sebebi olarak „Alçak- Düşük Sebepler“

Türk Ceza Kanununa göre adam öldürmenin belirtilen sebepler yüzünden gerçekleştirilmesi halinde, bu sebepler adam öldürme suçunda cezayı ağırlaştırıcı sebep oluşturmasına karşın, Almanyada „aile şerefini kurtarmak için“ adam öldürme kendi başına nitelikli adam öldürme suçlarından biri olan, düşük- alçak sebepler yüzünden adam öldürme suçu kapsamı içinde değerlendiriliyor. Nitelikli adam öldürmenin (cinayetin)<sup>16</sup> sabit olup olmadığı, başka bir deyişle adı geçen namus cinayetlerinin nitelikli adam öldürme olarak görülüp görülemeyeceği, özellikle failin kültürel değerlerinin hangi suretle failin ediminin cezayı değerlendirmesinde etkisinin olup olmayacağına bağlıdır.

#### a) Ailenin Şerefının Yeniden Sağlanması

Namus cinayetlerinin ahlaki değerlendirmesinin önemi, cinayet sebebi olarak „düşük-alçak sebeple adam öldürme“ suçunun tanımında çoktan açık bir şekilde açıklanmış vaziyettedir. Yargıtayın<sup>17</sup> oturmuş İçtihatlarına göre, bu kapsamda değerlendirilebilecek motivasyonlar arasında, genel ahlaki değerler bakımından<sup>18</sup> en düşük seviyede görülen, kontrolsüz

---

<sup>14</sup> Kudlich/Tepe GA 2008, 92 (97ff.).

<sup>15</sup> Göztepe EuGRZ 2008, 16 (18ff.); Sözüer ZStW 119 (2007), 717 (744); Türkiye deki hukuki konuma dair ayrıntılı olarak Erbil (Fn. 7), S.211ff.

<sup>16</sup> Alman Ceza Kanununun 212 maddesinde düzenlenmiş olan suçlar basit adam öldürme suçu olarak (Totschlag) nitelendirilirken, 211. maddesinde düzenlenmiş olan adam öldürme suçu Mord (Cinayet) olarak tanımlanıyor (çevirmenin notu).

<sup>17</sup> Bundesgerichtshof yani Alman Yargıtayı (çevirmenin notu).

<sup>18</sup> Sadece görünürde genel geçerliliği olan ahlaki değerlerin tespitinin zorluğuna dair Nehm, in: Festschrift Eser, 2005, S.419 (419); Neumann JR 2002, 471 (472); Otto JZ 2002, 567 (567); Rübing JZ 1979, 617 (620). Değiştirme çabaları için bkz. Alternatif Yaşam Taslağı, gerekçelendirilmenin basıldığı yer GA 2008, 193ff. Ömür boyu hapis cezasını sadece hukuka aykırılığı artırıcı, genel toplumsal tehlike oluşturan öldürme eylemleri için öngören vede bunun neticesinde nitelikli adam öldürme fiili içinde düşünülen, alçak-düşük nedenle adam öldürme kapsamında düşünmekten vazgeçen yaklaşım

kendini üstün görme güdümlü ve de bu yüzden kabulü zor aşağı kabul edilen motivasyonlar sayılabilir<sup>19</sup>. Failin motivasyonunun bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, faili suçu işlemeye iten eylem dürtülerinin bütün iç ve dış faktörlerinin ortaya konularak genel değerlendirmesi vasıtasıyla mümkündür<sup>20</sup>. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlar şöyle sıralanabilir: failin tüm unsurları, failin yaşam ilişkileri, aynı şekilde failin karakteri<sup>21</sup>. Peki şerefi koruma amaçlı adam öldürmeyi bu kıstaslara göre nasıl değerlendireceğiz. Bir başkasının ölümüne sebebiyet vererek kendinin veya ailesinin şerefini korumaya çalışmak, kendi içinde düşük-aşağı bir davranış olarak görülmelidir. Nihayetinde fail toplumsal saygınlığını korumayı veya toplum tarafından benimsenme ihtiyacını bir başkasının (yani maktülün) hayatı üstünde tutmaktadır<sup>22</sup>. Bir başkasının yaşamına saygı duymamakta kendini gösteren davranış şeklini, kabulü imkansız, aşağı (verachtenswert) olarak görmek, kendini özellikle Alman Ceza Kanununun 211. maddesinin 2. fıkrasının 1. grubunda düzenlenmiş olan „düşük sebeplerin“ karşılaştırmasında da göstermektedir: Bu maddede faile, kendinin adam öldürme vasıtasıyla edindiği hazzı (Mordlust), adam öldürme fiiliyle edindiği seksüel tatmini amaçlamasını (zur Befriedigung des Geschlechtstriebes) yada zengin olma hırsıyla adam öldürmesini (Habgier), kurbanının yaşamından daha önemli olarak değerlendirmesi suçlaması yapılmaktadır<sup>23</sup>.

178

Bunun dışında kural olarak olarak şerefi zedeleyici sebeplerden görülen vede bu anlamıyla failin işlenmesine sebep teşkil eden hususları, zorla

---

için; ayrıca farklı cinayet unsurlarının 211 mad. gereğince farklı uygulamalara yol açmasını Anayasaya aykırı olarak gören Mitsch JZ 2008, 336 (340)

<sup>19</sup> BGHSt 3, 132 (133); 42, 226 (228); BGH NJW 1980, 537 (537); JR 2002, 471 (471); NStZ- RR 2004, 332 (333); NStZ 2006, 284 (285). Literatür içinden Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 6. Ed. 2008, §211 Rn. 29; Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 211 Rn. 14; Jaehnke, in: Leipziger Kommentar zum StGB (LK), 11. Aufl. 2001, § 211 Rn. 24; Schneider, in: Münch- KommStGB, Bd. 3, 2003, 211 mad. Rn. 69; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 31. Aufl. 2007, Rn. 95; eleştirel Neumann, in: Nomos-Kommentar zum StGB (NK), 2. Aufl. 2005, § 211 Rn. 26f. m.w. N.

<sup>20</sup> BGH NStZ 2002, 369 (370); NStZ 2005, 35 (36); NJW 2006, 1008 (1011).

<sup>21</sup> BGHSt 35, 116 (127); BGH NJW 1980, 537 (537); NJW 1981, 1382 (1382); JR 2002, 470 (470); NStZ-RR 2004, 332 (333); NStZ 2006, 284 (285).

<sup>22</sup> Vgl. auch BGH, Urteil v. 5.9.2007- Az. 2 StR 306 /07, Rn. 25, maktülün öldürülmesinde failin kendini yeğeni ve ailesinin diğer üyeleri karşısında küçük düşürmek istemeyişinin etkili olduğu olayda olduğu gibi.

<sup>23</sup> Schützt JA 2007, 23 (25); vgl. auch Eschelberg, in: BeckOK- StGB (Fn. 17), § 211 Rn.32.

evlendirmeye karşı gelmek, aile tarafından onaylanmayan bir ilişiyeye başlamak yada batılı yaşam tarzına uygun davranış şeklini benimsemek, şeklinde belirtebiliriz. Sonuç olarak kurbanın yaşamına, kurbanın kendi özel yaşamındaki hususları tek başına düzenlediği, başka bir ifadeyle ailesinin değerlerine uygun şekilde düzenlemediği için, son verilmekte yani kurban öldürülmektedir. Kişinin kendini, -kişisel önemli bir hadise hakkında karar verdiğinden- başkasının yaşamı hakkında karar vermeye yetkili hakim olarak görmesi, sebep ve fiil arasında uygunsuz bir ilişkinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Sayılan tüm unsurların genel değerlendirilmesi ışığında varılması gereken sonuç, namus cinayetlerinin kural olarak, özellikle aşağı-düşük sebeplerden biri olarak görülmesi vede bu cinayetlerin bu kapsamda aşağı-düşük sebeplere dayanılarak işlendiğidir. Sürücü davasında da fail, aşağı- düşük sebepler yüzünden cinayet işlediğinden, nitelikli adam öldürme suçu kapsamında cezalandırılmıştır<sup>24</sup>.

Burda yapılan değerlendirmede dikkat edilmesi gereken husus, bu şekil bir değerlendirmenin Almanya'da etkili olan kültürel değerlere göre yapıldığı, yani kişinin bireysel haklarının özellikle vurgulandığı, kişinin kendi hakkında karar verebilme özgürlüğüne sahip olduğu anlayışının göz önünde bulundurularak yapıldığıdır. Başka kültürel değerlere sahip olunan çevrelerde farklı anlayışların olması, kolektifliğin kişilerin kendilerinden daha önemli olması, aile kurumunun değer yargılarında ana unsuru oluşturması mümkündür. Bu bağlamda adı vurgulanan feodal ata erkil toplumlarda aileye çok önemli bir fonksiyon biçilmekte vede ailenin şerefi orantısız şekilde en önemli değerlerin başında görülmektedir. Bu kapsamda, ailenin konumunun, ailenin şerefini zedeleyen ailenin bayan üyesinin yaşamından üstün olarak görülmesi, kuvvetle muhtemeldir. Bunun neticesi olarak, alenin şerefini zedeleyen aile üyesinin, aile şerefini yeniden sağlamak için öldürülmesi, adı geçen toplumlarda anlaşılır bulunabilir, hatta aşırı durumlarda zorunlu bile görülebilir. Bu perspektiften bakıldığında faili harekete geçiren, eyleme yönlendiren sebepler en aşağı sırada görülmeyebilmekte vede bunun sonucu olarak 211. madde kapsamında değerlendirilmeyebilmektedir.

---

<sup>24</sup> Berlin Asliye Ceza Mahkemesinin 13.4.2006 tarihli kararı Alman Yargıtay'ı tarafından bozulmasına rağmen, Yargıtay kararın sebeplendirilmesini onaylamış, yerel mahkemenin kararını ama hatalı delil değerlendirmesinden bahisle bozmuştur.

## b) Kültürel Çevre Sorunu

Sorulması gereken, hangi ölçütler kapsamında failin eylemine yön veren hareket sebeplerinin değerlendirileceğidir, burda hakim olan değerler mi yoksa failin üyesi olduğu toplumun yada içinde yaşadığı çevrenin kültürel bakış açısı mı? Yargıtay İçtihatlarında vade Literatürde bu sorunun çözümüne dair yaklaşımlar kendi içlerinde farklılık göstermektedir. Fikir birliğinin olmayışını etkili bir şekilde, Yargıtayın en az üç aşamalı gelişim sürecini ihtiva eden İctihadında da görmek mümkündür<sup>25</sup>.

Yargıtay konuya yönelik ilk kararlarını daha önceden, on yıllar öncesinden vermiş durumda. O zamanlar verilmiş olunan kararlarda konu, Yargıtayın daha sonra meşgul olacağı vade Kamuoyunun ve Bilimin dikkatini sonradan çekecek olan, „şerefin korunması amacıyla“ işlenmiş adam öldürme suçları olmamıştır. O dönemde, adam öldürme suçlarında çıkış noktasını, failin aşağılandığı vade hakarete uğradığı için kültürel değerlerinin etkisinde kalarak daha sonrasında fiili işmesi oluşturmaktaydı<sup>26</sup>. Burda failin kendi ülkesindeki bakış açısının failin belirleyici yönünü oluşturmasından dolayı, önceden ortaya konulmuş düşünsel çıkarımlar namus cinayetlerinede uygulanabilir. Yargıtayın konuya yönelik ilk kararlarında dikkati çeken, Yargıtayın, şuna kadar mevcut bakış açısının ötesinde bulunan, kültürel değerlerin hangi açıdan işlenmiş olunan aşağı-düşük sebepli cinayet motivasyonuna etki edeceği konusunda kararsız olduğuydu. Bir bakımdan failin, doğmuş vade içinde büyümüş olduğu ortamın değer ve anlayışlarından etkilenmiş olmasını, failin işlemiş olduğu suçun ahlaki değerlendirmesinde dikkate almanın gerekliliği kendini gösterirken, çünkü faili suç işlemeye yönlendiren sebeplerin düşüklüğünü ancak genel bir değerlendirmede ölçebiliriz vade bu genel değerlendirme içinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar içinde failin karakteride önemli kıstaslardan biridir<sup>27</sup>, başka bir açıdan Yargıtay suçun subjektif yönünü göz önünde bulundurmaktadır: Yargıtaya göre failin bizzat kendisinin işlemiş olduğu fiildeki motivasyonunu alçak- düşük bulması gerekli değildir. Ama her kim, kendi davranışının düşük ve alçak sebeplerle işlenmiş olduğu gerçeğini, kendi karakter

---

<sup>25</sup> Daha önceden Saliger StV 2003, 22 (22f.); aynı şekilde Erbil (Fn. 7), S. 178ff.

<sup>26</sup> Karşılaştırma için bkz. BGH bei Holt MDR 1977, 807 (810). Bahsi geçen olaya, olay zamanında 22 yaşında olan Sicilyalı bir gencin 16 yaşındaki kız arkadaşıyla yanlarında bulunan üç kişiyi, kız arkadaşının kendisini terk etmesi ve de bu üç kişi tarafından hakarete uğraması yüzünden öldürmesi konu olmuştu. Ayrıca BGH StV 1981, 399 (400).

<sup>27</sup> BGH GA 1967, 244; vgl. auch BGH NJW 1954, 565.

yapısı yüzünden hiçbir şekilde kavrayacak konumda değilse, kendi fiilinin düşük ve alçak yönü bakımından kasıtlı hareket etmiyor demektir<sup>28</sup>. (Yani nitelikli adam öldürmeye karakterini veren, basit alçak sebepli adam öldürme kastının varlığı tartışma konusu yapıyor, basit adam öldürme suçuna kastın varlığı sabit olarak görülüyor). Yani Yargıtay başlangıçta sadece kısmen, uluslararası kültürel değerlerden kaynaklı ortaya çıkan gerilim durumunun, failin cezalandırılabilirliğinin tespitinde nasıl dikkate alınacağı konusunda tavrını belirlemiştir<sup>29</sup>.

Buna karşın Yargıtay konu hakkındaki kesin tavrını 1979 tarihli kararında ortaya koymuştur<sup>30</sup>. Karara, bilinen yönüyle, ilk olarak bir olay bahane olmuştur. Bu karar kapsamında, istisnaide olsa, kurbanın bayan değil erkek olduğu vede belirtilmiş olunan, aile şerefine yeniden sağlanması için adam öldürme eylemi konu ediliyor. Olayda, Türk bir öğrenci Türkiye asıllı bir genç kıza hamile bırakıyor, kız ile evlenmeye ama yanaşmıyor. Olaya konu rededilen, evlenilmeye yanaşılmayan kızın babası bu olaydan sonra çevresindeki hemşehrilerinin alayına konu oluyor, bunun üzerine kızın babası olay tarihinde 18 yaşında olan oğluna, kız kardeşini hamile bırakan genci öldürmesi için baskı yapıyor.

Kararın gerekçelerinde, failin bağlı olmuş olduğu, yabancı kültürün etkisiyle edinmiş olduğu özel bakış açısının, değer yargılarının, fiilin vede olayın genel değerlendirmesi kapsamında göz ardı edilemeyeceği ortaya konulmuştur. Bu halde fiilin özel koşulları, örneğin failin içinde yaşamış olduğu çevrenin şerefe dair özel yaklaşımları, dikkate alınmalı, bunun neticesinde failin motivasyonunun düşük- alçak olarak görülemeyeceği sonucunda varılabileceğidir. Failin uzun süreden beri başka bir ülkede (Almanyada) yaşamasına rağmen, yaşamını sonradan devam ettirdiği yabancı toplumun değer ölçülerinin etkisinde kalmaması, bu toplumun değer yargılarını anlama konusunda başarısız olması, buranın hukuk sisteminin fiili değerlendirme ölçütlerini bilmemesinde olduğu gibi, işlenmiş olunan fiile aşağı- düşük sebeplerin yön verdiği (bu anlamda işlenmiş olunan fiili nitelikli suç kılacağı) sonucuna da götürmesebilir<sup>31</sup>. Bunun neticesinde failin kültürel değer yargılarının cinayetin işlenmesindeki etkisi, fiilin aşağı- düşük sebeplerle işlendiği savına karşı dayanak olabildi.

---

28 BGH NJW 1967, 1140 (1141); bei Dallinger MDR 1969, 722 (723).

29 BHH bei Holtz MDR 1977, 807 (810).

30 BGH NJW 1980, 537.

31 BGH NJW 1980, 537.

Bu İctihat ama 1994<sup>32</sup> tarihinde, kan davasına ilişkin bir olaya dair verilmiş başka bir kararla etkinliğini yitirdi. Bu karar Yargıtayın, failin kültürel değerlerinin nitelikli adam öldürme sebeplerinden olan düşük-  
aşağı sebepli adam öldürme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği İctihadının tarihindeki üçüncü aşamanın başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Yargıtay bu kararıyla konuya bakış açısını değiştirerek, yeni bakış açısındaki ölçütleri şu şekilde belirterek.... Almanyada hakim olan hukuk toplumunun bakış açılarının belirleyici olduğundan hareketle<sup>33</sup>, fail suçu işlemiş olduğu ülkenin mahkemelerinde (yani Almanya'da) yargılanacağından, hukuk toplumunun ahlaki ve de hukuki değerlerini tanımayan, bunlara saygı duymayan belirli bir halk grubunun bakış açılarının esaslı olamayacağını vurgulamıştır<sup>34</sup>.

Böylesi objektif ölçütlerin vurgulanması Yargıtay İctihatlarında yeni bir değişimin olduğu anlamına geliyordu ve bu değişim Yargıtay İctihatlarının ikinci aşamasının başlangıcında da görülmüş olduğu gibi, kendinden önceki kararlar ve gerekçelendirilmeler göz önünde bulundurulduğunda, dönüşüme yol açan bir değişimdi. Sonuç olarak bu yeni İctihat bundan önce hakim olan düşüncelerle birlikte literatür de takip edilecek düşünce olacaktır<sup>35</sup>. Keza, failin çevresinin değer yargılarının ön plana alınması, birden fazla değerlendirme ölçüsünün mevcut olmasına yol açabilir<sup>36</sup>. Bu ama sadece pratik sebepli zorluklara, örneğin mahkemede sunulacak delillerin bulunmasının daha zorlu hale gelmesinde olduğu gibi, aynı zamanda amaçlanan, kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanmasının gerekliliği bakış açısından düşünüldüğünde de sağlıklı olmayan sonuçların ortaya çıkmasında neden olabilir, örneğin farklı kültürel çevreden gelen failer düşünüldüğünde bu kaygı daha bir anlaşılır hale gelmektedir<sup>37</sup>. Ortak objektif değerlendirme ölçütlerinin bulunması-

---

32 BGH NJW 1995, 602.

33 Ortak hukuki toplum değer yargılarının varlığı tartışmasına dair bkz. daha önceden Köhler JZ 1980, 238 (240); ayrıca Fabricius StV 1996, 209.

34 BGH NJW 1995, 602; aynı şekilde BGH NStZ 2002, 369 (370); NJW 2004, 1466 (1467); NStZ 2005, 35 (36).

35 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 206, 211 § 211 Rn. 19; Mommsen NStZ 2003, 237 (238) ve diğerleri.

36 Bunun dışında dikkate alınması gereken başka bir husus, namus cinayetlerinin özellikle yaygın olduğu şehirlerde genel bir değerlendirme ölçüsünün de olmayışdır; Rohe JZ 2007, 801 (805).

37 Jähne, in: LK (Fn. 17), § 211 Rn. 37; Schneider, in: MünchKommStGB (Fn. 17), § 211 Rn. 94; Nehm, in: Festschrift Eser (Fn. 16), S. 419 (426); Otto JURA 2003, 612 (617).

nın gerekliliği kendini Ceza Kanununun 211. maddesinde de düzenlenmiş olan, nitelikli adam öldürme suçunun işlenmesine neden düşük- alçak hareket sebeplerinin karşılaştırılması halinde de göstermektedir. Örneğin her kim adam öldürme suçunu, sınırı olmayan kâr elde etme amacıyla işliyorsa, yani aç gözlü olduğundan dolayı, adam öldürme suçunun nitelikli halini yani cinayet (Mord) suçunu işlemektedir vede bu durum, failin zengin olmak amacıyla suç işlemesinin yanlış bulunmadığı bir toplumdan gelmiş olması halinde de değişmemektedir. Ama failin içinden gelmiş olduğu ortamın, sayılmış olunan gerekçelerden bahisle (yani zengin olmak amacıyla) cinayet işlemeyi yanlış bulması halinde de, sorunun cevabı, başta da belirtildiği gibi değişmemekte yani aynı kalmaktadır (fail aşağı- düşük sebepler yüzünden nitelikli adam öldürme suçunu işlemiştir).

### c) Ailesel vede Toplumsal Baskılar

Bu haliyle sonuç olarak diyebilirizki, yerel devletin hukuki toplumunda geçerli olan değerlendirme ölçütlerinin fiili nitelendirmede asıl olduğu vede bu haliyle namus cinayetlerinin her haliyle düşük- alçak sebeple işlenmiş olan cinayetler kapsamında değerlendirilmesinin gerekliliğidir. Fakat dikkat edilmesi gereken bir noktada varki oda, fiilin işlenmesine neden olan (olayımızda ailenin şerefine zedelenmiş olması) gerekçelerin, aynı zamanda failin fiili işlediği esnadaki motivasyonunu oluşturma zorunda olmadığıdır. Bu durum özellikle failin kendi bireysel kararıyla değil, bir başkasının kuvvetli ısrarlarına dayanamayarak suçu işlemesi halinde sözkonusudur. Öyleki namus cinayetlerine genelde, aile meclisi karar vermektedir vede aile meclisinin kararı kurbanın kardeşlerinden biri tarafından yerine getirilmektedir<sup>38</sup>. Bu tür durumlarda ihtimal dahilinde olan, failin ailenin üyelerinden birini kendi özgür iradesiyle öldürmediği veya en azından sadece ailenin şerefine kurtarmak için hareket etmediği, aksine ailesinin beklentilerini yerine getirme hissini vede ailesi tarafından fiili işlemesine dair yapılmış olan baskıların, fiilin işlenmesinde başlıca faktörleri oluşturduğudur.

Böylesi farklı motivasyon çeşitliliğinin olduğu durumlarda belirleyici olan, faili cinayetin işlenmesine yönlendiren sebeplerden hangisinin failin bilincinde etkin olduğu vede bu şekilde fiilin işlenmesine şeklini verdiği-

---

<sup>38</sup> Terre des Femmes (Fn. 2), S. 25f.; vgl. auch Bundeskriminalamt (Fn. 1), S. 13f.

inin belirlenmesidir<sup>39</sup>. Sadece bunun ahlakilik hükmünde dikkate alınması gerekmektedir vede bu çerçevede adam öldürme olayının gerçekleşmesi değerlendirmesinde fiilin basit adam öldürme mi yoksa nitelikli cinayet mi değerlendirmesi yapılmalıdır. Faile fiili işlemesi için yapılan baskının önemli (belirleyici) olarak dikkate alınabilmesi için, aile şerefının korunması motivasyonunun öyle arka planda kalması gereklidir ki, sadece faile yapılan baskı fiilin işlenmesinde asıl tetikleyici unsur olarak görülebilsin. Bunun içinde failin ailesinin şeref anlayışını tartışmasız kabul etmemiş olması vede hatta bu ahlaki değer yargılarını bizzat kendisinin sorgulamış olması gerekmektedir. Bu anlamda kendi değer yargılarına sıkı sıkıya bağlı olan failin, ailesinin üyelerinden birini öldürmekten sadece sıkıntı duymuş olması, failin fiili işlemesinde aile tarafından uygulanmış olan psikolojik baskının bilincinde asıl etkiyi yarattığı savının kabulü için yeterli değildir.

Fail ilk etapta kendisine yapılan baskı ortamından kurtulmak için hareket etmiş olsa bile bu, fiilin alçak-düşük sebeplerle işlenmemiş olduğu sonucunu doğurmaz. Özellikle her kim ki namus cinayetini, ailesinin beklentilerini boşa çıkarmamak için işlemişse, her halükarda aşağı- düşük sebeplerle cinayet işlemiştir, çünkü fail ailesinin motivasyonunu kabullenmiş vede bu düşünce tarzını kendi düşünce tarzı haline getirmiştir<sup>40</sup>. Daha ziyade failin tek bir seçim hakkına sahip olduğu bir uyumsuzluk ortamının olmuş olması gerekir, yani şöyleki; fail ya kendisine uygulanan baskıya boyun eğecek ve rızası dışında cinayeti işleyecek yada kendisine uygulanan zorlamalara karşı gelecek vede bu karşı gelmenin sonuçlarına katlanacak. Karşı gelmesi durumunda, bunun sonuçlarının çok ağır olacağı, öyleki fiili işlemesine neden olan hareket noktasının öyle düşük- aşağı görülüp görülemeyeceği, somut olayın koşullarına ve gelişimine bağlıdır. Burdaki değerlendirmede, yine önceden belirtilen ilkeler çerçevesinde, yani yaşanan ülkenin sınırları içinde geçerli olan genel hukuk toplumu değer yargıları esas alınacaktır.

Buna göre Yargıtay esas itibariyle, haklı olarak aşağı- düşük sebeplerin varlığını, failin kendisine ödev olarak verilen fiili gerçekleştirilmemesi ha-

---

<sup>39</sup> BGH NStZ 1997, 81; NStZ 2006, 338 (340) m.w.N.; NStZ -RR 2007, 111; Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 17), §211 Rn.23; Neumann, in: NK (Fn. 17), § 211 Rn.31; Schneider, in: MünchKommStGB (Fn. 17), §211 Rn. 77; başka düşüncede olan Eser, in: Schöнке/Schröder (Fn.34), § 211 Rn. 18'e göre etkili motivasyonlardan birinin alçak ve düşük olarak sınıflandırılması yeterli olmaktadır.

<sup>40</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 395 (395); Kriminalistik 1994, 127.



linde vede bunun neticesinde en kötü halde aile içindeki itibar vede şerefini kaybedeceği durumda da, kabul etmiştir<sup>41</sup>. Fail böylesi bir sonucu içinde yetmişmiş olduğu toplum değer yargılarına göre çok ağır bulsada, bu aslen önem taşımamaktadır, keza aksi halde içinde bulunduğu kültürel çevrenin değer yargılarının fiilin değerlendirmesinde ölçüt olarak geçerli olması ileri sürülebilir. Somut olayda, yapılması gereken genel değerlendirme kapsamında, keza Yargıtay olayı geri göndermiş vede olay hakkında bağlayıcı kararı kendisi vermemiştir, dikkat edilmesi gereken, itibar vede şerefin toplum içinde kaybedilmesinin hangi somut sonuçlara yol açacağı vede bunun neticesinde failin üstündeki baskının nihayetinde kapsamının ne olacağıdır. Şayet toplum içindeki itibar vede şeref kaybı, failin öyle etkin bir sosyal aşağılanmasına yol açıyorsa vede bunun sonucu fail toplum tarafından sürekli bir şekilde soyutlanacaksa vede toplumda bir daha yeri olmayacaksa, failin kendisine yüklenen cinayeti işleme görevini istemeyerek gerçekleştirmiş olsada fiilin düşük-aşağı olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği iddiası şüphe götürmez bir yaklaşım değildir<sup>42</sup>. Failin kendisine uygulanan baskıya dayanamamasını, her hâlükârda aşağı olarak değerlendiremeyiz, şayet fail fiili gerçekleştirmemesi durumunda, kurbanının başına gelecek benzeri bir sonuçla yüzleşmek zorunda kalacaksa, örneğin fiziksel şiddete maruz kalacak yada hatta öldürülme tehlikesiyle baş başa kalacaksa<sup>43</sup>.

#### **d) Değerlendirme Ölçütleri ve Değerlendirme İlkesi**

Elimizde bulunan açıklamalar kapsamında ortaya çıkan değerlendirme farklılıkları şöyle: Belirleyici olan değerlendirme ölçütleri daima yerel hukuk toplumu değer yargılarıdır vede bu değer yargılarıyla çelişen kültürel bakış açıları dikkate alınamazlar. Ahlaki değerlendirmeye bu belirtilen ortak değerlendirme ölçütleri vasıtasıyla tabi olan değerlendirme il-

---

<sup>41</sup> BGH NStZ 2002, 369 (370): Bir kürt baba kızının evlenme isteğini, evlenmek istediği kişinin PKK'nin üyelerinden biri olması vede özellikle yarı sakat olması yüzünden redetmiştir. Bu olay babanın şerefini zedelemiş vede bu yüzden baba şerefinin yeniden temizlenmesini PKK'nın bölge sorumlusundan istemiştir. Kız ile PKK üyesinin ilişkilerine son vermelerine dair bütün çabalar sonuçsuz kalınca, bölge sorumlusu PKK'nin üç tane sempatizanına, buarada islami hukuka göre evlenmiş olan kız ve PKK üyesini öldürmeleri emrini vermiştir. Bu üç sempatizan ilk başta ölüm emrini yerine getirmeme yönünde çaba sarf etmişlensede başarılı olamamışlar vede sonunda emre boyun eğerek verilen emri yerine getirmişlerdir.

<sup>42</sup> Buna dair bkz. Baumeister (Fn. 7), S.145ff.

<sup>43</sup> Vgl. BGH NStZ 2002, 369 (370).

kesiyse buna karşın kültürel etkileşimler bakımından açık bir konuma sahip, öyleki failin yerel bakış açıları veya çevresi sadece vasıtalı olarak değerlendirmeye alınabilirler. Bu halde, failin işlemiş olduğu aşağı-düşük fiile motive olmasının nedeni kendisine uygulanmış olan baskıdır düşüncesi ihtimal dahilindedir, keza failin bu aşağı- düşük öldürme emrini yerine getirmemesi, ait olmuş olduğu kültürel çevre tarafından kabahat olarak görülecek vede buna istinaden fail cezalandırılacaktır.

Hangi (gerekirse kültürel) sebep fail için etkili bir baskı durumu oluşturmuştur, öyleki yerli değer yargıları kapsamında failin verilen ödeve boyun eğmiş olmasının (aynı zamanda) aşağı hareket sebebi olarak görülmemesi, bu haliyle önemsizdir. Fail aşağı- düşük sebeple cinayet işlemiş olmaktadır, şayet fail yerli bakış açılarından etkilenmiş bir ortamda böylesi bir uyumsuzluk sorununa maruz kalmayacak idiyse. Daha ziyade ama etkili olan gerçek durumlardır, yani bunların ortaya çıkmasının nedeni olan olanak dahilindeki kültürel sebeplere rağmen yada ulaşılmış olduğu etkiye rağmen, gerçek baskı ortamının şiddetidir. Bu haliyle akla gelebilecek, kültürel değer yargılarının sadece sınırlı yada dolaylı etkisinden dolayı başka düşük- alçak sebeplerin kültürel yönü açık maddi eylem unsuru olarak nitelendirilmesinin, haklı vede hukuka uygun olduğudur.

186

## **2. Kültürel Değer Yargılarının Dikkate Alınabilmesinin Başka Şekilleri**

Bunların dışında failin kültürel değer yargılarının dikkate alınabilmesi için farklı yöntemlerde mevcuttur. Bu tür düşünce şeklinin çıkış noktası yine önceden vurgulanmış olan Yargıtay'ın İctihadına göre üç farklı faktörün birbirinden ayrılması yöntemidir.

### **a) Tetikleyici Sebep olarak Bilgi**

İlk olarak tartışmasız olan, failin fiilin işlendiği anda kendi hareket noktasını aşağı- düşük yapan sebepleri bilmesi gerekmektedir. Bunun için failin, onu yönlendiren hareket sebebinin fiili işlemesindeki etkisini bilmesi gerekmektedir. Fakat, failin fiili işlemesine yönlendiren motivasyondan haberdar olmaması sadece istisnai durumlarda söz konusudur<sup>44</sup>. Bu durum özellikle, kural olarak failin ani bir kararla harekete geçmediği, aksine aile meclisinin bilinci vede ortak kararı vede emriyle karakterize olmuş namus cinayetleri için geçerli değildir.

---

<sup>44</sup> BGH NStZ 1989, 363 (363).

## b) Düşük- Aşağı Haraket Sebebi olarak Bilinç

Gerçek, etkili haraket sebeplerine dair bilinçten bunların hukuki değerlendirilmesine dair bilinci ayırmak lâzımdır. Bazı Yargıtay kararlarında, faile alçak- düşük sebeple cinayeti işlediği suçlaması yapılabilmesi için, failin kendi haraket sebeplerinin anlamını ve fiilin değerlendirmesindeki amacı kavraması gerektiğinden haraket edildiği görünümü ortaya çıksada<sup>45</sup>, buna karşın özellikle daha yeni olan kararlarda savunulan düşünce, failin haraket sebeplerinin hukuki değerlendirmesinde, failin fiili ne alçak- düşük sebeple işlemiş olmasını istemek nede failin fiilin alçak- düşük sebeple işlendiğini kabul etmesini aramak, gerekmektedir<sup>46</sup>. Yani, her kim kendi yöresel kültürel bakış açısının sonucu olarak namus cinayeti işlerse, ne kendinin kendi cinayetine motivasyonunu özellikle aşağı bulmuş olması nede kendi haraket sebeplerinin yerel hukuk toplumu değerlerine göre aşağı bulunduğu bilincine sahip olması gerekmektedir.

Gerçekten de böylesi anlam bilincine sahip olunması gerekli değildir<sup>47</sup>. Şöyleki, eğer fiile yön veren haraket sebeplerini yerel hukuki toplum değerleri ışığında genel değerlendirme ölçütlerine tabi tutarsak, sonuç olarak denilebilecek şey, fiile rengini veren motivasyon sebeplerinin alçak- düşük olup olmadığına karar verme yetisinin, mahkeme tarafından temsil edilen topluma ait olduğudur. Failin kendi haraket sebeplerini nasıl değerlendirdiği buna karşın kesinlikle belirleyici değildir. Anlam bilincine karşı ileri sürülebilecek başka bir husus ise, kendi adaletini sağlamaya çalışan failin, işlenen fiilin motivasyonunun özellikle ahlaki açıdan aşağı- düşük olarak değerlendirilmesi gerekliliğini algılamaksızın, kendi edinmiş olduğu körsel (sıg) bakış açısıyla işlediği fiili normal olarak görmesi ayrıcalığına sahip olmasıdır.

## c) Düşünüp Karar Verebilme Yetisi

Yargıtay'ın kültürel değer yargılarının dikkate alınabilmesine yönelik üçüncü vede nihayetinde sonuncu çözüm yolu önerisinde konu edilen hu-

---

<sup>45</sup> BGH NStZ 1981, 100 (101); NStZ 1989, 363 (363); vgl. buna karşı BGH NStZ 1993, 281 (281).

<sup>46</sup> BGH NStZ-RR 2004, 44 (44); NJW 2004, 1466 (1467); NStZ 2004, 620 (621).

<sup>47</sup> Aynı şekilde Fischer (Fn. 17), § 211 Rn. 16; Jähnke, in: LK (Fn. 17), § 211 Rn. 33; Nehm, in: Festschrift Eser (Fn. 16), S. 419 (429); gerçek sebep ile değerlendirilen sonuç arasında ayırım yapılmasına karşı eleştirel duran Jakobs ZStW 118 (2006), 831 (837 Fn. 26).

sus, failin yöresel bakış açılarının failin düşünüp karar verebilme yetisine olan etkisi. Yargıtay tarafından, failin fiilin işlenmesinde etkili olduğu ölçüde (vede işlediği fiilin düşük- alçak sebeple işlenmesine neden olduğu ölçüde) hissel vede güdüsel hareketlerine düşünsel olarak hakim olabilmesi vede isteksel olarak yön verebilmesinin zorunluluğu, sık sık vurgulanmış durumdadır<sup>48</sup>. Şöyleki anlam bilinci anlayışı (rededilmesi gereken anlayış) sınırları içinde, failin fiilin işlenme anında kendi motivasyonunun yerel hukuk toplumu değerlerine göre alçak- düşük olarak nitelendirildiğini bilmesi gerekli görülmemekle birlikte, failin bu yönlü değerlendirme yetisine haiz olabilmesi gerekmektedir, çünkü aksi halde fail kendi hareket sebeplerinin değerlendirilmesinden bahisle hareketinin düşük- alçak sebepli olduğu nu kavrayamaz.

Buna göre düşük- alçak sebepli cinayet suçundan hüküm giyilebilmesi istinai olarak mümkün olamayabilir<sup>49</sup>, şayet fail öldürme motivasyonunun özellikle aşağı olduğunu baştan beri kavrayabilecek yetide değilse veya içindeki kuşkulara rağmen kendini adam öldürmeye karar verdirten etkili güdülerden nasıl kurtaracağını bilemiyorsa. Bahsi edilen zorunlu, motivasyonuna hakim olabilme potansiyeline<sup>50</sup> kendi yöresel bakış açılarından o kadar çok etkilenmiş, o tür bakış açılarına sıkı sıkıya bağlı olan, öyleki içinde yaşamış olduğu ülkenin değer yargılarını ne algılayabilecek nede kabul edebilecek durumda olan fail örnek olarak gösterilebilir. Bu tür durumlarda faile öldürme eylemi (bu haliyle basit adam öldürme suçu) yüklenebilirken, hareket sebebinin aşağılıklığı vede düşüklüğü (yani cinayet suçu) suçlaması yapılamaz<sup>51</sup>.

Düşünme ve karar verebilme yetisi yöntemi bu haliyle tereddüt etmeden kabul edilebilecek yöntem olarak görünmemektedir. Yargıtay tarafından açık bir şekilde belirtilmemiş olsada, bu yöntemin götüreceği sonuç, §§ 20, 21 StGB (Alman Ceza Kanunu'nun 20. ve 21 maddeleri gereğince

---

<sup>48</sup> BGH NJW 1981, 1382 (1382); NStZ 1981, 100 (101); NStZ 1989, 363 (363); NStZ 1993, 281; NJW 1995, 602 (603); NStZ 2002, 369 (370); NJW 2004, 1466 (1467).

<sup>49</sup> BGH NJW 1995, 602 (603) kan davası bakımından; vgl. ayrıca BGH NStZ 2002, 369 (370).

<sup>50</sup> Konu hakkında karşılaştırma için Schneider, in: MünchKommStGB (Fn. 17), § 211 Rn. 98ff.; psikiyatrik sebeplere dair Dannhorn NStZ 2007, 297 (300ff.).

<sup>51</sup> BGHR StGB § 211 Abs. 2 düşük- alçak hareket sebepleri 2, S.2.

azaltılmış, eksik) kusurluluk ilkesinin uygulanma alanı bulmasıdır<sup>52</sup>. Ama bu halde kültürel değer yargılarıyla Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiş olan „hastalıklı ruhsal sorunlar ... etkili bilinç bozuklukları.... Budalalık yada başka ağır ruhsal iğrençliklerle aynı kefeye konulmaktadır. Böylesi bir sonuç, eski mahkeme kararlarında hükme gerekçe olan, yöresel bakış açılarına körü körüne bağlılığın karakter eksikliği olarak görülmesiyle eşit anlamlı olmakla birlikte<sup>53</sup>, failin kültürel etkileşimini bir hastalık şekli olarak lanse etmek veya faili sadece kültürel vasıfları yüzünden tedaviye ihtiyacı olan biri olarak göstermek, önüne geçilemeyecek veda kabul edilemeyecek bir sonuca götürür, yani farklı kültürlerin kabul edilemez şekilde aşığılanması sonucuna<sup>54</sup>.

#### d) Hukuka Aykırılık Bilinci

Yargıtay'ın -görüldüğü kadarıyla- takip etmediği tercih edilebilir başka çözüm yöntemi daha da var. Bu sağırtabilir, çünkü tercih edilmesi gereken yöntem ile, Yargıtay'ın şüana kadar takip etmiş olduğu yöntemler arasında (özellikle eksik kusurluluk ilkesinden hareket eden arasında) belirli bir oranda yakınlığın olduğu söylenebilir. Bahsini etmiş olduğumuz yöntem, sadece Ceza Hukuku'nun sistematik çerçevesinde dile getirilmiş olmayan, aynı zamanda kendine Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde de yer bulmuş olan hukuka aykırılık bilinci anlayışından hareketle edinilmiş olan yöntemdir<sup>55</sup>.

Hukuka aykırılık bilinci kusurluluk ilkesinin bağımsız, failin hukuk düzeninin kurallarını çiğnediğini, yani hukuka aykırı davrandığını bilebilme yetisini şart koşan, bir unsurudur. Failin bu bilince sahip olmadığı durumlarda, fail yasak yanılığısı (Verbotsirrtum) içindedir demektir. Düşük-alçak sebepli adam öldürme (cinayet) suçu bakımından kendini yasak yanılığısı içinde bulan kişi, her kimki, suçu işlemedeki motivasyonu-

---

<sup>52</sup> Erbil (Fn. 7), S.195; Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 17), § 211 Rn. 34.1; Neumann, in: NK (Fn. 17), § 211 Rn. 45; ders. JR 2002, 471 (473); Schneider, in: MünchKommStGB (Fn. 17), § 211 Rn. 99; Saliger StV 2003, 22 (239); Trück NSTz 2004, 497 (499).

<sup>53</sup> BGH GA 1967, 244 8244); bei Holtz MDR 1977, 807 (810); karşılaştırma için aynı zamanda BGH NJW 1954, 565 (565).

<sup>54</sup> Haklı olarak Erbil (Fn. 7), S. 195; Fabricius StV 1996, 209 (211); karşılaştırma için ayrıca Saliger StV 2003, 22 (24).

<sup>55</sup> Aynı şekilde, daha önceden dile getirmiş olan, Erbil (Fn. 7), S. 194ff.; karşılaştırma için ayrıca Fabricius StV 1996, 209 (211); Jähnke MDR 1980, 705 (709); Köhler JZ 1980, 238 (240); Momsen NSTz 2003, 237 (242); Nehm, in: Festschrift Eser (Fn. 169, S. 419 (426); Trück NSTz 2004, 497 (498).

nun bunun ötesinde (basit adam öldürme suçunun ötesinde), daha ağır bir hukuka aykırılık durumu yarattığını taktir edemiyorsa, odur. Bu demektirki, fail işlemiş olduğu (yada işleyeceği suça suçu işlediği anda) suça kendini yönlendiren sebeplerin, basit adam öldürme suçunun sınırını aşan, daha ağır bir hukuka aykırılık durumu yarattığını bilmesi, yada bilebilecek durumda olmuş olması bilincine sahip olması gerekmektedir. Fail bilincinin dayanak noktası herhangi bir adam öldürme suçunun işlenmesindeki hukuka aykırılıkta kendini gösteren değil, aksine kendini düşük- alçak sebeple adam öldürmede gösteren bağımsız hukuka aykırılık bilincidir.

Bu belirtilenler tabiki, hukuka aykırılık bilincinin sadece hukuka aykırılığı arttırıcı, ama hukuka aykırılığı gerekçelendirici maddi unsurların gerçekten düşünülebilir olduğu durumları vede düşük- alçak sebepli adam öldürme suçunun hareket sebeplerinin hukuka aykırılık bilincinden ayrılabilir olmasından hareket edebilmeyi, şart koşturmaktadır. Yargıtay tarafından böylesi bir durumun varlığı, fiilin asıl maddi unsuru ile nitelikli hali arasındaki ilişki bakımından genel olarak red edilmektedir<sup>56</sup>. En azından, fiilin nitelikli halinin gerçekleştirilmesi, şayet nicel olarak daha ağır hak zedelenmesine yol açmıyorsa, aksine fiile daha başka bir damga vuruyorsa vede bu suretle- cinayet sebebi olarak başka düşük, alçak sebeplerde mevcut olduğu gibi- hukuka aykırılık bilincine dayanma noktası sağlıyorsa, öyleyse düşük- alçak sebepli adam öldürme suçunun hareket sebeplerinin hukuka aykırılık bilincinden ayrılabilmesi mümkündür<sup>57</sup>.

Peki, eğer fail Almanya`da hakim olan değer yargılarının tersine, fiili işlediği andaki hareket sebeplerini hukuka aykırılığı arttırıcı bir neden olarak değerlendirmemişse bunun hukuki sonuçları ne olacaktır. Böylesi bir yasak yanılıgaması Ceza Kanunu`nun 17. maddesinin birinci cümlesine göre kusurluluğu ortadan kaldıracı bir sebep oluşturabilecektir<sup>58</sup>, eğer failin yanılıgısı engellenebilecek, önüne geçilebilecek bir yanılıgı değilse.

---

<sup>56</sup> BGHSt 8, 321 (324); 10, 35 (42); 15, 377 (383); 42, 123 (130).

<sup>57</sup> Neuman n, in: NK (Fn. 17), § 17 Rn. 37; aynı şekilde Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 17 Rn. 6; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 17; Sternberg- Lieben, in: Schönke/Schörededer (Fn. 34), § 17 Rn. 8; Vogel, in: LK, Bd. I, 12. Aufl. 2007, § 17 Rn. 22; daha kapsamlı şekilde Heuchemer, in: BeckOK- StGB (Fn. 17), § 17 Rn. 9f.; Joecks, in: MünchKommStGB, Bd. 1, 2003, § 17 Rn. 17f.

<sup>58</sup> Burda bahsi edilen basit adam öldürmedeki kusurluluk sorunu olmayıp, nitelikli adam öldürmenin şartlarını oluşturan unsurlara yönelik kusurluluktur (çevirmenin notu).

Buna göre fail- şayet başka nitelikli adam öldürme sebepleri mevcut değilse- sadece basit adam öldürme suçundan dolayı Ceza Kanunu'nun 212. maddesine göre cezalandırılabilir. Ama failin içine düşmüş olduğu yanılığ engellenebilecek bir yanılığysa, 17. maddenin ikinci cümlesine göre bu durumun ceza indirimi nedeni oluşturup oluşturamayacağı mahkemenin taktirine bağlıdır, yani mahkeme, önüne geçilebilecek yanılığyı ceza indirimi sebebi olarak değerlendirirse ömür boyu hapis cezası yerine alt sınırı üç yıldan aşağı olmayacak süreli hapis cezasına 49. maddenin birinci bendinin birinci numarasına göre hükmedebilecektir.

Şunu da belirtmek gerekirken, Yargıtay vede literatür'ün eksik olan hukuka aykırılık bilincinin engellenemezliğinin kabul edilip edilemeyeceğine dair aramış olduğu şartlar bayağı fazla vede ağır. Bu haliyle, örnek kabilinde belirtmek gerekirse, fail kendisinden beklenen zihni olgunluğuna vede ahlaki değer anlayışına göre- mecazi olarak sık sık kendi vicdanının sesi tarafından uyarılmasına rağmen<sup>59</sup>- kendi ediminin hukuka aykırılık derecesini algılayabilecek durumda olmuş olmaması gerekir. Ama, failin fiilini değerlendirmesi halinde aklına düşen şüphe durumlarından birebir kendisi kafa yorarak yada gerekirse başkalarına danışarak kurtulabileceğini de unutmamak gerekir<sup>60</sup>. Bu yüksek taleplerin namus cinayetleri için taşımış olduğu anlam, önüne geçilemeyecek bir yasak yanılığmasının sadece nadir durumlarda söz konusu olabileceğidir. Böylesi bir durum, örneğin failin kendi yöresel bakış açılarına çok muhafazakar şekilde bağlı olduğu vede integrasyon (kaynaşma) eksikliğinden dolayı içinde yaşamış olduğu toplumun (örneğin Alman toplumunun) değer sisteminin etkisiyle kendi ahlaki davranışlarının doğruluğunu sorgulama gereksinimi bile duymadığı veya kendi kültürel değerlerine

---

<sup>59</sup> BGHSt- GS- 2, 194 (201 f. und 209); 3, 357 (365f.); 4, 1 (5); 4, 236 (243); 21, 18 (20); Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl. 2007, Rn. 466.

<sup>60</sup> BGHSt 4, 236 (243); 9, 164 (172); 21, 18 (20). Alman Ceza Hukukundaki yasak yanılığmasının ceza indirimi sebebi olarak gündeme gelebilmesi için, failin gerekirse fiilinin hukuki neticesi hakkındaki şüphesini gidermesi için bir avukattan fikir alışverişinde bulunmuş olması gerekmektedir, keza avukata danışmış olan kişinin fiilinin hukuki sonuçları hakkında yanılığya düşmesi de zor görüldüğünden, yasak yanılığması durumu sadece istisnai durumlarda ceza indirimi sebebi oluşturmaktadır (çevirmenin notu).

karşı gelinebileceği gibi bir durumun fail için ihtimal dahilinde bile olmadığını hallerde akla gelebilir<sup>61</sup>.

#### IV. SONUÇ

Ceza Hukuku bakımından namus cinayetleri de kural olarak nitelikli adam öldürme (cinayet) suçunu oluşturmaktadır. Fail burda, yetişmiş olduğu kültürel çevrenin etken değer yargıları çerçevesinde düşük ve alçak sebeple hareket etmektedir, çünkü fail kurbanın yaşamını ailenin şerefinden daha değersiz olarak görmektedir vede kendini geçersiz, kabulü imkânsız sebeplere dayanarak olay üzerinde karar vermeye yetkili hakim olarak görmekte vede böyle davranmaktadır. Faili fiili işlemesine yönlendiren kültürel değer yargıları istisnai durumlarda cinayet suçu unsurlarından olan düşük- alçak sebeplere dayanarak fiili işleme unsuru ortadan kaldırılabilmektedir, özellikle fail kültürel çevrenin etkisiyle kendini aşırı baskı altında hissediyorsa.

Bu ama failin kültürel bakış açılarının başka bir noktada dikkate alınmayacağı sonucunu doğurmamaktadır. Failin fiili işlemesine neden motivasyonunun, içinde yaşamış olduğu toplum tarafından özellikle aşağı- düşük olarak bulunduğunu bilmemesi, faili genel olarak temize çıkarmamakla birlikte, failin hareket sebeplerinin aşağı- düşük olduğunu vede bu yüzden fiilin ağırlaştırılmış hukuka aykırılık durumu yarattığını yanlış taktir etmesi halinde, failin işlenmiş olan nitelikli adam öldürme suçu bakımından hukuka aykırılık bilincine sahip olmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Yasak yanılığısı yöntemi mahkemelere sadece esnek olan çözüm yolu sunmamakla birlikte, mahkemelere somut olayın özel durumlarını yeterli oranda dikkate alabilme imkânında sağlamaktadır. Yasak yanılığısı- istisnai olarak- önüne geçilemeyecek bir yanılığıysa, bu durum failin nitelikli adam öldürme suçu bakımından kusurluluğunu ortadan kaldırmaktadır vede fail sadece basit adam öldürme suçundan dolayı yargılanıp cezalandırılabilir. Şayet yasak yanılığısı- genelde olduğu gibi- önüne geçilebilecek bir yanılığıysa, mahkemenin ihtiyari olarak ceza indirimine başvurabilmesi yolu da açıktır. Bu halde fail, nitelikli adam öldürme suçundan dolayı yargılanabilecek, ancak ömür boyu hapis cezasına mahkum olmaktan da kurtulacaktır.

---

<sup>61</sup> Vgl. Küper JZ 2006, 608 (611); Saliger StV 2003, 22 (25). Başka kültürel çevreden gelmiş olanların hukuka aykırılık bilincine dair genel olarak, Laubenthal/Baier GA 2000, 205ff.



# GAYRİRESMİ EVLİLİKLERDE, EŞLERİN İNSAN HAKLARI YOLUYLA KORUNMASI<sup>1</sup>

Susan RUTTEN\*<sup>2</sup>

Çeviren: Ahmet TAŞKIN\*\*

## 1. Giriş

Devletler, geçerli bir evlilik için yapılması gerekenleri ve bir evliliğin sonuçlarını emredici olarak düzenlerler. Hollanda gibi bazı devletler yalnızca resmi evlilikleri onaylarken, bazıları da bu evliliklerin hukuki sonuçlarını tanımaktadır; bununla birlikte bu ülkeler resmi evlilikten sonra evliliğin bir parçası olarak dini merasimlere de izin vermektedir.

Bunun en çok bilineni, çok kültürlü ve çok dinli toplumlarda farklı gruplara mensup insanların anlaşarak resmi evlilikten sonra bu yola başvurmalarıdır. Bu gruplar içinde mevcut bulunan normlar, değerler ve gelenekler yaşadıkları toplumun resmi ve şekli kuralları ile uyumlu değildir. Resmi hukukun yanında resmi olmayan hukuk kuralları da varlığını sürdürmektedir. İnsanlar, resmi olmayan bu kurallar dâhilinde kendi kültür, din ve geleneklerine göre evlenirler ve daha sonra kendi sosyal çevrelerinde eş (evli) olarak bilinirler. Bu evlilik, resmi bir gereklilikten dolayı devletin hukuk düzeni tarafından tanınmazsa, gayri resmi evlilik olarak adlandırılır.

İnsanları çoğu, kendilerine bazı kolayıklar ve haklar sağladığı için çoğunlukla medeni statüye kavuşmayı önemsemekte, bu nedenle de medeni evlilik yapmaktadırlar. Bunun sonucu olarak insanlar çok sık olarak birisi resmi, diğeri kültürel ve dinsel geleneklere uygun iki farklı evlilik yapmaktadır.

Bununla birlikte, insanların yaşamış oldukları yerdeki koşullara göre gayri resmi evlilikler de olmaktadır. Bunlardan birisi, resmi evliliği bilmediği için gayri resmi evliliğe girişenlerin durumudur. Kanuni açıdan

<sup>1</sup> Söz konusu makalenin orijinal metni [www.utrechtlawreview.org/Volume 6, Issue 2](http://www.utrechtlawreview.org/Volume%206,%20Issue%202) (June) 2010 77 adresinde bulunmaktadır. (Çevirmen).

\* Susan RUTTEN (email: [s.rutten@maastrichtuniversity.nl](mailto:s.rutten@maastrichtuniversity.nl)) is a Lecturer in Private International Law and Islamic Family Law at Maastricht University, Maastricht (the Netherlands). \*\* Yargıtay Üyesi.

bu eşler evli eş olarak kabul edilmedikleri halde kendilerini evli olarak görmekteyler. İkinci durumda, daha önce dini ve geleneksel evliliğe girmiş olan eşler ayrılmaktadırlar.

Her halukarda gayri resmi evlilikler yasal bir boşanma veya ayrılık ile son bulmayacak ve varlığını sürdürecektir. Sonuç olarak, taraflar bu gayri resmi evlilik içinde birbirlerine bağlanmış olacaktır. Bilinen birinci durumda, eşlerin herhangi bir yolla kanun tarafından korunup korunmadığı düşünülebilir. Bu durum, evliliğe acil bir yasal statü kazandırmak değil, saygı çerçevesinde taraflara eş muamelesi yapmak ve onlara evliymiş gibi belli yasal haklar vermektir.

İkinci durumda, taraflardan biri ve genellikle evli kadın gayri resmi evlilikten zarar görebilir. Bu durumda ortaya çıkan soru, sosyal olarak eski kocasına bağlı kalan kadının korunup korunmayacağıdır.

Bu makale özellikle, gayri resmi bir evlilikte ne ölçüde insan hakkı olacağını ve bunun bir araç olarak eşe karşı ne tür yasal koruma getireceğini inceleyecektir. 2009'da gayri resmi evliliğin korunması sorusuyla ilgili iki farklı durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne getirilmişti. Bunlar *Şerife Yeğit v. Turkey*<sup>3</sup> ile *Muñoz Díaz v. Spain*<sup>4</sup> davalarıydı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iki durumdada eşler hakkında henüz bir karar vermedi. Ayrıca şimdiye kadar bu konu hakkında ulusal mahkemelerde de bir karar verilmedi.

Eşitlik ilkesi (yasal olarak evli çiftlerde eşitlik), aile yaşamının korunması (çoğunlukla bu tür aile hayatı için), din özgürlüğü (gayri resmi evlilik dini bir evlilik içinde kurulmuşsa), eski eşle ilgili haklar (kadının sosyal olarak gayri resmi evlilik içinde tutulması), kişisel gelişim gibi haklar, çalışmama hakkı, aşağılanmama hakkı, yeni bir aile kurma hakkı, eşitlik hakkı (eşlerin eşitliği), güvenlik ve özgürlük hakkı, resmi bir evlilik sonuçlandırıldığında ortaya çıkan insan haklarıdır.

Açıklanacak olan problem küresel olandır. Bununla birlikte Hollanda'da yasa tarafından yapılan bir tanımlama örnek olarak gösterilecektir.

Konuya, insanları gayri resmi bir evlilik yapmaya iten dürtüleri tanımlayarak başlayacağım. Gayri resmi bir evliliğin, karakteristik olarak kültürel, geleneksel ve dinsel nedenleri olduğu veya bu tür evliliğin resmi evlilik-

---

<sup>3</sup> ECtHR (AİHM) 20 January 2009, application no. 3976/05.

<sup>4</sup> ECtHR (AİHM) 8 December 2009, application no. 49151/07.

lerin gerçekleşmesinden çekinildiği için yapıldığı görülecektir. Çok kültürlü bir toplum içinde meşru çoğunluk açısından birinci kategoride bulunan saikler diğerine göre baskındır. Bu yüzden aşağıda gayri resmi evliliklerin kültürel, geleneksel ve dinsel saiklerle yapılmış olmasına da sadık kalacağım. Ondan sonra bir ulusal hukuk sisteminde kültürel ve dinsel evliliklerin durumuna döneceğim. Bunu ulusal aile hukuku ve milletlerarası özel aile hukukunda yer alan kurallar ile medeni statü verilen evlilikler takip edecektir. Hangi durumlarda kültürel ve dini evlilikler yapılmaktadır?

Aşağıdaki bölümde gayriresmi bir evlilikte eşlerin insan hakları yoluyla korunmasını inceleyeceğim. Gayri resmi evliliklerin korunmasıyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davaları bu konuyu açıklamış olacaktır. Son olarak, gayri resmi bir evlilik içinde bulunan kadının durumu ile kocası tarafından terk edilen kadının durumu incelenecektir.

## **2. İnsanların Resmi Yoldan Ayrılarak Gayri Resmi Evlilik Yolunu Seçme Nedenleri**

Son zamanlarda Hollanda Hükümeti tarafından yaptırılan küçük ölçekli bir sayım çalışmasında Hollanda'da gayri resmi evliliklerin gerçekleştirildiği görüldü. İnsanların bu kadar sık olarak neden gayri resmi şekilde evlendikleri konusunda araştırma yapıldı ve gayri resmi evlilikler hakkındaki rapor sonuçları yayımlandı.<sup>5</sup> Gayri resmi evlilikler üzerinde başka araştırma projeleri de yapıldı, fakat son proje sonuçları henüz yayımlanmadı.<sup>6</sup> Bu araştırma projelerinden çıkan sonuçlara göre insanlar kültürel ve dini nedenlerle gayri resmi evlilikleri istemektedirler.

İnsanlar çeşitli nedenlerden dolayı gayri resmi evlilik yapmaktadırlar. Birincisi; insanlar resmi evlilikten uzak durmak istiyorlar; bununla birlikte sosyal açıdan bunu onaylamaktadırlar.

Resmi bir evlilikten uzak durma, sosyal güvenlik hükümlerinin kaybını önlemek, verginin etkilerinden veya diğer mali yükümlülüklerden kurtulmak için ilgi çekici olabilir. Resmi evlilik, laik hukuk kurallarına karşı direnişten sakınma hareketi de olabilir. İkincisi, resmi evlilik önünde bir

---

<sup>5</sup> J. van der Leun & A. Leupen, *Informeel huwelijken in Nederland; een exploratieve studie*, Universiteit Leiden, in opdracht van WODC 2009, *Kamerstukken II* (Parliamentary Papers) 2008-2009, 31 700 VI, no. 160 Bijlage.

<sup>6</sup> *Inter alia* by Annelies Moors, University of Amsterdam (Muslim marriages), and by Annemeik Schlatmann, Utrecht University (marriages amongst shi'ites in the Netherlands).

engelin bulunması durumudur. Bu, yasal bir engel (örneğin; eşlerden birisi zaten bir başkasıyla evlidir veya evlilik için gerekli belgelerden bir kısmı yoktur) olabilir. Üçüncüsü, gayri resmi evlilik, resmi evlilik öncesinde bir deneme süresi olabilir.

Eğer insanlar kültürel veya dini bir evlilik yapacaklarsa bu durumda gayri resmi evlilik ortaya çıkar. Taraflar aynı zamanda resmi nikâh yapmazlarsa veya dini ya da kültürel evliliklerin yasal olduğu ve tescilden sonra resmi evlilik olarak kabul edildiği ülkelerde evlilik tescil edilmezse gayri resmi evlilik gerçekleşmiş olur. Dini evlilikler her şeyden önce insanların dini inançlarının bir sonucudur. Üstelik geleneksel olması ve sosyal açıdan kabul edilmesi nedeniyle dini evlilikler taraflar için tek geçerli yoldur. Bu nedenle bu tür evlilikler eşler arasında cinsel ilişkinin kapılarını açmakta, birlikte yaşamayı, gezmeyi, otelde kalmayı ve benzerlerini meşrulaştırmaktadır. Roman evlilikleri gibi kültürel evlilikler mevcut gelenekler tarafından benimsenmektedir.

### **3. Ulusal Hukuka Göre Evliliklerin Yasal Durumu**

Medeni durum, gerek ulusal aile hukuku ve gerekse milletlerarası özel hukuk yasaları tarafından verilmektedir. Bu nedenle ülkede yapılmış olan evliliklerin geçerliliğine ilişkin kurallar aşağıda açıklanacaktır (Bölüm 3.1.) Ayrıca, insanlar için yurt dışına çıkmak ve orada evlenmek oldukça kolay olduğu için yabancı evliliklerin tanınması tartışılacaktır (Bölüm 3.2.). Bu yüzden, evliliğin maddi boyutlarına değil, yargılama usulü açısından evliliğin gerçekleşme yönlerine (kültürel, dini veya medeni) odaklanacağım.

Dini ve kültürel evliliklerin yasal durumu ve onların ulusal hukuka göre korunması hakkında ne söylenebilir? Bu kısımda en az üç şey hedeflenmektedir: 1) Gayri resmi evlilikleri açıkça tanımak, 2) Medeni evliliklerin zorunlu (tekel) oluşunu hafifletmek, kültürel ve geleneksel evlilikler üzerindeki mevcut endişeleri gidermek, 3) Mevcut hukuka göre bir evliliğin resmi geçerliliğini göstermek için hiçbir ön koşul olmaksızın eşlere belirli bir yasal koruma vermek (Bölüm 3.3).

#### **3.1. Ulusal Hukuka Göre Usuli Koşullar**

Hollanda'da bir evliliğin resmi geçerliliği, davanın açıldığı mahkeme kanununa (*lex fori*) ya da şekil bakımından (*lex locicelebrationis*) Hollanda mevzuatına göre yürütülmektedir. Bu, Medeni Kanunun Birinci

Kitabında yer alan hükümlerle birlikte Evlilik Kanununun 4. maddesinin bir sonucudur.

Hollanda aile hukukuna göre yalnızca medeni evlilikler (resmi evlilik) geçerli olarak kabul edilmekte (Medeni Kanun, m.67), dini evlilik düzenlenmemektedir. Hatta medeni bir evlilik yapmadan önce dini bir evlilik yapmak yasaklanmıştır. (Medeni Kanun, m. 68, 1. Kitap).<sup>7</sup> Kanun koyucu, medeni evlilikten önce “Hiçbir dini tören yapılamaz” (*geen godsdienstige plechtigheden zullen mogen plaats hebben*) ifadesini kullanmıştır. Taraflar yine de –medeni evlilik öncesi- dini tören yapmak isterlerse papaz veya diğer din görevlileri cezai koğuşturma riski taşımış olur (Ceza Kanunu, m. 449). İslami evlilikler bu kategori içine girer mi? İslam hukuku ve geleneğinde evlilik müstakbel eşlerin anlaşmalarıyla meydana gelir. Genellikle diğer dini törenler veya takdis törenleri olmadığı için dini kavramlardan kaynaklanan bu tür evlilikler tartışılabilir. Dinsel yönü bulunmayan kültürel evlilikler yasaklanmış kategori içine girmezler. Bununla birlikte kültürel bir evlilik de yalnızca medeni (resmi) evliliklerin kabul edilmesinden beri geçerli sayılmamaktadır.

Medeni evliliğin tek istisnası konsolosluk evlilikleridir. Temsil edilen devlet hukukuna göre yapılmış olan konsolosluk evlilikleri eşler Hollanda vatandaşı olmadığı sürece tanınmaktadır (Evlilik Kanunu, m.4).

Diğer bazı ülkelerde dini evlilik yapmadan önce resmi (medeni) evliliğin yapılması zorunludur. Bunlar arasından yer alan ülkeler Belçika, Fransa, Lüksemburg, Avusturya, İsviçre ve Türkiye’dir. Almanya son zamanlarda medeni evlilik öncesinde dini evlilik yapılmasını yasaklamıştır. Diğer pek çok ülke dini evliliğin yapılmasına izin vermekte ve sadece bunun geçerli olması için medeni evliliği veya töreni müteakip resmi kayıt yaptırmaları gerekmektedir. Bu, tam olarak Polonya, İtalya, İspanya, Portekiz, Yunanistan, İngiltere, Hırvatistan’da<sup>8</sup> ve bazı İskandinav ülkelerinde uygulanmaktadır.

---

<sup>7</sup> However, the conclusion of a religious marriage before entering into a civil marriage does not constitute a criminal act by the spouses themselves.

<sup>8</sup> *Kamerstukken I* (Parliamentary Papers) 2001, 26 672, no. 92a, p. 23. The information in those parliamentary reports relied on the results of research carried out by the International Commission for Civil Status in 2001.

### 3.2. Yabancı Evlilikleri Tanıma

Yurt dışında geçerli bir şekilde yapılmış olan bir evlilik ulusal hukuk tarafından kendiliğinden (otomatik olarak) tanınmaz. Bunun, mahkemenin bağlı olduğu devlet tarafından kabul edilmesi gerekir. Devletler, yabancı evliliklerin geçerliliği için hukuk kurallarını veya tanımaya ilişkin kuralları uygulayabilirler. Tanımaya ilişkin kurallar genel olarak bir kamu politikasının istisnai hükümleri ile uygulanır. Sonuç olarak yabancı evlilikleri tanıma ihlal edilen kamu hukuku kurallarınca reddedilebilir.

Yurt dışında yapılmış olan evlilikler, evliliğin yapıldığı yerdeki yasal düzenlemelere (şekil şartlarına- *lex loci celebrationis*) uygunsuzsa, kural olarak Hollanda resmi makamları tarafından onaylanmaktadır (Evlilik Kanunu, m. 5). Bu, dini evliliğin yurt dışında geçerli olması halinde Hollanda'nın bunu tanıdığı anlamına gelmektedir. (Örneğin, dini evliliğin hukuken geçerli olduğu bir ülkede yapılmış olan evlilik Hollanda makamlarınca da kabul edilmektedir.<sup>9</sup>)

### 3.3. Geçersiz Bir Evlilikte Eşlerin Korunması

Geçerli bir şekilde yapılmış olan evlilik her türlü hak ve yükümlülükleri beraberinde getirir. Aile hukukunda herhangi bir kimse bunun belirli sonuçlarını düşünebilir; nafaka isteyebilir, örneğin, yasal mirasçı olan çocuklar açısından miras talep edilebilir. Yine, gelir vergisi kanununu gibi hukukun diğer alanlarında bazı sonuçlar ortaya çıkabilir. Bir eş sosyal güvenlik dâhil, ikamet hakkına vb. sahip olabilir. Tüm bu gibi durumlarda birisinin eş olması veya evlenmesi resmi olarak geçerli bir evliliğin varlığına bağlıdır.

Bununla birlikte, evli olmamak veya geçerli bir evlilikten yoksun olmak, kendiliğinden bu haklardan mahrumiyeti doğurmaz.

Belirli haklar, evli olmayan çiftler için de garanti altına alınmıştır. Aile yaşamı, evlilik veya evlilik benzeri eşit ilişkiler, evlenmemiş kişilerin ilişkilerinde de haklar getirmiştir.

Bunun yanında geçerli bir evlilik her zaman bu hakların istenmesinde belirleyici olmaz.

Bu haklar evlilikle ilgili olsa bile durum böyledir. Diğer yandan bazı haklar, geçerli bir evlilik olmasa bile korunmaktadır.

---

<sup>9</sup> Örnek açıklama çevirmen tarafımızdan verilmiştir.

Örneğin, Hollanda hukukuna göre, bir evlilik makul nedenler olmaksızın feshedilmiş ise iyi niyetle evlenmiş olan eşin ve çocukların hakları ile iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunmuştur (Medeni Kanun, m.77).

Benzer şeyler, tanınmamış yabancı evlilikler bakımından da bulunabilir. Örneğin, yabancı evlilikler kamu düzenini ihlal etmesine rağmen belirli haklar garanti altına alınmıştır. Buna dair örnekler Fransa’da bulunmaktadır (Yargıtay 14 Şubat 2007).<sup>10</sup> Burada emeklilik hakları ve sigorta taleplerinin çok eşli evliliklerde ikinci eş için garanti altına alınması kabul edilmemiştir. İngiltere’de çok eşli evlilikler farklı mülkiyet hakları ve sosyal güvenlik hakları (veraset, drahoma)<sup>11</sup> gibi belirli amaçlar için kabul edilebilmektedir.<sup>12</sup>

Bundan dolayı, hâkimlerin ve kanun koyucuların gayri resmi ilişkileri korumakta ve belli koşullarda evlilik statüsünden ayrı olarak bazı haklara izin vermekte istekli olduklarını gözlemleyebiliriz. Bu yüzden aslında geçersiz olan bir evliliğe yasal sonuçlar verilmektedir.

Resmi olmayan bir evliliğin sonuçlarının ne olduğu sorusu ortaya çıkabilir. Bu konuda son zamanlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilmiş kararlar bulunmaktadır. Bu kararlar ikinci bölümde belirtilecektir.

#### **4. Gayriresmi Evliliklerde Eşlerin İnsan Hakları Yoluyla Korunması**

199

Ulusal hukuka göre dini ve medeni evliliklerin mevcut yasal koruması ve hukuki durumu gösterildikten sonra tartışılması gereken soru şudur: Uluslararası insan hakları standartlarına göre verilmesi gereken koruma nedir?

Bu bölüm, gayri resmi bir evlilikte eşlerin haklarının korunmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce insan haklarını incele-

---

<sup>10</sup> *Revue trimestrielle Lexis. Nexis Jurisclasseur* 2007, pp. 933-943.

<sup>11</sup> Yunanca aslı “drakhoma” olan drahoma, Hristiyanlıkta kız tarafının damada götürdüğü mal ya da para karşılığında kullanılan bir deyimdir. Ayrıca Yahudiler arasında da yürürlükte olan bir töredir. Çok eskiden beri süregelen bir anlamı olduğu tarih belgelerinden anlaşılmaktadır. Drahomanın söz konusu olduğu yerde, gelin olan kız tarafı, onunla evlenecek erkeğe ailenin durumuna göre bir miktar para ya da mal verir. Varlıklı ve köklü aileler için kızlarıyla verecekleri drahoma miktarının fazlalaşacağı, büyük olacağı tabii bir şeydir. (Çevirmen)

<sup>12</sup> J. Fawcett et al., *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 2008, pp. 932-937; A. Scolnicov, ‘Multi-religious Societies and State Legal Systems: Religious Marriages, the State and Implications for Human Rights’, in Th. Wilhelmsson (ed.), *Private law and the many cultures of Europe*, 2007, p. 411.

yecektir. Makalenin başında sözü geçen etkili olan ve yürürlükte bulunan bazı haklara değinilmişti: eşitlik ilkesi (evli eşlerde yasal eşitlik), aile yaşamının korunması ve din özgürlüğü (gayri resmi bir evlilik dini bir evliliğe girilerek kurulmuşsa).

Gayri resmi bir evlilikte eşleri, evlilik dışı ilişkilerde diğer eşlerden (partners) ayıran şey eşlerin gerçekten evli oluşudur. Bu makalede ortaya konulan sorun, gayri resmi bir evlilikte eşlerin birbirlerine eş olarak saygı gösterip göstermediği ve bu şekilde davranıp davranmadığıdır.

Bu, evli olmayan ve kendisini eş olarak da görmeyen kimseler (partners) adına ortaya atılmış farklı bir sorudur. Onlar, gerçek eşlerle karşılaştırılabilirler, bazı durumlar açısından diğer eşlere de verilmiş olan belirli haklarının garanti altına alınmasını talep edebilirler ve bunu hak olarak ileri sürebilirler.

Bu, eşitlik ilkesi anlamına gelmektedir. Evli olmayan çiftlerin, evli çiftler gibi aynı hakları kazanmak amacıyla eşitlik ilkesine başvurmaktadır. Bu konudaki içtihatları tartışmayacağız. Aile yaşamı bakımından gayri resmi evlilikteki eşlerin bir eş olarak korunması gerekip gerekmediğini inceleyeceğiz. Gayriresmi evlilik içindeki eşlerin bir aile yaşamına sahip olduğunu, evli olmayan eşlere (partners) tanınan hakların tamamını kesin olarak isteyebileceklerini tartışmasız bir şekilde kabul etmekteyiz. Gayriresmi evlilikteki eşlerin aile yaşamlarının korunmasını talep edebilmeleri önemli olmakla birlikte, bu koruma özellikle ilişkinin evlilik yönü ile ilgili olmadığı için tartışılmayacaktır.

200

#### 4.1. Ayrımcılığın Yasaklanması

Evliliklerin hukuki ve medeni sonuçlarından ve menfaatlerinden çiftlerin yararlanması konusunda devletlerin bazı kısıtlamalar getirmesi ve bu durumu sadece resmi evliliklere mahsus kılması mümkün müdür? Diğer bir anlatımla bu tür sonuçlar ve etkiler gayri resmi evliliklere de sağlanmalı mıdır?

1994'te Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu konuda kesin ve olumsuz bir karar vermişti.<sup>13</sup> Yasaya göre evlilik merasimini yürütmeye yetkili olmayan dini makamlar tarafından yapılmış bir evlilik geçersiz bulunmuştu. Komisyon bu tür evliliğin tüm sonuçlarının geçersiz sayılmasını 1 Numaralı Protokol ve Sözleşme'nin 8. maddesi altındaki hakların ihlali

---

<sup>13</sup> European Commission of Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu) 12 October 1994, application no. 20402/92 (*Spetz a.o. v. Sweden*).



olarak gördü. Sonuç olarak Komisyon, davanın söz konusu hükümleri ihlal etmediği kanaatine vardı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 15 yıl sonraki görüşü ne oldu?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20 Ocak 2009'da Sözleşmenin (AİHS) 8. maddesine dayanarak dini evlilikten kaynaklanan haklar konusunda bir karar verdi.<sup>14</sup> Bu dava 14 Eylül 2009 da gönderildiği Büyük Daire'de beklemektedir.<sup>15</sup>

1976'da Türkiye'de bir erkekle kadın İslami evlilik (imam nikâhı) yapmışlardı. Bu evlilikten 6 çocukları dünyaya gelmişti. Koca 2002 yılında öldü. Kadın evliliğinin ve ölmüş kocasından meydana gelen 6 çocuğunun resmi olarak tescil edilmesini istedi. Çocuklarının nüfus siciline kaydı kabul edildi fakat evliliğin tescili talebi reddedildi. Türkiye laik bir devlet olduğu için sadece resmi evlilikler geçerli olarak kabul edilmektedir. Türk Ceza Kanununa göre resmi evlilikten önce dini bir evlilik yapmak da suçtur. Kadın evliliğinin tescil edilmesini, ölen kocasının emekli maaşının verilmesini ve sağlık sigortasından yararlandırılmasını talep etmişti. Bu taleplerin hepsi reddedildi. Kadın aile yaşamına ilişkin haklarının ihlal edildiğini iddia etti. Mahkeme, fiili bir aile yaşamı olduğunu ve bunun Sözleşmenin 8'inci maddesinin koruma alanına girdiğini kabul etti. Bununla birlikte sonuçta kadının talepleri reddedildi.

Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerindeki geleneksel evliliğin yanı sıra diğer istikrarlı ilişkileri tanımakla birlikte Türkiye'nin buna zorlanamayacağını dikkate almıştır.<sup>16</sup> Kabul edilebilir, tarafsız ve meşru bir amaç için resmi evliliklerin tanınmasında sınırlama getirmek mümkündür. Bu bağlamda evli ve evli olmayan kişiler arasında bir ayırım getirilebilir. Bu dikkate değer karar dörde karşı üç oyla alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının sonucu şimdilik belli ve açıktır; devletler gayri resmi bir evliliği resmen kabul edilmiş bir evlilik gibi korumaya ve bunun yanında diğer ilişkileri tanımaya mecbur edilemez.

Kasım 1971'de İspanya'da yaşayan iki Roman mensubu kendi topluluklarının dini törenlerine göre evlenmişlerdi. Evlilik Roman örf ve geleneklerine de uygundu. Bu evlilikten 6 çocuk dünyaya gelmişti. Koca Aralık

---

<sup>14</sup> Application no. 3976/05, *Serife Yigit v. Turkey*, only published in French.

<sup>15</sup> Makalenin orijinal metni 2 Haziran 2010 tarihinde yayımlanmıştır. (Çevirmen)

<sup>16</sup> With reference to the decision in *Antonio Mata Estevez v. Spain* (10 May 2001), application no. 56501/00.

2000’de vefat etti. Kadın kocasının ölümünü müteakiben onun emekli maaşını talep ettiyse de talebi reddedildi. Kadın, İspanya’da Roman evliliğinin medeni sonuçlar doğurmadığını, bunun da evlenme hakkının ihlaline neden olduğunu ileri sürerek şikâyetçi oldu.

İspanya’da iki tür evlilik tanınmıştır. Birincisi; medeni, ikincisi ise kilise evliliğidir (Medeni Kanun, m.42). Davacı kadın 1971’de Roman örf ve âdetlerine göre evlenmişti ve o zaman kilise hukuku dışında evlenmek mümkün değildi. Bununla birlikte mahkeme 1981’den beri İspanya’da evliliklerin Romanlar dâhil herkese açık olduğunu söylemişti. Sonunda Mahkeme başvuranların istemleri gibi Roman evliliklerine medeni evliliklerin sonuçlarını tanımadı ve bunun ayrımcılık olmadığına karar verdi.

Munaz Díaz ve İspanya davasında<sup>17</sup> koca ölmeden önce 19 yıldan daha fazla bir süre çalışarak İspanya Devletine sosyal güvenlik primlerini ödemişti. Onların evliliği resmi olarak geçerli olmasa da onlar her zaman birbirlerine samimiyetle inandılar ve sonuçta geçerli bir evlilik yaptılar. Bu inançları İspanya makamları tarafından onaylanan ve kocasının eşi olduğunu gösterir bir dizi belge ile güçlendirildi.

202

İspanya hukukuna göre dul kalanlara emekli aylığı bağlanması resmi eşler için sınırlandırılmamaktadır. İspanyol mevzuatı ve içtihatlarından kaynaklanan aşağıdaki durumlarda da emekli aylığı bağlanabilmektedir;<sup>18</sup>

- Samimiyetle ve iyi niyetle yapılmış bir evlilik aslında hükümsüz ise,
- Geleneksel bir evliliğe engel bulunduğu (boşanmanın imkânsızlığı, din veya vicdan özgürlüğü konusunda anlaşmazlık varsa),
- Nüfusa kaydedilmemiş ve bu nedenle yasal şartlar yerine getirilmemiş geleneksel bir evlilik varsa.

Bu durumda mahkeme, karısına dul ve yetim aylığı bağlanması isteminin reddedilmesini, diğer durumlarla eşdeğer görmektedir. Mahkeme belirli koşullarda dul ve yetim aylığı bağlanmasında Roman evliliğinin sonuçlarını reddetmeyi İspanya için orantısız bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür şikâyetlerin kabul edilebilir olduğunu ve bu yöndeki uygulamanın Sözleşmenin 14. maddesi ile 1 numaralı Protokol’ün 1. maddesini ihlal ettiğini bildirmiştir.

---

<sup>17</sup> ECtHR (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) 8 December 2009, application no. 49151/07.

<sup>18</sup> Certain social security documents, in particular a registration document showing her as a wife and the mother of a large family, and a Family record book.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu içtihadından sonra gayri resmi evliliklere sağlanan yasal koruma iki kat artmıştır.

1. Eşitlik ilkesi başarıyla uygulanamıyor, bu nedenle de evliliğe medeni yasal bir statü kazandırılmıyor. Bu Şerife Yiğit ve Munoz Diaz davasında görülmektedir.

2. Özel durumlarda eşitlik ilkesi gayri resmi evliliklere rağmen belirli yasal düzenlemelere başarılı bir şekilde dayanabilir. Bu, *Muñoz Díaz* davasından gelmektedir. Buna karşın söz konusu istisnanın çok özel durumlarda uygulanabildiği görülmektedir. En azından Mahkeme aşağıdaki durumlarda olumlu sonuçlara ulaşmak bunu göz önünde bulundurmıştır:

a) İlgili devlet hukukunun bazı özel ilişkilere belirli bir yasal koruma sağlaması,

b) Söz konusu gayriresmi evliliklerin ilgili yönleri bakımından diğer ilişkilerle karşılaştırılması (*Muñoz Díaz davasında: evlilik durumuyla ilgili iyiniyetin varlığı*),

c. Geçerli bir evlilik yapmış olan eşlerin beklentileri,

d. Bu beklentilerin ülkenin yetkili makamlarının tutum ve davranışları ile onaylanması; gayriresmi evlilik açısından eşlerin beklentilerinin devletin tutum ve davranışlarıyla haklı görülmesi,

e. Reddedilen korumanın belli koşullarda orantısız olması.

Bu faktörler göz önüne alındığında, kapının hafifçe açılmış olabileceği sonucuna varabiliriz. Hollanda hukukuna bakarsak, yasal bir statü olmaksızın en az iki tür ilişkide hukuk tarafından koruma sağlandığını söyleyebiliriz: Birincisi, iyi niyetli evliliklerde (Hollanda Medeni Kanunu, m.77); ikincisi ise, birlikte yaşama dayanan gayriresmi ilişkilerde yasalar tarafından olabildiğince haklar verilmesi. Buna rağmen eşitlik ilkesinin uygulanmasındaki başarı yeterli değildir. Yalnızca gayri resmi evlilik yapan pek çok insan yapmış oldukları evliliklerin geçerli bir evlilik olarak kabul edilmediğini fark edecektir. Eğer onlar yapmış oldukları evliliklerinin Hollanda makamları tarafından geçerli bir evlilik olarak görülmesini bekliyorlarsa, bu, yetkili makamlar tarafından kabul edilmeyecek veya evliliklerinin geçerli bir evlilik gibi görülmesi için tavsiyede bulunulacaktır. Hollanda Hükümeti tarafından Medeni Kanun'un 68'inci maddesinde yer alan yasağın kaldırılması talebi reddedildiği zaman gayri resmi evlilik yapan insanlar da evliliklerinin geçerli olmayacağına dair

izlenim oluşmuştu.<sup>19</sup> Bu nedenle Hollanda'nın resmi ve gayriresmi evliliklere eşit davranmaya istekli olması mümkün değildir.

Özellikle bilmedikleri yeni bir topluma göç eden bazı insanların gayri resmi evliliklerde evliliklerinin geçerli olacağına samimiyetle inanmaları gayet normaldir. Hollanda Yargıtayı tarafından 2005'te verilmiş olan bir kararda bu örnek duruma rastlamak mümkündür.<sup>20</sup>

Suudi Arabistan uyruklu bir çift (kadın aynı zamanda Hollanda vatandaşıdır), Belçika'da imam nikâhı ile evlenmiştir. Eşler bir çocuk dünyaya getirmiş ve onu da resmi kayda geçirmişlerdir. Cevaplandırılması gereken sorun, evliliğin Hollanda'da tanınıp tanınmayacağıdır. Hollanda Temyiz Mahkemesi bu evliliğin Suudi Arabistan hukukuna göre geçerli olacağına karar vermiştir. Kadın, geçerli bir evlilik yaptığını düşünmektedir. Evlilik Belçika'da gerçekleşmiştir. Sorunun cevabı, evliliğin Hollanda'da tanınıp tanınmayacağı ve Temyiz Mahkemesi'nin bunu geçerli olarak görüp görmeyeceğidir. Eşlerin Belçika yasalarına göre evlenmeleri veya evliliğin konsolosluk veya elçilikte yapılması gerektiği düşünülmüştür.

204

Bu, imam nikâhlı bir evlilik değildi. Ayrıca mahkemeye göre kadın, evliliğinin yasal olduğuna samimiyetle inanmaktaydı. Bu koşullar altında evlilik Belçika hukukuna göre mevcuttu, fakat evlilik mahkeme tarafından iptal edildi. Yargıtay, Temyiz Mahkemesince kabul edilen evliliğin iptal edilmediği sürece yapıldığı andan itibaren geçerli olduğuna karar verdi. Bunun sonucunda, söz konusu evlilik resmen geçerli bir evlilik olarak kabul edildi ve Hollanda'da tanınmış oldu.

#### 4.2. İnanç Özgürlüğü

Ortaya çıkan ikinci kural, inanç veya din özgürlüğüdür. Bu ilke, pek çok anayasada ve insan hakları sözleşmelerinde hukuki dayanak olarak mevcuttur. Avrupa ülkeleri için en önemli madde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesidir. İnsanlar genellikle belirli bir dini kabul ettikleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi kişilere ifade ve din özgürlüğü getirdiği için dini evlilik yapmaktadırlar. Sözleşme uyarınca ve belli koşullar altında Anayasa tarafından bir sınırlama getirilebilmektedir.

---

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* (Parliamentary Papers) 2001-2002, 28 078, no. 1. See Para. 4.1.

<sup>20</sup> HR 17 June 2005, LJN AS9035.

Devletler, din ve devlet ayırımına, bir evliliğe yasal statü atfedilmesi için resmi kayıt veya medeni evlilik aranmasına onay vermektedir. 1975'te (X ve Almanya davasında)<sup>21</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından bu kavrama yer verilmiştir. Söz konusu davada dini bir evliliğin tescil edilmemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. (Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ve 12. maddesinin (Evllenme hakkı) ihlali olarak görülmemiştir.

Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince *Şerife Yeğit-Türkiye davasında da tekrarlanmıştır (Yukarıda belirtilmiştir)*. Bu yüzden devletler dini evliliklere yasal statü tanımak zorunda değildir. Bununla birlikte, insanların medeni evlilikten önce dini bir evlilik yapmaları yasaklanabilecek midir? Bu tür yasaklama kesinlikle inanç özgürlüğünün ihlali olarak kabul edilecektir. İnsanların dini usulde bir evliliği yaptıktan sonra medeni usulü de takip etmeleri inanç özgürlüğüdür. Hollanda Medeni Kanununun Birinci Kitabının 68. maddesinin iptali hakkındaki tartışma 1990'ların başı ve 2001'e yeniden dönmek olacaktır.

1971'de Hollanda Yargıtayı, demokratik bir toplumda kamu düzeni adına papaz veya rahiplerin medeni evlilik olmadan dini evlilik yapmalarını suç olarak görmüştü (Hollanda Ceza Kanunu, m.449) ve bu yüzden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi açısından inanç özgürlüğüne bir sınırlama getirmişti.<sup>22</sup>

1992'de Sivil Statü Daimi Komisyonu menşe ülke de dini evliliklerin ve törenlerinin geçerli olarak kabul edilmesi konusunda yanlış anlaşılmalara neden olduğu için Hollanda Medeni Kanununun 68. maddesinin yürürlükten kaldırılması hususunda tavsiyede bulunmuştu. Hollanda makamları bu tavsiyeyi tuttu.<sup>23</sup>

2001'de Hollanda Hükümeti, din özgürlüğüne haklı bir istista olarak 68. maddeyi tekrar kabul etmişti. Hollanda Hükümeti tarafından yasağın korunması için gerekçeler öne alındı; müstakbel eşlerin korunması, evliliklerin özenle ve eksiksiz olarak kaydedilmesi, yasal belirlilik gibi.<sup>24</sup> Bu

---

<sup>21</sup> Application no. 6167/73.

<sup>22</sup> HR 22 June 1971, *NJ* 1972, 31.

<sup>23</sup> Advice of 3 November 1992, E. Lukacs & D. van Irterson, 'Adviezen over afschaffing verbod religieuze huwelijksplechtigheid vóór het huwelijk', 1992 *Het Personeel Statuut*, no. 11/12, pp. 21-23.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* (Parliamentary Papers) 2001-2002, 28 078, no. 1, p. 9.

koruma, eşler arasında evliliklerin geçerliliği hakkında yanlış anlaşılmayı önlemek veya çocuk evliliği ve çok eşlilik gibi insan haklarını ihal eden dini evliliğe karşı korumayı kapsamaktaydı.

Legal certainty requires civil registration. If marriages are not registered their existence can be disputed or even unknown. Secret marriages, cultural marriages, and religious marriages without registration cannot be invoked against third parties and cannot profit from legal protection.

Yasal kesinlik, resmi kayıt yapılmasını gerektirir. Evlilikler kayıt altına alınmamış ise varlığı tartışılabilir veya böyle bir evliliğin olup olmadığı bilinemez. Gizli evlilikler, kültürel ve dini evlilikler kayıt altına alınmamış ise üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez ve yasal korumadan yararlanamaz.

Medeni durum, yasal bir statüdür ve bütün hakların, yükümlülüklerin, imkânların ve yasakların kapısını açar. Bu yüzden gerek eşler ve gerekse hükümet ve yetkili makamlar açısından evliliklerin tam olması önemlidir. Devlet, insanlara medeni evlilikten önce dini veya kültürel evlilik yapmalarına izin vermiş olsaydı dini evliliklerden sonra medeni evliliklerin yapılmama ve nüfusa kaydedilmeme riski olurdu. Sonuç olarak tüm evlilikler gizli kalırdı. Oysa taraflar geçerli bir evliliğin yapılmasını ümit etmektedirler. Bu arada, Polonya ve İngiltere’de yaşanan tecrübeler bu uygulamayı doğrulamaktadır.<sup>25</sup>

Dini evliliklere izin verilmiş olsaydı, insanlar geçerli bir evlilik yapmış oldukları konusunda yanlış bir izlenime sahip olurlardı.<sup>26</sup> Adalet Bakanı da bu hususun özellikle kültürel ve dini gelenekleri ile sosyal çevrelerinde evlenen yabancılar içinde geçerli olduğunu vurgulamıştır. Adalet Bakanı ayrıca, bu tarz evliliklere yasal sonuçlar tanınmanın bu uygulamayı artıracığından endişe duymuştu.<sup>27</sup>

Literatürde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi tarafından garanti altına alınan din özgürlüğünü ihlal eden 68. madde tartışılmıştır.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> *Kamerstukken I* (Parliamentary Papers) 2001, 26 672, no. 92a, p. 22.

<sup>26</sup> *Kamerstukken II* (Parliamentary Papers) 2001-2002, 28 078, no. 1, p. 7.

<sup>27</sup> *Kamerstukken I* (Parliamentary Papers) 2001, 26 672, no. 92a, p. 24.

<sup>28</sup> J. de Boer, “‘A whole code of family law’: boek 1 BW getoetst aan het EVRM”, in K. Blankman & W. Robert (eds.), *het EVRM en het Nederlandse en Belgische personen- familie- en jeugdrecht*, 1987,

Yazarlar, bir evliliğin resmîyetini pekiştirmek için dini evliliklerin yapılmasını mümkün kılan alternatifler düşünmüşlerdir.<sup>29</sup> Wortmann, müstakbel evliliklerin dini merasimden önce nüfusa kayıt olunmasını önermiş,<sup>30</sup> Vlaardingerbroek ise, nüfusa kayıt usulünün öneminden söz etmişti.<sup>31</sup>

Gerçekten birçok Avrupa ülkesi dini merasimleri evliliğin tamamlanmasının bir parçası olarak kabul etmektedir (bkz. Bölüm 3.1).

Eğer kabul edilebilir alternatifler mevcut olsaydı (ki oybirliğiyle henüz kabul edilmiş alternatifler yoktur) Hollanda Medeni Kanununun 68. maddesi gibi bir yasakla orantılı olmazdı ve din özgürlüğünün haklı bir sınırlaması başarıyla gelişmezdi.

## 5. Bağlı Eşin Korunması

Gayri resmi evlilikle kocasına bağlanmış olan kadın daha sonra iki şekilde kocasından ayrılmış olabilir: Taraflar arasında sadece gayri resmi bir evlilik yapılmıştır veya taraflar dini ya da geleneksel bir evliliğin yanı sıra resmi bir evlilik de yapmışlardır. Birinci gruptaki kadın, Müslüman bir erkekle örfî evlilik yapmış ve ilişkilerinde kocasına bir eş gibi davranıp daha sonradan kocası tarafından terkedilmiştir. Örneğin, koca yalnız olarak yurtdışına, örneğin Mısır'a gitmiştir ve evlenmiştir (kadın evde kalmıştır). Diğer bir yol da şudur; kocasının Avrupa'ya gittiğini ve terkedildiğini farkedene kadar kadın gayri resmi evlilik yapmıştır.

İkinci grup; yahudi kadınlar için sorun olarak bilinen bir nedenle medeni evlilik sona erdirilmiştir. Bu, sözde bağlı kadının (chained wife) sorunları olarak bilinmektedir: Yahudi dininde bir koca boşanmada işbirliğine gönüllü değildir.<sup>32</sup>

---

pp. 13-15; A. Vonken, 'Multiculturaliteit, IPR en mensenrechten', in P. Cliteur (ed.), *Sociale Cohesie en het Recht*, 1998, p. 123.

<sup>29</sup> A. van der Hoeven, *Religieus recht en minderheden*, 1991, p. 261; P. Vlaardingerbroek, 'De plaats van huwelijksvoltrekking in een pluriforme samenleving', 1990 *Het Personeel Statuut*, no. 5, pp. 5-9; S. Wortmann, 'Kroniek van het personen- en familierecht', 2000 *Nederlands Juristenblad*, p. 1593.

<sup>30</sup> Wortmann, *supra* note 24.

<sup>31</sup> Vlaardingerbroek, *supra* note 24.

<sup>32</sup> *Inter alia* G. Atlan, *Les Juifs et le divorce. Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, 2002; J. Kusters, *Rechtshandhaving van de joodse gemeenschap van Antwerpen*, PhD thesis 2008; S. Rutten, 'Het recht van de gescheiden vrouw om verlost te worden uit het huwelijk', 2008 *NJCM-Bulletin*, pp. 755-769; N. Spalter, 'Gevangen in het huwelijk', 2007 *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, pp. 37-43; E. Tager, 'The Chained Wife', 1999 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, pp. 425-457.

Devam eden gayri resmi bir evlilik yalnızca aşağıdaki hallerde sorunlu/tartışmalı hale gelebilir:

- Kadın, gayri resmi bir evliliği kendi başına feshedemez. Gayri resmi bir evlilik, geleneksel veya dini bir şekilde feshedilebilir. Bu genellikle koca ile işbirliği yapmayı gerektirir ki koca işbirliğini reddetmiş veya ortadan kaybolmuşsa boşanma mümkün değildir.

- İkinci olarak, kadın gayri resmi evliliğin devamından sosyal olarak zarar görüyordur. Birçok kadın resmi evlilik boşanma ile sonuçlanmadıkça dini evliliğin sürmesinden kaygılanmaz. Çoğunun bu konuda bilgisi de yoktur. Bununla birlikte dini topluluklarda bu gerçek bir problemdir. Bu konuda en iyi bilineni ve tanımlanmış olanı Yahudi ortodoks toplumdur.

Eğer kadın Yahudi ritüellerine göre boşanmayı istiyorsa kocası tarafından kendisine verilmiş bir boşanma mektubuna ihtiyaç duymaktadır. Bu mektubu almadığı sürece boşanması mümkün olamaz ve evliliği devam eder. Kadının yeni bir ilişkiye girmesine izin verilmez. Eğer kadın yine de böyle bir mektubu alıp boşanmadan başka bir ilişkiye girmişse Yahudi değerlerine göre o eşini aldattığı için suçlu sayılır. Söz konusu ilişkiden bir çocuk dünyaya gelmişse Yahudi toplumuna ait görülmediği için bu topluluk tarafından kabul edilmez. Başka bir deyişle bu kadın sosyal açıdan ilk evliliğine bağlıdır.

208

Hukuk, bu evlilikten kurtulmuş olan kadını korumalı mıdır? Kadın, devletin müdahalesini istediği zaman insan hakları riske atılmış olur mu? Öyleyse devlet, bu gayri resmi, dini ve özel düzenlemeyi insan haklarını uygulayarak korumalıdır. Çünkü kadın tarafından istenen husus budur. En azından üç ikilemin üstesinden gelinecektir.

Birinci ikilem: Sosyal açıdan birinci evliliğine bağlı olan kadının yeni bir ilişkiye başlaması önlenir. Hukuk, yasalara uygun resmi bir boşanmadan sonra medeni boşanmanın resmi hükümlerini destekler ve bundan sonra kadın yeni bir ilişkiye girebilir. Bununla birlikte bu medeni boşanma sosyal ve dini engeli kaldırmaya yetmez. Devlet, kadının gayri resmi hukuk düzenindeki sosyal sorunlarını çözmek için resmi hukuk düzeninden gelen yasal hükümlerle müdahale etmek zorunda mıdır?

İkinci ikilem: Devlet, dini tartışmalara yasal laik tedbirlerle müdahale etmeli midir? Böyle bir müdahale dinin devletten ayrılması gerektiği fikrine uygun mudur?



Üçüncü ikilem: Resmi makamların özel aile ihtilaflarına müdahalesi doğru mudur? Özellikle insan hakları bakımından bu hakların özel ilişkilerde istenip istenemeyeceği, neticede devletin ve özel bir durumda kocanın işbirliğine zorlanıp zorlanamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

1982’de Hollanda Yargıtayı, bağlı kadının laik hukuk yoluyla korunması istemine ilişkin açmış olduğu davaya bakmış ve bu yönde bir karar vermiştir.<sup>33</sup> 2007’de de Kanada Yargıtayı tarafından ilginç bir karar verilmiş, Kanada ve Hollanda Yargıtayından söz konusu soruya olumlu cevap gelmişti.<sup>34</sup> Bununla birlikte yapılan muhakeme her iki mahkemenin farklı sonuçlara varmasına neden oldu. Hollanda Yargıtayı muhakemeyi sınırlandırıp ve çözümü tamamen iç medeni hukuk kurallarına dayandırırken Kanada Yargıtayı ayrıca konuyu insan haklarına dayandırmıştı.

Üstelik önceki kocanın yapmak istediği şey farklıydı. Bunun üzerine kadına verilen korumanın kapsamı da farklı oldu. Her iki dava medeni hukuka göre laik bir mahkeme tarafından boşanan Yahudi kadının Yahudi hukukuna göre boşanma istemiyle ilgiliydi. Her iki davada eski kocanın talebi reddedilmişti.

Kanada mahkemesinde eşler, hahamlarla ilgili mahkemeden Yahudi ayrılığını elde edebilmek için daha önce medeni boşanma konusunda anlaşmışlardı. Anlaşma yazılı bir sözleşmeyi şart koşuyordu. Medeni boşanmadan sonra kadın Yahudi boşanmayı elde edebilmek için 15 yıl beklemişti, fakat koca sürekli olarak boşanma sürecine engel oluyordu. Sonunda kadın, kocasının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve bu yüzden zarar gördüğünü iddia etmişti.

Hollanda davasında eşler arasında hiçbir sözleşme yoktu. Koca Yahudi hukukuna göre boşanmak için karısı ile anlaşmaya yanaşmadı ve onun görevlerini ihmal ettiği ve bu yüzden kanunsuzca davrandığı kanaatine varıldı. Bu yüzden kadın eş kocasının haksızlık yaptığını ileri sürdü fakat ondan tazminat talebinde bulunmadı. Bununla beraber kocanın neden olduğu yasadışı durumu düzeltmesi için mahkemeden bu yönde talepte bulunmuştu.

Kanada mahkemesinin göz önünde bulundurduğu en önemli husus aşağıdaki alıntıydı: “Geçerli ve bağlayıcı olan Quebec hukukuna göre anlaşmanın 12. paragrafında belirtilen konular Medeni Kanunun tüm gerekleri

---

<sup>33</sup> HR 22 January 1982, *NJ* 1982, 489.

<sup>34</sup> Canadian S.C. 14 December 2007, No. 31212, *Bruker v. Marcovitz*.

rinin yerine getirilmesini kapsar.” Koca tarafından verilen bu söz, önceden rızayla kararlaştırılmış taahhütlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesini, yasal açıdan sonuçlarının uygulanabilir olduğunu içermekteydi. Mahkeme dogmatik dini konularda karar vermek istemedi ve Medeni Kanunda yasal olarak manevi yükümlülükleri yerine getirmek için geçerli ve bağlayıcı bir husus yoktu.

Quebec Sözleşmesine göre kocanın din özgürlüğü yoluyla sözleşmenin tektaraflı ihlalinden doğan zararlardan muaf olma yetkisi ve hakkı yoktu. Din özgürlüğü talebi Kanada'nın temel değerleri ile uyum çerçevesinde zarar, değerleri ve haklar ile dengeli olmalıdır.

Bu tür bir talep karara bağlandığında daha acil kamu yararını kabul etmek hasas ve özel uygulamadır. Bu durumda kocanın iddiaları Quebec Sözleşmesi ve mahkeme içtihatları altında dengelenemez. Kocanın din özgürlüğündeki herhangi bir azalma kadının kişisel menfaatine, hakların eşitliği, evlenme veya boşanmada tercihte bulunma özerkliği gibi temel değerlerin korunmasındaki kamu yararına önemli derecede ağır basmaktadır.

210

Hollanda Temyiz Mahkemesi tarafından aşağıdaki hususlara dikkat edilmiştir: Hollanda'da sadece hahamlarla ilgili makamlar hahamlık boşanmasını elde etmek için güç kullanamaz, adamın boşanma ile işbirliğini reddetmesi gerçeği değiştirmez, alışılmış standartlara göre bakım yükümlülüğünü ihlal eden adam eski eşi dikkate alınmalıdır. Böyle bir dikkatsizlik ve ihmâl olsa da olmasa da her bir olayın koşullarına bağlı olarak yasadışı kabul edilecektir.

Bu koşullar altında aşağıdaki hususlar konuyla ilgili olacaktır: dini boşanmanın sonucu olarak kadın sonraki yaşamındaki gelişmelerde kısıtlanmış olacaktır. Adamın itiraz nedenleri ve mizacı, masrafları ve işbirliği için itirazlarının önemi ve yapısı Yahudi boşanmasını elde etmek için gerekli olmalıdır.

Her iki karar birçok benzerlikler göstermektedir. Her iki durumda da olay medeni hukuk davasıdır. Kanada davasında sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, Hollanda davasında da haksız muamele söz konusudur. Her iki temyiz mahkemesi gayriresmi dini bir boşanmada kocanın eski karısına karşı makul yükümlülükleri olduğunu kabul etmiştir. Kanada Temyiz Mahkemesine göre bu yükümlülük öncelikle kocanın kendi isteğiyle bilerek ve isteyerek sözleşme yapmasından kaynaklanmaktadır. Hollanda Temyiz Mahkemesine göre önceki (eski) eşe karşı

bakım yükümlülüğü göz önünde bulundurulmuştur. Her iki mahkemeye göre de kocanın yükümlülüğü mutlak değildir. Kanada mahkemesi, din özgürlüğünün sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesini haklı çıkarıp çıkarmadığını, bu özgürlükle temel değerler de dâhil olmak üzere diğer hakların, değerlerin ve zararların dengelenip dengelenmediğini sorgulamıştır. Hollanda Mahkemesi, farklı çıkarları dengeleme sürecinde her iki kadının (eski ve yeni eş) çıkarlarını kocanın çıkarlarının yanı sıra göz önünde bulundurmuştur.

İlginçtir ki, Kanada Mahkemesi, bakım yükümlülüğününün insan hakları arasında olmasını ve bu hakların medeni ve laik araçlarla güçlendirilmesini sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerde göz önünde bulundurmuştur. Dini yöne sahip bir ihtilaf kendi kendine yargılanamaz bir duruma gelemez.

Anlaşmaların hukuk mahkemeleri tarafından tanınması ve infaz kabiliyetine sahip olması, yeniden evlenmede, diğer cinsle tanışmada, cinsel ayrımcılıkta dini engelleri kaldırmak için fark edilmektedir. Bu ahenk ve uyum ile Kanada'nın hakların eşitliğine yaklaşımı<sup>35</sup> boşanma, evlilik ve din özgürlüğü ile diğer demokratik yaklaşımlara uygundur.

Daha önce belirtilmiş olan üç ikilem hakkında az veya çok bir karara ulaşılmıştır. Evet, bir devlet, sosyal hukuk düzeni içinde gayri resmi ve dini bir evlilikten zarar gören bir kadını insan haklarını kullanarak korumalıdır. Bir devlet, gayri resmi ve dini kurallar içindeki sosyal sorunları çözmek için laik yollarla müdahale edebilmelidir. Son olarak da, insan hakları, şimdiki gibi özel aile işlerinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Diğer yandan Hollanda Temyiz Mahkemesi açık bir şekilde insan haklarına göndermede bulunmadı. Bununla birlikte kadının çıkarlarının koca tarafından dikkate alınmasını insan hakları terminolojine dönüştürmek çok zor olmadı. Mahkeme kadının gelecekteki çıkarlarını geliştirmesine dikkat çekti. Yeniden evlenme ve aile kurma hakkı (AİHS, m.12) ve yeni ailenin yaşamının korunması (AİHS, m.8) tamamen bu haklar arasında yer almaktadır. Bir şahıs olarak kendini geliştirme, küçük düşmeme, aşağılanmama hakkı (AİHS, m.3), özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS, m.5) gibi genel haklar eski kocanın evlilik gücüne bağımlılıktan kurtarılmalıdır.

---

<sup>35</sup> Compare Art. 16 CEDAW, and Art. 5 7th Protocol to the ECHR, both concerning the equality rights of spouses during their marriage.

Hollanda Temyiz Mahkemesinin kararı 1982 tarihine dayanmaktadır. İnsan hakları o tarihten sonra çok gelişmiştir. İnsan haklarının önemi aynı ölçüde eşit olarak artmıştır. Kanada Temyiz Mahkemesinin 2007'deki kararı günümüzde insan haklarının Yahudi kadınlar tarafından istenildiğini bize göstermiştir. İnsan haklarının korunması öncülüğü ne düzeyde olabilir? Kanada davasında erkek eşine zararları ödemişti. Hollanda'da erkek boşanmak için işbirliği yapmaya zorlanmıştı. Bu son karar kişisel ve özel alanı çok daha geniş ölçüde ihlal eden mali tazminat ödenmesi gibi görünmektedir.

Hollanda'da doktrindeki baskın görüşe göre, bir ilişki ve hukuki fiiller bir boşanmada daha özel alanda tarafların kaygılarına ilişkinse o zaman kamu otoritelerinin müdahalesi sivil toplumu birbirlerine karşı insan haklarına saygı konusunda zorlamakta daha az tartışmalı olacaktır.<sup>36</sup> Doğası nedeniyle CEDAW (Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesi)<sup>37</sup> ve özellikle de 16. madde az veya çok özel ilişkilerde kullanılmak üzere bir araç olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ayrımcılıkla mücadele bakımından genel ilke, yatay bir işleyiş henüz kabul edilmemiştir.

212 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12. Protokolün 1. maddesi yürürlüğe girdiğinde ayrımcılıkla mücadele ilkesi açıklayıcı raporu (Paragraf 26) yalnızca özel alanda<sup>38</sup> bir fonksiyondur, fakat bu tür ilişkilerde bu kadar kesin ve önemli olabilen ayrımcılığa karşı koruma sağlamada bir başarısızlık açıkça devletin sorumluluğunu gerektiriyordu.

Bu açıdan belki, insan haklarından kaynaklanan bir boşanma zorunluluğunun varlığını kabul etmek için fazla ileri gidilmiş olurdu. Böyle bir zorunluluk Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Johnston davasında kabul edilmedi.<sup>39</sup> Bu dava, annenin önceki evliliğinden olan çocuğunun biyolojik babayla yasal evlatlık ilişkisi kurmasına engel oldu. Söz konusu davada anne yeni bir ilişki kurmuştu. İrlanda yetkili makamları ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 ve 12. maddeleri ne de kendi hukukları çerçevesinde boşanmayı ileri sürmek zorunda kalmadı. Avrupa

---

<sup>36</sup> L. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, 1992, pp. 174 et seq.

<sup>37</sup> Parantez içindeki bilgi çevirmen tarafından eklenmiştir.

<sup>38</sup> Buradaki "özel alan" (Private sphere), "kamusal alan" (public sphere) ibaresinin zıttı anlamında kullanılmıştır. (Çevirmen)

<sup>39</sup> ECtHR 18 December 1986, application no. 9697/82 (*Johnston v. Ireland*).

İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. protokolünün 5. maddesi ile de boşanma hakkı elde edilemedi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir boşanma mecburiyeti kabul edilmedi.<sup>40</sup>

İnsan hakları, doğrudan olmasa da dolaylı olarak kadının haklarını önlem amacıyla güçlü şekilde destekledi. Bu destek, tarafların kendi özerkliklerine ait olmayan özel alanları daha az sıkıntıya sokan bir destektir. Bu şekilde insan hakları, kadının ihlal edilen çıkarlarını genişletmek ve güçlendirmek için uygulandı. Sonuç olarak, her iki tarafın çıkarlarının dengelemesinde eski kocanın reddedilmesi, eski kocayı da az haklı çıkaracak ve çok geçmeden kadına karşı haksız fiil oluşturan bir davranış olarak görüldü.

## 6. Sonuç

İnsan haklarının uygulanması açısından bundan önceki bölümlerden itibaren bazı sonuçlar, eşlere daha belirleyici bir koruma sağlamak için gayri resmi hukuk düzenininin himaye edilmesiyle ilgili olarak karışıklığa yol açmış olabilir.

Birinci sonuç Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını izlemektedir ki, insan hakları gayri resmi evliliklerde medeni sonuçlara yol açmak hususunda başarılı olamaz. Kanaatimce bu şaşırtıcı bir sonuç değildir. Hollanda'nın her türlü evlilik dışı ilişkilere izin vermesine rağmen insanların dini evlilik yapmakta özgür olmamaları dikkate değer bir husustur. Hollanda'da medeni bir evlilik olmaksızın dini evlilik yapmak hala yasaktır.

Gayri resmi evliliklerin belli bazı amaçlarla tanınıp tanınmayacağı sorusu ayrıntılı cevabı gerektirmektedir. İnsan hakları, genel olarak devletleri resmen geçerli bir evlilik gibi eşleri gayri resmi evlilikte desteklemeye mecbur etmemektedir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre devletler (*Muñoz Diaz-İspanya ve Şerife Yiğit-Türkiye* davalarında olduğu gibi), yasal korumayı resmen geçerli olan evliliklerle sınırlamakta büyük ölçüde serbesttirler. Hollanda makamları için muhtemel evlilikleri kontrol etmenin yanı sıra sınırlayıcı tedbirleri artırmak ve önemli hususları yürürlüğe koymak yasal kesinliktir. Bu, devletlerin daha liberal teklif ve yaklaşımları tercih etmesini, gay-

---

<sup>40</sup> Explanatory report to Article 5.

ri resmi evliliklerde olduğu gibi gayri resmi ilişkileri de bir dereceye kadar korumasını engellemez.

Sadece belli koşullarda hukukun gayri resmi evliliklerde belli ilişkilere haklar tanınması ayrımcılığı yasaklayabilir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Muñoz Díaz davasında gayri resmi evliliklere benzer haklar tanınmasını başarıyla uygulamıştı.

Bağlı eşin durumu insan hakları tarafından daha iyi korumaya dönüştürüldü. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde bir dava olmamasına, insan haklarına başvurmayı gerektirecek açık ve somut iddialar bulunmamasına rağmen Kanada Yargıtay'ı (Yüksek Mahkemesi) insan haklarının bağlı durumundan kurtulmak isteyen bir kadının taleplerine yardımcı olmasını destekledi. Kadın-erkek eşitliği temel ilkesi ve yaşamda kadınların güçlendirilmesi fikri bu sonucun ortaya çıkmasında önemli rol oynamıştır. Bu temel hakların korunmasında bir devlet kamu yararına hizmet etmektedir.

Muhtemelen sahip olunan role rağmen kesinlikle söyleyemediğimiz şey; kocaya karşı olmasaydı, eş koruma, sonuçta devlet yetkilileri için bir zorunluluk olmazdı.

214

Gerçekten, eşlerin mevcut durumunu gayriresmi hukuk düzeni içinde korunmak için insan haklarının ileri sürüleceği genel bir sonuç olarak görülebilir. Üstelik resmi olmayan normların ve değerlerin varlığını kural olarak temelinden reddetmek kabul edilmemelidir. Daha çok ilgilenilen soru, dini ve kültürel topluluklar arasında sosyal gerçekliğin korunup korunmayacağı ile ne ölçüde korunabileceğidir.

İnsan haklarına saygı duyan çoğulcu toplumlardan oluşmuş bir devlet, dini evlilikleri görmezlikten gelemmez. Bu konuda Scolnicov ile aynı fikirdeyim. Bu evliliklerin varlığını tanıma, sınıflara ayrılmış bir hukuk düzeni içinde bulunan gayri resmi evliliklerde eşlerin sorunlarını anlamak için önceden gerekli olan ilk şeydir. Eşlerin temel haklarını koruma, onlar özel ve dini bir alanda söz konusu olsalar bile, demokratik bir toplumda yetkili makamların temel sorumluluğunun bir parçası olarak kabul edilebilir.

## NEDEN PERFORMANS ÖLÇÜMÜ? FARKLI AMAÇLAR FARKLI ÖLÇÜMLER GEREKTİRİR

Robert D. BEHN<sup>1</sup>

Çeviren: Aysun SEYREKBASAN<sup>2</sup>

**P**erformans ölçümü, başlı başına bir amaç değildir. O halde kamu yöneticileri neden performans ölçmelidir? Çünkü kamu yöneticileri bu yolla, kendine has sekiz idari amaca ulaşmaya yardımcı bazı ölçüler bulabilirler. Kamu yöneticileri idari stratejilerinin bir parçası olarak, performans ölçümlerini; değerlendirme, denetim, bütçe idaresi, motivasyon, destekleme, kutlama, öğrenme ve geliştirme amaçlarını gerçekleştirmek için kullanabilirler. Ne yazık ki tek bir performans ölçümü yukarıda ifade ettiğimiz sekiz idari amacın gerçekleşmesinde yeterli değildir. Dolayısıyla kamu yöneticileri bu amaçlara ulaşmak için tek ve sihirli bir performans ölçümünün peşine düşmemelidir. Kamu yöneticileri bunun yerine, idari amaçları üzerinde ciddi olarak düşünmeli ve hangi performans ölçümünün bu amaç doğrultusunda nasıl kullanılacağını ve ne kadar katkıda bulunacağını belirlemelidir. Geliştirme amacını (ki bu, diğer yedi amacın temelindeki gayedir) gerçekleştirmek üzere performans ölçümlerinin nasıl işletilebileceğine dair en azından deneme niteliğinde bir teori olmadan, kamu yöneticilerinin neyi ölçeceklerine karar vermeleri pek mümkün değildir.

215

\*

Herkes performans ölçer<sup>3</sup>. Kamu yöneticileri sözleşme yaptığı ve işbirliği içinde bulunduğu kişilerin performansını ölçerler. Konseyler, yasama or-

---

<sup>1</sup> **Robert D. Behn** is a lecturer at Harvard University's John F. Kennedy School of Government and the faculty chair of its executive program Driving Government Performance. His research focuses on governance, leadership, and performance management. His latest book is *Retriinking Democratic Accountability* (Brookings Institution, 2001). He believes the most important performance measure is 1918: the last year the Boston Red Sox won the World Series. **Email: [redsox@ksg.harvard.edu](mailto:redsox@ksg.harvard.edu)**.

<sup>2</sup> Ankara Hakim Adayı

<sup>3</sup> Tamam, herkes performans ölçmüyor. Birleşik Devletlerde yapılan bir araştırmada, Poister ve Streib "mülakata katılanların [695 kişi] yüzde 38'inin kendi şehirlerinin performans ölçümlerini kullandığını belirttiğini" bulmuşlardır ki bu daha önceki

ganları ile şehir belediyeleri de yürütme organları aracılığı ile performans ölçümlerinin periyodik olarak bildirilmesi konusunda ısrarcıdır. Halka arz edilen şirketler idari sorumluluklarını muhafaza etmek amacıyla performans ölçümlerine önem verirler. Gazetecilerse şehir okullarındaki sınav başarı ortalamalarında ya da FBI'nın tek tip suç istatistiklerini gösteren çeşitli davalarda performans ölçümlerini karşılaştıran baş sayfa çizelgelerini tercih ederler. Dahası, kamu idareleri kendi performans ölçüm derlemelerini yayınlamak için ilk adımı atmaktadır. (Murphey, 1999). Milletler arası ekonomik işbirliği ve kalkınma için organizasyon oluşumundaki başlıca eğilim, Batı Sidney üniversitesi öğretim üyesi Alexander Kouzmin (1999) ve onun meslektaşları tarafından ifade edildiği gibi 'ölçüm sistemlerindeki gelişmenin birçok alandaki (1999: 122) benzer aktivitenin karşılaştırılmasını sağlayacağı ve kamu sektöründe (1999: 123) performans temelli bir kültür kurulmasına yardım edeceğidir.' 'Performans ölçümü' Teksas Üniversitesi'nden Terrell Blodgett ve İdari Partnerler A.Ş. den Gerald Newfarmer'e göre ise '(tartışılabilir olmakla birlikte) devletin bugün en sıcak konusudur'(1996: 6).

## NEDEN PERFORMANS ÖLÇÜMÜ?

216

Tüm bu performans ölçümlerinin altında yatan nedir? İnsanlar düşük performans gösteren idareleri, bürokratları ya da sözleşmede tarafları yıpratmak için kullanmak dışında, bu ölçümlerden ne bekliyorlar? İnsanlar bu performans ölçümlerini sahiden nasıl kullanıyorlar? Daha önemli bir takım amaçlarla yönetimin performans ölçümlerini ilişkilendiren gerekçe nedir? Bununla birlikte ne performans ölçümün kendisi ne de elde edilen veriler herhangi bir şekilde kullanılmadıkça tek başlarına bir başarı sayılabılır. Bu ölçümler sadece birileri tarafından bir şekilde kullanıldığı takdirde anlam ifade eder. İnsanlar hangi amaçlarla kamu idarelerinin, kamu programlarının, kâr amacı olsun veya olmasın kamu hizmeti sağlayan

---

araştırmalarda bulunan sonuçlardan önemli oranda daha düşük yüzdeye denk gelmektedir. (1999, 328). Benzer bir şekilde Ammons, belediye idari teşkilatlarında performans ölçümlerinin 'çok az' olduğunu rapor etmektedir (1995,42). Ve tabii ki performansı ölçtüğünü rapor eden kişiler, bu ölçümleri herhangi bir gerçek amaç için hakikaten kullanmıyor olabilir. Joyce "performans bilgilerinin bütçe kararlarını alma sürecinde gerçekten kullanıldığına" dair çok az kanıt olduğunu belirtmektedir (1997, 59).



organizasyonların, sözleşme taraflarının ve kamu işbirlikçilerinin performanslarını ölçüyorlar?<sup>4</sup>

Neden performans ölçümü? Çünkü performans ölçümü faydalıdır. Peki, bu ölçümün faydalı olduğunu nereden *bileceğiz*? Elbetteki özel sektörün kendi performansını ölçmesinden. Çünkü herkesin bildiği gibi iş idaresinde özel sektör, kamu sektöründen daima daha iyidir. Fakat ne yazık ki iş dünyasının, firmaların performansını ölçen teknikleri kamu sektörüne pek de uygun değildir. O halde kamu idareleri neyi ölçmelidir? Elbette performansı. Ancak, kamu yöneticileri ne tür bir performansı ölçmelidir, nasıl ölçmelidir ve en önemlisi bu ölçümleri nasıl kullanmalıdır? Bu soruların cevaplanmasında doktrinde çok çeşitli görüşler vardır:

- Güney Kaliforniya Üniversitesinden Joseph Wholey ve George Washington Üniversitesi'nden Kathryn Newcomer'e göre 'devlet yönetiminin tüm düzeyleri ve kar amacı gütmeyen organizasyonların tümünde performans ölçümünün şu anki odağı, dünya çapında yapılmış program geçerliliğinin delili için vatandaşların taleplerini gözetmektir.

- Wholey ve the Urban institute'den Harry Hatry'in görüşüne göre, 'performans izleme sistemleri, bütçe formülasyonu, özkaynak tahsisi, çalışanların motivasyonu, sözleşmesel performans, kamu hizmetinin iyileştirilmesi ile devlet ve vatandaşlar arasındaki iletişimin artırılması konularında kullanılmaya başlanmalıdır. Tüm bunlara 'dışsal sorumluluk amaçlarını' da eklememiz mümkündür. (609).

- Wholey ve Newcomer; performans ölçümünün, kamusal sorumluluğu ve karar alma politikasını geliştirmek için yıllık olarak ya da program etkinliğini ve idareyi geliştirmek için daha da sık bir şekilde yapılabileceğini söylemektedir (1997: 98).

- **Devlet Muhasebesi Standartları Kurulu'na göre**, performans ölçümlerinin 'Öncelikle bir takım amaç ve hedefler belirlenip bu hedeflere ula-

---

<sup>4</sup> İnsanlar; (1) kamu kuruluşu; (2) kamu programı; (3) kamu hizmeti veren kâr amacı gütmeyen veya kâr amaçlı bir yüklenici veya (4) kamu, kâr amaçlı olmayan veya kâr amaçlı kurumlar işbirliğinin performansını ölçebilir. Kısaca; programları, yüklenicileri ve işbirlikçilerinin performansını içerecek bir kamu kurumunun performansına atıfta bulunmayı açıkça niyet etmiş olmama rağmen, genellikle yalnızca kurumdan bahsedirim.

şılması için program planlama aktivitelerine ihtiyacı vardır. Yine bu programlara öz kaynak tahsisi ve son olarak ortaya çıkan sonuçların izlenmesi ve değerlendirilmesiyle başta belirlenmiş olan amaç ve hedeflere ulaşıp ulaşılamadığının saptanması ve bu yolla performansın artırılması gerekmektedir.'(Hatry et al. 1990, v).

• Belediyelerde ise, Kentsel Enstüü'den Mary Kopczynski ve Uluslar Arası Kent/Devlet Yönetimi Derneği'nden Michael Lombardo'nun notlarına göre, karşılaştırmalı performans verileri beş şekilde kullanılabilir:

(1) İyi performansı ayırt etmek ve iyileştirilecek alanları belirlemek,

(2) En iyi kararlara ulaşamayan mahkemelerde, daha yüksek performanslı bir yargı için iyileştirme hedefleri gibi gösterge değerleri kullanmak,

(3) Mahkemelerin bir şekilde benzer olduğu düşünülen alt kademeleri arasında performans karşılaştırması yapmak (örneğin hizmet sağlama uygulamaları, coğrafya vb.),

218 (4) Yerel idarelerin dışında hak sahiplerini bilgilendirmek (örneğin vatandaşlar ya da işletme grupları) ve

(5) İlgili topluluklardan gelecek sonuçların iyileştirilmesinde ortak dayanışma istemek' (1999, 133).

• Yerel idaredeki performans ölçümünün savunucularından batı Karolayna Üniversitesi öğretim üyesi David Ammons' a göre, daha karmaşık ölçüm sistemlerinin idari usulleri güçlendireceği, daha iyi bilgilendirme ile öz kaynak tahsisi kararlarının, yasama denetimini ve sorumluluğu arttıracığı vurgulanmıştır.(1995: 37).

• The Reinventor's Fieldbook adlı eserde David Osborne ve Peter Plastrik'in ifadelerine göre ise performans ölçümü, yetkililerin ve kurumların sorumluluğunu sağlar ve performans için sonuçlar ortaya koyar. Vatandaşların ve tüketicilerin, devletin onlar için oluşturduğu değeri anlamalarına yardım eder. Ayrıca yöneticilerin performans gelişiminde ihtiyaçları olan verileri sağlar (2000:247).

• İndiana Üniversitesi'nden Robert Kravchuk ve Connecticut Hizmet Departmanı'ndan Ronald Schack, performans ölçümü için belirli bir

amaç listesi önermemiştiler. Öte yandan, etkili performans ölçümleri tasarlamak adına kendi önerilerine sıkı sıkıya bağlıdır. Söz konusu yazarlar performans ölçümünde bir dizi farklı amaç ileri sürmüşlerdir ki; planlama, değerlendirme, kurumsal öğrenme, ilerleme çabalarını yönetme, karar alma, özkaynak tahsisi, kontrol, hiyerarşinin alt kademelerine yetki devrini kolaylaştırmak ve sorumluluğu desteklemek için yardım, bu amaçlar arasındadır. (Kravchuck and Schack 1996: 348, 349, 350, 351).

Performans ölçümleri çok çeşitli amaçlar için kullanılabilir. Kaldı ki, farklı insanların farklı amaçları vardır. Yasa koyucuların performans ölçümündeki amaçları, gazetecilerinkinden farklıdır. Aynı şekilde, ilgililer de kamu yöneticilerinden farklı amaçlarla bu verileri kullanırlar. Sonuç olarak, bu çalışmada sadece kamu yöneticilerinin performans ölçümlerine odaklanacağız.

## PERFORMANS ÖLÇÜMÜNDE SEKİZ İDARİ AMAÇ

Bir kamu yöneticisi, performans ölçümü ile gerçekten hangi amaca ulaşmayı hedefliyor? Bu dar kapsamlı soruya rağmen cevap yine de belirsizdir. Bir analist, kamu yöneticilerini şöyle uyarıyor: ‘daima hatırlayın ki, performans ölçümlerinde niyet, performansta geçerli ve güvenilir bilgiler sağlamaktır’(Theurer, 1998: 24). Ancak bu da, soruya neredeyse hiç cevap vermiyor. Kamu yöneticileri tüm bu güvenilir ve geçerli bilgi ile ne yapacaktır? Yönetim performansının güvenilir ve geçerli raporlarını üretmek başlı başına bir amaç değildir. Toplanan tüm bu güvenilir ve geçerli bilgi, kamu yöneticilerinin onları nasıl kullanacaklarına dair net bir fikri yoksa ya da veriler belirli bir kullanıma uygun düşmüyorsa işe yaramazlar. Öyleyse performans ölçümü ne işe yarayacak ve kamu yöneticilerinin ne tür ölçümlere ihtiyacı olacak? Gerçekten, tüm bu performans ölçümlerinin altındaki mantık nedir? Kamu yöneticilerinin bir takım kamusal amaçlara ulaşma çabası ile bu ölçümler arasındaki nedensellik bağı nasıl kurulabilir?

Hatry, performans bilgilerinin kullanımını içeren çok sayıda listeden birini ortaya çıkarmıştır. Yazara göre, kamu yöneticileri on değişik görevi yerine getirmek için çeşitli bilgileri kullanabilirler: (1) Seçilmiş memurların ve toplumun taleplerine sorumluluk adına cevap vermek, (2) Bütçe taleplerini gerçekleştirmek, (3) İç bütçeleme yapmak, (4) Olası düzeltmelerin ve performans sorunlarının derinlemesine incelenmesini tetiklemek, (5) Motivasyon sağlamak, (6) Sözleşme yapmak, (7) Değerlendirmek, (8)

Stratejik planlamayı desteklemek, (9) Kamu güveni oluşturmak için toplumla daha iyi iletişim kurmak ve (10) Geliştirmek<sup>5</sup>.

Bunların yanı sıra Hatry, performans ölçümünün temel amacının programların geliştirilmesi olduğuna dikkat çekmiş, sayılan bu on amacın ve özellikle ikisinin – sorumluluğun geliştirilmesi ve halkla iletişimin artırılmasının – ileri sonuçlara ulaşmak için program iyileştirilmesine yönelik olduğunu ifade etmiştir. (1999b: 158, 157).

Benim listem bundan biraz farklıdır. Performans ölçümü için nedenler farklı olduğundan, kanımca, kamu yöneticileri farklı ve belirli (ya da sadece marjinal örtüşen<sup>6</sup>) sekiz temel amaca sahiptirler. Tüm idari stratejilerinin bir parçası olarak, kamu yöneticileri performans ölçümlerini (1) Değerlendirme, (2) Kontrol, (3) Bütçeleme, (4) Motivasyon, (5) Destekleme, (6) Kutlama, (7) Öğrenme ve (8) geliştirme<sup>7</sup> amaçları için kullanabilirler.

---

<sup>5</sup> Hatry performans bilgilerinin – girdi, proses, çıktı, sonuç, etkinlik, iş yükü ve etki verileri (1999b, 12) – farklı türlerinin olağan listesini vermesine rağmen, 10 farklı amacını tartışırken (bölüm 11), neredeyse tamamen sonuç ölçümlerine atıfta bulunmaktadır.

<sup>6</sup> Bu sekiz amaç, tamamen ayrı ve belirgin değildir. Örneğin öğrenme, *\*\*itself is valuable only when put to some use*. Açıkçası performans ölçümlerinden elde edilen öğrenmeyi kullanmanın iki yolu, iyileştirme ve bütçelemedir. Benzer bir şekilde değerlendirme nihai bir amaç değildir; değerli olması için her değerlendirme ya programları yeniden tasarlamak (iyileştirmek) ya da fonlar daha değerli kullanımlara kaydırarak kaynakları yeniden tahsis etmek (bütçelemek) için kullanılmalıdır. Bütçeyle ilgili amaç dahi iyileşmeden daha sonra gelmektedir. Nitekim diğer yedi maksadın tamamı iyileştirmeden daha az önemlidir. Kamu yöneticileri ne zaman değerlendirmek, kontrol etmek, bütçelemek, motive etmek, teşvik etmek, kutlamak veya öğrenmek için performans ölçümlerini kullanırlarsa, bunu yalnızca bu faaliyetlerin idarenin performansını iyileştireceğine yardımcı olacağı için –öyle inanırlar veya umarlar– yapmaktadırlar.

Ancak bütçelemek veya kutlamak için performans ölçümlerinin her defasında kullanımının otomatik olarak performansını geliştireceğine dair bir garanti yoktur. Her kontrol etme veya motivasyon stratejisinin performansını iyileştireceğine dair bir garanti bulunmamaktadır. Performansını iyileştirmeye yönelik bir adım olarak değerlendirme ya da öğrenme ölçümlerini arayan kamu yöneticilerinin sadece niçin ölçüm yaptıkları değil, aynı zamanda bu ölçümler ile neler yapacakları ve performansını iyileştirmek için bunları nasıl kullanacakları hakkında da dikkatli düşünceleri gerekmektedir.

<sup>7</sup> Jolie Bain Pillsbury, performansını ölçmek için ayırt edici bir şekilde farklı amaçların olduğunu bana açıkça belirttiği için takdiri hak etmektedir. 16 Nisan 1996'da Duke

Bu liste uzatılabilir ya da kısaltılabilir. Performans ölçümede kamu yöneticilerinin asıl amacı, sahiden tek gerçek amacı, performansı arttırmaktır. Diğer yedi amaç ise bu nihai amaca ulaşmak içindir. Sonuç olarak, tali amaçların ne kadar olacağı, kaç değişik anlam içereceği isteğe bağlı bir şey olsa da temel amaç (performansı arttırmak) öyle değildir. Onun yerine, vurgulamama izin verirsiniz; kamu yöneticileri performans ölçümlerini çok değişik amaçları başarmak için kullanabilirler ve bu amaçları dikkatli ve açık bir şekilde seçmeleri gerekir. Kamu yöneticileri her özgün amaca uygun olan belirli ölçüler tanımlayabilir ya da oluşturabilirler<sup>8</sup>

Performans ölçümü için önerilmiş olan çeşitli amaçları ben listeme almadım: (yani)<sup>9</sup> planlama, karar alma, programları düzenleme, performans hedefleri belirleme, iyi performansı tanıma, performans karşılaştırılması, tarafları bilgilendirme, performans sözleşmeleri ve sorumluluğa teşvik. Peki neden söz konusu amaçları listeme almadım? Çünkü bunlar gerçekten de sekiz temel amaçtan birinin ya da daha fazlasının tali amaçlarıdır. Örneğin; planlama, karar alma ve değiştirme benim önerdiğim sekiz amacın ikisinde zımnı olarak ve daha basit bir ifadeyle yer almaktadır ki bunlar bütçeleme ve geliştirmedir. Planlama veya program değiştirmede yöneticilerin gerçek amacı ya öz kaynakların yeniden tahsisi ya da gelecekteki performansı geliştirmedir. Benzer şekilde, yöneticilerin performans hedefleri koyma nedenleri motivasyon ve dolayısıyla da ilerlemedir. Yetkiler arasındaki performansı karşılaştırmak- zımnı fakat reddedilemez bir biçimde- onları değerlendirmek demektir. İyi performansı tanımlamak, ilerlemeyi motive etmek için tasarlanmıştır. Hak sahiplerini bilgilendir-

---

Üniversitesindeki bir seminerde beş amaç tanımlamıştır: değerlendirme, motive etme, öğrenme, destekleme ve kutlama (Behn 1997b). Fakat diğerleri de bunu gözlemlemiştir. Örneğin Osborne ve Gaebler (1992), "Sonuç Odaklı Hükümet" adlı bölümde benim sekiz amacımın beş tanesini alan beş başlık kullanmaktadır: "Sonuçları ölçmezseniz, başarıyı başarısızlıktan ayırt edemezsiniz (147) (değerlendirme); "Başarıyı göremezseniz, onu ödüllendiremezsiniz" (148); "Başarıyı göremezseniz, başarıdan bir şey öğrenemezsiniz" (150) (öğrenme); "Başarısızlığı fark edemezsiniz, onu düzeltemezsiniz" (152) (geliştirme); "Sonuçları gösterebilirsiniz, halk desteğini kazanabilirsiniz" (154) (teşvik etme).

<sup>8</sup> Bu listeye bir amaç eklemek isteyenler, bu ilave amaç için en uygun olacak potansiyel tedbirlerin karakteristiklerini de tanımlamalıdır.

<sup>9</sup> "Yani" kelimesi tarafımızdan eklenmiştir.

mek onları hem destekler hem de onlara, öğrenmeleri ve değerlendirmeleri için bir fırsat verir<sup>10</sup>. (tablo 1)

<sup>10</sup> Ama hesap verebilirliği teşvik etme, performansı ölçmek için gayet belirgin ve ayrıca çok önemli bir amaç değil midir? Neticede uzmanlar ve uygulayıcılar performans ölçümü ile hesap verebilirlik arasındaki bağlantıyı vurgulamaktadır. Nitekim bu Hatry'nin performans bilgilerinin ilk defa kullanılmasıdır (1999b, 158). Devlet Muhasebe Standartları Kurulu tarafından hazırlanan "hizmet çabaları ve başarılar" [HÇB] raporlaması dediği bir raporda, Hatry, Fountain ve Sullivan (1990), HÇB ölçümünün kurulun "kamuya hesap verebilir olmak ve ... kullanıcıların bu hesap verebilirliğe erişimlerini sağlamak için hükümetinin görevini yerine getirmesine yardımcı olma" istediğini yansıttığına dikkati çekmektedir.

(2). Ayrıca bu tür performans ölçümleri olmadan seçilmiş görevliler, vatandaşlar ve diğer kullanıcıların "devlet kurumunun performansının yeterliliğini tam olarak değerlendiremeyeceklerini veya o kurumu vergi mükellefi ve diğer kaynakların yönetimi için sorumlu tutamayacaklarını" ileri sürmektedirler (2-3). Aslında seçilmiş görevliler ve kamu yöneticilerinin "faaliyetlerin sonuçlarını değerlendirmede kamuya yardımcı olacak bilgi vererek hesap verebilir" olması mesuliyeti olduğuna ifade etmektedirler (5).

Peki, hükümeti sorumlu tutma tam olarak ne anlama gelmektedir. 1989'daki bir kararında, Devlet Muhasebe Standartları Kurulu HÇB bilgilerinin "hesap verebilirliğin temel bir ögesi" olduğunu belirtmiştir. Nitekim bu kararda, kurum "hesap verebilirlik kavramına büyük önem vermiştir: 'kişinin eylemlerini açıklama, yaptıklarını gerekçelendirme, 'kamu kaynaklarının artırılmasının gerekçelendirilmesine ve bunların hangi amaçlar için kullanıldığına cevap verme' zorunluluğu" (Hatry ve diğerleri. 1990, v). "Hükümeti sorumlu tutma" ifadesi, yalnızca açıklama, gerekçelendirme ve cevap verme gereksinimlerini mi kapsamaktadır? Yoksa hesap verebilirlik gerçekten cezalandırma anlamına mı gelmektedir?

"Hesap verebilirlik" kelimesinin kullanımını hem çok anlamlı hem de belirsiz ve muğlak bulurum. Ancak ilk olarak vatandaşların hesap verebilirlik ile ne demek istediklerine –özellikle performans için hesap verebilirlik ile biz ne demek istediğimize karar vermeden performans ölçümünün hesap verebilirliği nasıl teşvik edeceğini veya edebileceğini incelemek zordur. Bir kamu kuruluşunu veya yöneticisini performanstan dolayı sorumlu tutmak ne anlama gelmektedir? Büyük ihtimalle kişileri performanstan sorumlu tutma süreci, birtakım performans ölçümünü kullanacaktır. Ama bu hesap verebilirliği teşvik etme amacı için hangi ölçümler en faydalı olanıdır?

Ve bu ölçümler gerçekten hesap verebilirliği arttırmak için nasıl kullanılacaktır? (Veya mantıksal sıralama gözden geçirirsek: Hesap verebilirliği teşvik etmek için performans ölçümlerini nasıl kullanabiliriz? Daha sonra, bu hesap verebilirliği teşvik etmek için hangi ölçümler en kullanışlı olacaktır?) Bir yönetim şekli olarak hesap verebilirliği teşvik etmek için performans ölçümlerini nasıl kullanabileceğimiz hakkında analitik ve yaratıcı bir biçimde düşünmeden önce, hesap verebilirlik ile ne demek istediğimiz hakkında daha analitik ve daha yaratıcı bir şekilde düşünmemiz gereklidir.

Hesap verebilirlik – özellikle de performansa yönelik hesap verebilirlik – için daha detaylı bir tartışma için bakınız Behn (2001).

Amaç	Kamu yöneticisinin performans ölçümü ile cevabını bulacağı sorular
Değerlendirme	Kamu kurumunun performansı ne kadar iyi?
Kontrol	Astlarımdan doğru olanı yaptığına nasıl emin olabilirim?
Bütçeleme	Kurumum devletten aldığı bütçeyi hangi programlara, kişilere ya da projelere harcamalıdır?
Motivasyon	Performansı arttırmak için çalışanları, orta yöneticileri, kar amaçlı ve kar amaçsız ortakları, hak sahiplerini ve vatandaşlarını nasıl motive edebilirim?
Destek	Kurumumun iyi çalıştığına politik üstleri, yasa koyucuları, hak sahiplerini, gazetecileri ve vatandaşları nasıl ikna edebilirim?
Kutlama	Hangi başarılar önemli organizasyonel ritüellerle kutlanmaya layıktır?
Öğrenme	Ne neden çalışıyor ya da çalışmıyor?
Geliştirme	Performansı arttırmak için kimler gerçekten neler yapmalıdır?

## 1) Değerlendirme

Kamu kurumunun performansı ne kadar iyi? İnsanlar, nadiren performans değerlendirmesini, performans ölçümünde tek (ya da baskın) gerekçe olarak gösterirler. Onun yerine başka amaçların da olabileceği kabul ederler. Çoğu kez (daha önceden alıntı yapılan farklı nedenlere rağmen) performans ölçümü için sebep göstermek yerine sadece değerlendirme amacı varsayılır. Değerlendirme, performans ölçümünün klasik nedenidir. Gerçekten de, performans ölçüm sistemlerini geliştirmeye teşebbüs eden birçok akademisyen ve uygulayıcı, programların değerlendirilmesi alanından gelirler. Bu amaç, performans denetimlerinin, bütçe dokümanlarının, makalelerin, konuşmaların ve kitapların satır aralarında ifadesini şöyle bulmuştur: İnsanlar şu veya bu organizasyon ya da programın performansını ölçüyorlar ki –diğerleri– bunu değerlendirebilsin.

1993 tarihli Hükümet Performans ve Sonuçlar Yasası uyarınca ilk performans ölçme çabalarına ilişkin bir raporda, Kamu Yönetimi Ulusal

Akademisi'nin (NAPA) tavsiye niteliğindeki bir panelinde 'program çıktı ve sonuçlarının performans ölçümü, yaşamsal değilse, mevcut program durumunda önemli bilgiler sağlar ve program hedeflerine doğru ne kadar mesafe alındığını gösterir. Bu ölçüm, sorunların neden ve nasıl iyiye ya da daha da kötüye gittiğini açıklayamasa da programlardaki iyileşme veya kötüleşmeye dair gerekli bilgileri verir' şeklinde görüş bildirilmiştir. (NAPA 1994;2). Bu ifadeler 'değerlendirme' ya da 'değerlendirmek' kelimelerini içermese de, performans, ölçümünün, program performansının bir çeşit değerlendirmesini sunacağı anlamına gelir. Elbette ki kamu yöneticilerinin, bir kamu kurumunun performansını değerlendirmesi için o kurumdan, ne beklendiğini bilmeleri gerekir. Bu nedenle, Kravchuk ve Schack'ın ortaya koyduğu on performans ölçümünden ikisi, şu planlama ilkelerini geliştirmiştir: 'açık ve tutarlı bir görev ve strateji formüle edip hedefler koymak' ve 'ölçüme giriş olarak, program niteliğinde bir yapı oluşturmak'. Söz konusu yazarların teorilerine göre, önce bu iş yapılmalıdır, çünkü 'performans ölçümü, tek ya da çok programlı sistemlerin hedeflerini net bir biçimde anlamakla başlamalıdır.' (1996; 350).

Kamu yöneticileri net, tutarlı bir amaç ve strateji ile akılcı bir program yapısıyla birleştirilmiş hedeflerin hazırlanması (sadece bir devlet girişimi ile) için Birleşik Devletler Kongresini ya da yerel eyalet meclislerini beklemek zorunda kalırsa, ölçüme bir adım daha ileriye gitmeleri mümkün değildir<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Ama hesap verebilirliği teşvik etme, performansı ölçmek için gayet belirgin ve ayrıca çok önemli bir amaç değil midir? Neticede uzmanlar ve uygulayıcılar performans ölçümü ile hesap verebilirlik arasındaki bağlantıyı vurgulamaktadır. Nitekim bu Hatry'nin performans bilgilerini ilk defa kullanmasıdır (1999b, 158). Devlet Muhasebe Standartları Kurulu tarafından hazırlatılan "hizmet çabaları ve başarılar" [HÇB] raporlaması dediği bir raporda, Hatry, Fountain ve Sullivan (1990), HÇB ölçümünün kurulun "kamuya hesap verebilir olmak ve ... kullanıcıların bu hesap verebilirliğe erişimlerini sağlamak için hükümetinin görevini yerine getirmesine yardımcı olma" istediğini yansıttığına dikkati çekmektedir.

(2). Ayrıca bu tür performans ölçümleri olmadan seçilmiş görevliler, vatandaşlar ve diğer kullanıcılarının "devlet kurumunun performansının yeterliliğini tam olarak değerlendiremeyeceklerini veya o kurumu vergi mükellefi ve diğer kaynakların yönetimi için sorumlu tutamayacaklarını" ileri sürmektedirler (2-3). Ashında seçilmiş görevliler ve kamu yöneticilerinin "faaliyetlerin sonuçlarını değerlendirmede kamuya yardımcı olacak bilgi vererek hesap verebilir" olması mesuliyeti olduğuna ifade etmektedirler (5).

Peki, hükümeti sorumlu tutma tam olarak ne anlama gelmektedir. 1989'daki bir kararında, Devlet Muhasebe Standartları Kurulu HÇB bilgilerinin "hesap verebilirliğin



Şüphesiz ki performans ölçümünün doğal değerlendirmesi birçok kamu yöneticisini telaşlandırır. Eğer kamu yöneticilerinin hali hazırda, net, geniş kapsamlı anlaşılabilir idari hedefleri olsaydı ve rasyonel bir program yapısı içinde bunu başarabilseylerdi, o zaman performans ölçümünü daha az korkutucu bulabilirdi. Ancak idari hedeflerde bir uzlaşma yoksa kamu yöneticileri bilirler ki diğerleri, bu performans verilerini, zaten peşinde olmadıkları hedeflere ulaşamadıkları yönünde onları (ve kurumlarını) eleştirmek için kullanabilirler. Bunun yanı sıra, geniş anlamda kabul edilen idari hedefleri başarmak adına anlamsız bir program yapısı ile (çok sayıda baskı, yetersiz kaynaklar ve mantıksız tarifeler) verilen sorumluluk, en yetenekli yöneticilerin bile uzlaşmış performans hedeflerinde başarısız olmasına yol açar. Dahası, performans ölçümleri, değerlendirme için *belirli* amaçlarla toplanmamışsa, bu ihtimal her zaman *üstü kapalı* olarak var olacaktır. Ayrıca, bir kamu kurumunu değerlendirmek için performans verilerini kullanma, aldatıcı ve karmaşık bir girişimdir. Yine de en yaygın değerlendirme tekniği benzer kurumlar hakkında kolayca bulunabilen verilerin basitçe karşılaştırılmasıdır.

temel bir ögesi” olduğunu belirtmiştir. Nitekim bu kararda, kurum “hesap verebilirlik kavramına büyük önem vermiştir: ‘kişinin eylemlerini açıklama, yaptıklarını gerekçelendirme, ‘kamu kaynaklarının artırılmasının gerekçelendirilmesine ve bunların hangi amaçlar için kullanıldığına cevap verme’ zorunluluğu” (Hatry ve diğerleri. 1990, v). “Hükümeti sorumlu tutma” ifadesi, yalnızca açıklama, gerekçelendirme ve cevap verme gereksinimlerini mi kapsamaktadır? Yoksa hesap verebilirlik gerçekten cezalandırma anlamına mı gelmektedir?

“Hesap verebilirlik” kelimesinin kullanımını hem çok anlamlı hem de belirsiz ve muğlak bulurum. Ancak ilk olarak vatandaşların hesap verebilirlik ile ne demek istediklerine – özellikle performans için hesap verebilirlik ile biz ne demek istediğimize karar vermeden performans ölçümünün hesap verebilirliği nasıl teşvik edeceğini veya edebileceğini incelemek zordur. Bir kamu kuruluşunu veya yöneticisini performanstan dolayı sorumlu tutmak ne anlama gelmektedir? Büyük ihtimalle kişileri performanstan sorumlu tutma süreci, birtakım performans ölçümünü kullanacaktır. Ama bu hesap verebilirliği teşvik etme amacı için hangi ölçümler en faydalı olanıdır?

Ve bu ölçümler gerçekten hesap verebilirliği arttırmak için nasıl kullanılacaktır? (Veya mantıksal sıralama gözden geçirirsek: Hesap verebilirliği teşvik etmek için performans ölçümlerini nasıl kullanabiliriz? Daha sonra, bu hesap verebilirliği teşvik etmek için hangi ölçümler en kullanışlı olacaktır?) Bir yönetim şekli olarak hesap verebilirliği teşvik etmek için performans ölçümlerini nasıl kullanabileceğimiz hakkında analitik ve yaratıcı bir biçimde düşünmeden önce, hesap verebilirlik ile ne demek istediğimiz hakkında daha analitik ve daha yaratıcı bir şekilde düşünmemiz gereklidir. Hesap verebilirlik – özellikle de performansa yönelik hesap verebilirlik – için daha detaylı bir tartışma için bakınız Behn (2001).

Hatry (1999a)' ye göre, idareler arası performans karşılaştırmaları 'gele-  
neksel ve kolayca bulunabilen veri kaynaklarından sağlanabilen gösterge-  
lerde başlıca odaktır'. 'Yerleşmiş uygulama budur' der ve devam eder;  
çünkü en iyi veri sonuçları yeni ya da en azından özünde yeniden gözden  
geçirilmiş prosedürler olmadan elde edilemez.' Buna rağmen çoğu zaman  
var olan ya da kolayca elde edilebilen veriler, basit ve değerlendirici kı-  
yaslamalar için bir fırsat yaratır. Hatry devamında, karşılaştırmalı per-  
formans verilerini toplayanların 'kamu ve medya da dâhil olmak üzere,  
karşılaştırmalı performans ölçüm çabalarının sadece kabaca kıyaslanabi-  
lir olacağına farkında olmalıdır' şeklinde tavsiyede bulunmuştur.(1999a;  
104). Ancak akşam haberlerini ya da yarının gazetesini çok kısa zaman  
dilimleri içerisinde çıkarmak zorunda olan gazeteciler, açıklamak şöyle  
dursun, bunun farkında olacaklar mı? Ya da kamu sektörü, havalı çubuk  
grafiklerine bir göz atmakla bu mesajı alacaklar mı?

Hatry kendisi de tam anlamı ile iyimser değildir. Karşılaştırmalı verilerle  
ilgili nihai sorusu şudur: Acaba yayın, yarardan çok zarar mı verir, öl-  
çümlerin çoğu hatalar içeriyorsa ya da haksızsa, zarar oluşabilir mi, böy-  
lece düşük performans gösterenler medya tarafından haksız şekilde yıpratı-  
lırlar da kendilerini ifade etmek ve savunmak için haddinden fazla emek  
ve zaman harcamak zorunda kalırlar mı? Öte yandan, eğer veriler bir bü-  
tün olarak görüldüğünde yargıyı güçlendiriyorsa, neden zayıf performans  
görüldüğünü ya da kendilerini nasıl daha iyi bir seviyeye getireceklerini  
keşfetmelerini sağlıyorsa, birkaç kurum haksız muameleye maruz kalsa  
dahi tüm bu emek ve çabaya değerdir. (Hatry 1999a; 104). Bilim adamları,  
analistler ya da yöneticiler isterse, neredeyse tüm performans ölçümleri,  
bir kamu kurumunun performansını değerlendirmek için kullanılabilir ve  
kullanılabilecektir.

## 2) Kontrol Etme

Kamu Yöneticileri Astlarının Doğru Hareket Ettiğinden Nasıl Emin Ola-  
bilirler? Bugün, hiçbir yönetici, verilen görevleri yerine getirmeleri konu-  
sunda, astlarının davranışlarına söz geçirebilmek için 'tek bir' yol oldu-  
ğuna inanıp sonra da onların davranışlarının bu yola uygunluğunu ölçmez.  
Yirmibirinci yüzyılda, tüm yöneticiler çalışanların motive edilmesi için  
uğraşırlar. Yine de, insanların artık kamu kurumlarının tutumlarını ve  
kamu çalışanlarının davranışlarını kontrol etme peşinde olmadığını, pe-

şinde olmak şöyle dursun, onlara yardım etmek adına<sup>12</sup> performans ölçümünü kullandığını söylemek (ya da buna inanmak), samimiyetsizdir. ‘Hükümetler neden kalem bütçelere sahiptirler? Bugün, hiç kimse kontrol için zaman ve hareket çalışmalarının ölçümlerini kullanmaz. Hatta, kanun koyucular ve yürütme organı amirleri performans standartları oluştururlar- öğretmenler içinse spesifik müfredat standartları ya da hakimler içinse cezalandırma standartları- ve ardından da kişilerin bu talimatlara uyup uymadığını görmek için performans ölçerler<sup>13</sup>.’ Nihayetinde, prensip-ajan teorisinin asıl endişesi prensiplerin, ajanların davranışlarını nasıl kontrol edebilir sorunudur (Ingraham and Kneedler 2000; 238-39).

Gerçekten de, yönetimin kontrol tarzı uzun ve meşhur bir hikâyedir. Kendisini nadir bulunan ancak performans ölçümünün ardındaki gerçek amaçların içine zekice gizlemiştir. William Bruns ‘sorumluluk merkezleri ve performans ölçümü’ konulu bir Harvard Ticaret Okul notuna ‘idari kontrol, ölçüme bağlıdır’ diye yazmıştır (1993; 1). Ticaret okulları, muhasebe kursları ve muhasebe metinleri sıklıkla ve açık bir şekilde ‘kontrol’ kelimesini kullanırlar<sup>14</sup>.

Robert Kaplan and David Norton denge notundaki orijinal açıklamalarında, ticaretin bir kontrol ön yargısına sahip olduğunu belirtmişlerdir: ‘Çünkü geleneksel ölçüm sistemleri finans fonksiyonundan ileri gelmektedir ve sistemler bir kontrol ön yargısına sahiptir. Bu geleneksel perfor-

---

<sup>12</sup> Üst - alt ilişkilerinin yönetimine kontrol edici bir yaklaşımın modası geçmiş olmasına rağmen, aynısi siyasetçilerinin çalışan kurumları nasıl yönettiği hususu için doğru olmayabilir. Yeni Kamu Yönetimi, iki zıt [çelişen] yaklaşımdan oluşmaktadır: Yöneticilerin yönetmesine izin verme ve bunun karşısında yöneticileri yönetirme (Kettl 1997, 447-48). Ve bırakın yöneticiler yönetsin stratejisi, kamu kurumlarının yöneticilerini güçlendirirken (örneğin onlara daha fazla esneklik vererek), yöneticileri yönetirme stratejisi birkaç açıdan yöneticileri kontrol etmeye yönelmektedir. Evet, bir yöneticileri yönetirme performans sözleşmesi kapsamında yönetici kendi performans hedeflerine ulaşma esnekliğine sahiptir; aynı zamanda bu çıktı hedefleri “kontrollerin” çıktısı olarak düşünülebilir. Bu öngörü ve kavrayış için anonim bir hakeme müteşekkirim.

<sup>13</sup> Kamu görevlilerinin kendi astlarının davranışlarını kontrol etmeye yönelik yaygın çabalarının bir tartışması için, Landau ve Stout’un (1979) klasik tartışmasına bakınız.

<sup>14</sup> Örneğin Robert Anthony’nin muhasebe hakkındaki işletme metinleri Yönetim Kontrolü İşlevi (1988) ve (Vijay Govindarajan ile) Yönetim Kontrol Sistemleri’ni (1998) içermektedir. Benzer bir şekilde kamu ve kâr amacı gütmeyen sektörler için onun dengi kitabının (David W. Young ile) başlığı Kâr Amacı Gütmeyen Kurumlarda Yönetim Kontrolü’dür (1999).

mans ölçüm sistemleri, çalışanların yapmalarını istedikleri belirli işlemleri belirler ve sonrasında onların gerçekten bu işlemleri yapıp yapmadıklarını ölçerler. Bu yolla, söz konusu sistemler davranışları kontrol etmeye çalışır. Bazı ölçüm sistemleri, endüstriyel çağın mühendislik anlayışı ile uygundur " (1992;79). Kamu sektöründe de durum aynıdır. Yasama organı, yürütme organı çalışanlarının yapmalarını istediği bir takım işlemleri belirleyen ölçüm sistemleri yaratır ve onlardan para harcamalarını ister. Yürütme organı amirleri, düzenleyici birimleri ve üst makamları da aynıını yaparlar. Sonra, çalışanların belirlenmiş işlemleri yapıp yapmadıklarını ve parayı belirlenmiş şekilde harcıyıp harcamadıklarını ölçerler<sup>15</sup>. Fred Taylor gülümsemesini göremiyor musunuz?

### 3) Bütçeleme

Hükümet, devletin parasını hangi programlara, kişilere ve projelere harcamalıdır? Performans ölçümü, bütçe dağılımı yapmada kamu çalışanlarına yardımcı olabilir. Ancak, vergi gelirlerinin makro seviyede paylaşılması hükümet tarafından verilen politik bir karardır. Seçilmiş kimseler ve hemen onların alt kademeleri vatandaşlardan aldıkları sorumluluk ile devletin hangi işlerinin öncelikli, hangilerinin ikinci ve üçüncü sırada olduğuna karar verirler. Performans bütçeleme, performans temelli bütçeleme ve sonuç odaklı bütçeleme, performans ölçüsünün kullanıldığı bütçeleme usullerine verilen isimlerden bazılarıdır. (Holt 1995-96; Jordon ve Hackbart 1999; Joyce 1996, 1997; Lehan 1996; Melkers ve Willoughby 1998, 2001; Thompson 1994; Thompson ve Johansen 1999). Ancak performans ölçüm işletmelerinde kullanılan birçok terim gibi bunlar da değişik insanlara, çeşitli durumlarda farklı anlamlara gelebilir<sup>16</sup>. Örneğin,

---

<sup>15</sup> Overman ve Loraine (1994, 193) "Yönetim bilgi sistemleri, daha fazla yönetim kontrolüne yol açar mı?" sorusunu soruyor ve yol açmadığı sonucuna varıyorlar. 99 Hava Kuvvetleri ihalesinin analizinden, tedarikçilerden aldıkları bilgilerin niteliği, ayrıntısı ve güncelliği/vakitliliği ile projenin maliyeti, takvimi ve niteliği arasında herhangi bir ilişki bulamamışlardır. Bunun yerine "bilginin kurumdaki diğer değerleri simgeleyebileceğini" iddia etmektedirler (194). Hala yasama organları, tepe kurumlar ve [üretim] hat müdürleri performans ölçümü aracılığı ile kontrol yolları aramaktadır.

<sup>16</sup> Melkers ve Willoughby (2001) 50 eyaletten 47 tanesinin, "kurum misyonu, amaçları ve hedeflerine ilişkin stratejik planlama gerektirdiği ve program sonuçları hakkında anlamlı bilgiler veren ölçülebilir verileri isteyen bir süreç" olarak tanımladıkları bir takım performans bütçelemeleri olduğunu belirtmektedir (54). Ancak eyalet yönetimlerinin hem yürütme hem de yasama organlarındaki kişilere eyaletlerinin performans bütçelemesi uygulayıp uygulamadığını sorduklarında "şaşırtıcı bir şekilde birkaç eyaletin şubeler genelinde bütçe hazırlayıcıların kendi eyaletlerinde performans

bütçe kesintileri ile hedeflere ulaşmada başarısız olan cezalandırma birimleri ve ekstra kaynaklar ile bazı performans hedeflerini karşılaştıran ödüllendirme birimleri anlamına gelebilir. Ya da, bütçelerin kalem harcamaları etrafında yapılandırılmadığı (performans amaçları ya da ikincil veyahut örtülü bırakılmış hedefler ile birlikte), ancak genel performans amaçları ya da belirlenmiş performans hedefleri etrafında yapılandırıldığı anlamına gelebilir. Ancak, bütçeler, performans arttırmak için, ilkel araçlardır. Eğer itfaiye, performans hedeflerine ulaşmayı başaramazsa o şehir ne yapmalıdır? İtfaiye harcamalarını mı kesmelidir? Ya da tam tersi, harcamalarını mı arttırmalıdır? Ya da şehir yöneticisi itfaiye şefinin işine son verip yerine çökmüş birimleri onaran iyi sicile sahip bir kamu yöneticisi mi getirmelidir? Cevap, resmi performans verilerince saptanmayan özel şartlara bağlıdır.

İtfaiye biriminin bütçesini kesme, performansı arttırmada amaca uygun bir yol olarak görünmüyor (itfaiyenin bütçesini azaltmak, belediye meclisince, çocukların eğitiminden, kanalizasyonların onarılmasından ya da suçun azaltılmasından daha az siyasi önceliğe sahipse çok mantıklı bir karar olabilir).Eğer analizler, mali olarak yeterince desteklenmediği için, itfaiye biriminde performans düşüklüğünü gözler önüne seriyorsa, - 229  
örneğin yatırım bütçesinde düşük maliyetli teknoloji için kaynak bulunmadığında -birimin bütçesini arttırmak mantıklı bir cevaptır. Öte yandan düşük performans, daha fazla (ya da daha az) paranın düzeltemeyeceği faktörlerin bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Kötü liderlik, birimin yangınla mücadele stratejisini tamamlayan bir yangın önleme stratejisinin yokluğu ya da endüstriyel eğitim standartlarını benimsemede başarısızlık gibi.

İyi performans gösteren birimleri ödüllendirmek için bütçe artışı yapmak ve bütçe azaltarak düşük performanslı olanları cezalandırmak, kötü performansları kendiliğinden düzeltecek (ya da motive edecek) bir strateji değildir. Yine de, kalem müdürleri kaynak tahsisi kararlarını bildirmek için performans verilerinden faydalanabilirler. Öncelikle seçilmişler büyük politik öncelikler belirler ve daha küçük kararlardan sorumlu olarak

---

bütçesinin uygulanmasına karşı olduklarını” bulmuşlardır (59). Melkers ve Willoughby yalnızca 32 eyaletin her iki şubesinden yanıtlar almıştır. Mülakata katılan eyaletlerin yaklaşık üçte birinde yasama organı katılımcısı, yürütme organı katılımcısı ile aynı fikirde değildi. Yalnızca performans bütçelemeğini tanımlamak zor değil, aynı zamanda uygulanıp uygulanmadığını da belirlemek zordur.

kaynaklardan edindiği sınırlı payı en uygun maliyetli birimlere ve aktivitelere yatırmayı isterler ve kamu yöneticileri bütçe ile ilgili bu gibi küçük seçimler yaparken, performans ölçümlerini yararlı bulabilirler.

#### 4) Motivasyon

Kamu yöneticileri, çalışanları, orta yöneticileri, kâr amacı güden ya da gütmeyen ortakları, ilgilileri ve vatandaşları, gereken işleri yapmak ve performansını arttırmak için nasıl motive edebilirler? Kamu yöneticileri, performansın nasıl arttırılabileceğini öğrenmek için performans ölçümlerini kullanabilirler ya da performansını nasıl arttırabileceklerini zaten biliyorsalar bu ölçümleri o davranışları motive etmek için de kullanabilirler. Bu motivasyonel amaç için, performans ölçümlerinin yararlı olacağı kanıtlanmıştır. Basit konsept, performans hedefleri belirleyerek – özellikle zaman hedefleri – insanların dikkatlerini çekmektir. Ayrıca, bu hedeflere ulaşmak için çabalarını yoğunlaştırma, onlara doğru ilerleme ölçümü, işe yarar geri bildirim sağlar. Alabama Üniversitesi'nden Jack Duncan *İdareciliğin Büyük Fikirleri* adlı kitabında performansın teşvik edici hedeflerinin etkisi üzerine şaşırtıcı bir araştırma sonucuna yer vermiştir: 'Bugüne kadar bilinen hiçbir motivasyon tekniği, bu sonucun benzerine yaklaşmamıştır'(1989; 127).

230

Bir kurumun yöneticisine, bu motivasyonel stratejiyi uygulayarak, çalışanlarına sunacağı hedefe ulaşmak, performans ölçümünü kullanmak – ara hedefler de dâhil olmak üzere – insanların düşüncelerini bir noktaya odaklamak, çalışmak ve dönemsel bir başarı hissi sağlamak için kayda değer bir amaç lazımdır. Dahası, performans hedefleri, amaçlara ulaşmak için daha iyi yollar geliştirmede yaratıcılığı destekleyebilir (Behn 1999); Böylece, ilerlemiş performansı motive eden ölçümler, öğrenmeyi de motive edebilir<sup>17</sup>."

1970'lerde New York'ta, Gordon Chase performans hedeflerini Sağlık Servisleri İdareciliği çalışanlarını motive etmek için kullanmamıştır (Rosenthal 1975; Levin and Sanger 1994). 1980'lerde Massachusetts' da ise, Kamu Yararı Departmanı Yönetimi de aynı stratejiyi uygulamıştır (Behn, 1991). 1990'larda Pensilvanya'da, Çevresel Koruma Departma-

---

<sup>17</sup> Motive etmek için performans kullanımının daha tartışmalı kullanımı, performans verilerinin bir kişinin ücretine bağlantısıdır. Tartışma için bakınız Smith ve Wallace (1995).

nında da aynı basit yaklaşım işletilmiştir (Behn, 1997a). Ancak muhtemelen, kamu çalışanlarını motive etmede performans hedeflerinin en meşhur uygulaması, New York Polis Departmanı komisyon üyesi William Bratton tarafından suçu azaltmada bölge amirlerinin dikkatini çekmek için yaratılan bilgisayar istatistikleridir (Compstat).

## 5) Destekleme

Kamu yöneticileri kurumlarının iyi çalıştığına, siyasi üstleri, milletvekillerini, hak sahibi ilgilileri, gazetecileri ve vatandaşları nasıl ikna edebilirler? Amerikalılar idarenin etkisiz ve beceriksiz olduğunu düşünürler. Bundan dolayıdır ki, söz konusu kurumlar, kamusal amaçları başarmak için, kamu desteğine ihtiyaç duyarlar. Performans ölçümleri sadece devlet kuruluşlarının başarısızlığını ortaya koymaya değil aynı zamanda iyi ya da kusursuz çalışmalarını da desteklemeye katkıda bulunabilirler. Örneğin, Kamu Yönetimi İdari Performansı Geliştirme Merkezi Ulusal Akademisi ‘başarıyı doğrulamak, ek kaynaklar ayarlamak (uygun olduğunda); sonuçları göstererek müşteri, pay sahibi ve personel sadakati kazanmak ve böylece organizasyon içinde ve dışında takdir edilmek için performans ölçümleri kullanılabilir’ şeklinde görüş bildirmiştir. Ancak hala çok sayıda kurum, kendi katkı ve önemlerini arttırmak için performans ölçümlerini kullanmada başarısız oluyorlar.

Eyalet İdareleri Danıştay’ından Harry Boone, performans temelli ölçümlerin kurumların var olması için haklı bir neden sağladığını ifade ediyor. Ona göre, birçok kurum, performans temelli koşullar altında itibarlarını koruyamazlar(1996; 10). Ulusal Akademi Kamu Yönetimi Tavsiye Panelindeki (1994), ‘Faydalı Performans Ölçümüne Doğru’ adlı çalışmada ‘performans göstergeleri farklı seçmen kitlelerinde başarı ve iletişim programı açısından güçlü bir araç olabilir.’ görüşü savunulmuştur (1994; 23). ‘İletişim program başarısı ve değeri için performans ölçümü kullanımı’na ek olarak panelde ‘bir performans ölçüm sisteminin büyük önemi, potansiyel kamu güvenini arttırmasıdır’ diye de eklenmiştir (1994; 9). Bunlar, söz konusu panelde yer alan, performans ölçümünün belirli kurumların yeterliliğini ve belirli programların değerini doğrudan değil dolaylı olarak saptadığını ve düzenlediğini savunan tartışmalardır.

## 6) Kutlamak

Hangi başarılar önemli organizasyonlarla kutlanmaya değerdir? Tüm kuruluşların başarılarının kutlanması gerekir. Bazı törenler insanları bir araya getirir, onlara bireysel ve toplu ilişki duygusu verip gelecekteki çabalarını motive eder. Dahası, insanlar belirli hedeflere ulaşmakla kişisel başarı ve öz saygı duygularını kazanırlar (Locke and Latham 1984; 1990). Bu tür kutlamalar mali yılın sonunda ya da önemli bir projenin tamamlanması münasebetiyle düzenlenen tek bir büyük parti ile sınırlı olmak zorunda değildir. Yol boyunca rastlanan küçük kilometre taşları gibi beklenmedik zaferler ve alışılmadık başarılar, bu başarılarla ve onların sahiplerine dikkat çeken kendiliğinden kutlamalar için bir fırsat sağlar.

Performans ölçümü için diğer tüm amaçlar gibi, kutlama da kendi başına bir amaç değildir. Bilakis, kutlama önemlidir, çünkü kutlama motive eder, destekler ve iyileştirir. Kutlama, performansın gelişmesine yardım eder çünkü insanları gelecek yılda, aylık ve üç aylık dönemlerde daha da gelişmeleri için hareketlendirir. Kutlama, performansın gelişmesine yardım eder çünkü kuruma dikkat getirir ve böylece kurumun etkinliğini artırır ve bu gelişim -bu dikkat- üst kurumlardan daha fazla esneklik ve bütçe idarecilerinden de daha fazla kaynak sağlayabilir. Bunların yanı sıra, bu gelişim ve dikkat başka bir kaynağı da çeker: Başarılı bir kurum için çalışmak isteyen, kendilerini işlerine adanmış insanların olduğu bir kurum, önemli kamusal amaçları gerçekleştirir. Hatta kutlama, bu kadar ilgi görmemiş diğer organizasyonlardan gelecek potansiyel ortakları da çekebilir.

Kutlama ayrıca öğrenme ile de birleştirilebilir. Bir başarıyı kabul etmek ve o başarıya katkıda bulunanları tanımak adına bir parti düzenlemekten- se, resmi olmayan bir seminer ya da resmi bir sunum da aynı amaçları gerçekleştirebilir. Beklenmedik bir başarıyı ya da alışılmadık bir zaferi ortaya çıkaranlara bu zafere nasıl ulaştıklarını sormak, aynı zamanda diğerlerinin benzer başarılarla nasıl ulaşabileceklerini öğrenmelerine bir fırsat sağlar (Behn, 1991; 106-7). İlerleme için ölçüm ile kutlama arasındaki bağlar henüz en dolaylı şekildedir. Çünkü kutlama diğer bağlantılardan birisi -motivasyon, bütçeleme, öğrenme ya da destekleme- aracılığı ile -işletilmek zorundadır. Sonuç olarak, performansı ölçmek için her neden, en temel amacı başarmaya yardım ettiği ölçüde geçerlidir ki o da: performans *arttırmaktır*.



## 7) Öğrenmek

Neler, neden işliyor ya da işlemiyor? Performans ölçümleri sadece değerlendirme için değil aynı zamanda öğrenme için de kullanılabilirler. Gerçekten de öğrenme, değerlendirmeden daha fazladır. Değerlendirmenin amacı neyin işe yarayıp neyin yaramadığını belirlemektir. Öğrenmenin amacı ise *nedeni* belirlemektir. Yöneticiler, performans ölçümlerinden öğrenmek ve verilerden bilgi elde etmek için bir takım mekanizmalara ihtiyaç duyarlar. Hepimiz verilerin kendilerine konuştuğuna inanırız. Ancak bunun nedeni, her birimizin beyninde, soyut verileri anlamlı bilgilere çeviren gizli bilinçaltı mekanizmalarına sahip olmamızdır. Veriler sadece, rakamları – esrarlı numaraların şifrelerini çözen ve ikna edici bir açıklama sağlayan- analog derslere çeviren bir yorumlayıcıyla konuşurlar. Çoğunlukla, farklı insanlar aynı verilerden nasıl farklı dersler çıkarılabileceğini açıklayan değişik yorumlayıcılar kullanırlar<sup>18</sup>.

Dahası, yöneticiler eğer çok fazla performans ölçümüne sahipse, onlardan bir şey öğrenmeleri mümkün olmayabilir.

Kamu Yönetimi Ulusal Akademisi'nden Carole Neves, Virginia Tech'ten Virginia Tech ve Benton ve ortaklarından (1986) Bill Benton, 'performans ölçümlerinin hızlı çoğalmasından ötürü çoğu kurumda faydalı verilerden ziyade daha çok karmaşa veya gürültü olduğunu' ifade etmişlerdir. Georgia Şehir Üniversitesinden Theodore Poister ve Gregory Streib ise bu durumu 'DRIP' sendromu -(Data Rich but Information Poor), zengin veri ancak fakir bilgi- olarak adlandırmıştır. (1999; 326). Nitekim, Neves ve meslektaşları 'yöneticilerin, sayılar yığınınından iyi sinyaller saptamaya çalışmayı çok zor ve zaman kaybı olarak gördükleri' sonucuna varmışlardır.

---

<sup>18</sup> Williams, McShane ve Sechrest (1994) "istatistik bilgisi olmayanların ham verileri yanlış yorumlayabilmesinden" ve ayrıca "yığma verilere dayalı yönetim bilşimi özetlerinin karar alıcılar için potansiyel olarak tehlikeli olmasından" endişelenmektedirler (539). Ayrıca yöneticiler ve değerlendiricilerin verileri yorumlama işine getirdikleri farklı varsayımlara dikkat çekmektedirler: "İdareci çoğu kez bir proje veya işlemin tamamen başarılı olabileceğine dair dolaylı/imalı varsayımda bulunmaktadır" (541), öte yandan "değerlendirici projenin arkasındaki varsayımları sorgulama rolünün tam merkezini görmeye meyillidir" (541). Değerlendirici, programın işe yaramayacağı varsayımı ile başlar ve yönetici tabi ki işe yarayacağını düşünür.

Kamu yöneticileri, performans ölçümlerinden neyin *işe yaramadığını* öğrenebilirler. Bu durumda işe yaramayan unsurun durdurulması, paranın ve çalışanların bu performanssız aktiviteden, daha etkin (aynı ya da bütünüyle farklı amaçlara ulaşması planlanmış) girişimlere yeniden tahsis edilebilmesi sağlanabilir. Ya da kamu yöneticileri neyin *işe yaradığını* öğrenebilirler. Bu durumda var olan kaynakları (ya da uygun olacak yeni kaynakları) işe yaradığı ispatlanan aktivitelere kullanabilirler. Öğrenme, hem personel hem de para tasarrufunda yardımcıdır. Yanı sıra ilerleme ile birlikte ele alındığında daha da faydalı olacağı gerçektir.

Performans ölçümleri sadece bir kurumun iyi ya da kötü performans sergilediğini ortaya koymakla kalmaz aynı zamanda, kurumun mükemmel, orta veya kötü performansına nelerin sebep olduğunu da gösterir ki böylece kötü performansı iyileştirmek için neler yapılabileceğini de meydana çıkartır. Kamu yöneticileri, performans ölçümlerinden bir şeyler öğrenirken sık sık sosyal bilimler araştırması kara kutusu ile karşı karşıya gelirler<sup>19</sup>. Performans ölçümleri, bir kamu kurumunun kara kutusundan nelerin anlaşılacağını tasvir edebilir ancak içinde neler olup bittiğini açıklayamaz. Girdiler arasında çıktı üretmek için nasıl bir etkileşim vardır? Girdileri çıktılara dönüştürmek için kurumsal kara kutu gerçekten ne yapmaktadır? Çıktıları sonuçlara dönüştürmek için toplumsal kara kutu gerçekten ne yapmaktadır?<sup>20</sup>

234

<sup>19</sup> Kara kutunun içerisinde neler olduğunu anlamak bütün bilimlerde zordur. Örneğin fizikçiler yer çekimi kata kutusunun içerisinde ne olduğu bilmemektedir. Ne olduğunu bilmektedirler – iki fiziksel nesnenin birbirini çektiğini ve bu çekiminin kuvvetini hesaplayabileceklerini biliyorlar – ancak kütle girdileri ve mesafenin nasıl fiziksel çekim çıktısına dönüştüğünü anlamamaktadırlar. Newton iki nesne arasındaki çekiminin kuvvetini tam olarak doğru bir şekilde belirlemek için (çok çeşitli şartlarda) yalnızca üç ölçülebilir girdiye ihtiyaç olduğunu bulmuştur: birinci nesnenin kütlesi, ikinci nesnenin kütlesi ve bunlar arasındaki mesafe:

$$F = C X OT, X OTj / CP \text{ (Burada } G \text{ evrensel yerçekimi sabitidir)}$$

Maalesef fizikçiler için bu evrensel kanun atomaltı seviyede işe yaramamaktadır: Burada fiziksel nesnelere arasındaki yerçekimsel ve elektrik çekiminin klasik kanunları geçerli değildir. Bundan dolayı kendi kara kutularından birisinin içerisinde neler meydana geldiğini hesaplayamama (mevcut bir formülü kullanarak) ile karşılaştıklarında, fizikçiler gözlemedikleri davranışı karşılayacak hesaplamalar üretebilecekleri yeni kavramlar icat ederler — bu durumda örneğin güçlü kuvvet ve zayıf kuvvet – (Behn 1992). Ancak bu durum, fizikçilerin kara kutu için kuvvetleri neyin yarattığını anladıkları anlamına gelmemektedir.

<sup>20</sup> Benim performans ölçümü kara kutum, Ingraham ve Kneedler (2000) ve Ingraham ve Donahue'in (2000) yaptığı tanımdan farklılık göstermektedir. Bunların "yeni

Kamu yöneticileri, elbette, kara kutunun içinde devam eden süreçlerde bazı önlemler alabilirler. Bunlar ölçüm için seçtikleri kata kutunun yönetimi ve niteliğini garanti edemezler ancak girdilerin yüksek ya da düşük kaliteli çıktılara dönüştürülmüş olup olmadığını belirlerler. Yine de kamu yöneticilerinin ölçüm için seçtikleri yöntemler ne kadar çok ise, çıktılarla bağlantı kurmaları o kadar çok mümkündür<sup>21</sup>. Performans verilerinin, kara kutunun içinde ne olup bittiğini gösteren anlamlı bilgiye dönüştürülmesi ne kolay ne de nettir.

## 8) Geliştirme

Performansı arttırmak için tam olarak ne yapılmalıdır? Kamu Yönetimi Ulusal Akademisi, bir tavsiye panelinde ‘‘Performans ‘ölçümü’ kendi başına bir sonuç değildir, ancak kamu yöneticileri bunu, performansı arttırmak için kullanılmalıdır (NAPA 1994; 22)’’ ifadesini vurgulamıştır. Aslında ‘arttırmak’ kelimesi (ya da gelişim veya ilerleme), NAPA raporlarında bir düzineden fazla anılmıştır. Söz konusu panelde ‘performans verileri devam eden geri bildirim bir parçası olmalıdır. Bu geri bildirim performansın düşük olduğu ve ilerlemenin desteklediği belirli yerlerin rapor edilmesi için kullanılmalıdır’ sonucuna varılmıştır. (NAPA 1994; 22). Hatta panelde, program performansını arttırmak için kullanılacak çoğu performans bilgisi planlarında (GRPA pilot uygulamalarda) az da olsa bulgulara rastlanmıştır. Benzer şekilde Hatry ‘performans bilgisinin temel amacının program ilerlemesinin sağlanması’ olduğunu savunmuştur.’ (1999b; 158). Ancak *nasıl?* Ölçüm ile ilerleme arasındaki gerçek bağlantı nedir? Ölçümü ilerlemeye dönüştürebilmek için kim ne yapmalıdır? Böyle bir dönüşüm kendiliğinden olabilir mi? ‘Hayır’ diye cevap-

---

performans modelinde”, “kara kutu hükümet yönetimidir ve girdiler siyaset, siyaset yönü ve kaynaklar olup, bunların tamamı bir dizi çevresel faktörler ve beklenmedik durumda yerleşik/gömüldür.” Benim anlayışına göre, kara kutu kurum (ya da daha doğru bir ifade ile kurumda çalışan kişiler), işbirliği (yani hem kurumda hem de kurumun çeşitli ortaklarında görev yapan kişiler) veya toplumdur (vatandaşların tamamı). Yönetim ve yöneticilik, çevreyi daha iyi girdi sağlamak için ikna ederek ve kara kutunun içinde olanların diğer girdileri çıktı ve sonuçlara dönüştürdüğü dikkat, özen, zeka ve yaratıcılığı etkilemeye çalışarak kara kutunun performansını iyileştirmeyi amaçlayan girdilerdir.

<sup>21</sup> Eğer verilerin tamamı gerçekten rasgele ise, istatistik önem için geleneksel yüzde 5 eşiği kullanan ve 20 potansiyel nedensel değişkenleri kontrol analizciler, (ortalama olarak) bu değişkenlerden birinin istatistiksel olarak önemli olduğunu belirleyecektir. Eğer 100 değişkeni test ederlerse, (ortalama olarak) istatistiksel olarak önemli olan beşi bulacaklardır.

landırıyor NAPA paneli: ‘Ölçüm tek başına performans gelişimi sağlamaz’. Örneğin, eğer ölçüm öğrenmeyi sağlıyorsa birileri de bu öğrenmeyi ilerlemeye dönüştürmelidir. Birileri kasten ve aktif bir şekilde bu iki sürecin arasında olmalıdır. Ancak bireysel yetenekler bunu başarabilir mi? Ya da ölçümü gelişime dönüştürebilmek için tuzak ya da stratejilerin sofistike bir değerlendirmesi istenir mi?

İlerlemek isteyen bir kurumun, öğrenmeden çıkarılan dersleri benimsemek ve değişime adapte olmak için kapasiteye ihtiyacı vardır. Buna karşın, performans ölçümlerinden öğrenme zor bir iştir. Hangi derslerin ve hangi faktörlerin iyi ya da zayıf performansa katkıda bulunduğunu belirlemek kamu yöneticileri için kolay değildir. Gelişmeyi teşvik etmek için faktörlerin nasıl değiştirileceği kendilerine bırakılmıştır. Geri dönüşümlerin dikkate alınması gelişim açısından önemlidir. Öğrenme sürecinde elde edilen bilgilerin doğruluğunu denetleme kabiliyeti, organizasyonel davranışları değiştiren bir yöntemle uygulanmaktadır. Bu da daha verimli sonuçların alınmasıyla sonuçlanır.

236

İlerleme, aktif işletilen bir öğrenmedir. Performans ölçümünden öğrenme iddiası hem entelektüel hem de işlevseldir. Performansı arttırmak için ölçümleri kullanmak isteyen kamu yöneticileri iki zorlukla yüzleşirler. İlk olarak, bu kişilerin önünde, görünürdeki hangi değişimin gelişimi beraberinde getireceği konusunda akademik zorluklar bulunmaktadır. Daha sonra bu kişiler ortaya çıkan değişimleri ne şekilde uygulayacakları konusunda operasyonel engellerle karşılaşır. Değerlendirme için performans ölçümü kullanmada çok çeşitli standart mekanizmalar vardır. Aynı şekilde kontrol ve bütçeleme için de bazı mekanizmalar mevcuttur.

Öğrenme ve geliştirme amaçları için, her yeni politika hedefi, siyasi ortam, bütçe kaynakları, programatik yapı, işlevsel kapasite, düzenleyici sınırlamalar ve performans ölçümleri gelişmeye daha açık ve nitelikli analizler talep ederler. Performans öğrenme ve performans ilerlemesi için bir tarif kitabı yoktur<sup>22</sup>.

Performans ölçümü ilerlemeyi nasıl sağlar? Ölçüm, performansı çeşitli şekillerde etkileyebilir. Bunların çoğu doğrudan ya da bariz etkilerdir.

---

<sup>22</sup> Belki bu resmi performans değerlendirmesinin, performans iyileştirme bir yana performans öğrenmeye göre niçin daha büyük bir taraftar ve literatür çektiğini açıklamaktadır.

Hepsi bariz olmayan, bariz olanlarınsa istenildiği ya da beklenildiği gibi işlemeyen çeşitli geri bildirim düğümleri vardır. Sonuç olarak, bir kurumun performansını bir şekilde ölmek gerçekten de onun performansının artırılmasına yardım eder. Kurumun yöneticisi sadece neyin ölçülmesi gerektiğini değil aynı zamanda bu ölçümlerin *nasıl* uygulanabileceğini de ciddi anlamda düşünmelidir. Gerçekten de, ilerlemeyi arttırmak için hangi ölçümlerin kullanılacağı hakkında deneme niteliğinde birkaç teori dışında, nelerin ölçülmesi gerektiği hakkında fikir sahibi olmak güçtür.

## HER BİR ÖLÇÜM AMACI İÇİN SEÇİM KISTASLARI

Hangi amaçlar için hangi performans ölçümleri en uygundur? Bu husus belli değildir. Hatta bir amaç için özellikle uygun olan bir ölçüm, başka bir amaçta hiçbir işe yaramayabilir. Örneğin, Newcomer'ın dikkati çektiği gibi “birçok durumda, etkin bir şekilde program iyileştirme kararlarını bilgilendirebilen ölçüm çeşitleri, kaynak tahsis amaçları için yöneticilerin işine yaramayacak veriler ortaya koyabilir” (1997: 8). Performans ölçümünü seçmeden önce, kamu yöneticileri evvela amaçlarını seçmelidir.

Kravchuk ve Schack, tek bir ölçümün hatta bir ölçümler toplamının bütün şartlar için uygun olmadığına dikkat çekmektedir: “Özellikle de performans bilgilerinin başlıca kullanıcıları arasında çeşitli ihtiyaçlar ve ilgiler olduğu durumlarda, bütün ihtiyaçlar için tek bir ölçüm dizisi aramaktan vazgeçilmelidir.” Bu nedenle, “performans bilgilerinin bütün önemli kullanıcılarını ihtiyaçlarına cevap” verecek “belirgin bir ölçme stratejisini” savunmaktadır (Kravchuk ve Schack 1996: 350). Ben benzer bir yaklaşım benimsiyorum. Fakat farklı kullanıcı türlerinin ihtiyaçları hakkında endişelenmekten ziyade, kullanıcıların -özellikle kamu yöneticileri- performans ölçümlerini kullanabilecekleri farklı amaçlara odaklanmaktayım. Neticede, farklı kullanıcılar farklı amaçları olduğu için farklı ölçümler isterler. Ancak o ölçümlerin hangi karakteristiklerinin en fazla yardımcı olacağı ve işe yarayacağını belirleyen amacın niteliğidir, kullanıcının niteliği değildir. Performans ölçmedeki olağan öğüt şudur: a) Girdileri Ölçme, b) Süreçleri Ölçme, c) Çıktıları Ölçme, d) Sonuçları Ölçme. Fakat sonuçlar her zaman bütün amaçlar için en iyi ölçüm değildir. Belirli bir kamu yöneticisi, belirli bir performans ölçümünü belirli bir amaç için yararlı bulacak mıdır? Bunun cevabı, o yöneticinin kurumsal konumuna değil de bu ölçümün yöneticinin amacının gerektirdiği karakteristiklere sahip olup olmamasına bağlıdır (Tablo 2).

## 1) Değerlendirme

Değerlendirme, bir kıyaslama gerektirir. Bir kurumun performansını değerlendirmek için, yöneticileri o performansı bir takım standartlar ile karşılaştırmalıdır. Bu tür bir standart geçmiş performans, benzer kurumların performansı, mesleki ya da sanayi standardı veya siyasi beklentilerden gelebilir. Fakat kıyaslama için böyle bir dayanak olmadan, kurumun başarılı ya da zayıf bir performansı olduğun belirlemek mümkündür.

Amaç	Bu amaca ulaşmak için, kamu yöneticilerinin aşağıdakilere gereksinimi vardır
Değerlendirme	Girdiler ve harici faktörler ile birleşen sonuçlar
Kontrol	Düzenlenebilir girdiler
Bütçeleme	Etkililik ölçümleri (özellikle sonuçlar veya girdiler ile bölünen çıktılar)
Motivasyon	Üretim hedefleri karşılaştırılan neredeyse gerçek zamanlı çıktılar
Destek	Vatandaşların gerçekten neyi önemsedikleri hakkında kolaylıkla anlaşılabilir performans yönleri
Kutlama	Başarıldığı zaman insanlara gerçek bir kişisel ve toplu başarı duygusu veren periyodik ve önemli performans hedefleri
Öğrenme	Beklenilenden meydana gelen sapmaları ortaya kolay bölünmüş veriler
Geliştirme	Operasyonlardaki değişimleri çıktı ve sonuçlardaki değişimlere bağlayan kara kutu içi ilişkiler

Gerçek performansı performans kıstasına göre karşılaştırmak, birtakım girdi (artı çevre, süreç ve çıktı) ölçümleri ile birleştirilen çeşitli sonuç ölçümleri gerektirmektedir. Fakat odak, sonuçlar üzerindedir.

Bir kamu kurumunu değerlendirmek – kamu amacına ulaşıp ulaşmadığını belirlemek – kurumun etkilemek üzere tasarlanmış olduğu sonuçların birkaç ölçümünü gerektirmektedir. Ancak sonuç ölçümleri ile kamu yöneticiler *etkililik sorusuna cevap verebilir*: Kurum, üretmek üzere yola çıktığı sonuçlara ulaştı mı? Daha sonra, bazı girdi ölçümlerini bölerek, *etki-*

*lilik sorusunu* sorarlar: Kurum, bu sonuçları maliyet etkin bir şekilde mi üretti? Bu değerlendirme sorularından herhangi birine cevap vermek için, yöneticinin sonuçları ölçmeye ihtiyacı vardır<sup>23</sup>. Tabii ki kurum sonuçlarının tamamını tek başına üretmemiştir. Ekonomik şartlar gibi diğer faktörler de bunları etkilemiştir. Sonuç olarak, kamu yöneticilerin de *etki sorusunu* sorması gereklidir: Kurum kendi başına neyi başarmıştır? Fiili sonuçlar ile kurum harekete geçmeseydi meydana gelmiş olacak sonuçlar arasındaki fark nedir?

Bir örgüt veya programı değerlendirmenin diğer bir yolu, onun dâhili operasyonlarını değerlendirmektir. Bu, *en iyi uygulama sorusudur*: Bu örgüt veya programın operasyonları ve uygulamaları, en etkin ve etkili olduğu bilinenler ile nasıl karşılaştırılmaktadır? Bu tür bir en iyi uygulama değerlendirmesi yapmak, bazı süreç ölçümlerini –birtakım operasyonel standartlar ile karşılaştırılabilir olan örgütün kilit dâhili operasyonlarının uygun tanımlaması – gerektirmektedir. Tek bir performans standardı olan tek bir sonuç ölçümünün hiçbir kıyaslaması, kesin bir değerlendirme vermeyecektir. Aksine kurumun performansının itinalı ve inandırıcı bir resmini ortaya koymak için, değerlendirme çoklu standartlar ile karşılaştırılabilir çoklu ölçümler gerektirmektedir.

## 2) Kontrol

Kurumların ve çalışanların davranışlarını kontrol etmek için, kamu görevlileri girdi gereksinimlerine ihtiyaç duymaktadır. Aslında girdi ölçümlerini kullanan görevlileri gördüğümüz zaman, bunların bu ölçümleri kontrol amacıyla kullandığından emin olabilirsiniz. Bunu yapmak için, görevler bireylerin ve kurumların karşılık gelen davranışını ölçmek ve daha sonra bu performansı, kimlerin uyduğu ve kimlerin uymadığını

---

<sup>23</sup> Bir dikkat notu: Bir kuruluşun performansını değerlendirmek için, kuruluşunun performansının sonuçları etkileyen tek faktör olmadığı istisnası ile sonuçları kullanmak manalıdır. Ancak bilişsel psikologlar yönetsel performansın değerlendirilmesinde “sonuç etkisini” belirlemişlerdir. Bu sonuç etkisi, bir yöneticinin kararının değerlendiricilerinin asıl kararın verildiği şartlar – özellikle de belirsizlik – göz önüne alındığında gerçek sonuca daha fazla önem vermesine sebep olmaktadır. Yani değerlendirici, bir veya ya da daha fazla önemli değişkenlerin gelecek durumu hakkında yalnızca belirsiz, olasılığa dayanan bir tahmin yapabilen bir yönetici tarafından verilen kararı dikkate aldığı zaman, değerlendirici sonucun ilk tercihi onaylamadığı görülmesine göre, - karar verme şartları kesin olarak aynı olsa dahi - onaylayan sonuca daha yüksek puanlar verecektir (Baron ve Hershey 1988; Lipshitz 1989; Hawkins ve Hastie 1990; Hershey ve Baron 1992; Ghosh ve Ray 2000).

kontrol etmek için gereksinimler ile bu performans karşılaştırması gereklidir: Öğretmenler, sınıflarında öğrenciler için müfredat gereksinimlerini takip ettiler mi? Hâkimler mahkemelerinde suçlu bulunanlar için ceza verme gereksinimlerine uydular mı? Çok kez, bu tür gereksinimler yalnızca bir rehber olarak tanımlanmaktadır: müfredat rehberi, ceza verme rehberi. Bu rehberler gerçekten gereksinimlerdir ve bu gereksinimler kontrol etmek amacıyla tasarlanmıştır. Bu gereksinimlere uygunluk ölçümü, kontrol mekanizmasıdır.

### 3) Bütçelemek

240 Bütçeleme amaçları için performans ölçümlerini kullanmak amacıyla, kamu yöneticilerinin çeşitli faaliyetlerin etkililiğini tanımlayan ölçümlere ihtiyacı vardır. Daha sonra siyasi liderler makro bütçe önceliklerini belirledikten sonra, kurum müdürleri tahsis edilen fonların yatırımını yapmaları gerektiği faaliyetleri belirlemek için etkililik ölçümlerini kullanabilirler. Performans ölçümleri diğer program veya kurumların bütçenin makro tahsisatlarının arkasındaki siyasi hedefleri başarmada daha etkinken, sınırlı fonlar için bazı program veya kurumlara harcansın? Ancak bütçe yapmak amacıyla performans ölçümlerini kullanmak, yöneticilerin yalnızca etkililik denklemindeki pay için sonuçlar (veya çıktılar) hakkında verilere ihtiyacı yoktur; aynı zamanda payda için de güvenilir maliyet verilerine ihtiyaç duymaktadır. Söz konusu maliyet ölçümleri, kurumun yalnızca belirgin, doğrudan maliyetlerini değil, aynı zamanda saklı ve dolaylı maliyetlerini de yakalamalı ve görmelidir. Fakat az sayıda hükümet, her bir hükümet fonksiyonuna tam ve doğru maliyetleri tayin eden maliyet muhasebesi veya faaliyet temelli muhasebe sistemleri oluşturmuştur (Coe, 1999: 112; Joyce, 1997:53, 56; Thompson, 1994). Bütçeleme genellikle paranın tahsisini ilgilendirmektedir. Ancak çoğu kamu yöneticileri, çifte bütçeleme sistemi tarafından sınırlanmaktadır. Sabit para sayıları ve sabit personel bölümleri sayısını yönetmek zorundadır. Bundan dolayı, bu iki kısıtlı kaynağın üretkenliğini azami seviyeye çıkarma teşebbüsünde kendi insanlarını da bütçelemek zorundadırlar. Bütçeleme amacıyla performans ölçümünü kullanmak için, yalnızca etkililik denklemindeki payın sonuç (veya çıktı) ölçümlerine ihtiyaç duymamaktadır. Aynı zamanda payda için de insanlar bakımından girdi verilerine gereksinim duymaktadırlar. Kamu yöneticileri, kişi başına en yüksek verimliliğin olduğu faaliyetlere personelini tahsis etmek zorundadır.



#### 4) Motive Etmek

İnsanları daha çok veya daha zekice çalışmaya motive etmek için, kamu yöneticileri neredeyse gerçek zamanlı çıktı ölçümlerine ihtiyaç duymaktadır. Kurumlar sonuç üretmezler; bir kurumun performansını arttırmak amacıyla çıktı üretirler ve yöneticiler gerçekten yaptıkları şeyi iyileştirmek için çalışanları motive etmek zorundadır. Sonuç olarak, kamu yöneticileri kendi kuruluşlarının performansını değerlendirmek amacıyla sonuç verilerini kullanmak istemelerine rağmen, daha iyi performansı motive etmek için çıktı verilerine ihtiyaç duymaktadır<sup>24</sup>. Yöneticiler, yapamadıkları bir şeyi yapmaları için insanları motive edemezler; çok az veya hiçbir etkisi olmadıkları bir şeyi etkilemeleri için insanları motive edemezler ve son olarak, kendilerinin üretmedikleri bir sonucu ortaya koymaları için insanları motive edemezler. Ancak yöneticiler motive etmek için, geri bildirimde bulunacak kadar yeterli hızda çıktı verilerini toplamak ve dağıtmak zorundadır. Kurumun çıktılarını üretenler, kendi performans hedeflerine karşı ne kadar başarılı olduklarını bilmedikçe, kendi üretim süreçlerinin yetersizlik veya eksikliklere karşı yanıt vermelerini sağlayacak şekilde ayarlayamazlar. John Jay Ceza Yargılama Fakültesinden Eli Silverman, Compstat'ı "istihbarat odaklı polislik" olarak tanımlamaktadır (2001:182).

New York Polis Müdürlüğü, stratejik tepki geliştirmek için gerekli olan suçların mevcut kalıp ve yoğunlaşmaları hakkındaki verileri toplamakta, tahlil etmekte ve hızlıca bütün düzeylerdeki (komiserler, devriye komiser yardımcıları vd.) yöneticilere dağıtmaktadır. Bu, toplumun niçin okulları ve öğretmenleri sınav sonuçları ile motive etmeye çalıştığını açıklamaktadır. Vatandaşların devlet okullarında aradığı gerçek ve nihai sonuç, üretken, çalışkan ve sorumlu vatandaş olmak üzere büyüyen çocuklardır.

---

<sup>24</sup> Ticarette, Kaplan ve Norton (1992) zorluğun "işlemler ve finans arasındaki açık bağlantıyı" nasıl yapacaklarını belirleme olduğunu vurgulamaktadır (79). "Gerçeğin, eğer iyileştirilmiş [dahili, operasyonel] performans sonuçta gösterilemezse, üst yöneticilerin kendi strateji ve misyonlarının temel varsayımlarını tekrar incelemeleri gerektiği olduğunu" vurgulamaktadır (77). Aynı durum hükümet için de geçerlidir. Kamu yöneticilerinin işlemler ile sonuçlar arasında açık bir bağlantıya ihtiyacı vardır. Performansı arttırmak için kendi kurumlarındaki kişileri motive etmek amacıyla çıktı ölçümlerini (veya projesi) kullanırlarsa, ama bu çıktıların (proseslerin) üretmesi gereken sonuçlar iyileşmezse, bu çıktıların (veya proseslerin) istenilen sonuçlara nasıl katkıda bulunabileceği ya da bulunamayacağı hakkındaki kendi stratejilerini ve varsayımlarını yeniden incelemeleri gerekmektedir.

Ama performansı motive etmek için çalışan verimliliği ve vatandaş sorumluluğunun ölçümünü kullanma bir dizi sorunu beraberinde getirmektedir. İlk olarak, çalışan verimliliğinin genel kabul edilebilir bir ölçümünü geliştirmesi çok zordur. İkincisi, okullar ve öğretmenler, geleceğin yetişkinin verimliliği ve sorumluluğuna katkıda bulunan tek faktörler değildir. Üçüncüsü, okullar ve öğretmenler kendi işlerini yaptığı zaman ile bu sonuçların ölçülebildiği zaman arasındaki gecikme, sadece aylar veya yıllar değildir, on yıllar sürmektedir. Bu nedenle, zamanında herhangi bir ayarlama yapmaları için bu sonuç ölçümlerini okullara ve öğretmenlere geri bildirmek mümkün değildir. Sonuç itibarıyla toplum olarak okulları ve öğretmenleri çıktılar – bir çocuğun ne kadar öğrendiğini ölçen (ölçtüğü varsayılan) sınav sonuçlar – ile motive etmeye yönelmeliyiz. Okul ve öğretmenlerin geleceğin yetişkinlerinde verimlilik veya sorumluluk oluşturup oluşturmadığını belirleyemememize rağmen, vatandaşlar birtakım çok test edilebilir bilgi ve beceriler beklentisi içinde olmaktadır (2001: 22)<sup>25</sup>.

242

Bir kurumun liderleri, çıktı hedeflerini kullanarak önemli iyileşmeleri motive ettikten sonra, birtakım sonuç hedefleri yaratabilirler. Çıktı hedefleri, insanları çıktılar üreten kurumun dâhili süreçlerini iyileştirmeye odaklanmak üzere motive edebilir. Aksine sonuç hedefleri, kurumun gerçekten üretmekle sorumlu olduğu sonuçları ve değerleri (belki de doğrudan) faaliyetleriyle etkileyebilecek diğer birey ve kuruluşlar ile işbirliği yapma yollarını arama konusunda insanların kendi kurumlarının dışına bakmaya motive edebilir (Bardach, 1998; Sparrow, 2000).

## 5) Teşvik Etmek

Vatandaşları kendi kurumlarının etkin ve etkili olduğuna ikna etmek için, kamu yöneticileri birçok vatandaşı şahsi olarak dikkat ettiği ve ilgili ol-

---

<sup>25</sup> Bazı yönlerden, bir kamu kurumunun performansındaki dahili iyileşmeleri motive etmek için tasarlanan ölçümlerin Kaplan ve Norton'un kendi dahili işletme perspektifleri için tasarladıkları ölçümlere karşılık geldiği görülmektedir. Kaplan ve Norton; bu tür dâhili ölçümlerin, yöneticilerin kritik dâhili işlem ve operasyonlara odaklanmalarına yardımcı olduğunu yazmaktadır. "Şirketler, hangi proses ve yeterliklerde uzmanlaşmaları gerektiğine ve bunların her biri için ölçümleri belirlemeye karar vermeleri gereklidir." Daha sonra şöyle devam etmektedirler "yöneticiler, çalışanların eylemlerinden etkileyen ölçümler geliştirmelidirler" (1992, 74-75). Yani dâhili operasyonları iyileştirmek amacıyla kendi çalışanlarını motive etmesi için bir firmanın liderleri çıktı ölçümlerine ihtiyaç duymaktadır.

duğu performansın diğer yönlerinin kolayca anlaşılabilir ölçümlerine ihtiyaç duymaktadır. Ulusal Kamu Yönetimi Akademisi [NAPA], Hükümet Performansı ve Sonuçları Kanunu kapsamındaki erken performans çalışmalarında, “çoğu plan performans değerlendirme sonuçlarının daha yüksek kademedeki memurlara iletilmesi gerekliliğini kabul etmeleri, ancak bu ihtiyaçlar için veri şekil ve seviyesinin çalışan müdürler için olandan farklı olabileceğine dair açık bir anlayış ve kabul göstermemeleri” gerçeğine işaret etmiştir.

NAPA, “bölüm şefleri, Başkan Yönetim Ofisi ve Kongre”nin ihtiyaçlarının farklı olduğunu ve her birinin özel ihtiyaçlarının daha açık bir şekilde tanımlanması gerektiğine” vurgu yapmıştır (1994: 23). Benzer bir şekilde Kaplan ve Norton, farklı müşterilerin farklı ilgili ve kaygılarının olduğunu önemle belirtmektedir c 73-74).

Bir eyaletteki trafik ve motorlu araçlar dairesini düşünün. Böyle bir kurumun misyonu, araç sürücü, yolcu, bisiklet sürücüleri ve yayaların güvenliğini sağlamaktır. Bu misyona yönelik olarak bu kurum, emniyet ekipmanlarının çalışmasını temin etmek için araçları muayene eder ve güvenli sürücüler olmasını temin etmek için insanları inceler. Birçok vatandaş kendi bölgelerindeki trafik ve motorlu araçlar dairesini düşündüklerinde, bu kişilerin dikkat ettikleri en önemli husus nedir? Cevap: Sırada ne kadar süre bekleyecekleri. Eğer bir eyaletin trafik ve motorlu araçlar dairesi kendini halka tanıtmak isterse, performansının bir görünür ve belirgin yönünü vurgulamak zorundadır: insanların sırada bekledikleri süre. Kendisini halka tanıtmak için, bu daire, sırada bekleme süresinin azaldığı konusunda vatandaşları ikna etmek için bu performans ölçümünü kullanmak zorundadır<sup>26</sup>.

Ammons, “devrimsel” bir yaklaşım önermektedir: “performans ölçümünü ilginç hale getirmek.” Belediyelerin “yerel medya ve halkın ilgisini çekebilecek” ölçümleri (1995: 43) “özellikle de bir dereceye kadar toplum gururunu söz konusu eden anlamlı karşılaştırmalara izin veren” ölçümler kabul etmesi gerektiğini ileri sürmektedir (1995: 38). Bu tür karşılaştırmalar, mesleki veya sınaî bir standarda yönelik olabilir. Zaten Ammons’un belirttiği gibi “Bir Standart ile yapılan karşılaştırma dikkati

---

<sup>26</sup> Ocak 2002’de, Daniel A. Grabauskas eyalet defterdarlığı için kampanyasını duyurduğunda, Massachusetts trafik tescil müdürü olarak, bekleme süresini bir saatten fazla kısalttığını vurgulamıştır (Klein 2002).

çekerken, ham bilginin böyle bir etkisi yoktur” (1995: 39)<sup>27</sup>. "Fakat Ammons, görev ve yetkiler arası karşılaştırmaları daha da çekici bulmaktadır. Örneğin Ammons, halkın (evvela gazeteciler bunlara dikkat ettiği için) toplulukların çeşitli klasman/sıralamalarına dikkat ettiğini iddia etmektedir. Bundan dolayı, “hem operasyonel etkililiği ve etkinliği ortaya çıkarıcı olan hem de görev ve yetkiler arası karşılaştırmalara daha fazla olanak sağlayıcı” olan ölçümler (1995: 38) –“ilginç ve anlamlı performans karşılaştırmaları için fırsatlar” sağlayan ölçümler istemektedir (1995: 44).

Sırada harcanan süre, hem ilginç hem de anlamlı bir ölçümdür. Ancak karşılaştırma standardı ne olmalıdır? Sırada beklerken harcanan ortalama süre en anlamlı ölçüm müdür? Ya da insanlar sıradaki birtakım kabul edilemez süre (Örneğin 1 saat) daha fazla olasılığa mı daha fazla önem vermektedirler<sup>28</sup>? Hangi sırada bekleme süresi ölçümü seçerse seçsin, bir trafik ve motorlu araçlar dairesi, onu komşu (veya benzeri) eyaletlerdeki aynı ölçüm ile karşılaştırmak isteyebilir. Fakat Kuzey Carolina’daki vatandaşlar, Güney Carolina veya Kuzey Dakota eyaletlerinin vatandaşlarına göre motorlu araçlar dairesinde sırada daha az süre bekledikleri için gerçekten bu durumdan etkilenmekte midir? Veya onların en önemli karşılaştırmaları markette, bankada veya bir fast-food zincirinde sırada geçirdikleri süre midir? Kurumun yeterliliğini halka tanıtmak isteyen bir trafik ve motorlu araçlar müdürü, kendi sıradaki harcanan süre perfor-

---

<sup>27</sup> Halk için, NAPA’nın danışma kurulu performans ölçümlerinin uygun bir şekilde özetlenmesi gerektiğini önermiştir (NAPA 1994, 23).

<sup>28</sup> Bir kamu kuruluşunun başarılarını teşvik etmek amacıyla bir ölçü seçmeye çalışırken, hangi performans ölçümünün vatandaşlarının ilgisini çekeceği belli değildir. Örneğin, kendi eyaletlerinin trafik tescil müdürlüğüne giden vatandaşlar gerçekten neye dikkat etmekte, önem vermektedir? Sırada ne kadar bekledikleri vatandaşlar için önemli olabilir. Sırada ilk girdiklerinde ne kadar beklemeleri gerektiğini bilirlerse, sırada ne kadar bekledikleri onlar için daha az önemli olabilir. Bazıları 30 dakika değil de 29 dakika beklemek zorunda kalmalarından gayet mutlu olacaklarını söyleyebilir. Ya da işlerini rahat bir sandalyede yapabildikleri sürece ne kadar beklediklerine dikkat etmeyebilirler. Bundan dolayı, kurumun performansını artırma amaçlı bir ölçümü seçmeden önce, kurumun müdürlüğü –anket, odak grupları veya müşteri araştırmaları ile – halkın ne istediğini belirlemek için biraz çaba göstermelidir. Ancak anketler veya odak grupları, yalnızca bir teorik cevap ortaya koyabilir. Trafik tescil dairesine gelen yalnızca iki yılda bir gelen kişiler gerçekten ne istedikleri hakkında etraflıca düşünmekte midirler? İnsanlar trafik tescil dairesinden ayrılırken (veya beklerlerken) yapılan – bir müşteri anketi, insanların kurumun performansını gerçekten nasıl ölçtükları hakkında daha iyi bir sonuç verebilir.

mansını insanların gündelik hayatlarında karşılaştıkları benzeri kurumsal performans ile kıyaslamalıdır. Bu, vatandaşların gerçekten neye dikkat ettikleri hakkında kolayca anlaşılabilir bir performanstır. Ancak bunu yapmak için, kurum yalnızca performans verilerini yayınlamak zorunda olmayıp; aynı zamanda bu tür verileri fiziksel ve psikolojik olarak erişilebilir hale getirmek zorundadır. İnsanlar ölçümleri elde edebilmelidir – belki de kaçınmamalıdır – ayrıca bunları kolay anlaşılır da bulmalıdır.

## 6) Kutlamak

Bir kurum herhangi bir kutlama yapmadan önce, yöneticileri, ulaşıldığı zaman çalışanlarına ve iş ortaklarına gerçek bir şahsi ve kolektif başarı hissi veren bir performans hedefi oluşturmak zorundadır. Bu hedef, motive etmek için kullanılan bir hedef olabilir; yıllık bir hedef olabilir ya da yıllık hedefin bölündüğü aylık veya üç aylık hedeflerden biri olabilir. Kurum, kutlamaya değer somut ve özgün bir başarı ortaya koyduktan sonra, yöneticileri elde edilen başarının önemine oransal olarak bir eğlence düzenlemelidir. “Kutlamak” fiili, önemli bir vaat – büyük, mali yılsonu parti, en çok aranan suçlu yakalandığı zaman bir ödül töreni veya gecikmesine kesin gözüyle bakılan bir projenin son gününde tamamlanması üzerine bir zafer partisini – ifade etmektedir. Fakat özel sektör yöneticileri daha az başarı kutlamaktadır, onlar çalışanlarını şirketleri kazananlar ile dolu olduğunu ikna etmek amacıyla önemli başarıların kutlamalarını kullanmaktadır (Peters ve Austin, 1985). Kamu yöneticileri de bu stratejiyi kullanmaktadır (Behn, 1991: 103-11). Fakat stratejinin işe yaraması için – motivasyon ve iyileşme meydana getirmesini sağlamak için – kurumun yöneticileri kutlamaları yönlendirmelidir.

## 7) Öğrenmek

Öğrenmek için, kamu yöneticilerinin daha fazla ve çok çeşitli ölçümlere –kurumun çeşitli unsurlarının çeşitli operasyonlarının çeşitli yönleri hakkında ayrıntılı, bölünmüş bilgiler veren ölçümlere– ihtiyacı bulunmaktadır. Öğrenme sırasında kamu yöneticilerinin “aşırı bilgi birikiminden kaçınmaları” gerekir (1996: 357). Karşılaştırmalı değerlendirme [benchmarking], öğrenmeyi kolaylaştırmak için tasarlanmış performans ölçümünün geleneksel bir formudur (Holloway, Francis ve Hinton, 1999). Üç soruya cevap arar: Benim kurumumun iyi yaptığı şeyler nelerdir? Kurumumun başarılı olmadığı şeyler nelerdir? Kurumum, başarılı olmadığı hususları iyileştirmek için farklı olarak neleri yapması gereklidir? Kamu ya da özel

olsun kurum kritik dâhili bir süreci belirler, onu ölçer ve bu verileri, (mevcut durumda) en iyi olarak bilinen kurumların eş (veya benzer) süreçlerinin benzeri ölçümleri karşılaştırır<sup>29</sup>. Herhangi bir farklılık, yalnızca kurumun iyileşmesi gerektiğini göstermez, aynı zamanda bu iyileşmeleri *nasıl* başarabileceğinin belirlenmesi için bir temel sağlar.

Kouzman ve diğerlerine göre, karşılaştırmalı değerlendirme “herhangi bir performans ‘boşluğunu’ gidermek ve düzeltmek amacıyla daha üstün olduğu görülen kurumlara karşı ürün, hizmet ve uygulamaları ölçmenin sürekli, sistematik bir sürecidir” (1999:123). Bu nedenle, “bir bütün olarak karşılaştırmalı değerlendirmenin bir öğrenme stratejisi olarak görülebileceği” sonucuna varmaktadırlar (1999:131). Bununla birlikte, bu stratejinin işe yaraması için kurumun bir öğrenme kurumu olması gerektiğine dikkat çekmektedirler. Sonuç olarak “çok yüksek bir dereceye kadar karşılaştırmalı değerlendirmenin öğrenme etkilerinin yeterli kurumsal şartlara ve yönetim çözümlerine bağlı olduğu” sonucuna ulaşmaktadırlar (1999:132). Hangi performans ölçümlerinin öğrenmeyi en iyi şekilde kolaylaştırdığına karar vermek kolay değildir. Eğer kamu yöneticilerini performansını arttırmak için neleri yapmaları gerektiğini bilirdilerse, onu öğrenmek zorunda değildirler. Fakat nasıl iyileştirebileceklerini bilmezlerse, öğrenmeye nasıl başlayabilirler? Kravchuck ve Schack, “ölçüm sisteminin karar vericilerinin neleri görmek istediği ve nasıl tepki vermeyi belediklerinin bir yansıması olduğuna” dikkati çekmektedir (1996: 356). Yani performans – ölçüm sistemini tasarlarırken, neyi ölçeceklerine karar verirken, yöneticiler ilk olarak ne görebileceklerine ve daha sonra onu görmek için bir yaratmaya karar verecektir. Ancak gerçek öğrenme çoğu kez beklenmedik olanla tetiklidir. Nobel ödüllü fizikçi Richard Feynman’ın açıkladığı gibi, deneyler beklenmedik sonuçlar verdiğinde, bilim adamları olası açıklamaları tahmin etmeye başlarlar (1965: 157). Mendel, bodur bir bitki ile büyük bir bitkiyi melezleme yaptığında, orta boylu bir bitki elde etmediğini gördü, ancak küçük ya da büyük bir bitki onu kalıtım kanunlarını keşfetmeye götürdü (Messadie, 1991: 90).

Uranüs’ün tahmin edilen yörüngesinden beklenmedik bir şekilde saptığı keşfedildiğinde, John Couch Adams ve Urbain Le Verrier bu beklenmedik davranışa yol açmış olabilecek bilinmeyen bir gezegenin yörüngesini bağımsız olarak hesapladı ve daha sonra Johan Gottlieb Galle teleskopu-

---

<sup>29</sup> Aslında yöneticilerinin en iyi uygulamayı belirlemeleri gerekli değildir. Kurumlarının performanslarını arttırmak için, yalnızca daha iyi bir uygulama belirlemeleri gereklidir.

nu ileri sürülen yöne çevirdi ve Neptün'ü keşfetti (Standage, 2000). Karl Jansky, radyosundaki statığın her 24 saatte bir zirve yaptığını ve bu zirvenin Samanyolu anteni üzerinde merkezi olduğunu gözlemlediğinde, uzaydan gelen radyo dalgalarını keşfetti (Messadie,1991: 179). Bilimsel öğrenme, çoğu kez beklenmedik bir şeyi açıklama çabasından ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde yönetim öğrenmesi de öyledir.

Ama kamu görevlileri neyi beklemeyeceklerini bilemedikleri zaman beklenilmeyen için bir ölçme sistemini nasıl tasarlayabilirler? Kravchuk ve Schack'ın yazdığı gibi, “beklenmedik olaylar, mevcut ölçümler ile anlaşılabilir” (1996: 356). Bununla birlikte, bölünmüş veri arttıkça öğrenme ihtiyacına işaret edebilecek sapmaları ortaya çıkarma olasılıkları artar. Bu, “etrafta dolaşarak veri toplama” olarak adlandırılabilir yönetim değeridir. İnsanların yöneticilere anlattıkları hikâyeler, ayrışmadaki nihai noktadır; böyle bir hikâye, özet istatistiklerin tamamen maskeleyeceği ancak beklenmedik olduğu için, bir şekilde gerçek öğrenmeyi (ve böylece belki birtakım gerçek iyileşmeyi) ortaya koyabilecek ileri araştırmayı tetikleyen tek bir sapma verisi sağlayabilir.

Aslında öğrenci süreci ilk olarak, formel performans verilerinde değil de bütün kamu yöneticilerinin mecburen (yalnızca imalı olsa dahi) uğraştıkları enformel izlemede ortaya çıkandan birtakım sapmalar ile tetiklenebilir. Daha sonra, bu sapmayı fark eden – önceki kalıplara uymayan birtakım anormallik, sayfadan dışarı çıkacak kadar sıra dışı olan bazı rakamlar, bir şeylerin tam doğru olmadığını gösteren algılaması güç işaretler – yönetici bu sapmaya neyin sebep olduğunu ve nasıl düzeltilebileceğini veya bundan nasıl faydalanabileceğini öğrenmek bir ölçme stratejisi oluşturabilir<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Trafik tescil dairesini halkın gözünde yükseltmek için, basit bir şekilde yöneticiler vatandaşların trafik tescilde ortalama sırada bekleme süresini yayınlatabilirler (belki de benzeri sıralarda ortalama bekleme süresi ile karşılaştırmalı olarak). Bekleme süresi, kolaylıkla anlaşılabilir bir kavramdır. Ancak bir kurum bekleme süresini rapor ettiği zaman, nadiren bu rakamın ortalama bekleme süresi olduğunu açıklarlar, zira bu insanların kapalı bir şekilde varsaydıkları şeydir. Fakat ortalama bekleme süresini öğrenmek, bir özet istatistikten çok daha fazlasıdır. Ortalama bekleme, yalnızca bölünmüş verilerde bulunabilecek ilginç sapmaların tamamını gizlemektedir: Hangi şube, eyalet genelindeki ortalamanın yarısı olan bekleme süresine sahiptir (ve bölüm bundan neler öğrenebilir)? Ayın hangi günü ya da günün hangi saatinde bekleme süresi en uzundur (ve bölüm buna ilişkin ne yapabilir)? Bu tür sapmalardan, trafik tescilin müdürler kendi kurumlarında nelerin işlediğini veya nelerin düzeltilmesi

Başarısızlık, beklenenden en belirgin sapmadır ve bundan dolayı öğrenmek için önemli bir fırsat vermektedir<sup>31</sup>. Aslında başarısızlığın sebeplerine doğru geriye dönük bir araştırma, beklenenden – yani kurumun belirlenmiş davranışından veya bu tür belirlenmiş kuralların tahmini sonuçlarından – sapan çeşitli ölçümleri ortaya koyacaktır. Bu sebeple, başarısızlık öğrenmek için çoklu fırsatlar sunar (Petroski, 1985; Sitkin, 1992).

Ancak genellikle başarısızlık (özellikle de kamu sektöründe) – şiddetle – cezalandırılır. Bundan dolayı bir başarısızlık ortaya çıktığında (veya varsayıldığında), insanlar sapma verilerini saklamaya meyillidir, zira bu tür veriler suçlama için kullanılabilir. Maalesef bunlar öğrenilmesi gereken aynı sapma verileridir. Belirginlik beklenenden ayrıldığı için, başarısızlık yöneticilere öğrenmek için açık fırsatlar sunar. Fakat sapmaların çoğu daha az bellidir. Bu yüzden bu tür sapmalardan öğrenmek için, yöneticiler bunları tanımak ve sebeplerini incelemek için zihinsel olarak hazır olmalıdır. Rastgele bir anormallikten önemli bir sapmayı ayırt etmek amacıyla, kendi kurumlarının çalışması ve davranışı hakkında – ve kendi iş ortaklarının ve toplumun çalışması ve davranışı hakkında – yeterli bilgiye sahip olmak zorundadırlar ve ilginç bir sapma gözlemediklerini düşündüklerinde, sebeplerini ve olası çıkarımları derinlemesine sorgulamak için bir öğrenme stratejisine ihtiyaç duyarlar.

248

Bu nedenle Kravchuk ve Schack (1996), “kurumsal öğrenmenin yalnızca ölçüme dayanamayacağına” (1996: 356) – yani “performans ölçüm sistemlerinin kendi programlarını hakikatli bir şekilde bilmek, anlamak ve yönetmek için idarecilerin çabalarının yerine geçemeyeceğine” dikkati çekmektedir (1996: 350). Aksine, ölçümlerin kurumun program müdürle-

---

gerektiğini öğrenebilirler.

<sup>31</sup> Neticede eğer herhangi birisi önemli bir sapma beklesaydı, muhtemelen onu önlemek için bir şeyler yapardı. Tabii ki birey bu sapmayı beklemiş olabilir, ancak büyük bir ihmalden ziyade bunu küçük bir hata olarak da belirlenmiş olabileceğini beklemiştir (ve bundan dolayı onlar da bir ihmal/kusur olarak adlandırılmasını beklemedikleri için, olayı düşünmüş olmalarına rağmen, öğrenme fırsatına sahip olmaktadır). Ya da birey, bu tür arızayı beklemiş olabilir, fakat onu önleme veya önleyecek kişileri ikna edecek bir konumda olmamış olabilir. Veya kişi eksikliği tahmin etmiş ve (diğerleri tarafından tahmin edilmiş olan) sonuçları bireyin kendi gündeminin ilerlemesini sağlayacağı için meydana gelmesini ummuş olabilir. Ya da bir kişi, hatayı tahmin etmiş olabilir, ancak kişisel maliyetleri ile birleştiğinde hatanın olasılığının bu (potansiyel, gelecek) sorunun arkasındaki sebepler için kendi sorumluluğunu ortaya koymanın birtakım kişisel maliyetlerinden daha az olacağına dair kumar oynamış/risk almış olabilir. Bazıları bu sorunu öngörmüş olabilir, ama kesinlikle herkes tahmin etmemiştir.



rinin “uzman bilgisi” (1996: 357) ve “formel ölçümleri takviye edebilecek diğer performans bilgisi kaynaklarına” dayalı öğrenmeye ne zaman ciddi bir çaba üstlenmeleri icap ettiğini göstermesi gerektiğini ileri sürmektedirler (1996: 356). Bundan dolayı “ölçümler, ileri araştırma ihtiyacına işaret etme görevi görecektir göstergeler olarak değerlendirildiği bir sapsmalara göre yönetim çerçevesine yerleştirilmesi gerektiğini” iddia etmektedirler (1996: 357). Benzer bir şekilde Neves, Wolf ve Benton “yönetim göstergelerinin amacının kışkırtıcı olmak, belirli bir göstergenin niçin ortaya çıktığı şekilde görüldüğünü ayrıntılı bir şekilde sorgulamak için uygun olabileceği birkaç alanı yöneticilere önermek” olduğunu yazmaktadır (1986:129). Yönetici kendi kurumunu ve içinde çalıştığı siyasi, sosyal ve kültürel ortamı daha iyi anladıkça, yönetici –formel ve enformel performans ölçümlerinin meydana getirdiği çeşitli sapsmalar arasından– ileri araştırmaya geçecek olanları daha iyi belirleyebilmektedir. Beklenenden sapan performans ölçümleri, bir öğrenme fırsatı yaratabilir. Ancak ölçümlerin kendilerinin kilit operasyonel dersleri doğrudan söylemeye göre araştırma için konular ileri sürme olasılığı daha fazladır.

## 8) İyileştirmek

Performansı arttırmak için, kamu yöneticilerinin çıktıları üreten kurumları (ve iş ortakları) içerisindeki kişilerin davranışlarını nasıl etkileyebileceğini ve bu çıktıları sonuçlara dönüştüren vatandaşların davranışlarını nasıl etkileyeceğini anlamaları gereklidir. Davranışları bu çıktıları ve sonuçları etkileyebilen her şey ve herkesten oluşan daha geniş bir yapı dâhil –kurumları içerisinde neler olduğunu bilmeleri gereklidir. Bütün, operasyonel kara kutuları içerisinde ne olduğunu bilmelidirler. Girdi, çevre ve operasyonların çıktı ve sonuçlardaki iyileştirmeleri nasıl değiştirebildiği (etkileyen veya ilham veren), yaptığı, sebep olduğu, yaratabildiği veya katkıda bulunabildiğini açıklayan kara kutu içi verilere ihtiyaç duymaktadır. Örneğin, bir itfaiye şefi bütçe girdilerinin (itfaiye dairesi içerisindeki) dairenin personelinin kendi yangın söndürme stratejilerini ve öğretimsel yangın önleme stratejilerini etkileyen –daha az yangın ve meydana gelen yangınlarda daha az yaralanan veya ölen kişi olan istenilen sonucu üretmek için vatandaşların davranışı ile ilaveten etkileşimi geçen çıktılar – insanlar, ekipman, eğitim ve değerler ile nasıl etkileşime geçtiğini anlaması gereklidir. Maalesef herhangi bir kamu kurumunun kara kutusu içerisinde gerçekten neler olduğunu kavramak hem karmaşık hem de zordur. Bunların çoğu, kurumda çalışan personelin, bir şekilde çıktıklarına

katkıda bulunan iş ortakları ve bu çıktıları sonuçlara dönüştüren vatandaşların bilinçaltında meydana gelmektedir. İnsanlar davranışlarını, uzak bir köşede bulunan insanların küçük veya alakasız değişikliklerine karşılık olarak ayarladığı için herhangi bir eylem kurum, iş ortakları ve toplum genelinde dalga dalga yayılabilir.

Birkaç kişi eş zamanlı olarak birkaç gerekli adımı attığı zaman, dalgalanmalar karmaşık ve tahmin edilemez şekillerde etkileşebilir. Birçok girdinin eş zamanlı olarak ve belki de tespit edilmeyen şekillerde değişmesi bir kenara, yalnızca birkaç girdi (veya süreç) değiştiği zaman, kara kutu ayarlamaları ve etkileşimlerini anlamak çok zordur<sup>32</sup>.

Müdürler kendi kara kutusu içerisinde neler olduğunu bildikten sonra, yapabildikleri çok sayıdaki şeyin etkilemek istedikleri dâhili unsurlara (bu unsurlar karşılığında istenilen çıktı veya sonuçlara bağlı olduğu için) nasıl bağlı olduğunu anlamak zorundadır. Bütçenin büyüklüğü veya tahsislerindeki değişiklikler insanların davranışlarını nasıl etkilemektedir<sup>33</sup>? Bir çekirdek süreçteki değişiklikler, diğer süreçleri nasıl etkileyebilir? Bir stratejideki değişiklikler, diğer stratejileri nasıl etkileyebilir veya onların etkisini azaltabilir? Bunlar insanların davranışlarını nasıl etkileyebilir?

---

<sup>32</sup> Değerlendiricinin ideali, “yalnızca yeni bir stratejinin bir kuruma getirilmesi” olup, temel stratejinin “demografik olarak benzer bir [kurumda] devam etmesidir.” Ancak kamu üst düzey yöneticiler nadiren değerlendiricinin “dikkatlice kontrol edilmiş saha deneyini” yürütebilmektedir (Karmen 2000, 95). Ayrıca eğer yönetici iki stratejinin sinerjik bir etkisi olacağına inanırsa, – gayet tabii olarak – bunları aynı görev yerinde eş zamanlı olarak uygulamayı seçecektir. Bu durum, performansı iyileştirmek için bir strateji olarak performans bütçelemesinin sınırlamalarını göstermektedir: Bütçe görevlileri, bütçe tahsisatlarının performansı iyileştiren kara kutu içi davranışları nasıl etkilediği hakkında ne kadar bilgi sahibidir? Bu görevliler, bütçe girdilerindeki hangi değişikliklerin kurumsal çıktılardan ve dolayısıyla toplumsal sonuçlarda iyileşmeler yaratabilecek karmaşık kara kutu içi etkileşimlerini yaratacağını gerçekten biliyorlar mı? Yöneticiler mevcut fonları basitçe (sıkı dahili karşılaştırmaları kullanarak) en etkin olan mevcut faaliyetlere basitçe tahsis edebilirler. Bazı harici etkinlik standartları olmadan da ödeneklerinin hepsini tamamen verimsiz işlemler ve operasyonlara da harcayabilirler.

<sup>33</sup> Bu durum, performansı iyileştirmek için bir strateji olarak performans bütçelemesinin sınırlamalarını göstermektedir: Bütçe görevlileri, bütçe tahsisatlarının performansı iyileştiren kara kutu içi davranışları nasıl etkilediği hakkında ne kadar bilgi sahibidir? Bu görevliler, bütçe girdilerindeki hangi değişikliklerin kurumsal çıktılardan ve dolayısıyla toplumsal sonuçlarda iyileşmeler yaratabilecek karmaşık kara kutu içi etkileşimlerini yaratacağını gerçekten biliyorlar mı?

Özel olarak, çeşitli liderlik faaliyetleri kara kutu boyunca nasıl yayılmaktadır? Bazı küçük kazanımlara olan sık, belirgin başarıların gayri resmi tanınması veya halkın dikkati diğerlerini nasıl aktif hale getirebilir? İlham verici bir konuşma ya da bir kurumun misyonunun daha dramatik ifadesi, hem kurumsal çalışanlar hem de işbirliği yapan vatandaşların özen, zekâ ve yaratıcılığını nasıl etkileyebilir? Performansı iyileştirmek için, kamu yöneticileri eylemleri çıktıları ve sonuçları etkileyen çeşitli insanların bütünüdürün davranışlarını kendi faaliyetlerinin nasıl etkilediğini aydınlatacak ölçümlere ihtiyaç duymaktadır.

### **Anamlı Performans Ölçümü İçin Bir Ölçer Ve Bir Kaynak Gerekli-dir**

Soyut ölçümler değersizdir. Bir performans ölçümünü kullanmak için – bu performans ölçümünden bilgi elde etmek için – bir yönetici belirli, karşılaştırmalı bir ölçere ve ayrıca ilgili kaynağı anlamaya ihtiyaç duyar. Bir kamyon 6,0 milyon sürülmüştür/kullanılmıştır. Altı milyon ne? Altı milyon mil mi? O zaman bu etkileyici bir şeydir. Altı milyon fit mi? Altı milyon fit sadece 1.136 mil eder. Peki, altı milyon inç? Bu 95 mil bile etmiyor. Bu 95 mil çok yağmurlu bir gecede toprak yolda iki saatte gidilmedikçe ne fark eder ki?

251

Kamu yöneticisi aşağıdaki sekiz amaçtan herhangi birine ulaşmak amacıyla performans ölçümlerini kullanmak için, ölçümün kıyaslanabileceği bir çeşit standarda ihtiyaç duyar.

1. Kamu yöneticileri performansı *değerlendirme* amacıyla bir ölçüm kullanmak için verileri karşılaştıracakları ve bu şekilde performansı değerlendirecekleri bir çeşit sonuca gereksinim duyarlar.
2. Davranışı *kontrol etme* amacıyla bir performans ölçümü kullanmak için, kamu yöneticilerinin evvela bireysel ya da kolektif sapmayı ölçmek adına istenilen davranış veya girdi standardını belirlemesi gereklidir.
3. *Bütçeleme* amacıyla etkililik ölçümlerini kullanmak için, kamu yöneticileri neyin iyi, kabul edilebilir veya zayıf etkililik seviyesinde olduğuna dair bir fikre ihtiyaç duyarlar.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Yöneticiler mevcut fonları basitçe (sıkı dahili karşılaştırmaları kullanarak) en etkin olan mevcut faaliyetlere basitçe tahsis edebilirler. Bazı harici etkinlik standartları olmadan da ödeneklerinin hepsini tamamen verimsiz işlemler ve operasyonlara da harcaabilirler.

4. İnsanları  *motive etme* amacıyla performans ölçümlerini kullanmak için, kamu yöneticilerinin makul ve önemli hedeflerin neler olduğunu anlamaları gereklidir.

5. Bir kurumun yeterliliğini  *tanıtmak* amacıyla performans ölçümlerini kullanmak için, kamu yöneticilerinin halkın neye önem verdiğini, onlar için nelerin mühim olduğunu anlaması gereklidir.

6.  *Kutlama* amacıyla performans ölçümlerini kullanmak için, kamu yöneticilerinin çalışanlar ve iş ortaklarının kutlamaya değer buldukları başarı türlerini ayırt etmesi gereklidir.

7.  *Öğrenme* amacıyla performans ölçümlerini kullanmak için, kamu yöneticilerinin beklenmedik (ve önemli) gelişmeleri tespit edebilmeleri ve geniş kapsamlı yaygın/ortak kurumsal, insani ve toplumsal davranışları öngörebilmeleri gereklidir.

8.  *İyileştirme* amacıyla performans ölçümlerini kullanmak için, kamu yöneticileri, davranışlarının istenilen çıktı ve sonuçlara katkıda bulunan kişilerin kata kutu için davranışlarını nasıl etkilediğine dair bir anlayışa (veya tahmine) ihtiyaç duymaktadır.

252 Bu sekiz amacın tamamı, ölçümün karşılaştırılabileceği bir referans (açık bir şekilde veya üstü kapalı olarak) gerektirmektedir. Ve tabii ki uygun referans, kaynağa dayanmaktadır.

Mevcut performansın karşılaştırılacağı standart – her birinin kendi avantajları ve yükümlülükleri olduğu – çeşitli kaynaklardan gelebilir. Kurum, ne kadar gelişme gösterdiğini anlamak için referans hattı olarak kendi geçmiş kayıtlarını kullanabilir. Uluslararası Şehir/İlçe Yönetim Birliği (1999) tarafından organize edilmiş olan Karşılaştırmalı Performans Ölçme Konsorsiyumu tarafından verileri veya Kuzey Carolina Üniversitesi tarafından organize edilen Kuzey Carolina'daki yerel yargı/yönetim alanlarının performansını ölçme ve karşılaştırma çabası gibi benzeri kuruluşlardan alınan karşılaştırmalı bilgileri kullanabilir (Rivenbark ve Few, 2000)<sup>35</sup>. Elbette, karşılaştırmalı veriler farklı kuruluşlardan da gelebilir.

---

<sup>35</sup> Görev alanları arasındaki faydalı karşılaştırmaları kolaylaştıracak bir şekilde benzeri kamu kurumlarına karşı performansı ölçme kolay değildir. Kurumlar ve görev alanları kendilerini farklı bir şekilde organize ederler. Farklı veri türleri toplarlar. Girdileri, prosesleri, çıktıları ve sonuçları farklı tanımlarlar. Sonuç olarak karşılaştırılabilir verileri elde etmek zordur – bazen de imkânsızdır. Geçerli karşılaştırmalar yapmak için, birisi Ammons, Coe ve Lombardo'nun "veri temizleme" olarak adlandırdığı vakit alan işi üstlenmelidir (2001, 102). Çoklu görev yerlerinden mükemmel bir şekilde benzer

Vatandaşlar devlete ait web sitelerinin kullanım kolaylığını, özel işletmelerin yaptığı web sitelerinin kullanım kolaylığını – dolaylı olarak veya açık bir şekilde – karşılaştırabilir<sup>36</sup>. Ya da standartlar, yasama organları, siyasi yöneticiler veya kariyer müdürleri tarafından belirlenmiş açık bir performans hedefi olabilir. Hatta kontrol etmek amacıyla, yöneticiler, kontrol etmeyi hedefledikleri davranışın karşılması gereken bir çeşit Tayloristik standarda ihtiyaç duyarlar. Kamu yöneticileri değerlendirme, kontrol, bütçeleme, destekleme, kutlama, öğrenme veya geliştirme amaçlarına ulaşmak için hem bir ölçüme hem de bir performans standardına ihtiyaç duyarlar.

### **Ölçüm Performansının Siyasi Karmaşıklığı**

Amacı, ölçümü ve performans standardını kim seçecek?

Bir kamu kurumunun lider ekibi, hem fırsata hem de sorumluluğa sahiptir. Ancak diğerleri – seçilmiş yönetici ve milletvekilleri, siyaseten atanmışlar ve bütçe memurları, gazeteciler ve paydaşlar ve tabii ki bireysel vatandaşlar – de aynı fırsata ve çoğu kez aynı sorumluluğa sahiptir. Sonuç olarak, kurumun yöneticileri kendileri üzerinde bir dizi performans ölçümlerinin uygulandığının farkına varabilirler.

Ancak bazı açılardan, özel sektör yöneticilerinden ziyade, dışarıdan gelenler tarafından kullanılacak performans ölçümlerini seçmede kamu yöneticilerinin daha fazla esnekliği bulunmaktadır. Neticede yatırım analiz-

---

veriler toplanmış olmasına rağmen, yine de faydalı karşılaştırmalar yapmak zordur. Bir şehir; yöneticiliği daha ilham verici veya yaratıcı olduğu için, kurum daha etkin ve verimli bir kurumsal yapı devraddığı için, siyasi ve idari yöneticiliği diğer sonuçlara değil de belirli sonuçlara odaklanması için tasarlanmış bir strateji benimsediği için, şehir meclisi kurumun misyonunu daha yüksek bir öncelik olarak belirlediği için, şehir meclisi modern teknolojiye yatırım yapmaya istekli olduğu için veya vatandaşlarının çoğu tam olarak işbirliği yaptığı için mi belirli bir kurum için daha yüksek performans verileri rapor etmektedir? Çöp toplama gibi temel bir kamu hizmeti için performans ölçümlerini karşılaştırma dahi basit değildir. Yerel hükümetler arasında, kıyaslama performans sonuçlarının niçin teoriden daha olabileceği hakkındaki daha ayrıntılı bir tartışma için, bakınız Coe (1999, 111).

<sup>36</sup> Kamu sektörü hizmetleri (örneğin sırada beklenen süre veya bir Web sitesinde gezinme kolaylığı) için bir dizi geleneksel proses ölçüleri, özel sektör için aynı proses ölçüleri kolaylıkla karşılaştırılabileceği ve birçok özel sektör firmasının müşterilerin değer verdiği proses ölçümlerini iyileştirmek için çok fazla çaba sarf ettiği için, kamu sektörü hizmet sunumunun eleştirisi son yirmi yılda artmıştır. İnsanlar bankada veya ücretsiz bir telefon numarasını ararken kısa bir bekleme alınca – beklemenin kısa olmasını temin etmenin teknik olarak mümkün olduğunu öğrenince – kamu ya da özel diğer bütün kurumlardan aynı kısa bekleme süresini ummaktadırlar.

cileri bir işi/işletmeyi incelerken kullandıkları –özsermaye, kârlılık oranından pazar payındaki büyüme kadar– çok önceden belirli bir performans ölçüm koleksiyona karar vermiştir. Öte yandan kamu kurumları için, bu kadar geniş kapsamlı uygulanabilir ve kabul edilebilir performans ölçümleri yoktur. Bundan dolayı, dışarıdan gelenler –bütçe memurları ya da paydaşlar– ne zaman belirli bir kurumun yönetimini incelemek isterse, bir takım performans ölçümleri oluşturmak zorundadırlar.

Kimi zaman bazıları performans ölçmeyi bilir. Kimi zaman, bir kanun koyucu ya da bütçe memuru belirli bir kamu kurumunun performansını nasıl ölçmesi gerektiğini kesinlikle bilecektir. Bazen ise bilemeyecektir. Ara sıra, dışarıdan gelen hiçbir kişi çok anlamlı olacak bir performans ölçümü geliştiremeyecektir. Bazı durumlarda ise, birçoğu yapabilecektir. Bazen dışarıdan birkaç kişinin her biri – seçilen bir yönetici, gazete editörü ve paydaş bir kurum – kurum için bir performans ölçümü (veya birkaç performans ölçümü) geliştirecektir. Ve bu olduğu zaman, bu ölçümler birbiri ile çatışabilir.

254 Çoğunlukla, dışarıdan gelen bu kişiler, kendi performans ölçümlerini değerlendirme, kontrol etme, bütçeleme veya cezalandırma amacıyla kullanırlar. Bazıları, “kurumu hesap verebilir/sorumlu tutulabilir hale getirmek için bu performans ölçümüne ihtiyacımız var,” diyebilir. Bununla aslında şunu demek isterler: “Kurumu değerlendirmek için bu performans ölçümüne ihtiyacımız var ve eğer (şüphelendiğimiz gibi) kurum istenilen seviye ve ölçülerde çıkmazsa, bütçesini keserek (veya gazetecilerin haber yapacağı kötü şeyler söyleyerek) kurumu cezalandıracağız.”<sup>37</sup> Dışarıdan gelenler, performans ölçümlerini iyileştirmelere doğru zorlamak için kullanabileceklerine rağmen; motive etmek, tanıtmak veya kutlamak amacıyla bunları kullanmaya daha az meyillidir.

Bu nedenle, bir kamu kurumunun yöneticileri kendi performans ölçümlerini seçmek için tamamen özgür olmayabilir. Diğerleri tarafından seçilen ölçümlere dikkat etmek zorunda kalabilirler. Fakat dışarıdan gelenler tarafından dayatılan ölçümlere yanıt vermek zorunda oldukları zaman dahi, kamu kurum liderleri kurumu yönetmek için kullanacakları bir performans ölçümleri koleksiyonu oluşturma yükümlülüklerini kaybetmemiştir. Liderlik ekibi hala dışarıdan gelenlerin meşru bir şekilde talep ettikleri

---

<sup>37</sup> Hesap verebilirliğin cezalandırma için nasıl bir şifre olduğu ve bunu çok farklı bir anlama gelecek şekilde nasıl getirebileceğimize dair bir tartışma için bakınız Behn (2001).

ölçümleri bildirmek zorundadır ve kendi sekiz amacından bir veya daha fazlası için bu ölçümlerden bazılarını kullanabilirler. Ancak diğerleri, kurumun performansı için kendi ölçümlerini seçmiş olsalar dahi, liderleri hala performans ölçümlerinin faydalı olacağını kanıtlayabilecek sekiz yönetim amacını ciddi bir şekilde incelemeye ve her bir amaç için kullanılabilir olan en iyi ölçümleri dikkatlice seçmeye gereksinim duymaktadırlar.

### **En İyi Tek Bir Ölçüm için Nafile Arayış**

“Ne ölçülürse o yapılır” ifadesi belki de performans ölçmenin en ünlü aforizmasıdır.<sup>38</sup> Neyi ölçerseniz, insanlar onu yapacaktır. Maalesef insanların ölçtüğü şey çoğu kez tam olarak ne yaptıkları değildir. Ve –açık veya örtülü ölçme teşviklerine yanıt veren– kişiler, diğer kişilerin gerçekten ne yaptıklarını değil ölçtükleri şeyi yapacaktır. Bu, Goldman Sachs’ın şu andaki baş öğrenme yöneticisi olan Steven Kerr’in akıllıca gözlemediği gibi, “B’yi umarken A’yı ödüllendirme ahmaklığıdır” (1975). Böylece performans ölçümleri, davranışı şekillendirmesine rağmen, ölçümler bazen istenilen bazen arzu edilmeyen biçimde davranışı şekillendirebilir<sup>39</sup>.

Yalnızca bir tane değil, bir şirketin başarısına veya en azından ne kadar başarılı olduğuna işaret eden birçok referansa, çeşitli mali oranlara (özsermaye karlılık oranı, satış gelirler) sahip olmasına rağmen; bir işletme için, geleneksel performans ölçümü, kötü şöhretli bir referanstır. Ama Kaplan ve Norton’un gözlemediği gibi, “birçok kişi belgelenmiş yetersizlikleri, geriye dönük odaklanma ve güncel değer yaratan eylemleri yansıtmadığından dolayı mali ölçümleri eleştirmektedir.” Bu nedenle, Kaplan ve Norton, işletmelere şirketin en son mali rakamlardan daha fazlasını elde eden daha geniş bir ölçüm seti vermek için meşhur şirket karnelerini icat ettiler. Performans ölçümlerinin dört soruyu dört farklı açıdan cevaplandırmasını istemektedirler:

- Müşteriler bizi nasıl görmektedir? (müşteri perspektifi)
- Hangi konuda çok iyi olmalıyız? (dâhili işletme perspektifi)

---

<sup>38</sup> Peters ve Waterman (1982,268) bunu Mason Haire’e atfetmektedir.

<sup>39</sup> Örneğin, ticarete Kaplan ve Norton “hisse başına – yatırım ve kazanç – karlılığın sürekli iyileşme ve yenilik için yanıtıcı sinyaller verebileceğini” yazmaktadır (1992, 71).

- Gelişmeye ve değer yaratmaya devam edebilir miyiz? (yenilik ve öğrenme perspektifi)
- Hissedarlara nasıl görünüyoruz? (mali perspektif)

Hiçbir ‘tek performans ölçümü’ dört sorunun tamamına birden cevap vermez (1992, 77, 72).

Benzer bir şekilde sekiz amacın tamamı için kamu yöneticilerinin kullanabileceği sihirli bir performans ölçümü yoktur. En iyi tek bir ölçümün aranması, en iyi yol gibi sadece nafiledir (Behn, 1996). Nitekim bu tam olarak da Kaplan ve Norton’un şirket karnesinin arkasındaki argümandır: Onlara göre özel sektör yöneticileri, “mali ve operasyonel ölçümler arasında bir seçim yapmak zorunda kalmamalıdır;” bunun yerine işletme yöneticileri “hem mali hem de operasyonel ölçümlerin dengeli bir sunumuna” ihtiyaç duymaktadır (1992:71). Aynısı, çok çeşitli ilgililer (yalnızca müşteri ve hissedarlar değil) ve başarılı olmak zorunda oldukları faaliyetler için üstesinden gelmeleri gereken bir dizi karmaşık engeller ile karşı karşıya kalan kamu yöneticileri için de geçerlidir<sup>40</sup>. Sonuç olarak, kamu yöneticileri Kaplan ve Norton’un işletmeler için önerdikleri dört ölçümden daha heterojen ölçümlere gereksinim duymaktadır.

256

Bir kamu kurumunun liderleri, sihirli bir performans ölçümü aramamalıdır. Bunun yerine, performans ölçmenin katkıda bulunabileceği idari amaçlara karar vererek başlamalıdır. Kamu yöneticileri, ancak daha sonra, hedeflerine (doğrudan ve dolaylı) ulaşmada yardımcı olmaları için gerekli karakteristikleri ile bir performans ölçüm koleksiyonu seçebilirler.

\*\*\*

#### KAYNAKÇA

Ammons, David N. 1995. Overcoming the Inadequacies of Performance Measurement in Local Government: The Case of Libraries and Leisure Services. *Public Administration Review* 55(1): 37-47.

---

<sup>40</sup> Kaplan ve Norton kurumsal karnelerinin “yetersizliğe/standart altı olmaya karşı koruduğu iddia etmektedirler.” Yönetici katı, kurumun performansının çeşitli göstergelerini ölçmekte olduğu için, kurumdaki kişiler, diğer ölçüler pahasına bir ölçüye (veya bir tür ölçüye) yoğunlaşmaktan kaçınacaktır; neticede “bir alandaki ilerleme, diğer bir alan pahasına elde edilmiş olabilir.” Ve kurumun bir kısmı, bir performans göstergesine odaklanmayı ve diğerlerini göz ardı etmeyi seçse dahi yönetici – çeşitli şeyleri ölçtüğü için – bu standart altı davranışı yakalamaya daha meyillidir (1992, 72).



Ammons, David N., Charles Coe, and Michael Lombardo. 2001. Performance-Comparison Projects in Local Government: Participants' Perspectives. *Public Administration Review* 61(1):100-10.

Anthony, Robert N. 1988. *The Management Control Function*. Boston, MA: Harvard Business School Press.

Anthony, Robert N., and Vijay Govindarajan. 1998. *Management Control Systems*. 9th ed. Burr Ridge, IL: McGraw-Hill/Irwin.

Anthony, Robert, and David W. Young. 1999. *Management Control in Nonprofit Organizations*. 6th ed. Burr Ridge, IL: McGraw-Hill/Irwin.

Bardach, Eugene. 1998. *Getting Agencies to Work Together: The Practice and Theory of Managerial Craftsmanship*. Washington, DC: Brookings Institution.

Baron, Jonathan, and John C. Hershey. 1988. Outcome Bias in Decision Evaluation. *Journal of Personality and Social Psychology* 54(4): 569-79.

Behn, Robert D. 1991. *Leadership Counts: Lessons for Public Managers*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

1992. Management and the Neutrino: The Search for Meaningful Metaphors. *Public Administration Review* 52(5): 409-19.

1996. The Futile Search for the One Best Way. *Governing*, July, 82.

1997a. The Money-Back Guarantee. *Governing*, September, 74.

1997b. Linking Measurement to Motivation: A Challenge for Education. In *Improving Educational Performance: Local and Systemic Reforms*, *Advances in Educational Administration* 5, edited by Paul W Thurston and James G. Ward, 15-58. Greenwich, CT: JAI Press.

1999. Do Goals Help Create Innovative Organizations? In *Public Management Reform and Innovation: Research, Theory, and Application*, edited by H. George Frederickson and Jocelyn M. Johnston, 70-88. Tuscaloosa, AL: University of Alabama Press.

2001. *Rethinking Democratic Accountability*. Washington, DC: Brookings Institution.

Blodgett, Terrell, and Gerald Newfarmer. 1996. Performance Measurement: (Arguably) The Hottest Topic in Government Today. *Public Management*, January, 6.

Boone, Harry. 1996. Proving Government Works. *State Government News*, May, 10-12.

Bruns, William J. 1993. Responsibility Centers and Performance Measurement. Note 9-193-101. Boston, MA: Harvard Business School.

Coe, Charles. 1999. Local Government Benchmarking: Lessons from Two Major Multigovernment Efforts. *Public Administration Review* 59(2): 110-23.

Duncan, W. Jack. 1989. Great Ideas in Management: Lessons from the Founders and Foundations of Managerial Practice. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

Feynman, Richard. 1965. The Character of Physical Law. Cambridge, MA: MIT Press.

Ghosh, Dipankar, and Manash R. Ray. 2000. Evaluating Managerial Performance: Mitigating the "Outcome Effect." *Journal of Managerial Issues* 12(2): 247-60.

258

Hatry, Harry P. 1999a. Mini-Symposium on Intergovernmental Comparative Performance Data. *Public Administration Review* 59(2): 101-4.

1999b. Performance Measurement: Getting Results. Washington, DC: Urban Institute.

Hatry, Harry P., James R. Fountain, Jr., Jonathan M. Sullivan. 1990. Overview. In *Service Efforts and Accomplishments Reporting: Its Time Has Come*, edited by Harry P. Hatry, James R. Fountain, Jr., Jonathan M. Sullivan, and Lorraine Kremer, 1-49. Norwalk, CT: Governmental Accounting and Standards Board.

Hatry, Harry P., James R. Fountain, Jr., Jonathan M. Sullivan, and Lorraine Kremer. 1990. *Service Efforts and Accomplishments Reporting: Its Time Has Come*. Norwalk, CT: Governmental Accounting and Standards Board.

Hawkins, Scott A., and Reid Hastie. 1990. Hindsight: Biased Judgements of Past Events after the Outcomes are Known. *Psychological Bulletin* 107(3): 311-27.

Hershey, John C, and Jonathan Baron. 1992. Judgment by Outcomes: When Is It Justified? *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 53(1): 89-93.

Holloway, Jacky A., Graham A.J. Francis, and C. Matthew Hinton. 1999. A Vehicle for Change? A Case Study of Performance Improvement in the "New" Public Sector. *International Journal of Public Sector Management* 12(4): 351-65.

Holt, Craig L. 1995-96. Performance Based Budgeting: Can It Really Be Done? *The Public Manager* 24(4): 19-21.

Ingraham, Patricia W., and Amy E. Kneeder. 2000. Dissecting the Black Box: Toward a Model and Measures of Government Management Performance. In *Advancing Public Management: New Developments in Theory, Methods, and Practice*, edited by Jeffrey L. Brudney, Laurence J. OToole, Jr., and Hal G. Rainey, 235-52. Washington, DC: Georgetown University Press.

Ingraham, Patricia W., and Amy Kneeder Donahue. 2000. Dissecting the Black Box Revisited: Characterizing Government Management Capacity. In *Governance and Performance: New Perspectives*, edited by Carolyn J. Heinrich and Laurence E. Lynn, Jr., 292-318. Washington, DC: Georgetown University Press.

International City/County Management Association (ICMA). 1999. *Comparative Performance Measurement: FY1998 Data Report*. Washington, DC: ICMA.

Jordon, Meagan M., and Merl M. Hackbart. 1999. Performance Budgeting and Performance Funding in the States: A Status Assessment. *Public Budgeting and Finance* 19(1): 68-88. 259

Joyce, Philip G. 1996. Appraising Budget Appraisal: Can You Take Politics Out of Budgeting. *Public Budgeting and Finance* 16(4): 21-25.

1997. Using Performance Measures for Budgeting: A New Beat, or Is It the Same Old Tune? In *Using Performance Measurement to Improve Public and Non-profit Programs, New Directions for Evaluation* 75, edited by Kathryn E. Newcomer, 45-61. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

Kaplan, Robert S., and David P. Norton. 1992. The Balanced Scorecard-Measures that Drive Performance. *Harvard Business Review* 70( 1): 71 -91.

Karmen, Andrew. 2000. *New York Murder Mystery: The True Story behind the Crime Crash in the 1990s*. New York: New York University Press.

Kerr, Steve. 1975. On the Folly of Rewarding A, While Hoping for B. *Academy of Management Journal* 18(4): 769-83.

Kettl, Donald F. 1997. The Global Revolution in Public Management: Driving Themes, Missing Links. *Journal of Policy Analysis and Management* 16(3): 446-62.

Klein, Rick. 2002. Registry Chief Quits to Run for State Treasurer. *Boston Globe*, January 10, B5.

Kopczynski, Mary, and Michael Lombardo. 1999. Comparative Performance Measurement: Insights and Lessons Learned from a Consortium Effort. *Public Administration Review* 59(2): 124-34.

Kouzman, Alexander, Elke Löffler, Helmut Klages, and Nada Korac-Kakabadse. 1999. Benchmarking and Performance Measurement in Public Sectors. *International Journal of Public Sector Management* 12(2): 121-44.

Kravchuk, Robert S., and Ronald W. Schack. 1996. Designing Effective Performance Measurement Systems under the Government Performance and Results Act of 1993. *Public Administration Review* 56(4): 348-58.

Landau, Martin, and Russell Stout, Jr. 1979. To Manage Is Not to Control: Or the Folly of Type II Errors. *Public Administration Review* 39(2): 148-56.

260

Lehan, Edward Anthony. 1996. Budget Appraisal-The Next Step in the Quest for Better Budgeting? *Public Budgeting and Finance* 16(4): 3-20.

Levin, Martin A., and Mary Bryna Sanger. 1994. *Making Government Work: How Entrepreneurial Executives Turn Bright Ideas into Real Results*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

Lipshitz, Raanan. 1989. Either a Medal or a Corporal: The Effects of Success and Failure on the Evaluation of Decision Making and Decision Makers. *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 44(3): 380-95.

Locke, Edwin A., and Gary P. Latham. 1984. *Goal Setting: A Motivational Technique That Works*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.

1990. *A Theory of Goal Setting and Task Performance*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.

Melkers, Julia, and Katherine Willoughby. 1998. The State of the States: Performance-Based Budgeting Requirements in 47 out of 50. *Public Administration Review* 58(1): 66-73.

Budgeters'Views of State Performance-Budgeting Systems: Distinctions across Branches. *Public Administration Review* 61(1): 54-64.

Messadie, Gerald. 1991. *Great Scientific Discoveries*. New York: Chambers.

Murphey, David A. 1999. Presenting Community-Level Data in an "Outcomes and Indicators" Framework: Lessons from Vermont's Experience. *Public Administration Review* 59(1): 76-82.

National Academy of Public Administration (NAPA). 1994. *Toward Useful Performance Measurement: Lessons Learned from Initial Pilot Performance Plans Prepared under the Government Performance and Results Act*. Washington, DC: NAPA.

1999. *Using Performance Data to Improve Government Effectiveness*. Washington, DC: NAPA.

Neves, Carole M.P, James F Wolf, and Bill B. Benton. 1986. *The Use of Management Indicators in Monitoring the Performance of Human Service Agencies*. In *Performance and Credibility: Developing Excellence in Public and Nonprofit Organizations*, edited by Joseph S. Wholey, Mark A. Abramson, and Christopher Bellavita, 129-48. Lexington, MA: Lexington Books.

261

---

Newcomer, Kathryn E. 1997. *Using Performance Measures to Improve Programs*. In *Using Performance Measurement to Improve Public and Nonprofit Programs*, *New Directions for Evaluation* 75, edited by Kathryn E. Newcomer, 5-13. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

Osborne, David, and Ted Gaebler. 1992. *Reinventing Government*. Reading, MA: Addison-Wesley.

Osborne, David, and Peter Plastrik. 2000. *The Reinventor's Fieldbook: Tools for Transforming Your Government*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

Overman, E. Sam, and Donna T. Loraine. 1994. *Information for Control: Another Management Proverb?* *Public Administration Review* 54(2): 193-96.

Peters, Thomas J., and Robert H. Waterman, Jr. 1982. *In Search of Excellence*. New York: Harper and Row.

Peters, Tom, and Nancy Austin. 1985. *A Passion for Excellence: The Leadership Difference*. New York: Random House. Petroski, Henry. 1985. *To Engineer is Human: The Role of Failure in Successful Design*. New York: St. Martin's Press.

Poister, Theodore H., and Gregory Streib. 1999. Performance Measurement in Municipal Government: Assessing the State of the Practice. *Public Administration Review* 59(4): 325-35.

Rivenbark, William C, and Paula K. Few. 2000. Final Report on City Services for Fiscal Year 1998-99: Performance and Cost Data. Chapel Hill, NC: University of North Carolina- Chapel Hill, North Carolina Local Government Performance Measurement Project.

Rosenthal, Burton. 1975. Lead Poisoning (A) and (B). Cambridge, MA: Kennedy School of Government.

Silverman, Eli B. 2001. NYPD Battles Crime: Innovative Strategies in Policing. Boston, MA: Northeastern University Press.

Sitkin, Sim B. 1992. Learning through Failure: The Strategy of Small Losses. *Research in Organizational Behavior* 14:231-66.

Smith, Kimberly J., and Wanda A. Wallace. 1995. Incentive Effects of Service Efforts and Accomplishments Performance Measures: A Need for Experimentation. *International Journal of Public Administration* 18(2/3): 383-407.

262

Sparrow, Malcolm K. 2000. The Regulatory Craft: Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance. Washington, DC: Brookings Institution.

Standage, Tom. 2000. The Neptune File: A Story of Astronomical Rivalry and the Pioneers of Planet Hunting. New York: Walker Publishing.

Theurer, Jim. 1998. Seven Pitfalls to Avoid When Establishing Performance Measures. *Public Management* 8(7): 21-24.

Thompson, Fred. 1994. Mission-Driven, Results-Oriented Budgeting: Fiscal Administration and the New Public Management. *Public Budgeting and Finance* 15(3): 90-105. Thompson, Fred, and Carol K. Johansen. 1999. Implementing Mission-Driven, Results-Oriented Budgeting. In *Public Management Reform and Innovation: Research, Theory, and Application*, edited by H. George Frederickson and Jocelyn M. Johnston, 189-205. Tuscaloosa, AL: University of Alabama Press.

Wholey, Joseph S. 1997. Clarifying Goals, Reporting Results. In *Progress and Future Directions in Evaluation: Perspectives on Theory, Practice and Methods*, *New Directions for Evaluation* 76, edited by Debra J. Rog and Deborah Fournier, 95-105. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

Wholey, Joseph S., and Harry P Hatry. 1992. The Case for Performance Monitoring. *Public Administration Review* 52(6):604-10.

Wholey, Joseph S., and Kathryn E. Newcomer. 1997. Clarifying Goals, Reporting Results. In *Using Performance Measurement to Improve Public and Nonprofit Programs*, *New Directions for Evaluation* 75, edited by Kathryn E. Newcomer, 91-98. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

Williams, Frank P. III, Marilyn D. McShane, and Dale Sechrest. 1994. Barriers to Effective Performance Review: The Seduction of Raw Data. *Public Administration Review* 54(6): 537- 42.

